

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

MaßnG-GesR § 5 Abs. 2; BGB §§ 32, 58 Nr. 4 – „Umwandlung“ einer Präsenzversammlung in eine virtuelle Mitgliederversammlung nach Einberufung der Präsenzversammlung; Absage und Neueinberufung

VersAusglG § 33; VAHRG § 5 a. F. – Phasenverschobene Ehe; Aufschub des Versorgungsausgleichs, um Kürzung der Altersrente zu vermeiden; Unterhaltszahlung an Ehefrau

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB § 925; GNotKG § 21 Abs. 1 S. 1 – Keine unrichtige Sachbehandlung bei getrennter Beurkundung von Grundstückskaufvertrag und Auflassung

EuErbVO Art. 83 Abs. 2 – Bindungswirkung von Testamenten aufgrund einer vor Inkrafttreten der Europäischen Erbrechtsverordnung getroffenen Rechtswahl; gemeinschaftliches Testament als Erbvertrag i. S. d. EuErbVO

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### MaßnG-GesR § 5 Abs. 2; BGB §§ 32, 58 Nr. 4 „Umwandlung“ einer Präsenzversammlung in eine virtuelle Mitgliederversammlung nach Einberufung der Präsenzversammlung; Absage und Neueinberufung

#### I. Sachverhalt

Ein eingetragener Verein hat zu einer Mitgliederpräsenzversammlung mit satzungsmäßiger 4-Wochen-Frist geladen. Angesichts der COVID-19-Pandemie möchte der Verein nun doch keine Präsenzversammlung abhalten. Stattdessen soll die einberufene Versammlung ohne neue Einberufung als „Online-Versammlung“ i. S. d. § 5 Abs. 2 Nr. 1 MaßnG-GesR durchgeführt werden.

#### II. Frage

Kann die Präsenzversammlung ohne neue Einberufung als Online-Versammlung durchgeführt werden?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Allgemeines zur Erleichterung durch § 5 Abs. 2 u. 3 MaßnG-GesR

Durch das Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (BGBl. I 2020, S. 570, dort Art. 2; im Folgenden kurz: MaßnG-GesR) ist die Beschlussfassung im Verein erleichtert worden (vgl. DNotI-Report 2020, 61, 62).

Gem. **§ 5 Abs. 2 Nr. 1 MaßnG-GesR** kann der Vorstand abweichend von § 32 Abs. 1 S. 1 BGB auch **ohne statutarische Ermächtigung** den Vereinsmitgliedern die **elektronische Teilnahme** an der Mitgliederversammlung ermöglichen, nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 MaßnG-

GesR auch die schriftliche Stimmabgabe vor der Versammlung. Diese Möglichkeiten beziehen sich auf den Fall, dass der anstehende Beschluss nach wie vor in einer Mitgliederversammlung gefasst wird, die Vereinsmitglieder dabei aber nicht zwingend physisch anwesend sind (präsenzlose Versammlung; zum Terminus „virtuelle Versammlung“ vgl. Schwenn/Blacher, npoR 2020, 154, 155).

Anders als § 1 Abs. 2 S. 1 MaßnG-GesR für die AG erlaubt es das Gesetz dem Vereinsvorstand *bisher* nicht ausdrücklich, das persönliche Erscheinen der Vereinsmitglieder in der Versammlung gänzlich zu untersagen. Mit Blick auf etwaige Versammlungsverbote wäre es freilich wenig praxisfreundlich, wenn die Mitglieder nicht ausschließlich auf die elektronische und schriftliche Rechtswahrnehmung verwiesen werden könnten. So scheint auch die Gesetzesbegründung die gänzlich präsenzlose („virtuelle“) Versammlung im Auge zu haben (vgl. BT-Drucks. 19/18110, S. 30), ein Konzept, das nur dann aufgeht, wenn man das physische Erscheinen der Mitglieder tatsächlich verhindern kann (für die Möglichkeit des Präsenzausschlusses i. E. Forschner, NotBZ 2020, 445, 446; wohl auch Schmidt, in: Schmidt, COVID-19, 2. Aufl. 2020, § 8 Rn. 10). Aus diesen Überlegungen folgt freilich zugleich, dass eine kombinierte oder Hybridversammlung zulässig ist, bei der sich ein Teil der Mitglieder „vor Ort“ physisch versammelt und ein anderer Teil die Mitgliedschaftsrechte in anderer Weise ausübt. Auf diese Möglichkeit weist der Gesetzgeber in der Begründung zu § 5 Abs. 2 Nr. 1 MaßnG-GesR ausdrücklich hin (BT-Drucks. 19/18110, S. 30).

Durch Art. 11 des Gesetzes zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Pachtrecht v. 22.12.2020 (BGBl. I, S. 3328; i. F. MaßnG-GesR-AnpassG) hat der Gesetzgeber § 5 Abs. 2 Nr. 1 MaßnG-GesR nun modifiziert: Ab Inkrafttreten am 28.2.2021 (Art. 14 Abs. 3 MaßnG-GesR-AnpassG) erlaubt es die Norm dem Vorstand, eine präsenzlose Mitgliederversammlung anzuordnen („*kann der Vorstand ... vorsehen, dass Vereinsmitglieder an der Mitgliederversammlung ohne Anwesenheit am Versammlungs-ort teilnehmen, und Mitgliederrechte im Wege der elektronischen Kommunikation ausüben können oder müssen, ...*“). Wir würden davon ausgehen, dass es sich dabei lediglich um eine Klarstellung handelt. Deshalb dürfte sich daraus *kein* Umkehrschluss derart ziehen lassen, dass der Ausschluss der Präsenz bisher unzulässig war.

Eine zwingend präsenzlose Beschlussfassung bringt das Verfahren nach **§ 5 Abs. 3 MaßnG-GesR** mit sich. Diese Norm erleichtert das in § 32 Abs. 2 BGB bereits

vorgesehene **versammlungslose Umlaufverfahren**. Im modifizierten Umlaufverfahren muss bei allseitiger Beteiligung nur mehr die Hälfte der Mitglieder ihre Stimme bis zum festgesetzten Termin in Textform (statt schriftlich) abgeben. Dies ändert freilich nichts an inhaltlichen Mehrheitserfordernissen: Die gesetzlich oder statutarisch vorgesehene Beschlussmehrheit ist zu erzielen; das Mehrheitserfordernis aus § 5 Abs. 3 MaßnG-GesR bezieht sich also letztlich nur auf die Zustimmung zur Verfahrensart (vgl. BT-Drucks. 19/18110, S. 30; Schmidt, § 8 Rn. 17).

## 2. „Umstellung“ der Präsenzversammlung auf virtuelle Versammlung

Die Literatur geht mehr oder weniger selbstverständlich davon aus, dass der **Umstand der virtuellen Durchführung** der Versammlung (im obigen Sinne) **Gegenstand der Einberufung** ist (vgl. Schwenn/Blacher, npoR 2020, 154, 155; Schmidt, § 8 Rn. 10, 12; zur AG Stelmaszczyk/Forschner, Der Konzern 2020, 221, 226). Mit der Ladung seien den Mitgliedern alle Informationen zu übermitteln, die sie für die elektronische Teilnahme an der Versammlung brauchten (Segna, npoR 2020, 148, 150). Die Einberufung ihrerseits folgt grundsätzlich den allgemeinen Regeln (Segna, npoR 2020, 148, 150). Insbesondere muss die Einladungsfrist eingehalten werden (Schwenn/Blacher, npoR 2020, 154, 155; Schmidt, § 8 Rn. 12).

Dass der **Versammlungsmodus** noch während laufender Einberufungsfrist auf die virtuelle Versammlung hin **geändert** werden kann, halten wir für **schwer begründbar**. Bzgl. der AG wird dies in der Literatur ausdrücklich abgelehnt (Stelmaszczyk/Forschner, Der Konzern 2020, 211, 226; Lieder, ZIP 2020, 837, 839; Mayer/Jenne, BB 2020, 835, 838 f.; Bücker u. a., DB 2020, 775, 777; Grigoleit/Herrler, AktG, 2. Aufl. 2020, § 118 Rn. 36g; allg. zu Einberufungsmodalitäten BeckOGK-AktG/Rieckers, Std.: 19.10.2020, § 121 Rn. 99; Grigoleit/Herrler, § 121 Rn. 41), dies wegen der **signifikanten Unterschiede zwischen den Versammlungsarten** und wegen der gravierenden Unterschiede in puncto Teilhabe an der Versammlung. In der Konsequenz ist daher die einberufene Versammlung abzusagen und die virtuelle Versammlung (neu) einzuberufen. So wird dies auch im Vereinsrecht für die Verlegung der einberufenen Versammlung vertreten und für die der Verlegung gleichzustellende Änderung des Versammlungsorts (Reichert/Wagner, Vereins- und Verbandsrecht, 14. Aufl. 2018, Kap. 2 Rn. 1191; zur AG Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 121 Rn. 18).

Wenn auch die virtuelle Vereinsmitgliederversammlung mit weniger Eingriffen in versammlungsbezogene Mit-

gliedschaftsrechte einhergeht als bei der AG-Hauptversammlung (vgl. § 1 Abs. 2 MaßnG-GesR sowie Forschner, NotBZ 2020, 445, 447; s. aber § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 u. S. 2 MaßnG-GesR i. d. F. des Art. 11 MaßnG-GesR-AnpassG), so bedeutet dennoch die Umstellung auf die virtuelle Versammlung eine gravierende Veränderung. Nicht zuletzt sind **die mit der Einberufungsfrist verfolgten Zwecke** zu berücksichtigen: Soweit diese Frist dem Vereinsmitglied die sachgerechte Vorbereitung auf die Versammlung ermöglichen soll (BeckOGK-BGB/Notz, Std.: 15.9.2018, § 32 Rn. 55), kann dieser Zweck durchaus gefährdet sein. Es ließe sich etwa argumentieren, dass sich Mitglieder, die sich vor dem Hintergrund der ursprünglichen Einberufung zur Nichtteilnahme an der Präsenzversammlung entschieden haben (was ihr Recht war), angesichts der modifizierten Einberufung anders entscheiden könnten (was ebenfalls ihr Recht wäre). Dann bliebe ihnen aber nicht mehr die volle Einberufungsfrist zur (inhaltlichen) Vorbereitung auf die Versammlung. Jedem Mitglied sollte aber die volle Einberufungsfrist für sämtliche Entscheidungen zustehen, die es im Zusammenhang mit der Versammlung zu treffen hat. Auch die organisatorischen Aspekte können eine Rolle spielen, etwa die zeitliche Disposition, wenngleich weniger stark als bei der physischen Versammlung, die ggf. mit Anreise und Auswärtsübernachtung verbunden ist. Als Adressat der ursprünglichen Einberufung musste das Mitglied auch nicht erwarten, dass der Versammlungsmodus umgestellt würde, sondern allenfalls mit einer Verlegung der Versammlung rechnen (vgl. Horst, MDR 2020, 543). Kurz gesagt: Jedes Vereinsmitglied muss von vornherein wissen, welche Versammlung ihm bevorsteht, damit es die durch die Einberufungsfrist gesicherten Rechte voll wahrnehmen kann. Diese Überlegungen mögen sogar dann gelten, wenn die elektronische Teilnahme nur als Zusatzoption eingeführt würde.

Konsequenz etwa einer verletzten Einberufungsfrist kann ein (evtl. rügebedürftiger) Mangel des gleichwohl in der Mitgliederversammlung gefassten Beschlusses sein (BeckOGK-BGB/Notz, § 32 Rn. 57 mit dem Hinweis, dass bei dennoch hinreichender Vorbereitungszeit eine Berufung auf den Mangel gegen § 242 BGB verstoßen kann). Die Mangelhaftigkeit solcher Beschlüsse mag aber umfassender sein, da man durchaus die Einberufung an sich in Frage stellen kann.

### 3. Fazit

Ein Wechsel in die virtuelle Mitgliederversammlung ohne neue Einberufung erscheint uns nicht möglich. Die Einberufung der Präsenzversammlung dürfte eine „virtuelle“, präsenzlose Mitgliederversammlung nicht abdecken.

---

## VersAusglG § 33; VAHRG § 5 a. F.

### Phasenverschobene Ehe; Aufschub des Versorgungsausgleichs, um Kürzung der Altersrente zu vermeiden; Unterhaltszahlung an Ehefrau

---

#### I. Sachverhalt

Im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung sollen Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich getroffen werden. Während die 57 Jahre alte Ehefrau noch arbeitet, steht der Ehemann kurz vor dem Ruhestand und erwartet neben der gesetzlichen Rente von ca. 2.300 € Versorgungszahlungen aus einer betrieblichen Altersversorgung von etwa 10.000 € monatlich. Bei einer Durchführung des Versorgungsausgleichs würde der Ehemann einen hohen Anteil seiner betrieblichen Altersversorgung verlieren und daher auch weniger Unterhalt schulden. Es soll nunmehr vereinbart werden, dass die Kürzung der Betriebsrente erst mit dem Renteneintritt der Ehefrau erfolgt, d. h., dass der Ehemann diese bis dahin ungekürzt erhält und aus den ihm zufließenden Einkünften den gesetzlichen Unterhalt zahlt. Zudem soll an die Ehefrau dann nur ein Anteil von 37 % aus der Betriebsrente übertragen werden. Der betriebliche Versorgungsträger wäre mit dieser Regelung einverstanden.

#### II. Fragen

1. Wäre eine solche Vereinbarung zulässig?
2. Ist § 33 VersAusglG anzuwenden oder steht dieser der geplanten Vereinbarung entgegen?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Rechtslage vor dem 1.9.2009

Nach dem bis zum 1.9.2009 geltenden Recht wurde eine an den Pflichtigen gezahlte Rente aufgrund des durchgeführten öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleichs erst dann gekürzt, wenn der Berechtigte seinerseits aus dem Versorgungsausgleich eine Rente bezog oder wenn dem Verpflichteten aus einem späteren Rentenfall eine Versorgung bewilligt wurde (vgl. § 101 Abs. 3 SGB VI a. F., § 57 BeamtVG). Nach altem Recht unterblieb also die Kürzung einer zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Entscheidung zum Versorgungsausgleich gezahlten Versorgung des Ausgleichspflichtigen so lange, bis der Berechtigte Leistungen aus dem durchgeführten Versorgungsausgleich bezog (sog. **Rentner- oder Pensionistenprivileg**, auch: Rentner- und Pensionistenprivileg).

Das zum 1.9.2009 in Kraft getretene Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs hat das sog. Rentner- oder Pensionistenprivileg durch die Neufassung von § 101 Abs. 3 SGB VI und § 57 Abs. 1 BeamtVG

abgeschafft (vgl. dazu Ruland, FamFR 2009, 37). Ein durchgeführter Versorgungsausgleich bewirkt daher nunmehr unmittelbar mit Rechtskraft eine Minderung der Rentenbezüge (vgl. § 101 Abs. 3 S. 1 SGB VI).

Zwischenzeitlich hat das BVerfG zur Abschaffung des Rentnerprivilegs beim Versorgungsausgleich Stellung genommen und die Abschaffung für verfassungsgemäß befunden (BVerfG NJW 2015, 686 f. = BeckRS 2015, 40526: frühere Rechtslage war verfassungsrechtlich vertretbar, aber nicht geboten).

## 2. Vertragliche Vereinbarung des „Rentnerprivilegs“?

Fraglich ist, ob die alte Rechtslage im Wege der Vereinbarung wiederhergestellt werden kann. Leider gibt es hierzu nach wie vor relativ wenig Literatur und keine Rechtsprechung. **Zweifelhaft** erscheint uns insbesondere ein „Aufschub“ des Versorgungsausgleichs, etwa in dem er auf den Eintritt des Rentenalters der Ehefrau aufschiebend bedingt wird oder dadurch, dass der ehevertragliche Verzicht auf den öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleich (jetzt: Wertausgleich bei der Scheidung) auflösend bedingt wird, z. B. auf den Umstand, dass auch die Ehefrau Ruhegehalt erhält.

Zwar kann im Grundsatz auch der Versorgungsausgleich bzw. der Verzicht auf den Versorgungsausgleich unter Bedingungen vereinbart werden, z. B. Verzicht auf den Versorgungsausgleich unter der auflösenden Bedingung, dass später gemeinsame Kinder geboren werden. Bei den insoweit vorgeschlagenen Bedingungen handelt es sich jedoch stets um Bedingungen, die in der Sphäre der beiden Ehegatten angesiedelt sind und die bis zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts über den Versorgungsausgleich eingetreten sind (oder nicht). Bei der angedachten Konstruktion läge eine Vereinbarung vor, bei der zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts über die Scheidungsfolgesache Versorgungsausgleich im Scheidungsverbund nicht feststünde, ob der Wertausgleich tatsächlich einmal stattfindet oder nicht. Da jedoch der Wertausgleich u. E. nur zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts durchgeführt werden kann, nicht aber nach Rechtskraft der Scheidung, könnte eine derartige Vereinbarung wohl nur als Ausschluss des Wertausgleichs unter Vereinbarung eines schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs bei Eintritt bestimmter Bedingungen Bestand haben. Ein Ausweichen auf den sog. schuldrechtlichen Versorgungsausgleich (jetzt zutreffend „Ausgleich nach der Scheidung“ genannt) empfiehlt sich jedoch regelmäßig nicht, allein schon wegen des Risikos des Vorversterbens des Verpflichteten.

Auch die Literatur geht davon aus, dass Bedingungen für den sog. Wertausgleich bei der Scheidung nur zulässig sind, wenn die Bedingung bis zum Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung über den Versorgungsausgleich eintritt oder ausfällt (Grziwotz, in: Beck'sches Notarhandbuch, 7. Aufl. 2019, § 12 Rn. 141; Bergschneider, MittBayNot 1999, 144, 145). Zwar tritt die Rechtskraft der Entscheidung über den Wertausgleich bei der Scheidung nicht zwangsläufig mit der Rechtskraft der Scheidung ein, wenn die Versorgungsausgleichsfolgesache abgetrennt wurde (vgl. § 140 FamFG), doch eröffnet dies den Beteiligten noch nicht das Recht, über den Zeitpunkt der Rechtskraft zu disponieren. Insbesondere werden Verfahrensunterbrechungen in dem von Amts wegen durchzuführenden Versorgungsausgleichsverfahren soweit ersichtlich abgelehnt, wenn unabsehbar ist, ob und wann das Verfahren weiter zu betreiben sein könnte (OLG Oldenburg NJOZ 2005, 1582; OLG Celle FamRZ 2001, 1462; OLG Hamm FamRZ 2000, 673).

Doch selbst wenn man eine aufschiebende Bedingung über die Rechtskraft einer dann nur vorläufig verfahrensabschließenden Entscheidung hinaus entgegen der wohl h. M. für zulässig hielte, bliebe als weiteres Hindernis für die gewünschte Vereinbarung, dass es sich u. E. um einen „Vertrag zulasten Dritter“, nämlich des Versorgungsträgers, handeln würde. Ein solcher kann nach § 8 Abs. 2 VersAusglG nur mit Zustimmung des betreffenden Versorgungsträgers zulässigerweise geschlossen werden. Regelmäßig dürfte eine derartige Zustimmung ausscheiden. Ob im vorliegenden Fall der Versorgungsträger tatsächlich mit einer derartigen Vereinbarung einverstanden wäre – über die gesetzlichen Voraussetzungen des § 33 VersAusglG hinaus – dürfte aus unserer Sicht daher zweifelhaft sein.

## 3. Anwendungsbereich des § 33 VersAusglG

Das früher in § 5 VAHRG geregelte „Unterhaltsprivileg“ ist nunmehr im Gesetz nur noch in modifizierter Form in § 33 VersAusglG normiert. Die Vorschrift dient in erster Linie dem Schutz des Unterhaltsanspruchs: Es soll eine mit dem Versorgungsausgleich verbundene Verringerung der Leistungsfähigkeit des rentenbeziehenden Unterhaltspflichtigen vermieden werden, bis der Unterhaltsberechtigte Leistungen aufgrund des Versorgungsausgleichs erhält, damit sich der Unterhaltsanspruch nicht vermindert (BeckOGK-BGB/Maaß, Std.: 1.2.2021, § 33 VersAusglG Rn. 3). Die Vorschrift dient aber auch dem Schutz des Unterhaltspflichtigen vor einer auf den Versorgungsausgleich zurückzuführenden Beschränkung seiner Lebensführung (BeckOGK-BGB/Maaß, § 33 VersAusglG Rn. 4).



Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 33 VersAusglG eng sind. Geregelt ist in Abs. 2 der Vorschrift ferner eine Bagatellgrenze, ab der eine Anpassung möglich ist. Schließlich ist die Anpassung auch in den Rechtsfolgen beschränkt (vgl. § 33 Abs. 3, 4 VersAusglG).

Für den vorliegenden Fall ist bedeutsam, dass die Aussetzung nach § 33 VersAusglG von vornherein nur in Betracht kommt, sofern ein in § 32 VersAusglG genanntes, der **primären Altersversorgung zugehöriges Anrecht** durch den Versorgungsausgleich gekürzt wurde (BeckOGK-BGB/Maaß, § 33 VersAusglG Rn. 10). Zu den der Anpassung unterliegenden Anrechten (vgl. § 32 VersAusglG) aus der primären Regelaltersversorgung gehören bspw. Rechte aus der gesetzlichen Rentenversicherung, der Beamtenversorgung oder der berufsständischen Versorgung. **Nicht hierzu** zählen explizit private Anrechte oder solche **aus betrieblicher Altersversorgung**, wie sie hier im überwiegenden Umfang vorliegen (vgl. BeckOGK-BGB/Ackermann-Sprenger, Std.: 1.11.2020, § 10 VersAusglG Rn. 38). Da die Ungleichbehandlung vom Gesetzgeber gesehen und so gewollt gewesen sei (vgl. BT-Drucks. 16/10144, S. 71), scheidet nach Ansicht der Literatur auch eine entsprechende Anwendung auf solche Anwartschaften aus (BeckOGK-BGB/Ackermann-Sprenger, § 10 VersAusglG Rn. 38).

#### 4. Gestaltungshinweise aus der Literatur

Abschließend seien noch **Gestaltungshinweise aus der Literatur** zur Lösung des Problems der sog. „phasenverschobenen“ Ehe erwähnt. Insoweit führt bspw. *Grziwotz* (in: Schnitzler, Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht, 5. Aufl. 2020, § 24 Rn. 185) aus:

*„Als Ausweg bleibt zum einen nur ein Verschieben der Scheidung, wenn kein Ehegatte erneut heiraten möchte, gegebenenfalls verbunden mit einer Vereinbarung, mit der die Trennungszeit vom Versorgungsausgleich ausgenommen wird. Denkbar ist zum anderen ein Ausweichen auf die schuldrechtliche Ausgleichsrente (§ 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 VersAusglG), und zwar auch bezüglich bestimmter Anrechte; ein wirksamer Hinterbliebenenschutz ist damit allerdings nicht möglich (§ 25 Abs. 2 VersAusglG), wenn nicht das entsprechende Versorgungswerk diesen vorsieht. Schließlich bleibt noch die Abfindung des jüngeren Ehegatten auf andere Weise, zB durch eine Immobilie oder eine Geldzahlung.“*

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.de>

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

**BGB §§ 93, 94, 95, 516, 1018, 1090**

**Eigengenutzte und einspeisende Photovoltaikanlage als wesentlicher Bestandteil eines Gebäudes; beschränkte persönliche Dienstbarkeit zur nachträglichen Begründung der Scheinbestandteileigenschaft**  
Abruf-Nr.:

**EuErbVO Art. 21**

**USA: testamentarische Verfügung über in den USA belegenes Vermögen**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BGB § 925; GNotKG § 21 Abs. 1 S. 1**

**Keine unrichtige Sachbehandlung bei getrennter Beurkundung von Grundstückskaufvertrag und Auflassung**

a) **Eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne von § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG liegt nur bei einem offen zutage tretenden Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen oder bei einem offensichtlichen Versehen des Notars sowie dann vor, wenn der Notar von mehreren gleich sicheren Gestaltungsmöglichkeiten die teurere wählt.**

b) **Die getrennte Beurkundung von Grundstückskaufvertrag und Auflassung stellt keine unrichtige Sachbehandlung im Sinne des § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG dar; dies gilt auch, wenn der Notar die Beteiligten nicht über kostengünstigere andere Gestaltungsmöglichkeiten belehrt.**

BGH, Beschl. v. 1.10.2020 – V ZB 67/19

### Problem

Die Beschwerdeführerin gab vor einem Notar ein Angebot auf Abschluss eines Vertrages über den Kauf einer noch zu errichtenden Eigentumswohnung ab. Der Vertrag sah vor, dass die Vertragsparteien zur Erklärung

der Auffassung erst unter bestimmten Voraussetzungen (u. a. der vollständigen Kaufpreiszahlung und der Abnahme des Sondereigentums) verpflichtet sein sollen. Dem Verkäufer (Bauträger) wurde eine Vollmacht erteilt, die Auffassung nach Vorliegen der Voraussetzungen zu erklären und entgegenzunehmen. Dieses Angebot nahm der Verkäufer zur Urkunde des Zentralnotars an und ließ bei selbigem Notar nach Vorliegen der vertraglichen Voraussetzungen auch die Auffassung des Wohnungseigentums beurkunden. Hierfür stellte der Notar der Beschwerdeführerin eine Gebühr nach GNotKG KV Nr. 21102 in Rechnung.

Das Kammergericht als Vorinstanz war der Auffassung, eine getrennte Beurkundung von Kaufvertrag und Auffassung stelle eine unrichtige Sachbehandlung dar. Jedenfalls liege eine Amtspflichtverletzung vor, da der Notar die Beteiligten nicht über die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Kostenfolgen aufgeklärt habe (KG RNotZ 2019, 412).

### Entscheidung

Auf die Beschwerde des Kostengläubigers hebt der BGH die Entscheidung des Kammergerichts auf. Die getrennte Beurkundung von Kaufvertrag und Auffassung sei kostenrechtlich nicht zu beanstanden.

Zur Begründung führt der BGH an, nur wenn zur Erreichung des angestrebten Erfolgs mehrere in jeder Hinsicht gleich sichere und zweckmäßige Wege zur Verfügung stünden, habe der Notar die Pflicht, unter diesen Wegen den kostengünstigsten zu wählen. Die bei Gestaltung eines Grundstückskaufvertrags zur Verfügung stehenden verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten (Vorlagesperre mit Ausfertigungssperre; Vollmachtslösung; getrennte Beurkundung von Kaufvertrag und Auffassung) hätten jeweils nach konkreter Interessenslage der Vertragsparteien verschiedene Argumente für sich. Die Entscheidung darüber, welche der verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten der am besten geeignete Weg zur Wahrung der Interessen der Beteiligten sei, obliege dem Notar, dem aufgrund seiner gesetzlich gewährleisteten Unabhängigkeit gem. § 1 BNotO ein weiterer Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum einzuräumen sei. Dies gelte insbesondere auch für die Frage, welche der verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Interessen der Beteiligten sicher und zweckmäßig sei.

Den Notar treffe grundsätzlich auch keine Belehrungspflicht über die Kostenfolgen seiner Urkundstätigkeit. Etwas anderes gelte nur dann, wenn die Beteiligten den Notar auf die Kosten ansprächen. Der Notar verstößt deshalb nicht gegen seine Amtspflichten, wenn er die

Beteiligten nicht über kostengünstigere Wege der Vertragsabwicklung belehrt.

---

### EuErbVO Art. 83 Abs. 2

#### **Bindungswirkung von Testamenten aufgrund einer vor Inkrafttreten der Europäischen Erbrechtsverordnung getroffenen Rechtswahl; gemeinschaftliches Testament als Erbvertrag i. S. d. EuErbVO**

#### **Für die Frage, ob eine konkludente Wahl deutschen Rechts im Sinne von Art. 83 Abs. 2 EuErbVO für die Bindungswirkung eines gemeinschaftlichen Testaments vorliegt, sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.**

OLG München, Beschl. v. 24.8.2020 – 31 Wx 241/18

### Problem

Die Erblasserin war deutsche Staatsangehörige. Sie war mit einem österreichischen Ehemann verheiratet. Ursprünglich lebten die Eheleute in Österreich. 1995 zogen sie nach Deutschland um. 1996 verfassten sie in äußerlich getrennten, inhaltlich aber gleichlautenden Urkunden als „Gemeinschaftliches Testament“ überschriebene Schriftstücke. Darin setzten sich die Eheleute gegenseitig zu Alleinerben und weitere Personen zu Schlusserben ein. Alle Erbeinsetzungen sollten wechselseitig verbindlich sein und nach dem Tod eines von beiden nicht mehr abgeändert werden können.

Nach dem Tode des Ehemannes verfügte die Erblasserin abweichend.

Die durch das Einzeltestament begünstigten Personen haben u. a. vorgetragen, das „Gemeinschaftliche Testament“ entfalte schon deshalb keine Bindungswirkung, weil nach österreichischem Erbrecht eine Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments ausscheide. Für den Ehemann der Erblasserin sei nach damals geltendem Kollisionsrecht österreichisches Erbrecht anwendbar gewesen, sodass das gemeinschaftliche Testament auch für die deutsche Ehefrau keine Bindungswirkung entfalten könne.

### Entscheidung

Das OLG München weist darauf hin, dass aufgrund des Erbfalls nach dem 17.8.2017 die Erbfolge der Europäischen Erbrechtsverordnung unterliege. Für die Zulässigkeit des gemeinschaftlichen Testaments gelte Art. 25 EuErbVO, da es sich um einen Erbvertrag i. S. v. Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO handele. Jedenfalls das gemeinschaftliche Testament nach deutschem Recht, das wechselseitige Verfügungen enthalte, sei ein Erbvertrag

in Sinne des autonom zu bestimmenden Begriffs der EuErbVO. Nach der Ausgestaltung des gemeinschaftlichen Testaments hätten die Erblasserin und ihr vorverstorbenen Ehemann eine bindende Ausgestaltung der Verfügungen beabsichtigt.

Da zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments beide Eheleute ihren gewöhnlichen Aufenthalt i. S. v. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO in Deutschland gehabt hätten, gelte für die Zulässigkeit des gemeinschaftlichen Testaments das deutsche Recht. Auf die Formwirksamkeit möchte das Gericht Art. 27 EuErbVO anwenden, da im unionsrechtlichen Sinne ein Erbvertrag und kein gemeinschaftliches Testament vorliege, sodass das Haager Testamentsformübereinkommen, welches ausschließlich für Testamente und gemeinschaftliche Testamente im formalen Sinne gelte, nicht anwendbar sei. Dabei lasse das gem. Art. 27 Abs. 1 lit. a EuErbVO berufene deutsche Recht die Errichtung gemeinschaftlicher Testamente auch in getrennten Urkunden zu.

Auch auf die Bindungswirkung finde deutsches Recht Anwendung. Zwar lasse das zum Testamentserrichtungszeitpunkt geltende österreichische Recht keine Bindungswirkung zu. In der Bezugnahme der Eheleute auf das deutsche Recht, insbesondere Begriffe wie Schlusserbfolge, Wechselbezüglichkeit etc. liege aber eine konkludente Rechtswahl i. S. v. Art. 25 Abs. 3 EuErbVO.

Das OLG akzeptierte den Einwand nicht, dass nach den Umständen zum Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments sowie zum Zeitpunkt des Widerrufs durch die Erblasserin für die Verfügungen des Ehemannes österreichisches Recht gegolten habe (das keine Bindungswirkung kennt, sodass auch die damit im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit stehenden Verfügungen der deutschen Ehefrau keinerlei Bindungswirkung entfaltet haben und bis zum Anwendungsstichtag der EuErbVO die gemeinschaftlichen Verfügungen wirksam widerrufen werden konnten). Da der Erbfall nach dem 17.8.2015 eingetreten ist, sei gem. Art. 83 Abs. 1 EuErbVO das Kollisionsrecht der Europäischen Erbrechtsverordnung anzuwenden. Soweit Art. 83 Abs. 2 EuErbVO hierbei zu einer Rückwirkung führe, sei das europaverfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (bezugnehmend auf BGH NJW 2019, 3449). Insoweit wird also vom OLG München die Ansicht verworfen, ein vor dem 17.8.2015 nach dem damals geltenden nationalen Kollisionsrecht wirksam widerrufenes Testament bleibe wirksam, auch wenn sich aus dem Kollisionsrecht der Europäischen Erbrechtsverordnung nachträglich ergibt, dass die widerrufenen Verfügungen bindend waren (so z. B. MünchKommBGB/Dutta, 8. Aufl. 2020, Art. 83 EuErbVO Rn. 19 m. w. N.). Das

Widerrufstestament hat also dadurch, dass die Erblasserin den Anwendungsstichtag für die Erbrechtsverordnung überlebt hat, seine Wirksamkeit „verloren“.

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](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notar a. D. Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

**Bezugsbedingungen:**

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

**Bezugspreis:**

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

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

**Verlag:**

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

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit