

# BWNotZ

## Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

### Herausgeber

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

Friedrichstraße 9A  
70174 Stuttgart

### Schriftleitung

Notarassessor Dr. Gabriel Ludwig Schmidt,  
Reutlingen

Notarassessor Anton Gordon LL.M.,  
Mühlacker

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

**6/2018**

Oktober

Seiten 107 – 154

## Inhalt

### Abhandlungen

<i>Prof. Walter Böhringer</i> <i>Genossenschaften im Grundstücksverkehr</i> .....	108
<i>Bezirksnotarin Bettina Reuber</i> <i>Häufige Vollzugshindernisse Abt. I</i> .....	113
<i>Bezirksnotarin Kerstin Kahlfeld</i> <i>Genehmigungspflichten</i> .....	114
<i>Notar Dr. Peter Becker</i> <i>Mit oder ohne Auflassung?</i> .....	118
<i>Notarassessor Anton Gordon LL.M.</i> <i>Die Auflassung als Grenze der notariellen Beratung</i> .....	120
<b>Rechtsprechung</b> .....	122
<b>Buchbesprechungen</b> .....	153

## Impressum

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

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

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

Herstellung: Erich Schretzmann Siebdruck GmbH, 71384 Weinstadt-Großheppach, Tel (0 71 51) 608 609-0, siebdruck-schretzmann.de.  
Satz: h+m kommunikationswerkstatt GmbH, k-werkstatt.de

# Inhaltsverzeichnis

## Abhandlungen

- |  |     |
|--|-----|
| 1. Prof. Walter Böhringer, Notar a.D., Heidenheim/Brenz<br>Genossenschaften im Grundstücksverkehr  | 108 |
| 2. Bezirksnotarin Bettina Reuber, Friezheim<br>Häufige Vollzugshindernisse im Grundbuchverfahren (Teil I: Vollzugshindernisse<br>betreffend Anträge auf Eintragungen in Abteilung I) | 113 |
| 3. Bezirksnotarin Kerstin Kahlfeld, Sigmaringen<br>Genehmigungen, Bescheinigungen u.a.   | 114 |
| 4. Dr. Peter Becker, Notar in Schwäbisch Gmünd<br>Mit oder ohne Auflassung? – Eine Anmerkung zu BGH, Urst. v. 14.09.2018 – V ZR 213/17   | 118 |
| 5. Notarassessor Anton Gordon LL.M., Mühlacker<br>Die Auflassung als Grenze der notariellen Beratung? –<br>Eine Anmerkung zu BGH, Urst. v. 14.09.2018 – V ZR 213/17                  | 120 |

## Rechtsprechung

- |  |     |
|--|-----|
| 1. Erbrecht   BGH, Urteil vom 12.7.2018 – III ZR 183/17<br>Zur Vererblichkeit des Zugangs zu einem Benutzerkonto eines sozialen Netzwerks.   | 122 |
| 2. Immobilienrecht   BGH, Urteil vom 14.09.2018 – V ZR 213/17<br>Zur den Formerfordernissen an die Änderung eines Grundstückskaufvertrages nachdem die<br>Auflassung bindend geworden ist.   |     |
| 3. Kostenrecht   LG Offenburg (4. Zivilkammer), Beschluss vom 16.05.2018 - 4 OH 21/16<br>Zur kostenrechtlichen Behandlung von Reparatur- und Vollzugsvollmachten bei<br>gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen.  |     |
| 4. Kostenrecht   LG Offenburg (4. Zivilkammer), Beschluss vom 16.05.2018 - 4 OH 14/16<br>Zur kostenrechtlichen Behandlung von Vollzugsvollmachten an den Notar<br>bei gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen.  |     |
| 5. Kostenrecht   OLG Köln, Beschluss vom 27.6.2018 – 2 Wx 236/18<br>Zur kostenrechtlichen Behandlung der Erteilung eines Erbscheins im nachlassgerichtlichen Verfahren.  |     |
| 6. Kostenrecht   OLG Köln, Beschlüsse vom 28.8.2018 – 2 Wx 305/18; 2 Wx 307/18<br>Zum Anfall der Gebühr nach Nr. 14110 Nr. 1 KV GNotKG bei unverschuldetem Versäumen<br>der Zwei-Jahres-Frist.   |     |
| 7. Verfahrensrecht   OLG Stuttgart, Beschluss vom 17. Oktober 2018 - 8 W 311/18<br>Zum Erfordernis grundbuchlicher Voreintragung bei Bestellung eines Grundpfandrechtes im Rahmen<br>von Veräußerung von bei Vorliegen einer transmortalen Vollmacht des verstorbenen eingetragenen<br>Eigentümers.  |     |
| 8. Verfahrensrecht   OLG Stuttgart, Beschluss vom 02. November 2018 - 8 W 312/18<br>Zum Erfordernis grundbuchlicher Voreintragung bei Bestellung eines Grundpfandrechtes im Rahmen<br>von Veräußerung von bei Vorliegen einer transmortalen Vollmacht des verstorbenen eingetragenen<br>Eigentümers. |     |
| 9. Erbrecht   OLG Stuttgart, Beschluss vom 04. Oktober 2018 - 8 W 423/16<br>Zur Auslegung eines gemeinschaftlichen Ehegattentestamentes bei gänzlichem Fehlen einer Regelung<br>betreffend die Frage der Wechselbezüglichkeit.   |     |

## Buchbesprechungen

- |   |     |
|---|-----|
| 1. Beck'sches Formularbuch Immobilienrecht von Stefan Weise / Stephan Philipp Forst (Hrsg.)<br>3. Auflage, (Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M., Mühlacker)              | 153 |
| 2. Palandt (Bürgerliches Gesetz.B.uch)<br>bearbeitet von Brudermüller, Ellenberger u.a., 78. neu bearbeitete Auflage<br>(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M., Mühlacker) |     |

## Genossenschaften im Grundstücksverkehr

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

**Kreditgenossenschaften sind im Grundstücksverkehr Alltag. In den letzten Jahren neu hinzugekommen sind Produktionsgenossenschaften, zu deren Gunsten Dienstbarkeiten oder Erbbaurechte zur Sicherung von Windkraft-/Solar- und Biogasanlagen im Grundbuch eingetragen werden. Auch Mehr-Generationen-Wohnprojekte werden in Genossenschaften verwirklicht. Als supranationale Gesellschaft wurde für den sozialen und wirtschaftlichen Sektor in der Europäischen Union die so genannten „Economie Sociale“ geschaffen. Der Grundstücksverkehr mit Genossenschaften soll dargestellt werden.**

### I. Rechtscharakter und Genossenschaftstypen

Die Genossenschaft ist eine Gesellschaft, also ein Zusammenschluss von Rechtsträgern als natürliche Personen, juristische Personen oder Personengesellschaften des Handelsrechts (OHG, KG). Sie ist aber nicht Gesellschaft i. S. des BGB.

Die Aufzählung typischer Genossenschaftsarten in § 1 GenG ist beispielhaft<sup>1</sup> und nicht mehr zeitgemäß. Die Kreditgenossenschaften sind Universalbanken. Absatzgenossenschaften sind insbesondere die landwirtschaftlichen Warengenossenschaften. Weiter kommen Konsum- oder Verbrauchergenossenschaften vor, ebenso Wohnungsgenossenschaften. „Rohstoffvereine“ bestehen heute als Einkaufsgenossenschaften. Neu hinzugekommen sind in den letzten Jahren Genossenschaften zur Produktion von Solarstrom und zur Nutzung der Windenergie.

### II. Gründung

#### 1. Gründungsvorgang

Die Genossenschaft entsteht durch den Gründungsvorgang, also durch den Gründungsvertrag in schriftlicher Form (§ 5 GenG) mit Unterzeichnung der Satzung durch mindestens 7 Gründungsmitglieder (§ 4 GenG). Eine solche Genossenschaft erlangt erst durch Eintragung in das Genossenschaftsregister die Rechtsfähigkeit (§ 10 GenG).

#### 2. Vor-Genossenschaft

Bei der Vor-Genossenschaft handelt es sich um ein körperchaftlich strukturiertes Rechtsgebilde mit eigenen Rechten und Pflichten.<sup>2</sup> Die bereits gegründete, aber noch nicht im

Genossenschaftsregister eingetragene Genossenschaft (Vor-Genossenschaft, „Vor-eG“) ist grundbuchfähig, kann somit Vermögen erwerben und Träger von Rechten sein.<sup>3</sup> Die Eintragung einer Vormerkung für die Vor-Genossenschaft im Grundbuch wird zugelassen. Die Vor-Genossenschaft und die rechtsfähig gewordene Genossenschaft haben gemeinsam die körperschaftliche Organisation und die unveränderte Zielsetzung. Mit Eintragung der Genossenschaft im Genossenschaftsregister endet die Vor-Genossenschaft, die Genossenschaft entsteht.

Es ist anerkannt, dass nach Gründung einer Genossenschaft, aber vor Registereintragung die Auflassung eines Grundstücks bereits an die künftige Genossenschaft wirksam erklärt werden kann; dies ist dann unproblematisch, wenn lediglich der Vollzug der Auflassung im Grundbuch nach Eintragung der Genossenschaft im Genossenschaftsregister erfolgen soll, denn die Genossenschaft in Gründung ist mit der späteren Genossenschaft personenidentisch. Allerdings wäre die Vertretungsmacht des Vorstands zum Abschluss des Grundstückskaufvertrags nachzuweisen, wenn die Auflassung bereits im Kaufvertrag erklärt wurde. Ein Registerauszug würde lediglich den Beweis der Vertretungsbefugnis ab dem Zeitpunkt der Registereintragung erbringen. Auch eine notarielle Vertretungsbescheinigung nach § 21 Abs. 1 BNotO noch eine Bezugnahme nach § 32 Abs. 2 GBO wären nicht hilfreich.<sup>4</sup>

Soll die Vor-Genossenschaft im Verfahren als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen werden, sind zum Nachweis der Existenz der Vor-Genossenschaft vorzulegen<sup>5</sup>: Vertrag über die Gründung der Genossenschaft in der Form des § 29 GBO und – soweit nicht in dem Gründungsvertrag enthalten – Nachweis in der Form des § 29 GBO über die Bestellung des Vorstands; weiter ist vorzulegen der Nachweis über die erfolgte Anmeldung der Genossenschafts-Gründung zum Genossenschaftsregister (entweder beglaubigte Abschrift der Registeranmeldung, ggf. Empfangs-Bescheinigung des Registergerichts über Vorliegen der Anmeldung, oder aber eine Erklärung der Gründer samt Vorstand in der Form des § 29 GBO, dass die Eintragung der Genossenschaft noch betrieben wird oder eine Eigenurkunde des die Registereintragung betreibenden Notars hierüber).<sup>6</sup>

1 Einzelheiten auch bei OLG Düsseldorf RNotZ 2018, 130 = Rpfleger 2018, 157.

2 Vgl. zur Vor-AG BGH DNotZ 2007, 142 = NJW 2007, 589.

3 BGHZ 20, 281 = BB 1956, 446 = WM 1956, 664.

4 Zur Problematik bei einer KG in Gründung Gutachten DNotI-Report 2017, 169. Vgl. auch OLG Köln NJW-RR 1991, 425 = Rpfleger 1990, 352; DNotI-Gutachten Abruf-Nr. 151060.

5 Einzelheiten Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl. 2009, § 15 GBV Rn. 28.

6 Dazu Schöner/Stöber, GBR, 15. Aufl. 2012, Rn. 993a (zur Vor-GmbH). Zur Vor-AG OLG München NJW Spezial 2017, 593 = RNotZ 2017, 680.

Überwiegend wird sodann die Meinung vertreten, dass der schon während der Gründungsphase namens der Vor-Genossenschaft handelnde designierte Vorstand nicht mit einer im Außenverhältnis unbeschränkten und auch unbeschränk- baren organschaftlichen Vertretungsmacht für und gegen die Vor-Genossenschaft ausgestattet ist, vielmehr seine Vertretungsmacht durch gesonderten Ermächtigungsbeschluss geführt werden muss.<sup>7</sup> Da der Zweck der Vor-Genossenschaft grundsätzlich auf die zur Eintragung der Genossenschaft notwendigen Rechtsgeschäfte und Handlungen beschränkt ist, ist insoweit auch die Vertretungsmacht des designierten Vorstands der Vor-Genossenschaft begrenzt. Diese Vertretungsmacht können alle Gründer indessen bereits in der Gründungsphase erweitern.

### III. Vertretung der Genossenschaft

#### 1. Vorstand

Der Vorstand der Genossenschaft ist gesetzlicher Vertreter der Genossenschaft, ihm obliegt die Geschäftsführung und Vertretung der Genossenschaft nach außen. Falls in der Satzung nichts anderes bestimmt ist, wird der Vorstand von der Generalversammlung gewählt und abberufen (§ 24 GenG). Grundsätzlich sind die Mitglieder des Vorstands gemeinsam zur Vertretung der Genossenschaft berechtigt, allerdings kann die Satzung Abweichendes bestimmen (§ 26 GenG), so z. B. dass jeweils zwei Vorstandmitglieder gemeinsam oder einzelne Vorstandmitglieder einzeln oder einzelne Vorstandmitglieder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen (sog. unechte Gesamtvertretung) die Genossenschaft vertreten. Zur Gesamtvertretung befugte Vorstandmitglieder können einzelne von ihnen zur Vornahme bestimmter Geschäfte ermächtigen. Der Vorstand kann bei satzungsgemäßer Grundlage – lediglich – vom Verbot der Mehrfachvertretung des § 181 BGB befreit werden. Das Statut bzw. die Generalversammlung der Genossenschaft können keine Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens aussprechen (§ 39 GenG).<sup>8</sup>

#### 2. Aufsichtsrat

Der Aufsichtsrat überwacht die Geschäftsführung des Vorstands; seine Mitglieder werden gemäß § 36 GenG von der Generalversammlung gewählt und abberufen. Das Genossenschaftsrecht verstärkt § 181 BGB im rechtsgeschäftlichen Verkehr eines Mitglieds des Vorstands mit sich selbst durch die Regelung des § 39 GenG. Danach vertritt der Aufsichtsrat die Genossenschaft – zwingend – bei der Vornahme von Rechtsgeschäften gegenüber einem gegenwärtigen oder ehemaligen Vorstandmitglied.<sup>9</sup> Zu den Rechtsgeschäften gehören auch Grundstücksgeschäfte. Die Vertretungsbefugnisse nach § 39 Abs. 1 GenG stehen dem Aufsichtsrat als Organ zu. Ein Aufsichtsratsvorsitzender kann sein Gremium nicht in der Willensbildung vertreten und darf einen Vertrag mit dem Vorstand erst nach einem Beschluss des Aufsichtsrats abschließen.<sup>10</sup> Es ist jedoch möglich, dass der Aufsichtsrat den Aufsichtsratsvorsitzenden zur Vertretung der Genossenschaft bei dem Vollzug der Entscheidung des Aufsichtsratsorgans bevollmächtigt.

Sobald auch nur ein Vorstandsmitglied an dem Grundstücksgeschäft mit der Genossenschaft als Privatperson beteiligt ist, fehlt es dem gesamten Vorstand aufgrund der Bestimmung in § 39 GenG an der für die Vertretung der Genossenschaft erforderlichen Vertretungsmacht.<sup>11</sup> Dies gilt unabhängig davon, ob – bei einem mehrgliedrigen Vorstand – die verbleibenden Vorstandsmitglieder als Gesamtorgan ohne das befangene Vorstandsmitglied handlungsfähig wären. Ist ein Vorstandsmitglied von der Vertretung der Genossenschaft ausgeschlossen, so kann die Genossenschaft Vorstandsmitgliedern gegenüber auch nicht durch Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte vertreten werden, denn das liefe dem Schutzzweck von § 39 GenG zuwider.<sup>12</sup>

#### 3. Prokurist, Handlungsvollmacht

Eine Genossenschaft kann gemäß § 42 GenG auch Prokura erteilen. Für die Prokuristen gelten die Vorschrift nach §§ 48 ff. HGB. Ein Prokurist dann aufgrund besonderer Ermächtigung auch zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken der Genossenschaft ermächtigt werden (§ 49 Abs. 2 HGB). Die Prokura kann einer einzelnen Person (Einzelprokura) aber auch mehreren Personen gemeinschaftlich erteilt werden (Gesamtprokura). Auch kann die Prokura dergestalt erteilt werden, dass der Einzelprokurist an die Mitwirkung eines Vorstandsmitglieds gebunden wird (sog. unechte Gesamtprokura). Die Erteilung der Prokura wird in das Genossenschaftsregister eingetragen (§ 42 GenG i. V. m. § 53 HGB).

In § 42 Abs. 2 GenG ist für die Genossenschaft die Möglichkeit vorgesehen, Handlungsvollmacht (§ 54 HGB) zu erteilen. Handlungsvollmachten sind jedoch nicht zum Genossenschaftsregister anzumelden und werden demgemäß durch das Registergericht nicht eingetragen. Die Handlungsvollmacht kann als Spezialhandlungsvollmacht (zur Vornahme einzelner Geschäfte), als Arthandlungsvollmacht (zur Vornahme bestimmter Arten von Geschäften) oder als Generalhandlungsvollmacht erteilt werden. Möglich ist auch eine Handlungsvollmacht, die an die Mitwirkung eines Vorstandsmitglieds oder eines Prokuristen gebunden ist. Grundstücksgeschäfte kann der Handlungsbevollmächtigte nach Maßgabe der ihm erteilten Vollmacht vornehmen. Da er nicht in das Genossenschaftsregister eingetragen wird, hat er seine Vertretungsmacht grundbuchverfahrensrechtlich in der Form des § 29 GBO dem Grundbuchamt gegenüber durch Vollmachtsurkunde nachzuweisen.

7 Gutachten DNotI-Report 2007, 140 m. w. N. (zur Vor-GmbH).

8 VGH Kassel VersR 2017, 405 m. Anm. *Bürkle*.

9 BGHZ 130, 108 = NJW 1995, 2559 (zur früheren Fassung des § 39 Abs. 1 GenG); BGH NJW-Spezial 2005, 268 = ZIP 2005, 900; OLG Zweibrücken DNotZ 2010, 152 = Rpfleger 2009, 622. Ausführlich *Böhringer* NotBZ 2017, 241.

10 BGH DNotI-Report 2008, 103 = NJW-RR 2008, 1488.

11 BGHZ 130, 108 = NJW 1995, 2559 (zur früheren Fassung des § 39 Abs. 1 GenG).

12 *Suttman*, MittBayNot 2011, 1; *Böhringer*, NotBZ 2017, 241.

## 4. Liquidation

Nach § 88 GenG vertreten die Liquidatoren die Genossenschaft. Tätigen die Abwickler Rechtsgeschäfte, die über den Rahmen des § 88 GenG und damit über den Liquidationszweck hinausgehen, so sind diese nach außen rechtswirksam.<sup>13</sup>

## 5. Nachweis der Vertretungsmacht

### a. Vorstand, Prokura, Liquidatoren

Zum Nachweis der Vertretungsbefugnisse der Vorstandsmitglieder und Prokuristen sowie des Liquidators einer Genossenschaft genügt gemäß § 32 Abs. 1 GBO gegenüber dem Grundbuchamt eine entsprechende Bescheinigung des Notars nach § 21 Abs. 1 BNotO. Diese erbringt den Beweis der verlautbarten Vertretungsbefugnisse und damit auch den Beweis des Bestehens der Genossenschaft. Gemäß § 32 Abs. 1 Satz 3 GBO kann dem Grundbuchamt anstelle der Notarbescheinigung auch ein amtlicher Registerausdruck oder eine beglaubigte Registerabschrift vorgelegt werden. § 32 Abs. 2 GBO eröffnet auch eine Bezugnahmemöglichkeit auf ein elektronisch geführtes Genossenschaftsregister. Bei dieser Bezugnahme sind das registerführende Gericht und das Registerblatt anzugeben. Das Grundbuchamt ist bei einer solchen Bezugnahme zur eigenen Einsichtnahme und Prüfung verpflichtet und kann nicht durch Zwischenverfügung die Vorlage eines beglaubigten Registerauszugs oder einer Notarbescheinigung gemäß § 21 BNotO zum Nachweis der Vertretungsberechtigung verlangen. Die Neufassung von § 32 GBO sieht den Nachweis der Vertretungsberechtigung im Grundbuchverfahren durch ein - bisher schon selten verlangtes - Zeugnis des Genossenschaftsregisters nicht mehr vor. Auch ein Zeugnis nach § 20 Abs. 1 Satz 2 BNotO ist als Nachweis im Grundbuchverkehr nicht mehr zulässig.

### b. Aufsichtsrat

Übt der Aufsichtsratsvorsitzende bei einer Falllage des § 39 GenG die Erklärungsvertretung aus, so genügt es, dass eine vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats unterzeichnete Niederschrift des Beschlusses über die Wahl zum Aufsichtsratsvorsitzenden und der Sachbeschluss des Aufsichtsrats vorgelegt werden und die Unterschrift des Aufsichtsratsvorsitzenden beglaubigt wird.<sup>14</sup>

Ist nach der Satzung der Genossenschaft zulässigerweise kein Aufsichtsrat zu bilden, wird die Genossenschaft nach § 39 Abs. 1 Satz 2 GenG durch einen von der Generalversammlung zu wählenden Bevollmächtigten vertreten, welcher dann organschaftliche Vertretungsmacht hat. Dieser Aufsichtsbvollmächtigte kann auf Dauer bestellt werden und nimmt die gemäß § 39 Abs. 1 Satz 3 GenG obliegende Organfunktion wahr. Die Niederschrift über die Generalversammlung ist nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GenG vom Vorsitzenden der Generalversammlung und den anwesenden Mitgliedern des Vorstands zu unterschreiben und zu verantworten; die Unterschriften der unterzeichnenden Personen sind notariell zu beglaubigen (§ 129 BGB). Ein solches Protokoll ist dem Grundbuchamt als Nachweis der Erklärungsvertretung bei einem Handeln des Bevollmächtigten vorzulegen.

### c. Handlungsbevollmächtigter

Ein Handlungsbevollmächtigter hat im Grundbuchverkehr seine Vollmacht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO dem Notar vorzulegen. Dieser bescheinigt die Tatsache des Besitzes der Vollmacht in der Form des § 29 GBO für das Grundbuchamt ausreichend. Diese Beurkundung kann auch in dem Vermerk über die Unterschriftsbeglaubigung nach §§ 39, 39a BeurkG erfolgen.<sup>15</sup> Diese Urkunde kann der Notar im elektronischen Rechtsverkehr mit dem Grundbuchamt mit einem einfachen elektronischen Zeugnis nach §§ 39a, 42 BeurkG als beglaubigte Abschrift übermitteln und bestätigen, dass ihm die Urschrift bzw. Ausfertigung der Vollmachtsurkunde vorgelegen habe (§ 137 Abs. 1 Satz 1 GBO). Es ist nicht notwendig ist, dass der Notar die Urkunde zunächst in Papierform mit Unterschrift und Siegel errichtet und diese als ein mit einem einfachen elektronischen Zeugnis nach § 39a BeurkG versehenes elektronisches Dokument übermittelt; vielmehr genügt die Übersendung eines mit qualifizierter elektronischer Signatur und dem entsprechenden Notarattribut versehenen elektronischen Dokuments.<sup>16</sup>

Die Handlungsvollmacht kann auch durch eine Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO nachgewiesen werden (§ 34 GBO). Der Notar hat in seiner Bescheinigung den Tag anzugeben, an dem ihm die Vollmachtsurkunde vorgelegen hat und außerdem die Form der Urkunde sowie, ob es sich dabei um ein Original oder eine Ausfertigung handelt. Eine beglaubigte Abschrift der notariellen Bescheinigung ist für den Grundbuchverkehr zulässig. Die Beteiligten und der Notar entscheiden, ob dem Grundbuchamt eine Vollmachtsbescheinigung vorgelegt wird; das Grundbuchamt kann eine solche nicht verlangen.<sup>17</sup>

## IV. Grundbuchfähigkeit

### 1. Eintragung der Vor-eG

Die Vor-Genossenschaft wird generell als grundbuchfähig angesehen. Trotz fehlender Rechtsfähigkeit ist es zulässig, die Vor-Genossenschaft im Grundbuch einzutragen mit der in der Satzung vereinbarten (Sach-)Firma der Genossenschaft mit einem auf das Gründungsstadium hinweisenden Zusatz, etwa "Mustermann Genossenschaft in Gründung, Sitz Musterstadt" ohne Nennung der Namen der Genossen (analoge Anwendung des § 15 Abs. 1 Buchst. b GBV).<sup>18</sup>

13 Meikel/Krause, GBO, 11. Aufl. 2015, § 32 Rn. 37.

14 Ebenso MüKoAktG/Habersack, § 112 Rn. 30; Steiner, BB 1998, 1910. Einzelheiten bei Böhringer, NotBZ 2017, 241.

15 Ebenso Stiegeler, BWNNotZ 1985, 129, 131. Zum Erbschein schon SchlHOLG, Beschl. v. 13.9.1949 – 2 W 357/49, SchlHAnz 1949, 375.

16 OLG Stuttgart BWNNotZ 2018, 10.

17 Ebenso KEHE/Volmer, GBR, § 34 GBO Rn. 3; Demharter, GBO, 30. Aufl. 2016, § 34 Rn. 6.

18 Böhringer, Rpfleger 1988, 446, 448 (zur Vor-GmbH).

## 2. Übergang von Vor-eG auf die eG

Das Ende der Vor-eG tritt ohne Liquidation mit der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister ein, durch welche die Genossenschaft „als solche“ entsteht. Die Eintragung bewirkt einen Formwechsel des identisch bleibenden Rechtsträgers von der Vor-eG zur fertigen Genossenschaft.<sup>19</sup> Damit wird erreicht, daß Grundstücke oder Grundstücksrechte mit der Eintragung der Genossenschaft in das Genossenschaftsregister automatisch dieser Rechtsperson gehören. Rechtsgeschäftlicher Einzelübertragungsgeschäfte z. B. nach §§ 873, 925, 1154 BGB von der Vor-eG auf die entstandene Genossenschaft bedarf es nicht.<sup>20</sup>

War die Vor-eG bisher Inhaber eines im Grundbuch eingetragenen dinglichen Rechts, so ändert sich mit der Eintragung der Genossenschaft in das Genossenschaftsregister nur die nun nicht mehr zutreffende Bezeichnung des Berechtigten im Grundbuch; diese kann insoweit richtig gestellt werden.<sup>21</sup> Das Verfahren zur Richtigstellung ist ein Amtsverfahren; ein Antrag hätte die Bedeutung einer Anregung. Das Strengbeweisverfahren nach § 29 Abs. 1 GBO gilt nicht, demnach genügt der Freibeweis nach §§ 26, 29, 30 FamFG.<sup>22</sup>

Die Rechtspositionen der Vor-eG im Grundbuch werden durch Beseitigung des Gründungszusatzes richtiggestellt.<sup>23</sup> Da es sich nicht um eine Grundbuchberichtigung i. S. v. § 894 BGB, § 22 GBO handelt, kommt es zur Richtigstellung des Grundbuchs in Bezug auf tatsächliche Angaben. Eine steuerrechtlich Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 22 GrEStG ist nicht vorzulegen, da zwischen der Vor-Genossenschaft und der fertigen eG eine rechtliche Identität besteht, insoweit fehlt es an dem vom GrEStG vorausgesetzten Rechtsträgerwechsel.<sup>24</sup> Mangels eines Gebührentatbestands im GNotKG ist die Richtigstellung des Grundbuchs gebührenfrei.

## V. Sonderrecht neue Bundesländer

§ 12 GBBerG bezweckt eine Erleichterung des Grundbuchverkehrs. Bei Fehlen einer entsprechenden Vorschrift müssen die Genossenschaften gemäß § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO die Rechtsnachfolge durch die entsprechenden Urkunden nachweisen. § 12 GBBerG ist daher lex specialis zu § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO und regelt den Nachweis der Rechtsnachfolge bei früheren landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften, gärtnerischen Produktionsgenossenschaften, Fischereigenossenschaften (Produktionsgenossenschaften werktätiger Fischer - PwF), Produktionsgenossenschaften des Handwerks, Genossenschaften der Wohnungswirtschaft (Arbeiterwohnungsbaugenossenschaften – AWG –; gemeinnützige Wohnungsbaugenossenschaften – GWG –), Konsumgenossenschaften, vergleichbaren Genossenschaften oder kooperativen Einrichtungen, die juristische Personen waren. Diese Institutionen konnten sich in der Regel umwandeln in Personen- und Kapitalgesellschaften oder ins Genossenschaftsregister eingetragene Genossenschaften. Diese Genossenschaften oder kooperativen Einrichtungen müssen aber vor dem 3.10.1990 gegründet worden sein.

Zuständig für die Erteilung der Nachfolgebesccheinigung ist das Registergericht, das das Register für den Rechtsnachfolger führt. Die Bescheinigung wird im Original oder in Ausfertigung erteilt. Die Ausfertigung wie auch das Original haben Ort und Tag der Ausstellung anzugeben, sind mit Unterschrift und Gerichtssiegel oder Stempel zu versehen (§ 29 Abs. 3 GBO). Eine beglaubigte Abschrift der Bescheinigung genügt dem Grundbuchamt ebenfalls, weil die Wirkung der Bescheinigung nicht an den Urkundenbesitz geknüpft ist. Die Bescheinigung bezeugt, daß Rechtsnachfolger einer vor dem 3.10.1990 gegründeten (genau bezeichneten) Genossenschaft eine bestimmte, genau nach dem (neuen) Registereintrag bezeichnete Gesellschaft oder Genossenschaft ist. Die Rechtsnachfolgebesccheinigung hat nur für das Grundbuchamt Bedeutung. Dort wird der Nachweis benötigt für die Umschreibung der Eigentumsverhältnisse bzw. sonstiger Rechtsverhältnisse. Bei sachlicher Nachfolge besteht nach § 12 Abs. 2 GBBerG eine Fiktion; das Registergericht (nicht das Grundbuchamt) hat den Sachverhalt zu ermitteln

## VI. Europäische Genossenschaft

### 1. Registereintragung

Die Europäische Genossenschaft (Societas Cooperativa Europaea - SCE) wird entsprechend den für Aktiengesellschaften geltenden Vorschriften in das Register eingetragen (§ 3 Satz 1 SCEAG). In Deutschland wird die SCE in das Genossenschaftsregister eingetragen (§ 26 GenRegV). Der Firma ist der Zusatz „SCE“ voran- oder nachzustellen, etwa so „Volksbank Musterstadt SCE mit Sitz in Musterstadt“ (vgl. auch § 15 Abs. 1 Buchst. b GBV).

### 2. Vertretung

Die SCE unterscheidet sich in ihrer Organisationsstruktur von der nationalen (deutschen) Genossenschaft. Bei der SCE ist die Wahl zwischen zwei Systemen in der Entscheidungsstruktur gegeben. Es kann das dualistische System gewählt werden (Trennung von Geschäftsführung/Vertretung und Überwachung), das weitgehend dem deutschen Genossenschaftsrecht entspricht, oder das monistische System mit einem Verwaltungsrat.

19 BFHE 197, 304 = NotBZ 2002, 152 = ZfIR 2002, 320; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 11 Rn. 151.

20 BGHZ 45, 338 = NJW 1966, 1311 = WM 1966, 571; Böhringer, Rpfleger 1988, 449..

21 Allgemein zur Richtigstellung der Bezeichnung des Berechtigten Böttcher, Rpfleger 2007, 437, 440; Böhringer, BWNNotZ 2016, 154, 163.

22 H. M., OLG Brandenburg NJW-RR 2018, 77 = Rpfleger 2018, 74; OLG München ErbR 2014, 539; OLG Zweibrücken, Rpfleger 2012, 519; OLG Frankfurt FGPrax 2011, 221; OLG Schleswig, Rpfleger 2012, 249; Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl. 2015, § 22 Rn. 88; Schöner/Stöber, GBR, 15. Aufl. 2012 Rn. 291, 995h; Böhringer, BWNNotZ 2016, 154, 159.

23 Böhringer, Rpfleger 1988, 449.

24 BFHE 197, 304 = NotBZ 2002, 152 = ZfIR 2002, 320; OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 1168 = Rpfleger 1995, 346.

**a. Dualistisches System**

Beim dualistischen System gibt es ein Leitungsorgan (vgl. Vorstand) und ein Aufsichtsorgan (vgl. Aufsichtsrat). Das Leitungsorgan muss aus mindestens zwei Personen bestehen (§ 14 SCEAG). Das Leitungsorgan führt die Geschäfte der SCE. Das oder die Mitglieder des Leitungsorgans vertreten die SCE nach außen. Es besteht Gesamtvertretungsrecht. Das Vertretungsrecht ergibt sich aus dem Genossenschaftsregister. Das Aufsichtsorgan überwacht die Geschäftsführung des Leitungsorgans, ist aber selbst nicht berechtigt, die Geschäfte zu führen; eine Vertretung nach außen kommt nur gegenüber dem Mitglied des Leitungsorgans oder seinen Mitgliedern bei Vertragsabschlüssen in Betracht (vgl. § 39 GenG bei nach deutschem Recht gegründeten Genossenschaften).

**b. Monoistisches System**

Nach dem monoistischen System (ist in den meisten anderen EU-Mitgliedsstaaten Standard) besteht nur ein Verwaltungsorgan. Der Verwaltungsrat bestellt einen oder mehrere geschäftsführende Direktoren. Diese führen die Geschäfte der SCE. Die Mitglieder des Verwaltungsorgans vertreten die SCE nach außen und wählen einen Vorsitzenden (§ 23 Abs. 1 Satz 1 SCEAG). Besteht das Verwaltungsorgan aus mehreren Mitgliedern, so vertreten sie die SCE gegenüber Dritten gemeinschaftlich, wenn nicht die Satzung nach dem Recht des Sitzstaates anders lautende Bestimmungen vorsieht. Die Satzung kann bestimmen, dass einzelne geschäftsführende Direktoren allein oder in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zur Vertretung der Europäischen Genossenschaft befugt sind (§ 23 Abs. 2 und 3 SCEAG). Das Vertretungsrecht ergibt sich aus dem Genossenschaftsregister. Gegenüber den geschäftsführenden Direktoren vertritt der Verwaltungsrat nach § 23 Abs. 2 SCEAG die Europäische Genossenschaft gerichtlich und außergerichtlich. Eine Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens ist für geschäftsführende Direktoren nicht möglich.<sup>25</sup>

---

25 Schönert/Stöber, GBR, 15. Aufl. 2012, Rn. 3624a.



## Häufige Vollzugshindernisse im Grundbuchverfahren

### Teil I: Vollzugshindernisse betreffend Anträge auf Eintragungen in Abteilung I

von Bezirksnotarin Bettina Reuber, Frieolzheim

Als erster Beitrag einer Artikelserie erfolgt nachstehend eine Auflistung von Vollzugshindernissen, die bei Anträgen, die Eintragungen in Abt. I des Grundbuchs betreffen, häufig auftreten. Da die Liste als Praxishilfe dienen soll, wird aus Gründen der Übersichtlichkeit auf tiefergehende Betrachtung etwaiger Einzelfälle und Begründungen verzichtet.

- **Vorkaufsrechtsbescheinigung** nach §§ 24 ff. BauGB liegt nicht vor. Beachte: Die Vorlage ist auch notwendig bei Veräußerung eines ideellen Miteigentumsanteils; Ausnahme: Ein genereller Verzicht der Kommune liegt für bestimmte Konstellationen vor, z.B. ein genereller Verzicht für Miteigentumsanteile an Grundstücken, die zusammen mit Eigentumswohnungen veräußert werden und mit dem Hauptvertragsgegenstand in wirtschaftlicher Einheit stehen.
  - **Unbedenklichkeitsbescheinigung** des Finanzamts liegt nicht vor. Beachte: Die Vorlage ist auch notwendig bei Rechtsgeschäften zwischen Verwandten in der Seitenlinie und geschiedenen Ehegatten, gemischten Schenkungen und in der Regel bei Gesellschafterwechseln einer GbR.
  - (Ausschließlich) Notarielles Testament mit Eröffnungsprotokoll wird als **Erbnachweis** vorgelegt, obwohl dieses zum Nachweis der Erbfolge (allein) nicht ausreichend ist, weil z.B. eine Pflichtteilsstrafklausel im Testament enthalten ist.
  - Eine **Erbscheinsausfertigung** wird (nur) in elektronischer Form und nicht in Papierform eingereicht.
  - Handeln eines **Testamentsvollstreckers**: (Formgerechte) Unterlagen zur Amtsannahme fehlen.
  - **GbR** als Vertragsbeteiligter: Erklärungen zu Existenz, Identität und Vertretungsbefugnis fehlen (s. Beschluss des BGH vom 28.04.2011, V Z.B. 194/10).
  - Der Verkäufer ist nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen und Antrag auf Eintragung als Eigentümer liegt dem Grundbuchamt nicht vor (Verletzung **Voreintragungsgrundsatz**).
  - In der Auflassungsurkunde fehlt die Angabe des **Erwerbsverhältnisses**.
  - Die **Auflassung** ist nicht vor einem deutschen Notar erklärt.
  - Bei einer Kaufvertragsabwicklung ohne Eintragung einer Vormerkung und Finanzierungsgrundschuld wird häufig bei Einreichung der Auflassung/Bewilligung versäumt, den **Kaufvertrag** mitvorzulegen.
  - **Veräußerung eines Teilgrundstücks**: Ein Fortführungsnachweis liegt dem Grundbuchamt nicht vor oder ist in der Auflassung nicht bezeichnet. Häufige fehlen eindeutige Angaben, wie der Vollzug des Veränderungsnachweises erfolgen soll (z.B. wird Antrag auf „Vollzug des Veränderungsnachweises“ gestellt, anstelle konkrete Anträge auf Zuschreibung/Vereinigung/Teilung etc. zu stellen)
  - Der Verkäufer ist nur Eigentümer eines **Miteigentumsanteils**, aufgelassen wird jedoch (nach dem Wortlaut der Urkunde) das gesamte Grundstück.
  - Ein landwirtschaftliches Grundstück wird verkauft, **eine Genehmigung nach ASVG** wird nicht vorgelegt und in der Urkunde befinden sich keine Angaben, dass Genehmigungspflichten nicht bestehen.
  - Ein Beteiligter handelt aufgrund **Vollmacht**, diese wird dem Grundbuchamt nicht vorgelegt bzw. eine etwaige Vollmachtenkette ist nicht vollständig nachgewiesen.
  - Ein **Organ einer Handelsgesellschaft** handelt, die Organeigenschaft ist weder durch Notarbescheinigung noch durch begl. Handelsregisterausdruck nachgewiesen noch wird eine HR-Nummer genannt.
  - Eine **Notarbescheinigung nach § 21 BNotO** umfasst nicht alle Teile einer Vertretungskette.
  - Eine **Verwalterzustimmung** nach § 12 WEG ist notwendig, diese und/oder der Verwalternachweis werden nicht vorgelegt.
- Kosten:**
- **Grundstückswert** wird nicht mitgeteilt (insbesondere bei Grundbuchberichtigung nach Ablauf der 2-Jahres-Frist oder bei Schenkungen)
  - Bei der Aufspaltung des Kaufpreises wird nicht zwischen **Zubehör und wesentlichen Bestandteilen** differenziert (beachte: Photovoltaikanlagen können je nach Bauart Zubehör oder wesentlicher Bestandteil sein, genauere Angaben sind deshalb notwendig).
  - Eine **Aufspaltung** der Werte erfolgt nicht. Notwendig ist dies z. B. bei mehreren Erwerbern, sofern Rechte nur an einzelnen Grundstücken eingetragen werden sollen, oder im Falle der Zuständigkeit verschiedener Grundbuchämter.

## Genehmigungen, Bescheinigungen u.a.

*Eine Zusammenstellung von Bezirksnotarin Kerstin Kahlfeld, Sigmaringen*

**Nachfolgende Aufstellung soll eine kurze Übersicht bieten, an welche Nachweise insbesondere bei Anträgen zu denken ist, die Eintragungen in Abt. I des Grundbuchs betreffen. Viele der Bescheinigungen sind jedoch auch für Eintragungen in Abt. II oder III des Grundbuchs relevant.**

*Aufgeführte Landesvorschriften beziehen sich auf Baden-Württemberg.*

<b>Bescheinigung, Genehmigung, sonstige Mitwirkungspflicht</b>	<b>Grundlage</b>	<b>Fundstelle von Ausnahmen</b>	<b>Erläuterungen, Besonderheiten, Einschränkungen</b>
<b>Unbedenklichkeitsbescheinigung</b> des Finanzamts	§ 22 GrEStG	§ 3 GrEStG Erlass des FM BW vom 22.11.1996 mit Ergänzungen Erlass des FM BW vom 06.05.2008	<ul style="list-style-type: none"> <li>Nur bei grunderwerbsteuerbaren Vorgängen zu beachten.</li> <li>Auch bei Erbbaurecht und dinglich gesichertem Sondernutzungsrecht (§ 15 WEG, § 1010 BGB) erforderlich (§ 2 GrEStG).</li> <li>Grenzwert von 2.500 EUR gilt bei Bruchteilsgemeinschaft pro Veräußerer bzw. Erwerber, bei Gesamthandsgemeinschaft pro Gemeinschaft.</li> </ul>
<b>Vorkaufsrechtsbescheinigung</b> nach BauGB	§§ 24, 25 BauGB	§ 26 BauGB § 28 Abs. 2 S. 2 BauGB	<ul style="list-style-type: none"> <li>Vorkaufsrechte sind nur bei <u>Kauf</u>verträgen zu beachten.</li> <li>Nicht bei Erbbaurecht, Wohnungs-/Teileigentum erforderlich.</li> <li>Nicht bei Verkauf an Ehepartner, Verwandte/Verschwägerte in gerader Linie, Verwandte/Verschwägerte bis zum dritten Grad in der Seitenlinie erforderlich.</li> <li>Kein Vorkaufsrecht besteht bei Zwangsversteigerung oder bei Verkauf durch Insolvenzverwalter.</li> </ul> <p><i>Anmerkung:</i> Vorkaufsrechte nach <b>LWaldG</b>, <b>NatschG</b>, <b>Wassergesetz</b> sind durch das Grundbuchamt nicht zu beachten, Bescheinigungen hierzu sind daher nicht vorzulegen.</p>
Genehmigung nach <b>ASVG</b>	§ 3 ASVG	§§ 1, 4 ASVG	<ul style="list-style-type: none"> <li>Auch bei Bestellung eines Erbbaurechts oder Nießbrauchs sowie ggf. bei Veräußerung eines Erbteils erforderlich.</li> <li>Bei Veräußerung der Hofstelle oder eines Wirtschaftsgebäudes: Genehmigungspflicht unabhängig von der Grundstücksgröße.</li> <li>Bei Veräußerung von Weinbau- oder Gartenbauflächen: Genehmigungspflicht ab 50 Ar (Gesamt-)Grundstücksgröße.</li> <li>Bei Veräußerung sonstiger land- oder forstwirtschaftlich nutzbarer Flächen: Genehmigungspflicht ab 1 ha (Gesamt-)Grundstücksgröße.</li> <li>In bestimmten Bezirken ist gemäß § 2 ASVG bereits ab einer Grundstücksgröße von 10 Ar eine Genehmigung erforderlich.</li> <li>Bei Beteiligung Gemeinde oder Kirche ggf. eingeschränkte Genehmigungspflicht.</li> <li>Keine Genehmigungspflicht bei Beteiligung Bund oder Land als Vertragsteil.</li> </ul>
<b>Teilungsgenehmigung</b> nach LWaldG	§ 24 LWaldG	§ 24 Abs. 3 LWaldG § 45 Abs. 6 i.V.m. § 3 LWaldG	<ul style="list-style-type: none"> <li>Nicht zu beachten bei Teilung von Staatswald des Landes.</li> <li>Nicht zu beachten bei Teilung im Flurbereinigungsverfahren.</li> </ul> <p><i>Anmerkung:</i> Die früheren Teilungsgenehmigungen nach <b>BauGB</b> oder <b>LBO</b> sind durch das Grundbuchamt nicht zu beachten, Bescheinigungen hierzu sind daher nicht vorzulegen.</p>

<b>Bescheinigung, Genehmigung, sonstige Mitwirkungspflicht</b>	<b>Grundlage</b>	<b>Fundstelle von Ausnahmen</b>	<b>Erläuterungen, Besonderheiten, Einschränkungen</b>
<b>Sanierungs-genehmigung</b>	§ 144 BauGB	§ 144 Abs. 4 BauGB	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Bereits ab <u>Bekanntmachung</u> des Sanierungsverfahrens erforderlich.</li> <li>• Nur bei rechtsgeschäftlicher Veräußerung zu beachten.</li> <li>• Auch bei Bestellung und Veräußerung Erbbaurecht, Veräußerung Wohnungs-/Teileigentum, Belastung und Teilung von Grundstücken, Verpfändung.</li> <li>• Keine Genehmigung erforderlich für die Aufteilung in Wohnungseigentum (soweit hierbei keine vorherige Übertragung von Miteigentumsanteilen erfolgt) und für die Eintragung einer Eigentumsvormerkung oder Zwangshypothek sowie für die Übertragung und Aufhebung von Belastungen.</li> <li>• Keine Genehmigungspflicht bei Beteiligung einer Kommune als Vertragsteil.</li> </ul>
Genehmigung nach § 51 BauGB ( <b>Bau-landumlegung</b> )	§ 51 BauGB		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Bereits ab <u>Bekanntmachung</u> des Umlegungsbeschlusses erforderlich.</li> <li>• Genehmigung ist erforderlich für die Teilung eines Grundstücks und die Verfügung über ein Grundstück oder Grundstücksrecht (Begründung, Belastung, Übertragung, Aufhebung).</li> <li>• Bei gleichzeitigem Sanierungsverfahren ist eine Genehmigung nach § 51 BauGB nur insoweit erforderlich, als keine Genehmigungspflicht nach § 144 BauGB besteht.</li> </ul>
Genehmigung nach § 169 BauGB (städtebaulicher <b>Entwicklungs-bereich</b> )	§ 169 BauGB		<ul style="list-style-type: none"> <li>• § 169 Abs. 1 verweist auf § 144 BauGB (Sanierungsgenehmigung), siehe daher dort</li> </ul>
Genehmigung nach § 22 BauGB ( <b>Fremden-verkehrsgebiet</b> )	§ 22 BauGB		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Soweit durch Gemeindegatsatz vorgesehen, ist die Bildung und (Unter-)Teilung von Wohnungs-/ Teileigentum, Begründung von Wohnungs-/Teilerbbaurechten oder Dauerwohn-/nutzungsrechten genehmigungspflichtig. Gleiches gilt für die Begründung von Bruchteilseigentum, wenn zugleich durch Regelung nach § 1010 BGB einem Miteigentümer Räume zur ausschließlichen Benutzung zugewiesen werden und die Aufhebung der Gemeinschaft ausgeschlossen wird, sowie für die nachträgliche Begründung einer solchen §1010-Regelung.</li> <li>• Die Errichtung einer entsprechenden Satzung ist gemäß § 22 Abs. 2 BauGB durch die Gemeinde unter Bezeichnung der betroffenen Grundstücke dem Grundbuchamt mitzuteilen.</li> </ul>
Genehmigung nach <b>HofgutG</b> Baden	§§ 2, 3 HofgutG BA		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Die Genehmigung des Landwirtschaftsamts ist erforderlich bei Einverleibung oder Zuschreibung eines Grundstücks zu einem geschlossenen badischen Hofgut sowie zur Aufhebung des Hofguts.</li> <li>• Keine Genehmigung erforderlich für die Abschreibung von Grundstücken und die Zerlegung in mehrere Hofgüter.</li> <li>• Eine Belastung einzelner Flurstücke des geschlossenen Hofguts ist nur mit Grunddienstbarkeiten, beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, Nießbrauch und Eigentumsvormerkungen möglich. Die Eintragung anderer Rechte, somit Grundpfandrechte und Reallasten (z.B. auch als Teil eines Leibgedings) ist nur als Belastung des gesamten geschlossenen Hofguts möglich, anderenfalls ist eine vorherige Abschreibung / Lostrennung erforderlich.</li> <li>• Die Eintragung einer Zwangshypothek ist auf dem gesamten geschlossenen Hofgut möglich, da es sich gem. § 5 S. 1 HofgutG BA um ein Grundstück im Rechtssinn handelt.</li> </ul>

<b>Bescheinigung, Genehmigung, sonstige Mitwirkungspflicht</b>	<b>Grundlage</b>	<b>Fundstelle von Ausnahmen</b>	<b>Erläuterungen, Besonderheiten, Einschränkungen</b>
Zustimmung nach <b>WEG</b>	§ 12 WEG		<ul style="list-style-type: none"> <li>Die Reichweite einer Genehmigungspflicht ergibt sich aus der Teilungserklärung.</li> </ul>
Zustimmung nach <b>Erbbaurecht</b>	§ 5 ErbbauRG		<ul style="list-style-type: none"> <li>Die Reichweite einer Genehmigungspflicht ergibt sich aus dem Erbbaurechtsvertrag.</li> </ul>
<b>Kirchenrechtliche</b> Genehmigung	§ 50 KGO-ev.; § 78 Abs. 3 KGO-kath.-Diözese Rottenburg-Stuttgart; § 22 KVO III-kath.-Diözese Freiburg i.Br. i.V.m. § 7 KVO V; etc.		<ul style="list-style-type: none"> <li>Kirchenrechtliche Genehmigungspflichten werden als Einschränkung der Verfügungsbefugnis betrachtet und sind daher dem Grundbuchamt nachzuweisen.</li> </ul>
<b>Betreuungsgerichtliche</b> Genehmigung	§ 1908i i.V.m. § 1821 BGB		<ul style="list-style-type: none"> <li>Die Genehmigung wird gemäß 40 Abs. 2 FamFG erst mit der Rechtskraft wirksam, es ist daher ein Rechtskraftvermerk erforderlich. Ein erforderlicher Zugang an den Vertragspartner muss nach Rechtskraft erfolgt sein.</li> <li>Eine etwaige Doppelvollmacht muss zum Zeitpunkt der Vollmachtausübung noch bestehen.</li> </ul>
<b>Familiengerichtliche</b> Genehmigung	§ 1643 BGB, §§ 1821 f. BGB		<ul style="list-style-type: none"> <li>vgl. betreuungsgerichtliche Genehmigung</li> </ul>
<b>Nachlassgerichtliche</b> Genehmigung	§ 1915 i.V.m. §§ 1821 f. BGB		<ul style="list-style-type: none"> <li>vgl. betreuungsgerichtliche Genehmigung</li> </ul>
Zuteilung im <b>Flurbereinigungs</b> verfahren	§ 61 S. 2 FlurbG		<ul style="list-style-type: none"> <li>Bereits ab dem in der <u>Ausführungsanordnung bestimmten Zeitpunkt</u> zu beachten.</li> </ul> <p><i>Anmerkung:</i> Es handelt sich nicht um eine Genehmigungspflicht, vielmehr liegt Unwirksamkeit etwaiger Verfügungen über den Altbestand vor.</p>
Bei eingetragenem <b>Herrscher</b> vermerk: Zustimmung der Gläubiger des berechtigten Grundstücks	§ 876 S. 2 BGB, § 21 GBO		<ul style="list-style-type: none"> <li>Wenn im Grundbuch ein Herrschervermerk eingetragen wurde, ist dem Grundbuchamt die Mitwirkung der Gläubiger des berechtigten Grundstücks bei der Aufhebung des Rechts nachzuweisen. Ebenso bei Rangrücktritt, Inhaltseinschränkung oder Teillöschung, soweit kein Unrichtigkeitsnachweis geführt ist.</li> </ul>
Verfügungsbefugnis des <b>Testamentsvollstreckers</b>	§§ 2211, 2205 BGB		<ul style="list-style-type: none"> <li>Soweit die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers reicht, steht dem Erben keine Verfügungsbefugnis zu.</li> </ul>
Verfügungsbefugnis des <b>Insolvenzverwalters</b>	§ 80 InsO		<ul style="list-style-type: none"> <li>Soweit die Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters reicht, steht dem Schuldner keine Verfügungsbefugnis zu.</li> <li>Während des Eröffnungsverfahrens ist u.U. noch der Schuldner verfügungsbefugt und benötigt ggf. nur eine Mitwirkung des Insolvenzverwalters.</li> </ul>

<b>Bescheinigung, Genehmigung, sonstige Mitwirkungspflicht</b>	<b>Grundlage</b>	<b>Fundstelle von Ausnahmen</b>	<b>Erläuterungen, Besonderheiten, Einschränkungen</b>
Vollstreckungsverbot in	§ 89 InsO		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Vollstreckungsverbot gilt bei Regelinsolvenzverfahren (Unternehmen und jur. Personen) bis zum Schlusstermin, bei Verbraucherinsolvenzverfahren <b>bis zur Restschuldbefreiung</b>, sofern diese vorgesehen ist. Das Vollstreckungsverbot ist auch dann zu beachten, wenn der Insolvenzvermerk bereits gelöscht wurde.</li> <li>• Mit wirksamer Freigabe des Grundstücks entfällt die Einschränkung.</li> <li>• Massegläubiger und Neugläubiger können auch während des Verfahrens sowohl in freies als auch in insolvenzbefangenes Vermögen vollstrecken.</li> </ul>
Genehmigung während <b>Enteignungsverfahren</b>	§§ 108, 109 BauGB sowie ggf. Landesrecht		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Soweit eine Genehmigungspflicht vorliegt, gilt diese ggf. unabhängig von der Eintragung eines Enteignungsvermerks.</li> </ul>
Genehmigung nach <b>BBergG</b>	§ 23 BBergG		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Zur rechtsgeschäftlichen Veräußerung von Bergwerkseigentum ist die Genehmigung der nach § 142 BBergG zuständigen Behörde erforderlich.</li> </ul>
Genehmigung nach <b>VAG</b>	§§ 70-72 VAG		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Über zum Deckungsstock gehörende Grundstücke und Buchgrundpfandrechte von Versicherungsunternehmen darf nur mit Zustimmung des zuständigen Treuhänders verfügt werden.</li> </ul>
Genehmigung nach <b>InvG</b>	§§ 26 Abs. 1 Nr. 3 u. 4 InvG		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Das zum Immobilien-Sondervermögen gehörende Grundeigentum von Kapitalanlagegesellschaften darf nur mit Zustimmung der zuständigen Depotbank veräußert oder belastet werden.</li> </ul>
Genehmigung nach <b>GemO</b>	§ 87 Abs. 6 GemO, § 88 Abs. 1 GemO, § 117 GemO	VwV-Freigrenzen	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Gemeinden können Grundpfandrechte nur mit Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde (§ 119 GemO) bestellen. Dies gilt auch für Finanzierungsrechte des Erwerbers.</li> <li>• Allgemeine Erteilung von Genehmigungen (z.B. auch für den Erwerb eines mit einem Grundpfandrecht belasteten Grundstücks) s. VwV Freigrenzen.</li> </ul>
Genehmigung nach <b>HandwO</b>	§§ 61 Abs. 2 Nr. 7, Abs. 3 HandwO		<ul style="list-style-type: none"> <li>• <u>Handwerksinnungen</u> (außer Landes- und Bundesinnungsverbände) können Grundstücke nur mit Genehmigung der Handwerkskammer erwerben, veräußern oder belasten.</li> <li>• <u>Handwerkskammern</u> können Grundstücke nur mit Genehmigung der obersten Landesbehörde belasten. Erwerb und Veräußerung von Grundstücken durch Handwerkskammern ist genehmigungsfrei.</li> </ul>
Genehmigung nach <b>SGB IV</b>	§ 85 Abs. 1 SGB IV		<ul style="list-style-type: none"> <li>• Der Erwerb von Grundeigentum durch Sozialversicherungsträger bedarf der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde.</li> <li>• Veräußerung und Belastung sind genehmigungsfrei.</li> <li>• Da der im Gesetz geregelte Grenzwert für die Genehmigungsfreiheit von Grundstückserwerb nicht durch das Grundbuchamt geprüft werden kann, ist bei jedem Erwerb eine Genehmigung bzw. ein Negativattest erforderlich.</li> </ul>

Nachstehende Aufstellung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, weder hinsichtlich der Genehmigungspflichten überhaupt noch hinsichtlich des Umfangs der aufgeführten Genehmigungspflichten oder der Reichweite von Befreiungen. Aus Gründen der Übersichtlichkeit wird auf tiefergehende Betrachtung etwaiger Einzelfälle oder Ausnahmen verzichtet.

## Mit oder ohne Auflassung?

### Anmerkung zu BGH, Urt. v. 14.09.2018 – V ZR 213/17

von Dr. Peter Becker, Notar in Schwäbisch Gmünd

#### I. Einleitung

Aktuell hat der BGH (Vorinstanz: OLG Stuttgart) entschieden, dass Änderungen eines Grundstückskaufvertrags nach erklärter Auflassung formfrei möglich sind, wenn die Auflassung bindend geworden ist (§ 873 Abs. 2 BGB). Diese zum Bauträgerrecht ergangene Entscheidung betont die Zäsurwirkung der Auflassung (§ 925 BGB) im Rahmen der Abwicklung des Grundstückskaufvertrags. So findet auf vorher vereinbarte Änderungen des Grundstückskaufvertrages grds. § 311b Abs. 1 BGB Anwendung, wenn diese Änderungen nicht lediglich der Beseitigung einer bei der Abwicklung des Geschäfts aufgetretenen (unvorhersehbaren) Schwierigkeit dienen, ohne jedoch die beiderseitigen Verpflichtungen wesentlich zu verändern.<sup>1</sup> Schon aufgrund des wertungsoffenen Begriffs der „wesentlichen Veränderung“ sollte hier gleichwohl in der notariellen Praxis als sicherster Weg stets zur notariellen Beurkundung geraten werden. Änderungsvereinbarungen nach erklärter Auflassung sind nach dem BGH dagegen nicht mehr formbedürftig, wenn und weil mit der bindend gewordenen Auflassung die zur Eigentumsverschaffung erforderliche Leistungshandlung des Eigentümers erbracht wurde. Als Gegenausnahmen führt der BGH die Begründung neuer, selbständiger Erwerbs- bzw. Veräußerungspflichten an, für die wiederum § 311b Abs. 1 BGB gilt.<sup>2</sup> Trotz der Kritik in der Literatur<sup>3</sup> hat der BGH diese Rspr erneut bestätigt und sie ausdrücklich auch auf das sog. „Bewilligungsmodell“ und die sog. „Ausfertigungssperre“ erstreckt.<sup>4</sup> Der BGH sieht diese nur als „vollzugstechnische Abreden“ und auch hierin eine ohne Vorbehalt und damit verbindlich erklärte Auflassung.

An dieser Stelle soll diese – (wohl) als gefestigt zu bezeichnende höchstrichterliche Rspr – nicht argumentativ angegriffen werden, sondern die gängigen Abwicklungsmodelle, insbesondere im Bereich des Verbraucherimmobilienvertrags (z.B. Bauträgerkauf) hinterfragt werden. Die Schutzfunktion der ausgesetzten Auflassung überwiegt m.E. hier die kostenrechtlichen Vorteile anderer Vollzugsmodelle.

#### II. Abwicklungsmodelle

Grundsätzlich unterscheidet man in diesen Zusammenhang fünf Abwicklungsmodelle, die allesamt das Ziel verfolgen, eine Zug-um-Zug Abwicklung des Immobilienkaufvertrags zu ermöglichen:

##### 1. Getrennte Beurkundung der Auflassung

Die getrennte Beurkundung der Auflassung ist das klassische Modell, das in der Praxis des modernen Notariats nur noch

selten zum Einsatz kommt. Dies v.a. deshalb, weil die zusätzliche Kostenbelastung des Erwerbers dazu geführt hat, dass in der Rspr der Oberlandesgerichte die getrennte Beurkundung der Auflassung sogar als „unrichtige Sachbehandlung“ i.S.d. § 21 Abs. 1 GNotKG angesehen wurde.<sup>5</sup> Vor dem Hintergrund der aktuellen Entscheidung des BGH und der der ausgesetzten Auflassung immanenten Schutzwirkung der v.a. wirtschaftlich schwächeren Partei vor formfreien, uU auch konkludenten, Änderungen des Grundstückskaufvertrags ist diese Rspr mE jedoch nicht mehr haltbar. *Hertel* sieht daher zu Recht als gewichtigsten Nachteil der ausgesetzten Auflassung das erhöhte Prozesskostenrisiko an.<sup>6</sup> Daneben weist er zu Recht auf die Gefahr der Verjährung des Anspruchs auf Eigentumsverschaffung gemäß § 196 BGB und die mögliche Haftung der hier – aufgrund zulässiger – Vollzugsvollmacht handelnden Notarangestellten hin.

##### 2. Ausfertigungssperre

Die getrennte Ausfertigung der Auflassung, die sich technisch etwa dadurch absichern lässt, dass die Auflassung in eine Anlage zur Urkunde gemäß § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG ausgelagert wird, birgt v.a. Haftungsgefahren für den Notar, wenn beglaubigte Abschriften oder Ausfertigungen – entgegen der Weisung an den Notar – dennoch mit Auflassung in der Rechtsverkehr gelangen. Daneben muss die Ausfertigungssperre als solche auch eindeutig erkennbar sein, damit sie in der Rspr nicht mit Begründung einer – jedenfalls in AGB problematischen - materiell-rechtlichen Vorleistungspflicht verwechselt wird.<sup>7</sup> Spätestens seit der aktuellen Entscheidung des BGH ist klar, dass die Lösung der Ausfertigungssperre auch den Verlust der Schutzfunktion des Formgebots des § 311b Abs. 1 BGB zur Folge hat.

##### 3. Bewilligungslösung; Antragsverzichtslösung

Bei der Bewilligungslösung wird im Vertrag klargestellt, dass die Auflassung (§§ 873, 925 BGB; 20 GBO) nicht zugleich die hiervon zu unterscheidende Eintragungsbewilligung des

1 Hierzu etwa: BGH NJW 1986, 2759 (2760); DNotZ 1988, 548; NJW 1996, 453; NJW 2001, 1932.

2 BGH NJW 1988, 2237 (Rückkaufsverpflichtung).

3 Vgl. etwa *Kanzleiter* in: MüKo, Bd. 2, 7. Aufl., 2016, § 311b BGB, Rn. 59.

4 Rn. 21 f. des Urteils

5 Z.B. OLG Düsseldorf DNotZ 1981, 74; DNotZ 1990, 674; dasselbe DNotZ 1996, 342, OLG Köln NJW-RR 1997, 1222 und OLG Frankfurt DNotZ 1990, 674.

6 *Hertel* in: Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl., S. 641 f.

7 *Hertel* in: Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl., S. 642 unter Hinweis auf BGH DNotZ 2002, 41.

Verkäufer gemäß § 19 GBO enthält. Zu deren Erklärung wird vielmehr der vollziehende Notar bevollmächtigt. Als Einwand gegen diese Lösung trägt nicht mehr, dass die Auflassung stets auch die Eintragungsbewilligung enthalte, da dieses Argument der gesetzlichen Systematik der §§ 19 und 20 GBO widerspricht.

Gegen diese Lösung spricht jedoch ebenfalls der Verlust der Schutzfunktion des Formgebots des § 311b Abs. 1 BGB.

Ergänzt wird diese Lösung häufig durch einen nur schuldrechtlich wirkenden Verzicht auf das Antragsrecht gemäß § 13 GBO durch den Erwerber.<sup>8</sup>

#### 4. Kombinationslösung

Denkbar ist natürlich auch eine Kombination der Lösungen 2 und 3, wie dies etwa *Hertel* im Würzburger Notarhandbuch<sup>9</sup> vorschlägt.

#### 5. Karlsruher Modell

Das sog. „Karlsruher Modell“ ist dagegen weniger bekannt.<sup>10</sup> Es stellt sich als materiell-rechtliche Spiegelung der Bewilligungslösung dar. Bei diesem wird die Auflassung durch den Käufer als Vertreter ohne Vertretungsmacht des Veräußerers erklärt und die Nachgenehmigung zu getrennter Urkunde des vollziehenden Notars erklärt und der Notar angewiesen von dieser erst nach schriftlicher Zahlungsbestätigung Gebrauch zu machen. Hierzu folgendes Formulierungsbeispiel:

Formulierungsbeispiel – „Karlsruher Modell“:

##### § X Auflassung

„(1) Die Auflassung zur Übertragung des Eigentums wird heute nur vom Käufer erklärt. Er handelt dabei sowohl im eigenen Namen als auch für den Verkäufer in fremden Namen in Vertretung ohne Vertretungsvollmacht vorbehaltlich des Eingangs der Genehmigungserklärung des Verkäufers beim Grundbuchamt. Der Verkäufer unterzeichnet heute eine getrennte Genehmigungserklärung und belässt diese dem Notar zu treuen Händen. Die Beteiligten weisen den Notar an, sie dem Grundbuchamt erst dann vorzulegen, wenn ihm der Verkäufer die vollständige Zahlung des Kaufpreises schriftlich mitgeteilt hat. Ein Formblatt für diese Mitteilung wird dem Verkäufer ausgehändigt. Bei mehreren Verkäufern, die sich hiermit gegenseitig zur Anzeige Vollmacht erteilen, genügt eine Anzeige durch einen Verkäufer. Der Nachweis der Kaufpreiszahlung kann auch auf andere Weise, z.B. durch das überweisende oder empfangende Geldinstitut, erfolgen.

(2) Der Käufer erklärt hiermit im eigenen Namen und als Vertreter ohne Vertretungsmacht für den Verkäufer die Einigung der Beteiligten über alle Eigentumsübergänge in die Urkunde gemäß dem angegebenen Erwerbsverhältnis und bewilligt den Vollzug.

(3) Der Notar wird allseits beauftragt und bevollmächtigt, sodann bei der Vorlage der Genehmigungserklärung an das Grundbuchamt den Vollzug der Eigentumsumschreibung und die Löschung der Auflassungsvormerkung des Käufers zu beantragen. Befreiung von § 181 BGB ist allseits erteilt. Die Genehmigung gilt mit ihrem Eingang beim Grundbuchamt allseits als zugegangen.“

Wie die getrennte Beurkundung der Auflassung (hier: KV 21101 GNotKG) hat auch das Karlsruher Modelle – jedoch geringere - Kostennachteile für den Erwerber gegenüber einer mitbeurkundeten Auflassung, da Gebühren für die Beglaubigung der Nachgenehmigung des Veräußerers (hier: KV 25100 GNotKG) entstehen. Unterzeichnet der Veräußerer die Nachgenehmigung sofort nach der Beurkundung, kommt es allerdings auch hier zu einer Bindung an die Auflassung gemäß § 873 Abs. 2 BGB und damit zum Verlust der Schutzfunktion des § 311b Abs. 1 BGB.

### III. Verbraucherschutz durch ausgesetzte Auflassung

Vergleicht man diese Vollzugsmodelle unter dem Blickwinkel des Schutzes des wirtschaftlichen Schwächeren kann nur die ausgesetzte Auflassung diesen Schutz verwirklichen. Sie erhält durch die Geltung des Formgebots des § 311b Abs. 1 BGB die Funktionen der Beurkundung (v.a. Schutz vor übereilung, Warnfunktion, Beweisfunktion, Schutzfunktion) über den Abschluss des Vertrags hinaus für die Vollzugsphase. Durch eine Verlängerung des Anspruchs des Erwerbers auf Eigentumsverschaffung auf eine Verjährungsfrist von bis 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn kann die von *Hertel* angesprochene Verjährungsproblematik aufgegriffen werden. Dem Haftungsrisiko der Notarangestellten kann durch eine ausdrückliche Anweisung zur Beurkundung der Auflassung in der Zahlungsbestätigung des Veräußerers begegnet werden. Damit verbleibt der beschriebene Kostennachteil. Dieser wird mE aber bei punktuellen Einsatz diesen Instruments in Fällen ungleicher Verhandlungsposition, wie im Bauträgerrecht, durch die Vorteile der Geltung des § 311b Abs. 1 BGB aufgewogen. Die Abwicklungsmethode sollte daher im Einzelfall mit Bedacht ausgewählt werden. Für den Immobilienkaufvertrag zwischen zwei Verbrauchern oder zwei Unternehmen leistet die Bewilligungs- bzw. Ausfertigungslösung oder eine Kombination aus beiden gute Dienste. Im Verbraucherimmobiliengeschäft sollte dagegen die ausgesetzte Auflassung gewählt werden um den Verbraucher vor unüberlegten Vertragsänderungen zu schützen. In der eingangs zitierten Entscheidung des BGH kam ihm diese Änderung freilich zugute. Doch wird dies sicher nicht der Regelfall der nachträglichen Änderung eines Bauträgervertrags sein!

<sup>8</sup> Vgl. *Reetz* in: BeckOK GBO, 33. Edition, Stand: 01.09.2018, § 13 GBO, Rn. 122.

<sup>9</sup> *Hertel* in: Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl., S. 644.

<sup>10</sup> Vgl. *Kehrer/Bühler*, Notar und Grundbuch, Formular-Handbuch, Bd. 1, Muster 11.

# Die Auflassung als Grenze der notariellen Beratung

## Anmerkung zu BGH, Urteil vom 14.09.2018 – V ZR 213/171

von Notarassessor Anton Gordon LL.M., Mühlacker

### I. Einleitung

In dem angeführten Urteil hat der BGH seine Rechtsprechung bestätigt, wonach Änderungen eines Grundstückskaufvertrages grds. nach § 311 b Abs. 1 BGB ebenfalls der notariellen Beurkundung bedürfen, es sei denn, die von den Parteien erklärte Auflassung ist gemäß § 873 Abs. 2 BGB bindend geworden. Ist dies der Fall, so sind Änderungen formfrei möglich, was freilich nicht gilt, wenn neue selbstständige Erwerbs- bzw. Veräußerungspflichten begründet werden.<sup>2</sup> Im konkreten Fall haben die Parteien einen Bauträgervertrag geschlossen, in diesem die Auflassung erklärt, und die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch beantragt, wobei der Notar abgewiesen wurde eine beglaubigte Abschrift bzw. Ausfertigung der Urkunde erst dann zu erteilen, wenn diesem die Zahlung des geschuldeten Kaufpreises nachgewiesen worden ist. Sodann vereinbarten die Parteien schriftlich eine Kaufpreisermäßigung, da bestimmte Arbeiten entgegen der ursprünglichen Vorstellung der Parteien nicht mehr notwendig waren. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz<sup>3</sup> und der wohl herrschenden Meinung in der Literatur<sup>4</sup> sieht der BGH die nachträgliche Kaufpreisermäßigung als wirksam an und erstreckt somit seine bisherige Rechtsprechung auf solche Vertragsgestaltungen, bei denen die Auflassung bereits im Kaufvertrag erklärt wird, deren grundbuchlicher Vollzug aber durch unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten bis zur Bestätigung der vollständigen Kaufpreiszahlung aufgeschoben wird.<sup>5</sup>

Der Entscheidung des BGH kann in wesentlichen Punkten nicht zugestimmt werden. Dabei sollen an dieser Stelle nicht die materiell-rechtlichen Argumente für und wider die Formbedürftigkeit dargelegt und erörtert werden. Vielmehr soll die Entscheidung aus beurkundungsrechtlicher Perspektive und dabei vor allem im Hinblick auf § 17 Abs. 1 BeurkG untersucht werden. Denn seit der letzten Entscheidung des BGH zu dieser Thematik<sup>6</sup> haben sich nicht nur die Gestaltungsmöglichkeiten betreffend die Auflassung gewandelt. Auch die Kasuistik und die Anforderungen an die notarielle Beratung haben sich grundlegend verändert.

### II. Die notarielle Beurkundung als Verbraucherschützendes Instrument

Der vom BGH entschiedene Fall war insofern besonders, als dort der Verbraucher von der Kaufpreisreduzierung profitiert hat, der Unternehmer hingegen Einbußen hinnehmen musste. Verallgemeinerungsfähig ist dieser Fall jedoch nicht. Vielmehr ist es in der Praxis so, dass nachträgliche Änderungen regelmäßig vom, in der Sache häufig erfahreneren, Unter-

nehmer ausgehen, und der Verbraucher froh ist keine weiteren Notarkosten zahlen zu müssen. Aber auch außerhalb des Verbrauchervertrages dient die notarielle Beurkundung und das im notariellen Vertrag angelegte Verfahren nicht nur der Belehrung der Beteiligten im Vorfeld der Vertragsschließung, sondern auch der reibungslosen Abwicklung des Erwerbs.<sup>7</sup> Gerade letzteres ist mit Bezug auf das besprochene Urteil problematischer geworden.

#### 1. Das Verfahren als Schutzmechanismus

Dabei sind nachträgliche Änderungen betreffend des Kaufpreises in der Tat solche welche der notariellen Beratung am wenigsten zugänglich sind, problematischer sind hingegen Änderungen der Modalitäten der einzelnen Leistungspflichten. Regelmäßig ist ein notarieller Grundstückskaufvertrag so gestaltet, dass die einzelnen Vollzugsschritte so aufeinander aufbauen, dass keine Partei ungesichert vorleistet, und am Ende die jeweiligen Pflichten aus § 433 BGB ohne Risiko erfüllt werden. Dabei soll der Käufer den Kaufpreis erst bezahlen, wenn alle Fälligkeitsvoraussetzungen erfüllt sind, und vor allem die Auflassungsvormerkung eingetragen ist.<sup>8</sup> Der Verkäufer soll den Besitz an dem Kaufobjekt erst übergeben, wenn der vereinbarte Kaufpreis vollständig bezahlt ist. Diese Grundsätze gelten beim normalen Grundstückskaufvertrag und im Wesentlichen auch beim Bauträgervertrag und somit unabhängig von dem Vorliegen einer Verbraucherkonstellation.

In der Praxis besteht oft das Bedürfnis, von dem oben dargestellten Ablauf abzuweichen was im Einzelfall auch den Interessen der Beteiligten entsprechen wird. Ist ein solcher Umstand dem Notar bekannt, so muss er die Beteiligten über die damit verbundenen Risiken aufklären, und alternative Gestaltungsmöglichkeiten aufzeigen<sup>9</sup>. Diese Pflicht gilt auch nach der Beurkundung fort, wenn sich ein solcher Umstand erst nach der Beurkundung ergibt, und der Notar von diesem Kenntnis erlangt.<sup>10</sup>

1 in diesem Heft S. 133

2 BGH, Urteil vom 14.09.2018 – V ZR 213/17 Rn. 6

3 OLG Stuttgart Urteil vom 26.09.2017 – 10 U 140/16 (NotBZ 2018, 191; RNotZ 2018, 316)

4 vgl. etwa Schumacher in Staudinger (2012) BGB, § 311 b) Abs. 1 Rn. 207 ff.; Kanzleiter in MüKo BGB, Bd. 2 7. Aufl. 2016, § 311 b) Rn. 59

5 zu den einzelnen Gestaltungsmöglichkeiten vgl. Becker, BWNNotZ 2018, S. 118 (in diesem Heft)

6 wohl BGH Urteil vom 28. September 1984 - V ZR 43/83

7 vgl. Regler in beck-online.GROSSKOMMENTAR BeurkG, § 17, Rn. 63

8 zu den Fälligkeitsvoraussetzungen im Einzelnen vgl. etwa Krauß in Beck'sches Notarhandbuch 6. Aufl. AI. Rnn. 93 ff.

9 vgl. Regler in beck-online.GROSSKOMMENTAR BeurkG, § 17, Rn. 66

10 BGH DNotZ 1996, 118 (119)



Allerdings trifft den Notar nicht die Pflicht über solche Risiken aufzuklären, die sich ergeben könnten, wenn die Parteien von dem im Vertrag vereinbarten Ablauf abweichen. Selbst wenn der Notar im Einzelfall seiner Aufklärungs- und Beratungspflicht vollumfassend nachkommt, kann er, gerade beim Bauträgervertrag, nicht alle Eventualitäten berücksichtigen, welche die Beteiligten später dazu bewegen können den Vertrag zu ändern. Vereinbaren die Parteien daher nach erfolgter Beurkundung des Kaufvertrages und der Auflassung eine Änderung des oben dargelegten Ablaufs z.B. durch die Vereinbarung des Besitzübergangs noch vor Kaufpreiszahlung (weil der Käufer zum Beispiel seine Mietwohnung bereits gekündigt hat, und die Fälligkeit länger gedauert hat, als ursprünglich angenommen), so liegt nach dem BGH eine wirksame Nachtragsvereinbarung vor. Wird eine solche aber ohne Einbeziehung bzw. Konsultation des Notars geschlossen, kann eine fundierte Beratung nicht erfolgen, was für die Parteien ein erhebliches Risiko bedeutet.

Diesem Risiko könnte durch einen allgemeinen Hinweis des Notars vorgebeugt werden, dass sämtliche Änderungen des Vertrages der notariellen Beurkundung bedürfen. Gerade dies ist durch die Entscheidung des BGH aber eben nicht möglich. Es erscheint paradox, dass der Zugang zu einer umfassenden notariellen Beratung lediglich von der Tatsache abhängen soll, ob ein Umstand, welcher die Beteiligten zur Abweichung vom üblichen Verfahren veranlasst vor oder nach der Beurkundung eingetreten ist.

## 2. Keine Renaissance der getrennt beurkundeten Auflassung

Gleichzeitig kann die Entscheidung des BGH nicht dazu führen, dass die getrennt beurkundete Auflassung wieder flächendeckend eingesetzt wird. Anders als über mögliche Risiken bei nachträglichen Änderungen des Vertrages muss der Notar über die getrennte Beurkundung und die damit verbundenen Nachteile für die Parteien durchaus umfassend belehren. Dabei unterliegt die Frage, ob die Auflassung getrennt beurkundet werden soll, der Entscheidungsfreiheit der Urkundsbeteiligten, der Notar ist nicht befugt, die jeweiligen Risikoabwägungen durch eine eigene „Ermessensentscheidung“ vorwegzunehmen oder entbehrlich zu machen.<sup>11</sup>

Die Beteiligten werden sich aber gerade in Kenntnis der Kostenfolge regelmäßig gegen die vermeintlich sicherere Variante entscheiden.

Zudem werden in der Literatur neben der hohen Kosten auch die Gefahr der Verjährung des Eigentumsverschaffungsanspruchs, sowie die mögliche Haftung<sup>12</sup> der Angestellten des Notars aufgeführt<sup>13</sup>, alles Argumente, welche weiterhin gegen diese Methode streiten.

Von den oben aufgeführten Nachteilen abgesehen, bietet die getrennt beurkundete Auflassung gerade in den Fällen ungesicherter Vorleistung nicht immer umfassenden Schutz. So sind gerade in Fällen der Besitzübergabe vor Kaufpreiszahlung Situationen denkbar in denen der Käufer die Zahlung

des Kaufpreises mit Hinweis auf vermeintlich verschwiegene Mängel verweigert, eine Räumung aber durch die (laut BGH) wirksame nachträgliche Vereinbarung über den vorzeitigen Besitzübergang, welche dem Käufer regelmäßig ein Recht zu Besitz geben wird, eben nicht ohne Weiteres möglich ist.

## 3. Nachträgliche Kaufpreisanpassungen

Aber auch nachträgliche Kaufpreisanpassungen bleiben meiner Ansicht nach problematisch. Gerade in Bauträgerverträgen wird die Situation regelmäßig eine andere sein, als in dem vom BGH entschiedenen Fall. In diesem wurde der Kaufpreis reduziert, da sich bestimmte Leistungen nachträglich als nicht notwendig erwiesen haben. Überträgt man diese Rechtsprechung aber auf den umgekehrten Fall nämlich, dass weitere Arbeiten unvorhergesehen notwendig werden, könnte der Bauträger sich die dafür notwendigen Mittel ohne weiteres durch eine Nachtragsvereinbarung vom Verbraucher holen ohne das ein Notar konsultiert wird. Die Probleme liegen dabei auf der Hand. Die Parteien werden bei einer solchen Vereinbarung weder die Anpassung des Ratenzahlungsplans nach § 3 MaBV noch die Anpassung der Fertigstellungsfristen im Auge haben. Streitigkeiten sind dabei nicht unwahrscheinlich. Zwar kann eine ausgesetzte Auflassung in diesen Fällen den dargestellten Folgen entgegenwirken. Wegen der oben dargestellten Nachteile kann diese Gestaltung aber nicht durchgehend bei allen Bauträgerverträgen eingesetzt werden.

## III. Fazit

Die Entscheidung des BGH ist nicht nur materiell-rechtlich, sondern auch beurkundungsrechtlich problematisch, und stellt den Notar insoweit vor Probleme als seine Beratung solche Umstände nicht erfasst, welche erst nachträglich eingetreten sind. Bei solchen Änderungen sind die Parteien oft auf sich allein gestellt und setzen sich dabei (oft unbewusst) Risiken aus, welche durch eine umfassende Beurkundungspflicht vermieden werden können.

Schließlich war die Entscheidung des BGH zufällig im Sinne des Verbrauchers in dem entschiedenen Einzelfall. Aufgrund der oben dargestellten Gründe gewährt die strenge Keule der umfassenden Nichtigkeit nach § 125 BGB, vor allem wegen der damit verbundenen Beratungspflichten des Notars einen weitreichenderen Verbraucherschutz und ist daher vorzuzugswürdig.

11 OLG Celle, DNotZ 2004, 196

12 BGH ZNotP 2003, 71

13 vgl. Hertel in: Würzburger Notarhandbuch 5. Aufl., Teil 2, Kap. 2 Rn. 369 ff.; Krauß in Beck'sches Notarhandbuch, 6. Aufl. AI. Rn. 449

## Rechtsprechung

### ERBRECHT

#### **BGB §§ 1922 I, 307 I, II; TKG § 88; DS-GVO Art. 6 I, 99 I**

BGH, Urteil vom 12.7.2018 – III ZR 183/17

*Beim Tod des Kontoinhabers eines sozialen Netzwerks geht der Nutzungsvertrag grundsätzlich nach § 1922 BGB auf dessen Erben über. Dem Zugang zu dem Benutzerkonto und den darin vorgehaltenen Kommunikationsinhalten stehen weder das postmortale Persönlichkeitsrecht des Erblassers noch das Fernmeldegeheimnis oder das Datenschutzrecht entgegen.*

### Tatbestand

Die Parteien streiten über den Zugang zum Benutzerkonto eines so genannten sozialen Netzwerks, das die Bekl. betreibt. Die Kl. beansprucht, den Zugang zu dem bei der Bekl. unterhaltenen Konto ihrer verstorbenen, minderjährigen Tochter und „den darin vorgehaltenen Kommunikationsinhalten“ zu gewähren. Sie ist neben deren Vater Mitglied der Erbengemeinschaft. Beide Elternteile waren zu Lebzeiten die gesetzlichen Vertreter der Erblasserin.

Über das Netzwerk können die Nutzer miteinander internetbasiert über die Server der Bekl. kommunizieren und Inhalte austauschen. Dies umfasst etwa das Hochladen, Speichern und Teilen von Bildern, Videos oder Links zu anderen Webseiten, das Veröffentlichen („Posten“) von Kommentaren und Statusmeldungen sowie den Austausch und das Speichern von Nachrichten. Für die Nutzung des Netzwerks ist nach einer Registrierung die Eingabe von Kontozugangsdaten in Form von Benutzername und Passwort erforderlich. Die Dienste des sozialen Netzwerks werden durch die F mit Sitz in den USA und die Bekl. mit Sitz in Irland erbracht. Nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen von F ist die Bekl. Vertragspartnerin der Nutzer mit Wohnsitz außerhalb der USA.

Am 4.1.2011 registrierte sich die Erblasserin im Alter von 14 Jahren mit Einverständnis ihrer Eltern beim sozialen Netzwerk der Bekl. und unterhielt dort ein Benutzerkonto („Account“). Am Abend des 3.12.2012 verunglückte sie unter bisher ungeklärten Umständen tödlich, als sie in einem U-Bahnhof von einem einfahrenden Zug erfasst wurde.

Die Kl. versuchte hiernach, sich unter Verwendung der Zugangsdaten ihrer Tochter in das Benutzerkonto der Erblasserin einzuloggen. Dies gelang jedoch nicht, weil die Bekl. das Konto nach Mitteilung des Todes der bisherigen Nutzerin durch einen Dritten am 9.12.2012 in den so genannten Gedenkzustand versetzt hatte. In diesem ist ein Zugang zu dem Benutzerkonto auch mit den zutreffenden Zugangsdaten nicht mehr möglich. Das Konto an sich einschließlich der auf den Servern der Bekl. gespeicherten Inhalte bleibt aber bestehen,

und die vom Verstorbenen geteilten Inhalte sind für die Zielgruppe, mit der sie geteilt wurden, weiterhin sichtbar. Die Kommunikationspartner („Freunde“) des Verstorbenen können – abhängig von den Privatsphäreinstellungen des Kontos – in der in den Gedenkzustand versetzten Chronik Erinnerungen teilen. Im Übrigen hat jedoch außer der Bekl. niemand mehr Zugriff auf den Kontoinhalt, zum Beispiel die gespeicherten Fotos und Nachrichten. Die Regelungen zum Gedenkzustand sind im Hilfebereich der Internetseite der Bekl. abrufbar. In den allgemeinen Nutzungsbedingungen wird hierauf nicht verwiesen.

Die Kl. trägt vor, die Erbengemeinschaft benötige den Zugang zu dem Benutzerkonto, um Aufschluss darüber zu erhalten, ob die Erblasserin kurz vor ihrem Tod Suizidabsichten gehegt habe. Ferner benötige sie den Zugang, um Schadensersatzansprüche des U-Bahn-Fahrers abzuwehren. Die persönlichen Kommunikationsinhalte im Benutzerkonto ihrer Tochter seien an die Erbengemeinschaft vererbt worden. Dem stehe auch nicht der Schutz des Fernmeldegeheimnisses aus § 88 TKG entgegen, weil diese Regelung auf die Bekl. weder in persönlicher noch in sachlicher Hinsicht anwendbar sei. Jedenfalls sei die Beseitigung der durch den Gedenkzustand bewirkten Zugangssperre gerechtfertigt. Der Datenschutz zugunsten der Kommunikationspartner der Erblasserin trete im Rahmen der praktischen Konkordanz der betroffenen Grundrechtspositionen hinter den Zugangsanspruch der Erben zurück. Schließlich seien die Nutzungsbestimmungen zum Gedenkzustand, soweit überhaupt wirksam einbezogen, gem. § 307 I 1 BGB unwirksam.

Das LG Berlin (ZD 2016, 182 = FamRZ 2016, 738) hat die Bekl. verurteilt, der Erbengemeinschaft Zugang zu dem vollständigen Benutzerkonto der Erblasserin und den darin vorgehaltenen Kommunikationsinhalten zu gewähren. Auf die Berufung der Bekl. hat das KG (ZD 2017, 386 = FamRZ 2017, 1348) die Klage abgewiesen. Mit der vom BerGer. zugelassenen Revision verfolgte die Kl. ihr Klagebegehren weiter. Die Revision der Kl. hatte Erfolg; sie führte zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückweisung der Berufung der Bekl. und damit zur Wiederherstellung des klagezuspätsprechenden Ersturteils.

### Gründe

**9. I.** Das BerGer. (KG, ZD 2017, 386 = FamRZ 2017, 1348) hat offen gelassen, ob die Erbengemeinschaft aus erbrechtlicher Sicht nach § 1922 BGB einen Anspruch auf Zugang zu dem Benutzerkonto der Erblasserin habe. Jedenfalls verbiete § 88 III 3 TKG der Bekl., den Eltern der Erblasserin den Inhalt und die Umstände der über das Benutzerkonto abgewickelten und auf den Servern der Bekl. noch gespeicherten Kommunikation mitzuteilen.

**10.** Als Betreiberin des sozialen Netzwerks sei die Bekl. Diensteanbieterin nach § 3 Nr. 6 TKG, wenn hierüber Nachrichten und Inhalte ausgetauscht oder geteilt würden. Sie übertrage zwar nicht selbst Signale, müsse sich aber die fremde Signalübertragungsleistung der Telekommunikationsunternehmen zurechnen lassen. Außerdem sei die Bekl. Diensteanbieterin gem. § 2 S. 1 Nr. 1 TMG, so dass – über § 3 II-Nr. 1, 2 und 4 TMG – nach § 7 III 2 TMG die Regelungen in § 88 III TKG Anwendung fänden.

**11.** Der Schutzbereich des § 88 TKG umfasse den Inhalt und die Umstände der über den Dienst der Bekl. ausgetauschten privaten Nachrichten und der mit einem begrenzten Nutzerkreis geteilten Inhalte. Dies gelte unabhängig von der Kenntnisnahme durch den Empfänger, solange der Kommunikationsinhalt auf den Servern der Bekl. gespeichert sei.

**12.** Insbesondere fehle es an einer gesetzlichen Erlaubnis zur Weitergabe von Telekommunikationsinhalten an die Erben nach § 88 III 3 TKG, die sich ausdrücklich auf Telekommunikationsvorgänge beziehe. Diese Voraussetzungen würden weder § 1922 BGB noch §§ 91 ff. TKG erfüllen. Die Erben seien auch nicht am Kommunikationsvorgang beteiligt und daher „andere“ iSv § 88 III 3 TKG. Das Fernmeldegeheimnis müsse zudem nicht im Wege der praktischen Konkordanz hinter die Interessen der Erben zurücktreten, weil dieses keine Rechtfertigung für einen Eingriff ohne entsprechendes Gesetz biete.

**13.** Die Zugangsgewährung sei auch nicht aufgrund einer Einwilligung der Kommunikationsteilnehmer möglich. Ungeachtet dessen, ob die Erblasserin eine solche Einwilligung erteilt habe, fehle jedenfalls eine konkludente oder mutmaßliche Einwilligung ihrer Kommunikationspartner in die Weitergabe von Kommunikationsinhalten an die Erben.

**14.** Schließlich bestehe auch kein Schadensersatzanspruch nach §§ 280, 1922 BGB auf Rückgängigmachung des Gedenkzustands, weil die Bekl. zu dessen Einrichtung berechtigt gewesen sei. Das elterliche Sorgerecht habe mit dem Tod der Erblasserin geendet, und aus dem Totenfürsorgerecht lasse sich ein Zugangsanspruch ebenfalls nicht herleiten. Dies gelte auch für das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Eltern und ihren Wunsch, Gewissheit über die Umstände und Hintergründe des Todes ihres Kindes zu erlangen. Da sich der Schutz- und Wirkungsbereich des BDSG auf lebende Personen beschränke, bestehe auch kein Auskunftsanspruch analog § 34 BDSG.

**15. II.** Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision nicht stand.

**16. 1.** Zutreffend haben die Vorinstanzen im Ergebnis die Zulässigkeit der Klage bejaht (zur internationalen Zuständigkeit s. jedoch Art. 17 I Buchst. c, II iVm Art. 18 I Var. 2 der VO [EU] Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen – Brüssel Ia-VO; ABl. 2012 L 351, 1). Die Bekl. erhebt insoweit auch keine Rügen mehr.

**17. 2.** Entgegen der Auffassung des BerGer. ist die Klage begründet. Die Kl. ist berechtigt, von der Bekl. zu verlangen, der Erbengemeinschaft Zugang zum Benutzerkonto der Erblasserin sowie den darin enthaltenen Inhalten zu gewähren. Ein solcher Anspruch ist vererblich, und es stehen ihm weder das postmortale Persönlichkeitsrecht noch das Fernmelde-

geheimnis, datenschutzrechtliche Regelungen oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Kommunikationspartner der Erblasserin entgegen (ebenso z.B. BeckOKBGB/Müller-Christmann, 1.5.2018, § 1922 Rn. 101; BeckOGK/Preuß, 1.6.2018, § 1922 BGB Rn. 387 ff.; MüKoBGB/Leipold, 7. Aufl., § 1922 Rn. 25 ff.; Biermann, ZErB 2017, 210; Bock, AcP 217, 370; Herzog, ZErB 2017, 205; Herzog/Pruns, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, §§ 4 und 5; Klas/Möhrke-Sobolewski, NJW 2015, 3473; Lange/Holtwiesche, ZErB 2016, 125 und dies., ZErB 2016, 157; Lieder/Berneith, FamRZ 2016, 743; Litztenburger, FD-ErbR 2017, 392155; Ludyga, JM 2016, 442 und ders., ZEV 2018, 1; Salomon, NotBZ 2016, 324; Seidler, Digitaler Nachlass, 2016, 114 ff.; Solmecke/Köbrich/Schmitt, MMR 2015, 291; Willems, ZfPW 2016, 494 [502 ff.]; aA Staudinger/Kunz, BGB, Neubearb. 2017, § 1922 Rn. 596.6 ff.; Brinkert/Stolze/Heidrich, ZD 2013, 153; Leeb, K & R 2014, 693; Martini, JZ 2012, 1145).

**18. a)** Der Anspruch auf Zugang zu dem Benutzerkonto und den dort gespeicherten Inhalten ergibt sich aus dem auf die Erben übergegangenen schuldrechtlichen Vertrag zwischen der Erblasserin und der Bekl.

**19. aa)** Das BerGer. ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Bekl. und die Erblasserin mit Einwilligung ihrer gesetzlichen Vertreter (§ 107 BGB) einen schuldrechtlichen Vertrag über die Einrichtung und Nutzung eines „Accounts“ geschlossen haben (vgl. Redeker in Hoeren/Sieber/Holznagel, HdB Multimedia-Recht, Febr. 2018, Teil 12 Rn. 424; Redeker, IT-Recht, 6. Aufl., D.Rn. 1174; Kosmides in Schneider, HdB EDV-Recht, 5. Aufl., W.Rn. 525 ff.; Staudinger/Klumpp, § 107 Rn. 30; Kutscher, Der digitale Nachlass, 2015, 45 f.). Die Rechtsnatur dieses Vertrags (vgl. hierzu Redeker in Hoeren/Sieber/Holznagel, Teil 12 Rn. 424; Kutscher, 45 f.; Seidler, 129 ff.; Bräutigam, MMR 2012, 635) kann dahingestellt bleiben, da diese für die hier relevanten Rechtsfragen nicht erheblich ist.

**20. bb)** Zu Recht und ohne dass dies von den Parteien angegriffen wird, haben die Vorinstanzen auf das Vertragsverhältnis deutsches Recht angewandt. Der Vertrag unterliegt nach Art. 3 I, 6 II der VO (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I-VO; ABl. 2008 L 177, 6) dem von den Parteien gewählten deutschen Recht. Dessen Anwendbarkeit ergäbe sich zudem nach Art. 6 I Rom I-VO, weil ein Verbrauchervertrag vorliegt.

**21. cc)** Das Vertragsverhältnis mit seinen Rechten und Pflichten ist mit dem Tod der Erblasserin nach § 1922 I BGB auf die Erben übergegangen, die hierdurch in dieses eingetreten sind und deshalb als Vertragspartner einen Anspruch auf Zugang zu dem Benutzerkonto der Erblasserin sowie den darin enthaltenen vermögensrechtlichen und höchstpersönlichen (digitalen) Inhalten haben.

**22.** Nach § 1922 I BGB geht das Vermögen als Ganzes auf die Erben über. Hierzu gehören grundsätzlich auch Ansprüche und Verbindlichkeiten aus schuldrechtlichen Verträgen wie dem hier vorliegenden Nutzungsvertrag, wobei der Erbe in die vertragliche Rechtsstellung mit sämtlichen Rechten und Pflichten eintritt (vgl. MüKoBGB/Leipold, § 1922 Rn. 20 u. 25; BeckOGK/Preuß, § 1922 BGB Rn. 173 ff.).

**23.** Die Vererbbarkeit des aus dem Nutzungsvertrag folgenden Anspruchs auf Zugang zu dem Benutzerkonto ist weder durch

die vertraglichen Bestimmungen ausgeschlossen (hierzu unter [1]) noch lässt sich ein Ausschluss der Vererbbarkeit aus dem Wesen des Vertrags ableiten (hierzu unter [2]). Auch eine Differenzierung nach der Art des Inhalts der auf dem Konto gespeicherten Daten ist abzulehnen (hierzu unter [3]).

**24.** (1) Die Vererbbarkeit von Ansprüchen kann vertraglich ausgeschlossen werden (vgl. *MüKoBGB/Leipold*, § 1922 Rn. 21; *BeckOGK/Preuß*, § 1922 BGB Rn. 173). Dies ist hier indes nicht der Fall.

**25.** (1.1) Die Nutzungsbedingungen der Bekl. enthalten keine Regelung zur Vererbbarkeit des Benutzungsvertrags und der Inhalte des Benutzerkontos. Zwar ist dieses hiernach unter einem realen Namen einzurichten (Nr. 4) und die Weitergabe von Zugangsdaten oder des Benutzerkontos an Dritte nicht zulässig (Nr. 3.5, 4.1, 4.8 und 4.9). Zutreffend hat das BerGer. hierzu jedoch ausgeführt, dass sich diese Regelungen lediglich auf das Verhalten des Nutzers zu Lebzeiten beziehen und keine Aussage für den Todesfall enthalten. Offen bleiben kann dementsprechend, ob die Vererbbarkeit des vertraglichen Nutzungsverhältnisses und des daraus folgenden Kontozugangsrechts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen grundsätzlich wirksam ausgeschlossen werden kann (befürwortend im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung *MüKoBGB/Leipold*, § 1922 Rn. 29; *MAH ErbR/Biermann*, 5. Aufl., § 50 Rn. 58 ff.; *Staudinger/Kunz*, § 1922 Rn. 596.22 ff.; *Bock*, AcP 2017, 370 [411 ff.]; *Lange/Holtwiesche*, ZErB 2016, 125 [127 ff.]; *Raude*, ZEV 2017, 433 [437]; ablehnend unter Hinweis auf § 1922 BGB *Gloser*, MittBayNot 2016, 12 [19]; *Herzog*, NJW 2013, 3745 [3751]; *Kutscher*, 126 f.; *NK-NachfolgeR/Herzog*, Kap. 9 Rn. 92; *Pruns*, AnwZert ErbR 16/2016 Anm. 2 mwN).

**26.** (1.2) Eine Unvererblichkeit ergibt sich auch nicht aus den Regelungen der Bekl. zum Gedenkzustand.

**27.** (1.2.1) Diese finden hier schon deshalb keine Anwendung, weil die Bestimmungen nicht Bestandteil des Nutzungsvertrags geworden sind, § 305 II BGB (vgl. *Herzog/Pruns*, § 5 Rn. 18 ff.; *Ludyga*, ZEV 2018, 1 [3]; *Pruns*, AnwZert ErbR 16/2016 Anm. 2; *Willems*, ZfPW 2016, 494 [509]). Die dem Vertrag zwischen der Erblasserin und der Bekl. zugrunde liegenden Nutzungsbedingungen enthalten keine Regelungen zum Gedenkzustand. Vielmehr befanden sich diese lediglich im Hilfebereich des sozialen Netzwerks, ohne dass hierauf in den Nutzungsbedingungen oder auf andere Weise bei Vertragsschluss verwiesen oder Bezug genommen wurde, wie es gem. § 305 II Nr. 1 und 2 BGB erforderlich gewesen wäre, um die Regelungen Vertragsbestandteil werden zu lassen.

**28.** (1.2.2) Die Regelungen zum Gedenkzustand schließen ungeachtet dessen auch nach Maßgabe von § 307 I, II Nr. 1 BGB die Vererbbarkeit des aus dem Nutzungsverhältnis folgenden Kontozugangsrechts nicht wirksam aus (für eine Unwirksamkeit der Regelungen zum Gedenkzustand auch *MüKoBGB/Leipold*, § 1922 Rn. 29; *NK-NachfolgeR/Herzog*, Kap. 9 Rn. 95; *Deusch*, ZEV 2016, 189 [195]; *Gloser*, DNotZ 2016, 537 [548 f.]; *Kutscher*, 126 ff.; *Litzenburger*, FD-ErbR 2017, 392155; *Ludyga*, JM 2016, 442 [446]; ders., ZEV 2018, 1 [3]; *Pruns*, AnwZert ErbR 16/2016 Anm. 2; *Raude*, RNotZ 2017, 17[23]; offen: *Lange/Holtwiesche*, ZErB 2016, 125 [129]; aA im Hinblick auf § 88 TKG: *Staudinger/Kunz*, § 1922 Rn. 596.26 f.). Sie verändern nachträglich die Leistungspflichten der Bekl. Diese müsste nach Mitteilung des Todes zwar weiterhin die

Kommunikationsplattform für das Benutzerkonto der Erblasserin zur Verfügung stellen, allerdings den Erben als neuen Vertragspartnern keinen Zugang zu dem Konto und den dort gespeicherten nicht öffentlichen Inhalten mehr gewähren.

**29.** (1.2.2.1) Entgegen der Auffassung des BerGer. unterliegen diese Regelungen der Inhaltskontrolle nach § 307 I und II BGB. Es handelt sich nicht um nach § 307 III 1 BGB der Inhaltskontrolle entzogene Leistungsbestimmungen. Die Freistellung von der Inhaltskontrolle gilt nur für Abreden über den unmittelbaren Leistungsgegenstand, während Regelungen, die die Leistungspflicht des Verwenders einschränken, verändern, ausgestalten oder modifizieren, inhaltlich zu kontrollieren sind (ausf. und mwN *Senat*, NJW 2018, 534 Rn. 15 f.). Für die der Überprüfung entzogene Leistungsbeschreibung verbleibt nur der enge Bereich von Regelungen, ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann (*Senat*, NJW 2018, 534 Rn. 15 f.). Dies ist bei den Regelungen zum Gedenkzustand nicht der Fall. Sie stellen nicht eine zum Kernbereich der Vereinbarung gehörende Abrede über den unmittelbaren Leistungsgegenstand dar, sondern eine nachträgliche Änderung des bestehenden Leistungsumfangs. Die grundsätzlich unbeschränkt bestehende vertragliche Hauptleistungspflicht der Bekl., dem Nutzer den Zugang zu seinem Konto und den dort gespeicherten Inhalten sowie die Verfügungsmöglichkeit hierüber zu gewähren, wird hierdurch gegenüber den Erben für die Zeit nach Mitteilung des Todes eingeschränkt und damit ein wesentlicher Inhalt der Ansprüche aus dem Nutzungsvertrag modifiziert.

**30.** (1.2.2.2.) Im Hinblick auf die erhebliche Einschränkung der vertraglichen Rechte der in den Nutzungsvertrag eingetretenen Erben liegt eine unangemessene Benachteiligung iSv § 307 I, II BGB vor. Die Klauseln verhindern zwar die Vererbung des Nutzungsverhältnisses als solches nicht, sie höhlen dieses aber aus, indem den Erben als Vertragspartnern nach der Mitteilung des Todes durch einen beliebigen Dritten das Recht des Zugangs zu dem Konto verwehrt wird und sie damit einen Hauptleistungsanspruch verlieren. Dies widerspricht iSv § 307 II Nr. 1 BGB den wesentlichen Grundgedanken des § 1922 BGB, der den Übergang eines Schuldverhältnisses mit allen Rechten und Pflichten auf den Erben vorsieht. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass der Grundsatz der Universalsukzession auch der eindeutigen Zuordnung des Vermögens und damit der Rechtssicherheit der Beteiligten dient (*Pruns*, AnwZert ErbR 16/2016 Anm. 2). Dies wäre nicht gewährleistet, wenn durch den Gedenkzustand ein „Datenfriedhof“ geschaffen würde, auf den bis auf die Bekl. niemand einen Zugriff erhält. Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung besteht auch kein berechtigtes Interesse der Bekl. an dieser Regelung im Hinblick auf das Fernmeldegeheimnis, weil sie bei Zugangsgewährung gerade nicht gegen die in § 88 TKG statuierten Verhaltenspflichten verstößt (hierzu unten 2 c; aA *Staudinger/Kunz*, § 1922 Rn. 596.27).

**31.** Zugleich liegt ein Verstoß gegen § 307 II Nr. 2 BGB vor, da das Versetzen in den Gedenkzustand dazu führt, dass die wesentlichen Rechte aus dem Vertragsverhältnis, nämlich der Zugang zu dem Benutzerkonto, der Zugriff auf die dort gespeicherten Inhalte und die Verfügungsbefugnis hierüber, entfallen, so dass die Erreichung des Vertragszwecks nicht mehr möglich ist (vgl. *Gloser*, DNotZ 2016, 537 [548 f.]; *Kutscher*,

126 ff.; *Raude*, RNotZ 2017, 17 [23]).

**32.** Auf sich beruhen kann, ob die Regelungen zum Gedenkzustand auch nach § 308 Nr. 4 BGB unwirksam sind, weil die Bekl. sich darin vorbehält, Inhalte „möglicherweise“ und „in seltenen Fällen“ trotz der Versetzung eines Kontos in diesen Zustand herauszugeben.

**33.** (2) Auch aus dem Wesen des Vertrags ergibt sich eine Unvererbbarkeit nicht.

**34.** Eine solche kann ohne vertragliche Regelung anzunehmen sein, wenn unter Berücksichtigung des sich aus § 399 BGB sowie § 38 BGB ergebenden Rechtsgedankens der Inhalt des Rechts in einem solchen Maß auf die Person des Berechtigten oder des Verpflichteten zugeschnitten ist, dass bei einem Subjektwechsel die Leistung in ihrem Wesen verändert würde (MüKoBGB/*Leipold*, § 1922 Rn. 21; *Staudinger/Kunz*, § 1922 Rn. 596.10f.). Das ist hier nicht der Fall.

**35.** (2.1) Die Pflichten der Vertragsparteien – der Bekl. und des jeweiligen Nutzers – sind nicht höchstpersönlicher Natur. Nicht die Leistungen der Bekl., die bei jedem Nutzer gleich sind, sondern nur die – von der Vertragsgestaltung unabhängigen – Inhalte, die von den Nutzern geschaffen und kommuniziert werden, sind persönlichkeitsrelevant (z.B. das Gestalten der Profiseite oder das Versenden von Nachrichten; vgl. *Kutscher*, 157). Die Bekl. verpflichtet sich gegenüber ihrem Vertragspartner, die Kommunikationsplattform zur Verfügung zu stellen und entsprechend dem Auftrag des Nutzers Inhalte zu veröffentlichen oder Nachrichten an ein anderes Benutzerkonto zu übermitteln sowie die übermittelten Nachrichten bzw. die mit diesem Konto geteilten Inhalte zugänglich zu machen. Insofern handelt es sich um rein technische Leistungen der Bekl., die nicht personenbezogen sind. Diese können – anders als etwa bei einem Behandlungsvertrag mit einem Arzt – unverändert auch gegenüber den Erben erbracht werden (*Staudinger/Kunz*, § 1922 Rn. 596.11; *Herzog/Pruns*, § 4 Rn. 42; *Lange/Holtwiesche*, ZErb 2016, 125 [129f.]; *Raude*, ZEV 2017, 433 [436]; iErg. auch *Willems*, ZfPW 2016, 494 [506]; aA *Klas/Möhrke-Sobolewski*, NJW 2015, 3473 [3474]).

**36.** Zutreffend ist zwar, dass das Vertragsverhältnis insoweit auf den Kontoberechtigten zugeschnitten und damit personenbezogen ist, als nur dieser unter seinem Konto Inhalte veröffentlichen („posten“) und Nachrichten schreiben darf. Dies führt aber nicht zu dessen Unvererbbarkeit, sondern könnte allenfalls dazu führen, dass – wie beim Girovertrag (hierzu BGH, NJW 2000, 1258 und BGHZ131, 60 [64] = NJW 1996, 190) – die aktive Weiternutzung des Kontos des Erblassers durch den Erben, die in der Praxis ohnehin regelmäßig nicht beabsichtigt sein wird, nicht von seinem Erbrecht umfasst ist (vgl. hierzu *Herzog*, NJW 2013, 3745 [3749]; *Herzog/Pruns*, § 4 Rn. 37f.; *Raude*, RNotZ 2017, 17 [20]). Vorliegend kann dies auf sich beruhen, denn Gegenstand des Rechtsstreits ist lediglich die Bereitstellung der vorhandenen Konto-inhalte zum Abruf durch die Erben. Der Inhalt dieser Leistung der Bekl. hängt aber nicht von der Person ab, der gegenüber sie erbracht wird, so dass in dieser Hinsicht gerade kein schutzwürdiges Interesse der Bekl. daran besteht, sie nicht gegenüber den Erben erbringen zu müssen.

**37.** Im Hinblick darauf, dass vorliegend als erbrechtliche Position nicht die – von der Kl. wie regelmäßig von den Erben auch nicht beabsichtigte – Fortführung des Kontos durch aktive Nutzung in Rede steht, ist auch nicht erheblich, ob die Bekl. – wie

von ihr in der Berufungsinstanz vorgetragen – über interne Verfahren verfügt, um die Identität ihrer Nutzer regelmäßig zu prüfen, und ob sie eine derartige Prüfung vornimmt. Auch dies würde keine die Vererbbarkeit in diesem Sinne ausschließende Höchstpersönlichkeit begründen. Denn die gegenüber dem Erben geschuldete Leistungserbringung in Form der Zugangsgewährung zu dem bestehenden Kontoinhalt hat als solche keinen höchstpersönlichen Bezug.

**38.** (2.2) Die höchstpersönliche, eine Vererbbarkeit ausschließende Natur des Vertrags ergibt sich auch nicht daraus, dass die Nutzer der Bekl. die „nicht-exklusive, übertragbare, unterlizenzierbare, gebührenfreie, weltweite Lizenz für die Nutzung jeglicher IP-Inhalte“ (Nr. 2.1. der AGB) gewähren. Zwar erhält die Bekl. hierdurch – die Wirksamkeit der Klausel vorausgesetzt – Rechte auf individuelle, personenbezogene Daten. Diese bleiben aber ungeachtet des erbrechtlichen Übergangs bestehen. Denn durch den Erbfall wird die Datenbasis, über die die Bekl. vertragsgemäß verfügen darf, nicht verändert. Die im Zeitpunkt des Erbfalls vorhandenen Daten bleiben nutzbar, weitere persönliche Daten kommen nicht hinzu, da der Anspruch der Kl. nicht auf die aktive Fortführung des Kontos und das Erstellen von Inhalten, sondern auf den Zugang zu dem bestehenden Konto und dessen Inhalten zielt. Insofern ist für die Bekl. ein Wechsel der Person des Kontoberechtigten nicht unzumutbar.

**39.** (2.3) Der höchstpersönliche Charakter und damit der vertragliche Ausschluss der Vererbbarkeit des Zugangsrechts zu dem Benutzerkonto folgt auch nicht aus im Nutzungsvertrag stillschweigend vorausgesetzten und damit immanenten Gründen des Schutzes der Persönlichkeitsrechte der Kommunikationspartner der Erblasserin. Zwar mag der Abschluss eines Nutzungsvertrags mit dem Betreiber eines sozialen Netzwerks in der Erwartung erfolgen, dass Nachrichten zwischen den Teilnehmern des Netzwerks und sonstige nicht öffentlich geteilte Inhalte jedenfalls grundsätzlich vertraulich bleiben und durch die Bekl. dritten Personen gegenüber nicht offengelegt werden. Es besteht jedoch nach den vertraglichen Regeln und den zugrunde liegenden technischen Bedingungen kein schutzwürdiges Vertrauen, dass diese Diskretion des Austauschs zwischen dem verstorbenen Nutzer und den übrigen Teilnehmern des Netzwerks – auch über den Tod hinaus – gegenüber den Erben gewährleistet ist.

**40.** (2.3.1) Die vertragliche Verpflichtung der Bekl. zur Übermittlung und Bereitstellung von Nachrichten und sonstigen Inhalten ist von vornherein kontobezogen.

**41.** Die Pflicht der Bekl. bezieht sich nicht darauf, die Nachrichten und sonstigen Inhalte an eine bestimmte Person zu übermitteln bzw. für diese zugänglich zu machen, sondern auf die Übermittlung bzw. Bereitstellung für das angegebene Benutzerkonto. Angesichts der systemimmanenten, dem verständigen Nutzer bewussten und von der Bekl. nicht kontrollierbaren Anonymität des sich jeweils bei dem Benutzerkonto anmeldenden Nutzers kann nicht von einer Verpflichtung der Bekl. zur Übermittlung an eine bestimmte Person, sondern nur zur Übermittlung an bzw. Bereitstellung für das ausgewählte Benutzerkonto ausgegangen werden (vgl. *Herzog*, ZErb 2017, 205 [208]; NK-NachfolgeR/*Herzog*, Kap. 9 Rn. 68; *Herzog/Pruns*, § 4 Rn. 61). So ist weder für die Bekl. noch für den Versender einer Nachricht oder Teilenden eines Inhalts prüfbar, ob die sich mit den Benutzerdaten anmeldende Person mit der

als Empfänger benannten Person identisch ist. Ebenso wenig ist für den Übermittler der Nachricht erkennbar, ob die als Empfänger genannte Person tatsächlich Inhaber des Benutzerkontos ist. Vielmehr ist Identifikationsmerkmal des Adressaten ein von dem Versender ausgewähltes Benutzerkonto. An dieses sollen die Nachrichten übermittelt werden bzw. für dieses sollen die geteilten Inhalte freigegeben werden. Zugang erhält damit bestimmungsgemäß derjenige, der sich mit den zutreffenden Konto Zugangsdaten bei dem jeweiligen Benutzerkonto anmeldet. Das Risiko, dass das Benutzerkonto unter falschem Namen geführt wird, trägt der Kommunikationspartner (vgl. hierzu *Graulich* in *Arndt/Fetzer/Scherer/Graulich*, TKG, 2. Aufl. 2015, § 88 Fernmeldegeheimnis, Rn. 65). Gleiches gilt hinsichtlich der Gefahr, dass ein Dritter die Nachrichten und sonstigen Inhalte lesen kann, weil er durch Weitergabe der Zugangsdaten seitens des Kontoinhabers Zugriff auf den Inhalt des Benutzerkontos hat oder weil der Kontoberechtigte die Inhalte an Dritte weiterleitet oder diesen zeigt. Insoweit gilt nichts anderes als bei analogen Kommunikationswegen – das Briefe zustellende Unternehmen ist nur für den Einwurf in den richtigen Briefkasten verantwortlich, nicht aber dafür, ob auch die als Empfänger benannte Person den Brief öffnet oder ob sie diesen Dritten zeigt. Dem verständigen und durchschnittlichen Nutzer eines sozialen Netzwerks ist ebenso wie dem Absender eines Briefs bewusst, dass er nach dem Versenden einer Nachricht nicht mehr kontrollieren kann, wer letztlich von deren Inhalt Kenntnis nimmt, und dass er grundsätzlich keine Möglichkeit hat, die übermittelte Nachricht bzw. den Inhalt zurückzufordern. Er begibt sich insoweit der Verfügungsbefugnis über die Nachrichten (vgl. *NK-NachfolgeR/Herzog*, Kap. 9 Rn. 68; *Bock*, AcP 217, 370 [408]; *Herzog/Pruns*, § 4Rn. 84; *Kutscher*, 145; *Pruns*, NWB 2014, 2175 [2182f.]).

**42.** Die Bekl. erfüllt ihre vertragliche Verpflichtung somit, indem sie eine Nachricht an das benannte Benutzerkonto übermittelt, deren jederzeitigen Abruf durch den mit den zutreffenden Konto zugangsdaten bei dem Benutzerkonto angemeldeten Nutzer ermöglicht und sonstige Inhalte für die ausgewählten Benutzerkonten zur Verfügung stellt. Die geschützte Kommunikation umfasst demnach die Speicherung, Bereitstellung und Übermittlung von Inhalten für denjenigen, der sich mit den zutreffenden Daten bei dem Benutzerkonto anmeldet. Greift nicht der Kontoberechtigte, sondern ein anderer mit den Zugangsdaten hierauf zu, ist eine derartige Kenntnisnahme allein der durch die Kommunikationsteilnehmer beherrschten und bei verständiger Würdigung bekannten Risikosphäre zuzuordnen. Trägt der Kommunikationspartner des Kontoinhabers bereits das Risiko, dass zu dessen Lebzeiten Dritte Kenntnis von den dort gespeicherten Inhalten erlangen, gilt dies erst recht für den Zugriff der Erben des Nutzers auf diese.

**43.** Der Auftrag zur Übermittlung einer Nachricht an das vom Absender benannte Benutzerkonto wirkt dabei – vorbehaltlich einer dem Versender in Grenzen möglichen vorherigen Festlegung des Zeitpunkts, an dem die Nachricht ausgeblendet werden soll – zeitlich unbegrenzt auch über den Todesfall hinaus und umfasst die Möglichkeit, die auf dem Server der Bekl. gespeicherte Nachricht durch den Nutzer des Empfängerkontos abzurufen, solange dieses besteht. Bestimmungsgemäß befinden sich an ein konkretes Benutzerkonto gesendete Nachrichten nicht mehr im Zugriffsbereich des Absenders, sondern in dem des Berechtigten des Empfängerkontos, der einen An-

spruch gegen das soziale Netzwerk hat, ihm jederzeit und dauerhaft den Zugriff hierauf zu ermöglichen. Deshalb kann der Absender nach der Übermittlung grundsätzlich auch nicht mehr verlangen, dass die Nachricht vom Empfängerkonto gelöscht wird, worauf die Bekl. in ihrem Hilfebereich hinweist. Insoweit ist die Situation ebenfalls vergleichbar mit analogen Übermittlungswegen – auch dort besteht keine Möglichkeit mehr, das übermittelte Dokument zurückzufordern, sobald es in den Zugriffsbereich des Adressaten gelangt ist, also zum Beispiel in seinen Briefkasten eingeworfen wurde.

**44.** Der Absender einer Nachricht kann mithin zwar darauf vertrauen, dass seine Nachricht von der Bekl. nur für das von ihm ausgewählte Empfängerkonto bereitgestellt wird. Er muss aber damit rechnen, dass Dritte dennoch Kenntnis vom Inhalt seiner Nachricht erhalten können. Dies gilt sowohl zu Lebzeiten des Kontoberechtigten im Hinblick auf die von diesem jederzeit veranlassbare Zugangsgewährung an Dritte als auch im Todesfall im Hinblick auf die Vererbung des Vertragsverhältnisses. Denn er muss damit rechnen, dass sein Kommunikationspartner versterben könnte und Dritte das Benutzerkonto erben, in das Vertragsverhältnis eintreten und damit als neue Kontoberechtigte Zugang auf die Kontoinhalte haben.

**45.** Für mit dem Benutzerkonto des Erblassers geteilte Inhalte anderer Nutzer gilt Entsprechendes, solange der Teilende die Berechtigung für dieses nicht ändert oder den geteilten Inhalt löscht. Insoweit muss der Teilende in gleicher Weise damit rechnen, dass weitere Personen sowohl zu Lebzeiten als auch nach dem Tod des Berechtigten des Empfängerkontos Kenntnis von dem geteilten Inhalt erlangen. Er hat es allerdings in der Hand, die Berechtigung zur Einsicht in den geteilten Inhalt zu ändern und damit den Erben für die Zukunft vom Zugang hierauf auszuschließen.

**46.** (2.3.2.) Überdies kann der Kommunikationspartner des Kontoinhabers eines sozialen Netzwerks keine berechtigte Erwartung haben, dass der Empfänger einer Nachricht diese auf dem Server des Netzwerkbetreibers belässt und nicht auf dem eigenen Computer oder einem anderen Medium (z.B. USB-Stick) lokal abspeichert oder auf Papier ausdruckt. In diesem Fall würde der Erbe ohne Weiteres Zugang zum Inhalt der Nachrichten erhalten, was auch dem Versender bewusst sein muss.

**47.** (3) Die im Schrifttum teilweise befürwortete Differenzierung der Vererbbarkeit des Kontozugangs nach dem Inhalt des Benutzerkontos ist abzulehnen. Nach dieser Auffassung sollen zwar E-Mails bzw. Nachrichten in einem sozialen Netzwerk mit vermögensrechtlichem Bezug vererbbar sein, nicht hingegen solche mit nichtvermögensrechtlichem, insbesondere höchstpersönlichem Inhalt (*Hoeren*, NJW 2005, 2113 [2114]; *Martini*, JZ 2012, 1145 [1152]; *Brinkert/Stolze/Heidrich*, ZD 2013, 153 [155]; hierzu auch *Bräutigam*, Stellungnahme des DAV zum Digitalen Nachlass, 16, 24f.). Die für das Andenken an den Verstorbenen und sein postmortales Persönlichkeitsrecht erheblichen Informationen seien nicht dem Erben, sondern den nächsten Angehörigen des Erblassers zuzuleiten (*Hoeren*, NJW 2005, 2113[2114]). Diskutiert wird hierbei zur Wahrung des postmortalen Persönlichkeitsrechts eine „Infektion“ des gesamten Benutzerkontos aufgrund der Existenz von höchstpersönlichen Inhalten (zu diesem Ansatz z.B. *Bräutigam*, 24f.; *Rott/Rott*, NWB-EV 2013, 160 [164]; *Kutscher*, 105f.) und die von einem Dritten durch-

zuführende Trennung zwischen vermögensrechtlichen und höchstpersönlichen Inhalten (*Martini*, JZ 2012, 1145 [1152]).

**48.** Selbst nach dieser Auffassung wäre hier der Zugang zu gewähren, weil die Kl. und der Vater der Kontoinhaberin nicht nur deren Erben, sondern auch deren nächste Angehörige sind. Unabhängig davon lehnt das überwiegende Schrifttum eine solche Differenzierung zu Recht ab (BeckOKBGB/*Müller-Christmann*, § 1922 Rn. 100; BeckOGK/*Preuß*, § 1922 BGB Rn. 387 f.; MüKoBGB/*Leipold*, § 1922 Rn. 26; NK-Nachfolger/*Herzog*, Kap. 9 Rn. 38 ff.; *Staudinger/Kunz*, § 1922 Rn. 596.6 ff.; *Biermann*, ZErB 2017, 210 [213 f.]; *Bock*, AcP 217, 370 [383 ff.]; *Bräutigam* in Burandt/Rojahn, Erbrecht, 2. Aufl., § 1922 BGB Anhang Digitaler Nachlass, Rn. 10 f.; *Herzog*, NJW 2013, 3745 [3748 f.]; ders., ZErB 2017, 205; *Herzog/Pruns*, § 4 Rn. 11; *Klas/Möhrke-Sobolewski*, NJW 2015, 3473 [3474]; *Kutscher*, 102 ff.; *Lange/Holtwiesche*, ZErB 2016, 125; *Lieder/Berneith*, FamRZ 2016, 743; *Litzenburger*, FD-ErbR 2017, 392155; *Ludyga*, jM 2016, 442 [444 ff.] und ders., ZEV 2018, 1 [4]; *Salomon*, NotBZ 2016, 324 [326 f.]; *Solmecke/Köbrich/Schmitt*, MMR 2015, 291; *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262).

**49.** Nach der gesetzgeberischen Wertung gehen auch Rechtspositionen mit höchstpersönlichen Inhalten unabhängig von einem Vermögenswert auf die Erben über, wie sich aus § 2047 II und § 2373 S. 2 BGB ergibt. Zwar enthalten diese Bestimmungen keine unmittelbare Regelung über die Vererbbarkeit höchstpersönlicher Rechtspositionen. Allerdings setzen sie diese voraus und gebieten damit den Rückschluss auf deren Vererbbarkeit sowie darauf, dass das Gesetz insoweit nicht zwischen höchstpersönlichem und vermögenswertem Nachlass differenziert. So hat der Gesetzgeber in § 2047 II BGB geregelt, dass Schriftstücke, die sich auf die persönlichen Verhältnisse des Erblassers beziehen, nicht verteilt werden, sondern gemeinschaftlich bleiben (vgl. hierzu *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, V, 371, 507). § 2373 S. 2 BGB regelt, dass Familienschriften und Familienbilder beim Erbschaftskauf nicht als mitverkauft anzusehen sind (vgl. *Mugdan*, II, 197). Beide Vorschriften setzen voraus, dass diese höchstpersönlichen Dokumente zur Erbmasse gehören. Unstreitig werden dementsprechend höchstpersönliche analoge Dokumente, zum Beispiel Tagebücher und Briefe, vererbt.

**50.** Es besteht aus erbrechtlicher Sicht kein Grund dafür, digitale Inhalte anders zu behandeln, da das entscheidende Kriterium der Höchstpersönlichkeit bei analogen und digitalen Inhalten gleichermaßen betroffen ist (s. NK-Nachfolger/*Herzog*, Kap. 9 Rn. 40; *Herzog*, ZErB 2017, 205 [206 f.]; *Herzog/Pruns*, § 2 Rn. 43 ff.; *Litzenburger*, FD-ErbR 2017, 392155; *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262 [263]). Auf das Speicher- bzw. Trägermedium kommt es dabei nicht an. Eine Differenzierung danach, ob der digitale Inhalt auf einem lokalen Speichermedium wie einer Festplatte oder einem USB-Stick gespeichert ist oder sich auf Servern eines Diensteanbieters befindet, wäre inkohärent und durch das Gesetz nicht veranlasst (vgl. *Herzog/Pruns*, § 4 Rn. 9 f.; *Kutscher*, 115 f., iErg. auch *Staudinger/Kunz*, § 1922 Rn. 596.8 f.; jew. mwN zur aA). Denn die Höchstpersönlichkeit ergibt sich nicht aus der Art der Verkörperung und Speicherung, sondern aus dem Inhalt. Ein Unterschied besteht lediglich in der Art und Weise der Vererbbarkeit: Während bei Schriftstücken oder Speichermedien im Eigentum bzw. Besitz des Erblassers diese Rechtspositionen auf die

Erben übergehen, treten bei – wie hier – auf Servern befindlichen Inhalten die Erben in das Vertragsverhältnis ein. Eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Vererbbarkeit an sich rechtfertigt dies nicht.

**51.** Letztlich würde eine Differenzierung zwischen höchstpersönlichen und sonstigen Inhalten zu erheblichen kaum zu bewältigenden praktischen Problemen führen. Da E-Mail- und Benutzerkonten – oder sogar einzelne E-Mails oder Nachrichten – regelmäßig nicht ausschließlich höchstpersönlichen oder vermögensrechtlichen Zwecken dienen, wäre eine Durchsicht und Zuordnung sämtlicher digitaler Inhalte erforderlich. Es ist nicht ersichtlich, wer diese vornehmen sollte und rechtlich dürfte (s. auch *Bräutigam* in Burandt/Rojahn, § 1922 BGB Anhang Digitaler Nachlass, Rn. 10; *Biermann*, ZErB 2017, 210 [213]; *Bock*, AcP 217, 370 [392 f.]; *Kutscher*, 105 f., 113 f.; *Lange/Holtwiesche*, ZErB 2016, 157 [161]). Darüber hinaus sind die Grenzen zwischen höchstpersönlichen und vermögenswerten Inhalten unscharf und klare und eindeutige Abgrenzungskriterien kaum zu definieren, zumal auch höchstpersönliche Inhalte beim Erbgang vermögensrechtliche Relevanz erlangen können (*Bräutigam* in Burandt/Rojahn, § 1922 BGB Anhang Digitaler Nachlass, Rn. 10; *Lange/Holtwiesche*, ZErB 2016, 157 [161]).

**52. b)** Entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung (*MüKoBGB/Rixecker*, § 12 Anh. Rn. 160; *Martini*, JZ 2012, 1145 [1150 ff.]; *Hoeren*, NJW 2005, 2113 [2114]; *Brinkert/Stolze/Heidrich*, ZD 2013, 153 [155]) steht das postmortale Persönlichkeitsrecht der Erblasserin der Vererbbarkeit digitaler höchstpersönlicher Inhalte nicht entgegen.

**53.** Dieses wird aus dem Grundrecht der Unantastbarkeit der Menschenwürde gem. Art. 1 I GG hergeleitet und dient dem Schutz des allgemeinen Achtungsanspruchs, der dem Menschen kraft seines Personseins zusteht, und des sittlichen, personalen und sozialen Geltungswerts, den die Person durch ihre eigene Lebensleistung erworben hat (stRspr, s. nur BVerfGK 13, 115 = NVwZ 2008, 549 Rn. 7 f. = NJW 2008, 1657 Ls.; BGH [Versäumnisurteil], NJW 2009, 751 = GRUR 2009, 83 Rn. 16). Bei einem Eingriff in dessen immaterielle Bestandteile können die nächsten Angehörigen des Verstorbenen Abwehrrechte in Form von Unterlassungs- und Widerrufsansprüchen geltend machen (vgl. *BGHZ* 169, 193 = NJW 2007, 684 Rn. 11 und *BGHZ* 165, 203 [206] = NJW 2006, 605, jew. mwN; *MüKoBGB/Rixecker*, § 12 Anh. Rn. 49, 55; *MüKoBGB/Leipold*, § 1922 Rn. 123; *Staudinger/Kunz*, § 1922 Rn. 596.8; *Bock*, AcP 217, 370 [389]). Ein dem Erbrecht vorgehendes Recht der nächsten Angehörigen an den höchstpersönlichen digitalen Inhalten begründet dies nicht (vgl. *Bräutigam* in Burandt/Rojahn, § 1922 BGB Anhang Digitaler Nachlass, Rn. 10; BeckOGK/*Preuß*, § 1922 BGB Rn. 387 f.; *MüKoBGB/Leipold*, § 1922 Rn. 26; *Staudinger/Kunz*, § 1922 Rn. 596.7 ff.; *Herzog/Pruns*, § 2 Rn. 56 ff. und § 4 Rn. 43; *Ludyga*, ZEV 2018, 1 [5]; *Bock*, AcP 217, 370 [391 ff.]; *Solmecke/Köbrich/Schmitt*, MMR 2015, 291 [292]; aA *MüKoBGB/Rixecker*, § 12 Anh. Rn. 160; *Martini*, JZ 2012, 1145 [1150 ff.]; *Hoeren*, NJW 2005, 2113 [2114]; *Brinkert/Stolze/Heidrich*, ZD 2013, 153 [155]), weshalb es im vorliegenden Zusammenhang nicht entscheidungserheblich ist, dass hier die Erben ohnedies zugleich die nächsten Angehörigen der Verstorbenen sind.

**54. c)** Entgegen der Auffassung des BerGer. scheidet ein Anspruch der Erbengemeinschaft auf Zugang zu dem vollständigen Benutzerkonto der Erblasserin und den darin vorgehaltenen Inhalten auch nicht an § 88 III TKG. Das Fernmeldegeheimnis schützt weder den Erblasser noch den jeweiligen Kommunikationspartner vor einer Kenntnisnahme des Erben vom Inhalt des Benutzerkontos. Dies gilt sowohl für die zum Zeitpunkt des Todes durch den Erblasser noch nicht abgerufenen als auch hinsichtlich der bereits zur Kenntnis genommenen, auf den Servern der Bekl. zwischen- bzw. endgespeicherten Inhalte.

**55.** Nach § 88 III 1 TKG ist es Diensteanbietern untersagt, sich oder anderen über das für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste einschließlich des Schutzes ihrer technischen Systeme erforderliche Maß hinaus Kenntnis vom Inhalt oder den näheren Umständen der Telekommunikation zu verschaffen.

**56.** Es kann dahingestellt bleiben, ob und bezüglich welcher Leistungen die Bekl. Anbieterin von Telekommunikationsdiensten oder Telemediendiensten ist (s. dazu ausf. *Grünwald/Nüßing*, MMR 2016, 91; *Karg/Fahl*, K & R 2011, 453 [456ff.]; *Kühling/Schall*, CR 2016, 185; *Schneider*, ZD 2014, 231 [235]). Ein Verstoß gegen § 88 III TKG liegt jedenfalls deshalb nicht vor, weil der Erbe eines Kommunikationspartners entgegen der Auffassung des BerGer. nicht „anderer“ im Sinne dieser Vorschrift ist (MüKoBGB/*Leipold*, § 1922 Rn. 27; *Biermann*, ZErB 2017, 210 [215]; *Herzog*, ZErB 2017, 205[208]; *Herzog/Pruns*, § 4 Rn. 60; *Litzenburger*, FD-ErbR 2017, 392155; *Salomon*, NotBZ 2016, 324 [327]; *Seidler*, 114f.; *Steiner/Holzer*, ZEV 2015, 262 [264]; *Wüsthof*, ErbR 2017, 496 [510]; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Digitaler Nachlass – Zum Umgang mit digitaler Hinterlassenschaft, 9; Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ v. 15.5.2017, [www.jm.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler\\_neustart/index.php](http://www.jm.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler_neustart/index.php), 343ff.; aA *Staudinger/Kunz*, § 1922 Rn. 596.35ff.; *Bock*, AcP 217, 370 [406]).

**57. aa)** Andere iSv § 88 III TKG sind Personen oder Institutionen, die nicht an dem geschützten Kommunikationsvorgang beteiligt sind. Die Beteiligten eines Telekommunikationsvorgangs sollen davor bewahrt werden, dass der Inhalt und die näheren Umstände der Telekommunikation Dritten, die an dem Vorgang nicht beteiligt sind, zugänglich werden (*Beck TKG/Bock*, 4. Aufl., § 88 Rn. 19; *Eckhardt* in *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl., TKG § 88 Rn. 23). Dies entspricht dem verfassungsrechtlichen Schutz nach Art. 10 I GG, dessen Träger die – auch minderjährigen – tatsächlichen Kommunikationsteilnehmer sind (BVerfGE 120, 274 [340] = NJW 2008, 822; BVerfGE 85, 386 [398f.] = NJW 1992, 1875; *Durner* in *Maunz/Dürig*, GG, Jan. 2018, Art. 10 Rn. 100f., jew mwN).

**58. bb)** Der Erbe ist nicht anderer in diesem Sinne, sondern vielmehr mit dem Erbfall Beteiligter der im Zeitpunkt des Erbfalls nicht beendeten und deshalb dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses unterstehenden Kommunikationsvorgänge geworden.

**59.** Es kann im vorliegenden Fall unterstellt werden, dass, wovon das BerGer. ausgegangen ist, die auf den Servern der Bekl. unter den Benutzerkonten der Teilnehmer ihres Netzwerks abgespeicherten Inhalte noch dem Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses unterliegen, auch wenn der technische

Übermittlungsvorgang abgeschlossen ist (so z.B. auch *Biermann*, ZErB 2017, 210 [214]; *Bock*, AcP 217, 370[405f.]; *Deusch*, ZEV 2017, 386 [399]; *Leeb*, K & R 2014, 693 [696f.]; *Uhrenbacher*, Digitales Testament und digitaler Nachlass, 176; krit. hierzu *Brisch/Müllerter/Jung*, CR 2013, 446 [450f.]; *Klas/Möhrke-Sobolewski*, NJW 2015, 3473 [3477f.]; *Kutschner*, 144f.).

**60.** Die Bereitstellung der Inhalte des Benutzerkontos für den Erben verstößt ebenso wenig gegen das Fernmeldegeheimnis wie die fortlaufende Bereitstellung für den ursprünglich Kontoberechtigten. Die Bekl. macht weiterhin entsprechend ihrer vertraglichen Verpflichtung einerseits gegenüber dem Absender bzw. Teilenden und andererseits gegenüber dem Berechtigten des Empfängerkontos – nunmehr dem Erben – die Inhalte für das betreffende Benutzerkonto zugänglich. Die Zugangsgewährung für den Erben erfolgt im Rahmen des – unterstellt – durch das Fernmeldegeheimnis geschützten Kommunikationsvorgangs. Denn der Erbe wird mit dem Tod des ursprünglichen Kontoberechtigten als neuer Vertragspartner und Kontoberechtigter zum Teilnehmer der aufgrund der Speicherung und Bereitstellung der Inhalte für das Benutzerkonto fortlaufenden Kommunikationsvorgänge. Der Erblasser dagegen scheidet mit seinem Tod als geschützter Kommunikationspartner aus. Teilnehmer einer Kommunikation und damit vom Fernmeldegeheimnis geschützt kann begriffsnotwendig nur eine lebende Person sein (ebenso Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ v. 15.5.2017, [www.jm.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler\\_neustart/index.php](http://www.jm.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler_neustart/index.php), 346).

**61.** Aus den in den obigen Ausführungen zur Vererbbarkeit des vertraglichen Zugangsrechts der Verstorbenen genannten Gründen erfordert auch der Zweck des § 88 III TKG nicht, den Erben den Zugang zu dem Benutzerkonto im Hinblick auf schutzwürdige Interessen der Kommunikationspartner (2 a cc 2.3) oder das postmortale Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen (2 b) zu versagen.

**62. cc)** Ein Vergleich mit der erbrechtlichen Rechtslage bei analoger Briefpost sowie ausgedruckten oder auf Medien des Erblassers gespeicherten digitalen Inhalten, bei denen ein erbrechtlicher Übergang stattfindet, bestätigt dieses Ergebnis. Bei digitalen Inhalten würde – sollte das Fernmeldegeheimnis auf den Erben angewendet werden – die Zugangsmöglichkeit für diesen davon abhängen, einerseits ob Inhalte etwa durch Ausdrucken verkörpert oder auf einem Medium des Erblassers gespeichert sind und andererseits ob diese lediglich digital auf Servern des Anbieters abrufbar sind. So erhielte der Erbe Zugang zu einer über den „Messenger“ der Bekl. an das Benutzerkonto des Erblassers gesandten Nachricht, wenn dieser sie auf einem eigenen Medium abgespeichert hätte, während dem Erben der Zugang zu derselben Nachricht verwehrt würde, wenn der Erblasser die Nachricht auf dem Server der Bekl. belassen hätte. Diese unterschiedliche Behandlung desselben Inhalts abhängig von dem Speichermedium oder der Verkörperung und damit letztlich von Zufällen ist nicht gerechtfertigt. In allen Fällen ist der Grad des Vertraulichkeitsinteresses sowohl des Absenders als auch des Empfängers gleich.

**63.** Ein Vertraulichkeitsinteresse hat nach den Grundsätzen der Gesamtrechtsnachfolge gegenüber dem Erben zurückzustehen. Die Rechtsordnung sieht, wie sich aus § 2047 II und § 2373 S. 2 BGB ergibt, einen Übergang auch höchstpersön-



licher Inhalte auf den Erben vor, ordnet das Geheimhaltungsinteresse des Erblassers und der Kommunikationspartner folglich grundsätzlich dem durch Art. 14 I 1 GG geschützten Erbrecht unter. Der Übergang auch nichtvermögensrechtlicher Inhalte an den Erben ist demnach von der Rechtsordnung gebilligt und gewollt. Dies ist auch im Rahmen der Auslegung des Begriffs „anderen“ i.S.d. § 88 III TKG zu berücksichtigen. Dem wird nur eine Interpretation, wonach ein Erbe nicht anderer im Sinne dieser Vorschrift ist, gerecht. Dies abweichend zu beurteilen, würde ohne nachvollziehbaren Grund zu einer Durchbrechung des erbrechtlichen Grundsatzes der Universalsukzession führen, ohne dass dies im TKG eine Anknüpfung findet (vgl. *Biermann*, ZErB 2017, 210 [215]; *Herzog/Pruns*, § 4 Rn. 60). Die – im Unterschied zur analogen Post oder zu auf einem Medium des Erblassers gespeicherten digitalen Inhalten – bei serverbasierten Speicherungen fortbestehende Zugriffsmöglichkeit des Betreibers kann zwar dazu führen, dass der Diensteanbieter weiter zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtet ist und damit eine Weitergabe an außerhalb des Kommunikationsverhältnisses stehende Dritte unzulässig bleibt. Die fortlaufende Zulässigkeit der Bereitstellung für das auf den Erben übergegangene Benutzerkonto wird hierdurch aber nicht berührt.

**64. d)** Schließlich steht dem Anspruch der Kl. auch Datenschutzrecht nicht entgegen.

**65. aa)** Der *Senat* hat zur Beurteilung dieser Frage die seit dem 25.5.2018 unmittelbar geltende VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung, ABl. 2016 L 119, 1) heranzuziehen. Maßstab für die Überprüfung eines Berufungsurteils ist die Rechtslage im Zeitpunkt der Revisionsentscheidung. Zu berücksichtigen ist dabei auch ein erst nach Erlass der Berufungsentscheidung geltendes Gesetz, sofern es nach seinem zeitlichen Geltungswillen das streitige Rechtsverhältnis erfasst (stRspr, vgl. *Senat*, BGHZ 9, 101 [102] = NJW 1953, 941; NJW 1993, 1706 [1707], insoweit nicht in BGHZ 121, 347 abgedruckt; BGHZ 36, 348 [350] = NJW 1962, 961; NJW 2005, 1508 [1509]).

**66.** Dies ist hier der Fall. Das Klagebegehren der Kl. zielt auf eine künftige Handlung der Bekl., die zeitlich nach dem Anwendungsbeginn der Verordnung vorzunehmen sein wird und deshalb an deren Vorgaben zu messen ist. Denn sie gilt gem. Art. 99 II DS-GVO ab dem 25.5.2018 unmittelbar in allen Mitgliedstaaten. Aus Art. 99 iVm Erwägungsgrund 171 S. 3 der DS-GVO ergibt sich, dass sie ab diesem Zeitpunkt uneingeschränkt für Datenverarbeitungsvorgänge Anwendung findet. Selbst Verarbeitungen, die zu diesem Zeitpunkt bereits begonnen haben, sollen binnen zwei Jahren nach dem Inkrafttreten (24.5.2016, vgl. Art. 99 I DS-GVO), mithin bis zum Anwendungsbeginn, mit der Verordnung in Einklang gebracht werden. Ab diesem Zeitpunkt verdrängt die Verordnung in ihrem Anwendungsbereich die nationalen Gesetze (vgl. zum Vorrang ausdrücklich § 1 V BDSG idF des Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die VO [EU] Nr. 2016/679 und zur Umsetzung der RL 68/2016/EU v. 30.6.2017, BGBl. I 2017, 2097). Die in den Instanzen umstrittene Frage, ob irisches oder deutsches Datenschutzrecht anwendbar ist, stellt sich damit nicht mehr.

**67. bb)** Datenschutzrechtliche Belange der Erblasserin sind nicht betroffen und werden von der Bekl. auch nicht geltend gemacht. Die Datenschutz-Grundverordnung bezieht sich – wie schon die zuvor geltenden nationalen Vorschriften – nur auf lebende natürliche Personen. Dies ergibt sich aus dem Erwägungsgrund 27 der Verordnung, worin festgehalten ist, dass die Verordnung nicht auf personenbezogene Daten Verstorbener anzuwenden ist.

**68. cc)** Auch datenschutzrechtliche Belange der Kommunikationspartner der Erblasserin stehen dem Anspruch der Kl. nicht entgegen.

**69. (1)** Mit dem Zugang zum Benutzerkonto des Erblassers erhält der Erbe die Möglichkeit, auf die Kommunikation oder die mit dem Erblasser geteilten Bilder und sonstigen Inhalte zuzugreifen. Sowohl die Nachrichten als auch die veröffentlichten („geposteten“) Inhalte können personenbezogene Daten darstellen oder solche beinhalten. Die Bekl. als Betreiberin des sozialen Netzwerks ist in den Kommunikationsprozess insoweit eingebunden, als sie die Nachrichten zum Abruf für das Empfängerkonto bereitstellt sowie den Zugriff auf die geteilten Inhalte ermöglicht und die entsprechende Plattform zur Verfügung stellt. Dabei verarbeitet sie notwendigerweise die in den Inhalten enthaltenen sowie für die Bereitstellung erforderlichen Daten des jeweils kommunizierenden oder veröffentlichenden Nutzers.

**70. (2)** Es kann dahinstehen, ob der Anwendungsbereich der Datenschutz-Grundverordnung im Hinblick auf die der Zugangsgewährung für die Erben immanente Verarbeitung von inhaltlichen Daten der Kommunikationspartner überhaupt eröffnet ist (für einen umfassenden Anwendungsausschluss Bericht der Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ v. 15.5.2017, [www.jm.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler\\_neustart/index.php](http://www.jm.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler_neustart/index.php), 348f.). Die Verarbeitung der personenbezogenen Daten der Kommunikationspartner der Erblasserin durch die Übermittlung und dauerhafte Bereitstellung der jeweiligen Inhalte für die Erben ist jedenfalls sowohl nach Art. 6 I Buchst. b Var. 1 DS-GVO als auch nach Art. 6 I Buchst. f DS-GVO zulässig.

**71. (2.1)** Nach Art. 6 I Buchst. b Var. 1 DS-GVO ist eine Verarbeitung rechtmäßig, wenn sie für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Partei ist, erforderlich ist. Umfasst ist sowohl die Erfüllung der vertraglichen Leistungs- und Nebenpflichten als auch der diesbezüglichen gesetzlichen Verpflichtungen (*Buchner/Petri* in Kühling/Buchner, DS-GVO, BDSG, 2. Aufl., Art. 6 DS-GVO Rn. 33; *Assion/Notel/Veil* in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, DS-GVO, Art. 6 Rn. 88ff.). Ob die Verarbeitung „erforderlich“ – und nicht nur zweckdienlich – ist, hängt von dem Vertragsinhalt und der vertragscharakteristischen Leistung des jeweiligen Schuldverhältnisses ab (*Buchner/Petri* in Kühling/Buchner, Art. 6 DS-GVO Rn. 39).

**72.** Die Voraussetzungen der genannten Vorschrift sind erfüllt. Die Übermittlung und Bereitstellung von Nachrichten und geteilten Inhalten der Kommunikationspartner an das Benutzerkonto der Erblasserin erfolgt auch in Erfüllung einer gegenüber diesen bestehenden vertraglichen Hauptleistungspflicht. Denn nach dem Inhalt des Nutzungsvertrags zwischen der Bekl. und ihren Nutzern ist die Bereitstellung und Übermittlung von Nachrichten und sonstigen Inhalten an das vom jeweiligen Absender benannte Empfängerkonto wesentliche Vertragspflicht der Bekl. sowohl gegenüber dem Absender –

hier also den Kommunikationspartnern der Erblasserin – als auch gegenüber dem Berechtigten des Empfängerkontos. Die notwendigerweise damit einhergehende Verarbeitung der in den Inhalten enthaltenen oder für die Bereitstellung benötigten Daten der Kommunikationspartner ist für die Erfüllung dieser Hauptleistungspflicht erforderlich iSv Art. 6 I Buchst. b Var. 1 DS-GVO. Die Bekl. macht datenschutzrechtliche Bedenken für die zu Lebzeiten der Erblasserin erfolgten Übermittlungen und Bereitstellungen von Inhalten auch nicht geltend.

**73.** An der Berechtigung der Datenverarbeitung nach der genannten Vorschrift ändert sich durch den Eintritt des Erbfalls nichts. Die Bekl. macht weiterhin entsprechend ihrer Verpflichtung einerseits gegenüber dem Absender bzw. Teilenden und andererseits gegenüber dem Berechtigten des Empfängerkontos die Inhalte für das betreffende Benutzerkonto zugänglich. Denn der Auftrag der Kommunikationspartner der Erblasserin zur Übermittlung einer Nachricht oder eines geteilten Inhalts wirkt zeitlich unbegrenzt – auch über den Tod des Berechtigten des Empfängerkontos hinaus – und umfasst die dauerhafte Ermöglichung des Abrufs der auf dem Server der Bekl. gespeicherten Nachricht durch den Nutzer des Empfängerkontos, solange dieses besteht, bzw. bei geteilten Inhalten, solange der Absender die Berechtigung nicht ändert, s. hierzu oben 2 a cc 2.3.1. Wie dort ausgeführt, bezieht sich die vertragliche Verpflichtung der Bekl. nicht darauf, die Nachricht oder den geteilten Inhalt an eine bestimmte Person zu übermitteln bzw. für diese zugänglich zu machen. Vielmehr ist diese kontobezogen, so dass die Bekl. sie erfüllt, indem sie Nachrichten an das benannte Benutzerkonto übermittelt, deren jederzeitigen Abruf durch den mit den zutreffenden Daten bei dem Benutzerkonto angemeldeten Nutzer ermöglicht sowie Inhalte für die ausgewählten Benutzerkonten zur Verfügung stellt. Der Tod des ursprünglich Berechtigten ändert hieran nichts, da das Konto nach dem Erbfall fortbesteht und der Erbe damit Berechtigter wird.

**74.** (2.2) Abgesehen davon ist die Datenverarbeitung auch zur Wahrung der berechtigten Interessen der Kl. und des Vaters der Erblasserin erforderlich (Art. 6 I Buchst. f DS-GVO).

**75.** Die Frage der Zulässigkeit einer Datenverarbeitung aufgrund von berechtigten Interessen eines Dritten ist grundsätzlich von den konkreten Umständen des betroffenen Einzelfalls abhängig und dementsprechend auch einzelfallbezogen zu ermitteln und zu beurteilen (EuGH, ECLI:EU:C:2016:779 = NJW 2016, 3579 Rn. 62 [zu dem Art. 6 I Buchst. f DS-GVO entsprechenden Art. 7 Buchst. f der RL 95/46/EG]). Hier liegen berechnete Interessen der beiden Erben vor, die eine Datenverarbeitung in Form der Zugangsgewährung erforderlich machen. Die Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Kommunikationspartner der Erblasserin überwiegen diese berechneten Interessen nicht.

**76.** (2.2.1) Zu den berechtigten Interessen zählen neben rechtlichen auch tatsächliche, wirtschaftliche oder ideelle Interessen, nicht jedoch bloße Allgemeininteressen (*Buchner/Petri* in Kühling/Buchner, Art. 6 DS-GVO Rn. 146f.; *Auernhammer/Kramer*, DSGVO, BDSG, 5. Aufl., Art. 6 DS-GVO Rn. 30). Die in den Erwägungsgründen 47–50 genannten Beispiele berechtigter Interessen wie die Verarbeitung zur Verhinderung von Betrug (EG 47 S. 6), zum Zweck der Direktwerbung (EG 47 S. 7), im Rahmen einer konzerninternen Übermittlung (EG 48 S. 1) oder zur Verbesserung der Netz-

und Informationssicherheit (EG 49) zeigen, dass vielfältige und unterschiedlich bedeutsame berechnete Interessen berücksichtigungsfähig sind.

**77.** Hier bestehen berechnete Interessen der Kl. und des Vaters der Erblasserin:

**78.** (2.2.1.1) Die Erbengemeinschaft kann sich auf das durch Art. 14 I 1 GG geschützte Erbrecht berufen und ein berechnetes Interesse geltend machen, weil – wie dargelegt – das mit der Bekl. bestehende Vertragsverhältnis nach dem anzuwendenden deutschen Recht auf die Erben übergegangen ist und diese deshalb als Vertragspartner einen Primärleistungsanspruch auf Zugang zu dem Benutzerkonto der Erblasserin sowie den darin enthaltenen vermögensrechtlichen und höchstpersönlichen (digitalen) Inhalten haben. Es stellt bereits für sich genommen ein gewichtiges berechnetes Interesse eines Vertragspartners dar, die Hauptleistungsansprüche aus diesem Vertragsverhältnis auch geltend machen zu können. Würde den Erben der Zugang verweigert, würden ihnen die durch den erbrechtlichen Übergang von Rechten und Pflichten aus dem Vertragsverhältnis entstandenen Rechtspositionen faktisch entzogen und der Grundsatz der Universalsukzession ausgehöhlt.

**79.** (2.2.1.2) Als Erben sind die Kl. und der Vater der Erblasserin nicht nur Vertragspartner des Nutzungsvertrags geworden, sie haben auch etwaige vermögensrechtliche Ansprüche der Erblasserin geerbt und haften für deren Verbindlichkeiten. Informationen über derartige Ansprüche und Verbindlichkeiten können sich auch aus den Inhalten des Benutzerkontos ergeben, die nicht nur höchstpersönliche, sondern auch vermögensrechtliche Bedeutung haben können. Der Zugang zu dem Benutzerkonto dient deshalb regelmäßig auch dazu, um zu prüfen, ob sich aus dem Inhalt Ansprüche der Erblasserin gegen Dritte oder Ansprüche Dritter gegen die Erblasserin ergeben, die die Erben weiterverfolgen können oder müssen, oder ob sonstige Handlungen rechtsgeschäftlicher Art erforderlich sind. Die Anforderungen an ein diesbezügliches berechnetes Interesse können nicht hoch angesetzt werden, weil die Erben – wie hier – regelmäßig keine Kenntnis von den Inhalten des Benutzerkontos haben und ihnen deshalb in der Regel eine nähere Darlegung der möglicherweise enthaltenen Inhalte mit vermögensrechtlichem Bezug nicht möglich ist.

**80.** Im vorliegenden Fall besteht über das allgemeine berechnete Interesse der Erben an der Prüfung der Inhalte auf vermögenswerte Relevanz hinaus ein näher konkretisiertes derartiges Interesse deshalb, weil die Erben mit der Zugangsgewährung auch vermögensrechtliche Abwehrinteressen gegenüber dem U-Bahn-Fahrer verfolgen, der sie auf Schadensersatz in Anspruch nimmt. Die Geltendmachung, Ausübung und Verteidigung eigener Rechte ist ein berechnetes Interesse für die Datenverarbeitung (*Assion/Notel/Veil* in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, Art. 6 Rn. 136; *Sydow/Reimer*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, Art. 6 Rn. 55; vgl. für das berechnete Interesse iSd Art. 7 Buchst. f der RL 95/46/EG eines Dritten, eine persönliche Information über einen Schädiger zu erlangen, um eine Schadensersatzklage zu erheben EuGH, ECLI:EU:C:2017:336 = ZD 2017, 324 = CR 2017, 504 Rn. 29 = EuZW 2017, 912 Ls.).

**81.** (2.2.1.3) Als berechnetes Interesse der Kl. und des Vaters der Erblasserin als Erben sowie Eltern der minderjährigen Verstorbenen ist auch anzuerkennen, dass diese durch den

Zugang zu dem Benutzerkonto Aufschluss darüber erhalten möchten, ob die Erblasserin kurz vor ihrem Tod Suizidabsichten gehegt hat. Entgegen der Auffassung der Bekl. sind nicht nur zwingende rechtliche Interessen, sondern ist auch ein derartiges ideelles Interesse im Rahmen der Abwägung berücksichtigungsfähig.

**82.** (2.2.2) Die Datenverarbeitung ist vorliegend erforderlich, weil keine geeigneteren und milderen Mittel möglich sind, um die berechtigten Interessen der Erben zu erfüllen (vgl. *Auernhammer/Kramer*, Art. 6 DS-GVO Rn. 34; *Plath/Plath*, BDSG/DSGVO, 2. Aufl., Art. 6 DS-GVO Rn. 23).

**83.** (2.2.3) Die Interessen, Grundrechte oder Grundfreiheiten der betroffenen Kommunikationspartner, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen die berechtigten Interessen der Erben nicht.

**84.** (2.2.3.1) Aufseiten der Kommunikationspartner der Erblasserin ist das Grundrecht aus Art. 8 I GRCh auf Schutz ihrer personenbezogenen Daten zu berücksichtigen. Dem Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten sieht sich die Datenschutz-Grundverordnung verpflichtet (EG 1 und 2) und auch der EuGH hebt die Bedeutung des durch Art. 8 GRCh gewährleisteten Grundrechts hervor (vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2015:650 = NJW 2015, 3151 Rn. 38 f. und 78 mwN). Darüber hinaus ist das damit im Zusammenhang stehende Grundrecht auf Achtung des Privat- und Familienlebens und der Kommunikation gem. Art. 7 GRCh zugunsten der Kommunikationspartner mit in die Abwägung einzustellen (*Heberlein* in *Ehmann/Selmayr*, DS-GVO, Art. 6 Rn. 24; s. auch EuGH, ECLI:EU:C:2015:650 = NJW 2015, 3151 Rn. 39). Schutzwürdig sind insoweit das Persönlichkeitsrecht im Allgemeinen und die informationelle Selbstbestimmung im Speziellen. Die Schutzbedürftigkeit ist dabei umso höher, je persönlicher die betroffenen Daten sind. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die von den Kommunikationspartnern verfassten Inhalte der übermittelten Nachrichten und Veröffentlichungen („Postings“) – wie die Revisionserwiderung geltend macht – auch höchstpersönliche oder sensible Daten, die besonders schutzwürdig sind, enthalten oder hierauf hinweisen könnten.

**85.** Als gewichtig sind nach Art. 6 I Buchst. f DS-GVO zudem die Belange betroffener Kinder zu berücksichtigen. Dies spiegelt sich auch in deren Erwägungsgrund 38 wider. Da die Erblasserin im Todeszeitpunkt selbst 15 Jahre alt war, liegt es nahe, dass ihre Kommunikationspartner zumindest teilweise auch noch Kinder gewesen sind. Dies bedeutet allerdings nicht, dass gegenüber Kindern eine Datenverarbeitung grundsätzlich nicht gerechtfertigt ist, sondern lediglich, dass ihre Interessen, entsprechend einer vom Alter abhängigen Schutzbedürftigkeit, im Vergleich zu Erwachsenen ein höheres Gewicht haben (*Assion/Notel/Veil* in *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil*, Art. 6 Rn. 144; *Buchner/Petri* in *Kühling/Buchner*, Art. 6 DS-GVO Rn. 155; *Sydow/Reimer*, Art. 6 Rn. 64).

**86.** (2.2.3.2) Der Maßstab für die Abwägung folgt aus den in Art. 1 und Art. 5 genannten Grundsätzen und Leitprinzipien der Datenschutz-Grundverordnung unter Berücksichtigung der Wertmaßstäbe der Grundrechtecharta und des übrigen Primärrechts. Dabei sind unter anderem die relevanten Grundrechtsbezüge, die Eingriffsintensität, die Art der verarbeiteten Daten, die Art der Betroffenen, mögliche Aufgaben

oder Pflichten und die Zwecke der Datenverarbeitung zu berücksichtigen (*Gola/Schulz*, DS-GVO, Art. 6 Rn. 53). Dabei geht es im Kern um einen Ausgleich zwischen den Privatheitsinteressen des Betroffenen einerseits und den Verwendungsinteressen der Verantwortlichen bzw. Dritten andererseits im konkreten Einzelfall (*Buchner/Petri* in *Kühling/Buchner*, Art. 6 DS-GVO Rn. 149; *Assion/Notel/Veil* in *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil*, Art. 6 Rn. 140 ff.; *Schaffland/Holthaus* in *Schaffland/Wiltfang*, DS-GVO/BDSG, Art. 6 DS-GVO Rn. 126 ff., Okt. 2017). Es sind Art, Inhalt und Aussagekraft der betroffenen Daten an dem mit der Datenverarbeitung verfolgten Zweck zu messen und gegenüberzustellen (*Buchner/Petri* in *Kühling/Buchner*, Art. 6 DS-GVO Rn. 149; zu § 32 BDSG aF *Senat*, NJW 1984, 1889 [1890]). Teilweise wird hierbei auch mit demselben Ergebnis auf die zum Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung entwickelten Kriterien wie Anlasslosigkeit, Streubreite und Einschüchterungswirkung zurückgegriffen (*Sydow/Reimer*, Art. 6 Rn. 61; s. auch BVerfGK 10, 330 = NVwZ 2007, 688 [691] = NJW 2007, 2320 Ls.).

**87.** Die Erwägungsgründe zur Güterabwägung nach der Datenschutz-Grundverordnung präzisieren insoweit die Abwägung (*Auernhammer/Kramer*, Art. 6 DS-GVO Rn. 37). Bedeutung hat hierbei insbesondere Erwägungsgrund 47 S. 1 DS-GVO, der als wichtigen Gesichtspunkt der Interessenabwägung „die vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person, die auf ihrer Beziehung zu dem Verantwortlichen beruhen“ nennt. Insoweit ist auch zu berücksichtigen, ob die „betroffene Person zum Zeitpunkt der Erhebung der personenbezogenen Daten und angesichts der Umstände, unter denen sie erfolgt, vernünftigerweise absehen kann, dass möglicherweise eine Verarbeitung für diesen Zweck erfolgen wird“ (EG 47 S. 3). Maßgebend ist ein objektivierter Maßstab, das heißt, welche Erwartungen ein vernünftiger Dritter in der Person des Betroffenen hätte (*Auernhammer/Kramer*, Art. 6 DS-GVO Rn. 37; *Plath/Plath*, Art. 6 DS-GVO Rn. 23).

**88.** (2.2.3.3.) Eine nach diesen Grundsätzen durchgeführte Interessenabwägung führt dazu, dass die Interessen der Kommunikationspartner die berechtigten Interessen der KI. und des Vaters der Erblasserin nicht überwiegen.

**89.** Zu berücksichtigen ist dabei zunächst, dass die relevanten Daten von den Kommunikationspartnern freiwillig und bewusst an die Bekl. übermittelt wurden, um sie für ein bestimmtes Benutzerkonto zur Verfügung zu stellen. Inhalt und Umfang der preisgegebenen persönlichkeitsrelevanten Daten sowie den zur Kenntnisnahme befugten Personenkreis kann der Nutzer selbst bestimmen. Es handelt sich also nicht um von der Bekl. erhobene, sondern um von den Kommunikationspartnern im Rahmen des bestehenden Vertrags (EG 47 S. 2) freiwillig und selbstbestimmt sowie inhaltlich kontrollierbar übersandte Daten (vgl. *Gola/Schulz*, Art. 6 Rn. 53). Der Nutzer forciert bei der Kontaktaufnahme durch persönliche Nachrichten oder das Teilen von Inhalten den Außenkontakt und lehnt ihn nicht grundsätzlich zur Wahrung der Vertraulichkeit ab (vgl. *Buchner/Petri* in *Kühling/Buchner*, Art. 6 DS-GVO Rn. 150).

**90.** Der Absender weiß und will, dass die Bekl. die Inhalte vertragsgemäß an das Empfängerkonto übermittelt und für dieses bereitstellt. Dabei ist dem Nutzer zugleich ebenso – oder noch viel mehr – wie dem Absender eines Briefs bewusst,

dass er nach dem Versenden einer Nachricht nicht mehr kontrollieren kann, wer nach der Übermittlung und Bereitstellung durch die Bekl. letztlich von deren Inhalt Kenntnis nimmt, und dass er grundsätzlich keine Möglichkeit hat, die übermittelte Nachricht bzw. den Inhalt zurückzufordern. Er begibt sich insoweit der Verfügungsbefugnis über die Nachrichten (vgl. hierzu oben 2a cc 2.3; NK-NachfolgeR/Herzog, Kap. 9 Rn. 68; Bock, AcP 217, 370 [408]; Herzog/Pruns, § 4 Rn. 84; Kutscher, 145; Pruns, NWB 2014, 2175 [2182f.]). Dies gilt für erwachsene Nutzer gleichermaßen wie für minderjährige. Denn auch und gerade Minderjährige, die bereits selbstständig F nutzen und ein eigenes Benutzerkonto besitzen, kennen bei der gebotenen typisierenden Betrachtungsweise die vielfältigen Möglichkeiten, eine an ein bestimmtes Benutzerkonto gesandte Nachricht auch Dritten zugänglich zu machen.

**91.** Die Kommunikationspartner der Erblasserin konnten darüber hinaus vernünftigerweise absehen, dass die Datenverarbeitung durch Bereitstellung der Nachrichten und Inhalte für das Empfängerkonto auch nach dem Tod der ursprünglichen Kontoberechtigten fortgesetzt würde und die Erben Kenntnis von diesen Daten erlangen könnten (EG 47 S. 3). Denn der Absender einer Nachricht oder eines sonstigen Inhalts muss damit rechnen, dass der Kontoberechtigte versterben könnte, Dritte das Benutzerkonto erben und in das Vertragsverhältnis eintreten und damit als neue Kontoberechtigte Zugang auf die Kontoinhalte haben.

**92.** In die Interessenabwägung einzustellen ist weiter der eng begrenzte Zweck der vorliegenden Datenverarbeitung. Es geht hier ausschließlich um die Übermittlung und Bereitstellung von personenbezogenen Daten und Inhalten für ein konkretes, vom Absender selbst ausgewähltes Benutzerkonto im Rahmen des zwischen den Kommunikationspartnern und der Bekl. bestehenden Vertragsverhältnisses (s. EG 47 S. 2; vgl. auch Auernhammer/Kramer, Art. 6 DS-GVO Rn. 38) allein zum Zweck der Kenntnisnahme der bereits vorhandenen Inhalte durch die Mitglieder der Erbengemeinschaft. Demgegenüber erfolgt die Verarbeitung nicht zu weitergehenden Zwecken, etwa für Werbezwecke oder zur Erstellung eines Persönlichkeitsprofils durch die Bekl. (Buchner/Petri in Kühling/Buchner, Art. 6 DS-GVO Rn. 152f.). Damit sind zugleich die durch die konkrete Art der Datenverarbeitung entstehenden Risiken begrenzt (vgl. zum risikobasierten Ansatz der DS-GVO Gola/Schulz, Art. 6 Rn. 53). Denn die Daten werden durch die Bereitstellung für das Benutzerkonto nicht einem größeren, unbeherrschbaren Personenkreis oder völlig unbeteiligten Dritten bekannt, sondern nur dem von vornherein eng begrenzten Personenkreis, nämlich der aus zwei Personen bestehenden Erbengemeinschaft, die zudem nächste Angehörige der verstorbenen Nutzerin sind.

**93.** Vor diesem Hintergrund kommt den Interessen der Kommunikationspartner im Verhältnis zu denen der Erben keine überwiegende Bedeutung zu, unabhängig davon, ob diese minderjährig sind oder nicht und ob teilweise auch sensible Inhalte enthalten sind. Die oben dargelegten berechtigten Interessen der KI. und des Vaters der Erblasserin als Erben und nahe Angehörige sind von deutlich höherem Gewicht. Die Interessen der Kommunikationspartner rechtfertigen es nicht, das gesetzliche Erbrecht der Erben teilweise auszuhöhlen. Gestützt wird dieses Ergebnis hier durch die besondere persönliche Interessenlage der Erben, die zugleich nächste An-

gehörige sind und ein sowohl ideelles als auch vermögenswertes Interesse an der Aufklärung der Umstände des Todes ihrer Tochter haben.

**94.** (3) Die Erlaubnistatbestände des Art. 6 I Buchst. b und f DS-GVO begründen jeweils eigenständig die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Zugangsgewährung für die KI. Eine Vorlage an den EuGH gem. Art. 267 AEUV ist entbehrlich. Die richtige Anwendung des Europarechts ist jedenfalls im Hinblick auf Art. 6 I Buchst. f DS-GVO derart offenkundig, dass für vernünftige Zweifel kein Raum mehr bleibt (vgl. Senat, BGHZ 201, 11 = NJW-RR 2014, 1328 Rn. 29; Beschl. v. 14.12.2017 – III ZR 117/17, BeckRS 2017, 136439 Rn. 7). Fragen der Auslegung dieser Vorschrift, die eine Vorlage erforderlich machen könnten, stellen sich nicht mehr. Denn nach der Rechtsprechung des EuGH zur inhaltsgleichen Vorgängerregelung des Art. 7 Buchst. f der RL 95/46/EG steht fest, dass eine von den Umständen der konkreten Konstellation abhängige Einzelfallabwägung zu erfolgen hat (EuGH, ECLI:EU:C:2016:779 = NJW 2016, 3579 Rn. 62 – acte éclairé), die auf Grundlage der vorliegenden Umstände zugunsten der Erben ausfällt.

**95.** e) Ohne Erfolg beruft sich die Bekl. in der Revisionserweiterung auch auf einen Ausschluss des Zugangs wegen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Kommunikationspartner der Erblasserin. Dieses steht dem Anspruch der KI. ebenso wenig entgegen wie das Fernmeldegeheimnis oder Datenschutzrecht. Die Gründe, die zur Verneinung einer Verletzung des Fernmeldegeheimnisses oder datenschutzrechtlicher Vorschriften führen, gelten auch insoweit.

**96.** 3. Das angefochtene Urteil ist demnach aufzuheben (§ 562 I ZPO).

**97.** Da die Sache zur Endentscheidung reif ist, kann der Senat die Berufung der Bekl. selbst zurückweisen (§ 563 III ZPO).

## IMMOBILIENRECHT

**BGB § 125, § 139, § 362, § 311b Abs. 1 S. 1 u. 2, § 873 Abs. 2, § 925 Abs. 1;****BNotO § 24; BeurkG § 49 Abs. 5 S. 1, § 53 Abs. 2;****ZPO § 97 Abs. 1**

BGH, Urteil vom 14. September 2018 - V ZR 213/17

*Änderungen eines Grundstückskaufvertrags nach der Auflassung sind formlos möglich, wenn die Auflassung bindend geworden ist (§ 873 Abs. 2 BGB; Bestätigung u.a. von Senat, Urteil vom 28. September 1984 - V ZR 43/83, WM 1984, 1539). Amtl.*

**Tatbestand**

Der Beklagte kaufte mit notariell beurkundetem Vertrag vom 4. Mai 2011 von der Klägerin, einer Bauträgerin, drei noch zu sanierende Eigentumswohnungen zu einem Preis von insgesamt 309.692 €. In dem Vertrag erklärten die Parteien die Auflassung und beantragte der Beklagte die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch. Der beurkundende Notar wurde angewiesen, eine die Auflassungserklärung enthaltende beglaubigte Abschrift oder Ausfertigung der Urkunde erst zu erteilen, wenn ihm die Zahlung des geschuldeten Kaufpreises nachgewiesen worden ist. Mit Schreiben vom 24. Juli 2012 verlangte der Beklagte von der Klägerin eine Kaufpreisminderung von 27.100,76 € „aufgrund der nicht notwendigen Dekontaminationsarbeiten“. Deren Geschäftsführer unterzeichnete dieses Schreiben mit dem Zusatz „zur Kenntnis genommen und anerkannt“. Der Beklagte zahlte 283.368,17 € an die Klägerin.

Mit der Klage verlangt die Klägerin die Zahlung eines Restkaufpreises von 26.323,83 €. Der Beklagte beantragt widerklagend, die Klägerin zur Rückzahlung zuviel gezahlter 776,93 € zu verurteilen und festzustellen, dass der Kaufpreis 282.591,24 € betrage und vollständig bezahlt sei. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Auf die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht den Beklagten unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt, an die Klägerin 15.484,61 € nebst Zinsen zu zahlen. Die Widerklage hat es abgewiesen. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision möchte der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

**Gründe****I.**

Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung u.a. in Rpfleger 2018, 196 veröffentlicht ist, meint, der Klägerin stehe ein restlicher Zahlungsanspruch in Höhe von 26.323,83 € zu, der aber derzeit nur in Höhe von 15.484,61 € fällig sei. Die Parteien hätten am 24. Juli 2012 keine formwirksame Ermäßigung des Kaufpreises vereinbart, da die Vereinbarung entgegen

§ 311b Abs. 1 Satz 1 BGB nicht notariell beurkundet worden sei. Entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei die nachträgliche Abänderung von Grundstückskaufverträgen auch dann formbedürftig, wenn diese nach der Auflassung und vor der Eigentumsumschreibung erfolge. Für die Beurkundungspflicht solcher Änderungen sprächen der Wortlaut, die Systematik und der Zweck des § 311b Abs. 1 BGB. Die Beweisfunktion der Beurkundung sei in der Zeit zwischen Auflassung und Eigentumsumschreibung nach wie vor relevant. Auch die Warnfunktion der Beurkundung und das Schutzbedürfnis von Veräußerer und Erwerber vor übereilten Entscheidungen kämen bei einer Änderung eines notariell beurkundeten Vertrags nach Auflassung und vor Eintragung zum Tragen. Das Argument, die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung sei mit der Auflassung in vollem Umfang erfüllt und bestehe nach erklärter Auflassung nicht mehr, treffe überdies nicht zu, wenn, wie hier, die Kaufvertragsparteien den Notar angewiesen hätten, Ausfertigungen oder beglaubigte Abschriften der Urkunde, welche die Auflassung enthalte, erst auf Nachweis der Kaufpreiszahlung zu erteilen.

**II.**

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

Zutreffend ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Dem Formzwang des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB unterliegen alle Vereinbarungen, die nach dem Willen der Parteien zu dem schuldrechtlichen Übereignungsgeschäft gehören (st. Rspr., vgl. *Senat*, Urteil vom 20. Dezember 1974 - V ZR 132/73, BGHZ 63, 359, 361; Urteil vom 23. September 1977 - V ZR 90/75, BGHZ 69, 266, 268; Urteil vom 6. April 1979 - V ZR 72/74, BGHZ 74, 346, 348; Urteil vom 20. Juni 1980 - V ZR 84/79, NJW 1981, 222). § 311b Abs. 1 BGB findet deshalb grundsätzlich auf Vereinbarungen Anwendung, durch die ein schon beurkundeter Grundstückskaufvertrag nachträglich geändert wird (*Senat*, Urteil vom 2. Oktober 1957 - V ZR 212/55, WM 1957, 1459; Urteil vom 29. März 1966 - V ZR 145/63, WM 1966, 656; Urteil vom 26. Oktober 1973 - V ZR 194/72, NJW 1974, 271; Urteil vom 9. November 1979 - V ZR 38/78, WM 1980, 166, 167; Urteil vom 6. November 1981 - V ZR 138/80, WM 1982, 157, 158). Diese sind dann formfrei, wenn sie lediglich der Beseitigung einer bei der Abwicklung des Geschäfts unvorhergesehen aufgetretenen Schwierigkeit dienen, ohne die beiderseitigen Verpflichtungen wesentlich zu verändern (vgl. *Senat*, Urteil vom 6. November 1981 - V ZR 138/80, aaO; Urteil vom 6. Juni 1986 - V ZR 264/84, NJW 1986, 2759, 2760; Urteil vom 2. Oktober 1987 - V ZR 42/86, WM 1987, 1467; Beschluss vom 9. November 1995 - V ZR 36/95, NJW 1996, 453; BGH, Urteil vom 5. April 2001 - VII ZR 119/99, NJW 2001, 1932, 1933). Daher ist eine nachträgliche Herabsetzung des beurkundeten Kaufpreises, wie sie hier vereinbart wurde, an sich formbedürftig (vgl. *Senat*, Urteil vom 8. Oktober 1954 - V ZR 81/53, WM 1955, 263; Urteil vom 6. November 1981 - V ZR 138/80, WM 1982, 157, 158 mwN).

a) Hier ist es aber anders, weil die Parteien zum Zeitpunkt der Änderungsvereinbarung die Auflassung bereits erklärt hatten. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können Grundstückskaufverträge nach der Auf-

lassung formlos abgeändert werden, weil die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung mit der Auflassung erfüllt ist und deshalb nicht mehr besteht (vgl. Senat, Urteil vom 14. Mai 1971 - V ZR 25/69, WM 1971, 896; Urteil vom 25. Februar 1972 - V ZR 74/69, WM 1972, 556, 557; Urteil vom 23. März 1972 - V ZR 166/70, WM 1973, 576; Urteil vom 30. Mai 1975 - V ZR 214/73, DB 1975, 1983; Urteil vom 28. September 1984 - V ZR 43/83, WM 1984, 1539 mwN; Urteil vom 6. Mai 1988 - V ZR 50/87, BGHZ 104, 276, 277; Urteil vom 28. Oktober 2011 - V ZR 212/10, NJW-RR 2012, 18 Rn. 15; so auch schon RG, WarnR 1911, Nr. 226; HRR 1933 Nr. 1410; SeuffA 94 Nr. 53). Von der Formfreiheit ausgenommen ist die Begründung neuer selbständiger Erwerbspflichten (vgl. Urteil vom 6. Mai 1988 - V ZR 50/87, aaO); entsprechendes gilt für Veräußerungspflichten.

b) Diese Rechtsprechung, die ursprünglich noch überwiegend Zustimmung und nur vereinzelt Ablehnung gefunden hat (vgl. Nachweise Urteil vom 28. September 1984 - V ZR 43/83, WM 1984, 1539), stößt inzwischen allerdings zunehmend auf Kritik (vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1998, 2225, 2226; LG Limburg, WM 1986, 432; BeckOGK/Schreindorfer, BGB, Stand: 1.9.2018, § 311b Rn. 242 ff.; BeckOK BGB/Gehrlein, Stand: 1.5.2018, § 311b Rn. 27; Erman/Grziwotz, BGB, 15. Aufl., § 311b Rn. 59; Ludwig in Herberger/Martinek/Rußmann u.a., jurisPK-BGB, 8. Aufl., § 311b BGB Rn. 283; MüKoBGB/Kanzleiter, 7. Aufl., § 311b Rn. 59; Soergel/J. Mayer, BGB, 13. Aufl., [2018]§ 311b Rn. 205 f.; Staudinger/Schumacher, BGB, § 311b Rn. 206 ff.; Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 11. Aufl., Rn. 1326; Cramer, ZfIR 2018, 450, 451; Grziwotz, IMR 2018, 121, 122; Kanzleiter, DNotZ 1985, 285 ff.; ders., DNotZ 1998, 954 ff.; Müller, MittRhNotK 1988, 243, 248; Steinbrecher, NJW 2018, 1214 ff.; Weser, MittBayNot 1993, 253, 260; Brambring in Festschrift für Hagen, 1999, 251, 257 ff.; Pohlmann, Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, 141 ff.; Roemer, Die Formbedürftigkeit der Aufhebung und Änderung von Verträgen im Sinne des § 311b Abs. 1 BGB [§ 313 BGB aF], 2004, 163 ff.; zustimmend dagegen BayObLG, BB 1987, 711, 712; OLG Bamberg, MDR 1999, 151; OLG Brandenburg, Beschluss vom 9. Dezember 2015 - 10 UF 257/13, juris; Palandt/Grüneberg, BGB, 77. Aufl., § 311b Rn. 44; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., § 311b BGB Rn. 3115a).

Die Kritiker verweisen darauf, dass sich seit der von dem Reichsgericht begonnenen und von dem Senat übernommenen Rechtsprechung zur Formfreiheit von Änderungen von Grundstückskaufverträgen nach Auflassung die Schutzbedürftigkeit von Verkäufer und Käufer, insbesondere bei Bauträgerverträgen, grundlegend geändert habe. Der historische Gesetzgeber sei davon ausgegangen, dass die Auflassung nicht zusammen mit dem schuldrechtlichen Grundgeschäft beurkundet, sondern vor dem Grundbuchamt erst dann erklärt werde, wenn die wechselseitigen Verpflichtungen im Übrigen erfüllt worden seien. Die Auflassung sei nach vollzogener Erfüllung aller übrigen Verpflichtungen der „Schlusspunkt“ eines Grundstücksgeschäfts gewesen und habe damit auch die Bestätigung der Richtigkeit aller zwischen den Parteien getroffenen Abreden enthalten (vgl. BeckOGK/Schreindorfer, BGB, Stand: 1.9.2018, § 311b Rn. 242 ff.; Cramer, ZfIR 2018, 450,

451; Steinbrecher, NJW 2018, 1214, 1216; Brambring in Festschrift für Hagen, 1999, 251, 254 ff.). Heute habe die Auflassung nicht mehr diese Bedeutung. Sie werde aus praktischen Gründen und zum Zwecke der Gebührenersparnis regelmäßig in die Kaufvertragsurkunde aufgenommen. Zum Schutz des Verkäufers seien verfahrensrechtliche Gestaltungen entwickelt worden, durch die trotz erklärter Auflassung der Eigentumsübergang auf den Käufer vor Kaufpreiszahlung verhindert werde (Auflassung mit Vorlagesperre; Auflassung ohne Eintragungsbewilligung; vgl. MüKoBGB/Kanzleiter, 7. Aufl., § 311b Rn. 59; Steinbrecher, NJW 2018, 1214, 1216 ff.; vgl. auch DNotI-Report 2016, 63, 64; BeckOGK/Schreindorfer, BGB, Stand: 1.6.2018, § 311b Rn. 242 ff.; Brambring in Festschrift für Hagen, 1999, 251, 257 ff.; Kanzleiter, DNotZ 1996, 242 ff.; Müller, MittRhNotK 1988, 243, 248; Weser, [2018]MittBayNot 1993, 253, 260). Könne eine Vertragsänderung nach Auflassung formfrei vereinbart werden, sei dies mit den Zwecken des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB, insbesondere dem bezweckten Übereilungsschutz, nicht vereinbar. Der Anspruch auf Eigentumsverschaffung sei mit der Auflassung nicht erloschen (§ 362 Abs. 1 BGB), sondern bestehe bis zum Eigentumsübergang fort (Staudinger/Schumacher, BGB, § 311b Rn. 207; Erman/Grziwotz, BGB, 15. Aufl., § 311b Rn. 59).

c) Die aufgezeigte Kritik gibt keinen Anlass zu einer Änderung der Rechtsprechung.

aa) Der Senat hat bereits 1984 keine deutlich überwiegenden oder schlechthin zwingenden Gründe für eine Abkehr von seiner Rechtsprechung gesehen, und zwar auch nicht für den Fall, dass die Kaufvertragsparteien den Notar angewiesen haben, den Eintragungsantrag erst zu stellen, wenn die Zahlung des gesamten Kaufpreises nachgewiesen oder bestätigt war (Urteil vom 28. September 1984 - V ZR 43/83, WM 1984, 1539; so auch schon Urteil vom 14. Mai 1971 - V ZR 25/69, WM 1971, 896). Solche Gründe ergaben sich insbesondere nicht daraus, dass der Gesetzgeber durch das Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und anderer Gesetze vom 30. Mai 1973 (BGBl. I S. 501) die Beurkundungspflicht auf die Grundstückserwerbsverpflichtung ausgedehnt hat.

bb) Gründe für eine Aufgabe der Rechtsprechung liegen auch heute nicht vor. Änderungen eines Grundstückskaufvertrags nach der Auflassung sind formlos möglich, wenn die Auflassung bindend geworden ist (§ 873 Abs. 2 BGB). Das steht mit Sinn und Zweck der Vorschrift des § 311b Abs. 1 BGB in Einklang.

(1) Die Beurkundungspflicht soll den Beweis über die Art und den Inhalt der Vereinbarungen sichern, den Veräußerer und den Erwerber vor übereilten Verträgen bewahren, sie auf die Wichtigkeit des Geschäfts hinweisen und ihnen durch die Mitwirkung des sachkundigen und unparteiischen Notars die Möglichkeit rechtskundiger Belehrung und Beratung eröffnen (Beweisfunktion; Warn- und Schutzfunktion; vgl. Senat, Urteil vom 23. September 1977 - V ZR 90/75, BGHZ 69, 266, 269; Urteil vom 23. Februar 1979 - V ZR 99/77, NJW 1979, 1495, 1496; Urteil vom 6. April 1979 - V ZR 72/74, BGHZ 74, 346, 351 f.; Urteil vom 30. April 1982 - V ZR 104/81, BGHZ 83, 395, 397; Urteil vom 25. März 1983 - V ZR 268/81, BGHZ 87, 150,

153; Urteil vom 26. November 1999 - V ZR 251/98, WM 2000, 579, 580; Urteil vom 13. Mai 2016 - V ZR 265/14, NZM 2016, 646 Rn. 27; Urteil vom 10. Juni 2016 - V ZR 295/14, DNotZ 2017, 48 Rn. 8). Mit der Durchführung eines strengen Regels unterworfenen Beurkundungsverfahrens, insbesondere durch die dem Notar in §§ 17 ff. BeurkG auferlegten Prüfungs- und Belehrungspflichten, soll sichergestellt werden, dass der Inhalt der Urkunde dem Willen der mit der rechtlichen Tragweite vertraut gemachten Beteiligten entspricht (Gewährsfunktion; vgl. Senat Urteil vom 10. Juni 2016 - V ZR 295/14, aaO).

(2 a) Die Parteien bedürfen des Schutzes aber nicht mehr, wenn der Zweck des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB erreicht ist. Hiervon ist auszugehen, wenn die schuldrechtlichen Erklärungen von Veräußerer und Erwerber beurkundet worden sind und diese zudem die für die angestrebte Rechtsänderung erforderlichen (dinglichen) Erklärungen in bindender Form abgegeben haben. Das ist der Fall, wenn die Auflassung bindend geworden ist (§ 873 Abs. 2 BGB). Dann haben die Vertragsparteien ihre jeweiligen Leistungshandlungen unwiderruflich erbracht. Dafür macht es keinen Unterschied, ob die Auflassung, wie heute regelmäßig, zusammen mit dem Kaufvertrag oder, wie früher, später beurkundet wird. Die für den Eintritt der Bindung nach § 873 Abs. 2 BGB einzuhaltenden Förmlichkeiten, insbesondere die Belehrung über die Bedeutung der Auflassung durch den beurkundenden Notar, gewährleistet, „daß nicht übereilt und leichtfertig über die Rechte an Grund und Boden verfügt wird“ (vgl. Motive III, S. 175; Senat, Urteil vom 25. Januar 1967 - V ZR 172/65, BGHZ 46, 398, 399; Urteil vom 13. Juli 2012 - V ZR 254/11, NJW 2012, 3372 Rn. 8). Deshalb hat der Senat für die Bestimmung des Zeitpunkts, ab dem ein Grundstückskaufvertrag formlos abänderbar ist, auf die nach § 873 Abs. 2 BGB bindend gewordene Auflassung abgestellt (vgl. Hagen in Festschrift für Schippel, 1996, 172, 177) und mit ihr die Übereignungs- und Erwerbspflicht als erfüllt angesehen.

(b) Richtig ist allerdings, dass auch mit einer bindend gewordenen Auflassung noch keine Erfüllung im Sinne von § 362 BGB eingetreten ist. Unter „Leistung“ ist in dieser Vorschrift regelmäßig nicht die Leistungshandlung, sondern der Leistungserfolg zu verstehen (vgl. MüKoBGB/Fetzer, 7. Aufl., § 362 Rn. 2 mit Nachweisen aus der Rspr.). Seine Eigentumsverschaffungspflicht hat der Veräußerer deshalb erst mit der Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch erfüllt (vgl. Senat, Urteil vom 15. Oktober 2004 - V ZR 100/04, NJW-RR 2005, 241, 242 f. [zu 2a u. c]; Urteil vom 19. Oktober 2007 - V ZR 211/06, BGHZ 174, 61 Rn. 27).

Für die Frage der Formbedürftigkeit von nachträglichen Änderungen kommt es jedoch nicht auf Erfüllung im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB, sondern darauf an, dass die geschuldeten Leistungshandlungen unwiderruflich erbracht sind. Dazu gehört die Eintragung nicht, da sie eine behördliche Tätigkeit ist, die die Vertragsparteien aus Rechtsgründen nicht besorgen können (vgl. Senat, Urteil vom 18. Juni 1971 - V ZR 45/69, WM 1971, 1475, 1476; Urteil vom 15. Oktober 2004 - V ZR 100/04, WM 2004, 2443, 2446; Urteil vom 19. Oktober 2007 - V ZR 211/06, BGHZ 174, 61 Rn. 32, 33; Urteil vom 19. Januar 2018 - V ZR 273/16, juris Rn. 17). Mit der bindend geworde-

nen Auflassung haben Veräußerer und Erwerber deshalb alles getan, quasi einen Automatismus in Gang gesetzt, um den Eigentumswechsel zur Eintragung zu bringen. Das rechtfertigt es nach Auffassung des Senats, den Schutzzweck des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB als erreicht anzusehen und weitere Vereinbarungen der Parteien, sofern durch sie nicht Erwerbs- oder Veräußerungspflichten geändert oder neu begründet werden, von der Beurkundungspflicht auszunehmen.

(3) Unterlägen Vereinbarungen nach bindend gewordener Auflassung der Form des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB, wäre dies zudem der Klarheit und Rechtssicherheit im Rechtsverkehr abträglich.

(a) Ein Formmangel bei nachträglichen Änderungen eines Grundstückskaufvertrags führt im Zweifel (§ 139 BGB) zur Nichtigkeit des Vertrages mit allen Nebenabreden (§ 125 BGB). Die Vermutung, dass sich die Nichtigkeit auf den gesamten Vertrag erstreckt, kann zwar, was der tatrichterlichen Würdigung bedarf, durch die besonderen Umstände des Falles widerlegt sein (vgl. Senat, Urteil vom 19. November 1982 - V ZR 161/81, BGHZ 85, 315, 318; Urteil vom 11. November 1983 - V ZR 150/82, NJW 1984, 974, 975; Urteil vom 17. März 2000 - V ZR 362/98, NJW 2000, 2100, 2101). Bis zur Klärung dieser Frage bestünde aber Unsicherheit über die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts.

(b) Der Vertrag könnte nämlich, soweit er wegen der nachträglichen Änderung insgesamt formunwirksam wäre, nicht geheilt werden. Die Formnichtigkeit des Grundstückskaufvertrags ergreift zwar nicht die mitbeurkundete Auflassung (vgl. Senat, Urteil vom 23. Februar 1979 - V ZR 99/77, NJW 1979, 1495, 1496 mwN), und die Heilung tritt nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB auch dann ein, wenn die Auflassung nicht nach den schuldrechtlich getroffenen Vereinbarungen, sondern mit ihnen zugleich beurkundet wird (vgl. Senat, Urteil vom 17. März 1978 - V ZR 217/75, NJW 1978, 1577). Diese Wirkung hat die vor formlosen Änderungen des Grundstückskaufvertrags erklärte Auflassung aber, anders als im Schrifttum teilweise vertreten wird (vgl. BeckOGK/Schreindorfer, BGB, Stand: 1.9.2018, § 311b Rn. 350; MüKoBGB/Kanzleiter, 7. Aufl., § 311b Rn. 85; Staudinger/Schumacher, BGB [2018], § 311b Rn. 297; Harke, WM 2004, 357, 360; Pohlmann, Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, 141, 144), nicht, weil sie nicht in Erfüllung der formnichtigen Vereinbarungen erfolgt sein kann. Die heilende Wirkung von Auflassung und Eintragung erstreckt sich nur auf die Gesamtheit der vertraglichen Vereinbarungen, die bei der Auflassung Inhalt des Vertrages waren (vgl. Senat, Urteil vom 5. Mai 1972 - V ZR 63/70, NJW 1972, 1364, 1366; Urteil vom 22. Dezember 1982 - V ZR 8/81, NJW 1983, 1543, 1545; Urteil vom 6. Mai 1988 - V ZR 50/87, BGHZ 104, 276, 278).

(4) Die bindend gewordene Auflassung bildet auch dann eine zeitliche Zäsur, ab der nachträgliche Änderungen eines Grundstückskaufvertrags formlos möglich sind, wenn der Vollzug der Auflassung durch Anweisungen der Kaufvertragsparteien an den Notar vorübergehend gesperrt ist.

(a) Um den Verkäufer davor zu schützen, dass er das Eigentum an seinem Grundstück verliert, ohne den Kaufpreis zu erhalten, wird meist eine Treuhandtätigkeit des Notars nach § 24 BNotO (vgl. Senat, Beschluss vom 26. Juli 2012 - V ZB 288/11, FGPrax 2012, 264 Rn. 8) vereinbart. Dem Notar wird die Anweisung erteilt (vgl. § 53 Abs. 2 BeurkG), die Eintragung des Eigentumswechsels erst zu beantragen, wenn ihm die Zahlung des Kaufpreises nachgewiesen ist (oder der Kaufpreis auf dem Notaranderkonto auszahlsreif hinterlegt ist; Vorlagensperre) und vorher dem Käufer und dem Grundbuchamt keine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift der Urkunde zu erteilen, die die Auflassung enthält (Ausfertigungssperre; vgl. DNotl-Report 2016, 63, 64; *Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger*, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 7. Aufl., § 53 BeurkG Rn. 33). Ist in einem solchen Fall eine Ausfertigung zur Eintragung einer Eigentumsvormerkung erforderlich, wird das Vorleistungsrisiko des Verkäufers durch die Weisung an den Notar ausgeschaltet, zunächst nur eine auszugsweise Ausfertigung ohne die Auflassung zu erteilen (§ 49 Abs. 5 Satz 1 BeurkG) und diese zwecks Eintragung der Vormerkung einzureichen. In Betracht kommt auch, dass in der Kaufvertragsurkunde die Bewilligung der Eigentumsumschreibung noch nicht erklärt, sondern dem Notar Vollmacht erteilt wird, die Eintragungsbewilligung namens des Veräußerers zu erklären, sobald ihm die Kaufpreiszahlung nachgewiesen ist (sog. Bewilligungslösung; vgl. DNotl-Report 2016, 63, 64; *Brambring* in Festschrift für Hagen, 1999, 251, 270 f.; *Kanzleiter*, DNotZ 1996, 242 ff.; *Reithmann*, ZNotP 2005, 322, 323; *Weser*, MittBayNot 1993, 253 ff.).

(b) Solche Abreden ändern nichts daran, dass die Auflassung ohne Vorbehalt und verbindlich erklärt wird. Nur so kann sie ihren Zweck, zu dem Eigentumsübergang zu führen, erfüllen. Insbesondere stellen Veräußerer und Erwerber ihre Einigungserklärungen nicht unter eine Bedingung, was unwirksam wäre (§ 925 Abs. 2 BGB). Es handelt sich vielmehr um vollzugstechnische Abreden, die gerade deshalb erforderlich sind, weil die Auflassung bindend ist.

(5) Deutlich überwiegende oder schlechthin zwingende Gründe für eine Abkehr von dieser Rechtsprechung (vgl. Beschluss vom 4. Oktober 1982 - GSZ 1/82, *BGHZ* 85, 64, 66; Senat, Urteil vom 22. Februar 1991 - V ZR 308/89, *BGHZ* 113, 384, 386; Urteil vom 10. Juli 2015 - V ZR 229/14, *ZfIR* 2015, 798 Rn. 15) sind nicht gegeben. Die Praxis hat sich darauf eingerichtet. Unzuträglichkeiten in der praktischen Anwendung sind nicht bekannt geworden. An der formfreien Abänderbarkeit von Grundstückskaufverträgen nach der Auflassung ist deshalb auch im Interesse der Kontinuität der Rechtsprechung und der Rechtssicherheit festzuhalten.

3. Danach haben die Parteien nachträglich formfrei wirksam den in der notariellen Urkunde vom 4. Mai 2011 vereinbarten Kaufpreis um 27.100,76 € auf 282.591,24 € ermäßigt. Bei der in dem Kaufvertrag vereinbarten Anweisung der Parteien an den beurkundenden Notar, eine die Auflassungserklärung enthaltende beglaubigte Abschrift oder Ausfertigung der Urkunde erst zu erteilen, wenn ihm die Zahlung des geschuldeten Kaufpreises nachgewiesen worden ist (sog. Ausfertigungssperre), handelt es sich lediglich um eine den technischen

Vollzug betreffenden Abrede. Sie steht der Formfreiheit der nachträglichen Änderung des beurkundeten Kaufpreises nicht entgegen.

### III.

Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil weitere Feststellungen nicht zu treffen sind und der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Danach ist das Berufungsurteil teilweise aufzuheben und die Berufung insgesamt zurückzuweisen.

## KOSTENRECHT

### GNotKG § 110 Nr. 1, § 111 Nr. 3

LG Offenburg (4. Zivilkammer),  
Beschluss vom 16.05.2018 - 4 OH 21/16

*Änderungen eines Grundstückskaufvertrags nach der Auflassung sind formlos möglich, wenn die Auflassung bindend geworden ist (§ 873 Abs. 2 BGB; Bestätigung u.a. von Senat, Urteil vom 28. September 1984 - V ZR 43/83, WM 1984, 1539). Amtl.*

## Gründe

### I.

1. Am 29.06.2016 beglaubigte Notar ... bei dem seinerzeitigen Notariat ... eine von ihm entworfene Urkunde über eine Gesellschafterversammlung der ... GmbH mit dem Sitz in .... Gegenstand der Gesellschafterversammlung war die Verlegung des Firmensitzes.

2. § 5 der Urkunde lautet unter der Überschrift „Vollzugsvollmacht“ wie folgt:

*„Der Notar, dessen Vertreter und die Mitarbeiter des Notariats, insbesondere Frau ... und Frau ..., alle geschäftsansässig bei dem Notariat ..., jeweils allein und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, werden bevollmächtigt alle zum Vollzug, zur Ergänzung, Abänderung oder Berichtigung der heutigen Gesellschafterversammlung und der damit zusammenhängenden Registeranmeldungen notwendigen Erklärungen abzugeben. Von dieser Vollmacht darf nur durch das Notariat ... Gebrauch gemacht werden. Sie gilt über den Tod der Vollmachtgeber hinaus. Eine Pflicht zum Tätigwerden ist damit nicht verbunden.“*

3. Die Urkunde wurde unter der Urkundenrollennummer UR 701/2016 beim Notariat ... geführt.

4. Am 28.06.2016 Tag beglaubigte Notar ... bei dem seinerzeitigen Notariat ... eine von ihm entworfene Handelsregisteranmeldung zur Anmeldung der Sitzverlegung auf der Grundlage der beglaubigten Gesellschafterversammlung unter der Urkundenrollennummer UR 702/2016.



5. § 2 des Anmeldungsentwurfes enthält unter der Überschrift „Vollzugsvollmacht“ folgende Regelung:

„Der Notar und dessen Vertreter werden zur Erklärung und Vornahme etwa erforderlicher Änderungen und Ergänzungen der Anmeldung bevollmächtigt (z. B. auf Verlangen von Gerichten und Behörden).“

6. Wegen der weiteren Einzelheiten der Urkunden und insbesondere der Vollzugsvollmachten wird auf die Urkunden UR 701/2016 und UR 702/2016 des Notariats ... Bezug genommen.

7. Der Notar hat die Handelsregisteranmeldung beim Registergericht beantragt. Die Vollmacht wurde nicht verwendet.

8. Seine Tätigkeit stellte der Notar am 27.07.2016 unter der Nummer 214497 in Rechnung. Dabei wurde im Wesentlichen eine Gebühr gemäß Nr. 21100 für die Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses und eine Entwurfsgebühr gemäß Nr. 24102 und 21101 des Kostenverzeichnisses zum GNotKG (im Folgenden: KV) berechnet. Die beiden vorstehend genannten Vollmachten wurden nicht in Rechnung gestellt.

9. Wegen der Einzelheiten der Rechnung wird auf diese Bezug genommen.

10. Der Notar wurde mit Verfügung des Präsidenten des Landgerichts Offenburg vom 29.07.2016 (AZ.: E 565 - 26/2016) angewiesen, hinsichtlich der Richtigkeit der Kostenberechnung in der vorgenannten Gebührenrechnung zu den Urkunden UR 701/2016 und UR 702/2016 eine gerichtliche Entscheidung gemäß § 127 GNotKG herbeizuführen (§ 130 Abs. 2 GNotKG). Bei den Vollmachten in der Urkunde über die Gesellschafterversammlung und in der Handelsregisteranmeldung handle es sich um sogenannte „Reparaturvollmachten“, die kostenrechtlich einen gesonderten Beurkundungsgegenstand darstellten und somit nach den §§ 110 Nr. 1, 111 Nr. 3 GNotKG gebührenrechtlich relevant und damit in Rechnung zu stellen seien.

11. Der entsprechende Antrag wurde durch den Notar am 04.08.2016 gestellt.

12. In seinem Antrag hat der Notar bezüglich der rechtlichen Würdigung im Wesentlichen auf sein Vorbringen im Parallelverfahren 4 OH 11/16 (UR 608/2016 bzw. UR 609/2016 des vormaligen ...) Bezug genommen. Dabei führte er im Wesentlichen aus, dass es sich bei den streitbefangenen Vollmachten nicht um einen besonderen Beurkundungsgegenstand im Sinne von § 86 Abs. 2 GNotKG handle, da die Vollmachten lediglich dem dem Notar obliegenden Vollzug dienten. Eine weitergehende Bevollmächtigung erfolge jedoch nicht, was auch an § 6 BeurkG scheitere. Die Vollmachten stellten somit lediglich einen Annex zur Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben dar. Tatsächlich anfallender Vollzugsaufwand wäre über die Vollzugsgebühren nach Nr. 22110 ff. KV abgegolten bzw. abzugelten.

13. Eine Anhörung des Präsidenten des Landgerichts Offenburg war gemäß Verfügung der seinerzeitigen Kammervorsitzenden vom 10.08.2016 zurückgestellt worden. In Parallelverfahren (z. B. 4 OH 11/16, 4 OH 12/16 bzw. 4 OH 14/16) hat der Präsident des Landgerichts Offenburg zum Antrag auf gerichtliche Entscheidung Stellung genommen und im Wesentlichen vorgetragen, dass die Vollmachten nach Nr. 24102 KV abzurechnen seien, da die Gebühr für den Entwurf der Vollmachten mit der jeweiligen Fertigung entstehe. Eine Berechnung nur für den Fall, dass von der Vollmacht Gebrauch ge-

macht werde, laufe § 10 GNotKG zuwider. Soweit bereits das Gesetz dem Notar die Möglichkeit von Berichtigungen gebe, sei eine derartige Vollmacht prinzipiell nicht erforderlich, was für eine Gebührenpflichtigkeit spräche.

## II.

14. Die Kammer sah wegen Gleichartigkeit des vorliegenden Verfahrens in seiner tatsächlichen und rechtlichen Gestaltung insbesondere mit dem Parallelverfahren 4 OH 11/16 von der Einholung einer eigenen Stellungnahme des Präsidenten des Landgerichts ab. Vielmehr wird aufgrund der sachlichen und rechtlichen Parallelität das Vorbringen in den Parallelverfahren zugrunde gelegt. Abweichendes, zusätzliches bzw. neues Vorbringen kann im Rahmen eines eventuellen Beschwerdeverfahrens berücksichtigt werden, ohne dass hierdurch Rechtsnachteile entstehen.

15. 1. Die Fertigung der Vollmacht in § 5 der Urkunde über die Gesellschafterversammlung vom 29.06.2016 (UR 701/2016) löst keine eigenständige, separate Gebühr im Sinne des Kostenverzeichnisses zum GNotKG aus. Die Vollmacht ist insbesondere nicht als eigenständiges und damit separat abzurechnendes Rechtsgeschäft im Sinne von § 110 Nr. 1 GNotKG zu verstehen.

16. Grundsätzlich kann eine selbstständige Vollmacht für einen Dritten neben Beschlüssen von Organen einer Vereinigung eine Erklärung darstellen, bei der es sich gemäß § 110 Nr. 1 GNotKG um verschiedene Beurkundungsgegenstände handelt, die entsprechend jeweils getrennt in Rechnung zu stellen sind.

17. Dies wird teilweise in der kostenrechtlichen Literatur auch für sogenannte „Reparaturvollmachten“ von Notaren zu Gunsten von Notariatsbeschäftigten angenommen (vgl. *Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, GNotKG, 2. Aufl. 2015, Rdnr. 6 zu § 110 – ohne weitere Begründung –; so ähnlich, aber im Ergebnis offen lassend: *Hartmann*, Kostengesetze, 48. Aufl. 2018, Rdnr. 1 zu § 110).

18. Dieser Auffassung ist jedoch nicht zuzustimmen. Dem Notar obliegen umfassende Prüfungs-, Ermittlungs- und Betreuungspflichten (§ 17 BeurkG). Insbesondere hat er alle zum Vollzug einer Urkunde erforderlichen Maßnahmen einzuleiten und durchzuführen, soweit er mit dem Vollzug betraut wurde. Derartige Vollzugshandlungen – gleich um wie viele es sich handeln mag – werden pauschal mit einer Vollzugsgebühr nach den Nummern 22110 ff. KV abgegolten.

19. Vor diesem Hintergrund bedarf § 110 Nr. 1 GNotKG einer einschränkenden Auslegung in Bezug auf unselbstständige Vollmachten, die lediglich im Zusammenhang mit einer – möglichen – Vollzugstätigkeit des Notars stehen. Sowohl nach dem Wortlaut als auch nach dem Sinn und Zweck der Vollmacht in § 5 der Urkunde über Gesellschafterversammlung UR 608/2016 soll von der Vollzugsvollmacht nur Gebrauch gemacht werden, soweit dies zum Vollzug, zur Ergänzung, Abänderung oder Berichtigung der Gesellschafterversammlung und der damit zusammenhängenden Registeranmeldungen notwendig ist. Soweit der Wortlaut der Vollzugsvollmacht von „Ergänzung, Abänderung oder Berichtigung“ spricht, handelt es sich lediglich um Unterfälle des ebenfalls genannten Vollzuges.

20. Im Rahmen der Einreichung von Urkunden beim Registergericht ist der Notar jedoch gehalten, vollziehbare Urkunden einzureichen und damit auch Vollzugshindernisse zu besei-

tigen. Von einer diesbezüglichen Beauftragung kann in jedem Fall zumindest stillschweigend dann ausgegangen werden, wenn eine entsprechende Vollzugsvollmacht zur Beseitigung von Eintragungshindernissen gegeben ist, wie vorliegend. Demnach handelt es sich nicht um eine selbstständige Vollmacht Dritten gegenüber zum Tätigwerden im Allgemeinen, sondern um eine unselbstständige Vollmacht, die lediglich dazu dient, den Auftrag an den Notar, nämlich den reibungslosen Vollzug der von ihm gefertigten Urkunde umzusetzen. Für diesen Fall ist auch in der Literatur anerkannt, dass derartige „unselbstständigen“ Erledigungen von Beanstandungen keine separaten Gebühren im Sinne des GNotKG auslösen (vgl. *Fackelmann*, Notarkosten nach dem neuen GNotKG, 1. Aufl. 2013, Rdnr. 266 – 268; *Korintenberg-Diehn*, GNotKG, 2. Aufl. 2015, Rdnr. 18 zu § 110).

**21.** Die hier vorliegende Unselbstständigkeit der Vollmacht ist auch in der Rechtsprechung anerkannt, da eine Vollzugsvollmacht ihrem Sinn nach gerade diejenigen typischerweise notwendigen Erklärungen zur Vertragsabwicklung abdecken, die von den Beteiligten oder vom Notar bei Vertragsunterzeichnung übersehen wurden (vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 12.10.2009 - 20 W 116/07 - Juris, Rdnr. 18). Dabei ist die Vollzugsvollmacht der Notariatsangestellten nicht „frei“, sondern wird immer nur unter der „Federführung“ des Notars ausgeübt (vgl. BGH, Beschluss vom 01.10.2015 - V ZB 171/14 - Juris, Rdnr. 10).

**22.** Die Unselbstständigkeit der Vollmacht wird weiter dadurch gestützt, dass gemäß der Vorbemerkung 2.2.1.1 Abs. 1 Nr. 11 KV die Vollzugsgebühr unter anderem entsteht für über die in den Nrn. 1 und 2 genannten Tätigkeiten hinausgehende Tätigkeiten für die Beteiligten gegenüber der Behörde, dem Gericht oder der Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts. Diese Norm im Kostenverzeichnis ist nach allgemeiner Ansicht weit auszulegen und setzt voraus, dass der Notar mehr getan hat, als nur eine Erklärung anzufertigen und diese zu prüfen, wobei ein mittelbarer Effekt genügt (vgl. *Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, aaO, Rdnr. 77 und 78 zu Vorbemerkung 2.2.1.1 KV; *Korintenberg*, aaO, Rdnr. 49 zu Vorbemerkung 2.2.1.1 KV). Gerade eine aufgrund einer „Reparaturvollmacht“ insbesondere dem Registergericht gegenüber abgegebene Erklärung, die dem Vollzug einer eingereichten Urkunde nach Beanstandungen durch das Registergericht dient, muss zwanglos als Vollzugstätigkeit für die Beteiligten im Sinne der Vorbemerkung 2.2.1.1. Abs. 1 Nr. 11 KV angesehen werden. Damit handelt es sich bei einer entsprechenden Reparaturerklärung unzweifelhaft um Vollzugstätigkeit, die entweder bereits mit einer schon erhobenen Vollzugsgebühr abgegolten ist oder die aber spätestens bei Tätigwerden auf Beanstandung des Registergerichts hin eine solche Vollzugsgebühr auslöst. Die Vollmacht zur „Reparatur“ stellt demzufolge lediglich eine Vorbereitungshandlung für die „Reparatur“ dar und entfaltet ohne Reparaturerklärung keinerlei eigenständige Wirkung. Somit hat man es mit einer Vollmacht zu tun, die entweder nicht zum Tragen kommt oder – wenn sie zum Tragen kommt – ausschließlich der gesetzmäßigen Aufgabe des Notars dient, indem sie den Vollzug einer notariellen Urkunde ermöglicht. Damit dient die Vollmacht als Vorbereitungshandlung einer Vollzugsmaßnahme evident lediglich dem Vollzug der Urkunde über die Gesellschafterversammlung ohne einen darüber hinausgehenden Selbstzweck zu enthalten. Von einem um-

gekehrten Abhängigkeitsverhältnis kann nicht ausgegangen werden. Es besteht folglich ein enger innerer Zusammenhang zwischen der Urkunde über die Gesellschafterversammlung und der Vollmacht, aber nicht umgekehrt. Im Ergebnis ist somit von einer tatsächlichen Abhängigkeit im Falle einer Beanstandung durch das Registergericht auszugehen (vgl. BGH, NJW-RR 2013, 1080).

**23.** Wenn aber die Vollmacht nur eine Vorbereitungshandlung für eine Vollzugsmaßnahme darstellt, kann sie auch schon deswegen gebührenrechtlich keine Relevanz entfalten, weil ansonsten bei Inrechnungstellung einer Vollzugsgebühr von einer rechtlich unzulässigen doppelten Gebührenerhebung auszugehen wäre.

**24.** Nach alledem ist für die Vollmacht in § 5 der Urkunde über Gesellschafterversammlung vom 29.06.2016 keine separate Gebühr zu erheben, weil die „Reparaturvollmacht“ für Notariatsbedienstete lediglich als unselbstständige Vollmacht zum Vollzug anzusehen und daher § 110 Nr. 1 GNotKG entsprechend einschränkend auszulegen ist, nicht zuletzt um eine unzulässige doppelte Gebührenerhebung zu vermeiden.

**25.** 2. Die Fertigung der Vollmacht in § 2 der Handelsregisteranmeldung vom 28.06.2016 (UR 702/2016) kann schon deswegen keine eigenständige, separate Gebühr im Sinne des Kostenverzeichnisses zum GNotKG auslösen, weil eine entsprechende Vollzugsvollmacht bereits in § 5 der Urkunde über die Gesellschafterversammlung (UR 701/2016) enthalten ist und die Handelsregisteranmeldung mit umfasst. Da die entsprechende Vollmacht bereits in der Urkunde über die Gesellschafterversammlung enthalten ist, führte eine Berechnung zur unzulässigen Doppelberechnung. Die Erteilung einer mehrfachen Vollmacht für gleiche Zwecke ist nicht sachgerecht und darf den Auftraggeber des Notars nicht belasten.

**26.** Darüber hinaus stellt die Vollmacht in § 2 der Handelsregisteranmeldung auch kein eigenständiges Rechtsverhältnis im Sinne von § 86 Abs. 2 GNotKG neben der Registeranmeldung dar, weswegen § 111 Nr. 3 GNotKG nicht zur Anwendung gelangt.

**27.** In Bezug auf die Handelsregisteranmeldung handelt es sich bei der Vollmacht in § 2 lediglich um eine Klarstellung und Präzisierung zu § 378 Abs. 2 FamFG. Aufgrund dieser Vorschrift ist der Notar berechtigt, eine zur Eintragung erforderliche Erklärung, die er selbst beurkundet oder beglaubigt hat, im Namen des Anmeldungsberechtigten zur Eintragung zu beantragen. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Notar dem Berechtigten bei der Registeranmeldung behilflich sein soll (§ 53 BeurkG).

**28.** Die Anmeldung selbst ist somit keine Willenserklärung, sondern eine Prozessklärung im Sinne des FamFG und ein auf Herbeiführung behördlichen Handelns gerichteter organschaftlicher Akt (vgl. OLG Oldenburg, Beschluss vom 16.09.2011 – 12 W 103/90 – Juris, Rdnr. 11).

**29.** In diesem Kontext entfaltet die Vollmacht auch hier keine Wirkung aus sich selbst heraus, sondern hat entsprechend ihrem Wortlaut nur eine dienende Funktion, soweit infolge von Beanstandungen durch das Registergericht Änderungen und/oder Ergänzungen erforderlich werden. Es handelt sich somit auch hier um eine unselbstständige Vollmacht als Ausfluss der unmittelbaren Prüfungs-, Ermittlungs- und Betreuungspflichten des Notars gemäß § 17 BeurkG.

**30.** Auch hier steht im Vordergrund die Handelsregisteranmeldung, zu deren Abwicklung die Vollmacht lediglich ein unselbstständiges Element im Rahmen der Abwicklungs- und Vollzugspflichten des Notars darstellt. Die Vollmacht kommt nur zum Tragen, wenn seitens des Registergerichts Beanstandungen vorgenommen werden. Damit dient die Vollmacht dem Vollzug der Handelsregisteranmeldung und nur hierzu. Auch insoweit besteht eine tatsächliche Abhängigkeit der Vollmacht von der Handelsregisteranmeldung im Falle einer Beanstandung durch das Registergericht (vgl. BGH, NJW-RR 2013, 1080).

**31.** Hauptgeschäft ist somit die Handelsregisteranmeldung und die Vollmacht steht mit dieser in einem inneren Zusammenhang, der lediglich eine dienende Funktion erfüllt (vgl. BGH, NJW 2006, 279).

**32.** Die Vollmacht entfaltet aufgrund ihrer dienenden Funktion ihre Wirkung erst, wenn durch das Registergericht Beanstandungen erfolgen. Da hier grundsätzlich auch § 378 Abs. 2 FamFG eingreife, wird der klarstellende und allenfalls ergänzende Charakter der Vollzugsvollmacht deutlich.

**33.** Darüber hinaus sind gemäß Vorbemerkung 2.4.1 Abs. 4 Nr. 3 KV mit der Entwurfsgebühr auch die Kosten der Erledigung von Beanstandungen einschließlich des Beschwerdeverfahrens abgegolten. Die Erhebung von Gebühren für die Vollmacht verstieße gegen diese Regelung. Da die Vollmacht nach ihrem Wortlaut ihre Wirkung nur im Falle von Beanstandungen entfaltet und darüber hinaus keinen weitergehenden eigenständigen Anwendungsbereich enthält, besteht ein untrennbarer Sachzusammenhang mit der Erledigung von Beanstandungen. Würde man dann aber der Vollmacht eine eigene kostenrechtliche Relevanz beimessen, würden Kosten erhoben für einen Sachverhalt, der bereits von Vorbemerkung 2.4.1 Abs. 4 Nr. 3 KV abgedeckt ist, was einer doppelten Gebührenerhebung gleich käme. Hier geht Vorbemerkung 2.4.1 Abs. 4 Nr. 3 KV als Spezialregelung der ansonsten anwendbaren Vorschrift des § 111 Nr. 3 GNotKG vor.

**34.** Nach alledem begründet somit auch die Vollmacht in § 2 der Handelsregisteranmeldung keinen Gebührentatbestand im Sinne des Kostenverzeichnisses zum GNotKG.

**35.** 3. Letztendlich wäre jede andere Bewertung der Vollmachten in § 5 der Urkunde über Gesellschafterversammlung und in § 2 der Handelsregisteranmeldung, die mehr annähme als eine unselbstständige Vollmacht mit dienender Funktion auch deswegen nach Auffassung der Kammer nicht haltbar, weil eine weitere Bevollmächtigung des Notars oder seiner Angestellten einen Verstoß gegen § 6 BeurkG darstellte.

**36.** Sonstige Anhaltspunkte dafür, dass die Kostenrechnung des Notars unrichtig sein könnte, sind weder ersichtlich noch vorgetragen.

**37.** Dementsprechend konnte die Richtigkeit der Kostenrechnung des Notars festgestellt werden.

**38.** Die Gerichtsgebührenfreiheit ergibt sich aus § 130 Abs. 2 Satz 3 GNotKG.

## KOSTENRECHT

**GNotKG § 10, § 86 Abs. 2, § 111 Nr. 3, § 127, § 130 Abs. 2;**

**FamFG § 378 Abs. 2;**

**GNotKG § 111, § 129 Abs. 1, § 130 Abs. 2 S. 3;**

**BeurkG § 6, § 17, § 53**

LG Offenburg (4. Zivilkammer),  
Beschluss vom 16.05.2018 - 4 OH 14/16

*Eine Vollzugsvollmacht für den Notar oder seinen Vertreter in einer Handelsregistervollmacht löst entgegen § 111 Nr. 3 GNotKG keine Gebühren nach dem GNotKG aus, da die Vollzugsvollmacht einerseits nur eine Klarstellung und Präzisierung von § 378 Abs. 2 FamFG darstellt und Vorbemerkung 2.4.1 Abs. 4 Nr. 3 KV zum GNotKG als Spezialregelung der ansonsten anwendbaren Vorschrift des § 111 Nr. 3 GNotKG vorgeht. Amtl.*

## Gründe

### I.

1. Am 17.06.2016 beglaubigte Notar ... bei dem seinerzeitigen Notariat ... eine von ihm entworfene Handelsregisteranmeldung der Firma ... GmbH mit dem Sitz in ... (Notariat ..., UR 649/2016). Gegenstand der Handelsregisteranmeldung war die Beendigung der Liquidation der Firma.

2. § 2 des Anmeldungsentwurfes enthält unter der Überschrift „Vollzugsvollmacht“ folgende Regelung:

*„Der Notar und dessen Vertreter werden zur Erklärung und Vornahme etwa erforderlicher Änderungen und Ergänzungen der Anmeldungen bevollmächtigt (z. B. auf Verlangen von Gerichten und Behörden).“*

3. Wegen der weiteren Einzelheiten und des Inhalts der Handelsregisteranmeldung wird auf diese Bezug genommen.

4. Der Notar hat die Handelsregisteranmeldung beim Registergericht beantragt. Die Vollmacht wurde nicht verwendet.

5. Seine Tätigkeit stellte der Notar am 20.06.2016 unter der Nummer 214326 in Rechnung. Dabei wurde im Wesentlichen eine Entwurfsgebühr gemäß Nr. 24102 und 21101 des Kostenverzeichnisses zum GNotKG (im Folgenden: KV) berechnet. Die Vollmacht in § 2 des Entwurfs der Handelsregisteranmeldung wurde nicht in Rechnung gestellt.

6. Wegen der Einzelheiten der Rechnung wird auf diese Bezug genommen.

7. Der Notar wurde mit Verfügung der Vizepräsidentin des Landgerichts Offenburg vom 23.06.2016 (AZ: E 565 - 17/2016) angewiesen, hinsichtlich der Richtigkeit der Kostenberechnung in der vorgenannten Gebührenrechnung zu der Urkunde UR 649/2016 eine gerichtliche Entscheidung gemäß § 127 GNotKG herbeizuführen (§ 130 Abs. 2 GNotKG). Bei der Vollmacht in § 2 der Handelsregisteranmeldung handle es sich um eine sogenannte „Reparaturvollmacht“, die kostenrechtlich einen gesonderten Beurkungsgegenstand darstellt und somit nach den §§ 110 Nr. 1, 111 Nr. 3 GNotKG ge-

bührenrechtlich relevant und damit in Rechnung zu stellen sei.  
**8.** Der entsprechende Antrag wurde durch den Notar am 29.06.2016 gestellt.

**9.** In seinem Antrag hat der Notar bzgl. der rechtlichen Würdigung im Wesentlichen auf seinen Vortrag im Parallelverfahren 4 OH 11/16 (UR 608/2016 bzw. UR 609/2016 des vormaligen Notariats ...) Bezug genommen. Dabei führte er im Wesentlichen aus, dass es sich bei der streitbefangenen Vollmacht nicht um einen besonderen Beurkundungsgegenstand im Sinne von § 86 Abs. 2 GNotKG handle, da die Vollmacht lediglich dem Notar obliegenden Vollzug diene. Eine weitergehende Bevollmächtigung erfolge jedoch nicht, was auch an § 6 BeurkG scheitere. Die Vollmacht stelle somit lediglich einen Annex zur Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben dar. Tatsächlich anfallender Vollzugsaufwand werde über die Vollzugsgebühren nach Nr. 22110 ff KV abgegolten.

**10.** Im Übrigen wies der Notar darauf hin, dass es sich bei der in § 3 des Anmeldungsentwurfes verwendeten Vollmacht nicht um eine solche für Notariatsbedienstete handle.

**11.** Der Präsident des Landgerichts Offenburg hat am 20.07.2016 zum Antrag auf gerichtliche Entscheidung Stellung genommen und im Wesentlichen vorgetragen, dass die Vollmacht nach Nr. 24102 KV abzurechnen sei, da die Gebühr für den Entwurf der Vollmacht mit der Fertigung entstehe. Eine Berechnung nur für den Fall, dass von der Vollmacht Gebrauch gemacht werde, laufe § 10 GNotKG zuwider. Soweit bereits das Gesetz dem Notar die Möglichkeit von Berichtigungen gebe, sei eine derartige Vollmacht prinzipiell nicht erforderlich, was für eine Gebührenpflichtigkeit spräche.

**12.** Wegen der Einzelheiten der Stellungnahmen des Notars und des Präsidenten des Landgerichts wird auf die diesbezüglichen Stellungnahmen vom 27.06.2016 bzw. vom 20.07.2016 Bezug genommen.

## II.

**13.** Die Fertigung der Vollmacht in § 2 der Handelsregisteranmeldung vom 17.06.2016 löst keine eigenständige separate Gebühr im Sinne des Kostenverzeichnisses zum GNotKG aus. Die Vollmacht ist insbesondere im Rahmen der Handelsregisteranmeldung nicht als eigenständiges Rechtsverhältnis im Sinne von § 86 Abs. 2 GNotKG neben der Registeranmeldung zu verstehen, bei der es sich nach § 111Nr. 3 GNotKG um einen besonderen Beurkundungsgegenstand handelt.

**14.** Die Anmeldung zum Handelsregister stellt dann einen besonderen Beurkundungsgegenstand im Sinne von § 111 Nr. 3 GNotKG dar, wenn sie mit einer sonstigen Beurkundung zusammenfällt. Dies gilt z. B. im Verhältnis zwischen einer gesellschaftsrechtlichen Beurkundung und deren nachfolgender Anmeldung zum Handelsregister.

**15.** Die streitgegenständliche Vollmacht beinhaltet jedoch gerade keine eigenständige Beurkundung. Vielmehr handelt es sich um eine Klarstellung und Präzisierung zu § 378 Abs. 2 FamFG.

**16.** Aufgrund der Vorschrift des § 378 Abs. 2 FamFG ist der Notar berechtigt, eine zur Eintragung erforderliche Erklärung, die er selbst beurkundet oder beglaubigt hat, im Namen des Anmeldungsberechtigten zur Eintragung zu beantragen. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Notar dem Berechtigten bei der Registeranmeldung behilflich sein soll (§ 53 BeurkG).

**17.** Die Anmeldung selbst ist somit keine Willenserklärung, sondern eine Prozessklärung im Sinne des FamFG und ein auf Herbeiführung behördlichen Handelns gerichteter organschaftlicher Akt (vgl. OLG Oldenburg, Beschluss vom 16.09.2011 - 12 W 103/90 - juris, Rdnr. 11).

**18.** In diesem Kontext ist die Vollmacht zu verstehen. Sie entfaltet keine Wirkung aus sich selbst heraus, sondern hat entsprechend ihrem Wortlaut nur eine dienende Funktion, soweit infolge von Beanstandungen durch das Registergericht Änderungen und/oder Ergänzungen erforderlich werden. Es handelt sich somit um eine unselbständige Vollmacht. Dies ist eine unmittelbare Folge der sich aus § 17 BeurkG ergebenden umfassenden Prüfungs-, Ermittlungs- und Betreuungspflichten des Notars.

**19.** Im Vordergrund steht die Handelsregisteranmeldung, zu deren Abwicklung die Vollmacht lediglich ein unselbständiges Element im Rahmen der Abwicklungs- und Vollzugspflichten des Notars darstellt. Die Vollmacht kommt nur zum Tragen, wenn seitens des Registergerichts Beanstandungen vorgenommen werden. Damit dient die Vollmacht evident dem Vollzug der Handelsregisteranmeldung. Von einem umgekehrten Abhängigkeitsverhältnis kann nicht ausgegangen werden. Es besteht folglich ein enger innerer Zusammenhang zwischen der Anmeldung und der Vollmacht und nicht umgekehrt. Zwar besteht keine rechtliche Abhängigkeit zwischen der Anmeldung und der Vollmacht, d. h. die Anmeldung kann auch ohne die Vollmacht – deren inhaltliche und formelle Richtigkeit vorausgesetzt – vollzogen werden; jedoch besteht eine tatsächliche Abhängigkeit im Falle einer Beanstandung durch das Registergericht (vgl. BGH, NJW-RR 2013, 1080).

**20.** Damit ist das zentrale Rechtsverhältnis, von dem heraus zu beurteilen ist, in welchem Zusammenhang Registeranmeldung und Vollmacht stehen, die Handelsregisteranmeldung und nicht die insoweit nur unselbständige Vollmacht. Ganz klar wird dies aus der Tatsache, dass der eigentliche Eintragungsgegenstand und nicht die Vollmacht zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden.

**21.** Hauptgeschäft ist die Handelsregisteranmeldung und die Vollmacht steht mit dieser in einem inneren Zusammenhang, der lediglich eine dienende Funktion erfüllt (vgl. BGH, NJW 2006, 279).

**22.** Die Vollmacht selbst entfaltet aufgrund ihrer dienenden Funktion ihre Wirkung erst, wenn durch das Registergericht Beanstandungen erfolgten; dann wäre der Notar aber auch bevollmächtigt, in Vertretung des Berechtigten Anträge zu stellen und Erklärungen gegenüber dem Gericht abzugeben (§ 378 Abs. 2 FamFG).

**23.** Die Vollmacht wird somit zunächst nicht vom Notar ausgeübt, sondern greift lediglich für den Fall von Änderungen und Ergänzungen. Damit entfaltet sie jedoch ihren Wirkungsbereich lediglich als eine Klarstellung und Präzisierung der Register- bzw. Anmeldevollmacht im Sinne des § 378 Abs. 2 FamFG dem Registergericht gegenüber. Dies wird insbesondere auch daraus deutlich, dass nach dem Wortlaut der Vollmacht diese ausdrücklich lediglich dem Notar bzw. dessen Vertreter, denklogisch einem anderen Notar, erteilt wird. Im Ergebnis wird folglich auch aufgrund der Vollmacht der Anwendungsbereich des § 378 Abs. 2 FamFG nicht verlassen, sondern lediglich konkretisiert. Für eine weitergehende Anwendung der Vollmacht bleibt kein Raum, zumal ein weiter-

gehender Anwendungsbereich gegen § 6BeurKG verstoßen dürfte.

**24.** Die Vollmacht kann auch aus einem weiteren Grund keine eigenständigen Gebühren auslösen.

**25.** Gemäß Vorbemerkung 2.4.1 Abs. 4 Nr. 3 KV sind mit der Entwurfsgebühr auch die Kosten der Erledigung von Beanstandungen einschließlich des Beschwerdeverfahrens abgegolten. Die Erhebung von Gebühren für die Vollmacht verstieße gegen diese Regelung. Da die Vollmacht nach ihrem Wortlaut ihre Wirkung nur im Falle von Beanstandungen entfaltet und darüber hinaus keinen weitergehenden eigenständigen Anwendungsbereich enthält, besteht ein untrennbarer Sachzusammenhang mit der Erledigung von Beanstandungen. Würde man dann aber der Vollmacht eine eigene kostenrechtliche Relevanz beimessen, würden Kosten erhoben für einen Sachverhalt, der bereits von Vorbemerkung 2.4.1 Abs. 4 Nr. 3 KV abgedeckt ist, was einer doppelten Gebührenerhebung gleich käme. Vorbemerkung 2.4.1 Abs. 4 Nr. 3 KV geht daher in jedem Fall als Spezialregelung den ansonsten eventuell anwendbaren Vorschriften gemäß § 86 Abs. 2 i. V. m. § 111 Nr. 3 GNotKG vor.

**26.** Soweit einzelne Stimmen in der Literatur von Gegenstandsverschiedenheit im Sinne von § 111 GNotKG ausgehen, insbesondere wenn eine Änderungs- oder Vollzugsvollmacht für Notariatsangestellte mitbeurkundet wird (vgl. *Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, GNotKG, 2. Auflage 2015, Rdnrn. 2 und 6 zu § 110; ähnlich: *Hartmann*, Kostengesetze, 48. Auflage 2018, Rdnr. 1 zu § 110; a. A. *Fackelmann*, Notarkosten nach dem neuen GNotKG, 1. Auflage 2013, Rdnrn. 266 ff; *Korintenberg-Diehn*, GNotKG, 20. Auflage 2017, Rdnr. 18 zu § 110), ist dies im vorliegenden Fall nicht einschlägig, da nach dem Wortlaut der Vollmacht gerade keine Bevollmächtigung von Notariatsangestellten vorliegt, sondern lediglich eine solche für den Notar selbst oder seinen Vertreter, der – wie bereits ausgeführt – denklogisch ein anderer Notar sein muss. Somit kann im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben, ob eine Vollmacht für Notariatsangestellte kostenpflichtig ist oder nicht.

**27.** Nach alldem begründet die Vollmacht in § 2 der Handelsregisteranmeldung keinen Gebührentatbestand im Sinne des Kostenverzeichnisses zum GNotKG.

**28.** Sonstige Anhaltspunkte dafür, dass die Kostenrechnung des Notars Nr. 214326 unrichtig sein könnte sind weder ersichtlich noch vorgetragen.

**29.** Dementsprechend konnte die Richtigkeit der Kostenrechnung des Notars festgestellt werden ebenso wie die Tatsache, dass die Vollmacht in § 3 der Handelsregisteranmeldung keinen Gebührentatbestand des Kostenverzeichnisses erfüllt.

**30.** Die Gerichtsgebührenfreiheit ergibt sich aus § 130 Abs. 2 Satz 3 GNotKG.

## KOSTENRECHT

### FamFG § 352;

### GNotKG § 18 Abs. 2 S. 1 Nr. 1;

### GNotKG KV Nr. 12101, 12210, 23300

OLG Köln, Beschluss vom 27.6.2018 – 2 Wx 236/18

*1. Im nachlassgerichtlichen Verfahren auf Erteilung eines Erbscheins fällt für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung zusätzlich eine Gebühr nach Nr. 23300 KV GNotKG an.*

*2. Die Gebühr für die Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen wird gem. § 18 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GNotKG auch dann von dem nach § 343 FamFG zuständigen Nachlassgericht erhoben, wenn die Eröffnung bei einem anderen Gericht stattgefunden hat.*

## Gründe

### I.

Am 11.09.2017 hat der Beteiligte zu 1) zur Niederschrift des Nachlassgerichts die Erteilung eines Alleinerbscheins nach der am 29.04.2017 verstorbenen E. H. geborene B. beantragt und die Richtigkeit seiner Angaben an Eides statt versichert. Am 20.02.2018 hat das Nachlassgericht den Erbschein antragsgemäß erteilt. Der Geschäftswert für das Verfahren auf Erteilung des Erbscheins ist durch Beschluss vom 03.04.2018 auf 142.745,56 € festgesetzt worden.

Am 06.04.2018 hat das Nachlassgericht Kosten in Höhe von 808,50 € in Ansatz gebracht, und zwar

- 100,00 € gem. Nr. 12101 des Kostenverzeichnisses zum GNotKG (im Folgenden: KV) für die Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen durch das Amtsgericht Sinzig,
- 354,00 € gem. Nr. 23300 KV für die Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung,
- 354,00 € gem. Nr. 12210 KV für das Verfahren über den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins und
- 0,50 € gem. Nr. 31000 KV als Pauschale für die Herstellung und Überlassung von Dokumenten.

Der Kostenansatz ist dem Beteiligten zu 1) von der Zentralen Zahlstelle Justiz mit Rechnung vom 09.04.2018 übermittelt worden.

Gegen diese Rechnung hat der Beteiligte zu 1) mit am 16.04.2018 beim Amtsgericht Bonn eingegangenen Schreiben vom 11.04.2018 Erinnerung eingelegt (Bl. 108 d.A.). Er hat vorgetragen, dass die Eröffnung der letztwilligen Verfügung vom Amtsgericht Sinzig vorgenommen worden sei und die Gefahr bestehe, dass die Gebühr Nr. 12101 KV auch vom Amtsgericht Sinzig in Ansatz gebracht werde. Für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung seien nur 177,00 € anzusetzen, weil insoweit die Gebühr Nr. 15212 KV maßgeblich sei.

Die Kostenbeamtin hat der Erinnerung nicht abgeholfen.

Mit Schreiben vom 27.04.2018, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, hat die Beteiligte zu 2) zur Erinnerung Stellung genommen und vorgetragen, dass die Erinnerung unbegründet sei und die in Ansatz gebrachten Gebühren entstanden seien (Bl. 113 f. d.A.).

Hierauf hat der Erinnerungsführer mit Schreiben vom 16.05. und 17.05.2018 erwidert und vorgetragen, dass die Rechnung um 354,00 € zu kürzen und dieser Betrag zu erstatten sei, weil die Gebühr Nr. 23300 KV nicht angefallen sei. Bei dieser Gebühr handele es sich um eine Notargebühr. Dafür gebe es im Gerichtskostenteil keine Regelung. In Nachlasssachen sei die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung bereits Teil des Verfahrens über den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins, wofür die Gebühr Nr. 12210 KV anfallt. Eine Gebühr für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung sei nur im Verfahren nach § 2006 BGB anzusetzen. Dies ergebe sich aus der Vorbemerkung 1.2 Abs. 2 KV.

Durch Beschluss vom 24.05.2018 hat das Nachlassgericht die Erinnerung zurückgewiesen und sich zur Begründung der Stellungnahme der Beteiligten zu 2) angeschlossen (Bl. 122 f. d.A.).

Gegen diesen Beschluss hat der Beteiligte zu 1) mit am 07.06.2018 beim Amtsgericht Bonn eingegangenen Schriftsatz vom 03.06.2018 Beschwerde eingelegt und zur Begründung sein bisheriges Vorbringen wiederholt und vertieft. Bezüglich der Einzelheiten seines Vorbringens wird auf den Inhalt des Schreibens vom 03.06.2018 Bezug genommen (Bl. 128 f. d.A.).

Durch am 11.06.2018 erlassenen Beschluss hat das Nachlassgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 131 f. d.A.).

## II.

Die Beschwerde des Beteiligten zu 1) ist gem. § 81 Abs. 2 S. 1 GNotKG statthaft, weil sie sich gegen die Entscheidung des Amtsgerichts über die Erinnerung des Beteiligten zu 1) richtet und der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 € übersteigt. Die Beschwerde ist auch im Übrigen zulässig.

In der Sache hat die Beschwerde indes keinen Erfolg.

Das Nachlassgericht hat zu Recht Kosten in Höhe von 808,50 € in Ansatz gebracht.

Die Gebühr für die Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen ist eine Festgebühr und beträgt gem. Nr. 12101 KV GNotKG 100,00 €. Sie wird gem. § 18 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GNotKG auch dann von dem nach § 343 FamFG zuständigen Nachlassgericht, hier dem Amtsgericht - Nachlassgericht – Bonn, erhoben, wenn die Eröffnung bei einem anderen Gericht stattgefunden hat. Die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme besteht daher nicht.

Die Gebühren Nr. 31000 KV GNotKG für die Herstellung und Überlassung von Dokumenten in Höhe von 0,50 € sowie Nr.

12210 KV GNotKG für das Verfahren über den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins in Höhe von 354,00 € - nach Tabelle B ausgehend von einem Geschäftswert von 142.745,56 € - sind unstreitig entstanden.

Darüber hinaus ist auch die Gebühr Nr. 23300 KV GNotKG für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung bei Aufnahme des Antrags auf Erteilung eines Erbscheins in Höhe von 354,00 € entstanden und nicht in der Gebühr für das Verfahren über den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins gem. Nr. 12210 KV GNotKG enthalten. Dem steht nicht entgegen, dass es sich bei der Gebühr Nr. 23300 KV GNotKG grundsätzlich um eine Notargebühr handelt. Denn sie kann – wie im vorliegenden Fall – auch im gerichtlichen Verfahren anfallen.

Dies ergibt sich aus Folgendem:

Bereits dem Absatz 1 der Gebühr Nr. 12210 KV GNotKG für das Verfahren über den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins ist zu entnehmen, dass die Gebühr für die Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung im Zusammenhang mit der Beantragung eines Erbscheins gerade nicht in dieser Gebühr enthalten ist, sondern gesondert erhoben wird. Denn dieser Absatz lautet wie folgt:

*„Für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung wird die Gebühr gesondert erhoben (Vorbemerkung 1 Abs. 2).“*

Bei der in dieser Vorschrift erwähnten „Vorbemerkung 1 Abs. 2“ handelt es sich entsprechend dem eindeutigen Wortlaut und entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers nicht um die Vorbemerkung 1.2 Abs. 2 KV GNotKG, sondern um die Vorbemerkung 1 Abs. 2 KV GNotKG (zu finden im Kostenverzeichnis unmittelbar unter der Überschrift „Teil 1 Gerichtsgebühren“), die wie folgt lautet:

*„Für eine Niederschrift, die nach den Vorschriften des Beurkundungsgesetzes errichtet wird, und für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung nach § 352 Abs. 3 Satz 3 FamFG oder § 36 Abs. 2 Satz 1 IntErbRVG erhebt das Gericht Gebühren nach Teil 2.“*

Hier liegt ein Fall des § 352 Abs. 3 S. 3 FamFG vor. § 352 FamFG betrifft die Angaben im Antrag auf Erteilung eines Erbscheins. § 352 Abs. 3 S. 3 FamFG lautet wie folgt:

*„Zum Nachweis, dass der Erblasser zur Zeit seines Todes im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft gelebt hat, und zum Nachweis der übrigen nach den Absätzen 1 und 2 erforderlichen Angaben hat der Antragsteller vor Gericht oder vor einem Notar an Eides statt zu versichern, dass ihm nichts bekannt sei, was der Richtigkeit seiner Angaben entgegensteht.“*

Ein solcher Fall lag hier vor. Der Antragsteller hat im Zusammenhang mit der Beurkundung seines Antrags auf Erteilung eines Erbscheins durch das Nachlassgericht auch eine Versicherung an Eides statt abgegeben. In solchen Fällen entsteht neben der Gebühr Nr. 12210 KV GNotKG für das Verfahren über den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins auch eine Gebühr Nr. 23300 KV GNotKG für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung nach der Tabelle B KV (*Keidel/Zimmermann*, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 352 Rn. 86; *Korintenberg/Wilsch*, GNotKG, 20. Aufl. 2017, GNotKG Nr. 12210-12212 KV Rn. 18; *Zimmermann/Zimmermann*, Erbschein-

Erbscheinsverfahren-Europäisches Nachlasszeugnis, 3. Aufl. 2016, Kosten im Erbscheinsverfahren Rn. 639).

Dem steht auch die Vorbemerkung 2.3.3 KV GNotKG nicht entgegen. Denn sie besagt nur, dass die Gebühr für die eidesstattliche Versicherung gem. Nr. 23300 KV GNotKG zugleich das den Antrag auf Erteilung eines Erbscheins betreffende Beurkundungsverfahren mitabdeckt (Korintenberg/Gläser, GNotKG, 20. Aufl. 2017, GNotKG Nr. 23300-23302 KV Rn. 8), nicht aber das Verfahren auf Erteilung eines Erbscheins. Auch die vom Beschwerdeführer zitierte Entscheidung des OLG Hamm vom 24.06.2014 (FamRZ 2015, 168) steht diesem Ergebnis nicht entgegen. Denn diese Entscheidung befasst sich allein mit der Frage, ob die für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung entstandene (!) Gebühr Gegenstand der Kostenentscheidung nach §§ 80, 81 FamFG sein kann. Darum geht es im vorliegenden Verfahren aber nicht.

Eine Kostenentscheidung für das vorliegende Beschwerdeverfahren ist nicht veranlasst (§ 81 Abs. 8 GNotKG).

### III.

Auch wenn es für das vorliegende Verfahren nicht darauf ankommt, weist der Senat im Hinblick auf weitere Verfahren auf Folgendes hin:

- Die Beschlüsse vom 03.04.2018, 24.05.2018 und 11.06.2018 weisen entgegen § 38 Abs. 2 Nr. 1 FamFG keine Angaben zu den am Verfahren beteiligten Personen auf.
- Die Rechtsbehelfsbelehrung im Beschluss vom 24.05.2018 ist unrichtig. Der maßgebliche Beschwerdewert beträgt gem. § 81 Abs. 2 GNotKG 200,00 € und nicht 600,00 €.
- Ein Erbschein darf gem. § 352e Abs. 1 S. 1 FamFG erst erteilt werden, wenn das Nachlassgericht die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet hat. Hier ist der Erbschein aber schon am 20.02.2018 erteilt worden, obwohl der entsprechende Feststellungsbeschluss erst am 21.02.2018 erlassen und daher auch erst zu diesem Zeitpunkt gem. § 352e Abs. 1 S. 3 FamFG wirksam geworden ist.

## KOSTENRECHT

### GNotKG KV 14110

OLG Köln, Beschl. v. 28.8.2018 – 2 Wx 305/18; 2 Wx 307/18

*Die Gebühr Nr. 14110 Nr. 1 KV GNotKG ist nicht zu erheben, wenn der Eintragungsantrag innerhalb von zwei Jahren seit dem Erbfall bei dem Grundbuchamt eingereicht wird. Auf Fälle einer unverschuldeten Einhaltung der Zweijahresfrist ist Abs. 1 der Nr. 14110 KV GNotKG nicht entsprechend anzuwenden (Anschluss an Senat, NJW-RR 1999, 1230).*

## Sachverhalt

(zusammengefasst durch den Einsender)

Eingetragener Eigentümer war ursprünglich der Vater der Beteiligten zu 1 und 2, seine Kinder. Nach deren Tod haben die Beteiligten sowie die Ehefrau des Erblassers als gesetzliche Erben keinen Grundbuchberichtigungsantrag gestellt. Dieser Antrag wurde unter Hinweis auf das jetzige Auffinden einer letztwilligen Verfügung des Erblassers, nach der die Beteiligten als Erben zu je ½-Anteil eingesetzt sind, erst 11 Jahre nach dem Tod des weiterhin im Grundbuch eingetragenen Erblassers gestellt. Für die Eintragung der Erbengemeinschaft stellte das Grundbuchamt den Beteiligten eine Gebühr nach Nr. 14110 KV GNotKG in Rechnung. Hiergegen wenden sich die Beteiligten mit dem Hinweis, gem. § 60 Abs. 4 KostO hätte eine Eintragung innerhalb von zwei nach Tod des Erblassers keine Gebühren ausgelöst. Die jetzige Eintragung könne nicht anders behandelt, da sie wegen des erst jetzt aufgefundenen Testaments ohne Verschulden an der Einhaltung der Zweijahresfrist gehindert gewesen seien.

## Gründe

### I.

Die nach § 81 Abs. 2 Satz 1 GNotKG statthaften und auch im Übrigen zulässigen Beschwerden der beiden Beteiligten haben in der Sache keinen Erfolg, weil der Grundbuchrechtspfleger die Erinnerungen gegen den Kostenansatz mit Recht zurückgewiesen hat.

Die Voraussetzungen für eine Nichterhebung der Gebühr für die Eintragung der Erben als Eigentümer (Anm. (1) zu Nr. 14110 Anl. 1 zum GNotKG) sind nicht erfüllt, weil der berichtigen Eintragung hier kein Antrag zugrunde lag, der binnen zwei Jahren nach dem Erbfall bei dem Grundbuchamt eingereicht worden ist. Unmaßgeblich ist, dass der Eintragungsantrag durch eine letztwillige Verfügung veranlasst worden ist, die nach dem Vorbringen der Beschwerde erst elf Jahre nach dem Erbfall aufgefunden worden ist, und der Antrag auf Eintragung der gewillkürten Erben aus diesem Grunde nicht binnen der Frist gestellt werden konnte.

Zu der Vorgängervorschrift der Nr. 14110 Nr. 1 Anl. 1 zum GNotKG, § 60 Abs. 4 KostO, hat der Senat (NJW-RR 1999, 1230 f.) ausgeführt:

„§ 60 Abs. 4 KostO ist weder unmittelbar noch entsprechend auf Fälle anzuwenden, in denen die Zweijahresfrist für den Eintragungsantrag nicht eingehalten ist. ...“

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 60 Abs. 4 KostO ist die Nichterhebung der Gebühr daran geknüpft, daß der Eintragungsantrag binnen 2 Jahren seit dem Erbfall bei dem Grundbuchamt eingereicht wird. Hierfür kommt es allein darauf an, daß der Antrag fristgerecht gestellt wird; unerheblich ist, ob er innerhalb dieser Frist auch vollzugsfähig ist (vgl. Senat, JurBüro 1988, 1708, 1709; OLG Zweibrücken, NJW-RR 1997, 575, 576; Rohs/Wedewer, a.a.O., § 60, Rn. 14). Die Zweijahresfrist ist eine gesetzliche Ausschlussfrist. Infolgedessen ist für nach Fristablauf eingereichte Eintragungsanträge eine Gebührenbefreiung nicht mehr möglich. Ohne Bedeutung ist, aus welchem Grund die Zweijahresfrist nicht eingehalten worden ist (vgl. z.B. LG Freiburg, Rpfleger 1979, 232; Hartmann, a.a.O., § 60 KostO, Rn. 28).

Für eine erweiternde Auslegung (so Lappe, Anm. zu KostRsp § 60 KostO Nr. 66; abweichend ders. in Korintenberg, a.a.O., § 60, Rn. 52: "Kostenerlaß aus Billigkeitsgründen") oder eine entsprechende Anwendung des § 60 Abs. 4 KostO auch auf Fälle objektiver Unmöglichkeit früherer Antragstellung und damit einer unverschuldeten Fristversäumung ist kein Raum.

Eine erweiternde "verfassungskonforme Auslegung" (vgl. Lappe, Anm. zu KostRsp. § 60 KostO Nr. 66) ist ausgeschlossen in Anbetracht der klaren Formulierung der Vorschrift, die allein auf die Frist zwischen dem Erbfall - nicht der Möglichkeit der Antragstellung - und dem Eintragungsantrag abstellt.

Einer entsprechenden Anwendung auf die vorerwähnte Fallkonstellation steht zwar nicht das "Analogieverbot im Kostenrecht" entgegen. Dieses besagt, daß Kostenvorschriften als belastende Gesetze nicht zu Lasten des Rechtsunterworfenen erweitert werden dürfen (vgl. Senat, JurBüro 1988, 1708, 1709; OLG Zweibrücken, NJW-RR 1997, 575, 576); damit ist grundsätzlich eine Analogie zugunsten des Kostenschuldners nicht ausgeschlossen. Gleichwohl dürfte eine analoge Anwendung des § 60 Abs. 4 KostO im Streitfall nicht möglich sein.

Sie wäre sachlich nicht veranlaßt. Die Gebührenfreiheit für innerhalb von zwei Jahren nach dem Erbfall eingereichte Anträge soll im öffentlichen Interesse dazu beitragen, daß der neue Eigentümer so bald wie möglich nach dem Erbfall in das Grundbuch eingetragen wird, das Grundbuch mithin alsbald wieder richtig wird. Gerade die Befristung der Gebührenbefreiung soll den Erben den Anreiz bieten, innerhalb dieses Zeitraumes die Berichtigung des Grundbuchs zu betreiben (vgl. BT.-Drs. IV/351 S. 7 ff, auszugsweise abgedruckt bei Rohs/Wedewer a.a.O., Rn. 1, 1 a). Ein Interesse an alsbaldiger Antragstellung und Berichtigung besteht zwar auch in Fällen, in denen erst nach Fristablauf die Voraussetzungen für die Eintragung im Grundbuch geschaffen werden, insbesondere die Person des Erben geklärt und damit eine Antragstellung erst möglich wird. Indes wird in diesen Fällen regelmäßig das mit der Befristung vordringlich bezweckte Ergebnis – nämlich eine zeitnah nach dem Erbfall erfolgende Berichtigung des Grundbuchs – nicht erreicht. Der Erbe als wahrer Eigentümer des Grundstücks wird

gerade nicht in absehbarer Zeit nach Eintritt des Erbfalls in das Grundbuch eingetragen; dieses bleibt vielmehr über einen längeren Zeitraum unrichtig. Dies wird insbesondere im Streitfall deutlich, in dem zwischen Erbfall und Eintragungsantrag eine Zeitspanne von mehr als 17 Jahren vergangen ist, während derer das Grundbuch die wahren Eigentumsverhältnisse nicht richtig wiedergegeben hat.

Einer entsprechenden Anwendung des § 60 Abs. 4 KostO auf Fälle objektiver Unmöglichkeit früherer Antragstellung und damit zugleich auf Fälle unverschuldeter Fristversäumung steht zudem der Grundsatz der Kostenklarheit entgegen. Würde man trotz des Ablaufs der im Gesetz vorgesehenen Frist in solchen Fällen eine Kostenbefreiung zulassen, würde dies eine Einzelfallprüfung notwendig machen, aus welchen Gründen es zur Verzögerung des Eintragungsantrags gekommen und ob die Verzögerung den Erben als Verschulden zuzurechnen ist. In diesem Rahmen könnte eine Vielzahl von Umständen zu erwägen sein, die zur Verzögerung des Antrags geführt haben können. Eine solche Prüfung kann indes nicht Gegenstand des formellen Kostenrechts sein, das an klare Tatbestände anknüpfen muß und mit der Klärung derartiger Fragen nicht befrachtet werden darf (vgl. Rohs/Wedewer, a.a.O. Rn 14; OLG Karlsruhe, Rpfleger 1988, 19, 20).

Der Gesetzgeber hat sich bewußt für eine Frist der Gebührenbefreiung und damit für eine klare zeitliche Zäsur entschieden. Er hat nicht darauf abgestellt, ab welchem Zeitpunkt der Erbe die Möglichkeit hat, den Eintragungsantrag zu stellen... „

An diesen Grundsätzen ist gerade auch angesichts des Umstandes, dass der Gesetzgeber die Vorschrift unverändert in das Kostenverzeichnis zum GNotKG übernommen hat, festzuhalten. Zwar mag der Umstand, dass die letztwillige Verfügung erst Jahre später aufgefunden wurde, nicht auf einem Verschulden der Erben beruhen, dennoch ist dieser Umstand ihrer Sphäre – und nicht der des Gerichts – zuzuordnen.



## VERFAHRENSRECHT

**GBO §§ 39, 40**

OLG Stuttgart, Beschluss vom 17. Oktober 2018 - 8 W 311/18

*Zum Erfordernis grundbuchlicher Voreintragung bei Bestellung eines Grundpfandrechtes im Rahmen von Veräußerung von bei Vorliegen einer transmortalen Vollmacht des verstorbenen eingetragenen Eigentümers.  
Leitsatz der Schriftleitung.*

**Gründe****I.**

Der am 20.08.2017 verstorbene, im Grundbuch als Eigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes eingetragene XXX hatte der Beteiligten zu 1 am 28.01.2015 eine notariell beurkundete General- und Vorsorgevollmacht erteilt, welche - ausdrücklich mit Wirkung über den Tod hinaus - auch die Vermögenssorge umfasste.

Am 22.08.2018 schloss die Beteiligte zu 1 unter Verwendung der erteilten Vollmacht mit den Beteiligten zu 2 und 3 einen notariell beurkundeten Kaufvertrag mit Auflassungserklärung und bewilligte zu deren Gunsten eine Auflassungsvormerkung, nicht aber die Eintragung der Eigentumsänderung. Darüber hinaus bevollmächtigte die Beteiligte zu 1 die Beteiligten zu 2 und 3 zum Zwecke der Finanzierung des Kaufpreises zu lasten des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes Grundpfandrechte jeder Art - einschließlich Vollstreckungsunterwerfung - zu bestellen. Auf Grundlage dieser Vollmacht bestellten die Beteiligten zu 2 und 3 ebenfalls am 22.08.2018 zugunsten der Beteiligten zu 4 eine Grundsuld über einen Betrag von 450.000 € und bewilligten und beantragten deren Eintragung im Grundbuch im Rang nach der Auflassungsvormerkung, ohne die Erben namentlich bekannt zu geben. Der gemäß § 15 GBO vertretungsbefugte Notar hat diesen Antrag bei dem Grundbuchamt eingereicht.

Mit Zwischenverfügung vom 06.09.2018 hat das Grundbuchamt beanstandet, dass zur Eintragung der Grundsuld die Voreintragung der Erben erforderlich sei, wofür ein formloser Antrag der Erben auf Grundbuchberichtigung und ein entsprechender Erbnachweis benötigt werde. Zur Beseitigung der aufgezeigten Hindernisse wurde eine Frist bis zum 02.11.2018 gesetzt. Zur Begründung hat die Rechtspflegerin ausgeführt, der von dem vertretungsbefugten Notar herangezogenen Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Frankfurt (Beschluss vom 27.06.2017 - 20 W 179/17) und Köln (Beschluss vom 16.03.2018 - I-2 Wx 123/18), wonach bei Veräußerung eines Grundstücks durch einen transmortal Bevollmächtigten die Voreintragung der Erben für die Eintragung einer Finanzierungsbelastung in entsprechender Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO entbehrlich sei, könne nicht gefolgt werden. Der transmortal Bevollmächtigte sei dem Nachlasspfleger, für dessen Bewilligung die Anwendung des § 40 GBO ausdrücklich geregelt ist, nicht gleichzustellen, da dieser als gesetzlicher Vertreter bei Bestehen eines Fürsorgebedürfnisses handle. Unbeachtlich sei, dass es um eine Finanzierungsgrundsuld gehe,

die im Interesse des Erwerbers bestellt werde. Ein alsbaldiges Wiederausscheiden des Erben aus dem Grundbuch, das bei Übertragung des Rechts Grund für den Verzicht auf die Voreintragung des Erben nach § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO sei, sei bei der Eintragung einer Finanzierungsgrundsuld keineswegs sichergestellt. Der Voreintragungsgrundsatz diene dem Zweck, den Rechtsstand des Grundbuchs nicht bloß im Endziel, sondern in allen Entwicklungsstufen klar und verständlich wiederzugeben. Dem laufe eine weitere Ausdehnung des Anwendungsbereichs von § 40 GBO zuwider.

Gegen diese Entscheidung hat der vertretungsbefugte Notar mit Schriftsatz vom 20.09.2018 Beschwerde eingelegt, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 25.09.2018 nicht abgeholfen hat.

**II.**

Die nach §§ 71 GBO zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 1 bis 3 hat auch in der Sache Erfolg.

Die von dem Grundbuchamt in der angegriffenen Entscheidung aufgezeigten Eintragungshindernisse liegen nicht vor. Zu Recht lässt die Rechtspflegerin zunächst die begehrte Eintragung der Grundsuld nicht am Nachweis der Vollmacht scheitern. Ist der Bevollmächtigte im Besitz der Vollmachtsurkunde - wie vorliegend -, hat das Grundbuchamt regelmäßig von deren Fortbestand auszugehen (OLG Schleswig, Beschluss vom 15.07.2014 - 2 W 48/14; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.08.1991 - 11 W 32/91; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 19, Rn. 80). Anhaltspunkte für das Erlöschen der Vollmacht bestehen nicht. Angaben über die Erben hat die Beteiligte zu 1 gegenüber dem Grundbuchamt nicht gemacht. Die Frage, ob die Vollmacht durch Konfusion erlischt, wenn der Bevollmächtigte Allein- oder Miterbe des Vollmachtgebers wurde und ob der Rechtsschein der Vollmacht durch die nicht durch Erbschein belegte Angabe des Bevollmächtigten gegenüber dem Grundbuchamt, er sei Erbe oder Miterbe, zerstört wird (vgl. hierzu OLG Hamm, Beschluss vom 10.01.2013 - 15 W 79/12; OLG Schleswig a.a.O.; OLG München, Beschluss vom 31.08.2016 - 34 Wx 273/16 und Beschluss vom 04.08.2016 - 34 Wx 110/16; *Wendt*, ErbR 2016 74; 2017, 19), bedarf mithin an dieser Stelle keiner Entscheidung. Auch wenn der transmortal Bevollmächtigte nach dem Ableben des Vollmachtgebers für die Erben und nicht für den Erblasser handelt, besteht eine Verpflichtung des Bevollmächtigten, die Erben gegenüber dem Grundbuchamt namhaft zu machen, nicht (OLG Frankfurt, Beschluss vom 29.06.2011 - 20 W 168/11; LG Stuttgart, Beschluss vom 20.07.2007 - 1 T 37/2007; *Weidlich*, ZEV 2016, 57).

Der von der Rechtspflegerin indes für erforderlich gehaltenen Voreintragung der Erben bedarf es nicht.

Nach § 40 Abs. 1 GBO ist - abweichend von dem in § 39 GBO geregelten Grundsatz - die Voreintragung des Erben des eingetragenen Berechtigten als Betroffener nicht erforderlich, wenn die Übertragung oder die Aufhebung des Rechts eingetragen werden soll (§ 40 Abs 1 Alt. 1 GBO) oder wenn auf Grund Bewilligung des Erblassers oder eines Nachlasspflegers eine Eintragung vorzunehmen ist (§ 40 Abs 1 Alt. 2

GBO). Gleiches gilt nach § 40 Abs. 2 GBO, wenn die Eintragung von einem Testamentsvollstrecker bewilligt wurde. Mit dieser Regelung soll in Fällen, in denen der Erbe das eingetragene Recht nicht behalten, sondern veräußern oder aufgeben will oder in Fällen, in denen der Erbe Erklärungen des Erblassers, des Nachlasspflegers oder des Testamentsvollstreckers gegen sich gelten lassen muss, das Grundbuchverfahren erleichtert und vermieden werden, dass dem Erben, wenn seine Eintragung durch Interessen Dritter nicht geboten ist, unnötige Kosten entstehen (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 142).

Nach ganz überwiegender Meinung ist im Falle der Veräußerung eines vererbten Grundstücks zur Eintragung einer Auflassungsvormerkung für den Erwerber die Voreintragung der Erben nicht erforderlich (KG, Beschluss vom 02.08.2011 - 1 W 243/11; *Schöner/Stöber* a.a.O.; *Bauer* in *Bauer/Schaub*, GBO, 4. Aufl. § 40, Rn. 17; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 40, Rn. 17; *Böttcher* in *Meikel*, GBO, 11. Aufl., § 40, Rn. 26; *Kroiß/Horn/Solomon*, Nachfolgerecht, GBO § 40 Rn. 10, beck-online). Dies wird damit gerechtfertigt, dass die Auflassungsvormerkung allein dem Zweck diene, die endgültige Übertragung vorzubereiten und zu sichern, und in ihrem rechtlichen Bestand von dem Bestand des gesicherten Übertragungsanspruchs abhängig sei.

In Rechtsprechung und Literatur umstritten ist indes die Frage, ob es in dieser Fallkonstellation einer Voreintragung der Erben auch dann nicht bedarf, wenn ein vererbtes Grundstück mit einer für Rechnung des Erwerbers einzutragenden Finanzierungsgrundschuld belastet werden soll.

Überwiegend wurde dies in der Vergangenheit abgelehnt (KG a.a.O.; *Schöner/Stöber* a.a.O.; *Demharter* a.a.O.; *Bauer* a.a.O., Rn. 19; *Zeiser* in *BeckOK GBO*, *Hügel*, 33. Edition, § 40, Rn. 20; *Bestelmeyer*, *FGPrax* 2018, 107; *Kroiß/Horn/Solomon*, a.a.O., Rn. 11). Ein Verzicht auf die Voreintragung sei bei einer solchen Verfügung grundsätzlich von dem Zweck des § 40 Abs. 1 GBO nicht gedeckt. Die als Ausnahmeregelung eng auszulegende Vorschrift solle dem Berechtigten seine Voreintragung nur deshalb ersparen, weil er sogleich wieder aufhören würde, Berechtigter zu sein. Die Belastung eines Grundstücks führe jedoch auch dann nicht zu einer Übertragung und damit zu einem vollständigen Ausscheiden des Berechtigten, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit einer beabsichtigten Übertragung, wie etwa zur Kaufpreisfinanzierung erfolge. Die Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO sei zwar möglich, wenn der nicht eingetragene Erbe mit der Übertragung des Rechts eine Belastung oder Inhaltsänderung verbunden hat und sofort mit der Belastung aus dem Grundbuch verschwinden würde (*Schöner/Stöber*, a.a.O., Fn. 27). Im Falle der Belastung mit einer Finanzierungsgrundschuld sei eine analoge Anwendung der Vorschrift aber nicht gerechtfertigt. Weder würde der Berechtigte im Falle seiner Voreintragung bereits mit der Belastung wieder aus dem Grundstück verschwinden, noch beschränke sich die Eintragung auf ein Recht, das nur der Durchsetzung des Übertragungsanspruchs diene und bei einem Scheitern der Übertragung als unrichtig zu löschen wäre. Vielmehr bestehe die Gefahr, dass dauerhaft eine Belastung eingetragen bleibe, ohne dass die Be-

rechtigung des Bewilligenden aus dem Grundbuch nachvollzogen werden könne (so KG a.a.O.). Die Bestellung einer Grundschuld sei nicht bloßes Anhängsel der Auflassungsvormerkung, die für die Vormerkung bestehende Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz könne daher nicht auf die Finanzierungsgrundschuld erweitert werden, die Installierung etwaiger weiterer Ausnahmen sei nicht die Aufgabe der Gerichte, sondern ausschließlich Sache des Gesetzgebers (so *Bestelmeyer* a.a.O.).

Eine neuere, im Vordringen befindliche Auffassung will auf das Erfordernis einer Voreintragung über den Wortlaut des § 40 Abs. 1 GBO hinausgehend auch bei der Belastung des vererbten Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld verzichten, weil andernfalls das Ziel der Regelung, dem Erwerber die unter Umständen kostenpflichtige (GNotKG KV Nr. 14110 Abs. 1 Satz 1) und zeitaufwändige Berichtigung des Grundbuchs in Fällen häufig vorkommender Fremdfinanzierung zu ersparen, ohne sich notariell beratener Ausweichstrategien – Abwicklung des Übertragungsgeschäfts über ein Notaranderkonto, Verpfändung des Über eignungsanspruchs an die finanzierende Bank oder gar Verschweigen des Ablebens des Erblassers gegenüber dem Grundbuchamt (zu den Gestaltungsmöglichkeiten: *Wendt*, *ErbR* 2018, 137, zu II, 2; *Becker*, *ZNotP* 2018, 225, C) – bedienen zu müssen, nicht erreicht werden könne (OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.06.2017 - 20 W 179/17; OLG Köln Beschluss vom 16.03.2018 - I-2 Wx 123/18; *Böttcher* a.a.O., Rn. 28; *Ott*, *notar* 2018, 189; *Wendt* a.a.O. zu IV; *Becker* a.a.O.). Teilweise wird dies damit begründet, dass das Handeln des transmortale Bevollmächtigten rechtskonstruktiv vergleichbar sei mit dem Handeln des Nachlasspflegers, weshalb § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO entsprechend anzuwenden sei. Teilweise wird argumentiert, die Finanzierungsgrundschuld könne nicht anders als die Auflassungsvormerkung behandelt werden. Diese sei für das Grundbuchamt auch ohne Weiteres identifizierbar, da sie entweder bei Abschluss des Erwerbsvorgangs von den Erben oder dem Erblasserbevollmächtigten und dem Käufer gemeinsam mit oder binnen kurzer Zeit nach Abschluss des Kaufvertrags vom Käufer aufgrund einer im Kaufvertrag erteilten Finanzierungsvollmacht bestellt werde (so *Böttcher* a.a.O.).

Der Senat schließt sich der letztgenannten neueren Auffassung an. Allerdings ist der Einwand, die Belastung des ererbten Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld könne im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Ausnahmeregelung des § 40 Abs. 1 GBO nicht mit einer Auflassungsvormerkung, für welche die analoge Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO allgemein anerkannt ist, gleichgesetzt werden, berechtigt. Da die Auflassungsvormerkung in ihrem rechtlichen Bestand von dem Bestand des gesicherten Übertragungsanspruchs abhängig ist, kann sie dem Anwendungsbereich des § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO zugeordnet werden, was für die von dem Übertragungsgeschäft rechtlich unabhängige Finanzierungsgrundschuld nicht gilt (vgl. *Ott* a.a.O.). Für überzeugend hält der Senat jedoch eine entsprechende Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO, weil das Handeln des transmortale Bevollmächtigten mit dem Handeln des Nachlasspflegers rechtskonstruktiv vergleichbar ist. Wie der Nachlasspfleger soll der trans-

mortal Bevollmächtigte die Erben – gerade auch im Grundbuchverkehr – vertreten und dabei in der Übergangszeit bis zur – unter Umständen zeitaufwändigen – Feststellung der Erben die Erbschaft sichern und berechnete Ansprüche von Gläubigern befriedigen. Zweck des § 40 GBO ist es neben der Erleichterung des Grundbuchverkehrs und der Kostenvermeidung ebenso, Eintragungen, die gegen den Erben wirksam vorgenommen werden können, auch dann zu ermöglichen, wenn der Nachweis der Erbfolge schwer zu führen ist (Demharter a.a.O., § 40 GBO, Rn. 1). Auch die Bevollmächtigung einer Vertrauensperson über den Tod hinaus erfolgt, um gegen die Erben wirksame Eintragungen unabhängig von der Erbenfeststellung zügig und möglichst kostensparend durchführen zu können. Die Stellung des Nachlasspflegers als gesetzlicher Vertreter und die für den Nachlasspfleger gegebene Genehmigungsbedürftigkeit verschiedener Verfügungen (siehe hierzu *Leipold* in Münchener Kommentar zum BGB, § 1960 Rn. 64), die für den Bevollmächtigten nicht gilt, rechtfertigen es nicht, von der analogen Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO abzusehen. Solches ergibt sich insbesondere nicht aus dem von der Rechtspflegerin des Grundbuchamtes zur Begründung ihrer Rechtsauffassung herangezogenen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der selbst bei Bestehen einer transmortalen Generalvollmacht ein Bedürfnis für die Bestellung eines Nachlasspflegers gegeben sein kann, wenn konkrete Umstände für den Verdacht eines Vollmachtsmissbrauchs sprechen (BGH, Beschluss vom 17.07.2012 - IV ZB 23/11). Auch der weiter gegen die analoge Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO erhobene Einwand, die Kompetenz des transmortal Bevollmächtigten könne nicht weiter gehen als die der Erben, die einer Voreintragung nach § 39 GBO bedürfen, wenn man von der analogen Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO absehe (*Cramer ZfIR 2017, 834*), überzeugt nicht. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass der trans- oder postmortal Bevollmächtigte vom Erblasser unter Ausnutzung seiner über den Tod hinauswirkenden privatrechtlichen Gestaltungsfreiheit mit einer weitergehenden, bloße Erbenbefugnisse überschneidenden Rechtsmacht ausgestattet ist, die es ihm ermöglicht, gegenüber dem Grundbuchamt als Bevollmächtigter für den Nachlass der noch unbekanntem Erben aufzutreten (*Wendt ErbR 2017, 19, IV 1 und 2*); ErbR 2016, 74, III 1). Aus § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO ergibt sich, dass – im Hinblick auf den Grundbuchverkehr – auch dem Nachlasspfleger insoweit weitergehende Kompetenzen zustehen als den Erben.

## VERFAHRENSRECHT

### GBG §§ 39, 40

OLG Stuttgart, Beschluss vom 02. November 2018 - 8 W 312/18

*Zum Erfordernis grundbuchlicher Voreintragung bei Bestellung eines Grundpfandrechtes im Rahmen von Veräußerung von bei Vorliegen einer transmortalen Vollmacht des verstorbenen eingetragenen Eigentümers.  
Leitsatz der Schriftleitung.*

## Gründe

### I.

Der am 09.03.2018 verstorbene, im Grundbuch zusammen mit seinem Bruder, dem Beteiligten zu 1, als Miteigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes eingetragene XXX hatte seinen Söhnen, den Beteiligten zu 2 und 4, am 24.10.2011 eine notariell beglaubigte Vollmacht erteilt, welche - ausdrücklich mit Wirkung über den Tod hinaus – auch die Vermögenssorge umfasste.

Am 09.05.2018 schlossen die Beteiligten einen notariell beurkundeten Auseinandersetzungsvertrag, in dem sich die Erben nach XXX, vertreten durch die Beteiligten zu 2 und 4, und der Beteiligte zu 1 verpflichteten, ihre Miteigentumsanteile an die Beteiligten 2 und 3 zu jeweils hälftigem Miteigentum zu übertragen. Darüber hinaus wurden die Erwerber bevollmächtigt, zum Zwecke der Finanzierung des Kaufpreises zulasten des Vertragsgegenstands Grundpfandrechte in beliebiger Höhe zu bestellen, die Erwerber erteilten sich gegenseitig entsprechende Vollmacht. In dem Auseinandersetzungsvertrag hatten die Beteiligten zu 2 und 4 erklärt, jeweils zur Hälfte Erben des XXX geworden zu sein.

Auf Grundlage der im Auseinandersetzungsvertrag vom 09.05.2018 erteilten Belastungsvollmachten bestellte der Beteiligte zu 2 am 18.06.2018 zugunsten der XXX eine Grundschuld über einen Betrag von 520.000 € nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung und bewilligte und beantragte deren Eintragung im Grundbuch. Der gemäß § 15 GBO vertretungsbefugte Notar hat diesen Antrag bei dem Grundbuchamt eingereicht.

Mit Zwischenverfügung vom 30.07.2018 hat das Grundbuchamt beanstandet, dass zur Eintragung der Grundschuld die Voreintragung der Erben erforderlich sei, wofür ein Antrag der Erben auf Grundbuchberichtigung und ein entsprechender Erbnachweis benötigt werde. Zur Beseitigung der aufgezeigten Hindernisse wurde eine Frist bis zum 13.09.2018 gesetzt. Zur Begründung hat die Rechtspflegerin ausgeführt, die Voreintragung sei nach § 39 GBO erforderlich, die Voraussetzungen der Ausnahmvorschrift des § 40 GBO seien nicht gegeben, da es nicht um die Übertragung oder Aufhebung eines Rechts sondern um die Eintragung einer Belastung gehe.

Gegen diese Entscheidung hat der vertretungsbefugte Notar mit Schriftsatz vom 23.08.2018 namens der Beteiligten zu 1

bis 3 Beschwerde eingelegt, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 24.09.2018 nicht abgeholfen hat.

## II.

Die nach §§ 71 ff. GBO zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 1 bis 3 hat auch in der Sache Erfolg.

Die von dem Grundbuchamt in der angegriffenen Entscheidung aufgezeigten Eintragungshindernisse liegen nicht vor. Zu Recht lässt die Rechtspflegerin zunächst die begehrte Eintragung der Grundschuld nicht am Nachweis der Vollmacht scheitern. Ist der Bevollmächtigte im Besitz der Vollmachtsurkunde – wie vorliegend –, hat das Grundbuchamt regelmäßig von deren Fortbestand auszugehen (OLG Schleswig, Beschluss vom 15.07.2014 - 2 W 48/14; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.08.1991 - 11 W 32/91; Demharter, GBO, 31. Aufl., § 19, Rn. 80). Der der transmortalen Vollmacht innewohnende Rechtsschein wurde vorliegend nicht dadurch zerstört, dass die transmortal bevollmächtigten Beteiligten zu 2 und 4 erklärten, jeweils zur Hälfte gesetzliche Erben des im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen XXX geworden zu sein (abweichend allerdings für den hier so nicht gegebenen Fall, dass der transmortal Bevollmächtigte bei Abgabe der notariellen Erklärung ausdrücklich auch als Alleinerbe handelte: OLG München, Beschluss vom 31.08.2016 - 34 Wx 273/16). Dabei kann dahinstehen, ob der streitigen Rechtsauffassung, die trans- oder postmortale Vollmacht erlösche durch „Konfusion“, wenn der Bevollmächtigte Alleinerbe des Vollmachtgebers wird, weil rechtsgeschäftliche Stellvertretung eine Personenverschiedenheit zwischen Vertreter und Vertretenem voraussetze (so OLG Hamm, Beschluss vom 10.01.2013 - 15 W 79/12; kritisch mit beachtlichen Argumenten: *Weinland* in Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 168 BGB, Rn. 13 m.w.N.) zu folgen ist. Unabhängig vom materiellen Erlöschen der Vollmacht ist nämlich das Außenverhältnis zum Geschäftsgegner, der durch §§ 170 bis 173 BGB geschützt ist, weshalb das Erlöschen der Vollmacht nicht gleichbedeutend mit ihrer Wirkungslosigkeit ist (Reimann, ZEV 2016, 659). Wurde eine Vollmacht wirksam erteilt, wird das Vertrauen auf ihren Fortbestand geschützt, solange dem Geschäftsgegner das Erlöschen nicht angezeigt wurde oder er dieses kennt oder fahrlässig nicht kennt. Auch wenn die Vollmacht also durch Konfusion erloschen sein sollte, besteht dennoch ihre Legitimationswirkung im Außenverhältnis grundsätzlich fort, was auch von dem Grundbuchamt zu beachten ist (Reimann a.a.O.; Weidlich, ZEV 2016, 57, 63). Dies gilt zumindest solange sich der Bevollmächtigte nicht als (Allein-)Erbe mit den in § 35 GBO aufgezeigten Nachweisen legitimiert.

Der von der Rechtspflegerin indes für erforderlich gehaltenen Voreintragung der Erben bedarf es nicht.

Nach § 40 Abs. 1 GBO ist – abweichend von dem in § 39 GBO geregelten Grundsatz – die Voreintragung des Erben des eingetragenen Berechtigten als Betroffener nicht erforderlich, wenn die Übertragung oder die Aufhebung des Rechts eingetragen werden soll (§ 40 Abs 1 Alt. 1 GBO) oder wenn auf Grund Bewilligung des Erblassers oder eines Nachlasspflegers eine Eintragung vorzunehmen ist (§ 40 Abs 1 Alt. 2

GBO). Gleiches gilt nach § 40 Abs. 2 GBO, wenn die Eintragung von einem Testamentsvollstrecker bewilligt wurde. Mit dieser Regelung soll in Fällen, in denen der Erbe das eingetragene Recht nicht behalten, sondern veräußern oder aufgeben will oder in Fällen, in denen der Erbe Erklärungen des Erblassers, des Nachlasspflegers oder des Testamentsvollstreckers gegen sich gelten lassen muss, das Grundbuchverfahren erleichtert und vermieden werden, dass dem Erben, wenn seine Eintragung durch Interessen Dritter nicht geboten ist, unnötige Kosten entstehen (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 142).

Nach ganz überwiegender Meinung ist im Falle der Veräußerung eines vererbten Grundstücks zur Eintragung einer Auflassungsvormerkung für den Erwerber die Voreintragung der Erben nicht erforderlich (KG, Beschluss vom 02.08.2011 - 1 W 243/11; *Schöner/Stöber* a.a.O.; *Bauer* in *Bauer/Schaub*, GBO, 4. Aufl. § 40, Rn. 17; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 40, Rn. 17; *Böttcher* in *Meikel*, GBO, 11. Aufl., § 40, Rn. 26; *Kroiß/Horn/Solomon*, Nachfolgerecht, GBO § 40 Rn. 10, beck-online). Dies wird damit gerechtfertigt, dass die Auflassungsvormerkung allein dem Zweck diene, die endgültige Übertragung vorzubereiten und zu sichern, und in ihrem rechtlichen Bestand von dem Bestand des gesicherten Übertragungsanspruchs abhängig sei.

In Rechtsprechung und Literatur umstritten ist indes die Frage, ob es in dieser Fallkonstellation einer Voreintragung der Erben auch dann nicht bedarf, wenn ein ererbtes Grundstück mit einer für Rechnung des Erwerbers einzutragenden Finanzierungsgrundschuld belastet werden soll.

Überwiegend wurde dies in der Vergangenheit abgelehnt (KG a.a.O.; *Schöner/Stöber* a.a.O.; *Demharter* a.a.O.; *Bauer* a.a.O., Rn. 19; *Zeiser* in *BeckOK GBO*, *Hügel*, 33. Edition, § 40, Rn. 20; *Bestelmeyer*, FGPrax 2018, 107; *Kroiß/Horn/Solomon*, a.a.O., Rn. 11). Ein Verzicht auf die Voreintragung sei bei einer solchen Verfügung grundsätzlich von dem Zweck des § 40 Abs. 1 GBO nicht gedeckt. Die als Ausnahmeregelung eng auszulegende Vorschrift solle dem Berechtigten seine Voreintragung nur deshalb ersparen, weil er sogleich wieder aufhören würde, Berechtigter zu sein. Die Belastung eines Grundstücks führe jedoch auch dann nicht zu einer Übertragung und damit zu einem vollständigen Ausscheiden des Berechtigten, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit einer beabsichtigten Übertragung, wie etwa zur Kaufpreisfinanzierung erfolge. Die Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO sei zwar möglich, wenn der nicht eingetragene Erbe mit der Übertragung des Rechts eine Belastung oder Inhaltsänderung verbunden hat und sofort mit der Belastung aus dem Grundbuch verschwinden würde (*Schöner/Stöber*, a.a.O., Fn. 27). Im Falle der Belastung mit einer Finanzierungsgrundschuld sei eine analoge Anwendung der Vorschrift aber nicht gerechtfertigt. Weder würde der Berechtigte im Falle seiner Voreintragung bereits mit der Belastung wieder aus dem Grundstück verschwinden, noch beschränke sich die Eintragung auf ein Recht, das nur der Durchsetzung des Übertragungsanspruchs diene und bei einem Scheitern der Übertragung als unrichtig zu löschen wäre. Vielmehr bestehe die Gefahr, dass dauerhaft eine Belastung eingetragen bleibe, ohne dass die

Berechtigung des Bewilligenden aus dem Grundbuch nachvollzogen werden könne (so KG a.a.O.). Die Bestellung einer Grundschuld sei nicht bloßes Anhängsel der Auflassungsvormerkung, die für die Vormerkung bestehende Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz könne daher nicht auf die Finanzierungsgrundschuld erweitert werden, die Installierung etwaiger weiterer Ausnahmen sei nicht die Aufgabe der Gerichte, sondern ausschließlich Sache des Gesetzgebers (so *Bestelmeyer* a.a.O.).

Eine neuere, im Vordringen befindliche Auffassung will auf das Erfordernis einer Voreintragung über den Wortlaut des § 40 Abs. 1 GBO hinausgehend auch bei der Belastung des vererbten Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld verzichten, weil andernfalls das Ziel der Regelung, dem Erwerber die unter Umständen kostenpflichtige (GNotKG KV Nr. 14110 Abs. 1 Satz 1) und zeitaufwändige Berichtigung des Grundbuchs in Fällen häufig vorkommender Fremdfinanzierung zu ersparen, ohne sich notariell beratener Ausweichstrategien – Abwicklung des Übertragungsgeschäfts über ein Notaranderkonto, Verpfändung des Übereignungsanspruchs an die finanzierende Bank oder gar Verschweigen des Ablebens des Erblassers gegenüber dem Grundbuchamt (zu den Gestaltungsmöglichkeiten: *Wendt*, ErbR 2018, 137, zu II, 2; *Becker*, ZNotP 2018, 225, C) – bedienen zu müssen, nicht erreicht werden könne (OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.06.2017 - 20 W 179/17; OLG Köln Beschluss vom 16.03.2018 - I-2 Wx 123/18; *Böttcher* a.a.O., Rn. 28; *Ott*, notar 2018, 189; *Wendt* a.a.O. zu IV; *Becker* a.a.O.). Teilweise wird dies damit begründet, dass das Handeln des transmortal Bevollmächtigten rechtskonstruktiv vergleichbar sei mit dem Handeln des Nachlasspflegers, weshalb § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO entsprechend anzuwenden sei. Teilweise wird argumentiert, die Finanzierungsgrundschuld könne nicht anders als die Auflassungsvormerkung behandelt werden. Diese sei für das Grundbuchamt auch ohne Weiteres identifizierbar, da sie entweder bei Abschluss des Erwerbsvorgangs von den Erben oder dem Erblasserbevollmächtigten und dem Käufer gemeinsam mit oder binnen kurzer Zeit nach Abschluss des Kaufvertrags vom Käufer aufgrund einer im Kaufvertrag erteilten Finanzierungsvollmacht bestellt werde (so *Böttcher* a.a.O.).

Der Senat schließt sich der letztgenannten neueren Auffassung an (so auch bereits im Senatsbeschluss vom 17.10.2018 - 8 W 311/18). Allerdings ist der Einwand, die Belastung des ererbten Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld könne im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Ausnahmvorschrift des § 40 Abs. 1 GBO nicht mit einer Auflassungsvormerkung, für welche die analoge Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO allgemein anerkannt ist, gleichgesetzt werden, berechtigt. Da die Auflassungsvormerkung in ihrem rechtlichen Bestand von dem Bestand des gesicherten Übertragungsanspruchs abhängig ist, kann sie dem Anwendungsbereich des § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO zugeordnet werden, was für die von dem Übertragungsgeschäft rechtlich unabhängige Finanzierungsgrundschuld nicht gilt (vgl. *Ott* a.a.O.). Für überzeugend hält der Senat jedoch eine entsprechende Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO, weil das Handeln des transmortal Bevollmächtigten mit dem Handeln des Nachlasspflegers rechtskonstruktiv vergleichbar ist. Wie der Nachlass-

pfleger soll der transmortal Bevollmächtigte die Erben – gerade auch im Grundbuchverkehr – vertreten und dabei in der Übergangszeit bis zur – unter Umständen zeitaufwändigen – Feststellung der Erben die Erbschaft sichern und berechnete Ansprüche von Gläubigern befriedigen. Zweck des § 40 GBO ist es neben der Erleichterung des Grundbuchverkehrs und der Kostenvermeidung ebenso, Eintragungen, die gegen den Erben wirksam vorgenommen werden können, auch dann zu ermöglichen, wenn der Nachweis der Erbfolge schwer zu führen ist (*Demharter* a.a.O., § 40 GBO, Rn. 1). Auch die Bevollmächtigung einer Vertrauensperson über den Tod hinaus erfolgt, um gegen die Erben wirksame Eintragungen unabhängig von der Erbenfeststellung zügig und möglichst kostensparend durchführen zu können. Die Stellung des Nachlasspflegers als gesetzlicher Vertreter und die für den Nachlasspfleger gegebene Genehmigungsbedürftigkeit verschiedener Verfügungen (siehe hierzu *Leipold* in Münchener Kommentar zum BGB, § 1960 Rn. 64), die für den Bevollmächtigten nicht gilt, rechtfertigen es nicht, von der analogen Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO abzusehen.

Entgegen der von der Rechtspflegerin des Grundbuchamtes in der Nichtabhilfeentscheidung vertretenen Auffassung lässt sich auch nicht feststellen, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO bewusst nicht auf den Fall der Eintragungsbewilligung eines trans- oder postmortal Bevollmächtigten ausdehnen wollte. In der Entwurfsbegründung wird hierzu ausgeführt (Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 5 Materialien zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung und zur Grundbuchordnung, Seite 164 f.):

„... Auch dann sieht der Entwurf von der vorgängigen Eintragung des Erben ab, wenn der Eintragungsantrag durch die Bewilligung des eingetragenen Erblassers oder eines Nachlasspflegers oder durch einen gegen den Erblasser oder den Nachlasspfleger vollstreckbaren Titel begründet wird. Diese Abweichung von der Regel des § 38 Abs. 1 [jetzt § 39 Abs. 1 GBO] erleichtert in den Fällen, in denen aus irgendeinem Grunde die Person des Erben noch nicht feststeht, die Lage desjenigen, welcher zu einer Eintragung berechtigt ist. Andererseits erscheint die Ausnahme unbedenklich, weil jedenfalls der Erbe die Erklärung des Erblassers oder des Nachlasspflegers sowie den gegen den Erblasser oder den Nachlasspfleger vollstreckbaren Titel gegen sich gelten lassen muss...“

Diese Begründung spricht nicht gegen sondern für die analoge Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO auf die Fälle der Eintragungsbewilligung durch einen trans- oder postmortal Bevollmächtigten.

Der weiter gegen die hier vertretene Rechtsauffassung erhobene Einwand, die Kompetenz des transmortal Bevollmächtigten könne nicht weiter gehen als die der Erben, die einer Voreintragung nach § 39 GBO bedürfen, wenn man von der analogen Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO absehe (*Cramer* ZfIR 2017, 834), überzeugt nicht. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass der trans- oder postmortal Bevollmächtigte vom Erblasser unter Ausnutzung seiner über den Tod hinauswirkenden privatrechtlichen Gestaltungsfreiheit mit einer weitergehenden, bloße Erbenbefugnisse überschneidenden Rechtsmacht ausgestattet ist, die es ihm ermöglicht,

gegenüber dem Grundbuchamt als Bevollmächtigter für den Nachlass der noch unbekanntenen Erben aufzutreten (*Wendt* ErbR 2017, 19, IV 1 und 2; ErbR 2016, 74, III 1). Aus § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO ergibt sich, dass – im Hinblick auf den Grundbuchverkehr – auch dem Nachlasspfleger insoweit weitergehende Kompetenzen zustehen als den Erben.

## ERBRECHT

### **BGB § 2361 Abs. 1 Satz 1 und 2; § 2271 Abs. 2 Satz 1; § 2270**

OLG Stuttgart, Beschluss vom 04. Oktober 2018 - 8 W 423/16

*Zur Auslegung eines gemeinschaftlichen Ehegattentestamentes bei gänzlichem Fehlen einer Regelung betreffend die Frage der Wechselbezüglichkeit.  
Leitsatz der Schriftleitung.*

## Gründe

### I.

Die am XXX verstorbene Erblasserin war verwitwet. Ihr Ehemann XXX ist am XXX vorverstorben. Die Erblasserin hat keine Abkömmlinge hinterlassen.

Die Beteiligte Ziff. 1 ist eine Nichte der Erblasserin, die Beteiligten Ziff. 2 und 3 sind Neffen des vorverstorbenen Ehemannes der Erblasserin.

Die Erblasserin und ihr Ehemann XXX haben am 25.02.1984 ein privatschriftliches gemeinschaftliches Testament mit folgendem Wortlaut errichtet (Bl. 8 d.A.):

" XXX, den 25.2.1984

#### *Gemeinschaftliches Testament*

*Wir, die Eheleute XXX und XXX, setzen uns gegenseitig zu Alleinerben des Zuerstversterbenden ein. Meine Schwester, XXX, setze ich für den Fall meines Vorversterbens auf das Pflichtteil ein.*

*Erben des Zuletztversterbenden sollen*

a) XXX

b) XXX

c) XXX

*je zu 1/3 sein.*

*Köln, den 25.2.1984... (unleserlich) XXX (Ehemann)*

*Dies soll auch meine letztwillige Verfügung sein. Meine Schwestern, XXX, XXX ... (unleserlich), setze ich auf das Pflichtteil ein.*

*XXX, den 25.2.1984. XXX. (Ehefrau)"*

Am 17.12.2006, also nach dem Tod ihres Ehemannes, hat die Erblasserin ein weiteres privatschriftliches Testament mit folgendem Inhalt errichtet:

"

#### *Testament*

*In unserem gemeinschaftlichen Testament vom 25.2.1984 wurde nicht festgelegt, ob der Überlebende das Testament später noch ändern und über das Vermögen frei verfügen kann. Ich verfüge heute, dass meine Nichte XXX, meine Alleinerbin wird.*

*XXX, den 17.12.2006 XXX "*

Am 10.02.2016 hat die Beteiligte Ziff. 1 zur Niederschrift des Notariats XXX I - Nachlassgericht - die Erteilung eines Erbscheins beantragt, wonach die Beteiligten Ziff. 1 bis 3 je mit einem Erbteil von 1/3 Erben der Erblasserin geworden sind. Dieser Erbschein wurde am 04.04.2016 erteilt.

Mit Schriftsatz an das Notariat XXX I – Nachlassgericht – vom 05.09.2016 hat die Beteiligte Ziff. 1 folgende Anträge gestellt:

1. Der Beschluss des Notariats XXX I – Nachlassgericht – vom 4. April 2016, Aktenzeichen I NG 189/2015, nach dem Tode der am XXX verstorbenen Frau XXX, zuletzt wohnhaft XXX, wird aufgehoben.
2. Der Erbschein des Notariats XXX I – Nachlassgericht – vom 4. April 2016, Aktenzeichen I NG 189/2015, nach dem Tode der am 15. November 2015 in XXX verstorbenen Frau XXX, wird eingezogen.

Zur Begründung wurde vorgetragen, der Erbschein sei unrichtig. Richtig sei vielmehr, dass die Beteiligte Ziff. 1 Alleinerbin der Erblasserin sei. Die Erblasserin habe sie durch das einseitige Testament vom 17.12.2006 als ihre Alleinerbin eingesetzt. Es gebe keinerlei Anhaltspunkte für eine Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeneinsetzung im gemeinschaftlichen Testament der Eheleute XXX vom 27.05.1984. Es müsse davon ausgegangen werden, dass beide Eheleute davon ausgegangen seien, nach dem Tod des anderen Ehegatten letztwillig frei verfügen zu können. Im Testament der Erblasserin vom 17.12.2006 sei ausdrücklich festgehalten worden, dass in dem gemeinschaftlichen Testament vom 25.02.1984 nicht festgelegt worden sei, ob der Überlebende das Testament später noch ändern und über das Vermögen frei verfügen könne. Also hätten die Eheleute eben gerade keine Wechselbezüglichkeit / keine Bindungswirkung betreffend die Schlusserbeneinsetzung gewollt.

Die Beteiligten Ziff. 2 und 3 sind den Anträgen der Beteiligten Ziff. 1 entgegengetreten.

Durch Beschluss vom 24.11.2016 hat das Notariat XXX II – Nachlassgericht – die Anträge der Beteiligten Ziff. 1 auf Aufhebung des Beschlusses vom 04.04.2016 und auf Einziehung des Erbscheins vom 04.04.2016 zurückgewiesen.

Gegen den Beschluss des Nachlassgerichts vom 24.11.2016, hinsichtlich dessen ein Zustellnachweis bezogen auf die Beteiligte Ziff. 1 nicht bei den Akten ist, wendet sich die

Beteiligte Ziff. 1 mit ihrer am 09.12.2016 beim Nachlassgericht eingegangenen Beschwerde. Sie ist weiterhin der Auffassung, dass der erteilte Erbschein unrichtig und sie Alleinerbin ist.

Der Beteiligte Ziff. 3 ist der Beschwerde entgegengetreten. Er beantragt im Beschwerdeverfahren, die Beschwerde zurückzuweisen.

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

Zu den weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf das schriftliche Vorbringen der Beteiligten, den angegriffenen Beschluss des Nachlassgerichts vom 24.11.2016 nebst Nichtabhilfebeschluss vom 16.12.2016 sowie auf den übrigen Akteninhalt Bezug genommen.

## II.

Die gemäß §§ 353., 58 ff. FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Beteiligten Ziff.1 hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Ergibt sich, dass der erteilte Erbschein unrichtig ist, so hat ihn das Nachlassgericht einzuziehen (§ 2361 Abs. 1 Satz 1 BGB). Mit der Einziehung wird der Erbschein kraftlos (§ 2361 Abs. 1 Satz 2 BGB). Eine Unrichtigkeit des erteilten Erbscheins liegt vor, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung entweder schon ursprünglich nicht gegeben waren oder nachträglich nicht mehr vorhanden sind (*Palandt/Weidlich*, Bürgerliches Gesetzbuch, 77. Auflage 2018, § 2361 BGB, Rdnr. 2; *Keidel/Zimmermann*, FamFG, 19. Auflage 2017, § 353 FamFG, Rdnr. 2 ff.).

Zeitlich ist die Einziehung erst ab der Erteilung des Erbscheins möglich, verdrängt aber dann die Abänderungsmöglichkeit gemäß § 48 FamFG als Spezialregelung (*Grziwotz* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 7. Auflage 2017, § 2361 BGB, Rdnr. 1, § 2353 BGB, Rdnr. 128).

2. Im vorliegenden Fall scheidet die von der Beteiligten Ziff. 1 mit ihrem Antrag an das Nachlassgericht vom 05.09.2016 unter Ziff. 1 beantragte Aufhebung des Erbscheins bereits daran, dass der Erbschein bei Antragstellung bereits erteilt war und demgemäß schon deshalb eine Abänderung durch die Spezialregelung des § 2361 BGB ausgeschlossen war.

Auch den unter Ziffer 2 gestellten Antrag auf Einziehung des Erbscheins vom 04.04.2016 hat das Nachlassgericht zu Recht zurückgewiesen. Der Senat folgt der Auffassung des Nachlassgerichts, dass die Erblasserin gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB gehindert war, durch das privatschriftliche Testament vom 17.06.2006 die Beteiligte Ziff. 1 als Alleinerbin einzusetzen. Die vom verstorbenen Ehemann der Erblasserin im gemeinschaftlichen Testament vom 27.05.1984 verfügte Einsetzung der Erblasserin als Alleinerbin war wechselbezüglich im Sinne des § 2270 BGB mit der von der Erblasserin verfügten Einsetzung der Beteiligten Ziff. 2 und 3 als Schluss-erben zu je 1/3 des Nachlasses. Die Erblasserin war insoweit gebunden.

a) Fehlt wie im vorliegenden Fall eine ausdrückliche Bestimmung zur Wechselbezüglichkeit, so ist die Wechselbezüglichkeit im Wege der (auch ergänzenden) Auslegung zu ermitteln (*Burandt/Rojahn/Braun*, Erbrecht, 2. Auflage 2014, § 2270 BGB, Rdnr. 22). Die Regelung des § 2270 Abs. 2 BGB kann nur angewendet werden, wenn nach der individuellen und einer ergänzenden Auslegung Zweifel verbleiben, die nur unter Rückgriff auf § 2270 Abs. 2 BGB behebbar sind (*Burandt/Rojahn/Braun*, a.a.O., § 2270, Rdnr. 29).

b) Da die Erblasserin und ihr Ehemann in ihrem gemeinschaftlichen Testament vom 27.05.1984 eine ausdrückliche Aussage zur Frage der Wechselbezüglichkeit nicht getroffen haben, hat das Nachlassgericht zu Recht versucht, diese Frage im Wege der Auslegung zu klären. Nicht gefolgt werden kann der Auffassung der Beteiligten Ziff. 1, nachdem in dem vorliegenden gemeinschaftlichen Testament keine Silbe bezüglich Wechselbezüglichkeit stehe beziehungsweise keinerlei Ausführungen enthalten seien, die auf ein Vorliegen der Wechselbezüglichkeit bezüglich der Schlusserbeneinsetzung hinweisen würden, sei eine Auslegung unzulässig.

Dem Nachlassgericht ist im Weiteren darin zuzustimmen, dass die Auslegung im vorliegenden Fall nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führt, weder im Sinne der Annahme einer Wechselbezüglichkeit noch im Sinne ihrer Verneinung.

Zum Ersten können aus den Vermögensverhältnissen der testierenden Eheleute hier keine sicheren Schlussfolgerungen gezogen werden. Zwar ist bei einem erheblichen Vermögensunterschied in aller Regel nicht davon auszugehen, dass sich der Vermögendere für den Fall des Überlebens binden wollte. Ein solcher Vermögensunterschied zugunsten der Erblasserin ist hier aber gerade nicht gegeben. Die Beteiligte Ziff. 1 selbst geht von einer „etwa gleichen Verteilung des Gesamtvermögens auf Ehemann und Ehefrau“ aus. Inwieweit umgekehrt der verstorbenen Ehemann entsprechend der – bestrittenen – Behauptung des Beteiligten Ziff. 3 deutlich vermögender als die Erblasserin war, ist für die Frage der Bindung der Erblasserin unerheblich.

Zum Zweiten kann auch aus dem tatsächlichen Verhältnis des verstorbenen Ehemannes der Erblasserin zu den Beteiligten Ziff. 2 und 3 nicht auf eine fehlende Wechselbezüglichkeit geschlossen werden. Während die Beteiligte Ziff. 1 behauptet, es habe 1984 und davor keinerlei Kontakt zwischen dem Ehemann der Erblasserin und den Beteiligten Ziff. 2 und 3 als seinen Neffen gegeben, hat der Beteiligte Ziff. 3 insbesondere vorgebracht, die (einzige) Schwester des Ehemannes, XXX, die die Mutter der Beteiligten Ziff. 2 und 3 ist, habe dem Ehemann der Erblasserin ganz besonders nahe gestanden. Der Beteiligte Ziff. 3 hat ausführlich dargelegt, es habe ein sehr enges Verhältnis zwischen den Familien bestanden, letztlich sei man „eine Familie“ gewesen. Auch Letzteres bestreitet die Beteiligte Ziff. 1, es habe oftmals Streit gegeben. All dem braucht aber nicht näher nachgegangen zu werden. Denn es kann jedenfalls auch in diesem Zusammenhang nicht positiv festgestellt werden, dass eine Wechselbezüglichkeit von den testierenden Eheleuten gerade nicht gewollt war. Insbesondere verfährt insoweit auch die Erwägung der Beteiligten Ziff. 1

nicht, es gehe letztlich nicht um das Verhältnis zwischen dem Ehemann und dessen Schwester, sondern „allenfalls“ um das Verhältnis zwischen dem Ehemann und den Beteiligten Ziff. 2 und 3.

Keineswegs zwingend ist des Weiteren das Vorbringen der Beteiligten Ziff. 1, wonach dann, wenn es dem Ehemann der Erblasserin wichtig gewesen wäre, dass sein Vermögen aus der Familie Henn dorthin zurückfalle, er „mit Sicherheit“ entsprechende Äußerungen in dem gemeinschaftlichen Testament gemacht hätte.

Eine fehlende Wechselbezüglichkeit kann schließlich auch nicht im Hinblick darauf festgestellt werden, dass die Erblasserin am 17.12.2006 – also 22 Jahre nach der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments – tatsächlich einseitig eine anderweitige Verfügung von Todes wegen getroffen hat. Die nachträgliche Errichtung eines einseitigen, inhaltlich abweichenden Testaments durch einen der Ehegatten kann nicht als Indiz gegen die Wechselbezüglichkeit gewertet werden (vgl. *Musielak* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, a.a.O., § 2270 BGB, Rdnr. 7 m.w.N.). Im vorliegenden Fall hat die Erblasserin, die nun nur noch allein ihre eigene Nichte bedenken wollte, in ihrem einseitigen Testament vom 17.12.2006 im Übrigen lediglich apodiktisch ausgeführt, es sei im gemeinschaftlichen Testament vom 25.02.1984 nicht festgelegt worden, „ob der Überlebende das Testament später noch ändern und über das Vermögen frei verfügen“ könne. Diese schlichte einseitige Äußerung weit im Nachhinein ist nicht ausreichend, um im Wege der Auslegung eine Wechselbezüglichkeit, für die es allein auf die Zeit der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments ankommt, mit der erforderlichen Sicherheit zu verneinen (vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 2012, 776).

Umgekehrt kann eine Wechselbezüglichkeit hier auch nicht durch Auslegung positiv festgestellt werden.

c) Nachdem die Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments vom 25.02.1984 weder zu dem Ergebnis führt, dass Wechselbezüglichkeit zu verneinen ist, noch umgekehrt die Auslegung den Befund rechtfertigt, dass sie zu bejahen ist, ist der Weg zu einer Anwendung des § 2270 Abs. 2 BGB grundsätzlich eröffnet. Soweit die rechtlichen Ausführungen der Beteiligten Ziff. 1 dahingehend zu verstehen sein sollten, im vorliegenden Fall liege tatbestandlich keine Variante des § 2270 Abs. 2 BGB vor, wäre dies nicht nachvollziehbar. Zwischen dem vorverstorbenen Ehemann der Erblasserin und den Beteiligten Ziff. 2 und 3 bestand ein Verwandtschaftsverhältnis im Sinne des § 1589 BGB, die Beteiligten Ziff. 2 und 3 sind Kinder der Schwester des Ehemannes der Erblasserin, mithin dessen Neffen. In dem gemeinschaftlichen Testament vom 25.02.1984 wurde, wie in § 2270 Abs. 2 BGB vorausgesetzt, dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist.

In der hier vorliegenden Konstellation von kinderlosen Ehegatten, die sich gegenseitig zu Erben einsetzen und bestimmen,

dass nach dem Tod des Längerlebenden der beiderseitige Nachlass zum Teil an Verwandte des Mannes und zum Teil an Verwandte der Frau fallen soll, ist im Zweifel davon auszugehen, dass die gegenseitigen Erbeinsetzungen und die zugunsten der Verwandten des anderen Ehegatten getroffenen Verfügungen im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit zueinander stehen (Palandt/*Weidlich*, a.a.O., § 2270 BGB, Rdnr. 11 m.w.N.; *Musielak* in Münchener Kommentar, a.a.O., § 2270 BGB, Rdnr. 14 m.w.N.). Es wird in dieser Konstellation lediglich insoweit nicht von einer Bindung ausgegangen, als die jeweilige Verfügung des Ehegatten zu Gunsten seiner eigenen Verwandten in Rede steht. Lediglich insoweit fehlt es regelmäßig am Interesse des anderen Teils, eine wechselbezügliche Bindung gemäß §§ 2270 BGB herbeizuführen (vgl. BGH NJW 1961, 120; *Burandt/Rojahn/Braun*, a.a.O., § 2270 BGB, Rdnr. 36 m.w.N.). Dass im vorliegenden Fall die Verteilung nicht hälftig erfolgt ist, sondern Verwandte des Ehemannes zu zusammen 2/3 und der Ehefrau 1/3 erben sollten, ändert an den vorstehenden Grundsätzen nichts.

Im Rahmen von § 2270 BGB ist im Übrigen allein auf den gesetzlich definierten Begriff der Verwandtschaft gemäß § 1589 BGB abzustellen. Innerhalb der Verwandtschaft ist nicht nach dem Grad der Beziehungen zum Erblasser zu differenzieren. Neben dem Wortlaut der Bestimmung spricht hierfür auch die Erwägung, dass durch das Bedenken des Verwandten bereits eine besondere Beziehung des Erblassers zu diesen Verwandten zum Ausdruck kommt, die eine ausreichende Grundlage für die Vermutung – beziehungsweise nach anderer Auffassung Auslegungsregel (vgl. zum hier unerheblichen Streit über die Einordnung der Norm *Musielak* in Münchener Kommentar, a.a.O. § 2270 BGB, Rdnr. 9) – des § 2270 Abs. 2 BGB schafft (*Musielak* in Münchener Kommentar, a.a.O., § 2270 BGB, Rdnr. 13 m.w.N.).

3. Die Kostenentscheidung im Beschwerdeverfahren beruht auf § 84 FamFG. Auf die von der Beteiligten Ziff. 1 zu tragende Gebühr gemäß Nr. 12220 KV GNotKG (1,0-fache Gebühr gemäß Tabelle B) wird hingewiesen.

Die Festsetzung des Gegenstandswertes des Beschwerdeverfahrens beruht auf §§ 61 Abs. 1, 40 Abs. 1 GNotKG, wobei auf das Interesse der Beteiligten Ziff. 1 an der Einziehung des Erbscheines abzustellen war.

Gründe für die Zulassung einer Rechtsbeschwerde gemäß § 70 FamFG liegen nicht vor.



## Buchbesprechungen

Stefan Weise / Stephan Philipp Forst (Hrsg.)

### Beck'sches Formularbuch Immobilienrecht

3. Auflage. – München, Verlag C.H. Beck 2018.  
990 S., geb., 149, – Euro. ISBN: 978-3-406-71450-4

Vier Jahre nach Veröffentlichung der zweiten Auflage erscheint das bewährte Werk nunmehr in der dritten Auflage. Die beiden Herausgeber, selbst erfahrene Praktiker im Immobilienrecht, konnten dabei wieder auf ein hervorragendes Team aus Anwälten und Notaren zurückgreifen, welches im Vergleich zur Voraufgabe unverändert geblieben ist.

Das Werk bleibt dabei seinem umfassenden Ansatz treu und erfasst nicht nur die klassischen Kauf- und Bauträgerverträge, sondern auch komplexe Gestaltungen wie immobilienbezogene Share-Deals und auch städtebauliche Verträge. Zwischen diesen beiden Polen findet jeder der sich mit dem Immobilienrecht beschäftigt, die auf seine Bedürfnisse zugeschnittene Gestaltung.

Im ersten Teil werden Erwerbsverträge bearbeitet, wobei die Autoren nach Kauf, Überlassung, Bauträger und dem Erwerb mittels Share-Deal trennen. Dabei wird die Tiefe des Werks vor allem an den speziellen Mustern besonders deutlich. So werden neben Mustern zum Erwerb einer Wohnung in einer Seniorenresidenz auch Klauseln zum variablen Kaufpreis vorgeschlagen.

Im zweiten Teil geht das Werk auf mögliche Belastungen eines Grundstücks ein wobei zwischen Abteilung II und III des Grundbuchs getrennt wird. Auch hier bietet das Werk für jeden Fall den passenden Einstieg auf der Suche nach der richtigen Formulierung oder Gestaltung. Vor allem bei den Sicherungsrechten in Abteilung II bietet das Formularbuch eine Fülle an Gestaltungen, welche nahtlos in die eigene Sammlung übernommen werden können.

Teil 3 widmet sich sodann den Teilungstatbeständen nach dem WEG, während städtebauliche Verträge in Teil 4 behandelt werden.

Schließlich finden sich im fünften Teil zwei umfassende Checklisten, welche sowohl dem erfahrenen Praktiker als auch dem Anfänger eine wertvolle Stütze bieten können.

Positiv zu erwähnen sind schließlich die umfassenden Anmerkungen zu den jeweiligen Formularen, welche das einschlägige materielle Recht sowie das Verfahrensrecht kompakt, aber doch auf den Punkt genau zusammenfassen. Diese bieten dem wenig erfahren Anwender die nötige Erörterung der relevanten rechtlichen Grundlagen und erlauben dem erfahrenen Praktiker den tieferen Einstieg in die Materie.

Es wäre allerdings wünschenswert, wenn alternative Gestaltungsmöglichkeiten ebenfalls kurz erörtert werden würden. So schlagen die Formulare z. B. im Falle des Scheiterns des Vertrages weiterhin eine Löschungsvollmacht betreffend die Auflassungsvormerkung für den Notar vor, obwohl diese Variante in letzter Zeit vor allem wegen des Wegfalls im Falle der Insolvenz immer mehr in der Kritik steht (vgl. v.a. *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 2 Kap. 2 Rn. 361, welcher stattdessen die auflösend bedingte Vormerkung präferiert).

Zum Schluss sei noch erwähnt, dass alle Formulare nunmehr bequem zum Download verfügbar sind, und nicht mehr, wie noch in der Voraufgabe nur auf CD angeboten werden. Dies erleichtert die Übernahme in die eigene Sammlung erheblich und erlaubt das schnellere Auffinden der passenden Muster.

#### Fazit

Das Werk leistet allen Kollegen, die sich regelmäßig mit dem Immobilienrecht befassen, wertvolle Dienste und ist jedem Praktiker uneingeschränkt zu empfehlen.

---

*Notarassessor Anton Gordon LL.M.,  
Mühlacker*

## Palandt (Bürgerliches Gesetzbuch)

bearbeitet von **Brudermüller, Ellenberger u.a. 78, neu bearb. Auflage (Beck'-sche Kurz-Kommentare, Bd. 7).** – München, Verlag C.H. Beck 2019. 3357 S., geb., 115, – Euro. ISBN: 978-3-406-72500-5

„*Es ist schon alles gesagt, nur noch nicht von allen.*“

Getreu diesem Zitat von Karl Valentin, scheint es nicht viel Neues zu geben, was man zu dem Standardkommentar für Juristen noch sagen kann. Pünktlich zu Weihnachten und immer hochaktuell erscheint dieses monumentale Werk nunmehr in der 78. Auflage. Dennoch kann man die Beständigkeit, mit der die Autoren das Werk Jahr für Jahr erneuern nicht oft genug loben, und auch ich möchte (den zweiten Teil des Zitats ausfüllend) meinen Beitrag zum Erfolg dieses Kommentars leisten.

Inhaltlich befindet sich das Werk auf dem Stand vom 15. Oktober 2018. In Anbetracht des Erscheinungsdatums Anfang Dezember, ist diese Aktualität mehr als beeindruckend und auf dem Markt für einen BGB-Kommentar einzigartig. Eine umfassende inhaltliche Würdigung kann an dieser Stelle selbstverständlich nicht erfolgen, daher soll der Wert des Palandt anhand nur einiger Beispiele kurz dargestellt werden.

Am 12.07.2018 entschied der BGH (BGH, Urt. v. 12.07.2018 - III ZR 183/17) dass die Erben auch uneingeschränkten Zugriff auf die digitalen Inhalte des Erblassers erhalten (hier Facebook-Account) und dem weder das postmortale Persönlichkeitsrecht, noch das Datenschutzrecht, noch das Fernmeldegeheimnis (so noch die Vorinstanz – KG Urt. v. 31.05.2017 - 21 W 23/16) entgegenstehen. Mit dieser Entscheidung bekräftigte der BGH die Anwendung allgemeinen Erbrechts auch auf den digitalen Nachlass und erteilte jeglichen Sonderregeln eine Absage. Freilich vertrat *Weidlich* bereits in der Voraufgabe die obengenannte Meinung (vgl. § 1922 Rn. 34), welche durch das Urteil des BGH bestätigt wurde.

Ebenfalls zu begrüßen sind die Ausführungen von *Brudermüller* zu § 1592 BGB betreffend eine mögliche analoge Anwendung der Norm auf die mit der Kindesmutter in gleichgeschlechtlicher Ehe verheiratete Frau. Zwar konnte die entsprechende Entscheidung des BGH (Beschl. v. 10.10.2018 – XII ZB 231/18) nicht mehr berücksichtigt werden, der Autor spricht sich aber mit der Vorinstanz (OLG Dresden, FamRZ 2018, 1165) sowohl gegen eine direkte als auch gegen eine entsprechende Anwendung der Norm auf gleichgeschlechtliche Ehen aus. Die unterschiedliche Behandlung von gleich- und verschiedengeschlechtlichen Ehen sei in diesem Punkt verfassungsrechtlich unbedenklich, da die Norm lediglich die Übereinstimmung von statusrechtlicher und leiblicher Abstammung beabsichtige, welche bei gleichgeschlechtlichen Paaren naturgemäß nicht gegeben sein kann.

Unter den Autoren befinden sich nunmehr mit *Weidlich, Herrler* und *Wicke* drei Notare, welche aus zahlreichen weiteren Veröffentlichungen in den einschlägigen Rechtsgebieten bekannt sind. Hervorzuheben ist vor allem die Kommentierung *Herrlers* zu den aus notarieller Sicht relevanten sachenrechtlichen Vorschriften, welche für jeden Praktiker eine unerlässliche Hilfestellung bei der täglichen Arbeit bietet.

Der Palandt ist und bleibt für jeden Juristen, nicht nur für den Zivilrechtler, ein absolutes „Muss“, und darf in keinem Notarbüro fehlen.

In diesem Sinne bleibt es mir nur mit einem weiteren Zitat abzuschließen:

„*In einem guten Buche stehen mehr Wahrheiten, als sein Verfasser hineinzuschreiben meinte.*“  
(*Marie von Ebner-Eschenbach*)

---

*Notarassessor Anton Gordon LL.M.,  
Mühlacker*

## **Notarfachangestellte/r**

Für meine Notariatskanzlei suche ich zum nächstmöglichen Zeitpunkt eine/n **Notarfachangestellte/n bzw. Rechtsanwaltsfachangestellte/n / Notarfachassistenten/in / Notarfachwirt/in** (jeweils m/w/d) in Vollzeit.

Das Angebot richtet sich an voll ausgebildete Notar- bzw. Rechtsanwaltsfachangestellte sowie an Justizangestellte, die bis 31.12.2017 im staatlichen Notariat tätig waren.

Ich biete eine gesicherte, unbefristete und langfristige Beschäftigung bei überdurchschnittlicher Bezahlung, teamorientiertes und eigenverantwortliches Arbeiten bei hervorragendem Betriebsklima und regelmäßigen Arbeitszeiten.

## **Notariatsjurist/in**

Weiter suche ich eine/n **Volljuristen / Württembergische Notarassessoren / Bezirksnotare / Wirtschaftsjuristen / Rechtspfleger** (jeweils m/w/d)

Insbesondere auch Kollegen / Kolleginnen, die bisher als Rechtsanwalt / Rechtsanwältin tätig waren, sind herzlich willkommen. Bei entsprechender Eignung kommt auch die Bestellung zum Notarvertreter in Betracht.

## **Ausbildung zum/r Notarfachangestellten**

Wenn Sie gerne eine Bürotätigkeit anstreben, sich für Rechtsfragen interessieren und gut mit Menschen sowie der deutschen Sprache umgehen können und dies in einem freundlichen Team mit moderner Büroaustattung verwirklichen wollen bewerben Sie sich noch heute um einen Ausbildungsplatz für den Beruf der/des Notarfachangestellten.

Ausbildungsstart ist der 01.01.2019. Der Blockunterricht findet aller Voraussicht nach in Offenburg statt.

## **Kontakt**

Sollten Sie sich für eine der vorgenannten Stellen interessieren schicken Sie Ihre aussagekräftige Bewerbung bitte an

**Notar Tobias Sigwarth – persönlich –**  
Hauptstraße 63  
77704 Oberkirch

Die Bewerbung wird selbstverständlich vertraulich behandelt.

**Wir sind** ein modernes, motiviertes und leistungsstarkes Team, das viel Wert auf gute Beratung und Kundenzufriedenheit legt.



**Wir bieten** Ihnen neben einer interessanten und abwechslungsreichen Tätigkeit, ein unbefristetes Arbeitsverhältnis sowie eine leistungsgerechte Bezahlung.

**Haben wir Ihr Interesse geweckt?**

Dann freuen wir uns von Ihnen zu hören.

Bitte senden Sie Ihre aussagekräftigen Bewerbungsunterlagen unter Angabe Ihrer Gehaltsvorstellung an folgende

**Emailadresse: [a.krauss@mayer-notar.de](mailto:a.krauss@mayer-notar.de) oder per Post an unten stehende Adresse.**

Sämtliche Kontaktaufnahmen und Bewerbungen werden selbstverständlich vertraulich behandelt.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen sehr gerne, auch telefonisch zur Verfügung.

**Wir suchen** für unsere Kanzlei in Heidenheim zur Verstärkung unseres Teams zum nächstmöglichen Zeitpunkt, eine/n engagierte/n und motivierte/n sowie verantwortungsvolle/n und selbständige/n

**Württembergische/n Notariatsassessor/in oder  
Bezirksnotar/in oder  
Volljuristen/in mit vergleichbarer Qualifikation  
und eine/n Notarfachwirt/in oder  
Notarfachassistent/in, Justizfachangestellte/r  
jeweils in Voll- oder Teilzeit**

Notar Ralf Mayer  
Friedrichstraße 3 ♦ 89518 Heidenheim an der Brenz  
Tel.: +49 7321 49001 0 ♦ E-Mail: [kanzlei@mayer-notar.de](mailto:kanzlei@mayer-notar.de)