

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

19. Jahrgang
Oktober 2011
ISSN 1434-3460

19/2011

Mit Beilage BNotK-Intern

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG § 2 Abs. 1a S. 4, § 8 Abs. 1 Nr. 3 – Gründung einer GmbH mit Musterprotokoll; Bestellung eines Fremdgeschäftsführers; gesonderte Gesellschafterliste? Unterzeichnung des Musterprotokolls durch anmeldenden Fremdgeschäftsführer?

BGB §§ 2269, 133, 157, 2247 – Gemeinschaftliches handschriftliches Testament; fehlende gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten; Auslegung

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

BGB § 529 Abs. 1 Fall 2 – Leistungsbegriff; Fristlauf trotz vorbehaltenen Nutzungsrechts

BGB § 1030 – Erfordernis eines berechtigten Interesses bei Bestellung eines Eigentümersnießbrauchs

BGB § 323 Abs. 5 S. 2 – Zur Beurteilung der Unerheblichkeit einer Pflichtverletzung i. S. d. § 323 Abs. 5 S. 2 BGB

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG § 2 Abs. 1a S. 4, § 8 Abs. 1 Nr. 3 Gründung einer GmbH mit Musterprotokoll; Bestellung eines Fremdgeschäftsführers; gesonderte Gesellschafterliste? Unter- zeichnung des Musterprotokolls durch an- meldenden Fremdgeschäftsführer?

I. Sachverhalt

Eine GmbH wird im vereinfachten Verfahren unter Verwendung des Musterprotokolls durch einen Gesellschafter gegründet. Zum Geschäftsführer wird eine andere Person bestellt. Das Registergericht beanstandet, dass eine vom Fremdgeschäftsführer unterschriebene Gesellschafterliste fehlt.

II. Frage

Bedarf es im vorliegenden Fall der Einreichung einer vom Geschäftsführer unterzeichneten Gesellschafterliste gem. § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG? Falls ja, in welcher Form hätte diese zu erfolgen (gesonderte Liste; Unterzeichnung des Musterprotokolls)?

III. Zur Rechtslage

1. GmbH-Gründung mit Musterprotokoll und Fremdgeschäftsführer

Seit Inkrafttreten des MoMiG zum 1.11.2008 kann eine GmbH nach § 2 Abs. 1a GmbHG auch im vereinfach-

ten Verfahren unter Verwendung des in der Anlage zum GmbHG niedergelegten Musterprotokolls gegründet werden. Dieses Musterprotokoll wurde für die Gründung in Standardfällen mit maximal drei Gesellschaftern und einem Geschäftsführer geschaffen (§ 2 Abs. 1a S. 1 GmbHG). Weder im Gesetzgebungsverfahren noch in der Formulierung des Musterprotokolls wird zwischen der Bestellung eines Gesellschafter-Geschäftsführers und der Bestellung eines Fremdgeschäftsführers differenziert. Aus der Formulierung des **Musterprotokolls** folgt u. E., dass dieses **auch für den Fall der Bestellung eines Fremdgeschäftsführers verwendbar** ist. Denn die bis zu drei Gründer werden im Musterprotokoll als „der Erschienenen“ oder „die Erschienenen“ benannt. In Ziff. 4 des Musterprotokolls zur Geschäftsführerbestellung ist gerade nicht diese auf die Gründungsgesellschafter verweisende Formulierung enthalten, sondern neutral die Einsetzung des individuellen Namens des Geschäftsführers vorgesehen. Dies ermöglicht die Bestellung eines Fremdgeschäftsführers ohne Änderung des Musterprotokolls.

2. Kein Erfordernis einer gesonderten Gesellschafterliste

Durch die Einführung des Musterprotokolls wollte der Gesetzgeber in Standardfällen die Möglichkeit einer einfachen GmbH-Gründung eröffnen. Diese Vereinfachung soll u. a. dadurch erreicht werden, dass das Musterprotokoll in einem Dokument drei Dokumente zusammenfasst: Gesellschaftsvertrag, Geschäftsführerbestellung und Gesellschafterliste (Begründung Rechtsausschuss zu Nr. 2 [§ 2 Abs. 1a], abgedruckt bei Goette, Einführung in das neue GmbH-Recht, 2008, S. 156, und Seibert, Gesetz zur Modernisierung des

GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen – MoMiG, 2008, S. 119). In § 2 Abs. 1a S. 4 GmbHG wurde deshalb ausdrücklich geregelt, dass das **Musterprotokoll zugleich als Gesellschafterliste gilt**. Wie oben dargestellt, ist die vereinfachte Gründung unter Verwendung des Musterprotokolls auch bei einer Fremdgeschäftsführerbestellung möglich. Insofern handelt es sich ebenfalls um einen „Standardfall“ i. S. d. Gesetzesbegründung. Daher ist u. E. das Verlangen des Registergerichts, eine gesonderte Gesellschafterliste einzureichen, vorliegend nicht gerechtfertigt.

3. Unterschrift des Fremdgeschäftsführers im bzw. unter das Musterprotokoll?

Allenfalls könnte man erwägen, ob der bestellte Fremdgeschäftsführer das Musterprotokoll als bei der Anmeldung eingereichte Gesellschafterliste gem. § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG mitunterschreiben muss. Grundsätzlich befinden sich alle Regelungen über das Musterprotokoll in § 2 Abs. 1a GmbHG. Die Vorschrift ordnet darüber hinaus nur die entsprechende Anwendung der Vorschriften des GmbHG über den Gesellschaftsvertrag an. Davon wäre § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG als Formvorschrift zur Gesellschafterliste bei der Anmeldung nicht erfasst. Der **Wortlaut des § 2 Abs. 1a S. 4 GmbHG** spricht u. E. vielmehr für eine **umfassende Fiktion** bezüglich der Gesellschafterliste der Gründungsgesellschafter, sodass auch die formellen Voraussetzungen an eine Gesellschafterliste bei der Gründung einer GmbH i. S. v. § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG als erfüllt gelten. Die Spezialregelung des § 2 Abs. 1a S. 4 GmbHG überlagert danach die allgemeinen Vorschriften für den in § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG geregelten Normalfall. Die im Musterprotokoll integrierte Gesellschafterliste muss also nur die für das Musterprotokoll geltenden formellen Anforderungen erfüllen.

Für diese Ansicht lässt sich u. E. zudem anführen, dass die **Unterschrift des Fremdgeschäftsführers ohne unzulässige Veränderung des Musterprotokolltextes** i. S. d. § 2 Abs. 1a S. 3 GmbHG (siehe dazu ausführlich Heidinger/Blath, ZNotP 2010, 376, 378 ff.; Herrler/König, DStR 2010, 2138, 2140 ff.; Herrler, GmbHR 2010, 960) **kaum realisierbar ist**. Auch unter teleologischen Aspekten (Richtigkeitsgewähr) besteht keine Veranlassung, eine Unterzeichnung durch den Fremdgeschäftsführer zu fordern. Denn die Richtigkeit der im Musterprotokoll integrierten Gesellschafterliste wird bereits dadurch gewährleistet, dass die Erklärungen und Angaben der Gründungsgesellschafter zu den jeweils übernommenen Geschäftsanteilen im Rahmen der Beurkundung vom Notar geprüft werden. Somit ist die Übereinstimmung der materiell-rechtlichen Rechtslage bezüglich der Gründungsgesellschafter mit den Angaben in der im Musterprotokoll integrierten Gesellschafterliste gesichert.

4. Ergebnis

Obwohl es insoweit noch an höchstrichterlichen und obergerichtlichen Stellungnahmen fehlt, bestehen u. E. keine Zweifel, dass eine GmbH auch unter Verwendung des Musterprotokolls mit einem Fremdgeschäftsführer gegründet werden kann. In diesem Fall gilt das Musterprotokoll gem. § 2 Abs. 1a S. 4 GmbHG als Gesellschafterliste, sodass keine gesonderte Liste der Gründungsgesellschafter eingereicht werden muss. Eine zusätzliche Unterzeichnung des Musterprotokolls als fiktive Gesellschafterliste durch den Fremdgeschäftsführer ist aufgrund der umfassenden Fiktion des § 2 Abs. 1a S. 4 GmbHG, welche die Anforderungen des § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG überlagert, nicht notwendig.

BGB §§ 2269, 133, 157, 2247

Gemeinschaftliches handschriftliches Testament; fehlende gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten; Auslegung

I. Sachverhalt

Ein kinderloses Ehepaar verfügte durch handschriftliches Testament aus dem Jahre 2000:

„Testament der Eheleute ...

Im Falle eines evtl. gemeinsamen Todes verfügen wir wie folgt:

Über unser Vermögen soll Frau ... (Mutter der Ehefrau) nach freier Verfügung entscheiden und verfügen.

Ort, Datum, Unterschrift“

Der Ehemann ist zwischenzeitlich verstorben. Die Ehefrau möchte einen Antrag auf Erteilung eines Erbscheins als Alleinerbin beurkunden lassen, obwohl der verstorbene Ehemann eine Schwester hat. Die Antragstellerin gibt an, dass in dem Testament die Schwester, zu der die Eheleute seit vielen Jahren keinen Kontakt hatten, ausgeschlossen werden sollte. Die Eheleute wollten durch die gewählte Formulierung zum Ausdruck bringen, dass sie sich selbst wechselseitig beerben, wenn sie nacheinander versterben. Im Falle eines gemeinsamen Todes hätten sie die Schwester des Ehemannes durch die Erbeinsetzung der Mutter der Ehefrau ausgeschlossen.

II. Frage

Kann das vorliegende Testament im Sinne einer wechselseitigen Erbeinsetzung der Eheleute ausgelegt werden?

III. Zur Rechtslage

1. Erläuternde Auslegung des „Berliner Testaments“

Haben die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament, durch das sie sich gegenseitig als Erben einsetzen, bestimmt, dass nach dem Tode des Überlebenden der beiderseitige Nachlass an einen Dritten fallen soll, so ist gem. § 2269 Abs. 1 BGB im Zweifel anzunehmen, dass der Dritte für den gesamten Nachlass als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten eingesetzt ist. Ein solches „Berliner Testament“ erfordert zunächst, dass sich die testierenden Ehegatten **gegenseitig zu Erben einsetzen**, und zwar nach h. M. zu Alleinerben (Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2269 Rn. 10; MünchKommBGB/Musielak, 5. Aufl. 2010, § 2269 Rn. 12; Burandt/Rojahn/Braun, Erbrecht, 2011, § 2269 BGB Rn. 22). Diese gegenseitige Erbeinsetzung der Eheleute verlangt nicht notwendigerweise eine ausdrückliche Verfügung. Allerdings muss sie im gemeinsamen Testament nach der Rechtsprechung und herrschenden Literatur zumindest **angedeutet** sein. Die gegenseitige Einsetzung des Überlebenden als Alleinerben kann **nicht allein der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments durch die Ehegatten entnommen** werden (BGHZ 80, 242 = NJW 1981, 1737 = DNotZ 1982, 321; Soergel/Wolf, § 2269 Rn. 10; MünchKommBGB/Musielak, § 2269 Rn. 12).

a) In seiner grundlegenden Entscheidung vom 9.4.1981 (NJW 1981, 1737) stellte der BGH klar, dass eine vom Erblasser **unterlassene** (und sei es auch nur schlicht vergebene) **Verfügung von Todes wegen nicht im Wege einfacher Auslegung geschaffen** werden könne. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatten

die Eheleute in einem gemeinschaftlichen Testament lediglich „unsere gemeinsamen Kinder je zur Hälfte als Erben ein[gesetzt]“. Der BGH hielt es für unbeachtlich, dass im Testamentsentwurf sogar noch die gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten enthalten war, ebenso die Verwendung des Wortes „unser“ und die Tatsache, dass sich in einem gemeinschaftlichen Testament die Ehegatten „üblicherweise“ auch gegenseitig selbst bedenken.

b) Die Literatur stimmt dieser Entscheidung ganz überwiegend zu. Aus dem Erfordernis der letztwilligen Verfügung folge, dass der Rechtsfolgewille irgendwie in positiver Weise zum Ausdruck gekommen sein müsse. Eine vom Erblasser schlicht unterlassene (ggf. auch nur vergessene) Verfügung von Todes wegen könne daher nicht im Wege der einfachen Auslegung geschaffen werden (MünchKommBGB/Leipold, § 2084 Rn. 15; Soergel/Loritz, § 2084 Rn. 11).

c) Wurde die in Rede stehende letztwillige Verfügung seitens der Ehegatten vorliegend schlicht vergessen und daher nicht in das Testament aufgenommen, kommt eine Berücksichtigung schon mangels Kundgabe des entsprechenden Rechtsfolgewillens nicht in Betracht. Gleiches gilt aber auch dann, wenn die Ehegatten gemäß den Angaben der Ehefrau übereinstimmend der Auffassung waren, durch die niedergelegten Erklärungen einen entsprechenden Rechtsfolgewillen zum Ausdruck zu bringen, und diesen daher auch (jedenfalls subjektiv) kundgetan haben. Denn nach dem vom BGH in seiner grundlegenden Entscheidung vom 8.12.1982 propagierten zweistufigen Verfahren bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen (BGHZ 86, 41 = NJW 1983, 672 = DNotZ 1984, 38) ist zwar in einem ersten Schritt der (kundgetane) Wille des Erblassers unter Berücksichtigung sämtlicher (auch außerordentlich) Umstände zu ermitteln, sodass vorliegend womöglich noch der Wille zur gegenseitigen Erbeinsetzung festgestellt werden könnte. Der so ermittelte Wille vermag die gewillkürte Rechtsnachfolge von Todes wegen aber nur dann zu determinieren, wenn dieser „in dem Testament – [...] [zumindest] andeutungsweise oder versteckt – zum Ausdruck gekommen ist“ (BGHZ 80, 246 = NJW 1981, 1736, 1737 = DNotZ 1982, 323 – sog. Andeutungstheorie). Danach kommt eine gegenseitige Erbeinsetzung vorliegend nicht in Betracht.

2. Ergänzende Auslegung

Anders als die einfache Auslegung zielt die ergänzende Auslegung nicht darauf ab, den wirklichen im Testament zum Ausdruck gebrachten Willen des Erklärenden zur Geltung zu bringen, sondern eine lückenhafte Regelung zu vervollständigen (Soergel/Loritz, § 2084 Rn. 34). Die ergänzende Auslegung sucht daher nicht (wie die einfache Auslegung) nach dem wirklichen, sondern vielmehr nach dem **hypothetischen Willen des Erblassers** (Soergel/Loritz, § 2084 Rn. 34).

Im Wege ergänzender Testamentsauslegung können im Einzelfall auch **ursprüngliche**, d. h. bei Testamentserrichtung bereits vorhandene **Lücken** geschlossen werden. Eine ergänzungsfähige Lücke soll allerdings nicht vorliegen, wenn der Erblasser absichtlich oder versehentlich den Zuwendungsempfänger oder Zuwendungsgegenstand nicht hinreichend genau bestimmt hat (vgl. § 2065 BGB). Auch die bloße Unkenntnis der Rechtslage zur Zeit der Errichtung erlaubt nach Auffassung der Literatur keine ergänzende Auslegung, sondern allenfalls eine Korrektur im Wege der erläuternden, wohlwollenden Auslegung. Das **schlichte Vergessen** der Aufnahme einer Verfügung in das Testament

wird **ausdrücklich** aus dem Anwendungsbereich der ergänzenden Auslegung **ausgenommen** (MünchKommBGB/Leipold, § 2084 Rn. 81; Soergel/Loritz, § 2084 Rn. 38). Dies erscheint konsequent, da eine andere Sichtweise nur schwer mit dem Andeutungserfordernis im Rahmen der erläuternden Auslegung vereinbar wäre. Hätten die Eheleute bei Errichtung des Testaments an die gegenseitige Erbeinsetzung gedacht und diese – wenn auch nicht formgerecht – tatsächlich kundgetan, würde eine wirksame Verfügung insoweit an deren fehlender Andeutung scheitern. Unter Wertungsgesichtspunkten wäre die Gestattung einer Korrektur im Wege der ergänzenden Auslegung bei schlicht vergessener gegenseitiger Erbeinsetzung kaum erklärbar. Bei ursprünglichen Lücken wird die ergänzende Auslegung damit auf die Fälle begrenzt, in denen der Erblasser bei Errichtung die wahre Sachlage (z. B. Geburt oder Eheschließung eines Kindes) nicht kannte (MünchKommBGB/Leipold, § 2084 Rn. 82; Soergel/Loritz, § 2084 Rn. 38).

3. Ergebnis

Die Eheleute haben sich in dem gemeinschaftlichen Testament jedenfalls nicht ausdrücklich gegenseitig zu Erben eingesetzt. Eine gegenseitige Erbeinsetzung könnte daher **allenfalls im Wege der einfachen (erläuternden) Auslegung festgestellt** werden. Selbst wenn ein entsprechender Wille der Ehegatten bzw. dessen Kundgabe ermittelt werden könnte, scheidet dessen Rechtserheblichkeit mangels hinreichender Andeutung im Testament aus. Allein die Tatsache, dass die Eheleute in einem gemeinschaftlichen Testament in der ersten Person Plural verfügt haben, genügt für eine solche Auslegung nach der Rechtsprechung des BGH und der ihm folgenden h. M. in der Literatur nicht.

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.

GenG § 65; UmwG §§ 190, 258 ff.

Formwechsel einer Genossenschaft in eine GmbH; Ausscheiden einzelner Mitglieder; Zustimmung; Anwendungsbereich von § 65 Abs. 5 GenG

Abruf-Nr.: **110055**

EGBGB Art. 14, 15

Moldawien: Güterrecht

Abruf-Nr.: **109540**

BauGB §§ 24 ff.; BGB § 463

Vorkaufsrecht der Gemeinde bei Kaufvertrag zwischen zwei GmbH & Co. KG; identische Kapitalbeteiligung der Kommanditisten

Abruf-Nr.: **109549**

ZPO § 894; InsO §§ 35, 47, 49, 81, 106

Wiederkaufsrecht im Falle der Verschlechterung der Vermögenslage; Urteil auf „Bewilligung der Rückkauflassung“; Insolvenz des Rückkauflassungsverpflichteten;

Rechtsprechung

BGB § 529 Abs. 1 Fall 2 Leistungsbegriff; Fristlauf trotz vorbehaltenen Nutzungsrechts

a) Bei der Schenkung eines Grundstücks genügt es zur Leistung des geschenkten Gegenstandes im Sinne von § 529 Abs. 1 Fall 2 BGB, dass der Beschenkte nach dem formgerechten Abschluss des Schenkungsvertrages und der Auflassung einen Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung beim Grundbuchamt eingereicht hat.

b) Der Beginn der in § 529 Abs. 1 Fall 2 BGB vorgesehenen Zehnjahresfrist wird nicht dadurch gehindert, dass sich der Schenker an dem verschenkten Grundstück ein lebenslanges Nutzungsrecht vorbehält.

BGH, Urt. v. 19.7.2011 – X ZR 140/10
Abruf-Nr.: 10992

Problem

Durch notariellen Vertrag vom 11.12.1995 übertrug die Mutter des Beklagten diesem im Wege der Erbaueinsetzung mehrere Grundstücke unentgeltlich zu Alleineigentum und behielt sich selbst im Auseinandersetzungsvertrag ein lebenslanges Wohnrecht an einem der Grundstücke vor. Die Vertragsparteien bewilligten und beantragten die Eintragung der Rechtsänderungen in das Grundbuch. Der beurkundende Notar reichte den Eintragungsantrag im Dezember 1995 beim Grundbuchamt ein. Die Eintragung erfolgte am 26.3.1996. Vom 3.2.2006 an gewährte der Sozialhilfeträger der Mutter Sozialhilfeleistungen für die Unterbringung in einem Pflegeheim und nahm den beklagten Sohn in dieser Höhe aus übergeleitetem Recht auf Herausgabe des Wertes der übertragenen Grundstücke in Anspruch.

Streitentscheidend war nun die **bislang höchstrichterlich noch nicht geklärte Frage, ob** zur Bejahung einer Leistung des geschenkten Gegenstands i. S. v. § 529 Abs. 1 Fall 2 BGB bei der Grundstücksschenkung bereits die **Vornahme sämtlicher für den Vollzug erforderlichen Handlungen** (Leistungsvollzug) seitens des Schenkers genügt oder ob der **Eintritt des Leistungserfolgs** (Eigentumsumschreibung im Grundbuch) notwendig ist, des Weiteren, ob – wie im Falle des § 2325 Abs. 3 S. 2 BGB – für den Lauf der Zehn-Jahres-Frist darüber hinaus eine **wirtschaftliche Ausgliederung** des Schenkungsgegenstandes aus dem Vermögen des Schenkenden erforderlich ist (vgl. dazu ausführlich **Gutachten DNotI-Report 2008, 83**).

Entscheidung

In seiner für die notarielle Praxis wichtigen Entscheidung legt der BGH ausführlich dar, dass es für die Annahme einer Leistung i. S. v. § 529 Abs. 2 Fall 2 BGB ausreicht, wenn die Auflassung formgerecht erklärt ist und der Beschenkte die Eintragung des Rechtswechsels im Grundbuch beantragt hat. Der X. Zivilsenat stellt dabei klar, dass die **für die Auslegung von § 2325 Abs. 3 S. 2 BGB maßgeblichen Erwägungen** (Schutz der Interessen der Pflicht-

teilsberechtigten vor Schenkungen, bei denen der Schenker den Genuss des verschenkten Gegenstands auch nach der Schenkung tatsächlich nicht entbehren muss) **nicht auf § 529 BGB übertragen** werden können. Durch das Rückforderungsrecht nach § 528 BGB solle vielmehr primär der Schenker in die Lage versetzt werden, seinen Unterhalt selbst zu bestreiten sowie seine gesetzlichen Unterhaltspflichten gegenüber Verwandten und Ehegatten zu erfüllen.

Durch das **Abstellen auf den Leistungsvollzug** im Rahmen des § 529 Abs. 1 Fall 2 BGB werde dem Zweck der Vorschrift gemäß ein Ausgleich zwischen den Bedürfnissen des Schenkers und dem Vertrauen des Beschenkten auf die Rechtsbeständigkeit des schenkweisen Erwerbs geschaffen. Hierfür genüge die **Rechtsposition nach Auflassung und Einreichung des Umschreibungsantrags durch den Erwerber**, da dieser damit berechtigterweise davon ausgehen könne, dass ihm der geschenkte Gegenstand **auf Dauer verbleiben** werde. Der Erwerber werde gem. § 17 GBO vor anderweitigen Verfügungen geschützt, eine etwaige nachträgliche Verfügungsbeschränkung sei nach § 878 BGB bzw. § 91 Abs. 2 InsO unbeachtlich und es liefen sogar die Fristen für die Gläubigeranfechtung gem. § 140 Abs. 2 S. 1 InsO bzw. § 8 Abs. 2 S. 1 AnfG. Die Eintragung stelle sich insoweit als bloße Formalie dar. Vorstehendes gelte jedenfalls dann, wenn der Erwerber den Eintragungsantrag gestellt habe. Eine etwaige Vollmacht an den Notar zur Antragsrücknahme sei in diesem Fall unschädlich (in Abgrenzung zu BGH DNotZ 2009, 844).

Der BGH weist ferner darauf hin, dass der **Vorbehalt eines Nutzungsrechts**, der sich bei § 2325 BGB nach höchstrichterlicher Rechtsprechung fristschädlich auswirken kann, im Rahmen des § 2325 BGB nicht dem Pflichtteilsberechtigten, im Rahmen des § 528 BGB aber **auch den Personen zugutekomme, denen der Schenker Unterhalt schulde**; denn das Nutzungsrecht habe zur Folge, dass der Schenker zumindest einen Teil seines Unterhaltsbedarfs decken könne, was seine Leistungsfähigkeit gegenüber Unterhaltsberechtigten erhöhe und zugleich seine Bedürftigkeit gegenüber Unterhaltspflichtigen und dem Träger der Sozialhilfe vermindere. Auch deswegen sei es bei § 529 Abs. 1 Fall 2 BGB nicht gerechtfertigt, eine wirtschaftliche Ausgliederung des Schenkungsgegenstandes zu fordern.

BGB § 1030

Kein Erfordernis eines berechtigten Interesses bei Bestellung eines Eigentümernießbrauchs

Ein Nießbrauch kann an dem eigenen Grundstück bestellt werden; der Nachweis eines berechtigten Interesses an der Bestellung ist nicht erforderlich.

BGH, Beschl. v. 14.7.2011 – V ZB 271/10
Abruf-Nr.: 10993

Problem

Gesetzlich ist die Schaffung eines Rechts am eigenen Grundstück nur im Fall der Grundschuld und der Rentenschuld vorgesehen (§§ 1196, 1199 BGB). Gleichwohl hatte schon das Reichsgericht (RGZ 142, 231) ausgeführt, dass dem BGB ein Ausschluss der Bestellung beschränkter Rechte an einer eigenen Sache fremd sei (vgl. auch § 889 BGB). Die Bestellung einer **Eigentümerdienstbarkeit** hielt der Senat dementsprechend für zulässig (BGHZ

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. kündigt an:
**12. Wissenschaftliches Symposium
des Instituts für Notarrecht
an der Universität Würzburg**

INotR
Institut für
Notarrecht an
der Universität
Würzburg

Notarielle Gestaltung bei geänderten Familienstrukturen
- demographischer Wandel,
faktische Lebensgemeinschaften und Patchworkfamilien -

Freitag, 4. Mai 2012

**in der Neubaukirche der Julius-Maximilians-Universität
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg**

09.00 Uhr *Kaffee und kalte Getränke*

09.30 Uhr **Begrüßung**, Prof. Dr. Dr. Herbert **Grziwotz**, Notar, Regen
Vorstandsmitglied des INotR Würzburg

09.45 Uhr **Biologische, soziale und rechtliche Elternschaft – Herausforderungen durch neue Familienformen und Reproduktionsmedizin**
Prof. Dr. Nina **Dethloff**, LL.M., Universität Bonn, Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Familienrecht
anschließend Diskussion

10.45 Uhr *Kaffee und Gebäck*

11.15 Uhr **Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung**
Dr. Andreas **Albrecht**, Notar, Regensburg
anschließend Diskussion

12.15 Uhr **Testamentsgestaltung bei der Patchworkfamilie**
Prof. Dr. Christopher **Keim**, Notar, Bingen
anschließend Diskussion

13.15 Uhr *Mittagessen im historischen Innenhof der Alten Universität (im Tagungsbeitrag inbegriffen)*

14.45 Uhr **Vermögensauseinandersetzung bei faktischen Lebensgemeinschaften**
Prof. Dr. Martin **Löhnig**, Universität Regensburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht sowie Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte
anschließend Diskussion

15.45 Uhr **Betreutes Wohnen und Wohnungseigentum**
Dr. Manfred **Rapp**, Notar, Landsberg
anschließend Diskussion

Tagungsleitung: Prof. Dr. Dr. Herbert **Grziwotz**

ca. 17.00 Uhr **Ende**

– anschließend Mitgliederversammlung der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung –

Organisatorische Hinweise:

Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend und forensisch tätigen Praktiker und einschlägig interessierten Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.

Sämtliche Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post.

Tagungsbeitrag (inklusive Verköstigung, Teilnahmebescheinigung und Tagungsband):

- **130 €** für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. (NotRV)
- **185 €** für Nichtmitglieder
- **65 €** für Notare a. D., Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung
- **frei** für Notare a. D. und Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind (bitte bei Anmeldung angeben)

Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck: „Symposium Mai 2012“ bei der Bayerischen HypoVereinsbank AG Würzburg, BLZ 79020076, Konto-Nr. 6671594, zu überweisen. Rückerstattung des Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis 7 Tage vor der Veranstaltung.

Anmeldungen richten Sie bitte an:

Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Tel. 0931/355760, Fax: 0931/35576225, email: notrv@dnoti.de

41, 209, 210 f. = DNotZ 1964, 493; NJW 1988, 2362, 2363 = DNotZ 1988, 576), jedoch nur unter der Voraussetzung, dass sie mit Rücksicht auf eine beabsichtigte Übertragung des Eigentums an dem belasteten Grundstück geschieht und aus diesem Grund ein Bedürfnis an der Bestellung zu bejahen ist.

Im zu entscheidenden Fall berief sich die Gläubigerin einer Zwangssicherungshypothek gegenüber einem kurz zuvor für den Eigentümer eingetragenen Nießbrauch darauf, dass die entsprechende Eintragung mangels schutzwürdigen Eigeninteresses des Eigentümers unzulässig sei. Sie verlangte daher die Löschung des Nießbrauchs. Das Grundbuchamt wies den Antrag zurück; die hiergegen gerichtete Beschwerde blieb erfolglos.

Entscheidung

Der BGH versagte auch der Rechtsbeschwerde den Erfolg. Allerdings sei die Erstbeschwerde nach § 71 GBO zulässig. Die Vorschrift des § 71 Abs. 2 S. 1 GBO, nach der die Beschwerde gegen eine Eintragung unzulässig ist, stehe nicht entgegen, da sie keine Anwendung finde, wenn eine Eintragung berichtigt werden solle, die nicht am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teilnehme. So verhalte es sich mit Blick auf den vorliegend in Rede stehenden Nießbrauch, da dieser grundsätzlich nicht übertragbar sei (§ 1059 Abs. 1 BGB) und sich daher an seine Eintragung kein gutgläubiger Erwerb anschließen könne.

Das Löschungsbegehren selbst sei demgegenüber nicht gerechtfertigt. Unter Bezugnahme auf seine vorerwähnte Rechtsprechung weist der Senat vielmehr darauf hin, dass ein Eigentümergebrauch an einem Grundstück ebenso bestellt werden könne wie eine entsprechende Grunddienstbarkeit. Denn auch bei Bestellung eines Nießbrauchs könne ein berechtigtes Interesse des Eigentümers bestehen, diesen zunächst als Eigentümerrecht entstehen zu lassen. Dies zeige sich insbesondere bei einer beabsichtigten Veräußerung des Grundstücks unter Nießbrauchsvorbehalt. Der Senat führt im Einzelnen aus, dass eine vorherige, vom **Eigentümer selbst geschaffene dingliche Sicherung** der ihm verbleibenden Nutzungsbefugnis **erhebliche Vorteile** gegenüber dem nur schuldrechtlichen Versprechen des Erwerbers bietet, unmittelbar im Anschluss an den Erwerb einen Nießbrauch zu bestellen.

In Abweichung zu seiner mit Blick auf die Eigentümerdienstbarkeit entwickelten Rechtsprechung (BGHZ 41, 209, 210 f.; NJW 1988, 2362, 2363) stellt der V. Zivilsenat ausdrücklich klar, dass die Wirksamkeit des Eigentümergebrauchs **nicht von einem berechtigten Interesse des Eigentümers** an der Bestellung des Nießbrauchs **im konkreten Fall abhängig** ist:

„Richtigerweise ist die Bestellung von Rechten am eigenen Grundstück bereits im Hinblick auf die bloße Möglichkeit eines solchen Interesses als zulässig anzusehen; eines entsprechenden Nachweises bedarf es im Einzelfall nicht. Das entspricht der Rechtslage bei der Eigentümergrundschuld, welche ebenfalls ohne Darlegung des mit ihr verfolgten Zwecks bestellt werden kann. Zugleich wird eine Überforderung des auf dem formellen Konsensprinzip und der Beweismittelbeschränkung beruhenden Grundbuchverfahrens vermieden (so zutreffend Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn. 1373) und dem Gebot genügt, im Grundstücksverkehr klare und sichere Rechtsverhältnisse zu schaffen“ (Tz. 10).

Abschließend verweist der BGH darauf, dass nicht etwa deshalb eine abweichende Beurteilung geboten sei, weil ein Eigentümergebrauch auch dazu genutzt werden könne, Gläubigern den Zugriff auf das Grundstück zu erschweren. Diese Gefahr bestehe bei der Eigentümergrundschuld ebenfalls. Der **benachteiligte Gläubiger** könne insoweit **Schutz gem. § 3 Abs. 1 AnfG** erlangen. Die Sonderregelungen der Gläubigeranfechtung verdrängten im Regelfall die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften, wie § 138 oder § 226 BGB. Die Absicht der Gläubigerbenachteiligung finde dementsprechend grundsätzlich nur im Anfechtungsverfahren, nicht aber im Rahmen der Grundbucheintragung Berücksichtigung.

Konsequenzen für die Praxis

Dass die Bestellung von beschränkten dinglichen Rechten am eigenen Grundstück ohne Nachweis eines besonderen Interesses zulässig ist, spricht der V. Zivilsenat zwar ausdrücklich nur für die Eigentümerdienstbarkeit sowie den Eigentümergebrauch aus. Angesichts der Begründung des BGH dürften die Ausführungen jedoch ganz **allgemein für beschränkte dingliche Rechte** an Grundstücken Geltung beanspruchen. Danach hängt auch die Wirksamkeit einer Eigentümerreallast nicht von der Existenz eines konkreten Interesses des Eigentümers an deren Bestellung ab (so bereits die bislang h. M. im Schrifttum; vgl. nur MünchKommBGB/Joost, 5. Aufl. 2009, § 1105 Rn. 54 m. w. N.).

BGB § 323 Abs. 5 S. 2

Zur Beurteilung der Unerheblichkeit einer Pflichtverletzung i. S. d § 323 Abs. 5 S. 2 BGB

Für die Frage, ob das Rücktrittsrecht eines Käufers wegen der Lieferung einer mangelhaften Sache gemäß § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB ausgeschlossen ist, ist auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung abzustellen. Ist zu diesem Zeitpunkt die Mangelursache trotz mehrerer vorausgegangener Reparaturversuche nicht bekannt und deswegen nicht absehbar, ob und mit welchem Aufwand der Mangel beseitigt werden kann, wird ein zum Zeitpunkt des Rücktritts erheblicher Mangel nicht zu einem geringfügigen Mangel, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der Mangel mit verhältnismäßig geringem Aufwand behoben werden kann (Bestätigung der Senatsurteile vom 5. November 2008 – VIII ZR 166/07, NJW 2009, 508 und vom 9. März 2011 – VIII ZR 266/09, NJW 2011, 1664).

BGH, Urt. v. 15.6.2011 – VIII ZR 139/09
Abruf-Nr.: 10994

Problem

Hat der Schuldner die Leistung nicht vertragsgemäß erbracht, so kann der Gläubiger nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB gleichwohl **nicht vom Vertrag zurücktreten**, wenn die **Pflichtverletzung unerheblich** ist. Aus der Vorschrift ergibt sich nicht unmittelbar, auf welchen Zeitpunkt für die Beurteilung der (Un-)Erheblichkeit der Pflichtverletzung abzustellen ist. Diese Frage erlangt insbesondere in Konstellationen Relevanz, in denen im Zeitpunkt des Zugangs der Rücktrittserklärung noch nicht bekannt und absehbar ist, ob der Mangel zu beseitigen ist und welcher Aufwand hierfür nötig wäre. Wäre stets auf den Mangelbeseitigungsaufwand abzustellen, der ggf. erst deutlich später ermittelt werden kann, hätte dies zur Folge, dass ein Mangel, der bei

verständiger Beurteilung bei Zugang der Rücktrittserklärung als erheblich erscheint, rückwirkend zur Unerheblichkeit der Pflichtverletzung führt, wenn sich später ergibt, dass der Mangel mit relativ geringem Aufwand hätte behoben werden können. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt ging es um den Rücktritt vom Kaufvertrag über ein Fahrzeug. Trotz mehrerer vorausgegangener Reparaturversuche des Verkäufers war die Ursache eines Mangels nicht bekannt und es stand daher nicht fest, ob und wenn ja, mit welchem Aufwand der Mangel beseitigt werden konnte.

Entscheidung

Der BGH stellt unter Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung (vgl. BGH NJW 2011, 1664, 1664; NJW 2009, 508, 509) klar, dass hinsichtlich der Erheblichkeit der Pflichtverletzung nach § 323 Abs. 5 S. 2 BGB **ausschließlich auf den Zeitpunkt des Zugangs der Rücktrittserklärung abzustellen** ist. Für die Wirksamkeit des Rücktritts spiele es keine Rolle, wenn sich im Verlauf des Rechtsstreits herausstelle, dass der Mangel mit verhältnismäßig geringem Kostenaufwand hätte behoben werden können. Entscheidend sei allein, wie sich die tatsächliche Lage im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung für einen objektivierten Betrachter darstelle. Spätere Erkenntnisse haben außer Betracht zu bleiben. Will sich der Verkäufer auf die Einwendung des § 323 Abs. 5 S. 2 BGB berufen, trägt er die Darlegungs- und Beweislast für die Unerheblichkeit der Pflichtverletzung. Eine erfolgreiche Geltendmachung der Einrede scheidet insbesondere dann aus, wenn die Mangelursache trotz mehrerer vorausgegangener Reparaturversuche zunächst unbekannt bleibt.

Literaturhinweise

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