

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 167, 1854 Nr. 8 – Vorsorgevollmacht; Schenkungen des Bevollmächtigten in dem einem Betreuer gestatteten Rahmen; Reform des Betreuungsrechts

BtBG § 6; BtOG §§ 7, 34; GBO § 29 – Reform des Betreuungsrechts; Beglaubigung einer transmortalen Vollmacht durch die Betreuungsbehörde; Verwendbarkeit im Grundbuchverfahren

Gutachten im Abrufdienst

Literaturhinweise

Aktuelles

Inkrafttreten der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zum 1.1.2023

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 167, 1854 Nr. 8

Vorsorgevollmacht; Schenkungen des Bevollmächtigten in dem einem Betreuer gestatteten Rahmen; Reform des Betreuungsrechts

I. Sachverhalt

Herr A hat seiner Tochter T eine Vorsorgevollmacht nach dem Muster des Bundesjustizministeriums erteilt. Seine Unterschrift wurde notariell beglaubigt. In dem Muster heißt es: „Sie darf mein Vermögen verwalten und hierbei alle Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte im In- und Ausland vornehmen, [...] namentlich [...] Schenkungen in dem Rahmen vornehmen, der einem Betreuer rechtlich gestattet ist.“

Inzwischen ist Herr A geschäftsunfähig. T möchte nun ein Baugrundstück des A, das einen Verkehrswert von ca. 80.000,00 € hat, dem Nachbarssohn, zu dem A ein

gutes Verhältnis hat, schenken. Da die Vollmacht aber Schenkungen nur in dem Umfang erlaubt, in dem diese einem Betreuer gestattet sind, meint T – jedenfalls bis zum 31.12.2022 – wegen §§ 1908i, 1804 BGB a. F. (die dort geregelten Ausnahmen dürften nicht gegeben sein) – an der Vornahme einer Schenkung gehindert zu sein. T hat sich daher entschlossen, die Schenkung nach dem 31.12.2022 vorzunehmen. Sie begründet dies damit, dass die zum 1.1.2023 in Kraft getretene Reform des Betreuungsrechtes einem Betreuer Schenkungen grundsätzlich ermögliche (vgl. § 1854 Nr. 8 BGB), sodass die Formulierung in der Vorsorgevollmacht ihr nun die Schenkung gestatte. Denn Schenkungen seien nun nicht mehr weitgehend verboten, sondern vielmehr möglich, wenn auch verbunden mit einem weitreichenden Genehmigungsvorbehalt. Der Notar hat Bedenken, ob es sich bei der Bezugnahme auf das Betreuungsrecht in der Vorsorgevollmacht um eine dynamische Verweisung handelt.

II. Frage

Führt die Formulierung in einer vor dem 31.12.2022 erteilten Vorsorgevollmacht, dass dem Bevollmächtigten Schenkungen in dem Rahmen erlaubt sind, wie es einem Betreuer rechtlich gestattet ist, dazu, dass der Be-

vollmächtigte (im Außenverhältnis) ab dem 1.1.2023 Schenkungen vornehmen kann?

III. Zur Rechtslage

1. Aktueller Stand der Diskussion

Zu der aufgeworfenen Frage, ob die Formulierung in der bis zum 31.12.2022 erteilten Vorsorgevollmacht als **statische Verweisung** auf die Schenkungskompetenz des Betreuers nach der vormals geltenden Rechtslage (§§ 1908i Abs. 2 S. 1, 1804 BGB a. F.) oder im Falle der Verwendung der Vollmacht ab dem 1.1.2023 als **dynamische Verweisung** auf die aktuell geltende Rechtslage (betreuungsgerichtlicher Genehmigungsvorbehalt nach § 1854 Nr. 8 BGB n. F.) zu verstehen ist, gibt es bislang noch keine Rechtsprechung, so dass die **Rechtslage derzeit unsicher** ist.

In der bislang erschienenen **Literatur** wird hierzu **kontrovers Stellung genommen**. Nach *Grziwotz* (ZRP 2020, 248, 250) liegt es nahe, dass **§ 1908i Abs. 2 S. 1 BGB a. F. weiterhin den Umfang der Vorsorgevollmacht einschränken** solle, also die neue Erweiterung der Schenkungsmöglichkeiten nicht für vor dem 1.1.2023 erteilte Vorsorgevollmachten, die einen entsprechenden Verweis enthalten, gelte. Für eine solche Auslegung lässt sich anführen, dass der Vollmachtgeber mit der verwendeten Klausel die Vorsorgevollmacht an die Grenzen knüpfen wollte, die zum **Zeitpunkt der Erteilung der Vollmacht** und damit bei Abgabe der Willenserklärung für den Betreuer galten. Dies gilt erst recht dann, wenn es sich um eine notariell beurkundete Vollmacht handelt und dem Vollmachtgeber nach § 17 Abs. 1 BeurkG der rechtliche Gehalt seiner Klausel dahin gehend erläutert worden ist. In diesem Fall liegt die Annahme fern, dass nach dem Willen des Vollmachtgebers eine spätere Änderung der für Betreuer geltenden gesetzlichen Regeln Einfluss auf die Reichweite der von ihm erteilten Vollmacht nehmen sollte.

Demgegenüber vertritt u. a. *Müller-Engels* (DNotZ 2021, 84, 87; ErbR 2022, 666, 668), dass mit dieser in Vorsorgevollmachten z. T. verwendeten Formulierung regelmäßig eine **dynamische Verweisung** ausgesprochen worden sei, so dass bei Verwendung ab dem 1.1.2023 die aktuelle Rechtslage und damit § 1854 Nr. 8 BGB n. F. gelte. Für die Annahme einer dynamischen Verweisung spricht, dass es dem Vollmachtgeber in der Regel bei der Verwendung der einschränkenden Klausel (diese geht wohl auf Bühler, FamRZ 2001, 1585, 1597 zurück) darum gegangen sein dürfte, dem Bevollmächtigten keine uneingeschränkten Befugnisse einzuräumen, sondern die **Schenkungsbefugnisse sachgemäß zu begrenzen**. Die sachgemäße Begrenzung wurde jedoch nicht eigenständig formuliert, sondern hierfür auf das gesetzliche Regelungsmodell des gesetzlichen Vertreters (Betreuers)

verwiesen, wohl wissend oder zumindest in Kauf nehmend, dass die gesetzlichen Regelungen – wie in diesem Bereich häufig – künftig auch geändert werden könnten. Der Vollmachtgeber hat sein Vertrauen damit nicht in die aktuelle gesetzliche Regelung, sondern in das **gesetzliche Regelungsmodell des Betreuers** schlechthin gelegt, so dass die Verweisung auch etwaige Änderungen der Schenkungsmöglichkeiten des Betreuers mit umfasst. Dieser Ansicht folgend dürfte daher regelmäßig die Annahme einer dynamischen Verweisung nahe liegend sein, sofern im Einzelfall keine Anhaltspunkte für einen davon abweichenden Willen des Vollmachtgebers bestehen. Die Rechtslage muss aber als offen bezeichnet werden.

2. Rechtslage bei Annahme einer statischen bzw. dynamischen Verweisung

Die Annahme einer **statischen Verweisung** würde dazu führen, dass sich die Schenkungsbefugnisse des Bevollmächtigten auch nach dem 1.1.2023 nach den §§ 1908i, 1804 BGB a. F. richten würden. Da die Schenkungsmöglichkeiten des Betreuers im Rahmen der Betreuungsrechtsreform 2023 erheblich erweitert worden sind (vgl. oben I), hätte dies zur Konsequenz, dass der Bevollmächtigte schlechter stünde als ein (aktueller) Betreuer. Schenkungen wären – wie bislang – nur in einem sehr engen Rahmen (Anstands-, Pflicht- und Gelegenheitsschenkungen) zulässig.

Nimmt man eine **dynamische Verweisung** an, so stellt sich weiter die Frage nach den **konkreten Rechtsfolgen**. Nach § 1854 Nr. 8 BGB ist die Genehmigung des Betreuungsgerichts zu einer Schenkung oder unentgeltlichen Zuwendung des Betreuers erforderlich, es sei denn, diese ist nach den Lebensverhältnissen des Betreuten angemessen oder als Gelegenheitsgeschenk üblich. Damit wurden die bisherigen, sehr engen materiellen Kriterien für die Zulässigkeit einer Schenkung in §§ 1908i Abs. 2 S. 1, 1804 a. F. zugunsten einer **gerichtlichen Genehmigungsmöglichkeit** weitgehend beseitigt. Durch eine privatautonome Regelung kann aber kein Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung begründet werden. Deshalb dürfte die Annahme einer **Genehmigungsmöglichkeit für Schenkungen des Bevollmächtigten ausscheiden**. Mit der erfolgten Verweisung auf die Kompetenzen eines Betreuers bestünde damit die Gefahr, dass der Schenkungsrahmen durch die neue Regelung für Bevollmächtigte nicht nur nicht erweitert, sondern im Gegenteil sogar **eingeschränkt** würde (Müller-Engels, DNotZ 2021, 84, 87 f.). Der Bevollmächtigte dürfte dann nur solche Schenkungen vornehmen, die auch nach neuem Recht genehmigungsfrei zulässig sind und stünde damit letztlich schlechter als ein Betreuer (nach aktuellem Recht).

Um dieses Ergebnis bei Zugrundelegung einer dynamischen Verweisung zu vermeiden, dürfte es naheliegen, auf die (gedachte) **Genehmigungsfähigkeit** der Schenkung abzustellen. Der Bevollmächtigte soll Schenkungen vornehmen können, wenn das Betreuungsgericht die identische Schenkung durch einen Betreuer genehmigen würde. Da die (gedachte) Genehmigung durch das Betreuungsgericht die Wirksamkeit der Schenkung im Außenverhältnis betrifft, dürfte die (gedachte) Genehmigungsfähigkeit auch die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten im Außenverhältnis betreffen.

Zur betreuungsgerichtlichen **Genehmigungsfähigkeit** einer Schenkung durch den Betreuer führt die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 19/24445, S. 290 f.; Hervorhebungen durch das DNotI) Folgendes aus:

*„Der Genehmigungsmaßstab für das Betreuungsgericht folgt aus § 1862 Abs. 2 in Verbindung mit § 1821 Abs. 2 bis 4 BGB. (...) Maßgebliches Kriterium für die Zulässigkeit einer in Vertretung durch den Betreuer gemachten Schenkung ist damit der **Wunsch oder der mutmaßliche Wille des Betreuten**. Gemäß § 1821 Abs. 2 BGB hat der Betreuer die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, dass dieser im Rahmen seiner Möglichkeiten sein Leben nach seinen Wünschen gestalten kann. Hierzu hat der Betreuer die Wünsche des Betreuten festzustellen, diesen grundsätzlich zu entsprechen und den Betreuten bei deren Umsetzung rechtlich zu unterstützen. Die Wünsche des Betreuten finden ihre Grenze, wenn hierdurch die Person des Betreuten oder dessen Vermögen erheblich gefährdet würde und der Betreute diese Gefahr auf Grund seiner Erkrankung oder Behinderung nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann oder die Wunschbefolgung dem Betreuer nicht zuzumuten ist (§ 1821 Abs. 3 BGB). Der Wunsch des Betreuten ist daher beachtlich, sofern nicht höherrangige Rechtsgüter des Betreuten gefährdet sind oder seine gesamte Lebens- und Versorgungssituation erheblich verschlechtert wird und der Betreute diese Gefährdung aufgrund seiner Erkrankung nicht erkennen kann. Der Betreute kann danach grundsätzlich auch wirtschaftlich unvernünftige Entscheidungen treffen. Selbst wenn also durch die Erfüllung der Wünsche des Betreuten dessen Vermögen erheblich geschmälert wird, ist der Wunsch in diesem Fall zunächst zu respektieren. Wünsche des Betreuten sind auch dann maßgeblich, wenn sie zu einem früheren Zeitpunkt geäußert worden sind, und gelten auch bei fortschreitendem geistigen Verfall als fortdauernd. Liegt ein auf die konkrete Situation feststellbarer Wunsch des Betreuten nicht vor, so ist sein mutmaßlicher Wille zur Prüfung heranzuziehen, ob die Schenkung vorgenommen werden kann. Damit können auch Schenkungen gemacht werden, die einer sittlichen Pflicht oder Anstandspflichten entsprechen und nicht auf einen konkreten aktuell geäußerten Wunsch des Betreuten zurückgehen. Schenkungen*

durch den Betreuer, die nach den Lebensverhältnissen des Betreuten als Gelegenheitsgeschenk üblich sind, sind auch künftig zulässig. Sie werden vom Genehmigungsvorbehalt ausgenommen.“

Die Kriterien für die betreuungsgerichtliche Genehmigungsfähigkeit einer in Vertretung des Betreuten gemachten Schenkung erscheinen damit **nicht eben als präzise** – möglicherweise noch weniger als diejenigen für die ausnahmsweise Zulässigkeit einer Schenkung durch den Betreuer nach der bis zum 31.12.2022 geltenden Rechtslage. Die Annahme einer im Außenverhältnis unbeschränkten Schenkungskompetenz des Bevollmächtigten aufgrund der im Sachverhalt wiedergegebenen Formulierung scheint aber von deren Wortlaut her kaum vertretbar. Schließlich würde die Verschiebung der Problematik auf das reine Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem auch dem allgemein für Vollmachten geltenden **Auslegungsgrundsatz** widersprechen, wonach **der geringere Umfang der Vollmacht anzunehmen ist, wenn sich der größere nicht nachweisen lässt** (BayObLG Rpfleger 1996, 332; KG FGPrax 2018, 98; allg. Überblick: Meikel/Hertel, GBO, 12. Aufl. 2021, § 29 Rn. 66 ff.).

3. Ergebnis

Es spricht einiges dafür, dass die wiedergegebene Formulierung regelmäßig als **dynamische Verweisung** zu verstehen ist. Die unscharfen **Kriterien für die betreuungsgerichtliche Genehmigungsfähigkeit** einer Schenkung nach § 1854 Nr. 8 BGB n. F. dürften als außenwirksame **Beschränkung der Vertretungsmacht** des Vorsorgebevollmächtigten aufzufassen sein. Dass die Schenkung eines Baugrundstücks mit einem Verkehrswert von ca. 80.000,00 € bei diesem Verständnis (außenwirksam) in dem Rahmen läge, „der einem Betreuer rechtlich gestattet ist“, wird man nicht ohne Weiteres annehmen können. Der mitgeteilte Sachverhalt lässt allerdings offen, ob und inwieweit die Schenkung überhaupt den Wünschen oder dem mutmaßlichen Willen des Vollmachtgebers entspricht. Dies wäre hinsichtlich der Genehmigungsfähigkeit – und damit auch der Handlungskompetenz des Bevollmächtigten – wesentlich.

Zudem ist zu betonen, dass die Frage nach der Qualität des Verweises (statisch/dynamisch) derzeit ungeklärt und hierfür eine einzelfallbezogene Prüfung erforderlich ist. Bei **unsicherer Rechtslage** könnte es sich ab dem 1.1.2023 empfehlen, **vorsorglich einen Betreuer bestellen** zu lassen, der für den Vollmachtgeber handeln und die nach § 1854 Nr. 8 BGB n. F. erforderliche Genehmigung einholen kann, sofern dies aussichtsreich erscheint.

BtBG § 6; BtOG §§ 7, 34; GBO § 29

Reform des Betreuungsrechts; Beglaubigung einer transmortalen Vollmacht durch die Betreuungsbehörde; Verwendbarkeit im Grundbuchverfahren

I. Sachverhalt

Ein im Grundbuch zu vollziehendes Rechtsgeschäft, bei dem ein rechtsgeschäftlich bevollmächtigter Vertreter auftritt, wurde unter Verwendung einer betreuungsbehördlich beglaubigten transmortalen Vollmacht im Jahr 2022 beurkundet. Der Vollmachtgeber verstarb nach der Beurkundung, aber vor Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt. Diese wird aufgrund noch fehlender Vollzugsreife erst im Jahre 2023 erfolgen.

II. Frage

Lässt § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG die Wirkung der betreuungsbehördlichen Beglaubigung im Grundbuchverfahren auch dann entfallen, wenn das Rechtsgeschäft unter Verwendung der Vollmacht bereits vor dem 1.1.2023 beurkundet, aber noch nicht vollzogen wurde?

III. Zur Rechtslage

1. Bisherige Rechtslage

Für das **Jahr 2022** wurde die Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörden noch durch das Betreuungsbehördengesetz geregelt. Nach **§ 6 Abs. 2 S. 1 BtBG** war die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde befugt, Unterschriften oder Handzeichen auf Vorsorgevollmachten oder Betreuungsverfügungen öffentlich zu beglaubigen. Der BGH hatte hierzu mit Beschluss vom 12.11.2020 (DNotZ 2021, 710) entschieden, dass die Beglaubigung von Unterschriften auf Vorsorgevollmachten durch die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG den Anforderungen des § 29 GBO genügt. Die Beglaubigungsbefugnis der Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde nach § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG erstreckte sich aus Sicht des BGH dabei auch auf Vorsorgevollmachten, die über den Tod hinaus gültig sein sollen (sog. transmortale Vollmachten).

2. Rechtslage nach Inkrafttreten der Betreuungsrechtsreform

Mit Ablauf des 31.12.2022 trat das Betreuungsbehördengesetz außer Kraft. Als Nachfolgeregelung trat **ab dem 1.1.2023** im Zusammenhang mit der umfassenden Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts das **Betreuungsorganisationsgesetz (BtOG)** an seine Stelle. Auch das BtOG spricht der Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde die Befugnis zu, Unterschriften oder Handzeichen auf Betreuungsverfügungen und auf

Vollmachten, soweit sie von natürlichen Personen erteilt werden, öffentlich zu beglaubigen (§ 7 Abs. 1 S. 1 BtOG).

Nach der Neuregelung des **§ 7 Abs. 1 S. 2 BtOG** endet aber die Wirkung der Beglaubigung bei einer Vollmacht **mit dem Tod des Vollmachtgebers** (dazu etwa Müller-Engels, DNotZ 2021, 84, 91; Horn, ZEV 2020, 748, 751; Bosch/Siegel, notar 2021, 204, 206 f.; Becker, MittBay-Not 2021, 549 ff.). Ab dem 1.1.2023 gilt also grundsätzlich, dass eine von der Betreuungsbehörde beglaubigte transmortale Vollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers wegen § 29 Abs. 1 S. 1 GBO **im Grundbuchverkehr** nicht mehr verwendet werden kann. Stattdessen sind die Einholung eines formgerechten Erbnachweises und die Beteiligung der Erben oder die Bestellung eines Nachlasspflegers erforderlich, auch wenn die Vollmacht materiell-rechtlich noch wirksam sein sollte. Würde das Grundbuchamt beim Grundbuchvollzug die Neuregelung des § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG übersehen und bei einer materiell-rechtlich über den Tod des Vollmachtgebers hinaus wirkenden Vollmacht einen Erwerber trotzdem als neuen Eigentümer im Grundbuch eintragen, so wäre der wegen § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG anzunehmende Verstoß gegen § 29 Abs. 1 S. 1 GBO materiell-rechtlich unschädlich. § 29 GBO ist lediglich eine grundbuchrechtliche Ordnungsvorschrift. Seine Verletzung macht die Grundbucheintragung nicht unwirksam, wenn die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Eintragung vorliegen (s. bereits BGH DNotZ 1963, 313; Demharter, GBO, 32. Aufl. 2021 § 29 Rn 2 m. w. N.). Der Erwerber hätte somit wirksam Eigentum erworben. Das Grundbuch wäre richtig.

3. Übergangsproblematik

Fraglich ist nun, wie sich die Neuregelung in § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG über das Erlöschen der Beglaubigungswirkung mit dem Tod des Vollmachtgebers für Rechtsgeschäfte auswirkt, die noch im **Jahr 2022** aufgrund einer transmortalen, durch die Betreuungsbehörde beglaubigten Vollmacht **beurkundet** wurden, jedoch erst **im Jahre 2023 zum grundbuchamtlichen Vollzug gelangen**, wenn der Vollmachtgeber vor Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt bereits verstorben ist.

Bei dem hier unterbreiteten Sachverhalt ist gegenüber der Frage nach dem intertemporalen Geltungsanspruch des § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG noch vorgreiflich ein **grundbuchverfahrensrechtliches Problem** aufgeworfen. Es geht darum, ob es im Fall der Abgabe einer Eintragungsbewilligung durch einen Vertreter ausreichend ist, wenn die Vollmacht zugunsten des Vertreters **im Zeitpunkt der Erklärung** der Bewilligung bestand oder ob diese **noch bei Vorlage** der Bewilligung ans Grundbuch-

amt bestanden haben muss. Dieser Punkt ist streitig. Nach einer Auffassung genügt es, dass die Vollmacht des Vertreters zum Zeitpunkt der Erklärung der Bewilligung bei Beurkundung bestanden hat (Schöner/Stöber, Rn. 3581). Eine Gegenauffassung, die insbesondere vom **OLG München** (DNotZ 2019, 450, 455; RNotZ 2019, 269, 273) vertreten wird, verlangt demgegenüber den **Bestand der Vollmacht noch zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der verfahrensrechtlichen Erklärung**. Dieses Wirksamwerden tritt jedenfalls mit Vorlage der Eintragungsbewilligung beim Grundbuchamt ein. Jedoch wird auch aus Sicht des OLG München die Bewilligung dann bereits mit Abschluss der Beurkundung wirksam, wenn gemäß § 51 Abs. 1 BeurkG ein Anspruch auf Erteilung einer Ausfertigung der rechtsgeschäftlichen Urkunde entstanden ist. In diesem Zusammenhang wird man wohl annehmen müssen, dass es genügt, wenn der Veräußerer die Entstehung des Anspruchs gemäß § 51 Abs. 1 BeurkG nicht mehr einseitig verhindern kann, sodass eine Ausfertigungssperre in diesem Zusammenhang unschädlich bleibt (so Gutachten DNotI-Report 2019, 153, 155 f.).

Der eben angedeutete Streitstand zum Fortbestand der Vollmacht, also die weitgehende Unschädlichkeit des Widerrufs einer Vollmacht nach Abschluss der Beurkundung, **hat hier erst recht zu gelten, wenn es** – wie im unterbreiteten Problemzusammenhang – nicht um den materiell-rechtlichen Fortbestand der Vollmacht bzw. ihr Erlöschen wegen eines Vollmachtswiderrufs geht, sondern „**lediglich**“ **um den Entfall der Beglaubigungswirkung nach § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG** bei materiell-rechtlichem Fortbestand der Vollmacht.

Allerdings regelt nunmehr auch das BtOG selbst in § 34 die Übergangsproblematik. § 34 BtOG wurde nachträglich durch das Änderungsgesetz zum Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 24.06.2022, BGBl. I 2022, S. 959, in das BtOG eingefügt, nachdem sich in der Literatur bereits vereinzelt Stimmen zur hier besprochenen Frage geäußert hatten (Becker, MittBayNot 2021, 549, 550). § 34 BtOG bestimmt, dass **§ 7 Abs. 1 S. 2 BtOG nur auf Vollmachten anzuwenden** ist, die **seit dem 1. Januar 2023** durch die Behörde nach § 7 Abs. 1 S. 1 BtOG öffentlich beglaubigt worden sind. Nach der Gesetzesbegründung (BR-Drucks. 84/22, S. 44) dient diese Regelung der Klarstellung, indem eine möglicherweise aus dem erst während des Gesetzgebungsverfahrens zum Reformgesetz (BGBl. I 2021, S. 873) veröffentlichten Beschluss des BGH v. 12.11.2020 (DNotZ 2021, 710) resultierende Rechtsunsicherheit hinsichtlich Bestandsvollmachten vermieden wird (vgl. dazu auch Schnellenbach/Waßenberg/Heyder, BtPrax 2022, 155, 158).

Aus § 34 BtOG folgt nunmehr, dass es im vorliegenden Fall für die Grundbuchtauglichkeit der verwendeten Vollmacht **unerheblich** ist, ob der Vollmachtgeber bereits verstorben ist. Da die Vollmacht bei Beurkundung eines Rechtsgeschäfts im Jahr 2022 verwendet wurde, muss sie denklogisch auch vor dem 1.1.2023 von der Betreuungsbehörde beglaubigt worden sein. Damit unterfällt sie **nicht der Neuregelung des § 7 BtOG**. Wie sich aus der Gesetzesbegründung zu § 34 BtOG ergibt, ist daher für eine vor dem 1.1.2023 gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG a. F. betreuungsbehördlich beglaubigte Vollmacht die Entscheidung des BGH v. 12.11.2020 (V ZB 148/19) maßgeblich, wonach die Vollmacht auch bei Ableben des Vollmachtgebers grundbuchtauglich (§ 29 GBO) bleibt, wenn sie transmortal erteilt worden ist.

4. Ergebnis

Für die Frage, ob eine von der Betreuungsbehörde beglaubigte Vollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers grundbuchtauglich ist, kommt es darauf an, in welchem Zeitraum die Vollmacht beglaubigt wurde. Erfolgte die Beglaubigung noch unter Geltung des § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG, so hindert der Tod des Vollmachtgebers nicht die Grundbuchtauglichkeit. Erfolgte die Beglaubigung nach Inkrafttreten von (und gemäß) **§ 7 Abs. 1 S. 1 BtOG** am 1.1.2023, so entfällt die Beglaubigungswirkung und damit auch die Grundbuchtauglichkeit (§ 29 GBO) mit dem Tod des Vollmachtgebers.

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 Abruf-Gutachten.

BGB §§ 1896 Abs. 2 a. F., 1814 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Erteilung einer notariell beglaubigten General- und Vorsorgevollmacht; Formerfordernis bei Kreditaufnahme; Vorteil einer notariellen Beurkundung
Abruf-Nr.:

BGB §§ 1629, 1824, 1809, 1850, 2147; GBO §§ 19, 20 Erfüllung eines Vermächtnisses über eine Eigentumswohnung zugunsten eines minderjährigen Enkelkindes; Vertretung; familiengerichtliche Genehmigung; Änderungen durch die Betreuungsrechtsreform
Abruf-Nr.:

§ 1904 BGB a. F.	->	§ 1829 BGB
§ 1906 BGB a. F.	->	§ 1831 BGB
§ 1906a BGB a. F.	->	§ 1832 BGB

Weiterhin kann eine Vorsorgevollmacht zusätzlich eine **Betreuungsverfügung** enthalten. Diese ist nun erstmals in § 1816 Abs. 2 S. 4 BGB legaldefiniert. Gestärkt wurde mit der Reform die Möglichkeit einer negativen Verfügung. Der Wunsch des Vollmachtgebers, dass eine bestimmte Person nicht zum Betreuer ernannt werden möge, ist für das Betreuungsgericht jetzt grundsätzlich verbindlich (§ 1816 Abs. 2 S. 2 BGB). Ebenfalls gesetzlich näher geregelt ist von nun an der **Kontrollbetreuer** (§ 1820 Abs. 3 BGB).

Eine Änderung ergibt sich in Bezug auf das sog. **Subsidiaritätsprinzip** der Betreuung. Der Kreis der Personen, für die das Subsidiaritätsprinzip nicht gilt, wurde erheblich erweitert auf alle Mitarbeiter von Diensten, die in der ambulanten Versorgung des Vollmachtgebers tätig sind, vgl. § 1814 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 i. V. m. § 1816 Abs. 6 BGB. Diese Personen sind als Bevollmächtigte tendenziell ungeeignet, sodass bei deren Bevollmächtigung aufgrund des naheliegenden **Interessenskonfliktes** mit gewisser Wahrscheinlichkeit dennoch ein Betreuer bestellt wird.

2. Auswirkungen auf die Verwendung von Vorsorgevollmachten bei notariell zu beurkundenden Rechtsgeschäften

Zwei Aspekte sollten künftig bei der Verwendung von Vollmachten im notariellen Kontext beachtet werden. Zum einen ist durch die Reform das **Schenkungsverbot des Betreuers** (§§ 1908i Abs. 2 S. 1, 1804 BGB a. F.) entfallen. Von nun an sind Schenkungen durch den Betreuer nicht mehr verboten, aber u. U. genehmigungspflichtig, vgl. § 1854 Nr. 8 BGB. Wird nun eine vor dem 1.1.2023 errichtete Vorsorgevollmacht vorgelegt, nach der der Bevollmächtigte im selben Umfang wie ein Betreuer Schenkungen vornehmen darf, so stellt sich die Frage nach der Bedeutung dieses Verweises (dynamisch oder statisch). Zur Vertiefung sei auf das in diesem Report enthaltene **Gutachten** verwiesen (S. 1).

Eine weitere Änderung ergibt sich aus **§ 7 BtOG**. Das Betreuungsorganisationsgesetz (BtOG) ersetzt das BtBG. Nach § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG endet die Beglaubigungswirkung einer durch eine Betreuungsbehörde beglaubigten Vollmacht mit dem Tod des Vollmachtgebers. Materiell-rechtlich bleibt die Vertretungsmacht bei entsprechend transmortaler Bevollmächtigung hingegen bestehen. Siehe hierzu auch das in diesem Report enthaltene **Gutachten** (S. 4).

Aktuelles

Inkrafttreten der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zum 1.1.2023

1. Auswirkungen auf die Errichtung von Vorsorgevollmachten

In vielen Mustern für Vorsorgevollmachten werden die §§ 1904, 1906, 1906a BGB (a. F.) genannt. Dies liegt daran, dass jeweils in Abs. 5 der genannten Vorschriften bestimmt war, dass eine Vollmacht **schriftlich** erteilt sein und die in der Norm genannten Maßnahmen etc. **ausdrücklich** umfassen muss. An diesem Schriftlichkeits- und Ausdrücklichkeitsanforderung ändert sich auch unter Geltung des neuen Rechts nichts, es wurde nur in § 1820 Abs. 2 BGB einheitlich zusammengefasst. Allerdings sind die **Inhalte**, auf die sich das Ausdrücklichkeitsanforderung bezieht, von nun an an anderen Orten zu finden:

Bezogen auf die Verwendung solcherart beglaubigter Vollmachten gegenüber dem Grundbuchamt ist daran zu denken, dass **bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte** für den Tod des Vollmachtgebers entsprechende Nachweise gefordert werden können (Stichwort: „Lebensbescheinigung“).

3. Änderungen in Bezug auf gerichtliche Genehmigungserfordernisse

Durch die Reform wurden die Katalogvorschriften der §§ 1821, 1822 BGB a. F. neu sortiert. Von nun an sind die Rechtsgeschäfte, die einer betreuungsgerichtlichen – oder wegen des weitreichenden Verweises in § 1643 BGB entsprechend einer familiengerichtlichen – Genehmigung bedürfen, in den §§ 1848 ff. BGB zu finden. Dort sind die Geschäfte nach **Lebenssachverhalten** sortiert. Von Interesse für die notarielle Praxis sind neben der geänderten Paragraphensortierung insbesondere folgende Normen:

§ 1850 BGB – Rechtsgeschäfte über Grundstücke und Schiffe

§ 1851 BGB – Erbrechtliche Rechtsgeschäfte

§ 1852 BGB – Handels- und gesellschaftsrechtliche Rechtsgeschäfte

§ 1854 BGB – Sonstige Rechtsgeschäfte

Im Bereich Schenkungen und Überlassungen ist künftig zu beachten, dass gemäß § 1850 Nr. 4 BGB der **unentgeltliche Erwerb von Wohnungs- und Teileigentum** unter Genehmigungsvorbehalt steht. Dies betrifft, anders als bisher, auch den Erwerb einer Sondereigentumseinheit zu Alleineigentum. Ebenfalls relevant ist dieses Genehmigungserfordernis für Vermächtniserfüllungen. Aus dem Bereich des **Erbrechts** ist erwähnenswert, dass § 1851 Nr. 3 BGB nun auch Fälle erfasst, in denen der Betreute bzw. Minderjährige im Wege der **Abschichtung** aus der Erbengemeinschaft ausscheidet. Im Übrigen versammelt die Norm in Nrn. 4-9 zahlreiche Genehmigungstatbestände, die nach altem Recht über das 5. Buch des BGB verteilt waren. Im Bereich des **Gesellschaftsrechts** ist zu beachten, dass mit Inkrafttreten der Reform auch der unentgeltliche Erwerb eines Anteils an einer Gesellschaft, die ein Erwerbsgeschäft betreibt, der Genehmigung bedarf, vgl. § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB. Erwähnenswert ist aus dem Bereich der **sonstigen Rechtsgeschäfte** (§ 1854 BGB), dass gemäß Nr. 4 zu einem Rechtsgeschäft, das auf **Übernahme einer fremden Verbindlichkeit** gerichtet ist, eine Genehmigung erforderlich ist. Die Vorgängernorm (§ 1822 Nr. 10 BGB) wies einen etwas weiteren Wortlaut auf („zur Übernahme einer fremden Verbindlichkeit“). Aus § 1854 Nr. 4 BGB ergibt sich daher kein Genehmigungserfordernis in Bezug auf Gesellschaftsverträge, in deren Folge sich Haftungsrisiken (z.B.

§ 26 Abs. 2 GmbHG) nur als gesetzliche Nebenfolgen ergeben.

4. Änderungen im Bereich des Zentralen Vorsorgeregisters

Mit dem Inkrafttreten der Reform besteht die Möglichkeit, im Zentralen Vorsorgeregister isoliert **Patientenverfügungen** zu registrieren.

Außerdem kann nunmehr auch ein **Widerspruch** gegen das mit der Reform neu geschaffene Ehegattenvertretungsrecht in Gesundheitsangelegenheiten nach § 1358 BGB im Zentralen Vorsorgeregister eingetragen werden (vgl. § 78a BNotO n.F.). Durch das ebenfalls neu geschaffene **Einsichtsrecht für Ärzte**, die das Vorsorgeregister einsehen können, bevor sie nach § 1358 Abs. 4 BGB ein schriftliches Nachweisdokument erteilen, soll sichergestellt werden, dass die Registrierung des Widerspruchs die ungewollte Ausübung des (aufgrund Widerspruchs nicht bestehenden) Vertretungsrechts verhindert.

5. Änderungen hinsichtlich der Vertretung durch einen Betreuer

Die Reform des Betreuungsrechts dient u. a. der besseren Wahrung und Verwirklichung des **Selbstbestimmungsrechts** von Betreuten. Das Betreuerhandeln hat sich daher primär an den **Wünschen** sowie dem mutmaßlichen Willen und nicht am objektiven Wohl des Betreuten auszurichten (vgl. § 1821 BGB). Es gilt nunmehr der Grundsatz „**Unterstützung vor Vertretung**“; von der Vertretungsmacht gemäß § 1823 BGB soll der Betreuer nur Gebrauch machen, soweit dies erforderlich ist (§ 1821 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Einhaltung des Erforderlichkeitsgrundsatzes ist aber **keine Bedingung für die Wirksamkeit** einer vom Betreuer im Rahmen seines angeordneten Aufgabenkreises abgegebenen Willenserklärung (vgl. BT-Drucks. 19/24445, S. 251).

6. Änderungen hinsichtlich der Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen

Möchte der Erblasser seinem Berufsbetreuer Vermögen zuwenden, so ist seit Inkrafttreten der Reform **§ 30 BtOG** zu beachten. Hiernach ist es einem **beruflichen Betreuer** i. S. d. § 19 Abs. 2 BtOG untersagt, von dem von ihm Betreuten Geld oder geldwerte Leistungen anzunehmen. Die Norm stellt klar (Abs. 1 S. 2), dass dies auch für Zuwendungen im Rahmen einer Verfügung von Todes wegen gilt. Das Annahmeverbot bewirkt, dass der Berufsbetreuer eine ihm im Zuge einer letztwilligen Verfügung zufallende Zuwendung ausschlagen müsste. Die letztwillige Verfügung selbst wird zwar nach h. M. **nicht unwirksam**, kann allerdings nicht

gemäß dem Willen des Erblassers umgesetzt werden. Nimmt der Berufsbetreuer die Zuwendung dennoch an, so verstößt er gegen die Berufspflicht aus § 30 BtOG.

Die zentrale Vorschrift für die **Vormundbenennung in Verfügungen von Todes wegen** lautet seit Inkrafttreten der Reform § 1782 BGB. Entfallen ist die Möglichkeit, aus besonderen Gründen für einen Mündel mehrere Vormünder zu bestellen (§ 1775 S. 2 BGB a. F.). Nach § 1775 BGB besteht nunmehr die **gemeinschaftliche Vormundschaft von Ehegatten** und in Einzelfällen die Möglichkeit, für Geschwister unterschiedliche Vormünder zu bestellen. Weiterhin besteht die Möglichkeit, in

der Vormundbenennung die **Befreiung** des Vormunds von einigen Beschränkungen anzuordnen. Das Amt des **Gegenvormunds** (§ 1792 BGB a. F.) gibt es seit Inkrafttreten der Reform nicht mehr.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Dr. Philipp Theuersbacher

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG § 40 – Keine Gleichwertigkeit der Online-Beurkundung einer Abtretung von GmbH-Anteilen durch einen österreichischen Notar

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 2306, 2314 – Auskunftsanspruch über den Bestand des Nachlasses nach Ausschlagung des Erbteils

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG § 40

Keine Gleichwertigkeit der Online-Beurkundung einer Abtretung von GmbH-Anteilen durch einen österreichischen Notar

I. Sachverhalt

Anteile an einer deutschen GmbH wurden zur Urkunde eines österreichischen Notars in Wien von A an B abgetreten. Die Anteilsabtretung erfolgte in einem Online-Verfahren nach österreichischem Recht vor dem österreichischen Notar. Weder A noch B waren physisch beim Notar anwesend, vielmehr befanden sie sich zum Zeitpunkt der Beurkundung in Deutschland. Der österreichische Notar hat eine Gesellschafterliste erstellt, in welcher er die Wirksamkeit der Anteilsabtretung bescheinigt. Der Notar möchte, dass ein deutscher Notar diese Gesellschafterliste als Bote beim Handelsregister zur Aufnahme einreicht.

II. Fragen

1. Muss das Registergericht die Aufnahme der Liste in das Handelsregister ablehnen?
2. Ist die Anteilsabtretung wirksam?

III. Zur Rechtslage

Zunächst ist zu prüfen, welcher Prüfungsmaßstab seitens des Registergerichts anzuwenden ist (1.). Sodann ist zu untersuchen, ob die Übertragung der Anteile offensichtlich unwirksam ist (2.).

1. Prüfungsmaßstab des Registergerichts bei Einreichung einer Gesellschafterliste

Für die Gesellschafterliste, die in den für das entsprechende Registerblatt bestimmten Registerordner **aufzunehmen** (§ 9 Abs. 1 HRV) und nicht in das Handelsregister einzutragen ist (BT-Drucks. 16/6140, S. 37), ist der Prüfungsmaßstab des Registergerichts umstritten. Der Gesetzgeber ging in der Begründung zum MoMiG ausdrücklich davon aus, dass das Registergericht die Listen lediglich entgegennimmt und „keine inhaltliche Prüfungspflicht“ hat (BT-Drucks. 16/6140, S. 44). Die Gesetzesbegründung spricht jedoch nur von der Prüfungspflicht und verhält sich nicht zu der Frage, ob dem

Gericht ein Prüfungsrecht zusteht. Unstreitig steht dem Registergericht ein **formelles Prüfungsrecht** bzgl. der Frage zu, ob die Liste den formalen Anforderungen des § 40 GmbHG genügt (BGH NZG 2011, 1268; OLG Nürnberg NZG 2018, 312, Tz. 25).

Ob dem Registergericht darüber hinaus auch ein **materielles Prüfungsrecht** zusteht, ist zweifelhaft (s. hierzu MünchKommGmbHG/Heidinger, 4. Aufl. 2023, § 40 Rn. 355 ff.). Der BGH hat die Frage, ob dem Registergericht auch ein inhaltliches Prüfungsrecht zusteht, bislang ausdrücklich offengelassen (BGH DNotZ 2014, 457 Tz. 23; ebenso KG FGPrax 2016, 161). Die inzwischen vorherrschende Literaturmeinung nimmt ein uneingeschränktes formelles Prüfungsrecht und darüber hinaus ein begrenztes inhaltliches Prüfungsrecht an. Ein solches Prüfungsrecht soll bspw. in Fällen bestehen, in denen die **Angaben zwar formal korrekt, inhaltlich jedoch offenkundig falsch sind** (statt vieler Paefgen, in: Habersack/Casper/Löbke, GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 40 Rn. 103; s.a. OLG München FGPrax 2009, 181, 182). In derartigen Fällen könne dem Registergericht nicht zugemutet werden, an der Aufnahme der Liste mitzuwirken (Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 40 Rn. 70). Das Registergericht dürfe nicht daran mitwirken, dass eine falsche Legitimationsbasis für die Ausübung der Gesellschafterrechte oder ein unrichtiger Rechtsscheinträger geschaffen werden (D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1039; Schneider, GmbHR 2009, 393, 395; Wachter, ZNotP 2008, 376, 386). Das OLG Köln (NZG 2013, 1431) formuliert noch deutlicher, dass das Registergericht eine offenkundig unrichtige Gesellschafterliste zurückweisen dürfe, weil nur so vermieden werden könne, dass ein falscher Anschein erweckt werde. Angesichts dieser Argumente und unter dem **Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes** wird das Registergericht daher eine Gesellschafterliste sogar zurückweisen müssen, wenn die Unrichtigkeit der Veränderung erkannt wird.

Im Ergebnis dürfte, wenngleich hierzu bisher keine eindeutige Rechtsprechung existiert, bei einer **offensichtlich unwirksamen Änderung** im Gesellschafterbestand jedenfalls eine **offenkundige Unrichtigkeit der eingereichten Liste** vorliegen. *Servatius* (in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 40 Rn. 75a) nennt als Beispiel einer durch das Registergericht zu beanstandenden Liste explizit eine Liste von einem ausländischen Notar, wenn ohne weiteres feststeht, dass es an der Gleichwertigkeit der Beurkundung fehlt.

2. Offensichtliche Unwirksamkeit der Übertragung

Die Geschäftsanteilsübertragung ist offensichtlich

nach § 125 BGB formunwirksam. Maßgebliche Formvorschrift ist allein § 15 Abs. 3 GmbHG (a). Eine Beurkundung durch einen ausländischen Notar kann diese Formvorschrift allenfalls dann erfüllen, wenn die Beurkundung **nach abstrakten Maßstäben** mit Blick auf die Beurkundungszwecke gleichwertig ist (b). Der Gleichwertigkeit steht hier bereits die Nutzung eines Fernbeurkundungsverfahrens entgegen (c). Auch im Übrigen ist eine durch einen österreichischen Notar vorgenommene Online-Beurkundung nicht gleichwertig (d).

a) § 15 Abs. 3 GmbHG als maßgebliche Formvorschrift

Formfragen im Gesellschaftsrecht unterliegen nicht dem allgemeinen Formstatut nach § 11 EGBGB bzw. Art. 11 Rom-I-VO, wonach u. a. die Ortsform ausreichend wäre. Vielmehr unterliegen sie dem Gesellschaftsstatut, sodass hier allein § 15 Abs. 3 GmbHG gilt. Demnach ist eine notarielle Beurkundung erforderlich (MünchKommBGB/Kindler, 8. Aufl. 2021, IntWirtR Rn. 537 ff.; a. A. Henssler/Strohn/Verse, GesR, 5. Aufl. 2021, § 15 GmbHG Rn. 45).

Selbst wenn man von der Anwendbarkeit des Art. 11 EGBGB ausginge, so verweist auch die Ortsformanknüpfung des Art. 11 Abs. 1 Alt. 2 EGBGB ins deutsche Recht, da sich alle Beteiligten während der Beurkundung in Deutschland befanden. Im Ergebnis würde man somit ebenfalls zur Anwendung des § 15 Abs. 3 GmbHG gelangen.

b) Zulässigkeit und Maßstab der Substitution

Ob und unter welchen Voraussetzungen das Beurkundungserfordernis auch durch einen ausländischen Notar eingehalten werden kann, ist umstritten. Teilweise wird in der Literatur angenommen, es sei ausschließlich die Beurkundung durch einen deutschen Notar ausreichend (vgl. Winkler, BeurkG, 20. Aufl. 2022, Einl Rn. 89; Staudinger/Hertel, BGB 2023, Vorbem. zu §§ 127a, 128 BGB (BeurkG) Rn. 860 ff.).

Überwiegend wird angenommen, dass auch die Beurkundung durch einen ausländischen Notar dem Formerfordernis entsprechen könne, dass also eine **Ersetzung (Substitution)** der Beurkundung durch einen deutschen Notar durch die Beurkundung durch einen ausländischen Notar bei Geschäftsanteilsabtretungen **grundsätzlich denkbar** sei. Voraussetzung sei allerdings, dass die **Gleichwertigkeit** der ausländischen Beurkundung gegeben sei (vgl. MünchKommGmbHG/Harbarth, 4. Aufl. 2022, § 53 Rn. 79 ff.; Ulmer/Casper, in: Habersack/Casper/Löbke, GmbHG, 3. Aufl. 2021, § 53 Rn. 52 ff.; ausführlich und allg. für die An-

teilsabtretung MünchKommGmbHG/Reichert/Weller, 4. Aufl. 2022, § 15 Rn. 143 ff. m. w. N.).

Gleichwertigkeit ist **nach der Formel des BGH** gegeben, „wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeiten des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten hat, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht“ (BGH NJW 1981, 1160; NJW 2014, 2026 Tz. 14).

Die Gleichwertigkeit der Beurkundung durch einen ausländischen Notar bemisst sich an **abstrakten Maßstäben** und nicht an der Frage, ob der konkrete Beurkundungsvorgang der nach deutschem Recht vorgesehenen Beurkundung angenähert ist (Diehn, DNotZ 2019, 146, 147; Löbke, in: Habersack/Casper/Löbke, § 15 Rn. 146; MünchKommBGB/von Hein, 8. Aufl. 2020, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 257; Cramer, DStR 2018, 746; Cziupka, EWiR 2018, 137; Lieder, ZIP 2018, 805; Mayer/Barth, IWRZ 2018, 128; Pogorzelski, notar 2018, 403; Stelmaszczyk, RNotZ 2019, 177; Strauß, MittBayNot 2021, 65, 72). Maßstab sind die Beurkundungszwecke (BGH NZG 2015, 18 Tz. 17), wobei auch steuerliche Mitteilungspflichten oder die Rolle des Notars bei der Geldwäscheprävention zu berücksichtigen sind (Raff, DNotZ 2020, 750 753 ff.; Heinze, NZG 2017, 371).

c) Keine Gleichwertigkeit des Fernbeurkundungsverfahrens

Selbst wenn man von der generellen Zulässigkeit der Substitution im Bereich von Geschäftsanteilsabtretungen ausgeht, scheitert bei vorstehend beschriebenen Sachverhalt eine Substitution jedoch an fehlender Gleichwertigkeit. Dies hat zur Folge, dass die Übertragung des Geschäftsanteils wegen Verstoßes gegen § 15 Abs. 3 GmbHG nach § 125 BGB formnichtig ist.

Dies ergibt sich bereits daraus, dass das österreichische Beurkundungsrecht eine Beurkundung im Fernbeurkundungsverfahren vorsieht und eine derartige Beurkundung hier auch konkret durchgeführt wurde. Das deutsche Beurkundungsrecht sieht für **Geschäftsanteilsübertragungen** kein Fernbeurkundungsverfahren vor, sondern nur ein **Präsenzbeurkundungsverfahren**. Hieran hat sich auch seit dem 1.8.2022 und Inkrafttreten des DiRUG v. 5.7.2021 (BGBl. I 2021, S. 3338) sowie Teilen des DiREG v. 15.7.2022 (vgl. Art. 10 Abs. 2 DiREG; BGBl. I 2022, S. 1146) nichts geändert. Für die Zulässigkeit der Online-Beurkundungsverfahren gilt ein strenger *numerus clausus*. Eine Fernbeurkundung ist nach deutschem Recht im Grundsatz nicht zu-

lässig, da der Notar die Erklärungen gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BeurkG unmittelbar wahrnehmen muss (BeckOK-BeurkG/Bremkamp, Std.: 15.9.2022, § 13 Rn. 6; BeckOGK-BeurkG/Seebach/Rachlitz, Std.: 1.5.2022, § 13 Rn. 18). Bei einer Unterschriftsbeglaubigung haben sowohl die Anerkennung als auch der Vollzug einer Unterschrift in der Gegenwart des Notars zu erfolgen (BeckOGK-BeurkG/Theilig, Std.: 1.2.2022, § 40 Rn. 24; Frenz/Miermeister/Limmer, BeurkG, 5. Aufl. 2020, § 40 Rn. 12; Lerch, BeurkG, 5. Aufl. 2016, § 40 Rn. 9). Führt der Notar dennoch eine Fernbeurkundung durch, handelt es sich um einen **gravierenden Dienstrechtsverstoß** (BGH DNotZ 1977, 762; DNotZ 1988, 259), der im Einzelfall sogar wegen Falschbeurkundung im Amt strafrechtlich geahndet werden kann (OLG Frankfurt DNotZ 1986, 421). Es entsprach daher schon bislang allgemeiner Ansicht, dass eine Fernbeurkundung nicht dem Präsenzbeurkundungsverfahren gleichwertig sein kann (DNotI-Report 2020, 121, 122 f.; Herrler, in: Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2021, § 7 Rn. 74).

Als Ausnahme von dieser Regel kann die Beurkundung von Willenserklärungen gemäß § 16a Abs. 1 BeurkG mittels Videokommunikation ausnahmsweise und nur dann erfolgen, soweit dies durch ein formelles Gesetz zugelassen ist (eine Übersicht zu den Geschäften, die mittlerweile einem Online-Verfahren zugänglich sind, findet sich bei Böhringer, GmbHR 2022, 1005). Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass ein Online-Verfahren nur in bestimmten, ausdrücklich geregelten Fällen geeignet ist, die Schutzzwecke der notariellen Form funktionsäquivalent zum gesetzlichen Regelfall des Präsenzverfahrens abzubilden (BT-Drucks. 19/28177, S. 115; BT-Drucks. 20/1672, S. 21). Diese Auswahlentscheidung des nationalen Gesetzgebers führt dazu, dass eine Substitution des Beurkundungsverfahrens durch ein Online-Verfahren **von vornherein mangels Gleichwertigkeit ausscheiden muss**, soweit das Beurkundungsgesetz ein Präsenzverfahren vorschreibt (insoweit ausdrücklich BT-Drucks. 20/1672, S. 13).

Aufgrund der oben geschilderten **abstrakten** Natur der Substitutionsprüfung reicht es für die **Ablehnung der Gleichwertigkeit** also aus, dass das österreichische Beurkundungsrecht – wie hier für Geschäftsanteilsübertragungen – **überhaupt** ein Fernbeurkundungsverfahren vorsieht, während der deutsche Gesetzgeber keine Abweichung vom Präsenzerfordernis zulässt.

d) Selbst im Anwendungsbereich der notariellen Online-Verfahren keine Gleichwertigkeit der Beurkundung durch österreichischen Notar

Selbst wenn der Frage ein Beurkundungsgegenstand zu

Grunde läge, für den der deutsche Gesetzgeber durch formelles Gesetz die Online-Beurkundung zugelassen hätte, käme man zu dem Ergebnis, dass ein nach österreichischem Verfahrensrecht durchgeführtes Online-Beurkundungsverfahren einem deutschen Online-Beurkundungsverfahren nicht gleichwertig ist. Die Frage wäre also gleichlautend zu beantworten, wenn A und B im Sachverhalt nicht Geschäftsanteile übertragen, sondern bspw. eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Wege einer Bargründung gegründet hätten, § 2 Abs. 3 GmbHG.

Maßgebende Gründe hierfür liegen jedenfalls (i) in der Person desjenigen, der die Identifizierung der Beteiligten vornimmt, (ii) in der Art und Weise der Identifizierung, sowie (iii) in der Trägerschaft des eingesetzten Videokommunikationssystem. Da diese Maßstäbe ebenso für die Prüfung der Gleichwertigkeit einer im Online-Verfahren durchgeführten Beglaubigung anzuwenden sind, gelten die nachfolgenden Ausführungen im Übrigen auch nicht nur für Beurkundungen, sondern ebenso für Beglaubigungen.

Nach den allgemeinen Grundsätzen setzt Gleichwertigkeit voraus, dass die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeiten des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und für die Errichtung der Urkunde ein **Verfahrensrecht** zu beachten hat, das den **tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts** entspricht. Zu den Grundsätzen des nationalen Beurkundungsrechts zählen auch die rechtlichen Vorgaben für die Ausgestaltung des Online-Beurkundungsverfahrens (vgl. BT-Drucks. 20/1672, S. 13). Eine Gleichwertigkeit kann daher nur für solche ausländischen Online-Verfahren bestehen, deren Vorgaben den technischen Standards des deutschen Online-Verfahrens entsprechen. Dies ist für Online-Beurkundungsverfahren nach dem österreichischen Verfahrensrecht nicht der Fall.

(i) Nach § 10 Abs. 1 BeurkG ist die Identifikation der Beteiligten **durch den Notar höchstpersönlich** vorzunehmen. Dies gilt erst recht im geldwäscherechtlichen Zusammenhang: Der Notar ist geldwäscherechtlich Verpflichteter nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG und hat auch nach § 11 GwG die Beteiligten höchstpersönlich zu identifizieren (s. hierzu ausführlich Sommer, MittBayNot 2019, 226, 230 f.). Auch im Rahmen eines notariellen Online-Verfahrens folgt aus § 16c BeurkG die Pflicht zur höchstpersönlichen Identifizierung der Beteiligten durch den Notar. Die Feststellungen des Notars zur Person haben einen hohen Wert und beweisen i. S. d. § 415 ZPO, dass die in der Urkunde genannten

Personen tatsächlich die enthaltenen Erklärungen abgegeben haben. Sie besitzen die Kraft einer notariellen Bescheinigung (so Armbrüster/Preuß/Piegsa, BeurkG, 9. Aufl. 2022, § 10 Rn. 12).

Im österreichischen Verfahren ist es hingegen möglich, die **Identifikation auf Mitarbeiter** und auch auf **Dienstleister auszulagern** (Lieder, NZG 2022, 1043, 1050). Dies ist nach § 69b Abs. 2 S. 2 der österreichischen Notariatsordnung (öNO) in Verbindung mit § 3 Abs. 3 und § 5 der österreichischen eIdentifikationsverordnung (NEIV, öst. BGBl. 2019/II Nr. 1, zuletzt geändert durch öst. BGBl. 2020/II Nr. 185) ausdrücklich zugelassen. An Sicherungsmaßnahmen hinsichtlich der zur Identifikation herangezogenen Personen ist in § 2 Abs. 1 NEIV lediglich vorgesehen, dass der Mitarbeiter für die Durchführung besonders geschult und zuverlässig sein muss. Bei Einsatz eines Dienstleisters ist nach § 5 NEIV nur dafür zu sorgen, dass der Dienstleister Maßnahmen ergreift, die sowohl hinsichtlich des Umfangs als auch der Qualität den Anforderungen nach der NEIV entsprechen. Die Identifikation ist ersichtlich nicht gleichwertig mit der höchstpersönlichen Identifikation durch einen Notar in Deutschland (so auch Lieder, NZG 2022, 1043, 1051).

(ii) Hinzu kommt, dass auch die Art und Weise der im österreichischen Online-Verfahren vorgesehenen Identifikation selbst deutliche qualitative Defizite gegenüber dem deutschen Identifikationsverfahren aufweist. Nach deutschem Beurkundungsrecht muss die Feststellung der Person der Beteiligten im Online-Verfahren stets nach dem in § 16c BeurkG vorgesehenen Verfahren erfolgen. Im Rahmen einer **zweistufigen Identifizierung** sind dabei grundsätzlich aus einem Ausweisdokument sowohl die dort gespeicherten eID-Daten (§ 16c S. 1 BeurkG) als auch das auf dem Ausweisdokument elektronisch gespeicherte Lichtbild (§ 16c S. 2 BeurkG) auszulesen und an den Notar zu übermitteln. Das Ausweisdokument muss dabei dem Vertrauensniveau „hoch“ im Sinne des Art. 8 Abs. 2 lit. c der eIDAS-VO (VO (EU) Nr. 910/2014) entsprechen. Es handelt sich dabei um den höchsten in der eIDAS-VO vorgesehenen Sicherheitsstandard.

Demgegenüber sieht § 69b Abs. 2 S. 1 öNO **lediglich eine einstufige Identifizierung** vor. Diese kann entweder durch Auslesen einer eID erfolgen, wobei nach § 69b Abs. 2 S. 1 Nr. 2, § 36b Abs. 2 S. 2 öNO Ausweisdokumente mit dem niedrigeren Sicherheitsniveau „substanziell“ (Art. 8 Abs. 2 lit. b eIDAS-VO) ausreichen. Alternativ lässt § 69b Abs. 2 S. 1 Nr. 1 öNO auch das sog. **Video-Ident-Verfahren** genügen, welches nach § 3 NEIV lediglich erfordert, dass das Ausweisdoku-

ment in die Kamera gehalten wird und auf diese Weise Sicherheitsmerkmale überprüft werden.

Bereits die Grundentscheidung für ein lediglich einstufiges Verfahren führt dazu, dass das österreichische Beurkundungsverfahren bei abstrakter Betrachtung nicht mit den Vorgaben des § 16c BeurkG gleichwertig ist. Weder das alleinige Auslesen der eID noch das Video-Ident-Verfahren erreichen für sich das vom deutschen Beurkundungsrecht vorgeschriebene Sicherheitsniveau. Dies folgt bereits aus der Zulässigkeit von eIDs des niedrigeren Sicherheitsniveaus „substanziell“ im österreichischen Verfahren. Außerdem hat der Gesetzgeber bewusst entschieden, ein reines eID-Verfahren generell nicht genügen zu lassen, sondern grundsätzlich auch auf die zusätzliche elektronische Übermittlung eines amtlich gespeicherten Lichtbildes zu bestehen (BT-Drucks. 19/28177, S. 120). Das Video-Ident-Verfahren ist auch nicht gleichwertig mit dem Auslesen des elektronisch gespeichertem Lichtbilds nach § 16c S. 2 BeurkG. Bei letzterem wird direkt auf das elektronische Speichermedium des Ausweisdokuments zugegriffen und die dort von hoheitlicher Stelle hinterlegte Bilddatei zunächst auf Echtheit, Gültigkeit und Manipulationsfreiheit überprüft (§ 10 Abs. 3 S. 3 NotViKoV) und sodann an den Notar übermittelt. Video-Ident-Verfahren werden hingegen als fälschungsanfällig eingeschätzt (Lieder, NZG 2022, 1043, 1051; BT-Drucks. 19/28177, S. 121). Das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) verweist auf potentielle Manipulationsmöglichkeiten (BSI, Anforderungskatalog zur Prüfung von Identifikationsverfahren gemäß TR03147, S. 26, 34, 67 f.). Dementsprechend hat der deutsche Gesetzgeber Video-Ident-Verfahren ausdrücklich für nicht mit dem deutschen Beurkundungsverfahren gleichwertig erachtet (BT-Drucks. 19/28177, S. 121).

(iii) Schließlich können sich österreichische Notare **bei der Videoübertragung eines privatwirtschaftlichen Anbieters** bedienen (Lieder, NZG 2022, 1043, 1052). Dies widerspricht nach Ansicht des deutschen Gesetzgebers dem hoheitlichen Charakter des Beurkundungsverfahrens und ist damit nicht gleichwertig.

Online-Beurkundungen können nach deutschem Beurkundungsrecht lediglich mittels des von der Bundesnotarkammer nach § 78p BNotO betriebenen Videokommunikationssystems durchgeführt werden, § 16a Abs. 1 BeurkG. Da das **Beurkundungsverfahren hoheitlichen Charakter hat** und der **Gewährleistung staatlicher Kernfunktionen** dient, darf zur Erfüllung der notariellen Amtspflichten im Rahmen der Beurkundungsverhandlung nicht auf ein Videokom-

munikationssystem zurückgegriffen werden, das von einem privaten Dritten zur Verfügung gestellt wird (BT-Drucks. 19/28177, S. 116). Die Bundesnotarkammer betreibt das Videokommunikationssystem in mittelbarer Staatsverwaltung und steht dabei unter staatlicher Aufsicht. Hingegen würde es dem hoheitlichen Charakter der Beurkundungsverfahren nicht gerecht, wenn die Gefahr des Zugriffs privater Dienstleister auf die sensiblen Inhalte der Urkundsverhandlung bestünde. Nach der gesetzgeberischen Grundentscheidung gewährleistet auch dieser exklusive Betrieb der Videokommunikationsplattform in öffentlicher Hand ein höheres Niveau an Rechtssicherheit als die Einschaltung privater Dienstleister. Das österreichische Beurkundungsverfahren trägt dem hoheitlichen Charakter des Beurkundungsverfahrens nicht gleichwertig Rechnung.

Doch auch abgesehen von den abstrakt zu betrachtenden verfahrensrechtlichen Differenzen in technischer Hinsicht dürfte die Beurkundung durch einen österreichischen Notar derjenigen durch einen deutschen Notar auch angesichts der gesetzlichen Mitteilungspflichten des deutschen Notars an das Finanzamt in den Fällen des § 54 Abs. 1 EStDV nicht gleichwertig sein. Österreichische Notare können, da sie nicht der Hoheit des deutschen Gesetzgebers unterworfen sind, nicht Normadressaten entsprechender Mitteilungspflichten sein. Selbst bei Angleichung aller vorstehend genannten Unterschiede wäre also zu prüfen, ob die Prüfung der Gleichwertigkeit nicht daran scheitert, dass der deutsche Notar abgesehen von seiner Beurkundungsfunktion weitere tragende Funktionen im Staat (bspw. geldwäscherechtliche Sorgfalts- und Meldepflichten nach §§ 10 ff., 43 ff. GwG sowie steuerliche Anzeigepflichten) übernimmt, deren Zwecke bei Beurkundung durch nicht entsprechend verpflichtete ausländische Notare nicht erreicht würden.

3. Ergebnis

Da das nach österreichischem Verfahrensrecht durchgeführte Online-Beurkundungsverfahren die nach deutschem Beurkundungsrecht erforderliche Präsenzbeurkundung nicht zu ersetzen vermag, ist die Anteilsabtretung formnichtig, § 125 S. 1 BGB. Das Registergericht darf eine durch einen deutschen Notar als Boten weitergereichte Gesellschafterliste aufgrund der offensichtlichen Unwirksamekeit der Veränderung als offensichtlich unrichtig ablehnen (vgl. zur Botentätigkeit des deutschen Notars MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 350). Erkennt das Registergericht die offensichtliche Unwirksamkeit der Übertragung, so ist es zur Zurückweisung der Liste sogar verpflichtet.

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 Abruf-Gutachten.

EuGüVO Art. 23

Rumänien: Formerfordernisse bei Abschluss eines Ehevertrages und bei güterrechtlicher Rechtswahl nach Art. 22 EuGüVO

Abruf-Nr.:

RSiedlG §§ 4, 8; BGB §§ 464 Abs. 2, 466

Siedlungsrechtliches Vorkaufsrecht; Genehmigungsversagung; Nebenleistung

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 2306, 2314

Auskunftsanspruch über den Bestand des Nachlasses nach Ausschlagung des Erbteils

Einem Pflichtteilsberechtigten steht auch nach Ausschlagung seines Erbteils gemäß § 2306 Abs. 1 BGB ein Auskunftsanspruch gemäß § 2314 Abs. 1 BGB zu.

BGH, Versäumnisurteil v. 30.11.2022 – IV ZR 60/22

Problem

Die Parteien sind Kinder des 2015 verstorbenen Erblassers und wurden von diesem testamentarisch zu Erben eingesetzt. Der Sohn S1 des Erblassers und spätere Kläger schlug gemeinsam mit seinen zwei Schwestern die Erbschaft gemäß § 2306 Abs. 1 BGB – auch für seine Kinder – aus (zumal sein Erbteil mit Testamentsvollstreckung und Vorausvermächnissen belastet war). Die verbliebenen weiteren zwei Söhne des Erblassers schlugen nicht aus.

Nach dem Tod des Erblassers trat der Kläger seinen Pflichtteilsanspruch in Höhe einer Schmerzensgeldforderung seiner Stieftochter gegen ihn von 12.000 € an diese ab. Dabei behielt er sich vor, den Anspruch auf eigene Veranlassung und Kosten rechtlich zu verfolgen. Der Kläger begehrt nun im Wege einer Stufenklage Ver-

urteilung seines Bruders zur Auskunftserteilung über den Bestand des Nachlasses durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses.

Entscheidung

Das Gericht weist die Revision des Beklagten zurück. Dem Kläger stehe als Auskunftsgläubiger ein Anspruch nach § 2314 BGB zu, auch wenn er als Pflichtteilsberechtigter das Erbe gem. § 2306 Abs. 1 BGB ausgeschlagen und den Pflichtteilsanspruch behalten habe. Da der Kläger lediglich den Pflichtteilsanspruch in Höhe von 12.000 € abgetreten habe, bleibe die Aktivlegitimation auch in Bezug auf den mit dem Pflichtteilsanspruch in Zusammenhang stehenden Auskunftsanspruch gem. § 2314 Abs. 1 BGB bestehen.

Ob jedoch ein Pflichtteilsberechtigter nach Ausschlagung des Erbteils gem. § 2306 Abs. 1 Hs. 1 BGB „nicht Erbe“ i. S. d. § 2314 Abs. 1 BGB sei, sei in Literatur und Rechtsprechung umstritten. Nach einer Ansicht sei § 2314 Abs. 1 BGB nicht auf Personen anzuwenden, die erst durch Ausschlagung des Erbes als „Berechtigte“ im Sinne des § 2314 BGB anzusehen seien (vgl. Jauernig/Stürner, BGB 18. Aufl. 2021, § 2314 Rn. 1; OLG Celle ZEV 2006, 557 unter I 1). Die Ausschlagung des Erbes dürfe nicht dazu dienen, die eigene Stellung in einem späteren Auskunftsverfahren gegenüber dem Erben zu verbessern und Rechte zu erlangen, die einem Miterben nicht zustünden.

Dieser Ansicht stellt sich nun der BGH mit der h. M. in der vorliegenden Entscheidung entgegen: Werde eine Erbschaft ausgeschlagen, so gelte der Anfall gem. § 1953 Abs. 1 BGB als von Anfang an nicht erfolgt. § 2314 Abs. 1 BGB verlange jedoch nur, dass der Pflichtteilsberechtigte im Zeitpunkt des Auskunftsverlangens nicht mehr „Erbe ist“. Damit umfasse der Wortlaut sowohl die Enterbung eines Pflichtteilsberechtigten als auch dessen Erbausschlagung. Ausnahmen von der Rückwirkung der Ausschlagung wie etwa in § 1959 Abs. 2 und 3 BGB bestünden in Bezug auf das Auskunftsrecht gem. § 2314 Abs. 1 BGB nicht. Eine abweichende Auslegung sei nicht angezeigt. Es handle sich bei dem Auskunftsanspruch um einen unselbstständigen Hilfsanspruch des Pflichtteilsberechtigten, die notwendigen Kenntnisse zur Bemessung des Pflichtteilsanspruchs zu erwerben. Wenn das Gesetz dem Pflichtteilsberechtigten auch für den Fall einer Erbausschlagung gem. § 2306 Abs. 1 BGB einen Pflichtteilsanspruch einräume, sei kein Grund dafür ersichtlich, warum dem Pflichtteilsberechtigten nicht auch entsprechende Hilfsansprüche wie § 2314 Abs. 1 BGB zustehen sollten.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Dr. Philipp Theuersbacher

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 656d – Analoge Anwendung des § 656d Abs. 1 S. 1 BGB bei beiderseitigem Maklervertrag; Abwälzungsklausel; Erfüllungsübernahme

BGB §§ 1098, 470 ; BauGB § 26 Nr. 1 – Vorkaufsrecht; GbR auf Verkäuferseite; Verkauf an gesetzliche Erben

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

HGB § 161; GmbHG §§ 2, 5a – Einheits-KG: Unmöglichkeit der Errichtung in einem einzigen Schritt

EStG § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1; AO § 42 – Steuerliche Behandlung eines punktuell satzungsdurchbrechenden inkongruenten Vorabgewinnausschüttungsbeschlusses

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 656d

Analoge Anwendung des § 656d Abs. 1 S. 1 BGB bei beiderseitigem Maklervertrag; Abwälzungsklausel; Erfüllungsübernahme

I. Sachverhalt

Die Beteiligten wollen in einem Grundstückskaufvertrag eine Abwälzungsklausel aufnehmen, wonach der Käufer für den Verkäufer die Maklergebühr vollständig im Rahmen einer Erfüllungsübernahme übernimmt. Sie sind der Ansicht, dass in diesem Fall § 656d Abs. 1 S. 1 BGB nicht anwendbar sei, da beide Parteien jeweils einen Maklervertrag geschlossen hätten und eine Einschränkung der Abwälzungsmöglichkeit in § 656c BGB gerade nicht geregelt sei.

II. Frage

Ist § 656d Abs. 1 S. 1 BGB auch auf Fälle anzuwenden, in denen beide Parteien den Makler beauftragt haben?

III. Zur Rechtslage

1. Analoge Anwendung des § 656d Abs. 1 S. 1 BGB

Wir setzen zunächst voraus, dass es sich um einen Kaufvertrag über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus i. S. d. § 656d Abs. 1 BGB handelt (zur insofern untechnischen Formulierung des Gesetzgebers vgl. BeckOGK-BGB/Meier, Std.: 1.11.2022, § 656a Rn. 7).

Vom **Wortlaut** des § 656d Abs. 1 S. 1 BGB wird lediglich der Fall erfasst, dass **eine Partei** des Kaufvertrags einen Maklervertrag abgeschlossen hat. In diesem Fall soll eine Vereinbarung, die die andere Partei zur Zahlung oder Erstattung von Maklerlohn verpflichtet, nur dann wirksam sein, wenn die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, zur Zahlung des Maklerlohns mindestens in gleicher Höhe verpflichtet bleibt. Da im geschilderten Sachverhalt aber beide Parteien des Kaufvertrags einen Maklervertrag abgeschlossen haben, scheidet eine direkte Anwendung aus.

Es wird jedoch vertreten, dass § 656d Abs. 1 S. 1 BGB **zu eng formuliert** sei, um die vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke zu erfüllen (BeckOGK-BGB/Meier, § 656d Rn. 5; ders., ZfIR 2020, 765, 771; jurisPK-

BGB/Würdinger, 9. Aufl. 2020, § 656d Rn. 4). Daher soll die Norm **analog anzuwenden** sein, wenn **beide Seiten mit dem Makler eine Vereinbarung getroffen haben** und es um die Abwälzung von Verbindlichkeiten einer Partei aus ihrem Vertrag mit dem Makler geht (Staudinger/Arnold, BGB, 2021, § 656d Rn. 2; BeckOGK-BGB/Meier, § 656d Rn. 5; ders., ZfIR 2020, 765, 771; jurisPK-BGB/Würdinger, § 656d Rn. 4). § 656d Abs. 1 S. 1 BGB (analog) regele insofern das Rechtsverhältnis zwischen den Kaufvertragsparteien und verbiete, dass eine Seite die anfallenden Maklerkosten insgesamt allein tragen soll.

Dieser Auffassung ist u. E. zuzustimmen. Den §§ 656c, 656d BGB ist eine wirtschaftliche Betrachtung zugrunde zu legen. Es widerspräche der gesetzgeberischen Intention (dazu Ziff. 2), wenn im wirtschaftlichen Ergebnis einer der Beteiligten den Maklerlohn allein begleichen müsste, obwohl der Makler nicht ausschließlich für ihn tätig geworden ist (so überzeugend Meier, ZfIR 2020, 765, 771). Der Wortlaut des § 656d Abs. 1 S. 1 BGB ist daher zu eng gefasst und eine analoge Anwendung im hier vorliegenden Sachverhalt geboten.

2. Umfang des Verbots des § 656d Abs. 1 S. 1 BGB

§ 656d Abs. 1 S. 1 BGB verlangt, dass der (bisherige) Vertragspartner des Maklers wenigstens *noch über die Hälfte* des (gesamten) Maklerlohns verpflichtet bleiben muss. Für den hier vorliegenden Fall der **Erfüllungsübernahme** verspricht der Übernehmende zwar nur dem Schuldner gegenüber, dessen Gläubiger (hier den Makler) zu befriedigen, sodass dieser keine Rechte aus der Abrede erwirbt und es sich lediglich um einen unechten Vertrag zugunsten Dritter handelt (vgl. MünchKommBGB/Gottwald, 9. Aufl. 2022, § 329 Rn. 1). Der konkrete rechtstechnische Weg spielt für die Anwendbarkeit des § 656d Abs. 1 S. 1 BGB aber keine Rolle. Vielmehr ist eine **wirtschaftliche Betrachtung** anzustellen (BeckOGK-BGB/Meier, § 656d Rn. 5). So heißt es im Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 19/15827, S. 20):

„Dies betrifft sowohl Vereinbarungen der Parteien des Kaufvertrages untereinander, aus denen sich ein unmittelbarer oder mittelbarer Anspruch des Maklers ergibt (zum Beispiel Vertrag zugunsten Dritter, Erfüllungsübernahme, Freistellung), als auch Vereinbarungen des Maklers mit der Partei, die nicht sein Vertragspartner ist (zum Beispiel Schuldübernahme). Voraussetzung ist aber in jedem Fall, dass der Vertragspartner des Maklers zur Zahlung einer Provision mindestens in gleicher Höhe verpflichtet bleibt, so dass sich die andere Partei allenfalls zur Begleichung der hälftigen Gesamtkosten verpflichten kann.“

Demnach dürfte die von den Parteien gewünschte Regelung, wonach der Käufer für den Verkäufer den Maklerlohn vollständig im Rahmen einer Erfüllungsübernahme übernehmen soll, nicht zulässig sein und **gegen § 656d Abs. 1 S. 1 BGB (analog) verstoßen**. Eine (höchst-)richterliche Entscheidung hierzu steht indes – soweit ersichtlich – noch aus.

3. Rechtsfolge des § 656d Abs. 1 S. 1 BGB

§ 656d Abs. 1 S. 1 BGB ist keine dispositive Norm, sondern **zwingendes Recht** (Meier, ZfIR 2020, 765, 772; Staudinger/Arnold, § 656d Rn. 5). Sofern eine Vereinbarung gegen § 656d BGB verstößt, ist diese **nichtig**. Ob zur dogmatischen Begründung § 134 BGB heranzuziehen ist (so Meier, ZfIR 2020, 765, 772) oder sich dieses Ergebnis direkt aus § 656d Abs. 1 S. 1 BGB ergibt (so wohl Staudinger/Arnold, § 656d Rn. 5; jurisPK-BGB/Würdinger, § 656d Rn. 4), ist nicht entscheidend.

Umstritten ist, ob die Nichtigkeit zu einer **geltungserhaltenden Reduktion** führt. Einerseits – und herrschend – wird vertreten, dass die Vereinbarung der Parteien nur insoweit unwirksam ist, als mehr als die Hälfte des (Gesamt-)Maklerlohns übernommen wurde, sodass der Übernehmer gleichwohl die Hälfte der (Gesamt-)Provision wirtschaftlich zu tragen hat (so BeckOGK-BGB/Meier, § 656d Rn. 17; vgl. auch Grüneberg/Retzlaff, BGB, 82. Aufl. 2023, § 656d Rn. 2: Umdeutung in eine Vereinbarung in der maximal zulässigen Höhe). Andererseits wird die gesamte Abwälzungsklausel für unwirksam und eine geltungserhaltende Reduktion nicht für möglich gehalten (so jurisPK-BGB/Würdinger, § 656d Rn. 1; Staudinger/Arnold, § 656d Rn. 5).

Der Kaufvertrag selbst bleibt jedoch wirksam, sofern er nicht ausnahmsweise nach den Grundsätzen des § 139 BGB nichtig ist (dazu BeckOGK-BGB/Meier, § 656d Rn. 17; Grüneberg/Retzlaff, § 656d Rn. 2; vgl. auch Staudinger/Arnold, § 656d Rn. 5; Jauernig/Mansel, 18. Aufl. 2021, BGB § 656d Rn. 3).

4. Ergebnis

Die von den Beteiligten gewünschte Abwälzungsvereinbarung dürfte gegen den analog anzuwendenden § 656d Abs. 1 S. 1 BGB verstoßen. Die Vereinbarung wäre daher zumindest insoweit nichtig, als eine Verpflichtung zur Zahlung von mehr als 50 % des (Gesamt-)Maklerlohns begründet werden soll. Nach strengerer Ansicht wäre sie sogar insgesamt nichtig. Eine (höchst-)richterliche Entscheidung zur analogen Anwendung von § 656d Abs. 1 S. 1 BGB steht indes noch aus.

BGB §§ 1098, 470 ; BauGB § 26 Nr. 1 Vorkaufsrecht; GbR auf Verkäuferseite; Verkauf an gesetzliche Erben

I. Sachverhalt

Eine GbR, bestehend aus Mutter (M) und Vater (V), will ein Grundstück an den Sohn von M und V (S) verkaufen. Im Grundbuch ist ein dingliches Vorkaufsrecht für D eingetragen.

II. Fragen

1. Ist § 470 BGB auf dingliche Vorkaufsrechte anwendbar?

2. Ist § 470 BGB anwendbar, wenn eine GbR bestehend aus den Eltern des Erwerbers, an diesen verkauft?

III. Zur Rechtslage

1. Anwendbarkeit von § 470 BGB auf dingliche Vorkaufsrechte (1. Frage)

Nach § 470 BGB erstreckt sich das Vorkaufsrecht im Zweifel nicht auf einen Verkauf, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt. Die Vorschrift enthält eine Auslegungsregel (Grüneberg/Weidenkaff, BGB, 82. Aufl. 2023, § 470 Rn. 1; MünchKommBGB/Westermann, 8. Aufl. 2019, § 470 Rn. 2; BeckOGK-BGB/Daum, Std.: 1.10.2022, § 470 Rn. 2).

Für das in §§ 1094 ff. BGB geregelte dingliche Vorkaufsrecht bestimmt § 1098 Abs. 1 S. 1 BGB, dass sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten **nach den Vorschriften der §§ 463-473 BGB** bestimmt. Der Verweis umfasst **auch § 470 BGB**. An der Anwendbarkeit von § 470 BGB auf dingliche Vorkaufsrechte besteht soweit ersichtlich kein Zweifel (vgl. Grüneberg/Herrler, § 1097 Rn. 1; MünchKommBGB/Westermann, § 1098 Rn. 1; BeckOGK-BGB/Daum, § 470 Rn. 3; Staudinger/Schermaier, BGB, 2013, § 470 Rn. 3; Everts, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 1 Rn. 183; vgl. auch OLG Stuttgart DNotZ 1998, 305, 307).

2. Anwendbarkeit von § 470 BGB bei GbR auf Verkäuferseite (2. Frage)

a) Wortlaut und Systematik

Der Wortlaut von § 470 BGB verlangt einen Verkauf mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben. Eigentümerin des Grundstücks ist hier die **GbR**, welche als solche **rechtsfähig** ist, jedenfalls soweit sie wie hier als **Außengesellschaft** durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflich-

ten begründet (Grüneberg/Sprau, § 705 Rn. 25; BGH NJW 2002, 1207; NJW 2008, 1378).

Die rechtsfähige Gesellschaft hat jedoch als Rechtssubjekt **keinen gesetzlichen Erben**. Nur Menschen, also natürliche Personen, können sterben und beerbt werden (sog. **passive Erbfähigkeit**, s. Grüneberg/Weidlich, § 1922 Rn. 2). Dem **Wortlaut** nach liegt bei einem Verkauf an den Sohn der Gesellschafter der GbR, die Eigentümerin und Verkäuferin des Grundstücks ist, daher **kein Fall des § 470 BGB** vor.

Gegen die Anwendbarkeit von § 470 BGB spricht zudem ein **systematischer Gesichtspunkt**, der ebenfalls an die **eigene Rechtspersönlichkeit** der GbR anknüpft. Zu argumentieren, es käme für § 470 BGB auf die hinter der GbR stehenden Gesellschafter an, würde vor allem dann zu Verzerrungen führen, wenn nicht alle Gesellschafter der GbR zum privilegierten Personenkreis gehören. Wären etwa an der GbR nicht M und V, sondern M und ein Dritter beteiligt, so bestünde das Vorkaufsrecht nur bezüglich des Anteils des Dritten, wobei es einen solchen (Miteigentums-)Anteil ja gerade nicht gibt. Denn die GbR ist Alleineigentümerin. Dieses Argument wird mit Blick auf das zum 1.1.2024 in Kraft tretende MoPeG (BGBl. I 2021, S. 3436) noch an Bedeutung gewinnen, da dann in § 705 BGB Abs. 2 Var. 1 BGB sogar ausdrücklich geregelt sein wird, dass die GbR selbst Rechtspersönlichkeit besitzen kann und damit ein *aliud* zu den Gesellschaftern darstellt.

b) Analoge Anwendung von § 470 BGB

Gleichwohl könnte eine entsprechende Anwendung von § 470 BGB in Betracht kommen. Eine mit § 470 BGB **vergleichbare Regelung** findet sich **für das gemeindliche Vorkaufsrecht in § 26 Nr. 1 BauGB** (BeckOGK-BGB/Daum, § 470 Rn. 3, Staudinger/Schermaier, § 470 Rn. 3).

Zu § 26 Nr. 1 BauGB sind in der Vergangenheit bereits Entscheidungen in Fällen ergangen, in denen eine GbR auf Verkäuferseite bzw. auf Käuferseite beteiligt war (zur GbR auf Verkäuferseite OLG Hamm BeckRS 2020, 39625; zur GbR auf Käuferseite OLG Celle BeckRS 2013, 21107). Nach § 26 Nr. 1 BauGB ist das (gemeindliche) Vorkaufsrecht ausgeschlossen, wenn der Eigentümer das Grundstück an seinen Ehegatten oder an eine Person verkauft, die mit ihm in gerader Linie verwandt oder verschwägert oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt ist.

Das **OLG Hamm** (BeckRS 2020, 39625) hatte einen Fall zu entscheiden, in dem **auf Veräußererseite eine**

GbR stand, auf Erwerberseite hingegen einer der Gesellschafter. Alle beteiligten natürlichen Personen gehörten zum Personenkreis des § 26 Nr. 1 BauGB. Laut OLG Hamm war § 26 Nr. 1 BauGB **seinem Wortlaut nach nicht anwendbar**; auch eine erweiternde Auslegung komme nicht in Betracht. Zur Begründung führte das OLG Hamm an, dass sich die **Zwecke** des § 26 Nr. 1 BGB **nicht** auf den Fall **übertragen ließen**, in dem eine GbR ein Grundstück veräußert. Zweck des § 26 Nr. 1 BauGB sei es, das gemeindliche Vorkaufsrecht bei Verkäufen unter Verwandten auszuschließen, da in diesen Konstellationen sehr häufig **Preise deutlich unterhalb des Verkehrswerts** des Grundstücks vereinbart würden und die Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts zu diesen Preisen **nicht angemessen** wäre. Es stehe aber gerade nicht fest, dass bei Verkäufen durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts an eine Person, die in einem Verwandtschaftsverhältnis zu den Gesellschaftern der veräußernden GbR stehe, ebenfalls solche Preise vereinbart würden. Dabei handele es sich nämlich nicht um Verkaufsvorgänge unter Verwandten, sondern um einen Verkauf durch ein von Verwandten gebildetes Konstrukt mit eigener Rechtsfähigkeit. Das OLG Hamm führte aus, es habe **keine allgemein zugängliche Datenbasis** für diese spezifische Form der Verkaufsvorgänge finden können.

Daher **verneinte** es im Ergebnis die Vergleichbarkeit der Interessenlage, die für eine **analoge Anwendung von § 26 Nr. 1 BauGB** nötig wäre.

In der Entscheidung des **OLG Celle** (BeckRS 2013, 21107) war der Fall einer **GbR auf Erwerberseite** zu entscheiden. Das Gericht **verneinte** die Anwendung **von § 26 Nr. 1 BauGB** mit der Begründung, dass sich ansonsten das gemeindliche Vorkaufsrecht **allzu leicht umgehen** ließe. Denn der Veräußerer könnte zunächst zur Umgehung das Grundstück an eine GbR bestehend aus Verwandten verkaufen und in einem zweiten Schritt könnten die Gesellschafter – wie von Anfang an geplant – ihre Anteile an der GbR anstelle des Grundstücks auf den Erwerber übertragen.

Die Entscheidung des OLG Celle ist in der Literatur auf Zustimmung gestoßen (BeckOK-BauGB/Grziwotz, Std.: 1.9.2022, § 26 Rn. 1). Es überzeugt, jedenfalls für den Fall einer GbR auf Erwerberseite auch von der Nichtanwendbarkeit des § 470 BGB auszugehen, denn die Gefahr einer Umgehung des Vorkaufsrechts liegt in solchen Fällen in der Tat nahe.

Allerdings könnte man bezweifeln, dass die Anwendung des § 470 BGB auch bei einer **Veräußerung durch eine GbR**, deren sämtliche Gesellschafter zum privilegierten

Personenkreis gehören, ausscheidet. Die Begründung des **OLG Hamm** fußt letzten Endes darauf, dass es **keine vergleichbare Interessenlage ermitteln konnte**. Hieraus folgt noch nicht, dass es tatsächlich keine vergleichbare Interessenlage gibt. Die Gesellschafter der veräußernden GbR hätten es in der Hand, die Gesellschaft aufzulösen mit der Folge der Übertragung des Eigentums an dem Grundstück auf die Gesellschafter zu Miteigentum. Anschließend könnten sie das Grundstück als Miteigentümer an den gesetzlichen Erben verkaufen, wobei in diesem Fall § 470 BGB seinem Wortlaut nach zur Anwendung käme. Angesichts dessen ist es grundsätzlich denkbar, den Beteiligten den **Zwischenschritt** der Übertragung des Eigentums von der GbR auf die Gesellschafter als **bloße Förmelerei** zu ersparen und § 470 BGB auch auf den Fall der Veräußerung durch eine GbR anzuwenden.

Dem steht allerdings entgegen, dass die **Zwecke des § 470 BGB denen des § 26 Nr. 1 BauGB** im Wesentlichen **entsprechen** und das OLG Hamm eben zu § 26 Nr. 1 BauGB wie vorstehend geschildert entschieden hat. Zweck des § 470 BGB ist die Erhaltung von Familienbesitz. So bilden die nahen Angehörigen einem Dritten gegenüber sozusagen eine Einheit, weshalb die entgeltliche Veräußerung der mit dem Vorkaufsrecht behafteten Sache an einen Angehörigen **nicht als ein Kauf im eigentlichen Sinne**, sondern eher als ein Fall der **antizipierten Erbfolge** zu verstehen ist (BeckOGK-BGB/Daum, § 470 Rn. 2). In solchen Fällen würde die Ausübung des Vorkaufsrechts dem mit der Veräußerung der Sache verfolgten Zweck, den Familienbesitz zu erhalten, zuwiderlaufen, denn von den Vergünstigungen, die dem gesetzlichen Erben zugutekommen sollen, soll der Vorkaufsberechtigte gerade nicht profitieren (BGH NJW 1987, 890, 891; BeckOGK-BGB/Daum, § 470 Rn. 2).

Auch im Fall des § 26 Nr. 1 BauGB beruht der Ausschluss des Vorkaufsrechts auf der Tatsache, dass im Rahmen enger persönlicher Beziehungen das Grundstücksgeschäft häufig nur auf dem Umstand eben dieser engen persönlichen Beziehungen beruht und nicht auf den für einen Kauf typischen wirtschaftlichen Interessen (Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 26 Rn. 2). Die **Bedingungen des Geschäftes** sind **durch das Näheverhältnis** geprägt.

Obwohl also das gesetzliche gemeindliche Vorkaufsrecht nach §§ 24 ff. BauGB einen anderen Zweck verfolgt (u. a. Schutz der gemeindlichen Bauleitplanung im Interesse der Allgemeinheit, vgl. BeckOK-BauGB/Grziwotz, § 24 Vor Rn. 1) als die auf Rechtsgeschäft ba-

sierenden schuldrechtlichen bzw. dinglichen Vorkaufsrechte nach §§ 463 ff., 1094 ff. BGB, sind doch die Zwecke der Ausnahmetatbestände (§§ 470 BGB, 26 Nr. 1 BauGB) vergleichbar. In beiden Fällen geht es darum, einen bestimmten mit dem Veräußerer in einem Näheverhältnis stehenden Personenkreis vor der Ausübung des Vorkaufsrechts zu schützen.

Beide Vorschriften führen letztlich auch dazu, dass bei der Vereinbarung vergünstigter Konditionen **nicht geprüft werden muss**, ob das Rechtsgeschäft eine **gemischte Schenkung**, die von vornherein keinen Vorkaufsfall auslöst, **oder ein Kaufvertrag** ist, der den Vorkaufsfall auslösen würde (BeckOK-BauGB/Grziwotz, § 26 Rn. 1). Es liegt daher nahe, die Überlegungen des OLG Hamm zu § 26 Nr. 1 BauGB auf § 470 BGB zu übertragen.

Wenngleich es also Gründe dafür gibt, § 470 BGB auf Veräußerungen durch eine GbR analog anzuwenden, ist **von einer (analogen) Anwendung** auf den vorliegenden Fall angesichts der **anderslautenden Rechtsprechung des OLG Hamm** zu § 26 Nr. 1 BauGB und der **Vergleichbarkeit der Gründe** für den Ausschluss des Vorkaufsrechts im Fall des § 470 BGB **nicht auszugehen**.

3. Ergebnis

§ 470 BGB ist aufgrund des Verweises in § 1098 Abs. 1 S. 1 BGB auch auf das dingliche Vorkaufsrecht anzuwenden. Ausgehend vom Wortlaut des § 470 BGB, aus systematischen Erwägungen, die in der eigenen Rechtspersönlichkeit der GbR gründen, sowie angesichts der zitierten Entscheidung des OLG Hamm ist § 470 BGB aber weder direkt noch analog auf den geschilderten Sachverhalt anzuwenden. Der Dritte könnte das Vorkaufsrecht also ausüben.

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 Abruf-Gutachten.

LBO § 108; WEG § 10

Kein Sondernutzungsrecht an einer Baulast

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

HGB § 161; GmbHG §§ 2, 5a

Einheits-KG: Unmöglichkeit der Errichtung in einem einzigen Schritt

Eine Unternehmersgesellschaft kann nicht von einer Kommanditgesellschaft als Alleingesellschafterin gegründet werden, die ihrerseits erst zeitgleich mit der Unternehmersgesellschaft als einziger Komplementärin gegründet wird.

OLG Celle, Beschl. v. 10.10.2022 – 9 W 81/22

Problem

Es wurde eine UG (haftungsbeschränkt) gegründet. Als Gründerin trat die gleichzeitig in derselben notariellen Urkunde gegründete UG & Co. KG auf, deren einzige Komplementärin wiederum die UG sein sollte. Die designierten Geschäftsführer meldeten die UG zur Eintragung ins Handelsregister an.

Das Registergericht wies die Anmeldung mit der Begründung zurück, dass die UG nicht wirksam gegründet worden sei, weil die gründende Alleingesellschafterin (also die UG & Co. KG) ohne wirksam gegründete Komplementärin (UG) noch nicht existiere. Dagegen wandten sich die Beteiligten mit der Beschwerde. Sie brachten vor, dass die Gleichzeitigkeit der Gründung der UG und der Gründung der sie gründenden KG unschädlich sei. Die Ansicht des Registergerichts erweise sich als reine Förmerei. Zumindest sei die KG (also die Gründerin der UG) als OHG entstanden.

Entscheidung

Das OLG Celle hat der Ansicht des Registergerichts beigepflichtet und die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen: Die Gründerin der UG, d. h. die KG, habe zum Zeitpunkt der Gründung noch nicht existiert, da es ihr an einer Komplementärin gefehlt habe.

In der Literatur sei anerkannt, dass die Einheitsgesellschaft auf zwei Wegen entstehen könne: Zum einen könne eine existierende KG durch Neugründung oder Erwerb alle Geschäftsanteile an einer GmbH erlangen, die sodann bei der KG die Komplementärrolle übernehme. Zum anderen könnten die (künftigen) Kommanditisten zunächst eine GmbH und sodann mit dieser im zweiten Schritt eine KG gründen, die wiederum im dritten Schritt die Geschäftsanteile der Kommanditisten an der GmbH erwerbe. Hingegen widerspreche es zwingender Logik, wenn die (Vor-)GmbH vor ihrer eigenen Gründung als Komplementärin und Vertreterin

ihrer eigenen Gründerin auftrete. Es gehe also nicht um eine bloße Förmel.

Ebenso wenig überzeugte das OLG der Einwand, dass zwischen den übrigen Gesellschaftern der KG (also den künftigen Kommanditisten) zumindest eine OHG gegründet worden sei. Zum einen sei ausdrücklich eine KG gegründet und angemeldet worden; der Wille, ggf. auch eine OHG zu gründen, sei bereits wegen des anderen Haftungsregimes nicht anzunehmen. Zum anderen sei die KG – auch in der Anmeldung – ausdrücklich als Gründerin der UG bezeichnet worden. Für die Annahme, eine OHG habe die UG gegründet, bleibe daher schlicht kein Raum.

Am Ergebnis ändere sich nichts dadurch, dass eine Vor-GmbH anerkanntermaßen Komplementärin (und daher Mitgründerin) einer KG sein könne. Im Streitfall gehe es nämlich um die vorgelagerte Frage, ob die UG überhaupt wirksam gegründet worden sei.

EStG § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1; AO § 42
Steuerliche Behandlung eines punktuell satzungsdurchbrechenden inkongruenten Vorabgewinnausschüttungsbeschlusses

1. Ein punktuell satzungsdurchbrechender Beschluss über eine inkongruente Vorabauschüttung, der von der Gesellschafterversammlung einstimmig gefasst worden ist und von keinem Gesellschafter angefochten werden kann, ist als zivilrechtlich wirksamer Ausschüttungsbeschluss der Besteuerung zugrunde zu legen (entgegen BMF-Schreiben vom 17.12.2013, BStBl I 2014, 63).

2. Ein Gesellschafter, an den nach einem solchen Beschluss kein Gewinn verteilt wird, verwirklicht den Tatbestand der Einkünfteerzielung gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG nicht.

3. Ob eine inkongruente Vorabgewinnausschüttung nach § 42 AO gestaltungsmisbräuchlich ist, ist bei zivilrechtlich wirksamen punktuell satzungsdurchbrechenden Beschlüssen nach denselben Maßstäben zu beurteilen, die für satzungsgemäße inkongruente Ausschüttungen gelten.

BFH, Urt. v. 28.09.2022 – VIII R 20/20

Problem

A war zu 50 % beteiligter Gesellschafter der K-GmbH. Weitere zu 50 % beteiligte Gesellschafterin der K-GmbH war die T-GmbH, deren alleiniger Gesell-

schafter wiederum A gewesen ist. Die Satzung der K-GmbH enthielt im relevanten Zeitraum keine Regelung zur Gewinnverteilung, sah also weder vor, dass Gewinne stets abweichend von den Beteiligungsverhältnissen zu verteilen waren, noch enthielt sie eine Öffnungsklausel i. S. v. § 29 Abs. 3 S. 2 GmbHG. Die Gesellschafterversammlung der K-GmbH entschied mehrfach und einstimmig, Vorabgewinne alleine an die T-GmbH auszuschütten.

Das Finanzamt war der Auffassung, die Ausschüttungen seien zu 50 % auch A zuzurechnen, denn entweder seien die Ausschüttungsbeschlüsse mangels Satzungsgrundlage zivilrechtlich nichtig und in der Folge eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG oder sie seien zwar zivilrechtlich wirksam, aber ein Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO. Hiergegen wandte sich A bereits erfolgreich vor dem FG Münster (EFG 2020, 1603). Der BFH bestätigte nun die Entscheidung der Vorinstanz.

Entscheidung

Der BFH folgte der Ansicht der Finanzverwaltung nicht und ging von der zivilrechtlichen Wirksamkeit der Beschlüsse zur Vorabgewinnausschüttung aus. Es handle sich nicht um nichtige satzungsdurchbrechende Beschlüsse mit Dauerwirkung, sondern um wirksame, lediglich punktuell wirkende satzungsdurchbrechende Beschlüsse. Wenn die Satzung keine gesonderte Regelung zur Gewinnverteilung und auch keine Öffnungsklausel i. S. v. § 29 Abs. 3 S. 2 GmbHG enthalte, seien die Gewinne entsprechend der gesetzlichen Regelung des § 29 Abs. 3 S. 1 GmbHG zu verteilen. Diese gesetzliche Regelung sei dann ein materieller, jedoch kein formeller Satzungsbestandteil.

Grundsätzlich seien satzungsdurchbrechende Beschlüsse, die einen abweichenden rechtlichen Zustand mit Dauerwirkung begründeten, nichtig, wenn bei der Fassung des Beschlusses nicht alle materiellen und formellen Bestimmungen einer Satzungsänderung (insb. auch die notarielle Beurkundung und die Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister, §§ 53 Abs. 2 S. 1 Hs. 1, 54 Abs. 1 GmbHG) beachtet würden. Unterschieden werden müsse jedoch zwischen Beschlüssen mit Dauerwirkung und nur punktuell satzungsdurchbrechenden Beschlüssen. Bei lediglich punktuell wirkenden Beschlüssen werde die Satzung zwar verletzt, aber nicht mit Wirkung für die Zukunft geändert. Solche Beschlüsse seien zwar entsprechend § 243 Abs. 1 AktG auch bei der GmbH anfechtbar, aber eben nicht nichtig.

Es sei nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Beschlüsse zur Vorabgewinnausschüttung als lediglich

punktuell wirkende satzungsdurchbrechende Beschlüsse eingeordnet habe. Jede Beschlussfassung beruhe auf einem neuen Willensentschluss. Die Gesellschafter wollten keine neue Satzungsregelung zu einer generell von den Beteiligungsverhältnissen abweichenden Gewinnverteilung treffen.

Die unterschiedliche Behandlung von nur punktuell satzungsdurchbrechenden Beschlüssen und solchen mit Dauerwirkung rechtfertige sich dadurch, dass letztere auch den Rechtsverkehr berührten, während erstere letztlich nur geschäftsintern wirkten. Bei satzungsdurchbrechenden Beschlüssen mit Dauerwirkung sei die zum Handelsregister eingereichte Satzung nicht mehr richtig und vollständig, wenn der Beschluss nicht auch zum Register eingereicht werde. Dies gefährde Gläubiger, Geschäftspartner und etwaige später eintretende Gesellschafter, da diese sich keinen Überblick über die aktuell geltende Verfassung der Gesellschaft verschaffen könnten. Bei nur punktuell satzungsdurchbrechenden Beschlüssen bestehe diese Gefahr nicht. Diese seien daher nicht mit Nichtigkeit zu sanktionieren, sondern zivilrechtlich wirksam und bindend, jedenfalls solange sie nicht angefochten würden. Im zu prüfenden Fall stehe der Anfechtbarkeit nach § 243 Abs. 1 AktG analog entgegen, dass sämtliche Gesellschafter der inkongruenten Gewinnverteilung zugestimmt hätten. Offen ließ der BFH, ob es für die zivilrechtliche Wirksamkeit des Beschlusses einer notariellen Beurkundung bedarf.

Ausgehend von der zivilrechtlichen Wirksamkeit der Verteilungsbeschlüsse handele es sich bei den ausgeschütteten Gewinnen auf Ebene der empfangenden T-GmbH um Einkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG, während A den Tatbestand nicht verwirkliche. Schließlich sei wirksam beschlossen worden, an ihn keinen Gewinn auszuschütten. Offen ausgeschüttete Gewinne seien stets nur bei demjenigen Anteilseigner zu besteuern, dem sie in seiner Eigenschaft als Anteilseigner zufließen. Eine wohl seitens des BMF geforderte allgemeine steuerliche Angemessenheitskontrolle zivilrechtlich wirksamer beschlossener, inkongruenter Gewinnausschüttungen sei abzulehnen.

Eine vGA, die vorliege, wenn die GmbH ihrem Gesellschafter außerhalb der Gewinnverteilung einen Vorteil zuwende und diese Zuwendung ihren Anlass im Gesellschaftsverhältnis habe, liege demnach auch nicht vor. Denn es lägen offene Ausschüttungen auf Basis zivilrechtlich wirksamer Beschlüsse vor.

Schließlich verneinte der BFH das Vorliegen eines Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten i. S. v.

§ 42 AO. Inkongruente Gewinnverteilungen seien steuerlich anzuerkennen, wenn sie auf zivilrechtlich wirksam zustande gekommenen Beschlüssen beruhen. Ob diese punktuell satzungsdurchbrechend seien oder auf Basis einer entsprechenden Ermächtigung in der Satzung erfolgten, sei insofern unerheblich. Zu beachten sei hierbei auch, dass die Gestaltung letztlich nicht zu einem steuerlichen Vorteil des A führe, sondern die Besteuerung nur einstweilen – bis zur Ausschüttung durch die T-GmbH an ihn – aufgeschoben sei.

Praxishinweis

Trotz dieser BFH-Entscheidung, wonach punktuell satzungsdurchbrechende Gewinnverteilungsbeschlüsse steuerlich anzuerkennen sind, sollte man in der Praxis zunächst vorsichtig sein. Denn noch ist offen, ob die Finanzverwaltung dem BFH folgt, das BMF die Entscheidung also im BStBl. II veröffentlicht, oder ggf. nach erfolgter Veröffentlichung mit einem sog. „Nichtanwendungserlass“, zu veröffentlichen im BStBl. I, belegt. Folgt die Verwaltung dem BFH nicht, so könnte sich der Steuerpflichtige gegenüber der Finanzverwaltung nicht auf die Urteilsgrundsätze berufen, sondern müsste den Klageweg beschreiten.

Zudem besteht die Gefahr, dass Beschlüsse ohne Satzungsgrundlage doch im Einzelfall als solche mit Dauerwirkung eingestuft werden, was deren Nichtigkeit zur Folge hätte und auch der steuerlichen Anerkennung entgegenstände.

Auch unabhängig von der Entscheidung dürfte es sich empfehlen, bereits bei der Satzungsgestaltung mit den Beteiligten zu besprechen, ob eine Öffnungsklausel nach § 29 Abs. 3 S. 2 GmbHG in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden soll. Bei nachträglichen Satzungsänderungen zur Einfügung einer Öffnungsklausel besteht Streit im Hinblick auf das erforderliche Quorum (vgl. MünchKommGmbHG/Ekkenga, 4. Aufl. 2022, § 29 Rn. 193), so dass solche Satzungsänderungen einzelfallbezogen genauestens zu prüfen sind.

Auffällig ist schließlich, dass der BFH der Ansicht ist, die gesetzliche Grundregel des § 29 Abs. 3 S. 1 GmbHG sei materieller Satzungsbestandteil und daher durchbreche ein anderslautender Beschluss die Satzung (so auch Priester, ZHR 151 (1987), 40 ff.). Ob dem dogmatisch zu folgen ist, kann an dieser Stelle dahinstehen. Auch wenn es sich um einen Verstoß nicht gegen die Satzung, sondern gegen dispositives Gesetzesrecht handelt, sollten die Anforderungen an eine Änderung der Satzung beachtet werden.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Alexander König

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO § 727 – Klauselumschreibung auf den Zessionar; Anforderungen an den Nachweis der Abtretung

ErbbauRG § 5 – Erbschafts Kauf vom Alleinerben über einen Nachlass, der ein Erbbaurecht enthält, mit anschließender Übertragung des Erbbaurechts; Zustimmungserfordernis, Vorkaufsrecht und automatischer Übergang von Mietverhältnissen

Gutachten im Abrufdienst

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO § 727

Klauselumschreibung auf den Zessionar; Anforderungen an den Nachweis der Abtretung

I. Sachverhalt

Der bisherige Gläubiger (Zedent) und der neue Gläubiger (Zessionar) einer titulierten Forderung haben eine Bestätigung über die Abtretung der Forderung unterzeichnet. Nur die Unterschrift des Zedenten wurde notariell beglaubigt. Das Amtsgericht, welches für die Erteilung der Vollstreckungsklausel zuständig ist, lehnt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Zessionar unter Hinweis auf den Beschluss des BGH vom 22.5.2019 (Az.: VII ZB 87/17, RNotZ 2019, 537 = DNotZ 2019, 919) ab, wonach zwar eine Abtretungsbestätigung als Nachweis i. S. d. § 727 ZPO ausreiche, diese jedoch sowohl vom Zedenten als auch vom Zessionar notariell beglaubigt unterzeichnet sein müsse.

II. Frage

Ist es für den Nachweis des Rechtsübergangs im Rahmen des § 727 ZPO erforderlich, dass auch der Zessionar die Abtretung bzw. Abtretungsbestätigung in notariell beglaubigter Form unterzeichnet, oder ist dem Gericht gegenüber die Annahme der Abtretung dadurch offenkundig, dass der Zessionar den Antrag auf Klauselumschreibung stellt?

III. Zur Rechtslage

1. Gemäß § 727 Abs. 1 ZPO kann eine vollstreckbare Ausfertigung für den Rechtsnachfolger des in dem Urteil bezeichneten Gläubigers erteilt werden, sofern die Rechtsnachfolge bei dem Gericht offenkundig ist oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird.

Der Nachweis der Rechtsnachfolge durch öffentlich beglaubigte Urkunden ist nach allgemeiner Auffassung geführt, wenn aufgrund der Beweiskraft dieser Urkunden mit dem Eintritt der nachzuweisenden Tatsache **dem gewöhnlichen Geschehensablauf nach gerechnet werden kann** (vgl. nur BGH RNotZ 2019, 537 Rn. 28; DNotZ 2018, 223 Rn. 15 m. w. N.).

Daraus wird nach h. M. (bisher jedenfalls) gefolgert, dass im Falle einer Abtretung der titulierten Forderung der Nachweis der Abgabe der Abtretungserklärung des Zedenten in der Form des § 727 ZPO genügt (Winkler, RNotZ 2019, 117, 126, 132; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 4. Aufl. 2019, Rn. 46.22, Münch-KommZPO/Wolfsteiner, 6. Aufl. 2020, § 727 Rn. 69; Saenger/Kindl, ZPO, 9. Aufl. 2021, § 727 Rn. 4; BayObLG DNotZ 1997, 77, 78). Dass der Zessionar die Abtretungserklärung angenommen habe, ergebe sich bereits aus der Stellung des Antrags auf Klauselumschreibung (so ausdrücklich Winkler, RNotZ 2019, 117, 126, 132; Saenger/Kindl, § 727 Rn. 4).

2. Fraglich ist jedoch, ob dem vom Amtsgericht angeführten Beschluss des BGH vom 22.5.2019 entnommen werden kann, dass künftig im Falle der Vorlage einer Abtretungsbestätigung (also nicht der Abtretung selbst) die öffentliche Beglaubigung der Unterschrift des Zedenten allein nicht mehr genügt, sondern auch die Unterschrift des Zessionars öffentlich beglaubigt sein muss.

In diesem Beschluss hat der BGH unter Verweis auf einen Beschluss des OLG Schleswig (Beschl. v. 21.5.2010 – 16 W 38/10, BeckRS 2010, 17297) entschieden, dass es als Nachweis i. S. d. § 727 ZPO ausreichen könne, „wenn eine öffentlich beglaubigte Abtretungsbestätigung seitens des Zedenten und des Zessionars vorgelegt wird, in der hinreichend konkret auf die zuvor erfolgte Abtretung Bezug genommen und diese bestätigt wird“ (RNotZ 2019, 537 Rn. 29). Denn dem gewöhnlichen Geschehensablauf nach könne bei einer derartigen Bestätigung davon ausgegangen werden, dass die darin konkret in Bezug genommene und bestätigte Abtretung erfolgt sei (BGH RNotZ 2019, 537 Rn. 29).

Diese Formulierung des BGH kann jedoch nicht so verstanden werden, dass im Falle einer Abtretungsbestätigung immer zwingend sowohl die Unterschrift des Zedenten als auch die des Zessionars öffentlich beglaubigt sein müssen.

a) Der Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem für die Umschreibung der Vollstreckungsklausel statt der Abtretungserklärung selbst eine Abtretungsbescheinigung des Zedenten und des Zessionars vorlegt wurde, wobei sowohl die Unterschrift des Zedenten als auch die des Zessionars notariell beglaubigt waren. Das Beschwerdegericht lehnte die Erteilung der Vollstreckungsklausel mit dem Argument ab, dass eine solche Abtretungsbescheinigung nicht die Rechtsnachfolge in Form einer öffentlichen Urkunde nachweise und daher nicht den Formerfordernissen des § 727 Abs. 1 ZPO genüge (vgl. RNotZ 2019, 537 Rn. 22).

Vor diesem Hintergrund stellte der BGH klar, dass für den Nachweis einer Rechtsnachfolge aufgrund Abtretung bei der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung für den Rechtsnachfolger gem. § 727 Abs. 1 ZPO **nicht notwendig** die Vorlage einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde, die die **Abtretung selbst** enthält, erforderlich ist (RNotZ 2019, 537 Rn. 29). Es **genügt als Nachweis**, wenn – wie im konkret entschiedenen Fall – eine öffentlich beglaubigte **Abtretungsbestätigung** seitens des Zedenten und des Zessionars vorgelegt wird, in der hinreichend konkret auf die zuvor erfolgte Abtretung Bezug genommen und diese bestätigt wird (BGH RNotZ 2019, 537 Rn. 29).

Die wesentliche Aussage des BGH ist hier u. E. darin zu sehen, dass nicht die Abtretungserklärung selbst in öffentlich beglaubigter Form vorgelegt werden muss, sondern auch eine Bestätigung über die Abtretung genügt. Dass der BGH im Zusammenhang mit der öffentlich beglaubigten Abtretungsbestätigung sowohl Zedent als auch Zessionar nennt, dürfte eher dem Umstand geschuldet sein, dass die Bestätigung im entschiedenen Fall durch beide in öffentlich beglaubigter Form unterschrieben war. Das Gericht musste sich also gar nicht mit der Frage befassen, ob es genügen würde, wenn nur die Unterschrift des bestätigenden Zedenten öffentlich beglaubigt ist.

So war es auch in dem vom BGH zitierten Beschluss des OLG Schleswig. Auch dort ging es um eine Abtretungsbestätigung, die durch alle Beteiligten unterschrieben war, wobei die Unterschriften aller Beteiligten öffentlich beglaubigt waren. Das OLG hat sich in diesem Fall vor allem mit zwei Fragen auseinandergesetzt: Erstens, ob die Vorlage einer notariell beglaubigten Abschrift der Abtretungsbestätigung samt Beglaubigungsvermerken genügt (und dies bejaht, vgl. ersten amtl. Ls.) und zweitens, ob bezüglich eines Beteiligten, dessen Unterschrift durch einen schweizerischen Rechtsanwalt beglaubigt wurde, ebenfalls eine öffentliche Beglaubigung i. S. d. § 40 BeurkG vorliegt (und dies ebenfalls bejaht). Da nach Auffassung des OLG die Unterschriften aller Beteiligten öffentlich beglaubigt waren, musste es sich ebenfalls nicht mit der Frage auseinandersetzen, ob es für den Nachweis der Rechtsnachfolge erforderlich ist, dass auch die Unterschrift des Zessionars öffentlich beglaubigt vorliegt.

Vor diesem Hintergrund kann der Verweis des BGH auf den OLG-Beschluss u. E. nicht so verstanden werden, dass der BGH damit ausdrücken wollte, dass eine Abtretungsbestätigung, die nur durch den Zedenten in beglaubigter Form unterschrieben wurde, nicht ausreichen würde.

b) Hierfür spricht ferner eine im vorgenannten Beschluss des BGH zitierte Entscheidung desselben. In diesem Fall hatte das Gericht entschieden, dass für den Nachweis der Freigabe eines Grundstücks aus dem Insolvenzbeschlagnahme für Zwecke der Klauselumschreibung nicht zwingend die Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters in Form einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde und ein Nachweis der Übermittlung der Freigabeerklärung an den Schuldner mittels öffentlicher Urkunde erforderlich ist. Es genügt, wenn aus einer anderen öffentlichen Urkunde dem gewöhnlichen Geschehensablauf nach der Schluss gezogen werden kann, dass das Grundstück vom Insolvenzbeschlagnahme freigegeben ist (BGH DNotZ 2018, 223 Rn. 16). Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn aufgrund eines Grundbuchauszuges festgestellt werden kann, dass der Insolvenzvermerk gelöscht ist (BGH DNotZ 2018, 223 Rn. 17). Denn die Löschung des Insolvenzvermerks beruht entweder auf einer Verfahrenserklärung des Insolvenzgerichts oder einer Verfahrenserklärung des Insolvenzverwalters. Aufgrund des gewöhnlichen Geschehensablaufs kann deshalb aus der Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch der Schluss gezogen werden, dass das Grundstück nicht mehr dem Insolvenzbeschlagnahme unterliegt (BGH DNotZ 2018, 223 Rn. 19).

Bemerkenswert hieran ist, dass die Freigabe von Vermögensgegenständen vom Insolvenzbeschlagnahme materiellrechtlich durch eine empfangsbedürftige, unwiderrufliche Erklärung des Insolvenzverwalters gegenüber dem Insolvenzschuldner erfolgt (BGH DNotZ 2018, 223 Rn. 13, NJW 1994, 3232, 3233). Nach dieser Entscheidung bedarf es für die Klauselumschreibung jedoch noch nicht einmal der Bestätigung des Insolvenzverwalters über seine Abgabe dieser Freigabeerklärung – geschweige denn der Bestätigung des Schuldners über den Zugang der Erklärung. Zum Nachweis der Freigabe genügt ein bloßer Grundbuchauszug, aus dem auf die Abgabe der Freigabeerklärung geschlossen werden kann – also ein bloßes Indiz für das Vorliegen der Erklärung.

c) Die in lit. b) genannte BGH-Entscheidung (dort unter Rn. 15) zitiert eine Entscheidung des RG. Dort ging es um eine Klauselumschreibung nach Pfändung und Überweisung der titulierten Forderung durch einen Gläubiger des Titelgläubigers. Obwohl im Rahmen der Klauselumschreibung geltend gemacht wurde, dass der Anspruch bereits zuvor durch einen Dritten gepfändet worden sei und daher nicht mehr durch den Gläubiger, der die Klauselumschreibung begehrte, hätte gepfändet werden können, ließ es das RG für den Nachweis der Rechtsnachfolge im Rahmen der Klauselumschreibung genügen, dass der Antragsteller im Besitz einer vollstreckbaren Ausfertigung des Pfändungs- und Überweisungsurteils war (RGZ 57, 326, 328).

3. Die vorgenannte Rechtsprechung des BGH und des RG macht deutlich, dass für den Nachweis der Rechtsnachfolge im Rahmen der Klauselumschreibung nicht sämtliche Zweifel an dem Eintritt der Rechtsnachfolge durch den Antragsteller mittels öffentlicher bzw. öffentlich beglaubigter Urkunden ausgeräumt werden müssen. Somit genügt es, wenn die Abtretungsbestätigung durch den Zedenten unterschrieben und dessen Unterschrift öffentlich beglaubigt ist und der Zessionar die Klauselumschreibung beantragt, da dann nach dem gewöhnlichen Geschehensablauf davon ausgegangen werden kann, dass die bestätigte Abtretung tatsächlich stattgefunden hat (die Bestätigung des Zedenten in öffentlich beglaubigter Form ebenfalls für ausreichend haltend: MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 727 Rn. 69).

Erbbaurecht § 5

Erbschaftsverkauf vom Alleinerben über einen Nachlass, der ein Erbbaurecht enthält, mit anschließender Übertragung des Erbbaurechts; Zustimmungserfordernis, Vorkaufsrecht und automatischer Übergang von Mietverhältnissen

I. Sachverhalt

X ist Alleinerbe des Erblassers Y geworden. Die Z-GbR möchte die Erbschaft von X kaufen. Im Nachlass befindet sich ein Erbbaurecht. Die Veräußerung des Erbbaurechts bedarf – wie üblich – der Zustimmung des Grundstückseigentümers und für den Grundstückseigentümer besteht ein Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle. Auf dem Erbbaurecht hatte Y selbst ein Eiscafé betrieben. Nach dem Erbfall hat X einen Mietvertrag über dieses Eiscafé mit einer GmbH (Gesellschafter und Geschäftsführer sind die Gesellschafter der Z-GbR) geschlossen.

II. Fragen

1. Da es sich beim Erbschaftsverkauf vom Alleinerben um eine Einzelübertragung sämtlicher Nachlassgegenstände handelt (mit Auffassung bei Grundstücken etc.), stellen sich folgende Fragen:

a) Bedarf ein Erbschaftsverkauf vom Alleinerben, der die Übertragung eines Erbbaurechts umfasst, ebenfalls der Zustimmung des Grundstückseigentümers?

b) Besteht in diesem Fall auch das Vorkaufsrecht für den Grundstückseigentümer?

2. Was passiert mit dem Mietvertrag, den erst X abgeschlossen hat? Geht dieser gem. § 566 BGB auf die erwerbende Z-GbR über oder muss er separat von X als Vermieter auf die Z-GbR übertragen werden?

III. Zur Rechtslage

1. Erbschafts Kauf vom Alleinerben

In § 2371 BGB ist die Möglichkeit zum Verkauf der Erbschaft vorgesehen. Verkauft der Alleinerbe seine Erbschaft, handelt es sich dabei um einen Kaufvertrag, in dem der gesamte Nachlass mit allen Aktiven und Passiven (Vermögensbegriff) verkauft wird. Dieser wird **dinglich durch Übertragung der einzelnen Gegenstände vollzogen**. Während also auf schuldrechtlicher Ebene eine Einigung über die Erbschaft „in Bausch und Bogen“ möglich ist, wird auf dinglicher Ebene nach dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz über die einzelnen Gegenstände nach den jeweils für sie geltenden Regeln verfügt (Grüneberg/Weidlich, BGB, 82. Aufl. 2023, § 2371 Rn. 3; Muscheler, RNotZ 2009, 65, 68; BeckOGK-BGB/Grigas, Std.: 1.2.2023, § 2371 Rn. 6, 9; BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.11.2022, § 2371 Rn. 12).

2. Zustimmung zum Erbschafts Kauf

Das Erbbaurecht ist gem. § 1 Abs. 1 ErbbauRG grundsätzlich ein veräußerliches Recht. Gem. § 5 Abs. 1 ErbbauRG kann jedoch auch vereinbart werden, dass die Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Eigentümers bedarf. Mit „Veräußerung“ ist lediglich die Verfügung gemeint (BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, Std.: 1.9.2022, § 5 Rn. 22, str.). Die Verfügung umfasst alle Übertragungen durch dingliches Rechtsgeschäft ohne Rücksicht auf deren Rechtsgrund. Erfasst werden daher auch Verfügungen, die zur Erfüllung eines Vermächtnisses oder einer Teilungsanordnung erfolgen (BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 5 Rn. 28; BeckOK-BGB/Maaß, Std.: 1.11.2022, § 5 ErbbauRG Rn. 4). Eine Erbteilsabtretung dagegen fällt nicht unter die Vorschrift, selbst wenn das Erbbaurecht der einzige Nachlassgegenstand ist (BayObLG Rpfleger 1968, 188; MünchKommBGB/Weiß, 9. Aufl. 2023, § 5 ErbbauRG Rn. 7), da es sich hier um eine Verfügung über einen Anteil an einem Gesamthandsvermögen handelt.

Bei dem Verkauf der Erbschaft durch einen Alleinerben wird das Geschäft durch Übertragung aller einzelnen Gegenstände nach den jeweils einschlägigen Vorschriften erfüllt. Soweit im Nachlass Erbbaurechte enthalten sind, werden diese daher nach den allgemein für die Übertragung von Erbbaurechten geltenden Vorschriften übertragen (§§ 11 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG, 873 BGB). Entsprechend gelten hierfür auch die gewöhnlichen Regeln hinsichtlich der Zustimmung zum dinglichen Rechtsgeschäft. Daher ist auch **die Zustimmung gem. § 5 Abs. 1 ErbbauRG erforderlich**, wenn eine solche Zustimmungspflicht vereinbart worden ist. Auch für öffentlich-rechtliche Zustimmungspflichten, die an das dingliche Rechtsgeschäft anknüpfen (z. B. eine Sanierungsgenehmigung nach BauGB), wird da-

von ausgegangen, dass diese bei der Übertragung von Einzelgegenständen zu beachten sind (BeckOGK-BGB/Grigas, § 2371 Rn. 16).

3. Vorkaufsrecht des Grundstückseigentümers

In der Praxis üblich sind Vorkaufsrechte, die hinsichtlich des Erbbaurechts oder des Grundstücks für den Eigentümer oder Inhaber der jeweils anderen Sache bestellt werden. Vorkaufsfall ist dann nach allgemeinen Regeln (§§ 11 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG, 1098 Abs. 1 S. 1, 463 ff. BGB) der Abschluss eines Kaufvertrags über den Vertragsgegenstand, hier also das Erbbaurecht. Es stellt sich jedoch die Frage, ob auch der Verkauf der Erbschaft einen solchen Vorkaufsfall auslöst.

Nach einer Ansicht liegt kein Kaufvertrag über das Erbbaurecht und damit kein Vorkaufsfall vor (aus der Literatur BeckOGK-BGB/Grigas, § 2371 Rn. 16; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2371 Rn. 11; BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2371 Rn. 16). Diese Meinung stützt sich maßgeblich auf ein Urteil des LG Berlin (Rpfleger 1994, 502), das für einen Erbschafts Kaufvertrag einen Vorkaufsfall abgelehnt hat (damals im Rahmen eines gemeindlichen Vorkaufsrechts nach § 24 BauGB). Das Urteil stützt sich dabei wiederum auf ein Urteil des BGH (DNotZ 1970, 423 ff.) sowie einige Literaturfundstellen.

Das im Urteil des LG Berlin zitierte Urteil des BGH ist aber (ebenso wie das weitere Urteil des LG München II MittBayNot 1986, 179) für die hier vorliegende Konstellation (die insoweit der des LG Berlin entsprach) nicht einschlägig, da sowohl der BGH als auch das LG München II über Erbteilskäufe zu entscheiden hatten. Dort lässt sich tatsächlich argumentieren, dass kein Kaufvertrag über den Vertragsgegenstand abgeschlossen wird. Soweit das Grundstück bzw. Erbbaurecht in einer solchen Konstellation überhaupt betroffen ist, wird nur über den Gesamthandsanteil verfügt, nicht über das Grundstück oder das Erbbaurecht selbst. Weiter geht weder die Entscheidung des BGH noch die des LG München II; auch die Literaturfundstelle, die das LG Berlin zitiert (W. Schrödter, in: Schrödter, BauGB, 5. Aufl. 1992, § 24 Rn. 22), nennt als Ausnahmen vom Anwendungsbereich nur die Erbaueinandersetzung sowie den Erbteilskauf. Das LG Berlin überträgt dies jedoch unhinterfragt auch auf den Fall eines (offenbaren) Alleinerben (leider stellt das LG Berlin nicht abschließend klar, ob es sich um einen Alleinerben handelt, das Urteil lässt diese Deutung – die die Literatur aufgreift – jedoch jedenfalls zu bzw. legt diese nahe).

Dies überzeugt nicht. Der Erbschafts Kauf vom Alleinerben ist grundsätzlich ein normaler Kaufvertrag nach §§ 433 ff. BGB, für den nach §§ 2371 ff.

BGB lediglich einige Sonderregelungen gelten (Staudinger/Olshausen, BGB, 2016, Vor. §§ 2371 ff. Rn. 16; Grüneberg/Weidlich, § 2371 Rn. 1; Soergel/Zimmermann, Vor. § 2371 Rn. 1; MünchKommBGB/Musielak, 9. Aufl. 2022, Vor. § 2371 Rn. 2). Verkauft wird ein „Inbegriff“ von Vermögenswerten, unter denen sich auch das Grundstück befindet. Die Lage ist daher u. E. nicht anders, als wenn neben dem vorkaufsrechtsbelasteten Gegenstand noch weitere Gegenstände zu einem Gesamtpreis verkauft werden. Für diesen Fall ergibt sich aus § 467 BGB, dass das Vorkaufsrecht ebenfalls – zu einem verhältnismäßigen Anteil des Gesamtpreises – ausgeübt werden kann.

U. E. sollte daher für die vorliegende Konstellation (aus Sicht des X jedenfalls vorsorglich) von einem Vorkaufsfall ausgegangen werden. Auf die, soweit ersichtlich, überwiegend vertretene Ansicht in der Literatur sowie des LG Berlin sei jedoch hingewiesen.

4. § 566 BGB

§ 566 BGB erstreckt einen Mietvertrag für den Fall einer Veräußerung durch den Vermieter nach Überlassung des Wohnraums auf den neuen Eigentümer. Die Vorschrift findet gem. § 578 Abs. 2 BGB auch auf den vorliegenden Gewerbemietvertrag Anwendung. Gleichfalls gilt die Norm über die Verweisung in § 11 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG auch für den Inhaberwechsel am Erbbaurecht (MünchKommBGB/Weiß, § 11 ErbbauRG Rn. 45; BeckOGK-BGB/Harke, Std.: 1.1.2023, § 566 Rn. 11; LG Wiesbaden NJW 1962, 2352); lediglich für die Beendigung des Erbbaurechts sind im ErbbauRG abweichende Regeln zu Mietverträgen über das Erbbaurecht getroffen (vgl. § 30 ErbbauRG).

Die Frage betrifft das Merkmal der „Veräußerung“. Hiermit ist ebenfalls – wie schon in § 5 ErbbauRG – das dingliche Rechtsgeschäft gemeint (BGH NJW 2008, 2256 Rn. 18; MünchKommBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, § 566 Rn. 17; BeckOGK-BGB/Harke, § 566 Rn. 34), sodass insofern die gleichen Regeln gelten. Der Rechtsgrund für die dingliche Verfügung ist auch hier unbeachtlich (BeckOGK-BGB/Harke, § 566 Rn. 33). Da die Erfüllung des Erbschaftskaufs vom Alleinerben unzweifelhaft durch Verfügung (auch) über das Erbbaurecht bewirkt wird, **ist § 566 BGB anwendbar**. Es kommt daher zu einem automatischen Übergang des Mietvertrags auf den neuen Inhaber des Erbbaurechts (so etwa MünchKommBGB/Häublein, § 566 Rn. 30) bzw. nach Ansicht des BGH zur Entstehung eines neuen Mietverhältnisses zwischen dem Erwerber des Erbbaurechts und dem Mieter, und zwar mit dem gleichen Inhalt, mit dem es zuvor mit dem Veräußerer bestanden hat (vgl. BGH NJW 2006, 1800 Rn. 14; NJW 2014, 3775 Rn. 10).

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 Abruf-Gutachten.

FamFG § 13

Akteneinsichtsrecht des Notars; Notar als Behörde i. S. d. § 13 FamFG

Abruf-Nr.:

UmwG §§ 99 ff., 13 Abs. 1 u. 3, 8 Abs. 3, 9 Abs. 3, 12 Abs. 3, 54 Abs. 1 S. 3, 5 Abs. 1 Nr. 7, 23; BGB §§ 177, 35

Verschmelzung eines eingetragenen Vereins zur Aufnahme durch GmbH; Zustimmungsbeschlüsse; Vollversammlung mit vollmachtlosen Vertretern; Beurkundung von Verzichten; Verzicht auf Anteilsgewährung; Sonderrechte beim übertragenden Verein
Abruf-Nr.:

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Alexander König

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1175 – Löschung einer Grundschuld an einem Miteigentumsanteil; Teilvollzug einer Löschungsbewilligung für ein Gesamtgrundpfandrecht

PStG § 65; BeurkG § 34a – Pflicht zur Mitteilung an das Zentrale Testamentsregister; Anforderung von Personenstandsurkunden durch den Notar

Gutachten im Abrufdienst

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1175

Löschung einer Grundschuld an einem Miteigentumsanteil; Teilvollzug einer Löschungsbewilligung für ein Gesamtgrundpfandrecht

I. Sachverhalt

Ein mit einem Mehrfamilienhaus bebautes Grundstück steht im Eigentum mehrerer Miteigentümer. Eine Aufteilung in Wohnungseigentumseinheiten nach dem WEG ist nicht erfolgt. Das gesamte Grundstück ist mit einer nicht mehr valuierten Grundschuld belastet. Eine Miteigentümerin möchte die Grundschuld zumindest an ihrem Miteigentumsanteil löschen lassen. Die Grundpfandgläubigerin hat eine Löschungsbewilligung für die gesamte Grundschuld erteilt. Ein anderer Miteigentümer verweigert jedoch seine Zustimmung zur Löschung der Grundschuld im Ganzen.

II. Frage

Wie kann die Löschung der Grundschuld an einem Miteigentumsanteil erreicht werden?

III. Zur Rechtslage

Eine an einem im Eigentum mehrerer Miteigentümer stehenden Grundstück lastende Grundschuld kann am Anteil eines Miteigentümers gem. §§ 1192 Abs. 1, 1175 Abs. 1 S. 2, 1168 Abs. 2 S. 1 BGB aufgehoben werden, wenn die Gläubigerin auf die Grundschuld an diesem Miteigentumsanteil verzichtet und die Löschung in das Grundbuch eingetragen wird (BeckOGK-BGB/Neie, Std.: 1.1.2023, § 1175 Rn. 6).

1. Vorliegen einer Gesamtgrundschuld

Einleitend ist klarzustellen, dass die **Belastung eines in Miteigentum stehenden Grundstücks** durch alle Miteigentümer mit einer Grundschuld nicht zum Entstehen einer Einzelgrundschuld am Gesamtgrundstück führt. Es entsteht vielmehr eine **Gesamtgrundschuld an allen Miteigentumsanteilen** (BGH NJW-RR 2010, 1529 Tz. 7 m. w. N.; Grüneberg/Herrler, BGB, 82. Aufl. 2023, § 1132 Rn. 5).

2. Vorliegen einer Verzichtserklärung (§ 1175 Abs. 1 S. 2 BGB)

Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob die Gläubigerin einen Verzicht auf die Grundschuld an einem Miteigentumsanteil erklärt hat.

Im **Regelfall** wird ein Grundschuldgläubiger zur Löschung einer Gesamtgrundschuld an nur einem mithaftenden Grundstück bzw. Miteigentumsanteil eine „**Pfandentlassung**“ erklären. Eine solche Erklärung stellt zum einen eine verfahrensrechtliche Erklärung, nämlich eine Bewilligung i. S. d. § 19 GBO zur Löschung der Grundschuld an einem Miteigentumsanteil dar. Sie wird jedoch in aller Regel so auszulegen sein, dass sie darüber hinaus auch die materiell-rechtliche Verzichtserklärung i. S. d. § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB umfasst (vgl. BGH NJW-RR 2010, 1529 Tz. 9; MünchKommBGB/Lieder, 9. Aufl. 2023, § 1175 Rn. 5; Grüneberg/Herrler, § 1175 Rn. 3). Auch wenn dem äußeren Anschein nach nur eine einzige Erklärung vorliegt, handelt es sich somit rechtlich um zwei Erklärungen.

Im vorliegenden Fall hat die Gläubigerin jedoch eine **Löschungsbewilligung für die Grundschuld am gesamten Grundstück** erteilt. Fraglich ist, ob diese als **Verzichtserklärung** i. S. d. § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB **hinsichtlich eines Miteigentumsanteils** ausgelegt werden kann.

Dagegen könnte im Ausgangspunkt folgende Überlegung sprechen: Eine **Löschungsbewilligung** für ein Grundpfandrecht, das **kein Gesamtgrundpfandrecht** darstellt, soll **nach h. M. materiell-rechtlich eine Aufgabenerklärung im Hinblick auf das Grundpfandrecht i. S. d. § 875 BGB** (vgl. BGH NJW 1974, 1083), **nicht aber einen Verzicht i. S. d. § 1168 Abs. 1 BGB** beinhalten. Als Argument hierfür werden die unterschiedlichen Rechtsfolgen von Aufgabe und Verzicht angeführt. Der Verzicht gem. § 1168 Abs. 1 BGB führe dazu, dass der Eigentümer das fortbestehende Recht erwerbe, also eine Eigentümergrundschuld entstehe. Daher müsse der Wille, das Recht fortbestehen zu lassen, erkennbar sein (Grüneberg/Herrler, § 1168 Rn. 2). Die Aufhebung hingegen führe zum Erlöschen des Rechts und bedürfe nach § 1183 BGB zusätzlich der Zustimmung des Eigentümers. Eine Löschungsbewilligung des Gläubigers könne deshalb regelmäßig nicht als Verzichtserklärung i. S. d. § 1168 BGB verstanden werden (OLG Hamm MittBayNot 1998, 446, 446 f.). Die **Gegenauffassung** erblickt hingegen in einer Löschungsbewilligung auch einen Verzicht (Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2019, § 1168 Rn. 16).

Bei einer für eine **Gesamtgrundschuld** abgegebenen Bewilligung, diese an einem mitbelasteten Grundstück zu löschen („Pfandfreigabe“), ergibt sich jedoch hinsichtlich der eintretenden Rechtsfolgen im Verhältnis **zwischen Aufgabe** einerseits und **Verzicht** andererseits **in Ansehung eines mithaftenden Grundstücks kein Unterschied**. Der Verzicht des Gläubigers auf das Grundpfandrecht an einem mithaftenden Grundstück führt gem. § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB zum **Erlöschen des Rechts an dem aus der Mithaft entlassenen Grundstück**. Die Rechtsfolge des Verzichts i. S. v. § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB ist also mit derjenigen der Aufhebung identisch. Aufhebung (§ 875 BGB) und Verzicht (§ 1175 Abs. 1 S. 2 BGB) unterscheiden sich nur darin, dass die Aufhebung die übereinstimmende Erklärung des Gläubigers und des Eigentümers voraussetzt, während der Verzicht nach § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB allein auf der einseitigen Erklärung des Gläubigers beruht. Im Zweifel ist deshalb anzunehmen, dass eine Pfandentlassungserklärung des Gläubigers auf einen Verzicht i. S. d. § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB, also darauf gerichtet ist, den beabsichtigten Rechtserfolg ohne eine weitere Erklärung des Eigentümers herbeizuführen (OLG Hamm MittBayNot 1998, 446, 447).

Ausgehend von diesen Erwägungen **kann die für das Gesamtgrundpfandrecht erteilte Löschungsbewilligung dahin ausgelegt werden, dass sie auch einen Teilvollzug am übertragenen Miteigentumsanteil ermöglichen soll** und die dafür erforderliche materiell-rechtliche Erklärung, nämlich die Verzichtserklärung i. S. d. § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB mit enthält. Sowohl die Aufgabe i. S. d. § 875 BGB bezüglich des Gesamtrechts als auch der Verzicht i. S. d. § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB hinsichtlich eines Miteigentumsanteils führen zum Erlöschen des Rechts. Der Unterschied liegt lediglich darin, dass die Aufgabe zur Löschung des Grundpfandrechts im Ganzen führt und daher quantitativ weiter reicht. Jedoch kommt es auf diesen Unterschied für die Auslegung nicht an, da die Gläubigerin mit der Abgabe einer Löschungsbewilligung für das Gesamtrecht zu erkennen gibt, am weiteren rechtlichen Schicksal der Grundschuld insgesamt kein Interesse mehr zu haben (OLG München FGPrax 2016, 150, 151; OLG Hamm MittBayNot 1998, 446, 447; im Ergebnis ohne nähere Begründung auch LG Gera MittBayNot 2002, 190, 191; LG München I MittBayNot 201, 484, 485; offen gelassen von OLG Celle NJOZ 2019, 631 Rn. 24).

Im **Ergebnis** kann eine Löschungsbewilligung für eine Gesamtgrundschuld daher als Verzichtserklärung i. S. d. § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB hinsichtlich eines der haftenden Grundstücke (bzw. hier hinsichtlich eines Miteigentumsanteils) ausgelegt werden.

3. Eintragung in das Grundbuch

Ferner bedarf der Verzicht zu seiner Wirksamkeit gem. § 1168 Abs. 2 S. 1 BGB der Eintragung in das Grundbuch (Staudinger/Wolfsteiner, § 1175 Rn. 9; Grüneberg/Herrler, § 1175 Rn. 3; a. A. [Erlöschen allein durch Verzicht außerhalb des Grundbuchs] OLG München FGPrax 2016, 150, 151).

Zur Eintragung der Löschung der Grundschuld an einem Miteigentumsanteil sind grundbuchverfahrensrechtlich ein Antrag (§ 13 GBO) sowie eine Bewilligung (§ 19 GBO) erforderlich. Hier stellt sich wiederum die Frage, ob die **Löschungsbewilligung** für das Grundpfandrecht im Ganzen **auch die verfahrensrechtliche Bewilligung umfasst**, das Grundpfandrecht **nur an einem Teil** des Belastungsobjekts zu löschen.

Abgelehnt wurde eine derartige Auslegung zuletzt nur noch in der Voraufgabe von *Schöner/Stöber* (Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2724a). Ein Antrag sei nur vollziehbar, wenn eine ihn deckende Eintragungsbewilligung vorliege; er dürfe hinter der Bewilligung nicht zurückbleiben. Die Löschungsbewilligung für ein Gesamtgrundpfandrecht erlaube daher nur die Löschung dieses einheitlichen Rechts im Ganzen auf allen Grundstücken. Die Löschung an nur einem Grundstück für Entlassung aus der Mithaft habe der Gläubiger damit gerade nicht bewilligt. Die Löschung des Gesamtgrundpfandrechts erfordere nämlich auch verfahrensrechtlich die Zustimmung der Eigentümer sämtlicher belasteter Grundstücke (§ 27 GBO). Stimme der Eigentümer eines der belasteten Grundstücke (oder auch eines Miteigentumsanteils) der Löschung nicht zu, ermögliche die Löschungsbewilligung weder die erstrebte und bewilligte Löschung des Gesamtgrundpfandrechts noch eine andere Eintragung, also auch nicht Eintragung der Löschung auf dem Grundbuchblatt des Grundstücks nur eines zustimmenden Eigentümers (zwecks Entlassung aus der Mithaft). Die Löschung nur an einem Grundstück statt sofortiger Löschung des Gesamtrechts könne überdies die Interessen des Bewilligenden grundlegend berühren. Dem trage die (nicht bewilligte) Teillöschung nicht Rechnung. Daher sei die Eintragungsbewilligung zur Löschung des gesamten Grundpfandrechts als eindeutige Verfahrenserklärung zur Vereinfachung der Buchführung auch nicht je nach den Besonderheiten des Einzelfalls auslegungsfähig.

Nach ganz h. M. ermöglicht jedoch eine für das Gesamtgrundpfandrecht abgegebene Löschungsbewilligung auch die Eintragung der Löschung an nur einem einzelnen Grundstück bzw. an einzelnen Miteigentumsanteilen. Eine Löschungsbewilligung umfasse in aller Regel auch eine solche Pfandfreigabe-

erklärung. **Es könne davon ausgegangen werden, dass der Gläubiger des Gesamtgrundpfandrechts auch mit einem „Teilvollzug“ der von ihm erteilten Löschungsbewilligung einverstanden sei.** Der Gläubiger habe an dem weiteren rechtlichen Schicksal des Gesamtrechts nach Erteilung der Löschungsbewilligung kein Interesse mehr. Seine rechtlichen Belange würden durch die Art und Weise des nachfolgenden Grundbuchvollzuges nicht mehr berührt (OLG Frankfurt FGPrax 2019, 252; OLG Hamm Rpfleger 1998, 511 = MittBayNot 1998, 446 = NJW-RR 1999, 741; LG München I MittBayNot 2001, 484 = NotBZ 2001, 308; LG Chemnitz MittRhNotK 2000, 433; LG Gera BWNNotZ 2002, 90 = MittBayNot 2002, 190 m. Anm. Munzig; Grüneberg/Herrler, § 1175 Rn. 3).

Mittlerweile hat sich auch die Kommentierung von *Schöner/Stöber* der nunmehr allgemeinen Ansicht angeschlossen (16. Aufl. 2020, Rn. 2724a).

4. Kein Erfordernis der Zustimmung anderer Miteigentümer

Die Löschung der Grundschuld am übertragenen Miteigentumsanteil bedarf weder materiellrechtlich gem. § 1183 BGB noch verfahrensrechtlich gem. § 27 GBO der Zustimmung der anderen Miteigentümer. **§ 1183 BGB ist auf einen Verzicht nach § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB nicht anwendbar**, weil mit der Freistellung eines Grundstücksbruchteils von der Belastung durch die Gesamtgrundschuld nicht deren Aufhebung einhergeht; sie besteht vielmehr an den verbleibenden Miteigentumsanteilen fort (Staudinger/Wolfsteiner, § 1183 Rn. 24). § 27 Abs. 1 S. 1 GBO ist nicht anwendbar, da keine selbstständige Löschung im Sinne dieser Vorschrift vorliegt, sich das Erlöschen des Grundpfandrechts vielmehr als gesetzliche Folge des Verzichts ergibt (Staudinger/Wolfsteiner, § 1175 Rn. 11; Schäfer, in: Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 27 Rn. 17).

5. Ergebnis

Im Ergebnis kann daher im Grundbuch die Freigabe des Miteigentumsanteils aus der Grundschuld unter Vorlage der bereits vorliegenden Löschungsbewilligung für das Gesamtrecht beantragt werden. Einer Zustimmung anderer Miteigentümer bedarf es nicht.

Im Übrigen stellt sich die Frage, ob dem der Gesamtlöschung nicht zustimmenden Miteigentümer mit einer Aufrechterhaltung der Grundschuld an seinem Miteigentumsanteil gedient ist. Solange die Löschungsbewilligung teilweise unausgenutzt im Grundakt liegt, kann die Grundschuld am Restgrundstück jederzeit gelöscht werden. Die Grundschuld ist deswegen als zukünftige Kreditunterlage wertlos.

PStG § 65; BeurkG § 34a

Pflicht zur Mitteilung an das Zentrale Testamentsregister; Anforderung von Personenstandsunterlagen durch den Notar

I. Sachverhalt

Der Notar beurkundete ein Testament. Der Erblasser teilte dem Notar hierzu seine Geburtenregisternummer nicht mit und verweigerte auch nach der Beurkundung jegliche Kooperation. Daraufhin wandte sich der Notar an das ihm bekannte Geburtsstandesamt des Erblassers und bat um Übermittlung einer Geburtsurkunde oder alternativ um Mitteilung der Geburtenregisternummer.

Das Geburtsstandesamt sieht den Anwendungsbereich des § 65 Abs. 1 S. 1 PStG nicht eröffnet. Es beruft sich stattdessen auf § 62 Abs. 1 PStG und verlangt von dem Notar die Vorlage einer Vollmachtsurkunde, in der ihn der Erblasser zur Einholung der Personenstandsurkunde bevollmächtigt.

II. Frage

Kann der Notar auf der Grundlage des § 65 Abs. 1 S. 1 PStG die Erteilung einer Personenstandsurkunde verlangen?

III. Zur Rechtslage

1. Die Erteilung von Personenstandsunterlagen

Nach § 62 Abs. 1 S. 1 PStG sind **Personenstandsunterlagen** auf Antrag **den Personen zu erteilen, auf die sich der Registereintrag bezieht**, sowie deren Ehegatten, Lebenspartnern, Vorfahren und Abkömmlingen. **Andere Personen** haben ein Recht auf Erteilung von Personenstandsunterlagen, wenn sie ein **rechtliches Interesse** glaubhaft machen (§ 62 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 PStG).

Einer derartigen Glaubhaftmachung bedarf es dagegen nicht, wenn **Behörden oder Gerichte** die Erteilung von Personenstandsunterlagen oder Auskünfte aus dem Personenstandsregister verlangen. Nach § 65 Abs. 1 S. 1 PStG sind Behörden und Gerichten (ohne Weiteres) auf Ersuchen Personenstandsunterlagen zu erteilen, Auskunft aus einem oder Einsicht in einen Registereintrag sowie Durchsicht mehrerer Registereinträge zu gewähren, soweit dies zur Erfüllung der in ihrer Zuständigkeit liegenden Aufgaben erforderlich ist. Behörden und Gerichte haben hierbei den Zweck anzugeben (§ 65 Abs. 1 S. 3 PStG).

2. Notar als Behörde i. S. v. § 65 Abs. 1 S. 1 PStG

Die **Anforderung von Personenstandsunterlagen durch den Notar** wäre daher ohne Weiteres zulässig, wenn er als „Behörde“ i. S. v. § 65 Abs. 1 PStG anzusehen

wäre. Ob der **Notar als „Behörde“ i. S. d. PStG** angesehen werden kann, ist nicht unumstritten (bejahend z. B. von Peters, StAZ 1967, 252). Die h. M. geht davon aus, dass sich diese Frage nicht abstrakt beantworten lasse, sondern **danach differenziert** werden müsse, ob der Notar im Einzelfall im Rahmen der ihm gesetzlich übertragenen Aufgaben **für sein Amtsgeschäft oder im Interesse eines privaten Auftraggebers tätig wird**. Gerichtsentscheidungen zu dieser Thematik ergingen insbesondere zur Urkundenanforderung von Notaren im Erbscheinsverfahren. Insoweit wird ein Tätigwerden im privaten Interesse bejaht und darauf hingewiesen, dass der Nachweis der Erbberechtigung durch öffentliche Urkunde dem Antragsteller obliege (vgl. § 352 Abs. 3 FamFG; § 2356 Abs. 1 BGB a. F.). Bediene sich der Antragsteller eines Notars, um die erforderlichen Personenstandsunterlagen zu beschaffen, werde der Notar nicht aus eigenem Recht, also als Behörde tätig, sondern besorge ein Geschäft seines Auftraggebers (s. OLG Frankfurt DNotZ 1988, 136 m. Anm. Vetter; OLG Jena StAZ 1994, 351 m. Anm. Sachse). Dies habe zur Folge, dass der Notar bei Beschaffung von Personenstandsunterlagen im Erbscheinsverfahren eine Vollmacht seines Auftraggebers vorlegen müsse (OLG Hamm StAZ 1992, 110 = DNotZ 1993, 71). Ferner müsse der Notar ein berechtigtes Interesse seines Auftraggebers an der Erlangung der begehrten Personenstandsurkunde glaubhaft machen (OLG Frankfurt StAZ 1995, 138; s. als Überblick zu dieser Problematik: Gutachten DNotI-Report 2001, 194 f.).

Vorliegend geht es dagegen um die Stellung des Notars im **Mitteilungs- und Benachrichtigungsverfahren in Nachlasssachen**, insbesondere um die Frage der Behördeneigenschaft des Notars im Rahmen der ihn treffenden **Mitteilungspflichten nach § 34a Abs. 1, 2 BeurkG**. Unmittelbar hierzu äußern sich die verfügbare Judikatur und Literatur, soweit ersichtlich, nicht. Beiläufig hat sich die Rechtsprechung jedoch mit der Frage des Tätigwerdens des Notars im öffentlichen oder privaten Interesse bei Erfüllung seiner Ermittlungspflichten gem. § 351 S. 1 FamFG geäußert, wenn sich der Notar durch Benutzung des Personenstandsregisters Klarheit darüber verschaffen will, ob der Erblasser noch lebt oder eine in der amtlichen Verwahrung des Notars befindliche Verfügung von Todes wegen des Erblassers zwischenzeitlich wegen des Ablebens abzuliefern wäre (§ 351 FamFG i.V.m. § 34a Abs. 3 Satz 1 BeurkG). Hier hat zuletzt der Bayerische VGH (Urt. v. 4.6.2013 – 5 B 11.2412 – BeckRS 2013, 52261 Tz. 30) dazu tendiert, der Notar werde insoweit **überwiegend im öffentlichen Interesse** tätig. Denn er sei nicht Vertreter einer Partei (§ 14 Abs. 1 S. 2 BNotO) und handle nicht für den (künftigen) Erblasser, sondern als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO)

im Rahmen seiner Amtstätigkeit (§§ 20 ff., 24 Abs. 2 BNotO) und erfülle hierbei seine gesetzliche Pflicht aus § 351 FamFG.

Diese Einschätzung lässt sich – auch wenn insoweit eindeutige Äußerungen aus Judikatur oder Literatur nicht vorliegen – auch auf die Stellung des Notars im Mitteilungsverfahren nach § 34a Abs. 1, 2 BeurkG übertragen. Errichtet der Notar eine erbfolgerrelevante Urkunde oder beurkundet er die Änderung einer solchen Urkunde, so hat er unverzüglich die Verwahrangaben i. S. v. § 78d Abs. 2 S. 2 BNotO an die das Zentrale Testamentsregister führende Registerbehörde zu übermitteln (s. auch § 2 Abs. 1 S. 1, § 1 S. 1 Nr. 1 lit. c, § 5 S. 1 Nr. 2, 3 ZTRV). Er erfüllt damit in diesem Verfahren eine **originär hoheitliche Aufgabe** sowie eine ihn selbst persönlich treffende gesetzliche Verpflichtung.

Das Mitteilungs- und Benachrichtigungswesen in Nachlasssachen ist ein hoheitlich ausgestaltetes staatliches Verfahren, das der in Art. 14 Abs. 1 S. 1 Fall 2 GG enthaltenen Gewährleistung des Erbrechts und der Testierfreiheit dient. Die Mitteilung der Verwahrangaben einer erbfolgerrelevanten Urkunde ist zwingend und ebenso unverzichtbar wie die Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen (§ 2263 BGB). Eine Mitteilung des Notars erfolgt insbesondere **im öffentlichen Interesse einer geordneten Nachlassabwicklung** (*Diehn*, NJW 2011, 481). Daher stehen weder die Durchführung noch der Umfang der Mitteilung zur Disposition des Notars oder gar zur Disposition des betroffenen Erblassers.

Vielmehr unterliegt der Notar einer bundesgesetzlich begründeten Mitteilungspflicht gegenüber der das Zentrale Testamentsregister führenden Registerbehörde. Hiervon umfasst ist die **Pflicht zur Angabe der Geburtenregisternummer**, § 1 Nr. 1 lit. c ZTRV. Zwar kann auf die Übermittlung nach § 2 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 ZTRV zunächst verzichtet werden, jedoch handelt es sich dabei um eine Pflichtangabe, die nachträglich vom Melder (= Notar, § 2 Abs. 1 S. 1 ZTRV) ergänzt werden muss, § 5 S. 1 Nr. 3 ZTRV. Die Geburtenregisternummer ist das wichtigste und einzige eindeutige Identifizierungsmerkmal eines Erblassers und daher für den ordnungsgemäßen Ablauf des Benachrichtigungswesens in Nachlasssachen unverzichtbar (vgl. *Diehn*, DNotZ 2011, 676, 680). Stünde dem Notar in diesem Zusammenhang kein Recht auf Erteilung einer Personenstandsurkunde nach § 65 Abs. 1 S. 1 PStG zu, würde dies unvollständige Eintragungen im Zentralen Testamentsregister befördern und damit das Funktionieren des Nachlassverfahrens gefährden, da im Zweifel eine Sterbefallmitteilung nicht der korrespondierenden Registrierung zugeordnet werden könnte und der Erblasserwille schlimmstenfalls nicht berücksichtigt würde. Eine Verfahrensausgestal-

tung bzw. Rechtslage, die unvollständige und damit fehlerhafte Registrierungen im Zentralen Testamentsregister befördert, ist von der Regelungsintention des Gesetzgebers des Personenstandsgesetzes nicht gedeckt.

Dass dem Notar im Rahmen seines Handelns nach § 34a Abs. 1, 2 BeurkG Behördenfunktion i.S.v. § 65 Abs. 1 S. 1 PStG zukommt, verdeutlicht auch ein **Vergleich mit der Rechtslage bei der amtlichen Inverwahrnehmung eines eigenhändigen Testaments durch ein Gericht**. Nimmt ein Gericht ein eigenhändiges Testament in besondere amtliche Verwahrung (§§ 346, 347 Abs. 1 FamFG), obliegt diesem gemäß § 347 Abs. 1 FamFG, § 2 Abs. 1 ZTRV die Pflicht zur Mitteilung der Verwahrangaben i.S.v. § 78d Abs. 2 S. 2 BNotO an die das Zentrale Testamentsregister führende Registerbehörde. In diesem Zusammenhang muss das Gericht für die Vollständigkeit der zu übermittelnden Verwahrangaben, wie sie hinsichtlich der Geburtenregisternummer durch § 1 S. 1 Nr. 1 lit. c ZTRV vorgeschrieben sind, Sorge tragen. Das Nachlassgericht handelt in diesem Zusammenhang zweifelsfrei als Gericht i. S. d. § 65 Abs. 1 S. 1 PStG und damit in Erfüllung der ihm als Verwahrstelle gesetzlich übertragenen Aufgaben. Insofern wird für die Anwendbarkeit des § 65 Abs. 1 S. 1 PStG nicht zwischen den Meldern der Verwahrangaben (§ 2 Abs. 1 S. 1 ZTRV) differenziert. Im Rahmen des Mitteilungsverfahrens in Nachlasssachen handelt es sich sowohl für Notare als auch für Gerichte um dieselbe Tätigkeit und dieselbe Erfüllung gesetzlich begründeter hoheitlicher Pflichten – nämlich die Übermittlung von Verwahrangaben i.S.v. § 2 Abs. 1 ZTRV.

Schließlich ergibt sich die Behördenstellung des Notars auch aus Nr. 65.1.2 der **Allgemeinen Verwaltungsvorschrift** zum Personenstandsgesetz (PStG-VwV), wonach ein Notar als Behörde anzusehen ist, wenn er im Einzelfall im Rahmen der ihm gesetzlich übertragenen Aufgaben tätig wird und nicht „die Interessen eines privaten Auftraggebers wahrnimmt“ (*Schmitz/Bornhofen/Müller*, PStG-VwV mit Erläuterungen, 3. Aufl. 2021, S. 261).

3. Ergebnis

Im Ergebnis dürfte der **Notar** jedenfalls bei der Anfrage an das ein Personenstandsregister führende Standesamt zwecks nachfolgender Übermittlung der von ihm nach § 2 Abs. 1, § 1 S. 1 Nr. 1 lit. c, § 5 S. 1 Nr. 2, 3 ZTRV mitzuteilenden Verwahrangaben **als Behörde i. S. v. § 65 Abs. 1 S. 1 PStG** anzusehen sein. Er ist folglich **ohne Weiteres dazu berechtigt, Auskunft aus den Personenstandsregistern zu erlangen** und auch Personenstandsurkunden zu erhalten. Der Vorlage einer eigenen Vollmacht bedarf es hierfür wegen der Behördeneigenschaft des Notars nach § 65 Abs. 1 S. 1 PStG nicht.

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 Abruf-Gutachten.

ZPO §§ 130b, 169, 173, 298a, 317, 754a, 894 S. 1; GmbHG § 40 Abs. 2

Anforderungen an die Ausfertigung eines Urteils, das als elektronisches Dokument vorliegt; Überzeugungsbildung des Notars bei der Listeneinreichung
Abruf-Nr.:

FamFG §§ 352 Abs. 2, 352e

Erbscheinsantrag; Anforderungen an den Inhalt bei Berufung aufgrund letztwilliger Verfügung
Abruf-Nr.:

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Dr. Philipp Theuersbacher

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1018, 1019, 1105 – Pflicht zur Aufforstung als Inhalt einer Grunddienstbarkeit oder Reallast; Anforderungen an einen Vorteil i. S. d. § 1019 BGB

HGB §§ 161 Abs. 2, 131 Abs. 1 Nr. 3, 105; BGB § 398; InsO §§ 80, 11 – Erlöschen der Komplementär-GmbH bei fortbestehender KG-Beteiligung; Abtretbarkeit von Anteilen an insolventer KG

Gutachten im Abrufdienst

Aktuelles

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1018, 1019, 1105

Pflicht zur Aufforstung als Inhalt einer Grunddienstbarkeit oder Reallast; Anforderungen an einen Vorteil i. S. d. § 1019 BGB

I. Sachverhalt

A ist Eigentümer des Grundstücks Flst. 1. Dieses soll abgeholzt und sodann bebaut werden. Die Bebauung wird öffentlich-rechtlich genehmigt, wenn A dafür die rechtlich bindende Aufforstung eines anderen Grundstücks nachweist. Zu diesem Zweck soll mit B, der Eigentümer des Grundstücks Flst. 2 ist, eine Grunddienstbarkeit bestellt werden, in der sich der jeweilige Eigentümer des Grundstücks Flst. 2 zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks Flst. 1 verpflichtet, das Flst. 2 entsprechend den baurechtlichen Vorgaben aufzuforsten.

Das Grundbuchamt ist der Ansicht, die Grunddienstbarkeit sei nicht eintragungsfähig, da sie keinen Vorteil i. S. d. § 1019 BGB zugunsten des herrschenden Grundstücks biete.

II. Fragen

1. Ist die Rechtsauffassung des Grundbuchamts zutreffend?
2. Kann die Pflicht zur Aufforstung zulässiger Inhalt einer Reallast sein?

III. Zur Rechtslage

1. Vorteil i.S.v. § 1019 S. 1 BGB

Nach der zwingenden Vorschrift des § 1019 S. 1 BGB muss eine Grunddienstbarkeit für die Benutzung des herrschenden Grundstücks einen **Vorteil** bieten, d. h. **objektiv nützlich** sein (Staudinger/Weber, BGB, 2017 § 1019 Rn. 1; Grüneberg/Herrler, BGB, 82. Aufl. 2023, § 1019 Rn. 1). Der Vorteil muss dem **jeweiligen Eigentümer** und damit dem **herrschenden Grundstück** selbst zugutekommen (Schöner/Stöber, Grundbuch-

recht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1139). Ein **rein persönlicher Vorteil** des derzeitigen Eigentümers des herrschenden Grundstücks genügt nicht; für diesen Zweck steht das Rechtsinstitut der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090 BGB) zur Verfügung (Staudinger/Weber, § 1019, Rn. 2; MünchKommBGB/Mohr, 9. Aufl. 2023, § 1019 Rn. 4 m. w. N.). Eine **Nachbarschaft** des dienenden und des herrschenden Grundstücks ist nicht erforderlich; allerdings kann eine weite Entfernung der beiden Grundstücke voneinander je nach Fall einen Vorteil und somit eine Grunddienstbarkeit ausschließen (MünchKommBGB/Mohr, § 1019 Rn. 4; Schöner/Stöber, Rn. 1139).

Dazu, wie der **Vorteil** beschaffen sein muss, führt Kazele (in: BeckOGK-BGB, 1.2.2023, § 1019 Rn. 35-35.2) instruktiv aus:

„Angesichts der Vielgestaltigkeit möglicher Nutzungen von Grundstücken kommen ganz unterschiedliche Vorteile in Betracht. Der Klärung bedarf, ob § 1019 eine besondere Vorteilsqualität verlangt. Die Rspr. hat in einigen Entscheidungen angedeutet, dass Vorteile nur solche wirtschaftlicher Art seien. Auch im Schrifttum wird zT die Auffassung vertreten, § 1019 erfasse nur wirtschaftliche Vorteile.

Nach Ansicht des RG sei dem Wortlaut von § 1019 die Deutung zu entnehmen, dass nur wirtschaftliche Vorteile erfasst seien.

Der BGH knüpfte unter Hinweis auf das RG an diese Rspr. an, ließ aber neben unmittelbaren auch mittelbare wirtschaftliche Vorteile für die Benutzung des herrschenden Grundstücks ausreichen. Nach Auffassung des BGH bildet es beispielsweise einen mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil, wenn auf benachbarten Grundstücken kein Gewerbe ausgeübt und der Charakter der Wohnsiedlung nicht durch bauliche Veränderungen beeinträchtigt wird. In der Erhaltung der Annehmlichkeit des Wohnens liege ein wirtschaftlicher, den Wohnwert beeinflussender Vorteil für die Benutzung des Grundstücks, wenn das herrschende Grundstück als Wohngrundstück genutzt werde. [...]“

§ 1019 S. 1 BGB verlangt nach der Rechtsprechung somit einen – wenn auch möglicherweise nur mittelbaren – wirtschaftlichen Vorteil. In diesem Zusammenhang zeigt sich bei Betrachtung zweier ähnlicher Entscheidungen, dass bei Übertragung der dort aufgestellten Grundsätze auch **vorliegend ein ausreichender wirtschaftlicher Vorteil gegeben** sein dürfte:

So hat der BGH (Urt. v. 24.09.1982, NJW 1983, 115 ff.) entschieden, dass eine zugunsten eines Garagengrundstücks eingetragene Grunddienstbarkeit des Inhalts,

dass auf dem dienenden Hausgrundstück **kein Gewerbe** ausgeübt und die **einheitliche Gestaltung** der umliegenden Wohnsiedlung nicht durch bauliche Maßnahmen verändert werden darf, nicht am Vorteilserfordernis des § 1019 S. 1 BGB scheitert. Ein ausreichender Vorteil liege zwar nicht darin, dass die auf dem dienenden Grundstück eingetragenen Bau- und Benutzungsbeschränkungen den ideellen persönlichen Interessen des Berechtigten an der Wahrung einer einheitlichen Baugestaltung des ganzen Siedlungsgebiets dienen. Für die Benutzung des herrschenden Grundstücks könne es aber **wirtschaftlich vorteilhaft** sein, wenn auf dem benachbarten Grundstück kein Gewerbe ausgeübt und der **Charakter der Wohnsiedlung** nicht durch bauliche Veränderungen beeinträchtigt werde. So könne beispielsweise die Garagenvermietung verhindert oder erschwert werden, wenn statt der bisherigen Wohnnutzung der dienenden Grundstücke diese in Zukunft gewerblich genutzt würden (BGH NJW 1983, 115, 116).

Das OLG Oldenburg (BeckRS 1998, 10203 = NdsRpfl 1998, 223) befasste sich mit einer Grunddienstbarkeit, die den jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks dazu berechtigt, eine Teilfläche des dienenden Grundstücks als **Ausgleichs- und Ersatzfläche gem. § 8 BNatSchG** nach Maßgabe der Vorgaben der jeweiligen Stadt und des jeweiligen Landkreises zu nutzen. Auch dort sicherte die Grunddienstbarkeit die **Bebaubarkeit** des herrschenden Grundstücks ab. Das OLG Oldenburg sah darin einen **ausreichenden wirtschaftlichen Vorteil** (BeckRS 1998, 10203 Rn. 4; zust. wohl Staudinger/Weber, § 1019, Rn. 11 a. E.). Anders als vorliegend war dort zwar eine **Benutzungsdienstbarkeit** bewilligt worden, d. h. der jeweilige Eigentümer des *herrschenden* Grundstücks durfte die Teilfläche des dienenden Grundstücks aufforsten. Es handelt sich hierbei jedoch nicht um einen Aspekt der **wirtschaftlichen Vorteilhaftigkeit** i. S. v. § 1019 S. 1 BGB.

Vor diesem Hintergrund scheitert die Bestellung einer Grunddienstbarkeit nicht an dem Fehlen eines Vorteils für das herrschende Grundstück.

2. Pflicht zu aktivem Tun als unzulässiger Inhalt einer Grunddienstbarkeit

Allerdings soll durch die Grunddienstbarkeit die **Pflicht** des jeweiligen Eigentümers des dienenden Grundstücks begründet werden, sein Grundstück (Flst. 2) **aufzuforsten** und den jeweiligen Aufforstungszustand zu erhalten.

Eine Pflicht zu einem **positiven Tun** kann indes **nicht Hauptinhalt** einer Dienstbarkeit sein. Zulässig sind positive Leistungspflichten nur, wenn es sich dabei um bloße **Nebenpflichten** des Dienstbarkeitsverpflichteten handelt (BGH DNotZ 1959, 240, 241; BGH DNotZ

1989, 565; BayObLG DNotZ 1966, 538; Schöner/Stöber, Rn. 1133 ff.; MünchKommBGB/Mohr, 9. Aufl. 2023, § 1018 Rn. 46 ff.). Mit *Mohr* (in: MünchKommBGB, § 1018 Rn. 47) dürften als unzulässige Hauptpflichten „jedenfalls solche Leistungspflichten einzustufen [sein], die so wesentliche Bedeutung haben, dass ohne ihre Erfüllung die Durchführung der Vereinbarung sinnlos erscheint“. Die Rechtsprechung ist demgemäß u. a. von der Unzulässigkeit von Dienstbarkeiten ausgegangen, die eine Pflicht zur Errichtung eines Zauns (OLG Colmar OLGE 26, 82) oder zur erstmaligen Baumbepflanzung (BGH WM 1985, 1003, 1004) zum Inhalt haben.

Vorliegend ist die Dienstbarkeit auf die **Aufforstung** gerichtet. Genau eine solche Pflicht hatte die vorgenannte Entscheidung des BGH (WM 1985, 1003, 1004) zum Gegenstand. Die dieser Entscheidung zugrunde liegende Dienstbarkeit hatte folgenden Inhalt:

„Sämtliche, außerhalb des im Bebauungsplan Nr. 29 der Gemeinde E. in seiner bei der Eintragung dieser Dienstbarkeit gültigen Fassung festgelegten Bauteppichs liegenden Grundstücksteile müssen mit einer landschaftsgerechten Baumbepflanzung versehen werden. Ein dort bereits vorhandener Baumbestand ist in seiner Substanz zu erhalten.“

Der BGH wertete dies als unzulässig:

„Zutreffend verneint das Berufungsgericht einen Anspruch des Klägers aus der Grunddienstbarkeit, weil diese [...] unzulässigerweise entgegen § 1018 BGB ein positives Tun (Bepflanzungspflicht) als Hauptpflicht zum Leistungsinhalt hat [...]. Ohne Erfolg bleibt der Versuch der Revision, die Bepflanzungspflicht als Nebenpflicht eines Veränderungsverbots (keine Veränderung des „Waldcharakters der Landschaft“) analog § 1021 Abs. 1 Satz 1 BGB [...] aufzufassen. Ein solches Veränderungsverbot ist nicht Gegenstand der Dienstbarkeit. [...] In Buchstabe c) Satz 2 der Dienstbarkeit ist nur die Substanzerhaltung des vorhandenen Baumbestandes angesprochen. Auch darum geht es im vorliegenden Fall aber nicht, sondern um die erstmalige Bepflanzung von Streifen an der Nord-, Süd- und Ostgrenze des Grundstücks des Beklagten.“

Auch *Schöner/Stöber* (Rn. 1133) führen als Beispiel für eine unzulässige Hauptpflicht die Pflicht zur „Aufforstung eines Grundstücks“ an.

Die hier angedachte Grunddienstbarkeit hat demnach einen unzulässigen Inhalt.

3. Pflicht zur Aufforstung als zulässiger Inhalt einer Reallast

Nach § 1105 Abs. 1 S. 1 BGB kann ein Grundstück

in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind (Reallast). Nach § 1105 Abs. 2 BGB kann die Reallast auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden (sogenannte subjektivdingliche Reallast). Inhalt einer Reallast sind **aktive Handlungen**, nicht hingegen bloße Unterlassungen (Grüneberg/Herrler, vor § 1105 Rn. 3; Lange-Rapart RNotZ 2008, 377, 382). Die Leistungen müssen, sofern sie nicht ohnehin auf Geldzahlung gerichtet sind, zumindest einen bestimmbaren Geldwert aufweisen, denn die **Vollstreckung** aus dem dinglichen Recht „Reallast“ ist **nur auf Geld gerichtet** (Staudinger/Reymann, BGB, 2017, § 1105 Rn. 15 m. w. N.).

Inhalt einer Reallast können **Dienstleistungen aller Art** sein (BGH DNotZ 1996, 93; Lange-Rapart RNotZ 2008, 377, 384; Staudinger/Reymann, § 1105 Rn. 20). Daher spricht auch nichts dagegen, die Pflicht zur **Unterhaltung von Baumbestand** mittels einer Reallast dinglich zu sichern.

Vorliegend geht es A als Eigentümer von Flst. 1 jedoch in erster Linie darum, dass das Flst. 2 aufgeforstet wird. Insofern ist fraglich, ob **wiederkehrende** Leistungen i. S. v. § 1005 Abs. 1 S. 1 BGB oder vielmehr nur eine **einmalige** Verpflichtung abgesichert werden sollen. Das Erfordernis wiederkehrender Leistungen wurde bis vor Kurzem so verstanden, dass die Leistung **nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge** auf mehrfache Ausführung angelegt sein musste und **sich die Leistungen von Zeit zu Zeit wiederholen** (Schöner/Stöber, Rn. 1301; OLG Nürnberg NotBZ 2022, 73).

Der BGH hat in einer Entscheidung aus 2022 die Anforderungen diesbezüglich jedoch **konkretisiert** (DNotZ 2022, 943). In dem zugrunde liegenden Sachverhalt sollte mittels einer Reallast eine Verpflichtung des Eigentümers des belasteten Grundstücks zur **Wiedererrichtung einer Schallschutzmauer** für den Fall der Entfernung der aktuell einzigen Schallschutzmauer gesichert werden. Die Vorinstanz war zu dem Ergebnis gelangt, dass hierdurch keine wiederkehrenden Leistungen im vorgenannten Sinne vereinbart seien. Der BGH bestätigte zunächst, dass die Bestellung einer Reallast für eine einmalige Leistung grundsätzlich ausscheide (DNotZ 2022, 943 Rn. 10).

Sodann führt er jedoch aus:

„Ob eine Leistung nur einmal oder mehrfach und damit „wiederkehrend“ i. S. d. § 1105 Abs. 1 BGB erbracht werden soll, bestimmt sich alleine danach, ob die Leistungs-

*pflicht als wiederkehrende Verpflichtung ausgestaltet ist. Ist dies zu bejahen, hat die Reallast einen zulässigen Inhalt. Wie **wahrscheinlich** es ist, dass die Pflicht mehrfach entsteht, ist unerheblich (...).*

*Eine (...) [mit § 258 ZPO, Erg. d. DNotI] vergleichbare Einschränkung der wiederkehrenden Leistungen ist in § 1105 Abs. 1 BGB nicht enthalten; diese müssen weder „regelmäßig“ noch „laufend“ sein (...). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts muss die Leistungspflicht auch nicht „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge“ auf eine mehrfache Ausführung angelegt sein. Zwar werden wiederkehrende Leistungen in den Motiven als Leistungen beschrieben, die sich „von Zeit zu Zeit wiederholen“ (...). Das schließt es aber nicht aus, auch Verpflichtungen, die auf ein wiederkehrendes tätiges Verhalten gerichtet sind, von denen aber **nicht sicher feststeht, ob und wie häufig** sie in der Zukunft entstehen werden, durch eine Reallast abzusichern. Angesichts des Numerus clausus der Sachenrechte besteht – im Gegenteil – ein praktisches Bedürfnis, den **Anwendungsbereich der Reallast weit zu verstehen**. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass eine Reallast typischerweise dazu dient, langlaufende Verpflichtungen abzusichern; es ist also nicht sachfremd, dass das Sicherungsmittel verwendet werden kann, um Verpflichtungen dinglich abzusichern, die **wiederkehren können**, von denen im Zeitpunkt der Bestellung des Rechts aber noch nicht absehbar ist, ob und wann dies künftig der Fall sein wird.*

*Hinzu kommt, dass eine Überforderung des auf dem formellen Konsensprinzip und der Beweismittelbeschränkung beruhenden Grundbuchverfahrens vermieden wird, wenn sich die Zulässigkeit einer Reallast danach richtet, ob die zu sichernde Verpflichtung **wiederkehren kann**. (...)*

*Demnach ist in Fällen, in denen Gegenstand einer Reallast eine Verpflichtung zum Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes oder – wie hier – der Wiedererrichtung einer entfernten Schallschutzmauer sein soll, zu unterscheiden. Beschränkt sich die Pflicht auf einen einmaligen Wiederaufbau oder auf eine einmalige Wiedererrichtung, hat die Reallast keinen zulässigen Inhalt; es fehlt an dem Erfordernis einer wiederkehrenden Leistung i. S. d. § 1105 Abs. 1 S. 1 BGB. Ist der Wiederaufbau oder die Wiedererrichtung aber in allen künftigen Fällen einer Zerstörung oder Entfernung geschuldet, liegen **ungeachtet der Wahrscheinlichkeit** dieser Fälle wiederkehrende Leistungen vor. (...).*

Für die Frage, ob die Pflicht zur Aufforstung Inhalt einer Reallast sein kann, kommt es somit maßgebend darauf an, ob diese **als wiederkehrende Leistung ausgestaltet** wird, was angesichts der naheliegenderweise

bestehenden öffentlich-rechtlichen Vorgaben nicht nur zur einmaligen Aufforstung, sondern auch zum **Erhalt** des Forstbestands und somit auch zur Wiederaufforstung im Falle des Untergangs des Bestands naheliegen dürfte.

4. Ergebnis

Im Ergebnis dürfte die Grunddienstbarkeit jedenfalls nicht deshalb unzulässig sein, weil sie dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks keinen ausreichenden Vorteil i. S. v. § 1019 S. 1 BGB bietet. Die Grunddienstbarkeit ist jedoch deshalb unzulässig, weil und sofern sie darauf gerichtet ist, dem jeweiligen Eigentümer des dienenden Grundstücks die Pflicht zur Aufforstung aufzuerlegen. Eine Pflicht zum aktiven Tun kann nämlich nicht der Hauptinhalt (Hauptpflicht) einer Dienstbarkeit sein. Möglich ist jedoch die dingliche Absicherung der Verpflichtung zur Aufforstung über die Bestellung einer Reallast, wobei insoweit erforderlich ist, dass die Pflicht als wiederkehrende Leistung ausgestaltet wird.

HGB §§ 161 Abs. 2, 131 Abs. 1 Nr. 3, 105; BGB § 398; InsO §§ 80, 11

Erlöschen der Komplementär-GmbH bei fortbestehender KG-Beteiligung; Abtretbarkeit von Anteilen an insolventer KG

I. Sachverhalt

Eine GmbH & Co. KG ist wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst. Dies ist im Handelsregister vermerkt. Die Komplementär-GmbH ist in der Zwischenzeit jedoch im Handelsregister gelöscht worden, sodass im Handelsregister der GmbH & Co. KG nunmehr eine Gesellschaft ohne Komplementärin eingetragen worden ist.

Zudem hat eine von mehreren Kommanditistinnen der GmbH & Co. KG ihren Kommanditeil an einen Dritten abgetreten. Ob die Abtretung vor oder nach der Löschung der GmbH im Handelsregister bzw. der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über die GmbH & Co. KG erfolgt ist, ist nicht ersichtlich.

II. Fragen

1. Hat sich die GmbH & Co. KG infolge der Löschung der Komplementär-GmbH in eine OHG umgewandelt?

2. Konnte der Kommanditeil noch abgetreten werden, obwohl die GmbH & Co. KG infolge der Löschung der Komplementär-GmbH möglicherweise keine KG mehr ist?

3. Konnte der Kommanditanteil noch abgetreten werden, wenn sich die GmbH & Co. KG bereits in der Insolvenz befand?

4. Wenn der Kommanditanteil noch abgetreten werden konnte: Wie kann die Handelsregisteranmeldung bei der GmbH & Co. KG vollzogen werden, um die Wirksamkeit der Abtretung zu erreichen?

III. Zur Rechtslage

1. Ausscheiden der Komplementär-GmbH aus der KG?

Zunächst ist fraglich, ob die Komplementär-GmbH infolge ihrer Löschung aus der GmbH & Co. KG ausgeschieden ist. Die **Löschung einer GmbH** sagt für sich genommen nichts über die Existenz der GmbH aus. Verfügt die GmbH trotz Löschung noch über Vermögen, so besteht sie nach der (weitgehend rezipierten) **Lehre vom Doppeltatbestand der Vollbeendigung** fort. Bei der typischerweise vermögenslosen Beteiligung einer Komplementär-GmbH handelt es sich allerdings wirtschaftlich betrachtet nicht um „echtes“ Vermögen, sondern lediglich um eine formale Rechtsposition. Dennoch steht nach herkömmlicher Ansicht auch die vermögenslose Komplementärbeteiligung der Vollbeendigung der Komplementär-GmbH entgegen (vgl. OLG Frankfurt FGPrax 2005, 269, 270 m. w. N.; Scholz/Scheller, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 60 Rn. 135; vgl. auch Gutachten DNotI-Report 2020, 177, 178 f.; a. A. OLG Hamm NZI 2007, 584, 587; BeckOK-HGB/Lehmann-Richter, Std.: 15.01.2023, § 131 Rn. 39; womöglich auch BGH NZG 2011, 26 Tz. 31).

Nach der wohl noch überwiegenden Meinung kann sich daher die Frage nach einer Umwandlung der KG in eine OHG nicht stellen, da die **GmbH als Komplementärin noch fortbesteht**.

2. Folge eines angenommenen Ausscheidens der Komplementärin

Hält man die (einzige) Komplementär-GmbH für vollbeendet und ausgeschieden, dann hat dies nach h. M. **nicht automatisch die Umwandlung** der (mehr als zweigliedrigen) **GmbH & Co. KG in eine OHG** zur Folge. Die **KG wird vielmehr lediglich aufgelöst**. Sie wandelt sich nur dann in eine OHG, wenn es gesellschaftsvertraglich vorgesehen ist, wenn die Kommanditisten das Liquidationsverfahren nicht nachhaltig betreiben oder wenn sie bei Geschäftsführung nicht unverzüglich einen neuen Komplementär aufnehmen (MünchKommHGB/K. Schmidt/Fleischer, 5. Aufl. 2022, § 131 Rn. 46; Lorz, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, § 131 Rn. 30; Scholz/Scheller, § 60 Rn. 133).

Dies muss ebenso gelten, wenn die **KG wegen Insolvenzeröffnung** (§ 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB) **bereits aufgelöst** ist (vgl. auch DNotI-Internetgutachten Nr. 48053). Gerade in diesem Fall ist kein Raum für eine Umwandlung in eine (werbende) OHG. Gläubigerschutzgründe lassen sich dafür bereits deshalb nicht anführen, weil die KG ohnehin zugunsten gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung in dem dafür vorgesehenen Verfahren vom Insolvenzverwalter abgewickelt wird.

3. Abtretbarkeit der Kommanditanteile

Die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat keine Auswirkung auf die Abtretbarkeit der Kommanditanteile** (zu GmbH-Geschäftsanteilen: RGZ 64, 149, 153 f.; Scholz/Seibt, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 15 Rn. 258; MünchKommGmbHG/Weller/Reichert, 4. Aufl. 2022, § 15 Rn. 564 f.). Die **Anteile** an der insolventen Gesellschaft sind **nicht Teil der Insolvenzmasse** (vgl. Habersack, in: Staub/Habersack, Das Recht der OHG, 2. Aufl. 2019, § 131 HGB Rn. 34; MünchKommInsO/Vuia, 4. Aufl. 2019, § 80 Rn. 111; Schmid, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, § 47 Rn. 15). Soweit es auf die Zustimmung der übrigen Gesellschafter zur Abtretung ankommt, dürften diese zuständig bleiben und dürfte nicht etwa der Insolvenzverwalter an deren Stelle treten (zu § 15 Abs. 5 GmbHG MünchKommGmbHG/Weller/Reichert, § 15 Rn. 566; Scholz/Seibt, § 15 Rn. 258 m. w. N.).

Eine „Umwandlung“ in eine OHG ist im vorliegenden Fall nach oben Gesagtem nicht denkbar. Aber selbst wenn Kommanditanteile zu Anteilen persönlich haftender Gesellschafter einer OHG (§§ 128, 130 HGB) würden, wären sie nach wie vor existent. Der Wechsel von der KG in die OHG ist identitätswahrend und berührt die Mitgliedschaften der Gesellschafter im Kern nicht (vgl. BeckOGK-HGB/Notz/Zinger, Std.: 15.1.2021, § 161 Rn. 52; Oetker, in: Oetker, HGB, 7. Aufl. 2021, § 161 Rn. 25; MünchKommHGB/Grünwald, 5. Aufl. 2022, § 161 Rn. 16).

Für die **Anmeldung** der Sonderrechtsnachfolge in den Kommanditanteil gelten u. E. die **allgemeinen Grundsätze** (vgl. § 143 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1, §§ 108, 162 Abs. 3 HGB; BeckOK-HGB/Lehmann-Richter, § 143 Rn. 7; MünchKommHGB/K. Schmidt/Fleischer, § 143 Rn. 12; Schulte/Hushahn, § 35 Rn. 61 i. V. m. Rn. 43; Hopt/Roth, HGB, 42. Aufl. 2023, § 162 Rn. 7). Im Hinblick auf die evtl. fortbestehende – und nicht ausgeschiedene – **Komplementär-GmbH** sollte ein **Nachtragsliquidator** bestellt werden. Die Frage nach der Fortexistenz der vermögenslos beteiligten Komplementär-GmbH ist zwar nicht abschließend geklärt, es spricht aber immer noch eine starke Meinung dafür

aus. Falls die Komplementärin tatsächlich nicht mehr bestehen sollte, dürfte die Mitwirkung des Nachtragsliquidators dennoch nicht schaden.

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 Abruf-Gutachten.

ZPO § 796c

**Vollstreckbarerklärung eines Anwaltsvergleichs;
Zustimmung der Parteien**

Abruf-Nr.:

BGB § 727; GBO §§ 19, 22, 35

**GbR; Grundbuchberichtigung nach dem Tod eines
Gesellschafters; Erfordernis des Nachweises der
Erbenstellung; transmortale Vollmacht**

Abruf-Nr.:

Aktuelles

Zum 1.3.2023 ist das Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (BGBl. I 2023 Nr. 51) in Kraft getreten. Es führt bundesrechtliche Regelungen zur grenzüberschreitenden Spaltung sowie zum grenzüberschreitenden Formwechsel ein, reformiert das Recht der grenzüberschreitenden Verschmelzung und modernisiert einige Regelungen des innerstaatlichen Umwandlungsrechts.

Für die notarielle Praxis außerhalb grenzüberschreitender Umwandlungsvorgänge ist insbesondere von Belang, dass die Strafvorschriften des UmwG inhaltsgleich in die §§ 346 ff. verschoben wurden. Sofern in **Mustern zur Versicherung des GmbH-Geschäftsführers oder AG-Vorstands** die inhabilitätsbegründenden Vorschriften (§ 6 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GmbHG; § 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 AktG) einzeln aufgeführt sind, ist § 313 UmwG a. F. künftig durch **§ 346 UmwG n. F.** zu ersetzen.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Dr. Philipp Theuersbacher

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO § 750; BGB §§ 307, 308 Nr. 6 – Empfangs- und Zustellungsvollmacht im Rahmen einer Grundschuldbestellung

BGB §§ 1767 ff., 2069 – Volljährigenadoption mit schwachen Wirkungen; Ersatzberufung des Angenommenen im Rahmen eines Berliner Testaments

Gutachten im Abrufdienst

Literaturhinweise

Veranstaltung

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO § 750; BGB §§ 307, 308 Nr. 6 Empfangs- und Zustellungsvollmacht im Rahmen einer Grundschuldbestellung

I. Sachverhalt

Eine Genossenschaftsbank bittet den Notar im Zuge eines Grundschuldbestellungsauftrags für die Käufer einer Eigentumswohnung um Verwendung des üblichen Formulars des Genossenschaftsverlages für die Grundschuldbestellung. Im konkreten Fall wünscht die Bank jedoch die Ergänzung des Formulars. Unter Ziff. 5.1 soll zusätzlich zur dort üblicherweise geregelten Zustellungsvollmacht jedes einzelnen Grundstückseigentümers für alle anderen Miteigentümer folgende Regelung aufgenommen werden:

„Als weiterer Zustellungsbevollmächtigter z.B. für Zustellungen gemäß ZPO, Grundschuldkündigungen, Kreditkündigungen oder anderen empfangsbedürftigen Willens-

erklärungen im Zusammenhang mit dem Kreditverhältnis wird benannt: Herr X (...).“

Herr X ist ein freier, selbständiger Finanzierungsvermittler und kein angestellter Mitarbeiter der Genossenschaftsbank. Über ihn ist das Kreditverhältnis zwischen der Bank und den Käufern der Eigentumswohnung zustande gekommen.

Auf Nachfrage gibt die Bank an, diese zusätzliche Regelung sei nur bei ausländischen Staatsangehörigen gewünscht. Im konkreten Fall würden die Darlehensnehmer zwar momentan in Deutschland leben. Aufgrund entsprechender Erfahrungen in der Vergangenheit sei aber zu befürchten, dass sich die Darlehensnehmer bei Zahlungsschwierigkeiten ins Ausland „absetzen“ könnten. Eine Rechtsverfolgung sei dann erheblich erschwert. Konkrete Anhaltspunkte hierfür bestünden allerdings nicht.

II. Fragen

1. Kann sich eine Bank im Rahmen einer Grundschuldbestellung über eine von ihr vorformulierte Klausel eine dritte Person als Zustellungsbevollmächtigten benennen lassen?

2. Welche Anforderungen sind an die Person des Zustellungsbevollmächtigten zu stellen?

III. Zur Rechtslage

Nach der hier in Rede stehenden Klausel soll sowohl für Zustellungen nach der ZPO als auch für empfangsbedürftige (Willens-)Erklärungen materiell-rechtlicher wie prozessualer Natur ein Zustellungs- bzw. Empfangsbevollmächtigter der Darlehensnehmer benannt werden. Eine solche Klausel könnte als unangemessene Benachteiligung der Darlehensnehmer unwirksam sein, §§ 307 Abs. 1 und 2, 308 Nr. 6 BGB.

1. Anwendbarkeit der §§ 307 ff. BGB

Die Vorschriften über die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB sind vorliegend anwendbar. Bei der Vollmachtsklausel handelt es sich um eine allgemeine Geschäftsbedingung i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB.

Dem steht nicht entgegen, dass § 305 Abs. 1 S. 1 BGB seinem Wortlaut nach Vertragsbedingungen voraussetzt, es sich bei der Vollmacht aber um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung, die in der Literatur allgemein anerkannt ist, sind die §§ 305 ff. BGB mit Rücksicht auf ihren Schutzzweck auch auf eine vom Verwender, hier der Bank, vorformulierte einseitige Erklärung des anderen Teils anzuwenden, jedenfalls wenn diese – wie hier – im Zusammenhang mit einer Sonderverbindung steht. Dies zeigt sich insbesondere an den §§ 308 Nr. 1 und 309 Nr. 12 lit. b BGB (BGH, NJW-RR 2018, 486, 487 m. w. N. zur Rechtsprechung; Grüneberg/Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 305 Rn. 5).

2. Vorliegen einer unangemessenen Benachteiligung a) Einschlägige Vorschrift: § 307 Abs. 1 und 2 oder § 308 Nr. 6 BGB?

Bei formularmäßigen Empfangs- oder Zustellungsvollmachten ist umstritten, ob diese am Maßstab des § 307 Abs. 1, 2 BGB oder des § 308 Nr. 6 BGB zu messen sind. Seinem Wortlaut nach sind gem. § 308 Nr. 6 BGB Bestimmungen unwirksam, die vorsehen, dass eine Erklärung des Verwenders von besonderer Bedeutung dem anderen Vertragsteil als zugegangen gilt. Diese Norm betrifft also – wie ihre Überschrift klarstellt – Zugangsfiktionen. Teilweise wird sie dennoch auch bei Empfangsvollmachten für einschlägig gehalten, weil diese auch dazu führen können, dass Willenserklärungen und prozessrechtliche Erklärungen wirksam werden, die dem Erklärungsempfänger selbst rein tatsächlich nicht zugegangen sind. Die herrschende Meinung ist jedoch der Ansicht, dass § 308 Nr. 6 BGB bei einer reinen Empfangs- oder Zustellungsvollmacht nicht eingreife,

da eine Bevollmächtigung zur Entgegennahme von Zustellungen oder Willenserklärungen gegenüber der Fiktion des Zugangs oder der Zustellung ein *aliud* darstelle (BGH NJW 1997, 3437, 3439; BeckOGK-BGB/Weiler, Std.: 1.1.2023, § 308 Nr. 6 Rn. 32 m. w. N.; a. A. KG NJW-RR 1992, 859, 861; offen Grüneberg/Grüneberg, § 308 Rn. 36).

Zur Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit ist allerdings im Ergebnis nicht entscheidend, ob Maßstab für die Klauselkontrolle die Generalnorm des § 307 Abs. 1, 2 BGB oder die speziellere Vorschrift des § 308 Nr. 6 BGB ist. Auch die Ansicht, die den Anwendungsbereich von § 308 Nr. 6 BGB als nicht eröffnet ansieht, berücksichtigt dessen Wertung im Rahmen des § 307 BGB (vgl. zum Ganzen Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, § 308 Nr. 6 Rn. 27a).

b) Rechtliche Ausgangspunkte

Für die Beurteilung, ob eine Bestimmung eine unangemessene Benachteiligung darstellt, ist zunächst in den Blick zu nehmen, inwieweit durch die fragliche Bestimmung von gesetzlichen Regelungen abgewichen wird.

Hinsichtlich der Vollmacht für Zustellungen nach der ZPO bildet § 750 ZPO den Ausgangspunkt. Die Vorschrift sieht vor, dass vor Durchführung der Zwangsvollstreckung die Vollstreckungsklausel dem Schuldner zugestellt werden muss. Zumindest ist eine gleichzeitige Zustellung erforderlich (vgl. hierzu Vogt-Beheim, in: Anders/Gehle, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 750 Rn. 20). Dies gilt auch bei einer vollstreckbaren Urkunde gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. Im Grundsatz wird die Erteilung einer Zustellungsvollmacht für zulässig erachtet (Vogt-Beheim, in: Anders/Gehle, ZPO, § 184 Rn. 5).

Für empfangsbedürftige Willenserklärungen ergibt sich das Zugangserfordernis aus § 130 Abs. 1 BGB. Soweit Erklärungen gegenüber Gesamtschuldnern abgegeben werden, ist zudem der Grundsatz der Einzelwirkung (§ 425 BGB) zu beachten.

Ausgehend von diesem unstreitigen Ausgangspunkt ist in Rechtsprechung und Literatur nicht abschließend geklärt, inwieweit AGB-mäßige Empfangs- und Zustellungsvollmachten zulässig sind.

c) Rechtsprechung zu Empfangsvollmachten in AGB

Die bestehende Unsicherheit rührt in erster Linie daher, dass für den Bereich der Wirksamkeit von Empfangsvollmachten in AGB zwei Entscheidungen des BGH vorliegen, aus denen sich keine klaren Kriterien ableiten lassen, inwieweit derartige Klauseln zulässig sein kön-

nen. In einem Urteil vom 22.6.1989 (Az. III ZR 72/88 = NJW 1989, 2383) hat der BGH eine Klausel in einem Kreditvertrag als AGB-rechtswidrig erklärt, in dem zwei Kreditnehmer, die für den Kredit als Gesamtschuldner hafteten, sich gegenseitig zur Entgegennahme aller Erklärungen seitens der Bank sowie zur Beantragung von Stundungen und Laufzeitverlängerungen bevollmächtigten. Insbesondere die Möglichkeit, gegenüber nur einem der Kreditnehmer mit Wirkung gegen beide Kreditnehmer zu kündigen, die durch diese Klausel herbeigeführt würde, veranlasste den BGH, diese Klausel als Abweichung von der Einzelwirkung nach § 425 BGB als Verstoß gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG (= § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB n. F.) anzusehen. Der BGH betonte ausdrücklich, dass die Wirkung der Empfangsvollmacht einer Zugangsfiktion zulasten des Vertretenen gleichkomme. Dies könne auch nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass die Durchführung eines Darlehensvertrags ohne Empfangsvollmacht einen höheren Verwaltungsaufwand erfordere.

Demgegenüber hat der BGH mit Entscheidung vom 10.9.1997 (Az. VIII ARZ 1/97 = NJW 1997, 3437) eine Klausel in einem Mietvertrag für wirksam erklärt, in dem sich mehrere Mieter eines Objektes gegenseitig bevollmächtigten, alle Erklärungen zum Mietverhältnis entgegenzunehmen. Hierbei war die Klausel nach der formularvertraglichen Formulierung ausdrücklich sogar auf den Fall einer Kündigung erstreckt worden. Der BGH hielt eine solche gegenseitige Empfangsvollmacht der beiden Mieter für zulässig, da zwischen den Mietern ein Näheverhältnis bestehe, das eine derartige gegenseitige Bevollmächtigung erlauben würde. Außerdem gehe, so der BGH, dem Mitmieter eine an die Wohnungsadresse gerichtete Kündigung ohnehin zu, solange er in der Wohnung wohne, so dass es der Vertretung nicht bedürfe.

Nach einer Entscheidung des KG (NJW-RR 1992, 859) kann eine Bank nicht wirksam eine Empfangsbotenklausele mit dem Inhalt, dass sie selbst bevollmächtigt sei, für ihren Kreditnehmer Erklärungen der Restschuldversicherung entgegenzunehmen, gestalten (vgl. auch Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 10. Aufl. 2006, Anh. § 310 BGB Rn. 1017). Es bestehe kein anzuerkennendes Interesse der Bank, dem lebenden und unter seiner Anschrift erreichbaren Versicherungsnehmer selbst derartige Erklärungen nicht zugehen zu lassen. Das KG wies darauf hin, dass eine derartige Vollmacht in ihrer Wirkung einer Zugangsfiktion gleichkomme und auch daher gegen das AGBG (heute: § 305 ff. BGB) verstoße.

d) Rezeption dieser Entscheidungen im Schrifttum

Für Empfangsvollmachten zieht die Literatur aus den

beiden divergierenden Entscheidungen des BGH unterschiedliche Schlussfolgerungen. Ein Teil ist der Auffassung, dass aus diesen Entscheidungen gefolgert werden müsse, eine Bevollmächtigung sei unbedenklich, soweit sie nur die Ebene unterhalb der Beendigung eines Vertragsverhältnisses berühre, es also nicht um die Beendigung des Vertragsverhältnisses selbst gehe (vgl. BeckOGK-BGB/Quantz, Std.: 1.11.2022, § 307 Vollmachten Rn. 15; ähnlich Ellenberger/Bunte, Bankrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2022, § 73 Rn. 256 f.). Diese Ansicht kann für sich den Wortlaut des § 308 Nr. 6 BGB in Anspruch nehmen, der von „Erklärungen des Verwenders von besonderer Bedeutung“ spricht.

Die Gegenauffassung hält Empfangsvollmachten bis auf in Ausnahmeverhältnissen in aller Regel für unzulässig, da diese in ihrer Auswirkung einer Zugangsfiktion gleichkommen. Allenfalls bei einem Näheverhältnis zum Bevollmächtigten sei eine Bevollmächtigung zur Entgegennahme von Erklärungen (und damit wohl auch zur Entgegennahme von Zustellungen) unbedenklich (MünchKommBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, § 308 Nr. 6 Rn. 5; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Dammann, 5. Teil, Rn. V 484).

Eine weitere, der vorgenannten Ansicht ähnliche Auffassung stellt im Ausgangspunkt auf den Schutzgedanken des § 308 Nr. 6 BGB ab. Dieser sei jedenfalls verletzt, wenn nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden könne, dass der Bevollmächtigte die Informationen an den Darlehensnehmer weiterleite. Dies dürfte insbesondere der Fall sein, soweit der Bevollmächtigte im Lager der kreditgebenden Bank steht oder von dieser ausgewählt wird (vgl. Voran, DNotZ 2005, 887, 894, unter Berufung auf das Urteil KG NJW-RR 1992, 859, in dem die Bank als Empfangsbote bestimmt wurde). Die Bevollmächtigung eines dem Vollmachtgeber nahestehenden Dritten (Vertrauensperson) oder zumindest einer vom Vollmachtgeber ausgewählten Person könnte nach dieser Ansicht in begründeten Einzelfällen zulässig sein, weil dann mit einer Weitergabe der Information an den Betroffenen zu rechnen sei.

e) Anwendung auf den vorliegenden Fall

Nach unserer Auffassung ist vorliegend von einer Unwirksamkeit der Empfangs- und Zustellungsvollmacht auszugehen. Dabei kann dahinstehen, welcher der vorgenannten Ansichten zu folgen ist, da nach allen Ansichten eine unangemessene Benachteiligung des Vollmachtgebers vorliegen dürfte.

Die vorliegende Vollmacht beschränkt sich nicht auf solche Erklärungen, die „unterhalb“ der Beendigung des Vertragsverhältnisses anzusehen sind; sie soll aus-

weislich ihres eindeutigen Wortlauts gerade auch Kündigungen umfassen. Ebenso wenig wird der Kreditvermittler als Vertrauensperson anzusehen sein. Ein derart enges Vertrauensverhältnis, wie es unter Mitmietern einer Wohnung üblicherweise vorliegt, ist bei einem rein geschäftlichen Kontakt zu einem Kreditvermittler kaum vorstellbar.

Selbst nach der Auffassung, die danach differenziert, in wessen „Lager“ der Empfangsbevollmächtigte steht, wird eine unangemessene Benachteiligung vorliegen. Im vorliegenden Fall mag man zwar einwenden, der Vermittler sei weder der Sphäre der Bank noch der des Darlehensnehmers zuzuordnen. Es ist jedoch bereits fraglich, ob der Vermittler, der ein ureigenes Interesse am Zustandekommen der Finanzierung hat, wirklich als derart neutral angesehen werden kann. Aus Sicht des Darlehensnehmers dürfte der Vermittler in allen Fragen des beabsichtigten Darlehensvertrags der Ansprechpartner sein. Damit kann es vom Standpunkt des Darlehensnehmers betrachtet nicht darauf ankommen, in welcher Art von vertraglicher Beziehung der Vermittler zur kreditgebenden Bank steht. Für den Darlehensnehmer stellt sich der vorliegende Fall nicht anders dar, als wenn das Darlehen durch Beratung eines Angestellten der Bank zustande gekommen wäre.

f) Besonderheiten bei Zustellungsvollmachten

Die vorstehenden Erwägungen in Rechtsprechung und Literatur befassen sich ausschließlich mit Vollmachten für den Empfang rechtsgeschäftlicher Erklärungen und nicht mit prozessualen Vollmachten für Zustellungen i. S. d. ZPO. Sie berücksichtigen daher nicht die Besonderheiten des Zwangsvollstreckungsverfahrensrechts.

Dennoch lassen sich die vorstehend dargestellten Überlegungen auch insoweit auf den vorliegenden Fall übertragen, als die Klausel eine Vollmacht für Zustellungen nach der ZPO enthält. Mit Blick auf den Schutzzweck des § 798 ZPO dürfte es sich als unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen, wenn eine Zustellungsvollmacht die Möglichkeit begründet, dass nicht der Schuldner selbst, sondern nur ein Bevollmächtigter, der in keinem Näheverhältnis zum Vollstreckungsschuldner steht, also ein fremder Dritter ist, Kenntnis von der Einleitung der Zwangsvollstreckung erlangt. In einem solchen Fall ist regelmäßig nicht damit zu rechnen, dass der Bevollmächtigte die erhaltene Erklärung an den Vollmachtgeber weiterleiten wird. Eine solche Zustellungsvollmacht würde dazu führen, dass die verfassungsrechtlich gebotene Anhörung der Beteiligten (Art. 103 Abs. 1 GG) zur reinen Fiktion wird (Voran, DNotZ 2005, 887, 893 f.).

Zur Zulässigkeit einer Zustellungsvollmacht mag man allenfalls gelangen, wenn ein aufgrund besonderer Umstände gerechtfertigtes Interesse der Gläubigerin vorliegt, einen Empfangs- und Zustellungsbevollmächtigten zu benennen. Dies könnte beispielsweise dann gegeben sein, wenn der Sicherungsgeber seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat und daher konkret zu befürchten ist, dass die Durchführung von Zustellungen deutlich erschwert und der Zugang von Willenserklärungen kaum beweisbar ist. Die abstrakte Möglichkeit, der Darlehensnehmer könne sich einer Inanspruchnahme dadurch entziehen, dass er seinen gewöhnlichen Aufenthalt in das Ausland verlagert, besteht bei jeder Kreditgewährung. Selbst eine eventuelle ausländische Staatsangehörigkeit dürfte noch kein ausreichender Anhaltspunkt für eine besondere Unzuverlässigkeit oder zu besorgende Zustellungsprobleme sein.

3. Ergebnis

Nach unserer Auffassung ist die vorliegende Klausel als unangemessene Benachteiligung der Käufer unwirksam. Diese könnte allenfalls als wirksam angesehen werden, wenn ein anerkennenswertes Interesse auf Seiten des Darlehensgebers an deren Verwendung besteht und es sich bei dem Bevollmächtigten um eine Vertrauensperson des Schuldners handelt.

Dies gilt sowohl, soweit die Vollmacht den Empfang von Willenserklärungen umfasst, als auch soweit sie sich auf Zustellungen im Sinne der ZPO erstreckt.

BGB §§ 1767 ff., 2069

Volljährigenadoption mit schwachen Wirkungen; Ersatzberufung des Angenommenen im Rahmen eines Berliner Testaments

I. Sachverhalt

Herr K ist von seiner Adoptivmutter AM im Jahre 2011 als Volljähriger adoptiert worden (Volljährigenadoption mit schwacher Wirkung). Nach dem Ausspruch der Adoption durch das Familiengericht verstarb die Adoptivmutter.

Nunmehr sind die Eltern der Adoptivmutter verstorben, die ihre Tochter AM im Rahmen eines gemeinschaftlichen Testaments zum Erben des längstlebenden Elternteils bestimmt haben.

II. Frage

Ist K – aufgrund des Vorversterbens seiner Adoptivmutter AM – nach dem längstlebenden Elternteil von AM Erbe geworden oder ist dies aufgrund der schwachen Wirkungen der Volljährigenadoption ausgeschlossen?

III. Zur Rechtslage

1. Wirkungen der Volljährigenadoption

Die normale Volljährigenadoption nach den §§ 1767 ff. BGB stellt keine Volladoption dar, sondern begründet nur schwache Rechtswirkungen. Der Angenommene wird zwar Kind des Annehmenden und auch seine etwaigen Abkömmlinge werden von der Annahme erfasst. **Zwischen dem Angenommenen und den Verwandten des Annehmenden entsteht aber kein Verwandtschaftsverhältnis, § 1770 Abs. 1 S. 1 BGB.** Ferner bleiben gem. § 1770 Abs. 2 BGB die Rechtsbeziehungen des Angenommenen und seiner Abkömmlinge zu den leiblichen Verwandten in vollem Umfang bestehen.

Damit lässt sich zunächst festhalten, dass der Adoptivsohn K (und dessen etwaige Kinder) durch die Adoption zwar mit der Adoptivmutter AM, nicht aber mit deren Eltern, verwandt wurde, so dass in Bezug auf die „Adoptiv-Großeltern“ und damit auch in Bezug auf den letztverstorbenen Elternteil der Adoptivmutter, dessen Beerbung nun zu klären ist, **kein gesetzliches Erb- bzw. Pflichtteilsrecht** besteht.

2. Ersatzberufung aufgrund Verfügung von Todes wegen

Eine andere Frage ist, inwieweit K **aufgrund Verfügung von Todes wegen (Testament, Erbvertrag)** zur Erbfolge nach dem Erblasser berufen sein kann. In Betracht käme insoweit eine Ersatzerbenberufung nach Wegfall der zur Schlusserbin berufenen Tochter des Erblassers und Adoptivmutter von K.

a) Soweit ersichtlich, hat der Erblasser lediglich eine Verfügung von Todes wegen (gemeinschaftliches Testament mit dem Ehegatten) hinterlassen. Enthält das Testament keine Ersatzerbenberufung, kann sich eine Ersatzberufung aus **§ 2069 BGB** ergeben. § 2069 BGB enthält eine Auslegungsregel dahingehend, dass dann, wenn der Erblasser einen seiner Abkömmlinge bedacht hat und dieser nach der Errichtung des Testaments weggefallen ist, im Zweifel anzunehmen ist, dass dessen Abkömmlinge insoweit bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle treten würden. Nach der Auslegungsregel ist bei Wegfall eines bedachten Abkömmlings des Erblassers nach Testamenterrichtung also **im Zweifel ersatzweise der betreffende Stamm** berufen (Grüneberg/Weidlich, BGB, 82. Aufl. 2023, § 2069 Rn. 1).

Voraussetzung des § 2069 BGB ist zum einen, dass der Bedachte ein **Abkömmling des Erblassers** ist, und zum anderen, dass dieser **nach Testamenterrichtung weggefallen** ist. Beide Voraussetzungen sind hinsichtlich der vorverstorbenen Adoptivmutter von K erfüllt.

Als Ersatzberufene treten an die Stelle des Weggefallenen aber nur dessen Abkömmlinge, **soweit sie bei der gesetzlichen Erbfolge nach dem Erblasser (nicht nach dem Weggefallenen) nachrücken würden** (Grüneberg/Weidlich, § 2069 Rn. 7; MünchKommBGB-Leipold, 9. Aufl. 2022, § 2069 Rn. 22; BeckOGK-BGB/Gomille, Stand: 1.8.2022, § 2069 Rn. 35). Der Personenkreis der Ersatzberufenen richtet sich also danach, wer gem. § 1924 BGB zum Zeitpunkt des Erbfalls in Bezug auf den Erblasser, um dessen Beerbung es geht (hier: letztverstorbenen Elternteil der Adoptivmutter), dessen gesetzlicher Erbe geworden wäre (Grüneberg/Weidlich, § 2069 Rn. 7). Dies führt dazu, dass zum Kreis der Ersatzbedachten nach § 2069 BGB neben den leiblichen Abkömmlingen **Adoptivkinder des weggefallenen Abkömmlings nur dann zählen, wenn die Adoption mit starken Wirkungen** (Minderjährigenadoption oder Volljährigenadoption nach § 1772 BGB) erfolgt ist (Müller-Engels, in: MüllerEngels/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira, Adoptionsrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2020, Rn. 417). Handelt es sich dagegen wie im vorliegenden Fall um eine **normale Volljährigenadoption i. S. d. §§ 1767 ff. BGB**, wäre der Adoptierte zwar als Abkömmling des Weggefallenen anzusehen, aber wegen § 1770 Abs. 1 BGB nicht mit dem Erblasser i. S. v. § 2069 BGB verwandt (vgl. Ziff. 1), so dass er auch bei gesetzlicher Erbfolge nach dem Erblasser nicht nachrücken würde (vgl. auch BeckOGK-BGB/Gomille, § 2069 Rn. 35 m. w. N.). Über § 2069 BGB sind solche volljährigen Angenommenen daher **nicht ersatzberufen** (BayObLGZ 1985, 246, 254 = FamRZ 1985, 426).

b) Die gleiche Rechtslage würde sich ergeben, wenn im Testament eine **ausdrückliche Ersatzberufung der Abkömmlinge i. S. v. § 2096 BGB** enthalten wäre, die den Tatbestand des § 2069 BGB wiederholt; denn dann würde § 2069 BGB in Bezug auf die Rechtsfolgen zur Anwendung gelangen (BayObLG NJW 1961, 1678, 1679; OLG Brandenburg BeckRS 1998, 3667; BeckOGK-BGB/Gomille, § 2069 Rn. 48).

c) Etwas anderes würde u. E. nur gelten, wenn im Testament eine Ersatzerbenberufung der Abkömmlinge der Weggefallenen i. S. v. § 2096 BGB enthalten wäre, die sich **(allgemein) auch auf adoptierte Abkömmlinge** erstreckt (was ggf. durch Auslegung zu ermitteln wäre).

3. Ergebnis

Im vorliegenden Fall liegt eine Volljährigenadoption mit schwachen Wirkungen nach den §§ 1767 ff. BGB vor. Aufgrund der Adoption wurde daher kein Verwandtschaftsverhältnis zu den Verwandten der Adoptivmutter, und damit auch nicht zum Erblasser, begründet (vgl. § 1770 Abs. 1 S. 1 BGB), so dass es an den Voraussetzungen für eine Ersatzberufung kraft gesetzlicher

Auslegungsregel (§ 2069 BGB) fehlt. K könnte daher nur aufgrund einer im Testament enthaltenen Ersatzberufung (§ 2096 BGB), die auch (volljährig) adoptierte Abkömmlinge miteinbezieht, zur Schlusserbfolge berufen sein.

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 Abruf-Gutachten.

BGB §§ 491 Abs. 3 S. 4 Nr. 2, 1149, 1191

Verkaufsvollmacht beim Immobilienverzehrcredit; unzulässige Befriedigungsabrede

Abruf-Nr.:

BGB §§ 95, 428, 432, 745 Abs. 1 u. 2, 749, 1018, 1024, 1025

Gesamtgrunddienstbarkeit; Unterteilung von Teileigentum; Innen- und Außenverhältnis der Berechtigten; ordnungsgemäße Benutzung und Verwaltung

Abruf-Nr.:

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Alexander König

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1411 – Abschluss eines Ehevertrages aufgrund Vorsorgevollmacht

WEG § 12 – Vorgezogene Verwalterzustimmung für den Fall der Zwangsvollstreckung durch den Grundschuldgläubiger

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 1004, 1018, 1027, 1028; WEG § 9b – Grunddienstbarkeit zur Sicherung eines Bauverbots; Verjährung des Beseitigungsanspruchs führt nur zum teilweisen Erlöschen der Grunddienstbarkeit; Löschung einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines nach WEG aufgeteilten Grundstücks nur aufgrund Bewilligung aller Wohnungseigentümer

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1411

Abschluss eines Ehevertrages aufgrund Vorsorgevollmacht

I. Sachverhalt

Der Ehemann M (Jahrgang 1940) ist mit seiner Ehefrau F (Jahrgang 1938) seit Jahrzehnten im gesetzlichen Güterstand verheiratet. Die Eheleute haben ein erhebliches Millionenvermögen, das im Wesentlichen durch die unternehmerische Tätigkeit des Ehemannes während der Ehe erwirtschaftet worden ist. Das Vermögen liegt weit überwiegend bei der Ehefrau.

Die Ehefrau ist an Demenz erkrankt. Der Ehemann hat für seine Ehefrau eine umfassende Vorsorgevollmacht, nach der er ausdrücklich auch Schenkungen an sich selbst vornehmen kann. Er ist von § 181 BGB befreit.

Der Ehemann will nun im Wege des Insihgeschäfts einen Ehevertrag mit seiner Ehefrau abschließen, in dem er Gütertrennung vereinbart und zum Ausgleich des entstandenen Zugewinnausgleichs bestimmte Immobilien gegen Leibrente für die Ehefrau auf sich überträgt.

Aus Sicht des anfragenden Notars ist eine Vertretung formell betrachtet zulässig. Der Abschluss eines Ehevertrages sei kein höchstpersönliches Rechtsgeschäft. Ein Missbrauch der Vertretungsmacht liege nicht vor, da die Versorgung der Ehefrau gewährleistet sei. Außerdem könne man mit einem Erst-recht-Schluss argumentieren: Wenn der Ehemann nach dem Inhalt der Vollmacht Schenkungen an sich selbst vornehmen dürfe, dann dürfe er auch einen Ehevertrag abschließen, mit dem er seinen Zugewinnausgleichsanspruch auslöse.

II. Frage

Kann der Ehemann seine Ehefrau bei dem beabsichtigten Ehevertrag aufgrund der erteilten Vorsorgevollmacht wirksam vertreten oder gibt es hierfür rechtliche Hinderungsgründe?

III. Zur Rechtslage

1. Vertretung eines Ehegatten bei Ehevertragsabschluss durch einen Vorsorgebevollmächtigten

Im Hinblick auf den Abschluss eines Ehevertrages durch einen Bevollmächtigten lässt sich zunächst festhalten, dass vorliegend eine umfassende Vorsorgevollmacht vorliegt. Es wird davon ausgegangen, dass es sich – wie bei der Vorsorgevollmacht üblich – im vermögensrechtlichen Bereich um eine **Generalvollmacht** handelt, die grundsätzlich zur Vornahme von allen Rechtsgeschäften und geschäftsähnlichen Handlungen berechtigt, bei denen eine Vertretung zulässig ist (Grüneberg/Ellenberger, BGB, 82. Aufl. 2023, § 167 Rn. 7).

Bei einem **Ehevertrag** handelt es sich um ein Rechtsgeschäft, das grundsätzlich **Stellvertretung erlaubt** (vgl. Staudinger/Thiele, BGB, 2018, § 1410 Rn. 5). Eine General- und Vorsorgevollmacht deckt daher grundsätzlich den Abschluss eines Ehevertrages ab (Langenfeld/Milzer, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 8. Aufl. 2019, § 3 Rn. 33; Schäfer, NZFam 2014, 676, 680; für die Zulässigkeit der gewillkürten Vertretung bei Abschluss eines Ehevertrages auch allg. Erman/Heinemann, BGB, 17. Aufl. 2023, § 1411 Rn. 4).

Es bleibt allerdings darauf hinzuweisen, dass **auch Generalvollmachten auslegungsfähig** sind und in ihrem Umfang begrenzt sein können (vgl. OLG Zweibrücken NJW-RR 1990, 931; OLG Hamm OLG R 1999, 269). So wird insbesondere vertreten, dass ganz außergewöhnliche Geschäfte, insbesondere solche, die erkennbar und eindeutig den Vollmachtgeber schädigen, von einer Generalvollmacht nicht gedeckt seien (vgl. RGZ 52, 96, 100; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 1987, 482; OLG Zweibrücken NJW-RR 1990, 931).

Eine Einschränkung der Vertretungsmacht im Außenverhältnis – nur diese hat der Notar grundsätzlich zu prüfen – kann sich auch aus einem **Missbrauch der Vertretungsmacht** ergeben. Der Grundsatz, wonach ein Vollmachtmissbrauch im Fall der **Evidenz oder Kollusion** auf das Außenverhältnis „durchschlägt“, gilt auch im Rahmen eines Inlichgeschäfts des von § 181 BGB befreiten Bevollmächtigten. Liegt eine objektiv treuwidrige Vollmachtsverwendung vor, wäre bei dem von § 181 BGB befreiten Vertreter zugleich auch von der Kenntnis bzw. dem Kennenmüssen von diesen Umständen auszugehen, sodass die Vertretungsmacht im Außenverhältnis entfiel bzw. das solchermaßen abgeschlossene Rechtsgeschäft gem. § 138 BGB nichtig wäre, und zwar zumindest dann, wenn es für den Vertretenen nachteilig ist (vgl. nur BGH NJW-RR 2018, 222, 224; NZG 2021, 239, 240 f.; Grüneberg/Ellenberger, § 181

Rn. 21, § 164 Rn. 14). Für einen Missbrauch der Vertretungsmacht bestehen nach dem mitgeteilten Sachverhalt aber keine Anhaltspunkte.

2. Sonderfall: Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers

Der Vorsorgebevollmächtigte ist grundsätzlich – wie eben ausgeführt – zur Vertretung des Vollmachtgebers auch bei Abschluss eines Ehevertrages befugt. Ist der **Vollmachtgeber** aber **geschäftsunfähig i. S. v. § 104 Nr. 2 BGB** – was hier im Hinblick auf die demente Ehefrau vermutlich der Fall ist, zumal diese nach dem mitgeteilten Sachverhalt nicht selbst beim Vertragsschluss mitwirken soll – sind die **weiteren Einschränkungen des § 1411 Abs. 2 BGB** zu berücksichtigen.

Nach § 1411 Abs. 2 S. 1 BGB schließt für einen geschäftsunfähigen Ehegatten **der Betreuer** den Ehevertrag. „Betreuer“ ist der zivilrechtliche Betreuer i. S. d. §§ 1814 ff. BGB, **nicht ein Bevollmächtigter**. Dies gilt selbst dann, wenn dieser über eine Generalvollmacht verfügt. Auch wenn es zugegebenermaßen Sinn und Zweck einer Vorsorgevollmacht ist, die Einrichtung einer Betreuung entbehrlich zu machen (vgl. § 1814 Abs. 3 Nr. 1 BGB), kann nicht angenommen werden, dass ein Vorsorgebevollmächtigter oder sonstiger Generalbevollmächtigter insoweit einem Betreuer gleichgestellt werden kann (so aber möglicherweise Milzer, § 3 Rn. 33, der von einem „unabweisbaren Bedürfnis“ für die Vertretung des geschäftsunfähig gewordenen Ehegatten bei Vertragsabschluss aufgrund einer Vorsorgevollmacht ausgeht).

Hierfür spricht auch die Kommentierung von *Reetz* (BeckOGK-BGB/Reetz, Std.: 1.11.2022, § 1411 Rn. 26) in welcher explizit ausgeführt ist [Hervorhebungen i. F. durch das DNotI]:

„Trotz § 1896 Abs. 2 S. 2 (= Subsidiaritätsgrundsatz der Betreuung) ist ein Vorsorgebevollmächtigter, den der Ehegatte zeitlich vor Eintritt seiner Geschäftsunfähigkeit wirksam bestellt hat, nicht abschlussbefugt. Vielmehr liegt in Abs. 2 eine **abschließende Zuweisung an den gesetzlichen Vertreter**. Damit soll sichergestellt werden, dass die Genehmigungserfordernisse durch das Betreuungsgericht, die nicht auf das Vertreterhandeln eines Vorsorgebevollmächtigten anwendbar wären, zum Schutz des Ehegatten anwendbar bleiben. Aus Abs. 2 S. 1 folgt damit auch, dass **trotz einer umfassenden Vorsorgevollmacht ein Betreuer mit entsprechendem Wirkungsbereich bestellt werden muss**, wenn ehevertragliche Vereinbarungen mit einem geschäftsunfähigen Ehegatten erfolgen sollen.“

3. Ergebnis

Im vorliegenden Fall kann der gewünschte Ehevertrag wegen § 1411 Abs. 2 S. 1 BGB nach dem Grundsatz des sichersten Weges wirksam nur unter Beteiligung eines Betreuers abgeschlossen werden, sofern die Ehefrau geschäftsunfähig i. S. v. § 104 Nr. 2 BGB ist. Erforderlich wäre dann eine Genehmigung des Ehevertrages durch das Betreuungsgericht. Rechtsprechung, in der eine – wünschenswerte – analoge Anwendung der Bestimmung auf den Vorsorgebevollmächtigten befürwortet worden wäre, fehlt bislang.

Sollte die Ehefrau nicht geschäftsunfähig sein, könnte sie den Ehevertrag noch selbst schließen oder sich durch ihren Ehemann aufgrund der erteilten Vorsorgevollmacht vertreten lassen. Das Vorliegen eines etwaigen Vollmachtmissbrauchs ist hingegen eine im Einzelfall zu untersuchende Tatfrage.

WEG § 12

Vorgezogene Verwalterzustimmung für den Fall der Zwangsvollstreckung durch den Grundschuldgläubiger

I. Sachverhalt

Es wurde eine Eigentumswohnung verkauft, deren Veräußerung der Zustimmung des Verwalters bedarf. Die Eigentumsumschreibung auf den Käufer ist bereits erfolgt. Der Käufer hat den Kaufpreis über ein Darlehen finanziert, welches durch ein Grundpfandrecht gesichert ist. Die finanzierende Gläubigerin fordert nun vom Verwalter eine vorgezogene Zustimmung für den Fall der Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung an. Eine Zwangsvollstreckung ist derzeit nicht absehbar.

II. Fragen

1. Kann der Verwalter eine vorgezogene Zustimmung für den Fall der Zwangsvollstreckung erklären?
2. Hat die Gläubigerin hierauf einen Anspruch?
3. Wäre eine solche vorgezogene Verwalterzustimmung grundbuchverfahrensrechtlich verwendbar?

III. Zur Rechtslage

Zunächst ist zu erörtern, unter welchen Voraussetzungen eine Verwalterzustimmung bereits „antizipiert“, also vor einer konkreten Veräußerung erteilt werden kann. Nur sofern dies möglich ist, stellt sich die Frage, ob hierauf ein Anspruch des Grundpfandgläubigers besteht.

1. Verwalterzustimmung für Veräußerung in der Zwangsvollstreckung

Vorab ist festzuhalten, dass eine generell für erforderlich erklärte Verwalterzustimmung auch bei einer Veräußerung eines Wohnungseigentums im Wege der Zwangsvollstreckung zu beachten ist, da gem. § 12 Abs. 3 S. 2 WEG eine Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Insolvenzverwalter einer rechtsgeschäftlichen Veräußerung gleichsteht.

2. Zulässigkeit einer Zustimmung bereits vor Veräußerung

Auf die Verwalterzustimmung gem. § 12 WEG sind die §§ 182 ff. BGB anzuwenden. Daher kann diese **Zustimmung als Einwilligung grundsätzlich bereits vor der Veräußerung** erteilt werden, § 183 BGB (BayObLG DNotZ 1992, 229, 230).

Im vorliegenden Fall ist aber zu bedenken, dass im Zeitpunkt der zu erteilenden, vom Grundpfandgläubiger gewünschten Zustimmung weder absehbar ist, ob es überhaupt zu einer Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung kommt noch an welchen Erwerber diese erfolgen würde. Die gewünschte Verwalterzustimmung wäre daher nicht auf eine konkrete Veräußerung, sondern **generell** auf eine nicht näher bestimmte Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung gerichtet. Zu der Frage, ob eine Zustimmung gem. § 12 WEG auch als (antizipierte) Einwilligung erklärt werden kann, die einen künftigen, **lediglich anhand abstrakter Merkmale bestimmten Veräußerungsfall**, mehrere oder gar alle zukünftigen Veräußerungsfälle umfasst, sind weder in Rechtsprechung noch Schrifttum ausdrückliche Stellungnahme auffindbar.

§ 183 BGB statuiert für vorherige Zustimmungen (Einwilligungen) **kein Spezialitäts- oder Bestimmtheitsanfordernis** in dem Sinne, dass sich eine Einwilligung nur auf ein einzelnes, konkret bestimmtes Rechtsgeschäft beziehen könnte. Ebenso wenig muss sich der Einwilligende eine konkrete Vorstellung hinsichtlich sämtlicher Modalitäten des Hauptgeschäfts bilden. Er kann dem Ermächtigten durch großzügige Vorgaben einen erheblichen Entscheidungsspielraum hinsichtlich des Geschäftsinhaltes und der Person des Vertragspartners einräumen (BeckOGK-BGB/Regenus, Std.: 1.1.2023, § 182 Rn. 83.1). Exemplarisch zeigt sich dies an der Norm des § 110 BGB, nach der – als besonderer Anwendungsfall einer Einwilligung (Grüneberg/Ellenberger, BGB, 82. Aufl. 2023, § 110 Rn. 1) – eine Vielzahl von im Vorfeld nicht näher bestimmten Rechtsgeschäften Gegenstand einer Einwilligung sein kann. Erforderlich ist lediglich, dass die Geschäfte so bestimmt eingegrenzt sein müssen, dass später eine Ent-

scheidung möglich ist, ob ein vorgenommenes Hauptgeschäft von der Einwilligung erfasst ist (BeckOGK-BGB/Regenus, § 182 Rn. 83.1). Diesem Erfordernis könnte im vorliegenden Fall dadurch Rechnung getragen werden, dass die Verwalterzustimmung explizit für alle Fälle einer Veräußerung des Wohnungseigentums im Wege der Zwangsvollstreckung erteilt wird.

Dennoch bestehen **Bedenken**, ob eine solche **allgemeine antizipierte Verwalterzustimmung wirksam** ist. Auch wenn etwa im Rahmen der §§ 110, 112 oder 113 BGB anerkannt ist, dass sich die Einwilligung auch auf eine ganze Gruppe oder Gattung von Rechtsgeschäften beziehen kann, so erscheint zweifelhaft, ob dies auch für die Verwalterzustimmung nach § 12 WEG gilt. Gerade die **Person des jeweiligen Erwerbers ist das entscheidende Kriterium für die Erteilung der Zustimmung**, da der „wichtige Grund“ i. S. d. § 12 Abs. 2 S. 1 WEG in der Person des Erwerbers liegen muss (vgl. BeckOGK-WEG/Skauradszun, Std.: 1.3.2023, § 12 Rn. 29). Könnte ein Verwalter pauschal allen denkbaren Veräußerungen vorab zustimmen, so würde er dadurch das **Zustimmungserfordernis faktisch außer Kraft** setzen, obwohl das Gesetz die Aufhebung einer Veräußerungsbeschränkung einem Beschluss der Wohnungseigentümer vorbehält (§ 12 Abs. 4 S. 1 WEG).

Ferner erscheint zweifelhaft, ob der Verwalter im Verhältnis zur Gemeinschaft der Wohnungseigentümer eine allgemeine antizipierte Verwalterzustimmung abgeben darf. Das Erfordernis der Verwalterzustimmung dient nach überwiegender Ansicht dem Schutz der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer vor dem Eindringen unerwünschter Dritter, insbesondere von Personen, die eine Belastung für die Gemeinschaft darstellen. Der Verwalter nimmt bei seiner Entscheidung kein eigenes Recht wahr, sondern wird grundsätzlich als **Treuhänder und mittelbarer Stellvertreter der Wohnungseigentümer** tätig (BGH NZM 2013, 34 Tz. 13; BeckOGK-WEG/Skauradszun, § 12 Rn. 3 m. w. N.). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der Verwalter zur ordnungsgemäßen Prüfung verpflichtet ist. Diesem Auftrag kann er aber nicht mehr nachkommen, wenn er bereits antizipiert eine Zustimmung zu beliebigen Veräußerungen erteilt. Infolgedessen spricht viel dafür, dass eine gleichwohl erteilte Zustimmung unter dem Gedanken des **offensichtlichen Missbrauchs der Vertretungsmacht** (hierzu Grüneberg/Ellenberger, BGB, 82. Aufl. 2023, § 164 Rn. 14 m. w. N.) unwirksam wäre, weil der Dritte erkennen muss, dass der Verwalter außerhalb seiner Befugnisse handelt.

Schließlich lässt sich anführen, dass eine generelle Zustimmungserteilung zu allen Veräußerungen, die im

Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen, im Ergebnis praktisch **einer Bevollmächtigung des Grundpfandgläubigers gleichkommt**, die Zustimmung für den Verwalter zu erklären. Für die Vollmachtserteilung durch den Verwalter zur Erteilung der Zustimmung gem. § 12 WEG ist jedoch anerkannt, dass die Verantwortung für die Verwaltertätigkeit beim bestellten Verwalter bleiben muss (BGH, NJW 2014, 1447 Tz. 11; Emmerich, in: Bärmann/Pick, WEG, 20. Aufl. 2020, § 26 Rn. 10). Für eine Bevollmächtigung Dritter gehen Rechtsprechung und Literatur teilweise (ausdrücklich oder implizit) von der Unwirksamkeit einer an Dritte, vor allem an Notariatsmitarbeiter erteilten Vollmacht aus (vgl. LG Dortmund BeckRS 2006, 11700, OLG Köln MittRhNotK 2000, 393; Staudinger/Kreuzer, WEG, 2018, § 12 Rn. 47; Staudinger/Jacoby, WEG, 2019, § 16 Rn. 128).

Im **Ergebnis** ist eine generelle, im Voraus erklärte Zustimmung für eine Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung unwirksam.

3. Anspruch auf antizipierte Erteilung der Verwalterzustimmung

Sofern man entgegen der hier vertretenen Auffassung davon ausgeht, dass der Verwalter einer nicht näher bestimmten Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung antizipiert zustimmen kann, stellt sich die Frage, ob der Grundpfandgläubiger hierauf einen Anspruch gegen den Verwalter hat.

a) Grundsätzlicher Anspruch auf Erteilung der Verwalterzustimmung

Aus dem Wortlaut des § 12 Abs. 2 S. 1 WEG lässt sich ableiten, dass grundsätzlich ein Anspruch gegen den Verwalter auf Erteilung der Zustimmung besteht, sofern kein **wichtiger Grund** für eine Versagung vorliegt (BGH ZWE 2011, 321; BeckOK-WEG/Hogenschurz, Std.: 1.1.2023, § 12 Rn. 41; Bärmann/Suilmann, WEG, 15. Aufl. 2023, § 12 Rn. 48). Der wichtige Grund muss sich nach dem Sinn und Zweck des § 12 WEG aus der Person des Erwerbers oder der von ihm beabsichtigten Nutzung ergeben (Grüneberg/Wicke, § 12 WEG Rn. 8). Dieser Anspruch ist unabdingbar (Bärmann/Suilmann, WEG, § 12 Rn. 48). Durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer kann allerdings darüber hinaus für bestimmte Fälle ein Anspruch auf Erteilung der Zustimmung eingeräumt werden (§ 12 Abs. 2 S. 2 WEG).

Anspruchsinhaber ist der **veräußernde Wohnungseigentümer** (BGH ZWE 2011, 321; Bärmann/Suilmann, WEG, § 12 Rn. 52). Wird die **Zwangsversteigerung** betrieben, so ist der **betreibende Gläubiger** berechtigt, den Anspruch des Wohnungseigentümers

geltend zu machen (BGH NZM 2014, 556; Bärmann/Suilmann, WEG, § 12 Rn. 52).

b) Anspruch auch auf generelle antizipierte Verwalterzustimmung?

Da in Rechtsprechung und Literatur bereits die grundsätzliche Zulässigkeit einer antizipierten generellen Verwalterzustimmung nicht erörtert wird, finden sich ebenso wenig Stellungnahmen zu der Frage, ob ein Anspruch hierauf bestehen kann.

Ausgehend von den unter lit. a) dargestellten Grundsätzen besteht ein Anspruch auf eine generelle Verwalterzustimmung für alle Fälle der Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung nicht. **Prüfungsmaßstab** für das Bestehen eines Anspruchs auf Erteilung der Verwalterzustimmung ist ausweislich des § 12 Abs. 2 S. 1 WEG die Frage, ob ein in der Person des Erwerbers oder in der beabsichtigten Nutzung liegender **wichtiger Grund** zur Versagung vorliegt. Diese Frage **kann stets nur im Einzelfall entschieden werden**, nicht aber abstrakt für eine Vielzahl von Fällen oder auch nur eine einzige nicht näher bestimmte Veräußerung.

Es widerspräche außerdem der Systematik des Gesetzes, einen Anspruch auf Erteilung einer antizipierten Verwalterzustimmung für eine lediglich anhand abstrakter Kriterien definierte Veräußerung zu konstruieren. § 12 Abs. 2 S. 2 WEG sieht vor, dass in die Gemeinschaftsordnung Fallgruppen aufgenommen werden können, bei denen der veräußerungswillige Wohnungseigentümer einen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung hat. Sollen also gewisse abstrakt-generell bestimmte Veräußerungsfälle der Einzelfallentscheidung des Verwalters entzogen werden, bedarf dies nach der gesetzlichen Konzeption einer **Regelung in der Gemeinschaftsordnung**. Daraus folgt, dass bei Fehlen einer solchen Regelung stets eine Einzelfallentscheidung stattzufinden hat.

c) Ergebnis

Im Ergebnis dürfte daher kein Anspruch auf Erteilung einer antizipierten Verwalterzustimmung bestehen, die nicht auf eine konkret bestimmte Veräußerung bezogen ist. Möglich wäre allein, einen solchen Anspruch in der Gemeinschaftsordnung zu begründen oder – praxisnäher – diese Fälle vom Zustimmungserfordernis auszunehmen.

4. Widerruflichkeit; Nachweis einer antizipierten Verwalterzustimmung gegenüber dem Grundbuchamt

Problematisch für die Verwendung einer antizipierten **Verwalterzustimmung** im Grundbuchverfahren ist, dass diese bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts

grundsätzlich widerruflich ist (§ 183 BGB). Insbesondere kann im Rahmen des Grundbuchverfahrens der Fortbestand der Zustimmung, also das Nichtvorliegen eines Widerrufs, dem Grundbuchamt nicht mit den Beweismitteln des § 29 GBO nachgewiesen werden.

Es liegt nahe, eine Parallele zum Fall des Fortbestands einer Vollmacht zu ziehen, da auch eine Vollmacht grundsätzlich widerruflich ist. Bei dem Nichtwegfall (also dem Fortbestand) einer erteilten Vollmacht handelt es sich um einen eintragungserheblichen Umstand, für den die Beweismittelbeschränkung des § 29 GBO nicht anwendbar ist; denn ein **Nichtereignis (also das Unterbleiben eines Widerrufs) ist einem urkundlichen Nachweis nicht zugänglich**. Hier gestattet die Rechtsprechung die Verwendung und Würdigung von Erfahrungssätzen, um dem Antragsteller Beweismittel zu ersparen (eingehend Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 159). Allerdings ist zu beachten, dass für die Vollmacht im Rechtsverkehr der Vertrauensstatbestand des § 172 BGB gilt. Eine vergleichbare Vorschrift existiert allerdings für die Einwilligung nicht. Es ist somit davon auszugehen, dass die Einwilligung zum Zwecke des grundbuchlichen Nachweises letztlich **in grundbuchtauglicher Form wiederholt bzw. „bestätigt“ werden müsste**, wenn zwischen Erteilung der antizipierten Zustimmung (Einwilligung) einerseits und der zustimmungsbedürftigen Veräußerung (Zwangsvollstreckung) andererseits eine geraume Zeit vergangen ist.

Bei der Erteilung einer Einwilligung kann die Widerruflichkeit ausgeschlossen werden (Grüneberg/Ellenberger, BGB, § 183 Rn. 2). Sollte der Verwalter trotz der unter Ziff. 2 genannten Bedenken eine allgemeine Veräußerungszustimmung für den Fall der Zwangsvollstreckung erteilen, empfiehlt es sich somit zur Vermeidung von Beweisschwierigkeiten, die **Zustimmung ausdrücklich unwiderruflich** zu erteilen.

5. Gesamtergebnis

Die Verwalterzustimmung i. S. d. § 12 WEG kann nicht bereits vor einer konkreten Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung erteilt werden, wenn die Veräußerung lediglich anhand abstrakter Kriterien bestimmt ist. Selbst wenn man dies zuließe, bestünde kein schuldrechtlicher Anspruch auf Erteilung einer solchen vorgezogenen Verwalterzustimmung. Es kommt lediglich in Betracht, durch Regelung in der Gemeinschaftsordnung einen Anspruch auf Erteilung der Verwalterzustimmung zu begründen oder den Fall der Zwangsvollstreckung vom Zustimmungserfordernis auszunehmen.

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 Abruf-Gutachten.

BGB §§ 1094, 1098, 1059a, 463, 464; AktG § 273 Abs. 4; GmbHG § 66; GBO §§ 22, 29

Nachtragsliquidation; Wert eines subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts für eine im Handelsregister gelöschte GmbH; Grundbuchberichtigung
Abruf-Nr.:

BGB §§ 167, 168, 311b; GBO § 29

Unterschriftsbeglaubigte Vollmacht zum Verkauf von Grundbesitz; Prüfungsumfang des Grundbuchamts
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 1004, 1018, 1027, 1028; WEG § 9b
Grunddienstbarkeit zur Sicherung eines Bauverbots; Verjährung des Beseitigungsanspruchs führt nur zum teilweisen Erlöschen der Grunddienstbarkeit; Löschung einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines nach WEG aufgeteilten Grundstücks nur aufgrund Bewilligung aller Wohnungseigentümer

1a. Mit der Verjährung des Beseitigungsanspruchs erlischt die Grunddienstbarkeit nach § 1028 Abs. 1 Satz 2 BGB nur dann insgesamt, wenn die Ausübung der durch sie gewährten Berechtigung aufgrund der Beeinträchtigung durch die Anlage gar nicht mehr möglich ist; wird die Dienstbarkeit durch die Anlage nur teilweise beeinträchtigt, dann erlischt sie nur hinsichtlich des von der Beeinträchtigung betroffenen Teils und bleibt im Übrigen bestehen.

1b. Dies gilt auch dann, wenn die Grunddienstbarkeit ein Bauverbot zum Inhalt hat, gegen das durch die Errichtung eines Gebäudes verstoßen wurde. Verjährt der Anspruch auf Beseitigung des Gebäudes, erlischt die Dienstbarkeit grundsätzlich nur insoweit, als das Unterlassen der Bebauung mit einem Gebäude entsprechenden Ausmaßes nicht mehr verlangt werden kann.

2. Wird die Löschung einer Grunddienstbarkeit begehrt, die zugunsten eines in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstücks besteht, so ist die auf § 894 BGB gestützte Klage gegen die Wohnungseigentümer als (gemeinschaftlich) Berechtigte zu richten; nur wenn es sich um Verwaltungsvermögen, d.h. um ein im Eigentum der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer stehendes Grundstück handelt, ist diese die richtige Beklagte.

BGH, Urt. v. 20.1.2023 – V ZR 65/22

Problem

Im Grundbuch des Grundstücks der Klägerin ist ein umfassendes Bauverbot als Grunddienstbarkeit eingetragen. Die Eintragung erfolgte aufgrund eines Kaufvertrages aus dem Jahre 1889. Das herrschende Grundstück ist nach dem WEG in Wohnungseigentum aufgeteilt. Auf dem dienenden Grundstück befand sich zuletzt ein 1963 errichteter, als Autohaus genutzter Gebäudekomplex. Die Klägerin ließ das Gebäude im Jahre 2019 abreißen. Sie beabsichtigt, auf dem Grundstück ein Wohnhaus zu errichten.

Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin von den Beklagten, den Eigentümern der am herrschenden Grundstück bestehenden Wohnungseigentumseinheiten, die Bewilligung der Löschung der Grunddienstbarkeit. Das Landgericht hat die Beklagten verurteilt, eine Änderung der Grunddienstbarkeit sinngemäß dahingehend zu bewilligen, dass das klägerische Grundstück nur in dem Umfang des ehemaligen Autohauses bebaut werden darf. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht (OLG Schleswig ZfIR 2022, 331) hat dieses Urteil abgeändert und die Beklagten zur Bewilligung der Löschung der Grunddienstbarkeit verurteilt. Der Klägerin stehe ein Anspruch aus § 894 BGB auf Bewilligung der Löschung der Grunddienstbarkeit zu, weil diese wegen Verjährung des Beseitigungsanspruchs aus §§ 1027, 1004 BGB nach § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB insgesamt erloschen sei. Zwar erlösche eine Grunddienstbarkeit mit der Verjährung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs nur „soweit“ die auf dem dienenden Grundstück errichtete Anlage mit ihr im Widerspruch stehe. Die Grunddienstbarkeit bleibe also in dem Umfang bestehen, in dem sie von der Anlage nicht beeinträchtigt werde. Etwas anderes habe aber in dem hier gegebenen Fall eines durch Dienstbarkeit gesicherten Bauverbots zu gelten. Werde gegen dieses verstoßen, so könne der Berechtigte die Beseitigung des gesamten Gebäudes verlangen. Der inzwischen verjäherte Beseitigungsanspruch hätte also keinen Schranken unterlegen, insbesondere nicht einem bestimmten Bebauungsmaß. Es gebe bei einem Bebauungsverbot keinen

abtrennbaren „überschießenden Teil“ der Grunddienstbarkeit, der von einer Bebauung nicht beeinträchtigt wäre.

Mit der Revision wollen die Beklagten die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen.

Entscheidung

Der BGH hat das Berufungsurteil aufgehoben und die erstinstanzliche Entscheidung wiederhergestellt.

Zunächst stellt der BGH klar, dass die Beklagten als Miteigentümer des nach dem WEG aufgeteilten herrschenden Grundstücks für den geltend gemachten Löschungsanspruch passivlegitimiert sind. Schuldner des Anspruch aus § 894 BGB sei derjenige, zu dessen Gunsten der Grundbuchinhalt von der wirklichen Rechtslage abweiche und dessen nach dem Grundbuch vermeintlich ihm zustehendes Recht durch die Anpassung des Buchinhaltes an die wahre Rechtslage beseitigt oder geschmälert werden müsse. Die Grunddienstbarkeit, deren teilweise Löschung die Klägerin begehre, stehe den Beklagten zu, denn diese seien als Wohnungseigentümer Miteigentümer des in Wohnungseigentum aufgeteilten herrschenden Grundstücks (§ 1 Abs. 2 WEG) und die zu Gunsten der Eigentümer des gesamten Grundstücks eingetragene Grunddienstbarkeit sei nach § 96 BGB Bestandteil dieses Grundstücks. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer könne zwar Eigentum an Grundstücken erwerben, sei aber selbst nicht Eigentümerin des nach dem Wohnungseigentumsgesetz aufgeteilten Grundstücks. Das Grundstück sei gemeinschaftliches Eigentum (§ 1 Abs. 5 WEG), aber nicht Eigentum der Gemeinschaft. Auch eine etwaige vorrangige Wahrnehmungsbefugnis der Eigentümergemeinschaft gem. § 9a Abs. 2 WEG hinsichtlich des sich gegen die Wohnungseigentümer richtenden Löschungsanspruchs komme nicht in Betracht. Denn die Befugnis zur Bewilligung einer Rechtsänderung gemäß § 19 GBO stehe demjenigen zu, der zur sachenrechtlichen Verfügung über das Recht befugt sei, hier also den Wohnungseigentümern. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer könne daher die Löschung der Grunddienstbarkeit nicht bewilligen.

Die Klägerin habe aber keinen Anspruch aus § 894 BGB auf Bewilligung der Löschung der Grunddienstbarkeit. Zwar lägen die Voraussetzungen des § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB für das Erlöschen der Grunddienstbarkeit dem Grunde nach vor, weil das Gebäude des Autohauses eine Anlage sei, durch welche die Grunddienstbarkeit beeinträchtigt werde. Der Anspruch auf dessen Beseitigung aus §§ 1004, 1027 BGB sei nach 30 Jahren verjährt, also spätestens Ende 1993.

Die Grunddienstbarkeit erlösche mit Verjährung des Beseitigungsanspruchs nach § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB aber nicht insgesamt, sondern nur in dem Umfang der Bebauung, deren Beseitigung vor der Verjährung hätte verlangt werden können. Die Auffassung des Berufungsgerichts, dass es bei einem Bauverbot keinen abgrenzbaren Teil der Grunddienstbarkeit gebe, der durch eine Bebauung nicht beeinträchtigt sei, treffe nicht zu. Bei einem umfassenden Bauverbot sei zwar eine bauliche Anlage in Gänze mit der Grunddienstbarkeit nicht vereinbar. Dennoch könne ein abgrenzbarer Teil des Bauverbots verbleiben, wenn das errichtete Gebäude den vom Bauverbot erfassten Bereich des Grundstücks nicht ausschöpfe. In dem nicht bebauten Bereich bleibe für das Bauverbot noch ein sinnvoller Anwendungsbereich, weil insoweit künftig neue Beseitigungsansprüche entstehen könnten. Selbst wenn das gesamte Grundstück oder die gesamte, von der Grunddienstbarkeit erfasste Grundstücksfläche bebaut werde, könne räumlich noch ein nicht beeinträchtigter Bereich verbleiben, nämlich insoweit, als es um die Höhe der Bebauung gehe. Gegen die Auslegung des Berufungsgerichts spreche zudem, dass die in § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB mit dem Begriff „soweit“ vorgesehene Begrenzung des Erlöschens der Grunddienstbarkeit bei Bauverboten nicht zur Anwendung käme, obwohl die Vorschrift gerade die Errichtung von „Anlagen“ erfasse.

Schließlich bleibe durch die in § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB angeordnete Begrenzung des Erlöschens dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks die Möglichkeit, eine entgegen dem Bauverbot errichtete Anlage, die ihn aus seiner Sicht nicht oder nur geringfügig beeinträchtige, zu dulden, ohne Gefahr zu laufen, dass die Grunddienstbarkeit hierdurch insgesamt erlöschen würde. Die Gegenauffassung hätte hingegen zur Folge, dass der Berechtigte seinen Beseitigungsanspruch auch gegen kleinste bauliche Anlagen – notfalls auch gerichtlich – durchsetzen müsse, um sein Recht nicht insgesamt zu verlieren.

Praxishinweis

Für die notarielle Praxis dürften vor allem die Ausführungen des BGH zur Passivlegitimation von Bedeutung sein. Soll eine Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines nach dem WEG aufgeteilten Grundstücks gelöscht oder inhaltlich geändert werden, so bedarf es einer Bewilligung aller Wohnungseigentümer (so auch OLG Karlsruhe FGPrax 2023, 12). Gleiches gilt, wenn eine Grunddienstbarkeit zu Lasten eines nach dem WEG aufgeteilten Grundstücks bestellt werden soll. Eine Bewilligung des Verwalters mag zwar einfacher zu erlangen sein, genügt aber nicht.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Dr. Philipp Theuersbacher

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 428 – Gesamtgläubigerschaft; Zwangssicherungshypothek; Abtretung der Forderung durch einzelne Gesamtgläubiger

GmbHG §§ 33 Abs. 2, 5a, 15 – Erwerb eigener Anteile durch Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt); Zulässigkeit; Ermittlung des zulässigen Kaufpreises

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

GmbHG § 16 Abs. 1 – Gesellschafterwechsel; Unverzüglichkeit der Einreichung der Gesellschafterliste beim Handelsregister; Zeitspanne von über drei Wochen; Unwirksamkeit der durch den Neugesellschafter gefassten Beschlüsse

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 428

Gesamtgläubigerschaft; Zwangssicherungshypothek; Abtretung der Forderung durch einzelne Gesamtgläubiger

I. Sachverhalt

Es wurde ein Kauf- und Abtretungsvertrag beurkundet. Verkauft und abgetreten wurden „zwei Forderungen“, die zwei im Grundbuch eingetragenen Zwangssicherungshypotheken zugrunde liegen. Formuliert war in der Urkunde wie folgt:

„(Die Zedenten) treten die den Zwangshypotheken zugrunde liegenden beiden Forderungen jeweils mit Zinsen seit (...) an (den Zessionar) ab“.

Nach dem Grundbuch waren die beiden Zedenten neben weiteren Personen Gesamtgläubiger der eingetragenen Zwangssicherungshypotheken.

Im Grundbuch ist neben dem Land Hessen (Landesfiskus) zu 1/2 der Zessionar als weiterer Miteigentümer zu 1/2 eingetragen. Die Zwangssicherungshypotheken lasten nur an dem Miteigentumsanteil, der dem Land Hessen gehört. Die Urkunde enthält die Bewilligungen und Anträge aller an der Urkunde Beteiligten zur Eintragung der Abtretungen im Grundbuch.

Das Grundbuchamt meint, zur Abtretung des Rechts müssten auch die anderen im Grundbuch vermerkten Gläubiger der Zwangssicherungshypothek zustimmen.

II. Frage

Ist die Ansicht des Grundbuchamts zutreffend? Nach Auffassung des Notars sei zu berücksichtigen, dass die Gläubiger als Gesamtberechtigte eingetragen sind, weshalb sie forderungsberechtigt sind, mithin Leistung an

alle verlangen und daher auch die Forderungen abgetreten werden könnten, ohne dass die anderen Gläubiger zustimmen.

III. Zur Rechtslage

I. Allgemeines zur Übertragung einer Sicherungshypothek

Für die **Übertragung** einer Sicherungshypothek, bei der es sich stets um eine **Buchhypothek** handelt, bedarf es der **Abtretung** der zugrunde liegenden **Forderung** nach §§ 1153, 1154 Abs. 3 i. V. m. §§ 873, 878 BGB. Mithin ist die Abtretung der Forderung zu ihrer **Wirksamkeit** in das Grundbuch einzutragen. Die Eintragungsbewilligung hat in zweifelsfreier Weise das abzutretende Recht und die Angabe zu enthalten, ob und von welchem Zeitpunkt an Zinsen auf den neuen Gläubiger mitübergehen sollen (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 2403).

Da sich der Gläubiger einer Forderung, die mit einer Sicherungshypothek gesichert wird, hinsichtlich des **Bestands** der Forderung nicht auf die Eintragung berufen kann (§ 1184 Abs. 1 BGB) und § 1185 Abs. 2 BGB bestimmte Vorschriften des Hypothekenrechts (insb. § 1138 BGB) für nicht anwendbar erklärt, kann eine **Sicherungshypothek** nur dann **gutgläubig** erworben werden, wenn **die Forderung tatsächlich besteht** und mit Abtretungsvertrag übertragen wird (Schöner/Stöber, Rn. 2096 a. E.; BeckOK-BGB/Rohe, Std.: 1.2.2023, § 1184 Rn. 7, 12).

II. Rechtliche Würdigung des Sachverhalts

Zu untersuchen ist zum einen, inwieweit bzw. worüber die Zedenten **verfügungsbefugt** sind bzw. waren und zum anderen, worüber sie nach den Erklärungen der Urkunde **verfügt haben**.

1. Verfügungsbefugnis bei Gesamtgläubigern; „Forderung“ und „Forderungsberechtigung“

Voraussetzung jeder Abtretung ist, dass der Zedent **verfügungsbefugt** ist (Staudinger/Busche, BGB, Neubearb. 2022, Einl. zu §§ 398 ff. Rn. 12). Genauer zu betrachten ist, inwieweit bzw. **worüber** bei Bestehen einer **Gesamtgläubigerschaft** der **einzelne** Gläubiger Verfügungsbefugnis ist.

Ganz allgemein gehört zu den Merkmalen der Gesamtgläubigerschaft, dass jeder der Gläubiger voll „forderungsberechtigt“ ist (MünchKommBGB/Heinemeyer, 9. Aufl. 2022, § 428 Rn. 3). Dies bedeutet in erster Linie, dass jeder Gläubiger die Leistung ganz oder teilweise fordern und dass der Schuldner nach seinem Belieben an einen der Gläubiger leisten kann (Grüneberg/Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 428 Rn. 1).

Diese „Forderungsberechtigung“ ist allerdings sowohl begrifflich als auch rechtlich von der „Forderung“ selbst zu unterscheiden. Jeder einzelne Gesamtgläubiger hat ein separat zu betrachtendes Forderungsrecht inne, dessen Bezugsobjekt gewissermaßen die gemeinsame Forderung ist. Der BGH hat dies im Kontext eines zwei Ehegatten zustehenden Oder-Kontos wie folgt beschrieben (NJW 1991, 420 – Hervorhebung durch DNotI):

„Die Inhaber eines Oder-Kontos sind Gesamtgläubiger i. S. des § 428 BGB und als solche jeder für sich aus eigenem Recht hinsichtlich des gesamten Guthabens selbständig forderungsberechtigt (...). Die Befugnis eines jeden von ihnen, über dieses Konto ohne Mitwirkung der anderen Kontoinhaber selbständig zu verfügen (§ 429 III 2 BGB), beruht nicht auf einer gegenseitigen eingeräumten Ermächtigung (...).“

Zu dieser Forderungsberechtigung, die jedem Gesamtgläubiger zusteht und die das Außenverhältnis gegenüber dem Schuldner betrifft, tritt hinzu, dass jeder einzelne Gesamtgläubiger gegenüber den anderen Gesamtgläubigern i. d. R. im Innenverhältnis zu Bruchteilen i. S. v. §§ 741 ff. BGB an der gemeinsam gehaltenen Forderung beteiligt ist. Sofern nichts Abweichendes vereinbart wurde, gilt für die Binnenquote insoweit § 430 BGB (vgl. auch § 742 BGB), wonach im Zweifel anzunehmen ist, dass die Gesamtgläubiger im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen berechtigt sind.

Bei Gesamtgläubigerschaft ist anerkannt, dass jeder für sich „seine ihm zustehende Forderung“ übertragen kann und dass die Rechte der übrigen Gesamtgläubiger hiervon unberührt bleiben, § 429 Abs. 3 S. 1 i. V. m. § 425 Abs. 1 BGB (MünchKommBGB/Kieninger, 9. Aufl. 2022, § 398 Rn. 28; BGH NJW-RR 1987, 1260; BeckOGK-BGB/Lieder, Std.: 1.9.2022, § 398 Rn. 71.1.). § 429 Abs. 3 S. 2 BGB ist sogar ausdrücklich zu entnehmen, dass dann, wenn ein Gesamtgläubiger „seine Forderung“ auf einen anderen überträgt, die Rechte der übrigen Gläubiger unberührt bleiben.

Der Wortlaut der Vorschrift dürfte jedoch ungenau sein. Bei der Abtretung durch einen von mehreren Gesamtgläubigern tritt dieser nämlich nicht „die Forderung“, sondern seine Binnenberechtigung an dem Vermögensgegenstand „Forderung“ sowie seine Forderungsberechtigung gem. § 428 S. 1 BGB ab.

Die Zedenten konnten mithin ihre Binnenberechtigung an der Forderung, die den Sicherungshypotheken zugrunde liegt, sowie ihre Forderungsberechtigung i. S. v. § 428 S. 1 BGB an den Zessionar abtreten. Allerdings

wechselte damit bei wirtschaftlicher Betrachtung nur eine Person der Gruppe der Gesamtgläubiger. Denn der Schuldner der Forderung kann weiterhin gemäß § 428 BGB an jeden der Gesamtgläubiger mit schuldbefreiender Wirkung leisten. Plakativ ausgedrückt überträgt der Zedent somit seine „Position in der Gruppe der Gesamtgläubiger“.

Looschelders führt hierzu aus (Staudinger, BGB, Neubearb. 2022, § 429 Rn. 68):

„§ 429 Abs 3 S 2 BGB stellt sicher, dass durch die Abtretung der Forderung eines einzelnen Gesamtgläubigers gegen den Schuldner an einen Dritten die Rechte der übrigen Gesamtgläubiger unberührt bleiben. Wie jedem anderen Gläubiger auch ist es dem einzelnen Gesamtgläubiger ohne Beteiligung des Schuldners möglich, seine Forderung auf eine andere Person durch Abtretung (§ 398 S 1 BGB) zu übertragen (...); der Schuldner kann nicht erwarten, dass die Gesamtgläubigerschaft in derselben Personenkonstellation unverändert bestehen bleibt (...). In den Beratungen hielt man eine solche Vorschrift für erforderlich, „weil nach dem System des Entwurfs die Meinung entstehen könne, in der Abtretung der Forderung liege eine Verfügung über die Substanz des Rechts und eine Aneignung des Wertes desselben, und dadurch würden die Gläubiger in gleicher Weise ausgeschlossen wie durch die Beitreibung der Leistung“(...).“

Obwohl diese Kommentarstelle – nach der hier verwendeten Diktion sprachlich ungenau – von der „Forderung“ spricht, wenn eigentlich die dem einzelnen Gesamtgläubiger zustehende „Forderungsberechtigung“ gemeint ist, so wird doch deutlich, dass entsprechend zu differenzieren ist. Denn ein einzelner abtretender Gesamtgläubiger **verfügt gerade nicht über die Substanz des Rechts** (also nicht über *die Forderung*).

Sofern der Zedent nicht nur seine „Position in der Gruppe der Gesamtgläubiger“ übertragen möchte, sondern die Forderung dergestalt auf den Zessionar übertragen will, dass dieser anschließend alleine berechtigt und die Gesamtgläubigerschaft beendet ist, müsste er hierzu von den anderen Gesamtgläubigern ermächtigt sein (Staudinger/Looschelders, § 429 Rn. 69). Denn dann läge letztlich eine Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand „Forderung“ im Ganzen vor, die nur gemeinschaftlich vorgenommen werden kann (vgl. § 747 S. 2 BGB).

2. Abtretungsgegenstand im vorliegenden Fall – Verständnis des Grundbuchamtes

Es liegt nahe, dass das Grundbuchamt die Urkunde dahingehend verstanden hat, dass die Forderung **mit Wir-**

kung für alle Gesamtgläubiger an den Zessionar übertragen werden sollte. Vor diesem Hintergrund ist das Verlangen des Grundbuchamtes nach Zustimmung der übrigen Gesamtgläubiger zutreffend (§ 747 S. 2 BGB).

Unter Umständen ließe sich gegenüber dem Grundbuchamt jedoch darstellen, dass die **Auslegung** der Erklärungen ergibt, dass gerade nicht „die Forderung“ abgetreten werden sollte, sondern nur die den Zedenten insoweit zustehenden Rechte.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist im Zweifel anzunehmen, dass die Parteien Vernünftiges gewollt haben und dass sie eine Regelung frei von Widersprüchen treffen, sich gesetzeskonform verhalten und nichts Unredliches anstreben wollten. Des Weiteren gebührt im Zweifel derjenigen Auslegung der Vorzug, die die Unzulässigkeit des Rechtsgeschäfts vermeidet (vgl. Grünberg/Ellenberger, § 133 Rn. 25, 26, m. w. N.)

Führt man sich vor Augen, dass die Zedenten ohne Ermächtigung der übrigen Gesamtgläubiger „die Forderung“ gar nicht abtreten konnten, so sprechen die vorliegenden Maßstäbe für eine Auslegung dahingehend, dass nur die den Zedenten zustehenden und separat übertragbaren Rechtspositionen abgetreten werden sollten. Dem steht auch der Wortlaut der Urkunde nicht zwingend entgegen, was sich schon daran zeigt, dass auch das Gesetz, namentlich § 429 Abs. 3 S. 2 BGB, sprachlich ungenau von „Forderung“ spricht, hierbei jedoch letztlich nur die dem einzelnen Zedenten/Gesamtgläubiger zustehenden Positionen, nämlich seine Mitberechtigung an der Forderung sowie die Forderungsberechtigung nach § 428 S. 1 BGB meinen kann.

GmbHG §§ 33 Abs. 2, 5a, 15

Erwerb eigener Anteile durch Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt); Zulässigkeit; Ermittlung des zulässigen Kaufpreises

I. Sachverhalt

Gesellschafter einer UG (haftungsbeschränkt) sind A und B zu jeweils 50 %. B möchte seine Geschäftsanteile verkaufen. Da A nicht über ausreichend Liquidität verfügt, soll – auf Anraten des Steuerberaters – die UG selbst die Anteile zu einem Kaufpreis von 10.000 € erwerben. Der Steuerberater meint, „das Kapital der UG“ werde Ende des Jahres bei ca. 25.000 € liegen.

II. Frage

Ist der Erwerb eigener Anteile im konkreten Fall möglich?

III. Zur Rechtslage

1. Erwerb eigener Anteile durch eine UG (haftungsbeschränkt)

Der Vorschlag des Steuerberaters zielt auf einen Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die GmbH. Ein solcher Erwerb ist nur unter den Voraussetzungen des § 33 GmbHG zulässig. Gem. § 33 Abs. 1 GmbHG verbietet sich der Erwerb nicht vollingezahlter Geschäftsanteile. Der Erwerb *volleingezahlter* Geschäftsanteile ist gem. **§ 33 Abs. 2 GmbHG nur gestattet**, wenn die Gesellschaft „im Zeitpunkt des Erwerbs eine Rücklage in Höhe der Aufwendungen für den Erwerb bilden könnte, ohne das Stammkapital oder eine nach dem Gesellschaftsvertrag zu bildende Rücklage zu mindern, die nicht zur Zahlung an die Gesellschafter verwandt werden darf.“ Vereinfacht gesagt müsste es der Gesellschaft zum maßgeblichen Zeitpunkt möglich sein, eine **hypothetische Rücklage in Höhe des Kaufpreises** zu bilden. Tatsächlich ist diese Rücklage nicht zu bilden.

Zur Frage, ob der Erwerb eigener Anteile im Falle einer UG (haftungsbeschränkt) weiter eingeschränkt oder gar ausgeschlossen ist, haben wir wenige ausdrückliche Stellungnahmen ausfindig machen können. Begründen ließe sich eine Einschränkung u. E. nur unter dem Aspekt der **Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung**. Dabei ist zunächst zu bedenken, dass ein Ausschluss des Erwerbs nach § 33 Abs. 1 GmbHG (diese Regelung dient der *Kapitalaufbringung*, Kersting, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 33 Rn. 2; MünchKommGmbHG/Roßkopf/Notz, 4. Aufl. 2022, § 33 Rn. 44) von vornherein nicht in Betracht kommt, weil das Stammkapital der UG gem. § 5a Abs. 2 S. 1 GmbHG immer vollingezahlt sein muss. **Die Kapitalerhaltung wird u. E. durch § 33 Abs. 2 GmbHG ausreichend gesichert**. Wenn nur ungebundenes Vermögen für den Kaufpreis verwendet werden darf, ist auch die UG in ihrer Kapitalausstattung nicht gefährdet. Zudem gewährleistet die Thesaurierungspflicht des § 5a Abs. 3 GmbHG, dass der UG auch zusätzlich vorhandenes Vermögen zugutekommt. Davon abgesehen ist kein Grund ersichtlich, warum ungebundenes Vermögen nicht für beliebige Zwecke – wie etwa den Erwerb eigener Anteile – zur Verfügung stehen sollte (so auch GroßkommGmbHG/Paura, 3. Aufl. 2019, § 5a Rn. 20).

2. Kapitalerhaltungsrechtliche Anforderungen des § 33 Abs. 2 GmbHG

Freilich müssten die Anforderungen des § 33 Abs. 2 GmbHG im konkreten Fall erfüllt sein. Wenn mit dem im Sachverhalt genannten „Kapital der UG“ das Stammkapital zum Jahresende gemeint ist (also das Stammkapital einer regulären GmbH aufgrund einer

bis dahin durchgeführten Kapitalerhöhung), so besagt dies im Hinblick auf § 33 Abs. 2 GmbHG nichts. Die Norm knüpft nämlich in keiner Weise an die Stammkapitalziffer an.

Wenn mit „Kapital der UG“ das voraussichtliche bilanzielle Eigenkapital gemeint ist, so ist diese Angabe für sich genommen ebenso wenig aussagekräftig. Zum Eigenkapital (vgl. § 272 HGB) gehören auch die Einlagen und die gebundenen Rücklagen der Gesellschaft. **Ungebundenes Vermögen i. S. d. § 33 Abs. 2 GmbHG** kann aber nur das darüber hinaus vorhandene Vermögen sein (Maßstab des § 30 Abs. 1 GmbHG), also der Überschuss der in der fortgeschriebenen Ertragsbilanz korrekt angesetzten Aktiva nach Abzug sämtlicher Verbindlichkeiten und Rückstellungen (Bilanzgewinn) sowie die ausschüttungsfähigen „freien“ Rücklagen (MünchKommGmbHG/Roßkopf/Notz, 4. Aufl. 2022, § 33 Rn. 86 f.). **Nicht zu berücksichtigen** sind folglich **Rücklagen nach § 5a Abs. 3 GmbHG** (MünchKommGmbHG/Roßkopf/Notz, § 33 Rn. 86; MünchKommHGB/Reiner, 4. Aufl. 2020, § 272 Rn. 24; vgl. auch dazu, dass § 30 Abs. 1 GmbHG die Rücklage nach § 5a Abs. 3 GmbHG erfasst: Altmeppen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 30 Rn. 11). Zur Verfügung kann nach unserem Verständnis zudem nicht der zu thesaurierende Gewinnanteil gem. § 5a Abs. 3 S. 1 GmbHG stehen.

Des Weiteren wird im konkreten Fall die Frage nach dem **Zeitpunkt** relevant, **zu dem das ungebundene Vermögen gegeben sein muss**. Diese Frage ist allgemein **umstritten**:

Vor Neufassung des § 33 Abs. 2 GmbHG durch das MoMiG stellte der **BGH** (NJW 1998, 3121, 3122) auf den Zeitpunkt der Gegenleistung ab. Zu bedenken ist aber, dass § 33 Abs. 2 GmbHG a. F. sich zum Zeitpunkt der (damals tatsächlich erforderlichen) Rücklagenbildung nicht ausdrücklich verhielt. Gleichwohl hat der BGH *obiter dictum* auch in einer aktuelleren Entscheidung (NZG 2020, 384 Rn. 40 f.) den Zahlungszeitpunkt für entscheidend erklärt.

Nach Ansicht des **OLG Rostock** (NZG 2013, 543, 545) ist bei § 33 Abs. 2 GmbHG n. F. der Zeitpunkt des schuldrechtlichen Geschäfts maßgeblich (s. auch Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 33 Rn. 16).

Die wohl h. M. in der **Literatur** stellt hingegen auf den Zeitpunkt der Erfüllung des Kaufpreisanspruchs ab (MünchKommGmbHG/Roßkopf/Notz, § 33 Rn. 100; Altmeppen, GmbHG, § 33 Rn. 20; BeckOK-GmbHG/Schindler, Std.: 1.3.2023, § 33 Rn. 53.1;

Wicke, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 33 Rn. 6; Henssler/Strohn/Fleischer, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 33 GmbHG Rn. 15; Lieder, GmbHR 2014, 57; Priester, GmbHR 2013, 1121, 1124).

Nur eine Mindermeinung dürfte das Vorhandensein des Vermögens zu beiden Zeitpunkten verlangen (Kersting, § 33 Rn. 11a).

3. Fazit

Ein Erwerb eigener Anteile gem. § 33 Abs. 2 GmbHG dürfte der UG (haftungsbeschränkt) grundsätzlich möglich sein. Die Mittel zur Kaufpreiszahlung müssten dem ungebundenen Vermögen der UG entnommen werden (das nicht gleichbedeutend mit dem Eigenkapital der Gesellschaft ist). Richtet man sich nach der Entscheidung des OLG Rostock, so müsste dieses Vermögen bereits zum Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses in ausreichender Höhe vorhanden sein.

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 Abruf-Gutachten.

ZVG §§ 180, 182, 105 ff., 44, 49, 52; BGB §§ 1191, 1197, 242

Zeitlicher Vorteil bei Bestellung einer Eigentümergrundschuld vor der Teilungsversteigerung
Abruf-Nr.:

BGB § 928

Vormerkungsfestigkeit einer Dereliktion
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

GmbHG § 16 Abs. 1

Gesellschafterwechsel; Unverzüglichkeit der Einreichung der Gesellschafterliste beim Handelsregister; Zeitspanne von über drei Wochen; Unwirksamkeit der durch den Neugesellschafter gefassten Beschlüsse

OLG Schleswig, Beschl. v. 20.3.2023 – 2 Wx 56/22

1. Im Rahmen von § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG kommt [es] für die Unverzüglichkeit auf die Einreichung der Gesellschafterliste beim Handelsregister an.

2. Dabei ist auch die verspätete Einreichung durch die Notarin als schuldhaftes Zögern im Sinne des § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG anzusehen.

3. Unverzüglich im Sinne des § 16 Abs. 1 S. 1 [wohl gemeint: S. 2] GmbHG ist eine Einreichung zum Handelsregister allenfalls dann, wenn sie innerhalb einer Frist von höchstens 2 Wochen nach Vornahme der Rechtshandlung erfolgt. Eine Zeitspanne von über 2 Wochen lässt sich schon begrifflich nicht mehr als unverzüglich ansehen und ist weder mit dem Normzweck des § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG noch mit dem Ausnahmecharakter von § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG vereinbar.

Problem

Im Handelsregister ist die A-GmbH eingetragen. Deren alleiniger Gesellschafter war ausweislich der Gesellschafterliste V, der gleichzeitig einziger Geschäftsführer der Gesellschaft war. Mit notarieller Urkunde (Ziff. I.) übertrug V sämtliche Geschäftsanteile an E. In derselben Urkunde (Ziff. II.) hielt E eine Gesellschafterversammlung ab, in der er V vom Amt des Geschäftsführers abberief und sich selbst zum Geschäftsführer bestellte. Zudem beschloss E eine Satzungsänderung und verlegte den Sitz der GmbH. Am Tag der Beurkundung beglaubigte die Notarin die Unterschrift von E unter einer entsprechenden Handelsregisteranmeldung. Diese Anmeldung reichte die Notarin zusammen mit einer Gesellschafterliste, aus der E als Alleingesellschafter hervorging, 27 Tage nach dem Tag der Beurkundung beim Handelsregister ein.

Das Handelsregister verweigerte den Vollzug der Handelsregisteranmeldung (Geschäftsführerwechsel; Satzungsänderung). Zur Begründung führte es aus, dass die Beschlüsse unwirksam seien, da E zum Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht aus der beim Handelsregister hinterlegten Gesellschafterliste als Gesellschafter hervorgehe und die (aktualisierte) Gesellschafterliste auch nicht unverzüglich i. S. v. § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG in das Handelsregister aufgenommen worden sei.

Hiergegen reichte die Notarin Beschwerde ein mit der Begründung, eine zügigere Vorlage zum Handelsregister sei zum einen angesichts der Coronapandemie und des auch im Notariat bestehenden Fachkräftemangels nicht möglich gewesen. Zudem seien die Beschlüsse wirksam, da an der Urkunde, die die Beschlüsse enthalte, auch der Altgesellschafter mitgewirkt habe.

Entscheidung

Das OLG Schleswig hält die Beschwerde für unbegründet und bestätigt die Unwirksamkeit der gefassten Beschlüsse.

Zur Begründung führt es aus, die Beschlüsse (Geschäftsführerwechsel, Satzungsänderung) seien entgegen § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG durch einen nicht in der Gesellschafterliste des Handelsregisters eingetragenen Gesellschafter gefasst worden. E käme gegenüber der Gesellschaft noch keine Gesellschafterstellung zu. Mit dem Argument der Notarin, V sei auch an der Urkunde beteiligt gewesen, die die Beschlüsse enthalten, befasst sich das Gericht nicht ausdrücklich, schließt sich damit aber wohl der Ansicht des Handelsregisters an, wonach V ausweislich des Wortlauts der Urkunde *an den Beschlüssen* (Ziff. II. der Urkunde) nicht mitgewirkt hat.

Das Gericht führt aus, es reiche auch nicht aus, dass die Übertragung der Geschäftsanteile für das Handelsregister aus der eingereichten Urkunde (Ziff. I.) erkennbar sei, vielmehr sei die Eintragung der Veränderung *in die Gesellschafterliste* erforderlich.

Die Beschlüsse gälten auch nicht nach § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG als wirksam. Demnach gelte eine vom Erwerber (E) in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorgenommene Rechtshandlung als von Anfang an wirksam, wenn die (aktuelle) Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung (hier: Fassung der Beschlüsse) in das Handelsregister aufgenommen werde. Es fehle vorliegend an der geforderten Unverzüglichkeit.

Für die Unverzüglichkeit komme es auf die Einreichung der Liste an. Es sei umstritten, ob die unverzügliche *Aufnahme* zu verlangen sei (so der Wortlaut) oder ob die *Einreichung* genüge. Das OLG Schleswig folgt hierbei der Ansicht, die die *Einreichung* genügen lässt. Zur Begründung führt es aus, eine etwaige verzögerte Bearbeitung durch Handelsregister könne – gerade angesichts der Rechtswirkungen von § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG – nicht zulasten des neuen Gesellschafters gehen.

Die verzögerte Einreichung durch die Notarin wirke auch zu Ungunsten von E. Einerseits sei die Notarin tatsächlich für E aufgetreten, zum anderen gelte sie nach § 378 Abs. 2 FamFG als ermächtigt, im Namen von E Eintragung im Handelsregister zu beantragen.

Die Einreichung sei schließlich nicht „unverzüglich“ i. S. v. § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG erfolgt, da die Liste erst knapp vier Wochen nach der vorgenommenen Rechtshandlung eingereicht worden sei. Das OLG Schleswig begründet ausführlich, weshalb es eine Zeitspanne von über zwei Wochen als nicht mehr unverzüglich ansieht:

Zum einen sei eine Einreichung bei Überschreitung dieser Zeitspanne bereits begrifflich nicht mehr als unverzüglich anzusehen. Unverzüglich i. S. v. „ohne schuldhaftes Zögern“ bedeute *zeitnah*. Da die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste einen überschaubaren Vorgang darstelle, der durch ein Notariat routiniert und schnell binnen weniger Werktagen erledigt werden könne, müsse er, um dem Erfordernis der Unverzüglichkeit zu genügen, auch in einem solchen Zeitraum abgewickelt werden.

Des Weiteren sei § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG eng auszulegen. Hierfür spreche, dass die Aufnahme der Liste als Wirksamkeitsvoraussetzung für die Ausübung von Gesellschafterrechten (§ 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG) dem Transparenzprinzip diene und auch Geldwäsche verhindern solle. Durch § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG solle gewissermaßen Druck erzeugt werden, den Gesellschafterbestand stets aktuell, lückenlos und einfach nachvollziehbar in der Gesellschafterliste ersehen zu können. Schließlich spreche der Ausnahmecharakter von § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG für eine enge Auslegung. Zwar solle der Neugesellschafter nach Wirksamwerden des Erwerbs der Geschäftsanteile seine Gesellschafterrechte sogleich ausüben können, aber gerade dann müsse den Anforderungen des § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG – als Ausnahme zu § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG – auch genüge getan werden.

Das OLG Schleswig deutet zuletzt noch an, dass Ausnahmefälle denkbar seien, in denen bei außergewöhnlichen Umständen auch die Einreichung einer Gesellschafterliste nach mehr als zwei Wochen noch als „unverzüglich“ angesehen werden könnte. Kriterien hierfür benennt das Gericht jedoch nicht. Der offenbar nur schlagwortartige Hinweis der Notarin auf die Coronapandemie und den Fachkräftemangel genüge „schon im Ansatz nicht“.

Konsequenz der fehlenden Unverzüglichkeit der Einreichung sei die endgültige Unwirksamkeit der gefassten Beschlüsse.

Praxishinweis

Die Entscheidung verdeutlicht den wichtigen Zusammenhang zwischen der in der Praxis allseits bekannten Pflicht des Notars zur unverzüglichen Einreichung einer Gesellschafterliste nach Anteilsabtretung nach § 40 Abs. 2 GmbHG und den – möglicherweise nicht stets gegenwärtigen – u. U. gravierenden Konsequenzen im Falle der Verzögerung, die sich aus § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG ergeben. Hilfreich wäre im zugrundeliegenden Fall eine Beschlussfassung ausdrücklich durch Veräußerer (V) und Erwerber (E) gewesen, mithin ein erkennbares Mitwirken von V an Ziff. II. der Urkunde.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Alexander König

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AktG §§ 237, 54, 55, 68 Abs. 2 – Einziehung von Aktien beim Tod eines Aktionärs; Zwangsabtretung; Erfordernis der Kapitalherabsetzung; Nachfolgeregelung; Vorerwerbsrecht; Vorkaufsrecht

BGB §§ 2204, 2046, 2213 – Erfüllung eines unstreitigen Pflichtteilsanspruchs durch den Testamentsvollstrecker

Gutachten im Abrufdienst

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AktG §§ 237, 54, 55, 68 Abs. 2

Einziehung von Aktien beim Tod eines Aktionärs; Zwangsabtretung; Erfordernis der Kapitalherabsetzung; Nachfolgeregelung; Vorerwerbsrecht; Vorkaufsrecht

I. Sachverhalt

Die Satzung einer AG mit Namensaktien soll geändert werden. Es sollen folgende Regelungen eingefügt werden:

- Vorkaufsrecht,
- Einziehung beim Tod eines Aktionärs (ohne ausdrückliche Verpflichtung zur Kapitalherabsetzung),
- alternativ zur Einziehung eine Übertragungsverpflichtung.

Inhaltlich sollen die Regelungen also den üblichen Regelungen in einem GmbH-Gesellschaftsvertrag entsprechen.

II. Frage

Sind diese Regelungen in der Satzung einer AG zulässig?

III. Zur Rechtslage

1. Einziehung im Aktienrecht

Die Einziehung von Aktien und die Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen sind nur bedingt vergleichbar (vgl. MünchKommAktG/Oechsler, 5. Aufl. 2021, § 237 Rn. 42). Vor allem fällt die Regelung der Einziehung von Aktien deutlich komplexer aus. Zunächst soll daher ein Überblick über deren Grundstrukturen gegeben werden.

Im Unterschied zur Einziehung von Geschäftsanteilen **setzt die Einziehung von Aktien grds. eine Kapitalherabsetzung voraus** (Koch, AktG, 17. Aufl. 2023, § 237 Rn. 1). Die Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Aktien bildet die dritte Form der Kapital-

herabsetzung (Koch, § 237 Rn. 1; vgl. auch Scholz, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 5. Aufl. 2020, § 61 Rn. 5). Zur vereinfachten Einziehung s. u.

§ 237 Abs. 1 S. 1 AktG unterscheidet **zwei Arten von Einziehung**: die **Zwangseinziehung** und die **Einziehung nach Erwerb der Aktien durch die Gesellschaft** (etwa ein Erwerb eigener Aktien zum Zwecke der Einziehung gem. § 71 Abs. 1 Nr. 6 AktG). Die **Zwangseinziehung** wiederum begegnet als **angeordnete oder gestattete**, wobei beide Varianten einer Satzungsgrundlage bedürfen (§ 237 Abs. 1 S. 2 AktG). Im Falle der angeordneten Zwangseinziehung *müssen* Aktien unter den statutarisch konkret bestimmten Voraussetzungen eingezogen werden (Koch, § 237 Rn. 10; BeckOGK-AktG/Marsch-Barner/Maul, Std.: 1.1.2023, § 237 Rn. 11). Die Entscheidung trifft der Vorstand (vgl. § 237 Abs. 6 AktG und Koch, § 237 Rn. 14) ohne eigenen Ermessensspielraum (Grigoleit/Rieder, AktG, 2. Aufl. 2020, § 237 Rn. 14). Hingegen besteht bei der gestatteten Zwangseinziehung lediglich die *Möglichkeit* der Einziehung. *Zwangseinziehung* heißt sie im Hinblick darauf, dass sie gegen den Willen des betroffenen Aktionärs erfolgen kann (vgl. KölnKommAktG/Ekkenga/Schirrmacher, 3. Aufl. 2021, § 237 Rn. 26). Über die gestattete Zwangseinziehung entscheidet die Hauptversammlung durch Beschluss (LG Stuttgart NZG 2021, 1227 Rn. 23).

Die angeordnete Zwangseinziehung erfordert statutarisch definierte Einziehungsgründe, deren Beschaffenheit innerhalb der allgemeinen Schranken in das Belieben der Aktionäre gestellt ist (Grigoleit/Rieder, § 237 Rn. 17). Namentlich als Einziehungsgrund akzeptiert wird der **Tod des Aktionärs** (BeckOGK-AktG/Marsch-Barner/Maul, § 237 Rn. 12; Haberstock/Greitemann, in: Hölter/Weber, AktG, 4. Aufl. 2022, § 237 Rn. 18; Grigoleit/Rieder, § 237 Rn. 18; K. Schmidt/Lutter/Veil, AktG, 4. Aufl. 2020, § 237 Rn. 12). Hinsichtlich der *gestatteten* Zwangseinziehung *kann* die Satzung besondere Einziehungsgründe vorsehen (insoweit gilt dann das gleiche wie für die angeordnete Zwangseinziehung), muss es aber nicht (LG Stuttgart NZG 2021, 1227 Rn. 50; Grigoleit/Rieder, § 237 Rn. 20; Koch, § 237 Rn. 15). Entscheidet die Hauptversammlung nicht auf Basis statutarischer Einziehungsgründe, so muss der Beschluss allerdings sachlich gerechtfertigt sein (Grigoleit/Rieder, § 237 Rn. 21; MünchKommAktG/Oechsler, § 237 Rn. 42; BeckOGK-AktG/Marsch-Barner/Maul, § 237 Rn. 15; Koch, § 237 Rn. 16: „willkürfrei i. S. d. § 53a [AktG]“).

Unter den Voraussetzungen des **§ 237 Abs. 3 AktG** können Aktien ausnahmsweise **vereinfacht** eingezogen

werden, d. h. ohne Beachtung der Vorschriften über die ordentliche Kapitalherabsetzung. Ganz verzichtbar ist eine Kapitalherabsetzung im Falle des § 237 Abs. 3 Nr. 3 AktG: Hier geht es um eine Einziehung vollgezahlter Stückaktien (§ 8 Abs. 3 AktG), bei der sich der Anteil der verbleibenden Aktien am Grundkapital entsprechend erhöht. Die Kapitalherabsetzung ist entbehrlich, weil die Stückaktie keinen Nennbetrag aufweist und damit keinen Anteil am Grundkapital „verkörpert“ (vgl. KölnKommAktG/Ekkenga/Schirrmacher, § 237 Rn. 126); genügend ist also eine Neustückelung des Grundkapitals, ein sog. *reverse stock split* (vgl. Grigoleit/Rieder, § 237 Rn. 49; näher MünchKommAktG/Oechsler, § 237 Rn. 110a ff.).

2. Zwangsabtretung nach GmbH-Vorbild

Die Aktionäre sind in ihrem statutarischen Gestaltungsspielraum von vornherein viel stärker eingeschränkt als die GmbH-Gesellschafter. Während der GmbH-Gesellschaftsvertrag fast beliebig gestaltet werden kann, gilt für die AG-Satzung der **Grundsatz der Satzungsstrenge** (§ 23 Abs. 5 AktG). Auch im Hinblick auf Nachfolgeregelungen haben die Aktionäre weniger Möglichkeiten als die GmbH-Gesellschafter: So **scheidet die Statuierung einer Abtretungsverpflichtung zulasten der Erben aus** (Dietz, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 17 Rn. 319a; Perzborn, RNotZ 2017, 405, 424; allg. zur Übertragungspflicht BayObLGZ 1988, 371, 375 ff.). Eine solche Abtretungsverpflichtung ist eine Nebenverpflichtung; Nebenverpflichtungen können dem Aktionär aber nur in dem von §§ 54, 55 AktG gesteckten Rahmen auferlegt werden.

3. Vorkaufs- oder Vorerwerbsrecht

Was Abtretungser schwerungen angeht, kennt das AktG **nur die Vinkulierung von Namensaktien** gem. § 68 Abs. 2 AktG (vgl. allg. zum Gestaltungsspielraum Heckschen/Weitbrecht, NZG 2019, 721, 723 ff.).

Vorkaufs- oder Vorerwerbsrechte können nach überwiegender Meinung nicht in die Satzung aufgenommen werden (Kinzl, Gesellschaftervereinbarungen, 2021, § 80 Rn. 14; D. Mayer, MittBayNot 2006, 281, 285; Noack, JR 1995, 240, 241; K. Schmidt/Lutter/Bezenberger, § 68 Rn. 16; GroßkommAktG/Merkt, 5. Aufl. 2018, § 68 Rn. 300; Westermann/Klingberg, FS Quack, 1991, S. 545, 551; KölnKommAktG/Ekkenga/Schirrmacher, § 237 Rn. 15; wohl auch MünchKommAktG/Bayer, 5. Aufl. 2019, § 68 Rn. 39; allg. zur Übertragungspflicht BayObLGZ 1988, 371, 377; Scheller, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 9, 6. Aufl. 2021, § 17 Rn. 81; vgl. zum Streitstand ausf. Bühler, Preislimitierte Ankaufsrechte im Gesellschaftsrecht, 2021, S. 428 f. m. Fn. 1648 f.).

Diese Ansicht ist aber nicht unumstritten. Manche Stimmen plädieren für eine Zulässigkeit mit der Begründung, dass durch ein solches Recht die Veräußerung nicht erschwert werde (LG München I BeckRS 2017, 107418, Rn. 22; Koch, § 68 Rn. 14; Giedinghagen, AG 2017, R 243 f.). Allerdings beziehen sich diese Stellungnahmen nur auf Erwerbsrechte, die den Preis zugrunde legen, den ein Dritter zu zahlen bereit wäre; preislimitierte Erwerbsrechte sind auch nach dieser (Minder-)Meinung ausgeschlossen (vgl. dazu Bühler, S. 429 m. N.).

4. Fazit

Im Ergebnis werden die Beteiligten lediglich auf die Zulässigkeit einer „einfachen“ Einziehungsregelung vertrauen können. **Eine Satzungsänderung wird der Zustimmung aller betroffenen Aktionäre bedürfen** (vgl. Henssler/Strohn/Galla, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 237 AktG Rn. 5; Koch, § 237 Rn. 9).

Allerdings bleibt es den Beteiligten grds. unbenommen, **schuldrechtliche Nebenabreden** – auch in Gestalt von Verfügungsbeschränkungen – untereinander zu treffen (vgl. Kinzl, § 80 Rn. 15; Cziupka/Kliebisch, BB 2013, 715; D. Mayer, MittBayNot 2006, 281, 285).

BGB §§ 2204, 2046, 2213

Erfüllung eines unstreitigen Pflichtteilsanspruchs durch den Testamentsvollstrecker

I. Sachverhalt

Ein Erblasser hatte seine einzige Tochter als Vorerbin und ihre beiden minderjährigen Töchter zu Nacherben eingesetzt sowie Testamentsvollstreckung für die Zeit angeordnet, bis die Enkelinnen (Nacherben) das 27. Lebensjahr erreicht haben.

Die Mutter hat zu nachlassgerichtlichem Protokoll die Vorerbschaft ausgeschlagen und darin auch gleich den Pflichtteil dem Grunde nach geltend gemacht. Im Nachlass befanden sich kaum Barmittel, jedoch eine vermietete Wohnimmobilie. Testamentsvollstrecker und Mutter sind über die Erfüllung des unstreitigen Pflichtteilsanspruchs anhand eines Nachlassverzeichnisses und eines Wertgutachtens zur Immobilie einig. Die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs soll durch Übertragung eines dem Wert entsprechenden Miteigentumsanteils an der Immobilie erfolgen. Der Testamentsvollstrecker hat erklärt, dass es mangels Einkünfte und Vermögens der (Nach-)Erben keine Alternative gebe und dies die einzig sinnvolle Lösung darstelle.

II. Frage

Ist der Testamentsvollstrecker zur Erfüllung verpflichtet, weil die Pflichtteilserfüllung ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht?

III. Zur Rechtslage

1. Erbrechtliche Ausgangslage

Die nunmehr ihren Pflichtteilsanspruch nach dem Erblasser fordernde Mutter war zwar nicht gem. § 2303 Abs. 1 S. 1 BGB von der Erbfolge nach dem Erblasser aufgrund Verfügung von Todes wegen ausgeschlossen. Wohl aber war sie durch die Einsetzung eines Nacherben beschränkt. **Sie war deswegen berechtigt, gem. § 2306 Abs. 1 BGB ihren Erbteil auszuschlagen und (erst) daraufhin ihren Pflichtteilsanspruch gem. § 2303 Abs. 1 S. 2 BGB geltend zu machen.** Die zunächst zu Nacherben berufenen beiden minderjährigen Töchter dürften vorbehaltlich anderslautender testamentarischer Regelung infolgedessen nunmehr als Ersatzerben (§ 2102 Abs. 1 BGB) den Erblasser beerbt haben. Die weiter verfügte Anordnung der **Testamentsvollstreckung** gem. §§ 2197 ff. BGB bleibt auch nach Ausschlagung der (Vor-)Erbenschaft durch die Mutter bestehen und **beschwert nunmehr (auch) die berufenen Ersatzerben** (§ 2085 BGB; s. hierzu Grüneberg/Weidlich, BGB, 82. Aufl. 2023, § 2085 Rn. 4 m. w. N).

2. Aufgabenbereich des Testamentsvollstreckers; allgemeines zur Erfüllung eines Pflichtteilsanspruchs durch den Testamentsvollstrecker

Der konkrete Aufgabenbereich des Testamentsvollstreckers ausweislich des Testaments ist im Sachverhalt nicht mitgeteilt. Insoweit wird unterstellt, dass der Testamentsvollstrecker die Enkelinnen nicht nur als Nacherben, sondern auch in ihrer Rolle als infolge der Ausschlagung nachrückende Ersatzerben beschwert und die Regulierung der Nachlassverbindlichkeiten – wie insbesondere regelmäßig bei der Abwicklungsvollstreckung gem. § 2203 BGB (Grüneberg/Weidlich, § 2203 Rn. 3) – nach der Anordnung des Erblassers grundsätzlich zu seinem Aufgabenbereich gehört.

Den gesetzlichen Ausgangspunkt bei einer Auseinandersetzungsvollstreckung hat der BGH (NJW 1969, 424) so zusammengefasst: Der **Pflichtteilsanspruch** richtet sich gegen den Erben (§ 2303 Abs. 1 BGB); er **begründet eine Nachlassverbindlichkeit**, die den Erben als solchen trifft (§ 1967 Abs. 2 BGB), eine sog. **Erbfall-schuld**. Der Testamentsvollstrecker hat, wenn wie hier mehrere Erben vorhanden sind und er nach der Anordnung des Erblassers die Auseinandersetzung unter ihnen zu bewirken hat, nach Maßgabe der §§ 2042-2056 BGB zu verfahren (§ 2204 Abs. 1 BGB; RGZ 95, 325, 329). Das bedeutet, dass er zunächst die **Nachlassverbind-**

lichkeiten, also auch die Pflichtteilsansprüche, berichtigt (§ 2046 Abs. 1 BGB). Dies wiederum setzt voraus, dass Bestand und Höhe dieser Verbindlichkeiten feststehen. Es gehört daher zu den Aufgaben des Testamentsvollstreckers, den Schuldenstand zu ermitteln (§ 2205 BGB). Erweist sich dabei eine Verbindlichkeit als streitig, so hat der Testamentsvollstrecker das zur Befriedigung Erforderliche zurückzubehalten (§ 2046 Abs. 1 S. 2 BGB).

3. Die Sonderregelung in § 2213 Abs. 1 S. 3 BGB

Allerdings trifft § 2213 Abs. 1 S. 3 BGB für **Pflichtteilsansprüche** die Sonderregelung, dass sie **nur gegen den Erben geltend gemacht werden** können, auch wenn dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung des Nachlasses zusteht. In der Vorschrift des § 2213 BGB geht es damit darum, die vormalige Stellung des Testamentsvollstreckers als gleichsam fortlebenden Erblasser zurückzudrängen. Der Testamentsvollstrecker trat nach gemeinem Recht an die Stelle des Erblassers und war damit der berufene Verteidiger des Testaments, also der testamentarisch bestimmten Erben gegen die gesetzlichen Erben (RGZ 9, 208, 210). Nach den Regelungen des BGB soll demgegenüber der Streit um das Erbrecht auch bei Anordnung der Testamentsvollstreckung zwischen den vermeintlichen Erben ausgetragen werden. Der Testamentsvollstrecker hat die testamentarischen Bestimmungen auszuführen, nicht als Vertreter des Erblassers das Testament zu verteidigen. Das Pflichtteilsrecht steht dabei dem Erbrecht gleich; wahrer Beklagter auch dieses Anspruchs ist der Erbe (BGH NJW 2006, 2698, 2700 Rn. 28 m. w. N.). *Zimmermann* (in: Münch-KommBGB, 9. Aufl. 2022, § 2213 Rn. 13) sieht den Regelungsgrund der Vorschrift – weniger rechtshistorisch argumentierend – darin, dass das Pflichtteilsrecht dem außerhalb der Verwaltung liegenden Erbrecht nahesteht und für den Erben häufig mit persönlichen Problemen verbunden ist.

§ 2213 Abs. 1 S. 3 BGB zielt primär nur auf die gerichtliche Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen. Darüber hinaus kann der Testamentsvollstrecker aufgrund der genannten Vorschrift ohne Willen des Erben eine Pflichtteilsforderung nicht mit Wirkung gegen diesen rechtsgeschäftlich anerkennen. **Außergerichtlich kann der Testamentsvollstrecker** jedoch im Rahmen seines Verwaltungsrechts gleichwohl über Pflichtteilsansprüche verhandeln und, falls es sich um einen **unstreitigen Pflichtteilsanspruch** handelt, diesen **auch ohne Zustimmung des Erben erfüllen**, da es sich um eine Nachlassverbindlichkeit handelt. Lediglich bei *streitigen* Ansprüchen hat der Testamentsvollstrecker nach § 2046 Abs. 1 S. 2 BGB zu verfahren und setzt sich der Haftung nach § 2219 BGB aus, wenn er

den bestrittenen Pflichtteilsanspruch trotzdem erfüllt und hierbei mehr leistet, als etwa später im Rechtsstreit zwischen dem Pflichtteilsberechtigten und dem Erben als Pflichtteil zugesprochen wird (zum Ganzen BGH NJW 1969, 424, 425; daran anschließend OLG München Rpfleger 2003, 588; zustimmend Münch-KommBGB/Zimmermann, § 2213 Rn. 13; Staudinger/Dutta, BGB, 2021, § 2213 Rn. 16; vgl. auch BeckOGK-BGB/Suttman, Std.: 1.4.2023, § 2213 Rn. 16 ff.).

Dutta (in: Staudinger, § 2213 Rn. 19) folgert aus § 2213 Abs. 1 S. 3 BGB noch weitergehend, dass der Testamentsvollstrecker dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber an sich nicht verpflichtet sei, den Pflichtteilsanspruch zu erfüllen, auch dann nicht, wenn der Erbe den Pflichtteilsanspruch anerkannt habe. Der Testamentsvollstrecker sei lediglich infolge seiner nach § 2205 S. 2 BGB bestehenden Verfügungsbefugnis berechtigt, die nicht streitige oder von den Erben anerkannte Pflichtteilsschuld, die eine Nachlassverbindlichkeit darstellt (§ 1967 Abs. 2 BGB), auch ohne Zustimmung des Erben zu erfüllen.

U. E. entfernt sich die Auffassung *Duttas* jedoch zu weit von dem für den Testamentsvollstrecker geltenden Ausgangspunkt der §§ 2204 Abs. 1, 2046 Abs. 1 BGB, wonach der Testamentsvollstrecker zur Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten verpflichtet ist. Aus § 2046 Abs. 1 S. 2 BGB und der Grundsatzentscheidung des BGH zu § 2213 Abs. 1 S. 3 BGB (NJW 1969, 424) folgt lediglich die notwendige Differenzierung zwischen streitigen und nicht streitigen Pflichtteilsansprüchen.

4. Ergebnis im vorliegenden Sachverhalt

Im vorliegenden Sachverhalt geht es nach der Schilderung letztlich um eine unter den Nachlassbeteiligten **nicht streitige Regulierung des Pflichtteilsanspruchs**. Der auf Geld gerichtete Pflichtteilsanspruch der Mutter soll aufgrund einvernehmlicher Regelung durch eine andersartige, an Erfüllung statt hingebene Leistung befriedigt werden (§ 364 Abs. 1 BGB), nämlich durch die Übertragung des betreffenden Miteigentumsanteils an der Immobilie. Einer derartigen einvernehmlichen, außergerichtlichen Regulierung des Pflichtteilsanspruchs durch den Testamentsvollstrecker **steht § 2213 Abs. 1 S. 3 BGB u. E. nicht im Wege**. **Der Testamentsvollstrecker ist u. E. zur Erfüllung der Nachlassverbindlichkeit (§ 1967 Abs. 2 BGB) auf diese Weise auch verpflichtet (§§ 2204 Abs. 1, 2046 Abs. 1 S. 1 BGB)**, die nach den Umständen des Falles ordnungsgemäßer Nachlassverwaltung gem. § 2216 BGB entspricht.

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 Abruf-Gutachten.

BGB §§ 1094, 1097

Vorkaufsrecht für den ersten echten Verkaufsfall; auflösend bedingtes Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle

Abruf-Nr.:

BayWG Art. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13; WHG § 4

Kein gesetzlicher Eigentumsübergang bei künstlicher Verlegung eines Gewässers

Abruf-Nr.:

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Alexander König

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1638 – Entzug der Vermögensverwaltung bei unentgeltlichen Zuwendungen auf den Todesfall

BGB §§ 29, 2147, 2205, 2211; GmbHG §§ 15, 16, 40 – Tod des einzigen Gesellschafter-Geschäftsführers; Einreichung einer neuen Gesellschafterliste; Nachweis der Erbfolge

Gutachten im Abrufdienst

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1638

Entzug der Vermögensverwaltung bei unentgeltlichen Zuwendungen auf den Todesfall

I. Sachverhalt

§ 1638 BGB regelt in seiner seit dem 1.1.2023 geltenden Neufassung nunmehr, dass auch ein Entzug der Vermögensverwaltung bei unentgeltlichen Zuwendungen auf den Todesfall möglich ist. Eine Mutter bestimmt bei Abschluss eines Versicherungsvertrags, dass die Bezugsberechtigte im Todesfall ihre Tochter sein soll. Später lässt sie sich von ihrem Ehemann, dem Vater der Tochter, scheiden und möchte nun verhindern, dass für den Fall ihres vorzeitigen Ablebens der Vater die Vermögensverwaltung über das Vermögen der Tochter innehat, das der Tochter aus dem Versicherungsvertrag zufallen würde.

II. Frage

Zu welchem Zeitpunkt ist eine solche Anordnung zu

treffen? Kann eine solche nur direkt bei der Bestimmung der Bezugsberechtigung bei einer Versicherung oder Bank getroffen werden oder kommt eine Anordnung des Entzugs der Vermögensverwaltungsbefugnis auch nachträglich noch im Rahmen einer Verfügung von Todes wegen in Betracht, wenn ein Widerruf der Bezugsberechtigung insgesamt nicht gewollt ist?

III. Zur Rechtslage

1. Inhaltliche Neufassung des § 1638 BGB im Rahmen der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

Durch die umfassende Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zum 1.1.2023 wurden die betroffenen Rechtsgebiete neu strukturiert und viele Gesetzesbestimmungen auch inhaltlich neu gefasst. Die Möglichkeit der Beschränkung der Vermögenssorge nach § 1638 BGB wurde im Rahmen der Reform grundsätzlich beibehalten, Abs. 1 der Vorschrift aber neu gefasst wie folgt [Änderung hervorgehoben]:

„(1) Die Vermögenssorge erstreckt sich nicht auf das Vermögen, welches das Kind von Todes wegen, **durch unentgeltliche Zuwendung auf den Todesfall** oder unter Lebenden erwirbt, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Zuwendende bei der Zuwendung be-

stimmt hat, dass die Eltern das Vermögen nicht verwalten sollen.“

Die Ausschließungsmöglichkeit wurde damit tatbestandlich ausgeweitet auf Vermögen, welches das Kind nicht nur von Todes wegen oder unter Lebenden, sondern auch **durch unentgeltliche Zuwendung auf den Todesfall** erwirbt. Entsprechende Änderungen sind auch im Rahmen der möglichen Verwaltungsanordnungen für ererbtes und geschenktes Vermögen erfolgt (vgl. §§ 1639, 1811, 1837 BGB n. F.; Müller-Engels, ErbR 2022, 666, 667). Der Gesetzgeber will mit diesen Änderungen erreichen, dass künftig auch unentgeltliche Zuwendungen auf den Todesfall, die im Rahmen von **Verträgen zugunsten Dritter** (d. h. des Minderjährigen/Mündels/Betreuten) erfolgen, **in den Anwendungsbereich der oben genannten Vorschriften fallen** und z. B. der Betreuer nach § 1837 Abs. 2 BGB n. F. ggf. nach Eintritt des Erbfalls auch hiervon abweichen kann (vgl. BT-Drucks. 19/24445, 270; Müller-Engels, ErbR 2022, 666, 667). Gemeint sind hiermit die klassischen Zuwendungen auf den Todesfall mithilfe eines Vertrages zugunsten Dritter, wie z. B. Zuwendung eines Bankguthabens oder einer Lebensversicherungssumme auf den Todesfall (vgl. Müller-Engels, ErbR 2022, 666, 667; vgl. auch BeckOK-BGB/Veit, Std.: 1.1.2023, § 1638 Rn. 5).

Warum der Gesetzgeber davon ausging, dass solche Zuwendungen **bislang** tatbestandlich nicht erfasst wären und demzufolge eine Ausweitung des Tatbestands erforderlich sei, erschließt sich nicht unmittelbar (vgl. Müller-Engels, ErbR 2022, 666, 667 Fn. 11). Denn bei den „unentgeltlichen Zuwendungen auf den Todesfall“ handelt es sich nach hiesiger Auffassung um einen – bislang schon explizit erfassten – unentgeltlichen Vermögenserwerb „unter Lebenden“, da ihm ein **lebzeitiges Rechtsgeschäft** zugrunde liegt, auch wenn der Anspruch vom Begünstigten selbst erst im Todesfall erworben wird, § 331 BGB (vgl. Müller-Engels, ErbR 2022, 666, 667 Fn. 11; OLG Frankfurt/M. BeckRS 2015, 7245 Rn. 11; vgl. zur Abgrenzung zum Erwerb von Todes wegen auch OLG Naumburg WM 2004, 830, 830).

Auch in der bisherigen Kommentarliteratur war anerkannt, dass z. B. die **Bestimmung des Bezugsberechtigten** aus einer Lebensversicherung auf den Todesfall als Vertrag zugunsten Dritter eine **unentgeltliche Zuwendung nach § 1638 Abs. 1 Var. 2 BGB a. F.** (nicht § 1638 Abs. 1 Var. 1 BGB a. F.) ist, ohne dass insoweit zwischen widerruflicher und unwiderruflicher Bezugsberechtigung i. S. d. § 159 VVG differenziert wurde (s. nur BeckOGK-BGB/Kerscher, Std.: 1.9.2022, § 1638 Rn. 8.1; MünchKommBGB/Huber, 8. Aufl. 2020, § 1638 Rn. 4; Staudinger/Heilmann, BGB, 2016, § 1638 Rn. 15).

Mit der Neufassung des § 1638 BGB ist nun jedenfalls zweifelsfrei festgehalten, dass auch bei unentgeltlichen Zuwendungen auf den Todesfall ein Ausschluss der elterlichen Vermögensverwaltung durch den Erblasser zulässig ist. Die Frage, **wann** dieser Ausschluss zu erfolgen hat, ob dies insbesondere bei Abschluss des Vertrages zugunsten Dritter bzw. Einräumung des Bezugsrechts zu erfolgen hat oder bei Zustandekommen des Schenkungsvertrages (Valutaverhältnis), ist aber im Rahmen der Reform nicht explizit erörtert worden, und zwar weder in der Gesetzesbegründung noch in der Reformliteratur. Es kann jedoch an den **bisherigen Stand** der Diskussion angeknüpft werden.

2. Bisheriger Streitstand: Maßgeblicher Zeitpunkt für Anordnung

Bei einer **Zuwendung unter Lebenden** ist die Ausschließung des Verwaltungsrechts der Eltern nur zulässig, wenn die Zuwendung **unentgeltlich** erfolgt (Staudinger/Heilmann, § 1638 Rn. 14). Außerdem muss der Verwaltungsausschluss – anders als bei Erwerben von Todes wegen – gerade **bei der Zuwendung** angeordnet werden (Staudinger/Heilmann, § 1638 Rn. 13). Eine **nach** (und nach h. M. auch vor) **der Zuwendung** erfolgende Anordnung ist nach h. A. **wirkungslos** (BayObLGZ 6, 553, 558; KG FamRZ 1962, 432, 435; OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2015, 7245; Staudinger/Heilmann, § 1638 Rn. 14; BeckOGK-BGB/Kerscher, § 1638 Rn. 13.1).

Weiter ist zu beachten, dass die Rechtsprechung unter referierender Zustimmung der Literatur wiederholt als relevante Zuwendung für § 1638 Abs. 1 BGB bereits die **Einräumung der – auch widerruflichen – Bezugsberechtigung** angesehen hat; auf den Zeitpunkt der Wirksamkeit des im Valutaverhältnis zwischen Versprechensempfänger und Dritten zugrunde liegenden **Schenkungsvertrages** und die Kondiktionsfestigkeit des Anspruchserwerbes soll es nach Ansicht der Rechtsprechung gerade **nicht** ankommen (OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2015, 7245 Rn. 12 f.; s. hierzu auch BeckOGK-BGB/Kerscher, § 1638 Rn. 8.1; MünchKommBGB/Huber, § 1638 Rn. 4; Staudinger/Heilmann, § 1638 Rn. 15).

Eine dem Erwerb der Bezugsberechtigung erst **nachfolgende Verwaltungsanordnung** gem. § 1638 BGB, die zu ihrer Wirksamkeit gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB dem Lebensversicherer zugehen müsse, wäre nach dieser Ansicht daher **verspätet und damit wirkungslos** (OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2015, 7245 Rn. 12 f. der Entscheidungsgründe).

Diese strenge Auslegung des § 1638 BGB erscheint jedoch **nicht zweifelsfrei**. Es ließe sich vertretbar auch

auf den Anspruchserwerb (Todesfall) bzw. das Wirksamwerden des im Valutaverhältnis zugrunde liegenden Schenkungsvertrages und damit den Zeitpunkt der bereicherungsrechtlichen Kondiktionsfestigkeit der Zuwendung abstellen, da hierin die eigentliche „Zuwendung“ an den Minderjährigen zu sehen sein dürfte.

Für die Praxis wird man nach dem **Gebot des sichersten Weges** gleichwohl die vorliegenden Judikate zugrunde legen müssen.

Soweit die Ausschließung von der Vermögensverwaltung bei Einräumung des Bezugsrechts nicht vorgenommen worden ist, müsste das Bezugsrecht folglich in einem ersten Schritt zunächst durch Erklärung gegenüber dem Versprechenden (z. B. Versicherungsunternehmen) **widerrufen** werden (sofern es sich um ein widerrufliches Bezugsrecht handelte; vgl. § 159 Abs. 2 VVG). In einem zweiten Schritt könnte dann die Bezugsberechtigung dem Minderjährigen **neu eingeräumt** und hierbei gleichzeitig die **entsprechende Verwaltungsanordnung nach § 1638 BGB getroffen werden** (hierauf verweisend auch OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2015, 7245 Rn. 13). Auch wenn dieses Vorgehen umständlich erscheint oder sogar ggf. als „sinnlose Förmlichkeit“ angesehen werden könnte, da dem widerruflich Begünstigten bis zum Eintritt des Versicherungsfalls noch kein Recht zusteht, sondern nur eine ungesicherte Hoffnung auf die später einmal fällig werdende Leistung, die sich rechtlich betrachtet als Nullum darstellt (vgl. nur BGH VersR 2010, 1021; 2015, 1542 m. w. N.; Prölss/Martin/Schneider, Versicherungsvertragsgesetz, 31. Aufl. 2021, § 159 VVG Rn. 15), so entspricht dieses Vorgehen angesichts der o. a. Rspr. jedenfalls dem Gebot des sichersten Weges.

3. Alternative Regelungsmöglichkeiten

Alternativ besteht die Möglichkeit, den Vermögenserwerb aus der Lebensversicherung in den Nachlass fallen zu lassen und die **Ausschließungserklärung gem. § 1638 BGB durch Verfügung von Todes wegen** vorzunehmen bzw. über die Versicherungssumme **Dauervollstreckung** anzuordnen (vgl. dazu Wedemann, FamRZ 2009, 1197 ff.).

In den Nachlass fielen der Anspruch auf Auszahlung der Versicherungssumme jedoch nur dann (vgl. § 160 Abs. 3 VVG; BGHZ 32, 44, 46 f. = NJW 1960, 912; BeckRS 1980, 30381114), wenn

- der Erblasser die **Benennung aller Bezugsberechtigungen unterließe** (an dieser Stelle ist in der Praxis Vorsicht geboten, da Versicherungsverträge häufig in vorgedruckter Form die Einräumung von Bezugsrechten zugunsten des Ehegatten bzw. der Kinder vorsehen) oder

- durch **schriftliche Erklärung gegenüber der Versicherung zu Lebzeiten des Erblassers** alle bestehenden Bezugsberechtigungen **widerrufen** werden; ein – nach dem Tod des Erblassers zugehender – Widerruf durch letztwillige Verfügung würde folglich nicht genügen (vgl. BGH NJW 1993, 3133, 3134; BeckOGK-BGB/Mäsch, Std.: 1.4.2023, § 332 Rn. 8). Insoweit kann es sich empfehlen, sich den Widerruf aller Bezugsberechtigungen (mit der Folge, dass der Auszahlungsanspruch in den Nachlass fällt) vom Lebensversicherer schriftlich bestätigen zu lassen.

Bei Wahl dieser Gestaltungsvariante könnte hinsichtlich der Lebensversicherung auch Testamentsvollstreckung (auch als Dauervollstreckung) angeordnet werden, die zeitlich über den Zeitraum nach Eintritt der Volljährigkeit des Kindes hinaus ausgedehnt werden könnte.

BGB §§ 29, 2147, 2205, 2211; GmbHG §§ 15, 16, 40

Tod des einzigen Gesellschafter-Geschäftsführers; Einreichung einer neuen Gesellschafterliste; Nachweis der Erbfolge

I. Sachverhalt

G ist Alleingesellschafter und alleiniger Geschäftsführer der G-GmbH. Er ist verstorben und hat in einem handschriftlichen Testament seine drei Söhne zu Erben und seine Ehefrau als Testamentsvollstreckerin eingesetzt. Seinen Anteil an der G-GmbH hat er seiner Frau vermacht. Es muss ein neuer Geschäftsführer bestellt werden. Die Beantragung eines Erbscheins soll – wenn möglich – aus Kostengründen vermieden werden.

II. Fragen

1. Kann der Testamentsvollstrecker den Anteil an der G-GmbH auf sich übertragen? Kann der Notar eine neue Gesellschafterliste als Ergebnis dieser Übertragung zum Handelsregister einreichen, ohne dass zuvor eine Liste eingereicht wurde, die die Söhne in Erbengemeinschaft als Erben ausweist? Kann damit die Ehefrau als neue Gesellschafterin einen Geschäftsführer bestellen?

2. Kann alternativ der Testamentsvollstrecker einen neuen Geschäftsführer bestellen, der dann zunächst die Gesellschafterliste nach Erbgang einreicht?

3. Muss dem Handelsregister die Erbfolge durch Erbschein nachgewiesen werden, damit die Erbengemeinschaft (oder der Testamentsvollstrecker) einen Geschäftsführer bestellen kann, der dann eine Gesellschafterliste zum Handelsregister einreicht?

III. Zur Rechtslage

1. Gesellschaftsrechtliche Situation (insb.: fehlender Geschäftsführer)

a) Gesellschafter der GmbH und Gesellschafterliste

Zunächst soll die Situation hinsichtlich der Gesellschafterstellung und -liste dargestellt werden.

aa) Allgemeines

Gem. § 46 Nr. 5 Alt. 1 GmbHG unterliegt die Bestellung eines Geschäftsführers der Bestimmung der Gesellschafter. Unterstellt man, dass G von seinen drei Söhnen aufgrund letztwilliger Verfügung beerbt wurde, so sind diese in Erbengemeinschaft an seine Stelle getreten (§ 15 Abs. 1 Var. 2 GmbHG, §§ 1922, 1937 BGB). Es handelt sich dann weiterhin nur um *einen* Geschäftsanteil, der den drei Söhnen als Erbengemeinschaft in gesamthänderischer Verbundenheit und damit in **Mitberechtigung i. S. d. § 18 Abs. 1 GmbHG** zusteht (vgl. Heidinger/Knaier, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 5. Aufl. 2023, Kap. 13 Rn. 730). Das Vermächtnis an die Ehefrau ändert hieran nichts, da dieses nur einen schuldrechtlichen Übertragungsanspruch begründet (§§ 2147, 2174 BGB) und die dingliche Zuordnung der Nachlassgegenstände bei den Erben unberührt lässt.

Es ist anerkannt, dass unverzüglich nach Bekanntwerden des Todes eines Gesellschafters gem. **§ 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG** eine **neue Gesellschafterliste** seitens der Geschäftsführer eingereicht werden muss (BGH NJW 2015, 1303 Rn. 8; Lange, notar 2017, 28, 29; Mayer, MittBayNot 2014, 114, 124). Ein **Testamentsvollstreckervermerk** ist in die Gesellschafterliste nach Auffassung des BGH **nicht** aufzunehmen (BGH DNotZ 2015, 456 Rn. 8 ff.; kritisch hierzu bspw. MünchKommGmbHG/Heidinger, 4. Aufl. 2023, § 40 Rn. 134).

Die Änderung der Liste erfolgt durch den Geschäftsführer auf Mitteilung und **Nachweis der Veränderung** (vgl. § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG). An diesen Nachweis sind jedoch **strenge Anforderungen** zu stellen. Hierfür reicht die Vorlage eines privatschriftlichen Testaments nicht aus. Es entspricht der herrschenden Meinung, dass **im Regelfall** (seitens des Geschäftsführers) ein **Erbschein** verlangt werden darf (vgl. MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 175; GroßkommGmbHG/Paefgen, 3. Aufl. 2020, § 40 Rn. 137; Link, RNotZ 2009, 193, 200).

Der Geschäftsführer dürfte im Rahmen des § 40 Abs. 1 GmbHG sogar ganz grundsätzlich berechtigt und verpflichtet sein, wegen der weitreichenden Konsequenzen der Listeneinreichung (vgl. § 16 GmbHG) auf die Vorlage eines **förmlichen Erbnachweises** zu bestehen (Erbschein, Europäisches Nachlasszeugnis oder notarielle

letztwillige Verfügung samt Eröffnungsniederschrift, vgl. § 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GBO; hierzu auch Wachter, GmbHR 2023, 328, 330). Ein privatschriftliches Testament kann hierfür nicht ausreichen. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass dem Geschäftsführer nicht sämtliche Verfügungen von Todes wegen zur Kenntnis gelangen (etwa: die Familie legt ein unliebsames Testament nicht offen; das Testament ist wegen einer bindenden vorherigen Verfügung unwirksam oder ein jüngeres privatschriftliches Testament wurde noch nicht aufgefunden) oder dass das vorgelegte privatschriftliche Testament aus anderen Gründen (etwa Geschäftsunfähigkeit) unwirksam war. Freilich begründet auch der Erbschein keine *Richtigkeitsgewähr* (vgl. nur § 2361 BGB), jedoch knüpft das Gesetz an den Erbschein eine *Richtigkeitsvermutung* (§ 2365 BGB). Zudem knüpft an einen Erbschein die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs nach § 2366 BGB. Diese gesetzgeberische Wertung ist im Rahmen der Überzeugungsbildung des § 40 GmbHG zu berücksichtigen. Eine **notarielle letztwillige Verfügung nebst Eröffnungsniederschrift** (§ 348 Abs. 1 S. 2 FamFG) ist dem Erbschein insofern allerdings **gleichzustellen**, wie die Wertung des § 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GBO aufzeigt (vgl. auch Wachter, GmbHR 2023, 328, 330).

Angesichts dessen dürfte der Geschäftsführer pflichtwidrig handeln, wenn er sich auf die Angaben der vermeintlichen Erben verlässt. Stellt der Geschäftsführer eine berichtigte Gesellschafterliste gleichwohl **ohne einen förmlichen Erbnachweis** in das Handelsregister ein und zeigt sich im Nachhinein, dass eine andere als die in der Liste eingetragene Person Erbe des Gesellschafters geworden ist, dürfte von einer **Pflichtverletzung** auszugehen sein und eine **Schadensersatzpflicht** des Geschäftsführers nach § 40 Abs. 3 GmbHG in Betracht kommen.

bb) Tod des einzigen Gesellschafter-Geschäftsführers

Vorliegend besteht die Besonderheit, dass mit G auch der einzige Geschäftsführer weggefallen ist (instruktiv zum Tod des einzigen Gesellschafter-Geschäftsführers MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 337 ff.), jedoch nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG der Geschäftsführer die neue (die Erben ausweisende) Liste einreichen muss.

Damit eine neue Liste eingereicht werden kann (nach entspr. Nachweis der Erben, s. o.), muss zunächst ein neuer Geschäftsführer bestellt werden. Allerdings gibt es keine weiteren Gesellschafter, die eine Gesellschafterversammlung einberufen könnten; die Erben sind noch nicht in der Gesellschafterliste eingetragen. Die **Ausübung von Gesellschafterrechten von Erben** ist aber

erst nach Aufnahme der geänderten Gesellschafterliste möglich (vgl. KG GmbHR 2023, 349, 350; OLG Naumburg MittBayNot 2017, 287 Rn. 27 ff.; OLG Köln FGPrax 2019, 219; Wachter, GmbHR 2023, 328, 329; GroßkommGmbHG/Löbke, 3. Aufl. 2019, § 16 Rn. 30; MünchKommGmbHG/Heidinger, 4. Aufl. 2022, § 16 Rn. 163 ff.; Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 16 Rn. 20). Dies legt nahe, dass die Erben keinen Geschäftsführer bestellen können, weshalb zur Listeneinreichung ein Notgeschäftsführer bestellt werden müsste (so OLG Köln FGPrax 2019, 219).

Es wird zur Lösung des Problems vorgeschlagen, sich der Vorschrift des **§ 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG** zu bedienen. Demgemäß wäre es möglich, dass ein Geschäftsführerbestellungsbeschluss durch die noch nicht in der Gesellschafterliste eingetragenen Erben gefasst wird. Dieser Beschluss könnte im Rahmen einer Gesellschafterversammlung stattfinden, bei der die Erben auf alle Formalia, insb. die form- und fristgerechte Ladung, verzichten. Würde sodann die vom neuen Geschäftsführer eingereichte, die Erben ausweisende Gesellschafterliste in das Handelsregister aufgenommen, so würden die *Erben – letztlich im Wege der „Selbstheilung“ – rückwirkend zu (relativen) Gesellschaftern*, welche einen wirksamen Geschäftsführerbestellungsbeschluss fassen konnten (MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 340-342). Der zunächst schwebend unwirksame Beschluss würde damit wirksam. In dieser Sondersituation aber müssen sich die nicht in die Gesellschafterliste eingetragenen Erben gegenüber dem Registergericht förmlich legitimieren und **zweifelsfrei ihre Erbenstellung nachweisen** (MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 340). Hierfür reicht die Vorlage eines privatschriftlichen Testaments nicht aus. Wiederum bedürfte es der Vorlage eines **Erbscheins** oder einer **notariellen letztwilligen Verfügung samt Eröffnungsniederschrift**.

Da mithin auch diese Möglichkeit ausscheidet, wenn die Beteiligten keinen Erbschein beantragen wollen, bleibt nur die Vertretung des verstorbenen G mittels einer **transmortalen Vollmacht** oder die Bestellung eines **Notgeschäftsführers** gem. § 29 BGB analog (vgl. dazu OLG Köln FGPrax 2019, 219; Servatius, § 16 Rn. 20; MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 342; Mayer, MittBayNot 2014, 114, 124; vgl. auch Heidinger, GmbHR 2020, 274, 275 f.), um eine neue Gesellschafterliste gem. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG einreichen zu können. Unterstellt man, dass eine von G erteilte und über dessen Tod hinausreichende Vollmacht nicht besteht (Tatfrage), müsste mithin ein Notgeschäftsführer bestellt werden. Sollte hingegen eine über den Tod hinauswirkende Vollmacht erteilt worden sein, könnte der

Bevollmächtigte die Gesellschafterrechte des Verstorbenen ausüben und eine Gesellschafterversammlung abhalten (vgl. MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 338; Wachter, DB 2009, 159).

Doch auch wenn ein Notgeschäftsführer seitens des Registergerichts oder ein „normaler“ Geschäftsführer seitens eines transmortal Bevollmächtigten bestellt werden könnte, **ändert dies nichts daran**, dass dieser keine neue Gesellschafterliste einreichen dürfte, bis die Erben ihre Gesellschafterstellung ordnungsgemäß nachweisen. Hierfür reicht die Vorlage des privatschriftlichen Testaments gerade nicht aus (s. o. unter sublit. aa). Es führt daher, da keine notarielle letztwillige Verfügung des G vorliegt, **kein Weg an der Beantragung eines Erbscheins vorbei**.

b) Veräußerung der Geschäftsanteile

Die unter lit. a geschilderte Notwendigkeit der Beantragung eines Erbscheins kann auch nicht dadurch umgangen werden, dass zwecks der Vermächtniserfüllung eine Anteilsabtretung vor der Einreichung einer neuen Liste beurkundet würde.

aa) Pflicht zur unverzüglichen Listeneinreichung auch bei einer Vermächtnisanordnung

Eine Ausnahme der unverzüglichen Einreichung einer aktuellen Liste nach dem Tod des Gesellschafter-Geschäftsführers wird zwar mitunter angenommen, wenn die Erben die Geschäftsanteile unmittelbar veräußern wollen (Gutachten DNotI-Report 2010, 53, 56). Allerdings entspricht es der herrschenden Auffassung, auch in dieser Situation eine Pflicht zur Voreintragung der Erben und damit zur **lückenlosen Fortführung** der Liste anzunehmen (so bspw. Heidinger/Knaier, Kap. 13 Rn. 678; Wachter, GmbHR 2010, 152, 155; BeckOGK-GmbHG/Hardung, Std. 15.6.2022, § 40 Rn. 282; Link, RNotZ 2009, 193, 206;).

In jedem Falle entspricht es dem sichersten Weg, auch bei einer unmittelbar anstehenden Geschäftsanteilsabtretung **zunächst eine neue Gesellschafterliste** einzureichen, welche die **Erben** ausweist. Damit erledigt sich die soeben unter lit. a sublit. aa geschilderte Problematik trotz des angeordneten Vermächtnisses zugunsten der Ehefrau nicht.

bb) Mangelnde Überzeugung des Notars i. S. d. § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG

Doch selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellen wollte, dass vorab keine korrigierte Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 1 GmbHG einzureichen sei, verhilft die Geschäftsanteilsübertragung nicht dazu, auf einen förmlichen Erbnachweis der Söhne des G verzichten zu können. Hintergrund ist die fehlende Überzeugung des

Notars von der Wirksamkeit der Abtretung, falls ein nicht in der Gesellschafterliste aufgeführter und nicht förmlich legitimierter Erbe als Veräußerer auftreten sollte.

Der Notar ist nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG gehalten, **nach Wirksamwerden** der Veränderungen, an denen er mitwirkte, eine neue Liste einzureichen. Der Notar, der Zweifel hat, ob die Veränderung, an der er mitgewirkt hat, wirksam ist, darf eine entsprechende Liste zum Handelsregister erst dann einreichen, wenn die **Zweifel beseitigt** sind (vgl. KG NJOZ 2022, 1142 Rn. 15; MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 225 ff.; hierzu auch Gutachten DNotI-Report 2010, 53).

Wie weit die **Prüfungspflicht des Notars** vor Erstellen und Einreichen einer neuen Gesellschafterliste i. S. d. § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG reicht und wie hoch der **Grad an Überzeugung** sein muss, ist im Gesetz **nicht geregelt** (vgl. MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 227; Mayer, MittBayNot 2014, 114, 119). Wegen der gesteigerten Bedeutung der Gesellschafterliste bezüglich der unwiderleglichen Vermutung der relativen Gesellschafterstellung (§ 16 Abs. 1 GmbHG) und der Möglichkeit des darauf beruhenden gutgläubigen Erwerbs (§ 16 Abs. 3 GmbHG) ist es zwar einerseits wichtig, dass die Liste so schnell wie möglich im Handelsregister aufgenommen wird. Andererseits muss aber verhindert werden, dass der Falsche in der Gesellschafterliste ausgewiesen wird (vgl. MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 225). Eine generelle Aussage dahingehend, dass nur Nachweise in einer bestimmten Form zu akzeptieren sind – wie z. B. in § 29 GBO, § 12 HGB oder § 55 GmbHG – verbietet sich zwar im Rahmen des § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG. Jedoch erscheint eine **Orientierung am Prüfungsmaßstab des Handelsregisters** sinnvoll (MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 227; Hauschild, ZIP 2012, 660, 663 f.; Schmidt, NotBZ 2013, 13, 16). In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird sogar davon ausgegangen, dass der Notar die aktualisierte Gesellschafterliste erst dann zum Handelsregister einreichen dürfe, wenn er sich vom Eintritt der Veränderungen sicher überzeugt habe (KG NJOZ 2022, 1142 Rn. 15; OLG Jena DNotZ 2011, 65, 66).

Die Intensität der Überzeugungsbildung ist damit eine Einzelfallfrage. Jedoch reicht es nach unserem Dafürhalten **nicht** aus, aufgrund eines **privatschriftlichen Testaments** die Gesellschafterstellung der Söhne als gegeben anzusehen. Insofern ist auf die obigen Ausführungen (unter Ziff. 1 lit. a sublit. aa), insbesondere die gesetzgeberische Wertung der Richtigkeitsvermutung eines Erbscheins gem. § 2365 BGB (und der

diesem insofern gleichzustellenden notariellen letztwilligen Verfügung samt Eröffnungsniederschrift) zu verweisen. Eine entsprechende Überzeugung kann daher beim Notar nicht bestehen, wenn er allein auf Basis eines privatschriftlichen Testaments die Anteilsabtretung beurkunden würde. In diesem Fall dürfte er keine aktualisierte, die Erwerberin (die Ehefrau als Vermächtnisnehmerin) ausweisende Gesellschafterliste einreichen.

Es wird daher allgemein empfohlen, dass der Notar **auf Korrekturen der Gesellschafterliste hinzuwirken hat**, wenn diese nicht auf dem aktuellen Stand ist (vgl. Kallrath, in: Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 3. Aufl. 2022, § 16 Rn. 667; Gutachten DNotI-Report 2010, 53, 55). Obwohl es für die **Wirksamkeit der Abtretung** eines Geschäftsanteils materiell-rechtlich **nicht zwingend erforderlich** ist, dass der Veräußerer in die **Gesellschafterliste eingetragen** ist (vgl. BGH NZG 2021, 117 Rn. 17), sollte die Überzeugung des Notars von der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, insbesondere im Rahmen der Listeneinreichung, nicht unterschätzt werden. Ablehnen darf der Notar die Beurkundung freilich nur, wenn er von der Unwirksamkeit der Geschäftsanteilsabtretung überzeugt ist (vgl. MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 228). Allerdings bestehen **erhebliche Zweifel** schon im Rahmen der Beurkundung der Abtretung, wenn sich bei Einsicht in die Gesellschafterliste herausstellt, dass der Veräußerer dort nicht eingetragen ist. **Spätestens** aber bei der **Listeneinreichung** nach § 40 Abs. 2 GmbHG tritt das Problem, wie apostrophiert, (erneut) zu Tage. Daher gilt: Selbst wenn der Notar seine Beurkundungstätigkeit hinsichtlich der Geschäftsanteilsabtretung nicht verweigerte, kann die Einreichungspflicht der Gesellschafterliste bei Zweifeln an der Wirksamkeit der Veränderung leerlaufen (Gutachten DNotI-Report 2010, 53, 54). Letztlich wird also auch auf dieser Ebene das **Problem des fehlenden Erbscheins** virulent.

2. Besonderheiten der Testamentsvollstreckung

Der Umstand der Testamentsvollstreckung ändert an der oben dargestellten gesellschaftsrechtlichen Lage nichts.

Die Testamentsvollstreckung führt zum Verlust der Verfügungsbefugnis des Erben hinsichtlich der der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlassgegenstände, § 2211 Abs. 1 BGB. Insofern tritt der Testamentsvollstreckter an die Stelle des Erben, er hat den Nachlass zu verwalten, § 2205 S. 1 BGB. Obwohl der Testamentsvollstreckter nicht als Vertreter der Erben agiert, handelt er mit unmittelbarer Rechtswirkung für und gegen diese (BeckOGK-BGB/Grotheer,

Std.: 1.4.2022, § 2205 Rn. 60). Zwar ist auch § 181 BGB grundsätzlich auf den Testamentsvollstrecker anwendbar (vgl. BeckOGK-BGB/Grotheer, § 2205 Rn. 92 m. N.), jedoch würde die Anteilsabtretung zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, nämlich der Vermächtnisanordnung, vorgenommen werden.

Unabhängig davon können die Gesellschafter (hier die Söhne, die als Erben gemeinschaftlich den Geschäftsanteil des verstorbenen G halten) **ohne einen Erbschein** zum einen **nicht das Problem beheben**, dass unverzüglich eine **neue Gesellschafterliste** einzureichen ist und für ihre Eintragung die Vorlage des privatschriftlichen Testaments nicht ausreicht (dazu oben Ziff. 1 lit. a). Zum anderen kann **auch die Vermächtniserfüllung** im Wege der Geschäftsanteilsübertragung **nicht ohne förmlichen Erbnachweis** vorgenommen werden bzw. jedenfalls kann beim Notar nicht die erforderliche Überzeugung hinsichtlich der Wirksamkeit der Abtretung für die Listeneinreichung gem. § 40 Abs. 2 GmbHG bestehen (dazu oben Ziff. 1 lit. b).

3. Ergebnis

Auf die **erste Frage** ist zu antworten, dass eine Abtretung des Geschäftsanteils (durch die Testamentsvollstreckerin, hier zur Vermächtniserfüllung) nur beurkundet werden sollte, wenn der Notar von der Wirksamkeit der Abtretung überzeugt ist. Jedenfalls aber darf der Notar die neue Gesellschafterliste gem. § 40 Abs. 2 GmbHG nur einreichen, wenn er am Eintritt der Veränderungen keinen Zweifel hat. Dies kann bei der Vorlage eines privatschriftlichen Testaments ganz grundsätzlich nicht der Fall sein. Es ist insofern ein Erbschein oder eine notarielle letztwillige Verfügung samt Eröffnungsniederschrift erforderlich.

Auf die **zweite Frage** ist zu antworten, dass die Testamentsvollstreckerin noch keinen Gesellschafterbeschluss fassen kann, da die Erben des G – für die sie als Testamentsvollstreckerin handelt – noch nicht in die Gesellschafterliste eingetragen sind. Die denkbare Möglichkeit der „Selbstheilung“, indem seitens der Testamentsvollstreckerin ein Geschäftsführer bestellt wird, der sodann die neue Liste einreicht und damit die Gesellschafterstellung der Erben rückwirkend begründet (vgl. § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG) scheidet ohne Vorliegen eines förmlichen Erbnachweises (hier nur in Form des Erbscheins denkbar) ebenfalls aus.

Auf die **dritte Frage** ist zu antworten, dass in der Tat ein Erbschein beantragt werden muss. Sodann müsste (jedenfalls nach h. M.) zunächst eine korrigierte Gesellschafterliste gem. § 40 Abs. 1 GmbHG eingereicht werden, welche die Söhne als Erben des G als Gesellschafter (bzw. als Mitberechtigte des vererbten Geschäftsanteils)

ausweist. Sofern das Registergericht eine „Selbstheilung“ durch einen Beschluss der künftigen, zu diesem Zeitpunkt noch nicht in der Liste eingetragenen Gesellschafter nicht akzeptiert, müsste ein Notgeschäftsführer zwecks Listeneinreichung bestellt werden. Anschließend kann die Übertragung des Geschäftsanteils der Söhne im Wege der Vermächtniserfüllung an die Testamentsvollstreckerin erfolgen und eine neue Gesellschafterliste gem. § 40 Abs. 2 GmbHG eingereicht werden.

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 Abruf-Gutachten.

GBO § 29; BeurkG §§ 40 Abs. 3, 68; HessOrtsGG § 13 Abs. 1

Unterschriftsbeglaubigung vor hessischem Ortsgerichtsvorsteher; Bezeichnung der Person im Beglaubigungsvermerk
Abruf-Nr.:

AktG §§ 292 Abs. 1 Nr. 2, 295, 293, 294 Abs. 1 S. 1 HS. 2, 293a Abs. 3, 293b Abs. 2; HGB §§ 230 ff.

Stille Beteiligung als Teilgewinnabführungsvertrag; Mitarbeiterbeteiligungsprogramm; Zustimmungsbeschluss im Hinblick auf künftige Vertragsschlüsse und Vertragsänderungen; Berichtspflicht des Vorstands; Prüfungspflicht; Sammelbezeichnung bei der Anmeldung
Abruf-Nr.:

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Dr. Philipp Theuersbacher

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 5, 10; BGB §§ 1643 Abs. 1, 1850 ff. – Änderung von Teileigentum in Wohnungseigentum; familiengerichtliche Genehmigung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 1093, 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 – Wohnungsrecht; Abgrenzung zum Wohnnutzungsrecht; keine Bereicherung auf Kosten des Wohnungsberechtigten bei Nutzung durch den Eigentümer

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 5, 10; BGB §§ 1643 Abs. 1, 1850 ff. Änderung von Teileigentum in Wohnungseigentum; familiengerichtliche Genehmigung

I. Sachverhalt

Ein Miteigentümer eines nach WEG aufgeteilten Grundstücks möchte die Gebrauchsregelung betreffend seiner Sondereigentumseinheit von derzeit „Praxis“ in „Wohnung“ umwandeln lassen. Es wird kein Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum oder umgekehrt überführt. Die Gemeinschaftsordnung sieht keine Erleichterungen vor, es müssen mithin alle anderen Miteigentümer zustimmen. Ein Miteigentümer ist erst 15 Jahre alt. Dessen Eltern sind nicht selbst Miteigentümer und planen, den Minderjährigen bei Erteilung der Zustimmung zu vertreten.

II. Frage

Ist die Einholung einer familiengerichtlichen Genehmigung erforderlich?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeines zur Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum

Der umwandlungswillige Miteigentümer ist derzeit Inhaber von Sondereigentum an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen (Teileigentum, § 1 Abs. 3 WEG). Bzgl. dieses Sondereigentums soll die **Zweckbestimmung** dahingehend **geändert** werden, dass er künftig Inhaber von Sondereigentum an einer Wohnung (Wohnungseigentum, § 1 Abs. 2 WEG) ist.

Die Frage, welche Anforderungen an die Änderung von Teileigentum in Wohnungseigentum und umgekehrt zu stellen sind, wurde in der Vergangenheit kontrovers diskutiert. Die **Rechtsnatur der sog. Zweckbestimmung** im weiteren Sinne ist (bzw. war) **umstritten**. Eine Ansicht geht davon aus, dass die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum (oder umgekehrt) ein **sachenrechtlicher Vorgang** ist. Nach ande-

rer Ansicht handelt es sich bei der Zweckbestimmung um den Gegenstand einer **schuldrechtlichen Vereinbarung**. Die letztgenannte Ansicht ist die mittlerweile herrschende (s. Weber, Kölner Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. 2023, Kap. 4 Rn. 154; MünchKommBGB/Scheller, 9. Aufl. 2023, § 13 WEG Rn. 11), der sich – ohne vertiefte Auseinandersetzung mit dem Meinungsstreit – auch der BGH angeschlossen hat (vgl. BGH NJW-RR 2021, 1239 Rn. 19; NJW 2018, 41 Rn. 6). Diese (vorzugswürdige) Rechtsansicht wird insbesondere aufgrund ihrer stillschweigenden Billigung durch den BGH nachstehend zugrunde gelegt.

An der Umwidmung sind **grundsätzlich alle Sondereigentümer zu beteiligen**. Von diesem Grundsatz kann allerdings (nach der h. M. zur Rechtsnatur der Zweckbestimmung) abgewichen werden. In Betracht kommen die Vereinbarung eines Änderungsvorbehalts sowie einer Öffnungsklausel (vgl. hierzu Weber, Kap. 4 Rn. 158-164). Vorliegend haben indes alle Miteigentümer an der Änderung mitzuwirken, da keine entsprechende Erleichterung in der Gemeinschaftsordnung vorgesehen ist, die ein Außenvorlassen anderer Miteigentümer wie den Minderjährigen ermöglicht.

Die Wohnungseigentümer planen mithin die Änderung einer Vereinbarung betreffend den Gebrauch des Sondereigentums. **Durch Eintragung von Vereinbarungen der Sondereigentümer im Grundbuch** als Inhalt des Sondereigentums wird bewirkt, dass diese für und gegen Sonderrechtsnachfolger eines Sondereigentümers wirken, §§ 5 Abs. 4 S. 1, 10 Abs. 3 S. 1 WEG (sog. **quasi-dingliche Wirkung** der im Grundbuch eingetragenen Vereinbarungen, sog. Gemeinschaftsordnung). Diese in aller Regel erfolgende „Verdinglichung“ der Zweckbestimmung hat möglicherweise Auswirkungen auf die Frage der familiengerichtlichen Genehmigungsbedürftigkeit bei Änderungen der Zweckbestimmung (dazu sogleich Ziff. 2).

2. Erfordernis der familiengerichtlichen Genehmigung

a) Familiengerichtliche Genehmigung bei Verfügungen über ein Grundstück

Nach § 1643 Abs. 1 BGB bedürfen die Eltern grundsätzlich der Genehmigung des Familiengerichts in den Fällen, in denen ein Betreuer nach den §§ 1850-1854 BGB der Genehmigung des Betreuungsgerichts bedarf. Nach § 1850 Nr. 1 BGB bedarf der Betreuer grundsätzlich der Genehmigung des Betreuungsgerichts zur Verfügung über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstück.

Fraglich ist nun, ob die **Mitwirkung** des Minderjährigen, der durch seine Eltern bei der **Änderung**

der Zweckbestimmung betreffend eine andere Sondereigentumseinheit vertreten wird, eine **Verfügung** über ein Grundstück i. S. v. § 1850 Nr. 1 BGB darstellt. Dass der Begriff „Verfügung über ein Grundstück“ auch Verfügungen über Wohnungs- und Teileigentum (als grundstücksgleiche Rechte) erfasst, ist unbestritten (BeckOK-BGB/Kadelbach, Std.: 1.5.2023, § 1850 Rn. 5; Grüneberg/Götz, BGB, 82. Aufl. 2023, § 1850 Rn. 2; MünchKommBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1821 Rn. 20).

Unter „Verfügung“ wird jedes Rechtsgeschäft verstanden, das unmittelbar auf ein Recht einwirkt, indem es ein Recht überträgt, belastet, aufhebt oder inhaltlich ändert (BeckOK-BGB/Kadelbach, § 1849 Rn. 2 m. w. N.; zum Begriff der Verfügung vgl. auch BGH NJW 1951, 645, 647; BeckOGK-BGB/Regenfus, Std.: 1.4.2023, § 185 Rn. 5 m. w. N.).

Nicht erfasst von § 1850 Nr. 1 BGB werden hingegen **Verfügungen über obligatorische Rechte**, auch wenn sie sich auf ein Grundstück beziehen (MünchKommBGB/Kroll-Ludwigs, § 1821 Rn. 22). *Veit* formuliert zur Vorgängervorschrift von § 1850 Nr. 1 BGB wie folgt (Staudinger, BGB, Neubearb. 2020, § 1821 Rn. 13):

„Wenn § 1821 Abs 1 Nr 1 BGB die familiengerichtliche Genehmigung zu Verfügungen über Grundstücke und Rechte an Grundstücken verlangt, so sind damit nur Verfügungen gemeint, deren Gegenstand das Eigentum oder das sonstige Recht am Grundstück ist (BGHZ 1, 294, 304 = NJW 1951, 645, 647 f = BB 1951, 404 = Rpfleger 1951, 453; Staudinger/Dilcher Einl 44 zu §§ 104 ff; BGB-RGRK/Dickescheid Rn 1).“

b) Genehmigungsbedürftigkeit einer im Grundbuch einzutragenden Vereinbarung betreffend den Gebrauch des Sondereigentums (Zweckbestimmung)

Mit der Frage, ob die Änderung einer im Grundbuch einzutragenden Vereinbarung betreffend die Zweckbestimmung eine Verfügung im Sinne von § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB a. F. (heute § 1850 Nr. 1 BGB) darstellt, hat sich das DNotI im **DNotI-Report-Gutachten 2011, 144** (dort S. 145) auseinandergesetzt und das **Erfordernis einer Genehmigung** mit im Wesentlichen folgenden Argumenten **bejaht**: Die Zweckbestimmung sei zwar eine vom sachenrechtlichen Grundverhältnis zu trennende **schuldrechtliche Vereinbarung**, diese werde jedoch durch Eintragung im Grundbuch regelmäßig **verdinglicht**. Durch diese „Verdinglichung“ würde die **Zweckbestimmung zum Inhalt des Sondereigentums**, sodass in der Konsequenz eine **genehmigungsbedürftige Inhaltsänderung** vorliege.

Auch die Literatur geht von einer grundsätzlichen Genehmigungsbefähigung aus (Weber, Kap. 6 Rn. 25-29; BeckOK-GBO/Kral, Std.: 28.4.2023, Sonderbereich WEG Rn. 195). Die Literatur nimmt dabei Bezug auf eine Entscheidung des **OLG Hamm aus dem Jahr 2015** (MittBayNot 2016, 239), die ihrerseits auf das oben genannte DNotI-Report-Gutachten rekurriert.

Wörtlich heißt es (OLG Hamm MittBayNot 2016, 239):

„Mit dem Grundbuchamt ist der Senat der Auffassung, dass es sich bei einer Veränderung der Gemeinschaftsordnung um eine Verfügung über das Eigentum am Grundstück im Sinne des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB handelt, soweit der Regelungsgegenstand nur einer Vereinbarung im Sinne des § 10 Abs. 2 und 3 WEG und nicht auch einem Mehrheitsbeschluss der Miteigentümer zugänglich ist (wie hier Gutachten DNotI 2011, 144 f. [...]).“

c) Kritik an dieser Ansicht

Unterzieht man die Argumentation des OLG Hamm – und zwangsläufig auch die Argumentation des DNotI aus 2011 – einer genaueren dogmatischen Untersuchung, so erscheinen Zweifel an der Richtigkeit des Ergebnisses angebracht.

(1) Unveränderte Rechtsnatur der schuldrechtlichen Vereinbarung

Die Zweckbestimmungsvereinbarung ist nach h. M. schuldrechtlicher Natur. An dieser Rechtsnatur vermag auch die grundbuchliche Verlautbarung gem. §§ 5 Abs. 4 S. 1, 10 Abs. 3 S. 1 WEG nichts zu ändern (vgl. BeckOGK-WEG/Falkner, Std.: 1.5.2023, § 10 Rn. 295). Die Eintragung der Zweckänderung gem. §§ 5 Abs. 4 S. 1, 10 Abs. 3 S. 1 WEG bewirkt lediglich, dass die *inter-partes*-Wirkung von schuldrechtlichen Abreden durchbrochen wird und die schuldrechtliche Vereinbarung auch für und gegen Sonderrechtsnachfolger der Wohnungseigentümer wirkt. Diese ausnahmsweise erfolgende **Durchbrechung der *inter-partes*-Wirkung** von schuldrechtlichen Abreden ist indes **keine Verfügung** über das Grundstücks- bzw. Wohnungseigentum i. S. v. §§ 1643 Abs. 1, 1850 Nr. 1 BGB (s. hierzu auch sogleich unter [2]). Die WEG-rechtlichen Bestimmungen der §§ 5 Abs. 4 S. 1, 10 Abs. 3 S. 1 WEG regeln nur, wie diese Durchbrechung des schuldrechtlichen Grundsatzes herbeigeführt wird, sie verwandeln hingegen schuldrechtliche Rechtspositionen nicht in sachenrechtliche. Die durch die Grundbucheintragung bewirkte Rechtsfolge, nämlich die Wirkung für und gegen Sonderrechtsnachfolger, bezieht sich nur auf die schuldrechtliche Vereinbarung selbst und nicht auf das Grundstücks- bzw. Wohnungseigentum als solches, also nicht auf das sog. sachenrechtliche Grundverhältnis

(zum sachenrechtlichen Grundverhältnis in Abgrenzung zu Vereinbarungen i. S. v. § 10 Abs. 1 S. 2 WEG vgl. BGH DNotZ 2003, 536, 538). Bezieht sich die Rechtsfolge auf eine schuldrechtliche Abrede betreffend den *Gebrauch des Eigentums*, so liegt keine Verfügung über das Eigentum selbst vor. Mit anderen Worten: Die Frage, ob eine Verfügung i. S. v. §§ 1643 Abs. 1, 1850 Nr. 1 BGB vorliegt, lässt sich nicht ohne Beachtung der mittels Grundbuchverlautbarung bewirkten Rechtsfolge beantworten.

Es sollte zudem nicht übersehen werden, dass die grundbuchliche Verlautbarung von Vereinbarungen gem. §§ 5 Abs. 4 S. 1, 10 Abs. 3 S. 1 WEG ausschließlich dem **Schutz künftiger Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft** dient, also von Personen, die derzeit als außenstehende Dritte anzusehen sind. Für die Rechtsverbindlichkeit (Bindungswirkung) der Vereinbarung im Verhältnis der derzeitigen Sondereigentümer untereinander ist die grundbuchliche Eintragung hingegen ohne Belang.

(2) Keine Verfügung i. S. v. §§ 876, 877 BGB

Ferner ist zu beachten, dass die Bestimmung des § 1850 Nr. 1 BGB (vormals § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB a. F.) aus einer Zeit herrührt, als es das Wohnungseigentumsgesetz noch gar nicht gab. § 5 Abs. 4 S. 1 WEG (vormals § 5 Abs. 4 WEG a. F.) eröffnet zwar die Möglichkeit, dass Vereinbarungen über das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander *zum Inhalt des Sondereigentums* gemacht werden können. Dies spricht auf den ersten Blick dafür, dass eine Inhaltsänderung i. S. v. § 877 BGB und somit konsequenterweise eine Verfügung i. S. v. § 1850 Nr. 1 BGB vorliegt.

M. Müller weist aber mit Blick auf das WEG darauf hin, dass der historische BGB-Gesetzgeber den Inhalt des Eigentums für nicht abänderbar hielt. Vielmehr war nach der Vorstellung des historischen Gesetzgebers der *Inhalt* des Eigentums einer privatautonomen Gestaltung nicht zugänglich. Erst mit dem „Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht“ vom 15.3.1951 (BGBl. I, S. 175) hat der Gesetzgeber diese Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Ausgestaltbarkeit des Inhalts von Grundstückseigentum geschaffen (vgl. BeckOGK-WEG/M. Müller, Std.: 1.3.2023, § 1 Rn. 62 m. w. N.).

Die mit dem WEG eröffnete Möglichkeit, den Inhalt des Grundstückseigentums *rechtsgeschäftlich* ausgestalten zu können (vgl. hierzu auch BeckOGK-WEG/Monreal, Std.: 1.12.2021, § 5 Rn. 2-14), hatte der historische BGB-Gesetzgeber also noch gar nicht vor Augen. Dies bringt das BayObLG zum Ausdruck, wenn es ausführt

(BayObLG NJW 1958, 2116, 2117 – Hervorhebung durch die DNotI-Redaktion; vgl. auch BayObLGZ 1959, 520, 525):

„§ 877 BGB behandelt die Änderung des Inhalts eines Rechtes an einem Grundstück und versteht darunter im Anschluß an die römisch-rechtliche Terminologie die Grundstücksbelastungen (*iura in re aliena*), nicht aber das **Eigentum**, das natürlich auch ein Recht an einem Grundstück, sogar das wichtigste, darstellt, jedoch **als Vollrecht vertraglichen Änderungen des Inhalts nicht unterworfen** ist. Das WEG hat aber wenigstens den Inhalt des Miteigentums einer typisierten vertraglichen Änderung zugänglich gemacht, indem es in § 3 dessen Verwandlung in qualifiziertes Wohnungseigentum zuläßt; die Vorschriften der §§ 877, 876 BGB werden seitdem **auf die Einräumung, Aufhebung und Inhaltsänderung von Wohnungseigentum entspr. angewendet**, [...].“

Ebenso wie das BayObLG geht auch der BGH davon aus, dass auf die **Inhaltsänderung von Wohnungseigentum die Vorschriften der §§ 876, 877 BGB nicht unmittelbar**, sondern **nur analog anwendbar** sind, denn „Recht an einem Grundstück“ im Sinne der vorgenannten Normen sei nur ein beschränktes dingliches Recht, nicht dagegen das Eigentum selbst (vgl. BGB DNotZ 2012, 531 Rn. 7, 11; NJW 1984, 2409, 2410).

Vor dem Hintergrund, dass bei einer Eigentumsinhaltsänderung keine Verfügung im Sinne des BGB vorliegt, sondern die entsprechenden Vorschriften nur analog anwendbar sind, käme somit auch hier allenfalls eine analoge Anwendung des § 1850 Nr. 1 BGB in Betracht. Dass der Verfügungsbegriff in § 1850 Nr. 1 BGB gegenüber demjenigen der Vorgängervorschrift (§ 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB a. F.) erweitert worden wäre, ist insoweit nicht ersichtlich (vgl. hierzu Begründung des Regierungsentwurfs zum Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts, BT-Drucks. 19/24445, S. 286).

Angesichts dessen, dass die Zweckbestimmung als „Wohnungseigentum“ oder „Teileigentum“ nach heute herrschender und zutreffender Ansicht eine schuldrechtliche Gebrauchsregelung (vgl. oben Ziff. 1) darstellt, ist eine analoge Anwendung indes nicht angezeigt. Eine analoge Anwendung des § 1850 Nr. 1 BGB wäre lediglich für Inhaltsänderungen mit sachenrechtlichem Charakter (z. B. Umwandlung von Gemeinschafts- in Sondereigentum oder sog. Kellertausch) in Betracht zu ziehen (vgl. auch KG BWNotZ 2015, 153, betreffend eine WEG-Aufteilung gem. § 8 WEG: Das Gericht hat dort die Genehmigungsbedürftigkeit gem. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB a. F. mangels Betroffenheit der Ver-

mögensinteressen des Minderjährigen bei einer Aufteilung gem. § 8 WEG verneint).

(3) Zwischenergebnis

U. E. ist dem OLG Hamm mithin nicht zu folgen; es handelt sich bei der **Änderung der Zweckbestimmung nicht** um eine **Verfügung i. S. v. § 1850 Nr. 1 BGB**. Die Änderung einer Zweckbestimmung bedarf demnach **auch dann nicht** der familiengerichtlichen Genehmigung nach §§ 1643 Abs. 1, 1850 Nr. 1 BGB, **wenn die Zweckbestimmung im Grundbuch eingetragen** ist (anders noch DNotI-Report 2011, 144, 145). Dies gilt unabhängig davon, ob die Änderung der Zweckbestimmung die Sondereigentumseinheit des Minderjährigen oder eines anderen betrifft.

Für die notarielle Praxis ist die Entscheidung des OLG Hamm gleichwohl zu beachten, so dass dem Gebot des sichersten Weges folgend sicherheitshalber von einem Genehmigungsbedürfnis auszugehen ist.

d) (Keine) Teleologische Reduktion mangels unmittelbarer Betroffenheit des Vermögens des Minderjährigen

Geht man mit dem OLG Hamm von der Genehmigungsbedürftigkeit der Änderung der Zweckbestimmung aus, so käme noch in Betracht, im vorliegenden Fall aufgrund teleologischer Reduktion die Genehmigungsbedürftigkeit zu verneinen. Eine Besonderheit des Falles liegt darin, dass **nicht** die Zweckbestimmung für **das dem Minderjährigen gehörende Sondereigentum** in Rede steht, **sondern** die Umwandlung des **Sondereigentums eines anderen Miteigentümers**.

Weber geht von der Möglichkeit einer teleologischen Reduktion aus und führt an (Kap. 6 Rn. 28 – Hervorhebungen durch DNotI):

„Denkbar ist es lediglich, Änderungen der Gemeinschaftsordnung von dem Genehmigungserfordernis auszunehmen, die **eindeutig das Wohnungseigentum des gesetzlich Vertretenen nicht berühren**, und zwar mit Rücksicht auf den auch sonst zur (einschränkenden) Auslegung des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB (entsprechend § 1850 Nr. 1 BGB n. F.) herangezogenen Zweck, **nur das dem Vertretenen gehörende Grundvermögen zu schützen**.“

Dass das Genehmigungserfordernis grundsätzlich einer teleologischen Reduktion offensteht, wird auch von der Rechtsprechung anerkannt. So heißt es im vorstehend bereits zitierten Beschluss des OLG Hamm (MittBayNot 2016, 239 f. – Hervorhebung durch die DNotI-Redaktion):

„Auch eine teleologische Reduktion des Genehmigungserfordernisses ist nicht angebracht. Grundsätzlich ist der Kreis der nach §§ 1821, 1822 BGB genehmigungspflichtigen Geschäfte **formal** und nicht nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles zu bestimmen [...]. Dem steht jedoch eine Berücksichtigung des Schutzzwecks der Vorschrift nicht generell entgegen [...]. Grundsätzlich möglich ist daher auch eine **teleologische Reduktion** in Fällen, in denen schon **nach generellen Merkmalen** – und nicht erst aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles – **das Schutzbedürfnis schlechthin nicht gegeben ist.**“

In der Entscheidung gelangte das OLG Hamm allerdings nicht zur Genehmigungsfreiheit aufgrund teleologischer Reduktion. Es hielt fest, dass eine Änderung der Gemeinschaftsordnung wirtschaftlich ebenso belastend wirken könne wie die dingliche Belastung eines im Alleineigentum stehenden Grundstücks (MittBayNot 2016, 239, 240).

Da für die Gerichte nicht ohne konkrete Betrachtung des Einzelfalles feststellbar ist, wann eine Änderung der Gemeinschaftsordnung sich wirtschaftlich auf das Sondereigentum des Minderjährigen und somit auf dessen Vermögen auszuwirken vermag, erscheint es ohnehin schwierig, für die Praxis handhabbare Kriterien festzulegen, in welchen Fällen auf die Einholung einer Genehmigung verzichtet werden kann. Die Änderung der Zweckbestimmung betreffend fremde Sondereigentumseinheiten kann sich im Einzelfall auch negativ auf den Wert der Einheit des Minderjährigen auswirken, etwa dann, wenn alle anderen Einheiten von Wohnungseigentum in Teileigentum umgewandelt werden und sich das Gepräge der Gemeinschaft hierdurch spürbar ändert. Eine aufgrund teleologischer Reduktion genehmigungsfreie **Fallgruppe „Änderung der Zweckbestimmung fremder Einheiten“ kann daher wohl nicht** gebildet werden.

3. Ergebnis

Im Ergebnis ist für die Praxis aufgrund der Rechtsprechung des OLG Hamm davon auszugehen, dass die Änderung der Zweckbestimmung einer familiengerichtlichen Genehmigung gem. §§ 1643 Abs. 1, 1850 Nr. 1 BGB bedarf. Es wäre indes wünschenswert, dass sich die Rechtsprechung künftig mit der Frage auseinandersetzt, ob und wieso die mittels §§ 5 Abs. 4 S. 1, 10 Abs. 3 S. 1 WEG angeordnete Durchbrechung des *inter-partes*-Grundsatzes die Änderung einer schuldrechtlichen Vereinbarung über den Gebrauch des (Sonder-)Eigentums zu einer sachenrechtlichen Verfügung im Sinne des BGB macht, zumal es sich nicht um eine Inhaltsänderung i. S. v. §§ 876, 877 BGB handelt, sondern diese Vorschriften auf Eigentumsinhaltsänderungen lediglich analog anwendbar sind.

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 Abruf-Gutachten.

BGB §§ 2147, 1940, 705

Gesellschaftsgründungsklausel; Vermächtnisvollstreckung

Abruf-Nr.:

GmbHG § 40 Abs. 2; BNotO § 14 Abs. 1

Recht und Pflicht zur Korrektur einer fehlerhaften Gesellschafterliste durch den Notar; Korrekturliste

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 1093, 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2

Wohnungsrecht; Abgrenzung zum Wohnnutzungsrecht; keine Bereicherung auf Kosten des Wohnungsberechtigten bei Nutzung durch den Eigentümer

1. Ist ein auf Lebzeiten eingeräumtes Recht, ein Gebäude oder ein Teil eines Gebäudes als Wohnung zu benutzen, im Grundbuch und in der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung als „Wohnungsrecht“ bezeichnet, handelt es sich im Zweifel nicht um ein Wohnnutzungsrecht, sondern um ein Wohnungsrecht im Sinne des § 1093 BGB.

2. Der Eigentümer, der die von dem Wohnungsrecht erfassten Räume anstelle des dort nicht wohnenden Berechtigten als Wohnung benutzt, wird durch den damit verbundenen Gebrauchsvorteil nicht auf Kosten des Wohnungsberechtigten bereichert. Der Wohnungsberechtigte kann von dem Eigentümer auch nicht über eine analoge Anwendung von § 1065 BGB Nutzungsersatz nach den §§ 987 ff. BGB verlangen (Fortführung von Senat, Urteil vom 13. Juli 2012 – V ZR 206/11, NJW 2012, 3572).

BGH, Urt. v. 23.3.2023 – V ZR 113/22

Problem

Mit notariellem Vertrag vom 11.5.1976 übertrug die 2003 verstorbene Mutter der Streitparteien ein mit einem Wohnungsrohbau bebautes Grundstück auf

ihren Sohn, den Beklagten. In dem Übertragungsvertrag wurde der Mutter und deren Tochter bzw. Schwester des Erwerbers (der Klägerin) als Gesamtberechtigten ein „Wohnungsrecht“ eingeräumt, das sich ausweislich der Eintragungsbewilligung „auf die ausschließliche Nutzung der Wohnung des Untergeschosses“ bezog.

Der Beklagte zog mit seiner Familie in die Hauptwohnung des übertragenen Anwesens ein. Weder die Mutter noch deren Tochter nutzten in der Folgezeit die Wohnung im Untergeschoss. 2011 bezog der Beklagte die Untergeschosswohnung selbst. Mit Schreiben vom 25.9.2018 widersprach die Klägerin der Nutzung der Wohnung durch den Beklagten und forderte ihn zur Räumung auf. Alternativ bot sie ihm an, die Wohnung gegen Zahlung einer monatlichen Nutzungsentschädigung zu nutzen. Nachdem der Beklagte rechtskräftig zur Räumung und Herausgabe der Untergeschosswohnung verurteilt worden war, zog er im Mai 2020 aus der Wohnung aus.

Die Klägerin begehrt von dem Beklagten nunmehr insbesondere Nutzungersatz für die Zeit von Januar 2017 bis April 2020 nebst Zinsen.

Entscheidung

Nach Ansicht des BGH hat die Klägerin keinen (gesetzlichen) Anspruch gegen den Beklagten auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung.

Ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB bestehe nicht. Der Beklagte habe durch die Eigennutzung den unmittelbaren Besitz an der Untergeschosswohnung allerdings ohne Rechtsgrund erlangt. Denn er sei aufgrund des Wohnungsrechts der Schwester i. S. d. § 1093 BGB von der Nutzung der Räumlichkeiten ausgeschlossen gewesen.

In diesem Zusammenhang erörtert der BGH zunächst, dass im vorliegenden Fall ein Wohnungsrecht gem. § 1093 BGB und kein Wohnnutzungsrecht nach § 1090 BGB bestellt worden sei. Wesensmerkmal des Wohnungsrechts gem. § 1093 BGB sei der Ausschluss des Eigentümers von der Benutzung des Gebäudes bzw. Gebäudeteils. Sofern sich der Eigentümer die Mitbenutzung vorbehalte, könne dagegen nur ein Wohnnutzungsrecht in Form einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nach § 1090 BGB bestellt werden. Das Fehlen der Worte „unter Ausschluss des Eigentümers“ in der Eintragungsbewilligung und dem Grundbucheintrag stehe der Annahme eines Wohnungsrechts gemäß § 1093 BGB nicht entgegen. Denn sofern ein auf Lebzeiten eingeräumtes Recht, ein Gebäude oder einen Teil eines Gebäudes als Wohnung zu benutzen, im Grundbuch und in der nach § 874 BGB in Bezug genommenen Eintragungsbewilli-

gung als Wohnungsrecht bezeichnet sei, handele es sich im Zweifel nicht um ein Wohnnutzungsrecht, sondern um ein Wohnungsrecht i. S. d. § 1093 BGB. Es sei die Regel, ein Wohnungsrecht unter Ausschluss des Eigentümers auszugestalten. Ein Wohnnutzungsrecht gemäß § 1090 BGB sei nur dann anzunehmen, wenn sich aus der Grundbucheintragung oder der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung Anhaltspunkte dafür ergäben, dass der Eigentümer zur Mitbenutzung berechtigt sein solle; dies sei hier nicht der Fall.

Jedoch habe der Beklagte die Gebrauchsvorteile, die aus dem rechtsgrundlosen Besitz der Untergeschosswohnung folgten, nicht auf Kosten der Klägerin erlangt. Der Bereicherungsschuldner erlange nur dann i. S. d. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB etwas auf Kosten des Bereicherungsgläubigers, wenn er in eine Rechtsposition eingreife, die nach der Rechtsordnung dem Gläubiger zu dessen ausschließlicher Verfügung und Verwertung zugewiesen sei. Insoweit sei nicht entscheidend, ob der Bereicherungsschuldner bei redlichem Vorgehen etwas für die erlangte Position hätte zahlen müssen. Vielmehr komme es darauf an, ob der Bereicherungsgläubiger nur die Unterlassung der unerlaubten Nutzung des Rechtsguts verlangen könne oder ob er darüber hinaus selbst berechtigt wäre, die konkreten Nutzungen zu ziehen.

Das Wohnungsrecht gem. § 1093 BGB berechtere nur zu einer persönlichen Nutzung der umfassten Räume durch den Wohnungsberechtigten. Es umfasse nicht das Recht zu einer alleinigen Überlassung der Räume an Dritte. Im Hinblick auf diese nur eingeschränkte Berechtigung habe der BGH bereits entschieden, dass der Wohnungsberechtigte gegen den eigenmächtig vermietenden Eigentümer keinen Anspruch auf Auskehrung der Mieteinnahmen gem. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB habe, denn der vermietende Eigentümer erlange Mieteinnahmen nicht auf Kosten des Wohnungsberechtigten; diese Nutzungen seien dem Wohnungsberechtigten mangels Vermietungsrecht nicht zugewiesen. Diese Grundsätze gälten auch, wenn der Eigentümer die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume selbst bewohne. Der Vorteil, den der Eigentümer aus der Wohnnutzung ziehe, sei nicht dem Wohnungsberechtigten zugewiesen; ihm stehe nur der Vorteil des eigenen Gebrauchs zu.

Weiterhin bestehe kein Anspruch auf Nutzungersatz gem. §§ 1093 Abs. 1 S. 2, 1065, 990 Abs. 1, 987 Abs. 1, 989 BGB. Zwar komme grundsätzlich eine entsprechende Anwendung von § 1065 BGB auf das Wohnungsrecht in Betracht. So könne etwa der Wohnungsberechtigte von einem Dritten gem. § 985 BGB die Herausgabe der von dem Wohnungsrecht umfassten Räume verlangen. Die Vorschriften der §§ 987 ff. BGB über den Ersatz

von Nutzungen seien jedoch nicht über § 1065 BGB analog im Verhältnis zwischen Wohnungsberechtigtem und Eigentümer anwendbar. Es mangle insoweit an der erforderlichen Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Denn im Gegensatz zum direkten Anwendungsbereich der §§ 987 ff. BGB, wo die vom nichtberechtigten Besitzer gezogenen Nutzungen eigentlich dem Eigentümer zustünden, seien die vom Eigentümer unberechtigt gezogenen Nutzungen der Räume dem Wohnungsberechtigten von vornherein nicht zugewiesen. Die Begrenzung des Zuweisungsgehalts des Wohnungsrechts auf die Eigennutzung durch den Wohnungsberechtigten stehe der Anwendbarkeit der §§ 987 ff. BGB im Verhältnis zum Eigentümer entgegen.

Der Wohnungsberechtigte sei durch die Verneinung der beiden Ansprüche nicht schutzlos gestellt. Denn er könne Schadensersatz verlangen, wenn der Eigentümer seine Pflicht zur Herausgabe der von dem Wohnungsrecht erfassten Räume verletze. Der Klägerin sei durch die Wohnnutzung des Beklagten jedenfalls kein Schaden entstanden, weil sie zu keinem Zeitpunkt einen Willen gehabt hätte, die Wohnung selbst zu nutzen.

Praxishinweis

Die Entscheidung verdeutlicht, wie wichtig es ist, bei der Bestellung eintragungsbedürftiger Rechte präzise zu formulieren. Denn zur Ermittlung des Inhalts solcher Rechte kommt es vor allem auf den Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung und der nach § 874 BGB in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung an, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Wenn statt eines Wohnungsrechts gem. § 1093 BGB ein Wohnnutzungsrecht gem. § 1090 BGB bestellt werden soll, muss besonders darauf geachtet werden, dass das Mitbenutzungsrecht des Eigentümers deutlich zum Ausdruck kommt.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Alexander König

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ErbbauRG § 1; GBO § 7; BGB § 873 – Eintragung eines Erbbaurechts an einer Teilfläche eines Grundstücks ohne Abschreibung des belasteten Grundstücksteils

Gutachten im Abrufdienst

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ErbbauRG § 1; GBO § 7; BGB § 873 Eintragung eines Erbbaurechts an einer Teilfläche eines Grundstücks ohne Abschreibung des belasteten Grundstücksteils

I. Sachverhalt

Im Grundbuch ist an einem aus drei Flurstücken (Flst. Nrn. 204, 204/1 und 204/2) bestehenden Grundstück im Rechtssinne ein Erbbaurecht wie folgt in Abt. II eingetragen worden:

„An Flst. 204/1:
Erbbaurecht bis zum 31.12.2036 für Schützenverein H. e.V., A.; mit Bezug auf die Nr. 1 des Bestandsverzeichnisses des Erbbaugrundbuchs von H. Blatt ...“

Der Eintragung lag ein Erbbaurechtsvertrag aus dem Jahr 2006 zugrunde, mit dem das Erbbaurecht an einer noch nicht vermessenen Teilfläche des damaligen Grundstücks Flst. Nr. 204 bestellt werden sollte. In der Urkunde heißt es unter Ziff. II, das Erbbaurecht solle „an dem in Ziffer I.2. bezeichneten Erbbaugrundstück“

bestellt werden. An besagter Stelle heißt es weiter, aus dem Flst. Nr. 204 solle eine Teilfläche herausgemessen werden.

Später wurde das Grundstück Flst. Nr. 204 vermessen und katastermäßig in die Flst. Nrn. 204, 204/1 und 204/2 zerlegt. In einem Nachtrag zum Erbbaurechtsvertrag aus dem Jahr 2007 wurde die Vermessung anerkannt, das Flst. Nr. 204/1 als das mit dem Erbbaurecht zu belastende Grundstück benannt und vorsorglich die Einigung über die Bestellung des Erbbaurechts am Flst. Nr. 204/1 wiederholt. Eine Realteilung des aus den drei Flurstücken Nrn. 204, 204/1 und 204/2 zusammengesetzten Grundstücks wurde in keiner der Urkunden ausdrücklich beantragt; das Grundstück ist nach wie vor als zusammengesetztes Grundstück im Rechtssinne gebucht.

Das Grundbuchamt ist nun der Auffassung, dass diese Eintragung so nicht zulässig und daher das Erbbaurecht von Amts wegen zu löschen sei. Sodann solle die Eintragung des Erbbaurechts erneut beantragt werden. Die Teilung des Grundstücks möchte das Grundbuchamt in diesem Zuge als „notwendige Teilung“ (vgl. § 7 Abs. 1 GBO) vornehmen.

II. Fragen

1. Ist das Erbbaurecht wirksam entstanden?

2. Kann die Teilung des aus den Flst. Nrn. 204, 204/1 und 204/2 zusammengesetzten Grundstücks nachgeholt werden?

3. Ist das Erbbaurecht von Amts wegen zu löschen?

III. Zur Rechtslage

1. Wirksames Entstehen des Erbbaurechts

Zunächst ist zu prüfen, ob im vorliegenden Fall ein Erbbaurecht wirksam entstanden ist. Da es sich bei der Bestellung eines Erbbaurechts um die Belastung eines Grundstücks mit einem dinglichen Recht handelt, entsteht es gem. **§ 873 Abs. 1 BGB** durch **Einigung und Eintragung** (Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 5 Rn. 41). Für die rechtliche Entstehung des Erbbaurechts ist die **Eintragung im Grundstücksgrundbuch** maßgebend, nicht aber im Erbbaurechtsgrundbuch (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1725).

a) Auslegung der dinglichen Einigung

Vorliegend stellt sich die Frage, wie die Einigung i. S. v. § 873 BGB betreffend die Bestellung des Erbbaurechts auszulegen ist, und zwar konkret im Hinblick auf die Frage, an welchem **Belastungsgegenstand** das Erbbaurecht bestellt werden sollte. Maßgebend für die Auslegung der Einigung ist – im Gegensatz zur Auslegung des Inhalts des Erbbaurechts, § 874 BGB i. V. m. § 11 Abs. 1 ErbbauRG – der **subjektive Wille der Beteiligten** und nicht allein der Wortlaut und der Sinn der Grundbucheklärung (MünchKommBGB/Lettmaier, 9. Aufl. 2023, § 873 Rn. 65).

Zu der Frage nach dem von den Beteiligten gewollten Belastungsgegenstand verlaubar der Erbbaurechtsvertrag aus dem Jahr 2006, das Erbbaurecht solle „*an dem in Ziffer 1.2. bezeichneten Erbbaugrundstück*“ bestellt werden. An besagter Stelle ist allerdings davon die Rede, aus dem Flst. Nr. 204 solle eine **Teilfläche** herausgemessen werden. Dies könnte zum einen dahingehend zu verstehen sein, dass nach dem Willen der Beteiligten lediglich diese **Teilfläche belastet** werden soll. Möglicherweise wollten die Beteiligten aber auch ein Erbbaurecht am gesamten Grundstück Flst. Nr. 204 bestellen und den **Ausübungsbereich** des Erbbaurechts auf die bezeichnete Teilfläche beschränken.

Aus unserer Sicht liegt es nahe, dass die Beteiligten lediglich die Teilfläche mit dem Erbbaurecht belasten wollten. Dafür spricht insbesondere, dass diese Teilfläche nicht etwa nur in einem Lageplan gekennzeichnet war; sie sollte vielmehr **aus dem bestehenden Flst. Nr. 204 herausgemessen** werden. Wäre eine Belastung des Gesamtgrundstücks mit einem ausübungsbereichs-

beschränkten Erbbaurecht gewünscht gewesen, so hätte eine Einzeichnung in einen Lageplan genügt; eine katastermäßige Vermessung wäre hierfür nicht zwingend notwendig gewesen (vgl. Wilsch, NotarFormulare Erbbaurecht, 2. Aufl. 2021, § 4 Rn. 7ff.). Hinzukommt, dass die Teilfläche in der Urkunde **als „Erbbaugrundstück“ bezeichnet** wird. Damit wird u. E. zum Ausdruck gebracht, dass die Teilfläche den Belastungsgegenstand und nicht nur den Ausübungsbereich des Erbbaurechts bilden sollte. Hiervon wird im Folgenden ausgegangen.

b) Materiell-rechtliche Zulässigkeit der Bestellung eines Erbbaurechts an einer realen Grundstücksteilfläche

Mit Blick auf den dargestellten Inhalt der dinglichen Einigung stellt sich die Folgefrage, ob ein Erbbaurecht an einer sog. realen Teilfläche eines Grundstücks bestellt werden kann oder ob das Grundstück zunächst zu teilen, also die zu belastende Teilfläche grundbuchmäßig abzuschreiben ist.

aa) Realteilung bislang nicht erfolgt

Eine solche Realteilung ist vorliegend nicht erfolgt. Die Vermessung und **katastermäßige Zerlegung** des Flst. Nr. 204 in die Flst. Nrn. 204, 204/1 und 204/2 hat insoweit **keine Auswirkungen** (Grüneberg/Herrler, BGB, 82. Aufl. 2023, § 890 Rn. 8). Die katastermäßige Zerlegung führt nur dazu, dass ein sog. **zusammengesetztes Grundstück** entsteht, also ein einziges Grundstück im Rechtssinne, das aus mehreren Flurstücken besteht (vgl. Schöner/Stöber, Rn. 563).

Ob der Grundstückseigentümer im Rahmen der Bestellung des Erbbaurechts oder der Anerkennung der amtlichen Vermessung ggf. konkludent erklärt hat, das zusammengesetzte Grundstück in drei oder auch nur zwei rechtlich eigenständige Grundstücke teilen zu wollen, kann hier vorerst offen bleiben. Denn eine solche Realteilung setzt die Abschreibung der Teilfläche im Grundbuch voraus (Grüneberg/Herrler, § 890 Rn. 6 a. E.; BeckOGK-BGB/Hertel, Std.: 15.4.2021, § 890 Rn. 99). Diese ist **nicht erfolgt**; es ist vielmehr ein zusammengesetztes Grundstück im Grundbuch gebucht.

bb) Herrschende Literaturmeinung: Erbbaurecht an realer Teilfläche unzulässig

Der wohl deutlich überwiegende Teil der Literatur ist der Auffassung, dass eine **reale Grundstücksteilfläche nicht Belastungsgegenstand eines Erbbaurechts** sein kann. Argumentiert wird vereinzelt mit dem **Wortlaut des § 1 Abs. 1 ErbbauRG**. Nach dieser Vorschrift kann *ein Grundstück* in der Weise belastet werden, dass demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder

unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (Winkler/Schlögel, § 2 Rn. 90).

Überwiegend wird zur Begründung auf § 7 Abs. 1 GBO verwiesen, wonach ein zu belastender Grundstücksteil zunächst abzuschreiben ist (Grüneberg/Wicke, § 1 ErbbauRG Rn. 1; BeckOK-GBO/Otto, Std.: 28.4.2023, ErbbauRG Rn. 49; MünchKommBGB/Weiß, 9. Aufl. 2023, ErbbauRG § 1 Rn. 32; i. E. ohne Begründung auch BeckOK-BGB/Maaß, Std.: 1.5.2023, § 1 ErbbauRG Rn. 24; unklar Staudinger/Rapp, BGB, 2021, § 1 ErbbauRG Rn. 16).

cc) Keine Stütze für die herrschende Literaturmeinung in der Rechtsprechung

In der obergerichtlichen Rechtsprechung konnten wir **keine Entscheidung** ausfindig machen, die sich dafür ausspricht, ein Erbbaurecht könne materiell-rechtlich nicht wirksam an einer Teilfläche bestellt werden. Die unter lit. bb) genannten Literaturstimmen zitieren ausschließlich Entscheidungen, aus denen sich für diese Frage keine Erkenntnisse gewinnen lassen. Hierzu im Einzelnen:

In einer mehrfach als vermeintlicher Beleg vorgebrachten Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts führt das Gericht aus, ein Erbbaurecht könne „auch dann als materiellrechtliche **Belastung des ganzen Grundstücks** eingetragen werden, wenn sich seine **Ausübung tatsächlich nur auf einen Teil des belasteten Grundstücks beschränkt**“ (BayObLGZ 1957, 217, 220 f.; Hervorhebungen durch DNotI). Das BayObLG befasst sich in dieser Entscheidung also nicht mit der Frage, ob eine reale Teilfläche eines Grundstücks mit einem Erbbaurecht belastet werden kann, sondern führt vielmehr aus, dass es möglich ist, zwar ein Grundstück im Ganzen mit einem Erbbaurecht zu belasten, dessen **Ausübungsbereich aber auf einen Teil des Grundstücks zu beschränken**. Ein solches Auseinanderfallen von Belastungsgegenstand und Rechtsinhalt (in Gestalt eines Ausübungsbereichs) ist nach wohl allgemeiner Meinung zulässig (s. etwa Grüneberg/Wicke, § 1 ErbbauRG Rn. 5; Winkler/Schlögel, § 2 Rn. 69 m. w. N.), aber nicht Gegenstand der hier in Rede stehenden Rechtsfrage. Gleiches gilt für die gelegentlich zitierte Entscheidung des Kammergerichts (KG NJW-RR 1992, 214).

Ebenfalls unergiebig sind die Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichtes und des Kammergerichtes aus den Jahren 1907 und 1909, die sich mit dem *grundbuchverfahrensrechtlichen* Erfordernis befassen, die mit dem Erbbaurecht zu belastende Teilfläche abzuschreiben (BayObLG OLGE 20, 405, 406; KG

OLGE 18, 145, 146). Ob das Erbbaurecht auch wirksam entsteht, wenn diese Abschreibung unterbleibt, erörtern die vorgenannten Entscheidungen nicht.

dd) § 7 GBO als bloße Ordnungsvorschrift

Nach unserer Auffassung kann sich jedenfalls aus § 7 Abs. 1 GBO nicht ergeben, dass ein Erbbaurecht materiell-rechtlich nicht an einer realen Grundstücksteilfläche bestellt werden kann. Bei dieser Vorschrift handelt es sich nach allgemeiner Auffassung um eine **verfahrensrechtliche Ordnungsvorschrift** (statt aller Demharter, GBO, 32. Aufl. 2020, § 7 Rn. 34; a. A. wohl nur MünchKommBGB/Eickmann, 6. Aufl. 2013, § 1114 Rn. 9). Das **Grundbuchverfahrensrecht** ist aufgrund seiner lediglich **dienenden Funktion** nicht geeignet zu bestimmen, welche Belastungen nach dem **materiellen Recht** zulässig sind. Allein aus einer Verletzung des § 7 Abs. 1 GBO kann daher nicht geschlossen werden, dass ein Erbbaurecht materiell-rechtlich nicht an einer Teilfläche begründet werden kann (so auch BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, Std.: 1.6.2023, § 1 Rn. 43).

Auf diesem Standpunkt steht auch das Kammergericht in einem Beschluss vom 25.5.1905 (OLGE 14, 85 – Hervorhebungen und Einschub i. F. durch DNotI). Dort ist Folgendes ausgeführt:

„Soll nur ein Teil mit dem Erbbaurechte belastet werden, so ist er vom Grundstück abzuschreiben und als selbständiges Grundstück einzutragen (vgl. § 6 Satz 1 GrBO [entspricht § 7 Abs. 1 GBO]). (...) Der § 6 GrBO hat zwar nur die Bedeutung von Ordnungsvorschriften, und eine unter ihrer Verletzung erfolgte Eintragung ist nicht materiell ungültig, für den Grundbuchrichter sind sie aber gleichwohl maßgebend, und ihre Nichtanwendung kann von den Beteiligten nicht gefordert werden.“

Diese Ausführungen stützen somit zum einen den Befund, dass § 7 Abs. 1 GBO nicht als Begründung für die materiell-rechtliche Unzulässigkeit eines Erbbaurechts an einer Teilfläche herangezogen werden kann. Wirklich **bemerkenswert** an dieser Entscheidung ist allerdings, dass sie sich – als einzige uns bekannte obergerichtliche Entscheidung, die sich überhaupt mit dieser Frage befasst – **dafür ausspricht, dass nach dem materiellen Recht eine Teilfläche mit einem Erbbaurecht belastet werden könne**. Dass der Entscheidung die damaligen Regelungen zum BGB-Erbbaurecht zugrunde lagen (§§ 1012-1017 BGB a. F., abgedruckt bei BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 1 Rn. 11.1-11.7), spricht nicht dagegen, die Erwägungen auf die heutige Rechtslage zu übertragen, denn § 1012 BGB a.F. stimmt mit dem heutigen § 1 Abs. 1 ErbbauRG wörtlich überein.

ee) Grundsätzliche Zulässigkeit einer Teilflächenbelastung bei sonstigen dinglichen Rechten an Grundstücken

Den **Wortlaut des § 1 Abs. 1 ErbbauRG** wird man u. E. ebenfalls **nicht zwingend** dahingehend zu verstehen haben, dass ein Erbbaurecht nur an einem Grundstück im Ganzen bestellt werden kann. Die Formulierung „*Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass ...*“ findet sich in gleicher oder ähnlicher Weise bei einer Vielzahl dinglicher Rechte (etwa §§ 1018, 1090, 1094 Abs. 1, 1105 Abs. 1 S. 1, 1113 Abs. 1 BGB). **Ein allgemeiner Grundsatz, dass dingliche Rechte an Grundstücken nur am gesamten Grundstück und nicht an einer realen Teilfläche desselben bestellt werden könnten, existiert jedoch nicht.** Vielmehr dürfte eher das Gegenteil der Fall sein.

Zur Beurteilung der Frage, ob eine reale Teilfläche eines Grundstücks mit einem dinglichen Recht belastet werden kann, liegt auf den ersten Blick ein Rückgriff auf § 93 BGB nahe. Diese Vorschrift bestimmt, dass **wesentliche Bestandteile** einer Sache nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können. Würde man also eine Teilfläche eines Grundstücks als wesentlichen Bestandteil desselben betrachten, so wäre eine Belastung dieser Teilfläche augenscheinlich nicht möglich. Nach herrschender und zutreffender Ansicht sollen allerdings reale **Grundstücksteilflächen** weder wesentliche noch unwesentliche Bestandteile des Grundstücks darstellen (BeckOGK-BGB/Mössner, Std.: 1.5.2021, § 93 Rn. 54; MünchKommBGB/Stresemann, 9. Aufl. 2021, § 93 Rn. 9; Staudinger/Stieper, 2021, § 93 Rn. 40).

Daraus wird zuweilen aber der unzutreffende Schluss gezogen, dass die Belastung von Grundstücksteilflächen mangels deren Sonderrechtsfähigkeit generell nicht möglich sei (Staudinger/Stieper, § 93 Rn. 40).

Nach unserem Dafürhalten kann § 93 BGB aber aus zweierlei Gründen keinen Aufschluss darüber geben, ob eine Grundstücksteilfläche als Belastungsgegenstand eines dinglichen Rechts in Betracht kommt. Zum einen sind Teilflächen keine Bestandteile des Grundstücks, da ein beliebiger Teil der Erdoberfläche bei natürlicher Betrachtung nicht aus mehreren Teilen zusammengesetzt ist. Demzufolge ist die sog. Zuordnungsfunktion des § 93 BGB (vgl. BeckOGK-BGB/Mössner, § 93 Rn. 5) nicht berührt. So wäre beispielsweise der Vergleich einer noch abzutrennenden Grundstücksteilfläche mit den Bestandteilen einer beweglichen Sache „abwegig, denn reale Flächenteile eines Grundstücks sind ja tatsächlich schon vorhanden“ (so zutreff. BayObLGZ 24, 293, 294). Ebenso wenig ist § 93 BGB nach seinem primären Normzweck einschlägig. Die Bestimmung will

verhindern, dass es infolge der Belastung von wesentlichen Bestandteilen einer Sache zu deren unwirtschaftlicher Zerschlagung kommt (vgl. BeckOGK-BGB/Mössner, § 93 Rn. 4). Diese normative Zielsetzung ist auf die Erdoberfläche nicht übertragbar, da sich diese auch dann nicht ändert, wenn eine Realteilung eines Grundstückes stattfindet. Somit kann die Belastung einer realen Teilfläche eines Grundstücks nicht mit dem Argument verneint werden, es handele sich hierbei nicht um einen sonderrechtsfähigen Bestandteil. Zur Beantwortung der hier interessierenden Frage ist der Blick vielmehr auf die Begriffsbestimmung betreffend die Sache „Grundstück“ zu richten. Insoweit wird regelmäßig der **formelle Grundstücksbegriff** zugrunde gelegt. Demnach ist unter einem Grundstück ein katastermäßig vermessener und bezeichneter Teil der Erdoberfläche zu verstehen, der im Grundbuch auf einem besonderen Grundbuchblatt oder unter einer besonderen Nummer eines gemeinschaftlichen Grundbuchblattes geführt wird (BeckOGK-BGB/Mössner, § 91 Rn. 13). Davon ausgehend wäre eine Grundstücksteilfläche mangels gesonderter Buchung nicht als eigenständige Sache im Rechtssinne anzusehen. Der formelle Grundstücksbegriff darf jedoch nicht als abschließende Sachdefinition verstanden werden. Dies zeigt die Existenz von sog. buchungsfreien Grundstücken (vgl. § 3 Abs. 2 GBO), bei denen man das Flurstück als Grundstück im rechtlichen Sinne ansieht (Bauer/Schaub/Waldner, GBO, 4. Aufl. 2018, § 3 Rn. 4). Darüber hinaus gab es natürlich auch Grundstücke im rechtlichen Sinne in jener Zeit, als die flächendeckende Kartierung der Erdoberfläche noch gar nicht vorhanden bzw. abgeschlossen war (zum historischen Grundstücksbegriff vgl. BeckOK-GBO/Holzer, Std.: 28.4.2023, § 2 Rn. 16). Aus der materiell-rechtlichen Sicht des BGB ist demnach eine grundbuchliche Abschreibung i. S. v. § 7 Abs. 1 GBO für die rechtliche Existenz des Verfügungsgegenstands „Grundstück“ nicht zwingend. Wieso also sollte die fehlende Abschreibung im vorliegenden Fall einer materiell-rechtlichen Belastung eines räumlich genau definierten Teils der Erdoberfläche (hier: Flurstück 204/1) entgegenstehen? – Es ergäbe sich jedenfalls ein schwer zu erklärender Widerspruch zu anderen dinglichen Rechten, bei denen eine Teilflächenbelastung für zulässig erachtet wird.

Für **Dienstbarkeiten** ist unstreitig, dass diese materiell-rechtlich ohne Weiteres auch an realen Grundstücksteilen bestellt werden können. § 7 Abs. 2 GBO lässt dies unter den dort genannten Voraussetzungen auch verfahrensrechtlich zu (vgl. Grüneberg/Herrler, § 1918 Rn. 2; BeckOGK-BGB/Kazele, Std.: 1.5.2023, § 1018 Rn. 53; Staudinger/Weber, 2017, § 1018 Rn. 63; Schöner/Stöber, Rn. 1118). Des Weiteren wird die Zulässigkeit der Belastung einer realen Teilfläche auch für den **Nieß-**

brauch bejaht (vgl. OLG München FGPrax 2021, 10; MünchKommBGB/Pohlmann, 9. Aufl. 2023, § 1030 Rn. 91). Ebenso wird etwa für ein dingliches **Vorkaufrecht** die Bestellung an einer Teilfläche für materiell-rechtlich zulässig erachtet (so jedenfalls Grüneberg/Herrler, § 1094 Rn. 2; BeckOGK-BGB/Omlor, Std.: 1.1.2023, § 1094 Rn. 40.1).

Selbst für **Grundpfandrechte**, also für Rechte, die eine Zwangsvollstreckung nach sich ziehen können, wird zumindest diskutiert, ob diese auch an realen Teilflächen bestellt werden können. Auf materiell-rechtlicher Ebene lässt die wohl h. M. unter Berufung auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts eine Belastung realer Grundstücksteilflächen zu, soweit die belastete Teilfläche eindeutig bestimmt ist (MünchKommBGB/Lieder, 9. Aufl. 2023, § 1114 Rn. 8-10 m. w. N.). Die Gegenauffassung, die sich vor allem auf zwangsvollstreckungsrechtliche Erwägungen stützt, hält diese hingegen auch materiell-rechtlich für unwirksam (BeckOGK-BGB/Kern, Std.: 1.5.2023, § 1113 Rn. 48-48.4). Diese zwangsvollstreckungsrechtlichen Bedenken wird man auf die Bestellung eines Erbbaurechts an einer Teilfläche aber nicht übertragen können, weil es sich beim Erbbaurecht nicht um ein Verwertungsrecht handelt. Das Erbbaurecht ähnelt nicht einem Verwertungs-, sondern einem Nutzungsrecht, ist also – aus der maßgeblichen Perspektive des mit dem Recht belasteten Grundstückseigentums – eher mit einer Dienstbarkeit oder einem Nießbrauch wesensverwandt.

ff) Rechtslage bei Vereinigung oder Zuschreibung (§ 890 Abs. 1 oder 2 BGB)

Würde man ein Erbbaurecht nach dem materiellen Recht stets nur an einem Grundstück im Ganzen zu lassen, so ergäben sich nicht befriedigend lösbare Folgeprobleme, falls das mit dem Erbbaurecht belastete Grundstück mit einem anderen Grundstück vereinigt wird (§ 890 Abs. 2 BGB) oder eine Zuschreibung gem. § 890 Abs. 2 BGB stattfindet.

Für Belastungen eines der beteiligten Grundstücke gilt hier der **Grundsatz, dass jeder Teil wie bisher belastet bleibt**. Die bisher nur an einem Teil des vereinigten Grundstücks bestehenden Belastungen erstrecken sich also nicht auf die anderen Grundstücksteile (statt aller Grüneberg/Herrler, § 890 Rn. 4 m. w. N.). Eine Erstreckung auf diese würde vielmehr eine rechtsgeschäftliche Änderung der Belastung erfordern (vgl. OLG München NJOZ 2017, 397 Rn. 7).

Lediglich im Fall der Vereinigung (bei Zuschreibung gilt § 1131 BGB) von Grundstücken, die mit unterschiedlichen **Grundpfandrechten** belastet sind, wird

wiederum auf die daraus resultierenden zwangsvollstreckungsrechtlichen Probleme (Realteilung kraft Gesetzes mit dem Zuschlag?; vgl. KG NJW-RR 1989, 1360, 1362) hingewiesen (vgl. BeckOGK-BGB/Hertel, § 890 Rn. 71). Jedenfalls kann aus der grundbuchverfahrensrechtlichen Vorschrift des § 5 Abs. 1 S. 2 GBO, die eine Vereinigung bei unterschiedlicher Belastung mit Grundpfandrechten wegen drohender Verwirrung untersagt, kein materiell-rechtlicher Rückschluss gewonnen werden (BeckOGK-BGB/Hertel, § 890 Rn. 72).

Nach der vorstehend erörterten Grundregel bleibt bei der **Vereinigung oder Zuschreibung eines Erbbaugrundstücks** mit bzw. zu einem anderen Grundstück nur das ursprüngliche Grundstück mit dem Erbbaurecht belastet. Damit träte genau der Zustand einer **Teilflächenbelastung** ein, den die h. M. für materiell-rechtlich unzulässig hält. *Winkler/Schlögel* fordern daher, das **Erbbaurecht müsse vor der Vereinigung oder Zuschreibung auf das bisher unbelastete Grundstück ausgedehnt** werden (Erbbaurecht, § 5 Rn. 175). Dies mag zwar grundbuchverfahrensrechtlich wegen § 5 GBO nicht von der Hand zu weisen sein. In materiell-rechtlicher Hinsicht ist diesem Standpunkt u. E. zu **widersprechen**. Die Ausdehnung des Erbbaurechts auf das bislang nicht belastete Grundstück bzw. auf den hinzukommenden, aber bislang nicht belasteten Teil des künftig vereinigten Grundstücks erfordert eine **Mitwirkung des Erbbauberechtigten** (so auch *Winkler/Schlögel*, § 5 Rn. 176). Verweigert er diese, hätte er es in der Hand, dem Grundstückeigentümer die Möglichkeit der Vereinigung oder Zuschreibung seiner Grundstücke zu nehmen. Für eine derart weitreichende Einschränkung der in § 890 BGB zum Ausdruck kommenden Eigentümerbefugnisse gibt das Gesetz nichts her. Sie kann auch der Sache nach nicht geboten sein, denn für den Erbbauberechtigten ändert sich durch die Vereinigung oder Zuschreibung nichts. Somit **konstruieren** *Winkler/Schlögel* letztlich ein **Zustimmungserfordernis** für die Vereinigung oder Zuschreibung, ohne dass dies durch eine mögliche Beeinträchtigung des Erbbaurechtsinhabers zu rechtfertigen wäre. Ein solches **Zustimmungserfordernis eines Dritten** für die Vereinigung oder Bestandteilszuschreibung von Grundstücken ist dem **materiellen Zivilrecht** vielmehr **gänzlich fremd** (vgl. Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB für das Deutsche Reich, 1899, Bd. III, S. 494, wonach der Gesetzgeber sich ganz bewusst dagegen entschieden hat, die Zulässigkeit der Grundstücksvereinigung oder Bestandteilszuschreibung auf materiell-rechtlicher Ebene zu beschränken, wenn die Grundstücke mit den Rechten Dritter belastet sind. Etwaigen Schwierigkeiten, die sich im Falle der Zwangsvollstreckung ergeben könnten, sei vielmehr durch Vorschriften der Grundbuch-

ordnung – namentlich unseren heutigen § 5 GBO – vorzubeugen.).

gg) Zwischenergebnis

Im **Ergebnis** ist daher aus der Perspektive des materiellen Rechts ein **Erbbaurecht auch an einer Grundstücksteilfläche zuzulassen**. Das Postulat der herrschenden Literaturmeinung, Belastungsgegenstand könne nur ein Grundstück im Ganzen sein, ist u. E. allenfalls in grundbuchverfahrensrechtlicher Hinsicht haltbar. Dahingehend dürften insbesondere diejenigen Stimmen zu verstehen sein, die auf § 7 Abs. 1 GBO verweisen. Der Verweis auf den Wortlaut des § 1 Abs. 1 ErbbauRG überzeugt indes nicht, da das Gesetz auch bei sonstigen Rechten von „Grundstück“ spricht, aber die Rechtsprechung und Literatur vielfach dennoch eine Belastung einer realen Teilfläche zulässt. Im Übrigen konnten wir auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung keine Entscheidung finden, aus der hervorgeht, dass ein an einer realen Teilfläche bestelltes Erbbaurecht materiell-rechtlich unzulässig ist. Vielmehr ist das Kammergericht bereits im Jahr 1905 davon ausgegangen, dass ein Erbbaurecht materiell-rechtlich auch an einer Grundstücksteilfläche wirksam bestellt werden kann.

c) Eintragung des Erbbaurechts

Als weiteres Tatbestandsmerkmal des § 873 Abs. 1 BGB ist für eine wirksame Entstehung des Erbbaurechts an der Teilfläche zu prüfen, ob eine **inhaltlich mit der Eintragung korrespondierende Eintragung** in das Grundbuch erfolgt ist.

Auf die Eintragungsbewilligung wird vorliegend nicht Bezug genommen, sodass **einzig auf Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung abzustellen** ist. Ohnehin kann nur wegen des *Inhalts* des Rechts auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden, vgl. § 874 BGB. Die Angabe des zu belastenden Grundstücks gehört hingegen nicht zum Inhalt des Rechts, so dass sich diese aus der Eintragung selbst ergeben muss (OLG München MittBayNot 2007, 50, 51; BeckOGK-BGB/Enders, Std.: 1.4.2023, § 874 Rn. 25). Zum Inhalt des Rechts könnte freilich die Festlegung eines Ausübungsbereichs gehören. Die Festlegung eines solchen Ausübungsbereichs lässt sich den hier maßgeblichen Bestellungsurkunden indes nicht entnehmen (s. o.).

Fraglich ist, wie der Eintragungsvermerk im Grundbuchblatt verstanden werden kann. Grundsätzlich sind **Grundbucheintragungen der Auslegung** zugänglich. Maßgebend sind dabei Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung und der darin in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung, wie sie sich für den unbefan-

genen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergeben (vgl. Schöner/Stöber, Rn. 293 m. w. N. – diese Rn. ist zwischen Rn. 297 und Rn. 298 zu finden; KG BeckRS 2017, 157126).

Aus unserer Sicht spricht viel dafür, den **Eintragungsvermerk als Belastung der aus dem Flst. Nr. 204/1 bestehenden realen Teilfläche** zu verstehen und nicht als Belastung des gesamten (zusammengesetzten) Grundstücks unter Angabe eines Ausübungsbereichs. Die (ohnehin nicht erforderliche) schlagwortartige Verlautbarung eines Ausübungsbereichs dürfte vermutlich unter Verwendung des Begriffs „Ausübungsbereich“ stattfinden. Hingegen wird die kurze Formulierung „An Flst. 204/1“ wohl eher im Sinne von „Lastend an Flst. Nr. 204/1“ zu verstehen sein.

d) Zwischenergebnis

Das **Erbbaurecht ist als Belastung der realen Teilfläche Flst. Nr. 204/1** des zusammengesetzten Grundstücks (bestehend aus den Flst. Nrn. 204, 204/1 und 204/2) **entstanden**. Sowohl die Einigung als auch die Eintragung sind in diesem Sinne auszulegen. Das materielle Recht steht u. E. – entgegen anderslautenden Stimmen in der Literatur – der Belastung einer realen Teilfläche mit einem Erbbaurecht nicht entgegen. Dass das Grundbuchverfahrensrecht (§ 7 Abs. 1 GBO) eine solche Teilflächenbelastung eventuell nicht zulässt (denkbar erscheint zumindest eine analoge Anwendung von § 7 Abs. 2 GBO), ist in materiell-rechtlicher Hinsicht nicht von Bedeutung.

2. Grundbuchverfahrensrechtliche Rechtsfolgen

Gleichwohl verbleibt in grundbuchverfahrensrechtlicher Hinsicht zu klären, welche Folgen der Verstoß gegen § 7 Abs. 1 GBO hat.

a) Keine Löschung des Erbbaurechts von Amts wegen (§ 53 Abs. 1 S. 2 GBO)

Eine Löschung des Erbbaurechts von Amts wegen gem. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO kommt nicht in Betracht.

Diese würde voraussetzen, dass sich die Eintragung des Erbbaurechts nach ihrem Inhalt als **unzulässig** erweist. Dies ist der Fall, wenn ein Recht mit dem Inhalt oder in der Ausgestaltung, wie es eingetragen ist, aus Rechtsgründen nicht bestehen kann oder wenn die Eintragung etwas Widersprüchliches verlautbart und ihre Bedeutung auch durch Auslegung nicht ermittelt werden kann (BGH FGPrax 2015, 5 Rn. 16; Demharter, § 53 Rn. 42).

Beides trifft auf das im Grundbuch bezeichnete Erbbaurecht nicht zu. Denn wie oben ausführlich erörtert,

kann ein Erbbaurecht sehr wohl auch an einer Teilfläche bestehen. Der Belastungsgegenstand kommt im Eintragungsvermerk auch hinreichend deutlich zum Ausdruck.

Gegen eine Amtslöschung spricht überdies, dass das Grundbuchamt gem. § 7 Abs. 1 GBO zugleich von Amts wegen die grundbuchliche Abschreibung vorzunehmen hätte. Wollte man also entgegen der hier vertretenen Ansicht von einer unzulässigen Eintragung ausgehen, so kollidierten zwei Amtspflichten des Grundbuchamts, die jeweils ein Tätigwerden von Amts wegen verlangen. Vor dem Hintergrund, dass die (vermeintlich) unzulässige Eintragung auf einer Pflichtverletzung des Grundbuchamts, nämlich der unterbliebenen grundbuchlichen Abschreibung gem. § 7 Abs. 1 GBO beruhen dürfte, wäre zunächst dieses Versäumnis von Amts wegen nachzuholen. Damit entfielen aber sogleich auch die vermeintlich unzulässige Eintragung i. S. v. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO, sodass nach unserem Dafürhalten für eine Amtslöschung kein Raum ist.

b) Kein Amtswiderspruch (§ 53 Abs. 1 S. 1 GBO)

Ebenso wenig ist die Eintragung eines Amtswiderspruchs möglich. Dies würde gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO voraussetzen, dass das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das **Grundbuch unrichtig** geworden ist. Grundsätzlich vermag zwar auch der Verstoß gegen Ordnungsvorschriften einen Amtswiderspruch zu rechtfertigen (BeckOK-GBO/Holzer, Std.: 28.4.2023, § 53 Rn. 27). Hier fehlt es aber an der Unrichtigkeit des Grundbuchs, denn die aus dem Grundbuch verlautbarte Rechtslage und die wirkliche Rechtslage stimmen überein. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man der hier vertretenen Ansicht folgt, dass ein Erbbaurecht an einer realen Teilfläche bestellt werden kann. Im Übrigen gelten die vorstehenden Ausführungen zu den „konkurrierenden“ Amtspflichten des Grundbuchamts sinngemäß, d. h., es ist vorrangig das Versäumnis gem. § 7 Abs. 1 GBO nachzuholen.

c) „Nachholung“ der Teilung

Es verbleibt schließlich die Möglichkeit, die verfahrensrechtlich gem. § 7 Abs. 1 GBO gebotene Teilung des zusammengesetzten Grundstücks nachträglich vorzunehmen und somit den Verstoß gegen diese Vorschrift zu beseitigen. Diese Pflicht zum Tätigwerden von Amts wegen ist u. E. vorrangig.

Die Kommentarliteratur lässt es zu, dass das **Grundbuchamt** die von § 7 Abs. 1 GBO gebotene **Teilung von Amts wegen nachholt** (Bauer/Schaub/Maaß, § 7 Rn. 62; Demharter, § 7 Rn. 34; BeckOK-GBO/Kral, § 7 Rn. 65). Diese Lösung hat im Übrigen auch das

Kammergericht in seinem oben bereits erörterten Beschluss vom 25.5.1905 für geboten gehalten:

„Der Grundbuchrichter hätte sich indes, wie er dies getan, nicht darauf beschränken dürfen, in den einzelnen Eintragungsvermerken der Abt. II die belasteten Parzellen nach ihrer Katasterbezeichnung aufzuführen, sondern er hätte in Beobachtung des § 6 GrBO die Parzellen von den Grundstücken abschreiben und sie als selbständige Grundstücke eintragen müssen. (...) Er wird, da die Voraussetzungen für die Abschreibung unbedenklich gegeben sind, das Versäumte nachzuholen haben.“

(KG OLGE 14, 85, 86 f.)

Selbst wenn man dem nicht folgen möchte, also eine Teilung *von Amts wegen* für nicht zulässig hielte, dürfte im vorliegenden Fall eine **Grundstücksteilung möglich** sein. Sowohl die nach h. M. hierfür erforderliche materiell-rechtliche Erklärung des Grundstückseigentümers (hierzu Grüneberg/Herrler, § 890 Rn. 6; a. A. Monreal, FS Heidinger, 2023, S. 369, 379 ff., der eine materiell-rechtliche Willenserklärung für nicht notwendig erachtet) als auch die grundbuchverfahrensrechtlich gem. §§ 13, 19 GBO erforderliche **Bewilligung nebst Antrag** (BeckOGK-BGB/Hertel, § 890 Rn. 100) dürften **konkudent in der Erbbaurechtsbestellungs-urkunde** nebst Nachtragsurkunden enthalten sein. Eine Gesamtwürdigung dieser Urkunden, namentlich die erklärte Absicht der Vermessung der Teilfläche sowie die spätere Anerkennung des Messergebnisses, ergibt mit hinreichender Deutlichkeit, dass die Beteiligten eine gegenständliche Verselbständigung des Flst. Nr. 204/1 beabsichtigten.

3. Gesamtergebnis

Das Erbbaurecht ist als Belastung der realen Teilfläche Flst. Nr. 204/1 des zusammengesetzten Grundstücks (bestehend aus den Flst. Nrn. 204, 204/1 und 204/2) entstanden. Es liegt lediglich ein verfahrensrechtlicher Verstoß gegen § 7 Abs. 1 GBO vor. Dieser ist jedoch materiell-rechtlich unschädlich und vermag die Wirksamkeit der Bestellung des Erbbaurechts nicht zu beeinflussen. Das Grundbuchamt hat gleichwohl eine Abschreibung des Flst. Nr. 204/1 vorzunehmen.

Hinzuweisen ist darauf, dass die wohl h. M. in der Literatur von einer inhaltlich unzulässigen Eintragung ausgehen würde. Doch auch in diesem Fall wäre u. E. das Nachholen des grundbuchamtlichen Versäumnisses betreffend die grundbuchliche Abschreibung der Teilfläche vorrangig vor einer Amtslöschung des Erbbaurechts oder einem Amtswiderspruch in Ansehung dieser Grundstücksbelastung.

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 Abruf-Gutachten.

GmbHG §§ 8 Abs. 3, 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 lit. d; UmwG § 346 n. F.

Versicherung des Geschäftsführers über Inhabilitätsgründe; UmRUG; maßgeblicher Zeitpunkt für die Richtigkeit der Geschäftsführerversicherung; Verweis auf § 313 UmwG a. F.

Abruf-Nr.:

InsO §§ 270, 31; GmbHG §§ 60 Abs. 1 Nr. 4, 66, 67, 6, 35, 10 Abs. 1 S. 2; HGB § 32 Abs. 1 S. 2 Nr. 3

GmbH in Eigenverwaltung; Vertretung der GmbH durch Liquidatoren oder Geschäftsführer; Eintragung im Handelsregister

Abruf-Nr.:

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Dr. Philipp Theuersbacher

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BeurkG § 39a Abs. 3; GBO § 137 Abs. 2 – Beglaubigung eines elektronischen Dokuments einer Behörde; Erkennbarkeit der Behördeneigenschaft

Aktuelles

Rechtsprechung

BGB §§ 119 Abs. 1 Alt. 1, 1953 – Kein zur Anfechtung berechtigender Inhaltsirrtum bei Irrtum des Ausschlagenden über nächstberufene Person bei sog. lenkender Ausschlagung

Literaturhinweis

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BeurkG § 39a Abs. 3; GBO § 137 Abs. 2 Beglaubigung eines elektronischen Dokuments einer Behörde; Erkennbarkeit der Behördeneigenschaft

I. Sachverhalt

Eine Abgeschlossenheitsbescheinigung wurde in elektronischer Form erteilt und ist mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen. Eine Prüfung der Signatur hat folgendes Ergebnis gebracht:

„Unterschrift ist GÜLTIG (unterschrieben von [Name] <vorname.nachname@o-kreis.de>).“

Die Behördeneigenschaft ergibt sich somit nur indirekt über die E-Mail-Adresse.

Nach Angabe des Grundbuchamts ist es technisch nicht möglich, die elektronische Abgeschlossenheits-

bescheinigung nebst Signatur durch den Notar an das Grundbuchamt weiterzuleiten. Bei einer Weiterleitung bleibe das Signaturzertifikat nicht bestehen, sodass nicht geprüft werden könne, ob das Dokument ordnungsgemäß signiert worden sei.

Das Grundbuchamt schlägt vor, der Notar solle gem. § 39a Abs. 3 BeurkG eine elektronisch beglaubigte Abschrift der elektronischen Abgeschlossenheitsbescheinigung errichten und dabei das Ergebnis der Signaturprüfung dokumentieren.

II. Fragen

1. Darf die Abschrift eines elektronischen Dokuments elektronisch beglaubigt werden?
2. Wie hat der Beglaubigungsvermerk zu lauten?
3. Genügt die Übermittlung einer derart beglaubigten elektronischen Abschrift der Abgeschlossenheitsbescheinigung den Anforderungen des Grundbuchverfahrensrechts, obwohl die Behördeneigenschaft allenfalls anhand der E-Mail-Adresse erkennbar ist?

III. Zur Rechtslage

1. Elektronische Beglaubigung der Abschrift eines elektronischen Dokuments

Das Verfahren der elektronischen Beglaubigung der Abschrift eines elektronischen Dokuments, das mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist, ist vornehmlich in § 39a BeurkG geregelt. Nach § 39a Abs. 1 S. 1 BeurkG können Beglaubigungen und sonstige Zeugnisse i. S. d. § 39 BeurkG elektronisch errichtet werden. Dabei sind im Wesentlichen die Anforderungen zu beachten, die sich aus § 39a Abs. 1 und 2 BeurkG ergeben (qualifizierte elektronische Signatur, nachprüfbares Zertifikat, Bestätigung der Notareigenschaft, Angabe von Ort und Tag der Ausstellung).

An den **Inhalt des Vermerks** sind im Ausgangspunkt dieselben Anforderungen zu stellen wie bei Errichtung einer papiergebundenen Vermerkurkunde gem. § 39 BeurkG (vgl. Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 39a Rn. 2). Darüber hinaus verlangt § 39a Abs. 3 BeurkG bei der Beglaubigung eines elektronischen Dokuments, das mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist, eine **Dokumentation des Ergebnisses der Signaturprüfung**. Die Vorschrift ist an § 42 Abs. 4 BeurkG angelehnt, der selbiges Erfordernis für die Beglaubigung des Ausdrucks oder der Abschrift eines elektronischen, mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehenen Dokumentes verlangt.

Welche Angaben diese Dokumentation des Ergebnisses der Signaturprüfung zu enthalten hat, ist – anders als in § 33 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 VwVfG – nicht näher geregelt. Ein Teil der Kommentarliteratur orientiert sich streng am Wortlaut und verlangt lediglich eine Feststellung dahingehend, ob die „**Signaturprüfung erfolgreich**“ war, ob also das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen war (Grziwotz/Heinemann, § 42 Rn. 33 mit Formulierungsvorschlag in Rn. 43; BeckOK-BeurkG/Frohn, Std.: 1.3.2023, § 39a Rn. 37). Die Gegenauffassung führt unter Berufung auf den Normzweck aus, der Beglaubigungsvermerk habe darüber hinaus zu dokumentieren, **welcher Person die Signatur zuzuordnen** sei (Winkler, BeurkG, 20. Aufl. 2022, § 42 Rn. 41; BeckOGK-BeurkG/Theilig, § 42 Rn. 26; Malzer, DNotZ 2006, 9, 17 f.). Dies halten wir für überzeugend. Die qualifizierte elektronische Signatur, mit der das Ausgangsdokument versehen ist, dient gerade dazu, einen bestimmten Aussteller zu identifizieren (vgl. Grüneberg/Ellenberger, BGB, 82. Aufl. 2023, § 126a Rn. 5). Dieses entscheidende Merkmal des Ausgangsdokumentes ginge verloren, wenn sich der Notar bei der Beglaubigung dieses Dokumentes auf die Angabe beschränken

würde, die Signaturprüfung sei erfolgreich gewesen, ohne den Zertifikatsinhaber zu benennen.

Außerdem wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass ein elektronisches Dokument nicht am Bildschirm sichtbare Inhalte aufweisen könne („verborgener Text“). Demzufolge könne der Notar nicht die Übereinstimmung der Abschrift mit dem elektronischen Dokument selbst, sondern nur mit dem am Bildschirm angezeigten Inhalt bezeugen (Winkler, § 39a Rn. 21; Malzer, DNotZ 2006, 9, 16 f.).

Für die **Fassung des Beglaubigungsvermerks** kann sich der Notar an dem nachfolgenden Formulierungsvorschlag von *Theilig* orientieren (BeckOGK-BeurkG/Theilig, § 42 Rn. 29; ähnl. Malzer, DNotZ 2006, 9, 20; Winkler, § 39a Rn. 26):

„Die Übereinstimmung des vorstehenden Ausdrucks des mir vorgelegten elektronischen Dokuments mit dem mir am Bildschirm angezeigten Inhalt dieses Dokuments wird hiermit beglaubigt. Das elektronische Dokument war mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 versehen.

Die Signatur enthielt folgende Angaben zum Signaturzertifikat: Zertifikatsinhaber [...], Zertifizierungsdiensteanbieter [...], Zertifikatsnummer [...]. Die Signatur ist gültig.

[Ort], den [Datum] [Unterschrift des Notars] [Siegel]“

Zu beachten ist allerdings, dass sich dieser Formulierungsvorschlag auf einen (papiergebundenen) Vermerk für die Beglaubigung des Ausdrucks eines elektronischen Dokuments bezieht. Für die hier in Rede stehende Beglaubigung eines elektronischen Dokuments mittels eines einfachen elektronischen Zeugnisses nach § 39a BeurkG sind deshalb die Wörter „des vorstehenden Ausdrucks“ durch „des vorstehenden elektronischen Dokumentes“ zu ersetzen. Ferner hat der Vermerk nicht mit Unterschrift und Siegel des Notars abzuschließen, sondern mit einer qualifizierten elektronischen Notarsignatur. Soweit das Signaturzertifikat den Inhaber auch durch Angabe einer E-Mail-Adresse ausweist, bestehen keine Bedenken, diese E-Mail-Adresse in den Vermerk aufzunehmen.

2. Elektronische Abgeschlossenheitsbescheinigung im Grundbuchverfahren

Weiter stellt sich die Frage, ob eine elektronisch beglaubigte Abschrift der Abgeschlossenheitsbescheinigung i. S. d. § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 WEG, die mit der im Sachverhalt wiedergegebenen qualifizierten elektronischen

Signatur versehen ist, den Anforderungen des Grundbuchverfahrensrechts genügt.

a) Allgemeines

Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung sind „andere Voraussetzungen der Eintragung“ i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO, sodass sie in Form einer **öffentlichen Urkunde** beim Grundbuchamt einzureichen sind (BeckOK-WEG/Kral, Std.: 3.4.2023, § 7 Rn. 72, 82).

Im elektronischen Rechtsverkehr kann gem. § 137 Abs. 1 S. 2 GBO der Nachweis von Eintragungsvoraussetzungen auch durch die Übermittlung eines **öffentlichen elektronischen Dokuments** i. S. d. § 371a Abs. 3 S. 1 ZPO erfolgen. Dies eröffnet insbesondere die Möglichkeit, eine in elektronischer Form erteilte Abgeschlossenheitsbescheinigung an das Grundbuchamt zu übermitteln (BeckOK-GBO/Wilsch, Std.: 28.4.2023, § 137 Rn. 3). Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass das Dokument mit einer **qualifizierten elektronischen Signatur** versehen ist und dass das der Signatur zugrunde liegende **Zertifikat die Behörde erkennen lässt, § 137 Abs. 1 S. 2 Nrn. 1 und 2 GBO**.

Daneben kann nach § 137 Abs. 1 S. 1 GBO eine öffentliche Urkunde als ein mit einem einfachen elektronischen Zeugnis nach § 39a BeurkG versehenes elektronisches Dokument übermittelt werden. Dies eröffnet insbesondere die Möglichkeit, eine elektronisch beglaubigte Abschrift einzureichen (BeckOK-GBO/Wilsch, § 137 Rn. 2 f.; Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 137 Rn. 1).

b) Übermittlung der elektronischen Abgeschlossenheitsbescheinigung (§ 137 Abs. 1 S. 2 GBO)

In einem ersten Schritt stellt sich die Frage, ob die hier vorliegende elektronische Abgeschlossenheitsbescheinigung den Anforderungen des § 137 Abs. 1 S. 2 GBO genügt. Wäre dies nicht der Fall, so wäre der Weg über eine beglaubigte elektronische Abschrift dieses Dokuments von vornherein versperrt. Denn es gilt wie bei beglaubigten Abschriften in Papierform der Grundsatz, dass die elektronisch beglaubigte Abschrift keine stärkere Beweiskraft als die zugrunde liegende Urkunde hat (Demharter, § 137 Rn. 2). Würde also die Übermittlung der elektronischen Abgeschlossenheitsbescheinigung selbst den Anforderungen des Grundbuchverfahrensrechts nicht genügen, so kann eine beglaubigte Abschrift hiervon ebenso wenig ausreichen.

Zweifelhaft ist insoweit, ob das der Signatur zugrunde liegende **Zertifikat die Behörde erkennen lässt, § 137 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GBO**. Welche Anforderungen an die Erkennbarkeit der Behörde zu stellen sind, wird

im Schrifttum – soweit ersichtlich – nicht eingehend erörtert.

Kießling führt zu § 371a Abs. 3 S. 2 ZPO allerdings Folgendes aus (Saenger/Kießling, ZPO, 9. Aufl. 2021, § 371a Rn. 12):

„Qualifiziert signierte öffentliche elektronische Dokumente haben die Vermutung der Echtheit für sich (Abs 3 S 2). In Signaturschlüssel-Zertifikaten oder in Attribut-Zertifikaten können alle Funktionen, Zuständigkeiten, Rechte usw. von Behördenmitarbeitern ausgewiesen werden. Auch Dienstsiegel können elektronisch abgebildet werden. Durch die verwendeten Zertifikate ist es für das Gericht iR der Signaturprüfung möglich festzustellen, wer das öffentliche elektronische Dokument mit welchem Inhalt erstellt hat. Das alles rechtfertigt die Verweisung auf § 437.“

Diese Ausführungen lassen sich sinngemäß auch auf § 137 Abs. 1 S. 2 GBO übertragen, weil diese Vorschrift ebenso wie §§ 371a, 437 ZPO beweisrechtlicher Natur ist. Demnach wird der erhöhte Beweiswert öffentlicher elektronischer Urkunden, die mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind, dadurch gerechtfertigt, dass sich umfangreiche Informationen zu Funktion und Zuständigkeit des Behördenmitarbeiters im Zertifikat ausweisen lassen. Die Ausführungen von *Kießling* lassen sich durchaus so verstehen, dass an die Erkennbarkeit der Behörde i. S. d. § 137 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GBO keine zu geringen Anforderungen zu stellen sind und das Signaturzertifikat umfangreiche Angaben zur Funktion und Zuständigkeit des Behördenmitarbeiters machen muss, weil anderenfalls der gesteigerte Beweiswert des so signierten Dokuments nicht zu rechtfertigen ist. Dies ginge jedoch über den Wortlaut der Vorschrift hinaus. Dieser fordert lediglich ein „Erkennenlassen“ der Behörde. Ein volles Ausschöpfen der technischen Möglichkeiten wird man daher nicht verlangen können; es ist also nicht erforderlich, dass das Signaturzertifikat umfangreiche Aussagen zu Funktionen, Zuständigkeiten und Rechten des Behördenmitarbeiters macht. Gleichwohl ist es aber zumindest geboten, die Zugehörigkeit des Signierenden zur Behörde eindeutig im Zertifikat zum Ausdruck zu bringen.

Nach unserem Dafürhalten **genügt** es hierfür, wenn diese **Zugehörigkeit zu einer Behörde allein durch eine E-Mail-Adresse** in der Form „[name]@[gebietskörperschaft].de“ **zum Ausdruck kommt**. In aller Regel wird nämlich eine Second-Level-Domain, die auf den Namen einer Gebietskörperschaft lautet, auch dieser Gebietskörperschaft als Behörde zuzuordnen sein. In diesem Zusammenhang ist eine Entscheidung des LG Düsseldorf vom 9.5.2001 – 34 O 16/01 – von besonde-

rem Interesse. Die Stadt Duisburg, selbst unter der Domain „duisburg.de“ im Internet vertreten, verlangte dort von der Beklagten die Freigabe der Domain „duisburg-info.de“ an sich. Hierzu führt das Gericht aus (ZUMRD 2002, 92, 93 – Hervorhebungen durch DNotI):

*„Nach diesen Grundsätzen kann vorliegend eine Identitäts- oder Zuordnungsverwirrung nicht festgestellt werden: Die Klägerin selbst ist unter der Adresse »duisburg.de« im Internet abrufbar. **Das Fehlen jeglicher Zusätze lässt auch wenig geübte Internetnutzer davon ausgehen, dass nur die Stadt selbst als Betreiber dieser Domain in Betracht kommt** (vgl. Soergel/Heinrich, BGB-Kommentar, § 12 Rn. 152a). Außerdem führt die nur einmal mögliche Vergabe jeder einzelnen Internet-Adresse durch die Denic eG dazu, dass **Verwender des Internets hinter der zusatzfreien Namensangabe einen wahren Berechtigten vermuten.***

*Andererseits ist aber insbesondere bei geographischen Herkunftsangaben mit Namenscharakter anerkannt, dass diese auch **von Dritten verwendet** werden können. **Erforderlich ist lediglich ein unterscheidungskräftiger Zusatz oder das Vorliegen von Umständen, die eine Zuordnungsverwirrung nicht entstehen lassen** (Erman/Westermann, BGB-Kommentar, § 12 Rn. 16). Dementsprechend geht die Klägerin auch nicht gegen zahlreiche Vereine und Unternehmen vor, die den Stadtnamen verwenden, um ihre Geschäfte zu führen. Dabei ergibt sich aus den Zusätzen, die dem Stadtnamen beigefügt werden, die Unterscheidungskraft zur Namensträgerin.“*

Es ist zwar einzuräumen, dass die Entscheidung des LG Düsseldorf nicht primär verfahrensrechtliche Fragen zum Gegenstand hatte. Die Kernaussage, dass hinter der zusatzfreien Namensangabe einer Gebietskörperschaft im Regelfall auch diese selbst zu vermuten sei, ist aber durchaus auf den vorliegenden Fall übertragbar. Damit ist auch die Erkennbarkeit der Behörde gegeben. Für die Zukunft wäre eine eindeutigere Zuordnung des Signierenden zur jeweiligen Behörde zur Ausräumung von Zweifeln jedoch sicherlich wünschenswert.

Als **Zwischenergebnis** lässt sich somit festhalten, dass die hier vorliegende elektronische Abgeschlossenheitsbescheinigung den Anforderungen des § 137 Abs. 1 S. 2 GBO genügt. Sie könnte damit als solche an das Grundbuchamt übermittelt werden, wenn dies unter Beibehaltung des ursprünglichen Signaturzertifikats technisch möglich wäre.

c) Übermittlung einer beglaubigten Abschrift

Errichtet der Notar nun eine elektronisch beglaubigte Abschrift des öffentlichen elektronischen Do-

kuments, so ist die Signatur Bestandteil des zu beglaubigenden Ausgangsdokuments, weshalb sich der Beglaubigungsvermerk auch hierauf zu erstrecken hat (Winkler, § 39a Rn. 25). Daher hat die elektronisch beglaubigte Abschrift der elektronischen Abgeschlossenheitsbescheinigung hinsichtlich des Nachweises der Behördeneigenschaft keinen geringeren Beweiswert als das elektronische Ausgangsdokument. Es verhält sich insoweit nicht anders, als wenn der Notar eine (in Papierform oder elektronisch) beglaubigte Abschrift einer papiergebundenen Abgeschlossenheitsbescheinigung beim Grundbuchamt einreicht.

d) Exkurs: Anforderungen an den Aufteilungsplan

Für den Aufteilungsplan kann sinngemäß auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Zwar muss der Aufteilungsplan nach § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 WEG von der Baubehörde mit Unterschrift und Stempel oder Siegel versehen sein. Für den Fall der elektronischen Erteilung bestimmt § 8 Abs. 3 S. 2 AVA, dass an deren Stelle eine qualifizierte elektronische Signatur tritt, wobei das der Signatur zugrundeliegende qualifizierte Zertifikat die Behörde erkennen lassen muss. Somit stellt sich hier wiederum die Frage nach der Erkennbarkeit der Behörde im Signaturzertifikat.

3. Abschließende Zusammenfassung

Die Beglaubigung der elektronischen Abschrift eines elektronischen Dokuments, das mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist, ist möglich. Im Beglaubigungsvermerk ist das Ergebnis der Signaturprüfung zu dokumentieren. Dies umfasst nicht nur die Angabe, dass die Signaturprüfung erfolgreich war, sondern u. E. auch, wer als Inhaber des Signaturzertifikats ausgewiesen ist.

Eine elektronische Abgeschlossenheitsbescheinigung genügt im Grundbuchverfahren, wenn sie mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist und das der Signatur zugrunde liegende qualifizierte Zertifikat die Behörde erkennen lässt, § 137 Abs. 1 S. 2 GBO. Für die Erkennbarkeit der Behörde dürfte die Angabe einer E-Mail-Adresse genügen, die eindeutig der Behörde zuzuordnen ist. Alternativ kann auch eine elektronisch beglaubigte Abschrift einer solchen elektronischen Abgeschlossenheitsbescheinigung übermittelt werden.

Aktuelles

Reformiertes Stiftungszivilrecht zum 1.7.2023

Ab dem 1.7.2023 gelten die neuen Bestimmungen des BGB zum Stiftungszivilrecht. Damit tritt ein wesentlicher Teil der Stiftungsrechtsreform in Kraft (Art. 11

Abs. 2 des Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts und zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes v. 16.7.2021, BGBl. I 2021, S. 2947 [StiftRRG]), deren Hauptanliegen die abschließende bundesrechtliche Regelung des materiellen Stiftungsrechts und die Einführung eines Stiftungsregisters sind. Auf das Stiftungsregister muss der Rechtsverkehr allerdings noch eine Weile warten: Das neugeschaffene Stiftungsregistergesetz (StiftRG) gilt im Wesentlichen erst ab dem 1.1.2026 (Art. 11 Abs. 1 Nr. 2 StiftRRG).

Die Regelungen des BGB zum Stiftungsrecht in den §§ 80 ff. BGB sind erheblich erweitert und umgestaltet worden. Für den Notar von besonderem Interesse ist zunächst § 81 Abs. 3 BGB n. F.: Hiernach bedarf das Stiftungsgeschäft unter Lebenden der schriftlichen Form (so im Grundsatz bisher schon § 81 Abs. 1 S. 1 BGB), wenn nicht in anderen Vorschriften „ausdrücklich“ eine strengere Form vorgeschrieben ist. Damit ist laut Regierungsbegründung klargestellt, dass Formerfordernisse für Verträge – insbesondere § 311b Abs. 1 BGB und § 15 Abs. 4 GmbHG – nicht „analog“ auf das Stiftungsgeschäft anzuwenden sind (BT-Drucks. 19/28173, S. 50). Diese Frage war bis zuletzt umstritten (vgl. OLG Köln DNotZ 2022, 630, das sich für die Anwendung von § 311b Abs. 1 BGB ausgesprochen hat). Weitere wichtige Neuerungen sind u. a. eine eigenständige Norm zur Vorstandsvertretung (§ 84 Abs. 2 u. 3 BGB n. F.; bisher Verweis auf das Vereinsrecht in § 86 BGB), die Erleichterung von Satzungsänderungen (§§ 85 f. BGB n. F.) und die Vorschriften zur Stiftungsumwandlung (Zulegung und Zusammenlegung, §§ 86 ff. BGB n. F., bisher nur vereinzelt landesrechtlich geregelt).

Nicht beseitigt ist – jedenfalls bis zur Schaffung des Stiftungsregisters – das Problem, die Existenz der Stiftung und die Vertretungsbefugnis ihres Vorstands im Grundstücksverkehr nachzuweisen. Die Praxis wird sich einstweilen noch mit Vertretungsbescheinigungen der Stiftungsbehörden behelfen müssen. Diese werden aber etwa in Bayern für privatnützige Stiftungen bürgerlichen Rechts nicht erteilt.

Rechtsprechung

BGB §§ 119 Abs. 1 Alt. 1, 1953

Kein zur Anfechtung berechtigender Inhaltsirrtum bei Irrtum des Ausschlagenden über nächstberufene Person bei sog. lenkender Ausschlagung

Irrt sich der eine Erbschaft Ausschlagende bei Abgabe seiner Erklärung über die an seiner Stelle in die Erbfolge eintretende Person, ist dies nur ein Irrtum über eine mittelbare Rechtsfolge der Ausschlagungs-

erklärung aufgrund anderer rechtlicher Vorschriften. Ein solcher Motivirrtum berechtigt nicht zur Anfechtung gemäß § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB.

BGH, Beschl. v. 22.3.2023 – IV ZB 12/22

Problem

Der Erblasser verstarb 2018 ohne Hinterlassung einer letztwilligen Verfügung. Sämtliche Abkömmlinge des Erblassers schlugen durch notariell beglaubigte Erklärungen gegenüber dem Nachlassgericht die Erbschaft mit dem Ziel aus, dass die Witwe des Erblassers Alleinerbin aufgrund gesetzlicher Erbfolge wird. Nachfolgend beantragte die Witwe einen Erbschein, der sie als Alleinerbin aufgrund gesetzlicher Erbfolge ausweisen sollte. Das Nachlassgericht wies darauf hin, dass die überlebende Ehegattin gem. § 1931 Abs. 1 BGB nur Alleinerbin sei, soweit weder Erben erster und zweiter Ordnung noch Großeltern vorhanden seien. Daraufhin forcht der Sohn des Erblassers und der Witwe (S1), der die Erbschaft aus allen in Betracht kommenden Gründen ausgeschlagen hatte, seine Ausschlagungserklärung durch notariell beglaubigte Erklärung fristgerecht wegen Irrtums an. Er trug vor, die Ausschlagung der Erbschaft sei erfolgt, damit die Witwe Alleinerbin werde und als Alleineigentümerin einer Eigentumswohnung eingetragen werde, er nunmehr aber Kenntnis davon erhalten habe, dass durch die Ausschlagungserklärung sämtlicher Kinder des Erblassers dessen Halbgeschwister Miterben würden.

Anschließend beantragten die Witwe sowie S1 einen gemeinschaftlichen Erbschein, der sie als Miterben zu je ein Halb ausweisen sollte. Das Nachlassgericht wies darauf hin, da aus seiner Sicht die Anfechtungserklärung unwirksam ist, da es sich bei der Fehlvorstellung über die Rechtsfolgen der Ausschlagung um einen unbeachtlichen Motivirrtum handele. Es wies den Erbscheinsantrag daher zurück. Die dagegen gerichtete Beschwerde wies das OLG Hamm nach Ermittlung der väterlichen Verwandten zweiter Ordnung zurück, ließ aber die Rechtsbeschwerde zu.

Entscheidung

Der BGH hält die eingelegte **Rechtsbeschwerde** für **unbegründet**. Der Erbscheinsantrag sei zurecht zurückgewiesen worden, da S1 infolge **wirksamer Ausschlagung** der Erbschaft nicht zur Erbfolge gelangt sei. Aus Sicht des BGH ist die Wirkung der Ausschlagung nicht durch die Anfechtungserklärung des S1 beseitigt worden, da **kein rechtlich beachtlicher Anfechtungsgrund** vorliege. Eine Anfechtung der Ausschlagung (wie der Annahme) der Erbschaft sei nur nach den allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen unter Lebenden gem. §§ 119 ff. BGB zulässig. Wenn sich

der Erklärende – wie hier – über **Rechtsfolgen seiner Willenserklärung** irre, sei ein zur Anfechtung berechtigender **Inhaltsirrtum** nur gegeben, wenn das vorgenommene Rechtsgeschäft **wesentlich andere als die beabsichtigten Wirkungen** erzeuge. Der **Irrtum über** nicht erkannte zusätzliche oder **mittelbare Rechtswirkungen**, die zu den gewollten und eingetretenen Rechtsfolgen hinzutreten, sei dagegen lediglich ein **unbeachtlicher Motivirrtum**.

Ob im Falle einer sog. „**lenkenden Ausschlagung**“, bei der es dem Ausschlagenden gerade um den Anfall der Erbschaft an einen bestimmten Dritten ankommt, ein zur Anfechtung berechtigender Irrtum über die unmittelbaren Rechtsfolgen oder ein lediglich als Motivirrtum anzusehender Irrtum über die mittelbaren Rechtsfolgen vorliege, sei in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung sowie in der Literatur seit geraumer Zeit stark umstritten (für beachtlichen Inhaltsirrtum beispielsweise OLG Düsseldorf ZEV 2019, 469 Rn. 22; ZEV 2018, 85, 87; für unbeachtlichen Motivirrtum dagegen z. B. KG ZEV 2020, 152 Rn. 26 f.; OLG Frankfurt a. M. ZEV 2017, 515 Rn. 16 ff.; OLG Hamm FGPrax 2011, 236 f.; OLG München NJW 2010, 687). Der BGH schließt sich der letztgenannten Ansicht an. Aus seiner Sicht stellt der Irrtum über die nach Ausschlagung ersatzberufene Person nur einen **Irrtum über eine mittelbare Nebenfolge der Ausschlagungserklärung** dar. Unmittelbarer Gehalt der Ausschlagungserklärung sei lediglich der Verlust der zugefallenen Rechtsstellung (§ 1953 Abs. 1 BGB) und der Anfall an den Nächstberufenen (§ 1953 Abs. 2 BGB). Wer Nächstberufener sei, richte sich dann nach der gewillkürten Erbfolge oder den gesetzlichen Vorschriften.

Eine Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeit im vorliegenden Fall hält der BGH außerdem im Interesse der Rechtssicherheit für erforderlich. Eine erweiterte Anfechtungsmöglichkeit widerspräche der besonderen Interessenlage bei der Ausschlagung, den durch den Selbsterwerb herbeigeführten Schwebezustand durch Annahme oder Fristablauf nach verhältnismäßig kurzer Zeit zu beseitigen.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Alexander König

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1204, 1273, 1274; BeurkG § 9 – Bestimmbarkeit der verpfändeten Forderung; Umfang der Verlesungspflicht hinsichtlich der gesicherten Forderung

BGB § 1030; GBO § 23 Abs. 2 – Nießbrauch; Löschungserleichterung; Lastentragung

Veranstaltungen

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1204, 1273, 1274; BeurkG § 9 Bestimmbarkeit der verpfändeten Forderung; Umfang der Verlesungspflicht hinsichtlich der gesicherten Forderung

I. Sachverhalt

In einem Vertrag, mit dem Geschäftsanteile an einer deutschen GmbH verpfändet werden, ist zum Sicherungszweck der Verpfändung Folgendes geregelt:

„Die Verpfändungen an den Pfandnehmer dienen der Sicherung aller bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche des Pfandnehmers aus den Darlehensverträgen vom (...) unter der Darlehensnummer 123 zwischen der A-GmbH und der B-GmbH sowie unter der Darlehensnummer 456 zwischen der C-GmbH und der D-GmbH, insbesondere dem jeweiligen Rückzahlungs- und Zinsanspruch (einschließlich etwaiger Verzugszinsen) sowie aller weiteren im Zusammenhang mit dem vorgenannten Darlehensvertrag stehenden Ansprüche (z.B. Schadenersatz- und Kostenerstattungsansprüche).

Der Inhalt der vorgenannten bereits unterzeichneten Darlehensverträge ist den Vertragsteilen nach Angabe im Einzelnen genau bekannt. Die Vertragsteile stimmen darin überein, dass die vorgenannten Bezugnahmen zur ausreichenden Identifizierung der gesicherten Forderungen ausreichen. Die vorgenannten Darlehensverträge sind daher rein zu Dokumentationszwecken als Anlage zu dieser Urkunde genommen.“

Im Schrifttum findet sich die Aussage, der Kreditvertrag sei der Urkunde beizufügen und zu verlesen, wenn die gesicherte Forderung im Verpfändungsvertrag nicht hinreichend bestimmt genannt und lediglich auf den Kreditvertrag Bezug genommen werde. Zudem wird mitunter ausgeführt, dass die gesicherte Forderung nur dann hinreichend bestimmt sei, wenn Angaben zu Gläubiger, Schuldner, Zahlungsbetrag der Forderung sowie Entstehungsgrund und -datum enthalten seien. Dagegen wird eingewandt, dies erscheine im Hinblick auf die Komplexität von modernen Kreditverträgen im Geschäftsleben zu eng. Ansonsten müsste konsequenterweise der Kreditvertrag beigelegt und verlesen werden. Soweit vertreten werde, dass die Höhe der (Darlehens-) Forderung im Pfandvertrag ausdrücklich genannt werden müsse, stelle sich die Folgefrage, welchen Anwendungsbereich in diesem Fall § 1204 Abs. 2 BGB habe und wie eine Anteilsverpfändung bei einem Rahmen-

kreditvertrag möglich wäre, bei dem die Höhe der Forderung im Zeitpunkt der Verpfändung nicht feststehe.

II. Fragen

1. Ist die durch die Verpfändung gesicherte Forderung hinreichend bestimmt?

2. Ist eine Verpfändung wirksam, wenn beim Rechtsgrund der Verpfändung ausgeführt wird, dass die Verpfändung der Sicherung aller gegenwärtigen und künftigen Forderungen aus dem Darlehensvertrag vom (...) zwischen der A-GmbH und der X-Bank dient (Darlehens- bzw. Kreditvertragsnummer 12345)?

III. Zur Rechtslage

1. Problemaufriss

Der Geschäftsanteil an einer GmbH kann Gegenstand einer Rechtsverpfändung gem. §§ 1273 Abs. 1, 1274 BGB sein. Die **Verpfändung erfolgt gem. § 1274 Abs. 1 BGB** in derselben Form wie die Abtretung, also im Falle der Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen gem. § 15 Abs. 3 GmbHG **durch notariell beurkundeten Vertrag** zwischen dem Gesellschafter als Verpfänder und dem Pfandnehmer (vgl. BeckOGK-BGB/Leinenweber, Std.: 1.2.2023, § 1274 Rn. 143). Das Formgebot bezieht sich auf die Pfandrechtsbestellung. Für die zugrunde liegende schuldrechtliche Vereinbarung genügt nach h. M. ein formloser Vertrag (RGZ 58, 223; Blath, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 5. Aufl. 2023, Kap. 13 Rn. 98; Kallrath, in: Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 3. Aufl. 2022, § 16 Rn. 740; MünchKommBGB/F. Schäfer, 9. Aufl. 2023, § 1274 Rn. 59; von Rom, WM 2007, 2223, 2224 f.; a. A. noch MünchKommBGB/Damrau, 8. Aufl. 2020, § 1274 Rn. 57; BeckOGK-BGB/Leinenweber, § 1274 Rn. 143).

Der Verpfändungsvertrag muss neben dem verpfändeten Recht (hier: Geschäftsanteile) zudem wegen der strengen **Akzessorietät** des Pfandrechts auch die **Forderung bezeichnen**, die gesichert werden soll (BeckOGK-BGB/Leinenweber, § 1274 Rn. 7; Kallrath, § 16 Rn. 741). Insofern reicht nach einhelliger Auffassung die **Bestimmbarkeit** hinsichtlich der gesicherten Forderung aus (vgl. Löbke, in: GroßkommGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 15 Rn. 163; von Rom, WM 2007, 2223, 2226; Blath, in: Heckschen/Heidinger, Kap. 13 Rn. 99; Kallrath, § 16 Rn. 741).

2. Bedeutung für die Mitbeurkundung des Darlehensvertrags

Die Frage der hinreichenden Bestimmtheit der gesicherten Forderung bei der Verpfändung von Geschäftsanteilen ist noch nicht abschließend geklärt. Im Schrifttum

wird ausdrücklich empfohlen, die Passagen des Darlehensvertrags im Rahmen des Verpfändungsvertrags mit zu beurkunden, auf deren Regelungsinhalt verwiesen wird (Löbke, § 15 Rn. 163; MünchKommGmbHG/Reichert/Weller, 4. Aufl. 2022, § 15 Rn. 285). Nach unserer Auffassung ist es hingegen grundsätzlich **vertretbar**, von einer **Mitbeurkundung** des zugrunde liegenden Darlehensvertrags **abzusehen**. Die zu sichernde Forderung muss lediglich **bestimmbar**, d. h. hinreichend in der notariellen Niederschrift konkretisiert sein, beispielsweise durch Angabe von Datum und Nummer des Darlehensvertrags, Bezeichnung von Darlehensgeber und Darlehensnehmer, Angabe der Höhe der Forderung und Nennung des Darlehenszwecks.

Der Inhalt des Darlehensvertrags – und zwar freilich wenn überhaupt nur auszugsweise, nämlich soweit zur Bestimmung der gesicherten Forderung erforderlich – könnte **allenfalls dann mitzubeurkunden** sein, wenn dies **zur Bestimmbarkeit der gesicherten Forderung zwingend erforderlich wäre** (so die inzwischen wohl h. L., vgl. Blath, in: Heckschen/Heidinger, Kap. 13 Rn. 101; Kallrath, § 16 Rn. 741; Reymann, DNotZ 2005, 425, 428; Gerber, in: Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, 2010, D.V.1. Anm. 3). Dies dürfte indes **grundsätzlich nicht der Fall** sein. Vielmehr reicht eine Bestimmbarkeit in der oben genannten Form aus, wenn also die gesicherte Forderung konkret und zweifelsfrei im notariellen Pfändungsvertrag beschrieben wird. Insofern muss der Darlehensvertrag nicht, auch nicht auszugsweise, der notariellen Urkunde der Verpfändung beigelegt oder gar mitverlesen werden.

Demnach ist den folgenden Ausführungen *Kallraths* beizupflichten:

„Der der Forderung zugrundeliegende Vertrag ist nicht Gegenstand der Verpfändungsvereinbarung, also auch nicht mitzubeurkunden. Wenn die gesicherte Forderung in der Verpfändungsurkunde eindeutig bezeichnet ist, besteht also kein Erfordernis, den der Forderung zugrundeliegenden Vertrag als Anlage dem Verpfändungsvertrag beizufügen. (...) Etwas anderes gilt nur, wenn – was ohne weiteres vermieden werden kann – die Forderung in der Verpfändungsurkunde nicht hinreichend identifiziert ist.“

(Kallrath, § 16 Rn. 741; Herv. d. DNotI)

An dem letzten Satz *Kallraths*, der von einer leichten Vermeidbarkeit der fehlenden hinreichenden Identifizierung spricht, zeigt sich, dass es maßgeblich auf die präzise textliche Beschreibung des gesicherten Anspruchs

ankommt. Wird diese eingehalten, bedarf es keiner Beifügung – und erst recht keiner Verlesung – des bereits abgeschlossenen Darlehensvertrags. Im Schrifttum wird daher zutreffend ausgeführt, dass der dem gesicherten Anspruch zugrundeliegende Kreditvertrag nicht – auch nicht auszugsweise – mitbeurkundet werden muss (vgl. von Rom, WM 2007, 2223, 2226; Scholz/Seibt, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 15 Rn. 174; Wenstrup, in: Gebele/Scholz, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 14. Aufl. 2022, IX.22. Anm. 1).

3. Sonderfall: Höhe des gesicherten Anspruchs noch unklar

Zur Beantwortung der Frage, ob die konkrete **Höhe** der gesicherten Forderung zwingend angegeben werden muss, gilt es, den Begriff der **Bestimmbarkeit**, der übereinstimmend für ausreichend und erforderlich erachtet wird (dazu oben Ziff. 1), näher zu betrachten. Dass die Bestimmbarkeit ausreicht, geht auf das – insofern auch heute noch wegweisende – Urteil des RG v. 21.6.1932–VII 467/31, RGZ 136, 422 zur Verpfändung einer Grundschuld zurück (vgl. Blath, in: Heckschen/Heidinger, Kap. 13 Rn. 99).

Dort führte das RG aus:

*„Die Erklärung über die Verpfändung einer Grundschuld muss also auch die Forderung nennen, die durch die Verpfändung gesichert sein soll (...). **Nicht erforderlich** ist allerdings, daß die Forderung **in allen ihren Einzelheiten in der Urkunde angegeben ist**; (...); es dürfen zur Auslegung Umstände außerhalb der Urkunde herangezogen werden; aber **die Forderung muß doch irgendwie, wenn auch nur unvollkommen, in der Urkunde bezeichnet sein**, sodaß sie wenigstens in Verbindung mit anderen Umständen festgestellt werden kann. Dies ist z.B. der Fall, wenn eine Sache oder ein Recht **wegen aller gegenwärtigen und zukünftigen Forderungen verpfändet wird** (...); dann kann **kein Zweifel** über die pfandgesicherten Forderungen entstehen, sie sind in der Urkunde hinreichend deutlich bestimmt.“*

(RGZ 136, 422, 424 f.; Herv. d. DNotI)

Demnach ist es möglich, **ohne Beurkundung des Darlehensvertrags** eine Verpfändung von Geschäftanteilen für **künftige Forderungen**, die (nur) der **Höhe nach noch unbestimmt** sind, vorzunehmen (das Problem der Übersicherung hier einmal ausgeklammert). Jedoch ist es stets – und allein – erforderlich, dass aus der Urkunde hinreichend deutlich hervorgeht, welche Forderungen gesichert sind. Es zeigt sich, dass es – vor dem Hintergrund der Akzessorietät des Pfandrechts (vgl. oben Ziff. 1) – **nicht um eine Formfrage**, son-

dern eine **Frage des Inhalts und der Bestimmtheit der gesicherten Forderung** geht. Denn selbst wenn der Darlehensvertrag mitbeurkundet würde, könnte die zu sichernde Forderung nicht hinreichend deutlich bestimmt sein. Die Frage ist also nicht, ob die konkrete Höhe der Forderung anzugeben ist, sondern wie präzise die gesicherte Forderung bezeichnet werden muss, damit sie hinreichend bestimmt ist. Sollte der Darlehensvertrag insofern Unklarheiten beinhalten, würde auch eine Verlesung dessen vollständigen Inhalts nicht helfen.

Es lässt sich aus der oben zitierten Passage der Reichsgerichtsentscheidung ableiten, dass es möglich ist, in der Urkunde **textlich eine präzise Beschreibung auch eines künftigen gesicherten Anspruchs vorzunehmen**. Es ist nicht erforderlich, die konkrete Höhe der Forderung festzulegen. Entscheidend ist jedoch eine so genaue Beschreibung, dass der gesicherte (ggf. künftige, §§ 1273 Abs. 2 S. 1, 1204 Abs. 2 BGB) Anspruch aus der Urkunde heraus **zweifelsfrei bestimmbar und identifizierbar** ist (vgl. auch von Rom, WM 2007, 2223, 2226 Fn. 31).

Eine Verpfändung ist daher grds. wirksam, wenn beim Rechtsgrund der Verpfändung ausgeführt wird, dass die Verpfändung der Sicherung aller gegenwärtigen und künftigen Forderungen aus dem Darlehensvertrag vom (...) zwischen der A-GmbH und der X-Bank dient (Darlehens- bzw. Kreditvertragsnummer 12345). Das vom Reichsgericht aufgestellte Erfordernis, wonach die Forderung „irgendwie, wenn auch nur unvollkommen“ in der Urkunde bezeichnet sein muss, sodass sie zumindest in Verbindung mit anderen Umständen festgestellt werden kann, dürfte hier grundsätzlich erfüllt sein. Gleichwohl ist darauf hinzuweisen, dass es sich auch um Ansprüche „aus dem Darlehensvertrag“ handeln muss, wenn diese durch eine solche Verpfändung gesichert sein sollen. Dies dürfte bei Schadenersatzansprüchen der Fall sein, sofern es sich um solche handelt, die ihre Grundlage in der Verletzung von Pflichten aus dem Darlehensvertrag haben (§§ 280 ff. BGB), nicht hingegen, wenn es beispielsweise um deliktische Ansprüche sonstiger Art ginge. Ähnliches gilt u. E. für Kostenerstattungsansprüche – resultieren diese aus dem Darlehensvertrag, liegt eine hinreichende Bestimmbarkeit vor. Handelt es sich aber beispielsweise um Kostenerstattungsansprüche aus einem neben dem Darlehensvertrag bestehenden allgemeinen Zahlungsdienstvertragsvertrag, so läge die erforderliche Bestimmtheit der Forderung nicht vor. Daran würden aber auch die Beurkundung und Mitverlesung des (gesamten) Darlehensvertrags nichts ändern, was erneut aufzeigt, dass es **nicht um eine Frage der Form, sondern des Inhalts und der Bestimmtheit der gesicherten Forderung** geht.

BGB § 1030; GBO § 23 Abs. 2 Nießbrauch; Löschungserleichterung; Lasten- tragung

I. Sachverhalt

Anlässlich der Überlassung von Grundbesitz wurde von den Veräußerern ein Nießbrauch vorbehalten mit folgendem Wortlaut:

„Der Inhalt des Nießbrauchs richtet sich nach den gesetzlichen Bestimmungen jedoch mit der Abänderung, dass sämtliche Kosten und Lasten, welche nach den gesetzlichen Bestimmungen vom Eigentümer zu tragen sind, vom Nießbraucher getragen werden.“

Eine Vorlöschungsklausel ist nicht vereinbart. Das Grundbuchamt fragt nun an, ob eine solche gewünscht sei und regt an, die Eintragung einer solchen zu beantragen.

II. Fragen

1. Ist beim Nießbrauch eine Vorlöschungsklausel zulässig, wenn *sämtliche* Kosten und Lasten vom Nießbraucher zu tragen sind, Rückstände von Leistungen beim Eigentümer somit nicht entstehen können?

2. Kann die Löschung eines solchen Nießbrauch, der ohne Vorlöschungsklausel eingetragen ist, auch schon vor Ablauf eines Jahres nach dem Tod des Nießbrauchers unter Vorlage einer Sterbeurkunde beantragt werden?

III. Zur Rechtslage

1. Möglichkeiten der Ausgestaltung der Pflicht zur Erhaltung (§ 1041 BGB) und zur Lastentragung (§ 1047 BGB) bei Vereinbarung eines Nießbrauchsrechts an einem Grundstück

Nach der gesetzlichen Regelung hat der Nießbraucher für die **Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand** zu sorgen, § 1041 S. 1 BGB. Ausbesserungen und Erneuerungen sind von ihm nur insoweit vorzunehmen, als sie zu der **gewöhnlichen Unterhaltung** der Sache gehören, § 1041 S. 2 BGB. Die Regelung des § 1041 S. 1 BGB konkretisiert § 1036 Abs. 2 BGB, wonach der Nießbraucher bei der Ausübung des Nutzungsrechts die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten und nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zu verfahren hat (MünchKommBGB/Pohlmann, 9. Aufl. 2023, § 1041 Rn. 1; BeckOK-BGB/Reischl, Std.: 1.5.2023, § 1041 Rn. 1).

Daneben hat der Nießbraucher nach § 1047 BGB die auf der Sache ruhenden **öffentlichen Lasten** mit Aus-

schluss der außerordentlichen Lasten, die als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind, sowie diejenigen privatrechtlichen Lasten zu tragen, welche schon zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs auf der Sache ruhten. **Außerordentliche** Lasten sind solche, die nicht ständig wiederkehren und nur ausnahmsweise anfallen (BGH NJW 1956, 1070; BeckOGK-BGB/Servatius, Std.: 1.5.2023, § 1047 Rn. 16). Als **auf den Stammwert der Sache angelegt** sind solche außergewöhnlichen Lasten, die nach Sinn und Zweck der sie begründenden Abgabevorschrift nicht aus den Erträgen zu leisten sind, sondern deren Erfüllung aus der Substanz erwartet wird. Als Beispiele werden Anlieger- und Erschließungsbeiträge genannt (MünchKommBGB/Pohlmann, § 1047 Rn. 7).

Bei § 1047 BGB handelt es sich um eine **dispositive Vorschrift** (BGH NJW 1974, 641; BeckOGK-BGB/Servatius, § 1047 Rn. 5 m. w. N.), von deren Inhalt zu Lasten des Nießbrauchers mit dinglicher Wirkung abgewichen werden kann. Die Dispositivität von § 1041 BGB ist hingegen **umstritten** (BeckOGK-BGB/Servatius, § 1041 Rn. 6, 19, 35). Die Pflicht zur Erhaltung der Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand (§ 1041 S. 1 BGB) gehöre zum Wesenskern des Nießbrauchsrechts und sei damit dinglich unabdingbar (MünchKommBGB/Pohlmann, § 1041 Rn. 8 m. w. N. für beide Sichtweisen).

Der Streit um die Abdingbarkeit von § 1041 S. 1 BGB ist für die vorliegende Konstellation jedoch unerheblich, da insoweit lediglich streitig ist, ob dem *Eigentümer* die Erhaltungspflichten aufgebürdet werden können. Vorliegend sollten sie aber gerade vom *Nießbraucher* getragen werden, sodass insoweit nicht von der gesetzlichen Konzeption abgewichen wurde.

Die Regelung des § 1041 S. 2 BGB kann hingegen nach der h. M. mit dinglicher Wirkung zulasten des Nießbrauchers abgeändert werden. Dem Nießbraucher können also auch die Kosten solcher Ausbesserungen und Erneuerungen aufgebürdet werden, die über die gewöhnliche Unterhaltung der Sache hinausgehen (BeckOGK-BGB/Servatius, § 1041 Rn. 35; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1041 Rn. 9 m. w. N.). Denkbar ist insofern nach neuerer obergerichtlicher Rechtsprechung sogar, die Pflicht zum Wiederaufbau eines zerstörten Hauses mit dinglicher Wirkung zu vereinbaren (OLG Bremen MittBayNot 2022, 47).

Krauß weist zutreffend darauf hin, dass § 1041 S. 2 BGB bzw. eine hiervon abweichende vertragliche Modifizierung nicht bestimmt, wer im Verhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer zur **Vornahme** der außergewöhnlichen Ausbesserungs- und Erneuerungs-

arbeiten verpflichtet ist (Krauβ, Vermögensnachfolge in der Praxis, 6. Aufl. 2022, Rn. 1617; vgl. BeckOGK-BGB/Servatius, § 1041 Rn. 30). Sofern gewünscht ist, dass der Nießbraucher gegenüber dem Eigentümer auch zur Vornahme dieser Maßnahmen verpflichtet ist, ist die Regelung des **§ 1036 Abs. 2 BGB** entsprechend zu modifizieren (s. Muster Krauβ, Rn. 1625).

Die mitgeteilte Klausel stellt somit eine Modifizierung der Kostentragungsregelungen der § 1041 S. 2, § 1047 BGB im Verhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher dar, deren rechtliche Wirksamkeit nach dem Vorstehenden nicht zu bezweifeln ist. Gleichwohl ist zu bemerken, dass eine Modifizierung der Erhaltungspflicht des § 1036 Abs. 2 BGB (Pflicht zur **Vornahme** der Ausbesserungs- und Erneuerungsmaßnahmen i. S. d. § 1041 S. 2 BGB) der Formulierung jedenfalls dem Wortlaut nach nicht zu entnehmen ist.

2. Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Nießbrauchsrechts nach Ableben des Berechtigten

a) Allgemeines zu Löschungserleichterungsklauseln (§ 23 Abs. 2 GBO)

Nach § 23 Abs. 1 Hs. 1 GBO darf ein Recht, das wie der Nießbrauch (§ 1061 BGB) unvererblich ist und mit dem Tod des Berechtigten erlischt, nach dessen Tod, **falls Rückstände von Leistungen nicht ausgeschlossen sind**, nur mit Bewilligung des Rechtsnachfolgers gelöscht werden, wenn die Löschung vor dem Ablauf eines Jahres nach dem Tod des Berechtigten erfolgen soll oder wenn der Rechtsnachfolger der Löschung bei dem Grundbuchamt widersprochen hat. Entscheidend ist insoweit nicht, ob **im konkreten Einzelfall** Rückstände ausgeschlossen sind, sondern allein, ob solche **nach der Art des eingetragenen Rechts** objektiv möglich sind (OLG München DNotZ 2013, 23, 24; **typisierte Betrachtung**, Schäfer, in: Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 24 Rn. 30; Böttcher, MittRhNotK 1987, 219, 222).

Nach **§ 23 Abs. 2 GBO** bedarf es der Bewilligung des Rechtsnachfolgers nicht, wenn im Grundbuch eingetragen ist, dass zur Löschung des Rechtes der Nachweis des Todes des Berechtigten genügen soll, sog. **„Vorlöschungsklausel“** oder „Löschungserleichterungsvermerk“ (Lülsdorf, MittRhNotK 1994, 129).

Die gängigen Formularbücher zu Nießbrauchsrechten sowie Kommentierungen zu § 23 GBO raten dazu, stets und unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Kosten- und Lastentragungspflicht im Grundbuch eine solche Klausel eintragen zu lassen, da beim Nießbrauch Rückstände nicht ausgeschlossen sein sollen (Krauβ, Rn. 1624, 1625; Franck, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichts-

barkeit, 27. Aufl. 2023, § 63 Rn. 12; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1391; Schäfer, in: Bauer/Schaub, § 24 Rn. 36; BeckOK-GBO/Wilsch, Std.: 28.4.2023, § 23 Rn. 8; Lemke/Zimmer, GBO, 3. Aufl. 2022, § 23 Rn. 4; s. a. Maaß, in: Limmer/Hertel/Frenz, Würzburger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2022, Teil 2 Kap. 1 Rn. 102). Auch die Rechtsprechung geht davon aus, dass beim Nießbrauch Rückstände denkbar sind (OLG Dresden BeckRS 2021, 4126 Rn. 20; OLG München DNotZ 2013, 23, 24).

Fraglich ist nun, ob bei einer weitestmöglichen Abweichung von §§ 1041 S. 2, 1047 BGB zu *Lasten des Nießbrauchers* „Rückstände von Leistungen“ i. S. v. § 23 Abs. 1 Hs. 1 GBO nicht doch ausgeschlossen sind. Mit anderen Worten: Welche Leistungen soll der Nießbraucher denn überhaupt vom Grundstückseigentümer verlangen können, die nach dem Tod rückständig sein könnten, wenn der Nießbraucher ohnehin alle Kosten zu tragen hat? Wenn überhaupt, so stünden aufgrund der umfassenden Lastentragungspflicht des Nießbrauchers *dem Eigentümer* noch Ansprüche zu, nicht aber den durch § 23 Abs. 1 GBO geschützten Rechtsnachfolgern des Nießbrauchers.

Im Hinblick auf **Wohnungsrechte** (§ 1093 BGB), welche ebenfalls kraft Gesetzes (§ 1090 i. V. m. § 1061 BGB) auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt sind, gehen Literatur und Rechtsprechung davon aus, dass Rückstände durchaus ausgeschlossen sein können und in entsprechenden Fällen eine Löschungserleichterungsklausel nach § 23 Abs. 2 GBO nicht eingetragen werden kann (Lemke, § 23 Rn. 6; Schäfer, in: Bauer/Schaub, § 24 Rn. 38; Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 23 Rn. 12; OLG Hamm ZWE 2014, 83). Dies gelte allerdings nur dann, wenn nicht – wie wohl im Regelfall – gewisse Erhaltungspflichten des Eigentümers vereinbart würden, z. B. die Pflicht des Eigentümers zur Erhaltung der guten Wohnbarkeit und Beheizbarkeit (Böttcher, in: Meikel/Böttcher, GBO, 12. Aufl. 2021, § 24 Rn. 41), sondern ein sog. „rückstandsloses“ Wohnungsrecht vereinbart werde (Schöner/Stöber, Rn. 1269, 1270).

b) Rückständige Leistungen bei Nießbrauchsrechten: Mietzinsen

Die Literatur nennt als Beispiel für Rückstände beim Nießbrauch **Mietzinsen** (Lülsdorf MittRhNotK 1994, 129, 133; Böttcher, in: Meikel/Böttcher, § 24 GBO Rn. 38; BeckOK-GBO/Schäfer, § 24 Rn. 36; Demharter, § 23 Rn. 10), beschreibt den Fall, in dem Mietzinsen rückständig sind, allerdings nicht.

Mietzinsen **können rückständig sein**, wenn der Nießbraucher, der anders als der Wohnungsrechtsinhaber umfassend zur Ziehung von Nutzungen (§ 100 BGB)

berechtigt, also auch zur Vermietung ermächtigt ist, die mit dem Nießbrauch belastete Immobilie **an den Eigentümer zurückvermietet** (sog. Rheinische Hofübergabe, vgl. Krauß, Rn. 598, 1613). In dieser Konstellation könnte der Eigentümer den Rechtsnachfolgern des Nießbrauchers rückständige Mietzinsen schulden.

Fraglich ist allerdings, ob solche Mietzinsen „Rückstände“ i. S. v. §§ 23, 24 GBO sein können. Rückstände i. S. d. §§ 23, 24 GBO sind nämlich nur solche, die aus Ansprüchen folgen, die an der **Verdinglichungswirkung** der Grundbucheintragung teilhaben (Demharter, § 23 Rn. 10; Schäfer, § 24 Rn. 31).

Der Nießbrauch als dingliches Recht berechtigt den Nießbraucher zur Vermietung der Sache, der Nießbraucher wird Gläubiger der Mietforderung (Grüneberg/Herrler, BGB, 82. Aufl. 2023, § 1030 Rn. 4). Der Eigentümer hat die Nutzung durch den Nießbraucher **zu dulden**, § 903 S. 1 Alt. 2 BGB (BeckOK-BGB/Schäfer, § 1030 Rn. 1).

Ein zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher in Ausübung des Nießbrauchs abgeschlossenes Mietverhältnis und die daraus resultierenden mietvertragsrechtlichen Ansprüche des Nießbrauchers gegen den Eigentümer auf Zahlung von Mietzins (aktives Tun) dürften vor diesem Hintergrund nicht Teil des dinglichen Nießbrauchsrecht sein. Bei einem Mietverhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer handelt es sich auch nicht um ein Rechtsverhältnis, das die Beteiligten durch Grundbucheintragung „verdinglichen“ können (zur Frage von Rückständen aus verdinglichten schuldrechtlichen Ansprüchen s. Böttcher, MittRhNotK 1987, 219).

Eine weitere Konstellation, in der Mietzinsen rückständig sein könnten, ist folgende: Wenn die Immobilie zum Zeitpunkt der Nießbrauchsbestellung bereits vermietet war, so wird der Nießbraucher Gläubiger der Mietzinsforderung, wenngleich er nicht selbst den Mietvertrag mit dem Mieter abgeschlossen hat (Grüneberg/Herrler, § 1030 Rn. 4; BeckOK-BGB/Schäfer, § 1030 Rn. 28). In diesem Fall wären aus Unkenntnis des Mieters weiterhin an den Eigentümer bezahlte Mieten Nutzungen i. S. d. § 100 BGB, die aufgrund des Nießbrauchs bereits dem Berechtigten zustehen und die als Rückstände i. S. v. §§ 23, 24 GBO denkbar wären. Ebenfalls denkbar sind Fälle, in denen der Mietzins nachschüssig gezahlt wird und dies zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem der Nießbrauch aufgrund des Ablebens des Berechtigten materiell bereits erloschen ist. Solche Mietzinszahlungen – so sie denn an den Eigentümer erfolgen – sind ebenfalls Nutzungen, die im Verhältnis zwischen den Beteiligten rückständig sein können.

c) Rückständige Leistungen bei Nießbrauchsrechten: Ansprüche im Zusammenhang mit der Versicherung der nießbrauchsbelasteten Sache

Soweit ersichtlich, gibt es in der Literatur auch eine Ansicht, die die Rückstandsfähigkeit aufgrund von Mietrückständen ablehnt. Als Argument gegen die Rückstandsfähigkeit von Mietzinsen wird eingewandt, dass diese nicht „aus dem Grundstück“ zu zahlen seien (Güthes/Triebel, Grundbuchordnung, 6. Aufl. 1936, § 23 Rn. 7). Dies dürfte nach Vorstehendem (lit. b) jedenfalls für den Fall der Vermietung an den Eigentümer zutreffen.

Güthes/Triebel begründen die abstrakte Rückstandsfähigkeit allerdings mit § 1046 BGB (Güthes/Triebel, § 23 Rn. 7). Nach § 1046 Abs. 1 BGB erfasst der Nießbrauch auch eine Forderung des Eigentümers gegen den Versicherer (BeckOK-BGB/Reischl, § 1046 Rn. 1; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1046 Rn. 1). Dies gilt jedoch nur für die Fälle des § 1045 BGB, wenn mithin entweder der Nießbraucher die Sache selbst versichert (Abs. 1) oder aber die Prämien bezahlt hat (Abs. 2). § 1046 Abs. 1 BGB regelt damit einen Fall wirtschaftlicher und **dinglicher Surrogation** (BeckOGK-BGB/Servatius, § 1046 Rn. 4,8,9). An die Stelle der (untergegangen oder beschädigten) nießbrauchsbelasteten Sache tritt die **Forderung** gegen die Versicherung.

Für den Nießbrauch an der Forderung gegen die Versicherung gelten die Vorschriften der §§ 1076-1079 BGB. Dieser Normkomplex regelt den Nießbrauch an **verzinslichen** Forderungen. Diesem ist immanent, dass **dem Nießbraucher die Zinsen zustehen** (BeckOK-BGB/Reischl, § 1076 Rn. 1; BeckOGK-BGB/Servatius, § 1076 Rn. 13), nicht aber das uneingeschränkte Nutzungsrecht an dem **Betrag**, der in Erfüllung der Forderung bezahlt wird. Über diesen entscheiden Nießbraucher und Eigentümer gemeinsam, wobei die Vorstellungen des Eigentümers vorrangig sind (§ 1046 Abs. 2 BGB in Abweichung von § 1079 BGB).

Unter dem Aspekt rückständiger Leistungen (§ 23 Abs. 1 GBO) ist **folgende Konstellation** von Interesse: Der Nießbraucher ist umfassend zur Lasten- und Kostentragung verpflichtet (s.o.). Der Eigentümer hat die Sache versichert. Der Nießbraucher begleicht gemäß § 1045 Abs. 2 BGB die Versicherungsprämien. Es kommt zum Schadensfall. Die Versicherung bezahlt zum einen mangels Kenntnis von der Vereinbarung eines Nießbrauchsrechts **an den Eigentümer**. Der Nießbraucher hat diese Zahlung gemäß § 1046 Abs. 1 BGB i. V. m. § 1070 BGB i. V. m. § 407 Abs. 1 BGB gegen sich gelten zu lassen (MünchKommBGB/Pohlmann, § 1046 Rn. 3; BeckOK-BGB/Reischl, § 1046 Rn. 4). Zum anderen bezahlt die Versicherung verspä-

tet und kehrt mit dem Forderungsbetrag Zinsen an den Eigentümer aus. Sodann verstirbt der Nießbraucher und die Erben des Nießbrauchers fordern Auskehrung der Zinsen.

Zuzugeben ist, dass §§ 1045 und 1046 Abs. 2 BGB vollständig abdingbar sind (BeckOK-BGB/Reischl, § 1046 Rn. 9; BeckOGK-BGB/Servatius, § 1046 Rn. 3), so dass theoretisch eine Gestaltung denkbar wäre, in der rückständige Zinsen aus der Forderung gegen eine Versicherung von vornherein ausgeschlossen wären. Für die Praxis dürfte sich gleichwohl die Frage stellen, ob eine solche Modifikation der §§ 1045, 1046 BGB sachgerecht wäre.

Sofern allerdings die §§ 1045, 1046 BGB nicht zulasten des Nießbrauchers abbedungen werden, sind somit (abstrakt) Rückstände denkbar. Die Konstellation mag zwar ausgesprochen unwahrscheinlich sein, begründet jedoch aus dem dinglichen Recht heraus auch dann einen Rückstand, wenn der Nießbraucher zur Tragung sämtlicher Lasten und Kosten (§§ 1041, 1047 BGB) verpflichtet ist.

3. Ergebnis

Es sind auch bei weitestgehender Modifikation der §§ 1041, 1047 BGB zulasten des Nießbrauchers Rückstände i. S. d. §§ 23, 24 GBO aus dem Nießbrauchsrecht denkbar. Somit kann auch in diesen Fällen eine Vorlöschungsklausel i. S. v. § 23 Abs. 2 GBO eingetragen werden. Ohne eine solche Klausel gilt uneingeschränkt § 23 Abs. 1 GBO, sodass eine vorzeitige Löschung unter Vorlage der Sterbeurkunde nicht in Betracht kommt.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Dr. Philipp Theuersbacher

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1004, 1018, 1027, 1028 – Grunddienstbarkeit; Bauverbot; Verjährung des Beseitigungsanspruchs; Erlöschen der Grunddienstbarkeit

BGB §§ 13 f., 474; BeurkG § 17 – Aufdach-Fotovoltaikanlage auf selbstbewohntem Wohnhaus; Unternehmer-eigenschaft des Betreibers; Verkauf des Grundstücks samt Fotovoltaikanlage

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1004, 1018, 1027, 1028 Grunddienstbarkeit; Bauverbot; Verjährung des Beseitigungsanspruchs; Erlöschen der Grunddienstbarkeit

I. Sachverhalt

Im Grundbuch ist eine Grunddienstbarkeit eingetragen, welche nach der Bewilligung folgenden Inhalt aufweist:

„Das Kaufgrundstück darf vereinbarungsgemäß nur mit einem Einfamilienhaus oder einem Zweifamilienhaus bebaut werden.“

Die Grunddienstbarkeit wurde im Jahre 1925 eingetragen. Kurz danach wurde das Grundstück mit einem Mehrfamilienhaus bebaut.

II. Frage

Welche Rechte könnte der Berechtigte aus der vorge-nannten Grunddienstbarkeit heute noch herleiten?

III. Zur Rechtslage

1. Anspruch auf Beseitigung des Gebäudes

In Betracht kommt ein Anspruch des Berechtigten der Grunddienstbarkeit auf Beseitigung des Mehrfamilien-hauses aus § 1027 BGB i. V. m. § 1004 BGB.

Wird eine Grunddienstbarkeit beeinträchtigt, so stehen dem Berechtigten gem. § 1027 BGB die in § 1004 BGB bestimmten Rechte zu. Er kann also auch die **Beseiti-gung der Störung** verlangen.

Grundvoraussetzung hierfür ist, dass eine **Beeinträch-tigung der Grunddienstbarkeit** erfolgt. Beeinträchti-gung in diesem Sinn ist jede Störung oder Behinderung der rechtmäßigen Ausübung der Dienstbarkeit (BGH BeckRS 2023, 4049 Rn. 7). Die Rechtsprechung hat dies insbesondere in Fällen angenommen, in denen der **Ausbau eines Hauses entgegen den in einer Grund-**

dienstbarkeit festgelegten Baubeschränkungen erfolgt ist (vgl. BeckOGK-BGB/Kazele, Std.: 1.5.2023, § 1027 Rn. 18; BGH BeckRS 1967, 31174471). Daher ist auch vorliegend davon auszugehen, dass durch die Überschreitung der in der Dienstbarkeit festgelegten Baugrenzen eine Beeinträchtigung erfolgt ist, so dass der Berechtigte die Beseitigung verlangen kann. Der Beseitigungsanspruch dürfte dabei in dem Moment entstanden sein, als die Bebauung tatsächlich den gestatteten Rahmen überschritten hat.

Allerdings könnte der Beseitigungsanspruch **verjährt** sein.

Für Beseitigungsansprüche aus §§ 1027, 1004 BGB stellt sich mit Blick auf die **Unverjährbarkeit eingetragener Rechte (§ 902 Abs. 1 S. 1 BGB)** die grundsätzliche Frage, ob diese der Verjährung unterliegen. Der BGH differenziert wie folgt: Geht es um die Verwirklichung der Dienstbarkeit selbst, ist der Anspruch unverjährbar. Steht hingegen nur die Ausübung der Dienstbarkeit in Frage, unterliegt der Anspruch aus §§ 1027, 1004 BGB der regelmäßigen Verjährungsfrist (BGH NJW 2011, 518 Rn. 18 ff.; krit. Staudinger/Weber, BGB, 2017, § 1027 Rn. 26a). Im vorliegenden Fall ist diese Frage aber nicht entscheidungserheblich, da die **Beeinträchtigung der Grunddienstbarkeit durch eine Anlage auf dem dienenden Grundstück** verursacht wird. Für diesen Fall bestimmt **§ 1028 Abs. 1 S. 1 BGB**, dass der Anspruch des Berechtigten auf Beseitigung auch dann der **Verjährung unterliegt**, wenn die Grunddienstbarkeit im Grundbuch eingetragen ist (vgl. BGH NJW 2011, 518 Rn. 23).

Strittig, aber vorliegend angesichts der Errichtung des Mehrfamilienhauses vor bereits rund 100 Jahren wiederum nicht entscheidungserheblich ist die Frage, welche **Verjährungsfrist** im Fall des § 1028 Abs. 1 S. 1 BGB Anwendung findet. Da das Gesetz hierzu keine Regelung trifft, läge es auf den ersten Blick nahe, die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB) heranzuziehen. Der **BGH** hingegen **differenziert** hier ebenfalls zwischen der **Verwirklichung der Dienstbarkeit** selbst und deren **Ausübung**. Geht es um die Verwirklichung der Grunddienstbarkeit selbst und nicht nur um eine Störung in der Ausübung, so soll der Anspruch auf Beseitigung einer Beeinträchtigung, die durch eine Anlage verursacht wird, **in entsprechender Anwendung von § 197 Nr. 2 BGB in 30 Jahren verjähren**. Hierzu der BGH wörtlich (NJW 2014, 3780 Rn. 25-29):

„Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass dem Gesetzgeber bei der Überarbeitung des Verjährungsrecht die Folgen der Anwendung der neuen regelmäßigen Verjährungsfrist im Rahmen des § 1028 Abs. 1 BGB bewusst wa-

ren und er gleichwohl deren Geltung auch in diesem Regelungszusammenhang anordnen wollte. [...] Die mit der Verkürzung der regelmäßigen Verjährungsfrist von dreißig auf drei Jahre einhergehenden Folgen sind in diesem Zusammenhang derart gravierend, dass eine Begründung zu erwarten gewesen wäre, wenn der Gesetzgeber auch diese gewollt hätte. [...] Vor diesem Hintergrund ist von einer durch die Überarbeitung des Verjährungsrechts nachträglich entstandenen verdeckten Lücke auszugehen [...] Sie ist in der Weise zu schließen, dass der Anspruch auf Beseitigung einer Beeinträchtigung der Grunddienstbarkeit, die durch eine Anlage auf dem dienenden Grundstück verursacht wird, in entsprechender Anwendung von § 197 Nr. 2 BGB in 30 Jahren verjährt, wenn es um die Verwirklichung des Rechts selbst und nicht nur um eine Störung in der Ausübung geht.“

Als Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten, dass der entstandene Beseitigungsanspruch aus §§ 1027, 1004 BGB nunmehr verjährt ist.

2. Erlöschen der Grunddienstbarkeit wegen Verjährung des Beseitigungsanspruchs

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die Grunddienstbarkeit gem. § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB erloschen ist. Nach dieser Vorschrift erlischt die Dienstbarkeit mit der Verjährung des Beseitigungsanspruchs, soweit der Bestand der Anlage mit der Dienstbarkeit in Widerspruch steht. Ein Erlöschen hätte zur Folge, dass der Eigentümer des dienenden Grundstücks gegen den Eigentümer des herrschenden Grundstücks einen Anspruch aus § 894 BGB auf Zustimmung zur Löschung der Grunddienstbarkeit im Grundbuch hätte (BGH BeckRS 2023, 4049 Rn. 7).

Gegen ein (vollständiges) Erlöschen der Grunddienstbarkeit spricht, dass § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB ein Erlöschen mit Verjährung des Beseitigungsanspruchs nur vorsieht, „soweit“ die auf dem dienenden Grundstück errichtete Anlage mit ihr in Widerspruch steht. Soweit also die Anlage die Grunddienstbarkeit nicht beeinträchtigt, bleibt diese bestehen (BayObLGZ 1959, 478, 489 f.).

Im Fall einer Grunddienstbarkeit, die ein **Bauverbot** oder eine **Baubeschränkung** zum Inhalt hat, liegt es deshalb zunächst nahe, danach zu differenzieren, ob die Bebauung des dienenden Grundstücks vollständig untersagt oder lediglich der Art oder Größe nach beschränkt ist. Soweit – anders als vorliegend – Ersteres der Fall ist, kann der Berechtigte gem. §§ 1027, 1004 BGB die Beseitigung des gesamten Bauwerks verlangen. Der Beseitigungsanspruch unterliegt dann also keinen Schranken, insbesondere nicht in Hinblick auf ein bestimmtes Bauungsmaß. Folglich könnte man sich auf

den Standpunkt stellen, es gebe bei einem umfassenden Bebauungsverbot keinen abtrennbaren „überschießenden Teil“ der Grunddienstbarkeit, der von einer Bebauung nicht beeinträchtigt wäre. Bei einer Verjährung des Beseitigungsanspruchs komme es daher zu einem vollständigen Erlöschen der Dienstbarkeit (so OLG Schleswig Urt. v. 22.3.2022 – 7 U 75/21, BeckRS 2022, 5543 Rn. 33, als Vorinstanz zur nachfolgend besprochenen BGH-Entscheidung).

Einer solchen **Differenzierung zwischen umfassendem Bauverbot und bloßer Baubeschränkung** ist der BGH allerdings jüngst **entgegengetreten**. Selbst bei einem umfassenden Bauverbot komme es mit **Eintritt der Verjährung** des Beseitigungsanspruchs **nicht unbedingt zu einem vollständigen Erlöschen der Dienstbarkeit**. Es treffe nicht zu, dass es bei einem Bauverbot keinen abgrenzbaren Teil der Grunddienstbarkeit gebe, der durch eine Bebauung nicht beeinträchtigt sei. Selbst in dem Fall, dass eine bauliche Anlage in Gänze mit der Grunddienstbarkeit nicht vereinbar sei, könne sie möglicherweise zu ihr nur teilweise i. S. v. § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB in Widerspruch stehen, wenn ein Grundstücksbereich verbleibe, der weiter genutzt werden könne, auf dem also die Grunddienstbarkeit dem herrschenden Grundstück nach wie vor einen Vorteil biete. Räumlich könne daher ein abgrenzbarer Teil des Bauverbots verbleiben, wenn das errichtete Gebäude den von dem Bauverbot erfassten Bereich des Grundstücks nicht ausschöpfe. Selbst wenn das gesamte Grundstück oder die gesamte, von der Grunddienstbarkeit erfasste Grundstücksfläche bebaut werde, könne räumlich noch ein nicht beeinträchtigter Bereich verbleiben, nämlich insoweit, als es um die Höhe der Bebauung gehe. Außerdem bleibe durch die in § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB angeordnete Begrenzung des Erlöschens dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks die Möglichkeit, eine entgegen dem Bauverbot errichtete Anlage, die ihn aus seiner Sicht nicht, nur teilweise oder nur geringfügig beeinträchtigt, zu dulden, ohne Gefahr zu laufen, dass die Grunddienstbarkeit hierdurch insgesamt erlöschen würde. Die Gegenauffassung hätte hingegen zur Folge, dass der Berechtigte seinen Beseitigungsanspruch auch gegen kleinste bauliche Anlagen – notfalls auch gerichtlich – durchsetzen müsse, um sein Recht nicht insgesamt zu verlieren (BGH Urt. v. 20.1.2023 – V ZR 65/22, BeckRS 2023, 4049 Rn. 20 ff. = DNotI-Report 2023, 62; vgl. Berger, ZfIR 2022, 334, 335; MünchKommBGB/Mohr, 9. Aufl. 2023, § 1028 Rn. 9 Fn. 43).

Ein vollständiges Erlöschen und damit ein Anspruch des Eigentümers des dienenden Grundstücks auf Erteilung einer Löschungsbewilligung (§ 894 BGB) sind daher vorliegend nicht gegeben. Die Grunddienstbarkeit ist lediglich insoweit erloschen, als das errichtete Mehr-

familienhaus mit ihr im Widerspruch steht, § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB.

3. Abschließende Zusammenfassung

Der Berechtigte der Grunddienstbarkeit hatte zwar einen Anspruch auf Beseitigung des Mehrfamilienhauses aus §§ 1027, 1004 BGB, soweit dieses mit dem Inhalt der Dienstbarkeit im Widerspruch stand. Dieser Anspruch ist aufgrund Verjährung allerdings mit der Dienstbarkeit erloschen, § 1028 Abs. 1 BGB. Der Verjährungseintritt führt zwar nicht zu einem vollständigen, aber doch zu einem teilweisen Erlöschen der Dienstbarkeit, § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB, so dass dem Berechtigten nun kein Anspruch auf Beseitigung mehr zusteht.

BGB §§ 13 f., 474; BeurkG § 17

Aufdach-Fotovoltaikanlage auf selbstbewohntem Wohnhaus; Unternehmereigenschaft des Betreibers; Verkauf des Grundstücks samt Fotovoltaikanlage

I. Sachverhalt

Es soll ein Grundstückskaufvertrag beurkundet werden. Auf dem Grundstück befindet sich ein ausschließlich privat genutztes Einfamilienhaus, auf dem eine Fotovoltaikanlage aufgebaut, d. h. auf dem Dach aufgeschraubt ist (Aufdachanlage). Die Fotovoltaikanlage könnte auch wieder von dem Dach des Gebäudes entfernt werden, ohne die Gebäudesubstanz dabei zu beschädigen. Diese Fotovoltaikanlage dient dazu, Strom u. a. zum Beheizen eines auf dem Grundstück befindlichen Pools zu liefern. Der erzeugte Strom der Fotovoltaikanlage, der nicht verbraucht wird, wird gegen Entgelt direkt in das öffentliche Netz eingespeist. Eine Möglichkeit, den erzeugten Strom zum privaten Verbrauch zu speichern, besteht nicht.

Die Ehefrau ist Alleineigentümerin des Grundstücks. Die Fotovoltaikanlage wurde von ihrem Ehemann angeschafft. Dieser betreibt die Anlage und hat den diesbezüglichen Wartungsvertrag sowie den Einspeisungsvertrag mit dem Energieversorger abgeschlossen. Der Ehemann ist nach eigenen Angaben Eigentümer der Fotovoltaikanlage. Es wird davon ausgegangen, dass es sich bei der Fotovoltaikanlage nicht um einen wesentlichen Bestandteil des Grundstücks handelt und die Fotovoltaikanlage somit als eine bewegliche Sache einzustufen ist.

Die Ehefrau möchte das Grundstück verkaufen. Gleichzeitig soll auch die Fotovoltaikanlage durch den Ehemann mitverkauft werden. Sowohl der Kaufvertrag

über das Grundstück als auch der Kaufvertrag über die Fotovoltaikanlage sollen in einer Urkunde zusammengefasst werden.

Unsicherheit herrscht darüber, ob es sich bei dem Verkauf der Fotovoltaikanlage um einen Verbrauchervertrag handelt, mit der Folge, dass neben dem Eingreifen der Verbrauchsgüterkaufvorschriften auch die 14-Tagesfrist gem. § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG zu beachten ist.

II. Frage

Sind der Ehemann und der Käufer, der in erster Linie das Grundstück erwerben und dieses rein privat nutzen möchte, im Hinblick auf den Kauf der Fotovoltaikanlage als Unternehmer einzustufen oder läge im Hinblick auf den Verkauf der Fotovoltaikanlage ein Verbrauchervertrag vor?

III. Zur Rechtslage

1. Unternehmereigenschaft des Ehemannes

Gem. § 14 BGB ist Unternehmer eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Demgegenüber ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können, § 13 BGB.

a) Gewerbliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit

Nach der Rechtsprechung setzen sowohl die gewerbliche als auch die selbstständige berufliche Tätigkeit – jedenfalls – ein selbstständiges und planmäßiges, auf gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt voraus; eine Gewinnerzielungsabsicht ist dagegen nicht erforderlich (BGH NJW 2021, 2281 Rn. 74 m. w. N.).

Dabei setzt ein solchermaßen planvolles Handeln einen gewissen **organisatorischen Mindestaufwand** und die **Notwendigkeit einer geschäftsmäßigen Organisation** voraus (BGH NJW 2020, 3786 Rn. 18, 21; BeckOGK-BGB/Alexander, Std.: 1.5.2023, § 14 Rn. 136; BeckOK-BGB/Martens, Std.: 1.5.2023, § 14 Rn. 29).

Abzugrenzen von der gewerblichen bzw. selbständigen beruflichen Betätigung ist die **Verwaltung eigenen Vermögens**, die auch dann grundsätzlich dem privaten Bereich zugerechnet wird, wenn es sich um die Anlage beträchtlichen Kapitals handelt. Das **ausschlaggebende Kriterium** für die Abgrenzung der privaten von einer gewerblichen bzw. berufsmäßig betriebenen Vermö-

gensverwaltung ist vielmehr der **Umfang der mit ihr verbundenen Geschäfte**. Erfordern diese einen planmäßigen Geschäftsbetrieb, wie etwa die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisation, so liegt eine gewerbliche Betätigung vor (BGH NJW 2002, 368, 369; NZM 2020, 808 Rn. 12; NJW 2020, 3786 Rn. 20; LG Saarbrücken, Urt. v. 6.9.2017 – 1 O 110/17, BeckRS 2017, 123466 Rn. 16).

Handelt es sich etwa um die Vermietung oder Verpachtung von Immobilien, ist dementsprechend nicht deren Größe und Wert **entscheidend**, sondern **Umfang, Komplexität und Anzahl der damit verbundenen Vorgänge**. Ein ausgedehntes oder sehr wertvolles Objekt an eine geringe Anzahl von Personen zu vermieten, hält sich daher grundsätzlich im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung. Dagegen spricht die Ausrichtung auf eine Vielzahl gleichartiger Geschäfte für ein professionelles Vorgehen. Ob der **mit der Vermögensverwaltung verbundene organisatorische und zeitliche Aufwand** danach insgesamt das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs vermittelt, ist einzelfallabhängig zu beurteilen (BGH NZM 2020, 808 Rn. 13).

Nach h. M. ist derjenige, der auf seinem eigenen oder selbst bewohnten Privathaus eine Fotovoltaikanlage betreibt, kein Unternehmer i. S. d. § 14 BGB, auch wenn die Anlage (teilweise) der Gewinnung von Einnahmen durch Einspeisung des gewonnenen Stroms in das öffentliche Netz dient. Denn der Betrieb der Anlage erfordere unabhängig von der Größe der Anlage stets nur einen geringen Aufwand, der nicht das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebs vermittele (OLG Hamm NZBau 2016, 362 Rn. 58; OLG Köln, Urt. v. 24.6.2016 – 19 U 71/15, BeckRS 2016, 117624 Rn. 38; OLG München, Beschl. v. 13.6.2017 – 19 U 2638/16, BeckRS 2017, 123950; LG Traunstein, Endurteil v. 8.6.2016 – 5 O 4690/14, BeckRS 2016, 131245 Rn. 123; Grüneberg/Ellenberger, BGB, 82. Aufl. 2023, § 14 Rn. 2; Osthus, NZM 2011, 793, 795 ff.; BeckOGK-BGB/Alexander, § 14 Rn. 136.1; Staudinger/Fritzsche, 2018, BGB § 14 Rn. 72; vgl. auch Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Teil 1 Rn. 229). Dies gilt nach in der Rechtsprechung vertretener Ansicht selbst dann, wenn die Fotovoltaikanlage ausschließlich dem Zweck dient, Strom für die Einspeisung in das öffentliche Netz zu erzeugen, der Strom also zu 100 % ins öffentliche Netz eingespeist wird (LG Saarbrücken, Urt. v. 6.9.2017 – 1 O 110/17, BeckRS 2017, 123466, Rn. 18 f.).

Ebenso stelle der Betrieb einer Fotovoltaikanlage auf dem Dach eines Mietshauses in der Regel keine gewerbliche Tätigkeit dar (OLG München, Beschl. v. 13.6.2017 – 19 U 2638/16, BeckRS 2017, 123950; LG Traunstein,

Endurteil v. 8.6.2016 – 5 O 4690/14, BeckRS 2016, 131245 Rn. 123; Grüneberg/Ellenberger, § 14 Rn. 2; Osthus, NZM 2011, 793, 795 ff.). Der Vermieter einer Immobilie, der seine Mieter anteilig mit Strom aus der eigenen Fotovoltaikanlage beliefere, sei nur dann nicht mehr Verbraucher, wenn die Vermietung, unabhängig vom recht geringen Aufwand des Betriebs der Fotovoltaikanlage, einen planmäßigen Geschäftsbetrieb erfordere und somit als gewerblich zu qualifizieren sei (Osthus, NZM 2011, 793, 797).

Anders wurde dies allerdings in einem Fall des LG Dortmund entschieden (Urt. v. 17.6.2011 – 25 O 210/11, BeckRS 2013, 3538). Das LG Dortmund hat seine Entscheidung u. a. damit begründet, dass in der finanzrichterlichen Rechtsprechung der Betrieb einer Fotovoltaikanlage überwiegend als unternehmerische Tätigkeit angesehen werde, und zwar auch dann, wenn der erzeugte Strom nur teilweise, aber regelmäßig und nicht nur gelegentlich eingespeist werde. Dies vermag jedoch nicht zu überzeugen, da der BGH zwischenzeitlich entschieden hat, dass die umsatzsteuerliche Unternehmereigenschaft keine zwingenden Rückschlüsse auf die zivilrechtliche Unternehmereigenschaft i. S. v. § 14 BGB zulässt (NZM 2020, 808 Rn. 15 ff.; vgl. auch OLG Stuttgart, Urt. v. 17.3.2010 – 3 U 160/09, BeckRS 2010, 13000).

Der h. M. in Rechtsprechung und Literatur ist zuzustimmen. Wenn es für die Unternehmereigenschaft gerade nicht auf eine Gewinnerzielungsabsicht oder auf den Umfang des verwalteten Vermögens ankommt, sondern auf den Umfang, die Komplexität und die Anzahl der damit verbundenen Vorgänge und Geschäfte, stellt sich der Betrieb einer Fotovoltaikanlage auf dem Dach des selbstgenutzten Familienheims als private Vermögensverwaltung dar, da dieser in der Regel mit sehr wenig Aufwand verbunden ist. Vor allem wenn man den Betrieb einer einzigen Fotovoltaikanlage mit dem Aufwand für die Vermietung mehrerer Wohnungen vergleicht, welche nach der Rechtsprechung private Vermögensverwaltung darstellen kann (vgl. BGH NZM 2020, 808), ist vorliegend von einem Fall der privaten Vermögensverwaltung auszugehen.

Unbeachtlich ist insofern auch, dass der Ehemann nicht Eigentümer des Grundstücks ist. Denn der Verwaltungsaufwand ist für ihn dadurch nicht – jedenfalls nicht deutlich – höher, als wenn er selbst Grundstückseigentümer wäre.

Sofern es sich mithin um *eine* (einzige) gewöhnliche Fotovoltaikanlage handelt, die nicht Teil eines aus mehreren Anlagen bestehenden Betriebs ist, stellt der Betrieb keine gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit

i. S. d. § 14 BGB dar. Daher dürfte die Unternehmereigenschaft des Ehemannes bereits aus diesem Grund ausscheiden.

b) In Ausübung der gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit

Sofern man eine gewerbliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit bejaht, müsste der Ehemann den Verkauf „in Ausübung“ der gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit vornehmen. Ein Handeln „in Ausübung“ der gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit setzt voraus, dass es gerade in einem hinreichend engen, tätigkeitsspezifischen Zusammenhang mit eben dieser erfolgt (BGH NJW 2021, 2281 Rn. 74). Für die Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmerhandeln ist grundsätzlich die objektiv, nicht subjektiv nach dem Willen der Parteien zu bestimmende Zweckrichtung des Rechtsgeschäfts entscheidend. Dabei kommt es maßgeblich auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls, insbesondere das Verhalten der Parteien bei Vertragsschluss an (BGH NJW 2021, 2281 Rn. 75; NJW 2008, 435 Rn. 7).

Da der Ehemann nicht Eigentümer des Grundstücks ist, sondern nur die Fotovoltaikanlage verkaufen würde, würde er „in Ausübung“ seiner gewerblichen Tätigkeit handeln, da auch die Veräußerung des Betriebs darunter fällt (Staudinger/Fritzsche, § 14 Rn. 63; MünchKommBGB/Micklitz, 9. Aufl. 2021, § 14 Rn. 18).

Würde man also entgegen der hier vertretenen Auffassung das Vorliegen einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit bejahen, so wäre die Unternehmereigenschaft des Ehemannes zu bejahen.

2. Unternehmer-/ Verbrauchereigenschaft des Käufers

Ferner ist die Unternehmer- bzw. Verbrauchereigenschaft des Käufers zu prüfen.

Sofern der Betrieb der Fotovoltaikanlage tatsächlich einen planmäßigen Geschäftsbetrieb erfordert, würde der Käufer – nur auf die Fotovoltaikanlage bezogen – in Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit handeln, da ein Unternehmerhandeln bereits dann vorliegt, wenn das Geschäft im Zuge der Aufnahme einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit (sog. Existenzgründung) abgeschlossen wird (BGH NJW 2005, 1273, 1274). Gleiches wäre der Fall, wenn der Käufer bereits mehrere Fotovoltaikanlagen geschäftsmäßig betreibt.

Zu beachten wäre jedoch, dass der Käufer hier jedenfalls das Grundstück künftig privat nutzen möchte. Gem. § 13 BGB ist eine natürliche Person Verbraucher, die *ein Rechtsgeschäft* zu Zwecken abschließt, die *überwiegend*

weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Aus der spiegelbildlichen Tatbestandsstruktur der §§ 13 f. BGB folgt, dass eine Person in derselben rechtlichen Situation nicht zugleich Verbraucher und Unternehmer sein kann (BeckOGK-BGB/Alexander, § 13 Rn. 96).

In der Gesetzesbegründung zu § 13 BGB heißt es im Zusammenhang mit der Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmerhandeln (BT-Drs. 17/13951, S. 61):

„Im Hinblick auf den Erwägungsgrund 17 der Verbraucherrechtlinie wird ausdrücklich klargestellt, dass es bei Verträgen, die sowohl zu gewerblichen als auch zu nichtgewerblichen Zwecken geschlossen werden (sogenannte Dual-use-Verträge), auf den überwiegenden Zweck ankommt. Schließt eine natürliche Person einen Vertrag nicht überwiegend zu gewerblichen oder selbständigen beruflichen Zwecken, handelt sie mithin als Verbraucher.“

Gem. Erwägungsgrund 17 S. 2 der (Verbraucher-)Richtlinie 2011/83/EU soll, wenn der Vertrag teilweise für gewerbliche und teilweise für nichtgewerbliche Zwecke abgeschlossen wird (Verträge mit doppeltem Zweck) und der gewerbliche Zweck im Gesamtzusammenhang des Vertrags nicht überwiegt, die Person als Verbraucher betrachtet werden.

Sofern also ein Rechtsgeschäft für eine Person sowohl gewerblichen als auch privaten Charakter hat (sog. „dual-use-Fälle“), liegt ein Verbraucherhandeln vor, wenn das Handeln der natürlichen Person Zwecken dient, die nicht überwiegend der gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit der Person zugerechnet werden können. Selbst wenn eine Handlung zu gleichen Teilen privaten wie auch gewerblichen Charakter aufweist, liegt noch ein Verbraucherhandeln vor, weil in diesem Fall der gewerbliche Zweck nicht *überwiegt* (BeckOGK-BGB/Alexander, § 13 Rn. 323; Krauß, Teil 1 Rn. 231).

Fraglich ist allerdings, ob hier nur „ein Rechtsgeschäft“ im Sinne der *dual-use*-Fälle vorliegt.

Der Begriff des „Rechtsgeschäfts“ i. S. d. § 13 BGB ist wie im übrigen BGB zu verstehen (Staudinger/Fritzsche, § 13 Rn. 40), erfasst also insbesondere zweiseitige Rechtsgeschäfte wie Kaufverträge (MünchKommBGB/Micklitz, 9. Aufl. 2021, § 13 Rn. 82).

Nach diesem Begriffsverständnis wird der Käufer hier jedoch nicht nur einen, sondern **zwei Kaufverträge, also zwei Rechtsgeschäfte i. S. d. § 13 BGB** abschließen,

nämlich einen über das Grundstück mit der Ehefrau und einen über die Fotovoltaikanlage mit dem Ehemann. Es liegt hier also **kein „dual-use-Fall“** im vorgenannten Sinne vor, da das *jeweilige* Rechtsgeschäft eindeutig einem Handeln als Verbraucher bzw. als Unternehmer zugeordnet werden kann. Auch wenn beide Kaufverträge hier in einer Urkunde zusammengefasst werden, ist keine „Gesamtbetrachtung“ des rechtsgeschäftlichen Handelns des Käufers anzustellen. Sowohl die Gesetzesbegründung als auch der Erwägungsgrund 17 S. 2 der Richtlinie 2011/83/EU stellen auf den „Vertrag“ ab, und nicht etwa auf das „Handeln“ der betroffenen Person. Auch erscheint es nicht gerechtfertigt, denjenigen, der einen Vertrag im Rahmen seiner gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit abschließt, nur deshalb als Verbraucher und daher als „schutzwürdiger“ einzustufen, weil er das Rechtsgeschäft gleichzeitig mit einem anderen Rechtsgeschäft abschließt, das er nicht im Rahmen seiner gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit vornimmt. So muss etwa auch bei verbundenen und zusammenhängenden Verträgen i. S. d. §§ 358, 360 BGB die Verbrauchereigenschaft für beide Verträge gesondert geprüft werden (BeckOGK-BGB/Alexander, § 13 Rn. 201; BeckOK-BGB/Martens, § 13 Rn. 37). Auch die Formvorschrift des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB und ein etwaiger zur Beurkundungsbedürftigkeit des Fotovoltaikanlagen-Kaufvertrages führender Verknüpfungswille der Beteiligten vermag nichts daran zu ändern, dass zwei Kaufverträge über unterschiedliche Kaufgegenstände vorliegen.

Wenn also der Betrieb der Fotovoltaikanlage tatsächlich einen planmäßigen Geschäftsbetrieb erfordert, wäre der Käufer hinsichtlich der Fotovoltaikanlage als Unternehmer i. S. d. § 14 BGB einzustufen, auch wenn das Grundstück zu rein privaten Zwecken erworben wird.

3. Verbrauchsgüterkauf, § 474 BGB

Verbrauchsgüterkäufe sind Verträge, durch die ein Verbraucher von einem Unternehmer eine Ware kauft, § 474 Abs. 1 S. 1 BGB. Waren sind bewegliche Sachen, die nicht auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden, § 241a Abs. 1 BGB.

Sog. Aufdach-Fotovoltaikanlagen, die auf dem Dach eines Wohngebäudes montiert werden, stellen – unabhängig von ihrer Zubehöreigenschaft – jedenfalls bewegliche Sachen dar (vgl. OLG Nürnberg MittBay-Not 2017, 146; vgl. auch BGH, Beschl. v. 12.6.2018 – XI ZR 579/16, BeckRS 2018, 14802; Krauß, Teil 2 Rn. 1344).

Ein **Verbrauchsgüterkauf** würde hier jedoch schon deshalb **nicht** vorliegen, weil der Käufer ebenfalls als

Unternehmer einzustufen wäre, wenn der Ehemann als Unternehmer verkauft (sog. b2b-Geschäft). Vorzugswürdiger erscheint es hingegen, aus den in Ziff. 1 lit. a) genannten Gründen sowohl den Ehemann als auch den Käufer als Verbraucher zu betrachten (sog. c2c-Geschäft).

4. § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG

Gem. § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 Hs. 2, S. 3 BeurkG soll bei Verbraucherverträgen, die der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB unterliegen, dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts vom beurkundenden Notar zur Verfügung gestellt werden. Dies soll im Regelfall zwei Wochen vor der Beurkundung erfolgen.

An sich unterliegt der Verkauf der Fotovoltaikanlage nicht der **Beurkundungspflicht des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB**. Ein Vertrag, der als solcher dem Formgebot des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB nicht unterliegt, ist jedoch dann notariell zu beurkunden, wenn er mit einem Grundstücksgeschäft eine rechtliche Einheit bildet. Eine rechtliche Einheit besteht dann, wenn die Verträge nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängen, dass sie miteinander stehen und fallen sollen (BGH DNotZ 2002, 944; DNotZ 2011, 196 Rn. 8). Hierbei reicht es auch aus, wenn nur einer der Vertragspartner einen solchen Einheitswillen erkennen lässt und der andere Partner ihn anerkennt oder zumindest hinnimmt (BGH NJW-RR 2009, 953 Rn. 13). Der rechtlichen Einheit im vorgenannten Sinne steht es nicht entgegen, wenn die Parteien des anderen Rechtsgeschäfts nicht identisch mit den Parteien des Grundstücksgeschäfts sind (BGH DNotZ 2011, 196 Rn. 9; NJW-RR 2009, 953 Rn. 13).

Sofern keine wechselseitige Abhängigkeit im vorgenannten Sinne besteht, kommt es darauf an, dass nach dem Willen der Parteien das Grundstücksgeschäft von dem anderen Geschäft abhängt, also mit diesem stehen und fallen soll. Sofern nur das an sich nicht beurkundungsbedürftige Geschäft von dem Grundstücksgeschäft abhängig ist, erstreckt sich die Beurkundungsbedürftigkeit nicht auf das andere Geschäft (BGH DNotZ 2002, 944; DNotZ 2011, 196 Rn. 8; NJW-RR 2009, 953 Rn. 14).

Ein **Verbrauchervertrag** gem. § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 Hs. 2, S. 3 BeurkG entspricht dem Begriff des Verbrauchervertrages i. S. v. § 310 Abs. 3 BGB (BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 1.3.2023, § 17 Rn. 162). Ein solcher liegt jedoch nicht vor, da weder der Verkauf der Fotovoltaikanlage durch den Ehemann (vgl. Ziff. 3) noch der Verkauf des Grundstücks durch die Ehefrau einen Verbrauchervertrag gem. § 310 Abs. 3 BGB dar-

stellt. Daher ist auch § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 Hs. 2, S. 3 BeurkG nicht anwendbar.

5. Ergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Betrieb einer Fotovoltaikanlage in einem für einen Privathaushalt üblichen Ausmaß auf dem selbstgenutzten Wohnhaus nicht dazu führt, dass der Ehemann bei Abschluss des Kaufvertrages als Unternehmer i. S. d. § 14 BGB handelt. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, so wären § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 Hs. 2, S. 3 BeurkG und § 474 BGB nicht einschlägig, weil dann konsequenterweise auch der Käufer in Ansehung des Fotovoltaikanlagen-Kaufvertrages (nicht aber im Hinblick auf den Kaufvertrag über das Grundstück) als Unternehmer anzusehen wäre. Eine sog. *dual-use*-Situation liegt u. E. nicht vor, da nicht nur ein (einziges) Rechtsgeschäft zu unterschiedlichen Zwecken getätigt wird, sondern zwei Vertragsverhältnisse über unterschiedliche Gegenstände im Raum stehen. Hieran vermag auch ein etwaiger Beurkundungszusammenhang i. S. v. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB, also eine etwaige Formbedürftigkeit des Fotovoltaikanlagen-Kaufvertrages nichts zu ändern.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Alexander König

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZVG §§ 44, 92, 109, 117, 121, 180, 182; BGB §§ 432, 1030 – Bestellung eines Eigentümersnießbrauchsrechts zur Verhinderung der Teilungsversteigerung; Niedrigstgebots-Theorie; faktische Vorteile

GmbHG §§ 11, 60 ff.; BeurkG § 53; EStDV § 54 – Beendigung einer Einpersonen-Vor-GmbH; Rückabwicklungserfordernis; Widerruf einer Vollzugsanweisung durch Alleingesellschafter der GmbH

Rechtsprechung

BGB §§ 133, 2084, 1371 Abs. 1 – Testamentsauslegung: Einsetzung „der Erben“; Anwendbarkeit des deutschen Ehegüterstatuts auf eine in Thailand geschlossene Ehe

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZVG §§ 44, 92, 109, 117, 121, 180, 182; BGB §§ 432, 1030

Bestellung eines Eigentümersnießbrauchsrechts zur Verhinderung der Teilungsversteigerung; Niedrigstgebots-Theorie; faktische Vorteile

I. Sachverhalt

A ist Mitglied einer Bruchteilsgemeinschaft an einer bebauten Immobilie. Er möchte zur Absicherung und Verhinderung etwaiger Teilungsversteigerungen an seinem Miteigentumsanteil ein Eigentümersnießbrauchsrecht bestellen.

II. Frage

Kann ein Eigentümersnießbrauchsrecht die Teilungsversteigerung einer Immobilie unter Miteigentümern verhindern?

III. Zur Rechtslage

1. Vorbemerkungen

Das DNotI hat sich in zwei kürzlich veröffentlichten Gutachten bereits mit der Bestellung einer **Eigentümersgrundschuld** befasst, welche in der Praxis oftmals als **Mittel zur Verhinderung der Teilungsversteigerung** angesehen wird. Dies ist zwar so nicht zutreffend (vgl. **Gutachten DNotI-Report 2022, 185**), jedoch können **faktische bzw. zeitliche Vorteile** bestehen, wenn nicht alle Miteigentümer eine Eigentümersgrundschuld bestellen. Dies rührt daher, dass eine Eigentümersgrundschuld am eigenen Miteigentumsanteil zu einer Befriedigung des Miteigentümers bereits im Verteilungstermin führt und keine Hinterlegung des Übererlöses in Höhe des Grundschuldkapitals erfolgt, auf dessen (partielle) Freigabe ggf. geklagt werden müsste (vgl. dazu **DNotI-Aburfgutachten Nr. 196409**). Ein Miteigentümer, der eine Eigentümersgrundschuld bestellt, kann damit also zeitliche Vorteile erlangen und sich seine Mitwirkung zur Freigabe des Übererlöses ggf. „abkaufen“ lassen, wenn die anderen Miteigentümer ein Klageverfahren scheuen.

Vorab ist ferner festzuhalten, dass die Bestellung eines Eigentümergebietens nach inzwischen h. M. nicht mehr der Darlegung eines besonderen Interesses bedarf (BGH NJW 2011, 3517; Schönher/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1373). Die Belastung eines einzelnen Miteigentumsanteils ist überdies in § 1066 Abs. 1 BGB ausdrücklich geregelt.

2. Wirkung der Bestellung eines Eigentümergebietens im Rahmen der Teilungsversteigerung

Normativer Anknüpfungspunkt des Irrglaubens, mittels Bestellung eines Eigentümerrechts die Teilungsversteigerung verhindern zu können, ist das **geringste Gebot i. S. d. § 182 ZVG**. Dieses setzt sich aus dem geringsten Bargebot (§ 49 Abs. 1 ZVG) sowie den bestehenden, vom Ersterer zu übernehmenden Grundbuchbelastungen zusammen (Kindl/Meller-Hannich/Stumpe/Simon, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 4. Aufl. 2021, § 44 ZVG Rn. 2; instruktiv und prägnant dazu Alff, Rpfleger 2004, 673; Münch, Die Scheidungsimmoblie, 3. Aufl. 2019, Rn. 887). Da es bei der Teilungsversteigerung keinen betreibenden Gläubiger i. S. d. § 44 ZVG gibt, **sind gem. § 182 Abs. 1 ZVG die den Anteil des/der Antragsteller/s belastenden Rechte maßgeblich** (Alff, Rpfleger 2004, 673, 673 f.). Auch im Bereich des § 182 ZVG wird die Zwangsversteigerung vom sog. Deckungsgrundsatz beherrscht (Stöber/Kiderlen, ZVG, 23. Aufl. 2022, § 182 Rn. 2). Neben den Verfahrenskosten müssen daher auch die „vorgehenden Rechte“ – im Rahmen des § 182 Abs. 1 ZVG also die den Anteil des/der Antragsteller/s belastenden Rechte – ausgedeutet werden (DNotI-Report 2022, 185, 186).

Nun liegt es nahe anzunehmen, eine hohe Belastung des eigenen Miteigentumsanteils könne das geringste Gebot dementsprechend derart steigen lassen, dass es faktisch zu keiner Versteigerung kommt. Dem hat der BGH jedoch einen Riegel vorgeschoben und zugleich einen jahrzehntelangen Streit entschieden, als er sich im Jahre 2017 zugunsten der sog. **Niedrigstgebots-Lösung** positionierte (NJW 2017, 1756 Rn. 14 ff., dazu DNotI-Report 2022, 185, 186). Bei der **Teilungsversteigerung** eines Grundstücks mit unterschiedlich belasteten Miteigentumsanteilen **auf Antrag mehrerer Teilhaber** ist für die **Feststellung des geringsten Gebots** demnach **einheitlich von jenem Antragsteller auszugehen, dessen Anteil am geringsten belastet** ist. Antragsteller ist insofern auch derjenige, der dem Verfahren beitrifft (§§ 180 Abs. 1, 27 ZVG; vgl. Böttcher, FPR 2013, 345, 347). Damit haben es die Miteigentümer, deren Anteile geringer belastet sind, in der Hand, selbst zu weiteren Antragstellern zu werden und damit das geringste Gebot *einheitlich* niedriger zu halten (vgl. dazu auch Böttcher, ZVG, 7. Aufl. 2022, § 182

Rn. 15). Immer wieder missverstanden wird insofern die Vorschrift des **§ 182 Abs. 2 ZVG**: Diese Norm hat **bei Einschlägigkeit der Niedrigstgebots-Theorie** (mehrere Antragsteller, unterschiedlich hohe Belastungen) **keinen Anwendungsbereich**, da in der Folge *einheitlich* für alle Anteile dieselbe niedrigste Belastung zugrunde gelegt wird (vgl. DNotI-Report 2022, 185, 187; DNotI-Abrufgutachten Nr. 196409 unter Ziff. 6 lit. b sublit. aa; Schneider, IVR 2017, 41; Alff, Rpfleger 2004, 673, 674 f.; Nickel, FPR 2013, 370, 375; Storz/Kiderlen, Praxis der Teilungsversteigerung, 6. Aufl. 2016, B.5.5.2.4, S. 216 f.). Versäumen es die anderen Miteigentümer hingegen, dem Verfahren beizutreten, erhöht eine Belastung des Miteigentumsanteils des alleinigen Antragstellers im Grundsatz das geringste Gebot insgesamt (wobei dies im Sonderfall des Eigentümergebietens anders sein dürfte, dazu unten).

Rechte, die nach § 182 Abs. 1 ZVG im geringsten Gebot berücksichtigt sind, bleiben gem. § 52 Abs. 1 S. 1 ZVG bestehen; im Übrigen erlöschen die Rechte mit dem Zuschlag (§§ 52 Abs. 1 S. 2, 91 Abs. 1 ZVG). An die Stelle der erloschenen Rechte tritt grundsätzlich der Anspruch auf **Wertersatz** (§ 92 Abs. 1 ZVG; Surrogationsprinzip, vgl. Stöber/Gojowczyk, ZVG, 23. Aufl. 2022, § 52 Rn. 22). Sofern der **Nießbrauch** demnach nicht in das geringste Gebot fällt – insbesondere weil ein Miteigentümer mit einem geringer belasteten Anteil ebenfalls Antragsteller ist –, gilt die Vorschrift des **§ 92 Abs. 2 ZVG**, wonach die Auszahlung in Höhe des **kapitalisierten Werts des Nießbrauchrechts** lediglich mit Verzögerung in Form einer Geldrente erfolgt (Scheel, in: Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 5. Aufl. 2018, § 49 Rn. 50; zur Berechnung vgl. OLG Karlsruhe v. 28.6.2005 – 17 U 201/04 = BeckRS 2005, 31678 = Rpfleger 2005, 686; Böttcher, § 92 Rn. 19). Beim Nießbrauch gilt also ein „**Zwangssparen**“, da der Wertersatz nur in **jährlichen Raten** ausgezahlt wird (vgl. Herrler, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 5 Rn. 324; Scheel, § 49 Rn. 50). Zudem besteht der **Höchstbetrag gem. § 121 Abs. 1 ZVG in der 25-fachen Jahresleistung** (Herrler, § 5 Rn. 324; Böttcher, § 92 Rn. 19).

Die durch den Zuschlag **erloschenen Grundstücksrechte** – damit auch ggf. der Eigentümergebietensbrauch – bestehen als **Vorzugsrechte an dem Versteigerungserlös** fort, sie werden **im Versteigerungstermin befriedigt, soweit der Erlös ausreicht** (vgl. Storz/Kiderlen, E.4.1. [S. 710]; Stumpe/Simon, § 91 ZVG Rn. 6; Stöber, ZVG-Handbuch, 9. Aufl. 2010, Rn. 753a). Da das Eigentümerrecht nur an einem Bruchteil des versteigerten Grundstücks lastet, **haftet insofern auch nur der diesem Anteil entsprechende Bruchteil des Versteigerungserlöses** (vgl. Stöber/Becker, § 92 Rn. 6;

Stöber, ZVG-Handbuch, Rn. 754). Das Versteigerungsgericht muss insofern auf Basis von § 112 ZVG analog ausnahmsweise rechnerisch im Teilungsplan Einzelanteile des Erlösüberschusses feststellen, wenn die Bruchteile verschieden belastet sind und Belastungen eines Anteils (teilweise) nicht in das geringste Gebot aufgenommen wurden (hierzu näher DNotI-Abrufgutachten Nr. 196409 unter Ziff. 4 lit. a).

Geht man demnach von einem **Erlöschen des Nießbrauchs** gem. §§ 52 Abs. 1 S. 2, 91 Abs. 1 ZVG aus, können sich theoretisch **gleichwohl die im Abrufgutachten Nr. 196409 ausführlich dargestellten zeitlichen Vorteile** ergeben. Diese resultieren daraus, dass erloschene Rechte grundsätzlich **bereits im Rahmen der Erlösverteilung nach § 109 Abs. 2 ZVG befriedigt** werden (also Wertersatz geleistet wird) und insofern nicht die Verteilung des Übererlöses abgewartet werden muss. Obgleich dem erloschenen Eigentümerrecht lediglich der jeweilige Anteil haftet, kann sich ein Miteigentümer dies zu Nutze machen, da der Übererlös gem. § 432 BGB nur an sämtliche Miteigentümer gemeinschaftlich verteilt werden darf. **Ohne übereinstimmende Erklärung wird der Übererlös gem. § 117 Abs. 2 S. 3 ZVG hinterlegt.** Der Anspruch jedes Teilhabers auf Teilauszahlung des Übererlöses gemäß seiner Miteigentumsquote gegen die Hinterlegungsstelle kann bei zerstrittener Gemeinschaft nur im Klageweg durchgesetzt werden. Daher kann ein Miteigentümer, der im Wege des Wertersatzes für ein erloschenes Eigentümerrecht bereits (zu einem großen Teil) im Versteigerungstermin befriedigt wurde, die Übererlösverteilung zunächst blockieren. Scheuen die anderen (ehemaligen) Miteigentümer ein gerichtliches Verfahren, mag es denkbar sein, dass er sich seine Blockadeposition „versilbern“ lässt und damit einen faktischen Vorteil aus dem bestellten Eigentümerrecht ziehen kann (jedoch kann dieses Vorgehen auch fehlschlagen, wenn aufgrund eines verlorenen Prozesses um die Freigabe des Übererlöses noch Anwalts- und Prozesskosten zu begleichen sind).

Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass die Schaffung dieses zeitlichen bzw. faktischen Vorteils nicht unbestritten ist (vgl. zur denkbaren analogen Anwendung von § 182 Abs. 2 ZVG: DNotI-Abrufgutachten Nr. 196409 unter Ziff. 6 lit. b sublit. cc). Im vorliegenden Fall tritt überdies noch etwas hinzu: Ein **Nießbrauch** ist wegen der in § 92 Abs. 2 ZVG **angeordneten Geldrente („Zwangssparen“)** ohnehin **nicht ebenso gut für die Schaffung zeitlicher Vorteile geeignet wie eine Eigentümergrundschuld**, da die Auszahlung im Verteilungstermin begrenzt ist. Denn das nach § 121 ZVG zu berechnende Deckungskapital wird nämlich „nur“ hinterlegt (gem. §§ 121 Abs. 2, 120 Abs. 1 S. 1 ZVG; vgl. dazu Böttcher, § 121 Rn. 8; Stumpe/Simon, § 92 Rn. 11) und

steht dem Inhaber (= Miteigentümer) nicht wie bei der Eigentümergrundschuld sofort in voller Höhe zur Verfügung (wobei dies freilich voraussetzt, dass der auf den Miteigentümer entfallende Versteigerungserlös ausreicht).

Darüber hinaus liegt es sogar nahe, dass der **Eigentümernießbrauch** nicht einmal die geringeren – oben aufgezeigten – Vorteile aufweist, sondern vielmehr **im Rahmen der Teilungsversteigerung mit einem Wert von Null anzusetzen sein dürfte**: Gemäß § 1066 Abs. 1 BGB übt der Berechtigte bei einem nur an einem Miteigentumsanteil bestehenden Nießbrauch jene Rechte aus, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigentümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben. Diese decken sich jedoch mit den Rechten, die dem Nießbrauchsberechtigten bereits in seiner Eigenschaft als Miteigentümer zustehen. Mit anderen Worten: Der Eigentümernießbrauch vermittelt dem Berechtigten keinerlei weitergehende Rechtsposition als das Miteigentum selbst. Anders als eine Eigentümergrundschuld (bei welcher man ggf. ebenfalls hinsichtlich der Teilungsversteigerung zu einer Nullbewertung/Wertungskorrektur kommen könnte, vgl. DNotI-Abrufgutachten Nr. 196409 unter Ziff. 6 lit. b) ist der Nießbrauch zugunsten einer natürlichen Person zudem weder übertragbar noch vererblich (§§ 1059 S. 1, 1061 S. 1 BGB). Es liegt daher nach hier vertretener Rechtsauffassung – die aber weder durch Literatur noch Rechtsprechung abgesichert ist – nahe, dem Eigentümernießbrauch in der Teilungsversteigerung sogar die oben beschriebenen Vorteile abzuspochen und den gem. § 92 Abs. 1 ZVG geschuldeten Wertersatz für das Erlöschen des Eigentümernießbrauchs mit Null anzusetzen; dies jedenfalls dann, wenn der Eigentümernießbrauch nicht seinerseits belastet ist. Im Falle der Belastung des Eigentümernießbrauchs mit einem Drittrecht (z. B. Pfändungspfandrecht) dürfte der Wert des Nießbrauchs nach der wirtschaftlichen Verwertbarkeit für den Dritten zu bemessen sein. Für den Nießbrauchsberechtigten selbst ist der Nießbrauch hingegen wertlos, weil seine Rechte hieraus nicht über seine Befugnisse als Miteigentümer hinausreichen können und der Nießbrauch auch nicht „versilbert“ werden kann, also von ihm nicht zu Geld gemacht werden kann.

In der Konsequenz dieser Auffassung liegt es, den Eigentümernießbrauch selbst dann mit Null zu bewerten, wenn der entsprechende Miteigentümer der alleinige Antragsteller wäre. Er könnte durch die Bestellung eines **Eigentümernießbrauchs** nach hier vertretener Rechtsauffassung das **geringste Gebot** mithin auch dann **nicht erhöhen**, wenn keiner der anderen Miteigentümer dem Verfahren beitreten sollte.

Überdies haben es die Miteigentümer immer in der Hand, ihre Anteile ebenfalls mit Eigentümerrechten zu belasten. Diese erhöhen entweder das geringste Gebot (sofern nicht der Anteil jedenfalls eines antragstellenden Miteigentümers weiterhin niedriger belastet ist) oder führen dazu, dass diese Miteigentümer ebenfalls bereits im Verteilungstermin in Höhe des Wertersatzes für ihre erloschenen Eigentümerrechte befriedigt werden, sofern der Versteigerungserlös ausreicht. Die „Taktik“ der Bestellung eines Eigentümerrechts (insb. Eigentümergrundschuld, -nießbrauch) ist damit keinesfalls ein „Allheilmittel“.

3. Zusammenfassung/Ergebnis

Einer Verhinderung der Teilungsversteigerung durch Bestellung von Eigentümerrechten kann seitens der anderen Miteigentümer leicht der Boden entzogen werden. Denn für die Feststellung des geringsten Gebots ist einheitlich von dem Antragsteller auszugehen, dessen Anteil am geringsten belastet ist. Treten die Miteigentümer demnach ebenfalls als Antragsteller auf (wofür der Beitritt zum Verfahren ausreicht), ist eine etwaige höhere Belastung des Anteils eines Miteigentümers für die Bemessung des geringsten Gebots irrelevant.

Ist demnach der Eigentümersnießbrauch nicht im geringsten Gebot zu berücksichtigen, erlischt er und an seine Stelle tritt ein Anspruch auf Wertersatz, für den lediglich der entsprechende Miteigentumsanteil haftet. Die damit einhergehenden potentiellen(!) zeitlichen bzw. faktischen Vorteile aufgrund der Befriedigung des Wertersatzes bereits im Rahmen des Versteigerungstermins (und nicht erst bei der Übererlösverteilung) sind beim Nießbrauch aber wegen der Vorschrift des § 92 Abs. 2 ZVG wesentlich geringer als bei einer Eigentümergrundschuld. Nach unserem Dafürhalten erscheint es sogar sachgerecht, im Rahmen der Teilungsversteigerung einen (unbelasteten) Eigentümersnießbrauch mit „Null“ zu bewerten, sodass sich gar kein Vorteil mehr ergäbe.

GmbHG §§ 11, 60 ff.; BeurkG § 53; EStDV § 54

Beendigung einer Einpersonen-Vor-GmbH; Rückabwicklungserfordernis; Widerruf einer Vollzugsanweisung durch Alleingesellschafter der GmbH

I. Sachverhalt

A errichtete durch notarielle Urkunde eine GmbH mit sich als Alleingesellschafter. Die Handelsregisteranmeldung samt Geschäftsführerversicherung wurde im Gründungstermin vom Urkundsnotar beglaubigt.

Sie enthält die ausdrückliche Anweisung an den Notar, beides erst nach Vorlage eines Nachweises über die Einzahlung der Einlage zum Handelsregister einzureichen. Der Notar hat die Gründung dem Körperschaftsfinanzamt und der Industrie- und Handelskammer mitgeteilt.

A hat inzwischen seine Pläne geändert und möchte die GmbH-Gründung rückgängig machen. Eingezahlt hat er bisher noch nicht, sodass dem Notar auch kein entsprechender Nachweis vorliegt.

II. Frage

Wie kann die GmbH vor dem Hintergrund des § 53 BeurkG rückabgewickelt werden?

III. Zur Rechtslage

1. Beendigung der Einpersonen-Vor-GmbH

Durch Beurkundung eines GmbH-Gesellschaftsvertrags (§ 2 GmbHG) mit **mehreren Gründern** entsteht nach bereits lange gefestigter Ansicht eine sog. **Vor-GmbH**. Diese ist der mit Eintragung entstehenden Voll-GmbH weitgehend vergleichbar und kann insbesondere bereits Träger von Rechten und Pflichten sein (s. nur BGH NJW 1981, 1373, 1374; Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 11 Rn. 12; Blath, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 11 Rn. 43, 58). Die Frage, was durch Beurkundung des Gesellschaftsvertrags eines **Alleingründers** bewirkt wird, ist noch **nicht abschließend geklärt**. Die mittlerweile **wohl überwiegende Meinung** sieht auch in diesem Fall ein weitgehend **rechtsfähiges Zuordnungsobjekt** gegeben, das von der Person des Alleingesellschafters zu unterscheiden ist (Servatius, § 11 Rn. 42; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 11 Rn. 38; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 11 Rn. 169; GroßkommGmbHG/Ulmer/Habersack, 3. Aufl. 2019, § 11 Rn. 25; Blath, § 11 Rn. 74). Nach herkömmlicher Ansicht handelt es sich lediglich um ein Sondervermögen des Alleingesellschafters (vgl. die Nachw. bei MünchKommGmbHG/Merkt, 4. Aufl. 2022, § 11 Rn. 233 m. Fn. 941).

So oder so dürfte die Einpersonen-Vor-GmbH ohne besonderen Auflösungsbeschluss beendet werden können und der Alleingesellschafter mit **Aufgabe der Eintragsabsicht** automatisch in alle Rechte und Pflichten der Vor-GmbH eintreten (vgl. MünchKommGmbHG/Merkt, § 11 Rn. 252; zum Akt der Aufgabe – Kundgabeerfordernis – s. OLG München RNotZ 2017, 680 Rn. 24 ff. bzgl. Einpersonen-Vor-AG). Meist ist insoweit heute von einem **liquidationslosen Erlöschen der Vor-GmbH** die Rede und einer **Gesamtrechtsnachfolge beim Alleingesellschafter** (vgl. BGH NZG 1999, 960, 961: Erlöschen *ipso iure* mit Aufgabe der Eintra-

gungsabsicht; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 11 Rn. 40; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 11 Rn. 168; Blath, § 11 Rn. 76; MünchKommGmbHG/Merkt, § 11 Rn. 252; Altmeppen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 11 Rn. 111; Rowedder/Pentz/Wöstmann, GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 11 Rn. 153; Wicke, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 11 Rn. 16; Bork/Schäfer/Schroeter, GmbHG, 5. Aufl. 2022, § 11 Rn. 99; Heidinger/Knaier, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 5. Aufl. 2023, Kap. 3 Rn. 87; krit. Servatius, § 11 Rn. 43; BeckOK-GmbHG/Jaeger, Std.: 1.6.2023, § 11 Rn. 43).

Anders formuliert: Mit der Aufgabe der Gründungsabsicht hat sich die Gründung erledigt, allerdings ist der Gründer für alle ggf. begründeten Verpflichtungen der GmbH voll persönlich verantwortlich. Daher ist mit der unmittelbaren Beendigung der Einpersonen-Vor-GmbH auch keine Gefahr für die Gläubiger verbunden.

Die Einlage kann mit Aufgabe der Eintragungsabsicht und Beendigung der Vor-GmbH nicht mehr an diese gezahlt werden. Abgesehen davon dürfte die Einlagepflicht ohnehin zumindest durch Konfusion erloschen sein.

2. Schicksal der Vollzugsanweisung

Grundsätzlich hat der Notar Urkunden, die beim Registergericht einzureichen sind, bei Vollzugsreife einzureichen (vgl. § 53 BeurkG). Die Beteiligten können jedoch Vollzugsanweisungen erteilen, etwa zur Einreichung der Urkunde erst auf den Nachweis einer Zahlung hin (Winkler, BeurkG, 20. Aufl. 2022, § 53 Rn. 20 f.). Ebenso steht der Nichtvollzug **zur Disposition der Beteiligten**: Wenn *sämtliche* Beteiligten vom Notar verlangen, vom Vollzug abzusehen, so muss der Notar dem Folge leisten (BGH RNotZ 2021, 163 Rn. 10; BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 1.7.2023, § 53 Rn. 21) und die bereits eingereichte Urkunde, soweit möglich, vom Registergericht zurückerlangen (Winkler, § 53 Rn. 22).

Im vorliegenden Fall wäre die ursprüngliche Vollzugsanweisung bei gegenteiliger Anweisung des Alleingründers, genauer gesagt des anmeldenden Geschäftsführers (vgl. BeckOGK-BeurkG/Regler, § 53 Rn. 22), nicht mehr zu beachten. Die Vorlage zum Registergericht hätte zu unterbleiben. Ob bereits etwas eingezahlt wurde oder nicht, spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle.

3. Mitteilung ggü. dem Finanzamt

Gem. § 54 Abs. 1 S. 1 EStDV übersenden die Notare dem Finanzamt nach § 20 AO (Betriebsfinanzamt) eine beglaubigte Abschrift der Gründungsurkunde (vgl. auch Kindler, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl.

2019, § 31 Rn. 324). Es geht hierbei um eine Anzeigepflicht des Notars (vgl. Küperkoch, RNotZ 2002, 298, 308), nicht um eine Anmeldung oder Ähnliches. Insofern ist u. E. auch kein Raum für eine Rücknahme; vielmehr müsste eine **einfache Mitteilung** genügen, dass der Gründer die **Eintragungsabsicht aufgegeben** hat.

4. Einholung der Stellungnahme der IHK

Zur Verfahrensbeschleunigung (vgl. § 380 Abs. 2 S. 1 FamFG) kann es zweckmäßig sein, dass der Notar im Auftrag der Beteiligten eine Stellungnahme der Industrie- und Handelskammer (IHK) zur Zulässigkeit der Firma einholt (vgl. BeckOK-GmbHG/C. Jaeger, Std.: 1.6.2023, § 8 Rn. 11; ggf. auch zum Unternehmensgegenstand, vgl. Terbrack, in: Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 3. Aufl. 2022, § 16 Rn. 14). Hier geht es nicht einmal um eine notarielle Anzeigepflicht, wenn auch eventuell um eine Standardmitteilung in der Praxis vieler Notare (vgl. Terbrack, § 16 Rn. 34). Umso mehr müsste hier eine **einfache Mitteilung** genügen, dass sich die Gründung erledigt hat.

5. Fazit

Die Einpersonen-Vor-GmbH erlischt mit Aufgabe der Eintragungsabsicht liquidationslos, der Alleingesellschafter tritt kraft Gesamtrechtsnachfolge in die Rechte und Pflichten der Gesellschaft ein. Eine Anweisung des Notars zum Vollzug der Anmeldung kann der Alleingründer ohne Weiteres ändern. Dem gem. § 54 Abs. 1 S. 1 EStDV bereits informierten Finanzamt kann die Aufgabe der Eintragungsabsicht einfach mitgeteilt werden.

Rechtsprechung

BGB §§ 133, 2084, 2087, 1371 Abs. 1

Testamentsauslegung: Einsetzung „der Erben“; Anwendbarkeit des deutschen Ehegüterstatuts auf eine in Thailand geschlossene Ehe

1. Werden in einem Testament vom Erblasser „die Erben“ als seine Erben eingesetzt und im Weiteren vereinzelt Anordnungen zur Teilung des Nachlasses verfügt, so ist im Zweifel davon auszugehen, dass der Erblasser seine nach der gesetzlichen Erbfolge berufenen Erben zu den danach geltenden Erbanteilen einsetzen wollte.

2. Zur Anwendbarkeit des deutschen Ehegüterstatuts, insbesondere des § 1371 Abs. 1 BGB, auf eine im Königreich Thailand geschlossene Ehe zwischen einem deutschen Staatsangehörigen und einer thailändischen Staatsangehörigen.

Problem

Ein deutscher Erblasser ist im Jahre 2018 verstorben. Neben seiner thailändischen Ehefrau hinterließ er vier Abkömmlinge aus verschiedenen Beziehungen. In einem im April 2018 eigenhändig errichteten Testament verfügte er wie folgt: Seine „verbleibenden Anteile an den H. Gesellschaften“ überlässt er seiner Tochter K. D. und „wegen des großen Wertes der Firma soll alles andere allein unter den verbleibenden Erben aufgeteilt werden“.

Der Erblasser und seine Ehefrau schlossen im Oktober 2010 in Thailand in Anwesenheit zweier Zeugen einen im Heiratsregister eingetragenen Ehevertrag und im Anschluss daran die Ehe. Der Ehevertrag sollte nach seiner Präambel für den Fall gelten, dass Rechtsstreitigkeiten aus der Ehe in Thailand bzw. nach thailändischem Recht entschieden werden. Gem. Ziff. 2 des Ehevertrags sollte durch die Ehe kein Gemeinschaftseigentum an den nach der Eheschließung erworbenen Vermögensgegenständen begründet werden und gem. Ziff. 3 auch im Falle der Beendigung der Ehe kein Vermögensausgleich stattfinden. In Ziff. 5 wurde schließlich die Abrede getroffen, dass im Falle einer Scheidung der Ehe sämtliche Schadensersatzansprüche nach thailändischem Recht ausgeschlossen sein sollten. Im April 2011 zogen die Ehefrau, der zuvor die Einreise untersagt war, und die gemeinsame Tochter zum Erblasser nach Deutschland.

Die Beteiligten streiten um die Auslegung des Testaments und im Zusammenhang mit der Höhe der jeweiligen Erbanteile vor allem über den Güterstand der Ehe zwischen dem Erblasser und seiner Witwe.

Das vorinstanzliche Nachlassgericht hat den Erbanteil der Ehefrau auf 1/4 bestimmt und den der übrigen Beteiligten auf je 3/16. Hiergegen wendet sich die Beschwerde der Ehefrau.

Entscheidung

In der Sache hat die Beschwerde der Ehefrau Erfolg. Das Gericht thematisiert zunächst die Auslegung des Testaments und kommt insoweit zu dem Ergebnis, dass die jeweiligen Erbquoten nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge zu ermitteln seien (wobei es, ohne dies ausdrücklich zu prüfen, von der Anwendbarkeit des deutschen Rechts ausgeht).

Im Folgenden dreht sich die Entscheidung im Wesentlichen um die Frage, ob die Erbquote der Ehefrau gem. § 1371 Abs. 1 BGB erhöht ist, was zum einen davon abhängt, welches Recht auf den Güterstand Anwendung

findet und zum anderen davon, ob ein wirksamer Ehevertrag geschlossen worden ist.

Gem. Art. 229 § 47 Abs. 2 EGBGB sei für die Bestimmung des Güterrechts Art. 15 i. V. m. Art. 14 EGBGB a. F. und noch nicht die EuGüVO anzuwenden. Da die Eheleute bei Eheschließung weder eine gemeinsame Staatsangehörigkeit besaßen noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Staat hatten, gelte als Ehegüterstatut das Recht des Staates, mit dem die Ehegatten bei der Eheschließung gemeinsam auf andere Weise am engsten verbunden waren (Art. 15 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB a. F.). Diese Prüfung führt nach den Ausführungen des OLG Naumburg zur Anwendung des deutschen Rechts und damit zur Zugewinnngemeinschaft.

Mit dem hier in Thailand abgeschlossenen Ehevertrag befasst sich das OLG nur kurz und am Ende der Entscheidung. Insoweit verweist es auf §§ 1408, 1410 BGB und hält den thailändischen Ehevertrag für formunwirksam, da er nicht zur Niederschrift eines Notars geschlossen worden sei. Es lässt daher offen, ob die im Ehevertrag getroffenen Vereinbarungen als eine Gütertrennung i. S. v. §§ 1388, 1414 BGB auszulegen wären.

Praxishinweis

Vorrangig vor dem von Gesetzes wegen geltenden Güterstand wäre hier ein ehevertraglich vereinbarter Güterstand zu beachten gewesen. Insoweit verkennt das Gericht, dass für die Form eines Ehevertrages Art. 11 Abs. 1-3 EGBGB maßgeblich ist. Der Ehevertrag ist demnach formwirksam, wenn entweder die Formvorschriften des (deutschen) Güterstatuts (als Geschäftsstatut) oder die Formvorschriften des (thailändischen) Rechts am Abschlussort eingehalten wurden. Durch die Einhaltung der Ortsform wird die nach deutschem Recht erforderliche notarielle Beurkundung nach § 1410 BGB des Ehevertrags ersetzt (BGH NJW-RR 2011, 1225, 1227 = DNotI-Report 2011, 182 zu einem nach dem Ortsrecht von Mauritius geschlossenen Ehevertrag; vgl. auch MünchKommBGB/Looschelders, 8. Aufl. 2020, Art. 15 EGBGB a. F. Rn. 42). Formelle Voraussetzung für eine ehevertragliche Vereinbarung ist nach thailändischem Recht, dass sie schriftlich abgefasst, von den Ehegatten sowie mindestens von zwei Zeugen unterschrieben und zum Zeitpunkt der Registrierung der Heirat in das Heiratsregister eingetragen wird (Sec. 1466 thai. Civil and Commercial Code). Diese Formvoraussetzungen erfüllt der vorliegende Ehevertrag offensichtlich, so dass es für die Frage, wie hoch die Erbquote der Witwe ist, auf die Auslegung des Ehevertrages angekommen wäre, namentlich darauf, ob die Eheleute den Güterstand der Gütertrennung vereinbart haben.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Alexander König

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BeurkG §§ 39, 50; BNotO § 21; GBO §§ 29, 34 – Nachweis der Vertretungsmacht aufgrund einer fremdsprachigen Vollmachtsurkunde; Übersetzung durch den Notar

GmbHG § 74 Abs. 2; FamFG § 375 Nr. 6 – Austausch des Verwahrers der Bücher und Schriften

Aktuelles

Neuerungen zur Inhabilität von GmbH-Geschäftsführern und den entsprechenden Versicherungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BeurkG §§ 39, 50; BNotO § 21; GBO §§ 29, 34

Nachweis der Vertretungsmacht aufgrund einer fremdsprachigen Vollmachtsurkunde; Übersetzung durch den Notar

I. Sachverhalt

Bei einem Kaufvertrag wird die Verkäuferin aufgrund Vollmacht vertreten. Die Vollmacht wurde von einem spanischen Notar in spanischer Sprache beurkundet und liegt in beglaubigter Abschrift und mit Apostille versehen vor. Der Notar ist der spanischen Sprache mächtig und könnte die Vollmacht in die deutsche Sprache übersetzen.

II. Fragen

1. Kann der Notar (evtl. in analoger Anwendung des § 50 BeurkG) auch die nicht von ihm errichtete Urkunde in die deutsche Sprache übertragen und die Übereinstimmung der Übersetzung entsprechend bescheinigen,

wenn die in fremder Sprache verfasste Urkunde in einem Beurkundungsverfahren verwendet werden soll?

2. Kommt eine Bescheinigung gem. § 21 Abs. 3 BNotO in Frage?

III. Zur Rechtslage

1. Übersetzung einer Fremdurkunde

a) § 50 BeurkG

Gem. § 50 Abs. 1 BeurkG kann ein Notar die deutsche Übersetzung einer Urkunde mit der Bescheinigung der Richtigkeit und Vollständigkeit versehen, wenn er die Urkunde selbst in fremder Sprache errichtet hat oder für die Erteilung einer Ausfertigung der Niederschrift zuständig ist. Für die Bescheinigung gilt § 39 BeurkG entsprechend. Der Notar soll die Bescheinigung nur erteilen, wenn er der fremden Sprache hinreichend kundig ist. Eine Übersetzung, die mit einer Bescheinigung des Notars nach § 50 Abs. 1 BeurkG versehen ist, gilt als richtig und vollständig, § 50 Abs. 2 S. 1 BeurkG.

Das Verfahren nach § 50 BeurkG ist also u. a. dahingehend beschränkt, dass es sich um **eigene** fremdsprachige Urkunden des Notars oder von ihm verwahrte (vgl. § 48 BeurkG) fremdsprachige Urkunden handeln muss. Bzgl. fremder und nicht vom Notar verwahrter

fremdsprachiger Urkunden scheidet ein Übersetzungsvermerk nach § 50 BeurkG aus (BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 1.7.2023, § 50 Rn. 8; Winkler, BeurkG, 20. Aufl. 2022, § 50 Rn. 6; Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 50 Rn. 9; Zimmermann, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 28 Rn. 46; Armbrüster/Preuß, BeurkG mit NotAktVV und DO-Not, 9. Aufl. 2023, § 50 BeurkG Rn. 3).

Der Notar hat zwar gem. § 24 BNotO auch bei **fremden** Urkunden die Möglichkeit, die eigene Anfertigung der Übersetzung sowie Vollständigkeit und Richtigkeit der Übersetzung einer solchen Urkunde zu bestätigen (BeckOGK-BeurkG/Regler, § 50 Rn. 8; Grziwotz/Heinemann, § 50 Rn. 9; Zimmermann, in: Beck'sches Notar-Handbuch, § 28 Rn. 46; Armbrüster/Preuß, § 50 BeurkG Rn. 3). Einer solchen Bestätigung kommt jedoch **nicht die Beweiswirkung des § 50 Abs. 2 BeurkG** zu (BeckOGK-BeurkG/Regler, § 50 Rn. 8; Grziwotz/Heinemann, § 50 Rn. 9; Ott, RNotZ 2015, 189, 190).

Hierfür spricht auch die Gesetzesbegründung zu § 50 BeurkG. Der Gesetzgeber erachtete es als erforderlich, §§ 2 f. der Verordnung zur Vereinfachung des Verfahrens auf dem Gebiet des Beurkundungsrechts vom 21.10.1942 zu ergänzen, da nach § 5 Abs. 2 BeurkG Urkunden auch in fremder Sprache errichtet werden können (BT-Drucks. 5/3282, S. 40). Gem. § 2 der vorgenannten Verordnung galt die Übersetzung einer in fremder Sprache abgefassten Urkunde als richtig und vollständig, wenn dies ein besonders ermächtigter Übersetzer bescheinigte. Der Gesetzgeber sah es jedoch als nicht sinnvoll an, wenn der Notar die deutsche Übersetzung einer von ihm errichteten Niederschrift oder Vermerkurkunde nicht selbst bescheinigen könnte, sondern dafür einen Übersetzer hinzuziehen müsste. Wenn der Notar die Urkunde selbst errichtet habe, solle er daher auch die Richtigkeit der Übersetzung bescheinigen können. Ferner sei es zweckmäßig, diese Befugnis auf alle Niederschriften auszudehnen, von denen der Notar Ausfertigungen erteilen dürfe (vgl. §§ 25, 45, 51 BNotO). **Der Kreis der in Betracht kommenden fremdsprachigen Urkunden wurde damit bewusst derart eingegrenzt, dass sich die Übersetzung durch den Notar als Folgegeschäft der Beurkundung darstellt.** Nur für diese Urkunden kann der Bescheinigung des Notars auf der Übersetzung dieselbe Beweiskraft zugesprochen werden wie der Bescheinigung eines Übersetzers nach § 2 der genannten Verordnung (BT-Drucks. 5/3282, S. 40).

Aufgrund dieser bewussten Entscheidung des Gesetzgebers kommt eine analoge Anwendung des § 50 BeurkG auf fremde und nicht vom Notar verwahrte fremd-

sprachige Urkunden mangels planwidriger Regelungslücke nicht in Betracht.

b) Bescheinigung als einfaches Zeugnis gem. § 39 BeurkG

Fraglich ist, ob die Übersetzungsbescheinigung ein einfaches Zeugnis gem. § 39 BeurkG darstellt und daher die Beweiswirkung des § 418 ZPO hat.

Nach Ansicht des LG Wuppertal steht eine notarielle Bescheinigung darüber, dass dem Notar eine öffentliche, in ausländischer Sprache abgefasst Urkunde mit einem bestimmten in der Bescheinigung dargestellten Inhalt vorgelegen hat, wertungsmäßig den in § 39 BeurkG genannten Bescheinigungen gleich und stellt daher ein Zeugnis gem. § 39 BeurkG dar (RNotZ 2006, 620 f.). Da der Notar nach § 16 Abs. 3 BeurkG berechtigt sei, Urkunden in einer fremden Sprache zu beurkunden, wenn er der Sprache hinreichend mächtig sei, dürfe er auch umgekehrt von einer fremden Sprache in das Deutsche übersetzen. Der Notar könne daher auch den Inhalt jeder ausländischen, in einer Fremdsprache verfassten Urkunde selbst übersetzen und durch eine eigene Urkunde deren Inhalt bescheinigen, wobei dieser notariellen Urkunde dieselbe Beweiskraft zukomme wie der fremdsprachlichen öffentlichen Urkunde (Baumann, RNotZ 2006, 620, 621).

Diese Ansicht vermag nicht zu überzeugen. Einerseits könnten so die Voraussetzungen des § 50 BeurkG umgangen werden, die der Gesetzgeber bewusst auf die Übersetzung eigener fremdsprachiger Urkunden des Notars begrenzt hat (BT-Drucks. 5/3282, S. 40).

Andererseits ist § 39 BeurkG (ohne § 50 Abs. 1 S. 2 BeurkG) u. E. deshalb nicht einschlägig, weil der Notar gem. § 39 BeurkG nur **Tatsachen**, die er in amtlicher Eigenschaft wahrgenommen hat, bezeugen kann. Der Vermerk darf also **keine Schlussfolgerungen** tatsächlicher oder rechtlicher Art enthalten. Bei notariellen Bescheinigungen, die eine Schlussfolgerung des Notars enthalten, handelt es sich um Betreuungstätigkeiten nach § 24 BNotO auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege (OLG Zweibrücken DNotZ 1970, 183 f.; BayObLG DNotZ 1971, 249, 252; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 1996, 529, 530; Winkler, BeurkG, § 39 Rn. 18; BeckOGK-BeurkG/Theilig, Std.: 1.11.2022, § 39 Rn. 22 f.; Hagenbucher, MittBayNot 2003, 249, 256; vgl. auch Limmer, in: Frenz/Miermeister, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, § 39 BeurkG Rn. 4; Kindler, in: Beck'sches Notar-Handbuch, § 31 Rn. 398, 400).

Nur Bescheinigungen über amtlich vom Notar wahrgenommene Tatsachen stellen öffentliche Urkunden i. S. d. § 418 ZPO dar und begründen vollen Beweis für

die bescheinigte Tatsache (OLG Zweibrücken DNotZ 1970, 183). Eine solche Tatsachenbescheinigung setzt voraus, dass Tatsachen i. S. v. Vorgängen der Außenwelt, die mit den Sinnesorganen wahrgenommen werden können, Gegenstand der Bescheinigung sind. Bescheinigungen, die eine Wertung des Wahrgenommenen oder Schlussfolgerungen daraus enthalten oder die ohne unmittelbare Wahrnehmung eine – wenn auch urkundlich nachgewiesene – Tatsache bestätigen, fallen nicht darunter und haben nicht den Charakter eines Tatsachenzuzeugnisses i. S. v. § 39 BeurkG, auch wenn sie mit dem Dienstsiegel des Notars versehen sind (OLG Zweibrücken DNotZ 1970, 183 f.; vgl. auch BayObLG DNotZ 1971, 249, 252).

Teilweise wird zwar vertreten, dass die Bescheinigung über die Richtigkeit und Vollständigkeit der Übersetzung eine Tatsachenbezeugung darstelle, da der Notar keine gutachterliche Stellungnahme vornehme (Grziwotz/Heinemann, § 50 Rn. 12). Nach der – u. E. überzeugenden – Gegenansicht stellt der Übersetzungsvermerk keine Tatsachenbezeugung über eine amtliche Wahrnehmung i. S. d. §§ 39 BeurkG, 20 Abs. 1 S. 2 BNotO dar (BeckOGK-BeurkG/Regler, § 50 Rn. 11; Armbrüster/Preuß, § 50 BeurkG Rn. 5; Limmer, ZNotP 2002, 261, 266 f.; BeckOK-BeurkG/Winnen, Std.: 1.3.2023, § 50 Rn. 14).

Dafür spricht schon der Wortlaut des § 50 Abs. 1 BeurkG, wonach der Notar die Übersetzung mit einer „Bescheinigung“ zu versehen hat und § 39 BeurkG „entsprechend“ gilt (BeckOK-BeurkG/Winnen, § 50 Rn. 14). Da der Notar die Richtigkeit und Vollständigkeit der Übersetzung zu bescheinigen hat und hierbei über eine hinreichende Sprachkunde verfügen muss, liegt der Schwerpunkt der Tätigkeit nicht in der bloßen Wiedergabe von Tatsachen, sondern in der für notarielle Bescheinigungen typischen gutachterlichen Stellungnahme und eigenen Würdigung (BeckOGK-BeurkG/Regler, § 50 Rn. 11; BeckOK-BeurkG/Winnen, § 50 Rn. 14). Die Übersetzungstätigkeit als solche kann nicht mit den Sinnesorganen schlicht wahrgenommen werden, sondern erfordert eine erhebliche Gedankenleistung.

c) Ergebnis

Der Notar hätte also zwar die Möglichkeit, die Vollmacht selbst zu übersetzen und die Vollständigkeit und Richtigkeit der Übersetzung zu bescheinigen. Eine solche Bestätigung würde jedoch keine öffentliche Urkunde gem. § 29 Abs. 1 GBO darstellen. Dies schließt u. E. freilich nicht aus, dass das Grundbuchamt der Übersetzung durch den Notar durchaus Glauben schenken darf; denn immerhin handelt es sich um die Übersetzung durch den Träger eines öffentlichen

Amtes (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 165, sowie Böhringer BWNotZ 2017, 30, 35, wonach auch dann eine Ausnahme vom Strengbeweis zulässig ist, wenn der Rechtspfleger über eigene Fremdsprachenkenntnisse verfügt). Diese Möglichkeit der grundbuchverfahrensrechtlichen Anerkennung der notariellen Übersetzung im Freibeweis ergibt sich u. E. nicht zuletzt daraus, dass es im Falle einer notariellen Vollmachtsbescheinigung i. S. v. § 21 Abs. 3 BNotO ebenfalls auf die eigene Sprachkenntnis des Notars anstelle der Sprachkenntnis des Grundbuchrechtspflegers ankäme (siehe sogleich). Im vorliegenden Fall scheidet eine notarielle Vollmachtsbescheinigung lediglich aus anderem Grunde aus, nämlich dass „nur“ eine beglaubigte Abschrift der fremdsprachigen Urkunde vorliegt. Insoweit würde auch die Anerkennung der notariellen Übersetzung nicht weiterhelfen, denn das hier vorliegende Dokument ist nicht wegen seiner Fremdsprachlichkeit, sondern aus anderem Grunde für eine Verwendung im Grundbuchverfahren ungeeignet (siehe sogleich).

2. Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO

Gem. § 21 Abs. 3 BNotO sind Notare dafür zuständig, Bescheinigungen über eine durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht auszustellen. Der Notar darf die Bescheinigung nur ausstellen, wenn er sich zuvor durch Einsichtnahme in eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Vollmachtsurkunde über die Begründung der Vertretungsmacht vergewissert hat. In der Bescheinigung ist anzugeben, in welcher Form und an welchem Tag die Vollmachtsurkunde dem Notar vorgelegen hat.

Gem. § 34 GBO kann eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht durch eine Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO nachgewiesen werden. Da der Notar verpflichtet ist, sich vor Ausstellung der Vollmachtsbescheinigung über die bescheinigte Vertretungsbefugnis zu vergewissern, erbringt die Vollmachtsbescheinigung in der Regel den vollen Nachweis des Bestehens der bescheinigten Vertretungsmacht und macht eine entsprechende Prüfung durch das Grundbuchamt grundsätzlich entbehrlich (BT-Drucks. 17/1469, S. 19; OLG Nürnberg MittBayNot 2017, 293 Rn. 8; BeckOK-BNotO/Sander, Std.: 1.8.2022, § 21 Rn. 76; Limmer, in: Frenz/Miermeister, § 21 BNotO Rn. 14f; vgl. auch BGH DNotZ 2017, 303 Rn. 10). Durch § 21 Abs. 3 BNotO, § 34 GBO verlagert sich also ein Teil der Prüfung der Vertretungsberechtigung vom Grundbuchamt auf den Notar (vgl. BT-Drucks. 17/1469, S. 14; BGH DNotZ 2017, 303 Rn. 8).

a) Voraussetzungen des § 21 Abs. 3 BNotO

§ 21 Abs. 3 BNotO betrifft nach seinem Wortlaut

nur den Fall einer rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht (Limmer, in: Frenz/Miermeister, § 21 BNotO Rn. 14b; BeckOK-BNotO/Sander, § 21 Rn. 57; vgl. auch BGH DNotZ 2017, 303 Rn. 16). Zudem muss der Notar selbst die Vollmachtsurkunde einsehen.

Ferner muss es sich um eine **öffentliche oder öffentlich beglaubigte Vollmachtsurkunde** handeln, § 21 Abs. 3 S. 2 BNotO. Soll diese Grundlage für eine Bescheinigung nach § 34 GBO sein, muss die Vollmacht ihrerseits den Anforderungen des § 29 GBO genügen. Denn die Anforderungen an den Nachweis einer Vollmacht wurden durch § 21 Abs. 3 BNotO, § 34 GBO nicht verringert. Es wurde lediglich die Möglichkeit geschaffen, den Nachweis gegenüber dem Notar statt gegenüber dem Grundbuchamt zu erbringen (BT-Drucks. 17/1469, S. 14; BGH DNotZ 2017, 303 Rn. 14).

Auch über Vollmachtsurkunden, die von einem **ausländischen Notar** ausgestellt wurden, kann von einem deutschen Notar eine Vollmachtsbescheinigung gem. § 21 Abs. 3 BNotO errichtet werden, sofern die ausländische Urkunde als öffentliche Urkunde i. S. v. § 21 Abs. 3 BNotO anzusehen ist (BeckOK-BNotO/Sander, § 21 Rn. 64; Schippel/Görk/Sander, BNotO, 10. Aufl. 2021, § 21 Rn. 62; Limmer, in: Frenz/Miermeister, § 21 BNotO Rn. 14d). Dies setzt voraus, dass die Tätigkeit der ausländischen Urkundsperson zumindest die Gewähr für die Echtheit der Unterschrift gibt und die Urkundsperson nach ihrem Rechtssystem befugt ist, Urkunden mit besonderer Beweiskraft zu errichten (BeckOK-BNotO/Sander, § 21 Rn. 64; Schippel/Görk/Sander, § 21 Rn. 62; Limmer, in: Frenz/Miermeister, § 21 BNotO Rn. 14d). In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass ein Erfahrungssatz des internationalen Rechtsverkehrs dahingehend besteht, dass ausländische Notare die für sie maßgeblichen Zuständigkeits- und Formvorschriften beachten (OLG Zweibrücken MittRhNotK 1999, 241, 242; LG Darmstadt MittBayNot 2008, 317, 318). Sofern also die Echtheit der ausländischen öffentlichen Urkunde feststeht und keine gewichtigen Anhaltspunkte für ihre fehlerhafte oder kompetenzwidrige Errichtung vorliegen, kann man sich auf den genannten Erfahrungssatz verlassen und ist an ihn gebunden. Die Echtheit ist je nach Staat durch Legalisation oder Apostille nachzuweisen (BeckOK-BNotO/Sander, § 21 Rn. 64; Schippel/Görk/Sander, § 21 Rn. 62; Limmer, in: Frenz/Miermeister, § 21 BNotO Rn. 14d). Bei einer spanischen Urkunde genügt eine Apostille als Echtheitsnachweis (Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, Teil K Rn. 616). Es ist also davon auszugehen, dass der spanische Notar innerhalb seiner Zuständigkeit die Vollmachtsurkunde formgemäß errichtet hat.

Auch die Tatsache, dass die Vollmacht und der Beglaubigungsvermerk **auf Spanisch verfasst** sind, steht einer Bescheinigung nicht entgegen. Wie dargelegt, muss die im Rahmen des § 21 Abs. 3 BNotO vorgelegte Vollmacht ihrerseits den Anforderungen des § 29 GBO genügen. Zwar ist gem. § 184 GVG die Gerichtssprache deutsch. Daraus folgt aber nur, dass Urkunden und Schriftstücke, welche Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt enthalten, insbesondere Anträge und Bewilligungen, in deutscher Sprache abgefasst sein müssen. Für sonstige Nachweise gegenüber dem Grundbuchamt, wie etwa **Vollmachten**, gilt dieser Grundsatz nicht uneingeschränkt (KG JFG 7, 243, 245). Wird zur Führung eines solchen Nachweises eine fremdsprachige Urkunde vorgelegt, kann von einer Übersetzung abgesehen werden, wenn der Rechtspfleger der Fremdsprache hinreichend kundig ist. Nur wenn dies nicht der Fall ist, muss eine Übersetzung verlangt werden (Demharter, GBO, 32. Aufl. 2021, § 1 Rn. 48; Meikel/Hertel, GBO, 12. Aufl. 2021, Einl. G, Rn. 383; BeckOK-GBO/Holzer, Std.: 1.8.2023, § 1 Rn. 81; vgl. auch OLG Schleswig DNotZ 2008, 709, 710; OLG Zweibrücken MittBayNot 1999, 480, 482). Dies gilt auch für fremdsprachige **Beglaubigungsvermerke** (OLG Zweibrücken MittBayNot 1999, 480, 482; OLG Schleswig DNotZ 2008, 709, 710; KG FGPrax 2011, 168 f.; Demharter, § 1 Rn. 48; Meikel/Hertel, Einl. G, Rn. 383).

Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass die Notarbescheinigung im Grundbuchverfahren nur dann nachweistauglich ist, wenn von dem Fortbestand der dem Notar vorgelegten Vollmacht ausgegangen werden kann, was das Grundbuchamt anhand der Angaben nach § 21 Abs. 3 S. 3 BNotO zu prüfen hat (vgl. BGH DNotZ 2017, 303 Rn. 15). Da zum Nachweis (des Fortbestands) der Vertretungsmacht materiell-rechtlich der Besitz der Vollmachtsurkunde erforderlich ist (vgl. § 172 BGB), ist **im Rahmen des § 29 GBO anerkannt**, dass der Nachweis der Vertretungsmacht grundsätzlich nur durch Vorlage der **Ausfertigung oder des Originals der Vollmachtsurkunde** geführt werden kann; eine **beglaubigte Abschrift der Vollmachtsurkunde genügt grundsätzlich nicht**, da diese nicht die Wirkung des § 172 Abs. 2 BGB auslöst (BGH FGPrax 2012, 4 Rn. 12; DNotZ 2017, 303 Rn. 13; OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 1482, 1483; BayObLG NJW-RR 2000, 161, 162; BeckOK-GBO/Otto, Std.: 1.8.2023, § 29 Rn. 87; vgl. auch BGH NJW-RR 2007, 1199, Rn. 25; BeckOK-BeurkG/Bremkamp, Std.: 15.9.2022, § 12 Rn. 54). Eine beglaubigte Abschrift der Vollmacht – zumeist vom Notar im Rahmen von § 12 Abs. 1 S. 1 BeurkG gefertigt – ist im Grundbuchverfahren nur dann ausreichend, wenn durch den die Erklärungen des Bevollmächtigten beurkundenden Notar im Beglaubigungsvermerk bestätigt wird, dass ihm die Vollmacht in Urschrift oder Ausfertigung zu

einem bestimmten Zeitpunkt vorgelegen hat (vgl. BGH DNotZ 2017, 303 Rn. 13; BayObLG NJW-RR 2000, 161, 162; KG BeckRS 1997, 11265 Rn. 3; OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 1482, 1483).

Dementsprechend **setzt die Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO voraus, dass die Vollmacht in Urschrift oder Ausfertigung vorlag** (Böttcher, NJW 2015, 2770, 2773; Heinemann, FGPrax 2013, 139, 140; BeckOK-BNotO/Sander, § 21 Rn. 66; vgl. auch Limmer, in: Frenz/Miermeister, BNotO § 21 Rn. 14e; vgl. auch BGH DNotZ 2017, 303 Rn. 13). Wenn das Gesetz in § 21 Abs. 3 S. 2 BNotO von einer *öffentlich beglaubigten Vollmachtsurkunde* spricht, so meint es damit nicht eine beglaubigte Abschrift (Kopie) der Vollmacht, sondern die privatschriftliche Vollmachtsurkunde im Original mit öffentlicher Beglaubigung der Unterschrift des Vollmachtgebers.

In der Gesetzesbegründung heißt es dementsprechend (BT-Drucks. 17/1469, S. 14):

„Durch den Gesetzentwurf wird die Möglichkeit geschaffen, auch Vollmachten durch eine notarielle Bescheinigung nachzuweisen. Eine notarielle Vollmachtenbescheinigung ist allerdings nur auf Basis solcher Vollmachten zulässig, die ihrerseits den Anforderungen des Registerverkehrs genügen. Der Notar muss sich deshalb die Legitimationskette, die zu der Vollmacht führt, in der Form nachweisen lassen, in der sie gegenüber der das Register führenden Stelle nachzuweisen wäre. Die bisherigen Anforderungen an den Nachweis einer Vollmacht werden somit nicht verringert, es wird nur eine zusätzliche Möglichkeit des Nachweises gegenüber den die Register führenden Stellen geschaffen.“

b) Einordnung der durch den spanischen Notar erteilten Abschrift

In Spanien verbleibt die Urschrift der Urkunde in der Verwahrung des Notars (vgl. Eberl/Selbherr/Meyer/Anglada Bartholmai, in: Frank/Wachter, Handbuch Immobilienrecht in Europa, 2. Aufl. 2015, Länderbericht Spanien, Rn. 220). Während nach deutschem Recht die Urschrift der notariellen Urkunde, welche regelmäßig in der Verwahrung des Notars verbleibt, im Rechtsverkehr durch eine Ausfertigung vertreten wird (§ 47 BeurkG), kennt das spanische Recht lediglich die sog. *copia*. Bei der *copia* handelt es sich um eine Abschrift mit *signo* (notarieller Namensschnörkel in Kreuzform vor der Unterschrift), *firma* (Unterschrift), *rubrica* (Paraphen) und *sello* (Stempel) durch den Notar, in dessen *protocolos* die Originalurkunde gesammelt wird. Aus dem Charakter der *copia* als Abschrift (vgl. Álvarez, Derecho Notarial, 7. Aufl. 1990, S. 147) ergibt sich u. E., dass die Unterschriften der Beteiligten und des Notars nicht bildhaft wiedergegeben sein müssen. Zudem ergibt sich

aus dem entsprechenden Vermerk des Notars, dass dem in der Abschrift wiedergegebenen Inhalt der Urschrift die Unterschrift des Vollmachtgebers und sodann diejenige des beurkundenden Notars folgt. Bei den *copias* wird unterschieden zwischen der *primera*, *segunda* oder *posterior*. Dies bezeichnet nur die Reihenfolge der Erteilung der *copia*, wobei alle Kopien, welche von dem zuständigen Notar erteilt worden sind, als gleichwertig angesehen werden (Álvarez, S. 148). Die *copia* ist u. E. daher nicht mit der Ausfertigung i. S. d. § 47 BeurkG vergleichbar.

Da der Bevollmächtigte somit weder die Urschrift der Vollmachtsurkunde noch ein der deutschen Ausfertigung vergleichbares Dokument vorlegen kann, könnte auf Grundlage der Rechtspraxis in Spanien folgender Weg zum Nachweis des Fortbestands der Vollmacht angedacht werden: In Spanien kann der Widerruf einer in notarieller Urkunde erteilten Vollmacht nur durch notarielle Urkunde erfolgen. Der den Widerruf beurkundende Notar muss dem Notar, der die Vollmacht beurkundet hat, den Widerruf mitteilen (Eberl/Selbherr/Meyer/Anglada Bartholmai, Rn. 220). Dies geschieht in der Praxis durch amtliche Mitteilung (*oficio*), die in der Regel sofort nach Beurkundung des Widerrufs übersandt wird. In der Folge wird ein entsprechender Vermerk auf der Originalvollmachtsurkunde angebracht. Bei Bedarf bestätigt der spanische Notar, der die Vollmacht beurkundet hat, dass auf der Originalurkunde kein Widerruf eingetragen ist. Dass eine entsprechende Bestätigung des spanischen Notars zusammen mit der *copia* geeignet ist, das Fortbestehen der Vollmacht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachzuweisen, erscheint denkbar. Letztlich kann diese Frage jedoch für den vorliegenden Sachverhalt offen bleiben.

c) Ergebnis

Folglich steht hier der Erteilung einer Vertretungsbescheinigung gem. § 21 Abs. 3 BNotO weder die Tatsache entgegen, dass die Vollmacht durch einen spanischen Notar beurkundet wurde, noch dass diese auf Spanisch verfasst ist, da der deutsche Notar der spanischen Sprache mächtig ist. Die Erteilung der Bescheinigung scheitert im vorliegenden Fall allerdings daran, dass dem deutschen Notar – als dem die Erklärungen des Bevollmächtigten beurkundenden Notar – nur eine Abschrift (*copia*) der Vollmachtsurkunde (ohne Bestätigungsvermerk des spanischen Notars) vorliegt.

Abschließend sei angemerkt, dass der Käufer nicht den Schutz des § 172 BGB genießt, wenn der Bevollmächtigte der Verkäuferin nur eine Kopie (hier: in Gestalt einer beglaubigten Abschrift) der Vollmacht vorzulegen vermag.

GmbHG § 74 Abs. 2; FamFG § 375 Nr. 6

Austausch des Verwahrers der Bücher und Schriften

I. Sachverhalt

Eine GmbH wurde liquidiert und im Handelsregister gelöscht. Bei der Anmeldung wurde mitgeteilt, dass der bisherige Liquidator die Bücher und Schriften der Gesellschaft verwahrt. Die Person des „Verwahrers“ soll nun ausgetauscht werden.

II. Fragen

1. Kann die Person, welche die Bücher und Schriften einer voll beendeten GmbH aufbewahrt, nachträglich geändert werden?

2. Wenn ja: Wer wäre für die Benennung dieser Person zuständig (bisheriger Verwahrer, Versammlung der letzten Gesellschafter oder Gericht) und wäre dies dem Registergericht mitzuteilen oder anzumelden?

III. Zur Rechtslage

1. Meinungsbild

Rechtsfragen rund um den Verwahrer der Bücher und Schriften (§ 74 Abs. 2 GmbHG) werden im Schrifttum **wenig beleuchtet**. Die Literatur zu § 74 Abs. 2 GmbHG und zu vergleichbaren Normen beschränkt sich im Wesentlichen auf grundlegende Aussagen.

Grundsätzlich wird der Verwahrer durch den **Gesellschaftsvertrag** oder einen **Beschluss** der Gesellschafter bestimmt (§ 74 Abs. 2 S. 2 GmbHG). Ein nachträglicher Beschluss scheidet jedoch dann aus, wenn die GmbH – nach der **Lehre vom (erweiterten) Doppelatbestand der Vollbeendigung** (vgl. dazu Bernert, MittBayNot 2021, 309, 313 f.; Herrler/Blath, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2021, § 6 Rn. 1774 f. m. w. N.) – sowohl gelöscht als auch vermögenslos ist. Sie existiert dann in keiner Form mehr, sodass auch die ehemaligen Gesellschafter keinen Beschluss mehr hinsichtlich der Änderung in der Person des Verwahrers fassen können.

Im **Schrifttum** heißt es mitunter gleichwohl, ein entsprechender **Beschluss** i. S. d. § 74 Abs. 2 S. 2 GmbHG könne auch **nach der Löschung** gefasst werden (so M. F. Müller in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 74 Rn. 19; MünchKommGmbHG/H.-F. Müller, GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 74 Rn. 17 unter alleinigem Verweis auf die jeweils andere Kommentarstelle; ggf. auch Scholz/K. Schmidt/Scheller, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 74 Rn. 47 [„auch nachträglich noch“]).

2. Stellungnahme

Unseres Erachtens kann die Bestimmung des neuen Verwahrers **allein durch das Registergericht** erfolgen.

§ 74 Abs. 2 S. 2 Var. 3 GmbHG sieht subsidiär die Bestimmung des Verwahrers durch das Gericht vor. Dieses gerichtliche Verfahren richtet sich nach den §§ 375 Nr. 6, 376, 377 FamFG (dazu Herrler/Blath, § 6 Rn. 1772). Zwar geht das Gesetz davon aus, dass die gerichtliche Bestimmung des Verwahrers nach § 74 Abs. 2 S. 2 GmbHG i. V. m. § 375 Nr. 6 FamFG im Rahmen der Liquidation erfolgt und nicht einem späteren Wechsel in der Person des Verwahrers dient. Gleichwohl scheiden alle anderen Optionen aufgrund der (im Rahmen dieses Gutachtens unterstellten) Vollbeendigung der GmbH aus. Zudem ist es anerkannt, dass eine an den Gesellschaftern „vorbei organisierte“ Verwahrung durch gerichtlichen Beschluss bestätigt werden kann (vgl. Scholz/K. Schmidt/Scheller, § 74 Rn. 47; GroßkommGmbHG/Paura, 3. Aufl. 2021, § 74 Rn. 20). Dafür spricht, dass die gerichtliche Bestellung den Beschluss der Gesellschafterversammlung ersetzt (Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 74 Rn. 14) – diese Ersetzung ist insbesondere erforderlich (ggf. sogar unumgänglich), wenn aufgrund der Vollbeendigung der Gesellschaft keine Möglichkeit mehr besteht, einen solchen Beschluss zu fassen.

Unseres Erachtens ist eine **gerichtliche Neubestellung des Verwahrers** auf Basis des § 74 GmbHG (analog) und damit im Verfahren nach den §§ 375 Nr. 6, 376, 377 FamFG der **einzig denkbare dogmatische Weg**. Der im Schrifttum mitunter befürwortete Beschluss (s. Ziff. 1) kann u. E. nicht mehr wirksam und mit konstitutiver Wirkung gefasst werden, wenn die Gesellschaft vollbeendet ist und die Gesellschafterversammlung als Organ nicht mehr existiert. Würde man dies anders sehen, so müsste man entweder davon ausgehen, dass die GmbH nicht vor dem Ablauf von **zehn** Jahren (§ 74 Abs. 2 S. 1 GmbHG) nach der Löschung aus dem Handelsregister vollbeendet ist – dies widerspräche aber der ganz herrschenden Lehre vom erweiterten Doppelatbestand der Vollbeendigung. Eine solch lange „Nachwirkung“ bis zur Vollbeendigung wird auch, soweit ersichtlich, (zu Recht) nicht vertreten. Alternativ könnte man nur die Existenz einer Art „Nachgesellschaft“ annehmen, welche allein dem Zweck dient, über einen etwaigen Austausch des Verwahrers der Bücher und Schriften zu entscheiden. Dies hätte jedoch zur Konsequenz, dass eine nachwirkende Verantwortung der (dann ehemaligen) Gesellschafter über die Vollbeendigung hinaus besteht. Eine solche „Gemeinschaft“ wäre auch mit gegenseitigen Rechten und Pflichten verbunden, was angesichts der Vollbeendigung der Gesellschaft – die ein solches Verhältnis gerade terminiert – dogmatisch nicht

zu rechtfertigen ist. Der Verwahrer der Bücher und Schriften ist kein Organ der Gesellschaft mehr. Hintergrund seiner Tätigkeit ist vielmehr, dass ein Kaufmann nach § 257 HGB gewisse Unterlagen wie insbesondere Handelsbücher, Bilanzen oder Buchungsbelege aufzubewahren hat. Nachdem die Gesellschaft aber beendet wird, muss diese Pflicht von einer anderen Person, dem Verwahrer, ausgeübt werden (MünchKommHGB/K. Schmidt, 5. Aufl. 2022, § 157 Rn. 16). Daher erscheint es unseres Erachtens systemkohärent, das Gericht als zuständig anzusehen, unabhängig davon, ob die *ehemaligen* Gesellschafter einen Beschluss fassen können oder wollen. Praktisch mag sich ein solcher „Beschluss“ zwar anbieten (dazu unten); rechtlich ist er u. E. jedoch weder erforderlich noch könnte er überhaupt mit konstitutiver Wirkung gefasst werden.

3. Praktische Durchführung

Antragsberechtigt in Bezug auf die gerichtliche Bestellung eines Verwahrers sind neben den Liquidatoren auch die Gesellschafter, die Gläubiger sowie ein etwaiger Insolvenzverwalter (vgl. Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 74 Rn. 14; MünchKommGmbHG/H.-F. Müller, § 74 Rn. 18; GroßkommGmbHG/Paura, § 74 Rn. 20). Dies dürfte u. E. – was jedoch nicht durch Literatur oder Rechtsprechung abgesichert ist – ebenso für eine Abberufung und Neubestellung des Verwahrers gelten. Zudem gehen wir davon aus, dass der Verwahrer selbst antragsbefugt wäre.

In dem vorliegenden Fall, in dem sich alle ehemaligen Gesellschafter einig sind, ergeben sich auch keine Probleme hinsichtlich etwaiger Anhörungspflichten und der Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens des Gerichts (man wird bzgl. des pflichtgemäßen Ermessens sowie der Substantiierungspflicht auf die Grundsätze bei der Bestellung eines Nachtragsliquidators zurückgreifen können, vgl. hierzu etwa Passarge/Torwegge/Passarge, Die GmbH in der Liquidation, 3. Aufl. 2020, § 11 Rn. 773 ff.; Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 1153; Haas, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 60 Rn. 106).

Angesichts der ungeklärten Rechtslage mag es sich rein praktisch – sofern dies ohne großen Aufwand möglich sein sollte – empfehlen, einen „Beschluss“ herbeizuführen, mit dem die ehemaligen Gesellschafter einen Wechsel des Verwahrers „beschließen“, und diesen „Beschluss“ gerichtlich bestätigen zu lassen. Rechtlich dürfte dieser Beschluss im Falle der (hier unterstellten) Vollbeendigung der GmbH zwar ein Nullum darstellen. Jedoch könnte ein solches Vorgehen die Akzeptanz seitens des Registergerichts erhöhen; zugleich würde man damit die vereinzelt vertretene Literaturansicht (s. Ziff. 1) berücksichtigen.

Im Handelsregister wird lediglich verlautbart, dass die Liquidation beendet ist und dass die Gesellschaft sowie die Firma erloschen sind (§ 43 Nr. 6 lit. b sublit. ff. HRV; vgl. Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 1151). Gleichwohl dürfte es u. E. sinnvoll sein, den **gerichtlichen Beschluss über die Abberufung und Neuberufung des Verwahrers der Bücher und Schriften zum Registerordner zu nehmen**, damit die Einsicht in das Handelsregister (§ 9 Abs. 1 S. 1 HGB) auch dieses Dokument umfasst.

Es sind keinerlei Stellungnahmen dazu ersichtlich, wie vorgegangen werden kann, wenn das **Gericht** einen Beschluss zur Auswechslung des Verwahrers der Bücher und Schriften **ablehnt**. Nach unserem Dafürhalten dürfte die Rechtslage weitgehend derjenigen bei der Bestellung eines Nachtragsliquidators entsprechen, sodass, wie dort, analog § 273 Abs. 5 AktG (so Haas, § 60 Rn. 106 m.N. in Fn. 566), oder – u. E. jedenfalls hier überzeugender – gem. §§ 402, 375 Nr. 6, 58 ff. FamFG (so M. F. Müller, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, § 66 Rn. 98; Rowedder/Pentz/Gesell, GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 74 Rn. 27) gegen die ablehnende Entscheidung die **Beschwerde** zulässig wäre.

4. Ergebnis

Die Frage, auf welche Weise der Verwahrer der Bücher und Schriften nachträglich ausgetauscht werden kann, wird bisher kaum erörtert. Unseres Erachtens kann ein Gesellschafterbeschluss nach der Vollbeendigung der GmbH nicht mehr gefasst werden, vielmehr dürfte allein das Registergericht für den Austausch der Person des Verwahrers zuständig sein.

Aktuelles

Neuerungen zur Inhabilität von GmbH-Geschäftsführern und den entsprechenden Versicherungen

Durch das DiRUG wurde zum 1.8.2023 in § 6 Abs. 2 GmbHG ein neuer Satz 3 eingefügt (s. für das Aktienrecht § 76 Abs. 3 S. 3 AktG n. F.). Seither sind Personen vom Amt des Geschäftsführers einer GmbH ausgeschlossen, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder einem anderen Vertragsstaat des EWR aufgrund gerichtlichen Urteils oder einer vollziehbaren Entscheidung einer Verwaltungsbehörde einen Beruf, einen Berufszweig, ein Gewerbe oder einen Gewerbezug nicht ausüben dürfen, sofern der Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbots übereinstimmt und das Verbot mit demjenigen in § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 GmbHG vergleichbar ist. Eine ähnliche Regelung, die auf Verurteilungen im Ausland we-

gen einer Tat abstellt, die mit den in § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GmbHG genannten Taten vergleichbar ist, fand sich schon bisher in § 6 Abs. 2 S. 3 GmbHG a. F. und ist nun in § 6 Abs. 2 S. 4 GmbHG n. F. verortet. Strukturell sollen beide Regelungen einen gleichwertigen Schutzstandard vor ungeeigneten Personen als Geschäftsorganen gewährleisten (Altmeppen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 6 Rn. 22). Für die Praxis ist die Neuerung insbesondere im Rahmen der von Geschäftsführern (bzw. Liquidatoren) abzugebenden Versicherung (v. a. in § 8 Abs. 3 S. 1 GmbHG) zu beachten. Aufgrund der gesetzgebungstechnischen Gleichförmigkeit von § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GmbHG n. F. und § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 GmbHG n. F. und der gemeinsamen Grundlage im Unionsrecht dürfte die bisherige Rechtsprechung

und Literatur zur Ausgestaltung der Habitätsversicherung herangezogen werden können, sodass es u. E. ausreichend ist, wenn der Geschäftsführer pauschal versichert, dass er noch nie, weder im Inland noch im Ausland, wegen einer Straftat verurteilt worden ist (hierzu BGH NZG 2010, 829) bzw. wenn er versichert, dass er weder im Inland noch im Ausland einem Berufs- oder Gewerbeverbot unterliegt.

Hingewiesen sei noch darauf, dass sich mit Inkrafttreten des UmRUG zum 1.3.2023 die Vorschrift des § 313 UmwG a. F. zur Strafbarkeit unrichtiger Darstellungen redaktionell angepasst in § 346 UmwG n. F. befindet, sodass Formulierungsmuster, die die einzelnen Paragraphen aufzählen, entsprechend anzupassen sind.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Dr. Philipp Theuersbacher

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 130, 145, 147, 311b; BeurkG §§ 39, 39a, 47, 49 – Erfordernis der Zusendung einer Ausfertigung eines notariell beurkundeten Angebots; Fehlen eines elektronischen Pendantes zur Ausfertigung; Disposivität des Zugangs einer Willenserklärung in der vorgeschriebenen Form

GwG § 16a; BGB §§ 307, 362 – Abwälzung der geldwäscherechtlichen Pflicht zum Nachweis der unbaren Kaufpreiszahlung auf den Erwerber

Aktuelles

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 130, 145, 147, 311b; BeurkG §§ 39, 39a, 47, 49

Erfordernis der Zusendung einer Ausfertigung eines notariell beurkundeten Angebots; Fehlen eines elektronischen Pendantes zur Ausfertigung; Disposivität des Zugangs einer Willenserklärung in der vorgeschriebenen Form

I. Sachverhalt

Ein Notar wurde gefragt, ob die Annahme eines Angebots auf Abschluss eines nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB beurkundungsbedürftigen Kaufvertrags auch möglich sei, wenn durch den Angebotsnotar eine signierte Ausfertigung bzw. eine signierte beglaubigte Kopie einer Ausfertigung über XNP/beN an ihn als Vollzugsnotar übermittelt wird, oder ob zwingend die Ausfertigung in Papierform vorliegen müsse.

Der Notar fragt sich in diesem Zusammenhang, wie es sich verhält, wenn die Ausfertigung des Angebots durch den Angebotsnotar per Post versandt wurde, aber nicht innerhalb der Frist beim Angebotsempfänger oder beim Vollzugsnotar vorliegt. Kann die Annahme dann aufgrund einer vorab elektronisch übermittelten signierten Ausfertigung bzw. signierten beglaubigten Kopie einer Ausfertigung des Kaufangebots erfolgen, wobei der Vollzug erst betrieben wird, wenn die Ausfertigung in Papierform vorliegt?

II. Zur Rechtslage

1. Empfangs- und Formbedürftigkeit des Angebots auf Abschluss des Kaufvertrags

Der **Antrag** (bzw. das Angebot) gem. § 145 BGB ist eine einseitige, **empfangsbedürftige** (vgl. BGH NJW-RR 2015, 735 Rn. 10 f.; NJW 1995, 2217; Staudinger/Bork, BGB, 2020, § 145 Rn. 16) Willenserklärung, die auf den Abschluss eines Vertrags gerichtet ist (BeckOK-BGB/H.-W. Eckert, Std.: 1.8.2023, § 145 Rn. 30; MünchKommBGB/Busche, 9. Aufl. 2021, § 145 Rn. 5; zur Annahme bei notariell beurkundeten Verträgen s. § 152 BGB). Als solche wird der einem

Abwesendengegenüber gemachte Antrag gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB mit dem Zugang bei diesem wirksam, sofern er durch verkörperte Willenserklärung erfolgt (Staudinger/Bork, § 145 Rn. 16; MünchKommBGB/Einsele, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 17). Der Antrag muss daher, um wirksam zu werden, so in den Bereich des Empfängers gelangen, dass dieser unter normalen Verhältnissen die Möglichkeit hat, vom Inhalt der Erklärung Kenntnis zu nehmen (vgl. nur BGH NJW 2014, 1010 Rn. 8).

Gem. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung. Dieses Formerfordernis **gilt auch** im Falle der Aufspaltung des Vertragsschlusses in **getrennte Urkunden über Angebot und Annahme**. Auch hier müssen beide Erklärungen notariell beurkundet werden, wenn sie auf einen Vertrag i. S. d. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB gerichtet sind, vgl. §§ 128, 152 BGB (BGH Urt. v. 28.9.1962 – V ZR 8/61, BeckRS 1962, 31187000; BeckOGK-BGB/Schreindorfer, Std.: 1.7.2023, § 311b Rn. 110, 112; MünchKommBGB/Einsele, § 128 Rn. 6; MünchKommBGB/Ruhwinkel, 9. Aufl. 2022, § 311b Rn. 28; Staudinger/Bork, § 145 Rn. 16).

Das Angebot auf Abschluss eines Grundstückskaufvertrages ist folglich eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die der notariellen Beurkundung bedarf und dem bei Abgabe des Angebots abwesenden Vertragspartner gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zugehen muss.

2. Erfordernis des formgerechten Zugangs formbedürftiger Willenserklärungen

Gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB wird eine Willenserklärung, die einem Abwesenden gegenüber abzugeben ist, in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie ihm zugeht.

Bei der **Frage, wie der Zugang einer formbedürftigen Willenserklärung zu erfolgen** hat, sind **zwei Aspekte** zu beachten: Einerseits, ob der Zugang als solcher, d. h. der Vorgang des Zugehens bzw. der Übermittlung der Erklärung, einer Form bedarf. Davon zu unterscheiden ist die Frage, was dem Empfänger zugehen muss (Tiedtke, BB 1989, 924, 925; vgl. auch BGH NJW 1962, 736, 738).

Der **Zugang als solcher** verlangt **keine bestimmte Form**. Er verlangt nur, dass die Willenserklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass dieser von der Willenserklärung Kenntnis erlangen kann. Wie dies geschieht, regelt § 130 Abs. 1 BGB jedoch nicht, eine Form hierfür ist nicht vorgeschrieben (BGH NJW 1962, 736, 738; Tiedtke, BB 1989, 924, 925).

Nach ständiger Rechtsprechung muss eine formbedürftige Willenserklärung jedoch nicht nur in der vorgeschriebenen Form abgegeben werden, sondern **dem Empfänger auch in dieser Form zugehen** (vgl. nur BGH NJW-RR 2015, 735 Rn. 11; NJW 2006, 681 Rn. 13). Dem Empfänger muss nämlich *die Willenserklärung* zugehen, worunter bei formbedürftigen Willenserklärungen die Erklärung in der vorgeschriebenen Form zu verstehen ist, da nur diese eine wirksame Erklärung darstellt (BGHZ 31, 5 Rn. 6; BGH NJW 1962, 736, 738; Tiedtke, BB 1989, 924, 925).

Strittig ist, welche Rechtsfolge sich daraus ergibt, wenn eine formbedürftige Willenserklärung nicht in der vorgeschriebenen Form *zugeht*. Nach teilweiser Ansicht handelt es sich hierbei nicht um ein Zugangs-, sondern vielmehr allein um ein Formproblem, sodass sich die Unwirksamkeit der Willenserklärung in diesem Fall nicht aus § 130 Abs. 1 BGB, sondern aus § 125 S. 1 BGB ergibt (Staudinger/Singer/Benedict, § 130 Rn. 93; OLG Koblenz MittBayNot 2006, 35). Nach der Gegenansicht liegt in diesem Fall kein Formmangel vor, sondern es fehlt am Zugang *der Willenserklärung* (BGHZ 31, 5 Rn. 14; BGH NJW 1995, 2217; Schippers, DNotZ 2006, 726, 732). Beide Ansichten kommen allerdings für die hier zu begutachtende Frage zu demselben Ergebnis (vgl. Ziff. 3, 5), sodass der Meinungsstreit dahinstehen kann.

3. (Keine) Erfüllung der Form durch Zugang einer beglaubigten Abschrift des Angebots

Dem Empfänger des Angebots müsste hier also das notariell beurkundete Angebot zugehen, um die Form des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB zu wahren.

Hierfür **genügt** der Zugang einer **beglaubigten Abschrift** der notariellen Angebotsurkunde nach allgemeiner Ansicht **nicht**. Denn nach einhelliger Ansicht wird eine empfangsbedürftige, einem Abwesenden gegenüber abgegebene Willenserklärung, die der **notariellen Beurkundung** bedarf, nur wirksam, wenn dem Erklärungsempfänger eine **Ausfertigung** der Notarurkunde i. S. d. § 47 BeurkG zugeht (BGHZ 31, 5 Rn. 6; BGH NJW 1962, 736, 738; NJW 1995, 2217; NJW-RR 2015, 735 Rn. 11; OLG Koblenz MittBayNot 2006, 35; BeckOK-BGB/Wendtland, Std.: 1.8.2023, § 128 Rn. 5; MünchKommBGB/Einsele, § 130 Rn. 33; Staudinger/Singer/Benedict, § 130 Rn. 93). Denn nach dem in Ziff. 2 genannten Grundsatz muss eine formbedürftige Willenserklärung dem Empfänger in der vorgeschriebenen Form auch zugehen, um wirksam zu werden. Dem Vertragspartner muss also die notariell beurkundete Erklärung „selbst“ entweder in Urschrift (was i. H. a. § 45 Abs. 1 BeurkG grundsätzlich ausschließt) oder in Gestalt der Ausfertigung, die die Urschrift im

Rechtsverkehr vertritt (vgl. § 47 BeurkG) und denselben öffentlichen Glauben wie die Urschrift besitzt, zugehen (BGHZ 31, 5 Rn. 6; BGH NJW 1995, 2217, 2218; NJW 1962, 736, 738). Eine **beglaubigte Abschrift** kann die Urschrift (bzw. die Ausfertigung) hierbei nicht ersetzen, da sie lediglich die Übereinstimmung der Abschrift mit einer Urkunde beweist, also **nicht die empfangsbedürftige Erklärung selbst** ist (BGHZ 31, 5 Rn. 6; BGH NJW 1962, 736, 738; MünchKommBGB/Einsele, § 130 Rn. 33).

Dasselbe gilt für eine elektronisch beglaubigte Abschrift gem. § 39a BeurkG, da diese die gleiche Beweisqualität wie eine beglaubigte Abschrift in Papierform hat (vgl. nur DNotI-Report 2011, 89, 90 m. w. N.).

4. Keine elektronische Ausfertigung

Gem. § 49 Abs. 1 BeurkG besteht die Ausfertigung, jeweils mit einem Ausfertigungsvermerk versehen, in (Nr. 1) einer Abschrift der Urschrift, der elektronischen Urschrift oder der elektronischen Fassung der Urschrift oder (Nr. 2) einem Ausdruck der elektronischen Urschrift oder der elektronischen Fassung der Urschrift.

Eine **Ausfertigung** muss (auch nach Einführung der elektronischen Urkundensammlung und der Möglichkeit, elektronische Urschriften zu schaffen) **stets in Papierform** errichtet werden. Eine **elektronische Ausfertigung** bzw. ein Pendant zur Ausfertigung in der elektronischen Welt gibt es derzeit noch **nicht** (BeckOK-BeurkG/Winnen, Std.: 1.3.2023, § 49 Rn. 7; Siegel/Berthold, DNotZ 2022, 429, 433; Danninger/Stepien, DNotZ 2021, 812, 813, 816).

Eine elektronisch signierte Ausfertigung gibt es also (derzeit) nicht. Dagegen können beglaubigte Abschriften (auch einer Ausfertigung) schon seit längerem elektronisch errichtet werden, vgl. § 39a BeurkG.

Da eine beglaubigte Abschrift jedoch für einen *formgerechten* Zugang eines Angebots auf Abschluss eines Grundstückkaufvertrages nicht genügt, müsste dem Vertragspartner also nach dem derzeitigen Stand eine Ausfertigung in Papierform übersandt werden.

5. Disposivität des Zugangserfordernisses

§ 130 Abs. 1 BGB ist jedoch im Gegensatz zu den gesetzlichen Formvorschriften wie etwa § 311b Abs. 1 S. 1 BGB **dispositiv**. Folglich **kann** auf das Erfordernis des **Zugangs** einer Willenserklärung **in der vorgeschriebenen Form** – anders als auf die Form selbst – **verzichtet** werden (BGH NJW 1995, 2217; NJW-RR 2015, 735 Rn. 12; Staudinger/Singer/Benedict, § 130 Rn. 93; MünchKommBGB/Einsele, § 130 Rn. 33). Durch eine

entsprechende Einigung können somit abweichend von den gesetzlichen Vorschriften **Zugangserleichterungen vereinbart** werden (BGH NJW 1995, 2217; NJW-RR 2015, 735 Rn. 12; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.9.2018 – 3 Kart 113/17, BeckRS 2018, 24411 Rn. 45; OLG Koblenz MittBayNot 2006, 35; BeckOK-BGB/Wendtland, § 130 Rn. 11). Unberührt bleibt freilich das Erfordernis, die Abgabe des Angebots gem. § 311 Abs. 1 S. 1 BGB notariell zu beurkunden.

Ein konkludenter Verzicht auf den Zugang des Angebots in der vorgeschriebenen Form kann etwa darin zu sehen sein, dass der Antragende dem Angebotsempfänger lediglich eine (beglaubigte) Abschrift des Angebots übersendet und Letzterer die Annahme des Angebots in der erforderlichen Form erklärt (BGH NJW 1995, 2217, 2218).

6. Ergebnis

Eine elektronisch signierte Ausfertigung gibt es nach geltendem Recht nicht. Eine (elektronisch) beglaubigte Kopie einer Ausfertigung des Angebots auf Abschluss eines Grundstückskaufvertrags erfüllt nicht die Form des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB. Folglich geht das beurkundete Angebot dem Vertragspartner durch Übermittlung einer (elektronisch) beglaubigten Abschrift nicht formgerecht zu. Dies steht der Annahme und damit einem wirksamen Vertragsschluss jedoch nicht zwingend entgegen, da auf das Erfordernis des Zugangs des Angebots in der Form des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB (verkörpert durch die Ausfertigung) durch die Vertragsparteien (konkludent) verzichtet werden kann. Ob ein solcher Verzicht vorliegt ist indes eine Tatfrage, die einer Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalles bedarf.

GwG § 16a; BGB §§ 307, 362

Abwälzung der geldwäscherechtlichen Pflicht zum Nachweis der unbaren Kaufpreiszahlung auf den Erwerber

I. Sachverhalt

Mit Blick auf die Neuregelung des § 16a GwG möchte ein Bauträger in einem Bauträgervertrag eine Klausel aufnehmen, nach der nur der Erwerber, nicht aber der Veräußerer verpflichtet ist, gegenüber dem Notar den Nachweis der unbaren Kaufpreiszahlung i. S. d. § 16a Abs. 2 GwG zu erbringen. Ferner soll der Notar einen Hinweis aufnehmen, dass er gem. § 16a Abs. 3 GwG erst dann den Antrag auf Eintragung des Erwerbers als Eigentümer beim Grundbuchamt stellen dürfe, wenn ihm dieser Nachweis vorliege und er diesen positiv auf Schlüssigkeit geprüft habe.

Hintergrund ist, dass der Ausdruck einzelner Überweisungen aus Sicht des Bauträgers einen zu hohen Verwaltungsaufwand darstellen würde, weshalb der Bauträger die Pflicht zur Nachweiserbringung auf den Erwerber „abwälzen“ möchte.

II. Fragen

1. Ist eine Übertragung der Nachweispflicht gem. § 16a Abs. 2 GwG auf den Käufer möglich?

2. Darf die Eigentumsumschreibung vom Vorliegen eines Nachweises der unbaren Kaufpreiszahlung i. S. d. § 16a Abs. 2 GwG abhängig gemacht werden?

III. Zur Rechtslage

1. Vorliegen einer unangemessenen Benachteiligung, § 307 BGB

Die hier in Rede stehende Regelung könnte sich vor allem dann als unwirksam erweisen, wenn sie den Erwerber unangemessen benachteiligt, § 307 Abs. 1 S. 1 BGB. Insoweit wird die Anwendbarkeit der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterstellt, zumal bei Bauträgerverträgen in aller Regel vom Vorliegen von AGB auszugehen ist (vgl. Basty, Der Bauträgervertrag, 11. Aufl. 2023, Kap. 1 Rn. 22 a. E.). Insbesondere im Fall eines Kaufvertrags bedarf dies jedoch einer Prüfung anhand der konkreten Sachverhaltsumstände.

Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit **wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren** ist, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Im vorliegenden Fall kommt zum einen eine **Abweichung von § 16a Abs. 2 S. 1 GwG** in Betracht. Nach dieser Vorschrift haben „die Beteiligten“ beim Kauf oder Tausch von Immobilien gegenüber dem Notar, der den Antrag auf Eintragung des Erwerbers als Eigentümer oder Erbbauberechtigter beim Grundbuchamt einreichen soll, nachzuweisen, dass die Gegenleistung mit anderen Mitteln als Bargeld, Kryptowerten, Gold, Platin oder Edelsteinen erbracht wurde. Abweichend davon soll hier geregelt werden, dass im Verhältnis der Vertragsparteien untereinander (nur) der Käufer verpflichtet sein soll, diesen Nachweis zu erbringen. Zum anderen kommt eine Abweichung von **§ 16a Abs. 3 S. 2 GwG** in Betracht, soweit die Eigentumsumschreibung vom Vorliegen eines solchen Nachweises abhängig gemacht werden soll.

Die angedachte **Vereinbarung** kann naturgemäß **nur im zivilrechtlichen Verhältnis der Vertragsparteien untereinander** gelten, während die Anwendbarkeit des § 16a GwG als öffentlich-rechtliche Norm und die hieraus resultierenden notariellen Amtspflichten nicht zur Disposition der Vertragsparteien stehen.

Hierzu im Einzelnen:

a) Abwälzung der Nachweispflicht auf den Käufer

Hinsichtlich einer möglichen Abwälzung der Nachweispflicht auf den Käufer ist zunächst zu erörtern, wem nach der gesetzlichen Regelung die Vorlage der Nachweise an den Notar obliegt.

Wer unter den „**Beteiligten**“ i. S. d. **§ 16a Abs. 2 GwG** zu verstehen ist, wird – soweit ersichtlich – in der Kommentarliteratur nicht erörtert. Es dürfte jedoch naheliegen, dass damit die **Vertragsparteien, also Veräußerer und Erwerber**, gemeint sind. Hätte das Gesetz die Nachweispflichten nur einer Vertragsseite auferlegen wollen, so wäre zu erwarten gewesen, dass das Gesetz nicht den allgemeinen Begriff des Beteiligten gebraucht, sondern etwa entweder vom Verkäufer/Veräußerer oder vom Käufer/Erwerber spricht. Man wird aber auch nicht so weit gehen können, den Begriff des Beteiligten im beurkundungsverfahrensrechtlichen Sinne des § 6 Abs. 2 BeurkG zu verstehen (zum sog. formellen Beteiligtenbegriff vgl. BeckOGK-BeurkG/Bord, Std.: 1.7.2023, § 10 Rn. 7 ff.), denn dann würde der Nachweis der unbaren Kaufpreiszahlung einem Urkundsbeteiligten obliegen, der nicht als Veräußerer oder Erwerber auftritt, sondern etwa in der Kaufvertragsurkunde nur als Vertreter handelt. In § 16a Abs. 2 GwG dürften also die sog. **materiell Beteiligten** gemeint sein.

Vor diesem Hintergrund ist zunächst zu konstatieren, dass mit der Verlagerung der Nachweispflicht allein auf den Erwerber eine Abweichung von § 16a Abs. 2 GwG vorliegt.

Nun führt allerdings nicht jede Abweichung von einer Rechtsvorschrift zum Vorliegen einer unangemessenen Benachteiligung, sondern etwa nur eine solche, die mit den wesentlichen Grundgedanken der entsprechenden Regelung nicht zu vereinbaren ist, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

Insoweit dürfte maßgeblich zu beachten sein, dass die **Nachweispflicht des § 16a Abs. 2 GwG** nach unserer Auffassung **keinen Anspruch** i. S. d. § 194 BGB auf Erbringung eines Nachweises der unbaren Kaufpreiszahlung begründet. Vielmehr dürfte es sich um eine sog. **Obliegenheit** handeln. Obliegenheiten zeichnen sich dadurch aus, dass sie weder einen Erfüllungsanspruch noch eine Schadensersatzpflicht im Fall einer Verletzung begründen. Die Befolgung einer Obliegenheit ist vielmehr Gebot des eigenen Interesses, da der Belastete bei ihrer Verletzung einen Rechtsverlust oder rechtlichen Nachteil erleidet (Grüneberg/Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, Einl. v. § 241 Rn. 13). Für ein entspre-

chendes Normverständnis spricht schon der **Wortlaut** des § 16a Abs. 2 S. 1 GwG, da dieser keinen Aufschluss darüber gibt, wem ein etwaiger Erfüllungsanspruch zustehen sollte. Den Beteiligten gegenseitig einen einklagbaren Anspruch auf Vorlage von Nachweisen zuzubilligen, erscheint auch vom **Normzweck** aus nicht geboten. Denn für jede Vertragspartei wäre es wesentlich einfacher, den Nachweis selbst zu erbringen anstatt langwierig die Vorlage der Nachweise durch den jeweils anderen Vertragsteil einzuklagen und durchzusetzen. Gänzlich abwegig wäre es schließlich, dem Notar einen einklagbaren Anspruch gegen die Vertragsbeteiligten auf Vorlage geeigneter Nachweise zuzugestehen. Nach unserem Dafürhalten vermittelt daher § 16a Abs. 2 S. 1 GwG keinen Anspruch i. S. v. § 194 BGB, sondern stellt eine (verfahrenrechtliche) Obliegenheit der Beteiligten dar.

Der **Rechtsnachteil**, den die Beteiligten durch das **Nichtvorliegen der Nachweise** erleiden, liegt darin, dass die **Eigentumsumschreibung vorerst nicht stattfindet**. In erster Linie geht dieser Nachteil **zu Lasten des Erwerbers**, dessen Grundbucheintragung als neuer Eigentümer sich verzögert. Für den Veräußerer kann sich die verzögerte Eigentumsumschreibung insoweit als nachteilig erweisen, als er – obgleich mit der Zahlung des Kaufpreises in der Regel bereits Besitz, Nutzen und Lasten auf den Erwerber übergegangen sein dürften – weiterhin öffentlich-rechtlich für das Grundstück verantwortlich bleibt (z. B. betreffend öffentlicher Lasten und Verkehrssicherungspflichten). Aus dem Kaufvertrag dürfte sich indes regelmäßig – und sei es im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung – ein Freistellungsanspruch gegenüber dem Käufer ergeben, da dieser mit Besitz-, Nutzen- und Lastenübergang für das Vertragsobjekt verantwortlich ist, jedenfalls im Verhältnis der Vertragsparteien untereinander. Der mögliche Nachteil für den Verkäufer liegt mithin v. a. in der wirtschaftlichen Nichtrealisierbarkeit seines Freistellungsanspruchs gegenüber dem Erwerber. Im Übrigen ist das „Behalten“ des Grundstückseigentums für den Veräußerer nicht *per se* nachteilig.

Mit anderen Worten: **Ein Verstoß gegen die Nachweispflicht des § 16a Abs. 2 GwG geht in aller Regel schon nach der gesetzlichen Rechtslage v. a. zu Lasten des Erwerbers**. Daher liegt es auch in seinem originären Interesse, den Nachweis der unbaren Kaufpreiszahlung im Zweifel selbst zu erbringen, um so rasch in den Genuss der Eigentumsumschreibung zu kommen. Unter diesem Blickwinkel beeinträchtigt eine vertragliche Klausel, wonach im Verhältnis der Vertragsparteien untereinander alleine der Käufer verpflichtet ist, die unbare Kaufpreiszahlung nachzuweisen, diesen nicht.

b) Abhängigkeit der Eigentumsumschreibung vom Vorliegen der Nachweise

Eine unangemessene Benachteiligung des Erwerbers könnte ferner in einer Regelung liegen, nach der der **Notar die Eigentumsumschreibung erst veranlassen soll, wenn ihm die unbare Kaufpreiszahlung nachgewiesen** ist. Die Vereinbarung betrifft freilich nicht ausschließlich das zivilrechtliche Vertragsverhältnis der Kaufvertragsparteien untereinander, sondern beinhaltet zugleich eine die zivilrechtliche Abrede flankierende verfahrensrechtliche Weisung i. S. v. § 53 BeurkG.

Zunächst zur **gesetzlichen Rechtslage**: Nach § 16a Abs. 3 S. 2 Nr. 1 lit. a GwG darf der Notar zwar grundsätzlich den Antrag auf Eigentumsumschreibung erst einreichen, wenn er die ihm vorliegenden Nachweise der unbaren Kaufpreiszahlung auf Schlüssigkeit geprüft hat. Bei Nichtvorliegen der Nachweise trotz Aufforderung kann die Eigentumsumschreibung ggf. dennoch erfolgen, § 16a Abs. 3 S. 2 Nr. 1 lit. b GwG. Hierzu sei auf die Ausführungen im Rundschreiben der Bundesnotarkammer Nr. 1/2023 vom 22.2.2023 (S. 6) verwiesen:

„Der Notar darf den Antrag auf Eigentumsumschreibung grundsätzlich erst einreichen, wenn er die Schlüssigkeit der Nachweise festgestellt hat (§ 16a Abs. 3 Nr. 1 lit. a GwG). Der Nachweis ist nur gegenüber dem Notar, nicht gegenüber dem Grundbuchamt zu führen. Wird dem Notar in angemessener Zeit nach der Fälligkeit kein schlüssiger Nachweis vorgelegt, hat er die Beteiligten zur Vorlage des Nachweises innerhalb einer angemessenen Frist aufzufordern. Die Angemessenheit hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Bei normal gelagerten Fällen dürfte im Regelfall eine Frist von zwei Wochen angemessen sein. Wird dem Notar innerhalb dieser Frist kein schlüssiger Nachweis erbracht, hat er dies in Zukunft der FIU zu melden (hierzu unter d)). Sind fünf Werktage nach dem Tag der Abgabe der Meldung abgelaufen, darf der Notar den Antrag auf Eigentumsumschreibung einreichen, sofern die FIU dies nicht untersagt hat (§ 16a Abs. 3 Nr. 1 lit. b und Nr. 2 GwG). Anders als sonst (siehe § 46 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GwG) beträgt die Anhaltepflicht nach Abgabe einer Meldung in diesem Fall also nicht drei, sondern fünf Werktage.“

Ob die hier in Rede stehende **Vertragsklausel hiervon abweicht**, ist u. E. **zweifelhaft**. Der Bauträger wünscht lediglich einen Hinweis, dass der Notar gem. § 16a Abs. 3 GwG erst dann den Antrag auf Eintragung des Erwerbers als Eigentümer beim Grundbuchamt stellen dürfe, wenn ihm der Nachweis der unbaren Kaufpreiszahlung vorliege und er diesen positiv auf Schlüssigkeit geprüft habe. Darin ist wohl **keine eigenständige Regelung**, sondern lediglich ein (sachlich unvollständiger) **Hinweis auf die Rechtslage** zu erblicken.

Selbst eine **Regelung**, die ausdrücklich die Veranlassung der Eigentumsumschreibung durch den Notar vom Vorliegen eines Nachweises der unbaren Kaufpreiszahlung abhängig machen würde, dürfte den Erwerber nach unserer Einschätzung **nicht unangemessen benachteiligen**. Sofern ein Erwerber den Kaufpreis tatsächlich unbar bezahlt hat, wird es ihm **ohne nennenswerten Aufwand** möglich sein, bei seiner Bank eine **Zahlungsbestätigung einzuholen und diese dem Notar zuzuleiten**. Sollte der Erwerber hingegen die Zahlung unter Verstoß gegen § 16a Abs. 1 S. 1 GwG mit Bargeld oder anderen unzulässigen Zahlungsmitteln erbracht haben, so hätte dies keine Erfüllungswirkung. Hierzu sei wiederum auf die Ausführungen im vorgenannten Rundschreiben der Bundesnotarkammer (S. 3 f.) Bezug genommen:

„Bei vom Verbot erfassten Rechtsgeschäften kann nach § 16a Abs. 1 Satz 1 GwG die geschuldete Gegenleistung nur mittels anderer Mittel als Bargeld, Kryptowerten, Gold, Platin oder Edelsteinen bewirkt werden. Die Vorschrift stellt eine spezialgesetzliche Regelung zu den § 362 Abs. 1, § 364 BGB dar. Nach der Konzeption des BGB ist eine Geldschuld grundsätzlich in bar zu erfüllen, d. h., das zugrunde liegende Schuldverhältnis erlischt nach § 362 Abs. 1 BGB grundsätzlich bei Übereignung der entsprechenden Anzahl von gesetzlichen Zahlungsmitteln. Diese Erfüllungswirkung tritt nach § 16a Abs. 1 Satz 1 GwG nicht ein, wenn der Erwerber einer Immobilie dem Veräußerer die geschuldete Summe mittels Bargeld, Kryptowerten oder der genannten Rohstoffe zukommen lässt.

Wird die Gegenleistung unter Verstoß gegen das Barzahlungsverbot erbracht, fehlt es an der Erfüllungswirkung und bleibt die Kaufpreisforderung des Veräußerers bestehen. Der Erwerber kann die entgegen dem Verbot erbrachte Leistung nach den Regelungen des Bereicherungsrechts zurückverlangen, wobei die Vorschriften der § 815, § 817 Satz 2 BGB keine Anwendung finden (§ 16a Abs. 1 Satz 3 GwG). Die Gegenleistung muss dem Erwerber also zurückgewährt werden und dieser muss die Gegenleistung (erneut) unter Beachtung des Barzahlungsverbots erbringen. Eine Aufrechnung mit dem Bereicherungsanspruch gegen die Kaufpreisforderung ist dabei nicht möglich.“

Soweit nun aber der Erwerber seine Kaufpreisschuld nicht erfüllt hat, hätte er ohnehin keinen einredefreien Anspruch gegen den Veräußerer auf Eigentumsverschaffung, § 320 BGB. In diesem Fall kann die Regelung, nach der die Eigentumsumschreibung vom Vorliegen der Nachweise abhängt, den Erwerber somit auch nicht unangemessen benachteiligen.

Überdies spricht nach unserem Dafürhalten nichts dagegen, dass die Beteiligten dem Notar eine verfahrens-

rechtliche Weisung i. S. v. § 53 BeurkG erteilen, die „strenger“ ist als die in § 16a Abs. 3 GwG niedergelegten Vollzugsvoraussetzungen. Dies gilt insbesondere dann, wenn – wie hier – die Vertragsbeteiligten lediglich regeln, wer von ihnen *inter partes* vorrangig für die Beibringen der Nachweisunterlagen zuständig sein soll, aber jeder Vertragsseite die „freiwillige“ Beibringung des Nachweises und somit die Überwindung der auf der verfahrensrechtlichen Weisung gem. § 53 BeurkG beruhenden Umschreibungssperre möglich bleibt.

3. Abschließende Zusammenfassung

Eine vertragliche Regelung, wonach allein der Käufer den Nachweis der unbaren Kaufpreiszahlung i. S. d. § 16a Abs. 2 GwG zu erbringen hat, benachteiligt nach unserer Einschätzung den Erwerber nicht unangemessen. Es liegt ohnehin in seinem eigenen Interesse, den Nachweis zügig zu erbringen. Selbst ohne derartige vertragliche Regelung würde der Erwerber letztendlich nur die Möglichkeit haben, den Nachweis selbst zu erbringen, wenn sich der Veräußerer weigert, dem Notar einen entsprechenden Nachweis vorzulegen.

Ob die hier in Rede stehende Vertragsklausel die Veranlassung der Eigentumsumschreibung über die Regelung des § 16a Abs. 3 S. 2 GwG hinaus vom Vorliegen eines Nachweises der unbaren Kaufpreiszahlung abhängig macht, ist zweifelhaft. Jedoch dürfte eine solche Regelung den Erwerber bereits deshalb nicht unangemessen benachteiligen, weil er den Nachweis unschwer erbringen kann, wenn die Kaufpreiszahlung tatsächlich unbar erfolgt ist.

Aktuelles

Beitritt von China und Kanada zum Haager Übereinkommen vom 5. Oktober 1961 zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation („Haager Übereinkommen“)

Die **Volksrepublik China** ist dem Haager Übereinkommen **mit Wirkung zum 7. November 2023** beigetreten. Zuständig für die Ausstellung der Apostille ist das *Ministry of Foreign Affairs*. Dieses kann die *Foreign Affairs Offices* der Provinzen, Autonomen Regionen und regierungsunmittelbaren Städte zur Ausstellung der **Apostille** für jene Urkunden ermächtigen, die in ihrem jeweiligen Verwaltungsgebiet angefertigt wurden. Für die Sonderverwaltungszone Hongkong und Macau gilt das Haager Übereinkommen bereits und auch weiterhin.

Zudem ist **Kanada** dem Haager Übereinkommen **mit Wirkung zum 11. Mai 2024** beigetreten. Als zustän-

dige Behörden zur Ausstellung der **Apostille** hat Kanada die folgenden fünf bestimmt: *Department of Foreign Affairs, Trade and Development, Ministry of the Attorney General of British Columbia, Ministry of Justice of Alberta, Ministry of Justice and Attorney General of Saskatchewan* und *Ministry of Public and Business Service Delivery of Ontario*.

Die Bundesrepublik Deutschland hat keinen Einspruch gegen den Beitritt der beiden Staaten zum Haager Übereinkommen eingelegt. Von den genannten Tagen an **bedürfen notarielle Urkunden** aus Kanada und der Volksrepublik China zur Verwendung in Deutschland mithin **keiner Legalisation** mehr. Vielmehr genügt die Anbringung der Apostille.

Das Haager Übereinkommen ist nunmehr für mehr als 125 Staaten weltweit in Kraft getreten. Aus deutscher Sicht ist nur noch für einige wenige bedeutende Staaten (Indien, Syrien, Vietnam) die Legalisation erforderlich. Eine detaillierte Länderübersicht stellt das DNotI unter https://www.dnoti.de/fileadmin/user_upload/Arbeits-hilfen/IPR-und-auslaendisches-Recht/liste-haager-apostille-data.pdf bereit.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Alexander König

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 181 Var. 1; AktG § 112 – Selbstbestellung des AG-Vorstands zum Geschäftsführer der Tochter-GmbH; Befreiung des einzigen Vorstands vom Verbot des Selbstkontrahierens durch den Aufsichtsrat; Entscheidung des BGH v. 17.1.2023 – II ZB 6/22

ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5 – Zwangsvollstreckungsunterwerfung durch Nießbraucher oder Wohnungsinhaber bzgl. Räumungspflicht nach Beendigung des Rechts; Auswirkung eines zusätzlichen Mietverhältnisses

Rechtsprechung

EuErbVO Art. 68 – Vollzug eines Europäischen Nachlasszeugnisses im litauischen Handelsregister, wenn das Europäische Nachlasszeugnis keinerlei Angaben zum betroffenen Nachlassgrundstück enthält

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 181 Var. 1; AktG § 112

Selbstbestellung des AG-Vorstands zum Geschäftsführer der Tochter-GmbH; Befreiung des einzigen Vorstands vom Verbot des Selbstkontrahierens durch den Aufsichtsrat; Entscheidung des BGH v. 17.1.2023 – II ZB 6/22

I. Sachverhalt

Eine Aktiengesellschaft hat nur ein Vorstandsmitglied, Herrn B. Die AG will eine hundertprozentige Tochter-GmbH gründen. Deren alleiniger und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Geschäftsführer soll B werden. Der Aufsichtsrat der AG „bevollmächtigt“ B, die GmbH zu gründen und sich dort selbst zum Geschäftsführer zu bestellen. Das Handelsregister hält

die Bestellung des Geschäftsführers unter Berufung auf den Beschluss des BGH v. 17.1.2023 (Az.: II ZB 6/22) für unwirksam.

II. Frage

Hat das Registergericht Recht?

III. Zur Rechtslage

1. Skizze der Entscheidung des BGH v. 17.1.2023 – II ZB 6/22

Mit Beschluss v. 17.1.2023 (Az.: II ZB 6/22, DNotZ 2023, 376; alleinstehende Rn.-Angaben im Folgenden beziehen sich stets auf diese Entscheidung) hat der BGH entschieden, dass auf die „Selbstbestellung“ des AG-Vorstands zum Geschäftsführer der Tochter-GmbH der § 112 AktG **nicht anzuwenden** sei; er hat damit die h. M. bestätigt, die in der „Selbstbestellung“ keine Vertretung der AG gegenüber dem zu bestellenden Vorstandsmitglied verwirklicht sieht, sondern lediglich ein Geschäft in der Sphäre der Tochter-GmbH (Rn. 47, 46: „Organakt der Untergesellschaft“; so bereits die Vorins-

tanz OLG Frankfurt DNotZ 2022, 304 m. krit. Anm. Blath).

Da der BGH im Selbstbestellungsakt dennoch einen Interessenkonflikt erkennt (vgl. Rn. 22, 24, 25), ist er auf **§ 181 BGB als Interessenkollisionsnorm** ausgewichen. Die Vertretungsmacht des Vorstandsmitglieds sei „bei der Beschlussfassung über seine Bestellung als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft nach § 181 Fall 1 BGB beschränkt“. Genau betrachtet hat der BGH den Bestellungsbeschluss im Innenverhältnis und die Bestellungserklärung im Außenverhältnis zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft zusammengefasst (vgl. Rn. 20 f.), die Beschränkung des § 181 Var. 1 BGB aber bereits auf die Stimmabgabe angewandt.

Die Frage, ob der Abstimmende zusätzlich einem **Stimmverbot gem. § 47 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GmbHG** unterliegt, meinte der BGH offenlassen zu können (Rn. 51). Interessanterweise trifft der BGH in diesem Zusammenhang eine deutliche Aussage zum fehlerhaft gefassten Einpersonen-Beschluss (Rn. 52): **Die fehlerhafte Berücksichtigung einer wegen § 47 Abs. 4 GmbHG nichtigen Stimme führe bei Feststellung des Beschlussergebnisses lediglich zur Anfechtbarkeit** (also anders gesagt zur vorläufigen Wirksamkeit des Beschlusses). Die notarielle Beurkundung des Beschlusses stehe der Beschlussfeststellung in diesem Sinne gleich und auch auf die völlige „Stimmlosigkeit“ des Beschlusses komme es nicht an. In der Praxis wird sich künftig insbesondere die Frage nach dem Umgang mit nichtbeurkundeten Beschlüssen stellen: Notar und Registergericht werden sorgsam zu überprüfen haben, ob bei einem solchen Beschluss eine Bestellungsfeststellung durch einen Versammlungsleiter bzw. im Umlaufverfahren durch den Initiator desselben erkennbar ist.

Im entschiedenen Sachverhalt war die Folge der Anwendung des § 181 BGB die schwebende Unwirksamkeit der Geschäftsführerbestellung (Rn. 33). Zuständig für die **Genehmigung** soll laut BGH nicht der Aufsichtsrat, sondern jedes vertretungsberechtigte und nicht durch § 181 BGB beschränkte **Vorstandsmitglied** sein (Rn. 34). Ob der Aufsichtsrat die Genehmigung zumindest subsidiär erklären kann oder die Bestellung eines stellvertretenden Vorstandsmitglieds gem. § 105 Abs. 2 AktG in Betracht kommt, lässt der BGH offen (Rn. 42; s. auch Meyer/Trapp, DB 2023, 1081, 1082). **Implizit scheint der BGH jedoch einen weiteren interessanten Punkt zu klären; er verlangt nämlich für die Genehmigung eines Selbstkontrahierens keine eigene Befreiung der genehmigenden Person** (s. Backhaus, jurisPR-HaGesR 5/2023 Anm. 1, lit. D).

2. Zuständigkeit für die vorgängige Befreiung

Offengelassen hat der BGH wiederum die Frage, **wer** eine **vorgängige Befreiung** von den Beschränkungen des § 181 BGB aussprechen kann (Rn. 34 a. E.; s. auch Wicke, GmbHR 2023, 477 Rn. 7). Wir gehen davon aus, dass das Registergericht darin das Problem der „Vollmacht“ zur (Gründung und) Selbstbestellung sieht. Ob die Vollmacht eine Befreiung – für den Einzelfall – enthält, ist bei fehlender ausdrücklicher Erwähnung durch Auslegung zu ermitteln. Der **Vollmacht** zur „Selbstbestellung“ sollte sich per Auslegung aber un schwer eine **implizite Befreiung** entnehmen lassen. Neben der Frage nach der grundsätzlichen Zuständigkeit ist damit die Frage betroffen, ob eine Befreiung auch ohne Satzungsgrundlage ausgesprochen werden kann.

Nach herkömmlicher Ansicht zu § 181 Var. 2 BGB (**Mehrfachvertretungsverbot**) wäre für eine Befreiung der **Aufsichtsrat** zuständig, wobei dieser für eine Gestattung **im Einzelfall evtl. keiner Satzungsermächtigung** bedarf (speziell zu Letzterem Koch, AktG, 17. Aufl. 2023, § 78 Rn. 7; Grigoleit, in: Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2020, § 78 Rn. 8; MünchKommAktG/Spindler, 6. Aufl. 2023, § 78 Rn. 131; bei einer generellen Gestattung wird man hingegen auf eine Satzungsgrundlage nicht verzichten können, vgl. BeckOGK-AktG/Fleischer, Std.: 1.7.2023, § 78 Rn. 12). Anders als nach GmbH-Recht kann nach Aktienrecht nicht die Gesellschafterversammlung bzw. Hauptversammlung zuständig sein (s. nur BeckOGK-AktG/Fleischer, § 78 Rn. 12; Blath, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 9, 6. Aufl. 2021, § 9 Rn. 81). Dies dürfte bereits deshalb einleuchten, weil die Hauptversammlung der AG für die Bestellung des Vorstands nicht zuständig ist.

Unseres Erachtens ist die Zuständigkeit des Aufsichtsrats **gleichermaßen dann** plausibel, **wenn es um eine Befreiung von § 181 Var. 1 BGB geht** (ebenso Wicke, GmbHR 2023, 477 Rn. 7; wohl auch Backhaus, jurisPR-HaGesR 5/2023 Anm. 1, lit. D; Wagner/Bärnreuther, NotBZ 2023, 241, 242 f.) und diese nicht bereits als Direktbefreiung in der Satzung enthalten ist (Letzteres wird derzeit praktisch nicht vorkommen). Die primäre Zuständigkeit eines weiteren Vorstands für die **Genehmigung** steht auf einem anderen Blatt (nicht unterscheidend offenbar Hippeli, jurisPR-Compl 2/2023 Anm. 2, lit. D). Die Genehmigung bezieht sich auf das schwebend unwirksame Rechtsgeschäft und nicht auf die Vertretungsbefugnis des Vorstands. Sie hilft nicht dem Vertretungsmangel in der Person des Vorstandsmitglieds ab, sondern verhilft dem in mangelhafter Vertretung abgeschlossenen Rechtsgeschäft zur Wirkung. Das erfordert eine „gewöhnliche“ Erklärung der AG im

Außenverhältnis und damit grds. ein Handeln des Vorstands. (Interessant wäre insoweit eine Äußerung des BGH zu § 177 BGB gewesen, der eine Erklärung sowohl gegenüber dem Vertreter als auch gegenüber dem Vertragspartner erlaubt. Fraglich wäre nämlich, ob auch die Genehmigung gegenüber dem Vorstand von einem Vorstandsmitglied erklärt werden könnte oder nicht etwa – wegen § 112 AktG – vom Aufsichtsrat erklärt werden müsste. Diese Frage spielt vorliegend aber keine Rolle.) Bei einer vorgängigen Befreiung verhält sich die Sache anders: Die Befreiung betrifft den Status des Vertreters, nämlich seine Befugnis zum Selbstkontrahieren. Es lässt sich dogmatisch nur schwer begründen, dass für eine solche Erklärung der (personenverschiedene) Vorstand zuständig sein könnte; ein Unterschied zur Befreiung von der Beschränkung des § 181 Var. 2 BGB ist nicht einsichtig (anders grds. Bulgrin/Wolf, NJW 2023, 1325 Rn. 17; Meyer/Trapp, DB 2023, 1081, 1082; schon vor der BGH-Entscheidung in diesem Sinne grds. Hopt/Roth in: GroßkommAktG, 5. Aufl. 2018, § 112 Rn. 73). Vielmehr dürfte **wegen der Vertretung der AG gegenüber dem Vorstandsmitglied § 112 AktG** einschlägig sein. Eine gegenteilige Aussage findet sich auch in der BGH-Entscheidung nicht; der BGH hält die Frage nach der Befreiungszuständigkeit ausdrücklich für eine von der Genehmigungszuständigkeit „zu unterscheidende Frage“ (Rn. 34 a. E.).

Wenn sich das Registergericht von der Zuständigkeit des Aufsichtsrats im Ausgangspunkt nicht überzeugen lässt, müsste es zumindest den Fall des **einzig** vorhandenen Vorstands gesondert würdigen. Vor dem Hintergrund der Aussage des BGH zur Genehmigung erscheint **zumindest eine subsidiäre Zuständigkeit des Aufsichtsrats** plausibel (so auch Hopt/Roth, § 112 Rn. 73; wohl ebenso Meyer/Trapp, DB 2023, 1081, 1082).

3. Stimmverbot gem. § 47 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GmbHG

Die Frage nach einem Stimmverbot gem. § 47 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GmbHG hat der BGH in seiner Entscheidung offengelassen (s. Ziff. 1). Selbst wenn man ein Stimmverbot für die reine Selbstbestellung ablehnt, könnte es für den Fall der gleichzeitigen „Selbstbefreiung“ zu bejahen sein. Umfasst diese die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 Var. 1 BGB), so ist der Geschäftsführer ohne Weiteres imstande, Geschäfte mit der GmbH abzuschließen – Geschäfte also, über deren Zulässigkeit er gem. § 47 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GmbHG als Stimmrechtsvertreter bei einem Gesellschafterbeschluss (im Innenverhältnis) nicht entscheiden dürfte (vgl. MünchKommGmbHG/Drescher, 4. Aufl. 2023, § 47 Rn. 184; Lohr, NZG 2002, 551, 558). Weil der BGH aber die Beschlussfeststellung für maßgeblich hält, wäre der Verstoß gegen das Stimmverbot im Ergebnis irrelevant.

4. Fazit

Unseres Erachtens sollte jedenfalls bei Fehlen weiterer Vorstandsmitglieder der Aufsichtsrat eine Befreiung von § 181 Var. 1 BGB aussprechen können. Die „Bevollmächtigung“ des B seitens des Aufsichtsrats, die Gründung und Bestellung seiner Person zum Geschäftsführer bei der neu zu gründenden GmbH vorzunehmen, dürfte eine solche Befreiung enthalten. Folgt man einer verbreiteten Ansicht, wäre dafür im Einzelfall keine Satzungsermächtigung erforderlich. Ein Stimmverbot gem. § 47 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GmbHG wäre von vornherein ausgeschlossen. Das Registergericht hätte demnach keinen Grund, die Bestellung für unwirksam zu halten.

Am Ende bleibt festzustellen, dass die Entscheidung des BGH vom 17.1.2023 etliche Folgefragen aufgeworfen hat, die einer abschließenden Klärung erst bedürfen. Die vorgelegte Frage gehört dazu. Um etwaigen Unsicherheiten zu begegnen, kann die AG zumindest für eine **ausdrückliche Befreiungsermächtigung** auch hinsichtlich des Selbstkontrahierens – § 181 Var. 1 BGB – sorgen (weitergehende Überlegungen bei Wagner/Bärnreuther, NotBZ 2023, 241). Dadurch lässt sich wenigstens der Vorwurf entkräften, die Befreiung entbehre der statutarischen Grundlage.

ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5

Zwangsvollstreckungsunterwerfung durch Nießbraucher oder Wohnungsinhaber bzgl. Räumungspflicht nach Beendigung des Rechts; Auswirkung eines zusätzlichen Mietverhältnisses

I. Sachverhalt

Im Rahmen eines Kaufvertrags behält sich der Verkäufer auf die Dauer von 15 Jahren ein zeitlich befristetes Nießbrauchsrecht oder ein Wohnungsrecht vor. Ein (zusätzlicher) Mietvertrag wird nicht abgeschlossen.

II. Fragen

1. Ist eine Unterwerfung bzgl. der Räumung durch den Nießbraucher oder Wohnungsinhaber nach Ablauf der Frist zulässig?
2. Verhält es sich anders, wenn (zusätzlich) ein Mietvertrag abgeschlossen wird?

III. Zur Rechtslage

1. Unterwerfung bzgl. Räumungspflicht durch Nießbraucher/Wohnungsinhaber

a) Von § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO erfasste Ansprüche

Gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO findet die Zwangsvollstreckung statt aus Urkunden, die von einem deutschen

Gericht oder von einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind, sofern die Urkunde über einen Anspruch errichtet ist, der einer vergleichweisen Regelung zugänglich, nicht auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtet ist und nicht den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betrifft, und der Schuldner sich in der Urkunde wegen des zu bezeichnenden Anspruchs der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

Grundsätzlich sind alle Ansprüche geeignet, Gegenstand einer vollstreckbaren Urkunde zu sein, die auch Gegenstand einer Leistungsklage und eines Leistungsurteils sein können, seien sie auf Handeln, Dulden oder Unterlassen gerichtet (MünchKommZPO/Wolfsteiner, 6. Aufl. 2020, § 794 Rn. 239; vgl. auch BT-Drucks. 13/341, S. 20 f.).

Die **Ausnahme** betreffend „den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum“ bezieht sich neben dem **Räumungs- und Herausgabeanspruch** des Vermieters auch auf die Ansprüche auf Fortsetzung des Mietverhältnisses nach den §§ 556a bis 556c BGB, nicht jedoch auf den Anspruch auf Zahlung des Mietzinses (BT-Drucks. 13/341, S. 21; BeckOK-ZPO/Hoffmann, Std.: 1.9.2023, § 794 Rn. 52; MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 794 Rn. 251; Saenger/Kindl, ZPO, 10. Aufl. 2023, § 794 Rn. 31; Münzberg, in: Stein/Jonas, ZPO, Bd. 7, 22. Aufl. 2002, § 794 Rn. 108; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 4. Aufl. 2019, § 23 Rn. 23.4, 23.6; Gutachten DNotI-Report 2008, 33; vgl. auch BGH NJW 2018, 551 Rn. 17).

Der „Bestand“ des Mietverhältnisses ist also im Sinne des Fortbestehens des Mietbesitzes zu verstehen (Wolfsteiner, § 23 Rn. 23.4). Die Vollstreckbarkeit ist dabei nicht nur für den Anspruch gem. § 546 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, sondern betrifft insbesondere auch den Anspruch des Vermieters aus § 985 BGB (Wolfsteiner, § 23 Rn. 23.4; Münzberg, § 794 Rn. 108).

Der Unterwerfungsausschluss greift in allen Fällen, in denen die vollstreckbare Urkunde vor oder bei Abschluss des Mietvertrages oder während dessen Laufzeit errichtet werden soll. Dies gilt selbst dann, wenn die Parteien darüber einig sind, dass das Mietverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt enden soll (Wolfsteiner, § 23 Rn. 23.16).

b) Maßgeblichkeit des Besitzgrundes

Die **Einschränkung des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO** wird – soweit ersichtlich – einhellig dahingehend verstanden, dass – anders als bei §§ 721, 794a ZPO – **nicht**

jeder Wohnraum geschützt ist, sondern nur dann, wenn der **Besitz** der Wohnräume **auf** einem bestehenden oder vermeintlichen **Mietverhältnis beruht**, sodass der (wirksame oder vermeintliche) **Rechtsgrund des Besitzes entscheidend** ist (Münzberg, § 794 Rn. 108; Zöller/Geimer, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 794 Rn. 26; Wolfsteiner, § 23 Rn. 23.13; Lackmann, in: Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl. 2023, § 794 Rn. 32; BeckOK-ZPO/Hoffmann, § 794 Rn. 52; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Kap. 13 Rn. 2888).

Maßgeblich ist also, ob der Titelschuldner den Besitz *als Mieter* innehat (MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 794 Rn. 253). Sofern dies nicht der Fall ist, kann sich der Besitzer hinsichtlich des gegen ihn gerichteten Räumungsanspruchs der Zwangsvollstreckung unterwerfen (Lackmann, § 794 Rn. 32).

So wird es etwa auch für zulässig gehalten, dass sich in einem Immobilienkaufvertrag der Verkäufer bzgl. seiner Verpflichtung zur Räumung einer selbstgenutzten Wohnung der Zwangsvollstreckung unterwirft, wenn er vorübergehend – ggf. gegen eine (kaufvertragliche) Nutzungsentschädigung – trotz Übergang des mittelbaren Besitzes nach Kaufpreiszahlung in dem verkauften Objekt verbleiben darf (Krauß, Kap. 13 Rn. 2881; Saenger/Kindl, § 794 Rn. 31; MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 794 Rn. 253; Schmitz, RNotZ 2001, 365, 370).

c) Ergebnis

Im Ergebnis ist eine Unterwerfung bzgl. der Räumung durch den Nießbraucher oder Wohnungsrechtsinhaber zulässig, da dessen Besitzrecht nicht auf einem Mietverhältnis beruht, sondern auf dem Nießbrauch (§ 1036 Abs. 1 BGB) bzw. dem Wohnungsrecht (§ 1093 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 1036 Abs. 1 BGB).

2. Vollstreckungsunterwerfung bei zusätzlichem Mietvertrag

Fraglich ist, ob dies auch dann gilt, wenn zwischen Käufer (als Vermieter) und Verkäufer (als Mieter) neben der Einräumung eines Wohnungsrechts (vgl. Buchst. a) bzw. eines Nießbrauchs (vgl. Buchst. b) ein Mietvertrag für dieselbe Dauer abgeschlossen wird.

In diesem Fall würde das Besitzrecht nämlich auch auf dem Mietvertrag beruhen, wenn auch – auf den ersten Blick – nicht ausschließlich.

a) Wohnungsrecht

Gem. § 1093 Abs. 1 S. 2 BGB findet § 1036 BGB auf das Wohnungsrecht entsprechende Anwendung. Gem. § 1036 Abs. 1 BGB ist der Nießbraucher (bzw. Wohnungsrechtsinhaber) zum Besitz der Sache berechtigt. Trotz des Besitzrechts des Wohnungsberechtigten ist es

zulässig, hinsichtlich desselben Objekts und für denselben Berechtigten sowohl ein dingliches Wohnungsrecht als auch einen Mietvertrag zu begründen (BGH NJW 1963, 2319; NJW 1974, 702; MittBayNot 2019, 257 Rn. 9 f.; BeckOGK-BGB/Kazele, Std.: 1.8.2023, § 1093 Rn. 25).

Insoweit können zunächst **zwei Nutzungsrechte** (ein schuldrechtliches und ein dingliches) gleichen oder ähnlichen Inhalts **nebeneinander** entstehen (BGH MittBayNot 2019, 257 Rn. 9). In diesem Fall besteht der Zweck des Vertrags über die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit – wie im gesetzlichen Regelfall – darin, dem Berechtigten das Nutzungsrecht aus dem dinglichen Recht zu verschaffen (vgl. BGH NZM 2014, 790 Rn. 12).

Dieses **Nebeneinanderstehen** eines schuldrechtlichen und eines dinglichen Nutzungsrechts ist aber ein **Ausnahmefall** und bedarf daher einer **zweifelsfreien, in der Regel ausdrücklichen Abrede** (BGH MittBayNot 2019, 257 Rn. 10; NZM 2014, 790 Rn. 10).

Die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit **kann aber auch – und davon ist im Regelfall auszugehen – lediglich als eine dingliche Sicherheit für das durch den Mietvertrag** begründete schuldrechtliche Nutzungsrecht vereinbart werden, sog. **Sicherungsdienstbarkeit** (BGH MittBayNot 2019, 257 Rn. 9; NZM 2014, 790 Rn. 11). In diesem Fall dient die Dienstbarkeit dem Mieter als Schutz vor Nachteilen, die für den Fall drohen, wenn das schuldrechtliche Vertragsverhältnis auf der Vermieterseite aufgrund eines Erwerbs des Grundstücks im Zwangsversteigerungs- oder Insolvenzverfahren auf einen Dritten übergeht und dieser von seinem Sonderkündigungsrecht nach § 57a ZVG bzw. § 111 InsO Gebrauch macht (BGH NJW-RR 2011, 882 Rn. 19; NZM 2014, 790 Rn. 11).

Wann und in welchem Umfang der Nutzungsberechtigte in diesem Fall auf das ihm eingeräumte dingliche Nutzungsrecht zurückgreifen kann, ergibt sich aus der Sicherungsabrede, die zugleich der Rechtsgrund für die Bestellung der Dienstbarkeit ist (BGH MittBayNot 2019, 257 Rn. 9; NZM 2014, 790 Rn. 11). Der **Rechtsinhaber** ist aufgrund der Sicherungsabrede grundsätzlich **erst nach dem Eintritt des vorbezeichneten Sicherungsfalls zur Ausübung der Dienstbarkeit berechtigt**, während sich **zuvor** die **Nutzung** des Grundstücks **ausschließlich nach Maßgabe des Mietvertrags richtet** (BGH NJW-RR 2011, 882 Rn. 19; NZM 2014, 790 Rn. 11). D. h. die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien ergeben sich grundsätzlich nur aus dem schuldrechtlichen Nutzungsverhältnis

(Mietvertrag), während das dingliche Recht im Verhältnis der Vertragsparteien untereinander regelmäßig nicht ausgeübt wird (BGH NZM 2014, 790 Rn. 11; MittBayNot 2019, 257 Rn. 9).

Da sich also im Fall einer **Sicherungsdienstbarkeit** das Besitzrecht bis zum Eintritt des Sicherungsfalls nur aus dem Mietvertrag ableitet, spricht dies u. E. dafür, in diesem Fall von einer Unzulässigkeit der Vollstreckungsunterwerfung auszugehen.

Aber auch in dem Fall, in dem das Wohnungsrecht und das Mietverhältnis nebeneinander bestehen, der Berechtigte sein Besitzrecht also aufgrund *beider* Rechtsverhältnisse ausübt, gehen wir davon aus, dass eine Vollstreckungsunterwerfung unzulässig sein dürfte. Denn auch dann betrifft die Vollstreckungsunterwerfung den „Bestand“ des Mietverhältnisses, wenn auch nicht allein (so möglicherweise Zöller/Geimer, § 794 Rn. 26). Der Gesetzgeber wollte mit der Einschränkung der Vollstreckbarkeit den Besonderheiten mietvertraglicher Räumungsansprüche bei Wohnraum Rechnung tragen (BT-Drucks. 13/341, S. 21). Dieser Zweck ist auch dann einschlägig, wenn das Besitzrecht nicht ausschließlich auf dem Mietverhältnis beruht.

Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass zu dieser Frage keine Stellungnahmen in Rechtsprechung oder Literatur ersichtlich sind, sodass die Rechtslage gegenwärtig nicht gesichert ist.

b) Nießbrauch

Gem. § 1036 Abs. 1 BGB ist der Nießbraucher zum Besitz der Sache berechtigt. Das Besitzrecht des Nießbrauchers kann nach einhelliger Ansicht nicht vollständig mit dinglicher Wirkung abbedungen werden, da das Besitzrecht zum Wesensgehalt des Nießbrauchs gehört (vgl. nur OLG Hamm BeckRS 1982, 31381230; MünchKommBGB/Pohlmann, 9. Aufl. 2023, § 1036 Rn. 8; BeckOGK-BGB/Servatius, § 1036 Rn. 8; Staudinger/Heinze, BGB, 2021, § 1036 Rn. 12). Zwar genügt es, wenn der Nießbraucher nur mittelbaren Besitz erhält; erforderlich ist jedoch, dass die Sache von einem Dritten für Rechnung des Nießbrauchers genutzt wird (BeckOGK-BGB/Servatius, § 1036 Rn. 15). Ferner steht dem Nießbraucher aufgrund des Rechts, die Nutzungen an dem Grundstück zu ziehen, das Recht zur Vermietung zu, s. auch § 1056 BGB (vgl. BGH NJW 1990, 443; BeckOK-BGB/Reischl, Std.: 1.8.2023, § 1030 Rn. 28).

Wie beim Wohnungsrecht ist jedoch anerkannt, dass der Nießbrauch auch als dingliche Sicherheit eines schuldrechtlichen Nutzungsrechts (insbesondere aufgrund eines Mietverhältnisses) eingesetzt werden kann, sog.

Sicherungsnießbrauch (BFH MittBayNot 1998, 379, 380; OLG Schleswig BeckRS 2016, 114219 Rn. 40 ff.; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1030 Rn. 138; BeckOK-BGB/Reischl, § 1030 Rn. 44; Staudinger/Heinze, § 1030 Rn. 65 f.; Schön, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, S. 373).

Auch der Sicherungsnießbrauch dient dem Mieter als Schutz vor Nachteilen, die für den Fall drohen, wenn das schuldrechtliche Vertragsverhältnis auf der Vermieterseite aufgrund eines Erwerbs des Grundstücks im Zwangsversteigerungs- oder Insolvenzverfahren auf einen Dritten übergeht und dieser von seinem Sonderkündigungsrecht nach § 57a ZVG bzw. § 111 InsO Gebrauch macht (Schön, S. 374; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1030 Rn. 138).

Ob sich beim Sicherungsnießbrauch wie bei der Sicherungsdienstbarkeit die Nutzung des Grundstücks bis zum Eintritt des Sicherungsfalles ebenfalls allein nach dem schuldrechtlichen Rechtsgeschäft (Mietverhältnis) richtet, wird in der Literatur (soweit ersichtlich) nicht diskutiert (nicht eindeutig insoweit Staudinger/Heinze, § 1030 Rn. 66).

Hierfür spricht jedoch folgende Überlegung: Wie bereits erwähnt steht grundsätzlich dem Nießbraucher das Recht zum Besitz und zur Vermietung des Grundstücks zu. Indem der Nießbraucher dem Eigentümer trotzdem gestattet, das Grundstück an ihn (den Nießbraucher) zu vermieten, überlässt der Nießbraucher dem Eigentümer (zumindest insoweit) die Ausübung des Nießbrauchs gem. § 1059 S. 2 BGB (so wohl BFH MittBayNot 1998, 379, 380). Eine Überlassung der Nießbrauchsausübung gem. § 1059 S. 2 BGB ist nämlich auch zugunsten des Eigentümers des Grundstücks möglich (vgl. hierzu BGH NJW 1971, 422; BeckOGK-BGB/Servatius, § 1059 Rn. 20; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1059 Rn. 10).

Die Ausübungsüberlassung ist eine rein schuldrechtliche Vereinbarung (BeckOK-BGB/Reischl, § 1059 Rn. 6; BeckOGK-BGB/Servatius, § 1059 Rn. 14). Aufgrund des schuldrechtlichen Charakters der Ausübungsermächtigung steht dem Ausübungsberechtigten ein rein schuldrechtlicher Anspruch auf Duldung der Ausübung gegen den Nießbraucher zu, kein dingliches Recht (BGH NJW 1971, 422; BeckOK-BGB/Reischl, § 1059 Rn. 9; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1059 Rn. 15). Inhaltlich verpflichtet die Ausübungsüberlassung den Nießbraucher, seinem Vertragspartner die Ausübung der aus dem Nießbrauch fließenden Befugnisse zu ermöglichen, soweit sie von der Vereinbarung erfasst sind (MünchKommBGB/Pohlmann, § 1059 Rn. 16; BeckOGK-BGB/Servatius, § 1059 Rn. 31).

Sofern also neben dem Nießbrauch ein Mietvertrag zwischen dem Eigentümer als Vermieter und dem Nießbrauchsberechtigten als Mieter abgeschlossen wird, begeben sich der Nießbraucher insoweit seinem Besitz- und Vermietungsrecht gem. §§ 1030 Abs. 1, 1036 Abs. 1 BGB, als er das Grundstück nicht unabhängig vom Mietverhältnis besitzen darf. In diesem Fall spricht daher u. E. viel dafür, dass der Besitz bis zum Eintritt des Sicherungsfalles letztlich doch auf dem Mietverhältnis beruht, sodass die Vollstreckbarkeit gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ausgeschlossen ist.

Aber auch wenn das Besitzrecht sowohl auf dem Nießbrauch als auch auf dem Mietverhältnis beruht, gehen wir – wie im Falle des Wohnungsrechts, vgl. Buchst. a – davon aus, dass eine Vollstreckungsunterwerfung unzulässig sein dürfte.

Wir weisen jedoch auch insoweit darauf hin, dass wir auch zu dieser Frage keine Stellungnahmen in Rechtsprechung oder Literatur finden konnten, sodass die Rechtslage nicht gesichert ist.

c) Auf Entgeltzahlung bedingte Ausübung einer Dienstbarkeit

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die Befugnis zur Ausübung einer Dienstbarkeit mit dinglicher Wirkung unter die Bedingung der Zahlung eines Entgelts gestellt werden kann (vgl. BGH MittBayNot 2022, 142). Im Gegensatz zu einem Mietvertrag begründet diese Ausübungsbeschränkung indes *keinen* einklagbaren Anspruch (§ 194 BGB) auf Zahlung des Entgelts.

Rechtsprechung

EuErbVO Art. 68

Vollzug eines Europäischen Nachlasszeugnisses im litauischen Handelsregister, wenn das Europäische Nachlasszeugnis keinerlei Angaben zum betroffenen Nachlassgrundstück enthält

Art. 1 Abs. 2 Buchst. 1, Art. 68 Buchst. 1 und Art. 69 Abs. 5 der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses sind dahin auszulegen, dass sie einer Regelung eines Mitgliedsstaats nicht entgegenstehen, die vorsieht, dass der Antrag auf Eintragung eines unbeweglichen Vermögensgegenstands in das Grundbuch dieses Mitgliedsstaats abgelehnt werden kann, wenn es

sich bei dem einzigen zur Stützung dieses Antrags vorgelegten Schriftstück um ein Europäisches Nachlasszeugnis handelt, das diesen unbeweglichen Vermögensgegenstand nicht identifiziert.

EuGH, Urt. v. 9.3.2023 – C-354/21

Problem

Die im litauischen Grundbuch eingetragene Eigentümerin eines in Litauen belegenen Grundstücks verstarb im Dezember 2015. Sie hatte damals ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Dem Alleinerben wurde durch das zuständige deutsche Nachlassgericht ein Europäisches Nachlasszeugnis (ENZ) erteilt, in dem angegeben war, dass die Erblasserin ihr Vermögen dem Erben als Alleinerben vererbt habe und dieser die Erbschaft vorbehaltlos angenommen habe.

Mit diesem ENZ beantragte der Alleinerbe beim staatlichen Registerzentrum in Litauen die Umschreibung im Grundbuch. Dieser Antrag wurde einen Tag später mit der Begründung abgelehnt, dass das ENZ nicht die durch das litauische Grundbuchgesetz vorgeschriebenen Angaben enthalte, die zur Identifizierung des unbeweglichen Vermögensgegenstands erforderlich seien. Daraufhin legte das Oberste Verwaltungsgericht Litauen dem EuGH die Frage vor, ob die Europäische Erbrechtsverordnung verlange, dass in Litauen der Erbe auch dann in das Grundbuch einzutragen sei, wenn die vom litauischen Grundbuchgesetz verlangten Angaben zu dem betroffenen Nachlassgrundstück nicht enthalten sind.

Entscheidung

Der EuGH setzt sich in seiner Entscheidung mit dem Widerspruch auseinander, der sich daraus ergibt, dass zum einen Art. 69 Abs. 5 EuErbVO bestimmt, dass in jedem Mitgliedsstaat ein in einem anderen Mitgliedsstaat ausgestelltes ENZ als hinreichender Titel zur Umschreibung des für die Eintragung des Nachlassvermögens zuständigen Registers darstellt, zum anderen aber das litauische Verfahrensrecht genauere Angaben zum betroffenen Nachlassgegenstand verlangt. Das Gericht kommt dabei zu dem Ergebnis, dass sich aus dem Vorbehalt in Art. 69 Abs. 5 EuErbVO zugunsten der Art der dinglichen Rechte und der Eintragung von Rechten am unbeweglichen Vermögensgegenstand in einem Register, die gem. Art. 1 Abs. 2 lit. k und lit. l EuErbVO ausdrücklich von dem Anwendungsbereich der EuErbVO ausgenommen sind, ergebe, dass die litauischen Behörden hier die Eintragung des Alleinerben in das litauische Grundbuch davon abhängig machen können, dass die vom litauischen Grundbuchrecht verlangten Angaben zur Identifizierung des Grundstücks im ENZ ausgewiesen sind.

Praxishinweis

Von besonderer Bedeutung für die deutsche notarielle Praxis sind u. E. die Hinweise in der Urteilsbegründung (dort insbesondere Rn. 46), die Behörde sei nach Art. 67 Abs. 1 EuErbVO verpflichtet, für die Ausstellung des ENZ das in Anhang 5 der Durchführungsverordnung vorgesehene Formblatt V zu verwenden. Der Inhalt des Zeugnisses könne, je nachdem zu welchem Zweck es ausgestellt werde, von Fall zu Fall unterschiedlich sein. Nr. 9 der Anlage IV zu Formblatt V in Anhang 5 zur Durchführungsverordnung wiederum sieht eine ausdrückliche Rubrik für die dem Erben zugewiesenen Vermögenswerte, für die die Bescheinigung beantragt wurde, vor. Auch wenn diese Frage nicht unmittelbar Gegenstand der Vorlage zum EuGH war, ergibt sich aus diesen Angaben in den Gründen zur Entscheidung u. E., dass der EuGH auf eine entsprechende Vorlage hin die Ansicht vertreten würde, dass ein Erbe, der in Deutschland ein ENZ beantragt, verlangen kann, dass das deutsche Nachlassgericht in der entsprechenden Rubrik für das Formular des ENZ die von ihm entsprechend beantragten Angaben zu in einem anderen Mitgliedsstaat belegenen Nachlassgegenständen aufnehmen muss. Die Rechtsprechung der deutschen Gerichte, wonach diese nicht verpflichtet, ja sogar nicht einmal befugt sind, entsprechende Angaben in das ENZ aufzunehmen, ist damit u. E. gegenstandslos.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Fabian Schwarz

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 650u, 650j – Bauträgervertrag; Erwerb durch Nachzügler; Vereinbarung des „Ist-Zustandes“ als geschuldete Beschaffenheit

BGB § 1960 – Vollzug eines Grundstückskaufvertrags bei Wechsel des Nachlasspflegers

Literaturhinweis

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 650u, 650j

Bauträgervertrag; Erwerb durch Nachzügler; Vereinbarung des „Ist-Zustandes“ als geschuldete Beschaffenheit

I. Sachverhalt

Ein Bauträger möchte eine bislang nicht genutzte Wohnung eines Mehrfamilienhauses veräußern. Die weiteren Wohnungen sind bereits veräußert und werden seit einiger Zeit genutzt, Gebrauchsspuren am Gemeinschaftseigentum sind sichtbar.

Der Erwerber hat den Vertragsgegenstand (Sonder- und Gemeinschaftseigentum) vor Vertragsschluss eingehend besichtigt. Im Vertrag soll vorrangig vor der Baubeschreibung der Ist-Zustand als geschuldete Beschaffenheit des Vertragsgegenstands vereinbart werden, sofern die Bauausführung sichtbar von der Baubeschreibung abweicht.

II. Frage

Kann der Ist-Zustand des Vertragsgegenstands als geschuldete Beschaffenheit vereinbart werden?

III. Zur Rechtslage

1. Abgrenzung zwischen Kaufvertrag und Bauträgervertrag bei fertiggestellten Objekten („Erwerb durch Nachzügler“)

Der Klärung bedarf zunächst, ob es sich bei dem in Rede stehenden Vertrag um einen Kaufvertrag oder einen Bauträgervertrag handelt.

Ein Bauträgervertrag ist ausweislich des § 650u Abs. 1 S. 1 BGB ein Vertrag, der die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und der zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum an dem Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen. Im Hinblick auf die vom Bauträger übernommene Bauverpflichtung gelangt das Werkvertragsrecht zur Anwendung, während sich die Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums am Grundstück nach Kaufvertragsrecht richtet, § 650u Abs. 1 S. 2 und 3 BGB.

Für sog. **Nachzüglerfälle**, wenn also der Bauträger eine Immobilie nach vollständiger Fertigstellung veräußert, gilt nach ständiger Rechtsprechung des BGH, dass sich die Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen grundsätzlich nach **Werkvertragsrecht** richten, mag auch das Bauwerk bei Vertragsschluss bereits fertiggestellt sein (BGH DNotZ 2016, 525 Rn. 22 m. w. N.). Hierfür ist maßgeblich, ob sich aus dem Inhalt solcher Verträge, aus ihrem Zweck und ihrer wirtschaftlichen Bedeutung sowie aus der Interessenlage der Vertragsparteien die **Verpflichtung des Veräußerers zu einer mangelfreien Errichtung** des Bauwerks ergibt (BGH DNotZ 2016, 525 Rn. 23). Dies ist **in aller Regel** dann der Fall, wenn eine Immobilie nach der Verkehrsanschauung als **neu errichtetes Objekt** zu qualifizieren ist (vgl. BGH DNotZ 2016, 525 Rn. 25).

Aus der zum 1.1.2018 in Kraft getretenen Regelung des § 650u Abs. 1 S. 1 BGB, nach der ein Bauträgervertrag eine Pflicht zur „Errichtung“ eines Hauses voraussetzt, kann nach ganz h. M. nicht abgeleitet werden, dass die vorstehenden Abgrenzungskriterien aufgegeben und ein Nachzüglererwerb dem Kaufrecht unterstellt werden könne (Basty, Der Bauträgervertrag, 11. Aufl. 2023, Kap. 1 Rn. 12; a. A. nur MünchKommBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, § 650u Rn. 14, der allerdings schon vor der Reform des Bauvertragsrechts entgegen der ständigen Rechtsprechung des BGH den Nachzüglererwerb dem Kaufrecht unterstellen wollte).

Wo die **zeitliche Grenze** für das Vorliegen eines dem Bauträgerrecht zu unterstellenden Nachzüglererwerbs zu ziehen ist, ist im Schrifttum seit jeher umstritten. Das Spektrum der vertretenen Ansichten reicht von **zwei bis zu fünf Jahren** nach Fertigstellung (vgl. die Nachweise bei Basty, Kap. 1 Rn. 13, dort insb. Fn. 24 und 25). Der **BGH** hatte bislang nur selten die Gelegenheit, sich hierzu zu positionieren. Ausdrücklich entschieden ist bislang lediglich, dass bei der **Veräußerung einer Wohnung drei Jahre nach Errichtung und zwischenzeitlicher Vermietung im Regelfall keine Errichtungsverpflichtung** mehr anzunehmen sein wird (BGH DNotZ 2016, 525 Rn. 25). Ob es dem BGH dabei alleine auf das Zeitmoment von drei Jahren oder zusätzlich auch auf die tatsächliche Nutzung der Wohnung infolge der Vermietung ankam, ist unklar (vgl. Basty, Kap. 1 Rn. 13). Hingegen liegt ein Bauträgervertrag mit Errichtungsverpflichtung vor, wenn das Bauvorhaben zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses seit etwa zwei Jahren fertiggestellt und nach dem Vertrag in der verkauften Wohnung noch verschiedene Arbeiten zu leisten sind (BGH DNotZ 2016, 617 Tz. 29; hierzu auch Basty, Kap. 1 Rn. 13).

Im vorliegenden Fall handelt es sich somit vorrangig um eine seitens des DNotI nicht abschließend zu beurteilende **Tatfrage**, ob der Vertrag als Kaufvertrag oder als Bauträgervertrag zu qualifizieren ist. Zumindest die Gebäudeteile, die den Gegenstand des veräußerten Sondereigentums bilden, wird man mangels bisheriger Nutzung nach der Verkehrsanschauung als neu errichtet zu qualifizieren haben, wenn nicht wenigstens drei Jahre seit Fertigstellung vergangen sind. Sofern die Fertigstellung des Bauwerks insgesamt noch nicht allzu lang zurückliegt, dürfte auch der Gegenstand des Gemeinschaftseigentums noch nicht als gebrauchte, sondern als neu errichtete Immobilie zu betrachten sein. Gegenteiliges könnte wohl frühestens nach einer Nutzungsdauer von mindestens zwei bis drei Jahren angenommen werden (vgl. Basty, Kap. 14 Rn. 41, wonach jedenfalls eine Nutzungsdauer von bis zu einem Jahr nicht ausreichen soll; s. auch BGH DNotZ 2016, 617).

Als **Zwischenergebnis** lässt sich damit festhalten, dass hier ein Bauträgervertrag vorliegen dürfte, nach dessen Inhalt der Bauträger eine Errichtungspflicht sowohl hinsichtlich des veräußerten Sondereigentums als auch hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums schuldet. Der Vertrag ist daher als **Bauträgervertrag** i. S. d. § 650u BGB zu qualifizieren.

2. Vereinbarung des „Ist-Zustandes“ als geschuldete Beschaffenheit

In einem zweiten Schritt ist zu erörtern, ob die Vertragsbeteiligten den bei einer Besichtigung vorgefundenen, erkennbaren tatsächlichen Zustand des Bauwerks („Ist-Zustand“) zum Inhalt der werkvertraglich geschuldeten Beschaffenheit i. S. d. § 650u Abs. 1 S. 2, § 633 Abs. 1 S. 1 BGB machen können.

a) Entscheidung des BGH zur Beurkundungsbedürftigkeit einer Baubeschreibung

In diesem Zusammenhang ist zunächst auf die Entscheidung des BGH vom 10.2.2005 (DNotZ 2005, 467 m. Anm. Basty) hinzuweisen. Dort ist Folgendes ausgeführt:

*„Der Bauträgervertrag, zu dessen Erfüllung der Kläger die Zahlung geleistet hat, ist gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig. Der Vertrag sah die Übertragung eines Grundstücksrechts vor. Er bedurfte daher gemäß § 313 Satz 1 BGB [= § 311b Abs. 1 BGB n. F.] der **notariellen Beurkundung**. Dies schließt alle Abreden ein, die Gegenstand der vertraglichen Pflichten der Parteien werden sollen. **Eine Baubeschreibung, die Vertragsinhalt ist, muss beurkundet werden** (st. Rspr., vgl. BGH, Urteile v. 23. 9. 1977 - VZR 90/75, BGHZ 69, 266; v. 6. 4. 1979 - VZR 72/74, BGHZ 74, 346). Die Beurkundungsverpflichtung besteht **unabhängig davon, ob und inwieweit der Bauträ-***

ger die geschuldete Werkleistung zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses tatsächlich ausgeführt hat (vgl. BGH, Urt. v. 16. 12. 2004 - VII ZR 257/03, z.V.b.).“

(BGH DNotZ 2005, 467, 468 – Hervorhebungen durch DNotI)

Diese Entscheidung des BGH darf nicht etwa dahin missverstanden werden, bei einem Erwerb durch einen Nachzügler müsse das werkvertraglich geschuldete Leistungssoll stets durch eine Baubeschreibung konkretisiert werden. Im Grunde beschränkt sich die Kernaussage des BGH auf eine Selbstverständlichkeit: Die Beurkundungsbedürftigkeit nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB erfasst den Vertrag seinem ganzen Inhalt nach, also einschließlich aller Nebenabreden. Wenn eine Baubeschreibung *nach dem Willen der Beteiligten* Vertragsinhalt ist, bedarf sie damit auch der Beurkundung. **Die Schlussfolgerung, dass eine Baubeschreibung stets zum Vertragsinhalt gemacht werden müsse, lässt sich daraus nicht ziehen** (so auch Basty in seiner Urteilsanmerkung DNotZ 2005, 467, 470).

b) Bedeutung des § 650j BGB

Ebenso wenig kann der seit 2018 geltenden Norm des § 650j BGB entnommen werden, eine Baubeschreibung müsse zum Vertragsinhalt gemacht werden. Diese Norm statuiert lediglich eine **vorvertragliche Informationspflicht**. Eine nicht den Anforderungen des § 650j BGB genügende Baubeschreibung mag zwar zu einer für den Bauträger nachteiligen Auslegung des Bauträgervertrags nach Maßgabe des § 650k Abs. 2 BGB führen, nicht aber zur Nichtigkeit des Vertrags (Basty, Kap. 1 Rn. 121).

c) Meinungsstand in der Literatur

Es stellt sich vielmehr die grundsätzliche Frage, ob die Beteiligten eines Bauträger- bzw. eines Werkvertrags das geschuldete Leistungssoll durch den tatsächlich vorgefundenen Zustand definieren können. Diese Frage ist im Schrifttum umstritten.

Nach *Basty* soll dies (zumindest theoretisch) **möglich** sein (vgl. Kap. 1 Rn. 121). Er räumt jedoch ein, regelmäßig seien Leistungen über den sichtbaren Zustand hinaus geschuldet. Durch eine Besichtigung werde sich nicht der Umfang aller erforderlichen Arbeiten erschließen. Aus dem Zustand bei einer Besichtigung seien auch kaum Kriterien für die Auslegung des Vertrags im Hinblick auf die vom Bauträger insgesamt geschuldeten Leistungen abzuleiten (Basty, Kap. 11 Rn. 52). Somit sei es **nur in seltenen Fällen** gegeben, dass eine vorhandene Baubeschreibung nicht zum Vertragsinhalt gemacht werden solle (vgl. Basty, Kap. 1 Rn. 121). *Basty*

empfiehlt letztlich die Mitbeurkundung einer Baubeschreibung anstelle der Verweisung auf den Ist-Zustand (Basty, Kap. 11 Rn. 52).

Folgt man der Ansicht von *Basty*, so obliegt es jedenfalls dem Notar gem. § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG, den **Willen der Beteiligten besonders sorgfältig zu erforschen**, ob nicht doch eine Baubeschreibung zum Vertragsinhalt gemacht werden soll. Hier dürfte ein erhöhtes Haftungsrisiko nach § 19 BNotO nicht von der Hand zu weisen sein (vgl. BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 1.10.2023, § 17 Rn. 110). Denn typischerweise wird in erster Linie eine Baubeschreibung die Grundlage dafür sein, dass sich der Erwerber für den Vertragsabschluss entschließt. Folglich wird es auch seinem Willen entsprechen, die Baubeschreibung ihrem vollen Umfang nach zum Vertragsinhalt zu machen (vgl. Basty, DNotZ 2005, 467, 470 f.).

Ebenso lassen auch *Wolfsteiner/Bombard* (in: Kersten Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 27. Aufl. 2023, § 33 Rn. 38) eine Vereinbarung des gegenwärtigen Zustands als Sollzustand zu, allerdings mit der **Einschränkung**, dass das Bauwerk insbesondere unter **Einhaltung der anerkannten Regeln der Technik** errichtet worden ist. *Hertel* (in: Limmer/Hertel/Frenz, Würzburger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2022, Teil 2 Kap. 3 Rn. 55) äußert sich etwas zurückhaltender und möchte wohl eine derartige Vereinbarung ebenfalls zulassen, räumt aber ein, am sichersten sei eine **ausdrückliche vertragliche Regelung der einzelnen Abweichungen** des Ist-Zustandes von den Angaben in der Baubeschreibung.

Wochner führt aus, die Beteiligten könnten zwar eine von der Baubeschreibung abweichende Beschaffensvereinbarung treffen. Diese müsse aber in den Bauträgervertrag ausdrücklich aufgenommen und der Erwerber darauf hingewiesen werden, in welchen Punkten der Bauträger von der Baubeschreibung abgewichen sei. Der allgemein gehaltene Hinweis, es gelte der derzeitige Zustand als vereinbart, dürfte überraschend i. S. d. § 305c Abs. 1 BGB sein, gegen des AGB-rechtliche Transparenzgebot, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB, verstoßen und die Rechte des Erwerbers unangemessen einschränken (Wochner, in: Heinemann, Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, 3. Aufl. 2021, Kap. 7 Rn. 31).

Thode weist schließlich darauf hin, die Bezugnahme auf den bei einer Besichtigung vorgefundenen Zustand begründe ein **hohes Maß an Auslegungsunsicherheit**, weil der Vertrag auf die subjektiven Wahrnehmungen der Vertragsparteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses rekurriere (Thode, ZNotP 2005, 162, 168).

d) Verweisung auf den Ist-Zustand als Widerspruch zur Nachzügler-Rechtsprechung

U. E. ist bereits ganz grundsätzlich in **Zweifel** zu ziehen, ob die **Bestimmung des werkvertraglich geschuldeten Leistungssolls durch einen tatsächlich vorgefundenen Ist-Zustand** möglich ist. Hierfür spricht zwar im Ausgangspunkt, dass die Vertragsparteien den seitens des Bauträgers geschuldeten Werkerfolg innerhalb der Grenzen der §§ 134, 138 BGB privatautonom festlegen können (vgl. MünchKommBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, § 631 Rn. 67). Man wird sich jedoch zu vergegenwärtigen haben, dass im **typischen Fall** eines Bauträgervertrags – wie auch beim typischen Werkvertrag – der **Vertragsschluss vor Erbringung der Werkleistung** stattfindet. In diesem Fall ist eine Verweisung auf den Ist-Zustand nicht möglich, da das Werk noch nicht hergestellt ist.

Nun unterstellt aber bekanntermaßen der BGH den **Erwerb durch Nachzügler** trotz Erbringung der Bauleistung *vor* Vertragsschluss dem Bauträger- bzw. Werkvertragsrecht, wenn sich aus dem Inhalt solcher Verträge, aus ihrem Zweck und ihrer wirtschaftlichen Bedeutung sowie aus der Interessenlage die Verpflichtung des Veräußerers zu einer mangelfreien Errichtung des Bauwerks ergibt (BGH DNotZ 2016, 856 Rn. 22). Darin ist in erster Linie eine Wertungsentscheidung zu sehen, dass es **für den Inhalt der vertraglichen Pflichten nicht auf den (meist zufälligen) Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommen soll**. Erklärt man den bei einer Besichtigung vorgefundenen Ist-Zustand zum vertraglich geschuldeten Soll, so konterkariert dies die Nachzügler-Rechtsprechung des BGH. Denn damit wäre das Bestehen werkvertraglicher Herstellungsansprüche denknotwendig ausgeschlossen, da der Bauträger genau das schuldet, was bei einer Besichtigung vorzufinden war. Mit anderen Worten: **Falls die Parteien den bereits vorhandenen Ist-Zustand als vertraglich geschuldetes Soll vereinbaren wollen, kann deren Vertrag seinem Inhalt nach eigentlich keine werkvertragliche Errichtungspflicht mehr beinhalten**. Der Vertrag müsste vielmehr konsequenterweise als **Kaufvertrag** qualifiziert werden. Dies wird aber bei Objekten, die nach der Verkehrsanschauung als **neu errichtet** zu qualifizieren sind, **kaum jemals in Betracht kommen** (vgl. BGH DNotZ 2016, 525 Tz. 25). Ebenso wäre eine Abnahme i. S. v. § 640 BGB redundant, wenn der Bauträger den Ist-Zustand schulden würde. Die Vereinbarung des werkvertraglich geschuldeten Solls i. S. v. § 631 Abs. 1 S. 1, Hs. 1 BGB durch Verweisung auf den Ist-Zustand widerspricht u. E. somit dem Wesen des Werkvertragsrechts.

Im **Ergebnis** sind wir daher der Auffassung, dass die werkvertraglichen Leistungspflichten des Bauträgers

auch bei einem Erwerb durch einen Nachzügler nicht durch eine Verweisung auf den bei einer Besichtigung vorgefundenen Ist-Zustand bestimmt werden können.

Für das weitere Vorgehen im hier vorliegenden Fall wird es geboten sein, den **Willen der Beteiligten sorgfältig zu erforschen**, § 17 Abs. 1 BeurkG. Zumindest nach dem mitgeteilten Sachverhalt liegt es nahe, dass der Bauträger mit der Verweisung auf den Ist-Zustand in erster Linie sicherstellen möchte, nicht wegen etwaiger, bei einer Besichtigung unschwer erkennbarer Abweichung der tatsächlichen Bauausführung von der Baubeschreibung auf Mängelbeseitigung in Anspruch genommen zu werden. Denkbar wäre etwa, dass sich der Raumschnitt innerhalb des verkauften Sondereigentums gegenüber der ursprünglichen Planung geändert hat oder dass sich ein Fenster an einer anderen Stelle befindet. Insoweit wird der Notar neben den von *Wochner* vorgebrachten AGB-rechtlichen Bedenken (in: Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, Kap. 7 Rn. 31 – dazu sogleich näher) schon beurkundungsrechtlich gehalten sein, die Erklärungen der Beteiligten „klar und unzweideutig“ in die Vertragsurkunde aufzunehmen, § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG. Diesen Anforderungen ist u. E. nur Genüge getan, wenn die einzelnen Abweichungen ausdrücklich im Vertrag dargestellt sind (i. Erg. wohl auch Thode, ZNotP 2005, 162, 167 f.).

3. Vereinbarkeit mit dem AGB-Recht

Weiterhin stellt sich die Frage, ob eine Verweisung auf den bei der Besichtigung vorgefundenen Zustand mit dem AGB-Recht vereinbar ist.

Insoweit sind **zwei Ansatzpunkte** denkbar. Versteht man die Verweisung auf den Ist-Zustand als **Bestimmung des werkvertraglichen Leistungssolls**, so kommt – so man dies entgegen der hier vertretenen Auffassung für möglich hält – (nur) ein Verstoß gegen das Transparenzgebot in Betracht (dazu nachfolgend lit. a; die Hauptleistungspflichten sind einer AGB-Inhaltskontrolle im Übrigen nicht zugänglich, vgl. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB). Denkbar ist allerdings auch, darin keine Abrede über die Hauptleistungspflichten, sondern eine **Einschränkung der Gewährleistungsrechte** zu sehen. In diesem Fall hat (auch) eine AGB-rechtliche Inhaltskontrolle stattzufinden.

Im Rahmen der folgenden Ausführungen wird die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB, also das Vorliegen allgemeiner Geschäftsbedingungen, ohne nähere Prüfung unterstellt.

a) Transparenzgebot

Zunächst sei der von *Wochner* geäußerte Gedanke aufgegriffen, eine pauschale Verweisung auf den Ist-Zu-

stand verstoße gegen das AGB-rechtliche Transparenzgebot, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB (Wochner, Kap. 7 Rn. 31).

Auch wenn *Wochner* seine Ansicht nicht explizit begründet, dürfte sie u. E. zutreffen. Klargestellt sei zunächst, dass es für die Anwendbarkeit des Transparenzgebots nicht darauf ankommt, ob man in der Bezugnahme auf den Ist-Zustand eine **Vereinbarung über die werkvertraglichen Hauptleistungspflichten** des Bauträgers oder eine Regelung über Mängelgewährleistungsrechte erblickt. In beiden Fällen ist das **Transparenzgebot anwendbar**, vgl. § 307 Abs. 3 BGB (hierzu auch Grüneberg/Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 307 Rn. 44 m. w. N.).

Weiter gilt es sich zu vergegenwärtigen, dass das geschuldete Leistungsoll nicht durch objektive Kriterien, sondern durch die **subjektive Wahrnehmung** des Erwerbers bei der Besichtigung definiert wird (vgl. Thode, ZNotP 2005, 162, 168). Mit anderen Worten: Der Vertragsinhalt wird durch das definiert, was der Erwerber subjektiv bei einer Besichtigung erkennen kann. Hinzu kommt, dass sich der durchschnittliche Erwerber bei einer Besichtigung in aller Regel nur ein **unzureichendes Bild vom Vertragsobjekt** machen wird. Als Beispiel sei nur die Wohnungsgröße genannt. Diese ist zwar durchaus „erkennbar“. Gleichwohl wird die Wohnung bei einer Besichtigung meistens nicht ausgemessen; ohne Ausmessen aber wird jedenfalls ein Laie häufig keine hinreichende Vorstellung von der Größe des Objekts gewinnen können (Basty, DNotZ 2005, 467, 470). Somit bleibt es letztlich der Auslegung durch ein Gericht überlassen, welche Leistungen der Bauträger schuldet.

Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Transparenzgebot ist, dass die Verweisung auf den Ist-Zustand unwirksam ist. Wird – wie hier wohl beabsichtigt – i. Ü. auf die Baubeschreibung verwiesen, so spricht viel dafür, dass der Vertrag i. Ü. wirksam bleibt und der Bauträger die **Errichtung nach Maßgabe der Baubeschreibung** schuldet, § 306 Abs. 1 BGB.

b) Verstoß gegen § 309 Nr. 8 lit. b BGB

Weiterhin könnte in der Verweisung auf den bei einer Besichtigung vorgefundenen Ist-Zustand ein Verstoß gegen § 309 Nr. 8 lit. b BGB liegen.

Diese Vorschrift ist allerdings nur anwendbar, wenn man in der entsprechenden Vertragsklausel keine Vereinbarung über die Hauptleistungspflichten sieht, § 307 Abs. 3 S. 1 BGB. Die Rechtsprechung sieht (insbesondere beim Verkauf von Gebrauchtwagen) in der Abrede „gekauft wie gesehen“ **keine Beschaffenheitsvereinbarung, sondern regelmäßig einen Haftungsausschluss für erkennbare Mängel** (vgl. BGH NJW 2016, 2495

Tz. 22; NJW 1979, 1886, 1887; Grüneberg/Weidenkaff, § 444 Rn. 16). Es spricht viel dafür, eine „Besichtigungsklausel“ bei einem Bauträgervertrag in gleicher Weise zu verstehen (so wohl auch Basty, Kap. 11 Rn. 55), zumal da nach der hier vertretenen Auffassung eine Festlegung der werkvertraglichen Leistungspflichten durch Bezugnahme auf den Ist-Zustand schon gar nicht möglich sein dürfte (weil hierdurch letztlich die Nachzügler-Rspr. des BGH konterkariert würde).

Soweit der hiesige Vertrag eine **Werkleistung bzw. ein neu errichtetes Objekt** zum Gegenstand hat, würde die Klausel als unzulässiger Haftungsausschluss gegen § 309 Nr. 8 lit. b BGB verstoßen und wäre damit unwirksam. Im Schrifttum wird im Allgemeinen davon ausgegangen, zwischen dem Neuheits-Kriterium des § 309 Nr. 8 lit. b BGB und der Qualifizierung als dem Bauträgerrecht zu unterstellender Nachzüglererwerb bestehe ein Gleichlauf (Basty, Kap. 14 Rn. 42). Mit anderen Worten: Solange ein Nachzüglererwerb dem Bauträger- bzw. Werkvertragsrecht untersteht, ist auch § 309 Nr. 8 lit. b BGB anwendbar und daher ein Gewährleistungsausschluss unwirksam.

c) „Verschleiß-Klausel“

Ergänzend sei klargestellt, dass eine Klausel, nach der der übliche Verschleiß keinen Baumangel begründet, zwar zulässig, aber inhaltlich überflüssig und allenfalls aus Gründen der vertraglichen Klarheit sinnvoll ist. Denn der typischerweise entstehende gebrauchsbedingte Verschleiß begründet ohnehin keinen Mangel (Basty, Kap. 14 Rn. 14).

4. Abschließende Zusammenfassung

Der vorliegende Vertrag dürfte insgesamt als Bauträgervertrag zu qualifizieren sein, da sowohl die im gegenständlichen Bereich des Sondereigentums als auch die im Bereich des Gemeinschaftseigentums befindlichen Gebäudeteile nach der Verkehrsanschauung als neu errichtet anzusehen sein dürften und den Bauträger somit nach dem Inhalt des Vertrags eine werkvertragliche Herstellungspflicht trifft.

Ob bei einem Bauträgervertrag die geschuldete Werkleistung durch den bei einer Besichtigung vorgefundenen Zustand definiert werden kann, wird im Schrifttum uneinheitlich beurteilt. U. E. ist dies nicht möglich, da darin ein unauflöslicher Widerspruch zu der Qualifikation des Vertrags als Bauträgervertrag läge. Selbst diejenigen Stimmen in der Literatur, die eine Bezugnahme auf den Ist-Zustand grundsätzlich für möglich halten, betonen, dass dies regelmäßig nicht dem Willen der Beteiligten (insbesondere des Erwerbers) entsprechen werde. Darüber hinaus ist eine bloße Bezugnahme auf den Ist-Zustand zur Bestimmung des vertraglich geschulde-

ten Leistungssolls nach unserer Auffassung intransparent i. S. d. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.

Verweist ein Bauträgervertrag dennoch auf den bei einer Besichtigung vorgefundenen Ist-Zustand, so wird dies als Gewährleistungsausschluss für erkennbare Mängel anzusehen sein. Dieser ist bei einem dem Bauträgerrecht zuzuordnenden Erwerb durch Nachzügler gem. § 309 Nr. 8 lit. b BGB unwirksam.

BGB § 1960

Vollzug eines Grundstückskaufvertrags bei Wechsel des Nachlasspflegers

I. Sachverhalt

Ein Grundstück wurde durch einen Nachlasspfleger verkauft. Die nachlassgerichtliche Genehmigung wurde erteilt und der Kaufpreis gezahlt. Der Nachlasspfleger bestätigt die Kaufpreiszahlung gegenüber dem Notar. Der Nachlasspfleger teilt dem Notar dabei außerdem die Kontaktdaten des neuen Nachlasspflegers mit, da er aus Altersgründen die Nachlasspflegschaft nach Abschluss des Kaufvertrags aufgeben habe. Nun soll die Eigentumsumschreibung beantragt werden.

II. Fragen

1. Muss derjenige Nachlasspfleger, der den Kaufvertrag abgeschlossen hat, zum Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung noch Nachlasspfleger sein, damit der Erwerber wirksam Eigentum erwirbt?

2. Muss der neue Nachlasspfleger alle Erklärungen des Kaufvertrags genehmigen, damit der Vertrag vollzogen werden kann? Ist für diese Genehmigung wiederum eine nachlassgerichtliche Genehmigung erforderlich?

III. Zur Rechtslage

1. Systematische Einordnung der Nachlasspflegschaft

Das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 4.5.2021 hat die Rechtsstellung des Nachlasspflegers grundsätzlich unverändert gelassen. Nach wie vor handelt es sich bei der Nachlasspflegschaft um eine „sonstige Pflegschaft“, die im Erbrecht geregelt ist. Für die Nachlasspflegschaft ist allerdings ab dem 1.1.2023 – sofern sich aus dem Gesetz nichts anders ergibt – das Betreuungsrecht über die Verweisung in § 1888 Abs. 1 BGB n. F. anwendbar, dagegen nicht mehr das Vormundschaftsrecht. Letzteres entsprach aufgrund der vormaligen Verweisung in § 1915 Abs. 1 S. 1 BGB a. F. ins Vormundschaftsrecht der früheren Rechtslage (s. zum Ganzen BeckOGK-BGB/Heinemann, Std.: 15.12.2022, § 1960 Rn. 7).

2. Rechtsstellung des Nachlasspflegers; Abgrenzung zum Testamentsvollstrecker

Wesentlich für die Beurteilung der gestellten Rechtsfragen ist das Verständnis der Rechtsstellung des Nachlasspflegers. Dieser ist **gesetzlicher Vertreter des endgültigen Erben** (BGH NJW 2007, 756, 758; BGH NJW 1981, 2299; MünchKommBGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 1960 Rn. 38; Najdecki, in: Burandt/Rohjahn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 1960 Rn. 21 f.). Dies wird zum einen schon aus dem Wortlaut des § 1960 Abs. 2 BGB gefolgert („für denjenigen, welcher Erbe wird“). Zum anderen folgt diese Stellung als gesetzlicher Vertreter der endgültigen Erben auch aus den die Stellung des Nachlasspflegers weiter ausgestaltenden gesetzlichen Vorschriften (§ 1960 Abs. 2, §§ 1962, 1888 Abs. 1, § 1823 BGB).

Demgegenüber ist der Testamentsvollstrecker eine „Partei kraft Amtes“. Er übt dieses ihm vom Erblasser verliehene private Amt kraft eigenen Rechts, unabhängig vom Willen der Erben, im eigenen Namen und fremdnützig aus. Der Testamentsvollstrecker ist also weder Vertreter des Erblassers noch – im Gegensatz zum Nachlasspfleger – Vertreter des Erben (grundsätzlich BGH NJW 1954, 1036, 1037; Überblick: Holtz, in: Bengel/Reimann/Holtz/Röhl, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 8. Aufl. 2023, § 1 Rn. 11 ff.).

Dementsprechend ist das Problem eines Wechsels in der Person des Vermögensverwalters beim **Testamentsvollstrecker** anhand einer anderen rechtlichen Kategorie zu beurteilen als beim Nachlasspfleger. Wechselt die Person des Testamentsvollstreckers, so ist keine Frage des Entfallens der Vertretungsmacht aufgeworfen, da der Testamentsvollstrecker eben nicht gesetzlicher Vertreter der Erben ist. Vielmehr geht es um den **Fortbestand der Verfügungsbefugnis einer Partei kraft Amtes**. Diese Verfügungsbefugnis muss grundsätzlich bis zur Vollendung des Rechtserwerbs vorliegen. Jedoch stellt sich die Frage, ob zum Schutz des Rechtsverkehrs ein Entfall der Amtsstellung des Testamentsvollstreckers nach dem in § 878 BGB geregelten Zeitpunkt unschädlich ist. Die wohl noch überwiegende Auffassung in der Rechtsprechung lehnt eine analoge Anwendung von § 878 BGB ab, während sie in der Literatur vielfach befürwortet wird (s. dazu bereits Gutachten DNotI-Report 2017, 65, 66; aktueller Überblick zum Streitstand: Grüneberg/Herrler, BGB, 82. Aufl. 2023, § 878 Rn. 11; ausf. BeckOGK-BGB/Kessler, Std.: 1.5.2023, § 878 Rn. 28 m. w. N.; kautelarjuristische Überlegungen zum Problem beim Testamentsvollstrecker etwa bei Zahn, MittRhNotK 2000, 90, 108 f.).

3. Problemverortung beim Nachlasspfleger: Nachträgliches Entfallen der Vertretungsmacht

Demgegenüber stellt sich das Problem bei dem hier

einschlägigen Wechsel in der Person des **Nachlasspflegers** in der Gestalt des **nachträglichen Entfallens der Vertretungsmacht** des auftretenden gesetzlichen Vertreters (hier: des Nachlasspflegers gem. § 1960 Abs. 2, §§ 1962, 1888 Abs. 1, § 1823 BGB). Nach einhelliger Auffassung ist § 878 BGB nicht anwendbar, wenn der Vertreter – auch im Falle gesetzlicher Vertretung – seine Vertretungsmacht nach Abgabe der Willenserklärung im Namen des Vertretenen verliert (Staudinger/Heinze, BGB, 2018, § 878 Rn. 20; Grüneberg/Herrler, § 878 Rn. 2; BeckOGK-BGB/Kessler, § 878 Rn. 6). Materiell-rechtlich und grundbuchverfahrensrechtlich ist es vielmehr ausreichend, dass die Vertretungsmacht des Vertreters bei Abgabe der Willenserklärung im Namen des Vertretenen gem. § 164 Abs. 1 BGB gegeben war. **Das Entfallen der Vertretungsmacht nach der Abgabe der Willenserklärung, aber noch vor dem in § 878 BGB genannten Zeitpunkt ist also unschädlich** (s. bereits BayObLG DNotZ 1983, 752, 754). In einer älteren Entscheidung hat das OLG Celle (NJW 1953, 945) hierzu instruktiv begründend ausgeführt:

„Die verschiedene rechtliche Behandlung des Verwalters kraft Amtes und des Vertreters ist in dem Unterschied begründet, der zwischen beiden Rechtsinstitutionen besteht. Fällt die Vertretungsmacht fort, so bleibt die von einem Bevollmächtigten für den Vollmachtgeber abgegebene Erklärung genauso bestehen, wie wenn sie der Vollmachtgeber selbst abgegeben hätte. Ist dieser im Grundbuch als Berechtigter eingetragen, so ist der angeführte Grundsatz, dass das Recht des Berechtigten bis zur Vollendung der Rechtsänderung fort dauern müsse, nicht verletzt. Anders ist es dagegen, wenn der Verwalter kraft Amtes sein Amt verliert. Dieser hat, wie das KG im Zusammenhang mit der hier behandelten Frage wiederholt für den Konkursverwalter hervorgehoben hat (vgl. KG OLGRspr. 29, 398), nicht die Rechtsstellung eines gesetzlichen Vertreters. Er leitet sein Recht nicht vom Rechtsinhaber ab. Fällt die Verfügungsmacht des Konkursverwalters fort, so ist damit der Eintragung die Grundlage entzogen ...“

4. Schlussfolgerungen für den konkreten Sachverhalt

Für den unterbreiteten Sachverhalt folgt daraus:

Es ist **nicht erforderlich, dass derjenige Nachlasspfleger** (= gesetzlicher Vertreter der Erben), **der den Kaufvertrag abgeschlossen hat, noch zum Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung Nachlasspfleger ist**, damit der Erwerber wirksam Eigentum erwirbt. Die Erklärungen, die der bei Beurkundung des Kaufvertrages auftretende Nachlasspfleger abgegeben hat, wirken vielmehr fort. Wurde die Auflassung bereits mitbeurkundet, so

bleiben die Beteiligten darüber hinaus unwiderruflich an die Auflassung gebunden (§ 873 Abs. 2, 1. Var. BGB). Ebenso ist die gem. § 1960 Abs. 2, §§ 1962, 1888 Abs. 1, § 1850 Nr. 1, 5 BGB erteilte nachlassgerichtliche Genehmigung zu den bei Kaufvertragsbeurkundung abgegebenen Erklärungen weiterhin für den Grundbuchvollzug verwendbar. **Weiterer Erklärungen bedarf es also nicht.**

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Dr. Philipp Theuersbacher

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 125, 130 Abs. 1, 141, 167, 177, 180, 184; FamFG §§ 26, 378 ff.; GmbHG §§ 2 Abs. 2, 9c Abs. 1 – Rechtsgeschäftliche Vertretung bei Gründung einer Ein-Mann-GmbH; keine Möglichkeit der Genehmigung bei einseitigen Rechtsgeschäften; Vorlage der formgerechten Vollmacht nach Beurkundung; Abhandenkommen der Vollmachtsurkunde

BeurkG § 68; BGB § 129; GemO RhPf §§ 5 Abs. 2, 64 Abs. 2; PStG § 2; RhPfbeglG §§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 2 – Öffentliche Beglaubigung einer Unterschrift durch eine rheinland-pfälzische Verbandsgemeinde; Beifügen des Dienstsiegels; Verwendung des Siegels des Standesamts

Literaturhinweise

Veranstaltung

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 125, 130 Abs. 1, 141, 167, 177, 180, 184; FamFG §§ 26, 378 ff.; GmbHG §§ 2 Abs. 2, 9c Abs. 1

Rechtsgeschäftliche Vertretung bei Gründung einer Ein-Mann-GmbH; keine Möglichkeit der Genehmigung bei einseitigen Rechtsgeschäften; Vorlage der formgerechten Vollmacht nach Beurkundung; Abhandenkommen der Vollmachtsurkunde

I. Sachverhalt

Im Rahmen der Gründung einer GmbH wurde der alleinige Gesellschafter (seinerseits eine Gesellschaft ausländischen Rechts) aufgrund einer formgerechten Vollmacht (beglaubigt nebst Apostille und Vertretungsnachweis) durch einen Rechtsanwalt vertreten. Bei Beurkundung lag die Vollmacht als Ausdruck einer dem

Notar übersandten PDF-Scandatei vor; das Original befand sich nach Angabe auf dem Postweg. Der Ausdruck der PDF-Scandatei wurde der Urkunde beigefügt; vom Original sollte der Urkunde nach Vorlage zusätzlich eine beglaubigte Abschrift beigefügt werden. Nunmehr hat sich ergeben, dass das Original der Vollmacht auf dem Postweg möglicherweise verlorengegangen ist; jedenfalls ist es nach Angabe der Beteiligten vom Absender versandt worden, jedoch beim Empfänger nicht angekommen und derzeit nicht auffindbar.

Die Beteiligten wurden darauf hingewiesen, dass dies vorliegend möglicherweise im Hinblick auf § 180 S. 1 BGB, § 2 Abs. 2 GmbHG problematisch sei, weil es sich um eine Ein-Personen-Gründung handelt.

II. Fragen

Besteht in diesem Fall trotz § 180 S. 1 BGB, § 2 Abs. 2 GmbHG die Möglichkeit einer formgerechten Vollmachtsbestätigung, weil sich aus der PDF-Scandatei ergibt, dass eine formgerechte Vollmacht vor Beurkundung tatsächlich existiert hat oder ist von einer Nichtigkeit der Gründung auszugehen, falls sich das Original der Vollmacht nicht mehr auffinden lässt?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeines zur vollmachtlosen Gründung einer Ein-Personen-GmbH

Gem. § 2 Abs. 2 S. 1 GmbHG muss der Bevollmächtigte eines GmbH-Gründers aufgrund einer notariell errichteten oder beglaubigten Vollmacht handeln (zur Form, auch nach § 10 KonsularG, vgl. MünchKommGmbHG/Heinze, 4. Aufl. 2022, § 2 Rn. 91 ff.; Scholz/Cramer, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 2 Rn. 30 ff.; Herrler/Haines, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2021, § 6 Rn. 28 f.). **Die Form ist Wirksamkeitsvoraussetzung der Vollmacht, sodass eine nicht formgerechte Vollmacht gem. § 125 S. 1 BGB nichtig ist** (Bormann/Stelmaszczyk, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 2 Rn. 73; MünchKommGmbHG/Heinze, § 2 Rn. 102).

Daher handelt ein bloß mündlich oder privatschriftlich Bevollmächtigter als *falsus procurator* (Scholz/Cramer, § 2 Rn. 36; MünchKommGmbHG/Heinze, § 2 Rn. 102; Heckschen, in: Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 5. Aufl. 2023, Kap. 2 Rn. 30; Altmeppen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 2 Rn. 30; BeckOK-GmbHG/C. Jaeger, Std.: 1.8.2023, § 2 Rn. 24). **Soweit der formlos Bevollmächtigte eine Ein-Personen-GmbH gründet, ist das Gründungsgeschäft unheilbar nichtig gem. § 180 S. 1 BGB** (OLG Frankfurt MittBayNot 2017, 508 Rn. 12; KG RNotZ 2012, 240, 241; Heckschen, Kap. 2 Rn. 30; Gutachten DNotI-Report 2018, 177, 177 f.; MünchKommGmbHG/Heinze, § 2 Rn. 104).

Nur bei der Mehrpersonengründung greift § 177 BGB ein und das Handeln kann – unter Wahrung der Form des § 2 Abs. 2 GmbHG – genehmigt und die Gründung damit rückwirkend (§ 184 Abs. 1 BGB) wirksam werden (vgl. hierzu etwa OLG Düsseldorf NJW-RR 1996, 550; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 2 Rn. 34; MünchKommGmbHG/Heinze, § 2 Rn. 102; Raff in: Rowedder/Pentz, GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 2 Rn. 97). **Die Möglichkeit der nachträglichen Genehmigung nach § 180 S. 2 BGB ist bei der Gründung einer Ein-Personen-GmbH nach h.M. hingegen gerade nicht eröffnet** (KG RNotZ 2012, 240, 241; Stenzel, GmbHR 2015, 567, 576; Wachter, GmbHR 2003, 660, 661; Bayer, § 2 Rn. 34; MünchKommGmbHG/Heinze, § 2 Rn. 104; Gutachten DNotI-Report 2018, 177, 178 m. N.; kritisch aber etwa Wicke, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 2 Rn. 8; Tonikidis, MittBayNot 2014, 514, 515; Dürr, GmbHR 2008, 408, 411 f.).

Möglich ist allein die Bestätigung eines unwirksamen Rechtsgeschäfts gem. § 141 BGB, der jedoch

nur ex-nunc-Wirkung zukommt (OLG Frankfurt MittBayNot 2017, 508 Rn. 12; Gutachten DNotI-Report 2018, 177, 178; MünchKommGmbHG/Heinze, § 2 Rn. 104; Bormann/Stelmaszczyk, § 2 Rn. 74). Dies ist allerdings ein „schwacher Trost“, da es sich letztlich um eine **Neuvornahme** handelt (zur fehlenden Rückwirkung auch etwa OLG Frankfurt MittBayNot 2017, 508 Rn. 12 m. N.). Der Gesellschaftsvertrag müsste im Ganzen beurkundet werden, wohingegen bei der Genehmigung eine unterschiftsbeglaubigte Erklärung ausreichen würde (MünchKommGmbHG/Heinze, § 2 Rn. 104; vgl. auch KG RNotZ 2012, 240, 241). Denn gemäß dem Gebot des sichersten Wegs sollte nicht nur die Bestätigungserklärung als solche, sondern die gesamte Gründungsurkunde einschließlich der Satzung (erneut) beurkundet werden. Eine Verweisung auf die vorherige Urkunde nach § 13a BeurkG ist aber als zulässig einzustufen, sofern eine notariell ordnungsgemäß errichtete Niederschrift vorliegt, sei darin auch ein nichtiges Rechtsgeschäft enthalten (vgl. dazu Gutachten DNotI-Report 2018, 177, 181).

2. Beurkundung ohne Vorlage der Vollmacht

Vorliegend wird das Vorhandensein einer formgerechten Vollmacht behauptet, die jedoch bei Beurkundung nicht vorlag und nun auf dem Postweg verloren gegangen sei.

a) Existenz der Vollmacht zum Zeitpunkt der Beurkundung

Sollte die Vollmacht formwirksam erteilt worden sein und dem Notar lediglich im Zeitpunkt der Beurkundung noch nicht vorgelegen haben, so ist damit keine Nichtigkeit der Gründung der GmbH (dazu oben Ziff. 1) verbunden. Die Vorlage der Vollmacht im Zeitpunkt der Beurkundung beim Notar ist nicht notwendig. **Es reicht aus, wenn die Vollmacht im Beurkundungszeitpunkt existiert und dem beurkundenden Notar zwecks Registervollzugs nachgereicht wird** (Scholz/Cramer, § 2 Rn. 31; Heidinger/Knaier, in: Heckschen/Heidinger, Kap. 3 Rn. 77; Herrler/Haines, § 6 Rn. 33; Wobst, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 6. Aufl. 2023, § 5 Rn. 29; Wachter, GmbHR 2003, 660, 662; vgl. zu § 23 Abs. 1 S. 2 AktG MünchKommAktG/Pentz, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 17; a. A. wohl Heinze, NJW 2020, 1421).

Freilich müsste die **Vollmacht** dem Bevollmächtigten gegenüber **wirksam erteilt** worden sein (§ 167 Abs. 1 BGB). Die hier in Rede stehende Innenvollmacht wird erst wirksam, wenn die Erklärung dem Bevollmächtigten – formgerecht – zugegangen ist (vgl. MünchKommBGB/Einsele, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 33). Hierzu gibt der Sachverhalt keine weitergehenden Informationen. Zu bedenken ist aber, dass § 130 Abs. 1 BGB insofern dispositiv ist (vgl. BGH NJW 1995, 2217;

MünchKommBGB/Einsele, § 130 Rn. 33) und es daher in Betracht kommt, dass die Beteiligten auf den Zugang der *formgerechten* Vollmacht verzichtet haben. Wenn der Vertreter – hier der Rechtsanwalt – mit dem PDF-Dokument beim Notar vorstellig wird und dort als formell Beteiligter die Gründung vornimmt, spricht *prima facie* vieles für einen Verzicht auf den formgerechten Zugang der Erklärung (vgl. auch Scheller, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 27. Aufl. 2023, § 135 Rn. 15). Demgemäß dürfte das Handeln aufgrund Vollmacht vorliegend wohl auch nicht daran scheitern, dass die Vollmacht nicht (formgerecht) erteilt wurde.

b) Erfordernis des Nachreichens des Originals

Problematisch ist im zu begutachtenden Sachverhalt, dass das Original bzw. die Ausfertigung der Vollmachtsurkunde nicht mehr vorgelegt werden kann.

Wachter formuliert:

„Die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister kann in diesem Fall allerdings erst dann erfolgen, wenn die formgerecht erteilte Vollmacht im Original vorliegt.“

(Wachter, GmbHR 2003, 660, 662; Herv. d. DNotI)

Auch sonst wird davon ausgegangen, dass das **Original der Vollmachtsurkunde nachgereicht** und der Gründungsurkunde nachträglich beigelegt werden könne (Wobst, § 5 Rn. 29; Herrler/Haines, § 6 Rn. 33; Scheller, § 135 Rn. 15 m. Fn. 51, dort auch ablehnend zur strengerer Ansicht etwa von Heinze, NJW 2020, 1421, der zufolge eine nachträgliche Bestätigung erforderlich sein soll).

Obgleich eine Kopie bzw. hier der PDF-Scan nahelegen könnte, dass die Vollmacht im Beurkundungszeitpunkt formgerecht erteilt wurde, müsste auf dieser Basis für die Eintragung in das Handelsregister die Vollmacht im „Original“ (Urschrift) bzw. bei beurkundeter Vollmacht in Ausfertigung (§ 47 BeurkG) vorliegen. Dies ist hier nicht der Fall; das Original der beglaubigten Vollmachtsurkunde kann nicht nachgereicht werden. Das Registergericht dürfte daher die GmbH grundsätzlich – zur ggf. einschlägigen Ausnahme der Vollmachtsbestätigung sogleich unter Ziff. 3 – nicht in das Handelsregister eintragen. Zur etwaigen Heilung des Mangels bei gleichwohl erfolgter Eintragung der GmbH sei auf die entsprechende Literatur verwiesen (Gutachten DNotI-Report 2018, 177, 178 ff.; Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 2 Rn. 23; GroßkommGmbHG/Ulmer/Löbke, 3. Aufl. 2019, § 2 Rn. 46 f.; Heidinger/Knaier, Kap. 3 Rn. 79 ff.).

3. Vollmachtsbestätigung

Bei der hier vorliegenden Konstellation stellt sich allerdings die Frage, ob **ausnahmsweise** eine **Vollmachtsbestätigung**, die im Grundbuchverfahrensrecht in anderer Form omnipräsent ist, in Betracht kommen könnte. Diese würde allerdings wegen der *materiell-rechtlichen* Formvorschrift des § 2 Abs. 2 S. 1 GmbHG deutlich über das hinausgehen, was im Grundbuchverfahren für die Zwecke des § 29 Abs. 1 GBO erklärt wird.

Evident ist zunächst, dass eine solche Vollmachtsbestätigung die Zwecke des § 2 Abs. 2 S. 1 GmbHG nicht unterlaufen und damit nicht dazu führen **dürfte**, dass eine – nur als Vollmachtsbestätigung deklarierte bzw. etikettierte – *Genehmigung* erfolgt, die bei der Gründung einer Ein-Personen-GmbH gerade unzulässig wäre (vgl. oben Ziff. 1). Um zu verhindern, dass nachträglich lediglich behauptet wird, eine formgerechte (!) Vollmachtsurkunde habe bereits zum Zeitpunkt der Beurkundung existiert (dies ist der Unterschied zum Grundbuchverfahrensrecht, bei welchem das materielle Recht im Grundsatz gerade keine von § 167 Abs. 2 BGB abweichende Vorgabe macht), wird man entsprechende Anhaltspunkte für diesen Tatsachenvortrag verlangen müssen.

Unterstellt man, dass die Vollmacht formgerecht erteilt, auf den Zugang in der Form des § 2 Abs. 2 GmbHG verzichtet und die Vollmacht damit auch gem. § 167 BGB und § 2 Abs. 2 GmbHG wirksam erteilt wurde, besteht letztlich eine **Friktion zwischen dem materiellen Recht und dem Verfahrensrecht**. Die materiell-rechtlich bestehende Wirksamkeit der Errichtung der GmbH müsste verfahrensrechtlich nachgewiesen werden. Hierfür bedarf der Prüfungsmaßstab des Registergerichts einer genaueren Betrachtung: Dieser ergibt sich bei der Errichtung einer GmbH aus **§ 9c Abs. 1 GmbHG**. Danach prüft das Registergericht auch die formellen Voraussetzungen der Errichtung der GmbH und damit auch die Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 GmbHG (vgl. GroßkommGmbHG/Ulmer/Habersack, § 9c Rn. 11; MünchKommGmbHG/Wicke, 4. Aufl. 2022, § 9c Rn. 4). Insofern gilt bezüglich des Prüfungsumfangs, dass **keine volle Überzeugung des Gerichts erforderlich ist**, sondern „nur“ kein sachlich begründeter Zweifel bestehen darf (GroßkommGmbHG/Ulmer/Habersack, § 9c Rn. 13; MünchKommGmbHG/Wicke, § 9c Rn. 12; Tebben/Kämper, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, 4. Aufl. 2023, § 9c Rn. 5 f.). Es gilt in diesem Verfahren nach §§ 378 ff. FamFG der Amtsermittlungsgrundsatz des **§ 26 FamFG**, wobei die Beteiligten gleichwohl an der Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken haben (GroßkommGmbHG/Ulmer/Habersack, § 9c Rn. 58; MünchKommGmbHG/Wicke, § 9c Rn. 14). **Die Art und Weise der**

weiteren Sachverhaltsermittlung liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, das sich grundsätzlich aller geeigneten Mittel zur Aufklärung bedienen kann (MünchKommGmbHG/Wicke, § 9c Rn. 14).

Legt man dies zugrunde, ergibt sich nach **unserer persönlichen Rechtsauffassung** – die allerdings nicht durch Rechtsprechung oder Literatur abgesichert ist – Folgendes: **Eine „Vollmachtsbestätigung“ wäre vorliegend denkbar.** Eine materiell-rechtlich wirksame Gründungsurkunde muss auch vollziehbar sein. **Insofern müsste vom Vollmachtgeber** – hier der ausländischen Gesellschaft – **bestätigt werden, dass eine i. S. d. § 2 Abs. 2 GmbHG formgerechte Vollmacht zum Beurkundungszeitpunkt existierte und wirksam erteilt wurde,** also auch auf deren formgerechten Zugang beim Vertreter verzichtet worden war. Um Zweifel des Registergerichts (vor allem in Bezug auf einen Umgehungsversuch des § 2 Abs. 2 GmbHG und des § 180 S. 1 BGB) zu vermeiden, müsste der damit behauptete Sachverhalt glaubhaft gemacht werden. Dies könnte vorliegend unter anderem dergestalt erfolgen, dass das **PDF-Dokument** der beglaubigten Vollmacht, welches das Datum der Beglaubigung ausweist, vorgelegt wird (in diese Richtung auch Wachter, GmbHR 2003, 660, 662). Das Konglomerat aus „Vollmachtsbestätigung“ samt den genannten Unterlagen dürfte u. E. geeignet sein, etwaige Zweifel des Registergerichts am Vorliegen einer *formgerechten* Vollmacht zum Zeitpunkt der Beurkundung zu beseitigen. Überdies könnte man darüber nachdenken, eine „Bestätigung“ **des ausländischen Notars** über die Beglaubigung und ggf. über die postalische Versendung der Vollmachtsurkunde – letztlich in Anlehnung an § 21 BNotO – als einen weiteren Umstand zu betrachten, den das Registergericht bei seiner Prüfung zu beachten hätte. Die Erklärung der „Vollmachtsbestätigung“ selbst bedarf nicht der Form des § 2 Abs. 2 GmbHG, auch wenn dies freilich für die Überzeugungsbildung des Registergerichts förderlich und daher empfehlenswert sein mag.

Dem hier vertretenen Ergebnis der Möglichkeit einer Bestätigung der Existenz einer formgerechten Vollmacht steht nicht entgegen, dass eine „klassische Vollmachtsbestätigung“ – also eine Bestätigung einer *formfrei* erteilten Vollmacht in der registerverfahrensrechtlichen Form des § 29 GBO – bei der Gründung einer Ein-Personen-GmbH nicht möglich ist (vgl. nur DNotI-Internetgutachten Nr. 139913 unter Ziff. 3). Denn formbedürftig ist allein die zum Zeitpunkt der Errichtung der GmbH bereits existente Vollmacht. Da diese aber in der entsprechenden Form bestanden haben muss, ergibt sich ein eklatanter Unterschied zur allseits bekannten Vollmachtsbestätigung aus dem Grundbuchverfahrensrecht.

Wir weisen allerdings abschließend darauf hin, dass diese Art der „Vollmachtsbestätigung“ (präziser: Bestätigung einer formgerecht errichteten und erteilten Vollmacht) **nicht durch Rechtsprechung oder Literatur abgesichert** und daher mit einem **Risiko** behaftet ist. Dieses bezieht sich zunächst auf das Stadium des Eintragungsverfahrens. Kommt es trotz eines Mangels der Vollmacht gleichwohl zur Eintragung, wird der Vollmachtsmangel nach ganz h.M. geheilt, bildet also keinen Nichtigkeitsgrund i.S.d. § 75 GmbHG (Scholz/Cramer, § 2 Rn. 38; Bormann/Stelmaszczyk, § 2 Rn. 77; Raff, § 2 Rn. 100; Wachter, GmbHR 2003, 660, 661; GroßkommGmbHG/Ulmer/Löbbe, § 2 Rn. 46). Würde aber überhaupt keine Vollmacht erteilt, erfolgt *insofern* keine Heilung und die Gesellschaft kann grundsätzlich gem. § 399 Abs. 4 FamFG von Amts wegen aufgelöst werden (Scholz/Scheller, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 60 Rn. 50; GroßkommGmbHG/Ulmer/Löbbe, § 2 Rn. 47; Bormann/Stelmaszczyk, § 2 Rn. 78; MünchKommGmbHG/Heinze, § 2 Rn. 108; Wachter, GmbHR 2003, 660, 661).

BeurkG § 68; BGB § 129; GemO RhPf §§ 5 Abs. 2, 64 Abs. 2; PStG § 2; RhPfBeglG §§ 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 2

Öffentliche Beglaubigung einer Unterschrift durch eine rheinland-pfälzische Verbandsgemeinde; Beifügen des Dienstsiegels; Verwendung des Siegels des Standesamts

I. Sachverhalt

Bei einer öffentlichen Beglaubigung einer Unterschrift verwendet eine Verbandsgemeinde in Rheinland-Pfalz das Siegel des Standesamtes statt das der Verbandsgemeindeverwaltung.

II. Frage

Liegt eine ordnungsgemäße öffentliche Beglaubigung vor?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeines

Das Beifügen des Siegels ist Wirksamkeitsvoraussetzung des Beglaubigungsvermerks (vgl. § 39 BeurkG). Dies gilt auch, soweit die Beglaubigung aufgrund einer entsprechenden Zuständigkeit (neben dem Notar) durch eine andere Urkundsperson oder sonstige Stelle erfolgt (vgl. § 1 Abs. 2 BeurkG).

Der Beglaubigungsvermerk selber (nicht die unterschriebene Privaturkunde) **ist eine öffentliche Urkunde** (vgl. Kindler, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 31 Rn. 369).

Nach § 415 ZPO setzt eine öffentliche Urkunde ein Tätigwerden „*innerhalb der Grenzen der Amtsbefugnisse bzw. innerhalb des zugewiesenen Geschäftskreises*“ voraus, also ein **Tätigwerden innerhalb der sachlichen Zuständigkeit** (vgl. BeckOK-ZPO/Krafka, Std.: 1.9.2023, § 415 Rn. 15).

2. Zuständigkeit für die Vornahme von Unterschriftsbeglaubigungen und Wahl des „richtigen“ Siegels

Grundsätzlich sind **Notare** zuständig für die Vornahme öffentlicher Beglaubigungen (vgl. § 129 BGB, § 20 Abs. 1 S. 1 BNotO).

Von diesem Grundsatz gibt es jedoch auch **Ausnahmen bzw. Zuständigkeitserweiterungen**.

a) Beglaubigungskompetenz der Verbandsgemeinde

Nach § 68 BeurkG i. V. m. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 2 des Rheinland-Pfälzischen Landesgesetzes über die Beglaubigungsbefugnis (RhPfBeglG) ist unter anderem auch die **Verbandsgemeindeverwaltung** zuständig.

Die Verbandsgemeinde führt gem. § 5 Abs. 2, § 64 Abs. 2 GemO RhPf **ein eigenes Dienstsiegel**.

Bei der Vornahme einer öffentlichen Beglaubigung durch die Verbandsgemeinde aufgrund der Ermächtigung des § 68 BeurkG i. V. m. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 2 RhPfBeglG wird die Verbandsgemeinde dann folglich auch ihr *eigenes* Dienstsiegel zu verwenden haben. Denn der öffentlichen Beglaubigung ist stets das Siegel der beglaubigenden Stelle beizufügen. Ebenso wie ein beglaubigender Notar selbstredend sein *eigenes* Siegel der Beglaubigung beizufügen hat, muss dies auch für jene Stelle gelten, die aufgrund gesetzlicher Ermächtigung des § 68 BeurkG für die Beglaubigung zuständig ist. Bei einer Beglaubigung auf Grundlage des § 68 BeurkG i. V. m. § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 2 RhPfBeglG ist beglaubigende Stelle die Verbandsgemeinde als solche und nicht das Standesamt, sodass zwingend das Dienstsiegel der Verbandsgemeinde beizufügen ist.

b) Beglaubigungskompetenz des Standesamts

Eine Zuständigkeit des Standesamts für die Vornahme öffentlicher Beglaubigungen folgt aus **§ 2 Abs. 1 PStG**. Diese Vorschrift lautet (Hervorhebungen i. F. durch das DNotI):

„Beurkundungen und Beglaubigungen für Zwecke des Personenstandswesens werden im Standesamt nur von hierzu bestellten Urkundspersonen (Standesbeamten) vorgenommen. Gleiches gilt für die Ausstellung von Personenstandsurkunden und sonstigen öffentlichen Urkunden. Die Zuständigkeit der Notare, anderer Urkundspersonen

oder sonstiger Stellen für öffentliche Beurkundungen und Beglaubigungen bleibt unberührt.“

Die Vorschrift regelt eine **besondere Zuständigkeit der Standesbeamten**.

Das Standesamt ist eine eigenständige Behörde (vgl. Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 1 Rn. 241; Schoch, in: Schoch/Schneider, VwVfG, 3. Auflage 2022, § 1 Rn. 139), **die gem. § 1 Abs. 2 PStG den Personenstand nach Maßgabe dieses Gesetzes (PStG) beurkundet**.

Fraglich ist, wie weit hiernach die Zuständigkeit der Standesbeamten für die Vornahme öffentlicher Beglaubigungen reicht, insbesondere, ob durch den Begriff der „*sonstigen öffentlichen Urkunden*“ i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 2 PStG eine umfassende Zuständigkeit der Standesbeamten für die Vornahme öffentlicher Beglaubigungen begründet wird.

Gegen die Annahme einer solchen umfassenden Zuständigkeit könnte zunächst sprechen, dass nach § 2 Abs. 1 S. 1 PStG die Zuständigkeit der Standesbeamten „*für Zwecke des Personenstandswesens*“ gilt. Hieraus allein dürfte jedoch noch nicht zwingend eine entsprechende Beschränkung des Begriffs der sonstigen öffentlichen Urkunde i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 2 PStG zu folgern sein.

Zu beachten ist jedoch, dass bereits nach der früheren Fassung des PStG der Standesbeamte nur aufgrund besonderer gesetzlicher Ermächtigung für öffentliche Beglaubigungen zuständig sein sollte (so Gaaz, in: Hepting/Gaaz, Personenstandsrecht, 42. EL 2009, Bd. 1, § 1 PStG Rn. 20). In diese Richtung äußern sich auch *Boczek/Lühns*, wonach Standesbeamte für öffentliche Beglaubigungen nur ausnahmsweise zuständig seien (*Boczek/Lühns*, JuS 2020, 916, 917).

So soll die standesamtliche Beurkundungskompetenz auf die Führung des Personenstandsregisters beschränkt sein und nicht etwa alle Beurkundungen und Beglaubigungen umfassen, die den Personenstand einer Person betreffen (*Bornhofen*, in: Graaz/Bornhofen/Lammers, Personenstandsgesetz, 6. Aufl. 2023, § 2 Rn. 9 f.). Entsprechend nimmt *Bornhofen* eine Aufzählung der Regelungen des PStG, aus denen sich ausdrücklich die Zuständigkeit des Standesbeamten (neben den anderen zuständigen Stellen, vgl. § 2 Abs. 1 S. 3 PStG) ergibt, vor (vgl. *Bornhofen*, § 2 Rn. 10).

Daraus dürfte zu folgern sein, dass die Standesbeamten nur eingeschränkt – nämlich bei ausdrücklicher Zuständigkeit nach dem PStG (vgl. §§ 41 ff. PStG) – für

öffentliche Beglaubigungen zuständig sind (vgl. auch § 1 Abs. 2 PStG).

Sollte der Standesbeamte aufgrund einer entsprechenden Zuständigkeit nach dem PStG die öffentliche Beglaubigung vornehmen (dürfen), so wird er nach den obigen Ausführungen auch zwingend *sein* Siegel – also das des Standesamtes – zu verwenden haben.

3. Fazit

Sofern vorliegend eine besondere Zuständigkeit des Standesbeamten für die öffentliche Beglaubigung der Unterschrift besteht – dies kann anhand des mitgeteilten Sachverhalts nicht beurteilt werden –, ist von diesem das Siegel des Standesamts zu verwenden.

Sofern die Beglaubigung vorliegend nicht aufgrund einer Beglaubigungszuständigkeit nach dem PStG, sondern gem. § 68 BeurkG i. V. m. den Regelungen des RhPfBeglG durch die Verbandsgemeinde erfolgt, ist von dieser zwingend das Dienstsiegel der Verbandsgemeinde zu verwenden.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Fabian Schwarz

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

HGB §§ 131, 145, 157, 161; GmbHG §§ 60, 67, 74 – Liquidation bei einer GmbH & Co. KG nach Einstellung des Insolvenzverfahrens bei der KG und Ablehnung der Insolvenzeröffnung mangels Masse bei der Komplementär-GmbH; Löschung im Handelsregister

BeurkG § 16 Abs. 3 S. 1 – Übersetzung der Niederschrift durch einen Dolmetscher in verschiedene Sprachen

Aktuelles

Literaturhinweis

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

HGB §§ 131, 145, 157, 161; GmbHG §§ 60, 67, 74

Liquidation bei einer GmbH & Co. KG nach Einstellung des Insolvenzverfahrens bei der KG und Ablehnung der Insolvenzeröffnung mangels Masse bei der Komplementär-GmbH; Löschung im Handelsregister

I. Sachverhalt

Eine GmbH & Co. KG ist aufgelöst. Das Insolvenzverfahren der KG wurde zwischenzeitlich eingestellt. Nun soll die Firma im Handelsregister gelöscht werden. Auch die Komplementär-GmbH ist aufgelöst, da die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist. Auch diese soll im Handelsregister gelöscht werden. Liquidatoren wurden nicht bestellt.

II. Fragen

1. Wie ist die Löschung der jeweiligen Firma durchzuführen?
2. Kann bzw. darf der jeweils noch nicht gelöschte Geschäftsführer die Anmeldung betreiben, wobei bei der KG die aufgelöste Komplementär-GmbH Geschäftsführerin ist?

III. Zur Rechtslage

1. Grundsätzliches zur Löschung einer KG nach Einstellung des Insolvenzverfahrens

Eine KG wird mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen aufgelöst (§§ 161 Abs. 2, 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB; vgl. § 138 Abs. 1 Nr. 2 HGB i. d. F. ab 1.1.2024); bei einer GmbH & Co. KG gilt dies grundsätzlich auch, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt wurde (§ 161 Abs. 2, § 131 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 HGB; vgl. § 138 Abs. 2 Nr. 1 HGB i. d. F. ab 1.1.2024).

Die Auflösung der Gesellschaft ist gem. § 143 Abs. 1 S. 1 HGB (vgl. § 141 Abs. 1 S. 1 HGB i. d. F. ab

1.1.2024) grundsätzlich von allen Gesellschaftern zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Im – hier relevanten – Fall der Auflösung wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens hingegen ist die **Auflösung von Amts wegen in das Handelsregister einzutragen** (§ 143 Abs. 1 S. 3 HGB, vgl. Krafska, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 666; offenbar a. A. Herrler/Franck, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2021, § 5 Rn. 57 [„Die Auflösung der KG ist – anders als bei der GmbH – nicht im Handelsregister einzutragen, § 143 Abs. 1 S. 2 und S. 3 HGB“]; diese Ansicht lässt sich jedoch mit dem Gesetzeswortlaut nicht in Einklang bringen). Eine Ausnahme der Eintragung der Auflösung besteht nur in den Fällen, in denen eine GmbH & Co. KG wegen Vermögenslosigkeit gelöscht wird (§ 161 Abs. 2, § 143 Abs. 1 S. 4 HGB i. V. m. § 131 Abs. 2 Nr. 2 HGB), da insofern unmittelbar die Löschung im Register erfolgt (§ 394 FamFG; zu beachten ist jedoch, dass der für eine GmbH & Co. KG maßgebliche § 394 Abs. 4 FamFG eine Löschung im Grundsatz nur ermöglicht, wenn sowohl die KG als auch die Komplementär-GmbH vermögenslos sind). Vorliegend ist daher die Auflösung der KG bereits vom Gericht in das Handelsregister eingetragen worden (hieran ändert auch das MoPeG nichts, vgl. § 141 Abs. 1 S. 2 HGB n. F.).

Die **Auflösung bedeutet noch nicht die Vollbeendigung** der Gesellschaft. Denn nach der Auflösung wandelt sich die KG in eine **Abwicklungs-/Liquidationsgesellschaft**, welche nunmehr den Zweck verfolgt, das Vermögen der Gesellschaft zu verwerten (Franck, § 5 Rn. 57). Die Gesellschaft bleibt bis zur vollständigen Auseinandersetzung hinsichtlich des Gesellschaftsvermögens bestehen (BGH, Urt. v. 13.3.2018 – II ZR 243/16, BeckRS 2018, 5057 Rn. 70; Wertbruch/Westermann/Blaum, Handbuch Personengesellschaften, 86. Lfg. 8/2023, § 48 Rn. 2437; Hillmann, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, § 155 Rn. 21), muss also nach den gesetzlichen (§§ 145 ff. HGB) oder gesellschaftsvertraglichen Vorgaben **liquidiert werden**.

Im Ergebnis ist auch dann ein solches **Liquidationsverfahren durchzuführen**, wenn das **Insolvenzverfahren eingestellt** wurde. Für die Einstellung des Insolvenzverfahrens kommen drei Gründe in Betracht (vgl. BeckOGK-GmbHG/Schmidt, Std.: 1.4.2023, § 60 Rn. 41; im Folgenden wird vorausgesetzt, dass eine Einstellung im technischen Sinne gemeint ist und keine Aufhebung):

- Der Fall des § 207 Abs. 1 S. 1 InsO (nicht ausreichende Insolvenzmasse),
- der Wegfall des Eröffnungsgrundes nach § 212 InsO sowie

- die Zustimmung aller Gläubiger zur Einstellung gem. § 213 InsO.

An eine dementsprechend erfolgte Einstellung des Insolvenzverfahrens schließt sich ein gewöhnliches Liquidationsverfahren an (Haas/Mock, in: Gottwald/Haas, Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2020, § 94 Rn. 23; BeckOGK-GmbHG/Schmidt, § 60 Rn. 42; GroßkommGmbHG/Paura, 3. Aufl. 2021, § 66 Rn. 91; wohl auch Uhlenbruck/Ries, InsO, 15. Aufl. 2019, § 207 Rn. 54 und Krafska, Rn. 1145 [zur GmbH]; vgl. allg. zum Verhältnis von Insolvenzverfahren und Liquidation BeckOGK-HGB/Peschke, Std.: 1.6.2023, § 145 Rn. 37). Denn mit der Einstellung erhält der Insolvenzschuldner (hier die KG) das Recht zurück, über die Insolvenzmasse frei zu verfügen (§ 215 Abs. 2 InsO) – da die Gesellschaft aber, sofern kein Fortsetzungsbeschluss gefasst wird, aufgelöst bleibt, muss demnach das „normale“ Liquidationsverfahren der §§ 145 ff. HGB durchgeführt werden (vgl. zur Rechtslage bei der GmbH: BeckOGK-GmbHG/Schmidt, § 60 Rn. 42). Eine Nachtragsverteilung nach § 203 InsO (dazu Krafska, Rn. 1130) kann insofern nicht erfolgen, als das Insolvenzverfahren nicht beendet wurde und demnach kein Schlusstermin stattfand.

Nach unserem Dafürhalten **müssten daher für die aufgelöste KG zunächst ggf. Liquidatoren bestellt und die Liquidatoren zum Handelsregister angemeldet werden** (§§ 161 Abs. 2, 147 HGB). Nach derzeitiger Rechtslage erfolgt die Liquidation gem. § 161 Abs. 2, § 146 Abs. 1 S. 1 HGB grundsätzlich durch **alle Gesellschafter** (ab 1.1.2024 hingegen bei einer KG gem. **§ 178 HGB n. F.** von Gesetzes wegen allein durch die Komplementärin, vgl. Rowedder/Pentz/Gesell, GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 66 Rn. 33). Freilich kann der Gesellschaftsvertrag **abweichende Regelungen** treffen (vgl. § 146 Abs. 1 S. 1 HGB). In der Praxis wird meist im Gesellschaftsvertrag der Komplementärin die Liquidation übertragen (vgl. Reichert/Reichert/Ullrich, GmbH & Co. KG, 8. Aufl. 2021, § 59 II, dort § 26; BeckOF-Vertrag/Giehl, Std.: 1.1.2023, Form. 7.6.1.2, dort § 23). Möglich ist es ferner, durch Beschluss der Gesellschafter andere Personen zu Liquidatoren zu bestellen (dieser Beschluss wird i. d. R. mit dem – hier nicht erforderlichen – Auflösungsbeschluss kombiniert; vgl. Fuhrmann/Wälzholz/Lichtenwimmer, Formularbuch Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2023, Muster 28.1). Es ist jedoch denkbar, dass ein Gesellschafterbeschluss gar nicht gefasst werden muss, sofern die Liquidation durch alle Gesellschafter gemeinschaftlich (§ 146 Abs. 1 S. 1, § 150 HGB) erfolgen soll. Freilich dürfte sich meist ein Beschluss empfehlen, mit dem Einzelvertretungsbefugnis und ggf. die Befreiung der Beschränkung von § 181 BGB vorgesehen werden (vgl. Lichtenwimmer, M 28.1 Anm. 5).

Die Liquidatoren haben sodann die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen und die Gläubiger zu befriedigen (§ 149 S. 1 HGB). Das nach der Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft ist von den Liquidatoren zu verteilen (§ 155 Abs. 1 HGB – es gelten jedoch Besonderheiten in Form eines **Sperrjahres** bei der GmbH & Co. KG, dazu unten Ziff. 3). Es ist möglich, dass der Gesellschaftsvertrag eine abweichende Art der Auseinandersetzung vorsieht (vgl. § 145 Abs. 1 HGB). Nach Beendigung der Liquidation erfolgt sodann die – hier in Rede stehende – **Anmeldung des Erlöschens der Firma seitens der Liquidatoren** (§ 157 Abs. 1 HGB).

Auf die Frage, ob der jeweils noch nicht gelöschte Geschäftsführer der Komplementär-GmbH die Anmeldung betreiben darf, ist daher zu antworten, dass nur der Liquidator bzw. die Liquidatoren der KG diese Anmeldung abgeben dürfen (sofern dies – ggf. auch – die Komplementär-GmbH übernimmt, müssen für diese vorliegend wiederum deren Liquidatoren handeln, dazu sogleich Ziff. 2 und 3).

2. Grundsätzliches zur Situation der aufgelösten Komplementär-GmbH und Rückwirkungen auf die GmbH & Co. KG

Eine GmbH wird aufgelöst, wenn über ihr Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet wird (§ 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG). Ist die GmbH Komplementärin einer KG, so scheidet sie damit auch aus der KG aus (§ 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 HGB). Vorliegend wurde das Insolvenzverfahren nicht eröffnet, sondern mangels Masse abgelehnt. Es stellt sich damit nicht das Problem, ob § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 HGB in Fällen der sog. Simultaninsolvenz teleologisch zu reduzieren ist und die insolvente Komplementär-GmbH damit – jedenfalls bei einer nur zweigliedrigen KG – entgegen des Gesetzeswortlauts nicht aus dieser ausscheidet (für die teleologische Reduktion insb. K. Schmidt ZIP 2008, 2337, 2344; MünchKommHGB/K. Schmidt/Fleischer, 5. Aufl. 2022, § 131 Rn. 76 f.; Henssler/Strohn/Klöhn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 131 HGB Rn. 53; wohl auch BFH DStR 2006, 2168, 2170; **a. A. aber die h. M.**, vgl. BGH NJW 2008, 2992; WM 2014, 1284 Rn. 19; BVerwG NZG 2011, 1223 Rn. 17; Gummert, in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 2, 5. Aufl. 2019, § 55 Rn. 2; Hopt/Roth, HGB, 42. Aufl. 2023, § 131 Rn. 22). Der Gesetzgeber hat den Streit für die Zeit ab dem 1.1.2024 zugunsten der erstgenannten Ansicht entschieden (vgl. § 179 HGB n. F.).

Eine GmbH wird jedoch auch dann aufgelöst, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch rechtskräftigen Beschluss mangels Masse abgelehnt wurde (§ 60

Abs. 1 Nr. 5 GmbHG). Das Gericht hat dann von Amts wegen die Auflösung der Gesellschaft einzutragen (§ 65 Abs. 1 S. 2, 3 GmbHG). Vorliegend kann die umstrittene Frage, ob die Auflösung der GmbH wegen Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ebenfalls zu einer Auflösung der KG führt (dazu ausführlich Scholz/Scheller, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 60 Rn. 136 m.N.; Altmeppen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 60 Rn. 122 f.), dahinstehen, da die KG ohnehin aufgelöst ist. Entsprechend den obigen Ausführungen zur KG ist daher vorliegend auch die Auflösung der GmbH bereits in das Handelsregister eingetragen.

Wie bei der KG (vgl. oben Ziff. 1) wird die GmbH mit der Auflösung zur **Abwicklungsgesellschaft** (Knaier, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 60 Rn. 4) und es schließt sich die **Liquidation** an, sofern keine Löschung wegen Vermögenslosigkeit (§ 66 Abs. 5 GmbHG) erfolgte. **Mit der Auflösung der GmbH verlieren die Geschäftsführer kraft Gesetzes ihre Vertretungsbefugnis** (BayObLG DNotZ 1992, 222, 224; Knaier, § 60 Rn. 4). **Insofern sind mithin ebenfalls die Liquidatoren zum Handelsregister anzumelden** (§ 67 GmbHG), denn in der Konstellation der Ablehnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse gelten nach h. M. für das Liquidationsverfahren keine insolvenzrechtlichen Besonderheiten (Haas, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 60 Rn. 67; Knaier, § 60 Rn. 245 ff.; vgl. auch BayObLGZ 1987, 222 zur alten Rechtslage auf Basis des LösChG). Die in § 66 Abs. 1 GmbHG genannte Ausnahme der Durchführung der Liquidation gilt nur, wenn das Insolvenzverfahren auch durchgeführt wird; zudem wird damit lediglich klargestellt, dass insofern der Insolvenzverwalter anstelle der Liquidatoren zuständig ist (KG GmbHR 2012, 1007; Krafka, Rn. 1143; BeckOK-GmbHG/Lorscheider, Std.: 1.3.2023, § 66 Rn. 3).

Liquidatoren bei der GmbH sind grundsätzlich die Geschäftsführer, sofern die Liquidation nicht im Gesellschaftsvertrag oder der Satzung anderen Personen übertragen wird (§ 66 Abs. 1 GmbHG). Ein Beschluss hinsichtlich der Bestellung der Liquidatoren, der konkreten Vertretungsbefugnis sowie ggf. der Befreiung von § 181 BGB (die allerdings zwingend eine entsprechende Satzungsgrundlage erfordert, vgl. Scholz/K. Schmidt/Scheller, § 68 Rn. 8 m.N.) wäre der Anmeldung gem. § 67 Abs. 2 GmbHG in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen (Muster bei Fuhrmann/Wälzholz/Wälzholz, Formularbuch Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2023, Muster M 18.1). Grds. ist ein Gesellschafterbeschluss jedoch nicht erforderlich: Die sonst zu beschließende Auflösung trat bereits kraft Gesetzes ein, die Liquidatoren sind entweder bereits gesellschaftsvertraglich bestimmt oder die Geschäftsfüh-

rer sind geborene Liquidatoren. Sofern der Liquidator im Gesellschaftsvertrag benannt ist, muss er lediglich hierauf Bezug nehmen; wird der Geschäftsführer gem. § 66 Abs. 1 GmbHG von Gesetzes wegen Liquidator, bedarf es ebenfalls nicht zwingend eines weiteren Beschlusses (Gesell, § 67 Rn. 4). Umstritten ist jedoch, ob der Geschäftsführer im Rahmen der Anmeldung zu versichern hat, dass die Gesellschafter keinen anderen Liquidator bestellt haben (dafür Gesell, § 67 Rn. 4; dagegen etwa Paura, § 67 Rn. 16; jew. m. w. N.). Wiederum dürfte sich aber auch auf dieser Ebene ein Beschluss der Gesellschafter regelmäßig empfehlen; insb. hinsichtlich einer Einzelvertretungsberechtigung bei mehreren Geschäftsführern.

Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beenden, die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen, die Forderungen derselben einzuziehen und das Vermögen der Gesellschaft in Geld umzusetzen (§ 70 S. 1 GmbHG). Die **Vermögensverteilung darf grundsätzlich nicht vor dem Ablauf eines Sperrjahres** seit der Aufforderung an die Gläubiger erfolgen (§§ 72, 73 Abs. 1, 65 Abs. 2 GmbHG). Erst nach der Beendigung der Liquidation und Schlussrechnungslegung ist der **Schluss der Liquidation seitens der Liquidatoren zum Handelsregister anzumelden** und die Gesellschaft wird gelöscht (§ 74 Abs. 1 GmbHG). Die Vollbeendigung der GmbH setzt kumulativ die Eintragung des Erlöschens, die Vermögenslosigkeit der GmbH sowie das Fehlen weiteren Abwicklungsbedarfs voraus (sog. Lehre vom erweiterten Doppeltatbestand der Vollbeendigung; vgl. Herrler/Blath, § 6 Rn. 1774 f.; Bernert, MittBayNot 2021, 309, 314 f.).

3. Vorgehen/Rechtslage im konkreten Fall und Besonderheiten bei der GmbH & Co. KG

Wie erläutert, sind zunächst auf Ebene der GmbH und sodann der KG **Liquidatoren zum Handelsregister anzumelden** und ggf. vorher zu bestellen (zu einem Muster in Bezug auf Auflösung und Bestellung der Liquidatoren bei der GmbH vgl. Krafka, Rn. 1125; Muster für die Bestellung der Liquidatoren bei der KG vgl. Krafka, Rn. 779a sowie Beckert, in: Formularbuch Recht und Steuern, 10. Aufl. 2021, Formular A.9.13a; wobei entsprechend wiederum die Auflösung nicht mehr angemeldet werden muss).

Zunächst sollte die Liquidation der KG erfolgen.

Denn nach herkömmlicher Ansicht verhindert bereits die Stellung als persönlich haftende Gesellschafterin – auch ohne Kapitalanteil – die Vollbeendigung der Komplementär-GmbH (OLG Frankfurt FGPrax 2005, 269, 270; Scheller, § 60 Rn. 135; ähnlich wohl BGH NJW 1980, 233, 234; a. A. OLG Hamm NZI 2007, 584, 587; möglicherweise auch die beiläufige Äußerung

des BGH in NZG 2011, 26 Rn. 31, der eine Vollbeendigung auch bei einer grundsätzlich noch bestehenden Position als Komplementärin anzunehmen scheint). Legt man diese „herkömmliche“ Ansicht zugrunde, empfiehlt es sich schon zur Vermeidung einer sonst ggf. erforderlichen Nachtragsliquidation (zu dieser Blath, § 6 Rn. 1776 ff.; DNotI-Report 2018, 73, 73 f.), zuerst die Löschung und Vollbeendigung der KG zu betreiben. Mit dieser endet auch die Stellung der GmbH als Komplementärin.

Die Liquidation, welche einer Komplementär-GmbH obliegt, wird im Grundsatz durch deren Geschäftsführer vorgenommen (Krafka, Rn. 827). Jedoch ist die GmbH ebenfalls aufgelöst, sodass die Liquidatoren der GmbH diese vertreten (vgl. oben Ziff. 2) und damit **im Ergebnis die Liquidatoren der GmbH auch die Liquidation bei der KG vornehmen** (zur Frage, wer Liquidator bei der KG wird, vgl. oben Ziff. 1).

Zu beachten ist, dass das **Sperrjahr gem. § 73 Abs. 1 GmbHG** nach h. M. **analog** auf die **GmbH & Co. KG anzuwenden** ist (MünchKommHGB/K. Schmidt, 5. Aufl. 2022, § 155 Rn. 49; BeckOGK-HGB/Heusel, Std.: 1.9.2023, § 155 Rn. 72; MünchKommGmbHG/Müller, 4. Aufl. 2022, § 73 Rn. 61 f.; Danzeglocke/Fischer, NZG 2019, 886; Franck, § 5 Rn. 57a). Demgemäß darf auch entgegen § 155 HGB das **Vermögen der KG grundsätzlich erst nach Ablauf des Sperrjahres verteilt werden**. Es ist **umstritten**, ob an die Veröffentlichung des Gläubigeraufrufs bei der GmbH anzuknüpfen ist oder ob auch ein Aufruf analog § 65 Abs. 2 GmbHG bei der (GmbH & Co.) KG zu erfolgen hat (vgl. zum Streitstand K. Schmidt/Scheller, § 65 Rn. 30 m. w. N.; Roth, GmbHR 2017, 901, 903; Danzeglocke/Fischer, NZG 2019, 886, 889; Reichert/Salger, GmbH & Co. KG, § 47 Rn. 67).

Anschließend ist das Erlöschen der KG gem. § 157 HGB zum Handelsregister anzumelden (vgl. § 150 HGB n. F.). Nach der Beendigung der Liquidation bei der Komplementär-GmbH kann sodann auch bei ihr der Schluss der Liquidation und damit ihr Erlöschen nach § 74 Abs. 1 GmbHG angemeldet werden (vgl. Muster bei Krafka, Rn. 1149).

BeurkG § 16 Abs. 3 S. 1

Übersetzung der Niederschrift durch einen Dolmetscher in verschiedene Sprachen

I. Sachverhalt

Gewünscht wird die Beurkundung der Gründung einer GmbH. Die GmbH soll aus zwei Gesellschaftern be-

stehen. Beide Gesellschafter sind der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtig, sodass die Hinzuziehung eines Dolmetschers zur Beurkundung erforderlich ist. Gesellschafter 1 wünscht die Übersetzung in die englische Sprache, Gesellschafter 2 wünscht die Übersetzung in die chinesische Sprache (Mandarin). Gewünscht ist die Hinzuziehung *einer* Person als Dolmetscher, die sowohl der deutschen, der englischen als auch der chinesischen Sprache (Mandarin) hinreichend mächtig ist.

II. Frage

Ist es zulässig, dass zur Beurkundung nur eine Person hinzugezogen wird, die sowohl die Übersetzung für Gesellschafter 1 in die englische Sprache als auch die Übersetzung für Gesellschafter 2 in die chinesische Sprache (Mandarin) vornimmt?

III. Zur Rechtslage

Zu der gestellten Frage konnten wir in Rechtsprechung und Literatur keine ausdrückliche Stellungnahme finden. Nach unserer Auffassung kann ein einziger Dolmetscher die Übersetzung der Niederschrift in verschiedene von ihm beherrschte Sprachen für mehrere Beteiligte vornehmen.

1. Stellung des Dolmetschers

Gem. § 16 Abs. 3 S. 1 BeurkG muss ein Dolmetscher hinzugezogen werden, falls der Notar die in deutscher Sprache gefertigte Niederschrift (§ 5 Abs. 1 BeurkG) nicht selbst in eine Sprache übersetzen kann, die ein der deutschen Sprache nicht mächtiger Beteiligter versteht. Der Dolmetscher ist eine **Hilfsperson des Notars** (BeckOGK-BeurkG/Seebach/Rachlitz, Std.: 1.5.2022, § 16 Rn. 76; Armbrüster/Preuß/Piegsa, BeurkG mit NotAktVV und DONot, 9. Aufl. 2023, § 16 BeurkG Rn. 30). Daher soll er wie dieser von der Beurkundung ausgeschlossen sein, wenn einer der Ausschließungsgründe der §§ 6, 7 BeurkG in seiner Person besteht, § 16 Abs. 3 S. 2 BeurkG.

2. Zulässigkeit der Mehrfachübersetzung

Aus den folgenden Gründen erscheint es uns zulässig, dass der Dolmetscher in mehrere Sprachen für mehrere Beteiligte übersetzt.

a) § 16 Abs. 3 S. 1 BeurkG verwendet die Singularform „ein Dolmetscher“. Dem Wortlaut der gesamten Vorschrift lässt sich kein Anhaltspunkt dafür entnehmen, ob damit je ein Dolmetscher für jeden sprachunkundigen Beteiligten gemeint ist oder ob ein Dolmetscher die Übersetzung für mehrere Beteiligte mit unterschiedlichen Sprachkenntnissen leisten kann.

b) Keine der Vorschriften der §§ 16, 6, 7 BeurkG enthält ein an den Dolmetscher gerichtetes Verbot, für

mehrere Beteiligte zu übersetzen. Darüber hinaus kann der Notar selbst nach § 16 Abs. 2 S. 1 BeurkG die Übersetzung vornehmen, wenn er der fremden Sprache(n) mächtig ist. Es gibt keine Vorschrift, die es dem Notar verbietet, die Niederschrift in mehrere Sprachen zu übersetzen. Ferner kann ein Notar eine Niederschrift in mehreren gleichwertig verbindlichen Sprachfassungen errichten, wenn er der jeweiligen Sprache mächtig ist (vgl. BGH DNotZ 2019, 830 Tz. 20; Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 3. Aufl. 2022, § 9 Rn. 134). Da der Dolmetscher als Hilfsperson des Notars agiert (oben Ziff. 1), sind für uns keine sachlichen Gründe ersichtlich, die in dem geschilderten Fall gegen die Zulässigkeit des angedachten Beurkundungsverfahrens sprechen.

c) Unzulässig ist es nach h. M. im Schrifttum, als Dolmetscher tätig zu werden, wenn die dolmetschende Person bereits aus einem *anderem* Grund an der Verhandlung teilnimmt, insbesondere als Schreibzeuge nach § 25 BeurkG (BeckOGK-BeurkG/Seebach/Rachlitz, § 16 Rn. 81; Armbrüster/Preuß/Piegsa, § 16 Rn. 32; vgl. auch OLG Hamm NJW 2000, 3362). Zulässig ist es dagegen laut ganz herrschender Ansicht, wenn der Dolmetscher zusätzlich als Verständigungsperson (§ 24 Abs. 1 S. 2 BeurkG) oder als Gebärdendolmetscher (§ 22 Abs. 1 S. 2 BeurkG) agiert. Denn in diesen Fällen leiste er einen gleichgelagerten „Informationstransfer“ (dazu Rossak, ZEV 2002, 435, 436); eine Konfliktlage bei der Aufgabenwahrnehmung sei nicht ersichtlich (Armbrüster/Preuß/Piegsa, § 16 Rn. 32; Winkler, BeurkG, 20. Aufl. 2022, § 16 Rn. 23; BeckOGK-BeurkG/Seebach/Rachlitz, § 16 Rn. 81; a. A.: Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 16 Rn. 42). Wenn ein Gebärdendolmetscher zugleich als gewöhnlicher Dolmetscher agieren darf, dürfte es erst recht zulässig sein, dass ein Dolmetscher die gleichgelagerte Übersetzungsleistung für verschiedene Beteiligte erbringt. Der Dolmetscher ist dann aus demselben Grund, nämlich der Sprachunkundigkeit der Beteiligten, an dem Beurkundungsverfahren beteiligt.

d) Aus dem Verweis des § 16 Abs. 3 S. 1 BeurkG auf die §§ 6, 7 BeurkG ergibt sich, dass der Dolmetscher in gleicher Weise wie der Notar zur Neutralität verpflichtet ist. Seine Tätigkeit scheidet dann aus, wenn er in einen Interessenkonflikt gerät. Ein solcher Interessenkonflikt ist bei einem Mehrfachübersetzen nicht ersichtlich. Denn gegenüber jedem der Beteiligten ist der Dolmetscher zur bestmöglichen Übersetzung verpflichtet. Zu diesem Zweck kann der Notar den Dolmetscher vereidigen, § 16 Abs. 3 S. 3 BeurkG. Der Dolmetscher ist gerade nicht Interessenvertreter des jeweiligen sprachunkundigen Beteiligten.

e) Nach unserer Einschätzung kann es für das Beurkundungsverfahren förderlich sein, wenn ein Dolmetscher für mehrere sprachunkundige Personen übersetzt. Bei Diskussionen unter den Beteiligten braucht nicht der erste Dolmetscher von der ersten Fremdsprache in die deutsche Sprache zu übersetzen und sodann der zweite Dolmetscher von der deutschen Sprache in die zweite Fremdsprache. Bei diesem ebenfalls zulässigen Weg kann es im Einzelfall eher zu sprachlichen Missverständnissen und Unschärfen in der Übersetzung kommen. Sofern hingegen ein Dolmetscher unmittelbar von der Sprache eines Beteiligten in die Sprache des anderen Beteiligten und in die deutsche Sprache übersetzt, dürfte erst recht eine kohärente Übersetzung sichergestellt sein.

3. Ergebnis

Nach unserem Dafürhalten ist es zulässig, dass ein einziger Dolmetscher für mehrere (verschiedensprachige) Beteiligte in mehrere Sprachen übersetzt. Die Hinzuziehung von mehreren Dolmetschern für jeden sprachunkundigen Beteiligten oder für jede Fremdsprache halten wir für nicht erforderlich. Unmittelbar einschlägige Literatur oder Rechtsprechung ist indes nicht ersichtlich.

Aktuelles

Hinweis auf Übergangsvorschriften zur GbR im Grundbuch; Inkrafttreten des MoPeG am 1.1.2024

Am 1.1.2024 tritt das MoPeG in Kraft. Art. 1 MoPeG sieht einige Änderungen im BGB vor, die sich gemeinsam mit den in Art. 40, 41 MoPeG geregelten Anpassungen der GBO sowie der GBV stark auf das Recht der GbR im Grundbuch auswirken werden. Insbesondere entfällt die Regelung des § 899a BGB. Zudem wird § 47 Abs. 2 GBO dahingehend geändert, dass für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Recht nur eingetragen werden soll, wenn sie im Gesellschaftsregister eingetragen ist.

Wie **ab dem 1.1.2024** mit Fällen umzugehen ist, in denen eine GbR **bereits** nach aktuell geltendem Recht in das Grundbuch **eingetragen ist**, regelt die Übergangsvorschrift des **Art. 229 § 21 EGBGB k. F.**

Für Beurkundungen mit GbR (auf Veräußerer- wie auf Erwerberseite) **bis zum 31.12.2023** ist, sofern noch die Geltung der bisherigen Rechtslage gewünscht ist, nach Art. 229 § 21 **Abs. 4 EGBGB** auf Folgendes zu achten:

Wurde vor Ablauf des 31.12.2023 die Einigung oder Bewilligung erklärt und der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamt gestellt, so gelten auch bei einer

Eintragung nach dem 31.12.2023 noch die bisherigen Regeln, sowohl hinsichtlich des Gutgläubensschutzes für einen Erwerber von der GbR (§ 899a BGB „a. F.“) als auch hinsichtlich des Grundbuchverfahrensrechts für die Grundbucheintragung beim Erwerb durch eine GbR (§ 47 Abs. 2 GBO „a. F.“). Nach Art. 229 § 21 Abs. 4 S. 2 EGBGB gilt dies auch für den Fall, dass zum 31.12.2023 lediglich eine Vormerkung eintragen oder zur Eintragung bewilligt und beantragt wurde.

Ist der Antrag auf Eintragung (entweder der Rechtsänderung oder der Vormerkung) rechtzeitig vor dem 1.1.2024 gestellt worden, so stellt sich die Frage, ob dieser „zur Mitnahme der Anwendbarkeit des alten Rechts“ auch vor dem 1.1.2024 **vollzugsfähig** sein muss, ob also insbesondere erforderliche **Genehmigungen** auch schon vor dem 1.1.2024 beim Grundbuchamt vorliegen müssen. Nach der Gesetzesbegründung folgt Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB k. F. dem § 878 BGB zugrundeliegenden Rechtsgedanken (BT-Drucks. 19/27635; s. a. Wobst, ZPG 2023, 58, 59). Allerdings lässt der Gesetzgeber ausdrücklich den Antrag auf Eintragung der Vormerkung genügen (Art. 229 § 21 Abs. 4 S. 2 EGBGB). Wurde ein solcher Antrag gestellt, kann folglich für die Fortgeltung des bisherigen Rechts auch nur auf diesen Antrag abgestellt werden. Auf die Vollzugsfähigkeit des Antrags auf Eigentumsumschreibung vor dem 1.1.2024 kann es daher nur dann ankommen, wenn nicht bereits ein vollzugsfähiger Antrag auf Eintragung einer Vormerkung vorliegt, was praktisch vor allem bei Überlassungen gegeben sein kann.

Der Zweck der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB besteht darin, den Beteiligten in denjenigen Fällen den Zugang zum alten Recht (ohne Zwang zur Voreintragung im Gesellschaftsregister) zu ermöglichen, in denen der Vollzug des spätestens am 31.12.2023 gestellten Eintragungsantrags lediglich noch von behördlichen Bearbeitungszeiten abhängt (vgl. BT-Drucks. 19/27635, S. 219). Demnach wären **Unterlagen ohne jede materiell-rechtliche Wirkung** (z. B. Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 22 GrEStG oder auch öffentlich-rechtliche Vorkaufsrechtszeugnisse, z. B. nach § 28 Abs. 1 S. 2 BauGB) unbeachtlich, da eine lange Bearbeitungsdauer zu deren Erteilung nicht „zulasten“ der Beteiligten gehen dürfte. Bei **materiell-rechtlich wirkenden behördlichen Genehmigungen** lässt sich u. E. ebenso argumentieren, dass die Zeit bis zu deren Erteilung von den Beteiligten nicht beeinflussbar ist, sodass insofern eine entsprechende Antragstellung genügen müsste.

Falls hingegen **Zustimmungserklärungen Dritter** zur Vollzugsfähigkeit des Antrags auf Eigentumsumschreibung bzw. Eintragung einer Vormerkung erforderlich

sind oder z. B. **Rangerklärungen** (zur Eintragung der Vormerkung an der vereinbarten Rangstelle) benötigt werden, so müssen diese u. E. vor dem Jahreswechsel dem Grundbuchamt zugehen.

Wurde beispielsweise vom Verkäufer die Eintragung einer Vormerkung an rangbereiter Stelle bewilligt und wurde der Antrag auf Eintragung der Vormerkung beim Grundbuchamt noch am 31.12.2023 eingereicht, spielt es keine Rolle, ob es auf Erwerberseite für die Wirksamkeit von Kaufvertrag und Auflassung noch an einer privatrechtlichen Genehmigung fehlt. Der Eintragungsantrag für die Vormerkung ist bereits am 31.12.2023 vollzugsfähig, die Eintragung der Vormerkung an der vereinbarten Rangstelle hängt lediglich von den Bearbeitungszeiten des Grundbuchamtes ab.

Wurde hingegen umgekehrt der Verkäufer beim Vertragsschluss vollmachtlos vertreten und fehlt es bis zum 1.1.2024 an der entsprechenden Genehmigung, kann der Antrag auf Eintragung der Vormerkung (aufgrund der schwebend unwirksamen Bewilligung auf Seiten des Eigentümers) nicht rechtzeitig in vollzugsfähiger Form gestellt werden

Umfassende Ausführungen zu den Übergangsregelungen des MoPeG zur GbR im Grundbuch finden sich u. a. bei *Wobst*, ZPG 2023, 58 ff., bei *Wilsch*, MittBayNot 2023, 457 ff.; *Kratzmeier*, ZfIR 2023, 197 ff., *Kramer*, FGPrax 2023, 193 ff., sowie bei *Bormann/Kraus*, in: FS Heidinger 2023, 47 ff.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Dr. Philipp Theuersbacher

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1629, 1643, 1799, 1809, 1852 – Genehmigungserfordernis bei der Neugründung oder dem Erwerb von Anteilen in Bezug auf eine grundstücksverwaltende Familienpool-KG

Aktuelles

Inkrafttreten des MoPeG zum 1.1.2024

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1629, 1643, 1799, 1809, 1852 Genehmigungserfordernis bei der Neugründung oder dem Erwerb von Anteilen in Bezug auf eine grundstücksverwaltende Familienpool-KG

I. Sachverhalt

Im Rahmen der Neugründung einer grundstücksverwaltenden Familienpool-KG soll auch ein Minderjähriger beteiligt werden.

II. Fragen

1. Ist in diesem Zusammenhang eine familiengerichtliche Genehmigung nach den seit dem 1.1.2023 geltenden §§ 1643 Abs. 1, 1850-1854 BGB erforderlich?

2. Macht es einen Unterschied, ob der Minderjährige bereits an dem Gesellschaftsvertrag zur Gründung beteiligt ist oder die Anteile im Wege der Übertragung erhält?

3. Hat sich die Rechtslage insoweit mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts geändert?

III. Zur Rechtslage

1. Problemaufriss

a) Genehmigungstatbestände nach der Reform zum 1.1.2023

Die Genehmigungstatbestände wurden mit Wirkung zum 1.1.2023 in das Betreuungsrecht verschoben, völlig neu strukturiert und sind nunmehr **nach Lebenssachverhalten sortiert** (vgl. Gutachten DNotI-Report 2023, 6, 7; Siegel/Kraus, DNotZ 2022, 906, 918). In Bezug auf das **Gesellschaftsrecht** ist der relevante Genehmigungstatbestand in **§ 1852 BGB** zu finden. Insofern ist zu beachten, dass nunmehr auch der unentgeltliche Erwerb eines Anteils an einer Gesellschaft, die ein **Erwerbsgeschäft** betreibt, der Genehmigung gem. § 1852 Nr. 1 lit. b BGB bedarf (vgl. Gutachten DNotI-Report 2023, 6, 7; Staake/Weinmann, RFamU 2022, 493, 494; Werner, ZEV 2021, 618, 621). Überdies wird nicht mehr zwischen Kapital- und Personengesellschaften differenziert (Siegel/Kraus, DNotZ 2022, 906, 922).

b) Geltung für alle gesetzlichen Vertreter des Kindes

Für den nachfolgend behandelten Aspekt des Genehmi-

gungserfordernisses spielt es keine Rolle, wer als gesetzlicher Vertreter des minderjährigen Kindes agiert (zur wichtigen Differenzierung zwischen der Vertretung eines Minderjährigen und dem Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung vgl. Münch/Schaal, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2023, § 17 Rn. 275).

Denn wesentliche Teile der §§ 1850 ff. BGB gelten sowohl für **Eltern**, die als gesetzliche Vertreter ihrer Kinder auftreten (§§ 1629 Abs. 1, 1643 Abs. 1 BGB), als auch für einen etwaigen **Ergänzungspfleger** (§§ 1809, 1813 Abs. 1, 1799 Abs. 1 BGB) oder einen **Vormund** (§§ 1773 Abs. 1, 1799 BGB). Lediglich in geringem Umfang sind Besonderheiten zu beachten, da die Genehmigungstatbestände in den Verweisungsvorschriften teilweise modifiziert oder für nicht anwendbar erklärt werden (vgl. § 1643 Abs. 2-5, § 1799 Abs. 1, Abs. 2 BGB).

c) Abschließende Normierung in § 1852 Nr. 1, 2 BGB bzgl. des Beitritts oder Erwerbs von Gesellschaftsanteilen

§ 1852 BGB trifft eine **abschließende Regelung** (vgl. Werner, ZEV 2021, 618, 622; Everts, MittBayNot 2023, 9, 12; Münch/Lotte, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2023, § 13 Rn. 187). Auch sonstige Genehmigungstatbestände, etwa gem. § 1850 BGB, sind im Falle einer **Gesellschaftsgründung** oder des **Erwerbs einer Beteiligung** richtigerweise nicht heranzuziehen (so implizit auch Werner, ZEV 2021, 618, 621; Staake/Weinmann, RFamU 2022, 493, 495).

Der Genehmigungstatbestand des **§ 1854 Nr. 4 BGB** (Übernahme einer fremden Verbindlichkeit) ist neu gefasst worden und bei der Gründung einer Gesellschaft oder Übernahme von Gesellschaftsanteilen nach ganz h. A. **nicht (mehr) einschlägig**, da eine subsidiäre Haftung für eine fremde Schuld, welche sich als bloße Nebenfolge eines anderen Rechtsgeschäfts darstellt, nicht mehr von der Neufassung der Norm umfasst ist (Werner, ZEV 2021, 618, 622; BeckOGK-BGB/Schöpflin, Std.: 15.5.2023, § 1854 Rn. 27; Eble, RNotZ 2021, 117, 133; Münch/Lotte, § 13 Rn. 226; Siegel/Kraus, DNotZ 2022, 906, 922 f.; vorsichtiger nur Walter, NZFam 2023, 241, 244 f.).

§ 1850 BGB soll den Minderjährigen davor schützen, (insbesondere) Grundstücke oder Rechte hieran ohne gerichtliche Kontrolle zu verlieren (Zorn, FamRZ 2023, 915, 916). Bei einer grundstücksverwaltenden Gesellschaft ist nur diese Eigentümerin des Grundbesitzes, sodass es im Falle des Beitritts zu dieser Gesellschaft allein auf § 1852 BGB ankommt. **Diskutiert** wird jedoch die Konstellation, dass eine grundstückshaltende

GbR, an welcher ein Minderjähriger beteiligt ist, **über Grundstücke verfügt**. Insofern wird mitunter ein Genehmigungserfordernis der Veräußerung durch die GbR gem. § 1850 Nr. 1 BGB angenommen, wenn keine Gründungs- bzw. Eintrittskontrolle nach § 1852 BGB hinsichtlich des minderjährigen Gesellschafters erfolgte (so Jürgens/Trautmann, Betreuungsrecht, 7. Aufl. 2023, Vorbem. zu §§ 1848-1854 Rn. 7; tendenziell auch Beckervordersandfort/Steinbrink, ZErB 2022, 125, 130; Hinweis auf die umstrittene Rechtslage bei jurisPK-BGB/Herberger, 10. Aufl. 2023, Std. 6.12.2023, § 1850 Rn. 12.1). Ob dies zu überzeugen vermag, kann für den vorliegenden Sachverhalt dahinstehen, da nicht die Verfügung über ein Grundstück, sondern der Beitritt eines Minderjährigen zu einer Gesellschaft in Rede steht.

Für den hier zu begutachtenden Sachverhalt der Neugründung einer grundstücksverwaltenden Familienpool-KG ist daher **allein § 1852 BGB relevant**.

2. Genehmigungserfordernis des § 1852 BGB

Gemäß § 1852 Nr. 1 BGB bedarf ein Betreuer der Genehmigung des Betreuungsgerichts zu einer Verfügung und zur Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung, durch die der Betreute einen **Anteil an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft erwirbt oder veräußert**, die ein **Erwerbsgeschäft** betreibt. § 1852 Nr. 2 BGB umfasst die Konstellation, dass ein **Gesellschaftsvertrag** zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts **eingegangen** wird. Es ergibt sich daher – in Bezug auf die Rechtsfrage zu Ziff. II. 2. – kein Unterschied dahingehend, ob der Minderjährige bereits an dem Gesellschaftsvertrag zur Gründung beteiligt ist oder die Anteile im Wege der Übertragung erhält.

Die **Verweisungsnormen der §§ 1643, 1799 BGB** für das Handeln von Eltern, Vormund oder Ergänzungspfleger als gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen weisen keine inhaltlichen Modifikationen dieses Genehmigungstatbestands auf.

a) Erwerbsgeschäft i. S. d. § 1852 BGB

Wann ein „Erwerbsgeschäft“ i. S. d. Norm vorliegt, ist – wie schon vor Inkrafttreten der Reform am 1.1.2023 (damals maßgeblich: § 1822 Nr. 3 BGB a. F.) – **umstritten und ungeklärt**. Definiert wird dieses als „jede regelmäßig ausgeübte, auf selbstständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit, die mit dem Willen zur Gewinnerzielung ausgeübt wird und auf eine gewisse Dauer angelegt ist“ (OLG München MittBayNot 2019, 132 Rn. 14; OLG Schleswig NJW-RR 2020, 805 Rn. 12; BayObLG DNotZ 1995, 941, 942; Münch/Lotte, § 13 Rn. 215; jurisPK-BGB/Herberger, § 1852 Rn. 24 ff.; Eble, RNotZ 2021, 117, 119 m. N.). Hinsichtlich dieses Begriffs haben sich **keine Änderungen zu**

§ 1822 Nr. 3 BGB a. F. **ergeben** (Everts, MittBayNot 2023, 9, 13; Eble, RNotZ 2021, 117, 119), sodass insofern auf die Literatur und Rechtsprechung zum alten Recht zurückgegriffen werden kann. Es wird bedauert, dass der Gesetzgeber anlässlich der Reform keine klareren Vorgaben zur Abgrenzung von Erwerbsgeschäft und Vermögensverwaltung geschaffen hat (vgl. Everts, MittBayNot 2023, 9, 13; ähnlich Harbecke, RNotZ 2022, 521, 539).

Abzugrenzen ist das Erwerbsgeschäft insbesondere von der **Verwaltung eigenen Vermögens** (Grüneberg/Götz, BGB, 83. Aufl. 2024, § 1852 Rn. 3; Beckervordersandfort/Steinbrink, ZErB 2022, 125, 126). Die Abgrenzung zwischen vermögensverwaltender Tätigkeit und Erwerbsgeschäft kann im Einzelfall schwierig sein (vgl. Eble, RNotZ 2021, 117, 120; Harbecke, RNotZ 2022, 521, 539).

b) Streitstand zu vermögensverwaltenden Familiengesellschaften

Nach **h. A.** unterfallen **rein vermögensverwaltende Gesellschaften** nicht dem Begriff des Erwerbsgeschäfts und damit nicht dem Genehmigungserfordernis des § 1852 Nr. 1 BGB (vgl. OLG München MittBayNot 2019, 132 Rn. 14; OLG Schleswig NZG 2020, 593 Rn. 12 jeweils zu § 1822 Nr. 3 BGB a. F.; Grüneberg/Götz, § 1852 Rn. 6; Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 186 f.; Staake/Weinmann, RFamU 2022, 493, 495; Münch/Schaal, § 17 Rn. 275; wohl auch OLG Jena ZEV 2013, 521).

Häufig jedoch wird ein Erwerbsgeschäft angenommen bei einer Gesellschaft, deren Gegenstand die **Verwaltung, Vermietung und Verwertung gewerblich nutzbarer Immobilien von erheblichem Wert** ist (vgl. BayObLGZ 1995, 230 = DNotZ 1995, 941; BayObLGZ 1997, 113 = NJW-RR 1997, 1163; OLG Zweibrücken, NJW-RR 1999, 1174 = FamRZ 2000, 117, 119; OLG Schleswig NJW-RR 2020, 805 Rn. 12; tendenziell auch OLG Dresden MittBayNot 2019, 270 Rn. 12; Münch/Lotte, § 13 Rn. 216). Insofern soll es vor allem auf das **unternehmerische Risiko** sowie die **geschäftsmäßige Tätigkeit der Verwaltung, Vermietung und Verwertung von gewerblich nutzbaren Immobilien** ankommen (vgl. nur OLG Dresden MittBayNot 2019, 270 Rn. 12).

Mitunter wird pauschal postuliert, **Familiengrundstücksgesellschaften** seien **stets** auf den **Betrieb eines Erwerbsgeschäfts** gerichtet (so KG NZG 2020, 548 Rn. 9; BeckOK-BGB/Kadelbach, Std.: 1.11.2023, § 1852 Rn. 4; jurisPK-BGB/Herberger, § 1852 Rn. 37; differenzierend hingegen OLG München MittBayNot 2019, 132 Rn. 14: jedenfalls Verwaltung eines selbstgenutzten Wohnhauses kein Erwerbsgeschäft).

Bei einer – hier nicht maßgeblichen – **Außen-GbR** (die nunmehr freilich als „rechtsfähige Gesellschaft“ bezeichnet wird, vgl. § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB k. F.) soll wegen der unbeschränkten persönlichen Haftung **immer ein Erwerbsgeschäft** vorliegen (Jürgens/Trautmann, § 1852 Rn. 9). Zu einem ähnlichen Ergebnis dürfte auch die oben dargestellte Abwägungslösung auf Basis des entsprechenden unternehmerischen Risikos kommen.

c) Fazit für die Praxis

Im Schrifttum wird angesichts der schwierigen Grenzziehung dazu geraten, **sicherheitshalber stets von einer Genehmigungsbedürftigkeit auszugehen** und eine Genehmigung bzw. ein Negativattest einzuholen (Herrler/Berkefeld, in: Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 3. Aufl. 2022, § 14 Rn. 23; BeckOGK-BGB/Eitzinger, Std.: 1.10.2023, § 1643 Rn. 57.9; Bock, DNotZ 2020, 643, 648; Everts, MittBayNot 2023, 9, 13; Harbecke, RNotZ 2022, 521, 539 f.). Dem wird man sich auch für die grundstücksverwaltende Familiengesellschaft anschließen müssen, da das Meinungsspektrum (dazu oben lit. b; vgl. auch die detaillierte Rechtsprechungsübersicht bei BeckOGK-BGB/Eitzinger, § 1643 Rn. 57.1 ff.) zu breit ist und das Gebot des sichersten Weges gilt.

Ohne eine – seitens eines Gerichts für erforderlich gehaltene – Genehmigung wäre das Rechtsgeschäft (zunächst schwebend) unwirksam. Hinzuweisen ist darauf, dass ein (nicht normiertes) Negativattest der Genehmigung *nicht* gleichsteht und keine Bindungswirkung entfaltet (BGH NJW 1966, 652; OLG Schleswig RNotZ 2020, 525 Rn. 8; Eble, RNotZ 2021, 117, 118; Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 186, 187 Fn. 18).

d) Genehmigungsvoraussetzungen und -verfahren

Der Maßstab für die Erteilung der familiengerichtlichen Genehmigung ergibt sich für den Fall der Vertretung durch die Eltern aus § 1644 Abs. 1 BGB. Hiernach wird die Genehmigung erteilt, wenn das Rechtsgeschäft dem **Wohl des Kindes** unter Berücksichtigung der Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung **nicht widerspricht**. Inhaltlich gilt dasselbe für den Fall der Vertretung durch einen Vormund oder Ergänzungspfleger: Hiernach ist das Rechtsgeschäft zu genehmigen, wenn es dem Wohle des Mündels/Minderjährigen unter Berücksichtigung der Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung und der wachsenden Bedürfnisse des Mündels/Minderjährigen zu selbständigem und verantwortungsbewusstem Handeln entspricht (§§ 1800 Abs. 1, 1798 Abs. 1 BGB, für den Ergänzungspfleger vgl. den Verweis in §§ 1809, 1813 Abs. 1 BGB).

Im Schrifttum findet sich der – u. E. nachvollziehbare – Hinweis, die Gründung einer KG sei insbesondere dann genehmigungsfähig, wenn dem Risiko eines Verlustes der nicht aus eigenen Mitteln aufbrachten Kommanditeinlage **erhebliche Gewinnchancen** gegenüberstehen (Jürgens/Trautmann, § 1852 Rn. 10; vgl. auch BeckOGK-BGB/Eitzinger, § 1644 Rn. 12; aus der Rspr. etwa OLG Nürnberg MittBayNot 2015, 235, 237 f.; BayObLG DNotZ 1995, 941, 946, jeweils zum alten Recht).

Hinsichtlich des Verfahrens verweisen § 1644 Abs. 3 BGB sowie §§ 1813 Abs. 1, 1800 Abs. 2 BGB jeweils auf §§ 1855, 1856 Abs. 1, 2 BGB. Die Genehmigung wird erst mit **Rechtskraft des entsprechenden Beschlusses** wirksam (§§ 111 Nr. 2, 151 Nr. 1 bzw. Nr. 4 i. V. m. § 40 Abs. 2 S. 1 FamFG).

3. Ergebnis

Es ist – wie auch schon vor der am 1.1.2023 in Kraft getretenen Reform – umstritten und weiterhin unklar, wann eine Gesellschaft ein „Erwerbsgeschäft“ i. S. d. § 1852 BGB betreibt.

Im Rahmen der Mitwirkung eines Minderjährigen an der **Neugründung** einer grundstücksverwaltenden Familienpool-KG sollte vorsichtshalber stets vom **Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung gem. § 1852 Nr. 2 BGB** ausgegangen werden. Dasselbe gilt gem. § 1852 Nr. 1 BGB für den **Erwerb von Anteilen** an einer solchen Gesellschaft, sodass es keinen Unterschied macht, ob der Minderjährige bereits an dem Gesellschaftsvertrag zur Gründung beteiligt ist oder die Anteile im Wege der Übertragung erhält.

Aktuelles

Inkrafttreten des MoPeG zum 1.1.2024

1. Allgemeines

Zum 1.1.2024 tritt das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG, BGBl. I 2021, S. 3436) in Kraft. In erster Linie wird hierdurch die anerkannte Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) gesetzlich nachvollzogen. Dies bedeutet eine umfassende **Neugestaltung der §§ 705 ff. BGB**. Künftig *kann* eine GbR in einem mit Publizitätswirkung ausgestatteten Gesellschaftsregister eingetragen werden. Die Art und Weise der Eintragung einer GbR in anderen Registern (insb. im Grundbuch und im Handelsregister) ändert sich. Nachfolgend ist eine Auswahl zentraler notarrelevanter Änderungen durch das MoPeG zusammengestellt.

2. Das Gesellschaftsregister

Für die **Führung** des Gesellschaftsregisters ist grundsätzlich das **Amtsgericht** zuständig, in dessen Bezirk das Landgericht seinen Sitz hat (§ 376 Abs. 1, § 374 Nr. 2 FamFG k. F., § 1 Handelsregisterverordnung (HRV), § 1 Abs. 1 Gesellschaftsregisterverordnung (GesRV) k. F.). Die Länder können hiervon abweichende Zuständigkeiten mittels Verordnung regeln. Eine Übersicht zu den bisherigen Zuständigkeitsverordnungen der Länder betreffend die Handels- und Genossenschaftsregister sowie die Partnerschafts- und Vereinsregister stellt die BNotK auf ihrer Homepage unter Aufgaben und Tätigkeiten – Rundschreiben (Nr. 8/2023) zur Verfügung. In seiner **Ausgestaltung** und **Funktionsweise** ist das Gesellschaftsregister eng an das Handelsregister angelehnt. § 1 GesRV verweist weitgehend auf die Handelsregisterverordnung. Wie die **Gesellschaftsregisterblätter** aussehen werden, kann den Anlagen 1-4 der GesRV entnommen werden.

Anmeldungen zum Gesellschaftsregister sind elektronisch in öffentlich beglaubigter Form einzureichen (§ 707b Nr. 2 BGB k. F., § 12 HGB). Die Beglaubigung im Online-Verfahren ist möglich (§ 12 Abs. 1 S. 2 HGB). Vor der Einreichung ist die Anmeldung auf Eintragungsfähigkeit zu prüfen, § 378 Abs. 3 S. 1 FamFG. Der **Inhalt** der Anmeldungen richtet sich nach § 707 Abs. 2 BGB k. F.. **Muster** für die Anmeldung finden sich u.a. bei *M. Wachter*, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 27. Aufl. 2023, § 123 Rn. 81 ff.. Nach § 3 Abs. 1 S. 1 GesRV soll in der Anmeldung auch der Gegenstand der Gesellschaft angegeben werden, soweit er sich nicht aus deren Namen ergibt (zum Begriff des Gesellschaftsgegenstands BeckOGK-GesRV/Krafka, Std.: 1.8.2023, Rn. 30 ff.). **Zuständig** für die Anmeldung sind nach § 707 Abs. 4 S. 1 BGB k. F. grundsätzlich **sämtliche Gesellschafter** gemeinsam. Ausnahmen regeln § 707 Abs. 4 S. 2, 3 BGB k. F..

Die h. M. in der Literatur geht davon aus, dass die Anmeldung auch **durch Bevollmächtigte** vorgenommen werden kann, obgleich nach § 707 Abs. 2 Nr. 4 BGB in der Anmeldung (nicht strafbewehrt) zu *versichern* ist, dass die GbR nicht bereits im Handels- oder Partnerschaftsregister eingetragen ist (statt vieler BeckOGK-BGB/Krafka, § 707 k.F. Rn. 43).

Die Übermittlung von Anmeldungen an das Gesellschaftsregister erfolgt über das XNP-Modul „Handelsregister“. Die BNotK stellt insoweit eine Online-Hilfe zur Verfügung.

Die zum 1.6.2023 in Kraft getretenen Änderungen der DONot (§ 5 Abs. 1 S. 4 u. 5, § 5a) gelten auch für An-

meldungen zum Gesellschaftsregister. Dies betrifft insbesondere die Angabe privater Wohnanschriften.

Die **Eintragung** einer GbR im Gesellschaftsregister ist **nicht** konstitutive Voraussetzung für deren Entstehen oder ihre Rechtsfähigkeit (§ 705 Abs. 2 BGB k. F.). Es besteht auch **keine unmittelbare Eintragungspflicht** für die GbR. Den eingetragenen Tatsachen kommt allerdings die **volle Publizitätswirkung** zu (§ 707a Abs. 3 S. 1 BGB k. F., § 15 HGB).

Ist eine GbR in das Gesellschaftsregister eingetragen, so führt sie (verpflichtend) den Namenszusatz „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ bzw. „**eGbR**“ (§ 707a Abs. 2 S. 1 BGB k. F.). Haftet in einer eGbR keine natürliche Person als Gesellschafterin, so muss der Name eine Bezeichnung enthalten, die die **Haftungsbeschränkung** kennzeichnet (§ 707a Abs. 2 S. 2 BGB k. F.), z. B. „GmbH & Co. eGbR“ (hierzu Servatius, GbR, 2023, § 707a BGB Rn. 8).

Konsequenz der Eintragung einer GbR in das Gesellschaftsregister ist nach § 20 Abs. 1 S. 1 GwG die Verpflichtung zur Mitteilung bestimmter Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten in das **Transparenzregister**.

Eine **Löschung** der eGbR aus dem Gesellschaftsregister kommt nur nach den allgemeinen Regeln in Betracht (§ 707a Abs. 4 BGB k. F.), mithin insb. im Wege der Liquidation. Eine voraussetzungslose gewillkürte Löschungsmöglichkeit besteht aus Verkehrsschutzgründen nicht.

Mit der Möglichkeit zur Eintragung einer GbR in das Gesellschaftsregister ändern sich die Regelungen zur **Bezeichnung einer GbR in anderen Registern** (insb. Grundbuch, Handelsregister, GmbH-Gesellschafterliste). Künftig werden dort nur noch der Name der Gesellschaft, ihr Sitz sowie das Registergericht und das Registerblatt angegeben.

Von besonderer praktischer Relevanz sind hierbei künftig „Altfälle“, in denen nach Inkrafttreten des MoPeG eine GbR noch nach den bisherigen Regelungen in anderen Registern eingetragen ist. Auch in diesen Fällen besteht jedoch **keine anlasslose Verpflichtung** zur Eintragung der GbR im Gesellschaftsregister.

3. Das verfahrensrechtliche Voreintragungserfordernis

Durch das MoPeG wird an einigen Stellen im Gesetz ein **verfahrensrechtliches Voreintragungserfordernis** geregelt, so dass sich letztlich für die GbR doch eine Notwendigkeit zur Eintragung im Gesellschaftsregister ergibt, insbesondere wenn sie etwa **grundbuchfähige**

Rechte erwerben möchte oder **in andere Register** (als Gesellschafterin) eingetragen werden soll. Zu beachten ist daneben, dass ein Eintragungserfordernis im Gesellschaftsregister auch dann besteht, wenn sich lediglich **der Bestand der Gesellschafter** einer bereits in einem anderen Register eingetragenen GbR ändert (siehe hierzu Merkblatt der Bundesnotarkammer, Wechsel im GbR-Gesellschafterbestand und freiwillige Eintragungen, Beilage zu BNotK-RS Nr. 8/2023 v. 24.11.2023, abrufbar unter <https://www.bnotk.de/aufgaben-und-taetigkeiten/rundschreiben/details/gesetz-zur-modernisierung-des-personengesellschaftsrechts-mopeg>; zuletzt aufgerufen am 12.12.2023).

§ 47 Abs. 2 GBO k. F. regelt, dass ein Recht *für* eine GbR im Grundbuch nur eingetragen werden soll, wenn sie im Gesellschaftsregister eingetragen ist. Diese Regelung erfasst den Fall des Erwerbs einer Rechtsposition durch eine GbR, insbesondere die Eintragung einer GbR als Eigentümerin. Demgegenüber bestimmt Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB k. F., dass Eintragungen, die Rechte einer GbR *betreffen*, in das Grundbuch grundsätzlich nicht erfolgen sollen, solange die GbR nicht im Gesellschaftsregister eingetragen ist **und** anschließend ihre Bezeichnung im Grundbuch an die neuen Vorgaben des § 15 Abs. 1 Nr. 2 GBV k. F., § 47 Abs. 2 GBO k. F. angepasst worden ist. Die Richtigstellung der Bezeichnung der nunmehr eingetragenen GbR im Grundbuch bedarf der Bewilligung aller bisher eingetragenen Gesellschafter und, wenn die GbR im Wege der Richtigstellung als Eigentümerin (oder Erbbauberechtigte) eingetragen werden soll, zudem der Zustimmung der einzutragenden eGbR selbst (Art. 229 § 21 Abs. 3 S. 2 EGBGB k. F. i. V. m. § 22 Abs. 2 GBO). Dies betrifft den praktisch wichtigen und häufigen Fall der **Veräußerung einer Immobilie durch eine noch nach bisheriger Rechtslage im Grundbuch als Eigentümerin eingetragenen GbR**.

Grundsätzlich – und insbesondere angesichts des Wegfalls von § 899a BGB zum 1.1.2024 – dürfte es daher dem Gebot des sichersten Weges entsprechen, **vor Beurkundung** des Veräußerungsvertrags die GbR im Gesellschaftsregister eintragen und den Grundbucheintrag richtigstellen zu lassen. Die nicht im Gesellschaftsregister eingetragene GbR ist zwar rechtsfähig, wenn sie Eigentümerin eines Grundstücks ist (§ 705 Abs. 2 Alt. 1 BGB k. F.), und kann daher materiell-rechtlich wirksam Verträge schließen. Es ergeben sich allerdings verfahrensrechtliche Herausforderungen beim Vollzug eines solchen Vertrages (Nachweis der Existenz und Vertretungsberechtigung; Nachweis der Identität zwischen registrierter und nicht registrierter GbR) sowie materielle **Risiken** auf der Ebene der **Transaktionssicherheit für den Vertragspartner der GbR**. Eine Auflistung der

verfahrensrechtlichen Anforderungen sowie der Risiken beim Versuch der Vermeidung der Registrierung und Voreintragung findet sich im BNotK-RS Nr. 8/2023 S. 9 ff. Eine „best practice“ für Fälle, in denen unbedingt die Beurkundung (des schuldrechtlichen sowie ggf. auch des dinglichen Teils des Veräußerungsvertrags) vor Eintragung im Gesellschaftsregister vorgenommen werden soll, ist noch nicht ersichtlich.

Die Literatur hat verschiedene Thesen dazu entwickelt, in welchen Fällen das Voreintragungserfordernis nicht greift, etwa bei liquidationsloser Vollbeendigung der Gesellschaft (§ 712a BGB k. F.; Wilsch, MittBayNot 2023, 457, 458) oder unter analoger Anwendung von § 40 Abs. 1 GBO (str.; dagegen: Wobst, ZPG 2023, 58, 60; Kratzlmeier, ZfIR 2023, 197, 203; Baschnagel/Hilser, notar 2023, 167, 174; dafür: Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 329; Servatius, GbR, 2023, § 713 Rn. 14; differenzierend für die Anwendbarkeit von § 40 Abs. 1 GBO analog bei einer Ehegatten- und Familien-GbR Wilsch, MittBayNot 2023, 457).

Ein Erfordernis zur Eintragung im Gesellschaftsregister ergibt sich auch in Fällen, in denen eine GbR **Gesellschafterin einer GmbH** ist. § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG k. F. lautet: „Eine [GbR] kann nur in die Liste eingetragen und Veränderungen an ihrer Eintragung können nur vorgenommen werden, wenn sie in das Gesellschaftsregister eingetragen ist.“ Die Vorschrift ist insbesondere bei der Listeneinreichung durch den Notar nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG zu beachten, wonach die Einreichung *unverzüglich* zu erfolgen hat (siehe zur Bedeutung der Unverzüglichkeit auch § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG; hierzu BNotK RS Nr. 8/2023 S. 11). Eine Übergangsvorschrift zu § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG k. F. enthält § 12 EGGmbHG k. F.. Eine zu **§ 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG k. F.** parallele Regelung enthält § 67 Abs. 1 S. 3 AktG k. F. für das Aktienregister.

Daneben besteht ein Voreintragungserfordernis auch für die **Eintragung einer GbR im Handelsregister** (etwa als Kommanditistin einer KG; § 707a Abs. 1 S. 2 k. F., § 105 Abs. 3 HGB k. F., § 161 Abs. 2 HGB k. F.), ebenso wie für die Eintragung einer GbR als Gesellschafterin einer anderen GbR (§ 707a Abs. 1 S. 2 BGB k. F.) sowie für den Erwerb und die Veräußerung von Rechten, die in das **Schiffsregister** einzutragen sind (§ 51 Abs. 2 SchRegO k. F.). Eine Übergangsvorschrift für eine bereits nach bisherigem Recht als Gesellschafterin einer OHG oder KG eingetragene GbR enthält Art. 89 EGHGB k. F..

4. Weitere notarrelevante Änderungen

Nach § 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB k. F. ist künftig auch bei

der **Erstanmeldung einer OHG** (sowie gemäß § 161 Abs. 2 HGB bei der **Erstanmeldung einer KG**) zu *versichern*, dass die angemeldete Gesellschaft nicht in einem anderen Register (Gesellschafts- oder Partnerschaftsregister) eingetragen ist. So sollen **Doppelseintragungen** vermieden werden. Insoweit besteht u. U. **Anpassungsbedarf** bei den bislang verwendeten Mustern.

Ausdrücklich und erstmals gesetzlich geregelt wird mit Inkrafttreten des MoPeG das **Statuswechselverfahren**. Betroffen sind hiervon Fälle, in denen eine Gesellschaft im Gesellschafts-, Handels- oder Partnerschaftsregister eingetragen ist und nun in ein anderes dieser Register einzutragen ist, etwa weil die GbR zur OHG geworden ist oder eine im Partnerschaftsregister eingetragene Gesellschaft nicht mehr freiberuflich, sondern gewerblich tätig ist. Neben derartigen Fällen werden auch freiwillige Statuswechsel erfasst, beispielsweise der Wechsel von der kleingewerblichen eGbR in eine OHG oder der Wechsel einer kleingewerblichen OHG in eine eGbR. Die zentrale Vorschrift findet sich in § 707c BGB k. F. (i. V. m. § 105 Abs. 3 HGB k. F. bzw. § 1 Abs. 4 PartGG k. F.). Der Statuswechsel ist ausschließlich bei dem Register anzumelden, in dem die Gesellschaft bisher eingetragen ist, § 707c Abs. 1 BGB k. F.. Vermieden werden sollen durch das formalisierte Verfahren insbesondere Doppelseintragungen.

Die **kostenrechtlichen Auswirkungen** des MoPeG ergeben sich aus dem Rundschreiben der BNotK Nr. 8/2023 S. 14 ff. sowie den praxisrelevanten Beispielfällen im Beitrag der Prüfungsabteilung der Notarkasse A.d.ö.R. (MittBayNot 2023, 645).

In **grunderwerbsteuerrechtlicher Hinsicht** wurde insbesondere durch Art. 29 des Kreditzweitmarktförderungsgesetzes (s. BT-Drucks. 20/9782) die Vorschrift des **§ 24 GrEStG k. F.** neu geschaffen, der mit Wirkung zum 1.1.2024 lautet: „Rechtsfähige Personengesellschaften (§ 14a Absatz 2 Nummer 2 der Abgabenordnung) gelten für Zwecke der Grunderwerbsteuer als Gesamthand und deren Vermögen als Gesamthandsvermögen“. § 24 GrEStG k. F. tritt jedoch nach Art. 30 des Kreditzweitmarktförderungsgesetzes zum 1.1.2027 wieder außer Kraft (s. Art. 36 des Kreditzweitmarktförderungsgesetzes), so dass die **Weitergeltung insb. der §§ 5-7 GrEStG** vorerst für die **kommenden drei Jahre** geregelt wurde.

Im Bereich der **Erbschafts- und Schenkungssteuer** wird durch Art. 28 des Kreditzweitmarktförderungsgesetzes dauerhaft ein **§ 2a ErbStG k. F.** („Rechtsfähige Personengesellschaft“) geschaffen, nach dem die Gesamthandsfiktion für Zwecke der Erbschafts- und

Schenkungssteuer ebenfalls Bestand hat und die Gesellschafter als Zuwendende oder Erwerber gelten, wenn eine rechtsfähige Personengesellschaft eine Zuwendung macht oder erhält.

Mit dem MoPeG werden die Rechtsformen der **OHG und der KG für Freie Berufe geöffnet** (§ 107 Abs. 1 S. 2 HGB k. F., § 161 Abs. 2 HGB k. F.), so dass die Angehörigen der Freien Berufe optional durch konstitutive Eintragung ihrer Firma als OHG oder KG in das Handelsregister eben diese Rechtsform wählen können. Eine Einschränkung ergibt sich jedoch aus § 107 Abs. 1 S. 2 a.E. HGB k. F., wonach dies nur dann möglich ist, soweit das anwendbare **Berufsrecht** die Eintragung zulässt. Insoweit ist zu beachten, dass es landesrechtliche Unterschiede bzgl. der berufsrechtlichen Zulässigkeit geben kann, die allerdings nach der Gesetzesbegründung zum MoPeG von den Registergerichten regelmäßig nicht zu prüfen sind (BT-Drucks. 19/27635, S. 224; ebenso BeckOGK-HGB 2024/Sander, Std. 1.5.2023, § 107 Rn. 12).

Kommt es zu einem **Kommanditistenwechsel**, so ergibt sich nun durch die Neufassung von § 176 Abs. 2 HGB k. F. eindeutig, dass dieser **nicht** für die in der Zeit zwischen Übertragung des Kommanditanteils und Eintragung im Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft unbeschränkt persönlich haftet (Wertenbruch, JZ 2023, 78, 85). Die Haftung eines (zusätzlich) neu eintretenden Kommanditisten bleibt hingegen unberührt (zu den Auswirkungen der Neufassung im Einzelnen Weidlich/Federle, NJW 2023, 1993, 1996).

Der **Tod eines GbR-Gesellschafters** führt nach der gesetzlichen Regelung künftig nicht mehr zur Auflösung der Gesellschaft (so noch § 727 Abs. 1 BGB bisherige Fassung), sondern zum Ausscheiden des Gesellschafters (§ 723 Abs. 1 Nr. 1 BGB k. F.). Das Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters führt künftig nach der gesetzlichen Regelung ausdrücklich zum Erlöschen der Gesellschaft ohne Liquidation und zum Übergang des Gesellschaftsvermögens im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter (§ 712a BGB k. F.).

Bezüglich der **Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung** einer an einer notariellen Urkunde beteiligten eGbR empfiehlt die Literatur trotz Entfalls des § 736 ZPO und nicht zuletzt angesichts des § 722 Abs. 2 BGB k. F. weiterhin, dass sich neben der eGbR auch die einzelnen Gesellschafter der Zwangsvollstreckung unterwerfen (Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 10. Aufl. 2024, Rn. 2888 f.).

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Fabian Schwarz

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn