

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

19. Jahrgang
Juli 2011
ISSN 1434-3460

14/2011

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO §§ 727, 794 Abs. 1 Nr. 5; UmwG § 123; BGB §§ 305c, 1156, 1157, 1192 Abs. 1a; GBO § 28 – Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung an den Rechtsnachfolger (Umschreibung einer Vollstreckungsklausel) nach Ausgliederung; Eintritt in den Sicherungsvertrag

WEG § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 – Entbehrlichkeit der Abgeschlossenheitsbescheinigung bei noch zu errichtenden Reihenhäusern und vorliegender Baugenehmigung

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

BGB §§ 876, 877; WEG § 8; ZVG § 10 Abs. 1 Nr. 2 – Keine Zustimmung von Grundpfandrechtsgläubigern zur Begründung von Wohnungseigentum in Gestalt der Teilung durch Eigentümer

WEG § 12 Abs. 1, Abs. 3 S. 1; BGB § 137 S. 1 – Zustimmungserfordernis eines Dritten bei Veräußerung von Wohnungseigentum keine Verfügungsbeschränkung, sondern Beschränkung des Rechtsinhalts

Literatur

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO §§ 727, 794 Abs. 1 Nr. 5; UmwG § 123; BGB §§ 305c, 1156, 1157, 1192 Abs. 1a; GBO § 28

Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung an den Rechtsnachfolger (Umschreibung einer Vollstreckungsklausel) nach Ausgliederung; Eintritt in den Sicherungsvertrag

I. Sachverhalt

Die A-GmbH ist Inhaberin diverser Buchgrundschulden, die sämtlich vor dem 19.8.2008 entstanden sind. Die A-GmbH beabsichtigt nunmehr, einen Teil ihres Vermögens durch Übertragung als Gesamtheit zur Aufnahme auf die B-GmbH als übernehmenden Rechtsträger auszugliedern (§ 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG). Es sollen unverzüglich vollstreckbare Ausfertigungen zugunsten der B-GmbH erteilt werden.

II. Frage

Unter welchen Voraussetzungen ist die Erteilung vollstreckbarer Ausfertigungen zugunsten der B-GmbH möglich?

III. Zur Rechtslage

1. Zivilrechtliche Wirkungen der Ausgliederung; Voraussetzungen für den Übergang von Rechten und Pflichten (§ 126 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 S. 2 UmwG i. V. m. § 28 GBO)

Die Ausgliederung (§ 123 Abs. 3 UmwG) ist neben der Aufspaltung (§ 123 Abs. 1 UmwG) und der Abspaltung (§ 123 Abs. 2 UmwG) die dritte Unterart der Spaltung. Im Unterschied zu den anderen Spaltungsarten besteht bei ihr die Gegenleistung für die Vermögensübertragung **nicht in einer Anteilsgewähr an die Inhaber des übertragenden Rechtsträgers**, sondern in einer Gewähr an den übertragenden Rechtsträger selbst (Lutter/Teichmann, UmwG, 4. Aufl. 2008, § 123 Rn. 23; KölnKommUmwG/Simon, 2009, § 123 Rn. 26). Folge der Spaltung ist eine sog. „**partielle Gesamtrechtsnachfolge**“. Dieser Begriff bezeichnet einen Vorgang, durch den Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten des übertragenden Rechtsträgers als Gesamtheit auf einen übernehmenden Rechtsträger übergehen (KölnKommUmwG/Simon, § 123 Rn. 7 m. w. N.). Die Beteiligten der Spaltung können dabei den **Umfang des übertragenen Vermögens selbst bestimmen**; sogar die Ausgliederung des gesamten Vermögens (Totalausgliederung) ist nach allgemeiner Auffassung zulässig (Kallmeyer/Kallmeyer, UmwG, 4. Aufl. 2009, § 123 Rn. 12).

Entscheidend für den Umfang des übertragenen Vermögens **ist der Spaltungs- und Übernahmevertrag**, welcher die zu übertragenden Gegenstände des Aktiv- und

Passivvermögens genau zu bezeichnen und aufzuteilen hat (§ 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG). Aus § 126 Abs. 2 S. 2 UmwG, der die Beachtung des § 28 GBO anordnet, hat der BGH die Schlussfolgerung gezogen, dass das Eigentum an Grundstücken **nur dann mit der Registereintragung auf den übernehmenden Rechtsträger übergeht**, wenn die Grundstücke in dem Spaltungs- und Übernahmevertrag nach Maßgabe von § 28 S. 1 GBO bezeichnet sind, also übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt (BGHZ 175, 123 = DNotZ 2008, 468 = DNotI-Report 2008, 46). Das OLG Schleswig hat diese Rechtsansicht auf Grundpfandrechte und beschränkte persönliche Dienstbarkeiten übertragen (OLG Schleswig DNotZ 2010, 66 = DNotI-Report 2010, 8). Ob und unter welchen Voraussetzungen von der Bezeichnung gem. § 28 S. 1 GBO ausnahmsweise abgesehen werden kann, z. B. bei Verwendung einer All-Klausel (so OLG Schleswig DNotZ 2010, 66), ist noch nicht abschließend geklärt. Was die in diesem Fall nur deklaratorische Grundbucheintragung des übernehmenden Rechtsträgers anbelangt, bejaht das OLG Düsseldorf auch bei Vorlage der Berichtigungsbewilligung des übertragenden Rechtsträgers gem. § 19 GBO die Befugnis des Grundbuchamts, zusätzlich die Vorlage des Spaltungsvertrags zu verlangen (Rpfler 2010, 496 = FGPrax 2010, 225 = ZfIR 2010, 842).

2. Folgen für das Klauselerteilungsverfahren nach § 727 ZPO

a) Nachweis des Rechtsübergangs

Gem. § 727 Abs. 1 ZPO kann für den Rechtsnachfolger des Gläubigers eines vollstreckbaren Anspruchs eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO erteilt werden, sofern die Rechtsnachfolge offenkundig ist oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. Nach herkömmlicher Auffassung ist der Rechtserwerb bei Grundschulden **offenkundig**, wenn **hinsichtlich der betroffenen Grundschuld eine Grundbuchberichtigung stattgefunden hat** (Volmer, WM 2002, 428, 433, unter Berufung auf § 891 BGB; MünchKommZPO/Wolfsteiner, 3. Aufl. 2007, § 799 Rn. 1). Dies gilt ebenfalls bei Briefrechten (MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 799 Rn. 3). Auch wenn hinsichtlich der Rechtsinhaberschaft bei Briefgrundschulden die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB nur dann greift, wenn der Eingetragene im Besitz des Briefs ist (MünchKommBGB/Kohler, 5. Aufl. 2009, § 891 Rn. 9), wird im Klauselerteilungsverfahren die Vorlage des Grundpfandbriefs nicht für erforderlich gehalten. Dies lässt sich damit rechtfertigen, dass das Grundbuchamt eine Eintragung bei einem Briefgrundpfandrecht auch nur gegen Vorlage des Grundschuldbriefs vornehmen darf (§§ 42, 41 GBO) und somit die Grundbuchberichtigung eine gewisse Gewähr dafür bietet, dass der Buchberechtigte auch Inhaber des Grundpfandrechts geworden ist. Fehlt es (noch) an einer Grundbuchberichtigung, kann der Nachweis der Rechtsnachfolge in Spaltungsfällen durch **Vorlage einer beglaubigten Abschrift des Spaltungsvertrages** geführt werden, sofern dort die Grundstücke/Grundpfandrechte nach Maßgabe von § 28 GBO bezeichnet sind (vgl. Scheel, NotBZ 2000, 290, 291).

b) Zusätzlich Nachweis des „Eintritts in den Sicherungsvertrag“ nötig?

Auf die vorliegende Ausgliederung könnten aber die vom BGH mit Urteil vom 30.3.2010 aufgestellten Grundsätze zur Klauselumschreibung bei Sicherungsgrundschulden Anwendung finden (XI ZR 200/09, DNotZ 2010, 542 = DNotI-Report 2010, 104; dazu Gutachten DNotI-Report

2010, 93 ff.; 121 ff.; 192 ff.) und könnte demgemäß im Rahmen des Klauselerteilungsverfahrens der „Eintritt in den Sicherungsvertrag“ nachzuweisen sein.

aa) Der dieser Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt (Verkauf der Forderung sowie der Sicherheiten) bereitet nur geringe Schwierigkeiten. Als problematisch haben sich in der Praxis solche Fälle erwiesen, bei denen die Abtretung der Grundschuld auf Veranlassung des Schuldners erfolgt ist (Umschuldung, Neuvaluierung, sog. „Finanzierung aus einer Hand“). Es besteht in der Literatur ganz überwiegend Konsens darüber, dass der Schuldner in solchen Fällen nicht in gleicher Weise schutzwürdig ist wie bei einem Forderungsverkauf (Gutachten DNotI-Report 2010, 192, 193; Heinze, ZIP 2010, 2030, 2032; Herrler, BB 2010, 1931, 1937; ders., ZfIR 2011, 186, 187; Stürmer, JZ 2010, 774, 778; Everts, NJW 2011, 567, 568). Umstritten ist gegenwärtig noch, ob der Notar zur vorgelagerten Feststellung, auf welchem Rechtsgrund die Abtretung der Grundschuld beruht, auf sämtliche Beweismittel einschließlich eines privatschriftlichen Sicherungsvertrages zurückgreifen darf oder ob ihm auch die Sachverhaltsermittlung nur nach der Vorgabe der §§ 726 Abs. 1, 727 Abs. 1, 730 ZPO gestattet ist (im Überblick Herrler, ZfIR 2011, 186, 187 m. w. N. – diesbezüglich sind mehrere Rechtsbeschwerden beim BGH anhängig, u.a. VII ZB 73/10, VII ZB 81/10, VII ZB 98/10, VII ZB 5/11, VII ZB 38/11).

bb) Die Fälle der **Ausgliederung** sind demgegenüber bislang nur selten erörtert worden. Es liegt erst eine veröffentlichte Entscheidung des LG Krefeld vom 17.1.2011 vor (ZfIR 2011, 193 = RNotZ 2011, 300). Nach Ansicht des LG ist der Nachweis des „Eintritts in den Sicherungsvertrag“ i. S. d. zitierten BGH-Urteils ebenfalls zu erbringen, wenn die Grundschuld infolge einer Ausgliederung gem. § 123 Abs. 3 UmwG auf einen anderen Rechtsträger übergeht.

(1) Auf den ersten Blick scheint der Umstand, dass ein **gutgläubiger einredefreier Erwerb** gem. §§ 1157 S. 2, 892 Abs. 1 S. 1 BGB bei einer Ausgliederung nach h.M. mangels Vorliegens eines Verkehrsgeschäfts **nicht möglich** ist (hierzu vgl. Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2008, § 892 Rn. 83; Lutter/Teichmann, § 131 Rn. 26), gegen die Auslegung der Unterwerfungserklärung dahingehend zu sprechen, dass auch in diesen Fällen die fortbestehende fiduziarische Zweckbindung nach Maßgabe von § 727 Abs. 1 ZPO nachzuweisen ist.

(2) Da es sich bei der Ausgliederung nur um eine „partielle“ Gesamtrechtsnachfolge handelt, kommt eine **Schlechterstellung des Schuldners** infolge des Gläubigerwechsels allerdings im Falle einer **Trennung von Grundschuld und Sicherungsvereinbarung** in Betracht, welche aufgrund der freien Bestimmbarkeit des übergehenden Vermögens (§ 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG) nicht generell auszuschließen ist. Insoweit ist die Situation einer Einzelrechtsübertragung vergleichbar. Wie § 1192 Abs. 1a S. 1 BGB illustriert, drohen dem Schuldner bei einem Gläubigerwechsel Gefahren zweierlei Art: Ein gutgläubig einredefreier Erwerb der Grundschuld (S. 1 Var. 1) sowie die fehlende Geltendmachbarkeit **nachträglich entstehender Einreden** (S. 1 Var. 2). Letzteres Risiko kann sich z. B. dadurch realisieren, dass der Schuldner in Unkenntnis der Ausgliederung noch an den bisherigen Gläubiger leistet und der übernehmende Rechtsträger die nachträglich entstehende Tilgungseinrede nicht gegen sich gelten lassen muss (vgl. Herrler, ZfIR 2011, 186, 188; Heinze, RNotZ 2011, 302, 303).

(3) Orientiert man den vom BGH in seiner Entscheidung geforderten, im Klauselerteilungsverfahren zu gewährleistenden Schutzzumfang – wie es der derzeit wohl h. M. entspricht – an § 1192 Abs. 1a BGB, so ist der Schuldner nach einer Ausgliederung bei nachträglichen Zahlungen an den Altgläubiger in Unkenntnis des Rechtsübergangs durch § 1156 BGB nicht in dem gebotenen Umfang geschützt. Nachträglich im Verhältnis zum übertragenden Rechtsträger entstehende Einreden kann der Schuldner außerhalb des Anwendungsbereichs des § 1192 Abs. 1a BGB nicht erfolgreich gegenüber dem übernehmenden Rechtsträger geltend machen. Ein „Eintritt in den Sicherungsvertrag“ dürfte mit Blick auf die hinter der Auslegung der Unterwerfungserklärung stehende Zielsetzung des XI. Zivilsenats jedenfalls dann erforderlich sein, wenn kein sog. „Neufall“ vorliegt. Ein Neufall ist zu bejahen, wenn sämtliche zu übertragenden Grundschulden erstmals nach dem 19.8.2008 bestellt wurden bzw. es sich bei der Ausgliederung nach diesem Datum um deren erstmalige Veräußerung handelt und daher § 1192 Abs. 1a BGB hinreichenden Schutz bietet (vgl. zu dieser nahezu einhellig vertretenen Differenzierung zwischen Alt- und Neufällen Gutachten DNotI-Report 2010, 93, 96 f.).

Vorliegend bedarf es daher u. E. grundsätzlich der Übernahme der **Sicherungsverträge im Ausgliederungsvertrag** durch den übernehmenden Rechtsträger. Insoweit gelten die allgemeinen Anforderungen an die Bestimmtheit; § 28 GBO findet auf Sicherungsverträge keine Anwendung. Werden die Sicherungsverträge im Ausgliederungsvertrag nicht ausdrücklich zugeordnet, so kann der Nachweis fortbestehender sicherungsvertraglicher Bindung u. E. durch eine öffentlich beglaubigte Vereinbarung der beteiligten Rechtsträger geführt werden, wonach der übernehmende Rechtsträger im Wege eines echten Vertrages zugunsten Dritter pauschal in alle sicherungsvertraglichen Verpflichtungen betreffend sämtliche ausgegliederten Grundschulden eintritt (Herrler, ZfIR 2011, 186, 191 f., auch zu den Kosten). Anders als das LG Krefeld wird man den erforderlichen „Eintritt in den Sicherungsvertrag“ nicht bereits in einer beiderseits unterzeichneten Rechtsnachfolgeerklärung sehen können, wonach u. a. die betroffenen Grundschulden zum übertragenen Vermögen gehörten (Arg.: kein „Auseinanderreißen“ zusammenhängender Rechtsverhältnisse). Eine derartige Auslegung stünde im Widerspruch zur Auslegung von Einzelrechtsübertragungen: Die Abtretung einer Grundschuld bedeutet regelmäßig nicht zugleich auch die (konkludente) Übernahme der Pflichten aus dem Sicherungsvertrag, und zwar selbst dann nicht, wenn der Zessionar zugleich die gesicherte Forderung übernimmt (BGH WM 1997, 13, 16; WM 2001, 453, 454; Heinze, RNotZ 2011, 302, 304). Ansonsten hätte die Entscheidung vom 30.3.2010 keinerlei Bedeutung und hätte auch nicht ergehen dürfen, da der Topos vom „einheitlichen Rechtsverhältnis“ universell übertragbar wäre.

WEG § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 Entbehrlichkeit der Abgeschlossenheitsbescheinigung bei noch zu errichtenden Reihenhäusern und vorliegender Baugenehmigung

I. Sachverhalt

Die D-AG vertreibt als Bauträgerin Reihenhäuser in der Form des Wohnungseigentums.

In Bezug auf ein in X gelegenes Baugebiet vertritt das dortige Bauordnungsamt die Auffassung, die Abgeschlossenheitsbescheinigung nach § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 WEG sei für diese Bauweise nicht erforderlich, da sich zwangsläufig aus der Baugenehmigung für jedes einzelne Haus die Abgeschlossenheit ergebe und hinreichend dokumentiert sei.

II. Frage

Ist es entgegen dem Gesetzeswortlaut zulässig, auf eine Abgeschlossenheitsbescheinigung zu verzichten, wenn das zu errichtende Wohnungseigentum in der Form von Reihenhäusern realisiert werden soll?

III. Zur Rechtslage

1. Prüfungsmaßstab bei Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung

Gem. § 7 Abs. 4 S. 1 WEG sind der Eintragungsbewilligung eine mit Unterschrift und Siegel der Baubehörde versehene Bauzeichnung und eine Bescheinigung der Baubehörde beizufügen, dass die Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 WEG vorliegen (Abgeschlossenheitsbescheinigung). Der **Zweck des Abgeschlossenheitserfordernisses** ist darin zu sehen, eine eindeutige räumliche Abgrenzung der Sondereigentumsbereiche untereinander sowie zum gemeinschaftlichen Eigentum zu gewährleisten (Jennißen/Krause, WEG, 2. Aufl. 2010, § 7 Rn. 19; Bamberger/Roth/Hügel, BGB, Stand: 1.3.2011, § 3 WEG Rn. 6).

Diese Vorprüfung der Abgeschlossenheit durch die Baubehörde im Rahmen der Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung soll das **Grundbuchamt entlasten** und die Prüfung durch eine Behörde mit technischem Sachverstand gewährleisten (Rapp, in: Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl. 2009, Abschn. A III Rn. 34). Dabei **spielen jedoch Vorschriften des Bauplanungs- oder Bauordnungsrechts** für die Frage der Abgeschlossenheit **grundsätzlich keine Rolle** (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 2822; Bärmann/Armbrüster, WEG, 11. Aufl. 2010, § 7 Rn. 109; GmS-OGB, Beschl. v. 30.6.1992 – GmS-OGB 1/91, NJW 1992, 3290; OVG Lüneburg v. 30.6.1983 – 14 OVG A 39/82, MDZ 1984, 343, 344). Der Begriff der Abgeschlossenheit ist ein **sachenrechtlicher Begriff**, der vom Bauplanungs- und Bauordnungsrecht unabhängig ist (GmS-OGB NJW 1992, 3290, 3291). Damit ist anerkannt, dass die Baubehörde die Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung allein aus bauplanungs- oder bauordnungsrechtlichen Gründen **nicht versagen** darf.

2. Verzicht auf Abgeschlossenheitsbescheinigung aus baurechtlichen Gründen?

Die umgekehrte Frage, ob die Abgeschlossenheitsbescheinigung für das Grundbuchverfahren überflüssig ist, weil sich aus bauplanungs- oder bauordnungsrechtlichen Vorschriften zwingend die Abgeschlossenheit der jeweiligen Einheit ergibt, wird soweit ersichtlich weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur erörtert. Allerdings spricht der **Sinn der Abgeschlossenheitsbescheinigung**, der gerade darin liegt, gegenüber dem Grundbuchamt die Beachtung des in § 3 Abs. 2 S. 1 WEG normierten Abgeschlossenheitserfordernisses urkundlich zu belegen und dieses dabei von der Prüfung bautechnischer und baurechtlicher Fragen zu entlasten, dafür, dass auf die Vorlage der Abgeschlossenheitsbescheinigung aus bauplanungs- oder bauordnungsrechtlichen Gründen nicht verzichtet werden kann. Denn das formalisierte Verfahren, das der Gesetzgeber für das Grundbuchamt vorsieht, würde ausgehebelt,

wenn das Grundbuchamt selbst wiederum eine baurechtliche Prüfung vornehmen müsste (vgl. VGH München Mitt-BayNot 1986, 766).

a) H. M.: Abgeschlossenheitsbescheinigung stets erforderlich

Maßgeblicher Aspekt bei der Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung ist die bautechnische Abgeschlossenheit gegenüber anderem Sondereigentum (VG Berlin v. 26.2.1997 – 19 S 766-95, NZM 1998, 832). Hinzu kommt, dass das WEG als **einzigste Form des Nachweises** für die Abgeschlossenheit die Bescheinigung nach § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 WEG vorsieht. Andere Formen des Nachweises sind dem Grundbuchamt gegenüber – jedenfalls nach der insoweit h. M. – ausgeschlossen (BayObLG DNotZ 1991, 477; Riecke/Schmid/Schneider, WEG, 3. Aufl. 2010, § 7 Rn. 101; Staudinger/Rapp, BGB, Neubearb. 2005, § 7 WEG Rn. 28; Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl. 2009, Einl. H Rn. 106). Von der h. M. im Schrifttum und in der Rechtsprechung wird daher angenommen, das Grundbuchamt dürfe ohne Vorliegen der Abgeschlossenheitsbescheinigung in keinem Fall Wohnungseigentum im Grundbuch eintragen (BayObLG DNotZ 1991, 477; Rpfleger 1993, 335; Meikel/Böttcher, Einl. H Rn. 6).

b) M. M.: Entbehrlich u. a. bei Offenkundigkeit oder Aktenkundigkeit

Eine Mindermeinung nimmt dagegen die Entbehrlichkeit der Bescheinigung an, wenn sich das Grundbuchamt **auf andere Weise vom Vorliegen der Abgeschlossenheit** überzeugen kann, insbesondere wenn diese für das Grundbuchamt ausnahmsweise i. S. v. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO offenkundig oder aktenkundig ist (Riecke/Schmid/Schneider, § 7 Rn. 101; Bub, WE 1991, 150, 154). Insbesondere Bub nimmt darüber hinaus an, das Grundbuchamt könne bei Fehlen einer Abgeschlossenheitsbescheinigung eine **freie Beweiswürdigung** zu der Frage vornehmen (Bub, WE 1991, 151, 154). Die Rechtsprechung habe bereits entschieden, dass eine Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht erforderlich sei, wenn ein Dauerwohnrecht an einem gesamten von mehreren Gebäuden bestellt werden solle (Bub, WE 1991, 151, 154 unter Verweis auf LG Münster DNotZ 1953, 148, 151). Er räumt allerdings selbst ein, dass die Praxis diese Auffassung für die Begründung von Wohnungseigentum an mehreren selbstständigen Gebäuden nicht übernommen habe.

c) Stellungnahme

Der Auffassung Bubs kann u. E. – jedenfalls für die praktische Handhabung – nicht gefolgt werden: Da das Grundbuchamt Ermittlungen baurechtlicher Art nach allgemeiner Meinung nicht stellen müssen, kann auf die Vorlage einer Abgeschlossenheitsbescheinigung allenfalls dann verzichtet werden, wenn die Abgeschlossenheit für das Grundbuchamt aktenkundig oder offensichtlich ist. Dies wird **nur dann** anzunehmen sein, wenn sie sich **eindeutig aus dort bereits vorhandenen Unterlagen** ergibt, etwa aus früheren Antragstellungen (vgl. Riecke/Schmid/Schneider, WEG, § 7 Rn. 101). Baurechtliche Wertungen dürften dem Grundbuchamt hingegen nicht obliegen.

3. Ergebnis

Das Grundbuchamt ist aufgrund der gesetzlichen Ausgestaltung des Eintragungsverfahrens gehalten, die Vorlage einer Abgeschlossenheitsbescheinigung zu verlangen. Allenfalls in atypisch gelagerten Ausnahmefällen kann darauf evtl. verzichtet werden. Ein solcher Ausnahmefall liegt je-

doch **nicht schon dann** vor, wenn sich **aufgrund anderer Rechtsvorschriften möglicherweise die Abgeschlossenheit zwingend** ergibt, denn das Grundbuchamt soll eine weitergehende rechtliche Prüfung gerade nicht vornehmen müssen. Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass das Grundbuchamt auf die Vorlage einer Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht schon deshalb verzichten darf, weil sich die Abgeschlossenheit möglicherweise bereits aus der Erteilung einer Baugenehmigung für jedes einzelne Reihenhaus ergibt. Damit kann die Frage dahinstehen, ob die Abgeschlossenheit tatsächlich zwingend aus der Baugenehmigung folgt.

Gutachten im Abruf-Dienst

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

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

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

GBO § 45; BGB §§ 879, 1192

Nießbrauch und Pfandrecht an einem Miterbenanteil; Bestellung einer Grundschuld am Grundstück der Erbengemeinschaft; Rangrücktritt des Nießbrauchsberechtigten bzw. des Pfandgläubigers hinter eine Grundschuld; Rangfähigkeit von Verfügungsbeschränkungen
Abruf-Nr.: 103765

GrdstVG § 2; VwVfG §§ 48, 51

Rücknahme der Versagung im Wiederaufnahmeverfahren; Erteilung der Genehmigung
Abruf-Nr.: 101068

BGB § 2305; HGB §§ 124, 139, 161, 170

Einheitlichkeit der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft; gleichzeitige Stellung als Komplementär und Kommanditist; Testamentsvollstreckung an einem mittels Sondererbfolge auf einen anderen Gesellschaftler übergehenden Komplementäranteil; Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks im Handelsregister
Abruf-Nr.: 102372

AktG § 244

Eintragung eines Bestätigungsbeschlusses in das Handelsregister
Abruf-Nr.: 104238

Rechtsprechung

BGB §§ 876, 877; WEG § 8; ZVG § 10 Abs. 1 Nr. 2
Keine Zustimmung von Grundpfandrechtsgläubigern zur Begründung von Wohnungseigentum in Gestalt der Teilung durch Eigentümer

Die Begründung von Wohnungseigentum in Form der Teilung durch den Eigentümer unterliegt auch mit Rücksicht auf die Rangklassenprivilegierung von An-

sprüchen der Eigentümergemeinschaft in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG nicht dem Zustimmungserfordernis von Grundpfandrechtsgläubigern (Anschluss an KG vom 30.11.2010 – 1 W 455/10, 1 W 468/10 – und OLG Oldenburg vom 5.1.2011 – 12 W 296/10, je ZfIR 2011, 254).

OLG München, Beschl. v. 18.5.2011 – 34 Wx 220/11
Abruf-Nr.: 10980

Problem

Nach §§ 877, 876 S. 1 BGB ist zur Änderung des Inhalts eines Rechts an einem Grundstück grundsätzlich die Zustimmung dinglich Berechtigter erforderlich. Die Zustimmung ist nach §§ 877, 876 S. 2 BGB allerdings dann entbehrlich, wenn deren Recht unberührt bleibt. Dies ist der Fall, wenn eine Beeinträchtigung der Rechtsstellung des Drittberechtigten ausgeschlossen ist, weil die Änderung für ihn keinen rechtlichen Nachteil mit sich bringen kann (Palandt/Bassenge, BGB, 70. Aufl. 2011, § 877 Rn. 6; Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2007, § 877 Rn. 58).

Hinsichtlich der Bildung von Wohnungseigentum nach §§ 3, 8 WEG ist zu beachten, dass sich eine Belastung, die an dem ganzen Grundstück eingetragen ist, nach Vollzug der Teilung im Grundbuch an allen Wohnungseigentumseinheiten fortsetzt. Grundpfandrechte lasten nach Vollzug der Teilung als Gesamtrechte (§ 1132 BGB) an allen entstehenden Wohnungseigentumseinheiten. Es **bestand** deswegen **seit längerem Einigkeit, dass zur Bildung von Wohnungseigentum die Zustimmung dinglich Berechtigter dann nicht erforderlich ist, wenn die betreffende Belastung an dem ganzen Grundstück eingetragen** ist (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 2849; Bärmann/Armbrüster, WEG, 11. Aufl. 2010, § 2 Rn. 22 ff.; Riecke/Schmid/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2010, § 3 Rn. 29; Jenßen/Zimmer, WEG, 2. Aufl. 2010, § 3 Rn. 11 ff.).

Jüngst wurde die Frage aufgeworfen, ob sich hieran durch die mit der WEG-Novelle seit dem 1.7.2007 eingeführte **Rangklassenprivilegierung für Wohngeldforderungen nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG** etwas geändert hat. Insbesondere *Kessler* ist der Ansicht, dass Grundpfandrechtsgläubiger durch die Aufteilung in einen ohne die Aufteilung nicht bestehenden Nachrang gedrängt würden und sich deswegen in einer vollstreckungsrechtlich nachteiligen Situation wiederfänden. Dies stelle eine Beeinträchtigung des Rechts der Grundpfandrechtsgläubiger i. S. d. §§ 877, 876 BGB dar. Zur Aufteilung sei deswegen nunmehr die Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubiger erforderlich (vgl. zum Ganzen *Kessler*, NJW 2010, 2317 f.; ders., ZNotP 2010, 335 f.; ders., in: BeckOK-WEG, Stand: 1.5.2011, § 3 Rn. 30; ebenso BeckOK-WEG/Kral, § 7 Rn. 79a, § 8 Rn. 25a; Palandt/Bassenge, § 3 WEG Rn. 1; Böttcher, NotBZ 2010, 239).

Schneider ist dieser Auffassung entgegengetreten (vgl. ZNotP 2010, 299; ders., ZNotP 2010, 387; ebenso BeckOK-BGB/Hügel, Stand: 1.3.2011, § 4 WEG Rn. 6). Eine Aufteilung nach § 8 WEG sei schon nicht kausal für etwa eintretende Beeinträchtigungen, da Hausgeldansprüche nicht bereits mit der Aufteilung, sondern erst mit Invollzugsetzung der Wohnungseigentümergeinschaft entstünden. Eine solche Gemeinschaft entstehe jedoch auch begrifflich erst, wenn wenigstens ein weiterer Miteigentümer hinzutrete. Der Gesetzgeber habe die Beeinträchtigung der Grundpfandrechtsgläubiger zudem als gerechtfertigt angesehen, sodass auch deswegen eine Zustimmung entbehrlich sei. In der Tat erkenne die Gesetzesbegründung zwar, dass durch

§ 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG in die Rechtsposition der dinglich Berechtigten eingegriffen werde. Anderenfalls drohe aber, dass notwendige Pflege- und Instandhaltungsmaßnahmen unterbleiben und die Wohnanlagen erheblich an Wert einbüßen könnten. Die getroffene Regelung schütze die Interessen auch der Realkreditgeber deswegen stärker als ein begrenzter Vorrang (vgl. BT-Drs. 16/887, S. 43 f.).

Entscheidung

Wie bereits zuvor andere Obergerichte (KG, Beschl. v. 30.11.2011 – 1 W 455/10, ZfIR 2011, 254 m. zust. Anm. Heinemann = MittBayNot 2011, 301 = RNotZ 2011, 178 = Rpfleger 2011, 202; OLG Oldenburg, Beschl. v. 5.1.2011, ZfIR 2011, 254 = Rpfleger 2011, 318) entschied nunmehr ebenso das OLG München, dass **jedenfalls für** den Fall der **Begründung von Wohnungseigentum in Form der Teilung durch den Eigentümer** nach § 8 WEG die **Zustimmung von Grundpfandrechtsgläubigern** auch mit Rücksicht auf die Regelung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG **nicht erforderlich** ist.

In Übereinstimmung mit den bisherigen Entscheidungen hebt das Gericht dabei zum einen hervor, dass eine **Aufteilung nach § 8 WEG sachenrechtlich nicht der zutreffende Anknüpfungspunkt** für ein eventuelles Zustimmungserfordernis Drittberechtigter sei. Ein Zustimmungserfordernis komme nur dann in Betracht, wenn die Rechtsstellung dinglich Berechtigter in rechtlicher, nicht bloß in tatsächlicher Hinsicht beeinträchtigt würde. Die Vorrangsteilung nach § 8 WEG stelle nach der Konzeption des Gesetzes eine Teilung des Vollrechts dar, bei der die Summe der Teile mit dem Volleigentum identisch sei. Daraus folgert das OLG München, dass die Rechtsbeeinträchtigung nicht auf der Teilung beruhe. Diese sei zwar notwendige, keinesfalls aber hinreichende Bedingung.

Ein anderes Ergebnis würde nach Auffassung des OLG München einen **unauflösbaren Widerspruch zur Behandlung von Altgläubigern** begründen. § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG findet nämlich auch für vor der WEG-Novelle bestellte Grundschulden unabhängig vom Zeitpunkt der Aufteilung selbst Anwendung. Somit haben auch Altgläubiger den begrenzten Vorrang von Wohngeldforderungen hinzunehmen. Wurde auch die Aufteilung vor dem 1.7.2007 vorgenommen, beruhte die Verschlechterung der Rechtsposition von Grundpfandrechtsgläubigern auf einer Gesetzesänderung, sodass deren Zustimmung ebenfalls nicht erforderlich war. Eine Besserstellung der Neugläubiger durch Annahme des Erfordernisses einer Gläubigerzustimmung wäre hiermit nur schwer vereinbar.

Es bleibt abzuwarten, ob sich auch andere Gerichte dieser Auffassung anschließen werden. **Offen** ist außerdem die **Rechtslage für Aufteilungen nach § 3 WEG**, zu der bislang keine gerichtlichen Entscheidungen vorliegen. Es könnte sich deswegen empfehlen, bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage die Zustimmung der eingetragenen Grundpfandrechtsgläubiger einzuholen. Wäre eine solche Zustimmung erforderlich, würde trotz eines eventuellen Grundbuchvollzugs das Wohnungseigentum nicht wirksam entstehen (vgl. hierzu und zu Heilungsmöglichkeiten *Kessler*, NJOZ 2010, 1466, 1467 f.).

WEG § 12 Abs. 1, Abs. 3 S. 1; BGB § 137 S. 1 Zustimmungserfordernis eines Dritten bei Veräußerung von Wohnungseigentum keine Verfügungsbeschränkung, sondern Beschränkung des Rechtsinhalts

1. Ist als Inhalt des Sondereigentums vereinbart, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten (hier: des WEG-Verwalters) bedarf, so stellt dies keine Verfügungsbeschränkung als Ausnahme von § 137 Satz 1 BGB dar [...], sondern eine Beschränkung des Rechtsinhalts des Wohnungseigentums.

2. Ist der schuldrechtliche Vertrag bereits geschlossen worden, so ist die alsdann erklärte Zustimmung endgültig wirksam und nicht mehr widerruflich, sobald sie von dem im Zeitpunkt der Erklärung Zustimmungsberechtigten gegenüber den Vertragsparteien oder dem mit dem Vollzug beauftragten Notar erklärt worden ist; ob die Berechtigung des Zustimmenden noch im Zeitpunkt der Stellung des Umschreibungsantrages vorliegt oder bereits entfallen ist (hier: mit Blick auf das Ende der Verwalterbestellung), ist nicht von Belang.

3. Liegen die Voraussetzungen des § 78 Abs. 2 Satz 1 GBO vor, so ist die Rechtsbeschwerde gleichwohl nicht zuzulassen, wenn dieses Rechtsmittel (hier wegen fehlender Beschwerdeberechtigung) nicht in zulässiger Weise eingelegt werden kann.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.5.2011 – I-3 Wx 70/11
Abruf-Nr.: 10981

Problem

Gem. § 12 Abs. 1 WEG kann als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf. Als Dritter kommt insbesondere der Verwalter in Betracht. Sofern ein solches Zustimmungserfordernis wirksam begründet wurde, sind das **schuldrechtliche und dingliche Rechtsgeschäft schwebend unwirksam**, solange die Genehmigung nicht erteilt wurde (vgl. § 12 Abs. 3 S. 1 WEG).

Zu welchem **Zeitpunkt** der Zustimmung die **Zustimmungsberechtigung** (bspw. Verwalterstellung) innehaben muss, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt. Im Hinblick darauf, dass die fehlende Zustimmung sowohl das schuldrechtliche als auch das dingliche Rechtsgeschäft betrifft, kommt entweder der Zugang der Erklärung bei einer der Parteien des Kausalgeschäfts oder der Eigentumswechsel (ggf. vorverlagert nach Maßgabe von § 878 BGB) als maßgeblicher Zeitpunkt in Betracht. Entscheidend ist, ob man § 12 WEG als eine Beschränkung der Verfügungsmacht des jeweiligen Eigentümers oder als Beschränkung des Rechtsinhalts des Wohnungseigentums ansieht (vgl. zum Ganzen **Gutachten DNotI-Report 2010, 209** m. w. N.).

Das **OLG Celle** entschied mit Beschluss vom 19.1.2005 (RNotZ 2005, 542 = NZM 2005, 260 f.), dass es sich bei § 12 WEG um eine **Beschränkung der Verfügungsmacht** handle. Hieraus folgert das OLG, dass bei Erforderlichkeit der Zustimmung des Verwalters dieser zum **Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung** noch Verwalter sein müsse.

Verliere er die Verwalterstellung vor der Eigentumsumschreibung, so müsse ggf. eine neue Zustimmung des so dann neu bestellten Verwalters nachgereicht werden. Eine Vorverlagerung des maßgeblichen Zeitpunkts komme nur in entsprechender Anwendung der für die Eigentumsübertragung geltenden Vorschrift des § 878 BGB in Betracht. Das **OLG Hamm** (DNotZ 2011, 375 = MittBayNot 2010, 469 = RNotZ 2010, 578) **schloss** sich der Auffassung des **OLG Celle** an.

Entscheidung

Das **OLG Düsseldorf** wendet sich in seinem Beschluss gegen die bisherige Linie der obergerichtlichen Rechtsprechung sowie zahlreiche Stimmen in der Literatur (Erman/Grziwotz, BGB, 12. Aufl. 2008, § 12 WEG Rn. 5; Palandt/Bassenge, BGB, 70. Aufl. 2011, § 12 WEG Rn. 7; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, Anh. § 3 Rn. 38; so auch noch Bärmann/Wenzel, WEG, 10. Aufl. 2008, § 12 Rn. 36; vgl. zu § 5 ErbbauRG: BGH v. 8.7.1960, BGHZ 33, 76, 85; OLG Köln v. 31.7.1995, MittRhNotK 1996, 275; OLG Düsseldorf v. 20.3.1996, MittRhNotK 1996, 276). Nach Ansicht des OLG handelt es sich bei einem vereinbarten **Zustimmungserfordernis** nicht um eine Verfügungsbeschränkung als Ausnahme von § 137 S. 1 BGB, sondern um eine **Beschränkung des Rechtsinhalts des Wohnungseigentums**, auch Fungibilitätsbeschränkung genannt (ebenso Kössinger, in: Bauer/v. Oefele, GBO, 2. Aufl. 2006, § 19 Rn. 199 ff.; Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2007, § 878 Rn. 29; Schmidt, MittBayNot 1999, 366, 367; Bärmann/Klein, 11. Aufl. 2010, § 12 Rn. 33; jüngst Schmidt, ZWE 2010, 394, 396 f.). Hieraus folge, dass die Berechtigung des Zustimmenden zum **Zeitpunkt der Erklärung** ausreichend sei. Ob diese noch im Zeitpunkt der Stellung des Umschreibungsantrags vorliege, sei nicht von Belang.

Das OLG Düsseldorf stützt sich bei seiner Einordnung des Zustimmungserfordernisses als Beschränkung des Rechtsinhalts maßgeblich auf den **Gesetzeswortlaut**. Nach § 12 Abs. 3 S. 1 WEG habe das Zustimmungserfordernis zur Folge, dass „eine Veräußerung des Wohnungseigentums und ein Vertrag, durch den sich der Wohnungseigentümer zu einer solchen Vereinbarung verpflichtet, unwirksam sind, solange nicht ‚die erforderliche Zustimmung‘ erteilt ist“. Hieraus ergebe sich, dass die **Zustimmung für beide Rechtsgeschäfte** nur **einheitlich** erteilt und beurteilt werden könne, mithin nicht etwa zwei Zustimmungserklärungen erforderlich seien. Das Zustimmungserfordernis nach § 12 Abs. 1 WEG sei folglich als **Beschränkung des Rechtsinhalts** des Wohnungseigentums zu qualifizieren. Ist die **Zustimmung** nach Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags durch den in diesem Zeitpunkt Zustimmungsberechtigten gegenüber den Vertragsparteien oder dem mit dem Vollzug beauftragten Notar **erklärt** und damit **wirksam geworden**, ist sie nicht mehr widerruflich. Die Fortdauer dieser Wirksamkeit bleibe auch dann unberührt, wenn die Zustimmungsberechtigung entfalle, bevor die Auflassung bindend geworden und der Antrag auf Eigentumsumschreibung im Grundbuch gestellt sei (vgl. § 878 BGB). Im Ergebnis soll es demnach **nicht entscheidend** sein, ob die **Berechtigung** des Zustimmenden **noch im Zeitpunkt der Stellung des Umschreibungsantrags** vorliegt.

Jedenfalls mit Blick auf das nachträgliche Entfallen der Zustimmungsberechtigung (vom OLG offengelassen wurde der Fall der Ungültigerklärung des Bestellungsbeschlusses) wendet sich das Gericht ausdrücklich **gegen** die insbesondere von **OLG Celle** und **OLG Hamm** vertretene Ansicht. Dies begründet das OLG Düsseldorf mit gesetzeshistori-

schen und konstruktiv-dogmatischen Überlegungen sowie nicht zuletzt mit praktischen Erwägungen. Die Gegenansicht stützt die Einordnung des Zustimmungsvorbehalts als Verfügungsbeschränkung maßgeblich auf die **Parallele zu § 5 ErbbauRG** und die diesbezügliche höchstrichterliche Rechtsprechung. Das OLG Düsseldorf lehnt eine solche Parallele jedenfalls heute ab. Selbst wenn es zutreffen sollte, dass § 12 WEG ursprünglich den heutigen §§ 5, 6 ErbbauRG nachgebildet wurde, sei jedenfalls gegenwärtig keine einheitliche Beurteilung (mehr) geboten. Dies folge aus dem 1994 eingeführten **§ 61 WEG** und der dort beschriebenen Erstreckung der „Heilung“ nicht nur auf vollzogene Auflassungen, sondern auch auf Verträge, bei denen nur die Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen war (so jüngst auch Schmidt, ZWE 2010, 394, 396 f.). Weiterhin argumentiert das OLG Düsseldorf in **konstruktiver Hinsicht** damit, dass nach der von ihm vertretenen Rechtsauffassung ein **Rückgriff auf** den „nicht passenden“ **§ 878 BGB nicht notwendig** sei. Schließlich sei nur bei diesem Verständnis sichergestellt, dass nicht der schuldrechtliche Vertrag wirksam bleibe, ohne dass er (ohne erneute Erklärung der Zustimmung) erfüllt werden könne, oder dass auch er als niemals wirksam oder wieder unwirksam geworden anzusehen wäre, mithin keine Leistungspflichten begründet würden. Ergänzend stellt das OLG auf die in der notariellen Literatur herausgearbeiteten **Schwierigkeiten beim Vertragsvollzug** (vgl. Kessler, RNotZ 2005, 543, 545; Schmidt, ZWE 2010, 394, 395) unter Zugrundelegung der **Rechtsauffassung des OLG Hamm** bzw. des **OLG Celle** ab. Es sei **kein Grund** ersichtlich, der Wohnungseigentümergeinschaft eine „**zweite Chance**“ zu eröffnen, falls sich eine nach Abschluss des Kaufvertrages erklärte Zustimmung eines Zustimmungsberechtigten vor dem Umschreibungsantrag als nicht zweckmäßig herausstelle. Das diesbezügliche Risiko einer pflichtwidrig unzureichenden Prüfung bzw. einer unzutreffenden Prognose sei der Eigentümergeinschaft und nicht dem veräußernden Wohnungseigentümer zuzuordnen.

Postvertriebsstück: B 08129

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

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter
www.dnoti.de.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a. D. Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

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

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

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt.

Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

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

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg