

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

22. Jahrgang  
September 2014  
ISSN 1434-3460

17/2014

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 652, 312, 312g – Beurkundung einer Maklerklausel (Abwälzungsvereinbarung); Widerruf der Maklerklausel; Verbrauchervertrag; Auswirkungen des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie

BGB §§ 2354, 2355, 2356, 2357 – Erbscheinsverfahren: Keine Vorlage der Geburtsurkunde von Personen, die durch Ausschlagung weggefallen sind

### Gutachten im Abrufdienst

### Rechtsprechung

ErbStG § 13 Abs. 1 Nr. 4b – Keine Steuerbefreiung für Zuwendung eines Wohnungsrechts an Familienwohnung an längerlebenden Ehegatten

BGB §§ 307, 1191 – Anspruch auf Rückgewähr der Grundschild: Beschränkung auf Löschung unwirksam, wenn Sicherungsgeber nicht mehr Grundstückseigentümer

### Literaturhinweise

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB §§ 652, 312, 312g Beurkundung einer Maklerklausel (Abwälzungsvereinbarung); Widerruf der Maklerklausel; Verbrauchervertrag; Auswirkungen des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie

#### I. Sachverhalt

Am 16.6.2014 schließt V mit dem Makler M in dessen Büroräumen einen Maklervertrag. Nach erfolgreicher Vermittlung durch M schließen V und K (beide Verbraucher) in Anwesenheit des M am 11.7.2014 einen notariellen Grundstückskaufvertrag, der u. a. folgende Maklerklausel enthält:

*„Dieser Vertrag kam durch Vermittlung des Maklers M zustande. Der Käufer (K) verpflichtet sich gegenüber dem Verkäufer (V) – ohne Erweiterung der aus dem Maklervertrag bestehenden Pflichten oder einen Einredeverzicht – zur Zahlung einer Provision i. H. v. 3,57 % des Kaufpreises inkl. Umsatzsteuer in der Weise, dass durch diese Verpflichtung des Käufers gegenüber dem Verkäufer ein eigenes Forderungsrecht des Maklers begründet wird (§ 328 BGB).“*

Nach der notariellen Beurkundung widerruft V den Maklervertrag mit der Begründung, dass er vom Makler

nicht über ein Widerrufsrecht belehrt worden sei. K widerruft seine Erklärungen aus der Maklerklausel. V und K berufen sich auf Widerrufsrechte nach dem Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie.

#### II. Fragen

1. Kann V den Maklervertrag widerrufen?
2. Kann K den Vertrag zugunsten Dritter (Maklerklausel) widerrufen?

#### III. Zur Rechtslage

Am 13.6.2014 ist das **Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie** und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung in Kraft getreten (Gesetz v. 20.9.2013, BGBl. I, S. 3642; vgl. hierzu DNotI-Report 2014, 94). Mit diesem Gesetz werden die §§ 312 ff. BGB und die Grundsätze der Regelungen über Verbraucherverträge auf eine neue Basis gestellt. Hintergrund der Regelungen ist die Verbraucherrechterichtlinie der EU aus dem Jahre 2011 (Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.10.2011, ABl. EU L 304/64).

#### 1. Widerruf des Maklervertrags

Fraglich ist zunächst, ob V den von ihm und M geschlossenen Maklervertrag widerrufen kann. Ein Widerrufsrecht könnte V nach den **§§ 312g Abs. 1, 355 Abs. 1 S. 1 BGB** zustehen.

Dies setzt zunächst voraus, dass der **Anwendungsbereich** der §§ 312 ff. BGB eröffnet ist. Gem. **§ 312 Abs. 1 BGB**

sind die Vorschriften der §§ 312 ff. BGB und damit auch das Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 BGB auf **Verbraucherverträge** i. S. d. § 310 Abs. 3 BGB anzuwenden, die die **entgeltliche Leistung eines Unternehmers** zum Gegenstand haben.

#### a) Verbrauchervertrag

V ist **Verbraucher** (§ 13 BGB). Der **Makler** war gewerblich oder selbständig als **Unternehmer** tätig (§ 14 Abs. 1 BGB). Daher ist der zwischen V und M geschlossene Maklervertrag ein Verbrauchervertrag i. S. d. § 310 Abs. 3 BGB.

#### b) Vertrag über entgeltliche Leistung

Ein **Maklervertrag** (§ 652 BGB) ist ein Vertrag über eine **entgeltliche Leistung** (Palandt/Grüneberg, 73. Aufl. 2014, § 312 n. F. Rn. 4; Grams, ZfIR 2014, 319, 320; Lechner, NZM 2013, 751, 754; Dittert, jurisPR-MietR 19/2013 Anm. 5). Leistung des Maklers ist dessen Vermittlungstätigkeit, Entgelt die Maklerprovision. Gegen das Vorliegen einer Leistung lässt sich nicht einwenden, dass der Maklervertrag im Regelfall keine Pflicht zur Entfaltung einer Makler-tätigkeit und damit keine Pflicht zur Leistung begründet (vgl. hierzu Palandt/Sprau, § 652 Rn. 13; MünchKommBGB/Roth, 6. Aufl. 2012, § 652 Rn. 3). **§ 312 Abs. 1 BGB setzt** eine Leistung, aber **keine Leistungspflicht des Unternehmers voraus**. Mit Blick auf den Verbraucherschutz und das Informationsbedürfnis des Verbrauchers muss es maßgeblich darauf ankommen, dass der Verbraucher eine Provision zu entrichten hat, wenn die Leistung des Maklers zum Abschluss des Hauptvertrags führt.

Dass Maklerverträge unter die Bestimmungen der §§ 312 ff. BGB fallen, ergibt sich im Übrigen auch aus **Erwägungsgrund 26 a. E. der Verbraucherrechterichtlinie**. Dort heißt es, dass „auch Verträge über Dienstleistungen von **Immobilienmaklern** und über die Vermietung von Räumen [...] unter diese Richtlinie fallen“. In diesem Lichte ist auch der Begriff der Leistung in § 312 Abs. 1 BGB auszulegen (vgl. zur richtlinienkonformen Auslegung BGHZ 150, 248, 253 = DNotZ 2002, 859).

#### c) Widerrufsrecht

Ein Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 BGB setzt jedoch voraus, dass der **Maklervertrag entweder außerhalb eines Geschäftsraums geschlossen wurde oder einen Fernabsatzvertrag** darstellt.

Nach § 312 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB liegt ein außerhalb von Geschäftsraumen geschlossener Vertrag nur vor, wenn der Vertrag bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers und des Unternehmers an einem Ort geschlossen wird, der **kein Geschäftsraum des Unternehmers** ist; alternativ genügt es, wenn der Verbraucher unter diesen Umständen eine Angebotsklärung abgibt (§ 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB). V und M haben den Maklervertrag in den **Büroräumen** des M und damit nicht außerhalb eines Geschäftsraums des Unternehmers geschlossen; eine Abschlusssituation i. S. d. § 312b Abs. 1 S. 1 BGB liegt also nicht vor.

Auch die Voraussetzungen eines Fernabsatzgeschäfts sind konkret nicht gegeben. Von einem Fernabsatzgeschäft wäre auszugehen, wenn der Maklervertrag **ausschließlich durch Fernkommunikationsmittel** und im Rahmen eines für den Fernabsatz eingerichteten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems geschlossen worden wäre und man auch die Vertragsverhandlungen ausschließlich über Fernkommunikationsmittel geführt hätte (§ 312c Abs. 1

BGB; vgl. für Maklerverträge BVerfG NJW 2013, 2881; LG Bochum NJOZ 2012, 1982, 1985; Lechner, NZM 2013, 751, 753). Dies war nicht der Fall, da der Vertragsschluss in persönlicher Anwesenheit von V und M zustande kann.

**V konnte den Maklervertrag daher nicht** nach den §§ 312g Abs. 1, 355 Abs. 1 S. 1 BGB **widerrufen**, denn der Vertrag war weder außerhalb eines Geschäftsraums des Unternehmers noch im Fernabsatzwege zustande gekommen.

#### 2. Widerruf des Vertrags zugunsten Dritter

Ist der Maklervertrag unwiderruflich, so folgt daraus noch nicht, dass auch der im Grundstückskaufvertrag enthaltene Vertrag zugunsten des Maklers (Maklerklausel) unwiderruflich wäre. Die Voraussetzungen eines Widerrufsrechts müssen für die notariell beurkundete Maklerklausel gesondert geprüft werden.

#### a) Verbrauchervertrag über entgeltliche Leistung

**Zweifelhaft** erscheint, ob man eine **Maklerklausel** in einem Grundstückskaufvertrag, die als Vertrag zugunsten Dritter ausgestaltet ist, überhaupt **als Verbrauchervertrag** i. S. d. §§ 312 Abs. 1, 310 Abs. 3 BGB ansehen kann.

#### aa) Bloße Wissenserklärung

Einem Verbrauchervertrag könnte entgegenstehen, dass die Maklerklausel in Satz 1 lediglich nachrichtlich darauf Bezug nimmt, dass der Vertrag „durch Vermittlung des Maklers M“ zustande gekommen ist. Insofern verweist die Maklerklausel lediglich auf den jenseits der Maklerklausel geschlossenen Maklervertrag und erschöpft sich in einer nicht rechtsgeschäftlichen Wissenserklärung des Verbrauchers.

Daher spricht u. E. viel dafür, mit Blick auf **Satz 1** der Maklerklausel bereits das Vorliegen des für § 312 Abs. 1 BGB erforderlichen **Vertragsschlusses zu verneinen**. Eine Wissenserklärung ist keine unwiderrufliche Willenserklärung. Im Übrigen kann die Beweiskraft einer bloßen Wissenserklärung nicht nachträglich mit einem Widerruf beseitigt werden; die Urkunde begründet unabhängig von einem Widerruf Beweis für die in ihr abgegebenen Erklärungen (§ 415 Abs. 1 ZPO; vgl. hierzu MünchKommZPO/Schreiber, 4. Aufl. 2012, § 415 Rn. 27 m. w. N.). Die §§ 312 ff. BGB sind darauf zugeschnitten, den Verbraucher davor zu schützen, dass er unüberlegt oder ohne ausreichende Information **rechtsgeschäftliche Verpflichtungen** zu seinen Lasten gegenüber Unternehmern begründet. Es lassen sich somit gute Gründe dafür anführen, dass die §§ 312 ff. BGB bei bloßen Wissenserklärungen bereits ihrem Schutzzweck nach nicht einschlägig sind. Unseres Erachtens kann man insoweit auch keine Parallele zu § 309 Nr. 12 lit. b BGB ziehen, denn die §§ 312 ff. BGB sind schon dem Grunde nach auf Willens- und nicht auf Wissenserklärungen zugeschnitten.

Die vorliegende **Maklerklausel geht in Satz 2 jedoch über eine bloße Wissenserklärung hinaus**, indem sie eine vertragliche Verpflichtung zugunsten des Maklers begründet.

#### bb) Vertrag zugunsten Dritter als Verbrauchervertrag

Bezieht man Satz 2 der Maklerklausel in die Betrachtung mit ein, so fragt sich, ob auch ein Vertrag zugunsten eines Unternehmers Verbrauchervertrag i. S. v. § 310 Abs. 3 BGB sein kann. Dagegen lässt sich anführen, dass der Vertrag zwischen zwei Verbrauchern zustande kommt und der

**Unternehmer** am Vertragsschluss nicht beteiligt, sondern nur ein **begünstigter Dritter außerhalb des Vertrags** ist. Lediglich dann, wenn die Klausel auf direkte Veranlassung des Unternehmers in den Vertrag einfließt, ließe sich daher ein Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher annehmen. Davon abgesehen ist nicht ersichtlich, wie der Unternehmer die ihm obliegenden Informationspflichten nach Artt. 246 ff. EGBGB erfüllen kann, wenn der Vertrag nicht unmittelbar unter seinem Einfluss geschlossen wird.

Ein **Teil der Literatur** hält jedoch einen Vertrag „zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher“ (§ 310 Abs. 3 BGB) **auch dann für gegeben, wenn** in einem Vertrag zwischen zwei Verbrauchern ein **Anspruch zugunsten eines Unternehmers** begründet wird (MünchKommBGB/Roth, § 652 Rn. 33; Suppliet, DNotZ 2012, 270, 285; Grziwotz, MDR 2004, 61, 63; zum Ganzen Althammer, Die Maklerklausel im notariellen Grundstückskaufvertrag, 2004, S. 124 ff.). Dafür spricht, dass der Vertrag zugunsten Dritter eine vertragliche Sonderrechtsbeziehung zu einem Unternehmer schafft.

Die **Rechtslage** ist insoweit **noch nicht abschließend geklärt**.

### cc) Einseitig verpflichtende Verträge

Ebenfalls noch nicht abschließend geklärt ist, ob ein Vertrag i. S. d. § 312 Abs. 1 BGB eine Leistungspflicht des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher voraussetzt. Wäre dies zu bejahen, dann würde eine einseitige Verpflichtung des Verbrauchers zugunsten des Unternehmers, die – wie vorliegend – lediglich im Zusammenhang mit einer Leistung des Unternehmers steht, nicht genügen. Nach **bislang h. M.** waren die **§§ 312 ff. BGB a. F.** jedoch **auch auf Verträge anwendbar, die den Verbraucher einseitig verpflichten** (BGH DNotZ 2006, 468; MünchKommBGB/Masuch, 6. Aufl. 2012, § 312 Rn. 29; vgl. zur Haustürgeschäfte richtlinie EuGH NJW 1998, 1295, 1296 – Dietzinger). Ob dies nach dem Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie weiterhin gilt, ist umstritten, da **§ 312 Abs. 1 BGB nur Verträge über eine „entgeltliche Leistung des Unternehmers“ erfasst** (dagegen v. Loewenich, NJW 2014, 1409, 1411; dafür Erman/Koch, BGB, 14. Aufl. 2014, § 312 Rn. 9; Janal, WM 2012, 2314, 2315; Hilbig-Lugani, ZJS 2013, 441, 445; Palandt/Grüneberg, § 312 n. F. Rn. 5; vgl. auch Art. 3 der Verbraucherrechterichtlinie, der keine entsprechende Einschränkung enthält). Die Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB wurde bisher damit begründet, dass der Verbraucher davor geschützt sein solle, in einer Überrumpelungssituation oder unüberlegt rechtsgeschäftliche Verpflichtungen einzugehen. Der Schutzzweck spricht dafür, dass auch nach der Neufassung der §§ 312 ff. BGB zumindest entsprechende Widerrufsrechte bestehen. Die **Rechtslage** ist insoweit aber **noch offen**.

### b) Bereichsausnahme bei notariell beurkundeten Verträgen

Die offene Rechtsfrage nach der Anwendbarkeit des § 310 Abs. 3 BGB auf Verträge zugunsten Dritter oder einseitig verpflichtende Verträge kann vorliegend dahinstehen, wenn ein Widerrufsrecht des Verbrauchers bereits aus anderem Grund – insbesondere wegen eines Tatbestands gem. § 312 Abs. 2 BGB – ausscheidet. Nach **§ 312 Abs. 2 Nr. 1 BGB** sind die **§§ 312 ff. BGB** auf notariell beurkundete Verträge **nur in sehr eingeschränktem Umfang anwendbar**, sofern nicht die in § 312a Abs. 1, 3, 4, 6 BGB genannten allgemeinen Pflichten betroffen sind.

### aa) Gesetzessystematik

Die Bereichsausnahme des § 312 Abs. 2 Nr. 1 BGB gilt für Finanzdienstleistungsverträge, die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen werden (lit. a), und für alle sonstigen Verträge, die keine Finanzdienstleistungen zum Gegenstand haben (lit. b). Bei Fernabsatzfinanzdienstleistungsverträgen greift die Bereichsausnahme nicht ein (vgl. insoweit auch § 312g Abs. 2 S. 1 Nr. 13 Hs. 2 BGB).

Im Hinblick auf einen notariell beurkundeten Vertrag über die Zahlung einer **Maklerprovision als sonstigen Vertrag** ist daher die **Bereichsausnahme des § 312 Abs. 2 Nr. 1 lit. b BGB** einschlägig. Allerdings ist in diesem Zusammenhang eine **weitere Einschränkung** zu beachten: Für Verträge, die **nicht beurkundungspflichtig** sind, gilt die Bereichsausnahme **nur, wenn der Notar** gem. § 312 Abs. 2 Nr. 1 lit. b Hs. 2 BGB darüber **belehrt**, dass die Informationspflichten aus § 312d Abs. 1 BGB und das Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 BGB entfallen (zu den Konsequenzen einer unterbliebenen Belehrung s. unten lit. dd).

### bb) Außerhalb eines Geschäftsraums geschlossener Vertrag

Der Notar kann die Beteiligten über das Entfallen von Informationspflichten und Widerrufsrecht jedoch nur belehren, wenn die Informationspflichten nach § 312d Abs. 1 und ein Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 BGB überhaupt kraft Gesetzes bestehen. Die Vorschriften des § 312d Abs. 1 S. 1 und § 312g Abs. 1 BGB sind ihrerseits nur auf außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge i. S. v. § 312b Abs. 1 S. 1 BGB oder auf Fernabsatzverträge i. S. v. § 312c Abs. 1 BGB anwendbar.

Nicht der ursprünglich geschlossene Maklervertrag als solcher muss ein Fernabsatzvertrag oder ein außerhalb eines Geschäftsraums geschlossener Vertrag sein. Vielmehr ist auch **insoweit auf den notariell beurkundeten Vertrag abzustellen**.

**Außerhalb eines Geschäftsraums geschlossene Verträge** werden in **§ 312b Abs. 1 S. 1 BGB** definiert. Darunter sind solche Verträge zu verstehen, die **bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers und des Unternehmers** an einem Ort geschlossen werden, der kein Geschäftsraum des Unternehmers ist (**Nr. 1**). Außerhalb eines Geschäftsraums soll ein Vertrag **auch** dann geschlossen sein, wenn er **in den Büroräumen des Notars** beurkundet wird (Erman/Koch, § 312b Rn. 1; Palandt/Grüneberg, § 312 n. F. Rn. 9; DNotI-Report 2014, 94, 95; BT-Drucks. 17/13951, S. 61).

Vorliegend war der Makler während der Beurkundung anwesend. Damit war die gleichzeitige körperliche Anwesenheit von Verbraucher und Unternehmer gegeben. Unmaßgeblich dürfte dabei sein, dass der Makler selbst nicht Urkundsbeteiligter war. Denn nach der gesetzlichen Wertung kommt es entscheidend nur darauf an, dass der **Verbraucher zugunsten des Unternehmers einen Anspruch in dessen Anwesenheit begründet**. Dies wird auch in § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB deutlich, wonach ein Angebot einen Vertrag außerhalb eines Geschäftsraums begründen kann, wenn der Unternehmer bei Abgabe des Angebots anwesend ist.

### cc) Beurkundungspflicht

Sollte die Maklerklausel beurkundungspflichtig sein, bestünden die Informationspflichten und das Widerrufsrecht schon kraft Gesetzes nicht (§ 312 Abs. 2 Nr. 1 lit. b Hs. 1

BGB). Einer notariellen Belehrung bedürfte es von vornherein nicht.

Nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB sind grundsätzlich **sämtliche Vereinbarungen zu beurkunden, aus denen sich** nach dem Willen der Beteiligten das **Veräußerungsgeschäft zusammensetzt** (vgl. nur Palandt/Grüneberg, § 311b Rn. 25 m. w. N.). Dass die Verpflichtung dabei einem Dritten zugutekommt, ändert an der Beurkundungspflicht nichts (vgl. BGH DNotZ 1981, 115; Althammer, MittBayNot 2014, 297, 300).

**Maklerklauseln** sind zumindest **insoweit beurkundungspflichtig, als sie das synallagmatische Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung betreffen und zur Abwälzung einer Pflicht** auf die andere Vertragspartei **führen** (Althammer, ZfIR 2012, 765, 770; Brambring, in: Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl. 2009, A I Rn. 185; Grziwotz, MDR 2004, 61, 62; Suppliet, DNotZ 2012, 270, 277; Wälzholz, MittBayNot 2000, 357, 358). Enthält der Kaufvertrag eine Regelung, dass eine der beiden Vertragsparteien die Maklerprovision zahlen muss, die (auch) der andere Teil schuldet, besteht ein Beurkundungszusammenhang.

Vorliegend erstreckt sich die Beurkundungspflicht somit auf die Maklerklausel. Der Maklervertrag wurde zwischen Verkäufer und Makler geschlossen; die Maklerkosten wurden auf den Käufer abgewälzt. Dass möglicherweise auch der Käufer mit dem Makler einen Maklervertrag geschlossen hat, steht dem nicht entgegen. Eine notarielle **Belehrung kommt daher nicht in Betracht. K kann den Vertrag zugunsten des Maklers nicht** gem. § 312g Abs. 2 Nr. 13 BGB **widerrufen**.

Dies dürfte sich im Übrigen auch daraus ergeben, dass die Übernahme der Maklerprovision mit den übrigen Bestimmungen des Kaufvertrags zum Kaufpreis in untrennbarem Zusammenhang steht und ein isolierter Widerruf der Vertragsklausel bereits aus diesem Grund ausscheiden müsste.

#### **dd) Exkurs: Konsequenzen einer unterbliebenen Belehrung**

Fraglich sind die Konsequenzen einer unterbliebenen Belehrung nach § 312 Abs. 2 Nr. 1 lit. b BGB, wenn der Vertrag nicht beurkundungspflichtig ist. § 312g Abs. 2 S. 1 Nr. 13 BGB sieht vor, dass bei notariell beurkundeten Verträgen – zumindest wenn sie keine Finanzdienstleistungen im Fernabsatz betreffen – ein Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist. Bei unbefangener Betrachtung könnte man wegen der systematischen Stellung von § 312 Abs. 2 Nr. 1 lit. b BGB und § 312g Abs. 2 S. 1 Nr. 13 Hs. 1 BGB annehmen, dass das Widerrufsrecht bei freiwilliger Beurkundung von Verträgen, die keine Finanzdienstleistungen betreffen, nur nach Belehrung gem. § 312 Abs. 2 Nr. 1 lit. b BGB ausgeschlossen ist; dann würde man § 312g Abs. 2 S. 1 Nr. 13 Hs. 1 BGB systematisch so verstehen, dass das Widerrufsrecht nur bei notariell beurkundeten Verträgen mit ordnungsgemäßer Belehrung entfällt. Von einem **Vorrang des § 312g Abs. 2 S. 1 Nr. 13 Hs. 1 BGB** ging hingegen bereits der Rechtsausschuss des Bundestages in seiner Beschlussempfehlung aus (BT-Drucks. 17/13951, S. 62 li. Sp. Mitte). Dieser Auffassung, dass § 312g Abs. 2 S. 1 Nr. 13 Hs. 1 BGB *lex specialis* zu § 312 Abs. 2 Nr. 1 lit. b BGB ist, hat sich der Gesetzgeber, der die

Gesetzesfassung nicht weiter korrigiert hat, angeschlossen. Damit **entfällt das Widerrufsrecht unabhängig davon, ob eine Belehrung** stattfindet (so auch: Erman/Koch, § 312 Rn. 26; Palandt/Grüneberg, § 312 n. F. Rn. 9). Unberührt bleibt jedoch die Pflicht des Notars zur entsprechenden Belehrung (§ 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG – Belehrung über Rechtsfolgen der Beurkundung, vgl. nur Winkler, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 17 Rn. 224). Deshalb dürfte es sich empfehlen, den Verbraucher über die Konsequenzen der notariellen Beurkundung der Maklerklausel zu belehren.

Vorliegend ist die Belehrung freilich entbehrlich, weil die Maklerklausel beurkundungspflichtig ist.

#### **c) Bereichsausnahme bei Verträgen über Grundstücke**

Im Übrigen dürfte vorliegend auch die Bereichsausnahme des **§ 312 Abs. 2 Nr. 2 BGB** einschlägig sein. Hiernach sind **Verträge über den Eigentumserwerb an Grundstücken** vom Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB ebenso wie notariell beurkundete Verträge ausgeschlossen. Soweit die Maklerklausel Inhalt des Grundstückskaufvertrags und damit beurkundungspflichtig ist, ist sie zugleich Bestandteil eines Vertrags über den Eigentumserwerb an einem Grundstück.

#### **d) Folge der Unwiderruflichkeit: Anspruch des M gegen K**

Dem Makler M steht somit gegen K ein Anspruch auf **Zahlung der Maklerprovision** (§ 328 Abs. 1 BGB) zu.

### **3. Ergebnis**

V kann den **Maklervertrag** nicht widerrufen, da er weder außerhalb eines Geschäftsraums des Maklers noch im Wege des Fernabsatzes geschlossen wurde.

Nicht widerruflich ist zudem die **notariell beurkundete Maklerklausel**, da diese eine bloße Wissenserklärung enthält (S. 1) bzw. beurkundungspflichtig ist (Abwägungsvereinbarung, S. 2).

Im Übrigen dürfte in **allen anderen Konstellationen**, in denen die **Maklerklausel** (1.) **konstitutiv** ausgestaltet und (2.) **nicht beurkundungspflichtig** ist (keine Abwägungsvereinbarung), angesichts der unklaren Rechtslage eine Belehrung nach § 312 Abs. 2 Nr. 1 lit. b Hs. 2 BGB angezeigt sein. Dies gilt zumindest dann, wenn die Erklärungen – wie im Regelfall – in Anwesenheit des Maklers abgegeben werden.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass jede Maklerklausel im Hinblick auf das **AGB-Recht** und die **berufsrechtliche Zulässigkeit** einer gesonderten Prüfung bedarf, die nicht Gegenstand der vorstehenden Ausführungen ist.

---

## **BGB §§ 2354, 2355, 2356, 2357 Erbscheinsverfahren: Keine Vorlage der Geburtsurkunde von Personen, die durch Ausschlagung weggefallen sind**

### **I. Sachverhalt**

Der Erblasser ist verstorben und hat ein Kind hinterlassen, das keine Abkömmlinge hat. Das Kind hat die Erbschaft ausgeschlagen. Die Eltern des Erblassers haben

daraufhin einen Erbschein beantragt. Das Amtsgericht – Nachlassgericht – verlangt die Vorlage der Geburtsurkunde des Kindes, das die Erbschaft ausgeschlagen hat. Der Erblasser hat kein Testament hinterlassen.

## II. Frage

Sind im Erbscheinsverfahren Abstammungsurkunden für Personen vorzulegen, die die Erbschaft ausgeschlagen haben?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Allgemeines

Welche Angaben im Erbscheinsantrag **durch öffentliche Urkunden nachzuweisen** sind, ergibt sich aus den Vorschriften der §§ 2354, 2356 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. bei gewillkürter Erbfolge auch aus § 2355 BGB und im Fall des gemeinschaftlichen Erbscheins zusätzlich aus § 2357 BGB. Öffentliche Urkunden sind daher bzgl. **folgender Angaben** erforderlich, sofern die Angaben nicht offenkundig oder entsprechende Urkunden nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu beschaffen sind, § 2356 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 BGB (im Überblick MünchKommBGB/J. Mayer, 6. Aufl. 2013, § 2356 Rn. 24 ff.):

- die **Zeit des Todes** des Erblassers (§ 2354 Abs. 1 Nr. 1 BGB),

- nur bei gesetzlicher Erbfolge: das **Verhältnis, auf dem das Erbrecht** des Antragstellers (§ 2354 Abs. 1 Nr. 2 BGB) und ggf. der übrigen Erben, für die ein gemeinschaftlicher Erbschein beantragt wird (§ 2357 Abs. 3 S. 2 BGB), **beruht**,

- die Angabe, **in welcher Weise die Person weggefallen ist**, die den Antragsteller oder sonst einen Erben, für den ein gemeinschaftlicher Erbschein beantragt wird, von der Erbfolge ausschließen oder seinen Erbteil mindern würde (§ 2354 Abs. 2 BGB).

Außerdem ist bei **gewillkürter Erbfolge** (§ 2355 BGB) die **Urkunde** vorzulegen, auf der das Erbrecht des Antragstellers und ggf. der übrigen Erben, für die ein gemeinschaftlicher Erbschein beantragt wird, beruht; dies kann auch eine öffentliche Urkunde sein.

Die **übrigen Angaben** gem. §§ 2354, 2355 BGB werden gem. § 2356 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 BGB durch die **eidesstattliche Versicherung** des Antragstellers und ggf. der weiteren Erben (§ 2357 Abs. 4 BGB) nachgewiesen.

### 2. Erforderliche öffentliche Urkunden

Die **Zeit des Todes** des Erblassers lässt sich durch dessen **Sterbeurkunde** nachweisen (§ 60 PStG). Das „Verhältnis“ i. S. d. § 2354 Abs. 1 Nr. 2 BGB ist Verwandtschaft (§§ 1924 ff. BGB, auch kraft Adoption), Ehe (§ 1931 BGB) oder eingetragene Lebenspartnerschaft (§ 10 LPartG) mit dem Erblasser. Zum Nachweis der **Verwandtschaft** dienen insbesondere **Geburtsurkunden** des Antragstellers bzw. Erben, evtl. auch der Personen, durch die dieser mit dem Erblasser verwandt ist, und des Erblassers selbst. Vorliegend genügt die Vorlage einer Geburtsurkunde des Erblassers, um das Verwandtschaftsverhältnis zu den Eltern nachzuweisen (§§ 21, 59 PStG; vgl. Staudinger/Herzog, BGB, Neubearb. 2010, § 2356 Rn. 32).

Die **Art und Weise des Wegfalls der Person, die den Antragsteller** oder sonstige Erben von der Erbfolge **ausschließt oder ihren Erbteil mindert** (§ 2354 Abs. 2 BGB), wird im Fall der Ausschlagung durch die **Ausschlagungserklärung** gem. § 1945 BGB nachgewiesen (Staudinger/Herzog, § 2356 Rn. 39), sofern die Ausschlagung dem Nachlassgericht nicht offenkundig, nämlich gerichtsbe-  
kannt ist (§ 2356 Abs. 3 BGB, MünchKommBGB/J. Mayer, § 2356 Rn. 6). Im Fall des Vorversterbens wäre die **Sterbeurkunde** vorzulegen.

### 3. Eidesstattliche Versicherung

Hinsichtlich weiterer Angaben sieht das Gesetz gem. § 2356 Abs. 1 S. 1 BGB keinen Nachweis durch öffentliche Urkunden vor. Dies gilt bei gesetzlicher Erbfolge insbesondere für die **Angabe nach § 2354 Abs. 1 Nr. 3 BGB**, ob und welche Personen vorhanden sind oder vorhanden waren, die den Antragsteller oder sonst einen Erben, für den ein gemeinschaftlicher Erbschein beantragt wird (§ 2357 Abs. 3 S. 2 BGB), von der Erbfolge ausschließen oder seinen Erbteil mindern würden. Damit sind etwa **Geburtsurkunden** zum Nachweis der gegenwärtigen oder früheren Existenz oder der Verwandtschaftsverhältnisse solcher Personen **nicht erforderlich**. Die Angabe i. S. d. § 2354 Abs. 1 Nr. 3 BGB ist vielmehr gem. § 2356 Abs. 2 BGB **nur durch eidesstattliche Versicherung nachzuweisen** (Staudinger/Herzog, § 2356 Rn. 61).

### 4. Ergebnis

Im konkreten Fall ist daher keine Abstammungsurkunde des Kindes beizubringen, das die Erbschaft ausgeschlagen hat. Neben der Sterbeurkunde ist die Vorlage der Geburtsurkunde des Erblassers und der Ausschlagungserklärung erforderlich, sofern die Tatsachen nicht bereits gerichtsbe-  
kannt sein sollten.

## 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.

**FamFG § 394; GmbHG §§ 60 Abs. 1 Nr. 7, 66 Abs. 5, 74 Abs. 2 S. 2; HGB §§ 161, 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 143 Abs. 2 u. 3; AktG § 273 Abs. 4; LöschG § 2; FGG § 141a Ausscheiden der Komplementär-GmbH durch Löschung wegen Vermögenslosigkeit; Anmeldung des Ausscheidens der Komplementär-GmbH zum Handelsregister**  
Abruf-Nr.: **133394**

**MaBV §§ 3, 4, 10 Hinweis-/Dokumentationspflicht des Bauträgers nach § 10 Abs. 2 Nr. 2 lit. d MaBV**  
Abruf-Nr.: **134569**

### **ErbStG § 13 Abs. 1 Nr. 4b Keine Steuerbefreiung für Zuwendung eines Wohnungsrechts an Familienwohnung an län- gerlebenden Ehegatten**

**Ein steuerbegünstigter Erwerb eines Familienheims i. S. des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG liegt nur vor, wenn der längerlebende Ehegatte von Todes wegen endgültig zivilrechtlich Eigentum oder Miteigentum an einer als Familienheim begünstigten Immobilie des vorverstorbenen Ehegatten erwirbt und diese zu eigenen Wohnzwecken selbst nutzt. Die von Todes wegen erfolgende Zuwendung eines dinglichen Wohnungsrechts an dem Familienheim erfüllt nicht die Voraussetzungen für eine Steuerbefreiung.**

BFH, Urt. v. 3.6.2014 – II R 45/12

#### **Problem**

Die Klägerin war neben ihren beiden Kindern Miterbin ihres verstorbenen Ehemanns geworden. Zum Nachlass gehörte u. a. ein Grundstück mit einem Zweifamilienhaus. Entsprechend den testamentarischen Verfügungen des Ehemanns wurde das Grundstück auf die beiden Kinder zu Miteigentum übertragen und der Klägerin ein lebenslanges, dinglich gesichertes Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht an einer Wohnung in dem Zweifamilienhaus eingeräumt. Die Klägerin und der Erblasser hatten diese Wohnung bis zu dessen Tod bewohnt. Das Finanzamt erließ einen Erbschaftsteuerbescheid und bezog den Kapitalwert des Wohnungsrechts in die Ermittlung der Erbschaftsteuer mit ein. Dagegen wandte sich die Klägerin unter Hinweis auf die Steuerbefreiung des § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG für Familienheime. Mit ihrer Klage gegen den Steuerbescheid hatte die Klägerin keinen Erfolg. Der BFH hat die Revision als unbegründet zurückgewiesen.

#### **Entscheidung**

Laut BFH steht die **Steuerbefreiung gem. § 13 Abs. 1 Nr. 4b S. 1 ErbStG** der Klägerin nicht zu. Nach dieser Vorschrift bleibe **nur der Erwerb des Eigentums oder Miteigentums** an einem im Inland belegenen bebauten Grundstück **durch den überlebenden Ehegatten** steuerfrei.

Der Erwerb von Eigentum oder Miteigentum sei **im zivilrechtlichen Sinne** zu verstehen. Die Einräumung eines dinglichen Wohnungs- und Mitbenutzungsrechts gewähre dem Rechtsinhaber nur ein **Nutzungsrecht** (§ 1093 BGB), lasse aber die zivilrechtlichen **Eigentumsverhältnisse unberührt**.

Eine Auslegung entgegen dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes komme nicht in Betracht, da die wortgetreue Gesetzesanwendung nicht offensichtlich dem Willen des Gesetzgebers widerspreche und nicht zu einem offenbar sinnwidrigen Ergebnis führe. Nach dem Zweck des Gesetzes solle sich die Steuerbefreiung auf den Eigentumserwerb beim überlebenden Ehegatten beschränken. Aus diesen Gründen scheidet auch eine analoge Anwendung des § 13 Abs. 1 Nr. 4b S. 1 ErbStG auf Nutzungsrechte aus.

#### **Praxishinweis**

Die Entscheidung wird man auf die Einräumung eines Nießbrauchs am Familienheim übertragen können.

Der BFH hat ausdrücklich offengelassen, ob § 13 Abs. 1 Nr. 4b S. 1 ErbStG auch dann eingreift, wenn der Ehegattenerbe das ererbte Eigentum am Grundstück unter Vorbehalt eines Wohnungsrechts an einen Dritten veräußert, ohne hierzu verpflichtet zu sein (verneinend und für steuerschädliche Veräußerung: R E 13.4 Abs. 6 S. 2 ErbStR 2011; Viskorf, in: Viskorf/Knobel/Schuck/Wälzholz, ErbStG/BewG, 4. Aufl. 2012, § 13 ErbStG Rn. 57; bejahend: Griesel, in: Daragan/Halaczinsky/Riedel, ErbStG/BewG, 2. Aufl. 2012, § 13 ErbStG Rn. 64; im Erg. auch Jülicher, in: Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, 47. Aufl. 2014, § 13 Rn. 72).

### **BGB §§ 307, 1191**

**Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld: Beschränkung auf Löschung unwirksam, wenn Sicherungsgeber nicht mehr Grundstückseigentümer**

**Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Sicherungsnehmers enthaltene Klausel, die den auf Rückgewähr der Grundschuld gerichteten Anspruch des Sicherungsgebers auf die Löschung des Grundpfandrechts beschränkt, hält der richterlichen Inhaltskontrolle jedenfalls dann nicht stand, wenn sie auch Fallgestaltungen erfasst, in denen der Sicherungsgeber im Zeitpunkt der Rückgewähr nicht mehr Grundstückseigentümer ist (Fortführung des Urteils des BGH vom 9. Februar 1989 – IX ZR 145/87, BGHZ 106, 375 ff.).**

BGH, Urt. v. 18.7.2014 – V ZR 178/13

#### **Problem**

Der Beklagte war Miteigentümer eines Grundstücks und zugleich zusammen mit dem anderen Miteigentümer an einer GbR beteiligt. Der Beklagte nahm persönlich ein Darlehen bei einem Kreditinstitut auf. Zu diesem Zweck bestellten der Beklagte und der Miteigentümer/Mitgeschafter zugunsten des Kreditinstituts/Sicherungsnehmers eine Grundschuld an ihrem Grundstück. Die Grundschuld enthielt folgende Klausel (Hervorhebungen durch die DNotI-Redaktion):

*„Soweit dem Sicherungsgeber nach Erledigung des vereinbarten Sicherungszwecks ein **Rückgewähranspruch** auf die [...] Grundschuld zusteht, ist dieser auf den **Anspruch auf Löschung der Grundschuld beschränkt**, es sei denn, dass im Zeitpunkt der Rückgewähr das Eigentum an dem belasteten Grundstück durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung gewechselt hat.“*

In der Folge schied der Beklagte aus der GbR aus. Alleineigentümer des Grundstücks wurde der (ehemalige) Mitgeschafter und Miteigentümer. Die Klägerin nahm den Beklagten nunmehr aus dem Darlehen in Anspruch. Der Beklagte machte ein Zurückbehaltungsrecht wegen Übertragung einer Teilgrundschuld in Höhe der Darlehensforderung geltend. Die Beschränkung des Rückgewähranspruchs auf Löschung sei unwirksam.

#### **Entscheidung**

Nach Auffassung des BGH steht dem Beklagten ein Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld zu.

Aufgrund der **Sicherungsvereinbarung** könne der Sicherungsgeber die **Rückgewähr** der Grundschuld **aufschiebend bedingt auf den Wegfall des Sicherungszwecks** verlangen. Mehreren **Miteigentümern bzw. Sicherungsgebern** stehe der Anspruch gem. §§ 747 S. 2, 432 Abs. 1 S. 1 BGB **gemeinschaftlich** zu. Der Beklagte sei zwar nicht mehr Miteigentümer des Grundstücks und Mitgesellschafter der GbR. Dies ändere aber nichts daran, dass er weiterhin als Sicherungsgeber anzusehen sei, der die Rückgewähr der Grundschuld verlangen könne.

Die **Klausel zur Beschränkung des Rückgewähranspruchs** stehe dem Anspruch laut BGH nicht entgegen. Der BGH hält diese Klausel jedenfalls dann für **unwirksam gem. §§ 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 u. 2 BGB**, wenn sie auch Fälle erfasst, in denen der **Sicherungsgeber nach einem Eigentumswechsel nicht mehr Grundstückseigentümer** ist.

Die Klausel **weiche von den gesetzlichen Regelungen ab**. Der **Sicherungsgeber könne** grundsätzlich zwischen **drei Arten der Rückgewähr wählen**: der Löschung (§§ 875, 1183, 1192 Abs. 1 BGB), Verzichtserklärung (§§ 1168, 1192 Abs. 1 BGB) und Abtretung der Grundschuld an sich oder einen Dritten (§§ 1154, 1192 Abs. 1 BGB).

Der Rückgewähranspruch des Sicherungsgebers dürfe nicht völlig ausgeschlossen werden, da die Rückgewähr unabdingbar zum Sicherungsvertrag gehöre. Sei der **Rückgewähranspruch auf die Löschung beschränkt**, sei eine **effektive Rückgewähr an den Sicherungsgeber nicht möglich, wenn der Sicherungsgeber nicht mehr Eigentümer** sei. Dann komme die Löschung ausschließlich dem neuen Eigentümer zugute. Deshalb habe der BGH bereits früher entschieden, dass sich die Rückgewährmöglichkeiten durch AGB nicht für den Fall einschränken ließen, dass das Eigentum durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung wechsele (vgl. BGHZ 106, 375 = DNotZ 1989, 618). Bei einer auf Löschung beschränkten Rückgewähr liefe der Sicherungsgeber Gefahr, im Außenverhältnis die Kreditverbindlichkeit zurückzuführen zu müssen, ohne im Gegenzug die dingliche Sicherung zurückzuerhalten, die für die Durchsetzung eines Regressanspruchs im Innenverhältnis von wesentlicher Bedeutung sein könne.

Dass ein nachrangiger Gläubiger gem. § 1179a BGB nach Rückübertragung der Grundschuld vom Eigentümer die Löschung der Grundschuld verlangen könne, sei nicht maßgeblich. Der **Löschungsanspruch des nachrangigen Gläubigers** enthalte **kein Leitbild für die Rückgewähr von Grundschulden**. Die Interessen nachrangiger Gläubiger seien ohnehin nicht zu berücksichtigen, weil diese Gläubiger am Vertragsverhältnis zwischen Sicherungsgeber und vorrangigem Gläubiger nicht beteiligt seien.

**Weder lasse sich die Abweichung** vom gesetzlichen Leitbild **sachlich rechtfertigen** noch sei der gesetzliche Schutzzweck auf andere Weise sichergestellt. Die Reduzierung auf den Löschungsanspruch mache zwar eine nähere **Prüfung der Person des Sicherungsgebers** entbehrlich und vereinfache aus dessen Sicht die Vertragsabwicklung. Dies sei aber nicht von erheblichem Gewicht, da der Sicherungsgeber ohne Zustimmung des Sicherungsnehmers nicht ausgewechselt werden könne. Es sei dem Sicherungsnehmer ohne Weiteres möglich, den Sicherungsgeber sorgfältig zu ermitteln.

**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:** Notarassessor Dr. Johannes Weber

**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  
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg