

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2352 – Abänderung der Schlusserbeneinsetzung eines gemeinschaftlichen Testaments durch nachträgliche Anordnung der Nacherbfolge; Zuwendungsverzichtsvertrag mit dem Schlusserben

FamFG § 344 Abs. 7 – Zuständigkeit am gewöhnlichen Aufenthalt des Ausschlagenden bei Abgabe der Ausschlagungserklärung durch den gesetzlichen Vertreter

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BeurkG § 53; BNotO §§ 14 Abs. 1 S. 2 u. Abs. 3 S. 2, 15 Abs. 2; BGB § 308 Nr. 4 – Bauträgervollmacht; Vollzugspflicht des Notars; Vorbescheid

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2352

Abänderung der Schlusserbeneinsetzung eines gemeinschaftlichen Testaments durch nachträgliche Anordnung der Nacherbfolge; Zuwendungsverzichtsvertrag mit dem Schlusserben

I. Sachverhalt

Ehegatten haben sich in einem handschriftlichen Testament gegenseitig und ihren Sohn, ersatzweise eine karitative Einrichtung, als Schlusserben eingesetzt. Die Wechselbezüglichkeit der Einsetzung der karitativen Einrichtung ist im Testament nicht ausdrücklich bestimmt. Auch ein Näheverhältnis des Erstverstorbenen zur karitativen Einrichtung ist nicht ersichtlich.

II. Frage

Kann der Längstlebende nach Zuwendungsverzicht des

Schlusserben den bisherigen Schlusserben als Vorerben und eine weitere Person als Nacherben einsetzen?

III. Zur Rechtslage

1. Wahl der Einheitslösung und Bindung

Im vorliegenden Fall haben die Ehegatten in ihrem privatschriftlichen Testament offensichtlich die sog. Einheitslösung gewählt (vgl. § 2269 Abs. 1 BGB), in dem sie sich zunächst gegenseitig zu Vollerben und zum Schlusserben den gemeinsamen Sohn (ersatzweise die karitative Einrichtung) eingesetzt haben.

An die Schlusserbeneinsetzung des Sohnes ist der überlebende Ehegatte nach dem Tod des Erstversterbenden und Annahme der Erbschaft erbrechtlich gebunden (vgl. § 2271 Abs. 2 BGB), wenn es sich hierbei um eine wechselbezügliche Verfügung i. S. v. § 2270 BGB handelt. Dies dürfte anzunehmen sein (vgl. § 2270 Abs. 2 Var. 2 BGB).

Die erbrechtliche Bindungswirkung äußert sich dahingehend, dass eine neue letztwillige Verfügung des überlebenden Ehegatten in entsprechender Anwendung des § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB insoweit unwirksam ist, als

hierdurch ein bindend Bedachter beeinträchtigt wird. Eine derartige Beeinträchtigung liegt bspw. in den nachträglichen Beschränkungen durch Testamentsvollstreckung oder Nacherbfolge (wie im vorliegenden Fall).

2. Beseitigung der Bindung durch Zuwendungsverzicht des Schlusserben

Damit die Nacherbfolge wirksam angeordnet werden kann, ist erforderlich, dass sich der hierdurch potentiell Beeinträchtigte mit der Belastung einverstanden erklärt. Insoweit bedarf es des Abschlusses eines Zuwendungsverzichtsvertrages i. S. v. § 2352 BGB zwischen dem Erblasser und dem (potentiell beeinträchtigten) Schlusserben.

Ein Zuwendungsverzicht bewirkt nicht die Unwirksamkeit der Verfügung, auf die verzichtet wird. Durch den Zuwendungsverzicht als abstraktes Verfügungsgeschäft wird vielmehr die betreffende Verfügung von Todes wegen im Umfang des Verzichts „ihrer Wirkung entkleidet“. Aufgrund des Zuwendungsverzichts unterbleibt der Anfall der Zuwendung, wie wenn der Bedachte den Erbfall nicht erlebt hätte (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 79. Aufl. 2020, § 2352 Rn. 4).

Dabei ist anerkannt, dass sich ein Zuwendungsverzicht nicht auf die Zuwendung insgesamt beziehen muss. Möglich ist nach herrschender Ansicht vielmehr auch ein **teilweiser (eingeschränkter) Zuwendungsverzicht**, insbesondere dahingehend, dass durch ihn Beschränkungen und Beschwerungen des Bedachten, etwa durch Vermächtnisse, Auflagen, die Anordnung der Testamentsvollstreckung oder der Vor- und Nacherbfolge, zugelassen werden (vgl. BGH DNotZ 1978, 300; NJW 1982, 1100, 1102; OLG Köln FamRZ 1983, 837 m. Anm. Brems, FamRZ 1983, 1278; Palandt/Weidlich, § 2352 Rn. 4; BeckOGK-BGB/Everts, Std.: 1.12.2019, § 2352 Rn. 19 m. w. N.). Es ist also nicht erforderlich, durch einen umfassenden Zuwendungsverzicht erst die bindende Verfügung komplett zu beseitigen, um anschließend neu in modifizierter Form testieren zu können.

3. Frage der Beeinträchtigung des Ersatzerben

Im vorliegenden Fall ist geplant, dass der zum Schlusserben eingesetzte Sohn den Zuwendungsverzichtsvertrag mit dem Erblasser abschließt. Im gemeinschaftlichen Testament war aber des Weiteren **ersatzweise eine karitative Einrichtung als Schlusserbe** eingesetzt. Diese karitative Einrichtung soll offensichtlich nicht am Zuwendungsverzichtsvertrag mitwirken.

Fraglich ist, ob diese durch die neue, geplante Verfügung **beeinträchtigt** werden kann. Ist jemand erbrechtlich bindend zum Schlusserben eingesetzt und wird

eine neue Verfügung getroffen, in der bspw. ein anderer Ersatzschlusserbe bestimmt wird oder die Ersatzschlusserbeneinsetzung von bestimmten Bedingungen abhängig gemacht wird, so kann hierin eine Beeinträchtigung des Ersatzschlusserben i. S. v. § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB liegen, da sich hierdurch die Rechtsstellung des bindend Bedachten verschlechtert. Auch im vorliegenden Fall tritt in Folge der geplanten neuen Verfügung (Beschränkung des eingesetzten Schlusserben durch Nacherbfolge) eine Verschlechterung im Hinblick auf die Ersatzschlusserbenposition ein, denn gem. § 2102 Abs. 1 BGB ist der Nacherbe zugleich Ersatzerbe (sofern der Erblasser nichts anderes bestimmt hat). Sollte der Ersatzfall (Vorversterben des Vorerben oder Ausschlagung) eintreten, dann wäre folglich nicht die karitative Einrichtung, sondern primär der nun eingesetzte Nacherbe zur Schlusserbfolge berufen.

Im vorliegenden Fall kann die Frage, ob hierin eine Beeinträchtigung gesehen werden kann, aber dahinstehen. Denn infolge einer etwaigen Beeinträchtigungswirkung wäre die neue Verfügung nur dann unwirksam, wenn die Ersatzschlusserbeneinsetzung **erbrechtlich bindend** erfolgt ist. Es müsste sich daher um eine wechselbezügliche Verfügung i. S. v. § 2270 BGB handeln. Ausweislich des mitgeteilten Sachverhalts enthielt das privatschriftliche Testament der Ehegatten keine Ausführungen zur Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeinsetzung. Folglich ist die Wechselbezüglichkeit für jede Verfügung gesondert **durch Auslegung** nach den allgemeinen Grundsätzen **zu ermitteln**. Erst wenn die individuelle Auslegung kein eindeutiges Ergebnis ergibt, könnte auf die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden.

Handelt es sich beim eingesetzten Schlusserben um eine familienfremde Person, bspw. eine karitative Einrichtung, **fehlt es regelmäßig an der Wechselbezüglichkeit**, da das besondere Näheverhältnis des § 2270 Abs. 2 Var. 2 BGB in der Regel nicht gegeben sein wird (vgl. dazu BayObLG FamRZ 1986, 604; OLG Düsseldorf ZErB 2001, 29 [Ls.]). Lediglich im Einzelfall kann dies anders sein, wenn eine besondere Nähebeziehung zur Organisation bzw. Einrichtung vorliegt, bspw. weil es sich um eine von den Ehegatten gemeinsam errichtete Stiftung (quasi ihr Lebenswerk) handelt (vgl. dazu OLG München ZEV 2000, 104).

Ausweislich des mitgeteilten Sachverhalts ist hier keine besondere Nähebeziehung gegeben. Dies spricht dafür, dass im vorliegenden Fall **keine wechselbezügliche Ersatzschlusserbeneinsetzung** der karitativen Organisation erfolgt ist, sodass die Ersatzschlusserbeneinsetzung auch jederzeit einseitig widerrufen oder zum Nachteil des Ersatzschlusserben abgeändert werden kann.

4. Ergebnis

Im vorliegenden Fall dürfte der Längstlebende nach (ggf. eingeschränktem) Zuwendungsverzicht des Schluss-erben eine weitere Person als Nacherben einsetzen können. Die Verfügung wäre nicht in entsprechender Anwendung des § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB wegen Beeinträchtigung des Ersatzschluss-erben unwirksam, wenn die Ersatzschluss-erbeneinsetzung nicht wechselbezüglich erfolgt ist. Für Letzteres bestehen nach dem mitgeteilten Sachverhalt keine Anhaltspunkte.

FamFG § 344 Abs. 7

Zuständigkeit am gewöhnlichen Aufenthalt des Ausschlagenden bei Abgabe der Ausschlagungserklärung durch den gesetzlichen Vertreter

I. Sachverhalt

Die Mutter hat für sich selbst und für ihre minderjährigen Kinder an deren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsort gegenüber dem für diesen Bezirk zuständigen Nachlassgericht die Ausschlagung erklärt. Aufgrund der gemeinsamen elterlichen Sorge muss auch noch der Vater für die minderjährigen Kinder die Ausschlagung erklären. Der Vater hat jedoch einen anderen gewöhnlichen Aufenthaltsort und möchte zur Fristwahrung nunmehr die Ausschlagung gegenüber dem für seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort zuständigen Nachlassgericht erklären.

II. Frage

Kann ein gesetzlicher Vertreter (z. B. Eltern) als „erklärende Person“ die Ausschlagungserklärung gegenüber dem Nachlassgericht i. S. v. § 344 Abs. 7 FamFG erklären, in dessen Bezirk der gesetzliche Vertreter seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder kommt es auf den gewöhnlichen Aufenthalt desjenigen an, in dessen Namen die Erklärungen abgegeben werden sollen? Macht es einen Unterschied, ob es sich um einen gesetzlichen Vertreter oder einen gewillkürten Vertreter handelt?

III. Zur Rechtslage

1. Örtliche Zuständigkeit für Entgegennahme von Ausschlagungserklärung

Nach § 344 Abs. 7 S. 1 FamFG ist für die Entgegennahme einer Erklärung, mit der eine Erbschaft ausgeschlagen oder mit der die Versäumung der Ausschlagungsfrist, die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft oder eine Anfechtungserklärung ihrerseits angefochten wird, auch das Nachlassgericht zuständig, in dessen Bezirk die **erklärende Person** ihren **gewöhnlichen Aufenthalt** hat. Die Zuständigkeitsvorschrift gilt auch

für eine notariell beglaubigte Ausschlagungserklärung (BeckOK-FamFG/Schlögel, Std.: 1.1.2020, § 344 Rn. 14; Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 344 Rn. 48; Harders, in: Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 344 Rn. 16; MünchKommFamFG/Grziwotz, 3. Aufl. 2019, § 344 Rn. 46; BT-Drucks. 18/4201, S. 59; ausf. Heinemann, DNotZ 2011, 498, 499).

2. Maßgeblicher Aufenthaltsort in Vertretungsfällen

Fraglich ist, auf den Aufenthalt welcher Person es ankommt, wenn ein **gesetzlicher Vertreter** für den Ausschlagenden die Erklärung abgibt. Der Wortlaut der Vorschrift ist insoweit nicht eindeutig, wenn er von dem gewöhnlichen Aufenthalt der „erklärenden Person“ spricht. Auf die Problematik der Vertretung des Erklärenden ist die Vorschrift nicht abgestimmt. Denkbar wäre es, unter der erklärenden Person die Person zu verstehen, die die **Erklärung tatsächlich abgibt** und somit auf den **Vertreter** abzustellen. Auf dieses Verständnis deutet der Wortlaut der Vorschrift hin, der auf den Erklärenden und nicht auf die Person abhebt, in deren Namen die Erklärung abgegeben wurde. Die Gesetzesmaterialien geben insoweit keinen Aufschluss über die Frage (BT-Drucks. 16/6308, S. 390). Die Literatur geht häufig auf die Frage nicht näher ein, sondern spricht ohne nähere Problematisierung von dem gewöhnlichen Aufenthalt des Ausschlagenden. Letztlich wird die Frage in den meisten Veröffentlichungen nicht näher erörtert (Keidel/Zimmermann, § 344 Rn. 45; MünchKommFamFG/Grziwotz, § 344 Rn. 48; Harders, § 344 Rn. 16; Heinemann, ZErB 2008, 293, 294).

Gleichwohl finden sich auch in der Literatur nähere Ausführungen zu der Problematik, soweit es um die Vertretung **Minderjähriger** geht. Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass der Minderjährige in analoger Anwendung von § 11 BGB den gewöhnlichen Aufenthalt beider sorgeberechtigter Elternteile teilt und das Kind somit **mehrere gewöhnlichen Aufenthalte** hat. Beide Gerichte seien dann alternativ zuständig (Bahrenfuss/Schaal, FamFG, 3. Aufl. 2017, § 344 Rn. 43; wohl auch Prütting/Helms/Fröhler, FamFG, 4. Aufl. 2018, § 344 Rn. 72c – doppelter Wohnsitz des Kindes). Damit geht diese Auffassung implizit davon aus, dass auf die **vertretene Person** abzustellen ist, deren gewöhnlicher Aufenthalt sich aber akzessorisch nach dem gewöhnlichen Aufenthalt des Vertreters bestimmt.

a) Die Auffassung überzeugt zunächst insoweit, als sie zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts auf die **Person des Ausschlagenden** und nicht auf diejenige des Vertreters abstellt. Der Wortlaut des § 344 Abs. 7

FamFG („erklärende Person“) spricht zwar für die Maßgeblichkeit des Aufenthalts des Vertreters. Eindeutig ist der Wortlaut aber nicht. Dass die Vorschrift nicht vom Ausschlagenden, sondern von der erklärenden Person spricht, dürfte dem Umstand geschuldet sein, dass unter § 344 Abs. 7 FamFG mehrere Erklärungen fallen (z. B. auch die Anfechtung) und der Gesetzgeber einen Oberbegriff für die verschiedenen Erklärungen wählen wollte. Auch der Normzweck gebietet es nicht, auf den Vertreter abzustellen. Die Norm möchte zum einen Rechtssicherheit schaffen, indem sie dem Ausschlagenden bei Unklarheiten über das primär zuständige Nachlassgericht eine Ausschlagungsmöglichkeit bei dem Gericht seines Aufenthalts ermöglicht (BT-Drucks. 16/6308, S. 390). Zum anderen dürfte der Aspekt der räumlichen Nähe zwischen dem Aufenthalt des Ausschlagenden und dem Nachlassgericht vor Ort ein weiterer Normzweck sein. Daraus folgt indessen nicht, dass man nicht auch auf den Vertretenen abstellen kann. Der Vertreter nimmt für den Vertretenen eine Rechtshandlung in dessen Rechtskreis vor. Es erscheint nicht unzumutbar, wenn der Vertreter die Aufgabe dort wahrzunehmen hat, wo der Vertretene seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dies gilt etwa bei einer betreuten Person (vgl. § 1896 BGB). Hier erscheint es uns naheliegend, dass die Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht abzugeben ist, in dessen Bezirk der Betreute seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Würde man auf den Vertreter abstellen, erschiene es uns außerdem konsequent, gesetzliche und rechtsgeschäftliche Vertreter gleich zu behandeln, also insbesondere auch zwischen Betreuern und Vorsorgevollmächtigten nicht zu differenzieren. Käme es aber auf den gewöhnlichen Aufenthalt des rechtsgeschäftlichen Vertreters an, käme man zu einer zufälligen, wenn nicht sogar willkürlichen Bestimmung des zuständigen Nachlassgerichts. Weitere Probleme können sich bei Gesamtvertretern ergeben. Hier könnten die Erklärungen nach § 344 Abs. 7 FamFG nicht gegenüber ein und demselben Gericht abgegeben werden, wenn die Gesamtvertreter ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bezirk verschiedener Nachlassgerichte hätten. Anderes würde nur gelten, wenn man entgegen dem Wortlaut der Norm zu einem Wahlrecht des gesetzlichen Vertreters käme, dass er als die Ausschlagung erklärende Person immer auch bei dem für den anderen Vertreter zuständigen Nachlassgericht die Erklärung abgeben könnte. Außerdem würde ein deutsches Nachlassgericht gar nicht zur Entgegennahme der Ausschlagungserklärung des Minderjährigen zuständig sein, wenn der gesetzliche Vertreter seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat hat, der Vertretene hingegen schon. Würde man auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Vertreters abstellen, könnte das Nachlassgericht am gewöhnlichen Aufenthalt des Vertretenen die Erklärung nicht entgegennehmen.

b) An der Richtigkeit der vorgenannten Literaturlauffassung sind u. E. allenfalls Zweifel angebracht, weil sie einen gewöhnlichen Aufenthalt in akzessorischer Bestimmung des Aufenthalts des Vertreters befürwortet. § 344 Abs. 7 FamFG stellt nicht mehr auf den Wohnsitz, sondern auf den gewöhnlichen Aufenthalt ab. Der deutsche Gesetzgeber wollte den gewöhnlichen Aufenthalt im Einklang mit der Begriffsbestimmung in Art. 4 u. 21 EuErbVO verstanden wissen (BT-Drs. 18/4201, S. 43, 59). Hier ist man sich weitgehend einig, dass der Erblasser grundsätzlich **nur einen gewöhnlichen Aufenthalt** haben kann (MünchKommBGB/Dutta, 7. Aufl. 2018, Art. 4 EuErbVO Rn. 7 m. w. N.). Dies wird man etwa auch für die Bestimmung des zuständigen Nachlassgerichts nach § 343 FamFG annehmen müssen, um eine konkurrierende Zuständigkeit mehrerer Nachlassgerichte zu vermeiden.

Mit Blick auf den Normzweck des § 344 Abs. 7 FamFG erscheint es uns jedoch geboten, bei Minderjährigen von einem weiteren Aufenthaltsbegriff auszugehen. Im Zusammenhang mit der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts eines Kindes im Rahmen von Art. 8 Brüssel IIa-VO ist man sich zwar weitgehend einig, dass sich der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes nicht akzessorisch nach dem gewöhnlichen Aufenthalt seines Vertreters bestimmt (OLG Karlsruhe NJW-RR 2015, 1415 Tz. 31; MünchKommFamFG/Gottwald, 3. Aufl. 2019 Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 4). In Betracht soll ein mehrfacher gewöhnlicher Aufenthalt nach bestrittener Auffassung jedoch bei einem echten Wechselmodell kommen (MünchKommBGB/Heiderhoff, 7. Aufl. 2018, Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 22 m. w. N.), wobei wiederum die Einschränkung gemacht wird, dass beide Aufenthalte nach ihrer Bedeutung für den Minderjährigen gleichwertig sein müssen (MünchKommFamFG/Grziwotz, § 343 Rn. 19).

Bei den von § 344 Abs. 7 FamFG erfassten **zeitkritischen Erklärungen** halten wir es unter Berücksichtigung des Normzwecks der **Rechtsklarheit** für geboten, zu einem **doppelten gewöhnlichen Aufenthalt des Minderjährigen** zu gelangen. Insbesondere bei den häufig praktizierten Wechselmodellen wäre eine rechtssichere Bestimmung des Empfangsgerichts kaum möglich, wenn die Beteiligten in einen ungewissen Gesamtabwägungsvorgang eintreten müssten, ob sich der gewöhnliche Aufenthalt des Minderjährigen bei dem einen oder den anderen Elternteil befindet. Man wird den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes nach beiden Aufenthaltsorten der Eltern bestimmen und zu einem **doppelten gewöhnlichen Aufenthalt** gelangen können. Wir halten daher einen auf § 344 Abs. 7 FamFG abgestimmten und normzweckspezifischen weiteren Aufenthaltsbegriff für überzeugend. Im

Ergebnis halten wir die oben referierte Literaturlauswertung daher für richtig.

3. Ergebnis

Wir gehen im Ergebnis davon aus, dass es für die Zuständigkeit nach § 344 Abs. 7 FamFG bei der Erklärung durch einen Vertreter auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Vertretenen ankommt, bei Minderjährigen aber ein doppelter gewöhnlicher Aufenthalt beider sorgeberechtigter Elternteile in Betracht kommt und jedes der beiden Nachlassgerichte nach § 344 Abs. 7 FamFG alternativ dafür zuständig ist, die Ausschlagungserklärung entgegenzunehmen. Aufgrund fehlender Rechtsprechung zur Thematik sei abschließend jedoch auf die verbleibende Rechtsunsicherheit hingewiesen.

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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.

BGB § 1018; GBO § 19

Schicksal des Herrschvermerks bei Grundstücksteilung

Abruf-Nr.: 174325

EuErbVO Art. 21, 62

Frankreich: Pflichtteilsrecht; Europäisches Nachlasszeugnis

Abruf-Nr.: 173019

Rechtsprechung

BeurkG § 53; BNotO §§ 14 Abs. 1 S. 2 u. Abs. 3 S. 2, 15 Abs. 2; BGB § 308 Nr. 4

Bauträgervollmacht; Vollzugspflicht des Notars; Vorbescheid

1. Der Notar hat die Amtspflicht, vor der Vollziehung einer Erklärung, die ein Urkundsbeteiligter als Vertreter eines anderen abgegeben hat, die Vertretungsmacht zu prüfen.

2. Hinsichtlich der materiell-rechtlichen Wirksamkeit einer Vollmacht (hier: Änderungsvollmacht des Bauträgers) und der Wirksamkeit eines Widerrufs

der Vollmacht ist der Prüfungsmaßstab des Notars eingeschränkt. Er hat die Vollziehung eines unter § 53 BeurkG fallenden Vertretergeschäfts nur dann zu unterlassen, wenn für ihn ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar und damit offensichtlich ist, dass eine wirksame Vollmacht nicht (mehr) vorliegt. Ebenso liegt es, wenn ein evidenter Missbrauch einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht aufgrund von Verstößen gegen im Innenverhältnis bestehende Beschränkungen gegeben ist.

3. Der Notar, der seiner Amtspflicht zur Einreichung vollzugsreifer Urkunden gemäß § 53 BeurkG nachkommt, verstößt auch dann nicht gegen seine Pflicht zu unabhängiger und unparteiischer Betreuung aus § 14 I 2, III 2 BNotO, wenn ein Beteiligter die Wirksamkeit der zu vollziehenden Erklärung mit beachtlichen Gründen bestreitet (insoweit Aufgabe von BGH DNotZ 2016, 151 Rn. 25).

4. Den beabsichtigten Vollzug einer Urkunde i. S. d. § 53 BeurkG muss der Notar regelmäßig in einem Vorbescheid ankündigen, wenn einer der Urkundsbeteiligten dem Vollzug widerspricht.

BGH, Beschl. v. 19.9.2019 – V ZB 119/18

Problem

Die Entscheidung erging im Notarbeschwerdeverfahren. Der Notar beurkundete zunächst einen Bauträgervertrag. Wie üblich wurde dem Bauträger im Kaufvertrag von den Käufern eine nur aus wichtigem Grund widerrufliche Vollmacht dahingehend erteilt, dass der Bauträger die Teilungserklärung nach Beurkundung des Kaufvertrags ändern darf. Die Vollmacht war im Außenverhältnis unbeschränkt. Im Innenverhältnis wurde die Vollmacht dahingehend eingeschränkt, dass „der Kostenverteilungsschlüssel nicht zum Nachteil des Käufers verändert werden darf sowie die Miteigentumsanteile und das Sondereigentum samt Sondernutzungsrechten des Käufers unberührt bleiben müssen und das zu dessen Gebrauch dienende Gemeinschaftseigentum nicht wesentlich beeinträchtigt werden darf; zulässig sind insbesondere bauliche Änderungen an anderen Einheiten oder der Außengestaltung des Gebäudes einschließlich des Bauausmaßes, und des Grundstücks.“

Basierend auf dieser Vollmacht beurkundete der Notar mit dem Bauträger einen Nachtrag zur Teilungserklärung, in dem u. a. im Bereich der Einfahrt der Tiefgarage sechs weitere (oberirdische) Stellplätze geschaffen werden sollten.

Nach Beurkundung des Nachtrags zur Teilungserklärung, aber vor Antrag auf Vollzug beim Grundbuchamt,

widerrief einer der Käufer die Vollmacht gegenüber dem Bauträger und verlangte vom Notar, die beurkundete Änderung nicht im Grundbuch zu vollziehen. Als Begründung trug der Käufer vor, dass die Vollmacht in der vorliegenden Gestalt unwirksam, hilfsweise wirksam widerrufen sei. Der Notar erließ daraufhin einen Vorbescheid, in dem er ankündigte, den Nachtrag zu vollziehen.

Entscheidung

Der BGH geht zunächst darauf ein, welchen **Prüfungsmaßstab der Notar vor Beurkundung und vor Vollzug einer Urkunde** an die Wirksamkeit einer Urkunde im Allgemeinen und **an die wirksame Vertretung der Beteiligten** im Besonderen anzulegen habe. Hinsichtlich der materiell-rechtlichen Wirksamkeit einer Vollmacht und der Wirksamkeit eines Widerrufs der Vollmacht sei der Prüfungsmaßstab des Notars eingeschränkt. Er habe die Vollziehung eines unter § 53 BeurkG fallenden Vertretergeschäfts nur dann zu unterlassen, wenn für ihn ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar und damit offensichtlich sei, dass eine wirksame Vollmacht nicht (mehr) vorliege. Den gleichen Prüfungsmaßstab habe auch das Beschwerdegericht im Rahmen der Beschwerde gem. § 15 Abs. 2 BNotO zu beachten. Der Prüfungsmaßstab ist also sowohl für den Notar als auch für das Beschwerdegericht **auf eine Evidenzkontrolle beschränkt**. Die endgültige Frage der zivilrechtlichen Wirksamkeit ist ggf. im Rahmen eines streitigen Zivilverfahrens zwischen den Beteiligten zu klären.

Ausgehend von diesem Prüfungsmaßstab kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass die verwendete Vollmacht nicht offensichtlich unwirksam sei. Es sei im Grundsatz nicht zu beanstanden, wenn die Erwerber dem teilenden Eigentümer (Bauträger) eine Vollmacht erteilen, um die Teilungserklärung zu ändern. Die Vollmacht müsse sich jedoch an § 308 Nr. 4 BGB messen lassen. Die Vereinbarkeit mit § 308 Nr. 4 BGB setze voraus, dass für den anderen Vertragsteil zumindest ein gewisses Maß an Kalkulierbarkeit der möglichen Leistungsänderung bestehe. Es sei deshalb erforderlich, dass für die Änderung ein triftiger Grund bestehe.

In Rechtsprechung und Literatur sind die Anforderungen an das Bestehen und das Benennen des triftigen Grundes in der Vollmacht nicht abschließend geklärt. Der Senat hält eine Vollmacht, in der der triftige Grund für die Änderung nicht ausdrücklich genannt ist, für „nicht unbedenklich“ (Rn. 34 der Entscheidung). Eine offensichtliche Unwirksamkeit liege aber deshalb nicht vor. Da die Frage in der Literatur nicht abschließend geklärt sei und die Vollmacht vorliegend immerhin dahingehend beschränkt sei, dass es zu keinen nachteiligen Änderungen zu Lasten des Erwerbers kommen dürfe

(keine Änderung des Kostenverteilungsschlüssels, keine Änderung der Miteigentumsanteile, kein Eingriff in das Sondereigentum des Erwerbers etc.), liege keine offensichtliche Unwirksamkeit vor.

Anschließend befasst sich das Gericht noch mit der Frage, wie sich der Notar in der Situation zu verhalten habe, dass die Beteiligten mit **sich widersprechenden Anweisungen** bzgl. des Vollzugs an ihn herantreten. Die Neutralitätspflicht gebiete es hier, dass der Notar gem. § 53 BeurkG der Pflicht zur Einreichung vollzugsreifer Urkunden auch dann nachkomme, wenn ein Beteiligter die Wirksamkeit der zu vollziehenden Erklärung bestreite. Selbst wenn der Beteiligte beachtliche Gründe vorbringe, genüge dies nicht. Der BGH gibt insofern seine Entscheidung vom 1. Oktober 2015 (Beschl. v. 1.10.2015 – V ZB 171/14, DNotZ 2016, 151 = DNotI-Report 2015, 181) ausdrücklich auf. Lediglich in Fällen, in denen ein Rechtsgeschäft offensichtlich unwirksam sei, dürfe der Notar den Vollzug einstellen. Ansonsten sei der Notar zur Unparteilichkeit verpflichtet.

Zu guter Letzt gibt der BGH noch einen wertvollen Hinweis, wie sich der Notar in einer solchen Konfliktsituation zu verhalten habe. Er habe den beabsichtigten Vollzug regelmäßig den Beteiligten mittels Vorbescheides anzuzeigen, wenn einer der Beteiligten dem Vollzug der Urkunde widerspreche. So werde dem Betroffenen die Möglichkeit eingeräumt, Rechtsschutz im Rahmen der Beschwerde zu suchen.

Weiterführende Literaturhinweise

Vgl. zur Gestaltung einer Bauträgervollmacht: Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 2, Kap. 3 Rn. 2 (Gesamtmuster, Gliederungspunkt X.); Esbjörnsson, in: Beck'sches Notarhandbuch, 7. Aufl. 2019, § 2 Rn. 294; Basty, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2017, Rn. 178; BeckOF-Vertrag/Barbers, Std.: 1.9.2019, Form. 8.2.2 § 16; Holthausen-Dux, in: Schröder (Hrsg.), Drei Jahre nach der WEG-Reform, S. 81 ff.; Wolfsteiner, in: Kersten/Bühling, 26. Aufl. 2019, § 33 Rn. 113 M, Ziffer 8.1.

Vgl. zur Formulierung eines Vorbescheids BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 1.3.2019, § 54 Rn. 37; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 2492 ff.