

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

21. Jahrgang
März 2013
ISSN 1434-3460

5/2013

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2205, 2211; GmbHG § 16 Abs. 1, 3 – Rechtsgeschäfte vor Amtsbeginn des Testamentsvollstreckers; Genehmigung durch späteren Testamentsvollstrecker

BaySpkO § 8; GBO § 29 – Erwerbsbeschränkung für bayerische Sparkassen; Genehmigungserfordernis als Wirksamkeitsvoraussetzung für Grundstückserwerb; Nachweisobliegenheiten gegenüber Grundbuchamt

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

InsO §§ 83 Abs. 1 S. 1, 129 ff.; BGB § 2290 – Insolvenzanfechtung der Aufhebung eines Erbvertrags

GBO §§ 19, 22, 29 Abs. 1, 47 Abs. 2; GBV § 15 Abs. 1 lit. c – Unrichtigkeitsnachweis im Grundbuchverfahren bei Tod eines GbR-Gesellschafters; mündlich geschlossener Gesellschaftsvertrag; Klarstellungsvermerk bei mehreren gesellschaftsidentischen namenslosen BGB-Gesellschaften mit Grundbesitz

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2205, 2211; GmbHG § 16 Abs. 1, 3 Rechtsgeschäfte vor Amtsbeginn des Testamentsvollstreckers; Genehmigung durch späteren Testamentsvollstrecker

I. Sachverhalt

A und B waren Gesellschafter einer GmbH. A wandte dem B seinen Geschäftsanteil erbvertraglich bindend im Wege des Vermächtnisses zu. Durch Testament vom selben Tag setzte A seine Lebensgefährtin C als Alleinerbin ein und bestimmte zusätzlich:

„Ich ersuche das Nachlassgericht, einen Testamentsvollstrecker zu ernennen, welcher die Erfüllung des heutigen Erbvertrags tätigen soll.“

A verstarb. Testament und Erbvertrag wurden vom Nachlassgericht eröffnet; Abschriften beider Dokumente gingen u. a. an B und C. Ein Testamentsvollstrecker wurde vom Nachlassgericht bisher nicht ernannt. B reichte als Geschäftsführer eine Gesellschafterliste beim Handelsregister ein, die ihn und die Lebensgefährtin C als Gesellschafter auswies; die Liste wurde im Handelsregister aufgenommen.

In der Folge trat B seinen vermächtnisweisen Anspruch auf Übertragung des Geschäftsanteils unentgeltlich an seinen Sohn D ab. Anschließend übertrug C den Geschäftsanteil in

Erfüllung des Vermächtnisses auf D. Die Gesellschafter B und C fassten entsprechend dem Gesellschaftsvertrag einen Gesellschafterbeschluss über die Zustimmung zu diesen Veräußerungen, sodann über die Änderung der Firma und die Bestellung des D zum Geschäftsführer.

An keinem der genannten Vorgänge wirkte ein Testamentsvollstrecker mit. Es ist unklar, ob D von der Anordnung der Testamentsvollstreckung Kenntnis hatte.

II. Fragen

1. Darf der Notar eine neue Gesellschafterliste erstellen und zum Handelsregister einreichen, die B und D als Gesellschafter ausweist? Oder war C aufgrund der Anordnung im Testament an der Verfügung über den Geschäftsanteil gehindert, sodass der Anteil bislang noch nicht wirksam übertragen worden ist?

2. Falls eine wirksame Übertragung bislang fehlt: Kann dieses Problem dadurch gelöst werden, dass nunmehr ein Testamentsvollstrecker bestellt wird und dieser dann die Verfügung der C genehmigt?

III. Zur Rechtslage

1. Verfügungsbeschränkung nach § 2211 Abs. 1 BGB

Gem. § 2211 Abs. 1 BGB kann der Erbe über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstand nicht verfügen. Vielmehr kommt die Verfügungsbefugnis gem. § 2205 BGB dem Testamentsvollstrecker zu.

2. Verfügungsbefugnis im Übergangszeitraum bis zur Benennung des Testamentsvollstreckers bzw. Annahme des Testamentsvollstreckeramts

Sofern das **Amt des Testamentsvollstreckers** – aus welchen Gründen auch immer – **(noch) nicht besetzt** ist, stellt sich die Frage, wem im Übergangszeitraum die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bzgl. der verwaltungsunterworfenen Nachlassgegenstände zufällt.

Denkbar wäre, dass die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis in der „testamentsvollstreckerlosen“ Zeit dem Erben als Inhaber des Nachlasses zukommt. Als Konsequenz dieser Überlegung entstünde die Figur einer „hinkenden“ Testamentsvollstreckung: Die Vorschrift des § 2214 BGB würde den Nachlass vor Eigengläubigern des Erben schützen, während der Erbe bzgl. des Nachlassvermögens bis zum Amtsbeginn des Testamentsvollstreckers dennoch verfügungs- und verwaltungsberechtigt wäre (vgl. Schild, Das unbesetzte Testamentsvollstreckeramt, 1998, S. 10).

Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass die **Testamentsvollstreckung** – sofern der Erblasser keine ausdrückliche anderweitige Bestimmung getroffen hat – **bereits mit dem Erbfall beginnt** und der **Erbe folglich über die verwaltungsunterworfenen Nachlassgegenstände von Anfang an nicht verfügen** und den Nachlass nicht verpflichtet kann; anderenfalls bestünde die Gefahr, dass der Zweck der Testamentsvollstreckung vereitelt würde (BGH NJW 1967, 2399; Staudinger/Reimann, BGB, Neubearb. 2012, § 2211 Rn. 6; MünchKommBGB/Zimmermann, 5. Aufl. 2010, § 2202 Rn. 4; Damrau, ZEV 1996, 81, 82). Somit fehlt es im Übergangszeitraum an einem Verfügungsberechtigten hinsichtlich der verwaltungsunterworfenen Nachlassgegenstände. Der in dieser Zeit insoweit dennoch verfügende Erbe handelt als **Nichtberechtigter**; seine Verfügungen sind grundsätzlich **(schwebend) unwirksam** (Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2008, Rn. 137).

Zur Vermeidung von Unsicherheiten in der testamentsvollstreckerlosen Zeit wird vielfach empfohlen, dem anvisierten Testamentsvollstrecker **ergänzend eine post- bzw. transmortale Vollmacht** zu erteilen (vgl. etwa Damrau, ZEV 1996, 81, 82 f.). Nach Ansicht des OLG München (DNotI-Report 2012, 161) kann eine solche Vollmacht einem Dritten auch dergestalt erteilt werden, dass Verfügungen durch den Bevollmächtigten der Testamentsvollstreckung vorgehen.

3. Vorliegender Sachverhalt

a) Verfügungsbeschränkung der C als Alleinerbin (§ 2211 Abs. 1 BGB)

Vorliegend wurde in einem bindenden Erbvertrag ein Vermächtnis bzgl. des GmbH-Geschäftsanteils ausgesetzt. Testamentarisch wurde Alleinerbschaft sowie Testamentsvollstreckung angeordnet, um die Erfüllung des Erbvertrags, d. h. die vermächtnisweise Zuwendung des Geschäftsanteils, zu gewährleisten. Somit **unterliegt der Geschäftsanteil der Testamentsvollstreckung**. C konnte daher als Alleinerbin und Inhaberin des Anteils **nicht über diesen verfügen**.

b) Gutgläubiger Erwerb nach § 2211 Abs. 2 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG?

Es wäre allerdings im Grundsatz denkbar, dass zugunsten des D § 2211 Abs. 2 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG Anwendung findet. Hiernach wird ein gutgläubiger Drit-

ter nach den „Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten“, geschützt, wenn er bei Vornahme des Rechtsgeschäfts mit dem Erben das Bestehen einer Testamentsvollstreckung nicht kannte oder gutgläubig annahm, dass der Gegenstand nicht zum Nachlass gehört oder der Verwaltung des Testamentsvollstreckers nicht unterliegt.

Nach Ansicht des II. Zivilsenats begründet die Gesellschafterliste keinen Vertrauenstatbestand dafür, dass der Gesellschafter – etwa aufgrund vorangehender aufschiebend bedingter Abtretung – nicht in seiner Verfügungsmacht über den Geschäftsanteil beschränkt ist, sondern schützt nur den guten Glauben an die Rechtsinhaberschaft des eingetragenen Gesellschafters (BGH DNotZ 2011, 943, 945 f. Tz. 17). In der Tendenz dieser Rechtsprechung liegt auch, dass eine gutgläubige Überwindung der Verfügungsbeschränkungen nach § 2211 Abs. 1 BGB ausscheidet. Hieraus wird teilweise gefolgert, dass dann auch ein Testamentsvollstreckervermerk nicht in der Liste verlaubar werden kann (OLG München DNotZ 2012, 305 = DNotI-Report 2012, 6; abl. Omlor, DStR 2012, 306). Das Schrifttum steht der restriktiven Linie des BGH freilich überwiegend kritisch gegenüber (vgl. Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 16 Rn. 63 ff. m. w. N.; MünchKommGmbHG/Heidinger, 2012, § 40 Rn. 69; Herrler, NZG 2011, 1321, 1325 f.; Wicke, DStR 2011, 2356 ff.; Zinger/Urich-Erber, NZG 2011, 286, 287). In diesem Zusammenhang dürfte u. E. zu berücksichtigen sein, dass der **BGH** jüngst im Hinblick auf den **Kommanditanteil** sogar die **Aufnahme eines Testamentsvollstreckervermerks in das Handelsregister** für zulässig erachtete. In diesem Fall bejahte der BGH ein schutzwürdiges Interesse des Rechtsverkehrs daran, durch das Handelsregister über die angeordnete Dauertestamentsvollstreckung informiert zu werden (DNotZ 2012, 788 = DNotI-Report 2012, 64).

Für die Praxis dürfte gleichwohl einstweilen davon auszugehen sein, dass ein gutgläubiger Erwerb nach § 2211 Abs. 2 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG nicht in Betracht kommt und die von C getroffene Verfügung über den Geschäftsanteil zugunsten des D wegen § 2211 Abs. 1 BGB nicht wirksam ist. Selbst wenn man die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs trotz Verfügungsbeschränkung bejaht, dürfte es vorliegend an der mangels Zurechenbarkeit (Testamentsvollstreckervermerk nach OLG München nicht eintragungsfähig) erforderlichen dreijährigen Unrichtigkeit der Gesellschafterliste als weiterer Voraussetzung des § 16 Abs. 3 GmbHG fehlen.

c) Wirksame Verfügung über Vermächtnisanspruch

Die Verfügung des B über seinen Anspruch auf den Geschäftsanteil aus dem erbvertraglich angeordneten Vermächtnis an seinen Sohn D ist dagegen wirksam. Es bestehen nämlich keine Anhaltspunkte dafür, dass B durch die Anordnung der Testamentsvollstreckung in der Verfügung über das Vermächtnis beschränkt ist.

d) Zwischenergebnis

Eine Gesellschafterliste, die B und D als Gesellschafter ausweist, gibt die Rechtslage nicht zutreffend wieder. Da C die Befugnis zur Verfügung über den Geschäftsanteil fehlte, konnte D nicht Inhaber des Anteils werden. Der Notar darf folglich keine derartige Liste zum Handelsregister einreichen.

4. Nachträgliche „Heilung“ der unwirksamen Verfügung

Es ist aber anerkannt, dass die **Verfügung über einen Nachlassgegenstand durch den hierzu nicht befugten Erben dann von Anfang an wirksam wird, wenn der später eingesetzte Testamentsvollstrecker einwilligt oder die Verfügung nach §§ 185, 184 Abs. 1 BGB genehmigt** (RGZ 87, 432; Staudinger/Reimann, § 2211 Rn. 3). Sobald der Testamentsvollstrecker sein Amt angetreten hat, kann er die getroffenen Verfügungen genehmigen. Damit wird jedenfalls die Abtretung des Geschäftsanteils an D mit *ex-tunc*-Wirkung „geheilt“. Ab diesem Zeitpunkt darf der Notar die entsprechende Gesellschafterliste zum Handelsregister einreichen.

Ob Gleiches für den Gesellschafterbeschluss betreffend die Geschäftsführerbestellung und Firmenänderung gilt, erscheint hingegen zweifelhaft. Zwar wäre der Beschluss wegen der Rückwirkung der Genehmigung materiell-rechtlich von den „richtigen“ Gesellschaftern gefasst worden. Allerdings kommt es gem. § 16 Abs. 1 GmbHG allein auf die in der Gesellschafterliste verlautbarte Stellung als Gesellschafter zum Zeitpunkt der Beschlussfassung an (OLG Zweibrücken NotBZ 2012, 197 = RNotZ 2012, 292). Vorliegend war zum maßgeblichen Zeitpunkt noch nicht D, sondern C als Gesellschafter eingetragen. Zu erwägen ist allenfalls, ob mit Einreichung der neuen Liste (nach Genehmigung durch den Testamentsvollstrecker) die „vorgenommene Rechtshandlung“ (d. h. der Gesellschafterbeschluss) gem. § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG als von Anfang an wirksam gilt (vgl. hierzu MünchKommGmbHG/Heidinger, 2010, § 16 Rn. 142 ff.). Dies wird davon abhängen, ob die Aufnahme der neuen Liste in das Handelsregister noch „unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung“ erfolgt. Vor diesem Hintergrund dürfte sich eine vorsorgliche Bestätigung des Beschlusses durch B und D empfehlen.

BaySpkO § 8; GBO § 29 Erwerbsbeschränkung für bayerische Sparkassen; Genehmigungserfordernis als Wirksamkeitsvoraussetzung für Grundstückserwerb; Nachweisobliegenheiten gegenüber Grundbuchamt

I. Sachverhalt

Eine bayerische Sparkasse, Anstalt des öffentlichen Rechts, erwirbt zu notarieller Kaufvertragsurkunde ein Grundstück von einem Bauträger, das mit einem mehrgeschossigen Büro- und Geschäftsgebäude bebaut werden soll. Die Eigentumsumschreibung auf die Sparkasse wird beantragt.

Das Grundbuchamt erlässt hierauf eine Zwischenverfügung, mit welcher es folgendes Eintragungshindernis geltend macht: Es habe zu prüfen, ob der Erwerb gegen § 8 Abs. 1 S. 1 Sparkassenordnung (BaySpkO) verstoße. Danach bedürfe der Erwerb von Grundstücken zum Zwecke der Weiterveräußerung (Anmerkung: ein solcher Zweck lässt sich der Urkunde nicht konkret entnehmen) einer aufsichtsrechtlichen Genehmigung. Es sei daher entweder die Genehmigung oder ein Negativattest der Aufsichtsbehörde in öffentlich beglaubigter Form vorzulegen.

II. Fragen

1. Führt ein (unterstellter) Verstoß gegen § 8 BaySpkO zur Unwirksamkeit der Auflassung?
2. Hat das Grundbuchamt auch ohne konkrete Hinweise einen Verstoß gegen § 8 BaySpkO zu prüfen?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeines zu § 8 BaySpkO

Gem. § 8 Abs. 1 S. 1 BaySpkO dürfen Sparkassen Immobilien zur Weiterveräußerung nur dann erwerben, erschließen und bebauen, wenn hierzu unter Berücksichtigung der Aufgabe der Sparkasse die Genehmigung erteilt wurde. Nicht erforderlich ist die Genehmigung gem. § 8 Abs. 1 S. 2 BaySpkO jedoch, wenn es sich um einen Immobilienerwerb im Wege der Verwertung von Sicherheiten handelt. Zuständige Genehmigungsbehörde ist gem. § 8 Abs. 2 BaySpkO nach Anhörung des Sparkassenverbands Bayern das Staatsministerium des Innern, im Einzelfall auch die Aufsichtsbehörde. Der Bekanntmachung des Staatsministeriums des Innern zum Vollzug der Sparkassenordnung vom 27.8.2001 (AllMBl., S. 354) kann zu § 15 BaySpkO in der Fassung bis zum 21.4.2007 (der direkten Vorgängervorschrift zu § 8 Abs. 1 BaySpkO n. F.) Folgendes entnommen werden [Hervorhebung durch die DNotI-Redaktion]:

„9.1 Genehmigungsvorbehalt

*Unter Berücksichtigung des öffentlichen Auftrags unterstützen die Sparkassen die Kommunen bei der Schaffung preiswerten Wohnraums und bei der Erschließung von Gewerbegebieten. Damit bei diesen Maßnahmen im Bauträgerbereich die **Wettbewerbsneutralität der öffentlichen Hand** beachtet wird und die Sparkasse **keine marktbeherrschende Stellung** erlangt, bedarf die Sparkasse einer Genehmigung der Aufsichtsbehörde.“*

Zur Frage, welche Rechtsnatur dem Genehmigungsvorbehalt in § 8 Abs. 1 S. 1 BaySpkO zukommt und welche rechtlichen Folgen der genehmigungslose Erwerb eines Grundstücks für den Erwerbsvertrag hat, ist der vorzitierten Bekanntmachung allerdings nichts zu entnehmen. Auch in der uns zugänglichen sonstigen Rechtsprechung und Literatur fehlt es insoweit an unmittelbar einschlägigen Stellungnahmen.

2. Rechtsnatur von § 8 Abs. 1 BaySpkO

a) Genehmigungsvorbehalte im Überblick

In der notariellen Praxis hängt die Wirksamkeit privater Rechtsgeschäfte häufig von der Zustimmung einer Behörde bzw. eines öffentlich-rechtlichen Verwaltungsträgers ab. Behördliche Zustimmungserfordernisse beziehen sich dabei in fast allen Fällen auf den Grundstücksverkehr (vgl. Abicht, RNotZ 2010, 493, 494). Besondere Bedeutung kommt den öffentlich-rechtlichen Zustimmungserfordernissen bei der Veräußerung land- und forstwirtschaftlicher Grundstücke i. S. d. § 2 GrdstVG (vgl. die Übersicht zu den Freigrenzen unter: http://www.dnoti.de/DOC/2012/Vorkaufsrechte/Freigrenzen_120206.pdf), bei Verfügungen über Grundstücke in einem städtebaulichen Umlegungs-, Sanierungs- oder Entwicklungsgebiet sowie bei der nach dem Recht des jeweiligen Bundeslandes etwa notwendigen Teilungsgenehmigung im Rahmen der Veräußerung von Teilflächen zu (vgl. die Übersicht unter: <http://www.dnoti.de/DOC/2012/Vorkaufsrechte/Teilungsgenehmigung-2.pdf>). In Einzelfällen bestehen Zustimmungserfordernisse auch aus anderen, z. B. wirtschaftspolitischen Gründen

oder dienen der Überwachung der Tätigkeit bestimmter Personen. Hierzu gehören z. B. die aufsichtsbehördlichen Genehmigungen nach der jeweiligen Gemeinde- oder Kreisordnung und nach kirchenrechtlichen Vorschriften.

b) Verfügungsbeschränkungen

Die absolute Mehrzahl dieser öffentlich-rechtlichen Genehmigungsvorbehalte betreffen Verfügungsbeschränkungen, d. h. gesetzliche Beeinträchtigungen der Verfügungsbe-
rechtigung, die eine Ausübung der Verfügungsmacht ent-
weder ganz ausschließen oder zumindest beschränken (vgl.
zur Begrifflichkeit BeckOK-GBO/Hügel, Std.: 1.9.2012,
Verfügungsbeeinträchtigungen Rn. 2). Mit Erteilung der
behördlichen Genehmigung wird folglich die gesetzlich be-
gründete öffentlich-rechtliche Verfügungsbeeinträchtigung
beseitigt (BeckOK-GBO/Hügel, Verfügungsbeeinträchti-
gungen Rn. 31). Das Rechtsgeschäft ist **schwebend un-
wirksam** bis zu dem Zeitpunkt, in dem endgültig feststeht,
dass die erforderliche Genehmigung erteilt wird oder nicht
(BGH NJW 1995, 318; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht,
15. Aufl. 2012, Rn. 3806).

c) Erwerbsbeschränkungen

Die andere Gruppe der öffentlich-rechtlichen Genehmi-
gungsvorbehalte umfasst einzelne im Gesetz ausdrück-
lich angeordnete Erwerbsbeschränkungen. Ebenso wie die
Verfügungserklärung des Passivbeteiligten nur ausreicht,
wenn dieser Verfügungsmacht hat, so muss auch zur Er-
werbserklärung des anderen Teils dessen **Erwerbsfähig-
keit** hinzukommen (Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb.
2012, § 873 Rn. 90). Diese **fällt im Grundsatz zwar mit
der allgemeinen Rechtsfähigkeit zusammen**, sodass alle
natürlichen und juristischen Personen Liegenschaftsrechte
erwerben können. Hiervon gibt es jedoch **Ausnahmen, die
den Kreis der geeigneten Erwerber einschränken oder
erweitern** (Staudinger/Gursky, § 872 Rn. 90). Gesetzliche
Erwerbsbeschränkungen konnten bis zum 29.7.1998
landesrechtlich aufgrund des Vorbehalts gem. Art. 86, 88
EGBGB a. F. für Ausländer, Staatenlose und juristische
Personen mit Sitz im Ausland und bundesrechtlich für be-
stimmte inländische Personen bestehen. Art. 88 EGBGB
ist ersatzlos aufgehoben, während Art. 86 S. 2 EGBGB
eine Ermächtigungsgrundlage für eine Rechtsverordnung
bietet, die den Rechtserwerb durch Ausländer bzw. ausländische
juristische Personen aus außenpolitischen Gründen
beschränkt oder von einer Genehmigung abhängig macht.
Für Versicherungen und Bausparkassen sind Erwerbs-
beschränkungen seit dem Änderungsgesetz zum VAG
vom 20.12.1974 (BGBl. I, S. 3693) weggefallen und für
Handwerkskammern seit der Neufassung der Handwerks-
ordnung (BGBl. I 1966, S. 1 – zum Ganzen Staudinger/
Gursky, § 873 Rn. 93). Somit bestehen nach geltender
Rechtslage folgende für den Grundstücksverkehr relevan-
ten Grundstückserwerbsbeschränkungen:

aa) Erwerb von Grundstücken durch Handwerksin- nungen bzw. Handwerkerschaften

Der Erwerb von Grundstücken durch Handwerksinnun-
gen bzw. Handwerkerschaften erfordert eine Beschluss-
fassung der Innungsversammlung gem. § 61 Abs. 2 Nr. 7
lit. a HWO (ggf. i. V. m. § 89 Abs. 1 Nr. 3 HWO). Gem.
§ 61 Abs. 3 und § 89 Abs. 1 Nr. 3 HWO bedürfen diese
Beschlüsse der Innungsversammlung wiederum der **Ge-
nehmigung** der vorgeordneten Handwerkskammer. In der
Literatur ist insofern **umstritten**, ob die im Gesetz vorge-
sehene Beschlussfassung der Mitgliedervertretung die
Vertretungsmacht der Vorstände im Außenverhältnis

beschränkt oder nur eine organschaftliche Beteiligungs-
pflicht mit interner Bindung begründet, deren Nichtbeach-
tung die Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Erklärungen der
Vorstände unberührt lässt. Mittlerweile scheint sich ins-
besondere in der grundbuchrechtlichen Literatur die Auf-
fassung durchzusetzen, dass die Vertretungsmacht des Vor-
stands durch das Genehmigungserfordernis in § 61 Abs. 3
bzw. § 89 Abs. 1 Nr. 3 HWO nicht eingeschränkt wird
(vgl. Schöner/Stöber, Rn. 4088; Raebel, in: Lambert-Lang/
Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, 2. Aufl.
2005, Teil 5 Rn. 342; Honig/Knörr, HWO, 4. Aufl. 2008,
§ 66 Rn. 10; vgl. auch Gutachten DNotI-Report 2000, 189).
Teilweise wird jedoch auch undifferenziert davon gespro-
chen, dass Handwerksinnungen und Handwerkerschaften
für den Erwerb von Grundstücken nach den §§ 61, 89 HWO
der Genehmigung durch die Handwerkskammer bedürften
(vgl. Bauer/v. Oefele/Waldner, GBO, 3. Aufl. 2013, AT VIII
Rn. 110, 114; BeckOK-BGB/Hügel, Verfügungsbeeinträch-
tigungen Rn. 82).

bb) Erwerb von Grundstücken und grundstücksglei- chen Rechten durch Sozialversicherungsträger

Nach § 85 Abs. 1 SGB IV bedarf der Erwerb von Grund-
stücken und grundstücksgleichen Rechten durch einen
Sozialversicherungsträger der Genehmigung der Aufsichts-
behörde. Erwerbe bis zu einem bestimmten Umfang stellt
§ 85 Abs. 2 und 3 SGB IV genehmigungsfrei. Genehmi-
gungspflichtig ist jeder Erwerb, der mit **eigenen Mit-
teln** des Versicherungsträgers erfolgt, ohne Rücksicht auf
den mit dem Erwerb verfolgten Zweck (Schöner/Stöber,
Rn. 4059). Der BGH hat zu § 85 Abs. 1 SGB IV mit Urteil
vom 28.11.2003 (DNotZ 2004, 461) entschieden, dass die
**Genehmigung der Aufsichtsbehörde Voraussetzung für
die Wirksamkeit des Grundstückserwerbs** durch den
Sozialversicherungsträger ist. Er argumentiert dabei mit der
Entstehungsgeschichte der Vorschrift und führt den Sinn
und Zweck der Regelung an, der darin bestehe, die Finanz-
und Liquiditätslage der Versicherungsträger zu sichern.
Diesem Zweck diene am wirksamsten die Verknüpfung der
Gültigkeit des Erwerbs mit der Genehmigung (BGH DNotZ
2004, 461, 462 a. E.).

Im vorliegend interessierenden Kontext äußert sich der
BGH zudem zur **Auslegung der Norm anhand der Geset-
zestechnik**. In Fällen, in denen – anders als nach der neu-
eren Gesetzestechnik (z. B. § 104 GO NRW; § 134 Abs. 1
HGO) – die zivilrechtliche Wirksamkeit des von einer ju-
ristischen Person des öffentlichen Rechts abgeschlossenen
Rechtsgeschäfts nicht ausdrücklich an das Vorliegen der
Genehmigung geknüpft werde, sei nach ständiger Recht-
sprechung des BGH **darauf abzuheben, ob sich das Ge-
nehmigungserfordernis objektiv auf das Geschäft oder
subjektiv auf die geschäftsschließende Stelle beziehe**
(BGH DNotZ 2004, 461, 462 unter Verweis auf BGH LM
BGB § 242 – Cd – Nr. 2; NJW 1980, 115; BGHZ 142, 51,
54 = NJW 1999, 3335). § 85 SGB IV verknüpfe in diesem
Sinne das Genehmigungserfordernis mit dem Geschäft als
solchem und statuiere nicht etwa bloß (was für eine bloße
Wirkung im Innenverhältnis spräche) eine Verpflichtung
des Sozialversicherungsträgers, im Falle des Grundstückser-
werbs um die Genehmigung der Aufsichtsbehörde nach-
zusehen (BGH DNotZ 2004, 461, 462).

In grundbuchrechtlicher Hinsicht besteht Einigkeit darü-
ber, dass die **Vorlage der Genehmigung oder eines Negati-
vattests** stets verlangt werden muss; das Grundbuchamt
kann nämlich nicht überprüfen, ob ein Ausnahmefall nach

§ 85 Abs. 2 S. 1 SGB IV vorliegt (BGH DNotZ 2004, 461, 463; Bauer/v. Oefele/Waldner, AT VIII Rn. 118; BeckOK-GBO/Hügel, Verfügungsbeeinträchtigungen Rn. 82).

d) Auslegung von § 8 Abs. 1 BaySpkO

§ 8 Abs. 1 BaySpkO knüpft die zivilrechtliche Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht ausdrücklich an das Vorliegen der Genehmigung. Daher dürfte im Einklang mit der BGH-Rechtsprechung primär darauf abzustellen sein, ob sich das Genehmigungserfordernis *objektiv* auf das Geschäft oder *subjektiv* auf die geschäftsschließende Stelle bezieht. Der **Wortlaut scheint sich**, insbesondere auch im systematischen Zusammenhang mit den benachbarten Vorschriften der §§ 7, 9 BaySpkO, **eher subjektiv auf die Sparkasse als geschäftsschließende Stelle zu beziehen**. Das spricht nach der Wertung des BGH dafür, die Bedeutung der Genehmigung auf das Verwaltungsinnenverhältnis zwischen Sparkasse und Genehmigungsbehörde zu beschränken.

Dennoch gilt es zu untersuchen, ob **Sinn und Zweck** der Regelung eine abweichende rechtliche Würdigung gebieten. Wie oben gesehen, soll durch § 8 Abs. 1 BaySpkO die **Wettbewerbsneutralität der öffentlichen Hand im Baurägerbereich** sichergestellt und verhindert werden, dass die Sparkasse diesbezüglich eine marktbeherrschende Stellung erlangt. Anders als im Fall des § 85 SGB IV geht es somit nicht um die Sicherung der Finanz- und Liquiditätslage der Sparkasse, die durch die zivilrechtliche Wirksamkeit des Kaufvertrags unmittelbar bedroht wäre. Vielmehr besteht trotz Wirksamkeit des Erwerbsgeschäfts in Weiterveräußerungsabsicht auch die Möglichkeit, eine Erschließung, Bebauung und Weiterveräußerung der erworbenen Immobilie durch **aufsichtsrechtliche Maßnahmen** (vgl. Art. 13 Abs. 3 BaySpkG) **im Nachhinein** zu verhindern und so die Wettbewerbsneutralität der öffentlichen Hand zu gewährleisten bzw. der Erlangung einer marktbeherrschenden Stellung entgegenzuwirken. Vergleichsweise heranziehen ließe sich das Wettbewerbsrecht, das mit dem Fusionskontrollverfahren ebenfalls ein an die betroffenen Unternehmen gerichtetes Vollzugsverbot vorsieht. Ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot kann insoweit zu einer Auflösung vollzogener Zusammenschlüsse gem. § 41 Abs. 3 und 4 GWB durch das Bundeskartellamt führen.

Zwar existiert laut BGH kein allgemeiner Grundsatz des Verwaltungsrechts, wonach der Verkehrsschutz Vorrang vor den mit einem Genehmigungserfordernis verbundenen Zwecken genießt (DNotZ 2004, 461, 463). Der BGH hat jedoch die mit dem Genehmigungserfordernis verbundenen Zwecke ausdrücklich in Beziehung zum **Interesse des Rechtsverkehrs an der Wirksamkeit des Geschäfts** gesetzt. Im vorliegenden Fall des § 8 Abs. 1 BaySpkO kommt mit Blick auf den Verkehrsschutz – im Unterschied zu § 85 SGB IV – erschwerend hinzu, dass die Genehmigungspflicht von einer (rein internen) **Weiterveräußerungsabsicht der Sparkasse** abhängt, die **weder vom Vertragspartner noch vom Grundbuchamt in verlässlicher Art und Weise ermittelt werden kann**.

Für ein auf das Verwaltungsinnenverhältnis beschränktes Genehmigungserfordernis spricht schließlich in systematischer Hinsicht die **Gleichstellung des Immobilienerwerbs mit der Erschließung und Bebauung der erworbenen Immobilien** in § 8 Abs. 1 BaySpkO. Da es sich bei letzteren Maßnahmen nicht um Rechtsgeschäfte handelt, kann das Genehmigungserfordernis insofern nur interne Bedeutung haben. Eine Unwirksamkeit etwaiger Bauverträge

mit Werkunternehmern dürfte eher fernliegen.

3. Exkurs: Prüfungspflichten des Grundbuchamts

Erachtet man das Genehmigungserfordernis gem. § 8 Abs. 1 BaySpkO als einen lediglich das Verwaltungsinnenverhältnis betreffenden Genehmigungsvorbehalt, scheidet insoweit eine Prüfungspflicht des Grundbuchamts von vornherein aus. Hält man § 8 Abs. 1 BaySpkO hingegen – abweichend von den unter Ziff. 2 d) angestellten Überlegungen – für eine Erwerbsbeschränkung, die bei fehlender Genehmigung zur Unwirksamkeit des dinglichen und schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts führt, so stellt sich die weitergehende Frage, **ob das Grundbuchamt ohne weitere Anhaltspunkte ein Negativattest verlangen darf**.

a) Erfordernis einer Negativbescheinigung im Anwendungsbereich von § 85 SGB IV

Zu § 85 SGB IV hat der BGH in der vorgenannten Entscheidung (DNotZ 2004, 461, 463) die Auffassung vertreten, für den Grundbuchvollzug sei ungeachtet der Genehmigungsfreigrenzen des § 85 Abs. 2 S. 1 SGB IV **stets eine Negativbescheinigung der Aufsichtsbehörde erforderlich**, da dem Grundbuchamt eine Überprüfung des Haushaltsvolumens des beteiligten Sozialversicherungsträgers nicht möglich sei und zudem die Mindest- und Höchstbeträge des Anlagevolumens nach § 85 Abs. 3 SGB IV variabel seien. Diese Ausführungen beruhen jedoch auf der Besonderheit der Regelung des § 85 SGB IV, die in Abs. 1 von einem grundsätzlich bestehenden Genehmigungserfordernis für den Erwerb von Grundstücken ausgeht und davon in Abs. 2 bestimmte Ausnahmen zulässt.

b) Vollwertigkeitsbescheinigung der Gemeinde

Im Unterschied dazu greift der Genehmigungsvorbehalt gem. § 8 Abs. 1 BaySpkO überhaupt nur dann ein, wenn die Immobilie *mit Weiterveräußerungsabsicht* erworben wurde. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass für das Grundbuchverfahren **bei kommunalrechtlichen Verfügungsbeschränkungen** im Regelfall die **Beifügung einer Erklärung der Gemeinde** (vertreten durch das hierzu zuständige Organ) für **ausreichend** erachtet wird, **dass der Abschluss des Veräußerungsgeschäfts genehmigungsfrei ist** (sog. Vollwertigkeitsbescheinigung, vgl. Schöner/Stöber, Rn. 4078). Stellt beispielsweise der Bürgermeister fest, dass die Veräußerung nicht unter Wert erfolgt, hat der Erwerber keinen Anspruch auf Erteilung eines Negativattests durch die Rechtsaufsichtsbehörde. Hat die Gemeinde in der Form des § 29 Abs. 3 GBO versichert, dass keine verbotene Unterwertveräußerung vorliegt oder eine Veräußerung unter Wert bzw. unentgeltliche Veräußerung wegen der Erfüllung einer näher zu bezeichnenden kommunalen Aufgabe zulässig ist, soll das Grundbuchamt in der Regel keine weiteren Nachweise als diese Versicherung verlangen können (BayObLGZ 1969, 278, 283; 1995, 225 = DNotI-Report 1995, 158; Schöner/Stöber, Rn. 4078).

c) Stellungnahme

Selbst wenn eine fehlende Genehmigung nach § 8 Abs. 1 BaySpkG – entgegen der in Ziff. 2 d) vertretenen Ansicht – die zivilrechtliche Unwirksamkeit des Grundstückserwerbs nach sich zöge, erscheint es vor dem Hintergrund der oben skizzierten Rechtsprechung u. E. zumindest **naheliegend**, eine entsprechende **Erklärung der Sparkasse über die Genehmigungsfreiheit** im Grundbuchverfahren **für ausreichend zu erachten**.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

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

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

WEG §§ 7 Abs. 4, 10, 21, 22

Aufnahme von Balkonen in den Aufteilungsplan, deren Errichtung dem teilenden Eigentümer vorbehalten ist und an denen Sondernutzungsrechte begründet werden
Abruf-Nr.: 122262

EGBGB Art. 25, 26; BGB § 311b Abs. 5
Serbien: Pflichtteils(ergänzungs)verzicht
Abruf-Nr.: 122485

InsO §§ 254a Abs. 1, 228; GBO § 28
Löschung von Grundpfandrechten aufgrund bestätigten Insolvenzplans
Abruf-Nr.: 121369

Rechtsprechung

InsO §§ 83 Abs. 1 S. 1, 129 ff.; BGB § 2290
Insolvenzanfechtung der Aufhebung eines Erbvertrags

Die Mitwirkung des vertraglich eingesetzten Erben an der Aufhebung seiner Erbeinsetzung ist höchstpersönlich und kann nicht angefochten werden.

BGH, Urt. v. 20.12.2012 – IX ZR 56/12
Abruf-Nr.: 11075R

Problem

Die Erblasserin hatte die Schuldnerin, über deren Vermögen im Jahr 2006 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, im Jahr 2003 durch Erbvertrag bindend zur (Voll-)Erbin eingesetzt. Die Vertragsparteien hoben diesen Erbvertrag im Jahr 2005 auf; dabei wurde die Schuldnerin nunmehr vertragsmäßig zur nichtbefreiten Vorerbin berufen und deren Tochter, die Beklagte, als Nacherbin eingesetzt. Die Erblasserin verstarb im Jahr 2009. Der klagende Insolvenzverwalter verlangt von der Beklagten im Wege der Insolvenzanfechtung, dass sie ihm ihre Rechte aus dem Erbvertrag von 2005 überträgt.

Entscheidung

Der BGH wies die Revision gegen das klageabweisende Berufungsurteil als unbegründet zurück, da die Aufhebung der Erbeinsetzung durch den zweiten Erbvertrag und damit auch die von der Beklagten erlangte erbrechtliche Rechtsstellung der Insolvenzanfechtung entzogen sei.

Als möglichen **Gegenstand der Anfechtung** zieht der BGH neben der Aufhebung des ersten Erbvertrags die Mitwirkung der Schuldnerin am zweiten Erbvertrag und die

Erbeinsetzung der Beklagten als Nacherbin in Betracht. Insgesamt handele es sich um einen **einheitlichen wirtschaftlichen Vorgang**, der anfechtungsrechtlich als eine einzige Rechtshandlung zu behandeln sei. Angesichts der erbvertraglichen Bindungswirkung setze die Verschaffung der Nacherbenstellung, gegen die sich die Anfechtung letztlich richtet, die Aufhebung des ersten Erbvertrags unter Mitwirkung der Schuldnerin voraus. Sei bereits die Aufhebung des ersten Erbvertrags anfechtungsfest, so müsse dies erst recht für die durch die Aufhebung erst ermöglichten anderweitigen Verfügungen der Erblasserin gelten.

Zunächst referiert der IX. Zivilsenat die in der Rechtsprechung im Wesentlichen geklärten **Grundsätze des erbrechtlichen Erwerbs im Insolvenzverfahren**. Annahme oder Anfechtung der Erbschaft stünden wegen ihrer höchstpersönlichen Natur gem. § 83 Abs. 1 InsO ausschließlich dem Schuldner zu, sodass die Ausschlagung ungeachtet eines etwaigen Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes nicht der Insolvenzanfechtung unterliege. Die Erbausschlagung habe auch keine Obliegenheitsverletzung in der Wohlverhaltensperiode gem. § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO zur Folge. Sei der Schuldner Vermächtnisnehmer, so gelte dies entsprechend. Ebenso wenig dürfe die Entscheidung eines Pflichtteilsberechtigten über die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs, von der gem. § 852 Abs. 1 ZPO die Pfändbarkeit und damit die Verwertbarkeit für den Insolvenzverwalter abhängt (vgl. § 36 Abs. 1 InsO), durch Anwendung der Anfechtungsvorschriften unterlaufen werden; der Verzicht auf die Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs stelle ebenfalls keine Obliegenheitsverletzung in der Wohlverhaltensphase dar.

Die dargelegten Grundsätze **erstreckt der BGH** mit der vorliegenden Entscheidung **auf die Zustimmung der Schuldnerin zur Aufhebung ihrer erbvertraglichen Erbeinsetzung**. Auch diese sei höchstpersönlicher Natur und dürfe nicht durch die anfechtungsrechtliche Rückgewähr unterlaufen werden. Das Handeln der Schuldnerin führe vorliegend letztlich dazu, dass sie nur Vorerbin geworden sei, womit der Insolvenzmasse die Substanz des Nachlasses gem. § 2115 S. 1 BGB, § 83 Abs. 2 InsO entzogen werde. **Obwohl** die Schuldnerin als Vertragserbin anders als der gesetzliche oder testamentarische Erbe bereits eine **geschützte Rechtsposition hinsichtlich ihrer Erbenstellung** innehatte, sei die für die Masse nachteilige Mitwirkung der Schuldnerin am zweiten Erbvertrag **nicht anfechtbar**. Für die Gleichsetzung dieses Vorgangs mit dem Erbverzicht, der Nichtgeltendmachung des Pflichtteilsrechts und der Erbausschlagung sind laut BGH die folgenden Erwägungen maßgeblich: Zumindest der gesetzliche Erbe gebe beim Erbverzicht letztlich auch eine geschützte Rechtsposition auf, da er nach § 2346 Abs. 1 S. 2 BGB sein Pflichtteilsrecht verliere. Die Ausschlagung habe zur Folge, dass der Erbe auf das ihm an sich bereits gem. § 1922 Abs. 1 BGB angefallene Vermögen verzichte. Wenn der Pflichtteilsberechtigte sein Pflichtteilsrecht nicht geltend macht, verzichte er ähnlich wie der Vertragserbe auf eine geschützte Rechtsstellung. **Im Ergebnis unterscheidet sich die Stellung des Vertragserben**, der an einer Aufhebung seiner Erbeinsetzung mitwirke, **nicht wesentlich von der des Erben, der die Erbschaft ausschlägt** oder auf sie verzichte, **des Vermächtnisnehmers, der das Vermächtnis ausschlägt**, oder **des Pflichtteilsberechtigten, der seinen Anspruch nicht geltend mache**. Er sei daher nicht anders zu behandeln.

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

INotR
Institut für
Notarrecht an
der Universität
Würzburg

Gestaltungspraxis und Inhaltskontrolle

Freitag, 14. Juni 2013

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

- 09.30 Uhr **Begrüßung**
Prof. Dr. Peter Limmer, Tagungsleiter
Notar, Würzburg; stellv. Vorsitzender des INotR Würzburg
- 09.45 Uhr **Problemfelder der Inhaltskontrolle in der notariellen Gestaltungspraxis**
Sebastian Herrler, Notar a. D., Geschäftsführer des DNotI Würzburg
anschließend Diskussion
- 10.30 Uhr **Inhaltskontrolle im Erbrecht**
Prof. Dr. Anne Röthel, Bucerius Law School, Hamburg, Direktorin des Notarrechtlichen
Zentrums Familienunternehmen
anschließend Diskussion
- 11.30 Uhr **AGB-Kontrolle bei M&A-Verträgen**
Dr. Nikolaus Schrader, Partner, Freshfields Bruckhaus Deringer, Hamburg
anschließend Diskussion
- 12.30 Uhr *Mittagessen im historischen Innenhof der Alten Universität (im Tagungsbeitrag inbegriffen)*
- 14.00 Uhr **Unwirksame Klauseln im Bauträgervertrag**
Dr. Hans-Egon Pause, Rechtsanwalt, RAe Pause & Weiss, München
anschließend Diskussion
- 15.00 Uhr **Inhaltskontrolle im Gesellschaftsrecht**
Prof. Dr. Christoph Teichmann, Universität Würzburg, Vorstand INotR Würzburg
anschließend Diskussion
- ca. 16.00 Uhr **Ende**

- anschließend: 16. NotRV-Mitgliederversammlung 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):

- frei für Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind
- 40 € für Notare a. D., die Mitglied der NotRV sind
- 85 € für Notare a. D., Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung
- 150 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. (NotRV)
- 205 € für Nichtmitglieder

Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck: „Symposium Juni 2013“ 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. Für zurückzuzahlende Teilnahmegebühren wird eine Stornogebühr in Höhe von 10 € berechnet.

Anmeldungen richten Sie bitte an:

Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Tel.: 0931/355760, Fax: 0931/35576225,
E-Mail: notrv@dnoti.de; www.notrv.de

GBO §§ 19, 22, 29 Abs. 1, 47 Abs. 2; GBV § 15 Abs. 1 lit. c

Unrichtigkeitsnachweis im Grundbuchverfahren bei Tod eines GbR-Gesellschafters; mündlich geschlossener Gesellschaftsvertrag; Klarstellungsvermerk bei mehreren gesellschaftsidentischen namenslosen BGB-Gesellschaften mit Grundbesitz

1. Bei einem nur mündlich geschlossenen Gesellschaftsvertrag einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann dessen Inhalt ausnahmsweise auch ohne Vorlage des Vertrags in grundbuchmäßiger Form zur Überzeugung des Grundbuchamts nachgewiesen werden (Anschluss an BayObLG MittBayNot 1993, 363).

2. Bestehen konkrete Anhaltspunkte für das Vorhandensein von – namenslosen – unterschiedlichen Gesellschaften bürgerlichen Rechts mit identischen Gesellschaftern, kann es der Bestimmtheitsgrundsatz im Grundbuchrecht erfordern, von Amts wegen einen klarstellenden Vermerk zu den jeweiligen Gesellschaften im Grundbuch aufzunehmen, der das notwendige Unterscheidungsmerkmal liefert.

OLG München, Beschl. v. 27.11.2012 – 34 Wx 303/12 und 34 Wx 406/12
Abruf-Nr.: 11076R

Problem

Das OLG München musste sich in seinem Beschluss vom 27.11.2012 mit zwei die GbR betreffenden Rechtsfragen auseinandersetzen: Erstens mit den Anforderungen an die Grundbuchberichtigung nach dem Tod eines Gesellschafters, insbesondere mit Blick auf den Gesellschaftsvertrag, zweitens mit der Frage nach einem Klarstellungsvermerk bei mehreren Gesellschaften mit identischem Gesellschafterkreis, die als Eigentümer unterschiedlicher Grundstücke im Grundbuch eingetragen sind.

Im zugrunde liegenden Sachverhalt hatten zwei Brüder 1976 eine GbR zum Betrieb einer Bäckerei gegründet. 1978 wurde für diese GbR ein privatschriftlicher Gesellschaftsvertrag abgefasst. 1983 wandelten die Brüder die GbR in eine oHG um und ließen sie im Handelsregister eintragen. 1986 erwarben die Brüder über eine andere GbR Wohnungseigentum, 1987 über eine weitere GbR ein Grundstück. Die Gesellschaftsverträge wurden in den beiden letztgenannten Fällen nur mündlich abgeschlossen. Nach dem Tod des einen Bruders schloss dessen Witwe im Jahre 2012 mit dem verbliebenen Bruder einen notariellen Auseinandersetzungsvertrag. In diesem Vertrag wurde festgestellt, dass sich die beiden letztgenannten Gesellschaften in Liquidationsgesellschaften umgewandelt hatten und deren Gesellschafter jeweils die alleinerbende Witwe des verstorbenen Gesellschafters und dessen Bruder waren. Darüber hinaus wurde vereinbart, dass die Witwe und der Bruder des verstorbenen Gesellschafters das Wohnungseigentum und das Grundstück jeweils zu hälftigem Miteigentum von den beiden Liquidationsgesellschaften erwerben.

Das Grundbuchamt verweigerte zum einen die Eintragung der Witwe als Mitgesellschafterin der beiden Liquidationsgesellschaften im Wege der Grundbuchberichtigung. Zum anderen wies es den Antrag auf Vollzug der Auflassungen zurück, sodass die Witwe und der Bruder zunächst nicht zu einem je hälftigen Miteigentumsanteil in den beiden

Grundbüchern (Wohnungseigentumseinheit, Grundstück) eingetragen werden konnten.

Entscheidung

Das OLG München hielt die hiergegen gerichtete Beschwerde im Ergebnis für begründet und gab ihr statt.

Materiell-rechtlicher Ausgangspunkt der Entscheidung war der in den Beschlussgründen nicht ausdrücklich erwähnte Umstand, dass eine GbR durch den Tod eines Gesellschafters gem. § 727 BGB aufgelöst wird, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt (z. B. in Gestalt einer Fortsetzungsklausel, einer einfachen oder qualifizierten Nachfolgeklausel oder einer Eintrittsklausel). Fehlt im Gesellschaftsvertrag – wie anscheinend vorliegend bei beiden Gesellschaften – eine Klausel, in der von § 727 BGB abgewichen wird, wandelt sich die Gesellschaft mit dem Tod eines Gesellschafters in eine Abwicklungsgesellschaft um. Sie ist nach §§ 730 ff. BGB auseinanderzusetzen, wenn nicht die übrigen Gesellschafter mit Zustimmung der Erben die Fortsetzung der Gesellschaft oder eine andere Art der Abwicklung beschließen (MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl. 2009, § 727 Rn. 6). Der Anteil des verstorbenen Gesellschafters fällt ungeteilt in seinen Nachlass (BGHZ 98, 48 = DNotZ 1987, 116). Der Alleinerbe bzw. die Erbengemeinschaft des verstorbenen Gesellschafters werden gem. §§ 1922 ff., 2032 ff. BGB Mitglied der abzuwickelnden GbR; eine Sonderrechtsnachfolge in der Form, dass bei einer Mehrheit von Erben nicht die Erbengemeinschaft, sondern jeder Erbe eine eigene Mitgliedschaft erhält, erfolgt nicht (statt aller: BGH NJW 1982, 170, 171 = DNotZ 1982, 159).

Das OLG München musste sich vorliegend in erster Linie mit der grundbuchverfahrensrechtlichen Frage befassen, welche Anforderungen an die Nachweisführung bei der Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO) zu stellen sind, damit die Liquidationsgesellschaft mit der Witwe als Alleinerbin des Bruders im Grundbuch eingetragen werden konnte (vgl. auch § 47 Abs. 2 S. 2 GBO). Voraussetzung einer entsprechenden Grundbuchberichtigung ist, dass entweder Berichtigungsbewilligungen (§ 19 GBO) aller Mitgesellschafter (für den Verstorbenen durch seine gem. § 35 GBO nachgewiesenen Erben) unter schlüssiger Darlegung der Grundbuchunrichtigkeit vorgelegt werden oder ein Unrichtigkeitsnachweis durch Nachweis der Erbfolge und Vorlage des Gesellschaftsvertrags erbracht wird. Werden Berichtigungsbewilligungen vorgelegt, geht mit § 899a BGB insofern eine Nachweiserleichterung einher, als die Gesellschafterstellung der bislang eingetragenen Gesellschafter gegenüber dem Grundbuchamt vermutet wird (so OLG München NZG 2010, 1138 = MittBayNot 2011, 63; DNotZ 2011, 739; NZG 2011, 296 = MittBayNot 2011, 224; OLG Zweibrücken NJW 2010, 384; Gutachten DNotI-Report 2010, 145; a. A. Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169, 185 f.). Höchstrichterlich geklärt ist die Reichweite des § 899a BGB in diesem Zusammenhang jedoch noch nicht.

Eine Stellungnahme des BGH steht insofern noch aus, als es die Nachweisanforderungen an das Vorhandensein eines Gesellschaftsvertrags bzw. das Fehlen einer von § 727 Abs. 1 BGB abweichenden Regelung betrifft. Grundsätzlich ist der Gesellschaftsvertrag in der Form des § 29 Abs. 1 GBO vorzulegen (OLG München NZG 2010, 1138; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 6. Aufl. 2012, Rn. 435: „... auch wenn diese Beglaubigung nur unter erheblichen Erschwerungen erreicht

werden kann oder überhaupt nicht möglich ist.“). Im Rahmen des **Unrichtigkeitsnachweises** wurde jedoch in der Rechtsprechung in Ausnahmefällen die Vorlage eines privatschriftlichen Gesellschaftsvertrags akzeptiert, sofern eine Beglaubigung nicht erreicht werden konnte oder unmöglich war (OLG Zweibrücken MittBayNot 1995, 210; LG Mainz RNotZ 2008, 350 = NZG 2008, 228).

Ob hingegen bei der **Abgabe von Berichtigungsbewilligungen** der Gesellschaftsvertrag überhaupt vorgelegt werden muss, ist umstritten. Während dies teilweise in Zweifel gezogen wird (Meikel/Hertel, GBO, 9. Aufl. 2010, § 29 Rn. 151), verlangt die wohl h. M. diesen Nachweis, weil nur durch Einsichtnahme in den Gesellschaftsvertrag beurteilt werden könne, wer bei Versterben eines Gesellschafters überhaupt bewilligungsberechtigt sei (BayObLG NZG 2001, 124; DNotZ 1998, 811; DNotZ 1992, 157; OLG Schleswig MittRhNotK 1992, 151 = MittBayNot 1992, 139; Krauß, Rn. 436). Somit wird im Grundsatz auch bei der Bewilligungslösung (Vorlage von Berichtigungsbewilligungen) der **Nachweis des Gesellschaftsvertrags in der Form des § 29 GBO** gefordert (OLG Brandenburg ZEV 2012, 116; OLG Hamm ZEV 2012, 117; Hügel/Reetz, GBO, 2. Aufl. 2010, § 47 Rn. 104). Gleichwohl zieht man zumindest insoweit eher in Betracht, die Anforderungen an die Form der Nachweisführung bzgl. des Gesellschaftsvertrags zu reduzieren (OLG Schleswig ZEV 2012, 434 = NotBZ 2012, 189; OLG Dresden ZEV 2012, 339 = BWNNotZ 2011, 194; van de Loo, GWR 2012, 80; Kremer, RNotZ 2004, 239, 251; Böttcher, ZfIR 2009, 613, 622 f.). Teilweise wird bei Vorlage von Berichtigungsbewilligungen aller verbliebenen Gesellschafter und aller Erben des verstorbenen Gesellschafters aus dem Gedanken der **Nachweismediatisierung** (BGHZ 189, 274 = DNotZ 2011, 711; Reyman, ZNotP 2010, 84, 101 ff.) auch abgeleitet, dass nicht zusätzlich die Vorlage Gesellschaftsvertrags verlangt werden dürfe (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 4274).

Das **OLG München lässt** – statt der nicht zu erreichenden Vorlage des Gesellschaftsvertrags in der Form des § 29 GBO – **notariell beglaubigte Erklärungen der (angeblichen) Gesellschafter** (Alleinerbin des verstorbenen Gesellschafters und dessen Bruder) **ausreichen**, um das Grundbuchamt davon zu überzeugen, dass keine von § 727 Abs. 1 BGB abweichende gesellschaftsvertragliche Regelung getroffen wurde (missverständlich allerdings die Ausführungen, es sei hinreichend dargelegt worden, dass ein Gesellschaftsvertrag „nicht geschlossen“ worden sei).

Der zweite grundbuchverfahrensrechtliche Problemkreis, mit dem sich das OLG München befasste, betraf den **Umgang mit mehreren namenslosen, gesellschafteridentischen Gesellschaften bürgerlichen Rechts, die jeweils Eigentümer von Grundbesitz sind**. Denn nach dem Vortrag der alleinerbenden Witwe und des Bruders des verstorbenen Gesellschafters handelte es sich bei der GbR, die das Wohnungseigentum erworben hatte, um eine andere GbR als diejenige, die Eigentümerin des Grundstücks geworden war. Im Nachgang zur Entscheidung des BGH vom 28.4.2011 (BGHZ 189, 274) **war in der Literatur empfohlen worden, Name und Sitz der Gesellschaft** (sowie **u. U. auch das Gründungsdatum**) im Erwerbsvertrag **anzugeben** und deren Eintragung im Grundbuch zu beantragen, um im Einzelfall mehrere personenidentische Gesellschaften voneinander unterscheiden zu können (Lautner, DNotZ 2011, 643, 645 f.; Jeep, notar 2011, 206). Obwohl

§ 15 Abs. 1 lit. c GBV entsprechende Angaben nicht fordert, wurde teilweise vertreten, dass derartige Zusatzangaben ausnahmsweise notwendig seien, wenn dieselben Gesellschafter an mehreren Gesellschaften beteiligt seien und daher Zweifel über die Identität des Rechtsinhabers bestünden. Die abstrakte Möglichkeit einer weiteren gesellschafteridentischen GbR mit Grundbesitz sollte dagegen den Rechtspfleger beim Grundbuchamt noch nicht dazu berechtigen, entsprechende Zusatzangaben zu verlangen (so bereits zuvor Wicke, GWR 2009, 336; Steffek, ZIP 2009, 1445, 1447 f.).

Diesen Gedanken griff das **OLG München** nunmehr auf. Einerseits könne der **Bestimmtheitsgrundsatz im Grundbuchrecht** zwar dazu führen, dass – jedenfalls bei einer Neueintragung – die Identität der GbR durch zusätzliche Angaben zu präzisieren sei, wenn konkrete Anhaltspunkte für das Vorhandensein einer anderen GbR mit identischen Gesellschaftern bestünden. Andererseits könne allein aus der bestehenden Eintragung derselben Gesellschafter bei unterschiedlichen Grundstücken nicht zwingend geschlossen werden, dass es sich bei mehreren namenslosen Gesellschaften mit identischem Gesellschafterbestand nur um eine einzige GbR handle. Vielmehr genüge zum Nachweis, dass es sich um unterschiedliche Gesellschaften handle, der übereinstimmende schriftliche Vortrag der Gesellschafter. Im vorliegenden Fall **ließ das Gericht** dementsprechend die **Angaben der alleinerbenden Witwe und des anderen Gesellschafters ausreichen**, dass die GbR, die Wohnungseigentümerin war, sich von derjenigen unterschied, der das Grundstück gehörte. Demzufolge durfte sich das Grundbuchamt nicht daran gehindert sehen, bei Eintragung der Berichtigung des Gesellschafterbestands der beiden Liquidationsgesellschaften jeweils einen (von Amts wegen einzutragenden) **Klarstellungsvermerk** in Abteilung I des Grundbuchs aufzunehmen, um dem grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz Rechnung zu tragen (vgl. Hügel/Kral, § 44 Rn. 21). Der Sitz der beiden Gesellschaften war vorliegend identisch, sodass das OLG München die **Lage der jeweiligen Immobilie als geeignetes Unterscheidungsmerkmal** in Betracht zog, um die abweichende Identität der beiden Gesellschaften zu kennzeichnen.

Da die Grundbuchberichtigung (Eintragung der Liquidationsgesellschaften sowie der Witwe als Gesellschafterin) einschließlich des Klarstellungsvermerks somit möglich war, standen auch dem Vollzug der Auflassungserklärungen, vorbehaltlich vorzulegender Unbedenklichkeitsbescheinigungen (§ 22 GrEStG), keine Hindernisse entgegen.

Fazit

Obwohl die Anforderungen an den Nachweis für das Bestehen bzw. Nichtbestehen gesellschaftsvertraglicher Regelungen im Rahmen des § 22 GBO noch höchststrichterlich zu klären sind, lässt das OLG München zumindest bei Vorlage von Berichtigungsbewilligungen Angaben der bewilligenden Gesellschafter über das Nichtvorhandensein abweichender gesellschaftsvertraglicher Regelungen ausreichen. Existieren mehrere Gesellschaften mit identischem Gesellschafterkreis, was laut OLG ebenfalls durch entsprechende Angaben der Gesellschafter nachgewiesen werden kann, ist aus Gründen grundbuchrechtlicher Bestimmtheit ein Klarstellungsvermerk in das Grundbuch einzutragen.

Literaturhinweise

Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter
www.dnoti.de.

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

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Sebastian Herrler

Redaktion: Dr. Simon Blath

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.

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.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg