

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

24. Jahrgang  
Januar 2016  
ISSN 1434-3460

1/2016

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AktG §§ 291, 293, 293g, 130; BeurkG §§ 8, 9, 36, 37 – Zustimmungsbeschluss zum Unternehmensvertrag zwischen Aktiengesellschaften; Anlage zur notariellen Niederschrift

BGB §§ 1569, 1578, 1609 – Vereinbarung zum nachehelichen Unterhalt; Verweisung auf altes Unterhaltsrecht; Auswirkung unterhaltsverstärkender Vereinbarungen auf später hinzutretende Unterhaltsberechtigte

### Gutachten im Abrufdienst

### Rechtsprechung

BGB §§ 741, 1008, 2033 Abs. 1 – Fortbestand der Erbengemeinschaft bei Übertragung sämtlicher Erbanteile auf mehrere Erbteilerwerber

WEG §§ 3, 6, 8, 21 Abs. 4 u. 5 Nr. 2; BGB §§ 925, 242 – Abweichung zwischen Aufteilungsplan und tatsächlicher Bauausführung; Gegenstand des Sondereigentums; *falsa demonstratio* bei planwidrigem Sondereigentum

### Literaturhinweise

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### AktG §§ 291, 293, 293g, 130; BeurkG §§ 8, 9, 36, 37

#### Zustimmungsbeschluss zum Unternehmensvertrag zwischen Aktiengesellschaften; Anlage zur notariellen Niederschrift

##### I. Sachverhalt

Zwei Aktiengesellschaften wollen einen Unternehmensvertrag i. S. d. § 291 AktG abschließen.

Nunmehr soll der Zustimmungsbeschluss bei der Organgesellschaft (abhängige Gesellschaft) beurkundet werden. Die Beurkundung erfolgt entweder nach § 8 BeurkG (Beurkundung von Willenserklärungen) oder nach § 36 BeurkG (Tatsachenprotokoll).

##### II. Fragen

1. Ist der Unternehmensvertrag als Anlage i. S. d. § 9 BeurkG zu sehen und damit zu verlesen,

a) wenn sich die Zustimmung auf den Entwurf des noch nicht geschlossenen Unternehmensvertrags bezieht oder

b) wenn der Unternehmensvertrag bereits von den Vertretungsorganen der betroffenen Gesellschaften geschlossen ist und bei Beurkundung vorliegt?

2. Macht es dabei einen Unterschied, ob nach § 8 oder § 36 BeurkG beurkundet wird?

##### III. Zur Rechtslage

##### 1. Unternehmensvertrag als Anlage der Niederschrift über den Zustimmungsbeschluss

Ein Unternehmensvertrag wird nur wirksam, wenn auch die Hauptversammlung der abhängigen Aktiengesellschaft zustimmt (§ 293 Abs. 1 S. 1 AktG).

Der Unternehmensvertrag ist gem. § 293f Abs. 1 Nr. 1 AktG von der Einberufung der Hauptversammlung an zur Einsicht der Aktionäre auszulegen. Als Unterlage i. S. d. § 293f Abs. 1 AktG ist er in der Hauptversammlung zugänglich zu machen (§ 293g Abs. 1 AktG) und vom Vorstand zu Beginn der Verhandlung mündlich zu erläutern (§ 293g Abs. 2 S. 1 AktG).

Der **Hauptversammlungsbeschluss** bedarf der **notariellen Niederschrift** (§ 130 Abs. 1 S. 3 AktG). Für den **Unternehmensvertrag** selbst gilt allerdings nur die **Schriftform** (§ 293 Abs. 3 AktG; vgl. zu Ausnahmen Hermanns, RNotZ 2015, 632, 633).

Nach § 293g Abs. 2 S. 2 AktG ist der **Vertrag der Niederschrift als Anlage beizufügen** (vgl. vormals § 293 Abs. 3 S. 6 AktG a. F.), ferner ebenso – zusammen mit der Niederschrift des Beschlusses samt Anlagen – der Anmeldung zum Handelsregister (§ 294 Abs. 1 S. 2 AktG).

## 2. Bloße Beifügung eines Vertragsentwurfs

Anerkanntermaßen kann der **Zustimmungsbeschluss** nach § 293 Abs. 2 S. 1 AktG im Sinne einer **Einwilligung** bereits **vor Vertragsschluss** gefasst werden (RegBegr. zum AktG, zit. nach Kropff, Aktiengesetz, 1965, S. 383; GroßkommAktG/Mülbert, 4. Aufl. 2013, § 293 Rn. 65 m. w. N.; Heidel/Peres, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 4. Aufl. 2014, § 293 AktG Rn. 5 m. w. N.; Hermanns, RNotZ 2015, 632, 633; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 7. Aufl. 2013, § 293 Rn. 25).

Erforderlich ist, dass der Vertrag in seiner **vollständig ausgehandelten Fassung** vorliegt. Über spätere Änderungen ist neuerlich zu beschließen (GroßkommAktG/Mülbert, § 293 Rn. 65; Hüffer/Koch, AktG, 11. Aufl. 2014, § 293 Rn. 4; Krafka/Kühn, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rn. 1601; Hölter/Deilmann, AktG, 2. Aufl. 2014, § 293 Rn. 14). Damit genügt es aber, dass der Vertrag im Zeitpunkt des **Zustimmungsbeschlusses** als Entwurf vorliegt (vgl. Emmerich, § 293 Rn. 25); er muss deshalb auch **nicht unterzeichnet** sein (KölnKommAktG/Koppensteiner, 3. Aufl. 2004, § 293 Rn. 6; implizit auch Heidel/Peres, § 293 AktG Rn. 26).

Für diese Ansicht spricht nicht zuletzt eine Entscheidung des **BGH** (Urt. v. 16.11.1982 – II ZR 150/80, NJW 1982, 933) zu den §§ 361, 341 AktG a. F. als Vorgänger des § 179a AktG. Wie heute nach § 179a AktG bedurfte nach diesen Vorschriften ein Vertrag zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens der Zustimmung der Hauptversammlung; der Vertrag selbst war notariell zu beurkunden (§§ 361 Abs. 1 S. 4, 341 Abs. 1 S. 1 AktG; vgl. nunmehr § 179a AktG, ferner § 311b Abs. 3 BGB). Er war der Niederschrift der Hauptversammlung als Anlage beizufügen (§ 361 Abs. 2 S. 5 AktG a. F.; vgl. heute § 179a Abs. 2 S. 6 AktG). Der BGH führte diesbezüglich aus (NJW 1982, 933, 935, Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

*„Diese Übereinstimmung [von Vertragsinhalt und Zustimmungsbeschluss] läßt sich aber **ebenso wie bei Unternehmensverträgen**, bei denen sich der Gesetzgeber überhaupt mit der Schriftform begnügt (§ 293 III AktG), auch erreichen, wenn der von der Hauptversammlung genehmigte Text **erst nachträglich notariell beurkundet** wird. [...] Auch ein **privatschriftlicher Vertragstext** kann von der Einberufung der Hauptversammlung an zur Einsicht ausgelegt, jedem Aktionär auf Verlangen abschriftlich mitgeteilt, in der Hauptversammlung wiederum ausgelegt und alsdann der Niederschrift als Anlage beigefügt werden.“*

Diese Erwägungen lassen sich auf § 293 AktG übertragen: Der zustimmungsbedürftige Vertrag muss folglich noch nicht abgeschlossen, die für den Hauptvertrag erforderliche Form nicht eingehalten sein, solange nur ein Entwurf vorliegt. Wenn der BGH von einem privatschriftlichen Vertragstext spricht, dürfte dies so zu verstehen sein, dass ein Entwurf in Schriftform genügt, der Vertrag aber noch nicht unterzeichnet sein muss.

Im Ergebnis spricht u. E. daher nichts dagegen, die Hauptversammlung einem **finalen Vertragsentwurf (in Textform)** zustimmen zu lassen.

## 3. Beurkundungsrechtliche Aspekte

### a) Tatsachenprotokoll

#### aa) Beifügen ohne Verlesen

**Regelmäßig** wird der **Zustimmungsbeschluss** in Form einer **Tatsachenbeurkundung** (§ 36 BeurkG) beurkundet (vgl. auch Grziwotz, in: Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 37 Rn. 13; Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 7. Aufl. 2015, § 37 BeurkG Rn. 7). Auf die Tatsachenbeurkundung sind die §§ 6-35 BeurkG grundsätzlich nicht anwendbar (Gutachten DNotI-Report 1997, 228; Reul, in: Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 5 Kap. 4 Rn. 379). Werden in der Hauptversammlung allerdings auch Willenserklärungen abgegeben und sind diese ebenfalls zu beurkunden, so ist – neben den Anforderungen des § 130 AktG – zwingend eine Beurkundung von Willenserklärungen nach den §§ 8 ff. BeurkG zu wählen (Reul, Teil 5 Kap. 4 Rn. 379; Preuß, § 37 BeurkG Rn. 7). Dies ist vorliegend nicht der Fall, da nur der **Zustimmungsbeschluss** protokolliert wird und weitere Willenserklärungen nicht im Raum stehen.

Eine Pflicht zum **Beifügen** des Unternehmensvertrags **folgt nur aus der aktienrechtlichen Vorschrift des § 293g Abs. 2 S. 2 AktG**. Das AktG lässt nicht erkennen, dass das Beifügen ein Verlesen in der Hauptversammlung erfordert (vgl. Spindler/Stilz/Holzborn, AktG, 3. Aufl. 2015, § 179a Rn. 26; zum Verschmelzungsbeschluss nach § 13 UmwG auch Widmann/Mayer/Heckschen, Umwandlungsrecht, Std.: 4/2013, § 13 UmwG Rn. 233; Semler/Stengel/Gehling, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 13 Rn. 57). Vielmehr soll nur sichergestellt sein, dass Identität zwischen dem Vertrag und dem Vertragstext besteht, dem die Hauptversammlung zugestimmt hat (vgl. BGH DNotZ 1993, 176, 177). Der Schutz der Aktionäre wird dadurch gewährleistet, dass der Vertrag in der Hauptversammlung zugänglich zu machen (§ 293g Abs. 1 AktG) und vom Vorstand zu Beginn der Verhandlung mündlich zu erläutern ist (§ 293g Abs. 2 S. 1 AktG). Insoweit stellt sich die Rechtslage anders dar als bei Anlagen zu einer Niederschrift über die Beurkundung von Willenserklärungen, die grundsätzlich zu verlesen sind (§§ 9 Abs. 1 S. 2, 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG). Erfolgt (wie im Regelfall) eine **Tatsachenbeurkundung** nach § 36 BeurkG, ist es daher **nicht erforderlich**, den Unternehmensvertrag **zu verlesen**, damit der Beschluss wirksam beurkundet ist. Ein Verlesen ist insbesondere nicht Voraussetzung dafür, dass ein Beifügen i. S. d. § 293g Abs. 2 S. 2 AktG vorliegt.

#### bb) Modalitäten des Beifügens

Das Beifügen von Anlagen zur notariellen Niederschrift nach § 130 Abs. 3 AktG bzw. § 293g Abs. 2 S. 2 AktG geschieht dadurch, dass das Protokoll auf den in der Anlage enthaltenen Vertrag Bezug nimmt; dabei handelt es sich nur um eine **unechte Bezugnahme** (Muster bei Fuhrmann, in: Fuhrmann/Wälzholz, Formularbuch Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2015, M 30.12). Die Anlage ist mit der Niederschrift gem. § 30 Abs. 2 DONot durch Schnur und Siegel zu verbinden (vgl. MünchKommAktG/Kubis, 3. Aufl. 2013, § 130 Rn. 75; Hüffer/Koch, § 130 Rn. 24 f.; Spindler/Stilz/Wicke, § 130 Rn. 57; Wilhelmi, BB 1987, 1331, 1336; Lamers, DNotZ 1962, 287, 301).

## b) Beurkundung von Willenserklärungen

Nach überwiegender Ansicht kann die gesamte Niederschrift auch nach den Vorschriften über die **Beurkundung von Willenserklärungen** (§§ 8 ff. BeurkG) errichtet werden, **da § 130 AktG dies nicht ausschließt** (OLG München DNotZ 2011, 142, 146 f.; Grigoleit/Herrler, AktG, 2013, § 130 Rn. 14; Spindler/Stilz/Wicke, § 130 Rn. 16; Winkler, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 37 Rn. 25; Gutachten DNotI-Report 1997, 228, 229). Man geht jedoch davon aus, dass auch in diesem Fall die weiteren Vorgaben des § 130 AktG, insbesondere des § 130 Abs. 2 AktG, zu beachten sind (K. Schmidt/Lutter/Ziemons, AktG, 3. Aufl. 2015, § 130 Rn. 57; Winkler, § 37 Rn. 25; a. A. Grigoleit/Herrler, § 130 Rn. 39; zweifelnd Spindler/Stilz/Wicke, § 130 Rn. 16).

Bei einer Niederschrift über den Zustimmungsbeschluss nach den §§ 8 ff. BeurkG fragt sich, ob auch der Vertrag als Anlage i. S. v. § 9 Abs. 1 S. 2 BeurkG zur Niederschrift zu nehmen und mitzuverlesen ist. Vereinzelt formuliert das gesellschaftsrechtliche Schrifttum, dass „der Vertrag als Anlage beizufügen (vgl. § 9 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG)“ ist (vgl. GroßkommGmbHG/Ulmer, 2008, § 53 Rn. 156). Es wird jedoch nicht näher ausgeführt, was mit dem Verweis auf § 9 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG gemeint ist. Andere Literaturstimmen sind der Ansicht, dass eine unechte Bezugnahme genügt und es keiner Verweisung bedarf (Mues, RNotZ 2005, 2, 16; Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, Anh. § 13 Rn. 6; zu § 13 Abs. 3 S. 2 UmwG auch Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG Rn. 233).

Der letztgenannten Ansicht ist u. E. zu folgen. Unter materiell-rechtlichen Gesichtspunkten ist ein Verlesen genauso wenig wie im Falle des Tatsachenprotokolls erforderlich. Es wäre widersprüchlich, wenn man den **Begriff des Beifügens in § 293g Abs. 2 S. 2 AktG** nur deshalb anders zu verstehen hätte, weil eine Beurkundung von Willenserklärungen stattfände. Auch dann gilt, dass das Beifügen dem Rechtsverkehr lediglich offenlegen soll, auf welchen Unternehmensvertrag sich die Zustimmung der Hauptversammlung bezieht. Überträgt man diese Funktion auf die beurkundungsverfahrenrechtliche Ebene, so liegt im Beifügen eine sog. untechnische Bezugnahme im Sinne eines **Identifizierungsbehelfs**. Insbesondere existiert keine Formvorschrift, aus der sich wegen eines Beurkundungszusammenhangs eine Beurkundungspflichtigkeit auch des Unternehmensvertrags herleiten ließe. Es **genügt** daher selbst dann eine **unechte Bezugnahme**, wenn die Hauptversammlung nach den Regeln über die Beurkundung von Willenserklärungen protokolliert wird (zu den Modalitäten des Beifügens vgl. vorstehend lit. a sublit. bb; Muster für Zustimmungsbeschluss der abhängigen Gesellschaft als Niederschrift nach §§ 8 ff. BeurkG bei Fuhrmann, M 30.5).

## 4. Bereits abgeschlossener Vertrag

Ist der Unternehmensvertrag zwischen den Gesellschaften bereits in der erforderlichen Schriftform (§ 293 Abs. 3 AktG) abgeschlossen, fragt sich, ob auch insoweit die **unechte Bezugnahme** ausreicht. Dies ist u. E. zu bejahen, denn der Fall liegt nicht viel anders als dann, wenn nur ein Entwurf gegeben ist. Der Vertrag ist nicht deshalb mitzuverlesen, weil er bereits eingegangen ist. Er ist der Niederschrift **lediglich gem. § 293g Abs. 2 S. 2 AktG beizufügen**. Es ist ferner nicht erforderlich, dass der privatschriftliche Vertrag in Urschrift oder beglaubigter Abschrift beigelegt wird. Unseres Erachtens ge-

nügt eine **einfache Abschrift** (so auch die h. M. zu § 13 Abs. 3 S. 2 UmwG, s. Kallmeyer/Zimmermann, UmwG, 5. Aufl. 2013, § 13 Rn. 39; KölnKommUmwG/Simon, 2009, § 13 Rn. 80; Lutter/Drygala, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 13 Rn. 19; Semler/Stengel/Gehling, § 13 Rn. 54; a. A. Widmann/Mayer/Heckschen, § 13 UmwG Rn. 233: beglaubigte Abschrift erforderlich). Denn so wie bei einem bloßen Vertragsentwurf lässt sich die inhaltliche Identität zwischen Zustimmungsbeschluss und Vertrag auch dann prüfen, wenn der Vertrag nur in einfacher Abschrift vorliegt. Gleichwohl kann es sich empfehlen, der Niederschrift eine beglaubigte Abschrift des (privatschriftlichen) Vertrags als Anlage beizufügen.

## 5. Ergebnis

Weder der Entwurf noch der im Zeitpunkt des Zustimmungsbeschlusses bereits abgeschlossene Unternehmensvertrag sind als Anlagen i. S. d. § 9 BeurkG mitzuverlesen. Es genügt eine unechte Bezugnahme. Ob die Protokollierung des Zustimmungsbeschlusses nach § 8 BeurkG oder nach § 36 BeurkG erfolgt, macht keinen Unterschied.

---

## BGB §§ 1569, 1578, 1609

### Vereinbarung zum nachehelichen Unterhalt; Verweisung auf altes Unterhaltsrecht; Auswirkung unterhaltsverstärkender Vereinbarungen auf später hinzutretende Unterhaltsberechtigte

#### I. Sachverhalt

Ein Ehepaar möchte im Ehevertrag zum nachehelichen Unterhalt folgende Vereinbarung treffen:

*„Bezüglich des nachehelichen Unterhalts sollen die am 31. Dezember 2007 geltenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, also nicht das zum 1. Januar 2008 in Kraft getretene neue Unterhaltsrecht, maßgeblich sein.“*

#### II. Fragen

1. Ist diese Vereinbarung zulässig?
2. Welche Auswirkungen hätte die Vereinbarung auf etwaige künftige unterhaltsberechtigte Ehegatten?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Verweis auf das alte Unterhaltsrecht

Soweit ersichtlich, fehlt es noch an Gerichtsentscheidungen, die sich mit der Zulässigkeit der Verweisung auf das alte Unterhaltsrecht befassen. Sie dürfte jedoch **nicht per se unzulässig** sein. Eine entsprechende Vereinbarung ist vielmehr an den allgemeinen Schranken ehevertraglicher Unterhaltsvereinbarungen zu messen, muss daher insbesondere der Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 138, 242 BGB (Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle) standhalten.

In der Literatur erachtet man die generelle Verweisung auf das vor dem 1.1.2008 geltende Unterhaltsrecht jedoch **nicht als empfehlenswerte Gestaltung**. So führt etwa *Münch* (notar 2009, 286, 291) aus:

*„Eine solche Generalverweisung ist jedoch wenig hilfreich. War doch auch vor diesem Termin das Unterhaltsrecht be-*

reits durch eine intensive Rechtsprechung des BGH weg von einer Lebensstandsgarantie und hin zum Ausgleich ehebedingter Nachteile gelangt. Auch die Rechtsprechung des BGH zu den wandelbaren ehelichen Lebensverhältnissen ist unabhängig von der Unterhaltsrechtsreform. Eine Gesamtverweisung auf das alte Recht kann dieses daher nur in der Form erfassen, welche die Rechtsprechung ihm gegeben hat. Da sich die Rechtsprechung ständig fortentwickelt, wird man auch diese dann für die Auslegung des alten Rechts heranziehen müssen. Spätestens damit aber wird die Verweisung nur noch schwer bestimmbar. Vorzugswürdig ist demgegenüber eine Ausgestaltung des bestehenden neuen Unterhaltsrechts.“

Die Gestaltungsliteratur schlägt daher vertragliche Regelungen vor, die insbesondere die „Vorteile“ des alten Unterhaltsrechts aus Sicht des Unterhaltsberechtigten inhaltlich aufgreifen (sog. **unterhaltsverstärkende Vereinbarungen**, vgl. dazu Herrler, FPR 2009, 506; Münch, notar 2009, 286; ders., MittBayNot 2012, 10; Schmitz, RNotZ 2011, 265).

## 2. Auswirkung unterhaltsverstärkender Vereinbarung auf später hinzutretende Unterhaltsberechtigte (insbes. Ehegatten einer Folge-Ehe)

Die Verweisung auf das alte Unterhaltsrecht lässt sich als unterhaltsverstärkende Vereinbarung begreifen; so war z. B. das frühere Altersphasenmodell für den kinderbetreuenden Ehegatten gegenüber der jetzigen Rechtslage (§ 1570 BGB n. F.) günstiger.

### a) Kein Vertrag zulasten Dritter

Freilich darf in der unterhaltsverstärkenden Vereinbarung kein Vertrag zulasten Dritter liegen. Ein solcher ist nach allgemeiner Ansicht unzulässig (statt aller: BeckOK-BGB/Janoschek, Std.: 1.11.2015, § 328 Rn. 5).

Verträge zulasten Dritter sind nach der Rechtsprechung jedoch nur gegeben, wenn durch sie **unmittelbar eine Rechtspflicht** für einen nicht vertragsbeteiligten Dritten ohne dessen Zustimmung **begründet** werden soll (BGH NJW 2004, 3326, 3327; NJW-RR 2003, 577, 578 = DNotI-Report 2003, 119; BeckOK-BGB/Janoschek, § 328 Rn. 5; MünchKomm/Gottwald, BGB, 7. Aufl. 2016, § 328 Rn. 258). **Nicht ausreichend** ist eine **bloß mittelbare Wirkung oder Reflexwirkung** (vgl. BGH NJW 2004, 3326, 3327; BeckOK-BGB/Janoschek, § 328 Rn. 5).

Die unterhaltsverstärkende Vereinbarung zwischen zwei Ehegatten enthält demnach keinen Vertrag zulasten Dritter im Hinblick auf eine spätere neue Ehefrau des Mannes (vgl. Herrler, FPR 2009, 506, 510; Münch, notar 2009, 286, 288; ders., MittBayNot 2012, 10, 15; einschränkend Schmitz, RNotZ 2011, 265, 277). An der grundsätzlichen Zulässigkeit dürfte somit kein Zweifel bestehen (zur **Sittenwidrigkeit** unterhaltsverstärkender Vereinbarungen vgl. die vorgenannten Fundstellen, ferner Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Rn. 3147 ff.).

### b) Folge für Unterhalt des hinzutretenden Berechtigten

Auch wenn es sich bei der unterhaltsverstärkenden Vereinbarung nicht um einen Vertrag zulasten Dritter handelt, stellt sich die Frage nach den Auswirkungen dieser Vereinbarung auf die Unterhaltsberechnung für hinzutretende Unterhaltsberechtigte (etwa die zweite Ehefrau nach Wiederheirat, Kinder).

Sofern der Unterhaltspflichtige über ausreichende Mittel verfügt, um sowohl den (ehevertraglich verstärkten) Unterhaltsanspruch der geschiedenen (ersten) Ehefrau als auch den Unterhaltsanspruch der hinzutretenden Unterhaltsberechtigten zu erfüllen, ist der Sachverhalt unproblematisch. Schwierigkeiten entstehen erst in einem sog. **Mangelfall**.

Die unterhaltsverstärkende Vereinbarung kann dann die **gesetzliche Rangfolge mehrerer Unterhaltsberechtigter (§ 1609 BGB)**, die an der Vereinbarung nicht mitgewirkt haben, nicht verändern (vgl. Grziwotz, in: Beck'sches Notarhandbuch, 6. Aufl. 2015, B I Rn. 149k; Herrler, FPR 2009, 506, 509). **Gegenüber hinzutretenden Unterhaltsberechtigten mit besserem Rang**, wie z. B. minderjährigen Kindern i. S. v. § 1609 Nr. 1 BGB oder kinderbetreuenden Elternteilen i. S. v. § 1609 Nr. 2 BGB, hat die unterhaltsverstärkende Vereinbarung mit der Erstehefrau daher **keine nachteilige Wirkung**. Ein Abzug des ehevertraglich verstärkten Unterhaltsanspruchs als Verbindlichkeit im Rahmen der Leistungsfähigkeit kommt nicht in Betracht (vgl. Münch, MittBayNot 2012, 10, 16 f.).

Fraglich ist, wie sich die **Rechtslage für die zweite Ehefrau** darstellt, wenn sie gem. **§ 1609 Nr. 3 BGB** mit der ersten Ehefrau auf derselben Rangstufe steht. Bei der **Ermittlung des Bedarfs** der zweiten Ehefrau könnte – nach Aufgabe der sog. Dreiteilungsrechtsprechung des BGH (vgl. DNotZ 2012, 692, 694 f. Tz. 16 ff. = NJW 2012, 384) – die erhöhte Unterhaltsschuld vorweg abzuziehen sein, weil diese die ehelichen Lebensverhältnisse der neuen Ehe prägt (§ 1578 Abs. 1 BGB). Ob es sich um **prägende Verbindlichkeiten** bei der Bedarfsermittlung handelt, ist nach Ansicht der Literatur im Rahmen einer **umfassenden Abwägung der Interessen** von Unterhaltsschuldner, Gläubiger (Erstehegatte) und Unterhaltsberechtigtem (Zweitehegatte) festzustellen (vgl. Herrler, FPR 2009, 506, 513; Münch, MittBayNot 2012, 10, 16; ders., Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rn. 3159 f. – jew. m. w. N.). Dabei seien sämtliche Umstände des konkreten Einzelfalls zu berücksichtigen. Vor allem sei zu beachten, dass die neue Ehefrau regelmäßig die Verpflichtungen ihres Ehemannes aus der unterhaltsverstärkenden Vereinbarung kenne und sich daher darauf einstellen könne. Nach *Schmitz* würde sich der verstärkte Unterhaltsanspruch deshalb stets gegen den Zweitehegatten durchsetzen (RNotZ 2011, 265, 281). Rechtsprechung zu dieser Frage liegt aber noch nicht vor.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.de>

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

WEG §§ 10, 15, 22; BGB §§ 746, 1010

**Begründung von Sondernutzungsrechten durch eine Untergemeinschaft/Wirtschaftseinheit; Miteigentümergeinschaft unter den Mitgliedern einer Untergemeinschaft**

Abruf-Nr.:

GBO § 35; BeurkG §§ 9, 10 Abs. 2, 36, 39, 44a

**Grundbuchberichtigung und Nachweis der Erbfolge; Prüfungsrecht des Grundbuchamtes; Nachholung des Vermerks über die Feststellung der Identität der Beteiligten**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BGB §§ 741, 1008, 2033 Abs. 1**

**Fortbestand der Erbengemeinschaft bei Übertragung sämtlicher Erbanteile auf mehrere Erbscheiter**

1. Übertragen Miterben ihre Anteile am Nachlass jeweils zu gleichen Bruchteilen auf mehrere Erwerber, entsteht eine Bruchteilsgemeinschaft nur an den Erbteilen. Hinsichtlich des Nachlasses bleiben die Inhaber der Erbteile gesamthänderisch verbunden.

2. Befindet sich im Nachlass ein Grundstück, werden die Erwerber deshalb mit dem Zusatz „in Erbengemeinschaft“ als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Ihre Eintragung als Miteigentümer ist nur nach entsprechender Auffassung möglich.

BGH, Beschl. v. 22.10.2015 – V ZB 126/14

### Problem

Der Erblasser wurde von R und W beerbt. Zum Nachlass gehörte ein Grundstück. Jeder der beiden Miterben übertrug seinen gesamten Erbanteil jeweils zur Hälfte auf A und auf B. Diese wurden daraufhin mit dem Zusatz „in Erbengemeinschaft“ in das Grundbuch eingetragen. A und B haben die Berichtigung des Grundbuchs dahingehend beantragt, dass sie als Miteigentümer zu je ½ eingetragen werden. Das Grundbuchamt hat den Antrag abgelehnt. Die Beschwerde ist ohne Erfolg geblieben. Nach Einlegung der Rechtsbeschwerde hat sich nun der BGH mit der Frage auseinandergesetzt, wie sich die Übertragung der Erbanteile auf den Bestand der Erbengemeinschaft auswirkt.

### Entscheidung

Nach Auffassung des BGH sind A und B nicht als Miteigentümer in das Grundbuch einzutragen. Es bleibt vielmehr bei der Eintragung von A und B als **Eigentümer in Erbengemeinschaft**.

Zunächst hält das Gericht fest, dass über einen Erbanteil auch in Bruchteilen verfügt werden könne (vgl. bereits BGH NJW 1963, 1610, 1611) und dass die **Überführung** eines im Gesamthandseigentum stehenden Nachlassgrundstücks **in Bruchteilseigentum einer Auffassung bedürfe** (vgl. bereits BGHZ 21, 229, 231).

Sodann geht das Gericht auf die Streitfrage ein, ob bei Übertragung aller Erbteile zu gleichen Bruchteilen auf

mehrere Erwerber die Erbengemeinschaft fortbesteht (dafür BayObLG NJW 1968, 505; KG NJW-RR 1999, 880, 882 = DNotI-Report 1999, 5; Palandt/Weidlich, BGB, 75. Aufl. 2016, § 2033 Rn. 2; a. A. Bayer/Scholz, ZErB 2015, 149, 150 ff.; Werner, ZEV 2014, 604). Der BGH spricht sich für den Fortbestand der Erbengemeinschaft aus. Die Erbscheiter können daher nicht ohne vorherige Auflassung als Bruchteilseigentümer des Nachlassgrundstücks im Grundbuch eingetragen werden.

Zur Begründung führt der BGH aus: Der Gesetzgeber habe die Miterbengemeinschaft als Gesamthandsverhältnis ausgestaltet, sodass ein Miterbe gem. § 2033 Abs. 2 BGB über „seinen Anteil“ an einzelnen Nachlassgegenständen nicht verfügen könne. Um die damit verbundenen Härten abzuschwächen, sei dem Miterben gem. § 2033 Abs. 1 BGB die Befugnis eingeräumt, über seinen Anteil am Nachlass zu verfügen. Bei **Veräußerung des Erbteils** scheidet der Miterbe aus der Gesamthandsgemeinschaft aus. Diese werde mit dem Erwerber des Anteils fortgeführt. Nach der Wertung des § 2037 BGB gelte das auch dann, wenn keine Miterben mehr an der Erbengemeinschaft beteiligt seien, sondern nur noch dritte Personen die Erbteile hielten.

Der Fortbestand der Gesamthandsgemeinschaft lasse sich nur ausnahmsweise verneinen, da die sachenrechtliche Zuordnung der Nachlassgegenstände in erhöhtem Maße Rechtssicherheit und Rechtsklarheit erfordere. So sei anerkannt, dass die Gesamthandsgemeinschaft erlösche, wenn ein Miterbe oder ein Dritter sämtliche Erbanteile erwerbe und diese sich damit in ein und derselben Person vereinigen. In diesem Fall könne der Erbscheiter über sämtliche Einzelgegenstände verfügen. Der Möglichkeit einer Übertragung des Erbteils bedürfe es nicht mehr.

Werde der Erbteil jedoch **anteilig auf mehrere Erwerber** übertragen, bildeten die Erwerber eine **Gemeinschaft nach Bruchteilen** (§ 741 BGB). Die Bruchteilsgemeinschaft gebe es nicht als solche, sondern nur bezogen auf das Recht der Gemeinschaft. Handele es sich um **mehrere Erbteile**, bestehe an diesen **jeweils eine Bruchteilsgemeinschaft**. Hinsichtlich des Nachlasses blieben die Inhaber der Erbteile aber gesamthänderisch verbunden; eine Vereinigung der Erbteile zu einer Bruchteilsgemeinschaft am Nachlass trete nicht ein. Dafür gebe es gute Gründe. Den Erwerbern der Erbteile sei nämlich regelmäßig daran gelegen, vor einer Aufteilung des Nachlasses zunächst die **Nachlassverbindlichkeiten** zu berichtigen. Eine sachgerechte Entscheidung über die Auseinandersetzung könne in aller Regel erst nach Klärung der Passivseite des Nachlasses erfolgen. Das gelte auch dann, wenn ein **Grundstück** der einzige Nachlassgegenstand sei. Dieses stehe **weiterhin im Gesamthandseigentum**.

**WEG §§ 3, 6, 8, 21 Abs. 4 u. 5 Nr. 2; BGB §§ 925, 242**

**Abweichung zwischen Aufteilungsplan und tatsächlicher Bauausführung; Gegenstand des Sondereigentums; falsa demonstratio bei planwidrigem Sondereigentum**

**1. Sondereigentum kann nur in den Grenzen entstehen, die sich aus dem zur Eintragung in das Grundbuch gelangten Aufteilungsplan ergeben.**

**2. Die erstmalige plangerechte Herstellung einer Wand, die zwei Sondereigentumseinheiten voneinander abgrenzt, ist unabhängig von der dinglichen Zuordnung der herzustellenden Wand Aufgabe aller Wohnungseigentümer und nicht nur der benachbarten Sondereigentümer.**

**3. Der Anspruch eines Wohnungseigentümers auf erstmalige plangerechte Herstellung des gemeinschaftlichen Eigentums kann nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ausgeschlossen sein, wenn die tatsächliche Bauausführung nur unwesentlich von dem Aufteilungsplan abweicht.**

**4. Ist den Vertragsparteien bei der Veräußerung von Wohnungseigentum nicht bekannt, dass das Sondereigentum in größerem Umfang entstanden ist, als es die tatsächliche Bauausführung erkennen lässt, erlaubt eine vor Vertragsschluss erfolgte Besichtigung des Kaufobjekts nicht den Schluss, dass die Auffassung auf das Sondereigentum in den von der Bauausführung vorgegebenen Grenzen beschränkt worden ist.**

BGH, Urt. v. 20.11.2015 – V ZR 284/14

#### **Problem**

In Wohnungseigentümergeinschaften kommt es immer wieder vor, dass die tatsächliche Bauausführung nicht dem Aufteilungsplan entspricht. Sind die Grenzen zwischen mehreren Einheiten verschoben, stellen sich verschiedene Fragen: In welchen Grenzen ist das Sondereigentum entstanden? Worauf bezieht sich eine nach dem Ersterwerb erklärte Auffassung? Steht den Eigentümern ein Anspruch auf Verschiebung der Grenzen und plangerechte Herstellung zu? Wer trägt dafür die Kosten? Mit diesen Fragen beschäftigt sich das vorliegende grundlegende Urteil des V. Zivilsenats des BGH.

Die Pläne zur Errichtung eines Wohnhauses sahen die beiden Kellerräume Nr. 7 und Nr. 3 vor. Die im Plan eingezeichnete Innenwand wurde bei der Bauausführung in den Bereich des Kellerraums Nr. 3 verschoben. Dessen Fläche von 8,43 qm verkleinerte sich um 3,94 qm. Auf Grundlage der Pläne wurde das Wohnhaus nach seiner Errichtung aufgeteilt. Nach Besichtigung erwarb der Kläger das Eigentum an der (tatsächlich zu kleinen) Einheit Nr. 3.

Die WEG-Versammlung hat den Antrag des Klägers abgelehnt, den Kellerraum Nr. 3 in den Grenzen des Aufteilungsplans herzustellen. Dagegen wendet sich der Kläger. Außerdem begehrt er die Feststellung, dass die WEG die Kosten für die Herstellung des Kellerraums zu tragen hat.

#### **Entscheidung**

Nach Auffassung des BGH stehen dem Kläger die Ansprüche zu. Anspruchsgrundlage ist § 21 Abs. 4 u. 5 Nr. 2 WEG (vgl. BGH NJW 2015, 2027, 2028 f. Tz. 20 = MittBayNot 2015, 305). Maßgeblich ist dabei die Frage, wem das **Sondereigentum** an der laut Aufteilungsplan zu Keller Nr. 3 gehörenden Fläche zusteht, die nach der tatsächlichen Ausführung der Einheit Nr. 7 zugeschlagen wurde.

**Entscheidend** ist insoweit die **Teilungserklärung nebst Aufteilungsplan**, irrelevant dagegen die tatsächliche Ausführung. Umstände außerhalb der Teilungsurkunde

dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind. Dies gebiete der Bestimmtheitsgrundsatz des Sachen- und Grundbuchrechts. Der Aufteilungsplan erfülle dieselbe sachenrechtliche Abgrenzungsfunktion wie bei Grundstücken das Liegenschaftskataster (vgl. § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 WEG). Nach Auffassung des BGH ist es auch **nicht maßgeblich, dass die Ausführung nur unwesentlich vom Aufteilungsplan abweicht** (ebenso Hügel/Elzer, WEG, 2015, § 3 Rn. 90; a. A. die bislang überwiegende Ansicht, vgl. z. B. BayObLG NZM 1998, 973 = DNotZ 1999, 212). Die tatsächliche Abweichung stelle unabhängig von ihrem Ausmaß einen Umstand außerhalb des Grundbuchs dar, der nicht für jedermann erkennbar sei. Es mache keinen Unterschied, ob ein bestehendes Gebäude nach dem Plan aufgeteilt oder das Gebäude nach diesem Plan erst später errichtet werde.

Der BGH weist darauf hin, dass das **Sondereigentum nach Maßgabe des Aufteilungsplans auch bei einer Bauabweichung** entsteht. Somit ist das Sondereigentum an den Kellerräumen Nr. 3 und Nr. 7 in den Grenzen des Aufteilungsplans entstanden. Die hierfür erforderliche eindeutige Abgrenzbarkeit könne auch gegeben sein, wenn die Lage nach dem Aufteilungsplan eindeutig feststellbar sei (sog. „Luftschranken“, vgl. BGH DNotZ 2009, 50 f. Tz. 10 ff. = DNotI-Report 2008, 141). Im konkreten Fall war die Lage der Räume eindeutig identifizierbar, da nur eine Innenwand verschoben wurde. Daher scheidet nach Auffassung des Senats eine entsprechende Anwendung von Überbaurecht (§§ 912 ff. BGB) aus.

Laut BGH kann der Kläger von den Wohnungseigentümern die plangerechte Herstellung der Wand verlangen. Die **erstmalige plangerechte Herstellung** einer Wand sei auch dann **Aufgabe aller Wohnungseigentümer**, wenn eine **nicht tragende Wand** versetzt werden müsse. Eine nicht tragende Trennwand müsse jedenfalls dann wie gemeinschaftliches Eigentum behandelt werden, wenn es um ihre erstmalige plangerechte Herstellung gehe. Die Herstellung sei nicht allein Aufgabe der betroffenen Sondereigentümer. Ebenso sei die Entfernung der vorhandenen Trennwand Aufgabe aller Wohnungseigentümer, selbst wenn diese infolge der planwidrigen Errichtung im Sondereigentum des Klägers stehen sollte.

Der Anspruch auf die erstmalige Herstellung eines den Plänen entsprechenden Zustands kann nach Auffassung des Senats **gemäß Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgeschlossen** sein, **wenn die Herstellung** den übrigen Wohnungseigentümern **nicht zuzumuten** ist, etwa bei tiefgreifenden Eingriffen in das Bauwerk oder unverhältnismäßigen Kosten (vgl. BGH NJW 2015, 2027, 2029 Tz. 21); auch bei einer nur **unwesentlichen Abweichung** könne der Herstellungsanspruch nach Treu und Glauben ausscheiden. In diesen Fällen seien die Wohnungseigentümer im Grundsatz verpflichtet, Teilungserklärung und Aufteilungsplan so zu ändern, dass sie der tatsächlichen Bauausführung entsprächen (BGH NJW 2015, 2027, 2029 Tz. 21). Im konkreten Fall sei den anderen Wohnungseigentümern die Herstellung des plangerechten Zustands jedoch **zuzumuten**, da der **Keller Nr. 3** durch die tatsächliche Bauausführung **fast halbiert** worden sei.

Insbesondere ist die Geltendmachung des Anspruchs nicht deshalb treuwidrig, weil eigene Belange des Klägers nicht berührt wären. Der Kläger sei von der abweichenden

den Bauausführung unmittelbar betroffen, weil er auch das Sondereigentum am planwidrig abgetrennten Teil des Kellerraums Nr. 3 erworben habe. Unmaßgeblich sei, dass der Kläger den Kellerraum vor dem Erwerb besichtigt und den Plan nicht gekannt habe. Auflassungsgegenstand sei der Miteigentumsanteil in Verbindung mit dem gesamten Keller Nr. 3. Es liege auch **keine versehentliche Falschbezeichnung** vor („*falsa demonstratio non nocet*“; zur Anwendung auf die Auflassung vgl. BGH NJW 2002, 1038, 1039; NJW 2008, 1658, 1659 Tz. 12 = DNotI-Report 2008, 51; DNotZ 2009, 50 = NJW 2008, 2982, 2983 Tz. 18, insoweit nicht abgedr. in DNotZ). Sei den Vertragsparteien bei der Veräußerung von Wohnungseigentum nicht bekannt, dass das Sondereigentum in größerem Umfang entstanden sei, als es die tatsächliche Bauausführung erkennen lasse, erlaube eine Besichtigung des Kaufobjekts vor Vertragsschluss nicht den Schluss, dass die Auflassung auf das Sondereigentum in den Grenzen der Bauausführung beschränkt worden sei. Andernfalls wäre die Auflassung nämlich insgesamt unwirksam; da unzweifelhaft der gesamte Miteigentumsanteil übereignet werden sollte, hätte sie die gem. § 6 Abs. 1 WEG unzulässige Entstehung eines isolierten Sondereigentumsanteils zur Folge. Dieses Ergebnis liefe den vernünftigen Interessen beider Parteien zuwider, die eine wirksame Eigentumsübertragung erzielen wollten.

---

## Literaturhinweise

**Postvertriebsstück: B 08129**

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

---

---

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

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Johannes Weber

**Redaktion:** Dr. Simon Blath

**Bezugsbedingungen:**

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

**Bezugspreis:**

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

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

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

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg