

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

19. Jahrgang
September 2011
ISSN 1434-3460

17/2011

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

MaBV §§ 3, 7 – Bauträgervertrag: Kaufpreisfälligkeit erst nach vollständiger, mangelfreier Fertigstellung; erhebliche Kaufpreisreduzierung bei Zahlung vor Fälligkeit/unmittelbar nach Vertragsschluss; Bankbescheinigung anstelle MaBV-Bürgschaft

BGB § 2205 – Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers über Grundbesitz; Prüfung des Grundbuchamts hinsichtlich Unentgeltlichkeit der Verfügung

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

BGB § 529 Abs. 1 Var. 2 – Leistung i. S. v. § 529 Abs. 1 Var. 2 BGB; Fristlauf trotz vorbehaltenen Nutzungsrechts

GBO §§ 32, 47 Abs. 2; BGB § 899a – Entsprechende Anwendung des § 899a S. 1 BGB auf „Unter-GbR“; keine Anwendung des § 32 Abs. 1 GBO auf ausländische Notarbescheinigungen

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

MaBV §§ 3, 7

Bauträgervertrag: Kaufpreisfälligkeit erst nach vollständiger, mangelfreier Fertigstellung; erhebliche Kaufpreisreduzierung bei Zahlung vor Fälligkeit/unmittelbar nach Vertragsschluss; Bankbescheinigung anstelle MaBV-Bürgschaft

I. Sachverhalt

In einem Bauträgervertrag ist vorgesehen, dass der Kaufpreis erst nach vollständiger und mangelfreier Fertigstellung des Vertragsobjektes fällig wird. Dem Erwerber wird allerdings – unter Verweis des Bauträgers auf „dadurch entstehende Steuervorteile“ – vertraglich das Recht eingeräumt, den Kaufpreis ganz oder teilweise bereits vor Fälligkeit zu bezahlen, mit der Folge, dass sich der zu zahlende Gesamtbetrag um die dadurch ersparten sog. „Bauzeitzinsen“ verringert. Bei Zahlung unmittelbar nach Vertragsschluss beträgt der „Rabatt“ gegenüber dem erst bei Fälligkeit zu zahlenden Betrag ca. 12 %.

Bei vorzeitiger Zahlung des Erwerbers hat der Bauträger diesem die Bescheinigung einer Bank beizubringen, wonach sich diese verpflichtet, die gezahlten Beträge unverzüglich an den Käufer zurückzuüberweisen, wenn die Fälligkeitsvoraussetzungen innerhalb eines dem Erwerber zumutbaren Zeitraums nicht eintreten sollten.

Entsprechende Zahlungen des Erwerbers vor Kaufpreisfälligkeit sollen auf ein eigens für den jeweiligen Vertrag eingerichtetes Sonderkonto des Bauträgers bei der diesen finanzierenden Globalgläubigerbank erfolgen. Auf Rückfrage des Erwerbers erklärt der Bauträger, der Auszahlungsanspruch werde nach Zahlungseingang – zur Sicherung des Rückzahlungsanspruchs für den Fall, dass die Fälligkeitsvoraussetzungen nicht eintreten – an den Käufer verpfändet.

Nachdem der Notar Bedenken gegen die vorstehende Gestaltung geäußert hat, trägt der Bauträger vor, die MaBV sei hier nicht anwendbar, da der Kaufpreis erst nach vollständiger und mangelfreier Fertigstellung fällig sei.

II. Fragen

1. Findet die MaBV in der vorstehend beschriebenen Konstellation Anwendung?
2. Verstößt die vorliegende Gestaltung gegen die Vorgaben der MaBV?

III. Zur Rechtslage

1. Anwendbarkeit der MaBV (bauträgervertragspezifische Gefahrenlage)

a) Vertragsschluss nach vollständiger Fertigstellung
Aus § 1 S. 1 MaBV i. V. m. § 34c Abs. 1 Nr. 4 lit. a GewO ergibt sich, dass die MaBV auf Gewerbetreibende anwendbar ist, die Bauvorhaben als Bauherr im eigenen Namen vorbereiten oder durchführen und dazu Vermögenswerte von Erwerbern entgegennehmen. Demgegenüber **findet die MaBV nach ganz h. M. keine Anwendung, wenn das**

Bauvorhaben zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits vollständig fertiggestellt ist, da der Unternehmer die Vermögenswerte dann nicht mehr als Bauherr zur Durchführung des Bauvorhabens i. S. v. § 1 S. 1 MaBV i. V. m. § 34c Abs. 1 Nr. 4 lit. a GewO erhält (OLG Frankfurt NJOZ 2005, 2664, 2666; Basty, Der Bauträgervertrag, 6. Aufl. 2009, Rn. 116; Blank, Bauträgervertrag, 4. Aufl. 2010, Rn. 482; Kanzleiter, DNotZ 1974, 542, 551; Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 5. Aufl. 2011, Rn. 210; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 3207; Speck, MittRhNotK 1995, 117, 119). Dies folgt zum einen bereits aus dem Wortlaut der vorgenannten Vorschriften. Zum anderen fehlt es bei einem im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits fertiggestellten Bauwerk an der **bauträgervertragstypischen Gefahrenlage**, welche den besonderen Sicherungspflichten der MaBV nach den §§ 3 und 7 MaBV zugrunde liegt. Der Unanwendbarkeit der MaBV bei vollständiger Fertigstellung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses wird vereinzelt mit der Begründung widersprochen, die Fertigstellung führe mangels Gewährleistung des lastenfreien Eigentumserwerbs zu keiner relevanten Verbesserung der Gefährdungslage des Käufers (Riemenschneider, in: Grziwotz/Koebler, Handbuch Bauträgerrecht, 2004, 3. Teil Rn. 137 ff.). Hierbei handelt es sich allerdings um kein spezifisches Risiko des Bauträgervertrags. Unseres Erachtens ist daher die Anwendbarkeit der MaBV bei einem im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits vollständig fertiggestellten Bauvorhaben zu verneinen.

Teilweise wird insoweit sogar die **Bezugsfertigkeit** als maßgeblicher Zeitpunkt angesehen (Bergmeister/Reiß, MaBV für Bauträger, 4. Aufl. 2003, Rn. 29; Heymann/Wagner/Rösler, MaBV für Notare und Kreditinstitute, 2000, Rn. 12). Überwiegend wird diese weitere Vorverlagerung allerdings mit der Begründung abgelehnt, der Bauauftrag sei zu diesem Zeitpunkt gerade noch nicht vollständig ausgeführt. Daher würde der Bauträger sehr wohl Vermögenswerte zur Durchführung des Bauvorhabens i. S. v. § 1 S. 1 MaBV i. V. m. § 34c Abs. 1 Nr. 4 lit. a GewO entgegennehmen, was auch durch § 3 Abs. 2 S. 2, § 7 Abs. 1 S. 3 MaBV bestätigt werde (OLG Zweibrücken IBR 2003, 308; Basty, Rn. 116; Häublein, ZWE 2001, 303, 304; Speck, MittRhNotK 1995, 117, 119; vgl. im Überblick zum Meinungsstand: Marcks, MaBV, 8. Aufl. 2009, § 3 Rn. 4 m. zahlr. w. N.).

b) Fälligkeit des Kaufpreises erst nach vollständiger Fertigstellung

Ob Gleiches auch dann gilt, wenn zwar das Bauvorhaben bei Vertragsschluss noch nicht fertiggestellt, der **Käufer** aber entsprechend dem gesetzlichen Regelungsmodell in § 641 Abs. 1 S. 1 BGB **erst nach vollständiger Fertigstellung zur Zahlung verpflichtet** ist, erscheint hingegen zweifelhaft (nicht ganz eindeutig: Basty, Rn. 116; Pause, Rn. 210; klarer hingegen Schöner/Stöber, Rn. 3207). Auf den ersten Blick könnte man bei einer entsprechenden Fälligkeitsregelung ein Schutzbedürfnis des Käufers verneinen, der es – lässt man den Anreiz eines „Vorauszahlungsrabatts“ außer Betracht – selbst in der Hand hat, eine ungesicherte Vorleistung zu vermeiden. Würde man allein auf die vertragliche (zivilrechtliche) Fälligkeitsregelung abstellen, wäre der mit der MaBV bezweckte (öffentlich-rechtliche) Käuferschutz allerdings nicht gewährleistet. Dem Bauträger ist es untersagt, Vermögenswerte des Käufers zur Durchführung des Bauvorhabens entgegenzunehmen, wenn die Voraussetzungen von § 3 bzw. § 7 MaBV nicht vorliegen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Bauträger

bei Entgegennahme (nicht bei Fälligkeit!) der Vermögenswerte nicht mehr als Bauherr i. S. v. § 1 S. 1 MaBV i. V. m. § 34c Abs. 1 Nr. 4 lit. a GewO handelt und daher eine bauträgervertragstypische Gefahrenlage zu verneinen ist (oben Ziff. 1 lit. a). Dieses gesetzliche Verbot steht gem. § 12 MaBV nicht zur Disposition der Vertragsparteien (OLG Koblenz NJW-RR 1999, 671). Hiermit wäre es unvereinbar, wenn die Parteien das **zwingende gesetzliche Verbot** einfach durch Vereinbarung einer § 641 Abs. 1 S. 1 BGB entsprechenden Fälligkeitsregelung aushebeln könnten, da dadurch die **bauträgervertragsspezifische Gefahrenlage nicht beseitigt** wird.

Das Schutzkonzept des § 3 MaBV reicht zeitlich und sachlich bis zur Fertigstellung des Bauwerkes, um die **Verwendung etwaiger Vorleistungen** des Erwerbers **für das konkrete Objekt zu gewährleisten** (OLG Frankfurt NJOZ 2005, 2664, 2667). Insoweit ist die Fälligkeitsregelung unmaßgeblich, zumal auch **§ 3 MaBV** ausdrücklich auf die **tatsächliche Entgegennahme** der Zahlung und nicht auf die rechtliche Zahlungsverpflichtung abhebt. Dies wird ferner daraus deutlich, dass der Bauträger bei Vermeidung einer Ordnungswidrigkeit gem. § 18 Abs. 1 Nr. 3 MaBV selbst Zahlungen, die er gegen seinen Willen erhält, nicht behalten darf, wenn die Voraussetzungen von § 3 bzw. § 7 MaBV nicht gegeben sind (Basty, Rn. 99; Pause, Rn. 374 – jeweils m. w. N.). Nach dem Regelungskonzept der MaBV beschränkt sich der Erwerberschutz – anders als im Anwendungsbereich der §§ 307 ff. BGB – nicht auf die Verhinderung vertraglicher Vereinbarungen, die ungesicherte Vorleistungen des Erwerbers nach sich ziehen. Vielmehr wird der Erwerber darüber hinausgehend (auch) vor sich selbst geschützt, indem der Bauträger ungeachtet des grundsätzlich bestehenden Leistungsrechts des Erwerbers nach § 271 Abs. 2 BGB zur Zurückweisung von Zahlungen entgegen § 3 bzw. § 7 MaBV verpflichtet ist. Folglich ist die MaBV trotz Fälligkeit des Kaufpreises erst nach vollständiger Fertigstellung des Bauvorhabens unanwendbar.

c) Zwischenergebnis

Das Schutzkonzept der MaBV gelangt mangels Entgegennahme von Vermögenswerten durch den Unternehmer als Bauherr zur Durchführung eines Bauvorhabens i. S. v. § 1 S. 1 MaBV i. V. m. § 34c Abs. 1 Nr. 4 lit. a GewO und damit mangels bauträgervertragsspezifischer Gefahrenlage nicht zur Anwendung, wenn das vertragsgegenständliche Bauwerk zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits vollständig fertiggestellt ist. Ist dies nicht der Fall, greift das öffentlich-rechtliche Verbot der MaBV zur Entgegennahme von Vermögenswerten unabhängig von der vertraglichen Fälligkeitsregelung ein, d. h. der Bauträger darf auch freiwillige Zahlungen des Erwerbers nicht annehmen, wenn die Voraussetzungen von § 3 bzw. § 7 MaBV nicht vorliegen.

2. Verstoß gegen die MaBV im vorliegenden Sachverhalt?

Da die MaBV im vorliegenden Sachverhalt zur Anwendung kommt, ist zu klären, ob Zahlungen des Erwerbers auf ein Sonderkonto des Bauträgers (ggf. unter nachträglicher Verpfändung des Auszahlungsanspruchs an den Käufer) eine unzulässige Entgegennahme von Vermögenswerten darstellen, wenn die Zahlungen (erwartungsgemäß) unmittelbar nach Vertragsschluss erfolgen, um die maximale Ersparnis an „Bauzeitinsen“ zu erzielen. Werden dem Erwerber zwei „Zahlungsmodelle“ (mit unterschiedlichen Preisen) zur Wahl gestellt, müssen beide Modelle im Einklang mit den Vorgaben der MaBV stehen, auch wenn die Wahl des

Vorauszahlungsmodells (jedenfalls rechtlich) im Belieben des Käufers steht. Eine andere Beurteilung wäre mit dem Schutzzweck der MaBV nicht zu vereinbaren (**kein „Abkaufen“ des MaBV-Schutzes**).

a) Entgegennahme i. S. v. § 3 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 MaBV

Zunächst müsste es sich bei der Zahlung auf das Sonderkonto des Bauträgers um eine **Entgegennahme** i. S. d. § 3 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 MaBV handeln. Unter „Entgegennehmen oder zu deren Verwendung Ermächtigenlassen“ fallen sämtliche dem Gewerbetreibenden zur Verfügung stehenden Möglichkeiten, **in Besitz von Vermögenswerten des Auftraggebers zu gelangen** oder zumindest eine **Verfügungsbefugnis hierüber zu erhalten** (BGH DNotZ 1999, 53, 55 = DNotI-Report 1998, 208; Marcks, § 3 Rn. 7). Eine Entgegennahme in diesem Sinne liegt demgegenüber z.B. nicht vor, wenn der Kaufpreis auf ein Notaranderkonto eingezahlt wird, über das nur mit Zustimmung des Erwerbers, nicht aber alleine auf Weisung des Bauträgers verfügt werden darf (Grziwotz/Bischoff, MaBV, 2006, § 3 Rn. 20; Marcks, § 3 Rn. 7; Speck, MittRhNotK 1995, 117, 119). Problematisch ist insoweit aber das Vorliegen eines berechtigten Sicherungsinteresses i. S. v. § 54a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG. Außerdem steht bei Vorliegen von AGB ein Verstoß gegen § 309 Nr. 2 lit. a BGB im Raum (bejahend BGH DNotZ 1985, 287; vgl. Bast, FS Thode, 2005, S. 219; ders., Der Bauträgervertrag, Rn. 135 ff.; Blank, Rn. 243 ff. – jeweils m. w. N. zum Streitstand).

Vorliegend soll der Kaufpreis auf ein Sonderkonto des Bauträgers eingezahlt werden. Darin ist eine Entgegennahme i. S. d. § 3 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 MaBV zu sehen. Dass ggf. nachträglich ein **Pfandrecht des Käufers an dem Auszahlungsanspruch** bestellt wird, **ändert hieran u. E. nichts**, da der Bauträger die Zahlung gleichwohl entgegennimmt. Dies zeigt sich schon daran, dass ein verpfändbarer Auszahlungsanspruch insoweit nicht besteht, als das betreffende Konto vor Einzahlung einen Negativsaldo ausweist. Ebenso würde die Verpfändung wegen des Prioritätsgrundsatzes ins Leere gehen, wenn der Bauträger den Auszahlungsanspruch bereits vorher an einen Dritten abgetreten hätte (vgl. MünchKommBGB/Roth, 5. Aufl. 2007, § 398 Rn. 86; BeckOK-BGB/Rohe, Stand: 1.3.2011, § 398 Rn. 71). Schließlich hat der Erwerber keine Gewähr für eine umgehende Verpfändung nach Zahlungseingang.

b) Irrelevanz der Bankbestätigung

Weil die Voraussetzungen von § 3 MaBV nicht vorliegen, darf der Bauträger die Zahlung daher nur entgegennehmen, wenn er eine **Sicherheit** nach § 7 Abs. 1 S. 1 MaBV stellt. Der Verweis in § 7 Abs. 1 S. 2 MaBV auf § 2 Abs. 2 S. 1 MaBV verdeutlicht, dass als Sicherheit **nur eine Bürgschaft nach Maßgabe von § 7 Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 2 Abs. 2 MaBV** in Betracht kommt. Die in Aussicht gestellte Bankbestätigung ist keine derartige Bürgschaft (vgl. im Übrigen zum aus AGB-rechtlicher Sicht erforderlichen besonderen Sicherungsumfang der Bürgschaft in Vorauszahlungsfällen – Zahlungen unabhängig vom Baufortschritt gem. § 3 Abs. 2 MaBV – Bast, Der Bauträgervertrag, Rn. 621 ff.).

c) Irrelevanz des „Vorauszahlungsrabatts“ sowie der Bezeichnung als vom Kaufpreis zu trennende „Bauzeitinsen“

Etwas anderes ergibt sich auch **nicht daraus**, dass sich der **Kaufpreis** vorliegend durch die vorzeitige Zahlung **erheb-**

lich reduziert. Das Schutzkonzept der MaBV ist insoweit nach § 12 MaBV zwingendes Recht und kann nicht auf andere Weise als durch Beachtung des Ratenplans gem. § 3 Abs. 2 MaBV oder durch Stellung einer ordnungsgemäßen Bürgschaft i. S. v. § 7 Abs. 1 S. 1, § 2 Abs. 2 S. 1 MaBV – etwa durch ggf. erhebliche Kaufpreisreduzierung – kompensiert werden.

Im Übrigen spielt es für die rechtliche Einordnung der vorliegenden Gestaltung keine Rolle, ob die entsprechenden Positionen im Vertrag als „Kaufpreis“ oder als „Bauzeitinsen“ bezeichnet werden, denn es handelt sich dabei letztlich nur um Kalkulationsposten des Verkäufers für eine einheitliche, vom Käufer zu erbringende Gegenleistung.

3. Ergebnis

a) Mangels vollständiger Fertigstellung des Bauvorhabens im Zeitpunkt des Vertragsschlusses sind vorliegend die Vorgaben der MaBV zu beachten. Folglich darf der Bauträger keine Vermögenswerte des Erwerbers entgegennehmen, wenn die Voraussetzungen von § 3 bzw. § 7 MaBV nicht gegeben sind. Die Zahlung auf ein Sonderkonto des Bauträgers unterfällt diesem Verbot auch bei Verpfändung des Auszahlungsanspruchs an den Käufer. Eine Bankbestätigung, die nicht die Anforderungen des § 7 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 2 Abs. 2 S. 1 MaBV erfüllt, ändert hieran ebenso wenig etwas wie ein erheblicher Kaufpreisabschlag im Falle der Vorabzahlung sowie eine terminologische Unterscheidung zwischen Kaufpreis und Bauzeitinsen. Werden dem Erwerber zwei „Zahlungsmodelle“ zur Wahl gestellt, müssen beide im Einklang mit den Anforderungen der MaBV stehen, was vorliegend nicht der Fall ist. Durch die Entgegennahme etwaiger vorzeitiger Zahlungen seitens des Bauträgers ist daher wegen Verstoßes gegen die Anforderungen der §§ 3, 7 MaBV der objektive Tatbestand einer **Ordnungswidrigkeit** nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 MaBV erfüllt.

b) Abschließend sei darauf hingewiesen, dass die vorliegende Vertragsgestaltung nicht zuletzt wegen der dann erfolgenden erheblichen Kaufpreisreduzierung und angeblicher steuerlicher Vorteile für den Käufer gerade **darauf ausgelegt ist, dass Zahlungen an den Bauträger unter Verstoß gegen die MaBV erfolgen**. Angesichts der damit regelmäßig verbundenen Ordnungswidrigkeit des Bauträgers nach § 18 Abs. 1 Nr. 3 MaBV spricht u. E. einiges dafür, dass die betreffende Beurkundung wegen des sich aus § 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO ergebenden **Mitwirkungsverbotes** abzulehnen ist.

BGB § 2205

Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers über Grundbesitz; Prüfung des Grundbuchamts hinsichtlich Unentgeltlichkeit der Verfügung

I. Sachverhalt

Die unverheiratete Erblasserin E verstarb, ohne Abkömmlinge zu hinterlassen. Da auch ihre Eltern bereits verstorben waren, sind ihre Geschwister bzw. deren Abkömmlinge die gesetzlichen Erben.

Die Erblasserin errichtete mehrere, sich inhaltlich widersprechende handschriftliche Testamente. In diesen wandte sie bestimmte Grundstücke einem ihrer Neffen (Ne1) zu.

Später strich die Erblasserin den Namen des Bedachten und ersetzte ihn durch den Namen eines anderen Neffen (Ne2), ohne die letztwillige Verfügung erneut zu unterschreiben. In den Testamenten wurde u. a. verfügt, dass die Nichte (Ni) den „ganzen Erbläss regeln“ solle. Die Erblasserin brachte auf den Testamenten Ungültigkeitsvermerke an, deren Reichweite zweifelhaft ist.

Das zuständige Amtsgericht erteilte auf Antrag der Ni ein Testamentsvollstreckerzeugnis, nach welchem die Ni zur Testamentsvollstreckerin über den Nachlass der Erblasserin ernannt worden ist. Ein Erbschein wurde bislang nicht beantragt. Im Anschluss hieran wurde ein Auseinandersetzungsvertrag geschlossen, in welchem die Testamentsvollstreckerin Grundstücke an Ne2 ohne Gegenleistung übertragen und aufgelassen hat.

Auf den Antrag auf Eintragung des Eigentumswechsels hin wurde seitens des Grundbuchamts eine Zwischenverfügung erlassen, da „die Auflassung eines zum Nachlass gehörenden Grundstücks, die der Testamentsvollstrecker zur Erfüllung einer vermeintlichen, in Wirklichkeit nicht bestehenden Nachlassverbindlichkeit vornimmt, als unentgeltliche Verfügung unwirksam“ sei. Als Lösungsweg wurde vom Grundbuchamt vorgeschlagen, dass sämtliche Erben und Nacherben dem Auseinandersetzungsvertrag formgerecht zustimmen und einen Erbnachweis gem. § 35 GBO vorlegen.

II. Frage

1. Kann das Grundbuchamt die Eintragung eines Eigentumswechsels aufgrund eines notariell beurkundeten Auseinandersetzungsvertrages ablehnen, weil die letztwillige Verfügung, aufgrund derer die Übertragung und Auflassung erfolgt ist, womöglich anders ausgelegt und in diesem Fall die Verfügung des Testamentsvollstreckers als unentgeltlich gewertet werden könnte?

2. Stellt der Vorschlag des Grundbuchamts, dass sämtliche Erben und Nacherben dem Auseinandersetzungsvertrag formgerecht zustimmen und einen Erbnachweis gem. § 35 GBO vorlegen, einen gangbaren Weg dar?

III. Zur Rechtslage

1. Vorbemerkung: Materielle Erbrechtslage

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die materielle Erbrechtslage angesichts mehrerer, in sich widersprüchlicher handschriftlicher Testamente, die ggf. auch widerrufen sein können, nicht zuverlässig feststeht. Derzeit ist also ungewiss, wer Erbe geworden ist und ob die zugunsten von Ne1 bzw. Ne2 ausgesetzten Grundstücksvermächtnisse wirksam sind. Das Nachlassgericht hat im vorliegenden Fall vor Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses lediglich geprüft, ob Testamentsvollstreckung wirksam angeordnet wurde. Es bejahte diese Frage, denn das Zeugnis wurde erteilt. Unmittelbare Rückschlüsse auf die materielle Erbrechtslage lassen sich aus dieser – begrenzten – Entscheidung wohl nicht ziehen. Für die nachfolgende Bearbeitung gehen wir daher davon aus, dass die **materielle Erbrechtslage** nach wie vor **ungeklärt** ist.

2. Prüfung der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers durch das Grundbuchamt

Da im vorliegenden Fall nur privatschriftliche Testamente vorliegen, hat der Testamentsvollstrecker seine Befugnis zur Verfügung über den nachlasszugehörigen Grundbesitz gem. § 35 Abs. 2 GBO durch ein gem. § 2368 BGB aus-

gestelltes **Testamentsvollstreckerzeugnis** nachzuweisen. Ein solches liegt vor. Durch das Testamentsvollstreckerzeugnis kann der Testamentsvollstrecker dem Grundbuchamt seine Testamentsvollstreckereigenschaft und sein Verwaltungsrecht hinsichtlich der Nachlassgegenstände nachweisen. Insoweit ist das **Grundbuchamt grundsätzlich nicht zu einer eigenen oder ergänzenden Auslegung der letztwilligen Verfügung befugt** (BayObLGZ 2004, 370 = NotBZ 2005, 186 = Rpfleger 2005, 247; OLG München ZEV 2011, 195).

a) Verbot unentgeltlicher Verfügungen (§ 2205 S. 3 BGB)

Bei der Abwicklung von Grundstücksverträgen ist allerdings des Weiteren zu beachten, dass der Testamentsvollstrecker gem. § 2205 S. 3 BGB **nicht zu unentgeltlichen Verfügungen berechtigt** ist. Eine unentgeltliche Verfügung liegt vor, wenn der Testamentsvollstrecker (objektiv betrachtet) etwas aus der Erbschaft ohne gleichwertige Gegenleistung hergibt und (subjektiv betrachtet) entweder den Mangel der Gleichwertigkeit der Gegenleistung erkennt oder doch das Fehlen oder die Unzulänglichkeit der Gegenleistung hätte erkennen müssen (BGH NJW 1991, 842 = DNotZ 1992, 507; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 52 Rn. 21 m. w. N.).

Eine entgegen § 2205 S. 3 BGB vorgenommene Verfügung des Testamentsvollstreckers ist **unwirksam**. Da das Grundbuchamt im Grundbuchverfahren zu prüfen hat, ob sich der Testamentsvollstrecker – etwa im Rahmen der Erklärung der Auflassung – in den Grenzen seiner Verfügungsbefugnis gehalten hat (Demharter, § 52 Rn. 23; vgl. auch OLG Karlsruhe FGPrax 2005, 219), hat es sich **auch hinsichtlich der Entgeltlichkeit der Verfügung des Testamentsvollstreckers zu vergewissern**. Dabei braucht der Nachweis der Entgeltlichkeit **nicht den Formvorgaben des § 29 Abs. 1 GBO** zu genügen, weil der Beweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden regelmäßig unmöglich ist. Der Testamentsvollstrecker hat vielmehr den Rechtsgrund der Verfügung darzulegen, sodass das Grundbuchamt in der Lage ist, die Frage der Entgeltlichkeit nach allgemeinen Erfahrungssätzen zu beurteilen (KG JW 1929, 1805, 2614; BayObLGZ 1956, 55; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 3. Aufl. 2008, Rn. 491).

aa) Zur Erleichterung des Grundbuchverkehrs sind in denjenigen Fällen, in denen **bei freier Würdigung der vorgelegten Urkunde** seitens des Grundbuchamtes die Unentgeltlichkeit **durch die Natur der Sache oder die Sachlage ausgeschlossen** ist, keine weiteren formgerechten Nachweise erforderlich. Das Grundbuchamt wird insoweit als berechtigt und verpflichtet angesehen, bei der Prüfung die **Regeln der Lebenserfahrung und der Wahrscheinlichkeit** heranzuziehen (vgl. Demharter, § 52 Rn. 23 f. i. V. m. § 51 Rn. 35 m. w. N.). Dabei hat sich vor allem der Erfahrungssatz herausgebildet, dass von einer weiteren Prüfung der Entgeltlichkeit abgesehen werden kann, wenn die Eintragungsbewilligung **Bestandteil eines zweiseitigen entgeltlichen Rechtsgeschäfts** ist, insbesondere eines Veräußerungsvertrages mit einem Dritten. Ist dies – wie vorliegend – **nicht der Fall** (Rechtsgeschäft zwischen Familienangehörigen im Rahmen einer „Erbauseinandersetzung“ i. w. S.), hat das Grundbuchamt dagegen die **Entgeltlichkeit sorgfältig zu prüfen** (OLG Braunschweig Rpfleger 1991, 204, 205).

Im Rahmen der freien Beweiswürdigung hat das Grundbuchamt **keine eigenen Nachforschungen und Ermittlungen** anzustellen. Es hat bei begründeten Zweifeln an der Entgeltlichkeit der Verfügung vielmehr durch Zwischenverfügung die **Vorlage geeigneter Nachweise** zu verlangen, auch wenn diese nicht in grundbuchmäßiger Form erbracht werden können (Demharter, § 52 Rn. 24). Dabei trifft das Grundbuchamt die Auswahl des Beweismittels nach seinem **pflichtgemäßen Ermessen**; es kann sich z. B. ein Sachverständigengutachten über den Grundstückswert vorlegen lassen.

bb) Geht es wie vorliegend nicht um die Veräußerung des Grundstücks an einen Dritten, sondern um eine Erbauseinandersetzung i. w. S., liegt bei **Übereignung eines Grundstücks an einen Miterben dann kein unentgeltliches Rechtsgeschäft** i. S. v. § 2205 S. 3 BGB vor, wenn der begünstigte Miterbe **wertmäßig** nicht mehr erhält, als ihm aufgrund seiner **Erbquote** gebührt. Denn der Miterbe gibt in diesem Fall als „Gegenleistung“ für das ihm zugewendete seine Gesamthandsberechtigung am Nachlass und damit seinen Auseinandersetzungsanspruch auf (BayObLGZ 1986, 208, 210 = MittBayNot 1986, 266). Dies setzt jedoch notwendigerweise voraus, dass der Erwerber **Miterbe** ist (BayObLG, a. a. O.). Daher muss sowohl die Miterbenstellung des Erwerbers als auch seine Erbquote in der Form des § 35 oder § 36 GBO (und damit **regelmäßig durch Vorlage eines Erbscheins**) nachgewiesen werden (BayObLG, a. a. O.; Demharter, § 52 Rn. 25).

Erfolgt die Übereignung des Grundstücks **in Erfüllung einer letztwilligen Verfügung des Erblassers** (vgl. § 2203 BGB), ist diese Verfügung infolge Befreiung des Nachlasses von einer Verbindlichkeit ebenfalls **nicht unentgeltlich**. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich bei der letztwilligen Verfügung um eine Teilungsanordnung, ein gewöhnliches Vermächtnis oder ein Vorausvermächtnis handelt (BayObLG NJW-RR 1989, 587 = MittBayNot 1989, 163; OLG München FamRZ 2011, 328 = ZEV 2011, 197; vgl. auch OLG München RNotZ 2010, 397 = NotBZ 2010, 351). In einem solchen Fall muss die Erbeneigenschaft des Erwerbers nach Ansicht des BayObLG (NJW-RR 1989, 587) **nicht** durch einen **Erbschein** nachgewiesen werden, sofern nur feststeht, dass der Testamentsvollstrecker mit der Verfügung eine letztwillige Anordnung des Erblassers (Nachlassverbindlichkeit) erfüllt. In dem vom BayObLG entschiedenen Fall konnte dem (privatschriftlichen) Testament des Erblassers zweifelsfrei dessen Wille entnommen werden, dass das eine der zu Miterben eingesetzten Kinder das Hausgrundstück in jedem Fall bekommen sollte. Insofern unterscheidet sich der dortige Sachverhalt aber von dem vorliegenden, da hier das **Bestehen eines wirksamen Vermächtnisses** zugunsten des Grundstückserwerbers **rechtlich zweifelhaft** ist (vgl. Ziff. 1; vgl. zu einem vergleichbaren Fall – ernsthafte Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers – OLG München ZEV 2011, 195).

b) Zustimmung sämtlicher Begünstigter

Wenn die Erfüllung einer – wirksamen und fälligen – Nachlassverbindlichkeit nicht feststeht, kann ein Verstoß gegen § 2205 S. 3 BGB dadurch ausgeschlossen werden, dass **alle Erben** (und ggf. alle Vermächtnisnehmer, deren Forderungen noch nicht erfüllt sind; vgl. Meikel/Böhringer, GBO, 10. Aufl. 2009, § 52 Rn. 58 m. w. N.) **der Verfügung in grundbuchmäßiger Form zustimmen** (vgl. OLG Karlsruhe FGPrax 2005, 219, 220 = BWNotZ 2005, 146; BayObLG NJW-RR 1989, 587 m. w. N.). Ferner muss

die **Erbeneigenschaft in der Form der §§ 35, 36 GBO nachgewiesen** werden (OLG Karlsruhe FGPrax 2005, 219, 220; Demharter, § 52 Rn. 25; BeckOK-GBO/Zeiser, Stand: 1.2.2011, § 52 Rn. 80, 86; Schaub, ZEV 2001, 257, 261). Hierdurch wird der Nachweis entbehrlich, dass die Verfügung nicht unentgeltlich erfolgt ist (OLG München FamRZ 2011, 328).

3. Ergebnis

Bei Verfügungen des Testamentsvollstreckers hat das Grundbuchamt dessen Verfügungsbefugnis zu prüfen und sich insbesondere hinsichtlich der Entgeltlichkeit der Verfügung zu vergewissern (vgl. § 2205 S. 3 BGB). Denn eine unentgeltliche Verfügung wäre unwirksam, sodass das Grundbuch durch eine dennoch erfolgende Grundbucheintragung unrichtig würde.

Eine Verfügung ist **nicht unentgeltlich**, wenn der Testamentsvollstrecker **in Erfüllung einer letztwilligen Verfügung** des Erblassers handelt. Hierbei spielt es keine Rolle, ob die Verfügung die Erfüllung einer Teilungsanordnung oder eines Vermächtnisses betrifft. Ist das Bestehen eines Grundstücksvermächtnisses aber – wie im vorliegenden Fall – rechtlich zweifelhaft, kann ein Verstoß gegen § 2205 S. 3 BGB nur durch **Zustimmung sämtlicher Begünstigter in grundbuchmäßiger Form und Nachweis der Erbeneigenschaft gem. §§ 35, 36 GBO** ausgeschlossen werden.

Gutachten im Abruf-Dienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abruf-Dienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abruf-Nummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Fax-Abruf-Gutachten.

BeurkG §§ 34, 45

Möglichkeit der Aushändigung der Urschrift bei notariellen Testamenten; Vorrang der öffentlichen amtlichen Verwahrung vor der ausnahmsweisen Aushändigung der Urschrift

Abruf-Nr.: **110196**

Internationales Gesellschaftsrecht

Frankreich: Grundbuchfähigkeit einer Société Civile Immobilière in Deutschland

Abruf-Nr.: **109128**

BauGB §§ 136 ff., 154, 155

Pflicht zur Entrichtung eines Ausgleichsbetrages bei Eigenleistungen des Eigentümers

Abruf-Nr.: **111063**

AnfG §§ 1, 3

Anfechtbarkeit eines Bargeschäfts; mittelbare Gläubigerbenachteiligung durch Umschichtung von Immobilienvermögen in Barvermögen

Abruf-Nr.: **110627**

BGB § 529 Abs. 1 Var. 2

Leistung i. S. v. § 529 Abs. 1 Var. 2 BGB; Fristlauf trotz vorbehaltenen Nutzungsrechts

a) Bei der Schenkung eines Grundstücks genügt es zur Leistung des geschenkten Gegenstandes im Sinne von § 529 Abs. 1 Fall 2 BGB, dass der Beschenkte nach dem formgerechten Abschluss des Schenkungsvertrages und der Auflassung einen Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung beim Grundbuchamt eingereicht hat.

b) Der Beginn der in § 529 Abs. 1 Fall 2 BGB vorgesehenen Zehnjahresfrist wird nicht dadurch gehindert, dass sich der Schenker an dem verschenkten Grundstück ein lebenslanges Nutzungsrecht vorbehält.

BGH, Urt. v. 19.7.2011 – X ZR 140/10
Abruf-Nr.: 10987

GBO §§ 32, 47 Abs. 2; BGB § 899a **Entsprechende Anwendung des § 899a S. 1 BGB auf „Unter-GbR“; keine Anwendung des § 32 Abs. 1 GBO auf ausländische Notarbescheinigungen**

1. Ist eine GbR in der Weise im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen, dass als eine ihrer Gesellschafter eine weitere (Unter-)GbR und derer Gesellschafter eingetragen sind, erstreckt sich die Vermutung des § 899a S. 1 BGB über den Wortlaut der gesetzlichen Vorschrift hinausgehend auch auf die Unter-GbR.

2. Bei einer Verfügung der Hauptgesellschaft über das im Grundbuch eingetragene Eigentum bedarf es deshalb nicht des Nachweises der Existenz und der Vertretungsbefugnisse der Unter-GbR in grundbuchverfahrensrechtlicher Form. (amtliche Leitsätze)

3. Die Bescheinigung eines ausländischen Notars (hier: Niederlande) über Existenz und Vertretung einer ausländischen Gesellschaft erfüllt nicht die Anforderungen des § 32 Abs. 1 GBO. Der Nachweis der rechtlichen Existenz und der wirksamen Vertretung einer ausländischen Gesellschaft ist in der Form des § 29 GBO zu erbringen; hierfür genügt ein legalisierter bzw. mit einer Apostille versehener und von der registerführenden Stelle erstellter Auszug aus dem ausländischen Handelsregister, wenn dieses mit einer positiven Publizitätswirkung ausgestattet ist.

4. Die Bescheinigung eines ausländischen Notars kommt als Nachweismittel bei Auslandsgesellschaften in Betracht, wenn die Führung eines primären Nachweises entweder nicht möglich oder doch wenigstens erschwert ist. (Leitsätze der DNotI-Redaktion)

OLG Hamm, Beschl v. 15.7.2011 – I-15 W 97/11
Abruf-Nr.: 10988

Problem

Beantragt wurde seitens der Grundstückseigentümerin (Eigentümer-GbR) die Eintragung einer Grundschuld so-

wie die Eintragung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung gem. § 800 Abs. 1 S. 2 ZPO. Eine Gesellschafterin dieser Eigentümer-GbR war eine weitere GbR (Unter-GbR), zu deren Gesellschaftern wiederum eine niederländische Gesellschaft gehörte. Das Grundbuchamt sah die ordnungsgemäße Vertretung der Eigentümer-GbR nicht als erwiesen an, da nach seiner Auffassung die Vermutung des § 899a S. 1 BGB nicht für die Unter-GbR gilt. Zum Nachweis der Existenz und Vertretung der niederländischen Gesellschaft war die Bescheinigung eines niederländischen Notars vorgelegt worden; diese hielt das Grundbuchamt ebenfalls nicht für ausreichend.

Entscheidung

Nach § 899a S. 1 BGB wird die Zugehörigkeit zur GbR nur für diejenigen vermutet, die gem. § 47 Abs. 2 S. 1 GBO als Gesellschafter einer GbR im Grundbuch eingetragen sind. In den Fällen der „**mehrstöckigen Gesellschaften**“ findet § 899a S. 1 BGB jedenfalls unmittelbar keine Anwendung auf die Gesellschafter der Unter-GbR, da für diese kein Recht gem. § 47 Abs. 2 S. 1 GBO im Grundbuch eingetragen ist. Hieraus wurde zum Teil die Schlussfolgerung gezogen, dass § 899a S. 1 BGB auf die Unter-GbR nicht anwendbar sei und daher die Gesellschaftereigenschaft bei der Unter-GbR gem. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO nachgewiesen werden müsse (Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169, 176).

Das OLG Hamm schließt sich demgegenüber der h. M. an, wonach **§ 899a S. 1 BGB auf die Untergesellschaft entsprechend anzuwenden** ist (KG NotBZ 2011, 292 = ZfIR 2011, 381 = Rpfleger 2011, 371; Lautner, DNotZ 2009, 650, 655; Steffek, ZIP 2009, 1445, 1447). Es begründet dieses Ergebnis insbesondere mit der vom V. Zivilsenat vorgegebenen Grundsatzwertung, die GbR im Grundbuchverfahren in erster Linie über ihre Gesellschafter zu identifizieren (BGH RNotZ 2011, 341 = NotBZ 2011, 257 = NJW 2011, 1958 = DNotI-Report 2011, 92). Zwar sei eine solche Interpretation mit dem Gesetzeswortlaut kaum vereinbar; jedoch sei eine entsprechende Anwendung bzw. erweiternde Auslegung der Norm aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten, damit auch bei der Beteiligung einer Unter-GbR die Verkehrsfähigkeit des Eigentums bestehen bleibe und keine grundbuchverfahrensrechtliche Handlungsunfähigkeit eintrete.

Darüber hinaus äußert sich der Senat zur Verwendbarkeit ausländischer Notarbescheinigungen im Grundbuchverfahren. Seine Auffassung, wonach eine **ausländische Notarbescheinigung nicht von § 32 Abs. 1 GBO erfasst** sei, entspricht der h. M. Grundsätzlich kann der Nachweis von Existenz und Vertretungsverhältnissen bei ausländischen Gesellschaften nach Maßgabe des § 29 GBO mit einem **amtlichen** und gehörig **legalisierten bzw. apostillierten Registerauszug** geführt werden, sofern das ausländische Handelsregister hinsichtlich der positiven Publizität mit dem deutschen Handelsregister vergleichbar ist (vgl. in anderem Kontext auch OLG Schleswig DNotZ 2008, 709 zur Vergleichbarkeit des schwedischen Handelsregisters mit dem deutschen). Eine Notarbescheinigung kommt als Nachweismittel jedoch nach Auffassung des OLG Hamm (ausnahmsweise) dann in Betracht, wenn der „Primärnachweis“ unmöglich oder erschwert ist. Dies dürfte Fälle betreffen, in denen die ausländische Gesellschaft nicht registriert oder in denen das ausländische Register nicht mit dem deutschen vergleichbar ist.

Postvertriebsstück: B 08129

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

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter
www.dnoti.de.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a. D. Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

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

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt.

Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

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

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg