

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

19. Jahrgang
Februar 2011
ISSN 1434-3460

4/2011

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 15, 40 – Einheitliche Gesellschafterliste bei mehreren Veränderungen; zeitlich nacheinander erfolgte Abtretungen; gleichzeitige Veränderungen an mehreren Geschäftsanteilen

GBO §§ 3, 116; BGB §§ 900, 927, 928; FamFG §§ 433 ff., 442 ff. – Eigentum an nicht gebuchtem Grundstück

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

BGB §§ 2346 Abs. 2, 138 Abs. 1 – Keine Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts eines behinderten Sozialleistungsbeziehers

BGB § 2034 – Kein Aufleben des Vorkaufsrechts des Miterben nach Veräußerung seines Erbanteils

Literatur

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 15, 40

Einheitliche Gesellschafterliste bei mehreren Veränderungen; zeitlich nacheinander erfolgte Abtretungen; gleichzeitige Veränderungen an mehreren Geschäftsanteilen

I. Sachverhalt

Bei einem Notar sind zwei im zeitlichen Abstand von neun Monaten aufeinanderfolgende Abtretungen desselben Geschäftsanteils vorgenommen worden. Die Liste konnte erst jetzt erstellt werden, da dem Notar die satzungsgemäß erforderlichen Zustimmungserklärungen auch für die erste Abtretung erst kürzlich zugesandt wurden.

II. Frage

Ist es zulässig, in der vom Notar zu erstellenden Gesellschafterliste mehrere Abtretungen zusammenzufassen?

III. Zur Rechtslage

1. Lückenlose Kette von Gesellschafterlisten

Nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG hat der an einer Veränderung in der Person eines Gesellschafters oder des Umfangs seiner Beteiligung i. S. d. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG mitwirkende Notar **unverzüglich nach deren Wirksamwerden** eine aktualisierte, mit Bescheinigung versehene Gesellschafterliste zum Handelsregister **einzureichen**. Grundsätzlich geht das Gesetz davon aus, dass nach jeder Veränderung eine neue Gesellschafterliste mit einer entsprechenden Satzungsbescheinigung eingereicht werden muss, damit eine **lückenlose Kette von Gesellschafterlisten im Handelsre-**

gister aufgenommen ist (Begr. RegE BT-Drucks. 16/6140, S. 38 re. Sp.: „... können die Gesellschafterlisten auch in ihrer historischen Entwicklung eingesehen werden, sodass Veränderungen transparent sind“; so schon zum alten § 40 GmbHG: GroßkommGmbHG/Paefgen, 2006, § 40 Rn. 7; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 40 Rn. 9; Michalski/Terlau/Schäfers, GmbHG, 2002, § 40 Rn. 11).

Nur scheinbar anderer Ansicht ist uE *Terlau* (Michalski/Terlau, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 40 Rn. 20) zum neuen § 40 GmbHG. Unter Verweis auf *Mayer* (DNotZ 2008, 403, 414) sind seines Erachtens für den Fall, dass zwischen dem Datum der letzten Gesellschafterliste und dem Tag der Einreichung der neuen Liste ein Geschäftsanteil zweimal seinen Inhaber gewechselt hat, **in der einzureichenden Gesellschafterliste beide Erwerber anzugeben**. Andernfalls wäre die Durchsetzung des Anspruchs gem. § 16 Abs. 2 GmbHG (Haftung für rückständige Einlageverpflichtungen) sowohl der Gesellschaft als auch (nach Pfändung des Anspruchs) durch die Gläubiger gefährdet. Diese Vorgehensweise ist allenfalls zur Vermeidung unvollständiger Listen akzeptabel, wenn nur eine Gesellschafterliste eingereicht werden kann. Strenger ist aber auch in diesem Fall *Altmeppen* (Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 40 Rn. 8). Fehlende Listen müssen seiner Ansicht nach noch nachgereicht werden, selbst wenn sie inhaltlich überholt sind (Verweis auf Zöllner/Noack, § 40 Rn. 9 zum alten System). Bei *Altmeppen* bleibt allerdings offen, wie die „Entwertung“ der inhaltlich aktuellsten, aber bereits vorher aufgenommenen Liste durch die nachgereichte spätere Liste verhindert werden kann.

Diese offene Frage ändert uE aber nichts an der grundsätzlichen Amtspflicht des Notars, **nach jeder Veränderung eine gesonderte Liste** einzureichen. Die erste Gesellschafterliste hätte also unverzüglich nach der Veränderung eingereicht werden müssen. Einigkeit besteht andererseits darin, dass der Notar seiner Amtspflicht erst nachkommen darf, wenn er von der Wirksamkeit der Veränderung überzeugt ist, vorliegend also zuverlässige Kenntnis von der Erteilung sämtlicher erforderlicher Zustimmungen erlangt hat (siehe dazu **DNotI-Report 2010, 53, 54**).

2. Differenzierte Betrachtung

Unseres Erachtens ist zur Beurteilung der Frage, ob mehrere Veränderungen in einer einzigen Liste aufgenommen werden können, nach verschiedenen Fallkonstellationen zu unterscheiden.

a) Gleichzeitige Änderungen bei mehreren Geschäftsanteilen

Werden **in einer Urkunde** mehrere **verschiedene Geschäftsanteile** mit sofortiger Wirkung **abgetreten**, finden **mehrere Veränderungen** i. S. d. § 40 Abs. 1 GmbHG **gleichzeitig** statt. Insoweit genügt es, nur **eine** geänderte **Liste** mit Notarbescheinigung einzureichen, die sämtliche Änderungen bezüglich der unterschiedlichen Geschäftsanteile dokumentiert (Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 40 Rn. 9; Wicke, GmbHG, 2008, § 40 Rn. 4; Altmeyen, § 40 Rn. 8). Demgegenüber bedarf es bei einer **Beurkundung von Veränderungen** an verschiedenen Geschäftsanteilen mit **unterschiedlichen Wirksamkeitszeitpunkten** uE **mehrerer Listen** mit entsprechend angepassten Notarbescheinigungen. Denn hier ändert sich der Gesellschafterbestand nicht gleichzeitig, sondern nacheinander. Dabei kann es uE kein Differenzierungskriterium sein, ob Veränderungen an den verschiedenen Listenpositionen einen Tag, eine Stunde oder eine Woche nacheinander wirksam werden. Andererseits können **gleichzeitig erfolgende** Veränderungen an mehreren Geschäftsanteilen auch dann in einer Liste zusammengefasst werden, wenn ihnen **verschiedene Urkunden** zugrunde liegen.

b) Gestaffelte Änderungen bezogen auf denselben Geschäftsanteil

Demgegenüber ist im Fall **mehrerer Änderungen**, die – ggf. auch nur eine logische Sekunde nacheinander – **am selben Geschäftsanteil** stattfinden, vom Erfordernis **mehrerer Gesellschafterlisten** auszugehen, da die Änderungen nicht gleichzeitig wirksam geworden sein können (Altmeyen, § 40 Rn. 8; Wicke, § 40 Rn. 4; GroßkommGmbHG/Paefgen, Erg.-Band 2010, § 40 Rn. 37 für die Teilgeschäftsanteilsabtretung; siehe dazu auch OLG Thüringen DNotI-Report 2010, 81). Andernfalls wäre eine lückenlose Nachvollziehung der Entwicklung, die nach der Gesetzesbegründung zum MoMiG ein wesentliches Ziel der Neuregelung ist (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 38), nicht gewährleistet (Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 40 Rn. 9; Wicke, § 40 Rn. 4; Hasselmann, NZG 2009, 449, 450). Dies ist nach Ansicht von *Altmeyen* (§ 40 Rn. 8) zwar umständlich, aber unvermeidlich, weil die Registerakten nicht fortgeschrieben werden, sondern sich die relevanten Daten jeweils vollständig aus der aktuellen Liste ergeben müssen.

c) Vorliegender Fall

Für die vorliegende Kettenabtretung hat das **LG München** (Beschl. v. 20.8.2009 – 17 HKT 13711/09, GmbHR 2010, 151 mit zust. Anm. Wachter) die Notwendigkeit zweier Lis-

ten ausdrücklich bestätigt. Nur so könne der Schutzzweck der geänderten gesetzlichen Vorschriften erreicht werden, Außenstehenden einen lückenlosen Aufschluss über die Veränderungen in den Personen der Gesellschafter zu geben. Bei mehr oder weniger gleichzeitigen Veränderungen wird die **Angabe einer Uhrzeit** und die „**Anweisung**“ an das Registergericht empfohlen, in welcher **Reihenfolge** die Listen aufzunehmen sind (vgl. auch Hasselmann, NZG 2009, 449, 450; Melchior, GmbHR 2010, 418, 419).

Die nach der gesetzlichen Regelung in § 16 GmbHG materiell-rechtlich **allein entscheidende Reihenfolge der Aufnahme** der Listen im Handelsregister ist derzeit allerdings dennoch nicht transparent. Nach Auskunft von Registergerichten ist für Sommer 2011 eine Änderung der Registerprogramme vorgesehen, die das Datum der Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister erkennbar werden lässt. Leider ist die Angabe der Uhrzeit weiterhin nicht geplant. Die Uhrzeit kann selbst intern technisch kaum nachvollzogen werden, so dass diesbezüglich noch Änderungsbedarf besteht.

3. Ergebnis

Im Ergebnis sind uE im vorliegenden Fall zweier **aufeinanderfolgender Abtretungen desselben Geschäftsanteils** stets **zwei gesonderte Gesellschafterlisten einzureichen**, die den jeweiligen Bestand der Gesellschafter nach jeder Abtretung widerspiegeln.

GBO §§ 3, 116; BGB §§ 900, 927, 928; FamFG §§ 433 ff., 442 ff.

Eigentum an nicht gebuchtem Grundstück

I. Sachverhalt

Ein Straßengrundstück ist katastermäßig abgemarkt und mit einer Flurstücknummer versehen. Es hat sich herausgestellt, dass das Grundstück im Grundbuch nicht gebucht ist. Auch nach umfangreichen Recherchen des Grundbuchamtes unter Einschaltung des Vermessungsamtes konnte nicht festgestellt werden, ob dieses Grundstück zuvor an einer anderen Grundbuchstelle gebucht oder von einem anderen Grundstück weggemessen worden ist. Das Grundstück wurde bisher als eine Gemeindestraße behandelt. Eine öffentliche Widmung lässt sich nicht nachweisen.

II. Fragen

1. Nach welchen Rechtsvorschriften bzw. Rechtsgrundsätzen klärt sich die Frage, wem ein Grundstück gehört, wenn dieses katastermäßig zwar erfasst, jedoch im Grundbuch nicht gebucht ist, und wenn sich auch nicht feststellen lässt, ob und wo dieses Grundstück bisher gebucht war?

2. Wer kann in einer derartigen Konstellation über die Bestellung von Geh- und Fahrtrechten zu Lasten des nicht gebuchten Grundstücks entscheiden?

III. Zur Rechtslage

1. Eigentum am ungebuchten Grundstück

a) Bei dem ungebuchten Grundstück könnte es sich zunächst um einen **Anliegerweg** handeln. Der Anliegerweg ist katastermäßig ein selbständiges Flurstück, sachenrechtlich sind jedoch die einzelnen realen Teilflächen des Anliegerweges Bestandteile der jeweils angrenzenden Grundstücke (vgl. BayObLG Rpfleger 1977, 103; MittBayNot 1994,

42 = Rpfleger 1993, 104; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 3 Rn. 5; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 563). Ein Anliegerweg kann allenfalls im Bestandsverzeichnisbuch des Hauptgrundstücks vermerkt werden („hierzu die zum Wegflurstück ... gezogene Teilfläche“, vgl. Internet-Gutachten Nr. 43335 unter www.dnoti-online-plus.de). Dies dürfte nach dem mitgeteilten Sachverhalt aber ausgeschlossen sein, da die bereits angestoßenen Entwicklungen einen solchen Vermerk wohl zu Tage gebracht hätten (Überblick bei Demharter, § 3 Rn. 13 ff.; Schöner/Stöber, Rn. 608 ff.; Meikel/Nowak, GBO, 10. Aufl. 2009, § 3 Rn. 25 ff.). Auf die Eigentumsverhältnisse käme es insoweit nicht an (Hügel/Holzer, GBO, 2. Aufl. 2010, § 3 Rn. 22).

b) Möglich ist ferner, dass das Grundstück **nach § 3 Abs. 2 GBO buchungsfrei** ist, da es bereits jetzt im Eigentum des Bundes, des Landes oder der Gemeinde oder anderer Kommunalverbände steht (Var. 1). In diesem Fall könnte sich die Gemeinde auf § 3 Abs. 2 Var. 1 GBO berufen und als Eigentümer den Antrag auf Anlegung eines Grundbuchblattes stellen. Buchungsfreiheit würde gem. § 3 Abs. 2 Var. 3 GBO auch bestehen aufgrund Widmung des Grundstücks als öffentlicher Weg. Besonderer öffentlich-rechtlicher Vorschriften, die dieses Grundstück der Gemeinde zuweisen würden, bedürfte es dann nicht (Überblick bei Demharter, § 3 Rn. 13 ff.; Schöner/Stöber, Rn. 608 ff.; Meikel/Nowak, § 3 Rn. 25 ff.). Die Gemeinde geht nach dem mitgeteilten Sachverhalt offenbar nicht davon aus, dass es sich um ein nach § 3 Abs. 2 GBO buchungsfreies Grundstück handelt.

c) Das Grundstück könnte danach auch **herrenlos** sein.

2. Ersitzung oder Aneignung des Grundstücks

a) An Grundstücken ist eine Ersitzung nach § 900 BGB nur als **Buchersitzung** möglich. Sie setzt die bereits bestehende **Eintragung des Ersitzenden im Grundbuch** voraus. Daran fehlt es hier.

Ebenso wenig kommt eine **Aneignung nach § 928 Abs. 2 BGB** in Betracht. Der dort geregelte Verzicht auf das Eigentum setzt nach § 928 Abs. 1 BGB voraus, dass die Verzichtserklärung in das Grundbuch eingetragen wird. Damit muss das Grundstück zunächst **im Grundbuch gebucht** sein, was hier gerade nicht der Fall ist. Im Übrigen steht bei der Aufgabe des Eigentums nach § 928 Abs. 1 BGB ein Aneignungsrecht nach § 928 Abs. 2 BGB zunächst dem Fiskus des Bundeslandes zu, in dessen Gebiet das betreffende Grundstück liegt. Erst wenn der Fiskus auf sein Aneignungsrecht verzichtet und diese Verzichtserklärung ebenfalls im Grundbuch eingetragen ist, kann jeder Dritte (auch eine Gemeinde) sich das Grundstück aneignen – und zwar ohne das Verfahren nach § 927 BGB betreiben zu müssen (BGHZ 108, 278 ff.; Palandt/Bassenge, BGB, 70. Aufl. 2011, § 928 Rn. 4).

b) In Frage kommt jedoch eine **Aneignung** des Grundstücks **nach Durchführung eines Aufgebotsverfahrens**.

aa) Rechtsgrundlage hierfür könnte § 927 BGB sein. Voraussetzung ist zum einen der **30-jährige Eigenbesitz des Aneignenden** (§ 927 Abs. 1 S. 1 BGB). Eigenbesitz ist nach § 872 BGB die tatsächliche Gewalt über die Sache, verbunden mit dem Willen, diese als Eigentümer zu besitzen („als ihm gehörend“). Dies könnte vorliegend zu bejahen sein, da das Grundstück bislang „als eine Gemeinestraße“ behandelt wurde. Zum Beleg des Eigenbesitzes stellt die Praxis

ganz wesentlich auf die Zahlung der Grundsteuer durch den Eigenbesitzer ab. Wurde vorliegend keine Grundsteuer gezahlt, könnte dies als Indiz für den Eigenbesitz der Gemeinde herangezogen werden, da Gemeinden hinsichtlich des für einen öffentlichen Dienst oder Gebrauch benutzten Grundbesitzes nicht grundsteuerpflichtig sind (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 GrStG).

Die Aneignung nach § 927 Abs. 1 S. 1 BGB erfordert ferner ein Aufgebotsverfahren nach §§ 433 ff., 442 ff. FamFG (vgl. Schöner/Stöber, Rn. 1018 ff. zu den Vorgängervorschriften §§ 946 ff., 977 ff. ZPO). Nach Erlass des rechtskräftigen Ausschließungsbeschlusses (§ 439 Abs. 2 FamFG) kann der diesen Beschluss Erwirkende seine Eintragung im Grundbuch als Eigentümer betreiben. Damit erwirbt er das Grundstückseigentum (§ 927 Abs. 2 BGB).

Für den Eigentumserwerb nach § 927 BGB ist also die Eintragung im Grundbuch konstitutiv (§ 927 Abs. 2 BGB). Dies setzt wiederum die **Buchung des Grundstücks im Grundbuch** voraus.

bb) Daher müsste zunächst die **Einleitung eines Verfahrens zur Anlegung des Grundbuchblattes nach den §§ 116 ff. GBO** angeregt werden (hierzu Schöner/Stöber, Rn. 1003 ff.). Das Grundbuchblatt muss vom Grundbuchamt zwar grundsätzlich von Amts wegen angelegt werden, sobald das Grundbuchamt davon Kenntnis erlangt, dass für ein Grundstück ein Grundbuchblatt nicht angelegt ist; Dritte können die Einleitung dieses Verfahrens nur anregen. Eine Verpflichtung zur Einleitung trifft das Grundbuchamt aber ausnahmsweise dann nicht, wenn es sich um ein nach § 3 Abs. 2 GBO buchungsfreies Grundstück handelt, für das ein Grundbuchblatt nur auf Antrag des Eigentümers oder eines Berechtigten angelegt wird (Demharter, § 116 Rn. 5). Begehrt vorliegend die Gemeinde mit dem Buchungsantrag ihre Eintragung als Eigentümerin, so ist sie i. S. d. § 3 Abs. 2 GBO antragsberechtigt, wenn sie dartut, dass sie zu einer der in § 123 GBO genannten Personengruppen gehört. Erforderlich und ausreichend ist der **formlose Nachweis von Tatsachen, die das Eigentum des Antragstellers zumindest wahrscheinlich machen** (Bay-ObLGZ 1965, 400, 403 ff.; Demharter, § 3 Rn. 18).

cc) Wird das Verfahren eingeleitet, kann das Grundbuchamt sodann ein Aufgebotsverfahren nach den §§ 119 ff. GBO veranlassen. Dieser Weg stellt den Beteiligten gegenüber dem Verfahren nach § 927 BGB insoweit schlechter, als die Glaubhaftmachung 30-jährigen Eigenbesitzes für sich allein nicht ausreicht, um die Eintragung als Eigentümer herbeizuführen. Zusätzlich muss hier vielmehr dem Grundbuchamt das Eigentum des Beteiligten oder hilfsweise glaubhaft gemacht werden, dass das Eigentum des Beteiligten nach Lage der Sache am wahrscheinlichsten erscheint (§ 123 Nr. 2, 3 GBO; hierzu Demharter, § 123 Rn. 4; § 121 Rn. 6). Eine **Zurückweisung des Antrags wegen Unaufklärbarkeit der Eigentumsfrage** kommt **nicht in Betracht**. Vielmehr muss grundsätzlich als Eigentümer eine der in § 123 GBO genannten Personen eingetragen werden (Schöner/Stöber, Rn. 1011 m. w. N. in Fn. 6). Da die erstmalige Buchung im Amtsverfahren erfolgt, stellt sich die Nachweisproblematik primär für das Grundbuchamt.

Die materielle Wirkung eines Eigentumserwerbs kommt der Eintragung im Wege des Aufgebotsverfahrens nach §§ 119 ff. GBO allerdings nicht zu (Staudinger/Pfeifer, BGB, 2004, § 927 Rn. 10; § 928 BGB Rn. 4); sie vermag nur bestimmte Buchwirkungen zu erzeugen.

dd) Daher könnte sich hier – ungeachtet der Möglichkeit, eine Eintragung aufgrund der §§ 119 ff. GBO zu erreichen – das Beschreiten eines Aufgebotsverfahrens und eine Eintragung aufgrund des zu erwirkenden Ausschließungsbeschlusses gem. § 927 Abs. 2 BGB empfehlen. Mit der Ausübung des Aneignungsrechts nach § 927 Abs. 2 BGB durch Eintragung im Grundbuch erwirbt der Eingezeichnete originär Eigentum am Grundstück. Dem dürfte nicht entgegenstehen, dass sich vorliegend letztverbindlich wohl nicht mehr aufklären lässt, ob das Grundstück hier trotz bestehenden Buchungszwangs oder gerade infolge Buchungsfreiheit gem. § 3 Abs. 2 GBO nicht gebucht worden ist.

Zwar ist in der Literatur umstritten, inwieweit § 927 BGB auch auf nicht gebuchte Grundstücke Anwendung findet. Zum Teil wird danach unterschieden, ob das Grundstück trotz Buchungszwangs oder gerade wegen Buchungsfreiheit gem. § 3 Abs. 2 GBO nicht gebucht ist. So bedarf nach Pfeifer der Eigenbesitzer in den Fällen der Nichtbuchung trotz Buchungszwangs eines Ausschließungsbeschlusses, weil seine Eintragung im Anlegungsverfahren die materielle Wirkung des Eigentumserwerbs nicht hätte; dagegen soll § 927 BGB auf buchungsfreie Grundstücke nicht anwendbar sein (Staudinger/Pfeifer, § 927 Rn. 10).

Nach der wohl überwiegenden Ansicht erfasst § 927 BGB dagegen ebenso den Fall, dass das Grundstück wegen Buchungsfreiheit nach § 3 Abs. 2 GBO nicht gebucht ist (Erman/A. Lorenz, BGB, 12. Aufl. 2008, § 927 Rn. 4; Benning, in: jurisPK-BGB, 5. Aufl. 2010, § 927 Rn. 3). Das LG Mönchengladbach sieht in seinem Beschluss vom 27. August 2007 (5 T 120/07, Rpfleger 2007, 616) ausdrücklich auch buchungsfreie Grundstücke als vom Anwendungsbereich des § 927 BGB erfasst an (Rz. 9).

ee) Unseres Erachtens dürfte es sich daher im vorliegenden Fall empfehlen, beim Grundbuchamt die **Einleitung eines Verfahrens nach §§ 116 ff. GBO** anzuregen. Hierzu könnte der Auszug aus dem Liegenschaftskataster, den das Grundbuchamt nach § 117 GBO ohnehin anzufordern hätte, mitübersandt werden. Sodann kann die Gemeinde ein **Aufgebotsverfahren** veranlassen.

3. Pflegschaft?

Fraglich ist, ob die Entscheidung über die Bestellung von Geh- und Fahrtrechten einem Pfleger übertragen werden kann. In Betracht kommt eine Pflegschaft für unbekannte Beteiligte gem. § 1913 BGB. Jedoch setzt eine Pflegschaft gem. § 1913 BGB jedenfalls auch ein **Interesse des Unbekannten** an der Vornahme des Geschäfts voraus, sodass das Fürsorgebedürfnis fehlt, wenn die Angelegenheit ausschließlich im Interesse eines Dritten liegt (KGJ 49, 41; Erman/Roth, § 1913 Rn. 13; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2003, § 1913 Rn. 5; Palandt/Diederichsen, § 1913 Rn. 3). Im vorliegenden Sachverhalt dürfte aber ein Fürsorgebedürfnis für den unbekanntem Eigentümer, zu Lasten des betreffenden Grundstücks Geh- und Fahrtrechte einzuräumen, wohl kaum zu begründen sein. Folglich kommt uE eine Pflegschaft gem. § 1913 BGB mit dem Ziel der Bestellung von Geh- und Fahrtrechten nicht in Betracht.

Damit kommt es vorliegend auf die Streitfrage, ob § 1913 BGB überhaupt auf herrenlose Sachen anwendbar ist, nicht an (dafür: KGJ 50, 50; dagegen: Erman/Roth, § 1913 Rn. 3; Palandt/Diederichsen, § 1913 Rn. 2; Soergel/Zimmermann, § 1913 Rn. 2 m. w. N.)

In einem Zwangsvollstreckungsverfahren, welches ein Recht an einem herrenlosen Grundstück betrifft, ist hingegen die Bestellung eines Vertreters gem. § 787 Abs. 1 ZPO möglich.

Gutachten im Abruf-Dienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abruf-Dienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abruf-Nummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Fax-Abruf-Gutachten.

**BGB §§ 1018, 1009 Abs. 1; WEG § 5 Abs. 2
Grunddienstbarkeit an einer Wohnungseigentumseinheit; Sondereigentumsfähigkeit von Versorgungsleitungen; Eigentümerdienstbarkeit zugunsten eines Mit-eigentümers**

Abruf-Nr.: 105063

**BGB §§ 1757 Abs. 1 S. 1, Abs. 4 Nr. 2, 1355 Abs. 4
Namensführung bei Erwachsenenadoption; Namensführung bei verheirateten Adoptierten; Antrag auf Beifügung des bisherigen Familiennamens**

Abruf-Nr.: 105503

Internationales Insolvenzrecht

Niederlande: Vertretungsnachweis für einen Curator

Abruf-Nr.: 98202

GmbHG § 66 Abs. 5; InsO § 203

GmbH: Verhältnis von Nachtragsliquidation und Nachtragsverteilung nach Löschung der GmbH im Handelsregister; Vertretung der GmbH nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens und Löschung im Handelsregister

Abruf-Nr.: 104948

Rechtsprechung

**BGB §§ 2346 Abs. 2, 138 Abs. 1
Keine Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts eines behinderten Sozialleistungsbeziehers**

Der Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialleistungsbeziehers ist grundsätzlich nicht sittenwidrig.

BGH, Urt. v. 19.1.2011 – IV ZR 7/10

Abruf-Nr.: 10962

Problem

Der Beklagte und seine Ehefrau setzten sich in einem notariellen gemeinschaftlichen Testament gegenseitig als Alleinerben und die drei gemeinsamen Kinder zu Schluss-erben ein. Die eine Tochter leidet unter einer Lernbehinderung, steht jedoch nicht unter gerichtlicher Betreuung und ist auch nicht in der Geschäftsfähigkeit eingeschränkt. Diese Tochter erhält seit dem Jahr 1992 Sozialhilfeleistungen nach dem SGB XII. Sie wurde für den Schlusserbfall zu 34/200 als nicht befreite Vorerbin eingesetzt, ihre Geschwister wurden zu je 83/200 zu Vollmiterben bestimmt.

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. kündigt an:
**Elfte Wissenschaftliches Symposium
des Instituts für Notarrecht
an der Universität Würzburg**

INotR

Institut für
Notarrecht an
der Universität
Würzburg

Erbrecht und Vermögenssicherung

Freitag, 20. Mai 2011

**in der Neubaukirche der Julius-Maximilians-Universität
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg**

- 09.15 Uhr *Kaffee und Gebäck*
- 09.45 Uhr **Begrüßung**, Notar Prof. Dr. Dr. Herbert **Grziwotz**, Regen
Vorstandsmitglied des INotR Würzburg
- 09.55 Uhr **Grußwort**, Notar a. D. Prof. Dr. Rainer **Kanzleiter**, Ulm
Vorsitzender der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.
- 10.00 Uhr **Testament, Ausschlagung, Verzicht – Gestaltungsinstrumente
zugunsten Behinderter?**
Roland **Wendt**, Stv. Vorsitzender Richter, IV. Zivilsenat, Bundesgerichtshof
anschließend Diskussion
- 11.00 Uhr **Innovative Wege zur Pflichtteilsminimierung?**
RAin Dr. Gabriele **Müller**, Leiterin des Referats Familien- und Erbrecht, DNotI, Würzburg
anschließend Diskussion
- 12.00 Uhr **Vermögenssicherung durch Stiftung**
Dr. Anatol **Dutta**, M. Jur. (Oxon), Max-Planck-Institut für ausländisches und
internationales Privatrecht, Hamburg
anschließend Diskussion
- 13.00 Uhr *Mittagessen im historischen Innenhof der Alten Universität (im Tagungsbeitrag inbegriffen)*
- 15.00 Uhr **Chancen und Risiken erbrechtlicher Planung und Beratung nach dem Vorschlag
einer europäischen Verordnung über das internationale Erbrecht und das
Europäische Nachlasszeugnis**
Prof. Dr. Oliver **Remien**, Universität Würzburg
Vorstandsmitglied des INotR Würzburg
anschließend Diskussion
- 16.00 Uhr **Aktuelle erbschaftsteuerrechtliche Gestaltungsprobleme der notariellen Praxis**
Notar Dr. Eckhard **Wälzholz**, Füssen
anschließend Diskussion

Tagungsleitung: Notar Prof. Dr. Dr. Herbert **Grziwotz**, Regen

ca. 17.00 Uhr **Ende**

**– anschließend Mitgliederversammlung der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung –
(mit Neuwahlen)**

Organisatorische Hinweise:

Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend und forensisch tätigen Praktiker und einschlägig interessierten Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.
Sämtliche Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post.

Tagungsbeitrag (inklusive Verköstigung, Teilnahmebescheinigung und Tagungsband):

- 130 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. (NotRV)
- 185 € für Nichtmitglieder
- 65 € für Notare a. D., Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung
- frei für Notare a. D. und Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind (bitte bei Anmeldung angeben)

Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck: „Symposium Mai 2011“ bei der Bayerischen HypoVereinsbank AG Würzburg, BLZ 79020076, Konto-Nr. 6671594, zu überweisen. Rückerstattung des Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis 7 Tage vor der Veranstaltung.

Anmeldungen richten Sie bitte an:

Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Tel. 0931/355760, Fax: 0931/35576225,
email: notrv@dnoti.de

Über den Vorerbteil wurde Dauertestamentsvollstreckung angeordnet und der Testamentsvollstrecker angewiesen, der Leistungsbezieherin zur Verbesserung ihrer Lebensqualität aus den ihr gebührenden Reinerträgen des Nachlasses nach billigem Ermessen solche Geld- oder Sachleistungen zukommen zu lassen, auf die der Sozialhilfeträger nicht zugreifen kann und die auch nicht auf die gewährten Sozialleistungen anrechenbar sind („klassische“ Form des Behindertentestaments in Gestalt der sog. „Erblösung“). Im Anschluss an die Beurkundung des Testaments **verzichten** die drei Kinder in notarieller Form auf ihren jeweiligen **Pflichtteil nach dem Erstversterbenden**. Nach dem Tod der Mutter leitete der Sozialhilfeträger den Pflichtteilsanspruch der Leistungsbezieherin nach der Mutter gem. § 93 SGB XII auf sich über, da der Pflichtteilsverzicht gegen § 138 Abs. 1 BGB verstoße und unwirksam sei.

Entscheidung

In seiner ausführlich begründeten und als grundlegend einzustufenden Entscheidung schließt sich der BGH der rechtlichen Würdigung der Vorinstanz (vgl. OLG Köln, Urt. v. 9.12.2009 – 2 U 46/09, ZEV 2010, 85 m. Anm. Armbrüster, 88 und Bengel/Spall, 195 = MittBayNot 2010, 401 = BWNotZ 2010, 135 = NotBZ 2010, 220 = ZErB 2010, 56 m. Anm. v. Proff, 206 = RNotZ 2010, 139 m. Anm. Vaupel = FamRZ 2010, 838 m. Anm. Dutta) und der h. A. der jüngeren Literatur an und **verneint** die **Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts**. Der BGH bekräftigt ausdrücklich die bisherige Senatsrechtsprechung zur (fehlenden) Sittenwidrigkeit von „Behindertentestamenten“ (vgl. BGHZ 123, 368 = DNotZ 1994, 380; BGHZ 111, 36 = DNotZ 1992, 241) und betont, dass grundsätzlich alle im Erbrecht vom Gesetz bereitgestellten Gestaltungsinstrumente einschließlich ihrer Kombinationsmöglichkeiten ausgeschöpft werden könnten. Aus Sicht des BGH können die gegen die Wirksamkeit des Pflichtteilsverzichts angeführten Gründe dessen (nur im Ausnahmefall anzunehmende) Sittenwidrigkeit nicht rechtfertigen, zumal Dritte Nachteile, die lediglich mittelbar durch das Rechtsgeschäft verursacht werden, grundsätzlich hinzunehmen hätten (insoweit liege auch kein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter vor). Zudem sei der Nachranggrundsatz schon im Sozialhilferecht selbst gerade bei Hilfebeziehern mit Behinderungen in erheblichem Maße durchbrochen und habe daher seine Prägekraft verloren (vgl. BGHZ 123, 368, 376 = DNotZ 1994, 380).

Der BGH vergleicht die Situation des Pflichtteilsverzichts mit dem Fall der **Ausschlagung einer bereits angefallenen Erbschaft**, welche er im Anschluss an Stimmen in der Literatur (vgl. Ivo, FamRZ 2003, 6) und das LG Aachen (FamRZ 2005, 1506, 1507) entgegen der Rechtsprechung des OLG Stuttgart (NJW 2001, 3484 = ZEV 2002, 367 m. abl. Anm. J. Mayer = DNotI-Report 2002, 6) und des OLG Hamm (ZEV 2009, 471 m. Anm. Leipold = RNotZ 2009, 605 m. krit. Anm. Baumann = DNotI-Report 2009, 153) auch dann nicht als sittenwidrig erachtet, wenn sie durch einen behinderten Sozialhilfeempfänger erfolgt. Er begründet dies in erster Linie mit der Privatautonomie und damit, dass Art. 14 Abs. 1 GG auch eine „negative Erbfreiheit“ schütze.

Der BGH verweist ferner auf die Möglichkeit der alternativen Regelung des vorliegenden Sachverhalts durch Behindertentestament mit Erbeneinsetzung des behinderten Abkömmlings **bereits auf den ersten Erbfall** (die im konkreten Fall nicht vorlag). Bei dieser hätte der Sozialhilfeträger nach h. A. – der sich der BGH ebenfalls anschließt – das **Ausschlagungsrecht nicht auf sich überleiten** und

ausüben können, um den Pflichtteilsanspruch nach § 2306 Abs. 1 BGB geltend zu machen, so dass der Zugriff auf den Pflichtteil des Behinderten dem Sozialhilfeträger bei einer entsprechenden testamentarischen Gestaltung in vergleichbarer Weise verwehrt gewesen sei wie bei Wirksamkeit des Pflichtteilsverzichts. Dass die ggf. aus sozialrechtlicher Sicht pflichtwidrige Herbeiführung der Bedürftigkeit zu Leistungskürzungen führen könne, berühre die zivilrechtliche Bewertung nicht.

Abschließend stellt der BGH klar, dass seine Rechtsprechung zur Unwirksamkeit von **Unterhaltsverzicht** in **Eheverträgen**, die den Sozialhilfeträger benachteiligten, auf Pflichtteilsverzichtsverträge **nicht übertragbar** sei. Der BGH bezieht sich insoweit nicht auf die (umstr.) Frage nach einer etwaigen Unterhaltsfunktion des Pflichtteils oder darauf, dass das Pflichtteilsrecht im Gegensatz zum Unterhaltsanspruch noch keine sichere – bereits bestehende – Erwerbsquelle darstellt. Entscheidend ist aus Sicht des BGH vielmehr, dass das Pflichtteilsrecht der Leistungsbezieherin allenfalls ein Korrelat zu den Unterhaltsansprüchen gegenüber ihren Eltern sei und der Sozialhilfeträger gerade diese Unterhaltsansprüche wegen des hier eingreifenden Grundsatzes des Familienleistungsausgleichs nur in sehr eingeschränktem Maße auf sich überleiten könne (vgl. §§ 19 Abs. 3, 92, 94 Abs. 2 SGB XII).

BGB § 2034

Kein Aufleben des Vorkaufsrechts des Miterben nach Veräußerung seines Erbanteils

Das Vorkaufsrecht des Miterben lebt nach Veräußerung seines Erbanteils auch dann nicht in der Person des Erwerbers wieder auf, wenn er den Miterben später beerbt.

BGH, Urt. v. 19.1.2011 – IV ZR 169/10
Abruf-Nr.: **10963**

Problem

Die Parteien streiten darüber, ob dem Kläger aufgrund eines Vorkaufsrechts gem. §§ 2034, 2035 BGB Auskunftsansprüche gegenüber der Beklagten zustehen. Der Erblasser wurde im Jahr 2000 u. a. von seiner Mutter (der Großmutter des Klägers) zu $\frac{1}{2}$ und von der Mutter des Klägers zu $\frac{1}{8}$ beerbt. Mit Erbteilsübertragungsvertrag vom 26.4.2002 übertrug die Mutter des Klägers ihren $\frac{1}{8}$ -Erbanteil unentgeltlich im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf diesen. Den $\frac{1}{2}$ -Erbanteil seiner Großmutter erhielt der Kläger durch Überlassungsvertrag vom 1.12.2006. Schließlich beerbte der Kläger seine im Jahr 2009 verstorbene Großmutter aufgrund Erbvertrages alleine.

Als der Beklagte die übrigen $\frac{3}{8}$ -Erbschaftsanteile der weiteren Miterben durch Erbschafts Kaufverträge vom März 2009 erwarb, nahm der Kläger den Beklagten auf Auskunft hinsichtlich des vollständigen Inhalts dieser Kaufverträge in Anspruch, um entsprechende Vorkaufsrechte auszuüben. Während das Landgericht die Klage abgewiesen hatte, gab das Berufungsgericht ihr statt. Mit der Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidung

Der BGH verneint in Übereinstimmung mit dem Landgericht ein Vorkaufsrecht des Klägers. So sei der Kläger durch die rechtsgeschäftliche Übertragung des $\frac{1}{2}$ -Erb-

teils seiner Großmutter nicht Miterbe geworden und daher auch nicht vorkaufsberechtigt. Nach ständiger Rechtsprechung **gehe** das **Vorkaufsrecht eines Miterben bei Veräußerung seines Erbanteils** unabhängig davon **unter**, ob die Veräußerung durch eine „vorweggenommene Erbfolge“ motiviert ist. Der Miterbe behalte zwar seine Stellung als Erbe, verliere aber durch die Übertragung seine gesamthänderische Beteiligung am Nachlass. Letztere gehe auf den Erwerber über, dem es im Hinblick auf das Vorkaufsrecht nach § 2034 BGB allerdings an der Miterbeneigenschaft fehle. Die Rechtsprechung zu Fällen einer Erbteilsveräußerung von oder an sog. präsidentive gesetzliche Erben eines Miterben (BGH MDR 1971, 377; NJW 1966, 2207; OLG München, Urt. v. 10.3.2009 – 13 U 4486/08, DNotI-Report 2009, 140) betreffe ausschließlich die Frage des Vorkaufsfalles; für die Frage der Vorkaufsberechtigung sei sie hingegen aussagemäßig.

Der BGH tritt der vom OLG München vertretenen Auffassung entgegen, der vom Kläger rechtsgeschäftlich erworbene Erbteil seiner Großmutter sei mit Eintritt seiner Alleinerbenstellung im Jahre 2009 wieder zum Vollrecht einschließlich des Vorkaufsrechts erstarkt. Das **Vorkaufsrecht** sei zwar gem. § 2034 Abs. 2 S. 2 BGB vererbbar, jedoch nicht durch Rechtsgeschäft unter Lebenden übertragbar und damit **nicht verkehrsfähig**. Mit dieser gesetzlichen Wertentscheidung stehe die „Rückkehr“ des vormals ausgeschiedenen Miterben in den Kreis der vorkaufsberechtigten Personen in Widerspruch. Der Erbteilserwerber und spätere Erbeserbe habe **kein schutzwürdiges Interesse an der Abwehrfunktion des Vorkaufsrechts**, weil er zunächst aus freien Stücken in die Erbengemeinschaft eingetreten sei und das Risiko eines künftigen Gemeinschafterwechsels tragen müsse. Daran ändere seine nachfolgende Erbenstellung nach dem veräußernden Miterben selbst dann nichts, wenn diese erbvertraglich abgesichert war.

<p>Deutsches Notarinstitut (Herausgeber) - eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin - 97070 Würzburg, Gerberstraße 19 Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225 e-mail: dnoti@dnoti.de internet: www.dnoti.de</p> <p>Hinweis: Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.</p> <p>Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg</p> <p>Bezugsbedingungen: Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.</p>	<p>Bezugspreis: Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.</p> <p>Verlag: Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg</p> <p>Druck: Druckerei Franz Scheiner Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg</p>
---	--