

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 577 – Mietervorkaufsrecht nach Aufhebung der Aufteilung in Wohnungseigentum; Umgehungsgeschäfte

BeurkG §§ 2300, 36 ff.; DONot § 20 – Rückgabe eines Erbvertrages aus der notariellen Verwahrung; Verfahrensfragen bei behinderten Beteiligten

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Rechtsprechung

BGB §§ 2296 Abs. 2, 1896 Abs. 2 S. 2, 131 Abs. 1, 164 Abs. 3 – Rücktritt vom Erbvertrag gegenüber Vorsorgevollmächtigtem des geschäftsunfähigen Vertragspartners

##### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB § 577

#### Mietervorkaufsrecht nach Aufhebung der Aufteilung in Wohnungseigentum; Umgehungsgeschäfte

##### I. Sachverhalt

Der Verkäufer ist Eigentümer eines Mehrfamilienhauses, das in drei Eigentumswohnungen aufgeteilt ist. Alle Wohnungen sind vermietet und waren dies auch schon zum Zeitpunkt der Aufteilung. Der Verkäufer möchte eine dieser Wohnungen zu einem besonders günstigen Preis an eine gute Bekannte verkaufen. Erst mit dem vom Notar übersandten Entwurf des Kaufvertrages wurden die Beteiligten auf das Mietervorkaufsrecht aufmerksam. Nun überlegen die Beteiligten, die Aufteilung in Wohnungseigentum aufzuheben und die Wohnungsgrundbücher zu schließen. Im Anschluss soll an

die Käuferin ein Miteigentumsanteil an dem Gesamtgrundstück veräußert werden.

##### II. Fragen

1. Besteht bei dem Verkauf eines Miteigentumsanteils an einem mit einem Mehrfamilienhaus bebauten Grundstück ein Mietervorkaufsrecht, wenn das Grundstück zuvor nach dem WEG aufgeteilt war?
2. Ist in diesem Fall ein Umgehungsgeschäft anzunehmen?
3. Existieren mögliche Schadensersatzansprüche des Mieters gegen den bisherigen Eigentümer?
4. Ändert sich die Bewertung, wenn vor dem Verkauf eine Verwaltungs- und Benutzungsregelung nach § 1010 BGB getroffen wird?

##### III. Zur Rechtslage

#### 1. Analoge Anwendung des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB bei Verkauf eines Miteigentumsanteils?

Nach § 577 Abs. 1 S. 1 BGB besteht ein Vorkaufsrecht

des Mieters nur dann, wenn vermietete Wohnräume, an denen nach der Überlassung Wohnungseigentum begründet worden ist (Alternative 1) oder begründet werden soll (Alternative 2), an einen Dritten verkauft werden. Dies ist beim Verkauf eines bloßen Miteigentumsanteils nicht der Fall, sodass sich allein die Frage stellt, ob eine **analoge Anwendung des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB** auf den Verkauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück in Betracht kommt. Der BGH bejaht eine solche für den Fall, dass statt der Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum eine **Realteilung** eines mit mehreren Gebäuden bebauten Grundstücks erfolgen soll (BGH DNotZ 2008, 771 Rn. 8 f., m. krit. Anm. Langhein; NJW 2010, 3571, Rn. 14; NJW-RR 2016, 910, Rn. 19). Zur Begründung führt der BGH den Zweck des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB an. Das Vorkaufsrecht soll den Mieter vor dem Verlust der Wohnung schützen. Hierfür macht es aber keinen Unterschied, ob aufgrund einer Aufteilung in Wohnungseigentum die Gefahr gegeben sei, dass der neue Eigentümer die Kündigung wegen Eigenbedarfs erkläre, oder ob sich dieses Risiko daraus ergebe, dass das einzelne gesamte Wohngebäude einem neuen Eigentümer zustehe (BGH DNotZ 2008, 771, Rn. 9).

Dies kann richtigerweise aber nicht auf den Verkauf eines bloßen Anteils an einem Grundstück übertragen werden. Zwar entsteht auch dann für den Mieter ein höheres Risiko der Eigenbedarfskündigung, da er mehreren Eigentümern gegenübersteht und grundsätzlich jeder von ihnen zur Eigenbedarfskündigung berechtigt ist (OLG Düsseldorf NJW-RR 2010, 228; MünchKommBGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 573 Rn. 115; Schmidt-Futterer/Blank, 14. Aufl. 2019, § 573 Rn. 43), aber vor dieser Gefahr will § 577 Abs. 1 BGB nicht schützen. Denn das Vorkaufsrecht entsteht nur an solchen Objekten, bei denen die Aufteilung in Wohnungseigentum begründet worden ist oder begründet werden soll. Der Gesetzgeber hat mithin den bloßen Verkauf an mehrere Erwerber nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift einbezogen, was auch der Vergleich mit § 577a Abs. 1a BGB zeigt, der diese Situation erfasst. Ebenso hat der BGH eine analoge Anwendung abgelehnt, wenn mehrere Erwerber das Objekt kaufen und planen, dieses später in Wohnungseigentum aufzuteilen (BGH NJW 2014, 850; NJW-RR 2016, 910). Für § 577 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB spricht der BGH sogar ausdrücklich aus, dass es nicht Inhalt des Vorkaufsrechts sei, dem Mieter die Möglichkeit zu gewähren, dauerhaft einen ideellen Miteigentumsanteil an einer Bruchteilsgemeinschaft zu erwerben (BGH NJW 2014, 850 Rn. 22; NJW-RR 2016, 910 Rn. 21). Dieser Gedanke ist auf den gesamten § 577 BGB zu erstrecken. Ein bloßer **Miteigentumsanteil** an einem

Grundstück ist mit einem **Wohnungseigentum** schon deshalb **nicht vergleichbar**, weil kein Sondereigentum an einzelnen Räumen entsteht und auch keine spezifische Berechtigung für den Eigentümer an einzelnen Räumen gegeben ist (vgl. dazu BGH NJW 2014, 850 Rn. 22; NJW-RR 2016, 910 Rn. 21). Auf den Verkauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück ist **§ 577 Abs. 1 S. 1 BGB** daher **nicht analog anwendbar**.

## 2. Verkauf eines Miteigentumsanteils als Umgehungsgeschäft

Eine analoge Anwendung des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB könnte sich jedoch i. V. m. § 242 BGB und damit aus den Geboten von Treu und Glauben ergeben, wenn es sich um eine Gesetzesumgehung handeln würde (vgl. dazu Teichmann, Die Gesetzesumgehung, 1962, S. 67 ff.; ders., JZ 2003, 761, 764 f.). Eine Gesetzesumgehung liegt vor, wenn die Parteien die Gestaltung so wählen, dass hierdurch die gesetzliche Regelung zwar ihrem Buchstaben nach nicht anwendbar ist, allerdings von ihrem Sinn und Zweck her anwendbar sein müsste. Dies lässt sich für die hier zugrunde liegende Situation nicht bejahen. Denn wie oben dargestellt soll § 577 Abs. 1 S. 1 BGB gerade nicht davor schützen, dass ein ideeller Miteigentumsanteil an dem vermieteten Grundstück erworben wird und sich daher der Mieter einer größeren Gefahr gegenübersteht, dass einer der zukünftigen Vermieter die Kündigung wegen Eigenbedarfs erklärt. Erfasst ist nur der spezifische Fall, dass der konkrete Erwerber die Wohnung als solche erwirbt und sich demnach isoliert für diesen Mieter das Risiko der Eigenbedarfskündigung erhöht. Weil die Wirkungen des Geschäfts bei einer **Veräußerung eines bloßen ideellen Miteigentumsanteils** aber nicht dieselben sind wie beim Erwerb eines Wohnungseigentums, ist die Vorschrift nach ihrem Zweck nicht anwendbar. In der Folge liegt **kein Umgehungsgeschäft** vor, das eine analoge Anwendung rechtfertigen würde.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Aufteilung nach Wohnungseigentum zuvor aufgehoben wurde. Insoweit wird nämlich die spezifische Gefahr gebannt, die § 577 Abs. 1 S. 1 BGB nach seinem Zweck abwehren soll. Infolgedessen entscheiden sich die Beteiligten zu einer Gestaltung, die das besondere vom Gesetzgeber missbilligte Risiko des Mieters vermeidet, weshalb die Anwendung des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB auf derartige Gestaltungen nicht gerechtfertigt ist. Auch in der Literatur wird allein diskutiert, ob eine analoge Anwendung dann nötig ist, wenn die Schließung der Wohnungsgrundbücher vor dem Verkauf erfolgt, obgleich eindeutig ist, dass nach dem Verkauf eine Wiederaufteilung gewollt ist (vgl. dazu BeckOGK-BGB/

Klühs, § 577 Rn. 55 f.; MünchKommBGB/Häublein, § 577 Rn. 12). Ist dagegen die **Wiederaufteilung** nicht schon vorher **eindeutig beabsichtigt**, kann ein **Umgebungsgeschäft** nicht behauptet werden (ähnlich auch BeckOGK-BGB/Klühs, Std.: 1.1.2021, § 577 Rn. 57; ebenso Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Rn. 2749).

Das DNotI hat bereits zu der Frage Stellung genommen, ob ein Vorkaufsrecht nach § 577 BGB ausgelöst wird, wenn der Verkauf vor der Schließung der Grundbuchblätter erfolgt (DNotI-Report 2006, 48, 49). Ist der **Verkäufer** nach dem Vertrag **verpflichtet** ist, die **Schließung der Grundbuchblätter vorzunehmen**, besteht **kein Vorkaufsrecht**. Denn dann wäre der Mieter nicht mehr in der Lage, echtes Sondereigentum zu erlangen. An dieser Auffassung halten wir im Grundsatz fest. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Regelung rechtsmissbräuchlich erfolgt. Hierfür dürften aber im Regelfall keine Anhaltspunkte bestehen. Zwar hat vielleicht der Verkäufer kein Interesse an der Aufhebung mehr, aber der Käufer, der das gesamte Grundstück erwerben will und daher zukünftig dieses nicht mehr in Wohnungseigentum halten möchte. Aus seiner Sicht ist ein gleichwohl nach dem WEG aufgeteiltes Grundstück letztlich fehlerhaft, so dass eine Vereinbarung, wonach der Verkäufer den gewünschten Zustand herzustellen hat, u. E. nicht rechtsmissbräuchlich ist. Ein Vorkaufsrecht lässt sich auch nicht damit rechtfertigen, dass der vorkaufsberechtigte Mieter an die Regelung nicht gebunden wäre, da es sich um einen Fremdkörper (hierzu grundlegend BGH NJW 1980, 2304, 2305) handelt. Denn ein Fremdkörper besteht nur, wenn die Regelung weder dem Käufer noch dem Verkäufer einen erkennbaren Vorteil bringt (BGH NJW 1980, 2304, 2305; NJW 1988, 703, 704; NJW 1996, 654, 656). Insoweit besteht aber ein erhebliches Interesse des Erstkäufers an der Aufnahme der Regelung, so dass es sich nicht um eine Vorgabe handelt, die lediglich anlässlich des Kaufvertrages getroffen wurde.

### 3. Schadensersatzanspruch des Mieters

Vor diesem Hintergrund dürfte auch ein Schadensersatzanspruch des Mieters nicht zu befürchten sein. Ein solcher könnte sich gegen den Vermieter nur aus einer **Verletzung einer Nebenpflicht**, insbesondere einer Schutzpflicht, gem. §§ 280 Abs. 1, 535 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB ergeben. Dabei erscheint allerdings schon **fraglich**, ob eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf den Vertragspartner dadurch verletzt ist, dass der Tatbestand einer ihn schützenden Norm vermieden wird. Dies könnte man höchstens dann bejahen, wenn man eine allgemeine Loyalitätspflicht annehmen würde, die es dem Vertragspartner verwehrt, die Entstehung ge-

setzlicher Rechte des anderen Vertragsteils zu verhindern. Dies ist jedoch bereits grundsätzlich zweifelhaft. Spezifische Loyalitäts- und Treuepflichten werden von der h. M. nur in Arbeits- und Gesellschaftsverhältnissen bejaht (s. dazu Staudinger/Olzen, BGB, 2019, § 241 Rn. 515). Das Mietverhältnis ist grundsätzlich aber von einer geringeren persönlichen Verbindung geprägt, weshalb dort die Anforderungen weniger streng ausgestaltet sein dürfen. Mangels diesbezüglicher Rechtsprechung kann dies allerdings nicht abschließend für die Praxis beurteilt werden.

Jedenfalls dürfte es **keine Treuwidrigkeit** darstellen, wenn durch die Gestaltung der **Eintritt des durch den Gesetzgeber missbilligten Risikos verhindert** wird. Dies trifft auf die vorliegende Konstellation zu. Der Gesetzgeber möchte durch § 577 Abs. 1 S. 1 BGB lediglich die besonderen Gefahren für den Mieter bei einem Erwerb einer einzelnen Wohnung abwenden, die – wie oben ausgeführt – bei dem Erwerb eines Miteigentumsanteils nicht bestehen. Die besonderen Risiken für den Mieter, die das Vorkaufsrecht rechtfertigen, werden damit also unterbunden. Hierdurch verletzt der Vermieter seine Treuepflichten gegenüber dem Mieter nicht. Es kann ihm nicht angelastet werden, dass er ein vom Gesetzgeber als besonders drängend angesehenes Risiko vermeidet. Das Vorkaufsrecht ist nach der gesetzgeberischen Wertung die Reaktion auf eine erhöhte Gefahr für den Mieter. Tritt diese nicht ein, kann es daher auch nicht treuwidrig sein, wenn dann ebenso das Vorkaufsrecht unterbleibt. Denn dies ist nur die Folge der Vermeidung der besonderen Risiken. Eine eigenständige Berechtigung des Mieters begründet das Vorkaufsrecht aber nicht. Sein Entfallen ist daher auch keine Störung seiner Rechtsposition und erfolgt somit nicht entgegen den sich aus dem Vertrag ergebenden Pflichten.

### 4. Auswirkungen einer Verwaltungs- und Benutzungsregelung gemäß § 1010 BGB

Problematisch ist allerdings, ob die Ausführungen auch dann gelten, wenn die Parteien eine Verwaltungs- und Benutzungsregelung gem. § 1010 BGB dergestalt treffen, dass mit einem bestimmten Miteigentumsanteil die **alleinige Nutzung einer spezifischen Wohnung** verbunden sein soll. Die **entsprechende Anwendung des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB** auf Verkäufe eines Miteigentumsanteils, der mit der Nutzungsbefugnis an einer spezifischen Wohnung gem. § 1010 BGB verbunden ist, wird in der Literatur überwiegend bejaht (BeckOGK-BGB/Klühs, § 577 Rn. 10.2; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rn. 2739; in dieser Richtung ebenfalls Hueber, NotBZ 2009, 63). Dafür spricht, dass auch in einer solchen Konstellation der Mieter sich isoliert der Gefahr einer Eigenbedarfskündigung aus-

gesetzt sieht, da der Erwerber spezifischen Zugriff auf die einzelne Wohnung erhält und bei einem Eigenbedarf diese in Anspruch nehmen muss. Zudem hat das OLG Karlsruhe zur Vorgängervorschrift des heutigen § 577a BGB in einer vergleichbaren Konstellation die analoge Anwendung dieser Norm bejaht (OLG Karlsruhe NJW 1993, 405). Da § 577 und § 577a BGB insoweit tatbestandlich identisch sind, lässt sich dies ohne Weiteres auch auf § 577 BGB übertragen.

Unabhängig davon, ob man dieser Ansicht folgen will, dürfte in der konkreten Gestaltung im hier beschriebenen Fall ein **Umgebungsgeschäft** zu erblicken sein, das die analoge Anwendung des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB rechtfertigt. Denn für den **Mieter** ergibt sich ein **vergleichbares Risiko**, da eine spezifische Sonderberechtigung des Erwerbers für die konkrete Wohnung besteht. Zudem erreichen auch die Beteiligten des Kaufvertrages eine wirtschaftlich vergleichbare Stellung, da der Erwerber letztlich ebenfalls eine spezifische Nutzungsbefugnis für die einzelne Wohnung erlangt. Aufgrund dieser beiden Aspekte dürfte sich die Konstellation nicht von der unterscheiden, dass die Wohnungseigentumsblätter zunächst geschlossen werden und im Anschluss daran eine erneute Aufteilung durch den Erwerber erfolgt. In diesem Fall ist die entsprechende Anwendung aufgrund eines Umgebungsgeschäfts anerkannt (BeckOGK-BGB/Klühs, § 577 Rn. 55 f.; MünchKommBGB/Häublein, § 577 Rn. 12). Erreicht der Eigentümer durch eine wirtschaftlich für ihn und für den Mieter vergleichbare Gestaltung nämlich eine formale Ausschaltung des Vorkaufsrechts, dürfte sich ein Verstoß gegen § 242 BGB ergeben, der zur entsprechenden Anwendung der Vorschrift zwingt. Rechtsprechung und Literatur liegen zu dieser Gestaltung gleichwohl nicht vor. Bedenkt man aber, dass die überwiegende Ansicht in der Literatur ein Vorkaufsrecht schon isoliert bei der Veräußerung eines Miteigentumsanteils bejaht, der im Wege der Regelung des § 1010 BGB mit einer Nutzungsbefugnis an einer gesonderten Wohnung verbunden ist, dürfte eine rechtssichere Gestaltung auf diesem Weg ausgeschlossen sein.

Nach hier vertretener Ansicht wäre deshalb bei einer Gestaltung derart, dass die Wohnungseigentumsgrundbuchblätter geschlossen werden und im Anschluss daran eine **Verwaltungs- und Benutzungsordnung gem. § 1010 BGB** mit dem Inhalt, dass einem Miteigentumsanteil die alleinige Nutzung an einer Wohnung zugewiesen wird, ein **Mietervorkaufsrecht analog § 577 Abs. 1 S. 1 BGB** zu bejahen. Die Aufteilung liegt im konkreten Fall zudem im spezifischen Interesse des Veräußerers. Denn dieser möchte die restlichen Wohnungen und den entsprechenden Miteigentumsanteil

selbst behalten und hat daher ein eigenes starkes Interesse daran, dass nur der entsprechende Miteigentumsanteil veräußert wird. Auch dieser Gesichtspunkt spricht stark für die Bejahung des Umgebungsgeschäfts. Denn wirtschaftlich soll dem Eigentümer lediglich der Zugriff auf eine Wohnung entzogen sein, während er ökonomisch weiterhin die unbeschränkte Herrschaft über die restlichen Wohnungen behalten will. Nach einer wirtschaftlichen Betrachtung kommt es deshalb nur zur Veräußerung der einen Wohnung, was sich deutlich von der Veräußerung eines ideellen Miteigentumsanteils am Grundstück insgesamt unterscheidet. Infolge der verdinglichten Verwaltungs- und Benutzungsregelung nach § 1010 BGB verliert der Eigentümer nicht teilweise die Befugnisse über sämtliche Wohnungen, sondern kann seine Zugriffsmöglichkeiten zielgenau steuern, was der Veräußerung einer Wohnungseigentumseinheit nahekommt. Dies begründet eine vergleichbare Lage mit der Veräußerung einer WEG-Einheit und rechtfertigt deshalb die entsprechende Anwendung des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB.

## 5. Ergebnis

Ein Vorkaufsrecht gem. § 577 BGB an einem ideellen Miteigentumsanteil entsteht grundsätzlich auch dann nicht, wenn zuvor die Wohnungsgrundbuchblätter geschlossen und die Aufteilung nach WEG aufgehoben wurde. Anders ist jedoch dann zu beurteilen, wenn zugleich eine Benutzungs- und Verwaltungsregelung nach § 1010 BGB vereinbart wird, die eine Wohnung dem Inhaber eines Miteigentumsanteils exklusiv zuweist. In einem solchen Fall ist die analoge Anwendung des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB geboten.

---

## BeurkG §§ 2300, 36 ff.; DNot § 20 Rückgabe eines Erbvertrages aus der notariellen Verwahrung; Verfahrensfragen bei behinderten Beteiligten

---

### I. Sachverhalt

Ein Ehepaar will einen Erbvertrag aus der amtlichen Verwahrung nehmen, da die Ehegatten die darin enthaltenen Verfügungen widerrufen wollen. Dabei ist es ihnen wichtig, zu vermeiden, dass der Erbvertrag später eröffnet wird und so die darin enthaltenen Verfügungen bekannt werden. Die Ehefrau ist fast blind und kann nichts mehr lesen. Der Ehemann ist sehr schwerhörig und versteht andere Personen sehr schlecht bis gar nicht. Zweifel an der Geschäfts- oder Testierfähigkeit bestehen aber bei beiden nicht. Eine Aufhebung des Erbvertrags durch eine neue Urkunde möchte das Ehepaar nicht. Denn es kommt ihnen insbesondere auf das „Vernich-

ten“ des damaligen Erbvertrages an, so dass nun die gesetzliche Erbfolge gelten soll.

## II. Fragen

1. Kann einem Erblasser, der nichts lesen und somit auch nicht überprüfen kann, was ihm ausgehändigt wird, ein Erbvertrag aus der amtlichen Verwahrung zurückgegeben werden?
2. Falls dies zu bejahen ist, welche besonderen Vorschriften bzw. Verfahren sind dann für eine wirksame Rückgabe einzuhalten?
3. Welche Besonderheiten ergeben sich daraus, dass der Ehemann den Notar akustisch nicht versteht und somit eine Verständigung mit ihm sehr schwierig ist?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Rechtsnatur der Erbvertragsrückgabe nach § 2300 Abs. 2 BGB

Nach § 2300 Abs. 2 BGB kann ein Erbvertrag, der nur Verfügungen von Todes wegen enthält, aus der notariellen Verwahrung zurückgenommen und den Vertragsschließenden zurückgegeben werden. Die Rückgabe kann nur an alle Vertragsschließenden gemeinschaftlich erfolgen. Wird der **Erbvertrag** derart an alle Vertragsschließenden zurückgegeben, so **gilt er als widerrufen**. Der Notar als zurückgebende Stelle soll hierbei die Erblasser über diese Folge der Rückgabe belehren, die Rückgabe auf der Urkunde vermerken und aktenkundig machen, dass beides geschehen ist (§§ 2300 Abs. 2 S. 3, 2256 Abs. 1 BGB).

Die h. M. sieht in der Rückgabe **sowohl ein Rechtsgeschäft unter Lebenden als auch** – wegen der Widerrufswirkung – eine **Verfügung von Todes wegen**. Ebenso wie beim Erbvertrag nach § 2275 BGB ist daher notwendige Voraussetzung für die Rückgabe die Geschäftsfähigkeit beider Erblasser (BeckOGK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.1.2021, § 2300 Rn. 26; J. Mayer/Röhl, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, BGB, 7. Aufl. 2020, § 2300 Rn. 16). *Weidlich* (in: Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 2300 Rn. 4) verlangt wohl zusätzlich die Testierfähigkeit beider Erblasser als Rückgabevoraussetzung (vgl. § 2229 Abs. 4 BGB). Wesentliche Unterschiede zwischen beiden Auffassungen bestehen im praktischen Ergebnis nicht.

### 2. Einordnung der Rückgabe in das Beurkundungsverfahrenrecht; Folgerungen bei Beteiligung behinderter Personen

Weitere Einzelheiten für das Verfahren, das der Notar bei der Rückgabe zu beachten hat, regelt

§ 20 Abs. 3 DONot (s. hierzu etwa BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.2.2021, § 2300 Rn. 12; Eickelberg, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 8. Aufl. 2020, § 20 DONot Rn. 17 ff.; J. Mayer/Röhl, in: Reimann/Bengel/Dietz, § 2300 Rn. 20 ff.). Nach § 20 Abs. 3 S. 3 DONot ist die Anfertigung eines Vermerkblatts über die Rückgabe entbehrlich, wenn hierüber eine Urkunde in der gesetzlich vorgeschriebenen Form errichtet wird. Dies wird meist als vorzugswürdiger Weg empfohlen. Eingeordnet wird eine solche Urkunde als eine Beurkundung „sonstiger Tatsachen oder Vorgänge“ i. S. v. §§ 36, 37 BeurkG (so insbes. J. Mayer/Röhl, in: Reimann/Bengel/Dietz, § 2300 Rn. 23). Teilweise wird stattdessen die Aufnahme eines einfachen Vermerks i. S. v. § 39 BeurkG vorgeschlagen (so etwa BeckOGK-BGB/Müller-Engels, § 2300 Rn. 42; Keim, ZEV 2003, 55, 57; ebenso ders. in: Keim/Lehmann, Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 4. Aufl. 2019, A. III. 4.). Um eine **Beurkundung von Willenserklärungen** nach Maßgabe der §§ 6 ff., 8 ff. BeurkG, für die verfahrensmäßig die Vorschriften über die Beteiligung behinderter Personen nach §§ 22 ff., 32 BeurkG Anwendung finden, handelt es sich jedenfalls **nicht** (vgl. J. Mayer/Röhl, in: Reimann/Bengel/Dietz, § 2300 Rn. 23).

Detailliertere, speziell auf das Verfahren bei der Errichtung einer Urkunde über die Rückgabe eines Erbvertrags bezogene Äußerungen in Rechtsprechung und Literatur existieren – soweit für uns ersichtlich – nicht. Einen Unterfall der Anfertigung eines Vermerks nach den §§ 39 ff. BeurkG bildet aber die Unterschriftsbeglaubigung nach § 40 BeurkG. Für diese gelten die Vorschriften über die Beurkundung der Erklärungen seh-, hör-, sprachbehinderter oder fremdsprachiger Personen (§§ 22 ff., 32 BeurkG) nicht. Vielmehr ist es in solchen Fällen dem **pflichtgemäßen Ermessen des Notars** überlassen, Maßnahmen zu treffen, die **Zweifel und Missverständnisse auszuschließen** (Malzer, DNotZ 2000, 169, 176; Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, § 40 Rn. 21; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 40 Rn. 37 ff.). Nach unserer Einschätzung lässt sich dies auf die Verfahrensgestaltung bei § 2300 Abs. 2 BGB übertragen.

Für die Beteiligung eines Leseunfähigen bemerkt *Schuller* (in: BeckOGK-BGB, Std.: 1.2.2021, § 22 BeurkG Rn. 15) – allerdings für das Verfahren bei Beurkundung von Willenserklärungen –, dass dieser nicht als sehunfähig i. S. v. § 25 BeurkG anzusehen sei. Die Leseunfähigkeit eines Beteiligten habe nur zur Folge, dass er ein Testament nicht durch Übergabe einer Schrift, sondern nach § 2233 Abs. 2 BGB lediglich durch eine Erklärung gegenüber dem Notar errichten könne. In der Tat wird bei Beurkundung von Wil-

lenserklärungen nach §§ 6 ff., 13 BeurkG die Lesefähigkeit eines Beteiligten dadurch ausgeglichen, dass der Notar selbst den Urkundeninhalt vorliest (§ 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG). Dementsprechend könnte man auch bei der hier eröffneten freieren Verfahrensgestaltung daran denken, die Urkunde über den **Vermerk der sehbehinderten Ehefrau vorzulesen**.

Was den sehr **schwerhörigen Ehemann** anbetrifft, könnte man in Anlehnung an § 23 S. 1 BeurkG daran denken, die Vermerkurkunde stattdessen dem Ehemann **zur Durchsicht vorzulegen**. Eine Anlehnung an das für die Beurkundung von Willenserklärungen geltende Verfahren ist jedoch – wie oben ausgeführt – nicht zwingend vorgeschrieben. Insbesondere existiert bei sonstigen Beurkundungen nach §§ 36 ff., 39 ff. BeurkG keine Pflicht zur Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung nach § 13 BeurkG und – abgesehen von der spezialgesetzlich geregelten Belehrungspflicht nach §§ 2300 Abs. 2 S. 3, 2256 Abs. 1 S. 2 BGB – keine allgemeine Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG (s. nur Winkler, Vor § 36 BeurkG Rn. 14; verneinend zu § 17 BeurkG: BGH DNotZ 2015, 207, 211).

### 3. Ergebnis

Ein Erbvertrag kann ungeachtet körperlicher Behinderungen an die Erblasser zurückgegeben werden, sofern beide geschäftsfähig (nach anderer Ansicht: zusätzlich testierfähig) sind. Das Verfahren zur Rückgabe des Erbvertrags muss dabei dem Ziel gerecht werden, Zweifel und Missverständnisse der Beteiligten auszuschließen. Zwingende Vorschriften für die Gestaltung des Verfahrens existieren aber nicht, so dass die Auswahl der verfahrensrechtlichen Mittel zur Erreichung dieses Ziels dem pflichtgemäßen Ermessen des Notars überlassen ist.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.de>

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

### GmbHG § 72; BGB § 311b Abs. 1

**Liquidation: Beschluss über Vermögensverteilung in natura; Beurkundungsbedürftigkeit des Be-**

**schlusses, wenn Grundstück an Gesellschafter ausgekehrt werden soll; Auflösungsbeschluss; Liquidationsbeschluss**

Abruf-Nr.:

### GBO §§ 35, 39, 40

**Zum Erfordernis der Voreintragung der Erben; Übertragung eines Grundstücks und Bestellung einer Grundschuld durch den Nachlassinsolvenzverwalter (Finanzierungsvollmacht; Vertretung durch den Erwerber)**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BGB §§ 2296 Abs. 2, 1896 Abs. 2 S. 2, 131 Abs. 1, 164 Abs. 3**

**Rücktritt vom Erbvertrag gegenüber Vorsorgebevollmächtigtem des geschäftsunfähigen Vertragspartners**

a) **Zur Beschwerdeberechtigung eines Dritten gegen die Ablehnung einer Betreuung, der geltend macht, zur Ausübung eines materiellen Rechts gegenüber dem Betroffenen auf die Betreuerbestellung angewiesen zu sein (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 19. Januar 2011 - XII ZB 326/10, FamRZ 2011, 465).**

b) **Dass der andere Vertragsschließende geschäftsunfähig geworden ist, schließt den vertraglich vorbehaltenen Rücktritt vom Erbvertrag ihm gegenüber nicht aus.**

c) **Der Rücktritt vom Erbvertrag kann bei Geschäftsunfähigkeit des anderen Vertragsschließenden jedenfalls grundsätzlich wirksam gegenüber dessen Vorsorgebevollmächtigtem erfolgen.**

BGH, Beschl. v. 27.01.2021 – XII ZB 450/20

### Problem

Die im Jahr 1940 geborene Betroffene und ihr späterer Ehemann schlossen vor ihrer Heirat im Jahr 2006 einen notariellen Erbvertrag. Hierin bedachten sie sich wechselseitig vertragsmäßig mit Vermächtnissen und behielten sich ein Rücktrittsrecht vor. Anfang 2015 erteilte die Betroffene ihren beiden Kindern eine umfassende Vorsorgevollmacht. In notarieller Urkunde vom 15.4.2020 erklärte der Ehemann seinen Rücktritt vom Erbvertrag. Die Urkunde wurde der Betroffenen sowie einem ihrer beiden Kinder zugestellt. Da der Ehemann Bedenken hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit der Betroffenen hat-

te, beantragte er beim Amtsgericht die Bestellung eines Betreuers für die Betroffene zur Entgegennahme seiner Rücktrittserklärung. Das Amtsgericht lehnte die Bestellung eines Betreuers mit der Begründung ab, dass dies mit Blick auf die von der Betroffenen erteilte Vorsorgevollmacht nicht erforderlich sei. Das Landgericht wies die Beschwerde des Ehemannes gegen den ablehnenden Beschluss zurück. Hiergegen wendet er sich mit der Rechtsbeschwerde.

### Entscheidung

Der BGH hält das Rechtsmittel für zulässig, aber unbegründet. Zunächst befasst sich der BGH kurz mit der **Beschwerdeberechtigung des Ehemannes** und bejaht diese im Ergebnis. Der Ehemann könne in eigenen Rechten i. S. von § 59 Abs. 1 FamFG beeinträchtigt sein, wenn in Folge Geschäftsunfähigkeit der Rücktrittsgegnerin ein gesetzlicher Vertreter bestellt werden müsste, um einen wirksamen Zugang der Rücktrittserklärung zu bewerkstelligen.

Aus Sicht des BGH ist die Rechtsbeschwerde jedoch unbegründet, da das Landgericht die Bestellung eines Betreuers im Hinblick auf die den Kinder der Betroffenen erteilte umfassende Vorsorgevollmacht zu Recht mangels Erforderlichkeit i. S. v. § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB abgelehnt hat. Der nach § 2296 Abs. 2 S. 1 BGB erfolgende Rücktritt vom Erbvertrag muss dem nicht anwesenden Erklärungsgegner gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zugehen, um wirksam zu werden. Nach Auffassung des BGH schließt die Geschäftsunfähigkeit des Vertragspartners den Rücktritt ihm gegenüber nicht aus. An dieser Stelle zieht der BGH Parallelen zur Diskussion im Rahmen des Widerrufs wechselbezüglicher Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments. Bei diesen geht mittlerweile die Rechtsprechung und die ganz herrschende Literaturansicht davon aus, dass das Widerrufsrecht erst mit dem Tod des anderen Ehegatten und **nicht bereits mit Eintritt seiner Geschäfts- bzw. Testierunfähigkeit** erlischt (vgl. OLG Hamm BeckRS 2014, 943; OLG Nürnberg ZEV 2013, 450 m. Anm. Keim). Der BGH schließt sich für den Erbvertrag dieser herrschenden Ansicht an und bezeichnet auch dort den Tod des anderen Vertragsschließenden als **maßgebliche zeitliche Zäsur für die Ausübung des Rücktrittsrechts** (vgl. § 2298 Abs. 2 S. 2 BGB). Der Umstand, dass es dem testierunfähig gewordenen anderen Vertragsschließenden wegen § 2229 Abs. 4 BGB nicht möglich ist, auf die infolge Rücktritts veränderte erbrechtliche Lage (nach § 2298 Abs. 2 S. 1 BGB werden durch den Rücktritt im Zweifel alle vertragsmäßigen Verfügungen – auch die des Vertragspartners – unwirksam) mittels neuer letztwilliger Verfügung zu reagieren, stelle ein allgemeines Lebensrisiko dar und ändere hieran nichts.

Der BGH entscheidet des Weiteren, dass der – trotz Testierunfähigkeit des anderen Vertragsteils weiterhin mögliche – Rücktritt des Erblassers **nicht zwingend gegenüber einem gesetzlichen Vertreter** (Betreuer) erfolgen muss, sondern **grundsätzlich auch gegenüber einem Bevollmächtigtem** (im konkreten Fall: dem Vorsorgebevollmächtigtem) erfolgen kann. Auch insoweit schließt sich der BGH der einzigen hierzu bislang vorliegenden Gerichtsentscheidung und herrschenden Literatur an (vgl. nur LG Leipzig BeckRS 2009, 88176; BeckOGK-BGB/Braun, Std.: 15.7.2020, § 2271 Rn. 50; BeckOGK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.1.2021, § 2296 Rn. 10; Hausmann, notar 2014, 58, 61 f.; Keim, ZEV 2010, 358, 360; a. A. Eickelberg, ZEV 2019, 557, 562 f.; Zimmer, ZEV 2013, 307, 309 f.). § 131 Abs. 1 BGB (Zugang beim gesetzlichen Vertreter) stehe dem Rücktritt gegenüber einem (Vorsorge-)Bevollmächtigtem nicht entgegen, da die Möglichkeit der Empfangsvertretung i. S. v. § 164 Abs. 3 BGB hiervon unberührt bleibe. Bei der Entgegennahme der Rücktrittserklärung handelt es sich nach Ansicht des BGH auch nicht um eine höchstpersönliche Angelegenheit (a. A. Eickelberg, ZEV 2019, 557, 563).

Der BGH räumt ein, dass mit der **Zulassung der gewillkürten Stellvertretung ein höheres Risiko** für den Vertretenen verbunden sein kann als im Falle der gesetzlichen Vertretung, namentlich dann, wenn im konkreten Fall eine Interessenskollision gegeben ist (z. B. wenn der Bevollmächtigte der andere Vertragschließende ist, der zugleich vom Verbot des Selbstkontrahierens befreit wurde; denn dann besteht die Gefahr, dass der – noch testierfähige – Vollmachtgeber vom Rücktritt keine Kenntnis erlangt und eine neue Verfügung unterlässt). Dennoch sei die passive gewillkürte Stellvertretung auch an dieser Stelle grundsätzlich zuzulassen, zumal dies auch der Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen und der gesetzgeberischen Konzeption einer Stärkung der Vorsorgevollmacht entspreche.

Der BGH weist in seiner Entscheidung jedoch auch klar darauf hin, dass das Betreuungsgericht eine **Betreuerbestellung** vornehmen kann, wenn **im konkreten Einzelfall** mit der vorliegenden Vollmacht die Angelegenheiten des Betroffenen nicht ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können (§ 1896 Abs. 2 S. 2 BGB), beispielsweise weil eine Interessenskollision gegeben ist oder eine Missbrauchsgefahr besteht. Dem entspricht der einschränkende Zusatz des dritten Leitsatzes, der den Rücktritt gegenüber einem Vorsorgebevollmächtigten des geschäftsunfähigen Vertragspartners nur „grundsätzlich“ zulässt.

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

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225

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

**Hinweis:**

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

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

**Redaktion:** Notarassessorin Ricarda Lotte

**Bezugsbedingungen:**

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

**Bezugspreis:**

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

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

**Verlag:**

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

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit