

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2255, 2272, 2287; BeurkG § 46 – Testierfähigkeit als Voraussetzung für die Rücknahme eines gemeinschaftlichen Testaments; Nachweis des Erbrechts im Erbscheinsverfahren bei nicht mehr im Original vorhandener Testamentsurkunde; Reichweite des § 2287 BGB

MaßnG-GesR § 6 Abs. 1; WEG § 26 – Verwalternachweis; Fortbestehen des Verwalteramts sowie Entbehrlichkeit eines Nachweises über die unterbliebene Abberufung bzw. unterbliebene Amtsniederlegung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

GenG § 43 Abs. 7; MaßnG-GesR § 3; UmwG § 13 Abs. 1 S. 2 – Präsenzlose Versammlung bei der Genossenschaft; virtuelle Versammlung; Verschmelzungsbeschluss

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2255, 2272, 2287; BeurkG § 46 Testierfähigkeit als Voraussetzung für die Rücknahme eines gemeinschaftlichen Testaments; Nachweis des Erbrechts im Erbscheinsverfahren bei nicht mehr im Original vorhandener Testamentsurkunde; Reichweite des § 2287 BGB

I. Sachverhalt

Die Erblasser haben 2007 ein notarielles gemeinschaftliches Testament errichtet. In diesem Testament hatten sich die zu diesem Zeitpunkt voll geschäfts- und testierfähigen Erblasser gegenseitig zu Alleinerben bestimmt und die Schlusserbfolge festgelegt. 2010 haben beide Ehegatten das Amtsgericht – Nachlassgericht

– aufgesucht und das gemeinschaftliche Testament aus der amtlichen Verwahrung zurückgenommen. Die Ehefrau war zum Zeitpunkt der Rücknahme gemäß ärztlichem Gutachten nicht mehr geschäfts- und testierfähig.

Zudem hat der Ehemann 2012 ein ihm allein gehörendes Grundstück seiner Enkeltochter übertragen. Die Ehefrau konnte aus den oben genannten Gründen nicht zustimmen.

Der Ehemann ist kurz darauf verstorben; ein Erbschein nach dem Ehemann liegt nicht vor. Nach dem Tode der Ehefrau 2019 wurde ein Erbschein aufgrund gesetzlicher Erbfolge erteilt, die von der testamentarischen Erbfolge abweicht. Nun wurde beantragt, den Erbschein aufgrund gesetzlicher Erbfolge nach der Ehefrau einzuziehen.

II. Fragen

1. Ist die Rücknahme des Testaments durch einen Testierunfähigen wirksam?

2. Was geschieht, wenn das Testament nicht nur zurückgenommen, sondern auch vernichtet wurde? Kann es „wieder hergestellt“ werden? Kann im Wege des Erbscheinsverfahrens eine beglaubigte Abschrift das Original ersetzen?

3. Konnte der Ehemann ohne Zustimmung der Ehefrau über das Familienheim verfügen?

III. Zur Rechtslage

1. Zur Wirksamkeit des Widerrufs

Ein vor einem Notar errichtetes Testament gilt als widerrufen, wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser zurückgegeben wird (§ 2256 Abs. 1 S. 1 BGB). Ein gemeinschaftliches Testament kann nach Maßgabe des § 2256 BGB nur von beiden Ehegatten zurückgenommen werden (§ 2272 BGB). Ob für die an die Rücknahme geknüpfte Widerrufsfolge die Testierfähigkeit beider Ehegatten notwendige Voraussetzung ist, ist nicht ganz unbestritten. Von einer Mindermeinung in der Literatur wird die Ansicht vertreten, die Rückgabe setze nur die Fähigkeit voraus, einen natürlichen Rücknahmewillen zu bilden. Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass das Gesetz in § 2256 BGB eine Fiktion enthalte, sodass es auf den Willen des rückfordernden Erblassers gerade nicht ankomme. Zudem wird angeführt, auch ein Testierunfähiger könne ein Testament vernichten oder verändern (vgl. J. Mayer/Sammet, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, 7. Aufl. 2020, § 2272 BGB Rn. 7; zur früheren Ansicht von J. Mayer s. den Überblick bei BeckOGK-BGB/Braun, Std.: 15.2.2021, § 2272 Rn. 13.2 ff.). Demgegenüber nimmt die ganz h. M. an, dass die Rücknahme ihrer Rechtsnatur nach zum einen ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, zum anderen aber auch zugleich eine Verfügung von Todes wegen sei (BGH NJW 1957, 906; BayObLG NJW-RR 2005, 957; Palandt/Weidlich, BGB, 80. Aufl. 2021, § 2256 Rn. 1 m. w. N.). **Die Rückgabe eines gemeinschaftlichen Testaments** nach § 2272 BGB **erfordert** daher folgerichtig aus Sicht der h. M. **die Testierfähigkeit beider Ehegatten** (BayObLG ZEV 2005, 480, 481; hierfür plädiert nunmehr auch J. Mayer/Sammet, § 2272 BGB Rn. 7; ebenso im Ergebnis BeckOGK-BGB/Braun, § 2272 Rn. 13.3 ff.). Überzeugend wird hierfür angeführt, das Erfordernis der Testierfähigkeit diene gerade dem Schutz des wirksam gebildeten Testierwillens. Die Widerrufsfiktion nach §§ 2272, 2256 BGB könne nur an die von einem Testierfähigen vorgenommene Handlung anknüpfen, da sie dieselbe Folge wie ein Widerrufstestament habe. Es sei aber nicht einzusehen, weshalb die Fiktion des § 2256 BGB auch dann greifen sollte, wenn ein ausdrücklich erklärter Widerruf wegen mangelnder Testierfähigkeit unwirksam wäre (so ausf.: J. Mayer/Sammet, § 2272 BGB Rn. 7).

Vom Standpunkt der bislang hierzu ergangenen Rechtsprechung sowie der in der Literatur ganz herrschenden Auffassung aus gesehen, kann also die Rückgabe eines gemeinschaftlichen Testaments nicht die in §§ 2272, 2256 BGB normierte Widerrufsfolge auslösen, wenn auch nur einer der beiden Ehegatten testierunfähig ist. Sollte vorliegend die Ehefrau zum Zeitpunkt der Rücknahme tatsächlich nicht mehr testierfähig gewesen sein, wäre das gemeinschaftliche Testament aus dem Jahre 2007 folglich nicht wirksam widerrufen.

2. Vernichtung der Originalurkunde

Wurde die Originalurkunde über das gemeinschaftliche Testament vernichtet, so ist für den inhaltlichen Fortbestand der in dieser Urkunde getroffenen Regelung zu unterscheiden:

Zum einen kann es sich um einen Anwendungsfall des § 2255 BGB handeln: Ein Testament kann hiernach auch dadurch widerrufen werden, dass der Erblasser in der Absicht es aufzuheben, die Testamentsurkunde vernichtet oder an ihr solche Veränderungen vornimmt, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, üblicherweise ausgedrückt wird. Handelt es sich – wie vorliegend – um ein gemeinschaftliches Testament, so können es die Ehegatten (nur) gemeinsam in der Form des § 2255 BGB widerrufen, soweit der Widerruf wechselbezügliche Regelungen betrifft (vgl. BayObLG NJWE-FER 1997, 157; BayObLG MDR 1981, 933; Voit, in: Reimann/Bengel/Dietz, § 2255 BGB Rn. 5; BeckOGK-BGB/Grziwotz, Std.: 1.1.2021, § 2255 Rn. 2 a. E. m. w. N.). Einseitige Verfügungen von Todes wegen können hingegen durch den jeweils verfügenden Ehegatten auch allein in der Form des § 2255 BGB widerrufen werden, ohne dass die Zustimmung des anderen Ehegatten hierfür erforderlich wäre (Voit, § 2255 BGB Rn. 5). Auch für einen derartigen Testamentswiderruf nach Maßgabe des § 2255 BGB ist aber objektive Voraussetzung die Testierfähigkeit des Erblassers zum Zeitpunkt seines Handelns nach § 2229 BGB, da der Widerruf als letztwillige Verfügung einzordnen ist (Palandt/Weidlich, § 2255 Rn. 4; BeckOGK-BGB/Grziwotz, § 2255 Rn. 3). Als persönliches Handeln bei der Vernichtung bzw. Veränderung der Testamentsurkunde kann es auch noch angesehen werden, wenn sich der Erblasser eines Dritten als unselbstständiges Werkzeug ohne Entscheidungsspielraum bedient, der in seinem Auftrag und mit seinem Willen die Urkunde vernichtet (vgl. BayObLG, Beschl. v. 10.2.1992, BeckRS 2011, 3718, 1351; OLG Hamm NJW-RR 2002, 222, 223 = MittBayNot 2002, 196, 198). Falls im vorliegenden Fall die in Rede stehende Vernichtung der Testamentsurkunde bereits zu Zeiten der Testierunfähigkeit der Ehefrau vorgenommen worden sein sollte, würde nach dem zu-

vor Gesagten darin **kein wirksamer Testamentswider-
ruf nach § 2255 BGB** zu sehen sein.

Ist die Testamentsurkunde abhandengekommen oder auch vernichtet worden, jedoch ohne dass bei dieser Vernichtung die von § 2255 BGB geforderten Voraussetzungen nachweisbar wären, so bliebe das **gemeinschaftliche Testament gültig**, auch wenn die Testamentsurkunde selbst nicht mehr oder nur in veränderter Form zur Verfügung stünde. Allein die Tatsache, dass ein Originaltestament nicht mehr auffindbar ist, begründet noch keine Vermutung dafür, dass es gem. § 2255 BGB vom Erblasser mit Widerrufsabsicht vernichtet worden ist, da es für einen schlichten Urkundenverlust vielfältige Erklärungen geben kann (KG FGPrax 2018, 274; Voit, § 2255 BGB Rn. 18). Die Formgültigkeit der Errichtung und der Inhalt eines Testaments kann in diesen Fällen mit allen zulässigen Beweismitteln ermittelt werden, etwa durch Vorlage einer Testamentskopie (OLG Düsseldorf BeckRS 2019, 13124) oder Vernehmung von Zeugen wie beispielsweise des beurkundenden Notars (OLG Schleswig BeckRS 2011, 28747; für einen Überblick s. Voit, § 2255 BGB Rn. 18).

3. Nachweis des Erbrechts

Nach dem zuvor Gesagten muss also zum Nachweis des auf das gemeinschaftliche Testament gestützten Erbrechts nicht notwendigerweise das Original bzw. eine Ausfertigung (§ 47 BeurkG) der Testamentsurkunde vorgelegt werden. Deswegen besteht der in § 46 Abs. 1 S. 1 BeurkG vorausgesetzte Anlass, die Urschrift zu ersetzen, im Erbscheinsverfahren und auch in den Fällen des Erbnachweises allein durch eröffnete notarielle Verfügung von Todes wegen samt Eröffnungsniederschrift nicht (BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 1.4.2021, § 46 Rn. 14; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 46 Rn. 13; Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 8. Aufl. 2020, § 46 BeurkG Rn. 4) Das hiernach auch im vorliegenden Fall festzustellende **Fehlen eines Ersetzungsanlasses** macht allerdings die Ersetzung nicht unzulässig. Die verwahrende Stelle kann sie gleichwohl vornehmen; es besteht ohne Ersetzungsanlass lediglich **keine Amtspflicht** hierzu (Winkler, § 46 Rn. 12; BeckOGK-BeurkG/Regler, § 46 Rn. 12). Obwohl im unterbreiteten Sachverhalt also keine Amtspflicht zur Ersetzung der abhandengekommenen Urschrift besteht, bleibt es dennoch möglich, nach Maßgabe des in § 46 BeurkG vorgeschriebenen Verfahrens die zerstörte Urschrift dadurch zu ersetzen, dass auf der vorhandenen beglaubigten Abschrift vermerkt wird, dass sie an die Stelle der Urschrift tritt.

Für die Ersetzung wäre an sich das Amtsgericht als zuletzt die Urschrift des gemeinschaftlichen Testaments

verwahrende Stelle zuständig (§§ 46 Abs. 2, 48 BeurkG; Winkler, § 48 Rn. 5 a. E.). Für eine Ersetzung durch den vor Ablieferung an das Amtsgericht die Urschrift zunächst verwahrenden Notar käme allenfalls eine analoge Anwendung des § 46 Abs. 1, 2 BeurkG in Betracht. Hierfür ließe sich anführen, dass die Ersetzung durch das Amtsgericht im konkreten Fall auf praktische Schwierigkeiten stoßen dürfte. Dies bestätigende Stellungnahmen in der Literatur liegen bislang – soweit ersichtlich – nicht vor.

4. Wirksamkeit der Überlassung

Einschränkungen der rechtlichen Handlungsmöglichkeiten des Ehemannes bei der Überlassung hätten sich seinerzeit aus **§ 1365 BGB** ergeben können, falls das überlassene Grundstück das gesamte oder nahezu das gesamte Vermögen des Ehemannes darstellte und die Übernehmerin (Enkeltochter) zum Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts wusste, dass der Ehemann über – zumindest fast – sein gesamtes Vermögen verfügte oder zumindest die Verhältnisse kannte, aus denen sich dies ergab (vgl. BGH FamRZ 1989, 475; s. nur Palandt/Siede, § 1365 Rn. 6 ff.). Ob die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB im vorliegenden Fall bei der Grundstücksüberlassung erfüllt waren, lässt sich nach dem uns mitgeteilten Sachverhalt nicht beurteilen. Da nachfolgend nicht die ggf. zustimmungsberechtigte Ehefrau, sondern der handelnde Ehemann zuerst verstarb, greift insoweit nach h. M. der Grundsatz, dass § 1365 BGB fortwirkt und somit das **Geschäft weiterhin schwebend unwirksam** bliebe (BGH NJW 1980, 2350, 2351; OLG Karlsruhe BeckRS 2010, 24204; BeckOGK-BGB/Szalai, Std.: 1.5.2021, § 1365 Rn. 5.5 m. w. N.).

Fraglich ist weiterhin noch, ob der Ehemann ggf. aus Gründen der erbrechtlichen Bindung an das gemeinschaftliche Testament bei der Grundstücksübertragung an die Enkeltochter in seiner Verfügungsmacht eingeschränkt war. Insoweit ist jedoch selbst für bindende wechselbezügliche Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament von der entsprechenden **Anwendbarkeit des § 2286 BGB erst nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten** auszugehen: Das Verfügungsrecht des Erblassers unter Lebenden wird dadurch also nicht beschränkt (s. nur J. Mayer/Röhl, in: Reimann/Bengel/Dietz, § 2286 BGB Rn. 6 m. w. N.). Dieser Grundsatz der lebzeitigen Verfügungsfreiheit hat beim gemeinschaftlichen Testament erst recht zu gelten, wenn – wie vorliegend – zum Zeitpunkt der Vornahme der lebzeitigen Verfügung noch beide Ehegatten am Leben sind, da in diesem Stadium das gemeinschaftliche Testament wegen der Widerrufsmöglichkeit nach §§ 2271 Abs. 1 S. 1, 2296 BGB noch keine Bindungswirkung entfaltet.

Darüber hinaus ist zwar auch § 2287 BGB nach ganz herrschender Auffassung auf wechselbezügliche Erb-
einsetzungen aus gemeinschaftlichen Testamenten ent-
sprechend anwendbar, jedoch nur auf solche, die nach
§ 2271 Abs. 2 BGB durch den Tod des anderen Ehegatten
bereits bindend geworden sind (BGH NJW 1976,
749; BGH ZEV 2016, 641, 642; jüngst OLG Stuttgart
ZEV 2019, 216, 217; BeckOGK-BGB/Müller-Engels,
Std.: 1.4.2021, § 2287 Rn. 5). **§ 2287 BGB** soll des-
wegen nach herrschender Auffassung **nicht bei Schen-
kungen** eingreifen, die **zu Lebzeiten beider Ehegatten**
vorgenommen hat (vgl. Burandt/Rojahn/Braun, Er-
brecht, 3. Aufl. 2019, § 2271 BGB Rn. 62; J. Mayer/
Sammet, § 2271 BGB Rn. 120; BeckOGK-BGB/
Müller-Engels, § 2287 Rn. 6). Teilweise wird abwei-
chend hiervon in der Literatur eine analoge Anwendung
der §§ 2287, 2288 BGB auf lebzeitige Schenkungen ge-
fordert, etwa für den Fall, dass der vorverstorbene Ehe-
gatte durch Vertrag zugunsten Dritter unentgeltlich
auf den Todesfall verfügt hatte (so Speth, NJW 1985,
463; zustimmend Staudinger/Kanzleiter, BGB, 2019,
§ 2287 Rn. 2). Zum Teil wird in der Literatur auch
allgemein eine analoge Anwendung gefordert für die
Fälle, in denen der überlebende Ehegatte erst nach dem
Tod des Erstversterbenden von der Beeinträchtigung
Kenntnis erlangt hat (so etwa NK-BGB/Müßig, 5. Aufl.
2018, § 2271 Rn. 135). Da die Ehefrau vorliegend zum
Zeitpunkt der schenkweisen Grundstücksüberlassung
testierunfähig war, wäre im Anschluss an diese Lite-
raturansichten eine analoge Anwendung der §§ 2287,
2288 BGB zumindest denkbar, da der testierunfähige
Ehegatte auf beeinträchtigende Schenkungen ebenfalls
nicht mehr mit einem Widerruf seiner wechselbezüglichen
Verfügungen und Errichtung eines neuen Testa-
ments reagieren kann. Jedoch bleibt mit Blick auf den
Sachverhalt zu bemerken, dass die überlebende Ehefrau,
falls ihr ein Anspruch aus § 2287 BGB zugestanden hät-
te, diesen aufgrund der Regelung im gemeinschaftlichen
Testament aus dem Jahre 2007 (dort Ziffer 3) an die
Enkeltochter D weitervererbt haben würde (s. zur Ver-
erblichkeit BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.2.2021,
§ 2287 Rn. 24). War eben diese Enkeltochter auch die
durch die Grundstücksüberlassung aus dem Jahre 2012
Beschenkte, so wäre ein Anspruch aus § 2287 BGB
jedenfalls wegen Konfusion erloschen.

Im Ergebnis hätte der erstverstorbene Ehemann dann
nur unter den Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB
in seiner Verfügung über das Familienheim beschränkt
sein können, wofür jedoch Anhaltspunkte im Sachver-
halt fehlen.

5. Gesamtergebnis

Der Rücknahme des Testaments durch einen testier-
unfähigen Ehegatten kommt nach ganz h. M. keine

Widerrufswirkung zu. Wurde die Urschrift der Testa-
mentsurkunde vernichtet, so besteht die darin getrof-
fene Regelung gleichwohl inhaltlich fort, falls sich bei
der Vernichtung der Urkunde nicht die Voraussetzungen
des § 2255 BGB nachweisen lassen; auch diese Vor-
schrift setzt aber die Testierfähigkeit des Erblassers vor-
aus. Durch die noch vorhandene beglaubigte Abschrift
kann nach Maßgabe der §§ 46, 48 BeurkG die fehlende
Urschrift durch das derzeit verwahrende Amtsgericht
ersetzt werden, ohne dass vorliegend eine Amtspflicht
dazu bestünde. Eine notarielle Zuständigkeit ließe
sich nunmehr nur mit einer Analogie begründen. Die
Wirksamkeit der Verfügung des Ehemannes über das
Familienheim steht vorliegend nicht aus erbrechtlichen
Gründen in Frage, sondern lediglich falls die Voraus-
setzungen des § 1365 Abs. 1 BGB vorgelegen haben
sollten.

MaßnG-GesR § 6 Abs. 1; WEG § 26 Verwalternachweis: Fortbestehen des Verwal- teramts sowie Entbehrlichkeit eines Nachwei- ses über die unterbliebene Abberufung bzw. unterbliebene Amtsniederlegung

I. Sachverhalt

Nach dem Versammlungsprotokoll einer Wohnungseigentümergeinschaft wurde der Verwalter bis zum
31.12.2020 bestellt. Dieser erteilte im Januar 2021 die
erforderliche Zustimmung zu einem Kaufvertrag. Die
Eigentumsumschreibung beim Grundbuch wurde unter
Vorlage der Zustimmungserklärung und unter Beifü-
gung des Beschlussprotokolls über die Bestellung des
Verwalters beantragt. Das Grundbuchamt verlangt
nun eine Bestätigung des Verwalters in öffentlicher
Form, dass er nicht abberufen und kein neuer Verwalter
bestellt wurde.

II. Frage

Kann das Grundbuchamt diesen Nachweis verlangen?

III. Zur Rechtslage

1. Fortbestehen der Verwalterbestellung

Gem. Art. 2 § 6 Abs. 1 des Gesetzes zur Abmilderung
der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insol-
venz- und Strafrecht vom 27.3.2020 (BGBl. I
Nr. 14, S. 569 – im Folgenden „COVID-19-G“, Art. 2
des Gesetzes im Folgenden „MaßnG-GesR“) bleibt der
Verwalter i. S. d. Wohnungseigentumsgesetzes **bis zu
seiner Abberufung oder bis zur Bestellung eines neu-
en Verwalters im Amt**. Gem. Art. 6 Abs. 2 COVID-
19-G gilt die Regelung bis zum 31.12.2021 (Staudinger/
Jacoby, WEG, 2018, § 26 Rn. 114.3). Die Regelung soll
einen Zustand der „Verwaltungslosigkeit“ verhindern,

da der Gesetzgeber für die Wohnungseigentümergeinschaften – im Gegensatz zu verschiedenen anderen Verbandsformen – keine Erleichterung für die Durchführung von Versammlungen geschaffen hat (ausf. MünchKommBGB/Cziupka, 8. Aufl. 2020 – Online-Aktualisierung vom 4.5.2020, § 26 WEG Rn. 23a ff.).

2. Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt

Da sich die Rechtsfolge des § 6 Abs. 1 MaßnG-GesR unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, dürfte **kein gesonderter (erneuerter) Nachweis** der Verwaltereigenschaft gegenüber dem Grundbuchamt **erforderlich** sein. Der „abgelaufene“ Verwalternachweis muss dementsprechend genügen, da aus ihm ersichtlich ist, dass der Verwalter (im vorliegenden Fall bis nach Inkrafttreten des § 6 MaßnG-GesR am 28.3.2020) im Amt war. Es stellt sich dementsprechend lediglich die aufgeworfene Frage, ob dem Grundbuchamt gegenüber auch ein Nachweis zu erbringen ist, dass der Verwalter nicht abberufen wurde und kein neuer Verwalter bestellt wurde.

Die Frage gewinnt zwar durch § 6 Abs. 1 MaßnG-GesR an Aktualität, sie stellt sich aber außerhalb der vorgeannten Norm auch für § 26 Abs. 1 WEG in gleichem Maße. Denn auch bei jedem anderen Verwalternachweis wäre es möglich, dass der Verwalter zwischenzeitlich gem. § 26 Abs. 1 WEG abberufen wurde. Nach Inkrafttreten des WEMoG gilt dies umso mehr, da nach neuem Recht die Beschränkung der Abberufung auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht mehr möglich ist. Eine Abberufung des Verwalters kann dementsprechend jederzeit erfolgen (Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rn. 454; Dötsch/Schultzky/Zscheschack, WEG-Recht 2021, Kap. 9 Rn. 1; Riecke, in: Skauradzun/Elzer/Hinz, Die WEG-Reform 2020, § 1 Rn. 85; Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 26 Rn. 146; Palandt/Wicke, BGB, 80. Aufl. 2021, § 26 WEG Rn. 13).

Für die Rechtslage vor Inkrafttreten des WEMoG nahm die Rechtsprechung an, dass das Grundbuchamt grundsätzlich vom Fortbestand des Amtes für die vorgesehene Zeit bzw. bis zum Ablauf der gesetzlichen Höchstfrist ausgehen darf (BayObLG NJW-RR 1991, 978, 979; OLG Oldenburg DNotZ 79, 33; Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 26 Rn. 183; MünchKommBGB/Engelhardt, 8. Aufl. 2020, § 26 WEG Rn. 86). Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn das Grundbuchamt konkrete Anhaltspunkte hat, dass die Verwalterbestellung vorzeitig beendet wurde (LG Wuppertal MittRhNotK 1982, 207, 208). Diesbezüglich dürfte sich auch durch das WEMoG keine abweichende Beurteilung ergeben.

Letztlich handelt es sich bei der **Nicht-Abberufung** bzw. der **Nicht-Neubestellung** um sog. negative Tatsa-

chen, für die es schon aus zwingend logischen Gründen **keinen Nachweis in der Form des § 29 GBO** geben kann. In Betracht käme allenfalls eine Erklärung der Beteiligten in der Form des § 29 GBO, die aber ohnehin nur eingeschränkter Beweiswert haben kann. Das Gesetz enthält in § 26 Abs. 4 WEG zudem gerade eine Erleichterung von § 29 Abs. 1 S. 2 GBO. Die Norm sieht jedoch ausdrücklich nur einen Nachweis für den Bestellungsbeschluss vor, nicht aber ein Erfordernis, dass auch die Nicht-Abberufung bzw. Nicht-Neubestellung nachzuweisen wäre. Für solche „negativen Tatsachen“ bejaht die Rechtsprechung auch in sonstigen Fällen Erleichterungen, da ein Nachweis in der Form des § 29 GBO gerade nicht möglich ist (ausf. Völzmann, RNotZ 2012, 380 ff.; Meikel/Hertel, GBO, 12. Aufl. 2020, § 29 Rn. 652 ff.; BeckOK-GBO/Otto, Std. 1.2.2021, § 29 Rn. 31 jeweils m. w. N.). In vielen Fällen wird zwar als Ersatz für den nicht erbringbaren Nachweis in öffentlicher Urkunde eine eidesstattliche Versicherung gefordert (Meikel/Hertel, GBO, 12. Aufl. 2020, § 29 Rn. 653). Dies bedeutet jedoch nicht, dass stets für jede negative Tatsache eine solche Versicherung erforderlich ist. Denn grundsätzlich kann das Grundbuchamt von einem üblichen Verlauf der Dinge ausgehen, wenn Anhaltspunkte für eine abweichende Sachlage fehlen.

So sehen es konkret für § 6 Abs. 1 MaßnG-GesR auch *Wälzholz/Bayer* (DNotZ 2020, 285, 308) sowie *Böhrringer* (RPfleger 2021, 22, 23), die – soweit ersichtlich – beiden einzigen Literaturfundstellen, die sich bislang mit der Thematik auseinandersetzen und im Ergebnis u. E. aus den vorgenannten Gründen überzeugen.

3. Ergebnis

Nach unserem Dafürhalten ist dementsprechend nach allgemeinen Grundsätzen ein Beweis der „negativen Tatsachen“ der Nicht-Abberufung und Nicht-Neubestellung nicht erforderlich. Eine Versicherung in der Zustimmungserklärung durch den Verwalter ist u. E. entbehrlich, aber auch unschädlich. Sie kann ohnehin nicht den Beweis darüber erbringen, dass der Verwalter tatsächlich nicht abberufen wurde. Wir möchten jedoch abschließend darauf hinweisen, dass zu dieser konkreten Frage bislang noch keine Rechtsprechung vorliegt.

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.

HGB § 60

Wettbewerbsverbot bei Verkauf einer Minderheitsbeteiligung an einer GmbH; nachvertragliches Wettbewerbsverbot für einen Minderheitsgesellschafter

Abruf-Nr.:

BGB § 1945; FamFG § 344 Abs. 7

Beurkundung der Erbausschlagung; Übermittlung einer Ausfertigung an das Nachlassgericht

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

GenG § 43 Abs. 7; MaßnG-GesR § 3; UmwG § 13 Abs. 1 S. 2

Präsenzlose Versammlung bei der Genossenschaft; virtuelle Versammlung; Verschmelzungsbeschluss

§ 3 Abs. 1 MaßnG-GesR lässt eine Versammlung ohne physische Präsenz der Teilnehmer („virtuelle Versammlung“) nicht zu.

(Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.3.2021 – 1 W 4/21 (Wx) – nicht rechtskräftig (Rechtsbeschwerde beim BGH anhängig unter Az. II ZB 7/21)

Problem

Im Rahmen der Vertreterversammlung einer eingetragenen Genossenschaft war der Zustimmungsbeschluss zu einem Verschmelzungsvertrag zu fassen. Die Vertreterversammlung stimmte dem Verschmelzungsvertrag in einer „virtuellen Vertreterversammlung“ zu. Die Vertreterversammlung wurde notariell beurkundet. Das Registergericht lehnte die Eintragung der Verschmelzung ab, da der Verschmelzungsbeschluss nicht in einer Präsenzversammlung gefasst worden sei. Hiergegen richtet sich die Beschwerde.

Entscheidung

Die Beschwerde hat keinen Erfolg. Das OLG Karlsruhe weist zunächst darauf hin, dass § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG erfordere, dass der Zustimmungsbeschluss in einer Versammlung gefasst werde. Welche Anforderungen an die Durchführung der Versammlung zu stellen sind, richte sich nach dem Genossenschaftsrecht. § 4 MaßnG-GesR erhalte betreffend das Umwandlungsrecht insofern keine Erleichterung. Eine vollvirtuelle Versammlung – nach Definition des Gerichts eine Versammlung ohne physische Präsenz der Teilnehmer – sei jedoch nur dann

ausreichend, wenn das Gesetz oder die Satzung der Genossenschaft eine solche Versammlung zulasse.

§ 3 Abs. 1 MaßnG-GesR lasse eine Versammlung ohne physische Präsenz der Teilnehmer nicht zu. Diese Norm enthalte lediglich eine Erleichterung dahingehend, dass auch ohne Satzungsregelung Beschlüsse elektronisch oder schriftlich gefasst werden können. § 43 Abs. 7 S. 1 GenG meine an dieser Stelle jedoch lediglich die Beschlussfassung außerhalb einer Versammlung, was wiederum nicht mit § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG in Einklang zu bringen sei. Die elektronische Beschlussfassung sei nicht mit einer virtuellen Beschlussfassung gleichzusetzen. Dies ergebe sich bereits aus einer systematischen Auslegung anhand des § 118 Abs. 2 AktG und § 48 Abs. 2 GmbHG. Im Gegensatz zum Verein habe der Gesetzgeber **für die Genossenschaft gerade keine Durchführung einer rein virtuellen Versammlung vorgesehen.**

Auch eine analoge Anwendung lehnt das Gericht ab, da der Gesetzgeber sich für die unterschiedlichen Rechtsformen bewusst für unterschiedliche Regelungen entschieden und den Regelungsbedarf gesehen habe. Soweit der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausführe, dass die Durchführung einer Versammlung ohne physische Präsenz bei der Genossenschaft möglich sei, habe dies im Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag gefunden, sodass diese „Erwartung des Gesetzgebers“ (so das Gericht wörtlich) nicht Gesetz worden sei. Der Begriff der elektronischen Form erfasse gerade **nur die Beschlussfassung außerhalb einer Versammlung.** Der Gesetzgeber differenziere gerade zwischen einer Beschlussfassung in elektronischer Form und Ermöglichung einer elektronischen Stimmabgabe.

Obiter dictum weist das Gericht zudem darauf hin, dass § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG eine Versammlung fordere, bei der es die Möglichkeit des Austauschs mit anderen Versammlungsteilnehmern gebe und die Wahrnehmung der Mitgliedsrechte möglich sei. Eine solche virtuelle Versammlung sei aber gerade weder nach § 43 Abs. 7 GenG noch nach § 3 Abs. 1 MaßnG-GesR möglich.

Anmerkung

Aus dem Tatbestand geht leider die genaue Ausgestaltung der virtuellen Versammlung, der Zuschaltung der Mitglieder und die Art der Durchführung der Versammlung nicht hervor. Das Gericht verkennt, dass es zwischen der Beschlussfassung außerhalb einer Versammlung und der „rein virtuellen Versammlung“ verschiedene Abstufungen der Versammlung mit elektronischer Teilnahme gibt. Welche Anforderungen genau an eine Versammlung zu stellen sind, um den Anfor-

derungen des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG gerecht zu werden, ist auch nach der Entscheidung des OLG Karlsruhe offen. Es bleibt zu hoffen, dass der Bundesgerichtshof im Beschwerdeverfahren an dieser Stelle mehr Klarheit schaffen wird.

Anzumerken ist jedenfalls, dass der Gesetzgeber mit § 3 Abs. 1 MaßnG-GesR nicht lediglich die Beschlussfassung im Rahmen eines Umlaufbeschlusses in elektronischer Form gemeint haben kann. Regelungen zur Anfechtung eines Beschlusses „der *Generalversammlung*“ wegen technischer Störungen im Zusammenhang mit der Beschlussfassung ergeben jedenfalls nur dann Sinn, wenn der Gesetzgeber von der Regelung einer Versammlung und nicht nur einer Beschlussfassung außerhalb einer solchen ausging.

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. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessorin Dr. Ricarda Lotte

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