

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AktG §§ 130, 241 Nr. 2; BeurkG §§ 8 ff. – Anforderungen an die Protokollierung einer Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft; Beurkundung von Willenserklärungen; Feststellung des Beschlussergebnisses

WEG § 26; MaßnG-GesR § 6 – Wiederaufleben der Verwalterbestellung; Rückwirkung; COVID-19-Gesetz

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB § 917 – Kein gewohnheitsrechtliches Wegerecht aufgrund Duldung durch den Nachbarn

#### Aktuelles

Legalisation / Apostille im Vereinigten Königreich

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### AktG §§ 130, 241 Nr. 2; BeurkG §§ 8 ff. Anforderungen an die Protokollierung einer Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft; Beurkundung von Willenserklärungen; Feststellung des Beschlussergebnisses

#### I. Sachverhalt

Ein Notar hatte die Hauptversammlung einer (nicht börsennotierten) Mehrpersonen-AG nach den Vorschriften der §§ 8 ff. BeurkG beurkundet und in der Niederschrift weder die Art der Stimmabgabe noch die Feststellung des (jeweils einstimmigen) Abstimmungsergebnisses ausgewiesen.

#### II. Frage

Müssen bei der Beurkundung einer Hauptversammlung die Vorgaben des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG zwingend im

Protokoll verlaubar werden, wenn eine Vollversammlung mit einstimmigen Beschlüssen im Verfahren nach den §§ 8 ff. BeurkG beurkundet wird?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Zulässige Beurkundungsformen für die Niederschrift über die Hauptversammlung

Nach § 130 Abs. 1 AktG sind die Beschlüsse der Hauptversammlung regelmäßig durch eine „notariell aufgenommene Niederschrift“ zu beurkunden.

##### a) Tatsachenprotokoll oder Niederschrift über Willenserklärungen

Die ganz **h. M.** (OLG München DNotZ 2011, 142, 146; LG Stuttgart, Beschl. v. 11.10.2007 – 34 T 5/07 – abrufbar über <https://www.dnoti-online-plus.de>; Wicke, in: Spindler/Stilz/Wicke, AktG, 4. Aufl. 2019, § 130 Rn. 15; Grigoleit/Herrler, AktG, 1. Aufl. 2013, § 130 Rn. 14; Heidel/Terbrack/Lohr, Aktienrecht, 5. Aufl. 2019, § 130 Rn. 15; Röhl, DNotZ 1979, 644, 650; aus der beurkundungsrechtlichen Literatur Limmer, in: Eylmann/Vaasen, 4. Aufl. 2016, § 130 Rn. 1; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, Vorb. § 36

Rn. 15) geht davon aus, dass die Niederschrift auch nach den Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen (§ 8 ff. BeurkG) errichtet werden kann, mithin nicht nur die Errichtung eines Tatsachenprotokolls nach den §§ 36 f. BeurkG den Formvorgaben des § 130 Abs. 1 AktG entspricht.

Einzig *Ziemons* (in: K. Schmidt/Lutter AktG, 3. Aufl. 2015, § 130 Rn. 57) ist der Auffassung, eine Beurkundung nach Maßgabe der §§ 8 ff. BeurkG scheidet aus praktischen Gründen aus. „Theoretisch“ sei zwar eine Beurkundung nach den Vorschriften über Willenserklärungen zulässig, jedoch setze dies voraus, dass der bzw. die Erschienenen exakt jene Erklärungen zur Niederschrift abgeben, die im Falle einer Tatsachenbeurkundung gem. § 130 AktG protokolliert werden. Nach der Auffassung *Ziemons* „gleiche das Protokoll dann mehr einem Drehbuch“. Unklar ist jedoch, welche Konsequenzen die Autorin im Einzelnen daraus ziehen will.

#### b) Stellungnahme

Insbesondere vor dem Hintergrund der überzeugenden Entscheidung des OLG München (DNotZ 2011, 142, 146) ist nach unserer Auffassung von der **Zulässigkeit einer Beurkundung nach Maßgabe der §§ 8 ff. BeurkG** auszugehen (vgl. bereits Gutachten DNotI-Report 1997, 228, 229). Zutreffend ist die Aussage des Gerichts, der Notar habe die **Wahl**, ob er über die Hauptversammlung eine Niederschrift nach den §§ 36 f. BeurkG oder nach den Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen (§ 8 ff. BeurkG) aufnehmen wolle. § 130 AktG schließt vom Wortlaut her, aber auch nach Sinn und Zweck ein Vorgehen nach den §§ 8 ff. BeurkG nicht aus. Ein solches Vorgehen wird sich zwar nur bei der **Einpersonen-AG** oder einer Gesellschaft mit wenigen Aktionären und (zu erwartender) **Einstimmigkeit** anbieten, kommt in diesen Fällen aber in der Praxis durchaus vor. Auch steht aus unserer Sicht diesem Ergebnis nicht die BGH-Entscheidung zur Berichtigung des notariellen Protokolls einer Hauptversammlung entgegen (DNotZ 2018, 382). Dort führt der BGH zwar aus, dass „das notarielle Hauptversammlungsprotokoll gem. § 130 Abs. 1 AktG den Charakter eines Berichts des Notars über seine Wahrnehmungen habe und damit eine Tatsachenurkunde sei“ (BGH DNotZ 2018, 382, 384 Rz. 26). Aus dieser Entscheidung lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass die Niederschrift nach § 130 Abs. 1 AktG zwingend stets nach den § 36 f. BeurkG zu errichten sei. Vielmehr befasst sich die BGH-Entscheidung mit Feststellungen für den Fall, dass eine Niederschrift nach § 130 Abs. 1 AktG gerade in der Form der §§ 36 f. BeurkG errichtet wurde (aufgrund dieser Entscheidung empfehlen bspw. Heckschen/Kreußlein, NZG 2018,

401, 416, dass der Notar eine Niederschrift grundsätzlich nur als Tatsachenprotokoll errichten solle, um auf die Möglichkeiten des § 44 a BeurkG ohne Weiteres und ohne Wiederholung der Versammlung zurückgreifen zu können).

#### 2. Notwendigkeit der Einhaltung der Anforderungen des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG bei Beurkundung der Hauptversammlung nach den Vorschriften über Willenserklärungen

Gelangt man mit der h. M. zur Zulässigkeit der Beurkundung einer Hauptversammlung nach den Vorschriften über Willenserklärungen, so stellt sich weiter die Frage, ob die Vorgaben des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG zwingend (im Sinne einer ausdrücklichen Angabe) in der Niederschrift enthalten sein müssen.

##### a) Regelung zu Förmlichkeiten der Niederschrift

Nach § 130 Abs. 2 S. 1 AktG sind in der Hauptversammlungsprotokoll u. a. auch die **Feststellungen des Vorsitzenden über die Beschlussfassung** anzugeben. Enthält ein notarielles Hauptversammlungsprotokoll diese Feststellungen nicht, ist grundsätzlich die **Nichtigkeit** der in der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse die Folge (§ 241 Nr. 2 AktG). Die h. L. geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass selbst bei einer Vollversammlung nur im Falle einer Einpersonengesellschaft auf einen Hauptversammlungsleiter verzichtet werden könne (vgl. MünchKommAktG/Kubis, 4. Aufl. 2018, § 119 Rn. 105 m. w. N.; Wicke, in: Spindler/Stilz, Anhang zu § 118-120 Rn. 1), weil es (nur) dort keine Beschlüsse, sondern lediglich Willenserklärungen des Alleinaktionärs gebe, die den Beschluss als solchen zustande bringen. Nur wenige Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung setzen sich allerdings mit der Frage auseinander, ob auch bei einer Niederschrift nach den §§ 8 ff. BeurkG die Förmlichkeiten des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG in dem Sinne zwingend zu beachten sind, dass die Nichtbeachtung zur Nichtigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses führt.

##### b) Keine Differenzierung im Wortlaut des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG

Vertreten wird, dass der Notar auch bei einer Beurkundung der Hauptversammlung nach Maßgabe der §§ 8 ff. BeurkG **zwingend (als Wirksamkeitsvoraussetzung) die Förmlichkeiten des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG** in seiner Niederschrift **einzuhalten** habe (Heidel/Terbrack/Lohr, § 130 Rn. 15; so auch *Ziemons*, § 130 Rn. 57 für den „theoretischen Fall“ einer Beurkundung nach den Vorschriften über Willenserklärungen; in diesem Sinne [wohl auch, allerdings ohne auf die Spezifika des gewählten Beurkundungsverfahrens einzugehen] LG München I NZG 2012, 1310, 1311 f. in Bezug auf die durch § 130 Abs. 2 S. 1 AktG ge-

forderte Angabe der Verfahrensart [Additions- oder Substraktionsmethode]; Winkler, § 37 Rn. 25 unter Verweis auf Röhl, DNotZ 1979, 644, 650, der aber zu der Frage des § 130 Abs. 2 AktG keine Stellung bezieht; ähnlich auch noch DNotI-Report 1997, 228, 229). Eine Gestaltung der Niederschrift bspw. nach dem Vorbild typischer Formulierungen bei GmbH-Gesellschafterversammlungen wäre danach unzulässig (Heidel/Terbrack/Lohr, § 130 Rn. 15). Dafür spricht in der Tat der **Wortlaut** des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG, der **keine Einschränkungen** je nach Art des Beurkundungsverfahrens vorsieht.

### c) Teleologische Reduktion des § 130 Abs. 2 AktG

#### aa) LG Stuttgart

Das LG Stuttgart (Az.: 34 T 5/07 – abrufbar über <https://www.dnoti-online-plus.de>) sieht dagegen die **fehlende Einhaltung der Vorgaben des § 130 Abs. 2 AktG** bei Wahl der Beurkundungsform der §§ 8 ff. BeurkG im Ergebnis als **unschädlich** an. In dem dort zu entscheidenden Fall fehlten in der Niederschrift Angaben über den Versammlungsleiter sowie über Art und Ergebnis der Abstimmung. Das Registergericht erachtete die Beschlussfassung wegen Verstoßes gegen § 241 Abs. 1 Nr. 2 AktG i. V. m. § 130 Abs. 2 AktG für nichtig. Der von der Gesellschaft eingelegten Beschwerde gab das Landgericht statt. Nach Ansicht des Beschwerdegerichts solle die Feststellung des Hauptversammlungsleiters über den Inhalt eines Beschlusses und die dafür notwendige Mehrheit die Rechtslage klarstellen und den Beteiligten damit eine sichere Unterlage für eine etwaige Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage geben. Wenn jedoch diese Feststellung zu einer **bloßen Formalität** herabsinke, nämlich dann, wenn nach den Umständen durch die sich aus der Urkunde ergebenden Stimmverhältnisse allein schon die **Annahme des Beschlusses „unzweifelhaft klar“** sei, könne auf diese Feststellung verzichtet werden.

#### bb) Literatur

Gewichtige Stimmen in der Literatur (teilweise unter Bezugnahme auf die referierte Entscheidung des LG Stuttgart) sprechen sich für eine **teleologische Reduktion** des konstitutiven Beschlussfeststellungserfordernisses und der sonstigen Formalitäten des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG im Fall der Beurkundung einer Hauptversammlung nach den §§ 8 ff. BeurkG aus (Grigoleit/Herrler, § 130 Rn. 14 u. Rn. 39; zweifelnd auch Wicke, § 130 Rn. 15; KölnKommAktG/Noack/Zetzsche, 3. Aufl. 2011, § 130 Rn. 220 [Eigenfeststellung durch teilnehmende Aktionäre entspricht funktional der Feststellung durch Vorsitzenden]; Noack, FS für Happ (2006), 201, 207 [für privatschriftliches Protokoll]). Der Verzicht auf die Feststellungen des § 130 Abs. 2 AktG wird unter Hinweis auf die genaue Proto-

kollierung der jeweiligen Erklärungen, die verlesen und durch Unterschrift aller Beteiligten genehmigt würden, begründet. Vor diesem Hintergrund sei in diesem Fall eine Feststellung i. S. v. § 130 Abs. 2 S. 1 AktG obsolet. Gleichwohl rät Herrler (in: Grigoleit, § 130 Rn. 29) angesichts der insoweit umstrittenen Rechtslage und der im Raum stehenden Nichtigkeitssanktion (§ 241 Nr. 2 AktG) zur Beachtung aller Vorgaben des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG.

#### d) Stellungnahme

Nach unserer Auffassung ist eine Einhaltung der Vorgaben des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG bei der Protokollierung einer Hauptversammlung nach den Vorschriften über Willenserklärungen jedenfalls bei einstimmiger Beschlussfassung **keine Wirksamkeitsvoraussetzung**. Vielmehr ist in diesem Fall die Vorschrift teleologisch zu reduzieren.

Zwar unterscheidet der **Wortlaut** des § 130 Abs. 1 AktG nicht zwischen den beiden Arten der möglichen Niederschriftsformen des notariellen Protokolls. Daher ist bei entsprechender Wortlautanwendung auch der Abs. 2 S. 1 AktG bei Niederschriften nach den §§ 8 ff. BeurkG zu beachten. Eine Anwendung ist aber in diesem Fall nach **Sinn und Zweck der Norm** nicht geboten. Die Vorschrift verfolgt vor allem den Zweck, die für etwaige Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen rechtserheblichen Tatsachen der Beschlussfassung in einer mit Beweiskraft (§ 415 ZPO) ausgestatteten Urkunde festzuhalten und Klarheit darüber zu schaffen, ob Beschlussanträge abgelehnt oder angenommen wurden. Es soll aus Gründen der **Rechtssicherheit und Transparenz** – im Interesse der (künftigen) Aktionäre, der Gesellschaftsgläubiger und der Öffentlichkeit – klar sein, ob und welche Beschlüsse – ungeachtet der Frage nach ihrer Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit – zu Stande gekommen sind (BGH DNotZ 2018, 382).

Auch der BGH (DNotZ 2018, 382, 394 Rz. 62) lässt die Tendenz erkennen, dass bei Erkennbarkeit des Ergebnisses der Hauptversammlung eine zu strenge Förmerei nicht dem Zweck des Beurkundungsverfahrens entspricht:

*„[...] ist der mit der Beurkundung verfolgte Zweck, die Willensbildung der Gesellschaft zweifelsfrei und in streitausschließender Weise zu dokumentieren, trotz der Mängel der Niederschrift erreicht. Wegen der Eindeutigkeit des Ergebnisses, das in der Niederschrift nachvollziehbar festgehalten ist, wäre es bloßer Formalismus, trotz der Zweckerreichung an der strengen Nichtigkeitsfolge festzuhalten. Zu einer Abschwächung des Beurkundungserfordernisses führt die Berücksichtigung der Zweckerreichung nicht, weil nicht die Beurkundungspflicht eingeschränkt*

wird, sondern die Rechtsfolgen einer fehlerhaften Beurkundung beschränkt werden, wenn der Beurkundungszweck erreicht worden ist. Die Rechtssicherheit ist davon nicht berührt.“

(BGH DNotZ 2018, 382, 394 Rz. 62)

Die von § 130 Abs. 2 S. 1 AktG geforderten Merkmale (Ort und der Tag der Verhandlung, der Name des Notars sowie die Art und das Ergebnis der Abstimmung und die Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlussfassung) lassen sich auch zweifelsfrei für den Rechtsverkehr aus einer Niederschrift über Willenserklärungen entnehmen. So sind Ort und der Tag der Verhandlung sowie der Name des Notars bereits im Rubrum der Niederschrift enthalten (vgl. § 9 Abs. 2 BeurkG).

Des Weiteren wird auch den Anforderungen des BGH Genüge getan, der für die **Art der Abstimmung** verlangt, dass erkennbar ist, in welcher Weise (ob mündlich, schriftlich, durch Handerheben oder mittels welcher sonstigen Betätigung) abgestimmt wurde (BGH DNotZ 2018, 382, 384 Rz. 22). Denn dem Rubrum einer Niederschrift nach den §§ 8 ff. BeurkG lässt sich durch **Auslegung der notariellen Eingangsformel** entnehmen, dass Erklärungen der Erschienenen „mündlich“ abgegeben werden. Diese Erklärungen werden durch den Notar verlesen. Das **Ergebnis der Abstimmung** lässt sich auch unproblematisch aus der Niederschrift entnehmen, nämlich indem die einzelnen Erklärungen der Beteiligten betrachtet werden. Üblicherweise erfolgt dies bei einstimmigen Abstimmungsergebnissen durch Formulierungen wie: „beschließen einstimmig, x“. Allein die **Feststellung des Vorsitzenden** über die Beschlussfassung fehlt dann aber im zu begutachtenden Fall. Prinzipiell werden den Aktionären aber die Fassung des Beschlusses sowie dessen Inhalt durch Verlesen des Protokolls seitens des Notars nochmals mitgeteilt; ihre **Kenntnisnahme und Zustimmung** dokumentieren sie durch ihre **Unterschrift**. Daher würde eine Beschlussfeststellung durch den zu bestimmenden Versammlungsleiter keine darüber hinausgehende Funktion erfüllen und sich somit als bloße Förmerei erweisen (Grigoleit/Herrler, § 130 Rn. 39). Auch das BayObLG ließ die Tendenz erkennen, dass, wenn den Umständen nach durch die Feststellung des Stimmverhältnisses allein schon die Annahme unzweifelhaft klar ist (z. B. bei der Einpersonengesellschaft oder bei Einstimmigkeit), eine besondere Feststellung des Vorsitzenden entbehrlich sein kann und diese Feststellung dann zu einer bloßen Formalität herabsinke (BayObLG NJW 1973, 250, 251). Folglich kann man auch im zu begutachtenden Fall eine Feststellung des Vorsitzenden als entbehrlich betrachten, denn Sinn und Zweck einer anfechtungssicheren Ergebnisfeststellung werden durch die Wahl

des Beurkundungsverfahrens (Niederschrift über die Willenserklärungen) erreicht. Ungeachtet dessen ist aber nach dem Gebot des sichersten Weges und der umstrittenen Rechtslage eine Beschlussfeststellung in der Niederschrift jedenfalls anzuraten.

### 3. Ergebnis

Wir gehen davon aus, dass bei einer Beurkundung eines **einstimmig gefassten Hauptversammlungsbeschlusses** im Wege der Beurkundung von Willenserklärungen die **Angaben des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG** für die Beschlusswirksamkeit **nicht erforderlich** sind. Nichtsdestotrotz ist es – schon im Lichte einer fehlenden höchstrichterlichen Klärung – jedenfalls empfehlenswert, auch in diesem Fall diese Vorgaben zu beachten. Erst recht gilt dies, falls sich eine fehlende Einstimmigkeit der Beschlussfassung abzeichnen sollte, zumal in diesem Fall die Argumente für die aufgezeigte teleologische Reduktion zumindest an Überzeugungskraft verlieren.

---

## WEG § 26; MaßnG-GesR § 6 Wiederaufleben der Verwalterbestellung; Rückwirkung; COVID-19-Gesetz

---

### I. Sachverhalt

Der Notar soll in der Fälligkeitmitteilung der Kaufpreiszahlung eines am 11.3.2020 beurkundeten Wohnungsverkaufvertrags u. a. bestätigen, dass der Verwalter dem Vertrag zugestimmt hat. Es liegt nun eine am 19.3.2020 in notariell beglaubigter Form erteilte Verwalterzustimmung vor. Zusammen mit dieser wurde ein formgerechtes Versammlungsprotokoll vom 6.5.2014 vorgelegt, wonach der Verwalter, der die Zustimmungserklärung unterzeichnet hat, wie folgt bestellt wurde:

„Wiederbestellung der Hausverwaltung. Konditionen x € mtl.... Vertragslaufzeit: 1.3.2015 bis 28.2.2020. Die Verwaltung wird einstimmig wiederbestellt.“

### II. Fragen

1. Kann der Verwalter trotz der am 28.2.2020 abgelaufenen Verwalterbestellung dem Vertrag zustimmen oder greift § 6 Abs. 1 MaßnG-GesR (Art. 2 COVID-19-Gesetz) nur, wenn die Verwalterbestellung nach Inkrafttreten des Gesetzes ausläuft?
2. Für den Fall, dass Frage 1.) zu bejahen ist: Müsste die am 19.3.2020, also vor Inkrafttreten des MaßnG-GesR, erteilte Zustimmung nochmals wiederholt werden?
3. Würde die Verwalterbestellung gem. § 6 Abs. 1 MaßnG-GesR auch wieder aufleben, wenn die Eigen-

tümergeinschaft den Verwalter am 31.1.2020 abberufen hätte?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Auswirkungen des § 6 MaßnG-GesR auf die Verwalterbestellung

Der Verwalter wird gem. § 26 Abs. 1 S. 1 WEG durch Beschluss der Wohnungseigentümer mit Stimmenmehrheit bestellt. Die Bestellung darf höchstens auf fünf Jahre vorgenommen werden, vgl. § 26 Abs. 1 S. 2 WEG. Im vorliegenden Protokoll ist davon die Rede, dass „die Vertragslaufzeit“ vom 1.3.2015 bis 28.2.2020 läuft. Dies ist insofern nicht ganz präzise, als die Bestellung zum Verwalter vom Abschluss des Verwaltervertrages zu unterscheiden ist. Man wird aber durch Auslegung zu dem Ergebnis kommen, dass auch die Verwalterbestellung für den Zeitraum vom 1.3.2015 bis 28.2.2020 bestehen sollte. Die Bestellung endete dementsprechend mit dem Ablauf des 28.2.2020, sodass zum Zeitpunkt der Erteilung der Verwalterzustimmung der Verwalter nicht mehr im Amt war. In der Praxis wird zwar häufig eine Bestellung mit „Rückwirkung“ beschlossen (vgl. BeckOGK-WEG/Greiner, Std.: 1.12.2019, § 26 Rn. 77). Eine solche Bestellung mit Rückwirkung hat allerdings nur Wirkung im Innenverhältnis. Im Außenverhältnis kann eine Bestellung mit Rückwirkung nicht eintreten, da eine Organstellung nicht rückwirkend verliehen werden kann. Handlungen, die der Verwalter in seiner Eigenschaft in dieser Zeit abgegeben hat, sind unwirksam und können auch nicht nachträglich geheilt werden (vgl. DNotI-Report 2006, 26).

Es stellt sich allerdings die Frage, ob dies auch unter dem MaßnG-GesR gilt. § 6 MaßnG-GesR regelt, dass der zuletzt bestellte Verwalter i. S. d. Wohnungseigentumsgesetzes bis zu seiner Abberufung oder bis zur Bestellung eines neuen Verwalters im Amt bleibt. Aus der Gesetzesbegründung geht u.a. Folgendes hervor:

*„Die Vorschrift gilt sowohl für den Fall, dass die Amtszeit des Verwalters zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Vorschrift bereits abgelaufen ist, als auch für den Fall, dass sie erst danach abläuft.“*

(BT-Drucks. 19/18110, S. 31)

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich also verhältnismäßig eindeutig, dass die Vorschrift auch den vorliegenden Fall erfasst, sodass der Verwalter, dessen Bestellung am 28.2.2020 ablief, wieder im Amt ist. Auch wenn der Wortlaut der Vorschrift „bleibt im Amt“ diese in den Gesetzgebungsmaterialien wiedergegebene Auffassung nicht eindeutig abbildet, wird man jedoch jedenfalls durch teleologische Extension zu keinem anderen Ergebnis kommen können (MünchKomm-BGB/Cziupka,

§ 26 WEG Rn. 23b – beck-online Aktualisierung vom 4.5.2020). Noch nicht beantwortet ist damit allerdings die Frage der Rückwirkung. Zur Rückwirkung äußert sich die Gesetzesbegründung nicht.

Grundsätzlich ist das Gesetz am 28.3.2020 in Kraft getreten (vgl. Art. 6 COVID-19-G). Es dürfte davon auszugehen sein, dass Gesetze erst ab dem Zeitpunkt ihres Inkrafttretens Wirkung entfalten und eine Rückwirkung gesondert anzuordnen wäre. Wir würden deshalb davon ausgehen, dass die Verwalterbestellung mit dem Inkrafttreten des Gesetzes wieder auflebt und nicht rückwirkend ab dem 1.3.2020 fortbesteht. Das widerspricht auch nicht dem Sinn und Zweck des Gesetzes, der nicht darin liegt, sämtlichen Wohnungseigentümergeinschaften eine lückenlose Verwalterbestellung zu gewährleisten, sondern vielmehr darin, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass in der aktuellen Situation WEG-Versammlungen mit Neuwahlen des Verwalters nicht durchführbar sind.

#### 2. Wiederholung der entsprechenden Verwalterzustimmung

Es ist anerkannt, dass die Berechtigung des Verwalters im Zeitpunkt der Abgabe der Zustimmungserklärung gem. § 12 WEG vorliegen muss (MünchKommBGB/Commichau, 8. Aufl. 2020, § 12 WEG Rn. 14; BeckOK-WEG/Hogenschurz, Std.: 1.2.2020, § 12 Rn. 45). Wie oben dargestellt, sieht das MaßnG-GesR eine Rückwirkung nicht vor (so auch Schmidt/Zscheschack, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 4 Rn. 81; ders. ZWE 2020, 165, 166; Staudinger/Jacoby, BGB, Neubearb. 2018, § 26 WEG, Rn. 114.2 – juris), sodass die Verwaltereigenschaft *nicht* rückwirkend wieder auflebt, sondern vielmehr erst **ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes**. Es dürfte deshalb erforderlich sein, die Verwalterzustimmung erneut zu erklären.

#### 3. Rechtslage bei vorheriger Abberufung des Verwalters

Wurde der Verwalter vor Inkrafttreten des § 6 Abs. 1 MaßnG-GesR abberufen, so spricht vieles dafür, dass die Norm kein Wiederaufleben der Verwalterbestellung herbeiführen kann. Der Wortlaut besagt, dass der Verwalter „bis zu seiner Abberufung“ im Amt bleibt. Dies dürfte sich zwar nach dem Wortlaut unmittelbar nur auf eine Abberufung des Verwalters nach Inkrafttreten des Gesetzes beziehen. Der Gesetzgeber bringt damit jedoch zum Ausdruck, dass er den Willen der Wohnungseigentümer, der sich in der Abberufung niedergeschlagen hat, höher bewertet als das Interesse der Eigentümergemeinschaft, überhaupt einen Verwalter zu haben (und in der aktuellen Situation möglicherweise keinen neuen bestellen zu können). § 6 Abs. 1 MaßnG-GesR will insofern nur einer **Verwalterlosigkeit durch Ablauf der**

**Bestellungszeit** vorbeugen (Staudinger/Jacoby, § 26 WEG, Rn. 114.1). Die bislang vorliegenden Literaturstimmen gehen deshalb unisono davon aus, dass der bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes abberufene Verwalter nicht wieder ins Amt eingesetzt wird (Staudinger/Jacoby, § 26 WEG, Rn. 114.4; MünchKommBGB/Cziupka, § 26 WEG Rn. 23b; wohl auch Schmidt/Zscheschack, § 4 Rn. 81 „[...] dass es auf die Gründe, warum es keinen *bestellten* Verwalter gibt nicht ankommt“). Diese Auffassung verdient u. E. Zustimmung.

## 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 §§ 21, 22; AO § 52**

**Abgrenzung zwischen ideellem und wirtschaftlichem Vereinszweck; eingetragener Idealverein, dessen Tätigkeit sich tatsächlich auf Erbringung von Dienstleistung gegen Aufwandsentschädigung beschränkt; Konsequenzen einer Rechtsformverfehlung**

Abruf-Nr.:

**EuGüVO Art. 22 ff.; HUP Art. 8; EuErbVO Art. 21 f. Dänemark: Vorsorgender Ehevertrag deutscher Ehegatten bei gewöhnlichem Aufenthalt des Ehemannes in Dänemark (modifizierter Zugewinnausgleich; Unterhaltsverzicht); Beibehaltung getrennter gewöhnlicher Aufenthalte; Testamentserrichtung; Rechtswahlmöglichkeiten**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BGB § 917**

**Kein gewohnheitsrechtliches Wegerecht aufgrund Duldung durch den Nachbarn**

**1. Gewohnheitsrecht kann als dem Gesetz gleichwertige Rechtsquelle allgemeiner Art nur zwischen einer Vielzahl von Rechtsindividuen und in Bezug auf eine Vielzahl von Rechtsverhältnissen entstehen, nicht aber beschränkt auf ein konkretes**

**Rechtsverhältnis zwischen einzelnen Grundstücksnachbarn.**

**2. In einem konkreten Rechtsverhältnis zwischen einzelnen Grundstücksnachbarn kann ein Wegerecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch außerhalb des Grundbuchs nur aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarung oder als Notwegerecht unter den Voraussetzungen des § 917 BGB entstehen.**

**3. Die i. S. v. § 917 Abs. 1 Satz 1 BGB ordnungsmäßige Benutzung eines Gewerbegrundstücks kann es nach den Umständen des Einzelfalls erfordern, dass auf dem verbindungslosen Grundstücksteil Kraftfahrzeuge be- und entladen sowie gegebenenfalls auch abgestellt werden, so dass eine Zufahrt erforderlich ist; dies setzt aber in der Regel voraus, dass das Grundstück nach seinen konkreten Verhältnissen eine gewerbliche Nutzung größeren Umfangs erlaubt.**

BGH, Urt. v. 24.1.2020 – V ZR 155/18

### Problem

Geklagt hatten im vorliegenden Fall die Eigentümer dreier nebeneinander an einer öffentlichen Straße liegender Grundstücke gegen die Eigentümerin eines Grundstücks mit einem Weg, über den die Kläger die Garagen und die rückwärtigen Bereiche ihrer (allerdings über die Straße erschlossenen) Grundstücke erreichen. Eine entsprechende Nutzung des Weges wurde seit Jahrzehnten durch frühere Eigentümer und nach dem Eigentumsübergang auf die Beklagte durch diese selbst geduldet.

Mit Wirkung zum 31.12.2016 erklärte die Beklagte gegenüber den Klägern die „Kündigung des Leihvertrags über das zu Ihren Gunsten vor über 30 Jahren bestellte, schuldrechtliche Wegerecht“, kündigte an, den Weg mit Wirkung zum 1.1.2017 zu sperren, und begann im Dezember 2016 mit dem Bau einer Toranlage. Die Kläger berufen sich auf ein zu ihren Gunsten bestehendes Wegerecht, hilfsweise auf ein Notwegerecht und verlangen von der Beklagten, die Sperrung des Weges zu unterlassen.

Das LG Aachen hatte der Klage zum großen Teil stattgegeben und das OLG Köln die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

### Entscheidung

Die vom V. Senat zugelassene Revision der Beklagten hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Der Senat führt hierzu aus, dass in der Rechtsprechung zwar vereinzelt vertreten werde, dass ein **gewohnheitsrechtliches Wegerecht** auch im Verhältnis zwischen einzelnen Grundstücksnachbarn durch eine jahrelange Übung in der Annahme einer entsprechenden rechtlichen Berechtigung bzw. Verpflichtung entstehen könne. Diese Annahme gehe jedoch fehl.

Voraussetzung von Gewohnheitsrecht sei eine **längere tatsächliche Übung**, die eine dauernde, ständige, gleichmäßige und allgemeine ist und von den Beteiligten als **verbindliche Rechtsnorm anerkannt** werde. Gewohnheitsrecht könne sich aber nur auf viele und nicht lediglich einzelne Rechtsverhältnisse beziehen. Außerhalb dinglicher Wegerechte kämen nur schuldrechtliche Regelungen oder das gesetzliche Notwegerecht i. S. d. § 917 BGB in Betracht.

Zwar gebe es etwa in Österreich eine ersitzbare Dienstbarkeit (§ 480 ABGB) und auch das preußische ALR kannte die Möglichkeit zur Ersitzung der Dienstbarkeit (Teil I Titel 22 § 13). Der BGB-Gesetzgeber wollte diese **Ersitzungsmöglichkeit durch Einführung** des Eintragungserfordernisses gem. § 873 Abs. 1 BGB aber gerade ausschalten. Ein anderes Gesetzesverständnis widerspräche diesem gesetzgeberischen Willen.

Auch aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis ließe sich – soweit es wie hier an einer schuldrechtlichen Vereinbarung fehlt – ein solches Recht nicht herleiten, weil insoweit das **Notwegrecht des § 917 BGB** abschließend sei.

Im Rahmen der Zurückverweisung führt der V. Senat aus, dass für ein solches Notwegrecht dem betreffenden Grundstück die zur ordnungsmäßigen Benutzung **notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Weg** fehlen müsse. Diese ordnungsgemäße Benutzung richte sich danach, was nach objektiven Gesichtspunkten für das Grundstück angemessen ist und dessen wirtschaftlichen Verhältnissen entspricht.

Bei einer **Wohnnutzung** scheidet ein Notwegrecht dann aus, wenn die Nutzung **baurechtlich unzulässig (bspw. mangels Erschließungsmöglichkeit)** sei. Vorliegend komme hinzu, dass die Grundstücke unmittelbar an der öffentlichen Straße anliegen und auch insoweit nicht aus Gründen der Bequemlichkeit oder Zweckmäßigkeit ein Notwegrecht geltend gemacht werden könne. Bei einer **gewerblichen Nutzung** scheidet ein Notwegrecht jedenfalls **bei einem kleineren Gewerbebetrieb** aus, wenn die Grundstücke an einem öffentlichen Weg gelegen sind, die für kleinere Gewerbebetriebe erforderlichen Waren dort angeliefert und durch die Geschäfts-

bzw. Ladenräume auf den hinteren Grundstücksteil verbracht werden können.

**Postvertriebsstück: B 08129**

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

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**[www.dnoti.de](http://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](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Johannes Cziupka

**Bezugsbedingungen:**

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

**Bezugspreis:**

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

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

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit