

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BeurkG § 34a Abs. 3; FamFG § 343; EuErbVO Artt. 4, 10 – Ablieferung eines Erbvertrags; zuständiges Nachlassgericht bei letztem gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland

InsO §§ 270, 270c, 277 – Eigenverwaltung; Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners; Auswirkung auf nicht vorgelegte Eintragungsbewilligung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 2314 Abs. 1 S. 3 – Anspruch auf Ergänzung eines notariellen Nachlassverzeichnisses

Rechtsprechung in Leitsätzen

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BeurkG § 34a Abs. 3; FamFG § 343; EuErbVO Artt. 4, 10

Ablieferung eines Erbvertrags; zuständiges Nachlassgericht bei letztem gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland

I. Sachverhalt

Der Notar beurkundete 2011 einen Erbvertrag zweier Ehegatten. Der Erbvertrag wurde vom Notar verwahrt und im Zentralen Testamentsregister (ZTR) registriert. Der Ehemann verstarb 2019 mit letztem Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt auf den Philippinen. Es ist Nachlassvermögen in Deutschland vorhanden. Wo der Erblasser vorher seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte, ist dem Notar nicht bekannt.

Das ZTR teilte gem. § 7 Abs. 1 ZTRV mit, dass laut Sterbefallmitteilung das Amtsgericht Schöneberg in

Berlin das zu benachrichtigende Nachlassgericht gem. § 7 Abs. 3 ZTRV sei und die erbfolgerrelevanten Urkunden dorthin abzuliefern seien. Das AG Schöneberg erklärte sich durch Beschluss für unzuständig und schickte die Urkunde an den Notar zurück. Der letzte gewöhnliche Aufenthalt im Ausland begründe die Zuständigkeit des AG Schöneberg nicht. Der Notar müsse vielmehr die gem. § 34a Abs. 3 S. 1 BeurkG zuständige Verwahrstelle selbständig ermitteln.

Abwandlung: Die Ehegatten ließen nicht einen Erbvertrag beurkunden, sondern einen Ehevertrag, in dem Gütertrennung vereinbart wurde.

II. Fragen

1. Hat das Gericht seine Zuständigkeit zu Recht verneint?
2. Falls ja: An welches Gericht ist die Urkunde abzuliefern?
3. Muss der Notar ggf. den letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Inland ermitteln?

III. Zur Rechtslage

1. Grundsätzliche Pflicht zur Ablieferung der Urkunde

Gem. § 34a Abs. 3 S. 1 BeurkG muss der **Notar**, in dessen Verwahrung sich ein **Erbvertrag** befindet (**Verwahrstelle**), diesen nach Eintritt des Erbfalls an das Nachlassgericht abliefern, „in dessen Verwahrung er danach verbleibt“. Gleiches gilt (betreffend die Abwandlung) gem. § 34a Abs. 3 S. 2 BeurkG für „**sonstige**“ **Urkunden** (die also kein Erbvertrag sind), die Erklärungen enthalten, nach deren Inhalt sich die Erbfolge ändern kann. Diese Erklärungen müssen dem Nachlassgericht aber lediglich in beglaubigter Abschrift mitgeteilt werden. Was eine erbfolgerrelevante Urkunde ist, regelt § 34a Abs. 3 S. 2 BeurkG nicht ausdrücklich. Nach naheliegender h. M. in der Literatur fällt darunter jede erbfolgerrelevante Urkunde i. S. v. § 78d Abs. 2 S. 1 BNotO (MünchKommBGB/Sticherling, 8. Aufl. 2020, § 34a BeurkG Rn. 23) und damit auch ein **Ehevertrag**, mit dem die Ehepartner **Gütertrennung** vereinbaren oder aufheben.

Folglich ist der vorliegende Erbvertrag abzuliefern (Ausgangsfall) und der Ehevertrag, in dem Gütertrennung vereinbart worden ist (Abwandlung), in beglaubigter Abschrift mitzuteilen. **Umstritten** ist, ob der Notar die **gesamte Urkunde** in beglaubigter Abschrift abliefern darf (so Burandt/Rojahn/Egerland, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 34a BeurkG Rn. 10; Heinemann, in: Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 34a Rn. 19), wenn diese auch andere als erbfolgerrelevante Erklärungen enthält, oder ob er sich wegen der Verschwiegenheitspflicht gem. § 18 BNotO auf eine auszugsweise beglaubigte Abschrift beschränken muss. Die h. M. im Schrifttum geht davon aus, dass insoweit die notarielle Verschwiegenheitspflicht und datenschutzrechtliche Bestimmungen eingreifen. **Nach überwiegender Auffassung** gestattet und verlangt § 34a Abs. 3 S. 2 BeurkG daher nur die **Übersendung der erbfolgerrechtlich relevanten Teile** der Urkunde in beglaubigter Ablichtung (Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 34a Rn. 34; BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.5.2020, § 34a BeurkG Rn. 7; BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, Std.: 1.4.2020, § 34a Rn. 26). Dies kann jedoch nur dann gelten, wenn eine Abtrennung einzelner Teile möglich ist (MünchKommBGB/Sticherling, § 34a BeurkG Rn. 24). Eine solche Trennbarkeit wird bspw. nicht gegeben sein, wenn sich die eigentlich nicht erbfolgerrelevanten Teile der Urkunde auf die erbfolgerrelevanten Teile der Urkunde auswirken können – etwa bei einer potentiellen Gesamtnichtigkeit. Die Prüfung einer etwaigen Gesamtnichtigkeit muss dem Nachlassgericht durch Übersendung des gesamten Vertrags ermöglicht werden. Bei der Frage, welche Teile ohne Auswirkung

abtrennbar sind, wird man dem Notar einen gewissen Ermessensspielraum einzuräumen haben. Bleiben Zweifel, so ist der Notar berechtigt, den gesamten Urkundeninhalt mitzuteilen (Heinemann, § 34a Rn. 19).

2. Zuständiges Gericht für die Ablieferung

Nach § 34a Abs. 3 S. 1 BeurkG hat der Notar an dasjenige Nachlassgericht abzuliefern, „in dessen Verwahrung er [der Erbvertrag] danach verbleibt“. Die Zuständigkeit dafür bestimmt sich grundsätzlich nach den Vorschriften des **FamFG** (BeckOK-BeurkG/Seebach, Std.: 1.5.2020, § 34a Rn. 83). Die internationale Zuständigkeit dürfte sich **nicht nach der Europäischen Erbrechtsverordnung** (EuErbVO) richten (obwohl sie in zeitlicher Hinsicht anwendbar ist, da der Erbfall nach dem 17.8.2015 eingetreten ist, vgl. Art. 83 Abs. 1 EuErbVO), denn vorliegend steht keine „Entscheidung“ (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. g EuErbVO) eines Gerichts i. S. v. Art. 4 EuErbVO in Rede. Zwar hat der EuGH in der Rechtssache Oberle (NJW 2018, 2309 Tz. 42) entschieden, dass die Zuständigkeitsregel des Art. 4 EuErbVO auch solche Verfahren erfasse, die nicht zum Erlass einer judiziellen Entscheidung (im engeren Sinne) führten. Daher sei auch die Zuständigkeit der Gerichte in Erbscheinssachen unmittelbar dem Art. 4 EuErbVO zu entnehmen. Daraus darf man aber u. E. nicht den Schluss ziehen, dass sich die Ablieferung von Erbverträgen oder anderen erbfolgerrelevanten Urkunden ebenfalls nach der EuErbVO richtet – dafür sieht die EuErbVO gerade keine Spezialzuständigkeit vor. Betroffen ist vielmehr allein die Verwahrzuständigkeit für erbfolgerrelevante Urkunden. Diese Verwahrzuständigkeit wird von der EuErbVO nicht adressiert (MünchKommFamFG/Rauscher, 3. Aufl. 2019, Art. 1 EuErbVO Rn. 28; Süß/Meyer, Erbrecht in Europa, 4. Aufl. 2020, § 7 Rn. 6; Weber, RNotZ 2018, 454, 462; ders./Schall, NJW 2016, 3564; NK-BGB/Makowsky, 3. Aufl. 2019, Art. 4 EuErbVO Rn. 14 für die Verwahrung zu Lebzeiten; a. A. MünchKommBGB/Dutta, 8. Aufl. 2020, Vor Art. 4 EuErbVO Rn. 11).

Selbst wenn man den Anwendungsbereich der EuErbVO für eröffnet hielte, wäre der Fall nicht anders zu beurteilen: Da der Erblasser vorliegend nicht mit gewöhnlichem Aufenthalt in einem Mitgliedstaat (sondern auf den Philippinen) verstorben ist, wäre Art. 4 EuErbVO nicht einschlägig. Stattdessen käme man über Art. 10 Abs. 1 lit. a EuErbVO zu einer subsidiären internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte, wenn und weil der Erblasser deutscher Staatsangehöriger war und Nachlassvermögen in Deutschland hatte. Nur wenn letzteres nicht der Fall gewesen wäre, gelangte man über Art. 10 Abs. 2 EuErbVO zur Zuständigkeit der Gerichte eines anderen Mitgliedstaats, wenn der Erblasser in die-

sem Mitgliedstaat Nachlassvermögen hinterlassen hätte. Hat der Erblasser dagegen keinerlei Nachlassvermögen in einem Mitgliedstaat hinterlassen, so dürfte sich die internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte – mangels Einschlägigkeit der EuErbVO für diesen Fall – direkt nach § 105 FamFG richten (Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 343 Rn. 17; Fröhler, BWNotZ 2015, 47; Lange, ErbR 2016, 58).

Unterstellt man – u. E. zu Unrecht (s. o.) – die grundsätzliche Anwendbarkeit der EuErbVO und wären die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 10 Abs. 1 lit. a EuErbVO erfüllt, so richtete sich die örtliche Zuständigkeit der (international zuständigen) deutschen Gerichte nach § 47 Nr. 2 IntErbRVG. Hiernach gelten aber die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit im FamFG entsprechend. Daraus folgt, dass sich das zuständige Gericht, an das abzuliefern ist, **in jedem Fall nach den §§ 343 f. FamFG** (ggf. in entsprechender Anwendung) bestimmt.

3. Örtliche Zuständigkeit bei letztem gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland

Die örtliche Zuständigkeit des Nachlassgerichts i. S. v. § 34a Abs. 3 S. 2 BeurkG ist nach **§ 343 FamFG** zu ermitteln (Burandt/Rojahn/Egerland, § 34a BeurkG Rn. 10; BeckOK-BeurkG/Seebach, § 34a Rn. 83). Da der Erblasser nach dem mitgeteilten Sachverhalt zwar nicht im Zeitpunkt seines Todes, wohl aber davor einen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hatte, ist nach § 343 Abs. 2 FamFG das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Erblasser seinen **letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Inland** hatte. Der Wortlaut enthält keine zeitliche Grenze, somit ist es unerheblich, wie lang dieser Aufenthalt zurückliegt (KG FGPrax 2017, 264 zum 50 Jahre zurückliegenden Aufenthalt; ebenso Harders, in: Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 343 Rn. 8). Lässt sich ein früherer gewöhnlicher Aufenthaltsort im Inland **nicht feststellen**, so ist gem. § 343 Abs. 3 S. 1 FamFG das **Amtsgericht Schöneberg** in Berlin zuständig, sofern der Erblasser Deutscher ist oder Nachlassgegenstände im Inland besitzt (Burandt/Rojahn/Gierl, § 343 FamFG Rn. 17; BeckOK-FamFG/Schlögel, Std.: 1.7.2020, § 343 Rn. 11). Die im Sachverhalt angesprochene Ansicht des Gerichts, der letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers im Ausland begründe keine Zuständigkeit, trifft insoweit nicht zu. Erforderlich ist zudem, dass sich ein letzter gewöhnlicher Aufenthalt im Inland nicht ermitteln lässt.

4. Verfahren bei unklarem letztem Aufenthaltsort und Ermittlungspflichten

Ist dem Notar der letzte gewöhnliche Aufenthalt unbekannt, so stellt sich die Frage nach dem Verfahren

der Ablieferung und dem Umfang der notariellen Ermittlungspflichten hinsichtlich des zuständigen Amtsgerichts. Gem. § 343 Abs. 3 S. 1 FamFG ist das Amtsgericht Schöneberg in Berlin nur dann zuständig, wenn eine Zuständigkeit nach § 343 Abs. 1 und Abs. 2 FamFG ausscheidet. Das ist insbesondere der Fall, wenn ein gem. § 343 Abs. 2 FamFG entscheidender letzter gewöhnlicher Aufenthalt im Inland nicht festgestellt werden kann (BeckOK-FamFG/Schlögel § 343 Rn. 11).

Für den Notar ergeben sich gewöhnlich (abgesehen von der Wohnanschrift zum Zeitpunkt der Beurkundung, wie sie in der Urkunde vermerkt ist) keine Ermittlungsansätze für einen letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Inland. Dieses Problem hat der Gesetzgeber erkannt und einer Regelung zugeführt. Ist die erfolgerelevante Urkunde im ZTR registriert, so bestimmt sich das Verfahren zur Ablieferung und Benachrichtigung des Nachlassgerichts durch die Verordnung zur Errichtung und Führung des Zentralen Testamentsregisters (Testamentsregister-Verordnung – ZTRV – v. 11.7.2011, BGBl. I, S. 1386). Im Sterbefall erhält die Registerbehörde (ZTR) vom zuständigen Standesamt eine Sterbefallmitteilung. Der Inhalt der Sterbefallmitteilung richtet sich nach § 6 ZTRV. Dort ist unter anderem gem. § 6 Abs. 1 Nr. 10 ZTRV der letzte Wohnsitz des Verstorbenen anzugeben. Gem. § 7 Abs. 3 S. 2 ZTRV wird vermutet, dass das zu benachrichtigende Nachlassgericht dasjenige ist, das für den letzten inländischen Wohnsitz des Erblassers örtlich zuständig ist. Enthält die Sterbefallmitteilung keinen inländischen Wohnsitz, so wird als zu benachrichtigendes Nachlassgericht das AG Schöneberg in Berlin vermutet (§ 7 Abs. 3 S. 3 ZTRV). Nach dem mitgeteilten Sachverhalt würden wir davon ausgehen, dass die Mitteilung des zuständigen Nachlassgerichts durch das ZTR auf **§ 7 Abs. 3 S. 3 ZTRV** beruht und damit nach der dem ZTR vorliegenden Sterbefallmitteilung zutreffend war.

§ 7 Abs. 3 S. 3 ZTRV bestimmt allerdings nur das zu benachrichtigende Nachlassgericht und enthält u. E. kein Präjudiz für die Frage der Zuständigkeit nach dem FamFG. Dies geht auch aus der Begründung zur ZTRV hervor. Dort heißt es wörtlich (BR-Drucks. 220/15, S. 5 der Begr. – Hervorhebungen i. F. durch die DNtI-Redaktion):

*„Die Vermutung gilt jedoch nur für den Zweck der Benachrichtigung nach § 7 Absatz 3 ZTRV. Das **Nachlassgericht hat** – wie auch bisher – seine Zuständigkeit grundsätzlich von Amts wegen zu prüfen und **gegebenenfalls Ermittlungen über die Tatsachen, die die Zuständigkeit begründen, anzustellen.**“*

Allerdings ist in der ZTRV das Verfahren über die Benachrichtigung und Ermittlung des zu benachrichtigenden Nachlassgerichts abschließend geregelt (jedenfalls wenn die erbfolgerrelevante Urkunde im ZTR registriert ist), sodass sich u. E. darüber hinaus für den **Notar keine weitergehenden Ermittlungspflichten** ergeben dürften (so auch BeckOK-BeurkG/Seebach, § 34a Rn. 84; NK-Nachfolger/Gutfried, 2. Aufl. 2019, § 34a BeurkG Rn. 20). Der Notar wird seiner Amtspflicht zur Ablieferung vielmehr bereits durch Ablieferung an das vom ZTR benannte Gericht Genüge getan haben. Die Ermittlung des zuständigen Gerichts obliegt dann dem mit der Sache befassten Gericht (vgl. BR-Drucks. 220/15, S. 5 der Begr.; MünchKommFamFG/Pabst, 3. Aufl. 2018, § 3 Rn. 12).

Hält sich das Gericht, bei dem die Urkunde abgeliefert wird, für unzuständig, so muss es die Sache an das (seiner Ansicht nach) zuständige Nachlassgericht verweisen (§ 3 Abs. 1 FamFG; vgl. MünchKommFamFG/Grziwotz, § 343 Rn. 57; Harders, § 343 Rn. 20). Für das AG Schöneberg besteht zusätzlich die Möglichkeit, die Sache gem. **§ 343 Abs. 3 S. 2 FamFG aus wichtigem Grund** an ein anderes Nachlassgericht zu verweisen (einzelfallbezogene Zweckmäßigkeitprüfung). Ein solcher wichtiger Grund liegt bspw. vor, wenn Anhörungen von Beteiligten im Bezirk eines anderen Nachlassgerichts notwendig sind (Keidel/Zimmermann, § 343 Rn. 80; MünchKommFamFG/Grziwotz, § 343 Rn. 41). Das bloße Vorhandensein von Nachlassgegenständen im Bezirk eines anderen Nachlassgerichts genügt nicht (OLG Köln FGPrax 2016, 136). Unabhängig davon, ob das Gericht sich für unzuständig oder einen wichtigen Grund i. S. d. § 343 Abs. 3 S. 2 FamFG für gegeben hält, ist die Rechtsfolge die Verweisung an das zuständige Gericht. Eine bloße **Zurückweisung** wegen Unzuständigkeit **ohne Verweisung sieht das FamFG** hingegen **nicht vor**. Kann das (vermeintlich) unzuständige Gericht das tatsächlich zuständige Gericht nicht ermitteln, so hat eine Verweisung zu unterbleiben (BeckOK-FamFG/Burschel, Std.: 1.7.2020, § 3 Rn. 3).

Wir würden im Ergebnis deshalb davon ausgehen, dass die Zurückweisung zu Unrecht erfolgte. Sollte das Gericht keinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Inland ermitteln können, so ist das Amtsgericht Schöneberg in Berlin gem. § 343 Abs. 3 S. 1 FamFG zuständig. Lässt sich ein solcher Aufenthalt jedoch ermitteln, dann ist die Sache an das zuständige Gericht zu verweisen.

InsO §§ 270, 270c, 277

Eigenverwaltung: Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners; Auswirkung auf nicht vorgelegte Eintragungsbewilligung

I. Sachverhalt

In einem Kaufvertrag zwischen einer Kommune und einem Bauträger hat sich die Kommune ein Wiederkaufsrecht zur Absicherung einer Bauverpflichtung vorbehalten. Zur Sicherung dieses Wiederkaufsrechts wurde eine Auflassungsvormerkung bewilligt und beantragt. Bei der Eigentumsumschreibung auf den Bauträger hat die Kommune auf die Eintragung dieser Vormerkung zunächst verzichtet und den in der Urkunde gestellten Antrag zurückgenommen.

Nach Eigentumsumschreibung auf den Bauträger ist das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Die Insolvenz findet in Eigenverwaltung statt. Die Kommune beantragt nunmehr doch die Eintragung der Vormerkung zur Sicherung des Wiederkaufsrechts.

II. Frage

Ist die Bewilligung des insolventen Bauträgers (in Eigenverwaltung) aus der Kaufvertragsurkunde weiterhin wirksam, sodass die Vormerkung allein infolge des Antrags der Kommune im Grundbuch eingetragen werden kann?

III. Zur Rechtslage

1. Verfügungsbefugnis des Schuldners in der Eigenverwaltung

Das Insolvenzgericht kann im Eröffnungsbeschluss unter den Voraussetzungen des § 270 Abs. 2 InsO die Eigenverwaltung durch den Insolvenzschuldner anordnen (**§ 270 Abs. 1 S. 1 InsO**). Geschieht dies bereits im Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, so wird nach § 270c S. 3 InsO kein Insolvenzvermerk im Grundbuch eingetragen, denn die Anwendbarkeit der §§ 32, 33 InsO ist gerade ausgeschlossen. Regelmäßig **behält** der Schuldner bei angeordneter Eigenverwaltung seine **Verfügungsmacht**. Er bleibt nach § 270 Abs. 1 S. 1 InsO grundsätzlich berechtigt, die Insolvenzmasse zu verwalten und über sie zu verfügen. Entgegen § 80 Abs. 1 InsO kommt es also **nicht zum Insolvenzbeschluss** (Foerste, Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 611; in diesem Sinn aus der Rechtsprechung: BGH NZI 2017, 345 Tz. 8 = NJW-RR 2017, 553; BGH NJW 2018, 2125 Tz. 51; s. auch Uhlenbruck/Zipperer, InsO, 15. Aufl. 2019, § 270 Rn. 35; Uhlenbruck/Zipperer, § 270c Rn. 6).

Demgegenüber wird insbesondere im **Schrifttum** vielfach ein abweichendes Verständnis zur Verfügungsbefugnis des Schuldners bei Eigenverwaltung vertreten (z. B. MünchKommInsO/Kern, 4. Aufl. 2020, § 270 Rn. 141; Jaeger/Meller-Hannich, InsO, 2019, § 270 Rn. 16), wonach der Schuldner – wie der Insolvenzverwalter – als **Amtswalter in eigener Sache** tätig werde. Diese (neue) Befugnis sei originär aus der Anordnung des Insolvenzgerichts abzuleiten. Der Schuldner behalte also nicht seine „alte“, vor Verfahrenseröffnung bestehende Verfügungsmacht über sein Vermögen. Nur über diese Konstruktion lasse sich erklären, dass der Schuldner nach Verfahrenseröffnung bestimmte dem Insolvenzverwalter zugewiesene Rechte wahrnehmen und sich z. B. über § 103 InsO aus Vertragsverhältnissen lösen könne (vgl. § 279 S. 1 u. 2 InsO), dass der Schuldner für bestimmte Handlungen das Einvernehmen mit dem Sachwalter oder der Gläubigerversammlung herstellen müsse und dass bestimmte Handlungen des Schuldners wegen Insolvenzzweckwidrigkeit unwirksam seien. Im Sinne dieses Verständnisses lässt sich möglicherweise auch die knappe Formulierung in einem neuen Urteil des BGH (NZI 2019, 236 Tz. 11) deuten: Ordnet das Insolvenzgericht mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Eigenverwaltung an, *erlangt* aus Sicht des BGH der Schuldner das Recht, die Insolvenzmasse zu verwalten und über sie „gleichsam als Amtswalter in eigenen Angelegenheiten“ zu verfügen.

2. Schicksal der Eintragungsbewilligung

Auch die Befürworter der dem Schuldner durch Anordnung neu verliehenen Verfügungsbefugnis haben **bisher nicht** weiter **erörtert**, ob zufolge ihrer Ansicht die vom Insolvenzschuldner vor Insolvenzeröffnung abgegebene Eintragungsbewilligung bzgl. der Vormerkung nur unter den Voraussetzungen des **§ 878 BGB** für den Grundbuchvollzug verwertbar bleibt – weil eben die vormalige Verfügungsmacht des Schuldners erlischt und mit Anordnung der Eigenverwaltung durch eine qualitativ neue ersetzt wird (s. allg. zur anerkannten entsprechenden Anwendung des § 878 BGB auf Vormerkungen nur BGH NZI 2005, 331, 332 = DNotI-Report 2005, 94; NJW 1996, 461, 463; ausf. BeckOGK-BGB/Kessler, Std.: 1.4.2020, § 878 Rn. 49 f. m. w. N.). Dann wäre, da der Antrag zur Eintragung der Vormerkung beim Grundbuchamt bisher nicht gestellt wurde, aus diesem Grund die bereits vom Bauträger abgegebene Erklärung unverwertbar. Unseres Erachtens scheint angesichts der ausdrücklich angeordneten Nichteintragung eines Insolvenzvermerks bei der Eigenverwaltung (§ 270c S. 3 InsO) zwar die Auffassung von der „Fortdauer der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners“ (so die Formulierung bei BGH NJW 2018, 2125 Tz. 51) eher dem Gesetzessinn zu entspre-

chen. Lässt sich die Mitwirkung des Bauträgers noch erreichen, könnte es sich jedoch wegen der nicht abschließend geklärten Rechtslage nach dem **Grundsatz des sichersten Weges** (dazu nur Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn. 210 m. w. N.) empfehlen, dass der – unstreitig verfügungsbefugte – Bauträger **nochmals die Bewilligung zur Eintragung der Vormerkung** abgibt.

3. Zustimmungsvorbehalt gem. § 277 InsO

Differenzierter würde sich die Rechtslage im Rahmen der Eigenverwaltung dann darstellen, wenn das Insolvenzgericht angeordnet hätte, dass Verfügungen des Insolvenzschuldners (Bauträgers) bzgl. des mit der Vormerkung zu belastenden Grundbesitzes nur mit Zustimmung des Sachwalters wirksam sind (§ 277 Abs. 1 S. 1 InsO). Bei einer derartigen Fallgestaltung wäre auch – wie sonst im regulären Insolvenzverfahren – ein entsprechender **Insolvenzvermerk** im Grundbuch einzutragen (§§ 277 Abs. 3 S. 3, 32 InsO). Allerdings wird dem Insolvenzschuldner die **Verfügungsbefugnis** unabhängig von der Eintragung des Insolvenzvermerks im Grundbuch allein **durch den Erlass des Beschlusses** über die Anordnung der Zustimmungsbefugnis **entzogen** (s. nur MünchKommInsO/Kern, § 277 Rn. 29). Die nachfolgende Eintragung des Insolvenzvermerks im Grundbuch gem. §§ 277 Abs. 3 S. 3, 32 InsO hat dann lediglich deklaratorische (kundmachende) Bedeutung (vgl. Uhlenbruck/Zipperer, § 32 Rn. 5).

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.

BGB §§ 1821, 1094, 463 f.

Dingliches Vorkaufsrecht; betreuungsgerichtliche Genehmigung für Zweitkaufvertrag und dingliches Rechtsgeschäft; Tod des Betreuten

Abruf-Nr.:

HGB § 161

Grundbuchtauglicher Nachweis des liquidationslosen Erlöschens einer KG

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB § 2314 Abs. 1 S. 3

Anspruch auf Ergänzung eines notariellen Nachlassverzeichnisses

Der Pflichtteilsberechtigte kann die Ergänzung bzw. Berichtigung eines notariellen Nachlassverzeichnisses auch dann verlangen, wenn dieses wegen unterbliebener Mitwirkung des Erben teilweise unvollständig ist (hier: verweigerte Zustimmung des Erben zu einem Kontendatenabruf des Notars bei einem ausländischen Kreditinstitut).

BGH, Urt. v. 20.5.2020 – IV ZR 193/19

Problem

Es geht um einen Pflichtteilsstreit zwischen der zur Alleinerbin eingesetzten Tochter (T) der 2010 verstorbenen Erblasserin und den beiden Enkelinnen (Töchter einer weiteren verstorbenen Tochter der Erblasserin). Die Enkelinnen nahmen ihre Tante in einem Verfahren vor dem AG Bonn im Wege der Stufenklage auf Zahlung des Pflichtteils in Anspruch. Durch Teilurteil des AG Bonn vom 23.11.2017 wurde die Tante verurteilt, gegenüber den Enkelinnen Auskunft gem. § 2314 BGB über den Bestand des Nachlasses der Erblasserin durch Vorlage eines notariell aufgenommenen und vollständigen Verzeichnisses zu erteilen und die Pflichtteilsberechtigten bei der Aufnahme des Verzeichnisses zuzuziehen.

Die Erbin legte am 4.5.2018 ein notarielles Verzeichnis vor und meint – im Gegensatz zu den die Vollstreckung betreibenden Enkelinnen –, sie habe den titulierten Auskunftsanspruch erfüllt. Daher beantragte sie im Wege der Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO), die Zwangsvollstreckung aus dem genannten Urteil des AG Bonn für unzulässig zu erklären.

In der Sache betrifft der Streit das Gemeinschaftskonto der Erblasserin bei der Raiffeisenbank M in Österreich, zu dem der Notar keine Ermittlungen angestellt und keine Angaben in das Nachlassverzeichnis aufgenommen hat. Die Erbin hatte dem Notar zwar nach Auftragserteilung eine Vollmacht dazu erteilt, Kontenauskünfte zur Errichtung des Nachlassverzeichnisses bei deutschen Kreditinstituten zu beantragen. Einen Kontendatenabruf des Notars für Kontenverbindungen in Österreich hatte die Erbin jedoch nicht ermöglicht.

Entscheidung

Der BGH entscheidet in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht, dass die Vollstreckungsabwehrklage der Klägerin (Erbin) gem. § 767 Abs. 1 ZPO un-

begründet ist. Nach Ansicht des BGH ist der titulierte Anspruch der Beklagten auf Auskunft über den Bestand des Nachlasses gem. § 2314 Abs. 1 S. 1 u. 3 BGB **nicht durch Vorlage des notariellen Nachlassverzeichnisses vom 4.5.2018 gem. § 362 Abs. 1 BGB erfüllt** worden.

Der BGH bekräftigt zunächst die mittlerweile ganz h. A., dass der Notar im Falle des notariellen Nachlassverzeichnisses den Bestand des Nachlasses selbst und eigenständig zu ermitteln habe und durch Bestätigung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck zu bringen habe, dass er den Inhalt verantwortet. Der BGH betont auch die grundsätzliche **Mitwirkungsverpflichtung des Erben** (vgl. dazu auch BGH DNotZ 2019, 204 = FamRZ 2019, 141 m. Anm. Müller-Engels). Diese konkretisiert sich u. a. darin, dass der Erbe eigene Auskunftsansprüche gegenüber Geldinstituten oder sonstigen Dritten durchzusetzen oder die Dritten zu ermächtigen habe, die benötigten Auskünfte unmittelbar dem Notar zu erteilen (vgl. OLG Bamberg ZEV 2016, 580 Tz. 5 = MittBayNot 2017, 169 m. Anm. Braun). Ist das Nachlassverzeichnis dennoch unvollständig oder unrichtig, so kann der **Pflichtteilsberechtigte** grundsätzlich **nicht Ergänzung oder Berichtigung des Verzeichnisses verlangen**. In diesem Fall ist der Pflichtteilsberechtigte nach dem Gesetz vielmehr – soweit die Voraussetzungen des § 260 Abs. 2 BGB vorliegen – auf den Weg der **eidesstattlichen Versicherung** verwiesen (ganz h. M.; vgl. nur Staudinger/Herzog, BGB, 2015, § 2314 Rn. 84).

Der BGH schließt sich allerdings der h. A. in Rechtsprechung und Literatur an, die von diesem Grundsatz verschiedene **Ausnahmen** anerkennt: So kann ein Anspruch auf Ergänzung oder Berichtigung eines Nachlassverzeichnisses bestehen, wenn darin eine unbestimmte Mehrheit von Nachlassgegenständen (etwa aufgrund eines **Rechtsirrtums des Pflichtigen**) nicht aufgeführt ist (vgl. BGH BeckRS 1952, 103508; OLG Düsseldorf BeckRS 2019, 33229, Tz. 11 ff.), wenn Angaben über den fiktiven Nachlass oder Schenkungen fehlen (vgl. OLG Oldenburg NJW-RR 1992, 777), wenn die Auskunft zwar dem Wissensstand des Verpflichteten entspricht, dieser sich jedoch **fremdes Wissen trotz Zumutbarkeit nicht verschafft** hat (vgl. OLG Saarbrücken ZEV 2011, 373, 375), oder wenn sich der Notar auf die Wiedergabe der Bekundungen des Erben ohne eigene Ermittlungstätigkeit beschränkt (vgl. OLG Koblenz ZEV 2018, 413 Tz. 17).

Nach diesen Grundsätzen ist das notarielle **Nachlassverzeichnis** nach Ansicht des BGH im vorliegenden Fall **unvollständig** gewesen, weil es keine umfassenden Angaben über die Geschäftsbeziehungen der Erblasserin zur Raiffeisenbank M in Österreich enthält. Die

vom Notar in Bezug genommenen Vermögenserklärungen im österreichischen Verlassenschaftsverfahren, die rein private Erklärungen des Erben darstellten, erachtet der BGH nicht für ausreichend oder gleichwertig. Der Anspruch der Pflichtteilsberechtigten gegen die Erbin besteht dementsprechend fort.

Rechtsprechung in Leitsätzen – Volltext abrufbar unter www.dnoti.de/Entscheidungen

BGB § 2325 Abs. 1

GbR; Pflichtteilergänzungsanspruch bei Anwachsung unter Ausschluss des Abfindungsanspruchs

Die bei einer zweigliedrigen, vermögensverwaltenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts für den Fall des Todes eines Gesellschafters vereinbarte Anwachsung seines Gesellschaftersanteils beim überlebenden Gesellschafter unter Ausschluss eines Abfindungsanspruchs kann eine Schenkung im Sinne von § 2325 Abs. 1 BGB sein.

BGH, Urt. v. 3.6.2020 – IV ZR 16/19

WEG §§ 3, 8

Teilung eines Miteigentumsanteils

Ein Miteigentumsanteil an einem Grundstück kann nicht im Wege eines Teilungsvertrags nach § 3 WEG zerlegt und mit Sondereigentum verbunden werden, wenn die dadurch neu gebildeten Einheiten sämtlich in der Hand des ursprünglichen Miteigentümers verbleiben sollen; hierfür bedarf es zusätzlich einer Teilungserklärung nach § 8 WEG.

OLG München, Beschl. v. 15.6.2020 – 34 Wx 144/20

Erbbaurecht § 5

Zustimmung nach § 5 ErbbauRG; maßgeblicher Zeitpunkt

Die Wirksamkeit der durch den Eigentümer erklärten Zustimmung nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG dauert auch dann fort, wenn nachträglich die Berechtigung hierzu durch den Verlust der Eigentümerstellung entfällt, bevor der Eintragungsantrag gestellt worden ist.

OLG München, Beschl. v. 15.6.2020 – 34 Wx 131/20

BGB §§ 139, 167, 311b, 925

Herbeiführung der Heilung bei formnichtiger Auflassungsvollmacht

Die in einem notariell beurkundeten Angebot auf Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück erteilte Auflassungsvollmacht ist im Fall der Formnichtigkeit des Angebots im Zweifel ebenfalls unwirksam. Anders liegt es, wenn eine Partei die andere unwiderrufflich zur Auflassung bevollmächtigt hat, um so die Vollziehung des Vertrags – und damit die Heilung der Formnichtigkeit des gesamten Vertrags – zu sichern (im Anschluss an BGH Urteile vom 19. Dezember 1963 – V ZR 121/62 – WM 1964, 182; vom 30. Oktober 1987 – V ZR 144/86 – NJW-RR 1988, 348 und vom 17. März 1989 – V ZR 233/87 – NJW-RR 1989, 1099).

BGH, Urt. v. 27.5.2020 – XII ZR 107/17

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