

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

UmwG § 13 Abs. 1 S. 2; BGB §§ 32 Abs. 1 u. 2, 40 S. 1; MaßnG-GesR § 5 Abs. 2 u. 3 – Verschmelzung zweier Vereine; Verschmelzungsbeschluss; virtuelle Mitgliederversammlung; präsenzlose Mitgliederversammlung; Beurkundungserfordernis; Versammlungszwang nach UmwG

BeurkG § 30; GBO § 35 – Nachweis der Erbfolge bei Testamentserrichtung durch Übergabe einer Schrift

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 164 Abs. 1 S. 2, 611, 675, 2314 – Nachlassverzeichnis; Beauftragung eines Rechtsanwalts im Ausland; Kostenerstattung

BNotO § 15 Abs. 2; BGB § 469 – Rechtsmissbräuchliche Ausübung eines Vorkaufsrechts

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

UmwG § 13 Abs. 1 S. 2; BGB §§ 32 Abs. 1 u. 2, 40 S. 1; MaßnG-GesR § 5 Abs. 2 u. 3
Verschmelzung zweier Vereine; Verschmelzungsbeschluss; virtuelle Mitgliederversammlung; präsenzlose Mitgliederversammlung; Beurkundungserfordernis; Versammlungszwang nach UmwG

I. Sachverhalt

Zwei Vereine sollen verschmolzen werden. Für die Stimmabgabe in der Mitgliederversammlung sollen die Möglichkeiten des § 5 Abs. 2 oder Abs. 3 MaßnG-GesR genutzt werden.

II. Fragen

1. Bedarf die Stimmabgabe gem. § 5 Abs. 2 Nr. 2 MaßnG-GesR der notariellen Form, wenn der Beschluss der Mitgliederversammlung die Zustimmung zu einem Verschmelzungsvertrag betrifft?

2. Genügt eine Beschlussfassung nach § 5 Abs. 2 MaßnG-GesR den Anforderungen des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG?

III. Zur Rechtslage

1. Modifizierung des Versammlungs- und Beschlussrechts durch das MaßnG-GesR

Durch das Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (BGBl. I 2020, S. 570; im Folgenden MaßnG-GesR) sind die präsenzlose Mitgliederversammlung und der versammlungslose Beschluss zeitweilig erleichtert worden (vgl. auch Rubrik

„Aktuelles“ in DNotI-Report 7/2020, 52 und DNotI-Report 8/2020, 61). Gem. **§ 5 Abs. 2 MaßnG-GesR** kann es der Vorstand den Vereinsmitgliedern abweichend von § 32 Abs. 1 S. 1 BGB auch **ohne statutarische Ermächtigung** ermöglichen, an der Mitgliederversammlung ohne Anwesenheit am Versammlungsort teilzunehmen und **Mitgliederrechte im Wege der elektronischen Kommunikation** auszuüben (Nr. 1) oder ohne Teilnahme an der Mitgliederversammlung ihre **Stimmen vor der Versammlung schriftlich** abzugeben (Nr. 2). Gem. § 5 Abs. 3 MaßnG-GesR ist abweichend von § 32 Abs. 2 BGB (der das schriftliche Umlaufverfahren regelt) ein Beschluss ohne Mitgliederversammlung gültig, „wenn alle Mitglieder beteiligt wurden, bis zu dem vom Verein gesetzten Termin mindestens die Hälfte der Mitglieder ihre Stimmen in Textform abgegeben haben und der Beschluss mit der erforderlichen Mehrheit gefasst wurde“.

2. Beurkundung der präsenzlosen Mitgliederversammlung

§ 5 Abs. 2 MaßnG-GesR gestattet also die präsenzlose Mitgliederversammlung: Es findet zwar eine Versammlung an einem bestimmten Ort statt, physisch gegenwärtig sind dort jedoch nur diejenigen Personen, die zur (technischen) Durchführung der Versammlung notwendig sind (Versammlungsleiter, ggf. auch Vorstand und Urkundsnotar), nicht zwingend gegenwärtig sind die Vereinsmitglieder (differenzierend zwischen virtueller Versammlung und Online-Teilnahme an realer Versammlung mit physischem Versammlungsraum BeckOGK-BGB/Notz, Std.: 15.9.2018, § 32 Rn. 289). Diese üben ihr Stimmrecht elektronisch während der Versammlung oder durch Briefwahl vor der Versammlung aus. Die Präsenz des Notars am Versammlungsort ermöglicht es, dass er ein **Wahrnehmungsprotokoll über die Handlungen des ebenfalls präsenten Versammlungsleiters** erstellt. So kann der Notar etwa der Auszählung der schriftlich abgegebenen Stimmen und der Ergebnisfeststellung in einer solchen Versammlung genauso beiwohnen wie in einer Mitgliederpräsenzversammlung. Aber auch die Entgegennahme der elektronisch abgegebenen Stimmen durch den Versammlungsleiter ist denkbar (wenn z. B. der Notar die Auswertung elektronisch abgegebener Stimmen begleitet und die Handlungen des Versammlungsleiters protokolliert).

§ 5 Abs. 2 MaßnG-GesR stellt letztlich eine an **§ 118 Abs. 1 S. 2 AktG** angelehnte Regelung dar. Auch im Aktienrecht ist anerkannt, dass der Notar die Protokollierung gem. § 130 Abs. 1 S. 1 AktG vornehmen kann, wenn einzelne oder alle Aktionäre elektronisch an der Versammlung teilnehmen und lediglich der Versammlungsleiter vor Ort das Beschlussergebnis feststellt (zum Ablauf und zur Prüfungspflicht des Notars bzgl.

der technischen Voraussetzungen der Versammlung vgl. Reul, notar 2012, 76 und Noack, NJW 2018, 1345). Daher kann die Protokollierung u. E. **analog zu einer aktienrechtlichen Hauptversammlung** erfolgen, bei der Aktionäre ihr Stimmrecht im Wege der elektronischen Kommunikation wahrnehmen. Gegenstand der Beurkundung ist dementsprechend **nicht die einzelne Stimmabgabe**, sondern (regelmäßig) die Feststellung des Versammlungsleiters über das Beschlussergebnis (zum Wirksamwerden des Beschlusses vgl. Münch-KommBGB/Leuschner, 8. Aufl. 2018, § 32 Rn. 49).

Beide Varianten von § 5 Abs. 2 MaßnG-GesR unterscheiden sich wiederum von **§ 5 Abs. 3 MaßnG-GesR** darin, dass sie eine ortsgebundene Versammlung (und sei es ohne physische Präsenz aller Vereinsmitglieder) voraussetzen. § 5 Abs. 3 MaßnG-GesR knüpft dagegen an das bereits gesetzlich geregelte **versammlungslose Umlaufverfahren** (§ 32 Abs. 2 BGB) an und erleichtert dessen Voraussetzungen. Hier wäre Gegenstand der Beurkundung zwar die einzelne abgegebene Stimme. Ein Vorgehen nach dieser Norm wird im vorliegenden Fall allerdings schon wegen § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG ausscheiden (vgl. Widmann/Mayer/Heckschen, Umwandlungsrecht, Std.: 4/2013, § 13 UmwG Rn. 2).

§ 5 Abs. 2 Nr. 2 MaßnG-GesR regelt hingegen nicht die schriftliche Beschlussfassung im Umlaufverfahren (diese ist wie gesagt in § 5 Abs. 3 MaßnG-GesR geregelt), sondern soll parallel zu § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 MaßnG-GesR die schriftliche Stimmabgabe im Sinne einer **Briefwahl** ermöglichen. Eine solche schriftliche Stimmabgabe im Vorfeld einer Versammlung, bei der die Stimme in der Versammlung gezählt und durch den Versammlungsleiter festgestellt wird, ist bei der AG bereits vor dem MaßnG-GesR möglich gewesen. Ebenso wenig wie im Fall der Nr. 1 wird dabei die einzelne Stimme beurkundet; vielmehr wird die Stimme bei der Beurkundung des Beschlusses (Tatsachenprotokoll) in der Versammlung berücksichtigt. Um dem Formerfordernis des § 13 Abs. 3 S. 1 UmwG zu genügen, müsste also jedenfalls – analog zur Protokollierung der Versammlung einer Aktiengesellschaft – ein notarielles Protokoll *über die Versammlung* erstellt werden (vgl. Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 37 Rn. 22).

3. Präsenzlose Versammlung und § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG

Bei alledem ist zu bedenken, dass der Beschluss gem. § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG unabdingbar in einer Versammlung der Anteilsinhaber oder Mitglieder der umwandlungsbeteiligten Rechtsträger gefasst werden muss (sog. **Versammlungszwang**, s. nur BeckOGK-UmwG/Rieckers/Cloppenburg, Std.: 1.7.2019, § 13 Rn. 40). Eine Beschlussfassung im Umlaufverfahren durch Be-

urkundung sämtlicher Einzelstimmen gem. § 5 Abs. 3 MaßnG-GesR scheidet schon aus diesem Grund aus.

Ob ein **Vorgehen gem. § 5 Abs. 2 MaßnG-GesR** den Erfordernissen des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG genügt, kann **nicht** als **abschließend geklärt** gelten. Dies liegt insbesondere daran, dass bereits vor Inkrafttreten des MaßnG-GesR umstritten war, ob eine physische Präsenz der Mitglieder in der Versammlung erforderlich ist (so *obiter dictum* das OLG Hamm NJW 2012, 940, 941; Lutter/Hoger, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 193 Rn. 3) oder lediglich eine technische Möglichkeit zum Austausch mit der Verwaltung und den übrigen Mitgliedern geschaffen werden muss (Lutter/Drygala, § 13 Rn. 10; Semler/Stengel/Gehling, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 13 Rn. 14; wohl auch Henssler/Strohn/Heidinger, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 13 UmwG Rn. 11). Die letztere Ansicht würde wohl eine Versammlung für genügend halten, die – über eine einseitige elektronische Übertragung für die Mitglieder hinaus – eine Teilnahme im Sinne einer Zwei-Wege-Kommunikation ermöglicht.

Der Wortlaut des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG fordert lediglich die Beschlussfassung „in einer Versammlung“. Die Möglichkeit der direkten Kommunikation mit der Verwaltung und den übrigen Mitgliedern wird nur (wenn gleich durchaus zutreffend) aus dem Sinn und Zweck der Norm hergeleitet (Lutter/Drygala, § 13 Rn. 10). Der Wortlaut des § 5 Abs. 2 MaßnG-GesR bringt aber gerade zum Ausdruck, dass eine solche Mitgliederversammlung stattfindet. Dass die **Stimmen elektronisch oder per Briefwahl** abgegeben werden, ändert u. E. nichts daran, dass der Beschluss **in einer Versammlung** gefasst wird.

Eine Intention des Gesetzgebers, § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG durch das MaßnG-GesR suspendieren zu wollen, ist zwar nicht ersichtlich. Allerdings hat der Gesetzgeber in den Gesetzgebungsmaterialien betont, dass auch **Umwandlungsmaßnahmen erleichtert werden sollen** (RegE BT-Drucks. 19/18110, S. 29). So vereint eine Auslegung des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG dahingehend, dass auch die Beschlussfassung in einer Versammlung ohne körperliche Präsenz möglich ist, den Wortlaut des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG ohne logischen Bruch mit dem Sinn und Zweck des MaßnG-GesR. Die teilweise vertretene Auffassung, dass § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG eine physische Präsenz fordere (OLG Hamm NJW 2012, 940, 941), ist u. E. angesichts der aktuellen gesetzgeberischen Maßnahmen (jedenfalls für die Geltungsdauer des MaßnG-GesR) nicht aufrechtzuerhalten. Das OLG Hamm hat sie ohnehin nur *obiter dictum* postuliert und konnte denknötwendig zum Zeitpunkt der Entscheidung kein öffentlich-rechtliches Verbot der physischen Zusammenkunft in Erwägung ziehen. Ebenso aber, wie

für die AG anerkannt ist, dass die Abstimmung mittels Briefwahl bei gleichzeitiger Durchführung einer Versammlung nicht gegen § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG verstößt (vgl. BeckOGK-UmwG/Rieckers/Cloppenburg, § 13 Rn. 42; Semler/Stengel/Gehling, § 13 Rn. 14; Ghassemi-Tabar, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 8, 5. Aufl. 2018, § 11 Rn. 13; Schöne/Arens, WM 2012, 381, 387), muss dies bei entsprechender gesetzlicher Grundlage auch beim Verein gelten. Den Mitgliedern muss lediglich die Möglichkeit der Partizipation eingeräumt werden, ob sie hiervon Gebrauch machen, ist unerheblich (Semler/Stengel/Gehling, § 13 Rn. 14). Unstrittig ist dies aufgrund entsprechender europarechtlicher Vorgaben allerdings nur für die börsennotierte AG (insofern einschränkend Lutter/Drygala, § 13 Rn. 12 f.).

4. Ergebnis

Eine **Beurkundung der einzelnen Stimmen** der Vereinsmitglieder im Umlaufverfahren gem. § 5 Abs. 3 MaßnG-GesR würde **nicht** den Anforderungen des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG genügen. Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber durch § 5 MaßnG-GesR den Versammlungszwang im UmwG durchbrechen wollte, fehlen in den Gesetzgebungsmaterialien. Ein Vorgehen gem. **§ 5 Abs. 2 MaßnG-GesR** dürfte hingegen die Anforderungen des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG erfüllen – jedenfalls sofern den Mitgliedern eine elektronische Teilnahme ermöglicht wird. In diesem Fall findet gerade eine Beschlussfassung **in der Versammlung** statt. Mit dem Wortlaut des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG ist dies zu vereinbaren. Im Übrigen kann man den Normzweck im Lichte des MaßnG-GesR interpretieren. Bei Schaffung des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG ließ sich die künftige Tatsachen- und Rechtsentwicklung noch nicht absehen.

Wir möchten jedoch darauf hinweisen, dass zu dieser Frage weder Rechtsprechung noch ausführliche Literatur existiert. Man sollte also nach dem Prinzip des sichersten Weges abgewägen, ob man die Versammlung nach vorgenannten Grundsätzen abhält oder nach Möglichkeit verschiebt (ausdrücklich von der elektronischen Versammlung bei Umwandlungsbeschlüssen abratend Lieder, ZIP 2020 837, 842 f.). Soweit möglich und öffentlich-rechtlich zulässig, kann es sich empfehlen, mit einer Präsenzversammlung zu arbeiten – ggf. unter großzügiger Verwendung von Vollmachten (wenn dies die Satzung zulässt, vgl. dazu BeckOGK-BGB/Notz, § 32 Rn. 141; MünchKommBGB/Leuschner, § 32 Rn. 29 ff.). Ratsam ist zumindest eine vorherige Abstimmung mit dem Registergericht dahingehend, ob es die hier vertretene Rechtsauffassung teilt. Diese Abstimmung kann zwar nicht zu einer rechtlich verbindlichen Klärung führen, sie hilft jedoch, das praktische Risiko abzuschätzen (vgl. § 20 Abs. 2 UmwG).

BeurkG § 30; GBO § 35

Nachweis der Erbfolge bei Testamentserrichtung durch Übergabe einer Schrift

I. Sachverhalt

Es wurde entsprechend den Ausführungen in DNotI-Report 7/2020, 50 ein Testament durch Übergabe einer offenen Schrift beurkundet.

II. Fragen

1. Hat ein durch Übergabe einer Schrift errichtetes öffentliches Testament erbscheinersetzende Wirkung i. S. d. § 35 Abs. 1 S. 2 GBO?

2. Macht es für den Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt einen Unterschied, ob die Schrift offen oder geschlossen übergeben wird?

III. Zur Rechtslage

1. Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren

Gem. § 35 Abs. 1 S. 1 GBO kann im Grundbuchverfahren der Nachweis der Erbfolge nur durch einen Erbschein oder ein Europäisches Nachlasszeugnis (ENZ) geführt werden. Beruht die Erbfolge jedoch auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, dann genügt es nach **§ 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GBO**, wenn anstelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden. Nur für den Fall, dass das Grundbuchamt die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen erachtet, kann es die Vorlage eines Erbscheins verlangen (§ 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GBO).

Soll die Erbfolge durch ein notarielles Testament (Erbvertrag) samt Eröffnungsniederschrift des Nachlassgerichts nachgewiesen werden, so hat das **Grundbuchamt** zunächst die **Formgültigkeit** und anschließend den **Inhalt des Testaments zu prüfen** (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 787). Dabei erstreckt sich die inhaltliche Prüfung auf die Erbeinsetzung und deren Beschränkung durch Vor- und Nacherbfolge oder durch Testamentsvollstreckung sowie auf die Frage, ob eine spätere Verfügung von Todes wegen infolge entgegenstehender Bindungswirkung unwirksam ist (vgl. BayObLG ZEV 2000, 233 = DNotI-Report 2000, 77; OLG Schleswig RNotZ 2007, 37, 38). Das Grundbuchamt hat dabei die Verfügung von Todes wegen **selbständig** – ggf. unter Heranziehung der gesetzlichen Auslegungsregeln – **auszulegen** und rechtlich zu würdigen, auch wenn es sich um rechtlich schwierige Fragen handelt (vgl. Schöner/Stöber, Rn. 787 m. w. N.; BeckOK-GBO/Wilsch, Std.: 1.3.2020, § 35 Rn. 104).

Das Grundbuchamt ist jedoch nicht berechtigt und verpflichtet, eigene Ermittlungen anzustellen (Schöner/Stöber, Rn. 788). Es kann daher zum Nachweis des Erbrechts einen Erbschein (bzw. ein ENZ) verlangen, wenn sich bei der Prüfung des Erbrechts begründete **konkrete Zweifel** ergeben, die sich **nur durch weitere Ermittlungen** über den tatsächlichen Willen des Erblassers oder sonstige tatsächliche Verhältnisse klären lassen (Schöner/Stöber, Rn. 788 m. w. N.; Meikel/Krause, GBO, 11. Aufl. 2015, § 35 Rn. 117 m. w. N.; vgl. dazu auch Böhringer, ZEV 2001, 387).

2. Verfügung von Todes wegen durch Übergabe einer Schrift: Eignung als Erbnachweis

Bei dem durch Übergabe einer offenen oder verschlossenen Schrift beurkundeten Testament (§ 30 BeurkG) handelt es sich um ein öffentliches Testament (vgl. § 2232 BGB) oder einen Erbvertrag (vgl. § 2276 Abs. 1 S. 2 BGB), also um eine **öffentliche Verfügung von Todes wegen**. Ein solches Testament bzw. ein solcher Erbvertrag ist daher grundsätzlich auch ein geeigneter Erbnachweis i. S. v. § 35 Abs. 1 S. 2 GBO (vgl. Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 35 Rn. 33, 35; Meikel/Krause, § 35 Rn. 105 – jeweils bezogen auf alle zur Niederschrift eines Notars errichteten Testamente oder Erbverträge). Hierbei spielt es **nach dem Gesetz keine Rolle, ob** die Schrift, die der Errichtung der öffentlichen Verfügung von Todes wegen zugrunde liegt, dem Notar **offen oder verschlossen übergeben** worden ist.

Wie oben bereits ausgeführt, genügt die Vorlage einer öffentlichen Verfügung von Todes wegen (nebst Eröffnungsniederschrift) jedoch nicht zwangsläufig und in allen Fällen als Erbnachweis im Grundbuchverfahren. Aus den vorgelegten Urkunden muss sich vielmehr auch einigermaßen klar und eindeutig die jeweilige Erbfolge ergeben. Das **Grundbuchamt** kann ausnahmsweise die Vorlage eines Erbscheins oder eines ENZ verlangen, wenn es die **Erbfolge** durch die vorgelegten Urkunden **nicht für nachgewiesen erachtet** (§ 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GBO). „Nicht nachgewiesen“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass tatsächliche Ermittlungen über Umstände angestellt werden müssen, die sich außerhalb der Urkunde befinden (vgl. BeckOK-GBO/Wilsch, § 35 Rn. 113 m. w. N.). Insoweit sind u. E. – was die Eignung als Erbnachweis anbelangt – bei offen oder verschlossenen übergebenen Schriften Unterschiede denkbar, denn bei Übergabe einer **verschlossenen Schrift** prüft der Notar den Inhalt nicht und berät nicht hinsichtlich der Formulierung und des Inhalts (vgl. nur BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, Std.: 1.4.2020, § 30 Rn. 11).

Tatsächlich mag es daher gerade bei Errichtung einer öffentlichen Verfügung von Todes wegen durch Über-

gabe einer geschlossenen Schrift häufiger der Fall sein, dass das Testament bzw. der Erbvertrag keinen klaren Nachweis der Erbfolge ermöglicht und daher wegen der vorzunehmenden tatsächlichen Ermittlungen – wofür ausschließlich das Nachlassgericht zuständig ist – doch die Einholung und Vorlage eines Erbscheins erforderlich wird. Klassischer Beispielfall wäre die in der verschlossenen Schrift enthaltene Einzelzuweisung von Nachlassgegenständen ohne eigentliche Bestimmung der Erbfolge (hier lässt sich auch unter Heranziehung der gesetzlichen Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB die Erbfolge nicht ermitteln, wenn erst die Werte der einzelnen Nachlassgegenstände ermittelt werden müssen). Zu denken wäre aber auch an eine unbestimmte Bezeichnung der Erben (wie z. B. „meine nächsten Verwandten“, unsere „herzensguten Nachbarn“ usw.), bei der die Erben erst aufgrund Ermittlungen tatsächlicher Art konkretisiert werden müssen.

Bei offen übergebenen Schriften, namentlich solchen, die vom Notar entworfen wurden, dürften diese Probleme angesichts der notariellen Beratungspflicht (§ 17 BeurkG) nicht in gleichem Maße auftreten. Allerdings ist es auch hier nicht ganz ausgeschlossen, dass das Testament (bzw. der Erbvertrag) im Einzelfall nicht als Erbnachweis genügt, etwa weil es in einer fremden Sprache oder unter Verwendung besonderer Schriftzeichen errichtet wurde (vgl. Gutachten DNotI-Report 2020, 50) oder weil ein später errichtetes privatschriftliches Testament vorliegt, das nicht offenbar ungültig, widerrufen oder für die Erbfolge ohne Bedeutung ist (vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 2005, 380; Meikel/Krause, § 35 Rn. 150).

Diese Sonderkonstellationen ändern aber nichts an der grundsätzlichen Feststellung, dass auch ein durch Übergabe einer offenen oder verschlossenen Schrift errichtetes öffentliches Testament (oder ein solchermaßen errichteter Erbvertrag) nebst Eröffnungsniederschrift im Grundsatz einen geeigneten Erbnachweis i. S. v. § 35 Abs. 1 S. 2 GBO darstellt.

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.

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

Elektronische Teilnahme an einer Generalversammlung; virtuelle Generalversammlung; Präsenzgebot

Abruf-Nr.:

GBO §§ 22, 29, 52

Löschung eines Testamentsvollstreckervermerks; Anforderungen an den Nachweis der Grundbuchrichtigkeit bei Wegfall des Testamentsvollstreckers; Anordnung der Testamentsvollstreckung durch privatschriftliches Testament

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 164 Abs. 1 S. 2, 611, 675, 2314

Nachlassverzeichnis; Beauftragung eines Rechtsanwalts im Ausland; Kostenerstattung

1. Beauftragt der Notar bei Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses einen Rechtsanwalt im Ausland mit Ermittlungen, so ist in der Regel davon auszugehen, dass er dies im Namen des Beteiligten und nicht im eigenen Namen tut.

2. Der Rechtsanwalt hat gegen den Notar in diesem Fall keinen Anspruch aus einem Geschäftsbesorgungsvertrag auf Erstattung von Rechtsanwaltskosten. (Leitsätze der DNotI-Redaktion)

AG Aachen, Urt. v. 13.2.2020 – 107 C 301/19

Problem

Der Notar wurde mit der Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses beauftragt. Aus diesem Grund kontaktierte er einen Rechtsanwalt, der im Ausland Ermittlungen durchführen sollte. Der Rechtsanwalt forderte daraufhin beim Verzeichnisverpflichteten (im Folgenden: Beteiligten) einen Kostenvorschuss an; der

Notar leitete diesen im Namen des Beteiligten an den Rechtsanwalt weiter. Nach Durchführung der Ermittlungen (die dem Umfang nach im Einzelnen streitig waren) verlangte der Rechtsanwalt ausstehendes Honorar vom Notar.

Entscheidung

Nach Ansicht des AG Aachen ist zwischen dem Notar und dem Rechtsanwalt kein Geschäftsbesorgungsvertrag zustande gekommen. Es ergebe sich aus den Umständen, dass die Beauftragung im Namen des Beteiligten erfolgt sei (§ 164 Abs. 1 S. 2 BGB). Dem stehe nicht entgegen, dass den Notar eigene Ermittlungspflichten träfen. Für den Vergütungsanspruch komme es nämlich darauf an, wer den Rechtsanwalt tatsächlich beauftragt habe, und das sei vorliegend der Notar im Namen des Beteiligten gewesen. Dies ergebe sich schon daraus, dass der Rechtsanwalt den Kostenvorschuss vom Beteiligten und nicht vom Notar angefordert habe.

Weiterführender Literaturhinweis

Vgl. zu den Ermittlungspflichten außerhalb des Amtsbereichs und Amtsbezirks *Schönenberg-Wessel*, Das notarielle Nachlassverzeichnis, 2020, § 13 Rn. 100 ff. und zu Ermittlungen im Ausland § 13 Rn. 119.

BNotO § 15 Abs. 2; BGB § 469

Rechtsmissbräuchliche Ausübung eines Vorkaufsrechts

Die Ausübung eines Vorkaufsrechts ist rechtsmissbräuchlich, wenn der Vorkaufsberechtigte zum Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts finanziell offensichtlich nicht in der Lage ist, die im Vertrag vereinbarte Anzahlung zu leisten. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

LG Frankfurt a. M., Beschl. v. 15.1.2020 – 2-17 T 47/19

Problem

Die Entscheidung betrifft eine Notarbeschwerde gem. § 15 Abs. 2 BNotO. Mit der Beschwerde richtete sich die Beschwerdeführerin gegen einen Vorbescheid des Notars, in dem dieser den Vollzug eines Kaufvertrags ankündigte.

Die Beschwerdeführerin ist dinglich Vorkaufsberechtigte. Der Notar übersandte ihr am 12.8.2019 eine auszugsweise Ausfertigung des Kaufvertrags mit der Bitte um Mitteilung, ob sie von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch machen werde. Daraufhin erklärte die Beschwerdeführerin dem Notar gegenüber in einem Schreiben vom 4.10.2019, dass sie von ihrem Vorkaufsrecht „Gebrauch

machen werde“. Die Verkäuferin übersandte der Vorkaufsberechtigten am 17.10.2019 den Entwurf einer Abwicklungsvereinbarung bzgl. des Zweitkaufvertrags. Verbunden damit war die Aufforderung zur umgehenden Anzahlung eines Kaufpreisteils (entsprechend der Vereinbarung im ursprünglichen Kaufvertrag). Die Vorkaufsberechtigte zahlte jedoch nicht, da sie dazu nach den Feststellungen des Landgerichts zum Zeitpunkt der Ausübung finanziell nicht in der Lage war. Nach Ablauf der Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts erließ der Notar den angegriffenen Vorbescheid: Er kündigte an, den Erstkaufvertrag nunmehr zu vollziehen, da das Vorkaufsrecht nicht wirksam ausgeübt worden sei.

Im Einzelnen ist zwischen den Beteiligten streitig, ob das Vorkaufsrecht durch die Erklärung gegenüber dem Notar, dass von dem Vorkaufsrecht „Gebrauch gemacht werde“, wirksam und rechtzeitig ausgeübt wurde.

Entscheidung

Das LG Frankfurt geht davon aus, dass das Vorkaufsrecht zwar grundsätzlich gegenüber dem Notar wirksam ausgeübt werden könne. Verlange der Urkundsnotar des Kaufvertrags mit dem Dritten Mitteilung darüber, ob der Berechtigte sein Vorkaufsrecht ausübe, dann gelte der Notar als zur Entgegennahme der Ausübungserklärung ermächtigt (m. Verw. auf OLG Frankfurt NotBZ 2006, 210 = BeckRS 2004, 08267; Staudinger/Schermaier, BGB, 2013, § 464 Rn. 1).

Im Ergebnis komme es darauf jedoch nicht an, denn die Wirksamkeit der Ausübungserklärung scheidet bereits deshalb aus, weil sie **rechtsmissbräuchlich** erfolgt sei. Die Vorkaufsberechtigte sei offensichtlich zum Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts finanziell nicht in der Lage gewesen, den Kaufpreis unverzüglich bei Nennung eines Notaranderkontos (wie in § 3 Ziff. 1 des Kaufvertrags vorgesehen) zu bezahlen. Die **Leistungsfähigkeit im Zeitpunkt der Vorkaufsrechtsausübung** sei jedoch erforderlich.

Dem stehe nicht entgegen, dass eine Klausel im Kaufvertrag, wonach die Fälligkeit bereits mit Ausübung des Vorkaufsrechts eintrete, die Ausübung des Vorkaufsrechts erschweren könnte. Der Vorkaufsberechtigte sei ausreichend dadurch geschützt, dass ihm eine **zwei-monatige Ausübungsfrist nach § 469 BGB** zustehe. § 469 BGB solle gerade die divergierenden Interessen von Vorkaufsberechtigtem und Vorkaufsverpflichtetem zum Ausgleich bringen. Der Vorkaufsverpflichtete setze durch Mitteilung an den Vorkaufsberechtigten eine Frist in Gang, nach deren Ablauf er Gewissheit darüber haben möchte, mit welchem Vertragspartner der

Kaufvertrag durchzuführen sei. Der Vorkaufsberechtigte habe innerhalb dieser Frist festzustellen, ob er den Kaufvertrag erfüllen wolle und könne. Erkläre der Vorkaufsberechtigte kurz vor Fristablauf die Ausübung des Vorkaufsrechts, ohne zu wissen, ob er die sofort fällige Zahlungspflicht aus dem Kaufvertrag werde erfüllen können, so verhalte er sich dem Verkäufer gegenüber treuwidrig.

Die Entscheidung ist rechtskräftig.

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. Julius Forschner

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
Mainleite 5, 97340 Marktbreit