

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

19. Jahrgang  
Juni 2011  
ISSN 1434-3460

12/2011

## Inhaltsübersicht

### In eigener Sache

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BeurkG §§ 39a, 42; BGB § 182 Abs. 2; GBO § 29 – Übersendung einer Genehmigungserklärung für einen Grundstückskaufvertrag an den den Kaufvertrag vollziehenden Notar als elektronisches Dokument

BeurkG § 34 – Sorgerechtsverfügung; Vormundbenennung durch letztwillige Verfügung; amtliche Verwahrung

#### Gutachten im Abruf-Dienst

### Rechtsprechung

GBO §§ 20, 47 Abs. 2 S. 1 – Immobilienerwerb durch bestehende GbR möglich; kein Richtigkeitsnachweis betreffend Identität, Existenz oder Vertretungsverhältnisse erforderlich

BGB §§ 1896, 1897 – Subsidiarität der Betreuung gegenüber Vorsorgevollmacht

BGB §§ 2075, 2269, 2270 – Anwendung der Pflichtteilsstrafklausel auch bei Geltendmachung der Unwirksamkeit eines gemeinschaftlichen Testaments

### Literatur

### Veranstaltungen

## In eigener Sache

### Aufruf zur Bücherspende

Das Deutsche Notarinstitut möchte insbesondere in entlegenen Rechtsgebieten und im Bereich älterer Literatur seine Bestände gezielt aufstocken. Viele der betreffenden Werke sind vergriffen. Zudem setzt uns das Bibliotheksbudget Grenzen. Wir bitten daher um Bücher- und Literaturspenden. Manche Kollegin und mancher Kollege ist möglicherweise im Besitz derartiger Werke und hat hierfür keine Verwendung mehr.

Wir bitten die potenziellen Spender, sich an den auf der Homepage des DNotI unter dem Link [www.dnoti.de/DOC/Literatur/Literaturspende.pdf](http://www.dnoti.de/DOC/Literatur/Literaturspende.pdf) aufgelisteten Werken zu orientieren. Die Liste wird laufend aktualisiert. Aus Kapazitätsgründen ist uns leider die Abnahme kompletter Bibliotheken nicht möglich.

Vielen Dank für Ihre Spendenbereitschaft!

Ihr DNotI

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BeurkG §§ 39a, 42; BGB § 182 Abs. 2; GBO § 29

### Übersendung einer Genehmigungserklärung für einen Grundstückskaufvertrag an den den Kaufvertrag vollziehenden Notar als elektronisches Dokument

#### I. Sachverhalt

An einer anderen Notarstelle wurde ein Grundstückskaufvertrag beurkundet. Der Verkäufer wurde vollmachtlos vertreten. Er erscheint im Notariat, um die Genehmigungserklärung beglaubigen zu lassen. Zur Beschleunigung des Vertragsvollzugs wird erwogen, von der unterschriftsbeglaubigten Genehmigungserklärung ein elektronisches Dokument mit qualifizierter elektronischer Signatur zu erstellen. Dieses Dokument soll an den Notar versandt werden, der den Kaufvertrag vollzieht. Der vollziehende Notar beabsichtigt, von dem elektronischen Dokument einen beglaubigten Ausdruck zu erstellen und diesen zum Vollzug beim Grundbuchamt einzureichen.

#### II. Frage

Wahrt das geschilderte Vorgehen die erforderliche Form?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Bestehende Formerfordernisse

##### a) Materiell-rechtliche Lage, § 182 Abs. 2 BGB

In materiell-rechtlicher Hinsicht bestimmt § 182 Abs. 2 BGB, dass eine **Zustimmungserklärung nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form bedarf**. So ist anerkannt, dass die Zustimmung zu Grundstücksgeschäften nicht die Form des § 311b Abs. 1 BGB (BGH DNotZ 1994, 764 = NJW 1994, 1344 = DNotI-Report 1994, 5) und dass die Zustimmung des Eigentümers zur Auflassung des Grundstücks durch einen Dritten grundsätzlich nicht die Form des § 925 BGB erfordert (BGH DNotZ 1999, 40 = NJW 1998, 1482 = DNotI-Report 1998, 71; bei der Einwilligung als vorheriger Zustimmung darf darüber hinaus die freie Widerruflichkeit nach § 183 BGB keiner Einschränkung unterliegen). Ist demnach die Genehmigungserklärung formfrei möglich, **genügt in materiell-rechtlicher Hinsicht jede Art der Übermittlung** an den den Kaufvertrag vollziehenden Notar, der regelmäßig zur Entgegennahme der Genehmigungserklärung für die übrigen Beteiligten bevollmächtigt wird.

##### b) Grundbuchverfahrensrechtliches Formerfordernis, § 29 GBO

In grundbuchverfahrensrechtlicher Hinsicht bestimmt § 29 Abs. 1 S. 1 GBO, dass die Eintragungsbewilligung und die sonstigen zur Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen sind. Zu diesen sonstigen Erklärungen zählen insbesondere auch Einwilligungs- und Genehmigungserklärungen (so Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 154). Öffentliche Urkunden sind nach § 415 Abs. 1 ZPO Urkunden, die von einer Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind; öffentlich beglaubigte Urkunden sind dabei insbesondere auch notarielle Unterschriftsbeglaubigungen (Meikel/Hertel, GBO, 10. Aufl. 2009, § 29 Rn. 295 ff.). Die in § 29 GBO genannten Urkunden können dem Grundbuchamt **in Urschrift, in Ausfertigung** und grundsätzlich auch (zu den – vorliegend nicht einschlägigen – Ausnahmen vgl. Meikel/Hertel, § 29 Rn. 402) **in beglaubigter Abschrift** vorgelegt werden. Selbst die beglaubigte Abschrift einer beglaubigten Abschrift genügt den Anforderungen des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO (KG FGPrax 1998, 7 = Rpfleger 1998, 108; Schöner/Stöber, Rn. 169; Meikel/Hertel, § 29 Rn. 400; Bauer/von Oefele/Knothe, GBO, 2. Aufl. 2006, § 29 Rn. 151).

#### 2. Würdigung der beabsichtigten Vorgehensweise

Ausdrückliche Stellungnahmen in Rechtsprechung oder Literatur dazu, ob die beabsichtigte Vorgehensweise den Vorgaben des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO genügt, sind uns nicht bekannt. U. E. werden diese Anforderungen jedoch gewahrt.

##### a) Erzeugung des elektronischen Dokuments

Nach § 39a S. 1 BeurkG können u. a. **Beglaubigungen auch elektronisch errichtet** werden. Hierzu muss das erstellte Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen werden, die auf einem dauerhaft prüfbareren Zertifikat beruhen soll. Mit dem Zeugnis muss eine Bestätigung der Notareigenschaft durch die zuständige Stelle verbunden werden. Das Zeugnis soll Ort und Tag der Ausstellung angeben (vgl. im Einzelnen zu diesen Anforderungen gem. § 39a S. 2-5 BeurkG: Winkler, BeurkG, 16. Aufl. 2008, § 39a Rn. 36 ff.; Malzer, DNotZ

2006, 9, 23 ff.). Einen Anwendungsfall stellt insbesondere die Herstellung **elektronisch beglaubigter Abschriften von notariellen Urkunden dar** (Winkler, § 39a Rn. 10 ff.; Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 5. Aufl. 2009, § 39a BeurkG Rn. 15 ff.; Malzer, DNotZ 2006, 9, 13 ff.).

Die **Beweiskraft** derartiger notariell erstellter elektronischer Dokumente richtet sich nach §§ 371a Abs. 2, 437 ZPO. Demnach **finden die Vorschriften über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden auf sie entsprechende Anwendung**. Ist das Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen, hat es zusätzlich die Vermutung der Echtheit für sich (§§ 371a Abs. 2 S. 2, 437 Abs. 1 ZPO). Daraus folgt, dass der Beweiswert eines notariell erstellten öffentlichen elektronischen Dokuments demjenigen des papiergebundenen Vermerks i. S. d. § 39 BeurkG entspricht (so Armbrüster/Preuß/Renner, § 39a BeurkG Rn. 22; Schippel/Bracker/Püls, BNotO, 9. Aufl. 2011, Anh. § 24 Rn. 17). **Eine elektronisch beglaubigte Abschrift hat somit die gleiche Qualität wie eine beglaubigte Abschrift in Papierform** (so Winkler, § 39a Rn. 10; Malzer, DNotZ 2006, 9, 14). Soweit bei den Grundbuchämtern entsprechende Einrichtungen bestünden (vgl. hierzu auch §§ 135 ff. GBO), könnte die elektronisch beglaubigte Abschrift selbst beim Grundbuchamt eingereicht werden und würde die Form des § 29 GBO wahren.

##### b) Transformation des elektronischen Dokuments in eine Papierurkunde (sog. Medientransfer)

Das Beurkundungsgesetz sieht darüber hinaus die Möglichkeit vor, **elektronische Dokumente wiederum in Papierdokumente umzuwandeln**; man spricht insoweit vom „**Medientransfer**“. Zentrale Vorschrift für den Sonderfall (vgl. Winkler, § 39a Rn. 19) der Beglaubigung eines Ausdrucks eines elektronischen Dokuments, das mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen ist, ist § 42 Abs. 4 BeurkG (zu Voraussetzungen und Formulierung des Beglaubigungsvermerks vgl. z. B. Winkler, § 42 Rn. 34 ff.; Malzer, DNotZ 2006, 9, 16 ff.). Letztlich handelt es sich dabei also um das Spiegelbild der Fertigung einer elektronischen beglaubigten Abschrift (so Malzer, DNotZ 2006, 9, 17).

Der **Beweiswert** eines solchen Ausdrucks des öffentlichen elektronischen Dokuments richtet sich nach § 416a ZPO. Er steht demnach dem Beweiswert **einer beglaubigten Abschrift der öffentlichen Urkunde gleich**, wenn das Dokument mit einem Beglaubigungsvermerk versehen ist. Auf diese Weise ist der Medientransfer ohne Verlust des Beweiswerts möglich (Schippel/Bracker/Püls, Anh. § 24 Rn. 18). Entspricht der Ausdruck einer beglaubigten Abschrift der Genehmigungserklärung, wird die Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO gewahrt.

##### c) Einschränkung

Das geschilderte Verfahren ist aber **nicht geeignet, wenn das materielle Recht den Zugang der Urschrift oder einer Ausfertigung (§ 47 BeurkG) verlangt**, da jene nicht als elektronisches Dokument errichtet werden können (Winkler, § 39a Rn. 8, 14). So muss beispielsweise bei Beurkundung eines Grundstückskaufvertrages im Wege von Angebot und Annahme bei Beurkundung der Annahmeerklärung dem Annehmenden grundsätzlich die Angebotsurkunde zugegangen sein (vgl. BGH DNotZ 1996, 967 = MittBayNot 1995, 274 = NJW 1995, 2217).

## BeurkG § 34 Sorgerechtsverfügung; Vormundbenennung durch letztwillige Verfügung; amtliche Verwahrung

### I. Sachverhalt

Junge Eltern wünschen anlässlich der Beurkundung von Patientenverfügungen und Vorsorgevollmachten die getrennte Beurkundung von Sorgerechtsverfügungen betreffend ihr Benennungsrecht gem. § 1776 BGB bezüglich der Vormundschaft. Die Eltern wollen keine Hinterlegung dieser Verfügungen beim Nachlassgericht. Es sollen jedoch beglaubigte Abschriften für den benannten Vormund ausgehändigt werden.

### II. Fragen

Ist eine reine Sorgerechtsverfügung als letztwillige Verfügung in die amtliche Verwahrung beim Nachlassgericht zu geben? Ist in Anwendung von § 34 Abs. 2 BeurkG eine Verwahrung durch den Notar möglich? Ist die Sorgerechtsverfügung durch das Nachlassgericht zu eröffnen?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Zur Vormundbenennung durch letztwillige Verfügung

Gem. § 1776 Abs. 1 BGB ist als Vormund berufen, wer von den Eltern des Mündels als Vormund benannt ist. Nach § 1777 Abs. 3 BGB wird der Vormund durch letztwillige Verfügung benannt. Erforderlich ist damit anerkanntermaßen die Benennung durch (auch gemeinschaftliches) **Testament** oder **Erbvertrag** (Palandt/Diederichsen, BGB, 70. Aufl. 2011, § 1777 Rn. 2; Staudinger/Engler, BGB, Neubearb. 2004, § 1777 Rn. 16; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1777 Rn. 9). Eine wirksame Vormundbenennung gem. § 1777 Abs. 3 BGB setzt also nicht nur voraus, dass die für die Errichtung letztwilliger Verfügungen geltenden Formvorschriften eingehalten werden, sondern verlangt vielmehr die **Errichtung einer letztwilligen Verfügung**.

Ist die letztwillige Verfügung ein Testament, treffen den Notar die regulären Verpflichtungen hinsichtlich Verwahrung bzw. Ablieferung, auch wenn es sich um ein Testament mit atypischem Inhalt handelt. Demnach ist u. E. **auch das Verfahren nach § 34 BeurkG einzuhalten**. Sofern es sich um ein Einzeltestament handelt, ist dieses in einen Umschlag zu nehmen und dieser mit einem Präsesiegel zu verschließen. Der Umschlag mit dem Testament ist **unverzüglich in die besondere amtliche Verwahrung zu bringen**. Nach Eintritt des Erbfalls wäre die Verfügung durch das Nachlassgericht **zu eröffnen**. Denn nach Kenntnis vom Tod des Erblassers hat das Nachlassgericht alle aus der besonderen amtlichen Verwahrung oder durch Ablieferung nach § 2259 BGB in seinen Besitz gelangten Urkunden zu eröffnen, die sich äußerlich als Verfügungen des Erblassers von Todes wegen darstellen (vgl. nur Palandt/Weidlich, § 2263 Rn. 1).

Wünscht der Erblasser die Errichtung einer Verfügung von Todes wegen, die entweder ihm ausgehändigt werden oder in der Verwahrung des Notars bleiben soll, hat er die Möglichkeit, das vom Notar entworfene Testament eigenhändig i. S. d. § 2247 BGB zu errichten; zum anderen kann der Erblasser einen **Erbvertrag** abschließen, weil bei Erbverträgen die **besondere amtliche Verwahrung ausgeschlossen** werden kann (vgl. Armbrüster, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, Kommentar, 5. Aufl. 2009, § 34 BeurkG Rn. 11).

Da die Vormundbenennung auch in einem **Erbvertrag** als lediglich einseitige Verfügung getroffen werden kann (Staudinger/Engler, § 1777 Rn. 15), scheidet die Errichtung eines Erbvertrages nur mit dem Inhalt einer letztwilligen Vormundbenennung aus, denn der Erbvertrag muss **mindestens eine vertragsmäßige Verfügung i. S. d. § 2278 BGB** enthalten. Nach § 34 Abs. 2 BeurkG lässt sich daher allenfalls dann in dieser Weise verfahren, wenn neben der Vormundbenennung noch eine weitere Verfügung von Todes wegen als vertragsmäßige Verfügung getroffen werden soll. Denn nur dann wäre der Abschluss eines Erbvertrages denkbar.

#### 2. Vormundbenennung für den Fall des lebzeitigen Ausfalls als Sorgerechtsinhaber

Aus unserer Sicht kommt eine Vormundbenennung nicht nur für den Fall des Todes der Eltern, sondern auch für den Fall des lebzeitigen Ausfalls als Sorgerechtsinhaber (beispielsweise aufgrund Geschäftsunfähigkeit) in Betracht. Zur Frage der Zulässigkeit und den Wirkungen einer sog. „**Sorgerechtsvollmacht**“ sei auf das ausführliche **Gutachten DNotI-Report 2010, 203** verwiesen. Den dortigen Ausführungen lässt sich entnehmen, dass die Form der Vormundbenennung für den Fall des lebzeitigen Ausfalls des Sorgeberechtigten noch ungeklärt ist und insbesondere eine analoge Anwendung des § 1777 Abs. 3 BGB fraglich erscheint.

Geht man im Anschluss an diese Ausführungen davon aus, dass eine **selbständige (schriftliche) Verfügung genügt**, liegt insoweit **kein ablieferungspflichtiges Testament** vor. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Sorgerechtsvollmacht mit einer Vormundbenennung für den Fall des Todes verbunden wird (vgl. oben Ziff. 1).

## 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 § 577

##### Vorkaufsrecht bei Auseinandersetzung einer GbR

Abruf-Nr.: **103108**

#### MaBV § 7

##### Verbot der Vermischung von Sicherheiten nach § 3 und § 7 MaBV

Abruf-Nr.: **103234**

#### AktG §§ 121, 124, 183, 184, 186, 243

##### Vollversammlung mit nicht ordnungsgemäß angekündigtem Bezugsrechtsausschluss; Verzicht auf Vorstandsbericht; Fehlerfolgen; Registerkontrolle bei Kapitalerhöhung

Abruf-Nr.: **103132**

GmbHG §§ 2 Abs. 1a, 66, 68

Liquidation einer mit Musterprotokoll gegründeten GmbH/UG (haftungsbeschränkt); Vertretungsbefugnis der Liquidatoren; Erteilung von Einzelvertretungsbefugnis sowie Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB durch Gesellschafterbeschluss

Abruf-Nr.: 108459

## Rechtsprechung

**GBO §§ 20, 47 Abs. 2 S. 1**

**Immobilienwerb durch bestehende GbR möglich; kein Richtigkeitsnachweis betreffend Identität, Existenz oder Vertretungsverhältnisse erforderlich**

**Erwirbt eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) Grundstücks- oder Wohnungseigentum, reicht es für die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch aus, wenn die GbR und ihre Gesellschafter in der notariellen Auflassungsverhandlung benannt sind und die für die GbR Handelnden erklären, dass sie deren alleinige Gesellschafter sind; weiterer Nachweise der Existenz, der Identität und der Vertretungsverhältnisse dieser GbR bedarf es gegenüber dem Grundbuchamt nicht.**

BGH, Beschl. vom 28.4.2011 – V ZB 194/10

Abruf-Nr.: 10974

### Problem

Beim Grundstückserwerb durch eine bestehende GbR waren Teile der Literatur und Rechtsprechung seit einiger Zeit der Ansicht, dass der nach §§ 20, 29 GBO zu führende Nachweis nur für den Fall möglich sei, dass die GbR **neu gegründet wird**, möglichst in der dem Grundbuchamt gem. § 20 GBO nachzuweisenden Auflassungsurkunde. Diese Auffassung vertraten etwa das OLG München (NZG 2010, 1263 = MittBayNot 2011, 66 = ZNotP 2010, 443; NZG 2010, 1065 = Rpfleger 2010, 653) und einige andere Oberlandesgerichte (OLG Bamberg MittBayNot 2011, 221 = NZG 2011, 427; OLG Köln NJW-RR 2011, 452 = NZG 2011, 297 = NotBZ 2011, 143; OLG Hamm ZIP 2010, 2245 = Rpfleger 2011, 198 = NotBZ 2011, 44; weitere Nachweise unter Tz. 17 des BGH-Beschlusses). Den betreffenden Entscheidungen lag die Überlegung zugrunde, dass § 29 Abs. 1 GBO beim Erwerb durch eine GbR einen Richtigkeitsnachweis in Urkundsform bezüglich der Existenz, Identität und Vertretung der GbR erforderlich macht.

Von diesem Ansatz, der die Gestaltungs- und Eintragungspraxis maßgeblich beeinflusste, ging auch das KG Berlin (NotBZ 2010, 316 = NZG 2010, 861 = ZIP 2010, 1847) aus, das seinerseits Beschwerdeinstanz zum Beschluss des V. Zivilsenats des BGH vom 28.4.2011 war. Das KG Berlin bestätigte auf der Linie der strengen Ansicht des OLG München das Grundbuchamt in der Annahme, das Eigentum könne mangels Nachweiserbringung nicht auf die erwerbende Alt-GbR umgeschrieben werden. Anders wäre dies nach Ansicht des KG gewesen, wenn die Erwerber-GbR **in der Erwerbsurkunde gegründet worden wäre**.

### Entscheidung

Der V. Zivilsenat des BGH erteilt der Ansicht des KG in seinem Beschluss vom 28.4.2011 eine klare Absage. Er gibt der **Gestaltungs- und Grundbuchpraxis eindeutige**

**Vorgaben**, welche Angaben und Nachweise zur Erwerber-GbR und deren Gesellschaftern verlangt werden dürfen und rückt damit „die Dinge [wieder] gerade“ (so die erste zustimmende Anmerkung von Reiff, LMK 2011, 318834).

In der Sache befasst sich der BGH zunächst mit dem Einwand des Grundbuchamts, die erwerbende GbR sei in der Erwerbsurkunde nicht **hinreichend bestimmt bezeichnet**. Der Rechtspfleger beim Grundbuchamt hatte im vorliegenden Fall nämlich gefordert, dass neben der Angabe der GbR und ihrer Gesellschafter „eindeutige die Gesellschaft als unverwechselbares Rechtssubjekt identifizierende Angaben“ – wie etwa „Erklärungen zum Gründungsort und zum Gründungszeitpunkt, aber auch Name und Sitz“ – vorgelegt werden. Der BGH entkräftet diesen Einwand unter Hinweis auf § 47 Abs. 2 S. 1 GBO. Er stellt klar, dass die Bezeichnung der erwerbenden GbR und ihrer Gesellschafter im Erwerbsvertrag ausreichend ist (Tz. 12 f.). Hingegen stehe der Name der GbR seit dem ERVGBG nicht (mehr) als taugliches Abgrenzungskriterium gegenüber anderen Gesellschaften bürgerlichen Rechts zur Verfügung. Die Identifizierung der Gesellschaft erfolge **über die notwendige Benennung ihrer Gesellschafter**. Dabei richtet sich die Bezeichnung der Gesellschafter gem. § 15 Abs. 1 lit. c GBV danach, ob es sich um natürliche Personen (§ 15 Abs. 1 lit. a GBV) oder juristische Personen bzw. Handels- oder Partnerschaftsgesellschaften handelt (§ 15 Abs. 1 lit. b GBV). Für die Praxis bedeutet dies: **Zusätzliche Identifizierungshilfen sind grundbuchverfahrensrechtlich nicht erforderlich**, andererseits aber auch nicht schädlich, z. B. wenn Name bzw. Sitz optional gem. § 15 Abs. 1 lit. c GBV im Grundbuch eingetragen werden. Zu Dokumentationszwecken ist die Aufnahme zusätzlicher Identifizierungshilfen in die Erwerbsurkunde sicher sinnvoll.

Als wegweisend sind die Ausführungen des BGH vor allem deshalb zu begreifen, weil der V. Zivilsenat sich als erstes Rechtsprechungsorgan im Zusammenhang mit der GbR-Erwerbskonstellation hintergründig mit der durch das ERVGBG eingefügten **Neuregelung des § 47 Abs. 2 S. 1 GBO** befasst. Der BGH arbeitet prägnant heraus, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des § 47 Abs. 2 GBO grundbuchverfahrensrechtlich eine Ausgangslage schuf, die sich **maßgeblich von derjenigen unterscheidet**, die Grundlage des Beschlusses vom 4.12.2008 war (vgl. BGHZ 179, 102 = NJW 2009, 594 = DNotZ 2009, 115). Anders als damals wird das dingliche Recht jetzt grundbuchrechtlich durch die Gesellschafter vermittelt, zumal der Gesetzgeber mit dem ERVGBG den Grundbuchverkehr erleichtern und nicht erschweren wollte. Der BGH legt die Neuregelung des § 47 Abs. 2 S. 1 GBO – dem *telos* der Norm entsprechend – dahingehend aus, dass sie einen in der Form des § 29 GBO zu führenden Nachweis der rechtlichen Verhältnisse der GbR entbehrlich macht. Nicht einmal dem Ansatz anderer Oberlandesgerichte, die zwar im Grundsatz einen **Richtigkeitsnachweis in der Form des § 29 GBO** fordern, an dessen Erbringung aber erleichterte Anforderungen stellen, kann der BGH in Anbetracht von § 47 Abs. 2 S. 1 GBO etwas abgewinnen (zu diesen Ansätzen etwa: OLG Saarbrücken ZfIR 2010, 329 = DNotZ 2010, 301 = MittBayNot 2010, 311; OLG Oldenburg ZfIR 2010, 726 = RNotZ 2010, 538 = NotBZ 2010, 388; OLG Brandenburg NJW-RR 2011, 166 = NotBZ 2010, 459; siehe auch Tz. 18 des BGH-Beschlusses).

Hinsichtlich der Nachweiserfordernisse schließt sich der BGH in Begründung und Ergebnis einer jüngst in der Literatur vertretenen Ansicht an, derzufolge § 47 Abs. 2 S. 1

GBO die Nachweisführung bezüglich der Erwerber-GbR **grundbuchrechtlich über ihre Gesellschafter mediatisiert** (siehe Tz. 19 ff. des BGH-Beschlusses, u. a. mit Verweis auf Reymann, ZNotP 2011, 84, 101 ff. und Ruhwinkel, DNotZ 2010, 304, 305). Die Argumente für die von § 47 Abs. 2 S. 1 GBO ausgehenden Nachweiserleichterungen lauten im Wesentlichen wie folgt: § 47 Abs. 2 S. 1 GBO betrifft im Grunde einen „Sonderfall der in § 47 Abs. 1 GBO geregelten Eintragung eines gemeinschaftlichen Rechts“, was sich auf die Nachweisführung entsprechend niederschlägt. Materiell-rechtlich erwirbt zwar die GbR jeweils Eigentum. Grundbuchverfahrensrechtlich hat der Gesetzgeber den Nachweis für die nach § 873 Abs. 1 BGB erforderliche Eintragung aber an die Benennung der Gesellschafter bzw. an beurkundete Erklärungen der angeblichen Gesellschafter geknüpft. **Systematisch betrachtet** handelt es sich bei § 47 Abs. 2 S. 1 GBO um eine Eintragungsnorm, die – anders als die §§ 19 ff. GBO – keine in der Form des § 29 GBO besonders nachzuweisenden Voraussetzungen bezüglich der Existenz und Vertretung der GbR aufstellt. Genauso wenig wie die Gesellschafter **bis zur Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR** das von den Erwerbern in der beurkundeten Auflassung angegebene Gesellschafts- bzw. Gemeinschaftsverhältnis dem Grundbuchamt nachweisen mussten, wollte der Gesetzgeber, dass das Grundbuchamt nun im Rahmen des § 47 Abs. 2 S. 1 GBO diesbezügliche Nachweise verlangen bzw. eine diesbezügliche Richtigkeitsprüfung vornehmen kann.

Bei allen zukünftigen Erwerbsfällen ist nach den Vorgaben, die der BGH der Gestaltungs- und Grundbuchpraxis an die Hand gibt, allein noch darauf abzustellen, ob die für die Gesellschaft handelnden Personen bei der Auflassung beurkundete **Erklärungen zur Existenz, Identität und Vertretung der GbR abgegeben haben**. Einen Nachweis, dass diese Angaben richtig sind, kann das Grundbuchamt wegen § 47 Abs. 2 S. 1 GBO grundsätzlich nicht verlangen (so jetzt auch OLG Zweibrücken, Beschl. v. 30.5.2011 – 3 W 33/11 und 3 W 34/11). Etwas anderes gilt nur dann, wenn ausnahmsweise hinreichende Anhaltspunkte für das Unrichtigwerden des Grundbuchs gegeben sind.

Jenseits der Nachweiserfordernisse im Rahmen der Eigentumsumschreibung deutet der BGH an, dass auch außerhalb des § 47 Abs. 2 S. 1 GBO im Einzelfall die Frage zu stellen ist, ob sich Erklärungen, welche dem Wortlaut nach nur die GbR betreffen, (auch) auf deren Gesellschafter beziehen. Erteilt der Veräußerer der erwerbenden GbR im notariellen Kaufvertrag etwa **Belastungsvollmacht zwecks Bestellung einer Finanzierungsschuld** im Namen des Veräußerers, wird nicht die GbR, sondern die finanzierende Bank als Grundschuldgläubiger eingetragen. Vor dem Hintergrund, dass die GbR in diesem Fall nur als Vertreter des Veräußerers fungiert, hat sich das Grundbuchamt bei der Prüfung der Eintragungsbewilligung von der Existenz der GbR und deren ordnungsgemäßer Vertretung in der Form des § 29 GBO zu vergewissern. Dies ändert aber nichts daran, dass die Belastungsvollmacht auch im Grundbuchverfahren auslegungsfähig ist, was der BGH in seiner Entscheidung unmissverständlich deutlich macht. Eine Belastungsvollmacht, welche dem Wortlaut nach der Erwerber-GbR eingeräumt wurde, könne dahingehend ausgelegt werden, dass sie **(auch) den Gesellschaftern persönlich zwecks gemeinschaftlicher Vertretung des Veräußerers erteilt** wurde. Für die Anforderungen des § 29 GBO ist dies ausreichend. Was die Gestaltung der Belastungsvollmacht anbelangt, ist aus dem BGH-Beschluss allerdings

die Schlussfolgerung zu ziehen, dass die von den Parteien gewollte persönliche Bevollmächtigung der GbR-Gesellschafter zur Bestellung der Finanzierungsschuld am besten durch eine ausdrückliche Formulierung in der Erwerbsurkunde klargestellt wird.

---

## BGB §§ 1896, 1897

### Subsidiarität der Betreuung gegenüber Vorsorgevollmacht

a) **Eine vom Betroffenen erteilte Vorsorgevollmacht hindert die Bestellung eines Betreuers nur, wenn gegen die Wirksamkeit der Vollmachtserteilung keine Bedenken bestehen (Senatsbeschluss vom 15. Dezember 2010 – XII ZB 165/10 – FamRZ 2011, 285 Rn. 11).**

b) **Eine Vorsorgevollmacht steht der Anordnung der Betreuung auch dann nicht entgegen, wenn der Bevollmächtigte als zur Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen nicht tauglich erscheint, namentlich erhebliche Zweifel an seiner Redlichkeit im Raum stehen. In diesem Fall genügt die Einsetzung eines Kontrollbetreuers gemäß § 1896 Abs. 3 BGB regelmäßig nicht.**

BGH, Beschl. v. 13.4.2011 – XII ZB 584/10  
Abruf-Nr.: 10975

### Problem

Die an einer fortgeschrittenen Demenz leidende Vollmachtgeberin erteilte im Januar 2010 eine Vorsorgevollmacht. Da die Geschäftsfähigkeit zum Zeitpunkt der Vollmachtserteilung zweifelhaft war, bestellte das Amtsgericht den Bevollmächtigten als Betreuer i. S. d. §§ 1896 ff. BGB. In der Beschwerdeinstanz wurde der Betreuer entlassen und für die Betroffene ein anderer Betreuer bestellt. Hiergegen legte die Betroffene Rechtsbeschwerde ein.

### Entscheidung

Die Rechtsbeschwerde ist aus Sicht des BGH unbegründet. Der BGH ist der Ansicht, dass das Beschwerdegericht zu Recht die Einrichtung einer Betreuung trotz Vorliegens der Vorsorgevollmacht für erforderlich gehalten hat. Dies begründet der BGH damit, dass das in § 1896 Abs. 2 S. 1 BGB niedergelegte Subsidiaritätsprinzip die Bestellung eines Betreuers nur hindert, wenn gegen die Wirksamkeit der Vollmachtserteilung keine Bedenken bestehen und der Bevollmächtigte nicht – wie im vorliegenden Fall – wegen **erheblicher Zweifel an seiner Redlichkeit** ungeeignet erscheint. Der letztere Gesichtspunkt spricht auch **für die Einrichtung einer Vollbetreuung**, da zur Abwendung einer etwaigen Vermögensgefährdung die Bestellung eines Kontrollbetreuers gem. § 1896 Abs. 3 BGB zur Überwachung der Tätigkeit des Bevollmächtigten laut BGH nicht ausreicht.

---

## BGB §§ 2075, 2269, 2270

### Anwendung der Pflichtteilsstrafklausel auch bei Geltendmachung der Unwirksamkeit eines gemeinschaftlichen Testaments

**Eine Pflichtteilsstrafklausel kann auch dann eingreifen, wenn der Pflichtteilsberechtigte die Unwirksamkeit des**

## **gemeinschaftlichen Testaments geltend macht und seinen gesetzlichen Erbteil fordert.**

OLG München, Beschl. v. 7.4.2011 – 31 Wx 227/10  
Abruf-Nr.: **10976**

### **Problem**

Ehegatten hatten sich in einem handschriftlichen gemeinschaftlichen Testament gegenseitig als Alleinerben eingesetzt und bestimmt:

*„Gesetzlich vorgesehene Pflichterbteile verbleiben im Eigentum des überlebenden Ehepartners. Pflichtanteilsberechtigter verzichtet auf ihre Ansprüche. Sollte ein Pflichtteilsberechtigter seinen Erbteil fordern, wird er auch nach dem Tod des zweiten Erblassers auf den dann entstehenden Pflichtanteil beschränkt.“*

Für den Fall, des Versterbens des Längerlebenden bestimmten die Ehegatten, dass das Vermögen auf die beiden gemeinsamen Kinder B 1 und B 2 aufgeteilt werden soll.

Nach dem Tod der Mutter wandte sich B 1 zunächst gegen die Erteilung des vom Vater beantragten Erbscheins, der jenen als Alleinerben auswies. Sie vertrat dabei die Auffassung, dass entsprechend dem Willen der Mutter gesetzliche Erbfolge nach ihrem Tod eingetreten sei. Dem überlebenden Ehemann wurde ein Erbschein als Alleinerbe ausgestellt. Die Beschwerde der B 1 hiergegen blieb erfolglos.

Der Erblasser errichtete sodann ein notarielles Testament, in dem er B 2 als Alleinerbin einsetzte und B 1 ausdrücklich enterbte. Das Nachlassgericht bewilligte auf Antrag von B 2 die Erteilung eines Erbscheins, der diese als Alleinerbin auswies. Hiergegen richtet sich die Beschwerde von B 2.

### **Entscheidung**

Das OLG München wies die Beschwerde gegen den Beschluss des Nachlassgerichts zurück. Es lässt allerdings ausdrücklich offen, ob der Erblasser durch wechselseitig Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament an einer Alleinerbeneinsetzung der B 2 gehindert war. Es stellt darauf ab, dass die Rechtsnachfolge sowohl nach dem notariellen Testament als auch aufgrund des gemeinschaftlichen handschriftlichen Testaments ggf. identisch sei und zur Einsetzung der B 2 als Alleinerbin führe, da durch das Eingreifen der Pflichtteilklausel eine Anwachsung (§ 2094 BGB) des Erbteils zugunsten der B 2 eingetreten sei.

Die im gemeinschaftlichen Testament enthaltene Pflichtteilklausel stelle eine typische letztwillige Anordnung dar, die das Wohlverhalten der Schlusserben dadurch gewährleiste, dass deren Erbeinsetzung unter der auflösenden Bedingung eines Verlangens des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden stehe. Problematisch war vorliegend jedoch, dass B 1 nicht den Pflichtteil nach dem ersten Erbfall gefordert, sondern sich generell gegen die Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Testaments gewandt hatte. Nach Auffassung des OLG München ergibt die Auslegung, dass dies der Geltendmachung des Pflichtteils gleichstehe. Begründet wird dies damit, dass sich B 1 nicht mit der Forderung ihres Pflichtteilsanspruchs begnügt, sondern sich gegen die Alleinerbenstellung des Erblassers als solche gewandt und **für sich die Stellung als gesetzliche Erbin beansprucht** habe. Dies führe erst recht **zur Erfüllung** der objektiven Tatbestandsvoraussetzungen **der Ausschlussklausel**. Aufgrund Kenntnis vom Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments

habe B 1 durch ihr Verhalten im Rahmen des Nachlassverfahrens betreffend den vorverstorbenen Ehegatten auch in subjektiver Hinsicht gegen die Pflichtteilsstrafklausel verstoßen.



**Postvertriebsstück: B 08129**

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

---

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 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, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**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  
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg