

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

20. Jahrgang
Januar 2012
ISSN 1434-3460

1/2012

Inhaltsübersicht

Hinweis in eigener Sache

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2100 – Einsetzung der Kinder als Nacherben; rechtliche Stellung einer adoptierten Person

BGB §§ 883, 897 – Kostentragung bei Löschung einer vormerkungswidrig eingetragenen Belastung

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

BGB § 1365 Abs. 1; ZVG § 10 Abs. 1 – Nominalbetrag und Grundschuldzinsen bzgl. Anwendbarkeit des § 1365 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen

BGB § 2287 – Lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers auch bei Leistungen des Beschenkten ohne rechtliche Bindung

GmbHG §§ 16 Abs. 1, Abs. 3, 40 Abs. 1 S. 1; BGB § 2211 Abs. 2 – Testamentsvollstreckervermerk in Gesellschafterliste unzulässig; kein gutgläubiger Erwerb

Literatur

Hinweis in eigener Sache

NotRV-Tagungsbände des Instituts für Notarrecht (INotR) Würzburg von 2006-2010 jetzt in www.dnoti-online-plus.de verfügbar

In der Datenbank DNotI-Online-Plus sind nunmehr die **Beiträge aus den Tagungsbänden** für die wissenschaftlichen Symposien des **Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg** (herausgegeben von der **Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.**) der Jahre **2006-2010** verfügbar. Die Tagungsbände können nach Autor, Titel und Fundstelle durchsucht werden (bei „Fundstelle“ bitte „NotRV-Tagungsband“ auswählen). Auch eine Volltextsuche ist möglich. Der Datenbanktyp „NotRV-Tagungsband“ ist standardmäßig aktiviert.

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2100

Einsetzung der Kinder als Nacherben; rechtliche Stellung einer adoptierten Person

I. Sachverhalt

Die bereits fast 80-jährigen Eheleute M und F errichteten im Jahr 1986 einen Erbvertrag. Hierin verfügten sie u. a.:

„Der Überlebende von uns setzt hiermit den Sohn des Ehemannes aus erster Ehe, S, zu seinem nicht befreiten Vorerben ein. Nacherben sind seine Kinder, nämlich

1. E 1,
2. E 2,
3. E 3

und die Kinder, die ihm noch geboren werden sollten, zu gleichen Teilen. Die Nacherbfolge tritt mit dem Tod des Vorerben ein.“

S heiratete im vorgerückten Alter, nach dem Tod seiner Eltern, noch einmal und adoptierte die volljährige Tochter seiner zweiten Ehefrau. Ob dies nach den Regeln der Minderjährigen- oder Volljährigenadoption (vgl. § 1772 BGB) geschah, ist nicht bekannt. Aus Sicht des Notars spricht einiges dafür, dass die Erblasser mit der Formulierung „und die Kinder, die ihm noch geboren werden sollten“ nur weitere leibliche Kinder von S meinten, angenommene Kinder jedoch ausschließen wollten. Der Notar, der seinerzeit den Erbvertrag entwarf, ist bereits verstorben und kann daher nicht mehr befragt werden.

II. Frage

Ist die adoptierte Tochter Mitnacherbin?

III. Zur Rechtslage

1. Vorbemerkung

Bei der normalen **Volljährigenadoption nach §§ 1767 ff. BGB** handelt es sich anders als bei der Minderjährigenadoption nicht um eine Volladoption. Die Volljährigenadoption hat vielmehr nur **schwache Rechtswirkungen**. Der Angenommene wird zwar Kind des Annehmenden

und auch seine etwaigen Abkömmlinge sind von der Annahme erfasst. Zwischen dem Angenommenen und den Verwandten des bzw. der Annehmenden entsteht aber kein Verwandtschaftsverhältnis, § 1770 Abs. 1 BGB. Ferner bleiben gem. § 1770 Abs. 2 BGB die Rechtsbeziehungen des Angenommenen und seiner Abkömmlinge zu den leiblichen Verwandten in vollem Umfang bestehen (vgl. zu den Unterhaltspflichten § 1770 Abs. 3 BGB).

Handelt es sich dagegen im vorliegenden Fall um eine **Volljährigenadoption nach § 1772 BGB**, dann richten sich die **Wirkungen der Annahme** nach den Vorschriften über die Annahme eines **Minderjährigen** (§§ 1754-1756 BGB). Das Kind erlangt damit die rechtliche Stellung eines Kindes des Annehmenden und wird voll in die neue Verwandtschaft des Annehmenden integriert. Andererseits erlöschen gem. § 1755 Abs. 1 S. 1 BGB die Verwandtschaftsverhältnisse des Kindes und seiner Abkömmlinge zu den bisherigen (leiblichen) Verwandten.

2. Objektive Wortbedeutung der Begriffe „Kind“ oder „Abkömmling“

Im Zusammenhang mit der Auslegung von Verfügungen von Todes wegen stellt sich häufig die Frage, ob unter „Kindern“ oder „Abkömmlingen“ auch Adoptivkinder zu verstehen sind. Gesetzliche Auslegungsregeln, die die Frage im Zweifelsfalle in einem bestimmten Sinn beantworten würden, existieren nicht. Sie ist demzufolge durch eine **individuelle Auslegung der Verfügung von Todes wegen** zu beantworten (G. Müller, in: Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira, Adoptionsrecht in der Praxis, 2. Aufl. 2011, Rn. 414).

Grundsätzlich sind vom **objektiven Wortsinn** her unter dem Begriff „Abkömmling“ seit der Nichteheleichenreform und der Neuordnung des Adoptionsrechts **auch nichteheliche Kinder und Adoptivkinder** zu verstehen (vgl. BayObLG NJW-RR 1992, 839; NJW 1960, 965; FamRZ 1985, 426, 427 = BWNotZ 1985, 146; OLG Hamm Rpfleger 1999, 278). Gleiches gilt für die Einsetzung von „Kindern“ als Erben (BayObLG FamRZ 1976, 101). Nicht entscheidend ist dabei, ob eine Minderjährigenadoption oder eine Volljährigenadoption nach den §§ 1767 ff. BGB erfolgt ist. Denn in beiden Fällen erlangt das Kind infolge der Adoption die Rechtsstellung als „Kind“ bzw. „Abkömmling“ des Annehmenden (vgl. §§ 1754, 1767 Abs. 2 BGB).

Die Rechtsstellung des adoptierten Kindes ist auch diejenige eines „ehelichen“ Kindes; allerdings spielt die Unterscheidung nach der Gleichstellung von nichtehelichen und ehelichen Kindern im Rahmen der Kindschaftsrechtsreform keine Rolle mehr.

3. Individuelle Auslegung nach dem subjektiven Erblasserverständnis

Ziel der Auslegung ist es, den wirklichen oder zumindest mutmaßlichen Willen des Erblassers zu ermitteln. Daher kommt es nicht so sehr auf den objektiven Wortsinn, sondern auf die Ermittlung dessen an, was der **Erblasser mit seinen Worten sagen wollte**. Nach dem subjektiven Erblasserverständnis kann durchaus anzunehmen sein, dass Adoptivkinder (v. a. volljährig Adoptierte) nicht als „Kind“ oder „Abkömmling“ i. S. d. letztwilligen Verfügung gelten sollten. Eine solche Annahme kann insbesondere dann naheliegen, wenn sich aus der Verfügung Anhaltspunkte ergeben, dass nach dem Willen des Erblassers nur „eigene“ i. S. v. „leiblichen“ Abkömmlingen bedacht sein sollten (G. Müller, Rn. 416).

Dies wurde in der Rechtsprechung z. B. dann angenommen, wenn der Erblasser für den Fall, dass das als Erbe eingesetzte Kind **ohne Abkömmlinge verstirbt**, andere Kinder als Nacherben eingesetzt hat (vgl. dazu OLG Hamm Rpfleger 1999, 278; BayObLG FamRZ 1985, 426). Die Rechtsprechung argumentierte in diesem Zusammenhang mit der strikten Familienbindung des Vermögens bzw. dem **Rechtsgedanken des § 2069 BGB** (der eigentlich nur im Rahmen der Ersatzerbfolge gilt), sodass Adoptivkinder, die lediglich mit dem Annehmenden, nicht aber mit den Großeltern verwandt waren, den Eintritt der Nacherbfolge zugunsten der Geschwister des Annehmenden nicht hindern konnten.

Auf der anderen Seite wird im Zusammenhang mit der Löschung von im Grundbuch eingetragenen Nacherbenvermerken stets betont, dass unter „ehelichen Abkömmlingen“ i. S. d. Nacherbenbestimmung und des im Grundbuch eingetragenen Nacherbenvermerks auch adoptierte Personen zu verstehen seien, und zwar selbst dann, wenn sie im Wege der Volljährigenadoption angenommen worden sind (vgl. dazu nur OLG Stuttgart ZEV 2010, 94).

4. Vorliegender Fall

Vom objektiven Wortsinn her sind vom Begriff „Abkömmling“ grundsätzlich auch nichteheliche Kinder und Adoptivkinder erfasst. Im vorliegenden Fall könnte jedoch die Formulierung, wonach die Kinder, „die ihm noch geboren werden sollten“, zu Nacherben eingesetzt werden, darauf hindeuten, dass nach dem Willen des Erblassers **nur leibliche Abkömmlinge** des Sohnes Nacherben werden sollten. Dafür spricht vor allem, dass es sich um einen **notariell beurkundeten** Erbvertrag und nicht um ein privatschriftliches Testament der Ehegatten handelt. Grundsätzlich darf man also annehmen, dass die konkrete Wortwahl bewusst erfolgte und die beurkundete Regelung dem Willen der Erblasser entsprach (vgl. § 17 BeurkG). Da für die Auslegung eines Testaments aber neben dem Wortlaut auch außerurkundliche Umstände maßgeblich sein können, lässt sich die **Auslegungsfrage nicht verbindlich klären**.

BGB §§ 883, 897

Kostentragung bei Löschung einer Vormerkungswidrig eingetragenen Belastung

I. Sachverhalt

Im Grundbuch wurde nach Eintragung einer Vormerkung vormerkungswidrig ein Recht eingetragen. Diese Belastung soll nun auf Verlangen des Vormerkungsberechtigten wieder gelöscht werden. Der Vormerkungsberechtigte und der Inhaber des vormerkungswidrig eingetragenen Rechts sind sich nicht einig, wer die Löschungskosten zu tragen hat.

II. Frage

Wer hat im Verhältnis zwischen dem Vormerkungsberechtigten und dem Gläubiger der vormerkungswidrigen Belastung die Kosten der Löschung der vormerkungswidrigen Belastung zu tragen?

III. Zur Rechtslage

Wer die Kosten der Löschung zu tragen hat, ist gesetzlich nicht geregelt. § 888 Abs. 1 BGB besagt lediglich, dass der Vormerkungsberechtigte von dem vormerkungswidrig im Grundbuch eingetragenen Berechtigten die Zustimmung zu der Eintragung oder Löschung verlangen kann, die zur

Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs erforderlich ist.

1. Keine analoge Anwendung der Kostentragungsregelung des § 897 BGB

In § 897 BGB findet sich eine Kostentragungsregelung für den Fall der Grundbuchberichtigung. Danach hat die Kosten der Berichtigung des Grundbuchs und der dazu erforderlichen Erklärung derjenige zu tragen, der die Berichtigung verlangt, sofern sich nicht aus einem zwischen ihm und dem Verpflichteten bestehenden Rechtsverhältnis etwas anderes ergibt. § 897 BGB findet jedoch nur auf die Fälle der **Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB** Anwendung (vgl. Palandt/Bassenge, BGB, 71. Aufl. 2012, § 897 Rn. 1; BeckOK-BGB/Eckert, Stand: 1.3.2011, § 897 Rn. 1; Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2008, § 897 Rn. 8).

Zum Teil wird in der Literatur eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf den schuldrechtlichen Berichtigungsanspruch wegen Wegfalls des Rechtsgrunds befürwortet (MünchKommBGB/Kohler, 5. Aufl. 2009, § 897 Rn. 3; a. A.: jurisPK-BGB/Toussaint, 4. Aufl. 2009, § 897 Rn. 2; Erman/A. Lorenz, BGB, 13. Aufl. 2011, § 897 Rn. 1; Staudinger/Gursky, § 897 Rn. 8). Dass eine **Analogie** auch im Hinblick auf den **Anspruch des Vormerkungsberechtigten nach § 888 BGB** möglich ist, wird, soweit ersichtlich, nur vereinzelt vertreten (v. Schweinitz, in: Alternativkommentar zum BGB, 1983, § 888 Rn. 5).

a) Keine Grundbuchunrichtigkeit

Gegen die analoge Anwendung des § 897 BGB auf den Anspruch des Vormerkungsberechtigten spricht u. E. jedoch, dass es sich bei diesem Anspruch **nicht um einen Grundbuchberichtigungsanspruch** im engeren Sinne handelt. § 888 BGB ist vielmehr eine Spezialvorschrift, da das **Grundbuch** durch die Eintragung einer vormerkungswidrigen Verfügung regelmäßig **nicht unrichtig** im Sinne des § 894 BGB wird (BayObLG DNotZ 1988, 157; OLG Hamm OLGZ 1993, 284, 286 = NJW-RR 1993, 529; Staudinger/Gursky, § 894 Rn. 62; Palandt/Bassenge, § 894 Rn. 2). Eine analoge Anwendung der allgemeinen Vorschriften über den Grundbuchberichtigungsanspruch erscheint daher zweifelhaft.

b) Zustimmungspflichtiger Dritter i. d. R. nicht schutzbedürftig

Gegen die Anwendung des § 897 BGB lässt sich ferner einwenden, dass für einen **Schutz des zustimmungspflichtigen Dritten** bei der Vormerkung **kein besonderes Bedürfnis** besteht. Denn die Vormerkung ist bei Eintragung der vormerkungswidrigen Belastung regelmäßig aus dem Grundbuch ersichtlich, sodass der Dritte hätte wissen können, dass er sich auf ein riskantes Geschäft einließ. Vor diesem Hintergrund verneint etwa *Gursky* (in: Staudinger, § 888 Rn. 60) eine analoge Anwendung des § 897 BGB. Auch nach Ansicht von *Schöner/Stöber* (Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 1526) hat im Verhältnis zum Vormerkungsberechtigten **der zur Zustimmung bzw. Einwilligung Verpflichtete die Kosten** der Zustimmung zur dinglichen Rechtsänderung oder Einwilligung zur Löschung entgegenstehender Rechte **selbst zu tragen**.

c) Zwischenergebnis

Eine analoge Anwendung des § 897 BGB ist u. E. somit abzulehnen.

2. Kostentragung bei fehlender Anwendung des § 897 BGB

a) Kosten der Löschungszustimmung

Folgt man der Auffassung von *Gursky* und *Schöner/Stöber*, die sich gegen eine analoge Anwendung des § 897 BGB aussprechen, ist es folgerichtig, die Kosten der Zustimmung zur Löschung dem **zur Zustimmung Verpflichteten** aufzuerlegen (vgl. auch: Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 5. Aufl. 2010, Rn. 746). Insoweit bleibt es bei dem **allgemeinen Prinzip**, dass der **Schuldner die zur Erfüllung seiner Pflichten erforderlichen Aufwendungen zu tragen hat**.

b) Kosten des grundbuchamtlichen Vollzugs

Fraglich ist jedoch, ob der vormerkungswidrig im Grundbuch eingetragene Berechtigte auch für die Kosten des grundbuchamtlichen Vollzugs aufkommen muss oder ob diese Kosten zulasten des Vormerkungsberechtigten gehen.

aa) Beschränkter Pflichtenumfang nach § 888 BGB

Grundsätzlich verpflichtet § 888 Abs. 1 BGB den Dritten nur zur **Abgabe einer Zustimmungserklärung in grundbuchmäßiger Form**, nicht aber zur Herbeiführung des grundbuchamtlichen Vollzugs der Löschung der vormerkungswidrigen Belastung. Die abzugebende Zustimmungserklärung besteht im Fall der vormerkungswidrigen Eintragung eines Grundpfandrechts in der Abgabe einer **Löschungsbewilligung in der Form des § 29 GBO** (*Schöner/Stöber*, Rn. 1526; *Staudinger/Gursky*, § 888 Rn. 29, 30; *Assmann*, Die Vormerkung, 1998, S. 424). Darüber hinaus ist nach überwiegender Auffassung der Dritte gem. § 888 Abs. 1 BGB auch zur Vornahme sonstiger, zur Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs grundbuchmäßig erforderlicher Maßnahmen verpflichtet (KG JFG 5, 324, 327; *Staudinger/Gursky*, § 888 Rn. 29; *Palandt/Bassenge*, § 888 Rn. 4; *Assmann*, S. 424).

Demgegenüber lässt sich aus § 888 BGB **keine Verpflichtung des Dritten zur Erfüllung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs selbst ableiten** (*Staudinger/Gursky*, § 888 Rn. 22). Zur Beseitigung der vormerkungswidrig eingetragenen Belastung ist gegenüber dem Vormerkungsberechtigten nach wie vor **nur der Vormerkungsschuldner verpflichtet**. Die Zustimmung des Dritten soll nach ganz h. M. lediglich dem formalen Konsensprinzip des § 19 GBO Genüge tun (*Staudinger/Gursky*, § 888 Rn. 17). Auch der Wortlaut des § 888 Abs. 1 BGB spricht dafür, dass der Dritte nur die Zustimmung zur Löschung erklären muss. Der **Dritte** ist u. E. allenfalls zur Vornahme derjenigen zum Grundbuchvollzug erforderlichen Maßnahmen verpflichtet, die allein ihm möglich sind (z. B. Vorlage des Grundpfandrechtsbriefs), **nicht aber zur Herbeiführung des grundbuchamtlichen Vollzugs** der Löschung. Die Löschung der vormerkungswidrig eingetragenen Belastung im Grundbuch kann nämlich auch der Eigentümer beantragen.

bb) Kostenersatz bei Bösgläubigkeit?

Auch wenn der Dritte nicht originär zur Tragung der Kosten des grundbuchamtlichen Vollzugs verpflichtet ist, könnte er dem Vormerkungsberechtigten diese Kosten bei Bösgläubigkeit möglicherweise zu ersetzen haben.

Die Rechtsprechung wendet die §§ 987 ff. BGB auch auf die Beziehung des Gläubigers einer Auflassungsvormerkung zu dem Zwischenerwerber des belasteten Grundstücks an (BGHZ 87, 296, 301 = NJW 1983, 2024; 144,

323, 326 ff. = DNotZ 2001, 320; zust. BeckOK-BGB/Fritzsche, Stand: 1.3.2011, § 987 Rn. 23). Ein **Schadensersatzanspruch** analog den §§ 989, 990 BGB setzt jedoch voraus, dass der Schaden aus einem der in § 989 BGB genannten Gründe gegeben ist (vgl. MünchKommBGB/Baldus, § 989 Rn. 13). Die Kosten des Grundbuchvollzugs stellen aber **keinen Schaden** dar, der dadurch entsteht, dass infolge des Verschuldens des Berechtigten der vormerkungswidrig eingetragenen Belastung die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben wird. Vielmehr dürften diese Kosten als **sonstiger Schaden** anzusehen sein, der lediglich unter den Voraussetzungen des **§ 992 BGB** ersetzt verlangt werden kann. Da sich der Berechtigte der vormerkungswidrig eingetragenen Belastung jedoch den Besitz weder durch verbotene Eigenmacht i. S. d. § 858 BGB noch durch eine Straftat verschafft hat, liegen diese Voraussetzungen nicht vor.

Einem solchen Ergebnis stehen u. E. auch keine **Billigkeits-erwägungen** entgegen. Die vormerkungswidrige Belastung konnte für den Berechtigten mit Wirkung gegenüber jedermann außer dem Vormerkungsberechtigten bestellt werden (§ 883 Abs. 2 S. 1 BGB). Dies zeigt, dass grundsätzlich **kein vom Gesetz missbilligter Erwerb** vorliegt und somit den Berechtigten der vormerkungswidrig eingetragenen Belastung nur die im Gesetz vorgesehene Verpflichtung aus § 888 Abs. 1 BGB trifft.

3. Fazit

Trotz Fehlens ausdrücklicher Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur ist nach dem Vorstehenden davon auszugehen, dass den **Berechtigten der vormerkungswidrig eingetragenen Belastung** zwar die **Kosten der Abgabe der Löschungsbewilligung in grundbuchtauglicher Form** treffen. Grundsätzlich **nicht** zu seinen Lasten gehen **jedoch** die **Kosten des grundbuchamtlichen Vollzugs** der Löschung.

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.

ZPO §§ 727, 830, 837; AO §§ 314, 315

Umschreibung der Vollstreckungsklausel nach Pfändung einer Eigentümergrundschuld

Abruf-Nr.: 111525

BGB § 1829; BeurkG §§ 54a, 54b; GBO § 35

Tod des Betreuten nach Durchführung des Verfahrens nach § 1829 BGB; Vertragsvollzug anhand einer Auflassungsvormerkung im Grundstückskaufvertrag; Auszahlung des Kaufpreises von Notaranderkonto auf in der Verwahrungsanweisung angegebenes Konto auch nach Versterben des Verkäufers; Nachweiserfordernisse im Fall einer abweichenden Anweisung des Erben

Abruf-Nr.: 110488

ESÜ Art. 15

Deutschland: Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht eines deutschen Bundeswehrsoldaten islamischen Glaubens

Abruf-Nr.: 111928

UmwG § 17; HGB § 264b

Schlussbilanz bei Verschmelzung einer Personenhandels-gesellschaft; Bilanzierungs-erleichterungen im Konzern

Abruf-Nr.: 108607

Rechtsprechung

BGB § 1365 Abs. 1; ZVG § 10 Abs. 1

Nominalbetrag und Grundschuldzinsen bzgl. Anwendbarkeit des § 1365 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen

Bei der Feststellung, ob ein Ehegatte mit einer Grundschuldbestellung über sein (nahezu) gesamtes Vermögen verfügt, sind neben dem Nominalbetrag der Grundschuld auch die bei einer künftigen Vollstreckung in die Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG fallenden Grundschuldzinsen einzubeziehen und regelmäßig mit dem zweieinhalbfachen Jahresbetrag zu berücksichtigen.

BGH, Urt. v. 7.10.2011 – V ZR 78/11

Abruf-Nr.: 11009R

Problem

Ein im gesetzlichen Güterstand verheirateter Schuldner hatte zugunsten einer Bank eine Grundschuld nebst 16 % Jahreszinsen und einer einmaligen Nebenleistung von 5 % des Grundschuldbetrags bestellt. Der Nominalbetrag der Grundschuld schöpfte den Verkehrswert des belasteten Grundstücks nicht aus. Neben dem Grundstück verfügten der Grundschuldbesteller und seine Ehefrau nur noch über Bankguthaben von geringer Höhe. Die Ehefrau hatte der Grundschuldbestellung nicht zugestimmt.

Nachdem die Bank gegenüber dem Grundschuldbesteller das Kapital der Grundschuld gekündigt und dieses zur Zahlung fälliggestellt hatte, machte Letzterer geltend, die Grundschuldbestellung sei mangels Zustimmung seiner Ehefrau gem. § 1365 Abs. 1 BGB unwirksam. Das OLG Hamm als Berufungsgericht war der Ansicht, die Zustimmung der Ehefrau sei nicht erforderlich. Bei der Wertbe-rechnung ließ es die Grundschuldzinsen außer Betracht.

Entscheidung

Der BGH tritt der Auffassung des OLG Hamm entgegen. In Übereinstimmung mit der mittlerweile ganz herrschenden Auffassung führt er zunächst aus, dass grundsätzlich **nicht jede Belastung eines Grundstücks**, welches das **alleinige oder wesentliche Vermögen des verfügenden Ehegatten** ausmacht, **nach § 1365 Abs. 1 BGB zustimmungsbedürftig** sei (so noch LG Bielefeld FamRZ 1958, 376; LG Siegen FamRZ 1959, 64; Böttcher, Rpfleger 1985, 1, 2). Zustimmungspflichtig seien nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise vielmehr nur diejenigen Belastungen, die den Wert des Grundstücks ausschöpfen. **Maßgeblich** sei, **ob die Belastung den Verkehrswert des Grundstücks so weit mindere, dass dem verfügenden Ehegatten nur ein unwesentlicher Teil seines ursprünglichen Gesamtvermö-**

gens verbleibe (vgl. BGH DNotZ 1990, 307 = NJW 1990, 112; BGHZ 123, 93 = NJW 1993, 2441 = MittRhNotK 1993, 228 – jeweils zur Bestellung eines Wohnungsrechts; Staudinger/Thiele, BGB, Neubearb. 2007, § 1365 Rn. 47 f.; MünchKommBGB/Koch, 5. Aufl. 2010, § 1365 Rn. 61 f.; Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9. Aufl. 2011, Rn. 175).

Bei der Prüfung der Wertverhältnisse ist nach den Ausführungen des BGH eine **wirtschaftliche Betrachtungsweise** geboten. Feste Wertgrenzen haben sich dabei noch nicht herausgebildet und werden vom BGH auch nicht genannt; es wird vielmehr je nach dem konkreten Einzelfall auf das Verhältnis von Grundschuldbetrag und Grundstückswert sowie Grundstückswert und Restvermögen ankommen. Nicht ausreichend dürfte eine Belastung von 70 % des Grundstückswerts sein (vgl. etwa MünchKommBGB/Koch, § 1365 Rn. 62; Staudinger/Thiele, § 1365 Rn. 48). Im vorliegend vom BGH entschiedenen Fall stellte das belastete Grundstück mehr als 95 % des vorhandenen Gesamtvermögens dar, wobei das Gericht davon ausging, dass der Verkehrswert von der Grundschuld voll ausgeschöpft wurde.

Der BGH stellt klar, dass **bereits bestehende Belastungen berücksichtigt werden müssen** (ebenso Staudinger/Thiele, § 1365 Rn. 48; MünchKommBGB/Koch, § 1365 Rn. 62; kritisch Schröder/Bergschneider, Familienvermögensrecht, 2. Aufl. 2007, Rn. 4.30, die befürchten, dass mit Kettenbelastungen die Beschränkungen des § 1365 BGB umgangen werden könnten). Solche Belastungen könnten aber **nur insoweit** berücksichtigt werden, **als sie noch valuierten**. Soweit dem Grundstückseigentümer wegen bereits erfolgter Tilgung der gesicherten Forderungen Rückgewähransprüche zustünden, seien auch diese in die Vermögensberechnung einzustellen. **Unerheblich** ist dagegen nach Auffassung des BGH, **ob die bestellte Grundschuld selbst bereits valuiert**.

Schließlich sind laut BGH bei der Frage der Wertminderung des Grundstücks **nicht nur der Nominalbetrag** des Grundpfandrechts, **sondern auch Nebenleistungen und Zinsen der Grundschuld zu berücksichtigen**. Zwar komme es bei Anwendung des § 1365 BGB allein auf die objektiven Wertverhältnisse im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts an. Entscheidend sei aber nicht, dass die Zinsen an diesem Tag noch nicht entstanden seien. Maßgeblich sei vielmehr, inwieweit die Belastung den Wert des Grundstücks als Zugriffsobjekt für potenzielle Gläubiger und damit auch für den Ehegatten des Verfügenden als möglichen Gläubiger eines Anspruchs auf Zugewinn absinken lasse. Potenzielle Gläubiger würden schon im Zeitpunkt der Grundschuldbestellung die dinglichen Zinsen in den Sicherungswert der Grundschuld einbeziehen, da sie damit rechnen müssten, dass die Verwertung der Grundschuld erst zu einem Zeitpunkt erfolge, in dem auch dingliche Zinsen entstanden sind und somit vollstreckt werden können. Unter Hinweis auf § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG – die laufenden sowie die rückständigen Zinsen der letzten zwei Jahre fallen in die Rangklasse 4 – geht der BGH davon aus, dass – mangels besonderer Umstände des Einzelfalls – **dingliche Zinsen für zweieinhalb Jahre einzubeziehen** sind. Da Grundschuldzinsen nach den üblichen Bestellungsformularen oftmals kalenderjährlich nachträglich am ersten Tag des folgenden Jahres fällig werden und Zwangsversteigerungsverfahren häufig längere Zeit in Anspruch nehmen, dürfte die Bewertung potenzieller Gläubiger tatsächlich sogar eher noch restriktiver sein.

BGB § 2287

Lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers auch bei Leistungen des Beschenkten ohne rechtliche Bindung

Ein lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers an einer Schenkung kann auch dann vorliegen, wenn der Beschenkte ohne rechtliche Bindung Leistungen – etwa zur Betreuung im weiteren Sinne – übernimmt, tatsächlich erbringt und auch in der Zukunft vornehmen will.

BGH, Beschl. v. 26.10.2011 – IV ZR 72/11

Abruf-Nr.: **11012R**

Problem

Die Eltern hatten in ihrem gemeinschaftlichen Testament mit Wahl der Einheitslösung (vgl. § 2269 Abs. 1 BGB) die beiden gemeinschaftlichen Kinder zu Schlussmiterben eingesetzt. Nach dem Tod des Vaters übereignete die Erblasserin das Grundstück dem Sohn unentgeltlich und ohne Ausgleichspflicht nach §§ 2050 ff. BGB. Eine Gegenleistung, insbesondere in Form von Wart- und Pflegeleistungen, war nach dem Vertragswortlaut ausdrücklich nicht gewünscht.

Nach dem Tod der Mutter verlangte die Tochter von ihrem Bruder Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils am Grundstück gem. § 2287 BGB. Das Berufungsgericht verneinte die Voraussetzungen für ein lebzeitiges Eigeninteresse der Mutter an der Begünstigung des Sohnes.

Entscheidung

Der BGH verweist die Sache zurück an das Berufungsgericht, da dieses unter Verstoß gegen den Anspruch des beklagten Sohnes auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) ohne Beweisaufnahme angenommen habe, dass die Voraussetzungen für ein lebzeitiges Eigeninteresse der Erblasserin an der Begünstigung des Beklagten nicht vorgelegen hätten. Der BGH weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass ein Eingreifen von **§ 2287 Abs. 1 BGB**, der auf unwiderruflich gewordene wechselbezügliche Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments entsprechend anzuwenden ist, einen **Missbrauch** des dem Erblasser verbliebenen **Rechts zu lebzeitigen Verfügungen** (vgl. § 2286 BGB) voraussetze. Ein solcher Missbrauch liegt **nicht** vor, wenn der Erblasser ein anerkanntes **lebzeitiges Eigeninteresse** an der von ihm vorgenommenen Schenkung hatte (std. Rspr.; vgl. BGHZ 82, 274, 282 = NJW 1982, 43). Dies ist anzunehmen, wenn nach dem Urteil eines objektiven Beobachters die Verfügung in Anbetracht der gegebenen Umstände auch unter Berücksichtigung der ererbtraglichen Bindung als billigenswert und gerechtfertigt erscheint (BGHZ 77, 264, 266 = DNotZ 1981, 49). Das kann namentlich dann der Fall sein, wenn es dem Erblasser im Alter um seine **Versorgung** und ggf. auch **Pflege** geht (BGHZ 83, 44, 46 = NJW 1982, 1100; BGHZ 82, 274, 282) oder wenn er in **Erfüllung einer sittlichen Verpflichtung** handelt, er etwa mit dem Geschenk einer Person, die ihm in besonderem Maße geholfen hat, seinen **Dank** abstaten will (BGHZ 83, 44; BGHZ 82, 274).

Im Gegensatz zum Berufungsgericht geht der BGH davon aus, dass ein lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers an einer Schenkung auch dann vorliegen kann, wenn der Beschenkte – ohne dazu rechtlich verpflichtet zu sein – **Leistungen**, etwa zur **Betreuung im weiteren Sinne**, übernimmt, **tatsächlich erbringt** und auch in der Zukunft vornehmen will. Im konkreten Fall kam dies insoweit in Betracht, als sich der Beschenkte um Haus, Garten, Ein-

käufe, Reinigung etc. kümmerte, damit die Erblasserin zu Hause wohnen bleiben konnte. Der Umstand, dass nach dem Vertragstext des Übergabevertrags ausdrücklich keine Wart- und Pflegeverpflichtung vereinbart war, steht aus Sicht des BGH der Annahme eines anerkennenswerten lebzeitigen Eigeninteresses nicht entgegen. Derartige Leistungen aufgrund vertraglicher Verpflichtung hätten vielmehr bereits das Vorliegen einer Schenkung i. S. d. § 2287 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

GmbHG §§ 16 Abs. 1, Abs. 3, 40 Abs. 1 S. 1; BGB § 2211 Abs. 2

Testamentsvollstreckervermerk in Gesellschafterliste unzulässig; kein gutgläubiger Erwerb

Das Registergericht ist berechtigt, eine Gesellschafterliste zurückzuweisen, die einen Testamentsvollstreckervermerk enthält.

OLG München, Beschl. v. 15.11.2011 – 31 Wx 274/11
Abruf-Nr.: 11011R

Problem

Angesichts der zunächst ungeklärten Reichweite des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen gem. § 16 Abs. 3 GmbHG wurde im Falle von gesetzlichen **Verfügungsbeschränkungen** vielfach die Aufnahme eines entsprechenden **Vermerks in der Gesellschafterliste** zur Vereitelung der Gutgläubigkeit des Erwerbers empfohlen. Betroffen waren insbesondere die Fälle der aufschiebend bedingten Abtretung eines Geschäftsanteils (§ 161 Abs. 1 und Abs. 3 BGB), der Testamentsvollstreckung (§ 2211 Abs. 1 und Abs. 2 BGB), der Vorerbenbeschränkung (§ 2113 Abs. 1 und Abs. 3 BGB) sowie der Insolvenz (§ 81 Abs. 1 S. 1 und 2 InsO). Kürzlich hat der **BGH** (Beschl. v. 20.9.2011 – II ZB 17/10, DNotI-Report 2011, 181) die **Zulässigkeit eines Hinweises** in der Gesellschafterliste **auf die aufschiebend bedingte Abtretung** eines Geschäftsanteils **verneint**.

In dem der vorliegenden Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt war ein GmbH-Gesellschafter verstorben. Die Gesellschaft, vertreten durch ihren Geschäftsführer, reichte eine vom Notar elektronisch beglaubigte neue Gesellschafterliste ein. Diese wies anstelle des bisherigen Gesellschafters dessen Erben in **Erbengemeinschaft** als Gesellschafter aus. Zudem enthielt die Liste im Anschluss an die Namen der Erben einen **Vermerk** folgenden Wortlauts:

„Testamentsvollstreckung als Dauertestamentsvollstreckung ist angeordnet. Die gemeinschaftlich zur Vertretung berechtigten Testamentsvollstrecker sind ...“.

Das Amtsgericht verweigerte die Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner.

Entscheidung

Das OLG München hat die Beschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichts zurückgewiesen. Unter **Verweis auf den Beschluss des BGH v. 20.9.2011** (DNotI-Report 2011, 181) betreffend die (Un-)Zulässigkeit eines Vermerks über die aufschiebend bedingte Abtretung eines Geschäftsanteils geht das OLG davon aus, dass das Registergericht – obwohl nur Verwahrstelle – zu prüfen habe, ob die für eine Gesellschafterliste geltenden formalen Voraussetzungen vorliegen. Im Anschluss an die zitierte BGH-Entscheidung hält das OLG das **Registergericht für berechtigt, Gesellschafterlisten zurückzuweisen**, die nicht nur Veränderun-

gen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung ausweisen, sondern **Vermerke betreffend die Verfügungsbefugnis** des eingetragenen Gesellschafters **enthalten, welche nicht vom Gesetz vorgesehen** sind und das Register unübersichtlich machen oder sonst unnötig belasten (Grundsatz der Registerklarheit).

Entscheidend sei hierfür vor allem, dass ein **gutgläubiger Erwerb** unter Überwindung der Verfügungsbeschränkung **mangels einer insoweit gegebenen Publizitätswirkung der Gesellschafterliste nicht** in Betracht komme. Eine analoge Anwendung des § 52 GBO scheidet bereits mangels planwidriger Regelungslücke aus, da wesentliche Unterschiede zwischen dem einer strengen, objektiven und vorgelagerten Richtigkeitskontrolle unterzogenen Inhalt des Grundbuchs und dem daran anknüpfenden guten Glauben und der privat geführten Gesellschafterliste bestünden. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der Behandlung der Testamentsvollstreckung im Handelsregister, da dort bei Kommanditbeteiligungen nach Auffassung des OLG ebenfalls keine Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks geboten sei.

Literaturhinweise

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