

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 181 Var. 1; AktG § 112 – Selbstbestellung des AG-Vorstands zum Geschäftsführer der Tochter-GmbH; Befreiung des einzigen Vorstands vom Verbot des Selbstkontrahierens durch den Aufsichtsrat; Entscheidung des BGH v. 17.1.2023 – II ZB 6/22

ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5 – Zwangsvollstreckungsunterwerfung durch Nießbraucher oder Wohnungsinhaber bzgl. Räumungspflicht nach Beendigung des Rechts; Auswirkung eines zusätzlichen Mietverhältnisses

Rechtsprechung

EuErbVO Art. 68 – Vollzug eines Europäischen Nachlasszeugnisses im litauischen Handelsregister, wenn das Europäische Nachlasszeugnis keinerlei Angaben zum betroffenen Nachlassgrundstück enthält

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 181 Var. 1; AktG § 112

Selbstbestellung des AG-Vorstands zum Geschäftsführer der Tochter-GmbH; Befreiung des einzigen Vorstands vom Verbot des Selbstkontrahierens durch den Aufsichtsrat; Entscheidung des BGH v. 17.1.2023 – II ZB 6/22

I. Sachverhalt

Eine Aktiengesellschaft hat nur ein Vorstandsmitglied, Herrn B. Die AG will eine hundertprozentige Tochter-GmbH gründen. Deren alleiniger und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Geschäftsführer soll B werden. Der Aufsichtsrat der AG „bevollmächtigt“ B, die GmbH zu gründen und sich dort selbst zum Geschäftsführer zu bestellen. Das Handelsregister hält

die Bestellung des Geschäftsführers unter Berufung auf den Beschluss des BGH v. 17.1.2023 (Az.: II ZB 6/22) für unwirksam.

II. Frage

Hat das Registergericht Recht?

III. Zur Rechtslage

1. Skizze der Entscheidung des BGH v. 17.1.2023 – II ZB 6/22

Mit Beschluss v. 17.1.2023 (Az.: II ZB 6/22, DNotZ 2023, 376; alleinstehende Rn.-Angaben im Folgenden beziehen sich stets auf diese Entscheidung) hat der BGH entschieden, dass auf die „Selbstbestellung“ des AG-Vorstands zum Geschäftsführer der Tochter-GmbH der § 112 AktG **nicht anzuwenden** sei; er hat damit die h. M. bestätigt, die in der „Selbstbestellung“ keine Vertretung der AG gegenüber dem zu bestellenden Vorstandsmitglied verwirklicht sieht, sondern lediglich ein Geschäft in der Sphäre der Tochter-GmbH (Rn. 47, 46: „Organakt der Untergesellschaft“; so bereits die Vorins-

tanz OLG Frankfurt DNotZ 2022, 304 m. krit. Anm. Blath).

Da der BGH im Selbstbestellungsakt dennoch einen Interessenkonflikt erkennt (vgl. Rn. 22, 24, 25), ist er auf **§ 181 BGB als Interessenkollisionsnorm** ausgewichen. Die Vertretungsmacht des Vorstandsmitglieds sei „bei der Beschlussfassung über seine Bestellung als Geschäftsführer der Tochtergesellschaft nach § 181 Fall 1 BGB beschränkt“. Genau betrachtet hat der BGH den Bestellungsbeschluss im Innenverhältnis und die Bestellungserklärung im Außenverhältnis zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft zusammengefasst (vgl. Rn. 20 f.), die Beschränkung des § 181 Var. 1 BGB aber bereits auf die Stimmabgabe angewandt.

Die Frage, ob der Abstimmende zusätzlich einem **Stimmverbot gem. § 47 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GmbHG** unterliegt, meinte der BGH offenlassen zu können (Rn. 51). Interessanterweise trifft der BGH in diesem Zusammenhang eine deutliche Aussage zum fehlerhaft gefassten Einpersonen-Beschluss (Rn. 52): **Die fehlerhafte Berücksichtigung einer wegen § 47 Abs. 4 GmbHG nichtigen Stimme führe bei Feststellung des Beschlussergebnisses lediglich zur Anfechtbarkeit** (also anders gesagt zur vorläufigen Wirksamkeit des Beschlusses). Die notarielle Beurkundung des Beschlusses stehe der Beschlussfeststellung in diesem Sinne gleich und auch auf die völlige „Stimmlosigkeit“ des Beschlusses komme es nicht an. In der Praxis wird sich künftig insbesondere die Frage nach dem Umgang mit nichtbeurkundeten Beschlüssen stellen: Notar und Registergericht werden sorgsam zu überprüfen haben, ob bei einem solchen Beschluss eine Bestellungsfeststellung durch einen Versammlungsleiter bzw. im Umlaufverfahren durch den Initiator desselben erkennbar ist.

Im entschiedenen Sachverhalt war die Folge der Anwendung des § 181 BGB die schwebende Unwirksamkeit der Geschäftsführerbestellung (Rn. 33). Zuständig für die **Genehmigung** soll laut BGH nicht der Aufsichtsrat, sondern jedes vertretungsberechtigte und nicht durch § 181 BGB beschränkte **Vorstandsmitglied** sein (Rn. 34). Ob der Aufsichtsrat die Genehmigung zumindest subsidiär erklären kann oder die Bestellung eines stellvertretenden Vorstandsmitglieds gem. § 105 Abs. 2 AktG in Betracht kommt, lässt der BGH offen (Rn. 42; s. auch Meyer/Trapp, DB 2023, 1081, 1082). **Implizit scheint der BGH jedoch einen weiteren interessanten Punkt zu klären; er verlangt nämlich für die Genehmigung eines Selbstkontrahierens keine eigene Befreiung der genehmigenden Person** (s. Backhaus, jurisPR-HaGesR 5/2023 Anm. 1, lit. D).

2. Zuständigkeit für die vorgängige Befreiung

Offengelassen hat der BGH wiederum die Frage, **wer** eine **vorgängige Befreiung** von den Beschränkungen des § 181 BGB aussprechen kann (Rn. 34 a. E.; s. auch Wicke, GmbHR 2023, 477 Rn. 7). Wir gehen davon aus, dass das Registergericht darin das Problem der „Vollmacht“ zur (Gründung und) Selbstbestellung sieht. Ob die Vollmacht eine Befreiung – für den Einzelfall – enthält, ist bei fehlender ausdrücklicher Erwähnung durch Auslegung zu ermitteln. Der **Vollmacht** zur „Selbstbestellung“ sollte sich per Auslegung aber un schwer eine **implizite Befreiung** entnehmen lassen. Neben der Frage nach der grundsätzlichen Zuständigkeit ist damit die Frage betroffen, ob eine Befreiung auch ohne Satzungsgrundlage ausgesprochen werden kann.

Nach herkömmlicher Ansicht zu § 181 Var. 2 BGB (**Mehrfachvertretungsverbot**) wäre für eine Befreiung der **Aufsichtsrat** zuständig, wobei dieser für eine Gestattung **im Einzelfall evtl. keiner Satzungsermächtigung** bedarf (speziell zu Letzterem Koch, AktG, 17. Aufl. 2023, § 78 Rn. 7; Grigoleit, in: Grigoleit, AktG, 2. Aufl. 2020, § 78 Rn. 8; MünchKommAktG/Spindler, 6. Aufl. 2023, § 78 Rn. 131; bei einer generellen Gestattung wird man hingegen auf eine Satzungsgrundlage nicht verzichten können, vgl. BeckOGK-AktG/Fleischer, Std.: 1.7.2023, § 78 Rn. 12). Anders als nach GmbH-Recht kann nach Aktienrecht nicht die Gesellschafterversammlung bzw. Hauptversammlung zuständig sein (s. nur BeckOGK-AktG/Fleischer, § 78 Rn. 12; Blath, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 9, 6. Aufl. 2021, § 9 Rn. 81). Dies dürfte bereits deshalb einleuchten, weil die Hauptversammlung der AG für die Bestellung des Vorstands nicht zuständig ist.

Unseres Erachtens ist die Zuständigkeit des Aufsichtsrats **gleichermaßen dann** plausibel, **wenn es um eine Befreiung von § 181 Var. 1 BGB geht** (ebenso Wicke, GmbHR 2023, 477 Rn. 7; wohl auch Backhaus, jurisPR-HaGesR 5/2023 Anm. 1, lit. D; Wagner/Bärnreuther, NotBZ 2023, 241, 242 f.) und diese nicht bereits als Direktbefreiung in der Satzung enthalten ist (Letzteres wird derzeit praktisch nicht vorkommen). Die primäre Zuständigkeit eines weiteren Vorstands für die **Genehmigung** steht auf einem anderen Blatt (nicht unterscheidend offenbar Hippeli, jurisPR-Compl 2/2023 Anm. 2, lit. D). Die Genehmigung bezieht sich auf das schwebend unwirksame Rechtsgeschäft und nicht auf die Vertretungsbefugnis des Vorstands. Sie hilft nicht dem Vertretungsmangel in der Person des Vorstandsmitglieds ab, sondern verhilft dem in mangelhafter Vertretung abgeschlossenen Rechtsgeschäft zur Wirkung. Das erfordert eine „gewöhnliche“ Erklärung der AG im

Außenverhältnis und damit grds. ein Handeln des Vorstands. (Interessant wäre insoweit eine Äußerung des BGH zu § 177 BGB gewesen, der eine Erklärung sowohl gegenüber dem Vertreter als auch gegenüber dem Vertragspartner erlaubt. Fraglich wäre nämlich, ob auch die Genehmigung gegenüber dem Vorstand von einem Vorstandsmitglied erklärt werden könnte oder nicht etwa – wegen § 112 AktG – vom Aufsichtsrat erklärt werden müsste. Diese Frage spielt vorliegend aber keine Rolle.) Bei einer vorgängigen Befreiung verhält sich die Sache anders: Die Befreiung betrifft den Status des Vertreters, nämlich seine Befugnis zum Selbstkontrahieren. Es lässt sich dogmatisch nur schwer begründen, dass für eine solche Erklärung der (personenverschiedene) Vorstand zuständig sein könnte; ein Unterschied zur Befreiung von der Beschränkung des § 181 Var. 2 BGB ist nicht einsichtig (anders grds. Bulgrin/Wolf, NJW 2023, 1325 Rn. 17; Meyer/Trapp, DB 2023, 1081, 1082; schon vor der BGH-Entscheidung in diesem Sinne grds. Hopt/Roth in: GroßkommAktG, 5. Aufl. 2018, § 112 Rn. 73). Vielmehr dürfte **wegen der Vertretung der AG gegenüber dem Vorstandsmitglied § 112 AktG** einschlägig sein. Eine gegenteilige Aussage findet sich auch in der BGH-Entscheidung nicht; der BGH hält die Frage nach der Befreiungszuständigkeit ausdrücklich für eine von der Genehmigungszuständigkeit „zu unterscheidende Frage“ (Rn. 34 a. E.).

Wenn sich das Registergericht von der Zuständigkeit des Aufsichtsrats im Ausgangspunkt nicht überzeugen lässt, müsste es zumindest den Fall des **einzig** vorhandenen Vorstands gesondert würdigen. Vor dem Hintergrund der Aussage des BGH zur Genehmigung erscheint **zumindest eine subsidiäre Zuständigkeit des Aufsichtsrats** plausibel (so auch Hopt/Roth, § 112 Rn. 73; wohl ebenso Meyer/Trapp, DB 2023, 1081, 1082).

3. Stimmverbot gem. § 47 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GmbHG

Die Frage nach einem Stimmverbot gem. § 47 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GmbHG hat der BGH in seiner Entscheidung offengelassen (s. Ziff. 1). Selbst wenn man ein Stimmverbot für die reine Selbstbestellung ablehnt, könnte es für den Fall der gleichzeitigen „Selbstbefreiung“ zu bejahen sein. Umfasst diese die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens (§ 181 Var. 1 BGB), so ist der Geschäftsführer ohne Weiteres imstande, Geschäfte mit der GmbH abzuschließen – Geschäfte also, über deren Zulässigkeit er gem. § 47 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GmbHG als Stimmrechtsvertreter bei einem Gesellschafterbeschluss (im Innenverhältnis) nicht entscheiden dürfte (vgl. MünchKommGmbHG/Drescher, 4. Aufl. 2023, § 47 Rn. 184; Lohr, NZG 2002, 551, 558). Weil der BGH aber die Beschlussfeststellung für maßgeblich hält, wäre der Verstoß gegen das Stimmverbot im Ergebnis irrelevant.

4. Fazit

Unseres Erachtens sollte jedenfalls bei Fehlen weiterer Vorstandsmitglieder der Aufsichtsrat eine Befreiung von § 181 Var. 1 BGB aussprechen können. Die „Bevollmächtigung“ des B seitens des Aufsichtsrats, die Gründung und Bestellung seiner Person zum Geschäftsführer bei der neu zu gründenden GmbH vorzunehmen, dürfte eine solche Befreiung enthalten. Folgt man einer verbreiteten Ansicht, wäre dafür im Einzelfall keine Satzungsermächtigung erforderlich. Ein Stimmverbot gem. § 47 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GmbHG wäre von vornherein ausgeschlossen. Das Registergericht hätte demnach keinen Grund, die Bestellung für unwirksam zu halten.

Am Ende bleibt festzustellen, dass die Entscheidung des BGH vom 17.1.2023 etliche Folgefragen aufgeworfen hat, die einer abschließenden Klärung erst bedürfen. Die vorgelegte Frage gehört dazu. Um etwaigen Unsicherheiten zu begegnen, kann die AG zumindest für eine **ausdrückliche Befreiungsermächtigung** auch hinsichtlich des Selbstkontrahierens – § 181 Var. 1 BGB – sorgen (weitergehende Überlegungen bei Wagner/Bärnreuther, NotBZ 2023, 241). Dadurch lässt sich wenigstens der Vorwurf entkräften, die Befreiung entbehre der statutarischen Grundlage.

ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5

Zwangsvollstreckungsunterwerfung durch Nießbraucher oder Wohnungsinhaber bzgl. Räumungspflicht nach Beendigung des Rechts; Auswirkung eines zusätzlichen Mietverhältnisses

I. Sachverhalt

Im Rahmen eines Kaufvertrags behält sich der Verkäufer auf die Dauer von 15 Jahren ein zeitlich befristetes Nießbrauchsrecht oder ein Wohnungsrecht vor. Ein (zusätzlicher) Mietvertrag wird nicht abgeschlossen.

II. Fragen

1. Ist eine Unterwerfung bzgl. der Räumung durch den Nießbraucher oder Wohnungsinhaber nach Ablauf der Frist zulässig?
2. Verhält es sich anders, wenn (zusätzlich) ein Mietvertrag abgeschlossen wird?

III. Zur Rechtslage

1. Unterwerfung bzgl. Räumungspflicht durch Nießbraucher/Wohnungsinhaber

a) Von § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO erfasste Ansprüche

Gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO findet die Zwangsvollstreckung statt aus Urkunden, die von einem deutschen

Gericht oder von einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind, sofern die Urkunde über einen Anspruch errichtet ist, der einer vergleichweisen Regelung zugänglich, nicht auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtet ist und nicht den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betrifft, und der Schuldner sich in der Urkunde wegen des zu bezeichnenden Anspruchs der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

Grundsätzlich sind alle Ansprüche geeignet, Gegenstand einer vollstreckbaren Urkunde zu sein, die auch Gegenstand einer Leistungsklage und eines Leistungsurteils sein können, seien sie auf Handeln, Dulden oder Unterlassen gerichtet (MünchKommZPO/Wolfsteiner, 6. Aufl. 2020, § 794 Rn. 239; vgl. auch BT-Drucks. 13/341, S. 20 f.).

Die **Ausnahme** betreffend „den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum“ bezieht sich neben dem **Räumungs- und Herausgabeanspruch** des Vermieters auch auf die Ansprüche auf Fortsetzung des Mietverhältnisses nach den §§ 556a bis 556c BGB, nicht jedoch auf den Anspruch auf Zahlung des Mietzinses (BT-Drucks. 13/341, S. 21; BeckOK-ZPO/Hoffmann, Std.: 1.9.2023, § 794 Rn. 52; MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 794 Rn. 251; Saenger/Kindl, ZPO, 10. Aufl. 2023, § 794 Rn. 31; Münzberg, in: Stein/Jonas, ZPO, Bd. 7, 22. Aufl. 2002, § 794 Rn. 108; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 4. Aufl. 2019, § 23 Rn. 23.4, 23.6; Gutachten DNotI-Report 2008, 33; vgl. auch BGH NJW 2018, 551 Rn. 17).

Der „Bestand“ des Mietverhältnisses ist also im Sinne des Fortbestehens des Mietbesitzes zu verstehen (Wolfsteiner, § 23 Rn. 23.4). Die Vollstreckbarkeit ist dabei nicht nur für den Anspruch gem. § 546 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, sondern betrifft insbesondere auch den Anspruch des Vermieters aus § 985 BGB (Wolfsteiner, § 23 Rn. 23.4; Münzberg, § 794 Rn. 108).

Der Unterwerfungsausschluss greift in allen Fällen, in denen die vollstreckbare Urkunde vor oder bei Abschluss des Mietvertrages oder während dessen Laufzeit errichtet werden soll. Dies gilt selbst dann, wenn die Parteien darüber einig sind, dass das Mietverhältnis zu einem bestimmten Zeitpunkt enden soll (Wolfsteiner, § 23 Rn. 23.16).

b) Maßgeblichkeit des Besitzgrundes

Die **Einschränkung des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO** wird – soweit ersichtlich – einhellig dahingehend verstanden, dass – anders als bei §§ 721, 794a ZPO – **nicht**

jeder Wohnraum geschützt ist, sondern nur dann, wenn der **Besitz** der Wohnräume **auf** einem bestehenden oder vermeintlichen **Mietverhältnis beruht**, sodass der (wirksame oder vermeintliche) **Rechtsgrund des Besitzes entscheidend** ist (Münzberg, § 794 Rn. 108; Zöller/Geimer, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 794 Rn. 26; Wolfsteiner, § 23 Rn. 23.13; Lackmann, in: Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl. 2023, § 794 Rn. 32; BeckOK-ZPO/Hoffmann, § 794 Rn. 52; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Kap. 13 Rn. 2888).

Maßgeblich ist also, ob der Titelschuldner den Besitz *als Mieter* innehat (MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 794 Rn. 253). Sofern dies nicht der Fall ist, kann sich der Besitzer hinsichtlich des gegen ihn gerichteten Räumungsanspruchs der Zwangsvollstreckung unterwerfen (Lackmann, § 794 Rn. 32).

So wird es etwa auch für zulässig gehalten, dass sich in einem Immobilienkaufvertrag der Verkäufer bzgl. seiner Verpflichtung zur Räumung einer selbstgenutzten Wohnung der Zwangsvollstreckung unterwirft, wenn er vorübergehend – ggf. gegen eine (kaufvertragliche) Nutzungsentschädigung – trotz Übergang des mittelbaren Besitzes nach Kaufpreiszahlung in dem verkauften Objekt verbleiben darf (Krauß, Kap. 13 Rn. 2881; Saenger/Kindl, § 794 Rn. 31; MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 794 Rn. 253; Schmitz, RNotZ 2001, 365, 370).

c) Ergebnis

Im Ergebnis ist eine Unterwerfung bzgl. der Räumung durch den Nießbraucher oder Wohnungsrechtsinhaber zulässig, da dessen Besitzrecht nicht auf einem Mietverhältnis beruht, sondern auf dem Nießbrauch (§ 1036 Abs. 1 BGB) bzw. dem Wohnungsrecht (§ 1093 Abs. 1 S. 2 i. V. m. § 1036 Abs. 1 BGB).

2. Vollstreckungsunterwerfung bei zusätzlichem Mietvertrag

Fraglich ist, ob dies auch dann gilt, wenn zwischen Käufer (als Vermieter) und Verkäufer (als Mieter) neben der Einräumung eines Wohnungsrechts (vgl. Buchst. a) bzw. eines Nießbrauchs (vgl. Buchst. b) ein Mietvertrag für dieselbe Dauer abgeschlossen wird.

In diesem Fall würde das Besitzrecht nämlich auch auf dem Mietvertrag beruhen, wenn auch – auf den ersten Blick – nicht ausschließlich.

a) Wohnungsrecht

Gem. § 1093 Abs. 1 S. 2 BGB findet § 1036 BGB auf das Wohnungsrecht entsprechende Anwendung. Gem. § 1036 Abs. 1 BGB ist der Nießbraucher (bzw. Wohnungsrechtsinhaber) zum Besitz der Sache berechtigt. Trotz des Besitzrechts des Wohnungsberechtigten ist es

zulässig, hinsichtlich desselben Objekts und für denselben Berechtigten sowohl ein dingliches Wohnungsrecht als auch einen Mietvertrag zu begründen (BGH NJW 1963, 2319; NJW 1974, 702; MittBayNot 2019, 257 Rn. 9 f.; BeckOGK-BGB/Kazele, Std.: 1.8.2023, § 1093 Rn. 25).

Insoweit können zunächst **zwei Nutzungsrechte** (ein schuldrechtliches und ein dingliches) gleichen oder ähnlichen Inhalts **nebeneinander** entstehen (BGH MittBayNot 2019, 257 Rn. 9). In diesem Fall besteht der Zweck des Vertrags über die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit – wie im gesetzlichen Regelfall – darin, dem Berechtigten das Nutzungsrecht aus dem dinglichen Recht zu verschaffen (vgl. BGH NZM 2014, 790 Rn. 12).

Dieses **Nebeneinanderstehen** eines schuldrechtlichen und eines dinglichen Nutzungsrechts ist aber ein **Ausnahmefall** und bedarf daher einer **zweifelsfreien, in der Regel ausdrücklichen Abrede** (BGH MittBayNot 2019, 257 Rn. 10; NZM 2014, 790 Rn. 10).

Die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit **kann aber auch – und davon ist im Regelfall auszugehen – lediglich als eine dingliche Sicherheit für das durch den Mietvertrag** begründete schuldrechtliche Nutzungsrecht vereinbart werden, sog. **Sicherungsdienstbarkeit** (BGH MittBayNot 2019, 257 Rn. 9; NZM 2014, 790 Rn. 11). In diesem Fall dient die Dienstbarkeit dem Mieter als Schutz vor Nachteilen, die für den Fall drohen, wenn das schuldrechtliche Vertragsverhältnis auf der Vermieterseite aufgrund eines Erwerbs des Grundstücks im Zwangsversteigerungs- oder Insolvenzverfahren auf einen Dritten übergeht und dieser von seinem Sonderkündigungsrecht nach § 57a ZVG bzw. § 111 InsO Gebrauch macht (BGH NJW-RR 2011, 882 Rn. 19; NZM 2014, 790 Rn. 11).

Wann und in welchem Umfang der Nutzungsberechtigte in diesem Fall auf das ihm eingeräumte dingliche Nutzungsrecht zurückgreifen kann, ergibt sich aus der Sicherungsabrede, die zugleich der Rechtsgrund für die Bestellung der Dienstbarkeit ist (BGH MittBayNot 2019, 257 Rn. 9; NZM 2014, 790 Rn. 11). Der **Rechtsinhaber** ist aufgrund der Sicherungsabrede grundsätzlich **erst nach dem Eintritt des vorbezeichneten Sicherungsfalls zur Ausübung der Dienstbarkeit berechtigt**, während sich **zuvor** die **Nutzung** des Grundstücks **ausschließlich nach Maßgabe des Mietvertrags richtet** (BGH NJW-RR 2011, 882 Rn. 19; NZM 2014, 790 Rn. 11). D. h. die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Parteien ergeben sich grundsätzlich nur aus dem schuldrechtlichen Nutzungsverhältnis

(Mietvertrag), während das dingliche Recht im Verhältnis der Vertragsparteien untereinander regelmäßig nicht ausgeübt wird (BGH NZM 2014, 790 Rn. 11; MittBayNot 2019, 257 Rn. 9).

Da sich also im Fall einer **Sicherungsdienstbarkeit** das Besitzrecht bis zum Eintritt des Sicherungsfalls nur aus dem Mietvertrag ableitet, spricht dies u. E. dafür, in diesem Fall von einer Unzulässigkeit der Vollstreckungsunterwerfung auszugehen.

Aber auch in dem Fall, in dem das Wohnungsrecht und das Mietverhältnis nebeneinander bestehen, der Berechtigte sein Besitzrecht also aufgrund *beider* Rechtsverhältnisse ausübt, gehen wir davon aus, dass eine Vollstreckungsunterwerfung unzulässig sein dürfte. Denn auch dann betrifft die Vollstreckungsunterwerfung den „Bestand“ des Mietverhältnisses, wenn auch nicht allein (so möglicherweise Zöller/Geimer, § 794 Rn. 26). Der Gesetzgeber wollte mit der Einschränkung der Vollstreckbarkeit den Besonderheiten mietvertraglicher Räumungsansprüche bei Wohnraum Rechnung tragen (BT-Drucks. 13/341, S. 21). Dieser Zweck ist auch dann einschlägig, wenn das Besitzrecht nicht ausschließlich auf dem Mietverhältnis beruht.

Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass zu dieser Frage keine Stellungnahmen in Rechtsprechung oder Literatur ersichtlich sind, sodass die Rechtslage gegenwärtig nicht gesichert ist.

b) Nießbrauch

Gem. § 1036 Abs. 1 BGB ist der Nießbraucher zum Besitz der Sache berechtigt. Das Besitzrecht des Nießbrauchers kann nach einhelliger Ansicht nicht vollständig mit dinglicher Wirkung abbedungen werden, da das Besitzrecht zum Wesensgehalt des Nießbrauchs gehört (vgl. nur OLG Hamm BeckRS 1982, 31381230; MünchKommBGB/Pohlmann, 9. Aufl. 2023, § 1036 Rn. 8; BeckOGK-BGB/Servatius, § 1036 Rn. 8; Staudinger/Heinze, BGB, 2021, § 1036 Rn. 12). Zwar genügt es, wenn der Nießbraucher nur mittelbaren Besitz erhält; erforderlich ist jedoch, dass die Sache von einem Dritten für Rechnung des Nießbrauchers genutzt wird (BeckOGK-BGB/Servatius, § 1036 Rn. 15). Ferner steht dem Nießbraucher aufgrund des Rechts, die Nutzungen an dem Grundstück zu ziehen, das Recht zur Vermietung zu, s. auch § 1056 BGB (vgl. BGH NJW 1990, 443; BeckOK-BGB/Reischl, Std.: 1.8.2023, § 1030 Rn. 28).

Wie beim Wohnungsrecht ist jedoch anerkannt, dass der Nießbrauch auch als dingliche Sicherheit eines schuldrechtlichen Nutzungsrechts (insbesondere aufgrund eines Mietverhältnisses) eingesetzt werden kann, sog.

Sicherungsnießbrauch (BFH MittBayNot 1998, 379, 380; OLG Schleswig BeckRS 2016, 114219 Rn. 40 ff.; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1030 Rn. 138; BeckOK-BGB/Reischl, § 1030 Rn. 44; Staudinger/Heinze, § 1030 Rn. 65 f.; Schön, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, S. 373).

Auch der Sicherungsnießbrauch dient dem Mieter als Schutz vor Nachteilen, die für den Fall drohen, wenn das schuldrechtliche Vertragsverhältnis auf der Vermieterseite aufgrund eines Erwerbs des Grundstücks im Zwangsversteigerungs- oder Insolvenzverfahren auf einen Dritten übergeht und dieser von seinem Sonderkündigungsrecht nach § 57a ZVG bzw. § 111 InsO Gebrauch macht (Schön, S. 374; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1030 Rn. 138).

Ob sich beim Sicherungsnießbrauch wie bei der Sicherungsdienstbarkeit die Nutzung des Grundstücks bis zum Eintritt des Sicherungsfalles ebenfalls allein nach dem schuldrechtlichen Rechtsgeschäft (Mietverhältnis) richtet, wird in der Literatur (soweit ersichtlich) nicht diskutiert (nicht eindeutig insoweit Staudinger/Heinze, § 1030 Rn. 66).

Hierfür spricht jedoch folgende Überlegung: Wie bereits erwähnt steht grundsätzlich dem Nießbraucher das Recht zum Besitz und zur Vermietung des Grundstücks zu. Indem der Nießbraucher dem Eigentümer trotzdem gestattet, das Grundstück an ihn (den Nießbraucher) zu vermieten, überlässt der Nießbraucher dem Eigentümer (zumindest insoweit) die Ausübung des Nießbrauchs gem. § 1059 S. 2 BGB (so wohl BFH MittBayNot 1998, 379, 380). Eine Überlassung der Nießbrauchsausübung gem. § 1059 S. 2 BGB ist nämlich auch zugunsten des Eigentümers des Grundstücks möglich (vgl. hierzu BGH NJW 1971, 422; BeckOGK-BGB/Servatius, § 1059 Rn. 20; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1059 Rn. 10).

Die Ausübungsüberlassung ist eine rein schuldrechtliche Vereinbarung (BeckOK-BGB/Reischl, § 1059 Rn. 6; BeckOGK-BGB/Servatius, § 1059 Rn. 14). Aufgrund des schuldrechtlichen Charakters der Ausübungsermächtigung steht dem Ausübungsberechtigten ein rein schuldrechtlicher Anspruch auf Duldung der Ausübung gegen den Nießbraucher zu, kein dingliches Recht (BGH NJW 1971, 422; BeckOK-BGB/Reischl, § 1059 Rn. 9; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1059 Rn. 15). Inhaltlich verpflichtet die Ausübungsüberlassung den Nießbraucher, seinem Vertragspartner die Ausübung der aus dem Nießbrauch fließenden Befugnisse zu ermöglichen, soweit sie von der Vereinbarung erfasst sind (MünchKommBGB/Pohlmann, § 1059 Rn. 16; BeckOGK-BGB/Servatius, § 1059 Rn. 31).

Sofern also neben dem Nießbrauch ein Mietvertrag zwischen dem Eigentümer als Vermieter und dem Nießbrauchsberechtigten als Mieter abgeschlossen wird, begeben sich der Nießbraucher insoweit seinem Besitz- und Vermietungsrecht gem. §§ 1030 Abs. 1, 1036 Abs. 1 BGB, als er das Grundstück nicht unabhängig vom Mietverhältnis besitzen darf. In diesem Fall spricht daher u. E. viel dafür, dass der Besitz bis zum Eintritt des Sicherungsfalles letztlich doch auf dem Mietverhältnis beruht, sodass die Vollstreckbarkeit gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ausgeschlossen ist.

Aber auch wenn das Besitzrecht sowohl auf dem Nießbrauch als auch auf dem Mietverhältnis beruht, gehen wir – wie im Falle des Wohnungsrechts, vgl. Buchst. a – davon aus, dass eine Vollstreckungsunterwerfung unzulässig sein dürfte.

Wir weisen jedoch auch insoweit darauf hin, dass wir auch zu dieser Frage keine Stellungnahmen in Rechtsprechung oder Literatur finden konnten, sodass die Rechtslage nicht gesichert ist.

c) Auf Entgeltzahlung bedingte Ausübung einer Dienstbarkeit

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die Befugnis zur Ausübung einer Dienstbarkeit mit dinglicher Wirkung unter die Bedingung der Zahlung eines Entgelts gestellt werden kann (vgl. BGH MittBayNot 2022, 142). Im Gegensatz zu einem Mietvertrag begründet diese Ausübungsbeschränkung indes *keinen* einklagbaren Anspruch (§ 194 BGB) auf Zahlung des Entgelts.

Rechtsprechung

EuErbVO Art. 68

Vollzug eines Europäischen Nachlasszeugnisses im litauischen Handelsregister, wenn das Europäische Nachlasszeugnis keinerlei Angaben zum betroffenen Nachlassgrundstück enthält

Art. 1 Abs. 2 Buchst. 1, Art. 68 Buchst. 1 und Art. 69 Abs. 5 der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses sind dahin auszulegen, dass sie einer Regelung eines Mitgliedsstaats nicht entgegenstehen, die vorsieht, dass der Antrag auf Eintragung eines unbeweglichen Vermögensgegenstands in das Grundbuch dieses Mitgliedsstaats abgelehnt werden kann, wenn es

sich bei dem einzigen zur Stützung dieses Antrags vorgelegten Schriftstück um ein Europäisches Nachlasszeugnis handelt, das diesen unbeweglichen Vermögensgegenstand nicht identifiziert.

EuGH, Urt. v. 9.3.2023 – C-354/21

Problem

Die im litauischen Grundbuch eingetragene Eigentümerin eines in Litauen belegenen Grundstücks verstarb im Dezember 2015. Sie hatte damals ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Dem Alleinerben wurde durch das zuständige deutsche Nachlassgericht ein Europäisches Nachlasszeugnis (ENZ) erteilt, in dem angegeben war, dass die Erblasserin ihr Vermögen dem Erben als Alleinerben vererbt habe und dieser die Erbschaft vorbehaltlos angenommen habe.

Mit diesem ENZ beantragte der Alleinerbe beim staatlichen Registerzentrum in Litauen die Umschreibung im Grundbuch. Dieser Antrag wurde einen Tag später mit der Begründung abgelehnt, dass das ENZ nicht die durch das litauische Grundbuchgesetz vorgeschriebenen Angaben enthalte, die zur Identifizierung des unbeweglichen Vermögensgegenstands erforderlich seien. Daraufhin legte das Oberste Verwaltungsgericht Litauen dem EuGH die Frage vor, ob die Europäische Erbrechtsverordnung verlange, dass in Litauen der Erbe auch dann in das Grundbuch einzutragen sei, wenn die vom litauischen Grundbuchgesetz verlangten Angaben zu dem betroffenen Nachlassgrundstück nicht enthalten sind.

Entscheidung

Der EuGH setzt sich in seiner Entscheidung mit dem Widerspruch auseinander, der sich daraus ergibt, dass zum einen Art. 69 Abs. 5 EuErbVO bestimmt, dass in jedem Mitgliedsstaat ein in einem anderen Mitgliedsstaat ausgestelltes ENZ als hinreichender Titel zur Umschreibung des für die Eintragung des Nachlassvermögens zuständigen Registers darstellt, zum anderen aber das litauische Verfahrensrecht genauere Angaben zum betroffenen Nachlassgegenstand verlangt. Das Gericht kommt dabei zu dem Ergebnis, dass sich aus dem Vorbehalt in Art. 69 Abs. 5 EuErbVO zugunsten der Art der dinglichen Rechte und der Eintragung von Rechten am unbeweglichen Vermögensgegenstand in einem Register, die gem. Art. 1 Abs. 2 lit. k und lit. l EuErbVO ausdrücklich von dem Anwendungsbereich der EuErbVO ausgenommen sind, ergebe, dass die litauischen Behörden hier die Eintragung des Alleinerben in das litauische Grundbuch davon abhängig machen können, dass die vom litauischen Grundbuchrecht verlangten Angaben zur Identifizierung des Grundstücks im ENZ ausgewiesen sind.

Praxishinweis

Von besonderer Bedeutung für die deutsche notarielle Praxis sind u. E. die Hinweise in der Urteilsbegründung (dort insbesondere Rn. 46), die Behörde sei nach Art. 67 Abs. 1 EuErbVO verpflichtet, für die Ausstellung des ENZ das in Anhang 5 der Durchführungsverordnung vorgesehene Formblatt V zu verwenden. Der Inhalt des Zeugnisses könne, je nachdem zu welchem Zweck es ausgestellt werde, von Fall zu Fall unterschiedlich sein. Nr. 9 der Anlage IV zu Formblatt V in Anhang 5 zur Durchführungsverordnung wiederum sieht eine ausdrückliche Rubrik für die dem Erben zugewiesenen Vermögenswerte, für die die Bescheinigung beantragt wurde, vor. Auch wenn diese Frage nicht unmittelbar Gegenstand der Vorlage zum EuGH war, ergibt sich aus diesen Angaben in den Gründen zur Entscheidung u. E., dass der EuGH auf eine entsprechende Vorlage hin die Ansicht vertreten würde, dass ein Erbe, der in Deutschland ein ENZ beantragt, verlangen kann, dass das deutsche Nachlassgericht in der entsprechenden Rubrik für das Formular des ENZ die von ihm entsprechend beantragten Angaben zu in einem anderen Mitgliedsstaat belegenen Nachlassgegenständen aufnehmen muss. Die Rechtsprechung der deutschen Gerichte, wonach diese nicht verpflichtet, ja sogar nicht einmal befugt sind, entsprechende Angaben in das ENZ aufzunehmen, ist damit u. E. gegenstandslos.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

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

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

Hinweis:

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

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

Redaktion: Notarassessor Fabian Schwarz

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

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

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

Verlag:

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

Druck:

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