

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

19. Jahrgang
August 2011
ISSN 1434-3460

15/2011

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 12, 24, 26, 29 – Auswirkung der Anfechtung der Verwalterbestellung auf die Zustimmung zur Veräußerung eines Wohnungseigentums; Mehrheitserfordernis bei der Verwalterbestellung

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

ZPO §§ 726 Abs. 1, 727 Abs. 1, 731, 768, 794 Abs. 1 Nr. 5, 797 Abs. 2, 795 – Revision der vom XI. Zivilsenat mit Urteil

v. 30.3.2010 (XI ZR 200/09) aufgestellten Grundsätze zu den Prüfungspflichten des Notars im Klauselerteilungsverfahren
ErbStG § 3 – Abfindung an weichenden Erbprätendenten als nicht der Erbschaftsteuer unterliegender Erwerb von Todes wegen i. S. d. § 3 ErbStG

Aktuelles

GrESt-Erhöhung in Nordrhein-Westfalen zum 1.10.2011
Änderung des Umwandlungsgesetzes

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 12, 24, 26, 29

Auswirkung der Anfechtung der Verwalterbestellung auf die Zustimmung zur Veräußerung eines Wohnungseigentums; Mehrheitserfordernis bei der Verwalterbestellung

I. Sachverhalt

Im April 2011 wurde ein Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung beurkundet. Zur Veräußerung ist die Verwalterzustimmung nötig. Entsprechend dem Vorschlag des Verkäufers ist die Zustimmung keine Kaufpreisfälligkeit voraussetzung.

Der Verwalter V verweigert die Erteilung der Zustimmung mit folgender Begründung: In der Eigentümerversammlung vom August 2010 wurde über die Verwalterbestellung ab 1.1.2011 beschlossen. Zur Wahl stellten sich der bisherige Verwalter V (47 Jastimmen) und die neuen Kandidaten K1 (10 Jastimmen), K2 (3 Jastimmen) und K3 (38 Jastimmen). Gewählt wurde in einem Wahlgang mit Stimmzetteln. Anschließend stellte der nur für diesen Tagesordnungspunkt zum Versammlungsleiter gewählte Eigentümer P fest, dass V somit weiterhin als Verwalter gewählt sei. Gegen diesen Bestellungsbeschluss wurde fristgerecht Anfechtungsklage

erhoben. Alle Verwaltungsbeiräte verweigern die Unterzeichnung des Protokolls über die Eigentümerversammlung. Über die Klage wurde noch nicht entschieden.

II. Fragen

1. Ist der mit relativer Mehrheit gefasste, aber verkündete Beschluss betreffend die Verwalterbestellung wirksam?
2. Wird eine bereits erteilte Verwalterzustimmung unwirksam, wenn der Bestellungsbeschluss rechtskräftig für ungültig erklärt wird?
3. Ist ein Verwalter bei angefochtenem Bestellungsbeschluss gleichwohl verpflichtet, die Zustimmung nach § 12 WEG zu erteilen?
4. Welche Auswirkungen hat die rechtskräftige Ungültigerklärung der Verwalterzustimmung auf die Abwicklung des Kaufvertrages, insbesondere die Eigentumsumschreibung?

III. Zur Rechtslage

1. Wirksamkeit eines mit relativer Mehrheit gefassten und verkündeten Bestellungsbeschlusses

Nach § 26 Abs. 1 S. 1 WEG beschließen die Wohnungseigentümer über die Bestellung des Verwalters mit Stimmenmehrheit. Die Beschlussfassung erfolgt nach § 23 Abs. 1 WEG grundsätzlich in einer Versammlung der Wohnungseigentümer. Für die Beschlussfassung mit Stimmenmehrheit selbst gelten dabei gem. § 25 Abs. 1 WEG die Vorschriften der Absätze 2 bis 5 dieser Norm. Hiernach

bemisst sich die Stimmenmehrheit nach den Köpfen der Erschienenen. Anhaltspunkte für eine von diesem in § 25 Abs. 2 S. 1 WEG niedergelegten **Kopfprinzip** abweichende Vereinbarung (etwa dergestalt, dass sich die Mehrheitsverhältnisse nach Miteigentumsanteilen bestimmen) sind vorliegend nicht ersichtlich (zur Zulässigkeit solcher Vereinbarungen siehe nur BayObLG NZM 2003, 444, 445).

a) Anforderungen an Stimmenmehrheit i. S. v. § 25 Abs. 1 WEG

Dementsprechend wäre vorliegend V als bisheriger Verwalter erneut zum Verwalter bestellt worden, wenn er die nach Köpfen bemessene Mehrheit der Stimmen der Wohnungseigentümer auf sich vereinigt hätte. **Stimmenmehrheit** bedeutet hierbei die **einfache Mehrheit der in der jeweiligen Versammlung anwesenden oder vertretenen Wohnungseigentümer**; die **relative Stimmenmehrheit genügt** auch dann **nicht**, wenn die Wohnungseigentümer über mehrere Bewerber gleichzeitig abstimmen (so ausdrücklich BayObLG NZM 2003, 444; ebenso bereits OLG Schleswig DWE 1987, 133; jew. m. w. N.; allg. zum Mehrheitserfordernis Bärmann/Pick, WEG, 19. Aufl. 2010, § 25 Rn. 32; speziell zu den Modalitäten der Beschlussfassung über die Bestellung des Verwalters vgl. Bärmann/Merle, WEG, 11. Aufl. 2010, § 26 Rn. 36). Vor diesem Hintergrund ergibt sich, dass der bisherige Verwalter V lediglich die relative Mehrheit, jedoch nicht mehr als die Hälfte der in der Versammlung vertretenen Stimmen und damit nicht die notwendige Mehrheit auf sich vereinigt hat.

b) Folgen einer unrichtigen Beschlussfeststellung und -verkündung

Die Folgen eines gleichwohl durch den Versammlungsleiter verkündeten Beschlusses über die mehrheitliche Verwalterbestellung werden uneinheitlich beurteilt.

aa) Nach überwiegender Ansicht soll die unrichtige Feststellung eines positiven Beschlussergebnisses **lediglich die Anfechtbarkeit des Beschlusses** bewirken. Stelle der Versammlungsleiter – wie hier der eigens für diesen Tagesordnungspunkt zum Versammlungsleiter gewählte P (vgl. § 24 Abs. 5 WEG) – entgegen der wahren Rechtslage ein positives Beschlussergebnis fest, so könnten die Rechtswirkungen dieses zunächst wirksamen positiven Beschlusses nur durch Anfechtungsklage gem. §§ 23 Abs. 4, 43 Nr. 4 WEG beseitigt werden (so eingehend bereits OLG Schleswig DWE 1987, 133 f.; ebenso BayObLG NZM 2003, 444 f.; beide jew. zu einer „Kampfabstimmung“ bei der Verwalterbestellung; speziell hierzu auch Bärmann/Merle, § 26 Rn. 36 sowie allgemein unter § 23 Rn. 46; ebenso bereits ausführlich Merle, Beschluss oder Nichtbeschluss, in: Partner im Gespräch, Schriftenreihe des Evangelischen Siedlungswerkes in Deutschland e. V., Heft 17, S. 267, 272).

bb) Teilweise wird hiergegen zwar eingewandt, dass es bereits an einer Beschlussfassung fehle, wenn ein Beschlussantrag keine Mehrheit gefunden habe (eingehend Bader, FS Seuß, 1987, S. 1, 6 f.; Deckert, ZMR 2008, 585, 587, dort Fn. 16). Gegen die zuletzt genannte Auffassung spricht indes entscheidend der Gesichtspunkt der Rechtssicherheit: So bestimmt § 23 Abs. 4 S. 2 WEG, dass ein Beschluss gültig ist, solange er nicht durch rechtskräftiges Urteil für ungültig erklärt ist. Diese Bestimmung wird durch die in § 46 Abs. 1 S. 2 WEG statuierte Monatsfrist flankiert, die sich ihrem eindeutigen Wortlaut nach lediglich auf die Ungültigerklärung existierender Beschlüsse bezieht, nicht jedoch auf Anträge, durch welche der bloße Rechtsschein

eines Beschlusses beseitigt werden soll. Allein durch die von der überwiegenden Auffassung favorisierte Lösung, nach der ein solcher Beschluss wirksam und lediglich anfechtbar ist, lässt sich demnach dem Zweck des § 23 Abs. 4 S. 2 i. V. m. § 46 WEG entsprechend verhindern, dass Wohnungseigentümer oder auch Dritte noch nach längerer Zeit den Einwand erheben können, der Mehrheitsbeschluss sei in Wahrheit unwirksam (so schon Merle, Beschluss oder Nichtbeschluss, S. 267, 272 f., freilich mit Blick auf die Vorläuferregelungen zu den heutigen §§ 23 Abs. 4, 46 WEG; Bärmann/Merle, § 23 Rn. 46 m. zahlr. w. N., insbes. aus der Rspr.).

cc) Demnach dürfte für die Praxis davon auszugehen sein, dass **für den Beschlussinhalt allein das festgestellte und verkündete Ergebnis maßgebend** ist, mithin der vorliegend nur mit relativer Mehrheit gefasste, aber gleichwohl (unrichtig) festgestellte und verkündete Verwalterbestellungsbeschluss bis zu seiner gerichtlichen Ungültigerklärung rechtswirksam ist.

2. Auswirkungen der Ungültigerklärung des Bestellungsbeschlusses auf die Verwalterzustimmung

Die Auswirkungen der Ungültigerklärung eines Bestellungsbeschlusses auf die nach § 12 WEG erteilte Zustimmung sind bislang nicht abschließend geklärt.

a) Grundsatz: Rechtshandlungen des Verwalters bleiben wirksam

Unbestritten ist freilich, dass der Bestellte im Falle der rechtskräftigen Ungültigerklärung des Bestellungsbeschlusses **mit rückwirkender Kraft seine Verwalterstellung verliert** (siehe nur KG ZMR 2009, 784 f. = RNotZ 2009, 479; Bärmann/Merle, § 26 Rn. 236). Weiterhin ist anerkannt, dass Rechtshandlungen des Verwalters, die er im Rahmen der laufenden Verwaltung oder in Ausführung der Beschlüsse der Wohnungseigentümersammlung vorgenommen hat, **entsprechend dem Rechtsgedanken des § 47 FamFG** (früher: § 32 FGG) nicht allein deshalb als unwirksam anzusehen sind, weil die Bestellung des Verwalters später für unwirksam erklärt wird. Gleiches gilt für Beschlüsse der Wohnungseigentümersammlung, die durch den später der Verwalterstellung verlustig gehenden Verwalter einberufen wurden (KG ZMR 2009, 784 f. m. w. N.). Andernfalls wäre die Wohnungseigentümergeinschaft bis zum rechtskräftigen Abschluss des Anfechtungsverfahrens praktisch handlungsunfähig.

b) Ausnahme Verwalterzustimmung?

Uneinheitlich wird jedoch **beurteilt, ob** es abgesehen von den vorgenannten Fällen geboten ist, **Rechtshandlungen des Verwalters**, der durch einen mangelhaften Beschluss der Eigentümersammlung bestellt wurde, **ganz allgemein in analoger Anwendung von § 47 FamFG bei späterer Aufhebung des Beschlusses als wirksam anzusehen** (so insbes. Bärmann/Merle, § 26 Rn. 237; Gruber, NZM 2000, 263 f., 269). Teilweise werden alternativ oder ergänzend die Grundsätze der Anscheins- oder Duldungsvollmacht herangezogen, um dem Schutzbedürfnis des Rechtsverkehrs Rechnung zu tragen (so etwa Palandt/Bassenge, BGB, 70. Aufl. 2011, § 23 WEG Rn. 19; Staudinger/Bub, BGB, Neubearb. 2005, § 26 WEG Rn. 164). Speziell für die Verwalterzustimmung nach § 12 WEG leitet jedoch die obergerichtliche Rechtsprechung aus den letztgenannten Grundsätzen her, dass die Zustimmung mit Rechtskraft der Ungültigerklärung ebenfalls rückwirkend ihre Wirkung verliere (so KG ZMR 2009, 784 f.; anknüpfend an Bay-

ObLGZ 1976, 211, 213; BayObLG ZMR 1981, 249, 251; dem in der Literatur bereits vor der Entscheidung des Kammergerichts folgend Staudinger/Bub, § 26 WEG Rn. 164 a. E.; offengelassen aber jüngst von OLG Düsseldorf, DNotl-Report 2011, 110). Begründet wird dies damit, dass die Grundsätze der Anscheins- und Duldungsvollmacht auf Grundbucheintragungen keine Anwendung finden. Hiergegen wendet Merle zwar – u. E. überzeugend – ein, dass der Verwalter bei Abgabe der Zustimmungserklärung nach § 12 WEG nicht in fremdem, sondern in eigenem Namen handle (Bärmann/Merle, § 26 Rn. 237). Gleichwohl ist gegenwärtig nicht mit letzter Gewissheit auszuschließen, dass die Rückwirkung der rechtskräftigen Ungültigerklärung einer Verwalterbestellung auch zum rückwirkenden Entfallen der Verwalterzustimmung zur Veräußerung einer Eigentumswohnung führt.

3. Verpflichtung eines Verwalters zur Zustimmungserteilung nach § 12 WEG trotz angefochtenen Bestellungsbeschlusses

Vorausgesetzt, der Verwalter hat die auf Grundlage der unter Ziff. 1 gemachten Ausführungen wirksame, lediglich anfechtbare erneute Bestellung angenommen und das Verwalteramt auch weiterhin übernommen, stellt sich die Frage, ob er im Falle der Anfechtung seines Bestellungsbeschlusses gleichwohl zur Zustimmungserteilung nach § 12 WEG verpflichtet ist. Diese Frage ist, soweit ersichtlich, bislang höchstrichterlich nicht geklärt.

Anerkannt ist dabei im Ausgangspunkt, dass der veräußernde Wohnungseigentümer, nicht aber der Erwerber, gegenüber dem Verwalter einen einklagbaren Anspruch auf Erteilung der Zustimmung nach § 12 WEG hat, der bei unberechtigter Verweigerung Schadensersatzansprüche auslösen kann (statt aller Bärmann/Klein, § 12 Rn. 41). Weiterhin findet sich in der Literatur eine allgemeine Stellungnahme Merles, der für die durch die Anfechtung der Bestellung bedingte „Schwebezeit“ postuliert, dem Verwalter müssten zumindest die gesetzlichen Aufgaben und Befugnisse nach §§ 27, 28 WEG zugebilligt werden, da er ansonsten Gefahr liefe, sich – im Falle einer erfolglosen Klage auf Ungültigerklärung – wegen Verletzung seiner Verwalterpflichten schadensersatzpflichtig zu machen (Bärmann/Merle, § 26 Rn. 238). Angesichts drohender Schadensersatzansprüche erscheint es also naheliegend, den Verwalter auch während der Anfechtung seiner Bestellung für verpflichtet zur Erteilung der Zustimmung nach § 12 WEG zu halten.

Indes ist diese Frage eng mit der unter Ziff. 2 erörterten Frage nach den Auswirkungen der rechtskräftigen Ungültigerklärung auf die Wirksamkeit der einmal erklärten Verwalterzustimmung verknüpft. Bleiben die Rechtshandlungen des Verwalters nach Ungültigerklärung des Bestellungsbeschlusses rechtswirksam, so spricht vieles dafür, ihn auch während der Schwebezeit für verpflichtet zu halten, entsprechende Erklärungen abzugeben. Allerdings ist unter Zugrundelegung der zu Ziff. 2 benannten obergerichtlichen Rechtsprechung gegenwärtig nicht mit Gewissheit auszuschließen, dass die Verwalterzustimmung rückwirkend unwirksam wird.

Legt man das vorgefundene Ergebnis zugrunde und wendet sich wieder der Frage nach der Verpflichtung des Verwalters zur Erteilung der Zustimmung nach § 12 WEG zu, so dürfte u. E. diese Verpflichtung abzulehnen sein. Denn dem Risiko, sich – im Falle einer erfolglosen Klage auf Ungültigerklärung – wegen Verletzung seiner Verwalter-

pflichten schadensersatzpflichtig zu machen, steht das wohl nicht weniger gewichtige Risiko gegenüber, eine *ex tunc* unwirksame Zustimmungserklärung nach § 12 WEG, die mit dem Schein der Rechtswirksamkeit ausgestattet ist, „in die Welt“ gesetzt zu haben. Dieses Risiko wiegt umso schwerer, als hierdurch im Falle eines etwa bereits durchgeführten Grundbuchvollzugs das Grundbuch wohl nach überwiegender Auffassung mit rückwirkender Kraft unrichtig würde (siehe dazu näher Ziff. 4). Vor diesem Hintergrund dürfte u. E. eine Pflicht des Verwalters zur Erteilung der Zustimmung **jedenfalls dann nicht** bestehen, wenn das auf die Ungültigerklärung des Bestellungsbeschlusses gerichtete **Anfechtungsbegehren offensichtlich begründet** ist. So aber liegt der Fall hier (vgl. oben Ziff. 1).

4. Auswirkungen der Ungültigerklärung der Verwalterbestellung auf den Vollzug des Kaufvertrages

Unterstellt man vorliegend auf Grundlage der unter Ziff. 2 angeführten Rechtsprechung, dass infolge der Ungültigerklärung der Verwalterbestellung auch eine bereits erteilte Verwalterzustimmung ungültig wird, so stellt sich die Frage nach der Auswirkung auf den Vollzug des Kaufvertrages, sei es, dass die Eigentumsumschreibung im Grundbuch bereits erfolgt ist, sei es, dass nur der Kaufpreis fälliggestellt wurde.

a) Rspr.: *Ex-tunc*-Unwirksamkeit, keine nachträgliche Verfügungsbeschränkung i. S. v. § 878 BGB

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass nach Auffassung der Rechtsprechung die **Zustimmungserklärung nach § 12 WEG** ihrer Rechtsnatur nach eine **Einwilligung gem. § 183 BGB** darstellt, welche sich auf ein durch § 12 WEG in Abweichung von § 137 BGB statuiertes Veräußerungsverbot i. S. einer Verfügungsbeschränkung bezieht (statt aller Palandt/Bassenge, § 12 WEG Rn. 1; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 2896 f.). Bis zur Vornahme der Eintragung im Grundbuch ist die Zustimmung nach dieser Diktion gem. § 183 BGB frei widerruflich. Der Widerruf ist jedoch seinerseits unbeachtlich, wenn insoweit die Voraussetzungen des § 878 BGB im Zeitpunkt des Widerrufs gegeben sind. Ist hiernach die dingliche Einigung der Vertragsparteien nach § 873 Abs. 2 BGB bindend geworden und der Umschreibungsantrag beim Grundbuchamt gestellt, so bleibt bei Widerruf der Zustimmung das Wiederaufleben der Verfügungsbeschränkung im Hinblick auf die Einigung ohne Relevanz (so grundlegend BGH NJW 1963, 36 zu § 5 ErbbauRG = LM § 5 ErbbauVO Nr. 2). Welche Auswirkungen es demgegenüber hat, dass die Verwalterzustimmung zur Veräußerung der Eigentumswohnung nach Auffassung des Kammergerichts – wie bereits dargestellt – rückwirkend entfällt (vgl. ZMR 2009, 784 f.), wird nicht ausdrücklich erörtert. Anders als beim Widerruf der Einwilligung ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Veräußerungsbeschränkung infolge der nach Auffassung der Rechtsprechung gegebenen Rückwirkung bereits im Zeitpunkt der dinglichen Einigung gegeben war. Dementsprechend handelt es sich wegen der *Ex-tunc*-Wirkung der Anfechtung der Verwalterbestellung **jedenfalls nicht ohne Weiteres um eine nachträgliche Verfügungsbeschränkung i. S. v. § 878 BGB**. Daher erscheint es nach dieser Ansicht nicht ausgeschlossen, einen etwaigen Eigentumserwerb infolge der rückwirkenden Unwirksamkeit der Verwalterzustimmung ebenfalls für rückwirkend unwirksam zu erachten; sind die Anträge beim Grundbuchamt noch nicht gestellt, wird damit zugleich einer Fälligestellung des Kaufpreises der Boden entzogen.

b) A. A.: Zustimmungserfordernis nach § 12 Abs. 1 WEG als bloße Fungibilitätsbeschränkung

Dieses Ergebnis ist freilich wenig praktikabel, da es zu erheblichen Ungewissheiten bei der Rechtsanwendung führt. Es sei daher darauf hingewiesen, dass nach Auffassung gewichtiger und u. E. überzeugender Stimmen in der Literatur die Vereinbarung einer Beschränkung nach § 12 WEG von vornherein kein Veräußerungsverbot i. S. einer Verfügungsbeschränkung darstellt, sondern eine Beschränkung des Rechtsinhalts des Wohnungseigentums selbst. Hiernach ist eine **einmal erklärte Zustimmung wirksam**; dass die Zustimmungsberechtigung entfällt, bevor die Auflassung bindend geworden und der Antrag auf Umschreibung des Grundbuchs gestellt ist, etwa weil die Bestellung zum Verwalter durch die erfolgreiche Anfechtung des Bestellungsbeschlusses entfallen ist, ließe die Fortdauer der Wirksamkeit einer zum Zeitpunkt ihrer Erklärung wirksamen Zustimmung also unberührt. Nach dieser Sichtweise ist die Veräußerungsbeschränkung gegenstandsimmant, also an den jeweiligen Gegenstand und nicht an die Person des jeweiligen Rechtsinhabers geknüpft. Hat der Zuständige einmal seine Zustimmung zur Veräußerung erteilt, so wird der Veräußerungsgegenstand bildlich gesprochen entsperrt. Nachträglich eintretende Veränderungen können dann folgerichtig nicht mehr eintreten, „da die ehemals bestehende Fungibilitätsbeschränkung“ hinsichtlich dieses Veräußerungsvorgangs endgültig aufgehoben ist (Bärmann/Klein, § 12 Rn. 33; Hügel, ZWE 2010, 457 ff.; Kessler, RNotZ 2005, 543, 547; Kössinger, in: Bauer/v. Oefele, GBO, 2. Aufl. 2006, § 19 Rn. 199 ff.; Schmidt, MittBayNot 1999, 366, 367; ders., ZWE 2010, 394, 396 f.; Staudinger/Gursky, Neubearb. 2007, § 878 Rn. 29; ausführlich zu den hiermit verbundenen Fragestellungen **Gutachten DNotI-Report 2010, 209**). Das OLG Düsseldorf (DNotI-Report 2011, 110) hat sich in einer jüngeren Entscheidung erstmals dieser bislang nur in der Literatur vertretenen Auffassung angeschlossen. Es bejaht den Charakter von § 12 WEG als Fungibilitätsbeschränkung, lässt jedoch die Auswirkung auf den Fall der Anfechtung der Verwalterbestellung offen.

c) Ergebnis

Gerade angesichts der mit dem Konzept der Rechtsprechung verbundenen, sich auch im vorliegenden Fall zeigenden Risiken für die Sicherheit des Rechtsverkehrs dürften u. E. erhebliche Gründe für das in der Literatur favorisierte dogmatische Konzept sprechen, das auch in der jüngsten obergerichtlichen Rechtsprechung grundsätzliche Zustimmung erfährt.

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.

BGB § 308 Nr. 1, 3

Fertigstellungstermin im Bauträgervertrag; Bestimmtheit bzw. Angemessenheit einer formularvertraglichen Leistungsfrist; Rücktrittsrecht des Bauträgers bei

Nichterteilung der Baugenehmigung; sachlicher Grund; Angemessenheit der Rücktrittsfrist

Abruf-Nr.: 108762

WEG §§ 11, 22 Abs. 4

Aufhebung der Gemeinschaft nach Zerstörung des Gebäudes; Verpflichtung zum Wiederaufbau

Abruf-Nr.: 109085

AktG § 179a; HGB §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2; BGB § 883 Entsprechende Anwendung des § 179a AktG im Personengesellschaftsrecht; unerkannt schwebende Unwirksamkeit eines Grundstückskaufvertrages; Anforderungen an die „Heilung“ einer (ursprünglich zu Unrecht) eingetragenen Vormerkung

Abruf-Nr.: 108787

EGBGB Art. 25, 15

England/Israel: Bestimmung des Güterrechts bei einer britisch-israelischen Ehe; Erhöhung des gesetzlichen Erbteils

Abruf-Nr.: 108769

Rechtsprechung

ZPO §§ 726 Abs. 1, 727 Abs. 1, 731, 768, 794 Abs. 1 Nr. 5, 797 Abs. 2, 795

Revision der vom XI. Zivilsenat mit Urteil v. 30.3.2010 (XI ZR 200/09) aufgestellten Grundsätze zu den Prüfungspflichten des Notars im Klauselerteilungsverfahren

1. Bei der Auslegung einer notariellen Unterwerfungserklärung muss der Notar im Klauselerteilungsverfahren grundsätzlich von dem Wortlaut der Urkunde ausgehen. Ist eine Vollstreckungsbedingung im Sinne des § 726 Abs. 1 ZPO im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt, verbietet sich für den Notar die Annahme einer solchen Bedingung. Er kann sie nicht allein aus einer Interessenabwägung herleiten.

2. Dem Notar ist deshalb eine Auslegung verwehrt, die in einer notariellen Urkunde enthaltene Unterwerfungserklärung wegen Ansprüchen aus einer Grundschuld erstrecke sich nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld, wenn sie im Wortlaut der notariellen Urkunde nicht angelegt ist.

3. Der Notar muss daher dem Zessionar einer Sicherungsgrundschuld die Klausel als Rechtsnachfolger ungeachtet der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 30. März 2010 (XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133) erteilen, wenn die Rechtsnachfolge in die Ansprüche durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist.

4. Die Einwendung, die Unterwerfungserklärung erstrecke sich nur auf Ansprüche aus einer treuhänderisch gebundenen Sicherungsgrundschuld und der Zessionar sei nicht in die treuhänderische Bindung eingetreten, kann der Schuldner nur mit der Klage nach § 768 ZPO geltend machen (abweichend von BGH, Versäumnisurteil vom 30. März 2010 – XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133).

Ausschreibung des „Helmut-Schippel-Preises“ für das Jahr 2012

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. in Würzburg setzt für eine hervorragende praxisbezogene wissenschaftliche Arbeit auf dem Gebiet des Notarrechts den

„Helmut-Schippel-Preis“

in Höhe von **5.000,00 €** aus.

Zum Notarrecht zählen alle Fragen des materiellen oder formellen Rechts, die mit der Notariatspraxis im weitesten Sinne oder der Vertragsgestaltung im Zusammenhang stehen (z. B. auch Grundstücksrecht, Erbrecht, Familienrecht, Gesellschafts- und Unternehmensrecht).

Über die Vergabe entscheidet der Vorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. unter Ausschluss des Rechtsweges. Bewerber werden gebeten, ihre Forschungsarbeiten bis spätestens

30. Juni 2012

bei der

Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.,
Gerberstraße 19,
97070 Würzburg,

in drei Exemplaren (verbleiben bei der Notarrechtlichen Vereinigung) einzureichen (maßgebend ist der Posteingangsstempel). Die endgültige Vergabeentscheidung wird voraussichtlich Anfang 2013 getroffen. Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung behält sich eine Aufteilung des Preises auf mehrere Bewerber vor. Die Preisverleihung findet im Rahmen einer wissenschaftlichen Vortragsveranstaltung an einem der von der NotRV geförderten Institute/Forschungsstelle für Notarrecht statt. Nähere Informationen erhalten Sie unter www.notrv.de.

Problem

In den der Entscheidung vom 30.3.2010 (XI ZR 200/09, BGHZ 185, 133 = DNotZ 2010, 542 = DNotI-Report 2010, 104) vorangestellten Leitsätzen führte der XI. Zivilsenat aus, dass der Zessionar einer Sicherungsgrundschuld aus der Unterwerfungserklärung gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO nur vorgehen könne, wenn er in den Sicherungsvertrag eintrete. Ob diese Voraussetzung erfüllt sei, sei im Klauselerteilungsverfahren zu prüfen. Der XI. Zivilsenat begründete dieses Ergebnis im Wesentlichen mit einer Auslegung der formularmäßigen Unterwerfungserklärung gem. § 305c Abs. 2 BGB. Es widerspreche den Interessen des Schuldners, wenn auch ein Erwerber aus der Unterwerfungserklärung vorgehen könne, welcher die Grundschuld gutgläubig einredefrei, also ohne sicherungsvertragliche Bindung, erworben habe.

Die vom XI. Zivilsenat geforderte Einbeziehung dieser Prüfung in das formalisierte und vom Grundsatz der Nachweisstrenge geprägte Klauselerteilungsverfahren führte insbesondere in denjenigen Fällen zu großen Unklarheiten, in denen die Abtretung der Grundschuld auf Veranlassung des Schuldners erfolgt war (Umschuldung, Neuvaluierung, Finanzierung aus einer Hand). Anders als in den Fällen des Forderungsverkaufs besteht weitgehend Einigkeit, dass der Schuldner nicht in gleicher Weise schutzwürdig ist. Umstritten und Gegenstand zahlreicher landgerichtlicher Entscheidungen in Verfahren gem. § 732 ZPO war die Frage, ob der Nachweis des Sachverhalts, welcher dem Übergang der Grundschuld zugrunde liegt, ebenfalls nur in der Form der §§ 726, 727 ZPO möglich ist oder ob insoweit keine Einschränkung bei den Nachweismitteln gelten soll (vgl. hierzu Gutachten DNotI-Report 2010, 93; 2010, 121; 2010, 192). Ungeklärt war außerdem, ob die vom XI. Zivilsenat aufgestellten Grundsätze auch beim Vollzug einer Ausgliederung gem. § 123 Abs. 3 UmwG zu beachten sind (vgl. hierzu Gutachten DNotI-Report 2011, 105).

Entscheidung

Der für Rechtsbeschwerden im Klauselerteilungsverfahren allein zuständige VII. Zivilsenat führt zunächst unter Bezugnahme auf kritische Stimmen aus der Literatur aus, dass der „Eintritt in den Sicherungsvertrag“ durch den Zessionar nicht Bestandteil des Rechtsnachfolgetatbestands i. S. v. § 727 Abs. 1 ZPO sei. Die **Rechtsnachfolge** hinsichtlich einer vollstreckbaren Grundschuld richte sich **ausschließlich nach der materiell-rechtlichen Inhaberschaft** an der Grundschuld. Das Erfordernis des „Eintritts in den Sicherungsvertrag“ sieht der VII. Zivilsenat stattdessen als **Vollstreckungsbedingung** gem. § 726 Abs. 1 ZPO an. Im Verfahren der Klauselerteilung könne der Notar vom Bestehen einer entsprechenden Vollstreckungsbedingung lediglich dann ausgehen, wenn sie im Wortlaut der Urkunde angelegt sei, nicht aber, wenn sie sich ggf. aus einer Interessenabwägung ergebe. Dieses Ergebnis begründet der VII. Zivilsenat mit dem **formalisierten Charakter des Klauselverfahrens** und der daraus resultierenden **Begrenztheit der Nachweismittel**. Unterwerfungserklärungen, die vor dem 30.3.2010 abgegeben wurden, enthalten nach Ansicht des VII. Zivilsenates derartige Vollstreckungsbedingungen in aller Regel nicht.

Die Frage, ob die Vollstreckbarkeit des Anspruchs ggf. von einem Eintritt des Rechtsnachfolgers in den Sicherungsver-

trag abhängt, kann nach Ansicht des VII. Zivilsenats im Verfahren gem. § 768 ZPO geklärt werden. Gegen die Verweisung auf dieses Verfahren spreche auch nicht, dass sich der Schuldner in der Rolle des Angreifers befinde, da er selbst mit der Abgabe einer dem Wortlaut nach unbedingten notariellen Unterwerfungserklärung einen Titel gegen sich geschaffen und damit seine Angreiferrolle verursacht habe.

Folgen für die Praxis

Die durch die **Entscheidung vom XI. Zivilsenat** aufgeworfenen **Zweifel** dürften sich mit dieser Entscheidung **in weitem Umfang erledigt** haben. In aller Regel ist der „Eintritt in den Sicherungsvertrag“ im Klauselerteilungsverfahren nicht mehr zu prüfen. **Etwas anderes** kommt **nur** dann in Betracht, **wenn die Vollstreckungsbedingung im Wortlaut der Urkunde** (und ggf. noch in den ihr beigefügten Unterlagen) **angelegt** ist. Der VII. Zivilsenat stellt aber auch klar, dass dies regelmäßig nicht der Fall ist. Bei der Abtretung einer Grundschuld bzw. der Ausgliederung nach dem UmwG kann die vollstreckbare Ausfertigung dem Rechtsnachfolger nach den hergebrachten Grundsätzen erteilt werden, wenn der Erwerb des dinglichen Rechts in der Form des § 727 Abs. 1 ZPO nachgewiesen wird oder offenkundig ist.

ErbStG § 3

Abfindung an weichenden Erbprätendenten als nicht der Erbschaftsteuer unterliegender Erwerb von Todes wegen i. S. d. § 3 ErbStG

Hat ein Erblasser mehrere Testamente errichtet, in denen er jeweils verschiedene Personen als Alleinerben eingesetzt hat, und ist die Wirksamkeit des zuletzt errichteten Testaments wegen behaupteter Testierunfähigkeit des Erblassers zwischen den potentiellen Erben streitig, ist die Abfindung, die der weichende Erbprätendent aufgrund eines Prozessvergleichs vom zuletzt eingesetzten Alleinerben dafür erhält, dass er die Erbenstellung des Alleinerben nicht mehr bestreitet, kein der Erbschaftsteuer unterliegender Erwerb von Todes wegen i. S. des § 3 ErbStG (Änderung der Rechtsprechung).

BFH, Urt. v. 4.5.2011 – II R 34/09
Abruf-Nr.: 10983

Problem

Die im April 2004 verstorbene Erblasserin setzte in ihren Testamenten von 1986 und 1997 ihren Neffen als Alleinerben ein und ordnete Vermächtnisse zugunsten anderer Personen an.

Im Jahre 2002 errichtete die Erblasserin ein weiteres eigenhändiges Testament, in welchem der Neffe überhaupt nicht mehr bedacht wurde. Der Neffe bestritt die Wirksamkeit des zuletzt errichteten Testaments wegen Testierunfähigkeit der Erblasserin erfolglos vor dem Amtsgericht. Der vor dem Landgericht fortgeführte Rechtsstreit endete mit einem **Vergleich**, bei welchem sich die im Testament von 2002 eingesetzte Erbin verpflichtete, an den Neffen 45.000 € zu bezahlen. Im Gegenzug verpflichtete sich der Neffe, keinen neuen Erbscheinsantrag zu stellen und keine Einwände gegen die Wirksamkeit des Testaments von 2002 und die sich daraus ergebende Erbenstellung zu erheben.

Das Finanzamt und auch das Finanzgericht qualifizierten die **Abfindungszahlung** als erbschaftsteuerlichen Erwerb i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Zwar erfasse die Vorschrift des § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG nicht ausdrücklich die Abfindungszahlung an einen weichenden Erbprätendenten. Nach ständiger Rechtsprechung des BFH sei jedoch ein Erbvergleich Grundlage der Besteuerung (so BFH, Urt. v. 1.2.1961 – II 269/84 U, BFHE 72, 358 und v. 6.12.2000 – II R 28/98, BFH-NV 2001, 601). Hiergegen richtet sich die Revision des Neffen, der in der Abfindung keinen erbschaftsteuerpflichtigen Erwerb sieht.

Entscheidung

Der BFH sieht die Revision als begründet an. Die **Abfindung** stellt nach seiner Ansicht **keinen Erwerb von Todes wegen** dar, da der Neffe diese nicht durch Erbanfall i. S. d. § 1922 BGB erworben habe. Er sei weder gesetzlicher oder gewillkürter Erbe der Erblasserin geworden noch sei ihm ein Vermächtnis zugewandt worden. Auch die weiteren Tatbestände des § 3 ErbStG seien nicht erfüllt. Da die Tatbestände, die als Erwerb von Todes wegen in Betracht kommen, in § 3 ErbStG abschließend aufgezählt sind, unterlägen nicht im Katalog des § 3 ErbStG genannte Erwerbsgründe nicht der Erbschaftsteuer. **Für die Annahme eines Erwerbs von Todes wegen genüge es nicht, dass der Erwerb lediglich im Zusammenhang mit einem Erbfall stehe.** Unter „Erwerb durch Erbanfall“ i. S. v. § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG falle vielmehr allein der durch Erbfolge eingetretene (dingliche) Vermögenszuwachs. Eine analoge Anwendung von § 3 ErbStG auf Abfindungen, die aufgrund eines Vergleiches für den Verzicht auf die Geltendmachung eines streitigen erbrechtlichen Anspruchs gewährt werden, komme nicht in Betracht. Denn der gesetzliche Tatbestand sei nicht lückenhaft, weshalb der Regelungsbereich des § 3 ErbStG auch im Wege der Rechtsanalogie nicht erweitert werden könne. Aus diesem Grunde kam der BFH zur **Erbschaftsteuerfreiheit der Abfindung** des Neffen.

In der Urteilsbegründung nimmt der BFH ausführlich zur Frage Stellung, **in welchen Fällen ein Erbvergleich der Erbschaftsbesteuerung zugrunde gelegt werden kann** und verdeutlicht die Grenzen der Besteuerung des Erwerbs aufgrund eines Erbvergleichs. Der Erwerb unterliege dann nicht der Erbschaftsteuer, wenn er nicht auf einen erbrechtlichen Rechtsgrund (Erbfall nach § 1922 BGB, Vermächtnis nach §§ 2147 ff. BGB, geltend gemachter Pflichtteilsanspruch nach §§ 2303 ff. BGB) zurückgeführt werden könne. Im Besteuerungsverfahren könne ein sog. „Erbvergleich“ nur insoweit Verbindlichkeit beanspruchen, als er seinen **letzten Rechtsgrund noch im Erbrecht finde** (so auch bereits BFH, Urt. v. 24.7.1972 – II R 35/70, BFHE 106, 555; Urt. v. 26.2.2008 – II R 82/05, ZEV 2008, 302; Urt. v. 1.7.2008 – II R 71/06, ZEV 2008, 549). Durch einen Erbvergleich können aber weder die Miterben noch sonst am Nachlass Beteiligte den Kreis der steuerpflichtigen Personen oder den Umfang der steuerpflichtigen Bereicherung nach dem Erbfall durch Vereinbarung eigenmächtig bestimmen (so bereits BFH ZEV 2008, 302). In früheren Entscheidungen (BFH, Urt. v. 1.2.1961 – II 269/58 U, BFHE 72, 358 = DStZ 1962, 226; RFH, Urt. v. 30.1.1919 – II A 14/18, RFHE 1, 1) wurde ein erbschaftsteuerlicher Erwerb i. S. v. § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG auch in Fällen angenommen, in welchen streitig war, ob dem Abfindungsempfänger vom Grundsatz her ein erbrechtlicher Anspruch i. S. d. § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG zustand. Der BFH stellt nunmehr klar, dass ein Erbvergleich nur dann der Erbschaftsteuer zugrunde gelegt werden kann, wenn sich Anhaltspunkte in der letzt-

willigen Verfügung des Erblassers finden oder anderweitig ein entsprechender Erblasserwille feststellbar ist, der von den Beteiligten vollzogen wird. Ein Erbvergleich zwischen Erbprätendenten kann den insoweit fehlenden Erblasserwillen nicht ersetzen. **Ist ein entsprechender Erblasserwille nicht feststellbar**, handelt es sich nicht um einen Erwerb vom Erblasser, sondern um einen **Erwerb vom Alleinerben**.

Eine Stellungnahme des BFH zu der korrespondierenden Frage, ob die Vergleichszahlung an den Neffen im Gegenzug gegen die Verpflichtung, keine Einwände gegen die Wirksamkeit des Testaments und der sich daraus ergebenden Erbenstellung zu erheben, beim Erben als **Nachlassverbindlichkeit** i. S. d. § 10 Abs. 5 Nr. 3 S.1 ErbStG („Kosten zur Erlangung des Erwerbs“) abzugsfähig ist (vgl. hierzu auch Benne, FR 2004, 1102, 1108), war vorliegend nicht veranlasst und ist auch nicht als *obiter dictum* erfolgt.

Aktuelles

GrEst-Erhöhung in Nordrhein-Westfalen zum 1.10.2011

Die Grunderwerbsteuer ist in Nordrhein-Westfalen mit Gesetz vom 25.7.2011 (GV NRW 2011, S. 389) zum 1.10.2011 von 3,5 % auf 5 % erhöht worden.

Änderung des Umwandlungsgesetzes

Zum 15.7.2011 traten durch das **Dritte Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes** (Drittes UmwÄndG 2011) vom 11.7.2011 (BGBl. 2011 I, S. 1338) die nachfolgend überblicksartig zusammengefassten Änderungen in Kraft:

Für die **notarielle Praxis** wurde die Streitfrage zur **Gesellschafterliste** bei der Anmeldung einer Verschmelzung zur Aufnahme auf eine GmbH geklärt. Durch die **Streichung von § 52 Abs. 2 UmwG** entfällt die überflüssig gewordene Gesellschafterliste des Geschäftsführers bei der Anmeldung. Es bleibt allein die Amtspflicht des an der Veränderung mitwirkenden Notars nach § 40 Abs. 2 GmbHG, eine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen.

Im Übrigen wird vor allem die **Konzernverschmelzung bei Aktiengesellschaften erleichtert**. Die betreffenden Regelungen gelten über § 125 S. 1 UmwG auch für entsprechende Spaltungsvorgänge. Nach **§ 62 Abs. 4 UmwG n. F.** ist ein **Verschmelzungsbeschluss bei der übertragenden Kapitalgesellschaft** – unter Beachtung gewisser Informations- und Unterrichtungspflichten gegenüber den Aktionären und der Zuleitung an den Betriebsrat – **entbehrlich**, wenn sich deren gesamtes Grund- bzw. Stammkapital in der Hand der übernehmenden Aktiengesellschaft befindet, also eine Verschmelzung der Tochterkapitalgesellschaft auf ihre 100 %ige Mutter-AG vorliegt. In Kombination mit der bereits nach § 62 Abs. 1 und 2 UmwG bestehenden Möglichkeit, auch bei der aufnehmenden Aktiengesellschaft auf einen Zustimmungsbeschluss zu verzichten, ist daher in Zukunft in dieser Konstellation eine Verschmelzung als **reine Geschäftsführungsmaßnahme** ohne Mitwirkung der Gesellschafter zulässig.

In Anlehnung an die Regelung der §§ 327a-327f AktG ermöglicht § 62 Abs. 5 UmwG n. F. bei der übertragenden Aktiengesellschaft einen **Squeeze-out von Minderheitsgesellschaftern** bis zu 10 % (im AktG bisher nur bis zu 5 %). Die Voraussetzungen des § 62 Abs. 1 UmwG (mind. 9/10-Beteiligung der aufnehmenden Aktiengesellschaft) und diverse Informationspflichten müssen erfüllt sein und es muss ein sachlicher und zeitlicher Zusammenhang mit einer tatsächlich durchgeführten Verschmelzung bestehen.

Darüber hinaus enthält das Dritte UmwÄndG 2011 **diverse Erleichterungen** insbesondere zur **Vorbereitung der Hauptversammlung**. So führt die Änderung des § 63 Abs. 2 UmwG dazu, dass künftig die Notwendigkeit der Aufstellung einer Zwischenbilanz entfällt, wenn die Gesellschaft einen Halbjahresfinanzbericht gem. § 37w WpHG veröffentlicht hat oder wenn alle Aktionäre darauf durch notariell beurkundete Erklärung verzichten. Mit Einwilligung des Aktionärs können künftig diverse Unterlagen auch elektronisch in Form eines druckfähigen Dateiformats im Anhang einer E-Mail versandt werden (§ 62 Abs. 3 S. 7, § 63 Abs. 3 S. 2 und § 230 Abs. 2 S. 3 UmwG n. F.). Die nach dem AktG erforderliche Einlagenprüfung durch Sachverständige kann in Zukunft von denselben Prüfern durchgeführt werden, wenn die Gründung der Aktiengesellschaft oder die Kapitalerhöhung im Zusammenhang mit der Verschmelzung oder Spaltung steht (§ 69 Abs. 1 S. 4 und § 75 Abs. 1 S. 2 UmwG n. F.).

§ 64 Abs. 1 UmwG passt die **Unterrichtungspflichten in der Hauptversammlung**, die über eine Verschmelzung

beschließt, den Anforderungen des Art. 9 der Richtlinie 78/855/EWG an. In Umsetzung der Änderung des Art. 22 Abs. 5 der (sechsten) Spaltungsrichtlinie enthält § 143 UmwG n. F. Erleichterungen für die **verhältnismäßige Spaltung** zur Neugründung einer AG bezüglich des Spaltungsberichts und der Spaltungsprüfung sowie einer ggf. erforderlichen Zwischenbilanz.

Literatur zum Dritten UmwÄndG 2011:

A. Austmann, Der verschmelzungsrechtliche Squeeze-out nach dem 3. UmwÄndG 2011, NZG 2011, 684

H. Bungert/C. Wettich, Der neue verschmelzungsspezifische Squeeze-out nach § 62 Abs. 5 UmwG n. F., DB 2011, 1500

H.-W. Neye/J. Kraft, Neuigkeiten beim Umwandlungsrecht, NZG 2011, 681

S. Simon/M. Merkelbach, Das Dritte Gesetz zur Änderung des UmwG, DB 2011, 1317

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