

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ErbbauRG § 2 Nr. 5; BGB §§ 1113 Abs. 2, 1153, 1163, 1184; GBO § 22 – Übergang einer verstrafesichernden Hypothek bei Übertragung des Erbbaugrundstücks

BGB § 2287 – Zustimmung des Vertragserben zur beinträchtigenden Schenkung; Vertretung des Vertragserben aufgrund privatschriftlicher Vollmacht

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

EuErbVO Art. 21 – Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts i. S. v. Art. 21 EuErbVO bei *Expats*; Substitution der Zugewinnngemeinschaft nach § 1371 BGB durch die Errungenschaftsgemeinschaft chinesischen Rechts

Stellenanzeige

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ErbbauRG § 2 Nr. 5; BGB §§ 1113 Abs. 2, 1153, 1163, 1184; GBO § 22

Übergang einer verstrafesichernden Hypothek bei Übertragung des Erbbaugrundstücks

I. Sachverhalt

Bei der Bestellung eines Erbbaurechts wurde als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts ein Verstrafesversprechen gem. § 2 Nr. 5 ErbbauRG vereinbart. Zur Absicherung dieses Versprechens wurde im Grundbuch eine Sicherungshypothek bis zum Höchstbetrag von 5.000 € für Herrn X, den ursprünglichen Eigentümer des Erbbaugrundstücks, eingetragen. Herr X übergab das Erbbaugrundstück an seine Tochter. Dabei trat sie in alle dinglichen und schuldrechtlichen Rechte und Pflichten aus dem Erbbaurechtsvertrag ein.

Zur Sicherungshypothek wurde im Übergabevertrag nichts geregelt. Nunmehr ist die Tochter als Eigentümerin des Erbbaugrundstücks im Grundbuch eingetragen. In Abt. III des Erbbaugrundbuchs steht noch die Sicherungshypothek zugunsten des ursprünglichen Eigentümers, Herrn X.

II. Fragen

1. Ist mit dem dinglichen Anspruch auf das Verstrafesversprechen akzessorisch auch die Sicherungshypothek auf die neue Grundstückseigentümerin übergegangen?

2. Kann das Grundbuch ggf. von Amts wegen berichtigt werden?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeines

a) Dingliche Wirkung des Verstrafesversprechens nach § 2 Nr. 5 ErbbauRG

Zwischen dem jeweiligen Eigentümer und dem jeweiligen Erbbauberechtigten wirkt die als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts vereinbarte Verpflichtung zur

Zahlung einer Vertragsstrafe (Winkler/Schlögel, in: v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch des Erbbaurechts, 6. Aufl. 2016, § 4 Rn 139; Böttcher, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 9. Aufl. 2020, Rn. 250) nur dann, wenn auch die **strafbewehrte Hauptverpflichtung zulässiger Erbbaurechtsinhalt** ist (BGH NJW 1990, 832 = DNotZ 1991, 391). Wirkung und Übergang des Vertragsstrafversprechens hängen also maßgeblich davon ab, welche Hauptverpflichtung durch das Vertragsstrafversprechen gesichert werden soll; die Vertragsstrafe ist nämlich **akzessorisch** zur Hauptverpflichtung (Palandt/Grüneberg, BGB, 80. Aufl. 2021, § 339 Rn. 13; BeckOK-BGB/Janoschek, Std.: 1.11.2020 § 339 Rn. 3; jurisPK-BGB/Beater, 9. Aufl. 2020, § 339 Rn. 32). Die gesicherte Hauptverpflichtung lässt sich dem Sachverhalt nicht entnehmen. Für die nachfolgende Bearbeitung unterstellen wir, dass die Hauptverpflichtung ebenfalls Inhalt des Erbbaurechts ist.

b) Strafreinbarung und Strafanspruch

Für die dogmatische Einordnung der Vertragsstrafe ist zu unterscheiden zwischen der Vereinbarung nach § 2 Nr. 5 ErbbauRG („Strafreinbarung“), die durch die Eintragung im Grundbuch dingliche Wirkung erlangt und damit für und gegen die Rechtsnachfolger der Beteiligten wirkt, und dem mit der Verwirkung der Vertragsstrafe entstehenden, losgelösten Einzelanspruch („Strafanspruch“; MünchKommBGB/Heinemann, 8. Aufl. 2020, § 2 ErbbauRG Rn. 6 f.; vgl. zur Terminologie im Schuldrecht Staudinger/Rieble, BGB, 2020, § 339 Rn. 2). Der letztgenannte Anspruch wirkt nur zwischen dem zum Zeitpunkt der Verwirkung eingetragenen Grundstückseigentümer und dem zum Zeitpunkt der Verwirkung eingetragenen Erbbauberechtigten. **Bis zur Anspruchsentstehung durch Verwirkung** sind die Rechte und Pflichten aus der dinglichen Vereinbarung **sonderrechtsunfähiger Bestandteil des Erbbaurechts** und können daher nicht getrennt abgetreten werden (MünchKommBGB/Heinemann, § 2 ErbbauRG Rn. 6). Da der Sachverhalt keine Anhaltspunkte für eine bereits erfolgte Verwirkung der Vertragsstrafe liefert, gehen wir davon aus, dass ein Strafanspruch noch nicht entstanden ist. Weil dann aber die gem. § 2 Nr. 5 ErbbauRG verdinglichte Strafreinbarung nicht vom Erbbaurecht gelöst werden kann, dürfte sie auf T als neue Eigentümerin des erbbaurechtsbelasteten Grundstücks übergegangen sein (womit noch nicht das Schicksal der Hypothek beantwortet ist). Auf die umstrittene Frage, ob das Strafvorsprechen analog § 401 BGB mit Übertragung der Hauptforderung übergeht, dürfte es deshalb bei einer Strafreinbarung, die dinglicher Inhalt des Erbbaurechts ist, nicht ankommen (vgl. zum Streitstand einerseits MünchKommBGB/Roth/Kieninger, 8. Aufl. 2019, § 401 Rn. 9 und andererseits

BeckOGK-BGB/Lieder, Std.: 1.3.2020, § 401 Rn. 55 – jew. m. w. N.)

c) Keine Haftung des Erbbaurechts für die Vertragsstrafe; Erfordernis der Grundpfandrechtsbestellung

Da der jeweilige Erbbauberechtigte für eine von ihm verwirkte Vertragsstrafe nur persönlich haftet, wird zur dinglichen Absicherung des Grundstückseigentümers regelmäßig ein Grundpfandrecht am Erbbaurecht bestellt (Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 141; Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 11. Aufl. 2018, § 2 Rn. 90 f.; Staudinger/Rapp, 2017, § 2 ErbbauRG Rn. 29). Hypotheken können nach § 1113 Abs. 2 BGB grundsätzlich auch für künftige Forderungen (den Strafanspruch) bestellt werden, sofern der **Rechtsboden** für diese Forderung gelegt ist (BeckOGK-BGB/Kern, Std.: 1.11.2020, § 1113 Rn. 93 m. w. N.). Dies ist bei einer Vertragsstrafenvereinbarung nach § 2 Nr. 5 ErbbauRG der Fall, da bereits eine vertragliche Vereinbarung (in Form der Strafabrede) zwischen den Parteien besteht.

2. Die hypothekengesicherte Forderung

Um das Schicksal der Hypothek bei Übereignung des Grundstücks zu klären, ist zunächst die hypothekarisch gesicherte Forderung zu bestimmen: Ist es die (unbedingte) „Forderung“ in Form der Strafabrede oder der aufschiebend bedingte Strafanspruch? Wie oben dargelegt, dürfte die Strafabrede mit Übereignung des Grundstücks als Inhalt des Erbbaurechts ohne Weiteres auf die neue Eigentümerin übergegangen sein. Denn mit Erwerb des Eigentums am Erbbaugrundstück übernahm sie das eingetragene Erbbaurecht mit seinem gesamten dinglichen Inhalt (Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 104).

a) Strafanspruch als gesicherte Forderung

Da das Vertragsstrafversprechen bis zur Entstehung des Strafanspruchs durch Verwirkung nur ein sonderrechtsunfähiger Bestandteil des Erbbaurechts ist (MünchKommBGB/Heinemann, § 2 ErbbauRG Rn. 6), könnte man annehmen, mit der Übertragung des dinglichen Stammrechts gehe gem. § 1153 Abs. 1 BGB auch die das Vertragsstrafversprechen sichernde Hypothek über. Bis zur Entstehung des persönlichen Anspruchs würde die Hypothek damit direkt die dingliche Vereinbarung nach § 2 Nr. 5 ErbbauRG sichern.

Dagegen lässt sich allerdings einwenden, dass die Hypothek gem. § 1113 Abs. 1 BGB nur eine „Forderung“, nicht aber ein dingliches Recht sichern kann. Mehr noch: Die Hypothek kann nach h. M. nur eine Geldforderung sichern (MünchKommBGB/Lieder, § 1113 Rn. 48 m. w. N.). Eine Geldforderung ist aber nicht die dingliche Strafabrede, sondern erst der daraus er-

wachsende Strafanspruch. Naheliegend ist also, dass die Hypothek den **aufschiebend bedingten Strafanspruch** sichert.

b) Entstehung der Hypothek bei aufschiebend bedingter Forderung

Da dieser Anspruch bisher wohl nicht existiert, stellt sich die Frage, ob die Hypothek überhaupt bereits als Fremdhypothek entstehen konnte oder ob sie gem. §§ 1163 Abs. 1 S. 1, 1177 Abs. 1 S. 1 BGB dem Erbbauberechtigten als „Eigentümergrundschuld“ (präzise wäre wohl der Begriff „Erbbauberechtigtengrundschuld“) zusteht und dem Eigentümer des Grundstücks lediglich ein korrespondierendes Anwartschaftsrecht. Ähnlich verhält es sich bei einem bereits abgeschlossenen Darlehensvertrag, dessen Rückzahlungsanspruch mangels Valutierung des Darlehens noch nicht entstanden ist. Nach herrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur ist § 1163 Abs. 1 S. 1 BGB auch auf solche künftigen Forderungen anwendbar, nicht nur auf solche, die endgültig und planwidrig nicht entstehen (RGZ 153, 167, 170; BayObLG MDR 1970, 233; Staudinger/Wolfsteiner, 2019, § 1163 Rn 31; MünchKommBGB/Lieder, § 1163 Rn. 9 m. w. N.; a. A. Wilhelm, Sachenrecht, 5. Aufl. 2016, Rn. 1448 ff.). Bis zur Entstehung der Forderung hätte der Erbbaugrundstückseigentümer dann lediglich ein **Anwartschaftsrecht** (Staudinger/Wolfsteiner, § 1163 Rn. 32; BeckOGK-BGB/Wohlrab, Std.: 1.4.2017, § 1163 Rn. 64 ff.), das mit Entstehung der Forderung zum Vollrecht erstarkte. Über das Anwartschaftsrecht kann der Inhaber ebenso verfügen wie über die Hypothek – also durch Übertragung der (künftigen) Forderung (BeckOGK-BGB/Wohlrab, § 1163 Rn. 67).

Ob die Hypothek vorliegend eine gegenwärtige Forderung sichert (mit der Folge, dass sie unmittelbar als Fremdrecht entstanden ist) oder eine aufschiebend bedingte Forderung (mit der Folge, dass zunächst eine Eigentümergrundschuld entstanden ist und zugunsten des Grundstückseigentümers lediglich ein Anwartschaftsrecht), hängt maßgeblich von der dogmatischen Einordnung des Strafvorsprechens und des Strafanspruchs ab. Nach überwiegender Auffassung ist der aus der Strafabrede entstehende Strafanspruch aufschiebend bedingt auf die Verwirkung (Staudinger/Rieble, § 339 Rn. 2 m. w. N; Ostendorf, JuS 2015, 977, 978). Das Gesetz lässt die genaue dogmatische Einordnung offen, indem es in § 339 Abs. 1 BGB nur davon spricht, dass die Vertragsstrafe „verwirkt ist“. In Anlehnung daran wird in der Literatur teilweise formuliert, dass der Strafanspruch mit der Verwirkung „entsteht“ (BeckOK-BGB/Janoschek, § 339 Rn. 8). Eine präzise Einordnung gestaltet sich schwierig, kann u. E. aber offenbleiben.

c) Anwendung des § 1163 Abs. 1 BGB bei der verdinglichten Vertragsstrafe

Unabhängig von der genauen dogmatischen Einordnung passt nämlich § 1163 Abs. 1 BGB auf die hypothekarisch gesicherte verdinglichte Vertragsstrafe nicht. Mit der – hier verdinglichten – Strafabrede zwischen Schuldner und Gläubiger liegt u. E. eine **ausreichend begründete Forderung** vor, die als Grundlage für die akzessorische Hypothek genügt. Anders als bspw. bei einem Darlehensvertrag, bei dem der Rückzahlungsanspruch erst mit Auszahlung der Darlehenssumme entsteht (MünchKommBGB/Lieder, § 1163 Rn. 10) und vorher nicht als Forderung existieren kann, existiert der Strafanspruch dem Grunde nach bereits mit Abschluss der Strafabrede. Die Verwirkung führt lediglich neben der dinglichen Strafabrede dazu, dass aus der Strafabrede ein Einzelanspruch erwächst. Wir würden deshalb davon ausgehen, dass die Hypothek **bereits zum Zeitpunkt der Eintragung als Fremdrecht** und nicht lediglich als Anwartschaftsrecht **entstanden** ist. Gerade in Fällen, in denen die Forderung bereits eine ausreichende Grundlage hat, scheint deshalb die von *Wilhelm* vertretene Auffassung, dass in diesen Fällen unmittelbar ein Fremdrecht entstehe (Rn. 1450), zuzutreffen. Die Auffassung, dass in diesen Fällen zwar gem. § 1113 BGB eine Hypothek für bedingte Forderungen „bestellt“ werden könne, diese aber eigentlich eine Eigentümergrundschuld sei, mag nicht so recht überzeugen, insbesondere weil dies dazu führte, dass das Grundbuch im vorliegenden Fall dauerhaft unrichtig bliebe – denn einen Berichtigungsanspruch dahingehend, dass die Eigentümergrundschuld als solche eingetragen werden könne, erkennt auch die h. M. nicht an. Nach h. M. bleibt im Grundbuch dauerhaft eine Fremdhypothek eingetragen, obwohl eigentlich eine Eigentümergrundschuld bestehen soll (dazu sogleich).

Besonders deutlich wird die Inkonsequenz der **h. M.** bei der hier gegebenen Höchstbetragshypothek. Dabei soll es zu einem „**ständigen Wechsel**“ **zwischen Eigentümergrundschuld und Fremdhypothek** kommen, je nachdem ob gerade eine Forderung existiert oder nicht (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 17.6.2005 – 14 Wx 35/04 [juris], Rn. 16; MünchKommBGB/Lieder, § 1190 Rn. 8; Staudinger/Wolfsteiner, § 1190 Rn. 11). Konsequenter erscheint es, in diesen Fällen bis zum endgültigen Erlöschen der Forderung von einem Fremdrecht auszugehen (mit überzeugendem Verweis auf die Motive Wilhelm, Rn. 1452). Dass der Gesetzgeber davon ausging, der Höchstbetragshypothek sei eine dauerhafte Unrichtigkeit des Grundbuchs geradezu immanent, ist ausgesprochen unwahrscheinlich und im Ergebnis wenig überzeugend.

3. Ergebnis

Im Ergebnis dürfte die Hypothek mit Übertragung des Erbbaugrundstücks und damit auch der Rechtsposition aus der Strafabrede gem. § 1153 Abs. 1 BGB auf die T übergegangen sein. Das Grundbuch ist folglich gem. § 22 GBO zu berichtigen. Nach unserem Dafürhalten wird auf grundbuchverfahrensrechtlicher Ebene allerdings eine Berichtigungsbewilligung des X gem. § 19 GBO erforderlich sein. Dies deshalb, weil aus Sicht des Grundbuchamts nicht auszuschließen ist, dass die Vertragsstrafe bereits in der Eigentümerzeit von Herrn X verwirkt wurde und demzufolge zu seinen Gunsten ein hypothekarisch gesicherter Strafanspruch entstanden ist. Die (etwaige) Verwirkung bzw. Nichtverwirkung der Vertragsstrafe ist ein *tatsächlicher* Umstand, der einem Beweis durch öffentliche Urkunde (hier: der Übergabevertrag) nicht zugänglich ist. Ein urkundlicher Unrichtigkeitsnachweis lässt sich nicht führen, sodass es der Bewilligung des Betroffenen (hier: des X) bedarf.

Hielte man entgegen der vorliegend vertretenen Ansicht § 1163 Abs. 1 BGB für anwendbar, mit der Konsequenz, dass der Strafanspruch erst durch Verwirkung der Vertragsstrafe entstehen würde, wäre nicht die Hypothek übergegangen, sondern analog § 1153 Abs. 1 BGB das Anwartschaftsrecht. Auch in diesem Fall käme eine Grundbuchberichtigung zugunsten der T und nicht zugunsten des Erbbauberechtigten in Betracht, da die T dem Erbbauberechtigten ihren Anspruch auf Erwerb der Hypothek entgegenhalten könnte (MünchKommBGB/Lieder, § 1163 Rn. 15; Staudinger/Wolfsteiner, § 1163 Rn. 35). Eine Grundbuchberichtigung auf T muss in diesem Fall trotz der bestehenden Eigentümergrundschild möglich sein, denn ansonsten wäre die fortbestehende „Belastung“ des Eigentümerrechts mit der auflösenden Bedingung der Entstehung der Forderung nicht mehr aus dem Grundbuch ersichtlich, was die Gefahr des gutgläubigen Erwerbs nach sich zöge (Staudinger/Wolfsteiner, § 1163 Rn. 35). Selbst nach der Auffassung, die eine Eigentümergrundschild entstehen lassen möchte, ist diese im Grundbuch als Fremdhypothek für eine künftige Forderung einzutragen und im vorliegenden Fall entsprechend zu berichtigen.

BGB § 2287

Zustimmung des Vertragserben zur beeinträchtigenden Schenkung; Vertretung des Vertragserben aufgrund privatschriftlicher Vollmacht

I. Sachverhalt

Die Erblasserin und ihr zwischenzeitlich verstorbener Ehemann haben 1961 mit notarieller Urkunde einen Erbvertrag errichtet. Darin haben sich die Ehegatten gegenseitig zu Alleinerben und in vertraglich bindender Form die gemeinsamen Kinder zu gleichen Teilen als Erben des zuletzt Versterbenden eingesetzt. Als Kinder sind aus der Ehe eine Tochter und ein Sohn hervorgegangen. Der Sohn ist an Demenz erkrankt und nicht mehr geschäftsfähig.

Die Erblasserin beabsichtigt nunmehr, eines ihrer beiden Häuser im Wege des Überlassungsvertrags zur Hälfte an die Tochter zu übertragen und zu je ¼ an die beiden Kinder des Sohnes.

Der Sohn hat 2018 – als er (wohl) noch geschäftsfähig war – eine privatschriftliche Vorsorgevollmacht zugunsten seiner Schwester und eines seiner beiden Söhne erteilt. Die Vollmacht sieht vor, dass Schenkungen (nur) insoweit vorgenommen werden können, als es einem Betreuer rechtlich gestattet ist.

Die Beteiligten erwägen, dass der Sohn, vertreten durch die beiden Bevollmächtigten, der beabsichtigten Überlassung zustimmt. Dadurch wollen sie eine spätere „Anfechtbarkeit“ des Überlassungsvertrags nach § 2287 BGB ausschließen.

II. Fragen

1. Kann die Zustimmung eines Vertragserben zu einer ihn beeinträchtigenden Zuwendung durch einen Bevollmächtigten erklärt werden?
2. Falls ja: Genügt dafür eine privatschriftliche Vollmacht?
3. Wäre eine Zustimmung des Sohnes, vertreten durch die beiden Bevollmächtigten, zu der ihn beeinträchtigenden Schenkung (die der Wirkung nach einem gegenständlich beschränkten Zuwendungsverzicht gleichkommt) als Schenkung zu betrachten?

III. Zur Rechtslage

1. Ausschluss der Beeinträchtigung bei Zustimmung zur Schenkung

Ein Erbvertrag hindert den Erblasser nicht, über sein Vermögen unter Lebenden wirksam zu verfügen

(§ 2286 BGB). Darin liegt, was die Rechtsfolgen angeht, der maßgebliche Unterschied zur erbvertragswidrigen letztwilligen Verfügung, die gem. § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam wäre. Hat der Erblasser jedoch in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, so kann der Vertragserbe – nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist – gem. § 2287 Abs. 1 BGB die Herausgabe des Geschenks nach Bereicherungsrecht verlangen.

Es ist allgemein anerkannt, dass der Vertragserbe auf den zu seinen Gunsten bestehenden Schutz verzichten kann, vor allem dadurch, dass er einer beeinträchtigenden Schenkung des Erblassers zustimmt. Eine solche **Zustimmung schließt** nach h. M. die objektive Beeinträchtigung des Vertragserben und damit bereits den **Tatbestand des § 2287 BGB aus** (vgl. nur BeckOGK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.10.2020, § 2287 Rn. 117 m. w. N.).

2. Zustimmung als höchstpersönliche Erklärung?

Die Frage, ob der Vertragserbe bei der Zustimmung im Rahmen des § 2287 BGB vertreten werden kann oder ob es sich dabei um eine höchstpersönliche Erklärung handelt, ist nach unserer Kenntnis bisher **gerichtlich nicht entschieden** und in der einschlägigen Literatur auch nicht explizit erörtert worden.

Für die Zulässigkeit der Vertretung spricht, dass Rechtsgeschäfte grundsätzlich nicht vertretungsfeindlich sind. Sofern das Gesetz kein Stellvertretungsverbot normiert, kann man daher von der Zulässigkeit einer gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertretung ausgehen (vgl. nur MünchKommBGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, § 164 Rn. 100).

Etwas anderes könnte sich dogmatisch möglicherweise aus der **Nähe der Zustimmung zum Zuwendungsverzichtsvertrag (§ 2352 BGB)** ergeben. Wegen dieser Nähe hat der BGH etwa entschieden, dass die Zustimmung im Rahmen des § 2287 BGB der notariellen Beurkundung entsprechend § 2348 BGB bedarf (DNotZ 1990, 803, 804 f.; vgl. dazu auch Gutachten DNotI-Report 2009, 173, 174). Des Weiteren verlangt der BGH zur entsprechenden Verzichtserklärung eines Minderjährigen die Genehmigung des Familiengerichts analog § 2347 Abs. 1 S. 1 BGB (NJW 1982, 1100, 1102). Betrachtete man die Zustimmung als zweiseitiges Rechtsgeschäft (auch diese Rechtsfrage ist noch nicht abschließend geklärt), so könnte man aus der vorstehenden Rechtsprechung herleiten, dass gemäß der – vom BGH mehrfach zum Vergleich herangezogenen – Rechtslage beim Zuwendungsverzicht (vgl. §§ 2352 S. 3, 2347 BGB) die Willenserklärung zumindest **aufseiten des Erblassers persönlich** abgege-

ben werden muss und dass eine Vertretung allenfalls des geschäftsunfähigen Erblassers durch seinen gesetzlichen Vertreter möglich ist (vgl. §§ 2352 S. 3, 2347 Abs. 2 BGB).

Im Gegensatz zum Erblasser **kann sich indes der Verzichtende** bei einem Erbverzichtsvertrag (Zuwendungsverzichtsvertrag) durch seinen rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Vertreter **vertreten lassen** (vgl. § 2347 Abs. 1 BGB).

Selbst wenn man also – entsprechend der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung – die Bestimmungen für den Zuwendungsverzichtsvertrag auf die Zustimmung im Rahmen des § 2287 BGB überträgt, lässt sich daraus u. E. nicht die Höchstpersönlichkeit der Zustimmungserklärung des Verzichtenden herleiten. Wenn schon beim Zuwendungsverzicht (der unmittelbar zur Beseitigung des Anfalls der Zuwendung beim Verzichtenden führt) eine Stellvertretung zulässig ist, muss dies vielmehr *erst recht* für ein lebzeitiges Rechtsgeschäft in Bezug auf den Gegenstand gelten.

Aus unserer Sicht kann daher bei der Zustimmung im Rahmen des § 2287 BGB – wie bei einem Zuwendungsverzichtsvertrag – aufseiten des Verzichtenden ein Bevollmächtigter (oder gesetzlicher Vertreter) handeln.

3. Formfrage

Bejaht man aufgrund der obigen Ausführungen die Zulässigkeit der rechtsgeschäftlichen Vertretung, dann stellt sich die Formfrage. Wie bereits dargelegt hält der BGH die Zustimmung zu einer beeinträchtigenden Schenkung entsprechend § 2348 BGB für beurkundungsbedürftig.

Daraus lässt sich indes nicht ableiten, dass bei einer rechtsgeschäftlichen Vertretung auch die Vollmacht formpflichtig wäre. Denn nach **§ 167 Abs. 2 BGB** ist die Vollmacht grundsätzlich auch dann formfrei, wenn das Vertretergeschäft, das aufgrund der Vollmacht vorgenommen werden soll, einer bestimmten Form bedarf. Hinsichtlich der Form ist im Ausgangspunkt also zwischen dem Vertretergeschäft und der Vollmacht strikt zu trennen. Eine Ausnahme gilt allenfalls dort, wo der Vertretene bereits bei der Bevollmächtigung so gebunden ist, als sei das formbedürftige Vertretergeschäft zustande gekommen (vgl. MünchKommBGB/Schubert, § 167 Rn. 20 m. w. N.). Die Kriterien, die in den anerkannten Ausnahmefällen herangezogen werden (Bindung des Vertretenen, Vollmacht im Interesse des Vertreters, unwiderrufliche Vollmacht; vgl. MünchKommBGB/Schubert, § 167 Rn. 20 ff.), sind vorliegend jedoch alle nicht erfüllt.

Aus unserer Sicht kann daher die Zustimmung zu einer beeinträchtigenden Schenkung – sofern man die Vertretung nach den Ausführungen unter Ziff. 2 für zulässig erachtet – aufgrund einer privatschriftlichen Vollmacht abgegeben werden.

4. Schenkungscharakter der Zustimmung?

Die Zustimmung zu einer Schenkung, die der Erblasser zu seinen Lebzeiten tätigt (§ 2287 BGB), soll einen bereicherungsrechtlichen Anspruch des Vertragserben, der erst mit dem Erbfall entsteht, ausschließen. Der Zustimmungsvorgang verzichtet folglich nicht auf einen aktuellen oder bedingten, sondern auf einen künftigen Anspruch oder es wird – anders gesagt – der Tatbestand ausgeschlossen, der einen solchen Anspruch begründet. Damit wird aus Sicht des Zustimmungsvorgangs kein aktueller Wert aus seinem Vermögen ausgegliedert, sondern nur vermieden, dass ihm zu einem späteren Zeitpunkt (Erbfall) ein schuldrechtlicher Anspruch aus der Schenkung erwächst. Hierin liegt u. E. keine Schenkung i. S. d. § 516 BGB. Die Erklärung entspricht vielmehr dem **Verzicht auf ein künftiges Recht**; diesem kommt aber nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 517 BGB kein Schenkungscharakter zu.

5. Ergebnis

Die Zustimmung im Rahmen des § 2287 BGB ist u. E. durch die Vertretungsmacht der Bevollmächtigten (die im konkreten Fall bei Schenkungen auf die rechtsgeschäftlichen Handlungsbefugnisse eines Betreuers beschränkt ist) gedeckt.

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.

EuGüVO Art. 22

Polen: Gesetzlicher Güterstand; Grundstückserwerb durch einen einzelnen, verheirateten, polnischen Staatsangehörigen

Abruf-Nr.:

BGB §§ 2305, 2306, 2307

Zuwendung eines gem. § 2306 BGB belasteten Erbteils und eines Vermächnisses an Pflichtteils-

berechtigten; Handlungsmöglichkeiten

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

EuErbVO Art. 21

Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts i. S. v. Art. 21 EuErbVO bei Expats; Substitution der Zugewinnngemeinschaft nach § 1371 BGB durch die Errungenschaftsgemeinschaft chinesischen Rechts

1. Sind langjährige berufliche und soziale Bindungen des Erblassers an seinen neuen tatsächlichen Aufenthaltsort vorhanden, muss der Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts nach Art. 21 EuErbVO am Ort des tatsächlichen Aufenthalts nicht zwingend entgegenstehen, dass von dem Erblasser eine Rückkehr in sein früheres Heimatland beabsichtigt und ins Werk gesetzt worden war.

2. Umfasst der Nachlass eines Erblassers mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in der Volksrepublik China auch inländisches Grundvermögen, ist die von dem IPR der Volksrepublik China hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens angeordnete Anwendung des Erbrechts am inländischen Belegenheitsort zugleich gemäß Art. 34 Abs. 1 EuErbVO als Nachlassspaltung beachtlich.

3. Haben die Eheleute in dem gesetzlichen Güterstand einer Errungenschaftsgemeinschaft nach dem Ehegüterrecht der Volksrepublik China gelebt, kann der überlebende Ehegatte bei Anwendung deutschen Erbstatus einen nach § 1371 Abs. 1 BGB erhöhten Erbteil weder aufgrund einer international-privatrechtlichen Substitution des ausländischen Güterstands zur inländischen Zugewinnngemeinschaft noch aufgrund einer international-privatrechtlichen Anpassung beanspruchen, sondern bleibt grundsätzlich auf den gemäß § 1931 Abs. 1 BGB nicht erhöhten gesetzlichen Erbteil beschränkt.

OLG Frankfurt, Beschl. v. 14.9.2020 – 21 W 59/20

Problem

Es geht um die Ausstellung eines Erbscheins nach einem 2017 verstorbenen deutschen Staatsangehörigen. Der Erblasser lebte seit 2004 berufsbedingt in der Volksrepublik China. Im Jahre 2014 heiratete er in Deutschland eine chinesische Staatsangehörige, die er in China kennengelernt hatte. Der Erblasser hat kein Testament errichtet. Das wesentliche Vermögen des Erblassers besteht aus einem in Deutschland belegenen Haus, das der

Erblasser 2007 erworben hatte und in dem er stets seinen Urlaub verbrachte. Die Tochter behauptet, dass der Erblasser im Fall seiner Verrentung – vorgesehen für das Jahr 2018 – beabsichtigt habe, nach Deutschland dauerhaft zurückzukehren und im dortigen Haus dauerhaft zu wohnen. Sie hat daher beantragt, einen Erbschein auf der Basis deutschen Erbrechts auszustellen.

Entscheidung

Umstritten ist im vorliegenden Fall zunächst die Frage gewesen, ob der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt i. S. v. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO in Deutschland oder in der Volksrepublik China gehabt hatte. Das OLG Frankfurt verweist zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts auf die Entscheidungsbegründung des EuGH in der Rechtssache E. E. (Urteil vom 16.7.2020, DNotI-Report 2020, 166 f.). Im Rahmen einer Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalls stellt das Gericht zwar fest, dass mit der Belegenheit des Vermögens, der Staatsangehörigkeit, den fortbestehenden persönlichen und familiären Beziehungen und der (im Ergebnis nicht bewiesenen) Rückkehrabsicht erhebliche Beziehungen nach Deutschland bestanden hätten. Die Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts verlange allerdings keinen Bleibewillen, sondern könne auch bei Rückkehrabsicht gegeben sein. Ausschlaggebend sei, dass *„der Erblasser seinerseits durch Aufnahme einer Beziehung mit einer chinesischen Staatsangehörigen, Eheschließung und Begründung eines gemeinsamen Hausstands seinen Lebensmittelpunkt im Zeitpunkt seines Todes ... auch in sozialer Hinsicht seit mehr als 10 Jahren nach China verlagert“* habe. Auch liege keine engere Verbindung zum deutschen Recht nach Art. 21 Abs. 2 EuErbVO vor.

Allerdings wird über Art. 34 Abs. 1 EuErbVO die Rückverweisung des chinesischen Internationalen Privatrechts für die Erbfolge in das in Deutschland belegene Immobilienvermögen auf das deutsche Belegenheitsrecht beachtet. Hinsichtlich des beweglichen Nachlasses nimmt das chinesische Recht die Verweisung dagegen wegen des letzten Wohnsitzes des Erblassers in China an. Insoweit trat im vorliegenden Fall eine Nachlassspaltung ein.

Da das BGB die Erbquoten güterstandsabhängig bestimmt, bestimmt das OLG das Güterstatut gem. Art. 5 EGBGB a. F. und gelangt so – weil die Eheleute zum Zeitpunkt der Eheschließung beide ihren gewöhnlichen Aufenthalt i. S. v. Art. 14 EGBGB in China hatten – zum gesetzlichen Güterstand des chinesischen Rechts, der sog. Errungenschaftsgemeinschaft. Eine Substitution mit der Zugewinnngemeinschaft lehnt das Gericht ab, da nach chinesischem Recht auch im Erbfall eine

güterrechtliche Auseinandersetzung des Gesamtguts erfolge und damit dieser Güterstand allenfalls mit der Errungenschaftsgemeinschaft gem. §§ 1519 ff. BGB in der bis 1957 geltenden Fassung vergleichbar sei. Daher erhält die Tochter an dem in Deutschland belegenen Immobilienvermögen eine Erbquote von $\frac{3}{4}$ und ist hinsichtlich des beweglichen Nachlasses entsprechend den Vorschriften des chinesischen Erbgesetzes von 1985 Miterbin zu $\frac{1}{2}$.

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: Notar a. D. 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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG § 40 – Großbritannien: Brexit; Übergang eines Geschäftsanteils aufgrund Erlöschens einer englischen Limited auf den alleinigen *shareholder* der Limited

BGB § 1901a – Patientenverfügung im Zeichen der Corona-Pandemie; Gestaltungshinweise

Gutachten im Abrufdienst

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG § 40

Großbritannien: Brexit; Übergang eines Geschäftsanteils aufgrund Erlöschens einer englischen Limited auf den alleinigen *shareholder* der Limited

I. Sachverhalt

Eine *private company limited by shares*, die nach dem Recht des Vereinigten Königreichs (hier: England) gegründet wurde, im *Companies House* in Cardiff registriert ist und in Großbritannien keinen eigenen Geschäftsbetrieb hat, ist im deutschen Handelsregister mit einer Zweigniederlassung eingetragen. Die Gesellschaft hat Anteile an verschiedenen GmbHs mit Sitz in Deutschland erworben und fungiert als Zwischenholding. Der einzige an der *limited company* ausgegebene Anteil (*share*) stand ursprünglich einer natürlichen Person zu. Diese natürliche Person hat in Erwartung des BREXIT im Wege einer Kapitalerhöhung bereits im Jahre 2018 den ihr zustehenden Anteil an der *limited*

company in eine weitere GmbH mit Sitz in Deutschland eingebracht.

II. Fragen

1. Ergibt sich aus dem Austrittsabkommen zwischen dem Vereinigten Königreich und der Europäischen Union die Fortgeltung der vom EuGH entwickelten Gründungstheorie im Verhältnis zum Vereinigten Königreich?

2. Ist aufgrund des Ablaufs des Übergangszeitraums für den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union am 31.12.2020 die *limited company* erloschen?

3. Ist für die in die *limited company* eingebrachten GmbH-Anteile nun eine aktualisierte Gesellschafterliste zu erstellen, wonach diese auf die Mutter-GmbH übergegangen sind?

III. Zur Rechtslage

1. Grundsätzliche Geltung der Sitztheorie

Aufgrund der ständigen Rechtsprechung des BGH und der anderen Gerichte gilt für die Beurteilung der Rechtsfähigkeit einer im Ausland nach ausländischem Recht gegründeten und errichteten Kapitalgesellschaft

(Anerkennung) das **Recht des Staates**, in dem die ausländische Gesellschaft den tatsächlichen Sitz ihrer **Hauptniederlassung** hat (sog. Sitztheorie, BGH NJW 2009, 289 – Trabrennbahn; BeckRS 2009, 228205 – Singapur Limited; MünchKommBGB/Kindler, 8. Aufl. 2020, IntGesR Rn. 423 m. zahlr. w. N.). Nach der vom BGH rezipierten sog. Sandrock'schen Formel ist der tatsächliche Sitz der Hauptverwaltung der „Tätigkeitsort der Geschäftsführung und der dazu berufenen Vertretungsorgane, also der Ort, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden“ (NJW 1986, 2194, 2195).

2. Geltung der Gründungstheorie aufgrund der Rechtsprechung des EuGH

Im Verhältnis zu Kapitalgesellschaften, die nach dem Recht des Vereinigten Königreichs gegründet wurden, wurde die Sitztheorie durch die „**Europäische Gründungstheorie**“ überlagert. Im *Centros*-Urteil vom 9.3.1999 erstreckte der EuGH die Niederlassungsfreiheit, die für Kapitalgesellschaften aktuell in Art. 49, 54 AEUV niedergelegt ist, auch auf sog. Briefkastengesellschaften (NJW 1999, 2027). Durch die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Überseering“ wurde dies ausdrücklich auch für den Fall anerkannt, dass eine nach niederländischem Recht gegründete *besloten vennootschap* – B.V. – ihren Verwaltungssitz von den Niederlanden nach Deutschland verlegt (NJW 2002, 3614). Im Gefolge dieser beiden Entscheidungen wird in Deutschland einhellig angenommen, dass in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union gegründete Kapitalgesellschaften auf der Basis des Gründungsrechts auch dann in Deutschland als rechtsfähig anzuerkennen sind, wenn diese ihren tatsächlichen Hauptverwaltungssitz in Deutschland haben und außer der Registrierung – und möglicherweise einem *registered office* oder einer anderen Briefkastenadresse – keine tatsächlichen Beziehungen zum Gründungsstaat aufweisen (vgl. dazu nur MünchKommBGB/Kindler, IntGesR Rn. 123).

Auf den vorliegenden Fall bezogen bedeutet dies, dass die nach englischem Recht gegründete Kapitalgesellschaft bzgl. ihrer Rechtsfähigkeit ausschließlich nach den **Vorschriften des englischen Rechts** zu beurteilen ist. Hierfür ist unerheblich, dass die Gesellschaft keine tatsächlichen Beziehungen zu England aufweist, sondern ausschließlich in Deutschland tätig wird.

3. Befristete Fortgeltung der Gründungstheorie aufgrund des Austrittsübereinkommens vom 24.1.2020

Am 29.3.2017 hat die Regierung des Vereinigten Königreichs im Anschluss an das im Vereinigten Königreich am 23.6.2016 durchgeführte Brexit-Referendum

gegenüber der Europäischen Kommission erklärt, die Europäische Union gem. Art. 50 AEUV zum 29.3.2020 zu verlassen. Der Austritt zu diesem Zeitpunkt hätte zur Folge gehabt, dass ab diesem Zeitpunkt – vorbehaltlich einer anderen staatsvertraglichen Vereinbarung – das Vereinigte Königreich im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten der Europäischen Union als Drittstaat zu behandeln gewesen wäre. Die nach dem Recht des Vereinigten Königreichs gegründeten Gesellschaften – insbesondere Kapitalgesellschaften – hätten sich ab diesem Stichtag ebenso wie die Staatsangehörigen des Vereinigten Königreichs nicht mehr auf die Niederlassungsfreiheit berufen können. Damit wäre der Gründungstheorie im Verhältnis zum Vereinigten Königreich die rechtliche Grundlage entzogen worden. Mangels einer einheitlichen europäischen Regelung für die Anknüpfung des Gesellschaftsstatuts im Verhältnis zu Drittstaaten wäre dann also **aus deutscher Sicht** wieder die **Sitztheorie** zum Zuge gekommen. Dies hätte dazu geführt, dass die Rechtsfähigkeit einer nach dem Recht des Vereinigten Königreichs errichteten Gesellschaft nicht mehr länger nach dem dortigen Gründungsstatut beurteilt worden wäre, sondern nach dem Recht des Staates, in dem die Hauptverwaltung der Gesellschaft ihren tatsächlichen Sitz hat. Bei einer ausschließlich im Inland tätigen Gesellschaft wäre danach also deutsches Recht anzuwenden gewesen.

Da die *limited company* im vorliegenden Fall nicht entsprechend den Vorschriften des deutschen Rechts für die Gründung von Kapitalgesellschaften in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft oder einer GmbH gegründet wurde, insbesondere nicht in das Handelsregister mit konstitutiver Wirkung eingetragen wurde, wäre diese Gesellschaft nicht mehr länger als rechtsfähige juristische Person in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft anzuerkennen gewesen.

Allerdings haben die Europäische Union und das Vereinigte Königreich vor Ablauf des Austrittsdatums durch das sog. Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft (ABl. L 29/7 v. 31.1.2020) am 24.1.2020 vereinbart, dass das Vereinigte Königreich bis zum 31.12.2020 (Übergangszeitraum) intern weiterhin als Mitgliedstaat der Europäischen Union behandelt wird (vgl. dazu auch das deutsche Bundesgesetz über den Übergangszeitraum nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs v. 27.3.2019, BGBl. 2019 I, S. 402).

4. Anwendbarkeit der Sitztheorie seit dem 1.1.2021

Mit dem 31.12.2020 ist dieser Übergangszeitraum abgelaufen. Das mit Vertrag vom 24.1.2020 vereinbarte „**Moratorium**“, das den fortdauernden Genuss der

Niederlassungsfreiheit für nach dem Recht des Vereinigten Königreichs errichtete *private companies limited by shares* und andere Gesellschaften garantierte, ist damit **beendet**.

Für die Beziehungen zwischen dem Vereinigten Königreich und der Europäischen Union gilt seit dem 1.1.2021 vielmehr das noch am 24.12.2020 von den Vertretern der Vertragsbeteiligten unterzeichnete *Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part (Trade Agreement)*. Das Abkommen ist zum einen als Grundlagenabkommen ausgestaltet und steht unter dem Vorbehalt weiterer *Supplementing agreements* (Art. COMPROV.2 *Trade Agreement*). Die nachfolgenden Ausführungen gelten daher vorbehaltlich weiterer zukünftiger Abkommen. Zum anderen ist es ein reines Handelsabkommen. Freizügigkeit und Niederlassungsfreiheit für die Angehörigen der anderen Vertragspartei statuiert das Abkommen nicht. Stattdessen sieht Art. VSTV.1 *Trade Agreement* vor, dass für die Staatsangehörigen der Vertragsparteien bei kurzfristigen Besuchen eine Befreiung von der Visumpflicht gewährt wird. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass längerfristige Aufenthalte nicht *per se* zulässig sind, sondern vielmehr für diese vorab eine Aufenthaltserlaubnis beantragt und bewilligt werden muss.

Das *Trade Agreement* sieht weitgehende Freiheiten für den Handel und die Gründung von Unternehmen (Art. SERVIN.2.1.) sowie eine Gleichbehandlung (*national treatment*, Art. SERVIN.2.3.) vor. *Investor* einer Vertragspartei (*investor of a Party*) ist danach eine natürliche oder eine juristische Person einer Vertragspartei, die auf dem Gebiet der anderen Partei ein Unternehmen gründen möchte, gründet oder gegründet hat (Art. SERVIN.1.2. lit. j *Trade Agreement*). **Entscheidend** für die Wahrnehmung dieser Freiheiten und die weitere Anerkennung von im Vereinigten Königreich gegründeten Kapitalgesellschaften in der Bundesrepublik Deutschland ist u. E. die **Definition der juristischen Person** (*legal person of a Party*) in SERVIN.1.2. lit. k *Trade Agreement*. Danach sind als juristische Personen aus dem Vereinigten Königreich diejenigen juristischen Personen zu behandeln, die nach dessen Recht gegründet worden oder organisiert sind und die wesentliche Geschäftsaktivitäten auf dessen Territorium unternehmen (Art. SERVIN.1.2. lit. k (ii) (A) *Trade Agreement*: „*legal person of a Party*‘ means for the United Kingdom: a legal person constituted or organised under the law of the United Kingdom and engaged in substantive business operations in the territory of the United Kingdom“). In diesem Kontext stellt zudem Annex SERVIN-1 Nr. 10

klar, dass die Regelungen des Abkommens nicht so zu verstehen sind, dass Gesellschaften der jeweils anderen Abkommenspartei die gleichen Rechte zu gewährleisten wären, wie jenen im Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit.

Eine nach dem Recht des Vereinigten Königreichs gegründete Kapitalgesellschaft oder eine nach diesem Recht organisierte Personengesellschaft ist in Deutschland nach diesem Abkommen als aus dem Vereinigten Königreich stammende juristische Person und somit als abkommensberechtigte Person nur dann anzuerkennen, wenn diese Gesellschaft auch tatsächlich im Vereinigten Königreich wesentliche geschäftliche Aktivitäten ausübt. Damit ist zwar u. E. noch nicht abschließend gesichert, ob eine nach dem *Companies Act 2006* des Vereinigten Königreichs wirksam gegründete Kapitalgesellschaft nur dann in Deutschland als juristische Person i. S. d. *Companies Act 2006* anzuerkennen ist, wenn sie im Vereinigten Königreich auch den tatsächlichen Sitz ihrer Hauptverwaltung i. S. d. Rechtsprechung des BGH hat. Denkbar wäre, dass mit dem Begriff des „*engaged in substantive business operations in the territory of the United Kingdom*“ auch ein „Nebensitz“ erfasst ist. Dies wird noch der eingehenden Untersuchung und Auslegung des Übereinkommens bedürfen. Eindeutig lässt sich allerdings diesem Wortlaut entnehmen, dass eine nach dem Recht des Vereinigten Königreichs gegründete *private company limited by shares*, die im Vereinigten Königreich lediglich ein *registered office* hat und eine Person oder eine Gesellschaft damit beschäftigt, die Position des *company secretary* zu übernehmen, im Vereinigten Königreich keine *substantive business operations* unternimmt. Eine derartige reine **Briefkastengesellschaft** ist daher nach den vorgenannten Definitionen im Handelsabkommen der EU mit dem Vereinigten Königreich keine *legal person of the United Kingdom* i. S. dieses Abkommens. Ganz unabhängig davon, ob man dem Übereinkommen eine Verpflichtung zur Anerkennung einer nach dem Recht des anderen Vertragspartners gegründeten Kapitalgesellschaft entnehmen will oder nicht, ist zumindest bei solchen Sachverhalten, die sich im Wesentlichen im deutschen Inland abspielen, **keine juristische Person nach dem Recht des Vereinigten Königreichs** anzunehmen.

Insoweit gilt also im Verhältnis zum Vereinigten Königreich auf der Basis des seit dem 1.1.2021 anwendbaren Handelsübereinkommens vom 24.12.2020 eine Rechtslage, die am ehesten dem Verhältnis zur Schweiz entspricht, die weder der Europäischen Union noch dem Europäischen Wirtschaftsraum angehört. Der BGH hat diesbezüglich in der *Trabrennbahn*-Entscheidung trotz zahlreicher mit der Schweiz bestehender bilatera-

ler Übereinkommen die **Geltung der Sitztheorie** angenommen (NJW 2009, 289 Rn. 23).

5. Folgen der Anwendbarkeit der Sitztheorie

Die Beendigung der Geltung der Gründungstheorie im Verhältnis zum Vereinigten Königreich bewirkt, dass bei Gesellschaften, die nach dem Recht des Vereinigten Königreichs gegründet wurden, jedoch ihren Hauptverwaltungssitz im Sinne der Rechtsprechung des BGH nicht im Vereinigten Königreich haben, das deutsche Kollisionsrecht zur Feststellung des Personalstatuts nicht mehr auf das Recht des Vereinigten Königreichs verweist. Vielmehr findet das Recht des Staates Anwendung, in dem sich der tatsächliche Sitz der Hauptverwaltung der Gesellschaft befindet. Bei einer „deutschen Limited“, also einer Gesellschaft, die ihre Geschäftstätigkeit und sonstigen Aktivitäten ausschließlich oder zumindest im Wesentlichen im deutschen Inland verrichtet und im Vereinigten Königreich lediglich ein *registered office*, einen *company secretary* und möglicherweise auch noch andere Verwaltungsangestellte beschäftigt, bedeutet dies, dass sich die **Rechtsfähigkeit** ausschließlich **nach den Vorschriften des deutschen Rechts** beurteilt.

Der Bundesgesetzgeber hätte diese Rechtsfolge vermeiden können, indem er für Drittstaatengesellschaften allgemein oder aber für nach dem Recht des Vereinigten Königreichs gegründete Gesellschaften die Geltung der Gründungstheorie vorgeschrieben hätte. Eine entsprechende gesetzliche Regelung ist aber entgegen entsprechenden Vorschlägen aus der Rechtswissenschaft nicht geschaffen worden. Geschaffen wurden lediglich Erleichterungen der Hineinverschmelzung im Umwandlungsrecht, § 122m UmwG: „goldene Brücke“ und Sonderregelungen zur Vermeidung von Härten im Steuerrecht, § 12 Abs. 4 KStG (vgl. Lieder/Bialluch, NW 2019, 805). Wegen dieser abschließenden Regelung ist u. E. auch der Weg zu Analogien oder Modifikationen der Sitztheorie mit dem Ziel, die Rechtsfähigkeit zu wahren, versperrt (vgl. Mäsch/Gausing/Peters, IPRax 2017, 49, 53; Weller/Thomale/Benz, NJW 2016, 2378, 2382).

Eine Behandlung als rechtsfähige Kapitalgesellschaft ist nicht möglich, weil es insoweit an der nach deutschem Recht konstitutiven Eintragung im deutschen Handelsregister fehlt. Die Eintragung im *Companies House* in Cardiff vermag die Eintragung im deutschen Handelsregister nicht zu substituieren. Auch eine Behandlung als „Vorgesellschaft“ nach dem deutschen GmbH-Recht ist ausgeschlossen, da keinerlei Absicht bestanden haben wird, diese Gesellschaft im deutschen Handelsregister als Aktiengesellschaft bzw. GmbH deutschen Rechts einzutragen. Vielmehr ist aus Sicht

der Beteiligten der Gründungsvorgang mit Eintragung im englischen *Companies House* in Cardiff abgeschlossen gewesen.

Nach alledem kommt bei einer *limited company* mit mehreren Gesellschaftern (*shareholders*) lediglich eine Behandlung als nicht eingetragene Gesellschaft in Betracht. Insoweit könnte die Gesellschaft als OHG deutschen Rechts (bei entsprechender kaufmännischer Tätigkeit) oder aber als GbR deutschen Rechts (bei nicht kaufmännischer Tätigkeit) behandelt werden (BGH NJW 2002, 3539 – sog. Wechselbalgtheorie; Palandt/Thorn, BGB, 80. Aufl. 2021, Anh. Art. 12 EGBGB Rn. 1; MünchKomm-BGB/Kindler, IntGesR Rn. 522; Teichmann/Knaier, IWRZ 2016, 243, 245; Luy, DNotZ 2019, 484, 490; Mansel/Thorn/Wagner, IPRax 2019, 85, 87; Weller/Thomale/Benz NJW 2016, 2378, 2381; v. Bar/Mankowski, Internationales Privatrecht II, 2. Aufl. 2019, § 7 Rn. 119). Sollte die Gesellschaft eine einzige Person als *shareholder* haben (wie im vorliegenden Fall, in dem für die Gesellschaft lediglich ein einziger *share* ausgegeben wurde und der deutschen Holding-GmbH zusteht), ist mangels Mehrgliedrigkeit eine Behandlung als OHG bzw. GbR nach deutschem Recht nicht möglich, da diese als Ein-Personen-Gesellschaften nicht zulässig sind. Vielmehr führt das Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters bei einer als OHG oder GbR organisierten Gesamthand unvermeidlich zum **Erlöschen der Gesellschaft**. Somit ist im vorliegenden Fall mit dem Umwandlungsstichtag keine Kapitalgesellschaft oder OHG deutschen Rechts entstanden.

Teilweise sieht die Literatur in dieser Rechtsfolge eine verfassungswidrige Rückwirkung, so dass der Vertrauensschutz eine gesetzliche Übergangsregelung verlange, während derer die Gesellschafter Zeit hätten, die Umwandlung der Limited zu betreiben (so z. B. Grzeszick/Verse, NZG 2019, 1129). Angesichts des Umstands, dass das Referendum zum BREXIT im Vereinigten Königreich bereits im April 2016 stattgefunden hat und die gesellschaftsrechtlichen Auswirkungen des BREXIT unmittelbar im Anschluss daran diskutiert worden sind, ist jedoch fraglich, ob eine weitere Verlängerung der Übergangsfrist überhaupt erforderlich ist. Darüber hinaus könnte eine verfassungsrechtliche Verpflichtung des Gesetzgebers zur Schaffung einer Übergangsregelung aufgrund des bei der Umsetzung verbleibenden Gestaltungsspielraums eine derartige Übergangsregelung nicht ersetzen. Das Unterlassen des Gesetzgebers hätte daher selbst unter Zugrundelegung dieser Literaturansicht u. E. nicht zur Folge, dass die gesellschaftsrechtlichen Konsequenzen des BREXIT aufgrund Wiederauflebens der Sitztheorie nicht eingetreten wären und die englische *limited company* ihre

vom englischen Recht verliehene Rechtspersönlichkeit beibehalten hätte.

Nicht vollständig ausschließen lässt sich freilich, dass der BGH seine Rechtsprechung zur Sitztheorie ändern und den vormaligen englischen *limited companies* insofern Bestandsschutz gewähren wird. Hierfür fehlt es bislang jedoch an Anhaltspunkten. Wer das „Risiko des Fortbestands“ gänzlich ausschließen möchte, kann bei der Vertragsgestaltung darauf zurückgreifen, zusätzlich die vertretungsberechtigten Organe für die *limited company* handeln zu lassen.

Da eine Rechtsprechungsänderung jedoch unwahrscheinlich ist, wird man im Ergebnis davon ausgehen können, dass das Vermögen der vormaligen englischen *limited company* einschließlich aller Aktiva und Passiva unmittelbar im Wege der Gesamtrechtsnachfolge **der alleinigen Anteilsinhaberin** (*shareholder*), also der deutschen GmbH, **angewachsen** ist. Die Gesellschafterlisten der drei deutschen Tochter-GmbHs sind somit dahingehend zu berichtigen, dass aufgrund der Rechtsänderung infolge des Ausscheidens des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union die deutsche Mutter-GmbH Inhaberin der Geschäftsanteile geworden ist.

BGB § 1901a

Patientenverfügung im Zeichen der Corona-Pandemie; Gestaltungshinweise

I. Sachverhalt

Der Notar ist von einer Vielzahl von Personen, die über ihn Vorsorgevollmachten mit Patientenverfügungen oder aber eigenständige Patientenverfügungen errichtet haben, danach gefragt worden, ob sie ihre Patientenverfügung in Bezug auf die Corona-Pandemie hinsichtlich der künstlichen Beatmung anpassen müssen.

Der Notar verwendet üblicherweise für die Patientenverfügung einen Textvorschlag, der aus unserer Sicht ungefähr den Festlegungen in der Musterbroschüre des BMJV (Std.: 2019) bzw. der Vorsorgebroschüre des Bayerischen Staatsministeriums für Justiz („Vorsorge für Unfall, Krankheit und Alter“, 19. Aufl. Juli 2019), entspricht (beide abrufbar unter www.dnoti.de/Arbeitshilfen/Familienrecht). Ein Beteiligter wünscht deshalb folgende Regelung in die Patientenverfügung aufzunehmen:

„Falls ich an COVID-19 erkrankt bin, möchte ich nur dann eine künstliche Beatmung, wenn diese medizinisch notwendig ist und keine schwerwiegenden Folgeschäden zu erwarten sind.“

Ein weiterer Beteiligter wünscht folgende Formulierung:

„Wenn ich infolge einer COVID-19-Infektion mit einem Tubus beatmet werden müsste, soll dies nur erfolgen, wenn die Maßnahme nach kurzer Zeit beendet werden kann und keine schwerwiegenden Folgeschäden zu erwarten sind.“

In den Mustern die der Notar bisher verwendet hat, ist folgender Passus enthalten:

„... dass insbesondere eine künstliche Beatmung oder künstliche Flüssigkeitszufuhr nicht mehr erfolgen soll, wenn ich mich mit aller Wahrscheinlichkeit unabwendbar in einem unmittelbaren Sterbeprozess befinde bzw. ich mich im Endstadium einer unheilbaren, tödlich verlaufenden Krankheit befinde, selbst wenn der Todeszeitpunkt noch nicht absehbar ist.“

Der Notar sieht durch letztgenannte Formulierung die COVID-19-Erkrankung ausreichend berücksichtigt: Erkrankte eine Person an COVID-19, hätte ohne Weiteres eine künstliche Beatmung zu erfolgen, wenn die Ärzte und auch der Bevollmächtigte der Auffassung seien, dass durch die künstliche Beatmung die Erkrankung beseitigt und ein Versterben damit verhindert werden könne. Sei es dagegen klar, dass die COVID-19-Erkrankung zu einem unabwendbaren Sterbeprozess führe, solle die künstliche Beatmung nicht mehr erfolgen.

II. Frage

Bildet das bisher vom Notar verwendete Muster den Fall einer COVID-19-Erkrankung hinreichend ab?

III. Zur Rechtslage

1. Stand der Diskussion

Soweit ersichtlich, liegen bislang keine „offiziellen“ Formulierungsmuster des BMJV oder der Länderministerien hinsichtlich der Anpassung von Patientenverfügungen an die Corona-Pandemie und die ggf. COVID-19-bedingten intensivmedizinischen Behandlungen vor. Es gibt im Internet lediglich an der einen oder anderen Stelle Hinweise auf die etwaige Ergänzung oder Aktualisierung von Patientenverfügungen. Dabei ist das Meinungsbild sehr vielfältig.

Es ist daher derzeit nicht abschließend geklärt, ob die bereits errichteten Patientenverfügungen im Hinblick auf die besondere Pandemiesituation und die Eigenart einer COVID-19-Erkrankung (oder vergleichbarer Virusinfektionen) einer Änderung oder Anpassung bedürfen. Allgemeingültig beantworten lässt sich die aufgeworfene Frage ohnehin nicht. Schließlich erfolgt die Ausgestaltung von Patientenverfügungen individuell unterschiedlich, da in Bezug auf intensivmedizinische

Behandlungen wie künstliche Ernährung oder künstliche Beatmung ganz unterschiedliche Patientenwünsche bestehen und die unterschiedlichen Einstellungen hierzu in der abgefassten Patientenverfügung auch zum Tragen kommen können.

Auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur wird das Problem inzwischen wahrgenommen und kontrovers diskutiert. Dazu nachfolgend eine Zusammenstellung der bislang publizierten Ansichten.

2. Anwendungsbereich der Patientenverfügung eröffnet?

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass in der Literatur nicht so sehr die konkrete Anpassung der Patientenverfügung im Mittelpunkt steht als vielmehr die Frage, ob der Anwendungsbereich der Patientenverfügung überhaupt eröffnet ist. So berichtet *Raude* (notar 2020, 317) aus der Praxis, dass die aktuelle Corona-Pandemie insbesondere zur Sorge der Beteiligten geführt habe, die in der Vergangenheit errichteten Patientenverfügungen, die ein Verbot der künstlichen Beatmung am Lebensende enthielten, bewirkten, in Corona-Zeiten im Krankenhaus bei einem schweren Verlauf nicht mehr behandelt zu werden. Diese Sorge hält die Autorin für unbegründet, da aus ihrer Sicht **regelmäßig der Anwendungsbereich** der Patientenverfügung überhaupt **nicht eröffnet** ist (Raude, notar 2020, 317).

Der allgemeinen Aussage, dass die durch Corona verursachten Erkrankungen regelmäßig nicht in den Anwendungsbereich von bereits erstellten Patientenverfügungen fielen, können wir uns in dieser Generalität nicht anschließen. Schließlich ist der Inhalt einer Patientenverfügung durchaus sehr individuell. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Patientenverfügungen in ihrer herkömmlichen Ausgestaltung auch nicht auf bestimmte medizinische Krankheitsbilder oder einzelne Krankheitserreger abstellen, sondern auf bestimmte **typische Behandlungssituationen**, die auf unterschiedliche medizinische Ursachen zurückgehen können. Dass das Corona-Virus und die COVID-19-Erkrankung bei Abfassung der Patientenverfügung noch nicht bekannt waren, ist aus unserer Sicht kein Grund für die Annahme, dass die Patientenverfügung nicht auf Zustände, die auf eine COVID-19-Erkrankung zurückgehen, anwendbar sein könnte (so aber wohl Mertens/Meinecke in ihrer Glosse „Die Patientenverfügung in Coronazeiten – mutig oder lebensgefährlich?“, FF 2020, 445, 446: „*Deswegen besteht so gut wie keine Gefahr, dass Sie Ihre jetzige Erkrankung damals bereits beschreiben konnten und die künstliche Beatmung für den Fall, dass die Aussicht auf Heilung ausgeschlossen ist, abgelehnt haben.*“). Denn bei der Patientenverfügung handelt es sich um eine **prospektive**

Erklärung, die notwendigerweise in einem gewissen Grad allgemein und abstrakt gehalten sein muss (vgl. dazu nur G. Müller, ZEV 2016, 605, 608), um gerade auf die künftigen medizinischen Entwicklungen wie das Auftreten neuer Erkrankungen oder die Schaffung neuer medizinischer Behandlungsmöglichkeiten eingestellt zu sein. Zudem ist zu berücksichtigen, dass es sich bei COVID-19 nach dem derzeitigen Stand der Wissenschaft wohl um eine in vielen Fällen – wenn auch ggf. unter Intensivbedingungen – gut behandelbare Krankheit handelt. Aus unserer Sicht ist daher der **Anwendungsbereich** einer Patientenverfügung, die sich auch mit intensivmedizinischen Behandlungsmaßnahmen befasst, **nicht von vornherein ausgeschlossen**. Dies gilt u. E. namentlich, wenn sich infolge einer COVID-19-Erkrankung eine „Koma“-Situation einstellt oder die Erkrankung einen unheilbaren Verlauf nimmt und aller Voraussicht nach zum Tode führen wird.

Ausgehend von dem herkömmlichen – bspw. in den Musterempfehlungen der Justizministerien enthaltenen – Standardinhalt ist aus unserer Sicht damit nicht ausgeschlossen, dass aufgrund einer COVID-19-Erkrankung Zustände eintreten können, die in der Patientenverfügung beschrieben sind und die dann einen Behandlungsverzicht nach den Festlegungen der Patientenverfügung zur Folge haben.

3. Prüfung und ggf. Anpassung der Patientenverfügung

Da nach den obigen Ausführungen der Anwendungsbereich einer bereits errichteten Patientenverfügung eröffnet sein kann, besteht wegen des neuartigen Coronavirus und seiner pandemischen Ausbreitung aus unserer Sicht ggf. Anlass, eine bestehende Patientenverfügung zu **überprüfen** und die dort getroffenen Regelungen u. U. zu ändern, zu konkretisieren oder zu ergänzen.

In Betracht kommen dabei vor allem folgende Reaktionsmöglichkeiten:

- Erfasst die bestehende Patientenverfügung auch Folgezustände und Behandlungssituationen, wie sie mit einer COVID-19-Erkrankung einhergehen können, und ist dies vom Patienten gewünscht, so kann die Patientenverfügung aufrechterhalten bleiben. Zusätzlich könnte man ggf. klarstellen, dass die Patientenverfügung aktuell geprüft worden ist und es dem Patientenwillen entspricht, dass sie auch auf Behandlungssituationen, die auf eine COVID-19-Erkrankung zurückgehen, anzuwenden ist.

- Ergibt die Prüfung, dass COVID-19-Erkrankungen von der erstellten Patientenverfügung erfasst sind und sollen diese allgemein aus dem Anwendungsbereich

herausgenommen werden, dann kann die Patientenverfügung entsprechend ergänzt werden. Sinngemäß könnte man auch formulieren, dass im Falle einer COVID-19-Erkrankung die vom Patienten bereits verfügte Ablehnung intensivmedizinischer Maßnahmen nicht gelten soll. So schlagen z. B. *Düll/Kreienberg* (ErbR 2020, 823, 830) eine Ergänzung der Patientenverfügung um die Bekräftigung vor, dass im Falle einer COVID-19-Erkrankung eine **bestmögliche medizinische Behandlung** mit je nach Krankheitsverlauf erforderlicher nicht invasiver Beatmung (z. B. mittels Maske) oder invasiver Beatmung (z. B. mittels Schlauch im künstlichen Koma) sowie sonstiger medizinischer und pflegerischer Behandlung und Gabe von Medikamenten, um die Erkrankung zu überstehen, **gewünscht** sei.

- Selbstverständlich wäre es auch möglich, eine bereits vorhandene Patientenverfügung mit **speziellen Regelungen für den Fall einer COVID-19-Erkrankung** zu ergänzen. In Betracht kommt bspw. eine Regelung, dass im Falle einer solchen Erkrankung keine Verlegung in ein Krankenhaus oder keine intensivmedizinische Behandlung oder keine künstliche Beatmung (oder nur spezielle Formen künstlicher Beatmung) stattfinden soll. Möglich wäre es auch, eine intensivmedizinische Behandlung – wie vom Notar angedacht – von den Erfolgsaussichten der Behandlung, dem voraussichtlichen Ausbleiben schwerwiegender Folgeschäden (jeweils nach den Einschätzungen des behandelnden Arztes oder sonstiger Mediziner) oder der Einhaltung einer bestimmten Behandlungsdauer abhängig zu machen. Will der Patient etwa – wie hier wohl angefragt – für den Fall einer COVID-19-Erkrankung eine künstliche Beatmung schon dann ablehnen, wenn gravierende gesundheitliche Folgeschäden zu befürchten sind (und nicht erst in der Komatsituation oder wenn eine unheilbare Grunderkrankung mit tödlichem Verlauf vorliegt), könnte die Patientenverfügung inhaltlich angepasst und erweitert werden. Allerdings dürfte gleichzeitig klarzustellen sein, dass insoweit die Schwelle für den Abbruch der Behandlung gegenüber dem „Normalfall“ herabgesetzt wird.

Ob es allerdings sinnvoll ist, bereits im Vorfeld einer Erkrankung solche dezidierten Anweisungen zu bestimmten intensivmedizinischen Behandlungen niederzulegen, erscheint fraglich. Anweisungen zu einer konkreten medizinischen Behandlung bzw. zur Verweigerung einer solchen Behandlung dürften u. E. regelmäßig nur dann sinnvoll sein, wenn es sich um keine rein vorsorgende Patientenverfügung handelt, sondern die Erkrankung bereits eingetreten ist und sich die weiteren medizinischen Behandlungsoptionen einigermaßen verlässlich einschätzen lassen.

Insoweit bleibt abschließend klarstellend noch zu bemerken, dass vorrangig zur Patientenverfügung immer der **aktuelle Wille des einwilligungsfähigen Patienten** zu berücksichtigen ist. Solange der Patient selbst – auch nach Erkrankung an COVID-19 – noch über die Einwilligung in ärztliche Maßnahmen oder die Ablehnung der Behandlung befinden kann, kommt die Patientenverfügung daher nicht zum Tragen.

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 §§ 94 Abs. 2, 97

Treppenlift als Zubehör

Abruf-Nr.:

UmwG §§ 83, 63 Abs. 1; MaßnG-GesR § 3

„Auslegen“ von Unterlagen bei elektronischer Durchführung der Generalversammlung

Abruf-Nr.:

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessorin Ricarda Lotte

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 195, 196, 199, 200, 650u; MaBV § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 – Bauträgervertrag; Anspruch des Erwerbers auf Freistellung von Erschließungskosten; Verjährung des Freistellungsanspruchs; Einordnung des Freistellungsanspruchs in das Leistungsgefüge eines Bauträgervertrags

MaßnG-GesR § 5 Abs. 2; BGB §§ 21, 59 – Analoge Anwendung des § 5 Abs. 2 MaßnG-GesR auf die Gründung eines Vereins; Gründung eines eingetragenen Vereins unter Abwesenden; Gründung mit Vollmacht

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

EGBGB Art. 5 Abs. 1 S. 2, 6, 17 Abs. 2 Nr. 2; FamFG § 107; Rom-III-VO Art. 8 – Kollisionsrechtliche Behandlung einer im Wege der einseitigen Verstoßung nach syrischem Recht durchgeführten Privatscheidung deutsch-syrischer Eheleute

Literaturhinweis

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 195, 196, 199, 200, 650u; MaBV § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1

Bauträgervertrag: Anspruch des Erwerbers auf Freistellung von Erschließungskosten; Verjährung des Freistellungsanspruchs; Einordnung des Freistellungsanspruchs in das Leistungsgefüge eines Bauträgervertrags

I. Sachverhalt

Im Jahre 2009 wurde ein Bauträgervertrag geschlossen. Dieser sah vor, dass der Bauträger die Kosten der erstmaligen Erschließung zu tragen hat. Nach nunmehr fast zwölf Jahren stellt die Gemeinde dem zwischenzeitlich im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen Käufer für

die damalige Straßenherstellung, die zur Ersterschließung gehört, einen entsprechenden Erschließungsbeitrag in Rechnung.

II. Frage

Ist der Anspruch des Käufers auf Freistellung von Erschließungsbeiträgen verjährt?

III. Zur Rechtslage

1. Anspruch auf Freistellung von öffentlich-rechtlichen Erschließungskosten

Im Bauträgervertrag wird regelmäßig vereinbart, dass der Erwerbspreis auch die öffentlich-rechtlichen Erschließungskosten umfasst. Derartige vertragliche Abreden legen Rechtsprechung und Literatur dahingehend aus, dass der Bauträger sämtliche öffentlich-rechtlichen Erschließungskosten zu tragen hat, die im Zusammenhang mit der Erschließung des veräußerten Vertragsgegenstandes anfallen, und zwar unabhängig davon, wann die Beiträge von der zuständigen Kommune abgerechnet werden. Selbstverständlich steht es den

Beteiligten frei, durch eine ausdrückliche Kostenvereinbarung dem Erwerber die Kostentragungslast in Ansehung künftiger Erschließungsbeiträge zuzuordnen (sog. Bescheidslösung, vgl. Basty, IBR 1999, 167; Grziwotz/Koebler/Riemenschneider, Handbuch Bauträgerrecht, 2004, Teil 3 Rn. 307; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3183; zu einer weiteren Gestaltungsvariante vgl. BGH NJW 1992, 2817; OLG Saarbrücken DNotZ 2007, 35; OLG Hamm RNotZ 2013, 49).

Schweigt der Bauträgervertrag zur Kostentragung, ist indes davon auszugehen, dass der Bauträger sämtliche – also auch erst künftig fällig werdende – Erschließungskosten zu tragen hat. Dies folgt aus einer an den wechselseitigen Interessen orientierten Vertragsauslegung vor dem Hintergrund, dass der im Bauträgervertrag vereinbarte Erwerbspreis regelmäßig einen Festpreis darstellt. Bei einer Kostentragungspflicht des Bauträgers steht dem Erwerber ein **vertraglicher Freistellungsanspruch** bzw. nach erfolgter Zahlung ein **Erstattungsanspruch** gegen den Bauträger zu (vgl. BGH MittBayNot 2008, 313, 314; LG Gießen MittBayNot 1999, 209; BeckOGK-BGB/Matkovic, Std.: 1.1.2021, § 650v Rn. 70 f.; Esbjörnsson, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 2 Rn. 160 f.; ibrOK-BauVertrR/Pause/Vogel, Std.: 29.9.2019, § 650v BGB Rn. 29; Pause, NZBau 2001, 603, 608) – aus sprachlichen Gründen nachfolgend zusammenfassend „Freistellungsanspruch“ genannt.

2. Verjährung des Freistellungsanspruchs

Fraglich ist, ob der Freistellungsanspruch des Erwerbers den Verjährungsregeln gem. §§ 195, 199 BGB (drei-jährige Regelverjährung) oder gem. §§ 196, 200 BGB (zehnjährige Verjährung) unterliegt. Die Beantwortung dieser Frage richtet sich u. E. danach, ob die Pflicht des Bauträgers zur Tragung der Erschließungskosten als Teil der synallagmatischen Hauptleistungspflichten eines Bauträgervertrags oder als vertragliche Nebenpflicht anzusehen ist.

a) Erschließungskosten im Leistungsgefüge eines Bauträgervertrags

Nach der überwiegenden Auffassung in der Literatur sind die Erschließungskosten der sog. Grundstücksrate gem. § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 MaBV zuzuordnen (vgl. BeckOGK-BGB/Matkovic, § 650v Rn. 70; Grziwotz/Koebler/Riemenschneider, Teil 3 Rn. 307; ibrOK-BauVertrR/Pause/Vogel, § 650v BGB Rn. 29; Marcks, MaBV, 10. Aufl. 2019, § 3 Rn. 31).

Von dieser Zuordnung geht offenkundig auch der Notarhaftungssenat des BGH aus, wenn er ausführt (DNotZ 2008, 280, 281, m. Anm. Grziwotz =

MittBayNot 2008, 313, 314, m. Anm. Basty; Hervorhebung i. F. durch das DNotI):

*„Die in dem Kaufvertrag enthaltene Regelung, dass der Kaufpreis auch die Erschließungskosten umfasste, bedeutete, dass die Bauträgerin es übernommen hatte, die Kläger, die als Grundstückseigentümer im öffentlich-rechtlichen Sinne beitragspflichtig waren (§ 134 BauGB), von dieser Verpflichtung gegenüber der Stadt F. freizustellen. Andererseits waren die Erschließungskosten in dem im Vertrag vereinbarten Teilzahlungsmodus nicht gesondert ausgewiesen, sondern in die nach § 3 Abs. 2 MaBV festgelegten Ratenstufen einbezogen. Dementsprechend rechneten die Erschließungskosten hier zu denjenigen des **ersten Bauabschnitts nach § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 MaBV**, d. h. zu den 30 v. H. der Vertragssumme, die nach Beginn der Erdarbeiten zu entrichten waren (vgl. BGH, DNotZ 1981, 243, 245 f. m. w. N.; Marcks, MaBV, 7. Aufl., § 3 Rdnr. 31).“*

Die vorgenannte Entscheidung ist für die notarielle Gestaltungspraxis von erheblicher Bedeutung. So bejahte der BGH eine Amtspflichtverletzung i. S. v. § 19 BNotO wegen Verstoßes gegen die doppelte Belehrungspflicht aufgrund ungesicherter Vorleistung des Erwerbers hinsichtlich der im Erwerbspreis enthaltenen Erschließungskosten. Auf die praktische Schwierigkeit, dass zumeist weder die Beteiligten noch der Notar (und meist noch nicht einmal die Gemeinde) absehen können, ob, wann und in welcher Höhe eine Nachzahlung droht, und dass demzufolge das Aufzeigen effektiver Sicherungsmittel praktisch nicht möglich ist, ging das Gericht bedauerlicherweise nicht ein.

Die vom BGH vorgenommene Zuordnung der Erschließungskosten zur sog. Grundstücksrate gem. § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 MaBV spricht auf den ersten Blick dafür, dass die Verpflichtung des Bauträgers, die Erschließungskosten zu tragen, in den synallagmatischen Leistungsaustausch zwischen Bauträger und Erwerber einbezogen ist (in diesem Sinne insbesondere ibrOK-BauVertrR/Pause/Vogel, § 650v BGB Rn. 29: *„Von dieser Rate ist auch die Verpflichtung des Bauträgers zur Freistellung des Erwerbers von den Erschließungskosten umfasst. Ist dieser Freistellungsanspruch noch nicht fällig, muss eine entsprechende Sicherheit gestellt werden (BGH, Urt. v. 17.1.2008 – III ZR 136/07; ...).“*). Nach unserem Dafürhalten vermag diese Sichtweise indes nicht zu überzeugen, weshalb sich die Argumentation des BGH sodann auch an anderer Stelle der Entscheidungsgründe als inkonsistent erweist (hierzu sogleich).

Zunächst gilt es allerdings, sich die **Hauptleistungspflichten des Bauträgers** aus einem Bauträgervertrag

zu vergegenwärtigen. Nach § 650u Abs. 1 S. 1 BGB ist ein Bauträgervertrag ein Vertrag, der die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und der zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum am Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen. Dieses Begriffsverständnis lässt sich auch dem vorliegenden Vertrag aus dem Jahre 2009 zugrunde legen. So hat der Gesetzgeber mit der Einführung des § 650u Abs. 1 S. 1 BGB (vgl. auch § 632a Abs. 2 S. 1 BGB a. F.) keine Neuordnung des Bauträgervertragsrechts beabsichtigt, sondern wollte vielmehr an die Rechtsprechung des BGH anknüpfen (BT-Drucks. 18/8486, S. 27).

Ein Bauträger schuldet dem Erwerber regelmäßig nicht die Errichtung von Erschließungsanlagen, weshalb eine werkvertragliche Leistungspflicht des Bauträgers gem. §§ 631 ff. BGB ausscheidet. Aus dem Vertragszweck ließe sich allenfalls ableiten, dass der Bauträger dem Erwerber die Verschaffung eines erschlossenen Grundstücks schuldet, also eine besondere Beschaffenheit des Grundstücks i. S. v. § 434 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1 BGB. Hierbei würde es sich sodann um ein kaufrechtliches Element des Bauträgervertrags handeln (in diesem Sinne Basty, DNotZ 2008, 284, 286).

Die Annahme, der Bauträger schulde die Verschaffung eines erschlossenen Grundstücks, dürfte hinter der von der h. M. vorgenommenen Zuordnung der Erschließungskosten zur sog. Grundstücksrate gem. § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 MaBV stehen. Bei näherer Betrachtung erweist sich diese Annahme allerdings als unpräzise und damit unzutreffend. Der Bauträgervertrag ist nach seinem Vertragszweck nicht auf die Verschaffung eines erschlossenen Grundstücks gerichtet, sondern auf die Verschaffung eines Grundstücks nebst legalisiertem Bauvorhaben. Demzufolge ist nicht die **Verschaffung** eines erschlossenen, sondern eines **bebaubaren Grundstücks** geschuldet. Das **rechtliche Kriterium der „Bebaubarkeit“** ist allerdings **nicht identisch mit dem tatsächlichen Zustand des „Erschlossenseins“**. Überdies ist gem. § 123 Abs. 1 BauGB die Erschließung eine öffentliche Aufgabe, sodass es keinen sachlichen Grund dafür gibt, die Erschließung und die hiermit korrespondierende Beschaffenheit des veräußerten Grundstücks dem Pflichtenkreis des Bauträgers zuzurechnen. Die Erschließung ist somit nicht Gegenstand des Pflichtenprogramms des zivilrechtlichen Bauträgervertrags. Hiervon geht auch der Gesetzgeber zutreffend aus, indem er in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 MaBV anordnet, dass der Bauträger – sofern die übrigen Voraussetzungen vorliegen – Vermögenswerte entgegennehmen darf, wenn die Baugenehmigung erteilt wurde. Das Gesetz stellt somit

auf das rechtliche Kriterium der Bebaubarkeit und nicht auf den tatsächlichen Erschließungszustand des Grundstücks ab.

Würde der Bauträger den tatsächlichen Zustand des „Erschlossenseins“ schulden, so müsste dem Erwerber konsequenterweise die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gem. § 320 BGB zustehen, solange die Erschließungsanlagen noch nicht fertiggestellt sind und demzufolge das Grundstück noch nicht die vermeintlich geschuldete Beschaffenheit aufweist. Der BGH (DNotZ 2008, 280 Rn. 12) geht hingegen davon aus, dass die fehlende (tatsächliche) Erschließung einer Entgegennahme von Abschlagszahlungen nicht entgegensteht, womit sich die Argumentation letztlich als inkonsistent erweist:

„Die sich am tatsächlichen Baufortschritt orientierende Ratenregelung des § 3 Abs. 2 MaBV verbietet es nicht, dass sich der Bauträger die Zahlung der ersten Rate versprechen lässt, obwohl die Erschließungsanlagen – wie häufig – von der Gemeinde noch nicht abgerechnet sind (Basty, Der Bauträgervertrag, 5. Aufl., Rdn. 672). Entgegen der Auffassung des Beklagten kann der Erwerber insoweit nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB verwiesen werden.“

Die dogmatische Inkonsistenz dieser Argumentation tritt auch an anderer Stelle zutage. Das Gericht geht nämlich zwar davon aus, dass Erschließungskosten ein Teil des Ratenzahlungsplans gem. § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 MaBV seien, hält aber zur Abwendung eines ungesicherten Vorleistungsrisikos eine Bürgschaft i. S. v. § 7 Abs. 1 MaBV für nicht erforderlich. Es genüge vielmehr eine betragsmäßig begrenzte Bürgschaft, die der Höhe nach nur das Risiko der späteren Inanspruchnahme des Erwerbers durch die öffentliche Hand wegen noch nicht abgerechneter Erschließungsbeiträge umfasse. Einen Verstoß gegen das sog. Vermischungsverbot (BGH DNotZ 2004, 48) sieht der Senat hierin nicht (DNotZ 2008, 280, 282 f.; Hervorhebung i. F. durch das DNotI):

*„Die gesonderte **zusätzliche** Absicherung der Erschließungskosten bedeutet daher keinen Verstoß gegen das Regelungswerk der Makler- und Bauträgerverordnung, sondern hält dieses – wie die Revisionserwiderung mit Recht hervorhebt – ausdrücklich aufrecht und stellt lediglich zusätzlich klar, was von der dortigen Schutzregelung nicht erfasst wird. ... Eine **zusätzliche** Absicherung der Kläger, und zwar insbesondere auch die vom BerufungsG favorisierte „Bürgschaftslösung“, hätte nicht in Widerspruch zu den Bestimmungen der Makler- und Bauträgerverordnung gestanden (a. A. Grziwotz, aaO). Zwar trifft es zu, dass eine Bürgschaft, mit der die nach § 7 MaBV vorgeschrie-*

*bene Sicherheitsleistung erbracht werden soll, die gesamte vom Erwerber im Voraus zu leistende Summe abdecken muss und nicht nur einen Teil davon (Fischer, WM 2003, 1). § 7 MaBV erfasst aber nur die Fallgestaltung, in der sich der Bauträger vom tatsächlichen Bauablauf völlig losgelöste (Abschlags-)Zahlungen versprechen lassen will. Entspricht hingegen – wie hier – der Ratenzahlungsplan den Maßgaben des § 3 Abs. 2 MaBV, so ist es den Vertragsparteien freigestellt, ob, in welcher Weise und in welchem Umfang sie **darüber hinausgehende Sicherheiten vereinbaren.***“

Der BGH geht u. E. zu Recht davon aus, dass eine Bürgschaft gem. § 7 MaBV nicht erforderlich ist und stattdessen eine „sonstige“ Sicherheit genügt. Der Grund für die Nichtanwendbarkeit des § 7 MaBV ist allerdings darin zu sehen, dass die Erschließung und die hiermit korrespondierenden öffentlich-rechtlichen Beiträge überhaupt nicht in den synallagmatischen Austausch der wechselseitigen Hauptleistungspflichten eines Bauträgervertrags einzubeziehen sind. Dies heißt, dass die **Grundannahme**, die **Erschließungskosten** seien ein **Teil des Ratenzahlungsplans** gem. § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 MaBV, bereits **unzutreffend** ist. Vor diesem Hintergrund ist es wiederum richtig, dass der BGH ein Zurückbehaltungsrecht des Erwerbers gem. § 320 BGB verneint. Der Erwerber kann die Erbringung von Abschlagszahlungen nicht mit dem Argument verweigern, das von ihm erworbene Grundstück sei noch nicht erschlossen und/oder abgerechnet.

Die Verpflichtung des Bauträgers, die Erschließungskosten zu tragen, entspringt nicht den von ihm vertraglich übernommenen Leistungspflichten, sondern dem **Charakter der vom Erwerber geschuldeten Zahlungspflicht**. Nach dem Willen der Vertragsbeteiligten soll es sich typischerweise um eine Festpreisabrede handeln. In dieser Festpreisabrede, also dem Charakter der vom Erwerber [sic!] geschuldeten Gegenleistung, liegt der rechtliche Grund für den Freistellungsanspruch des Erwerbers.

b) Schlussfolgerung für die Anwendbarkeit des Verjährungsrechts

Da die Verpflichtung des Bauträgers, den Erwerber von künftigen Erschließungskosten freizustellen, nicht aus der Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums am veräußerten Grundstück folgt, sind u. E. die Bestimmungen der §§ 196, 200 BGB unanwendbar. Bei der Freistellungspflicht handelt sich vielmehr um eine vertragliche Nebenpflicht, auf die die **Regelverjährung gem. §§ 195, 199 BGB** anzuwenden ist. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der Freistellungsanspruch erst dann im verjährungsrechtlichen

Sinne entsteht, wenn er erstmalig geltend gemacht und nötigenfalls im Wege einer Klage durchgesetzt werden kann. Unter verjährungsrechtlichen Gesichtspunkten ist somit ein Anspruch regelmäßig nicht schon mit seiner Begründung, sondern erst im Zeitpunkt seiner Fälligkeit als entstanden anzusehen, obgleich diese beiden Begriffe nicht gänzlich synonym sind (vgl. BGH NJW 1971, 979, 980; MünchKommBGB/Grothe, 8. Aufl. 2018, § 199 Rn. 5; Palandt/Ellenberger, BGB, 80. Aufl. 2021, § 199 Rn. 3).

Demzufolge beginnt die Verjährung im vorliegenden Fall nicht schon mit Abschluss des Bauträgervertrags, sondern erst mit der Inanspruchnahme des Erwerbers durch die öffentliche Hand (vgl. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Dies würde im Übrigen auch dann gelten, wenn man entgegen der hier vertretenen Ansicht von einer zehnjährigen Verjährungsfrist gem. § 196 BGB ausginge. Denn auch § 200 S. 1 BGB setzt die Entstehung des Anspruchs (im Sinne einer erstmaligen Durchsetzbarkeit) voraus (vgl. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB versus § 200 S. 1 BGB).

3. Ergebnis

Die Verpflichtung eines Bauträgers, den Erwerber von künftig fällig werdenden Erschließungskosten freizustellen bzw. entsprechende Zahlungen des Erwerbers zu erstatten, ist eine vertragliche Nebenpflicht, die der Regelverjährung gem. §§ 195, 199 BGB unterliegt. Im vorliegenden Fall ist der Anspruch des Erwerbers noch nicht verjährt, da der Freistellungsanspruch erst dieses Jahr (2021) im verjährungsrechtlichen Sinne entstanden ist.

MaßnG-GesR § 5 Abs. 2; BGB §§ 21, 59 Analoge Anwendung des § 5 Abs. 2 MaßnG-GesR auf die Gründung eines Vereins; Gründung eines eingetragenen Vereins unter Abwesenden; Gründung mit Vollmacht

I. Fragen

1. Ist § 5 Abs. 2 MaßnG-GesR auf die Gründungsversammlung eines einzutragenden Vereins analog anzuwenden?
2. Ist eine Gründungsversammlung unter Abwesenden zulässig?

II. Zur Rechtslage

1. Analoge Anwendung des § 5 Abs. 2 MaßnG-GesR auf die Gründungsversammlung

Das Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-

Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (MaßnG-GesR, BGBl. I 2020, S. 570) hat die Beschlussfassung auch im Verein erleichtert (vgl. DNotI-Report 2020, 61, 62). Abweichend von § 32 Abs. 1 S. 1 BGB kann der Vorstand auch ohne statutarische Ermächtigung gem. § 5 Abs. 2 Nr. 1 MaßnG-GesR den Vereinsmitgliedern die **elektronische Teilnahme an der Mitgliederversammlung** gestatten und gem. § 5 Abs. 2 Nr. 2 MaßnG-GesR die schriftliche Stimmabgabe vor der Versammlung ermöglichen. § 5 Abs. 3 MaßnG-GesR erlaubt zudem ein gegenüber § 32 Abs. 2 BGB erleichtertes **Umlaufverfahren** zur versammlungslosen Beschlussfassung. Die Regelungen beziehen sich ihrem Wortlaut nach klar auf die Mitgliederversammlung und die darin wahrzunehmenden Rechte bzw. auf den Mitgliederbeschluss (vgl. BT-Drucks. 19/18110, S. 30).

Eine analoge Anwendung dieser Vorschriften auf die Vereinsgründung kommt u. E. nicht in Betracht. Zum einen gibt es keinen Anhaltspunkt, dass der Gesetzgeber die Gründung versehentlich ungeregelt gelassen hat (Merkmal „Planwidrigkeit der Regelungslücke“). Zum anderen dürfte es sich bei der **Gründungsversammlung** des werdenden Vereins und der **Mitgliederversammlung** des bestehenden Vereins **nicht** um **vergleichbare Sachverhalte** handeln. Nach wohl vorherrschender Ansicht ist der Gründungsakt (mit Satzungsfeststellung) als Einigung unter den Gründern ein Vertrag unter den Gründern (Baumann/Sikora/Stiebitz, Hand- und Formularbuch zum Vereinsrecht, 2. Aufl. 2017, § 4 Rn. 4; BeckOGK-BGB/Segna, Std.: 1.1.2021, § 21 Rn. 219.1; Reichert/Wagner, Vereins- und Verbandsrecht, 14. Aufl. 2018, Kap. 2 Rn. 17; Staudinger/Schwennicke, BGB, 2019, § 21 Rn. 86). Kein solcher Vertrag ist hingegen der in der Mitgliederversammlung gefasste Beschluss. Er setzt vielmehr einen solchen Vertrag und einen dadurch errichteten Verein voraus. Sowohl das Organ „Mitgliederversammlung“ als auch die Entscheidungsform „Beschluss“ sind nur im Rahmen einer bestehenden korporativen Verfassung denkbar. Dies verdeutlichen auch die praktischen Schwierigkeiten einer analogen Anwendung: Initiator der modifizierten Versammlung oder versammlungslosen Entscheidung ist der Vorstand des Vereins. Einen solchen gibt es aber erst durch die Gründung des Vereins mit der Bestellung des ersten Vorstands. Den Initiator der Gründung – sofern ein solcher überhaupt klar auszumachen ist – bei analoger Anwendung an die Stelle des Vorstands zu setzen, wäre rechtlich keineswegs zwingend (daran ändert u. E. nichts, dass in der Literatur von einer „Einberufung“ der Gründerversammlung durch den Initiator durchaus die Rede ist, vgl. dazu Knof, in:

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 15 Rn. 21).

2. Vereinsgründung unter Abwesenden nach allgemeinen Grundsätzen

Näherliegend ist die Frage, ob der Gründungsakt bereits nach allgemeinen Grundsätzen einer (weitgehend) präsenzlosen Durchführung zugänglich ist. Wie oben ausgeführt, sind Mitgliederversammlung und Beschluss mit dem Gründungsakt nicht vergleichbar. Dies stimmt auch insoweit, als die regulären Formalitäten – angefangen mit der Einberufung durch das Einberufungsorgan – nicht zu beachten sind (zumindest im Hinblick auf die Einberufung u. E. auch nicht beim etwaigen ersten Beschluss der Gründer über die Bestellung des ersten Vorstands). Abgesehen von § 59 BGB und einem impliziten **Schriftformerfordernis** (vgl. Burhoff, Vereinsrecht, 10. Aufl. 2019, Rn. 26; bzgl. der Satzung Baumann/Sikora/Stiebitz, § 4 Rn. 65) gibt es **keine besonderen gesetzlichen Vorgaben** für den Gründungsakt. Das Gesetz eröffnet daher einigen Spielraum, auch wenn dieser in der Praxis kaum genutzt und in der Literatur wenig erörtert wird (sogar eine ausdrückliche Gründungsvereinbarung für entbehrlich haltend BeckOK-BGB/Schöpflin, Std.: 1.11.2020, § 21 Rn. 121; Soergel/Hadding, BGB, 13. Aufl. 2000, Vor § 21 Rn. 63; gegen eine konkludente Vereinsgründung aber BeckOGK-BGB/Segna, § 21 Rn. 219; Reichert/Wagner, Kap. 2 Rn. 17). Mithin wäre es unter Wahrung der Schriftform durchaus möglich, den Verein (weitgehend) präsenzlos zu gründen. Die Gründer könnten etwa einen von ihnen rechtsgeschäftlich **zur Gründung bevollmächtigen** (vgl. OLG Hamm BeckRS 2007, 10640, Rn. 13; Baumann/Sikora/Stiebitz, § 4 Rn. 8; Burhoff, Rn. 31). Dabei ist eine ausdrückliche Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zu empfehlen (vgl. Stöber/Otto, Handbuch zum Vereinsrecht, 11. Aufl. 2016, Rn. 25). Nicht ausgeschlossen erscheint es zudem, den Verein im „Umlaufverfahren“ zu gründen, also etwa durch ein Zirkular, auf dem alle Gründer entsprechende (schriftliche) Erklärungen abgeben. Eine Versammlung im eigentlichen Sinne ist insofern für die Gründung u. E. überhaupt nicht erforderlich.

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 § 2205; GBO § 20

Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers; Nachweis; Veräußerungsbeschränkung; Zustimmung der Nacherben; Surrogation

Abruf-Nr.:

EGBGB Art. 25 a. F.

Kroatien: Gesetzliche Erbfolge

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

EGBGB Art. 5 Abs. 1 S. 2, 6, 17 Abs. 2 Nr. 2; FamFG § 107; Rom-III-VO Art. 8

Kollisionsrechtliche Behandlung einer im Wege der einseitigen Verstoßung nach syrischem Recht durchgeführten Privatscheidung deutsch-syrischer Eheleute

1. Das Privileg der Heimatstaatsentscheidung in § 107 Abs. 1 S. 2 FamFG gilt auch für Privatscheidungen, jedoch nicht, wenn wenigstens einer der Beteiligten auch die deutsche Staatsangehörigkeit hat.

2. Art. 17 Abs. 2 EGBGB i. d. F. vom 17.12.2018 ist in intertemporaler Hinsicht auf Privatscheidungen anwendbar, die seit dem 29.1.2013 durchgeführt worden sind.

3. Wenn die deutsche Staatsangehörigkeit mit einer drittstaatlichen Staatsangehörigkeit zusammentrifft, gilt für die Bestimmung des auf die Scheidung anwendbaren Rechts im Rahmen von Art. 17 Abs. 2 EGBGB i. V. m. Art. 8 lit. c Rom-III-VO der Eigenrechtsvorrang nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB.

4. Eine nach syrischem Recht durchgeführte Ehescheidung mittels „einseitiger Verstoßungsscheidung“ ist abstrakt mit den Grundsätzen des deutschen Rechts nicht zu vereinbaren und verstößt daher, wenn auch die konkrete Anwendung des syrischen Rechts aus deutscher Sicht zu missbilligen ist,

gegen den kollisionsrechtlichen *ordre public* nach Art. 6 EGBGB.

(Leitsätze der DNotI-Redaktion)

BGH, Beschl. v. 26.8.2020 – XII ZB 158/18 (Rechtsache „Sahyouni“)

Problem

Die Eheleute haben beide sowohl die deutsche als auch die syrische Staatsangehörigkeit. Sie heirateten 1999 vor einem islamrechtlichen Gericht in Syrien, wobei sich der Ehemann zur Zahlung einer Morgengabe verpflichtete. Die Eheleute wohnten zunächst in Deutschland. Im August 2012 trennten sie sich während eines Aufenthalts im Libanon. Im Mai 2013 erklärte der Ehemann die Scheidung, indem sein Bevollmächtigter vor einem syrischen Scharia-Gericht die Scheidungsformel aussprach. Das Gericht stellte daraufhin die Scheidung fest und die Ehefrau unterzeichnete eine Erklärung, in der sie die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen billigte. Der Ehemann hat sodann erfolgreich beim Präsidenten des OLG die Anerkennung der Scheidung beantragt. Auf Antrag der Ehefrau hat das OLG die Entscheidung des OLG-Präsidenten aufgehoben und den Antrag des Ehemanns zurückgewiesen. Dessen hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde zum BGH ist ohne Erfolg geblieben.

Entscheidung

Nach Ansicht des BGH unterliegt die in Syrien durch einseitige Verstoßung des Ehemanns erfolgte Privatscheidung dem deutschen Anerkennungsverfahren nach § 107 Abs. 1 S. 1 FamFG. Der Anwendungsbereich der Brüssel-IIa-VO ist nicht eröffnet, da es um die Anerkennung einer in einem Drittstaat ausgesprochenen Scheidung geht (EuGH NZFam 2016, 789 Rn. 20 – Sahyouni I). Zudem festigt der Senat seine Rechtsprechung, wonach es für die Anwendung des deutschen Anerkennungsverfahrens bei einer Privatscheidung ausreichend sei, wenn eine ausländische Behörde in irgendeiner Form – sei es auch nur registrierend – an der Scheidung mitgewirkt habe (BGH DNotZ 2019, 356 Rn. 15). Auch das islamische Scharia-Gericht, das hier die einseitige Privatscheidung nach syrischem Recht registriert hat, ist eine Behörde in diesem Sinne, da es über staatliche Autorität verfügt.

Der BGH prüft in diesem Zusammenhang, ob das Privileg der Heimatstaatsentscheidung in § 107 Abs. 1 S. 2 FamFG der Zulässigkeit des Anerkennungsverfahrens entgegensteht. Grundsätzlich hat die Landesjustizverwaltung festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung vorliegen (§ 107 Abs. 1 S. 1 FamFG), es sei denn, es hat ein Gericht oder eine Behörde des Staates entschieden,

dem beide Eheleute zur Zeit der Entscheidung angehört haben (§ 107 Abs. 1 S. 2 FamFG). Dies gilt gleichermaßen für Privatscheidungen, allerdings nicht, wenn – wie hier – wenigstens ein Ehegatte auch die deutsche Staatsangehörigkeit hat.

Die Anerkennungsfähigkeit der Privatscheidung unterliegt dem Scheidungsstatut. Der hierfür ursprünglich maßgebliche Art. 17 Abs. 1 EGBGB a. F. wurde jedoch zum 29.1.2013 außer Kraft gesetzt, da der deutsche Gesetzgeber davon ausging, dass die Wirksamkeit einer im Ausland vorgenommenen Privatscheidung vom Anwendungsbereich der Rom-III-Verordnung umfasst sei. Dies verneinte der EuGH (NJW 2018, 447 – Sahyouni II) jedoch, sodass seit dem 29.1.2013 eine Regelungslücke bestand. Der deutsche Gesetzgeber reagierte hierauf mit der Neufassung von Art. 17 Abs. 2 EGBGB, die am 21.12.2018 in Kraft trat und grundsätzlich die kollisionsrechtlichen Vorschriften der Rom-III-VO für anwendbar erklärt. Der BGH stellt nun klar, dass Art. 17 Abs. 2 EGBGB in intertemporaler Hinsicht alle Privatscheidungen erfasst, die seit dem 29.1.2013 durchgeführt worden sind. Somit war im vorliegenden Fall das auf die Scheidung anwendbare Recht nach Art. 8 Rom-III-VO mit der Modifikation des Art. 17 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB zu bestimmen.

Da eine Anknüpfung an den gemeinsamen (Art. 8 lit. a Rom-III-VO) oder letzten gemeinsamen (Art. 8 lit. b Rom-III-VO) Aufenthalt hier nicht in Betracht kam, war auf das Recht des Staates abzustellen, dessen Staatsangehörigkeit die Eheleute im Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens hatten (Art. 17 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB i. V. m. Art. 8 lit. c Rom-III-VO). Hierfür kam sowohl das deutsche als auch das syrische Recht in Betracht. Die Rom-III-Verordnung enthält für den Fall der mehrfachen Staatsangehörigkeit keine Regelung und verweist stattdessen in Erwägungsgrund 22 auf die innerstaatlichen Vorschriften, wobei die allgemeinen Grundsätze der Europäischen Union zu achten sind. Ob der Eigenrechtsvorrang in Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot in Art. 18 AEUV verstößt, konnte der BGH offenlassen, da die Eheleute neben der deutschen Staatsangehörigkeit auch die Staatsangehörigkeit eines Drittstaats haben. Vielmehr stellt der Senat klar, dass in dem Fall, dass die deutsche Staatsangehörigkeit mit einer drittstaatlichen Staatsangehörigkeit zusammentrifft, Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB anzuwenden ist. Zur Begründung verweist der BGH darauf, dass angesichts der eindeutigen Gesetzeslage und der Intention des Gesetzgebers kein Raum für eine teleologische Reduktion von Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB im Rahmen der Rom-III-Verordnung bleibe – erst recht, wenn diese lediglich aufgrund eines nationalen Anwendungsbefehls gelte.

Demnach war hier die deutsche Staatsangehörigkeit der Beteiligten maßgeblich und auf die Scheidung das deutsche Sachrecht anwendbar. Da nach § 1564 BGB eine Ehe nur durch richterliche Entscheidung geschieden werden kann, war die in Syrien durchgeführte Privatscheidung unwirksam und nicht anerkennungsfähig.

Abschließend stellt der BGH klar, dass selbst wenn syrisches Sachrecht anwendbar wäre, die einseitige Verstoßungsscheidung nicht anerkannt werden könnte, da sie gegen den *ordre public* nach Art. 17 Abs. 2 Nr. 5 i. V. m. Art. 6 EGBGB verstieße. Dies folge zum einen aus der abstrakten Unvereinbarkeit der Verstoßungsscheidung mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau in Art. 3 Abs. 2 GG und zum anderen aus der konkreten Unvereinbarkeit der Anwendung des syrischen Rechts mit den Grundsätzen des deutschen Rechts im vorliegenden Fall. So war die Ehefrau nicht mit der Verstoßung einverstanden und die Ehe selbst wäre unter Anwendung deutschen Rechts mangels Ablaufs der erforderlichen Trennungszeit nicht zu scheiden gewesen.

r

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessorin Ricarda Lotte

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

MaßnG-GesR § 5 Abs. 2; BGB §§ 32, 58 Nr. 4 – „Umwandlung“ einer Präsenzversammlung in eine virtuelle Mitgliederversammlung nach Einberufung der Präsenzversammlung; Absage und Neueinberufung

VersAusglG § 33; VAHRG § 5 a. F. – Phasenverschobene Ehe; Aufschub des Versorgungsausgleichs, um Kürzung der Altersrente zu vermeiden; Unterhaltszahlung an Ehefrau

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 925; GNotKG § 21 Abs. 1 S. 1 – Keine unrichtige Sachbehandlung bei getrennter Beurkundung von Grundstückskaufvertrag und Auflassung

EuErbVO Art. 83 Abs. 2 – Bindungswirkung von Testamenten aufgrund einer vor Inkrafttreten der Europäischen Erbrechtsverordnung getroffenen Rechtswahl; gemeinschaftliches Testament als Erbvertrag i. S. d. EuErbVO

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

MaßnG-GesR § 5 Abs. 2; BGB §§ 32, 58 Nr. 4 „Umwandlung“ einer Präsenzversammlung in eine virtuelle Mitgliederversammlung nach Einberufung der Präsenzversammlung; Absage und Neueinberufung

I. Sachverhalt

Ein eingetragener Verein hat zu einer Mitgliederpräsenzversammlung mit satzungsmäßiger 4-Wochen-Frist geladen. Angesichts der COVID-19-Pandemie möchte der Verein nun doch keine Präsenzversammlung abhalten. Stattdessen soll die einberufene Versammlung ohne neue Einberufung als „Online-Versammlung“ i. S. d. § 5 Abs. 2 Nr. 1 MaßnG-GesR durchgeführt werden.

II. Frage

Kann die Präsenzversammlung ohne neue Einberufung als Online-Versammlung durchgeführt werden?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeines zur Erleichterung durch § 5 Abs. 2 u. 3 MaßnG-GesR

Durch das Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (BGBl. I 2020, S. 570, dort Art. 2; im Folgenden kurz: MaßnG-GesR) ist die Beschlussfassung im Verein erleichtert worden (vgl. DNotI-Report 2020, 61, 62).

Gem. **§ 5 Abs. 2 Nr. 1 MaßnG-GesR** kann der Vorstand abweichend von § 32 Abs. 1 S. 1 BGB auch **ohne statutarische Ermächtigung** den Vereinsmitgliedern die **elektronische Teilnahme** an der Mitgliederversammlung ermöglichen, nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 MaßnG-

GesR auch die schriftliche Stimmabgabe vor der Versammlung. Diese Möglichkeiten beziehen sich auf den Fall, dass der anstehende Beschluss nach wie vor in einer Mitgliederversammlung gefasst wird, die Vereinsmitglieder dabei aber nicht zwingend physisch anwesend sind (präsenzlose Versammlung; zum Terminus „virtuelle Versammlung“ vgl. Schwenn/Blacher, npoR 2020, 154, 155).

Anders als § 1 Abs. 2 S. 1 MaßnG-GesR für die AG erlaubt es das Gesetz dem Vereinsvorstand *bisher* nicht ausdrücklich, das persönliche Erscheinen der Vereinsmitglieder in der Versammlung gänzlich zu untersagen. Mit Blick auf etwaige Versammlungsverbote wäre es freilich wenig praxisfreundlich, wenn die Mitglieder nicht ausschließlich auf die elektronische und schriftliche Rechtswahrnehmung verwiesen werden könnten. So scheint auch die Gesetzesbegründung die gänzlich präsenzlose („virtuelle“) Versammlung im Auge zu haben (vgl. BT-Drucks. 19/18110, S. 30), ein Konzept, das nur dann aufgeht, wenn man das physische Erscheinen der Mitglieder tatsächlich verhindern kann (für die Möglichkeit des Präsenzausschlusses i. E. Forschner, NotBZ 2020, 445, 446; wohl auch Schmidt, in: Schmidt, COVID-19, 2. Aufl. 2020, § 8 Rn. 10). Aus diesen Überlegungen folgt freilich zugleich, dass eine kombinierte oder Hybridversammlung zulässig ist, bei der sich ein Teil der Mitglieder „vor Ort“ physisch versammelt und ein anderer Teil die Mitgliedschaftsrechte in anderer Weise ausübt. Auf diese Möglichkeit weist der Gesetzgeber in der Begründung zu § 5 Abs. 2 Nr. 1 MaßnG-GesR ausdrücklich hin (BT-Drucks. 19/18110, S. 30).

Durch Art. 11 des Gesetzes zur weiteren Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Anpassung pandemiebedingter Vorschriften im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht sowie im Miet- und Pachtrecht v. 22.12.2020 (BGBl. I, S. 3328; i. F. MaßnG-GesR-AnpassG) hat der Gesetzgeber § 5 Abs. 2 Nr. 1 MaßnG-GesR nun modifiziert: Ab Inkrafttreten am 28.2.2021 (Art. 14 Abs. 3 MaßnG-GesR-AnpassG) erlaubt es die Norm dem Vorstand, eine präsenzlose Mitgliederversammlung anzuordnen („*kann der Vorstand ... vorsehen, dass Vereinsmitglieder an der Mitgliederversammlung ohne Anwesenheit am Versammlungs-ort teilnehmen, und Mitgliederrechte im Wege der elektronischen Kommunikation ausüben können oder müssen, ...*“). Wir würden davon ausgehen, dass es sich dabei lediglich um eine Klarstellung handelt. Deshalb dürfte sich daraus *kein* Umkehrschluss derart ziehen lassen, dass der Ausschluss der Präsenz bisher unzulässig war.

Eine zwingend präsenzlose Beschlussfassung bringt das Verfahren nach **§ 5 Abs. 3 MaßnG-GesR** mit sich. Diese Norm erleichtert das in § 32 Abs. 2 BGB bereits

vorgesehene **versammlungslose Umlaufverfahren**. Im modifizierten Umlaufverfahren muss bei allseitiger Beteiligung nur mehr die Hälfte der Mitglieder ihre Stimme bis zum festgesetzten Termin in Textform (statt schriftlich) abgeben. Dies ändert freilich nichts an inhaltlichen Mehrheitserfordernissen: Die gesetzlich oder statutarisch vorgesehene Beschlussmehrheit ist zu erzielen; das Mehrheitserfordernis aus § 5 Abs. 3 MaßnG-GesR bezieht sich also letztlich nur auf die Zustimmung zur Verfahrensart (vgl. BT-Drucks. 19/18110, S. 30; Schmidt, § 8 Rn. 17).

2. „Umstellung“ der Präsenzversammlung auf virtuelle Versammlung

Die Literatur geht mehr oder weniger selbstverständlich davon aus, dass der **Umstand der virtuellen Durchführung** der Versammlung (im obigen Sinne) **Gegenstand der Einberufung** ist (vgl. Schwenn/Blacher, npoR 2020, 154, 155; Schmidt, § 8 Rn. 10, 12; zur AG Stelmaszczyk/Forschner, Der Konzern 2020, 221, 226). Mit der Ladung seien den Mitgliedern alle Informationen zu übermitteln, die sie für die elektronische Teilnahme an der Versammlung brauchten (Segna, npoR 2020, 148, 150). Die Einberufung ihrerseits folgt grundsätzlich den allgemeinen Regeln (Segna, npoR 2020, 148, 150). Insbesondere muss die Einladungsfrist eingehalten werden (Schwenn/Blacher, npoR 2020, 154, 155; Schmidt, § 8 Rn. 12).

Dass der **Versammlungsmodus** noch während laufender Einberufungsfrist auf die virtuelle Versammlung hin **geändert** werden kann, halten wir für **schwer begründbar**. Bzgl. der AG wird dies in der Literatur ausdrücklich abgelehnt (Stelmaszczyk/Forschner, Der Konzern 2020, 211, 226; Lieder, ZIP 2020, 837, 839; Mayer/Jenne, BB 2020, 835, 838 f.; Bückler u. a., DB 2020, 775, 777; Grigoleit/Herrler, AktG, 2. Aufl. 2020, § 118 Rn. 36g; allg. zu Einberufungsmodalitäten BeckOGK-AktG/Rieckers, Std.: 19.10.2020, § 121 Rn. 99; Grigoleit/Herrler, § 121 Rn. 41), dies wegen der **signifikanten Unterschiede zwischen den Versammlungsarten** und wegen der gravierenden Unterschiede in puncto Teilhabe an der Versammlung. In der Konsequenz ist daher die einberufene Versammlung abzusagen und die virtuelle Versammlung (neu) einzuberufen. So wird dies auch im Vereinsrecht für die Verlegung der einberufenen Versammlung vertreten und für die der Verlegung gleichzustellende Änderung des Versammlungsorts (Reichert/Wagner, Vereins- und Verbandsrecht, 14. Aufl. 2018, Kap. 2 Rn. 1191; zur AG Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 121 Rn. 18).

Wenn auch die virtuelle Vereinsmitgliederversammlung mit weniger Eingriffen in versammlungsbezogene Mit-

gliedschaftsrechte einhergeht als bei der AG-Hauptversammlung (vgl. § 1 Abs. 2 MaßnG-GesR sowie Forschner, NotBZ 2020, 445, 447; s. aber § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 u. S. 2 MaßnG-GesR i. d. F. des Art. 11 MaßnG-GesR-AnpassG), so bedeutet dennoch die Umstellung auf die virtuelle Versammlung eine gravierende Veränderung. Nicht zuletzt sind **die mit der Einberufungsfrist verfolgten Zwecke** zu berücksichtigen: Soweit diese Frist dem Vereinsmitglied die sachgerechte Vorbereitung auf die Versammlung ermöglichen soll (BeckOGK-BGB/Notz, Std.: 15.9.2018, § 32 Rn. 55), kann dieser Zweck durchaus gefährdet sein. Es ließe sich etwa argumentieren, dass sich Mitglieder, die sich vor dem Hintergrund der ursprünglichen Einberufung zur Nichtteilnahme an der Präsenzversammlung entschieden haben (was ihr Recht war), angesichts der modifizierten Einberufung anders entscheiden könnten (was ebenfalls ihr Recht wäre). Dann bliebe ihnen aber nicht mehr die volle Einberufungsfrist zur (inhaltlichen) Vorbereitung auf die Versammlung. Jedem Mitglied sollte aber die volle Einberufungsfrist für sämtliche Entscheidungen zustehen, die es im Zusammenhang mit der Versammlung zu treffen hat. Auch die organisatorischen Aspekte können eine Rolle spielen, etwa die zeitliche Disposition, wenngleich weniger stark als bei der physischen Versammlung, die ggf. mit Anreise und Auswärtsübernachtung verbunden ist. Als Adressat der ursprünglichen Einberufung musste das Mitglied auch nicht erwarten, dass der Versammlungsmodus umgestellt würde, sondern allenfalls mit einer Verlegung der Versammlung rechnen (vgl. Horst, MDR 2020, 543). Kurz gesagt: Jedes Vereinsmitglied muss von vornherein wissen, welche Versammlung ihm bevorsteht, damit es die durch die Einberufungsfrist gesicherten Rechte voll wahrnehmen kann. Diese Überlegungen mögen sogar dann gelten, wenn die elektronische Teilnahme nur als Zusatzoption eingeführt würde.

Konsequenz etwa einer verletzten Einberufungsfrist kann ein (evtl. rügebedürftiger) Mangel des gleichwohl in der Mitgliederversammlung gefassten Beschlusses sein (BeckOGK-BGB/Notz, § 32 Rn. 57 mit dem Hinweis, dass bei dennoch hinreichender Vorbereitungszeit eine Berufung auf den Mangel gegen § 242 BGB verstoßen kann). Die Mangelhaftigkeit solcher Beschlüsse mag aber umfassender sein, da man durchaus die Einberufung an sich in Frage stellen kann.

3. Fazit

Ein Wechsel in die virtuelle Mitgliederversammlung ohne neue Einberufung erscheint uns nicht möglich. Die Einberufung der Präsenzversammlung dürfte eine „virtuelle“, präsenzlose Mitgliederversammlung nicht abdecken.

VersAusglG § 33; VAHRG § 5 a. F.

Phasenverschobene Ehe; Aufschub des Versorgungsausgleichs, um Kürzung der Altersrente zu vermeiden; Unterhaltszahlung an Ehefrau

I. Sachverhalt

Im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung sollen Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich getroffen werden. Während die 57 Jahre alte Ehefrau noch arbeitet, steht der Ehemann kurz vor dem Ruhestand und erwartet neben der gesetzlichen Rente von ca. 2.300 € Versorgungszahlungen aus einer betrieblichen Altersversorgung von etwa 10.000 € monatlich. Bei einer Durchführung des Versorgungsausgleichs würde der Ehemann einen hohen Anteil seiner betrieblichen Altersversorgung verlieren und daher auch weniger Unterhalt schulden. Es soll nunmehr vereinbart werden, dass die Kürzung der Betriebsrente erst mit dem Renteneintritt der Ehefrau erfolgt, d. h., dass der Ehemann diese bis dahin ungekürzt erhält und aus den ihm zufließenden Einkünften den gesetzlichen Unterhalt zahlt. Zudem soll an die Ehefrau dann nur ein Anteil von 37 % aus der Betriebsrente übertragen werden. Der betriebliche Versorgungsträger wäre mit dieser Regelung einverstanden.

II. Fragen

1. Wäre eine solche Vereinbarung zulässig?
2. Ist § 33 VersAusglG anzuwenden oder steht dieser der geplanten Vereinbarung entgegen?

III. Zur Rechtslage

1. Rechtslage vor dem 1.9.2009

Nach dem bis zum 1.9.2009 geltenden Recht wurde eine an den Pflichtigen gezahlte Rente aufgrund des durchgeführten öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleichs erst dann gekürzt, wenn der Berechtigte seinerseits aus dem Versorgungsausgleich eine Rente bezog oder wenn dem Verpflichteten aus einem späteren Rentenfall eine Versorgung bewilligt wurde (vgl. § 101 Abs. 3 SGB VI a. F., § 57 BeamtVG). Nach altem Recht unterblieb also die Kürzung einer zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Entscheidung zum Versorgungsausgleich gezahlten Versorgung des Ausgleichspflichtigen so lange, bis der Berechtigte Leistungen aus dem durchgeführten Versorgungsausgleich bezog (sog. **Rentner- oder Pensionistenprivileg**, auch: Rentner- und Pensionistenprivileg).

Das zum 1.9.2009 in Kraft getretene Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs hat das sog. Rentner- oder Pensionistenprivileg durch die Neufassung von § 101 Abs. 3 SGB VI und § 57 Abs. 1 BeamtVG

abgeschafft (vgl. dazu Ruland, FamFR 2009, 37). Ein durchgeführter Versorgungsausgleich bewirkt daher nunmehr unmittelbar mit Rechtskraft eine Minderung der Rentenbezüge (vgl. § 101 Abs. 3 S. 1 SGB VI).

Zwischenzeitlich hat das BVerfG zur Abschaffung des Rentnerprivilegs beim Versorgungsausgleich Stellung genommen und die Abschaffung für verfassungsgemäß befunden (BVerfG NJW 2015, 686 f. = BeckRS 2015, 40526: frühere Rechtslage war verfassungsrechtlich vertretbar, aber nicht geboten).

2. Vertragliche Vereinbarung des „Rentnerprivilegs“?

Fraglich ist, ob die alte Rechtslage im Wege der Vereinbarung wiederhergestellt werden kann. Leider gibt es hierzu nach wie vor relativ wenig Literatur und keine Rechtsprechung. **Zweifelhaft** erscheint uns insbesondere ein „Aufschub“ des Versorgungsausgleichs, etwa in dem er auf den Eintritt des Rentenalters der Ehefrau aufschiebend bedingt wird oder dadurch, dass der ehevertragliche Verzicht auf den öffentlich-rechtlichen Versorgungsausgleich (jetzt: Wertausgleich bei der Scheidung) auflösend bedingt wird, z. B. auf den Umstand, dass auch die Ehefrau Ruhegehalt erhält.

Zwar kann im Grundsatz auch der Versorgungsausgleich bzw. der Verzicht auf den Versorgungsausgleich unter Bedingungen vereinbart werden, z. B. Verzicht auf den Versorgungsausgleich unter der auflösenden Bedingung, dass später gemeinsame Kinder geboren werden. Bei den insoweit vorgeschlagenen Bedingungen handelt es sich jedoch stets um Bedingungen, die in der Sphäre der beiden Ehegatten angesiedelt sind und die bis zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts über den Versorgungsausgleich eingetreten sind (oder nicht). Bei der angedachten Konstruktion läge eine Vereinbarung vor, bei der zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts über die Scheidungsfolgesache Versorgungsausgleich im Scheidungsverbund nicht feststünde, ob der Wertausgleich tatsächlich einmal stattfindet oder nicht. Da jedoch der Wertausgleich u. E. nur zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts durchgeführt werden kann, nicht aber nach Rechtskraft der Scheidung, könnte eine derartige Vereinbarung wohl nur als Ausschluss des Wertausgleichs unter Vereinbarung eines schuldrechtlichen Versorgungsausgleichs bei Eintritt bestimmter Bedingungen Bestand haben. Ein Ausweichen auf den sog. schuldrechtlichen Versorgungsausgleich (jetzt zutreffend „Ausgleich nach der Scheidung“ genannt) empfiehlt sich jedoch regelmäßig nicht, allein schon wegen des Risikos des Vorversterbens des Verpflichteten.

Auch die Literatur geht davon aus, dass Bedingungen für den sog. Wertausgleich bei der Scheidung nur zulässig sind, wenn die Bedingung bis zum Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung über den Versorgungsausgleich eintritt oder ausfällt (Grziwotz, in: Beck'sches Notarhandbuch, 7. Aufl. 2019, § 12 Rn. 141; Bergschneider, MittBayNot 1999, 144, 145). Zwar tritt die Rechtskraft der Entscheidung über den Wertausgleich bei der Scheidung nicht zwangsläufig mit der Rechtskraft der Scheidung ein, wenn die Versorgungsausgleichsfolgesache abgetrennt wurde (vgl. § 140 FamFG), doch eröffnet dies den Beteiligten noch nicht das Recht, über den Zeitpunkt der Rechtskraft zu disponieren. Insbesondere werden Verfahrensunterbrechungen in dem von Amts wegen durchzuführenden Versorgungsausgleichsverfahren soweit ersichtlich abgelehnt, wenn unabsehbar ist, ob und wann das Verfahren weiter zu betreiben sein könnte (OLG Oldenburg NJOZ 2005, 1582; OLG Celle FamRZ 2001, 1462; OLG Hamm FamRZ 2000, 673).

Doch selbst wenn man eine aufschiebende Bedingung über die Rechtskraft einer dann nur vorläufig verfahrensabschließenden Entscheidung hinaus entgegen der wohl h. M. für zulässig hielte, bliebe als weiteres Hindernis für die gewünschte Vereinbarung, dass es sich u. E. um einen „Vertrag zulasten Dritter“, nämlich des Versorgungsträgers, handeln würde. Ein solcher kann nach § 8 Abs. 2 VersAusglG nur mit Zustimmung des betreffenden Versorgungsträgers zulässigerweise geschlossen werden. Regelmäßig dürfte eine derartige Zustimmung ausscheiden. Ob im vorliegenden Fall der Versorgungsträger tatsächlich mit einer derartigen Vereinbarung einverstanden wäre – über die gesetzlichen Voraussetzungen des § 33 VersAusglG hinaus – dürfte aus unserer Sicht daher zweifelhaft sein.

3. Anwendungsbereich des § 33 VersAusglG

Das früher in § 5 VAHRG geregelte „Unterhaltsprivileg“ ist nunmehr im Gesetz nur noch in modifizierter Form in § 33 VersAusglG normiert. Die Vorschrift dient in erster Linie dem Schutz des Unterhaltsanspruchs: Es soll eine mit dem Versorgungsausgleich verbundene Verringerung der Leistungsfähigkeit des rentenbeziehenden Unterhaltspflichtigen vermieden werden, bis der Unterhaltsberechtigte Leistungen aufgrund des Versorgungsausgleichs erhält, damit sich der Unterhaltsanspruch nicht vermindert (BeckOGK-BGB/Maaß, Std.: 1.2.2021, § 33 VersAusglG Rn. 3). Die Vorschrift dient aber auch dem Schutz des Unterhaltspflichtigen vor einer auf den Versorgungsausgleich zurückzuführenden Beschränkung seiner Lebensführung (BeckOGK-BGB/Maaß, § 33 VersAusglG Rn. 4).

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 33 VersAusglG eng sind. Geregelt ist in Abs. 2 der Vorschrift ferner eine Bagatellgrenze, ab der eine Anpassung möglich ist. Schließlich ist die Anpassung auch in den Rechtsfolgen beschränkt (vgl. § 33 Abs. 3, 4 VersAusglG).

Für den vorliegenden Fall ist bedeutsam, dass die Aussetzung nach § 33 VersAusglG von vornherein nur in Betracht kommt, sofern ein in § 32 VersAusglG genanntes, der **primären Altersversorgung zugehöriges Anrecht** durch den Versorgungsausgleich gekürzt wurde (BeckOGK-BGB/Maaß, § 33 VersAusglG Rn. 10). Zu den der Anpassung unterliegenden Anrechten (vgl. § 32 VersAusglG) aus der primären Regelaltersversorgung gehören bspw. Rechte aus der gesetzlichen Rentenversicherung, der Beamtenversorgung oder der berufsständischen Versorgung. **Nicht hierzu** zählen explizit private Anrechte oder solche **aus betrieblicher Altersversorgung**, wie sie hier im überwiegenden Umfang vorliegen (vgl. BeckOGK-BGB/Ackermann-Sprenger, Std.: 1.11.2020, § 10 VersAusglG Rn. 38). Da die Ungleichbehandlung vom Gesetzgeber gesehen und so gewollt gewesen sei (vgl. BT-Drucks. 16/10144, S. 71), scheidet nach Ansicht der Literatur auch eine entsprechende Anwendung auf solche Anwartschaften aus (BeckOGK-BGB/Ackermann-Sprenger, § 10 VersAusglG Rn. 38).

4. Gestaltungshinweise aus der Literatur

Abschließend seien noch **Gestaltungshinweise aus der Literatur** zur Lösung des Problems der sog. „phasenverschobenen“ Ehe erwähnt. Insoweit führt bspw. *Grziwotz* (in: Schnitzler, Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht, 5. Aufl. 2020, § 24 Rn. 185) aus:

„Als Ausweg bleibt zum einen nur ein Verschieben der Scheidung, wenn kein Ehegatte erneut heiraten möchte, gegebenenfalls verbunden mit einer Vereinbarung, mit der die Trennungszeit vom Versorgungsausgleich ausgenommen wird. Denkbar ist zum anderen ein Ausweichen auf die schuldrechtliche Ausgleichsrente (§ 6 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 VersAusglG), und zwar auch bezüglich bestimmter Anrechte; ein wirksamer Hinterbliebenenschutz ist damit allerdings nicht möglich (§ 25 Abs. 2 VersAusglG), wenn nicht das entsprechende Versorgungswerk diesen vorsieht. Schließlich bleibt noch die Abfindung des jüngeren Ehegatten auf andere Weise, zB durch eine Immobilie oder eine Geldzahlung.“

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 §§ 93, 94, 95, 516, 1018, 1090

Eigengenutzte und einspeisende Photovoltaikanlage als wesentlicher Bestandteil eines Gebäudes; beschränkte persönliche Dienstbarkeit zur nachträglichen Begründung der Scheinbestandteileigenschaft
Abruf-Nr.:

EuErbVO Art. 21

USA: testamentarische Verfügung über in den USA belegenes Vermögen

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB § 925; GNotKG § 21 Abs. 1 S. 1

Keine unrichtige Sachbehandlung bei getrennter Beurkundung von Grundstückskaufvertrag und Auflassung

a) **Eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne von § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG liegt nur bei einem offen zutage tretenden Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen oder bei einem offensichtlichen Versehen des Notars sowie dann vor, wenn der Notar von mehreren gleich sicheren Gestaltungsmöglichkeiten die teurere wählt.**

b) **Die getrennte Beurkundung von Grundstückskaufvertrag und Auflassung stellt keine unrichtige Sachbehandlung im Sinne des § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG dar; dies gilt auch, wenn der Notar die Beteiligten nicht über kostengünstigere andere Gestaltungsmöglichkeiten belehrt.**

BGH, Beschl. v. 1.10.2020 – V ZB 67/19

Problem

Die Beschwerdeführerin gab vor einem Notar ein Angebot auf Abschluss eines Vertrages über den Kauf einer noch zu errichtenden Eigentumswohnung ab. Der Vertrag sah vor, dass die Vertragsparteien zur Erklärung

der Auffassung erst unter bestimmten Voraussetzungen (u. a. der vollständigen Kaufpreiszahlung und der Abnahme des Sondereigentums) verpflichtet sein sollen. Dem Verkäufer (Bauträger) wurde eine Vollmacht erteilt, die Auffassung nach Vorliegen der Voraussetzungen zu erklären und entgegenzunehmen. Dieses Angebot nahm der Verkäufer zur Urkunde des Zentralnotars an und ließ bei selbigem Notar nach Vorliegen der vertraglichen Voraussetzungen auch die Auffassung des Wohnungseigentums beurkunden. Hierfür stellte der Notar der Beschwerdeführerin eine Gebühr nach GNotKG KV Nr. 21102 in Rechnung.

Das Kammergericht als Vorinstanz war der Auffassung, eine getrennte Beurkundung von Kaufvertrag und Auffassung stelle eine unrichtige Sachbehandlung dar. Jedenfalls liege eine Amtspflichtverletzung vor, da der Notar die Beteiligten nicht über die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Kostenfolgen aufgeklärt habe (KG RNotZ 2019, 412).

Entscheidung

Auf die Beschwerde des Kostengläubigers hebt der BGH die Entscheidung des Kammergerichts auf. Die getrennte Beurkundung von Kaufvertrag und Auffassung sei kostenrechtlich nicht zu beanstanden.

Zur Begründung führt der BGH an, nur wenn zur Erreichung des angestrebten Erfolgs mehrere in jeder Hinsicht gleich sichere und zweckmäßige Wege zur Verfügung stünden, habe der Notar die Pflicht, unter diesen Wegen den kostengünstigsten zu wählen. Die bei Gestaltung eines Grundstückskaufvertrags zur Verfügung stehenden verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten (Vorlagesperre mit Ausfertigungssperre; Vollmachtslösung; getrennte Beurkundung von Kaufvertrag und Auffassung) hätten jeweils nach konkreter Interessenlage der Vertragsparteien verschiedene Argumente für sich. Die Entscheidung darüber, welche der verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten der am besten geeignete Weg zur Wahrung der Interessen der Beteiligten sei, obliege dem Notar, dem aufgrund seiner gesetzlich gewährleisteten Unabhängigkeit gem. § 1 BNotO ein weiterer Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum einzuräumen sei. Dies gelte insbesondere auch für die Frage, welche der verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Interessen der Beteiligten sicher und zweckmäßig sei.

Den Notar treffe grundsätzlich auch keine Belehrungspflicht über die Kostenfolgen seiner Urkundstätigkeit. Etwas anderes gelte nur dann, wenn die Beteiligten den Notar auf die Kosten ansprächen. Der Notar verstößt deshalb nicht gegen seine Amtspflichten, wenn er die

Beteiligten nicht über kostengünstigere Wege der Vertragsabwicklung belehrt.

EuErbVO Art. 83 Abs. 2

Bindungswirkung von Testamenten aufgrund einer vor Inkrafttreten der Europäischen Erbrechtsverordnung getroffenen Rechtswahl; gemeinschaftliches Testament als Erbvertrag i. S. d. EuErbVO

Für die Frage, ob eine konkludente Wahl deutschen Rechts im Sinne von Art. 83 Abs. 2 EuErbVO für die Bindungswirkung eines gemeinschaftlichen Testaments vorliegt, sind alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen.

OLG München, Beschl. v. 24.8.2020 – 31 Wx 241/18

Problem

Die Erblasserin war deutsche Staatsangehörige. Sie war mit einem österreichischen Ehemann verheiratet. Ursprünglich lebten die Eheleute in Österreich. 1995 zogen sie nach Deutschland um. 1996 verfassten sie in äußerlich getrennten, inhaltlich aber gleichlautenden Urkunden als „Gemeinschaftliches Testament“ überschriebene Schriftstücke. Darin setzten sich die Eheleute gegenseitig zu Alleinerben und weitere Personen zu Schlusserben ein. Alle Erbeinsetzungen sollten wechselseitig verbindlich sein und nach dem Tod eines von beiden nicht mehr abgeändert werden können.

Nach dem Tode des Ehemannes verfügte die Erblasserin abweichend.

Die durch das Einzeltestament begünstigten Personen haben u. a. vorgetragen, das „Gemeinschaftliche Testament“ entfalte schon deshalb keine Bindungswirkung, weil nach österreichischem Erbrecht eine Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments ausscheide. Für den Ehemann der Erblasserin sei nach damals geltendem Kollisionsrecht österreichisches Erbrecht anwendbar gewesen, sodass das gemeinschaftliche Testament auch für die deutsche Ehefrau keine Bindungswirkung entfalten könne.

Entscheidung

Das OLG München weist darauf hin, dass aufgrund des Erbfalls nach dem 17.8.2017 die Erbfolge der Europäischen Erbrechtsverordnung unterliege. Für die Zulässigkeit des gemeinschaftlichen Testaments gelte Art. 25 EuErbVO, da es sich um einen Erbvertrag i. S. v. Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO handle. Jedenfalls das gemeinschaftliche Testament nach deutschem Recht, das wechselseitige Verfügungen enthalte, sei ein Erbvertrag

in Sinne des autonom zu bestimmenden Begriffs der EuErbVO. Nach der Ausgestaltung des gemeinschaftlichen Testaments hätten die Erblasserin und ihr vorverstorbenen Ehemann eine bindende Ausgestaltung der Verfügungen beabsichtigt.

Da zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments beide Eheleute ihren gewöhnlichen Aufenthalt i. S. v. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO in Deutschland gehabt hätten, gelte für die Zulässigkeit des gemeinschaftlichen Testaments das deutsche Recht. Auf die Formwirksamkeit möchte das Gericht Art. 27 EuErbVO anwenden, da im unionsrechtlichen Sinne ein Erbvertrag und kein gemeinschaftliches Testament vorliege, sodass das Haager Testamentsformübereinkommen, welches ausschließlich für Testamente und gemeinschaftliche Testamente im formalen Sinne gelte, nicht anwendbar sei. Dabei lasse das gem. Art. 27 Abs. 1 lit. a EuErbVO berufene deutsche Recht die Errichtung gemeinschaftlicher Testamente auch in getrennten Urkunden zu.

Auch auf die Bindungswirkung finde deutsches Recht Anwendung. Zwar lasse das zum Testamentserrichtungszeitpunkt geltende österreichische Recht keine Bindungswirkung zu. In der Bezugnahme der Eheleute auf das deutsche Recht, insbesondere Begriffe wie Schlusserbfolge, Wechselbezüglichkeit etc. liege aber eine konkludente Rechtswahl i. S. v. Art. 25 Abs. 3 EuErbVO.

Das OLG akzeptierte den Einwand nicht, dass nach den Umständen zum Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments sowie zum Zeitpunkt des Widerrufs durch die Erblasserin für die Verfügungen des Ehemannes österreichisches Recht gegolten habe (das keine Bindungswirkung kennt, sodass auch die damit im Verhältnis der Wechselbezüglichkeit stehenden Verfügungen der deutschen Ehefrau keinerlei Bindungswirkung entfaltet haben und bis zum Anwendungsstichtag der EuErbVO die gemeinschaftlichen Verfügungen wirksam widerrufen werden konnten). Da der Erbfall nach dem 17.8.2015 eingetreten ist, sei gem. Art. 83 Abs. 1 EuErbVO das Kollisionsrecht der Europäischen Erbrechtsverordnung anzuwenden. Soweit Art. 83 Abs. 2 EuErbVO hierbei zu einer Rückwirkung führe, sei das europaverfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (bezugnehmend auf BGH NJW 2019, 3449). Insoweit wird also vom OLG München die Ansicht verworfen, ein vor dem 17.8.2015 nach dem damals geltenden nationalen Kollisionsrecht wirksam widerrufenes Testament bleibe wirksam, auch wenn sich aus dem Kollisionsrecht der Europäischen Erbrechtsverordnung nachträglich ergibt, dass die widerrufenen Verfügungen bindend waren (so z. B. MünchKommBGB/Dutta, 8. Aufl. 2020, Art. 83 EuErbVO Rn. 19 m. w. N.). Das

Widerrufstestament hat also dadurch, dass die Erblasserin den Anwendungsstichtag für die Erbrechtsverordnung überlebt hat, seine Wirksamkeit „verloren“.

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 883, 892, 899; GBO § 53 Abs. 1 S. 1 – Gutgläubiger Erwerb eines Grundstücks vom vermeintlichen Buchberechtigten; Verhältnis von Auflassungsvormerkung zugunsten der Erwerber und angekündigtem Widerspruch gegen die Eigentümerstellung des Verkäufers

BGB § 1896 – Abgabe der eidesstattlichen Versicherung im Erbscheinsverfahren durch Vorsorgebevollmächtigten; Zulässigkeit; Form der Vollmacht

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 1193 Abs. 2 S. 2; ZPO §§ 724, 726 – Der Notar muss im Klauselerteilungsverfahren die Zulässigkeit eines prozessualen Nachweisverzichts nicht prüfen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 883, 892, 899; GBO § 53 Abs. 1 S. 1 Gutgläubiger Erwerb eines Grundstücks vom vermeintlichen Buchberechtigten; Verhältnis von Auflassungsvormerkung zugunsten der Erwerber und angekündigtem Widerspruch gegen die Eigentümerstellung des Verkäufers

I. Sachverhalt

Sohn S wird als (vermeintlicher) testamentarischer Schlusserbe seiner Eltern als Eigentümer eines Grundstücks in das Grundbuch eingetragen. Kurze Zeit später verkauft S das Grundstück an die Käufer. Die Auflassungsvormerkung für die Käufer wird am 19.12.2020 in das Grundbuch eingetragen. Als die (enterbte) Tochter T der ursprünglichen Grundstückseigentümer von dem Verkauf erfährt, macht sie gegenüber dem Grundbuchamt die Unrichtigkeit des Grundbuchs geltend; es sei

gesetzliche Erbfolge eingetreten. Den Antrag der T auf Eintragung als gesetzliche Miterbin lehnt das Grundbuchamt allerdings mangels Nachweises der gesetzlichen Erbfolge ab. Hiergegen wendet sich T mit einer Grundbuchbeschwerde. Das OLG lehnt zwar das Ersuchen von T auf Eintragung als Miterbin ebenfalls mangels Erbnachweises ab; es ist in seiner Begründung allerdings der Auffassung, dass das Grundbuch unrichtig und ein Widerspruch gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO einzutragen sei. Ein Widerspruch ist bislang noch nicht eingetragen. Dennoch verweigert das Grundbuchamt vor dem Hintergrund der erbrechtlichen Streitigkeit die bereits beantragte Eigentumsumschreibung auf die Käufer.

II. Fragen

1. Welche Schutzwirkung entfaltet die eingetragene Vormerkung für die Käufer gegenüber einem möglichen Widerspruch nach § 53 Abs. 1 S. 1 GBO? Können die Käufer das Eigentum widerspruchsfrei erwerben?

2. Muss das Grundbuchamt die Eigentumsumschreibung auch dann vornehmen, wenn sich herausstellen

sollte, dass der Widerspruch nach § 53 Abs. 1 S. 1 GBO einzutragen ist oder die Rechtmäßigkeit eines Widerspruchs nach § 53 Abs. 1 S. 1 GBO auf Dauer unklar bleibt?

III. Zur Rechtslage

1. Voraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbs gem. § 892 BGB

Unterstellt, der Verkäufer ist nicht der (alleinige) Eigentümer des veräußerten Grundstücks und das Grundbuch in Ansehung der Eigentümerstellung unrichtig i. S. v. § 894 BGB, so kommt ein gutgläubiger Erwerb des Grundstückseigentums durch die Käufer gem. § 892 BGB in Betracht. Zugunsten der Käufer gilt die im Grundbuch verlautbarte Eigentümerstellung des Verkäufers als richtig, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit der Grundbuchverlautbarung eingetragen *oder* die Grundbuchunrichtigkeit den Erwerb bekant ist, § 892 Abs. 1 S. 1 BGB.

Fraglich ist, ob die etwaige Eintragung eines Widerspruchs einem gutgläubigen Erwerb des Grundstückseigentums durch die Käufer entgegensteht. Insoweit kommt sowohl ein Widerspruch gem. § 899 BGB als auch ein Amtswiderspruch gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO in Betracht (vgl. BeckOGK-BGB/Hertel, Std.: 1.10.2019, § 892 Rn. 64 m. w. N.).

a) Keine Anwendung des § 892 Abs. 2 BGB

Im vorliegenden Sachverhalt ist derzeit noch kein Widerspruch eingetragen, aber die Eigentumsumschreibung auf die Käufer bereits beantragt. Sollte der Widerspruch zeitlich *vor* der Eigentumsumschreibung auf die Käufer eingetragen werden, so wäre dies grundsätzlich schädlich, denn die Bestimmung des § 892 Abs. 2 BGB, die den für die Kenntnis der Grundbuchunrichtigkeit maßgeblichen Zeitpunkt auf die Antragstellung vorverlegt, fände keine Anwendung. Die Unanwendbarkeit der Vorschrift ergibt sich daraus, dass es bei eingetragenen Widerspruch nicht auf die Kenntnis oder Unkenntnis des Erwerbers vom Widerspruch ankommt; der Widerspruch beseitigt die Richtigkeitsvermutung des Grundbuchs unabhängig von der subjektiven (Un-)Kenntnis des Erwerbers (vgl. BeckOGK-BGB/Hertel, § 892 Rn. 71; MünchKommBGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, § 892 Rn. 42 m. w. N.).

b) Prioritätsgrundsatz gem. § 17 GBO bei Widerspruch i. S. v. § 899 BGB

Sollte – wovon wir ausgehen – der vom OLG erwähnte Widerspruch (richtigerweise) auf § 899 BGB beruhen, so wäre der **Prioritätsgrundsatz gem. § 17 GBO zu beachten** (OLG Schleswig FGPrax 2004, 264, 265; BeckOGK-BGB/Hertel, § 892 Rn. 69; Münch-

KommBGB/Kohler, § 892 Rn. 42 m. w. N.). Der Eigentumsumschreibungsantrag zugunsten der Käufer wurde bereits gestellt, sodass ein Antrag der T auf Eintragung eines Widerspruchs gem. § 899 BGB diesem früheren Eintragungsantrag nachgeht. Der Antrag auf Eintragung des Widerspruchs gegen die vermeintliche Eigentümerstellung des Verkäufers kommt dementsprechend zu spät und der Widerspruch ist nicht mehr eintragungsfähig; denn nachdem das Eigentum – aufgrund des vorrangigen Antrags – auf die Käufer umgeschrieben worden ist, entfällt die Grundbuchposition des Verkäufers, gegen die sich der von T – ggf. im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes – zu erwirkende Widerspruch richtet. Das Grundbuchamt ist insbesondere nicht berechtigt, in Ansehung des Antrags auf Eintragung eines Widerspruchs, der gem. § 17 GBO als „nachrangig“ zu behandeln ist, den vorgehenden Antrag auf Eigentumsumschreibung auszusetzen (so zutreffend OLG Schleswig FGPrax 2004, 264, 265; MünchKommBGB/Kohler, § 892 Rn. 42; BeckOGK-BGB/Hertel, § 892 Rn. 69). Soweit in der Literatur die Ansicht vertreten wird, das Grundbuchamt dürfe nicht an einem gutgläubigen Erwerb mitwirken (vgl. exemplarisch BeckOK-GBO/Zeiser, Std.: 1.2.2021, GBO § 17 Rn. 29), wird nicht hinreichend zwischen einem antragsbedürftigen Widerspruch gem. § 899 BGB und einem von Amts wegen vorzunehmenden Widerspruch gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO differenziert. Ein gutgläubiger Erwerb scheidet jedoch grundsätzlich (zur Ausnahme siehe sogleich Ziff. 2) dann aus, wenn ein später beantragter Widerspruch verfahrensfehlerhaft, also entgegen § 17 GBO, früher eingetragen wird (vgl. MünchKommBGB/Kohler, § 892 Rn. 42).

c) Unanwendbarkeit des Prioritätsgrundsatzes bei einem Amtswiderspruch

Neben einem Widerspruch gem. § 899 BGB ist im Falle einer Grundbuchunrichtigkeit auch an die Eintragung eines Amtswiderspruchs gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO zu denken. Ein Amtswiderspruch käme allerdings nur dann in Betracht, wenn die Eintragung des Verkäufers als Grundstückseigentümer durch das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen worden wäre. Für eine solche Pflichtverletzung des Grundbuchamts ist indes nichts ersichtlich, weshalb wir davon ausgehen, dass die Eintragung eines Widerspruchs allenfalls gem. § 899 BGB auf Antrag von T – mit Bewilligung des Verkäufers oder im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes – herbeigeführt werden kann.

Sollte es sich tatsächlich um einen **Widerspruch gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO** handeln, so **fände** nach wohl h. M. **der Prioritätsgrundsatz gem. § 17 GBO** auf die

von Amts wegen vorzunehmende Eintragung des Widerspruchs **keine Anwendung**. Vielmehr wäre der Vollzug von noch unerledigten Anträgen bis zur Entscheidung über das Vorliegen der Voraussetzungen eines Amtswiderspruchs auszusetzen (vgl. Bauer, in: Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 53 Rn. 55; BeckOK-GBO/Zeiser, § 17 Rn. 4 m. w. N. auch zur Gegenansicht). Die Aussetzung des Vollzugs von unerledigten Anträgen ist u. E. deshalb gerechtfertigt, weil hier – im Gegensatz zu § 899 BGB – die Überzeugungsbildung betreffend die Unrichtigkeit des Grundbuchs und die Notwendigkeit eines Tätigwerdens von Amts wegen dem Grundbuchamt obliegt. Allerdings darf ein Widerspruch gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO nur dann eingetragen werden, wenn die unrichtige Grundbucheintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften erfolgte. Ob eine solche Gesetzesverletzung vorliegt, ist aus der Sicht des Grundbuchamts nach dem von ihm anzuwendenden Recht zu beurteilen (BeckOK-GBO/Holzer, Std.: 1.2.2021, § 53 Rn. 16; KEHE/Schrandt/Kalb, GBO, 8. Aufl. 2019, § 53 Rn. 14).

2. Gutgläubiger Eigentumserwerb aufgrund gutgläubig erworbener Vormerkung

Die Frage, ob der Widerspruch auf § 899 BGB oder § 53 Abs. 1 S. 1 GBO beruht, kann u. E. allerdings dahinstehen. Denn es entspricht der h. M., dass die spätere **Eintragung eines Widerspruchs** gegen die vermeintliche Eigentümerstellung des Verkäufers oder die spätere positive Kenntnis des Käufers von der Unrichtigkeit der im Grundbuch verlautbarten Eigentumslage einem **gutgläubigen Eigentumserwerb nicht entgegensteht, sofern** jedenfalls die **Auflassungsvormerkung** vom Käufer **gutgläubig gem. § 892 BGB erworben** wurde (vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 1998, 445, 446; OLG Dresden NotBZ 1999, 261; OLG Schleswig FGPrax 2004, 264, 265; OLG Köln FGPrax 2011, 12, 13; Lieder, in: Bauer/Schaub, AT C Rn. 96 m. w. N.; MünchKommBGB/Kohler, § 893 Rn. 13 m. w. N.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1536 m. w. N.; a. A. BeckOGK-BGB/Assmann, Std.: 1.2.2021, § 883 Rn. 154-158; § 885 Rn. 139-140.1).

Im vorliegenden Fall gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass das Grundbuch in Ansehung der Auflassungsvormerkung unrichtig i. S. v. § 894 BGB ist, denn dies würde – mangels bisheriger Eintragung eines Widerspruchs – voraussetzen, dass die Käufer im Zeitpunkt der Beantragung der Vormerkung *positive* Kenntnis von der fehlenden Eigentümerstellung des Verkäufers hatten; bloße Zweifel an der Richtigkeit des Grundbuchs zerstören den guten Glauben nicht (vgl. BeckOGK-BGB/Hertel, § 892 Rn. 75; MünchKommBGB/Kohler, § 892 Rn. 47).

Bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass das Grundbuch in Ansehung der Auflassungsvormerkung unrichtig ist (also die Käufer im Zeitpunkt der Beantragung der Vormerkung bösgläubig waren), so hat nach unserem Dafürhalten das Grundbuchamt den späteren Eigentumsumschreibungsantrag zu vollziehen, und zwar ungeachtet einer etwaigen zwischenzeitlichen Eintragung eines Widerspruchs gegen die Eigentümerstellung des Verkäufers (vgl. OLG Köln FGPrax 2011, 12; OLG Karlsruhe NJW-RR 1998, 445, 446; OLG Dresden NotBZ 1999, 261; a. A. OLG Düsseldorf DNotZ 1971, 371, 373, das die Zustimmung des wahren Berechtigten verlangt, die der Vormerkungsberechtigte nötigenfalls gem. § 888 BGB zu erwirken habe; abl. auch BeckOGK-BGB/Assmann, § 883 Rn. 154-158, § 885 Rn. 139-140.1, der die h. M. betreffend den gutgläubigen Eigentumserwerb aufgrund gutgläubig erworbener Vormerkung insgesamt ablehnt).

3. Beseitigung eines etwaig eingetragenen Widerspruchs

Sollte es sich um einen Widerspruch gem. § 899 BGB handeln und der hierzu erforderliche Eintragungsantrag der T dem Eigentumsumschreibungsantrag zugunsten der Käufer nachgehen, so stellt sich die Frage der Widerspruchseseitigung bei rechtmäßigem Handeln des Grundbuchamtes nicht; denn der Widerspruch würde erst gar nicht eingetragen (s. o.).

Sollte der Widerspruch gem. § 899 BGB verfahrensfehlerhaft eingetragen werden oder es sich tatsächlich um einen Amtswiderspruch gem. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO handeln, so steht den Käufern – sofern man der unter Ziff. 2 genannten h. M. folgt – gegen den Berechtigten des (Amts-)Widerspruchs ein Beseitigungsanspruch analog §§ 883 Abs. 2, 888 BGB zu (vgl. OLG München BeckRS 2016, 9851, Tz. 26; Schöner/Stöber, Rn. 1536 m. w. N.; BeckOGK-BGB/Assmann, § 888 Rn. 20-20.2).

4. Ergebnis

Folgt man der h. M. in Literatur und Rechtsprechung, so hat das Grundbuchamt den Eigentumsumschreibungsantrag zugunsten der Käufer zu vollziehen, denn nach dieser Ansicht setzt sich die Schutzwirkung der Auflassungsvormerkung gegenüber einem beantragten oder von Amts wegen einzutragenden Widerspruch gegen die vermeintliche Eigentümerstellung des Verkäufers durch. Sofern die Eintragung des Widerspruchs erfolgt, sollte die Auflassungsvormerkung *nicht* mit der Eigentumsumschreibung zur Löschung gebracht werden, sondern über die Eigentumsumschreibung hinaus eingetragen bleiben, damit die Käufer ihren Beseitigungsanspruch gem. §§ 883 Abs. 2, 888 BGB geltend machen können.

BGB § 1896

Abgabe der eidesstattlichen Versicherung im Erbscheinsverfahren durch Vorsorgebevollmächtigten; Zulässigkeit; Form der Vollmacht

I. Sachverhalt

Es geht um einen Erbscheinsantrag. Der Erblasser ist von seiner Schwester als Alleinerbin beerbt worden. Auftraggeberin des Erbscheinsantrags ist die mit einer privatschriftlichen Vollmacht (auf Grundlage eines Formulars aus dem Internet) ausgestattete Tochter der alleinigen Erbin. Die Erbin (= Vollmachtgeberin) ist inzwischen dement und nicht mehr geschäftsfähig.

Der Notar hat den von der Bevollmächtigten zur Niederschrift erklärten Erbscheinsantrag mit eidesstattlicher Versicherung beurkundet. Das Nachlassgericht kündigt an, den Antrag mit der Begründung zurückzuweisen, dass die eidesstattliche Versicherung für die Vertretene nur unter Verwendung einer beurkundeten Vollmacht wirksam abgegeben werden könne. Dies wird vom Nachlassgericht nicht näher begründet.

Wegen der Demenz der Erbin ist die Beurkundung einer Vollmacht nicht nachholbar. Das Nachlassgericht fordert zur Bestellung eines Betreuers mit zweckentsprechendem Wirkungsbereich auf. Das Betreuungsgericht lehnt die Bestellung ab, weil es die Rechtsansicht des Nachlassgerichts nicht teilt. Der Betreuungsrichter hält die privatschriftliche Vollmacht für ausreichend.

II. Fragen

1. Konnte im vorliegenden Fall die Bevollmächtigte die eidesstattliche Versicherung für die Vollmachtgeberin abgeben?

2. Wenn ja, musste die Vollmacht beurkundet sein?

III. Zur Rechtslage

1. Eidesstattliche Versicherung durch einen Bevollmächtigten

Früher war überwiegend anerkannt, dass die eidesstattliche Versicherung im Erbscheinsverfahren gem. § 352 Abs. 3 S. 3 FamFG (entspricht § 2356 Abs. 2 BGB a. F.) grundsätzlich **vom Antragsteller persönlich abzugeben** und eine **gewillkürte Vertretung nicht zulässig** sei (vgl. KG OLGZ 1967, 247, 249 m. w. N.; LG Berlin Rpfleger 1976, 60, 61; Staudinger/Herzog, BGB, 2016, § 2353 Rn. 210; G. Müller, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 199).

Etwas anderes wurde in der Literatur bspw. von *Litzenburger* (ZEV 2004, 450) vertreten. Dieser ging davon aus, dass das Gericht bei Geschäftsunfähigkeit des Antragstellers ersatzweise eine nicht gesetzlich vorgeschriebene eidesstattliche Versicherung des Vorsorgebevollmächtigten anfordern und seiner Beweiswürdigung zugrunde legen könne (zust. Staudinger/Herzog, § 2353 Rn. 210; a. A. Zimmermann, ZErB 2008, 151, 154).

Zwischenzeitlich hat sich die Rechtsprechung mehrfach zum Thema geäußert. Das **OLG Celle** hat mit Beschluss vom 20.6.2018 (NJW-RR 2018, 1031 = ZEV 2018, 728 m. Anm. Litzenburger = MittBayNot 2018, 572) entschieden, dass bei Eidesunfähigkeit des Antragstellers die eidesstattliche Versicherung im Erbscheinsverfahren **auch von dessen Vorsorgebevollmächtigtem** (als Erklärung über dessen eigenes Wissen) abgegeben werden könne, sofern die Angelegenheit von der Vollmacht umfasst sei. Zur Begründung hat sich das OLG Celle auf die Gleichsetzung des Vorsorgebevollmächtigten mit einem gesetzlichen Vertreter (vgl. § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB) gestützt. Es hat auch darauf hingewiesen, dass die Frage, ob der Antragsteller selbst oder sein Vorsorgebevollmächtigter die eidesstattliche Versicherung betreffend die Richtigkeit der im Erbscheinsantrag gemachten Angaben abzugeben habe, letztlich das Nachlassgericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden habe (NJW-RR 2018, 1031, 1032; so auch der BGH WM 2008, 2264 zur eidesstattlichen Versicherung im Zwangsvollstreckungsverfahren).

Auch das **OLG Düsseldorf** hat in seinem Beschluss vom 17.4.2018 (ZEV 2019, 422 f. = BeckRS 2018, 41433) die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung durch den Vorsorgebevollmächtigten für ausreichend gehalten, sofern der Erbe geschäftsunfähig ist und infolgedessen an der eigenen Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung im Erbscheinsverfahren gehindert ist.

In der neueren Literatur wird diese Rechtsprechung meist **zustimmend** aufgenommen (vgl. Becker, ZErB 2018, 332; BeckOK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.11.2020, § 1896 Rn. 31; BeckOGK-BGB/Fröhler, Std.: 1.11.2020, § 2353 Rn. 288.1; a. A. aber Münch-KommFamFG/Grziwotz, 3. Aufl. 2019, § 352 FamFG Rn. 94). Zudem hat der BGH mittlerweile den Vorsorgebevollmächtigten auch in anderen Lebensbereichen zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung zugelassen (vgl. BGH NJW 2020, 1143, 1144 ff. zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung bzgl. der Vermögensauskunft gem. § 802c ZPO).

2. Form der Vollmacht

Was die Form der Vollmacht anbelangt, so handelte es

sich sowohl im Fall des OLG Celle (NJW-RR 2018, 1031) als auch im Fall des OLG Düsseldorf (ZEV 2019, 422) jeweils um notariell beurkundete Vollmachten. Daraus lässt sich jedoch nicht herleiten, dass die Vollmacht stets notariell beurkundet sein müsse, damit der Vorsorgebevollmächtigte – anstelle eines gesetzlichen Vertreters des geschäftsunfähigen Antragstellers – die eidesstattliche Versicherung abgeben kann.

Denn ein Formerfordernis besteht an dieser Stelle nur für die eidesstattliche Versicherung selbst, nicht aber für die zugrunde liegende Vollmacht. Diesbezüglich greift u. E. der allgemeine Grundsatz des **§ 167 Abs. 2 BGB**, wonach die Form der Vollmacht prinzipiell **unabhängig von der Form ist, die für das Vertretergeschäft gilt**. § 167 Abs. 2 BGB verwirklicht den Trennungsgrundsatz für das Verhältnis von Vollmacht und Vertretergeschäft hinsichtlich der Form (MünchKommBGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, § 167 Rn. 13).

3. Erlass der eidesstattlichen Versicherung

In Betracht kommt zudem ggf. ein Erlass der eidesstattlichen Versicherung durch das Nachlassgericht. Dies sieht § 352 Abs. 3 S. 4 FamFG für den Fall vor, dass das Nachlassgericht eine solche für nicht erforderlich hält. In der Praxis verfahren die Gerichte mit dieser Möglichkeit sehr restriktiv. Die Beurteilung liegt **im pflichtgemäßen Ermessen des Nachlassgerichts** (vgl. Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2356 Rn. 17; MünchKommFamFG/Grziwotz, § 352 Rn. 101).

In Betracht kommt ein Erlass der eidesstattlichen Versicherung etwa, wenn das Gericht insgesamt von den zu ermittelnden Tatsachen überzeugt ist und gerade den (z. B. weiteren) Nachweis einer bestimmten Tatsache für nicht mehr notwendig erachtet oder wenn der Nutzen der Versicherung in keiner Relation zum Aufwand steht (Staudinger/Herzog, 2010, § 2356 Rn. 67 m. w. N.). Dabei geht man davon aus, dass sich eine eidesstattliche Versicherung in der Regel erübrige, wenn die Erbfolge eindeutig sei oder wenn etwa nach Beendigung der Testamentsvollstreckung oder Eintritt des Nacherbfalls ein neuer Erbschein beantragt werde und keine neuen Tatsachen vorlägen (Staudinger/Herzog, § 2356 Rn. 68; MünchKommFamFG/Grziwotz, § 352 Rn. 102 m. w. N.). Ferner kann die eidesstattliche Versicherung eines anderen Beteiligten genügen (Staudinger/Herzog, § 2356 Rn. 68).

In der aktuellen Kommentarliteratur zum FamFG wird ein Erlass im Einzelfall für den Erbscheinsantrag eines Berufsbetreuers als gesetzlichen Vertreter des Betreuten erwogen, falls er ohne Kontakt zum Erblasser war, bzw. in vergleichbaren Fällen **beim Erbscheinsantrag eines Vorsorgebevollmächtigten des geschäftsunfähigen**

Erben (so Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 352 Rn. 84).

Sollte im vorliegenden Fall im Hinblick auf die Geschäftsunfähigkeit der Antragstellerin im Rahmen der pflichtgemäßen Ermessensausübung des Nachlassgerichts auch ein Erlass der eidesstattlichen Versicherung in Frage kommen, dann dürfte erst Recht vom Nachlassgericht die Entgegennahme einer eidesstattlichen Versicherung der – wenn auch nur privatschriftlich – Bevollmächtigten in Betracht zu ziehen sein und diese im Rahmen der Beweiswürdigung Berücksichtigung finden können. Diese Erwägung wird auch in der jüngeren Literatur ausdrücklich als Argument herangezogen (so Harders, in: Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 352 Rn. 23).

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.

MaßnG-GesR §§ 2, 5 Abs. 1 Nr. 2; HGB §§ 161, 119 Anwendung des MaßnG-GesR auf Publikums-GmbH & Co. KG; Personengesellschaft; Publikums-gesellschaft; Umlaufverfahren

Abruf-Nr.:

ErbStG § 3

Berücksichtigung von Pflichtteilsansprüchen als Nachlassverbindlichkeiten bei der Erbschaftsteuer; Auswirkung des Urteils des BFH v. 5.2.2020 – II R 1/16 und II R 17/16

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB § 1193 Abs. 2 S. 2; ZPO §§ 724, 726

Der Notar muss im Klauselerteilungsverfahren die Zulässigkeit eines prozessualen Nachweisverzichts nicht prüfen

a) Bei dem Kündigungserfordernis des § 1193 Abs. 1 Satz 1 BGB handelt es sich grundsätzlich um eine Vollstreckungsbedingung im Sinne des § 726 Abs. 1 ZPO, wenn sich der Schuldner in der notariellen Grundschuldbestellungsurkunde in Ansehung der Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

b) Enthält die Urkunde außerdem die Erklärung, dass dem Gläubiger ohne Nachweis der das Bestehen und die Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung begründenden Tatsachen eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde erteilt werden kann, führt dies dazu, dass das Klauselerteilungsorgan auf Antrag eine einfache Vollstreckungsklausel gemäß § 724 ZPO zu erteilen hat.

c) Ob dieser Nachweisverzicht aus materiell-rechtlichen Erwägungen unwirksam ist, ist im Klauselerteilungsverfahren grundsätzlich nicht zu prüfen und kann deshalb vom Schuldner nicht mit Erfolg mit einer Klauselerinnerung (§ 732 ZPO) geltend gemacht werden.

BGH, Beschl. v. 7.10.2020 – VII ZB 56/18

Problem

In der Praxis wird im Rahmen der Grundschuldbestellung üblicherweise neben der Zwangsvollstreckungsunterwerfung auch ein sog. „Nachweisverzicht“ in die Grundschuldbestellungsurkunde aufgenommen (vgl. ausführlich mit kritischer Würdigung des Begriffs Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 4. Aufl. 2018, Rn. 6.44 f.). Auf Grundlage dieses Verzichts erteilt der Notar als Klauselerteilungsorgan den Banken oft schon kurze Zeit nach der Errichtung der Urkunde eine vollstreckbare Ausfertigung.

§ 1193 Abs. 1 BGB sieht vor, dass das Kapital einer Grundschuld erst nach vorangegangener Kündigung fällig wird, wobei die Kündigungsfrist sechs Monate beträgt. Seit dem Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes sind gem. § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB abweichende Regelungen bei Sicherungsgrundschulden nicht mehr zulässig.

Die Zulässigkeit des oben erwähnten Nachweisverzichts wird seit der Einführung von § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB

in der Literatur intensiv diskutiert. Die überwiegende Mehrheit der Literaturstimmen sieht in dieser Klausel keinen Verstoß gegen § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB (Palandt/Herrler, BGB, 80. Aufl. 2021, § 1193 Rn. 3; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2019, § 1193 Rn. 11; MünchKommBGB/Lieder, 8. Aufl. 2020, § 1193 Rn. 10; BeckOGKBGB/Rebhan, Std.: 1.9.2019, § 1193 Rn. 18; Reymann, FS Martinek, 2020, S. 653, 671; Schindeldecker, RNotZ 2016, 440, 446; Everts, MittBayNot 2020, 195; a. A. Hecht, Die Struktur der Grundpfandrechte nach dem Risikobegrenzungsgesetz, 2012, S. 178-182; Zöller/Geimer, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 797 Rn. 12). Der BGH hat mehrfach die grundsätzliche Zulässigkeit von Nachweisverzichten im Rahmen einer Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung bestätigt, musste sich bisher aber nicht mit der Zulässigkeit des Verzichts im Zusammenhang mit einer nach dem 19.8.2008 bestellten Sicherungsgrundschuld befassen. Das LG Düsseldorf und das LG Münster haben einen Nachweisverzicht bei einer Sicherungsgrundschuld allerdings kürzlich für unwirksam erklärt (LG Düsseldorf RNotZ 2020, 102 mit Bspr. von Lindemeier, RNotZ 2020, 86; LG Münster MittBayNot 2020, 194 m. abl. Anm. Everts).

Der VII. Zivilsenat des BGH hat sich nunmehr in seinem Beschluss v. 7.10.2020 nicht unmittelbar mit der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit des umstrittenen Nachweisverzichts befassen, sondern mit der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung durch den Notar auf Grundlage eines solchen Nachweisverzichts. Im zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der Notar eine Grundschuld beurkundet, die den üblichen Nachweisverzicht enthielt, und ohne Prüfung der Voraussetzungen von § 1193 Abs. 1 BGB eine mit einfacher Klausel gem. § 724 ZPO versehene vollstreckbare Ausfertigung erteilt. Die von der Schuldnerin erhobene Klauselerinnerung hatte das Amtsgericht zurückgewiesen. Das LG Saarbrücken als Beschwerdegericht hatte die Zwangsvollstreckung aus der vom Notar erteilten Klausel für unzulässig erklärt.

Entscheidung

Der BGH hat sich der Rechtsauffassung des LG Saarbrücken nicht angeschlossen, sondern die Entscheidung aufgehoben. Zunächst stellt das Gericht klar, dass die „Erklärung eines solchen Nachweisverzichts [...] nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich zulässig“ sei. Dies bezieht sich allerdings auf den Nachweisverzicht im Allgemeinen und nicht konkret auf Sicherungsgrundschulden, die der Rechtslage nach dem Risikobegrenzungsgesetz unterfallen.

Das Gericht führt dann aus, dass eine etwaige materiell-rechtliche Unwirksamkeit des Nachweisverzichts gemäß oder entsprechend § 134 BGB oder §§ 307 ff. BGB im

Klauselerteilungsverfahren aufgrund von dessen eingeschränktem Prüfungsmaßstab nicht zu prüfen sei. Die Auswirkungen von § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB auf vollstreckungsrechtliche Erklärungen seien im Klauselerteilungsverfahren gerade nicht zu berücksichtigen. Daher dürfe der Notar den Nachweisverzicht als wirksam behandeln und eine einfache Vollstreckungsklausel erteilen. Eine Durchbrechung dieses Grundsatzes sei nicht geboten, da der Schuldner nicht rechtsschutzlos gestellt sei. Vielmehr bestehe ab dem Zeitpunkt der Errichtung der notariellen Urkunde die Möglichkeit, eine etwaige Unwirksamkeit der Unterwerfungserklärung nebst Nachweisverzicht im Wege einer prozessualen Gestaltungsklage analog § 767 ZPO geltend zu machen.

Im Ergebnis bestätigt der BGH damit die Zulässigkeit der gängigen Praxis, nach der Bestellung der Grundschuld ohne weitere Prüfung des Bestehens und der Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung eine vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen. Die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit eines Nachweisverzichts im Rahmen von Sicherungsgrundschulden bleibt jedoch weiterhin höchstrichterlich unbeantwortet.

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 577 – Mietervorkaufsrecht nach Aufhebung der Aufteilung in Wohnungseigentum; Umgehungsgeschäfte

BeurkG §§ 2300, 36 ff.; DONot § 20 – Rückgabe eines Erbvertrages aus der notariellen Verwahrung; Verfahrensfragen bei behinderten Beteiligten

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 2296 Abs. 2, 1896 Abs. 2 S. 2, 131 Abs. 1, 164 Abs. 3 – Rücktritt vom Erbvertrag gegenüber Vorsorgevollmächtigtem des geschäftsunfähigen Vertragspartners

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 577

Mietervorkaufsrecht nach Aufhebung der Aufteilung in Wohnungseigentum; Umgehungsgeschäfte

I. Sachverhalt

Der Verkäufer ist Eigentümer eines Mehrfamilienhauses, das in drei Eigentumswohnungen aufgeteilt ist. Alle Wohnungen sind vermietet und waren dies auch schon zum Zeitpunkt der Aufteilung. Der Verkäufer möchte eine dieser Wohnungen zu einem besonders günstigen Preis an eine gute Bekannte verkaufen. Erst mit dem vom Notar übersandten Entwurf des Kaufvertrages wurden die Beteiligten auf das Mietervorkaufsrecht aufmerksam. Nun überlegen die Beteiligten, die Aufteilung in Wohnungseigentum aufzuheben und die Wohnungsgrundbücher zu schließen. Im Anschluss soll an

die Käuferin ein Miteigentumsanteil an dem Gesamtgrundstück veräußert werden.

II. Fragen

1. Besteht bei dem Verkauf eines Miteigentumsanteils an einem mit einem Mehrfamilienhaus bebauten Grundstück ein Mietervorkaufsrecht, wenn das Grundstück zuvor nach dem WEG aufgeteilt war?
2. Ist in diesem Fall ein Umgehungsgeschäft anzunehmen?
3. Existieren mögliche Schadensersatzansprüche des Mieters gegen den bisherigen Eigentümer?
4. Ändert sich die Bewertung, wenn vor dem Verkauf eine Verwaltungs- und Benutzungsregelung nach § 1010 BGB getroffen wird?

III. Zur Rechtslage

1. Analoge Anwendung des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB bei Verkauf eines Miteigentumsanteils?

Nach § 577 Abs. 1 S. 1 BGB besteht ein Vorkaufsrecht

des Mieters nur dann, wenn vermietete Wohnräume, an denen nach der Überlassung Wohnungseigentum begründet worden ist (Alternative 1) oder begründet werden soll (Alternative 2), an einen Dritten verkauft werden. Dies ist beim Verkauf eines bloßen Miteigentumsanteils nicht der Fall, sodass sich allein die Frage stellt, ob eine **analoge Anwendung des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB** auf den Verkauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück in Betracht kommt. Der BGH bejaht eine solche für den Fall, dass statt der Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum eine **Realteilung** eines mit mehreren Gebäuden bebauten Grundstücks erfolgen soll (BGH DNotZ 2008, 771 Rn. 8 f., m. krit. Anm. Langhein; NJW 2010, 3571, Rn. 14; NJW-RR 2016, 910, Rn. 19). Zur Begründung führt der BGH den Zweck des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB an. Das Vorkaufsrecht soll den Mieter vor dem Verlust der Wohnung schützen. Hierfür macht es aber keinen Unterschied, ob aufgrund einer Aufteilung in Wohnungseigentum die Gefahr gegeben sei, dass der neue Eigentümer die Kündigung wegen Eigenbedarfs erkläre, oder ob sich dieses Risiko daraus ergebe, dass das einzelne gesamte Wohngebäude einem neuen Eigentümer zustehe (BGH DNotZ 2008, 771, Rn. 9).

Dies kann richtigerweise aber nicht auf den Verkauf eines bloßen Anteils an einem Grundstück übertragen werden. Zwar entsteht auch dann für den Mieter ein höheres Risiko der Eigenbedarfskündigung, da er mehreren Eigentümern gegenübersteht und grundsätzlich jeder von ihnen zur Eigenbedarfskündigung berechtigt ist (OLG Düsseldorf NJW-RR 2010, 228; MünchKommBGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 573 Rn. 115; Schmidt-Futterer/Blank, 14. Aufl. 2019, § 573 Rn. 43), aber vor dieser Gefahr will § 577 Abs. 1 BGB nicht schützen. Denn das Vorkaufsrecht entsteht nur an solchen Objekten, bei denen die Aufteilung in Wohnungseigentum begründet worden ist oder begründet werden soll. Der Gesetzgeber hat mithin den bloßen Verkauf an mehrere Erwerber nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift einbezogen, was auch der Vergleich mit § 577a Abs. 1a BGB zeigt, der diese Situation erfasst. Ebenso hat der BGH eine analoge Anwendung abgelehnt, wenn mehrere Erwerber das Objekt kaufen und planen, dieses später in Wohnungseigentum aufzuteilen (BGH NJW 2014, 850; NJW-RR 2016, 910). Für § 577 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB spricht der BGH sogar ausdrücklich aus, dass es nicht Inhalt des Vorkaufsrechts sei, dem Mieter die Möglichkeit zu gewähren, dauerhaft einen ideellen Miteigentumsanteil an einer Bruchteilsgemeinschaft zu erwerben (BGH NJW 2014, 850 Rn. 22; NJW-RR 2016, 910 Rn. 21). Dieser Gedanke ist auf den gesamten § 577 BGB zu erstrecken. Ein bloßer **Miteigentumsanteil** an einem

Grundstück ist mit einem **Wohnungseigentum** schon deshalb **nicht vergleichbar**, weil kein Sondereigentum an einzelnen Räumen entsteht und auch keine spezifische Berechtigung für den Eigentümer an einzelnen Räumen gegeben ist (vgl. dazu BGH NJW 2014, 850 Rn. 22; NJW-RR 2016, 910 Rn. 21). Auf den Verkauf eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück ist **§ 577 Abs. 1 S. 1 BGB** daher **nicht analog anwendbar**.

2. Verkauf eines Miteigentumsanteils als Umgehungsgeschäft

Eine analoge Anwendung des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB könnte sich jedoch i. V. m. § 242 BGB und damit aus den Geboten von Treu und Glauben ergeben, wenn es sich um eine Gesetzesumgehung handeln würde (vgl. dazu Teichmann, Die Gesetzesumgehung, 1962, S. 67 ff.; ders., JZ 2003, 761, 764 f.). Eine Gesetzesumgehung liegt vor, wenn die Parteien die Gestaltung so wählen, dass hierdurch die gesetzliche Regelung zwar ihrem Buchstaben nach nicht anwendbar ist, allerdings von ihrem Sinn und Zweck her anwendbar sein müsste. Dies lässt sich für die hier zugrunde liegende Situation nicht bejahen. Denn wie oben dargestellt soll § 577 Abs. 1 S. 1 BGB gerade nicht davor schützen, dass ein ideeller Miteigentumsanteil an dem vermieteten Grundstück erworben wird und sich daher der Mieter einer größeren Gefahr gegenübersteht, dass einer der zukünftigen Vermieter die Kündigung wegen Eigenbedarfs erklärt. Erfasst ist nur der spezifische Fall, dass der konkrete Erwerber die Wohnung als solche erwirbt und sich demnach isoliert für diesen Mieter das Risiko der Eigenbedarfskündigung erhöht. Weil die Wirkungen des Geschäfts bei einer **Veräußerung eines bloßen ideellen Miteigentumsanteils** aber nicht dieselben sind wie beim Erwerb eines Wohnungseigentums, ist die Vorschrift nach ihrem Zweck nicht anwendbar. In der Folge liegt **kein Umgehungsgeschäft** vor, das eine analoge Anwendung rechtfertigen würde.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Aufteilung nach Wohnungseigentum zuvor aufgehoben wurde. Insoweit wird nämlich die spezifische Gefahr gebannt, die § 577 Abs. 1 S. 1 BGB nach seinem Zweck abwehren soll. Infolgedessen entscheiden sich die Beteiligten zu einer Gestaltung, die das besondere vom Gesetzgeber missbilligte Risiko des Mieters vermeidet, weshalb die Anwendung des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB auf derartige Gestaltungen nicht gerechtfertigt ist. Auch in der Literatur wird allein diskutiert, ob eine analoge Anwendung dann nötig ist, wenn die Schließung der Wohnungsgrundbücher vor dem Verkauf erfolgt, obgleich eindeutig ist, dass nach dem Verkauf eine Wiederaufteilung gewollt ist (vgl. dazu BeckOGK-BGB/

Klühs, § 577 Rn. 55 f.; MünchKommBGB/Häublein, § 577 Rn. 12). Ist dagegen die **Wiederaufteilung** nicht schon vorher **eindeutig beabsichtigt**, kann ein **Umgebungsgeschäft** nicht behauptet werden (ähnlich auch BeckOGK-BGB/Klühs, Std.: 1.1.2021, § 577 Rn. 57; ebenso Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Rn. 2749).

Das DNotI hat bereits zu der Frage Stellung genommen, ob ein Vorkaufsrecht nach § 577 BGB ausgelöst wird, wenn der Verkauf vor der Schließung der Grundbuchblätter erfolgt (DNotI-Report 2006, 48, 49). Ist der **Verkäufer** nach dem Vertrag **verpflichtet** ist, die **Schließung der Grundbuchblätter vorzunehmen**, besteht **kein Vorkaufsrecht**. Denn dann wäre der Mieter nicht mehr in der Lage, echtes Sondereigentum zu erlangen. An dieser Auffassung halten wir im Grundsatz fest. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Regelung rechtsmissbräuchlich erfolgt. Hierfür dürften aber im Regelfall keine Anhaltspunkte bestehen. Zwar hat vielleicht der Verkäufer kein Interesse an der Aufhebung mehr, aber der Käufer, der das gesamte Grundstück erwerben will und daher zukünftig dieses nicht mehr in Wohnungseigentum halten möchte. Aus seiner Sicht ist ein gleichwohl nach dem WEG aufgeteiltes Grundstück letztlich fehlerhaft, so dass eine Vereinbarung, wonach der Verkäufer den gewünschten Zustand herzustellen hat, u. E. nicht rechtsmissbräuchlich ist. Ein Vorkaufsrecht lässt sich auch nicht damit rechtfertigen, dass der vorkaufsberechtigte Mieter an die Regelung nicht gebunden wäre, da es sich um einen Fremdkörper (hierzu grundlegend BGH NJW 1980, 2304, 2305) handelt. Denn ein Fremdkörper besteht nur, wenn die Regelung weder dem Käufer noch dem Verkäufer einen erkennbaren Vorteil bringt (BGH NJW 1980, 2304, 2305; NJW 1988, 703, 704; NJW 1996, 654, 656). Insoweit besteht aber ein erhebliches Interesse des Erstkäufers an der Aufnahme der Regelung, so dass es sich nicht um eine Vorgabe handelt, die lediglich anlässlich des Kaufvertrages getroffen wurde.

3. Schadensersatzanspruch des Mieters

Vor diesem Hintergrund dürfte auch ein Schadensersatzanspruch des Mieters nicht zu befürchten sein. Ein solcher könnte sich gegen den Vermieter nur aus einer **Verletzung einer Nebenpflicht**, insbesondere einer Schutzpflicht, gem. §§ 280 Abs. 1, 535 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB ergeben. Dabei erscheint allerdings schon **fraglich**, ob eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf den Vertragspartner dadurch verletzt ist, dass der Tatbestand einer ihn schützenden Norm vermieden wird. Dies könnte man höchstens dann bejahen, wenn man eine allgemeine Loyalitätspflicht annehmen würde, die es dem Vertragspartner verwehrt, die Entstehung ge-

setzlicher Rechte des anderen Vertragsteils zu verhindern. Dies ist jedoch bereits grundsätzlich zweifelhaft. Spezifische Loyalitäts- und Treuepflichten werden von der h. M. nur in Arbeits- und Gesellschaftsverhältnissen bejaht (s. dazu Staudinger/Olzen, BGB, 2019, § 241 Rn. 515). Das Mietverhältnis ist grundsätzlich aber von einer geringeren persönlichen Verbindung geprägt, weshalb dort die Anforderungen weniger streng ausgestaltet sein dürfen. Mangels diesbezüglicher Rechtsprechung kann dies allerdings nicht abschließend für die Praxis beurteilt werden.

Jedenfalls dürfte es **keine Treuwidrigkeit** darstellen, wenn durch die Gestaltung der **Eintritt des durch den Gesetzgeber missbilligten Risikos verhindert** wird. Dies trifft auf die vorliegende Konstellation zu. Der Gesetzgeber möchte durch § 577 Abs. 1 S. 1 BGB lediglich die besonderen Gefahren für den Mieter bei einem Erwerb einer einzelnen Wohnung abwenden, die – wie oben ausgeführt – bei dem Erwerb eines Miteigentumsanteils nicht bestehen. Die besonderen Risiken für den Mieter, die das Vorkaufsrecht rechtfertigen, werden damit also unterbunden. Hierdurch verletzt der Vermieter seine Treuepflichten gegenüber dem Mieter nicht. Es kann ihm nicht angelastet werden, dass er ein vom Gesetzgeber als besonders drängend angesehenes Risiko vermeidet. Das Vorkaufsrecht ist nach der gesetzgeberischen Wertung die Reaktion auf eine erhöhte Gefahr für den Mieter. Tritt diese nicht ein, kann es daher auch nicht treuwidrig sein, wenn dann ebenso das Vorkaufsrecht unterbleibt. Denn dies ist nur die Folge der Vermeidung der besonderen Risiken. Eine eigenständige Berechtigung des Mieters begründet das Vorkaufsrecht aber nicht. Sein Entfallen ist daher auch keine Störung seiner Rechtsposition und erfolgt somit nicht entgegen den sich aus dem Vertrag ergebenden Pflichten.

4. Auswirkungen einer Verwaltungs- und Benutzungsregelung gemäß § 1010 BGB

Problematisch ist allerdings, ob die Ausführungen auch dann gelten, wenn die Parteien eine Verwaltungs- und Benutzungsregelung gem. § 1010 BGB dergestalt treffen, dass mit einem bestimmten Miteigentumsanteil die **alleinige Nutzung einer spezifischen Wohnung** verbunden sein soll. Die **entsprechende Anwendung des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB** auf Verkäufe eines Miteigentumsanteils, der mit der Nutzungsbefugnis an einer spezifischen Wohnung gem. § 1010 BGB verbunden ist, wird in der Literatur überwiegend bejaht (BeckOGK-BGB/Klühs, § 577 Rn. 10.2; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rn. 2739; in dieser Richtung ebenfalls Hueber, NotBZ 2009, 63). Dafür spricht, dass auch in einer solchen Konstellation der Mieter sich isoliert der Gefahr einer Eigenbedarfskündigung aus-

gesetzt sieht, da der Erwerber spezifischen Zugriff auf die einzelne Wohnung erhält und bei einem Eigenbedarf diese in Anspruch nehmen muss. Zudem hat das OLG Karlsruhe zur Vorgängervorschrift des heutigen § 577a BGB in einer vergleichbaren Konstellation die analoge Anwendung dieser Norm bejaht (OLG Karlsruhe NJW 1993, 405). Da § 577 und § 577a BGB insoweit tatbestandlich identisch sind, lässt sich dies ohne Weiteres auch auf § 577 BGB übertragen.

Unabhängig davon, ob man dieser Ansicht folgen will, dürfte in der konkreten Gestaltung im hier beschriebenen Fall ein **Umgebungsgeschäft** zu erblicken sein, das die analoge Anwendung des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB rechtfertigt. Denn für den **Mieter** ergibt sich ein **vergleichbares Risiko**, da eine spezifische Sonderberechtigung des Erwerbers für die konkrete Wohnung besteht. Zudem erreichen auch die Beteiligten des Kaufvertrages eine wirtschaftlich vergleichbare Stellung, da der Erwerber letztlich ebenfalls eine spezifische Nutzungsbefugnis für die einzelne Wohnung erlangt. Aufgrund dieser beiden Aspekte dürfte sich die Konstellation nicht von der unterscheiden, dass die Wohnungseigentumsblätter zunächst geschlossen werden und im Anschluss daran eine erneute Aufteilung durch den Erwerber erfolgt. In diesem Fall ist die entsprechende Anwendung aufgrund eines Umgebungsgeschäfts anerkannt (BeckOGK-BGB/Klühs, § 577 Rn. 55 f.; MünchKommBGB/Häublein, § 577 Rn. 12). Erreicht der Eigentümer durch eine wirtschaftlich für ihn und für den Mieter vergleichbare Gestaltung nämlich eine formale Ausschaltung des Vorkaufsrechts, dürfte sich ein Verstoß gegen § 242 BGB ergeben, der zur entsprechenden Anwendung der Vorschrift zwingt. Rechtsprechung und Literatur liegen zu dieser Gestaltung gleichwohl nicht vor. Bedenkt man aber, dass die überwiegende Ansicht in der Literatur ein Vorkaufsrecht schon isoliert bei der Veräußerung eines Miteigentumsanteils bejaht, der im Wege der Regelung des § 1010 BGB mit einer Nutzungsbefugnis an einer gesonderten Wohnung verbunden ist, dürfte eine rechtssichere Gestaltung auf diesem Weg ausgeschlossen sein.

Nach hier vertretener Ansicht wäre deshalb bei einer Gestaltung derart, dass die Wohnungseigentumsgrundbuchblätter geschlossen werden und im Anschluss daran eine **Verwaltungs- und Benutzungsordnung gem. § 1010 BGB** mit dem Inhalt, dass einem Miteigentumsanteil die alleinige Nutzung an einer Wohnung zugewiesen wird, ein **Mietervorkaufsrecht analog § 577 Abs. 1 S. 1 BGB** zu bejahen. Die Aufteilung liegt im konkreten Fall zudem im spezifischen Interesse des Veräußerers. Denn dieser möchte die restlichen Wohnungen und den entsprechenden Miteigentumsanteil

selbst behalten und hat daher ein eigenes starkes Interesse daran, dass nur der entsprechende Miteigentumsanteil veräußert wird. Auch dieser Gesichtspunkt spricht stark für die Bejahung des Umgebungsgeschäfts. Denn wirtschaftlich soll dem Eigentümer lediglich der Zugriff auf eine Wohnung entzogen sein, während er ökonomisch weiterhin die unbeschränkte Herrschaft über die restlichen Wohnungen behalten will. Nach einer wirtschaftlichen Betrachtung kommt es deshalb nur zur Veräußerung der einen Wohnung, was sich deutlich von der Veräußerung eines ideellen Miteigentumsanteils am Grundstück insgesamt unterscheidet. Infolge der verdinglichten Verwaltungs- und Benutzungsregelung nach § 1010 BGB verliert der Eigentümer nicht teilweise die Befugnisse über sämtliche Wohnungen, sondern kann seine Zugriffsmöglichkeiten zielgenau steuern, was der Veräußerung einer Wohnungseigentumseinheit nahekommt. Dies begründet eine vergleichbare Lage mit der Veräußerung einer WEG-Einheit und rechtfertigt deshalb die entsprechende Anwendung des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB.

5. Ergebnis

Ein Vorkaufsrecht gem. § 577 BGB an einem ideellen Miteigentumsanteil entsteht grundsätzlich auch dann nicht, wenn zuvor die Wohnungsgrundbuchblätter geschlossen und die Aufteilung nach WEG aufgehoben wurde. Anders ist jedoch dann zu beurteilen, wenn zugleich eine Benutzungs- und Verwaltungsregelung nach § 1010 BGB vereinbart wird, die eine Wohnung dem Inhaber eines Miteigentumsanteils exklusiv zuweist. In einem solchen Fall ist die analoge Anwendung des § 577 Abs. 1 S. 1 BGB geboten.

BeurkG §§ 2300, 36 ff.; DNot § 20 Rückgabe eines Erbvertrages aus der notariellen Verwahrung; Verfahrensfragen bei behinderten Beteiligten

I. Sachverhalt

Ein Ehepaar will einen Erbvertrag aus der amtlichen Verwahrung nehmen, da die Ehegatten die darin enthaltenen Verfügungen widerrufen wollen. Dabei ist es ihnen wichtig, zu vermeiden, dass der Erbvertrag später eröffnet wird und so die darin enthaltenen Verfügungen bekannt werden. Die Ehefrau ist fast blind und kann nichts mehr lesen. Der Ehemann ist sehr schwerhörig und versteht andere Personen sehr schlecht bis gar nicht. Zweifel an der Geschäfts- oder Testierfähigkeit bestehen aber bei beiden nicht. Eine Aufhebung des Erbvertrags durch eine neue Urkunde möchte das Ehepaar nicht. Denn es kommt ihnen insbesondere auf das „Vernich-

ten“ des damaligen Erbvertrages an, so dass nun die gesetzliche Erbfolge gelten soll.

II. Fragen

1. Kann einem Erblasser, der nichts lesen und somit auch nicht überprüfen kann, was ihm ausgehändigt wird, ein Erbvertrag aus der amtlichen Verwahrung zurückgegeben werden?
2. Falls dies zu bejahen ist, welche besonderen Vorschriften bzw. Verfahren sind dann für eine wirksame Rückgabe einzuhalten?
3. Welche Besonderheiten ergeben sich daraus, dass der Ehemann den Notar akustisch nicht versteht und somit eine Verständigung mit ihm sehr schwierig ist?

III. Zur Rechtslage

1. Rechtsnatur der Erbvertragsrückgabe nach § 2300 Abs. 2 BGB

Nach § 2300 Abs. 2 BGB kann ein Erbvertrag, der nur Verfügungen von Todes wegen enthält, aus der notariellen Verwahrung zurückgenommen und den Vertragsschließenden zurückgegeben werden. Die Rückgabe kann nur an alle Vertragsschließenden gemeinschaftlich erfolgen. Wird der **Erbvertrag** derart an alle Vertragsschließenden zurückgegeben, so **gilt er als widerrufen**. Der Notar als zurückgebende Stelle soll hierbei die Erblasser über diese Folge der Rückgabe belehren, die Rückgabe auf der Urkunde vermerken und aktenkundig machen, dass beides geschehen ist (§§ 2300 Abs. 2 S. 3, 2256 Abs. 1 BGB).

Die h. M. sieht in der Rückgabe **sowohl ein Rechtsgeschäft unter Lebenden als auch** – wegen der Widerrufswirkung – eine **Verfügung von Todes wegen**. Ebenso wie beim Erbvertrag nach § 2275 BGB ist daher notwendige Voraussetzung für die Rückgabe die Geschäftsfähigkeit beider Erblasser (BeckOGK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.1.2021, § 2300 Rn. 26; J. Mayer/Röhl, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, BGB, 7. Aufl. 2020, § 2300 Rn. 16). *Weidlich* (in: Palandt, BGB, 80. Aufl. 2021, § 2300 Rn. 4) verlangt wohl zusätzlich die Testierfähigkeit beider Erblasser als Rückgabevoraussetzung (vgl. § 2229 Abs. 4 BGB). Wesentliche Unterschiede zwischen beiden Auffassungen bestehen im praktischen Ergebnis nicht.

2. Einordnung der Rückgabe in das Beurkundungsverfahrenrecht; Folgerungen bei Beteiligung behinderter Personen

Weitere Einzelheiten für das Verfahren, das der Notar bei der Rückgabe zu beachten hat, regelt

§ 20 Abs. 3 DONot (s. hierzu etwa BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.2.2021, § 2300 Rn. 12; Eickelberg, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 8. Aufl. 2020, § 20 DONot Rn. 17 ff.; J. Mayer/Röhl, in: Reimann/Bengel/Dietz, § 2300 Rn. 20 ff.). Nach § 20 Abs. 3 S. 3 DONot ist die Anfertigung eines Vermerkblatts über die Rückgabe entbehrlich, wenn hierüber eine Urkunde in der gesetzlich vorgeschriebenen Form errichtet wird. Dies wird meist als vorzugswürdiger Weg empfohlen. Eingeordnet wird eine solche Urkunde als eine Beurkundung „sonstiger Tatsachen oder Vorgänge“ i. S. v. §§ 36, 37 BeurkG (so insbes. J. Mayer/Röhl, in: Reimann/Bengel/Dietz, § 2300 Rn. 23). Teilweise wird stattdessen die Aufnahme eines einfachen Vermerks i. S. v. § 39 BeurkG vorgeschlagen (so etwa BeckOGK-BGB/Müller-Engels, § 2300 Rn. 42; Keim, ZEV 2003, 55, 57; ebenso ders. in: Keim/Lehmann, Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 4. Aufl. 2019, A. III. 4.). Um eine **Beurkundung von Willenserklärungen** nach Maßgabe der §§ 6 ff., 8 ff. BeurkG, für die verfahrensmäßig die Vorschriften über die Beteiligung behinderter Personen nach §§ 22 ff., 32 BeurkG Anwendung finden, handelt es sich jedenfalls **nicht** (vgl. J. Mayer/Röhl, in: Reimann/Bengel/Dietz, § 2300 Rn. 23).

Detailliertere, speziell auf das Verfahren bei der Errichtung einer Urkunde über die Rückgabe eines Erbvertrags bezogene Äußerungen in Rechtsprechung und Literatur existieren – soweit für uns ersichtlich – nicht. Einen Unterfall der Anfertigung eines Vermerks nach den §§ 39 ff. BeurkG bildet aber die Unterschriftsbeglaubigung nach § 40 BeurkG. Für diese gelten die Vorschriften über die Beurkundung der Erklärungen seh-, hör-, sprachbehinderter oder fremdsprachiger Personen (§§ 22 ff., 32 BeurkG) nicht. Vielmehr ist es in solchen Fällen dem **pflichtgemäßen Ermessen des Notars** überlassen, Maßnahmen zu treffen, die **Zweifel und Missverständnisse auszuschließen** (Malzer, DNotZ 2000, 169, 176; Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, § 40 Rn. 21; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 40 Rn. 37 ff.). Nach unserer Einschätzung lässt sich dies auf die Verfahrensgestaltung bei § 2300 Abs. 2 BGB übertragen.

Für die Beteiligung eines Leseunfähigen bemerkt *Schuller* (in: BeckOGK-BGB, Std.: 1.2.2021, § 22 BeurkG Rn. 15) – allerdings für das Verfahren bei Beurkundung von Willenserklärungen –, dass dieser nicht als sehunfähig i. S. v. § 25 BeurkG anzusehen sei. Die Leseunfähigkeit eines Beteiligten habe nur zur Folge, dass er ein Testament nicht durch Übergabe einer Schrift, sondern nach § 2233 Abs. 2 BGB lediglich durch eine Erklärung gegenüber dem Notar errichten könne. In der Tat wird bei Beurkundung von Wil-

lenserklärungen nach §§ 6 ff., 13 BeurkG die Lesefähigkeit eines Beteiligten dadurch ausgeglichen, dass der Notar selbst den Urkundeninhalt vorliest (§ 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG). Dementsprechend könnte man auch bei der hier eröffneten freieren Verfahrensgestaltung daran denken, die Urkunde über den **Vermerk der sehbehinderten Ehefrau vorzulesen**.

Was den sehr **schwerhörigen Ehemann** anbetrifft, könnte man in Anlehnung an § 23 S. 1 BeurkG daran denken, die Vermerkurkunde stattdessen dem Ehemann **zur Durchsicht vorzulegen**. Eine Anlehnung an das für die Beurkundung von Willenserklärungen geltende Verfahren ist jedoch – wie oben ausgeführt – nicht zwingend vorgeschrieben. Insbesondere existiert bei sonstigen Beurkundungen nach §§ 36 ff., 39 ff. BeurkG keine Pflicht zur Vorlesung, Genehmigung und Unterzeichnung nach § 13 BeurkG und – abgesehen von der spezialgesetzlich geregelten Belehrungspflicht nach §§ 2300 Abs. 2 S. 3, 2256 Abs. 1 S. 2 BGB – keine allgemeine Belehrungspflicht nach § 17 BeurkG (s. nur Winkler, Vor § 36 BeurkG Rn. 14; verneinend zu § 17 BeurkG: BGH DNotZ 2015, 207, 211).

3. Ergebnis

Ein Erbvertrag kann ungeachtet körperlicher Behinderungen an die Erblasser zurückgegeben werden, sofern beide geschäftsfähig (nach anderer Ansicht: zusätzlich testierfähig) sind. Das Verfahren zur Rückgabe des Erbvertrags muss dabei dem Ziel gerecht werden, Zweifel und Missverständnisse der Beteiligten auszuschließen. Zwingende Vorschriften für die Gestaltung des Verfahrens existieren aber nicht, so dass die Auswahl der verfahrensrechtlichen Mittel zur Erreichung dieses Ziels dem pflichtgemäßen Ermessen des Notars überlassen ist.

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.

GmbHG § 72; BGB § 311b Abs. 1

Liquidation: Beschluss über Vermögensverteilung in natura; Beurkundungsbedürftigkeit des Be-

schlusses, wenn Grundstück an Gesellschafter ausgekehrt werden soll; Auflösungsbeschluss; Liquidationsbeschluss

Abruf-Nr.:

GBO §§ 35, 39, 40

Zum Erfordernis der Voreintragung der Erben; Übertragung eines Grundstücks und Bestellung einer Grundschuld durch den Nachlassinsolvenzverwalter (Finanzierungsvollmacht; Vertretung durch den Erwerber)

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 2296 Abs. 2, 1896 Abs. 2 S. 2, 131 Abs. 1, 164 Abs. 3

Rücktritt vom Erbvertrag gegenüber Vorsorgebevollmächtigtem des geschäftsunfähigen Vertragspartners

a) **Zur Beschwerdeberechtigung eines Dritten gegen die Ablehnung einer Betreuung, der geltend macht, zur Ausübung eines materiellen Rechts gegenüber dem Betroffenen auf die Betreuerbestellung angewiesen zu sein (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 19. Januar 2011 - XII ZB 326/10, FamRZ 2011, 465).**

b) **Dass der andere Vertragsschließende geschäftsunfähig geworden ist, schließt den vertraglich vorbehaltenen Rücktritt vom Erbvertrag ihm gegenüber nicht aus.**

c) **Der Rücktritt vom Erbvertrag kann bei Geschäftsunfähigkeit des anderen Vertragsschließenden jedenfalls grundsätzlich wirksam gegenüber dessen Vorsorgebevollmächtigtem erfolgen.**

BGH, Beschl. v. 27.01.2021 – XII ZB 450/20

Problem

Die im Jahr 1940 geborene Betroffene und ihr späterer Ehemann schlossen vor ihrer Heirat im Jahr 2006 einen notariellen Erbvertrag. Hierin bedachten sie sich wechselseitig vertragsmäßig mit Vermächtnissen und behielten sich ein Rücktrittsrecht vor. Anfang 2015 erteilte die Betroffene ihren beiden Kindern eine umfassende Vorsorgevollmacht. In notarieller Urkunde vom 15.4.2020 erklärte der Ehemann seinen Rücktritt vom Erbvertrag. Die Urkunde wurde der Betroffenen sowie einem ihrer beiden Kinder zugestellt. Da der Ehemann Bedenken hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit der Betroffenen hat-

te, beantragte er beim Amtsgericht die Bestellung eines Betreuers für die Betroffene zur Entgegennahme seiner Rücktrittserklärung. Das Amtsgericht lehnte die Bestellung eines Betreuers mit der Begründung ab, dass dies mit Blick auf die von der Betroffenen erteilte Vorsorgevollmacht nicht erforderlich sei. Das Landgericht wies die Beschwerde des Ehemannes gegen den ablehnenden Beschluss zurück. Hiergegen wendet er sich mit der Rechtsbeschwerde.

Entscheidung

Der BGH hält das Rechtsmittel für zulässig, aber unbegründet. Zunächst befasst sich der BGH kurz mit der **Beschwerdeberechtigung des Ehemannes** und bejaht diese im Ergebnis. Der Ehemann könne in eigenen Rechten i. S. von § 59 Abs. 1 FamFG beeinträchtigt sein, wenn in Folge Geschäftsunfähigkeit der Rücktrittsgegnerin ein gesetzlicher Vertreter bestellt werden müsste, um einen wirksamen Zugang der Rücktrittserklärung zu bewerkstelligen.

Aus Sicht des BGH ist die Rechtsbeschwerde jedoch unbegründet, da das Landgericht die Bestellung eines Betreuers im Hinblick auf die den Kinder der Betroffenen erteilte umfassende Vorsorgevollmacht zu Recht mangels Erforderlichkeit i. S. v. § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB abgelehnt hat. Der nach § 2296 Abs. 2 S. 1 BGB erfolgende Rücktritt vom Erbvertrag muss dem nicht anwesenden Erklärungsgegner gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB zugehen, um wirksam zu werden. Nach Auffassung des BGH schließt die Geschäftsunfähigkeit des Vertragspartners den Rücktritt ihm gegenüber nicht aus. An dieser Stelle zieht der BGH Parallelen zur Diskussion im Rahmen des Widerrufs wechselbezüglicher Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments. Bei diesen geht mittlerweile die Rechtsprechung und die ganz herrschende Literaturansicht davon aus, dass das Widerrufsrecht erst mit dem Tod des anderen Ehegatten und **nicht bereits mit Eintritt seiner Geschäfts- bzw. Testierunfähigkeit** erlischt (vgl. OLG Hamm BeckRS 2014, 943; OLG Nürnberg ZEV 2013, 450 m. Anm. Keim). Der BGH schließt sich für den Erbvertrag dieser herrschenden Ansicht an und bezeichnet auch dort den Tod des anderen Vertragsschließenden als **maßgebliche zeitliche Zäsur für die Ausübung des Rücktrittsrechts** (vgl. § 2298 Abs. 2 S. 2 BGB). Der Umstand, dass es dem testierunfähig gewordenen anderen Vertragsschließenden wegen § 2229 Abs. 4 BGB nicht möglich ist, auf die infolge Rücktritts veränderte erbrechtliche Lage (nach § 2298 Abs. 2 S. 1 BGB werden durch den Rücktritt im Zweifel alle vertragsmäßigen Verfügungen – auch die des Vertragspartners – unwirksam) mittels neuer letztwilliger Verfügung zu reagieren, stelle ein allgemeines Lebensrisiko dar und ändere hieran nichts.

Der BGH entscheidet des Weiteren, dass der – trotz Testierunfähigkeit des anderen Vertragsteils weiterhin mögliche – Rücktritt des Erblassers **nicht zwingend gegenüber einem gesetzlichen Vertreter** (Betreuer) erfolgen muss, sondern **grundsätzlich auch gegenüber einem Bevollmächtigtem** (im konkreten Fall: dem Vorsorgebevollmächtigtem) erfolgen kann. Auch insoweit schließt sich der BGH der einzigen hierzu bislang vorliegenden Gerichtsentscheidung und herrschenden Literatur an (vgl. nur LG Leipzig BeckRS 2009, 88176; BeckOGK-BGB/Braun, Std.: 15.7.2020, § 2271 Rn. 50; BeckOGK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.1.2021, § 2296 Rn. 10; Hausmann, notar 2014, 58, 61 f.; Keim, ZEV 2010, 358, 360; a. A. Eickelberg, ZEV 2019, 557, 562 f.; Zimmer, ZEV 2013, 307, 309 f.). § 131 Abs. 1 BGB (Zugang beim gesetzlichen Vertreter) stehe dem Rücktritt gegenüber einem (Vorsorge-)Bevollmächtigtem nicht entgegen, da die Möglichkeit der Empfangsvertretung i. S. v. § 164 Abs. 3 BGB hiervon unberührt bleibe. Bei der Entgegennahme der Rücktrittserklärung handelt es sich nach Ansicht des BGH auch nicht um eine höchstpersönliche Angelegenheit (a. A. Eickelberg, ZEV 2019, 557, 563).

Der BGH räumt ein, dass mit der **Zulassung der gewillkürten Stellvertretung ein höheres Risiko** für den Vertretenen verbunden sein kann als im Falle der gesetzlichen Vertretung, namentlich dann, wenn im konkreten Fall eine Interessenskollision gegeben ist (z. B. wenn der Bevollmächtigte der andere Vertragschließende ist, der zugleich vom Verbot des Selbstkontrahierens befreit wurde; denn dann besteht die Gefahr, dass der – noch testierfähige – Vollmachtgeber vom Rücktritt keine Kenntnis erlangt und eine neue Verfügung unterlässt). Dennoch sei die passive gewillkürte Stellvertretung auch an dieser Stelle grundsätzlich zuzulassen, zumal dies auch der Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen und der gesetzgeberischen Konzeption einer Stärkung der Vorsorgevollmacht entspreche.

Der BGH weist in seiner Entscheidung jedoch auch klar darauf hin, dass das Betreuungsgericht eine **Betreuerbestellung** vornehmen kann, wenn **im konkreten Einzelfall** mit der vorliegenden Vollmacht die Angelegenheiten des Betroffenen nicht ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können (§ 1896 Abs. 2 S. 2 BGB), beispielsweise weil eine Interessenskollision gegeben ist oder eine Missbrauchsgefahr besteht. Dem entspricht der einschränkende Zusatz des dritten Leitsatzes, der den Rücktritt gegenüber einem Vorsorgebevollmächtigten des geschäftsunfähigen Vertragspartners nur „grundsätzlich“ zulässt.

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessorin Ricarda Lotte

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

FamFG § 378 Abs. 2; HGB §§ 161 Abs. 2, 107, 108, 143 Abs. 2, 171 – Anmeldung eines Kommanditistenwechsels durch den Notar; persönliche Abgabe der sog. negativen Abfindungsversicherung; fehlende Formbedürftigkeit der Versicherung

BauGB § 195; BGB §§ 158, 433 – Zeitpunkt der Übersendungspflicht bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 311b Abs. 1 S. 1 – Beurkundungsbedürftigkeit eines Vertrages über Bauleistungen; rechtliche Einheit bei Verkauf eines Miteigentumsanteils an dem zu bebauenden Grundstück

Literaturhinweise

Veranstaltung

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

FamFG § 378 Abs. 2; HGB §§ 161 Abs. 2, 107, 108, 143 Abs. 2, 171

Anmeldung eines Kommanditistenwechsels durch den Notar; persönliche Abgabe der sog. negativen Abfindungsversicherung; fehlende Formbedürftigkeit der Versicherung

I. Sachverhalt

Ein Notar hat einen Geschäftsanteilskaufvertrag über KG- und GmbH-Anteile beurkundet. Diesbezüglich wurden Zustimmungserklärungen zur Abtretung von denjenigen Gesellschaftern eingeholt, die selbst keine Anteile abgetreten haben und daher auch nicht unmittelbar an der Beurkundung mitgewirkt haben. Da diese Gesellschafter teilweise im Ausland ansässig sind, hat der Notar den Gesellschafterwechsel bei der KG gem. § 378 Abs. 2 FamFG angemeldet. Die „negative Ab-

findungsversicherung“ haben alle Gesellschafter privatschriftlich unterzeichnet.

Das Registergericht sieht den Anwendungsbereich von § 378 Abs. 2 FamFG hier als nicht eröffnet an und fordert Anmeldungen durch alle Gesellschafter.

II. Frage

Ist die Auffassung des Registergerichts zutreffend?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeine Grundsätze

Für die Anmeldung eines Kommanditistenwechsels im Handelsregister verlangt das HGB gem. §§ 107, 108 S. 1, 161 Abs. 2 HGB und §§ 143 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB die Anmeldung des Eintritts des neuen und des Austritts des ausscheidenden Kommanditisten durch alle Gesellschafter.

Nach § 378 Abs. 2 FamFG gilt der Notar als ermächtigt, im Namen des zur Anmeldung Berechtigten die Eintragung zu beantragen, wenn die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung von dem Notar beurkun-

det oder beglaubigt worden ist. Der Umfang der Vertretungsmacht nach § 378 Abs. 2 FamFG wird damit zum einen durch den beurkundeten oder beglaubigten Erklärungsinhalt bestimmt und ist zum anderen auch abhängig davon, dass ein Vertreterhandeln generell zulässig ist (BeckOK-FamFG/Otto, Std.: 1.1.2021, § 378 Rn. 18; Haußleiter/Schemmann, FamFG, 2. Aufl. 2017, § 378 Rn. 16, 17).

2. Vorliegender Fall

a) Trennung von Anmeldung und negativer Abfindungsversicherung

Nach den vorstehend skizzierten Grundsätzen dürfte im Ausgangspunkt außer Streit stehen, dass – selbst wenn es sich bei der negativen Abfindungsversicherung um eine von den Gesellschaftern höchstpersönlich abzugebende Erklärung handelt (dazu unten c.) – die hiervon zu trennende „eigentliche“ Anmeldung des Gesellschafterwechsels in Vertretung durch den Notar gem. § 378 Abs. 2 FamFG erfolgen kann (so zum Verhältnis der Anmeldung eines neuen GmbH-Geschäftsführers und der daneben nötigen höchstpersönlichen Versicherung des Geschäftsführers gem. §§ 39 Abs. 3 S. 1, 6 Abs. 2 GmbHG etwa BeckOK-FamFG/Otto, 1.1.2021, § 378 Rn. 5).

b) Begrenzung der Vollmachtsvermutung des § 378 Abs. 2 FamFG auf die (unmittelbar) an der Beurkundung Beteiligten?

aa) Allerdings hat das OLG München (NJW 2015, 1616) der Sache nach entschieden, dass die vermutete Vertretungsmacht des § 378 Abs. 2 FamFG **nur bezüglich der an der Beurkundung Beteiligten** gilt. Dem hat sich die Literatur – soweit ersichtlich – einhellig angeschlossen (etwa Keidel/Heinemann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 378 Rn. 5; Ries, notar 2017, 75; Weiler, notar 2015, 400, 410). Insoweit könnte man eine Vollmachtsvermutung nach § 378 Abs. 2 FamFG für **solche Gesellschafter verneinen**, die selbst **nicht unmittelbar** persönlich oder vertretungsweise an dem **Geschäftsanteilskaufvertrag beteiligt** waren.

bb) Indes lag der vorstehend zitierten Entscheidung des OLG München ein Sachverhalt zugrunde, in dem der Notar einen Verschmelzungsvertrag zwischen der Kommanditistin einer KG (einer GmbH) und einer anderen Gesellschaft (einer AG) beurkundet hatte. Eine solche Urkunde begründete nicht die Vermutung einer Vollmacht des Urkundsnotars, für die übrigen Gesellschafter der KG den Gesellschafterwechsel bei der KG nach § 108 HGB anzumelden (OLG München NJW 2015, 1616, 1617).

Von dem Sachverhalt des OLG München unterscheidet sich die vorliegende Konstellation – die, soweit er-

sichtlich, bislang weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur thematisiert wird (einzig ablehnend, aber wohl ohne nähere Auseinandersetzung, Nedden-Boeger, in: Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, 6. Aufl. 2020, § 378 Rn. 22: „z.B. [keine] Erstreckung der Vollmacht[svermutung gem. § 378 Abs. 2 FamFG] auf unbeteiligte Kommanditisten bei der Veräußerung eines Kommanditanteils“) – bereits materiell-rechtlich dadurch, dass Voraussetzung der Wirksamkeit einer Anteilsübertragung an der KG **regelmäßig die Zustimmung aller Mitgesellschafter ist** (statt aller Würzburger Notarhandbuch/Limmer, 5. Aufl. 2018, Teil 5 Kap. 2 Rn. 79). Dagegen vollzieht sich der faktische Gesellschafterwechsel durch Verschmelzung einer Kommanditistin im Wege der Gesamtrechtsfolge und unabhängig von der Mitwirkung und dem Willen der übrigen Gesellschafter. Zudem wird der **Notar** bei der Anteilsabtretung, wie auch vorliegend, regelmäßig – sei es im Vorfeld der Beurkundung, sei es im Rahmen eines Vollzugauftrags nach Beurkundung (vgl. § 53 BeurkG) – diese notwendigen **Zustimmungserklärungen** für Mitgesellschafter **einholen oder** jedenfalls deren Vorliegen **überprüfen**.

Auch wenn diese Zustimmungserklärungen nicht von dem die Handelsregisteranmeldung einreichenden Notar selbst beurkundet oder beglaubigt worden sind, rechtfertigt die **notarielle Betreuung des Vollzugs der Haupturkunde** nach unserem Dafürhalten auch eine Vollmachtsvermutung nach § 378 Abs. 2 FamFG hinsichtlich der außerhalb der Urkunde zustimmenden Gesellschafter. Denn diese sind damit **Gegenstand der Urkundstätigkeit** (hierzu OLG München NJW 2015, 1616, 1617), jedenfalls **im weiteren Sinne** (nicht ausreichend wäre dagegen, wenn der Notar „lediglich den [isolierten] Registervollzug“ betreibt, so Keidel/Heinemann, § 378 Rn. 7).

Überdies bildet der **beurkundete Geschäftsanteilskauf- bzw. -abtretungsvertrag die unmittelbare Grundlage** (hierzu Keidel/Heinemann, § 378 Rn. 5) der beantragten Registereintragung (= Kommanditistenwechsel). Dagegen ist die Zustimmungserklärung selbst zwar materiell-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung der Abtretung, selbst aber gerade keine sonstige Erklärung, die eintragungsbedürftig oder -fähig wäre (hierzu Keidel/Heinemann, § 378 Rn. 5).

Auch in dem Fall, dass die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen von **unterschiedlichen Notaren** beurkundet bzw. beglaubigt worden sind, kann als anerkannt gelten, dass beide Notare hinsichtlich dieser Eintragung als **nebeneinander bevollmächtigt** angesehen werden (Keidel/Heinemann, § 378 Rn. 7).

Schließlich entspricht es der h. M., dass es etwa bei einer Satzungsänderung nicht erforderlich ist, dass gerade eine Erklärung der Anmeldeverpflichteten (z. B. des Geschäftsführers nach § 78 GmbHG) beurkundet oder beglaubigt wurde (OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 16.11.2010 – 20 W 448/10, BeckRS 2011, 20300; OLG Karlsruhe GmbHR 2011, 308; ausführlich DNotI-Report 2010, 112, 114). Die Übertragbarkeit dieser Ansicht auf die dort zu entscheidende Konstellation wurde zwar vom OLG München (NJW 2015, 1616, 1616 f.) ausdrücklich abgelehnt. Dies kann aber damit erklärt werden, dass die nicht an der Verschmelzung beteiligten Gesellschafter weder materiell-rechtlich noch auf der Ebene des Urkundsvollzugs am Ausscheiden des verschmolzenen Kommanditisten beteiligt waren.

cc) Jedenfalls aber wird man in den erfolgten Zustimmungserklärungen und den jeweiligen privatschriftlichen negativen Abfindungsversicherungen aller Gesellschafter wohl eine – von § 378 Abs. 2 FamFG unabhängige – **(konkludente) rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung des Notars** zur Anmeldung des Kommanditistenwechsels erblicken können (zu dieser Möglichkeit sogar in Fällen des [isolierten] Registervollzugs Keidel/Heinemann, § 378 Rn. 7). Denn hieraus ergibt sich nicht nur das materiell-rechtliche Einverständnis mit dem Kommanditistenwechsel (Zustimmungserklärung), sondern – für das Registergericht auch ersichtlich, da zwingender Bestandteil der Anmeldung – **gerade auch der Wille der Gesellschafter zum registergerichtlichen Vollzug**, da die negative Abfindungsversicherung ausschließlich hier Bedeutung erlangt. Schließlich kann sich diese (konkludente) Vollmacht sinnvollerweise auch nur an den Urkundsnotar richten, da dieser bereits aus § 53 BeurkG zum Vollzug des Geschäftsanteilskaufvertrages gegenüber den Urkundsbeteiligten verpflichtet ist.

Auch die Literatur ist der Ansicht, dass gerade dann, wenn die Vollmachtsvermutung nach § 378 Abs. 2 FamFG nicht eingreift, „der Notar jedoch evident als Vertreter der Beteiligten auftritt (insbesondere durch Betreiben des Registervollzugs)“, von einer rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung auszugehen ist (Keidel/Heinemann, § 378 Rn. 17), was vom Gesetzgeber in § 10 Abs. 2 Nr. 3 FamFG gerade vorgesehen ist. Ebenso wie in den Fällen des § 378 Abs. 2 FamFG ist nach **§ 11 S. 4 FamFG ausdrücklich vom Notar keine Vollmachtsvorlage zu verlangen**; anderes gilt nach § 11 S. 3 FamFG nur, wenn dies von einem Beteiligten verlangt wird (Keidel/Heinemann, § 378 Rn. 17). Da § 11 S. 4 FamFG ausdrücklich die Vertretung durch den bevollmächtigten Notar regelt, ist sie nach unserem Dafürhalten auch im Vergleich mit § 12 Abs. 1 S. 2 HGB die speziellere Norm, sodass die Vollmacht

grundsätzlich **nicht in öffentlich-beglaubigter Form erteilt sein muss** (so ausdrücklich etwa Nedden-Boeger, § 378 Rn. 27 und Rn. 24 a. E., der insoweit unter Bezug auf BayObLG WM 1984, 638 auch von „gängiger Registerpraxis“ spricht; inzident wohl auch OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 16.11.2010 – 20 W 448/10, BeckRS 2011, 20300 und unausgesprochen Schulte, notar 2014, 270, 271 f.; anders wohl Keidel/Heinemann, § 378 Rn. 17).

Ebenso wie im Rahmen von § 378 Abs. 2 FamFG muss hier gelten, dass das Registergericht davon ausgehen kann, dass der Notar seine Amtspflichten beachtet und nicht ohne eine entsprechende Bevollmächtigung handelt (so zu § 378 Abs. 2 FamFG und mit ausdrücklichem Hinweis auf § 11 S. 4 FamFG OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 16.11.2010 – 20 W 448/10, BeckRS 2011, 20300).

dd) Allerdings trägt der Notar im Verhältnis zu den Vertretenen das **(Haftungs-)Risiko, dass die Vollmacht tatsächlich auch besteht** und seinen Antrag inhaltlich deckt – was freilich auch bei der bloß vermuteten Vollmacht nach § 378 Abs. 2 FamFG gilt (dazu Nedden-Boeger, § 378 Rn. 30, 31 a. E. auch mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die Gefahr einer Anmeldung namens eines Beteiligten, dessen „Erklärung der Notar gar nicht beurkundet oder beglaubigt hat“).

c) Keine Vollmachtsvermutung gem. § 378 Abs. 2 FamFG für negative Abfindungsversicherung

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die Vollmachtsvermutung des § 378 Abs. 2 FamFG nach ganz h. M. nicht für höchstpersönliche Erklärungen und damit nach überwiegender Ansicht auch nicht für die sog. negative Abfindungsversicherung bei Abtretung eines Kommanditanteils gilt (etwa KG NZG 2009, 905; grundlegend dazu, dass die Abfindungsversicherung nur im Ausnahmefall durch einen Vertreter erfolgen kann und das Registergericht regelmäßig eine persönliche Erklärung des Gesellschafters verlangen kann, OLG Köln RNotZ 2018, 111 ff.; dazu auch BeckNotar-HdB/Müther, 7. Aufl. 2019, § 26 Rn. 57; Ries, notar 2017, 75, 75; a. A. etwa Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 750, nach dem die Versicherung „keinesfalls persönlich“ abgegeben werden muss, was mithin konsequenterweise auch den Anwendungsbereich des § 378 Abs. 2 FamFG eröffnen dürfte).

Freilich ist von der h. M. ebenso anerkannt, dass die persönlich abzugebende Abfindungsversicherung keiner besonderen Form bedarf und damit insbesondere auch **privatschriftlich abgegeben** werden kann (OLG Köln RNotZ 2018, 111, 113 [Rn. 5]; Gustavus, Handelsregisteranmeldungen, 10. Aufl. 2020, A. 70;

BeckNotar-HdB/Müther, § 26 Rn. 57; Krafka, Rn. 750), was im vorliegenden Fall erfolgte. Dass die Abfindungsversicherung hier durch sämtliche Gesellschafter erfolgte, war dabei überobligatorisch; die Rechtsprechung fordert regelmäßig nur eine solche Versicherung des ausscheidenden Kommanditisten und der persönlich haftenden Gesellschafter (vgl. nur BGH NJW-RR 2006, 107, 108; BeckOGK-HGB/Notz/Zinger, Std.: 15.1.2021, § 162 Rn. 22 m. w. N.).

3. Ergebnis

Sind an einem Geschäftsanteilskauf- und Abtretungsvertrag sämtliche Gesellschafter einer GmbH & Co. KG unmittelbar (persönlich oder aufgrund Vollmacht) beteiligt, so gilt der Notar jedenfalls nach § 378 Abs. 2 FamFG als ermächtigt, den Kommanditistenwechsel für sämtliche Gesellschafter gem. § 108 HGB anzumelden.

Nach unserem Dafürhalten gilt Gleiches, wenn im Rahmen notarieller Vollzugstätigkeit (auch privatschriftliche) Zustimmungserklärungen oder negative Abfindungsversicherungen der übrigen, nicht formell an der Urkunde beteiligten Gesellschafter eingeholt oder geprüft worden sind. Jedenfalls dürfte im letzteren Falle nach unserem Dafürhalten von einer (konkludenten) rechtsgeschäftlichen Vollmacht des Notars auszugehen sein.

BauGB § 195; BGB §§ 158, 433 Zeitpunkt der Übersendungspflicht bei aufschiebend bedingten Kaufverträgen

I. Sachverhalt

Ein Verkäufer verkauft sein mit einem Nießbrauch belastetes Hausgrundstück. Der Kaufvertrag ist aufschiebend bedingt geschlossen. Er wird nur wirksam, falls der Nießbrauch materiell-rechtlich innerhalb einer bestimmten Frist erlischt.

II. Frage

Muss die Abschrift an den Gutachterausschuss gem. § 195 BauGB unverzüglich nach Vertragsschluss oder erst mit Bedingungseintritt übersandt werden?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeines

Gem. § 195 Abs. 1 BauGB ist jeder Vertrag über eine entgeltliche Grundstücksveräußerung in Abschrift dem Gutachterausschuss zur Führung der Kaufpreissammlung zu übersenden. Ausweislich des Wortlauts von § 195 Abs. 1 S. 1 BauGB ist demnach nur der Verpflichtungsvertrag zur entgeltlichen Übertragung von Eigen-

tum an einem Grundstück übersendungspflichtig. Die Übersendungspflicht des § 195 BauGB liegt darin begründet, dass der Gutachterausschuss den ihm nach § 193 BauGB obliegenden Aufgaben nur nachkommen kann, wenn ihm die Vorgänge auf dem Grundstücksmarkt möglichst vollständig bekannt sind. Die Übersendungspflicht liegt damit im Allgemeininteresse eines möglichst transparenten Grundstücksmarktes und einer möglichst objektiv begründeten Wertermittlung (Kleiber, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 140. EL, Oktober 2020, § 195 Rn. 4).

Die Übersendungspflicht, die den beurkundenden Notar trifft, bricht als *lex specialis* die notarielle Verschwiegenheitspflicht des § 18 BNotO. Das Geheimhaltungsinteresse der Betroffenen wird dadurch sichergestellt, dass die Gutachterausschüsse verpflichtet sind, die sich aus den Vorgängen ergebenden persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse anderer geheim zu halten (Kleiber, § 195 Rn. 7).

2. Konkreter Sachverhalt

Bei einem aufschiebend bedingten Vertragsschluss (§ 158 BGB) stellt sich die Frage, ob die Übersendungspflicht i. S. d. § 195 Abs. 1 BauGB erst mit Bedingungseintritt besteht oder bereits nach Beurkundung vorliegt.

a) Unergiebigkeit des Schrifttums zur Reichweite der Übersendungspflicht

Der aufschiebend bedingte Vertrag, der seine volle Wirksamkeit erst mit dem Eintritt der Bedingung entfaltet, wird – soweit ersichtlich – im Bereich des § 195 Abs. 1 BauGB weder von der Rechtsprechung noch in der Literatur näher thematisiert. *Freise* spricht in seiner Kommentierung schlicht von der Übersendungspflicht **nach Abschluss des Vertrages**, ohne dies näher auszuführen (Brügelmann/Freise, BauGB, Std.: 1/2019, § 195 Rn. 18); erfasst seien Kaufverträge jeder Art. Nicht differenzierend verfährt auch *Stemmler* (in: Berliner Kommentar, Std.: 1/2014, § 195 Rn. 1), dem zufolge jeder Verpflichtungsvertrag zu übersenden sei. Nach *Kleiber* sind lediglich **bloße Erwerbsverpflichtungen bzw. Kaufanwärterverträge** nicht der Übersendungspflicht unterworfen, da im Fall einer Nichterfüllung der Erwerbsverpflichtung dem vorgesehenen Entgelt nicht die Aussagekraft eines tatsächlich gezahlten Entgelts beizumessen sei (Kleiber, § 195 Rn. 10).

b) Auslegung von § 195 Abs. 1 BauGB

Eine Auslegung des § 195 Abs. 1 BauGB ergibt nach unserem Dafürhalten Folgendes: Nach dem **Gesetzeswortlaut** ist jeder Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, Eigentum an einem Grundstück gegen Entgelt zu übertragen, an den Gutachterausschuss zu übersen-

den. Unter den Wortlaut der Norm lässt sich daher auch der aufschiebend bedingte Vertrag subsumieren, geht doch mit ihm die (allerdings noch in der Schwebe befindliche) Verpflichtung zur Übertragung des Grundstücks einher.

Mit Blick auf die **Gesetzeszwecke** von § 195 Abs. 1 BauGB (Grundlage des Vergleichswertverfahrens, Transparenz des Grundstücksmarkts, objektiv begründete Wertermittlung, vgl. BeckOK-BauGB/Federwisch, Std.: 1.11.2018, § 195 Rn. 1 f.) könnte man *prima facie* darauf abstellen, dass es keinen Unterschied macht, ob der Kaufvertrag unbedingte oder bedingt abgeschlossen wird. Denn der Kaufpreis des verbindlichen und (regelmäßig) nicht mehr allein vom Willen einer der Parteien abhängigen Vertrags steht bereits mit seinem Abschluss fest, wenngleich der **Vertrag erst mit Bedingungseintritt** Wirkungen zeitigt (MünchKommBGB/Westermann, 8. Aufl. 2018, § 158 Rn. 40). Allein auf den Kaufpreis und den veräußerten Gegenstand kommt es aber für den Gutachterausschuss an. Insoweit vermögen auch die Ausführungen von *Kleiber* (§ 195 Rn. 10) nicht zu überzeugen: Zwar unterliegen Erwerbsverpflichtungen und Kaufanwärterverträge nicht der Übersendungspflicht. Der Grund hierfür ist aber nicht, dass das dort vorgesehene Entgelt nicht dem tatsächlichen Entgelt entspreche. Der Kaufpreis kann durchaus den Marktpreis widerspiegeln und damit für die Einschätzung der Immobilienpreissituation von Relevanz sein. Vielmehr ist entscheidend, dass sie nicht einen unmittelbar bindenden Verpflichtungsvertrag zur Übertragung eines Grundstücks darstellen, sondern nur **rechtsgeschäftliche Erklärungen im Vorfeld eines solchen unmittelbar bindenden Vertrags** darstellen. Der Bedingungseintritt dürfte mithin für die Wertermittlung des Gutachterausschusses meist irrelevant sein, sofern die Bedingung nicht im Zusammenhang mit dem Preis steht, etwa bei Nachzahlungsvereinbarungen im Fall des Eintrittes bestimmter Bedingungen.

Allerdings lässt sich dagegen einwenden, dass bei einem solchen Normverständnis nicht erst die tatsächlich wirksam gewordenen Kaufverträge, sondern schon die wirksam zustande gekommenen Verträge eine Übersendungspflicht auslösen; darin könnte man eine Verfälschung der Wertermittlungsgrundlagen des Gutachterausschusses sehen, weil bei **Nichteintritt der Bedingung** der abgeschlossene Vertrag **nie Rechtswirkungen** entfaltet hat. Eine Sicherheit, dass durch die Kaufpreissammlung ein sicheres Abbild der **tatsächlich erzielten Preise am Markt** geliefert wird, bestünde dann aber nicht mehr. Insoweit ist der aufschiebend bedingte Vertrag mit einem bloßen Angebot vergleichbar, aus dem auch noch keine Rechtswirkungen folgen und

das von der Literatur nicht als übersendungspflichtig angesehen wird. Insofern liegt ein restriktives Auslegungsverständnis des § 195 Abs. 1 BauGB durchaus nahe, weil die Daten der Urkundsbeteiligten und die Tatsache des Vertragsschlusses nur offengelegt werden sollen, wenn gesetzliche Vorschriften eine solche **Transparenz zwingend gebieten**. Dies ist bei einem aufschiebend bedingten Vertrag, dessen Wirksamkeit mit Zustandekommen nicht feststeht, in Ansehung des Ziels von § 195 BauGB (Verschaffung eines Überblicks über die tatsächlich am Markt erzielten Immobilienpreise) **nicht zwingend geboten**.

Ein Nachteil ergibt sich für den Gutachterausschuss durch die Übersendung erst mit Bedingungseintritt auch nicht, weil die Kaufpreissammlung mit dem tatsächlich wirksam gewordenen Vertrag komplettiert wird und dem Gutachterausschuss ein Überblick über die erzielten Preise im Rahmen von wirksamen Rechtsgeschäften ermöglicht wird.

3. Ergebnis

Vor diesem Hintergrund lässt sich gut begründen, dass die Übersendung aufschiebend bedingter Verträge nicht schon mit Abschluss des Vertrages, sondern erst mit Bedingungseintritt zu erfolgen hat. Ein noch nicht wirksamer Kaufvertrag ist unseres Erachtens dem Gutachterausschuss noch nicht mitzuteilen.

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.

HGB § 25

Haftung bei Fortführung der Firma und Übernahme eines Handelsgeschäfts; Erwerb einer Apotheke; Filialapotheke; Haftungsausschluss; Eintragung im Handelsregister

Abruf-Nr.:

BGB §§ 1036, 1050

Nießbrauch; Regelung, wonach der Berechtigte bei Ausübung des Nießbrauchs nur diejenige Sorgfalt schuldet, die er in eigenen Angelegenheiten walten lässt

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB § 311b Abs. 1 S. 1

Beurkundungsbedürftigkeit eines Vertrages über Bauleistungen; rechtliche Einheit bei Verkauf eines Miteigentumsanteils an dem zu bebauenden Grundstück

1. Ein Kaufvertrag über Miteigentum an einem Grundstück bildet eine rechtliche Einheit mit einem Begleitvertrag über Bau- oder Baubetreuungsleistungen, wenn diese Leistungen durch einen mit dem Verkäufer verbundenen Unternehmer auf dem Grundstück erbracht werden sollen. Daher sind beide Verträge gemäß § 311b Abs. 1 S. 1 BGB notariell zu beurkunden.

2. Ist der Kaufvertrag notariell beurkundet, der Begleitvertrag hingegen nicht, sind im Zweifel beide Verträge nichtig.

3. Auch wenn der Verkäufer bzw. der mit ihm verbundene Unternehmer dieses Vertragsmodell konzipiert hat, kann sich der Verkäufer grundsätzlich auf die Nichtigkeit berufen, wenn der Notar den Kaufvertrag ohne konkreten Hinweis auf das Risiko beurkundet hat.

4. Den Rückgewähranspruch des Verkäufers hat der Käufer nur Zug um Zug gegen Rückgewähr derjenigen Leistungen zu erfüllen, die er sowohl auf den Kaufvertrag als auch auf den Begleitvertrag erbracht hat.

KG, Urt. v. 9.2.2021 – 21 U 126/19

Problem

Die Beklagte schloss im Jahr 2014 einen privatschriftlichen Vertrag mit der T-GmbH, in dem sich Letztere zur Planung und Bauüberwachung bezogen auf die Errichtung einer Wohnung (im Folgenden kurz: Bauleistung) verpflichtete. Anschließend verkaufte der Kläger der Beklagten einen Miteigentumsanteil an dem entsprechenden Grundstück durch notariell beurkundeten Vertrag. Eine Vormerkung wurde im Grundbuch eingetragen. Gesellschafter der T-GmbH sind (wohl) der Kläger und dessen Vater (die genaue Verflechtung ist dem Tatbestand nicht zu entnehmen).

Nachdem Streit über die wechselseitigen Verpflichtungen entstanden war, erklärte der Kläger den Rücktritt vom Grundstückskaufvertrag. Er nimmt den Beklagten auf Löschung der Vormerkung in Anspruch. Dabei beruft sich der Kläger unter anderem auf die Formnichtigkeit des Grundstückskaufvertrags. Der Be-

klagte macht widerklagend Schadensersatzansprüche geltend.

Entscheidung

Das Kammergericht bejaht einen Anspruch auf Löschung der Vormerkung (sowohl gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB als auch gem. § 894 BGB), da der Vertrag gemäß § 125 S. 1 BGB nichtig sei. Der Kaufvertrag über den Miteigentumsanteil unterliege ohne Weiteres der Beurkundungspflicht gemäß § 311b Abs. 1 S. 1 BGB. **Die notarielle Beurkundung müsse hierbei sämtliche Vereinbarungen umfassen, aus denen sich der Vertrag nach dem Willen der Parteien zusammensetze.** Dies sei vorliegend nicht der Fall, da nach dem Willen der Parteien der Kaufvertrag eine rechtliche Einheit mit dem Baubetreuungsvertrag zwischen der Beklagten und der T-GmbH bilde. Die Nichtigkeit umfasse gemäß § 139 BGB den gesamten Kaufvertrag, auch soweit er beurkundet sei.

Ein Vertrag über Bauleistungen bilde dann eine rechtliche Einheit mit dem Vertrag über den Erwerb eines Grundstücks, wenn die Vertragsparteien den Willen hätten, beide Verträge in der Weise miteinander zu verknüpfen, dass das Grundstücksgeschäft von dem Bauvertrag abhängen und mit diesem „stehen und fallen“ solle. Hierbei komme es allein auf den **Verknüpfungswillen der Parteien des Kaufvertrags** an. Ein solcher liege insbesondere dann vor, wenn der Kaufvertrag nach den Vorstellungen der Parteien geschlossen werde, um die Ausführung der Bauleistung zu ermöglichen. Eine Identität der Parteien der beiden Verträge ist gerade nicht erforderlich. Ebenso spiele es keine Rolle, in welcher Reihenfolge die Verträge geschlossen würden.

Für einen Verknüpfungswillen führt das Gericht insbesondere an, dass der Beklagte vorliegend lediglich einen Miteigentumsanteil erworben habe. Mit einem Miteigentumsanteil an einem Grundstück, das bereits auf Betreiben der übrigen Eigentümer und des Verkäufers bebaut werde, lasse sich isoliert kaum etwas anfangen. Der Beklagte habe das Miteigentum nur deshalb erwerben wollen, weil er die in Aussicht genommene Bebauung zusammen mit den übrigen Miteigentümern habe erreichen wollen.

Die Berufung auf die Formnichtigkeit scheitere auch nicht an dem Einwand der Treuwidrigkeit, § 242 BGB. Es fehle an Anhaltspunkten, dass der Kläger den Formmangel arglistig herbeigeführt habe. Aus dem gleichen Grund wies das Gericht auch den im Wege der Widerklage geltend gemachten Schadensersatzanspruch gemäß §§ 311 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB ab. Auch der Kläger könne sich grundsätzlich auf die Wirksamkeit eines beurkundeten Vertrages verlassen.

Praxishinweis

Die Entscheidung enthält zudem Anhaltspunkte, dass das Gericht hohe Anforderungen an die notarielle Belehrung bezüglich der Beurkundungspflicht eines verbundenen Werkvertrags stellt. Die Belehrung durch den Notar, dass der Werkvertrag zu beurkunden sei, wenn eine Verknüpfungsabsicht der Parteien bestehe, genügt dem Gericht offensichtlich nicht. Der Notar habe vielmehr auch darüber zu belehren, dass bei der Nichtbeurkundung des Werkvertrags auch der beurkundete Grundstückskaufvertrag nichtig sein könne (Rn. 63 der Entscheidung). Es wird also auch eine Belehrung über die Rechtsfolgen gefordert.

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 883, 894, 1821 – Familiengerichtliche Genehmigung einer Berichtigungsbewilligung hinsichtlich materiell-rechtlich bereits erloschener Auflassungsvormerkung

BGB § 2289 – Abänderung der Schlusserbeneinsetzung eines gemeinschaftlichen Testaments unter Ausnutzung eines Änderungsvorbehalts; Vorversterben der Schlusserbin; Frage der Gültigkeit der widerrufenen Verfügung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 305 Abs. 1, 307, 242; WEG §§ 10 Abs. 2, 24 Abs. 4 – Keine Anwendbarkeit der AGB-Kontrolle auf Gemeinschaftsordnungen

Aktuelles

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 883, 894, 1821

Familiengerichtliche Genehmigung einer Berichtigungsbewilligung hinsichtlich materiell-rechtlich bereits erloschener Auflassungsvormerkung

I. Sachverhalt

Ein minderjähriger Käufer schloss mit einem volljährigen Verkäufer einen (Immobilien-)Kaufvertrag ab. Alle Kosten und den Kaufpreis hatten die Eltern des Minderjährigen als sorgeberechtigte Personen zu tragen. Ein Anspruch gegen den Minderjährigen mit Ausnahme der Notar- und Grundbuchkosten war im Vertrag ausgeschlossen, sodass der Minderjährige mit dem Erwerb rechtlich lediglich einen Vorteil erlangte. Für den Min-

derjährigen wurde eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen. Die Eltern und auch der Minderjährige haben den Kaufpreis jedoch nicht bezahlt. Der beurkundete Vertrag enthielt in einer Anlage den Antrag und die Bewilligung der Löschung der Vormerkung bei Nichtleistung. Im Vertrag selbst war folgende Anweisung an den Notar vorgesehen:

„Der beurkundende Notar wird unwiderruflich angewiesen, auf einseitigen Antrag des Verkäufers den Antrag auf Löschung der Auflassungsvormerkung beim Grundbuchamt zu stellen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

a. der Verkäufer hat dem Notar schriftlich seinen Rücktritt von diesem Vertrag wegen nicht rechtzeitiger Bezahlung des Kaufpreises mitgeteilt;

b. der Notar hat den Eltern des Käufers, den Erschienenen zu 3, die beabsichtigte Löschung der Vormerkung per Einschreiben mit Rückschein an die ihm zuletzt bekannt gegebene Anschrift angezeigt;

c. die Erschienenen zu 3 haben dem beurkundenden Notar nicht innerhalb von 14 Tagen nach erfolgter Anzeige die Zahlung des Kaufpreises nachgewiesen oder nachgewiesen, dass ein gerichtliches Verfahren zur Feststellung der Unwirksamkeit des Rücktritts des Verkäufers rechtshängig ist.“

Die Eltern wurden entsprechend aufgefordert, nachzuweisen, dass die Zahlung erfolgt oder dass ein gerichtliches Verfahren zur Feststellung der Unwirksamkeit des Rücktritts des Verkäufers rechtshängig sei. Die Eltern reagierten nicht, sodass entsprechend der vorstehenden Anweisung die Löschung der Aufassungsvormerkung beantragt wurde. Das Grundbuchamt verlangt die familiengerichtliche Genehmigung.

II. Frage

Ist die familiengerichtliche Genehmigung zur Löschung der Vormerkung erforderlich?

III. Zur Rechtslage

1. Kein Eigenhandeln des Minderjährigen

Ein Eigenhandeln des minderjährigen Käufers bei Abgabe der Löschungsbewilligung zur Aufassungsvormerkung (hier in Form der sog. Schubladenlöschungsbewilligung bereits im ursprünglichen Kaufvertrag) scheidet vorliegend auch dann aus, wenn der Käufer bereits das siebte Lebensjahr vollendet haben sollte und deswegen nach § 106 BGB beschränkt geschäftsfähig wäre. Denn mit Löschung der Aufassungsvormerkung im Grundbuch gibt der Minderjährige eine zumindest formale, sich aus dem Grundbuch ergebende Rechtsposition auf; dies ist kein „lediglich rechtlicher Vorteil“ i. S. v. § 107 BGB.

2. Familiengerichtliche Genehmigungspflichtigkeit der Löschung der Vormerkung bei Handeln der Eltern als gesetzliche Vertreter

Deswegen müssen die Eltern insoweit als gesetzliche Vertreter nach §§ 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1 S. 1, 2 BGB für den minderjährigen Käufer handeln. Sofern die Voraussetzungen des § 1643 Abs. 1 i. V. m. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB vorliegen, benötigen die Eltern zur Löschungsbewilligung hinsichtlich der Vormerkung die Genehmigung des Familiengerichts. Dies wäre also dann der Fall, wenn durch die Abgabe der Löschungserklärung (§ 875 Abs. 1 BGB) über ein Recht an einem Grundstück verfügt würde. Der Begriff der Verfügung ist hier grundsätzlich nach allgemeinem bürgerlich-rechtlichen Begriffsverständnis aufzufassen. Verfügungen sind hiernach Rechtsgeschäfte, die unmittelbar darauf gerichtet sind, auf ein bestehendes Recht einzuwirken, es inhaltlich zu verändern, zu übertragen, zu belasten oder aufzuheben (s. nur Palandt/Ellenberger, BGB, 80. Aufl. 2021, Überbl. v. § 104 Rn. 16; Palandt/Götz, § 1821 Rn. 10; Staudinger/Veit, BGB, 2020, § 1821 Rn. 12 ff.).

Es besteht zwar Einigkeit, dass – bei wörtlicher Auslegung des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB – die Vormerkung nicht als Recht an einem Grundstück i. S. dieser Vorschrift anzusehen ist (Palandt/Götz, § 1821 Rn. 8; Staudinger/Veit, § 1821 Rn. 11).

Was zunächst die **Eintragung einer Vormerkung** anbelangt, so wird diese gleichwohl als eine Verfügung des Betroffenen über das Eigentum am Grundstück oder über ein sonstiges Recht an einem Grundstück angesehen, die nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB der Genehmigung des Familiengerichts bedarf. Der Grund hierfür liegt in der dinglichen Gebundenheit des mit der Vormerkung belasteten Grundstücks oder Rechts, die mit der Eintragung bewirkt wird (bereits RGZ 118, 230, 234; KG Rpfleger 2017, 266, 267; Staudinger/Veit, § 1821 Rn. 28 m. zahlr. w. N., auch zur vereinzelt Gegenansicht).

Ist aber die Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung nach ganz h. M. gem. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungspflichtig, so hat konsequenterweise dasselbe auch für die **Löschung einer Vormerkung** zu gelten, da damit die dingliche Gebundenheit des mit der Vormerkung zunächst belasteten Grundstücks aufgehoben wird und auch die Aufgabe eines Rechts unter den Verfügungsbegriff fällt. Im Allgemeinen steht die h. M. folgerichtig auf dem Standpunkt, dass auch die Bewilligung der Berichtigung des Grundbuchs eine Verfügung i. S. d. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB und damit genehmigungspflichtig sei. Denn durch sie wird zumindest ein vermeintliches, sich aus dem Grundbuch ergebendes Recht beseitigt. Deshalb ist die Bewilligung der Grundbuchberichtigung hinsichtlich der Rechte genehmigungsbedürftig, über die der Vormund nicht ohne Genehmigung des Familiengerichts verfügen darf (OLG Frankfurt FGPrax 2008, 6, 8 für Betreuer gem. § 1908i Abs. 1 S. 1 BGB; KG OLGE 25, 390, 392; RGZ 133, 259; Staudinger/Veit, § 1821 Rn. 29; Palandt/Götz, § 1821 Rn. 10 m. w. N.). Der einschränkende Standpunkt von *Kroll-Ludwigs* (in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 1821 Rn. 33), wonach Löschungsbewilligungen (nur dann) der Genehmigung bedürfen sollen, sofern sie nicht nachweislich nur zur Berichtigung falscher Eintragungen erteilt werden, wird in Rechtsprechung und Literatur sonst nicht vertreten. Auf der Grundlage der dargestellten **h. M.** ist dementsprechend **auch eine Berichtigungsbewilligung zur Löschung einer Aufassungsvormerkung gem. §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB familiengerichtlich genehmigungspflichtig.**

Um eine derartige Berichtigungsbewilligung geht es hier, wenn und weil der Eigentumsverschaffungsanspruch des Minderjährigen aus dem Kaufvertrag (§ 433 Abs. 1

S. 1 BGB) durch den wirksamen Rücktritt der Verkäufer erloschen ist (§§ 346 ff. BGB) und dementsprechend auch die den Eigentumsverschaffungsanspruch des Käufers sichernde, noch im Grundbuch eingetragene Aufassungsvormerkung aufgrund ihrer Akzessorität zum – nunmehr weggefallenen – schuldrechtlichen Eigentumsverschaffungsanspruch bereits außerhalb des Grundbuchs erloschen ist (vgl. allgemein hierzu etwa BGH DNotZ 2009, 434, 436; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1539; Palandt/Herrler, § 886 Rn. 4). Dass der Verkäufer wegen des vertragswidrigen Verhaltens des Käufers zurücktrat und deswegen auf die Löschung der Aufassungsvormerkung ein Anspruch gem. § 894 BGB bestand, ist für die familiengerichtliche Genehmigungspflichtigkeit als solche unerheblich. Dies folgt bereits daraus, dass nach der genannten h. M. Bewilligungen zur Berichtigung des Grundbuchs gleichwohl stets genehmigungspflichtig sind. Auf die Berichtigung eines unrichtigen Grundbuchs besteht aber regelmäßig ein Anspruch aus § 894 BGB. Auch in anderen Regelungszusammenhängen der familiengerichtlichen Genehmigungspflicht – wie etwa bei der Erfüllung des Anspruchs aus einem Grundstücksvermächtnis gem. § 2174 BGB – ist allgemein anerkannt, dass die **Genehmigungspflicht für die Verfügung nicht schon deshalb entfällt, weil der Mündel zu ihrer Vornahme verpflichtet ist** (KG OLGE 33, 363; KGJ 38, 219, 223; BayObLG FamRZ 1977, 141, 143). In solchen Fällen beschränkt sich lediglich die **Prüfungspflicht des Familiengerichts** bei der weiterhin zu erteilenden Genehmigung auf die **Frage, ob die in Rede stehende Verpflichtung auch tatsächlich besteht** (KG KGJ 38, 219, 223; MünchKommBGB/Kroll-Ludwigs, § 1821 Rn. 19 m. w. N.).

3. Ergebnis

Im Ergebnis ist deswegen nach unserer Einschätzung der Standpunkt des Grundbuchamts zutreffend, dass hier eine **familiengerichtliche Genehmigung erforderlich** ist. Da im vorliegenden Fall voraussichtlich ein Anspruch auf Löschung der Vormerkung gem. § 894 BGB bestehen dürfte, ist die Genehmigung durch das Familiengericht entsprechend zu erteilen.

BGB § 2289

Abänderung der Schlusserbeneinsetzung eines gemeinschaftlichen Testaments unter Ausnutzung eines Änderungsvorbehalts; Vorversterben der Schlusserbin; Frage der Gültigkeit der widerrufenen Verfügung

I. Sachverhalt

Die Ehegatten W und E haben am 10.10.1990 ein ge-

meinschaftliches notarielles Testament errichtet, in welchem sie sich gegenseitig zu alleinigen Erben einsetzten. Schlusserbe sollte der einseitige Sohn S der Ehefrau E aus deren erster Ehe sein. In dem Testament wurde ferner ein Vermächtnis zugunsten des S nach dem Tod von E ausgesetzt und weiterhin verfügt:

„Sämtliche Bestimmungen dieses Testaments sind wechselbezüglich. Der Überlebende von uns ist jedoch berechtigt, von diesem Testament abweichende Verfügungen zu treffen.“

Die Ehefrau E verstarb bereits 1992. Der verwitwete W errichtete im Januar 2008 ein weiteres notarielles Testament. In diesem machte er ausdrücklich von dem im gemeinschaftlichen Testament aus dem Jahr 1990 verfükten Recht Gebrauch, von dem Testament abweichende Verfügungen treffen zu können, und bestimmte „unter Abänderung“ des gemeinschaftlichen Testaments seine Lebensgefährtin L zu seiner Alleinerbin. Weiteres regelte W nicht, insbesondere keine Ersatzerbfolge.

Die als Alleinerbin eingesetzte Lebensgefährtin L verstarb 2015, der Erblasser W im Jahr 2020 ohne weitere letztwillige Verfügungen.

Der Sohn S der verstorbenen Ehefrau des Erblassers bitet nun als vermeintlicher Alleinerbe um die Erstellung eines Erbscheinsantrags. Er trägt vor, die ursprünglich in dem gemeinschaftlichen Testament von 1990 verfügte Erbeinsetzung sei durch das Vorversterben der im Testament von 2008 eingesetzten L wiederhergestellt.

II. Fragen

1. Beseitigt die Abänderung einer Verfügung von Todes wegen unter Ausnutzung des Änderungsvorbehalts in einem gemeinschaftlichen Testament die ursprüngliche Verfügung endgültig oder gilt die inhaltliche Umgestaltung der ursprünglichen Verfügung nur insoweit, als die geänderten Verhältnisse noch eine Rolle spielen?

2. Kommt – mit anderen Worten – die ursprünglich verfügte (Schluss-)Erbeinsetzung wieder zum Tragen, wenn die davon abweichende neue Verfügung von Todes wegen ins Leere läuft, oder greift mangels gewillkürter Erbeinsetzung die gesetzliche Erbfolge ein?

III. Zur Rechtslage

1. Erbrechtliche Ausgangssituation

Im vorliegenden Fall haben die Ehegatten in ihrem gemeinschaftlichen notariellen Testament die sog. **Einheitslösung** gewählt, indem sie sich wechselseitig zu Vollerben und den erstehelichen Sohn der Ehefrau zum Schlusserben eingesetzt haben. Bei Wahl

der sog. Einheitslösung (vgl. § 2269 Abs. 1 BGB) ist der überlebende Ehegatte nach dem Tod des Erstversterbenden und Annahme der Erbschaft (vgl. § 2271 Abs. 2 BGB) an die Schlusserbeneinsetzung erbrechtlich gebunden, wenn es sich hierbei um eine wechselbezügliche Verfügung i. S. v. § 2270 BGB handelt.

Im vorliegenden Fall wurde die Schlusserbeneinsetzung nach dem Testament ausdrücklich wechselbezüglich und daher erbrechtlich bindend getroffen.

2. Einschränkung der Bindung durch Aufnahme des Änderungsvorbehalts

Die erbrechtliche Bindungswirkung bedeutet, dass eine neue letztwillige Verfügung des überlebenden Ehegatten in entsprechender Anwendung des § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB insoweit unwirksam ist, als hierdurch ein bindend Bedachter beeinträchtigt wird. Eine derartige Beeinträchtigung liegt vor, wenn zum Zeitpunkt des Erbfalls die anderweitige letztwillige Verfügung die wechselbezügliche Zuwendung mindern, beschränken, belasten oder gegenstandslos machen würde (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 80. Aufl. 2021, § 2289 Rn. 2 m. w. N.).

Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn sich der Überlebende aufgrund Festlegung im gemeinschaftlichen Testament eine Änderung seiner wechselbezüglichen Verfügungen vorbehalten hat (sog. **Änderungsvorbehalt**). Dies war vorliegend der Fall.

Die Ausübung des Änderungsvorbehalts erfolgt durch **neue Verfügung von Todes wegen** gleich welcher Form (vgl. nur BeckOGK-BGB/Braun, Std.: 15.2.2021, § 2271 Rn. 167). Hier wurde von der Änderungsbefugnis im Rahmen eines neuen notariellen Testaments zugunsten der Lebensgefährtin L des Erblassers Gebrauch gemacht.

3. Auswirkungen des Vorversterbens der Lebensgefährtin

Die Erbeinsetzung aus dem späteren Testament, die aufgrund des Änderungsvorbehalts zulässigerweise vorgenommen werden konnte, ist allerdings infolge Vorversterbens der Lebensgefährtin des Erblassers **gegenstandslos** geworden.

Ob angesichts dieser tatsächlichen Entwicklung die frühere Erbeinsetzung des erstehelichen Sohnes der vorverstorbenen Ehefrau aus dem gemeinschaftlichen Testament wieder Wirksamkeit erlangt hat, ist fraglich und letztlich eine Frage der Auslegung der aufhebenden Verfügung. Grundsätzlich wird durch das spätere Testa-

ment die frühere Verfügung i. S. v. § 2258 Abs. 1 BGB aufgehoben. Wird das spätere Testament **widerrufen**, würde das frühere Testament gem. § 2258 Abs. 2 BGB im Zweifel wieder wirksam.

Anderes gilt nach h. M. aber, wenn das spätere Testament lediglich aus tatsächlichen Gründen wirkungslos geblieben ist, etwa weil – wie hier – die Bedachte vor dem Erblasser verstorben ist. In diesen Fällen soll die **Aufhebungswirkung** des gültigen späteren Testaments nach einer Entscheidung des BayObLG **bestehen bleiben** (vgl. BayObLG NJW-RR 1996, 967 ff. = DNotZ 1996, 319 = MittBayNot 1996, 116). Die Literatur hat sich – soweit ersichtlich einheitlich – dieser Rspr. angeschlossen (Palandt/Weidlich, § 2258 Rn. 3; BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.2.2021, § 2258 Rn. 7; Schulze/Hoeren, BGB, 10. Aufl. 2019, § 2258 Rn. 4; BeckOGK-BGB/Grziwotz, Std.: 1.1.2021, § 2258 Rn. 19 m. w. N.). Abweichende Judikate sind nicht bekannt.

4. Ergebnis

Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass das Vorversterben der Lebensgefährtin nicht dazu geführt hat, dass die im gemeinschaftlichen Testament verfügte Schlusserbeneinsetzung des erstehelichen Sohnes der verstorbenen Ehefrau wieder Wirksamkeit erlangt hat.

Sofern sich dem späteren notariellen Testament keine Ersatzerbeneinsetzung – auch nicht im Wege der Auslegung (vgl. dazu etwa Palandt/Weidlich, § 2069 Rn. 8 ff.) – entnehmen lässt, ist der Erblasser daher nach der gesetzlichen Erbfolge beerbt worden.

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 n. F. §§ 196, 200, 202 Abs. 2; BGB a. F. §§ 195, 198, 225; EGBGB Art. 229 § 6

Anspruch auf Übertragung von Eigentum; Verjährung des Anspruchs, wenn dieser erst mit dem Tod des Schenkers fällig werden soll

Abruf-Nr.:

ErbStG § 3 Abs. 2 Nr. 2
Erbchaftsteuerliche Beurteilung einer Auflage;
Steuerentstehung
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 305 Abs. 1, 307, 242; WEG §§ 10 Abs. 2, 24 Abs. 4

Keine Anwendbarkeit der AGB-Kontrolle auf Gemeinschaftsordnungen

1. Die Regelungen über die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen (§§ 307 ff. BGB) sind auf die Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümer grundsätzlich nicht entsprechend anwendbar.

2. Von dem teilenden Eigentümer vorgegebene Bestimmungen in der Gemeinschaftsordnung, die in einem spezifischen Zusammenhang mit der einseitigen Aufteilung stehen, unterliegen einer Inhaltskontrolle im Hinblick auf einen Missbrauch der einseitigen Gestaltungsmacht; diese Inhaltskontrolle richtet sich unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls am Maßstab von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB aus.

3. Enthält die Gemeinschaftsordnung einer Wohnungseigentümergeinschaft für die Eigentümersversammlung folgende Regelung: „Für die Ordnungsmäßigkeit der Einberufung genügt die Absendung an die Anschrift, die dem Verwalter von dem Wohnungseigentümer zuletzt mitgeteilt worden ist.“, so setzt die Ordnungsmäßigkeit der Einberufung nicht den Zugang, sondern lediglich die rechtzeitige Absendung der Ladung an die Wohnungseigentümer voraus; dies bezieht sich auf alle Wohnungseigentümer und nicht nur auf diejenigen, die einen Wohnsitzwechsel nicht mitgeteilt haben. Eine solche Regelung ist wirksam.

BGH, Urt. v. 20.11.2020 – V ZR 196/19

Problem

In einer Gemeinschaftsordnung war folgende Regelung vorgesehen:

„Für die Ordnungsmäßigkeit der Einberufung genügt die Absendung an die Anschrift, die dem Verwalter von dem Wohnungseigentümer zuletzt mitgeteilt worden ist.“

In einer Versammlung der Wohnungseigentümer wurde ein Beschluss über die Wiederbestellung der bisherigen

Verwalterin gefasst. Mehrere Wohnungseigentümer haben diesen mit der Begründung angefochten, die Einladung zur Versammlung habe sie nicht rechtzeitig erreicht.

Entscheidung

Der BGH beschäftigt sich zunächst mit der Auslegung der vorstehenden Klausel und kommt zu dem Ergebnis, dass der Nachweis der rechtzeitigen Absendung für die ordnungsgemäße Einberufung genüge. Dies gelte für sämtliche Wohnungseigentümer und nicht nur für diejenigen, die einen Wohnsitzwechsel nicht mitgeteilt hätten. Die so verstandene Klausel hält der BGH für wirksam.

Von besonderer Bedeutung sind die Ausführungen des BGH zum Prüfungsmaßstab: Die Inhaltskontrolle richte sich hierbei unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls allein am Maßstab von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB aus. Die AGB-Kontrolle findet nach Auffassung des BGH auf Gemeinschaftsordnungen von Wohnungseigentümergeinschaften keine Anwendung. Diese Frage hat das Gericht bislang offengelassen und klärt sie nunmehr mit der vorliegenden Entscheidung. Eine *direkte* Anwendung der §§ 307 ff. BGB scheidet schon deshalb aus, weil es sich bei einer einseitig vorgegebenen Gemeinschaftsordnung nicht um Vertragsbedingungen handle, die bei Abschluss eines Vertrages durch den Verwender (hier: den teilenden Eigentümer) gestellt werden.

Auch eine *analoge* Anwendung der AGB-Kontrolle komme nicht in Betracht. Die einseitige Vorgabe der Gemeinschaftsordnung unterscheide sich grundlegend von der einseitigen Stellung von Bedingungen bei schuldrechtlichen Verträgen. Es fehle schon an dem für einen Vertragsschluss typischen Informations- und Motivationsgefälle zwischen Verwender und Kunden. Typischerweise scheidet der teilende Eigentümer nach Aufteilung und Abverkauf aus der Gemeinschaft aus und profitiere daher allenfalls vorübergehend von den vorgegebenen Vorschriften. Geregelt werde auch nicht das Verhältnis zwischen Verwender und Kunden, sondern das künftige Zusammenleben der Wohnungseigentümer untereinander. Die Wohnungseigentümer müssten schon deshalb nicht geschützt werden, da sie die ursprünglich einseitig vorgegebene Gemeinschaftsordnung jederzeit einstimmig ändern könnten. Das Gesetz halte zudem in § 10 Abs. 2 S. 3 WEG a.F. (= § 10 Abs. 2 WEG n.F.) einen Schutzmechanismus bereit, wonach der einzelne Wohnungseigentümer die Änderung unbilliger Vereinbarungen verlangen könne. Soweit der teilende Eigentümer – ähnlich wie ein Verwender – Regelungen in der Gemeinschaftsordnung vorgeben

könne, die ihn insbesondere in der Aufteilungsphase einseitig begünstigen, genüge die Inhaltskontrolle gem. § 242 BGB.

Eine AGB-Kontrolle komme nur dann ausnahmsweise in Betracht, wenn die Gemeinschaftsordnung vorschreibe, dass die Wohnungseigentümer Verträge mit Dritten abzuschließen hätten. Hier gebiete die Klausel-Richtlinie (RL 93/13/EWG), die Wertungen des AGB-Rechts zu beachten.

Aktuelles

Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts verabschiedet

Der Bundesrat hat am 26.3.2021 der vom Bundestag am 5.3.2021 beschlossenen umfangreichen Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zugestimmt. Grundlage der Reform ist der Regierungsentwurf eines **Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts** vom 23.9.2020 (vgl. BR-Drucks. 564/20 v. 25.9.2020). Das Gesetz wird am **1.1.2023** in Kraft treten, eine Verkündung im Bundesgesetzblatt stand bei Redaktionsschluss noch aus.

Mit der Reform wird das Vormundschafts- und Betreuungsrecht neu strukturiert und inhaltlich modernisiert. Im Rahmen der Reform werden zahlreiche Bestimmungen aus dem Bereich der (Minderjährigen-)Vormundschaft (u. a. zur Vermögenssorge, zur gerichtlichen Aufsicht und zum Aufwendersatz/zur Vergütung) in das Betreuungsrecht (d. h. „nach hinten“) verschoben. Dadurch soll die Rechtsanwendung vereinfacht werden (zumal vielen Bestimmungen eine praktische Bedeutung in erster Linie im Betreuungsrecht zukommt). Außerdem soll die Gefahr von Fehlern bei der Rechtsanwendung (z. B. das Übersehen von Vertretungsverboten oder Genehmigungserfordernissen) verringert werden. Dies hat umfassende Umwälzungen zur Folge, die vom Umfang der betroffenen Paragraphen her selbst die Schuldrechtsmodernisierung von 2002 in den Schatten stellt (vgl. Schwab, Die große Paragraphenwanderung und mehr, FamRZ 2020, 1321 ff.).

Die Mehrzahl der Änderungen, hinsichtlich derer nachfolgend nur ein erster Überblick gegeben werden soll, betreffen das **Minderjährigenvormundschaftsrecht**. So sollen die Rechte des Mündels gestärkt und die Pflichten des Vormunds stärker betont werden. Die zahlreichen Änderungen im **Betreuungsrecht** verfolgen in erster Linie das Ziel einer Stärkung von Selbstbestimmung und Autonomie betreuter Personen im Vor-

feld und während einer rechtlichen Betreuung i. S. von Art. 12 UN-BRK. Der Erforderlichkeitsgrundsatz soll deutlicher betont und das Handeln der Betreuer stärker an den Wünschen des Betreuten ausgerichtet werden. Die Vermögensverwaltung durch Betreuer und Vormünder wird modernisiert und soll künftig grundsätzlich bargeldlos erfolgen.

Mit der Reform wird zudem ein wechselseitiges **gesetzliches Vertretungsrecht für Ehegatten** in Angelegenheiten der Gesundheitsfürsorge eingeführt (§ 1358 BGB n. F.). Ehegatten können künftig einander in Gesundheitsangelegenheiten kraft Gesetzes für die Dauer von sechs Monaten gegenseitig vertreten, wenn ein Ehegatte aufgrund von Bewusstlosigkeit oder Krankheit vorübergehend seine Angelegenheiten der Gesundheitsfürsorge nicht rechtlich besorgen kann. Das gesetzliche „Not“-Vertretungsrecht ist ausgeschlossen, wenn die Ehegatten getrennt leben, ein Betreuer mit entsprechendem Aufgabenkreis bestellt ist, der vertretene Ehegatte eine Vertretung ablehnt (wobei ein Widerspruch in das ZVR eingetragen werden kann, vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 7 VRegV n. F.) oder er eine andere Person in Angelegenheiten der Gesundheitsfürsorge bevollmächtigt hat (vgl. zum Ehegattenvertretungsrecht auch Dutta, FamRZ 2020, 1881 ff.; Müller-Engels, DNotZ 2021, 84 ff.).

Aus notarieller Sicht besonders bedeutsam sind die vorgesehenen **Änderungen im Bereich der Vorsorgevollmacht und der Kontrollbetreuung** (vgl. dazu Müller-Engels, FamRZ 2021, 645 ff. – im Erscheinen). Die augenscheinlichste Änderung besteht darin, dass (nahezu) alle Bestimmungen, die die Vorsorgevollmacht und die Kontrollbetreuung betreffen, künftig in einer Norm (§ 1820 BGB n. F.) zusammengefasst sein werden. Die Vorsorgevollmacht soll nach dem Willen des Gesetzgebers weiter gefördert werden. Von der Einführung eines Formerfordernisses oder weiterer Wirksamkeitsvoraussetzungen wurde abgesehen. Der Kreis der Bevollmächtigten, für die das Vorrangprinzip nicht gilt (vgl. § 1896 Abs. 2 S. 2 Alt. 1 BGB), wird mit der Reform erheblich ausgeweitet, und zwar auf alle Personen, die im Rahmen der institutionellen Versorgung des Vollmachtgebers tätig sind. Er umfasst damit künftig beispielsweise auch Mitarbeiter von ambulanten Pflege- oder Essensdiensten (vgl. § 1814 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 i. V. mit § 1816 Abs. 6 BGB n. F.).

Die sog. **Kontrollbetreuung**, die bislang in § 1896 Abs. 3 BGB nur als besonderer Aufgabenkreis des Betreuers geregelt war, hat nun einschließlich deren Voraussetzungen in **§ 1820 Abs. 3 BGB n. F.** eine eigenständige Regelung gefunden.

§ 1820 Abs. 5 BGB n. F. betrifft den **Widerruf der Vorsorgevollmacht**, wobei das Widerrufsrecht künftig jedem Betreuer (nicht nur dem Kontrollbetreuer) im Rahmen seines Aufgabenkreises – und ohne dass dies explizit ausgesprochen werden müsste – zustehen soll. Der Widerruf durch einen Betreuer, der nach dem Gesetz nur unter engen Voraussetzungen zulässig ist, bedarf nun erstmals der (vorherigen) betreuungsgerichtlichen **Genehmigung** (S. 2).

Völlig neu ist auch die in **§ 1820 Abs. 4 BGB n. F.** vorgesehene Möglichkeit des Betreuungsgerichts, eine Vorsorgevollmacht **vorläufig zu „suspendieren“**. Hiermit soll dem Bedürfnis Rechnung getragen werden, eine wirksame Vollmacht bei einem bestehenden, aber noch nicht bestätigten Missbrauchsverdacht vorübergehend außer Kraft setzen zu können, ohne sie zugleich widerrufen zu müssen (vgl. BT-Drucks. 19/24445, S. 247). Um sicherzustellen, dass der Bevollmächtigte während des Verbotes keinen Gebrauch von der Vollmacht macht, kann das Gericht zugleich die **Herausgabe der Vollmachtsurkunde** anordnen.

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 5a Abs. 1, 4 S. 2, 8, 9c; HGB § 18 Abs. 2; AO §§ 51 ff., 60a – Firma „gUG (haftungsbeschränkt)“; registergerichtliche Prüfungsbefugnis; Verlangen eines Nachweises bzgl. der Anerkennung als gemeinnützig

BGB §§ 2041, 1066 – Dingliche Surrogation betreffend den Nießbrauch an einem Erbteil bei Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft und Bildung von Wohnungs- und Teileigentum

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

GBO § 29 Abs. 1; BGB §§ 177, 1821, 1908i – Vollmachtsbestätigung durch einen Betreuer bei Handeln eines Bevollmächtigten aufgrund privatschriftlicher Vollmacht; familiengerichtliche Genehmigung

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 5a Abs. 1, 4 S. 2, 8, 9c; HGB § 18 Abs. 2; AO §§ 51 ff., 60a

Firma „gUG (haftungsbeschränkt)“; registergerichtliche Prüfungsbefugnis; Verlangen eines Nachweises bzgl. der Anerkennung als gemeinnützig

I. Sachverhalt

Es ist eine gemeinnützige UG (haftungsbeschränkt) mit zulässiger Firma gegründet worden. Der Rechtsformzusatz soll „gUG (haftungsbeschränkt)“ lauten. Das Registergericht verlangt von der Geschäftsführung einen Nachweis, dass das Finanzamt die Anerkennung als gemeinnützig in Aussicht gestellt hat.

II. Frage

Kann das Registergericht einen solchen Nachweis verlangen?

III. Zur Rechtslage

1. Zulässigkeit der Firmierung mit „gUG (haftungsbeschränkt)“

Hinsichtlich der Firmierung sind im vorliegenden Fall zwei Vorschriften in Einklang zu bringen: Zum einen bestimmt **§ 4 S. 2 GmbHG**, dass die Firma der GmbH den Bestandteil „gGmbH“ enthalten kann, wenn sie ausschließlich und unmittelbar steuerbegünstigte Zwecke nach den §§ 51-58 AO verfolgt. Zum anderen muss die Unternehmergesellschaft gem. **§ 5a Abs. 1 GmbHG** in der Firma die Bezeichnung „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ führen. Bis vor kurzem war umstritten, ob das Zusammenspiel dieser Regelungen auch die Bezeichnung „gUG (haftungsbeschränkt)“ zulässt. Dies wurde verbreitet mit dem Argument abgelehnt, dass § 5a Abs. 1 GmbHG als *lex specialis* § 4 GmbHG verdrängt (s. etwa OLG Karlsruhe RNotZ 2019, 486 Rn. 18; MünchKommGmbHG/Heinze, 3. Aufl. 2018, § 4 Rn. 18a; vgl. auch Gutachten DNotI-Report 2013, 181, 182). Der **BGH** ist dieser Ansicht indes nicht gefolgt und hat die Firmierung mit „gUG (haftungsbeschränkt)“ **jüngst akzeptiert** (DNotZ 2020, 945 Rn. 10 ff. m. Anm. Pietzarka; s. auch Ott, notar 2020, 235).

Seiner Ansicht nach verbietet § 5a Abs. 1 GmbHG Zusätze vor „UG“ nicht (Rn. 12), sondern enthält nur eine Sonderregelung für den Rechtsformzusatz der Unternehmersgesellschaft (Rn. 13).

2. Registergerichtliche Prüfung bzgl. der Anerkennung als gemeinnützig

a) Einordnung und Meinungsstand

Im vorliegenden Fall bezweifelt offenbar weder der Notar noch das Registergericht die grundsätzliche Zulässigkeit der gewählten Firma. Es geht vielmehr um die registerrechtliche Frage, inwieweit das Registergericht die materiell-rechtlichen Voraussetzungen der Firma überprüfen darf, *in concreto*: die (bevorstehende) Anerkennung der Gemeinnützigkeit. Diese Frage (letztlich eine solche der **Firmenwahrheit** oder des Irreführungsverbots, § 18 Abs. 2 HGB) ist nicht neu, sondern hat sich schon vor der Entscheidung des BGH im Hinblick auf die „gGmbH“ gestellt. Soweit sich die **Literatur** damit auseinandersetzt, hält sie es für ausreichend, dass die **Satzung** der GmbH die **Einordnung als gemeinnützig rechtfertigt**; einen Feststellungsbescheid gem. § 60a AO könne das Registergericht nicht verlangen (Scholz/Cziupka, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 4 Rn. 13, mit dem Hinweis in Rn. 12, dass § 4 S. 2 GmbHG mit „gemeinnützig“ einen eigenen firmenrechtlichen Begriff zugrunde lege, der aus der AO nicht hervorgehe; Wicke, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 4 Rn. 11; Wachter, GmbHR 2013, R145, R146; Altmeppen, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 4 Rn. 20; wohl ebenso BeckOK-GmbHG/C. Jaeger, Std.: 1.2.2021, § 4 Rn. 21a; a. A. Roth/Altmeppen/Roth, 8. Aufl. 2015, § 4 Rn. 48a) und auch keine sonstige Stellungnahme des Finanzamts (so ausdrücklich Wachter, GmbHR 2013, R145, R146; MünchKommGmbHG/Heinze, § 4 Rn. 71a). Anderes dürfte jedoch bei abweichenden Anhaltspunkten gelten (vgl. § 18 Abs. 2 S. 2 HGB und Scholz/Cziupka, § 4 Rn. 13).

b) Stellungnahme

Die wohl überwiegende Ansicht erscheint uns überzeugend, denn das Prüfungsrecht des Registergerichts ist im Eintragungsverfahren gem. § 9c GmbHG prinzipiell begrenzt (vgl. auch MünchKommGmbHG/Heinze, § 4 Rn. 71a). Darüber hinaus wird gem. § 18 Abs. 2 S. 2 HGB im Registerverfahren nur die ersichtliche Irreführung berücksichtigt. Dies dürfte es dem Registergericht verbieten, besondere Nachweise ohne weitere Anhaltspunkte zu verlangen. Es kann also **nicht standardmäßig eine Erklärung des Finanzamts verlangen**, und sei es eine vorläufige.

Auch die Ansicht, dass das Registergericht – trotz Abschaffung von § 8 Abs. 1 Nr. 6 GmbHG – ausnahmsweise bei „firmenrechtlicher Relevanz“ öffentlich-

rechtliche Genehmigungen einfordern könne (Leitzen, GmbHR 2009, 480, 482 f.), steht dieser Einschätzung nicht zwingend entgegen. Die erörterten Fälle betreffen berufsrechtliche Firmenzusätze, die „schlechthin nur dann“ geführt werden dürfen, wenn eine entsprechende Zulassung erteilt worden ist (Leitzen, GmbHR 2009, 480, 482; vgl. § 59k Abs. 2 BRAO, § 43 Abs. 4 StBerG, Art. 10 Abs. 2 BayBauKAG). Der auf Gemeinnützigkeit hinweisende Zusatz ist jedoch nicht verpflichtend und vom Gesetz nicht speziell vor missbräuchlicher Verwendung geschützt. Dass das Registergericht nach Eintragung gegen unzulässigen Firmengebrauch einschreiten (vgl. § 392 FamFG) und eine Streichung des „g“ verlangen kann, wenn die Gesellschaft tatsächlich keine steuerbegünstigten Zwecke verfolgt, steht auf einem anderen Blatt. Eine derartige Befugnis ergibt sich aus allgemeinen Grundsätzen.

3. Ergebnis

Auch wenn die Grenzen der Prüfungsbefugnis des Registergerichts nicht abschließend geklärt sind, kann das Registergericht nach unserer Auffassung eine entsprechende Bescheinigung des Finanzamts nicht verlangen.

BGB §§ 2041, 1066

Dingliche Surrogation betreffend den Nießbrauch an einem Erbteil bei Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft und Bildung von Wohnungs- und Teileigentum

I. Sachverhalt

Herr A sowie seine beiden Schwestern sind zu gleichen Teilen Miterben einer auch aus weiteren Beteiligten bestehenden Erbengemeinschaft. Die Erbengemeinschaft ist eingetragener Eigentümer eines Mehrfamilienhauses, das den letzten Nachlassgegenstand der Erbengemeinschaft darstellt.

Herr A hat die Hälfte seines Erbteils auf seine beiden Schwestern zu je ½-Anteil übertragen. Er hat sich für jeden übertragenen Erbteil den Nießbrauch vorbehalten. Der Nießbrauch ist als Recht im Grundbuch in Abteilung II nur lastend auf den seinen Schwestern übertragenen Erbteilen eingetragen. Die Erbengemeinschaft will sich nunmehr auseinandersetzen, und zwar in der Form, dass das Mehrfamilienhaus in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt wird und den einzelnen Miterben – jeweils ihren Erbteilen entsprechend – eine oder mehrere Wohnungen zu Eigentum übertragen werden. Der Nießbrauch an den übertragenen Erbteilen soll sich bei Begründung von Wohnungseigentum und Zuteilung der Wohnungen an die Miterben an den Wohnun-

gen „fortsetzen“, die seine Schwestern in Bezug auf den übertragenen Erbteil erhalten.

II. Frage

Setzt sich der Nießbrauch an den übertragenen Erbteilen im Wege einer dinglichen Surrogation dergestalt durch, dass er ohne Neubestellung an dem zugeteilten Wohnungseigentum entsprechend der übertragenen Erbquote fortbesteht, oder muss er an den Erbteilen aufgegeben und am Wohnungseigentum neu bestellt werden?

III. Zur Rechtslage

1. Erbrechtliche Surrogation

Die erbrechtliche Surrogationsvorschrift des **§ 2041 BGB kommt** im vorliegenden Fall zur Begründung einer dinglichen Surrogation betreffs des Nießbrauchs **nicht in Frage**. Denn zum einen setzt § 2041 BGB ein Sondervermögen voraus, gilt also grundsätzlich nur für die Erbengemeinschaft (BeckOK-BGB/Lohmann, Std.: 1.2.2021, § 2041 Rn. 1). Dementsprechend ordnet § 2032 Abs. 2 BGB an, dass (u. a.) § 2041 BGB nur „bis zur Auseinandersetzung“ Anwendung findet. Vorliegend wird die Erbengemeinschaft zumindest hinsichtlich des Mehrfamilienhauses jedoch gerade auseinandergesetzt. Zudem würde § 2041 S. 1 BGB auch hinsichtlich der vorliegend gewünschten Rechtsfolge nicht passen. Denn die Vorschrift ordnet die kraft Gesetzes eintretende Zugehörigkeit bestimmter Surrogate zur Erbengemeinschaft – also zum erbengemeinschaftlich gebundenen Vermögen – an. Zum Fortbestand von Belastungen erbengemeinschaftlich gebundener Gegenstände – wie vorliegend des Nießbrauchs – verhält sie sich dagegen nicht.

2. Surrogation nach Nießbrauchsrecht (§ 1066 Abs. 3 BGB)

Für eine Surrogation betreffs des Nießbrauchs an dem übertragenen Erbteil kommt **§ 1066 Abs. 3 BGB** in Betracht. Die Vorschrift ordnet in ihrem **unmittelbaren Anwendungsbereich** an, dass bei Aufhebung der Gemeinschaft der **Miteigentümer** im Falle eines am Anteil eines Miteigentümers bestehenden Nießbrauchs dem Nießbraucher der Nießbrauch an den Gegenständen gebührt, die an die Stelle des Anteils treten.

a) Der vorliegende Fall betrifft den Nießbrauch an einem Erbteil. In der Tat kann – wie geschehen – ein Erbteil mit einem Nießbrauch belastet werden (s. etwa OLG Hamburg ZErb 2016, 209 ff.; Gutachten DNotI-Report 2014, 155 f.; Schönert/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1364, 1366). Dabei handelt es sich um einen Nießbrauch an einem Recht i. S. d. §§ 1068 ff. BGB. Für den Inhalt dieses Nießbrauchs finden gem. **§ 1068 Abs. 2 BGB** die Vorschriften über

den Nießbrauch an Sachen entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus den §§ 1069 bis 1084 BGB ein anderes ergibt. Im Rahmen der Verweisung des § 1068 Abs. 2 BGB findet damit auch § 1066 BGB auf den **Nießbrauch an Rechten** – wie hier an dem betreffenden Erbteil – grundsätzlich entsprechende Anwendung (BeckOGK-BGB/Servatius, Std.: 1.11.2019, § 1068 Rn. 19; MünchKommBGB/Pohlmann, 8. Aufl. 2020, § 1068 Rn. 19; Palandt/Herrler, BGB, 80. Aufl. 2021, § 1068 Rn. 2).

Hinsichtlich des Wohnungseigentums hat der BGH jedoch einmal gegen eine entsprechende Anwendbarkeit des § 1066 BGB entschieden (NJW 2002, 1647, 1649). Er hat dies u.a. damit begründet, dass die Wohnungseigentümergeinschaft – im Gegensatz zur Bruchteilsgemeinschaft (vgl. § 749 BGB) – gerade gem. § 11 Abs. 1 WEG unauflöslich sei. Nicht anwendbar soll § 1066 BGB auch bei einem Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen sein (so MünchKommBGB/Pohlmann, § 1068 Rn. 19, 76 f.). Für den hier vorliegenden **Nießbrauch an Erbteilen** ist dagegen **keine Stellungnahme aus Literatur oder Rechtsprechung** zu unserer Kenntnis gelangt, die eine Anwendbarkeit des § 1066 BGB über § 1068 Abs. 2 BGB ablehnen würde. In der Tat spricht für die Anwendung des § 1066 BGB, dass die Erbengemeinschaft – anders als die Wohnungseigentümergeinschaft – gem. § 2042 BGB regelmäßig auf Auseinandersetzung angelegt ist und daher die speziell auf die Situation der Aufhebung der Gemeinschaft zugeschnittenen Regelungen in § 1066 Abs. 2, 3 BGB gerade auch in Verbindung mit dem Nießbrauch an einem Erbteil einen sinnvollen Anwendungsbereich haben. Wir gehen daher davon aus, dass § 1066 Abs. 3 BGB bei der Belastung eines Erbteils mit einem Nießbrauch im Zuge der Aufhebung der Erbengemeinschaft ebenfalls Anwendung findet.

b) Die Aufhebung der Gemeinschaft unter den Miterben folgt an sich den gesetzlichen Regelungen der §§ 2042 Abs. 1, 2, 752 ff. BGB. Jedoch sind die gesetzlich zur Verfügung gestellten Teilungsvorschriften im Grundsatz dispositiv. Eine einvernehmliche vertragliche Regelung aller Miterben ist somit vorrangig (s. nur Palandt/Weidlich, § 2042 Rn. 13 m. w. N.). Wir nehmen daher an, dass die Anwendung von § 1066 BGB nicht zwingend voraussetzt, dass die Erbauseinandersetzung strikt den gesetzlichen Teilungsvorschriften entsprechend erfolgt. Vielmehr **gelten §§ 1068 Abs. 2, 1066 BGB** auch dann, wenn die Art und Weise der Erbauseinandersetzung unter den Miterben i. Ü. – wie hier – **vertraglich geregelt** wird.

c) Nach dem Wortlaut des § 1066 Abs. 3 BGB „gebührt“ dem Nießbraucher im Falle der Aufhebung

der Gemeinschaft der Nießbrauch an den Gegenständen, die an die Stelle des Anteils treten. Diesem Sprachgebrauch des BGB folgend, hat die frühere Rechtsprechung zunächst aus dem Wort „gebührt“ gefolgert, dass der Nießbraucher nur ein obligatorisches Recht auf Bestellung des Nießbrauchs an den Ersatzgegenständen erwirbt (etwa RG JW 1914, 765, 766; KGJ 43, 268, 270; Überblick: Staudinger/Heinze, BGB, 2017, § 1066 Rn. 10; s. auch BeckOGK-BGB/Servatius, § 1066 Rn. 38; Palandt/Herrler, § 1066 Rn. 3). Später hat der BGH für die i. Ü. wortlautgleiche Vorschrift des § 1258 Abs. 3 BGB hinsichtlich des Sachpfandrechts demgegenüber abweichend i. S. d. Befürwortung einer dinglichen Surrogation entschieden. Er hat dabei – auch unter Heranziehung von § 1066 Abs. 3 BGB – mit der Schutzfunktion des Pfandrechts argumentiert. Die Annahme eines bloß obligatorischen Anspruchs auf Bestellung eines neuen Pfandrechts ziehe die Gefahr eines Rangverlustes des Pfandrechts und damit vielfach der Einbuße seines wirtschaftlichen Wertes nach sich. Dem sei durch die Annahme einer dinglichen Surrogation zu begegnen (BGH NJW 1969, 1347, 1348 f.; daran anschließend: BGH NJW 1972, 1045 f.). Die einhellige Auffassung in der Literatur tritt im Anschluss an die genannte Grundsatzentscheidung des BGH auch für den wortlautgleichen § 1066 Abs. 3 BGB für ein Verständnis i. S. e. **dinglichen Surrogation** und nicht bloß eines schuldrechtlichen Anspruchs auf Neubestellung des Nießbrauchs ein (s. nur Staudinger/Heinze, § 1066 Rn. 10; BeckOGK-BGB/Servatius, § 1066 Rn. 38; MünchKommBGB/Pohlmann, § 1066 Rn. 28). Auch die neuere Rechtsprechung (LG Saarbrücken NJW-RR 2010, 24, 25) hat sich dieser Auslegung des § 1066 Abs. 3 BGB angeschlossen. Der **Nießbrauch entsteht also kraft Gesetzes dinglich außerhalb des Grundbuches**, sobald ein Gegenstand an die Stelle des ideellen Anteils tritt. Die nachfolgende Grundbucheintragung des Nießbrauchs ist dann nur noch eine Grundbuchberichtigung (§ 894 BGB).

3. Rechtsfolgen für den vorliegenden Sachverhalt

Zu den Rechtsfolgen der auch für §§ 1068 Abs. 2 i. V. m. 1066 Abs. 3 BGB sonach anzunehmenden dinglichen Surrogation hat die Literatur nicht detaillierter Stellung genommen. Rein persönlich neigen wir – bezogen auf den hier unterbreiteten Sachverhalt – zu folgender Einschätzung: Unterstellt sei beispielsweise, dass A und seine beiden Schwestern jeweils Miterben zu je 1/5 (20 %) geworden sind, A jeweils einen Erbanteil von je 5 % (5/100) an seine beiden Schwestern übertragen und sich daran den Nießbrauch vorbehalten hat.

Die beiden Schwestern hätten nach dieser Übertragung dementsprechend eine vermögensmäßige Nachlassbe-

teilung i. H. v. jeweils 25 %. An jeweils 5 % würde der dem A vorbehaltene Nießbrauch lasten. Insgesamt wäre damit bei jeder Schwester 1/5 ihrer vermögensmäßigen Stellung (5/25) von der Nießbrauchsbelastung betroffen. Wird nun die Erbengemeinschaft auseinandergesetzt und erhält jede Schwester bspw. ein Wohnungseigentum, so würden wir folglich davon ausgehen, dass an die Stelle des Nießbrauchs an den Erbteilen kraft dinglicher Surrogation ein Nießbrauch an einem Miteigentumsbruchteil des neu erworbenen Wohnungseigentums tritt (s. hierzu Schöner/Stöber, Rn. 1366). Konkret würde sich der **Nießbrauch** im gebildeten Zahlenbeispiel bei beiden Schwestern an einem 1/5-Bruchteil des jeweiligen Wohnungseigentums **kraft dinglicher Surrogation fortsetzen**, also **entsprechend** dem bisherigen Verhältnis von **nießbrauchsbelastetem Anteil zur gesamten vermögensmäßigen Beteiligung** der Schwester am Nachlass (5/25). Darauf hinzuweisen ist aber, dass es sich bei dieser Rechtsanwendung lediglich um unsere persönliche Einschätzung handelt; spezifisch diese Konstellation betreffende Rechtsprechung und Literatur konnten wir insoweit nicht ausfindig machen.

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 §§ 2038, 2040; GBO § 29

Grundstücksverfügung zur Vermächtniserfüllung aufgrund Mehrheitsbeschlusses der Erbengemeinschaft als Maßnahme ordnungsgemäßer Nachlassverwaltung; Problematik des grundbuchlichen Nachweises

Abruf-Nr.:

BauGB § 172 Abs. 1 S. 4

Milieuschutzsatzung: Genehmigungserfordernis bei der Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

GBO § 29 Abs. 1; BGB §§ 177, 1821, 1908i

Vollmachtsbestätigung durch einen Betreuer bei Handeln eines Bevollmächtigten aufgrund privatschriftlicher Vollmacht; familiengerichtliche Genehmigung

1. Eine den Anforderungen des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO genügende Vollmachtsbestätigung kann nicht durch einen (weiteren) Vertreter desjenigen erklärt werden, der die ursprüngliche Vollmacht erteilt hat.

2. Die Genehmigung der von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht gemäß § 177 Abs. 1 BGB vorgenommenen Belastung des Grundstücks eines Betreuten mit einer Grundschuld durch den Betreuer unterliegt ihrerseits dem Genehmigungsvorbehalt nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1; § 1908i Abs. 1 BGB.

OLG Nürnberg, Beschl. v. 30.7.2020 – 15 W 2126/20

Problem

Ein Bevollmächtigter bestellte aufgrund einer privatschriftlich erteilten Vorsorgevollmacht zur Absicherung eines Darlehens des Vollmachtgebers auf dessen Grundstück eine Grundschuld. Nachfolgend wurde für den zwischenzeitlich geschäftsunfähigen Vollmachtgeber ein Betreuer bestellt, dessen Aufgabenkreis unter anderem die Belastung des genannten Grundstücks umfasste. Mit notarieller Erklärung genehmigte der Betreuer die Grundschuldbestellungsurkunde „ihrem ganzen Inhalt nach“ und bestätigte die in der Urkunde genannte Vorsorgevollmacht. Aufgrund dieser Urkunden wurde die Eintragung der Grundschuld im Grundbuch beantragt. Das Grundbuchamt verlangte mit Zwischenverfügung für die Grundschuldbestellung zusätzlich die Genehmigung des Betreuungsgerichts; es vertrat die Ansicht, dass der Betreuer zwar die Grundschuldbestellung wirksam genehmigen könne, nicht aber durch „Vollmachtsbestätigung“ aus einer privatschriftlichen Vollmacht „eine für das Grundbuchverfahren notwendige öffentlich beglaubigte Urkunde machen“ könne. Dagegen legte der Urkundsnotar im Namen der Grundstückseigentümerin Beschwerde ein.

Entscheidung

Das OLG Nürnberg hält die zulässigerweise eingelegte Beschwerde für unbegründet. Es schließt sich der Rechtsansicht des Grundbuchamts an, dass der **Betreuer** mit seiner notariell beglaubigten Erklärung die Grundschuldbestellung durch den privatschriftlich Bevollmächtigten **lediglich genehmigen**, nicht aber die privatschriftliche Vollmacht in der gem. § 29 GBO erforderlichen Form bestätigen konnte.

Zur Begründung führt das OLG Nürnberg aus, dass eine öffentlich beglaubigte „Vollmachtsbestätigung“ (auch „Vollmachtsanerkennnis“ oder „Vollmachtsverständnis“ genannt), zwar allgemein anerkannt sei, um bei privatschriftlichen Vollmachten nachträglich den Formerfordernisses des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO zu genügen (vgl. RGZ 104, 358, 361; BGH NJW 1959, 883; BayObLG MittBayNot 1984, 186, 187). Eine solche **Vollmachtsbestätigung** könne aber **nur durch den Vollmachtgeber selbst** und **nicht durch seinen Vertreter** (Betreuer) abgegeben werden. Der Betreuer könne bezüglich der Vollmachtserteilung lediglich als Zeuge über eine tatsächliche Wahrnehmung in der Vergangenheit berichten. Eine Beweisaufnahme finde im Grundbuchverfahren aber grundsätzlich nicht statt. Rechtsprechung bezüglich anderer Wissenserklärungen – wie z. B. der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung im Erbscheinsverfahren, die zumindest im Falle der Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen ein Vertreterhandeln anstelle des Betroffenen zulässt (vgl. OLG Celle NJW-RR 2018, 1031) – hält das OLG Nürnberg für nicht einschlägig bzw. nicht vergleichbar.

Auf die im entschiedenen Fall durch den Betreuer erklärte Genehmigung der Grundschuldbestellungsurkunde wendet das OLG Nürnberg § 177 Abs. 1 BGB an. Dass die Grundschuldbestellung „möglicherweise materiell-rechtlich wirksam“ (vgl. § 167 Abs. 2 BGB) sei, stehe dem nicht entgegen.

Die Genehmigung des Betreuers bedarf aus Sicht des OLG Nürnberg ihrerseits nach den §§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB der **Genehmigung des Betreuungsgerichts**. Denn der Betreuer könne den bei Abschluss des Vertretergeschäfts bestehenden Mangel der Vertretungsmacht nur im Rahmen der ihm übertragenen Rechtsmacht – die durch den Vorbehalt der betreuungsgerichtlichen Genehmigung gerade eingeschränkt sei – heilen. Das Genehmigungserfordernis wird nach Ansicht des Gerichts auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass ggf. eine rechtlich erzwingbare Verpflichtung zur Vornahme des genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfts besteht. Der konkrete Prüfungsumfang des Betreuungsgerichts in dieser Fallkonstellation wird vom Gericht nicht näher beurteilt.

Hinweis

Da privatschriftliche Vollmachten – auch Vorsorgevollmachten – relativ häufig sind, ist die Frage, ob bei Grundstücksgeschäften die für Grundbuchzwecke (vgl. § 29 Abs. 1 GBO) erforderliche „Vollmachtsbestätigung“ im Falle der zwischenzeitlich eingetretenen Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers ggf. von seinem gesetzlichen Vertreter (Betreuer) abgegeben werden kann, sehr praxisrelevant. Dies gilt insbesondere für unent-

geltliche Rechtsgeschäfte. Die Entscheidung des OLG Nürnberg ist – soweit ersichtlich – die erste gerichtliche Entscheidung zur Thematik (mittlerweile hat sich auch das OLG Brandenburg, Beschluss vom 19.1.2021 – 5 W 124/20 – n.v. – der vorstehenden Rechtsansicht angeschlossen). Da die aufgeworfenen Rechtsfragen nicht erschöpfend behandelt worden sind und die Begründung des Gerichts neue Fragen aufwirft, wäre eine höchstrichterliche Klärung der Problematik wünschenswert. Die Rechtsbeschwerde wurde jedoch nicht zugelassen.

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessorin Ricarda Lotte

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 8 Abs. 3, 9a Abs. 1; BGB §§ 307, 309 Nr. 2, 650u; MaBV § 3 – Ausschluss der Rechte als „werdender Wohnungseigentümer“ im Bauträgervertrag; Allgemeine Geschäftsbedingungen

BGB § 1767 – Volljährigenadoption eines Geschäftsunfähigen; Vertretung bei Antragstellung; Bestellung eines Ergänzungsbetreuers; Genehmigungserfordernis

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 1821 Abs. 1 Nr. 1; GBO § 19 – Überlassung eines Grundstücks unter Nießbrauchvorbehalt; (kein) Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung

BrBG § 6 Abs. 2 S. 1; GBO § 29; BGB § 129 – Beglaubigung von Unterschriften durch die Betreuungsbehörde; transmortale Vollmacht

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 8 Abs. 3, 9a Abs. 1; BGB §§ 307, 309 Nr. 2, 650u; MaBV § 3

Ausschluss der Rechte als „werdender Wohnungseigentümer“ im Bauträgervertrag; Allgemeine Geschäftsbedingungen

I. Sachverhalt

Ein Bauträger wünscht in den für eine Wohnungseigentumsanlage abzuschließenden Bauträgerverträgen die Aufnahme einer Regelung dahingehend, dass die jeweiligen Erwerber ihre Rechte, die ihnen als „werdende Wohnungseigentümer“ gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft zustehen – insbesondere das Stimmrecht in der Eigentümerversammlung – erst ausüben können, wenn der Kaufpreis vollständig gezahlt ist.

II. Frage

Verstößt eine solche Regelung gegen die Bestimmungen des § 9a Abs. 1 S. 2 WEG i. V. m. § 8 Abs. 3 WEG oder gegen AGB-Recht?

III. Zur Rechtslage

1. Hintergrund der Regelung

Nach der bis zum 30.11.2020 geltenden Rechtslage entstand die Wohnungseigentümergeinschaft bei einer Teilung gem. § 8 WEG grundsätzlich erst mit der Umschreibung mindestens einer Wohnungseigentumseinheit auf einen neuen Eigentümer und damit – insbesondere bei Bauträgerprojekten – in der Regel zu einem sehr späten Zeitpunkt. Nach der Neuregelung in § 9a Abs. 1 S. 2 WEG durch das WEMoG (BGBl. Teil I v. 22.10.2020, S. 2187) und der damit verbundenen Anerkennung der Ein-Personen-Gemeinschaft ist das Konstrukt der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft obsolet geworden (Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rn. 286; Dötsch/Schultzky/Zscheschack, WEG-Recht 2021, Kap. 2 Rn. 1; MünchKommBGB/Burgmair, 8. Aufl. 2021, § 9a WEG Rn. 26; BeckOGK/

Falkner, Std.: 1.12.2020, § 9a WEG Rn. 72; BeckOK-WEG/Müller, Std.: 2.4.2021, § 9a Rn. 61). Der Zeitpunkt der Entstehung der Gemeinschaft ist damit auf den Zeitpunkt der Anlegung der Wohnungsgrundbücher (im Vergleich zum alten Recht) nach vorne verlagert worden. § 9a Abs. 1 S. 2 WEG sagt jedoch nichts darüber aus, ob und gegebenenfalls ab welchem Zeitpunkt einen Erwerber, auf den das Wohnungseigentum im Grundbuch noch nicht umgeschrieben wurde, Rechte und Pflichten nach dem WEG treffen (Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 8 Rn. 73). Diese Frage hat der Gesetzgeber nunmehr in § 8 Abs. 3 WEG geregelt. Danach gilt ein Erwerber, der einen vormerkungsgesicherten Anspruch auf Übertragung von Wohnungseigentum gegen den teilenden Eigentümer hat, **im Innenverhältnis als Wohnungseigentümer**, sobald ihm der **Besitz** an den zum Sondereigentum gehörenden Räumen **übergeben** wurde. Die Rechtsverhältnisse der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu Dritten wird durch diese Rechtsfigur nicht berührt (Dötsch/Schultzky/Zscheschack, Kap. 2 Rn. 39).

Der BGH hatte das Institut der „werdenden Wohnungseigentümergeinschaft“ vor der WEG-Reform entwickelt, um dem „Demokratisierungsinteresse“ der Erwerber Rechnung zu tragen (BGH DNotZ 2008, 649; NJW 2012, 2650; DNotZ 2016, 522, zuletzt auch DNotZ 2020, 842 zum „Nachzüglerfall“). Die neu errichtete Wohnanlage muss üblicherweise bereits ab dem Zeitpunkt der Bezugsfertigkeit bzw. der Übergabe der verkauften Wohnungen bewirtschaftet und verwaltet werden. Nach Auffassung der Rechtsprechung sollte dies sinnvollerweise nicht allein dem Veräußerer überlassen bleiben, sondern unter Mitwirkung der künftigen Eigentümer erfolgen (BGH DNotZ 2020, 842 Rn. 15). Bei der Regelung des § 8 Abs. 3 WEG handelt es sich insofern um eine Kodifizierung von Richterrecht (Wicke, ZWE 2021, 21, 25; Palandt/Wicke, BGB, 80. Aufl. 2021, § 8 WEG Rn. 8; zur rechtspolitischen Rechtfertigung der Kodifizierung vgl. Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 290).

Auch wenn die systematische Stellung der Vorschrift (§ 8 WEG – Teilung durch den Eigentümer – sachenrechtliche Ebene) etwas anderes suggeriert, ändert sich für den werdenden Wohnungseigentümer die sachenrechtliche Zuordnung nicht. Vielmehr wird der üblicherweise mit der sachenrechtlichen Zuordnung verbundene Status als Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft zeitlich nach vorne verlagert (vgl. Hügel/Elzer, § 8 Rn. 83).

2. Rechte und Pflichten als werdender Wohnungseigentümer

Mit der Stellung als „werdender“ Wohnungseigen-

tümer gehen sowohl Rechte als auch Pflichten einher. Der werdende Wohnungseigentümer hat ab dem in § 8 Abs. 3 WEG bestimmten Zeitpunkt die **Lasten und Kosten** gem. § 16 Abs. 2 WEG zu tragen und die Pflichten nach § 14 WEG zu erfüllen. Im Gegenzug kann er die Verwaltungsrechte nach §§ 18 ff. WEG ausüben, namentlich insbesondere auch das **Stimmrecht** in der Versammlung der Wohnungseigentümer (vgl. zu den weiteren Rechtsfolgen im Einzelnen: Dötsch/Schultzky/Zscheschack, Kap. 2 Rn. 36). Die Rechtsfolge entspricht der gesetzlichen Regelung im Kaufrecht zum Besitz-Nutzen-Lasten-Übergang in § 446 S. 2 BGB (Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 287). § 8 Abs. 3 WEG verlagert diese Rechtsfolge auf die Ebene der Mitgliedschaft. Der Erwerber wird so behandelt, als ob er bereits als Wohnungseigentümer im Grundbuch eingetragen und damit Mitglied der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer geworden sei.

3. (Teilweiser) Ausschluss der Rechte

a) Abdingbarkeit des § 8 Abs. 3 WEG

Teilweise wird vertreten, dass § 8 Abs. 3 WEG gänzlich **unabdingbar** sei (v. Türckheim, notar 2021, 1, 8; wohl auch LG Frankfurt a.M. NJW-RR 2021, 206). Dies scheint trotz des in § 10 Abs. 1 S. 2 WEG niedergelegten Grundsatzes der Abdingbarkeit überzeugend, da es sich bei der Regelung letztlich um eine gesetzliche Fiktion bzgl. der Wirkungen der Mitgliedschaft handelt, die vor allem dem Schutz des Erwerbers dient und damit zwingenden Charakter haben dürfte.

b) Unwirksamkeit in Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Vorliegend dürfte sich die Unwirksamkeit ohnehin jedenfalls aus § 307 Abs. 1 S. 1 BGB ergeben. Im vorliegenden Fall handelt es sich – wie regelmäßig beim Bauträgervertrag – um Allgemeine Geschäftsbedingungen (vgl. zum Beweis des ersten Anscheins für Allgemeine Geschäftsbedingungen beim Bauträgervertrag jüngst OLG Schleswig DNotZ 2021, 179, bereits in diese Richtung auch BGH DNotZ 1993, 235). Durch die Regelung sollen lediglich die Rechte, die dem werdenden Wohnungseigentümer zustehen (insbesondere das Stimmrecht), beim veräußernden Bauträger verbleiben. Die Pflichten des werdenden Wohnungseigentümers möchte dieser hingegen nicht übernehmen. Denn der Bauträger wird in der Praxis regelmäßig an Letzterem kein Interesse haben, da dies mit einer Kostentragungspflicht auch nach Übergabe des Sondereigentums gem. § 16 Abs. 2 WEG einhergehen würde.

Auch wenn wir zur AGB-rechtlichen Zulässigkeit keine ausdrücklichen Stellungnahmen in der Literatur oder Rechtsprechung finden konnten, halten wir es für

überwiegend wahrscheinlich, dass ein Gericht eine entsprechende Regelung als **unangemessene Benachteiligung** i. S. d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB ansehen würde. Denn diese ist gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Welche Vorschriften insofern Leitbildcharakter haben, was also zum wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung gehört, hängt vom Zweck der Regelung und der durch sie getroffenen Wertentscheidung ab (Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, § 307 Rn. 114).

Der Grundgedanke der Rechtsprechung zum werdenden Wohnungseigentümer (und damit auch der Kodifizierung in § 8 Abs. 3 WEG) liegt – wie oben dargestellt – darin, dem künftigen Wohnungseigentümer die Möglichkeit zu geben, seine Rechte als Wohnungseigentümer bereits auszuüben, bevor er als solcher im Grundbuch eingetragen ist. Im Sinne einer „Demokratisierung“ soll gewährleistet werden, dass nicht der aufteilende Eigentümer alleine über das weitere Schicksal der Gemeinschaft bestimmen kann, obwohl die Rechtsfolgen alleine die künftigen Wohnungseigentümer treffen.

Wird im Bauträgervertrag keine Regelung getroffen, so gehen mit der Übergabe auch die Nutzungen auf den Käufer über und er trägt die Lasten der Sache (Esbjörnsson, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 2 Rn. 224). Zu den Nutzungen gem. § 100 BGB gehört unter anderem auch das Stimmrecht des Wohnungseigentümers (KG OLGZ 1979, 290; Palandt/Ellenberger, § 100 Rn. 1; BeckOK-BGB/Fritzsche, Std.: 1.11.2020, § 100 Rn. 8; MünchKommBGB/Stressemann, 8. Aufl. 2018, § 100 Rn. 3; Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 287). Eine Regelung dahingehend, dass der werdende Wohnungseigentümer zwar die Kosten und Lasten des Wohnungseigentums tragen soll, hieraus aber keine Rechte ausüben kann, stellt dementsprechend eine **einseitige Modifikation des § 446 S. 2 BGB** zu Lasten des Verbrauchers dar. § 446 S. 2 BGB findet zwar im Werkvertragsrecht keine unmittelbare Anwendung, § 644 BGB enthält jedoch nur eine abweichende Regelung von § 446 S. 1 BGB zur Gefahrtragung, sodass der in § 446 S. 2 BGB niedergelegte Rechtsgedanke des Kaufrechts auch im Bauträgervertragsrecht Anwendung findet (Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 3 Rn. 121; Esbjörnsson, in: Beck'sches Notar-Handbuch, § 2 Rn. 224), zumal es sich beim Bauträgervertrag ohnehin um einen gemischttypischen Vertrag handelt, der sowohl kauf- als auch werkvertragliche Elemente enthält (BeckOGK-BGB/Matkovic, Std.: 1.4.2020, § 650u Rn. 1).

Gleichzeitig vermögen wir ein **berechtigtes Interesse des Bauträgers** an einer solchen Regelung, das man zu seinen Gunsten für eine Angemessenheit i. S. d. § 307 Abs. 1 BGB anführen könnte, **nicht zu erkennen**. Man muss sich vielmehr vor Augen führen, dass es dem Bauträger aller Wahrscheinlichkeit nach darum geht, ein „Druckmittel“ in die Hand zu bekommen, dass der Käufer den Kaufpreis vollständig zahlt. Ausgangspunkt der Problematik ist § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 MaBV, wonach der Bauträger im Rahmen eines Bauträgervertrags die Schlussrate erst nach vollständiger Fertigstellung entgegennehmen darf. Eine vollständige Fertigstellung liegt erst dann vor, wenn sämtliche Protokollmängel beseitigt sind (KG DNotZ 2019, 634). Diese Fälligkeitsregelung der MaBV soll dem Erwerber ermöglichen, sich gegenüber dem Bauträger auf Minderungs- bzw. Leistungsverweigerungsrechte berufen zu können (OLG Hamburg BeckRS 2020, 29306 Rn. 70) und nicht den beschwerlichen Rechtsweg eines Rechtsstreits auf Rückzahlung des Kaufpreises oder eines Kaufpreisanteils gehen zu müssen. In jüngster Vergangenheit hat die Rechtsprechung deshalb insbesondere Regelungen für unwirksam gehalten, wonach der Erwerber verpflichtet wird, die Schlussrate unabhängig vom Vorliegen von Mängeln auf ein Notaranderkonto zu bezahlen (OLG Schleswig NZBau 2020, 371; OLG Hamburg BeckRS 2020, 29306; KG DNotZ 2019, 634; RNotZ 2020, 178). Diese Fälle sind mit dem vorliegenden Fall zwar nur begrenzt vergleichbar, sie zeigen aber, dass die Rechtsprechung Regelungen grundsätzlich kritisch sieht, die dem Erwerber faktisch die Möglichkeit nehmen, sein Leistungsverweigerungsrecht gem. § 320 BGB geltend zu machen. Dann steht nicht nur ein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 BGB, sondern auch gegen § 309 Nr. 2 lit. a) BGB im Raum.

Einen Verstoß gegen § 309 Nr. 2 lit. a) BGB wird man vorliegend zwar nicht bejahen können, da dem Erwerber die (rechtliche) Möglichkeit, sich auf das Leistungsverweigerungsrecht gem. § 320 BGB zu berufen, nicht genommen oder eingeschränkt wird. Dem Bauträger wird aber ein Druckmittel in die Hand gegeben, dass der Erwerber von diesem Leistungsverweigerungsrecht keinen Gebrauch macht. Ob man dies für einen Verstoß gegen § 309 Nr. 2 lit. a) BGB genügen lässt, kann vorliegend dahinstehen. Der Erwerber wäre nämlich bis zur Zahlung der Schlussrate „stimmrechtslos“ gestellt, was mit dem Grundgedanken des § 8 Abs. 3 WEG nicht zu vereinbaren wäre, sodass jedenfalls ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vorliegen dürfte. Demzufolge wird eine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 307 Abs. 1 BGB indiziert (vgl. BGH NJW 2009, 2051; Wolf/Lindacher/Pfeiffer, § 307 Rn. 104).

c) Ergebnis

Wir gehen davon aus, dass § 8 Abs. 3 WEG nicht abdingbar ist. Ein (einseitiger) Ausschluss zulasten des Erwerbers im Bauträgervertrag hält jedenfalls einer AGB-Inhaltskontrolle nicht stand.

BGB § 1767

Volljährigenadoption eines Geschäftsunfähigen; Vertretung bei Antragstellung; Bestellung eines Ergänzungsbetreuers; Genehmigungserfordernis

I. Sachverhalt

Das leibliche Kind der Ehefrau soll von deren Ehemann adoptiert werden (Stiefkindadoption). Das anzunehmende Kind ist volljährig, aber geschäftsunfähig. Die leibliche Mutter des Kindes ist dessen gerichtlich bestellte Betreuerin. Ersatzbetreuer ist der Stiefvater, der das Kind adoptieren möchte.

II. Fragen

1. Kann der gerichtlich bestellte Betreuer eines volljährigen Geschäftsunfähigen für den Betreuten wirksam die Einwilligung in dessen Adoption (mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption) durch den Stiefvater erteilen?

2. Bedarf der Adoptionsantrag der Genehmigung durch das Betreuungsgericht?

3. Kann die Mutter des Anzunehmenden, die auch dessen gerichtlich bestellte Betreuerin ist, diesen bei der Abgabe der Einwilligungserklärung wirksam vertreten, ohne dass es der Bestellung eines Ergänzungsbetreuers bedarf?

III. Zur Rechtslage

1. Vorbemerkung

Zunächst bleibt kurz darauf hinzuweisen, dass es im Rahmen der Volljährigenadoption zwei Formen gibt, die unterschieden werden müssen: die „normale“ **Volljährigenadoption** i. S. d. §§ 1767 ff. BGB **mit schwachen Wirkungen** sowie die Volljährigenadoption **mit den Wirkungen der Minderjährigennahme** (§ 1772 BGB). Letztere ist nur unter den in § 1772 BGB geregelten, besonderen Voraussetzungen zulässig und hätte zur Folge, dass der Anzunehmende – wie im Falle der Minderjährigenadoption – vollständig in die Familie des Stiefvaters integriert würde, während das Verwandtschaftsverhältnis zum leiblichen Vater und dessen Verwandten erlöschen würde (vgl. § 1772 BGB i. V. m. §§ 1754 Abs. 1, 1755 Abs. 1, 2 BGB; als Stiefkindadoption blieben die Verwandtschaftsbeziehungen

zur leiblichen Mutter und deren Verwandten bestehen). Da folglich die Verwandtschaftsbeziehungen zu den leiblichen Verwandten – vorliegend nur zu dem leiblichen Vater – betroffen sind, ist nach § 1772 Abs. 1 S. 2 BGB der Ausspruch einer Volljährigenadoption mit den Wirkungen der Minderjährigenadoption nur zulässig, wenn der Adoption nicht die überwiegenden Interessen der Eltern – vorliegend nur des leiblichen Vaters – des Anzunehmenden entgegenstehen. Im Adoptionsverfahren sind daher zwingend die Interessen des leiblichen Vaters zu berücksichtigen und dieser zudem am Verfahren zu beteiligen (§ 188 Abs. 1 Nr. 1b FamFG).

Soll lediglich ein Verwandtschaftsverhältnis zum Stiefvater hergestellt werden, ohne dass eine Verwandtschaftsbeziehung auch zu dessen Verwandten entstehen soll und ohne dass die Verwandtschaftsbeziehung zum leiblichen Vater beendet werden soll, wäre demgegenüber eine „normale“ Volljährigenadoption i. S. v. § 1767 BGB ausreichend. Voraussetzung wäre dann nur, dass die Annahme sittlich gerechtfertigt ist. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist (vgl. § 1767 Abs. 1 BGB).

Vor Antragstellung muss daher ggf. mit den Beteiligten geklärt werden, ob wirklich eine Volljährigenadoption mit den Wirkungen der Minderjährigenadoption durchgeführt werden soll oder eine „normale“ Volljährigenadoption genügen würde.

2. Vertretung bei Antragstellung

Die Volljährigenadoption erfolgt in jedem Fall gem. § 1768 Abs. 1 S. 1 BGB durch Beschluss des Familiengerichts. Erforderlich sind hierfür Anträge des Annehmenden und des Anzunehmenden, die notariell beurkundet werden müssen (vgl. § 1767 Abs. 2 i. V. m. § 1752 Abs. 2 S. 2 BGB).

Ist der Anzunehmende – wie im vorliegenden Fall – **geschäftsunfähig** i. S. v. § 104 Nr. 2 BGB, muss für diesen der **Antrag** gem. § 1768 Abs. 2 BGB durch seinen **gesetzlichen Vertreter gestellt** werden. Gesetzlicher Vertreter des Volljährigen ist sein Betreuer (§§ 1896, 1902 BGB) im Rahmen des ihm übertragenen Aufgabenkreises. Ob der Aufgabenkreis des Betreuers im vorliegenden Fall den Antrag umfasst, ist Tatfrage.

Möchte der gesetzliche Vertreter den von ihm vertretenen selbst annehmen, muss nach überwiegender Ansicht der Kommentarliteratur ein Ergänzungspfleger i. S. v. § 1909 BGB bestellt werden, da sie dies als unzulässiges In-sich-Geschäft i. S. d. §§ 1795

Abs. 2, 181 BGB einordnet (so Staudinger/Helms, BGB, 2019, § 1768 Rn. 4; NK-BGB/Dahm, 4. Aufl. 2021, § 1768 Rn. 2; Palandt/Götz, BGB, 80. Aufl. 2021, § 1768 Rn. 2). Für den Betreuer, auf den die Vertretungsverbote der §§ 1795 Abs. 2, 181 BGB über § 1908i Abs. 1 S. 1 entsprechend Anwendung finden, dürfte dies ebenfalls gelten. Möchte der **Betreuer** selbst den **Betreuten annehmen**, bedürfte es somit der **Bestellung eines Ergänzungsbetreuers** i. S. v. § 1899 Abs. 4 BGB.

Im vorliegenden Fall besteht jedoch die Besonderheit, dass der Stiefvater, der die Adoption vornehmen will, nicht primärer gesetzlicher Vertreter (Hauptbetreuer) des Geschäftsunfähigen ist, sondern lediglich Ergänzungsbetreuer. Daher könnte die Mutter, die Hauptbetreuerin ist, möglicherweise den Geschäftsunfähigen bei der Antragstellung vertreten. Wenn die h. M. in der Literatur aber in Bezug auf den Annehmenden ein Vertretungsverbot i. S. d. §§ 1795 Abs. 2, 181 BGB bejaht, dürfte für dessen **Ehegatten** (hier: Kindesmutter) das **Vertretungsverbot des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB** eingreifen, das über § 1908i Abs. 1 S. 1 BGB entsprechende Anwendung findet. Aus Sicht der Betreuerin (Kindesmutter) läge bei dem Antrag ein Rechtsgeschäft mit ihrem Ehegatten vor, bei dem sie den Betreuten (ihr Kind) vertreten will (§ 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB).

Nach unserer Auffassung ist daher davon auszugehen, dass für die Antragstellung die Bestellung eines (weiteren) Ergänzungsbetreuers für das volljährige Kind erforderlich ist, da sowohl die Mutter als auch der Stiefvater von der Vertretung des Anzunehmenden ausgeschlossen sind.

3. Erfordernis einer Genehmigung?

Ein Genehmigungserfordernis für die Antragstellung durch den gesetzlichen Vertreter sieht § 1768 Abs. 2 BGB nicht vor. Auch ansonsten ist **kein Genehmigungserfordernis** hierfür ersichtlich.

Dies erscheint aus unserer Sicht auch überzeugend, da die beantragte Adoption ohnehin umfassend durch das Familiengericht zu prüfen ist. Sie wird nur dann durch Beschluss ausgesprochen, wenn die gesetzlich geregelten materiellen und formellen Voraussetzungen der Adoption vorliegen, das Gericht also insbesondere davon überzeugt ist, dass die Adoption dem Wohl des Anzunehmenden entspricht und diese auch sittlich gerechtfertigt ist (vgl. § 1767 Abs. 1 BGB). Im Falle einer Volljährigenadoption mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption müssen – wie unter 1. ausgeführt – zusätzlich die besonderen Voraussetzungen des § 1772 BGB erfüllt sein.

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.

WEG §§ 12, 26 Abs. 3, 23 Abs. 3; MaßnG-GesR § 6 Abs. 1

Verwalternachweis bei der Verwalterbestellung mittels Umlaufbeschluss; Wiederaufleben der Verwalterbestellung; Covid-19-Gesetz

Abruf-Nr.:

BGB § 1602

Obliegenheit zur Vermögensverwertung betreffs einer vom erstverstorbenen Elternteil erlangten Erbschaft vor Inanspruchnahme des überlebenden Elternteils auf Kindesunterhalt

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB § 1821 Abs. 1 Nr. 1; GBO § 19

Überlassung eines Grundstücks unter Nießbrauchvorbehalt; (kein) Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung

Die Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Grundpfandrechts im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb eines Minderjährigen ist jedenfalls dann nicht nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungsbedürftig, wenn sich die Belastung bei wirtschaftlicher Betrachtung als Teil des Erwerbsvorgangs darstellt und die Auflassung und die dingliche Einigung über die Belastung gleichzeitig erfolgen; die Belastung bedarf nicht deshalb der familiengerichtlichen Genehmigung, weil ihre Eintragung in das Grundbuch erst nach Umschreibung des Eigentums an dem Grundstück bewilligt und beantragt wird.

BGH, Beschl. v. 11.3.2021 – V ZB 127/19

Problem

In einem notariell beurkundeten Vertrag wurde die Auflassung eines Miteigentumsanteils an einem in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstück an einen Minderjährigen erklärt. Die Übertragende behielt sich dabei

sowohl den Nießbrauch als auch das Recht vor, unter bestimmten Voraussetzungen die Rückübertragung zu verlangen. Die Eintragungsanträge durften auch getrennt gestellt werden. Die Beteiligten beantragten zunächst ausschließlich die Umschreibung des Eigentums, während der Antrag auf Eintragung des Nießbrauchs aufgrund eines Versehens unterblieb und erst knapp sechs Monate nach Eigentumsumschreibung gestellt wurde. Das Grundbuchamt kam den Antrag nicht nach, sondern machte die Eintragung des Nießbrauchs von der Vorlage einer familiengerichtlichen Genehmigung abhängig. Dagegen richteten sich die Beteiligten mit einer Beschwerde und beantragten im Beschwerdeverfahren darüber hinaus die Eintragung der Rückauflassungsvormerkung. Das Kammergericht wies die Beschwerde ab und ließ die Rechtsbeschwerde zu, so dass der BGH über den Fall zu entscheiden hatte.

Entscheidung

Der BGH hält die Rechtsbeschwerde für zulässig und begründet. In Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung führt der BGH hierzu aus, dass die Bestellung eines Nießbrauchs der **familiengerichtlichen Genehmigung nicht bedürfe**, wenn sie im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Grundstücks – bzw. eines Miteigentumsanteil an einem Grundstück – stehe und bei wirtschaftlicher Betrachtung als **Teil des Erwerbsvorgangs** einzuordnen sei. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB greife dann nach seinem Sinn und Zweck, dem Minderjährigen vorhandenen Grundbesitz als eine besonders wertvolle Art seines Vermögens zu erhalten, nicht ein. Denn der Minderjährige erwerbe von vornherein nur belastetes Eigentum.

In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall wurde die Auflassung mit der dinglichen Einigung über die Belastung verknüpft, es bestanden jedoch zwei Besonderheiten: Erstens durften die Eintragungsanträge auch getrennt gestellt werden und zweitens erfolgte der Antrag auf Eintragung des Nießbrauchs erst mehrere Monate nach Eigentumsumschreibung, so dass der Minderjährige das Eigentum zunächst unbelastet erwarb. Das Beschwerdegericht lehnte deshalb einen hinreichenden Zusammenhang zwischen Eigentumserwerb und Belastung ab.

Der BGH folgt dieser Einschätzung nicht. Genehmigungsbedürftig könne stets allein das dingliche Rechtsgeschäft sein, nicht aber die verfahrensrechtlichen Erklärungen. **Maßgeblicher Zeitpunkt** für die Beurteilung der Genehmigungsbedürftigkeit und somit für das Vorliegen eines hinreichenden Zusammenhangs zwischen Eigentumserwerb und Belastung könne daher nur der **Zeitpunkt der dinglichen Einigung** sein. Sei

zu diesem Zeitpunkt die dingliche Einigung über die Belastung nicht genehmigungsbedürftig, etwa aufgrund ihrer Verknüpfung mit dem Erwerb eines Grundstücks, so könne der Ablauf des Grundbuchverfahrens eine Genehmigungsbedürftigkeit nicht begründen. Es sei daher weder das gemeinsame Stellen der Grundbuchanträge noch ein zeitnahe Vollzug der Anträge noch die Eintragung des Nießbrauchs vor Eigentumsumschreibung erforderlich.

Diese Grundsätze sind nach dem BGH auch hinsichtlich des vorbehaltenen Rückforderungsrechts anzuwenden. Die Verpflichtung zur Rückübertragung sei daher ebenfalls Teil des Erwerbsvorgangs und bedürfe somit nicht nach § 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB der Genehmigung. Ausdrücklich offen ließ der BGH hingegen, ob ein die Genehmigungsbedürftigkeit ausschließender Zusammenhang zwischen Eigentumserwerb und Belastung auch dann zu bejahen gewesen wäre, wenn sich der Veräußerer den Nießbrauch lediglich schuldrechtlich vorbehalten hätte.

BtBG § 6 Abs. 2 S. 1; GBO § 29; BGB § 129

Beglaubigung von Unterschriften durch die Betreuungsbehörde; transmortale Vollmacht

1. Die Beglaubigung von Unterschriften auf Vorsorgevollmachten durch die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG genügt den Anforderungen des § 29 GBO.

2. Eine Vorsorgevollmacht im Sinne des § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG liegt auch dann vor, wenn sie im Außenverhältnis unbedingt erteilt worden ist und lediglich im Innenverhältnis nur für den Fall gelten soll, dass der Vollmachtgeber betreuungsbedürftig geworden ist.

3. Die Beglaubigungsbefugnis der Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde nach § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG erstreckt sich auch auf Vorsorgevollmachten, die über den Tod hinaus gültig sein sollen.

BGH, Beschl. v. 12.11.2020 – V ZB 148/19

Problem

Eine Eintragung im Grundbuch erfordert gem. § 29 Abs. 1 S. 1 GBO, dass die Eintragungsbewilligung und alle sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Die Vollmachtserteilung zählt zu den sonstigen zu der Eintragung erforderlichen

Erklärungen (Demharter, GBO, 32. Aufl. 2021, § 29 Rn. 9 m. w. N.), sodass auch jede materiell-rechtlich formlos erteilbare Vollmacht für den Grundbuchverkehr mindestens der öffentlichen Beglaubigung bedarf.

Der BGH musste sich in seinem Beschluss v. 12.11.2020 mit der Frage befassen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine von einer Urkundsperson der Betreuungsbehörde beglaubigte Vorsorgevollmacht gem. § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG den Anforderungen von § 29 Abs. 1 S. 1 GBO genügt. § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG lautet: „Die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde ist befugt, Unterschriften oder Handzeichen auf Vorsorgevollmachten oder Betreuungsverfügungen öffentlich zu beglaubigen.“ Die verfahrensgegenständliche Vollmacht war – wie auch bei notariellen Vorsorgevollmachten üblich – im Außenverhältnis unbedingt und nur im Innenverhältnis auf den Vorsorgefall beschränkt. Zudem sollte sie auch über den Tod des Vollmachtgebers hinaus gelten.

Das OLG Köln verneinte in der Vorinstanz die Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörde für eine transmortale Vollmacht (FGPrax 2019, 255, 256). Es folgte kritischen Literaturstimmen zu einer Entscheidung des OLG Karlsruhe (FGPrax 2016, 10 m. Anm. Heine mann) und ging davon aus, dass eine amtliche Beglaubigung der Urkundsperson der Betreuungsbehörde keine öffentliche Beglaubigung i. S. v. § 29 Abs. 1 S. 1 GBO und § 129 BGB sei (a. A. wiederum OLG Karlsruhe FGPrax 2016, 10).

Entscheidung

Der BGH schließt sich der Rechtsauffassung des OLG Karlsruhe an und hebt die Entscheidung des OLG Köln auf. Die Einfügung des Wortes „öffentlich“ in § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG stelle ausdrücklich klar, dass es sich bei der Norm um einen Beglaubigungstatbestand handele, der mit den Rechtswirkungen einer öffentlichen Beglaubigung ausgestattet und als Eintragungsgrundlage im Grundbuchverfahren geeignet sei. Die **Beglaubigungskompetenz** der Urkundsperson der **Betreuungsbehörde** erfasse allerdings **nur Vorsorgevollmachten**. Denn eine allgemeine Zuständigkeit zur Beglaubigung sei nicht begründet worden. Eine Kompetenz der Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde, Unterschriften auf beliebigen Vollmachten – z. B. Generalvollmachten – zu beglaubigen, bestehe deshalb nicht.

Das Vorliegen einer Vorsorgevollmacht i. S. v. § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG – und damit die Beglaubigungskompetenz des beglaubigenden Organs – schließe allerdings nicht aus, dass eine Vollmacht **im Außenverhältnis un-**

beschränkt und **über den Tod des Vollmachtgebers hinaus** erteilt worden sei. Beide Ausgestaltungen seien im Hinblick auf den Sinn und Zweck **§ 6 Abs. 2 S. 1 BtBG** zulässig und von der Norm **erfasst**. Denn bei einer Vorsorgevollmacht, die auch im Außenverhältnis auf den Eintritt des Vorsorgefalls aufschiebend bedingt und nicht transmortal erteilt sei, müsste der Eintritt der Bedingung bzw. das Nichtversterben des Vollmachtgebers in grundbuchtauglicher Form nachgewiesen werden. Dies sei praktisch kaum umzusetzen, sodass der gesetzgeberische Zweck eine im Außenverhältnis unbeschränkte und über den Tod hinaus erteilte Vollmacht erfordere. Aus diesem Grunde sei § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG dahingehend auszulegen, dass die Beglaubigungskompetenz der Urkundsperson der Betreuungsbehörde auch solche Vollmachten erfasse.

Zwingend **erforderlich** sei jedoch, dass sich die **Beschränkung auf den Vorsorgefall im Innenverhältnis** aus der Vollmachtsurkunde selbst ergebe. Dieses Erfordernis sei erfüllt, wenn die Vollmacht erkennbar zur Vermeidung einer Betreuung erteilt werde. Indiz hierfür sei die Bezeichnung als „Vorsorgevollmacht“ oder die Erstreckung der Vertretungsmacht auf für den Vorsorgefall charakteristische Befugnisse wie die Einwilligung in ärztliche Behandlungen.

Der BGH legt § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG im Ergebnis also weit aus und lässt auch eine im Außenverhältnis unbeschränkte, transmortale Vorsorgevollmacht eines Urkundsbeamten der Betreuungsbehörde für das Grundbuchverfahren genügen. Mit Inkrafttreten der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zum 1.1.2023 (vgl. BGBl. I v. 12.5.2021, S. 882), die in § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG die betreuungsbehördliche Beglaubigungswirkung für Vollmachten auf die Lebzeiten des Vollmachtgebers begrenzt (vgl. dazu Müller-Engels, DNotZ 2021, 84, 91; Horn, ZEV 2020, 748, 751; Bosch/Siegel, notar 2021, Heft 6, im Erscheinen), wird sich die vorliegende Entscheidung bzgl. der Beglaubigungswirkung bei transmortalen Vollmachten aber erledigen.

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessorin Ricarda Lotte

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 60, 72, 73; AktG § 274; UmwG § 3 – Fortsetzung einer aufgelösten GmbH aufgrund Fortsetzungsbeschlusses nach Beginn bzw. Beendigung der Vermögensverteilung; Umwandlung aufgelöster Rechtsträger

BGB § 1597a – Weiteres Verfahren nach Aussetzung der Beurkundung einer Vaterschaftsanerkennung gem. § 1597a Abs. 2 BGB und nachfolgender Vorlage eines die Vaterschaft bestätigenden Abstammungsgutachtens

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 883 Abs. 1 S. 2; AnfG §§ 3 Abs. 1, Abs. 2, 8 Abs. 2 S. 2 – Anfechtungsrelevanter Zeitpunkt der Vornahme einer Rechtshandlung bei vormerkungsgesichertem Anspruch aus unentgeltlichem Grundgeschäft; Abgrenzung der Vorsatzanfechtung von der Deckungsanfechtung

Literaturhinweis

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 60, 72, 73; AktG § 274; UmwG § 3

Fortsetzung einer aufgelösten GmbH aufgrund Fortsetzungsbeschlusses nach Beginn bzw. Beendigung der Vermögensverteilung; Umwandlung aufgelöster Rechtsträger

I. Sachverhalt

Eine GmbH wurde durch Gesellschafterbeschluss aufgelöst. Die Auflösung wurde im Handelsregister der Gesellschaft eingetragen, der Gläubigeraufruf wurde im Bundesanzeiger veröffentlicht. Nach Ablauf des Sperrjahres wurde das Restvermögen der Gesellschaft in einer das gezeichnete Kapital übersteigenden Höhe an die Alleingeschafterin (Muttergesellschaft) verteilt. Die Löschung der Gesellschaft wurde beantragt. Die hiergegen ergangene Zwischenverfügung beanstandet,

dass nach Mitteilung von dritter Seite noch unverfallbare Anwartschaften von ehemaligen Arbeitnehmern der Gesellschaft auf betriebliche Altersversorgung nach dem Betriebsrentengesetz (BetrAVG) bestünden und daher die Liquidation der Gesellschaft noch nicht beendet sei. Zwischen Muttergesellschaft, Gesellschaft und den jeweiligen Versorgungsanwärtern wurden im Rahmen der Liquidation, d.h. vor Aufstellung der Liquidationsschlussbilanz und vor Vermögensverteilung, Vereinbarungen geschlossen, die jeweils eine Übernahme der Versorgungsverpflichtungen durch die Muttergesellschaft vorsehen. Allerdings wurde hierbei die abschließende Regelung des § 4 BetrAVG zur Übertragung von unverfallbaren Versorgungsanwartschaften nicht beachtet, sodass die Schuldübernahmen unwirksam waren. Ein Schuldbeitritt der Muttergesellschaft ist gleichwohl erfolgt, sodass sie nunmehr auch für die Versorgungsverpflichtungen haftet. Die Unwirksamkeit der Schuldübernahme war weder den Liquidatoren noch der Muttergesellschaft bekannt, d.h. sie waren im Zeitpunkt der Vermögensverteilung (bzw. der Beschlussfassung über diese) und der anschließenden Anmeldung der Löschung der Gesellschaft davon ausgegangen, dass

die Verbindlichkeiten wirksam übertragen worden seien und die Liquidation daher beendet sei. Dies beruhe auf einem rechtlichen Irrtum über die Wirksamkeit der Übertragung, der tatsächliche Sachverhalt war den Liquidatoren und der Muttergesellschaft bekannt.

II. Frage

Kann die Muttergesellschaft aufgrund der noch nicht beendeten Liquidation der Gesellschaft (zum Zwecke einer Upstream-Verschmelzung) noch die Fortsetzung der Gesellschaft beschließen, da die Vermögensverteilung nur in der irrtümlichen Annahme erfolgte, dass die Liquidation im Übrigen bereits abgeschlossen sei?

III. Zur Rechtslage

Vorab ist anzumerken, dass bestehende Pensionsverpflichtungen aus einer betrieblichen Altersvorsorge bei der Liquidation einer GmbH erheblichen Gestaltungsaufwand auslösen. Diesbezüglich sei auf die ausführlichen Darstellungen in der Literatur verwiesen (vgl. insb. Passarge GmbH 2007, 701 ff.; ders., in: Passarge/Torwegge, Die GmbH in der Liquidation, 3. Aufl. 2020, Rn. 561 ff.). Eine Fortsetzung zum Zwecke der Verschmelzung kommt indes nur in Betracht, wenn die Gesellschaft noch fortsetzungsfähig ist.

1. Beginn der Verteilung des Gesellschaftsvermögens als zeitliche Grenze für die Fassung eines Fortsetzungsbeschlusses?

Eine GmbH, die durch Auflösungsbeschluss aufgelöst und in den Liquidationszustand versetzt worden ist, kann durch gegenläufigen Fortsetzungsbeschluss grundsätzlich fortgesetzt, also wieder zur werbenden Gesellschaft werden. Die wohl überwiegende Meinung stellt jedoch bestimmte vermögensrechtliche Anforderungen an die Fortsetzung.

a) Zum einen darf die Gesellschaft **nicht überschuldet** sein (BayObLG NZG 1998, 465; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 60 Rn. 91; Henssler/Strohn/Arnold, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 60 Rn. 65; vgl. auch MünchKommGmbHG/Berner, 3. Aufl. 2018, § 60 Rn. 248). Sie muss demzufolge also über so viel Eigenkapital verfügen, dass eine Überschuldung nach den §§ 15a, 19 InsO ausgeschlossen ist (Gesell, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 60 Rn. 68). Allerdings hat das Registergericht das Vorliegen von Insolvenzgründen nur zu prüfen, wenn begründete Zweifel im Hinblick auf eine Insolvenzreife bestehen (BGH NZG 2020, 1182 Rn. 42).

b) Zum anderen darf nach h.M. mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens unter die Gesellschafter noch nicht begonnen worden sein (vgl. auch § 274 Abs. 1

AktG), denn dadurch werde die Schranke zwischen Gesellschafts- und Gesellschaftervermögen nachhaltig durchbrochen (vgl. OLG Celle NZG 2008, 271; Baumbach/Hueck/Haas, § 60 Rn. 91 f.; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 60 Rn. 29; GroßkommGmbHG/Casper, 2. Aufl. 2016, § 60 Rn. 131; BeckOK-GmbHG/Lorscheider, Std.: 1.2.2021, § 60 Rn. 23; Herrler/Blath, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2017, § 6 Rn. 1708; a. A. etwa MünchKommGmbHG/Berner, § 60 Rn. 243 ff., wonach es nur auf eine aus Gesichtspunkten des Gläubigerschutzes ausreichende Kapitalausstattung der Gesellschaft im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Fortsetzung ankomme). Als „unbestritten“ wird in der Literatur jedenfalls **die Unzulässigkeit der Fortsetzung für den Fall bezeichnet, in dem „schon das ganze Vermögen verteilt ist“** (Scholz/Scheller, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 60 Rn. 98).

Der BGH hat sich jüngst – in einem zwar zu § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG ergangenen, insoweit aber wohl verallgemeinerungsfähigen Urteil (in diesem Sinne wohl jedenfalls Scholz/Scheller, § 60 Rn. 98 f.; Henssler/Strohn/Arnold, § 60 Rn. 64; Altmeppen, 10. Aufl. 2021, GmbHG § 60 Rn. 40; nur in Bezug auf § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG erörternd allerdings Heckschen/Weitbrecht, ZIP 2020, 1737 ff.) – der h.M. angeschlossen (BGH NZG 2020, 1182 Rn. 32 ff.). Danach kommt die Fortsetzung der Gesellschaft nur in Betracht, wenn **noch nicht mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens unter die Gesellschafter begonnen worden ist** (BGH NZG 2020, 1182 Rn. 37).

Neben einem Hinweis auf dieses Erfordernis in § 274 Abs. 1 S. 1 AktG bei der Aktiengesellschaft stützt der BGH seine Entscheidung auf die Erwägung, mit dem Beginn der Verteilung des Gesellschaftsvermögens gäben die Gesellschafter zu erkennen, dass eine Fortsetzung nicht mehr beabsichtigt sei. Vor diesem Hintergrund sei das Verbot der Vermögensverteilung bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung – ebenso wie bei der Aktiengesellschaft – ein notwendiger **Ersatz für die sonst fehlende Fortsetzungskontrolle durch das Registergericht**. Es sichere die Kapitalerhaltung, da das Rückzahlungsverbot des § 30 GmbHG nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens nicht gelte. Die Gesellschafter könnten ansonsten einen scheinbar auf Fortführung ausgerichteten Insolvenzplan benutzen, um in den Genuss der Auszahlung von Vermögen zu gelangen, ohne den Erstattungsanspruch nach § 31 GmbHG auszulösen (BGH NZG 2020, 1182 Rn. 37 ff.).

Ein darüber hinausgehender Schutz des Gesellschaftskapitals durch Prüfung der konkreten Kapitalausstat-

tung sei vorbehaltlich des Vorliegens einer wirtschaftlichen Neugründung aber nicht erforderlich. Eine mit der Gründungskontrolle der Kapitalausstattung vergleichbare Prüfung bei der Eintragung der Fortsetzung finde im Gesetz keine Stütze und stehe im Widerspruch zum lediglich deklaratorischen Charakter der Eintragung im Handelsregister. Sie würde das **Registergericht überfordern und die Fortsetzung erschweren**. Die Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft mit beschränkter Haftung sei nicht mit ihrer Neugründung vergleichbar; daher könnten die Gläubiger nicht mit der Unversehrtheit des Stammkapitals oder des gesetzlichen Mindestkapitals rechnen. Das gelte „jedenfalls bei einer Fortsetzung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens“ (BGH NZG 2020, 1182 Rn. 40 f.).

c) Diese Maßstäbe gelten nach unserem Dafürhalten auch im vorliegenden Fall, in dem – infolge eines rechtlichen Irrtums der Beteiligten – ggfs. unter Verstoß gegen § 73 GmbHG bereits zu einem Zeitpunkt mit der Verteilung des Gesellschaftsvermögens begonnen (bzw. dessen Verteilung sogar beendet) wurde, zu dem die Gesellschaft noch mit Verbindlichkeiten bzw. Anwartschaften aus dem BetrAVG belastet war. Zwar besteht gem. § 73 Abs. 1 GmbHG gerade ein Verbot der verfrühten Vermögensverteilung; es können in diesem Fall – ähnlich wie bei § 31 GmbHG – verschiedene Regressansprüche insbesondere auch der Gesellschaft bestehen (vgl. nur BGH NZG 2018, 625; BGH NZG 2020, 260; MünchKommGmbHG/H.-F. Müller, § 73 Rn. 32 ff.; Scholz/K. Schmidt/Scheller, § 73 Rn. 35 ff.). Nach der Rechtsprechung des BGH soll aber nach unserem Verständnis insbesondere die fehlende Fortsetzungskontrolle durch das Registergericht gerade durch **das formale – und infolge der entsprechenden Versicherung der Liquidatoren in der Handelsregisteranmeldung leicht nachprüfbar – Kriterium des Verbots des Beginns der Vermögensverteilung ersetzt** werden (so wohl auch Henssler/Strohn/Arnold, § 60 Rn. 64 und Altmeppen, § 60 Rn. 45 [Letzterer selbst in der Sache allerdings anderer Ansicht]).

Diese Intention würde konterkariert, wenn etwaige Regressansprüche der Gesellschaft aus § 73 GmbHG – die durch das Registergericht auf Bestehen und ggfs. Werthaltigkeit zu überprüfen wären – den unter Verstoß gegen § 73 Abs. 1 GmbHG erfolgenden Beginn der Vermögensverteilung i. S. d. vorstehenden Rechtsprechung „kompensieren“ könnten. Jedenfalls im Aktienrecht ist anerkannt, dass jegliche Auskehr von Vermögen unwiderrufflich die Fortsetzung hindert – was auch gilt, wenn Vermögen entgegen §§ 271, 272 AktG vor Befriedigung der Gläubiger oder vor Ablauf des Sperrjahrs verteilt

wurde (BeckOGK-AktG/Bachmann, Std.: 1.2.2021, § 274 Rn. 7). Sei überhaupt kein verteilungsfähiges Vermögen (mehr) vorhanden, müsse das Fortsetzungsverbot erst recht gelten (BeckOGK-AktG/Bachmann, § 274 Rn. 7).

Des Weiteren erschiene es wertungswidersprüchlich, derjenigen Gesellschaft, die unter Beachtung der gesetzlichen Bestimmungen gem. § 72 GmbHG mit der Vermögensverteilung begonnen hatte, die Fortsetzung der Gesellschaft durch Beschluss zu verwehren und dagegen derjenigen, die die Vermögensverteilung unter Verstoß gegen § 73 Abs. 1 GmbHG vorgenommen hatte, die Fortsetzung zu ermöglichen. Letztlich haben in beiden Fällen – in den Worten des BGH – die „Gesellschafter zu erkennen [gegeben], dass eine Fortsetzung nicht mehr beabsichtigt“ ist (BGH NZG 2020, 1182 Rn. 39).

Jedenfalls scheint uns dieses Ergebnis überzeugend, wenn man mit der h.M. sogar für den Fall der tatsächlichen Rückzahlung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschaft (dazu sogleich 2.) einen Fortsetzungsbeschluss nicht zulässt.

Zudem bleibt vorliegend zu beachten, dass nach der Sachverhaltschilderung bereits das gesamte Vermögen der Gesellschaft verteilt worden ist.

d) Dieses Ergebnis entspricht letztlich auch der h. M. in der umwandlungsrechtlichen Literatur zu § 3 Abs. 3 UmwG. Nach dieser Vorschrift können als übertragende Rechtsträger auch aufgelöste Rechtsträger beteiligt sein, wenn die Fortsetzung dieser Rechtsträger beschlossen werden könnte. Die Fortsetzung des Rechtsträgers in diesem Sinne sei insbesondere auch nach Beginn der Verteilung des Vermögens auf die Anteilseigner ausgeschlossen. Der Ausschluss der Fortsetzung ergebe sich in diesem Fall mittelbar aus § 274 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 2 AktG, der auch entsprechend auf die GmbH anwendbar sei. Diese Vorschriften bezweckten einen Umgehungsschutz hinsichtlich des Verbots der Einlagenrückgewähr gem. § 57 AktG, § 30 GmbHG. Auch eine Rückzahlung der erhaltenen Leistungen (dazu sogleich auch ausführlich 2.) führe nicht mehr zur Wiederherstellung der Verschmelzungsfähigkeit (BeckOGK-UmwG/Drinhausen/Keinath, Std.: 1.4.2021, § 3 Rn. 30; ebenso Widmann/Mayer/Fronhöfer, UmwG, 179. Erg.-Lfg. Juli 2019, § 3 Rn. 48 m. w. N.).

Freilich geht die h.M. davon aus, dass eine einmal im Register eingetragene Verschmelzung nach § 20 Abs. 2 UmwG wirksam bleibt, auch wenn als übertragender

Rechtsträger eine GmbH i.L. verschmolzen wurde, deren Fortsetzung nicht mehr hätte beschlossen werden dürfen (BGH BeckRS 2001, 7163; Widmann/Mayer/Fronhöfer, § 3 Rn. 44).

2. Wiederherstellung der Fortsetzungsmöglichkeit durch vollständige Rückzahlung des Gesellschaftsvermögens?

Allerdings ist fraglich, ob man eine begonnene oder schon beendete Vermögensverteilung womöglich für unschädlich oder „heilbar“ halten kann, wenn das **ausgezählte Vermögen der Gesellschaft vollständig wieder zurückgezahlt** wird (vgl. in diese Richtung Nerlich, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 60 Rn. 326; Scholz/Scheller, § 60 Rn. 99). Dies stünde zumindest im **Einklang mit der Grundlageneinscheidung des Reichsgerichts zur Fortsetzungsfähigkeit der GmbH** (RGZ 118, 337, 340); das Reichsgericht hat darin die Rückzahlung des ausgekehrten Vermögens akzeptiert. Im Aktienrecht wird diese Möglichkeit indes wegen des klaren Wortlauts des § 274 Abs. 1 S. 1 AktG fast einhellig abgelehnt. Das Aktiengesetz von 1937 habe sich insoweit bewusst gegen die Ansicht des Reichsgerichts entschieden (vgl. nur MünchKommAktG/J. Koch, 5. Aufl. 2021, § 274 Rn. 2, 20).

Zu dieser Fragestellung hat sich der BGH in seiner bereits zitierten Entscheidung NZG 2020, 1182 bedauerlicherweise nicht geäußert. Die Tatsache, dass sich hierzu keinerlei Äußerungen finden, wird in der einschlägigen Literatur allerdings im Sinne der „Annahme einer prinzipiellen Unüberwindbarkeit [der] Fortsetzungsschranke“ durch den Beginn der Vermögensverteilung gedeutet, die auch durch eine vollständige Rückzahlung des ausgekehrten Kapitals nicht wieder rückgängig gemacht werden könne (Scholz/Scheller, § 60 Rn. 99 und 108, der in der Sache selbst mit überzeugenden Argumenten allerdings anderer Ansicht ist). Auch *Wachter* (GmbHR 2020, 838, 840 f.) führt aus, dass

„das Verbot der vorherigen Vermögensverteilung (im Sinne von § 72 GmbHG) [...] zwingend [gilt] und [...] unbedingt zu beachten [ist]. Es ist insbesondere nicht ausreichend, eine begonnene Vermögensverteilung wieder rückgängig zu machen. Im Interesse einer wirksamen Fortsetzung der Gesellschaft und zur Vermeidung von etwaigen Haftungsrisiken sollten die Gesellschafter in dem Beschluss ausdrücklich hervorheben, dass bislang noch keine Verteilung des Vermögens der Gesellschaft erfolgt ist.“

Tatsächlich dürfte es – da der BGH in seiner Entscheidung dem Beschwerdegericht eine umfassende Handlungsanweisung an die Hand gegeben hat

– nahe liegen, dass der BGH eine „Heilung“ der Vermögensverteilung durch Rückzahlung erwähnt hätte, wenn dies nach seiner Ansicht die Möglichkeit der Fortsetzung der Gesellschaft (erneut) begründen würde.

Auch wenn die Rechtslage insoweit noch nicht als abschließend geklärt anzusehen ist, bleibt damit jedenfalls zu beachten, dass die derzeitige h.M. es **nicht als ausreichend erachtet, wenn eine vollständige Rückzahlung erfolgt ist und dies in der Handelsregisteranmeldung versichert** wird (so der an sich überzeugende Vorschlag von Scholz/Scheller, § 60 Rn. 99 und 108, der i.E. zu Recht das Erfordernis einer „Nämlichkeit der Mittel“ ablehnt und lediglich eine betragsmäßige Übereinstimmung fordert).

3. Fazit

Eine Fortsetzung der Gesellschaft kommt nur dann in Betracht, wenn die Gesellschaft nicht überschuldet ist und mit der Vermögensverteilung an die Gesellschafter noch nicht begonnen wurde. Auch eine Wiederherstellung der Fortsetzungsmöglichkeit durch Rückzahlung dürfte nach h.M. ausscheiden. Insofern ist die aufgeworfene Frage dahingehend zu beantworten, dass eine Fortsetzung der Gesellschaft zum Zwecke der Verschmelzung nicht in Betracht kommen dürfte.

BGB § 1597a

Weiteres Verfahren nach Aussetzung der Beurkundung einer Vaterschaftsanerkennung gem. § 1597a Abs. 2 BGB und nachfolgender Vorlage eines die Vaterschaft bestätigenden Abstammungsgutachtens

I. Sachverhalt

Eine Vaterschaftsanerkennung für ein zum Zeitpunkt der Antragstellung noch ungeborenes Kind wurde nach § 1597a BGB ausgesetzt. Die entsprechende Mitteilung wurde an die nach § 1597a Abs. 2 S. 1 BGB zuständige Behörde gesandt. Nunmehr wurde ein Abstammungsgutachten vorgelegt, laut dem der Antragsteller zu 99,99999999 % der leibliche Vater des nunmehr geborenen Kindes ist. Die nach § 1597a Abs. 2 S. 1 BGB zuständige Behörde hat sich bisher nicht geäußert.

II. Frage

Kann die Vaterschaftsanerkennung aufgrund der Übersendung des Abstammungsgutachtens beurkundet werden oder ist erst die diesbezügliche Entscheidung der nach § 1597a Abs. 2 S. 1 BGB zuständigen Behörde abzuwarten?

III. Zur Rechtslage

1. Gesetzliche Ausgangslage

Bestehen konkrete Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft, hat die beurkundende Behörde oder die Urkundsperson dies der nach § 85a AufenthG zuständigen Behörde nach Anhörung des Anerkennenden und der Mutter mitzuteilen und die Beurkundung auszusetzen (§ 1597a Abs. 2 S. 1 BGB). Solange die Beurkundung gem. Abs. 2 S. 1 ausgesetzt ist, kann die Anerkennung auch nicht wirksam von einer anderen beurkundenden Behörde oder Urkundsperson beurkundet werden (§ 1597a Abs. 3 S. 1 BGB).

Das AufenthG regelt hierzu des Weiteren: Wird der Ausländerbehörde von einer beurkundenden Behörde oder einer Urkundsperson mitgeteilt, dass konkrete Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft im Sinne von § 1597a Absatz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehen, prüft die Ausländerbehörde, ob eine solche vorliegt. Ergibt die Prüfung, dass die Anerkennung der Vaterschaft nicht missbräuchlich ist, stellt die Ausländerbehörde das Verfahren ein (§ 85a Abs. 1 S. 1, 3 AufenthG). Dies teilt sie der beurkundenden Behörde oder der Urkundsperson, den Beteiligten und dem Standesamt schriftlich oder elektronisch mit (§ 85a Abs. 3 S. 2 AufenthG).

2. Verfahrensherrschaft nach Aussetzungsentscheidung durch den Notar

Die bürgerlich-rechtliche Kommentarliteratur führt zu diesem Regelungszusammenhang weiter aus, dass nach der Verfahrenseinstellung durch die Ausländerbehörde gem. § 85a Abs. 3 S. 2 AufenthG die ursprünglich abgegebene Anerkennungserklärung zu beurkunden sei. Auf Grundlage der Entscheidung der Ausländerbehörde habe die beurkundende Behörde oder Urkundsperson sodann das Verfahren wieder aufzunehmen und die Beurkundung abzulehnen bzw. vorzunehmen (vgl. MünchKommBGB/Wellenhofer, 8. Aufl. 2020, § 1597a Rn. 29; BeckOGK-BGB/Balzer, Std.: 1.5.2021, § 1597a Rn. 101 f.; BeckOK-BGB/Hahn, Std.: 1.2.2021, § 1597a Rn. 13 a. E.). Die öffentlich-rechtliche Kommentarliteratur (BeckOK-AuslR/Tewocht, Std.: 1.1.2021, § 85a AufenthG Rn. 4 ff., 36 ff.; ähnlich unterscheidend auch Bergmann/Dienelt/Samel, AufenthG, 13. Aufl. 2020, § 85a Rn. 7 ff., 12 ff.) gliedert den Regelungsstoff noch klarer in eine „Verfahrensstufe 1: Missbrauchsverdacht der beurkundenden Stelle“ sowie eine nachfolgende „Verfahrensstufe 2: Missbrauchskontrolle durch die Ausländerbehörde“. Dort ist inhaltlich übereinstimmend ausgeführt: Stellt die Behörde das Verfahren gem. § 85a Abs. 1 S. 3 AufenthG ein, so teilt sie dies der beurkundenden Stelle, den Beteiligten und dem Standesamt mit (§ 85a Abs. 3 S. 2 AufenthG). Die Beur-

kundung kann dann fortschreiten (BeckOK-AuslR/Tewocht, § 85a AufenthG Rn. 47).

Auch wenn dies in den genannten Literaturstellen nicht explizit ausgesprochen ist, möchten wir aus diesen Darstellungen doch folgern, dass die **Herrschaft über das Verfahren** der potentiell missbräuchlichen Anerkennung der Vaterschaft **nach der Aussetzungsentscheidung durch den beurkundenden Notar gem. § 1597a Abs. 2 S. 1 BGB ohne Durchbrechungen auf die Ausländerbehörde übergeht**. Allein der Ausländerbehörde obliegt sodann im Hinblick auf ihre Sachnähe zu der entscheidungserheblichen Frage die weitere Prüfung, ob die Anerkennung der Vaterschaft tatsächlich missbräuchlich ist oder nicht (§ 85a Abs. 1 S. 2, 3, Abs. 3 AufenthG). Daraus ist u. E. zu folgern, dass der beurkundende Notar, der zuvor die Aussetzungsentscheidung nach § 1597a Abs. 2 S. 1 BGB getroffen hat, das weitere Verfahren nicht eigenmächtig unter Berufung auf **§ 1597a Abs. 5 BGB** und ein die Vaterschaft bestätigendes Abstammungsgutachten wieder an sich ziehen kann. Damit würde er unzulässig in die nach der gesetzlichen Systematik vorgesehene Verfahrensherrschaft der Ausländerbehörde infolge seiner vorangegangenen Aussetzungsentscheidung gem. § 1597a Abs. 2 S. 1 BGB eingreifen. **Auch in einem derartigen Fall hat der Notar vielmehr das Ergebnis der Prüfung durch die zuständige Ausländerbehörde abzuwarten**. Je nach Prüfungsergebnis gilt sodann: Hat die nach § 85a AufenthG zuständige Behörde gem. § 85a Abs. 1 AufenthG das Vorliegen einer missbräuchlichen Anerkennung der Vaterschaft festgestellt und ist diese Entscheidung unanfechtbar, so ist die Beurkundung abzulehnen (§ 1597a Abs. 2 S. 4 BGB). Ergibt die Prüfung im Gegenteil, dass die Anerkennung der Vaterschaft nicht missbräuchlich ist und stellt sie deswegen das Verfahren ein (§ 85a Abs. 1 S. 3 AufenthG), so hat der Notar erst dann und auf der Grundlage dieser Entscheidung der Ausländerbehörde die Beurkundung vorzunehmen.

3. Ergebnis

Im unterbreiteten Sachverhalt muss folglich die Entscheidung der nach § 1597a Abs. 2 S. 1 BGB zuständigen Ausländerbehörde abgewartet werden, bevor die Vaterschaftsanerkennung beurkundet werden kann.

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 § 1018; GBO § 7

Grunddienstbarkeit; mehrere Flurstücke als ein Grundstück im Grundbuch gebucht; Bestellung einer Grunddienstbarkeit zugunsten und zulasten einzelner Flurstücke

Abruf-Nr.:

BGB § 1460

Gesamtgutverpflichtung bei Vereinbarung einer Bürgschaft ohne Zustimmung des Ehegatten

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB § 883 Abs. 1 S. 2; AnfG §§ 3 Abs. 1, Abs. 2, 8 Abs. 2 S. 2

Anfechtungsrelevanter Zeitpunkt der Vornahme einer Rechtshandlung bei vormerkungsgesichertem Anspruch aus unentgeltlichem Grundgeschäft; Abgrenzung der Vorsatzanfechtung von der Deckungsanfechtung

1. Die Rechtshandlung gilt, sofern die übrigen Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Eintragung der Vormerkung erfüllt sind, auch dann mit dem Zeitpunkt der Antragstellung als vorgenommen, wenn mit der Vormerkung lediglich ein künftiger, auf einem unentgeltlichen Grundgeschäft beruhender Auflassungsanspruch gesichert wird.

2. Hat der Schuldner dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung früher als vier Jahre vor der Anfechtung gewährt, kann diese der Vorsatzanfechtung unterliegen, wenn der Schuldner das Grundgeschäft mit dem dem anderen Teil bekannten Vorsatz vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen.

BGH, Urt. v. 25.3.2021 – IX ZR 70/20

Problem

Der Schuldner war Eigentümer eines mit einer Dop-

pelhaushälfte bebauten Grundstücks. Mit notarieller Urkunde vom 13.11.2012 unterbreitete er seinen Eltern, den Klägern, ein Kaufvertragsangebot über das Grundstück. Die vereinbarten Gegenleistungen der Eltern blieben hinter dem Verkehrswert des Grundstücks zurück. Im Angebot wurden die Kläger auch zur Erklärung der Auflassung bei Annahme des Angebotes bevollmächtigt. Zur Sicherung des künftigen Übereignungsanspruchs der Kläger wurde am 20.11.2012 eine Auflassungsvormerkung eingetragen. Mit Urkunde vom 18.12.2014 nahmen die Kläger das Angebot an und erklärten die Auflassung des Grundstücks. Die Beklagten haben gegen den Schuldner rechtskräftig titulierte Zahlungsansprüche in erheblicher Höhe, zu deren Sicherung am 28.4.2015 Zwangssicherungshypotheken eingetragen wurden. Am 21.10.2015 erfolgte schließlich in Vollzug des Kaufvertrages die Eintragung der Kläger als je hälftige Miteigentümer im Grundbuch. Die Kläger nehmen die Beklagten auf Bewilligung der Löschung der Zwangssicherungshypotheken in Anspruch. Mit der am 29.6.2018 eingegangenen Widerklage haben die Beklagten einredeweise die Anfechtung „der am 20.11.2012 eingetragenen Auflassungsvormerkung“ sowie „der Auflassung vom 18.12.2014“ erklärt und sich hierbei auf § 3 Abs. 1 AnfG und § 4 Abs. 1 AnfG gestützt.

Das Berufungsgericht hat nach gegenteiliger Entscheidung der Vorinstanz die Klage abgewiesen und der Widerklage im Wesentlichen stattgegeben. Dem mit der Klage geltend gemachten Anspruch könnten die Beklagten die Anfechtbarkeit der Eigentumsübertragung auf die Kläger nach § 4 Abs. 1 AnfG einredeweise entgegenhalten: In der Eigentumsübertragung liege eine teilweise unentgeltliche Leistung des Schuldners. Die Anfechtung sei rechtzeitig innerhalb der Vierjahresfrist geltend gemacht, da es trotz des entgegenstehenden Wortlauts des § 8 Abs. 2 S. 2 AnfG hier auf den Zeitpunkt der Auflassung am 18.12.2014 ankomme, nicht auf denjenigen der Eintragung der Vormerkung am 20.11.2012. Vor der Auflassung hätten die Kläger aufgrund des unentgeltlichen Grundgeschäfts keine gesicherte Rechtsstellung erlangt. Bei – wie hier – unentgeltlichem Grundgeschäft sei der vormerkungsgesicherte Anspruch gleichwohl nicht nach § 106 Abs. 1 S. 1 InsO insolvenzfest.

Entscheidung

Der BGH hebt das Urteil der Vorinstanz (OLG Koblenz) auf und verweist die Sache an das OLG zur erneuten Verhandlung zurück. Der geltend gemachte Anspruch auf Löschung der Zwangssicherungshypotheken (§§ 883 Abs. 2, 888 Abs. 1 BGB) sei entstanden. Eine diesem Anspruch nach § 9 AnfG entgegenzuhaltende Anfechtbarkeit der Eigentumsübertragung lasse sich

nicht auf die Schenkungsanfechtung (§ 4 Abs. 1 AnfG) stützen. Da zur Sicherung des Übereignungsanspruchs der Kläger eine Vormerkung eingetragen wurde, sei die Rechtshandlung gem. § 8 Abs. 2 S. 2 AnfG spätestens am 20.11.2012 und damit außerhalb der Vierjahresfrist vorgenommen. Die vom OLG befürwortete **teleologische Reduktion des § 8 Abs. 2 S. 2 AnfG** bei (teil)unentgeltlichem Kausalgeschäft **lehnt der BGH ab**. Der Wortlaut und die mehrstufige Systematik des § 8 AnfG böten für eine Differenzierung nach dem Rechtsgrund des gesicherten Anspruchs keinen Ansatz. Ebenso wenig sei durch Sinn und Zweck des § 8 AnfG eine einschränkende Auslegung geboten. § 8 AnfG folge ebenso wie der gleichlautende § 140 InsO ausnahmslos dem Rechtsgedanken, dass sich der Vornahme- und Wirkungszeitpunkt einer angefochtenen Rechtshandlung danach bestimme, wann der Anfechtungsgegner durch sie eine gesicherte Rechtsstellung erlangt habe, die im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beachtet werden müsste. Dies sei mit Eintragung der Vormerkung nach § 106 Abs. 1 InsO der Fall. Auch wenn – wie hier – ein künftiger Anspruch nach § 883 Abs. 1 S. 2 BGB durch Vormerkung gesichert werde, komme deren Inhaber bereits ab Eintragung der Vormerkung der Schutz des § 106 Abs. 1 InsO zugute (BGH NJW 2002, 213, 215; Uhlenbruck/Wegener, 15. Aufl. 2019, § 106 Rn. 6). Dieser Vormerkungsschutz gelte entgegen einer teilweise vertretenen Literaturansicht (z. B. Münch-KommInsO/Kayser/Freudenberg, 4. Aufl. 2019, § 129 Rn. 61) auch bei einem unentgeltlichen Grundgeschäft uneingeschränkt. Eine Verschiebung des anfechtungsrechtlich relevanten Zeitpunkts könne nicht mit einer geringeren Schutzwürdigkeit des unentgeltlichen Erwerbs gerechtfertigt werden (ebenso im Ergebnis bereits Reul, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2018, § 2 Rn. 123). § 106 InsO bewirke, dass der Gegenstand des vormerkungsgesicherten Anspruches schon nicht Bestandteil der Insolvenzmasse werde; er unterfalle daher nicht dem Anwendungsbereich des § 39 InsO (bei unentgeltlichen Leistungen: § 39 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 InsO). Im Übrigen habe der Gesetzgeber diesen Umstand bereits bei der Neufassung des Anfechtungsgesetzes berücksichtigt. Aus Sicht des **BGH** besteht also ein **Gleichlauf zwischen der Vormerkbarkeit eines Anspruchs und seiner Insolvenzfestigkeit**.

Jedoch komme eine Vorsatzanfechtung nach § 3 Abs. 1 AnfG mit der für sie geltenden Zehnjahresfrist in Betracht. Von besonderem Interesse sind hier noch die Ausführungen des BGH zur Abgrenzung gegenüber der vorrangigen Deckungsanfechtung nach § 3 Abs. 2 AnfG (Vierjahresfrist!), die in ihrem Anwendungsbereich den Rückgriff auf § 3 Abs. 1 AnfG versperrt. Zwar stelle die Bewilligung der Vormerkung zugun-

ten der Kläger eine Sicherung i. S. v. § 3 Abs. 2 AnfG dar. Bei der Abgrenzung zwischen Deckungs- und Vorsatzanfechtung müsse aber die Regelungsintention des Gesetzgebers im Auge behalten werden: Durch die verkürzte Anfechtungsfrist nach § 3 Abs. 2 AnfG soll die Praxis der Vorsatzanfechtung für den Geschäftsverkehr kalkulierbarer und planbarer gemacht werden. Dagegen sollen die paradigmatischen Fälle der Vorsatzanfechtung wie z. B. Bankrotthandlungen und Vermögenverschiebungen unverändert der langen Frist des § 3 Abs. 1 AnfG unterworfen bleiben (s. hierzu BT-Drs. 18/7054, S. 2, 13, 21). Daher muss aus Sicht des BGH der **Anwendungsbereich des § 3 Abs. 1 AnfG** hinsichtlich der gewährten Deckung jedenfalls dann **eröffnet** bleiben, wenn das der angefochtenen **Leistung zugrundeliegende Grundgeschäft die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung nach § 3 Abs. 1 AnfG erfüllt**. Der hiernach geforderte Kenntnisstand sei nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachverhalt gegeben, sodass sich eine Anfechtbarkeit der Grundstücksübertragung nach § 3 Abs. 1 AnfG derzeit nicht ausschließen lasse.

Praxishinweis

Insgesamt bietet die überzeugend begründete Entscheidung des BGH eine für die Praxis sehr begrüßenswerte Klarstellung der Reichweite des § 106 InsO auch bei unentgeltlicher *causa* und aufklärende Hinweise zur Abgrenzung der Vorsatz- gegenüber der Deckungsanfechtung.

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2255, 2272, 2287; BeurkG § 46 – Testierfähigkeit als Voraussetzung für die Rücknahme eines gemeinschaftlichen Testaments; Nachweis des Erbrechts im Erbscheinsverfahren bei nicht mehr im Original vorhandener Testamentsurkunde; Reichweite des § 2287 BGB

MaßnG-GesR § 6 Abs. 1; WEG § 26 – Verwalternachweis; Fortbestehen des Verwalteramts sowie Entbehrlichkeit eines Nachweises über die unterbliebene Abberufung bzw. unterbliebene Amtsniederlegung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

GenG § 43 Abs. 7; MaßnG-GesR § 3; UmwG § 13 Abs. 1 S. 2 – Präsenzlose Versammlung bei der Genossenschaft; virtuelle Versammlung; Verschmelzungsbeschluss

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2255, 2272, 2287; BeurkG § 46
Testierfähigkeit als Voraussetzung für die Rücknahme eines gemeinschaftlichen Testaments; Nachweis des Erbrechts im Erbscheinsverfahren bei nicht mehr im Original vorhandener Testamentsurkunde; Reichweite des § 2287 BGB

I. Sachverhalt

Die Erblasser haben 2007 ein notarielles gemeinschaftliches Testament errichtet. In diesem Testament hatten sich die zu diesem Zeitpunkt voll geschäfts- und testierfähigen Erblasser gegenseitig zu Alleinerben bestimmt und die Schlusserbfolge festgelegt. 2010 haben beide Ehegatten das Amtsgericht – Nachlassgericht

– aufgesucht und das gemeinschaftliche Testament aus der amtlichen Verwahrung zurückgenommen. Die Ehefrau war zum Zeitpunkt der Rücknahme gemäß ärztlichem Gutachten nicht mehr geschäfts- und testierfähig.

Zudem hat der Ehemann 2012 ein ihm allein gehörendes Grundstück seiner Enkeltochter übertragen. Die Ehefrau konnte aus den oben genannten Gründen nicht zustimmen.

Der Ehemann ist kurz darauf verstorben; ein Erbschein nach dem Ehemann liegt nicht vor. Nach dem Tode der Ehefrau 2019 wurde ein Erbschein aufgrund gesetzlicher Erbfolge erteilt, die von der testamentarischen Erbfolge abweicht. Nun wurde beantragt, den Erbschein aufgrund gesetzlicher Erbfolge nach der Ehefrau einzuziehen.

II. Fragen

1. Ist die Rücknahme des Testaments durch einen Testierunfähigen wirksam?

2. Was geschieht, wenn das Testament nicht nur zurückgenommen, sondern auch vernichtet wurde? Kann es „wieder hergestellt“ werden? Kann im Wege des Erbscheinsverfahrens eine beglaubigte Abschrift das Original ersetzen?

3. Konnte der Ehemann ohne Zustimmung der Ehefrau über das Familienheim verfügen?

III. Zur Rechtslage

1. Zur Wirksamkeit des Widerrufs

Ein vor einem Notar errichtetes Testament gilt als widerrufen, wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser zurückgegeben wird (§ 2256 Abs. 1 S. 1 BGB). Ein gemeinschaftliches Testament kann nach Maßgabe des § 2256 BGB nur von beiden Ehegatten zurückgenommen werden (§ 2272 BGB). Ob für die an die Rücknahme geknüpfte Widerrufsfolge die Testierfähigkeit beider Ehegatten notwendige Voraussetzung ist, ist nicht ganz unbestritten. Von einer Mindermeinung in der Literatur wird die Ansicht vertreten, die Rückgabe setze nur die Fähigkeit voraus, einen natürlichen Rücknahmewillen zu bilden. Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass das Gesetz in § 2256 BGB eine Fiktion enthalte, sodass es auf den Willen des rückfordernden Erblassers gerade nicht ankomme. Zudem wird angeführt, auch ein Testierunfähiger könne ein Testament vernichten oder verändern (vgl. J. Mayer/Sammet, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, 7. Aufl. 2020, § 2272 BGB Rn. 7; zur früheren Ansicht von J. Mayer s. den Überblick bei BeckOGK-BGB/Braun, Std.: 15.2.2021, § 2272 Rn. 13.2 ff.). Demgegenüber nimmt die ganz h. M. an, dass die Rücknahme ihrer Rechtsnatur nach zum einen ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, zum anderen aber auch zugleich eine Verfügung von Todes wegen sei (BGH NJW 1957, 906; BayObLG NJW-RR 2005, 957; Palandt/Weidlich, BGB, 80. Aufl. 2021, § 2256 Rn. 1 m. w. N.). **Die Rückgabe eines gemeinschaftlichen Testaments** nach § 2272 BGB **erfordert** daher folgerichtig aus Sicht der h. M. **die Testierfähigkeit beider Ehegatten** (BayObLG ZEV 2005, 480, 481; hierfür plädiert nunmehr auch J. Mayer/Sammet, § 2272 BGB Rn. 7; ebenso im Ergebnis BeckOGK-BGB/Braun, § 2272 Rn. 13.3 ff.). Überzeugend wird hierfür angeführt, das Erfordernis der Testierfähigkeit diene gerade dem Schutz des wirksam gebildeten Testierwillens. Die Widerrufsfiktion nach §§ 2272, 2256 BGB könne nur an die von einem Testierfähigen vorgenommene Handlung anknüpfen, da sie dieselbe Folge wie ein Widerrufstestament habe. Es sei aber nicht einzusehen, weshalb die Fiktion des § 2256 BGB auch dann greifen sollte, wenn ein ausdrücklich erklärter Widerruf wegen mangelnder Testierfähigkeit unwirksam wäre (so ausf.: J. Mayer/Sammet, § 2272 BGB Rn. 7).

Vom Standpunkt der bislang hierzu ergangenen Rechtsprechung sowie der in der Literatur ganz herrschenden Auffassung aus gesehen, kann also die Rückgabe eines gemeinschaftlichen Testaments nicht die in §§ 2272, 2256 BGB normierte Widerrufsfolge auslösen, wenn auch nur einer der beiden Ehegatten testierunfähig ist. Sollte vorliegend die Ehefrau zum Zeitpunkt der Rücknahme tatsächlich nicht mehr testierfähig gewesen sein, wäre das gemeinschaftliche Testament aus dem Jahre 2007 folglich nicht wirksam widerrufen.

2. Vernichtung der Originalurkunde

Wurde die Originalurkunde über das gemeinschaftliche Testament vernichtet, so ist für den inhaltlichen Fortbestand der in dieser Urkunde getroffenen Regelung zu unterscheiden:

Zum einen kann es sich um einen Anwendungsfall des § 2255 BGB handeln: Ein Testament kann hiernach auch dadurch widerrufen werden, dass der Erblasser in der Absicht es aufzuheben, die Testamentsurkunde vernichtet oder an ihr solche Veränderungen vornimmt, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, üblicherweise ausgedrückt wird. Handelt es sich – wie vorliegend – um ein gemeinschaftliches Testament, so können es die Ehegatten (nur) gemeinsam in der Form des § 2255 BGB widerrufen, soweit der Widerruf wechselbezügliche Regelungen betrifft (vgl. BayObLG NJWE-FER 1997, 157; BayObLG MDR 1981, 933; Voit, in: Reimann/Bengel/Dietz, § 2255 BGB Rn. 5; BeckOGK-BGB/Grziwotz, Std.: 1.1.2021, § 2255 Rn. 2 a. E. m. w. N.). Einseitige Verfügungen von Todes wegen können hingegen durch den jeweils verfügenden Ehegatten auch allein in der Form des § 2255 BGB widerrufen werden, ohne dass die Zustimmung des anderen Ehegatten hierfür erforderlich wäre (Voit, § 2255 BGB Rn. 5). Auch für einen derartigen Testamentswiderruf nach Maßgabe des § 2255 BGB ist aber objektive Voraussetzung die Testierfähigkeit des Erblassers zum Zeitpunkt seines Handelns nach § 2229 BGB, da der Widerruf als letztwillige Verfügung einzordnen ist (Palandt/Weidlich, § 2255 Rn. 4; BeckOGK-BGB/Grziwotz, § 2255 Rn. 3). Als persönliches Handeln bei der Vernichtung bzw. Veränderung der Testamentsurkunde kann es auch noch angesehen werden, wenn sich der Erblasser eines Dritten als unselbstständiges Werkzeug ohne Entscheidungsspielraum bedient, der in seinem Auftrag und mit seinem Willen die Urkunde vernichtet (vgl. BayObLG, Beschl. v. 10.2.1992, BeckRS 2011, 3718, 1351; OLG Hamm NJW-RR 2002, 222, 223 = MittBayNot 2002, 196, 198). Falls im vorliegenden Fall die in Rede stehende Vernichtung der Testamentsurkunde bereits zu Zeiten der Testierunfähigkeit der Ehefrau vorgenommen worden sein sollte, würde nach dem zu-

vor Gesagten darin **kein wirksamer Testamentswider- ruf nach § 2255 BGB** zu sehen sein.

Ist die Testamentsurkunde abhandengekommen oder auch vernichtet worden, jedoch ohne dass bei dieser Vernichtung die von § 2255 BGB geforderten Voraussetzungen nachweisbar wären, so bliebe das **gemeinschaftliche Testament gültig**, auch wenn die Testamentsurkunde selbst nicht mehr oder nur in veränderter Form zur Verfügung stünde. Allein die Tatsache, dass ein Originaltestament nicht mehr auffindbar ist, begründet noch keine Vermutung dafür, dass es gem. § 2255 BGB vom Erblasser mit Widerrufsabsicht vernichtet worden ist, da es für einen schlichten Urkundenverlust vielfältige Erklärungen geben kann (KG FGPrax 2018, 274; Voit, § 2255 BGB Rn. 18). Die Formgültigkeit der Errichtung und der Inhalt eines Testaments kann in diesen Fällen mit allen zulässigen Beweismitteln ermittelt werden, etwa durch Vorlage einer Testamentskopie (OLG Düsseldorf BeckRS 2019, 13124) oder Vernehmung von Zeugen wie beispielsweise des beurkundenden Notars (OLG Schleswig BeckRS 2011, 28747; für einen Überblick s. Voit, § 2255 BGB Rn. 18).

3. Nachweis des Erbrechts

Nach dem zuvor Gesagten muss also zum Nachweis des auf das gemeinschaftliche Testament gestützten Erbrechts nicht notwendigerweise das Original bzw. eine Ausfertigung (§ 47 BeurkG) der Testamentsurkunde vorgelegt werden. Deswegen besteht der in § 46 Abs. 1 S. 1 BeurkG vorausgesetzte Anlass, die Urschrift zu ersetzen, im Erbscheinsverfahren und auch in den Fällen des Erbnachweises allein durch eröffnete notarielle Verfügung von Todes wegen samt Eröffnungsniederschrift nicht (BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 1.4.2021, § 46 Rn. 14; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 46 Rn. 13; Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 8. Aufl. 2020, § 46 BeurkG Rn. 4) Das hiernach auch im vorliegenden Fall festzustellende **Fehlen eines Ersetzungsanlasses** macht allerdings die Ersetzung nicht unzulässig. Die verwahrende Stelle kann sie gleichwohl vornehmen; es besteht ohne Ersetzungsanlass lediglich **keine Amtspflicht** hierzu (Winkler, § 46 Rn. 12; BeckOGK-BeurkG/Regler, § 46 Rn. 12). Obwohl im unterbreiteten Sachverhalt also keine Amtspflicht zur Ersetzung der abhandengekommenen Urschrift besteht, bleibt es dennoch möglich, nach Maßgabe des in § 46 BeurkG vorgeschriebenen Verfahrens die zerstörte Urschrift dadurch zu ersetzen, dass auf der vorhandenen beglaubigten Abschrift vermerkt wird, dass sie an die Stelle der Urschrift tritt.

Für die Ersetzung wäre an sich das Amtsgericht als zuletzt die Urschrift des gemeinschaftlichen Testaments

verwahrende Stelle zuständig (§§ 46 Abs. 2, 48 BeurkG; Winkler, § 48 Rn. 5 a. E.). Für eine Ersetzung durch den vor Ablieferung an das Amtsgericht die Urschrift zunächst verwahrenden Notar käme allenfalls eine analoge Anwendung des § 46 Abs. 1, 2 BeurkG in Betracht. Hierfür ließe sich anführen, dass die Ersetzung durch das Amtsgericht im konkreten Fall auf praktische Schwierigkeiten stoßen dürfte. Dies bestätigende Stellungnahmen in der Literatur liegen bislang – soweit ersichtlich – nicht vor.

4. Wirksamkeit der Überlassung

Einschränkungen der rechtlichen Handlungsmöglichkeiten des Ehemannes bei der Überlassung hätten sich seinerzeit aus **§ 1365 BGB** ergeben können, falls das überlassene Grundstück das gesamte oder nahezu das gesamte Vermögen des Ehemannes darstellte und die Übernehmerin (Enkeltochter) zum Zeitpunkt des Verpflichtungsgeschäfts wusste, dass der Ehemann über – zumindest fast – sein gesamtes Vermögen verfügte oder zumindest die Verhältnisse kannte, aus denen sich dies ergab (vgl. BGH FamRZ 1989, 475; s. nur Palandt/Siede, § 1365 Rn. 6 ff.). Ob die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB im vorliegenden Fall bei der Grundstücksüberlassung erfüllt waren, lässt sich nach dem uns mitgeteilten Sachverhalt nicht beurteilen. Da nachfolgend nicht die ggf. zustimmungsberechtigte Ehefrau, sondern der handelnde Ehemann zuerst verstarb, greift insoweit nach h. M. der Grundsatz, dass § 1365 BGB fortwirkt und somit das **Geschäft weiterhin schwebend unwirksam** bliebe (BGH NJW 1980, 2350, 2351; OLG Karlsruhe BeckRS 2010, 24204; BeckOGK-BGB/Szalai, Std.: 1.5.2021, § 1365 Rn. 5.5 m. w. N.).

Fraglich ist weiterhin noch, ob der Ehemann ggf. aus Gründen der erbrechtlichen Bindung an das gemeinschaftliche Testament bei der Grundstücksübertragung an die Enkeltochter in seiner Verfügungsmacht eingeschränkt war. Insoweit ist jedoch selbst für bindende wechselbezügliche Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament von der entsprechenden **Anwendbarkeit des § 2286 BGB erst nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten** auszugehen: Das Verfügungsrecht des Erblassers unter Lebenden wird dadurch also nicht beschränkt (s. nur J. Mayer/Röhl, in: Reimann/Bengel/Dietz, § 2286 BGB Rn. 6 m. w. N.). Dieser Grundsatz der lebzeitigen Verfügungsfreiheit hat beim gemeinschaftlichen Testament erst recht zu gelten, wenn – wie vorliegend – zum Zeitpunkt der Vornahme der lebzeitigen Verfügung noch beide Ehegatten am Leben sind, da in diesem Stadium das gemeinschaftliche Testament wegen der Widerrufsmöglichkeit nach §§ 2271 Abs. 1 S. 1, 2296 BGB noch keine Bindungswirkung entfaltet.

Darüber hinaus ist zwar auch § 2287 BGB nach ganz herrschender Auffassung auf wechselbezügliche Erb-
einsetzungen aus gemeinschaftlichen Testamenten ent-
sprechend anwendbar, jedoch nur auf solche, die nach
§ 2271 Abs. 2 BGB durch den Tod des anderen Ehegatten
bereits bindend geworden sind (BGH NJW 1976,
749; BGH ZEV 2016, 641, 642; jüngst OLG Stuttgart
ZEV 2019, 216, 217; BeckOGK-BGB/Müller-Engels,
Std.: 1.4.2021, § 2287 Rn. 5). **§ 2287 BGB** soll des-
wegen nach herrschender Auffassung **nicht bei Schen-
kungen** eingreifen, die **zu Lebzeiten beider Ehegatten**
vorgenommen hat (vgl. Burandt/Rojahn/Braun, Er-
brecht, 3. Aufl. 2019, § 2271 BGB Rn. 62; J. Mayer/
Sammet, § 2271 BGB Rn. 120; BeckOGK-BGB/
Müller-Engels, § 2287 Rn. 6). Teilweise wird abwei-
chend hiervon in der Literatur eine analoge Anwendung
der §§ 2287, 2288 BGB auf lebzeitige Schenkungen ge-
fordert, etwa für den Fall, dass der vorverstorbene Ehe-
gatte durch Vertrag zugunsten Dritter unentgeltlich
auf den Todesfall verfügt hatte (so Speth, NJW 1985,
463; zustimmend Staudinger/Kanzleiter, BGB, 2019,
§ 2287 Rn. 2). Zum Teil wird in der Literatur auch
allgemein eine analoge Anwendung gefordert für die
Fälle, in denen der überlebende Ehegatte erst nach dem
Tod des Erstversterbenden von der Beeinträchtigung
Kenntnis erlangt hat (so etwa NK-BGB/Müßig, 5. Aufl.
2018, § 2271 Rn. 135). Da die Ehefrau vorliegend zum
Zeitpunkt der schenkweisen Grundstücksüberlassung
testierunfähig war, wäre im Anschluss an diese Lite-
raturansichten eine analoge Anwendung der §§ 2287,
2288 BGB zumindest denkbar, da der testierunfähige
Ehegatte auf beeinträchtigende Schenkungen ebenfalls
nicht mehr mit einem Widerruf seiner wechselbezüglichen
Verfügungen und Errichtung eines neuen Testa-
ments reagieren kann. Jedoch bleibt mit Blick auf den
Sachverhalt zu bemerken, dass die überlebende Ehefrau,
falls ihr ein Anspruch aus § 2287 BGB zugestanden hät-
te, diesen aufgrund der Regelung im gemeinschaftlichen
Testament aus dem Jahre 2007 (dort Ziffer 3) an die
Enkeltochter D weitervererbt haben würde (s. zur Ver-
erblichkeit BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.2.2021,
§ 2287 Rn. 24). War eben diese Enkeltochter auch die
durch die Grundstücksüberlassung aus dem Jahre 2012
Beschenkte, so wäre ein Anspruch aus § 2287 BGB
jedenfalls wegen Konfusion erloschen.

Im Ergebnis hätte der erstverstorbene Ehemann dann
nur unter den Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB
in seiner Verfügung über das Familienheim beschränkt
sein können, wofür jedoch Anhaltspunkte im Sachver-
halt fehlen.

5. Gesamtergebnis

Der Rücknahme des Testaments durch einen testier-
unfähigen Ehegatten kommt nach ganz h. M. keine

Widerrufswirkung zu. Wurde die Urschrift der Testa-
mentsurkunde vernichtet, so besteht die darin getrof-
fene Regelung gleichwohl inhaltlich fort, falls sich bei
der Vernichtung der Urkunde nicht die Voraussetzungen
des § 2255 BGB nachweisen lassen; auch diese Vor-
schrift setzt aber die Testierfähigkeit des Erblassers vor-
aus. Durch die noch vorhandene beglaubigte Abschrift
kann nach Maßgabe der §§ 46, 48 BeurkG die fehlende
Urschrift durch das derzeit verwahrende Amtsgericht
ersetzt werden, ohne dass vorliegend eine Amtspflicht
dazu bestünde. Eine notarielle Zuständigkeit ließe
sich nunmehr nur mit einer Analogie begründen. Die
Wirksamkeit der Verfügung des Ehemannes über das
Familienheim steht vorliegend nicht aus erbrechtlichen
Gründen in Frage, sondern lediglich falls die Voraus-
setzungen des § 1365 Abs. 1 BGB vorgelegen haben
sollten.

MaßnG-GesR § 6 Abs. 1; WEG § 26 Verwalternachweis: Fortbestehen des Verwal- teramts sowie Entbehrlichkeit eines Nachwei- ses über die unterbliebene Abberufung bzw. unterbliebene Amtsniederlegung

I. Sachverhalt

Nach dem Versammlungsprotokoll einer Wohnungsei-
gentümergeinschaft wurde der Verwalter bis zum
31.12.2020 bestellt. Dieser erteilte im Januar 2021 die
erforderliche Zustimmung zu einem Kaufvertrag. Die
Eigentumsumschreibung beim Grundbuch wurde unter
Vorlage der Zustimmungserklärung und unter Beifü-
gung des Beschlussprotokolls über die Bestellung des
Verwalters beantragt. Das Grundbuchamt verlangt
nun eine Bestätigung des Verwalters in öffentlicher
Form, dass er nicht abberufen und kein neuer Verwalter
bestellt wurde.

II. Frage

Kann das Grundbuchamt diesen Nachweis verlangen?

III. Zur Rechtslage

1. Fortbestehen der Verwalterbestellung

Gem. Art. 2 § 6 Abs. 1 des Gesetzes zur Abmilderung
der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insol-
venz- und Strafverfahrensrecht vom 27.3.2020 (BGBl. I
Nr. 14, S. 569 – im Folgenden „COVID-19-G“, Art. 2
des Gesetzes im Folgenden „MaßnG-GesR“) bleibt der
Verwalter i. S. d. Wohnungseigentumsgesetzes **bis zu
seiner Abberufung oder bis zur Bestellung eines neu-
en Verwalters im Amt**. Gem. Art. 6 Abs. 2 COVID-
19-G gilt die Regelung bis zum 31.12.2021 (Staudinger/
Jacoby, WEG, 2018, § 26 Rn. 114.3). Die Regelung soll
einen Zustand der „Verwaltungslosigkeit“ verhindern,

da der Gesetzgeber für die Wohnungseigentümergeinschaften – im Gegensatz zu verschiedenen anderen Verbandsformen – keine Erleichterung für die Durchführung von Versammlungen geschaffen hat (ausf. MünchKommBGB/Cziupka, 8. Aufl. 2020 – Online-Aktualisierung vom 4.5.2020, § 26 WEG Rn. 23a ff.).

2. Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt

Da sich die Rechtsfolge des § 6 Abs. 1 MaßnG-GesR unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, dürfte **kein gesonderter (erneuerter) Nachweis** der Verwaltereigenschaft gegenüber dem Grundbuchamt **erforderlich** sein. Der „abgelaufene“ Verwalternachweis muss dementsprechend genügen, da aus ihm ersichtlich ist, dass der Verwalter (im vorliegenden Fall bis nach Inkrafttreten des § 6 MaßnG-GesR am 28.3.2020) im Amt war. Es stellt sich dementsprechend lediglich die aufgeworfene Frage, ob dem Grundbuchamt gegenüber auch ein Nachweis zu erbringen ist, dass der Verwalter nicht abberufen wurde und kein neuer Verwalter bestellt wurde.

Die Frage gewinnt zwar durch § 6 Abs. 1 MaßnG-GesR an Aktualität, sie stellt sich aber außerhalb der vorgeannten Norm auch für § 26 Abs. 1 WEG in gleichem Maße. Denn auch bei jedem anderen Verwalternachweis wäre es möglich, dass der Verwalter zwischenzeitlich gem. § 26 Abs. 1 WEG abberufen wurde. Nach Inkrafttreten des WEMoG gilt dies umso mehr, da nach neuem Recht die Beschränkung der Abberufung auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes nicht mehr möglich ist. Eine Abberufung des Verwalters kann dementsprechend jederzeit erfolgen (Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rn. 454; Dötsch/Schultzky/Zscheschack, WEG-Recht 2021, Kap. 9 Rn. 1; Riecke, in: Skauradzun/Elzer/Hinz, Die WEG-Reform 2020, § 1 Rn. 85; Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 26 Rn. 146; Palandt/Wicke, BGB, 80. Aufl. 2021, § 26 WEG Rn. 13).

Für die Rechtslage vor Inkrafttreten des WEMoG nahm die Rechtsprechung an, dass das Grundbuchamt grundsätzlich vom Fortbestand des Amtes für die vorgesehene Zeit bzw. bis zum Ablauf der gesetzlichen Höchstfrist ausgehen darf (BayObLG NJW-RR 1991, 978, 979; OLG Oldenburg DNotZ 79, 33; Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 26 Rn. 183; MünchKommBGB/Engelhardt, 8. Aufl. 2020, § 26 WEG Rn. 86). Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn das Grundbuchamt konkrete Anhaltspunkte hat, dass die Verwalterbestellung vorzeitig beendet wurde (LG Wuppertal MittRhNotK 1982, 207, 208). Diesbezüglich dürfte sich auch durch das WEMoG keine abweichende Beurteilung ergeben.

Letztlich handelt es sich bei der **Nicht-Abberufung** bzw. der **Nicht-Neubestellung** um sog. negative Tatsa-

chen, für die es schon aus zwingend logischen Gründen **keinen Nachweis in der Form des § 29 GBO** geben kann. In Betracht käme allenfalls eine Erklärung der Beteiligten in der Form des § 29 GBO, die aber ohnehin nur eingeschränkter Beweiswert haben kann. Das Gesetz enthält in § 26 Abs. 4 WEG zudem gerade eine Erleichterung von § 29 Abs. 1 S. 2 GBO. Die Norm sieht jedoch ausdrücklich nur einen Nachweis für den Bestellungsbeschluss vor, nicht aber ein Erfordernis, dass auch die Nicht-Abberufung bzw. Nicht-Neubestellung nachzuweisen wäre. Für solche „negativen Tatsachen“ bejaht die Rechtsprechung auch in sonstigen Fällen Erleichterungen, da ein Nachweis in der Form des § 29 GBO gerade nicht möglich ist (ausf. Völzmann, RNotZ 2012, 380 ff.; Meikel/Hertel, GBO, 12. Aufl. 2020, § 29 Rn. 652 ff.; BeckOK-GBO/Otto, Std. 1.2.2021, § 29 Rn. 31 jeweils m. w. N.). In vielen Fällen wird zwar als Ersatz für den nicht erbringbaren Nachweis in öffentlicher Urkunde eine eidesstattliche Versicherung gefordert (Meikel/Hertel, GBO, 12. Aufl. 2020, § 29 Rn. 653). Dies bedeutet jedoch nicht, dass stets für jede negative Tatsache eine solche Versicherung erforderlich ist. Denn grundsätzlich kann das Grundbuchamt von einem üblichen Verlauf der Dinge ausgehen, wenn Anhaltspunkte für eine abweichende Sachlage fehlen.

So sehen es konkret für § 6 Abs. 1 MaßnG-GesR auch *Wälzholz/Bayer* (DNotZ 2020, 285, 308) sowie *Böhrringer* (RPfleger 2021, 22, 23), die – soweit ersichtlich – beiden einzigen Literaturfundstellen, die sich bislang mit der Thematik auseinandersetzen und im Ergebnis u. E. aus den vorgenannten Gründen überzeugen.

3. Ergebnis

Nach unserem Dafürhalten ist dementsprechend nach allgemeinen Grundsätzen ein Beweis der „negativen Tatsachen“ der Nicht-Abberufung und Nicht-Neubestellung nicht erforderlich. Eine Versicherung in der Zustimmungserklärung durch den Verwalter ist u. E. entbehrlich, aber auch unschädlich. Sie kann ohnehin nicht den Beweis darüber erbringen, dass der Verwalter tatsächlich nicht abberufen wurde. Wir möchten jedoch abschließend darauf hinweisen, dass zu dieser konkreten Frage bislang noch keine Rechtsprechung vorliegt.

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.

HGB § 60

Wettbewerbsverbot bei Verkauf einer Minderheitsbeteiligung an einer GmbH; nachvertragliches Wettbewerbsverbot für einen Minderheitsgesellschafter
Abruf-Nr.:

BGB § 1945; FamFG § 344 Abs. 7

Beurkundung der Erbausschlagung; Übermittlung einer Ausfertigung an das Nachlassgericht
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

GenG § 43 Abs. 7; MaßnG-GesR § 3; UmwG § 13 Abs. 1 S. 2

Präsenzlose Versammlung bei der Genossenschaft; virtuelle Versammlung; Verschmelzungsbeschluss

§ 3 Abs. 1 MaßnG-GesR lässt eine Versammlung ohne physische Präsenz der Teilnehmer („virtuelle Versammlung“) nicht zu.

(Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.3.2021 – 1 W 4/21 (Wx) – nicht rechtskräftig (Rechtsbeschwerde beim BGH anhängig unter Az. II ZB 7/21)

Problem

Im Rahmen der Vertreterversammlung einer eingetragenen Genossenschaft war der Zustimmungsbeschluss zu einem Verschmelzungsvertrag zu fassen. Die Vertreterversammlung stimmte dem Verschmelzungsvertrag in einer „virtuellen Vertreterversammlung“ zu. Die Vertreterversammlung wurde notariell beurkundet. Das Registergericht lehnte die Eintragung der Verschmelzung ab, da der Verschmelzungsbeschluss nicht in einer Präsenzversammlung gefasst worden sei. Hiergegen richtet sich die Beschwerde.

Entscheidung

Die Beschwerde hat keinen Erfolg. Das OLG Karlsruhe weist zunächst darauf hin, dass § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG erfordere, dass der Zustimmungsbeschluss in einer Versammlung gefasst werde. Welche Anforderungen an die Durchführung der Versammlung zu stellen sind, richte sich nach dem Genossenschaftsrecht. § 4 MaßnG-GesR erhalte betreffend das Umwandlungsrecht insofern keine Erleichterung. Eine vollvirtuelle Versammlung – nach Definition des Gerichts eine Versammlung ohne physische Präsenz der Teilnehmer – sei jedoch nur dann

ausreichend, wenn das Gesetz oder die Satzung der Genossenschaft eine solche Versammlung zulasse.

§ 3 Abs. 1 MaßnG-GesR lasse eine Versammlung ohne physische Präsenz der Teilnehmer nicht zu. Diese Norm enthalte lediglich eine Erleichterung dahingehend, dass auch ohne Satzungsregelung Beschlüsse elektronisch oder schriftlich gefasst werden können. § 43 Abs. 7 S. 1 GenG meine an dieser Stelle jedoch lediglich die Beschlussfassung außerhalb einer Versammlung, was wiederum nicht mit § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG in Einklang zu bringen sei. Die elektronische Beschlussfassung sei nicht mit einer virtuellen Beschlussfassung gleichzusetzen. Dies ergebe sich bereits aus einer systematischen Auslegung anhand des § 118 Abs. 2 AktG und § 48 Abs. 2 GmbHG. Im Gegensatz zum Verein habe der Gesetzgeber **für die Genossenschaft gerade keine Durchführung einer rein virtuellen Versammlung vorgesehen.**

Auch eine analoge Anwendung lehnt das Gericht ab, da der Gesetzgeber sich für die unterschiedlichen Rechtsformen bewusst für unterschiedliche Regelungen entschieden und den Regelungsbedarf gesehen habe. Soweit der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausführe, dass die Durchführung einer Versammlung ohne physische Präsenz bei der Genossenschaft möglich sei, habe dies im Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag gefunden, sodass diese „Erwartung des Gesetzgebers“ (so das Gericht wörtlich) nicht Gesetz worden sei. Der Begriff der elektronischen Form erfasse gerade **nur die Beschlussfassung außerhalb einer Versammlung.** Der Gesetzgeber differenziere gerade zwischen einer Beschlussfassung in elektronischer Form und Ermöglichung einer elektronischen Stimmabgabe.

Obiter dictum weist das Gericht zudem darauf hin, dass § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG eine Versammlung fordere, bei der es die Möglichkeit des Austauschs mit anderen Versammlungsteilnehmern gebe und die Wahrnehmung der Mitgliedsrechte möglich sei. Eine solche virtuelle Versammlung sei aber gerade weder nach § 43 Abs. 7 GenG noch nach § 3 Abs. 1 MaßnG-GesR möglich.

Anmerkung

Aus dem Tatbestand geht leider die genaue Ausgestaltung der virtuellen Versammlung, der Zuschaltung der Mitglieder und die Art der Durchführung der Versammlung nicht hervor. Das Gericht verkennt, dass es zwischen der Beschlussfassung außerhalb einer Versammlung und der „rein virtuellen Versammlung“ verschiedene Abstufungen der Versammlung mit elektronischer Teilnahme gibt. Welche Anforderungen genau an eine Versammlung zu stellen sind, um den Anfor-

derungen des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG gerecht zu werden, ist auch nach der Entscheidung des OLG Karlsruhe offen. Es bleibt zu hoffen, dass der Bundesgerichtshof im Beschwerdeverfahren an dieser Stelle mehr Klarheit schaffen wird.

Anzumerken ist jedenfalls, dass der Gesetzgeber mit § 3 Abs. 1 MaßnG-GesR nicht lediglich die Beschlussfassung im Rahmen eines Umlaufbeschlusses in elektronischer Form gemeint haben kann. Regelungen zur Anfechtung eines Beschlusses „der *Generalversammlung*“ wegen technischer Störungen im Zusammenhang mit der Beschlussfassung ergeben jedenfalls nur dann Sinn, wenn der Gesetzgeber von der Regelung einer Versammlung und nicht nur einer Beschlussfassung außerhalb einer solchen ausging.

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessorin Dr. Ricarda Lotte

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 3 Abs. 2, 5 Abs. 1 u. 2; BGB §§ 93, 94, 912 – Eigentum an baulichen Anlagen auf Freiflächen-Sondereigentum/Annex-Sondereigentum; Sondereigentumsfähigkeit der Grundfläche des Ausgangsgebäudes

BGB § 2289 – Gemeinschaftliches Testament; nachträgliche Änderung der Verwaltungsvollstreckung in eine Abwicklungsvollstreckung; Beeinträchtigung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 902 Abs. 1, 1018, 1028 Abs. 1 S. 2 – Bedingte Ausübungsbefugnis (hier: Zahlung eines Nutzungsentgelts) als Inhalt einer Dienstbarkeit; Erlöschen durch Verjährung des Beseitigungsanspruchs bzgl. einer baulichen Anlage

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 3 Abs. 2, 5 Abs. 1 u. 2; BGB §§ 93, 94, 912

Eigentum an baulichen Anlagen auf Freiflächen-Sondereigentum/Annex-Sondereigentum; Sondereigentumsfähigkeit der Grundfläche des Ausgangsgebäudes

I. Sachverhalt

Ein einheitliches Grundstück, das mit zwei Doppelhaushälften bebaut ist, wurde im Jahr 1982 im Wege einer Quasi-Realteilung in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt, da eine Teilungsgenehmigung nicht zu erlangen war. Wie auch heute noch üblich wurden den beiden Wohnungseigentümern an den Flächen, auf denen die jeweilige Doppelhaushälfte steht und die das jeweilige Doppelhaus umgeben, Sondernutzungsrechte eingeräumt.

Die derzeitigen Eigentümer *beider* Einheiten (Eltern) beabsichtigen, je eine Doppelhaushälfte, d. h. je ein Wohnungseigentumsrecht, auf ihren Sohn und ihre Tochter zu übertragen. Beide Kinder wollen an ihre jeweilige Doppelhaushälfte anbauen. Eine Realteilung des Grundstücks ist nach wie vor nicht möglich, da die Voraussetzungen für die Erteilung einer Teilungsgenehmigung nicht vorliegen. Wegen der geplanten Anbauten ist angedacht, das Sondereigentum an der jeweiligen Doppelhaushälfte auf die umliegende Freifläche zu erstrecken.

II. Fragen

1. Wenn gem. § 3 Abs. 2 WEG n. F. das Sondereigentum auf Freiflächen außerhalb des Gebäudes erstreckt wird, steht das Eigentum an Gebäuden wie beispielsweise Anbauten an Doppel- und/oder Reihenhäusern, die auf solchen Flächen errichtet werden, automatisch dem jeweiligen Sondereigentümer zu, dem die Fläche zugeordnet ist, § 5 Abs. 1 Satz 2 WEG n. F. i. V. m. § 94 BGB?

2. Bedarf es in diesen Fällen einer (weiteren) Änderung der Teilungserklärung, um diese Räumlichkeiten dem

betreffenden Sondereigentum zuzuordnen? Ist eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung erforderlich?

3. Sind die Flächen, auf denen die jeweilige Doppelhaushälfte steht, sondereigentumsfähig nach § 3 Abs. 2 WEG n. F. oder findet § 3 Abs. 2 WEG n. F. nur auf Flächen außerhalb eines Gebäudes Anwendung, sodass die Flächen, auf denen die Doppel- und/oder Reihenhäuser errichtet sind, nach wie vor zwingend Gemeinschaftseigentum sind und das Sondereigentum darauf nicht „erstreckt“ werden kann?

III. Zur Rechtslage

1. Sondereigentumsfähigkeit der Grundfläche des Ausgangsgebäudes

Seit der zum 1.12.2020 in Kraft getretenen Reform des Wohnungseigentumsgesetzes (WEMoG, vgl. BGBl. I v. 22.10.2020, 2187; s. nun auch die vollständige Bekanntmachung der Neufassung des WEG vom 12.1.2021, BGBl. I v. 20.1.2021, 34) ist es möglich, gem. § 3 Abs. 2 WEG Sondereigentum auf einen außerhalb des Gebäudes liegenden Teil des Grundstücks zu erstrecken, soweit die Wohnung oder die nicht zu Wohnzwecken dienenden Räume dadurch wirtschaftlich nicht ihre Eigenschaft als Hauptsache verlieren. In der Literatur besteht – soweit ersichtlich – Einigkeit dahingehend, dass die Grundstücksfläche, auf der das aufgeteilte Gebäude steht, weiterhin zwingend Gemeinschaftseigentum ist (Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 3 Rn. 66; Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform, 2020, § 16 Rn. 1690; Dötsch/Schultzky/Zscheschack, WEG-Recht, 2021, Kap. 1 Rn. 24). Lediglich *Wicke* geht davon aus, dass die Auswirkungen des § 3 Abs. 2 WEG auf die Gestaltung von Reihen- und Mehrhausanlagen als offen zu bezeichnen sind (Palandt/Wicke, BGB, 80. Aufl. 2021, § 3 Rn. 11). Letzterer betont jedoch, dass diesbezüglich in der Praxis Zurückhaltung gegenüber einer extensiven Auslegung des § 3 Abs. 2 WEG anzuraten sei. U. E. dürfte sich aufgrund des klaren Wortlauts des § 3 Abs. 2 WEG ergeben, dass sich das „Freiflächen-Sondereigentum“ nicht auf die unter dem Hauptgebäude belegene Grundstücksfläche erstrecken kann, da diese nicht „außerhalb des Gebäudes“ liegt. Hinzu kommt, dass diese Fläche gem. § 5 Abs. 2 WEG für den Bestand und die Sicherheit des Gebäudes erforderlich ist, sodass die Grundstücksfläche unter dem Gebäude schon deshalb zwingend Gemeinschaftseigentum ist. Dass der Gesetzgeber diesbezüglich etwas an der bestehenden Rechtslage (vgl. BGH NJW 1968, 1230; explizit zu Doppelhaushälften OLG Düsseldorf FGPrax 2004, 267) ändern wollte, ist nicht ersichtlich. Deswegen wird man wohl auch keine Ausnahme für Doppelhaushälften annehmen können. Denn die Besonderheiten bei Doppelhaushälften, die auf-

grund öffentlich-rechtlicher Vorgaben mittels „Hilfskonstruktion“ in WEG unterteilt wurden, bestanden gleichermaßen auch schon vor der Reform. Auch der eindeutige Wortlaut des § 3 Abs. 2 WEG dürfte dagegen sprechen, denn diese Flächen liegen auch bei Doppelhaushälften zweifelsohne nicht „außerhalb des Gebäudes“.

2. Sondereigentumsfähigkeit von nachträglich auf Freiflächen-Sondereigentum errichteten Gebäuden

Gem. § 5 Abs. 1 S. 2 WEG gilt § 94 BGB entsprechend, soweit sich das Sondereigentum auf außerhalb des Gebäudes liegende Flächen bezieht. Gem. § 94 BGB gehören zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude. Liest man § 5 Abs. 1 S. 2 WEG und § 94 Abs. 1 S. 1 BGB zusammen, bedeutet dies, dass die auf dem Freiflächen-Sondereigentum errichteten Gebäude wesentliche Bestandteile des Sondereigentums sind (Dötsch/Schultzky/Zscheschack, Kap. 1 Rn. 30; Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1726; Hügel/Elzer, § 5 Rn. 18). Es stellt sich allerdings die Frage, wie sich diese Norm zu § 5 Abs. 2 WEG verhält, ob also die Anordnung des § 5 Abs. 1 S. 2 WEG auch für konstruktive Teile des Gebäudes Geltung beanspruchen kann. Die h. M. sieht mit den Gesetzgebungsmaterialien (BT-Drucks. 19/18791, 40) einen Vorrang des § 5 Abs. 1 S. 2 WEG dahingehend, dass die Anordnung der Anwendung des § 94 BGB insofern § 5 Abs. 2 WEG überlagert und auch die konstruktiven Bestandteile des auf dem Freiflächen-Sondereigentum errichteten Gebäudes wesentliche Bestandteile des Sondereigentums werden (Becker/Schneider, ZfIR 2020, 281, 285; Hügel/Elzer, § 5 Rn. 18; BeckOK-WEG/Leidner, Std.: 2.4.2021, § 5 Rn. 26). Teilweise wird dies mit der Erwägung bestritten, dass der Gesetzgeber einen Vorrang des § 5 Abs. 1 S. 2 WEG weder dort noch in § 5 Abs. 2 WEG zum Ausdruck gebracht habe. Der Gesetzgeber habe § 5 Abs. 2 WEG vielmehr sogar um den Zusatz ergänzt, dass dieser auch gelte, wenn sich die Gebäudeteile im Bereich der im Sondereigentum stehenden „Teile des Grundstücks“ befänden (Dötsch/Schultzky/Zscheschack, Kap. 1 Rn. 30).

Unseres Erachtens überzeugt jedenfalls **für Gebäude, die getrennt vom Hauptgebäude errichtet werden**, die erstgenannte Ansicht. Die in § 5 Abs. 2 WEG angenommene Klarstellung, dass Teile des Gebäudes auch dann lediglich Gegenstand des Gemeinschaftseigentums sein können, wenn sie sich im Bereich des Freiflächen-Sondereigentums („Teile des Grundstücks“) befinden, bezieht sich ersichtlich auf solche Anlagen, die dem „Hauptgebäude“ dienen, also dem Gebäude, von dem aus das Sondereigentum gem. § 3

Abs. 2 WEG erstreckt wird. Dies zeigt sich auch an den vom Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung genannten Fällen, wie beispielsweise Versorgungsleitungen, die unterhalb der im Sondereigentum stehenden Freifläche verlegt sind (BT-Drucks. 19/18791, 40). § 5 Abs. 2 WEG ist also dahingehend zu verstehen, dass er von vornherein nur Anwendung auf Teile *des Gebäudes* findet, von dem aus sich das Freiflächen-Sondereigentum erstreckt. § 5 Abs. 1 S. 2 WEG ist insofern *lex specialis*.

Zu einer anderen Beurteilung wird man jedoch für die vorliegende Konstruktion kommen müssen, in der **unmittelbar an das Hauptgebäude angebaut** wird. Denn dann gerät das Prinzip der Rechtseinheit zwischen Gebäude und Grundstück gem. § 94 BGB – vergleichbar mit einem Überbau – in Konflikt mit dem Prinzip der Rechtseinheit zwischen einzelnen Teilen eines einheitlichen Gebäudes gem. § 93 BGB (vgl. MünchKommBGB/Stresemann, 8. Aufl. 2018, § 94 Rn. 8). Ein Überbau im klassischen Sinne des § 912 BGB dürfte zwar nicht vorliegen, da nicht über eine Grundstücksgrenze gebaut wird. Die Situation ist jedoch insofern vergleichbar, als an der Grenze der bisherigen Bebauung in diesem Fall eine „Eigentumsgrenze“ zwischen Gemeinschaftseigentum und Sondereigentum verläuft. Es stellt sich also die Frage, wie das Verhältnis zwischen § 94 BGB und § 93 BGB in diesen Fällen zu beurteilen ist. Man könnte sich zwar auf den Standpunkt stellen, dass der Gesetzgeber diesen Konflikt durch Bezugnahme auf § 94 BGB in § 5 Abs. 1 S. 2 WEG auflösen wollte. Unseres Erachtens ist der Verweis jedoch eher dahingehend zu verstehen, dass die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze für die Einheitlichkeit der Eigentumsverhältnisse auch bezüglich des Freiflächen-Sondereigentums gelten sollen. Dies würde aber bedeuten, dass im vorliegenden Fall das Eigentum an dem Gebäude als Ganzem dem „Stammgrundstück“ (also dem Gemeinschaftseigentum) zuzurechnen ist.

Geht man davon aus, dass bei einem Anbau an das Hauptgebäude das Eigentum am Anbau dem Eigentum am Hauptgebäude folgt, so handelt es sich grundsätzlich um Gemeinschaftseigentum, soweit es nicht dem Sondereigentümer als Sondereigentum zugeordnet wird. Sonder- und Gemeinschaftseigentum werden über den Aufteilungsplan abgegrenzt, auch wenn sich bei natürlicher Betrachtungsweise diese Abgrenzung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum nicht zeigt. Die Abgrenzung erfolgt dann durch sog. „Luftschranken“ (BGH NZM 2008, 688, 689; BGH NZM 2016, 132, 134), wobei diese Schranken durch den Aufteilungsplan vorgegeben werden. Es empfiehlt sich deshalb auch nach neuer Rechtslage vorsorglich eine sachenrechtliche Än-

derung der Teilungserklärung (Umwandlung von Gemeinschafts- in Sondereigentum) nebst Anpassung des Aufteilungsplans.

3. Erforderliche Pläne bei Umwandlung eines Sondernutzungsrechts in Freiflächen-Sondereigentum

Gem. § 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG ist dem Grundbuchamt eine Bescheinigung der Baubehörde vorzulegen, dass die Voraussetzungen des § 3 Abs. 3 WEG vorliegen. Die Bezeichnung als „Abgeschlossenheitsbescheinigung“ ist insofern unter Geltung des neuen Rechts irreführend. Die Baubehörde muss künftig nicht nur bescheinigen, dass die Abgeschlossenheit vorliegt, sondern auch, dass die Maßangaben den Anforderungen des Gesetzes genügen. Dies sieht § 6 AVA n.F. ausdrücklich vor (vgl. BR.-Drs. 312/21 v. 15.4.2021 mit Zustimmung durch den Bundesrat am 28.5.2021, s. Plenarprotokoll 1005 des Bundesrats vom 28.5.2021, S. 255). Dementsprechend ist auch bei der Umwandlung von Sondernutzungsrechten in Freiflächen-Sondereigentum eine Bescheinigung gem. § 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG erforderlich.

Für die Umwandlung von Sondernutzungsrechten in Sondereigentum ist materiell-rechtlich eine Auffassung in der Form des § 925 Abs. 1 BGB und die Eintragung im Grundbuch erforderlich. Grundbuchrechtlich muss die Bewilligung aller Wohnungseigentümer und sämtlicher Drittberechtigten (Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1745) sowie ein ergänzender Aufteilungsplan samt „Abgeschlossenheitsbescheinigung“ vorliegen.

4. Fazit

Die Umwandlung von Sondernutzungsrechten in Freiflächen-Sondereigentum bedarf der Vorlage eines neuen Aufteilungsplans samt Abgeschlossenheitsbescheinigung, in der die Maßangaben bestätigt sind. Bei der Errichtung von weiteren Gebäuden auf Freiflächen-Sondereigentum separat vom Hauptgebäude, die gem. § 5 Abs. 1 S. 2 WEG i. V. m. § 94 BGB wesentlicher Bestandteil des Sondereigentums werden, dürfte anschließend kein weiterer Aufteilungsplan erforderlich sein, da diese Änderung der tatsächlichen Baulichkeiten grundbuchrechtlich nicht zu vollziehen ist.

Wird jedoch – wie hier offenbar geplant – an das bestehende Gebäude angebaut, gelten u. E. die gleichen Grundsätze wie für den Überbau, was bedeutet, dass der Anbau Bestandteil des Hauptgebäudes wird. Aufgrund der Rechtsprechung des BGH, nach der sich die Grenze zwischen Sonder- und Gemeinschaftseigentum vorrangig nach dem Aufteilungsplan richtet, sind bei jedem Anbau entsprechende neue Aufteilungspläne samt Abgeschlossenheitsbescheinigung vorzulegen.

BGB § 2289

Gemeinschaftliches Testament; nachträgliche Änderung der Verwaltungsvollstreckung in eine Abwicklungsvollstreckung; Beeinträchtigung

I. Sachverhalt

Ehegatten haben ein gemeinschaftliches Testament errichtet, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben nach dem Erstversterbenden eingesetzt haben (sog. Einheitslösung, vgl. § 2269 Abs. 1 BGB). Die gemeinsamen Abkömmlinge wurden im Wege einer wechselbezüglichen Verfügung zu Schlusserben bestimmt. Im gemeinschaftlichen Testament wurde Verwaltungsvollstreckung angeordnet.

Die Ehefrau ist zwischenzeitlich verstorben. Der Ehemann möchte nun die Verwaltungsvollstreckung in eine Abwicklungsvollstreckung ändern.

II. Frage

Stellt die Änderung der Verwaltungsvollstreckung in eine Abwicklungsvollstreckung eine Beeinträchtigung des/der Schlusserben dar und ist sie deshalb unzulässig, oder schränkt sie deren Rechtsstellung nicht ein, sodass eine entsprechende Änderung durch den Längerlebenden möglich ist?

III. Zur Rechtslage

1. Umfang und Wirkung der erbrechtlichen Bindung in Bezug auf die Testamentvollstreckung

Ausweislich des mitgeteilten Sachverhalts haben die Ehegatten nach Art der sog. Einheitslösung verfügt und die gemeinsamen Abkömmlinge zu Schlusserben eingesetzt. An diese Schlusserbeneinsetzung ist der überlebende Ehegatte nach Tod des Erstversterbenden und Annahme der Erbschaft erbrechtlich gebunden, wenn es sich – wie hier – um eine wechselbezügliche Verfügung handelt (vgl. § 2271 Abs. 2 BGB).

Die erbrechtliche Bindungswirkung äußert sich dahingehend, dass eine neue Verfügung von Todes wegen, die vom überlebenden Ehegatten getroffen wird, insoweit unwirksam ist, als hierdurch ein **erbrechtlich bindend Bedachter in seiner Rechtsstellung beeinträchtigt wird** (§ 2289 Abs. 1 S. 2 BGB entsprechend). Eine solche Beeinträchtigung läge beispielsweise in der späteren Beschwerung des bindend bedachten Schlusserben mit Vermächtnissen oder in seiner nachträglichen Beschränkung durch eine Testamentvollstreckung. Die nachträgliche, **erstmalige Anordnung der Testamentvollstreckung** ist ohne Weiteres als Beeinträchtigung in diesem Sinne anzusehen.

Demgegenüber ist die **Aufhebung** einer angeordneten Testamentvollstreckung ebenso wie die **Auswechslung der Person des Testamentvollstreckers** nach h. M. zulässig (vgl. KG FamRZ 1977, 485; OLG Düsseldorf ZEV 1994, 302; OLG Hamm ZEV 2001, 271 m. Anm. Reimann; BeckOGK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.4.2021, § 2289 Rn. 65; Keim, ZEV 2021, 129 ff.). Dies lässt sich damit begründen, dass es sich bei der Anordnung der Testamentvollstreckung wie bei der Auswahl der Person des Testamentvollstreckers stets um einseitige Verfügungen des Erblassers handelt (vgl. §§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 2 BGB); diese können grundsätzlich jederzeit einseitig abgeändert bzw. widerrufen werden. Dies soll nur ausnahmsweise anders sein, wenn allein in der Auswechslung der Person des Testamentvollstreckers eine messbare Benachteiligung (Beeinträchtigung) des bindend Bedachten gesehen werden kann, beispielsweise, weil der ursprünglich ernannte Testamentvollstrecker naher Verwandter des Erben war, während dies bei dem neu ernannten Testamentvollstrecker nicht der Fall ist (vgl. KG FamRZ 1977, 485, 487, das die Rechtslage aber letztlich offen ließ).

Der BGH hat in seinem Urteil vom 6.4.2011 (ZNotP 2011, 225 = NJW 2011, 1733) erstmals zur Frage Stellung genommen. Der BGH lehnt eine Gewichtung der Beeinträchtigung nach „Spürbarkeit“ oder „Messbarkeit“ ab, weil in diesen unpräzisen Begriffen kein sicheres Abgrenzungskriterium zu sehen sei. Entscheidend für die Frage, ob im konkreten Fall eine Beeinträchtigung der Rechte des Vertragserben vorliegt, ist nach dem BGH vielmehr ein Vergleich des Inhalts des Erbvertrages mit den nachfolgenden testamentarischen Verfügungen. Ohne vorherige Ermittlung des genauen Vertragsinhalts lasse sich nicht beantworten, ob die spätere letztwillige Verfügung die vertragsmäßige (bzw. wechselbezügliche) Zuwendung mindern, beschränken, belasten oder gegenstandslos machen würde.

Im Ergebnis kommt es daher in Bezug auf die Auswechslung der Person des Testamentvollstreckers auf den **Einzelfall** und die Frage an, inwieweit die Rechtsstellung des Vertragserben auf die Person des Testamentvollstreckers ausgedehnt worden ist. Dies ist eine Auslegungsfrage, die nur im Einzelfall beurteilt werden kann. In der aktuellen Rechtsprechung hat beispielsweise das OLG Schleswig (ZEV 2020, 158 ff. m. Anm. Knittel = MittBayNot 2020, 595 ff. m. Anm. Weidlich; vgl. dazu auch Keim, ZEV 2021, 129 ff.) eine rechtliche Beeinträchtigung des Schlusserben im Falle des Austauschs eines unentgeltlich tätig werdenden Testamentvollstreckers durch einen solchen mit Vergütungsanspruch (vgl. § 2221 BGB) angenommen.

2. Änderung der Art der Testamentsvollstreckung

Im vorliegenden Fall geht es nicht um die Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers, sondern um eine Änderung der **Art der Testamentsvollstreckung**. Es soll statt einer Verwaltungsvollstreckung (vgl. § 2209 BGB) nunmehr eine Abwicklungsvollstreckung (§§ 2203 ff. BGB) angeordnet werden.

Auch hier gilt im Grundsatz, dass die Testamentsvollstreckung, die nicht mit Bindungswirkung angeordnet werden kann (§§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 2 BGB), grundsätzlich vom Überlebenden widerrufen und damit grundsätzlich auch abgeändert werden kann. Eine Grenze liegt in der potentiellen Beeinträchtigung des bindend eingesetzten Schlusserben. Hierfür ist nach h. M. entscheidend, ob durch die neue letztwillige Verfügung die erbrechtlich bindende Zuwendung gemindert, beschränkt, belastet oder gegenstandslos gemacht würde (vgl. OLG Hamm NJW 1974, 1774). Dabei kommt es nach h. M. auf eine Beeinträchtigung im Rechtssinne an (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 80. Aufl. 2021, § 2289 Rn. 2).

Anerkannt ist in diesem Zusammenhang, dass die **Erweiterung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers** eine Beeinträchtigung des Vertragserben darstellt, wie dies z. B. bei der **Anordnung einer Dauervollstreckung an Stelle einer Auseinandersetzungsvollstreckung** der Fall ist (BeckOGK-BGB/Müller-Engels, § 2289 Rn. 63; vgl. auch J. Mayer/Röhl, in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, 7. Aufl. 2020, § 2289 Rn. 38 m. w. N.).

Im umgekehrten Fall – wie hier – wird man dies u. E. **nicht** annehmen können, sofern es sich bei der zu ändernden Verfügung um eine Dauervollstreckung (Kombination aus Auseinandersetzungsvollstreckung mit anschließender Verwaltungsvollstreckung) handelt und nicht nur um eine reine Verwaltungsvollstreckung, bei der allein die Verwaltung des Nachlasses zum Aufgabenbereich des Testamentsvollstreckers gehört. Denn dann würde durch die Änderung nur eine **Verbesserung** der Rechtsposition der bindend eingesetzten Schlusserben erzielt (da die Verwaltungsvollstreckung entfällt), was unter dem Gesichtspunkt des § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB (Beeinträchtigung) unproblematisch wäre (vgl. nur MünchKommBGB/Musielak, 8. Aufl. 2020, § 2289 Rn. 17).

Aber selbst wenn es sich hier bei der angeordneten Vollstreckung um eine reine Verwaltungsvollstreckung handeln würde, dürfte die Änderung in eine Abwicklungsvollstreckung u. E. nicht als Beeinträchtigung der Schlusserben anzusehen sein, weil damit der Dauer-Aspekt der Beschränkung der Verwaltungs- und Verfü-

gungsbefugnisse der Erben (vgl. §§ 2205, 2211 BGB) entfele und eine Auseinandersetzung des Nachlasses (allein wegen der Beendigung der gesamthänderischen Bindung) regelmäßig im Interesse der Miterben liegt. Ausdrückliche Stellungnahmen in Rechtsprechung oder Literatur ließen sich zur angesprochenen Problematik aber leider nicht ermitteln, sodass die Rechtsfrage als nicht abschließend geklärt anzusehen ist. Ggf. lässt sich gerade für Sonderkonstellationen, bzw. im Hinblick darauf, dass für die Abwicklungsvollstreckung die Zeitgrenze des § 2210 BGB nicht gilt, auch ein anderes Ergebnis vertreten.

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 § 433; ZPO §§ 724 ff., 794 Abs. 1 Nr. 5, 795 S. 1; BeurkG § 53

Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung trotz Zahlungsempfangsbestätigung durch den Gläubiger
Abruf-Nr.:

EuErbVO Art. 21

Schweiz: Erbstatut; Behindertentestament
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 902 Abs. 1, 1018, 1028 Abs. 1 S. 2

Bedingte Ausübungsbefugnis (hier: Zahlung eines Nutzungsentgelts) als Inhalt einer Dienstbarkeit; Erlöschen durch Verjährung des Beseitigungsanspruchs bzgl. einer baulichen Anlage

Die Befugnis zur Ausübung der Dienstbarkeit kann mit dinglicher Wirkung unter die Bedingung der Zahlung eines Entgelts gestellt werden. Eine solche Bedingung muss – anders als eine den Bestand des Rechts betreffende Bedingung – nicht in das Grundbuch selbst eingetragen werden; es genügt die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (Fortführung von Senat, Beschluss vom 1. Oktober 2020 – V ZB 51/20, ZfIR 2021, 32).

Problem

Der frühere Eigentümer errichtete auf dem – nunmehr – herrschenden Grundstück im Jahr 1957 ein Hotel. Zur Erfüllung der bauordnungsrechtlichen Stellplatzpflicht wurden 99 Stellplätze abgelöst, die restlichen Stellplätze sollten auf dem Nachbargrundstück errichtet werden. 1981 erfolgte im Rahmen des Verkaufs des Nachbargrundstücks die Eintragung einer Grunddienstbarkeit, die als „Kraftfahrzeugeinstellrecht“ bezeichnet wurde. In der Bewilligungsurkunde heißt es unter anderem:

„a) Der Eigentümer des herrschenden Grundbesitzes ist berechtigt, auf dem dienenden Grundbesitz 30 - dreißig - Kraftfahrzeuge einzustellen und zu diesem Zweck die vorhandenen Zufahrten zu benutzen.

b) [...] Der Käufer bewilligt und beantragt die Eintragung der bestellten Grunddienstbarkeit im Grundbuch Zug um Zug mit der Eintragung der Auflassung. Für die Einräumung des Rechts zu Buchst. a) hat der Berechtigte eine angemessene und ortsübliche Nutzungsgebühr zu entrichten. Hierfür hat der Verkäufer zu sorgen und einzustehen.“

In den darauffolgenden Jahren wurde auf dem dienenden Grundstück ein Bauwerk mit Tiefgarage errichtet. Der damalige Eigentümer des herrschenden Grundstücks nahm die Dienstbarkeit nie in Anspruch. 2010 erwarb die jetzige Klägerin das mit dem Hotel bebaute Grundstück und machte das Kraftfahrzeugeinstellrecht gegenüber der Beklagten geltend. Eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Zahlung einer Nutzungsgebühr hatte sie nicht übernommen. Sie verlangte dementsprechend die unentgeltliche Nutzung. Die Beklagte war der Auffassung, die Nutzung sei nur gegen ein entsprechendes Entgelt zu dulden.

Das Berufungsgericht ging davon aus, dass die Ausübung der Grunddienstbarkeit durch die Zahlung einer angemessenen Nutzungsgebühr bedingt und diese Bedingung nicht eingetreten sei.

Entscheidung

Der BGH folgt dem nicht, hebt die Entscheidung auf und verweist die Sache zur weiteren Sachverhaltsaufklärung zurück. Er nutzt die Gelegenheit, zu einer ganzen Reihe offener Rechtsfragen Stellung zu nehmen. Zunächst stellt der Senat klar, dass die *Ausübung* einer Dienstbarkeit von der Zahlung eines Nutzungsentgelts abhängig gemacht werden kann. Eine dingliche Absicherung der Zahlung könne jedoch nicht zum Inhalt der Grunddienstbarkeit gemacht werden, sondern allen-

falls über die Eintragung einer Reallast oder Rentenschuld erreicht werden.

Der BGH bejaht jedoch die Möglichkeit, die Ausübung der Dienstbarkeit mit dinglicher Wirkung unter die Bedingung der Zahlung des Nutzungsentgelts zu stellen. Das Abstraktionsprinzip verbiete eine solche Verknüpfung zwischen der Ausübung der Dienstbarkeit und der schuldrechtlichen Pflicht zur Zahlung des Entgelts nicht (dies begründet der BGH mit einem Umkehrschluss aus § 925 Abs. 2 BGB). Die Entgeltspflicht selbst werde dadurch nicht verdinglicht, sondern bleibe lediglich eine schuldrechtliche Verpflichtung. Die Bedingung müsse zwar nicht in das Grundbuch selbst eingetragen werden. Es genüge – anders als bei Bedingungen, die den Bestand des Rechts betreffen – die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. Im konkreten Fall gelangt der BGH jedoch durch Auslegung der Bewilligung zu dem Ergebnis, dass vorliegend die schuldrechtliche Zahlungspflicht nicht zur Bedingung der Ausübung der Dienstbarkeit erhoben wurde.

Anschließend prüft der BGH eine Verwirkung, verneint dies im Ergebnis jedoch und stellt klar, dass die Verwirkung einer Grunddienstbarkeit wegen § 902 Abs. 1 S. 1 BGB nur in Ausnahmefällen, nur aufgrund eines Verhaltens des *aktuell* dinglich Berechtigten und nur im Verhältnis zu diesem in Betracht komme.

Im Ergebnis sei die Sache noch nicht entscheidungsreif, weil Feststellungen dazu fehlten, ob die Dienstbarkeit gemäß § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB erloschen sei. Danach erlischt eine Grunddienstbarkeit, wenn der Anspruch auf Beseitigung einer baulichen Anlage, die die Ausübung der Dienstbarkeit beeinträchtigt, verjährt ist. Eine Tiefgarage selbst stelle noch keine bauliche Anlage dar, die die Ausübung eines Kraftfahrzeugeinstellrechts beeinträchtigt. Eine Beeinträchtigung komme jedoch dann in Betracht, wenn die Tiefgarage mit einer Zugangsbeschränkung (beispielsweise einem Tor oder einer Schranke) versehen sei und der Eigentümer des herrschenden Grundstücks deshalb von dem Einstellrecht für mindestens 30 Jahre tatsächlich keinen Gebrauch machen konnte.

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1896, 168; BeurkG § 44a – Teilweiser Widerruf einer Vorsorgevollmacht; Rückgabe der Ausfertigungen

PartGG § 9 – Ausscheiden des vorletzten Partners einer Partnerschaftsgesellschaft; Gestaltungsmöglichkeiten für eine Fortsetzung der Partnerschaftsgesellschaft

Gutachten im Abrufdienst

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1896, 168; BeurkG § 44a Teilweiser Widerruf einer Vorsorgevollmacht; Rückgabe der Ausfertigungen

I. Zur Rechtslage

Im Jahr 2017 errichtete eine ältere Dame eine Generalvollmacht für ihren Sohn. Der Sohn war als einziger Bevollmächtigter vorgesehen und somit einzelvertretungsbefugt. Diese Vollmacht soll nun dahingehend ergänzt werden, dass eine zweite Person ebenfalls bevollmächtigt wird. Diese zweite Person soll nur zusammen mit dem Sohn vertretungsbefugt sein. Die Einzelvertretung des Sohnes soll gleichzeitig dahingehend eingeschränkt werden, dass der Sohn nur noch Geschäfte, Rechtserklärungen etc. in einem Wert von bis zu maximal 25.000,00 € alleine tätigen darf und für rechtsgeschäftliche Erklärungen mit einem Wert von über 25.000,00 € Gesamtvertretungsbefugnis mit den weiteren Bevollmächtigten besteht.

II. Fragen

1. Kann die bestehende Vollmacht ergänzt werden?
2. Sind alle bisherigen Ausfertigungen der bestehenden Vollmacht für den Sohn zurückzuverlangen?
3. Kann die Ergänzung der Vollmacht an die Ausfertigungen „angenäht“ werden, damit die ursprüngliche Vollmacht nur zusammen mit der Ergänzung verwendet werden kann?
4. Oder ist eine solche Ergänzung einer bestehenden Vollmacht nicht möglich und es muss die alte Vollmacht aufgehoben und eine neue Vollmacht errichtet werden?

III. Zur Rechtslage

1. Einordnung und Zulässigkeit der „Vollmachtergänzung“

Die geplante „Ergänzung“ der im Jahre 2017 errichteten General- und Vorsorgevollmacht stellt sich rechtlich als nachträgliche Einschränkung der dem Sohn ursprünglich erteilten Vertretungsmacht und damit als **teilweiser Widerruf der Vollmacht** dar. Das Betreuungsrecht regelt in den §§ 1896 ff. BGB den Widerruf der

Vorsorgevollmacht, die es in § 1896 Abs. 2 BGB als nach dem Subsidiaritätsprinzip gegenüber der Anordnung einer Betreuung vorrangig voraussetzt, selbst nicht. Daher ist für den Vollmachtswiderruf auf die allgemeine Vorschrift des § 168 BGB zurückzugreifen. Nach §§ 168 S. 3, 167 Abs. 1 BGB erfolgt die Erklärung des Widerrufs der Vorsorgevollmacht gegenüber dem Bevollmächtigten oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung konkret widerrufen werden soll. Die durch Aushändigung einer Vollmachtsurkunde dem Bevollmächtigten erteilte Vertretungsmacht (vgl. §§ 172 Abs. 1, 171 Abs. 1 BGB) bleibt bestehen bis die Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben oder für kraftlos erklärt wird (§ 172 Abs. 2 BGB). Der teilweise Widerruf der erteilten Vollmacht ist anerkanntermaßen **zulässig, sofern die Vollmacht i. S. v. § 139 BGB teilbar** ist. Es handelt sich dann um eine Beschränkung der Vertretungsmacht (aus der Kommentarliteratur: Staudinger/Schilken, BGB, 2019, § 168 Rn. 7; MünchKommBGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, § 168 Rn. 16; Palandt/Ellenberger, BGB, 80. Aufl. 2021, § 168 Rn. 5). Diese wird in der Rechtsprechung unproblematisch vorausgesetzt, wie etwa in der vom BGH entschiedenen Fallgestaltung eines Teilwiderrufs der Vollmacht gegenüber einem einzelnen bevollmächtigten Dritten (BGH NJW 2017, 3373 Rn. 18). Dementsprechend ist auch die Möglichkeit eines teilweisen Widerrufs einer zwecks Vermeidung der Betreuung erteilten Vorsorgevollmacht in der Rechtsprechung unbestritten (OLG München NJW-RR 2009, 1379, 1380; AG Unna BeckRS 2015, 15234).

Bedenken im Hinblick auf § 139 BGB sehen wir im vorliegenden Fall für den geplanten Teilwiderruf der Vollmacht nicht. Die Beschränkung der Vertretungsmacht des Sohnes im Bereich der Vermögensangelegenheiten auf eine Gesamtvertretungsmacht mit dem weiter ernannten Bevollmächtigten soweit Rechtsgeschäfte im Wert oberhalb von 25.000,00 € betroffen sind, ist unproblematisch denkbar. Dass diese Gestaltung dem Willen der Vollmachtgeberin entspricht, erweist der erteilte Beurkundungsauftrag.

Da – wie dargelegt – der teilweise Widerruf mit der Wirkung einer Beschränkung der 2017 erteilten Vollmacht ist unproblematisch zulässig, besteht rechtlich keinerlei Notwendigkeit, stattdessen die 2017 erteilte Vollmacht insgesamt zu widerrufen und eine neue Vollmacht zu erteilen. Möglich ist dies freilich gleichwohl.

2. Prüfung der Geschäftsfähigkeit der Vollmachtgeberin

Darüber hinaus müssen selbstverständlich die allgemeinen Voraussetzungen für den Vollmachtswiderruf

vorliegen. Insbesondere ist die Geschäftsfähigkeit der Vollmachtgeberin zum gegenwärtigen Zeitpunkt für die anstehende Beurkundung zu prüfen (vgl. § 11 BeurkG). Ist der Notar von der **Geschäftsunfähigkeit** des Erklärenden **überzeugt**, so muss er die **Beurkundung** nach § 4 BeurkG **ablehnen**, da er bei der Errichtung nichtiger Urkunden nicht mitwirken darf (s. nur Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 4 Rn. 11; Grziwotz, in: Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 4 Rn. 25). Gelangt der beurkundende Notar nicht zur Überzeugung von der Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten, hat aber insoweit **konkrete Zweifel**, so sind diese nach § 17 Abs. 2 S. 2 BeurkG in der Niederschrift zu vermerken. *Winkler* (§ 17 Rn. 273) weist darauf hin, dass der **Zweifelsvermerk** nur dann in die Niederschrift aufgenommen werden dürfe, wenn der Notar wirkliche, ernsthafte Zweifel habe. Denn mit diesem Hinweis sei die praktische Verwertbarkeit der Urkunde nahezu ausgeschlossen. Die damit angesprochene Problematik ist u. E. gerade bei Vorsorgevollmachten, die wiederholt gegenüber einem offenen Personenkreis verwendet werden sollen und bei denen im Streitfall eine rechtskräftige Entscheidung über die Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers mit Wirkung *erga omnes* faktisch nicht herbeizuführen ist (vgl. § 325 ZPO), besonders im Blick zu behalten: Ein derartiger Vermerk dürfte die Akzeptanz der Vollmacht im Rechtsverkehr merklich beeinträchtigen. Dies kann selbst bei einer im Ergebnis wirksamen Vollmachtserteilung eine Betreuerbestellung erforderlich machen, wenn Dritte die Vollmacht unter Berufung auf die Wirksamkeitsbedenken bereits zurückgewiesen haben oder Entsprechendes konkret zu besorgen ist (BGH NJW 2016, 1514, 1515; Überblick zur Entwicklung der Rspr.: BeckOK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.5.2021 § 1896 Rn. 29 m. w. N.). Die vorliegend anstehende Prüfung hat der Notar nach seinem eigenverantwortlichen, pflichtgemäßen Ermessen vorzunehmen. Zu weiteren Nachforschungen ist der Notar insoweit aber (nur) verpflichtet, wenn er aufgrund des Verhaltens der Beteiligten oder sonstiger Umstände Zweifel an der Geschäftsfähigkeit haben muss (s. hierzu unter dem Gesichtspunkt eines – im Ergebnis verneinten – Anspruchs aus § 19 BNotO: OLG Hamm RNotZ 2016, 60 ff.; vgl. Winkler, § 11 Rn. 8).

3. Weitere Urkundenbehandlung nach teilweisem Vollmachtswiderruf

Infolge des zulässigen teilweisen Widerrufs einer Vollmacht kann gem. § 175 BGB zwar nicht die Herausgabe der Vollmachtsurkunde bzw. der die Originalurkunde vertretenden Urkundsausfertigungen (§ 47 BeurkG) verlangt werden, wohl aber die Vorlage der Vollmachtsurkunde zwecks Anbringung eines entsprechenden Vermerks über den teilweisen Widerruf (s.

OLG München NJW-RR 2009, 1379, 1380; AG Unna BeckRS 2015, 15234; Jürgens/Loer, Betreuungsrecht, 6. Aufl. 2019, § 175 BGB Rn. 2).

Im vorliegenden Fall der notariellen Beurkundung der ursprünglichen Vorsorgevollmacht sowie ihrer nachträglichen Beschränkung wird über die nachträgliche Beschränkung bzw. den teilweisen Vollmachtswiderruf gem. § 44a Abs. 2 S. 3 BeurkG eine eigene notarielle Niederschrift aufzunehmen sein, da es vorliegend nicht um einen Fall offensichtlicher Unrichtigkeit i. S. v. § 44a Abs. 2 S. 1, 2 BeurkG geht (s. hierzu BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 1.4.2021, § 44a Rn. 44 ff.). Diese **Nachtragsurkunde** kann dann entsprechend der gängigen Praxis an die Urschrift der **ursprünglichen Vollmachtsurkunde angeklebt oder angeheftet** werden (§§ 18 Abs. 2 S. 1, 3, Var. 8 Abs. 7 DONot). An der Stelle der bei der Haupturkunde verwahrten Nachtragsurkunde ist dann in die Urkundensammlung ein Hinweisblatt oder eine Abschrift, auf der ein Hinweis auf die Haupturkunde anzubringen ist, aufzunehmen (§ 18 Abs. 2 S. 3 DONot). Entsprechend sollte u. E. auch mit dem in Umlauf befindlichen Ausfertigungen der ursprünglichen Vollmachtsurkunde verfahren werden. Diese Ausfertigungen weiterhin unverändert im Umlauf zu lassen, empfiehlt sich hingegen nicht, da in diesem Fall der Sohn bei Vorlage der ursprünglichen Ausfertigung weiterhin jedem gutgläubigen Dritten gegenüber im ursprünglich gewährten Umfang zur Vertretung berechtigt wäre (vgl. §§ 171 Abs. 1, 172, 173 BGB).

4. Fazit

Gegen die Ergänzung der ursprünglichen Vollmacht mittels Nachtrag bestehen aus unserer Sicht keine rechtlichen Bedenken. In der Praxis wird man erwägen müssen, ob die Beurkundung einer neuen Vollmacht nicht dennoch zweckmäßig ist, um die Vollmachtsurkunde für den Rechtsverkehr übersichtlich zu gestalten. Das Beifügen der Ergänzung kann ggf. dazu führen, dass die Vollmacht im Rechtsverkehr auf beschränkte Akzeptanz trifft, auch wenn die Vollmacht rechtlich unwandfrei geändert wurde. Auf diese Methode sollte deshalb allenfalls dann zurückgegriffen werden, wenn sie von den Beteiligten aufgrund einer möglichen Kostenersparnis (im Rahmen der Zugrundelegung eines angemessenen Teilwerts gem. § 36 GNotKG) ausdrücklich gewünscht ist. Diese Kostenersparnis wird sich aber nur im – seltenen – Fall der Begrenzung auf einen bestimmten Betrag ergeben. Bei der Erteilung einer Vollmacht an einen weiteren Bevollmächtigten, wird hingegen der gleiche Geschäftswert zugrunde zu legen sein wie bei der Erteilung einer neuen Vollmacht, sodass in diesem Fall die Neuerteilung vorzuzugswürdig sein dürfte.

PartGG § 9

Ausscheiden des vorletzten Partners einer Partnerschaftsgesellschaft; Gestaltungsmöglichkeiten für eine Fortsetzung der Partnerschaftsgesellschaft

I. Sachverhalt

Bei einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartGmbH) ist der vorletzte Partner verstorben. Erben des verstorbenen Partners sind seine Ehefrau und sein minderjähriges Kind, die beide keinen Beruf ausüben, der sich in der Rechtsform einer PartGmbH ausüben ließe. Der Partnerschaftsvertrag enthält keine Regelung für den Fall des Todes eines der Partner. Der verbliebene Partner möchte die PartGmbH mit einem neuen Partner fortführen. Er fragt den Notar, welche Registeranmeldungen aufgrund des Ausscheidens des vorletzten Partners erforderlich sind und welche Handlungsoptionen bestehen.

II. Fragen

1. Ist es möglich, die PartGmbH mit einem neuen Partner fortzuführen und dies zum Partnerschaftsregister anzumelden?
2. Falls nein: Ist die Fortführung der PartGmbH mit einem neuen Partner in die Gründung einer neuen PartGmbH umzudeuten?
3. Lässt sich durch eine gesellschaftsvertragliche Regelung erreichen, dass die PartGmbH beim Ausscheiden des vorletzten Partners fortgeführt werden kann?
4. Welche Registeranmeldung ist im Ausgangsfall erforderlich?

III. Zur Rechtslage

1. Möglichkeit der Fortführung einer Partnerschaftsgesellschaft beim Tod des vorletzten Partners ohne Regelung für den Tod eines Partners im Vertrag

a) Schicksal der Partnerschaftsgesellschaft beim Tod des vorletzten Partners

Der Tod eines Partners führt gem. § 9 Abs. 1 PartGG i. V. m. § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB zu dessen Ausscheiden aus der Partnerschaft. Mangels abweichender Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag treten die Erben nicht in die Gesellschaft ein, sondern erben lediglich den dem Ausscheidenden zustehenden Abfindungsanspruch.

Bei der zweigliedrigen Partnerschaft kommt es beim Ausscheiden des vorletzten Partners zum **Erlöschen**

der Partnerschaft **ohne Liquidation** und zum **Übergang des Vermögens** im Wege der Gesamtrechtsnachfolge **auf den letzten Partner** (BGH NJW 1978, 1525, KG NZG 2007, 665, 666; Henssler, PartGG, 3. Aufl. 2018, § 9 Rn. 47; Hoffmann, in: Meilicke u. a., PartGG, 3. Aufl. 2015, § 9 Rn. 68; Hirtz, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 9 PartGG Rn. 19; Zöbeley, RNotZ 2017, 341, 363; Roth, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl. 2021, § 131 Rn. 35; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 11 V 3a, § 44 II 2).

Dies ist – soweit ersichtlich – unstrittig. Eine abweichende Gestaltung war in früheren Entwürfen zum Partnerschaftsgesetz vorgesehen (BT-Drs. 7/5413, S. 8 vom 21.6.1976; s. dazu näher Meurer, Die Partnerschaftsgesellschaft, 1997, S. 41; Arnold, Die erbrechtliche Nachfolge in der Partnerschaftsgesellschaft, 2006, S. 25; Römermann, in: Römermann, PartGG, 5. Aufl. 2017, § 9 Rn. 1; der letztlichen Nichtaufnahme in das Gesetz zustimmend Hoffmann, § 9 Rn. 68; K. Schmidt, § 44 III 2 a). Allerdings ist die Regelung gerade nicht Gesetz geworden (KG NZG 2007, 665, 666). Zudem deutet der Namenszusatz „Partner“ zwingend auf eine Mehrheit von Personen hin, die nach dem Wegfall des vorletzten Gesellschafters nicht mehr gegeben ist (KG NZG 2007, 665, 666). Für die Partnerschaftsgesellschaft verbleibt es damit *de lege lata* beim oben skizzierten Grundsatz.

Die Partnerschaft ist damit aus dem Register zu löschen, die Verwendung des Namens „Partnerschaft“ ist nicht mehr zulässig (Hoffmann, § 9 Rn. 68).

b) Möglichkeit eines Fortsetzungsbeschlusses mit einem neuen Partner

Grundsätzlich ist ein Fortsetzungsbeschluss auch nach Auflösung der Partnerschaft möglich. Wird diese etwa durch Beschluss aufgelöst, kann durch einen Fortsetzungsbeschluss die Auflösung der Partnerschaft rückgängig gemacht werden; aus der „sterbenden“ wird dann wieder eine „werbende“ Gesellschaft (Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 2096). Eine explizite Ausprägung dieses Grundsatzes ist in § 144 HGB für den Fall der Auflösung durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft geregelt; § 144 HGB ist über § 9 Abs. 1 PartGG auch auf die Partnerschaft anwendbar.

Ein **Fortsetzungsbeschluss** ist dabei jedoch **nur während der Liquidation** möglich. Zu einer solchen Liquidation kann es kommen, wenn eine aus mehreren Partnern bestehende Partnerschaftsgesellschaft aufgelöst wird. Nach Beendigung der Liquidation kann ein Fortsetzungsbeschluss nicht mehr beschlossen werden,

es ist dann vielmehr eine neue Partnerschaft zu errichten (vgl. Krafka, Rn. 2096). Dies gilt insbesondere auch im Fall des § 144 HGB, der voraussetzt, dass die Gesellschaft noch nicht vollbeendet wurde (BeckOGK-HGB/Michel, Std.: 1.1.2021, § 144 Rn. 4; MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 144 Rn. 4; Oetker/Kamanabrou, HGB, 7. Aufl. 2021, § 144 Rn. 4).

Durch das Ausscheiden des vorletzten Partners kommt es jedoch nicht zu einer Liquidationsphase, vielmehr wächst die Partnerschaft ohne Liquidation dem letzten Partner an (vgl. auch KG NZG 2007, 665, 666; Hirtz, in: Henssler/Strohn, § 9 PartGG Rn. 28). Eine Fortsetzung durch Fortsetzungsbeschluss scheidet u. E. daher im Ausgangsfall aus.

2. Umdeutung einer Fortführung in die Gründung einer neuen Partnerschaft

Eine Umdeutung ist nach § 140 BGB dann möglich, wenn ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entspricht und bei Kenntnis der Nichtigkeit das Letztere gewollt wäre. **Im Zweifel** dürfte anzunehmen sein, dass die Gesellschafter dann eine **neue Gesellschaft gründen wollten**. Allerdings unterscheidet sich die Haftung bei beiden Varianten (bei einer Fortsetzung der alten Gesellschaft haftet diese für die Schulden, bei der Gründung einer neuen haften die Altgesellschafter für die Schulden der Altgesellschaft), was im Einzelfall dagegen sprechen kann, dass mit dem Fortsetzungsbeschluss eine Neugründung gewollt war. Eine Umdeutung ist u. E. daher möglich, jedoch bleibt stets eine Rechtsunsicherheit, ob diese tatsächlich so gewollt war. Sofern ein solcher Beschluss noch nicht gefasst worden ist, wäre den Beteiligten daher in jedem Fall zur Gründung einer neuen Partnerschaft zu raten, um Zweifel zu vermeiden.

3. Vertragliche Regelung zur Fortführung der PartGG beim Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters

a) Regelungen über den Eintritt neuer Gesellschafter

In bestimmten Konstellationen kann eine erbrechtliche Nachfolgeklausel die Auflösung der Partnerschaft beim Ausscheiden eines Gesellschafters durch dessen Tod verhindern (Henssler, § 9 Rn. 5; Arnold, S. 43 ff.; Heydn, Die erbrechtliche Nachfolge in Anteile an Partnerschaftsgesellschaften, 1998, S. 41 ff.). Voraussetzung ist allerdings, dass mindestens eine Person zum Erben berufen wird, die einem der freien Berufe nachgeht; zudem setzt das Berufsrecht häufig Grenzen, welche Berufe partnerschaftsfähig sind (etwa § 59a BRAO für Rechtsanwälte).

Es werden verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten unterschieden:

- Nach einer **einfachen Nachfolgeklausel** werden sämtliche Erben des verstorbenen Gesellschafters neue Partner. Nach § 9 Abs. 4 S. 2 PartGG soll dann im Partnerschaftsvertrag festgelegt sein, dass nur Personen, die partnerschaftsfähig sind, als Nachfolger in Betracht kommen (Römermann, § 9 Rn. 30). Die Benennung der Erben erfolgt wie üblich durch letztwillige Verfügung oder gesetzliche Erbfolge.

- Bei einer **qualifizierten Nachfolgeklausel** treten kraft Sondererbfolge nur ein oder mehrere, aber nicht alle Erben ein (Römermann, § 9 Rn. 32). Wer Erbe wird, richtet sich weiterhin nach Erbrecht; im Partnerschaftsvertrag kann bestimmt werden, welcher Erbe in die Gesellschaft eintreten soll (Arnold, S. 148).

- Bei **Eintrittsklauseln** scheidet der Erblasser zunächst aus, ein automatischer Eintritt von Erben erfolgt nicht. Es kann dann Dritten das Recht eingeräumt werden, durch Erklärung in die Partnerschaft einzutreten; dies können Erben (dann sog. „erbrechtliche Eintrittsklausel“) oder Dritte („gesellschaftsrechtliche Eintrittsklausel“; vgl. Römermann, § 9 Rn. 33 f.) sein.

Unklar ist dabei die genaue Behandlung der **Schwebezeit**, bis der Erbe bzw. Dritte eintritt, vor allem dann, wenn er noch Bedenkzeit benötigt. Diese Schwebephase besteht auch bei einfachen oder qualifizierten Nachfolgeklauseln, wenn noch berufsrechtliche Qualifikationen ausstehen. Teilweise wird hier für eine „angemessene“ Frist plädiert, während der das Eintrittsrecht ausgeübt werden kann. Maßstab soll sein, inwiefern den anderen Gesellschaftern das Abwarten zugemutet werden kann, wobei auch eine Rolle spielt, ob während dieser Zeit Abfindungen an andere Erben zu zahlen sind. Während dieser Zeit soll die Partnerschaft allerdings den anderen Partnern anwachsen (Arnold, S. 163 f.). Eine Sonderregelung enthält § 71 Abs. 1 StBerG, der auf Antrag der Erben ermöglicht, dass eine Wartezeit von bis zu vier Jahren durch einen Treuhänder überbrückt wird. Dies kann auch als Anhaltspunkt für andere Freiberufler herangezogen werden (so Arnold, S. 163). Zunächst tritt nach Auffassung von *Arnold* jedoch eine Anwachsung ein, was für zweigliedrige Partnerschaftsgesellschaften problematisch wäre. Ein anderes Modell schlägt *Heydn* vor (S. 77, 79). So soll zunächst eine BGB-Gesellschaft zwischen der Erbengemeinschaft bzw. dem Erben und den verbleibenden Partnern bestehen, die einer Vor-Partnerschaftsgesellschaft ähnelt und die mit Erfüllung der Voraussetzungen (Eintritt, ggf. Erfüllung der berufsrechtlichen Voraussetzungen) (wohl) zu einer Partnerschaftsgesellschaft erstarkt. Diese Variante hat den Vorzug, dass sie auch bei einer zweigliedrigen Partnerschaftsgesellschaft funktioniert, da keine Vereinigung aller Anteile in einer Hand erfolgt;

zudem erscheint diese Behandlung der Schwebephase angemessener als eine zunächst erfolgende Anwachsung und die anschließende Herausgabe an den Eintretenden. Die Frage wird jedoch in der breiten Literatur nicht diskutiert; auch Rechtsprechung ist nicht ersichtlich. Für den Fall einer zweigliedrigen Partnerschaftsgesellschaft sollte in jedem Fall Vorsorge getroffen werden (s. unten lit. d), wobei sich auch damit Rechtsunsicherheiten u. E. nicht vollständig ausräumen lassen.

b) Übertragung an Dritte

Die Beteiligung des Erblassers kann auch durch diesen rechtsgeschäftlich aufschiebend bedingt auf seinen Tod auf einen Dritten übertragen werden (Römermann, § 9 Rn. 35). Auch hier sind jedoch die erwähnten berufsrechtlichen Einschränkungen an die Partnerschaftsfähigkeit zu beachten.

c) Aufschiebend bedingte Umwandlung

Die aufschiebend auf den Tod eines der beiden letzten Gesellschafter bedingte Umwandlung der Partnerschaftsgesellschaft in eine Gesellschaft anderer Rechtsform dürfte ebenfalls kein gangbarer Weg sein. Es fehlt hier im fraglichen Zeitpunkt an einem umwandlungsfähigen Rechtssubjekt, da die Partnerschaftsgesellschaft durch den Tod des vorletzten Gesellschafters regelmäßig erlischt.

d) Fortsetzungsklausel auch bei einer zweigliedrigen Partnerschaftsgesellschaft

Speziell für die zweigliedrige Partnerschaft wird empfohlen, eine Regelung vorzusehen, dass mit dem Ausscheiden des vorletzten Partners die Partnerschaft nicht liquidationslos erlischt, sondern lediglich aufgelöst wird (ggf. verbunden mit einer Übernahmemöglichkeit; vgl. speziell zur PartGG Hensler, § 9 Rn. 47; Giehl, in: BeckOF-Vertrag, Std.: 1.12.2019, 7.3.2.1, Anm. 10; vgl. auch zur OHG BeckOGK-HGB/Michel, § 131 Rn. 126.1; Schäfer, in: Habersack/Schäfer, Das Recht der OHG, 2. Aufl. 2018, § 131 HGB Rn. 10; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 131 Rn. 55). Dies soll auch auf den Fall einer zweigliedrigen Gesellschaft beschränkt werden können; im Zweifel soll eine Fortsetzungsklausel entsprechend auszulegen sein, nicht aber ein bloßes Übernahmerecht des verbleibenden Gesellschafters (Schäfer, § 131 HGB Rn. 10). Dies hätte die Folge, dass dann **zunächst die Erben an der Liquidationsgesellschaft beteiligt** bleiben. Der verbleibende Gesellschafter könnte jedoch durch eine Übernahmeerklärung das Geschäft an sich ziehen (mit der Folge, dass die Erben des verstorbenen Gesellschafters dann ausgeschlossen wären und Abfindungsansprüche hätten); der Beschluss ähnelt in dieser Gestaltung einem Fortsetzungsbeschluss (Schäfer, § 131 HGB Rn. 10).

In diesem Fall wäre u. E. das Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters und das Erlöschen, noch nicht aber die Vollbeendigung der Gesellschaft zum Register anzumelden. Kritisch zu hinterfragen ist, ob das Erfordernis der Zugehörigkeit zu einem freien Beruf die Beteiligung von Erben an der Liquidationsgesellschaft entgegensteht. Hält man wie oben unter lit. a mit *Heydn* eine BGB-Gesellschaft zwischen dem Erben und verbleibenden Gesellschaftern jedenfalls temporär für zulässig, erscheint es u. E. nur konsequent, auch eine Beteiligung von Erben an der Partnerschaftsgesellschaft i. L. zuzulassen. Der Schwebezustand könnte auf diese Weise zumindest für die Zeit der Abwicklung aufrechterhalten werden. In der Konsequenz müsste dies bedeuten, dass dann auch eine Fortsetzung der ursprünglichen Partnerschaftsgesellschaft möglich sein müsste. Rechtssicher lässt sich dies angesichts der fehlenden Behandlung der Frage in Literatur und Rechtsprechung jedoch nicht sagen.

4. Handelsregisteranmeldung

Das Erlöschen der Gesellschaft ist zum Handelsregister anzumelden. Dabei ist neben dem **Erlöschen des Namens** (§ 2 PartGG i. V. m. § 31 Abs. 2 S. 1 HGB) auch das **Ausscheiden des Gesellschafters einzutragen** (Henssler, § 9 Rn. 111; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 143 Rn. 4; OLG München NZG 2010, 1305; OLG Frankfurt NZG 2004, 808, 809; BayObLG NJW-RR 2002, 246; BeckOK-HGB/Lehmann-Richter, Std.: 15.1.2021, § 143 Rn. 5). Es handelt sich daher (mindestens) um einen Doppeltatbestand, der zum Register anzumelden ist. Eine abweichende Auffassung hat in der Rechtsprechung – soweit ersichtlich – zuletzt das OLG Köln vertreten (DNotZ 1970, 747: nur Auflösung sei anzumelden, nicht das Ausscheiden; für die PartGG nunmehr offenbar auch Römermann, § 9 Rn. 18 mit falschem Zitat von KG NZG 2007, 665). Eine allein auf das Ausscheiden des Partners gerichtete Anmeldung wird von den Gerichten zurückgewiesen (KG NZG 2007, 665, 666 f.; Henssler, § 9 Rn. 111; Hoffmann, § 9 Rn. 68).

Auch für den Fall der Anwachsung hat dabei die Anmeldung des Ausscheidens der früheren Gesellschafter (als Element der Handelsregisteranmeldung der „Anwachsung“) durch sämtliche (früheren) Gesellschafter, d. h. unter Einschluss des Ausgeschiedenen – bzw. im Fall von dessen Tod dessen Erben – zu erfolgen (OLG Frankfurt NZG 2004, 808, 809; s. a. Krafka, Rn. 781; Zöbeley, RNotZ 2017, 341, 364). Die Rechtslage unterscheidet sich insofern nicht von der bei einem Ausscheiden eines Gesellschafters einer OHG oder KG, bei der dieser ebenfalls nach § 108 HGB mitwirken muss.

Für den Fall des Versterbens gilt dabei jedoch die Ausnahmevorschrift des § 143 Abs. 3 HGB, nach der die

Anmeldung auch ohne die Mitwirkung der Erben erfolgen kann, soweit einer solchen Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen (Römermann, § 9 Rn. 18). Solche Hindernisse werden angenommen, wenn Erben über absehbare Zeit nicht ermittelbar oder unerreichbar sind. Die bloße Geschäftsunerfahrenheit von Erben ist kein ausreichender Grund (BeckOGK-HGB/Michel, § 143 Rn. 23), ebenso wenig, wenn ein Erbe sich lediglich weigert (MünchKommHGB/K. Schmidt, § 143 Rn. 17; EBJS/Lorz, HGB, 4. Aufl. 2020, § 143 Rn. 14). Die bloße Minderjährigkeit von Erben dürfte daher kein tauglicher Hinderungsgrund sein.

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.

GmbHG §§ 53 Abs. 1, 54, 55, 56a, 57, 7 Abs. 2; AktG §§ 241 Nr. 2, 242 Abs. 1; BGB § 125

Formnichtiger Kapitalerhöhungsbeschluss; formnichtige Übernahmeerklärung; Heilung durch Eintragung; Voreinzahlung

Abruf-Nr.:

ASVG § 1

Obstbau kein Fall der „gartenbaulichen Erzeugung“ i. S. d. § 1 ASVG

Abruf-Nr.:

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessorin Dr. Ricarda Lotte

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BauGB § 250; BGB § 878 – Baulandmobilisierungsgesetz; Übersicht; Inkrafttreten des Umwandlungsverbots; maßgeblicher Zeitpunkt; Begriff der bereits bestehenden Wohngebäude; Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

HGB § 12 Abs. 2; BeurkG § 39a; BGB § 126a – Anforderungen an das „elektronische Zeugnis“ i. S. d. § 12 Abs. 2 HGB; Erfordernis einer qualifizierten elektronischen Signatur eines Notars

Literaturhinweis

Veranstaltung

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BauGB § 250; BGB § 878

Baulandmobilisierungsgesetz; Übersicht; Inkrafttreten des Umwandlungsverbots; maßgeblicher Zeitpunkt; Begriff der bereits bestehenden Wohngebäude; Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt

I. Sachverhalt

Durch das Gesetz zur Mobilisierung von Bauland vom 14.6.2021 (Baulandmobilisierungsgesetz, vgl. BGBl. I, S. 1802 vom 22.6.2021) hat der Gesetzgeber § 201a BauGB sowie § 250 BauGB neu in das Baugesetzbuch eingefügt und zahlreiche bestehende Vorschriften geändert. Gem. Art. 4 Baulandmobilisierungsgesetz trat das Gesetz am Tag nach seiner Verkündung, also am 23.6.2021, in Kraft.

II. Fragen

1. Welche wesentlichen Änderungen ergeben sich

durch das Gesetz zur Mobilisierung von Bauland vom 14.6.2021?

2. Am 15.6.2021 wurde eine Teilungserklärung samt Aufteilungsplänen und Abgeschlossenheitsbescheinigung beim Grundbuchamt zum Vollzug vorgelegt. Ist beim Vollzug der Teilungserklärung § 250 BauGB n. F. bereits zu berücksichtigen?

3. Was ist unter dem Begriff des „bestehenden Wohngebäudes“ i. S. d. § 250 Abs. 1 S. 1 BauGB n. F. zu verstehen?

4. Muss dem Grundbuchamt gegenüber nachgewiesen werden, dass ein Genehmigungserfordernis nicht besteht, oder muss ggf. ein Negativattest vorgelegt werden?

III. Zur Rechtslage

1. Wesentliche Neuerungen durch das Baulandmobilisierungsgesetz

a) Definition und Festlegung eines „angespannten Wohnungsmarkts“

Eine zentrale Neuregelung des Gesetzes findet sich in § 201a BauGB. Dort werden die Landesregierungen ermächtigt, durch Rechtsverordnung **Gebiete mit einem**

angespannten Wohnungsmarkt zu bestimmen. Ein Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt liegt nach der Definition des Gesetzes vor, wenn die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen in einer Gemeinde oder einem Teil der Gemeinde zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist. Eine Rechtsfolge ordnet § 201a BauGB selbst nicht an. Solche ergeben sich vielmehr aus anderen Bestimmungen des BauGB (insb. § 25 Abs. 1 Nr. 3 BauGB). Der neu eingefügte § 250 BauGB wiederum baut auf der Definition des § 201a BauGB auf, sieht aber vor, dass die Rechtsverordnung nach § 201a BauGB nicht auch das Genehmigungserfordernis des § 250 BauGB auslöst. Erforderlich ist vielmehr eine eigene Anordnung durch Rechtsverordnung der Landesregierung (§ 250 Abs. 1 S. 3 BauGB).

b) Erweiterung der Vorkaufsrechte der Gemeinde

Das besondere Vorkaufsrecht gem. § 25 Abs. 1 BauGB wird um eine Nr. 3 erweitert, wonach die Gemeinde im Geltungsbereich eines Bebauungsplans an brachliegenden Grundstücken oder für im Zusammenhang bebaute Ortsteile (§ 34) an unbebauten oder brachliegenden Grundstücken **durch Satzung ihr Vorkaufsrecht begründen kann**, wenn diese vorwiegend mit Wohngebäuden bebaut werden können *und* es sich um ein nach § 201a BauGB bestimmtes Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt handelt.

Für das **preislimitierte Vorkaufsrecht** gem. § 28 Abs. 3 S. 1 BauGB genügt nach der Neufassung allein, dass der vereinbarte Kaufpreis den Verkehrswert übersteigt. Eine Überschreitung in einer dem Rechtsverkehr „deutlich erkennbaren Weise“ ist nicht mehr notwendig. Die Gemeinde kann in der Konsequenz bei einer Überschreitung des Verkehrswerts den zu zahlenden Betrag stets nach dem Verkehrswert des Grundstücks zum Zeitpunkt des Kaufs bestimmen.

Zudem wurde die Ausübungsfrist für das **Vorkaufsrecht von zwei auf drei Monate verlängert** (§ 28 Abs. 2 S. 1 BauGB).

c) Genehmigungserfordernis bei Aufteilung in Wohnungs- oder Teileigentum

Die **Bildung von Wohnungs- oder Teileigentum** an bestehenden Gebäuden in angespannten Wohnungsmärkten wird künftig **von einer Genehmigung abhängig** gemacht, sofern die Landesregierung diese Gebiete durch (weitere) Rechtsverordnung zu Gebieten bestimmt hat, in denen aufgrund des § 250 Abs. 1 S. 1 BauGB ein Genehmigungsvorbehalt besteht (§ 250 Abs. 1 S. 3 BauGB). Das Genehmigungserfordernis greift jedoch nicht, wenn das Wohngebäude **nicht mehr als fünf Wohnungen** enthält. Die Landesregierungen

sind ermächtigt, diese Anzahl in einem Bereich **von drei bis 15 Wohnungen** durch Rechtsverordnung abweichend zu regeln.

Für bestimmte Tatbestände ist in § 250 Abs. 3 BauGB vorgesehen, dass die Genehmigung zwingend zu erteilen ist. Dies gilt bspw. bei der Aufteilung eines Nachlassgrundstücks zugunsten von Miterben (Nr. 1), der Veräußerung zur eigenen Nutzung an Familienangehörige (Nr. 2) und der Veräußerung an Mieter (Nr. 3). Die Genehmigung ist zudem zwingend zu erteilen, wenn ohne die Genehmigung Ansprüche Dritter auf Übertragung von Wohnungs- oder Teileigentum nicht erfüllt werden könnten, zu deren Sicherung vor Wirksamwerden des Genehmigungsvorbehalts bereits eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen ist (Nr. 5). § 250 Abs. 3 Nr. 4 BauGB enthält einen Auffangtatbestand, wonach die Genehmigung zu erteilen ist, wenn unter Berücksichtigung des Allgemeinwohls ein Absehen von der Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum nicht mehr zumutbar ist.

2. Geltung des Umwandlungsverbotes bei Einreichung der Teilungserklärung vor Inkrafttreten des § 250 BauGB

Von besonderer Bedeutung für die notarielle Praxis ist die Frage, wie mit „Altfällen“ umzugehen ist, d. h. mit Fällen, bei denen die Aufteilung in Wohnungs- oder Teileigentum bereits beurkundet und beim Grundbuchamt zum Vollzug eingereicht wurde. Durch die teilweise lange Bearbeitungszeit bei den Grundbuchämtern kann es hier zu Überschneidungen kommen. Eine Übergangsregelung für solche Fälle enthält das Baulandmobilisierungsgesetz nicht. Betroffen sind auch Fälle, in denen die Teilungserklärung nach Inkrafttreten des Baulandmobilisierungsgesetzes, aber vor Inkrafttreten der Rechtsverordnung gem. § 250 Abs. 1 S. 3 BauGB zum Vollzug vorgelegt wird. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob für diese Fälle § 878 BGB Geltung beanspruchen kann.

Mit Blick auf § 172 BauGB, also für die Aufteilung im Bereich einer Erhaltungssatzung, hat der V. Zivilsenat des BGH bereits im Jahr 2016 entschieden, dass § 878 BGB auf die Teilung des Grundstückseigentümers nach § 8 Abs. 1 WEG **entsprechend** anwendbar sei (BGH NJW 2017, 1546). Eine Analogie sei erforderlich, weil die Norm nach ihrem Wortlaut nur auf Verfügungen Anwendung finde, an denen ein anderer beteiligt sei. Die Aufteilung eines Grundstücks gemäß § 8 WEG stelle jedoch eine „Eigenverfügung“ dar, sodass die Vorschrift keine unmittelbare Anwendung finde. Die Regelungslücke bestehe darin, dass die Vorschrift des § 878 BGB nicht sämtliche Verfügungen an einem Grundstück erfasse, sondern nur Verfügungen, an denen ein

anderer als der Grundstückseigentümer selbst beteiligt sei (BGH NJW 2017, 1546 Rn. 14). Das Schutzbedürfnis bestehe bei der Aufteilung in Wohnungseigentum gemäß § 8 WEG in gleicher Weise, da auch sie erst mit der Eintragung in das Grundbuch wirksam werde und bis zu diesem Zeitpunkt die Teilungserklärung keinerlei materiell-rechtliche Wirkung entfalte (BGH NJW 2017, 1546 Rn. 17). Damit sei der Grundstückseigentümer in gleicher Weise wie bei den von § 878 BGB unmittelbar geregelten Fällen auf die Tätigkeit des Grundbuchamts angewiesen und unterliege den damit verbundenen, von ihm nicht zu beeinflussenden Verzögerungen.

Da sich im Gesetz keine abweichende Regelung für das Genehmigungserfordernis nach § 172 Abs. 1 S. 4 BauGB findet, wendet der BGH § 878 BGB analog auch auf ein Genehmigungserfordernis an, das sich erst nach Stellung des Vollzugsantrags ergibt (BGH NJW 2017, 1546). Diese Rechtsprechung hat derselbe Senat im Jahr 2019 erneut bestätigt (BGH NJW-RR 2020, 395, 396 Rn. 11).

Denkt man diese Rechtsprechung konsequent fort, müsste sie ebenfalls für das Genehmigungserfordernis gem. § 250 Abs. 1 BauGB Wirkung entfalten. Denn auch in diesem Fall ist der Grundstückseigentümer von der Geschwindigkeit der Bearbeitung beim Grundbuchamt abhängig. Diese Abhängigkeit will der BGH mit seiner oben dargestellten Rechtsprechung entschärfen.

Dies hätte zur Folge, dass ein Vollzugsantrag einer Teilungserklärung beim Grundbuchamt, der noch vor dem Inkrafttreten des Baulandmobilisierungsgesetzes gestellt worden ist, zu vollziehen wäre und das nachträglich eingeführte Genehmigungserfordernis keine Auswirkung auf die bereits beantragte Teilung hätte. Dies müsste zudem gelten, wenn der Antrag zwar nach dem Inkrafttreten des Baulandmobilisierungsgesetzes, aber vor Inkrafttreten der Rechtsverordnung nach § 250 Abs. 1 S. 3 BauGB gestellt wird. Denn ein materiell-rechtliches Genehmigungserfordernis besteht erst nach Inkrafttreten einer Rechtsverordnung i. S. v. § 250 Abs. 1 S. 3 BauGB.

Grundsätzlich steht es dem Gesetzgeber mit Blick auf § 878 BGB frei, für einzelne Verfügungsbeschränkungen eine von dieser Norm abweichende Regelung zu treffen (BGH NJW 2017, 1546 Rn. 20). Der Gesetzgeber hätte daher anordnen können, dass die neue Verfügungsbeschränkung des § 250 Abs. 1 S. 1 BauGB n. F. auch ohne Rücksicht auf § 878 BGB gelten soll. Da dies *nicht* geschehen ist, ist wohl davon auszugehen, dass die Stellung des Vollzugsantrags vor Inkrafttreten der Rechtsverordnung nach § 250 Abs. 1 S. 3 BauGB dazu führt, dass das Umwandlungsverbot für diese Fälle nicht gilt.

Da Rechtsprechung zu der Neuregelung naturgemäß noch nicht vorliegt, verbleibt für die Praxis freilich eine gewisse Rechtsunsicherheit.

3. Zum Begriff der „bestehenden Wohngebäude“ i. S. d. § 250 Abs. 1 S. 1 BauGB

Gem. § 250 Abs. 1 S. 1 BauGB wird die Genehmigungspflicht in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten nur bei „**Wohngebäuden**“, die bereits am Tag des Inkrafttretens der Rechtsverordnung nach Satz 3 **bestanden**“ angeordnet, d. h. insb. *nicht* für Neubauten. Der Regierungsentwurf hatte insofern noch von einer Genehmigungspflicht „bei bereits bestehenden Wohngebäuden“ gesprochen (vgl. BT-Drucks. 19/24838, 13). Der nunmehr Gesetz gewordene Wortlaut ist aufgrund der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Bau, Wohnen, Stadtentwicklung und Kommunen geändert worden und sollte wohl einer Klarstellung dieses Tatbestandsmerkmals dienen. Klarheit ist insofern jedoch nur bzgl. des relevanten Zeitpunktes (der Tag des Inkrafttretens der Rechtsverordnung nach § 250 Abs. 1 S. 3 BauGB) geschaffen worden, nicht jedoch zu der Frage, wann ein Wohngebäude i. S. d. Norm bereits „bestand“. Eine nähere Konkretisierung findet sich im Gesetzeswortlaut nicht – anders als beispielsweise bei der Herausnahme von Neubauten aus dem Anwendungsbereich der sog. Mietpreisbremse in § 556f S. 1 BGB, der von einer Wohnung spricht, die nach dem 1.10.2014 *erstmalig genutzt und vermietet* wird.

Ein § 250 Abs. 1 S. 1 BauGB vergleichbarer Wortlaut wird in dem ebenfalls neu eingefügten § 246 Abs. 12 S. 2 und 3 BauGB verwendet („Fortsetzung der zuvor ausgeübten Nutzung einer *bestehenden* baulichen Anlage“, Hervorhebung durch das DNotI). Während in dieser Norm nach dem Wortlaut jedenfalls eine **tatsächliche Nutzung** und damit Nutzbarkeit vorausgesetzt wird, finden sich bzgl. § 250 Abs. 1 S. 1 BauGB solche Anhaltspunkte nicht. Gleichwohl dürfte es naheliegen, dass dem Gesetzgeber auch bzgl. der *bestehenden* Wohngebäude in § 250 Abs. 1 S. 1 BauGB jedenfalls solche vor Augen standen, die am Tag des Inkrafttretens der Rechtsverordnung nach § 250 Abs. 1 S. 3 BauGB **nutzbar**, d. h. u. E. **mindestens bezugsfertig**, nicht jedoch zwingend (vollständig) fertiggestellt waren.

Die Regierungsbegründung liefert insofern keine weiteren Hinweise, indem sie allein verlautbart:

„Die Vorschrift gilt daher nur bei bestehenden Wohngebäuden. Die Aufteilung eines Neubaus in Wohnungs- und Teileigentum wird nicht erfasst.“

(BT-Drucks. 19/24838, 32)

Wann jedoch ein bestehendes Wohngebäude oder ein Neubau in diesem Sinne vorliegt, wird nicht weiter ausgeführt. Während also nach dem Tag des Inkrafttretens der Verordnung begonnene Bauvorhaben wohl unproblematisch nicht der Genehmigungspflicht unterfallen dürften, verbleibt für **Wohngebäude, deren Errichtung bei Inkrafttreten bereits begonnen war, die aber zu diesem Zeitpunkt noch nicht nutzbar waren**, unklar, ob sie der Genehmigungspflicht unterfallen. Auch wenn eine Begründung von Wohnungs- und Teileigentum bereits vor Errichtung eines Wohngebäudes möglich ist, dürfte eine Vorverlagerung des Bestehens eines Wohngebäudes auf einen früheren Zeitpunkt als jenen der (erstmaligen) Nutzbarkeit schwer vertretbar sein.

Für ein solches Verständnis spricht letztlich auch der allgemeine Sprachgebrauch. Unter „bestehen“ dürfte in hiesigem Zusammenhang insofern *„da oder vorhanden sein; existieren“* verstanden werden, wobei ein **existierendes Wohngebäude** allgemein wohl erst mit dessen Nutzbarkeit angenommen werden dürfte, während davor noch von dessen „Errichtung“ gesprochen werden müsste.

Auch der **Sinn und Zweck** der Vorschrift stützt letztlich ein solches Verständnis. Die Vorschrift soll verhindern, dass **Bestandsgebäude** als einzelne Eigentumswohnungen veräußert und damit dem Mietwohnungsmarkt entzogen werden. **Neubauten** sollen von dieser Genehmigungspflicht ausgenommen werden, um den Anreiz, weiteren Wohnraum zu errichten, nicht zu konterkarieren. Diese „Anreizwirkung“ kann aber erst dann entfallen, wenn der Wohnraum tatsächlich (zumindest theoretisch) als Mietwohnung dem Markt zur Verfügung steht. Denn vor diesem Zeitpunkt ist das Gebäude zur Schaffung von Wohnraum „nutzlos“. Eine Anknüpfung an die tatsächliche Nutzbarkeit scheint deshalb auch nach dem Sinn und Zweck der Regelung geboten.

Im Ergebnis würden wir davon ausgehen, dass ein „Bestandsgebäude“ erst vorliegt, wenn die Bezugsfertigkeit (d. h. eine dem Wohnzweck entsprechende Nutzbarkeit) gegeben ist und bei noch fehlender Bezugsfertigkeit von einem „Neubau“ auszugehen ist, für den das Genehmigungserfordernis nicht greift. Gleichwohl weisen wir darauf hin, dass die hier vertretene Annahme, das „Bestehen“ eines Wohngebäudes setze mindestens dessen Bezugsfertigkeit als solche voraus, mangels Anhaltspunkten in den Gesetzesmaterialien als keineswegs gesichert zu bezeichnen ist, zumal sich auch das Begriffsverständnis der „Bezugsfertigkeit“ nicht nach einer gesetzlichen Definition, sondern nach der Verkehrsschauung richtet. Es dürfte sich dementsprechend eine möglichst frühzeitige Aufteilung empfehlen.

4. Nachweis des (Nicht-)Bestehens der Genehmigungspflicht gem. § 250 Abs. 5 S. 1 BauGB

Gem. § 250 Abs. 5 S. 1 BauGB darf das Grundbuchamt Eintragungen in das Grundbuch bei einem **Grundstück, das im Geltungsbereich einer Rechtsverordnung nach § 250 Abs. 1 S. 3 BauGB** liegt, nur dann vornehmen, wenn ihm die **Genehmigung oder das Nichtbestehen der Genehmigungspflicht nachgewiesen ist**. Das Erfordernis des Nachweises auch des Nichtbestehens der Genehmigungspflicht ist erst aufgrund der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Bau, Wohnen, Stadtentwicklung und Kommunen in den Wortlaut der Norm aufgenommen worden (vgl. BT-Drucks. 19/29396, 31).

Es stellt sich dabei die Frage, ob der Nachweis des „Nichtbestehens der Genehmigungspflicht“ sich im konkreten Einzelfall darauf bezieht, ob ein Grundstück im Geltungsbereich einer Verordnung nach § 250 Abs. 1 S. 3 BauGB liegt, oder ob damit gemeint ist, dass bei im Geltungsbereich der Rechtsverordnung liegenden Grundstücken die Voraussetzungen der Genehmigungspflicht nicht vorliegen (also bspw. eine Aufteilung in weniger als fünf Wohnungen oder das **Nichtbestehen des Gebäudes** zur Zeit der Aufteilung).

Ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs ist die Norm **§ 22 Abs. 6 S. 1 BauGB nachgebildet** (vgl. BT-Drucks. 19/24838, 33). Die Grundbuchsperrung gem. § 22 Abs. 6 S. 1 BauGB betrifft die **Genehmigungspflicht** zur Begründung oder Teilung von Wohnungs- oder Teileigentum etc. **in Gebieten mit Fremdenverkehrsfunktion (§ 22 Abs. 1 BauGB, sog. Fremdenverkehrssatzung)**, welche als Vorbild für § 250 Abs. 5 S. 1 BauGB diente, und führte in der Praxis zu erheblichen Nachweisproblemen. Dies nahm der Gesetzgeber zum Anlass, im Rahmen des Europarechtsanpassungsgesetzes Bau vom 24.6.2004 (BGBl. I, S. 1359) Regelungen zur Vereinfachung des Grundbuchverfahrens bzgl. § 22 Abs. 6 S. 1 BauGB zu schaffen. Denn teilweise sei von den Grundbuchämtern in jedem Fall der Begründung oder Teilung von Wohnungs- oder Teileigentum die Vorlage einer Genehmigung oder eines Negativattestes im Hinblick auf § 22 BauGB verlangt worden, **selbst wenn keine Fremdenverkehrssatzung erlassen worden war** (so die Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 15/2250, 52 f.). Um ein solches Vorgehen entbehrlich zu machen, wurde in § 22 Abs. 2 S. 3 und 4 BauGB vorgesehen, dass das Grundbuchamt durch die **Mitteilung des Satzungsbeschlusses**, des Datums ihres Inkrafttretens und der hiervon betroffenen Grundstücke durch die Gemeinde von dem Genehmigungsvorbehalt in Kenntnis gesetzt wird. Nur in diesen Fällen solle es zur Eintragung der Rechte nach dem WEG der Vorlage eines Genehmi-

gungsbescheides oder eines Negativattestes bedürfen, allen andere Fälle sind dagegen von einem konkreten Nachweiserfordernis befreit (Söfker, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 141. EL, Std.: 2/2021, § 22 Rn. 7a). Eine entsprechende Mitteilungspflicht für die Aufhebung des Genehmigungsvorbehalts enthält § 22 Abs. 8 S. 2 bis 4 BauGB.

Das **Fehlen einer mit § 22 Abs. 2 S. 3 und 4, Abs. 8 S. 2 bis 4 BauGB vergleichbaren Regelung** für die Rechtsverordnungen nach **§ 250 Abs. 1 S. 3 BauGB** könnte auf den ersten Blick darauf hindeuten, dass bzgl. der Frage, *ob* ein Grundstück im Geltungsbereich einer solchen Verordnung liegt, stets ein Nachweis in Form entweder einer Genehmigung oder eines entsprechenden Negativattests erforderlich ist. Dagegen spricht jedoch der eindeutige Wortlaut von § 250 Abs. 5 S. 1 BauGB, der explizit einen Nachweis für das Nichtbestehen der Genehmigungspflicht nur fordert, *wenn* das Grundstück „im Geltungsbereich einer Rechtsverordnung liegt“.

Gegen das Erfordernis eines Nachweises, dass das Grundstück nicht im Geltungsbereich einer entsprechenden Verordnung liegt, spricht zudem, dass der Hintergrund der Regelung in § 22 Abs. 6 S. 1 BauGB ein anderer ist. Die Fremdenverkehrsatzungen i. S. v. § 22 Abs. 1 BauGB werden durch die Gemeinden erlassen und deren Bekanntmachung gelangt dem Grundbuchamt möglicherweise nicht hinreichend zur Kenntnis. Bei der Verordnung nach § 250 Abs. 1 S. 3 BauGB handelt es sich jedoch um eine Rechtsverordnung der Landesregierung, die im entsprechenden Verkündungsblatt bekannt gemacht wird. Angesichts der **Verkündung der Verordnung im zuständigen Gesetz- und Verordnungsblatt** des Landes ist u. E. jeglicher über diese Verkündung hinausgehende Nachweis überflüssig, da – anders als bei Satzungen der örtlichen Gemeinden im Falle des § 22 Abs. 6 BauGB – erwartet werden kann und muss, dass dem Grundbuchamt Gesetze und Verordnungen nicht nur des Bundes, sondern auch des Landes bekannt sind.

Zudem ist das **von der Genehmigungspflicht betroffene Gebiet in der Rechtsverordnung selbst** – ähnlich wie beispielsweise bei Erhaltungssatzungen i. S. v. § 172 BauGB – **eindeutig zu bestimmen**. Der Geltungsbereich kann dabei sowohl durch **textliche Umschreibung** in der Rechtsverordnung oder durch **Bezugnahme auf eine zeichnerische Darstellung** bezeichnet werden, die dann aber Bestandteil der Satzung sein muss (vgl. zu § 172 BauGB nur Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, § 172 Rn. 63). Durch diese genaue Bestimmung des Geltungsbereichs ist dem Grundbuchamt, ggf. (z. B. bei rein textlicher Beschreibung des Gebietes in der Verordnung) unter Hinzuziehung der

Flurkarte ohne Weiteres ersichtlich, welche Grundstücke der Genehmigungspflicht unterfallen.

Ein Nachweis, dass das Grundstück *nicht* im Geltungsbereich einer entsprechenden Satzung liegt, ist dementsprechend keinesfalls erforderlich. Der **Nachweis des Nichtbestehens der Genehmigungspflicht** i. S. v. § 250 Abs. 5 S. 1 BauGB **durch den Antragsteller** kann sich dementsprechend allenfalls auf die Voraussetzungen in § 250 Abs. 1 BauGB beziehen, d. h. auf das Unterschreiten der Mindestanzahl der Wohnungen (S. 2) und das „Nichtbestehen“ des Gebäudes zum Zeitpunkt der Aufteilung (S. 1).

Für die Mindestanzahl der Wohnungen wird ein entsprechender Nachweis entbehrlich sein, denn diese ist dem Grundbuchamt ohne Weiteres aus den Eintragungsunterlagen ersichtlich. Diesbezüglich offen – und einem separaten Gutachten vorbehalten – ist die Frage, ob es für die Mindestanzahl der Wohnungen auf die Anzahl der Wohnungs- bzw. Teileigentumseinheiten ankommt oder auf die Anzahl der baulichen Wohnungen.

Für das „Nichtbestehen“ des Gebäudes wird man hingegen allenfalls eine entsprechende Versicherung des Grundstückseigentümers verlangen können, denn hierbei handelt es sich um **tatsächliche Gegebenheiten**, die dem Grundbuchamt nicht in Form des § 29 GBO nachgewiesen werden können. Die Erklärung des Eigentümers im Rahmen der Teilungserklärung ist somit wohl der einzig denkbare „Nachweis“ bzgl. der Frage, ob es sich um ein Bestandsgebäude handelt. Im Rahmen des Freibeweisverfahrens könnte sich das Grundbuchamt bspw. auch die Baugenehmigung für das Neubauvorhaben vorlegen lassen. Diese kann zwar allenfalls Indizwirkung haben, sie kann jedoch zur Plausibilisierung der Erklärung des Eigentümers beitragen. In Betracht zu ziehen wäre allenfalls noch ein Negativattest der Gemeinde, dass es sich *nicht* um die Aufteilung eines Bestandsgebäudes handelt und damit keine Genehmigungspflicht besteht. Ein solches Negativattest sieht das Gesetz aber jedenfalls nicht ausdrücklich vor.

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.

**BeurkG §§ 57, 58; BGB §§ 362, 488, 700
Verwahrungsentgelt bzw. Negativzinsen bei Notar-
anderkonto; Folgen für die Vertragsabwicklung; Re-
gelungsbedarf**

Abruf-Nr.:

UStG § 14

**Rechnungstellung des Notars über notarielle Lei-
stungen; Anforderungen des § 14 UStG**

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

**HGB § 12 Abs. 2; BeurkG § 39a; BGB § 126a
Anforderungen an das „elektronische Zeugnis“
i. S. d. § 12 Abs. 2 HGB; Erfordernis einer qualifi-
zierten elektronischen Signatur eines Notars**

**Die Anmeldung einer Eintragung in das Handels-
register ist gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2
Halbsatz 2 HGB mit einem einfachen elektronischen
Zeugnis eines Notars gemäß § 39a BeurkG elektro-
nisch einzureichen. Die Einreichung mit einer quali-
fizierten elektronischen Signatur des Ausstellers der
Anmeldung gemäß § 126a BGB reicht nicht aus.**

BGH, Beschl. v. 15.6.2021 – II ZB 25/17

Problem und Kontext der Entscheidung

Nicht zum ersten Mal beschäftigt sich der Bundesgerichtshof mit der gegenständlichen Rechtssache. Die All in One Star Limited mit Satzungssitz im Vereinigten Königreich reichte 2014 beim Registergericht Frankfurt a. M. die Anmeldung einer Zweigniederlassung ein. Die Anmeldung nebst Anlagen wurde auf elektronischem Weg mit einer qualifizierten elektronischen Signatur des *directors* und alleinigen Gesellschafters der Limited an das Registergericht übersendet. Dieses wies die Anmeldung mittels Zwischenverfügung zurück (AG Frankfurt v. 11.6.2014 – 72 AR 692/14), da die Höhe des Stammkapitals der Gesellschaft nicht angegeben sei (§ 13g Abs. 3 HGB i.V.m. § 10 Abs. 1 GmbHG) und der *director* zwar versichert habe, dass in seiner Person kein Umstand vorliege, der seiner Bestellung nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2, 3 und Satz 3 GmbHG entgegenstehe, nicht aber, dass er insoweit auch über seine Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht belehrt worden sei (§ 13g Abs. 2 Satz 2 HGB i.V.m. § 8 Abs. 3 Satz 1 GmbHG). Zudem könne der Anmeldung nicht entsprochen werden, da das nach § 39a BeurkG i. V. m. § 12 Abs. 2 HGB erforderliche elektronische Zeugnis eines Notars fehle. Die hiergegen erhobene Beschwerde wies das OLG Frankfurt (OLG Frankfurt v. 8.8.2017 – 20 W 229/14) im Wesentlichen mit der Begründung zurück,

dass sämtliche Beanstandungen ihre Grundlage in dem anwendbaren deutschen Registerverfahrensrecht fänden.

Gegen die Entscheidung im Beschwerdeverfahren wandte sich die All in One Star Limited mit einer Rechtsbeschwerde an den BGH, der davon ausging, dass die Entscheidung von der Auslegung des Art. 30 Gesellschaftsrechts-RL (RL 2017/1132/EU v. 14.6.2017, ABl. EU Nr. L 169/2017, 1) sowie der Niederlassungsfreiheit der Art. 49, 54 AEUV abhängige. Das Verfahren war infolge des Vorlagebeschlusses des BGH vom 14.5.2019 (BGH v. 15.5.2020 – II ZB 25/17) sodann ab dem 19.6.2019 unter dem Az. C-469/19 beim EuGH anhängig. Am 14.10.2020 stellte Generalanwalt *Szpunar* die Schlussanträge in der Rechtssache (ECLI:EU:C:2020:822). Zu einer Entscheidung des EuGH kam es jedoch nicht. Am 16.2.2021 hob der BGH den Aussetzungs- und Vorlagebeschluss auf. Art. 30 Gesellschaftsrechts-RL sei nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU mit Wirkung zum 1.2.2020 (Abl. EU Nr. L 29/2020, 1) und dem Ablauf des in Art. 126 dieses Austrittsabkommens bestimmten Übergangszeitraums am 31.12.2020 auf die Anmeldung der inländischen Zweigniederlassung der Beteiligten nicht mehr anzuwenden, da es sich beim Vereinigten Königreich nicht weiter um einen anderen Mitgliedstaat der Union handle. Der BGH stellte zudem klar, dass sich britische Limiteds nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU grundsätzlich nicht mehr auf die in Art. 49, 54 AEUV geregelte Niederlassungsfreiheit berufen könnten (zur Nichtgeltung von EU-Recht für britische Gesellschaften nach dem Brexit DNotI-Report 2021, 9). Die vorliegende Entscheidung des BGH stellt nun die Entscheidung in der Rechtsbeschwerde dar, die nach der Aufhebung des Aussetzungs- und Vorlagebeschlusses noch ausstand.

Entscheidung

Der BGH bestätigt nun die Zwischenverfügung des Registergerichts. Entscheidend sei angesichts der Publizitäts-, Verkehrsschutz- und Informationsfunktion des Handelsregisters die besondere Richtigkeitsgewähr der Anmeldung insgesamt, für welche die Bestätigung durch einen unabhängigen Träger eines öffentlichen Amtes nach § 39a BeurkG geboten sei.

Für das inländische Registerverfahren und damit auch für die Eintragung einer Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft in das Handelsregister gelte deutsches Registerverfahrensrecht. Nach § 12 Abs. 1 S. 1 HGB sind Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister elektronisch in öffentlich beglaubigter Form einzureichen. § 12 Abs. 2 S. 1 HGB bestimmt,

dass Dokumente elektronisch einzureichen sind. § 12 Abs. 2 S. 2 HGB spezifiziert, dass, falls eine Urschrift oder eine einfache Abschrift einzureichen oder für das Dokument die Schriftform bestimmt ist, die Übermittlung einer elektronischen Aufzeichnung genügt. Falls ein notariell beurkundetes Dokument oder eine öffentlich beglaubigte Abschrift einzureichen, ist ein mit einem einfachen elektronischen Zeugnis (§ 39a BeurkG) versehenes Dokument zu übermitteln. § 126a Abs. 1 BGB – dessen Vorgaben der *director* der Limited bei der Anmeldung eingehalten hat – betreffe nur den Fall, dass eine eigentlich in schriftlicher Form (§ 126 BGB) abzufassende Erklärung stattdessen in elektronischer Form abgegeben werden solle. Er regle mithin die bei der Erstellung der elektronischen Erklärung einzuhaltende Form, nicht aber die weitere Frage, welche Form bei der anschließenden elektronischen Übermittlung dieser Erklärung zu wahren ist. § 12 Abs. 2 HGB sei in diesem Zusammenhang nicht nur auf Dokumente anwendbar, die als Anlagen zur Anmeldung einzureichen sind, sondern auch auf die Anmeldung selbst. Unter den Begriff „Dokumente“ i. S. d. § 12 Abs. 2 HGB sei nach allgemeinem Sprachgebrauch auch die schriftlich verfasste Anmeldungserklärung zu fassen. Die Funktion des Handelsregisters, insbesondere die mit einer dortigen Eintragung verbundene Publizitätswirkung, erfordere eine besondere Richtigkeitsgewähr bei der elektronischen Übermittlung der Anmeldung, die allein durch § 12 Abs. 1 S. 1 HGB nicht sichergestellt sein soll. Der „Medienwechsel“ von der Anmeldung in Papierform zur Anmeldung in elektronischer Form erfordere eine zusätzliche Bestätigung der inhaltlichen Übereinstimmung des Papierdokuments mit dem elektronisch übermittelten Dokument, wofür die Bestätigung durch einen unabhängigen Träger eines öffentlichen Amtes gemäß § 39a BeurkG die erforderliche besondere Richtigkeitsgewähr biete.

Zudem äußert sich der II. Zivilsenat zu der Frage, ob eine britische Limited nach § 13g Abs. 1, Abs. 2 S. 1 HGB zur Vorlage ihres *memorandum of association* in öffentlich beglaubigter Abschrift nebst beglaubigter Übersetzung verpflichtet ist. Für eine nach Ansicht des Senats der deutschen GmbH vergleichbare *private company limited by shares* seien hinsichtlich der Anmeldung einer deutschen Zweigniederlassung die § 13d, 13e und 13g HGB entsprechend anwendbar. Danach sei der Anmeldung u.a. gemäß § 13g Abs. 1, Abs. 2 S. 1 HGB der Gesellschaftsvertrag in öffentlich beglaubigter Abschrift und, sofern er nicht in deutscher Sprache erstellt ist, eine beglaubigte Übersetzung beizufügen. Die Vereinbarkeit der deutschen Regelungen mit der Richtlinie über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts (RL 2017/1132/EU, ABl. L 169/46 v. 30.6.2017) spiele nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU

und der daraus folgenden Nichtanwendung von Unionsrecht auf den Sachverhalt für die Beschwerdeführerin keine entscheidende Rolle mehr, wie der Senat bereits in seinem Beschluss v. 16.2.2021 ausgeführt habe. Ebenso bleibt die Rechtsbeschwerde hinsichtlich der fehlenden Angabe des Stammkapitals gem. § 13g Abs. 1, Abs. 3 HGB i. V. m. § 10 Abs. 1 GmbHG in Form des *issued share capital* und bezüglich der fehlenden Versicherung des *directors* über seine Belehrung gem. § 13g Abs. 1, Abs. 2 S. 2 HGB i. V. m. § 8 Abs. 3 GmbHG ohne Erfolg.

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO § 727; BGB § 129 – Nachträgliche Änderungen einer privatschriftlichen Urkunde; Unterschriftsbeglaubigung nach Wegfall der Vertretungsbefugnis

BGB §§ 2325, 2346 Abs. 2 – Pflichtteilsverzicht; Schenkung i. S. d. Pflichtteilsergänzungsrechts

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 35, 33, 38, 60, 71 Abs. 2; WaffG §§ 15, 27 Abs. 3 – Beitragsfreiheit für Ehrenmitglieder als statutarisches Sonderrecht; Mehrheits- und Zustimmungserfordernis bei der Begründung; registerliche Prüfung einer Satzungsneufassung auf öffentlich-rechtliche Bedenken; Abschaffung des Mindestalters für Mitglieder eines Schützenvereins

BGB §§ 305c, 307 Abs. 1, Abs. 2; 309 Nr. 13 – Vertrag zugunsten Dritter; Ausschluss der Änderung des Bezugsberechtigten durch Testament oder Erbvertrag; AGB; Inhaltskontrolle

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO § 727; BGB § 129

Nachträgliche Änderungen einer privatschriftlichen Urkunde; Unterschriftsbeglaubigung nach Wegfall der Vertretungsbefugnis

I. Sachverhalt

Vor einigen Jahren wurden Schuldanerkenntnisse zu Gunsten einer niederländischen C.V. beurkundet, die nun auf deren Rechtsnachfolger umgeschrieben werden sollen. Die ursprüngliche Gläubigerin wurde zum 31.12.2019 aufgelöst und beendet sowie am 13.1.2020 im Handelsregister gelöscht. Vorher wurden am 31.12.2019 alle Ansprüche aus den Verträgen, zu denen

auch die Schuldanerkenntnisse gehören, an eine in Barbados sitzende Gesellschaft abgetreten. Diese Verträge sind in der Abtretungserklärung nur sehr allgemein bezeichnet („alle bestehenden Verträge in allen Märkten außerhalb der USA“). Ein Bezug zu den o.g. Schuldanerkenntnissen lässt sich daraus nicht konkret ableiten. Darüber hinaus ist die Erklärung nur privatschriftlich unterzeichnet. Die Beteiligten, die das Dokument für die C.V. unterzeichnet haben, sind noch in dem Konzern tätig. Nach Möglichkeit soll eine Klarstellung der privatschriftlichen Urkunde sowie eine Beglaubigung der Unterschriften erfolgen.

II. Fragen

1. Kann die Unklarheit einer Erklärung vom Unterzeichner noch behoben werden, wenn die von ihm bei Unterzeichnung der Erklärung vertretene Gesellschaft mittlerweile gelöscht ist? Kommt es darauf an, ob die Berichtigung der Urkunde vor oder nach der Beglaubigung erfolgt?

2. Können die Unterschriften unter einer Erklärung auch noch zu einem Zeitpunkt beglaubigt werden, in dem die mit der Unterschrift vertretene Gesellschaft nicht mehr existiert? Ist Zweck der Beglaubigung der Unterschrift für Zwecke des § 727 ZPO nur die Feststellung der Identität des Unterzeichners oder muss im Zeitpunkt der Beglaubigung die Vertretungsbefugnis noch bestehen?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeine Grundsätze zur Unterscheidung zwischen der Form der Erklärung und deren Beweiskraft

Allgemein wird die nachträgliche Änderung einer öffentlich beglaubigten Erklärung als möglich angesehen. Diskutiert werden dabei vor allem Fälle nachträglicher Änderungen durch den Unterzeichner (BeckOGK-BeurkG/Theilig, Std.: 1.7.2021, § 40 Rn. 55; Kindler, in: Beck'sches Notarhandbuch, 7. Aufl. 2019, § 31 Rn. 70). Hierbei ist zwischen der Form der Erklärung und deren Beweiskraft zu unterscheiden.

a) Form des § 129 BGB

Die nachträgliche Änderung führt nach ganz überwiegender Meinung nicht zu einer Formunsirksamkeit; die Erklärung **bleibt eine öffentlich beglaubigte Erklärung** (KG DNotZ 2013, 129; OLG Brandenburg FGPrax 2010, 210; OLG Frankfurt a. M. DNotZ 2006, 767; MünchKommBGB/Einsele, 8. Aufl. 2018, § 129 Rn. 5; BeckOGK-BGB/Scheller, Std.: 1.5.2021, § 129 Rn. 48; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 163). Hintergrund hierfür ist, dass die Form des § 129 BGB nur erfordert, dass die unter dem Text stehende Unterschrift beglaubigt wird. Über den Text trifft der Beglaubigungsvermerk dagegen keine Aussage. In begründeten Ausnahmefällen ist es nach § 40 Abs. 5 BeurkG sogar möglich, eine Blankounterschrift zu beglaubigen, woraus sich schließen lässt, dass nachträgliche Änderungen am Text mit der Form der Unterschriftsbeglaubigung nicht schlechthin unvereinbar sind.

Die frühere Rechtsprechung (KG OLGE 3, 306; OLGE 7, 336; KGJ 22, A 125; KGJ 29, A 116; KGJ 35, A 227; OLG Celle RPflegler 1984, 230), nach der eine nachträgliche Änderung nur dann möglich war, wenn hierüber eine gesonderte Urkunde mit erneutem Beglaubigungsvermerk errichtet wurde (wobei die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens selbstverständlich ist, sodass die eigentliche Aussage dieser Rechtsprechung war, dass nachträgliche Änderungen im Übrigen nicht möglich waren), ist vor diesem Hintergrund nicht mehr aktuell (OLG Frankfurt a. M. DNotZ 2006, 767; BeckOGK-BGB/Scheller, § 129 Rn. 48; Schöner/Stöber, Rn. 163).

b) Beweiskraft

Allerdings kann die **Beweiskraft** einer solchermaßen abgeänderten Urkunde **eingeschränkt** sein. Insbesondere soll das Grundbuchamt eine solche Urkunde zurückweisen können, wenn der Verdacht besteht, dass die Urkunde von einer anderen Person als dem Aussteller und ohne dessen Zustimmung abgeändert wurde (KG DNotZ 2013, 129; LG Itzehoe DNotZ 1990, 519, 520; MünchKommBGB/Einsele, § 129 Rn. 5; BeckOGK-BGB/Scheller, § 129 Rn. 50; Schöner/Stöber, Rn. 163; vgl. auch Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 40 Rn. 38). Die Beglaubigung ist nur hinsichtlich des Beglaubigungsvermerks öffentliche Urkunde, die die Vermutung begründet, dass die beglaubigte Unterschrift echt ist, § 418 Abs. 1 ZPO. Die Echtheit der Unterschrift führt gem. § 440 Abs. 2 ZPO wiederum zur Vermutung, dass auch der Text über der Unterschrift echt ist; diese Vermutung ist jedoch dann **entkräftet**, wenn die Urkunde – wie **bei Änderungen** möglich – mit äußeren Mängeln behaftet ist (OLG Brandenburg FGPrax 2010, 210; OLG Frankfurt a. M. DNotZ 2006, 767; MünchKommBGB/Einsele, § 129 Rn. 5; Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, § 40 Rn. 37; BeckOGK-BGB/Scheller, § 129 Rn. 49). Eine erkennbar vor Vornahme des Beglaubigungsvermerks erfolgte Änderung ist vom Beglaubigungsvermerk erfasst und nimmt an der Beweiskraft uneingeschränkt teil (Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, § 40 Rn. 37). Eine rein redaktionelle Änderung soll hingegen noch nicht einmal eine Textänderung im hier relevanten Sinn sein, sodass solche Änderungen auch nach Beglaubigung nicht schaden (OLG Celle RPflegler 1984, 230, 231; LG Itzehoe DNotZ 1990 519, 520; Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, § 40 Rn. 37; BeckOGK-BGB/Scheller, § 129 Rn. 49).

Die für das Grundbuchamt entwickelten Grundsätze wird man auch für das Verfahren nach § 727 ZPO übertragen können. Ist daher dem Notar bekannt, dass die Urkunde nach der Beglaubigung verändert wurde, so hat dies Auswirkungen auf deren Beweiswert und der Notar kann sie im Verfahren nach § 727 ZPO nicht ohne Weiteres zu Grunde legen.

2. Unterscheidung der materiell-rechtlichen Zulässigkeit von Änderungen einerseits und Form- und Beweiskraftfragen andererseits

Die vorgenannten Fälle betreffen jedoch – soweit ersichtlich – allesamt Konstellationen, in denen sich keine Fragen nach einer etwaigen Vertretungsmacht des Unterzeichners stellen, weil entweder von vorneherein im eigenen Namen gehandelt worden war oder weil die Vertretungsbefugnis noch fortgalt. Ist die Vertretungsbefugnis des Vertreters in der Zwischenzeit erloschen, ist bereits unabhängig von den beweisrechtlichen Fra-

gen zu prüfen, ob der Vertreter eine solche Erklärung nach materiellem Recht überhaupt abgeben kann bzw. darf. Fehlt es schon hieran, kommt es auf die Form der öffentlichen Beglaubigung ebenso wenig an, wie darauf, welche Auswirkung die nachträgliche Änderung auf die Beweiskraft hat.

Für die materielle Rechtslage ist u. E. zu differenzieren: Handelt es sich um eine **materielle Änderung** der ursprünglichen Erklärung, liegt genau genommen eine **neue Willenserklärung** vor, die nach § 164 BGB zwar auch durch einen Vertreter abgegeben werden kann; dieser **benötigt** hierfür aber Vertretungsmacht („innerhalb der ihm zustehenden **Vertretungsmacht**“, § 164 Abs. 1 S. 1 BGB). Allein aus der Bevollmächtigung bzw. organschaftlichen Vertretungsbefugnis zur Abgabe der ursprünglichen Erklärung folgt noch keine Vollmacht zur späteren Abänderung der Erklärung mit Wirkung für und gegen den Vertretenen. Insoweit kommt es nicht auf denjenigen an, der tatsächlich gehandelt hat, sondern auf den, für den die Erklärung rechtlich wirksam war (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB). Eine Änderung einer einmal abgegebenen Erklärung ist daher nur vom Vertretenen oder einem in diesem Moment vertretungsbefugten Vertreter zulässig. Daran fehlt es, wenn die Gesellschaft mittlerweile erloschen ist und dementsprechend auch die Bestellung nicht mehr besteht.

Liegt dagegen lediglich eine **Richtigstellung** vor, handelt es sich u. E. um eine **Wissenserklärung**. Der Unterzeichner kann dann als an der damaligen Urkunde Mitwirkender aufgrund seiner Sachnähe und besseren Kenntnis der Umstände z.B. die Wissenserklärung abgeben, welcher Kontext damals berücksichtigt worden war oder welche Fallgruppe gemeint war (aber ggf. falsch bezeichnet wurde). Es bedarf insbesondere nicht der Einhaltung der Voraussetzungen des § 164 Abs. 1 S. 1 BGB, weil die Wissenserklärung **im eigenen Namen** abgegeben wird. Für die Praxis, in der ein klarstellender Vermerk oft gerade deswegen erfolgt, weil die Auslegung nicht klar genug ergibt, was eigentlich die Grenze der bisherigen Willenserklärung ist und ob der in Frage stehende Sachverhalt daher erst im Wege einer Änderung oder doch durch Klarstellung unter die Regelung zu fassen ist, hilft diese Abgrenzung freilich nur beschränkt weiter. Solange Unsicherheiten verbleiben, dürfte u. E. das Gebot des sichersten Weges zum Ergebnis führen, dass – sofern nicht klar ist, dass es sich lediglich um eine Klarstellung handelt – eine entsprechende Erklärung materiell-rechtlich nicht ohne Risiko für den Vertreter (§§ 177 ff. BGB) abgegeben werden kann. Die genaue Beurteilung, was die Aussage der ursprünglichen Abtretungserklärung war und worin lediglich eine Klarstellung liegt, ist eine Tatfrage, die für jeden Einzelfall gesondert beurteilt werden muss.

Die materiell-rechtliche Ebene kann wiederum Auswirkungen auf vom Notar zu beachtende Vorschriften über die Unterschriftsbeglaubigung haben. Zwar muss er nicht die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Erklärung prüfen. Er hat aber die Beglaubigung zu verweigern, wenn Gründe bestehen die Amtstätigkeit zu versagen, insbesondere wenn mit der zu beglaubigenden Erklärung erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke unterstützt werden oder wenn die Urkunde offensichtlich materiell-rechtlich unwirksam ist (Kindler, § 31 Rn. 370).

3. Übertragung auf den vorliegenden Fall

Überträgt man die vorstehenden Grundsätze auf den vorliegenden Fall, ergibt sich u. E. Folgendes:

- **Materiell-rechtlich** kommt es u. E. darauf an, ob der Vertreter sich im Rahmen der (redaktionellen) Richtigstellung bewegt und somit lediglich eine Wissenserklärung abgibt (dann ist keine Vertretungsmacht erforderlich) oder ob eine Änderung durch eine weitere Erklärung erfolgt (die Vertretungsmacht erfordert). Bestehen Zweifel ist dem Vertreter aus notarieller Sicht zu raten, von einer solchen Erklärung Abstand zu nehmen.

- Für die **Form des § 129 BGB** kommt es dagegen nicht darauf an, wann die Erklärung über dem Beglaubigungsvermerk erstellt wurde oder ob danach Änderungen am Text vor dem Beglaubigungsvermerk vorgenommen wurden.

- Dieser Aspekt kann aber auf der Ebene der **Beweiskraft** Auswirkungen haben. Die Rechtsnachfolge muss gem. § 727 Abs. 1 ZPO – sofern sie nicht offenkundig ist – durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden dem Klauselerteilungsorgan nachgewiesen werden. Vorliegend muss der Nachweis über die Abtretung geführt werden; ein solcher Nachweis ist nur möglich, wenn die Abtretung wirksam war, also insbesondere auch die notwendige Vertretungsmacht vorlag und die abgegebenen Erklärungen die Abtretung decken. Die Prüfungspflicht des Notars umfasst daher auch die Vertretungsmacht zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärungen. Ob diese nach Zugang der Erklärung weggefallen ist, ist nach allgemeinen Grundsätzen unbeachtlich, da die Abtretung mit Zugang der letzten der beiden Erklärungen wirksam wird (§ 130 BGB). Kommt es zu einer nachträglichen Änderung, muss allerdings die Vertretungsmacht zu diesem Zeitpunkt noch bestehen.

Erteilt der Notar die Vollstreckungsklausel obwohl die erforderlichen Nachweisurkunden fehlen, begeht er eine Amtspflichtverletzung und kann hierfür ggf. haften (MünchKommZPO/Wolfsteiner, 6. Aufl. 2020, § 724 Rn. 54). Liegen die notwendigen Nachweise nicht oder

nicht in der erforderlichen Form vor, muss der Notar daher die Umschreibung der Vollstreckungsklausel verweigern. Vor der endgültigen Zurückweisung des Antrags sollte der Antragsteller jedoch auf die noch fehlenden Nachweise aufmerksam gemacht werden, um ihm zu ermöglichen diese nachzureichen. Sind also die **Nachträge** offensichtlich oder für den Notar offenkundig **nach dem Beglaubigungsvermerk** vorgenommen worden und gehen diese über redaktionelle Änderungen hinaus, kann die **fehlende Beweiskraft** der Urkunde in diesem Fall dazu führen, dass der Notar die Klausel nicht erteilen darf. Liegen nur die ursprünglichen Erklärungen vor, sind diese jedoch zwischenzeitlich beglaubigt worden (siehe hierzu sogleich), obliegt es dem Notar zu beurteilen, ob sich aus diesen die Rechtsnachfolge ergibt. Kann die Rechtsnachfolge nicht nach § 727 ZPO nachgewiesen werden, verbleibt dem Gläubiger lediglich die Möglichkeit des § 731 ZPO, in dessen Verfahren alle Beweismittel zulässig sind.

4. Nachträgliche Beglaubigung bei erloschenem Rechtsträger

Die nachträgliche Beglaubigung der Unterschriften ist – wie bereits erwähnt – ohne Weiteres möglich. Bereits die Zulässigkeit der Anerkennung einer Unterschrift weist auf die grundsätzliche Möglichkeit hin, dass Unterschriftsleistung und Beglaubigungszeitpunkt auseinanderfallen können. Insbesondere könnte also die privatschriftliche – damals mit Vertretungsmacht erstellte – Erklärung nachträglich mit einem Beglaubigungsvermerk versehen werden, wenn die damaligen Unterzeichner vor dem Notar anerkennen, dass es sich hierbei um ihre Unterschriften handelt.

Auch wenn § 727 ZPO den Notar grundsätzlich verpflichtet, die Rechtsnachfolge zu prüfen, was grundsätzlich auch das Bestehen der Vertretungsmacht zum relevanten Zeitpunkt beinhaltet, bedeutet dies **nicht zwingend**, dass die **Vertretungsmacht im Zeitpunkt der Anerkennung der Unterschrift** vorliegen muss. Lag die Vertretungsmacht zum Zeitpunkt der Abgabe der privatschriftlichen Erklärung vor, dürfte dies grundsätzlich genügen. Denn das Anerkenntnis „vor dem Notar ist keine Willenserklärung, die erst mit dem Zugang an einen Erklärungsempfänger wirksam wird, sondern nur eine Tatsachenmitteilung zur Echtheit der Unterschrift an den Notar, sodass dieser im Beglaubigungsvermerk die Echtheit der Unterschrift nach Prüfung der Identität des Anerkennenden bezeugen kann“ (OLG Köln MittBayNot 1994, 83; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 40 Rn. 33; vgl. auch DNotI-Report 2015, 153). Auch wenn man davon ausgeht, dass für die Anerkenntniserklärung – da es sich zwar um einen Realakt, aber auch um eine Verfahrenshandlung handelt – Geschäftsfähigkeit erforderlich ist (DNotI-

Report 2015, 153, 154; Staudinger/Herrler, BGB, 2017, § 129 Rn. 80), ist eine Vertretungsmacht für diese Erklärung nach allgemeinen Grundsätzen nicht erforderlich. Denn die im Namen des Vertretenen abgegebene Erklärung ist in diesem Fall bereits abgegeben. Vor dem Notar wird lediglich eine Erklärung des Inhalts abgegeben, dass dies die Unterschrift des Unterzeichners sei; diese Erklärung ist keine Willenserklärung, deren Folgen den Vertretenen treffen, sondern eine **Wissenserklärung** über eigenes Wissen des Unterzeichners. Dass im Beglaubigungszeitpunkt mangels Existenz des Rechtsträgers keine Vertretungsmacht mehr vorliegt, ist daher aus unserer Sicht unschädlich.

BGB §§ 2325, 2346 Abs. 2

Pflichtteilsverzicht; Schenkung i. S. d. Pflichtteilsergänzungsrechts

I. Sachverhalt

Ehemann M und Ehefrau F sind im gesetzlichen Güterstand deutschen Rechts miteinander verheiratet und haben eine gemeinsame Tochter (T). Der Ehemann hat einen vorehelichen Sohn (S).

Das gesamte Vermögen der Ehegatten steht im Eigentum der Ehefrau. Der Ehemann hat seine Ehefrau zur Alleinerbin eingesetzt, die Ehefrau hat die Tochter T zur Alleinerbin eingesetzt. Der Ehemann möchte nun auf sein Pflichtteilsrecht am Nachlass der Ehefrau ohne Gegenleistung verzichten.

II. Frage

Liegt in dem Pflichtteilsverzicht von M eine Schenkung i. S. d. § 2325 BGB, die wiederum zu Pflichtteilsergänzungsansprüchen seines Sohnes S führen könnte?

III. Zur Rechtslage

1. Berechnung des Pflichtteils

Gem. § 2311 Abs. 1 S. 1 BGB wird der Berechnung des Pflichtteils der **Bestand und Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls** zu Grunde gelegt. Dabei ergibt sich der Nachlassbestand aus der Differenz der im Zeitpunkt des Erbfalls vorhandenen Aktiva und Passiva des Nachlasses (vgl. nur BeckOK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.5.2021, § 2311 Rn. 2).

Im vorliegenden Fall wäre daher das gesamte Vermögen, das zum Zeitpunkt des Erbfalls des Ehemannes vorhanden ist, zur Pflichtteilsberechnung seines Sohnes heranzuziehen. Dazu zählen nicht nur die bereits vorhandenen Vermögenswerte, sondern alle vermögensrechtlichen Positionen oder Beziehungen, die der Erblasser noch zu seinen Lebzeiten eingeleitet hat, die

aber erst mit seinem Tod oder nach seinem Tod endgültige Rechtswirkungen entfalten (Staudinger/Herzog, BGB, 2015, § 2311 Rn. 25). Im vorliegenden Fall wären daher die Nachlassgegenstände, die sich im Eigentum des Ehemannes befinden, mit ihrem Verkehrswert zum Zeitpunkt des Erbfalls in die Berechnung des Pflichtteils des Sohnes einzustellen.

2. Verzicht auf das Pflichtteilsrecht und Schenkung

Hat der Erblasser zu Lebzeiten Vermögensgegenstände aus seinem Nachlass ausgegliedert, so können insoweit Pflichtteilsergänzungsansprüche nach den §§ 2325 ff. BGB in Betracht kommen.

Voraussetzung dafür ist das Vorliegen einer **rechtsgültigen Schenkung**. Der Schenkungsbegriff im Rahmen des § 2325 BGB stimmt nach allgemeiner Ansicht mit dem der §§ 516 Abs. 1, 517, 1624 BGB überein (vgl. nur MünchKommBGB/Lange, 8. Aufl. 2020, § 2325 Rn. 17 m. w. N.). Daraus folgt zum einen, dass der Empfänger objektiv aus dem Vermögen des Erblassers bereichert sein muss und zum anderen auf der subjektiven Ebene, dass Zuwendender und Empfänger darüber einig gewesen sein müssen, dass die Zuwendung ganz oder teilweise unentgeltlich erfolgt (MünchKommBGB/Lange, § 2325 Rn. 17 m. w. N.).

Da es um die Ausgliederung eines dem Vermögen des Erblassers bereits zurechenbaren Vermögenswertes geht, wäre dem Ehemann ein ihm bereits **zu Lebzeiten angefallener Pflichtteilsanspruch** (vgl. § 2317 Abs. 1 BGB) als Vermögenswert zuzurechnen. Würde er auf den bereits entstandenen Pflichtteilsanspruch ohne Gegenleistung verzichten (nach Entstehung des Pflichtteilsanspruchs kommt insoweit ein Erlassvertrag i. S. v. § 397 BGB in Betracht), könnte insoweit eine Schenkung anzunehmen sein, die zu Pflichtteilsergänzungsansprüchen i. S. d. §§ 2325 ff. BGB führen könnte.

Anders ist dies hinsichtlich eines **Verzichts auf einen künftigen Erb- oder Pflichtteil** im Rahmen eines Erb- oder Pflichtteilsverzichtsvertrages **i. S. v. § 2346 BGB**. Hier wird nicht auf ein bereits entstandenes Recht, sondern auf einen künftigen Anspruch verzichtet. Nach § 517 BGB liegt eine Schenkung nicht vor, wenn jemand zum Vorteil eines anderen einen Vermögenserwerb unterlässt oder auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlägt. Im Hinblick auf die **Wertung des § 517 BGB** wird auch der Verzicht auf einen künftigen Erbteil oder Pflichtteil i. S. v. § 2346 BGB von der Vorschrift erfasst und stellt damit **keine Schenkung** dar (so z. B. MünchKommBGB/Koch, 8. Aufl. 2019, § 517 Rn. 5; BeckOGK-BGB/Harke, Std.: 1.4.2021, § 517 Rn. 8). Hierfür spricht,

dass der Erb- oder Pflichtteilsverzicht i. S. v. § 2346 BGB von einem Rechtserwerb noch entfernt ist als der in § 517 BGB explizit genannte Fall der Ausschlagung einer angefallenen Erbschaft oder eines angefallenen Vermächtnisses. Der Erb- oder Pflichtteilsverzicht i. S. v. § 2346 BGB bedeutet damit inhaltlich **nicht die Aufgabe eines Rechts**, sondern lediglich eine Maßnahme, mit der sich der Verzichtende zu einem künftigen Rechtserwerb außer Stande setzt (BeckOGK-BGB/Harke, § 517 Rn. 8).

3. Ergebnis

Der Verzicht auf das Pflichtteilsrecht i. S. v. § 2346 Abs. 2 BGB löst keine Pflichtteilsergänzungsansprüche aus. Dies lässt sich mit der Wertung des § 517 BGB begründen, wonach das Unterlassen eines künftigen Vermögenserwerbs nicht als Schenkung anzusehen ist.

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.

GBO §§ 39, 40, 52; BGB § 2368

Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Grundbuchamt; Testamentsvollstreckervermerk

Abruf-Nr.:

UStG § 4 Nr. 9a; GrEStG § 2

Verkauf möblierter Studentenapartments durch Bau-träger; umsatzsteuerliche und grunderwerbsteuerliche Beurteilung des Inventars (Möbel, Schränke, Küchenzeilen)

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 35, 33, 38, 60, 71 Abs. 2; WaffG §§ 15, 27 Abs. 3

Beitragsfreiheit für Ehrenmitglieder als statutarisches Sonderrecht; Mehrheits- und Zustimmungserfordernis bei der Begründung; registerliche Prüfung einer Satzungsneufassung auf öffentlich-rechtliche Bedenken; Abschaffung des Mindestalters für Mitglieder eines Schützenvereins

1. Eine Beitragsbefreiung ist grundsätzlich als Sonderrecht i. S. d. § 35 BGB anzusehen. Dessen Begründung bedarf aber nicht stets der Zustimmung aller nichtprivilegierten Mitglieder.

2. Es ist selbstverständlich, dass die Mitglieder eines Schießsportvereins den Schießsport nur nach Maßgabe der Gesetze ausüben können. Dies muss in der Vereinssatzung nicht ausdrücklich hervorgehoben werden, auch nicht im Hinblick auf die waffenrechtlichen Beschränkungen, denen minderjährige Vereinsmitglieder unterliegen.

(Leitsätze der DNotI-Redaktion)

OLG Nürnberg, Beschl. v. 14.7.2021 – 12 W 2036/20

Problem

Die Satzung eines Schützenvereins sah vor, dass die Mitgliedschaft nur Personen über 14 Jahre erlangen können. Ferner verpflichtete sie alle Mitglieder zur Zahlung von Beiträgen. Am 1.3.2020 fasste die Mitgliederversammlung die Satzung mit $\frac{3}{4}$ -Mehrheit insgesamt neu. Die beschlossene Fassung enthält kein Mindestaufnahmearter mehr, schreibt aber andererseits das Recht sämtlicher Mitglieder fest, den Schießsport auszuüben. Ferner befreit die Satzung „Ehrenmitglieder“ von Beitragsleistungen.

Das Registergericht lehnte die Eintragung der Neufassung ab: Bei der Beitragsbefreiung für Ehrenmitglieder handele es sich um ein Sonderrecht, dessen Begründung alle benachteiligten Mitglieder zustimmen müssten. Mit Blick auf das fehlende Mindestalter werde angeregt, zumindest das statutarische Recht zur Ausübung des Schießsports „auf Grundlage der bestehenden waffenrechtlichen Gesetzgebung einzuschränken“.

Entscheidung

Das OLG Nürnberg hat der Beschwerde des anmeldenden Notars gegen die Zwischenverfügung stattgegeben. Es hält die beanstandeten Änderungen für eintragungsfähig.

Zur Einführung einer Ehrenmitgliedschaft mit Beitragsbefreiung sei grundsätzlich lediglich eine Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen erforderlich (§ 33 Abs. 1 S. 1 BGB). Zwar sei eine Beitragsbefreiung an sich als **Sonderrecht i. S. d. § 35 BGB** anzusehen, sodass deren Entziehung nur mit Zustimmung des betroffenen Mitglieds möglich sei. Daraus lasse sich aber nicht herleiten, dass auch die Begründung der Zustimmung sämtlicher nichtprivilegierten Mitglieder bedürfe. Der vereinsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verlange dies nicht, wenn die **Ungleichbehandlung** ein-

zelner Mitglieder **gerechtfertigt** sei, wie etwa bei der Ehrenmitgliedschaft aufgrund besonderer Verdienste oder mit Blick auf die Tatsache, dass Ehrenmitglieder regelmäßig nicht mehr aktiv im Erwerbsleben stünden. Allerdings müsse zumindest theoretisch jedes Mitglied die Chance haben, das neu geschaffene Ehrenamt einmal selbst zu erlangen. Dies sei nach der neugefassten Satzung grundsätzlich der Fall.

Insbesondere bei der Satzungsneufassung habe das Registergericht die Satzung grundsätzlich im gleichen Umfang zu überprüfen wie bei der Erstanmeldung des Vereins. Die geänderten Satzungsbestimmungen bzgl. des Mindestaufnahmearters und des Rechts, den Schießsport auszuüben, stellten jedoch kein Eintragungshindernis dar. Zwar seien Minderjährige unter 14 Jahren aufgrund waffenrechtlicher Bestimmungen nur mit Einschränkungen berechtigt, den Schießsport auszuüben (s. § 27 Abs. 3 WaffG). Es liege aber **kein Gesetzesverstoß** darin, dass diese Beschränkungen **in der Satzung nicht besonders zum Ausdruck** kämen. Vielmehr sei es selbstverständlich, dass alle Vereinsmitglieder den Schießsport nur nach Maßgabe der waffenrechtlichen und immissionschutzrechtlichen Vorschriften ausüben könnten.

BGB §§ 305c, 307 Abs. 1, Abs. 2; 309 Nr. 13
Vertrag zugunsten Dritter; Ausschluss der Änderung des Bezugsberechtigten durch Testament oder Erbvertrag; AGB; Inhaltskontrolle

Eine von der versprechenden Bank im Rahmen einer Verfügung zugunsten Dritter für den Todesfall formulierte Klausel, wonach ein Widerruf der Drittbegünstigung bezogen auf das Deckungsverhältnis nur durch eine (schriftliche) Erklärung des Versprechensempfängers gegenüber der Bank erfolgen kann, erweist sich weder als überraschend noch als unwirksam.

(Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Dresden, Urt. v. 1.7. 2021 – 8 U 276/21

Problem

Die Erblasserin unterhielt bei der beklagten Bank einen sog. Prämiensparvertrag, bei dem der M (der zu diesem Zeitpunkt noch als Alleinerbe vorgesehen war) als Begünstigter für den Todesfall eingesetzt war. In den Vertragsbedingungen war vorgesehen, dass diese Einsetzung zwar einseitig durch die Erblasserin widerrufen werden kann, aber nur durch schriftliche Erklärung gegenüber der Bank. Ein Widerruf durch Testament

oder Erbvertrag wurde ausdrücklich ausgeschlossen. Durch notarielles Testament setzte die Erblasserin ihre Tochter – in diesem Verfahren die Klägerin – als neue Alleinerbin ein. Zugleich widerrief sie in der notariellen Urkunde vorsorglich alle von ihr bisher errichteten Verfügungen von Todes wegen. Die Tochter verlangte von der Bank Auszahlung des Guthabens aus dem Prämiensparvertrag. Sie vertrat dabei die Auffassung, dass die Klausel, dass die Einsetzung des Drittbegünstigten für den Todesfall im Prämiensparvertrag nicht durch Verfügung von Todes wegen widerrufen werden könne, überraschend i. S. d. § 305c BGB sei.

Entscheidung

Dieser Auffassung trat das Gericht entgegen. Voraussetzung für das Vorliegen einer überraschenden Klausel i. S. d. § 305c Abs. 1 BGB sei, dass eine objektiv ungewöhnliche Klausel vorliege, wobei sich die Ungewöhnlichkeit etwa aus der Unvereinbarkeit mit dem Leitbild des Vertrags oder mit dispositivem Gesetzesrecht ergeben könne. Ferner könne sich eine Ungewöhnlichkeit auch aus einer Abweichung von den nach der Verkehrsauffassung üblichen Vertragsbedingungen oder durch eine Unvereinbarkeit der Klausel mit dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages ergeben (Rn. 37 der Entscheidung). Weitere Voraussetzung sei, dass der andere Vertragsteil mit einer solchen Klausel nicht zu rechnen brauche, wobei sich die Beurteilung diesbezüglich nach den Erkenntnismöglichkeiten eines typischen Durchschnittskunden richte.

Anschließend prüft das OLG Dresden, ob das dispositive Gesetzesrecht für den Vertrag zugunsten Dritter ein „Leitbild“ enthält, von dem abgewichen wird. Aus § 332 BGB leitet das Gericht ab, dass der **Versprechensempfänger** (hier: die Erblasserin) sich die **Befugnis**, den **Dritten** ohne Zustimmung des Versprechenden **auszutauschen, ausdrücklich vorbehalten** müsse. Nur dann könne dies im Zweifel auch in einer Verfügung von Todes wegen erfolgen. § 332 BGB deute somit im Umkehrschluss darauf hin, dass gegen den Willen des Versprechenden (hier: der Bank) ein späterer Austausch des Begünstigten durch letztwillige Verfügung nicht erfolgen könne. Vor diesem Hintergrund sei die entsprechende Klausel nicht überraschend i. S. d. § 305c BGB.

Fehle eine solche Klausel, sei gegenüber der Bank nicht gewährleistet, dass sie im Todesfall von dem wahren Berechtigten sichere Kenntnis erlange (Rn. 41 der Entscheidung). Mit der gleichen Begründung wird auch eine unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB verneint. Das **Unterrichtungsinteresse** der zur Leistung verpflichtenden **Bank** sei insofern **schutzwürdig**.

Zu guter Letzt beleuchtet das Gericht § 309 Nr. 13 BGB. Danach darf für Erklärungen und Anzeigen des Vertragspartners gegenüber dem Klauselverwender keine strengere Form als die Textform i. S. d. § 126b BGB angeordnet werden. Einer Prüfung anhand dieser Norm würde die entsprechende Klausel nach derzeit geltender Rechtslage nicht standhalten. Sie trat allerdings erst zum 1.10.2016 in Kraft und sah bis dahin vor, dass keine strengere Form als die Schriftform vorgesehen werden konnte. Im konkreten Fall kam noch die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende Fassung zur Anwendung, sodass das Gericht einen Verstoß verneinte.

Praxishinweis

Die Entscheidung zeigt, dass das AGB-Recht trotz der Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB Auswirkungen auf die erbrechtliche Gestaltung haben kann und bei der Gestaltung von Testamenten mitgedacht werden muss. Der in vielen Formularen vorgesehene Hinweis, dass Verträge zugunsten Dritter gegebenenfalls gesondert zu widerrufen sind, hat deswegen seine Berechtigung.

Besser ist freilich eine ausdrückliche Regelung in der entsprechenden Verfügung von Todes wegen und – falls wie hier erforderlich – eine entsprechende inhaltsgleiche Änderung gegenüber der Bank. Zum Widerruf eines Schenkungsversprechens durch Verfügung von Todes wegen und zum Zugang der dort enthaltenen Willenserklärung gegenüber dem Versprechenden vgl. auch BGH MittBayNot 2018, 462 (m. Anm. Forschner).

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessorin Dr. Ricarda Lotte

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 94, 95, 96, 1090, 1018 – Grenzüberschreitende Tiefgarage; Bestellung einer Dienstbarkeit mit räumlichem Ausübungsbereich in natura außerhalb des belasteten Grundstücks

BGB §§ 2174, 2151, 883 – Sicherung des Anspruchs aus einem Bestimmungsvermächtnis durch Vormerkung nach Eintritt des Erbfalls

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

HGB § 49 Abs. 2 – Gesetzliche Beschränkung der Vertretungsmacht nach § 49 Abs. 2 HGB auch für nicht im Eigentum des Prinzipals stehende Grundstücke

WEG §§ 8 Abs. 2, 7 Abs. 4 – Körperliche Verbindung der Bewilligung mit Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung

Literaturhinweis

Veranstaltung

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 94, 95, 96, 1090, 1018

Grenzüberschreitende Tiefgarage; Bestellung einer Dienstbarkeit mit räumlichem Ausübungsbereich in natura außerhalb des belasteten Grundstücks

I. Sachverhalt

Ein Grundstück wird mit einer Tiefgarage über- bzw. unterbaut. Zugunsten des jeweiligen Eigentümers des überbauten Grundstücks ist im Grundbuch des überbauten Grundstücks eine Überbaudienstbarkeit mit folgendem Inhalt eingetragen:

„Der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks ist berechtigt [...] das dienende Grundstück mit Teilen seiner Tiefgaragenanlage zu unterbauen und den

Tiefgaragenunterbau mit den darin befindlichen baulichen, technischen und sonstigen Einrichtungen als Grenzüberbau/unterbau dauernd zu belassen und zu nutzen.“

Zusätzlich wird der genaue Ausübungsbereich des Unterbaurechts durch entsprechende Pläne konkretisiert. Die Eintragung der Dienstbarkeit im Grundbuch erfolgte vor vollständiger Errichtung der Tiefgarage. Zugunsten des jeweiligen Eigentümers des überbauten Grundstücks sollen verschiedene Grunddienstbarkeiten an dem überbauten Grundstück bestellt werden, deren Ausübungsbereiche den Tiefgaragenunterbau betreffen, z. B. Dienstbarkeiten zur Nutzung von Stellplätzen, Technikräumen und Schächten.

II. Frage

Sind die Grunddienstbarkeiten zu Gunsten des überbauten Grundstücks und zu Lasten des überbauten Grundstücks im Grundbuch des überbauten Grundstücks (= Stammgrundstück der Tiefgarage) eintragungsfähig, obwohl sich die Ausübungsbereiche der

Dienstbarkeiten räumlich innerhalb der Flurstücksgrenzen des überbauten Grundstücks befinden?

III. Zur Rechtslage

1. Eigentumsrechtliche Verhältnisse bei grenzüberschreitenden Tiefgaragen

Ob und inwieweit eine Gestaltung rechtlich zulässig ist, wonach Tiefgaragen mittels Dienstbarkeiten räumlich auf andere Grundstücke erstreckt werden können, ist zwar derzeit noch nicht abschließend geklärt, in der Sache allerdings zu bejahen. Richtigerweise kann durch sog. Überbaudienstbarkeiten die Zuordnung des gesamten Tiefgaragengebäudes zu einem Stammgrundstück geschehen, auch wenn der Tiefgaragenbaukörper teilweise auf einem anderen (Nachbar-)Grundstück tatsächlich belegen ist (siehe hierzu DNotI-Report 2009, 49 ff.). Wir gehen nach dem mitgeteilten Sachverhalt davon aus, dass die Voraussetzungen für die Zuordnung zum Stammgrundstück vorliegen und daher der **gesamte** Baukörper der **Tiefgarage** dem **Stammgrundstück zuzurechnen** ist.

Dies hat zur Folge, dass die Tiefgarage als Baukörper insgesamt nach § 94 Abs. 1 BGB ausschließlich wesentlicher Bestandteil des herrschenden und damit des Stammgrundstücks ist. Dabei kommt es nicht darauf an, wo die Teile der Garage in natura belegen sind. Vielmehr ist für die rechtliche Einordnung nach § 94 BGB allein die juristische Zuordnung entscheidend, was wegen dieser Vorschrift dazu führt, dass die Tiefgarage insgesamt dem Stammgrundstück zugerechnet werden muss.

2. Bestellung einer Dienstbarkeit mit Ausübungsbereich außerhalb des dienenden Grundstücks

Ist die Garage damit insgesamt wesentlicher Bestandteil ausschließlich des Stammgrundstücks, so kann durch eine Dienstbarkeit, die die Benutzung der Tiefgarage regeln soll, auch **nur das Stammgrundstück belastet** werden. Anderenfalls würde nämlich ein Grundstück mit einer Dienstbarkeit belastet werden, das in rechtlicher Hinsicht keinen Bezug zur Tiefgarage aufweist. Für die Dienstbarkeit kommt es entscheidend darauf an, dass diese als beschränkt dingliches Recht eine Belastung des Eigentums darstellt, was aber nur insofern möglich ist, als die Tiefgarage der Gegenstand des Eigentums am dienenden Grundstück ist. Als wesentlicher Bestandteil des Stammgrundstücks ist diese gleichermaßen der Gegenstand des Eigentums an ebendiesem (Stamm-)Grundstück. Die tatsächliche räumliche Lage des wesentlichen Bestandteils „Tiefgarage“ ist demgegenüber ohne Bedeutung.

An dieser Beurteilung ändert sich auch dadurch nichts, dass Berechtigter der Grunddienstbarkeit der jeweilige

Eigentümer des Grundstücks sein soll, auf dessen Fläche sich tatsächlich die Tiefgarage (teilweise) befindet. Insofern kommt es auf die Belastung des jeweiligen Eigentumsrechts an, während die **faktische Lage unbedeutend** ist. Da rechtlich die Tiefgarage insgesamt dem Stammgrundstück zuzurechnen ist, ist allein entscheidend, ob die Dienstbarkeit für den jeweiligen Eigentümer eines anderen als dem des Stammgrundstücks bestellt wird, was hier der Fall ist.

Auch die Entscheidung des OLG Hamm (DNotZ 2008, 612 ff.) steht dem hier vertretenen Ergebnis nicht entgegen. In dem dort zu beurteilenden Fall ging es darum, dass durch eine Dienstbarkeit die hierdurch Berechtigten das Recht erhalten sollten, die Rechte aus einer anderen Dienstbarkeit auszuüben. Dies wurde vom OLG Hamm als unzulässig beurteilt, steht aber in keiner Verbindung zu dem hier mitgeteilten Fall. Die Befugnis, Rechte aus einer Dienstbarkeit auszuüben, kann nicht isoliert übertragen werden, sondern ist nach Auffassung des OLG Hamm untrennbar mit der Eigentümerstellung am Grundstück verbunden (OLG Hamm DNotZ 2008, 612, 613). Um eine solche Befugnis geht es vorliegend allerdings nicht. Vielmehr soll durch die Dienstbarkeit lediglich die Benutzung von wesentlichen Bestandteilen des Stammgrundstücks geregelt werden. Damit bezieht sich die Dienstbarkeit rechtlich auf eine Nutzung des Stammgrundstücks, nicht aber darauf, einzelne oder alle Rechte aus der Überbaudienstbarkeit durch einen Dritten ausüben zu lassen. Dass sich die Eigentümerstellung an der Tiefgarage möglicherweise erst aus der Ausübung der Überbaudienstbarkeit ergibt (die zumeist aber ohnehin nur deklaratorische Funktion hat, wenn der Überbau mit Zustimmung des Nachbarn erfolgt), steht dem nicht entgegen. Insofern übt nämlich der jeweilige Grundstückseigentümer seine Rechte aus der Dienstbarkeit selbst aus und gewährt dann nur dem Dritten ein eigenständiges Recht, einzelne räumliche Bereiche der Tiefgarage zu benutzen. Dies ist deshalb zulässig, weil aufgrund von § 94 Abs. 1 BGB die Tiefgarage insgesamt Bestandteil des Stammgrundstücks ist.

3. Ergebnis

Im Ergebnis ist daher die Bestellung einer Dienstbarkeit und Eintragung derselben an dem Stammgrundstück auch dann zulässig, wenn sich der faktische Ausübungsbereich auf eine Fläche außerhalb des Stammgrundstücks bezieht, solange der Ausübungsbereich rechtlich auf einen Teil eines Bauwerks begrenzt ist, das nach § 94 Abs. 1 BGB dem Stammgrundstück als wesentlicher Bestandteil zuzurechnen ist. Dies gilt selbst dann, wenn der jeweilige Eigentümer des (Nachbar-)Grundstücks berechtigt sein soll, auf dessen Fläche sich die Tiefgarage tatsächlich erstreckt.

BGB §§ 2174, 2151, 883

Sicherung des Anspruchs aus einem Bestimmungsermächtigung durch Vormerkung nach Eintritt des Erbfalls

I. Sachverhalt

Ein Ehepaar möchte sich erbvertraglich bindend gegenseitig zu alleinigen Erben einsetzen. Der Ehemann ist Eigentümer eines Grundstücks. Für den Fall, dass er als Erstversterbender von seiner Ehefrau beerbt wird, beschwert er diese mit einem Vermächtnis, wonach das Grundstück einer oder mehrere seiner (einseitigen) Abkömmlinge erhalten. Das Vermächtnis soll erst mit dem Tod der beschwerten Ehefrau anfallen und dann sogleich zu erfüllen sein. Die Ehefrau soll zu bestimmen haben, welcher Abkömmling bzw. welche Abkömmlinge dieses Vermächtnis erhalten sollen.

II. Fragen

1. Kann der Vermächtnisanspruch nach dem Ableben des Ehemannes, aber vor Bestimmung des Bedachten, durch Vormerkung gesichert werden?
2. Kann dies nur für alle – zumindest alle bei Eintragung der Vormerkung vorhandenen – Bedachten erfolgen oder auch für einzelne Bedachte?
3. Wäre für jeden einzelnen Bedachten eine eigene Vormerkung einzutragen oder eine gemeinsame Vormerkung für alle gesicherten Bedachten? Welches Berechtigungsverhältnis wäre in letzterem Fall anzugeben?

III. Zur Rechtslage

1. Keine Absicherbarkeit der Position des Vermächtnisnehmers vor dem Erbfall

Durch das Vermächtnis wird für den Bedachten das Recht begründet, von dem Beschwerten die Leistung des vermachten Gegenstands zu fordern (§ 2174 BGB). Regelmäßig entsteht die Forderung des Vermächtnisnehmers mit dem Erbfall (Anfall des Vermächtnisses; § 2176 BGB). Hieraus hat die ganz h. M. zunächst gefolgert, dass der (künftige) Vermächtnisnehmer **vor dem Erbfall nicht durch** Eintragung einer **Vormerkung** am vermachten Grundbesitz **gesichert** werden kann, und zwar auch dann nicht, wenn das Vermächtnis in einem Erbvertrag mit Bindungswirkung angeordnet worden ist (BGH NJW 1954, 633; Staudinger/Otte, BGB, 2019, § 2174 Rn. 21; NK-BGB/Horn/J. Mayer, 5. Aufl. 2018, § 2176 Rn. 6a; MünchKommBGB/Rudy, 8. Aufl. 2020, § 2174 Rn. 24). Der BGH hat in der genannten Grundsatzentscheidung im Wesentlichen argumentiert, dass durch eine Verfügung von Todes wegen – auch wenn sie vertragsmäßig getroffen wird – niemals ein Anspruch gegen den Erblasser begründet wird. Rechte

der Bedachten entstehen erst mit dem Eintritt des Erbfalls. Vor Eintritt des Erbfalls hat der Vermächtnisnehmer lediglich eine tatsächliche Aussicht.

Auch ein Erbvertrag bewirkt dagegen keine Sicherung dafür, dass dem Bedachten der vermachte Gegenstand später zufallen wird; denn nach § 2286 BGB ist der Erblasser durch den Erbvertrag nicht gehindert, über sein Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden zu verfügen. Ausnahmen hiervon regeln lediglich die §§ 2287, 2288 BGB. Die durch den Erbvertrag geschaffene erbrechtliche Bindung besteht nur zwischen denjenigen, die den Erbvertrag geschlossen haben. Weiter führte der BGH gegen die Eintragbarkeit einer Vormerkung ins Feld, dass der gesicherte Anspruch gegen denjenigen bestehen oder entstehen muss, dessen Grundstück von der Vormerkung betroffen wird (sog. Identitätsgebot; hierzu Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1493 m. w. N.). Der mit dem Erbfall entstehende Vermächtnisanspruch ist aber nicht gegen den Erblasser, sondern gegen den Erben gerichtet.

2. Vormerkbarkeit des Anspruchs des Vermächtnisnehmers nach dem Erbfall

Im vorliegenden Sachverhalt geht es dagegen um die Sicherung des Vermächtnisanspruchs im Zeitraum nach dem Erbfall, also nach Ableben des Ehemannes, der das Vermächtnis anordnet. Insoweit steht die h. M. auf dem Standpunkt, dass dem Vermächtnisnehmer ein Anspruch auf Sicherung seiner Vermächtnisforderung nach dem Erbfall zwar nicht schon kraft Gesetzes zustehe, ein derartiger **Anspruch auf Sicherung** – also bei einem Grundstücksvermächtnis auf Bewilligung einer Auflassungsvormerkung – aber dem Bedachten **im Testament zugewendet** werden kann. Fehlt es zu dieser Frage an einer ausdrücklichen Regelung im Testament, so ist durch Auslegung des Testaments zu ermitteln, ob ein derartiger Anspruch des Vermächtnisnehmers auf Bewilligung einer Vormerkung zur Sicherung seines Vermächtnisanspruchs mitvermacht wurde (s. BGH DNotZ 2001, 805 unter Ziff. 3 der Entscheidungsgründe; zust. BeckOGK-BGB/Schellenberger, Std.: 15.2.2021, § 2174 Rn. 66 f.; Staudinger/Otte, § 2174 Rn. 20; MünchKommBGB/Rudy, § 2179 Rn. 8; Palandt/Weidlich, BGB, 80. Aufl. 2021, § 2174 Rn. 10). Für die Urkundsgestaltung folgt daraus, dass die Frage, ob ein derartiger Anspruch auf Bewilligung einer Vormerkung zur Sicherung des Vermächtnisanspruchs mitvermacht ist, ausdrücklich im Testament geregelt werden sollte, damit nicht auf das – im Zweifelsfall unsichere – Ergebnis einer Auslegung zurückgegriffen werden muss.

Da die Möglichkeit einer Sicherung des Vermächtnisanspruchs durch Vormerkung dem Gestaltungswillen

des Testators überlassen ist, folgt daraus u. E. weiter, dass er sich für die einzelnen (potentiell) durch das Bestimmungsvermächtnis nach § 2151 BGB Bedachten auch verschieden entscheiden kann. Er könnte etwa anordnen, dass der Anspruch auf Bewilligung einer Vormerkung nur seinen zum Zeitpunkt des Erbfalls vorhandenen Kindern zustehen soll, dagegen nicht der Enkelgeneration. Ebenso könnte unter den einzelnen Kindern die Zuwendung der Sicherung durch Vormerkung nochmals differenzierend geregelt werden.

3. Sondersituation beim Bestimmungsvermächtnis vor Ausübung des Bestimmungsrechts

Vorliegend kommt als Besonderheit allerdings noch hinzu, dass die Vormerkung bereits zu einem Zeitpunkt eingetragen werden soll, zu dem die überlebende Ehefrau als Beschwerte ihr Bestimmungsrecht nach § 2151 BGB noch nicht ausgeübt hat. Fraglich ist zunächst, ob diese Situation der Sicherung eines künftigen oder derjenigen eines bedingten Anspruchs nach § 883 Abs. 1 S. 2 BGB zuzuordnen ist. Denn die Anforderungen an die Vormerkungsfähigkeit derartiger Ansprüche werden in Rechtsprechung und Lehre jeweils unterschiedlich bestimmt:

Für künftige Ansprüche wird überwiegend eine einschränkende Auslegung des § 883 Abs. 1 S. 2 BGB vertreten. **Künftige Ansprüche** sind hiernach einer Sicherung durch Vormerkung nur zugänglich, wenn eine vom Verpflichteten **einseitig nicht mehr zerstörbare Bindung** an das Rechtsgeschäft besteht. Dass die Entstehung nur noch vom Willen des Berechtigten abhängig sein darf, ist allerdings auch bei künftigen Ansprüchen nicht nötig (s. etwa KG FGPrax 2011, 79; OLG München MittBayNot 2010, 471; OLG Hamm DNotZ 1978, 356; Schöner/Stöber, Rn. 1489). Mit einer gebräuchlichen bildhaften Formulierung ist also ein künftiger Anspruch erst dann als vormerkungsfähig anzusehen, wenn der Rechtsboden für diesen Anspruch bereits als gesichert angesehen werden kann, was von der Bindung des Schuldners abhängt (zu den Einzelheiten s. BeckOGK-BGB/Assmann, Std.: 1.2.2021, § 883 Rn. 49 ff.).

Dagegen sind die Voraussetzungen für die **Vormerkbarkeit bedingter Ansprüche** aus Sicht der herrschenden Rechtsprechung und Lehre weniger restriktiv. Sie sind vormerkungsfähig, auch wenn der Eintritt der Bedingung vom Verhalten des Verpflichteten oder des Berechtigten abhängt (sog. **Potestativbedingung**; in diesem Sinn BGH NJW 2002, 2461, 2463; Schöner/Stöber, Rn. 1489 m. w. N.). Auch bei derart bedingten Ansprüchen scheiden jedoch reine Wollensbedingungen, bei denen die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts als solchem – d. h. die Bindung selbst – von einer im freien

Belieben des Verpflichteten stehenden Willenserklärung abhängt, als Grundlage für vormerkbare Ansprüche mangels rechtsgeschäftlicher Bindung aus (Schöner/Stöber, Rn. 1489; der Sache nach ebenso BeckOGK-BGB/Assmann, § 883 Rn. 66 f. m. w. N.).

Im Zusammenhang mit § 2151 BGB gilt insoweit: Vor Ausübung des Bestimmungsrechts oder bis zu dessen definitivem Ausbleiben sind die nach § 2151 BGB Bedachten aufschiebend bedingt, nach anderer Auffassung auflösend bedingt berechtigt. Eine dritte Auffassung lehnt beide vorgenannten Einordnungen ab und nimmt an, es handele sich beim Bestimmungsvermächtnis um einen besonderen Vermächtnistyp, wobei vor Ausübung des Bestimmungsrechts von der Gläubigerstellung eines noch unbekanntem Beteiligten auszugehen sei (Überblick: BeckOGK-BGB/Hölscher, Std.: 1.2.2021 § 2151 Rn 14, der selbst der dritten Ansicht folgt, Rn 19 ff; ebenso Staudinger/Otte, BGB, 2019 § 2151 Rn 4). Die Bestimmung der Person des Vermächtnisnehmers nach § 2151 BGB ist nach allgemeiner Auffassung jedenfalls kein Ereignis i. S. v. § 2178 BGB. Denn wenn die Bestimmung unterbleibt, sind die Bedachten Gesamtgläubiger (§§ 2151 Abs 3 S. 1, 428 ff. BGB), denen folgerichtig bereits von Anfang an ein (bedingter) Vermächtnisanspruch zustehen muss. Das Vermächtnis fällt bei § 2151 BGB daher bereits mit dem Erbfall und nicht erst mit Ausübung des Bestimmungsrechts gem. § 2176 BGB an (Staudinger/Otte, § 2178 Rn. 3; MünchKommBGB/Rudy, § 2151 Rn 7, § 2178 Rn 3; NK-BGB/Horn/J. Mayer, 5. Aufl. 2018, § 2178 Rn 3).

Daraus ist u. E. die Schlussfolgerung zu ziehen, dass sich die **Vormerkbarkeit des Vermächtnisanspruchs** beim Bestimmungsvermächtnis nach § 2151 BGB vor Ausübung des Bestimmungsrechts nach den **Kriterien für die Sicherung bedingter Ansprüche** i. S. v. § 883 Abs. 1 S. 2 BGB richtet, nicht nach denjenigen für künftige Ansprüche. Dies gilt auch dann, wenn man zunächst – mit den Auffassungen von *Hölscher* und *Otte* – die Gläubigerstellung eines unbekanntem Beteiligten vertritt. Insoweit kann man das Vorliegen eines – durch Ausbleiben der Auswahlentscheidung nach § 2151 Abs. 2 BGB bedingten – Anspruchs der Gesamtgläubiger nach § 2151 Abs. 3 BGB annehmen, der ebenfalls vormerkungsfähig ist.

Der BGH hat in seiner genannten Grundsatzentscheidung zur Sicherung des Vermächtnisanspruchs nach dem Erbfall (BGH DNotZ 2001, 805) an diese sachenrechtlichen Grundsätze zu § 883 Abs. 1 S. 2 BGB angeknüpft: Anerkannt sei, dass ein Ankaufsrecht, wenn es – wie in der Fallgestaltung des BGH – in einem aufschiebend bedingten Auffassungsanspruch bestehe, der durch spätere Ausübungserklärung des Berechtigten zu-

stande komme, durch Vormerkung im Grundbuch gesichert werden könne (BGH DNotZ 2001, 805 unter Ziff. 5 m. w. N.). Darüber hinaus wurde auch für die Sicherung des Vermächtnisanspruchs auf den allgemeinen Grundsatz zurückgegriffen, dass bedingte Ansprüche regelmäßig von Anfang an eine gesicherte Grundlage für die Eintragung einer Vormerkung böten. Dies gelte auch dann, wenn eine der Bedingungen in einem künftigen Verhalten des Verpflichteten liege (Potestativbedingung; BGH DNotZ 1997, 69; DNotZ 2001, 805 unter Ziff. 5). Aus diesen Grundsätzen leitet der BGH ab, dass das streitgegenständliche, vermächtnisweise zugewandte Ankaufsrecht im Grundbuch durch Vormerkung gesichert werden könne, auch wenn es von weiteren Voraussetzungen in der Person des Beschwerten und anderer Beteiligter abhängt.

Daran anschließend würden wir auch für den unterbreiteten Sachverhalt die **Sicherbarkeit des Vermächtnisanspruches** durch Vormerkung bereits **vor Ausübung des Bestimmungsrechts** bejahen. Wie dargestellt geht es um die Sicherung eines bedingten Anspruches, der regelmäßig durch Vormerkung gem. § 883 Abs 1 S. 2 BGB sicherbar ist. Dass die endgültige Berechtigung des einzelnen Abkömmlings von einer dahingehenden Auswahlerklärung der überlebenden Ehefrau (Verpflichteten) nach § 2151 Abs. 2 BGB abhängt, steht als Potestativbedingung der Vormerkbarkeit nicht entgegen. Die Regelung in § 2151 Abs. 3 BGB über die notfalls eintretende Berechtigung aller Bedachten als Gesamtgläubiger verdeutlicht zusätzlich, dass die Wirksamkeit der Anspruchsentstehung nicht ins freie Belieben der überlebenden Ehefrau als Verpflichteten gestellt ist.

4. Ergebnis

Im Ergebnis kann nach dem Gesagten also der Vermächtnisanspruch der Abkömmlinge bereits nach dem Ableben des Ehemannes durch Vormerkung gesichert werden, auch wenn die Bestimmungserklärung der überlebenden Ehefrau nach § 2151 BGB noch nicht abgegeben wurde. Der Testator kann steuern, ob eine derartige Vormerkung für alle oder nur für einzelne Bedachte eingetragen werden kann, indem er entweder allen oder nur einzelnen Bedachten den ausschlaggebenden testamentarischen Anspruch auf Sicherung durch Bewilligung einer Vormerkung mitvermacht. Gesetzlichen Vorschriften, die dem Testierwillen des Ehemannes spezifische Grenzen setzen würden, sind für uns nicht ersichtlich.

Nach unserer Einschätzung sind des Weiteren alle Bedachten, denen der Anspruch auf Sicherung durch Vormerkung zugewandt wurde, im Berechtigungsverhältnis der **Gesamtgläubigerschaft nach § 428 BGB** einzutragen. Dies folgt für den Zustand vor Ausübung

des Bestimmungsrechts aus der Regelung in § 2151 Abs. 3 BGB, die sich in der Eintragung der Vormerkung widerspiegeln muss.

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.

DSGVO Art. 1, 6 Abs. 1

Datenschutzrechtliche Beurteilung der Weitergabe von Unterlagen des Verkäufers an den Käufer im Rahmen eines Grundstückskaufvertrags

Abruf-Nr.:

WEG §§ 24 Abs. 1 u. 3, 25 Abs. 2

Ausschluss der turnusmäßigen Einberufung der Versammlung der Wohnungseigentümer; Ausschluss der Vertretung in der Versammlung

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

HGB § 49 Abs. 2

Gesetzliche Beschränkung der Vertretungsmacht nach § 49 Abs. 2 HGB auch für nicht im Eigentum des Prinzipals stehende Grundstücke

Die gesetzliche Beschränkung der Vertretungsmacht nach § 49 Abs. 2 HGB besteht unabhängig davon, ob der Kaufmann Eigentümer des Grundstücks ist (Anschluss an OLG Köln, NJW-RR 2020, 530; entgegen OLG Hamm, DNotZ 2012, 230).

KG, Beschl. v. 5.7.2021 – 1 W 26/21

Problem und Kontext der Entscheidung

Die Beteiligte – eine Aktiengesellschaft – ist Testamentsvollstreckerin über einen Nachlass, in den ein Grundstück fällt. Zwei gemeinsam vertretungsberechtigte Prokuristen der AG bewilligten die Eintragung einer Auflassungsvormerkung in das Grundbuch. Auf den Eintragungsantrag hin beanstandete das Grundbuchamt per Zwischenverfügung, die Prokuristen könnten die Beteiligte nicht vertreten, da sie laut Handelsregister nicht zur Veräußerung oder Belastung von

Grundstücken ermächtigt seien. Nachdem der Vorstand der AG die Erklärungen genehmigt hatte, war die Vormerkung eingetragen worden. Die AG verfolgte ihre Beschwerde mit dem Antrag weiter, festzustellen, dass die Zwischenverfügung sie in ihren Rechten verletzt habe.

Die Frage, ob ein Prokurist ohne entsprechende Ermächtigung über Grundstücke verfügen darf, die nicht seinem Prinzipal gehören, ist in Rspr. und Lit. umstritten (Reimann, ZEV 2020, 175). Sie hat bereits verschiedene Oberlandesgerichte beschäftigt. Das OLG Köln hatte § 49 Abs. 2 HGB in einem 2019 ergangenen Beschluss (Beschl. v. 9.12.2019 – 2 Wx 346/19, NJW-RR 2020, 530) für anwendbar gehalten und sich damit gegen die Auffassung des OLG Hamm ausgesprochen, das eine teleologische Reduktion von § 49 Abs. 2 HGB für angezeigt hielt (Beschl. v. 13. 10. 2011 – I-15 Wx 117/11, DNotZ 2012, 230). Das KG schließt sich in dem vorliegenden Beschluss der Auffassung des OLG Köln an.

Entscheidung

Die Bewilligung der Vormerkung ist nach Auffassung des KG gem. § 49 Abs. 2 HGB nicht von der Prokura erfasst. Eine besondere Befugnis zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken nach § 49 Abs. 2 HGB sei den Prokuristen nicht erteilt worden.

Die gesetzliche Beschränkung der Vertretungsmacht nach § 49 Abs. 2 HGB bestehe unabhängig davon, ob der Kaufmann Eigentümer des zu belastenden Grundstücks sei. Zwar diene die Beschränkung nach heutigem Verständnis dem Schutz des Kaufmanns im Hinblick auf die **besondere wirtschaftliche Bedeutung, die Grundstücksgeschäften** regelmäßig zukomme. Dieser Gesichtspunkt greife aber nicht nur für Grundstücke, die im Eigentum des Prinzipals stünden. Veräußere etwa der Prokurist eines Komplementärs Grundstücke der Kommanditgesellschaft, könne dies erhebliche wirtschaftliche Folgen für den Komplementär haben. Auch soweit der Kaufmann als rechtsgeschäftlicher Vertreter eines Dritten oder – wie hier – als Träger eines privaten Amtes im eigenen Namen, aber mit Wirkung für einen Dritten handle, komme Grundstücksgeschäften wegen des Haftungsrisikos besondere Bedeutung zu.

Nichts anderes folge auch aus einem Beschluss des BGH aus dem Jahr 1991 (DNotZ 1992, 584). In jener Entscheidung hatte der BGH die Frage zu klären, ob zwei Prokuristen einer Kommanditistin die Firmenänderung der Kommanditgesellschaft – aus dem Blickwinkel der Kommanditgesellschaft ein Grundlagengeschäft – anmelden durften. Der BGH bejahte dies. Es handle sich zwar um ein Grundlagengeschäft, aber aus Sicht der Prokuristen eben nicht um eines der eigenen Gesellschaft. Nach Auffassung des Gerichts spricht die vorge-

nannte BGH-Entscheidung nicht für eine teleologische Reduktion: Das Gesetz schließe den Prokuristen von der Vertretung bei Grundstücksgeschäften aus, gleichgültig ob diese Grundlagengeschäfte seien (oder sein könnten).

Nach Auffassung des KG besteht im Übrigen kein praktisches Bedürfnis für eine teleologische Reduktion. Der Kaufmann habe die Möglichkeit, den Prokuristen gemäß § 49 Abs. 2 HGB zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken zu ermächtigen. Der Kaufmann könne eine erteilte Ermächtigung auf fremde Grundstücke beschränken oder auf das Handeln als Testamentsvollstrecker erstrecken. Es stehe dem Kaufmann ferner frei, dem Prokuristen gesonderte (Einzelfall-)Vollmacht zu erteilen.

WEG §§ 8 Abs. 2, 7 Abs. 4

Körperliche Verbindung der Bewilligung mit Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung

Die zum grundbuchrechtlichen Vollzug einer Teilungserklärung nach §§ 8, 7 Abs. 4 S. 1 WEG beizufügenden Anlagen – Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung – müssen auch dann nicht mit der Bewilligung körperlich verbunden werden, wenn nur die Unterschrift unter der Bewilligung beglaubigt worden ist (Fortführung von Senat, Beschluss vom 2. Juli 2015 – 1 W 558/14 –, NZM 2016, 525).

KG, Beschl. v. 17.6.2021 – 1 W 275/21

Problem

Die Eigentümerin bewilligte mit notariell beglaubigter Erklärung die Aufteilung eines Grundstücks in Wohnungs- und Teileigentum. Hierbei wurde auf die ordnungsgemäß erteilte Abgeschlossenheitsbescheinigung nebst Aufteilungsplänen des zuständigen Bezirksamts Bezug genommen, ohne diese mit der Bewilligungs-urkunde zu verbinden.

Auf den Eintragungsantrags des Urkundsnotars hing erging eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts, in dem es beanstandete, die Urkunde könne mangels notarieller Beurkundung keine Verwendung finden. In der gewählten Form der Beglaubigung könne auf andere Urkunden und die Abgeschlossenheitsbescheinigung nur Bezug genommen werden, wenn diese urkundlich mit der unterschiftsbeglaubigten Erklärung verbunden seien. Daher sei die Erklärung in beurkundeter Form (und unter Befolgung der §§ 9 Abs. 1 S. 2, 44 BeurkG) nachzureichen. Hiergegen richtet sich die zulässige und begründete Beschwerde der Antragstellerin.

Entscheidung

Das KG hebt die Zwischenverfügung des Grundbuchamts auf, da die eingereichten Urkunden nebst Anlagen ohne Weiteres als Grundlage der beantragten Eintragung genügen. Das KG stellt klar, dass Eintragungsbewilligung und die eingereichten Pläne die Anforderungen des § 29 Abs. 1 S. 1 bzw. S. 2 GBO erfüllen.

Die Unterschrift des Eigentümers unter der Bewilligung wurde öffentlich beglaubigt, § 129 BGB, §§ 39, 40 BeurkG, so dass keine Zweifel an der Erfüllung der Form bestünden. Auch die Pläne wurden durch das Bezirksamt ordnungsgemäß gestempelt und unterschrieben (§§ 8 Abs. 2, 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 WEG). Die Zusammengehörigkeit von Bewilligung und Plänen werde durch übereinstimmende Aktenbezeichnung belegt, so dass eine Verbindung mittels Schnur und Siegel entbehrlich sei. Die Möglichkeit der übereinstimmenden Aktenbezeichnung sei in Nr. 7 der Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen gemäß § 7 Abs. 4 Nr. 2 und § 32 Abs. 2 Nr. 2 des Wohnungseigentumsgesetzes (vom Gericht als WEG-VwV abgekürzt) für Abgeschlossenheitsbescheinigung und Aufteilungspläne ausdrücklich vorgesehen.

Hier knüpft das KG an seine bisherige Rechtsprechung (NZM 2016, 525; so auch Schmidt, DNotZ 2003, 275, 277; BayObLG MittBayNot 2003, 127) an und betont, dass die der Bewilligung als „Anlage“ beizufügenden Pläne keine Anlagen i. S. d. BeurkG seien und daher nicht nach §§ 9 Abs. 1 S. 2 (bzw. § 13a), 44 BeurkG mitbeurkundet werden müssten. Für das Beifügen einer **Anlage i. S. d. WEG** genüge es, dass der Antragsteller ihre **Zusammengehörigkeit mit der Eintragungsbewilligung** bei Beantragung der Eintragung in das Grundbuch **deutlich** mache. Im entschiedenen Fall besteht nach Ansicht des KG „kein Zweifel“ an der Zusammengehörigkeit, da in der Bewilligung auf die Pläne Bezug genommen worden sei, Pläne und Bewilligung gemeinsam eingereicht worden seien und der Notar im Antrag erneut auf die Pläne verwiesen habe.

Hierbei mache es keinen Unterschied, ob die Teilungserklärung beurkundet oder lediglich die Unterschrift unter der Eintragungsbewilligung beglaubigt wurde. Das KG stellt sich mit dieser – u. E. zutreffenden – Aussage gegen vereinzelte Literaturmeinungen (vgl. Staudinger/Rapp, BGB, 2018, § 7 WEG, Rn. 15) und macht deutlich, dass bei einer Unterschriftsbeglaubigung §§ 9, 13a, 44 BeurkG keine Anwendung finden können (vgl. zur Form der Erklärung: BeckOGK-WEG/Monreal, Std. 1.6.2021, § 8 Rn. 21-22). Dementsprechend komme auch dem in der Urkunde enthaltene Verzicht auf eine urkundliche Verbindung von Bewilligung

und Plänen (zu dem im Tatbestand der Entscheidung nicht näher ausgeführt ist) keine Bedeutung zu.

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessorin Dr. Ricarda Lotte

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GB0 § 35 – Erbscheinsverlangen des Grundbuchamts bei Ausschlagung der Erbschaft durch den aufgrund notariellen Testaments primär berufenen Alleinerben; Nachweis der Ersatzerbfolge

BGB § 1094; BauGB § 28 Abs. 2 – Konkurrenz zwischen gemeindlichem Vorkaufsrecht und rechtsgeschäftlichem Vorkaufsrecht

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 1896 – Zweck der Betreuung; Voraussetzung für die Einsetzung eines Kontrollbetreuers

Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich vom 24.12.2020 – Auswirkungen des Brexits auf die Existenz einer britischen Limited Company mit tatsächlichem Sitz der Hauptverwaltung in Deutschland

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GB0 § 35

Erbscheinsverlangen des Grundbuchamts bei Ausschlagung der Erbschaft durch den aufgrund notariellen Testaments primär berufenen Alleinerben; Nachweis der Ersatzerbfolge

I. Sachverhalt

Ersatzerben beabsichtigen, eine Immobilie zu veräußern. Als Erbnachweis liegt eine notariell beurkundete Verfügung von Todes wegen vor, in der ein Alleinerbe und die Ersatzerben namentlich benannt sind. Der Alleinerbe hat die Erbschaft zu Protokoll des Nachlassgerichts ausgeschlagen, gleichzeitig haben die Ersatzerben zu Protokoll des Nachlassgerichts erklärt, dass sie die Erbschaft annehmen. Aus dem Protokoll ergibt sich

weiter, dass die Ausschlagung des Alleinerben innerhalb der Ausschlagungsfrist erfolgt ist.

II. Frage

Genügt als Erbnachweis im Sinne des § 35 GBO die eröffnete Verfügung von Todes wegen in Verbindung mit dem Protokoll des Nachlassgerichts, um den erfolgten Eintritt der (Ersatz-)Erben nachzuweisen, oder ist ein Erbschein erforderlich?

III. Zur Rechtslage

1. Nachweis der Erbfolge

Der Nachweis der Erbfolge kann regelmäßig nur durch einen Erbschein oder ein Europäisches Nachlasszeugnis geführt werden (§ 35 Abs. 1 S. 1 GBO). Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es, wenn anstelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden. **Erachtet das Grundbuchamt die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen**, so kann es die **Vorlegung eines Erbscheins** oder

eines Europäischen Nachlasszeugnisses verlangen (§ 35 Abs. 1 S. 2 GBO).

Im vorliegenden Sachverhalt liegt eine öffentlich beurkundete Verfügung vor. Jedoch steht nicht der Nachweis des Erbrechts des dort primär benannten Alleinerben in Frage, sondern der für die namentlich benannten Ersatzerben, die nach Ausschlagung der Erbschaft durch den Alleinerben nachrücken. Fraglich ist, ob auch in dieser Fallkonstellation die Vorlage eines Erbscheins noch nach § 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GBO entbehrlich ist. § 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GBO räumt nach ständiger obergerichtlicher Rechtsprechung dem Grundbuchamt kein Ermessen ein, ob es sich mit der Vorlegung der öffentlich beurkundeten Verfügung begnügt oder ob es einen Erbschein fordern will. Das Grundbuchamt hat eine ihm vorgelegte letztwillige Verfügung vielmehr zunächst nach ihrer äußeren Form und nach ihrem Inhalt zu prüfen. **Einen Erbschein** darf es in diesen Fällen **nur dann verlangen**, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung hinsichtlich des behaupteten Erbrechts **Zweifel ergeben**, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können (allgemeiner Überblick: Meikel/Krause/Weber, GBO, 12. Aufl. 2021, § 35 Rn. 116 ff.; Demharter, GBO, 32. Aufl. 2021, § 35 Rn. 39; BeckOK-GBO/Wilsch, Std.: 1.8.2021, § 35 Rn. 102 ff.). Eigene Ermittlungen tatsächlicher Art darf das Grundbuchamt also nicht anstellen. Jedoch hat es vorgelegte öffentliche Urkunden anderer Art sowie offenkundige Tatsachen bei der Auslegung der Verfügung (und der Feststellung des Erbrechts) zu berücksichtigen (etwa OLG Hamm ZEV 2014, 609; OLG Hamm FGPrax 2011, 223; BayObLG FGPrax 2000, 179; Demharter, § 35 Rn. 40; Letzteres grundsätzlich ablehnend dagegen Meikel/Krause/Weber, § 35 Rn. 127).

2. Nachweis im Fall der Ausschlagung

Aus den dargelegten allgemeinen Grundsätzen ist in der früheren untergerichtlichen Rechtsprechung (LG Aschaffenburg ZEV 2009, 577, 579) abgeleitet worden, dass das Grundbuchamt auch die Wirksamkeit der Ausschlagung einer Erbschaft grundsätzlich in eigener Verantwortung zu prüfen habe. Eine zu notarieller Urkunde erklärte Ausschlagung war dementsprechend samt Eingangsstempel des Nachlassgerichts zu berücksichtigen. Daraufhin hielt das LG Aschaffenburg in der genannten Entscheidung die Ausschlagung für nachgewiesen und das Erbscheinsverlangen des Grundbuchamts folglich für unbegründet.

Die **neuere obergerichtliche Rechtsprechung** steht demgegenüber im Ergebnis einhellig auf dem Standpunkt, dass der Nachweis einer wirksamen Erbausschlagung in der Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO nicht geführt

werden könne, sodass ein **Erbschein verlangt werden müsse** (etwa OLG München RNotZ 2016, 683; OLG Hamm ZEV 2017, 455; OLG Frankfurt/M. ZEV 2018, 425; zuvor OLG Frankfurt/M. NJW-RR 2012, 784; kürzlich OLG Köln FGPrax 2020, 60). Hierfür wird in den genannten Entscheidungen im Wesentlichen übereinstimmend argumentiert, der förmliche Nachweis über Form und Frist der Ausschlagung gem. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO **decke nicht weitere tatsächliche Fragen ab**, die für die Beurteilung der Wirksamkeit der Erbausschlagung mitentscheidend seien. Insbesondere schließe gem. § 1943 BGB eine zuvor – auch schlüssig – erklärte **Annahme der Erbschaft** die Ausschlagung aus. Daher erklärte beispielsweise das OLG Hamm (ZEV 2017, 455 Rn. 5) das Erbscheinsverlangen des Grundbuchamts im dort unterbreiteten Sachverhalt für gerechtfertigt, obwohl keine konkreten Anhaltspunkte für eine vorangegangene Annahme der Erbschaft gegeben waren. Auch in der neueren Kommentarliteratur wird der Standpunkt der obergerichtlichen Rechtsprechung zustimmend rezipiert (etwa Demharter, § 35 Rn. 40; ausführlich BeckOK-GBO/Wilsch, § 35 Rn. 123b f.; Meikel/Krause/Weber § 35 Rn 128.1). Die Literatur führt zusätzlich für die Notwendigkeit eines Erbscheinsverlangens (im hier zu betrachtenden Fall nicht relevante) Schwierigkeiten bei der Überprüfung der Wahrung der Ausschlagungsfrist gem. § 1944 BGB an und hebt die Beweismittelbeschränkung im Grundbuchverfahren gem. § 29 GBO in diesem Zusammenhang hervor (ausführlich Meikel/Krause/Weber § 35 Rn 128.1).

Für den vorliegenden Fall ist zudem im Blick zu behalten, dass das Nachlassgericht über die Wirksamkeit der Erbausschlagung noch nicht anlässlich der Entgegennahme der Ausschlagungserklärung gem. § 1945 Abs. 1 BGB zu entscheiden hat. Seine Tätigkeit erschöpft sich hier in der reinen Entgegennahme der Ausschlagungserklärung (etwa OLG München MittBayNot 2010, 486 mit abl. Anm. Kroiß; OLG Köln FGPrax 2008, 71, 73; BeckOK-GBO/Heinemann, Std.: 15.4.2021, § 1945 Rn. 109). Eine derartige **Entscheidung über die Wirksamkeit der Ausschlagung** hat vielmehr das Nachlassgericht erst und **nur im Erbscheinserteilungsverfahren** zu treffen, auch dann, wenn das Landesrecht dem Nachlassgericht die Erbenermittlung von Amts wegen vorschreibt (BayObLGZ 1985, 244 ff.; Palandt/Weidlich, BGB, 80. Aufl. 2021, § 1945 Rn. 7). Das Nachlassgericht muss daher eine Ausschlagungserklärung beispielsweise auch dann entgegennehmen, wenn es sie für verspätet oder unwirksam hält (OLG München MittBayNot 2010, 486).

3. Ergebnis

Für die Praxis wird man diese nunmehr ganz vorherrschende Auffassung zugrunde legen müssen, auch wenn

dies als misslich empfunden werden mag. Ausschlaggebend dürfte – wie in den genannten Entscheidungen vor allem betont – die mit den Beweismitteln des § 29 GBO auch u. E. nicht abschließend zu beurteilende Möglichkeit einer vorhergehenden Erbschaftsannahme gem. § 1943, 1. Var. BGB ins Gewicht fallen, die der Wirksamkeit der Erbausschlagung durch den primär berufenen Erben entgegenstehen könnte. **Im Ergebnis** ist daher auf der dargestellten Linie der neueren Rechtsprechung davon auszugehen, dass auch **im vorliegenden Fall die eröffnete Verfügung von Todes wegen** in Verbindung mit dem Eröffnungsprotokoll zum Nachweis der Stellung des nach Ausschlagung berufenen Ersatzerben **nicht genügt, sondern vielmehr gem. § 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GBO ein Erbschein erforderlich ist.**

BGB § 1094; BauGB § 28 Abs. 2

Konkurrenz zwischen gemeindlichem Vorkaufsrecht und rechtsgeschäftlichem Vorkaufsrecht

I. Sachverhalt

Es soll ein Grundstück von einem Privaten an eine Gemeinde veräußert werden. Das Grundstück ist in Abteilung II des Grundbuchs mit einem subjektiv-dinglichen Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall für den jeweiligen Eigentümer eines Nachbargrundstücks belastet.

II. Fragen

1. Ist beim Verkauf an die Gemeinde das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht des Grundstücksnachbarn zu beachten, obwohl wertungsmäßig das Recht der Gemeinde dem Recht des Grundstücksnachbarn vorgeht, oder kann der Erstkauf der Gemeinde durch das private Vorkaufsrecht vereitelt werden?

2. Erlischt das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht?

III. Zur Rechtslage

1. Ausgangspunkt: Vorrang des gesetzlichen Vorkaufsrechts

Gesetzliche Vorkaufsrechte sind gegenüber rechtsgeschäftlich bestellten Vorkaufsrechten vorrangig (MünchKommBGB/Westermann, 8. Aufl. 2019, § 463 Rn. 14; Soester, RNotZ 2018, 1, 20; Heintz, Vorkaufsrecht des Mieters, 1998, Rn. 486). In Bezug auf das gemeindliche Vorkaufsrecht nach BauGB geht diese Rechtsfolge aus dem Gesetz inzident hervor. **Nach § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB erlöschen bei einem Eigentumserwerb** aufgrund der Ausübung des Vorkaufsrechts rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte. Hierzu zählen auch **dingliche Vorkaufsrechte**. Erlischt ein dingliches Vorkaufsrecht, ist es auf Ersuchen der Gemeinde im Grundbuch zu lö-

schen (BeckOK-BauGB/Grziwotz, Std.: 1.2.2021, § 28 Rn. 27).

2. Ansicht der Literatur

Die Literatur steht (sofern überhaupt zu dieser Frage Stellung genommen wird) überwiegend auf dem Standpunkt, dass die **Rechtsfolge des § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB** (nämlich der Untergang der übrigen Vorkaufsrechte, insbes. rechtsgeschäftlicher Vorkaufsrechte) nur dann eintritt, wenn tatsächlich der Erwerb des Grundbesitzes durch die Gemeinde **im Wege der Ausübung des baurechtlichen Vorkaufsrechts erfolgt**. Insbesondere im Falle des vorliegend avisierten freihändigen Erwerbs durch die Gemeinde greife § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB nicht ein (Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, 142. EL, Std.: Mai 2021, § 28 Rn. 51; Brügelmann/Roos, BauGB, 52. EL, Std.: 3/2006, § 24 Rn. 75a und § 28 Rn. 35). Nach Auffassung dieser Autoren kommt es aber zu einer Vorkaufsrechtskaskade: Übt der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht mit Blick auf den Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Gemeinde aus, kann die Gemeinde nunmehr ihrerseits ihr Vorkaufsrecht ausüben und nach § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB das private Vorkaufsrecht ausschalten.

Demgegenüber vertritt insbes. *Hertel*, dass ein **Erlöschen** sämtlicher privatrechtlicher Vorkaufsrechte **auch bei einem freihändigen Erwerb** eines Grundbesitzes durch die Gemeinde zur Abwendung der Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechtes nach § 24 BauGB gelten müsse (so Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 2 Rn. 408 zweiter Spiegelstrich; ders., in: Lambert/Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, 2. Aufl. 2005, Teil 2 Rn. 550, 645 unter Berufung auf das Urteil des OLG Hamm DNotZ 1989, 786 ff.; vgl. auch Gutachten DNotI-Report 2010, 137, 138).

3. Anwendung auf den konkreten Fall

Die unterschiedlichen Auffassungen werden insbes. relevant, wenn der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht **nicht ausübt**. Wendet man § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB nicht entsprechend an, erwirbt die Gemeinde das mit dem privaten Vorkaufsrecht belastete Grundstück.

a) Vertretbar wäre es wohl, im Sinne der Ansicht von *Hertel* anzunehmen, dass es keinen Unterschied machen könne, ob der Verkäufer das Grundstück an einen Dritten verkauft und die Gemeinde ihr Vorkaufsrecht ausübt (mit den Wirkungen des § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB auf das dingliche Vorkaufsrecht) oder ob die Gemeinde das Grundstück direkt vom Veräußerer erwirbt. So wäre etwa denkbar, dass der Verkäufer das Grundstück an ein Tochterunternehmen der Gemeinde verkauft und die Gemeinde daraufhin ihr Vorkaufsrecht ausübt, um

das private dingliche Vorkaufsrecht auszuschalten, sofern hierin kein Scheingeschäft (§ 117 BGB) liegt. Den Verkauf an die Gemeinde bei Bestehen eines gemeindlichen Vorkaufsrechts könnte man daher mit Blick auf § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB nicht anders behandeln als den Fall der Vorkaufsrechtsausübung durch die Gemeinde. Zweckmäßigerweise wird man in der Urkunde darlegen, dass der Gemeinde ein Vorkaufsrecht zusteht und dass sie das Vorkaufsrecht ausüben würde, wenn der Vertrag mit einem Dritten zu entsprechenden Konditionen geschlossen würde.

b) Gegen *Hertels* Auffassung spricht jedoch, dass wohl unverhältnismäßig in die Rechtsposition des privaten Dritten eingegriffen würde, brächte man § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB analog auch beim freihändigen Erwerb der Gemeinde zur Anwendung.

Für die entsprechende Anwendung von § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB besteht zunächst in der Sache regelmäßig kein Grund: Der Vorkaufsberechtigte wird wohl nur in seltenen Fällen von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch machen, da er stets damit rechnen muss, dass die Gemeinde in einem zweiten Schritt das gesetzliche Vorkaufsrecht zur Anwendung bringt – mit der Folge des § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB. Zudem gilt es zu bedenken, dass das dingliche Vorkaufsrecht mit gesetzlichem Inhalt sich grundsätzlich nur auf „einen Vorkaufsfall“ bezieht (vgl. OLG München NotBZ 2010, 232 = Rpfleger 2010, 260; ausf. Gutachten DNotI-Report 2011, 97 f.). Es erlischt daher im Ergebnis schon auf zivilrechtlicher Grundlage, wenn – wovon nach vorstehenden Überlegungen regelmäßig auszugehen ist – der private Dritte keinen Gebrauch von ihm macht.

Etwas anderes gilt freilich für den – vorliegend nicht einschlägigen – Fall, dass das Vorkaufsrecht für mehrere oder alle Vorkaufsfälle bestellt ist. Hier wird zwar der private Dritte beim freihändigen Erwerb durch die Gemeinde von seinem Vorkaufsrecht ebenfalls keinen Gebrauch machen, weil er ja wiederum damit rechnen muss, dass die Gemeinde in einem zweiten Schritt ihr gesetzliches Vorkaufsrecht zur Anwendung bringt und er gem. § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB kraft Gesetzes sein Vorkaufsrecht für die Zukunft verliere. Macht der Vorkaufsberechtigte von seinem Vorkaufsrecht vor diesem Hintergrund naheliegenderweise keinen Gebrauch, würde es indessen nur dann erlöschen, wenn man § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB schon auf den freihändigen Erwerb entsprechend anwenden würde. Hierfür besteht jedoch kein sachlich gerechtfertigtes Interesse: Die Erlösensfolge des § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB soll nicht die freihändige Weiterveräußerung des (bei analoger Anwendung von § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB von Vorkaufsrechten freien) Grundstücks durch die Gemeinde ermöglichen,

sondern lediglich die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts sichern. Würde man demgegenüber schon auf den freihändigen Erwerb § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB analog anwenden, so würde die Gemeinde besser als ein sonstiger Privater stehen, der das in Rede stehende Grundstück ebenfalls freihändig am Markt erwirbt. Auf seinem Grundstück würde das Vorkaufsrecht weiterhin lasten, während es auf dem durch die Gemeinde erworbenen Grundstück erloschen wäre.

4. Ergebnis

Nach dem Vorstehenden neigen wir daher zu der Ansicht, dass § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB nicht auf den freihändigen Erwerb durch die Gemeinde entsprechend anwendbar ist. Mangels einschlägiger Rechtsprechung verbleibt jedoch eine gewisse Rechtsunsicherheit, ob ein zur Entscheidung berufenes Gericht sich dieser Einschätzung anschließen würde.

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 § 878; GBO § 18

Wirkung der Antragstellung bei Eintragungshindernis; Abgrenzung Zwischenverfügung versus Zurückweisung

Abruf-Nr.:

GmbHG §§ 40 Abs. 1, 33 Abs. 1; GesLV § 4

Gesellschafterliste; Angabe eigener Anteile; Prozentangabe; Berechnung des Prozentsatzes

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB § 1896

Zweck der Betreuung; Voraussetzung für die Einsetzung eines Kontrollbetreuers

Eine Betreuung hat nicht den Zweck, das Vermögen des Betroffenen zugunsten eines gesetzlichen Erben zu erhalten oder zu vermehren (im Anschluss an Senatsurteil vom 22. Juli 2009 – XII ZR 77/06, BGHZ 182, 116 = FamRZ 2009, 1656).

Problem

Die inzwischen geschäftsunfähige Vollmachtgeberin hat im Jahr 2015 eine notarielle General- und Vorsorgevollmacht errichtet und darin sowohl ihren Ehemann als auch ihre beiden Söhne – die Beteiligten zu 1.) und 2.) – zu ihren Bevollmächtigten eingesetzt. Im Jahr 2018 verstarb der Ehemann und bestimmte die Vollmachtgeberin und den Beteiligten zu 1.) zu seinen Erben. Die Erbquote des Beteiligten zu 1.) überstieg dabei die der Vollmachtgeberin deutlich. Nachdem der Beteiligte zu 2.) verschiedene Überweisungen der Vollmachtgeberin zu seinen Gunsten veranlasst hatte, wurde eine Kontrollbetreuung eingerichtet. Der Beteiligte zu 2.) verpflichtete sich jedoch in einem Vergleich, von der General- und Vorsorgevollmacht ohne Rücksprache und Zustimmung des Beteiligten zu 1.) keinen Gebrauch mehr zu machen. Das Gericht hob daraufhin die Kontrollbetreuung wieder auf. Eine hiergegen gerichtete Beschwerde des Beteiligten zu 2.) blieb erfolglos. Dieser verfolgt nun sein Ziel, die „Aufhebung“ der dem Beteiligten zu 1.) erteilten General- und Vorsorgevollmacht und die Einrichtung einer Betreuung, mittels Rechtsbeschwerde weiter.

Entscheidung

Der BGH hält die zulässige Rechtsbeschwerde für unbegründet, da die Voraussetzungen weder für die Einrichtung einer Betreuung noch für die einer Kontrollbetreuung gegeben seien. In Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung stellt der BGH klar, dass bei Vorhandensein einer Vorsorgevollmacht die Einrichtung einer Betreuung nur in zwei Fällen in Betracht kommt: Erstens, wenn Zweifel an der Wirksamkeit der Vollmachterteilung oder am Fortbestand der Vollmacht bestehen, die eine Akzeptanz der Vollmacht im Rechtsverkehr beeinträchtigen können und zweitens, wenn der Bevollmächtigte zur Besorgung der Angelegenheiten des Vollmachtgebers ungeeignet ist, insbesondere weil die Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen durch ihn eine konkrete Gefahr für das Wohl des Betroffenen begründen.

Die Rechtsbeschwerde sah Letzteres als erfüllt an, da der Beteiligte zu 1.) es unterlassen hatte, die Erbschaft für die Vollmachtgeberin auszuschlagen und den Zusatzpflichtteil geltend zu machen, wodurch sie finanziell besser gestellt gewesen wäre. Dieser Einschätzung folgt der BGH nicht. **Maßstab für das Handeln des Bevollmächtigten** sei **allein** der ihm erteilte Auftrag und die ihm erteilten Weisungen sowie der einer Vorsorgevollmacht generell zugrundeliegende Zweck einer sachgerechten Wahrnehmung der **Interessen des Vollmachtgebers**, da die Betreuung nicht dazu diene, das

Vermögen des Betroffenen zugunsten eines gesetzlichen Erben zu erhalten oder vermehren. Dabei könne auf den Grundsatz, dass jeder Mensch ein Interesse daran habe, die von ihm selbst nicht benötigten Vermögenswerte so anzulegen, dass sie mit dem Tod auf die Erben übergehen, nur dann zurückgegriffen werden, wenn keine tatsächlichen Anhaltspunkte auf einen gegenteiligen Willen des Vollmachtgebers hindeuteten. Im konkreten Fall gebe es jedoch Anhaltspunkte dafür, dass sich der mutmaßliche Wille der Vollmachtgeberin nicht auf die Optimierung ihrer eigenen finanziellen Situation als Erblasserin richte, sondern auf die Umsetzung ihrer Vorstellungen aus gesunden Zeiten sowie ihre eigene beste Versorgung und Pflege. Diesen Zielen werde die Annahme der Erbschaft aber besser gerecht, so dass die Voraussetzungen der (ausnahmsweisen) Erforderlichkeit einer Betreuung trotz Vorhandenseins einer Vorsorgevollmacht nicht erfüllt seien.

Auch die Einrichtung einer Kontrollbetreuung sieht der BGH als nicht erforderlich an. Er bestätigt seine bisherige Rechtsprechung, dass es hierfür nicht genüge, dass ein Vollmachtgeber aufgrund seiner Erkrankung nicht mehr selbst in der Lage sei, den Bevollmächtigten zu überwachen. Vielmehr bedürfte es konkreter Anhaltspunkte dafür, dass der Bevollmächtigte nicht mehr entsprechend der Vereinbarung und im Interesse des Vollmachtgebers handle, die vorliegend fehlten. Für die von der Rechtsbeschwerde begehrte Ermächtigung des Kontrollbetreuers zum Vollmachtswiderruf hätte es darüber hinaus noch des Vorliegens weiterer Voraussetzungen bedurft, nämlich der Befürchtung einer künftigen Verletzung des Wohls des Betroffenen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in erheblicher Schwere sowie des Ausscheidens anderer Maßnahmen.

Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich vom 24.12.2020

Auswirkungen des Brexits auf die Existenz einer britischen Limited Company mit tatsächlichem Sitz der Hauptverwaltung in Deutschland

1. Seit dem Vollzug des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union gemäß Art. 50 EUV durch Ablauf der Übergangsfrist am 31.12.2020 ist eine britische Limited, die ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Deutschland hat, nach der sogenannten milden Form der Sitztheorie je nach tatsächlicher Ausgestaltung als GbR, OHG oder – bei nur einer Gesellschafterin – als einzelkaufmännisches Unternehmen zu behandeln.

2. Eine Fortgeltung der Gründungstheorie mit der Konsequenz der fortbestehenden Rechts- und Parteifähigkeit einer britischen Limited trotz tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland wie unter der Geltung der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV folgt nicht aus dem Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich vom 24.12.2020 (ABl. L 444/2020 vom 31.12.2020) [...].

OLG München, Urt. v. 5.8.2021 – 29 U 2411/21 Kart

Problem

Eine nach dem Recht des Vereinigten Königreichs gegründete *Private Company Limited by Shares (Limited)* beantragt vor dem Landgericht eine einstweilige Verfügung. Sie trägt vor, dass sie den tatsächlichen Sitz ihrer Hauptverwaltung in England habe. Sie gibt dort als Adresse die Anschrift einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft an. Die Gesellschaft sei komplett in England steuerlich veranlagt worden, die Voraussetzung des § 4 Abs. 3 GewO für eine Niederlassung in Deutschland lägen nicht vor.

Entscheidung

Das OLG München bestätigte die Entscheidung des Landgerichts, dass der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung unzulässig sei. Die Antragstellerin sei mangels Rechtsfähigkeit nicht parteifähig. Wegen des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union könne sich die nach dem englischen Recht gegründete Gesellschaft nicht mehr auf die Niederlassungsfreiheit berufen. Anderes folge auch nicht aus dem Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich vom 24.12.2020. Dieses Abkommen gewähre keine Rechtsposition, die der Niederlassungsfreiheit in der Ausprägung der EuGH-Rechtsprechung zur freien Wahl von Sitz und anwendbarem Gesellschaftsrecht gleichkomme. Den Stimmen in der deutschen Literatur (z. B. J. Schmidt, EuZW 2021, 613; Zwirlein-Forschner, IPRax 2021, 357, 360), die dem Handelsabkommen eine Niederlassungsfreiheit entnehmen wollen, sei nicht zu folgen. Der Handelsvertrag gewähre lediglich einen diskriminierungsfreien Zugang zum Markt. Hierfür sei aber die Gewährung der Niederlassungsfreiheit nicht erforderlich.

Es gelte daher die Sitztheorie, so dass nach der Sandrock'schen-Formel zu ermitteln sei, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden (BGH NJW 1986, 2194, 2195). Liege dieser Ort in Deutschland, so könne die Gesellschaft allen-

falls als Gesellschaft deutschen Rechts behandelt werden. Da die Gründung nicht die Anforderungen für die Gründung einer Kapitalgesellschaft deutschen Rechts einhalte, komme nur eine Personengesellschaft deutschen Rechts (OHG bzw. GbR) in Betracht. Bei einer Ein-Personen-Gesellschaft erlösche die Gesellschaft automatisch und alle Aktiva und Passiva wüchsen dem Alleingesellschafter an (Bezugnahme auf die Entscheidung des BGH NJW 2009, 289 – Trabrennbahn).

Praxishinweis

Da in vielen Fällen die Gesellschafter versäumt haben, vor Wirksamwerden des Brexits die erforderlichen und dringend angeratenen Umwandlungsmaßnahmen durchzuführen, stellt sich die Frage, wie nun die Register zu berichtigen sind. War zuvor eine Zweigniederlassung im Handelsregister eingetragen und hatte die *Limited* nur einen Gesellschafter, so kann diese gelöscht und ein entsprechendes einzelkaufmännisches Unternehmen des alleinigen Gesellschafters der *Limited* eingetragen werden. Dem Handelsregister wäre dann nachzuweisen, dass die Gesellschaft keinen Hauptverwaltungssitz in England hatte. Dies könnte nach den Aussagen des Urteils u. U. dadurch erfolgen, dass dargelegt wird, dass in England lediglich eine Briefkastenanschrift unterhalten wurde, dass dagegen eine feste und nicht nur virtuelle Niederlassung in Deutschland bestand, dorthin Post geleitet wurde etc. Durch eine entsprechende Umschreibung des Handelsregisters ließe sich hiernach erforderlichenfalls auch eine Grundbuchberichtigung bzw. die Berichtigung der Handelsregistereintragung einer Kommanditgesellschaft, an der die *Limited* als Komplementärin beteiligt war, bewerkstelligen.

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 308 Nr. 9 – AGB-rechtliche Zulässigkeit des Ausschlusses der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs in Grundstückskaufverträgen ab dem 1.10.2021

BGB § 2033 – Übertragung eines zum Nachlass gehörenden Erbteils durch Testamentsvollstrecker

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

WEG § 28 Abs. 3, Abs. 5 a. F. – Einheitliche Jahresabrechnung auch bei Untergemeinschaften einer Mehrhausanlage

EStG §§ 22 Nr. 2 i. V. m. 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 – Privates Veräußerungsgeschäft – Berechnung der 10-Jahres-Frist bei Erteilung einer sanierungsrechtlichen Genehmigung

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 308 Nr. 9

AGB-rechtliche Zulässigkeit des Ausschlusses der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs in Grundstückskaufverträgen ab dem 1.10.2021

I. Sachverhalt

Mit Wirkung zum 1.10.2021 wurde § 308 BGB um eine Ziffer 9 ergänzt, die wie folgt lautet:

„In Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist insbesondere unwirksam: [...]

9. (Abtretungsausschluss)

eine Bestimmung, durch die die Abtretbarkeit ausgeschlossen wird

a) für einen auf Geld gerichteten Anspruch des Vertragspartners gegen den Verwender oder

b) für ein anderes Recht, das der Vertragspartner gegen den Verwender hat, wenn

aa) beim Verwender ein schützenswertes Interesse an dem Abtretungsausschluss nicht besteht oder

bb) berechnete Belange des Vertragspartners an der Abtretbarkeit des Rechts das schützenswerte Interesse des Verwenders an dem Abtretungsausschluss überwiegen; [...]

II. Frage

Hat die Änderung Auswirkungen auf den Ausschluss der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs bei Verbraucherverträgen?

III. Zur Rechtslage

1. Zu § 308 Nr. 9 BGB

a) Anwendungsbereich

Die Norm wurde durch das „Gesetz für faire Verbraucherverträge“ vom 10.8.2021 (BGBl. I 2021, 3433) in § 308 BGB eingefügt. Die Norm ist gem. Art. 229 § 60 EGBGB auf ab dem 1.10.2021 entstandene Schuldverhältnisse anzuwendenden.

Gleichzeitig wurde § 308 Nr. 9 BGB in den Katalog des § 310 Abs. 1 S. 1 BGB aufgenommen. Bei Verwendung

von AGB gegenüber Unternehmern findet die Norm damit keine Anwendung. Gem. § 310 Abs. 1 S. 2 BGB ist indes nicht ausgeschlossen, dass der Norm Indizwirkung bei der Beurteilung der Wirksamkeit von Klauseln nach § 307 Abs. 1 u. 2 BGB im unternehmerischen Rechtsverkehr zukommt (vgl. statt aller BeckOGK-BGB/Richters/Friesen, Std.: 1.7.2021, § 310 Rn. 52 ff.).

Die Vorschrift findet zudem nur dann Anwendung, wenn es sich bei den Vertragsbedingungen um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Dies wird bei Verbraucherverträgen gem. § 310 Abs. 3 BGB regelmäßig der Fall sein, da hier die einmalige Verwendungsabsicht genügt und die Bedingungen als vom Unternehmer gestellt gelten. Liegt kein Verbrauchervertrag vor, sondern ein Vertrag zwischen zwei Unternehmern oder zwischen zwei Verbrauchern, findet § 310 Abs. 3 BGB keine Anwendung. Dann muss im Einzelfall geprüft werden, ob die Voraussetzungen des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegen, insb. ob bei *Vorformulierung* der Bedingungen durch den Notar ein *Stellen* der Bedingungen einer Vertragspartei vorliegt (ausführlich zur Thematik des „Stellens“ bei einer Vorformulierung durch den Notar Leuschner, in: Leuschner, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, 2021, § 305 Rn. 124; vgl. auch BGH NJW 1991, 843). Das wird aufgrund der Neutralitätspflicht des Notars regelmäßig nicht der Fall sein.

b) Auswirkungen auf die Inhaltskontrolle

Mit dem Klauselverbot des § 308 Nr. 9 BGB sollen ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien nicht nur Vereinbarungen erfasst werden, durch die die Abtretung eines Anspruchs gänzlich ausgeschlossen wird, sondern auch solche, durch die die Abtretbarkeit lediglich beschränkt wird (Wais, NJW 2021, 2833, 2834). So sollen auch Klauseln unter das neue Klauselverbot fallen, mit denen eine Abtretung des Anspruchs nur an bestimmte Personen zugelassen, beschränkt, an bestimmte Voraussetzungen gebunden oder von einer Zustimmung des Schuldners abhängig gemacht wird (BT-Drs. 19/26915, S. 30).

Ausgangspunkt der Regelung ist, dass nach § 399 Alt. 2 BGB die Abtretbarkeit von Ansprüchen grundsätzlich durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen werden kann. Für Geldforderungen enthielt bisher bereits § 354a HGB eine Sonderregelung für Kaufleute, die zumindest die Abtretung weiterhin wirksam werden ließ. Weitere Beschränkungen bezüglich Abtretungsausschlüssen bestanden bisher nicht.

Während ausweislich der Begründung des Entwurfs der Bundesregierung alle Abtretungsbeschränkungen bei Ansprüchen eines Verbrauchers gegen den Verwender

von AGB, die auf die Zahlung von Geld gerichtet sind, gem. § 308 Nr. 9 lit. a) BGB unwirksam sein sollen, soll durch § 308 Nr. 9 lit. b) für andere Ansprüche und Rechte die anhand der Generalklausel des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB entwickelte und von der Gesetzesbegründung explizit in Bezug genommene Rechtsprechung festgeschrieben werden, wonach ein Abtretungsausschluss unwirksam ist, wenn ein schützenswertes Interesse des Verwenders nicht besteht oder berechtigte Belange des Verbrauchers an der Abtretbarkeit des Anspruchs oder des Rechts das berechtigte Interesse des Verwenders der AGB überwiegen (BT-Drs. 19/26915, S. 11 und 30).

Tatsächlich entspricht die Regelung des § 308 Nr. 9 lit. b) BGB der **ständigen Rechtsprechung des BGH** (vgl. zuletzt BGH NJW 2012, 2107 Rn. 9 m. w. N.; zudem BGH NJW 1995, 665, 666; BGH NJW 1990, 1601; BGH NJW 1989, 2750; MünchKommBGB/Roth/Kieninger, 8. Aufl. 2019, § 399 Rn. 40; BeckOGK-BGB/Quantz, Std.: 1.5.2021, § 307 Abtretungsklausel Rn. 49; BeckOGK-BGB/Lieder, Std.: 1.8.2021, § 399 Rn. 82 f.). Die Gesetzesbegründung führt in der Folge ausdrücklich an, dass sich insofern keine Änderung der Rechtslage ergebe (BT-Drs. 19/26915, S. 21). Der Gesetzgeber geht dementsprechend davon aus, dass ein Abtretungsausschluss hinsichtlich *nicht* auf Geld gerichteter Ansprüche und Rechte in den AGB des Schuldners unter den gleichen Voraussetzungen wie bisher vereinbart werden kann (BT-Drs. 19/26915, S. 30).

Nach dem der Gesetzesbegründung insoweit eindeutig zu entnehmenden Willen des Gesetzgebers sollte durch die Einfügung von § 308 Nr. 9 lit. b) BGB die Rechtslage bezüglich nicht auf Geld gerichteter Ansprüche und Rechte gerade nicht geändert werden. Zwar wurden im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens teilweise Befürchtungen geäußert, dass die Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung in § 308 Nr. 9 BGB dazu führen könnte, dass Entscheidungen der Gerichte künftig eher zur Unwirksamkeit des Abtretungsverbots gelangen (so bspw. der Deutschen Anwaltverein in seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf abrufbar unter: <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-10-20-refe-faire-verbrauchervertraege>, dort S. 4). Gleichwohl wird ebenda davon ausgegangen, dass die bisherigen Grundsätze der Rechtsprechung weiterhin Geltung behielten (ebenso LG Berlin, Urt. v. 20.4.2021 – 65 S 241/20, Rn. 41 ff.; BeckOGK-BGB/Lieder, § 399 Rn. 82; wohl auch Ring, NJ 2021, 393 f.; für den *unternehmerischen* Rechtsverkehr – angesichts der Rechtsprechung zur Indizwirkung der §§ 308, 309 BGB jedenfalls bezüglich Geldforderungen i. S. v. § 308 Nr. 9 lit. a) BGB u. E. zumindest zweifelhaft – eine Indizwirkung von § 308 Nr. 9 BGB verneinend Leuschner/Sajnovits, AGB-Recht im unternehmerischen Rechtsverkehr, 2021, Teil 3 Rn. 3).

Nach bisheriger Rechtsprechung ist für das Abwägen der einander gegenüberstehenden Interessen des Schuldners an einem Abtretungsausschluss und des Klauselgegners an der Abtretbarkeit ein generalisierender, überindividueller Prüfungsmaßstab und eine typisierende Betrachtungsweise zu Grunde zu legen. Auf die speziellen Umstände des Einzelfalls kommt es insoweit nicht an, sondern darauf, wie die Klausel unter Berücksichtigung aller nicht fernliegenden Fallgestaltungen verwendet werden kann (BGH NJW 2012, 2107 Rn. 10 m. w. N.). Regelmäßig setzen sich dabei die Interessen des Forderungsschuldners an klarer und übersichtlicher Vertragsabwicklung gegenüber dem Interesse des Gläubigers an der wirtschaftlichen Verwertbarkeit der Forderung durch (BeckOGK-BGB/Lieder, § 399 Rn. 82 f.; krit. und für eine Vermutung der Unzulässigkeit eines formelmäßigen Abtretungsausschlusses, die der Verwender entkräften müsse, aber MünchKommBGB/Roth/Kieninger, § 399 Rn. 40).

Etwas anderes könnte allenfalls gelten, wenn der Vertragspartner des Verwenders (regelmäßig der Verbraucher als Erwerber) auf eine Abtretung oder Verpfändung (vgl. § 1274 Abs. 2 BGB) des Eigentumsverschaffungsanspruchs zu Finanzierungszwecken angewiesen ist (bspw. beim Erwerb einer Teilfläche oder beim Bauträgervertrag, bei dem der Bauträger eine Sicherheit gem. § 7 MaBV stellt). Dann würde ein Ausschluss der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs ggf. zur Unmöglichkeit der Finanzierung führen, so dass man in diesem Fall vertreten könnte, dass das Interesse an einer Sicherungsmöglichkeit das Interesse des Verwenders überwiegt. Dabei muss allerdings berücksichtigt werden, dass die Finanzierung grundsätzlich allein Angelegenheit des Erwerbers ist. Es scheint also ebenso vertretbar, dass man auch in diesem Fall das Interesse daran, dass ihm kein Vertragspartner aufgedrängt wird, als überwiegend ansieht. In diesen Fällen wird aber schon der Notar regelmäßig versuchen, darauf hinzuwirken, dass ein solcher Abtretungsausschluss in den Vertrag gar nicht erst aufgenommen wird, wenn ihm bekannt ist, dass der Erwerber auf eine entsprechende Abtretung zu Finanzierungszwecken angewiesen ist. Gestalterisch abmildern lässt sich das Risiko für den Veräußerer, indem man die Abtretungsmöglichkeit dahingehend beschränkt, dass eine Abtretung nur an Kreditinstitute zulässig ist.

2. Auswirkungen auf den formelmäßigen Ausschluss der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs in Grundstückskaufverträgen

Bezüglich des vertraglich begründeten Eigentumsverschaffungsanspruchs aus §§ 433 Abs. 1 S. 1, 311b BGB in Grundstückskaufverträgen dürfte sich daher weiterhin das schützenswerte Interesse des Verkäufers, bis zur

Kaufpreiszahlung oder bis zu seiner Zustimmung an dem von ihm ausgesuchten ursprünglichen Vertragspartner festhalten zu wollen und sich nicht nach Abtretung des Anspruchs einem anderen, quasi aufgedrängten Forderungsinhaber gegenüberzusehen, überwiegen. Dem Verbraucher-Käufer dürfte regelmäßig schon nicht an einer wirtschaftlichen Verwertung im Wege der Abtretung gelegen sein (BeckOGK-BGB/Quantz, § 307 Abtretungsklausel Rn. 54), jedenfalls dürfte ein solches Interesse des Käufers das Beharrungsinteresse des Verkäufers als Schuldner in der Regel nicht überwiegen.

Dies gilt u. E. selbst dann, wenn die Rechtsprechung künftig eine restriktivere, eher zu einer Vermutung der Unzulässigkeit eines Abtretungsausschlusses in AGB neigende Tendenz entwickeln sollte. Insoweit besteht nämlich ein integrales Interesse des Veräußerers daran, dass der Vertragspartner Inhaber des Anspruchs bleibt, weil nur so die häufig vereinbarten Löschungsmöglichkeiten für die Vormerkung als Sicherungsinstrument zu Gunsten des Verkäufers ihre Wirksamkeit behalten können, soweit entsprechende Vollmachten oder Erklärungen durch den Käufer abgegeben werden. Diese Gefahr kann zwar durch Vereinbarung einer aufschiebend bedingten Vormerkung reduziert werden. Die im vorangegangenen Absatz genannten Argumente gelten aber auch in diesem Fall.

Wir gehen im Ergebnis daher davon aus, dass sich § 308 Nr. 9 BGB auf den formelmäßigen Ausschluss der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs in Grundstückskaufverträgen regelmäßig nicht auswirkt und dieser somit *grundsätzlich* weiterhin zulässig bleibt. Der Ausschluss der Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruches ist gemäß § 308 Nr. 9 lit. b) BGB nur dann unwirksam, wenn beim Verwender, also dem Verkäufer, kein schützenswertes Interesse an dem Abtretungsausschluss besteht. Dies wird man aber regelmäßig bejahen können.

BGB § 2033

Übertragung eines zum Nachlass gehörenden Erbteils durch Testamentsvollstrecker

I. Sachverhalt

Die Erblasserin hat in einem handschriftlichen Testament ihre Beteiligung an einem Grundstück an eine Person vermacht, die nicht Miterbin ist. Es hat sich herausgestellt, dass die Erblasserin keinen Miteigentumsanteil an dem vermachten Grundbesitz hatte, sondern der Grundbesitz im Eigentum einer Erbengemeinschaft steht, an der die Erblasserin beteiligt war. Der betroffene Grundbesitz ist einziger verbliebener Nachlassgegen-

stand der im Grundbuch eingetragenen Erbengemeinschaft.

Die Beteiligten sind einig, dass der Vermächtnisnehmerin somit der Erbteil vermacht wurde, den die Erblasserin an der im Grundbuch eingetragenen Erbengemeinschaft innehatte.

Im Testament wurde Testamentsvollstreckung angeordnet.

II. Frage

Kann der Testamentsvollstrecker den Vermächtniserfüllungsvertrag in Form der Erbteilsübertragung abschließen oder ist die Mitwirkung der Erben erforderlich?

III. Zur Rechtslage

1. Zum zulässigen Gegenstand eines Vermächtnisses

Gegenstand eines Vermächtnisses i. S. d. §§ 1939, 2147 ff. BGB ist ein Vermögensvorteil. Vermächtnisgegenstand kann damit alles sein, was als Inhalt der Leistungspflicht eines Schuldners nach § 241 BGB vereinbart werden könnte, sofern nur ein Vermögensvorteil zugewendet wird (vgl. nur Palandt/Weidlich, BGB, 80. Aufl. 2021, § 1939 Rn. 4 m. w. N.). Typischerweise fallen darunter Geldbeträge, Grundstücke, Gesellschaftsanteile, aber auch Forderungsrechte oder der Erlass einer Forderung (z. B. aus einem Darlehen). In diesem Zusammenhang ist anerkannt, dass auch ein Erbteil an einer noch ungeteilten Erbschaft einem anderen im Wege des Vermächtnisses zugewandt werden kann (RGZ 105, 246, 251; Soergel/Ludyga, BGB, 14. Aufl. 2020, § 2169 Rn. 4).

2. Zum Vermächtnisgegenstand im vorliegenden Fall

Im vorliegenden Fall wurde nach dem mitgeteilten Wortlaut des privatschriftlichen Testaments nicht der Erbteil im Wege des Vermächtnisses zugewandt, sondern der – rechtlich nicht existente – Anteil der Erblasserin am Grundbesitz, der zum Nachlass gehört, an dem die Erblasserin als Miterbin beteiligt war.

Streng genommen steht wegen der Gesamthandsbindung (vgl. § 2032 Abs. 1 BGB) keinem der Miterben vor Auseinandersetzung des Nachlasses ein „Anteil“ an einem solchen Grundstück zu, über den selbständig verfügt werden könnte. Daher ist das Vermächtnis über den „Anteil“ der Erblasserin an diesem Nachlassgegenstand grundsätzlich nach § 2169 Abs. 1 BGB **unwirksam**, da der vermachte Gegenstand zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht zur Erbschaft gehört. Insoweit könnte es sich allenfalls um ein Verschaffungsvermächtnis i. S. v. § 2170 Abs. 1 BGB handeln (was insbesondere anzunehmen wäre, wenn der Erblasserin die Nichtzugehörigkeit zum Nachlass bekannt war). Der mit dem Ver-

mächtnis beschwerte Erbe wäre dann verpflichtet, dem Vermächtnisnehmer den Gegenstand „zu verschaffen“, d. h. der „Anteil“ am Grundbesitz müsste erst durch Auseinandersetzung der Gesamthandsgemeinschaft bezüglich des Grundstücks gebildet werden, damit er anschließend vom Erben in Erfüllung des Vermächtnisses auf den Vermächtnisnehmer übertragen werden kann (für den Fall, dass eine Verschaffung nicht möglich wäre, hätte der Beschwerte gem. § 2170 Abs. 2 S. 1 BGB Wertersatz zu entrichten).

Da es sich im vorliegenden Fall um ein handschriftliches Testament der Erblasserin handelt, ist u. E. jedoch auch eine Auslegung dahingehend denkbar, dass nicht der „Anteil“ am Grundbesitz, sondern der gesamte Anteil an der Hinterlassenschaft des vorverstorbenen Erblassers (Erbteil) vermacht werden sollte. Dies wird v. a. davon abhängen, was zum Zeitpunkt des Erbfalls im Nachlass des vorverstorbenen Erblassers vorhanden war und ob sich schon zu diesem Zeitpunkt dessen Nachlass in dem darin befindlichen Grundstück „erschöpfte“ (der mitgeteilte Sachverhalt ist insoweit nicht ganz eindeutig). Hierbei handelt es sich aber letztlich um eine reine **Auslegungsfrage**, die von uns nicht abschließend beurteilt werden kann.

3. Erfüllung des Vermächtnisses

Für den Fall, dass im Wege der Auslegung davon auszugehen ist, dass sich das Vermächtnis auf den Erbteil als solchen bezieht, ist das Vermächtnis durch Übertragung des Erbteils i. S. v. § 2033 Abs. 1 BGB zu erfüllen. Ist die Erblasserin von mehreren Miterben beerbt worden, dann ist hierfür eine gemeinschaftliche Verfügung ihrer Miterben i. S. v. § 2040 Abs. 1 BGB erforderlich, da es sich bei dem Erbteil um einen Einzelgegenstand ihres Nachlasses handelt.

Ausweislich des mitgeteilten Sachverhalts hat die Erblasserin Testamentsvollstreckung angeordnet. Leider ist nicht mitgeteilt, um was für eine Art der Testamentsvollstreckung es sich handelt (Auseinandersetzungsvollstreckung, reine Verwaltungsvollstreckung oder Dauervollstreckung, vgl. § 2209 Abs. 1 BGB).

In jedem Fall unterfallen die einzelnen Nachlassgegenstände – sofern der Erblasser keine einschränkenden Anordnungen getroffen hat – dem Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers (vgl. § 2205 BGB). Dieser schließt im Umfang seiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis eine Verfügung der Erben aus (vgl. § 2211 Abs. 1 BGB). Ausgeschlossen vom Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers sind jedoch die (persönlichen) Rechtsverhältnisse der Erben, die nicht zum Nachlass gehören, sowie die Rechtsstellung des Erben in Bezug auf den Nachlass (vgl.

nur MünchKommBGB/Zimmermann, 8. Aufl. 2020, § 2205 Rn. 7). Der Testamentsvollstrecker kann daher bspw. nicht für den Erben die angefallene Erbschaft annehmen oder ausschlagen, da es sich hierbei um eine persönliche Erklärung des Erben handelt. Gleiches gilt für eine Übertragung des Erbteils des Miterben i. S. v. § 2033 Abs. 1 BGB, da dieses Recht allein dem einzelnen Miterben zusteht.

Der Ausschluss von Verfügungen über Erbteile am Nachlass bezieht sich allerdings nur auf den Nachlass des Erblassers, der der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt; hinsichtlich der Erbteile an einem **anderen Nachlass**, die in den Nachlass des verstorbenen Erblassers fallen, ist der Testamentsvollstrecker **nicht von einer Verfügung ausgeschlossen** (so explizit BGH NJW 1984, 2464, 2465 = BeckRS 9998, 101563 = FamRZ 1984, 780). Ein Erbteil, der den Erbeserben zugefallen ist und erst für diese der Testamentsvollstreckung unterliegt, kann, ebenso wie sonstige Vermögensgegenstände, als solcher Gegenstand der Verwaltung und damit auch der Verfügung durch den Testamentsvollstrecker sein (BeckOGK-BGB/Grotheer, 1.10.2020, § 2205 Rn. 43.1).

4. Ergebnis

Hinsichtlich des Erbteils an der Erbengemeinschaft, deren Nachlass der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt, hat der Testamentsvollstrecker kein Verfügungs- und Verwaltungsrecht. Er ist daher auch nicht in der Lage, insoweit ein Vermächtnis zu erfüllen, das auf Übertragung des angefallenen Erbteils oder auf dessen Belastung, z. B. durch einen Erbteilsnießbrauch, gerichtet ist (BeckOGK-BGB/Grotheer, § 2205 Rn. 45.1).

Im vorliegenden Fall betrifft die Vermächtniserfüllung aber einen Erbteil an einem **Fremd-Nachlass**, der in den Nachlass der Erblasserin gefallen ist. Wenn dem Testamentsvollstrecker in Bezug auf den Nachlass der Erblasserin ein Verwaltungs- und Verfügungsrecht zusteht, kann er über Einzelgegenstände dieses Nachlasses – und damit auch über den ererbten Erbteil – verfügen und demzufolge auch ein hierüber ausgesetztes Vermächtnis durch Erbteilsübertragung gem. § 2033 Abs. 1 BGB erfüllen. Einer Mitwirkung der Erben bedarf es hierfür nicht.

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.

MaBV § 3; BGB §§ 631, 640

Getrennter Ratenplan für die Herstellung einer Erschließungsstraße; Unzulässigkeit der Abnahme durch einen vom Bauträger bestimmten Sachverständigen

Abruf-Nr.:

EuErbVO Art. 25

Bosnien: Ehegattenerbvertrag

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

WEG § 28 Abs. 3, Abs. 5 a. F.

Einheitliche Jahresabrechnung auch bei Untergemeinschaften einer Mehrhausanlage

1. Auch dann, wenn nach der Gemeinschaftsordnung einer Mehrhausanlage Untergemeinschaften in eigener Zuständigkeit nach dem Vorbild selbständiger Eigentümergemeinschaften über die Lasten und Kosten entscheiden, muss für die Wohnungseigentümergeinschaft eine einheitliche Jahresabrechnung erstellt und beschlossen werden.

2. Über die Gesamtabrechnung als Teil der einheitlichen Jahresabrechnung muss zwingend allein die Gesamtgemeinschaft beschließen; ebenso ist die Darstellung der Instandhaltungsrücklage notwendigerweise Sache der Gesamtgemeinschaft, und zwar auch dann, wenn für Untergemeinschaften separate Rücklagen zu bilden sind.

3. Untergemeinschaften kann eine Befugnis zur eigenständigen Beschlussfassung über Teile der einheitlichen Jahresabrechnung nur durch ausdrückliche, eindeutige Regelung in der Gemeinschaftsordnung eingeräumt werden, und zwar beschränkt auf die Verteilung der ausschließlich die jeweilige Untergemeinschaft betreffenden Kosten in den Einzelabrechnungen; im Zweifel ist das Rechnungswesen insgesamt Sache der Gesamtgemeinschaft. (Teilweise Aufgabe von Senat, Urteil vom 20. Juli 2012 – V ZR 231/11, NZM 2012, 766)

BGH, Urt. v. 16.7.2021 – V ZR 163/20

Problem

Im Streitgegenständlichen Verfahren ging es um eine

Mehrhausanlage, bei der die Wohnungseigentümergeinschaft in mehrere Untergemeinschaften untergliedert war. In einer Eigentümerversammlung der Gesamtgemeinschaft wurde ein Beschluss über die Genehmigung der Jahresabrechnung für das Vorjahr gefasst. Die Darstellung der Instandhaltungsrücklage führte unter der Position „Instandhaltungsrücklage Haus X“ Entnahmen in Höhe von 18.664,45 € für Architekten- und Planungskosten auf. Hiergegen wandten sich die Kläger mit einer Beschlussmängelklage. Sie argumentierten, der Gesamtgemeinschaft fehle die **Beschlusskompetenz für die Abrechnung** über die vorgenannte Entnahme.

Sie stützten sich u. a. auf die Gemeinschaftsordnung: In dieser war geregelt, dass jede Untergemeinschaft sämtliche ihrem Haus zuzuordnenden Kosten und Lasten so zu tragen hatte, als ob sie eine eigene Wohnungseigentümergeinschaft wäre und dass bei ausschließlich einer bestimmten Untergemeinschaft zuzuordnenden Angelegenheiten allein die Mitglieder dieser Untergemeinschaft stimmberechtigt sein sollten. Des Weiteren war vorgesehen, dass – soweit möglich – gesonderte Rücklagen zu bilden sowie die Gebäude gesondert abzurechnen seien.

Entscheidung

Der Bundesgerichtshof verneinte das Vorliegen des gerügten Beschlussmangels. Nur die Gesamtgemeinschaft dürfe den Beschluss über die Gesamtabrechnung und die Darstellung der Instandhaltungsrücklage fassen. Durch Vereinbarung könnten zwar weitgehend selbstständige Untergemeinschaften gebildet werden. Für die Wohnungseigentümergeinschaft insgesamt müsse aber **eine einheitliche Jahresabrechnung** erstellt und beschlossen werden, und zwar auch, wenn die Untergemeinschaften in eigener Zuständigkeit über die Lasten und Kosten entschieden. Dem Wohnungseigentumsrecht sei ein **Nebeneinander von Teiljahresabrechnungen** nämlich **fremd**: Erstens diene die aus der Gesamtabrechnung abgeleitete Einzelabrechnung dazu, eine (einheitliche) Abrechnungsspitze im Verhältnis zwischen dem einzelnen Wohnungseigentümer und der Gesamtgemeinschaft zu ermitteln; in diese flössen stets auch Kosten ein, die – wie etwa Verwalter- oder Kontoführungskosten – die Gesamtgemeinschaft betreffen. Zweitens müssten etwaige Abrechnungsmängel in einem **einheitlichen Verfahren** geklärt werden; gäbe es nebeneinanderstehende Beschlüsse der Gesamtgemeinschaft und der Untergemeinschaften, wäre unklar, ob ggf. mehrere Anfechtungsverfahren eingeleitet werden müssten.

Müsse danach eine einheitliche Jahresabrechnung aufgestellt und beschlossen werden, seien Ausgestaltung

und Grenzen von Vereinbarungen über die Mitwirkung von Untergemeinschaften an der Jahresabrechnung zu klären.

Über die Gesamtabrechnung als Teil der einheitlichen Jahresabrechnung müsse zwingend allein die Gesamtgemeinschaft beschließen, da die Gesamtgemeinschaft Inhaberin der Bankkonten sei und der Verwalter der Gesamtgemeinschaft eine Rechnungslegung schulde; nur auf der Grundlage der Gesamtabrechnung könne der Verwalter kontrolliert werden.

Auch die einen notwendigen Bestandteil der einheitlichen Jahresabrechnung bildende **Darstellung der Instandhaltungsrücklage** sei eine Sache der Gesamtgemeinschaft, und zwar auch dann, wenn – wie hier – für Untergemeinschaften separate Rücklagen gebildet würden. Die Darstellung der Rücklagen berühre nämlich zwingend die Interessen **aller** Wohnungseigentümer. Denn der Jahresabrechnung müsse sich entnehmen lassen, wie die auf den Bankkonten der rechtsfähigen Gesamtgemeinschaft verwalteten zweckgebundenen Gelder verwendet und verbucht worden seien. Unerheblich sei insoweit, ob mehrere sowie gebäudeseparate Bankkonten unterhalten würden, da die Darstellung der Instandhaltungsrücklage in der Jahresabrechnung stets auf die **Buchhaltungskonten** bezogen sei; außerdem sei die rechtsfähige Gesamtgemeinschaft die Inhaberin sämtlicher Bankkonten, und zwar auch derjenigen, die für die Rücklagen der Untergemeinschaften eingerichtet seien.

Zu den Einzelabrechnungen führte der Bundesgerichtshof aus, dass diese insoweit Sache der Gesamtgemeinschaft seien, als es um die Verteilung derjenigen Kosten gehe, die sämtliche Wohnungseigentümer betreffen. Untergemeinschaften könnten daher allenfalls dazu befugt sein, die ausschließlich ihre Mitglieder betreffenden Kosten in den Einzelabrechnungen zu verteilen.

Der Bundesgerichtshof konstatierte insofern zusammenfassend, die Verselbständigung der Untergemeinschaft habe ihre sachliche Bedeutung vielmehr **auf anderen Gebieten** als dem Rechnungswesen, insbesondere könnten Untergemeinschaften – bei entsprechender Ausgestaltung der Gemeinschaftsordnung – eigenständig über Instandhaltungsmaßnahmen an dem zugehörigen Gebäude und die Finanzierung derselben entscheiden.

Unabhängig davon sei ein Beschlussmangel vorliegend auch deshalb zu verneinen, weil sich der konkreten Gemeinschaftsordnung nicht mit hinreichender Eindeutigkeit entnehmen lasse, dass die Untergemeinschaften an dem Rechnungswesen der Wohnungseigentümerge-

meinschaft mitwirken sollten. Es genüge nicht, wenn die Gemeinschaftsordnung lediglich vorsehe, dass die Untergemeinschaften weitgehend verselbstständigt sein, dass die Kosten getrennt ermittelt und abgerechnet oder eigene Rücklagen gebildet werden sollten. **Im Zweifel** sei das Rechnungswesen insgesamt **Sache der Gesamtgemeinschaft**.

Einordnung

Die Entscheidung erging noch zum WEG in der bis zum 30.11.2020 gültigen Fassung. Nach neuem Recht beschließen die Wohnungseigentümer nicht mehr über „die Jahresabrechnung“ (als Zahlenwerk), sondern nur noch über die Einforderung von Nachschüssen bzw. die Anpassung bereits beschlossener Vorschüsse (Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 28 Rn. 191; Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rn. 864 ff.). Überträgt man die Entscheidung auf das neue WEG-Recht (§ 28 Abs. 2 S. 1 WEG), so können die Eigentümer über die Einforderung von Nachschüssen oder die Anpassung der beschlossenen Vorschüsse wohl ebenfalls nur in der Gesamtgemeinschaft beschließen (Elzer, IMR 2021, 3205). Weiterhin dürfte aber möglich sein, dass über das „ob“ und „wie“ von Instandhaltungsmaßnahmen und die diesbezüglichen Kosten nur durch die Mitglieder der Untergemeinschaft abgestimmt wird (Hügel/Elzer, § 28 Rn. 354). Dies lässt sich bspw. dadurch erreichen, dass eine Abstimmung in der Gesamtversammlung erfolgt und nur den Mitgliedern der Untergemeinschaften diesbezüglich ein Stimmrecht eingeräumt wird.

ESTG §§ 22 Nr. 2 i. V. m. 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Privates Veräußerungsgeschäft – Berechnung der 10-Jahres-Frist bei Erteilung einer sanierungsrecht- lichen Genehmigung

Eine „Anschaffung“ bzw. „Veräußerung“ i. S. d. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG liegt vor, wenn die übereinstimmenden rechtsgeschäftlichen Verpflichtungserklärungen beider Vertragspartner innerhalb der Zehn-Jahres-Frist bindend abgegeben worden sind (Anschluss an BFH-Urteil vom 10.2.2015 – IX R 23/13, BFHE 249, 149, BStBl II 2015, 487).

BFH, Urt. v. 25.3.2021 – IX R 10/20

Problem

Es geht bei Rechtsgeschäften, deren Wirksamkeit von der Erteilung einer Genehmigung abhängt, um die Frage, ob eine „Anschaffung“ oder „Veräußerung“ i. S. d. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegt oder ob der (spätere) Zeitpunkt der Genehmigungserteilung maßgebend ist.

In dem hier zugrunde liegenden Fall ging es um den Erwerb und die Veräußerung einer Eigentumswohnung, die sich in einem förmlich festgelegten Sanierungsgebiet i. S. d. § 142 BauGB befand. Die Verkäufer gaben am 20.12.2002 ein notariell beurkundetes Angebot zum Erwerb ab, das der Veräußerer mit notariell beurkundeter Annahmeerklärung vom 7.1.2003 annahm. Mit notariell beurkundetem Kaufvertrag vom 27.12.2012 wurde die Immobilie weiterveräußert; die für die Eigentumsumschreibung erforderliche sanierungsrechtliche Genehmigung gemäß § 144 BauGB wurde von der zuständigen Behörde am 5.2.2013 erteilt.

Anschaffungszeitpunkt war hier unproblematisch das Datum der Annahmeerklärung am 7.1.2003. Da das Datum des notariellen Kaufvertrags innerhalb der 10-Jahres-Frist, die behördliche Genehmigung hingegen außerhalb der Frist erteilt wurde, war die Frage relevant, wann die für § 23 Abs. 1 S.1 Nr. 1 EStG maßgebende „Veräußerung“ stattfand.

Entscheidung

Bei der Frage, ob relevanter Zeitpunkt i. S. v. § 23 EStG bereits der Kaufvertrag oder erst der spätere Zeitpunkt der Genehmigungserteilung ist, unterscheidet der BFH wie folgt:

Haben die Vertragsparteien zivilrechtlich bindend übereinstimmende Willenserklärungen abgegeben und kann sich keine Partei mehr einseitig vom Vertrag lösen, so sind die Voraussetzungen für die Annahme eines Anschaffungs- oder Veräußerungsgeschäfts i. S. v. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG **mit dem Abschluss des notariellen Kaufvertrags** erfüllt, wenn sich die für die Wirksamkeit des Vertrags erforderliche Genehmigung eines Dritten nicht auf die inhaltliche Ausgestaltung des Vertrags oder die Wirksamkeit der Willenserklärungen bezieht, sondern Zwecke verfolgt, die außerhalb des Vertrags liegen (hier: sanierungsrechtliche Ziele) und die Vertragsbeteiligten keinen Einfluss auf die Genehmigung haben.

So lag der Fall hier. Die „Veräußerung“ i. S. v. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG fand somit am 27.12.2012 und daher noch innerhalb der 10-Jahres-Frist statt. Dies begründete der BFH mit dem Normzweck des § 23 EStG, Werterhöhungen von Wirtschaftsgütern des Privatvermögens, die innerhalb der Veräußerungsfrist realisiert werden, zu besteuern. Im Urteilsfall sei eine verbindliche Realisierung der Wertsteigerung der Immobilie bereits mit dem Kaufvertrag eingetreten, da sich keine Partei mehr einseitig vom Vertrag lösen konnte. Unerheblich sei, dass während der Zeit schwebender Unwirksamkeit noch keine Erfüllungsansprüche der Parteien bestünden.

Hiervon grenzt der BFH die Fälle ab, in denen der Vertrag durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht i. S. v. § 177 Abs. 1 BGB geschlossen wurde und die Wirksamkeit von der Genehmigung des Vertretenen abhängt. In diesem Falle hat es eine Vertragspartei noch in der Hand, sich einseitig durch Versagung der Genehmigung vom Vertrag zu lösen. Der Vertrag ist erst mit der Genehmigung durch den Vertretenen (§§ 177, 178 BGB) bindend, daher ist die Wertsteigerung der verkauften Immobilie erst zu diesem Zeitpunkt verwirklicht. Eine „Anschaffung“ bzw. „Veräußerung“ i. S. v. § 23 EStG findet somit erst im (späteren) Zeitpunkt der Genehmigungserteilung statt; die Genehmigung wirkt steuerrechtlich nicht auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück (so auch BFH, Urt. v. 2.10.2001 – IX R 45/99).

Praxishinweis

Die vorstehenden Abgrenzungskriterien wendet der BFH auch für Fälle eines aufschiebend bedingten Rechtsgeschäfts an. Kann der Eintritt der aufschiebenden Bedingung von keiner Vertragspartei beeinflusst werden und tritt diese Bedingung außerhalb der 10-Jahres-Frist ein, während der für beide Parteien bindende Vertrag innerhalb der Frist geschlossen worden war, ist für die Fristberechnung gemäß § 23 EStG der Vertragsschluss maßgeblich (BFH DStR 2015, 742). Die Tatsache, dass die Bedingung erst außerhalb der 10-Jahres-Frist eingetreten ist, ist dann unerheblich.

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1923, 2084, 873, 925 – Erbeinsetzung einer Innen-GbR; Auflassung durch Stellung eines Grundbuchberichtigungsantrags beim Grundbuchamt

BGB §§ 463, 470 – Übertragung eines Grundstücks zur Abfindung eines Pflichtteilsanspruchs; Vorkaufsrecht

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 434, 444; SchwarzArbG – Konkreter Mangel als Bezugspunkt der Arglist; Voraussetzungen für die Annahme der Arglist; fehlende Mangelhaftigkeit des Grundstückes aufgrund eines Verstoßes gegen das SchwarzArbG bei Errichtung des auf ihm stehenden Gebäudes

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1923, 2084, 873, 925

Erbeinsetzung einer Innen-GbR; Auflassung durch Stellung eines Grundbuchberichtigungsantrags beim Grundbuchamt

I. Sachverhalt

Ein Erblasser traf in seinem Testament folgende Verfügung: „Hiermit setze ich die GbR „H50“, bestehend aus meinen Geschwistern A, B und C zu meinen Erben ein.“ Im Anschluss daran schlossen die Geschwister des Erblassers einen Gesellschaftsvertrag über die Gründung der GbR „H50“ ausdrücklich als „Innen-GbR“. Nach außen in Erscheinung trat die Gesellschaft bis zum Tod des Erblassers nicht. Nach Eintritt des Erbfalls wurde das Testament eröffnet und ein Grundbuchberichtigungsantrag von den drei Geschwistern des Erblassers beim Grundbuchamt gestellt. Das Grundbuchamt berichtig-

te das Grundbuch dahingehend, dass als Eigentümerin eingetragen wurde: „H50-GbR, Gesellschafter: 3 Geschwister“. Die Erben beantragten zudem einen Erbschein, der ohne Kenntnis der Grundbucheintragung auf die drei Miterben in Erbengemeinschaft zu je 1/3 Anteil ausgestellt wurde. Nachdem das Grundbuchamt Kenntnis vom Erbschein erhalten hatte, teilte es mit, dass das Grundbuch nunmehr unrichtig sei und ein Antrag auf Grundbuchberichtigung auf der Grundlage des erteilten Erbscheins zu stellen sei, ansonsten werde ein Amtswiderspruch eingetragen.

II. Frage

Ist das Grundbuch unrichtig?

III. Zur Rechtslage

1. Vorbemerkung

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es sich vorliegend um Fragen der Auslegung eines Testaments handelt. Bei der Auslegung ist stets der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen, wozu alle Umstände des Einzelfalles – auch solche außerhalb des Testaments – heranzuziehen sind. Wir können daher nachfolgend nur Aspekte auf-

zeigen, die nach unserer Einschätzung bei der Ermittlung des Inhalts des Testaments im Wege der Auslegung zu berücksichtigen sind, eine abschließende Würdigung der Auslegung jedoch nicht vornehmen.

2. Auslegung des Testaments

Im vorliegenden Sachverhalt lässt der Wortlaut des Testaments zum einen die Auslegung zu, dass der Erblasser die GbR zu seiner Erbin einsetzen wollte und zum anderen die Auslegung, dass die Erbeinsetzung seiner drei Geschwister gewollt war. Zunächst ist der wirkliche Wille des Erblassers anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu erforschen. Führt eine individuelle Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis, ist die Anwendung gesetzlicher Auslegungsregeln denkbar. Sollte sich bei einer der genannten Alternativen keine wirksame Erbeinsetzung ergeben, kommt hierbei insbesondere § 2084 BGB in Betracht.

a) Einsetzung der GbR als Erbin?

Eine wirksame Einsetzung der GbR als Erbin ist nur dann möglich, wenn diese überhaupt erbfähig ist.

aa) Erbfähigkeit der Außen-GbR

Aufgrund der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der **Außen-GbR** durch die BGH-Entscheidung „Weißes Ross“ (DNotZ 2001, 234) wird in der Literatur nahezu einhellig vertreten, dass sie auch **erbfähig** ist (Armbrüster, Das Grundeigentum 2001, 821, 827; BeckOGK-BGB/Tegelkamp, Std.: 1.6.2021, § 1923 Rn. 50; Große-Boymann, in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 1923 Rn. 2; Habersack, BB 2001, 477, 479; Hadding, ZGR 2001, 712, 725; MünchKommBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 1923 Rn. 40; Palandt/Weidlich, BGB, 80. Aufl. 2021, § 1923 Rn. 7; Scherer, ZEV 2003, 341; Staudinger/Otte, BGB, 2017, § 1923 Rn. 29 ff.; Ulmer, ZIP 2001, 585, 596; a. A. Derleder, BB 2001, 2485, 2490).

Nach unserer Einschätzung ist die Argumentation der herrschenden Auffassung in der Literatur überzeugend. Denn wenn man grundsätzlich die Rechtsfähigkeit der BGB-Außengesellschaft anerkennt – die aufgrund des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG v. 10.8.2021) § 705 Abs. 2 BGB i. d. F des MoPeG sogar ausdrücklich gesetzlich vorgesehen sein wird – ist für uns kein Grund erkennbar, aus dem gerade die Erbfähigkeit zu verneinen wäre. Die möglichen Probleme aus einer Kollision zwischen Gesellschafts- und Erbrecht (vgl. hierzu Ulmer, ZIP 2001, 585, 596) gelten in gleicher Weise für die OHG bzw. KG. Rechtsprechung zur Erbfähigkeit der Außen-GbR liegt jedoch – soweit ersichtlich – noch nicht vor.

bb) Erbfähigkeit der Innen-GbR

Die Literatur fordert für die **Erbfähigkeit der GbR**, dass diese **nach außen hin als Einheit in Erscheinung getreten** ist (BeckOGK-BGB/Tegelkamp, § 1923 Rn. 50; Große-Boymann, § 1923 Rn. 2; MünchKommBGB/Leipold, § 1923 Rn. 40; Palandt/Weidlich, § 1923 Rn. 7; Palandt/Sprau § 705 Rn. 24, 33; Staudinger/Otte, BGB, § 1923 Rn. 29; Ulmer, ZIP 2001, 585, 596).

Dies erscheint uns folgerichtig, da die Innen-GbR nach ganz überwiegender Ansicht auch nicht rechtsfähig ist (BGH DNotZ 2009, 392, Rn. 8; BeckOGK-Geibel, § 705 Rn. 206; Hadding, ZGR 2001, 712, 715; MünchKommBGB/Schäfer, § 705 Rn. 285; Palandt/Sprau, § 705 Rn. 33; vgl. auch § 705 Abs. 2 BGB i. d. F. des MoPeG; a. A. Beuthien, NZG 2011, 161, 165). Darüber hinaus wären auch praktische Schwierigkeiten zu befürchten, da bei reinen Innengesellschaften nur schwierig nachzuvollziehen ist, ob diese bereits gegründet wurden. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Abschluss eines GbR-Gesellschaftsvertrags grundsätzlich nicht nur formfrei möglich ist, sondern sogar konkludent erfolgen kann (MünchKommBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 26, 32).

cc) Erbfähigkeit einer Außen-GbR vor Invollzugsetzungsakt im Außenverhältnis

Eine (nicht erbfähige) Innen-GbR wandelt sich jedoch durch einen einvernehmlichen Invollzugsetzungsakt im Außenverhältnis zu einer (erbfähigen) Außen-GbR (vgl. BeckOGK-BGB/Geibel, Std.: 1.1.2019, § 705 Rn. 232). Denn dass eine strikte Trennung zwischen Innen- und Außen-GbR nicht möglich ist, zeigen auch die gesetzgeberischen Überlegungen zum MoPeG. Zwar soll sich die Unterscheidung zwischen rechtsfähigen Gesellschaften (den gegenwärtigen sog. „Außen-GbR“) und nicht-rechtsfähigen Gesellschaften (den gegenwärtigen sog. „Innen-GbR“) vorrangig nach den Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag richten. Da aber der tatsächlichen Art der Teilnahme am Rechtsverkehr indizierende Bedeutung zukommen soll, wird auch nach diesem Verständnis der Übergang einer nicht rechtsfähigen (Innen-)GbR in eine rechtsfähige (Außen-)GbR möglich sein.

§ 1923 Abs. 1 BGB statuiert dabei den Grundsatz, dass nur Erbe werden kann, wer zur Zeit des Erbfalls lebt. Auch wenn sich der Wortlaut der Vorschrift ausschließlich auf natürliche Personen bezieht, ist für juristische Personen und **rechtsfähige Personenvereinigungen** anerkannt, dass diese **im Zeitpunkt des Erbfalls bereits bestehen** müssen (MünchKommBGB/Leipold, § 1923 Rn. 40). Hierfür spricht auch die Vorschrift des § 84 BGB, nach dem eine Stiftung für Zuwendungen

des Stifters als schon vor dessen Tod entstanden sein soll. Dieser Vorschrift hätte es nicht bedurft, wenn rechtsfähige Personenvereinigungen in der Entstehung bereits erbfähig wären.

Eine **analoge Anwendung des § 1923 Abs. 2 BGB** auf werdende juristische Personen bejaht hingegen *Stein* (Soergel/Stein, BGB, 13. Aufl. 2002, § 1923 Rn. 8; a. A. MünchKommBGB/Leipold, § 1923 Rn. 38; Palandt/Weidlich, § 1923 Rn. 7; Staudinger/Otte, § 1923 Rn. 33). Die Erbfähigkeit der Innen-GbR würde dies begründen, sofern man diese als „werdende Außen-GbR“ begreift, der hierfür nur noch der Akt ihrer Invollzugsetzung im Außenverhältnis fehlt.

U. E. ist dies allerdings nicht überzeugend, da die **Voraussetzungen** einer analogen Anwendung der Vorschrift **nicht gegeben** sind. Zweifelhaft ist bereits, ob eine planwidrige Regelungslücke vorliegt. Schließlich existiert mit § 84 BGB eine speziell auf die Stiftung zugeschnittene Regelung, während für andere juristische Personen und rechtsfähige Vereinigungen eine solche Regelung gerade unterblieb. Jedenfalls ist aus unserer Sicht eine vergleichbare Interessenlage nicht gegeben. Während in den Fällen der §§ 84, 1923 Abs. 2 BGB ein gewisser zeitlicher Rahmen besteht, innerhalb dessen mit dem Eintritt der Rechtsfähigkeit gerechnet werden kann, fehlt dieser hinsichtlich des Invollzugsetzungsakts im Außenverhältnis. Denn dieser und der damit verbundene Erwerb der Rechtsfähigkeit ist allein von dem Verhalten der Gesellschafter abhängig, was auch insoweit einen Unterschied zu den durch §§ 84, 1923 Abs. 2 BGB erfassten Konstellationen darstellt.

b) Einsetzung der drei Geschwister als Erben

Gründe für eine Unwirksamkeit der Erbeinsetzung der drei Geschwister sind nicht ersichtlich. Insbesondere ist anerkannt, dass der Erblasser einer Mehrzahl von Erben durch eine sogenannte **Gesellschaftsgründungsklausel** aufgeben kann, untereinander eine Gesellschaft mit einem bestimmten Gesellschaftsvertrag zu schließen (BGH DNotZ 2007, 858 Rn. 11; DNotZ 2010, 201 Rn. 20; MünchKommBGB/Leipold, § 1940 Rn. 6; Schmidt, JuS 2017, 809, 814). Dabei kann der Erblasser auch nähere Vorgaben zur Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages machen (vgl. etwa W. Kössinger/Najdecki, in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl. 2020, § 22 Rn. 2; Scherer/Bregulla-Weber, in: Scherer, Unternehmensnachfolge, 6. Aufl. 2020, § 18 Rn. 188). Dogmatisch ist dies als **Auflage i. S. d. § 1940 BGB** verbunden mit einer **Teilungsanordnung i. S. d. § 2048 BGB** einzuordnen (BGH DNotZ 2007, 858 Rn. 11; DNotZ 2010, 201 Rn. 20; Strothmann, ZIP 1985, 969).

Ergänzend sei noch auf folgendes hingewiesen: *Strothmann*, der sich monografisch mit letztwilligen Gesellschaftsgründungsklauseln beschäftigt hat und in der vorgenannten BGH-Entscheidung in Bezug genommen wird (Die letztwillige Gesellschaftsgründungsklausel, 1983, S. 78; zust. K. Schmidt, NJW 1985, 2785, 2792), vertritt die Auffassung, dass demjenigen, dem so die Gründung einer Personenhandelsgesellschaft zur Auflage gemacht worden ist, analog § 139 HGB zwingend verlangen kann, dass ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird. Auch nach dieser Auffassung dürfte dies für eine vermögensverwaltende GbR jedoch nicht gelten, da auf diese nach herrschender Ansicht § 139 HGB selbst in seinem eigentlichen Anwendungsbereich nicht analog anzuwenden ist (BeckOK-HGB/Lehmann-Richter, Std.: 15.1.2021, § 139 Rn. 1; MünchKommHGB/Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 139 Rn. 60; Roth, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl. 2021, § 139 Rn. 8; jeweils m. w. N.).

c) Mögliche Auslegungsregeln

Lässt sich durch Auslegung nicht ermitteln, ob eine Einsetzung der GbR als Alleinerbin oder der drei Geschwister als Erben gewollt war, ist fraglich, ob vorliegend die Auslegungsregel des **§ 2101 Abs. 2 BGB** Anwendung finden kann. Nach dieser soll eine noch nicht entstandene juristische Person im Zweifel als Nacherbin eingesetzt sein. Da es sich bei einer Außen-GbR nicht um eine juristische Person handelt, kommt jedoch allenfalls eine **analoge Anwendung** in Betracht. Aus unserer Sicht ist diese mangels Vergleichbarkeit der Interessenlage **abzulehnen**. So lässt sich bei juristischen Personen der Zeitpunkt ihrer Entstehung und damit der Eintritt des Nacherbfalls eindeutig bestimmen, während dies hinsichtlich der erstmaligen Invollzugsetzung der GbR im Außenverhältnis Schwierigkeiten bereiten kann. Eine analoge Anwendung der Vorschrift würde zudem u. E. dem Grundsatz widersprechen, dass es zu Lasten desjenigen geht, der die Rechte eines Nacherben beansprucht, wenn der Wille des Erblassers zur Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft nicht feststeht und die Auslegungsregeln der §§ 2101 ff. BGB nicht eingreifen (BeckOGK-BGB/Küpper, Std.: 1.10.2021, § 2100 Rn. 67).

Nach unserer persönlichen Einschätzung kann vorliegend vielmehr die Auslegungsregel des **§ 2084 BGB** herangezogen werden. Nach dieser ist im Zweifel diejenige Auslegung vorzuziehen, bei welcher die Verfügung Erfolg haben kann. Hieraus folgt nach unserer Auffassung, dass im Zweifel die Einsetzung der drei Geschwister zu Erben gewollt war, da die Innen-GbR nach zutreffender h. M. nicht erbfähig ist. Lässt sich das Verhältnis ihrer Einsetzung zu Erteilen untereinander nicht ermitteln, kann **§ 2067 S. 1 BGB** entsprechend angewendet und

bzgl. der Erbteile auf die gesetzliche Erbfolge abgestellt werden.

3. Ergebnis und Praxishinweise

Gelangt man zu dem Ergebnis, dass eine Erbeinsetzung der drei Geschwister vom Erblasser gewollt war, so sind diese nach § 1922 Abs. 1 BGB in dessen Rechte und Pflichten eingetreten. Für den Übergang des Eigentums auf die – nach ihrer Invollzugsetzung im Außenverhältnis – rechtsfähige (Außen-)GbR bedürfte es daher nach § 873 BGB für den Eigentumsübergang neben der Eintragung im Grundbuch einer Auflassung. Der gestellte Grundbuchberichtigungsantrag zur Eintragung der GbR kann nicht als Auflassung von den drei Geschwistern ausgelegt werden. Denn zu diesem Zeitpunkt gingen die drei Geschwister davon aus, dass die GbR bereits Eigentümerin sei. Zudem mangelt es jedenfalls schon an einer Erklärung vor der zuständigen Stelle (MünchKommBGB/Ruhwinkel, 8. Aufl. 2020, § 925 Rn. 15 f.; Palandt/Herrler, § 925 Rn. 2 ff.; Staudinger/Pfeifer/Diehn, § 925 Rn. 81). Das Grundbuchamt zählt hierzu jedoch nicht (MünchKommBGB/Ruhwinkel, § 925 Rn. 15; Staudinger/Pfeifer/Diehn, § 925 Rn. 81). Eine vor einer unzuständigen Stelle erklärte Auflassung ist dabei unwirksam (statt aller: Palandt/Herrler, § 925 Rn. 2).

Der vorliegende Fall zeigt, dass eine Erbeinsetzung einer GbR nur gelingen kann, wenn gesellschaftsvertragliche Vereinbarung („Gründung“ der Außen-GbR) und letztwillige Verfügung entsprechend aufeinander abgestimmt sind. Andernfalls kann es zu unerwünschten Ergebnissen und Abwicklungsschwierigkeiten als Konsequenz kommen.

BGB §§ 463, 470

Übertragung eines Grundstücks zur Abfindung eines Pflichtteilsanspruchs; Vorkaufrecht

I. Sachverhalt

In einem Grundbuch sind außer einem Erbbaurecht auch ein Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle für den Erbbauberechtigten eingetragen. Der Eigentümer des Stammgrundstücks möchte das Grundstück an eines seiner Kinder übertragen, und zwar als Teilabfindung für einen bislang noch nicht geltend gemachten, nach dem Tode des anderen Elternteils aber bereits entstandenen Pflichtteilsanspruch dieses Kindes.

II. Frage

Besteht ein Vorkaufsrecht trotz § 470 BGB auch dann, wenn das Vertragsgrundstück nicht durch Verkauf an

einen Dritten, sondern nach dem Tode des Vaters von der Mutter an ein Kind zur Abfindung für einen entstandenen, aber noch nicht geltend gemachten Pflichtteilsanspruch des Kindes übertragen wird?

III. Zur Rechtslage

Grundsätzlich ist für die Auslösung eines schuldrechtlichen wie dinglichen Vorkaufsrechts das Vorliegen eines Vorkaufsfalls erforderlich. Hierzu muss zwischen den Parteien ein Kaufvertrag zustande kommen. Auch ein Grundstückskaufvertrag, der als Gegenleistung keine **klassische Kaufpreiszahlung**, sondern die Vereinbarung anderer Zahlungsverpflichtungen vorsieht, kann einen Vorkaufsfall i. S. d. §§ 1094, 1098, 463 ff. BGB begründen.

1. Dogmatische Einordnung der Erfüllung eines Pflichtteilsanspruchs

Zunächst ist – aus Perspektive des Pflichtteilsrechts betrachtet – der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf Geld gerichtet (BGH NJW 1958, 1964, 1965; BeckOGK-BGB/Obergfell, Std.: 1.7.2021, § 2303 Rn. 41). Die **Übertragung eines Grundstücks** ist folglich nicht die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs, sondern eine **Leistung an Erfüllungs statt** (vgl. hierzu Gutachten DNotI-Report 2012, 70, 71; Lohr/Otto, in: Schlitt/Müller, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2017, § 12 Rn. 146). Mithin verhält es sich nicht so, dass durch den Vertrag zwischen Erbin und Pflichtteilsberechtigten ein vertragliches Schuldverhältnis begründet wird. Vielmehr dient das dingliche Rechtsgeschäft nach §§ 873, 925 BGB lediglich der **Erfüllung eines bereits bestehenden gesetzlichen Schuldverhältnisses** zwischen Erbin und Pflichtteilsberechtigten (zur dahingehenden Klassifizierung: BeckOGK-BGB/Obergfell, § 2303 Rn. 41).

2. Erfüllung eines Pflichtteilsanspruchs mit Grundstücksübereignung als Vorkaufsfall?

In der **Literatur** wird ein **Vorkaufsfall** auch dann angenommen, wenn der Vorkaufsverpflichtete den **Vorkaufsgegenstand** zur Erfüllung einer dem Dritten gegenüber bestehenden Geldschuld **an Zahlungs statt hingibt** (sog. kaufähnlicher Vertrag; BeckOGK-BGB/Daum, Std.: 1.10.2020, § 463 Rn. 61; Staudinger/Schermayer, BGB, 2013, § 463 Rn. 20; Soergel/Wertenbruch, BGB, 2009, § 463 Rn. 48; Schurig, Das Vorkaufsrecht im Privatrecht, 1975, S. 136; Burbulla, Der Vorkaufsfall im Zivilrecht, 2006, S. 41).

Dies vertritt ausdrücklich auch *Falkner* bzgl. der Möglichkeit eines Vorkaufsfalls bei Grundstückshingabe zur Leistung an Erfüllungs statt eines Pflichtteilsanspruchs, wenn der Wert des Grundstücks dem Pflichtteilsanspruch entspricht (Falkner, MittBayNot 2016,

378, 385): „In der Grundstückshingabe in Erfüllung eines bereits entstandenen Pflichtteilsanspruches nach dem Tod des Erblassers (§ 364 Abs. 1 BGB) könnte man eine der Aufrechnung vergleichbare Sachverhaltslage erblicken. Hier wird man darauf abstellen müssen, ob der Vereinbarung zugleich ein Vergleich (§ 779 BGB) innewohnt und die Beteiligten auf eine genaue Ermittlung der Anspruchshöhe als möglichen Kaufpreis und als Aufrechnungsgröße bewusst verzichtet haben. Dies wird häufig, auch bei einer Grundstücksübertragung als Abfindung für sonstige bestehende Ansprüche (zum Beispiel Zugewinnausgleich), der Fall sein. Nur bei genauer monetärer Bemessung (Aufrechnungssachverhalt) ist ein Vorkaufsfall nach § 463 BGB gegeben.“

3. Stellungnahme und Ergebnis

Diese Erwägungen der herrschenden Meinung in der Literatur überzeugen nicht. Sie vermengen die Ebene des Verpflichtungsgeschäfts mit der Ebene der Erfüllung dieser Verpflichtung. Vielmehr muss für die Frage der Kaufähnlichkeit eines Vertrags und damit das Vorliegen eines Vorkaufsfalles eine Kontrollüberlegung angestellt werden: Kann der **Vorkaufsberechtigte die vom Dritten geschuldete Leistung gleichermaßen wie dieser erbringen** (zu diesem Gedanken: OLG Frankfurt a. M. NJW 1996, 935; BeckOGK-BGB/Daum, § 463 Rn. 60, der dies aber wohl ausschließlich auf den Tausch beschränkt wissen will)? Nur in einem solchen Fall wird man von einer **Kaufähnlichkeit des Rechtsgeschäfts** ausgehen können, wenn nicht gerade durch die Wahl der Gegenleistung ein Umgehungsgeschäft konstruiert werden soll.

Wir würden im vorliegenden Sachverhalt die Pflichtteilsabfindung daher nicht als Vorkaufsfall einstufen. Zum einen erbringt der Dritte (= hier der Pflichtteilsberechtigte) gar keine Gegenleistung. Das Schuldverhältnis zwischen Erbin und Pflichtteilsberechtigten verpflichtet Erstere einseitig. Schon deswegen kann mangels Synallagmas nicht von einer Kaufähnlichkeit ausgegangen werden.

Zum anderen ist Wesensmerkmal eines Kaufvertrags das Vorliegen beiderseits übereinstimmender Willenserklärungen. Auch das ist beim gesetzlichen Schuldverhältnis des Pflichtteils nicht gegeben; denn der **Anspruch des Pflichtteilsberechtigten basiert auf § 2303 BGB**, also auf **Gesetz** und **nicht auf Vertrag**. Für die Abrede über die Leistung an Erfüllung statt ist anerkannt, dass sie kein neues Schuldverhältnis begründen, sondern nur die bestehende Schuld zum Erlöschen bringen soll (BeckOGK-BGB/Looschelders, Std.: 1.9.2020, § 364 Rn. 12; MünchKommBGB/Fetzer, 8. Aufl. 2019, § 364 Rn. 1). Auch deswegen würden wir eine Kaufähnlichkeit verneinen.

Freilich kann angesichts der wenig differenzierenden (allerdings absolut herrschenden) Literaturmeinung nicht ausgeschlossen werden, dass ein Gericht auch in einem solchen Fall ein Vorkaufsrecht annimmt. Dem Gebot des sichersten Weges folgend wird man vorliegend einen Vorkaufsfall daher nicht ausschließen können.

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 § 469, 463

Auskunftspflicht des Vorkaufsberechtigten; Einsicht in Teilungserklärung; Besichtigungsrecht
Abruf-Nr.:

BGB § 883

Absicherung von gesetzlichem und vertraglichem Rückforderungsrecht durch eine Vormerkung; Kongruenz von Ansprüchen
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 434, 444; SchwarzArbG

Konkreter Mangel als Bezugspunkt der Arglist; Voraussetzungen für die Annahme der Arglist; fehlende Mangelhaftigkeit des Grundstückes aufgrund eines Verstoßes gegen das SchwarzArbG bei Errichtung des auf ihm stehenden Gebäudes

1. Bezugspunkt der Arglist in § 444 BGB ist ein konkreter Mangel. Arglist liegt deshalb nur vor, wenn der Verkäufer diesen konkreten Mangel kennt oder zumindest im Sinne eines bedingten Vorsatzes für möglich hält und billigend in Kauf nimmt. Das schließt es aus, ein arglistiges Verschweigen von Mängeln gemäß § 444 BGB durch den Verkäufer allein daraus abzuleiten, dass das Gebäude auf dem verkauften Grundstück teilweise unter Verstoß gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz errichtet worden ist.

2. Für die Annahme von Arglist genügt es nicht, dass sich dem Verkäufer das Vorliegen aufklärungs-

pflichtiger Tatsachen hätte aufdrängen müssen (Bestätigung von Senat, Urteil vom 12. April 2013 – V ZR 266/11, NJW 2013, 2182).

3. Ein Grundstück ist nicht allein deshalb mangelhaft, weil bei der Errichtung eines auf ihm stehenden Gebäudes gegen das Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz verstoßen wurde.

BGH, Urt. v. 28.5.2021 – V ZR 24/20

Problem

Die Klägerin kaufte 2012 von den Beklagten zu 1.) und zu 2.) unter Ausschluss der Rechte des Käufers wegen eines Sachmangels ein Grundstück. Bei Umbauarbeiten des auf dem Grundstück stehenden Gebäudes stellte die Klägerin Mängel der Abdichtung des Kellers und des Haussockels gegen Feuchtigkeit fest. Das Gebäude weist eine unzureichende Vertikal- und keine Horizontalabdichtung auf. Der Beklagte zu 1.) trat sämtliche Gewährleistungsansprüche gegenüber der Bauunternehmerin, die das Gebäude errichtet hatte, an die Klägerin ab. Die Klägerin nahm die Verkäufer sowie die Rechtsnachfolger der Bauunternehmerin auf Ersatz des Wertminderungsschadens in Anspruch. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Kammergericht hat die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin hinsichtlich des Beklagten zu 2.) und der Rechtsnachfolger der Bauunternehmerin durch ein mittlerweile rechtskräftiges Teilurteil zurückgewiesen. Hinsichtlich des Beklagten zu 1.) hat das Kammergericht die Berufung lediglich teilweise zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision des Beklagten zu 1.).

Entscheidung

Der BGH hält die zulässige Revision des Beklagten zu 1.) für begründet. Zentral befasst er sich in seiner Entscheidung mit den Fragen, ob der Beklagte zu 1.) arglistig gehandelt hat und ob die Errichtung des auf einem Grundstück stehenden Gebäudes unter Verstoß gegen das SchwarzArbG zur Annahme eines Sachmangels führt.

Das Gebäude sei entsprechend der Annahme des Berufungsgerichts mangelhaft, weil es keine Vertikalabdichtung und nur eine unzureichende Horizontalabdichtung aufweise. Daher könne die Klägerin grundsätzlich von dem Beklagten zu 1.), aber auch – anders als das Berufungsgericht angenommen hat – von dem Beklagten zu 2.) Schadensersatz statt der Leistung gem. § 437 Nr. 3, § 440 i. V. m. § 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1 BGB verlangen. Allerdings könne sich der Beklagte zu 1.) – anders als das Berufungsgericht dies beurteilt hat – auf den vereinbarten Haftungsausschluss berufen.

Der Beklagte zu 1.) habe die Mängel nicht arglistig i. S. d. § 444 BGB verschwiegen. Ein arglistiges Verschweigen ergibt sich nach Ansicht des BGH nicht bereits daraus, dass die Bodenplatte und die Abdichtung aufgrund eines unter Verstoß gegen das SchwarzArbG zustande gekommenen Vertrages hergestellt wurden. **Bezugspunkt der Arglist** sei stets ein **konkreter Mangel**. Diesen müsse der Verkäufer für möglich halten oder billigend in Kauf nehmen. Verstöße gegen das SchwarzArbG betreffen die Rahmenbedingungen von Dienst- oder Werkverträgen. Das Gesetz befasse sich mit sozialversicherungs-, steuer- und gewerberechtlichen Aspekten der Verträge, aber nicht mit dem Inhalt der Leistung. Insbesondere gäben solche Verstöße keine Auskunft darüber, ob der Auftraggeber Kenntnis von Fehlern hatte, die den Inhalt der Leistung betreffen oder diese billigend in Kauf genommen habe. Sie begründeten zudem auch keinen Verdacht, dass die Arbeiten mangelhaft ausgeführt worden seien. Auch dass die Arbeiten nicht kontrolliert worden seien, könne nicht zur Annahme eines billigenden Inkaufnehmens der Mängel führen.

Weiterhin führt der BGH aus, das Berufungsgericht habe für die Annahme eines arglistigen Verschweigens der fehlenden Vertikalabdichtung und der unzureichenden Horizontalabdichtung unzutreffende Maßstäbe angelegt. Für die Annahme der Arglist genüge es gerade nicht, wenn sich dem Verkäufer das Vorliegen aufklärungspflichtiger Tatsachen hätte aufdrängen müssen. Andernfalls wäre für die Annahme der Arglist leichtfertige oder grob fahrlässige Unkenntnis ausreichend, was nach Auffassung des BGH gerade nicht der Fall ist. Der nach st. Rspr. des BGH erforderliche Eventualvorsatz könne den Feststellungen des Berufungsgerichts aber nicht entnommen werden. Insofern hat der BGH die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Dass der Verstoß gegen das SchwarzArbG zur Nichtigkeit des Vertrages führt, rechtfertigt nach dem BGH keine andere Beurteilung. Sofern ein solcher Verstoß gegeben sei, ergäben sich keine Ansprüche des Verkäufers aus § 634 BGB, die dieser abtreten könnte. Allerdings sei er hierzu auch nur bei Vorliegen einer besonderen Abrede verpflichtet. Selbst bei Vorliegen einer solchen Abtretungsvereinbarung sei jedoch das **Nichtvorliegen der Gewährleistungsansprüche** noch **kein Mangel**. Es seien gegebenenfalls lediglich Ansprüche aus einer Verletzung von Leistungs- und Aufklärungspflichten gegeben.

Weiterhin stellt der BGH klar, dass ein Grundstück nicht allein deshalb mangelhaft ist, weil bei Errichtung des auf ihm stehenden Gebäudes gegen das Schwarz-

ArbG verstoßen worden ist. Der **Verstoß gegen das SchwarzArbG** begründe lediglich einen persönlichen Vorwurf gegen den Verkäufer und den beauftragten Unternehmer und habe gerade **keine Auswirkung auf die Beschaffenheit der Sache selbst**. Deshalb gehöre das Fehlen des Verstoßes gegen das SchwarzArbG nicht zu den nach § 434 Abs. 1 S. 2 BGB geschuldeten Eigenschaften. Eine Vereinbarung nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB sei nicht getroffen worden. Daher könne dahinstehen, ob das Fehlen eines Verstoßes gegen das SchwarzArbG Gegenstand einer solchen Vereinbarung sein könne. Auch eine Pflicht zum Hinweis auf den Verstoß gegen das SchwarzArbG sei nicht gegeben.

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessorin Dr. Ricarda Lotte

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG § 3 Abs. 1 S. 2 – Sondereigentumsfähigkeit von Parksystemen mit horizontal und vertikal verschiebbaren Parkblechen; Mehrfachparker

BGB § 1638 – Ausschluss der elterlichen Vermögensverwaltung; Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 749 Abs. 2, 1010, 1795, 181; GBO §§ 16, 19 – Vereinbarung des Ausschlusses der Aufhebung der Miteigentümergeinschaft ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft oder neutral

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG § 3 Abs. 1 S. 2

Sondereigentumsfähigkeit von Parksystemen mit horizontal und vertikal verschiebbaren Parkblechen; Mehrfachparker

I. Sachverhalt

Ein Mandant beabsichtigt die Errichtung einer Wohnanlage nebst zugehörigen Parkmöglichkeiten. Es soll eine Aufteilung in Wohnungseigentum erfolgen. Das geplante ParksysteM für eine Vielzahl von Autos wird wie ein automatisiertes Hochregalsystem funktionieren: Es gibt nur eine Einfahrt, in der im Ausgangszustand ein freies (bewegliches) Parkblech bereitsteht. Ein einfahrendes Auto wird auf diesem Parkblech abgestellt. Das System sucht dann automatisch einen freien Platz in einem Regalsystem, das mehrere Ebenen hat. Dorthin wird das Auto verbracht, wobei das Auto auf dem anfänglich bereitgestellten Parkblech verbleibt und das Parkblech mitsamt dem Auto über ein Schienensystem

zum freien Platz gefahren wird. In der Einfahrt wird ein anderes Parkblech bereitgestellt; ein einfahrendes Auto fährt also immer auf das jeweils in diesem Moment freie Parkblech und erhält kein festes, eigenes Parkblech und keinen fest zugewiesenen Stellplatz im Regal.

II. Fragen

1. Besteht die Möglichkeit, in dieser Konstellation Sondereigentum an einem Stellplatz zu bilden – sei es als eigene Sondereigentumseinheit bzw. zugeordnet zu einer anderen (z. B. Wohnungseigentums-)Einheit?
2. Kann das ParksysteM insgesamt eine Sondereigentumseinheit sein?
3. Ändert sich etwas an der Beurteilung der Fragen 1 und 2, wenn für jede Parkebene eine eigene Zwischendecke aus Beton eingezogen wird, sodass jedes einfahrende Auto immer auf derselben Parkebene untergebracht wird?
4. Sind die technischen Vorrichtungen der Parkanlage (insbes. die Parkbleche) stets gemeinschaftliches Eigentum aller Sondereigentümer, also auch der Sondereigentümer, die keinen Stellplatz erhalten sollen?

III. Zur Rechtslage

1. Sondereigentum an den einzelnen Stellplätzen

a) Ausgangspunkt: Sondereigentumsfähigkeit von Stellplätzen nach dem WEMoG

Nach der Reform des WEG durch das WEMoG (vgl. BGBl. I 2020, 2187; s. nun auch die vollständige Bekanntmachung der Neufassung des WEG vom 12.1.2021, BGBl. I 2021, 34) gelten gem. § 3 Abs. 1 S. 2 WEG n. F. auch Stellplätze als Räume, an denen gem. § 3 Abs. 1 S. 1 WEG Sondereigentum begründet werden kann. „**Stellplatz**“ ist dabei vom Gesetzgeber **bewusst weit gefasst worden**. Dazu zählen neben Stellplätzen im Freien auch solche in Tiefgaragen, aber auch in Mehrfachparkanlagen, etwa in den technisch bereits länger üblichen Doppel- und Mehrfachparker, bei denen dann die einzelnen Stellplätze dem jeweiligen Sondereigentum zugeordnet werden können (so ausdrücklich die Regierungsbegründung, BT-Drucks. 19/18791, S. 39; BeckOGK-WEG/Monreal, Std.: 1.9.2021, § 5 Rn. 120; Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, 2020, Rn. 1668; BeckOGK-WEG/M. Müller, Std.: 1.6.2021, § 3 Rn. 125; Dötsch/Schultzy/Zschieschack, WEG-Recht 2021, 2021, Kap. 1 Rn. 6; Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 3 Rn. 64). Nach neuem Recht können die Stellplätze eigene Teileigentumseinheiten bilden (die dann separat veräußert werden könnten) oder unselbständiger Teil einer anderen Sondereigentumseinheit werden (etwa in der Weise, dass ein Miteigentumsanteil mit dem Sondereigentum an einer Wohnung und einem Stellplatz auf einem festen Parkblech verbunden wird).

b) Grundsätzliche Anwendbarkeit auf Paletten-systeme

Von den bereits bekannten Doppel- und Mehrfachparkern unterscheidet sich die beschriebene Konstellation dahingehend, dass die Stellplätze auf den Parkblechen nicht stets dem gleichen Auto zugeordnet werden, sondern dass es von der Reihenfolge der ein- und ausfahrenden Autos abhängt, auf welchem Parkblech ein Auto geparkt wird. Ein Wahlrecht des jeweiligen Nutzers besteht dabei nicht.

Aus **streng rechtlicher Sicht spricht dies nicht dagegen**, dass den Stellplätzen in der Parkgarage jeweils ein eigenes Sondereigentum zugeordnet werden kann. Auch hier wird der Stellplatz über den jeweiligen Parkblechen als „Raum“ i. S. d. § 3 Abs. 1 S. 1 WEG fingiert, sodass an diesen Stellplätzen – dem „Raum“ über dem jeweiligen Parkblech – Sondereigentum mit den oben beschriebenen Gestaltungsmöglichkeiten (eigenständiges Teileigentum, Teil einer Sondereigentumseinheit, z. B. gemeinsam mit einer Wohnung) begründet werden kann. Eine Beschränkung auf bestimmte Arten von Stellplätzen war gerade nicht gewollt, sodass auch bei Stellplätzen auf verschiebbaren Parkblechen

Sondereigentum begründet werden kann (BeckOGK-WEG/M. Müller, § 3 Rn. 129; BeckOGK-WEG/Monreal, § 5 Rn. 120; Dötsch/Schultzy/Zschieschack, Kap. 1 Rn. 7; Forschner, ZNotP 2021, 202, 202; dagegen ohne Begründung Elzer, ZNotP 2021, 97, 99). Insbesondere wäre also eine Gestaltung dahingehend möglich, dass jedes Parkblech im Parksystem als Sondereigentum einem eigenen Miteigentumsanteil zugewiesen wird. Auch die vertikale Beweglichkeit spricht nicht per se gegen die Möglichkeit, dem Stellplatz über einem Parkblech Sondereigentum zuzuordnen (so explizit auch BeckOGK-WEG/M. Müller, § 3 Rn. 125; Forschner, ZNotP 2021, 202, 202 f.).

c) Praktische Bedenken

Es stellt sich allerdings die Frage, ob das Gebrauchmachen von dieser rechtlich ohne Zweifel bestehenden Möglichkeit auch tatsächlich umsetzbar und zweckmäßig ist. Bedenken könnte man deshalb vorbringen, weil die Schaffung eines Sondereigentums *prima facie* dann zweckmäßig scheint, wenn jedenfalls die Möglichkeit der ausschließlichen Nutzung durch den Sondereigentümer besteht. Darüber hinaus stellt sich die Frage, wie bei beweglichen Teilen eine Darstellung im Aufteilungsplan gelingen kann.

aa) Maßangaben nach § 3 Abs. 3 WEG

Einerseits müssen die jeweiligen Parkbleche für Zwecke des Grundbuchs eindeutig bezeichnet werden. Bei Stellplätzen im Freien ist dies durch die vom Gesetz vorgesehenen Maßangaben (§ 3 Abs. 3 WEG) unproblematisch, allerdings ist dies auch für Parksysteme mit mehreren Parkblechen aufgrund des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes zwingend erforderlich. Dies ist im vorliegenden Fall jedenfalls dann nicht ganz trivial, wenn man – wie u. E. zutreffend – davon ausgeht, dass nicht nur das Parkblech in tatsächlicher Hinsicht beweglich ausgestaltet ist, sondern dass auch der Inhalt des Sondereigentums derart ausgestaltet werden kann, dass sich der Gegenstand des Sondereigentums mit dem Parkblech bewegt (anders etwa BeckOGK-WEG/Monreal, § 5 Rn. 120, der davon ausgeht, dass auch bei tatsächlicher Verschiebbarkeit der Stellplätze diese rechtlich immer dort liegen, wo sie im Aufteilungsplan eingezeichnet sind). Zwar sieht die erst kürzlich an das WEMoG angepasste Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen nach dem Wohnungseigentumsgesetz vom 6. Juli 2021 (AVA, veröffentlicht am 12. Juli 2021, BAnz AT 2021, 12.7.2021, B2) Regelungen u. a. zur Bestimmung von Stellplätzen i. S. d. § 3 Abs. 3 WEG vor, die auf Mehrfachparkanlagen im herkömmlichen Sinn passen. Sie lassen sich aber nicht ohne Weiteres auch auf Parksysteme wie beschrieben übertragen. § 7 Abs. 2 S. 2 AVA n. F. hält (klarstellend) fest, dass auch in Mehrfachparkanlagen

jeder Stellplatz eindeutig bezeichnet werden muss. Dies kann in der Bauzeichnung durch Bezeichnungen wie „Nr. 5 (oben)“ und „Nr. 6 (unten)“ erfolgen, aber auch, indem man die oberen Stellplätze und die unteren Stellplätze als verschiedene Stockwerke darstellt. Fraglich ist, ob diese Möglichkeiten auch bei auf Schienen beweglichen Parkblechen verwendet werden können. Nach unserem Verständnis werden die Parkbleche allesamt gleichartig und austauschbar sein, um eine komplette Rotation innerhalb des Parksystems zu ermöglichen. Die in der AVA genannten Mechanismen dürften daher u. E. nicht ausreichen, um eine Kennzeichnung der Stellplätze zu ermöglichen. Freilich kann die nach dem Gesetz gewährte Sondereigentumsfähigkeit von Stellplätzen nicht von einer rein verwaltungsintern wirkenden Bestimmung (Verwaltungsvorschrift) abhängen. Die in der AVA genannten Kennzeichnungen sind daher **nicht als abschließend** zu verstehen. Andere geeignete Möglichkeiten, die dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen, müssen daher ebenfalls als ausreichend angesehen werden (ähnlich jedenfalls für die Zeit vor Anpassung der AVA an die neue Rechtslage auch Wobst, MittBayNot 2021, 1, 2). Es stellt sich daher die Frage, ob die einzelnen Parkbleche überhaupt in irgendeiner Weise identifiziert werden können. Letztlich handelt es sich hierbei um eine – von uns nicht beurteilbare – Tatfrage. Wir gehen davon aus, dass die Teile zwar technisch identisch sind, um einen reibungslosen Rundlauf der Parkbleche zu gewährleisten, die Identifizierbarkeit aber schon für Zwecke der automatischen Steuerung der Anlage gegeben sein wird.

Möglicherweise gibt es aus technischen Gründen eine „Ausgangsposition“, in der die Parkbleche vor der Benutzung stehen und die später – z. B. für Zwecke der Wartung oder Reinigung – wieder hergestellt werden kann. In diesem Fall wäre für uns vorstellbar, dass die Ausgangsposition – ggf. als mehrere Stockwerke – in der Bauzeichnung dargestellt wird, um eine Identifikation der einzelnen Parkbleche zu gewährleisten (so auch schon Forschner, ZNotP 2021, 202, 203). Allerdings würde sich dann die Frage anschließen, ob eine *lediglich* über den Computer auslesbare Identifizierung für Zwecke des sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes genügen würde. Aus unserer Sicht könnte man dies ausreichen lassen, da im Streitfall jedenfalls eine entsprechende Identifizierung erfolgen könnte; auch bleibt es – wengleich eine Markierungspflicht wie früher (§ 3 Abs. 2 S. 2 WEG a. F.) nicht mehr vorgesehen ist – den Wohnungseigentümern unbenommen, die Sondereigentumsbereiche zu markieren (freilich ohne, dass sich dies auf den Umfang des Sondereigentums auswirken würde; BT-Drucks. 19/18791, S. 39; s. a. Dötsch/Schultzky/Zschieschak, Kap. 1 Rn. 11 f.).

bb) Notwendigkeit flankierender Regelungen

Überwindet man die – von uns aus tatsächlichen Gründen nicht abschließend beantwortbare – Frage der Identifizierbarkeit der einzelnen Parkbleche/Stellplätze, stellt sich freilich das in praktischer Hinsicht wohl schwerer wiegende Problem, dass bei der konkreten Anlage nicht gewährleistet ist, dass jedes Auto auf dasselbe Parkblech zurückkehrt. Ein Autofahrer, der Sondereigentum an dem Stellplatz über einem (bestimmten) Parkblech erworben hat, könnte nicht sichergehen, dass er nach dem Verlassen des Parksystems sein Auto bei seiner Rückkehr dort wieder abstellen kann. Zudem wäre „sein“ Parkblech/Stellplatz ggf. während seiner Abwesenheit bereits an einen anderen Sondereigentümer vergeben worden. Aus technischen Gründen ließe sich also nicht gewährleisten, dass der (Sonder-)Eigentümer Dritte von der Einwirkung auf sein Eigentum i. S. d. § 903 BGB ausschließen kann. Die Umsetzbarkeit müsste durch eine **Reihe von flankierenden Regelungen** gewährleistet werden, die **die gemeinschaftliche Nutzbarkeit aller Sondereigentumseinheiten durch sämtliche Sondereigentümer sicherstellen würden** (was die ausdifferenzierte Einräumung des Sondereigentums wieder zunichtemachen würde). Dabei müsste auch abgesichert werden, dass ein Sondereigentümer eines Parkblechs nur ein (beliebiges) Parkblech zur gleichen Zeit belegen darf. Zudem wäre nicht sachgerecht, die Kosten der Instandhaltung eines Parkblechs dem jeweiligen Sondereigentümer aufzuerlegen, der dieses ggf. während der fraglichen Zeit gar nie genutzt hat, weil das fragliche Parkblech ständig von anderen Sondereigentümern belegt war; auch hier müsste sinnvollerweise eine gemeinschaftliche Kostentragung aller Sondereigentümer an den Stellplätzen sichergestellt werden.

cc) Zwischenergebnis

Die vorgenannten Probleme dürften letztlich dazu führen, dass die – theoretisch rechtlich aus unserer Sicht gestaltbare – Variante, Sondereigentum separat für jedes Parkblech zu begründen, wenig praktikabel erscheint.

d) Keine Zuordnung von „Parkrechten“ als Sondereigentum

Rechtlich **nicht möglich** ist dagegen eine Lösung, die von den Parkblechen absieht und ein **abstraktes „Recht zum Einstellen eines Autos in das Parksysteem“** als Sondereigentum zuordnet, sodass ein Pool solcher Rechte mit dinglicher Wirkung an verschiedene Sondereigentümer vergeben werden könnte. Das WEG spricht von „Stellplatz“, wobei der Wortteil „Platz“ auf eine physisch greifbare Grundlage hindeutet. Dies ist auch wegen der Systematik des Sachenrechts, die (Sonder-)Eigentum nur an Sachen, d. h. körperlichen Gegenständen, zulässt (§§ 903, 90 BGB), nicht anders möglich. Dass der

„Raum über dem sich durch das Parksystem bewegenden Parkblech“ (wie oben diskutiert) sich von dem Konzept der „Sache“, das den Verfassern des BGB beim Erlass der Vorschriften vorgeschwebt haben mag, bereits weit entfernt hat, ist zugegeben. Eine Loslösung von der sachenrechtlichen Unterlage sieht das WEG aber nicht vor. Es kann daher keine Lösung über abstrakte „Parkrechte“ (z. B. „das Recht, auf dem nächsten freien Parkblech zu parken“) als Sondereigentum erreicht werden.

2. (Gesamtes) Parksystem als eine Sondereigentums-einheit

Möglich ist es dagegen aus unserer Sicht, das Parksystem insgesamt als eine Sondereigentums-einheit auszugestalten. Insbesondere kann **eine Sondereigentums-einheit** aus mehreren Stellplätzen i. S. d. § 3 Abs. 1 S. 2 WEG bestehen, da diese als „Räume“ anzusehen sind und eine Sondereigentums-einheit **ohne Weiteres aus mehreren Räumen zusammengesetzt sein** kann. Die Sondereigentums-einheit kann dann – vergleichbar mit den Gestaltungsmöglichkeiten, die bereits vor der WEG-Reform für Mehrfachparker verwendet wurden – den verschiedenen Nutzern der Parkeinheit zu anteiligem Miteigentum übertragen werden. In der Literatur werden für entsprechende Bruchteilsgemeinschaften Regelungen nach § 1010 BGB bzw. interne Benutzungsregelungen nach § 10 Abs. 1 S. 2 WEG empfohlen (vgl. Langhein/Naumann, NotarFormulare Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. 2018, § 4 Rn. 30 f.; s. zur Zulässigkeit auch BGH DNotZ 2014, 448; s. auch Hügel/Elzer, DNotZ 2014, 403, 411 ff.). Bei der Ausgestaltung ist dann freilich darauf zu achten, dass gerade nicht – wie sonst etwa bei Doppelparkern üblich – jedem Miteigentümer ein festes Parkblech zur Benutzung vorbehalten werden kann, sondern die Parkbleche vom System zugewiesen werden. Eine Benutzungsregelung im Sinne des § 1010 BGB dahingehend, dass jedem Miteigentümer das abstrakte Recht zusteht, seinen PKW dort zu parken, aber kein Anrecht auf einen bestimmten Platz besteht, scheint uns grundsätzlich unbedenklich. Gegenstand der Benutzungsregelung wäre dann weiter, dass der konkrete Parkplatz mittels eines Algorithmus zugewiesen wird und jeder Miteigentümer dies zu dulden hat.

3. Einziehung von Beton-Zwischendecken

Das Einziehen von Beton-Zwischendecken würde nach unserem Verständnis nur dazu führen, dass die Autos im Parksystem nicht mehr in drei, sondern lediglich in zwei Dimensionen verschoben werden. Sofern dies die anderen technischen Voraussetzungen nicht tangiert (insbes.: Fahrzeuge stehen auf Parkblechen, keine feste Zuordnung eines Fahrzeugs zu einem Parkblech), **berührt dies die oben zu Ziff. 1 und Ziff. 2 gefundenen Ergebnisse nicht**, da diese nicht entscheidend auf die auch vertikale Verschiebbarkeit der Fahrzeuge abstellen.

4. Technische Vorrichtungen der Parkanlage

Nach allgemeinen (auch durch das WEMoG nicht geänderten) Regeln sind Gegenstände, die mehreren Sondereigentums-einheiten dienen, zwingend Gemeinschaftseigentum (s. Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1670). Gemeinschaftseigentum bedeutet dabei stets, dass die Vorrichtungen im gemeinschaftlichen Eigentum aller Wohnungseigentümer stehen (Hügel/Elzer, § 3 Rn. 64). Es gibt **kein „Unter-Gemeinschaftseigentum“** nur der Sondereigentümer, die Sondereigentum haben, das von einer technischen Einrichtung abhängt (BGH NJW 1995, 2851, 2853; zum neuen Recht Dötsch/Schultzky/Zscheschak, Kap. 1 Rn. 14). Die hieraus zu ziehenden Konsequenzen unterscheiden sich, je nachdem welche der oben genannten Gestaltungsmöglichkeiten (Ziff. 1, Ziff. 2, Ziff. 3) gewählt wird.

a) Einzelne Stellplätze gehören unterschiedlichen Sondereigentums-einheiten an

Sofern die einzelnen Stellplätze über den Parkblechen – wie oben unter Ziff. 1 erläutert – verschiedenen Sondereigentums-einheiten zugeordnet werden, sind die technischen Vorrichtungen, die für mehrere Stellplätze relevant werden – etwa die Hebeanlage, die die verschiedenen Parkbleche an ihren Platz befördert, die Schienen, auf denen die verschiedenen Parkbleche laufen – **zwingend Gemeinschaftseigentum aller Wohnungseigentümer** (Forschner, ZNotP 2021, 202, 203, Wobst, MittBayNot 2021, 1, 2; so wohl auch Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1670), auch solcher, die keinen Stellplatz erworben haben. Diese treffen daher nach dem Gesetz auch die Instandhaltungskosten, was regelmäßig unbefriedigend sein dürfte; insofern ist dann eine entsprechende Zuweisung von Kosten und Verwaltung in der Gemeinschaftsordnung vorzusehen (Dötsch/Schultzky/Zscheschak, Kap. 1 Rn. 15 f.; Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1670 ff.; Hügel/Elzer, § 3 Rn. 64; Münch-KommBGB/Krafka, 8. Aufl. 2021, § 3 WEG Rn. 49; Wobst, MittBayNot 2021, 1, 2). Die Parkbleche selbst können hingegen grundsätzlich dem Sondereigentum zugeordnet werden (LG München I RNotZ 2013, 177; Dötsch/Schultzky/Zscheschak, Kap. 1 Rn. 15), sofern sie nicht gem. § 5 Abs. 2 WEG im konkreten Fall für die Sicherheit oder den Bestand des Gebäudes erforderlich sind (so etwa mit dem Argument, das Durchrostern eines Fahrblechs betreffe auch die Sicherheit der anderen Fahrbleche, LG Stuttgart ZWE 2016, 44).

b) Gesamtes Parksystem ist eine Sondereigentums-einheit

Anders ist die Lage, wenn – wie oben unter Ziff. 2 angesprochen – die gesamte Parkanlage eine Sondereigentums-einheit bildet. In diesem Fall dienen die Hebeanlage und die sonstigen auf das Parksystem beschränkten technischen Einrichtungen gerade nicht mehreren Sonder-

eigentumseinheiten, sondern nur einer – mag diese auch im Miteigentum vieler Wohnungseigentümer stehen. Die technischen Vorrichtungen können daher **durch die Teilungserklärung dem Sondereigentum zugewiesen** werden. Gesonderte Regelungen für Kosten und Verwaltung wären dann nicht erforderlich bzw. allenfalls klarstellend. (Anders wäre dies bei technischen Einrichtungen, die dem gesamten Parksystem und auch anderen Sondereigentumseinheiten oder dem Gemeinschaftseigentum dienen – etwa Lüftungsanlagen, die zentral für die Garage und weitere Räume eingerichtet sind.)

c) Einziehen von Zwischenböden

Werden Zwischenböden eingezogen (oben unter Ziff. 3), besteht die Option, eine Sondereigentumseinheit pro Zwischenboden zu bilden, wobei es dann von den technischen Voraussetzungen abhängt, ob sämtliche technischen Einrichtungen nur einem Zwischenboden dienen – dann könnten sie der entsprechenden Sondereigentumseinheit zugewiesen werden, vgl. oben lit. b – oder ob auch zwischenbodenübergreifende Einrichtungen (etwa ein Aufzug, der für mehrere Zwischenböden zuständig ist) bestehen (diese wären zwingend Gemeinschaftseigentum aller Eigentümer, die Lage entspräche der bei lit. a).

BGB § 1638

Ausschluss der elterlichen Vermögensverwaltung; Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

I. Sachverhalt

Die Beteiligten (Ehegatten) wünschen die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments. In diesem Testament soll ein minderjähriges Kind (aus einer anderen Familie) bedacht werden. Es soll vermieden werden, dass die Eltern des minderjährigen Kindes „Zugriff“ auf das ererbte Vermögen erhalten. Die Beteiligten möchten deshalb die Vermögenssorge der Eltern für das ererbte Vermögen gem. § 1638 BGB ausschließen. Der stattdessen zu bestellende Pfleger soll keinerlei Beschränkungen unterliegen.

Auch nach ab dem 1.1.2023 geltender Rechtslage kann gem. § 1638 BGB n. F. angeordnet werden, dass Eltern das Vermögen nicht verwalten können, also insoweit ein Pfleger zu bestellen ist. Allerdings regelt die künftige Fassung des § 1859 BGB n. F. hinsichtlich der Befreiung nur, dass von bestimmten Pflichten (Sperrvermerk, Rechnungslegung etc.) befreit werden kann, wenn „der Betreute“ dies vor der Betreuung verfügt hat. Im vorliegenden Fall möchten allerdings die Erblasser die Befreiung anordnen.

II. Fragen

1. Kann § 1859 BGB n. F. analog angewandt werden, wenn der Erblasser/Schenker die Befreiung anordnet, oder sieht das künftige Recht anderweitig eine Befreiungsmöglichkeit vor?

2. Gilt für Pflögschaften, die ab dem 1.1.2023 angeordnet werden, neues Recht, auch wenn das Testament, in welchem die Pflögerbestellung angeordnet wird, bereits vor Inkrafttreten der Reform errichtet wird?

III. Zur Rechtslage

1. Anwendbares Recht

Die unlängst verabschiedete umfassende Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts wird **am 1.1.2023 in Kraft treten** (Art. 16 Abs. 1 des Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts v. 4.5.2021, BGBl. I, 882 ff.).

Einschränkungen für bestimmte Teile des Gesetzes sieht die maßgebliche Bestimmung über das Inkrafttreten des Gesetzes nicht vor. Auch in den Erläuterungen in der Gesetzesbegründung gibt es mit Ausnahme der **Übergangsvorschrift in Art. 229 § 54 EGBGB**, die lediglich spezielle Fragen regelt, keine näheren Ausführungen zur Anwendbarkeit der neuen bzw. alten Bestimmungen. Wir gehen daher im Ergebnis davon aus, dass das **neue Recht ab dem 1.1.2023 Anwendung findet**, unabhängig davon, ob an Vorgänge angeknüpft wird, die vor Inkrafttreten stattgefunden haben (wie hier z. B. die Errichtung des Testaments). Damit wird auch für neue Sachverhalte unabhängig von der Errichtung der Verfügung auf das Recht im Zeitpunkt der Bestellung des Pflögers/Vormunds abzustellen sein.

Demzufolge dürfte es sich empfehlen, bereits bei Beurkundungsvorgängen, die sich möglicherweise erst nach dem Inkrafttreten der Reform auswirken (wie hier z. B. der Todesfall), die neuen Bestimmungen zu berücksichtigen.

2. Vorschriften über die Befreiung des Pflögers

a) Bisherige Rechtslage

Nach § 1638 Abs. 1 BGB kann der Erblasser für einen Erwerb von Todes wegen bzw. der Zuwendende bei einer unentgeltlichen Zuwendung anordnen, dass die Eltern oder ein Elternteil das ererbte bzw. zugewendete Vermögen nicht verwalten sollen. Werden durch eine derartige Verwaltungsanordnung beide Elternteile von der Verwaltung ausgeschlossen, hat dies zur Folge, dass ein Ergänzungspflöger bestellt werden muss (vgl. § 1909 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Person des Ergänzungspflögers kann nach § 1917 Abs. 1 BGB durch den Erblasser bzw. Zuwendenden bestimmt werden. Dieser Pflöger unterliegt (grundsätzlich) der Kontrolle des Familiengerichts.

§ 1917 Abs. 2 BGB sieht vor, dass für den benannten Pfleger durch letztwillige Verfügung oder bei der Zuwendung die in den §§ 1852 bis 1854 BGB bezeichneten Befreiungen angeordnet werden können. Dies betrifft bspw. die Befreiung von der Hinterlegung und Sperrung nach § 1853 BGB, aber auch die Befreiung von der Rechnungslegungspflicht nach § 1854 BGB. Die möglichen Befreiungen entsprechen letztlich denen, die Eltern für einen von ihnen benannten Vormund anordnen können (BeckOGK-BGB/Schöpflin, Std.: 1.9.2021, § 1917 Rn. 18).

Eine große praktische Bedeutung sollen die Vorschriften nach Ansicht der Kommentarliteratur (vgl. nur Münch-KommBGB/Schneider, 8. Aufl. 2020, § 1917 Rn. 11) bislang nicht erlangt haben.

b) Neue Rechtslage

Durch die umfassende Änderung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts werden die betroffenen Rechtsgebiete neu strukturiert und viele Gesetzesbestimmungen nicht nur verschoben, sondern auch inhaltlich neu gefasst. Was die Beschränkung der Vermögenssorge in § 1638 BGB angeht, so wird die Vorschrift grundsätzlich beibehalten, Abs. 1 der Vorschrift aber neu gefasst wie folgt:

„(1) Die Vermögenssorge erstreckt sich nicht auf das Vermögen, welches das Kind von Todes wegen, durch unentgeltliche Zuwendung auf den Todesfall oder unter Lebenden erwirbt, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Zuwendende bei der Zuwendung bestimmt hat, dass die Eltern das Vermögen nicht verwalten sollen.“

Durch diese Anpassung des Wortlauts wird der Änderung des § 1639 BGB Rechnung getragen, wo künftig zusätzlich der Vermögenserwerb durch unentgeltliche Zuwendung auf den Todesfall mitumfasst wird (vgl. BT-Drucks. 19/24445, 185).

Im Rahmen der Vormundschaftsrechtsreform werden die Bestimmungen über die Aufsicht über Pfleger und Vormünder neu gefasst. Was den **Vormund** angeht, so enthält § 1801 BGB n. F. in Abs. 3 eine Möglichkeit der Eltern, durch letztwillige Verfügung einen von ihnen benannten Vormund von bestimmten Beschränkungen, u. a. von der Verpflichtung zur Rechnungslegung nach § 1865 Abs. 1 BGB n. F., zu befreien.

Nach den Regelungen über die Pflegschaft für Minderjährige (§§ 1809 ff. BGB), die nunmehr den Vormundschaftsregelungen nachfolgen, ist in § 1811 BGB n. F. eine Bestimmung zur sog. „**Zuwendungspflegschaft**“ enthalten.

Nach § 1811 Abs. 2 BGB n. F. ist vorgesehen, dass der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Zuwendende bei der Zuwendung einen **Zuwendungspfleger benennen** kann (Nr. 1 der Vorschrift) bzw. den Zuwendungspfleger von den **Beschränkungen** gem. den §§ 1843, 1845, 1846, 1848, 1849 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 und S. 2 sowie § 1865 BGB **befreien** kann (vgl. dazu auch BT-Drucks. 19/24445, S. 29, 226-228).

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.

GmbHG § 58, UmwG § 20

Kapitalherabsetzung und Wegverschmelzung; Verschmelzung während des Sperrjahrs; Kapitalherabsetzungsbeschluss vor Verschmelzung

Abruf-Nr.:

WEG §§ 5, 10

Nutzung von Stellplatzflächen; Benutzungsbeschluss und Begründung von Sondernutzungsrechten

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 749 Abs. 2, 1010, 1795, 181; GBO §§ 16, 19 Vereinbarung des Ausschlusses der Aufhebung der Miteigentümergeinschaft ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft oder neutral

1. Die Erklärung des Ausschlusses der Aufhebung der Miteigentümergeinschaft ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft oder zumindest neutral.

2. Wird in einem Grundstücksüberlassungsvertrag die Eintragung eines solchen Ausschlusses für einen geschäftsunfähigen Minderjährigen durch einen sorgeberechtigten Elternteil bewilligt, der wie der Minderjährige einen Miteigentumsanteil an dem Grundstück erhält, ist die Bewilligung wegen des Vorliegens eines unerlaubten Insihgeschäfts unwirksam.

3. Dies hindert, wenn ein innerer Zusammenhang mit der Grundstücksüberlassung besteht, auch die Eintragung der Auflassung.

OLG München, Beschl. v. 27.9.2021 – 34 Wx 253/21

Problem

Die Veräußerin ist als Miteigentümerin von Grundbesitz im Grundbuch eingetragen. Mit notariellem Vertrag veräußerte sie Miteigentumsanteile an dem Grundstück an ihre Enkeltochter und deren Mutter, den anderen Miteigentümer sowie weitere Beteiligte. Die Enkeltochter ist minderjährig und wurde bei Vertragsschluss durch die allein sorgeberechtigte Mutter vertreten. Die Urkunde sah insbesondere vor, dass das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer ausgeschlossen wird (§§ 749 Abs. 2, 1010 BGB) und die Vertragsteile die Eintragung dieses Ausschlusses an ihrem jeweiligen Miteigentumsanteil im Grundbuch bewilligen und beantragen.

Auf den Eintragungsantrag des Urkundsnotars hin erging eine Zwischenverfügung des Grundbuchamtes, wonach die Bestellung eines Ergänzungspflegers für die Enkeltochter erforderlich sei. Gemäß §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 181 BGB sei die Mutter von der Vertretung ausgeschlossen, wenn sie als Vertreter auf beiden Seiten des Vertrags stehe. Die Minderjährige könne nicht durch einen Elternteil vertreten werden, der selbst einen Miteigentumsanteil erhalten solle, wenn im Vertrag ein Ausschluss der Auseinandersetzung vereinbart sei. Hiergegen richtet sich die Beschwerde.

Entscheidung

Das OLG wies die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung zurück. Die Eintragung der Auflassung sowie weiterer Rechte und Belastungen setze u.a. voraus, dass auch diese weiteren Rechte und Belastungen eingetragen werden könnten. Zwar bestünden gegen die Wirksamkeit der Auflassung als solcher keine durchgreifenden Bedenken, die begehrte Eintragung könne gleichwohl nicht erfolgen, weil derzeit nicht bewilligt sei (§ 19 GBO), den Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft einzutragen. Dieser Mangel stehe der Eintragung insgesamt entgegen.

Zunächst führte das OLG aus, dass jedenfalls dort, wo – wie beim Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft – der materielle Rechtserfolg die Grundbucheintragung voraussetze, eine Einschränkung der materiell-rechtlichen Vertretungsbefugnis auch die verfahrensrechtliche Bewilligungsbefugnis erfasse und deshalb vom Grundbuchamt von Amts wegen zu beachten sei (vgl. BGH DNotI-Report 2021, 77, 78 zu § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Außerdem sei das Grundbuchamt zur Wahrung

der Richtigkeit des Grundbuchs verpflichtet und dürfe deshalb keine Eintragung vornehmen, deren materiell-rechtlich begründete Unrichtigkeit ihm bekannt sei. Insofern könne auch offenbleiben, welche Konsequenzen sich aus einem Verstoß gegen § 181 BGB im Hinblick auf Verfahrenshandlungen sonst ergeben würden.

Gemäß § 181 BGB könne ein Vertreter grds. im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen kein Rechtsgeschäft vornehmen. Hiervon ausgenommen seien insb. Willenserklärungen, die für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft oder zumindest neutral seien, da ein Interessenwiderstreit ausgeschlossen sei und Belange Dritter nicht entgegenstünden; dies bestimme sich nach den rechtlichen Folgen des Geschäfts, ohne dass eine wirtschaftliche Betrachtung anzustellen sei. Stehe einem Vorteil die Aufgabe eines Rechts gegenüber, sei das Geschäft auch dann nicht rechtlich vorteilhaft oder neutral, wenn die Vorteile die Nachteile erheblich überwögen. Die Übereignung einer belasteten Sache sei jedoch abweichend zu beurteilen, da die Belastung den Vorteil nur von vornherein einschränke. Dies gelte auch, wenn das Grundstück bei der Übertragung zugleich mit einem Vorbehaltsnießbrauch belastet werde (BGH DNotI-Report 2021, 77) oder sich der Veräußerer eine Belastung des Grundstücks vorbehalte (Palandt/Ellenberger, BGB, 80. Aufl. 2021, § 107 Rn. 4).

Werde mit der Auflassung des Grundstücks der Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft gemäß § 749 Abs. 2 BGB erklärt, so sei das Grundstück – anders als bei Übertragung eines mit einem gleichzeitig vom Veräußerer sich selbst eingeräumten Vorbehaltsnießbrauch – bei Übereignung noch nicht mit dem Recht belastet. Auch stelle dies keinen bloßen Vorbehalt des Veräußerers dar, die Immobilie belasten zu dürfen. Der Erwerber erhalte vielmehr ein Grundstück, dessen Belastung er selbst – jedenfalls gegenüber den weiteren Erwerbern – bewilligen müsse. Allein die Erklärung des Ausschlusses der Aufhebung der Gemeinschaft sei bereits rechtlich nachteilig, da der Erklärende damit einem Dritten ein Recht an seinem Eigentum einräume. Hieran ändere auch der vorgetragene Umstand nichts, dass die Vereinbarung des Auseinandersetzungsausschlusses und die Übertragung lediglich aus Kostengründen in einer Urkunde zusammengefasst worden seien; das Einverständnis mit der Belastung erweise sich als rechtlich nachteilhaft, da die Enkeltochter ein Recht aufgabe. Auf wirtschaftliche Aspekte dürfe gerade nicht abgestellt werden.

Grundbuchverfahrensrechtlich hindere schließlich das Fehlen einer wirksamen Bewilligung auch die Eintragung der Auflassung. Selbst wenn man insoweit nicht von einem einheitlichen Antrag, sondern von formal selbstständigen Anträgen ausgehen wolle, liege eine

jedenfalls stillschweigende Bestimmung nach § 16 Abs. 2 GBO vor; der Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft diene hier offensichtlich dem Zweck, den von der Eigentümerin ihren Nachkommen überlassenen Grundbesitz ungeschmälert im Familienverband zu erhalten, sodass von einem inneren Zusammenhang dieser Maßnahme mit der Auffassung und insofern von einer Bestimmung nach § 16 Abs. 2 GBO auszugehen sei.

Praxishinweis

Die Übertragung ideeller Miteigentumsanteile an Grundbesitz an ein minderjähriges Kind ist nach der Entscheidung des OLG München jedenfalls dann

nicht lediglich rechtlich vorteilhaft bzw. neutral, wenn mit derselben Urkunde der Ausschluss der Auseinandersetzung der Gemeinschaft bzgl. des übertragenen Grundbesitzes vereinbart wird. Auch wenn dies teilweise anders beurteilt wird (vgl. LG Münster FamRZ 1999, 739; ebenso wohl Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3610I), dürfte die Entscheidung im Rahmen der vorsorgenden Vertragsgestaltung zu berücksichtigen sein. Das minderjährige Kind sollte – jedenfalls vorsorglich – durch einen Ergänzungspfleger (§ 1909 BGB) vertreten werden, solange noch keine abschließende Klärung durch den BGH erfolgt ist.

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG § 3; BGB § 1018 – Kennzeichnung der im Sondereigentum stehenden Freiflächen; Begrenzung des Ausübungsbereichs einer Grunddienstbarkeit auf Annex-Sondereigentum

BGB § 2346 – Wirksamkeit eines Pflichtteilsverzichts gegenüber dem erstversterbenden Elternteil; Scheidung der Eltern; stillschweigende Vereinbarung einer auflösenden Bedingung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 2353 – Keine Angabe des Berufungsgrunds im Erbschein

Literaturhinweis

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG § 3; BGB § 1018

Kennzeichnung der im Sondereigentum stehenden Freiflächen; Begrenzung des Ausübungsbereichs einer Grunddienstbarkeit auf Annex-Sondereigentum

I. Sachverhalt

Ein Grundstück soll in je eine Wohnungs- und Teileigentumseinheit aufgeteilt werden. Gem. § 3 Abs. 2 WEG ist beabsichtigt, das Sondereigentum auch auf Teile des Grundstücks zu erstrecken. Ein Grundstücksteil, auf den das Sondereigentum einer Teileigentumseinheit erstreckt werden soll, soll von dem Eigentümer der Wohnungseigentumseinheit zum Befahren und Begehen genutzt werden dürfen. Zu diesem Zweck soll zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Wohnungseigentums ein Wegerecht an dem Teileigentum bestellt werden, dessen Ausübungsbereich sich auf die

dem Sondereigentum unterliegenden Freiflächen beschränkt. In dem mit Abgeschlossenheitsbescheinigung versehenen Aufteilungsplan sind die dem Sondereigentum zugehörigen Grundstücksflächen durch Schraffierung gekennzeichnet. Es sind Flächenangaben bzgl. des Gesamtgrundstücks im Plan enthalten, die allerdings auch die bebauten Teile des Grundstücks umfassen. Das Grundbuchamt lehnt den Vollzug der Aufteilung im Grundbuch und die Eintragung des Wegerechtes ab. Die Bestellung eines Wegerechtes auf einem Sondereigentum zugunsten eines anderen Sondereigentums sei nicht möglich.

II. Fragen

1. Ist der Aufteilungsplan eine geeignete Grundlage für die Aufteilung, wenn im textlichen Teil der Teilungserklärung klargestellt wird, dass Sondereigentum nur an den nicht bebauten Flächen begründet werden soll und die danach zutreffenden Flächen angegeben werden?

2. Ist die Bestellung eines Wegerechtes an einer zum Sondereigentum gehörenden Freifläche zugunsten eines anderen Wohnungseigentümers möglich?

III. Zur Rechtslage

1. Erstreckung von Sondereigentum auf Freiflächen

Seit der zum 1.12.2020 in Kraft getretenen Reform des Wohnungseigentumsgesetzes (WEMoG, vgl. BGBl. I v. 22.10.2020, S. 2187; s. auch die vollständige Bekanntmachung der Neufassung des WEG v. 12.1.2021, BGBl. I v. 20.1.2021, S. 34) ist es möglich, gem. § 3 Abs. 2 WEG Sondereigentum auf einen außerhalb des Gebäudes liegenden Teil des Grundstücks zu erstrecken, soweit die Wohnung oder die nicht zu Wohnzwecken dienenden Räume dadurch wirtschaftlich nicht ihre Eigenschaft als Hauptsache verlieren. In der Literatur besteht – soweit ersichtlich – Einigkeit dahingehend, dass die **Grundstücksfläche**, auf der das **aufgeteilte Gebäude steht**, aber weiterhin **zwingend Gemeinschaftseigentum** ist (Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 3 Rn. 66; Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform, 2020, § 16 Rn. 1690; Dötsch/Schultzy/Zscheschack, WEG-Recht, 2021, Kap. 1 Rn. 24; als offen bezeichnend hingegen Palandt/Wicke, BGB, 80. Aufl. 2021, § 3 Rn. 11). Da sich vorliegend das Sondereigentum ausschließlich auf nicht bebaute Flächen erstrecken soll, ist dies nach dem WEMoG zulässig.

2. Kennzeichnung der im Sondereigentum stehenden Freiflächen

Nach § 3 Abs. 2 Hs. 1 WEG soll Sondereigentum an Räumen nur eingeräumt werden, wenn sie abgeschlossen sind. Da hinsichtlich der außerhalb des Gebäudes liegenden Teile des Grundstücks eine Abgeschlossenheit naturgemäß nicht in Betracht kommt, sieht § 3 Abs. 3 WEG vor, dass korrespondierend zu der Abgeschlossenheit von Räumen außerhalb des Gebäudes liegende Teile des Grundstücks durch **Maßangaben im Aufteilungsplan zu bestimmen** sind. Die Maßangaben im Plan müssen dabei nach dem Willen des Gesetzgebers derart exakt sein, dass sie ermöglichen, den räumlichen Bereich des Sondereigentums zu bestimmen. Aus dem Plan müssen sich daher regelmäßig auch die Länge und Breite der Fläche sowie ihr Abstand zu den Grundstücksgrenzen ergeben (BT-Drs. 19/18791, S. 39). Da es sich hierbei lediglich um eine Sollvorschrift handelt, lässt ein Verstoß gegen diese Vorschrift zwar die Wirksamkeit der Entstehung des Sondereigentums unberührt (Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1712). § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 WEG (Angabe von Lage und Größe des Sondereigentums im Aufteilungsplan) führt aber dazu, dass dies ebenso wie das Vorliegen der Abgeschlossenheitsbescheinigung bei Räumen (vgl. OLG Frankfurt a. M. ZWE 2018, 160 Rn. 14; BeckOK-WEG/Leidner, Std.: 1.7.2021, § 3 Rn. 53) Voraussetzung für die Eintragung im Grundbuch ist.

Ob diese Anforderungen im vorliegenden Fall erfüllt sind, lässt sich von uns mangels Kenntnis aller Umstän-

de des Einzelfalls nicht abschließend beurteilen. Wir würden nach dem uns mitgeteilten Sachverhalt jedoch dazu tendieren, dies zu verneinen. Denn die Flächenangaben im Plan beziehen sich nach unserem Verständnis nicht nur auf die Freiflächen, auf die das Sondereigentum erstreckt werden soll, sondern schließen bebaute Teile des Grundstücks mit ein. Auch bei einer Schraffierung des Plans erscheint uns die Anforderung, dass sich die Länge und Breite der Fläche sowie ihr Abstand zu den Grundstücksgrenzen aus dem Plan ergibt, als nicht erfüllt. Eine bloß optische Kennzeichnung der dem Sondereigentum zugeordneten Freiflächen genügen zu lassen, erscheint uns allenfalls dann denkbar, wenn die nicht bebaute Freifläche vollständig einem Sondereigentum zugeordnet wird und die Maße des Gebäudes angegeben sind, da sich dann die Maße der Freifläche, auf die sich das Sondereigentum erstreckt, zumindest implizit aus dem Plan ergeben. Andernfalls genügt die bloße optische Kennzeichnung der dem Sondereigentum zugeordneten Freiflächen und die Angabe der Fläche insgesamt nach unserer Ansicht aufgrund des ausdrücklichen Wortlauts des § 3 Abs. 3 WEG nicht. Dies gilt u. E. selbst dann, wenn in der Teilungserklärung die genauen Maßangaben der dem Sondereigentum zugeordneten Freiflächen aufgeführt sein sollten, da § 3 Abs. 3 WEG sowie § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG sich nach ihrem Wortlaut ausdrücklich auf den Aufteilungsplan beziehen.

3. Bestellung eines Wegerechts zugunsten eines Wohnungseigentümers

Aufgrund der seit Inkrafttreten des WEMoG gegebenen Möglichkeit, das Sondereigentum auf Freiflächen zu erstrecken (s. hierzu Ziff. 1.), ist zu erwarten, dass – wie im vorliegenden Fall – zukünftig in der Praxis vermehrt ein Bedürfnis dafür bestehen wird, einem anderen Wohnungseigentümer ein Wegerecht an einer dem Sondereigentum zugeordneten Freiflächen einzuräumen. Voraussetzung ist aber, dass die Bestellung einer solchen Grunddienstbarkeit auch rechtlich überhaupt zulässig ist.

a) Zulässigkeit der Bestellung einer Grunddienstbarkeit zugunsten einer anderen Wohnungs- oder Teileigentumseinheit

Es ist allgemein anerkannt, dass eine **Grunddienstbarkeit auch zugunsten einer Wohnungseigentumseinheit bestellt** werden kann. Denn nach § 1018 BGB ist Berechtigter einer Grunddienstbarkeit der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks. Als herrschendes „Grundstück“ i. S. d. § 1018 BGB kommen aber auch grundstücksgleiche Rechte in Betracht, namentlich Wohnungseigentumseinheiten (BGH DNotZ 1990, 493; BayObLG DNotZ 1991, 600, 602; OLG Stuttgart NJW-RR 1990, 659; OLG Hamm BeckRS 1980,

31163836; Meikel/Grziwotz, GBO, 12. Aufl. 2021, Einl. B Rn. 327; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1123). Herrschendes Grundstück i. S. d. § 1018 BGB ist dann die jeweilige Wohnungs- bzw. Teileigentumseinheit, zu deren Gunsten die Grunddienstbarkeit bestellt wurde (Staudinger/Weber, BGB, 2017, § 1018 Rn. 46).

Ein **Wohnungseigentum** kann mit einer Dienstbarkeit **einzel**n allerdings nur insoweit **belastet** werden, als sie die **aus dem Sondereigentum fließenden Rechte** des Wohnungseigentümers **einschränkt**. Denn der die Grunddienstbarkeit einräumende Wohnungs- oder Teileigentümer kann dem Dienstbarkeitsberechtigten nicht mehr Befugnisse übertragen als er selbst hat (vgl. jeweils m. w. N. Schöner/Stöber, Rn. 2952; Staudinger/Weber, § 1018 Rn. 58). Bei Wahrung der vorgenannten Vorgaben ist dann auch die Eintragung einer Dienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Wohnungseigentums zulässig (BGH DNotZ 1990, 493 ff.; OLG Zweibrücken MittBayNot 1993, 86 f.; Staudinger/Weber, § 1018 Rn. 58).

Bei dem vorliegenden Wegerecht handelt es sich um das Recht, den Bereich zu begehen. Das alleinige Betretungsrecht ist dem Sondereigentum immanent. Denn das Sondereigentum bietet Schutz vor äußeren Einwirkungen aller Art, gleichgültig ob es sich um Einwirkungen der Natur handelt oder um Einwirkungen, die von Menschen ausgehen. Insbesondere gewährleistet das Sondereigentum auch den Schutz der Privatsphäre, so dass der Sondereigentümer auf seinem Sondereigentum das alleinige Herrschaftsrecht ausübt (vgl. zum Ganzen Staudinger/Rapp, BGB, 2018, § 5 WEG Rn. 5), zu dem auch ein ausschließliches Betretungsrecht zählt. Eine Einschränkung dieses Rechts kann daher u. E. durch eine Grunddienstbarkeit abgesichert werden.

b) Begrenzung des Ausübungsbereichs der Dienstbarkeit auf die Freifläche

Zwar ist Belastungsgegenstand der Grunddienstbarkeit stets das gesamte Grundstück – bzw. das gesamte Sondereigentum –, die Reichweite des Nutzungsrechts kann jedoch eingeschränkt werden. So ist eine **räumliche Beschränkung** – was §§ 1023 Abs. 1 S. 2, 1026 BGB als möglich voraussetzt – rechtsgeschäftlich durch **Festlegung eines Ausübungsbereichs** möglich (Staudinger/Weber, 2017, § 1018 Rn. 65; BeckOK-BGB/Reischl, Std.: 1.5.2021, § 1018 Rn. 42; KG NJW 1973, 1128 m. w. N.). Der Ausübungsbereich wird dann Inhalt der Grunddienstbarkeit und ist ins Grundbuch einzutragen; eine Bezugnahme i. S. d. § 874 BGB auf die Eintragungsbewilligung samt beigefügtem Lageplan ist möglich (KG NJW 1973, 1128 m. w. N.).

Eine Unzulässigkeit des Ausübungsbereichs der Dienstbarkeit auf die Freifläche käme daher nur dann in Betracht, wenn die Besonderheiten des sog. Annex-Sondereigentums (BeckOK-WEG/Leidner, § 3 Rn. 46) einer Begrenzung des Ausübungsbereichs der Dienstbarkeit auf dieses entgegenstehen würden. Rechtsprechung und Literatur hierzu sind – soweit für uns ersichtlich – noch nicht vorhanden. Nach unserer persönlichen Auffassung sind jedoch **keine Anhaltspunkte erkennbar**, die einer **Begrenzung des Ausübungsbereichs einer Grunddienstbarkeit auf Annex-Sondereigentum entgegenstehen** würden. Denn dieses unterscheidet sich von „klassischen“ Sondereigentum ausschließlich dadurch, dass es zu einem Sondereigentum gehören muss, welches die wirtschaftliche Hauptsache bildet (vgl. den Wortlaut von § 3 Abs. 2 WEG). Auswirkungen auf den Ausübungsbereich einer Grunddienstbarkeit hat dies aber nicht. Denn wie unter Ziff. 3. a) ausgeführt ist für die Zulässigkeit der Belastung einer einzelnen Wohnungs- oder Teileigentumseinheit mit einer Grunddienstbarkeit allein entscheidend, dass sie allein die aus dem Sondereigentum fließenden Rechte des Wohnungseigentümers beschränkt. Das ausschließliche Betretungsrecht steht dem Wohnungseigentümer aber unabhängig davon zu, ob es sich um Annexsondereigentum handelt oder einen anderen Bereich seines Sondereigentums betrifft, da dem Sondereigentümer hinsichtlich des Annex-Sondereigentums nicht weniger Befugnisse zustehen als für den übrigen Teil seines Sondereigentums. Für die Zulässigkeit der Begrenzung der Grunddienstbarkeit auf Annex-Sondereigentum spricht aus unserer Sicht auch, dass der BGH in seiner Grundsatzentscheidung vom 20.3.2020 – V ZR 317/18 (DNotZ 2021, 37) – entgegen der in der Vergangenheit überwiegend vertretenen Ansicht (vgl. BayObLG DNotZ 1998, 125; BayObLG DNotZ 1990, 496, 497 m. w. N.; OLG Düsseldorf DNotZ 1988, 31; OLG Zweibrücken MittBayNot 1999, 378; OLG Schleswig ZWE 2012, 42; MünchKommBGB/Commichau, 8. Aufl. 2020, § 10 WEG Rn. 35) – die Bestellung einer Dienstbarkeit für zulässig erklärt hat, deren Ausübungsbereich sich (ausschließlich) auf eine Sondernutzungsfläche erstreckt, die dem belasteten Sondereigentum zugeordnet ist. Hieraus folgt nach unserer Auffassung, dass erst recht eine Begrenzung des Ausübungsbereichs einer Grunddienstbarkeit auf Annex-Sondereigentum zulässig sein muss.

4. Ergebnis

Seit Inkrafttreten des WEMoG ist die Erstreckung des Sondereigentums auf Freiflächen möglich. Die Eintragung im Grundbuch setzt jedoch voraus, dass diese im Aufteilungsplan durch so exakte Maßangaben bezeichnet werden, dass sich hierdurch der räumliche Bereich des Sondereigentums bestimmen lässt. Diesen Anforder-

rungen werden aus unserer Sicht weder reine Flächenangaben gerecht, die neben den dem Sondereigentum zugeordneten Flächen auch bebauten Flächen umfassen, noch eine optische Kennzeichnung des Bereichs durch farbliche Markierung / Schraffierung. Bei Einhaltung dieser Anforderungen ist aber nach unserer Auffassung auch die Belastung einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit mit einem Wegerecht zugunsten einer anderen Wohnungs- oder Teileigentumseinheit möglich, deren Ausübungsbereich sich auf eine im Sondereigentum stehende Freifläche beschränkt.

BGB § 2346

Wirksamkeit eines Pflichtteilsverzichts gegenüber dem erstversterbenden Elternteil; Scheidung der Eltern; stillschweigende Vereinbarung einer auflösenden Bedingung

I. Sachverhalt

Zwei Kinder haben gegenüber ihren Eltern formwirksam auf ihren Pflichtteil verzichtet. Darin heißt es:

„ ... verzichtet hiermit unwiderruflich und vorbehaltlos gegenüber ihren Eltern auf den Tod des ersten Ehegatten auf ihr gesetzliches Pflichtteilsrecht. (...)

Durch diesen Verzicht, der auf den Pflichtteil beschränkt ist, bleibt zwar die gesetzliche Erbfolge bestehen, es steht den Eheleuten... aber frei, eine beliebige Verfügung von Todes wegen zu errichten, ohne dass für die Verzichtende oder deren Abkömmlinge daraus Pflichtteilsansprüche erwachsen können.“

Die Wirksamkeit der Pflichtteilsverzichte wird nach dem Wortlaut der Urkunden an keinerlei Bedingungen geknüpft, also nicht daran, dass der Verzichtende letztlich Schlusserbe wird oder sein Erbeil nicht durch Pflichtteilsansprüche Dritte gemindert wird.

Die Ehe der Eltern ist nun rechtskräftig geschieden worden, das Ehegattenerbrecht entfällt. Einer der Eheleute will neu testieren.

II. Fragen

1. Gilt der Pflichtteilsverzicht der Kinder gegenüber ihren Eltern nach Scheidung der Ehe fort, wenn die Erklärung keine entsprechende ausdrückliche auflösende Bedingung enthält?

2. Kann sich eine auflösende Bedingung durch Auslegung der in der Urkunde verwendeten Formulierungen oder aus dem Gesamtzusammenhang ergeben?

III. Zur Rechtslage

1. Zulässige Bedingtheit von Pflichtteilsverzichtsverträgen

Ein **Pflichtteilsverzichtsvertrag** (vgl. § 2346 Abs. 2 BGB) kann nach allgemeiner Auffassung zulässigerweise **unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung vereinbart** werden. Dies führt im Falle der aufschiebenden Bedingung oder Befristung dazu, dass die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung erst ab Eintritt der Bedingung oder Befristung eintritt, bzw. im Falle der auflösenden Bedingung oder Befristung dazu, dass die abhängig gemachte Wirkung mit deren Eintritt endet.

Ein Pflichtteilsverzichtsvertrag kann demgemäß auch zulässigerweise unter der aufschiebenden bzw. auflösenden Bedingung vereinbart werden, dass er **nur zugunsten eines Dritten** (bspw. des Ehegatten oder der anderen Abkömmlinge) **abgegeben** wird (vgl. J. Mayer, ZEV 2000, 263, 266). Klassisches Beispiel für einen solchen bedingten Pflichtteilsverzicht stellt der auch hier vorliegende „Pflichtteilsverzicht gegenüber dem Erstversterbenden“ dar. Dort wird häufig bestimmt, dass der Pflichtteilsverzicht entfällt, wenn der überlebende Elternteil nicht Alleinerbe nach dem erstversterbenden Elternteil wird (vgl. G. Müller, in: Schlitt/Müller, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2017, § 10 Rn. 77).

Eine Alternative zur Absicherung der Abkömmlinge durch „relativen Pflichtteilsverzicht“ besteht darin, dass die Wirksamkeit des Verzichts daran geknüpft wird, dass der Verzichtende tatsächlich auch Schlusserbe nach dem Tod beider Elternteile wird (vgl. J. Mayer, ZEV 2000, 263, 265: „Dieser Pflichtteilsverzicht ist nur wirksam, wenn der Verzichtende nach dem Tod beider Elternteile auch ihr alleiniger Erbe wird.“). Eine andere Lösung der Verknüpfung besteht darin, dass der Erbvertrag der Ehegatten mit einem Pflichtteilsverzicht der Kinder dahingehend kombiniert wird, dass im Falle der Auflösung der Ehe der Ehegatten vor dem Tod des zuerst Versterbenden alle in der Urkunde getroffenen Verfügungen von Todes wegen sowie alle sonstigen Rechtsgeschäfte in der Urkunde unwirksam werden (so BeckOF-Vertrag/Egerland, Std.: 1.9.2021, Formular 5.1.5 Erbvertrag von Ehegatten und Kindern mit integriertem Pflichtteilsverzicht).

2. Wirksamkeitsbeschränkungen im vorliegenden Fall

Im vorliegenden Fall enthält die Urkunde keine entsprechenden Einschränkungen der Wirksamkeit des Pflichtteilsverzichts.

Auch die beiden gesetzlichen **Auslegungsregeln des § 2350 Abs. 1 und 2 BGB** zum sog. relativen Erbverzicht (Erbverzicht zugunsten eines anderen, Abs. 1 sowie Verzicht eines Abkömmlings auf sein gesetzliches Erbrecht, Abs. 2) **gelten** nach allg. Ansicht **nicht für den reinen Pflichtteilsverzichtsvertrag** (vgl. nur BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.8.2021, § 2350 Rn. 2). Dies wird damit begründet, dass der reine Pflichtteilsverzicht (anders als der Erbverzicht nach § 2310 S. 2 BGB) keinen Einfluss auf die Erb- und Pflichtteilsrechte anderer zeitige und deshalb nicht i. S. d. § 2350 Abs. 1 BGB zugunsten eines anderen abgegeben werden könne (Staudinger/Schotten, BGB, 2016, § 2350 Rn. 5).

Allerdings ist des Weiteren anerkannt, dass beim reinen Pflichtteilsverzicht durch ausdrückliche Vereinbarung einer Bedingung der Verzicht dahingehend eingeschränkt werden kann, dass nur bestimmte Erben von der Pflichtteilslast befreit sein sollen (vgl. BeckOGK-BGB/Everts, Std.: 1.9.2021, § 2350 Rn. 3).

3. Auslegung der vorliegenden Formulierung

Auch wenn damit feststeht, dass bei einem reinen Pflichtteilsverzichtsvertrag die „Relativität“ nicht kraft Gesetzes gilt und es insoweit an einer ausdrücklichen Regelung der Urkunde fehlt, so lässt sich nicht ausschließen, dass gleichwohl eine entsprechende Bedingtheit des Pflichtteilsverzichts gewünscht war. Eine solche **Bedingtheit** ließe sich u. E. auch **im Wege einer Auslegung** der in der Urkunde verwendeten Formulierungen bzw. aus dem Gesamtzusammenhang **herleiten**. Zu denken wäre hieran beispielsweise dann, wenn der Pflichtteilsverzicht mit einer erbvertraglichen Regelung im Sinne der Einheitslösung verbunden war bzw. in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem Pflichtteilsverzichtsvertrag ein gemeinschaftliches Testament zustande gekommen ist, auf das möglicherweise in dem Pflichtteilsverzichtsvertrag Bezug genommen worden ist.

Auch in der Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine **Bedingung oder Befristung** des Pflichtteilsverzichts nicht ausdrücklich formuliert werden muss, sondern auch **stillschweigend vereinbart** worden sein kann, was sich bspw. aus einer Gesamtwürdigung der in den notariellen Verträgen von den Parteien abgegebenen Erklärungen herleiten lassen kann. So hat bspw. das OLG München (MittBayNot 2015, 240) dem im Grundstücksüberlassungsvertrag enthaltenen Pflichtteilsverzicht der weichenden Geschwister eine auflösende Bedingung für den Fall der im Überlassungsvertrag vorbehaltenen Rückforderung des Grundbesitzes entnommen. Das OLG München (MittBayNot 2015, 240)

ging folglich davon aus, dass zwischen den Beteiligten eine auflösende Bedingung des Pflichtteilsverzichts konkludent vereinbart war für den Fall der Rückübertragung aufgrund des in der Urkunde vorbehaltenen Rückforderungsrechts.

Auch in der vorliegenden Konstellation ist es daher aus unserer Sicht auf Basis der bisherigen Rspr. **nicht ausgeschlossen**, die **Vereinbarungen** zwischen den Beteiligten dahingehend auszulegen, dass sie **nur für den Fall des wirksamen Fortbestands der Ehe Bestand** haben sollten. Dies gilt auch im Hinblick darauf, dass auf das gesetzliche Pflichtteilsrecht auf den Tod des ersten Ehegatten (nicht: Elternteils) verzichtet worden ist.

Im Hinblick darauf, dass die Ehegatten vorliegend zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch keine Verfügung von Todes wegen errichtet hatten und im Pflichtteilsverzichtsvertrag betont worden ist, dass es den Eheleuten aufgrund des Verzichts frei stehe, eine beliebige Verfügung von Todes wegen zu errichten, tendieren wir jedoch zur Annahme, dass der Pflichtteilsverzicht nicht unter bestimmten Bedingungen, insbesondere nicht der Bedingung des Fortbestands der Ehe, vereinbart werden sollte. Diese Annahme wird u. E. auch gestützt durch den Umstand, dass der Pflichtteilsverzicht explizit „vorbehaltslos“ gegenüber den Eltern erklärt worden ist.

Letztlich handelt es sich hierbei aber um eine **Auslegungsfrage**, die ein zur Entscheidung berufenen Gericht aufgrund tatsächlicher Feststellungen anders beurteilen könnte, so dass für die Praxis eine gewisse Rechtsunsicherheit verbleibt, solange der Verzicht nicht einvernehmlich aufgehoben wird.

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 §§ 656c, 656d

Analoge Anwendung von § 656d Abs. 1 S. 2 BGB auf eine vereinbarte Doppeltätigkeit des Maklers
Abruf-Nr.:

GmbHG §§ 10 Abs. 1 S. 1, 6, 39; HRV §§ 43 Nr. 4 S. 1 lit. b, 40, 17; FamFG § 395; HGB § 8; BGB § 12 Eintragung des Namens des Geschäftsführers im Handelsregister; Zulässigkeit von Namenszusätzen; Löschung von Namenszusätzen; Namenszusatz „junior“ oder „senior“; Anmeldung einer Namensänderung; Amtslöschung

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB § 2353

Keine Angabe des Berufungsgrunds im Erbschein

Im Erbschein ist der Berufungsgrund grundsätzlich auch dann nicht anzugeben, wenn dies beantragt ist.

BGH, Beschl. v. 8.9.2021 – IV ZB 17/20

Problem

Mit notariellem gemeinschaftlichen Testament aus dem Jahr 1982 hatten sich die Erblasserin und ihr Ehemann gegenseitig als Alleinerben sowie ihre Kinder (in diesem Verfahren die Beteiligten) als Erben zu gleichen Teilen nach dem Überlebenden eingesetzt. Im Jahr 1984 verstarb der Ehemann. Die Erblasserin errichtete 2015 ein weiteres notarielles Testament. Danach sollte es grundsätzlich bei der hälftigen Erbeinsetzung der Beteiligten verbleiben. Es wurden allerdings detaillierte Regelungen zur Auseinandersetzung festgelegt. Der Beteiligte zu 1.) ist der Auffassung, dass die Erblasserin 2015 testierunfähig war und beantragte einen Erbschein dahingehend, dass er aufgrund des Testaments von 1982 hälftiger Miterbe geworden ist. Das Nachlassgericht ist der Auffassung, der Berufungsgrund in Form der konkreten letztwilligen Verfügung sei im Erbschein nicht anzugeben. Aufgrund beider Testamente seien die Beteiligten hälftige Miterben geworden. Die gegen diese Entscheidung eingelegte Beschwerde blieb ohne Erfolg.

Entscheidung

Der BGH bestätigt die Entscheidung des Beschwerdegerichts. Gemäß § 2353 BGB sei dem Erben auf seinen Antrag hin ein Zeugnis **über sein Erbrecht**, d. h. darüber, dass der im Erbschein so Bezeichnete Erbe ist, und (ggf.) über die Größe des Erbteils zu erteilen; außerdem sind Anordnungen zu nennen, die den Erben beschränken, vgl. § 2365 BGB. Eine Angabe des Berufungsgrundes sehe der Gesetzeswortlaut dagegen nicht vor. Er sei daher grundsätzlich nicht in den Erbschein aufzunehmen. Eine **Aufnahme des Berufungsgrundes** komme **nur** in Betracht, **wenn dies zur Angabe des Umfangs des Erbrechts notwendig** sei. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus § 352 FamFG. Dort sei nur

der Inhalt des Antrags, nicht aber der Inhalt des Erbscheins geregelt. Auch § 35 Abs. 1 S. 1 GBO mache die Angabe des Berufungsgrunds nicht erforderlich. Als Grundlage der Eintragung der Erben als Eigentümer sei im Grundbuch nur der „Erbschein“ und nicht die zugrundeliegende letztwillige Verfügung anzugeben.

Offen gelassen hat der BGH ausdrücklich, ob ein Antragsteller seinen Erbscheinsantrag mit Bindungswirkung für das Nachlassgericht auf eines von mehreren Testamenten, aus denen sich die Erbfolge ergeben könnte, beschränken kann. Darauf kam es vorliegend nicht an, da die Erbfolge im zweiten Testament nicht geändert worden war.

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessorin Dr. Ricarda Lotte

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 577 – Mietervorkaufsrecht bei fehlender Kongruenz von Wohnräumen und mitverkauften Nebenräumen (hier: Garage)

UmwG §§ 152, 155, 126 Abs. 2 S. 3; HGB § 31 Abs. 2 S. 1 – Ausgliederung aus dem Vermögen des Einzelkaufmanns zur Aufnahme durch eine GmbH & Co. KG; Teilausgliederung; Herausnahme eines Vermögensgegenstands; Entwidmung; automatisches Erlöschen der Firma des Einzelkaufmanns; Anmeldung des Erlöschens

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 249, 280 Abs. 1 – Maklerprovision und Grunderwerbsteuer als ersatzfähiger Schaden

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 577

Mietervorkaufsrecht bei fehlender Kongruenz von Wohnräumen und mitverkauften Nebenräumen (hier: Garage)

I. Sachverhalt

Ein vermietetes Mehrfamilienwohnhaus mit separater Garagenanlage soll nach den Bestimmungen des WEG in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt und einzelne Sondereigentumseinheiten anschließend an Kapitalanleger veräußert werden. Die Kaufverträge umfassen dabei jeweils eine Wohnung und eine Garage, wobei man sich hier nicht an den Mietverhältnissen orientiert, sondern es durchaus so sein kann, dass zum Zeitpunkt des Verkaufs die Wohnung an den Mieter A und die Garage an den Mieter B vermietet ist. Soweit bekannt, bestehen einheitliche Mietver-

träge, d. h. mit jeder Wohnung ist auch eine Garage vermietet.

II. Fragen

1. Kann der Mieter A (an den die Wohnung vermietet ist) bei Ausübung seines Vorkaufsrechts auch die Garage (separate Teileigentumseinheit) miterwerben, obwohl die Garage nicht an ihn vermietet ist? Hilfsweise: Kann er die Mit-Veräußerung „seiner“ Garage, d. h. die Garage, die er angemietet hat (und die gemäß Erst-Kaufvertrag nicht veräußert wurde) bei Ausübung seines Vorkaufsrechts verlangen?

2. Hat der Mieter B (der Garage) ein Vorkaufsrecht beim Verkauf „seiner“ Garage, auch wenn seine Wohnung nicht veräußert wird?

3. Wenn beide Fragen mit ja beantwortet werden, welcher Mieter erhält die Garage?

III. Zur Rechtslage

1. Voraussetzung eines einheitlichen Mietvertrags

Im Folgenden wird unterstellt, dass hier ein einheitli-

cher Mietvertrag über Wohnung und Garage vorliegt. Ein einheitlicher Mietvertrag ist Voraussetzung für die Erstreckung des Mietvorkaufsrechts auf die Garage. Denn bestünde hinsichtlich der Garage ein selbstständiger Mietvertrag, fehlte es an dem für das Mietvorkaufsrecht nach § 577 BGB erforderlichen Tatbestandsmerkmal der „vermieteten Wohnräume“ (MünchKommBGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, BGB § 577 Rn. 4; Wirth, NZM 1998, 390).

2. Mietvorkaufsrecht bei fehlender Deckungsgleichheit von verkauften und vermieteten Wohnräumen und Garage

Rechtsprechung zu der vorliegenden Fallkonstellation konnten wir auch nach vertiefter Recherche nicht finden. In der Literatur wird das Problem dagegen behandelt, wobei es hier darum geht, den Konflikt zwischen dogmatischer Strenge (nämlich dem Verweis des Vorkaufsrechts streng auf den Gegenstand des Kaufvertrags und der darin Ausdruck findenden Eigentumsfreiheit des Vermieters) mit dem sozialen Aspekt des Mietvorkaufsrechts (gerade auch in Umgehungsfällen, z.B. bei willkürlicher Aufteilung) zu lösen. Es müssen dabei verschiedene Fallgruppen unterschieden werden.

a) Verkauft und vermietet sind dieselbe Wohnung und dieselbe Garage

Unproblematisch und nachfolgend nicht näher erörtert wird der Fall, dass genau die Wohnung und genau die Garage veräußert werden, die ein Mieter angemietet hat; in diesem Fall erstreckt sich das Vorkaufsrecht auch hierauf (vgl. Wirth, NZM 1998, 390, 390).

b) Vermietet sind eine Wohnung und eine Garage, verkauft wird nur die Wohnung

In diesem Fall ist zunächst unstreitig, dass sich das Mietvorkaufsrecht auf die Wohnung erstreckt. Auf Gegenstände, die nicht Gegenstand des Kaufvertrags mit dem Dritten sind, erstreckt sich das Vorkaufsrecht dagegen grundsätzlich nicht (MünchKommBGB/Häublein, § 577 Rn. 16).

Zwar wird auch hier teilweise angenommen, § 242 BGB verpflichte den Vermieter/Verkäufer, dem Mieter zu einer Garage zu verhelfen. Dies soll jedoch nur in Ausnahmefällen so weit gehen, dass der Mieter eine andere Aufteilung des Wohnungseigentums verlangen könne (für Missbrauchsfälle Wirth, NZM 1998, 390, 391; ihm folgend Bachmayer, BWNotZ 2004, 25, 29). In Betracht kommt hier im Wesentlichen eine missbräuchliche Aufteilung durch den Eigentümer, der den Wohnungen keine Garagen zuweist, um die Mieter von der Ausübung des Vorkaufsrechts abzuhalten. Im

Normalfall ist ein solcher Anspruch auf Neuaufteilung dagegen nicht anzunehmen. Ein solcher Anspruch lässt sich auch nicht mehr unter den Wortlaut „Vorkauf“ subsumieren, da die Garage gerade nicht verkauft wird. Würde man einen solchen Anspruch annehmen, wäre dies ein erheblicher Eingriff in die Sphäre des Eigentümers, da dieser dann nicht mehr frei entscheiden könnte, ob er die Garage nicht behalten (und z. B. ggf. erst später veräußern) möchte. Auch der Sinn des § 577 BGB, der die Verdrängung des Mieters gerade aus den Wohnräumen vermeiden will, deckt diese Erweiterung nicht (streng auch BeckOGK-BGB/Klühs, Std.: 1.10.2021, § 577 Rn. 8.3; Baer, NotBZ 2015, 121, 124 und 126 f., der auf den hinreichenden Schutz durch Kündigungsschutzvorschriften nach § 577a BGB verweist).

Es verbleibt daher beim Vorkaufsrecht nur an der Wohnung.

c) Vermietet ist eine Wohnung, verkauft wird diese Wohnung und eine Garage

Ist nur eine Wohnung vermietet, wird aber auch eine Garage mitverkauft, ist die erste Frage, ob es sich bei beiden um separate Einheiten handelt (ein Wohnungs- und ein Teileigentum) oder ob die Garage (bzw. ein Stellplatz) der Wohnung zugeordnet ist (also Wohnung und Garage *eine* Sondereigentumseinheit bilden).

aa) Wohnungs- und separates Teileigentum

Handelt es sich um separate Einheiten, wird der Fall überwiegend über die allgemeinen Regeln zum Vorkaufsrecht gelöst, da § 467 BGB diesen Fall bereits regelt (Wirth, NZM 1998, 390, 391; Bachmayer, BWNotZ 2004, 25, 29; Schmidt-Futterer/Blank, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 577 BGB Rn. 13; BeckOGK-BGB/Klühs, § 577 Rn. 8.4; MünchKommBGB/Häublein, § 577 Rn. 26). Grundsätzlich bezieht sich das Vorkaufsrecht nur auf die Wohnung zu einem entsprechend § 467 S. 1 BGB geminderten Preis; der Verkäufer kann unter den Voraussetzungen des § 467 S. 2 BGB jedoch verlangen, dass die Garage miterworben wird.

Teilweise wird in diesem Miterwerbsverlangen eine unzulässige Aushöhlung des Vorkaufsrechts des Mieters gesehen, weil der Mieter u. U. kein Interesse am Stellplatz hat (Brambring, ZAP 1993, 963, 968). Dies ist u. E. so pauschal nicht zutreffend. Es ist zu beachten, dass § 467 S. 2 BGB bereits eine Lösung im Einzelfall ermöglicht; u. E. kann bei der Bestimmung des Tatbestandsmerkmals „Nachteil“ für den Verkäufer auch der Zweck des Vorkaufsrechts des Mieters mitberücksichtigt werden. Im Ergebnis dürfte eine Abwägung sachgerecht sein, die

auch die Verwertungsinteressen des Vermieters (diese betonend Wirth, NZM 1998, 390, 391) berücksichtigt.

Nach anderer Ansicht soll der Mieter nicht nur unter den Voraussetzungen des § 467 S. 2 BGB verpflichtet, sondern auch unabhängig davon berechtigt sein, das Vorkaufsrecht auch für die Garage auszuüben (so wohl Staudinger/Rolfs, BGB, 2021, § 577 Rn. 30; Soergel/Heintzmann, BGB, 13. Aufl. 2007, § 577 Rn. 5). Dies dürfte jedoch dogmatisch nicht fundiert sein. Die Räume sind weder vom Mietvertrag umfasst noch Wohnräume im Sinn des § 577 BGB (MünchKommBGB/Häublein, § 577 Rn. 26; Baer, NotBZ 2015, 121, 127 f.).

Aus unserer Sicht kann diese Konstellation über § 467 BGB befriedigend gelöst werden.

bb) Wohnung und Garage bilden eine Sondereigentumseinheit

Bilden Wohnung und Garage eine Sondereigentumseinheit, gibt es drei Möglichkeiten:

- Entweder besteht ein Anspruch gegen den Eigentümer, die Einheiten anders aufzuteilen. Dies ist mit den oben genannten Argumenten für die ganz überwiegende Anzahl der Fälle abzulehnen (siehe b.).

- Oder es besteht kein Vorkaufsrecht, weder an der Wohnung noch an der Garage. Dies lässt sich zwar damit begründen, dass Gegenstand von Verkauf und Vermietung nicht identisch sind (Baer, NotBZ 2015, 121, 128). Allerdings würde dann die WEG-rechtliche Zuordnung nicht angemieteter Räume bzw. Flächen die Ausübung des Mietervorkaufsrechts verhindern (BeckOGK-BGB/Klühs, § 577 Rn. 8.4). Dies wäre mit dem sozialen Aspekt des Mietervorkaufsrechts kaum zu vereinbaren.

- Am überzeugendsten ist daher die dritte Lösung, auf die Wohnung als Hauptgegenstand abzustellen und das Vorkaufsrecht daher auch auf die Nebenräume zu erstrecken (so auch BeckOGK-BGB/Klühs, § 577 Rn. 8.4). Dies entspricht im Übrigen wirtschaftlich auch der oben unter aa) gefundenen Lösung, wenn ein Mieterverlangen nach § 467 S. 2 BGB berechtigt ist, mit dem Unterschied, dass der Mieter hier von vorneherein wüsste, auf was er sich einlässt.

d) Verkauf und vermietet sind dieselbe Wohnung und eine gleiche (aber nicht dieselbe) Garage

Wird eine Wohnung mit einer Garage verkauft, die nicht der Mieter der Wohnung angemietet hat, die aber gleichartig ist (so verstehen wir den Sachverhalt), entsteht im Ausgangspunkt nur ein Vorkaufsrecht des Wohnraum-, nicht des Garagenmieters. Nur für den

Wohnraummieter ist der Tatbestand des § 577 BGB erfüllt.

Bei dieser Fallgruppe handelt es sich um eine Unterfallgruppe der vorstehend unter b) diskutierten Fallgruppe, bei der lediglich der Mieter zudem eine Garage gemietet hat, die allerdings *per se* mit dem Kaufvertrag nichts zu tun hat. An und für sich würde man bei Anwendung der vorgenannten Ergebnisse dazu kommen, dass ein Vorkaufsrecht des Mieters an der Garage auch hier im Ausgangspunkt und bei sachenrechtlicher Trennbarkeit von Wohnung und Garage nicht besteht, sondern der Erwerb allenfalls vom Verkäufer nach § 467 S. 2 BGB verlangt werden kann.

aa) Vorherrschende Literaturansicht

Nach einer (in der Literatur wohl vorherrschenden) Ansicht wird jedoch für diese Sonderkonstellation eine Ausnahme gemacht. Das Vorkaufsrecht des Mieters der Wohnräume soll in diesem Fall auch auf die mitverkaufte Garage erstreckt werden. Dies wird als zwar nicht dogmatisch zwingende, aber „pragmatische“ Lösung bezeichnet, die jedenfalls besser sei als die andere denkbare Lösung, den Eigentümer zu einer abweichenden Aufteilung zu verpflichten. Vom Eigentümer eine Aufteilung entsprechend der Mietverträge zu verlangen, würde unnötig weit in dessen Rechte eingreifen, während eine Wohnung ohne Stellplatz gerade in Ballungsräumen das Mietervorkaufsrecht aushöhlen kann. Dieser zwischen den Interessen des Mieters und des Eigentümers gefundene Kompromiss wird, soweit ersichtlich, weitgehend anerkannt, sofern diese (Sonder-)Konstellation diskutiert wird (Wirth, NZM 1998, 390; Bachmayer, BWNotZ 2004, 25, 29; BeckOGK-BGB/Klühs, § 577 Rn. 8.2). Ist die Garage bereits an einen anderen Mieter vermietet, dürfte nach allgemeinen Regeln § 566 BGB anwendbar sein.

bb) Ansicht von Baer

Eine strengere Ansicht vertritt (auch) zu dieser Fallgruppe explizit vor allem Baer (NotBZ 2015, 121, 127 f.). Dieser wendet die für b) gefundenen Ergebnisse auch hier an und kommt so zu dogmatisch stringenten Ergebnissen. Aus seiner Sicht besteht kein Anspruch des Mieters darauf, Flächen zu erwerben, die er nicht gemietet hat. Geschützt von § 577 BGB sei nur die Wohnnutzung, das Mietervorkaufsrecht könne keine „subjektive Lebensqualitätsgarantie“ leisten. Eine Erstreckung könne ohnehin nur bei annähernd gleichen Nebenräumen erfolgen, wobei ein weiches Abgrenzungskriterium neue Fragen aufwerfe (tatsächlich wird von der überwiegenden Auffassung hier teilweise ein Wahlrecht eingeräumt, BeckOGK-BGB/Klühs, § 577 Rn. 8.2).

cc) Stellungnahme

An der Ansicht von *Baer* besticht zunächst die dogmatische Stringenz der Begründung. Allerdings ist aus unserer Sicht zu beachten, dass ein mit der Angelegenheit befasstes Gericht vermutlich auch auf die soziale Seite des Mietervorkaufsrechts abstellen würde. Gerade in Ballungsräumen kann eine Wohnung ohne Stellplatz für den Mieter deutlich weniger attraktiv sein, sodass das Mietervorkaufsrecht ausgehöhlt würde. Die Verweigerung von Stellplätzen kann zudem für böswillige Vermieter eine Stellschraube sein, um missbräuchlich die Ausübung von Vorkaufsrechten zu vereiteln. Wenn Mieter A etwa Wohnung A und Garage A gemietet hätte und Mieter B die entsprechenden Räume B, könnte der Veräußerer Wohnung A mit Garage B und Wohnung B mit Garage A verkaufen, wodurch keiner der beiden Mieter eine Garage erwerben könnte, obwohl die Rechtsprechung grundsätzlich die Erstreckung des Mietervorkaufsrechts auch auf Nebenräume gerade bejaht. In der hier unter d) diskutierten Konstellation liegt eine Lösung im Sinn des Mietervorkaufsrechts deswegen besonders nahe, weil bei „gleichen“, d. h. zumindest vergleichbaren, Garagen die Freiheit des veräußernden Eigentümers, sein Eigentum zu verwerten, nicht übermäßig angegriffen wird. Er wird gerade nicht gezwungen, eine von seiner ursprünglich geplanten Einteilung abweichende Unterteilung vorzunehmen oder andere Gegenstände zu verkaufen als er ursprünglich beabsichtigt hat (dies ist der Ansatz der „mieterfreundlichen“ Auslegung in Fallgruppe b). Zugleich steht eine pragmatische Lösung im Interesse des Mieters bereit, die sein (von der Rechtsprechung im Grundsatz anerkanntes) Interesse am Erwerb auch von Nebenräumen (hierin liegt der Unterschied zur Konstellation oben c) berücksichtigt.

dd) Ergebnis

Aus unserer Sicht dürfte es in dieser Konstellation die sicherere Annahme sein, vom Bestehen eines Vorkaufsrechts auszugehen, das entsprechend der überwiegenden Literaturauffassung konstruiert ist. Da die Konstellation durch die Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt ist, verbleibt hier allemal eine Rechtsunsicherheit.

3. Ergebnis

Die vorstehend skizzierten Ergebnisse zeigen, dass nach Fallgruppen zu differenzieren ist. Für den aufgeworfenen Fall, dass Mieter A der Wohnung auch eine Garage gemietet hat, nun aber mit seiner Wohnung eine andere (vergleichbare) Garage verkauft wird, besteht daher nach überwiegender und u. E. letztlich auch überzeugender Ansicht ein Vorkaufsrecht auch für die verkaufte Garage. Er kann nicht stattdessen die Mitveräußerung

der an ihn vermieteten Garage verlangen. Ein Vorkaufsrecht für den Mieter B der Garage entsteht in diesem Fall nicht, da § 577 BGB immer auf die vermieteten Wohnräume abstellt (vgl. auch Wirth, NZM 1998, 390, 390). Mieter B hat daher kein Vorkaufsrecht, solange nicht die von ihm angemieteten Wohnräume veräußert werden.

UmwG §§ 152, 155, 126 Abs. 2 S. 3; HGB § 31 Abs. 2 S. 1

Ausgliederung aus dem Vermögen des Einzelkaufmanns zur Aufnahme durch eine GmbH & Co. KG; Teilausgliederung; Herausnahme eines Vermögensgegenstands; Entwicklung; automatisches Erlöschen der Firma des Einzelkaufmanns; Anmeldung des Erlöschens

I. Sachverhalt

Ein Einzelkaufmann will sein Einzelunternehmen zur Aufnahme durch eine bestehende GmbH & Co. KG ausgliedern. Der Einzelkaufmann ist zugleich einziger Kommanditist der KG und einziger Gesellschafter der Komplementär-GmbH. Im Zuge der Ausgliederung soll seine Kommanditeinlage aufgestockt werden.

Im Ausgliederungsvertrag wird eine Beteiligung an einer verbundenen GmbH vom auszugliedernden Vermögen ausgenommen. Dazu findet sich der Hinweis, dass eine zivilrechtliche Übertragung der Beteiligung für die Zuordnung zum steuerlichen Sondervermögen des Ausgliedernden nicht erforderlich sei, da im Übrigen Personenidentität zwischen dem Einzelkaufmann und dem GmbH-Gesellschafter bestehe.

II. Fragen

1. Wird das Erlöschen der Firma des Einzelkaufmanns im Handelsregister auch dann eingetragen, wenn durch die Ausgliederung nicht das gesamte Vermögen des Einzelkaufmanns auf die GmbH & Co. KG übertragen wird, sondern ein Vermögensgegenstand – unter Zuordnung zum Privatvermögen – beim Einzelkaufmann verbleibt?

2. Ist die beabsichtigte Ausgliederung als Gesamtheit gem. § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG möglich, obwohl ein Vermögensgegenstand des Einzelkaufmanns von der Gesamtübertragung ausgenommen wird?

3. Lautet die Handelsregisteranmeldung trotz Herausnahme eines Vermögensgegenstands dennoch darauf, dass im Wege der Ausgliederung zur Aufnahme gem. § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG das gesamte Vermögen der

Einzelfirma als Gesamtheit auf die GmbH & Co. KG als übernehmenden Rechtsträger übertragen wurde?

4. Soweit nicht sämtliche Gegenstände des Einzelkaufmanns übertragen werden: Ist zusätzlich zur Schlussbilanz eine Ausgliederungsbilanz aufzustellen, um zu dokumentieren, welcher Vermögensgegenstand nicht mitübergehen soll, obwohl dieser Vermögensgegenstand im Ausgliederungsvertrag selbst konkret benannt wird?

III. Zur Rechtslage

1. Zulässigkeit der Gesamt- oder Teilausgliederung

Gem. § 152 S. 1 UmwG kann ein eingetragener Einzelkaufmann sein Unternehmen oder „Teile desselben“ zur Aufnahme dieses Unternehmens oder dieser Teile des Unternehmens durch eine Personenhandelsgesellschaft ausgliedern. Das Gesetz lässt es damit zugleich ausdrücklich zu, dass Teile des Unternehmens beim Einzelkaufmann verbleiben (Mayer, in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Std.: 3/2020, § 152 UmwG Rn. 61). Dabei ist der **Einzelkaufmann weitgehend frei**, welche Gegenstände seines Vermögens er in den Ausgliederungsvertrag oder Ausgliederungsplan aufnimmt und welche nicht (Mayer, § 152 UmwG Rn. 59; Böttcher, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, Umwandlungsrecht, 2. Aufl. 2019, § 152 UmwG Rn. 25). Grundsätzlich kann er beliebig einzelne Aktiva und Passiva zurückbehalten (Lutter/Karollus/M. T. Schwab, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 152 Rn. 37).

Bestimmen lässt sich der Ausgliederungsumfang sowohl durch positive wie durch negative Aufzählung, im zweiten Fall also durch eine Aufzählung der *nicht* erfassten Vermögensgegenstände (Böttcher, § 152 UmwG Rn. 25; Lutter/Karollus/M. T. Schwab, § 152 Rn. 37). Die Aufstellung einer **Ausgliederungsbilanz** (zu unterscheiden von der Schlussbilanz) ist **nicht erforderlich**, und sie allein genügt auch nicht, um die auszugliedernden Gegenstände bestimmbar zu machen (vgl. auch OLG Hamm BeckRS 2010, 8022; Gutachten DNotI-Report 2019, 75, 76; Kallmeyer/Sickinger, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 126 Rn. 20). Eine konkrete (negative) Angabe im Ausgliederungsvertrag wäre daher ausreichend und sogar vorzugswürdig.

2. Vorliegender Fall

Die Einordnung der geplanten Ausgliederung als Gesamtausgliederung (auch Totalausgliederung genannt) oder Teilausgliederung hat für das Schicksal der Firma des Einzelunternehmens Bedeutung. Gem. § 155 S. 1 UmwG bewirkt eine **Gesamtausgliederung** nach § 131 UmwG das **Erlöschen der Firma** des Einzelkaufmanns. Dieses Erlöschen ist gem.

§ 155 S. 2 UmwG von Amts wegen in das Register einzutragen.

Die Firma des Einzelkaufmanns erlischt nicht gem. § 155 UmwG, solange auch nur ein unbedeutender Teil des Unternehmens beim Einzelkaufmann verbleibt (Lutter/Karollus/M. T. Schwab, § 155 Rn. 2; Kallmeyer/Sickinger, § 155 Rn. 3; Mayer, Std.: 4/2021, § 155 UmwG Rn. 4). Zu unterscheiden ist davon jedoch die Frage, ob bei einer **Teilübertragung** noch ein Gewerbe im kaufmännischen Umfang (vgl. § 1 HGB) beim Einzelkaufmann zurückbleibt. Ist dies nicht der Fall, so muss der Einzelkaufmann das Erlöschen der Firma gem. § 31 Abs. 2 S. 1 HGB beim Handelsregister anmelden (Kallmeyer/Sickinger, § 155 Rn. 6; BeckOGK-UmwG/Leitzen, Std.: 1.10.2021, § 155 Rn. 12). Insoweit richten sich die firmenrechtlichen Konsequenzen also nach allgemeinem Handelsrecht.

Im Rahmen des § 155 UmwG kann der Beteiligte einzelne Vermögensgegenstände dem unternehmerischen Zweck entziehen, sie also **entwidmen**. Dies **ändert nichts** an der Tatsache der **Gesamtausgliederung** (vgl. Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, UmwG/UmwStG, 9 Aufl. 2020, § 155 UmwG Rn. 2; BeckOGK-UmwG/Leitzen, § 155 Rn. 7). Umstritten ist jedoch, ob in der bloßen Nichtübertragung eine konkludente Entwidmung liegt, die zur Anwendung des § 155 UmwG führt (dafür: Lutter/Karollus/M. T. Schwab, § 155 Rn. 2; dagegen: Köln-KommUmwG/Simon, 2009, § 155 Rn. 4; Mayer, § 155 UmwG Rn. 5; Seulen, in: Semler/Stengel/Leonard, UmwG, 5. Aufl. 2021, § 155 Rn. 4; wohl offen Kallmeyer/Sickinger, § 155 Rn. 3; Böttcher, § 155 UmwG Rn. 3).

Empfehlungen in der Literatur gehen dahin, je nach Interessenlage der Beteiligten entsprechende Umwidmungsakte ausdrücklich vorzunehmen oder zu unterlassen und so die Anwendung des § 155 UmwG herbeizuführen oder zu vermeiden (Kallmeyer/Sickinger, § 155 Rn. 4; ähnl. Mayer, § 155 UmwG Rn. 6). Will der Beteiligte im vorliegenden Fall das automatische Erlöschen nach § 155 UmwG „sicherstellen“, dann kann er die Beteiligung an der GmbH ausdrücklich umwidmen, also seinem Privatvermögen zuordnen. Die Anmeldung lautet in diesem Fall dennoch „auf Gesamtausgliederung“. Ist (ohne Umwidmung) lediglich von einer Teilausgliederung auszugehen, so kommt es für die Anmeldung des Erlöschens gem. § 31 Abs. 2 S. 1 HGB darauf an, ob das beim Einzelunternehmer verbleibende Unternehmen noch ein Handelsgewerbe ausmacht. Davon dürfte beim Zurückbehalten einzelner Geschäftsanteile grundsätzlich nicht auszugehen sein. Folglich müsste nach allgemeinen Grundsätzen ebenfalls das Erlöschen eingetragen (aber eigenständig angemeldet) werden.

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.

AktG §§ 6, 23, 27, 33a, 182

Sachkapitalerhöhung bei der AG; Einlagefähigkeit von Kryptowährungen; Bewertung von Kryptowährungen

Abruf-Nr.:

BayBO Art. 47

Zweckentfremdung bei durch die Baugenehmigung geforderten Stellplätzen

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 249, 280 Abs. 1

Maklerprovision und Grunderwerbsteuer als ersatzfähiger Schaden

Kann sich der Käufer einer Immobilie aufgrund einer Pflichtverletzung des Verkäufers von dem Kaufvertrag lösen, stellen die von ihm an einen Makler gezahlte Provision und die von ihm entrichtete Grunderwerbsteuer ersatzfähige Schadensersatzpositionen dar; die Erstattungsansprüche gegen den Makler und den Fiskus sind entsprechend § 255 BGB an den Verkäufer abzutreten (Bestätigung von Senat, Urteil vom 5. März 1993 – V ZR 140/91, NJW 1993, 1703).

BGH, Urt. v. 24.9.2021 – V ZR 272/19

Problem

Der Beklagte verkaufte der Klägerin ein mit einem Wohnhaus und einem Betriebsgebäude bebautes Grundstück zu einem Kaufpreis von 710.000 €. Nach Vertragsschluss zahlte die Klägerin an die Maklerin eine Provision von 25.347 € sowie die vom Finanzamt festgesetzte Grunderwerbsteuer in Höhe von 23.800 €. In der Folgezeit focht die Klägerin den Kaufvertrag wirksam wegen arglistiger Täuschung an. Zwischen den Parteien ist im Rahmen der Revision lediglich noch streitig, ob die Maklerprovision und die Grunderwerbsteuer einen ersatzfähigen Schaden darstellen.

Entscheidung

Die Vorinstanz ging davon aus, dass ein Schadensersatzanspruch dem Grunde nach gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 1 u. 2, 241 Abs. 2 BGB bestehe. Der *Schadensumfang* erstreckte sich allerdings lediglich (neben der Rückzahlung des Kaufpreises aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB) auf die aufgewandten Notar- und Gerichtskosten. Bezüglich der Maklerprovision und der Grunderwerbsteuer fehle es an einem Schaden, da die wirksame Anfechtung den Provisionsanspruch der Maklerin entfallen lasse und die Grunderwerbsteuer gem. § 16 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG zurückverlangt werden könne. Ein Schaden könne nur vorliegen, wenn die Klägerin mit einem der Rückzahlungsansprüche ausfalle.

Diese Auffassung teilt der Bundesgerichtshof nicht. Grundsätzlich könne der Geschädigte auch Ersatz seiner im Vertrauen auf den Vertragsschluss getätigten Aufwendungen verlangen, wenn er – wie hier – an dem Vertrag nicht festhalte. Die von der Klägerin gezahlte Maklerprovision sowie die Grunderwerbsteuer stellten wegen der erfolgreichen Anfechtung nutzlose Aufwendungen und damit einen grundsätzlich ersatzfähigen Schaden dar. Die dem gegenüberstehenden Vorteile (Rückzahlungsansprüche) schlossen die Geltendmachung dieser Schadensposition nicht aus. Der Geschädigte habe grundsätzlich die Wahl, ob er die Schadensersatzansprüche oder alternativ die Rückforderungsansprüche gegen Finanzamt und Maklerin geltend mache. Dies folge aus dem Rechtsgedanken des § 255 BGB. In entsprechender Anwendung der Norm sei der Geschädigte dementsprechend auch verpflichtet, die Ersatzansprüche Zug um Zug gegen Erfüllung seines Schadensersatzanspruchs abzutreten.

Hinweis

Der VII. Zivilsenat sah dies in Bezug auf die Grunderwerbsteuer in der Vergangenheit anders (BGHZ 150, 226, 237 = NJW 2002, 2470). Auf Anfrage des V. Zivilsenats teilte der VII. Zivilsenat jedoch mit, an dieser Rechtsprechung nicht festhalten zu wollen (Rn. 21 des vorliegenden Urteils).

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 94, 95, 96 – Bebauung fremder Grundstücke; Scheinbestandteile; Eigentumsverhältnisse an Scheinbestandteilen

BGB § 1906 – Vollmacht zur Unterbringung des Vollmachtgebers in einer geschlossenen (beschützenden) Abteilung eines Alters- und Pflegeheims

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

EGBGB Art. 6, 11 – Stellvertretung bei Eheschließung; *ordre public*; Qualifikation der Eheschließung durch einen Vertreter als Formfrage

Literaturhinweis

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 94, 95, 96

Bebauung fremder Grundstücke; Scheinbestandteile; Eigentumsverhältnisse an Scheinbestandteilen

I. Sachverhalt

A will auf dem Grundstück des B mit dessen Einverständnis ein Gebäude errichten. Das Gebäude soll ausschließlich auf dem Grundstück des B errichtet werden, es liegt keine Überbausituation vor. Ein Erbbaurecht scheidet nach dem Willen der Beteiligten aus. B ist mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit einverstanden. Um sicherzustellen, dass das Gebäude stets im Eigentum des Eigentümers eines anderen Grundstücks des A steht, soll im Rang hinter der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit eine Grunddienstbarkeit eingetragen werden. Die Beteiligten möchten so erreichen, dass der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks der Grunddienstbarkeit – ähnlich wie bei einer

Überbaudienstbarkeit – Eigentümer auch des Gebäudes wird.

II. Fragen

1. Ist ein auf Grund einer Grunddienstbarkeit errichtetes Gebäude aufgrund § 96 BGB Bestandteil des herrschenden Grundstücks oder eine bewegliche Sache?

2. Soweit es sich um einen Scheinbestandteil handelt: Kann dieser dem herrschenden Grundstück, das eine Grunddienstbarkeit am dienenden Grundstück hat, unter Ausschöpfung des § 96 BGB zugeordnet werden?

3. Soweit eine Zuordnung nach § 96 BGB möglich ist: Kann am herrschenden Grundstück eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellt werden, welche die ausschließliche Nutzung des Gebäudes dem persönlich Dienstbarkeitsberechtigten zuweist?

III. Zur Rechtslage

1. Bedeutung des § 95 BGB

§ 95 BGB wirkt sich grundsätzlich dahingehend aus, dass die Norm lediglich verhindert, dass ein Objekt durch eine faktische Verbindung rechtlich als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, auf dem es errichtet wurde,

gilt. Die Wirkung des § 95 BGB beschränkt sich daher auf die Beziehung zwischen dem Scheinbestandteil und dem Grundstück, mit dem er tatsächlich verbunden ist, sagt aber noch nichts darüber aus, ob das Objekt wesentlicher Bestandteil eines anderen Grundstücks ist oder in wessen Eigentum dieser Gegenstand steht.

Dasselbe gilt grundsätzlich auch für eine die Wirkung des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB begründende **Dienstbarkeit**. Auch diese gewährt zunächst lediglich ein Recht auf Vornahme einer bestimmten Handlung, enthält aber für sich genommen **keine Aussage** darüber, wer **Inhaber** eines **in Ausübung dieses Rechts errichteten Gebäudes** ist.

2. Rechtliche Qualifikation von Scheinbestandteilen

Die eigentumsrechtliche Zuordnung eines solchen Scheinbestandteils hängt u. a. davon ab, ob dieser wesentlicher Bestandteil eines anderen Grundstücks ist. Handelt es sich um einen sog. Überbau, ist § 94 BGB hinsichtlich des gesamten Gebäudes anzuwenden. Dies bedeutet, dass auch der aufgrund einer entsprechenden Dienstbarkeit errichtete Überbau sachlich zum Stammgrundstück gehört, weil er mit der dortigen Bebauung ein einheitliches Gebäude bildet. Infolgedessen ist in einer solchen Konstellation stets der Eigentümer des überbauenden Grundstücks nach § 94 Abs. 1 BGB ebenfalls Eigentümer der gesamten Bebauung, auch soweit sich diese auf dem Nachbargrundstück befindet (BGH DNotZ 2004, 373). In diesem Fall scheidet mithin die rechtliche Selbständigkeit des Gebäudeteils aus mit der Folge, dass dieser immer dem Eigentümer des berechtigten Grundstücks zugeordnet wird.

Handelt es sich dagegen um ein **eigenständiges Gebäude**, welches **insgesamt auf dem dienenden Grundstück** steht, so geht die h. M. davon aus, dass der Scheinbestandteil eine selbständige bewegliche Sache bildet und daher ausschließlich den Regeln der §§ 929 ff. BGB unterliegt (BGH BeckRS 1957, 103059; NJW 1962, 1817, 1817 f.; DNotZ 1987, 212; MittBayNot 2007, 40). Dies erweist sich schon deshalb als korrekt, weil das Eigentum an dem Gebäude wegen § 95 Abs. 1 S. 2 BGB nicht dem (jeweiligen) Eigentümer des Grundstücks zustehen kann, auf dem es tatsächlich errichtet wurde, und es zudem mangels Verbindung zu einem anderen Grundstück auch nicht wesentlicher Bestandteil eines anderen Grundstücks sein kann. Insbesondere kann es nicht auf Grund der Dienstbarkeit dauernd im Eigentum des jeweiligen Eigentümers des herrschenden Grundstücks stehen, da die **Dienstbarkeit** nur die Befugnis zur Benutzung eines anderen Grundstücks regelt, die **eigentumsrechtliche Zuordnung** einer in Ausübung dieser Dienstbarkeit errichteten, eigenständigen Sache aber **unberührt** lässt. Auch die gegenteilige Position von *Viskorf* (in: Boruttau/Viskorf, GrEStG,

19. Aufl. 2018, § 2 Rn. 76) kann nicht überzeugen. Entgegen seiner Auffassung besteht insbesondere keine Vergleichbarkeit mit einem Überbau. Insoweit fehlt es nämlich an der Verbindung zu einem anderen Grundstück, weshalb die Regelung des § 94 BGB (Akzessionsprinzip) nicht eingreift und daher eine vollkommen andere Situation als beim Überbau gegeben ist. Auch aus § 1120 BGB folgt kein anderes Ergebnis. Soweit das auf dem anderen Grundstück errichtete Gebäude dem wirtschaftlichen Zweck des herrschenden Grundstücks zu dienen bestimmt ist und zudem dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks zusteht, ist es als Zubehör nach § 97 BGB von der Zwangsvollstreckung gem. § 1120 BGB erfasst. Andernfalls ist es auf Grund der bewussten Wertentscheidung des BGB nicht eingeschlossen; ein Zugriff hierauf ist dann im Wege der Mobilienvollstreckung möglich.

Aus § 96 BGB kann sich kein anderes Ergebnis ergeben. Insoweit scheint uns allerdings der Wortlaut der Norm nicht von vornherein entgegenzustehen. Dort ist die Rede davon, dass auch Rechte zu wesentlichen Bestandteilen des herrschenden Grundstücks zu zählen sind. Unter den Begriff des „Rechts“ lässt sich auch das Eigentum an einer anderen Sache subsumieren. Die Anwendung der Vorschrift scheidet aber daran, dass das Recht (hier: das Eigentum am Gebäude) mit dem Eigentum am Grundstück verknüpft sein muss, weshalb es erforderlich ist, dass es sich um ein **sog. subjektiv-dingliches Recht** handelt, das stets dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zusteht, wobei es nicht darauf ankommt, ob sich diese subjektiv-dingliche Verbindung aus Privatrecht oder öffentlichem Recht ergibt (BeckOK-BGB/Fritzsche, Std.: 1.11.2020, § 96 Rn. 2; Staudinger/Stieper, BGB, 2017, § 96 Rn. 2; MünchKommBGB/Stresemann, 8. Aufl. 2018, § 96 Rn. 2). Vor diesem Hintergrund ist eine Zuordnung des Eigentumsrechts an einer Sache (hier: Gebäude) zum jeweiligen Eigentümer einer anderen Sache (hier: Grundstück) grundsätzlich unmöglich (BeckOGK-BGB/Mössner, Std.: 1.4.2020, § 96 Rn. 6.2). Dies kann auch nicht rechtsgeschäftlich vereinbart werden, weil insoweit der sachenrechtliche *numerus clausus* entgegensteht und daher eine derartige Vereinbarung unwirksam ist (BeckOGK-BGB/Mössner, § 96 Rn. 6.2). Infolgedessen hat bereits das Reichsgericht (BeckRS 1930, 100288) entschieden, dass eine Auffassungsvormerkung zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks nicht unter § 96 BGB gefasst werden kann. Ebenso ist es auch nicht möglich, Miteigentumsanteile an einem Wegegrundstück im Rahmen des § 96 BGB dem Eigentümer eines anderen Grundstücks zuzuordnen (BayObLGZ 1987, 121, 128 f.). Keine andere Beurteilung ist auch für die Zuordnung einer beweglichen Sache – wie beispielsweise eines sonderrechtsfähigen

Gebäudes – angezeigt. Dieses kann mithin ebenfalls nicht als von § 96 BGB umfasst angesehen werden, da es an der subjektiv-dinglichen Verbindung fehlt; das deutsche Sachenrecht kennt **kein subjektiv-dingliches Eigentum**, sodass dieses Recht (Eigentum) auch nicht mittels § 96 BGB einem Grundstück als wesentlicher Bestandteil zugeordnet werden kann.

Vor diesem Hintergrund ist es mithin **ausgeschlossen**, das **Eigentum an einem Grundstück mit dem Eigentum an einem auf einem anderen Grundstück belegenden selbständigen Gebäude** rechtlich **zu koppeln**. Das Gebäude ist stets sondereigentumsfähig und wie eine bewegliche Sache zu behandeln, sodass die Eigentumsübertragung sich nach §§ 929 ff. BGB richtet und deshalb auch eine gesonderte Übertragung oder Vererbung möglich ist.

2. Regelung der Buntzung des Gebäudes durch Dienstbarkeiten

a) Gebäude ist wesentlicher Bestandteil des Stammgrundstücks

Gilt das (überbaute) Gebäude als wesentlicher Bestandteil des Nachbargrundstücks, so kann durch eine Dienstbarkeit, die die Benutzung regeln soll, auch **nur das Stammgrundstück belastet** werden. Anderenfalls würde nämlich ein Grundstück mit einer Dienstbarkeit belastet, das in rechtlicher Hinsicht keinen Bezug zum Gebäude aufweist. Für die Dienstbarkeit kommt es entscheidend darauf an, dass diese als beschränkt dingliches Recht eine Belastung des Eigentums darstellt, was aber nur insoweit möglich ist, als das Gebäude Gegenstand des Eigentums am dienenden Grundstück ist. Als wesentlicher Bestandteil des Stammgrundstücks ist dieses Gegenstand des Eigentums an ebendiesem (Stamm-) Grundstück. Die tatsächliche räumliche Lage des wesentlichen Bestandteils ist demgegenüber ohne Bedeutung.

Auch die Entscheidung des OLG Hamm (DNotZ 2008, 612 ff.) steht dem hier vertretenen Ergebnis nicht entgegen. In dem dort zu beurteilenden Fall ging es darum, dass durch eine Dienstbarkeit die hierdurch Berechtigten das Recht erhalten sollten, die Rechte aus einer anderen Dienstbarkeit auszuüben. Dies wurde vom OLG Hamm als unzulässig beurteilt, steht aber in keiner Verbindung zu dem hier mitgeteilten Fall. Die Befugnis, Rechte aus einer Dienstbarkeit auszuüben, kann nicht isoliert übertragen werden, sondern ist nach Auffassung des OLG Hamm (DNotZ 2008, 612, 613) untrennbar mit der Eigentümerstellung am Grundstück verbunden. Um eine solche Befugnis geht es vorliegend allerdings nicht. Vielmehr soll durch die Dienstbarkeit lediglich die Benutzung von wesentlichen Bestandteilen des Stammgrundstücks geregelt werden. Damit bezieht sich die Dienstbarkeit rechtlich auf eine Nutzung des Stammgrundstücks selbst, nicht aber darauf, einzelne

oder alle Rechte aus der Überbaudienstbarkeit durch einen Dritten ausüben zu lassen. Dass sich die Eigentümerstellung am Überbau möglicherweise erst aus der Ausübung der Überbaudienstbarkeit ergibt (die zumeist aber ohnehin nur deklaratorische Funktion hat, wenn der Überbau mit Zustimmung des Nachbarn erfolgt), steht dem nicht entgegen. Insoweit übt nämlich der jeweilige Grundstückseigentümer seine Rechte aus der Dienstbarkeit selbst aus und gewährt dann nur dem Dritten ein eigenständiges Recht, einzelne oder alle räumliche Bereiche des Überbaus zu benutzen. Dies ist deshalb zulässig, weil aufgrund von § 94 Abs. 1 BGB das Gebäude insgesamt Bestandteil des Stammgrundstücks ist.

b) Eigenständige bewegliche Sache

Handelt es sich bei dem Gebäude um eine eigenständige bewegliche Sache, so kann eine Dienstbarkeit weder am herrschenden Grundstück noch am Grundstück, auf dem sich das Gebäude tatsächlich befindet, eingetragen werden. Insoweit muss sich nämlich die Dienstbarkeit darauf beschränken, das Grundstück mit dem Recht eines anderen zu belasten, wozu allerdings nur dann Raum besteht, wenn es um die Rechte geht, die dem Eigentümer des belasteten Grundstücks grundsätzlich zustehen würden. Handelt es sich dagegen um eine bewegliche Sache, die im eigenständigen Eigentum ihres Eigentümers steht, ist die **Eintragung** einer entsprechenden **Dienstbarkeit** von vornherein **ausgeschlossen**. Insoweit würde nämlich nicht das Recht des Eigentümers des belasteten Grundstücks begrenzt und somit eine Belastung des Grundstücks bewirkt, sondern es würde eine eigenständige Belastung für den Eigentümer des Gebäudes als beweglicher Sache geschaffen, sodass ausschließlich dieses Eigentum belastet werden würde. Dies kann allerdings nicht mittels einer Dienstbarkeit geschehen, weil eine solche lediglich für Grundstücke zugelassen ist. In der Folge verbleibt bestenfalls die **Bestellung eines Nießbrauchs** nach §§ 1030, 1032 BGB an der beweglichen Sache, wobei allerdings zu bedenken ist, dass dieser **nicht subjektiv-dinglich** bestellt werden kann und deshalb stets nur dem jeweiligen Berechtigten, für den der Nießbrauch bestellt wurde, zusteht.

BGB § 1906

Vollmacht zur Unterbringung des Vollmachtgebers in einer geschlossenen (beschützenden) Abteilung eines Alters- und Pflegeheims

I. Sachverhalt

Es geht um eine Einwilligung des Bevollmächtigten in eine Unterbringung in einem „beschützenden Bereich“ bzw. einer geschlossenen Abteilung eines Alters- und

Pflegeheims, die aufgrund einer Krankheit (Demenz) des Vollmachtgebers notwendig ist, um das „Weglaufen des Vollmachtgebers“ bzw. eine Gefahr für Leib und Leben des Vollmachtgebers abzuwenden. Durch den anfragenden Notar wurden regelmäßig zwei Formulierungsvarianten verwendet:

Variante 1 (Fassung bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung der materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen von ärztlichen Zwangsmaßnahmen und zur Stärkung des Selbstbestimmungsrechts von Betreuten vom 17.7.2017, BGBl. I S. 2426):

„Der Bevollmächtigte ist berechtigt, den Vollmachtgeber in allen vermögensrechtlichen und persönlichen Angelegenheiten zu vertreten, bei denen eine Stellvertretung gesetzlich zulässig ist. Die Vollmacht dient zur umfassenden Vermeidung eines gerichtlichen Betreuungsverfahrens (§ 1896 Abs. 2 BGB). Insbesondere ist der Bevollmächtigte ermächtigt,

- (...)

- in eine Unterbringung einzuwilligen, auch wenn dies mit einer Freiheitsentziehung verbunden ist (§ 1906 Abs. 1 BGB),

- in unterbringungsähnliche Maßnahmen einzuwilligen, insbesondere wenn dem Vollmachtgeber durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig die Freiheit entzogen wird (§ 1906 Abs. 4 BGB).“

Variante 2 (Fassung seit dem 22.7.2017):

„Der Bevollmächtigte ist berechtigt, den Vollmachtgeber in allen vermögensrechtlichen und persönlichen Angelegenheiten zu vertreten, bei denen eine Stellvertretung gesetzlich zulässig ist. Die Vollmacht dient zur umfassenden Vermeidung eines gerichtlichen Betreuungsverfahrens (§ 1896 Abs. 2 BGB). Insbesondere ist der Bevollmächtigte ermächtigt,

- (...)

- in eine Unterbringung oder Verbringung zu einem stationären Aufenthalt in einem Krankenhaus einzuwilligen, auch wenn dies mit einer Freiheitsentziehung verbunden ist und/oder dem natürlichen Willen des Vollmachtgebers widerspricht (ärztliche Zwangsmaßnahme, §§ 1906, 1906a BGB),

- in unterbringungsähnliche Maßnahmen einschließlich ärztlicher Zwangsmaßnahmen einzuwilligen, insbesondere wenn dem Vollmachtgeber durch mechanische Vorrich-

tungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig die Freiheit entzogen wird (§§ 1906, 1906a BGB).“

Nach Auffassung des Betreuungsgerichts entspricht die Vollmacht weder in Variante 1 noch in Variante 2 den Anforderungen des § 1906 Abs. 5 BGB. Das Gericht ist der Auffassung, dass die Vollmacht wörtlich den Ort der Unterbringung, nämlich „Heim oder sonstige Anstalt“ wiedergeben müsse, um den Anforderungen des § 1906 Abs. 5 BGB zu genügen. Deshalb soll der Bevollmächtigte zuerst zum Betreuer bestellt werden, um die Einwilligung zu erteilen, die dann vom Gericht genehmigt werden würde.

II. Frage

Genügt die Vollmacht nach Variante 1 bzw. Variante 2 den Anforderungen des § 1906 Abs. 5 BGB, wenn es um eine Einwilligung des Bevollmächtigten in eine Unterbringung des Vollmachtgebers in einer geschlossenen (beschützenden) Abteilung eines Alters- und Pflegeheims geht?

III. Zur Rechtslage

1. Grundsätzliche Zulässigkeit der Vollmacht in Angelegenheiten der Personensorge

Die Zulässigkeit einer Vollmacht auch in Angelegenheiten der Personensorge im engeren Sinne (d. h. Vertretung in Gesundheits- bzw. Unterbringungsangelegenheiten) wurde im Rahmen des 1. Betreuungsrechtsänderungsgesetzes, das zum 1.1.1999 in Kraft getreten ist, geregelt (vgl. DNotI-Gutachten DNotI-Report 2012, 158, 159).

In diesem Zusammenhang wurde im Bereich Unterbringung in § 1906 BGB ein neuer Abs. 5 angefügt. § 1906 Abs. 5 S. 1 BGB regelt ausdrücklich die Zulässigkeit einer Vollmacht hinsichtlich einer freiheitsentziehenden Unterbringung i. S. v. § 1906 Abs. 1 BGB bzw. in Bezug auf sog. unterbringungsähnliche bzw. freiheitsentziehende Maßnahmen gem. § 1906 Abs. 4 BGB.

2. Inhaltliches Konkretisierungserfordernis

Nach § 1906 Abs. 5 S. 1 BGB setzt eine Unterbringung durch den Bevollmächtigten bzw. dessen Einwilligung in unterbringungsähnliche Maßnahmen am Vollmachtgeber voraus, dass die Vollmacht schriftlich erteilt ist (vgl. § 126 BGB) und dass sie die Maßnahmen des § 1906 Abs. 1 BGB (und / oder des § 1906 Abs. 4 BGB), auf die sich die Befugnisse des Bevollmächtigten erstrecken sollen, ausdrücklich umfasst (vgl. LG Düsseldorf NJW-RR 2001, 723; vgl. auch DNotI-Gutachten DNotI-Report 2012, 158, 159 m. w. N.). Auch das BVerfG (NJW 2009, 1803, 1804) hat klargestellt, dass die einem Bevollmächtigten erteilte Vollmacht die Einwilligung in freiheitsentziehende Maßnahmen aus-

drücklich umfassen und der Umfang der Bevollmächtigung unmissverständlich benannt werden muss.

Damit steht fest, dass eine lediglich **abstrakt formulierte Generalvollmacht** im Hinblick auf eine freiheitsentziehende Unterbringung (oder die Einwilligung in unterbringungsähnliche Maßnahmen) **nicht genügt**. Unzureichend dürfte auch der reine Verweis auf § 1904 BGB und § 1906 BGB sowie die Ermächtigung zu allen Handlungen, „die einem Betreuer i. S. d. § 1896 ff. BGB obliegen“, sein (vgl. OLG Zweibrücken MittBayNot 2003, 45; G. Müller, DNotZ 1999, 107, 113; Keilbach, FamRZ 2003, 969, 980). Eine wörtliche Übernahme des Gesetzestextes sollte dabei stets ausreichend sein, ist jedoch nicht zwingend erforderlich.

Mit dem Erfordernis einer ausdrücklichen Benennung soll sichergestellt sein, dass Vorsorgevollmachten in höchstpersönlichen Angelegenheiten nicht voreilig erteilt werden und sich der Vollmachtgeber über die Tragweite der dem Bevollmächtigten eingeräumten Befugnisse im Klaren ist (vgl. G. Müller, DNotZ 1999, 107, 110). Für eine Unterbringungs Vollmacht i. S. v. § 1906 Abs. 1 BGB genügt es daher nicht, wenn lediglich freiheitsbeschränkende Maßnahmen i. S. v. § 1906 Abs. 4 BGB (wie beispielsweise die Anbringung von Bettgittern), nicht aber **freiheitsentziehende Maßnahmen ausdrücklich** in der Vollmacht **benannt** sind (vgl. LG Düsseldorf NJW-RR 2001, 723; vgl. auch DNotI-Gutachten DNotI-Report 2012, 158, 159).

3. Befugnis zur freiheitsentziehenden Unterbringung des Vollmachtgebers

Der Sache nach geht es bei den freiheitsentziehenden Unterbringungen i. S. v. § 1906 Abs. 1 BGB um Unterbringungen, d. h. positive Aufenthaltsbestimmungen i. S. d. Veränderung des Aufenthaltsorts des Betroffenen, die mit einer Freiheitsentziehung verbunden sind (vgl. BeckOK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.8.2021, § 1906 Rn. 5). Eine gesetzliche Definition für die „freiheitsentziehende Unterbringung“ gibt es nicht. Entsprechend § 2 FEVG [aufgehoben durch FGG-ReformG v. 17.12.2008 (BGBl. I S. 2586) mit Wirkung vom 1.9.2009] wird davon ausgegangen, dass die Unterbringung mit einer Freiheitsentziehung verbunden ist, wenn sie in einer geschlossenen Anstalt, einem geschlossenen Krankenhaus, einer anderen geschlossenen Einrichtung oder in dem geschlossenen Teil einer (sonst offenen) Einrichtung erfolgt (BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 1906 Rn. 5; vgl. auch BGH NJW 2001, 888). Nicht von § 1906 Abs. 1 BGB erfasst ist dagegen die Unterbringung des Betroffenen in einer offenen Einrichtung, wie z. B. in einem offenen Altenpflegeheim (BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 1906 Rn. 6).

Voraussetzung für die wirksame Vollmachtserteilung ist, dass die Vollmacht „die in den Abs. 1 und 4 genannten Maßnahmen“ ausdrücklich umfasst (vgl. § 1906 Abs. 5 S. 1 BGB). Bezugspunkt der Vollmacht sind daher in Bezug auf die Unterbringung die in Abs. 1 genannten Maßnahmen (vgl. auch MünchKommBGB/Schneider, 8. Aufl. 2020, § 1906 Rn. 124). Dort ist jedoch nur die Unterbringung des Betroffenen, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, genannt. **Entscheidend** ist daher **nur die Art der Unterbringung** und die **Qualität der Freiheitsbeschränkung**, nicht der Ort. Aus unserer Sicht ist es daher nicht erforderlich, dass sich die Vollmacht ausdrücklich auf eine freiheitsentziehende Unterbringung in einem beschützenden Bereich eines offenen Pflegeheims erstreckt, sondern es genügt, wenn die freiheitsentziehende Unterbringung des Vollmachtgebers an sich von der erteilten Vollmacht umfasst ist.

4. Übertragung der Grundsätze auf die hier vorliegenden Vorsorgevollmachten

Die unter **Variante 1** genannte Vorsorgevollmacht **entspricht** u. E. den **gesetzlichen Anforderungen**, da dort explizit klargestellt ist, dass die Vollmacht den Vollmachtnehmer berechtigt, in eine Unterbringung einzuwilligen, auch wenn dies mit einer Freiheitsentziehung verbunden ist (§ 1906 Abs. 1 BGB). Der Ort, an dem die freiheitsentziehende Unterbringung erfolgen soll, muss – wie ausgeführt – aus unserer Sicht nicht explizit genannt sein.

Bei der zweiten Vollmacht, die unter **Variante 2** geschildert ist, ist den Anforderungen des § 1906 Abs. 5 BGB u. E. nur partiell genügt. Dort berechtigt die Vollmacht nur zur Einwilligung in eine Unterbringung oder Verbringung zu einem stationären Aufenthalt in einem Krankenhaus, auch wenn dies mit einer Freiheitsentziehung verbunden ist und / oder dem natürlichen Willen des Vollmachtgebers widerspricht (ärztliche Zwangsmaßnahme, §§ 1906, 1906a BGB).

Hier wurden aus unserer Sicht die Voraussetzungen für die freiheitsentziehende Unterbringung (§ 1906 Abs. 1 BGB) und die für die ärztliche Zwangsmaßnahme (§ 1906a BGB) miteinander vermischt, sodass im Ergebnis davon auszugehen ist, dass zwar eine **freiheitsentziehende Unterbringung** aufgrund der Vollmacht zulässig sein soll, wohl aber **nur in einem Krankenhaus**. Dies lässt sich nach dem Wortlaut der hier erteilten Vollmacht als Einschränkung der Vollmacht im Hinblick auf die Unterbringungsbefugnisse ansehen, sodass u. E. die Argumentation des Betreuungsgerichts zumindest in Bezug auf diese später erteilte Vorsorgevollmacht nachvollziehbar erscheint.

Auch aus unserer Sicht bestehen daher in Variante 2 Zweifel, ob die erteilte Vollmacht die Befugnis zur freiheitsentziehenden Unterbringung in der geschlossenen (beschützenden) Abteilung eines offenen Pflegeheims – das eben kein Krankenhaus darstellt – umfasst.

5. Abschließender Gestaltungshinweis

Da die ärztliche Zwangsbehandlung mittlerweile in § 1906a BGB selbstständig geregelt ist, dürfte es sich im Rahmen der Formulierung von Vorsorgevollmachten empfehlen, die entsprechenden **Befugnisse** zu Maßnahmen i. S. v. § 1906 Abs. 1 oder Abs. 4 BGB bzw. zu Maßnahmen i. S. v. § 1906a BGB **separat** zu **formulieren**. Dabei sollte aus dem Text der Vollmacht deutlich hervorgehen, dass der Bevollmächtigte

- nicht nur über Unterbringungen mit freiheitsentziehender Wirkung i. S. v. § 1906 Abs. 1 BGB und
- über freiheitsentziehende Maßnahmen in einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung i. S. v. § 1906 Abs. 4 BGB entscheiden können soll, sondern auch
- über ärztliche Zwangsmaßnahmen i. S. v. § 1906a Abs. 1 BGB bzw. die zwangsweise Verbringung zu einem stationären Aufenthalt in ein Krankenhaus i. S. v. § 1906a Abs. 4 BGB (vgl. BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 1906a Rn. 23; Formulierungsvorschlag bei Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 1113, 1114; Müller-Engels, in: Limmer/Hertel/Frenz, Würzburger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2022, Teil 3 Kap. 3 Rn. 1).

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.

Erbbaurecht §§ 1, 14, 27

Automatische Verlängerung eines Erbbaurechts

Abruf-Nr.:

EGBGB Art. 11

Spanien: Grundstücksvollmacht; Beurkundungsverfahren bei Beurkundung in Deutschland ; Beurkundung mit zwei verbindlichen Sprachfassungen

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

EGBGB Art. 6, 11

Stellvertretung bei Eheschließung; *ordre public*; Qualifikation der Eheschließung durch einen Vertreter als Formfrage

1. Kollisionsrechtlich ist eine Eheschließung durch einen Vertreter nur dann als reine Formfrage zu qualifizieren, wenn es sich um eine Stellvertretung lediglich in der Erklärung handelt, bei der der Vollmachtgeber die Eheschließung sowie den konkreten Ehepartner nach eigenem Willen bestimmt hat. Demgegenüber würde eine Stellvertretung im Willen, die dem Vertreter eine eigene Entscheidungsbefugnis bezüglich der Eheschließung oder der Wahl des Ehepartners einräumt, auch die materiellen Voraussetzungen der Eheschließung berühren und wäre nach dem für Deutsche geltenden Heimatrecht unzulässig.

2. Die Eheschließung im Ausland im Wege doppelter Stellvertretung verstößt nicht gegen den deutschen *ordre public*.

BGH, Beschl. v. 29.9.2021 – XII ZB 309/21

Problem

Eine deutsche Staatsangehörige und ein syrischer Staatsangehöriger beantragten beim Standesamt die Beurkundung einer Erklärung zur Bestimmung des Ehenamens nach Eheschließung und legten hierfür eine Heiratsurkunde der Registrierungsbehörde des Mexikanischen Bundesstaats Baja California Sur vor. Es handelt sich um eine sog. Handschuhhe, die in Mexiko in Abwesenheit der Verlobten durch zwei Vertreter geschlossen wurde, denen jeweils eine von einem deutschen Notar beglaubigte „Sondervollmacht“ erteilt wurde.

Das Standesamt wurde auf dessen Zweifelsvorlage hin vom Amtsgericht angewiesen, die beantragte Beurkundung nicht vorzunehmen. Nach Beschwerde der Eheleute wies das Oberlandesgericht das Standesamt an, die Beurkundung doch vorzunehmen. Die hiergegen gerichteten Rechtsbeschwerden der oberen und unteren Standesamtsaufsicht wurden vom BGH verworfen bzw. zurückgewiesen.

Entscheidung

Im Mittelpunkt der Entscheidung steht die Frage, ob eine Deutsche in Mexiko wirksam durch einen Stellvertreter heiraten kann. Der BGH differenziert danach, ob es sich um eine Stellvertretung in der Erklärung oder um eine Stellvertretung im Willen handelt.

Eine **Stellvertretung in der Erklärung** sei möglich, wenn die Mittelsperson lediglich die vorgegebene Erklärung überbringe und nicht über die Eheschließung und die zu heiratende Person nach eigenem Willen entscheide. Diese Voraussetzungen waren im vorliegenden Fall gegeben, sodass die Zulässigkeit der Vertretung als **Formfrage** zu qualifizieren war. Das **anwendbare Recht** richtet sich somit gem. Art. 11 Abs. 1 EGBGB alternativ nach der *lex causae* oder dem **Ortsrecht**. Wird die Erklärung durch einen Vertreter abgegeben, ist gemäß Art. 11 Abs. 3 EGBGB bei Anwendung von Art. 11 Abs. 1 EGBGB der Staat maßgebend, in dem sich der Vertreter befindet. Bei einer Stellvertreterreihe ist dies der Ort der Trauungshandlung. Im vorliegenden Fall war demnach auf die Frage der Formgültigkeit der in Los Cabos geschlossenen Ehe das Recht des Mexikanischen Bundesstaats Baja California Sur anwendbar. Dieses ermöglicht eine Eheschließung durch Sonderbevollmächtigte und insb. auch eine doppelte Stellvertretung, sodass die formellen Eheschließungsvoraussetzungen vorlagen.

Weiterhin stellt der BGH fest, dass die Eheschließung nicht gegen den kollisionsrechtlichen *ordre public* (Art. 6 EGBGB) verstößt, da die Anwendung fremden Rechts im Einzelfall nicht mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts unvereinbar ist. Dies ergebe sich zum einen daraus, dass der Gesetzgeber die Wirksamkeit von nach fremdem Ortsrecht geschlossenen Ehen bewusst in seinen Willen aufgenommen habe. Zum anderen wollten hier beide Eheleute übereinstimmend die Ehe schließen.

Eine andere rechtliche Beurteilung ergebe sich bei einer **Stellvertretung im Willen**, bei der die Verlobten das „Ob“ der Eheschließung und die Wahl der zu heiratenden Person aus der Hand geben. Der BGH macht deutlich, dass in diesem Fall die Zulässigkeit der Vertretung als **materielle Eheschließungsvoraussetzung** zu qualifizieren ist und gem. Art. 13 Abs. 1 EGBGB dem **Heimatrecht** des jeweiligen Verlobten unterliegt. Für deutsche Staatsangehörige sei in diesem Fall aufgrund des zweiseitigen Charakters von § 1311 S. 1 BGB eine Stellvertretung unzulässig, auch wenn der andere Teil der Eheleute vertreten werden könne.

Dies bedeutet, dass wenn die zu heiratende Person feststeht und der Stellvertreter insofern und auch hinsichtlich der Frage der Eheschließung selbst kein Auswahlmessen hat, eine nach dem am Eheschließungs-ort geltenden Recht zulässige Stellvertretung auch aus deutscher Sicht wirksam ist.

Praxishinweis

Für die Notarinnen und Notare wird sich ein Recht zur

Ablehnung der Beurkundung allenfalls dann ergeben, wenn es zusätzliche Anhaltspunkte für einen Missbrauch der Vollmacht gibt (§ 4 BeurkG). „Handschuhen“ ermöglichen oftmals Eheschließungen, die anderenfalls aufgrund ausländerrechtlicher und faktischer Reisebeschränkungen nicht oder nur mit großer Verzögerung vorgenommen werden könnten. Insofern sind sie nicht nur in lateinamerikanischen Staaten (Mexiko, Kolumbien), sondern auch in mehreren US-Bundesstaaten, in Europa (Italien, Spanien, Portugal, Polen, Nordmazedonien) sowie in islamisch geprägten Rechtsordnungen (Übersicht bei Ebert, StAZ 2021, 257, 259 ff.) zulässig. Auch in Deutschland war während des Zweiten Weltkriegs eine Ferntrauung möglich (BGH NJW 1959, 717, 720).

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: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessorin Dr. Ricarda Lotte

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