

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

19. Jahrgang
Juli 2011
ISSN 1434-3460

13/2011

Mit Beilage BNotK-Intern

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 463, 1094, 1097 – Vorliegen eines Vorkaufsfalls und Erlöschen eines Vorkaufsrechts im Falle des Gesellschafterwechsels bei vorkaufsverpflichteter KG; Rückgang des Geschäftsbetriebs und Entstehung einer GbR

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

BGB § 134; KWG §§ 1, 32 – Abtretung von Darlehensforderungen bzw. Ausgliederung eines Kreditportfolios und Genehmigungspflicht gem. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG; § 32 Abs. 1 S. 1 KWG ist kein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB

InsO § 32 Abs. 1; GBO § 38 – Eintragung eines Insolvenzvermerks bei Insolvenz eines Miterben

BGB §§ 2078 Abs. 2, 2283 Abs. 2 – Unbeachtlicher Rechtsirrtum über Bindungswirkung eines Erbvertrages

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 463, 1094, 1097

Vorliegen eines Vorkaufsfalls und Erlöschen eines Vorkaufsrechts im Falle des Gesellschafterwechsels bei vorkaufsverpflichteter KG; Rückgang des Geschäftsbetriebs und Entstehung einer GbR

I. Sachverhalt

Die A-KG bestellte an einem in ihrem Eigentum stehenden Grundstück ein „dingliches Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall“, das im Grundbuch entsprechend eingetragen ist. Gesellschafter der KG waren bei Eintragung des Vorkaufsrechts Herr B als Komplementär sowie die C-OHG und Herr C als Kommanditisten.

Im Laufe der Zeit schieden sämtliche bisherigen Gesellschafter aus. Gesellschafter wurden Herr D als Komplementär sowie die Herren E und F als Kommanditisten. In der Folge wurde die Berichtigung des Grundbuchs mit der Begründung beantragt, die Gesellschaft sei aufgrund zurückgegangenen Geschäftsumfanges zur GbR geworden, die von den Gesellschaftern fortgeführt werde. Der bisherige persönlich haftende Gesellschafter Herr D habe seine Beteiligung an E und F abgetreten, sodass diese nunmehr in GbR Eigentümer des besagten Grundstücks seien. Dieser Antrag wurde vollzogen. Das Grundbuch weist nunmehr die GbR unter Nennung der Gesellschafter E und F als Eigentümer des Grundstücks aus.

II. Frage

Ist das Vorkaufsrecht infolge des Erlöschens der KG und der Auswechslung sämtlicher Gesellschafter nach § 1097 BGB ebenfalls erloschen und das Grundbuch insoweit unrichtig?

III. Zur Rechtslage

1. Rechtsnatur des Vorkaufsrechts

Vorliegend wurde in das Grundbuch aufgrund der Eintragungsbewilligung ein Vorkaufsrecht „für den ersten Verkaufsfall“ eingetragen. Weitere Regelungen hierzu enthält die Bewilligungsurkunde nicht. Wird ein Vorkaufsrecht „für den ersten Verkaufsfall“ ohne sonstige Abweichung vom gesetzlichen Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechts bestellt, gilt es zu klären, welche Bedeutung die Eintragung dieses Zusatzes hat.

a) Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechts

Hierbei ist im Grundsatz davon auszugehen, dass sich das **dingliche Vorkaufsrecht mit gesetzlichem Inhalt** auf den Fall des Verkaufs durch den Vorkaufsrechtsbesteller oder dessen Erben beschränkt und so **nur für „einen Verkaufsfall“** gilt (vgl. OLG München NotBZ 2010, 232 = Rpfleger 2010, 260; Staudinger/Schermaier, BGB, Neubearb. 2009, § 1097 Rn. 11; Palandt/Bassenge, BGB, 70. Aufl. 2011, § 1097 Rn. 5). Das Vorkaufsrecht nach § 1094 BGB kann darüber hinaus auch für mehrere oder alle Verkaufsfälle bestellt werden, was jedoch einer ausdrücklichen Vereinbarung und der Eintragung im Grundbuch bedarf (OLG München, a. a. O.; Palandt/Bassenge, § 1097 Rn. 6). Nach h. M. ist es in diesem Rahmen trotz des sachenrechtlichen Typenzwangs ebenfalls zulässig, das Vorkaufsrecht für

einen Verkaufsfall dergestalt zu bestellen, dass es nicht darauf ankommt, ob der Eigentümer zur Zeit der Bestellung (bzw. sein Erbe) oder ein späterer Eigentümer als Rechtsnachfolger veräußert (vgl. KG OLGE 41, 21; MünchKommBGB/Westermann, 5. Aufl. 2008, § 1097 Rn. 2; Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl. 2001, § 1097 Rn. 4; a. A.: Staudinger/Schermaier, § 1097 Rn. 13). Bei der letztgenannten Gestaltung handelt es sich um die Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts mit einem Inhalt, bei welchem wenigstens einmal, aber auch nur ein einziges Mal die Vorkaufsrechtsausübung für den Berechtigten möglich ist (vgl. Zeiß, DNotZ 1998, 308, 309).

b) Vorkaufsrecht „für den ersten Verkaufsfall“

Wird diese Abweichung von der gesetzlichen Ausgestaltung des dinglichen Vorkaufsrechts nicht durch entsprechende Formulierung klargestellt (vgl. hierzu die Formulierungsbeispiele bei Zeiß, DNotZ 1998, 308, 309 f.), fragt sich, ob mit der **Formulierung „für den ersten Verkaufsfall“** zum Ausdruck gebracht werden soll, dass das Vorkaufsrecht **unabhängig von der Person des Eigentümers zur Zeit der Bestellung** auch bei Verkauf durch einen Sonderrechtsnachfolger gelten soll, dessen Rechtserwerb kein Kaufvertrag zugrunde liegt.

aa) Teil der Literatur

Eine derartige Auslegung der Vorkaufsrechtsbestellung „für den ersten Verkaufsfall“ befürwortet am deutlichsten *Zeiß* (DNotZ 1998, 308, 310). Als Argument führt er an, dass ein „Veräußerungsfall“ nicht einem „Verkaufsfall“ gleichzusetzen sei, sodass man ohne weitere Erkenntnis zum Ergebnis kommen könne, es handele sich dabei um ein Vorkaufsrecht „für den Fall des ersten Verkaufs durch den Besteller oder seinen Gesamt- bzw. Sonderrechtsnachfolger im Eigentum des belasteten Grundstücks“. Zudem wird der Parteiwille häufig dahin gehen, dass das Vorkaufsrecht durch eine Veräußerung, bei der es nicht ausgeübt werden kann, nicht erlischt und so dem Vorkaufsberechtigten wenigstens eine tatsächliche Ausübungsmöglichkeit verbleibt (vgl. Waldner, MDR 1986, 110, 111).

bb) OLG München

Nunmehr hat das OLG München (NotBZ 2010, 232) zur Frage Stellung genommen, inwiefern ein im Grundbuch als dingliches Vorkaufsrecht „für den ersten Verkaufsfall“ bezeichnetes Recht einen vom gesetzlichen Regelfall des § 1097 Abs. 1 BGB abweichenden Inhalt hat bzw. haben kann. Nach Auffassung des OLG ist die Bezugnahme auf den „ersten Verkaufsfall“ – im Gegensatz zum „ersten Veräußerungsfall“ – zwar grundsätzlich dahingehend deutbar, dass das Recht unabhängig von der Person des Eigentümers zur Zeit der Bestellung jedenfalls in einem Verkaufsfall auch durch einen nicht verkaufenden Sondernachfolger gelten solle (OLG München NotBZ 2010, 232, 233 f.; so auch Staudinger/Schermaier, § 1097 Rn. 13). Es ergebe sich für den unbefangenen Betrachter, der den gesetzlichen Regelfall kenne, jedoch nicht als nächstliegende Bedeutung, dass der Inhalt des bestellten Rechts von den weiteren Bedingungen in § 1097 HS. 1 BGB abweiche und ebenso den Sonderrechtsnachfolger im Verkaufsfall binden solle. Sprachlich lasse sich mit der gewählten Formulierung ohne Weiteres die Konstellation erfassen, dass das Vorkaufsrecht dann – und nur dann – gelten solle, wenn (nur) der Eigentümer zur Zeit der Bestellung (oder sein Erbe) einen Verkauf vornehme, das Recht aber erlösche, wenn das Grundstück auf der Grundlage eines anderen schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts als gerade eines Kaufvertrages übertragen wird (OLG München, NotBZ 2010, 232, 234). Insofern stellt

das Gericht im Rahmen der Auslegung auch auf das gleichlautende Verständnis der obergerichtlichen Rechtsprechung bzw. der grundbuchrechtlichen Literatur ab (vgl. OLG Stuttgart DNotZ 1998, 305; OLG Zweibrücken FGPrax 1999, 207; Meikel/Morvilius, GBO, 10. Aufl. 2009, Einleitung C Rn. 455; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 22 Rn. 18; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 1432a; Bauer/v. Oefele/Kohler, GBO, 2. Aufl. 2006, AT III Rn. 191; § 22 Rn. 151).

Somit dürfte für die Praxis nunmehr geklärt sein, dass ein **Vorkaufsrecht „für den ersten Verkaufsfall“ seinem Inhalt nach den gesetzlichen Regelfall in § 1097 HS. 1 BGB umschreibt** (so auch Amann, NotBZ 2010, 201, 207).

2. Einordnung der geschilderten Vorgänge als Vorkaufsfall

Für das dingliche Vorkaufsrecht in den §§ 1094 ff. BGB gelten grundsätzlich die Vorschriften über das schuldrechtliche Vorkaufsrecht der §§ 463 ff. BGB entsprechend (§ 1098 Abs. 1 S. 1 BGB). Das Vorkaufsrecht kann demnach ausgeübt werden, sobald der Vorkaufsverpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand geschlossen hat (§ 463 BGB).

a) Kaufvertrag

Wie sich bereits unmittelbar aus dem Wortlaut des § 463 BGB ergibt, muss ein sogenannter **Vorkaufsfall in Form eines Kaufvertrages** vorliegen. Nach allgemeiner Meinung ist kein Vorkaufsfall gegeben in Fällen der Schenkung (RGZ 101, 99, 101; BGH NJW 1987, 890, 892; OLG Stuttgart DNotZ 1998, 305, 307; OLG Zweibrücken FGPrax 1999, 207), bei Abschluss eines Tauschvertrages (RGZ 88, 361, 364; BGH NJW 1964, 540, 541; Soergel/Wertenbruch, 13. Aufl. 2009, § 463 Rn. 42; Palandt/Weidenkaff, § 463 Rn. 5), in Fällen der Einbringung in eine Gesellschaft (vgl. Palandt/Weidenkaff, § 463 Rn. 5; Soergel/Wertenbruch, § 463 Rn. 46; MünchKommBGB/Westermann, 5. Aufl. 2006, § 463 Rn. 19) sowie bei Veräußerungen gegen sonstige Gegenleistungen, z. B. gegen Erbringung von Diensten (vgl. OGHBrZ Köln NJW 1950, 224 f.; MünchKommBGB/Westermann, § 463 Rn. 19).

b) Drittkauf

Die Ausübung des Vorkaufsrechts nach § 463 BGB setzt weiterhin das Zustandekommen eines Kaufvertrages **mit einem Dritten** voraus. Die Feststellung eines Drittkaufs kann im Einzelfall ebenfalls Schwierigkeiten bereiten. Ausgehend vom Wortlaut des § 463 BGB kann ein „Dritter“ nur derjenige sein, der am Vorkaufsverhältnis nicht beteiligt ist (vgl. Burbulla, Der Verkaufsfall im Zivilrecht, 2006, S. 137). Danach bereitet die Bestimmung des „Dritten“ keine Schwierigkeiten, wenn der Gegenstand im Alleineigentum einer Person steht (vgl. BGHZ 13, 133, 137).

Der BGH (BGHZ 13, 133) entschied darüber hinaus für Vorkaufsrechte an Grundstücken, die **in Bruchteilsgemeinschaft gehalten** werden, dass eine Veräußerung an einen der Bruchteilsberechtigten **keinen Vorkaufsfall** darstellt. Das Gesetz gehe von einer engen Verbundenheit der einzelnen gemeinschaftlich Berechtigten aus. Als „Dritte“ könne daher nur ein Personenkreis in Frage kommen, der an der Gemeinschaft nicht beteiligt sei. In der Folge bestätigte der BGH (WM 1957, 1162) diese Sichtweise auch für Fälle, in denen eine **Erbengemeinschaft** ein mit einem dinglichen Vorkaufsrecht eines Dritten belastetes Nachlassgrundstück an einen Miterben veräußert. Hier sei die

gegenseitige Verbundenheit der Gemeinschaft noch enger als bei Miteigentümern. Mit identischer Begründung lehnte der BGH (WM 1970, 321) schließlich einen Vorkaufsfall in einer Konstellation ab, in der das Eigentum an einem vorkaufsrechtsbelasteten Nachlassgrundstück im Rahmen einer Erbauseinandersetzung von der Erbengemeinschaft auf einen Miterben übertragen wurde.

c) Veräußerung des belasteten Gegenstandes

§§ 1098 Abs. 1 S. 1, 463 BGB bestimmen, dass Voraussetzung des Vorkaufsfalles der Abschluss eines Kaufvertrages **über den mit dem Vorkaufsrecht belasteten Gegenstand** ist. Dementsprechend können also nur Verträge, die den mit dem Vorkaufsrecht belasteten Gegenstand selbst betreffen, das Vorkaufsrecht auslösen.

aa) Anteilsübertragungen

Nach allgemeiner Ansicht kann allerdings ein Vorkaufsrecht, das an einem ganzen Grundstück bestellt wurde, auch dann ausgeübt werden, wenn lediglich **ideelle Eigentumsbruchteile** oder **reale Grundstücksteile** veräußert werden (Staudinger/Schermaier, § 1097 Rn. 5; BeckOKBGB/Wegmann, Stand: 1.2.2010, § 1097 Rn. 5; Soergel/Wertenbruch, § 463 Rn. 51; RGRKBGB/Rothe, 12. Aufl. 1996, § 1094 Rn. 5; so zum Teilverkauf bereits Mugdan, Motive II, S. 346; vgl. auch BGH DNotZ 1984, 375 zum Vorkaufsrecht nach § 24 BauGB mit zahlreichen Nachweisen; der BGH nimmt insoweit ebenfalls auf Literatur zu § 1094 BGB Bezug und bestätigt diese Sichtweise u. E. damit mittelbar). Der Verkauf eines realen oder ideellen Teils wird somit ebenso als Verkauf des belasteten Grundstücks angesehen.

Davon **zu unterscheiden** sind allerdings Fälle, in denen das **belastete Grundstück Teil eines gesamthänderisch gebundenen Vermögens** ist, also etwa zum Vermögen einer Erbengemeinschaft oder Gesamthandsgesellschaft gehört. Insoweit muss u. E. streng zwischen Kaufverträgen über den belasteten Gegenstand als solchen (abzuschließen von der Erbengemeinschaft bzw. der Gesamthandsgesellschaft) und Verträgen über den Gesamthandsanteil (abzuschließen von dem Gesamthänder) differenziert werden. Der **Verkauf des Gesellschaftsanteils oder des Erbteils** ist demnach **kein Verkauf des belasteten Gegenstandes** und stellt **so mit keinen Vorkaufsfall** dar. Dies gilt selbst dann, wenn der belastete Gegenstand das gesamte Vermögen der Gesamthandsgemeinschaft ausmacht (Staudinger/Schermaier, § 1097 Rn. 8; MünchKommBGB/Westermann, § 1097 Rn. 3; Soergel/Stürmer, § 1097 Rn. 3; eingehend Soergel/Wertenbruch, § 463 Rn. 51; aus der Rechtsprechung LG München II MittBayNot 1986, 179 f.; einschränkend allerdings OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 522 = MittRhNotK 1995, 231 zum Fall eines vertraglich vereinbarten Wiederkaufsrechts: Die Auslegung des Wiederkaufsrechts ergebe, dass von ihr auch der Verkauf von Erbschaftsanteilen erfasst werde, wenn die Erbschaft nur noch aus dem Grundstück als einzigem Nachlassgegenstand bestehe und sich die Verfügung über die Erbschaft zugleich und ausschließlich als Verfügung über das Eigentum am Grundstück darstellen würde).

Übertragen auf den vorliegenden Sachverhalt bedeutet dies, dass unabhängig vom Rechtsgrund des Gesellschafterwechsels grundsätzlich kein Vorkaufsfall anzunehmen ist.

bb) Umgehungen des Vorkaufsrechts

Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn man die vorliegenden Vorgänge als **Umgebungsgeschäfte** qualifiziert.

Ein Umgebungsgeschäft ist zu bejahen, wenn einem **Geschäft, das normalerweise einen Vorkaufsfall darstellen würde, eine Gestalt gegeben wird, die eine Ausübung des Vorkaufsrechts verhindert** (vgl. OLG Nürnberg NJW-RR 1992, 461; OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 522; Staudinger/Mader, Neubearb. 2004, § 463 Rn. 21; MünchKommBGB/Westermann, § 463 Rn. 18; grundlegend BGH DNotZ 1992, 414 = MittBayNot 1992, 37). Dieses Ergebnis wird auf den Grundsatz von Treu und Glauben gem. § 242 BGB sowie auf den Rechtsgedanken des § 162 BGB gestützt (vgl. z. B. BGH, a. a. O.; Staudinger/Mader, a. a. O.).

Ob ein derartiges Umgebungsgeschäft gegeben ist, hängt von den Umständen des jeweiligen Einzelfalles ab. Für den Verkauf von Anteilen an einer GbR ist etwa das OLG Nürnberg (NJW-RR 1992, 461) zur Annahme eines Umgebungsgeschäftes gelangt. Im zugrunde liegenden Sachverhalt wurde das mit einem Vorkaufsrecht belastete Grundstück zunächst in eine zu diesem Anlass neu gegründete GbR eingebracht, die zu diesem Zeitpunkt kein anderes Vermögen hatte. Mit notarieller Urkunde vom selben Tag wurden anschließend die Gesellschaftsanteile verkauft. Das OLG Nürnberg ging davon aus, dass die beiden notariellen Urkunden im Ergebnis nichts anderes als einen Verkauf des Grundstücks darstellten. Entscheidend komme es auf den übereinstimmenden Willen der Parteien und nicht auf die Bezeichnung des Vertrages an.

Ebenso bejahte das OLG Düsseldorf (NJW-RR 1995, 522 = MittRhNotK 1995, 231) im Fall eines Erbteilsverkaufs ein Umgebungsgeschäft (Umgehung eines Wiederkaufsrechtes). In dem zu entscheidenden Sachverhalt wurden Miterbenanteile an einen der Miterben verkauft (auf die Eigenschaft des Miterben als Dritten kam es nach dem Inhalt des vereinbarten Wiederkaufsrechts offenbar nicht an). Die Erbschaft bestand nur noch aus dem Grundstück als einzigem Nachlassgegenstand. Das OLG Düsseldorf befand, dass der übereinstimmende Wille der Vertragsparteien darauf gerichtet sei, einen Gegenstand entgeltlich zu übertragen. Die Wahl der Rechtsform des Erbteilskaufes bezwecke lediglich, das Wiederkaufsrecht zu umgehen.

Die der Entscheidung des OLG Nürnberg zugrunde liegende Konstellation macht allerdings deutlich, dass es sich bei Umgebungsgeschäften eher um außergewöhnliche Sachverhalte handelt. Insbesondere dann, wenn die betroffene Gesellschaft, deren Gesellschaftsanteile veräußert werden, zum Zeitpunkt des Gesellschafterwechsels einen eigenen Geschäftsbetrieb hat und nicht rein vermögensverwaltend tätig ist, wird u. E. regelmäßig das Vorliegen eines Umgebungsgeschäftes zu verneinen sein. Die Annahme, dass die Beteiligten durch die jeweiligen Anteilsübertragungen wirtschaftlich das Grundstück verkaufen wollen, liegt dann eher fern.

d) Rückgang des Geschäftsbetriebs; Entstehen einer GbR

Für den Rückgang des Geschäftsbetriebs kann vorliegend nichts anderes gelten. Offenbar wurde dabei zum einen vereinbart, dass die ehemaligen Kommanditisten fortan als unbeschränkt persönlich haftende Gesellschafter an der Gesellschaft beteiligt sind. Darüber hinaus ist die KG infolge des Rückgangs des Geschäftsumfanges zur GbR geworden. Freilich kann dann, wenn die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen ist, der Rückgang des Geschäftsbetriebs alleine wegen § 105 Abs. 2 S. 1 HGB nicht zur Entstehung einer GbR führen. Nach § 105 Abs. 2 S. 2,

§ 2 S. 3 HGB kann die Gesellschaft allerdings im Handelsregister gelöscht werden, was einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss voraussetzt. In diesem Fall wird die Gesellschaft wieder zur GbR (zusammenfassend MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl. 2011, § 105 Rn. 73; Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 105 Rn. 14).

Bei diesen Vorgängen handelt es sich aber **nicht** um einen **Kaufvertrag** über das belastete Grundstück, ein **Vorkaufsfall** liegt also **nicht** vor.

3. Erlöschen des Vorkaufsrechts

a) Grundsätzliches

Stellen die geschilderten Vorfälle keinen Vorkaufsfall i. S. d. § 463 BGB dar, so ist bei Vorliegen eines Vorkaufsrechts für den ersten Verkaufsfall weiterhin danach zu fragen, ob durch diese Vorgänge das dingliche Vorkaufsrecht gem. § 1097 BGB erloschen sein könnte.

Beschränkt sich ein Vorkaufsrecht „für den ersten Verkaufsfall“ auf den Fall des Verkaufs durch den Eigentümer, welchem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehörte, bzw. durch dessen Erben, dann führt dies dazu, **dass das Vorkaufsrecht erlischt, wenn der Eigentümer nicht verkauft, sondern tauscht, schenkt oder das Grundstück zwangsversteigert wird** (ganz h. M., vgl. OLG München NotBZ 2010, 232, 234; OLG Zweibrücken FGPrax 1999, 207; OLG Stuttgart DNotZ 1998, 305, 307; Palandt/Bassenge, § 1097 Rn. 5; Staudinger/Schermaier, § 1097 Rn. 14; MünchKommBGB/Westermann, § 1097 Rn. 5). Somit ist in sämtlichen Fällen, in denen die Ausübung des Vorkaufsrechts an dem Merkmal „Verkauf“ des Grundstücks i. S. d. § 463 BGB scheitert, von einem Erlöschen des dinglichen Vorkaufsrechts i. S. d. § 1097 BGB auszugehen.

b) Kein Vertrag über das belastete Grundstück

Im Unterschied zu den Fällen, in denen das dingliche Vorkaufsrecht mangels Verkaufs erlischt, **wurde im vorliegenden Sachverhalt allerdings überhaupt kein Vertrag über das belastete Grundstück geschlossen**. § 1097 BGB bestimmt, dass sich ein vertragliches Vorkaufsrecht (soweit nichts anderes vereinbart wurde) auf den Fall des Verkaufs durch den Eigentümer oder dessen Erben beschränkt. Dementsprechend könnte man bei einem **Übergang** des belasteten Gegenstandes **auf andere Personen** ebenfalls von einem Erlöschen des Vorkaufsrechts ausgehen.

aa) Wegmann (§ 1097 Rn. 8) geht davon aus, dass die Inbezugnahme des Erben **andere Gesamtrechtsnachfolger nicht mit einschließt**. So sei der Verkauf durch den Erbeseben oder durch eine juristische Person, die infolge einer rechtsträgerwechselnden Umwandlung Grundstückseigentümerin geworden sei, kein Vorkaufsfall.

bb) Die **ganz h. M.** ist im Falle des Verkaufs durch den Erbeseben insoweit allerdings anderer Auffassung. *Rothe* (§ 1097 Rn. 2) schließt aus der Erwähnung des Erben, dass sich das dingliche Vorkaufsrecht auch dann, wenn es ein Einmaliges ist, auf der Passivseite grundsätzlich vererbt. Nur der Eigentumswechsel im Wege der Sonderrechtsnachfolge, der keinen Verkaufsfall darstelle, führe zum Erlöschen des Vorkaufsrechts. Dementsprechend nimmt die ganz überwiegende Auffassung an, dass auch die **Veräußerung durch den Erbeseben des Vorkaufsverpflichteten einen Vorkaufsfall begründet** (BGH v. 14.7.1994 – V ZR 134/93; Palandt/Bassenge, § 1097 Rn. 5; Soergel/Stürner, § 1097 Rn. 1; MünchKommBGB/Westermann, § 1097

Rn. 1; Staudinger/Schermaier, § 1097 Rn. 11). Zu den von *Wegmann* ebenfalls angeführten Umwandlungsfällen nimmt die h. M. demgegenüber nicht Stellung.

cc) Auch wenn ausdrückliche Stellungnahmen hierzu fehlen, können u. E. die **vorstehend geschilderten Vorgänge** (Gesellschafterwechsel, Rückgang des Geschäftsumfanges, Übergang zur GbR) **nicht zum Erlöschen** des dinglichen Vorkaufsrechts führen. Selbst wenn die GbR das Grundstück nunmehr verkaufen sollte, handelte es sich bei diesem Vertrag nämlich um einen **Verkauf durch den Eigentümer** i. S. d. § 1097 BGB. Nach allgemeiner Auffassung **bleibt die Identität der Gesellschaft** im Falle des Gesellschafterwechsels **sogar dann erhalten, wenn sämtliche Gesellschafter ausgewechselt werden** (vgl. nur MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 208 zum Ein- und Austritt von Gesellschaftern sowie § 105 Rn. 210 zur Anteilsübertragung; ebenso etwa MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl. 2009, § 719 Rn. 26 zur GbR). **Nichts anderes gilt für den Übergang der KG zur OHG und zur GbR**. So ändert sich die Identität der Gesellschaft weder dann, wenn ein Komplementär zum Kommanditist wird und umgekehrt (vgl. Koller/Roth/Morck, HGB, 7. Aufl. 2011, § 105 Rn. 67), noch, wenn eine OHG wegen Wegfalls der Voraussetzungen erlischt und von Rechts wegen zu einer GbR wird (vgl. Hopt, § 105 Rn. 8). Es handelt sich also weiterhin um dieselbe Gesellschaft, nur in anderem Rechtskleid. Ein späterer Verkauf ist also eine Veräußerung durch den Eigentümer i. S. d. § 1097 BGB.

Gutachten im Abruf-Dienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abruf-Dienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

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

BGB §§ 311b Abs. 1 S. 1, 705

BGB-Gesellschaft; Gesellschaftsvertrag; Beurkundungsbedürftigkeit; Baugemeinschaft

Abruf-Nr.: **105826**

BeurkG § 13; BGB § 2232

Unterzeichnung eines notariellen Testaments durch Notar und Schreibzeuge nach Tod des Erblassers

Abruf-Nr.: **105500**

FamFG §§ 434, 448, 467

Antragsbefugnis für Aufgebot bei Grundpfandrecht, wenn Grundstück in der Hand einer Erbengemeinschaft

Abruf-Nr.: **106422**

ZVG §§ 91 Abs. 2, 90, 52, 44; ErbbauRG § 9 Abs. 3; BGB §§ 880, 883, 888

Fehlende Eintragungsfähigkeit von Liegenbelassungsvereinbarungen in das Grundbuch; Abschluss einer Stillhaltevereinbarung; Problem der fehlenden Wirkung gegen Sonderrechtsnachfolger; vormerkungsgesicherter Anspruch auf Rangänderung

Abruf-Nr.: **105445**

BGB § 134; KWG §§ 1, 32

Abtretung von Darlehensforderungen bzw. Ausgliederung eines Kreditportfolios und Genehmigungspflicht gem. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG; § 32 Abs. 1 S. 1 KWG ist kein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB

Die Abtretung von Darlehensforderungen an eine Nichtbank ist nicht wegen Verstoßes gegen § 32 Abs. 1 S. 1 KWG gemäß § 134 BGB nichtig (Fortführung von BGHZ 171, 180).

BGH, Urt. v. 19.4.2011 – XI ZR 256/10
Abruf-Nr.: **10977**

Problem

Die Klägerin beehrte von der Beklagten die Rückzahlung von Darlehenszinsen sowie die Erteilung von Löschungsbewilligungen für Grundschulden, welche zur Sicherung dieser Verbindlichkeiten bestellt worden waren. Die Klägerin hatte bei der T-AG zwei Darlehen aufgenommen und zur Sicherung der Rückzahlungsansprüche u. a. eine Grundschuld bestellt. Die T-AG teilte später der Klägerin mit, dass ein Teil des Darlehensportfolios und auch die der Klägerin gewährten Darlehen einschließlich der Sicherheiten auf die G-GmbH ausgegliedert worden seien. Die G-GmbH verkaufte sodann die Darlehensforderungen an die Y-Limited und trat die Forderungen einschließlich der Sicherheiten an diese ab. Die Klägerin berief sich darauf, dass die Abtretungen an die Y-Limited wegen Verstoßes gegen § 32 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KWG nichtig seien.

Entscheidung

Der BGH bestätigte die Ansicht der Vorinstanzen, welche die Ausgliederungen bzw. Abtretungen für wirksam gehalten hatten. Dabei entschied der BGH nicht, ob die Ausgliederung eines Kreditportfolios bzw. der Verkauf und die Abtretung von Darlehensforderungen bereits ein Kreditgeschäft gem. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KWG waren oder ob ein Kreditgeschäft erst vorliegt, wenn neue Kreditmittel ausgereicht, die bestehenden Darlehensvereinbarungen prolongiert werden oder eine Umschuldung stattfindet (Tz. 18 m. w. N.). Diesen Fragen fehle die Entscheidungserheblichkeit, da **§ 32 Abs. 1 S. 1 KWG** jedenfalls **kein Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB** sei. Zur Begründung zog der XI. Zivilsenat zunächst die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung heran, wonach die Erlaubnispflicht für das Betreiben von Kreditgeschäften nicht zur Nichtigkeit von Darlehensverträgen führe, die ohne diese Erlaubnis abgeschlossen wurden (Tz. 20 m. w. N.). Maßgeblich gegen die Anwendbarkeit des § 134 BGB sprächen zwei Gesichtspunkte: Zum einen richte sich das Verbot des § 32 Abs. 1 S. 1 KWG nur an eine Partei, nämlich an den Darlehensgeber. Dies ergibt sich nach Ansicht des Senates aus der Strafnorm des § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG. Demgegenüber richtet sich eine Verbotsvorschrift i. S. d. § 134 BGB regelmäßig an beide Parteien des Rechtsgeschäfts (vgl. hierzu nur Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl. 2011, § 134 Rn. 8 m. w. N.). Als weiteres Argument führt der XI. Zivilsenat den gewerbepolizeilichen Charakter des § 32 KWG an. Schließlich entspreche die Wirksamkeit des Darlehensvertrages auch den Interessen des anderen Vertragsteils, da

dieser die Darlehensvaluta vertragsgemäß behalten dürfe. Der XI. Zivilsenat überträgt diese Argumentation betreffend die Begründung von Darlehensforderungen sodann auf deren Abtretung bzw. Ausgliederung. Aus den §§ 398 ff. BGB sowie den Vorschriften des UmwG ergebe sich, dass **weder die Ausgliederung noch die Abtretung zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Schuldners bedürften**. Unter Verweis auf seine Entscheidung vom 27.2.2007 (BGHZ 171, 180 = DNotZ 2007, 739) verneint der XI. Zivilsenat die Nichtigkeit noch aus anderen, z. B. datenschutzrechtlichen Gründen.

Im Ergebnis überrascht es wenig, dass der XI. Zivilsenat die Abtretung bzw. Ausgliederung von Darlehensforderungen nicht anders beurteilt als deren Begründung, soweit es um Verstöße gegen das KWG geht. Den Bemühungen des Klägers, aus der Entscheidung vom 30.3.2010 (XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 = DNotI-Report 2010, 104) ein anderes Ergebnis herzuleiten, weil der Eintritt in den Sicherungsvertrag unterblieben sei, erteilte der XI. Zivilsenat eine Absage. Selbst wenn die Vorgaben der zitierten Entscheidung nicht eingehalten wurden, beeinträchtigte dies nicht die Wirksamkeit der Abtretung bzw. Ausgliederung, sondern betreffe allein das Klauselerteilungsverfahren (vgl. hierzu **Gutachten DNotI-Report 2010, 93 ff.; 121 ff.; 192 ff.**).

InsO § 32 Abs. 1; GBO § 38

Eintragung eines Insolvenzvermerks bei Insolvenz eines Miterben

Ein Insolvenzvermerk ist auch dann in das Grundbuch einzutragen, wenn das Grundstück im Eigentum einer Erbengemeinschaft steht und das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines der Miterben eröffnet wird.

BGH, Beschl. v. 19.5.2011 – V ZB 197/10
Abruf-Nr.: **10978**

Problem

Der Insolvenzschuldner war gemeinsam mit zwei weiteren Miterben als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Auf Ersuchen des Insolvenzgerichts wurde in Abt. II des Grundbuchs eingetragen:

„Nur lastend auf dem Anteil Abt. I Nr. 2b [Anteil des Insolvenzschuldners]. Über das Vermögen des Eigentümers ist das Insolvenzverfahren eröffnet ...“.

Nachdem die übrigen Miterben zunächst versuchten, das Grundbuch derart zu berichtigen, dass der Insolvenzvermerk mit ausdrücklichem Bezug auf den Insolvenzschuldner eingetragen wird, beantragten sie im Zuge der sofortigen Beschwerde, den Insolvenzvermerk insgesamt zu löschen.

Entscheidung

Der BGH geht in Übereinstimmung mit dem Beschwerdegericht sowie der herrschenden Lehre davon aus, dass der Insolvenzvermerk gem. § 32 Abs. 1 InsO auch dann in das Grundbuch einzutragen ist, wenn das Grundstück (teilweise) im Eigentum einer – nicht rechtsfähigen (BGH, Beschl. v. 17.10.2006 – VIII ZB 94/05, NJW 2006, 3715) – Erbengemeinschaft steht und das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines der Miterben eröffnet wird (zur entsprechenden Problematik der Eintragung eines Insolvenzver-

merks bei Insolvenz eines Gesellschafters einer – mittlerweile selbst grundbuchfähigen – GbR vgl. OLG München, Beschl. 2.7.2010 – 34 Wx 062/10, ZIP 2011, 375). Zwar sei **§ 32 Abs. 1 InsO** mangels unmittelbarer dinglicher Berechtigung des Miterben an einem zum Nachlass gehörenden Grundstück nicht direkt anwendbar. Eine **entsprechende Anwendung** rechtfertigt sich jedoch aus dem Zweck der Vorschrift, die Insolvenzmasse vor Beeinträchtigungen durch einen gutgläubigen Erwerb zu schützen, indem die Verfügungsbeschränkungen, denen der Insolvenzschuldner unterliegt (§§ 80 Abs. 1, 81 Abs. 1 InsO), im Grundbuch verlaublich werden. Diese **Gefahr eines gutgläubigen Erwerbs** sei auch gegeben, wenn der Insolvenzschuldner Mitberechtigter einer Erbengemeinschaft sei, da er ohne Eintragung eines Insolvenzvermerks an gemeinschaftlichen Verfügungen über das Grundstück unter Umgehung des Insolvenzverwalters mitwirken könne.

Schließlich wurde auch die konkrete Fassung des Insolvenzvermerks nicht beanstandet. Dass der Insolvenzschuldner nicht – wie geboten (vgl. MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl. 2007, § 32 Rn. 19 Fn. 28) – als „Mitberechtigter“, sondern als „Eigentümer“ bezeichnet worden sei, schade nicht, da sich seine Rechtsstellung als Mitberechtigter einer Erbengemeinschaft zweifelsfrei aus der insoweit maßgeblichen Abt. I des Grundbuchs entnehmen lasse.

BGB §§ 2078 Abs. 2, 2283 Abs. 2 Unbeachtlicher Rechtsirrtum über Bindungswirkung eines Erbvertrages

1. Die Jahresfrist für die Anfechtung eines Erbvertrages nach § 2283 Abs. 2 BGB beginnt in den Fällen des Irrtums nach § 2078 Abs. 2 BGB mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erblasser von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt.

2. Ein Rechtsirrtum ist hierbei nur beachtlich, wenn er die Unkenntnis einer die Anfechtung begründenden Tatsache zur Folge hat, dagegen unbeachtlich, wenn es sich nur um eine rechtsirrtümliche Beurteilung des Anfechtungsstatbestandes selbst handelt (hier: Rechtsirrtum bei Änderung der Vermögensverhältnisse nach dem Tod des Vertragserblassers mit überschuldetem Nachlass durch späteren Vermögenserwerb des Vertragserben).

BGH, Beschl. v. 9.3.2011 – IV ZB 16/10
Abruf-Nr.: 10979

Problem

Die Erblasserin hatte im Jahre 1975 mit ihrem damaligen Ehemann einen formwirksamen Erbvertrag geschlossen, nach dessen Inhalt die Erblasserin die beiden Kinder des Ehemannes aus dessen erster Ehe zu ihren Erben eingesetzt hatte. Die Vertragsparteien behielten sich kein Recht zum einseitigen Rücktritt vom Erbvertrag vor. Im Jahr 1988, nach dem Tod ihres Ehemannes, schlug die Erblasserin die Erbschaft wegen Überschuldung des Nachlasses aus. Im Jahr 1994 heiratete sie erneut und schloss sodann verschiedene Erbverträge. Nach dem Tod ihres zweiten Ehemannes errichtete sie schließlich im Mai 2001 ein notarielles Testament, in welchem sie zwei Geschwister als Erben zu je ½ einsetzte. Diese beantragten daraufhin die Erteilung eines Erbscheins. Der Antrag hatte weder vor dem Amtsgericht noch vor dem Beschwerdegericht Erfolg.

Entscheidung

In einem seinen Zurückweisungsbeschluss nach § 74a FamFG vorbereitenden Hinweisbeschluss legt der BGH dar, dass die Voraussetzungen für eine Zurückweisung der Rechtsbeschwerde aus seiner Sicht gegeben sind. Zunächst weist der BGH darauf hin, dass die vom Beschwerdegericht bejahten Voraussetzungen zur Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 70 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 FamFG zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht vorlägen:

Eine Fortbildung des Rechts scheidet im vorliegenden Fall aus, da die maßgeblichen Grundsätze geklärt seien. Die Jahresfrist für die Anfechtung nach § 2283 Abs. 2 BGB beginne in den Fällen des Irrtums nach § 2078 BGB mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erblasser von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt. Ein **Rechtsirrtum** ist hierbei – wie der BGH unter Hinweis auf frühere Rechtsprechung (FamRZ 1970, 79 sowie RGZ 132, 1, 4 f.) und einschlägige Literatur herausarbeitet – nur beachtlich, wenn er die Unkenntnis einer die Anfechtung begründenden Tatsache zur Folge hat, dagegen **unerheblich, wenn es sich nur um eine rechtsirrtümliche Beurteilung des Tatbestandes selbst** handelt. Die rechtsirrtümliche Beurteilung eines den Tatsachen nach richtig erkannten Anfechtungsstatbestandes gehe, soweit es sich um das Anfechtungsrecht in seiner Ausübung handele, zu Lasten des Berechtigten. Auch der Zulassungsgrund der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung liege schon mangels Divergenzentscheidung nicht vor.

Die Rechtsbeschwerde habe jedoch auch keine Aussicht auf Erfolg. So **weist** der BGH zunächst das Ansinnen der Beschwerdeführer **zurück**, der Erbvertrag sei dahin auszuulegen, dass der Erblasserin **konkudent** ein **Rücktrittsvorbehalt** für den Fall **ingeräumt** worden sei, dass der Nachlass beim Tod des Ehemannes entgegen den Erwartungen der Vertragsschließenden überschuldet ist, die Erblasserin die Erbschaft deshalb ausschlagen muss und sie erst in der Zeit nach dem Tod des Ehemannes eigenes Vermögen erwirbt. Eine dahingehende Auslegung anhand der §§ 133, 2084 BGB kommt für den BGH angesichts der „eindeutigen Regelung in [Ziffer] VII des Erbvertrages mit dem Ausschluss eines einseitigen Rücktrittsrechts“ nicht in Betracht. Ansonsten würde auch die vom Gesetz vorgesehene Bindungswirkung des Erbvertrages vorschnell ausgehöhlt.

Ebenso wenig greift aus Sicht des BGH die von den Beschwerdeführern erklärte Anfechtung des Erbvertrages durch. Dabei könne **offenbleiben, ob** – wie das Beschwerdegericht meint – im Bereich des **Motivirrtums** nach § 2078 Abs. 2 BGB ein **beachtlicher Rechtsirrtum stets ausscheidet**. Denn jedenfalls sei das Anfechtungsrecht der Erblasserin wegen eines unterstellten Motivirrtums infolge Ablaufs der in § 2283 BGB bestimmten Jahresfrist zum Zeitpunkt der Anfechtungserklärung bereits erloschen. Nach § 2283 Abs. 2 S. 1 HS. 2 BGB beginnt die Frist mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erblasser von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt. Als Motivirrtum machten die Beschwerdeführer geltend, die Erblasserin sei nicht von einer Bindungswirkung des Erbvertrages für den Fall ausgegangen, dass der Nachlass der Eheleute selbst überschuldet war, sie die Erbschaft nach ihrem Ehemann ausschlagen musste und erst später selbst neues Vermögen hinzu erworben hat.

Im Zeitpunkt des Todes ihres Ehemannes im Jahr 1988 kannte die Erblasserin aber alle für die Anfechtung maßgeblichen tatsächlichen Umstände, nämlich Bestand und Inhalt des Erbvertrages, Eintritt des Erbfalls und Überschuldung des Nachlasses. Wenn sie gleichwohl zur Fehleinschätzung der Bindungswirkung des Erbvertrages gelangte, weil sie irrig davon ausging, dass dieser sich nicht auf von ihr zukünftig erworbenes Vermögen beziehe oder durch die Änderung der Vermögensverhältnisse automatisch seine Wirkung verliere, so handele es sich um einen unbeachtlichen Rechtsirrtum. Entsprechendes gelte, falls die Erblasserin davon ausgegangen sein sollte, bereits durch die erklärte Ausschlagung sei die Bindungswirkung des Erbvertrages erloschen. Ein Recht des Überlebenden, nach Ausschlagung seine Verfügung durch Testament aufzuheben, sehe § 2298 Abs. 2 S. 3 BGB nur für den Fall vor, dass im Erbvertrag ohnehin dessen Rücktritt vorbehalten war. Das sei hier nicht der Fall gewesen.

Postvertriebsstück: B 08129

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

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 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. Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

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
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg