

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

25. Jahrgang
Oktober 2017
ISSN 1434-3460

19/2017

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1353 Abs. 1, 1408, 1587c, 2274; LPartG §§ 7, 10, 16, 20, 20a; VersAusglG § 6 – Gesetz zur Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe; Auswirkungen der Umwandlung einer Lebenspartnerschaft in eine Ehe auf Lebenspartnerschaftsverträge

GBO §§ 29, 137; BeurkG § 39a – Originär elektronische Eigenurkunde des Notars; Formerfordernis nach § 29 Abs. 1 GBO

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 242 – Kein Anspruch auf Austausch einer Hypothek zur Sicherung einer Leibrentenverpflichtung gegen Bankbürgschaft.

BGB §§ 183, 878; ErbbauRG §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 – Unwiderruflichkeit der Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechts

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1353 Abs. 1, 1408, 1587c, 2274; LPartG §§ 7, 10, 16, 20, 20a; VersAusglG § 6 Gesetz zur Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe; Auswirkungen der Umwandlung einer Lebenspartnerschaft in eine Ehe auf Lebenspartnerschaftsverträge

I. Sachverhalt

Eingetragene Lebenspartner haben im Jahre 2012 die Lebenspartnerschaft begründet und einen Lebenspartnerschaftsvertrag abgeschlossen.

Der Lebenspartnerschaftsvertrag sieht u. a. vor:

- Vereinbarung der Gütertrennung;
- weitreichende Unterhaltsverzichte;
- Ausschluss des Versorgungsausgleichs.

Außerdem haben die Lebenspartner einen Erbvertrag geschlossen, der eine gegenseitige Erbeinsetzung vorsieht.

II. Fragen

1. Müssen die Lebenspartner einen Ehevertrag schließen, wenn sie ihre Lebenspartnerschaft in eine Ehe um-

wandeln, damit die im Jahre 2012 getroffenen Regelungen zur Gütertrennung, zum Unterhaltsverzicht und zum Ausschluss des Versorgungsausgleichs fortgelten?

2. Wenn ja, muss die Änderung, Ergänzung bzw. der Neuabschluss vor der Umwandlung erfolgen, damit keine Lücke entsteht?

III. Zur Rechtslage

1. Gesetz zur Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe

Am 28.6.2017 hat der Bundestag das Gesetz zur Einführung des Rechts auf **Eheschließung** für **Personen gleichen Geschlechts** verabschiedet. Das Gesetz wurde am 28.7.2017 im Bundesgesetzblatt verkündet (BGBl. 2017 I, 2787). Es ist am 1.10.2017 in Kraft getreten (vgl. Art. 3 Abs. 1).

Die wesentliche Neuerung des Gesetzes liegt in der **Änderung von § 1353 Abs. 1 S. 1 BGB**. Diese Vorschrift lautet nunmehr wie folgt:

„Die Ehe wird von zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts auf Lebenszeit geschlossen.“

Damit ist es auch Personen gleichen Geschlechts möglich, die Ehe zu schließen. Die Begründung einer eingetragenen Lebenspartnerschaft nach dem LPartG ist nach dem Inkrafttreten des Gesetzes nicht mehr möglich (Art. 3 Abs. 3).

2. Umwandlung einer Lebenspartnerschaft in eine Ehe

Das Gesetz zur Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe sieht nicht nur die Möglichkeit einer Neubegründung einer Ehe zwischen Personen gleichen Geschlechts vor, sondern gestattet auch eingetragenen Lebenspartnern, die zwischen ihnen bestehende eingetragene Lebenspartnerschaft in eine Ehe umzuwandeln.

§ 20a LPartG bestimmt:

„¹Eine Lebenspartnerschaft wird in eine Ehe umgewandelt, wenn zwei Lebenspartnerinnen oder Lebenspartner gegenseitig persönlich und bei gleichzeitiger Anwesenheit erklären, miteinander eine Ehe auf Lebenszeit führen zu wollen. ²Die Erklärungen können nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben werden. ³Die Erklärungen werden wirksam, wenn sie vor dem Standesbeamten abgegeben werden.“

Bei der Umwandlung ihrer Lebenspartnerschaft in eine Ehe haben die Lebenspartner das Bestehen der Lebenspartnerschaft durch öffentliche Urkunden nachzuweisen (§ 17a Abs. 1 PStG).

3. Auswirkungen der Umwandlung mit Blick auf bereits geschlossene Lebenspartnerschaftsverträge

Wandeln die Lebenspartner die zwischen ihnen bestehende eingetragene Lebenspartnerschaft gem. § 20a LPartG in eine Ehe um, fragt sich, wie sich die Änderung des personenstandsrechtlichen Statusverhältnisses auf bereits geschlossene Lebenspartnerschaftsverträge (§ 7 LPartG) auswirkt. Das Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts regelt diese Frage nicht ausdrücklich. Allerdings bestimmt es in Art. 3 Abs. 2 (Hervorhebungen durch die DNotI-Redaktion):

„Für Rechte und Pflichten der Lebenspartnerinnen oder Lebenspartner bleibt nach der Umwandlung der Lebenspartnerschaft in eine Ehe der Tag der Begründung der Lebenspartnerschaft weiterhin maßgebend.“

Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus (BT-Drs. 18/6665, S. 10 = BT-Drs. 18/5098, S. 9):

„Nach der Umwandlung der Lebenspartnerschaft in eine Ehe haben die Lebenspartnerinnen oder Lebenspartner die gleichen Rechte und Pflichten, als ob sie am Tag der Begründung der Lebenspartnerschaft geheiratet hätten. Damit wird die bestehende Ungleichbehandlung eingetragener Lebenspartnerinnen und Lebenspartner mit Ehegatten [...] rückwirkend beseitigt. Dies bedeutet, dass bestimmte sozial- und steuerrechtliche Entscheidungen neu getroffen werden müssen.“

Das Gesetz drückt damit aus, dass sich die **Rechtsstellung** der Lebenspartner durch die Begründung einer Ehe **nicht verschlechtern** soll und die erworbenen Rechte und Pflichten unberührt bleiben. Dies ist deswegen konsequent, weil es sich bei der Umwandlung der Lebenspartnerschaft zwar um eine neue Form eines Statusverhältnisses handelt, die **Identität des Statusverhältnisses** aber **unberührt** bleibt (Schwab, FamRZ 2017, 1284, 1288). Der Wechsel von der Lebenspartnerschaft in die Ehe bedeutet daher nicht, dass die Lebenspartner die Lebenspartnerschaft beenden und mit der Ehe ein

neues Rechtsverhältnis begründen. Es handelt sich um den Fall einer **identitätswahrenden Umwandlung** (Schwab a. a. O.). Art. 3 Abs. 2 bringt gerade den Gedanken der **Kontinuität der Rechtsverhältnisse** zum Ausdruck.

Haben die Lebenspartner einen Partnerschaftsvertrag geschlossen, gilt dieser Partnerschaftsvertrag auch nach der Umwandlung der Lebenspartnerschaft in eine Ehe mit der Maßgabe fort, dass er ggf. durch Auslegung an die nunmehr geltenden Neuregelungen anzupassen ist. Nach der Gesetzesbegründung sind die Ehegatten nach der Übergangsvorschrift des Art. 3 Abs. 2 rückwirkend so zu behandeln, als wären sie bereits seit Begründung der Lebenspartnerschaft miteinander verheiratet (Schwab a. a. O.). Keine Schwierigkeiten ergeben sich dabei, soweit zwischen LPartG und dem Eherecht ein Gleichklang besteht.

a) Güterrecht

Nach § 6 LPartG lebten die Lebenspartner bislang im Güterstand der **Zugewinnngemeinschaft**, sofern sie durch den Lebenspartnerschaftsvertrag gem. § 7 LPartG nicht etwas anderes vereinbart haben (§ 6 S. 1 LPartG). Güterrechtlich bestehen zwischen der eingetragenen Lebenspartnerschaft und der Ehe **keine Unterschiede**. Demzufolge gilt auch der zwischen den Lebenspartnern geschlossene Lebenspartnerschaftsvertrag **hinsichtlich des Güterstands** weiterhin fort. Haben die Lebenspartner seinerzeit den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft ausgeschlossen oder modifiziert, wirkt sich die Umwandlung der eingetragenen Lebenspartnerschaft in eine Ehe auf den Güterstand und die lebenspartnerschaftlichen Vereinbarungen nicht aus (Schwab a. a. O.). Es verbleibt daher auch im vorliegenden Fall dabei, dass für die Lebenspartner nach der Überführung der Lebenspartnerschaft in eine Ehe weiterhin der Güterstand der Gütertrennung maßgeblich ist.

b) Versorgungsausgleich

aa) Allgemeines

Gem. § 20 Abs. 1 LPartG fand nach bisheriger Rechtslage zwischen den eingetragenen Lebenspartnern im Falle der Aufhebung der Lebenspartnerschaft ein Ausgleich von Anrechten entsprechend den Bestimmungen des VersAusglG statt. Nach § 20 Abs. 3 LPartG konnten die Lebenspartner in einem Lebenspartnerschaftsvertrag Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich treffen. Diesbezüglich waren die §§ 6-8 VersAusglG entsprechend anzuwenden.

Insoweit bestehen zwischen dem Versorgungsausgleich zwischen eingetragenen Lebenspartnern und Ehegatten keine Unterschiede. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die **entsprechenden Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich** zwischen den Lebenspartnern **weiterhin gelten**, wenn die Lebenspartner ihre Lebenspartnerschaft in eine Ehe gem. § 20a LPartG umwandeln. Für den Versorgungsausgleich, der nach Eheumwandlung und späterer Ehescheidung durchgeführt wird, ist die **„Lebenspartnerschaftszeit“** (§ 20 LPartG) **Teil der „Ehezeit“**.

bb) Exkurs: Versorgungsausgleich bei vor dem 1.1.2005 begründeten Lebenspartnerschaften

Problematisch ist die Durchführung des Versorgungsausgleichs bei **vor dem 1.1.2005 begründeten Lebens-**

partnerschaften. Der Versorgungsausgleich wurde für Lebenspartner erst zum 1.1.2005 eingeführt (vgl. BGBl. 2004 I, S. 3369). Wurde die Lebenspartnerschaft vor diesem Zeitpunkt begründet, konnten die Lebenspartner bis zum 31.12.2005 gegenüber dem Amtsgericht erklären, dass bei der Aufhebung der Lebenspartnerschaft ein Versorgungsausgleich nach § 20 VersAusglG durchgeführt werden sollte (vgl. § 21 Abs. 4 LPartGG in der bis zum 31.12.2010 geltenden Fassung; hierzu Grziwotz, DNotZ 2005, 13, 24; Walter, MittBayNot 2005, 193, 196 f.).

Fraglich ist, ob mit der Umwandlung einer vor dem 1.1.2005 begründeten Lebenspartnerschaft in eine Ehe nunmehr ein Versorgungsausgleich durchzuführen ist, wenn für die Lebenspartnerschaft bislang ein solcher Ausgleich nicht durchzuführen war (offenlassend Schwab a. a. O.). Mangels Vorliegen einschlägiger Rechtsprechung oder Literatur ist die Rechtslage ungeklärt. Gegen die Durchführung des Versorgungsausgleichs spricht *prima facie*, dass nach Art. 3 Abs. 2 für die Rechte und Pflichten der Lebenspartnerinnen oder Lebenspartner nach der Umwandlung der Lebenspartnerschaft in eine Ehe der Tag der Begründung der Lebenspartnerschaft **weiterhin** maßgebend ist und die Lebenspartner bislang keine Optionserklärung zur Durchführung des Versorgungsausgleichs abgegeben haben. Dies deutet darauf hin, dass auch mit Blick die Lebenspartner weiterhin **kein Versorgungsausgleich** durchzuführen ist.

Wenn sich die Lebenspartner für die Umwandlung in eine Ehe entscheiden, **entscheiden** sie sich auch für die **Geltung des Eherechts** und damit auch für die Durchführung des Versorgungsausgleichs, sofern sie nichts Abweichendes durch einen Ehevertrag regeln. Sie belassen es nicht bei der zwischen ihnen bestehenden Lebenspartnerschaft, sondern wandeln die Partnerschaft in eine Ehe um. Die Überleitungsvorschrift des Art. 3 Abs. 2 dürfte im Lichte der Gesetzesbegründung wohl so zu verstehen sein, dass für die Rechte und Pflichten *als Ehegatten* der Tag der Partnerschaftsbegründung maßgeblich ist (vgl. Schwab a. a. O.). Dies spricht dafür, dass der Versorgungsausgleich nicht nur für Anwartschaften ab dem Tag der Umwandlung der Lebenspartnerschaft in eine Ehe gilt, sondern auch Anwartschaften erfasst, die seit dem Beginn der Lebenspartnerschaft begründet worden sind. Dieses Datum gilt rückwirkend als Datum der für die Berechnung nach § 1 Abs. 1 VersAusglG maßgeblichen Ehezeit. Freilich erhöht sich damit nachträglich der Ausgleichswert, ohne dass der Versorgungsträger zustimmen müsste. Dies dürfte aber wohl im Sinne der umfassenden Gleichstellung hinzunehmen sein.

c) Unterhalt

aa) Allgemeines

Auch mit Blick auf den nachpartnerschaftlichen Unterhalt nach Aufhebung der Lebenspartnerschaft besteht ein Gleichklang zwischen den Bestimmungen des LPartG und den Regelungen für den nachehelichen Unterhalt. **§ 16 S. 2 LPartG** verweist auf die §§ 1570-1586b BGB sowie auf § 1609 BGB. Daher war es auch den Lebenspartnern bislang schon möglich, nach § 1587c BGB **Unterhaltsvereinbarungen** für die Zeit nach der Aufhebung der Lebenspartnerschaft zu treffen. Diese **Vereinbarungen** bleiben auch **weiterhin maßgeblich**. Sie sind dahingehend auszulegen, dass an die Stelle der

Aufhebung der Lebenspartnerschaft gem. § 15 LPartG die **Scheidung der Ehe** tritt (§ 1564 BGB).

bb) Exkurs: Unterhalt bei vor dem 1.1.2005 begründeten Lebenspartnerschaften

Bei vor dem 1.1.2005 begründeten Lebenspartnerschaften stellt sich die Frage nach der Überleitung mit Blick auf das Unterhaltsrechts. Nach § 21 Abs. 3 LPartG a. F. konnte jeder Lebenspartner bis zum 31.12.2005 gegenüber dem Amtsgericht erklären, dass die gegenseitige Unterhaltspflicht der Lebenspartner sich nach dem bisher geltenden Recht richtet. Hat ein Lebenspartner eine solche Erklärung abgegeben, fragt sich, ob mit der Umwandlung der Lebenspartnerschaft in eine Ehe das Unterhaltsrecht für Ehegatten gilt. Die Frage wird man bejahen müssen. Die Lebenspartner sind nunmehr Ehegatten. Demzufolge muss auf sie auch das Unterhaltsrecht für Ehegatten Anwendung finden. Die Lebenspartner haben freilich die Möglichkeit, eine Unterhaltsvereinbarung in einem Ehevertrag zu treffen.

d) Erbrecht

Nach § 10 Abs. 4 LPartG können Lebenspartner ein gemeinschaftliches Testament errichten, die Bestimmungen der §§ 2266-2272 BGB gelten insoweit entsprechend. Es war den Lebenspartnern außerdem unbenommen, einen Erbvertrag (§§ 2274 ff. BGB) abzuschließen. Soweit die Bestimmungen über den Erbvertrag auf Ehegatten Bezug nehmen, gelten sie auch gleichermaßen für Lebenspartner (vgl. §§ 2275 Abs. 3, 2279 Abs. 2, 2280 BGB). Dass § 2276 Abs. 2 BGB die Lebenspartner nicht erwähnt, dürfte lediglich ein Redaktionsversehen sein (BeckOGK-BGB/Röhl, Stand: 1.7.2017, § 2276 Rn. 26).

Da die Lebenspartner auch bislang Erbverträge abschließen konnten und sich die erbrechtliche Rechtslage für Lebenspartner mit der Umwandlung der Lebenspartnerschaft in eine Ehe nicht ändert, gilt der bisherige Erbvertrag weiterhin fort. Eine Anpassung des Erbvertrages dürfte nicht erforderlich sein.

4. Ergebnis

Wandeln die Lebenspartner im vorliegenden Fall ihre im Jahre 2012 geschlossene Lebenspartnerschaft in eine Ehe um, dürften die getroffenen Vereinbarungen zum Güterrecht, zum Unterhalt und zum Versorgungsausgleich weiterhin fortgelten. Entsprechendes gilt für den geschlossenen Erbvertrag.

GBÖ §§ 29, 137; BeurkG § 39a Originär elektronische Eigenurkunde des Notars; Formerfordernis nach § 29 Abs. 1 GBÖ

I. Sachverhalt

Bei Immobilienkaufverträgen erfolgt der Schutz des Verkäufers dadurch, dass die Bewilligung der Eintragung der Auflassung in der Urkunde nicht erklärt wird. Der Notar wird bevollmächtigt, die Eintragung nach Nachweis der Kaufpreiszahlung zu bewilligen.

Beim elektronischen Rechtsverkehr mit dem Grundbuchamt erfolgt die Erklärung der Bewilligung der

Auflassung durch den Notar (bislang beanstandungsfrei) in dem mit XNotar generierten Antragsanschreiben an das Grundbuchamt, welches mit der elektronischen qualifizierten Signatur versehen wird.

Ein Rechtspfleger ist nun der Ansicht, die Form des § 29 GBO sei nicht gewahrt.

II. Frage

Genügt die mit qualifizierter elektronischer Signatur des Notars versehene Bewilligung den Anforderungen des § 29 GBO oder muss die Bewilligungserklärung als papiergebundene Eigenurkunde vom Notar unterschrieben, mit dem Farbdrucksiegel versehen, eingescannt und mit elektronischem Beglaubigungsvermerk versehen werden?

III. Zur Rechtslage

1. Qualifizierte elektronische Signatur

Mit dem Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG; BGBl. 2009 I, 2713) wurden die Bestimmungen der §§ 135 ff. GBO eingeführt. Ist eine zur Eintragung erforderliche Erklärung oder eine andere Voraussetzung der Eintragung durch eine **öffentliche** oder **öffentlich beglaubigte Urkunde** nachzuweisen, so kann diese fortan als ein mit einem **einfachen elektronischen Zeugnis nach § 39a BeurkG** versehenes **elektronisches Dokument** übermittelt werden, § 137 Abs. 1 S. 1 GBO.

§ 137 Abs. 1 S. 3 GBO stellt klar, dass ein etwaiges Erfordernis, dem Grundbuchamt den Besitz der Urschrift oder einer Ausfertigung einer Urkunde nachzuweisen, unberührt bleibt.

Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich zweifelfrei, dass mit dem ERVGBG keine Änderung der bisher geltenden Rechtslage beabsichtigt ist. Zu § 137 GBO führt der Gesetzgeber aus (BT-Drs. 16/12319, S. 29 f.):

„Zu § 137 GBO (Form elektronischer Dokumente)

Zu Absatz 1

Nach den allgemeinen Bestimmungen des Grundbuchsrechts sind die Eintragungsvoraussetzungen dem Grundbuchamt grundsätzlich durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachzuweisen (§ 29 Absatz 1 GBO). Die Urkunde kann dem Grundbuchamt regelmäßig in (notariell) beglaubigter Abschrift vorgelegt werden. Satz 1 überträgt die vorgenannte Regelung wirkungsgleich auf den elektronischen Rechtsverkehr. ...

Im Grundbuchverfahren genügt stets die Vorlage einer UrkundsAusfertigung. Regelmäßig genügt auch die Vorlage einer beglaubigten Abschrift bzw. die Übermittlung eines einfachen elektronischen Zeugnisses nach § 39a BeurkG, es sei denn, dass auch der Besitz der Urkunde als eine für das Eintragungsverfahren rechtserhebliche Tatsache nachzuweisen ist. In diesen Fällen greift Satz 3. Die Vorschrift begründet selbst keine neuen Pflichten zur Vorlage von Urschriften oder Ausfertigungen. Sie greift lediglich die in Rechtsprechung und Schrifttum vertretenen Meinungen auf und stellt klar, dass mit der Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs insoweit keine Änderung der Rechtslage verbunden ist.

Die Regelung zielt u. a. auf Vollmachten sowie Bestallungsurkunden von Vormündern, Pflegern, Betreuern und Insolvenzverwaltern. Hier genügt die Vorlage eines einfachen elektronischen Zeugnisses regelmäßig nur dann, wenn der Notar bestätigt, dass ihm bei Beurkundung die Vollmacht oder die Bestallungsurkunde in Urschrift oder Ausfertigung vorgelegen hat. Nach wohl herrschender Meinung sollen jedoch Erbscheine dem Grundbuchamt in Ausfertigung vorzulegen sein (vgl. Hügel, Kommentar zur Grundbuchordnung, § 29 Rn. 130 ff. m. N.). Gleiches gilt für Testamentsvollstreckerzeugnisse. Soweit das Grundbuchamt hier die Vorlage einer Ausfertigung verlangt, ist ein Nachweis auf elektronischem Weg nicht möglich, solange die Ausfertigung zwingend an die Papierform gebunden ist ...“

2. Einfache elektronische Zeugnisse nach § 39a BeurkG

Im Beurkundungsgesetz sind die Neuerungen des elektronischen Rechtsverkehrs in § 39a BeurkG berücksichtigt worden. Hiernach können Beglaubigungen und sonstige Zeugnisse i. S. d. § 39 BeurkG auch elektronisch errichtet werden. Die **Beurkundung** von Willenserklärungen und von sonstigen Niederschriften bleibt hingegen **papiergebunden** und kann nicht in rein elektronischer Form erfolgen (Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 39a Rn. 7).

§ 39a BeurkG spielt aber auch für weiterhin papiergebundene Urkunden eine Rolle, als die Norm die Herstellung **elektronisch beglaubigter Abschriften** ermöglicht. Von jeder notariellen Urkunde kann daher ein elektronisches Dokument erzeugt werden, das die Qualität einer beglaubigten Abschrift hat und unmittelbar an Gerichte, Behörden und Beteiligte übermittelt werden kann. Der Notar verbleibt dann als einzige papierverwahrende Stelle (Winkler, § 39a Rn. 10 ff.).

3. Eigenurkunden des Notars

Das Grundbuchamt scheint hier davon auszugehen, dass auch notarielle Eigenurkunden nur als **elektronisch beglaubigte Abschriften** i. S. d. § 39a BeurkG den Formerfordernissen des § 29 GBO genügen und eine originär elektronische Eigenurkunde nicht ausreichend ist.

Errichtet der Notar aufgrund ausdrücklicher Vollmacht im Namen eines Beteiligten eine grundbuchrechtliche Erklärung als notarielle Eigenurkunde, so genügt diese als öffentliche Urkunde dem Formerfordernis des § 29 GBO, wenn sie vom Notar unterschrieben und mit dem Amtssiegel versehen ist (Demharter, GBO, 30. Aufl. 2016, § 29 Rn. 35). Dies bedeutet jedoch nicht, dass eine notarielle Eigenurkunde nur in Papierform errichtet werden kann.

Errichtet der Notar eine originär elektronische **Eigenurkunde**, so fällt diese **nicht in den Anwendungsbereich des BeurkG** und damit auch nicht unter den Begriff des einfachen elektronischen Zeugnisses nach § 39a BeurkG (vgl. Meyer/Mödl, DNotZ 2009, 743, 746).

Da der Notar als eine **mit öffentlichem Glauben versehene Person** handelt, kann er aber die Voraussetzungen des **§ 137 Abs. 1 S. 2 GBO** erfüllen und daher auch **originär elektronische Eigenurkunden** zum Grundbuch einreichen, die den Anforderungen des § 29 GBO genügen (Meyer/Mödl, DNotZ 2009, 743; Meikel/

Dressler, GBO, 11. Aufl. 2015, § 137 Rn. 37; Demharter, GBO, 30. Aufl. 2016, § 137 Rn. 4). Es reicht somit aus, wenn die elektronische Eigenurkunde mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist und das der Signatur zugrunde liegende qualifizierte Zertifikat die Eigenschaft als mit öffentlichem Glauben versehene Person (Notar) erkennen lässt (vgl. hierzu auch BeckOK-GBO/Wilsch, Stand: 1.5.2017, § 137 Rn. 5).

Es ist also für notarielle Eigenurkunden **nicht erforderlich** (aber auch nicht schädlich), dass diese **zunächst in Papierform** erstellt werden und dann im Verfahren nach § 39a BeurkG eine elektronisch beglaubigte Abschrift hergestellt wird (Meikel/Dressler a. a. O.).

Die Möglichkeit, Eintragungsvoraussetzungen dem Grundbuchamt durch originär elektronische Dokumente nachzuweisen, ist auch durch den **Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen** und gewollt. So führt die Regierungsbegründung zu § 137 GBO (BT-Drs. 16/12319, S. 29 f., Hervorhebungen durch das DNotI) aus:

„Behörden sowie mit öffentlichem Glauben versehene Personen können daneben (neben der Papierform) aber auch elektronische Dokumente erzeugen, die die gleiche Beweiskraft haben wie öffentliche Urkunden. Dazu müssen diese Dokumente innerhalb der Grenzen der Amtsbefugnisse oder des zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form erstellt werden (vgl. § 371a Abs. 2 S. 1 ZPO). (...) Beglaubigte Ausdrücke dieser öffentlichen elektronischen Dokumente stehen öffentlichen Urkunden in beglaubigter Abschrift gleich, wenn die Ausdrücke innerhalb der Grenzen der Amtsbefugnisse oder des zugewiesenen Geschäftskreises gefertigt wurden (§ 416a ZPO). Sie entsprechen somit den Anforderungen des § 29 Abs. 1 GBO. (§ 137) S. 2 GBO ermöglicht den Nachweis von Eintragungsvoraussetzungen durch solche öffentliche elektronische Dokumente, ohne dass diese zunächst ausgedruckt oder mit einem einfachen elektronischen Zeugnis nach § 39a BeurkG versehen werden müssen. (...) Mögliche Anwendungsfälle der Vorschrift sind u.a. Eigenurkunden des Notars ...“

Die Ansicht des Grundbuchamtes ist daher hier nicht zutreffend. Vielmehr ist die angewandte Praxis i. S. d. § 137 Abs. 1 S. 2 GBO zulässig und erfüllt die Voraussetzungen des § 29 Abs. 1 GBO.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

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

**HGB § 49 Abs. 2; WEG § 8
Teilungserklärung durch Prokuristen
Abruf-Nr.:**

**BGB §§ 1795, 1821, 1899, 1908i
Wohnungsrechtsbestellung durch Betreuer, der Mit-**

**eigentümer der zu belastenden Immobilie ist;
Schenkungsverbot; Erfordernis eines Ergänzungspflegers; Betreuunggerichtliche Genehmigung
Abruf-Nr.:**

Rechtsprechung

BGB § 242

Kein Anspruch auf Austausch einer Hypothek zur Sicherung einer Leibrentenverpflichtung gegen Bankbürgschaft

Es gibt keinen allgemeinen Grundsatz, dass der Sicherungsgeber, der mit dem Sicherungsnehmer eine bestimmte Sicherheit vereinbart hat, einen Austausch dieser Sicherheit gegen eine ihm genehmere verlangen kann (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 3. Februar 2004 – XI ZR 398/02, BGHZ 158, 11)

BGH, Urt. v. 30.6.2017 – V ZR 248/16

Problem

Beim Erwerb einer Eigentumswohnung wurde als Gegenleistung neben der Zahlung eines Barkaufpreises eine Leibrentenverpflichtung des Käufers vereinbart. Zur Sicherung der monatlichen Rentenzahlungen wurde zugunsten des Verkäufers eine (Höchstbetrags-) Sicherungshypothek in das Grundbuch eingetragen. Mittels Finanzierungsvollmacht bestellte der Käufer unter Ausnutzung eines zur einmaligen Ausnutzung bewilligten Rangvorbehalts eine erstrangige Grundschuld zugunsten einer Bank. Dabei verpflichtete er sich, die Grundschuld ausschließlich zur Finanzierung eines ersten Kaufpreisanteils und von Renovierungsmaßnahmen zu nutzen, deren Ausführung er im Kaufvertrag übernommen hatte. Nach Eigentumsumschreibung entschloss sich der Käufer zur Weiterveräußerung der Immobilie. Dieses Vorhaben wird durch die zugunsten des Verkäufers eingetragene Sicherungshypothek naturgemäß nicht unerheblich beeinträchtigt, da potenzielle Erwerber auch nach Ablösung der Grundschuld keinen in Abt. III lastenfreien Grundbesitz erwerben können und durch die vorrangige Sicherungshypothek an der Bestellung erstrangiger Finanzierungsgrundpfandrechte gehindert werden. Der Käufer verlangt daher einen Austausch der Hypothek durch eine ihn weniger belastende Sicherheit (konkret: Bestellung einer unbefristeten, unwiderruflichen, unbedingten und selbstschuldnerischen Bürgschaft eines Kreditinstituts oder Hinterlegung des Höchstbetrages der Sicherungshypothek).

Entscheidung

Der BGH lehnt einen Anspruch des Käufers auf Löschung der Sicherungshypothek Zug-um-Zug gegen Bestellung einer Austauschsicherheit im Ergebnis ab.

Ein solcher Anspruch könne nicht unter Rückgriff auf § 242 BGB begründet werden.

Maßgeblich für die Beurteilung des Löschanpruchs sei allein die **vertragliche Vereinbarung** der Parteien. Die im Rahmen des Kaufvertrags getroffene Sicherungsabrede sehe eine Löschung der Hypothek weder ausdrücklich vor, noch könne ihr ein diesbezüg-

licher Anspruch im Wege einer (ergänzenden) Auslegung entnommen werden.

Letzteres komme bereits deshalb nicht in Betracht, weil es an der erforderlichen **planwidrigen Regelungslücke** im Vertrag fehle. Eine planwidrige Regelungslücke dürfe nur ausnahmsweise dann ausgenommen werden, wenn mit der betreffenden Vereinbarung erkennbar ein bestimmtes Ziel verfolgt worden sei, das aufgrund der Lückenhaftigkeit nicht erreicht werden konnte. Hingegen dürfe die ergänzende Vertragsauslegung nicht dazu genutzt werden, einem Vertrag entgegen dem dort zum Ausdruck gebrachten Parteiwillen aus Billigkeitsgründen einen zusätzlichen Regelungsgehalt zu verschaffen. Ist im Vertrag die **geschuldete Sicherheit konkret bezeichnet** und entspricht die gewährte Sicherheit dem Vereinbarten, besteht demnach kein Raum für einen Austausch gegen vom Sicherungsgeber angebotene (vermeintlich) gleichwertige Sicherheiten, wenn die Sicherungsabrede hierfür keinerlei Anhaltspunkte enthält.

Die bloße Tatsache, dass der Sicherungsgeber seine Verpflichtung später als wirtschaftlich nachteilig empfinde, begründe ferner auch **keine Störung der Geschäftsgrundlage**. Eine Vertragsanpassung nach § 313 BGB komme nicht in Betracht, weil sich in der eingeschränkten Verkehrsfähigkeit der Immobilie ein Risiko verwirklicht habe, das nach der vertraglichen Regelung in den **Risikobereich des Sicherungsgebers** falle. Dieser habe den Vertragsbedingungen ausdrücklich zugestimmt, obwohl bereits im Zeitpunkt der Sicherungsabrede absehbar war, dass das bzgl. der Finanzierungsgrundschuld vereinbarte Revalutierungsverbot dazu führen würde, dass im Falle einer Veräußerung die Hypothek des Verkäufers die erste Rangstelle erhalte.

Allgemeine Billigkeitgesichtspunkte rechtfertigten es überdies nicht, von dem durch die Parteivereinbarungen gesetzten Regelungsrahmen abzuweichen. Die Rechtsprechung, die der BGH zum **Sicherheitentausch bei Realkredit** entwickelt hat, sei auf die vorliegende Konstellation **nicht übertragbar**. In diesem Zusammenhang sei zwar anerkannt, dass ein Darlehensnehmer, der gegen die realkreditgebende Bank einen Anspruch auf Einwilligung in eine vorzeitige Darlehensablösung gegen angemessene Vorfälligkeitsentschädigung habe, bei einer Veräußerung des belasteten Grundstücks anstelle der Ablösung des Darlehens die Zustimmung zu einem bloßen Austausch der vereinbarten Sicherheiten verlangen könne, wenn eine von dem Darlehensnehmer als Ersatz angebotene Grundschuld das Risiko der realkreditgebenden Bank ebenso gut abdecke wie die der Bank vereinbarungsgemäß eingeräumte Grundschuld, der Darlehensnehmer bereit und in der Lage sei, alle mit dem Sicherungsaustausch verbundenen Kosten zu tragen, und die Bank nicht befürchten müsse, etwa bei der Verwaltung oder der Verwertung der Ersatzsicherheit, irgendwelche Nachteile zu erleiden (vgl. BGH DNotZ 2004, 776). Die vorliegende Situation, in der die sich Sicherungsvereinbarung ausschließlich auf ein einziges, ganz bestimmtes Sicherungsmittel bezogen habe, lasse sich hiermit aber nicht vergleichen, da anders als im Fall des Realkreditvertrages die Möglichkeit des **Austausches der Sicherheit gerade nicht im Vertragsverhältnis angelegt** sei.

Dass im konkreten Fall zudem die **Gleichwertigkeit** der angebotenen Austauschsicherheit zweifelhaft erschien,

weil es sich anders als bei der bestehenden Hypothek nicht um eine dingliche Sicherheit handelte, merkt der BGH mangels Entscheidungserheblichkeit nur am Rande an.

BGB §§ 183, 878; ErbbauRG §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1

Unwiderruflichkeit der Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechts

Ist als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf, wird die erteilte Zustimmung unwiderruflich, sobald die schuldrechtliche Vereinbarung über die Veräußerung wirksam geworden ist.

BGH, Beschl. v. 29.6.2017 – V ZB 144/16

Problem

Die Entscheidung beschäftigt sich mit der Frage, bis zu welchem Zeitpunkt eine erteilte Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechts (§ 5 Abs. 1 ErbbauRG) widerrufen werden kann.

Im entschiedenen Fall war zur Veräußerung des Erbbaurechts die Zustimmung des Grundstückseigentümers erforderlich. Nach notarieller Beurkundung des Veräußerungsvertrages wurde die Zustimmung zunächst erteilt, sodann jedoch widerrufen. Erst hiernach bewilligte der Notar auf Grundlage der ihm erteilten Vollmacht den Übergang des Erbbaurechts und stellte den entsprechenden Eintragungsantrag. Das Grundbuchamt beanstandete mit Zwischenverfügung das Fehlen der Eigentümerzustimmung.

Entscheidung

Der BGH hob die Zwischenverfügung auf und wies das Grundbuchamt an, den Vollzug des Eintragungsantrags nicht aus den in der Zwischenverfügung angegebenen Gründen zu verweigern.

Zunächst bestätigte der BGH, dass die Eintragung des Übergangs des Erbbaurechts gemäß § 15 ErbbauRG den **Nachweis** der nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG erforderlichen **Zustimmung** in der Form des § 29 GBO voraussetzt und das **Grundbuchamt** diese Voraussetzung von Amts wegen zu prüfen hat.

Die Zustimmung zur Veräußerung stelle eine empfangsbedürftige Willenserklärung dar, deren Voraussetzungen und Wirksamkeit nach den §§ 182 ff. BGB zu beurteilen seien.

Die Einwilligung zum **schuldrechtlichen Vertrag**, mit dem sich der Inhaber des Erbbaurechts zu dessen Übertragung verpflichte, sei daher bis zum Vertragsschluss unwiderruflich, die hiernach erteilte Genehmigung im Hinblick auf das Verpflichtungsgeschäft unwiderruflich.

Umstritten ist jedoch, bis zu welchem Zeitpunkt die Zustimmung zum dinglichen Rechtsgeschäft widerrufen werden kann. Insoweit hat der BGH nun entschieden, dass die erteilte **Zustimmung unwiderruflich** ist, sobald

die **schuldrechtliche Vereinbarung** über die **Veräußerung wirksam** geworden ist.

Die Widerruflichkeit bestehe nach § 183 S. 1. HS. 2 BGB nur, soweit sich aus dem Rechtsverhältnis, das der Erteilung zugrunde liegt, nicht etwas Anderes ergibt. Dies sei bei dem Rechtsverhältnis zwischen Erbbauberechtigten und Grundstückseigentümer der Fall. Entstehungsgeschichte, Systematik sowie Sinn und Zweck der das Rechtsverhältnis von Erbbauberechtigtem und Grundstückseigentümer in Bezug auf das als Inhalt des Erbbaurechts vereinbarte Zustimmungserfordernis regelnden §§ 5, 6 ErbbauRG sprächen dafür, dass die **Zustimmung** zur Veräußerung oder Belastung des Erbbaurechts **nur einheitlich erteilt und nicht mehr widerrufen** werden könne, nachdem das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft wirksam geworden ist. Der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, dass die Zustimmung nur einheitlich erteilt oder verweigert werden könne. Auch § 6 Abs. 1 ErbbauRG spreche dafür, dass das Gesetz auf einen **Gleichlauf des rechtlichen Schicksals** von schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft abziele. Ansonsten wäre der Veräußerer schuldrechtlich verpflichtet, könnte den Vertrag jedoch nicht erfüllen. Auch liefe der Erwerber sonst Gefahr, dass der Kaufpreis zu einem Zeitpunkt fällig werde, zu dem nicht sichergestellt sei, dass alle Voraussetzungen für die Vertragsdurchführung gegeben seien. Der Grundstückseigentümer habe es in der Hand, vor Erteilung der Zustimmung zu prüfen, ob berechtigte Gründe für deren Verweigerung vorlägen.

Schließlich spricht für den BGH auch der **Gleichlauf** mit dem **Wohnungseigentumsrecht** für das gefundene Ergebnis. Hier nimmt die überwiegende Ansicht an, dass die nach § 12 Abs. 1 WEG erforderliche Zustimmung zur Auflassung nicht mehr widerrufen werden kann, sobald die Zustimmung zum schuldrechtlichen Kausalgeschäft wirksam geworden ist.

Postvertriebsstück: B 08129

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

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notarassessor Dr. Johannes Weber

Redaktion: Notarassessorin Karin Raude

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

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

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

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

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

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg