

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

24. Jahrgang
Dezember 2016
ISSN 1434-3460

24/2016

Mit Beilage BNotK-Intern

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 180, 892; WEG § 8 – Teilungserklärung durch vollmachtlosen Vertreter; Folgen fehlerhafter WEG-Bildung; gutgläubiger Zweiterwerb von Wohnungseigentum; Heilung GmbHG § 15; BGB §§ 310 Abs. 3 u. 4, 308 Nr. 1, 145 ff., 147 Abs. 2 – Langfristiges Angebot zu Verkauf und Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils; Verbrauchervertrag; Alleingesellschafter als Unternehmer oder Verbraucher; unzulässige Bindungsfrist

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

ZPO §§ 727 Abs. 1 u. 2, 750 Abs. 2, 794 Abs. 1 Nr. 5, 189 – Nach Umschreibung einer Vollstreckungsklausel wegen Verschmelzung genügt Zustellung einer Notarbescheinigung

Aktuelles

Vertragliche Pflegeverpflichtungen nach Inkrafttreten der Änderungen des Zweiten Pflegestärkungsgesetzes (PSG II) am 1.1.2017

Ergänzung zum Gutachten DNotI-Report 2016, 181

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 180, 892; WEG § 8 Teilungserklärung durch vollmachtlosen Vertreter; Folgen fehlerhafter WEG- Bildung; gutgläubiger Zweiterwerb von Wohnungseigentum; Heilung

I. Sachverhalt

Der Bauträger B-GmbH nahm im Jahre 2000 eine Aufteilung nach § 8 WEG vor. Die entsprechende Erklärung gab ein vollmachtloser Vertreter ab; der Geschäftsführer der GmbH genehmigte diese später. Sodann wurde die Urkunde beim Grundbuchamt eingereicht und die Aufteilung dort eingetragen. In der Folge wurden alle Einheiten verkauft und zum Teil von den Ersterwerbern wieder weiterverkauft.

II. Fragen

1. Existiert Rechtsprechung zur Anwendung des § 180 BGB auf die Teilungserklärung eines vollmachtlosen Vertreters?
2. Geht man von einer Nichtigkeit der Teilungserklärung aus, so hat der Grundbuchvollzug keine heilende Wirkung. Haben die Ersterwerber dann bei verständiger Auslegung eines normalen Bauträgervertrags (§§ 133, 157 BGB) wenigstens einen Miteigentumsanteil erworben (ohne Verbindung mit Sondereigentum)?

3. Falls die 2. Frage zu bejahen ist: Trifft es zu, dass es keinen gutgläubigen Erwerb von Wohnungseigentum gibt, sondern nur einen derivativen Erwerb des Miteigentumsanteils durch Zweitkäufer?

4. Wenn aufgrund der Kaufverträge eine Miteigentümergeinschaft entsteht, aber keine WEG-Gemeinschaft:

- a) Ist eine Heilung durch einseitige Erklärung der Bauträger-GmbH möglich?
- b) Erfordert eine Heilungsmaßnahme der Miteigentümer eine Beurkundung nach §§ 3, 4 WEG?

III. Zur Rechtslage

1. Teilungserklärung durch vollmachtlosen Vertreter

Gem. § 180 BGB ist Vertretung ohne Vertretungsmacht bei einem einseitigen Rechtsgeschäft unzulässig. Nimmt ein vollmachtloser Vertreter dennoch ein solches Rechtsgeschäft vor, so ist es **nichtig und nicht genehmigungsfähig**.

Dies gilt ausnahmslos für **nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen**. Bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen und geschäftsähnlichen Handlungen sind hingegen die §§ 177-179 BGB entsprechend anwendbar, wenn der Handelnde ausdrücklich oder stillschweigend behauptet, Vertretungsmacht zu haben, und der Empfänger die behauptete Vertretungsmacht nicht beanstandet oder mit dem Handeln ohne Vertretungsmacht einverstanden

ist (vgl. § 180 S. 2 BGB und Palandt/Ellenberger, BGB, 76. Aufl. 2017, § 180 Rn. 1).

Bei der Aufteilung eines Grundstücks in Wohnungseigentum gem. § 8 WEG handelt es sich um ein **einseitiges Rechtsgeschäft in Gestalt einer amtsempfangsbedürftigen Willenserklärung** des Grundstückseigentümers.

a) Behandlung in der Lit.

Die **überwiegende Ansicht** in der wohnungseigentumsrechtlichen Literatur geht davon aus, dass eine Vertretung ohne Vertretungsmacht bei der Teilungserklärung grundsätzlich gem. § 180 S. 1 BGB unzulässig, die Erklärung des *falsus procurator* mithin **nichtig und nicht genehmigungsfähig** ist (Bärmann/Armbrüster, WEG, 13. Aufl. 2015, § 8 Rn. 19; Jennißen/Krause, WEG, 4. Aufl. 2015, § 8 Rn. 6; BeckOK-BGB/Kral, Std.: 1.12.2016, § 8 Rn.18; BeckOK-BGB/Hügel, Std.: 1.11.2016, § 8 WEG Rn. 3). Amtsempfangsbedürftige Erklärungen seien nicht wie empfangsbedürftige Willenserklärungen zu behandeln (so Palandt/Ellenberger, § 180 Rn. 1; jurisPK-BGB/Gehrlein/Weinland, 7. Aufl. 2014, § 180 Rn. 3; Staudinger/Schilken, BGB, Neubearb. 2014, § 180 Rn. 11 – jew. m. w. N.). Die Ausnahmen aus § 180 S. 2 BGB ließen sich foglich auf eine solche Erklärung nicht anwenden.

Nach **anderer Ansicht** soll der Eigentümer die Teilung unter den Voraussetzungen der §§ 180 S. 2, 177 Abs. 1 BGB noch **nachträglich genehmigen** können, wenn der Erklärende zumindest stillschweigend behauptet hat, Vertretungsmacht zu haben, oder der Erklärungsempfänger mit der Vertretung ohne Vertretungsmacht einverstanden gewesen ist (BeckOGK-WEG/Schultzky, Std.: 1.11.2016, § 8 Rn. 13). Ob bereits die bloße Eintragung durch das Grundbuchamt als Einverständnis zu werten wäre, erschiene jedoch zweifelhaft. Das Einverständnis müsste zumindest ausdrücklich oder konkludent erklärt werden, Schweigen oder Gewährenlassen allein wären nicht ausreichend (MünchKommBGB/Schubert, 7. Aufl. 2013, § 180 Rn. 12).

Eine wieder **andere Ansicht** hält zwar die vollmachtlose Vertretung wegen § 180 S. 1 BGB für unzulässig: Dies führe aber dann nicht zur Nichtigkeit der Erklärung, wenn dem Grundbuchamt **gleichzeitig** mit der Teilungserklärung auch die **Genehmigung** des Eigentümers zugehe (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2846; Elzer/Schneider, in: Riecke/Schmid, WEG, 4. Aufl. 2015, § 8 Rn. 21; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 180 Rn. 3). Die Erklärung werde nämlich erst mit dem Eingang beim Grundbuchamt wirksam (so auch für Löschungsbewilligung ggü. dem Grundbuchamt LG Limburg NJW 1949, 787, 788).

b) Behandlung in der Rechtsprechung

Die obergerichtliche Rechtsprechung hat über die Teilungserklärung in vollmachtloser Vertretung – soweit ersichtlich – noch **nicht ausdrücklich entschieden**.

Womöglich lässt sich aber die Entscheidung des OLG Stuttgart (MittBayNot 2016, 168 = GmbHR 2015, 487) zur Gründung einer Einmann-GmbH entsprechend heranziehen (vgl. Jaeger, MittBayNot 2016, 169). Laut OLG Stuttgart ist das Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht oder ohne formgültige Bevollmächtigung (§ 2 Abs. 2 GmbHG) bei der Gründung einer Einmann-GmbH nicht genehmigungsfähig, die Gründungserklärung daher nichtig. Die Teilungserklärung erwähnt das Gericht allerdings nicht ausdrücklich. In seiner Anmerkung stellt

Jaeger (MittBayNot 2016, 169) jedoch diesen Fall der vollmachtlosen Einpersonengründung als wichtige Fallgruppe der unzulässigen Vertretung ohne Vertretungsmacht zur Seite. Eine obergerichtliche Bestätigung der überwiegenden Literaturmeinung wird man der Entscheidung dennoch nicht entnehmen können.

c) Stellungnahme

Angesichts der fehlenden Rechtsprechung und nicht ganz einheitlichen Literaturmeinungen ist die Rechtslage keineswegs eindeutig.

Unseres Erachtens ist im Ergebnis der Auffassung zuzustimmen, wonach die Teilungserklärung in vollmachtloser Vertretung grundsätzlich unzulässig ist. Dennoch dürfte **bei gleichzeitigem Zugang von Vertreter-Erklärung und Genehmigung** die Erklärung nicht nichtig sein. Man sollte **§ 180 BGB** insoweit **teleologisch reduzieren**: Denn § 180 BGB will seinem Normzweck nach eine Unsicherheit beim Adressaten oder bei dem sonst von der Erklärung Betroffenen über die Wirksamkeit der Erklärung vermeiden (vgl. hierzu auch BeckOK-BGB/Schäfer, Std.: 1.11.2016, § 180 Rn. 1); bei gleichzeitigem Zugang von Erklärung und Genehmigung ist dieser Zweck nicht gefährdet. Für den Adressaten ergibt sich aus der Zusammenschau der Dokumente ohne Weiteres, dass die Erklärung rechtswirksam ist. Dass der Adressat darüber hinausgehend schutzbedürftig wäre, ist nicht ersichtlich. Mit Rücksicht auf die recht eindeutigen Äußerungen in der wohnungseigentumsrechtlichen Literatur sollte man zur Sicherheit gleichwohl zunächst von der Unwirksamkeit der erklärten Teilung ausgehen.

Die Beurkundung von Teilungserklärungen vollmachtloser Vertreter gem. § 8 WEG, wie sie bspw. von Bauträgern häufig gewünscht wird, erscheint daher **in der Praxis** immer noch **wenig empfehlenswert**. Jedenfalls bestehen hinsichtlich der Wirksamkeit solcher Erklärungen **erhebliche Rechtsunsicherheiten**, und zwar selbst dann, wenn der Vertretene sie zeitnah genehmigt.

2. Heilungsmöglichkeiten

Geht man mit der wohl überwiegenden Ansicht von der Nichtigkeit und damit Unwirksamkeit der Teilung gem. § 8 WEG aus, so stellt sich die Frage nach etwaigen Heilungsmöglichkeiten.

a) Grundbucheintragung

Die Grundbucheintragung dürfte **keine Heilung** herbeiführen. § 8 WEG setzt nämlich voraus, dass die Teilungserklärung wirksam ist *und* dass die Wohnungsbücher angelegt sind.

Fehlt nur eine der beiden Voraussetzungen, kann die Aufteilung des Grundstücks nach WEG nicht wirksam werden. Es bleibt dann insoweit lediglich bei einer unrichtigen Grundbucheintragung.

b) § 141 BGB

Teilweise wird in der Literatur diskutiert, ob eine etwaige **Genehmigung** (die nach der oben skizzierten h. M. die Erklärung nicht wirksam machen kann) **als erneute Vornahme des nichtigen Rechtsgeschäfts** anzusehen ist, § 141 Abs. 1 BGB (Staudinger/Schilken, § 180 Rn. 2; BeckOK-BGB/Schäfer, § 180 Rn. 3 – jew. m. w. N.). Die Genehmigungserklärung muss dann allerdings allen materiellen und formellen Erfordernissen des zu genehmigenden Geschäfts entsprechen.

Eine Teilungserklärung nach § 8 WEG ist **grundsätzlich formfrei** möglich (Elzer/Schneider, § 8 Rn. 6). Nur für die Zwecke des grundbuchlichen Nachweises bedarf sie zumindest der Beglaubigungsform (§ 29 GBO). Diese Voraussetzung wird jedoch auch die Genehmigungserklärung im Regelfall erfüllen.

Es stellt sich freilich die Frage, ob man in die meist knapp erklärte Genehmigung tatsächlich den gesamten Inhalt der Teilungserklärung hineinlesen kann. Für eine Bestätigung nach § 141 BGB reicht es allerdings aus, dass der Erklärende sich mit **Bestätigungswillen** auf den Boden des früher Vereinbarten stellt. Zumindest der erforderliche Bestätigungswillen (Palandt/Ellenberger, § 141 Rn. 6) des Genehmigenden sollte nicht fehlen, denn dem Genehmigenden muss es darum gehen, eine (schwebend) unwirksame Erklärung durch seine Genehmigung zur vollen Wirksamkeit zu bringen – selbst wenn er die Vertretung ohne Vertretungsmacht in diesem Zusammenhang für zulässig hält.

c) § 892 BGB – gutgläubiger Zweiterwerb

Die Ansicht, es gäbe keinen gutgläubigen Erwerb von Wohnungseigentum bei Gründungsmängeln, ist u. E. unzutreffend.

Die Literatur geht ganz überwiegend davon aus, dass ein **Gründungs-mangel auch ohne erneute Teilungserklärung durch gutgläubigen Erwerb (§ 892 BGB) des Rechtsnachfolgers entfallen kann** (Jennißen/Zimmer, § 3 Rn. 20c; BeckOK-WEG/Gerono, Std.: 1.12.2016, § 3 Rn. 97; Staudinger/Rapp, Neubearb. 2005, § 3 WEG Rn. 68 f.; jurisPK-BGB/K. Schmidt, § 3 WEG Rn. 29 ff.; BeckOK-BGB/Hügel, Std.: 1.11.2016, § 3 WEG Rn. 15; BeckOGK-WEG/Müller, Std.: 1.11.2016, § 2 Rn. 206 ff.).

Folge des ersten gutgläubigen Zweiterwerbs des Wohnungseigentums ist es dann, dass **sich die Heilungswirkung auf die gesamte Wohnungseigentümergeinschaft erstreckt**. Da es nämlich eine relative Wohnungseigentümergeinschaft nicht geben kann, ist die Gesamtheilung die einzig mögliche Grundlage für den gutgläubigen Erwerb des Einzelnen (BeckOK-WEG/Gerono, § 3 Rn. 97 m. w. N.).

Dies hat auch in der Rechtsprechung Anerkennung gefunden (vgl. nur BayObLGZ MittBayNot 1998, 254 = NJW-RR 1998, 946; BGH DNotZ 1990, 377) und gilt zumindest insoweit, als die **Grundbucheintragung an sich einen zulässigen Inhalt aufweist**. Ist die Eintragung selbst inhaltlich unzulässig (§ 53 Abs. 1 S. 2 GBO), so scheidet ein gutgläubiger Erwerb aus (unter dieser Einschränkung ist die neuere BGH-Rechtsprechung zu diesem Problem zu lesen, vgl. MittBayNot 2005, 140 = DNotI-Report 2004, 191 und zuletzt DNotZ 2015, 362). Dann käme in der Tat nur der Erwerb eines isolierten Miteigentumsanteils am Grundstück in Betracht.

Für die Annahme, dass die erfolgte Eintragung inhaltlich unzulässig sei, liefert der Sachverhalt keinen Anhaltspunkt. Die Eintragung dürfte daher lediglich tatsächlich unrichtig (mit der tatsächlichen Rechtslage nicht übereinstimmend), inhaltlich aber zulässig gewesen sein.

Man wird im vorliegenden Fall also mit der h. M. annehmen können, dass der Gründungsmangel im Wege gutgläubigen Erwerbs gem. § 892 BGB **durch den ersten Erwerb** einer „Wohnungseigentumseinheit“ vom Bauträger und entspre-

chende Eintragung im Grundbuch **geheilt** worden ist und dass daher insgesamt alle Wohnungseigentumseinheiten entstanden sind.

3. Folgen einer nicht geheilten fehlerhaften WEG

Existiert die Wohnungseigentümergeinschaft aufgrund von Gründungsmängeln nicht, so wendet die überwiegende Ansicht in der wohnungseigentumsrechtlichen Literatur die **Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft entsprechend** an (vgl. hierzu ausführlich BeckOGK-WEG/Müller, § 2 Rn. 211 ff. m. w. N.; BeckOK-BGB/Hügel, § 3 WEG Rn. 16; BeckOK-WEG/Gerono, § 3 Rn. 89). Die Einzelheiten sind diesbezüglich gleichwohl noch nicht geklärt.

Die Anwendung der Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft hat zwar nicht zur Folge, dass die verlaublichen Wohnungseigentumsrechte zur Entstehung gelangen (insoweit kommt es dann zum Erwerb „isolierter“ Miteigentumsanteile), die fehlerhafte Wohnungseigentümergeinschaft ist allerdings bis zur Geltendmachung der Nichtigkeit als wirksam zu behandeln. Zwischen den Mitgliedern dieser Gemeinschaft bestehen dieselben Pflichten wie unter Wohnungseigentümern (BeckOGK-WEG/Müller, § 2 Rn. 215).

Aus den Treuebindungen zwischen den Miteigentümern ergibt sich regelmäßig die Pflicht, den Gründungsmangel durch eine **fehlerfreie Begründung** von Wohnungseigentum **nachzuholen** (BeckOGK-WEG/Müller, § 2 Rn. 217).

Fehlerfrei nachholen könnten den Vorgang aber wohl nur die derzeitigen Miteigentümer. Es müsste dann eine Teilung nach § 3 WEG beurkundet werden, wenn nicht bereits eine Heilung durch gutgläubigen Erwerb eingetreten wäre.

GmbHG § 15; BGB §§ 310 Abs. 3 u. 4, 308 Nr. 1, 145 ff., 147 Abs. 2

Langfristiges Angebot zu Verkauf und Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils; Verbrauchervertrag; Alleingesellschafter als Unternehmer oder Verbraucher; unzulässige Bindungsfrist

I. Sachverhalt

V ist Alleingesellschafter der X-GmbH, über sonstige Gesellschaftsbeteiligungen verfügt er nicht. Die X-GmbH ist wiederum Alleingesellschafterin der Y-GmbH.

V möchte K ein Angebot zum Erwerb seiner sämtlichen Geschäftsanteile an der X-GmbH unterbreiten; K soll das Angebot fünf Jahre lang annehmen können. K ist Geschäftsführer sowohl der X-GmbH als auch der Y-GmbH. An sonstigen Gesellschaften ist er nicht beteiligt.

II. Frage

Verstößt ein fünfjähriges Angebot zum Erwerb von Geschäftsanteilen gegen § 308 Nr. 1 BGB?

III. Zur Rechtslage

1. Anwendbarkeit des AGB-Rechts

a) Bereichsausnahme gem. § 310 Abs. 4 BGB?

Die Anwendung des AGB-Rechts – d. h. der §§ 305 ff. BGB – scheitert womöglich bereits daran, dass die

Anteilsveräußerung als **Vertrag auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts** zu bewerten ist. Solche Verträge sind von der Anwendung gem. § 310 Abs. 4 S. 1 BGB ausgenommen. Regelmäßig nicht darunter fällt jedoch ein Vertrag mit Dritten über die Veräußerung einer Beteiligung (BeckOK-BGB/Becker, Std.: 1.5.2016, § 310 Rn. 31; BeckOGK-BGB/Richters, Std.: 1.11.2016, § 310 Rn. 190; MünchKommBGB/Basedow, 7. Aufl. 2016, § 310 Rn. 89; Ulmer/Schäfer, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 310 BGB Rn. 123; offen wohl BGH NZG 2012, 744, 747 Tz. 45), weil dabei **im Kern eine schuldrechtliche Austauschbeziehung** betroffen ist (vgl. BGH NJW 1993, 57, 58). Eine Rückausnahme gilt aber evtl. dann, wenn der Erwerb dem Erwerber eine unternehmerische Position verschafft, bei Kapitalgesellschaften etwa eine Beteiligung über 25 % (Ulmer/Schäfer, § 310 BGB Rn. 61; vgl. auch Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl. 2017, § 310 Rn. 49). Solch ein Erwerb scheint konkret gegeben zu sein, denn es geht um die Übertragung sämtlicher Geschäftsanteile an der X-GmbH. Da es an eindeutiger Rechtsprechung fehlt, sollte man die Bereichsausnahme jedoch nicht vorschnell bejahen.

b) Einbeziehung gem. § 310 Abs. 3 (Verbrauchervertrag)?

Die Anwendung des AGB-Rechts setzt grundsätzlich voraus, dass „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ i. S. d. § 305 Abs. 1 BGB vorliegen und in den Vertrag wirksam einbezogen worden sind (§ 305 Abs. 2 BGB). Von vorformulierten Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen ist im Sachverhalt freilich nicht die Rede. Einfallstor für die AGB-Kontrolle kann aber § 310 Abs. 3 BGB sein: Diese Norm erweitert den sachlichen Anwendungsbereich des AGB-Rechts für den Verbrauchervertrag (vgl. Staudinger/Schlosser, BGB, Neubearb. 2013, § 310 Rn. 44); insbesondere vermutet sie das „Stellen“ der AGB (soweit diese nicht vom Verbraucher eingeführt wurden, Nr. 1) und verzichtet auf das Merkmal der Mehrfachverwendungsabsicht (Nr. 2).

„Verbrauchervertrag“ ist ein Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher. „Unternehmer“ ist jede natürliche oder juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt (§ 14 BGB). „Verbraucher“ ist jede natürliche Person, die Rechtsgeschäfte zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können (§ 13 BGB).

Vorliegend geht es letztlich um die **Veräußerung und den Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils**, also einen Anteilskauf- und Anteilsabtretungsvertrag gem. § 15 Abs. 4 u. 3 GmbHG. Ein derartiges Geschäft wird grundsätzlich der **Verwaltung eigenen Vermögens zugerechnet** (private Vermögensverwaltung), also nicht als unternehmerisches Handeln bewertet. Das soll selbst dann gelten, wenn der Anteil die Stellung des Alleingeschäfters vermittelt und der Erwerber zusätzlich die Position des Geschäftsführers „übernimmt“ (vgl. OLG Celle NZG 2010, 1428; BGH NJW 1996, 2156, 2158; MünchKommBGB/Micklitz/Purnhagen, 7. Aufl. 2015, § 13 Rn. 56). Auch der Alleingeschäfters-Geschäftsführer ist kein Unternehmer; Unternehmer ist vor dem Hintergrund des § 13 Abs. 3 GmbHG allein die GmbH als Handelsgesellschaft und Kaufmann i. S. d. HGB (OLG Celle BeckRS 2010, 23499; BGH NJW 2000, 3133, 3135 f.; NJW 2004, 3039, 3040; NJW 2007, 759, 760 Tz. 13 = DNotZ 2007, 288; vgl. auch OLG Schleswig

BeckRS 2010, 10639; OLG Düsseldorf, Urt. v. 1.4.2015 – U (Kart) 19/14, Tz. 26 [juris]; BeckOGK-BGB/Alexander, Std.: 15.9.2016, § 13 Rn. 320, andererseits aber – differenzierend – Rn. 342).

Berücksichtigt man dies, wird man weder den anbietenden Alleingeschäfters noch den (künftig) erwerbenden Geschäftsführer als Unternehmer ansehen können. Daran ändert nichts, dass die GmbH der Veräußerin ihrerseits Alleingeschäfters einer GmbH ist. Andererseits sollten V und K als Verbraucher einzuordnen sein: **Vertragsbeteiligte natürliche Personen** handeln nämlich **grundsätzlich als Verbraucher**, soweit ihr Handeln aus Sicht des anderen Teils nicht eindeutig und zweifelsfrei einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit zuzurechnen ist (BGH DNotZ 2010, 364, 365 f. Tz. 11 = NJW 2009, 3780).

Ein Verbrauchervertrag i. S. d. § 310 Abs. 3 BGB scheidet hiernach aus, folglich auch ein erleichterter Zugang zur AGB-Kontrolle.

2. Anwendbarkeit der Rechtsprechung zu Bindungsfristen

Wäre die Inhaltskontrolle nach AGB-Recht dennoch angezeigt, so könnte evtl. auch die Rechtsprechung zur Höchstdauer von Bindungsfristen eingreifen. V möchte bei seinem Angebot eine mehrjährige Annahmefrist bestimmen. Gem. **§ 308 Nr. 1 BGB** ist jedoch eine Bestimmung unwirksam, durch die sich der Verwender unangemessen lange Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots vorbehält.

Der BGH hat in seiner Rechtsprechung zum **Immobilienrecht** bereits **Fristen ab sechs Wochen für unzulässig** gehalten (DNotZ 2010, 913 = DNotI-Report 2010, 142 – Angebot zum Kauf einer Eigentumswohnung; DNotZ 2013, 923 = DNotI-Report 2013, 116 – keine Kombination von kurzer Bindungsfrist und längerer Annahmefrist, bestätigt durch BGH, Versäumnisurt. v. 9.5.2014 – V ZR 266/12 [juris]; DNotZ 2014, 41, 45 Tz. 17 = DNotI-Report 2013, 188 – Bauträgervertrag, selbst bei schutzwürdigem Interesse keine Annahmefrist von mehr als drei Monaten; DNotZ 2014, 358 = MittBayNot 2014, 525 – Bauträgervertrag, nur bei schutzwürdigem Interesse Frist von mehr als sechs Wochen; s. in jüngster Zeit noch einmal BGH DNotZ 2016, 530, 531 Tz. 11 = DNotI-Report 2016, 57).

Neuere **Entscheidungen zum Geschäftsanteilskauf sind rar**: In seiner Entscheidung zum „Managermodell“ hat der BGH (NJW 2005, 2641, 2643 f.) einen Verstoß gegen § 308 Nr. 1 u. 3 sowie § 307 BGB für den Fall verneint, dass das Rückübertragungsangebot des Geschäftsführers binnen zweier Monate ab Ende der Geschäftsführerstellung angenommen werden konnte. In einer jüngeren Entscheidung zum aufschiebend bedingten Geschäftsanteilskaufvertrag und -übertragungsvertrag hat der BGH (DNotZ 2011, 273, 275 Tz. 21) die Frage offengelassen, ob eine zu lange Schwebezeit wegen Verstoßes gegen § 308 Nr. 1 BGB unwirksam sei. Da die Aussagekraft dieser Entscheidungen eher gering ist, könnte sich der vorsichtige Vertragsgestalter womöglich an den immobilienrechtlichen Kriterien orientieren.

Rechtlich sinnvoll erscheint uns eine **Übertragung der immobilienrechtlichen Kriterien** indes **nicht**. Dogmatischer Ausgangspunkt der Angemessenheitsprüfung ist für den BGH **§ 147 Abs. 2 BGB** (vgl. BGH DNotZ 2010, 913;

DNotZ 2016, 711, 716 Tz. 23): Hiernach kann ein Antrag gegenüber Abwesenden nur **bis zu dem Zeitpunkt** angenommen werden, **in dem der Antragende** den Eingang der **Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf**. Es kommt also auf das Regelmäßige und Übliche an, dies aber bezogen auf den **Einzelfall, insbesondere das betroffene Geschäft** (vgl. BGH NJW 1986, 1807, 1808 und NJW 1988, 2106, 2107 – beide zum Darlehen – sowie BGH DNotZ 2010, 913, 914 Tz. 8: Interessenabwägung unter Berücksichtigung der für den Vertragsgegenstand typischen Umstände; s. ferner BGH NJW 2001, 303 zum Möbelkauf). Keineswegs wird man daher aus der BGH-Rechtsprechung eine Vier-Wochen-Frist als Regelfrist des § 147 Abs. 2 BGB herleiten können. Entscheidend muss – wie gesagt – der Einzelfall sein: Geht es etwa um den Erwerb einer Beteiligung bedeutenden Umfangs und/oder an einem bedeutenden Unternehmen, wird man dem Erwerber als Empfänger des Angebots eine längere Prüfungszeit zubilligen können als in wirtschaftlich unbedeutenden Fällen. Damit wird zugleich klar, dass es auf die konkrete Verteilung der Erwerber- und Veräußererrolle ankommt: Regelmäßig hat nur der Empfänger des Angebots auf Erwerb der Unternehmensbeteiligung Interesse an einer längeren Prüfung. Umgekehrt lässt sich dann nicht ohne Weiteres auf eine Frist rekurren, die dem Empfänger des Angebots auf Kaufpreiszahlung zugutekommen soll.

Bei alledem ist zu bedenken, dass die Frist dem *Verwender* der AGB zugutekommen muss. § 308 Nr. 1 BGB erfasst folglich **nur Fristen, die sich der Verwender als Angebotsempfänger vorbehält**, nicht die Befristung eigener Angebote des Verwenders (MünchKommBGB/Wurmnest, § 308 Nr. 1 Rn. 4; Palandt/Grüneberg, § 308 Rn. 3; Staudinger/Coester-Waltjen, § 308 Nr. 1 Rn. 8; Erman/S. Roloff, BGB, 14. Aufl. 2014, § 308 Rn. 2; BeckOGK-BGB/Weiler, Std.: 1.9.2016, § 308 Nr. 1 Rn. 27).

Wäre V der Verwender, könnte er demnach sein Angebot mit einer mehrjährigen Frist zugunsten des K versehen. Als Verwender käme freilich auch K in Betracht. Verwender und Offerent müssen nicht identisch sein. Das zeigen gerade die vom BGH entschiedenen Fälle, in denen ein Angebot der anderen Vertragsseite gegenüber dem Veranlasser dieses Angebots und Verwender der AGB in Rede stand. Gemessen an der Interessenlage schiene es womöglich plausibler, den K als Verwender anzusehen, denn ihm würde die lange Frist nützen. Abschließend bewerten lässt sich dies jedoch nur nach eingehender Prüfung des Sachverhalts.

3. Ergebnis

a) Verträge über den Erwerb von Geschäftsanteilen unterliegen grundsätzlich der AGB-Kontrolle, die Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 BGB greift also nicht ein. Im konkreten Fall dürften die AGB-rechtlichen Vorschriften aber nicht anwendbar sein, denn es geht offenbar nicht um „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ i. S. d. § 305 BGB. Auch über § 310 Abs. 3 BGB wird der Anwendungsbereich wahrscheinlich nicht eröffnet sein: Offerent und Angebotsempfänger sind im Zweifel Verbraucher und es fehlt an weitergehenden Anhaltspunkten für die Unternehmereigenschaft eines der beiden.

b) Die Rechtsprechung des BGH zu immobilienrechtlichen Bindungsfristen (grundlegend DNotZ 2010, 913) lässt sich nicht ohne Weiteres auf den Erwerb von Geschäftsanteilen übertragen. Sie knüpft an das Regelmäßige und Übliche unter Berücksichtigung des konkreten Vertragsgegenstands an und setzt keine Regelfrist im Hinblick auf § 147

Abs. 2 BGB fest. Wie lang eine Bindungsfrist beim Geschäftsanteilskauf bemessen sein darf, hängt stark vom Einzelfall ab (Bedeutung des Unternehmens, Größe der Beteiligung, konkreter „Prüfungsaufwand“ aus Sicht des Erwerbers der *Beteiligung*). Sichere Richtwerte lassen sich insoweit nicht angeben.

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.

BGB §§ 96, 1018

Schicksal einer Grunddienstbarkeit, die zugunsten des jeweiligen Inhabers eines Erbbaurechts bestellt wurde, wenn das Erbbaurecht aufgehoben und das Erbbaurechtsgrundstück real geteilt wird

Abruf-Nr.:

GmbHG § 15 Abs. 4 u. 3

Formbedürftigkeit von Vertragsänderungen nach auf-schiebend bedingter Anteilsabtretung vor Bedingungseintritt

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

ZPO §§ 727 Abs. 1 u. 2, 750 Abs. 2, 794 Abs. 1 Nr. 5, 189

Nach Umschreibung einer Vollstreckungsklausel wegen Verschmelzung genügt Zustellung einer Notarbescheinigung

1a. **Das Zustellerfordernis gemäß § 750 Abs. 2 ZPO im Falle einer Rechtsnachfolge gilt nur für die Nachweisurkunden, auf welche sich das Klauselorgan ausweislich der Klausel gestützt hat und die ihm als Beweis der Rechtsnachfolge ausgereicht haben.**

1b. **Bei einer verschmelzungsbedingten Rechtsnachfolge hängt die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung nicht von der zusätzlichen Zustellung eines Auszugs aus dem Register ab, welcher den aktuellen Registerinhalt im Zeitpunkt der Klauselerteilung wiedergibt (Aufgabe von Senat, Beschluss vom 8. November 2012 – V ZB 124/12, BGHZ 195, 292; Senat, Beschluss vom 21. November 2013 – V ZB 109/13, NJW-RR 2014, 400 Rn. 5).**

1c. **Ob die Rechtsnachfolge durch die dem Klauselorgan vorgelegten bzw. vorliegenden Urkunden nur unzureichend nachgewiesen ist und deshalb die Nachfolgeklausel nicht hätte erteilt werden dürfen, ist im Klauselerteilungsverfahren und im Rahmen der dort zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe zu prüfen.**

2. Wird statt einer beglaubigten Abschrift die einfache Abschrift einer Nachweisurkunde im Sinne des § 750 Abs. 2 ZPO zugestellt, ist der darin liegende Zustellungsmangel nach § 189 ZPO geheilt, wenn diese Abschrift nach Inhalt und Fassung mit der Nachweisurkunde übereinstimmt.

BGH, Beschl. v. 13.10.2016 – V ZB 174/15

Problem

Gem. §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 795, 727 Abs. 1 ZPO kann eine vollstreckbare Ausfertigung für den Rechtsnachfolger des Titelgläubigers erteilt werden, sofern die Rechtsnachfolge dem Klauselerteilungsorgan durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. Ist eine solche vollstreckbare Ausfertigung erteilt worden, müssen neben dem Titel auch die Vollstreckungsklausel und eine Abschrift der Urkunden zugestellt werden, die die Rechtsnachfolge belegen (§ 750 Abs. 2 ZPO).

Die Gläubigerin betrieb die Zwangsvollstreckung aus einer vollstreckbaren Grundsuld. Die Grundsuld war zugunsten der Rechtsvorgängerin der Gläubigerin bestellt und die Rechtsvorgängerin später auf die Gläubigerin verschmolzen worden. Auf Ansuchen schrieb der Notar die Vollstreckungsklausel im Jahre 2014 auf die Gläubigerin um. Dabei stützte er sich auf die beglaubigte Abschrift (um 2011) einer Notarbescheinigung von 2001, die auf die Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister im Jahre 2001 Bezug nimmt. Der Titel und die Vollstreckungsklausel wurden dem Schuldner unter Beifügung einer *einfachen* Abschrift der Notarbescheinigung zugestellt. Die Zustellung eines beglaubigten Handelsregisterauszugs unterblieb.

Der BGH musste im Rechtsbeschwerdeverfahren klären, ob die Vollstreckungsvoraussetzungen vorgelegen hatten und ob die Vollstreckung rechtmäßig gewesen war.

Entscheidung

Laut BGH lagen die Vollstreckungsvoraussetzungen vor. Gem. § 750 Abs. 2 ZPO war es **ausreichend** gewesen, dem Schuldner die **Notarbescheinigung über die Verschmelzung zuzustellen**. Der **Zustellung eines beglaubigten Handelsregisterauszugs** hatte es **nicht** bedurft. Der BGH hält an seiner bisherigen Rechtsprechung nicht mehr fest, wonach dem Schuldner auch ein Registerauszug zum Nachweis über die Gesamtrechtsnachfolge zuzustellen ist (vgl. DNotZ 2013, 190 = DNotI-Report 2013, 8; NJW-RR 2014, 400). Er schließt sich damit der Auffassung der Literatur an (vgl. etwa Hertel, ZfIR 2013, 105; Wolfsteiner, DNotZ 2013, 193):

Nach dem Wortlaut des § 750 Abs. 2 ZPO sei nur eine **Abschrift „dieser“ Urkunden** zuzustellen. Damit gelte das Zustellerfordernis lediglich für die **Nachweisurkunden, auf die das Klauselorgan die Klausel ausweislich der Klausel gestützt** habe und die ihm als Beweis der Rechtsnachfolge ausgereicht hätten. Damit sei das Erfordernis nicht zu vereinbaren, bei einer verschmelzungsbedingten Rechtsnachfolge stets die Zustellung eines aktuellen Registerauszugs oder einer gleichstehenden Bescheinigung gem. § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BNotO zu verlangen.

Sinn und Zweck des § 750 Abs. 2 ZPO gebieten laut BGH keine Auslegung über den Wortlaut hinaus. Allgemein diene das Zustellungserfordernis der Sicherung des Anspruchs des Schuldners auf Gewährung rechtlichen Gehörs; durch die

Zustellung werde er vollständig über die Grundlagen der Zwangsvollstreckung unterrichtet und in die Lage versetzt, deren Voraussetzungen zu prüfen. Der **Schuldner solle sich in derselben Weise wie das Klauselerteilungsorgan über die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung informieren können**. Diese Prüfung könne der Schuldner ausschließlich anhand der Urkunden vornehmen, die dem Klauselorgan tatsächlich als Nachweis gedient hätten. Der Registerinhalt im Zeitpunkt der Klauselerteilung sei dafür unerheblich, sofern das Klauselorgan die Vollstreckungsklausel nicht auf einen entsprechenden Registerauszug oder eine Bescheinigung gem. § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BNotO gestützt habe. Die Zustellungspflicht erfasse (nur) diejenigen Urkunden, die dem Klauselorgan die Überzeugung von der Rechtsnachfolge verschafft hätten.

Das Zustellungserfordernis des § 750 Abs. 2 ZPO beziehe sich **nicht auf diejenigen Nachweisurkunden, auf die das Klauselorgan die Klauselerteilung hätte stützen müssen**, denn dies sei eine Frage, die die Rechtmäßigkeit der Klauselerteilung betreffe und von den Vollstreckungsorganen nicht zu prüfen sei. Für die Vollstreckungsvoraussetzungen komme es deshalb nicht darauf an, ob der Notar die Nachfolgeklausel im Jahre 2014 habe erteilen dürfen, obwohl die ihm vorliegende Bescheinigung den Inhalt des Handelsregisters nur für das Jahr 2001 ausgewiesen habe. Dies sei zweifelhaft, weil bis zur Klauselerteilung über zwölf Jahre vergangen gewesen seien und nicht auszuschließen sei, dass Eintragungen im Zeitraum zwischen der Einsichtnahme ins Register und der Klauselerteilung der Bescheinigung der Rechtsnachfolge entgegenstünden. Der mögliche Fehler bei Erteilung der Vollstreckungsklausel sei aber nicht derart schwerwiegend, dass er zur Nichtigkeit der Klausel führen könnte.

Dennoch war die Zustellung nach § 750 Abs. 2 ZPO fehlerhaft, da dem Schuldner lediglich eine **einfache Abschrift** der Notarbescheinigung zugestellt wurde. Die öffentlichen Urkunden nach § 750 Abs. 2 ZPO müssten dem Schuldner zumindest in Form beglaubigter Abschriften zugestellt werden. Der Zustellungsmangel wirke sich im Ergebnis jedoch nicht aus. Werde statt einer beglaubigten Abschrift die einfache Abschrift einer Nachweisurkunde i. S. d. § 750 Abs. 2 ZPO zugestellt, sei der darin liegende **Zustellungsmangel nach § 189 ZPO geheilt**, wenn diese Abschrift nach Inhalt und Fassung mit der Nachweisurkunde übereinstimme. Dies war vorliegend der Fall.

Aktuelles

Vertragliche Pflegeverpflichtungen nach Inkrafttreten der Änderungen des Zweiten Pflegestärkungsgesetzes (PSG II) am 1.1.2017

In notariellen Urkunden wird bei der Vereinbarung vertraglicher Pflegeverpflichtungen – etwa bei Übergabeverträgen (insbesondere Hofübergaben) im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge – zur Konkretisierung des Umfangs der Pflegeverpflichtung häufig auf die Pflegestufen nach § 15 SGB XI Bezug genommen (vgl. hierzu etwa: Mayer, in: Mayer/Geck, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 6 Rn. 32 ff.; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Rn. 1408 ff.; Harryers, RNotZ 2013, 1, 7 f.). § 15 SGB XI ist nun durch das Zweite Pflegestärkungsgesetz neu gefasst worden.

1. Die Neuerungen in §§ 14, 15 SGB XI

Die neue Fassung des § 15 SGB XI sieht nicht mehr die aus der alten Fassung bekannten drei Pflegestufen vor, sondern insgesamt **fünf Pflegegrade**. Die bisherige Orientierung am Zeitaufwand für die Pflege (§ 15 Abs. 3 SGB XI a. F.) fällt ersatzlos weg. Die Einordnung in die fünf verschiedenen Pflegegrade erfolgt jetzt nach einem **Punktesystem**, das die **Selbständigkeit und Fähigkeiten** (vgl. § 14 Abs. 1 SGB XI n. F.) der zur pflegenden Person im Einzelfall besser berücksichtigen soll. Bei Prüfung der Pflegebedürftigkeit wird der Antragsteller anhand eines neuen Begutachtungssystems beurteilt. Das Begutachtungsinstrument ist in insgesamt **sechs Module** aufgeteilt und enthält insgesamt **64 Bewertungskriterien** sowie zwei zusätzliche Kriterien für die Beurteilung der Pflegebedürftigkeit von Kindern. Die Gewichtung der einzelnen Module regelt § 15 Abs. 2 S. 7 SGB XI n. F.

Bei der Begutachtung geht es nicht mehr wie früher um die Vergabe eines Minutenwerts für die notwendigen Pflegeleistungen, vielmehr erfolgt die Einordnung anhand bestimmter Punktwerte (0 = selbständig bis 3 = unselbständig, vgl. im Einzelnen Anlage 1 zu SGB XI n. F.), die für jedes Bewertungskriterium vergeben werden. Entsprechend dem erreichten Gesamtpunktwert werden die Betroffenen dann einem der fünf Pflegegrade zugeordnet. Dabei bezeichnet Pflegegrad 1 eine geringe Beeinträchtigung der Selbständigkeit oder der Fähigkeiten, Pflegegrad 2 eine erhebliche, Pflegegrad 3 eine schwere und Pflegegrad 4 die schwerste Beeinträchtigung (§ 15 Abs. 3 S. 4 SGB XI n. F.).

Das Zweite Pflegestärkungsgesetz bringt folglich einen ganz **neuen Pflegebedürftigkeitsbegriff** mit sich und bedeutet die weitreichendste Reform seit Einführung der Pflegeversicherung (vgl. hierzu auch die Informationen des Bundesministeriums für Gesundheit unter www.pflegestaerkungsgesetz.de und die Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 18/5926).

Das neue System soll insbesondere die bisher nur unzureichend berücksichtigte Demenz und andere psychische Erkrankungen bei der Zuordnung zu den Pflegegraden einbeziehen und eine pflegeschlüssig fundierte, differenzierte und der Schwere der jeweiligen Beeinträchtigung und Fähigkeitsstörung entsprechende Eingruppierung der zu Pflegenden ermöglichen (vgl. hierzu auch ausführlich bei **Richter, NJW 2016, 598, 599** und **Schrehardt, DStR 2016, 253** – jew. m. w. N.). Der neue Pflegebedürftigkeitsbegriff soll die Vielfalt der Beeinträchtigungen besser abbilden und eine stärkere Berücksichtigung des Einzelfalls gewährleisten.

Eine **Übergangs- und Überleitungsregelung** enthält § 140 SGB XI n. F. Hiernach werden Versicherte, die bisher in eine der Pflegestufen I bis III eingruppiert waren, aber nicht zusätzlich eine erheblich eingeschränkte Alltagskompetenz (§ 45a SGB XI a. F.) aufweisen, wie folgt in die neuen Pflegegrade übergeleitet:

Pflegestufe I: Pflegegrad 2,
Pflegestufe II: Pflegegrad 3,
Pflegestufe III: je nach Einzelfall Pflegegrad 4 oder höher.

Kommt eine **erheblich eingeschränkte Alltagskompetenz** hinzu, gestaltet sich die Überleitung anders:

Isoliertes Vorliegen einer eingeschränkten Alltagskompetenz: Pflegegrad 2,

Gleichzeitiges Vorliegen der Pflegestufe I: Pflegegrad 3,
Pflegestufe II: Pflegegrad 4,
Pflegestufe III: Pflegegrad 5.

2. Gestaltung neuer Pflegeverpflichtungen

Bei der Gestaltung neuer Pflegeverpflichtungen sollte man angesichts der oben geschilderten Änderungen nicht mehr auf die alten Pflegestufen von § 15 SGB XI a. F. abstellen, sondern allenfalls auf die neuen Pflegegrade.

Allerdings ergibt sich aus dem Gesetz nicht mehr ohne Weiteres, in welchem Umfang Einrichtungen geschuldet sind. Dies betrifft vor allem den **zeitlichen Umfang der Pflegeverpflichtung** und die bisher in § 15 Abs. 1 i. V. m. § 14 SGB XI a. F. beschriebenen Verrichtungsbereiche (Körperpflege, Ernährung, Mobilität).

Bezugnahmen auf § 15 SGB XI n. F. und konkrete Pflegegrade können zwar noch immer die Kapitalisierung der Pflegeverpflichtung erleichtern (zu diesem Vorteil schon **Mayer, ZEV 1995, 269, 272 f.**) und bereits aus diesem Grund weiterhin sinnvoll sein. Wichtiger als vorher wird es allerdings sein, **die geschuldeten Tätigkeiten** und die durchschnittlich täglich hierfür **aufzuwendende Zeit genauer zu konkretisieren** (so bereits zur alten Rechtslage die Muster von Krauß, Rn. 1435 ff.; Fackelmann, in: Heinemann, Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, 2. Aufl. 2016, Kap. 6 Rn. 234). Eine Einschränkung ergibt sich nicht mehr aus dem Gesetzeswortlaut. Insoweit dürfte insbesondere zu berücksichtigen sein, dass bei einer Demenzerkrankung ohne weitergehende körperliche Einschränkungen – die nach neuen Bewertungsmaßstäben grundsätzlich wohl zu einer Einordnung in Pflegegrad 2 führt – eine Rund-um-die-Uhr-Betreuung erforderlich sein kann; diese werden berufstätige Verpflichtete häufig nicht persönlich erbringen. Wie sich der Wert einer insoweit eingeschränkten Pflegeverpflichtung berechnet, ist bisher noch unklar.

Auch wird in Zukunft der Medizinische Dienst keine Feststellung mehr zu dem für die Pflege erforderlichen Zeitbedarf treffen. Stattdessen könnte man auf die entsprechende Feststellung des Hausarztes zurückgreifen (so auch das Muster bei Krauß, Rn. 1435). Inwieweit sich das in der Praxis bewährt, bleibt abzuwarten.

3. Anpassungsbedarf bei bestehenden Pflegeverpflichtungen?

Für die notarielle Praxis stellt sich zudem die Frage, ob bestehende Pflegeverpflichtungen, die noch auf § 15 SGB XI a. F. Bezug nehmen, anzupassen sind.

Ist auf die Pflegestufen zur Konkretisierung des geschuldeten Pflegeumfangs oder als Tatbestandsvoraussetzung für Beginn und Ende der Pflegeverpflichtung Bezug genommen worden (vgl. zu dieser Unterscheidung Mayer, § 6 Rn. 32 ff.), so ergibt sich häufig bereits ausdrücklich aus der Vereinbarung, dass die **zur Zeit des Vertragsschlusses gültige Fassung** des § 15 SGB XI maßgeblich ist (so etwa der Formulierungsvorschlag von Mayer, § 6 Rn. 36).

Fehlt ein ausdrücklicher Hinweis, so erscheint die Rechtslage mangels Rechtsprechung und Literatur noch unsicher. Im Regelfall sollte eine **ergänzende Vertragsauslegung** ebenfalls zu dem Ergebnis führen, dass sich die Vereinbarung auf die Rechtslage zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bezieht. Die Beteiligten dürften grundsätzlich den Umfang der Pflegeleistungen entspre-

chend der im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden und damit ihnen bekannten Fassung des SGB XI vereinbart haben. Auch bei eindeutigem Bezug auf die alte Rechtslage können sich nach der Neufassung Schwierigkeiten ergeben, denn der Medizinische Dienst wird keine Einstufung gemäß den alten Pflegestufen und keine Feststellung des für die Pflege erforderlichen Zeitaufwands mehr vornehmen. Die Frage, bis wann Pflegeleistungen geschuldet sind, dürfte sich daher im Streitfall rechtssicher nur noch durch einen Gutachter klären lassen.

**Ergänzung zum Gutachten DNotI-Report 2016, 181:
EGBGB Artt. 22, 23 – Syrien: Volljährigenadoption**

Sollte es sich bei dem anzunehmenden Syrer um einen Flüchtling i. S. d. Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) handeln, so wird bei der Prüfung im Rahmen des Art. 23 S. 1 EGBGB gem. Art. 12 GFK statt des Heimatrechts des Flüchtlings das Wohnsitzrecht oder – in Ermangelung eines Wohnsitzes – das Recht des Aufenthaltsstaates zum Personalstatut des Flüchtlings bestimmt. Die Prüfung der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft erfolgt anhand der in § 3 AsylVfG und Art. 1 GFK genannten Kriterien (Grünenwald, NZFam 2016, 389). Sollte die Prüfung im Einzelfall zu dem Ergebnis führen, dass der Anzunehmende tatsächlich als Flüchtling i. S. d. GFK anzusehen ist, wäre über das Wohnsitz- bzw. Aufenthaltsrecht als Zustimmungsstatut also das deutsche Recht berufen. An dem Ergebnis des veröffentlichten Gutachtens würde sich hierdurch nichts ändern.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notarassessor Dr. Johannes Weber

Redaktion: Dr. Simon Blath

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