

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 741 ff., 744, 745, 1010, 1066 – Miteigentümergeinschaft zwischen Miteigentümern und Nießbraucher am Miteigentumsanteil; Drittberechtigung; Abgrenzung zur Vereinbarung des sog. Bruchteilsnießbrauchers mit dem Alleineigentümer

BGB §§ 2197, 2218, 664 – Testamentsvollstreckung durch eine GmbH; höchstpersönliche Ausführung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 2314 – Notarielles Nachlassverzeichnis; Treuwidrigkeit des Hinzuziehungsverlangens; Umfang der Ermittlungspflicht des Notars

Literaturhinweis

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 741 ff., 744, 745, 1010, 1066

Miteigentümergeinschaft zwischen Miteigentümern und Nießbraucher am Miteigentumsanteil; Drittberechtigung; Abgrenzung zur Vereinbarung des sog. Bruchteilsnießbrauchers mit dem Alleineigentümer

I. Sachverhalt

V ist Eigentümer eines Einfamilienhauses, das seine Ehefrau E und er zu Wohnzwecken nutzen. Mit notariellem Kaufvertrag hat V unter Mitwirkung von E einen Miteigentumsanteil von 1/2 an der Immobilie an K veräußert. K ist ein kommerziell tätiger Anbieter sog. „Teilkauferträge“ (vgl. im Einzelnen zum Geschäftsmodell Holthausen-Dux/Forschner, DNotZ 2021, 821 ff.). Im Kaufvertrag haben die Parteien zudem folgende Vereinbarungen getroffen: Im Rahmen des Kaufvertrags wurde ein Nießbrauch für V und E als Gesamtberechtigte

bestellt. Zudem soll zwischen V, E und K eine „Miteigentümergeinschaft“ gem. § 1010 BGB getroffen werden, wonach u. a. V und E zur alleinigen Nutzung des Grundbesitzes berechtigt sind und die Aufhebung der Gemeinschaft ausgeschlossen ist, es sei denn es liegt ein wichtiger Grund vor. Das Grundbuchamt ist der Auffassung, dass eine Nutzungsregelung zugunsten eines Dritten (hier E) nicht im Grundbuch eingetragen werden könne.

II. Frage

Können in der im Grundbuch einzutragenden Miteigentümergeinschaft (§ 1010 BGB) auch Rechte zugunsten von E begründet werden?

III. Zur Rechtslage

1. Dritte als dinglich Berechtigte einer Miteigentümergeinschaft nach § 1010 Abs. 1 BGB

a) Dinglich Berechtigter einer Miteigentümergeinschaft nach § 1010 Abs. 1 BGB kann zunächst jeder Miteigentümer sein, zu dessen Gunsten die Vereinbarung getroffen ist, d. h. der Miteigentümer, für den der Ausschluss des Aufhebungsrechts, die Verwaltungsvereinbarung oder die Benutzungsregelung wir-

ken soll (BayObLG MittBayNot 1981, 183; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1463). Die Vereinbarung kann auch zugunsten nur eines von mehreren Miteigentümern, aber auch zugunsten aller anderen Miteigentümer getroffen und eingetragen werden, und zwar sowohl für die derzeitigen Miteigentümer als auch für die jeweiligen übrigen Miteigentümer (BayObLG MittBayNot 1981, 183; BayObLG DNotZ 1976, 744; OLG Hamm DNotZ 1973, 546; Schöner/Stöber, Rn. 1463).

b) Ob ein **außenstehender Dritter dinglich Berechtigter einer Miteigentümervereinbarung** nach § 1010 Abs. 1 BGB sein kann, ist in Rechtsprechung und Schrifttum **umstritten** (dafür die wohl h. M.: OLG Hamm DNotZ 1973, 546 für eine Benutzungsregelung; Döbler, MittRhNotK 1983, 181, 189; MünchKommBGB/Schmidt, 8. Aufl. 2020, § 1010 Rn. 10; Tschon, RNotZ 2006, 206, 210; BeckOGK-BGB/P. Müller, Std.: 1.11.2021, § 1010 Rn. 25.2 allerdings mit dem Hinweis, dass der Dritte nicht als Vertragsschließender an der schuldrechtlichen Vereinbarung beteiligt sein könne, sondern i. S. v. § 328 BGB berechtigt sei [Dritter in diesem Sinne ist allerdings nicht der Nießbrauchsberechtigte an einem Miteigentumsbruchteil, vgl. dazu sogleich 2.]; Staudinger/Thole, BGB, 2019, § 1010, Rn. 35; dagegen: Schöner/Stöber, Rn. 1464; Grüneberg/Herrler, BGB, 81. Aufl. 2022, § 1010 Rn. 3; Pöschl, BWNotZ 1974, 79, 81; Fleitz, BWNotZ 1979, 36, 40; Ertl, Rpfleger 1979, 81; offen gelassen von BayObLG MittBayNot 1981, 183; BayObLG DNotZ 1976, 744, 746).

c) Gegen die zutreffende h. M. wird eingewandt, dass die dingliche Berechtigung außenstehender Dritter mit dem *numerus clausus* und Typenzwang dinglicher Rechtspositionen nicht zu vereinbaren sei. § 1010 BGB könne seinem Sinn nach nur interne Regelungen der Miteigentümer betreffen. Hiergegen führt P. Müller u. E. nach zutreffend aus, dass das alleinige Abstellen auf den *numerus clausus* der Sachenrechte und den Typenzwang dinglicher Rechte zirkelschlüssig erscheint (BeckOGK-BGB/P. Müller, § 1010 Rn. 25.3). Denn in einem ersten Schritt gilt es gerade erst festzulegen, welchen Inhalt das auf der Grundlage des § 1010 BGB im Grundbuch gesicherte Recht eigener Art überhaupt haben kann. Gleiches lässt sich dem Argument entgegenhalten, § 1010 BGB könne seinem Zweck nach allein interne Regelungen der Miteigentümer betreffen (zutreffend BeckOGK-BGB/P. Müller, § 1010 Rn. 25.3).

Die Frage kann hier aber letztlich offen bleiben, weil der **Nießbrauchsberechtigte** an einem Miteigentumsanteil

schon **nicht Dritter**, sondern vielmehr Teil der dinglichen Rechtsgemeinschaft am Grundstück ist.

2. Nießbrauchsberechtigter am Miteigentumsanteil als Beteiligter und/oder dinglich Berechtigter einer Mit“eigentümer“vereinbarung nach § 1010 Abs. 1 BGB

§ 1010 Abs. 1 BGB ist auf eine Vereinbarung zwischen Miteigentümer(n) und einem Nießbrauchsberechtigten an einem Miteigentumsanteil (jedenfalls sinngemäß) anwendbar. Dies wird allerdings – soweit ersichtlich – in Rechtsprechung und Literatur nicht ausdrücklich thematisiert, sondern vielmehr stillschweigend unterstellt (so inzident wohl auch OLG Köln RNotZ 2016, 668, 670). Problematisiert wird lediglich die davon zu unterscheidende, streitige – hier aber nicht vorliegende – Konstellation des Bruchteilsnießbrauchs an einem ideellen Anteil des weiter im ungeteilten Eigentum stehenden Grundstücks des Alleineigentümers (dazu ausführlich DNotI-Report 2001, 98; die Anwendbarkeit des § 1010 Abs. 1 BGB insoweit zu Recht bejahend etwa Grüneberg/Herrler, BGB, § 1066 Rn. 4; Staudinger/Heinze, BGB, 2017, § 1066, Rn. 15 m. w. N.; dagegen wohl etwa OLG Köln RNotZ 2016, 668, 670).

In der vorliegenden Konstellation ergibt sich die **Anwendbarkeit des § 1010 Abs. 1 BGB** letztlich **unmittelbar aus** der gesetzlichen Regelung des **§ 1066 Abs. 1 BGB**. Eine etwaige – soweit ersichtlich aber nicht vertretene – Gegenauffassung würde letztlich jedenfalls auf einem Fehlverständnis des systematischen Zusammenhangs des Rechts der Gemeinschaft gem. §§ 741 ff. BGB und der – insoweit bloß ergänzenden – Sonderregel für das Miteigentum nach Bruchteilen an einem Grundstück gem. § 1010 Abs. 1 BGB beruhen.

a) Unstreitig führt der Nießbrauch am Anteil eines Miteigentümers nach dem Wortlaut des § 1066 Abs. 1 BGB dazu, dass der Nießbraucher die Rechte ausübt, die sich aus der Gemeinschaft der Miteigentümer in Ansehung der Verwaltung der Sache und der Art ihrer Benutzung ergeben.

Hieraus zieht die wohl einhellige Ansicht den zutreffenden Schluss, dass damit jedenfalls die Ausübung der (Stimm-)Rechte hinsichtlich der §§ 743 bis 745 BGB gemeint ist, die zumindest sinngemäß gelten; diese Vorschriften regeln die gemeinschaftliche Verwaltung (§ 744 BGB) bzw. die Regelung der Verwaltung und Benutzung durch (nötigenfalls: Mehrheits-)Beschluss, § 745 BGB (statt aller KG NJW 1964, 1808, 1809, MünchKommBGB/Pohlmann, 8. Aufl. 2020, § 1066 Rn. 23; Grüneberg/Herrler, BGB, § 1066 Rn. 2; dogmatisch lediglich leicht abweichend

MünchKommBGB/K. Schmidt, § 741 Rn. 75). Der BGH (MittBayNot 2002, 184, 186) führt insoweit wörtlich aus:

„Im Fall des Bruchteils Eigentums nach dem BGB erhält der Nießbraucher durch § 1066 I BGB die Befugnis, an Stelle des belasteten Miteigentümers die Rechte auf Verwaltung und Benutzung der Sache nach §§ 743 bis 745 BGB auszuüben (vgl. Staudinger/Frank, § 1066 Rdnr. 3; Petzold, in: MünchKomm, § 1066 Rdnr. 3). Da kollektive Verwaltungsentscheidungen der Miteigentümer die Voraussetzungen der individuellen Nutzung schaffen (vgl. Karsten Schmidt, in: MünchKomm, §§ 744, 745 Rdnr. 4), stellt das Gesetz auf diese Weise sicher, dass das Nutzungsrecht des Nießbrauchers (§ 1030 I BGB) auch innerhalb einer Bruchteilsgemeinschaft Beachtung findet.“

(Hervorhebung durch das DNotI).

Es dürfte damit allgemeiner Meinung entsprechen, dass ein Nießbraucher an einem Miteigentumsanteil gemeinsam mit den weiteren Bruchteilsberechtigten – insbesondere Bruchteils Eigentümern, ggfs. aber auch weiteren Nießbrauchern an Miteigentumsbruchteilen – Verwaltungs- und Benutzungsregelungen gem. (§ 1066 Abs. 1 i. V. m.) §§ 744, 745 BGB treffen kann.

Vieles spricht daher bereits an dieser Stelle dafür, dass das Gesetz in § 1066 Abs. 1 BGB damit auch einen unmittelbaren und lediglich – wie auch hinsichtlich der §§ 743 bis 745 BGB lediglich nicht verlautbarten – Verweis auf § 1010 Abs. 1 BGB enthält. Denn § 1010 BGB modifiziert die Vorschriften der §§ 743 ff. BGB nur für Grundstücksmiteigentum (Staudinger/Eickelberg, BGB, 2015, § 746 Rn. 2). Gründe für eine Differenzierung beim Umfang der Verweisung sind jedenfalls – wie die folgenden Ausführungen zeigen werden – nicht ersichtlich.

b) Nach der gesetzlichen Grundkonzeption des Rechts der Gemeinschaft nach Bruchteilen gem. §§ 741 ff. BGB wirken nach §§ 746, 751 S. 1 BGB **alle Regelungen**, die die **Verwaltung und Benutzung** (§ 746 BGB) des gemeinschaftlichen Gegenstands – unabhängig davon, ob sie gemeinschaftlich (§ 744 Abs. 1 BGB), mehrheitlich (§ 745 Abs. 1 BGB) oder auf Grund eines Leistungsurteils nach § 745 Abs. 2 BGB herbeigeführt worden sind (MünchKommBGB/K. Schmidt, § 746 Rn. 3; Grüneberg/Sprau, § 746 Rn. 1; BeckOGK-BGB/Fehrenbacher, Std.: 1.11.2021, § 746 Rn. 7; dies entspricht auch der h. M. im Anwendungsbereich des § 1010 Abs. 1 BGB, vgl. BeckOGK-BGB/P. Müller, § 1010 Rn. 10, der insoweit selbst allerdings nur einstimmige

Vereinbarungen für eintragungsfähig hält) oder dessen Aufhebungsausschluss **betreffen** (§ 751 S. 1 BGB) **unmittelbar für und gegen einen Sonder(rechts)nachfolger**. Das Gesetz möchte durch diese dem Schuldrecht an sich fremde, faktische dingliche Wirkung (BeckOGK-BGB/Fehrenbacher, Std.: 15.7.2020, § 746 Rn. 1; ausführlich hierzu Tschon, RNotZ 2006, 206, 209) den einzelnen Teilhaber daran hindern, verbindliche Regelungen der gemeinsamen Verwaltung und Benutzung, durch Veräußerung des Anteils an einen Dritten zu vereiteln (Staudinger/Eickelberg, § 746 Rn. 1 mit Hinweis auf die Gesetzgebungsmaterialien).

c) Im Verhältnis zu §§ 746, 751 S. 1 BGB stellt § 1010 Abs. 1 BGB lediglich eine dem Schutz des Rechtsverkehrs dienende Sonderregelung für **Miteigentumsanteile an Grundstücken** dar (Staudinger/Eickelberg, § 746 Rn. 2). Der wesentliche – über §§ 746, 751 S. 1 BGB hinausgehende – Normzweck ist der Schutz des einzelnen Sonderrechtsnachfolgers gegen ihm unbekannt **Vereinbarungen** (Staudinger/Eickelberg, § 746 Rn. 2; MünchKommBGB/K. Schmidt, § 746 Rn. 3). Diese sollen – wegen der Bedeutung des Rechtserwerbs eines Grundstücksbruchteils – mit Wirkung **gegen Sonderrechtsfolger nur gelten**, wenn sie **aus dem Grundbuch ersichtlich** sind.

d) Hält man nun § 1010 Abs. 1 BGB auf Vereinbarungen zwischen Bruchteilsnießbrauchern und Bruchteils Eigentümern nicht für anwendbar, so wäre es folgerichtig, auf die *leges generales* der §§ 746, 751 S. 1 BGB zurückzugreifen. Dies hätte zur Folge, dass eine Vereinbarung gem. §§ 744, 745 BGB sogar ohne Grundbucheintragung Rechtswirkungen gegen einen Sonderrechtsnachfolger entfaltet – ein offensichtlich sinnwidriges und mit dem Normzweck des § 1010 Abs. 1 BGB (Schutz des Erwerbers vor unbekanntem, ihm gegenüber aber wirksamen Vereinbarungen) kaum schlüssig in Einklang zu bringendes Ergebnis.

Versuchte man solche Fälle durch teleologische Reduktion der §§ 746, 751 S. 1 BGB in der Weise zu lösen, dass Bestimmungen zu Lasten des Sonderrechtsnachfolgers ausnahmsweise diesem gegenüber keine Wirkung entfalten, so wäre ein etwaiger Sonderrechtsnachfolger eines Bruchteils Eigentümers ungerechtfertigt privilegiert: Er könnte sich zu seinen Gunsten auf eine bestehende Vereinbarung gem. §§ 744, 745, 746 BGB berufen (vgl. nur Grüneberg/Herrler, § 1010 Rn. 2; BeckOGK-BGB/P. Müller, § 1010 Rn. 27); gleichzeitig bestünde ohne seine schuldrechtliche Mitwirkung mangels Anwendbarkeit des § 1010 Abs. 1 BGB keinerlei Möglichkeit, eine Bindungswirkung zu seinen Lasten zu erreichen. Sogar bei grundsätzlicher Anwendbarkeit des

§ 1010 Abs. 1 BGB müsste nämlich der Sonderrechtsnachfolger eine nicht eingetragene Regelung selbst dann nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie kennen würde (OLG München NZG 1999, 395; Staudinger/Eickelberg, § 746 Rn. 2). Somit würde der vom Gesetzgeber durch §§ 746, 751 S. 1 i. V. m. § 1066 Abs. 1 BGB beabsichtigte Schutz (dazu soeben oben b)) des – in der Gemeinschaft verbleibenden – Nießbrauchers an einem Miteigentumsanteil ohne Not ausgehöhlt, weil sich der ausscheidende Bruchteilseigentümer somit jederzeit seiner durch §§ 744, 745 BGB herbeigeführten Bindung entledigen kann.

Diese Probleme lassen sich mithin nur durch eine (jedenfalls sinnngemäße) Anwendung des § 1010 Abs. 1 BGB lösen.

3. Ergebnis

Nach alledem sind auch **Mit“eigentümer“vereinbarungen unter Beteiligung eines Nießbrauchers** an einem Miteigentumsanteil gem. §§ 1066 Abs. 1, 1010 Abs. 1 BGB im Grundbuch **grundsätzlich eintragungsfähig**, auch zugunsten des Nießbrauchers.

Ob Gleiches auch für Verwaltungs- und Benutzungsregelungen zwischen dem Bruchteilnießbraucher am ungeteilten Eigentum und dem Alleineigentümer gilt – wofür entsprechend der Ausführungen unter vorstehender Ziff. 2 Vieles spricht, weil auch in diesen Fällen die §§ 1066 Abs. 1 BGB, 741 ff. BGB nach der ausdrücklichen Rechtsprechung des BGH (NJW 2007, 149 Rn. 10) entsprechend anwendbar sind –, kann hier offen bleiben. Denn vorliegend sind mit dem Verkäufer und dem Käufer nach Vollzug der Auflassung jedenfalls mehrere Personen Miteigentümer des Grundstücks.

Offen bleiben kann auch die Anwendbarkeit des § 1010 BGB bei einem eingeräumten Quotenießbrauch (vgl. ausführlich BeckOGK-BGB/P. Müller, § 1010 Rn. 8.2; auch hier gelten nach ganz h. M. die §§ 741 ff. BGB entsprechend, vgl. nur OLG Schleswig RNotZ 2009, 401; BeckOGK-BGB/Servatius, Std.: 1.11.2019, § 1030 Rn. 56 m. w. N.; wohl auch BGH DNotZ 2004, 140).

Der Vollständigkeit halber sei aber darauf hingewiesen, dass nach h. M. Regelungen über die Kosten- und Lastentragung generell nicht mit Drittwirkung gem. § 1010 Abs. 1 BGB im Grundbuch eingetragen werden können (vgl. dazu ausführlich Tschon, RNotZ 2006, 206, 220 f.). Werden sie dennoch vereinbart, bleiben die übrigen drittwirkenden Vereinbarungen allerdings auch Dritten gegenüber wirksam (Tschon, RNotZ 2006, 206, 221).

BGB §§ 2197, 2218, 664

Testamentsvollstreckung durch eine GmbH; höchstpersönliche Ausführung

I. Sachverhalt

Der Beteiligte will ein Testament errichten und Testamentsvollstreckung anordnen. Der Testamentsvollstrecker ist Steuerberater/Wirtschaftsprüfer und betreibt die Praxis in einer GmbH. Er will die Testamentsvollstreckung nur übernehmen, wenn die GmbH selbst zum Testamentsvollstrecker bestimmt wird. Der Beteiligte ist damit grundsätzlich einverstanden, will aber sicherstellen, dass nur der Steuerberater/Wirtschaftsprüfer selbst für die GmbH handelt und nicht ein anderer Geschäftsführer oder der Prokurist der GmbH.

II. Frage

Kann die GmbH zum Testamentsvollstrecker bestimmt werden mit der Maßgabe, dass nur die näher bestimmte Person für die GmbH als Testamentsvollstrecker zu handeln berechtigt ist?

III. Zur Rechtslage

1. Zulässigkeit der Einsetzung einer GmbH zum Testamentsvollstrecker

Gem. § 2197 Abs. 1 BGB kann der Erblasser durch ein Testament einen oder mehrere Testamentsvollstrecker ernennen. Insoweit kommen nicht nur natürliche, sondern **auch juristische Personen als mögliche Testamentsvollstrecker** in Betracht (BeckOGK-BGB/Grotheer, Std.: 1.10.2020, § 2197 Rn. 67; BeckOK-BGB/Lange, Std.: 1.11.2021, § 2197 Rn. 32; MünchKommBGB/Zimmermann, 8. Aufl. 2020, § 2197 Rn. 9). Dies ergibt sich aus § 2210 S. 3 BGB, der auf § 2163 Abs. 2 BGB verweist, der eine spezifische Regelung für juristische Personen enthält. Mithin macht das Gesetz deutlich, dass das Amt des Testamentsvollstreckers nicht auf natürliche Personen begrenzt ist.

2. Einschränkung der Testamentsvollstreckung auf die Wahrnehmung durch einzelne Personen

Das Amt des Testamentsvollstreckers ist grundsätzlich höchstpersönlich ausgestaltet. Gem. §§ 2218 Abs. 1, 664 Abs. 1 S. 1 BGB ist der Testamentsvollstrecker im Zweifel zur persönlichen Amtsführung verpflichtet. Das Amt kann daher auch mit Zustimmung des Erben nicht als Ganzes auf einen Dritten übertragen werden (Staudinger/Reimann, BGB, 2016, § 2218 Rn. 10; BeckOGK-BGB/Tolksdorf, Std.: 1.12.2021, § 2218 Rn. 20). Wendet man dies auf die geplante Gestaltung an, nach der eine juristische Person Testamentsvollstreckerin sein soll, ist daher die juristische Person zur persönlichen Ausübung des Amtes verpflichtet. Dies

wird nur dann zu gewährleisten sein, wenn die gesetzlichen Vertreter der juristischen Person, mithin also ihre Organe, die Testamentsvollstreckung in eigener Person wahrnehmen. Bei einer **GmbH** sind daher in erster Linie die **Geschäftsführer zur Durchführung der Testamentsvollstreckung berufen**.

Zwar kann der Erblasser hiervon grundsätzlich Ausnahmen vorsehen, insbesondere dem Testamentsvollstrecker gestatten, seinen Nachfolger selbst zu ernennen (§ 2199 Abs. 2 BGB), allerdings soll vorliegend keine Erweiterung erfolgen, sondern eine Einschränkung. So ist geplant, der GmbH als Testamentsvollstreckerin ihre Befugnisse insoweit zu entziehen, als sie faktisch durch eine andere Person als die gewünschte natürliche Person ausgeübt werden. Es stellt sich daher die Frage, ob eine derartige Einschränkung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers zulässig ist.

Gem. § 2208 Abs. 1 S. 1 verfügt der Testamentsvollstrecker über die in §§ 2203 bis 2206 BGB genannten Rechte dann nicht, wenn anzunehmen ist, dass ihm diese nach dem Willen des Erblassers nicht zustehen sollen. Mithin kann der **Erblasser also die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers definieren**, indem er ihm einzelne Rechte zuweist oder entzieht. Dabei ist insbesondere anerkannt, dass das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers eingeschränkt werden kann (BeckOGK-BGB/Grotheer, § 2208 Rn. 18). Soweit es allerdings um die Begrenzung der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers geht, kann zwar die Zustimmung eines Anderen hierzu vorgesehen werden, dieser Andere muss allerdings Erbe oder Mittestamentsvollstrecker sein (BeckOK-BGB/Lange, § 2208 Rn. 7; Staudinger/Reimann, § 2208 Rn. 16).

Gleichwohl sagen diese Möglichkeiten für sich genommen noch nichts darüber aus, ob auch eine **personale Beschränkung**, wie sie in der angedachten Gestaltung vorgesehen ist, zulässigerweise vorgenommen werden kann. Rechtsprechung und Literatur zu dieser Frage haben sich nicht auffinden lassen. Eine zweifelsfreie Gestaltung ist daher auf dieser Grundlage nicht möglich. Geht man allerdings von der Grundwertung des § 2208 Abs. 1 S. 1 BGB aus, so obliegt dem Erblasser die Bestimmung darüber, ob und in welchem Umfang der Testamentsvollstrecker über Befugnisse verfügen oder es ihm an diesen fehlen soll. Kann mithin der Erblasser einzelne Rechte des Testamentsvollstreckers gänzlich ausschließen, ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Erblasser nicht auch die tatsächliche Handlungsmöglichkeit einer juristischen Person auf die Tätigkeit einer bestimmten natürlichen Person als Organ dieser juristischen Person beschränken können sollte. Insoweit stellt sich diese Beschränkung als Minus zur Entziehung der

Testamentsvollstreckerbefugnis für die genannten Bereiche insgesamt dar, sodass dies **gem. § 2208 Abs. 1 S. 1 BGB analog als zulässig** angesehen werden muss. Ein solches Verständnis deckt sich auch damit, dass der Erblasser die Testamentsvollstreckung sogar unter eine auflösende Bedingung stellen kann (BeckOGK-BGB/Grotheer, § 2208 Rn. 24). Kann mithin der Erblasser die Testamentsvollstreckung schon insgesamt erlöschen lassen, wenn bspw. eine bestimmte Person nicht mehr Geschäftsführer der juristischen Person ist, so ist es demnach auch zulässig, die Ausübung der grundsätzlich zugewandten Befugnisse davon abhängig zu machen, dass eine bestimmte natürliche Person sie konkret ausübt. Daher dürfte eine derartige Gestaltung zulässig sein.

Um allerdings eine Fremddisposition des Testamentsvollstreckers zu verhindern, die grundsätzlich unzulässig ist, ist darauf zu achten, dass die **Testamentsvollstreckung** für die GmbH jedenfalls dann **beendet** wird, wenn die **gewünschte natürliche Person als verantwortlicher Geschäftsführer ausscheidet**. Wäre weiterhin auch dann nur eine Vornahme durch die natürliche Person möglich, würde der Testamentsvollstreckerin für den Fall, dass diese Person nicht mehr Geschäftsführer ist, die Möglichkeit zur Erfüllung ihrer Tätigkeiten entzogen und die Testamentsvollstreckung damit faktisch ausgeschlossen werden. Um damit einhergehende Zweifelsfragen nicht entstehen zu lassen, sollte daher die Testamentsvollstreckung in diesem Fall entweder insgesamt enden oder jedenfalls die Testamentsvollstreckung durch die GmbH beendet werden. In letzterem Fall wäre dann ein Ersatztestamentsvollstrecker zu bestimmen oder das Gericht oder ein Dritter zu ermächtigen, einen neuen Testamentsvollstrecker zu benennen. Insoweit kommt es bei der Gestaltung auf die Wünsche der Beteiligten an.

Sollte ein Gericht entgegen der hier vertretenen Ansicht zu der Einschätzung gelangen, dass die Einsetzung des Testamentsvollstreckers in dieser Weise unzulässig ist, dürfte dies dazu führen, dass der Testamentsvollstrecker nicht wirksam benannt ist. Für eine unwirksame Benennung i. S. d. § 2201 BGB ist anerkannt, dass dies entweder dazu führt, dass die Testamentsvollstreckung insgesamt unwirksam ist oder dass bei einer konkludenten Benennungsbefugnis des Nachlassgerichts gem. § 2200 BGB dieses einen anderen Testamentsvollstrecker auswählen kann (siehe dazu BeckOGK-BGB/Leitzen, § 2201 Rn. 14). Sicherheitshalber sollte daher klargestellt werden, welche Rechtsfolge sich bei dieser Konstellation ergibt, obgleich wohl die Regelungen für den Fall des Erlöschens der Testamentsvollstreckung durch die GmbH einen erheblichen Auslegungshinweis geben 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.

GmbHG § 58a

Beachtung der Frist nach § 58a Abs. 4 S. 2 GmbH bei einer vereinfachten Kapitalherabsetzung im Rahmen eines Insolvenzplans

Abruf-Nr.:

EuErbVO Art. 21; EGBGB Art. 22; FamFG § 108

Frankreich: Anerkennung einer in Frankreich auszusprechenden einfachen Adoption in Deutschland; erbrechtliche Folgewirkungen

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB § 2314

Notarielles Nachlassverzeichnis; Treuwidrigkeit des Hinzuziehungsverlangens; Umfang der Ermittlungspflicht des Notars

1. Das Verlangen der Gläubigerin, zur Aufnahme des Nachlassverzeichnisses hinzugezogen zu werden, ist unter den gegebenen konkreten Umständen treuwidrig, da die Gläubigerin mit keinem der vom Notar vorgeschlagenen Termine einverstanden war und damit die Aufnahme des Verzeichnisses in ihrer Anwesenheit verhindert hat.

2. Der Notar ist bei Erstellung eines Nachlassverzeichnisses nicht verpflichtet, ohne konkrete Anhaltspunkte in alle Richtungen zu ermitteln. Insbesondere ist er hier weder zur Anfrage an diverse Dachverbände von Banken bezüglich bestehender Kontoverbindungen noch zur Anforderung der Einkommensteuererklärungen und -bescheide des Erblassers der letzten 10 Jahre verpflichtet.

OLG Frankfurt, Beschl. v. 12.10.2021 – 10 W 29/21

Problem

Die Schuldnerin ist durch rechtskräftiges Teilurteil insbesondere zur Auskunft über den Bestand des Nachlasses des Erblassers durch Vorlage eines notariellen Nach-

lassverzeichnisses gegenüber der pflichtteilsberechtigten Gläubigerin verurteilt worden. Ihrer Verpflichtung kam die Schuldnerin bzw. der von ihr beauftragte Notar zunächst nur unzureichend nach, sodass Zwangsgelder gegen die Schuldnerin verhängt worden sind. In der Folge teilte der Notar der Gläubigerin unter Übersendung eines Entwurfs des Nachlassverzeichnisses einen drei Tage später stattfindenden Termin zur Feststellung des Nachlassverzeichnisses mit. Dies lehnte die Schuldnerin wegen Urlaub ihres Anwalts ab und erbat die Mitteilung von drei Terminen mit einer Vorlaufzeit von vier Wochen. Der Notar schlug daraufhin mit einer Vorlaufzeit von ca. drei Wochen zwei weitere Termine vor. Der Anwalt der Gläubigerin beanstandete hierauf, dass dies nur zwei Termine seien und die erbetene Vorlaufzeit nicht eingehalten sei; außerdem erhob er diverse Einwendungen gegen den ihm übersandten Entwurf des Verzeichnisses. In der Folgezeit schlug der Notar insgesamt neun weitere Termine vor, die die Gläubigerin wegen urlaubsbedingter Abwesenheit bzw. unter Berufung auf die Corona-Pandemiesituation ablehnte. Sodann errichtete der Notar ohne Anwesenheit der Gläubigerin das Nachlassverzeichnis, welches die Schuldnerin ihr übersandte.

Daraufhin beantragte die Gläubigerin die Verhängung eines Zwangsgeldes gegen die Schuldnerin. Das LG Frankfurt a. M. verhängte – dem Antrag der Gläubigerin folgend – ein Zwangsgeld; das Nachlassverzeichnis habe keine Erfüllungswirkung, da die Gläubigerin insbesondere bei seiner Erstellung nicht zugegen gewesen sei. Hiergegen richtete sich die zulässige und in der Sache erfolgreiche sofortige Beschwerde der Schuldnerin.

Entscheidung

Das OLG Frankfurt a. M. wies den Antrag der Gläubigerin auf Festsetzung von Zwangsmitteln zurück. Mit dem übersandten notariellen Nachlassverzeichnis habe die Schuldnerin der titulierten Verpflichtung genügt, obwohl die Gläubigerin bei der Aufnahme nicht zugegen gewesen sei. Indem die Gläubigerin dennoch die nochmalige Erstellung des Verzeichnisses unter ihrer Hinzuziehung verlange, verstoße sie gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB).

Zur Begründung führte das Gericht zunächst aus, dass das auf den Titel gestützte Verlangen der Gläubigerin, zur Aufnahme des Verzeichnisses hinzugezogen zu werden, unter den konkret gegebenen Umständen treuwidrig gewesen sei; die Gläubigerin sei mit keinem der vom Notar vorgeschlagenen Termine einverstanden gewesen und habe damit die Aufnahme des Verzeichnisses in ihrer Anwesenheit verhindert (§ 242 BGB sowie Rechtsgedanke des § 162 Abs. 1 BGB). Es könne dabei letztlich dahinstehen, ob ein auf die Corona-Pandemie ge-

stützter Verlegungswunsch gerechtfertigt gewesen wäre, wenn es sich bei den in die zweite Coronawelle fallenden Terminen um die ersten Terminvorschläge des Notars gehandelt hätte. Denn bei der Bewertung des Verhaltens der Gläubigerin als treuwidrig sei ihr Gesamtverhalten zu berücksichtigen. Zwar sei die Ablehnung des ersten vorgeschlagenen Termins gerechtfertigt gewesen, nicht aber der Verlegungswunsch bezüglich der beiden weiteren sodann vorgeschlagenen Termine. Es gebe keine feststehende Regel, wonach ein Notar einem Gläubiger drei Termine mit einer vierwöchigen Vorlaufzeit vorschlagen müsse. Der Notar habe zwar im Rahmen der Verpflichtung seines Auftraggebers zur Hinzuziehung des Pflichtteilsberechtigten auf dessen Interessen Rücksicht zu nehmen. Insoweit möge man auch verlangen können, dass der **Notar** dem Pflichtteilsberechtigten **mehrere Termine mit einer angemessenen Vorlaufzeit vorschlagen** müsse. Diesen Anforderungen habe indes die Mitteilung zweier Termine mit einer Vorlaufzeit von mehr als drei Wochen entsprochen. Des Weiteren könne sich die Gläubigerin nicht mit ihrer pauschalen Berufung auf die Corona-Pandemie entschuldigen. Es sei insbesondere nicht ersichtlich, warum ihr oder ihrem Prozessbevollmächtigten die (An-)Reise unzumutbar gewesen wäre. Im Übrigen wäre der Schuldnerin eine Verlegung auf unbestimmte Zeit nicht zuzumuten gewesen.

Sodann betonte das Gericht, dass das erstellte Nachlassverzeichnis die Anforderungen der titulierten Verpflichtung erfülle. Soweit die Gläubigerin moniere, der Notar habe entgegen seiner Verpflichtung über die von ihm durchgeführten Ermittlungen hinaus nicht bei diversen Dachverbänden von Banken bezüglich bestehender Kontoverbindungen angefragt, sei dem nicht zu folgen. Der **Notar** sei gerade **nicht verpflichtet**, ohne konkrete Anhaltspunkte **in alle Richtungen zu ermitteln**. Der Notar sei außerdem – entgegen der Auffassung der Gläubigerin – auch nicht zur Anforderung der Einkommensteuererklärungen und -bescheide der letzten zehn Jahre verpflichtet gewesen. Denn ohne weitere Anhaltspunkte sei nicht ersichtlich, inwiefern sich aus diesen etwas für den Nachlassbestand im Todeszeitpunkt ergeben solle, das nicht bereits aus den eingesehenen Kontounterlagen deutlich werde, wie bspw. die im Nachlassverzeichnis aufgeführten Steuererstattungen.

Praxishinweis

Die Ermöglichung der Anwesenheit des Pflichtteilsberechtigten bei der Errichtung des Nachlassverzeichnisses durch den Notar macht eine vorherige Terminkoordination unumgänglich. Hierfür soll nach Auffassung des OLG Frankfurt a. M. der Vorschlag zweier Termine mit einer Vorlaufzeit von mehr als drei Wochen gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten grds. genügen. Absa-

gen seitens des Pflichtteilsberechtigten unter pauschaler Berufung auf die Corona-Pandemie können unter Berücksichtigung der Gesamtumstände unbeachtlich sein (vgl. zur Frage der vorübergehenden Unmöglichkeit der Wahrnehmung eines solchen Termins durch einen Erben bei behaupteter Gefährdung durch Covid-19, OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2020, 1072). Ferner verdeutlicht die vorliegende Entscheidung einmal mehr, dass der Notar gerade nicht verpflichtet ist, ohne konkrete Anhaltspunkte in alle Richtungen zu ermitteln. Art und Umfang seiner Ermittlungspflichten werden vielmehr maßgeblich durch die konkreten Umstände des Einzelfalles bestimmt.

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 §§ 305, 309; EGBGB n. F. Art. 246e § 1 – Bußgelder für Bauträger bei der Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen

BGB § 2309 – Pflichtteilsberechtigung der Enkelkinder bei Pflichtteilsentziehung und Enterbung des Sohnes

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 277, 1036 Abs. 2 – Beschränkung der Verantwortlichkeit des Nießbrauchers auf die eigenübliche Sorgfalt als dinglicher Inhalt des Nießbrauchs

MaßnG-GesR § 3 Abs. 1; UmwG § 13 Abs. 1 S. 2 – Zulässigkeit der Beschlussfassung über eine Verschmelzung in einer virtuellen Versammlung bei der Genossenschaft; Corona-Gesetzgebung

GmbHG § 74 Abs. 1 S. 2 – Schluss der Liquidation; Vermögenslosigkeit einer GmbH bei möglicher Änderung oder Aufhebung der Steuerfestsetzung

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 305, 309; EGBGB n. F. Art. 246e § 1 Bußgelder für Bauträger bei der Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen

I. Sachverhalt

Ein Bauträger spricht den Notar an, dass er die Information erhalten habe, dass unwirksame AGB-Klauseln in Bauträgerverträgen mit Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 künftig zu Bußgeldern für den Bauträger führen werden. Er verweist dazu auf

einen Beitrag auf einer Internet-Seite. In dem Beitrag ist davon die Rede, dass Bauträgern Bußgelder in Höhe von „mindestens“ 4 % des Jahresumsatzes drohen. Notaren drohe bei Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln in Bauträgerverträgen eine diesbezügliche Regressforderung.

II. Frage

Ist zu erwarten, dass mit Umsetzung der vorgenannten Richtlinie künftig unwirksame Klauseln in Bauträgerverträgen zu Bußgeldern für den Bauträger führen werden?

I. Zur Rechtslage

1. Einführung von Bußgeldern für AGB-Verstöße im deutschen Recht

Bislang kennt das deutsche Zivilrecht für die Verwendung unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen

keine Bußgeldvorschriften. Ein Verstoß gegen die §§ 307 ff. BGB führt regelmäßig lediglich zur Unwirksamkeit der entsprechenden Klausel, der Vertrag bleibt im Übrigen wirksam, § 306 Abs. 1 BGB. Ggf. kommt ein Schadensersatzanspruch gegen den Verwender in Betracht, sofern überhaupt ein Schaden entstanden ist. Weiter besteht die Gefahr, gemäß § 1 UKlaG durch Verbraucherverbände auf Unterlassung in Anspruch genommen zu werden. Im Rahmen des Wettbewerbsrechts sieht § 10 UWG zudem unter bestimmten Umständen – die bei Bauträgern selten vorliegen dürften – die Möglichkeit der Gewinnabschöpfung vor.

Durch das Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch in Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union und zur Aufhebung der Verordnung zur Übertragung der Zuständigkeit für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 auf das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vom 10.8.2021 (BGBl. I v. 17.8.2021, S. 3483 – im Folgenden kurz „Umsetzungsgesetz“) führt der Gesetzgeber einen neuen Art. 246e EGBGB in das deutsche Recht ein. Art. 246e § 2 EGBGB sieht Bußgeld-Vorschriften für den Fall der vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung des Art. 246e § 1 Abs. 1 EGBGB vor. Art. 246e § 1 Abs. 1 EGBGB definiert als neuen Begriff sog. **Verletzungen von Verbraucherinteressen**. Die Verletzung von Verbraucherinteressen i. S. dieser Norm setzt jedoch zunächst einen „**weitverbreiteten Verstoß**“ oder einen „**weitverbreiteten Verstoß mit Unions-Dimension**“ i. S. d. Art. 3 Nr. 3 respektive Nr. 4 CPC-VO (Verordnung EU 2017/2394 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2017 über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004, Abl. L 345 v. 27.12.2017, S. 1) voraus.

Art. 3 Nr. 3 CPC-VO definiert den **weitverbreiteten Verstoß** als Handlung oder Unterlassung, die gegen Unionsrecht zum Schutz der Verbraucherinteressen verstößt und die Kollektivinteressen von Verbrauchern geschädigt hat, schädigt oder voraussichtlich schädigen kann, die in **mindestens zwei anderen Mitgliedstaaten** als dem Mitgliedstaat ansässig sind, in dem die Handlung oder die Unterlassung ihren Ursprung hatte oder stattfand, in dem der für die Handlung oder Unterlassung verantwortliche Unternehmer niedergelassen ist, oder in dem Beweismittel oder Vermögensgegenstände des Unternehmers vorhanden sind, die einen Zusammenhang mit der Handlung oder Unterlassung aufweisen, oder die Handlung des Unterneh-

mers in mindestens drei Mitgliedstaaten gleichzeitig stattfindet. Ein weitverbreiteter Verstoß mit Unions-Dimension wird hingegen in Art. 3 Nr. 4 CPC-VO definiert als ein weitverbreiteter Verstoß, der **mindestens 2/3 der Mitgliedstaaten, die zusammen mindestens 2/3 der Bevölkerung der Union** ausmachen, betrifft.

Übertragen auf Bauträgerverträge bedeutet dies, dass von vornherein nur Bauträger von der Regelung betroffen sein können, die ihre Objekte auch außerhalb von Deutschland vermarkten oder aus sonstigen Gründen an mindestens zwei Verbraucher veräußern, die in jew. einem anderen Mitgliedstaat ansässig sind. Ob letzteres – also der letztlich „zufällige“ Erwerb durch Bürger aus zwei weiteren EU-Mitgliedsstaaten – allein genügt, mag zusätzlich bezweifelt werden. Wie die Begriffe künftig ausgelegt werden, vermögen wir mangels entsprechender Literatur derzeit noch nicht prognostizieren. Grundsätzlich dürften aber Bauträger betroffen sein, wenn Käufer erwerben, die in mind. zwei weiteren EU-Staaten *ansässig* sind. Ein EU-Ausländer, der in Deutschland ansässig ist, genügt hingegen nicht.

Art. 246e § 1 Abs. 2 EGBGB n. F. grenzt den Anwendungsbereich für die Bußgelder weiter ein. Bußgeldbeehrt sind nur Verstöße gegen Allgemeine Geschäftsbedingungen, die nach § 309 BGB unwirksam sind oder deren Empfehlung oder Verwendung gegenüber Verbrauchern dem Unternehmer durch rechtskräftiges Urteil untersagt wurde. Letztgenannte Variante dürfte von vornherein kaum eine Rolle spielen, da wir davon ausgehen, dass Bauträger, deren Verträge durch Notare gestaltet werden, von vornherein keine Klauseln verwenden würden, die ihnen bereits durch rechtskräftiges Urteil untersagt wurden. Ein Verstoß gegen § 309 BGB kommt im Rahmen der Gestaltung eines Bauträgervertrags hingegen durchaus in Betracht (vgl. beispielhaft allein aus den letzten Jahren OLG Frankfurt a.M. NZBau 2021, 328; OLG Schleswig, NZBau 2020, 371; OLG Hamburg, BeckRS 2020, 29306; KG RNotZ 2020, 178).

2. Höhe potentieller Bußgelder

Gemäß Art. 246e § 2 EGBGB n. F. können Ordnungswidrigkeiten, die aus AGB-Verstößen herrühren, mit Geldbußen von bis zu 50.000 € geahndet werden. Bei Unternehmern, die im Jahr vor der Bußgeld-Entscheidung mehr als 1.250.000 € Jahresumsatz erzielt haben, kann eine höhere Geldbuße verhängt werden, die jedoch 4 % des Jahresumsatzes nicht übersteigen darf.

3. Inkrafttreten

Gemäß Art. 6 Umsetzungsgesetz (BGBl. I v. 17.8.2021,

S. 3483) tritt das Gesetz am 28.5.2022 in Kraft. Eine Übergangsregelung ist nicht vorgesehen, sodass wir davon ausgehen, dass die Verhängung eines Bußgeldes grundsätzlich für die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen ab dem 28.5.2022 in Betracht kommt.

4. Fazit

U. E. wird die Verhängung von Bußgeldern in der Praxis des Bauträgervertragsrechts eine untergeordnete Rolle spielen, da schon selten ein „weitverbreiteter Verstoß“ oder ein „weitverbreiteter Verstoß mit Unions-Dimension“ i. S. d. CPC-VO vorliegen dürfte. Zudem kommen allenfalls bei Verstößen gegen § 309 BGB Bußgelder in Betracht, die entgegen der Behauptung des Online-Beitrags nicht *mindestens*, sondern gemäß Art. 246e § 1, § 2 Abs. 2 EGBGB *höchstens* 4 % des Jahresumsatzes betragen dürfen. Inwiefern die Behörden in den Fällen, in denen die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, tatsächlich Bußgelder verhängen werden, vermögen wir freilich nicht abzuschätzen.

BGB § 2309

Pflichtteilsberechtigung der Enkelkinder bei Pflichtteilsentziehung und Enterbung des Sohnes

I. Sachverhalt

Der Vater V hat einen Sohn S. S hat wiederum Abkömmlinge, die (aus Sicht des V) Enkelkinder E. S ist wegen versuchten Mordes rechtskräftig zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe (ohne Bewährung) verurteilt worden. V hat S in seinem Testament enterbt, indem er einen anderen Erben eingesetzt hat; zugleich hat V dem S den Pflichtteil wirksam entzogen.

II. Frage

Sind infolge der Enterbung und Entziehung des Pflichtteils des S nunmehr dessen Abkömmlinge (die Enkelkinder E) pflichtteilsberechtigt?

III. Zur Rechtslage

1. Pflichtteilsentziehung

Im vorliegenden Fall kommt eine Pflichtteilsentziehung nach **§ 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB** in Betracht. Danach kann dem Abkömmling der Pflichtteil entzogen werden, wenn er wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung rechtskräftig verurteilt worden und die Teilhabe des Abkömmlings am Nachlass deshalb für den Erblasser unzumutbar ist. Wir unterstellen, dass vorstehend die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind.

Ist ein Pflichtteilsentziehungstatbestand verwirklicht und wird die Pflichtteilsentziehung auch formwirksam (vgl. § 2336 BGB) vorgenommen, führt dies zum Erlöschen sämtlicher Pflichtteilsrechte, die dem betreffenden Abkömmling zustehen können (vgl. BeckOK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.8.2021, § 2333 Rn. 30).

Die Pflichtteilsentziehung, der verbreitet ein gewisser „Verwirkungs- oder Strafgedanke“ zugeordnet wird (vgl. nur MünchKommBGB/Lange, 8. Aufl. 2020, § 2333 Rn. 2), wirkt sich allerdings nur auf den **Pflichtteilsberechtigten selbst** aus, nicht etwa auf den ganzen Stamm. Dies folgt bereits aus der Formulierung des § 2333 BGB sowie aus dem Umstand, dass eine dem § 2349 BGB entsprechende Vorschrift (ausnahmsweise Erstreckung der Wirkungen eines Verzichtsvertrages auf die Abkömmlinge) für die Pflichtteilsentziehung fehlt.

2. Pflichtteilsberechtigung der Enkel

Folge der Pflichtteilsentziehung ist, dass Abkömmlinge des betreffenden Abkömmlings nach Maßgabe des § 2309 BGB an seine Stelle treten können (vgl. BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2333 Rn. 30; BeckOGK-BGB/Rudy, Std.: 1.4.2021, § 2333 Rn. 50; MünchKommBGB/Lange, § 2336 Rn. 18).

Das Vorliegen eigener Pflichtteilsansprüche der entfernteren Berechtigten (hier: Enkel) ist allerdings keine Automatik. Vielmehr müssen die **Voraussetzungen des § 2309 BGB erfüllt** sein.

§ 2309 BGB bestimmt, dass entferntere Abkömmlinge (sowie die Eltern des Erblassers) insoweit nicht pflichtteilsberechtigt sind, als ein Abkömmling, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, den Pflichtteil verlangen kann oder das ihm Hinterlassene annimmt. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es in erster Linie, eine **Vervielfältigung der Pflichtteilslast** durch Mehrfachbegünstigung desselben Stammes zu verhindern (vgl. BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2309 Überblick vor Rn. 1).

Da § 2309 BGB keinen eigenständigen Pflichtteilsanspruch begründet, sondern nur eine nach § 2303 BGB an sich gegebene Pflichtteilsberechtigung einschränkt, müssen für die Pflichtteilsberechtigung der entfernteren Abkömmlinge **zwei Tatbestandsvoraussetzungen** erfüllt sein:

(1) Der Antragsteller muss aus eigenem Recht pflichtteilsberechtigt sein.

(2) Der näher Pflichtteilsberechtigte kann weder einen Pflichtteil verlangen, noch hat er das ihm u. U. Hin-

terlassene angenommen (vgl. BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2309 Rn. 3).

Die zweite Tatbestandsvoraussetzung ist vorliegend o. W. gegeben, da Sohn S aufgrund der – unterstellt – wirksamen Pflichtteilsentziehung **keinen eigenen Pflichtteilsanspruch** geltend machen kann.

Eine **Pflichtteilsberechtigung aus eigenem Recht** hat der entfernter Berechtigte aufgrund seines Ausschlusses von der gesetzlichen Erbfolge (hier: durch Verfügung des Erblassers von Todes wegen) nur dann, wenn der zur Zeit des Erbfalls lebende näher Berechtigte (hier: S) aufgrund einer gesetzlichen Fiktion als nicht vorhanden gilt, etwa weil er die Erbschaft **ausgeschlagen** (§ 1953 Abs. 1 BGB), einen **Erbverzicht** (§ 2346 Abs. 1 BGB) geleistet hat oder er für **erbunwürdig** (§ 2344 Abs. 1 BGB) erklärt wurde (BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2309 Rn. 4; vgl. auch BeckOGK-BGB/Obergfell, Std.: 1.12.2021, § 2309 Rn. 3, 4 ff.). Alle drei Tatbestände sind vorliegend **nicht** erfüllt.

Ob auch der Fall der **Enterbung** (§ 1938 BGB) den o. g. drei Fällen gleichgestellt werden kann, war umstritten. Der BGH hat jedoch im Jahr 2011 in einem vielbeachteten Urteil entschieden, dass **auch der Enterbung** eine Vorversterbensfiktion analog §§ 1953 Abs. 2, 2344 Abs. 2, 2346 Abs. 1 S. 2 BGB zukomme, was dazu führe, dass damit dem entfernter Berechtigten aufgrund des Eintrittsrechts nach § 1924 Abs. 3 BGB ein gesetzliches Erbrecht zustehe (BGHZ 189, 171, 177 = ZEV 2011, 366 = DNotZ 211, 866 m. zust. Anm. Lange).

Der Meinungsstreit, ob auch die Enterbung vom Tatbestand des § 2309 BGB umfasst ist, wirkt sich normalerweise nicht aus, da im Falle der Enterbung im Regelfall dem näher Pflichtteilsberechtigten sein Pflichtteilsanspruch zusteht und deshalb ein Pflichtteilsanspruch des entfernter Berechtigten nach § 2309 Var. 1 BGB ausgeschlossen ist. Dieser Meinungsstreit wird aber bedeutsam, wenn der näher Berechtigte im konkreten Fall seinen **Pflichtteilsanspruch nicht geltend machen kann**, etwa weil er pflichtteilsunwürdig ist (§ 2345 Abs. 2 BGB), einen Pflichtteilsverzichtsvertrag ohne Erstreckungswirkung nach § 2349 BGB abgeschlossen hat oder – wie in dem vom BGH entschiedenen Fall – wenn dem enterbten näher Berechtigten **zugleich wirksam der Pflichtteil nach § 2333 BGB entzogen** worden ist. Denn unter Zugrundelegung der BGH-Ansicht führt diese Konstellation dann zu einer konkreten Pflichtteilsberechtigung der entfernter Berechtigten, etwa der Enkel (vgl. BGH DNotZ 2011, 866; BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2309 Rn. 9 m. w. N.).

Demzufolge käme man auch im vorliegenden Fall im Anschluss an die Entscheidung des BGH zum Ergebnis, dass infolge wirksamer Pflichtteilsentziehung in Bezug auf den Sohn dessen Abkömmlinge konkret pflichtteilsberechtigt worden sind.

Allerdings bleibt zu berücksichtigen, dass es sich im Falle der BGH-Entscheidung um eine **ausdrückliche Enterbung** des Abkömmlings (vgl. § 1938 BGB) handelte und der Abkömmling nicht nur – wie hier – aufgrund der positiven Erbeinsetzung eines Dritten enterbt worden ist. Ob auch der letztere Fall gleichzustellen ist, hat der BGH in seiner Entscheidung **ausdrücklich dahinstehen** lassen (BGH ZEV 2011, 366, 367 m. w. N.). In der Literatur wird dies eher **abgelehnt**, da die Übergehung im Gegensatz zur ausdrücklichen Enterbung die gesetzliche Erbfolge unberührt lasse (so Staudinger/Otte, BGB, 2015, § 2309 Rn. 28; BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2309 Rn. 8.2; offen MünchKommBGB/Lange, § 2309 Rn. 13). Definitiv geklärt ist diese Rechtsfrage aber bislang noch nicht.

Im konkreten Fall konnte der BGH die Frage dahinstehen lassen, da er der Pflichtteilsentziehung zugleich eine (ausdrückliche) Enterbung i. S. v. § 1938 entnommen hat (Rn. 22 der genannten Entscheidung). Schließt man sich dem für den vorliegenden, insoweit vergleichbaren Fall an, käme man auch hier im Ergebnis dazu, dass die **Enkel pflichtteilsberechtigt** sind.

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 § 130; WEG § 12

Übermittlung der Verwalterzustimmung durch elektronisch beglaubigte Abschrift

Abruf-Nr.:

MaBV § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 4; ZPO §§ 417, 435

Vereinbarkeit eines Globalfreigabeversprechens einer Sparkasse mit dem Aushändigungserfordernis gem. § 3 Abs. 1 S. 4 MaBV

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 277, 1036 Abs. 2

Beschränkung der Verantwortlichkeit des Nießbrauchers auf die eigenübliche Sorgfalt als dinglicher Inhalt des Nießbrauchs

Einer Vereinbarung, nach der der Berechtigte bei Ausübung seines Nießbrauchs nur die Sorgfalt, die er in eigenen Dingen anzuwenden pflegt, schuldet, kommt keine dingliche Wirkung zu und sie kann daher nicht in das Grundbuch eingetragen werden.

OLG Nürnberg, Beschl. v. 8.11.2021 – 15 W 3774/21

Problem

Im Rahmen eines Überlassungsvertrages mit Vorbehaltsnießbrauch wurde als dinglicher Inhalt des Nießbrauchs u. a. vereinbart:

„Der Berechtigte schuldet bei Ausübung seines Nießbrauchs nur die Sorgfalt, die er in eigenen Dingen anzuwenden pflegt. Die Vertragsteile bewilligen und beantragen die Eintragung des vorbehaltenen Nießbrauchs in das Grundbuch an nächstoffener Rangstelle.“

Das Grundbuchamt ist der Auffassung, dass die Beschränkung auf die eigenübliche Sorgfalt kein möglicher dinglicher Inhalt des Nießbrauchs sei. Nach § 1036 Abs. 2 BGB obliege dem Nießbraucher die Pflicht, bei der Ausübung des Nutzungsrechts die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten und nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zu fahren. Dies sei nach einhelliger Auffassung nicht mit dinglicher Wirkung abdingbar.

Entscheidung

Das OLG Nürnberg teilt diese Auffassung. Die Pflicht zur ordnungsgemäßen Bewirtschaftung gehöre neben der Pflicht zur Substanzerhaltung zu den Kernregelungen des Nießbrauchs und könne deshalb aufgrund des Typenzwangs des Sachenrechts nicht vollständig mit dinglicher Wirkung abbedungen werden. § 1036 Abs. 2 BGB bilde insofern einen unverzichtbaren Bestandteil des Nießbrauchs. Der Nießbraucher habe bezüglich Nutzung und Bewirtschaftung der Sache so zu verfahren, als sei er Eigentümer. Maßgeblich hierfür sei grundsätzlich ein objektiver Maßstab. Dem widerspreche es, wenn der Haftungsmaßstab gemäß § 277 BGB reduziert werde, da dann kein objektiver, typisierter, sondern ein rein subjektiver, auf persönliche Gepflogenheiten des Betroffenen abstellender Maßstab angelegt werde. Dies führe dazu, dass der Inhalt des Rechts nicht

mehr objektiv zu bestimmen sei, sondern von individuellen, persönlichen Eigenarten des Schuldners abhängen, die sich über die Zeit auch ändern könnten. Der genaue Inhalt des dinglichen Nutzungsrechts könne dann nur im Rahmen tatsächlicher Ermittlungen festgestellt werden.

Dem könne auch nicht entgegengehalten werden, dass dem Nießbrauchberechtigten eine Reihe von Pflichten mit dinglicher Wirkung erlassen werden könnten, die grundsätzlich zu den Regeln ordnungsgemäßer Wirtschaft gehörten (beispielsweise die Versicherungspflicht gemäß § 1045 BGB bzw. die Lastentragungspflicht gemäß § 1047 BGB). Der Umfang dieser Pflichten könne gerade objektiv bestimmt werden und sei deshalb nicht mit dem subjektiven Maßstab des § 277 BGB vergleichbar.

Hinweis

Das OLG Nürnberg liegt damit auf der Linie anderer Oberlandesgerichte (vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 14.1.2014 – 20 W 349/13 und KG, Beschl. v. 11.4.2006 – 1 W 609/03). Eine schuldrechtliche Vereinbarung mit entsprechendem Inhalt dürfte aber ohne Weiteres möglich sein.

MaßnG-GesR § 3 Abs. 1; UmwG § 13 Abs. 1 S. 2 Zulässigkeit der Beschlussfassung über eine Verschmelzung in einer virtuellen Versammlung bei der Genossenschaft; Corona-Gesetzgebung

Nach § 3 Abs. 1 MaßnG-GesR kann auch der Verschmelzungsbeschluss einer Genossenschaft in einer virtuellen Versammlung gefasst werden. Das Versammlungserfordernis des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG steht dem nicht entgegen.

BGH, Urt. v. 5.10.2021 – II ZB 7/21

Problem

Die Beteiligten – zwei Genossenschaften – beantragten beim zuständigen Registergericht die Eintragung der Verschmelzung der Beteiligten zu 2.) auf die Beteiligten zu 1.). Das Registergericht wies den Antrag zurück, weil der Verschmelzungsbeschluss bei der Beteiligten zu 2.) am 30.11.2020 in einer virtuellen Vertreterversammlung gefasst wurde. Das OLG half der hiergegen gerichtete Beschwerde nicht ab (vgl. OLG Karlsruhe DNotI-Report 2021, 94).

Entscheidung

Der BGH sieht die Rechtslage anders und geht davon

aus, dass der Verschmelzungsbeschluss gem. § 3 Abs. 1 MaßnG-GesR [zitierweise des BGH: GesRuaCOVBekG] in einer virtuellen Versammlung gefasst werden könne. Hierbei konnte das Gericht offenlassen, ob dies bereits gem. § 3 Abs. 1 S. 1 MaßnG-GesR a. F. der Fall war. Der Gesetzgeber hatte zwischenzeitlich durch das Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe (BGBl. I 2021, S. 2363 v. 7.7.2021) nachgebessert. In Art. 36 Abs. 3 ordnet er das *rückwirkende Inkrafttreten* des § 3 Abs. 1 S. 5 MaßnG-GesR n.F. an, der ausdrücklich klarstellt, dass auch bei Genossenschaften während der Coronapandemie virtuelle Vertreterversammlungen ohne physische Präsenz der Vertreter auch ohne entsprechende Regelung in der Satzung zulässig sind.

Des Weiteren geht der BGH davon aus, dass das Versammlungserfordernis des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG der Fassung des Verschmelzungsbeschlusses in einer virtuellen Versammlung nicht entgegenstehe. § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG verlange nicht zwingend, dass die Anteilsinhaber bei der Versammlung physisch anwesend seien. Der BGH betont jedoch auch, dass dies voraussetze, dass die virtuelle Versammlung nach Gesetz oder Satzung zulässig sei und die **Möglichkeit der Anteilsinhaber zum Meinungs austausch** mit den Gesellschaftsorganen und untereinander einer physischen Versammlung vergleichbar sein müsse (Rn. 16). Es sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Vorschrift für technische Entwicklungen im Bereich der Kommunikationstechnik offen gestalten wollte. Auch der Sinn und Zweck des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG stehe dem nicht entgegen, wenn eine gründliche und gemeinsame Meinungsbildung der Anteilseigner sichergestellt werde (Rn. 19).

Auch das Beurkundungserfordernis hindere die Abhaltung einer virtuellen Versammlung nicht. Dem Beurkundungserfordernis könne bei der virtuellen Versammlung dadurch Genüge getan werden, dass der Notar für die Beurkundung am Aufenthaltsort des Versammlungsleiters zugegen sei (Rn. 20).

Hinweis

Die Entscheidung klärt eine Frage, die durch die Vorinstanz unnötigerweise mit nicht überschaubaren Konsequenzen für die Praxis aufgeworfen wurde, sodass sich der Gesetzgeber gezwungen sah, seine bereits in der Urfassung zum Ausdruck kommende Auffassung noch einmal durch eine Gesetzesänderung klarzustellen. Für die notarielle Praxis besonders wichtig ist die Feststellung des Gerichts, wonach der Notar sich am Aufenthaltsort des Versammlungsleiters vom ordnungsgemäßen Ablauf des Beschlussverfahrens überzeugen und die Feststel-

lung des Beschlussergebnisses beurkunden müsse. Das Gericht geht also offenbar davon aus, dass die virtuelle Zuschaltung des Notars nicht genüge (Rn. 20).

Nach derzeitigem Stand gelten die coronabedingten Sonderregelungen für Versammlungen bei Kapitalgesellschaften, Genossenschaften und Vereinen bis 31.8.2022 (vgl. dazu die Arbeitshilfen auf der DNotI-Homepage unter „Arbeitshilfen“ -> „Corona“). Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber den Geltungszeitraum noch einmal verlängern wird.

GmbHG § 74 Abs. 1 S. 2

Schluss der Liquidation; Vermögenslosigkeit einer GmbH bei möglicher Änderung oder Aufhebung der Steuerfestsetzung

Die Möglichkeit einer Änderung oder Aufhebung der Steuerfestsetzung bis zum Ablauf der Festsetzungsfrist, gegebenenfalls nach Durchführung einer Außenprüfung, begründet für sich genommen keine Zweifel an der Vermögenslosigkeit der Antragstellerin.

BGH, Beschl. v. 9.11.2021 – II ZB 1/21

Problem

Die Antragstellerin – eine GmbH – wurde mit Gesellschafterbeschluss vom 28.6.2018 aufgelöst. Die Anforderung an die Gläubiger, sich bei der Gesellschaft zu melden, wurde am 16.7.2018 im Bundesanzeiger bekannt gemacht. Mit Handelsregisteranmeldung vom 18.2.2020 meldete der Liquidator die Beendigung der Liquidation und das Erlöschen der Firma zur Eintragung im Handelsregister an. Das Finanzamt widersprach der Löschung auf Anfrage des Registergerichts mit dem Argument, dass das Besteuerungsverfahren der Antragstellerin noch nicht abgeschlossen sei. Das Registergericht wies die Anmeldung daraufhin zurück. Eine entsprechende Beschwerde der Antragstellerin blieb erfolglos.

Entscheidung

Der BGH gab dagegen der Antragstellerin Recht. Die Löschung der Gesellschaft könne zwar gem. § 74 Abs. 1 S. 2 GmbHG erst nach Beendigung der Liquidation erfolgen, also insb. **nicht, wenn noch verteilbares Vermögen vorhanden sei**. Das Registergericht habe vor Eintragung der Löschung einer Gesellschaft zwar zu prüfen, ob die Liquidation tatsächlich beendet sei. Die Eintragung verweigern könne das Registergericht aber nur dann, wenn begründete Zweifel an der Vermögenslosigkeit bestünden.

Der Umfang der Ermittlungstätigkeit stehe dabei grundsätzlich im **pflichtgemäßen Ermessen des Registerrichters** und des Beschwerdegerichts. Das Ermessen sei aber dann überschritten, wenn ohne berechtigten Grund inhaltliche Bedenken gegen die Eintragung geltend gemacht würden. Die lediglich abstrakte Möglichkeit einer Änderung oder Aufhebung der Steuerfestsetzung gem. § 164 Abs. 2 S. 1 AO ggf. auch nach Durchführung einer Außenprüfung begründe für sich genommen keine Zweifel an der Vermögenslosigkeit der Antragstellerin. Lediglich wenn davon auszugehen sei, dass ein Anspruch auf eine Steuerrückerstattung tatsächlich bestehe, könne dies der Eintragung der Löschung der Gesellschaft entgegenstehen.

Hinweis

Die (streitigen) Fragen, ob Zweifel an der Vermögenslosigkeit schon dann begründet sind, wenn eine Steuererklärung noch aussteht (so das OLG Hamm DB 2021, 1461, 1462), oder ob erforderlich ist, dass ein Erstattungsanspruch tatsächlich in Rede stehen muss (so das OLG Düsseldorf ZIP 2020, 715, 716), hat der BGH ausdrücklich offengelassen.

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 § 515 – Entgeltliche Finanzierungshilfe beim Mietkauf; Mietvertrag mit der Option, den gezahlten Mietzins auf den verzinsten Kaufpreis anzurechnen

BGB §§ 656d, 463 – Vereinbarung einer konstitutiven Maklerklausel; Wirkung gegenüber Vorkaufsberechtigtem; Notwendigkeit der hälftigen Teilung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 2247, 2267 – Erbeinsetzung in einer formunwirksamen Anlage zum Testament

GmbHG §§ 9c Abs. 1, 8 Abs. 4 Nr. 1; GNotKG § 13 S. 1; FamFG § 68 Abs. 1 S. 1 – Erfordernis einer inländischen Geschäftsanschrift bei der Gründung der GmbH

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 515

Entgeltliche Finanzierungshilfe beim Mietkauf; Mietvertrag mit der Option, den gezahlten Mietzins auf den verzinsten Kaufpreis anzurechnen

I. Sachverhalt

Zwischen einer GmbH als Eigentümerin und einem Verbraucher soll ein Mietvertrag nebst Ankaufsrecht abgeschlossen werden. Die Miete soll auf den künftig ggf. fällig werdenden, zu verzinsenden Kaufpreis angerechnet werden.

II. Fragen

1. Sind die Bestimmungen zur entgeltlichen Finanzierungshilfe anwendbar, obwohl keine der in § 506 Abs. 2 BGB aufgeführten Voraussetzungen vorliegt?

2. Gelten die Bestimmungen zur unentgeltlichen Finanzierungshilfe gem. § 515 BGB und die Paragraphen, auf die dort verwiesen wird, sofern die Bestimmungen zur entgeltlichen Finanzierungshilfe nicht anwendbar sind?

III. Zur Rechtslage

Gem. § 506 Abs. 1 S. 1 BGB gelten besondere Vorschriften für einen entgeltlichen Zahlungsaufschub oder sonstige entgeltliche Finanzierungshilfen, die ein Unternehmer einem Verbraucher gewährt. Hier liegt ein Mietkauf vor, d. h. ein Mietvertrag, bei dem der Mieter das Recht hat, innerhalb einer bestimmten Frist die Sache zu einem vorher bestimmten Preis zu kaufen, wobei die Miete ganz oder zum Teil auf den Kaufpreis angerechnet wird (BGH NJW-RR 1990, 1257, 1258). Es stellt sich die Frage, ob der Mietkauf unter § 506 BGB fällt.

1. Zahlungsaufschub

§ 506 Abs. 1 S. 1 BGB bezieht sich zum einen auf den Fall eines **Zahlungsaufschubs**. Ein Zahlungsaufschub liegt im vorliegenden Fall jedoch nicht vor, weil die

Zahlung des Kaufpreises nach den gesetzlichen Bestimmungen erst mit dem Abschluss des Kaufvertrags anfällt (vgl. MünchKommBGB/Schürnbrand/Weber, 8. Aufl. 2019, § 506 Rn. 30; Hügel, in: Hügel/Salzig, Mietkauf, 2. Aufl. 2010, B Rn. 164, Mairose, RNotZ 2012, 467, 475). Auch handelt es sich nicht um ein Teilzahlungsgeschäft (als Sonderform des Zahlungsaufschubs, BeckOGK-BGB/Haertlein, Std.: 1.12.2021, § 506 Rn. 47), da das Grundstück nicht gegen Teilzahlungen übereignet wird (vgl. die Legaldefinition der Teilzahlung in § 506 Abs. 3 BGB), sondern die Zahlung des Kaufpreises erst mit Ausübung der Option durch den Verbraucher fällig wird.

2. Entgeltliche Finanzierungshilfe

Die Konstruktion könnte jedoch eine sonstige entgeltliche Finanzierungshilfe sein. „**Entgeltlichkeit**“ bezieht sich auf die Finanzierungshilfe, nicht auf den finanzierten Vertrag (hier also den Kaufvertrag). Die Finanzierungshilfe ist dann entgeltlich, wenn für ihre Inanspruchnahme eine zusätzliche oder höhere Gegenleistung gefordert wird; dies kann rechtlich auf verschiedene Arten konstruiert werden (Hügel, B Rn. 163; BeckOGK-BGB/Haertlein, § 506 Rn. 15; MünchKommBGB/Schürnbrand/Weber, § 506 Rn. 7 und § 491 Rn. 37 f.). Ein solches Entgelt liegt etwa dann vor, wenn die gezahlten Mietzinsen nur teilweise angerechnet werden, lässt sich aber auch dann bejahen, wenn der Kaufpreis sich verzinst (wie hier), da dies dazu führt, dass für eine längere Inanspruchnahme der Mietzinsanrechnung (also eine spätere Ausübung der Option) ein höherer Kaufpreis zu zahlen ist.

Es muss ferner eine „**Finanzierungshilfe**“ vorliegen. Nach § 506 Abs. 2 S. 1 BGB gelten bestimmte Verträge über die entgeltliche Nutzung als entgeltliche Finanzierungshilfe. Diese Vorschrift greift hier jedoch nicht ein, da der Erwerber frei darüber entscheiden kann, ob er den Gegenstand erwirbt. Der Verbraucher ist weder zum Erwerb des Grundstücks verpflichtet (§ 506 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB) noch kann der Unternehmer vom Verbraucher den Erwerb des Gegenstands verlangen (§ 506 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB). Auch für einen bestimmten Wert des Gegenstandes bei Beendigung des Vertrages hat der Verbraucher nicht einzustehen (§ 506 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB).

Fraglich ist jedoch, ob auch in den Fällen, die nicht unter § 506 Abs. 2 S. 1 BGB fallen, auf § 506 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB als allgemeine Definition der Finanzierungshilfe zurückgegriffen werden kann. Nach in der Literatur teilweise vertretener Ansicht gilt der bisherige Begriff der Finanzierungshilfe auch nach der Neufassung des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkre-

ditrichtlinie fort (vgl. Bülow, in: Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht, 9. Aufl. 2016, § 506 BGB Rn. 81, 83; Bülow, WM 2014, 1413, 1414). Demgegenüber geht die überwiegende Meinung davon aus, § 506 Abs. 2 S. 1 BGB enthalte eine **abschließende Aufzählung der entgeltlichen Finanzierungshilfe** (OLG Düsseldorf NJW-RR 2013, 1069; OLG Hamm BeckRS 2020, 25026, Rn. 62; Godefroid, SVR 2013, 161, 164; Skusa, NJW 2011, 2993, 2996; MünchKommBGB/Schürnbrand/Weber, § 506 Rn. 25, 28). Dieser Ansicht hat sich der BGH in einem Urteil vom 24.2.2021 angeschlossen (BGH NJW 2021, 1942). Er hat ausgeführt, der Gesetzgeber habe eine klare Unterscheidung zwischen Nutzungsverträgen und Finanzierungshilfen treffen wollen. Die überschießende Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie in § 506 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB zeige, dass der Gesetzgeber die Aufzählung in § 506 Abs. 2 als abschließende Aufzählung gemeint habe. Anderes folge auch nicht aus der Gesetzesbegründung (BGH NJW 2021, 1942, 1944 f., Rn. 29-36).

Die Begründung überzeugt. Zumindest für die Praxis dürfte daher davon auszugehen sein, dass auch **Mietkaufverträge**, die sich – wie vorliegend – *nicht* unter die Voraussetzungen des § 506 Abs. 2 S. 1 BGB subsumieren lassen, **keine entgeltliche Finanzierungshilfe i. S. d. § 506 BGB darstellen**. Die frühere Literaturauffassung, die mit dem Argument, dass die unter der Bedingung der Optionsausübung stehende Kaufpreisforderung kreditiert werde und die Gestaltung damit einem Darlehen gleichkomme, davon ausgegangen ist, dass der Mietkauf eine sonstige Finanzierungshilfe sei (vgl. Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Rn. 12; Hügel, B Rn. 166; Mairose, RNotZ 2012, 467, 475; Drettmann/Jatzek, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl. 2019, Kap. I, Rn. 92; BeckOK-BGB/Möller, Std.: 1.5.2021, § 506 Rn. 9; Krauß, Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 1 Rn. 84; zur Rechtslage vor 2014 Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, 2012, § 506 Rn. 38; einschränkend (unterfallen dem Verbraucherkreditrecht nur noch in Fällen des § 506 Abs. 2 BGB) MünchKommBGB/Schürnbrand/Weber, § 506 Rn. 30; ablehnend jetzt wohl auch zum Fall des Mietkaufs BeckOGK-BGB/Haertlein, § 506 Rn. 28), dürfte damit überholt sein. Wir weisen allerdings darauf hin, dass explizite Rechtsprechung zum Mietkauf noch nicht ergangen ist; auch eine Einordnung der Entscheidung des BGH durch die Literatur mit Blick auf den Mietkauf steht überwiegend noch aus.

§ 506 BGB könnte ausnahmsweise doch anwendbar sein, wenn die vertragliche Gestaltung so ist, dass der Verbraucher zwar nicht rechtlich (dann läge ein Fall des

(§ 506 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB vor), aber **wirtschaftlich zum Erwerb des Grundstücks gleichsam gezwungen** ist. Entsprechend wird teilweise die jedenfalls entsprechende Anwendung und damit die Qualifizierung des Mietkaufs als Finanzierungshilfe bejaht, wenn es „**wirtschaftlicher Vernunft**“ **entgegenstände, die Option nicht auszuüben**, etwa weil während einer unkündbaren Grundmietzeit bereits Amortisation eingetreten sei (Bülow, in: Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht, 9. Aufl. 2016, § 506 Rn. 78; ähnlich Skusa, NJW 2011, 2993, 2998). Als methodische Grundlage hierfür kommt eine **Analogie** zu einer der drei Tatbestandsalternativen – hier § 506 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB – oder die nach § 512 BGB erfasste **Umgehung** in Betracht (für Letzteres Skusa, NJW 2011, 2993, 2998). Die Hürden für eine Analogie dürften allerdings hoch liegen. Es ist insgesamt nicht folgerichtig, durch eine Analogie den Katalog des § 506 Abs. 2 BGB doch wieder auszuweiten. Auch der BGH hat eine analoge Anwendung von § 506 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB auf Leasingverträge mit Kilometerabrechnung abgelehnt (BGH NJW 2021, 1942, 1946, Rn. 43 entgegen OLG Düsseldorf NJW-RR 2013, 1069, Rn. 27). Der Gesetzesbegründung sei eine planwidrige Regelungslücke nicht zu entnehmen, insbesondere gehe daraus nicht hervor, dass der Gesetzgeber das bisherige Verbraucherschutzniveau habe erhalten wollen. Diese Begründung dürfte sich auch auf den in § 506 Abs. 2 BGB ebenfalls nicht erwähnten Fall des Mietkaufs übertragen lassen. Um zu argumentieren, dass der Fall eine Umgehung der Erwerbspflicht darstelle, müssten die Verhältnisse ebenfalls so extrem sein, dass der Verbraucher „objektiv betrachtet die Kaufoption ausüben wird“ (Skusa, NJW 2011, 2993, 2998 mit dem Beispiel eines Kaufpreises von einem Euro bei einem Verkehrswert von 10.000 Euro). Ob ein solcher Fall hier vorliegt, kann von uns nicht beurteilt werden.

3. Keine Unentgeltlichkeit

Mangels Unentgeltlichkeit greift auch § 515 BGB nicht ein, da § 515 BGB nur unentgeltliche Zahlungsaufschübe oder Finanzierungshilfen erfasst (MünchKommBGB/Schürnbrand/Weber, § 515 Rn. 2; BeckOGK-BGB/Harnos, Std.: 1.9.2021, § 515 Rn. 4; zur Bejahung der Entgeltlichkeit s. bereits oben 2.).

BGB §§ 656d, 463

Vereinbarung einer konstitutiven Maklerklausel; Wirkung gegenüber Vorkaufsberechtigtem; Notwendigkeit der hälftigen Teilung

I. Sachverhalt

Es soll ein mit einem Mehrfamilienhaus bebautes

Grundstück verkauft werden. Käufer und Verkäufer sind Unternehmer. Das Grundstück wurde vom Verkäufer nach WEG aufgeteilt; die Teilung ist allerdings noch nicht vollzogen. Die Wohnungen sind vermietet. Die Mieter haben ein Vorkaufsrecht. Der Kaufvertrag wurde von einem Makler vermittelt, dem der Käufer nach dem Maklervertrag die gesamte Maklerprovision schuldet. Aufgrund der Vorkaufsrechte bestehen Käufer und Verkäufer auf der Aufnahme einer konstitutiven Maklerklausel. In einer Anlage zum Kaufvertrag sollen die Kaufpreise für die einzelnen Wohnungen aufgenommen werden, außerdem soll dort die anteilig auf die jeweilige Wohnung entfallende Maklerprovision aufgeführt werden.

II. Fragen

1. Was gilt bezüglich der Maklerprovision, wenn ein Mieter ein Vorkaufsrecht ausübt?
2. Muss dieser dann die auf die Wohnung entfallende Maklerprovision vollständig zahlen oder aufgrund der Neuregelung des Maklerrechts lediglich zu 50%?

III. Zur Rechtslage

1. Zulässigkeit und Wirkung einer konstitutiven Maklerklausel

Nach der Rechtsprechung des BGH handelt es sich bei einer konstitutiven Maklerklausel grundsätzlich *nicht* um einen „Fremdkörper“ im Kaufvertrag (BGH NJW 1996, 654, 655 f.; BGH NJW-RR 2007, 563, 564; BGH WM 1963, 31, 32). Infolgedessen bindet eine derartige Vereinbarung auch den Vorkaufsberechtigten im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts. Obgleich dies in der Literatur teilweise abgelehnt wird (BeckOGK-BGB/Daum, Std.: 1.1.2022, § 464 Rn. 22; Grziwotz, DVBl 2020, 1119, 1120; Roth, ZfIR 2014, 85, 90; Tiedtke, JZ 1997, 931, 932 f.), ist davon auszugehen, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Bestand haben wird. Sie ist deswegen gerechtfertigt, weil dem Vorkaufsberechtigten nur auf diese Weise die Kosten für den Makler auferlegt werden können und somit das wirtschaftlich geplante Ergebnis, dass der Vorkaufsberechtigte das Objekt zum selben Preis wie der ursprüngliche Erstkäufer erwerben kann, erreicht wird (so auch Grziwotz, MDR 2004, 61, 62; Leitmeier, DNotZ 2019, 648, 656; Lindemann/Moormann, MDR 2007, 1113; Meier, notar 2021, 35, 43; Wälzholz, MittBayNot 2000, 357, 359). Würde man auf die Aufnahme einer konstitutiven Maklerklausel verzichten, so könnte im Ergebnis ökonomisch der Vorkaufsberechtigte den Erwerb zu einem geringeren Preis als der Erstkäufer realisieren. Insoweit hat nämlich der Erstkäufer regelmäßig faktisch keine Entscheidungsfreiheit darüber, ob er einen Makler einschalten will, da er nur bei Abschluss eines

entsprechenden Maklervertrags in der Lage ist, das Objekt zu erwerben. Diese Situation wird durch eine konstitutive Maklerklausel abgebildet, sodass ihre Anerkennung aus wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt ist.

2. Auswirkungen der Neuregelung des Maklerrechts

Die §§ 656b ff. BGB enthalten spezifische Beschränkungen für die Aufteilung der anfallenden Maklercourtage zwischen Käufer und Verkäufer. Dabei normiert § 656d BGB auch Vorgaben über konstitutive Maklerklauseln in der Form eines Vertrages zugunsten Dritter (Meier, notar 2021, 35, 43). Dies ergibt sich daraus, dass die Gesetzesbegründung (BTDrucks. 19/15827, 20) derartige Vereinbarungen explizit dem Anwendungsbereich der Norm zuweist und daher die Vorschrift trotz des nicht eindeutigen Wortlauts auf diese Sachverhalte anzuwenden ist. In der Folge darf maximal die Hälfte der Maklerprovision auf die Seite des Vertrages verlagert werden, die mit dem Makler keinen Vertrag geschlossen hat. Haben beide Seiten mit dem Makler einen Vertrag geschlossen, ist nach § 656c BGB sogar eine exakt hälftige Teilung vorgeschrieben. Allerdings bestimmt § 656b BGB als Anwendungsvoraussetzung für §§ 656c und 656d BGB, dass der Käufer Verbraucher sein muss. Ist er Unternehmer, gelten die Vorgaben folglich nicht.

Im mitgeteilten Sachverhalt ist der Käufer im ursprünglichen Kaufvertrag Unternehmer, sodass die entsprechenden Beschränkungen auf die Vereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer nicht anzuwenden sind. Fraglich ist aber, ob sich an dieser Einschätzung etwas ändert, wenn der Vorkaufsberechtigte Verbraucher ist und vom Vorkaufsrecht Gebrauch macht.

Gem. § 464 Abs. 2 BGB kommt durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Verkäufer ein weiterer Kaufvertrag mit identischen Bedingungen zustande. Dies könnte zu der Annahme führen, dass insoweit auch jeweils in Bezug auf den neuen Vertragspartner die Rechtmäßigkeit und Zulässigkeit der enthaltenen Vertragsklauseln zu prüfen ist.

Nach unserer Auffassung würde eine solche Betrachtung allerdings zu kurz greifen. § 464 Abs. 2 BGB bestimmt, dass mit dem Vorkaufsberechtigten ein Vertrag zu *identischen* Bedingungen wie mit dem Erstkäufer zustande kommen soll. Der Vorkaufsberechtigte hat hiernach die Fristen und Konditionen des ausgehandelten Geschäfts so hinzunehmen, wie sie zwischen den ursprünglichen Beteiligten vereinbart wurden (BGH WM 1973, 1403, 1404). Dies zeigt, dass der Vorkaufsberechtig

berechtigte zwar grundsätzlich nicht schlechter, aber eben auch nicht besser stehen soll als der Erstkäufer. Zudem hat der Verkäufer ein schützenswertes Interesse daran, dass er die Bedingungen, die er gegenüber dem Erstkäufer ausgehandelt hat, ebenso auch im Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten durchsetzen kann. Andernfalls wird die ursprüngliche Vertragsparität gefährdet, wenn gegenüber dem Vorkaufsberechtigten nur einzelne Klauseln Gültigkeit beanspruchen und spezifische Vergünstigungen des Verkäufers, die sich auf die Vertragsgestaltung insgesamt ausgewirkt haben mögen, nunmehr durch den Vorkaufsfall entfallen würden. Insoweit würde sich die Frage stellen, ob § 139 BGB möglicherweise zur Gesamtnichtigkeit führen würde (vgl. BGH NJW-RR 2005, 1534, 1535 zur unzulässigen Aufteilung von Kaufpreisteilen). Es wäre demnach möglich, dass der Vorkaufsberechtigte den Vertrag insgesamt verliert, wenn nicht sämtliche Bedingungen ihm gegenüber Wirkung entfalten.

U. E. ist die nur partielle Gültigkeit der Vertragsregelungen gegenüber dem Vorkaufsberechtigten mit der *ratio* des § 464 Abs. 2 BGB nicht zu vereinbaren. Die Norm ist daher so zu verstehen, dass der Vertrag mit identischen Bedingungen wie mit dem Erstkäufer zustande kommt, sodass auch die Rechtmäßigkeit und Zulässigkeit der Vertragsbedingungen aus der Warte des Erstkäufers zu beurteilen sind. Durfte ihm gegenüber eine entsprechende Vereinbarung getroffen werden, bindet sie auch den Vorkaufsberechtigten. Dieser kann sich nicht darauf berufen, dass bei einem ursprünglich mit ihm geschlossenen Vertrag eine entsprechende Regelung nicht wirksam hätte vereinbart werden können. Für den umgekehrten Fall einer Ausweitung der Mangelhaftung nach § 442 BGB ist dies auch zugunsten des Vorkaufsberechtigten anerkannt, sodass diesem gegenüber die Norm selbst dann greift, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen allein im Verhältnis zum Erstkäufer begründet sind (OLG Nürnberg MDR 2005, 437, 437 f.).

Wir dürfen allerdings darauf hinweisen, dass sich Literatur und Rechtsprechung zu dieser Frage nicht haben auffinden lassen. Zudem hat das OLG Frankfurt (BeckRS 2016, 11715) für den Fall der vereinbarten Vertragsübernahme angenommen, dass sich durch die Übernahme eines Darlehensvertrags mit einem Unternehmer durch einen Verbraucher dieser Vertrag in einen Verbraucherdarlehensvertrag verwandelt und dem Verbraucher daher ein Widerrufsrecht zusteht. Selbst wenn man dem folgen wollte, würde sich aus unserer Sicht aber ein Unterschied deshalb ergeben, weil bei einer Vertragsübernahme eine Mitwirkung durch den weiteren Vertragspartner nötig ist, bei der Ausübung des

Vorkaufsrechts obliegt die Entscheidung dagegen allein dem Vorkaufsberechtigten. Die Rechtsfrage muss infolgedessen als offen beurteilt werden.

Würde man der Gegenansicht folgen, könnte die vereinbarte Maklerklausel gegenüber dem Verbraucher keinen Bestand haben, da sie wegen § 656d Abs. 1 S. 1 BGB nicht in dieser Weise vereinbart werden könnte und daher gem. § 134 BGB nichtig wäre. Ob es sich insoweit allerdings um eine Totalnichtigkeit handelt (so Staudinger/Arnold, BGB, 2021 § 656d Rn. 5) oder sich die Rechtsfolge auf den überschießenden Teil beschränkt (Grüneberg/Retzlaff, BGB, 81. Aufl. 2022, § 656d Rn. 2; Meier ZfIR 2020, 765, 772), ist derzeit nicht abschließend geklärt. Für die Teilnichtigkeit spricht jedoch, dass ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen des § 134 BGB nicht existiert (siehe bspw. BGH NJW 1984, 722; BGH NJW 1989, 2470; BGH NJW 2001, 892). Ob dem Makler damit überhaupt ein Anspruch gegen den Vorkaufsberechtigten zustünde, muss daher ebenfalls als unsicher bezeichnet werden. Gegen den Erstkäufer würde ihm dagegen keine Courtage zustehen, da die Rspr. insoweit davon ausgeht, dass bei Ausübung eines Vorkaufsrechts ein Hindernis für die Entstehung des Maklerlohns gegeben sei, weil es dann an der Erreichung des wirtschaftlichen Ziels des Kunden fehle (BGH NJW 1996, 654; BGH NJW 1982, 2662, 2663; NJW 1999, 2271; abl. hierzu aber Meier, ZMR 2015, 100, 102 ff.).

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 § 39; ZVG § 71

Nachweis der Vollmacht im Zwangsversteigerungsverfahren; Vermerk des Notars über Einsichtnahme in Handelsregister

Abruf-Nr.:

FamFG § 352

Erbscheinsantrag bei gewillkürter Erbfolge; Angabe des Erblassers als Urheber des eigenhändigen Testaments

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 2247, 2267

Erbeinsetzung in einer formunwirksamen Anlage zum Testament

Zur Unwirksamkeit einer Erbeinsetzung, wenn die Erben in einem eigenhändigen Testament erst durch Bezugnahme auf eine nicht die Testamentsform wahrende Anlage individualisierbar bestimmt werden.

BGH, Beschl. v. 10.11.2021 – IV ZB 30/20

Problem

Eheleute errichten ein gemeinschaftliches eigenhändiges Testament, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzen. Nach dem Tod beider Ehegatten bestimmten sie eine „Erbengemeinschaft aus 5 befreundeten Familien“ zu ihren Erben. Bezüglich der Namen und Adressen dieser Ehepaare verwiesen die Erblasser im Testament auf eine maschinengeschriebene Anlage, die von beiden unterschrieben war. Nach dem Tod der Ehefrau errichtete der Ehemann ein neues Testament, das seine Tochter aus erster Ehe als Alleinerbin vorsah. Nach dem Tod des Ehemanns beantragte ein in der maschinengeschriebenen Anlage des gemeinschaftlichen Testaments der Ehegatten genanntes Paar die Erteilung eines Erbscheins. Das Nachlassgericht gab dem Antrag zunächst statt, das OLG Frankfurt wies ihn jedoch auf die Beschwerde der Tochter des Ehemanns zurück. Hiergegen legten die Antragsteller Rechtsbeschwerde ein, sodass der BGH nun über den Erbscheinsantrag zu entscheiden hatte.

Entscheidung

Die Rechtsbeschwerde ist nach Ansicht des BGH unbegründet, da eine wirksame Erbeinsetzung der Antragsteller nicht erfolgt sei. Sämtliche Verfügungen des Erblassers müssten zu ihrer Wirksamkeit den Formerfordernissen des § 2247 Abs. 1 BGB bzw. der §§ 2247 Abs. 1, 2267 S. 1 BGB genügen. Während der Verweis in einem Testament auf eine andere wirksame letztwillige Verfügung zulässig sei, sei die Bezugnahme auf nicht der Testamentsform genügende Schriftstücke (sog. „**testamentum mysticum**“) nicht möglich.

Der BGH stellt zunächst fest, dass die bisherige Differenzierung in der Rechtsprechung zwischen zulässigen Bezugnahmen zur näheren Erläuterung der testamentarischen Bestimmung einerseits und unzulässigen ergänzenden oder inhaltsbestimmenden Bezugnahmen andererseits zu einer aus seiner Sicht zum Teil zu großzügigen Zulassung von Bezugnahmen auf nicht formwirksame Anlagen geführt habe. Ob es sich lediglich um die Aus-

legung des bereits formgültig erklärten, andeutungsweise erkennbaren Willens des Erblassers handelt, sei daher in drei Schritten zu prüfen. Erstens sei zu untersuchen, ob die formwirksame Verfügung für sich genommen bereits hinreichend bestimmt und somit vollständig sei. Sei dies zu verneinen, sei zweitens zu prüfen, ob die letztwillige Verfügung mehrere Auslegungsmöglichkeiten erlaube. Treffe dies zu, sei in einem dritten Schritt zu prüfen, ob ein aus der formunwirksamen Anlage folgendes Auslegungsergebnis zumindest andeutungsweise oder versteckt im Testament zum Ausdruck gekommen sei. Die **Bezugnahme auf eine Anlage des Testaments** lasse sich aber noch **nicht als Andeutung** einordnen.

Für den der Entscheidung zugrundeliegenden Fall folgt daraus nach Auffassung des BGH, dass die Erbeinsetzung unvollständig sei, da sie dem allgemeinen erbrechtlichen Bestimmtheitsgebot nicht genüge. Dieses erfordere, dass die Verfügung mit praktisch hinreichender Sicherheit Geltungsanordnung, Zuwendungsempfänger und Zuwendungsgegenstand erkennen lasse. Diese Anforderungen erfülle die Formulierung „5 befreundete Familien“ nicht. Eine Vervollständigung dieser Bestimmung durch die maschinengeschriebene Anlage sei aber auch dann nicht möglich, wenn in dem formgültigen Testament auf diese Bezug genommen werde. Der BGH begründet dies zum einen mit der Formvorschrift des § 2247 BGB und zum anderen mit dem Fehlen einer Regelung, aus der sich die Zulässigkeit einer Bezugnahme auf ein nicht der Form entsprechendes Schriftstück ergeben würde. Dem Wortlaut der Verfügung selbst lasse sich eine Andeutung, dass gerade die Antragsteller zu Erben eingesetzt werden, dabei nicht entnehmen. Es könne daher zwar ein entsprechender Wille der Erblasser unterstellt werden, dass die Antragsteller Erben sein sollten, aber dieser sei nicht formwirksam zum Ausdruck gekommen. Hierfür sei es auch unerheblich, ob im konkreten Fall das Risiko einer Fälschung der Anlage bestehe.

GmbHG §§ 9c Abs. 1, 8 Abs. 4 Nr. 1; GNotKG § 13 S. 1; FamFG § 68 Abs. 1 S. 1

Erfordernis einer inländischen Geschäftsanschrift bei der Gründung der GmbH

1. Im Rahmen der Gründungsprüfung ist zu prüfen, ob die angegebene inländische Geschäftsanschrift eine zustellfähige Anschrift darstellt. Das Fehlen einer solchen Anschrift rechtfertigt die Zurückweisung der Anmeldung.

2. Wird der erforderliche Kostenvorschuss im Rahmen eines auf die erstmalige Eintragung einer UG ge-

richteten Anmeldeverfahrens [nicht bezahlt], rechtfertigt die Nichtzahlung die Zurückweisung der Anmeldung.

3. Die Entscheidung des Amtsgerichts, einer Beschwerde gegen seine Entscheidung nicht abzuhelfen, ist nicht mit der Beschwerde anfechtbar.

KG, Beschl. v. 6.10.2021 – 22 W 67/21

Problem

Eine Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) meldete ihre Neueintragung zum Handelsregister an. Ihr konnte in der Folge die Kostenvorschussanforderung sowie eine spätere Erinnerung daran nicht an ihre in der Anmeldung angegebene inländische Geschäftsanschrift zugestellt werden. Der einreichende Notar wurde zur Anmeldung einer Änderung der inländischen Geschäftsanschrift oder Einreichung einer Versicherung, dass die Gesellschaft unter der bisherigen inländischen Geschäftsanschrift postalisch erreichbar sei, aufgefordert. Nachdem weder der Kostenvorschuss entrichtet noch die Verfügung erledigt wurde, wies das Amtsgericht Charlottenburg die Anmeldung zurück.

Entscheidung

Die von dem einreichenden Notar gegen die Zurückweisung der Ersteintragung gerichtete Beschwerde sieht das KG als unbegründet an; die gegen die Nichtabhilfe gerichtete Beschwerde hat es als unzulässig verworfen.

Nach § 9c Abs. 1 Satz 1 GmbHG hat das Registergericht die Eintragung abzulehnen, wenn die Gesellschaft nicht ordnungsgemäß errichtet oder angemeldet ist. Die Fehlerhaftigkeit der Anmeldung ergebe sich hier aus dem Fehlen einer zustellfähigen inländischen Geschäftsanschrift. Aus der Verpflichtung, nach § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG bei der Anmeldung eine inländische Geschäftsanschrift anzugeben, folge, dass die angegebene Anschrift auch tatsächlich existieren und unterhalten werden muss, sodass förmliche Zustellungen an die angegebene Adresse ermöglicht werden.

Daneben rechtfertige auch die fehlende Einzahlung des Kostenvorschusses eine Zurückweisung der Anmeldung und führe nicht etwa nur zu einem bloßen Ruhen des Verfahrens (so aber OLG Hamm v. 24.03.2021 – I-27 W 11/21, BeckRS 2021, 15661). Entscheidend sei nach Ansicht des KG, dass aus Gründen der Rechtssicherheit – insbesondere im Hinblick auf die Folgen für Gläubiger und Gesellschafter – alsbald erkennbar sein müsse, ob die gegründete Gesellschaft mit der Folge der Haftungsbeschränkung eingetragen werde

oder nicht. Die Regelung des § 9c GmbHG stehe dem nicht entgegen, da diese Vorschrift nicht abschließend sei.

Praxishinweis

Es häufen sich Berichte aus der Praxis, dass die Anforderung des Kostenvorschusses routinemäßig eingesetzt wird, um die tatsächliche postalische Erreichbarkeit der Geschäftsanschrift zu überprüfen. Ob dies vom Gesetz gedeckt ist, scheint fraglich, da § 8 Abs. 4 GmbHG nur die *Angabe* der Anschrift in der Anmeldung fordert. Das Prüfungsrecht des Registergerichts bezieht sich gem. § 9c Abs. 1 GmbHG grundsätzlich nur auf die ordnungsgemäße Errichtung und Anmeldung. Zudem scheint fraglich, ob die Prüfung der Erreichbarkeit sinnvoll ist, da diese sogleich durch Entfernen des Briefkastens oder der Beschriftung wieder beseitigt werden könnte. Diese tatsächliche Handlung hat auf den Bestand der Gesellschaft keine Auswirkung. Das Gesetz „sanktioniert“ die fehlende postalische Erreichbarkeit dadurch, dass gem. §§ 15a HGB, 185 Nr. 2 ZPO eine öffentliche Zustellung möglich wird. Es wird sich zeigen, ob andere Oberlandesgerichte dies ähnlich wie das KG beurteilen.

Sollten die Gründer die Eintragungsabsicht aufgeben, müssen die Gesellschafter die Gesellschaft unverzüglich kündigen oder einen Liquidationsbeschluss fassen, um wenigstens eine Beschränkung der Verlustdeckungshaftung für die bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Verbindlichkeiten zu erreichen. Ansonsten droht eine unbeschränkte Haftung der Gründer.

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

FamFG § 14b; ZPO § 130d – Pflicht der Notare zur elektronischen Einreichung gem. § 14b FamFG

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BNotO § 15; BeurkG § 53 – Wucherähnliches Geschäft; Vollzug eines Kaufvertrags bei Vorliegen eines entsprechenden Verkehrswertgutachtens

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

FamFG § 14b; ZPO § 130d Pflicht der Notare zur elektronischen Einreichung gem. § 14b FamFG

I. Sachverhalt

Seit dem 1.1.2022 sieht § 14b FamFG vor, dass bei Gericht schriftlich einzureichende Anträge und Erklärungen durch Notare zwingend als elektronische Dokumente zu übermitteln sind (Abs. 1) und andere Anträge und Erklärungen als elektronische Dokumente übermittelt werden sollen (Abs. 2). Nicht elektronisch eingereicht werden können jedoch weiterhin Erklärungen, die aufgrund materiell-rechtlicher Vorgaben dem Gericht verkörpert (bspw. in Ausfertigung) zugehen müssen.

II. Frage

Für welche in der notariellen Praxis häufig vorkommenden Anträge bzw. Erklärungen gegenüber Gerichten ist die elektronische Übermittlung nach dem FamFG künftig zwingend bzw. ausreichend, welche Anträge

bzw. Erklärungen müssen weiterhin in verkörperter Urschrift/Ausfertigung übermittelt werden?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeines zu § 14b FamFG

Nach der seit dem 1.1.2022 geltenden Fassung des § 14b Abs. 1 S. 1 FamFG *sind* bei Gericht schriftlich einzureichende Anträge und Erklärungen durch einen Rechtsanwalt, durch einen Notar, durch eine Behörde oder durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihr zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse als elektronisches Dokument zu übermitteln (vgl. dazu auch ausführlich Woinar, NotBZ 2022 – im Erscheinen). Im Anwendungsbereich des § 14b Abs. 1 S. 1 FamFG ist die **elektronische Übermittlung Wirksamkeitsvoraussetzung** (so ausdrücklich die Gesetzesbegründung, vgl. BR-Drucks. 818/12, S. 36). Gem. § 14b Abs. 2 FamFG *sollen* alle anderen Anträge und Erklärungen (die nicht der Schriftform unterliegen) als elektronisches Dokument übermittelt werden. Es erscheint arbeitsökonomisch sinnvoll, in diesen Fällen von vornherein ein elektronisches Dokument zu übermitteln, da das Gericht ein solches ansonsten nachfordern kann (§ 14b Abs. 2 S. 2 FamFG). Insofern empfiehlt sich seit dem 1.1.2022, sämtliche Dokumente in FamFG-Verfahren elektronisch einzureichen,

sofern nicht die körperliche Einreichung materiell-rechtlich vorgegeben ist (vgl. dazu auch das BNotK-Rundschreiben Nr. 15/2021 v. 17.11.2021, S. 1).

Eingeführt wurde die Norm bereits durch das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10.10.2013 (BGBl. I 2013, 3786). Während der ursprüngliche Regierungsentwurf (BT-Drucks. 17/12634) den Regelungsgehalt im Wesentlichen in einem neuen § 14a FamFG vorsah, wurde die Nummerierung im weiteren Gesetzgebungsprozess in § 14b FamFG geändert (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses v. 12.6.2013, BT-Drucks. 17/13948). Die Einfügung des § 14b FamFG (im Regierungsentwurf noch als § 14a – neu – bezeichnet) diente der Einführung der elektronischen Nutzungspflicht für Rechtsanwälte, Notare und Behörden in den vom FamFG erfassten Verfahren (BT-Drucks. 17/12634, S. 36). Die nunmehr geltende Fassung erhielt § 14b FamFG durch die Neufassung durch das Gesetz zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 5.10.2021 (BGBl. I 2021, 4607).

Der sachliche Anwendungsbereich des § 14b FamFG umfasst hinsichtlich der aktiven Nutzungspflicht des Abs. 1 nur Verfahren der **freiwilligen Gerichtsbarkeit** (BeckOK-FamFG/Burschel, 41. Ed. Std.: 1.1.2022, § 14b Rn. 3; Keidel/Sternal, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 14b Rn. 2). Das sind nicht nur die im FamFG unmittelbar geregelten Verfahren (bspw. die **Beschwerde in Registersachen, § 382 Abs. 4 S. 2 FamFG**), sondern – für Notare praktisch besonders relevant – auch diejenigen, für die andere Gesetze auf das FamFG verweisen, insb. **§ 15 Abs. 2 BNotO (Beschwerdeverfahren wegen Verweigerung der Amtstätigkeit)** oder **§ 130 Abs. 3 S. 1 GNotKG (Kostenbeschwerde)**.

Für Verfahren der *streitigen* Gerichtsbarkeit findet sich eine ähnliche Regelung in § 130d ZPO, die sich aber nach ihrem eindeutigen Wortlaut nur an Rechtsanwälte und Behörden richtet. Notare sind dementsprechend nicht vom Anwendungsbereich erfasst. Für eine analoge Anwendung auf Notare – bspw. im Rahmen von Anträgen auf öffentliche Zustellung gem. § 185 Abs. 1 ZPO – dürfte es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlen. Die Norm des § 130d ZPO wurde ebenfalls durch das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10.10.2013 eingeführt, also *uno actu* mit § 14b FamFG. Dass der Gesetzgeber hierbei die Notare in § 14b FamFG ausdrücklich nennt und in § 130d ZPO planwidrig nicht erwähnt, erscheint unwahrscheinlich. Die Gesetzesbegründung betont zwar, dass § 130d ZPO nicht nur für das Erkenntnisverfahren gelte (BT-Drucks. 17/12634, S. 28), spricht jedoch auch

dort nur von „anwaltlichen“ Anträgen und Erklärungen. Relevant wird die Frage für die notarielle Praxis vor allem im Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung über den Verweis in § 753 Abs. 5 ZPO.

Im Folgenden soll beleuchtet werden, welche praktisch relevanten Fälle von § 14b FamFG erfasst bzw. nicht erfasst werden, weil bspw. wegen Regelungen im materiellen Recht der Zugang oder die Vorlage einer Ausfertigung erforderlich ist. Gedanklich muss hierbei zwischen rein verfahrensrechtlichen Anträgen und Erklärungen und der Übermittlung materiell-rechtlicher (amtsempfangsbedürftiger) Willenserklärungen wie bspw. bei der Erbausschlagung oder der Einwilligung in eine Adoption unterschieden werden (dazu sogleich).

2. Erbscheinsanträge mit eidesstattlicher Versicherung

Zuständig für die Erteilung von Erbscheinen ist gem. § 2353 BGB das Nachlassgericht als Abteilung des Amtsgerichts. Das Erbscheinsverfahren ist ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit und fällt damit grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Norm. Das ergibt sich neben der systematischen Stellung der Vorschriften über das Erbscheinsverfahren im FamFG ausdrücklich aus § 23a Abs. 2 Nr. 2 GVG. Der *Erbscheinsantrag* ist grundsätzlich *nicht* formgebunden (OLG Köln ZEV 2010, 89; Gierl, in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 352e FamFG, Rn. 14; Keidel/Zimmermann, FamFG, § 352 Rn. 2). Das Erfordernis der notariellen Beurkundung ergibt sich aus der eidesstattlichen Versicherung. Gem. § 352 Abs. 3 S. 3 FamFG hat der Antragsteller vor Gericht oder vor einem Notar an Eides statt zu versichern, dass ihm nichts bekannt sei, was der Richtigkeit seiner Angaben entgegenstehe. Für die *Abnahme* des Eides und die *Aufnahme* eidesstattlicher Versicherungen gelten gem. § 38 Abs. 1 BeurkG die Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen entsprechend. Die Abnahme des Eides und die Aufnahme der eidesstattlichen Versicherung sind dementsprechend regelmäßig zu beurkunden (und es ist nicht etwa lediglich eine Beglaubigung unter der Erklärung des Versicherenden vorzunehmen). Nicht ausdrücklich erwähnt ist in § 38 BeurkG (ebenso wenig in der Zuständigkeitsnorm des § 22 BNotO) der Fall, dass der Notar – wie im Erbscheinsverfahren – selbst die zur *Abnahme* der eidesstattlichen Versicherung zuständige Stelle ist (RGSt 74, 175; Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 38 Rn. 14; Sandkühler, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 22 Rn. 6; Dieterle, BWNotZ 1987, 11, 12; Dieln/Kilian, BNotO, 2. Aufl. 2019, § 22 Rn. 11; Heinemann, FGPrax 2019, 138; Klingsch/v. Stralendorff, notar 2017, 3, Fn. 4; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 38 Rn. 11). Die Zuständigkeit für den Notar als abnehmende Behör-

de bzgl. der eidesstattlichen Versicherung ergibt sich unmittelbar aus § 352 Abs. 3 S. 3 FamFG und ist weder in der BNotO noch im BeurkG noch einmal ausdrücklich aufgegriffen (§ 22 BNotO und § 38 BeurkG sprechen jeweils nur von der „Aufnahme“ durch den Notar). Man wird aber insofern § 38 BeurkG entsprechend heranzuziehen haben, da die Vorschriften für die Aufnahme der eidesstattlichen Versicherung für die Abnahme erst recht gelten müssen. Eine Beurkundung nach den Vorschriften über Willenserklärungen ist deshalb auch bei der Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung zwingend.

Die höhere Richtigkeitsgewähr der eidesstattlichen Versicherung ergibt sich aus der Strafandrohung gem. § 156 StGB (ausführlich Klingsch/v. Stralendorff, notar 2017, 3 ff.; BeckOGK-BeurkG/Theilig, Std.: 1.10.2021, § 38 Rn. 2; vgl. auch schon die Motive der 1. Kommission zum BGB, abgedruckt bei Horn, Materialienkommentar Erbrecht, 1. Aufl. 2020, § 2356 Rn. 3). Ist der Notar für die *Abnahme* zuständige Behörde i. S. d. § 156 StGB, ist im Moment der Erklärung vor dem Notar die eidesstattliche Versicherung abgegeben. Eines Zugangs der Erklärung in Urschrift oder durch eine diese vertretende Ausfertigung bei der Behörde oder sonstigen Dienststelle bedarf es in diesem Fall nicht. Das übersandte Dokument dokumentiert die bereits abgegebene Versicherung, ist aber nicht Abgabe gegenüber dem Gericht selbst. Deshalb ist die Übermittlung einer Ausfertigung an das Nachlassgericht nicht erforderlich, es genügt die Übermittlung einer (in diesem Fall elektronisch) beglaubigten Abschrift (OLG Oldenburg FGPrax 2019, 138 m. Anm. Heinemann; BeckOK-FamFG/Schlögel, Std.: 1.1.2022, § 352 Rn. 28 m. w. N.; vgl. auch BGH, Urt. v. 18.8.1970, Az. 1 StR 43/70, GA 1971, 180, 181, wonach die eidesstattliche Versicherung sogar durch Übersendung einer beglaubigten Abschrift gegenüber der zuständigen Behörde „abgegeben“ werden kann).

Da der *Antrag* nicht der Schriftform i. S. d. § 14b Abs. 1 FamFG unterliegt (Keidel/Zimmermann, § 352 Rn. 2), fällt der Antrag unter § 14b Abs. 2 FamFG – er „soll“ also elektronisch übermittelt werden. Zwar wird in der Literatur teilweise betont, dass ein Verstoß keine Sanktion nach sich ziehe (BeckOK-FamFG/Burschel, § 14b Rn. 6). Jedenfalls erscheint eine elektronische Übermittlung (wie oben bereits erwähnt) schon deshalb zweckmäßig, weil das Gericht gem. § 14b Abs. 2 S. 2 FamFG eine elektronische Übermittlung anfordern kann und dann ggf. der gleiche Antrag nochmals übersandt werden muss. Aufgrund der in der Praxis nicht abschließend geklärten Bedeutung des § 23 Abs. 1 S. 5 FamFG für die Form des Antrags ist eine elektronische Einreichung schon rein vorsorglich zu empfehlen (vgl. BNotK-Rundschreiben Nr. 15/2021 v. 17.11.2021, S. 1).

3. Ausschlagung der Erbschaft und Anfechtung der Ausschlagung

Bzgl. der Ausschlagung der Erbschaft hat das DNotI bereits in der Vergangenheit ausführlich Stellung genommen. Insofern sei auf DNotI-Report 2020, 113 verwiesen, dem entnommen werden kann, dass die Ausschlagungserklärung gem. § 1945 Abs. 1 BGB als amtsempfangsbedürftige Willenserklärung dem Nachlassgericht im Original übersandt werden muss. Die Übermittlung einer (elektronisch) beglaubigten Abschrift genügt nicht, sodass auch eine elektronische Übermittlung gem. § 14b FamFG ausscheidet. Gleiches gilt aufgrund des Verweises in § 1955 S. 2 BGB auch für die (seltener) Anfechtung der Annahme oder Anfechtung der Ausschlagung.

4. Anmeldungen zum Vereinsregister

§ 14b FamFG nennt das Vereinsregister nicht explizit, befindet sich jedoch in den allgemeinen Vorschriften des FamFG, sodass er für alle Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit gilt (vgl. oben). Registersachen sind gem. § 23a Abs. 2 Nr. 3 GVG Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. In diesem Zusammenhang bestimmt § 387 Abs. 4 FamFG, dass nähere Bestimmungen über die *Einrichtung und Führung* des Vereinsregisters, insbesondere über das Verfahren bei Anmeldungen, Eintragungen und Bekanntmachungen sowie über die Einsicht in das Register und über die Aktenführung im Beschwerdeverfahren durch Rechtsverordnung geregelt werden können. Hiervon wurde durch die Vereinsregisterverordnung (VRV v. 10.2.1999) Gebrauch gemacht. Zwar wird das Vereinsregister gem. § 2 Abs. 1 S. 1 VRV grundsätzlich in Karteiform als Papierregister geführt. Jedoch kann durch Rechtsverordnung nach § 55a Abs. 1 BGB die maschinelle Führung als automatisierte Datei („elektronisches Register“) angeordnet werden (§ 2 Abs. 2 VRV), was inzwischen in allen Bundesländern geschehen ist (Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 2108). Vorgaben für die Form der *Anmeldung* zum Vereinsregister finden sich in der VRV gleichwohl nicht.

Die Form der Anmeldung zum Vereinsregister ist vielmehr weiterhin in § 77 BGB geregelt. Die Anmeldung ist durch öffentlich beglaubigte Erklärung zu bewirken (§ 129 BGB, §§ 39, 40 BeurkG) und muss daher schriftlich verfasst sein; zudem muss die Unterschrift des Erklärenden durch einen Notar oder eine aufgrund § 68 BeurkG in Verbindung mit dem jeweiligen Landesrecht berufene Urkundsperson beglaubigt werden. Nach § 77 S. 2 BGB kann die Anmeldung in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift erfolgen. Dementsprechend reicht auch die Übersendung einer elektronisch beglaubigten Abschrift i. S. v. § 39a BeurkG zur Anmeldung aus (BeckOGK-BGB/Geißler, Std.: 1.12.2021, § 77

Rn. 6; MünchKommBGB/Leuschner, 9. Aufl. 2021, § 77 Rn. 3; Staudinger/Schwennicke, BGB, 2019, § 77 Rn. 4; vgl. auch BT-Drucks. 16/12813, 14). Gleichwohl bleibt die Einreichung der Anmeldung in Urschrift jedenfalls möglich. § 77 BGB stellt im Verhältnis zu § 14b FamFG die speziellere Regel für Anmeldungen zum Vereinsregister dar, weshalb u. E. aufgrund des *lex-specialis*-Grundsatzes jedenfalls keine Pflicht zur elektronischen Anmeldung beim Vereinsregister bestehen kann.

Hätte der Gesetzgeber eine solche Pflicht etablieren wollen, hätte er aller Wahrscheinlichkeit nach nicht lediglich § 14b FamFG eingeführt, sondern, wie etwa im Recht des Handels- und des Genossenschaftsregisters – § 12 Abs. 1 S. 1 HGB und § 157 GenG – die Materie im spezielleren Sachrechtszusammenhang geregelt oder jedenfalls § 77 BGB entsprechend modifizieren müssen. Dementsprechend steht dem Befund der Spezialität u. E. hier auch nicht der Grundsatz *lex posterior derogat legi priori* entgegen.

Die Gesetzesbegründung (BR-Drucks. 818/12, S. 36) zu § 130d ZPO legt ein solches Verständnis des Verhältnisses der Regelungen zueinander sogar nahe:

„Vorgaben im materiellen Recht wie etwa § 2356 Absatz 1 Satz 1 BGB, die die Vorlage von öffentlichen Urkunden oder Ausfertigungen in gerichtlichen Verfahren vorschreiben, bleiben als leges speciales von der allgemeinen Nutzungspflicht elektronischer Kommunikationswege unberührt. Dasselbe gilt erst recht für die Vorlage von Urkunden, die vom Gericht zu informatorischen Zwecken (§§ 142, 273 Absatz 2 Nummer 5 ZPO) oder zu Beweis-zwecken angeordnet worden ist. [...]“

Auf diese Ausführungen verweist der Gesetzgeber ausdrücklich im Rahmen der Begründung des § 14b FamFG (BR-Drucks. 818/12, S. 51, damals noch § 14a FamFG). Insofern lässt sich der gesetzgeberische Grundgedanke erkennen, dass bislang bestehende und im Rahmen der Reform nicht geänderte Vorlagepflichten und -möglichkeiten bestehen bleiben. Unabhängig davon, ob man § 77 S. 2 BGB als materiell-rechtliche Vorschrift oder Verfahrensvorschrift einordnet, greift für beide Varianten der *lex-specialis*-Grundsatz im Verhältnis zu § 14b FamFG.

Auch fehlen Anhaltspunkte dafür, dass § 77 S. 2 BGB durch § 14b FamFG partiell für den Bereich der notariell eingereichten Anmeldungen abbedungen werden sollte. Da § 77 S. 1 BGB die öffentliche Beglaubigung vorsieht, stellt die Anmeldung durch den Notar in der Praxis den Regelfall dar, wenn auch eine Einreichung der Anmeldung durch die Beteiligten selbst möglich ist.

Insofern dürfte davon auszugehen sein, dass ein Wille dahingehend, dass § 77 S. 2 BGB nur noch für die Einreichung der Anmeldung durch Nichtnotare gelten soll, nicht besteht. § 77 S. 2 BGB wurde erst 2009 in das Gesetz eingefügt (MünchKommBGB/Leuschner, § 77 Rn. 3). Dass der Gesetzgeber die Norm nur wenige Jahre später schlicht übersieht, dürfte unwahrscheinlich sein. Ein grundlegender Paradigmenwechsel (auch) im Vereinsrecht hätte zudem wohl in der Gesetzesbegründung Erwähnung gefunden. Dass der Gesetzgeber das Vereinsregister nicht erwähnt, dürfte insofern als beredtes Schweigen zu deuten sein. Eine Pflicht zur elektronischen Einreichung dürfte insofern in Vereinsregistersachen nicht bestehen. Gleichwohl bleibt eine elektronische Einreichung möglich und im Sinne der einheitlichen Handhabung mit Handelsregistersachen empfehlenswert.

5. Adoptionsanträge und Einwilligungserklärungen

Gem. §§ 1746, 1747 und 1749 BGB sind Einwilligungen der dort genannten Personen zu einem gestellten Adoptionsantrag erforderlich. Der Einwilligung kommt nach zutreffender Auffassung in der Literatur eine *Doppelnatur* zu. Auf Ebene des materiellen Rechts handelt es sich um amtsempfangsbedürftige Willenserklärungen, gleichzeitig ist die Einwilligung Verfahrenshandlung im Rahmen des Adoptionsverfahrens (ausführlich BeckOGK-BGB/Löhnig, Std.: 1.4.2021, § 1746 Rn. 7; im Einzelnen strittig, in Richtung einer rein verfahrensrechtlichen Natur tendierend BGH NJW 1980, 1746; OLG Hamm NJW 1979, 49; für eine rein materiell-rechtliche Sichtweise MünchKommBGB/Maurer, 8. Aufl. 2020, § 1746 Rn. 7). Nach § 1750 Abs. 1 S. 2 BGB bedürfen diese Erklärungen der notariellen Beurkundung. Sie sind nach § 1750 Abs. 1 S. 1 BGB dem Familiengericht gegenüber abzugeben. Zur wirksamen Übermittlung bedarf es der Übersendung der jeweiligen Zustimmungen im Original oder als Ausfertigung (BeckOGK-BGB/Löhnig, Std.: 1.4.2021, § 1750 Rn. 9; MünchKommBGB/Maurer, § 1750 Rn. 24; BeckOK-BGB/Pöcker, Std.: 1.11.2021, § 1750 Rn. 4; Erman/Teklote, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1750 Rn. 3). Daher genügt die Übersendung einer beglaubigten Abschrift grundsätzlich nicht, um die Anforderungen des § 1750 BGB zu wahren.

Da eine elektronische Ausfertigung auch nach Inkrafttreten der Regelungen zum elektronischen Urkundensarchiv nicht vorgesehen ist (siehe dazu Danninger/Stepien, DNotZ 2021, 812 ff.), muss die Ausfertigung weiterhin in Papierform erteilt werden. Weil somit eine beglaubigte Abschrift nicht ausreichend ist, kann eine Übermittlung in elektronischer Form nach § 14b FamFG an das Familiengericht mithin nicht erfolgen. Der Gesetzgeber kann durch die Einführung des § 14b

FamFG auch die materiell-rechtlichen Anforderungen nicht ändern, sodass es unumgänglich ist, dass die Ausfertigung weiterhin in Papierform beim Familiengericht durch den Notar eingereicht wird.

Fraglich ist allerdings, ob die Notwendigkeit, die *Zustimmungen* in Papierform bei Gericht einzureichen, auch dazu führt, dass der Adoptionsantrag selbst ebenfalls nicht in der von § 14b Abs. 1 FamFG vorgesehenen Form elektronisch bei Gericht eingereicht werden muss. Der Gesetzgeber beabsichtigte mit der Neuschaffung des § 14b FamFG, die Akzeptanz und die tatsächliche Nutzung der elektronischen Einreichungsform zu erhöhen (BT-Drucks. 17/12634, S. 1). Stellungnahmen zu der hier dargestellten oder einer vergleichbaren Konstellation lassen sich aber weder dem Gesetz selbst noch der Gesetzesbegründung entnehmen. Nimmt man den Wortlaut des § 14b FamFG ernst, wäre eine entsprechende Einreichung des Antrags auch dann in elektronischer Form erforderlich, wenn dieser Teil der Urkunde ist, die auch die Einwilligungen enthält.

Eine solche Sichtweise erscheint uns aber unter teleologischen Gesichtspunkten nicht angezeigt. Der Gesetzgeber beabsichtigte, den Verwaltungsaufwand für die Justiz durch die Einführung des § 14b FamFG zu senken, indem vor allem die Notwendigkeit zur Vornahme etwaiger Scans reduziert wird (s. dazu BT-Drucks. 17/12634, S. 20). Dieses Ziel kann allerdings dann nicht mehr erreicht werden, wenn ohnehin das Papierdokument bei Gericht eingehen muss und seinerseits zu archivieren ist. In diesem Fall muss die Justiz die bei ihr eingegangene Urkunde entsprechend verwahren oder selbst einscannen, sodass durch eine nochmalige Übermittlung des Antrags, der in der Urkunde bereits enthalten ist, kein Mehrwert für die Gerichte zu erzielen ist. Es würde sich daher um eine bloße Förmlichkeit handeln, den Antrag zusätzlich in elektronischer Form einzureichen, da hierdurch keine Erleichterung für die Gerichte geschaffen würde. Wir gehen daher davon aus, dass der Wortlaut planwidrig über die Zwecke des Gesetzes hinausgeht und daher eine teleologische Reduktion geboten ist (vgl. zu deren Voraussetzungen Meier/Jocham, JuS 2016, 392, 397 f.).

Diese Überlegungen gelten allerdings dann nicht mehr, wenn der Antrag in einer anderen Urkunde enthalten ist und daher diese insgesamt nach § 14b FamFG elektronisch übermittelt werden kann. Eine teleologische Reduktion ist aus unserer Sicht nur dann geboten, wenn es sich um dieselbe Urkunde handelt, die sowohl den Antrag als auch die in Ausfertigung zu übersendenden Zustimmungen enthält. Handelt es sich dagegen um zwei Dokumente, ist der Antrag nach § 14b FamFG elektronisch einzureichen, da insoweit die vom Gesetz

verfolgten Zwecke durch die Übersendung in elektronischer Form gewahrt werden.

6. Betreuungs- und familiengerichtliche Genehmigungen

Ebenfalls im FamFG geregelt ist das Verfahren zur Erteilung von betreuungs- und familiengerichtlichen Genehmigungen (§§ 271 ff. bzw. §§ 151 ff. FamFG). Für sie ist zwar *kein Antrag* erforderlich (und damit greift auch nicht § 64 Abs. 2 FamFG), sondern lediglich ein formloses Ersuchen durch die Beteiligten (für die betreuungsgerichtliche Genehmigung vgl. BeckOGK-BGB/Kilian, Std.: 1.11.2021, § 1828 Rn. 8; MünchKommBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1828 Rn. 35; für die familiengerichtliche Genehmigung BeckOGK-BGB/Becker, Std.: 1.1.2021, § 1643 Rn. 54). Der Notar übermittelt jedoch regelmäßig die relevanten Urkunden für die Beteiligten und ist im weiteren Verfahren umfangreich bevollmächtigt. Die Übermittlung der Urkunden *soll* künftig gem. § 14b Abs. 2 FamFG ebenfalls elektronisch erfolgen.

7. Beschwerdeverfahren in Registersachen

Registersachen i. S. d. FamFG sind gem. § 374 FamFG Handels-, Genossenschafts-, Partnerschafts-, Vereins- und Güterrechtsregistersachen. Wird ein Eintragungsantrag abgelehnt, ergeht die ablehnende Entscheidung durch Beschluss. Ist der Antrag unvollständig oder steht ein behebbares Hindernis entgegen, setzt das Gericht dem Antragsteller eine entsprechende Frist zur Behebung (§ 382 Abs. 4 FamFG). Der Beschluss und die Entscheidung sind mit der Beschwerde anfechtbar (§§ 58 ff. FamFG, 382 Abs. 4 S. 2 FamFG).

Das Beschwerdeverfahren in Registersachen hat im Zusammenhang mit § 14b FamFG eine besondere Bedeutung, da bei diesem Verfahren aufgrund der Regelung in § 64 Abs. 2 FamFG die Einlegung der Beschwerde in Schriftform erforderlich ist (auch die Einlegung zur Niederschrift der Geschäftsstelle ist eine schriftliche Erklärung, vgl. MünchKommFamFG/A. Fischer, 3. Aufl. 2018, § 64 Rn. 24; Haußleiter, FamFG, FamFG § 64 Rn. 4). Deshalb fallen die Anträge im Rahmen des Beschwerdeverfahrens unter § 14b Abs. 1 FamFG und sind zwingend elektronisch einzureichen.

8. Anwendbarkeit im Grundbuchverfahren

Von vornherein ausscheiden dürfte eine Anwendung der Norm in Verfahren beim Grundbuchamt. Grundbuchsachen sind zwar gem. § 23a Abs. 2 Nr. 8 GVG ebenfalls Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Insofern finden die Regelungen des FamFG grundsätzlich Anwendung. Es besteht allerdings Einigkeit, dass ein Rückgriff auf die Regelungen des FamFG in Grundbuchsachen nur dann möglich ist, wenn die spezielleren Vorschriften

der GBO keine Regelungen enthalten (OLG Düsseldorf FGPrax 2010, 116; Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, Allgemeiner Teil, A Rn. 41; Demharter, GBO, 32. Aufl. 2021, Einleitung Rn. 82; BeckOK-GBO/Holzer, Std.: 1.11.2021, § 1 Rn. 36).

§ 135 Abs. 1 S. 2 GBO bestimmt, dass die Landesregierungen ermächtigt werden, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, von welchem Zeitpunkt an Dokumente elektronisch übermittelt werden *können* (Nr. 1) und ab welchem Zeitpunkt Notare Dokumente elektronisch übermitteln *müssen* (Nr. 4). Diese Regelungstechnik wurde bewusst gewählt, da der Gesetzgeber zu der Erkenntnis gelangte, dass „die unterschiedlichen finanziellen, technischen und organisatorischen Ausgangssituationen in den einzelnen Ländern [...] **eine bundesweit einheitliche Führung des elektronischen Rechtsverkehrs in Grundbuchsachen sowie der elektronischen Grundakte nicht [zulassen]**“ (BT-Drucks. 16/12319 S. 23 – Hervorhebung durch das DNotI). Insofern dürfte eine Anwendung des § 14b FamFG aufgrund der spezialgesetzlichen Regelung ausgeschlossen sein. Eine Überlagerung des § 135 GBO durch § 14b FamFG würde dem eindeutigen gesetzgeberischen Willen widersprechen.

Im Gegensatz zu Handelsregistersachen ist im Grundbuchverfahren auch die Beschwerde spezialgesetzlich geregelt (s. auch Woinar, NotBZ 2022 – im Erscheinen). Die Form der Beschwerde ist in § 73 Abs. 2 GBO abschließend geregelt, so dass eine Anwendung des § 14b FamFG auf dieses Verfahren ausscheiden dürfte.

9. Aufgebotsverfahren

Nicht dem Grundbuchverfahren zuzuordnen, sondern unmittelbar im FamFG geregelt ist der Antrag auf Aufgebot des Grundpfandrechtsgläubigers (§§ 433 ff. FamFG), der in der Praxis eine nicht unerhebliche Rolle spielt. Weder das materielle Recht (§ 1170 BGB) noch das Verfahrensrecht des FamFG schreiben für den Antrag auf Durchführung des Aufgebotsverfahrens eine bestimmte Form vor (Woinar, NotBZ 2022 – im Erscheinen). Insofern fällt der Antrag unter § 14b Abs. 2 FamFG und nicht unter § 14b Abs. 1 FamFG.

Zur Glaubhaftmachung der Tatsache, dass der Gläubiger unbekannt ist, ist regelmäßig die Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung erforderlich (aber auch genügend, § 450 Abs. 3 S. 1 FamFG). Im Gegensatz zum Erbscheinverfahren fehlt es an einer Zuständigkeitsanordnung zur Abnahme der eidesstattlichen Versicherung durch den Notar. Der Notar nimmt die eidesstattliche Versicherung daher in diesem Verfahren nur auf (§ 22

Abs. 2 BNotO). Die Einreichung einer aufgenommenen eidesstattlichen Versicherung führt jedoch nicht dazu, dass diese zwingend in Papierform (als Ausfertigung) einzureichen ist. Die Strafandrohung des § 156 StGB greift zwar erst mit Eingang der eidesstattlichen Versicherung bei dem Gericht, hängt jedoch nicht davon ab, ob ein Original, eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift eingereicht wird (BGH, Urt. v. 18.8.1970, Az. 1 StR 43/70, GA 1971, 180, 181). Insofern ist im Geltungsbereich des § 14b Abs. 1 FamFG auch die Übersendung einer elektronisch beglaubigten Abschrift ausreichend, um den Sinn und Zweck der Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung zu erreichen.

Der Antrag zur Einleitung eines Aufgebotsverfahrens *soll* künftig gem. § 14b Abs. 2 FamFG elektronisch eingereicht werden. Es sei aber nochmals darauf hingewiesen, dass aufgrund des unklaren Zusammenspiels von § 23 Abs. 1 S. 5 FamFG und § 14b Abs. 1 FamFG stets eine elektronische Einreichung empfehlenswert ist (BNotK-Rundschreiben Nr. 15/2021 v. 17.11.2021, S. 1).

10. Zusammenfassung

Für die in der notariellen Praxis relevanten Bereiche ergibt sich folgendes Bild: § 14b FamFG erfasst aufgrund vorrangiger spezialgesetzlicher Regelungen von vornherein die Bereiche des Grundbuchverfahrens sowie Anmeldungen zum Handels-, Vereins- und Genossenschaftsregister nicht.

Für die Übermittlung von Erbausschlagungen und Einwilligungen in eine Adoption gilt § 14b FamFG nicht, da das materielle Recht weitergehende Vorgaben macht. Gleiches gilt aufgrund des Verweises in § 1955 S. 2 BGB auch für die (seltene) Anfechtung der Annahme oder Anfechtung der Ausschlagung.

Unter § 14b Abs. 2 FamFG fallen die Beantragung eines Erbscheins sowie die Übermittlung von Dokumenten in Verfahren der Notar- und Kostenbeschwerde (§ 15 Abs. 2 BNotO bzw. § 130 Abs. 3 S. 1 GNotKG), sofern sie nicht unter § 64 Abs. 2 FamFG fallen, also kein Verfahren einleiten. Das Gleiche gilt für die Übermittlung von Dokumenten im Rahmen von betreuungs- bzw. familiengerichtlichen Verfahren.

Wirksamkeitsvoraussetzung (§ 14b Abs. 1 FamFG) ist die elektronische Einreichung in Fällen, in denen das Gesetz eine schriftliche Erklärung fordert, bspw. bei Einlegung der Beschwerde in Registersachen (§§ 382 Abs. 4 S. 2, 64 Abs. 2 FamFG).

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.

PrKIG §§ 1, 3

Entgeltlicher Nießbrauch an einem Miteigentumsanteil; „Wertsicherung“ des Nutzungsentgelts

Abruf-Nr.:

AktG §§ 130, 161 Abs. 1

Formbedürftigkeit einer Entsprechenserklärung; Überprüfung durch den Notar

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BNotO § 15; BeurkG § 53

Wucherähnliches Geschäft; Vollzug eines Kaufvertrags bei Vorliegen eines entsprechenden Verkehrswertgutachtens

1. Die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO kann auf neue Tatsachen gestützt werden (§ 65 Abs. 3 FamFG i.V.m. § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO). Unabhängig davon hat das Beschwerdegericht die Beschwerde wie ein Erstgericht auf alle Gründe zu prüfen, die ihr zum Erfolg verhelfen können (§ 68 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO); dabei hat es auch nach der Entscheidung des Notars bekanntgewordene Umstände zu berücksichtigen.

2. Bescheide oder Gutachten über den Wert eines verkauften Grundstücks sind grundsätzlich ungeeignet, die evidente Unwirksamkeit eines über das Grundstück geschlossenen Kaufvertrags unter dem Gesichtspunkt eines wucherähnlichen Rechtsgeschäfts gegenüber dem Notar zu belegen; er muss sie daher im Rahmen seiner Vollzugstätigkeit nach § 53 BeurkG nicht prüfen. Entsprechendes gilt für das Beschwerdegericht, das im Rahmen einer Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO nur zu entscheiden hat, ob der Notar pflichtwidrig handelt.

Problem

Die Beteiligten schlossen einen notariellen Grundstückskaufvertrag. Nach Beurkundung, aber vor Vollzug teilte die Verkäuferin der Notarin mit, der Käufer habe ihr – außerhalb der Urkunde – zugesichert, für sie eine Eigentumswohnung zu suchen und ihr beim Umzug behilflich zu sein. Die Notarin kündigte daraufhin mittels Vorbescheides an, den Vollzug nicht weiter zu betreiben, da die hohe Wahrscheinlichkeit bestehe, dass der Vertrag wegen nicht beurkundeter Nebenabreden nichtig sei. Nach Stellungnahme des Käufers erließ die Notarin einen Abhilfebescheid, in dem sie ankündigte, die Urkunde nun doch zu vollziehen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Verkäuferin, die im Rahmen des Beschwerdeverfahrens erstmalig geltend macht, es liege ein wucherähnliches Geschäft vor.

Entscheidung

Der BGH bestätigt die Entscheidung des Beschwerdegerichts, das davon ausging, dass die Auffassung dem Grundbuchamt zum Vollzug vorzulegen sei. Es sei nicht Aufgabe des Notars und damit auch nicht des Beschwerdegerichts, über die materiell-rechtliche Wirksamkeit einer beurkundeten Willenserklärung zu befinden. Von einem Vollzug dürfe der Notar nur absehen, wenn die Unwirksamkeit für ihn ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar sei.

Dies sei hier weder wegen nicht beurkundeter Nebenabreden offensichtlich, noch liege ersichtlich ein wucherähnliches Geschäft vor. Ob die Zusage, eine Eigentumswohnung für die Verkäuferin zu suchen, mit Rechtsbindungswillen gegeben worden sei, lasse sich nur im Rahmen eines Zivilverfahrens klären. Das Gleiche gelte für die Frage, ob ein wucherähnliches Geschäft vorliege. Aus dem vorgelegten Verkehrswertgutachten könne zwar entnommen werden, dass der Kaufpreis in auffälligem Missverhältnis zur Gegenleistung stehe. Das Geschäft sei aber nur dann gem. § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig, wenn neben dem auffälligen Missverhältnis auch ein subjektives Element gegeben sei (i. d. R. verwerfliche Gesinnung des Begünstigten). Dies könne einem Verkehrswertgutachten nicht entnommen werden. Hinzu komme, dass selbst bei Vorlage eines Gutachtens für den Notar nur ausnahmsweise mit der erforderlichen Eindeutigkeit erkennbar sei, dass die darin getroffenen Einschätzungen zum Verkehrswert zutreffend seien. Ein Verkehrswertgutachten sei deshalb grundsätzlich ungeeignet, die evidente Unwirksamkeit eines über ein Grundstück geschlossenen Kaufvertrags zu belegen. Der Notar müsse die mögliche Unwirksamkeit im Rahmen des Vollzugs daher nicht aufgrund der Vorlage eines Verkehrswertgutachtens prüfen.

BGH, Beschl. v. 9.12.2021 – V ZB 25/21

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

Aktuelles

Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1741, 1766a; AdVermiG § 9a – Stiefkindadoption eines minderjährigen Kindes; zwingende vorherige Beratung der Beteiligten durch die Adoptionsvermittlungsstelle

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

GrEStG § 9 Abs. 2 Nr. 1 – Bauträgervertrag; Grunderwerbsteuer bei nachträglichen Sonderwünschen des Käufers

Veranstaltung

Aktuelles

Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags

Mit Wirkung zum 1.1.2022 (BGBl. 2021, I, S. 2133) ist das o.g. Gesetz in Kraft getreten und hat zahlreiche Vorschriften des BGB, insbesondere des Kaufvertragsrechts, modifiziert. Das Gesetz dient der Umsetzung der Warenkauf-RL (RL (EU) 2019/771), die ihrerseits die frühere Verbrauchsgüterkauf-RL abgelöst hat. Obgleich sich die Warenkauf-RL nur auf Verbraucherverträge bezieht, hat der deutsche Gesetzgeber sie überschießend umgesetzt und die Regelungen auf sämtliche Kaufverträge erstreckt. Zwar ist die Richtlinie vollharmonisierend, eine überschießende Umsetzung in Bezug auf den Anwendungsbereich ist jedoch möglich (vgl. Erwägungsgrund 12).

Grundlegend neu gefasst worden ist § 434 BGB. Nach § 434 Abs. 1 BGB ist eine Sache nunmehr frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang sowohl die subjektiven als auch die objektiven Anforderungen (und die

Montageanforderungen) einhält. Erstere werden nach § 434 Abs. 2 BGB durch die vereinbarte Beschaffenheit, die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung und durch das vereinbarte Zubehör sowie die vereinbarten Anleitungen, einschließlich Montage- und Installationsanleitungen, bestimmt. Die objektiven Anforderungen beziehen sich demgegenüber auf die Eignung für die gewöhnliche Verwendung und die gewöhnliche Beschaffenheit vergleichbarer Sachen, die der Erwerber nach der Art der Sache und den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers oder einem anderen Glied der Vertragskette erwarten kann. Außerdem muss die Kaufsache einer zuvor überlassenen Probe oder einem Muster vergleichbar sein. Die Überlassung hat mit üblichem Zubehör inklusive Verpackung sowie Montage- oder Installationsanleitung zu erfolgen. Erstmals wird darüber hinaus in § 434 Abs. 2 Satz 2 BGB der Begriff der Beschaffenheit definiert und klargestellt, dass hierunter jedes Merkmal der Sache fallen kann, so dass es nun für eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht mehr erforderlich ist, dass der in den Blick genommene Umstand der Sache dauerhaft anhaftet. Hinzu kommen bei der Be-

schaffenheit nun die Begriffe der „Kompatibilität“ und der „Interoperabilität“. Kompatibilität soll nach Art. 2 Nr. 8 Warenkauf-RL „die Fähigkeit der Waren, mit der Hardware oder Software zu funktionieren, mit der Waren derselben Art in der Regel benutzt werden,“ bezeichnen, während Interoperabilität nach Art. 2 Nr. 10 Warenkauf-RL die Fähigkeit der Waren beschreibt, „mit einer anderen Hardware oder Software zu funktionieren als derjenigen, mit den Waren derselben Art in der Regel benutzt werden“.

Zweifelhaft ist allerdings das Verhältnis zwischen subjektivem und objektivem Mangelbegriff. § 434 Abs. 1 BGB scheint beide Begriffe nebeneinander zu stellen, so dass sowohl die subjektiven als auch die objektiven Anforderungen einzuhalten wären. Dies kann aber offensichtlich nicht zutreffen, weil dann der Verkauf einer Sache, die die objektive Mangelfreiheit nicht erreicht, wirtschaftlich ausgeschlossen wäre, weil sie stets Mängelrechte nach dem objektiven Mangelbegriff auslösen würde. Dass der subjektive Mangelbegriff vorrangig sein muss, zeigt zudem § 434 Abs. 3 BGB, der die Anwendbarkeit der objektiven Voraussetzungen davon abhängig macht, dass nichts anderes vereinbart wurde, und sich somit abweichenden Vertragsabreden öffnet. Eine entsprechende Vereinbarung muss daher dem objektiven Begriff vorgehen. Sie kann auch in AGB getroffen werden.

Auch und vor allem das Verbrauchsgüterkaufrecht (das nur auf bewegliche Sachen Anwendung findet) ist durch die Reform betroffen. In § 474 BGB wird im Anwendungsbereich der Normen nunmehr statt des Begriffs „bewegliche Sache“ der der „Ware“ im Sinne des § 241a Abs. 1 BGB verwendet. Inhaltlich ergeben sich dadurch keine nennenswerten Änderungen, da es sich bei Waren nach dieser Definition um bewegliche Sachen handelt, die nicht im Wege einer Zwangsvollstreckung oder einer anderen gerichtlichen Maßnahme verkauft werden. Der Anwendungsbereich wird damit nur sprachlich, nicht aber auch inhaltlich modifiziert. Von Bedeutung sind die §§ 474 ff. BGB in der notariellen Praxis vor allem, wenn eine Immobilie mit Inventar verkauft werden soll, soweit man mit der bisher herrschenden Meinung davon ausgeht, dass auf solche Verträge hinsichtlich der beweglichen Sachen das Verbrauchsgüterkaufrecht Anwendung findet.

Im Gegensatz dazu enthält § 476 BGB auch einige inhaltliche Veränderungen. Nach § 476 Abs. 1 Satz 2 BGB kann die objektive Mangelbestimmung des § 434 Abs. 3 BGB nur dann ausgeschlossen oder verändert werden, wenn der Verbraucher vor der Abgabe seiner Vertragserklärung eigens davon in Kenntnis gesetzt

wurde, dass ein bestimmtes Merkmal der Ware von den objektiven Anforderungen abweicht und zudem die Vereinbarung ausdrücklich und gesondert getroffen wurde. Andernfalls verbleibt es beim objektiven Mangelbegriff. Dies hat besonders große Relevanz, weil § 475 Abs. 3 Satz 2 BGB die Anwendung des § 442 BGB ausschließt und damit eine Kenntnis des Verbrauchers vom Mangel der Geltendmachung von Mangelrechten nicht entgegensteht.

Welche Anforderungen für eine solche Vereinbarung innerhalb einer notariellen Urkunde zu wahren sind, ist bislang ungeklärt. Es dürfte aber wohl zu weit gehen, wenn man verlangen wollte, dass der Unternehmer im Vorfeld der Beurkundung den Verbraucher über die Beschaffenheit eigens aufklären muss. Durch das Verlesen des Vertragstextes durch den Notar erhält der Verbraucher über die getroffenen Vereinbarungen Kenntnis und ist damit vor Abschluss des Vertrages, der erst mit der Unterzeichnung zu Stande kommt, hinreichend informiert. Praktisch wird dies allerdings meist wegen der Vorgaben des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BGB kaum Bedeutung haben, da ohnehin der Text des beabsichtigten Vertrages dem Verbraucher für eine Frist von wenigstens zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung zu stellen ist und er daher schon hierdurch über die Abweichungen informiert ist. Durch die Aufnahme in den Notarvertrag sind auch die Anforderungen an die ausdrückliche und gesonderte Vereinbarung eingehalten. Insoweit ist es auch unschädlich, wenn es sich dort um AGB handelt. Da für die Beurkundung der verlesene Text relevant ist, kann es zudem nicht darauf ankommen, wie die Urkunde drucktechnisch gestaltet ist, so dass sich aus § 476 Abs. 1 Satz 2 BGB keine Verpflichtung ableiten lässt, die entsprechende Vereinbarung zu unterstreichen, in Fettdruck anzugeben oder in anderer Weise hervorzuheben. Gleichwohl ist zukünftig für eine sichere Urkundsgestaltung erforderlich, dass etwaige Mängel bei der Veräußerung einer beweglichen Sache im Rahmen eines Verbrauchervertrages exakt beschrieben werden, um eine negative Beschaffenheitsvereinbarung nach § 476 Abs. 1 Satz 2 BGB zu erreichen. Es wird sich zeigen, ob die bislang herrschende Meinung vor diesem Hintergrund Bestand haben wird (a. A schon bislang Feller, MittBayNot 2003, 81, 85; für Zubehör auch Basty, Der Bauträgervertrag, 10. Aufl. 2021, Kap. 13 Rn. 41). Denn nach neuem Recht würde dies dazu führen, dass für die wirtschaftlich untergeordneten beweglichen Gegenstände ein erheblich strengeres Haftungsregime gelten würde als für die wirtschaftlich bedeutende Hauptsache (Grundstück samt Gebäude). Überzeugender scheint es deshalb künftig auf den Schwerpunkt des Vertrages abzustellen. Ob sich diese Auffassung durchsetzen können, bleibt abzuwarten.

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1741, 1766a; AdVermiG § 9a Stiefkindadoption eines minderjährigen Kindes; zwingende vorherige Beratung der Beteiligten durch die Adoptionsvermittlungsstelle

I. Sachverhalt

M und F sind verheiratet. Für F ist es die zweite Ehe. Aus erster Ehe hat F das minderjährige Kind K, das nunmehr im Wege der Stiefkindadoption von M als Kind angenommen werden soll (vgl. §§ 1741 ff. BGB).

Der Adoptionsantrag und alle erforderlichen Einwilligungen wurden notariell beurkundet. Der Notar schickt die Unterlagen an das für die Adoption zuständige Familiengericht. Wenige Tage später werden die Unterlagen vom Gericht zurückgesandt mit der Bemerkung, die Beteiligten müssten zwingend vor der Beurkundung zur Adoptionsvermittlungsstelle, um sich dort beraten zu lassen.

II. Fragen

1. Besteht eine Beratungspflicht der Beteiligten?
2. Wenn ja, können die Adoptionsunterlagen nach der Beratung erneut beim Gericht eingereicht werden, oder sind sie neu zu beurkunden?
3. Wie wäre die Rechtslage,
 - a) wenn es sich um eine Stiefkindadoption innerhalb einer gleichgeschlechtlichen Ehe/Lebenspartnerschaft handeln würde?
 - b) wenn das anzunehmende Kind bereits volljährig wäre?
 - c) wenn die „Stiefkindadoption“ des minderjährigen Kindes durch M erst nach dem Tod der leiblichen Mutter F erfolgen würde?

III. Zur Rechtslage

1. Erforderlichkeit einer vorherigen Beratung der Beteiligten im Falle einer Stiefkindadoption

a) Rechtsgrundlage

Zum 1.4.2021 ist das **Adoptionshilfe-Gesetz** („Gesetz zur Verbesserung der Hilfen für Familien bei Adoption“) in Kraft getreten (BGBl. I, 2021, S. 226). Ziel des Gesetzes ist es, das Gelingen von Adoptionen im Interesse

der beteiligten Personen zu fördern und damit zuvörderst dem Kindeswohl zu dienen (BR-Drucks. 575/19, S. 23). Zur Erreichung dieses Ziels wurde die Beratung im Vorfeld von Adoptionen gestärkt. Betroffen hiervon sind auch Stiefkindadoptionen: Das Gesetz hat in **§ 9a Abs. 1 Adoptionsvermittlungsgesetz (AdVermiG)** eine **Verpflichtung der Beteiligten** eingeführt, sich vor Abgabe ihrer notwendigen Erklärungen und Anträge für eine Stiefkindadoption eines Minderjährigen bei einer Adoptionsvermittlungsstelle **beraten zu lassen** (eingehend hierzu Bernauer, notar 2021, 79 ff.).

Gesetzgeberischer Hintergrund ist, dass Stiefkindadoptionen – obwohl in der Praxis überaus zahlreich – oftmals nicht unproblematisch sind. Denn diese erfolgen in nicht wenigen Fällen dem Ehepartner zuliebe, die Pflicht zur Übernahme lebenslanger elterlicher Verantwortung für das Kind wird häufig nicht realisiert (Müller-Engels, in: Müller-Engels/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira, Adoptionsrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2020, Rn. 78; Frank, StAZ 2010, 324, 325 f.). Durch die Einführung der Beratungspflicht soll nun sichergestellt werden, dass die Beteiligten schon vor der Stellung des Adoptionsantrags eine **bewusste und reflektierte Entscheidung** auf der Grundlage aller relevanten Informationen treffen können (vgl. Reinhardt, Adoptionsvermittlungsgesetz, 9. Online-Auflage 2021, § 9a Rn. 2).

Die zwingende vorherige Beratung der Beteiligten im Rahmen einer Stiefkindadoption hat bereits während des Gesetzgebungsverfahrens zahlreiche **Kritik** ausgelöst, u. a. von Seiten der Lesben- und Schwulenverbände (vgl. dazu noch unten 3.a). Aus notarieller Sicht lässt sich v. a. kritisieren, dass das Gesetz durch die Verpflichtung zur **notariellen Beurkundung** der im Rahmen des Adoptionsverfahrens erforderlichen Anträge und Einwilligungserklärungen bereits *de lege lata* eine Beratung vorsieht, wobei sich die Beratungen durch Notar und Adoptionsvermittlungsstelle auch noch zumindest partiell inhaltlich decken (vgl. Bernauer, notar 2021, 79, 80). Nicht unkritisch ist auch der Zeitpunkt, zu dem die Beratung erfolgen muss (vgl. dazu noch unten 2).

b) Personenkreis

Der **Personenkreis**, der der Beratungspflicht unterworfen ist, ergibt sich aus § 9a Abs. 1 AdVermiG: Beratungspflichtig sind der abgebende, der annehmende Elternteil und der Ehegatte des annehmenden Elternteils (bzw. im Falle des § 1766a BGB der nichteheliche Lebensgefährte, vgl. § 9a Abs. 5 AdVermiG) sowie das Kind gem. § 8 SGB VIII.

Beratungspflichtig ist wohl auch ein Vaterschaftsprätendent, also eine Person, die noch nicht als Vater fest-

gestellt ist, aber eine Vaterschaft geltend macht, wohl nicht aber ein anonymer Samenspender (vgl. Bernauer, notar 2021, 79, 81 f.).

c) Ausnahmefälle

Abs. 3 der Vorschrift normiert **Ausnahmefälle**, in denen eine Beratung entbehrlich ist. Die in Abs. 3 geregelten Fälle beziehen sich – zusammengefasst – auf den abgebenden Elternteil. Nach dieser Bestimmung ist die Beratung eines Elternteils **nicht** erforderlich, wenn

- er zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande ist,
- sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist,
- seine Einwilligung nach § 1748 BGB ersetzt wird oder
- es sich um den abgebenden Elternteil handelt und dieser seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat.

d) Inhalt der Beratung

Der Inhalt der vorzunehmenden Beratung ist beispielhaft in § 9 AdVermiG beschrieben und umfasst v. a. die **psychosozialen Auswirkungen der Adoption**, die Aufklärung über die Bedeutung der Kenntnis des Kindes von seiner Herkunft, die Information über Hilfsangebote, den Ablauf des Adoptionsverfahrens und dessen Rechtsfolgen (Bernauer, notar 2021, 79, 82). Der Beratungsinhalt wird in der Praxis eher **individuell** am Beratungsbedarf der jeweiligen Beteiligten auszurichten sein.

In Bezug auf die Adoptionsbeteiligten bleibt zu bemerken, dass sich die gesetzliche Verpflichtung auf die Inanspruchnahme der Beratung beschränkt. Es besteht keine aktive Mitwirkungsverpflichtung, d. h. die Beteiligten können den Beratungstermin auch einfach „über sich ergehen lassen“. Die beratende Adoptionsvermittlungsstelle kann jedoch das Verhalten der Beteiligten und auch ein etwaiges Desinteresse im Rahmen der von ihr zu erstellenden fachlichen Äußerung nach § 189 Abs. 2 FamFG würdigen (Bernauer, notar 2021, 79, 82). Hierdurch können solche Umstände zur Kenntnis des Familiengerichts gebracht werden, das anschließend über die Begründetheit des Adoptionsantrages entscheidet.

e) Nachweis der Beratung

Die Adoptionsvermittlungsstelle hat nach § 9a Abs. 2 AdVermiG über die erfolgte Beratung eine **Bescheinigung** auszustellen. Hierbei wird es sich in der Regel um eine schriftliche Bescheinigung handeln. Eine bestimmte Form ist allerdings hierfür nicht vorgeschrieben; ggf. könnte diese auch nur per Fax oder elektronisch erteilt werden (vgl. § 9 SGB X; Reinhardt, § 9a Rn. 17).

Die Beratungsbescheinigung muss **dem Familiengericht gem. § 196a FamFG vorgelegt** werden; andern-

falls ist der Adoptionsantrag als **unbegründet** zurückzuweisen.

f) Ergebnis

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt handelt es sich hier um die Stiefkindadoption eines minderjährigen Kindes der Ehefrau. Für eine Stiefkindadoption eines Minderjährigen gilt seit dem 1.4.2021 § 9a Abs. 1 AdVermiG, so dass sich die Beteiligten (Stiefvater, Mutter, leiblicher Vater, Kind) vor Beurkundung des Adoptionsantrags und der Einwilligungen von der Adoptionsvermittlungsstelle beraten lassen müssen.

2. Nachholung der Beratung

Der Gesetzeswortlaut ist, was den Zeitpunkt der Beratung anbelangt, auf den ersten Blick eindeutig. Die verpflichtende Beratung hat nach § 9a Abs. 1 AdVermiG **vor Abgabe der notwendigen Erklärungen und Anträge zur Adoption** zu erfolgen.

Der Gesetzeswortlaut wird in der bislang **vorliegenden Literatur** einhellig dahin gehend verstanden, dass die Beratung **vor der notariellen Beurkundung** des Antrags bzw. der **Einwilligungen** zu erfolgen habe (Reinhardt, § 9a Rn. 11; Bernauer, notar 2021, 79, 80; BeckOGK-BGB/Löhnig, Stand: 1.4.2021, § 9a AdVermiG Rn. 9; vgl. auch Botthof, NJW 2021, 1127, 1129).

Ein Teil der Literatur hält dies auch für **zwingend** (vgl. Raude, notar 2021, 351, 359; BeckOGK-AdVermiG/Löhnig, § 9a Rn. 9). So führt etwa *Löhnig* aus, die Beratung habe vor Abgabe der Einwilligung von Kind und Eltern des Kindes sowie des Adoptionsantrags stattzufinden, weil sie ansonsten zur **bloßen Formalität** würden. Auch die **Familiengerichte** gehen – soweit uns bislang bekannt wurde – davon aus, dass Beratungsbescheinigungen nicht nachgereicht werden können, wenn die Beratung erst nachträglich erfolgt.

Es gibt aber auch Stimmen in der Literatur, die eine Nachholung der Beratung und Nachreichung des Beratungsnachweises für zulässig halten. So führt beispielsweise *Reinhardt* (§ 9a Rn. 17) aus, dass der Umstand, dass die Beratung erst **nach der Abgabe** der notariellen Einwilligung bzw. der Stellung des notariellen Adoptionsantrags stattgefunden habe, ebenso wenig ein Adoptionshindernis darstelle wie die Beratung durch eine örtlich unzuständige Vermittlungsstelle. Aus seiner Sicht sei daher auch nicht erforderlich, das Beratungsdatum in die Bescheinigung aufzunehmen (Reinhardt, § 9a Rn. 17).

Auch *Bernauer* (notar 2021, 79, 80, 83) hält ein **Nachreichen der Beratungsbescheinigung** für zulässig. Er begründet dies damit, dass sich mit einer nach der Beurkundung erfolgenden Beratung der Beteiligten das gesetzgeberische Ziel ebenso gut erreichen lasse und die Beratung nicht Voraussetzung für Zulässigkeit des Antrags, sondern für dessen Begründetheit darstelle, wofür die Umstände zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts maßgeblich seien (vgl. § 196a FamFG). Hierfür lässt sich ferner anführen, dass die gesetzgeberische Entscheidung, eine Beratungspflicht vor der notariellen Beurkundung festzuschreiben, ohnehin kritisch gesehen werden müsse, da dies Probleme namentlich in zeitkritischen Fällen, etwa dem eines Adoptionsantrags „am Sterbebett“ (vgl. § 1753 Abs. 2 BGB), verursache (Bernauer, notar 2021, 79, 80).

Aus unserer Sicht dürfte dem Schutzzweck der Norm zumindest dann Genüge getan sein, wenn die Beratung zwar nach Beurkundung der Erklärungen, aber **vor Einreichung des Antrages bzw. der Einwilligungen beim Familiengericht** erfolgt. Denn auch dadurch wäre sichergestellt, dass die Beteiligten vor der Stellung des Adoptionsantrags eine **bewusste und reflektierte Entscheidung** auf der Grundlage aller relevanten Informationen treffen können (vgl. dazu oben 1.a). Auch der Wortlaut der Norm steht einer solchen Auslegung u. E. nicht entgegen. Denn letztlich sind die Erklärungen erst zu diesem Zeitpunkt **gegenüber dem Familiengericht** als dem maßgeblichen Erklärungsempfänger **„abgegeben“** (vgl. zum Charakter des Antrags als „amtsempfangsbedürftiger Willenserklärung“ BeckOGK-BGB/Löhnig, Std.: 1.1.2022, § 1752 Rn. 5). Eine solche Auslegung der Norm würde es zumindest ermöglichen, in einem Fall wie dem hier vorliegenden den betreffenden Antrag bzw. die Einwilligungen (erneut) einzureichen, nachdem die Beratung erfolgt ist und damit eine etwaige Neubeurkundung entbehrlich machen, ohne dass der Schutzzweck der Norm umgangen wäre.

Zusammenfassend betrachtet ist die Rechtslage aber, was die Nachholung der Beratung anbelangt, unsicher, zumal Rechtsprechung noch nicht vorliegt. Daher empfiehlt es sich in der notariellen Praxis, die vom Gesetz vorgezeichneten Abläufe einzuhalten und die Beteiligten sicherheitshalber bereits **vor der Beurkundung des Antrags bzw. der Einwilligungen** zur (vorherigen) Beratung bei der Adoptionsvermittlungsstelle zu schicken.

In diesem Zusammenhang kommt es immer auf **den jeweiligen Beteiligten** an, der seine Erklärung notariell beurkunden lassen will (Bernauer, notar 2021, 79, 83). Sofern es zur getrennten Beurkundung von Adoptions-

antrag und Einwilligungserklärungen kommt, müssen folglich nicht bei der ersten Beurkundung bereits die Beratungen sämtlicher weiterer Personen erfolgt sein (vgl. Bernauer, notar 2021, 79, 83).

Was den **Nachweis** der vorherigen Beratung anbelangt, so wird sich der Notar regelmäßig den Beratungsschein nach § 9a Abs. 2 AdVermiG vorlegen lassen und diesen bei Gericht einreichen; der Notar kann sich aber auch von den Beteiligten versichern lassen, eine Beratung in Anspruch genommen zu haben (Bernauer, notar 2021, 79, 82 mit Formulierungsmuster). Der Umstand, dass die Beratung durch die Adoptionsvermittlungsstelle tatsächlich stattgefunden hat, ist dagegen vom Gericht, nicht vom Notar, zu prüfen.

3. Rechtslage bei den Fallalternativen

a) Beratungspflicht bei gleichgeschlechtlichen Ehen/ Lebenspartnerschaften

Die Einführung einer zwingenden Beratungspflicht der Beteiligten im Rahmen einer geplanten Stiefkindadoption war im Gesetzgebungsverfahren äußerst umstritten. Kritik an der Regelung kam v. a. von Seiten der Lesben- und Schwulenverbände, die eine diskriminierende Verschärfung der Anforderungen an die Stiefkindadoption insbesondere bei **lesbischen Paaren** reklamierten (vgl. Bernauer, notar 2021, 79, 80 m. w. N.). Denn nach derzeitiger Rechtslage haben lesbische Paare nur die Möglichkeit, eine „Mit-Mutterschaft“ der Partnerin durch Stiefkindadoption zu begründen, nachdem eine statusrechtliche Zuordnung entsprechend § 1592 Nr. 1 BGB (BGH NJW 2019, 153 = DNotI-Report 2018, 166) oder durch „Mutterschaftsanerkennung“ ausscheidet.

So wurde am Ende des Gesetzgebungsverfahrens durch den **Vermittlungsausschuss** die Beratungspflicht eingeschränkt (vgl. BT-Drucks. 19/25163). Es wurde in den Paragraphen § 9a AdVermiG dessen Abs. 4 S. 1 neu aufgenommen, wonach eine Beratungspflicht nach Abs. 1 nicht besteht, wenn der annehmende Elternteil **zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit dem Elternteil des Kindes verheiratet** ist. Entsprechendes gilt nach Abs. 5 der Vorschrift in den Fällen des § 1766a BGB, d. h. bei nichtehelichen Lebensgefährten unter den dort niedergelegten Voraussetzungen. Eine Beratungspflicht besteht daher im Ergebnis nicht bei allen Stiefkind-Adoptionen, bei denen der Elternteil und der annehmende Elternteil im Zeitpunkt der Geburt des Kindes verheiratet sind bzw. in einer verfestigten Lebensgemeinschaft i. S. v. § 1766a BGB leben.

Eine Ausnahme gilt in den vorgenannten Fällen nach S. 2 der Vorschrift für den annehmenden und den ver-

bleibenden Elternteil allerdings, wenn das Kind im Ausland geboren wurde und der abgebende Elternteil seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat.

b) Volljährigenadoption

Für die notarielle Praxis ist besonders wichtig, dass eine Beratungspflicht nur bei Stiefkindadoptionen von Minderjährigen, **nie bei Volljährigenadoptionen** i. S. d. §§ 1767 ff. BGB besteht (Bernauer, notar 2021, 79, 81). Dies gilt selbst dann, wenn die Volljährigenadoption mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption (vgl. § 1772 BGB) erfolgen soll. Dies folgt daraus, dass sich der Anwendungsbereich des **Adoptionsvermittlungsgesetzes** auf die **Adoption Minderjähriger** beschränkt, wie sich auch aus § 1 S. 1 AdVermiG ergibt (Bernauer, notar 2021, 79, 81; Keuter, NZFam 2021, 49, 50).

c) „Stiefkindadoption“ nach dem Tod des leiblichen Elternteils

Ob der in Frage 3.c) genannte Fall des **Vorversterbens** der Ehefrau (die zugleich Mutter des minderjährigen anzunehmenden Kindes ist) auch einen Ausnahmefall darstellt, bei dem eine Beratungspflicht des Annehmenden entfällt, ist zweifelhaft. Eine ausdrückliche Stellungnahme in Rspr. oder Lit. liegt hierzu bislang leider nicht vor.

Aus unserer Sicht dürfte § 9a Abs. 1 AdVermiG bereits deswegen keine Anwendung finden, da nach dem Tod der Kindesmutter **kein echter Fall einer Stiefkindadoption** (Annahme des Kindes des Ehegatten) mehr vorliegt. Denn das Gesetz definiert die Stiefkindadoption als Annahme des Kindes des Ehegatten (vgl. § 1741 Abs. 2 S. 3 BGB). Ist der Ehegatte bereits verstorben, ist hierdurch die **Ehe aufgelöst**. Es liegt also streng genommen keine Stiefkindadoption mehr vor, sondern eine Einzelannahme nach § 1741 Abs. 2 S. 1 BGB (BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1741 Rn. 79; vgl. auch MünchKommBGB/Maurer, 8. Aufl. 2020, § 1741 Rn. 23: „Die Stiefkindadoption, bei der ein Ehegatte das Kind des anderen Ehegatten annimmt, setzt eine wirksame Ehe zwischen dem Elternteil des Kindes und dem Annehmenden voraus [Abs. 2 S. 3].“).

Im Hinblick darauf, dass die Nichtdurchführung einer erforderlichen Beratung ein **Adoptionshindernis** darstellt (vgl. Reinhardt, § 9a AdVermiG Rn. 17), könnte es sich angesichts des Fehlens ausdrücklicher Rechtsprechung und Literatur empfehlen, in einem solchen Fall mit der Adoptionsvermittlungsstelle bzw. dem Familiengericht Rücksprache zu halten.

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 Abs. 1 Nr. 3

Sicherung der Lastenfreistellung i. S. d. MaBV bei abhandengekommenem Grundschuldbrief
Abruf-Nr.:

AktG § 179a; BGB § 21

Analoge Anwendung des § 179a AktG auf den Verein; Veräußerung des Vermögens im Ganzen eines eingetragenen Vereins; Gesamtvermögensgeschäft; Zustimmung der Mitgliederversammlung
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

GrEStG § 9 Abs. 2 Nr. 1

Bauträgervertrag; Grunderwerbsteuer bei nachträglichen Sonderwünschen des Käufers

1. Zahlungen für nachträgliche Sonderwünsche des Käufers einer noch zu errichtenden Eigentumswohnung unterliegen der Grunderwerbsteuer, wenn sie in einem rechtlichen Zusammenhang mit dem vorausgegangenen Erwerbsvorgang stehen; dies ist der Fall, wenn sich aus dem ursprünglichen Kauf- bzw. Kauf-/Werkvertrag ein Anspruch auf Mehrentgelte im Falle etwaiger nachträglicher Sonderwünsche ableiten lässt.

2. Für jeden Sonderwunsch wird ein eigenständiger Grunderwerbsteuertatbestand in dem Zeitpunkt verwirklicht, in dem die zusätzliche Gegenleistung i. S. v. § 9 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG bindend vereinbart wird. Die Steuer für eine nachträglich vereinbarte Sonderleistung ist in einem selbständigen Steuerbescheid festzusetzen, der neben den ursprünglichen Steuerbescheid tritt. Es ist grundsätzlich zulässig, dass die Grunderwerbsteuer für mehrere Zusatzleistungen in einem Steuerbescheid in einem Betrag festgesetzt wird.

(Leitsätze der DNotI-Redaktion)

Problem

Die Käufer erwarben mit notariellem Kauf- und Werkvertrag mehrere noch zu errichtende Eigentumswohnungen. Im Vertrag wurde für den Fall von Änderungswünschen nach Beurkundung (und vor Abnahme) bestimmt, dass diese Änderungen nicht selbst von den Käufern (oder von diesen beauftragten Handwerkern) durchgeführt werden durften, dass Ausführungen der Sonderwünsche durch den Veräußerer der einvernehmlichen Abstimmung bedurften und die Käufer die durch die Sonderwünsche verursachten Mehrkosten zu tragen hatten. Nach mehreren Änderungswünschen, die jeweils Mehrentgelte auslösten, erließ das Finanzamt zusätzlich zum ursprünglichen Grunderwerbsteuerbescheid einen weiteren Bescheid, in dem Grunderwerbsteuer auf diese zusätzlichen Leistungen i.S.v. § 9 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG festgesetzt wurde.

Entscheidung

Das Gericht führt aus, Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer sei gem. § 8 Abs. 1 GrEStG die Gegenleistung; bei einem Grundstückskauf gelte gem. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG als Gegenleistung u.a. der Kaufpreis einschließlich der vom Erwerber übernommenen sonstigen Leistungen. Ergebe sich aus weiteren Vereinbarungen, die mit diesem Rechtsgeschäft in einem rechtlichen oder zumindest objektiv sachlichen Zusammenhang stünden, dass der Erwerber das beim Abschluss des Kaufvertrags unbebaute Grundstück **im bebauten Zustand erhalte**, liege ein **einheitlicher Erwerbsvorgang** vor und **die Gebäudeerrichtungskosten seien in die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer einzubeziehen**.

Hinsichtlich der **nachträglichen** Sonderwünsche der Käufer, die jeweils ein Mehrentgelt auslösten, gelte Folgendes: Gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG gehörten zur Gegenleistung auch noch weitere Leistungen des Erwerbers, die dieser dem Veräußerer (neben der ursprünglich vereinbarten Leistung) zusätzlich gewähre. Solche zusätzlichen Leistungen lägen vor, wenn sie **mit dem seinerzeitigen Erwerb in einem rechtlichen Zusammenhang** stünden. Ein solcher rechtlicher Zusammenhang bestehe z.B. dann, **wenn sich bereits aus dem ursprünglichen Notarvertrag**, also aus dem Kaufvertrag oder aus dem Kauf- und Werkvertrag – sei es unmittelbar oder über allgemeine Rechtsgrundsätze (z.B. Treu und Glauben) – **ein Anspruch auf die spätere zusätzliche Leistung ableiten lasse**.

Im vorliegenden Fall schaffe die Klausel zur Übernahme von Mehrkosten bei späteren Sonderwünschen die

Grundlage für die Erbringung von Zusatzleistungen in Abhängigkeit von zukünftig geäußerten, **im Zeitpunkt des Vertragsschlusses hinsichtlich „Ob“ und „Wie“ noch offenen Sonderwünschen des Erwerbers**. Damit stehe die spätere Sonderleistung in einem rechtlichen Zusammenhang mit dem seinerzeitigen Erwerb.

Da **erst mit der (bindenden) Vereinbarung einer zusätzlichen Leistung jeweils ein eigenständiger Steuertatbestand verwirklicht** werde, wirke diese nicht als rückwirkendes Ereignis i.S.v. § 175 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AO zurück, weshalb der ursprüngliche Erwerbsvorgang unberührt bleibe. Die zusätzliche Gegenleistung i. S. v. § 9 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG sei verwirklicht, sobald die Bindung der Vertragspartner hinsichtlich der zusätzlichen Gegenleistung eingetreten sei; auf die Zeitpunkte der Erfüllung der Leistung oder der Gegenleistung komme es hingegen nicht an.

Im Urteils Sachverhalt gab es mehrere nachträgliche Sonderwünsche und somit auch mehrere weitere Grunderwerbsteuer Tatbestände. Das Gericht stellte fest, dass es nicht gegen das **Bestimmtheitsgebot** verstoße, wenn die Grunderwerbsteuer für mehrere Steuertatbestände **in einem Bescheid** und in einem Betrag festgesetzt werde, wenn sich hinreichend klar aus dem Bescheid ergebe, welche Sachverhalte besteuert würden. Hierfür genüge es, dass die Sonderwünsche, auf denen die weiteren Gegenleistungen beruhten, in dem Bescheid **ihrer jeweiligen Art nach**, mit dem jeweiligen **Zeitpunkt ihrer Vereinbarung** und jeweiligem **Entgelt, einzeln aufgeführt** seien.

Hinweis

In der Praxis wird häufig bei Bauträgerverträgen vereinbart, dass der Käufer dem Bauträger die Ausführung von Änderungswünschen, die nach Abschluss des Vertrags und vor Abnahme des Bauwerks durch den Käufer geäußert werden, zusätzlich zu vergüten hat. Das praxisrelevante FG-Urteil fasst die Besonderheiten des materiellen Steuerrechts und des Verfahrensrechts, die bei nachträglichen Sonderwünschen gelten, zusammen.

Zu beachten ist, dass eine „zusätzliche“ Leistung, *die bereits im Erwerbszeitpunkt vereinbart wird*, schon gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG bei der grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage erfasst wird. Hingegen entsteht ein weiterer (neuer) Steueranspruch gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG, wenn eine zusätzliche Leistung *erst nachträglich vereinbart* wird und diese in einem rechtlichen Zusammenhang mit dem vorausgegangenen Erwerbsvorgang steht.

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 §§ 20, 21 – Bauliche Veränderungen am Gemeinschaftseigentum; Gestattungsbeschluss; Wirkung ggü. Rechtsnachfolgern; Rücknahme des Gestattungsbeschlusses

AktG §§ 130, 118 Abs. 3 S. 1, 129 – Hauptversammlung; kurzzeitige Abwesenheit des Versammlungsleiters, der Vorstandsmitglieder oder des beurkundenden Notars; durchgängige Anwesenheit; Interimsleiter; Unterbrechung der Hauptversammlung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 133, 167, 168 – Konkludenter Ausschluss des Widerrufsrechts unter mehreren Generalbevollmächtigten

GBO §§ 29 Abs. 1, 35 Abs. 1 S. 2 – Erfordernis eines Erbscheins bei einer untypischen Pflichtteils Klausel im Erbvertrag

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 20, 21

Bauliche Veränderungen am Gemeinschaftseigentum; Gestattungsbeschluss; Wirkung ggü. Rechtsnachfolgern; Rücknahme des Gestattungsbeschlusses

I. Sachverhalt

Es soll eine Eigentumswohnung verkauft werden. Der Verkäufer hat auf dem Dach des Treppenhauses (Gemeinschaftseigentum) eine Dachterrasse errichtet, die nur über sein Sondereigentum zu erreichen ist. Ein Zugang vom Treppenhaus zur Terrasse besteht nicht. 2021 fasste die Eigentümerversammlung einen Beschluss, in dem sie dem jetzigen Verkäufer den Ausbau einer Dachterrasse zur ausschließlichen eigenen Nutzung ge-

stattet. Der Beschluss legt fest, dass die Arbeiten erst nach Vorliegen aller behördlichen Genehmigungen ausgeführt werden dürfen und der Eigentümergemeinschaft keine Kosten entstehen dürfen. Die Wohnungseigentümergemeinschaft erhält für die Gestattung eine einmalige Zahlung i. H. v. 7.000 € auf das Rücklagenkonto der WEG und eine monatliche Nutzungsentschädigung i. H. v. 50 € auf das Girokonto der WEG.

Der Beschluss wurde mehrheitlich (aber nicht einstimmig) gefasst. Im Rahmen des Verkaufs der Wohnung soll nun die Dachterrasse bzw. das Nutzungsrecht hieran mitveräußert werden. Die bestehende Gemeinschaftsordnung aus dem Jahr 2016 enthält keine Regelungen über bauliche Veränderungen.

II. Fragen

1. Hat die Eigentümerversammlung für einen solchen Beschluss überhaupt ausreichend Kompetenz oder wäre hier lediglich eine Vereinbarung möglich?

2. Falls ein Beschluss nicht möglich ist: Ist der gefasste Beschluss nichtig oder nur anfechtbar? Entfaltet er Wirkung, soweit er nicht angefochten wird?

3. Falls ein Beschluss möglich war: Ist dieser auch gegenüber Dritten (Rechtsnachfolgern) wirksam, obgleich er nicht im Grundbuch eingetragen ist?

4. Falls ein Beschluss möglich war: Kann dieser dann durch einfachen Mehrheitsbeschluss jederzeit rückgängig gemacht werden?

III. Zur Rechtslage

1. Intertemporaler Anwendungsbereich

Zunächst ist zu klären, ob sich die Beurteilung der Fragen nach den Vorschriften des WEG in der derzeit gültigen Fassung richtet oder nach der bis zum 30.11.2020 geltenden Rechtslage. Zum 1.12.2020 trat das WEMoG in Kraft (Gesetz zur Förderung der Elektromobilität und zur Modernisierung des Wohnungseigentumsgesetzes und zur Änderung von kosten- und grundbuchrechtlichen Vorschriften, BGBl. I v. 22.10.2020, S. 2187; s. nun auch die vollständige Bekanntmachung der Neufassung des WEG vom 12.1.2021, BGBl. I v. 20.1.2021, S. 34). Die Vorschriften über die baulichen Veränderungen wurden darin vollständig neu gefasst und erheblich modifiziert.

Der Zeitpunkt der **Vornahme der baulichen Maßnahme** ist im Sachverhalt nicht angegeben. Im Ergebnis dürfte es darauf jedoch auch nicht ankommen, da der **Gestattungsbeschluss nach Inkrafttreten des WEMoG** gefasst wurde. Zu den Regelungen über bauliche Veränderungen enthält das Gesetz **keine Übergangsregelung**. Insofern ist davon auszugehen, dass für die Möglichkeit der Gestattung allein das Recht zum Zeitpunkt des Gestattungsbeschlusses maßgeblich ist. Im vorliegenden Fall wurde der Beschluss in einer Eigentümerversammlung im Jahr 2021 gefasst. Würde man auf den Zeitpunkt der baulichen Veränderung in tatsächlicher Hinsicht abstellen, käme man ggf. zu dem widersinnigen Ergebnis, dass die nach altem Recht unzulässige bauliche Veränderung nicht nach neuem Recht zu gestatten wäre, also zunächst ein Rückbau mit anschließender Neuerrichtung zu erfolgen habe. Das kann vom Gesetzgeber ersichtlich nicht gewollt sein. Die Zulässigkeit der baulichen Maßnahme dürfte sich dementsprechend insgesamt nach den Vorschriften des WEG in der seit dem 1.12.2020 geltenden Fassung richten. Eine abweichende Regelung in der Gemeinschaftsordnung ist gem. § 47 WEG unbeachtlich, wenn die Vereinbarung vor dem 1.12.2020 getroffen wurde und sich aus der Vereinbarung nicht ein anderer Wille ergibt. Ein solcher Wille ist gem. § 47 S. 2 WEG im Zweifel nicht

anzunehmen. Die vorliegende Gemeinschaftsordnung wurde 2016 geschlossen, sodass § 47 WEG anwendbar ist. Da die Gemeinschaftsordnung keine entsprechende Regelung enthält, erübrigt sich die Frage, ob ein entsprechender Abweichungswille besteht.

2. Zulässigkeit von baulichen Veränderungen

Maßnahmen, die über die ordnungsmäßige Erhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums hinausgehen (**bauliche Veränderungen**), können beschlossen oder einem Wohnungseigentümer durch Beschluss gestattet werden, § 20 Abs. 1 WEG. Bauliche Veränderungen, die die Wohnanlage **grundlegend umgestalten** oder einen Wohnungseigentümer ohne sein Einverständnis gegenüber anderen unbillig benachteiligen, dürfen nicht beschlossen und gestattet werden, § 20 Abs. 4 WEG. Ein dagegen verstößender Beschluss ist nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar (BT-Drucks. 19/18791, S. 66).

Der Begriff der „grundlegenden Umgestaltung“ wird nicht gesetzlich definiert. Auch in den Gesetzgebungsmaterialien finden sich keine Hinweise. Letztlich muss unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls die Gestaltung der Wohnanlage vor und nach der streitigen baulichen Veränderung verglichen werden (sog. objektiver Vorher-Nachher-Vergleich, vgl. BeckOGK-WEG/Kempfle, Std.: 1.3.2022, § 20 Rn. 208). Dass die Dachterrasse die Wohnanlage im vorliegenden Fall grundlegend umgestaltet oder einen anderen Wohnungseigentümer unangemessen benachteiligt, ist für uns aus dem Sachverhalt nicht ersichtlich. Insofern würden wir davon ausgehen, dass ein entsprechender Gestattungsbeschluss gem. § 20 Abs. 1 WEG zulässig ist und gem. § 25 Abs. 1 WEG mit der erforderlichen (einfachen) Mehrheit gefasst wurde. Über die Erhebung einer Anfechtungsklage ist nichts bekannt.

Gem. § 21 Abs. 1 S. 1 WEG hat der Wohnungseigentümer, dem die bauliche Veränderung gestattet wird, die Kosten der baulichen Veränderung zu tragen, nur ihm obliegen gem. § 21 Abs. 1 S. 2 WEG die Nutzungen. Durch die Beschlussfassung entsteht dementsprechend ein **gesetzliches Sondernutzungsrecht** an der Fläche des Gemeinschaftseigentums (BeckOGK-WEG/Kempfle, § 20 Rn. 103; Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rn. 1057, 1200; teilw. auch – u. E. nicht ganz präzise – „faktisches Sondernutzungsrecht“, vgl. bspw. Elzer, StichwortKommentar Wohnungseigentumsrecht, 1. Aufl. 2021, Bauliche Veränderungen Rn. 29).

Zu beachten ist hierbei allerdings, dass die übrigen Wohnungseigentümer grundsätzlich gem. § 21 Abs. 4 S. 1 WEG einen Anspruch darauf haben, dass ihnen die

Mitbenutzung gegen angemessenen Ausgleich gestattet wird. Allerdings muss dies nur „nach billigem Ermessen“ erfolgen. Billigem Ermessen entspricht die Beteiligung anderer Wohnungseigentümer an der Nutzung von vornherein dann nicht, wenn die bauliche Veränderung mit dem Sondereigentum eines Wohnungseigentümers verbunden ist und der Zugang zur Nutzungsfläche nur über dieses Sondereigentum möglich ist (Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1122; BeckOGK-WEG/Kempfle, Std.: 1.3.2022, § 21 Rn. 60). Wie die Rechtsprechung dieses Tatbestandsmerkmal in der Praxis interpretieren wird, bleibt abzuwarten. Grundsätzlich wird man es weit auszulegen und im Zweifel von einem Anspruch auszugehen haben. Denn die Norm schafft einen Ausgleich dafür, dass der Mitgebrauch am Gemeinschaftseigentum nicht durch Mehrheitsbeschluss entzogen werden kann und alle Wohnungseigentümer grundsätzlich gleich zu behandeln sind (BeckOK-WEG/Elzer, Std.: 1.1.2022, § 21 Rn. 56). Im vorliegenden Fall dürfte dies freilich am Ergebnis nichts ändern, da eine Mitbenutzung der Dachterrasse unter Zugang über die Sondereigentumseinheit des Verkäufers unter keinen Umständen zumutbar sein wird.

3. Wirkung ggü. Dritten

Gem. § 10 Abs. 3 S. 2 WEG wirken Beschlüsse, die die Wohnungseigentümer gefasst haben, auch gegen Sondernachfolger. Etwas anderes gilt gem. § 10 Abs. 3 S. 1 WEG nur für Beschlüsse, die „aufgrund einer Vereinbarung“ (also einer sog. rechtsgeschäftlichen Öffnungsklausel) gefasst werden. Solche Beschlüsse wirken gegenüber Sondernachfolgern nur, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind. Bei § 20 Abs. 1 WEG handelt es sich um eine **gesetzliche Öffnungsklausel**. Beschlüsse aufgrund einer gesetzlichen Öffnungsklausel wirken gem. § 10 Abs. 3 S. 2 WEG ohne Eintragung im Grundbuch uneingeschränkt gegenüber Rechtsnachfolgern eines Wohnungseigentümers (Grüneberg/Wicke, BGB, 81. Aufl. 2022, § 10 WEG Rn. 26).

4. Rücknahmemöglichkeit

Inwiefern eine einmal erteilte Gestattung durch Beschluss zurückgenommen werden kann, ist für das neue Recht noch nicht gerichtlich geklärt und wird in der Literatur nur teilweise erörtert. Grundsätzlich geht man davon aus, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die Gestattung zur Vornahme einer baulichen Veränderung später durch einen sog. abändernden Zweitbeschluss widerrufen kann. Ein solcher Widerruf soll aber nur dann ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechen, **wenn hierfür ein sachlicher Grund vorliegt und der betroffene Wohnungseigentümer gegenüber dem bisherigen Zustand nicht unbillig benachteiligt wird** (MünchKommBGB/

Rüscher, 8. Aufl. 2021, WEG, § 20; Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 20 Rn. 60: „ohne Angabe von Gründen“). Es sind dabei die schutzwürdigen Interessen und Belange des Wohnungseigentümers zu berücksichtigen, dem die bauliche Veränderung gestattet wurde (vgl. OLG Frankfurt v. 3.9.2004, BeckRS 2004, 150697 Rn. 13).

Unseres Erachtens wird man an den Rücknahmebeschluss – jedenfalls wenn die bauliche Maßnahme bereits umgesetzt wurde – hohe Anforderungen stellen müssen und jedenfalls grundsätzlich von einem überwiegenden Interesse des Nutzungsberechtigten ausgehen können. Wegen der Pflicht zur Kostentragung wird man ihm insofern einen gewissen Vertrauensschutz zubilligen müssen. Ebenso vertretbar erscheint uns die – in der Literatur bislang jedoch nicht vertretene – Auffassung, dass das einmal gem. § 21 Abs. 1 S. 2 WEG entstandene gesetzliche Sondernutzungsrecht nur mit Zustimmung des berechtigten Wohnungseigentümers wieder entzogen werden kann. Dies dürfte umso mehr gelten, als der Wohnungseigentümer eine Gegenleistung an die WEG zu erbringen hatte. Mag dies auch nicht den Charakter eines Austauschvertrages erfüllen, so dürfte dies doch zumindest einen erheblichen Abwägungsgesichtspunkt für das Interesse des Wohnungseigentümers bilden. Wollte man sogar so weit gehen und einen Austauschvertrag zwischen der WEG und dem Wohnungseigentümer annehmen, so wäre es bereits aus diesem Vertrag heraus der WEG verboten, den Gestattungsbeschluss zurückzunehmen. Würde sie dem zuwiderhandeln, wäre die WEG verpflichtet, einen erneuten Beschluss zu fassen.

5. Ergebnis

Soweit keine Ausnahme nach § 20 Abs. 4 WEG besteht, ist eine bauliche Veränderung des Gemeinschaftseigentums nur mit entsprechendem Gestattungsbeschluss der Wohnungseigentümer zulässig. Die Beschlusskompetenz ergibt sich aus § 20 Abs. 1 WEG. Der Beschluss wirkt gem. § 10 Abs. 3 S. 2 WEG ohne Eintragung im Grundbuch auch gegenüber Rechtsnachfolgern. Ein Rücknahmebeschluss ist zwar wohl grundsätzlich möglich, dabei sind jedoch die berechtigten Belange des nutzungsberechtigten Wohnungseigentümers hinreichend zu berücksichtigen.

AktG §§ 130, 118 Abs. 3 S. 1, 129

Hauptversammlung; kurzzeitige Abwesenheit des Versammlungsleiters, der Vorstandsmitglieder oder des beurkundenden Notars; durchgängige Anwesenheit; Interimsleiter; Unterbrechung der Hauptversammlung

I. Sachverhalt

Bei der Beurkundung von Hauptversammlungen wird nicht selten die Frage gestellt, ob Vorstandsmitglieder, Versammlungsleiter und Notar durchgängig „auf dem Podium“ anwesend sein müssen.

II. Fragen

1. Können sich Vorstandsmitglieder während der Hauptversammlung für eine kurze Dauer von ihren Plätzen entfernen (etwa um die Sanitärräume aufzusuchen)? Was gilt für den Versammlungsleiter oder den Notar?

2. Wäre eine kurzzeitige Abwesenheit jedenfalls dann zu akzeptieren, wenn die Hauptversammlung durchgehend akustisch verfolgt werden könnte?

III. Zur Rechtslage

1. Abwesenheit der Vorstandsmitglieder

Vorstandsmitglieder (ebenso wie Aufsichtsratsmitglieder) „sollen“ gem. § 118 Abs. 3 S. 1 AktG an der Hauptversammlung teilnehmen. Sie trifft also eine **grundsätzliche Pflicht zur Teilnahme** an der Hauptversammlung (BeckOGK-AktG/Hoffmann, Std.: 1.9.2021, § 118 Rn. 26) in Form einer Präsenzpflicht (GroßkommAktG/Mülbert, 5. Aufl. 2017, § 118 Rn. 48). Andererseits bleibt eine Verletzung dieser Pflicht regelmäßig ohne Konsequenzen für die gefassten Hauptversammlungsbeschlüsse, außer evtl. unter dem Aspekt einer nicht erteilten Auskunft (MünchKommAktG/Kubis, 5. Aufl. 2022, § 118 Rn. 112; Unmuth, NZG 2020, 448, 449; ausf. Dreher, FS Krieger, 2020, S. 201, 208 ff.). Vor diesem Hintergrund müsste eine **kurzfristige, gerechtfertigte Abwesenheit** zumindest im Ergebnis **folgenlos** bleiben, wenn sie nicht konkret die Erfüllung einer speziellen Organpflicht unnachholbar unmöglich machte. Das dürfte umso mehr gelten, als selbst eine totale Abwesenheit aus wichtigem Grund keine Schadensersatzpflicht des Vorstands auslösen oder den Weg zu seiner Abberufung freimachen kann (vgl. BeckOGK-AktG/Hoffmann, § 118 Rn. 30; MünchKommAktG/Kubis, § 118 Rn. 111, Rn. 110: Präsenz sei vornehmlich ein außerrechtlicher Gradmesser des Respekts gegenüber den Anteilsinhabern).

2. Abwesenheit des Versammlungsleiters

Anders als der Vorstand muss der Versammlungsleiter in der Hauptversammlung zwingend und **grundsätzlich wohl durchgehend** präsent sein. Zumindest wird ihm aber die Möglichkeit zugebilligt, **Hilfspersonen** ohne eigenen Entscheidungsspielraum zuzuziehen („Sprachorgan“ des Versammlungsleiters), die kurze Abwesenheiten des Versammlungsleiters (Toilettenpause o. Ä.) überbrücken, ohne dass eine Unterbrechung der Versammlung notwendig wäre (Grigoleit/Herrler, AktG, 2. Aufl. 2020, § 129 Rn. 44; Kocher/Feigen, NZG 2020, 620, 621; BeckOGK-AktG/Wicke, Std.: 1.9.2021, § 129 Rn. 43: reiner Vollzug der Anordnungen des Versammlungsleiters; Hoffmann-Becking, NZG 2017, 281, 282 f.: Beauftragung eines anderen Aufsichtsratsmitglieds, das am besten schon im Vorfeld zum Vertreter bestimmt wurde; ders., in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 5. Aufl. 2020, § 37 Rn. 39; MünchKommAktG/Kubis, § 119 Rn. 131; vgl. auch OLG Frankfurt, Urt. v. 20.10.2010, BeckRS 2010, 25449 zur temporären Verhinderung wegen Interessenkonflikts). Weitergehend wird teilweise sogar eine kurzfristige Delegation der Versammlungsleitung (weniger als 30 Minuten) auf einen **Interimsversammlungsleiter** zugelassen (Kocher/Feigen, NZG 2020, 620, 621: bei langen Hauptversammlungen gängige Praxis; Reichert/Gehling, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 5. Aufl. 2021, § 9 Rn. 83: Praxis mache davon wenig Gebrauch; Hüffer/Koch, AktG, 15. Aufl. 2021, § 129 Rn. 18; Marsch-Barner, in: Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch börsennotierte AG, 4. Aufl. 2018, Rn. 33.22b).

3. Abwesenheit des Notars

Die kurzzeitige Abwesenheit des Notars (Toilettenpause o. Ä.) soll **unschädlich** sein, **soweit sie sich nicht auf den zwingenden Niederschriftsinhalt auswirkt**; eine förmliche Unterbrechung ist in diesem Fall also nicht erforderlich (vgl. OLG München DNotZ 2009, 146 Rn. 40; LG München I, Beschl. v. 24.4.2008, BeckRS 2008, 11391, Rn. 221; Herrler/Bormann/Seebach, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2021, § 7 Rn. 413; Hauschild, notar 2015, 271, 277; BeckOGK-AktG/Wicke, § 130 Rn. 28; Grigoleit/Herrler, § 130 Rn. 19; GroßkommAktG/Mülbert, § 130 Rn. 155). Es ist u. E. plausibel, dass die Präsenzpflicht des Notars sich von derjenigen des Versammlungsleiters unterscheidet. Beim Notar geht es um eine Tatsachenbeurkundung mit dem Inhalt des § 130 AktG. Eine ununterbrochene, allenfalls durch Vertreter überbrückte Anwesenheit fordert diese nicht. Insoweit ist die Aufgabe des Notars eine andere als die des Versammlungsleiters, der insgesamt für die ordnungsgemäße Durchführung der Hauptversammlung zuständig ist.

4. Fazit

Im Ergebnis dürften keine Bedenken bestehen, wenn ein Vorstandsmitglied, der Versammlungsleiter oder der Urkundsnotar die Versammlung aus verständlichem Grund kurzzeitig verlässt. Wertungsmäßig betrachtet gefährden solche Pausen die Durchführung oder Beurkundung regelmäßig nicht oder jedenfalls nicht mehr als die zeitweilige schiere Unaufmerksamkeit des physisch Anwesenden in der Versammlung. Für eine „förmliche“ Vertretung dürfte bzgl. des Versammlungsleiters zu sorgen sein; dieser hat die umfassendsten Verpflichtungen im Hinblick auf die Versammlung und muss grundsätzlich in jedem Moment präsent sein.

Die Frage, ob eine **akustische oder sonstige Übertragung** einen Präsenzmangel ausgleichen könnte, stellt sich nach oben Gesagtem nicht. Nähme man tatsächlich einen schädlichen Präsenzmangel an, wäre aber wohl fraglich, ob die bloße Übertragung einen Versammlungsleitungs- oder Beurkundungsmangel verhindern könnte.

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.

BauGB § 11 Abs. 2

Bauverpflichtung bei Verkauf im Bieterverfahren; Verkauf über dem Bodenrichtwert

Abruf-Nr.:

GmbHG §§ 53, 55, 3 Abs. 2, 15 Abs. 4

Gesellschaftervereinbarung mit Agiopflicht neben Kapitalerhöhungsbeschluss; Beurkundungsbedürftigkeit; Abgrenzung zwischen schuldrechtlichem und korporativem Agio; Vollständigkeitsgrundsatz; Änderung oder Aufhebung von Call-Option und Put-Option

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 133, 167, 168

Konkludenter Ausschluss des Widerrufsrechts unter mehreren Generalbevollmächtigten

Werden mehreren Personen zur Einzelvertretung berechtigte (Vorsorge-)Vollmachten erteilt, ermächtigen diese regelmäßig nicht zum Widerruf der (Vorsorge-)Vollmachten der weiteren Einzelvertretungsberechtigten.

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 24.1.2022 – 10 W 8/21

Problem

Der Vollmachtgeber hatte seinem beklagten Stiefsohn sowie seinen drei leiblichen Kindern eine Vorsorge- und Generalvollmacht, jeweils mit Einzelvertretungsberechtigung, erteilt. In der Folge widerrief eines seiner bevollmächtigten leiblichen Kinder durch anwaltliches Schreiben die Vorsorgevollmacht des Stiefsohns und verlangte von diesem die Herausgabe der Vollmachtsurkunde nach § 175 BGB. Nachdem der Stiefsohn die Herausgabe verweigerte, forderte der inzwischen unstrittig geschäftsunfähige Vollmachtgeber selbst diese klageweise ein. Während des laufenden Prozesses vor dem Landgericht gab der beklagte Stiefsohn die Vollmachtsurkunde schließlich heraus, sodass die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt erklärten. Das Landgericht legte die Kosten nach § 91a Abs. 1 S. 1 ZPO dem beklagten Stiefsohn auf, der gegen den Beschluss sofortige Beschwerde einlegte.

Entscheidung

Aus Sicht des OLG Karlsruhe ist die Beschwerde begründet, da dem Kläger (Vollmachtgeber) zur Zeit des erledigenden Ereignisses **kein Anspruch** gegen den Beklagten (Stiefsohn) auf Herausgabe der Vollmachtsurkunde aus § 175 BGB zustand. Der **Widerruf des Vollmachtgebers** sei infolge dessen – unstrittig vorliegender – Geschäftsunfähigkeit nach § 105 Abs. 1 BGB **nichtig**.

Darüber hinaus hält das OLG Karlsruhe auch die **Widerrufserklärung des bevollmächtigten leiblichen Kindes** für **unwirksam**. Es geht davon aus, dass mit der Erteilung einer Vorsorgevollmacht an eine Person regelmäßig nicht die Bevollmächtigung zum Widerruf einer gleichzeitig einer weiteren Person erteilten Vorsorgevollmacht verbunden sei. Dafür spreche, dass andernfalls der Wunsch des Vollmachtgebers, mehreren Personen eine Einzelvertretungsmacht einzuräumen, ständig der Gefahr ausgesetzt sei, nach dem „Windhundprinzip“ konterkariert zu werden, indem jeder Einzel-

bevollmächtigte fortlaufend mit einem Widerruf durch einen anderen rechnen müsse. Daher geht das OLG Karlsruhe davon aus, dass **im Wege der Auslegung (§ 133 BGB)** im Regelfall eine entsprechende konkludente Beschränkung der Vertretungsmacht jedes Einzelbevollmächtigten zu ermitteln sei (so auch bereits OLG Karlsruhe BeckRS 2010, 11820 = BtPrax 2010, 178 = FamRZ 2010, 1762).

Praxishinweis

Das OLG Karlsruhe leitet das Ergebnis nicht aus dem Gesetz oder dogmatischen Erwägungen in Bezug auf eine Generalvollmacht, sondern aus einer Auslegung der erteilten Vollmachten her. Um Auslegungsunsicherheiten zu vermeiden, dürfte es sich empfehlen, bei Erteilung mehrerer Vollmachten die Widerrufskompetenzen (oder deren Ausschluss) explizit zu regeln.

GBO §§ 29 Abs. 1, 35 Abs. 1 S. 2 Erfordernis eines Erbscheins bei einer untypischen Pflichtteils Klausel im Erbvertrag

Enthält der notarielle Erbvertrag eine Klausel, wonach der zum Schlusserben eingesetzte Abkömmling von der Erbfolge ausgeschlossen ist, falls er nach dem Tode des Erststerbenden „diesen Erbvertrag anfechten oder seinen Pflichtteil verlangen“ sollte, so kann der Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren auch nicht unter ergänzender Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung eines Miterben geführt werden, wonach keiner der Schlusserben den Erbvertrag angefochten habe.

OLG Saarbrücken, Beschl. v. 13.12.2021 – 5 W 70/21

Problem

Ehegatten errichteten einen notariellen Erbvertrag, in dem sie sich wechselseitig zu Alleinerben und ihre drei Söhne als Schlusserben zu je 1/3 einsetzten. Weiterhin enthält der Erbvertrag folgende Klausel: „Sollte einer unserer Abkömmlinge nach dem Tod des Erststerbenden diesen Erbvertrag anfechten oder seinen Pflichtteil verlangen, so ist er mit seinen Abkömmlingen von der Erbfolge des Überlebenden ausgeschlossen.“

Nach dem Tod beider Ehegatten schlossen die Söhne einen gegenständig beschränkten Erbauseinandersetzungsvertrag, wonach einem der Söhne ein bestimmtes Grundstück übertragen wurde. Im Vertrag versicherten alle drei Söhne an Eides statt, dass keiner von ihnen nach dem Tod des Erstversterbenden Pflicht-

teilsansprüche geltend gemacht hat. Daraufhin wurde Eigentumsumschreibung beantragt.

Auf Hinweis des Grundbuchamts, dass außerdem an Eides statt zu versichern sei, dass der Erbvertrag der Eltern nicht angefochten worden sei, reichte der erwerbende Miterbe eine notariell beurkundete eidesstattliche Versicherung beim Grundbuchamt ein, wonach weder er noch seine Brüder den Erbvertrag angefochten hätten. Gleichwohl beanstandete das Grundbuchamt das Fehlen eines lückenlosen Erbnachweises gem. § 35 GBO auf Übergeberseite und verlangte die Vorlage eidesstattlicher Versicherungen sämtlicher Miterben, hilfsweise eines Erbscheins.

Entscheidung

Das OLG Saarbrücken weist die von den Miterben eingelegte Beschwerde gegen die ablehnende Entscheidung des Amtsgerichts als unbegründet zurück, da der Nachweis der Erbfolge im vorliegenden Fall nach § 35 Abs. 1 S. 1 GBO **nur durch einen Erbschein** (oder ein europäisches Nachlasszeugnis) geführt werden könne. Die eidesstattliche Versicherung von nur einem der Schlusserben reiche hier nicht aus.

Zwar genüge nach § 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GBO als Erbnachweis ein notariell beurkundetes Testament (oder Erbvertrag), sowie die Vorlage der Eröffnungsniederschrift, wenn sich aus den vorgelegten Urkunden die Erbfolge ergebe. Jedoch gelte dies ohne Einschränkungen nur bei einer unbedingten Erbeinsetzung. Hier sei die Erbeinsetzung nach § 2075 BGB **auflösend bedingt** für den Fall, dass ein Schlusserbe den Pflichtteil fordere. Enthält die Verfügung eine mit einer Pflichtteilsstrafklausel vergleichbare Bedingung, könne das Grundbuchamt die Vorlage eines Erbscheins oder zumindest weitere Nachweise verlangen. Dies entspreche der herrschenden Meinung bei notariell beurkundeten Testamenten mit Pflichtteilsstrafklauseln. Bei sonstigen allgemein gehaltenen Verwirkungsklauseln, wonach die auflösende Bedingung nicht eindeutig definiert ist, sei regelmäßig ein Erbschein nötig. Das Unterbleiben der Anfechtung, hinsichtlich der eine rechtliche Würdigung erforderlich ist, sei **auch durch die anderen Miterben** zu belegen, die nach § 345 Abs. 1 FamFG in einem Erbscheinsverfahren zwingend beteiligt werden müssten.

Zusätzlich sei die Verwirkungsklausel im Erbvertrag nicht eindeutig. Der Begriff „anfechten“ könne die Anfechtung im rechtlichen Sinn meinen oder auch alle sonstigen Maßnahmen umfassen, die zu einer Unwirksamkeit der Verfügung führten. Die gebotene Auslegung könne im Grundbuchverfahren vor dem

Hintergrund des dort geltenden Grundsatzes der Beweismittelbeschränkung in § 29 Abs. 1 GBO nicht ausreichend erfolgen. Vielmehr habe das Nachlassgericht die Gesamtumstände im Rahmen eines **Erbscheinsverfahrens** umfassend zu würdigen.

Praxishinweis

Verwirkungsklauseln sind in der Praxis in Verfügungen von Todes wegen häufig anzutreffen. Auf eine „offene“ Formulierung der Pflichtteils Klausel, wie im vorliegenden Fall, sollte jedoch verzichtet werden. Andernfalls kann der Vorteil des § 35 Abs. 1 S. 2 HS. 1 GBO verloren gehen.

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 Sabrina Hasenstab

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 §§ 12, 19 Abs. 2 Nr. 6, 20 Abs. 3, 26a, n. F. – Zertifizierter Verwalter; bauliche Maßnahmen; Abdingbarkeit; Veräußerungszustimmung; Hausgeldrückstand als wichtiger Grund

BGB § 161; ZPO § 859 – Konkurrenz zwischen einem schuldrechtlichen Erwerbsrecht an einem Erbteil und einer nachfolgenden Erbteilspfändung

Gutachten im Abrufdienst

Literaturhinweise

Veranstaltung

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 12, 19 Abs. 2 Nr. 6, 20 Abs. 3, 26a, n. F.

Zertifizierter Verwalter; bauliche Maßnahmen; Abdingbarkeit; Veräußerungszustimmung; Hausgeldrückstand als wichtiger Grund

I. Sachverhalt

Es soll eine Teilungserklärung mit Gemeinschaftsordnung für eine Wohnanlage mit fünf Einheiten beurkundet werden. Den Beteiligten ist der Kostenaufwand für die Bestellung eines zertifizierten Verwalters zu hoch. Zudem soll eine Regelung aufgenommen werden, wonach die Zustimmung zur Veräußerung auch bei Wohngeldrückständen versagt werden kann. Des Weiteren soll § 20 Abs. 3 WEG bzgl. der Kostentragung modifiziert werden.

II. Fragen

1. Ist § 19 Abs. 2 Nr. 6 WEG i. V. m. § 26a WEG abdingbar? Wenn ja, in welchem Umfang?
2. Kann in die Teilungserklärung eine Vereinbarung aufgenommen werden, wonach ein wichtiger Grund für die Versagung der Veräußerungszustimmung auch ein bestehender Rückstand an Wohngeld oder sonstigen Forderungen der Wohnungseigentümergeinschaft ist?
3. Kann in der Teilungserklärung wirksam vereinbart werden, dass der Eigentümer, der bauliche Maßnahmen nach § 20 Abs. 3 WEG verlangt, die Kosten der Errichtung, der Unterhaltung und der Entfernung einschließlich Wiederherstellung des früheren Zustandes zu tragen hat?

III. Zur Rechtslage

1. Voraussetzungen für einen Anspruch auf Bestellung eines zertifizierten Verwalters

§ 19 Abs. 1 WEG sieht vor, dass die Wohnungseigentümer eine ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung

beschließen. § 19 Abs. 2 Nr. 6 WEG bestimmt, dass zur ordnungsmäßigen Verwaltung und Benutzung insbesondere die Bestellung eines zertifizierten Verwalters i. S. d. § 26a WEG gehört. Die gesamte Regelung ist im Zusammenhang mit § 18 Abs. 2 WEG zu lesen, wonach jeder Wohnungseigentümer von der Gemeinschaft eine ordnungsmäßige Verwaltung verlangen kann. Die Regelung zum zertifizierten Verwalter ist dementsprechend als **zivilrechtlicher Anspruch des einzelnen Wohnungseigentümers** gegen die Gemeinschaft ausgestaltet (Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 26a Rn. 8; Grüneberg/Wicke, BGB, 81. Aufl. 2022, § 19 WEG Rn. 21; Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rn. 560; Dötsch/Schultzky/Zschieschack, WEG-Recht 2021, Kap. 9 Rn. 35).

§ 19 Abs. 2 Nr. 6 WEG sieht jedoch Ausnahmen von diesem Anspruch vor. Die Bestellung eines zertifizierten Verwalters kann demnach nicht verlangt werden, wenn **weniger als neun Sondereigentumsrechte** bestehen, ein Wohnungseigentümer zum Verwalter bestellt wurde und (als Gegen Ausnahme) nicht mehr als ein Drittel der Wohnungseigentümer verlangt, dass ein zertifizierter Verwalter bestellt wird. Der vorliegende Fall wäre also von der Bereichsausnahme umfasst, wenn ein Wohnungseigentümer zum Verwalter bestellt würde und nicht mehr als ein Drittel der Wohnungseigentümer die Bestellung eines zertifizierten Verwalters verlangen.

2. Zur Abdingbarkeit der Regelungen zum zertifizierten Verwalter

Zur Abdingbarkeit des Anspruchs lässt sich zunächst sagen, dass aufgrund der eindeutigen Äußerung in der Gesetzesbegründung als gesichert gilt, dass es jedenfalls – wie bei jedem anderen zivilrechtlichen Anspruch auch – zulässig ist, dass sämtliche Wohnungseigentümer von einer Geltendmachung ihres Anspruchs absehen (BT-Drs. 19/22634, S. 43; Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 562; Grüneberg/Wicke, § 19 WEG Rn. 21). Zudem wird sich aus der Norm kein gesetzliches Verbot i. S. d. § 134 BGB dahingehend ableiten lassen, dass die Bestellung eines nicht zertifizierten Verwalters unzulässig ist. Die Bestellung eines nicht zertifizierten Verwalters entgegen den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Verwaltung stellt lediglich einen Anfechtungsgrund bezüglich des entsprechenden Beschlusses dar (Dötsch/Schultzky/Zschieschack, Kap. 9 Rn. 38).

Damit ist aber die Frage, ob der Anspruch des einzelnen Wohnungseigentümers auf Bestellung eines zertifizierten Verwalters in der Gemeinschaftsordnung auch mit Wirkung für die Zukunft abbedungen werden kann, noch nicht beantwortet. Für eine solche Abdingbarkeit streitet zunächst der Wortlaut des § 19 Abs. 1 WEG, der

besagt, dass die Wohnungseigentümer eine ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung beschließen „soweit nicht durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer geregelt“ (Grüneberg/Wicke, § 19 WEG Rn. 1). Dafür spricht auch der allgemeine Grundsatz des § 10 Abs. 1 S. 2 WEG, wonach Wohnungseigentümer von den Vorschriften des WEG abweichende Vereinbarungen treffen können, soweit nicht etwas anderes ausdrücklich bestimmt ist. Den Wohnungseigentümern ist es also grundsätzlich unbenommen, bereits im Wege der Vereinbarung festzulegen, was eine ordnungsmäßige Verwaltung ist. Eine entsprechende Vereinbarung dürfte damit den Regelbeispielen des § 19 Abs. 2 WEG vorgehen (a. A. wohl Hügel/Elzer, § 19 Rn. 178, die § 19 WEG insgesamt für unabdingbar halten).

Hieran könnte man allenfalls dann Zweifel hegen, wenn man davon ausginge, dass der Gesetzgeber mit der Norm auch **ordnungspolitische Ziele** verfolgt oder **Drittinteressen geschützt** werden sollen. Zunächst wurde in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe vorgeschlagen, einen Sachkundenachweis als öffentlich-rechtliche Regelung in die Gewerbeordnung bzw. die MaBV aufzunehmen (vgl. den Bericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, abgedruckt etwa in ZWE 2019, 429, 441). Hiervon ist der Gesetzgeber jedoch im Rechtsausschuss des Bundestages abgerückt und hat die Ausgestaltung als zivilrechtlichen Anspruch vorgesehen. Hätte der Gesetzgeber auch ordnungspolitische Ziele verfolgen wollen, wäre eine Regelung der Zertifizierung in der Gewerbeordnung naheliegender gewesen. In § 34c Abs. 1 Nr. 4 GewO ist jedoch weiterhin lediglich geregelt, dass ein Wohnimmobilienverwalter der Erlaubnis der zuständigen Behörde bedarf, wenn er diese Tätigkeit gewerbsmäßig ausübt. Eine Zertifizierung ist hierfür gerade nicht erforderlich (kritisch dazu Dötsch/Schultzky/Zschieschack, Kap. 9 Rn. 34). Das führt dazu, dass öffentlich-rechtlich ein niedrigerer Standard verlangt wird, als zivilrechtlich. Diese Regelung ist rechtspolitisch zu diskutieren; für die Praxis lässt sich daraus aber keine Unabdingbarkeit des zivilrechtlichen Anspruchs herleiten.

Auch eine Intention des Gesetzgebers dahingehend, dass vor allem Drittinteressen geschützt werden sollen, lässt sich nicht erkennen. Zwar vertritt der Verwalter die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gem. § 9b Abs. 1 WEG nach außen. Es besteht also durchaus ein Interesse des Rechtsverkehrs daran, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer durch qualifizierte Personen vertreten wird. Hätte der Gesetzgeber jedoch dieses Ziel im Blick gehabt, so ergäbe eine Ausgestaltung als zivilrechtlicher Anspruch zugunsten einzelner Wohnungseigentümer keinen rechten Sinn. Denn wenn der zertifizierte Verwalter dadurch verhindert werden

kann, dass schlicht kein Wohnungseigentümer seinen Anspruch geltend macht, so lässt sich das Argument des Drittschutzes nicht gegen eine Abdingbarkeit ins Feld führen.

Im Ergebnis würden wir also – insbesondere aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 19 Abs. 1 WEG – davon ausgehen, dass die Norm des § 19 Abs. 2 Nr. 6 WEG zur Disposition der Wohnungseigentümer steht. Wir möchten jedoch darauf hinweisen, dass einschlägige Rechtsprechung hierzu naturgemäß noch nicht ergangen ist.

3. Rückstand an „Wohngeld“ als wichtiger Grund i. S. d. § 12 Abs. 2 S. 1 WEG

Ist als Inhalt des Sondereigentums vereinbart, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung des Verwalters bedarf, so darf der Verwalter die Zustimmung nach § 12 Abs. 2 S. 1 WEG nur aus wichtigem Grund versagen. Da die Regelung zur Veräußerungsbeschränkung in § 12 WEG den Wohnungseigentümern die Möglichkeit geben will, das Eindringen störender oder zahlungsunfähiger Personen in die Wohnungseigentümergeinschaft zu verhindern (vgl. BGH NJW 2012, 2434, 2435; BayObLG DNotZ 1992, 229; KG FGPrax 2004, 69), kommt es für die Beurteilung, ob ein wichtiger Grund vorliegt, allein auf die **Person des Erwerbers**, insbes. seine persönliche und finanzielle Zuverlässigkeit und die von ihm beabsichtigte Nutzung an; hieraus muss sich eine gemeinschaftswidrige Gefahr für die übrigen Miteigentümer ergeben (vgl. BayObLG NJW-RR 1988, 1425; OLG Köln OLGR 2005, 25; OLG Frankfurt NZM 2006, 380 f.; OLG Düsseldorf NZM 2005, 787). Vorliegend soll hingegen ein bestehender Rückstand an Wohngeld und sonstigen Forderungen der Wohnungseigentümergeinschaft zum „wichtigen Grund“ erhoben werden, also eine Tatsache, die ihre Ursache regelmäßig allein in der **Person des Veräußerers** haben wird.

§ 12 Abs. 2 S. 1 WEG ist nach ganz h. M. unabdingbar, sodass Regelungen in einer Gemeinschaftsordnung, die die Möglichkeit zur Zustimmungsverweigerung ausweiten, unwirksam sind (Hügel/Elzer, § 12 Rn. 55; Hügel, MittBayNot 2016, 109, 116; OLG Düsseldorf NZM 2005, 787, 788; BeckOK-WEG/Hogenschurz, Std.: 1.1.2022, § 12 Rn. 50; BayObLGZ 1980, 29; Staudinger/Kreuzer, WEG, 2018, § 12 Rn. 52 f., 84). Begründet wird dies insbesondere damit, dass § 12 Abs. 1 WEG als Ausnahme vom Verbot der dinglich wirkenden Veräußerungsbeschränkung gem. § 137 S. 1 BGB eng auszulegen sei. Zudem ergebe sich dies auch im Umkehrschluss zu § 12 Abs. 2 S. 2 WEG, welcher

eine Vereinbarung in der Gemeinschaftsordnung nur hinsichtlich der Begründung eines ausdrücklichen Zustimmungsanspruchs und damit nur die **Erweiterung des Zustimmungsanspruchs** zulasse. Die Gemeinschaftsordnung kann zwar Regelbeispiele für wichtige Gründe vorsehen, ein Grund, der von vornherein nicht in der Person des Erwerbers liegt, kann durch Vereinbarung in der Gemeinschaftsordnung jedoch nicht zu einem wichtigen Grund heraufgesetzt werden (Hügel/Elzer, § 12 Rn. 58; Hügel, MittBayNot 2016, 109, 116; BeckOK-WEG/Hogenschurz, § 12 Rn. 50; BayObLGZ 1980, 29).

Wir würden deshalb im Ergebnis davon ausgehen, dass ein durch den Veräußerer verursachter Rückstand an „Wohngeld“ und sonstigen Forderungen der Wohnungseigentümergeinschaft nicht zum wichtigen Grund i. S. d. § 12 Abs. 2 S. 1 WEG erhoben werden kann.

4. Pflicht zur Kostentragung bezüglich baulicher Maßnahmen

Gem. § 20 Abs. 3 WEG kann jeder Wohnungseigentümer verlangen, dass ihm eine bauliche Veränderung gestattet wird, wenn alle Wohnungseigentümer, deren Rechte durch die bauliche Veränderung über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus beeinträchtigt werden, einverstanden sind. Kurz gesagt, sind bauliche Maßnahmen zu gestatten, wenn sie niemanden (der nicht zugestimmt hat) in relevanter Weise beeinträchtigen. Die Norm gewährt dem einzelnen Wohnungseigentümer lediglich einen **Anspruch auf Beschlussfassung**, ein eigenmächtiges Bauen ist nicht gestattet (Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 993; Grüneberg/Wicke, § 20 WEG Rn. 6, sowie Rn. 24 zu den Rechtsfolgen einer unzulässigen baulichen Veränderung). Weigern sich die Wohnungseigentümer einen entsprechenden Gestattungsbeschluss zu fassen, so kann der Anspruchsberechtigte gegen die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gemäß § 44 Abs. 1 S. 2 WEG eine Beschlussersetzungsklage anstrengen (Hügel/Elzer, § 20 Rn. 117; Dötsch, ZIP 2020, 215, 222)

Gem. § 21 Abs. 1 WEG hat der Wohnungseigentümer die **Kosten einer baulichen Veränderung** zu tragen, dem die bauliche Veränderung gestattet wird. Die Kostenlast bezüglich der baulichen Veränderung trifft also bereits nach der gesetzlichen Regelung den verlangenden Wohnungseigentümer. Nur ihm gebühren im Gegenzug die Nutzungen. Gem. § 21 Abs. 5 WEG können die Wohnungseigentümer eine abweichende Verteilung der Kosten und Nutzungen beschließen. Der Beschluss muss der ordnungsmäßigen

Verwaltung entsprechen und darf gem. § 21 Abs. 5 S. 2 WEG keinen Wohnungseigentümer belasten, der nach den Absätzen 1 bis 4 keine Kosten zu tragen hätte.

Es stellt sich also schon die Frage, ob die vorliegend beabsichtigte Regelung überhaupt über das gesetzliche Modell hinausgehende Kostentragungspflichten vorsieht. Das Gesetz spricht dem Wortlaut nach nur von den Kosten einer „baulichen Veränderung“, ohne dies weiter zu präzisieren. Aus den Gesetzgebungsmaterialien ergibt sich jedoch, dass die Pflicht zur Kostentragung **alle kausal auf der baulichen Veränderung beruhenden Kosten**, also auch die Folgekosten für Betrieb und Erhaltung erfasst (BT-Drs. 19/18791, S. 69; Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1055).

Die vorliegende Regelung dürfte also allenfalls bezüglich der Entfernung einschließlich der Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands über die Regelung des § 21 Abs. 1 WEG hinausgehen. Auch wenn einem Wohnungseigentümer gem. § 20 Abs. 3 WEG grundsätzlich ein **Anspruch auf Beschlussfassung** bezüglich der baulichen Veränderung zusteht, dürfte eine Verpflichtung zum Rückbau kraft Vereinbarung möglich sein (implizit, allerdings für Abs. 2: Hügel/Elzer, § 20 Rn. 72, Rn. 114). § 20 Abs. 3 WEG ist insgesamt abdingbar (Grüneberg/Wicke, § 20 WEG Rn. 22; a. A. Hügel/Elzer, § 20 Rn. 188) mit der Konsequenz, dass der Anspruch gem. § 20 Abs. 3 WEG vollständig ausgeschlossen werden kann. Als „milderes Mittel“ dürfte deshalb auch zulässig sein, den Anspruch an eine Verpflichtung zur Kostentragung bezüglich des Rückbaus zu knüpfen. Allerdings erschließt sich aus dem Sachverhalt nicht unmittelbar, in welchen Fällen der Wohnungseigentümer zum Rückbau verpflichtet sein soll. Wenn eine Gestattung durch Beschluss der Wohnungseigentümer vorliegt, so dürfte eine Verpflichtung zum Rückbau ohnehin nicht mehr bestehen.

BGB § 161; ZPO § 859

Konkurrenz zwischen einem schuldrechtlichen Erwerbsrecht an einem Erbteil und einer nachfolgenden Erbteilspfändung

I. Sachverhalt

Im Grundbuch eines Grundstücks sind zwei Geschwister in Erbengemeinschaft nach ihrem verstorbenen Vater (Erblasser) als Eigentümer eingetragen. Der Sohn hat seiner Mutter an seinem Erbteil ein bedingtes Übertragungsrecht eingeräumt. Die betreffende Regelung hat folgenden Wortlaut:

„Herr ... (Sohn) verpflichtet sich, seinen Erbteil am Nachlass des Vaters zu Lebzeiten seiner Mutter, Frau ..., ohne deren Zustimmung weder zu belasten noch zu veräußern.

Frau ... (Mutter) hat das Recht, die Übertragung des Erbteils auf sich zu verlangen, wenn:

1. Herr ... (Sohn) vor ihr versterben sollte oder
2. der Erbteil ohne ihre Zustimmung ganz oder teilweise veräußert oder belastet wird, gleich ob im Wege eines Rechtsgeschäfts oder der Zwangsvollstreckung.

Die Rückübertragung hat unentgeltlich und frei von allen im Grundbuch eingetragenen Rechten zu erfolgen. Ausgenommen sind solche Rechte, denen Frau ... zugestimmt hat oder die bereits jetzt bestehen.“

Auf eine dingliche Sicherung dieses Übertragungsrechts wurde verzichtet. Einige Jahre später hat eine Bank den Erbteil des Sohnes gepfändet. Die Mutter möchte nun ihr Übertragungsrecht ausüben.

II. Fragen

1. Hat das früher begründete Übertragungsrecht irgendeine Auswirkung auf das Pfandrecht der Bank?
2. Ist eine Übertragung des Erbteils an die Mutter ohne Zustimmung der Pfändungsgläubigerin möglich?

III. Zur Rechtslage

1. Wirksame Erbteilspfändung

Es stellt sich die Frage, ob die Bank das Pfändungspfandrecht am Erbteil des Sohnes (§ 859 Abs. 2, 1 S. 1 ZPO) wirksam erworben hat, obwohl zeitlich zuvor ein Erwerbsrecht der Mutter an dem betreffenden Erbteil des Sohnes begründet worden war.

Bei der Vereinbarung zwischen Mutter und Sohn handelt es sich nach den vertraglichen Bestimmungen um eine rein schuldrechtliche Übertragungsverpflichtung. Da eine auf den Eintritt des jeweiligen Übertragungsfalls bedingte Abtretung des Erbteils an die Mutter nicht aufgenommen wurde, **greift der Schutz des § 161 Abs. 1 S. 1, 2 BGB nicht ein**. Wäre eine derartige, aufschiebend bedingte Abtretung zugleich in die Urkunde mit aufgenommen worden, so hätte die Bank das Pfändungspfandrecht nachfolgend nicht wirksam erwerben können. Nach § 161 Abs. 1 S. 2 BGB sind nämlich auch Zwischenverfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln würden. Auch ein gutgläubiger Erwerb des Pfändungspfandrechts durch die Bank nach § 161 Abs. 3 BGB wäre bei

einer derartigen Gestaltung nicht möglich gewesen, da es beim Erwerb eines Pfändungspfandrechts im Wege der Zwangsvollstreckung an einem Erwerb kraft Rechtsgeschäft fehlt (s. grundsätzlich Staudinger/Bork, BGB, 2020, § 161 Rn. 15; BeckOK-BGB/Rövekamp, Std.: 1.2.2022, § 161 Rn. 13; speziell zu einer derartigen Gestaltung mit aufschiebend bedingter Rückabtretung: BayObLG NJW-RR 1997, 1173 f.; allgemein die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs eines Pfändungspfandrechts verneinend: BGH NJW 1992, 2570, 2574).

Im vorliegenden Sachverhalt wurde demgegenüber nur ein schuldrechtlicher Erwerbsanspruch der Mutter hinsichtlich des Erbteils begründet. Dieser wirkt nach dem Grundsatz der Relativität derartiger Schuldverhältnisse nur in der Beziehung zwischen dem Verpflichteten (Sohn) und der Berechtigten (Mutter). Eine Drittwirkung gegenüber dem Pfändungsgläubiger kam diesem Erwerbsrecht der Mutter nicht zu. **Die Bank hat daher das Pfändungspfandrecht am Erbteil gemäß §§ 859 Abs. 2, 1 S. 2, 857 Abs. 1, 829 Abs. 3 ZPO wirksam vom Berechtigten erworben** (allgemein zur Pfändung des Miterbenanteils: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1659 ff.).

Wird ein Erwerbsrecht an Rechten vertraglich eingeräumt, so wird daher kautelarjuristisch vielfach zur Sicherung dieses Übertragungsrechts zusätzlich die Vereinbarung einer **aufschiebend bedingten Abtretung** des betreffenden Rechts empfohlen, um die Anwendbarkeit des § 161 BGB zugunsten des Berechtigten zu begründen (s. zu Rückforderungsrechten an GmbH-Gesellschaftsanteilen etwa Wälzholz, GmbHR 2007, 1319 f.).

2. Erbteilsübertragung nach Ausübung des Erwerbsrechts

Infolge der dargestellten Rechtslage **bleibt die Übertragung des mit dem Pfändungspfandrecht belasteten Erbteils vom Sohn an die Mutter trotz der zwischenzeitlichen Pfändung, ohne Zustimmung der Bank als Pfändungsgläubigerin, möglich**. Auch wenn die Pfändung nicht ins Grundbuch eingetragen wurde, erwirbt die Mutter gleichwohl den **mit dem Pfändungspfandrecht belasteten Erbteil**, da der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§§ 891, 892 BGB) beim Erwerb von Rechten nicht eingreift (siehe dazu OLG Köln MittBayNot 1997, 240; Schöner/Stöber, Rn. 1665 m. w. N.). **Das Verwertungsrecht der Bank an dem Erbteil**, das durch das Pfändungspfandrecht begründet wurde, **könnte also nach Übertragung des Erbteils an die Mutter** nach den allgemeinen zwangsvollstreckungsrechtlichen Regeln auch **dieser gegenüber durchgesetzt 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.

BGB §§ 2247, 2258

Datumsänderung auf einem handschriftlichen Testament; Widerruf eines früheren Testamentes ohne neuerliche Unterschrift?

Abruf-Nr.:

VermG § 20; BGB § 563

Unvererblichkeit eines vermögensrechtlichen Vorkaufsrechts; Ausübung des Vorkaufsrechts nach Versterben eines von mehreren Berechtigten

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 Sabrina Hasenstab

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

EuGüVO Art. 22; EuErbVO Art. 21, 34, 75; KSÜ Art. 16; EGBGB Art. 8; EGBGB a.F. Art. 14, 15 – Ukraine: Häufige Rechtsfragen im Zusammenhang mit ukrainischen Beteiligten in der notariellen Praxis

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

WEG § 10 Abs. 1 S. 2 – Zur Bildung selbstständiger Untergemeinschaften in Mehrhausanlagen; Untergemeinschaft an einer Tiefgarage, die zugleich Fundament des aufstehenden Wohngebäudes ist; Kostentragung durch Mitglieder der Untergemeinschaft

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

EuGüVO Art. 22; EuErbVO Art. 21, 34, 75; KSÜ Art. 16; EGBGB Art. 8; EGBGB a.F. Art. 14, 15

Ukraine: Häufige Rechtsfragen im Zusammenhang mit ukrainischen Beteiligten in der notariellen Praxis

Vor dem Hintergrund des Krieges in der Ukraine stellen sich zunehmend Rechtsfragen im Zusammenhang mit ukrainischen Beteiligten in der notariellen Praxis. Die folgende Zusammenfassung soll einen Überblick über die wichtigsten diesbezüglichen Rechtsfragen bieten.

1. Welcher ist der gesetzliche Güterstand in der Ukraine?

Gesetzlicher Güterstand in der Ukraine ist eine Form der sog. Errungenschaftsgemeinschaft. Das während der Ehe entgeltlich erworbene Vermögen steht den Eheleuten als Gemeinschaftseigentum zur Gesamthand zu (Art. 60 ukrain. Familiengesetzbuch v. 10.1.2002).

Zum Gesamtgut gehören u. a. die während der Ehe für die Familie erworbenen Sachen und die Einkünfte der Ehefrau und des Ehemannes (Art. 61 ukrain. FamGB; vgl. hierzu Himmelreich, in: Süß/Ring, Eherecht in Europa, 4. Aufl. 2021, Länderbericht Ukraine, Rn. 25). Dies gilt unabhängig davon, in wessen Namen das Geschäft abgeschlossen wird. Das in die Ehe eingebrachte oder während der Ehe durch Schenkung oder Erbschaft erworbene Vermögen ist vom Gesamtgut ausgenommen. Die insoweit einschlägigen Bestimmungen der Art. 57 u. 58 ukrain. FamGB lauten wie folgt (Daschenko, in: Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderbericht Ukraine, Std.: 31.1.2018, S. 71):

Art. 57 Vermögen, welches persönliches privates Eigentum eines Ehegatten ist

(1) *Persönliches privates Eigentum der Ehefrau oder des Ehemannes ist:*

1. *von ihr oder ihm vor der Eheschließung erworbenes Vermögen;*

2. *von ihr oder ihm in der Ehe, aber aufgrund eines Schenkungsvertrages oder kraft Erbfolge erworbenes Vermögen;*

3. von ihr oder ihm in der Ehe, aber von ihren oder seinen persönlichen Mitteln erworbenes Vermögen.

(2) Persönliches privates Eigentum der Ehefrau oder des Ehemannes sind individuelle Gebrauchssachen, darunter Wertgegenstände, auch wenn sie aus gemeinsamen Mitteln der Ehegatten erworben wurden.

(3) Persönliches privates Eigentum der Ehefrau oder des Ehemannes sind Prämien, Auszeichnungen, die sie für persönliche Verdienste erhielten. Das Gericht kann das Recht des anderen Ehegatten auf einen Teil dieser Prämie oder Auszeichnung anerkennen, wenn festgestellt wird, dass er durch seine Handlungen (Haushaltsführung, Kindererziehung usw.) ihren Erhalt förderte.

(4) Persönliches privates Eigentum der Ehefrau oder des Ehemannes sind Mittel, die sie jeweils als Entschädigung für verloren gegangene (beschädigte) ihr oder ihm gehörende Sachen sowie als Entschädigung für einen ihr oder ihm zugefügten moralischen Schaden erhalten haben.

(5) Persönliches privates Eigentum der Ehefrau oder des Ehemannes sind Versicherungsbeträge, die sie oder er aus einer Privatversicherung oder freiwilligen persönlichen Versicherung erhalten hat, sofern die Versicherungsprämien aus Mitteln gezahlt wurden, die zum persönlichen Eigentum des jeweiligen Ehegatten gehörten.

(6) Das Gericht kann Vermögen als persönliches privates Eigentum der Ehefrau oder des Ehemannes anerkennen, welches von ihr oder ihm in der Zeit ihres Getrenntlebens im Zusammenhang mit der tatsächlichen Beendigung des Eheverhältnisses erworben wurde.

(7) Wurden in den Erwerb des Vermögens außer allgemeinen Mitteln solche investiert, die einem der Ehegatten gehören, so ist der Vermögensanteil gemäß der Einlagenhöhe sein persönliches privates Eigentum.

Art. 58 Recht auf Früchte und Einkommen von Sachen des persönlichen privaten Eigentums eines Ehegatten

Wenn eine Sache, die einem der Ehegatten gehört, Früchte trägt oder einen Ertrag (Dividenden) erbringt, so ist dieser Eigentümer dieser Früchte oder des Ertrags (der Dividenden).

Gegenstände, die nicht unter Art. 57, 58 ukrain. FamGB fallen und die während der Ehe erworben wurden, fallen in das **Gesamtgut**. Der Besitz und die Nutzung des Gesamtguts sowie Verfügungen darüber sind gemeinschaftlich auszuüben, wobei Eheleuten, die keine ander-

weitige vertragliche Vereinbarung getroffen haben, die gleichen Rechte zustehen (Art. 65 Abs. 1, 63 ukrain. FamGB, vgl. auch Himmelreich, Rn. 26).

2. Wie bestimmt das ukrainische IPR das auf die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe anwendbare Recht?

Bei der Prüfung des anwendbaren Ehegüterrechts kommt es aus deutscher Sicht darauf an, ob die Ehe vor oder ab dem 29.1.2019 geschlossen wurde. Wurde oder wird die Ehe ab diesem Datum geschlossen, richten sich die güterrechtlichen Wirkungen aus deutscher Sicht nach den Kollisionsnormen der EuGüVO. Haben die Eheleute am oder nach dem 29.1.2019 geheiratet, so unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe gem. Art. 26 Abs. 1 lit. a EuGüVO dem Recht des Staates, in dem die Eheleute ihren ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt gehabt haben. Sind diese also beide Ukrainer und haben sie bis zum Zeitpunkt der Eheschließung immer in der Ukraine gelebt, gilt ukrainisches Güterrecht. Eine Rückverweisung durch das ukrain. IPR ist in diesem Fall gem. Art. 32 EuGüVO nicht zu beachten.

Haben die Eheleute dagegen vor dem 29.1.2019 geheiratet, richtet sich die objektive Anknüpfung der güterrechtlichen Wirkungen der Ehe nach Art. 15 EGBGB a. F. (Art. 69 Abs. 3 EuGüVO, Art. 229 § 47 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB). Gem. Art. 15 Abs. 1 EGBGB a. F. unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe unwandelbar dem bei der Eheschließung für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebenden Recht. Dies ist nach Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB a. F. das Recht des Staates, dem beide Eheleute bei Eheschließung angehörten. Hatten also die Eheleute im Zeitpunkt der Eheschließung beide die ukrainische Staatsangehörigkeit, verweist das deutsche IPR auf das ukrainische Recht. Hierbei handelt es sich gem. Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB um eine **Gesamtverweisung**, sodass zu prüfen ist, ob das ukrainische IPR die Verweisung annimmt oder eine Rück- oder Weiterverweisung ausspricht. Insofern sind die Bestimmungen des ukrainischen IPR für der EuGüVO unterliegende Ehen weiterhin relevant.

Das Internationale Privatrecht wird in der Ukraine durch das Gesetz über das Internationale Privatrecht v. 23.6.2005 geregelt. Dieses enthält auch das internationale Familienrecht, insbesondere auch das internationale Güterrecht.

Gem. Art. 61 Abs. 1 des Gesetzes können die Eheleute zunächst das auf die vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehe anwendbare Recht wählen. Insofern kennt das ukrainische Recht also wie das deutsche Recht die Möglichkeit einer güterrechtlichen **Rechtswahl**.

Haben die Eheleute keine Rechtswahl getroffen, unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe gem. Art. 61 Abs. 3 ukrain. IPRG dem Recht, das auf die allgemeinen Wirkungen der Ehe Anwendung findet. Allgemeines Ehwirkungsstatut ist gem. Art. 60 Abs. 1 des Gesetzes wiederum das gemeinsame Personalstatut der Eheleute. Personalstatut ist im ukrainischen Recht gem. Art. 16 ukrain. IPRG das Recht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit der Betreffende hat. Insoweit folgt das ukrainische Recht also nicht dem damaligen sowjetischen Recht, welches auf das Wohnsitzrecht der Eheleute verwiesen hat. In ähnlicher Weise wie im deutschen autonomen IPR bis zum 29.1.2019 gilt also auch aus ukrainischer Sicht **vorrangig das gemeinsame Heimatrecht der Eheleute**. Anders als im deutschen IPR wird das Güterstatut in der Ukraine aber **wandelbar** angeknüpft. Ein Wechsel der Staatsangehörigkeit der Eheleute führt also auch zu einem Wechsel des Güterstatuts. Haben die Eheleute keine gemeinsame Staatsangehörigkeit und keine Rechtswahl vereinbart, so gilt das Recht des Staates, in dem sie beide aktuell ihren Wohnsitz haben. Insoweit würde also bereits ein gemeinsamer Umzug mit Begründung eines neuen Wohnsitzes (vgl. dazu noch unten) in einem anderen Staat zu einem Wechsel des anwendbaren Rechts führen. Dieser könnte dann auch zu einer aus deutscher Sicht gem. Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB beachtlichen Rückverweisung führen.

Eine Übersetzung der einschlägigen Vorschriften des ukrainischen IPR wurde von *Albertini* veröffentlicht (StAZ 2006, 146). Die Fundstelle kann über den Literaturrecherchedienst des DNotI angefragt werden.

3. Wie ist die gesetzliche Erbfolge in der Ukraine geregelt?

Auf der Basis des ukrain. ZGB v. 16.1.2003 sind die Kinder des Erblassers, sein Ehegatte und die Eltern gesetzliche Erben erster Ordnung. Sie alle erben zu gleichen Teilen. In zweiter Ordnung erben Geschwister und Großeltern des Erblassers. Dies gilt allerdings lediglich für den Fall, dass Erben erster Ordnung nicht überlebt haben. Der Ehegatte schließt als Erbe erster Ordnung also die Geschwister und Großeltern von der gesetzlichen Erbfolge aus. Eine Unterscheidung zwischen ehelichen, nichtehelichen, leiblichen oder angenommenen Abkömmlingen trifft das ukrainische Erbrecht nicht. Eingetragene Lebenspartnerschaft und gleichgeschlechtliche Ehe kennt das ukrainische Recht nicht. Daher begründen solche Lebensgemeinschaften nach ukrainischem Recht kein gesetzliches Erbrecht (zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft in der Ukraine Ishyna, Die nichteheliche Lebensgemeinschaft in der Ukraine und in Deutschland, 2014, passim).

4. Welche Formerfordernisse stellt das ukrainische Recht an Testamente und welche Arten von Verfügungen sind möglich?

Das ukrainische Recht kennt als einzige Testamentsform die öffentliche (notarielle) Form. Im Unterschied zum deutschen Recht sieht das ukrainische Recht bei der Testamentserrichtung nicht zwingend eine Beurkundung vor. Der Testator kann das Testament selbst errichten und unterzeichnen und anschließend dem Notar offen oder verschlossen übergeben. Eine eigenhändige Unterschrift ist in beiden Fällen erforderlich, nicht aber eine eigenhändige Abfassung des Texts.

Neben dem einseitigen Testament sind gem. Art. 1243 ukrain. ZGB gemeinschaftliche Testamente durch Eheleute hinsichtlich des gemeinsamen Vermögens möglich. Dabei bleibt das im ukrainischen Güterstand der gesetzlichen Gemeinschaft ggf. vorhandene Eigengut des Verfügenden von der gemeinschaftlichen Verfügung unberührt. Das Testament erfasst daher lediglich das zur ehelichen Gütergemeinschaft gehörende Vermögen.

Im Testament können Erben (auch Ersatzerben) eingesetzt, Vermächtnisse angeordnet und ein Testamentsvollstrecker eingesetzt werden. Die **Vor- und Nacherbfolge** kennt das ukrainische Recht **nicht**.

Schließlich kennt das ukrainische Erbrecht den entgeltlichen Erbvertrag, bei dem ein Dritter gegen bestimmte Verpflichtungen das Vermögen des Erblassers übernimmt. Der Abschluss des Erbvertrags bedarf der **notariellen Beurkundung** (Süß, Erbrecht in Europa, 4. Aufl. 2019, Länderbericht Ukraine, Rn. 12).

Zur Formwirksamkeit von Testamenten genügt auch aus ukrainischer Sicht gem. Art. 72 ukrain. IPRG die Einhaltung des am Errichtungsort geltenden Rechts. Ein in Deutschland den Regeln des deutschen Rechts entsprechend notariell beurkundetes Testament ist daher aus ukrainischer Sicht stets formwirksam. Fraglich ist allenfalls, ob diese Verweisung auf das deutsche Recht auch die Frage erfasst, ob das Testament von Ehegatten gemeinschaftlich errichtet werden kann.

5. Wer ist nach ukrainischem Recht pflichtteilsberechtigt?

Pflichtteilsberechtigt sind gem. Art. 1241 ukrain. ZGB allein minderjährige oder volljährige Kinder sowie Eltern und Ehegatten, die arbeitsunfähig sind und sich dementsprechend nicht selbst versorgen können. Die Höhe des Pflichtteils beläuft sich auf die Hälfte des gesetzlichen Erbteils (Süß, Erbrecht in Europa, Länderbericht Ukraine, Rn. 15). Im Gegensatz zum deutschen Recht ist der Pflichtteil nicht als schuldrechtlicher An-

spruch ausgestaltet, sondern der Pflichtteilsberechtigte erhält ein **Noterbrecht** und wird in Höhe seiner Noterbquote Miterbe.

Einen **Pflichtteilsverzicht** kennt das ukrainische Recht nicht.

6. Was ist bei der Ermittlung des Erbstatuts zu beachten?

Die Europäische Erbrechtsverordnung tritt gem. Art. 75 Abs. 1 UAbs. 1 EuErbVO hinter völkerrechtliche Abkommen zurück, die die Mitgliedstaaten bereits zum Zeitpunkt der Annahme der Verordnung am 4.7.2012 abgeschlossen hatten. Im Verhältnis zwischen Deutschland und der Ukraine gilt Art. 28 Abs. 3 des Konsularvertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken vom 25.4.1958 (BGBl. II 1959, S. 233). Zwar existiert die vormalige Sowjetunion als Vertragspartnerin des Deutsch-Sowjetischen Konsularvertrages seit dem 31.12.1991 nicht mehr. Die Ukraine hat jedoch durch Note vom 30.6.1993 die völkerrechtlichen Verträge der früheren Sowjetunion übernommen (BGBl. II 1993, S. 1189).

In sachlicher Hinsicht ist das Abkommen anwendbar, wenn sich in einem Vertragsstaat unbewegliche Nachlassgegenstände befinden, die zum Nachlass eines Angehörigen des anderen Vertragsstaates gehören (Odersky, in: Hausmann/Odersky, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2021, § 15 Rn. 366). Für in Deutschland belegene Immobilien eines ukrainischen Erblassers gilt daher deutsches Erbrecht.

Der übrige Nachlass wird nicht vom Deutsch-Sowjetischen Konsularvertrag umfasst. Dessen Vererbung richtet sich aus deutscher Sicht nach Art. 21 Abs. 1 EuErbVO, wobei ggf. eine vorrangige Rechtswahl zu berücksichtigen ist. Somit ist das Recht des Staates berufen, in dem der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Die Europäische Erbrechtsverordnung enthält keine Definition des gewöhnlichen Aufenthalts, allerdings geben die Erwägungsgründe 23 und 24 Hinweise zu dessen Bestimmung (EuGH NJW 2020, 2947 Tz. 37 ff.). Grundsätzlich ist eine Einzelfallprüfung erforderlich, wobei es auf den „Lebensmittelpunkt“ des Erblassers „in familiärer und sozialer Hinsicht“ ankommt (Erwägungsgrund 24 S. 3). Ausdrücklich hebt Erwägungsgrund 23 hervor, dass „eine wirkliche ... Verbindung“ und „eine besonders enge und feste Bindung zu dem betreffenden Staat“ festzustellen ist. Davon ist noch nicht auszugehen, solange der Erblasser z.B. beabsichtigt hat, nach Beendigung der Kampfhandlungen in die Ukraine zurückzukehren.

Hatte der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Sinne in der Ukraine, so ergibt sich bzgl. des beweglichen Nachlasses eine Verweisung auf das ukrainische Recht. Auf diese Verweisung wäre auch das ukrainische IPR anzuwenden, Art. 34 Abs. 1 EuErbVO. Insbesondere wäre eine Rückverweisung auf deutsches Recht zu beachten.

Gem. Art. 70 f. ukrain. IPRG wird das Erbstatut aus ukrainischer Sicht gespalten angeknüpft: Während für das bewegliche Vermögen das Recht des Staates gilt, in dem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Art. 70 S. 1 ukrain. IPRG), gilt für unbewegliches Vermögen gem. Art. 71 ukrain. IPRG das jeweilige Belegenheitsrecht. Für das bewegliche Vermögen kann der Erblasser das Recht seines Heimatstaates wählen.

7. Besonderheiten im Abstammungsrecht (insb. Leihmutterschaft)

Bei der Abstammung ist zu beachten, dass das ukrainische Recht die Leih- bzw. Ersatzmutterschaft gestattet. Im Fall einer extrakorporalen Befruchtung sind also nicht die gebärende Mutter und ihr Mann Eltern des Kindes, sondern gem. Art. 123 Abs. 2 des ukrain. FamGB die genetischen Wunscheltern (vgl. hierzu ausführlich BeckOGK/Markwardt, Std.: 1.3.2022, Art. 22 EGBGB Rn. 33 m. w. N.).

8. Welches Recht ist auf die elterliche Sorge anzuwenden?

Im deutschen autonomen IPR wird das auf die elterliche Sorge anwendbare Recht von Art. 21 EGBGB bestimmt. Jedoch ist der Vorrang unmittelbarer Staatsverträge zu berücksichtigen (Art. 3 Nr. 2 EGBGB). Hier ist vorrangig das am 1.1.2011 in Kraft getretene Haager Kinderschutzübereinkommen (KSÜ) zu beachten. Das KSÜ gilt seit 1.2.2018 auch in der Ukraine.

Sowohl die Zuweisung der elterlichen Verantwortung kraft Gesetzes ohne Einschreiten einer Behörde (Art. 16 Abs. 1 KSÜ) als auch durch Vereinbarung bzw. einseitiges Rechtsgeschäft (Art. 16 Abs. 2 KSÜ) wie etwa eine **Sorgerechtserklärung** und wohl auch eine **Sorgerechtsvollmacht** unterliegen dem Recht des **gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes**, und zwar zu dem Zeitpunkt, in dem die Vereinbarung wirksam wird (Art. 16 Abs. 2 KSÜ). Erfolgt die Sorgerechtserteilung infolge behördlicher Entscheidung (wie etwa bei der testamentarisch angeordneten Vormundschaft), wenden die nach Art. 5 KSÜ zuständigen Behörden des Vertragsstaates, in dem das Kind seinen **gewöhnlichen Aufenthalt** hat, bei Ausübung der Zuständigkeit ihr eigenes Recht an (vgl. Art. 15 Abs. 1 KSÜ).

Kommt ein Kind mit seinen Eltern oder einem Elternteil als Flüchtling nach Deutschland, stellt sich die Frage, ob es hier einen gewöhnlichen Aufenthalt begründet. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH (FamRZ 2015, 107) wird der gewöhnliche Aufenthalt generell als **Mittelpunkt der Lebensinteressen** verstanden und durch Merkmale sozialer, familiärer und beruflicher Art bestimmt. Zu berücksichtigen sind hierbei ferner Regelmäßigkeit, Umstände und Dauer des Aufenthalts, die Gründe für den Umzug der Familie in diesen Staat, die Staatsangehörigkeit, Ort und Umstände der Einschulung des Kindes sowie seine Sprachkenntnisse (BeckOGK-BGB/Markwardt, Std.: 1.3.2022, Art. 5 KSÜ Rn. 8). Regelmäßig muss er auf eine gewisse Dauer angelegt sein. Die Anforderungen sind hier nicht so hoch wie im Erbrecht. Ein kurzer vorübergehender Aufenthalt in einem Staat begründet dort noch keinen gewöhnlichen Aufenthalt (vgl. BGH NJW 2019, 1605 Rn. 19). Subjektive Kriterien, wie insbesondere der Wille, an einem bestimmten Ort einen dauerhaften Aufenthalt zu begründen, können von Bedeutung sein. Da der Wille keine bestimmte tatsächliche Dauer des Verweilens voraussetzt, kann bereits die bloße Absicht des nicht nur vorübergehenden Verweilens bei Aufenthaltsbegründung ausreichend sein (BeckOK-BGB/Lorenz, Std.: 1.2.2022, Art. 5 EGBGB Rn. 17).

Bei Flüchtlingen kann auch ein kurzer Aufenthalt einen gewöhnlichen Aufenthalt begründen, sofern nur ein dauerhafter Aufenthalt in Deutschland beabsichtigt ist (ausführlich zur Thematik des gewöhnlichen Aufenthalts bei Flüchtlingen Baetge StAZ 2016, 289, 292 ff.). Will dagegen der Betreffende in die Heimat zurückkehren, so wird man einen gewöhnlichen Aufenthalt i. S. d. KSÜ erst annehmen können, wenn der Aufenthalt im Inland tatsächlich länger gedauert hat. Letztlich handelt es sich aber um eine **Tatfrage**, die in jedem Einzelfall gesondert geprüft werden muss.

9. Welcher Form bedürfen Vollmachten zur Verwendung in der Ukraine?

Nach ukrainischem Recht bedarf die Erteilung einer Vollmacht der Form, die für das mit der Vollmacht vorzunehmende Rechtsgeschäft erforderlich ist (Art. 245 Ziff. 1 ukrain. ZGB). Es muss also jeweils für den Einzelfall beurteilt werden, welche Form tatsächlich erforderlich ist. Da Immobilienkaufverträge der notariellen Beurkundung bedürfen (Art. 657 ukrain. ZGB), muss auch die hierfür erteilte Vollmacht notariell beurkundet werden (und ist nicht etwa lediglich zu beglaubigen). Generalvollmachten müssen notariell beurkundet werden, wenn sie auch Rechtsgeschäfte erfassen sollen, die ihrerseits der notariellen Beurkundung bedürfen. Bestehen Unsicherheiten über die nach ukrainischem

Recht erforderliche Form, sollte die Vollmacht vorsorglich beurkundet werden.

10. Erfordernis von Legalisation oder Apostille

Die Bundesrepublik hatte gegen den Beitritt der Ukraine zum Haager Übereinkommen zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation vom 5.10.1961 am 2.4.2003 zunächst einen Einspruch erklärt. Am 22.7.2010 hat die Bundesrepublik Deutschland den Einspruch gemäß Art. 12 Abs. 2 des Haager Übereinkommens zurückgenommen. Damit ist das Haager Übereinkommen im Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zur Ukraine am 22.7.2010 in Kraft getreten (vgl. die Bekanntmachung des Auswärtigen Amtes vom 27.9.2010, BGBl. II 2010, S.1195). **Für nach dem 22.7.2010 ausgestellte Urkunden aus der Ukraine genügt daher bei Verwendung in Deutschland die Anbringung einer Apostille.**

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 § 130 Abs. 2; MaßnG-GesR § 1 Verkürzte Beschlussfeststellung bei der virtuellen Hauptversammlung; Ausgestaltung des Verfahrens
Abruf-Nr.:

BGB § 472
Ausübung des Vorkaufsrechts durch mehrere Berechtigte
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

WEG § 10 Abs. 1 S. 2
Zur Bildung selbstständiger Untergemeinschaften in Mehrhausanlagen; Untergemeinschaft an einer Tiefgarage, die zugleich Fundament des aufstehenden Wohngebäudes ist; Kostentragung durch Mitglieder der Untergemeinschaft

a) In der Gemeinschaftsordnung einer Mehrhausanlage können für die Tiefgarage und die Wohn-

gebäude auch dann weitgehend verselbstständigte Untergemeinschaften gebildet werden, wenn die Tiefgarage zugleich als Fundament der Wohngebäude dient.

b) Sieht die Gemeinschaftsordnung einer solchen Anlage vor, dass die Untergemeinschaften sich selbstständig verwalten, dass an den Untergemeinschaften die jeweiligen Eigentümer entsprechend ihren Miteigentumsanteilen berechtigt und verpflichtet sind, und dass für die Untergemeinschaften jeweils eigene Rücklagen gebildet werden sollen, so entspricht es der nächstliegenden Bedeutung dieser Regelungen, dass allein die Teileigentümer der Tiefgarage die Kosten für Sanierungsmaßnahmen im Bereich der Tiefgarage zu tragen haben, und zwar auch im Hinblick auf tragende Bauteile, die zugleich das Fundament der Wohngebäude bilden.

BGH, Urt. v. 12.11.2021 – V ZR 204/20

Problem

Im entschiedenen Sachverhalt bestand eine nach WEG aufgeteilte Mehrhausanlage, die teilweise mit einer mehrstöckigen Tiefgarage unterbaut war. In der Teilungserklärung wurden mehrere Untergemeinschaften, in der Gemeinschaftsordnung „Sondernutzungsgemeinschaften“ genannt, gebildet. Eine solche Sondernutzungsgemeinschaft bestand auch hinsichtlich der Tiefgarage. Die Sondernutzungsgemeinschaften sollten sich selbstständig verwalten und „Sondernutzungsgemeinschaftsversammlungen“ abhalten. Eine weitere Regelung in der Teilungserklärung ordnete die selbstständige Bildung von Instandhaltungsrücklagen für die Sondernutzungsgemeinschaften an. In einer Eigentümerversammlung wurde von *allen* Eigentümern die Sanierung der Tiefgarage beschlossen. Zu deren Finanzierung wurde die Erhebung einer Sonderumlage von allen Teileigentümern eines Tiefgaragenstellplatzes beschlossen. Dieser Beschluss wurde nur durch die Beteiligten an dieser „Sondernutzungsgemeinschaft“, d. h. durch die Stellplatzeigentümer, gefasst.

Der Kläger wendet sich gegen den Beschluss der „Sondernutzungsgemeinschaft“. Der Beschluss bzgl. der Sonderumlage müsse – wie der Sanierungsbeschluss – durch sämtliche Sondereigentümer gefasst werden. Die Vorinstanz gab der Klage statt. Eine solche Beschlusskompetenz ergebe sich nicht eindeutig aus der Gemeinschaftsordnung und könne im entschiedenen Fall auch nicht begründet werden, da tragende Teile der Tiefgarage zugleich das Fundament der darüber liegenden Wohnhäuser bildeten, die demnach zwingend im Gemeinschaftseigentum stünden.

Entscheidung

Der BGH gibt der Revision der beklagten Wohnungseigentümer (§ 46 Abs. 1 S. 1 WEG a.F.) statt und hebt die Entscheidungen der Vorinstanzen auf. Der BGH kommt zunächst durch Auslegung der Gemeinschaftsordnung zu dem Ergebnis, dass eine klare und eindeutige Abweichung von den gesetzlichen Kompetenzverteilungen getroffen sei, indem sie weitgehend verselbstständigte Untergemeinschaften bilde. Die unübliche Bezeichnung „Sondernutzungsgemeinschaft“ ändere daran nichts, sie verdeutliche nur, dass ihren Mitgliedern die Nutzung des betreffenden Gemeinschaftseigentums überlassen sei, beschränke sich aber nicht darauf.

Die Möglichkeit einer solchen Abweichung vom Grundsatz der gemeinschaftlichen Verwaltung des Gemeinschaftseigentums nach § 21 Abs. 1 WEG a. F. durch Vereinbarung aller Wohnungseigentümer nach § 10 Abs. 2 S. 2 WEG a. F. (= § 10 Abs. 1 S. 2 WEG n. F.) sei anerkannt. Hierdurch könnten Untergemeinschaften gebildet und diesen auch eigenständige Verwaltungszuständigkeiten nebst Beschlussfassungskompetenzen eingeräumt werden. Dies umfasse insbesondere auch die Vereinbarung, eine Tiefgarage – wie im zu entscheidenden Sachverhalt – wie ein eigenständiges Gebäude zu behandeln (Rn. 13 der Entscheidung).

Der auf dieser Grundlage gefasste und allein entscheidungserhebliche Beschluss betreffend die Erhebung der Sonderumlage zur Sanierung der Tiefgarage lag nach der Entscheidung des BGH auch im Bereich der durch die Vereinbarung über die Untergemeinschaft begründeten Kompetenz. Da die Sanierung der Tiefgarage entsprechend den Regelungen in der Gemeinschaftsordnung auch den Mitgliedern der Untergemeinschaft oblag, entspreche die Erhebung einer Sonderumlage einer ordnungsmäßigen Verwaltung. Auch die Kostentragung sei hinreichend klar der Untergemeinschaft zugeordnet (zur Auslegung vgl. Rn. 18 ff. der Entscheidung).

Schließlich widerspricht der BGH dem Berufungsgericht auch in dessen Aussage, wonach die bautechnische Verzahnung der Tiefgarage mit den Fundamenten der Wohnhäuser einer Bildung von Untergemeinschaften entgegenstehe. Die seitens des Berufungsgerichts herangezogene Einordnung von tragenden Bauteilen eines Gebäudes anhand von § 5 Abs. 2 WEG, der wesentliche Gebäudebestandteile zwingend dem Gemeinschaftseigentum zuweise, sei bereits kein taugliches Kriterium zur Abgrenzung, ob die darauf bezogenen Kosten einer Untergemeinschaft zugewiesen werden könnten. Denn Untergemeinschaften enthielten zwangsläufig auch tragende Bauteile zur alleinigen Nutzung und Kostentragung zugewiesen. Dies könne gar nicht anders

sein, denn das mit der Bildung von Untergemeinschaften verfolgte Ziel, die Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums denjenigen Eigentümern aufzuerlegen, deren Einheiten sich im betreffenden Baukörper befinden, lasse sich sonst nicht erreichen.

Dies stehe auch im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats zu sog. „Balkonklauseln“. Danach werde die Instandhaltung und -setzung sowie die damit verbundenen Kosten von Balkonen den Eigentümern zugewiesen, zu deren Sondereigentum sie gehörten. Diese Klauseln seien in aller Regel dahingehend auszulegen, dass sie auch die Tragung von Kosten umfassten, die tragende Bauteile und damit Gemeinschaftseigentum betreffen, obwohl dies auch dem Gebäude als Ganzem zugute komme. Daraus leitet der BGH ab, dass die Kosten für die Sanierung tragender Bauteile auch einzelnen Sondereigentümern auferlegt werden könnten, die daraus besonderen Nutzen zögen (Rn. 24 der Entscheidung).

Auch das Argument des Berufungsgerichts, eine statische Abhängigkeit der Baukörper Tiefgarage und darüber liegendes Wohnhaus verhindere die Möglichkeit, durch Untergemeinschaften getrennte Verwaltungszuständigkeiten und Kostentragung zu vereinbaren, überzeugt den BGH nicht. Die Privatautonomie der Wohnungseigentümer bei der Gestaltung ihrer Verhältnisse und Zweckmäßigkeitserwägungen (Rn. 26 der Entscheidung) umfasse auch eine solche Regelung. So sei es gerade nachvollziehbar, dass die Eigentümer innerhalb der Gemeinschaft die Tragung der Kosten so verteilen, dass jeder nur die Kosten „seines“ Gebäudes trage. Denn andernfalls müssten sich Stellplatzeigentümer ohne Wohnung an einer Dachsanierung und Wohnungseigentümer ohne Stellplatz an einer Tiefgaragen-sanierung beteiligen.

Schließlich weist der BGH das Argument des Berufungsgerichts zurück, dass die Eigentümer des aufstehenden Wohngebäudes aufgrund der bautechnischen Verzahnung der Tiefgarage mit dem Fundament des Wohnhauses von einer Entscheidung über die Sanierung „ihres“ Fundaments ausgeschlossen seien. Denn angefochten sei alleine der Beschluss über die Kostentragung (Sonderumlage), während die grundsätzliche Sanierungsentscheidung durch sämtliche Eigentümer getroffen und auch nicht angefochten worden sei.

Die entscheidenden Folgefragen, ob auch eine Beschlusskompetenz der Mitglieder der Untergemeinschaft für die Durchführung von Maßnahmen, die anderes Gemeinschaftseigentum betreffen kann, besteht (dagegen LG München ZWE 2019, 495 Rn. 20 ff. und betreffend die Kostenverteilung Rn. 27; tendenziell

auch BGH NJW 2018, 1309 Rn. 25 a.E.) und – falls dies allen Wohnungseigentümern obläge – wie ein möglicher Widerspruch zwischen Beschluss der Maßnahme und Beschluss der Kosten aufzulösen wäre, musste der BGH nicht entscheiden.

Praxishinweis

Mit der Gestaltung von Gemeinschaftsordnungen für Mehrhausanlagen befasst sich anlässlich des Urteils ausführlich Elzer, ZNotP 2022, 99 ff.

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

UmwG §§ 54 Abs. 1 S. 3, 123 Abs. 3 Nr. 1, 125 S. 1, 131 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 – Ausgliederung aus dem Vermögen einer GmbH & Co. KG auf eine GmbH & Co. KG zur Aufnahme; Mutter-Tochter-Verhältnis; Anteilsgewährungspflicht; Verzicht

BGB § 112 – Reichweite der Ermächtigung nach § 112 BGB; Gründung einer Gesellschaft

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BeurkG § 40; GmbHG, § 55 Abs. 1 – Unterschriftenbeglaubigung durch ausländischen Notar in Abwesenheit der Unterzeichnenden

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

UmwG §§ 54 Abs. 1 S. 3, 123 Abs. 3 Nr. 1, 125 S. 1, 131 Abs. 1 Nr. 3 S. 3

Ausgliederung aus dem Vermögen einer GmbH & Co. KG auf eine GmbH & Co. KG zur Aufnahme; Mutter-Tochter-Verhältnis; Anteilsgewährungspflicht; Verzicht

I. Sachverhalt

Die A-GmbH & Co. KG ist alleinige Kommanditistin der B-GmbH & Co. KG (Mutter-Tochter-Verhältnis). Aus der A-GmbH & Co. KG (übertragender Rechtsträger) soll ein Teilbetrieb auf die B-GmbH & Co. KG (übernehmender Rechtsträger) ausgegliedert werden. Dabei sollen von dem übernehmenden Rechtsträger keine Anteile an den übertragenden Rechtsträger gewährt werden.

II. Frage

Ist die Ausgliederung auf die Tochtergesellschaft ohne Anteilsgewährung möglich, obwohl die Zulässigkeit des Verzichts auf die Anteilsgewährungspflicht für den hier vorliegenden Fall im UmwG nicht ausdrücklich geregelt ist?

III. Zur Rechtslage

Auch nach über 25 Jahren Geltung des Umwandlungsgesetzes ist die Frage der Anteilsgewährungspflicht bei der Verschmelzung und Spaltung neben dem Identitätsgrundsatz beim Formwechsel eine der umstrittensten des Umwandlungsrechts (s. dazu jüngst wieder Heckschen, GmbHR 2021, 8 ff. für Aufweichungen des Anteilsgewährungsgrundsatzes; dagegen für strenge Handhabung Weiler, GmbHR 2021, 473 ff.). Mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung sind viele Fallkonstellationen noch **nicht abschließend geklärt**.

1. Anteilsgewährungspflicht im Allgemeinen

Die **Gewährung von Anteilen** am Zielrechtsträger an die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers

stellt bei der Verschmelzung und Spaltung den **gesetzlichen Regelfall** dar (vgl. Grunewald, in: Lutter, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 20 Rn. 60 ff.). Verankert ist dies für die Verschmelzung in § 2 UmwG und in § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG. Für alle Arten der Spaltung findet sich die Regelung in § 123 Abs. 1 bis 3 UmwG sowie für die Auf- und Abspaltung in § 131 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 UmwG. Bei der Ausgliederung erfolgt die Anteilsgewährung an den übertragenden Rechtsträger. Dies ist in § 131 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 UmwG ausdrücklich geregelt. Die Anteilsgewährungspflicht hat den Sinn, den Anteilsinhabern der übertragenden Gesellschaft oder der übertragenden Gesellschaft selbst eine Kompensation für ihren Vermögensverlust in Form des abfließenden Vermögens bzw. des Erlöschens der übertragenden Gesellschaft zu verschaffen.

Der zivilrechtliche Grundsatz der Anteilsgewährung korrespondiert mit den **steuerlichen Regelungen** des Umwandlungsgesetzes (§§ 20, 24 UmwStG; Weiler, GmbHR 2021, 473). Meist muss die Einbringung des Vermögens im steuerrechtlichen Sinne gegen Gewährung von Anteilen erfolgen, damit die oft gewünschte Buchwertfortführung erreicht wird.

2. Gesetzlich geregelte Fälle ohne Anteilsgewährungspflicht

Im Umwandlungsgesetz finden sich einige Ausnahmen von der Anteilsgewährungspflicht.

a) Verbotsnormen

In diesem Zusammenhang ist insbesondere das **Verbot der Anteilsgewährung** bei Verschmelzung (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 HS 2 UmwG) und Spaltung (§ 131 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 HS 2) zu nennen, wenn diese von der **Tochter- auf die Muttergesellschaft** erfolgt (sog. „*upstream merger*“). Diese Regelungen gelten für alle Formen der umwandlungsfähigen Rechtsträger und werden für die GmbH in § 54 Abs. 1 S. 1 UmwG und für die AG in § 68 Abs. 1 S. 1 UmwG durch Regelungen über die Frage der Bildung neuer Anteile zur Anteilsgewährung flankiert. Der Gesetzgeber wollte damit insbesondere die Entstehung eigener Anteile bei der GmbH oder AG vermeiden, die bei der Personengesellschaft, wie der hier vorliegenden GmbH & Co. KG, allgemein gar nicht für zulässig bzw. rechtlich unmöglich gehalten werden (BGH NJW 1993, 1265, 1267; EBJS/Wertenbruch, HGB, 4. Aufl. 2020, § 105 Rn. 16; Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 40. Aufl. 2021, § 105 Rn. 30; MünchKommHGB/Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 105 Rn. 93; K. Schmidt, ZIP 2014, 493; MünchKommBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 705 Rn. 80; a. A. lediglich Priester, ZIP 2014, 245). Für die **Ausgliederung** von einer **Tochter-Gesellschaft auf deren Muttergesellschaft** gilt diese Einschränkung aus § 131 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 HS 2 UmwG ausweislich

des Gesetzestextes nicht, sodass bei dieser Konstellation grundsätzlich eine Anteilsgewährung für erforderlich gehalten wird (Weiler, GmbHR 2021, 473; Mayer, in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Std.: März 2021 § 126 UmwG Rn. 95).

Für die hier vorliegende **umgekehrte Konstellation** der Umwandlung einer **Muttergesellschaft auf ihre Tochtergesellschaft** findet sich weder für die Verschmelzung in § 20 UmwG noch für die Spaltung einschließlich der Ausgliederung in § 131 UmwG ein entsprechendes Verbot der Anteilsgewährung.

b) Wahlrecht und Verzichtsmöglichkeit

§ 54 UmwG für die GmbH und § 68 UmwG für die AG enthielten im Grundsatz keine Regelungen zur Anteilsgewährungspflicht, sondern über die Art und Weise der Erfüllung einer solchen.

So besteht nach § 54 Abs. 1 S. 2 UmwG für die GmbH und nach § 68 Abs. 1 S. 2 UmwG für die AG bei der Verschmelzung einer Mutter- auf ihre Tochtergesellschaft ein **Wahlrecht**, ob die Anteile für Zwecke der Anteilsgewährung durch Kapitalerhöhung neu geschaffen werden oder die beteiligten Gesellschaften die vorhandenen Anteile an der aufnehmenden Tochtergesellschaft zur Anteilsgewährung verwenden.

Die in § 54 Abs. 1 S. 3 UmwG seit 25.4.2007 (BGBl. I S. 542) neu geregelte **Verzichtsmöglichkeit** beseitigt jetzt eine eventuelle Anteilsgewährungspflicht, wenn alle Anteilsinhaber eines übertragenden Rechtsträgers mit notariell beurkundeten Erklärungen darauf verzichten.

Sowohl das Wahlrecht über die Kapitalerhöhung zur Schaffung der für die Anteilsgewährung erforderlichen Gesellschafterbeteiligungen in § 54 Abs. 1 S. 2 UmwG als auch die Verzichtsmöglichkeit in § 54 Abs. 1 S. 3 UmwG sind inhaltlich und **vom Regelungsstandort her auf GmbHs** beschränkt. In § 68 UmwG finden sich entsprechende Regelungen für die Aktiengesellschaft.

c) Die Spaltung zu Null

§ 128 UmwG eröffnet für die Spaltung auch bei einer KG die Möglichkeit einer **quotenabweichenden (nicht verhältnismäßig wahren) Anteilsgewährung**. Die inzwischen h. A. in Rechtsprechung und Literatur (OLG München NZG 2013, 951; LG Essen NZG 2002, 736; LG Konstanz NZG 1998, 827; Heidinger, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 5 UmwG Rn. 9; s. ausführlich Weiler, NZG 2013, 1326 m. w. N.) leitet daraus eine echte Ausnahme vom Grundsatz der Anteilsgewährungspflicht ab. Mit Zustimmung sämtlicher Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers

kann danach eine „Spaltung zu Null“ vereinbart werden. Diese Norm umfasst allerdings nicht die Ausgliederung, denn sie nennt lediglich die Ab- und die Aufspaltung. Nach § 128 UmwG soll ausweislich der Gesetzesbegründung (Ganske, Umwandlungsrecht, 2. Aufl. 1995 zu § 128, S. 159) eine nicht verhältnismäßige Spaltung zugelassen werden, weil mit ihr die **Auseinandersetzung von Gesellschaftergruppen und Familienstämmen** im Wege der Sonderrechtsnachfolge ermöglicht wird. Gleichzeitig werden die betroffenen Anteilshaber durch das Erfordernis der Zustimmung geschützt. Die Ausgliederung erfasst diese Fallgruppe nicht, und es sind auch keine Anteilshaber unmittelbar betroffen.

3. Ausgliederung aus dem Vermögen einer GmbH & Co. KG auf eine GmbH & Co. KG

a) Verbot von Anteilsgewährung

Aus den Ausführungen ergibt sich, dass für den hier vorliegenden Fall der Ausgliederung von der **Mutter- auf die Tochtergesellschaft** keine ausdrückliche Regelung im Gesetz existiert, die eine Ausnahme von der Anteilsgewährungspflicht regeln würde. Selbst bei der Ausgliederung einer **Tochter- auf ihre Muttergesellschaft** stellt sich nicht das Problem der unerwünschten oder unmöglichen Schaffung eigener Anteile, da die Beteiligung an der aufnehmenden Gesellschaft nicht den Anteilshabern des übertragenden Rechtsträgers, sondern diesem selbst gewährt werden.

Auch das Prinzip der **Einheitlichkeit von Beteiligungen** an Personenhandelsgesellschaften verhindert grundsätzlich nicht die Anteilsgewährung in der hier vorliegenden Konstellation der Ausgliederung aus dem Vermögen der **Mutter- auf ihre Tochtergesellschaft**. Denn die Anteilsgewährungspflicht besteht auf Seiten der aufnehmenden Tochter-GmbH & Co. KG, die eine Kommanditistenstellung an ihre übertragende Mutter-GmbH & Co. KG gewähren müsste. Da die Mutter-GmbH & Co. KG bereits Kommanditanteile an der Tochter-GmbH hält, kämen weitere separate Kommanditbeteiligungen für die Mutter-GmbH & Co. KG als gewährte Anteile nicht in Frage. Es entspricht aber der ganz h. M., dass auch die „**Aufstockung**“ der **bestehenden Beteiligung** durch Erhöhung des Kapitalkontos 1 zusätzliche Gesellschafterrechte verschafft und damit der Anteilsgewährungspflicht genügt (dazu Wicke, ZGR 2017, 527, 537).

b) Verzicht auf Anteilsgewährung bei der Personengesellschaft

Unabhängig von der Art des Umwandlungsvorganges stellt sich für Personenhandelsgesellschaften wie die hier vorliegende GmbH & Co. KG die Frage, ob § 54 Abs. 1 S. 3 UmwG anwendbar ist. Nach dem Wort-

laut der Norm und ihrer Stellung im Gesetz gilt diese Regelung nur für GmbHs. Für Aktiengesellschaften existiert die entsprechende Regelung des § 68 UmwG. Es bedürfte also für die KG einer analogen Anwendung dieser Regelung. Die inzwischen wohl h. M. bejaht die Verzichtsmöglichkeit auch bei der Beteiligung von Personenhandelsgesellschaften und stützt sich meist auf das „Erst-Recht-Argument“ (Heckschen, GmbHR 2021, 8 Rn. 14 m. w. N in Fn. 12; Wicke, ZGR 2017, 527, 530). Wenn bei der GmbH mit dem Verzicht auf Anteilsgewährung durch die dann mögliche Übertragung negativen Vermögens sogar eine Gläubigerschädigung ermöglicht wird, muss der Verzicht auf Anteilsgewährung auch bei anderen Rechtsträgern, bei denen keine Gläubigergefährdung besteht, zulässig sein.

c) Verzicht auf Anteilsgewährung bei der Ausgliederung

Für die Spaltung gilt nach § 125 UmwG weitestgehend das Recht der Verschmelzung. In § 125 S. 1 UmwG wird aber gerade für die hier vorliegende Ausgliederung nicht auf §§ 54 und 68 UmwG verwiesen (Weiß, in: FS Dieter Mayer, 2020, S. 127, 145; KölnKommUmwG/Simon, 2009, § 126 Rn. 30; Weiler, NZG 2013, 1326, 1328).

Entgegen dem klaren **Wortlaut des Gesetzes** will dennoch ein erheblicher Teil der Literatur einen Verzicht auch bei einer Ausgliederung zulassen (Lieder, in: Lutter, § 123 Rn. 42 und § 125 Rn. 64; Limmer, in: Limmer, Handbuch der Unternehmensumwandlung, 6. Aufl. 2019, Teil 3, Rz. 141 f.; Sickinger, in: Kallmeyer, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 125 Rn. 55, 57; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG/UmwStG, 9. Aufl. 2020, § 126 UmwG Rn. 47, 48; Semler/Stengl/Schröer, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 126 Rn. 31; Priester, in: Lutter, § 126 UmwG Rn. 26; J. Schmitt, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 8, 5. Aufl. 2018, § 22 Rn. 20; BeckOGK-UmwG/Verse, Std.: 1.1.2022, § 125 Rn. 55, 56, § 126 Rn. 35). Diese Meinung argumentiert, es sei kein sachlicher Grund erkennbar, warum bei der Ausgliederung die Verzichtsmöglichkeit nicht bestehen solle. Insbesondere bei konzernrechtlichen Ausgliederungsmaßnahmen könne man keinerlei Drittinteressen gefährdet sehen. Auf der Basis einer teleologischen Reduktion müsse auch bei der Ausgliederung der Verzicht auf Anteilsgewährung möglich sein (Lieder, in: Lutter, § 125 Rn. 64). Die verdeckte Regelungslücke ergebe sich aus den Materialien zum 2. UmwG-Änderungsgesetz (Verweis auf Begr. RegE, BT-Drucks. 16/2919, 13, 18). Dort habe sich der Gesetzgeber keine Gedanken über die Anwendung bei der Ausgliederung gemacht (BeckOGK-UmwG/Verse, § 125 Rn. 55, 56). Der Regelungszweck treffe bei der

Ausgliederung nicht weniger zu als bei der Ab- oder Aufspaltung (Lutter, in: Lutter, § 125 Rn. 64). Der strukturelle Unterschied zur Abspaltung bleibe insofern erhalten, dass für den Verzicht der ausgliedernde Rechtsträger selbst und bei der Abspaltung die Gesellschafter zuständig seien. Die Anteilsgewährungspflicht sei jedenfalls kein Dogma mehr (arg. § 54 Abs. 1 S. 3 UmwG), sondern nur der gesetzlich vorgesehene Regelfall (Heck-schen, GmbHR 2021, 8, 9 Rn. 13; Wicke, ZGR 2017, 527, 529)

Demgegenüber geht die **Gegenmeinung** davon aus, dass § 125 S. 1 UmwG bewusst gerade nicht auf §§ 54 Abs. 1 S. 3 bzw. 68 Abs. 1 S. 3 UmwG verweise. Denn der Gesetzgeber habe in Kenntnis des bereits in der Vergangenheit geführten Meinungsstreits zur Verzichtmöglichkeit in Ausgliederungsfällen auch im Rahmen der nachfolgenden Anpassungen des Umwandlungsgesetzes keine Ausnahme vorgesehen (3. Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes v. 11.7.2011, BGBl. I, 2011, 1338; 4. Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes v. 9.12.2018, BGBl. I, 2018, 2694). Diese Meinung nimmt daher keine Gesetzeslücke an, sondern geht von einer abschließenden gesetzlichen Regelung aus (Weiler, GmbHR 2021, 473 Rn. 8; Weiler, NZG 2013, 1326, 1328; Heinz/Wilke, GmbHR 2012, 889, 891; Weiler, in: Widmann/Mayer, § 123 UmwG Rn. 67; Mayer, in: Widmann/Mayer, § 126 UmwG Rn. 96; Simon, in: FS Schaumburg, 2009, S. 1341, 1356 f.; Köln-KommUmwG/Simon, § 125 Rn. 19; Fronhöfer, in: Widmann/Mayer, § 125 UmwG Rn. 75). Die Ausgliederung mit Verzicht auf die Anteilsgewährung näherte sich auch der Spaltung mit Verzicht an (Simon, in: FS Schaumburg, S. 1341, 1356 f.), wodurch die vorgegebenen Strukturen des Umwandlungsgesetzes ausgehebelt würden.

4. Ergebnis

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass die hier aufgeworfene Rechtsfrage mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt ist. Die überwiegende Ansicht in der Literatur hält einen Anteilsgewährungsverzicht bei der Ausgliederung einer Personenhandelsgesellschaft auf eine andere Personenhandelsgesellschaft analog § 54 Abs. 1 S. 3 UmwG für zulässig. Diese Meinung schreckt auch nicht vor einer erforderlichen teleologischen Reduktion der ausdrücklichen Regelung in § 125 UmwG zurück, die die Nichtanwendung des § 54 UmwG beinhaltet.

Die Spaltung zu Null kann für die hier vorliegende Ausgliederung u. E. nicht fruchtbar gemacht werden, da die Ausgliederung in § 128 UmwG nicht genannt ist und

die Norm nur Fälle der Abspaltung und Aufspaltung regeln wollte.

Für die Praxis besteht die Möglichkeit, in Absprache mit dem Registergericht den Ausgliederungsvorgang ohne Anteilsgewährung zu gestalten. Wenn die Ausgliederung im Handelsregister eingetragen ist, wird diese nach § 131 Abs. 2 UmwG zumindest bestandskräftig.

BGB § 112

Reichweite der Ermächtigung nach § 112 BGB; Gründung einer Gesellschaft

I. Sachverhalt

Ein 17-jähriger ist von den Sorgeberechtigten mit Genehmigung des Familiengerichts zum Betrieb eines Einzelunternehmens ermächtigt worden (§ 112 BGB). Er möchte nunmehr das Unternehmen in Rechtsform einer UG (haftungsbeschränkt) betreiben.

II. Frage

Kann der Minderjährige unter Bezugnahme auf § 112 BGB eine UG (haftungsbeschränkt) als Alleingesellschafter selbst errichten, oder ist dafür eine erneute Mitwirkung von Sorgeberechtigten und Familiengericht (§ 1822 Nr. 3 BGB) erforderlich?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeines

Gem. § 112 BGB kann der **gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Familiengerichts** den Minderjährigen zum **selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ermächtigen**. Ist dies wirksam geschehen, so wird der Minderjährige für die Rechtsgeschäfte, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, unbeschränkt geschäftsfähig. Ihm steht daher eine **partielle Vollgeschäftsfähigkeit** zu (s. dazu BeckOGK-BGB/Ahrens/Heicke, Std.: 1.10.2019, § 112 Rn. 80 ff.).

2. Einschränkung

Die Ermächtigung erstreckt sich grundsätzlich auf **sämtliche Geschäfte**, die vom Betrieb des Erwerbsgeschäfts umfasst sind. Allerdings macht das Gesetz selbst in § 112 Abs. 1 S. 2 BGB eine **Ausnahme** von der vollständigen Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen in diesem Bereich. Soweit es sich um Rechtsgeschäfte handelt, bei denen der Vertreter des Minderjährigen der **Genehmigung des Familiengerichts** bedürfte, ist auch der Minderjährige selbst nicht dazu befugt, das Geschäft vorzunehmen. Es verbleibt in diesem Fall bei den allgemeinen Regeln der §§ 106 ff.

BGB (MünchKommBGB/Spickhoff, 9. Aufl. 2021, § 112 Rn. 21).

Gem. § 1822 Nr. 3 BGB bedarf der Genehmigung des Familiengerichts auch der **Abschluss eines Gesellschaftsvertrags**, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird. Dabei ist es grundsätzlich unerheblich, ob es sich bei der Gesellschaft um eine **Personen-** oder eine **Kapitalgesellschaft** handelt, da auch letztere vom Anwendungsbereich der Norm nach h. M. umfasst wäre (MünchKommBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 26; Rust, DStR 2005, 1942, 1944; BeckOGK-BGB/Schöpflin, Std.: 1.3.2022, § 1822 Rn. 44; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1822 Rn. 15; Staudinger/Veit, BGB, 2020, § 1822 Rn. 86; Werner, GmbHR 2006, 737, 738; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1822 Rn. 24). Nur gelegentlich wird die Genehmigungspflicht für die Gründung von Kapitalgesellschaften in der Literatur verneint (Klamroth, BB 1975, 528; Winkler, ZGR 1973, 182). Angesichts der stark überwiegenden Auffassung ist zumindest im Rahmen der notariellen Vorsicht davon auszugehen, dass eine entsprechende Genehmigung einzuholen ist.

Aus diesem Grund wird typischerweise auch die Gründung einer **GmbH** als nach § 1822 Nr. 3 BGB genehmigungspflichtig angesehen (MünchKommBGB/Kroll-Ludwigs, § 1822 Rn. 26; BeckOGK-BGB/Schöpflin, § 1822 Rn. 44; Erman/Schulte-Bunert, § 1822 Rn. 15), da die Gefahr einer persönlichen Haftung der Gesellschafter besteht, sie insbesondere für eine etwaige Unterbilanz einzustehen haben, so dass das Geschäft zumindest potenziell für den Minderjährigen mit rechtlichen Nachteilen verbunden ist. Für die **UG (haftungsbeschränkt)**, die nach § 5a GmbHG im Grundsatz denselben Regeln wie die GmbH unterliegt, kann nichts anderes gelten, so dass auch für ihre Gründung eine Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB zumindest im Rahmen der notariellen Vorsicht angesichts der herrschenden Ansicht in der Literatur einzuholen ist.

3. Ergebnis

Mit der h. M. ist anzunehmen, dass der Minderjährige **nicht** im Rahmen des § 112 Abs. 1 S. 1 BGB eine UG (haftungsbeschränkt) gründen kann, da eine diesbezügliche Erklärung seines Vertreters der familiengerichtlichen Genehmigung gem. § 112 Abs. 1 S. 2 BGB i. V. m. § 1822 Nr. 3 BGB bedürfte. Vor diesem Hintergrund müssen die Erklärungen zur Gründung einer UG (haftungsbeschränkt) **durch den Vertreter** abgegeben oder von diesem zumindest **genehmigt werden** und darüber hinaus die **Genehmigung des Familiengerichts** eingeholt 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.

BGB §§ 1911, 1919, 1921; BMG § 51

Aufhebung einer Abwesenheitspflegschaft wegen Bekanntseins des Aufenthaltsorts trotz melderechtl. Auskunftssperre

Abruf-Nr.:

BGB §§ 21, 47, 48, 49, 76, 1923; VRV § 4

Verein in Liquidation; Liquidationsverein; Erbfähigkeit des Liquidationsvereins

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BeurkG § 40; GmbHG § 55 Abs. 1

Unterschriftsbeglaubigung durch ausländischen Notar in Abwesenheit der Unterzeichnenden

1. Eine der nach deutschem Recht erfolgten Unterschriftsbeglaubigung gleichwertige Beurkundung liegt dann nicht vor, wenn der ausländische Notar lediglich ihm vorgelegte Unterschriften mit anderen Unterschriften vergleicht, die ihm schon vorlagen.

2. Eine Übernahmeerklärung nach § 55 Abs. 1 GmbHG kann auch durch einen vollmachtlosen Vertreter erfolgen, wenn dieses Handeln später formgerecht durch den Übernehmer des Geschäftsanteils genehmigt wird.

KG, Beschl. v. 3.3.2022 – 22 W 92/21

Problem

Der Geschäftsführer einer GmbH meldete eine Barkapitalerhöhung zum Handelsregister an. Der Anmeldung waren eine Satzungsneufassung mit der Bescheinigung nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG und Erklärungen über die Genehmigung der Beschlussfassung und der Übernahmeerklärungen beigelegt. Dies war erforderlich, da der Geschäftsführer, der selbst Gesellschafter war, für die drei weiteren Gesellschafter als vollmachtloser Vertreter auftrat. Eine Genehmigungserklärung war dabei durch

den Verfahrensbevollmächtigten notariell beglaubigt worden, die anderen beiden durch einen Luxemburger Notar, wobei die Urkunde mit einer Apostille versehen war. Schließlich war der Anmeldung ein Vermerk des Verfahrensbevollmächtigten beigelegt, in dem Zweifel an der Wirksamkeit der durch den Luxemburger Notar erfolgten Beglaubigung geäußert wurden, weil sich aus dem Beglaubigungsvermerk nicht ergab, dass die Unterschriftsleistung vor dem Notar erfolgt oder anerkannt worden war und auf Nachfrage mitgeteilt worden sei, dass der Notar die Unterschriften lediglich mit bei ihm hinterlegten Unterschriftsproben verglichen habe. Das Amtsgericht Charlottenburg hatte daraufhin Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit der Übernahmeerklärungen erhoben, weil die erfolgte Beglaubigung in Luxemburg keine gleichwertige Ersetzung der nach deutschem Verfahrensrecht erforderlichen Unterschriftsbeglaubigung sei.

Entscheidung

Die von dem Verfahrensbevollmächtigten gegen die Zwischenverfügung des Registergerichts gerichtete Beschwerde wurde vom KG als zulässig angesehen, in der Sache hatte das Amtsgericht jedoch zu Recht das Fehlen ausreichender Übernahmeerklärungen im Rahmen einer Zwischenverfügung beanstandet.

Das Vorliegen wirksamer Übernahmeerklärungen bei einer Barkapitalerhöhung ist durch das Registergericht zu prüfen. Übernahmeerklärungen nach § 55 Abs. 1 GmbHG können auch durch einen Vertreter abgegeben werden. Insoweit spricht auch nichts dagegen, dass ein vollmachtloser Vertreter auftritt, dessen Erklärungen dann nachträglich genehmigt werden. Derartige Genehmigungserklärungen müssen jedoch der Form des § 55 Abs. 1 GmbHG entsprechen. Hierdurch soll bereits im Vorfeld der Registereintragung gewährleistet werden, dass die zur Übernahme zugelassenen Personen tatsächlich Übernahmeerklärungen abgegeben haben. Dieser Zweck kann nur vollständig erreicht werden, wenn die Form auch für die Vollmacht und die diese ersetzende Genehmigungserklärung gilt.

Eine Beglaubigung durch einen luxemburgischen Notar kann hierfür ausreichen. Dies setzt jedoch voraus, dass die Beglaubigung dem entsprechenden Beurkundungsvorgang nach deutschem Recht gleichwertig ist. Nicht ausreichend ist dabei jedenfalls, wenn die Beglaubigung der Unterschriften von Geschäftsführer und Gesellschafter in Abwesenheit der Unterzeichner erfolgt. Der Notar hatte hier die ihm vorgelegten Unterschriften lediglich mit anderen bei ihm vorhandenen Unterschriften verglichen und auf der Grundlage dieses Vergleichs auf die Echtheit der Unterschriften geschlossen. Dies

widerspricht der Regelung des § 40 Abs. 1 BeurkG, wonach die Unterschrift nach Identitätsfeststellung des Unterschreibenden in Gegenwart des Notars gefertigt oder jedenfalls anerkannt werden muss. Die Einhaltung der Erfordernisse des § 40 Abs. 1 BeurkG stellt eine notwendige Voraussetzung einer öffentlichen Beglaubigung nach deutschem Recht dar.

Selbst wenn die Beglaubigung nach luxemburgischem Recht ordnungsgemäß erfolgt wäre, bliebe sie unzureichend, da die Ortsform hier für die Beglaubigung nicht genügt. Nach Art. 11 Abs. 1 EGBGB kommt für die Übernahmeverträge deutsches Recht zur Anwendung, weil es um die Übernahme eines Geschäftsanteils an einer GmbH nach deutschem Recht geht und der Vertrag in Deutschland abgeschlossen werden soll.

Praxishinweis

In der Praxis ist die Substitution eines deutschen Beurkundungsvorgangs mit zahlreichen Unwägbarkeiten verbunden. Häufig wird angenommen, dass auch die Beurkundung durch einen ausländischen Notar die Form wahren könne. Voraussetzung sei allerdings, dass die Gleichwertigkeit der ausländischen Beurkundung gegeben sei. Zuverlässige Anhaltspunkte dafür, in welchen Ländern die Beurkundung diesen Anforderungen an die Gleichwertigkeit entspricht, gibt es kaum. In älteren Entscheidungen wurde die Gleichwertigkeit bei der Beurkundung durch einen Notar in Basel-Stadt bejaht (OLG München RiW 1998, 147; OLG Frankfurt DNotI-Report 2005, 78). Für die Beurkundung des GmbH-Kapitalerhöhungsbeschlusses durch einen niederländischen Notar wurde durch das OLG Düsseldorf (NJW 1989, 2200) Gleichwertigkeit angenommen. Regelmäßig wird eine Gleichwertigkeit schon deswegen ausscheiden, weil den ausländischen Notar bspw. keine gesetzlichen Mitteilungspflichten wie die an das Finanzamt nach § 54 Abs. 1 EStDV treffen, keine geldwäscherechtliche Prüfung vergleichbar der nach dem deutschen GwG durch den ausländischen Notar durchzuführen ist oder er auch regelmäßig nicht die Pflicht hat, wie ein deutscher Notar nach § 40 Abs. 2 GmbHG eine aktualisierte Gesellschafterliste beim Handelsregister einzureichen.

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 §§ 875, 1419; GBO § 46 – Aufgabe der Beteiligung an einem dinglichen Recht durch nur einen von mehreren Mitberechtigten

BGB § 912; WEG § 1 Abs. 4 – Einbeziehung eines fremden Grundstücks in die WEG-Aufteilung bei rechtmäßigem Überbau aufgrund schuldrechtlicher Gestattung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 1960, 1952 – (Keine) Erbausschlagung durch Nachlasspfleger bzgl. weiterer Erbschaft

GBO §§ 39 Abs. 1, 40 Abs. 1 – Voreintragungsgrundsatz bei Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld durch transmittal Bevollmächtigten

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 875, 1419; GBO § 46

Aufgabe der Beteiligung an einem dinglichen Recht durch nur einen von mehreren Mitberechtigten

I. Sachverhalt

Im Güterstand der Gütergemeinschaft verheiratete Eltern haben ihrem Sohn im Jahr 2000 ein Hausgrundstück geschenkt. In dem Übergabevertrag haben sie sich ein Wohnungsrecht und ein Rückübertragungsrecht zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft und aufschiebend bedingt für den Längerlebenden alleine vorbehalten. Mittlerweile ist die Mutter dement und lebt in einem Heim. Der Vater möchte aus dem Objekt ausziehen und seine Rechte aufgeben.

II. Frage

Kann die Mitberechtigung des Vaters an den vorbehaltenen Rechten ohne Mitwirkung der Ehefrau aus dem Grundbuch gelöscht werden?

III. Zur Rechtslage

1. Vorbemerkungen

Für die Möglichkeit des einzelnen Mitberechtigten, seine Mitberechtigung hinsichtlich eines dinglichen Rechts ohne Mitwirkung der übrigen Mitberechtigten aufzugeben, ist nach dem gegenwärtig erkennbaren Stand von Rechtsprechung und Literatur zwischen der Aufgabe eines beschränkten dinglichen Grundstücksrechts einerseits und der Aufgabe des Grundstückseigentums andererseits zu unterscheiden. Außerdem spielt nach materiellem Recht die Art des bestehenden, nach § 47 GBO im Grundbuch zu vermerkenden Gemeinschaftsverhältnisses eine wesentliche Rolle (s. befürwortend zur Aufgabemöglichkeit durch einen einzelnen der nach § 428 BGB Gesamtberechtigten hinsichtlich eines Nießbrauchs bereits Gutachten DNotI-Report 2012, 25 ff.).

2. Rechtsprechung zur Aufgabe einer Mitberechtigung an einem dinglichen Vorkaufsrecht

Mit der **Aufgabemöglichkeit hinsichtlich eines beschränkten dinglichen Grundstücksrechts** hat sich vor allem das OLG München zweimal befasst (OLG München MittBayNot 2013, 231 ff. m. Anm. Heinze, 233 f.; OLG München MittBayNot 2010, 42 ff. m. Anm. Jeep, 44 f.). Beide Male ging es um ein **dingliches Vorkaufsrecht (§§ 1094 ff. BGB)**, das mehreren Berechtigten nach Maßgabe der **§§ 1098 Abs. 1 S. 1, 472 BGB** zustand. In der Entscheidung aus dem Jahre 2012 hat das OLG München hierzu – im Gegensatz zu seinem in der vorangehenden Entscheidung aus dem Jahre 2009 eingenommenen Standpunkt – entschieden, **das Ausscheiden eines Mitberechtigten aus dem Kreis der dinglich Vorkaufsberechtigten durch einseitige Aufhebung seiner Berechtigung sei ohne Mitwirkung der anderen Berechtigten möglich**. Im Einzelnen argumentierte das OLG in dieser Entscheidung, die Regelung des § 472 S. 2 BGB gehe ersichtlich von der Möglichkeit des Erlöschens des Vorkaufsrechts für nur einen der Berechtigten aus. Es dürfte mangels anderer zu berücksichtigender schutzwürdiger Interessen für die Mitberechtigung eines Vorkaufsberechtigten **§ 875 Abs. 1 S. 1 BGB entsprechend** anzuwenden sein. Dies habe zur Folge, dass der einzelne Mitberechtigte durch einseitige Aufhebung seines Rechts aus der Gemeinschaft der Berechtigten ausscheide. Insoweit sei die „Löschung“ zwar konstitutiv und § 22 GBO deshalb nicht anwendbar, wie auch § 46 Abs. 1 GBO nicht einschlägig sein solle. Die letztgenannte Regelung beschreibe indessen nur die Modalitäten der maßgeblichen Eintragung. Auf Antrag und aufgrund Bewilligung eines Mitberechtigten dürfte dieser daher aus dem Kreis der Mitberechtigten im Grundbuch zu „streichen“ sein – am ehesten durch Eintragung in den Veränderungsspalten 4/5, ohne dass das den übrigen Berechtigten verbliebene Recht als solches davon betroffen sei.

Die Literatur hat diesen neueren Standpunkt des OLG München zustimmend aufgenommen (etwa Heinze, MittBayNot 2013, 233, 234; jetzt auch Meikel/Böhringer, GBO, 12. Aufl. 2021, § 46 Rn. 20; für die Aufgabemöglichkeit bereits zuvor in Urteilsanmerkungen zur Entscheidung des OLG München aus dem Jahre 2009: Herrler, RNotZ 2010, 249, 253 f.; Jeep, MittBayNot 2010, 44, 45). Wesentlich für die Zulassung der hier erörterten Aufgabemöglichkeit dürfte die Erwägung sein, dass beim Vorkaufsrecht durch einen Wegfall der Mitberechtigung eines Berechtigten den übrigen Mitberechtigten keine Belastungen aufgedrängt werden können, sodass kein sachlicher Grund besteht, das in §§ 1098 Abs. 1 S. 1, 472 S. 2 BGB ohnehin angelegte Ergebnis nicht vorwegzunehmen (vgl. Heinze, MittBayNot 2013, 233, 234).

3. Vorliegender Sachverhalt

Der hier unterbreitete Sachverhalt liegt insofern anders als die Eheleute sich das Wohnungsrecht und den Rückübertragungsanspruch in einem **abweichenden Berechtigungsverhältnis**, nämlich ausdrücklich **„zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft“** vorbehalten haben. Die im Grundbuch eingetragene Vormerkung teilt als akzessorisches Nebenrecht i. S. d. § 401 BGB das Schicksal des durch sie gesicherten Rückübertragungsanspruchs (s. nur BGH NJW 2009, 356; Grüneberg/Grüneberg, BGB, 81. Aufl. 2022, § 401 Rn. 4). Auch ansonsten entspricht es der vorliegenden Rechtsprechung und Literatur, dass ein Wohnungsrecht, das für beide im Güterstand der Gütergemeinschaft verheiratete Eheleute gemeinschaftlich vereinbart wird, in das Gesamtgut der Gütergemeinschaft fällt (BayObLGZ 1967, 480 = DNotZ 1968, 493; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1246).

Das Wohnungsrecht und der Rückübertragungsanspruch wurden also gemeinschaftliches Vermögen der Ehegatten (Gesamtgut; § 1416 Abs. 1 S. 1 BGB). Nach **§ 1419 Abs. 1 BGB** kann ein Ehegatte nicht über seinen Anteil an den einzelnen Gegenständen verfügen, die zum Gesamtgut gehören; er ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen. Die Kommentarliteratur (Staudinger/Thiele, BGB, 2018, § 1419 Rn. 14; BeckOGK-BGB/Mensch, Std.: 1.2.2022, § 1419 Rn. 9 f.) nimmt – noch über den Wortlaut des § 1419 Abs. 1 BGB hinausgehend – an, dass derartige Anteile des einzelnen Ehegatten an den Gegenständen des Gesamtguts schon gar nicht existieren. Die Annahme solcher Anteile widerspräche dem Gesamthandsprinzip. Verfügungen über einen solchen Anteil sind daher nichtig. Diese Würdigung entspricht der Rechtslage bei der ebenfalls eine Gesamthandsgemeinschaft bildenden Erbengemeinschaft (§§ 2032 ff. BGB). Das Recht der Erbengemeinschaft, in welchem das Gesamthandsprinzip im Hinblick auf die Zulassung von Verfügungen über den Erbteil im Ganzen (§ 2033 Abs. 1 BGB) insgesamt weniger streng ausgeformt ist als bei der Gütergemeinschaft, ordnet – in dieser Hinsicht parallel zur Gütergemeinschaft – ebenfalls an, dass ein Miterbe über seinen Anteil an den einzelnen Nachlassgegenständen nicht verfügen kann (§ 2033 Abs. 2 BGB). Hier wurde auch von der Rechtsprechung entschieden, dass der Miterbe mit seiner aus dem Erbteil folgenden Gesamtberechtigung am Nachlass von vornherein keine unmittelbare, selbstständig veräußerliche Berechtigung an dem einzelnen Gegenstand erwirbt, selbst wenn der Nachlass nur aus einer einzelnen Sache besteht (s. nur BGH NJW 2011, 2396, 2397; BGH ZEV 2006, 27, 29; Grüneberg/Weidlich, § 2033 Rn. 19).

Ist aber wegen § 1419 Abs. 1 BGB hinsichtlich des gesamtgutzugehörigen Wohnungsrechts und des vormer-

kungsgesicherten Rückübertragungsanspruchs nichts existent, worüber der Ehemann alleine ohne Zustimmung seiner Ehefrau verfügen könnte, dann ist u. E. folgerichtig auch eine Aufgabe seiner Berechtigung entsprechend § 875 Abs. 1 S. 1 BGB **nicht möglich**, da es eine derartige abtrennbare Berechtigung des einzelnen Ehegatten nach dem Recht der Gütergemeinschaft nicht gibt. Auch die in § 875 Abs. 1 BGB geregelte Aufhebung eines Grundstücksrechts ist nach allgemeinem bürgerlich-rechtlichen Begriffsverständnis eine Verfügung über dieses (s. nur Grüneberg/Ellenberger, Überbl. Vor § 104 Rn. 16 m. w. N.). Eine derartige Verfügung scheidet aber – wie gesehen – an § 1419 Abs. 1 BGB. Insofern unterscheidet sich die Rechtslage bei einer gesamthänderischen Mitberechtigung aufgrund der Gesetzeslage u. E. von derjenigen bei anderen Formen des Berechtigungsverhältnisses gem. § 47 GBO, wie unter Ziffer 2. behandelt.

Bestätigt wird diese Einschätzung durch einen Beschluss des OLG Jena (NotBZ 2012, 455), der sich mit der Möglichkeit des Verzichts auf Grundstückseigentum gem. § 928 Abs. 1 BGB durch einen von mehreren Miterben zu befassen hatte. Das OLG verneinte eine derartige Möglichkeit: Gesamthandseigentümer könnten den Verzicht nach § 928 Abs. 1 BGB nur gemeinschaftlich erklären, weil hinsichtlich des einzelnen Anteils kein sachenrechtlich fassbarer Teil vorhanden sei. Der Zulassung eines Eigentumsverzichts stünde auch § 2033 Abs. 2 BGB entgegen, wonach ein Miterbe über seinen Anteil an den einzelnen Nachlassgegenständen nicht verfügen kann. Diese Begründung ist u. E. auf das Recht der Gütergemeinschaft mit der Parallelregelung des § 1419 Abs. 1 BGB übertragbar. Da das OLG Jena hier rein gesetzessystematisch mit Blick auf die gesamthänderische Berechtigung und ohne Rücksicht auf die für das Grundstückseigentum ansonsten spezifischen wirtschaftlichen Erwägungen (wie etwa Aufdrängung von Kosten und Lasten auf die verbleibenden Mitberechtigten, § 748 BGB) argumentiert, besteht u. E. an dieser Stelle auch zwischen dem Grundstückseigentum einerseits und einem beschränkten dinglichen Grundstücksrecht andererseits kein derartiger Unterschied, dass eine abweichende Antwort auf die aufgeworfene Rechtsfrage gerechtfertigt wäre.

Lediglich anhangsweise sei bemerkt, dass die Rechtslage für die **Aufgabe (Dereliktion) des Grundstückseigentums gem. § 928 BGB** durch einen von mehreren Mitberechtigten noch restriktiver, nämlich **ganz ablehnend beurteilt wird**. Steht das Eigentum mehreren Berechtigten in Gesamthandsgemeinschaft zu, so entspricht es der einhelligen Rechtsprechung und Literaturauffassung, dass **nur alle Gesamthänder gemeinsam** auf das Eigentum verzichten können (OLG Jena NotBZ 2012, 455,

aus der Literatur: Schöner/Stöber, Rn. 1030; Münch-KommBGB/Ruhwinkel, 8. Aufl. 2020, § 928 Rn. 5). Steht das Grundstückseigentum mehreren Berechtigten nach Bruchteilen gem. §§ 741 ff. BGB zu, so wird für diese Konstellation die Aufgabemöglichkeit hinsichtlich eines Miteigentumsanteils durch einen Miteigentümer alleine gem. § 928 Abs. 1 BGB vom BGH ebenfalls abgelehnt (BGH DNotZ 1992, 359 = NJW 1993, 2488; BGH DNotZ 2007, 840; hierzu auch Schöner/Stöber, Rn. 1031 m. w. N.), obwohl hier § 747 S. 1 BGB – anders als das Recht der Gesamthandsgemeinschaften – eine Verfügung des einzelnen Miteigentümers über seinen Miteigentumsanteil gerade zulässt. Im Wesentlichen hat der BGH gegen die Verzichtsmöglichkeit hinsichtlich eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück ins Feld geführt, dass sich das Miteigentum in der sachenrechtlichen Beziehung gerade nicht erschöpfe, sondern zugleich die Beteiligung an einer wechselseitige Rechte und Pflichten begründenden Miteigentümergeinschaft zum Inhalt habe (§§ 741 ff., 748 BGB). Diese Mitgliedschaft könne man sich nicht subjektlos vorstellen, sie müsse mit dem Verzicht zugleich erlöschen. Dies unterliefe indes die Regelungen, die das Gesetz für die Auflösung der Bruchteilsgemeinschaft bereithalte (nämlich einen Aufhebungsanspruch gem. § 749 BGB, der jedoch durch Teilungsversteigerung gem. §§ 180 ff. ZVG durchgesetzt werden müsse). Ein Verzicht eines Mitberechtigten könne folglich nicht angenommen werden. Die speziellen gesetzlichen Regelungen gingen vor. Danach sei jeder Teilhaber an die Gemeinschaft bis zu deren gesetzeskonformer Aufhebung gebunden (BGH DNotZ 2007, 840, 841 ff.).

4. Ergebnis

Im Ergebnis ist daher u. E. im geschilderten Sachverhalt eine **Aufgabe der Mitberechtigung des Ehemannes** am Wohnungsrecht und am vormerkungsgesicherten Rückübertragungsanspruch **ohne Mitwirkung der Ehefrau wegen der Eigenart des mit der Ehefrau bestehenden Berechtigungsverhältnisses der Gütergemeinschaft**, nämlich der gesamthänderischen Bindung (§ 1419 BGB), **nicht möglich**. Der Ehemann ist nicht Inhaber eines eigenen Anteils an diesen Vermögensgegenständen, über die er selbstständig verfügen könnte. Die von der jüngeren Rechtsprechung des OLG München im Bereich des § 472 BGB angenommene entsprechende Anwendung des § 875 Abs. 1 S. 1 BGB zugunsten der Verzichtsmöglichkeit eines einzelnen Berechtigten ist auf das Berechtigungsverhältnis der Gütergemeinschaft u. E. nicht übertragbar.

Denkbar wäre u. E. lediglich eine auf das Ableben der Ehefrau aufschiebend bedingte Aufgabeerklärung durch den Ehemann alleine gem. § 875 Abs. 1 S. 1 BGB für den Fall seines Überlebens, verbunden mit einer un-

bedingten Abgabe der Löschungsbewilligung und einer entsprechenden Vorlageanweisung an den Notar (Vorlage ans Grundbuchamt mit Sterbeurkunde der Ehefrau). Eine sofort wirksame Aufgabe der Mitberechtigung des Ehemannes wäre aber auch auf diesem Weg nicht möglich.

BGB § 912; WEG § 1 Abs. 4

Einbeziehung eines fremden Grundstücks in die WEG-Aufteilung bei rechtmäßigem Überbau aufgrund schuldrechtlicher Gestattung

I. Sachverhalt

Ein Bauträger möchte ein Grundstück bebauen und nach § 8 WEG aufteilen. Er hat zur Begrädigung der Grundstücksgrenze eine unvermessene Teilfläche von ca. 12 m² vom Nachbarn erworben und sich bis zur Vermessung und Übertragung ein schuldrechtliches Nutzungsrecht einräumen lassen. Der Wortlaut der Regelung lautet wie folgt:

„Der Käufer wird die Vermessung durchführen, behält sich jedoch vor, die Vermessung erst nach Errichtung des von ihm noch zu erstellenden Mehrfamilienhauses auf den beiden vereinigten Grundstücken Flst. X und Y (Grundstücke des Bauträgers), durchzuführen. Der Verkäufer gestattet dem Käufer, den heutigen Vertragsgegenstand – wie er im Lageplan eingezeichnet ist – zu nutzen und entsprechend seinem beabsichtigten Bauvorhaben mit einem Mehrfamilienhaus zu überbauen. Eine Überbau-rente ist vom Käufer nicht zu bezahlen, da dies mit dem Kaufpreis abgegolten ist. Die Vertragsteile verpflichten sich mit Weitergabeverpflichtung, sämtliche Rechtsnachfolger in die vorstehende Vereinbarung eintreten zu lassen.“

Bei Beurkundung des Ankaufsvertrages, wurde davon ausgegangen, dass die Eintragung einer Grunddienstbarkeit nicht notwendig ist. Der zuständige Rechtspfleger des Grundbuchamtes stellt sich nunmehr auf den Standpunkt, dass die Gestattung des Überbaus zugunsten des Nachbargrundstücks bzgl. der abverkauften Teilfläche durch eine Grunddienstbarkeit zu sichern ist.

II. Frage

Ist die Eintragung einer Überbaudienstbarkeit zur Aufteilung des Nachbargrundstückes nach dem Wohnungseigentumsgesetz erforderlich?

III. Zur Rechtslage

Wohnungs- und Teileigentum kann nur entstehen, wenn die betroffenen Räume Teil eines Gebäudes sind, das zum aufgeteilten Grundstück gehört (§ 1 Abs. 2

u. 3 WEG). Das WEG lässt es nicht zu, Miteigentum und Sondereigentum auf einem anderen Grundstück in die Aufteilung einzubeziehen (§ 1 Abs. 4 WEG). Wohnungs- und Teileigentum an, auf einem anderen Grundstück belegen, Räumen kann somit nur entstehen, wenn der auf dem Nachbargrundstück liegende Gebäudeteil nach allgemeinen sachenrechtlichen Grundsätzen zum Eigentum des Wohnungseigentumsgrundstücks gehört (vgl. Rapp, in: Beck'sches Notarhandbuch, 7. Aufl. 2019, § 3 Rn. 20).

In Betracht kommt dies in bestimmten Konstellationen eines Überbaus i. S. v. §§ 912 ff. BGB (vgl. hierzu OLG Karlsruhe, Beschl. v. 23.10.2012 – 14 Wx 7/11, BeckRS 2013, 14506; BWNNotZ 1986, 84; ZWE 2014, 23; OLG Hamm RPfeger 1984, 98; OLG Stuttgart OLGZ 1982, 402, 403; OLG Stuttgart FGPrax 2011, 285, 286; Staudinger/Roth, 2020, BGB § 912 Rn. 79; BeckOGK-WEG/M. Müller, Std.: 1.3.2022, § 1 Rn. 391 ff.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 2817; Tersteegen, RNotZ 2006, 433, 452 ff.). Die eigentumsrechtliche Zuordnung des Überbaus zum Wohnungseigentumsgrundstück wird insbesondere im Fall eines sog. entschuldigten und beim sog. rechtmäßigen Überbau angenommen. Mit dem Begriff des rechtmäßigen Überbaus ist die Situation gemeint, in der der Eigentümer eines Grundstücks bei der Errichtung eines Gebäudes mit der Zustimmung des Eigentümers des Nachbargrundstücks über die Grenze baut (vgl. hierzu wiederum statt aller: Staudinger/Roth, § 912 Rn. 66 f.; Tersteegen, RNotZ 2006, 433, 434 jew. m. w. N.). Begründet wird die vorgenannte eigentumsrechtliche Zuordnung des Gebäudeteils auf dem rechtmäßig bzw. entschuldigt überbauten Grundstück zum Stammgrundstück damit, dass in beiden Fällen dem in § 94 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Prinzip des Gebäudezusammenhangs der Vorrang vor dem Akzessionsprinzip gem. §§ 94 Abs. 1 S. 1, 93 BGB einzuräumen ist (statt aller: Staudinger/Roth, § 912 Rn. 71; Tersteegen, RNotZ 2006, 433, 434 jew. m. w. N.). Diese Eigentumszuordnung entspricht ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung (BGH DNotZ 2004, 373, 374).

Strittig ist, ob es im Falle einer Aufteilung nach WEG unter Einbeziehung eines Gebäudeteils, das auf einem rechtmäßig überbauten Grundstücks steht, ausreicht, dass dem Grundbuchamt die Zustimmung des Eigentümers des überbauten Grundstücks zum Überbau in der Form des § 29 GBO nachgewiesen wird oder ob die Zustimmung zwingend (auch) aus dem Grundbuch ersichtlich sein muss (etwa in Form einer Grunddienstbarkeit, einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit oder eines Erbbaurechtes, hierzu Grziwotz/Lüke/Saller, Praxishandbuch Nachbarrecht, 3. Aufl. 2020, Kap. 2 Rn. 319). Nach der herrschenden

Auffassung (zu dieser Einordnung als „herrschend“ BeckOK-WEG/Leidner, 48. Ed., Std.: 1.3.2022, § 3 Rn. 7) genügt der Nachweis einer schuldrechtlichen Gestattung in der Form des § 29 GBO (BGH NJW 1983, 2022, 2024; BGH NJW 1982, 756 f.; Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 1 Rn. 36; BeckOK-BGB/Hügel, 61. Ed., Std.: 1.2.2022, § 1 Rn. 14; Grziwotz/Lüke/Saller, Kap. 2 Rn. 320; BeckOGK-BGB/M. Müller, § 1 Rn. 402; Staudinger/Rapp, WEG, 2018, § 1 WEG Rn. 30; Tersteegen, RNotZ 2006, 433, 453; Grüneberg/Wicke, BGB, 81. Aufl. 2022, § 1 WEG Rn. 7). Nach a. A. muss die Zustimmung aus dem Grundbuch ersichtlich sein (MünchKommBGB/Brückner, 8. Aufl. 2020, § 912 Rn. 62; BeckOKWEG/Leidner, § 3 Rn. 7; OLG Stuttgart, Beschl. v. 29.6.1982 – 8 W 226/82, OLGZ 1982, 402). Legt man die h. M. zugrunde, genügt vorliegend der Nachweis einer schuldrechtlichen Gestattung in der Form des § 29 GBO.

Wir verstehen den Sachverhalt so, dass der Überbau derzeit **noch nicht** erfolgt ist. In der Folge stellt sich die Frage, ob eine Aufteilung in Wohnungseigentum auch im Hinblick auf einen lediglich *geplanten*, das heißt noch nicht – auch nicht ansatzweise, etwa durch Teilarbeiten – tatsächlich ausgeführten Überbau zulässig ist (vgl. dazu Weber, in: Kölner Formularbuch WEG, 1. Aufl. 2020, Kap. 2 Rn. 105).

Grundsätzlich ist die Aufteilung nach dem Wohnungseigentumsgesetz von der tatsächlichen Bebauung unabhängig, was zunächst dafür spricht, auch eine antizipierte schuldrechtliche Gestattung genügen zu lassen.

Beim Überbau besteht jedoch insofern die Besonderheit, dass die Duldungspflicht gem. § 912 BGB auch den Einzelrechtsnachfolger trifft, wenn zum Zeitpunkt der Errichtung des Überbaus eine Gestattung vorlag (BeckOK-BGB/Fritzsche, 61. Ed. 1.2.2022, § 912 Rn. 29). Bis dahin besteht grundsätzlich das Risiko, dass die Gestattung vor Ausführung des Überbaus widerrufen wird (siehe zur grundsätzlichen Widerruflichkeit der Gestattung BeckOK-BGB/Fritzsche, § 912 Rn. 28; Brandenburgisches Oberlandesgericht (6. Zivilsenat), Urteil vom 16.9.2003 – 6 U 58/03, OLG-NL 2005, 35, 36). Dieses Risiko kann zwar durch eine unwiderrufliche schuldrechtliche Gestattung zwischen den beiden Eigentümern minimiert werden. Allerdings besteht das durch eine schuldrechtliche Vereinbarung nicht auszuschließende Risiko, dass der Überbau zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem der Gestattende nicht mehr Eigentümer des Grundstücks ist. Nach Eintritt einer Sonderrechtsnachfolge auf Seiten des Gestattenden wäre der danach durchgeführte Überbau nicht (mehr) durch den aktuellen Eigentümer des Grundstücks genehmigt (es sei denn, der Rechtsnachfolger tritt in die

Vereinbarung ein oder trifft eine neue Vereinbarung mit dem Überbauenden), sondern nur von dessen Rechtsvorgänger, was aber den Rechtsnachfolger – als rein schuldrechtliche, nur *inter partes* wirkende Vereinbarung – nicht bindet. Es bestünde dann kein Fall des rechtmäßigen Überbaus, so dass der einen Überbau darstellende Gebäudeteil nicht in das Eigentum des aufteilenden Eigentümers gelangen würde. Besteht eine dingliche Sicherung, so wäre auch der Rechtsnachfolger gebunden, so dass sich insoweit keine Zweifel ergeben. Die Richtigkeit des Wohnungsgrundbuchs würde ohne eine solche dingliche Sicherung allein vom Belieben des Bauträgers abhängen, ob und wann dieser den Bau ausführt.

Wir tendieren daher zu der Auffassung, dass ein lediglich geplanter, aber noch nicht ausgeführter Überbau nicht in das zu bildende Wohnungseigentum einbezogen werden kann, auch wenn eine schuldrechtliche Zustimmung in der Form des § 29 GBO vorliegt. Wir weisen allerdings darauf hin, dass die Rechtslage insoweit als unsicher zu bezeichnen ist. Nach unserer Auffassung ist es erforderlich, den Überbau entweder dinglich abzusichern (etwa durch eine Dienstbarkeit) oder die Einbeziehung des Überbaus in das aufzuteilende Eigentum erst zu einem Zeitpunkt durchzuführen, in dem der Überbau bereits errichtet ist. Es sollte dann vorsorglich eine erneute, aktuelle Bewilligung in der Form des § 29 GBO vom Eigentümer des überbauten Grundstücks eingeholt werden. Eine dingliche Absicherung wäre unseres Erachtens allerdings der sicherste Weg.

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 § 51

Wiedereintragung eines Nacherbenvermerks nach vorheriger Löschung aufgrund Löschungsbewilligung

Abruf-Nr.:

BGB § 1170

Löschung von Briefhypotheken bei unbekanntem Verbleib des Briefs

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 1960, 1952

(Keine) Erbausschlagung durch Nachlasspfleger bzgl. weiterer Erbschaft

Der Nachlasspfleger ist nicht berechtigt, mit Wirkung für die unbekannt Erben eine in den Nachlass des Erblassers gefallene weitere Erbschaft auszuschlagen. Das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft ist ein allein dem Erben bzw. seinen Rechtsnachfolgern, den Erbeserben, persönlich zustehendes Recht.

BGH, Beschl. v. 16.03.2022 – IV ZB 27/21

Problem

Für die unbekannt Erben der Erblasserin wurde ein Nachlasspfleger mit dem Aufgabenkreis Ermittlung der Erben sowie Sicherung und Verwaltung des Nachlasses bestellt. Dieser begehrte die nachlassgerichtliche Genehmigung zur Ausschlagung einer der Erblasserin als gesetzlicher Miterbin angefallenen Erbschaft, nämlich derjenigen nach dem wenige Monate vor der Erblasserin verstorbenen Ehemann der Erblasserin (vgl. §§ 1962, 1915 Abs. 1 S. 1, 1822 Nr. 2 BGB). Der bestellte Verfahrenspfleger sprach sich mit dem Hinweis auf die Höchstpersönlichkeit des Ausschlagungsrechts gegen die Erteilung der Genehmigung aus. Das OLG Saarbrücken wies den Antrag auf Genehmigung der Ausschlagungserklärung zurück.

Entscheidung

Der BGH weist die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des OLG zurück. Er führt zunächst aus, dass der Nachlasspfleger nach allgemeiner Auffassung nicht berechtigt sei, die Erbschaft für die unbekannt Erben anzunehmen oder auszuschlagen (s. etwa Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, § 1945 Rn. 2). Dies komme bereits unmittelbar im Wortlaut des § 1960 Abs. 1 S. 1 BGB zum Ausdruck („bis zur Annahme der Erbschaft“). Dagegen wird die Ausschlagungsberechtigung des Nachlasspflegers namens der unbekannt Erben hinsichtlich einer dem Erblasser noch vor seinem Tod angefallenen Erbschaft, die der Erblasser selbst weder angenommen noch ausgeschlagen hat (sog. Unternachlass), unterschiedlich beurteilt (bejahend: Staudinger/Mesina, BGB, 2017, § 1960 Rn 48; verneinend: MünchKommBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 1960 Rn. 70). Der BGH schließt sich für diese, ihm zur Entscheidung vorliegende Konstellation der verneinenden Ansicht an: Die Verlängerung der Ausschlagungsfrist hinsichtlich des Unternachlasses zugunsten der Erbeserben gem. § 1952 Abs. 2 BGB stelle sicher, dass ihnen kein Rechtsverlust drohe und daher kein Sicherungsbedürfnis für eine vorgreifende Entscheidung des

Nachlasspflegers über die Ausschlagung bestehe. Auch in der Sache sei eine Unterscheidung zwischen der Ausschlagung der Erbschaft nach dem Erblasser und derjenigen eines Unternachlasses nicht gerechtfertigt. Denn in beiden Fällen gehe es um eine persönliche Entscheidung der Erben bzw. Erbeserben, für die nicht allein wirtschaftliche Gesichtspunkte eine Rolle spielten. Den Zugriff von Gläubigern eines überschuldeten Unternachlasses auf den vom Nachlasspfleger verwalteten Nachlass könne dieser durch Erhebung der Dürftigkeitseinrede (§§ 1990, 1991 BGB) oder Geltendmachung des Vorbehalts der beschränkten Erbenhaftung (§ 780 ZPO) abwehren.

GBO §§ 39 Abs. 1, 40 Abs. 1

Voreintragungsgrundsatz bei Bestellung einer Finanzierungsgschuld durch transmortal Bevollmächtigten

Wird auf Grundlage einer transmortalen Vollmacht die Eintragung einer Finanzierungsgschuld bewilligt, kann in entsprechender Anwendung von § 40 Abs. 1 GBO von der Voreintragung der Erbengemeinschaft nach dem verstorbenen Grundstückseigentümer abgesehen werden.

(Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Hamburg, Beschl. v. 20.12.2021 – 13 W 162/21

Problem

Der Eigentümer eines Grundstücks ist verstorben und wurde von mehreren Personen beerbt, wobei im Grundbuch noch der Erblasser als Eigentümer eingetragen ist. Der Erblasser hatte zu Lebzeiten bereits einem seiner Erben mit notarieller Urkunde eine Generalvollmacht erteilt und dabei ausdrücklich bestimmt, dass diese nicht mit seinem Tod erlöschen soll. Nunmehr bevollmächtigte dieser Generalbevollmächtigte, handelnd im Namen des Erblassers und dessen Erben, im Rahmen eines Grundstückskaufvertrags einen Dritten, das Grundstück mit einem Grundpfandrecht zu belasten und die Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung nach § 800 ZPO zu erklären.

Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung mit Rücksicht auf das Erfordernis der Voreintragung des Betroffenen gem. § 39 Abs. 1 GBO ab, mit der Begründung, dass eine Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO nicht in Betracht komme.

Entscheidung

Hiergegen wendet sich die Rechtsbeschwerde mit Er-

folg. Vorliegend könne in analoger Anwendung von § 40 Abs. 1 GBO auf die noch nicht erfolgte Voreintragung der Berechtigten gem. § 39 Abs. 1 GBO verzichtet werden.

Im Ausgangspunkt sei dabei festzuhalten, dass der Wortlaut des § 40 Abs. 1 GBO den hier zu beurteilenden Sachverhalt zweifelsfrei nicht erfasse, da Gegenstand der begehrten Eintragung nicht eine Übertragung oder Aufhebung des betroffenen Rechts sei und die Bewilligung auch nicht vom Erblasser selbst oder einem Nachlasspfleger ausgehe bzw. auf einem gegen den Erblasser oder einen Nachlasspfleger bestehenden Titel beruhe. Es dürfte aber eine analoge Anwendung von § 40 Abs. 1 GBO auf derartige Konstellationen in Betracht kommen, obgleich dies in der obergerichtlichen Rechtsprechung umstritten sei.

Abgelehnt werde eine Analogie dabei mit dem Argument, dass § 40 Abs. 1 GBO als Ausnahme vom Grundsatz des § 39 Abs. 1 GBO von vornherein eng auszulegen sei. Auch könne – so die Vertreter der ablehnenden Ansicht weiter – eine Analogie nicht mit dem Argument gerechtfertigt werden, dass sich ein Beharren auf der Voreintragung als bloße Förmel darstelle. Anders als bei Sachverhalten, in denen der Voreinzutragende seine Rechtsposition (sicher) sofort wieder verliere und für den Rechtsverkehr damit kein Interesse an der Nachvollziehbarkeit seines Zwischenerwerbs bestehe, sei bei der Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld keineswegs gesichert, dass es tatsächlich zu diesem Rechtsverlust komme. Damit könne es aber zu der Situation kommen, dass dauerhaft ein Grundpfandrecht im Grundbuch verbleibe, ohne dass nachvollzogen werden könne, auf wen es zurückzuführen sei. Insofern ließe sich auch nicht argumentieren, dass allgemein die Sicherung einer Übertragung durch Eintragung einer Vormerkung der Übertragung selbst gleichgestellt und in diesem Fall eine Voreintragung als verzichtbar angesehen werde; denn anders als die Eintragung der Finanzierungsgrundschuld unterliege die Eintragung der Auflassungsvormerkung nach Scheitern des Erwerbsvorganges einer Grundbuchberichtigung.

Dieser Argumentation vermag sich das OLG nicht anzuschließen. Im Ausgangspunkt sei bereits die Differenzierung zwischen der Eintragung einer Vormerkung und der Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld in Frage zu stellen. Sicherlich treffe es zu, dass eine eingetragene Finanzierungsgrundschuld in ihrem dinglichen Bestand von dem Fortbestand des Veräußerungsgeschäfts unabhängig sei. Dies ändere jedoch nichts daran, dass auch hinsichtlich der Finanzierungsgrundschuld regelmäßige Ansprüche auf Löschung – aus der

Sicherungsabrede oder auch aus § 812 BGB – bestünden, die geeignet seien, die Richtigkeit des Grundbuchs wiederherzustellen. Vor allem aber sei die vorliegende Situation wertungsmäßig mit der Verfügung durch einen Nachlasspfleger i. S. d. § 40 Abs. 1, 2. Alt. GBO vergleichbar. Gerade durch die Erteilung einer transmortal wirkenden Generalvollmacht bringe der Vollmachtgeber sehr deutlich zum Ausdruck, dass die bevollmächtigte Vertrauensperson auch über seinen Tod hinaus umfassend für ihn handeln können soll. Die Rechtsmacht des transmortal Bevollmächtigten reiche – ebenso wie die des Nachlasspflegers – sogar deutlich weiter, als die Befugnisse der Erben aufgrund ihrer Erbenstellung. Dies rechtfertige im Ergebnis die analoge Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO auf den vorliegenden Sachverhalt.

Praxishinweis

Die Rechtslage um die Eintragung einer auf Grundlage einer transmortalen Vorsorgevollmacht bewilligten Finanzierungsgrundschuld ohne Voreintragung der Erben bleibt in der obergerichtlichen Judikatur umstritten, wengleich sich die Mehrzahl der Stimmen im Ergebnis für einen Verzicht auf die Voreintragung der Erben ausspricht (so bspw. grds. OLG Frankfurt ZEV 2017, 719; OLG Köln FGPrax 2018, 106; OLG Stuttgart ZErB 2018, 337; OLG Celle RNotZ 2019, 633; KG Mitt-BayNot 2021, 245; OLG Karlsruhe FGPrax 2022, 5; dagegen aber bspw. OLG Oldenburg FGPrax 2021, 153). Bis zu einer höchstrichterlichen Klärung dieser Frage wird der Notar daher ein besonderes Augenmerk auf die Rechtsprechung des zuständigen Oberlandesgerichts zu richten haben und – jedenfalls im Zweifelsfall – den Beteiligten eine Voreintragung nahelegen.

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 Sabrina Hasenstab

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

BewG § 228; AO §§ 80 Abs. 1, 149 Abs. 1 S. 2; BeurkG § 17 Abs. 1 – Pflicht zur Abgabe einer Steuererklärung zur Feststellung der Grundsteuerwerte; Grundsteuerreform; Gestaltung des Grundstückskaufvertrags

BGB § 2111, 2134, 2136, 2138 – Befreite Vorerbschaft; Tilgung von Eigenverbindlichkeiten mit Nachlassmitteln; Kettensurrogation; Ansprüche gegen den Vorerben

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

VwVfG §§ 48, 49; GrdstVG §§ 7 Abs. 2 und 3; 22 Abs. 1 – Rücknahme oder Widerruf einer Genehmigung nach dem GrdstVG; Rechtsfolgen

Literaturhinweis

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BewG § 228; AO §§ 80 Abs. 1, 149 Abs. 1 S. 2; BeurkG § 17 Abs. 1

Pflicht zur Abgabe einer Steuererklärung zur Feststellung der Grundsteuerwerte; Grundsteuerreform; Gestaltung des Grundstückskaufvertrags

I. Sachverhalt

Die gesetzlichen Vorschriften der Grundsteuerreform führen in Fällen eines Eigentumswechsels in diesem Jahr dazu, dass der Verkäufer von Grundbesitz die Daten sammeln und sich dem Finanzamt gegenüber erklären muss, da er am 1.1.2022 Eigentümer des Grundbesitzes war. Der Verkäufer wird in der Regel jedoch kein Interesse daran haben, diese umfangreiche Verpflichtung sorgsam zu erfüllen. Gleichzeitig hat der Käufer/Erwerber ein Interesse daran, dass die Angaben korrekt und sachgerecht gemacht werden.

II. Fragen

1. Inwiefern muss oder sollte die Pflicht zur Abgabe der Steuererklärung im Rahmen der Gestaltung von Grundstückskaufverträgen berücksichtigt werden?
2. Ist der Käufer des Grundbesitzes dazu berechtigt, die erforderlichen Erklärungen abzugeben, auch wenn er am 1.1.2022 nicht Eigentümer des Grundbesitzes war und dies möglicherweise auch bei Angabe der Daten noch nicht sein wird?
3. Kann der Verkäufer wirksam verpflichtet werden, die Erklärung nicht abzugeben, wenn der Käufer dieser Abgabepflicht z. B. bis zum 30.9.2022 nachgekommen ist?

III. Zur Rechtslage

1. Pflicht zur Abgabe der Steuererklärung

Gem. § 228 Abs. 1 S. 1 BewG haben die Steuerpflichtigen zur Feststellung der Grundsteuerwerte für den Hauptfeststellungszeitpunkt eine Erklärung abzugeben, wenn sie hierzu durch die Finanzbehörde aufgefordert werden. Die Aufforderung zur Abgabe der Erklärung kann gem. § 228 Abs. 1 S. 3 BewG vom Bundesministerium der Finanzen im Einvernehmen mit den obersten

Finanzbehörden der Länder durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen. Steuerpflichtige i. S. d. § 228 Abs. 1 S. 1 BewG sind gem. § 228 Abs. 3 Nr. 1 BewG diejenigen, denen die wirtschaftliche Einheit zuzurechnen ist.

Die Aufforderung i. S. d. § 228 BewG i. V. m. § 149 Abs. 1 S. 2 AO ist zwischenzeitlich vom Bundesministerium der Finanzen öffentlich bekannt gemacht worden (vgl. öffentliche Bekanntmachung des Bundesministeriums für Finanzen vom 30.3.2022, BStBl. I 2022, S. 205). Für Länder, die von der abweichenden Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 GG Gebrauch gemacht haben, gibt es gleichlautende Allgemeinverfügungen durch die zuständigen Landesministerien (vgl. Meier, DNotZ 2022, Heft 6 – im Erscheinen). Gemäß der öffentlichen Bekanntmachung des Bundesministeriums für Finanzen vom 30.3.2022 muss die Erklärung zur Feststellung des Grundsteuerwerts für den **Hauptfeststellungszeitpunkt 1.1.2022** nach dem amtlich vorgeschriebenen Datensatz durch Datenfernübertragung (elektronisches Formular) mit **Frist zum 31.10.2022** übermittelt werden. Sofern landesrechtlich keine abweichende Regelung besteht, ist das Finanzamt zuständig, in dessen Bezirk das zu bewertende Grundstück oder der zu bewertende Betrieb liegt. **Maßgebend für die persönliche Erklärungspflicht sind die Verhältnisse zum 1.1.2022.** Bei Nichtabgabe der Erklärung oder verspäteter Abgabe kann ein Verspätungszuschlag festgesetzt werden. Zudem kann das Finanzamt hilfsweise die Besteuerungsgrundlage schätzen.

Wie Sie in Ihrer Anfrage zutreffend herausarbeiten, kommt es hier zu einer Diskrepanz zwischen Erklärungspflicht einerseits und Folgen der Falsch- oder Nichtabgabe andererseits (teilweise wird dies in der Literatur als „kontraintuitiv“ bezeichnet, vgl. Meier, DNotZ 2022, Heft 6 – im Erscheinen). Kommt es nach dem 1.1.2022 zu einem Eigentumsübergang oder zum Abschluss eines Kaufvertrages, ändert dies nichts daran, dass der Eigentümer, der am 1.1.2022 im Grundbuch eingetragen war, öffentlich-rechtlich zur Abgabe der Steuererklärung verpflichtet bleibt. Diese öffentlich-rechtliche Pflicht steht nicht zur Disposition der Parteien, sodass durch zivilrechtliche Vereinbarungen der Veräußerer nicht von seiner öffentlich-rechtlichen Pflicht befreit werden kann.

2. Bevollmächtigung des Käufers

Grundsätzlich ermöglicht § 80 Abs. 1 S. 1 AO die Bevollmächtigung eines beliebigen Dritten im Besteuerungsverfahren. Eine Schranke bildet § 2 StBerG, der vorsieht, dass geschäftsmäßige Hilfeleistung in Steuersachen nur erbringen darf, wer hierzu befugt ist. Die Befugnis hierzu ergibt sich aus den §§ 3 ff. StBerG. Eine solche Befugnis wird der Käufer einer Immobilie regelmäßig nicht besitzen, es sei denn er ist

„zufälligerweise“ Steuerberater. Dies spielt letztlich aber keine Rolle, denn eine Bevollmächtigung im Besteuerungsverfahren ist dort ausgeschlossen, wo das Gesetz eine **eigenhändige Unterschrift** fordert. Verlangt das Gesetz eine eigenhändige Unterschrift, so ist eine Vertretung nur in den Schranken des § 150 Abs. 3 AO zulässig, d. h., wenn der Steuerpflichtige infolge seines körperlichen oder geistigen Zustands oder längerer Abwesenheit an der Unterschrift gehindert ist. Auch diese Voraussetzungen dürften regelmäßig nicht erfüllt sein, so dass wegen des Erfordernisses der eigenhändigen Unterschrift gem. § 228 Abs. 5 BewG die Bevollmächtigung bei der Steuererklärung ausgeschlossen ist (vgl. Klein/Rätke, AO, 15. Aufl. 2020, § 80 Rn. 7; Koenig/Hahlweg, AO, 4. Aufl. 2021, § 80 Rn. 26; Söhn, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 244. EL Sept. 2017, § 80 AO Rn. 145 ff.). Ist die Steuererklärung elektronisch zu übermitteln, wird die eigenhändige Unterschrift durch die Authentifizierung in ELSTER ersetzt (vgl. § 87a Abs. 6 S. 1 AO sowie Koenig/Haselmann, § 150 Rn. 22; Klein/Rätke, § 150 Rn. 39).

Insofern dürfte eine Bevollmächtigung des Käufers, die Erklärung für den Verkäufer abzugeben, ausscheiden. Eine eigene Pflicht des Käufers zur Abgabe der Erklärung besteht ebenso wenig wie ein Recht hierzu. Denn eine höchstpersönliche öffentlich-rechtliche Pflicht kann nicht durch eine andere Person als den Verpflichteten erfüllt werden.

3. Gestaltungsmöglichkeiten

Da eine Bevollmächtigung oder Erfüllung durch den Käufer ausscheidet, kommt lediglich in Betracht, die Beteiligten auf die bestehende Rechtslage hinzuweisen. Insbesondere kann der Verkäufer darauf hingewiesen werden, dass seine öffentlich-rechtliche Pflicht auch nach Verkauf und Eigentumsübergang fortbesteht und ggf. durch verwaltungsrechtliche Zwangsmaßnahmen durchgesetzt werden kann, obwohl er den Grundbesitz bereits veräußert hat. Eine Pflicht des Notars, darauf hinzuweisen, besteht bei steuerrechtlichen Fragen bekanntlich nicht.

Zivilrechtlich dürfte sich der Verkäufer ggf. schadenersatzpflichtig machen, wenn er der Pflicht nicht ordnungsgemäß nachkommt. Da die wirtschaftlichen Folgen der Erklärung allein den Erwerber treffen, könnte erwogen werden, dem Erwerber eine Pflicht aufzuerlegen, die relevanten Daten dem Verkäufer gegenüber mitzuteilen und den Verkäufer wiederum zu verpflichten, die Steuererklärung nach Maßgabe dieser Daten abzugeben, sofern keine Anhaltspunkte für eine Unrichtigkeit bestehen. Dies würde u. E. den Erwartungshaltungen der Beteiligten am nächsten kommen, da der Erwerber dadurch Einfluss darauf nehmen kann,

mit welchem Inhalt die Erklärung abgegeben wird. Es ist jedoch weiter darauf hinzuweisen, dass dies den Verkäufer öffentlich-rechtlich nicht davon entbinden kann, die Richtigkeit der Angaben zu prüfen und auch die öffentlich-rechtliche Verantwortung hierfür zu übernehmen. Letztlich ist die Regelung aber eine Frage des Willens der Beteiligten. Ab dem 1.7.2022 könnte eine Erklärung des Verkäufers in Erwägung gezogen werden, dass er seine Pflicht bereits ordnungsgemäß erfüllt hat (sofern dies zutrifft).

Zu beachten ist auch, dass der Veräußerer nicht nur verpflichtet ist, die Steuererklärung abzugeben, sondern auch im Nachgang vom Finanzamt den Grundsteuerwertbescheid (s. § 219 Abs. 1 BewG i. V. m. § 179 Abs. 2 S. 1 AO) sowie den Grundsteuermessbescheid (vgl. §§ 13, 16 GrStG) erhalten wird. Dieser entfaltet aber erst ab der Grundsteuerberechnung 2025 Wirkung, sodass es den Veräußerer regelmäßig nicht mehr betrifft (vgl. Meier, DNotZ 2022, Heft 6 – im Erscheinen). Es dürfte sich deshalb empfehlen, den Veräußerer zivilrechtlich im Vertrag dazu zu verpflichten, diese Dokumente in Kopie an den Erwerber herauszugeben. Dies erspart zumindest dem Käufer, sich diese Unterlagen beim Finanzamt besorgen zu müssen, was grundsätzlich ebenfalls in Betracht käme.

BGB § 2111, 2134, 2136, 2138

Befreite Vorerbschaft; Tilgung von Eigenverbindlichkeiten mit Nachlassmitteln; Ketten-surrogation; Ansprüche gegen den Vorerben

I. Sachverhalt

Der Erblasser hat in einem gemeinschaftlichen Testament Vor- und Nacherbfolge angeordnet und seine Ehefrau zur befreiten Vorerbin eingesetzt. Aufgrund ergänzender Vorausvermächtnisse unterliegt im Ergebnis nur eine Immobilie des Erblassers der Nacherbenbindung. Diese Immobilie hat die Vorerbin nach dem Tod des Erblassers verkauft und mit dem Erlös Eigenverbindlichkeiten getilgt, mit denen sie zu Lebzeiten des Erblassers eine eigene Immobilie erworben hatte.

II. Fragen

1. Setzt sich die Nacherbenbindung im Wege der dinglichen Surrogation an der Immobilie der Vorerbin fort?
2. Welche sonstigen Ansprüche könnte der Nacherbe im Nacherbfall wegen der Mittelverwendung geltend machen?
3. Wäre es im Ergebnis möglich, sich durch Tilgung von Eigenverbindlichkeiten der Nacherbenbindung zu

entziehen, obschon eine Befreiung vom Surrogationsprinzip (§ 2111 BGB) eigentlich nicht möglich ist?

III. Zur Rechtslage

I. Zur Reichweite der Nacherbenbindung infolge Surrogation (Frage 1)

1. Grundsätze

Nach § 2111 Abs. 1 S. 1 Var. 3 BGB gehört zur (Vor-) Erbschaft, was der Vorerbe durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt (**Mittelsurrogation**). Für diese sog. Mittelsurrogation genügt es, dass der **gegenwert objektiv aus dem Nachlass stammt** (s. nur Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, § 2111 Rn. 5 ff.; BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, Std.: 1.12.2021, § 2111 Rn. 20 ff.). Bei Veräußerung der ursprünglich im Nachlass befindlichen Immobilie erlangt die Vorerbin im Gegenzug den Kaufpreisanspruch bzw. den geleisteten Kaufpreis. Soweit der veräußerte Grundbesitz der Nacherbenbindung unterlag, ist der betreffende Kaufpreis folglich mit Nachlassmitteln in diesem Sinne erlangt und damit nach § 2111 Abs. 1 S. 1 Var. 3 BGB wiederum der **Nacherbenbindung unterworfen**.

Ist insofern der aus der Veräußerung erworbene Geldbetrag als Surrogat noch nacherbengebunden, so könnte dessen weitere **Verwendung wiederum einen Surrogationstatbestand gem. § 2111 BGB erfüllen**. Tritt nämlich an die Stelle eines Surrogats ein weiteres Surrogat (sog. **Kettensurrogation**), so gehört auch dieses zur Erbschaft (MünchKommBGB/Lieder, 8. Aufl. 2020, § 2111 Rn. 10 m. w. N.). Da der Erblasser auch im Fall der hier angeordneten befreiten Vorerbschaft gem. § 2136 BGB nicht vom Surrogationsprinzip des § 2111 BGB befreien kann, gilt diese Surrogation nach § 2111 BGB folglich auch für die befreite Vorerbin. In Betracht kommt wiederum v. a. § 2111 Abs. 1 S. 1 Var. 3 BGB, wonach die Gegenstände kraft Surrogation in den Nachlass fallen, die rechtsgeschäftlich mit Mitteln des Nachlasses erworben sind (sog. Mittelsurrogation). Voraussetzung dafür ist ein **rechtsgeschäftlicher Mitteleinsatz** durch den Vorerben (vgl. Staudinger/Avenarius, BGB, 2019, Updatestand 30.4.2021, § 2111 Rn. 23), was beispielsweise der Fall sein kann, wenn der Vorerbe mit diesen Mitteln ein Grundstück rechtsgeschäftlich erwirbt.

Die Voraussetzung des Rechtsgeschäfts wird dabei **nicht eng** verstanden (Staudinger/Avenarius, § 2111 Rn. 25). Wenn der Vorerbe beispielsweise mit Mitteln des Nachlasses eine ein Nachlassgrundstück belastende Hypothek tilgt, entsteht die Eigentümergrundschuld zwar kraft Gesetzes (§§ 1163, 1177 BGB), ihre Entstehung steht aber in so engem Zusammenhang mit der vom Vorerben rechtsgeschäftlich bewirkten Erfüllung, dass der Tatbestand der Mittelsurrogation als erfüllt

gelten kann (vgl. BGH NJW 1963, 2320; Staudinger/Avenarius, § 2111 Rn. 25 m. w. N.). Die durch Rückzahlung einer Nachlasshypothek mit Nachlassmitteln entstehende Eigentümergrundschuld ist damit Nachlassbestandteil (Staudinger/Avenarius, § 2111 Rn. 27). Tilgt der Vorerbe dagegen die Nachlasshypothekenschuld mit eigenen Mitteln, erwirbt er die Eigentümergrundschuld zu freiem Recht (BGH NJW 1993, 3198).

2. Besonderheiten des vorliegenden Sachverhalts

Im vorliegenden Sachverhalt sind insofern **zwei Besonderheiten** zu berücksichtigen. Zum einen nutzte die Vorerbin die der Nacherbenbindung unterliegenden Mittel, um **eigene Verbindlichkeiten** abzulösen, die sie wiederum zwecks Erwerbs eines Grundstücks vor dem Erbfall aufgenommen hatte (dazu unter lit. a). Zum anderen – dies unterstellen wir im Folgenden mangels anderweitiger Angaben – erfolgte die Tilgung der Verbindlichkeiten **teilweise durch Eigenmittel** und insofern nur **teilweise durch gebundene Mittel** (dazu unter lit. b).

a) Was den kreditfinanzierten Erwerb eines Gegenstandes anbelangt, wird im Ausgangspunkt grds. danach unterschieden, ob der Kredit **ursprünglich aus dem freien Vermögen des Vorerben oder aus dem Nachlass zurückgezahlt** werden sollte. Im letztgenannten Fall fällt der erworbene Gegenstand **mit dem Erwerb in den Nachlass** (vgl. MünchKommBGB/Lieder, § 2111 Rn. 33; BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, § 2111 Rn. 37 ff.). Wird der Kredit dagegen – so verstehen wir die Angaben zum vorliegenden Sachverhalt – zunächst vom Vorerben persönlich aufgenommen, später aber aus Nachlassmitteln zurückgezahlt, soll der **erworbene Gegenstand zunächst zum freien Vermögen des Vorerben gehören, aber im Augenblick der Rückzahlung in den Nachlass übergehen** (vgl. so BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, § 2111 Rn. 39; MünchKommBGB/Lieder, § 2111 Rn. 34; BeckOK-BGB/Litzenburger, 61. Ed., Std.: 1.2.2022, § 2111 Rn. 5; jew. mit Verweis auf BGH NJW 1990, 1237, 1238, wonach der Vorerbe ein Grundstück mit Mitteln der Erbschaft erwerbe, wenn er das Erblassergrundstück verkaufe und mit dem Erlös später den Kredit für den Erwerb des anderen Grundstücks ablöse). Zwar könnte sich durchaus hinterfragen lassen, ob in diesem Fall tatsächlich ein Erwerb mit Nachlassmitteln stattfindet, da das erworbene Grundstück ggf. vor Kredittilgung schon für einen längeren Zeitraum im Eigentum des Vorerben stand. Dagegen dürfte jedoch sprechen, dass sich der Erwerb bei einer wirtschaftlichen Betrachtung gleichwohl als durch Nachlassmittel realisiert darstellt (vgl. im Ergebnis auch BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, § 2111 Rn. 38.1). Eine solche wirtschaftliche Betrachtungsweise entspricht auch dem Schutzzweck des § 2111

BGB, wonach die Nacherbschaft wertmäßig erhalten werden soll (vgl. BeckOK-BGB/Müller-Christmann, § 2111 Rn. 2).

Ferner dürfte auch zu beachten sein, dass in der Begleichung der Darlehensverbindlichkeiten gegenüber der Bank **keine unentgeltliche Verfügung** der Vorerbin (zugunsten der Bank) liegt. Die Vorerbin haftet gegenüber der Bank – was wir unterstellen – in Höhe der gesamten Darlehensschuld auf Rückzahlung (§ 488 Abs. 1 S. 2 BGB). Durch die Tilgung dieser Eigenverbindlichkeiten der Vorerbin, unter Einsatz der Geldmittel als Surrogat aus dem Verkauf des Erblasser-Grundstücks, hat diese ihre aus dem Darlehensvertrag folgenden Verpflichtungen gegenüber der Bank erfüllt, was im Ergebnis ein entgeltliches Geschäft darstellt. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die **reine durch die Tilgung der Eigenverbindlichkeiten resultierende Schuldbefreiung** der Vorerbin **keinen tauglichen Gegenstand der Surrogation** i. S. d. § 2111 Abs. 1 S. 1 BGB darstellt (vgl. auch BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, § 2111 Rn. 22 a. E.). Zu beachten ist jedoch, dass zur Sicherung der Darlehensverbindlichkeiten der Bank regelmäßig ein **Grundpfandrecht** an dem betreffenden Grundstück bestellt sein wird. Insofern liegt es nahe, dass im Wege der **Kettensurrogation** zwar nicht die Schuldbefreiung, wohl aber der gegen die Grundpfandrechtsgläubigerin gerichtete Anspruch auf **Rückgewähr des Grundpfandrechts in den Nachlass übergeht**.

b) Ferner ist im vorliegenden Sachverhalt zu berücksichtigen, dass das Darlehen mutmaßlich nicht ausschließlich durch Mittel, die der Nacherbenbindung unterliegen, zurückgeführt wurde und insofern das Grundstück jedenfalls **teilweise auch aus Eigenmitteln** der Vorerbin erworben wurde. Ist der Erwerb (bzw. die Rückzahlung des Darlehens) teilweise mit Mitteln des Nachlasses und teilweise durch Eigenmittel erfolgt, unterliegt im Wege der Kettensurrogation auch die neu erworbene Immobilie wiederum **nur insoweit der Nacherbenbindung, als hierfür Nachlassmittel aufgewandt wurden**. Die Anteile sind dabei nach dem Verhältnis der eingesetzten Mittel zu bemessen (so der Sache nach bereits BGH NJW 1977, 1631; OLG Köln, Urt. v. 27.8.2009, BeckRS 2011, 58; BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, § 2111 Rn. 48 ff.; Staudinger/Avenarius, § 2111 Rn. 32 m. w. N.). Zwar ist die vorgenannte Entscheidung des BGH (NJW 1977, 1631) in der Literatur auf Kritik gestoßen (vgl. Krebber, FamRZ 2000, 197, 201 ff.; Peters, NJW 1977, 2075; Roggendorff, MittRhNotK 1981, 29, 31; Wolf, JuS 1981, 14 sowie m. w. N. BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, § 2111 Rn. 49.1). Allerdings wurde insofern maßgeblich hinterfragt, ob die in der Entscheidung vorgenommene Aufteilung zwischen Grundstück

(Erwerb mit Eigenmitteln des Vorerben) und darauf errichtetem Gebäude (aus Nachlassmitteln) nach dem Verhältnis der jeweils eingesetzten Mittel gem. §§ 741 ff. BGB der vorrangigen Anwendung der sachenrechtlichen Vorschrift des § 946 BGB und damit dem Alleineigentum des Vorerben hätte weichen und der Nacherbe auf Geldansprüche nach §§ 2138 Abs. 2, 2134 BGB hätte verwiesen werden müssen (dafür etwa BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, § 2111 Rn. 49.1). Die allgemein eintretenden **Rechtsfolgen der Surrogation nach Bruchteilen** sind aber grds. **unstreitig**.

II. Weitere Anspruchsgrundlagen des Nacherben gegen den Vorerben (Frage 2)

In dem Fall, dass ein Vorerbe der Nacherbenbindung unterliegende Nachlassmittel verwendet, dürften – abhängig von den Umständen des Einzelfalles – insbesondere **Ausgleichsansprüche** des Nacherben gegen diesen nach **§ 2134 S. 1 BGB** und **Schadensersatzansprüche** nach **§§ 280, 2130, 2131, 277 BGB**, nach **§ 2138 Abs. 2 BGB** und/oder nach **§ 826 BGB** in Betracht kommen (vgl. m. w. N. BeckOGK-BGB/Deppenkemper, Std.: 1.3.2021, § 2134 Rn. 15, § 2138 Rn. 52; Staudinger/Avenarius, § 2138, Rn. 14-17). Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass der Erblasser den Vorerben von den Verpflichtungen des § 2134 BGB sowie § 2130 BGB **befreien** kann (vgl. § 2136 BGB), sodass es im Einzelfall bei etwaigen Schadensersatzansprüchen nach § 2138 Abs. 2 BGB bzw. § 826 BGB verbleiben dürfte, die aber bei Befreiung des Vorerben nur in seltenen Fällen einschlägig sein dürften. Daneben hat der Erbe nach Eintritt des Nacherbfalles die Rechte gem. § 260 BGB, sodass er die Vorlage eines Bestandsverzeichnisses und ggf. die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung (§ 261 BGB) verlangen kann (Staudinger/Avenarius, § 2138 Rn. 5).

III. Möglichkeit der Entziehung aus der Nacherbenbindung durch Tilgung von Eigenverbindlichkeiten (Frage 3)

Soweit darüber hinaus gefragt wird, ob es im Ergebnis möglich sei, sich durch Tilgung von Eigenverbindlichkeiten der Nacherbenbindung zu entziehen, ist uns eine abstrakte Einschätzung losgelöst vom jeweiligen Sachverhalt kaum möglich. Dies dürfte jedoch dann **nicht per se auszuschließen** sein, wenn zum einen eine **Befreiung des Vorerben** insb. von §§ 2130, 2134 BGB angeordnet ist und zum anderen **kein Surrogationsgegenstand** (mehr) **vorhanden** ist; dies wiederum dürfte insbesondere denkbar sein, wenn der Surrogationsgegenstand **ersatzlos verbraucht** wurde oder die Verbindlichkeiten gar nicht zum Erwerb eines Gegenstandes, sondern bspw. zwecks Inanspruchnahme einer **Dienstleistung** (z.B. ärztliche Behandlung) aufgenommen wurden. Insofern dürfte insb. zu beachten sein,

dass in derartigen Konstellationen auch ein für grds. einschlägige Schadensersatzansprüche (§§ 2138 Abs. 2, 826 BGB) notwendiges **Verschulden nicht zwingend vorliegen** wird. Dies überzeugt im Ergebnis auch wertungsmäßig, da der befreite Vorerbe gerade **berechtigt** ist, die **Erbschaft zu verbrauchen** (vgl. nur BeckOGK-BGB/Deppenkemper, § 2136 Rn. 46).

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 §§ 528, 1360, 1360a; SGB XII §§ 2, 93, 94; SGB II §§ 9, 33

Verwertungsobliegenheit betreffs vermieteter Immobilie im Zusammenhang mit für Ehemann anfallenden Pflegekosten; Rechtslage nach Einräumung eines vormerkungsgesicherten Übernahmerechts bezüglich der Immobilie an die Kinder
Abruf-Nr.:

BGB § 1094

Beginn der Frist zur Ausübung eines dinglichen Vorkaufsrechts vor Wirksamkeit des Kaufvertrages
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

VwVfG §§ 48, 49; GrdstVG §§ 7 Abs. 2 und 3; 22 Abs. 1

Rücknahme oder Widerruf einer Genehmigung nach dem GrdstVG; Rechtsfolgen

1. Gegen die Rücknahme oder den Widerruf einer Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz kann gemäß § 22 Abs. 1 GrdstVG ein Antrag auf Entscheidung durch das nach dem Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen zuständige Gericht gestellt werden.

2a. Die Rücknahme einer rechtswidrigen Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz richtet sich nach § 48 Abs. 3 VwVfG und kann auch dann erfolgen, wenn die privatrechtsgestaltende Wirkung der Genehmigung bereits eingetreten ist; die Fiktion

des § 7 Abs. 3 GrdstVG tritt nicht ein, wenn die Eintragung in das Grundbuch aufgrund eines rechtswidrig genehmigten Rechtsgeschäfts vorgenommen worden ist.

2b. Die Rücknahme einer rechtswidrigen Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz ist nach dem im Rahmen der Ermessenabwägung einzubeziehenden Rechtsgedanken des § 7 Abs. 3 GrdstVG regelmäßig ausgeschlossen, wenn das Rücknahmeverfahren nicht innerhalb eines Jahres nach Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch eingeleitet worden ist; das gilt jedoch nicht, wenn die in § 48 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 2 VwVfG genannten Voraussetzungen vorliegen, unter denen sich die Beteiligten nicht auf Vertrauensschutz berufen können.

2c. Auch eine gemäß § 7 Abs. 3 GrdstVG fingierte Genehmigung kann zurückgenommen werden, wenn und soweit die in § 48 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 2 VwVfG genannten Voraussetzungen bezogen auf die Herbeiführung der Eintragung in das Grundbuch vorliegen.

3. Soll die Rücknahme einer rechtswidrigen Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz erfolgen und liegen die Voraussetzungen vor, unter denen das Vorkaufsrecht nach dem Reichssiedlungsgesetz ausgeübt werden kann, so hat die Behörde während des Rücknahmeverfahrens die Erklärung der Siedlungsbehörde über die Ausübung des Vorkaufsrechts durch die vorkaufsberechtigte Stelle herbeizuführen und muss den Veräußerer über diesen Vorgang in Kenntnis setzen; die Rücknahme muss zwingend mit der Mitteilung über die Ausübung des Vorkaufsrechts verbunden werden. Eines Zwischenbescheids nach § 6 Abs. 1 Satz 2 GrdstVG bedarf es nicht; die Vertragsparteien können die Anhörung zum Anlass nehmen, zu erklären, dass der Antrag für den Fall der Rücknahme zurückgenommen wird.

4. Das Grundbuchamt hat in entsprechender Anwendung von § 7 Abs. 2 Satz 1 GrdstVG einen Widerspruch in das Grundbuch einzutragen, wenn das Ersuchen der Genehmigungsbehörde auf die Rücknahme oder den Widerruf der nach dem Grundstückverkehrsgesetz erteilten Genehmigung nach §§ 48, 49 VwVfG gestützt wird; die Unanfechtbarkeit des Rücknahmebescheids bzw. dessen sofortige Vollziehbarkeit gehört zu denjenigen Voraussetzungen des Widerspruchs, die grundsätzlich nicht das Grundbuchamt, sondern die Genehmigungsbehörde zu prüfen hat.

BGH, Beschl. v. 29.4.2022 – BLw 5/20

Problem

Im Jahr 2015 verkauften 14 Gesellschaften eines Konzerns jeweils in ihrem Alleineigentum stehende landwirtschaftliche Grundstücke mit einer Fläche von insgesamt 2262 ha zu einem Kaufpreis von insgesamt 26,7 Millionen Euro. Käuferin war eine ebenfalls konzernzugehörige und als landwirtschaftliches Unternehmen registrierte Gesellschaft. Die Vertragsparteien vereinbarten eine langfristige Rückverpachtung der Flächen an die jeweiligen Verkäuferinnen. Der Landkreis erteilte kurz darauf eine Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz. Unmittelbar nach Erteilung der Genehmigung übertrug die Alleingesellschafterin der Käuferin 94,9 % ihrer Geschäftsanteile auf eine konzernfremde Kapitalanlagegesellschaft. Daraufhin teilte der Landkreis mit, dass er die Rücknahme der erteilten Genehmigung beabsichtige und die Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts vorbereite. Es liege eine ungesunde Verteilung von Grund und Boden vor. Anschließend erklärte der Landkreis mittels Bescheid vom 27.9.2017 für sechs der 14 verkauften Grundstücke die Rücknahme der erteilten Genehmigung sowie evtl. fingierter Genehmigungen und teilte die Ausübung des Vorkaufsrechts durch das gemeinnützige Siedlungsunternehmen mit. Aufgrund dessen versuchte der Landkreis gemäß § 7 Abs. 2 GrdstVG einen Widerspruch in das Grundbuch eintragen zu lassen, was zunächst auch erfolgte. Aufgrund einer im Beschwerdeverfahren ergangenen Anordnung des OLG wurde der Widerspruch jedoch wieder gelöscht. Die Vorinstanz hob den Rücknahmebescheid auf, wogegen sich die Rechtsbeschwerde beim BGH richtet.

Entscheidung

In der Sache hat die Rechtsbeschwerde Erfolg. Das Gericht thematisiert verschiedene Zulässigkeitsprobleme, die hier aus Gründen der Übersichtlichkeit nicht weiter dargestellt werden sollen. Insofern sei auf den Volltext der Entscheidung auf der DNotI-Homepage verwiesen. Nach Auffassung des BGH richtet sich die **Rücknahme** einer rechtswidrigen Grundstückverkehrsgenehmigung nach § 48 Abs. 3 VwVfG und **kann auch dann erfolgen, wenn die privatrechtsgestaltende Wirkung der Genehmigung bereits eingetreten ist**. Da es sich um einen begünstigten Verwaltungsakt handelt, der weder eine Geld- noch eine Sachleistung gewährt, richtet sich die Rücknahme nach § 48 Abs. 3 VwVfG. Dabei ist auch möglich, dass die Rücknahme des Verwaltungsakts auf einzelne Kaufgegenstände beschränkt wird. Dies gilt jedenfalls dann, wenn eine einheitliche Urkunde mehrere rechtlich selbstständige Verträge enthält, die der Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz bedürfen. Im vorliegenden Fall bejaht der BGH das Vorliegen 14 rechtlich selbstständiger Kaufverträge insbesondere mit dem Argument, dass 14 ver-

schiedene Verkäuferinnen beteiligt sind.

Die Rücknahme sei auch nicht gemäß § 7 Abs. 3 GrdstVG ausgeschlossen. Eine direkte Anwendung des § 7 Abs. 3 GrdstVG scheide aus, da bei einer einmal erteilten Genehmigung kein Anlass für eine Fiktionswirkung bestehe. Auch eine analoge Anwendung der Norm komme nicht in Betracht, da es an einer planwidrigen Regelungslücke fehle. Die Rücknahme von rechtswidrigen, privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten sei in § 48 VwVfG eingehend und differenziert geregelt, sodass insbesondere auch die Frist des § 48 Abs. 4 S. 1 VwVfG der Frist für die Fiktionswirkung nach dem GrdstVG als *lex specialis* vorgehe. Die Wertung des § 7 Abs. 3 GrdstVG sei jedoch im Rahmen des Rücknahmeverfahrens gem. § 48 VwVfG zu berücksichtigen. Denn der Regelungszweck des § 7 Abs. 3 GrdstVG bestehe darin, nach dem Ablauf einer gewissen Zeit über die Wirksamkeit des Veräußerungsgeschäfts und die Richtigkeit des Grundbuchs Gewissheit zu haben. Eine Rücknahme nach mehr als einem Jahr scheide also regelmäßig aus. Etwas anderes gelte aber dann, wenn bei den Vertragsbeteiligten die Voraussetzungen der §§ 48 Abs. 2 S. 3, Abs. 3 S. 2 VwVfG vorlägen. Denn dann können sich die Beteiligten nicht auf Vertrauensschutz berufen. Ein solches Berufen auf Vertrauensschutz scheide vorliegend aus, da die Erwerberin unvollständige und unrichtige Angaben gemacht habe, da die dauerhafte Einbringung der Flächen in eine konzerninterne Besitzgesellschaft nicht beabsichtigt war, sondern von vornherein geplant war, die erwerbende Kapitalgesellschaft in weiten Teilen an einen Dritten zu veräußern. Daraus resultiere eine ungesunde Verteilung von Grund und Boden im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG. Dient der Erwerb nämlich der Weiterveräußerung an eine konzernfremde Kapitalgesellschaft, die lediglich Gewinne aus der Rückverpachtung erzielen solle, liege eine solche ungesunde Verteilung von Grund und Boden nahe.

Umstritten war bislang die richtige Verfahrensweise bei der Rücknahme einer Genehmigung nach dem GrdstVG. Teilweise wurde vertreten, dass die Rücknahme einer Genehmigung von der erneuten Entscheidung über den Genehmigungsantrag zu trennen sei und der Lauf der Frist gemäß § 6 GrdstVG erneut in Gang gesetzt werde. Dies sieht der BGH nun anders und entscheidet den Streit dahingehend, dass die **Rücknahme zwingend mit der konkludenten Versagung der Genehmigung einhergehe, weil sie die Rechtswidrigkeit der Genehmigung gerade voraussetze**. Die Rücknahme müsse deshalb zwingend mit der Mitteilung über die Ausübung des Vorkaufsrechts verbunden werden. Liegen nämlich die Voraussetzungen für die Ausübung des Vorkaufsrechts vor und wird das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt, scheide die versagende Genehmigung

und damit zugleich die Rücknahme der erteilten Genehmigung gemäß § 9 Abs. 5 GrdstVG aus. Daraus ergebe sich nach Auffassung des BGH zwingend, dass die Rücknahme die Frist des § 6 GrdstVG nicht erneut in Gang setze.

In entsprechender Anwendung des § 7 Abs. 2 Satz 1 GrdstVG sei dann ein Widerspruch in das Grundbuch einzutragen, wenn das Ersuchen der Genehmigungsbehörde auf die Rücknahme oder den Widerruf der erteilten Genehmigung gestützt werde. Im Gegensatz zu § 53 GBO hänge die Eintragung des Widerspruchs gemäß § 7 Abs. 2 GrdstVG nicht von einem Verfahrensfehler des Grundbuchamts ab.

Da weitere Sachverhaltsermittlung dahingehend erforderlich war, ob aufstockungsbedürftige und leistungsfähige Landwirte zum Erwerb der Flächen zu den Bedingungen des Kaufvertrags bereit und in der Lage waren, hat der BGH die Sache zur erneuten Sachverhaltsaufklärung zurückverwiesen. Hierbei hat er klargestellt, dass es für die Frage auf **den Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts** ankommt.

Praxishinweis

Für den umgekehrten Fall, dass die Genehmigung zunächst versagt wird, ist zu beachten, dass das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft damit **endgültig unwirksam** wird und die nachträgliche Aufhebung der Versagung und Genehmigung nicht mehr zur Wirksamkeit des einmal endgültig unwirksamen zivilrechtlichen Vertrags führen kann (vgl. dazu BGH NJW 1956, 1918 sowie DNotI-Abrufgutachten Nr. 101068).

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 Sabrina Hasenstab

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 §§ 1018, 1025; WEG §§ 1, 3 – Sondereigentumseinheit als herrschendes Grundstück; Teilung; Abspaltung eines Miteigentumsanteils und Verbindung mit neu geschaffenem Sondereigentum

NotaktVV § 3 – Verwendung der Bezeichnung „UR-Nr.“ statt „UVZ-Nr.“; Prüfungsbefugnis des Grundbuchamts

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 1822 Nr. 10; WEG § 10 Abs. 3 – Überlassung von Wohnungseigentum an einen Minderjährigen; Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung; Haftung für rückständige Kosten und Lasten

Literaturhinweis

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1018, 1025; WEG §§ 1, 3 Sondereigentumseinheit als herrschendes Grundstück; Teilung; Abspaltung eines Miteigentumsanteils und Verbindung mit neu geschaffenem Sondereigentum

I. Sachverhalt

Eine WEG bestand baulich aus einem Mehrfamilienhaus (Einheiten 1-7) an der Straße und einem Einfamilienhaus (Einheit 8) auf dem hinteren Teil des Grundstücks. Nahezu der gesamte hintere Teil des Grundstücks der WEG ist als Sondernutzungsrecht der Einheit 8 zugeordnet. Der Eigentümer der Einheit 8 hat auf dieser ihm als Sondernutzungsrecht zugewiesenen Fläche ein weiteres Einfamilienhaus errichtet. Die Teilungserklärung wurde mit Zustimmung aller Eigentümer dahingehend abgeändert, dass die ME-Anteile der Einheit 8 halbiert wurden (je 200/1000). Der eine

200/1000-Anteil ist mit dem Sondereigentum der bisherigen Einheit 8 verbunden, der zweite 200/1000-Anteil mit dem neu gebauten Haus bzw. Sondereigentum 9. In der Änderungsurkunde waren Auffassung, Umwandlung von Gemeinschafts- in Sondereigentum bzgl. Haus 9 etc. enthalten.

An einem angrenzenden Grundstück ist zugunsten der Einheit Nr. 8 (und nur für die „alte“ SE-Einheit Nr. 8) ein Geh- und Fahrrecht als Grunddienstbarkeit eingetragen. Dieses Recht muss künftig aber auch die Einheit Nr. 9 nutzen können.

II. Frage

Ist infolge der Teilung des ME-Anteils der bisherigen Einheit Nr. 8 künftig auch die Einheit Nr. 9 neben der Einheit Nr. 8 (neu) Grunddienstbarkeitsberechtigte – ähnlich einer Grundstücksteilung des herrschenden Grundstücks?

III. Zur Rechtslage

1. Vorbemerkung: Grunddienstbarkeit zugunsten einer Wohnungseigentumseinheit

Zunächst ist festzuhalten, dass eine Grunddienstbarkeit

auch zugunsten einer Wohnungs- oder Teileigentums-einheit bestellt werden kann. Nach § 1018 BGB ist Berechtigter einer Grunddienstbarkeit der jeweilige Eigentümer eines anderen *Grundstücks*. Anerkanntermaßen kommen als herrschendes „Grundstück“ i. S. d. § 1018 BGB auch grundstücksgleiche Rechte in Betracht, namentlich Wohnungseigentumseinheiten (BGH DNotZ 1990, 493; BayObLGZ 1990, 124, 127; OLG Stuttgart NJW-RR 1990, 659; OLG Hamm MDR 1981, 142; Meikel/Grziwotz, GBO, 12. Aufl. 2021, Einl. B Rn. 327; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1123). Herrschendes „Grundstück“ i. S. d. § 1018 ist dann die jeweilige Wohnungs- bzw. Teileigentums-einheit, zu deren Gunsten die Grunddienstbarkeit bestellt wurde (Staudinger/Weber, BGB, 2017, § 1018 Rn. 46), wobei präzisierend zu ergänzen ist, dass der BGH das jeweilige Raumeigentum als herrschendes „Grundstück“ ansieht (BGH DNotZ 1990, 493, 494) und Sondernutzungsrechte dem wesentlich gleichstellt, wenn sie auch nicht selbstständig berechtigt oder belastet sein können (BGH ZWE 2020, 328 Rn. 39). Ein *Miteigentumsanteil* kann gerade nicht herrschendes Grundstück i. S. d. § 1018 BGB sein (OLG Hamm, Beschl. v. 22.3.2016, Az. I-15 W 357/15 – juris; Staudinger/Weber, § 1018 Rn. 45; Meikel/Grziwotz, Einl. B Rn. 327 jeweils m. w. N.). Die Eigenschaft als herrschendes „Grundstück“ ergibt sich insofern bei der Wohnungs- oder Teileigentums-einheit allein aus der Tatsache, dass mit dem Miteigentumsanteil reales Sondereigentum verbunden ist (OLG Hamm, Beschl. v. 22.3.2016, Az. I-15 W 357/15 – juris, Rn. 27). Dieser Gegenstand des Sondereigentums i. S. d. § 5 Abs. 1 WEG ist insofern herrschendes „Grundstück“ i. S. d. § 1018 BGB.

2. Rechtsfolgen der „Aufteilung“ einer berechtigten Sondereigentums-einheit auf die bestellte Grunddienstbarkeit

Es stellt sich die Frage, welche Folgen eintreten, wenn eine Grunddienstbarkeit zugunsten einer Sondereigentums-einheit bestellt ist und diese herrschende Sondereigentums-einheit unterteilt wird. Die Aufteilung soll dergestalt erfolgen, dass Teile des Miteigentumsanteils, mit dem die Sondereigentums-einheit verbunden ist, mit neu geschaffenen Sondereigentum verbunden werden sollen, das auf der bisherigen Sondernutzungsfläche errichtet wurde.

a) Ausgangspunkt: Rechtsfolgen der Aufteilung eines herrschenden Grundstücks in Wohnungs- und Teileigentum

Im Ausgangspunkt ist die Situation zu betrachten, wenn ein herrschendes Grundstück in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt wird. Wird das Grundstück eines

Dienstbarkeitsberechtigten in Wohnungseigentum geteilt, so besteht die Grunddienstbarkeit gem. § 1025 S. 1 BGB für die einzelnen Teile mit Schutz des Eigentümers des belasteten Grundstücks gegen eine beschwerlichere Ausübung fort (BayObLG MittBayNot 1983, 168; OLG Stuttgart NJW-RR 1990, 659; BeckOGKWEG/Müller, Std.: 1.6.2022, § 2 Rn. 43). Die fortbestehende Grunddienstbarkeit bleibt einheitliches Recht der nun mehreren Berechtigten (Grüneberg/Herrler, BGB, 81. Aufl. 2022, § 1025 Rn. 1; Staudinger/Weber, § 1025 Rn. 3 ff.). Es entstehen nach zutreffender h. M. nicht mehrere selbstständige Dienstbarkeiten, sondern kraft Gesetzes eine Gesamtgrunddienstbarkeit (BayObLGZ 1965, 267; BayObLG NJW-RR 1990, 1043, 1044; Staudinger/Weber, § 1025 Rn. 5; MünchKommBGB/Mohr, 8. Aufl. 2020, § 1025 Rn. 2; Grüneberg/Herrler, § 1025 Rn. 1; Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl. 2001, § 1025 Rn. 1; BeckOGKBGB/Kazele, Std.: 1.5.2022, § 1025 Rn. 23; a. A. BeckOK-BGB/Reischl, Std.: 1.11.2021, § 1025 Rn. 3).

Vorliegend ist aber kein Grundstück im Rechtssinne herrschendes Grundstück, sondern eine einzelne Wohnungseigentums-einheit. Es stellt sich daher die Frage, ob sich diese Rechtsfolge ohne Weiteres auf den Fall übertragen lässt, dass ein Miteigentumsanteil, der mit Sondereigentum verbunden ist, „aufgeteilt“ wird.

b) Unterteilung von Sondereigentums-einheiten

Die Grunddienstbarkeit zugunsten einer Sondereigentums-einheit besteht nach § 1025 S. 1 BGB für die einzelnen Teile fort, wenn die ursprüngliche Sondereigentums-einheit in einzelne Sondereigentums-einheiten unterteilt wird (vgl. Staudinger/Weber, § 1025 Rn. 3 a. E.). Eine solche Unterteilung liegt aber nur vor, wenn solche Räume dem geteilten Sondereigentum zugeordnet werden, die bereits bislang zum Sondereigentum des unterteilten Wohnungs- oder Teileigentums gehörten (Müller, in: Hügel, Wohnungseigentum, 5. Aufl. 2021, § 2 Rn. 124). Nicht möglich ist es, im Wege der Unterteilung einer einzelnen Sondereigentums-einheit in mehrere Einheiten (§ 8 WEG) Räume des früheren Gemeinschaftseigentums in die Unterteilung einzubeziehen und zum Gegenstand von Sondereigentum zu machen (Müller, in: Hügel, § 2 Rn. 124).

Vorliegend liegt keine solche Teilung von Sondereigentum vor. Die Einheit 8 soll nämlich *nicht* sachenrechtlich in diesem Sinne unterteilt werden. Stattdessen wurde auf einer Fläche des Gemeinschaftseigentums, an der ein Sondernutzungsrecht zugunsten der Einheit 8 besteht, ein Gebäude errichtet und an diesem wurde Sondereigentum begründet. Mit der Errichtung des Gebäu-

des steht dieses zunächst im Gemeinschaftseigentum, § 1 Abs. 5 WEG (vgl. Müller, in: Hügel, § 2 Rn. 44). Diese „Unterteilung“ (nur des Miteigentumsanteils) ist nicht als Unterteilung nach § 8 WEG zu begreifen, wonach der einzelne Teileigentümer ohne Zustimmung der übrigen Miteigentümer die Unterteilung erreichen kann. Stattdessen ist sie dogmatisch als Umwandlung von Gemeinschafts- in Sondereigentum und Neuverbindung mit dem abgespaltenen Miteigentumsanteil anzusehen.

c) Auswirkungen der Umwandlung von Gemeinschafts- in Sondereigentum auf eine Grunddienstbarkeitsberechtigung

Unklar ist, ob sich in der hier beschriebenen Situation die zugunsten der Sondereigentumseinheit Nr. 8 bestellte Grunddienstbarkeit an dem Miteigentumsanteil, der mit dem Sondereigentum am neu zu errichtenden Wohnhaus verbunden wird, fortsetzt. Soweit ersichtlich, ist in der Literatur und Rechtsprechung zu dieser Frage bislang nicht ausdrücklich Stellung bezogen worden. Eine Erstreckung der Grunddienstbarkeit wäre denkbar, wenn auf diese Fallgestaltung § 1025 S. 1 BGB (analog) anwendbar wäre. Nach dieser Vorschrift besteht die Grunddienstbarkeit für die einzelnen Teile fort, wenn das Grundstück des Berechtigten geteilt wird. Die Norm gilt – wie oben gesehen – analog auch, wenn Sondereigentum *unterteilt* wird. Unterteilt wurde hier zwar nicht das Sondereigentum selbst, aber die damit verbundene Sondernutzungsfläche, die der BGH – wie bereits oben erwähnt – für Zwecke der Dienstbarkeiten Sondereigentum weitgehend gleichstellt (BGH ZWE 2020, 328 Rn. 39).

Ob man § 1025 S. 1 BGB analog auch auf die vorliegende Konstellation anwendet, wenn nur ein Miteigentumsanteil abgespalten und mit neu geschaffenem Sondereigentum verbunden wird, hängt maßgeblich davon ab, was man als „herrschendes Grundstück“ im Sinne dieser Norm im Falle einer Wohnungseigentumseinheit begreift. Wie bereits oben ausgeführt, geht der BGH davon aus, dass herrschendes „Grundstück“ das Raumeigentum ist (BGH DNotZ 1990, 493, 494). Denkt man dies *formal* fort, dürfte § 1025 BGB auf die vorliegende Konstellation keine Anwendung finden. Denn unterteilt wird nicht das Raumeigentum (= der Gegenstand des Sondereigentums), sondern nur der mit dem Raumeigentum verbundene Miteigentumsanteil.

Das OLG München hatte einen Fall zu entscheiden, in dem eine Sondereigentumseinheit (Hinterhaus) aus einer Wohnungseigentümergeinschaft „abgespalten“ und sodann im Wege der Realteilung dem bisherigen

Eigentümer der bislang im Gemeinschaftseigentum stehende Grundstücksteil zum Alleineigentum übertragen wurde (OLG München FGPrax 2017, 114). Die Sondereigentumseinheit war herrschendes Grundstück einer Grunddienstbarkeit. Das OLG München kam zu dem Ergebnis, dass die Grunddienstbarkeit auch zugunsten des neu geschaffenen Grundstücks fortbestehe. Hierbei argumentiert das Gericht maßgeblich mit der Identität des (vormaligen) Sondereigentums und des aktuellen Alleineigentums (OLG München FGPrax 2017, 114, 116). Gleichzeitig verweist das Gericht – insoweit nicht ganz konsistent – darauf, dass „in rechtlicher Sicht das Miteigentum am Gesamtgrundstück im Vordergrund steht, das durch das WEG lediglich eine besondere Ausgestaltung erfahren hat“. Die Dienstbarkeit gehe als wesentlicher Bestandteil des Miteigentumsanteils auf den Erwerber des Alleineigentums am Teilgrundstück über.

Die Entscheidung des OLG München zeigt aber noch etwas anderes und verdeutlicht insofern, dass man die oben genannte BGH-Entscheidung nicht lediglich formal verstehen darf, sondern im Kontext des Telos des § 1025 BGB. Dieser soll es dem Grundstückseigentümer ermöglichen, seine Sache beliebig katastermäßig zu vermessen und grundbuchrechtlich zu unterteilen, ohne dabei die Rechtsposition, die ihm die Dienstbarkeit vermittelt, zu verlieren. Die Realteilung eines Grundstücks ist für die bestehenden Rechte grundsätzlich bedeutungslos. So verhält es sich auch bei der Aufteilung von Wohnungseigentum. Problematisch ist vorliegend allerdings, dass nicht nur *Sondereigentum* geteilt wird, sondern auch ein Teil des Grundstücks betroffen ist, an dem lediglich ein *Sondernutzungsrecht* besteht. Analog zu den Überlegungen des OLG München und der vom BGH vorgenommenen Gleichbehandlung des Sondernutzungsrechts mit Sondereigentum (BGH ZWE 2020, 328 Rn. 39) dürfte dies jedoch keinen Unterschied machen. Denn letztlich geht es darum, welchen tatsächlichen Herrschaftsbereich dem Berechtigten sein Wohnungseigentum vermittelt. Und dazu gehört auch die zum Inhalt des Sondereigentums gemachte Vereinbarung, die die übrigen Eigentümer von der Nutzung der entsprechenden Fläche regelmäßig ausschließt. Wird aus diesem räumlichen Herrschaftsbereich des Eigentümers ein Teil „herausgelöst“, kommt dies funktional der Realteilung i. S. d. § 1025 BGB derart nahe, dass eine analoge Anwendung u. E. geboten scheint.

3. Folgen einer möglichen Nutzungsintensivierung

Nicht abschließend beurteilen können wir – da reine Tatfrage – ob ein Fall der unzulässigen Nutzungsintensivierung vorliegt. Denn die Ausübung ist

nach Teilung im Zweifel nur in der Weise zulässig, dass sie für den Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht beschwerlicher wird (§ 1025 S. 1 Hs. 2 BGB). Für die Beantwortung des Fortbestands der Dienstbarkeit ist diese Beurteilung jedoch ohne Belang. Denn eine Überschreitung des gem. § 1025 S. 1 Hs. 2 BGB zulässigen Maßes führt nur zu Abwehransprüchen des Eigentümers des dienenden Grundstücks (MünchKommBGB/Mohr, § 1025 Rn. 3; Staudinger/Weber, § 1025 Rn. 9) und nicht zum Erlöschen der Dienstbarkeit.

4. Ergebnis

U. E. besteht im vorliegenden Fall die Grunddienstbarkeit zugunsten der neu geschaffenen Sondereigentumseinheit fort. Die konkrete Fallgestaltung wird jedoch weder in der Literatur diskutiert, noch ist sie von der Rechtsprechung entschieden, so dass eine gewisse Rechtsunsicherheit besteht. Auch wenn man eine analoge Anwendung des § 1025 S. 1 BGB bejaht, können dem Eigentümer des dienenden Grundstücks Abwehransprüche zustehen, wenn der Mitgebrauch des Gehund Fahrrechts durch den Eigentümer der Einheit Nr. 9 eine unzulässige Nutzungsintensivierung darstellen sollte.

NotAktVV § 3

Verwendung der Bezeichnung „UR-Nr.“ statt „UVZ-Nr.“; Prüfungsbefugnis des Grundbuchamts

I. Sachverhalt

Im Januar 2022 wurde ein Kaufvertrag über Wohnungseigentum und zur Finanzierung des Kaufpreises eine Grundschuld beurkundet. Am 19.1.2022 wurde die Eintragung der Auflassungsvormerkung und der Grundschuld beantragt. Die Urkunden tragen – versehentlich – noch eine Urkundenrollennummer statt einer Urkundenverzeichnisnummer. Das Grundbuchamt lehnt die Eintragung ab, da die Urkunden eine UR- und keine UVZ-Nummer aufweisen und bittet um glaubigste Abschriften mit UVZ-Nummer.

II. Frage

Darf das Grundbuchamt mit dieser Begründung die Eintragung verweigern?

III. Zur Rechtslage

Das **BeurkG** selbst enthält **keine Regelungen** über die äußere Form einer notariellen Niederschrift. Diese waren bislang vielmehr in den §§ 28-31 DONot enthalten. Nach § 28 Abs. 2 DONot hatte die Notarin

bzw. der Notar auf der Urschrift jeder Urkunde sowie auf jeder Ausfertigung oder Abschrift die Nummer der Urkundenrolle und die Jahreszahl anzugeben. Seit dem 1.1.2022 ist diese Vorschrift abgelöst durch § 3 NotAktVV, wobei § 28 Abs. 2 DONot bis auf eine grammatikalische Verbesserung wörtlich in § 3 Abs. 3 NotAktVV aufgegangen ist. Es fragt sich, **welche Rechtsfolge** ein Verstoß gegen diese Vorschrift nach sich zieht.

Im **Geltungsbereich der DONot** war sogar ein völliges Fehlen der Urkundennummer auf einer Ausfertigung **unbeachtlich**. Nach allgemeiner Ansicht war die DONot weder Gesetz noch Rechtsverordnung, sondern lediglich Verwaltungsvorschrift (vgl. BGH DNotZ 1980, 181, 182; DNotZ 1972, 551, 552; Eickelberg, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 8. Aufl. 2020, Vorbem. zu §§ 1-34 DONot Rn. 45). Dabei war die DONot keine Verwaltungsvorschrift des Bundes, sondern der einzelnen Bundesländer, welche die DONot alle fast gleichlautend erlassen haben. Aus der Rechtsnatur der DONot als reiner Verwaltungsanordnung ergab sich, dass die Nichtbeachtung der Regeln der DONot für die Gültigkeit des notariellen Amtsgeschäfts ohne Bedeutung war (vgl. BGH NJW 1960, 2336; Eickelberg, Rn. 22). Verstöße gegen die DONot führten also weder zur Unwirksamkeit einer notariellen Urkunde noch beeinträchtigten sie ihren Beweiswert. Insbesondere durfte kein Gericht und kein Grundbuchamt den Beweiswert einer notariellen Urkunde allein wegen des Verstoßes gegen die DONot verneinen (Eickelberg, Rn. 45). Lediglich der Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften, namentlich gegen das BeurkG, kann derart einschneidende Konsequenzen haben (Kanzleiter, DNotZ 1972, 519, 523; Eickelberg, Rn. 45).

Es erscheint fraglich, ob sich die Rechtslage durch das **Inkrafttreten der NotAktVV** verändert hat. Neu ist insofern die **Änderung der Rechtsqualität** von einer reinen Verwaltungsvorschrift hin zu einer Verordnung des Bundes (Weingärtner, DONot/NotAktVV, 14. Aufl. 2021, § 3 NotAktVV Rn. 2). Es ließe sich somit erwägen, dass ein Verstoß nunmehr einen „äußeren Mangel“ der Urkunde darstellt und somit ihre Beweiskraft beeinträchtigt, § 419 ZPO. Ein Gericht könnte die Beweiskraft dann grundsätzlich nach freier Überzeugung würdigen. Betroffen ist davon die Beweiskraft der gesamten Urkunde und nicht nur die der fehlerhaften Teile (Berger, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2015, § 419 Rn. 1). Im Grundbuchverfahren wird teilweise sogar die weitergehende Konsequenz gezogen, dass eine äußerlich mangelhafte Urkunde insgesamt unbrauchbar ist (Meikel/Böttcher, GBO, 12. Aufl. 2021, § 29 Rn. 567).

Gleichwohl bestehen Zweifel, ob mit der Einführung der NotAktVV derartige Rechtsfolgen einhergehen. Zu berücksichtigen ist etwa, dass die Gesetzgebungsmaterialien bei Einführung der Ermächtigungstatbestände in § 36 BNotO und § 59 BeurkG keinen Rückschluss darauf zulassen, dass mit der Verlagerung auf Bundesebene eine Änderung der Rechtslage verbunden sein sollte.

Nach unserer Auffassung verbleibt es bei der unter alter Rechtslage anerkannten **Unbeachtlichkeit von Verstößen für die Wirksamkeit von notariellen Urkunden**. Die Verordnungsermächtigung für die Regelungen zu Akten und Verzeichnissen und damit § 3 NotAktVV ergibt sich aus § 36 BNotO. Die BNotO regelt notarielles Berufsrecht und stellt damit keine Anforderungen an die Wirksamkeit einer notariellen Urkunde. Entsprechende Regelungen finden sich vielmehr im BeurkG. In dieses wurde die Ermächtigungsgrundlage aber gerade – und sachgerechterweise – nicht aufgenommen. Die Vergabe einer Urkundenverzeichnisnummer ist nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit einer notariellen Urkunde. Die Urkundenverzeichnisnummer ist noch nicht einmal Inhalt der notariellen Urkunde, wie ihre Vergabe zeitlich nach Abschluss des Beurkundungsvorgangs verdeutlicht. Die Nummerierung dient lediglich der leichteren „Identifizierung“ der notariellen Urkunde, ist also deren „Bezeichnung“. Es entspricht aber bereits der Denkklogik, dass die Bezeichnung eines Gegenstandes etwas anderes ist als der bezeichnete Gegenstand (hier: die notarielle Urkunde) selbst. Vor dem Hintergrund, dass die Urkundenverzeichnisnummer kein Inhalt der notariellen Urkunde ist, kann ihr Fehlen keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit oder die Beweiskraft der notariellen Urkunde haben.

Nur **im Einzelfall** wird die Urkundenverzeichnisnummer zugleich Inhalt einer Urkunde, etwa bei einer entsprechenden **Bezugnahme**, vgl. § 13a BeurkG. Auch dann ist u. E. eine Bezeichnung als „UR-Nr.“ aber unschädlich, denn es sprechen noch weitere Gründe gegen die Auffassung des Grundbuchamts, jedenfalls wenn die relevante Urkunde eine Nummernbezeichnung erhält und lediglich eine dem Grundbuchamt nicht tauglich erscheinende Abkürzung zur Bezeichnung der Urkundenverzeichnisnummer verwandt wurde. So besteht jedenfalls nach den einschlägigen Dienstvorschriften **keine Pflicht**, die Urkundenverzeichnisnummer **mit einer bestimmten Abkürzung** zu versehen. § 8 Abs. 1 S. 2 NotAktVV sieht lediglich vor, dass Eintragungen im Urkundenverzeichnis mit fortlaufenden Nummern zu versehen seien. Dies enthält – soweit ersichtlich – keine Regelungsaussage dazu, ob der Begriff „Urkundenverzeichnisnummer“ zur Kennzeich-

nung der individuellen Urkunde zu verwenden ist und ob dieser Begriff abgekürzt werden darf und, falls ja, wie. Auch § 44 Abs. 2 S. 2 GBO enthält keine näheren Vorgaben dazu, ob der Begriff „Urkundenverzeichnisnummer“ ausgeschrieben oder abgekürzt in die Grundbucheintragung aufzunehmen ist. Vielmehr enthält er insofern lediglich die Soll-Vorgabe, dass die Nummer der Urkunde bei einer Bezugnahme genannt werden soll. Auch in der einschlägigen Kommentarliteratur zu § 44 Abs. 2 S. 2 GBO konnten wir keine Stellungnahmen finden, die über die Angabe der „Urkundennummer“ hinausgehende Vorgaben für die Bezeichnung als „Urkundenverzeichnisnummer“ o. ä. verlangen würden. Zudem spricht auch die Gesetzesfassung des § 44 Abs. 2 S. 2 GBO gegen eine solche Vorgabe, da dort noch von „Urkundenrolle“ gesprochen wird und daher kein Bezug zur Neufassung der NotAktVV besteht. Auch nach Sinn und Zweck von § 44 Abs. 2 S. 2 GBO sehen wir keinen Anlass, davon auszugehen, dass eine im speziellen Kontext allgemein verständliche Abkürzung wie „U-Nr.“ oder letztlich auch „UR-Nr.“ unzulässig wären, soweit die Abkürzung – wie hier – objektiv verständlich ist.

Als **Ergebnis** ist festzuhalten: § 3 NotAktVV stellt eine ausschließlich berufsrechtliche Regelung dar. Dem Grundbuchamt steht kein Beanstandungsrecht hinsichtlich einer insofern verwendeten Abkürzung zu. Wir gehen also davon aus, dass die Verweigerung des Grundbuchamtes zu Unrecht erfolgt.

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.

SGB VI § 187

Freiwillige Einzahlungen in die gesetzliche Rentenversicherung aufgrund eines vorsorgenden Ehevertrages

Abruf-Nr.:

EuGüVO Art. 26

Türkei: Beurkundung einer Scheidungsfolgenvereinbarung für türkische Eheleute

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB § 1822 Nr. 10; WEG § 10 Abs. 3

Überlassung von Wohnungseigentum an einen Minderjährigen; Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung; Haftung für rückständige Kosten und Lasten

Wird Wohnungseigentum an einen Minderjährigen überlassen und enthält die Gemeinschaftsordnung eine Regelung zur Haftung des (Einzel-) Rechtsnachfolgers für rückständige Kosten und Lasten, ist eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich.

(Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Nürnberg, Beschl. v. 30.5.2022 – 15 W 1386/22

Problem

Die Eigentümerin eines Wohnungseigentums wollte dieses ihrem minderjährigen Sohn schenkweise überlassen. Angesichts der allgemein anerkannten rechtlichen Nachteilhaftigkeit des dinglichen Vollzugs der Schenkung von Wohnungseigentum (vgl. nur BGH NJW 2010, 3643, 3644) wurde eine Ergänzungspflegerin bestellt, die die gesamte notarielle Urkunde genehmigte. Denn die rechtliche Nachteilhaftigkeit führt dazu, dass die schenkende Mutter gem. §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen ist. Angesichts der teleologischen Reduktion des Merkmals „in Erfüllung einer Verbindlichkeit“ in § 181 BGB greift diese Ausnahme nicht, wenn und soweit die schuldrechtliche *causa* (Schenkungen) durch den gesetzlichen Vertreter aufgrund der rechtlichen Vorteilhaftigkeit in Ausnahme von § 181 BGB begründet werden konnte (vgl. hierzu G. Müller, DNotZ 2013, 205, 209).

Die Besonderheit des Falls lag darin, dass in der Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümergeinschaft, auf die gem. § 874 BGB in der Eintragungsbeurteilung Bezug genommen wurde, eine Haftung der Rechtsnachfolger als Gesamtschuldner für „rückständige Lasten und Kosten (...) sowie für andere Forderungen aller Art der Gemeinschaft“ vereinbart war. Das Grundbuchamt lehnte den Vollzug der Auflassung ab und bemängelte das Fehlen einer familiengerichtlichen Genehmigung.

Entscheidung

Auf die durch den Notar für die Beteiligten eingelegte Beschwerde, der das Grundbuchamt nicht abhalf, hatte das OLG Nürnberg zu entscheiden. Das

OLG Nürnberg wies die Beschwerde zurück. Das Grundbuchamt habe zu Recht eine familiengerichtliche Genehmigung gefordert. Bei der Eintragung einer Auflassung sei gem. § 20 GBO die Einigung nachzuweisen. Dies umfasse auch etwaige für deren Wirksamkeit erforderliche gerichtliche Genehmigungen. Im zu entscheidenden Fall habe die Erklärung der Auflassung – neben der Einschaltung eines Ergänzungspflegers – auch einer familiengerichtlichen Genehmigung bedurft. Dieses Erfordernis folge aus §§ 1915 Abs. 1 S. 1, 1822 Nr. 10 BGB. Die das Genehmigungserfordernis auslösende Übernahme einer fremden Verbindlichkeit liege auch vor, wenn der Minderjährige gemeinsam mit einem Dritten die Verbindlichkeit als Gesamtschuldner übernehme und der Dritte im Innenverhältnis die Schuld alleine zu tragen habe. Das Genehmigungserfordernis solle gerade der Gefahr vorbeugen, dass der Minderjährige eine fremde Verbindlichkeit im Hinblick auf die Regressmöglichkeit als *vermeintlich* risikolos übernehme.

Die Entscheidung steht damit in Einklang mit dem anerkannten Anwendungsbereich von § 1822 Nr. 10 BGB, der – wie vom OLG Nürnberg betont – bei Übernahme einer subsidiären Haftung durch den Minderjährigen greift. Liegt eine solche subsidiäre Haftung vor, ist gleichgültig, ob sich diese Haftung aufgrund Rechtsgeschäfts oder als gesetzliche Nebenfolge ergibt (vgl. G. Müller, DNotZ 2013, 205, 210 f.).

Die Entscheidung widerspricht nur scheinbar derjenigen des BGH vom 30.9.2010 (Az. V ZB 206/10 = NJW 2010, 3643). Darin hatte der BGH ausgeführt, der Erwerb einer Eigentumswohnung durch einen Minderjährigen sei zwar rechtlich nachteilhaft, unterliege jedoch keinem Genehmigungserfordernis nach § 1821 Abs. 1 BGB (Rn. 17). In dem durch den BGH entschiedenen Fall erwarben die Minderjährigen die ihnen geschenkten Eigentumswohnungen offenbar, ohne dass eine Haftung für Altverbindlichkeiten gegenüber der Gemeinschaft vorgesehen war.

Das Judikat des OLG Nürnberg liegt vielmehr auf der Linie der bisher hierzu ergangenen Rechtsprechung (vgl. bereits BGH NJW 1973, 1276, 1278; zum Erwerb von Wohnungseigentum KG ZWE 2011, 41; OLG München DNotZ 2013, 205; OLG Köln ZWE 2015, 318) und der Literatur (vgl. etwa BeckOK-BGB/Bettin, Std. 1.5.2022, § 1822 Rn. 26; BeckOGK-BGB/Schöpflin, Std. 1.3.2022, § 1822 Rn. 93; Staudinger/Veit, BGB, 2020, § 1822 Rn. 183; MünchKommBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Auflage 2020, § 1822 Rn. 66). Die zitierte obergerichtliche Rechtsprechung erging zwar

zu Fällen, in denen der Minderjährige Miteigentum an den Eigentumswohnungen erwerben sollte und ihn daher die gesetzliche Haftung aus § 16 Abs. 2 WEG als Gesamtschuldner traf. Gerade aufgrund dieser mit der Stellung als Gesamtschuldner verbundenen subsidiären Haftung für den Anteil des anderen Miteigentümers an den Kosten und Lasten wurden die Erwerbsvorgänge der Genehmigungspflicht des § 1822 Nr. 10 BGB unterworfen.

In dem der Entscheidung des OLG Nürnberg zugrunde liegenden Sachverhalt erwirbt der Minderjährige zwar Alleineigentum, es wird jedoch ebenfalls eine gesamtschuldnerische Haftung des Minderjährigen begründet. Die Regelung in der Gemeinschaftsordnung, wonach Rechtsnachfolger eines Eigentümers als Gesamtschuldner neben dem bisherigen Eigentümer u.a. für rückständige Lasten und Kosten haften (nunmehr § 7 Abs. 3 S. 2 WEG, wobei die fehlende Eintragung gem. § 48 Abs. 3 S. 3 WEG bis zum 31.12.2025 unschädlich ist), begründet eine subsidiäre Haftung des Minderjährigen. Ihm steht im Innenverhältnis ein Regressanspruch gegen den früheren Eigentümer gem. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB für die Zeiträume zu, in denen dieser Eigentümer war. Der Schutz vor der Übernahme solcher fremder Verbindlichkeiten, bei der auf den Regressanspruch vertraut zu werden droht, ist Zweck der Genehmigungspflicht des § 1822 Nr. 10 BGB.

Praxishinweis

Für die Rechtslage ab dem 1.1.2023 ist zu beachten, dass eine Genehmigungspflicht beim unentgeltlichen Erwerb von Wohnungseigentum durch Minderjährige ungeachtet der vorstehend skizzierten Fragen nach der subsidiären Haftung für fremde Verbindlichkeiten aus § 1850 Nr. 4 BGB k.F. (i. V. m. §§ 1799 Abs. 1, 1813 Abs. 1 BGB k. F.) folgen wird. Ein solcher unentgeltlicher Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum bedarf dann stets einer familiengerichtlichen Genehmigung.

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

GrEStG § 16 Abs. 1; BGB § 883 – Rückabwicklung eines Kaufvertrages; Weiterverkauf; Löschung einer Vormerkung aufgrund Vollmacht im Kaufvertrag

HGB § 13g – Aufhebung einer Zweigniederlassung; Vorlage der Gewerbeabmeldung; Prüfungsrecht des Registergerichts

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

HGB § 12; BGB § 129 Abs. 1 S. 1; BeurkG § 40 Abs. 1 – Keine Gleichwertigkeit einer Unterschriftbeglaubigung mittels Fernbeglaubigung (Abgleich der Unterschrift)

BGB §§ 280 Abs. 1 u. 3, 281 Abs. 1 u. 2, 437 Nr. 3, 439 Abs. 2, 444 – (Keine) Beteiligung des Käufers an den Kosten der Nachbesserung nach den Grundsätzen „neu für alt“

Veranstaltung

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GrEStG § 16 Abs. 1; BGB § 883

Rückabwicklung eines Kaufvertrages; Weiterverkauf; Löschung einer Vormerkung aufgrund Vollmacht im Kaufvertrag

I. Sachverhalt

Nach einem Grundstückskaufvertrag sind die Verkäufer wegen Zahlungsverzugs des Käufers zurückgetreten. Die eingetragene Aufassungsvormerkung wurde mit Hilfe der im Kaufvertrag erteilten Vollmacht an die Notariatsangestellten gelöscht. Den Grundbesitz haben die Verkäufer nach dem Rücktritt, aber noch vor Löschung der Aufassungsvormerkung des Erstkäufers weiterverkauft.

Das Finanzamt hatte in Folge des ersten Kaufvertrages die Grunderwerbsteuer festgesetzt, die der Käufer eben-

sowenig bezahlt hat wie den Kaufpreis. Trotz des gegenüber dem Finanzamt nachgewiesenen Rücktritts nimmt das Finanzamt nunmehr die Verkäufer als Zweitschuldner der Grunderwerbsteuer in Anspruch. Es begründet dies damit, dass dem Käufer trotz des Rücktritts durch die eingetragene Vormerkung eine Rechtsposition verblieben sei, sodass die Verkäufer nicht frei über den Grundbesitz verfügen konnten. Es argumentiert, dass zur Ausübung der Vollmacht im Kaufvertrag zur Löschung der Vormerkung die (nochmalige?) Mitwirkung des Käufers erforderlich gewesen sei.

II. Frage

Wie ist die Rechtslage zu beurteilen?

III. Zur Rechtslage

1. Aufhebung bzw. Änderung der Steuerfestsetzung nach § 16 GrEStG; Abgrenzung § 16 Abs. 1 und § 16 Abs. 2 GrEStG

Während § 16 Abs. 1 GrEStG die Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs *vor* Übergang des Eigentums am Grundstück auf den Erwerber betrifft, findet § 16 Abs. 2 GrEStG auf den Rückerwerb nach Übergang des

Eigentums Anwendung. Entscheidend für die Abgrenzung zwischen § 16 Abs. 1 und § 16 Abs. 2 GrEStG ist dabei, ob im Zeitpunkt der Rückgängigmachung des Erwerbsvorgangs zivilrechtlich das Eigentum am Grundstück bereits übergegangen ist oder nicht. Da im vorliegenden Fall weder Kaufpreis noch Grunderwerbsteuer bezahlt wurden, unterstellen wir (schon weil keine Unbedenklichkeitsbescheinigung vorgelegen haben kann), dass das Eigentum am Grundstück noch nicht übergegangen, somit also § 16 Abs. 1 GrEStG anwendbar ist.

2. Voraussetzungen der Anwendbarkeit des § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG; Erfordernis der Löschung der Vormerkung

Wird der Erwerbsvorgang *vor* Eigentumsübertragung rückgängig gemacht und erfolgt dies innerhalb von zwei Jahren, so ist § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG einschlägig. Der Tatbestand des § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG setzt voraus, dass der Erwerbsvorgang zivilrechtlich wirksam aufgehoben oder durch einseitige Erklärung beseitigt worden ist. Erforderlich ist die zivilrechtlich wirksame Aufhebung der Verpflichtung zur Übereignung des Grundstücks, die bloß wirtschaftliche Aufhebung des Grundstückskaufvertrages reicht nicht aus (vgl. Viskorf/Loose, GrEStG, 20. Aufl. 2020, § 16 Rn. 33 m. w. N.). Zur Erfüllung des Tatbestandes des § 16 Abs. 1 GrEStG ist daher im Grundsatz erforderlich, dass sämtliche Wirkungen aus dem Erwerbsvorgang zivilrechtlich aufgehoben und die Vertragsparteien so gestellt werden, als wäre dieser nicht zustande gekommen. Zwar ist in § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG nur die Ausübung eines vorbehaltenen Rücktrittsrechts oder eines Wiederkaufsrechts als Form der Rückabwicklung genannt. Diese Aufzählung ist jedoch nicht abschließend. Den Tatbestand des § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG erfüllt vielmehr jede durch ein- oder zweiseitiges Rechtsgeschäft erfolgende rechtlich wirksame Aufhebung der Verpflichtungen aus dem ursprünglichen Erwerbsvorgang (so Viskorf/Loose, § 16 Rn. 33 m. w. N.).

Zu dieser zivilrechtlichen Aufhebung des tatbestands erfüllenden Rechtsgeschäfts muss auch die vollständige **tatsächliche Rückgängigmachung** hinzutreten. Eine nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG begünstigte Rückgängigmachung liegt nach der Rechtsprechung nur dann vor, wenn die Vertragspartner derart aus ihrer vertraglichen Bindung entlassen werden, dass die Möglichkeit der Verfügung über das Grundstück nicht beim Erwerber verbleibt, sondern der Veräußerer seine ursprüngliche Rechtsstellung wiedererlangt (so Viskorf/Loose, § 16 Rn. 62 m. w. N.). Die Parteien müssen daher vom Vollzug des aufgehobenen Rechtsgeschäfts Abstand nehmen, sämtliche Wirkungen aus dem Erwerbsvor-

gang aufheben und sich so stellen, als wäre dieser nicht zustande gekommen (BFH v. 16.2.2005, BFHE 2009, 158; BFH v. 10.7.1996 – II B 139/95 [juris]).

Die tatsächliche vollständige Rückgängigmachung setzt voraus, dass alle gegenseitig ausgetauschten Leistungen zurückgewährt werden. Hat der Erwerber bspw. den Kaufpreis bereits entrichtet, ist ihm der Besitz an dem Grundstück übergeben worden und sind auch Nutzungen und Lasten bereits auf den Erwerber übergegangen, so ist der Erwerbsvorgang nur dann i. S. d. § 16 Abs. 1 GrEStG rückgängig gemacht, wenn der Veräußerer das Grundstück wieder in Besitz nimmt, den ihm zugeflossenen Kaufpreis zurückgewährt, die Lasten des Grundstücks trägt und die Nutzungen hieraus zieht (BFH v. 10.7.1996 – II B 139/95 [juris]).

Erforderlich ist darüber hinaus grundsätzlich auch die Löschung einer zugunsten des Ersterwerbers eingetragenen Auflassungsvormerkung, da eine Auflassungsvormerkung die Verkehrsfähigkeit eines Grundstücks unabhängig vom Fortbestand des zivilrechtlichen Übereignungsanspruchs beeinträchtigt (BFH DStRE 2008, 1151 = BStBl. II 2008, 882). Ausreichend ist es aber nach der BFH-Rechtsprechung, wenn der Erwerber dem Veräußerer eine Löschungsbewilligung in grundbuchrechtlich gebotener Form erteilt hat und der Veräußerer über sie frei und ohne Einflussnahme seitens des Erwerbers verfügen kann (BFH DStRE 2022, 625 Rn. 26; BFH DStRE 2008, 1151 = BStBl. II 2008, 882; ebenso FG Hessen BeckRS 2020, 41313 – nicht rechtskräftig), da dann der Erwerber keine Rechtsposition mehr hat, die es ihm ermöglicht, auf die nachfolgenden Veräußerung des Grundstücks einzuwirken.

Demgegenüber soll es nach Auffassung des FG Hessen (FG Hessen BeckRS 2020, 41313 Rn. 25) *nicht* genügen, wenn die Löschungsbewilligung dem Notar zu treuen Händen überlassen wird und nur dann dem Grundbuchamt zum Vollzug vorgelegt werden darf, wenn der Kaufpreis zurückgezahlt wird. Dies stelle noch keine freie Verfügungsmöglichkeit dar (FG Hessen BeckRS 2020, 41313 Rn. 25). In diesem Fall bestand allerdings die Besonderheit, dass Erstkäuferin eine Kapitalgesellschaft war und Zweitkäufer die Geschäftsführer dieser Gesellschaft. Es lag deshalb nach Auffassung des Gerichts nahe, dass die Ersterwerberin auch beim Zweiterwerb eigene wirtschaftliche Interessen verfolgte, da sich die Kapitalgesellschaft die Interessen derjenigen Personen zurechnen lassen müsse, die bei der Ausübung der Rechtsposition für die Kapitalgesellschaft gehandelt hätten (FG Hessen BeckRS 2020, 41313 Rn. 30). Diese Entscheidung weist also Besonderheiten auf, die sich nicht uneingeschränkt auf den vorliegenden Fall über-

tragen lassen. Zudem ist die Revision beim Bundesfinanzhof anhängig (Az. II R 38/20).

Erfolgt die Aufhebung des ursprünglichen Kaufvertrags *zeitgleich* mit der Weiterveräußerung, kommt es nach Auffassung des BFH darauf an, ob für den Ersterwerber trotz Vertragsaufhebung die Möglichkeit der Verwertung der eigenen Rechtsposition verbleibt, der Verkäufer also nicht vollständig aus seiner Bindung entlassen war (BFH DStRE 2013, 1507 Rn. 11 = BStBl. II 2014, 42). Jedenfalls wenn die Aufhebung in der gleichen Urkunde mit der Weiterveräußerung erfolge, könne der Ersterwerber seine Rechtsposition dahingehend nutzen, dass das Grundstück an eine von ihm ausgewählte Person veräußert werde (BFH DStRE 2013, 1507 Rn. 12 = BStBl. II 2014, 42). Weitere Voraussetzung ist jedoch, dass der Ersterwerber die ihm verbleibende Rechtsposition tatsächlich im eigenen wirtschaftlichen Interesse verwertet hat. Ist dem Ersterwerber das weitere Schicksal des Grundstücks indes gleichgültig, hindert die gleichzeitige Weiterveräußerung die Anwendung des § 16 Abs. 1 GrEStG nicht (BFH DStRE 2013, 1507 Rn. 14 = BStBl. II 2014, 42).

3. Übertragung auf den vorliegenden Fall

Im vorliegenden Fall besteht die Besonderheit darin, dass der Notar bzw. dessen Mitarbeiter zur Löschung der Aufassungsvormerkung bevollmächtigt waren, wenn der Käufer den Kaufpreis nicht zahlt und der Verkäufer vom Vertrag zurückgetreten ist. Soweit ersichtlich, ist diese konkrete Fallkonstellation von der Rechtsprechung noch nicht entschieden und in der Literatur auch nicht aufgegriffen worden. Unseres Erachtens kommt die *Abgabe der Löschungsbewilligung* durch den Notar aufgrund einer ihm erteilten Vollmacht der Erteilung einer Löschungsbewilligung durch den Erwerber selbst gleich (so in BFH DStRE 2008, 1151; nicht ausreichend ist jedoch allein die *Erteilung* der Vollmacht, ohne dass davon Gebrauch gemacht wurde, vgl. jüngst BFH DStRE 2022, 625). Im Falle der bereits erteilten Löschungsbewilligung hat es der Erwerber nicht mehr selbst in der Hand, an wen das Grundstück nach Aufhebung des Vertrages weiterveräußert wird. Eine Verwertung der eigenen Rechtsposition im eigenen wirtschaftlichen Interesse (BFH DStRE 2013, 1507 Rn. 14) ist dem Ersterwerber in diesen Fällen gerade nicht mehr möglich.

Der Erwerbsvorgang muss nun innerhalb der Zweijahresfrist vollständig rechtlich und tatsächlich rückgängig gemacht werden, d. h. in diesem Zeitraum müssen im Grundsatz alle Voraussetzungen für die tatsächliche Rückgängigmachung erfolgt sein. Fraglich ist nun, ob die Aufassungsvormerkung innerhalb der in § 16

Abs. 1 Nr. 1 GrEStG bestimmten Frist von zwei Jahren gelöscht werden muss oder ob es ausreichend ist, dass innerhalb dieser Frist der Antrag beim Grundbuchamt auf Löschung gestellt worden ist. In seinem Urteil vom 5.10.2005 (II B 152/04, Tz. 17 [juris]) musste der BFH zu dieser Frage mangels Entscheidungserheblichkeit keine Stellung nehmen. Der BFH hat es aber zumindest als naheliegend erachtet, dass in entsprechender Anwendung des § 16 Abs. 2 Nr. 1 S. 2 GrEStG (der die gesetzliche Regelung enthält, dass in Fällen, in welchen für den Rückerwerb eine Eintragung in das Grundbuch erforderlich ist, es ausreicht, wenn innerhalb der Frist die Aufassung erklärt und die Eintragung im Grundbuch beantragt wird) eine Antragstellung beim Grundbuchamt auf Löschung innerhalb der Zweijahresfrist ausreichen dürfte. Jüngst hat der BFH nun klargestellt, dass es auf die **Antragstellung beim Grundbuchamt** ankommt (BFH DStRE 2022, 625 Rn. 31). Es ist also erforderlich, dass der Löschantrag (samt Bewilligung) dem Grundbuchamt innerhalb der Zweijahresfrist zugeht. Mangels abweichender Anhaltspunkte gehen wir vorliegend davon aus, dass die Löschung der Vormerkung noch innerhalb der Zweijahresfrist erfolgte, sodass es auf die Frage des Zeitpunkts der Antragstellung nicht ankommen wird.

4. Ergebnis

Zur Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG muss im Grundsatz auch die zugunsten des Ersterwerbers eingetragene Aufassungsvormerkung innerhalb des Zweijahreszeitraums gelöscht werden, da nach Auffassung des BFH die Aufassungsvormerkung die Verkehrsfähigkeit eines Grundstücks unabhängig vom Fortbestand des zivilrechtlichen Überweisungsanspruchs beeinträchtigt. Unseres Erachtens ist eine Verwertung der wirtschaftlichen Position des Erwerbers ausgeschlossen, wenn die Löschung der Vormerkung auf Grundlage der Bevollmächtigung von Notar oder Notariatsmitarbeitern ohne Mitwirkung des Erwerbers bewirkt wird.

HGB § 13g

Aufhebung einer Zweigniederlassung; Vorlage der Gewerbeabmeldung; Prüfungsrecht des Registergerichts

I. Sachverhalt

Die Aufhebung der Zweigniederlassung einer österreichischen GmbH wird zum deutschen Handelsregister angemeldet. Das Registergericht beanstandet, dass das Gewerbe immer noch angemeldet sei und deshalb von einer tatsächlichen Aufhebung ausgegangen

werden könne. Verlangt wird die Einreichung der Gewerbeabmeldung nach öffentlichem Recht.

II. Frage

Kann das Registergericht einen entsprechenden Nachweis verlangen?

III. Zur Rechtslage

1. Ausgangspunkt: Eingeschränktes Prüfungsrecht des Handelsregisters

Es ist im Grundsatz anerkannt, dass das Registergericht eine formelle Prüfung der Anmeldung vornehmen darf. In materieller Hinsicht hat das Registergericht zu prüfen, ob die angemeldeten Tatsachen rechtmäßig und richtig sind. Hier soll im Ausgangspunkt eine Schlüssigkeitsprüfung vorgenommen werden, während bei Zweifeln auch eine vollständige Prüfung durch das Registergericht vorzunehmen ist (BGH NJW-RR 2011, 1184; NJW 1991, 1754, 1758; OLG Düsseldorf DNotI-Report 1995, 143; OLG Hamm NZG 2011, 311; Roth, in: Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, 9. Aufl. 2019, § 8 Rn. 23; Schaub, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, § 8 Rn. 32, 138; Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 1025; BeckOGK-HGB/Schärtl, Std.: 1.1.2022, § 53 Rn. 21 f.). Dies lässt sich mit dem Zweck des Handelsregisters begründen, das keine falschen Tatsachen verlautbaren, andererseits aber auch mit der im Handelsverkehr gebotenen Schnelligkeit Eintragungen vornehmen soll.

2. Rein tatsächliche Aufhebung der Zweigniederlassung relevant

Eine Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft (§§ 13d ff. HGB) wird dabei nach deutschem Recht, d. h. wie die Zweigniederlassung einer deutschen Gesellschaft, verstanden (BeckOGK-HGB/Schaal, Std.: 15.9.2019, § 13d Rn. 29; BeckOK-HGB/Müther, Std.: 15.4.2022, § 13d Rn. 16; EBJs/Pentz, HGB, 4. Aufl. 2020, § 13d Rn. 7). Eine Zweigniederlassung ist daher eine räumlich von der Hauptniederlassung getrennte Niederlassung, die nicht nur zu einem vorübergehenden Zweck im Rahmen des Unternehmens nach außen eigene Rechtsgeschäfte tätigt und die hierfür erforderliche Organisation in sachlicher und personeller Hinsicht aufweist (BeckOK-HGB/Müther, § 13d Rn. 16; EBJs/Pentz, § 13d Rn. 8).

Gem. § 13g Abs. 6 HGB ist auch die Aufhebung der Zweigniederlassung anzumelden. Es handelt sich bei der Aufhebung um einen tatsächlichen Vorgang, dessen Anmeldung lediglich deklaratorisch ist; die Zweigniederlassung muss hierfür tatsächlich aufgehoben worden sein (BeckOGK/Schaal, § 13d Rn. 85; § 13g Rn. 29.1).

Auch die Literatur geht davon aus, dass ein Prüfungsrecht des Registergerichts (bei Zweifeln) nur dahingehend besteht, ob die Zweigniederlassung tatsächlich aufgehoben wurde (BeckOGK-HGB/Schaal, § 13g Rn. 29.1); das Registergericht muss dabei den Aufhebungstatbestand nicht positiv feststellen, sondern kann die Anmeldung nur dann zurückweisen, wenn offensichtlich ist, dass die Zweigniederlassung nicht aufgehoben wurde (Oetker/Preuß, HGB, 7. Aufl. 2021, § 13 Rn. 70).

Entsprechend gehen die einschlägigen Formularbücher davon aus, dass Unterlagen bei der Anmeldung der Aufhebung einer Zweigniederlassung nicht beizufügen seien (Gustavus, Handelsregisteranmeldungen, 10. Aufl. 2020, A 15 (S. 55); Schmidt/Sikora/Tiedtke, Praxis des Handelsregister- und Kostenrechts, 7. Aufl. 2014, Rn. 2331).

3. Gewerberechtliche Anmeldung als Indiz?

a) Zusammenspiel von Gewerberecht und Handelsregister

Auch im Gewerberecht begegnet der Begriff der Zweigniederlassung. Gem. § 14 Abs. 1 GewO muss jeder, der „den selbständigen Betrieb eines stehenden Gewerbes, einer Zweigniederlassung oder einer unselbständigen Zweigstelle anfängt“, dies der zuständigen Behörde anzeigen.

Der Begriff der **Zweigniederlassung** wird dabei überwiegend unter Rückgriff auf den zum Registerrecht entwickelten Rechtsbegriff verstanden (Winkler, in: Ennuschat/Wank/Winkler, 9. Aufl. 2020, GewO § 14 Rn. 37 f.; BeckOKGewO/Leisner, Std.: 1.1.2022, § 14 Rn. 33; Landmann/Rohmer GewO/Marcks, 86. EL Februar 2021, § 14 Rn. 44). Erfasst werden auch Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften (Winkler, in: Ennuschat/Wank/Winkler, GewO, 9. Aufl. 2020, § 14 Rn. 39).

Eine **unselbständige Zweigstelle** ist dagegen nicht zum Handelsregister anzumelden; hierunter ist lediglich eine von der Hauptstelle räumlich getrennte feste örtliche Anlage oder Einrichtung zu verstehen, die der Ausübung eines stehenden Gewerbes dient oder die Abwicklung der von der Hauptstelle aus geschlossenen Geschäfte erleichtern soll, ohne dass bereits die Merkmale der Zweigniederlassung erfüllt wären (Winkler, in: Ennuschat/Wank/Winkler, § 14 Rn. 44; BeckOK-GewO/Leisner, § 14 Rn. 35; Landmann/Rohmer GewO/Marcks, § 14 Rn. 44). Ausreichend ist also bereits eine Auslandsrepräsentanz oder ein Büroraum, der mit Sekretariat, Telefon und Fax ausgestattet ist und von einem selbstständigen Handelsvertreter dazu

genutzt werden soll, dort Geschäftskontakte zwischen Dritten und einem im Ausland ansässigen Unternehmen herzustellen; nicht ausreichend wäre dagegen ein bloßes Postschließfach (Winkler, in: Ennuschat/Wank/Winkler, 9. Aufl. 2020, GewO § 14 Rn. 45; BeckOK-GewO/Leisner, § 14 Rn. 37).

Anzuzeigen ist auch eine Verlegung oder Aufgabe des Betriebs (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Nr. 2 GewO). Bei der Anmeldung sind die Vordrucke nach den Anlagen 1 bis 3 GewAnzV zu verwenden (Winkler, in: Ennuschat/Wank/Winkler, 9. Aufl. 2020, GewO § 14 Rn. 26). Im Formular nach Anlage 1 zur Gewerbeanzeigerordnung (GewAnzV) ist u.a. anzukreuzen, ob das Gewerbe als Zweigniederlassung oder unselbständige Zweigstelle geführt werden soll (s. dort Ziffer 23).

In § 14 Abs. 8 S. 1 Nr. 8 GewO ist eine **Übermittlungspflicht der zuständigen Behörde** für Daten, die im Handelsregister eingetragene Zweigniederlassungen betreffen, an das Handelsregister vorgesehen. Damit soll diesem ermöglicht werden, bei Nichtbeachtung einzuschreiten (§ 388 Abs. 1 FamFG; s. BeckOK-GewO/Leisner, § 14 Rn. 124). Die Übermittlung erfasst dabei auch die Angabe, ob das Unternehmen als Zweigstelle oder Zweigniederlassung angezeigt wurde (§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 8 GewAnzV).

Ob auch die Änderung der Betriebsform (d. h. z. B. eine Zweigniederlassung wird unselbständige Zweigstelle) gesondert anzuzeigen ist, wurde in der uns zugänglichen Literatur nicht explizit diskutiert, scheint u. E. nach dem Wortlaut des Gesetzes und den vom Verordnungsgeber vorgesehenen Formularen, die entsprechend differenzieren, aber nahezuliegen. Wir gehen daher davon aus, dass das Registergericht erfahren würde, ob ein Gewerbe in der Form einer Zweigniederlassung oder einer unselbständigen Zweigstelle betrieben werden würde.

b) Relevanz der gewerberechtlichen Anzeige für das Prüfungsrecht des Registergerichts

Fraglich ist, ob die unterbliebene Abmeldung der Zweigniederlassung (bzw. ggf. die Ummeldung zu einer unselbständigen Zweigstelle) für das Registergericht ein Indiz darstellen kann, um – abweichend von dem unter 2. Festgestellten – in eine tiefere Prüfung einzusteigen. Die Frage wird in der uns zugänglichen Literatur nicht diskutiert. Es finden sich lediglich allgemeine Ausführungen dazu, dass die Anzeige eines Gewerbes nicht als Beweis für dessen tatsächliche Ausübung dienen, allerdings ein Indiz hierfür darstellen könne (BeckOK-GewO/Leisner, § 14 Rn. 6; s. a. BVerwG BeckRS 1982, 31262533). Auch für die Errichtung einer Zweigniederlassung wird die Frage aufgeworfen, ob die

Vorlage einer Gewerbebeanmeldung in diesem Zusammenhang verlangt werden kann. Dies erscheint fraglich. Bei *Krafka* findet sich zwar die Aussage, dies werde teilweise vertreten (Krafka, Rn. 326). Er verweist jedoch lediglich auf eine Fundstelle von Wachter, die sich zu dieser Praxis allerdings eher kritisch äußert (Wachter, in: Süß/Wachter, 3. Aufl. 2016 (Vorauf.), § 2 Rn. 50, in der aktuellen 4. Aufl. wurde das Kapitel gestrichen), da auch Zweigniederlassungen von vermögensverwaltenden Gesellschaften errichtet werden könnten.

Nach unserer persönlichen Einschätzung sprechen die besseren Gründe dafür, dass das Registergericht eine solche Abmeldung bei der Aufhebung nicht verlangen kann. Der Gesetzgeber hat auf eine Regelung der Pflicht zur Vorlage der Gewerbeabmeldung verzichtet. Daraus, dass die Anmeldung eines Gewerbes ein Indiz für die tatsächliche Ausübung darstellen mag, kann u. E. noch nicht darauf geschlossen werden, dass auch die Nicht-Abmeldung ein Indiz für den Fortbestand darstellen würde. Es erscheint zwar verlockend, einen entsprechenden Schluss zu ziehen, da Informationen über die Gewerbebeanmeldung beim Registergericht vorliegen mögen. Allerdings wird dadurch der oben unter 2. dargestellte Grundsatz durchbrochen, dass die Aufhebung ein tatsächlicher Vorgang ist. Auch wenn man den *einmaligen Vorgang* der Gewerbebeanmeldung als Indiz für die Existenz der Zweigstelle ansieht, rechtfertigt dies u. E. noch nicht, auch aus einem damit begründeten *Zustand* (Fortbestehen der Anmeldung) Schlüsse auf den (Fort-) Bestand der Zweigstelle zu ziehen. Die (Nicht-)Ab- oder Ummeldung bei der zuständigen Gewerbeaufsicht kann andere Gründe als die fehlende Aufhebung der Zweigniederlassung haben.

Rechtsprechung zur Frage konnten wir allerdings nicht ausfindig machen. Es ist nicht auszuschließen, dass es sich bei der Frage, ob die fehlende Abmeldung ein Indiz dafür darstellt, dass die Zweigniederlassung nicht tatsächlich aufgehoben wurde, um eine Frage handelt, die ein Gericht dem Ermessensspielraum des Registerrichters zuweisen 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 § 1030

Vorbehalt eines Quotenniessbrauchs bei Übertragung eines vermieteten Grundstücks; Schicksal des Mietvertrags

Abruf-Nr.: 191011

FamFG § 378

Möglichkeit der Vorlage einer originär elektronischen Eigenurkunde beim Handelsregister

Abruf-Nr.: 189082

Rechtsprechung

HGB § 12; BGB § 129 Abs. 1 S. 1; BeurkG § 40 Abs. 1

Keine Gleichwertigkeit einer Unterschriftbeglaubigung mittels Fernbeglaubigung (Abgleich der Unterschrift)

Eine Beglaubigung lediglich aufgrund eines Abgleichs der Unterschrift mit einer Unterschriftsprobe durch einen ausländischen Notar (hier: Schweiz) stellt keine Identitätsprüfung i. S. d. deutschen Rechts dar, sodass eine formwahrende Substitution der öffentlichen Beglaubigung ausscheidet.

(Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 20.4.2022 – 1 W 25/22 (Wx)

Problem

Durch Beschluss der Alleingesellschafterin wurde ein neuer Geschäftsführer bei einer deutschen GmbH bestellt. Die entsprechende Handelsregisteranmeldung wurde von einem Schweizer Notar beglaubigt, ohne dass der Beteiligte die Unterschrift in dessen Gegenwart geleistet oder anerkannt hätte. Vielmehr wurde die Unterschrift nur mit einer vorhandenen Unterschriftsprobe abgeglichen. Eine Unterschriftbeglaubigung nach deutschem Recht lehnten die

Beteiligten – trotz Hinweis des Verfahrensbevollmächtigten – ab. Das Registergericht wies mit Zwischenverfügung darauf hin, dass die Beglaubigung der Unterschrift nicht den deutschen Formerfordernissen entspreche. Hiergegen richtet sich die eingelegte Beschwerde.

Entscheidung

Das OLG kommt zu dem Ergebnis, dass die von dem Schweizer Notar beglaubigte Erklärung nicht dem Formerfordernis des § 12 Abs. 1 S. 1 HGB entspreche. Grundsätzlich komme eine Unterschriftbeglaubigung durch einen ausländischen Notar in Betracht, allerdings nur dann, wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbild und Stellung im Rechtsleben eine Tätigkeit ausübe, die dem deutschen Notar in seiner Funktion gleichkomme und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten habe, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspreche. Beglaubigungsformen, die dem deutschen Verfahrensrecht (§ 40 BeurkG) nicht entsprechen, erfüllten trotz der Fungibilität der Urkundsperson das nach der *lex fori* maßgeblich deutsche Formerfordernis nicht. Es fehle insofern an einer dem deutschen Recht entsprechenden Identitätsprüfung, sodass der Sinn und Zweck des Beglaubigungserfordernisses nicht gewahrt werden könne und somit eine formwahrende Substitution ausscheide.

Praxishinweis

Grundsätzlich sind an die Erfordernisse der „Gleichwertigkeit“ einer Unterschriftsbeglaubigung keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. Nicht dem Sinn und Zweck der öffentlichen Beglaubigung entsprechen aber solche Beglaubigungen, bei denen eine Identitätsprüfung gar nicht oder aufgrund vollständig unsicherer Identifizierungsgrundlage vorgenommen wird (vgl. schon KG DNotI-Report 2022, 69 und das Gutachten DNotI-Report 2020, 121).

BGB §§ 280 Abs. 1 u. 3, 281 Abs. 1 u. 2, 437 Nr. 3, 439 Abs. 2, 444

(Keine) Beteiligung des Käufers an den Kosten der Nachbesserung nach den Grundsätzen „neu für alt“

1. Eine Beteiligung des Käufers an den Kosten der Nachbesserung einer (gebrauchten) mangelhaften Kaufsache nach den Grundsätzen eines Abzugs „neu für alt“ scheidet aus, wenn sich der Vorteil des Käufers darin erschöpft, dass die Kaufsache durch den zur Mangelbeseitigung erforderlichen Ersatz eines mangelhaften Teils durch ein neues Teil einen Wert-

zuwachs erfährt oder dass der Käufer durch die längere Lebensdauer des ersetzten Teils Aufwendungen erspart.

2. Für einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung in Höhe der voraussichtlich erforderlichen Mängelbeseitigungskosten nach § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1 BGB gilt das Gleiche, und zwar auch dann, wenn die Nachbesserung wegen des arglistigen Verschweigens des Mangels nicht angeboten werden muss (hier: Kosten für die Erneuerung einer mangelhaften Kellerabdichtung).

BGH, Urt. v. 13.5.2022 – V ZR 231/20

Problem

Im Jahr 2010 verkauften die Beklagten an die Kläger ein mit einem 1979 errichteten Reihenhaus bebautes Grundstück. Die Haftung für Sachmängel wurde ausgeschlossen. Die Beklagten hatten bereits im Jahr 2002 ein selbstständiges Beweisverfahren eingeleitet, was u. a. die Feuchtigkeit in Kellerwänden zum Gegenstand hatte. Der damalige Sachverständige fand als Ursache eine mangelhafte Abdichtung der Kellerwände. Die jetzigen Kläger bemerkten diese Durchfeuchtung der Kellerwände im Jahr 2013 und machten Gewährleistungsansprüche gegen die Beklagten geltend. Sie beriefen sich dabei auf ein arglistiges Verschweigen der mangelhaften Abdichtung und begehren daher Kosten für eine neue Kellerabdichtung in Höhe von 23.400,30 €. Die Beklagten berufen sich darauf, dass sich die Kläger nach dem Grundsatz „neu für alt“ die Wertsteigerung durch die Erneuerung der Kellerwände anrechnen lassen müssten.

Das Berufungsgericht teilte weitgehend die Ansicht der Beklagten. Die durch den Sachverständigen festgestellte Lebensdauer einer solchen Abdichtung sei bereits überschritten.

Entscheidung

Wie auch das Berufungsgericht geht der BGH davon aus, dass ein Nacherfüllungsanspruch im Grundsatz bestehe, da der Mangel arglistig verschwiegen worden sei (§ 444 BGB). Eine Nachfristsetzung war gem. § 281 Abs. 1 Var. 2 BGB entbehrlich.

Der BGH befasst sich sodann ausführlich mit der Frage, ob und in welchem Umfang nach den Grundsätzen „neu für alt“ Vorteile zu berücksichtigen sind, die der Käufer durch die Nacherfüllung erlangt. Hierzu finden sich in der Literatur unterschiedliche Auffassungen. Zum einen wird vertreten, dass der Käufer durch die Nachbesserung nicht bessergestellt sein dürfe, als er stünde, wenn

der Verkäufer von Anfang an ordnungsgemäß erfüllt hätte. Dagegen wendet eine andere Auffassung ein, dass eine Anspruchsgrundlage für eine Kostenbeteiligung des Käufers an den Kosten der Nacherfüllung fehle. Die Gegenrechte des Verkäufers seien in § 439 Abs. 6 BGB abschließend geregelt. Mehrheitlich wird hingegen eine differenzierende Auffassung vertreten, wonach eine Kostenbeteiligung des Käufers nach den Grundsätzen „neu für alt“ abzulehnen sei, wenn eine Nachbesserung nur durch den Ersatz der mangelbehafteten Teile durch neue Teile erfolge. Etwas anderes gelte dann, wenn an sonstigen Teilen der Kaufsache durch die Nachbesserung ein Wertzuwachs eintrete. Diese Wertverbesserung habe sich der Käufer anrechnen zu lassen.

Der BGH sah keinen Anlass, die Streitfrage insgesamt und abschließend zu entscheiden. Eine Beteiligung des Käufers an den Kosten der Nachbesserung einer gebrauchten mangelhaften Kaufsache scheidet grundsätzlich dann aus, wenn sich der Vorteil des Käufers darin erschöpfe, dass die Kaufsache durch den zur Mangelbeseitigung erforderlichen Ersatz eines mangelhaften Teils durch ein neues Teil einen Wertzuwachs erfahre oder dass der Käufer durch die längere Lebensdauer des ersetzten Teils Aufwendungen erspare. Ob darüber hinausgehende Vorteile angerechnet werden könnten, konnte der BGH offenlassen, da im vorliegenden Fall solche Vorteile nicht ersichtlich waren. Dieses Ergebnis stützt der BGH maßgeblich darauf, dass der Verkäufer durch Nachbesserung lediglich seinen vertraglichen Pflichten nachkomme und hierfür grundsätzlich keinen Ausgleich verlangen könne. Kann der Mangel ausschließlich durch Einbau eines neueren, ggf. höherwertigen Teils beseitigt werden, so habe der Käufer hierauf einen Anspruch, ohne sich an den Kosten beteiligen zu müssen. Der damit für den Käufer regelmäßig verbundene Vorteil einer Werterhöhung der Sache sei eine unvermeidliche Folge des dem Käufer vom Gesetzgeber eingeräumten Nacherfüllungsanspruchs. Deshalb scheidet eine allein an der längeren Lebensdauer des ersetzten Teils anknüpfende schematische Berücksichtigung eines Abzugs „neu für alt“ bei dem Schadensersatzanspruch statt der Leistung gem. §§ 437 Nr. 3, 280, 281 BGB aus. Unerheblich sei auch, dass der Käufer dem Verkäufer bei einem arglistig verschwiegenen Mangel keine Frist zur Nacherfüllung setzen müsse, da er nicht schlechter stehen dürfe als bei einer „nur“ mangelhaften Kaufsache. Der Verkäufer sei ausreichend dadurch geschützt, dass der Nacherfüllungsanspruch gem. § 439 Abs. 3 S. 2 BGB (jetzt: § 439 Abs. 4 S. 2 BGB) begrenzt sei. Könne nämlich der Verkäufer die Nachbesserung verweigern, weil sie mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden sei, beschränke sich der Schadensersatzanspruch des Käufers auf den Ersatz des mangelbedingten Minderwerts.

Veranstaltung

2. Düsseldorf-Graz-Symposium an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

„10 Jahre EuErbVO“

Veranstaltungsort:

Haus der Universität, Düsseldorf und online

Datum:

Dienstag, 29.-30.9.2022

Referenten:

versch. Referenten

Anmeldung:

per Anmeldeformular unter:

<https://rewi.uni-graz.at/de/veranstaltungen/>

Kontaktdaten:

Lehrstuhl für deutsches, europäisches und internationales Privat- und Verfahrensrecht der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf,

E-Mail Adresse: izvr-symposium@uni-duesseldorf.de

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 – Verwirkung des Mietervorkaufsrechts bei Auszug eines von mehreren Mietern aus der gemeinsamen Wohnung; Ausübung des Mietervorkaufsrechts, das mehreren gemeinsam zusteht

WEG § 4 – Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum; Anforderung an die Grundbucheintragung nach erfolgter Aufteilung und Anlegung der Wohnungsgrundbücher; Rechtsfolgen eines Verstoßes; Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs

Gutachten im Abrufdienst

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 577

Verwirkung des Mietervorkaufsrechts bei Auszug eines von mehreren Mietern aus der gemeinsamen Wohnung; Ausübung des Mietervorkaufsrechts, das mehreren gemeinsam zusteht

I. Sachverhalt

Der Käufer hat von dem Verkäufer im Juli 2021 eine Wohnung erworben. Für das Objekt ist kurz zuvor eine Teilungserklärung vollzogen worden. Im Kaufvertrag wird davon ausgegangen, dass für die Mieter A und B ein Vorkaufsrecht nach § 577 BGB besteht. Im Jahr 2013 wurde die Wohnung von dem unverheirateten Paar A und B gemeinsam angemietet. A ist kurz darauf aus der Wohnung ausgezogen und lebt bereits seit 8 Jahren

nicht mehr in der Wohnung. B hat im Innenverhältnis die Miete alleine übernommen und bewohnt weiterhin die Wohnung. A ist jedoch nie förmlich aus dem Mietverhältnis entlassen worden. B hat nach Kenntnisnahme von dem Kaufvertrag unwiderruflich schriftlich auf die Ausübung des Vorkaufsrechts verzichtet. Nachdem A von der Teilungserklärung und dem Kaufvertrag erfahren hat, möchte er das Mietervorkaufsrechts nach § 577 BGB ausüben.

II. Fragen

1. Kann A das Mietervorkaufsrecht ausüben, obwohl er seit acht Jahren nicht mehr in der Wohnung lebt, oder kommt eine Verwirkung dieses Rechts in Betracht?
2. Ist die Ausübung des Mietervorkaufsrechts allein durch A überhaupt möglich oder müsste dies gemeinschaftlich durch A und B erfolgen, da sie auch den Mietvertrag gemeinsam geschlossen haben? Wie wirkt es sich aus, dass B bereits unwiderruflich auf die Geltendmachung verzichtet hat?

III. Zur Rechtslage

1. Grundsätzliches Bestehen des Mietervorkaufsrechts auch für ausgezogene Mieter

Gemäß § 577 Abs. 1 S. 1 BGB besteht ein Mietervorkaufsrecht dann, wenn vermietete Wohnräume, an denen nach Überlassung an den Mieter Wohnungseigentum begründet worden ist, an einen Dritten verkauft werden.

„Mieter“ ist dabei derjenige, der den Mietvertrag abgeschlossen hat; haben mehrere den Mietvertrag abgeschlossen, sind sie alle Adressaten des Vorkaufsrechts (BeckOGK-BGB/Klühs, Std.: 1.7.2022, § 577 Rn. 86; Staudinger/Rolfs, BGB, 2021, § 577 Rn. 56; Blank/Fervers, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 15. Aufl. 2021, § 577 BGB Rn. 42). Eine Eigennutzung des jeweiligen Mieters zum Zeitpunkt des Vorkaufsfalls ist dabei nach dem Gesetz nicht Voraussetzung für den Vorkaufsfall. Das LG Köln hat daher das Mietervorkaufsrecht auch in einem Fall bejaht, in dem der Ehemann der Bewohnerin aus der von beiden angemieteten Wohnung ausgezogen war (LG Köln NJW-RR 1995, 1354). Es sei geboten, aus Gründen der Rechtssicherheit an den Wortlaut der Norm anzuknüpfen, da sich sonst – etwa bei einer nur zeitweisen Nutzung – schwierige Abgrenzungsfragen stellen könnten.

Dem ist zuzugeben, dass § 577 BGB die Überlassung an den Mieter fordert, aber nicht spiegelbildlich vorsieht, dass das Vorkaufsrecht erlischt, sobald der Mieter ausgezogen ist. Am Ergebnis mag man aber immerhin deswegen zweifeln, weil das Mietervorkaufsrecht darauf gerichtet ist, den Mieter vor dem Entzug des von ihm bewohnten Wohnraums (durch Eigenbedarfskündigung des Käufers) zu schützen (MünchKommBGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 577 Rn. 1; BeckOGK-BGB/Klühs, § 577 Rn. 3). Dieser Zweck wird jedoch im vorliegenden Fall nicht mehr verfolgt, da anzunehmen ist, dass der vor acht Jahren ausgezogene Ehemann mittlerweile eine andere Wohnung bewohnt. Auch die vom LG Köln angesprochene Abgrenzungsproblematik stellt sich jedenfalls in Fällen nicht, in denen ein Mieter in der Absicht auszieht, die Wohnung endgültig aufzugeben, und sich dies – wie etwa im Fall einer Ehescheidung der Mieter – auch objektiv ohne Weiteres nachprüfen lässt. Im Fall des LG Köln, in dem es um zunächst verheiratete Mieter ging, von denen die Ehefrau nach der Ehescheidung ausgezogen war, wäre damit eine Abgrenzung eigentlich möglich gewesen. Allerdings hat das LG Köln in dem von ihm entschiedenen Fall trotzdem mit Verweis auf Abgrenzungsprobleme das Vorkaufsrecht abgelehnt; dies müsste dann erst recht für den vorliegenden Fall gelten, in dem – mangels Eheschließung der Mieter – eine vergleichbar objektivierbare Anknüpfung nicht in gleicher Weise möglich war.

Für die Ansicht des LG Köln spricht immerhin, dass auch der ausgezogene Mieter – sofern keine „Entlassung“ aus dem Mietvertrag oder keine Verwirkung vorlag, s. dazu unten – zumindest im Außenverhältnis gegen den Vermieter noch einen Anspruch auf Einräumung von Besitz an der Wohnung hätte (was in manchen Situationen, etwa bei einem Versterben oder Auszug des zunächst in der Wohnung verbleibenden Mieters, auch in praktischer Hinsicht nicht ausgeschlossen erscheinen mag). Es lässt sich daher argumentieren, dass das Mietervorkaufsrecht auch dazu dient, diesen (hypothetischen) Anspruch des Mieters vor einer Eigenbedarfskündigung zu schützen. Dies erscheint auch wertungsmäßig solange nicht unangemessen, wie der Mieter auch nach seinem Auszug noch für den Mietzins zumindest im Außenverhältnis haftet.

Weitere Rechtsprechung ist nicht ersichtlich, abgesehen von der weiteren Entscheidung des OLG München (NZM 1999, 797), in der allerdings der Grundsatz des LG Köln, auch ein ausgezogener Mieter könne noch das Vorkaufsrecht ausüben, nicht in Frage gestellt wurde (s. das Zitat des Urteils des LG Köln bei OLG München NZM 1999, 797, 798).

Die Literatur folgt dem LG Köln weitgehend mit der Aussage, dass auch Mieter, die ausgezogen sind, das Vorkaufsrecht haben, wenn sie aus den gemeinsam angemieteten Wohnräumen ausgezogen sind (BeckOGK-BGB/Klühs, § 577 Rn. 22; Bärmann/Armbrüster, WEG, 14. Aufl. 2018, § 1 Rn. 238; MünchKommBGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 577 Rn. 5; Schmidt-Futterer/Blank, § 577 Rn. 28; BeckOK-MietR/Bruns, Std.: 1.5.2022, § 577 BGB Rn. 11). Es ist daher für die Praxis davon auszugehen, dass auch ein mit der Sache befasstes Gericht grundsätzlich davon ausgehen würde, dass auch ausgezogenen Mietern ein Mietervorkaufsrecht zusteht.

2. Konkludente Vertragsanpassung?

Der Fall gibt Anlass, über eine konkludente Vertragsanpassung nachzudenken. Das LG Köln hat eine solche nicht thematisiert. Eine „Entlassung“ des ausgezogenen Mieters aus dem Vertrag hat immerhin das OLG München angeprüft, wobei es sich auf einen notariellen Vertrag stützen konnte, in dem der Vermieter offenbar davon ausgegangen war, dass nur noch ein Mieter Partei des Mietvertrags war.

Die Hürden für eine konkludente Vertragsanpassung sind dabei allerdings nicht zu niedrig anzusetzen. Es ist vor dem Hintergrund der §§ 414 ff. BGB erforderlich, dass nicht nur eine Erklärung der Mieter vorliegt, sondern sich auch eine Erklärung des Vermieters dessen

Verhalten entnehmen lässt. Ob ein solches Verhalten darin liegen kann, dass – wie im früheren Gutachten angenommen – dieser den Schriftverkehr alleine mit dem in der Wohnung verbleibenden Mieter geführt hat (falls dies auch für den vorliegenden Fall zuträfe), erscheint jedenfalls angesichts des kürzeren Zeitablaufs (in dem Fall, der dem früheren Gutachten zugrunde lag, war der Auszug 25 Jahre vor dem Vorkaufsfall erfolgt) als fraglich. Es kann durchaus im Interesse des Vermieters gelegen haben, dass beide Ehepartner für die Miete haften sollten, sodass er aus diesem Grund mit beiden den Vertrag geschlossen hat; auch wenn die Korrespondenz über längere Zeit lediglich mit einem Mieter geführt worden sein sollte, kann dies lediglich der Vereinfachung der Abwicklung des Mietvertrags gedient haben, ohne dass darin ein Verzicht des Vermieters auf den zweiten Vertragspartner zu sehen wäre. Darüber hinaus ist u. E. die Vorschrift des § 550 BGB zu berücksichtigen. Nach dieser Norm gilt ein Mietvertrag, der nicht schriftlich abgeschlossen ist, als auf unbestimmte Zeit geschlossen; der Schriftform unterliegen dabei auch Änderungen der Parteien des Mietverhältnisses (BeckOGK-BGB/Dittert, Std.: 1.4.2022, § 550 Rn. 111). Jedenfalls dann, wenn der Mietvertrag ursprünglich nicht auf unbestimmte Zeit abgeschlossen war, würde dies dagegen sprechen, in das Verhalten der Beteiligten eine konkludente Vertragsanpassung hineinzulesen.

Mangels genauer Kenntnis aller Umstände des Einzelfalls kann das DNotI das Vorliegen einer konkludenten Vertragsanpassung nicht abschließend beurteilen; nach dem mitgeteilten Sachverhalt liegt diese jedoch eher fern.

3. Verwirkung des Mietervorkaufsrechts

Es stellt sich jedoch die Frage, ob das Mietervorkaufsrecht durch den Auszug des Ehemanns vor acht Jahren verwirkt ist.

a) Tatbestand der Verwirkung

Der Verwirkung unterliegen grundsätzlich alle subjektiven Rechte. Eine Verwirkung wird auf den Grundsatz von Treu und Glauben gestützt (§ 242 BGB) und ist dann gegeben, wenn der Berechtigte das Recht längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht hat, der Verpflichtete sich darauf eingerichtet hat und sich nach dem gesamten Verhalten des Berechtigten auch darauf einrichten durfte, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde (vgl. BGH NJW 2010, 3714; NJW 2007, 1273; NJW 2003, 128; Grüneberg/Grüneberg, BGB, 81. Aufl. 2022, § 242 Rn. 87). Es bedarf also eines Zeitmomentes und eines Umstandsmomentes.

b) Zeitmoment

Im erwähnten Fall des LG Köln war der ausgezogene Mieter ebenfalls vor einem Zeitraum von relativ genau acht Jahren vor der Mitteilung über den Vorkaufsfall ausgezogen, das LG Köln hat die Verwirkung jedoch nicht angesprochen.

Auf Verwirkung hat sich allerdings das OLG München (NZM 1999, 797, 798) in einem Fall gestützt, in dem der ausgezogene Ehegatte bereits seit zwölf Jahren aus der Wohnung ausgezogen war. Der Hintergrund des Falls war dabei allerdings ein anderer. Im Fall des OLG München hatte der (in der Wohnung verbleibende) Ehemann das Mietervorkaufsrecht (alleine) ausüben wollen, es stand jedoch im Raum, dass er dies ohne seine vor zwölf Jahren ausgezogene Ehefrau nicht konnte, da diese ebenfalls Partei des Mietverhältnisses geworden war. Das OLG München verwies darauf, dass das Vorkaufsrecht nach der (Vorgänger-)Vorschrift des § 472 BGB dann von einem Vorkaufsberechtigten alleine ausgeübt werden könne, wenn es für den anderen verwirkt oder erloschen sei; hiervon sei wegen des Auszugs vor zwölf Jahren auszugehen. Es verwies darauf, dass der Zweck des Mietervorkaufsrechts, den Mieter vor dem Verlust der von ihm bewohnten Wohnung zu schützen, für den ausgezogenen Mieter nicht mehr erreicht werden könne.

Im Fall des OLG München dürfte es dabei allerdings nicht entscheidend auf die Verwirkung angekommen sein, da der in der Wohnung Verbleibende das Vorkaufsrecht auch dann alleine ausüben kann, wenn die anderen Berechtigten – im Fall des OLG München also der ausgezogene Ehegatte – sein Recht nicht innerhalb der Frist ausübt (vgl. den Wortlaut von § 472 S. 2 BGB: „Ist es für einen der Berechtigten erloschen oder **übt einer von ihnen sein Recht nicht aus**, so sind die übrigen berechtigt, das Vorkaufsrecht im Ganzen auszuüben.“ (Hervorhebung DNotI), s. zudem noch unten). Ferner ging es im Fall damals gerade um die Ermöglichung des Mietervorkaufsrechts durch die Ehefrau; der ausgezogene Ehegatte wollte in diesem Fall sein Vorkaufsrecht gar nicht ausüben. Nicht ausgeschlossen erscheint es, dass das OLG München im Interesse des Mieterschutzes anders argumentiert hätte, wenn es bei der Frage der Verwirkung darum gegangen wäre, die Ausübung des Mietervorkaufsrechts zu verhindern.

Zusammenfassend lässt sich damit sagen, dass das erforderliche Zeitmoment für die Verwirkung in der Vergangenheit, soweit ersichtlich, nur bei Fällen angenommen worden ist, bei denen eine längere Zeitspanne (mehr als zehn Jahre) zwischen Auszug und Vorkaufsfall lag; in einem Fall mit vergleichbarer Zeitspanne (LG Köln) wurde das Vorkaufsrecht dagegen bejaht.

c) Umstandsmoment

Auch wenn man im vorliegenden Fall zum erforderlichen Zeitpunkt kommt, müsste noch gesondert begründet werden, worin das Umstandsmoment liegt, das für die Verwirkung erforderlich ist. Eine solche Verwirkung liegt u. E. noch nicht im bloßen stillschweigenden Entgegennehmen des Mietzinses durch einen der Mieter. Auch bei Mietern, die in einer Wohnung wohnen, wird selten die Überweisung des gesamten Mietzinses quotal von verschiedenen Konten der Mieter erfolgen; darin liegt jedoch nicht ohne Weiteres ein Einrichten auf diesen Zustand und damit ein Umstandsmoment, das für eine Verwirkung erforderlich ist.

Erforderlich ist vielmehr, dass sich der Vermieter darauf einrichtet, dass der ausgezogene Mieter sein Recht aus dem Mietvertrag nicht mehr in Anspruch nehmen würde. U. E. würde dies erfordern, dass der Vermieter sich dann auch darauf einrichtet, dass der Mieter auch keine Pflichten mehr aus dem Mietvertrag hat, d. h. es wäre notwendig, dass der Vermieter für den Fall, dass der in der Wohnung verbleibende Mieter die Miete nicht mehr bezahlt, sich nicht mehr an den ausgezogenen Mieter gewendet hätte. Sofern sich der Vermieter dagegen den ausgezogenen Mieter als Haftungsschuldner vorbehält, kann er diesem u. E. schlecht die (in der Verwirkung zum Ausdruck kommende) Treuwidrigkeit vorwerfen, wenn der Mieter auf seinen Rechten aus dem Mietvertrag besteht.

Ob für ein solches Abstandnehmen des Vermieters von einer (hypothetischen) Inanspruchnahme des ausgezogenen Mieters Umstände vorliegen – etwa Fälle nicht gezahlter Miete, in denen kein Rückgriff beim ausgezogenen Mieter genommen wurde, Anpassungen des Mietvertrags alleine im Verhältnis zwischen dem Vermieter und B – ist für uns nicht ersichtlich.

d) Ergebnis

Auch bei der Frage der Verwirkung handelt es sich damit um eine Frage des Einzelfalls, die wir nicht abschließend beurteilen können. Wir gehen jedoch davon aus, dass ein mit der Sache einmal befasstes Gericht eher dem LG Köln folgen und – ggf. gestützt auf die Begründung, dass (noch) kein Zeitpunkt gegeben sei – keine Verwirkung annehmen würde. Für Zwecke des Gutachtens unterstellen wir, dass das Vorkaufsrecht nicht verwirkt wurde.

4. Rechtsfolgen für die Ausübung des Mietervorkaufsrechts

Geht man davon aus, dass das Mietervorkaufsrecht im Zeitpunkt des Vorkaufsfalls noch beiden Mietern zu-

stand, gilt für diese § 472 BGB (BeckOGK/Daum, § 577 Rn. 98; Staudinger/Rolfs, § 577 Rn. 67). Nach dieser Vorschrift kann das Vorkaufsrecht nur im Ganzen ausgeübt werden (S. 1); übt einer von zwei Berechtigten es nicht aus, kann der andere es im Ganzen ausüben (S. 2). Vermieden wird damit, dass der Erstkäufer nur einen Teil der Wohnung erwerben kann und sich die Wohnung mit einem der vorkaufsberechtigten Mieter teilen muss.

Wenn B vorliegend auf das Mietervorkaufsrecht bereits verzichtet hat, hat dies daher lediglich zur Folge, dass A das Vorkaufsrecht für die Wohnung insgesamt ausüben kann (und auch muss, wenn er es überhaupt ausüben möchte, d. h. er kann nicht mehr lediglich die Hälfte der Wohnung erwerben).

Zwar hat nach unserem Verständnis des Sachverhalts B den Verzicht bereits zu einem Zeitpunkt mitgeteilt, in dem die Frist für den A mangels dessen Kenntnis noch gar nicht angelaufen war. Da in der Literatur vertreten wird, dass die Frist für das Vorkaufsrecht erst dann zu laufen beginnt, wenn sämtliche Vorkaufsberechtigten eine Mitteilung nach § 469 Abs. 1 BGB erhalten haben (s. Gutachten DNotI-Report 2017, 20, 22 m. w. N.; BeckOGK-BGB/Daum, Std.: 1.4.2022, § 472 Rn. 9; MünchKommBGB/Westermann, 8. Aufl. 2019, § 472 Rn. 2; BeckOK-BGB/Faust, Std.: 1.5.2022, § 472 Rn. 3), könnte man auf die Idee kommen, die Wirksamkeit des Verzichts der B zu diesem Zeitpunkt zu hinterfragen. Da allerdings auch vor dem Eintritt des Vorkaufsfalls der Verzicht auf das Vorkaufsrecht erklärt werden kann (BeckOGK-BGB/Daum, § 463 Rn. 41; Soergel/Wertenbruch, BGB, 13. Aufl. 2009, § 463 Rn. 84; MünchKommBGB/Westermann, § 463 Rn. 29), ist davon auszugehen, dass dies erst recht nach dem Vorkaufsfall möglich sein muss, auch wenn die Frist des § 469 Abs. 2 BGB möglicherweise noch nicht angelaufen ist. Der Verzicht von B dürfte damit wirksam sein, jedoch nicht auch für A gelten.

5. Ergebnis

Im Ergebnis halten wir es für wahrscheinlich, dass ein zur Entscheidung berufenes Gericht davon ausgehen würde, dass A alleine zur Ausübung des Vorkaufsrechts im Ganzen berechtigt ist. Der Notar wird dies letztlich mangels hinreichender Tatsachenkenntnis ebenso wenig abschließend entscheiden können wie das DNotI, sodass die Beteiligten – sollte eine Einigung nicht zustande kommen – auf den Zivilrechtsweg mit entsprechender Beweiserhebung zu verweisen wären.

WEG § 4

Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum; Anforderung an die Grundbucheintragung nach erfolgter Aufteilung und Anlegung der Wohnungsgrundbücher; Rechtsfolgen eines Verstoßes; Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs

I. Sachverhalt

Durch Teilungserklärung aus dem Jahr 2008 wurde ein mit einem Gebäude bebautes Grundstück in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt. In dem Gebäude gibt es einen Gewölbekeller, an welchem in der Teilungserklärung kein Sondereigentum begründet wurde, sodass er im Gemeinschaftseigentum stand.

Durch notariell beurkundete Änderung der Teilungserklärung sollte dieser Keller in Sondereigentum überführt werden und künftig zur Wohnung Nr. 9 gehören. Die entsprechende Einigung über den Eigentumsübergang wurde erklärt und die Eintragung im Grundbuch bewilligt und beantragt. Im Folgenden wurde im Grundbuch der Wohnung Nr. 9 eingetragen: „Die Teilungserklärung ist geändert. Bezug: Bewilligung vom ...“. In allen übrigen Grundbüchern der Wohnungseigentumsgemeinschaft erfolgte jedoch keine Eintragung.

Im Februar 2021 hat der aufteilende Eigentümer die Wohnung Nr. 9 mit notariellem Vertrag verkauft. Laut dem Kaufvertrag wurde das Sondereigentum an dem Gewölbekeller, der zum Sondereigentum der Wohnung Nr. 9 gehört, ausdrücklich nicht mitverkauft. Dieses Sondereigentum wurde in das Sondereigentum der Wohnung Nr. 2 unter Abspaltung von dem bisherigen Miteigentumsanteil und Verbindung mit dem Miteigentumsanteil der Wohnung Nr. 2 übertragen.

In der Folge wurde im Grundbuch der Wohnung Nr. 9 und der Wohnung Nr. 2 eingetragen, dass das Sondereigentum am Gewölbekeller ins Grundbuch der Wohnung Nr. 2 übertragen wurde. Nun möchte der aufteilende Eigentümer die Wohnung Nr. 2 verkaufen. Der Gewölbekeller soll erneut auf eine andere Sondereigentumseinheit übertragen werden und künftig zum Sondereigentum der Wohnung Nr. 4 gehören.

II. Fragen

1. Ist es zutreffend, dass am Gewölbekeller kein Sondereigentum entstanden ist, da die Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum nicht in allen Grundbüchern eingetragen wurde?

2. Kommt ein gutgläubiger Erwerb des Gewölbekellers durch den Eigentümer der Wohnung Nr. 2 in Frage?

III. Zur Rechtslage

1. Entstehung von Sondereigentum am Gewölbekeller

Es stellt sich die Frage, ob die gem. § 4 Abs. 1 WEG erforderliche Eintragung im Grundbuch bereits dann vollendet ist, wenn eine Eintragung nur in dem Wohnungsgrundbuch des „gewinnenden“ Wohnungsgrundbuches erfolgt, oder ob nicht die Umwandlung in sämtlichen Wohnungsgrundbüchern vollzogen werden muss.

Die überwiegende Auffassung geht unter Bezugnahme auf einen Beschluss des BayObLG (BayObLGZ 1997, 347, 350) davon aus, dass die Umwandlung in *allen* Wohnungs- und Teileigentumsgrundbüchern einzutragen ist (BeckOGK-WEG/M. Müller, Std.: 1.6.2022, § 4 Rn. 16; Staudinger/Rapp, WEG, 2018, § 4 Rn. 7; Schneider, in: Bärmann/Seuß, Praxis des Wohnungseigentums, 7. Aufl. 2017, § 2 Rn. 246; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 2967).

Dem tritt, soweit ersichtlich, nur *Böttcher* (in: Meikel, GBO, 10. Aufl. 2009, § 3 WGV Rn. 22, s. a. ders., BWNotZ 1996, 80, 83) entgegen. Diese Auffassung wurde mittlerweile von dem Nachfolgeautor *Schneider* (in: Meikel, GBV, 11. Aufl. 2019, § 3 WGV Rn. 23) aufgegeben. *Böttcher* hatte sein Ergebnis u. a. mit § 7 Abs. 1 S. 2 WEG begründet, wonach der gegenständliche Bereich des gemeinschaftlichen Eigentums in den Grundbucheintragungen nicht zum Ausdruck komme, sondern allein durch den Aufteilungsplan nachgewiesen werde. Dem tritt *Schneider* damit entgegen, dass der Aufteilungsplan das gemeinschaftliche Eigentum nur im Zusammenwirken mit der Eintragungsbewilligung umschreibe. Eine Änderung der Bewilligung führe daher auch zu einer Änderung der Eintragung des Gemeinschaftseigentums. Die jeweiligen Miteigentumsanteile erhielten einen veränderten gegenständlichen Anknüpfungsbereich, der auch § 892 BGB zugänglich sei.

Folgt man der h. M., so dürfte das Eintragungsverfahren noch nicht vollendet sein mit der Folge, dass die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 WEG nicht erfüllt sind und (weiteres) Sondereigentum am Gewölbekeller somit nicht entstanden ist.

2. Gutgläubiger Erwerb

Es schließt sich die Frage an, ob vorliegend ein gut-

gläubiger Erwerb bzgl. des Sondereigentums am Gewölbekeller in Betracht kommt. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB knüpft an den Inhalt „des Grundbuchs“ an. Vorliegend ist jedoch das Gemeinschaftseigentum in verschiedenen Wohnungsgrundbüchern unterschiedlich eingetragen. Das BayObLG (BeckRS 1995, 3056) hat einen gutgläubigen Erwerb in einem Fall abgelehnt, in dem eine Grunddienstbarkeit nicht in allen Wohnungsgrundbüchern eingetragen war und dies als Fall der unzulässigen (nicht: unrichtigen) Eintragung behandelt, bei der ein gutgläubiger Erwerb nach allgemeiner Auffassung ausscheidet (vgl. zu letzterem BeckOK-WEG/Kral, Std.: 1.3.2022, § 8 Rn. 77; BGH, NJW-RR 2005, 10; OLG München DNotZ 2007, 946; BayObLGZ 1998, 70, 75 f.; OLG Hamm RNotZ 2007, 207, 208; Schöner/Stöber, Rn. 2834b).

Der vorliegende Fall ist u. E. ebenso zu behandeln. Für einen Gutgläubenserwerb bedarf es einer objektiven Rechtsscheinsgrundlage (MünchKommBGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, § 892 Rn. 12). Das Grundbuch muss den guten Glauben also abstrakt legitimieren können (MünchKommBGB/Kohler, § 892 Rn. 12). Nicht vollständige oder widersprüchliche Eintragungen genießen keinen Gutgläubensschutz (h. M., siehe nur BeckOGK-BGB/Hertel, Std.: 15.4.2021, § 892 Rn. 55; MünchKommBGB/Kohler, § 892 Rn. 12; speziell zum Wohnungseigentum auch Bärman/Seuß, § 13 Rn. 139; BayObLG, BeckRS 1995, 3056; LG Hamburg, BeckRS 2011, 13649; s. zu etwaigen Mindermeinungen die Übersicht bei BeckOGK-BGB/Hertel, § 892 Rn. 58.1). Eine in diesem Sinne widersprüchliche Eintragung liegt hier vor.

Es kann hier u. E. auch nicht isoliert auf das einzelne Wohnungsgrundbuchblatt abgestellt werden, in dem die betreffende Änderung des Sondereigentums eingetragen ist. Denn es geht hier nicht um einen nur das *konkrete* Wohnungseigentum betreffenden Umstand (wie z. B. die unrichtige Eintragung des Eigentümers des Wohnungseigentums), sondern um einen, der auch die Reichweite des Eigentums der anderen Wohnungseigentümer berührt, deren Miteigentum am Gemeinschaftseigentum betroffen ist (vgl. hierzu oben schon die Argumentation von *Schneider*). Die Umwandlung von Gemeinschafts- in Sondereigentum ist eine inhaltliche Änderung *sämtlicher* Miteigentumsanteile am aufgeteilten Grundstück, sodass es auf den Inhalt sämtlicher Wohnungsgrundbücher ankommt. In den übrigen Wohnungsgrundbüchern ist der Gewölbekeller allerdings als Gemeinschaftseigentum ausgewiesen, sodass widersprüchliche Grundbucheinträge vorliegen. Es fehlt somit an einem tauglichen Rechtsschein.

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.

ZPO §§ 173, 189

Zustellung eines Schriftstücks an das besondere elektronische Anwaltspostfach eines Anwaltsnotar statt an dessen besonderes elektronisches Notarpostfach

Abruf-Nr.:

GenG §§ 14, 16, 6, 157; UmwG § 79

Anmeldung einer Zweigniederlassung einer Genossenschaft; Verschmelzung zur Aufnahme bei Genossenschaften; Anforderungen an eine Zweigniederlassung

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: 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

BeurkG §§ 16a-16e, 45 Abs. 3 – Online-Gründung; beglaubigte Abschrift einer elektronischen Urkunde, die nicht in der elektronischen Urkundensammlung verwahrt wird

BGB § 2351 – Möglichkeit und Modalitäten der Aufhebung eines Zuwendungsverzichts

Gutachten im Abrufdienst

Aktuelles

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BeurkG §§ 16a-16e, 45 Abs. 3

Online-Gründung; beglaubigte Abschrift einer elektronischen Urkunde, die nicht in der elektronischen Urkundensammlung verwahrt wird

I. Rechtsfragen

Kann von einem im Online-Verfahren erstellten Dokument auch ohne Verwahrung in der elektronischen Urkundensammlung und mithin ohne „Urschrift“ i. S. d. § 45 Abs. 3 BeurkG eine elektronisch beglaubigte Abschrift erstellt werden? Genügt eine solche elektronisch beglaubigte Abschrift ggf. als Grundlage der Eintragung einer im Online-Verfahren gegründeten GmbH im Handelsregister?

II. Zur Rechtslage

1. Ausgangslage

Gem. § 45 Abs. 3 BeurkG gilt das nach § 16b BeurkG erstellte elektronische Dokument (**elektronische Ur-**

kunde) als Urschrift im Sinne des Beurkundungsgesetzes, wenn es in der elektronischen Urkundensammlung verwahrt wird (sog. „gekorene Urschrift“, vgl. dazu BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 1.5.2022, § 45 Rn. 37; Winkler, BeurkG, 20. Aufl. 2022, § 45 Rn. 18 ff.; Kienzle, DNotZ 2021, 590, 603). Solange also die elektronische Urkunde (noch) nicht in der elektronischen Urkundensammlung verwahrt wird, ist noch keine elektronische Urschrift entstanden. Das Vorliegen einer Urschrift ist aber – jedenfalls bei der herkömmlichen Präsenzbeurkundung oder -beglaubigung – Voraussetzung für die Erteilung einer **Ausfertigung** (vgl. § 49 Abs. 1 BeurkG), die ja gerade die Niederschrift im Rechtsverkehr vertreten soll. Ausfertigungen von elektronischen Urkunden können also erst nach Aufnahme in die elektronische Urkundensammlung erteilt werden.

2. Möglichkeit der (elektronisch) beglaubigten Abschrift einer elektronischen Urkunde

Noch nicht beantwortet ist damit die Frage, ob von einer (noch) nicht in der elektronischen Urkundensammlung verwahrten elektronischen Urkunde eine beglaubigte Abschrift erteilt werden kann. Bei der Beglaubigung der Abschrift einer Urkunde soll gem. § 42 Abs. 1 BeurkG festgestellt werden, ob die Urkunde eine Urschrift, eine Ausfertigung, eine beglaubigte oder einfache Abschrift

ist (HK-NotarR/Trautrim, 1. Aufl. 2022, § 42 BeurkG Rn. 3). Aus dieser Norm ergibt sich, dass das Ausgangsdokument einer Beglaubigung nicht zwingend die Urschrift sein muss. § 42 Abs. 4 BeurkG bestimmt, dass bei der Beglaubigung eines Ausdrucks oder einer Abschrift eines elektronischen Dokuments, das mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist, das Ergebnis der Signaturprüfung dokumentiert werden soll. Gem. § 42 Abs. 4 S. 2 i. V. m. § 39a Abs. 3 S. 2 BeurkG genügt die Dokumentation der Prüfung der qualifizierten elektronischen Signatur des Notars, sofern das elektronische Dokument mit der qualifizierten elektronischen Signatur eines Notars versehen ist.

Es stellt sich insofern die Frage, ob Ausgangsdokument einer (elektronisch) beglaubigten Abschrift erst die elektronische Urschrift i. S. d. § 45 Abs. 3 BeurkG sein kann oder bereits die **elektronische Urkunde** i. S. d. § 45 Abs. 3 BeurkG. In der Literatur wird die Frage bisher noch nicht vertieft behandelt. Der Wortlaut des § 42 Abs. 1 BeurkG ist unergiebig, da er ersichtlich auf analoge Ausgangsdokumente zugeschnitten ist. Der Wortlaut des § 42 Abs. 4 BeurkG deutet darauf hin, dass von *jedem* elektronischen Dokument eine beglaubigte Abschrift erstellt werden kann, wenn das Ergebnis der Signaturprüfung dokumentiert wird.

Die Gesetzesbegründung ist an dieser Stelle nicht eindeutig, lässt bei genauerer Betrachtung aber auf eine Zulässigkeit beglaubigter Abschriften von elektronischen Urkunden schließen. Dort heißt es wörtlich (BT-Drucks. 19/28177, S. 130 / 131 – Hervorhebungen i. F. durch die DNotI-Redaktion):

*„Ein nach §§ 16a bis 16e oder § 39a BeurkG-E erstelltes elektronisches Dokument soll mit Einstellung in die elektronische Urkundensammlung als Urschrift gelten, so dass **erst ab diesem Zeitpunkt Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften erstellt werden können**. Trotz beliebiger Reproduzierbarkeit **elektronischer Urkunden besteht dennoch ein Bedürfnis zur Ausgabe beglaubigter Abschriften einer elektronischen Urkunde**, da dieser nicht sämtliche qualifizierte elektronische Signaturen der Beteiligten (beispielsweise nach § 16b Absatz 4 BeurkG-E) beigelegt sind, sondern allein die Signatur der Notarin oder des Notars. Dies kann in der Praxis eine deutliche Vereinfachung bedeuten, etwa weil bei der Verwendung des elektronischen Dokuments nur eine statt mehrerer Signaturprüfungen erforderlich ist.“*

Der erste Satz besagt zunächst, dass erst ab dem Zeitpunkt der Herstellung der elektronischen Urschrift Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften erteilt werden können. Leider bleibt die Formulierung insofern unvollständig, als das Ausgangsdokument, von dem die

Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift erstellt werden soll, nicht benannt wird. Gemeint sein dürften allerdings nur Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften „von der Urschrift“. Ausfertigungen können – wie dargestellt – ohnehin nur „von der Urschrift“ erstellt werden. Sofern für eine Abschrift die Übereinstimmung gerade mit der Urschrift beglaubigt werden soll, setzt auch dies naturgemäß das Vorhandensein einer Urschrift voraus. Der erste Satz besagt damit lediglich, dass Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften „von der Urschrift“ erst nach Vorhandensein der Urschrift erteilt werden können. Dies ist von der Frage zu trennen, ab welchem Zeitpunkt beglaubigte Abschriften „von der elektronischen Urkunde“ erteilt werden können. Klarheit schafft insoweit der folgende Satz, der auf das frühere Stadium der „elektronischen Urkunde“ rekurriert und auch bereits hier einen Bedarf für beglaubigte Abschriften anerkennt.

Für die Möglichkeit, eine (elektronisch) beglaubigte Abschrift bereits von der elektronischen Urkunde erstellen zu können, spricht auch folgende Erwägung: Mit Abschluss des Verfahrens nach §§ 16a ff. BeurkG entsteht ein mit qualifizierten elektronischen Signaturen versehenes Dokument in Form der elektronischen Urkunde, das – trotz seiner beliebigen Reproduzierbarkeit – zuverlässig Auskunft über den Inhalt des Beurkundungsvorgangs gibt (dazu auch Kienzle DNotZ 2021, 590, 603 ff.). Die Anbringung der qualifizierten elektronischen Signaturen ersetzt dabei als Pendant zur Unterschrift in der analogen Welt nicht nur diese, sondern gewährleistet auch in technischer Hinsicht, dass das Dokument nachträglich nicht verändert werden kann. Die angebrachten Signaturen ersetzen also gleichsam Schnur und Prägesiegel, die in der analogen Welt die Unveränderlichkeit der Urkunde sicherstellen. Der Beurkundungsvorgang ist mit Anbringung aller Signaturen gem. § 16b Abs. 4 BeurkG abgeschlossen. Das Hochladen der elektronischen Urkunde in die elektronische Urkundensammlung schafft lediglich darüber hinaus die Eigenschaft als Urschrift, wobei es sich hierbei allein um eine Fiktion für Zwecke des Beurkundungsrechts handelt, die der mangelnden Einzigartigkeit der elektronischen Urkunde Rechnung trägt. Dass die Beurkundung zuvor bereits abgeschlossen und das Rechtsgeschäft damit wirksam ist, dürfte außer Zweifel stehen.

Auch eine Betrachtung der Rechtslage zu § 39a BeurkG stützt dieses Ergebnis. Denn bei Dokumenten, die nach § 39a BeurkG erstellt wurden, ist die Verwahrung in der elektronischen Urkundensammlung die Ausnahme. Gem. § 45b Abs. 2 S. 1 BeurkG wird das nach § 39a BeurkG erstellte Dokument nur dann in der elektronischen Urkundensammlung verwahrt, wenn dies verlangt wird. Würde man beglaubigte Abschriften allge-

mein nur von der Urschrift und nicht auch bereits von elektronischen Urkunden für zulässig erachten, könnte von nach § 39a BeurkG erstellten Zeugnissen im Standardfall – also dass keine Verwahrung verlangt wird – keine (elektronisch) beglaubigte Abschrift erstellt werden. Dies kann ersichtlich nicht gewollt sein. Es würde nämlich bedeuten, dass von den in den Online-Verfahren typischerweise nach § 39a BeurkG errichteten Handelsregisteranmeldungen jedenfalls im gesetzlichen Regelfall keine beglaubigten Abschriften erstellt werden könnten. Das wollte der Gesetzgeber aber gerade ermöglichen, damit bei der Verwendung des elektronischen Dokuments nur eine statt mehrerer Signaturprüfungen erforderlich ist (BT-Drucks. 19/28177, S. 130 / 131).

Die Gesetzesbegründung wird in der bislang zur Thematik veröffentlichten Literatur wiedergegeben, ohne dass eine nähere Differenzierung danach erfolgt, ab wann eine beglaubigte Abschrift „von der Urschrift“ einerseits und „von der elektronischen Urkunde“ andererseits erteilt werden kann (Winkler, Beurk2, § 45 Rn. 21; BeckOGK-BeurkG/Regler § 45 Rn. 36).

Freilich muss im Beglaubigungsvermerk zum Ausdruck kommen, dass die (elektronisch) beglaubigte Abschrift nicht von der Urschrift, sondern von der elektronischen Urkunde erteilt wurde. Formuliert werden könnte bspw. wie folgt:

„Hiermit beglaubige ich die Übereinstimmung der in dieser Datei enthaltenen Bilddaten (Abschrift) zur UVZ-Nr. [...] mit der mir vorliegenden elektronischen Urkunde. Die Prüfung der qualifizierten elektronischen Signatur des Notars war erfolgreich.“

3. Verwendbarkeit der beglaubigten Abschrift der elektronischen Urkunde beim Vollzug der Gründung im Registerverfahren

Mit der Erkenntnis, dass eine (elektronisch) beglaubigte Abschrift auch von der elektronischen Urkunde erstellt werden kann, ist noch keine Aussage darüber getroffen, ob dieses Dokument tauglich ist, das Formerfordernis des § 12 Abs. 2 HGB zu erfüllen. Die Norm spricht davon, dass Dokumente „elektronisch in einem maschinenlesbaren und durchsuchbaren Datenformat“ einzureichen sind. Ist eine Urschrift oder eine einfache Abschrift einzureichen, genügt die Übermittlung einer elektronischen Aufzeichnung; ist ein notariell beurkundetes Dokument oder eine öffentlich beglaubigte Abschrift einzureichen, so ist ein mit einem einfachen elektronischen Zeugnis (§ 39a BeurkG) versehenes Dokument zu übermitteln.

Die Norm sagt also nur etwas darüber aus, welchem analogen Dokument welche elektronische Form gegen-

übersteht. Sie wurde auf elektronische Ausgangsdokumente nicht angepasst. Dementsprechend ist funktional zu bestimmen, welche Anforderungen an das Ausgangsdokument zu stellen sind. Bei der GmbH-Gründung ist neben der Anmeldung selbst, die im Online-Verfahren unmittelbar elektronisch öffentlich beglaubigt wird, der Gesellschaftsvertrag in beglaubigter Abschrift (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG) beizufügen. Gesellschaftsvertrag meint an dieser Stelle nicht nur die Satzung im engeren Sinne, sondern das vollständige Gründungsgeschäft, also auch die in der Mantelurkunde befindlichen Erklärungen betreffend die Feststellung der Satzung und die Übernahme der Geschäftsanteile durch die einzelnen Gründungsgesellschafter, da diese für die wirksame Errichtung der GmbH erforderlich sind (MünchKommGmbHG/Herrler, 4. Aufl. 2022, § 8 Rn. 9).

Das Erfordernis der Einreichung in öffentlich-beglaubigter Form dient der Sicherheit des Registerverkehrs. Der Notar prüft die Identität der Beteiligten und schafft durch die Errichtung einer öffentlichen Urkunde eine beweissichere Tatsachengrundlage für die Eintragung (ausführlich Kienzle DNotZ 2021, 590, 597). Wird der Gründungsakt elektronisch vorgenommen, entspricht dieser beweissicheren Tatsachengrundlage die elektronische Urkunde. Die elektronische Urkunde ist hierbei ein Konstrukt des Beurkundungsverfahrensrechts. Sie ist nicht per se öffentliche Urkunde (§ 415 ZPO), da die öffentliche Urkunde zwingend ein verkörpertes Papierdokument voraussetzt. Die elektronische Urkunde stellt vielmehr ein öffentliches elektronisches Dokument dar (BeckOGK-BeurkG/Regler, § 45 Rn. 36). § 371a Abs. 3 S. 1 ZPO erklärt die Vorschriften über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden für entsprechend anwendbar, sodass auch der elektronischen Urkunde die Beweiswirkungen des § 415 Abs. 1 ZPO zugutekommen (Herrler/Kienzle, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2022, § 18a Rn. 36).

Daraus ergibt sich, dass bereits der elektronischen Urkunde die **Beweiswirkungen des § 415 Abs. 1 ZPO** zukommen, auch wenn sie noch *nicht* zur Urschrift erklärt wurde. Insofern genügt für Zwecke des Handelsregisterverkehrs auch eine beglaubigte Abschrift der elektronischen Urkunde.

4. Berufsrechtliche Implikationen

Von den beurkundungsrechtlichen Fragen zu unterscheiden sind die berufsrechtlichen Pflichten. Gem. § 35 Abs. 1 NotAktVV muss ein nach § 34 NotAktVV in der elektronischen Urkundensammlung zu verwahrendes Dokument *unverzüglich* nach der Eintragung in das Urkundenverzeichnis in die elektronische Urkundensammlung eingestellt werden. Eintragungen in das Urkundenverzeichnis sind gemäß § 18 NotAktVV

spätestens 14 Tage nach der Beurkundung vorzunehmen, und sofern technische Probleme dies verhindern, sind die Eintragungen unverzüglich nach Behebung der technischen Probleme vorzunehmen. § 49 NotAktVV verpflichtet den Notar für den Fall, dass ein Zugriff auf das Elektronische Urkundenarchiv bzw. die elektronische Urkundensammlung nicht möglich ist, die Aufzeichnung vorübergehend in Papierform oder in elektronischer Form vorzunehmen und die Aufnahme in die elektronische Urkundensammlung später nachzuholen. Jedenfalls soweit der Notar eine elektronische Urkunde für die Archivierung in der elektronischen Urkundensammlung in XNP einem Urkundenverzeichniseintrag zuordnet, sie signiert und damit vollständig vorbereitet hat, dürften die Voraussetzungen einer Ersatzaufzeichnung nach § 49 NotAktVV ohne Weiteres erfüllt sein.

Beruhet also das fehlende Verwahren in der elektronischen Urkundensammlung auf technischen Hindernissen seitens des Betreibers, so besteht für den Notar erst dann die berufsrechtliche Pflicht, die Eintragung bzw. die Verwahrung vorzunehmen, wenn die technischen Hindernisse behoben sind.

5. Ergebnis

Für Zwecke des Vollzugs einer im Wege der Videokommunikation gegründeten GmbH genügt die Einreichung elektronisch beglaubigter Abschriften der elektronischen Urkunde i. S. d. § 45 Abs. 3 BeurkG. Die Erstellung einer elektronischen Urschrift ist lediglich Voraussetzung dafür, dass auch Ausfertigungen erteilt werden können, was im Rahmen der GmbH-Gründung regelmäßig nicht erforderlich ist. Etwas anderes kann gelten, wenn in der Gründungsurkunde Vollmachten enthalten sind, die für die Zwecke des § 172 BGB zwingend in Ausfertigung vorgelegt werden müssen.

BGB § 2351

Möglichkeit und Modalitäten der Aufhebung eines Zuwendungsverzichts

I. Sachverhalt

Eheleute mit vier Kindern, wovon eines behindert ist, errichten ein handschriftliches Testament. Der Inhalt entspricht einem Berliner Testament mit der Widersprüchlichkeit, dass bei den Schlusserben von Nacherben gesprochen wird und auch Ersatzschlusserben und Ersatznacherben benannt werden. Das Testament sieht vor, dass die behinderte Tochter nach dem Tod des Vaters und der Mutter jeweils nur ein Vermächtnis in Höhe ihres Pflichtteils erhält, weiter wurde Dauertestamentsvollstreckung angeordnet. Dieses Testa-

ment wurde durch den Tod des Vaters im Jahr 1995 bindend.

2013 wurde aufgrund der Widersprüchlichkeit des gemeinschaftlichen Testaments ein Zuwendungsverzicht vereinbart und ein Erbvertrag geschlossen, in dem die behinderte Tochter als Alleinerbin der Mutter eingesetzt wurde. Ferner sah der Erbvertrag Geldvermächtnisse zugunsten der anderen Geschwister i. H. v. 60 % ihres gesetzlichen Erbteils und Dauertestamentsvollstreckung vor. Die behinderte Tochter wurde dabei aufgrund Vollmacht von ihrer Schwester vertreten.

Nunmehr wollen die Geschwister und die Mutter durch Aufhebung des Zuwendungsverzichts und des Erbvertrages erreichen, dass für die Erbfolge nach der Mutter wieder das handschriftliche gemeinsame Testament maßgeblich ist. Die behinderte Tochter soll erneut aufgrund notarieller Vollmacht vertreten werden. Ein Sohn soll nachträglich genehmigen.

II. Fragen

1. Ist es möglich, den Zuwendungsverzicht sowie den Erbvertrag aufzuheben, um damit die Wirkung des gemeinschaftlichen Testaments wiederherzustellen?
2. Kann die behinderte Tochter durch notarielle Vollmacht vertreten werden? Kann der Sohn vollmachtlos vertreten werden und dann genehmigen?
3. Wie wirkt die Aufhebung des Zuwendungsverzichts?

III. Zur Rechtslage

1. Analoge Anwendung des § 2351 BGB auf die Aufhebung des Zuwendungsverzichts; Ausgangspunkt

Die für den Zuwendungsverzicht geltende Vorschrift des § 2352 BGB verweist in Satz 3 nicht auf § 2351 BGB, der die Aufhebung eines Erbverzichts zum Gegenstand hat. Bereits vor einiger Zeit hat der BGH (ZEV 2008, 237 = DNotZ 2008, 624) jedoch die **analoge** Anwendung von § 2351 BGB auf die **Aufhebung eines Zuwendungsverzichts** zumindest **im Grundsatz anerkannt**. Im Einzelnen hat der BGH noch für den vor 2010 geltenden Rechtszustand, also vor Aufnahme von § 2349 BGB in die Verweisungsvorschrift des § 2352 S. 3 BGB, ausgeführt (ZEV 2008, 237 Rn. 12):

„Zwar verweist § 2352 S. 3 BGB für den Zuwendungsverzicht lediglich auf die in §§ 2347 und 2348 BGB für den Erbverzicht geforderten persönlichen Anforderungen und Formvorschriften, nicht aber auf die in § 2351 BGB geltende Aufhebung des Erbverzichts. Das steht jedenfalls einer analogen Anwendung des § 2351 BGB aber nicht entgegen, soweit die Interessenlage übereinstimmt. Anders als bei einem Verzicht auf das gesetzliche Erb- und Pflicht-

teilsrecht kann der Erblasser bei einem Zuwendungsverzicht die Erbfolgeregelung, auf die der Begünstigte verzichtet hat, durch eine neue Verfügung von Todes wegen wiederherstellen, sodass insofern für die Aufhebung des Zuwendungsverzichts keine Notwendigkeit besteht. Anders liegt es aber, wenn der Erblasser nicht wirksam neu verfügen kann, etwa weil er durch einen vor dem Zuwendungsverzicht geschlossenen Erbvertrag oder ein wechselbezügliches gemeinschaftliches Testament gebunden ist. Jedenfalls in solchen Fällen kann § 2351 BGB entsprechend auf die Aufhebung eines Zuwendungsverzichts angewandt werden. Ob die Verweisung auf § 2347 Abs. 2 S. 2 BGB, wonach der Aufhebungsvertrag bei Geschäftsunfähigkeit des Erblassers durch seinen gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts geschlossen werden kann, auch auf die Aufhebung eines Zuwendungsverzichts trotz den insoweit bestehenden Bedenken im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Erblassers (§§ 2064, 2065 BGB) angewandt werden kann, bedarf hier keiner Entscheidung.“

Die Literatur stimmt dem im Wesentlichen zu (wobei die Ansichten in Nuancen abweichen, vgl. etwa Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, § 2352 Rn. 6; MünchKommBGB/Wegerhoff, 8. Aufl. 2020, § 2352 Rn. 19; BeckOGK-BGB/Everts, Std.: 1.6.2022, § 2352 Rn. 33 f.; ausführl. Staudinger/Schotten, BGB, 2022, § 2352 Rn. 96 ff.; grundsätzlich ablehnend aber Kornexl, ZEV 2008, 240 ff.).

2. Vorliegen der Voraussetzungen für die Aufhebung des Zuwendungsverzichts unter Berücksichtigung der BGH-Rechtsprechung im konkreten Fall; Aufhebungsmodalitäten bzgl. Erbvertrag und Zuwendungsverzicht

Es ist zu prüfen, ob die in der Rechtsprechung des BGH anerkannten Voraussetzungen für die Aufhebung eines Zuwendungsverzichts hier vorliegen und ob die Modalitäten für die Aufhebung des Zuwendungsverzichts und des Erbvertrages hier erfüllbar sind.

a) Zu den vom BGH nicht entschiedenen Fragen der Aufhebung eines Zuwendungsverzichts gehört, ob eine der ursprünglichen Zuwendung **entgegenstehende erbrechtliche Bindung**, die ein Erblasser in der Zeit zwischen dem Zuwendungsverzicht und seiner Aufhebung eingegangen ist, schon durch die Aufhebung des Zuwendungsverzichts selbst hinfällig würde, die Aufhebung also *ex tunc* wirkt (offengelassen BGH ZEV 2008, 237 Rn. 15). Die Literatur nimmt überwiegend an, dass dem Aufhebungsvertrag eine derartige *ex tunc*-Wirkung nicht zukommen könne, da andernfalls systemwidrig eine einseitige Durchbrechung der Bindungswirkung des zwischenzeitlich abgeschlossenen Erbvertrages bewirkt werden würde (etwa Staudinger/Schotten, § 2352

Rn. 99; MünchKommBGB/Wegerhoff, § 2352 Rn. 19). Hier kommt es auf diese vom BGH offengelassene Frage nicht an.

Zwar ist die überlebende Ehefrau im Jahre 2013 durch Abschluss des Erbvertrages unter Mitwirkung der behinderten Tochter eine neue erbrechtliche Bindung eingegangen. Jedoch besteht nach der Sachverhaltschilderung Einigkeit unter allen Beteiligten (überlebende Ehefrau sowie alle Kinder), dass der Erbvertrag nach § 2290 BGB aufgehoben werden soll. Damit bleibt es hier für die in Aussicht genommene Gestaltung unschädlich, wenn man – mit der genannten Literaturauffassung u. E. zutreffend – annimmt, dass der Aufhebung des Zuwendungsverzichts keine Rückwirkung zukommen kann und er deswegen nicht per se das Entfallen zwischenzeitlich vom Erblasser neu eingegangener erbrechtlicher Bindungen zu bewirken vermag.

b) Der BGH hat die analoge Anwendung des § 2351 BGB auf die Aufhebung eines Zuwendungsvertrages in der genannten Leitentscheidung nicht ohne Einschränkungen anerkannt. Vielmehr hat er die kautelarjuristisch notwendige Analogie explizit nur dann befürwortet, wenn eine mit der direkten Anwendung des § 2351 BGB übereinstimmende Interessenlage besteht. Dies sei aus Sicht des BGH dann der Fall, wenn der Erblasser die Erbfolgeregelung, auf die der Begünstigte verzichtet hatte, nicht durch eine neue Verfügung von Todes wegen wiederherstellen kann. Dann sei die Zulassung der Aufhebung des Zuwendungsverzichts notwendig. Sie komme also etwa dann in Betracht, wenn der Erblasser durch einen vor dem Zuwendungsverzicht geschlossenen Erbvertrag oder ein wechselbezügliches gemeinschaftliches Testament gebunden ist (BGH ZEV 2008, 237 Rn. 12). Diese vom BGH gemachte Einschränkung ist durchaus angreifbar (s. G. Müller, MittBayNot 2008, 484, 485 f.). Wesentlich ist jedenfalls auch das genaue Verständnis dieser einschränken- den Voraussetzung durch den BGH selbst (ZEV 2008, 237 Rn. 14, Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion): Dort wird ausgeführt, der Erblasser habe trotz des Zuwendungsverzichts die im gemeinschaftlichen Testament von 1979 vorgesehene Schlusserbfolge zwar inhaltsgleich erneut anordnen können. Eine solche **einseitige**, wiederholte Verfügung hätte aber **nicht** an der **Bindungswirkung** des gemeinschaftlichen Testaments teilgenommen, sondern jederzeit vom Erblasser widerrufen werden können. Das berechtigte Interesse, das beim Erbverzicht an einer Aufhebung nach § 2351 BGB besteht, nämlich die vor dem Verzicht bestehende Rechtslage wiederherzustellen, sei mithin im vom BGH entschiedenen Fall auch für die Aufhebung des Zuwendungsverzichts gegeben. Über diese Fallkonstellation hinaus hat der BGH in der genannten Leitentscheidung

die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 2351 BGB offengelassen.

Legt man das genannte Verständnis hier zugrunde, so genügt es also für die Zulassung einer Aufhebung des Zuwendungsverzichts, dass dadurch – i. V. m. der weiter geplanten Aufhebung des Erbvertrages nach § 2290 BGB – die Regelung aus dem gemeinschaftlichen Testament mit ihrer Bindungswirkung, wie sie durch Versterben des Ehemannes im Jahre 1995 eingetreten ist, wiederhergestellt werden kann. Durch die Möglichkeit der überlebenden Ehefrau, nach der geplanten Aufhebung des Erbvertrages einseitig neu zu testieren, wird also aus Sicht des BGH das Gestaltungsinstrument der Aufhebung des Zuwendungsverzichtsvertrages hier nicht ausgeschlossen. Denn ein derartiges neues einseitiges Testament der überlebenden Ehefrau wäre nicht in derselben Weise bindend, wie es die Regelung in dem gemeinschaftlichen Testament nach Versterben des Ehemannes geworden ist.

c) Fraglich ist weiterhin, ob die von den Beteiligten gewünschte Vertretung der behinderten Tochter sowie die vollmachtlose Vertretung des Sohnes vorliegend möglich ist.

Was zunächst die **Aufhebung des Erbvertrages** angeht, so ist § 2290 Abs. 2 BGB die einschlägige Regelung. Der Erblasser kann den Vertrag hiernach nur persönlich schließen. Dementsprechend ist es erforderlich, dass die Mutter als Erblasserin an der Aufhebung des Erbvertrages persönlich mitwirkt. Für sie wäre eine Stellvertretung unzulässig. Haben die anderen Beteiligten – insbesondere die Tochter und der genehmigende Sohn – dagegen keine eigenen Verfügungen von Todes wegen getroffen, die gem. § 2290 BGB aufgehoben werden sollen, dann wäre auf ihrer Seite Stellvertretung (oder vollmachtlose Vertretung) durchaus gesetzlich zugelassen. Denn das Vertretungsverbot des § 2290 Abs. 2 BGB gilt zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Erblassers wortlautgetreu nur für den Erblasser, dagegen nicht für den Vertragsgegner (s. etwa BeckOGK-BGB/Müller-Engels, Stand: 1.7.2022, § 2290 Rn. 25 f.; Grüneberg/Weidlich, § 2290 Rn. 2; MünchKommBGB/Musielak, § 2290 Rn. 6). Dementsprechend ist es vorliegend hinsichtlich der Aufhebung des Erbvertrages rechtlich möglich, dass die Tochter sich aufgrund notarieller Vollmacht vertreten lässt und für den Sohn ein vollmachtloser Vertreter handelt, dessen Handeln der Sohn nachfolgend nachgenehmigt.

Was die **Aufhebung des Zuwendungsverzichtsvertrages** betrifft, so ist die rechtliche Grundlage für die Regelung der Vertretungsmöglichkeiten die vom BGH

grundsätzlich anerkannte analoge Anwendung des § 2351 BGB. Im Rahmen dieser Analogie hat der BGH – wie bereits gesehen – offengelassen, ob die Verweisung des § 2351 BGB auf § 2347 Abs. 2 S. 2 BGB, wonach der Aufhebungsvertrag bei Geschäftsunfähigkeit des Erblassers durch seinen gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des Betreuungsgerichts geschlossen werden kann, auch auf die Aufhebung eines Zuwendungsverzichts übertragen werden kann oder ob der Rechtsgedanke der §§ 2064, 2065 BGB dem entgegensteht (BGH ZEV 2008, 237 Rn. 12). Auf diese nach der Entscheidung des BGH fortbestehende Rechtsunsicherheit kommt es hier aber nicht an, wenn und weil nur die Mutter als Erblasserin auftritt und diese am Abschluss auch der Aufhebung des Zuwendungsverzichtsvertrages jedenfalls persönlich mitwirkt, ohne dass insoweit eine Vertretung stattfände.

Im Übrigen nimmt die hier als Analogiebasis dienende Vorschrift des § 2351 BGB wiederum § 2347 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BGB in Bezug, wonach der Erblasser den Vertrag nur persönlich schließen kann. Insoweit entspricht also die Rechtslage derjenigen für die Aufhebung des Erbvertrages nach § 2290 Abs. 2 BGB: Auch hier muss nur der Erblasser persönlich erscheinen. Der Verzichtende kann sich dagegen vertreten lassen (Grüneberg/Weidlich, § 2347 Rn. 1; MünchKommBGB/Wegerhoff, § 2347 Rn. 3 f., 9; Staudinger/Schotten, § 2347 Rn. 6 ff.). Auch hinsichtlich der Aufhebung des Zuwendungsverzichtsvertrages ist es mithin **erforderlich und ausreichend, dass die Erblasserin (Mutter) persönlich mitwirkt**. Die persönliche Mitwirkung der weiteren Beteiligten ist dagegen nicht erforderlich; diese können sich nach der geschilderten Rechtslage vertreten lassen.

3. Wirkungen der Aufhebung des Zuwendungsverzichts

Die Wirkungen der Aufhebung des Zuwendungsverzichtsvertrages beschreibt der BGH für den ihm unterbreiteten Sachverhalt knapp dahin, dass durch den Aufhebungsvertrag die im vorangehenden gemeinschaftlichen Testament vorgesehene **Schluss Erbfolge wieder gültig** geworden sei (ZEV 2008, 237 Rn. 15). Auch ansonsten ist allgemein anerkannt: Der Vertrag, durch den ein Zuwendungsverzicht aufgehoben wird, bewirkt, dass der Zuwendungsverzicht so beseitigt wird, als sei er nie vereinbart worden. Das hat zur Folge, dass **die Zuwendung, auf die verzichtet wurde**, im Rahmen der Verfügung von Todes wegen, in der sie angeordnet war, **wieder wirksam** wird, ohne dass der Erblasser erneut verfügen müsste (Staudinger/Schotten, § 2352 Rn. 99; Grüneberg/Weidlich, § 2352 Rn. 6; MünchKommBGB/Wegerhoff, § 2352

Rn. 18; ebenso bereits LG Kempten MittBayNot 1978, 63, 64).

Durch die Aufhebung des Zuwendungsverzichtsvertrages werden also im vorliegenden Sachverhalt die Zuwendungen, auf die im Vertrag aus dem Jahr 2013 verzichtet wurde, als Teil der von der Mutter für ihr Ableben getroffenen Regelungen wieder wirksam, wobei die betreffenden Zuwendungen durch die Aufhebung des Zuwendungsverzichtsvertrages insbesondere auch wieder an der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments, welche im Jahr 1995 eingetreten ist, entsprechend dem seinerzeitigen Rechtszustand teilhaben. Durch die Aufhebung des Zuwendungsverzichts können die Beteiligten also vorliegend in der Tat den Regelungszustand aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments wieder herstellen.

4. Gesamtergebnis

Im Ergebnis ist die von den Beteiligten **geplante Gestaltung** unter Einschluss der vorgesehenen Vertretungen der Tochter und des Sohnes – sofern beide nicht auch als Erblasser im Rahmen des Erbvertrages beteiligt waren – u. E. also **zulässig**. Durch die Aufhebung des Erbvertrages und des Zuwendungsverzichtsvertrages wird die Regelung des **gemeinschaftlichen Testaments samt ihrer Bindungswirkung nach §§ 2270, 2271 Abs. 2 BGB wiederhergestellt**.

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 § 2250

Errichtung eines Nottestaments vor drei Zeugen; Formverstöße; Mitwirkung der begünstigten Lebensgefährtin als Zeugin

Abruf-Nr.:

BGB §§ 883, 881, 890; GBO § 5

Vereinigung von Grundstücken; keine grundbuchliche Verwirrung durch Belastung eines der Grundstücke mit einer Auffassungsvormerkung nebst Rangvorbehalt

Abruf-Nr.:

Aktuelles

Grundsteuerreform (Ergänzung zu DNotI-Report 2022, 81)

In unserem Gutachten DNotI-Report 2022, 81 wurde der Fall behandelt, dass ein Grundstück **nach** dem 1.1.2022 veräußert wird. Dort wird bzgl. der Pflicht zur Abgabe einer Steuererklärung ausgeführt, dass die (zivilrechtliche) Eigentümerstellung zum 1.1.2022 entscheidend sei. Nach Berichten aus der Praxis, dass einzelne Finanzämter bei einer Veräußerung **vor** dem 1.1.2022 nicht auf die zivilrechtliche Rechtslage abstellen, sondern auf das wirtschaftliche Eigentum, haben wir eine Anfrage beim Bundesministerium der Finanzen gestellt. Dort wurde uns mitgeteilt, dass es zwar grundsätzlich auf die zivilrechtlichen Verhältnisse ankomme, bei einer Veräußerung und einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bereits **vor** dem 1.1.2022 jedoch der **wirtschaftliche Eigentümer** zur Abgabe der Steuererklärung verpflichtet sei – unabhängig davon ob die Grundbucheintragung bereits vor dem 1.1.2022 erfolge.

Erinnerung: Keine Verlängerung des Bilanzstichtags für Umwandlungen 2022

Gem. § 4 des Gesetzes über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (COVMG) galt 2020 und 2021 abweichend von § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG für die Zulässigkeit der Eintragung, dass die Bilanz auf einen höchstens zwölf Monate vor der Anmeldung liegenden Stichtag aufgestellt worden war. Die Geltung von § 4 COVMG wurde nicht erneut verlängert, so dass dieses Jahr wieder der Bilanzstichtag des § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG gilt.

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 Alexander König

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 § 894 – Nachweisanforderungen bei Fiktion der Abgabe einer Willenserklärung gegenüber dem Notar

GBO § 137; BeurkG § 39a – Elektronische beglaubigte Abschrift; einfaches elektronisches Zeugnis; eingescannter papierner oder direkt elektronisch erzeugter Beglaubigungsvermerk

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 138; GBO §§ 18, 20, 29 – Ablehnung des Antrags auf Eintragung einer Auflassungsvormerkung durch das Grundbuchamt wegen (vermeintlicher) Sittenwidrigkeit des Grundstückskaufvertrages

BGB §§ 125, 242, 311b Abs. 1 S. 1, 705, 730 – Scheitern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft; Rückabwicklung eines Grundstückserwerbs bei Miteigentümergeinschaft

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO § 894

Nachweisanforderungen bei Fiktion der Abgabe einer Willenserklärung gegenüber dem Notar

I. Sachverhalt

Verkäufer V hat an Käufer K im Rahmen eines Bauträgervertrags eine neu zu errichtende Wohnung verkauft. In der Urkunde ist folgende Anweisung an den Notar enthalten:

„Die Vertragsteile weisen den Notar unwiderruflich an, die Eigentumsumschreibung erst zu beantragen, wenn ihm durch eine Mitteilung des Verkäufers nachgewiesen ist, dass der gesamte geschuldete Kaufpreis samt Vergütungen für Sonderwünsche und etwaiger Zinsen bezahlt ist.“

Die Auflassung ist in der Urkunde enthalten. Der klagende K hat dem Notar die „einfache Kopie“ eines Urteils des Landgerichts gegen den Beklagten V mit folgendem Tenor vorgelegt:

„1. Der Beklagte V wird verurteilt, den Notar anzuweisen, die Auflassungserklärung aus dem Bauträgervertrag ... beim Grundbuchamt einzureichen und die Eigentumsumschreibung im Grundbuch ... betreffend das Wohnungs- und Teileigentum bestehend aus ... zu beantragen.

2. Das Urteil ist gegen Sicherheitsleistung von ... € vorläufig vollstreckbar.“

Die Kopie hat die Überschrift „Vollstreckbare Ausfertigung“ und den mit Siegel versehenen und vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle unterzeichneten Vermerk „Vorstehende mit der Urschrift übereinstimmende Ausfertigung wird der Klagepartei zum Zweck der Zwangsvollstreckung erteilt. Vorstehendes Urteil ist der Beklagtenpartei am ... von Amts wegen zugestellt worden“; außerdem den mit Siegel versehenen und vom

Urkundsbeamten der Geschäftsstelle unterzeichneten Vermerk „Das Urteil ist rechtskräftig“. V verweigert gegenüber dem Notar sowohl die Abgabe einer Bestätigung entsprechend des Bauträgervertrags als auch die Abgabe der Anweisung gemäß Nr. 1 des Urteils. K ist der Ansicht, dass nach § 894 S. 1 ZPO mit Rechtskraft des Urteils die Anweisung aus Nr. 1 des Urteils von V gegenüber dem Notar als abgegeben gelte.

II. Fragen

1. Gilt § 894 ZPO auch für Verfahrensanweisungen gegenüber dem Notar?
2. In welcher Form ist dem Notar das rechtskräftige Urteil nachzuweisen (z. B. Vorlage der vollstreckbaren Ausfertigung statt Kopie)?
3. Reicht die auf der vollstreckbaren Ausfertigung vermerkte Zustellung durch das Gericht für § 894 ZPO aus?

III. Zur Rechtslage

1. Anwendung auf Weisungen gegenüber dem Notar

Nach § 894 ZPO werden Willenserklärungen, in entsprechender Anwendung aber auch rechtsgeschäftsähnliche Handlungen und prozessuale Erklärungen fingiert (MünchKommZPO/Gruber, 6. Aufl. 2020, § 894 Rn. 3). Die Vorschrift gilt somit nach allgemeiner Meinung **auch für Weisungen gegenüber dem Notar** (BeckOGK-BeurkG/Franken, Std.: 1.5.2021, § 60 Rn. 28; Renner, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, § 60 BeurkG Rn. 43; Gutachten DNotI-Report 1997, 181, 183).

2. Nachweis der Fiktion gegenüber dem Notar

Da sich bei Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung nach § 894 S. 1 ZPO keine Vollstreckungsmaßnahmen anschließen, wird eine vollstreckbare Ausfertigung nur hinsichtlich der Kosten erteilt (Lackmann, in: Musielak/Voit, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 894 Rn. 9; so im Übrigen auch, wenn es sich um ein Urteil auf Abgabe einer verfahrensrechtlichen Bewilligung handelt, obwohl sich in diesem Fall aus § 895 ZPO die Möglichkeit einer einstweiligen Sicherung ergibt, MünchKommZPO/Gruber, § 895 Rn. 7). Die Fiktionswirkung tritt **mit Rechtskraft der angefochtenen Entscheidung und Zugang einer Ausfertigung beim Erklärungsempfänger** ein (MünchKommZPO/Gruber, § 894 Rn. 17). Die Ausfertigung kann nicht durch die Vorlage einer Abschrift ersetzt werden, denn als empfangsbedürftige Willenserklärung muss diese (in Form des die Fiktion anordnenden Urteils) selbst zugehen (Bartels, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2017, § 894 Rn. 23). Erklärungsempfänger ist vorliegend der Notar. Somit ist in diesem Fall die Vorlage einer

vollstreckbaren Ausfertigung nicht nötig, erforderlich bleibt allerdings die **Vorlage einer Ausfertigung mit Rechtskraftvermerk**.

Etwas anderes gilt, wenn dem Urteil eine Zug um Zug zu erbringende Leistung i. S. d. § 894 S. 2 ZPO zugrunde liegt. Die Fiktionswirkung tritt nach dem Wortlaut der Vorschrift in diesem Fall erst mit Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung (MünchKommZPO/Gruber, § 894 Rn. 19) und Zugang derselben beim Erklärungsempfänger ein. Demnach ist in diesem Fall also mindestens die Vorlage einer vollstreckbaren Ausfertigung erforderlich (BeckOGK-BGB/J. Weber, Std.: 1.1.2022, § 925 Rn. 123).

3. Keine Prüfung der Zustellung erforderlich

Da die formelle Rechtskraft von der Zustellung der Entscheidung an den Beklagten abhängt und bereits das Rechtskraftzeugnis als öffentliche Urkunde i. S. v. § 418 ZPO den vollen Beweis über den Eintritt der Rechtskraft erbringt (Lackmann, § 706 Rn. 5), ist eine **Prüfung der Zustellung durch den Notar** im Rahmen des § 894 S. 1 ZPO **nicht mehr erforderlich**; es genügt der entsprechende Zugang beim Notar. Im Vollstreckungsverfahren ist die Zustellung des Urteils bei unbedingter Verurteilung keine erneut zu prüfende Voraussetzung (Lackmann, § 894 Rn. 9). Somit würde bei unbedingt abzugebender Willenserklärung die Vorlage ohne Zustellungsvermerk genügen.

Dagegen **wäre bei einer Zug um Zug abzugebenden Willenserklärung** i. S. d. § 894 S. 2 ZPO der **Zeitpunkt des Eintritts der Fiktionswirkung umstritten**.

In diesen Fällen stehen die vom Notar zu überprüfenden Voraussetzungen u. E. nicht völlig zweifelsfrei fest. Einige Autoren fordern, dass neben der Erteilung einer qualifizierten Vollstreckungsklausel auch Zustellungen nach § 750 Abs. 2 ZPO erfolgt sein müssen, insbesondere also die Klauseln und die zur Erteilung notwendigen Urkunden dem Schuldner zugestellt wurden (Kindl/Meller-Hannich/Bendtsen, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 4. Aufl. 2021, § 894 ZPO Rn. 17; BeckOK-ZPO/Stürner, Std.: 1.7.2022, § 894 Rn. 10; ob der insofern zitierte Zöller/Seibel, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 894 Rn. 9 tatsächlich so verstanden werden kann, erscheint dagegen fraglich, da dieser sich wohl lediglich auf die Abgabe einer Willenserklärung unter einer Bedingung bezieht). Andere Autoren gehen auf das Problem nicht explizit ein und stellen in diesen Fällen lediglich auf die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung ab (vgl. etwa Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 748; MünchKommZPO/Gruber, § 894 Rn. 19, 20). Dies hat zur Folge, dass nach dieser Ansicht die Vollstreckungswirkung in dem Zeitpunkt eintritt, in dem der Urkundsbeamte der

Geschäftsstelle die vollstreckbare Ausfertigung herausgibt (Schmidt, in: Anders/Gehle, ZPO, 80. Aufl. 2022, § 894 Rn. 22; Bartels, § 894 Rn. 28; Schöner/Stöber, Rn. 748). Zusätzlich ist der Zugang beim Erklärungsempfänger erforderlich, allerdings soll es auf die Zustellung an den Schuldner nicht ankommen.

Wir neigen der zweitgenannten Auffassung zu, da der klare Wortlaut des § 894 S. 2 ZPO nur auf die *Erteilung* der vollstreckbaren Ausfertigung abstellt, nicht aber auch auf die *Zustellung* an den Schuldner (Bartels, § 894 Rn. 28). Die Zustellung ist nach § 750 ZPO lediglich Voraussetzung für die Zwangsvollstreckung, nicht aber auch für die wirksame Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung. Eine regelrechte Zwangsvollstreckung, bei der die Voraussetzungen nach § 750 ZPO zu prüfen wären und die eine Zustellung voraussetzen würde, schließt sich nicht an, da die gesetzliche Fiktion allein aufgrund der Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung eintritt. Die Warnfunktion durch die Zustellung ist hier nicht angezeigt, da der Gläubiger wegen § 726 Abs. 2 ZPO nur eine vollstreckbare Ausfertigung erhält, wenn er die ihm obliegende Zug-um-Zug-Leistung bereits erbracht und nachgewiesen hat. In diesem Fall muss der Schuldner aber, anders als bei einer Leistungsverpflichtung im engeren Sinne, auch keine Handlung mehr erbringen, zu der er durch die Zustellung der vollstreckbaren Ausfertigung (letztmalig) angehalten werden soll, da die Wirkung kraft Gesetzes eintritt.

Wir gehen daher davon aus, dass selbst bei einer – hier nicht gegebenen – Verurteilung zu einer Zug-um-Zug-Leistung die Fiktion einer abzugebenden Willenserklärung auch dem Notar gegenüber durch Vorlage einer vollstreckbaren Ausfertigung ausreichend nachgewiesen ist. Aufgrund der nicht abschließend geklärten Rechtslage wäre allenfalls in Erwägung zu ziehen, ob der Notar sein Vorgehen in diesen Fällen durch einen Vorbescheid ankündigen sollte (vgl. dazu jüngst BGH DNotZ 2020, 604, 616).

GBÖ § 137; BeurkG § 39a Elektronische beglaubigte Abschrift; einfaches elektronisches Zeugnis; eingescannter papierner oder direkt elektronisch erzeugter Beglaubigungsvermerk

I. Sachverhalt

Zur Herstellung einer elektronisch beglaubigten Abschrift wird die Urschrift gescannt. Der Beglaubigungsvermerk („ Bilddaten stimmen mit Urschrift überein“) wird dabei nicht originär digital „erzeugt“ und in die PDF-Datei eingefügt, sondern auf ein gesondertes Blatt

gedruckt. Dieses Blatt wird zusammen mit der Papierfassung des unterschriebenen Texts gescannt. Im Ergebnis wird damit eine Datei erzeugt, die auf der letzten Seite eingescannt bereits den Beglaubigungsvermerk enthält. Sodann wird diese PDF-Datei qualifiziert signiert. Seitens des Grundbuchamtes wird nunmehr beanstandet, dass dieser Beglaubigungsvermerk nicht originär elektronisch erzeugt, sondern mitgescannt wurde. I. S. v. § 137 GBO dürfe es hier nicht zu einem sog. „Medienbruch“ kommen (so die Erläuterung des Grundbuchamts zur Zwischenverfügung). Der Inhalt des Beglaubigungsvermerks, die Signatur oder das Dateiformat selbst werden nicht beanstandet. Vorteil des gewählten Verfahrens ist, dass die erzeugte, zu signierende PDF-Datei zu keinem Zeitpunkt nach dem Scannen inhaltlich bearbeitet/geändert wird, wie etwa durch ein Einfügen des Signaturvermerks auf der letzten Seite der PDF-Datei.

Abwandlung: Die letzte Seite, die mitgescannt wird und den Beglaubigungsvermerk enthält, ist zusätzlich mit einem Abdruck des Farbdrucksiegels versehen.

II. Fragen

1. Ergibt sich aus den Vorschriften des Beurkundungsgesetzes oder der Grundbuchordnung, dass der Beglaubigungsvermerk originär elektronisch zu erzeugen und der gescannten PDF-Datei beizufügen ist?

2. Wenn nein, ist es bei einem gescannten Beglaubigungsvermerk schädlich, diesem einen Abdruck des Farbdrucksiegels beizufügen?

III. Zur Rechtslage

Für den elektronischen Grundbuchverkehr regelt § 137 Abs. 1 GBO im Hinblick auf den gem. § 29 Abs. 1 S. 1 GBO erforderlichen Nachweis, dass dieser durch ein mit einem **einfachen elektronischen Zeugnis nach § 39a BeurkG versehenes elektronisches Dokument** (§ 137 Abs. 1 S. 1 GBO) **oder ein öffentliches elektronisches Dokument i. S. v. § 371 a Abs. 3 S. 1 ZPO** (§ 137 Abs. 1 S. 2 GBO) geführt werden kann. Dabei führt § 137 GBO zu einer Funktionsäquivalenz von elektronischen Dokumenten und Papierdokumenten (BeckOK-GBO/Wilsch, Std.: 1.6.2022, § 137 Rn. 1; Winkler, 20. Aufl. 2022, § 39a Rn. 10 weist zu Recht darauf hin, dass es § 137 Abs. 1 GBO mit Blick auf § 39a BeurkG gar nicht bedürfte), sodass einfache elektronische Zeugnisse nach § 39a BeurkG den Vorgaben von § 29 GBO genügen, wenn diese auf Grundlage von öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunden errichtet wurden. Dabei stellt die elektronische Abschriftsbeglaubigung den praktischen Hauptanwendungsfall des einfachen elektronischen Zeugnisses nach § 39a BeurkG dar (BeckOK-BeurkG/Frohn, Std.: 1.11.2021, § 39a Rn. 11;

Kruse, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 39a Rn. 21).

Es stellt sich nunmehr die Frage, ob es nach § 39a BeurkG zulässig ist, dass der **Beglaubigungsvermerk zunächst papiergebunden erzeugt und sodann eingescannt** wird (sofern im Übrigen sämtliche Voraussetzungen des § 39a BeurkG erfüllt sind) oder ob es erforderlich ist, dass der Beglaubigungsvermerk ausschließlich und direkt elektronisch erzeugt wird. Soweit ersichtlich, wird die Frage in der Literatur nur an zwei Stellen ausdrücklich erörtert. Nach Auffassung von *Theilig* (in: BeckOGK-BeurkG, Std.: 1.5.2022, § 39a Rn. 10-12) und *Büttner* (in: Büttner/Frohn/Seebach, Elektronischer Rechtsverkehr und Informationstechnologie im Notariat, 2019, Kapitel 2 Rn. 38 ff.) sind beide Vorgehensweisen gleichermaßen **zulässig**.

Wir halten diese **Auffassung für überzeugend**. Zunächst verhält sich der Wortlaut von § 39a BeurkG zu dieser Frage nicht (explizit), während die Norm zu anderen relevanten Eigenschaften einfacher elektronischer Zeugnisse detaillierte Vorgaben enthält (so zur qualifizierten elektronischen Signatur, § 39a Abs. 1 S. 2-5 BeurkG in der bis zum 31.7.2022 geltenden Fassung; zur Bestätigung der Notareigenschaft, § 39a Abs. 2 S. 1 BeurkG; dazu, dass das Zeugnis Ort und Tag der Ausstellung angeben soll, § 39a Abs. 2 S. 2 BeurkG). Insofern spricht der Wortlaut dafür, dass diese Frage dem Ermessen des Notars überantwortet sein soll.

Auch unter **teleologischen Gesichtspunkten** ist im Ergebnis kein Grund erkennbar, warum der Vermerk ausschließlich (direkt) elektronisch erzeugt werden können soll. Allenfalls könnte man einwenden, erst wenn das elektronische Dokument erzeugt ist, könne der Notar in diesem Moment feststellen, ob die Urschrift mit dem elektronischen Dokument übereinstimmt. Erst dann könne er dies in einem Vermerk bescheinigen. Das kann im Ergebnis jedoch nicht überzeugen. In der Sache geht es um die Übernahme der Gewähr für die Übereinstimmung. Wie diese Gewähr zum Ausdruck gebracht wird – ob in einem elektronisch erzeugten oder in einem gescannten Papierdokument – ist für das Ergebnis gleichgültig. Das Verfahren werden hierdurch nicht sicherer bzw. die Authentizität und Integrität der elektronisch beglaubigten Abschrift wird hierdurch nicht erhöht (s. zu diesen Funktionen der qualifizierten elektronischen Signatur BeckOGK-BeurkG/Theilig, § 39a Rn. 20; Integrität meint dabei die Gewährleistung, dass das Dokument nicht nach der Signatur verändert wurde, BeckOGK-BeurkG/Theilig, § 39a Rn. 20). Die Authentizität der elektronisch beglaubigten Abschrift wird vielmehr durch Signatur und Notarattribut be-

stätigt. Die vom Notar gewählte Vorgehensweise ist in bestimmten Fällen zudem praktisch sinnvoller als die elektronische Erzeugung des Vermerks, nämlich in den Fällen, in denen der Notar sowohl eine beglaubigte Abschrift *als auch* eine elektronische beglaubigte Abschrift herstellen möchte. Der Vergleich mit der Papierwelt bestätigt das Ergebnis: Auch hier macht es keinen Unterschied, ob der Beglaubigungsvermerk handschriftlich erzeugt, gestempelt oder maschinell hergestellt wird. Entscheidend ist allein dessen Inhalt.

Es gilt daher Ähnliches wie für das zu beglaubigende Dokument selbst: Auch dieses kann entweder eingescannt oder direkt elektronisch erzeugt werden (BeckOK BeurkG/Frohn, § 39a Rn. 11; Kruse, § 39a Rn. 23; Strauß, MittBayNot 2007, 341, 342). Es kommt maßgeblich nämlich auf die *inhaltliche* Wiedergabe an (Kruse, § 39a Rn. 23; BeckOGK-BGB/Scheller, Std.: 1.2.2022, § 129 Rn. 30; LG Regensburg, RNotZ 2008, 306 f.; LG Chemnitz, MittBayNot 2007, 340). Es ist nicht ersichtlich, warum bezüglich des Beglaubigungsobjektes – der öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde – anders verfahren werden darf als in Bezug auf die Zeugnisleistung, den Beglaubigungsvermerk.

Vom vorliegenden Fall der Abschriftsbeglaubigung **abzugrenzen ist der der „elektronischen Unterschriftsbeglaubigung“**. Hier ist in der Tat umstritten, ob die Erstellung eines einfachen elektronischen Zeugnisses gem. § 39a BeurkG zur Beglaubigung einer Unterschrift mit Blick auf den damit verbundenen Medienbruch zulässig ist (dagegen BeckOGK-BeurkG/Theilig, § 39a Rn. 18; Kruse, § 39a Rn. 25; anders noch BeckOGK-BeurkG/Theilig, § 39a Rn. 11 in einer Voraufgabe, Std.: 1.10.2022; umf. Gutachten DNotI-Report 2020, 113, 114). Diese Argumentation lässt sich u. E. nicht auf die elektronische Beglaubigung einer Abschrift übertragen. Das Beglaubigte, die „Abschrift“, kann nämlich unzweifelhaft direkt elektronisch erstellt werden (als PDF-Dokument o. ä.).

Mit Blick auf die **zweite Frage** ist u. E. für die Herstellung und Gültigkeit einer elektronischen Abschriftsbeglaubigung **unschädlich, dass der** notwendige und einzuscannende **Zeugnisvermerk zugleich Siegel und Unterschrift des Notars enthält**. Beides wäre zwar für die Herstellung einer elektronisch beglaubigten Abschrift **nicht erforderlich**; die Funktion von Siegel und Unterschrift wird durch Signatur und Notarattribut ersetzt (Kruse, § 39a Rn. 9; BeckOGK-BeurkG/Theilig, § 39a Rn. 3, 21). Das Vorhandensein im PDF-Dokument **verfälscht aber den Aussagewert** des Zeugnisvermerks einer elektronischen beglaubigten Abschrift **nicht** (anders wäre es möglicherweise, wenn Signatur

und Notarattribut von einem anderen Notar stammten als das eingescannte Siegel und die eingescannte Unterschrift; da dies hier nicht der Fall ist, kann diese Frage aber offen bleiben).

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 §§ 1629, 1795, 1822, 1909; BauGB § 154
Grundstücksüberlassung durch Großeltern an minderjährige Enkelkinder; Vertretung; familiengerichtliche Genehmigung; Sanierungsgebiet**

Abruf-Nr.:

BayKommKredV § 3 Nr. 4

Genehmigungsfreiheit einer Finanzierungsgrundschuld; zur Frage der Begrenzung des Nominalbetrags der Finanzierungsgrundschuld auf den Kaufpreis

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB § 138; GBO §§ 18, 20, 29

Ablehnung des Antrags auf Eintragung einer Auflassungsvormerkung durch das Grundbuchamt wegen (vermeintlicher) Sittenwidrigkeit des Grundstückskaufvertrages

Besteht bei Ankauf und Verkauf wenige Wochen später eine Kaufpreisdifferenz von mehr als dem 2,5-fachen, so ist der beurkundete Grundstückskaufvertrag sittenwidrig und damit nichtig; die beim Grundbuchamt beantragte Eintragung einer Auflassungsvormerkung ist von diesem abzulehnen.

(Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Braunschweig, Beschl. v. 30.3.2022 – 2 W 10/22

Problem

Der Beteiligte zu 2 verkaufte dem Beteiligten zu 1 ein

Grundstück zum Kaufpreis von 220.000 Euro. Diesbezüglich begehrte der Beteiligte zu 1 die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung seines Eigentumsverschaffungsanspruchs. Der Beteiligte zu 2 hatte das Grundstück ca. sechs Wochen zuvor zu einem Kaufpreis von 85.000 Euro erworben (im Folgenden: Erstkaufvertrag). Der Verkäufer des Erstkaufvertrages wiederum hatte das Grundstück im Wege der Zwangsversteigerung zu einem Bargebot von 39.500 Euro erworben, wobei das im Rahmen des Zwangsversteigerungsverfahrens eingeholte Verkehrswertgutachten von einem Verkehrswert zum 5. April 2017 von 43.000 Euro ausging.

Das Grundbuchamt wies den Notar darauf hin, dass der Grundstückskaufvertrag im Hinblick auf die erhebliche Wertdifferenz gem. § 138 BGB wegen groben Missverhältnisses sittenwidrig sein könnte und gab Gelegenheit, die erhebliche Wertsteigerung des Objekts durch Vorlage eines Gutachtens eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen nachzuweisen. Ein solches Gutachten wurde nicht vorgelegt. Daraufhin wies das Grundbuchamt den Antrag auf Eintragung der Auflassungsvormerkung zurück.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde beim Oberlandesgericht. Im Rahmen dieses Verfahrens hat der Notar ein Gutachten zur Wertermittlung vorgelegt, das einen Ertragswert von 371.000 Euro ausweist.

Entscheidung

Das OLG wies die Beschwerde zurück und ging davon aus, dass das Grundbuchamt die Eintragung zu Recht zurückgewiesen habe. Das Grundbuchamt sei im Antragsverfahren gem. § 18 GBO u. a. zur Prüfung des Grundgeschäfts berechtigt. Es dürfe den Eintragungsantrag zurückweisen, wenn es aufgrund der vorliegenden Urkunden oder anderer ihm bekannter Umstände zu der sicheren Überzeugung gelange, dass das Grundgeschäft nichtig sei und die Nichtigkeit auch das Erfüllungsgeschäft ergreife (Rn. 8 der Entscheidung).

Ein Grundstückskaufvertrag sei als wucherähnliches Rechtsgeschäft gem. § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein auffälliges Missverhältnis bestehe und außerdem mindestens ein weiterer Umstand hinzukomme, der den Vertrag bei Zusammenfassung der subjektiven und der objektiven Merkmale als sittenwidrig erscheinen lasse. Dies sei insbesondere der Fall, wenn (subjektiv) eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten hervorgetreten sei. Liege ein Missverhältnis von besonders großem Ausmaß vor, lasse dies den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung

zu. Eine solche verwerfliche Gesinnung werde ab einer Verkehrswertunter- oder -überschreitung von 90 % vermutet (unter Verweis auf BGH, Urt. 24.1.2014 – V ZR 249/12 – Rn. 8).

Der vorliegende Kaufvertrag sei deshalb sittenwidrig und damit nichtig. Der nunmehr vereinbarte Kaufpreis entspreche einer Wertsteigerung um mehr als das 2,5-fache innerhalb von sechs Wochen, was nicht ohne Weiteres zu erklären sei. Die Zweifel an der Vermutung der verwerflichen Gesinnung seien im Verfahren nicht ausgeräumt worden. Das vorgelegte Gutachten zum „Ertragswert“ hielt das Gericht für nicht plausibel.

Praxishinweis

Das Urteil scheint in verschiedener Hinsicht zweifelhaft. Zum einen hat das Grundbuchamt bei dem Antrag auf Eintragung einer Vormerkung allein das Vorliegen eines solchen Antrags (§ 13 GBO) und der entsprechenden Bewilligung (§ 19 GBO) zu beurteilen. Das Grundbuchamt ist weder berechtigt noch verpflichtet, das Bestehen eines Anspruchs zu prüfen (vgl. OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 22.11.2021 – 20 W 223/21 und OLG München, Urt. v. 5.8.2020 – 34 Wx 310/20). Das Grundbuchamt darf eine Eintragung grundsätzlich nur dann ablehnen, wenn es der sicheren Überzeugung ist, dass die begehrte Eintragung zur Unrichtigkeit des Grundbuchs führen würde. Dies kann aber vorliegend nicht der Fall sein, da es auch auf subjektive Elemente auf Seiten der Beteiligten ankommt. Daran ändert auch die Vermutung der verwerflichen Gesinnung aufgrund einer Verkehrswertüber- oder -unterschreitung nichts.

Das Grundbuchamt hat letztlich implizit selbst eingeräumt, dass es lediglich Zweifel an dem Bestehen des Anspruchs habe, denn anderenfalls hätte die Einholung eines Verkehrswertgutachtens keinen Sinn ergeben. Zudem steht die Entscheidung in Widerspruch zum Beschluss des BGH v. 9.12.2021 (Az.: V ZB 25/21). Dort ging der BGH ausdrücklich davon aus, dass Verkehrswertgutachten grundsätzlich ungeeignet sind, die evidente Unwirksamkeit eines über ein Grundstück geschlossenen Kaufvertrags unter dem Gesichtspunkt des wucherähnlichen Rechtsgeschäfts zu belegen. Das Gleiche muss entsprechend für den niedrigeren Ankaufspreis gelten. Es kann zahlreiche verschiedene Gründe für eine solche Preisdifferenz geben. Weder für den Notar noch für das Grundbuchamt ist nachzuvollziehen, was der tatsächliche Verkehrswert ist und was die Motive der Beteiligten sind. Bestehen Zweifel an der Wirksamkeit des Kaufvertrages, so können diese ausschließlich im Rahmen eines Zivilprozesses beseitigt werden.

BGB §§ 125, 242, 311b Abs. 1 S. 1, 705, 730

Scheitern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft; Rückabwicklung eines Grundstückserwerbs bei Miteigentümergeinschaft

1. Der Erwerb eines Grundstücks zu je ½ mit dem Ziel, darauf ein Einfamilienhaus zu errichten, das künftig gemeinsam bewohnt werden soll, stellt keine konkludente Begründung einer BGB-Gesellschaft dar, wenn der Zweck nicht über die Verwirklichung der Beziehung der Parteien hinausgeht.

2. Die Vereinbarung über die Auseinandersetzung einer BGB-Gesellschaft, die die Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück zum Inhalt hat, bedarf zur Wirksamkeit der notariellen Beurkundung. Die Berufung auf die Formnichtigkeit ist jedenfalls dann nicht treuwidrig, wenn beide Parteien die Formbedürftigkeit kannten.

3. Scheitert eine nichteheliche Beziehung nach dem gemeinsamen Erwerb eines Baugrundstücks und errichtet ein Partner nunmehr allein auf dem Grundstück ein Einfamilienhaus, kann er anteiligen Ersatz seiner Aufwendungen nicht nach den Grundsätzen über Ausgleichsansprüche nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft verlangen. Es verbleiben Ansprüche wegen der Wertsteigerung des hälftigen Miteigentumsanteils des anderen Partners.

OLG Hamm, Urt. v. 6.4.2022 – 8 U 172/20

Problem

Die Beteiligten führten zunächst eine nichteheliche Beziehung und erwarben im Jahr 2017 ein Grundstück zum Kaufpreis von 92.000 Euro je zu hälftigem Miteigentum. Ziel war es, gemeinsam ein Einfamilienhaus auf dem Grundstück zu errichten. Der Beklagte beglich den Kaufpreis und gewährte der Klägerin bezüglich ihrer hälftigen Beteiligung am Kaufpreis ein unbefristetes Darlehen i.H.v. 46.000 Euro. Des Weiteren schlossen die Beteiligten zur Finanzierung des Bauvorhabens einen Darlehensvertrag mit der X-Bank über 275.000 Euro. Kurz nach Beginn des Bauvorhabens scheiterte die Beziehung.

Die Klägerin setzte das Bauvorhaben gleichwohl fort und tätigte umfangreiche eigene Investitionen in das Grundstück. Seit dessen Fertigstellung nutzt sie das Einfamilienhaus alleine.

Die Klägerin strebte im Nachgang die Beurkundung eines notariellen Auseinandersetzungsvertrages an, in dem der Beklagte gegen Zahlung von 46.000 Euro ihr seinen hälftigen Miteigentumsanteil übertragen sollte. Zur Unterzeichnung der notariellen Vereinbarung kam es nicht. Daraufhin kündigte die Klägerin eine nach ihrer Auffassung zwischen den Beteiligten bestehende GbR, die den Zweck gehabt habe, ein Einfamilienhaus zu errichten. Der Beklagte wiederum forderte im Wege der Widerklage die Rückzahlung des Darlehens i. H. v. 46.000 Euro. Die Vorinstanz wies die Klage ab und gab der Widerklage statt.

Entscheidung

Das Gericht verneint zunächst einen Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils aus einer mündlichen Vereinbarung der Parteien. Diese mündliche Vereinbarung sei gem. § 125 S. 1 BGB i. V. m. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB nichtig.

Auch ein Anspruch der Klägerin auf Übertragung aus einer mündlichen Auseinandersetzungsvereinbarung bezüglich einer GbR gem. § 730 BGB komme nicht in Betracht. Eine solche Auseinandersetzungsvereinbarung bedürfe ebenfalls der notariellen Beurkundung, da sich darin der eine Teil zur Übertragung des hälftigen Miteigentums auf den anderen verpflichte. Zudem fehle es schon an dem Zustandekommen einer GbR. Diese könne zwar grundsätzlich formfrei errichtet werden, verfolgten die Partner jedoch – wie im vorliegenden Fall – keinen Zweck, der über die Verwirklichung der Beziehung hinausgehe, bestünden Zweifel an dem für einen Gesellschaftsvertrag erforderlichen Rechtsbindungswillen. Zudem bestand im vorliegenden Fall für die Beteiligten kein Bedürfnis an dem Abschluss einer gesellschaftsvertraglichen Regelung, da beide Beteiligten davon ausgingen, die Kosten hälftig aufzuteilen. Diesbezüglich wurde auch ein Darlehensvertrag geschlossen und geregelt, dass die Investitionen je zur Hälfte erfolgen sollten. Darin seien eigenständige Vereinbarungen zu sehen, die der Annahme des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrages durch schlüssiges Verhalten entgegenstünden.

Die Klägerin habe zudem keine sonstigen Ausgleichsansprüche wegen der Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Zwar kämen solche grundsätzlich in Betracht, wenn mit den Beiträgen eines Partners wesentliche Vermögenswerte von großer wirtschaftlicher Bedeutung geschaffen würden. Dann seien Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung oder nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Be-

tracht zu ziehen. Dies komme auch dann in Betracht, wenn ein Partner Miteigentümer einer Immobilie sei, aber erheblich höhere Beiträge leiste als der andere. Es fehle vorliegend schon an gemeinschaftsbezogenen Zuwendungen, da die Investitionen unstrittig nach Beendigung der Beziehung erfolgten. Zudem war streitig, ob überhaupt eine „nichteheliche Lebensgemeinschaft“ geführt wurde. Eine Übertragung der Rechtsprechung auf Investitionen, die nach Beendigung der Beziehung getätigt werden, komme nicht in Betracht.

Da der Beklagte das Darlehen fristgerecht kündigte, war es drei Monate nach Kündigung gem. § 488 Abs. 2 S. 2 BGB zur Rückzahlung fällig. Der Widerklage war insofern stattzugeben.

Praxishinweis

Der vorliegende Fall zeigt, dass im Falle des gemeinschaftlichen Erwerbs eines Grundstücks durch Nicht-Ehegatten stets auch Regelungen für eine mögliche Auseinandersetzung der Beziehung getroffen werden sollten. In Betracht kommt beispielsweise das Erwerbsrecht eines der Partner, sofern bereits abzusehen ist, wer nach Scheitern der Beziehung das Objekt behalten soll. Die Klägerin ist nunmehr allenfalls auf das Geltendmachen gesetzlicher Ansprüche wegen der Wertsteigerungen des hälftigen Miteigentumsanteils des Beklagten und potentiell auf eine Teilungsversteigerung zu verweisen.

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, 8; ErbbauRG § 12 – Aufteilung eines mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks nach WEG

BGB §§ 167, 2139; GBO §§ 19, 22, 51 – Löschung des Nacherbenvermerks nach Eintritt des Nacherbfalls; Bedeutung einer vom Vorerben erteilten transmortalen Vollmacht

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 167 – Erteilung einer sog. Angestelltenvollmacht

BauGB §§ 11 Abs. 2, 176 Abs. 1 S. 1 Nr. 1; BGB § 456 – Wirksamkeit der Vereinbarung einer Bauverpflichtung beim Grundstückskauf von der Gemeinde; Ausübung des Wiederkaufsrechts

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 3, 5, 8; ErbbauRG § 12 Aufteilung eines mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks nach WEG

I. Sachverhalt

Ein bebautes Grundstück ist mit einem Erbbaurecht belastet, welches wiederum in 60 Wohnungserbbaurechte aufgeteilt ist. Das Erbbaurecht besteht noch für mehrere Jahre.

II. Frage

Kann ein erbbaurechtsbelastetes Grundstück nach WEG aufgeteilt werden, wenn sich die WEG-Aufteilung auf jenes Bestandsgebäude bezieht, das im Zeitpunkt der Aufteilung noch wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts i. S. d. § 12 Abs. 1 S. 1 u. 2 ErbbauRG ist?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeines zur Wirksamkeit der WEG-Aufteilung

a) Begründung von Sondereigentum

Nach § 3 Abs. 1 S. 1 WEG kann das Miteigentum (§ 1008 BGB) an einem Grundstück durch Vertrag der Miteigentümer in der Weise beschränkt werden, dass jedem der Miteigentümer abweichend von § 93 BGB das Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung oder an nicht zu Wohnzwecken dienenden bestimmten Räumen in einem auf dem Grundstück errichteten oder zu errichtenden Gebäude eingeräumt wird. Die Begründung von Wohnungseigentum ist eine **Verfügung über** das Eigentum am **Grundstück**, und zwar in Gestalt einer **inhaltlichen Ausgestaltung des Grundstückseigentums**, die gem. §§ 877, 873 BGB i. V. m. § 4 Abs. 1 WEG durch dingliche Einigung der Miteigentümer und Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch wirksam wird (vgl. BeckOK-WEG/Leidner, Std.: 1.7.2022, § 3 Rn. 39 m. w. N.). Entsprechendes gilt gem. § 8 Abs. 1 WEG bei Teilung durch den Alleineigentümer. Die Teilung wird mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher wirksam, § 8 Abs. 2 S. 2 WEG

a. F., § 9a Abs. 1 S. 2 WEG n. F. (vgl. BeckOK-WEG/Kral, Std.: 1.7.2022, § 8 Rn. 26).

Nach wohl überwiegender – und u. E. zutreffender – Ansicht wird die Aufteilung des Grundstücks in Wohnungseigentum (§ 1 Abs. 2 WEG) oder Teileigentum (§ 1 Abs. 3 WEG) mit der dinglichen Erklärung der Beteiligten sowie Verlautbarung der Rechtsänderung im Grundbuch wirksam. Unerheblich ist demgegenüber, ob das Gebäude bereits errichtet ist oder mit der Bauausführung begonnen wurde. Mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher und Verlautbarung der von den Beteiligten erklärten Rechtsänderung i. S. v. §§ 3 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1 WEG im Grundbuch entsteht das „Wohnungs-/Teileigentum“, welches seinerseits verkehrsfähig ist und Gegenstand von Rechten Dritter sein kann (vgl. MünchKommBGB/Krafka, 8. Aufl. 2021, Einl. WEG Rn. 58). Ebenso wie ein Erbbaurecht schon dann entsteht, wenn das Bauwerk noch nicht errichtet ist, so ist auch das Wohnungs-/Teileigentum wirksam begründet, sobald die Teilung im Grundbuch vollzogen ist (vgl. Staudinger/Rapp, WEG, 2018, § 3 Rn. 33; BeckOK-WEG/Leidner, § 3 Rn. 80, 33 ff.; BeckOGK-WEG/Monreal, Std.: 1.12.2021, § 5 Rn. 2-14, § 7 Rn. 53.1; Bärmann/Armbrüster, WEG, 14. Aufl. 2018, § 2 Rn. 37; BeckOK-BGB/Hügel, Std.: 1.5.2022, § 3 WEG Rn. 22; BeckOGK-WEG/M. Müller, Std.: 1.6.2022, § 2 Rn. 21-22, 28 ff.; unklar MünchKommBGB/Krafka, Einl. WEG Rn. 59, der nicht zwischen Inhalt und Gegenstand von Sondereigentum unterscheidet).

Diese Rechtsauffassung wird auch vom BGH vertreten, denn in seiner Entscheidung vom 22.12.1989 – V ZR 339/87 – führt das Gericht aus (NJW 1990, 1111, 1112):

„Die Begründung von Wohnungseigentum ist ein sachenrechtlicher Akt, dessen inhaltliche Zulässigkeit nur davon abhängt, ob er den Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes entspricht. Nach § 3 I, § 8 I WEG kann durch Teilungsvereinbarung oder, wie hier, durch Teilungserklärung Wohnungseigentum schon vor Errichtung des Gebäudes gebildet werden.“

Als Zwischenergebnis ist mithin festzuhalten, dass die Aufteilung eines Grundstücks in Wohnungs- und/oder Teileigentum – insbes. die ansonsten nicht zulässige (Vorrats-)Bildung von Miteigentumsanteilen durch einen Alleineigentümer – unabhängig von der tatsächlichen Bauausführung wirksam wird. Das Grundbuch ist nicht deshalb unrichtig i. S. v. § 894 BGB, weil es an der Errichtung des Gebäudes fehlt (vgl. OLG München RNotZ 2010, 644 betr. nicht errichtete Garagen; LG Köln ZWE 2012, 58 zur nachträglichen Errichtung

einer im Aufteilungsplan vorgesehenen Garage; BGH ZWE 2019, 403 Rn. 22). Das Grundbuch verlautbart nämlich nur **die rechtlichen Verhältnisse** am Grundstück, **nicht** aber die **tatsächlichen Verhältnisse** (bspw. das Vorhandensein von Grundstücksbestandteilen) auf dem Grundstück (vgl. BeckOGK-WEG/Monreal, § 5 Rn. 2-14, Rn. 58-61, § 7 Rn. 53.1., der auf die Notwendigkeit der Unterscheidung von Inhalt und Gegenstand von (Sonder-)Eigentum hinweist; BeckOGK-WEG/M. Müller, § 2 Rn. 28 ff.).

b) Zeitpunkt der Entstehung des Sondereigentums

Von einer wirksamen Aufteilung des Grundstücks zu unterscheiden ist der Zeitpunkt der Entstehung des Sondereigentums. Nach der wohl überwiegenden Meinung soll das Sondereigentum erst sukzessive mit der entsprechenden Bauausführung entstehen und zuvor bzgl. des Sondereigentums nur eine Anwartschaft bzw. ein Anwartschaftsrecht bestehen (vgl. BGH NJW 1990, 1111; OLG Hamburg ZWE 2002, 592; OLG Hamm DNotZ 1992, 494; BayObLGZ 1957, 99; OLG Frankfurt Rpfleger 1978, 381; OLG Karlsruhe DNotZ 1973, 235; OLG Hamm DNotZ 1988, 34; Rpfleger 1978, 182; OLG Düsseldorf Rpfleger 1986, 132; LG Köln ZMR 2011, 901; Staudinger/Rapp, § 3 Rn. 33; Wenzel, DNotZ 1993, 299; Schmidt, BWNNotZ 1989, 49; Streblov, MittRhNotK 1987, 141; Röhl, DNotZ 1977, 69; BeckOK-BGB/Hügel, § 3 WEG Rn. 22).

Die Vorstellung einer sukzessiven Entstehung des Sondereigentums ist der sprachliche Ausdruck dessen, dass **nicht hinreichend zwischen Inhalt und Gegenstand von (Sonder-)Eigentum unterschieden** wird. Die Begründung von Sondereigentum als inhaltliche Ausgestaltung des Grundstückseigentums ist ein rein rechtlicher Akt, der mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher abgeschlossen ist. Das Vorhandensein eines Gebäudes als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ist für die Wirksamkeit und Zulässigkeit dieses Rechtsvorgangs (also die rechtsgeschäftliche Bestimmung des Inhalts von Sondereigentum) gänzlich irrelevant; denn sowohl das **Grundstück** als auch seine **wesentlichen Bestandteile** sind nicht das Eigentum, sondern sie **sind Gegenstand** von Eigentum (vgl. insoweit § 5 WEG, in dem zu Recht zwischen Inhalt und Gegenstand von Sondereigentum unterschieden wird). Wenn also die h. M. davon ausgeht, dass das Sondereigentum erst sukzessive mit der Bauausführung entsteht (s. o.), so ist dies Ausdruck einer unpräzisen Sprache, die die Rechtslage ungenau darstellt. Denn mit der Bauausführung entsteht nicht das Sondereigentum, sondern der Gegenstand von Sondereigentum (vgl. BeckOGK-WEG/M. Müller, § 2 Rn. 28 ff.; BeckOGK-WEG/Monreal, § 5 Rn. 2-14, Rn. 58-61, § 7 Rn. 53.1, 53.5).

c) Schicksal von Belastungen bei einer WEG-Aufteilung

Bei Aufteilung des belasteten Grundstücks nach WEG **setzen sich** die am Gesamtgrundstück bestehenden Belastungen **an allen Wohnungseigentumsrechten fort** (BeckOGK-WEG/M. Müller, § 2 Rn. 42 ff. m. w. N.), weshalb nach einhelliger Meinung die WEG-Aufteilung auch nicht der Zustimmung jener dinglichen Gläubiger bedarf, die am gesamten Grundstück berechtigt sind (vgl. BeckOGK-WEG/M. Müller, § 2 Rn. 106-107.3; Bärmann/Armbrüster, § 2 Rn. 23; MünchKommBGB/Krafka, § 3 WEG Rn. 7; Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 3 Rn. 74-76; explizit für Grundpfandrechte BGH NJW 2012, 1226).

2. Schlussfolgerungen für die WEG-Aufteilung eines erbbaurechtsbelasteten Grundstücks

Nach unserem Dafürhalten ist eine **WEG-Aufteilung** im geschilderten Sachverhalt **zulässig (a. A. jedoch Gutachten DNotI-Report 1998, 13; OLG Hamm NJW-RR 1999, 234; Bärmann/Armbrüster, WEG § 1 Rn. 165; Riecke/Schmid/Schneider; WEG, 5. Aufl. 2019, § 1 Rn. 219; BeckOGK-WEG/M. Müller, § 3 Rn. 44 m. w. N.: Die Belastung mit dem Erbbaurecht stehe der WEG-Aufteilung dann entgegen, wenn sich die Aufteilung auf ein Gebäude beziehe, das gem. § 12 Abs. 1 ErbbauRG Bestandteil des Erbbaurechts sei.)**. Der Umstand, dass die Räume, die gemäß der WEG-Aufteilung *Gegenstand* von Sondereigentum sein sollen, im Zeitpunkt der Aufteilung (noch) kein wesentlicher Bestandteil des Grundstücks sind, hindert u. E. den rechtlichen Vorgang der WEG-Aufteilung nicht.

Durch das Rechtsgeschäft gem. §§ 3 Abs. 1 S. 1, 8 Abs. 1 WEG wird das Eigentum an dem Grundstück derart inhaltlich ausgestaltet, dass abweichend von § 93 BGB **wesentliche Bestandteile** des Grundstücks **sonderrechtsfähig** sein können. In dieser Derogation des § 93 BGB liegt letztlich der eigentliche Rechtsakt der WEG-Aufteilung, der mit der Anlegung der Wohnungsräume abgeschlossen ist (BeckOGK-WEG/Monreal, § 5 Rn. 2-7, § 7 Rn. 53.1-53.5). Über die Frage, ob die zu Wohn- oder sonstigen Zwecken dienenden Räume auf dem Grundstück auch vorhanden, also ein wesentlicher Bestandteil des aufgeteilten Grundstücks sind, sagt dieser Rechtsakt nichts aus; denn das Grundbuch verlautbart nur die rechtlichen Verhältnisse am Grundstück (hier: betreffend die inhaltliche Ausgestaltung des Grundstückseigentums), nicht aber das Vorhandensein von wesentlichen Bestandteilen. Aus diesem Grund ist nach einhelliger Ansicht auch die Aufteilung eines unbebauten Grundstücks zulässig.

Im vorliegenden Fall **fehlt es lediglich am Gegenstand des Sondereigentums** (Gebäude als wesentlicher Be-

standteil des Grundstücks), solange das Erbbaurecht besteht. Endet das Erbbaurecht jedoch, wird das Gebäude gem. § 12 Abs. 3 WEG wesentlicher Bestandteil des Grundstücks. Die vorliegende Situation, in der das Gebäude aus rechtlichen Gründen (noch) kein wesentlicher Bestandteil des aufzuteilenden Grundstücks ist, kann u. E. nicht anders behandelt werden als die Situation, in der der Gegenstand von Sondereigentum mangels Bebauung und damit aus tatsächlichen Gründen fehlt. Denn die Begründung von Wohnungseigentum ist ein sachenrechtlicher *Rechtsakt*, dessen inhaltliche Zulässigkeit nur davon abhängt, ob er den Bestimmungen des WEG entspricht (BGH NJW 1990, 1111, 1112). Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Belastung des Grundstücks mit einem Erbbaurecht samt der hiermit einhergehenden Rechtsfolge des § 12 Abs. 1 ErbbauRG die Existenz von substanzlosem Sondereigentum für längere Zeit vorgibt. Denn auch bei einer „Vorratsteilung“ eines bislang unbebauten Grundstücks obliegt es dem Eigentümer, ob er dieses entsprechend der Aufteilung bebaut oder dies (ggf. für Jahre) unterlässt. Während bei der Aufteilung eines unbebauten Grundstücks die Entstehung des Gegenstands von Sondereigentum ein zukünftiges ungewisses Ereignis ist, bewirkt das Erbbaurecht vorliegend lediglich eine Befristung der Substanzlosigkeit des Sondereigentums. Für uns ist kein sachenrechtlicher Grund ersichtlich, die Substanzlosigkeit aus rechtlichen Gründen anders zu behandeln als die Substanzlosigkeit aus tatsächlichen Gründen, denn die Existenz bzw. Nichtexistenz des *Gegenstands* von (Sonder-)Eigentum ist für den rechtsgeschäftlichen Vorgang der WEG-Aufteilung (inhaltliche Ausgestaltung des Grundstückseigentums = Inhalt des Sondereigentums) per se unmaßgeblich.

3. Ergebnis

Im Ergebnis halten wir daher – entgegen unserer vormals geäußerten Rechtsauffassung (Gutachten DNotI-Report 1998, 13) und entgegen der ganz h. M. – eine WEG-Aufteilung im vorliegenden Fall für zulässig. Eine höchstrichterliche Klärung der Rechtsfrage steht indes noch aus.

BGB §§ 167, 2139; GBO §§ 19, 22, 51 Löschung des Nacherbenvermerks nach Eintritt des Nacherbfalls; Bedeutung einer vom Vorerben erteilten transmortalen Vollmacht

I. Sachverhalt

Die Beteiligten wünschen die Beurkundung eines Kaufvertrages. In Abt. II des Grundbuchs ist ein Nacherbenvermerk eingetragen, der jetzt insgesamt gelöscht werden soll. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

– Die frühere Eigentümerin A ist verstorben. Aufgrund festgestellter Erbfolge ist B, die Tochter der A, (nicht befreite) Vorerbin geworden. Nacherben sind die beiden Kinder der Vorerbin C und D. Die Nacherbfolge tritt mit dem Tod der Vorerbin ein.

– Die Vorerbin B ist nun verstorben und die Nacherbfolge eingetreten. Ein Nacherben-Erbschein liegt bisher nicht vor.

– B hat ihren beiden Kindern C und D eine umfassende notarielle Vorsorgevollmacht erteilt, die auch über den Tod hinaus gelten soll. B hatte keine weiteren Kinder.

II. Frage

Können die beiden Nacherben C und D anhand der Vorsorgevollmacht der verstorbenen Vorerbin B für diese noch die Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch bewilligen, obwohl die Nacherbfolge bereits eingetreten ist?

III. Zur Rechtslage

1. Stellung des transmortal Bevollmächtigten; transmortal Vorsorgevollmacht durch Erblasser

Der transmortal Bevollmächtigte – also hier die Kinder C und D – handelt aus **vom Erblasser (Vollmachtgeber) abgeleitetem Recht**. Er kann dabei alle Rechtsgeschäfte so vornehmen, wie der Erblasser (Vollmachtgeber) dies selbst zu Lebzeiten hätte tun können (OLG Hamburg DNotZ 1967, 31; Bengel/Reimann/Dietz, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7. Aufl. 2020, § 1 Rn. 48). Der post- oder transmortal Bevollmächtigte vertritt also zwar die Erben (Gutachten DNotI-Report 2019, 140, 141; OLG München ZEV 2012, 376; OLG Frankfurt DNotZ 2012, 140; BGHZ 87, 19; Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, Vor § 2197 Rn. 10), jedoch handelt er aus vom Erblasser abgeleitetem Recht.

Hätte im unterbreiteten Sachverhalt der die Vor- und Nacherbfolge anordnende **Erblasser (A) selbst** eine transmortal Vollmacht an den Vorerben erteilt, wäre mithin die Frage aufgeworfen, ob der transmortal bevollmächtigte Vorerbe mit Wirkung auch für die Nacherben handeln und diese bei Abgabe grundbuchtauglicher Erklärungen für die Löschung des Nacherbenvermerks vertreten könnte. Diese Frage, ob der durch den Erblasser transmortal Bevollmächtigte nur den Vorerben, auch den Nacherben oder letzteren nur unter bestimmten Voraussetzungen vertreten kann, ist nach wie vor in Rechtsprechung und Literatur nicht abschließend geklärt. Das OLG Stuttgart (ZEV 2019, 530 = DNotI-Report 2019, 126) hat in seinem Beschluss

vom 29.5.2019 angenommen, dass der transmortal Bevollmächtigte (im dortigen Fall auch der Vorerbe) auch den Nacherben vertreten könne (vgl. dazu auch Weidlich, ZEV 2016, 64; Amann, MittBayNot 2013, 363). Diese Rechtsansicht ist allerdings nicht unumstritten (vgl. Litzenburger, FD-Erbrecht 2019, 418920; Muscheler, ZEV 2019, 532; Keim, ZEV 2020, 1) und steht auch nicht in Übereinstimmung mit der quasi gleichzeitig ergangenen Entscheidung des OLG München (ZEV 2019, 533 = DNotI-Report 2019, 125).

2. Besonderheit hier: transmortal Vorsorgevollmacht durch Vorerben

Auf diesen vorstehend nur angedeuteten Streitstand zur Reichweite einer durch den Erblasser an den Vorerben mit transmortal Wirkung erteilten Vorsorgevollmacht **kommt** es hier aber **nicht an**, denn nach der Sachverhaltsschilderung wurde hier nicht durch den die Vor- und Nacherbfolge anordnenden Erblasser, sondern durch die Vorerbin eine Vorsorgevollmacht mit transmortal Wirkung erteilt. Insoweit gilt nach unserer Einschätzung: Die Vorerbin selbst hätte über die vom Erblasser angeordnete Nacherbfolge zu Lebzeiten in keiner Weise disponieren können. Folglich ist dies auch den transmortal bevollmächtigten Kindern C und D, die zugleich Nacherben sind, aufgrund der Vorsorgevollmacht der Vorerbin nicht möglich. Denn sie handeln – wie einleitend gesehen – aus vom Vollmachtgeber (also hier: der Vorerbin) abgeleitetem Recht und haben hinsichtlich der Nacherbfolge und des kundmachenden Nacherbenvermerks gem. § 51 GBO keine weitergehenden oder andersartigen Einwirkungsmöglichkeiten, als die Vorerbin selbst sie zu ihren Lebzeiten gehabt hätte. Daher deckt die hier vorliegende Vorsorgevollmacht der Vorerbin **nicht** die rechtliche Möglichkeit der bevollmächtigten Kinder ab, die **Löschung** des eingetragenen **Nacherbenvermerks** gem. § 19 GBO zu bewilligen.

3. Löschung des Nacherbenvermerks nach Eintritt des Nacherbfalls nach allgemeinen Regeln

Daher bleibt es im vorliegenden Sachverhalt bei den allgemeinen Regeln zur Löschung des Nacherbenvermerks nach Eintritt des Nacherbfalls.

Insoweit gilt: Nach Eintritt der Nacherbfolge gem. § 2139 BGB kann der im Grundbuch gem. § 51 GBO eingetragene Nacherbenvermerk auf Antrag der Nacherben wegen Unrichtigkeit gem. § 22 Abs. 1 GBO gelöscht werden.

Auch eine Löschung aufgrund Löschungsbewilligung der Nacherben gem. § 19 GBO ist möglich. Jedoch muss im Falle der Löschung des Nacherbenvermerks wegen nachgewiesener Grundbuchunrichtigkeit gem.

§ 22 Abs. 1 GBO eben diese Grundbuchunrichtigkeit, bei der Löschung des Nacherbenvermerkes aufgrund Bewilligung der Nacherben gem. § 19 GBO die Bewilligungsberechtigung der handelnden Nacherben, nachgewiesen werden.

Für beide Wege der Löschung ist nach **§ 35 Abs. 1 S. 1 GBO** grundsätzlich ein **Erbschein nach dem Erblasser notwendig, der die nunmehr eingetretene Nacherbfolge ausweist**. Der für den Vorerben erteilte Erbschein samt Nachweis des Eintritts der Voraussetzungen der Nacherbfolge genügt für die Löschung nicht (BGH NJW 1982, 2499; DNotZ 1988, 372; OLG München DNotZ 2013, 153; Meikel/Böhringer, GBO, 12. Aufl. 2021, § 51 Rn. 188; Demharter, GBO, 32. Aufl. 2021, § 35 Rn. 8; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3525). In der genannten Grundsatzentscheidung (BGH NJW 1982, 2499) hat der BGH dazu begründend ausgeführt, vor Eintritt des Nacherbfalles sei eine angeordnete Nacherbschaft der Bezeugung in einem Erbschein (als einem Zeugnis über ein Erbrecht) nicht fähig. Dementsprechend gelte die Vermutung der Richtigkeit des Erbscheins nach § 2365 BGB (und damit auch dessen öffentlicher Glaube nach § 2366 BGB) positiv nur für das bezeugte Erbrecht sowie negativ dafür, dass andere als die angegebenen Beschränkungen nicht bestünden; eine positive Vermutung dafür, wer Nacherbe sei, sehe das Gesetz dagegen nicht vor. Zur bindenden Feststellung des Nacherben sei der dem Vorerben erteilte Erbschein ohnehin nicht geeignet, da zur Zeit der Erteilung dieses Erbscheins noch nicht feststehe, ob der darin (nunmehr: gem. § 352b Abs. 1 S. 1 FamFG) als Nacherbe Bezeichnete tatsächlich Nacherbe werde.

Ergibt sich die Nacherbfolge dagegen nach Eintritt des Nacherbfalles eindeutig aus einer **notariell beurkundeten Verfügung von Todes wegen**, so reicht gem. **§ 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GBO** regelmäßig die Vorlage dieser notariellen Verfügung von Todes wegen mit Eröffnungsprotokoll i. V. m. dem in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO zu erbringenden Nachweis über den Eintritt der Nacherbfolge aus (Meikel/Böhringer, § 51 Rn. 188). Das OLG Hamm (FGPrax 2011, 223, 224) hat in diesem Zusammenhang im Anschluss an die frühere Rechtsprechung verschiedener Oberlandesgerichte (BayObLG FGPrax 2000, 179; OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 434; OLG Hamm FGPrax 1997, 48, 49) die eidesstattliche Versicherung über das Nichtvorhandensein weiterer potenziell als Nacherben berufener Abkömmlinge durch eine Person, die zuverlässig über das Vorhandensein weiterer Abkömmlinge Auskunft geben kann, als ergänzendes Beweismittel zugelassen (krit. hierzu Meikel/Böhringer, § 51 Rn. 188).

Die Zustimmung (Bewilligung) von Ersatzerben gem. § 19 GBO ist zur Löschung des Nacherbenvermerks nach dem nachgewiesenen Eintritt der Nacherbfolge und der Annahme der Erbschaft durch den Nacherben nicht mehr erforderlich, weil der Ersatznacherbfall nicht mehr eintreten kann (Meikel/Böhringer, § 51 Rn. 89; Schöner/Stöber, Rn. 3525).

4. Ergebnis

Für den unterbreiteten Sachverhalt folgt hieraus im Ergebnis, dass – falls der Erblasser lediglich eine privatschriftliche Verfügung von Todes wegen hinterlassen hatte – **zur Löschung des gem. § 51 GBO eingetragenen Nacherbenvermerks gem. § 35 Abs. 1 S. 1 GBO die Vorlage eines Erbscheins notwendig ist, der die Erbfolge nach dem Erblasser (nach Eintritt des Nacherbfalles) ausweist**. Dies gilt unabhängig davon, ob die Löschung des gem. § 51 GBO eingetragenen Nacherbenvermerks konstruktiv auf die Lösungsbevollmächtigung (§ 19 GBO) der dann wiederum gem. § 35 Abs. 1 S. 1 GBO nachzuweisenden Personen der Nacherben oder auf den Unrichtigkeitsnachweis gem. § 22 Abs. 1 GBO gestützt werden soll. Würde dieser Nachweis nicht erbracht, so könnten die Nacherben allein aufgrund der ihnen von der Vorerbin erteilten Vorsorgevollmacht aus den in Ziff. 2 genannten Gründen keine zur Löschung des Nacherbenvermerks vollzugstaugliche Erklärung abgeben.

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 § 307
Schuldanerkenntnis bei Werkvertrag; AGB-Kontrolle**
Abruf-Nr.:

**WEG § 10; UmwG § 20
Gestreckte Begründung von Sondernutzungsrechten; Übergang des Zuweisungsrechts bei Verschmelzung der aufteilenden Bauträger-GmbH**
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB § 167

Erteilung einer sog. Angestelltenvollmacht

Die Erteilung einer Vollmacht für die Angestellten des Urkundsnotars beruht regelmäßig nicht auf einem persönlichen Verhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem. Für die Auswahl der Angestellten als Bevollmächtigte ist vielmehr deren berufliche Stellung als Notariatsangestellte und das sich hieraus ergebende Näheverhältnis zu dem mit der Vertragsabwicklung und -durchführung betrauten Urkundsnotar ausschlaggebend. Anders als im Regelfall einer rechtsgeschäftlichen Vertretung ist daher zur hinreichend deutlichen Bezeichnung der in Betracht kommenden Vertreter deren namentliche Nennung nicht zwingend erforderlich. Die sog. Angestelltenvollmacht ist vielmehr regelmäßig dahin auszulegen, dass sie sich auf sämtliche Angestellte des Notars zum Zeitpunkt der Vornahme des Vertretergeschäfts bezieht.

(Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Jena, Beschl. v. 9.9.2021 – 3 W 296/21

Problem

V schließt mit K einen Grundstückskaufvertrag. Im Grundstückskaufvertrag bevollmächtigt V den K, das Grundstück schon vor Eigentumsumschreibung mit Grundpfandrechten zu belasten. V und K bevollmächtigen ihrerseits wiederum die „jeweiligen Angestellten des Notars“, ein entsprechendes Grundpfandrecht zu bestellen. In der Folge bestellt eine Angestellte des Notars aufgrund der vorgenannten Vollmacht eine Grundschuld zugunsten der B-Bank. Das Grundbuchamt weist die Eintragung mit dem Argument zurück, die Vollmacht der Angestellten sei nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen.

Entscheidung

Die hiergegen von den Beteiligten erhobene Beschwerde hat Erfolg. Das Oberlandesgericht hat das Grundbuchamt angewiesen, die Eintragung zu vollziehen. Das Grundbuchamt müsse und dürfe gem. § 19 GBO prüfen, ob die Eintragungsbewilligung wirksam erklärt wurde. Hierzu gehöre auch die Prüfung der Vollmacht in der Form des § 29 GBO. Die Bevollmächtigung in der notariellen Kaufvertragsurkunde stelle regelmäßig eine Kundgabe i. S. d. des § 171 Abs. 1 Var. 1 BGB gegenüber dem Notar und dem Grundbuchamt dar. Auch der Bestimmtheitsgrundsatz sei gewahrt, denn es sei im Wege der Auslegung unproblematisch zu er-

mitteln, dass es nicht auf die einzelnen Personen der Angestellten ankomme, sondern auf deren berufliche Stellung. Bei der Auslegung sei hierbei gem. § 133 BGB auf den Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergebe.

Auch für den Fall, dass einzelne Mitarbeiter namentlich aufgelistet oder sämtliche Mitarbeiter eines Notars bevollmächtigt würden, obliege im Rahmen einer sog. Angestelltenvollmacht die Auswahl des Angestellten, der die Vollmacht ausüben solle, dem Notar. Es sei deshalb zur hinreichend deutlichen Bezeichnung der in Betracht kommenden Vertreter deren namentliche Nennung nicht zwingend erforderlich. Eine solche Vollmacht sei vielmehr regelmäßig dahingehend auszulegen, dass sie sich auf sämtliche Angestellte des Notars zum Zeitpunkt der Vornahme des Vertretergeschäfts beziehe. Dabei obliege dem Notar die Auswahl des berufenen Vertreters und zugleich dessen Identifizierung als „sein Notarangestellter“. Diese Identifizierung erfolge im Regelfall im Rahmen der über das Vertretergeschäft aufgenommenen Urkunde, was wiederum der Form des § 29 GBO genüge. Eine gesonderte Eigenurkunde des Notars zum Nachweis der beruflichen Stellung seines Angestellten sei deshalb nicht erforderlich.

**BauGB §§ 11 Abs. 2, 176 Abs. 1 S. 1 Nr. 1; BGB § 456
Wirksamkeit der Vereinbarung einer Bauverpflichtung beim Grundstückskauf von der Gemeinde;
Ausübung des Wiederkaufsrechts**

Die Gemeinde kann dem Erwerber eines Bauplatzes grundsätzlich auch dann eine Bauverpflichtung auferlegen, wenn das Grundstück ohne Preisnachlass veräußert wird. Eine solche Vereinbarung verstößt nicht gegen § 11 Abs. 2 BauGB.

(Leitsatz der DNotI-Redaktion)

LG Memmingen, Endurt. v. 7.7.2022 – 34 O 509/22

Problem

Die Klägerin erwarb von der beklagten Gemeinde ein Grundstück zum Kaufpreis von 99,00 € pro qm. Ob dies dem marktüblichen Preis entsprach, blieb zwischen den Parteien streitig. In der notariellen Urkunde vom Juni 2015 verpflichtete sich die Klägerin, das Grundstück innerhalb von fünf Jahren ab dem Tag der Beurkundung mit einem bezugsfertigen Wohnhaus in Übereinstimmung mit den öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu bebauen und es nicht zu veräußern, bevor

sie ihre Bauverpflichtung erfüllt hat. Zur Sicherung dieser Verpflichtung wurde zugunsten der Gemeinde ein Wiederkaufsrecht vereinbart. Das Wiederkaufsrecht kann die Gemeinde durch Erklärung gegenüber der Erwerberin ausüben, sofern diese mit der Erfüllung der Bauverpflichtung in Verzug ist. Der Erwerberin wurde hierbei die Möglichkeit eingeräumt, der Gemeinde eine Frist von drei Monaten zur Ausübung des Wiederkaufsrechts zu setzen, wobei das Wiederkaufsrecht in jedem Fall nach Ablauf von 30 Jahren erlischt.

Nach einmaliger Fristverlängerung um ein Jahr übte die Gemeinde das Wiederkaufsrecht aus und übertrug das Grundstück aufgrund der im Kaufvertrag enthaltenen Auffassungsvollmacht auf sich zurück.

Die Klägerin nimmt die Gemeinde auf Rückübertragung des Grundstücks in Anspruch. Sie ist der Auffassung, dass das vereinbarte Wiederkaufsrecht gem. § 11 Abs. 2 BauGB unwirksam sei.

Entscheidung

Das Landgericht teilt diese Auffassung nicht und verneint einen Anspruch auf Rückübertragung gem. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB mit der Begründung, es liege ein wirksamer Rechtsgrund in Form des ausgeübten Wiederkaufsrechts vor.

Als Prüfungsmaßstab zieht das Gericht § 11 Abs. 2 BauGB heran und betont, dass es für die Frage der Unangemessenheit auf eine Gesamtbetrachtung der vertraglichen Vereinbarungen und der daraus resultierenden Belastungen und Vorteile für den privaten Vertragspartner (hier: die Erwerberin) ankomme. Ein Missverhältnis zulasten der Erwerberin sei im vorliegenden Fall nicht ersichtlich. Zweck der Baubedingung sei es, die Planvorstellungen der Gemeinde zu verwirklichen. Der Gemeinde sei es grundsätzlich möglich, gem. § 176 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BauGB durch Verwaltungsakt eine entsprechende Verpflichtung zu erlassen. Dieses Ziel in Form eines städtebaulichen Vertrages umzusetzen, sei grundsätzlich nicht zu beanstanden. Die belastende Wirkung werde vorliegend dadurch abgeschwächt, dass die Gemeinde nicht durch Verwaltungsakt auf ein bereits im Eigentum der Klägerin stehendes Grundstück einwirke, sondern diese Bedingung mit der Übereignung des Grundstücks verknüpfe.

Auch in zeitlicher Hinsicht sei die Regelung von fünf Jahren angemessen, um eine Bebauung des Grundstücks zu ermöglichen. Die Belastung der Klägerin werde weiter dadurch abgeschwächt, dass diese die Gemeinde zur Ausübung des Wiederkaufsrechts mit einer Frist von

drei Monaten verbindlich auffordern könne. So habe es die Klägerin selbst in der Hand, ob es zu einer bis zu 30-jährigen Schwebezeit komme.

Auf die Frage, ob das Grundstück ohne Preisnachlass oder mit Subventionierung verkauft worden sei, komme es letztlich nicht an, da die Gemeinde eine solche Verpflichtung der Erwerberin auch beim nicht subventionierten Kauf auferlegen könne.

Praxishinweis

Das Gericht betont *obiter dictum*, dass vor dem Hintergrund der aktuellen Marktlage eine Frist zur Bebauung von drei Jahren wohl nicht mehr angemessen sei.

Der Volltext der Entscheidung ist auf der DNotI-Homepage abrufbar.

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 Alexander König

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ErbbauRG § 12; BGB §§ 94, 95 – Errichtung eines weiteren Gebäudes innerhalb der Grenzen des Erbbaurechts; Scheinbestandteil am Erbbaurecht; Zulässigkeit eines Untererbbaurechts

BGB § 1923; VerschG § 11 – Kommorientenvermutung bei gesetzlicher Erbfolge; unsicherer Todeszeitpunkt eines Erbprätendenten

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

GBO § 35; BGB §§ 138, 2064, 2065 – Nachweis der Erbfolge durch öffentliches Testament mit Nacherben-einsetzung nach Art der sog. „Dieterle-Klausel“

Literaturhinweis

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ErbbauRG § 12; BGB §§ 94, 95 Errichtung eines weiteren Gebäudes innerhalb der Grenzen des Erbbaurechts; Scheinbestandteil am Erbbaurecht; Zulässigkeit eines Untererbbaurechts

I. Sachverhalt

Auf einem Grundstück mit einer Fläche von ca. 50.000 m² hat der Grundstückseigentümer einer Gesellschaft ein Erbbaurecht eingeräumt. Der Erbbauberechtigte errichtete sodann ein Betriebsgebäude in Ausübung des Erbbaurechts. Die Flächen, auf denen das Betriebsgebäude zu errichten war, wurden vorher genau anhand eines Plans definiert. Ausweislich des notariell beurkundeten Erbbauvertrags wurde in § 2 Abs. 2 bestimmt, dass sich das Erbbaurecht auch auf den für das Bauwerk *nicht* erforderlichen Teil des Erb-

baugrundstücks erstreckt. Weiter wird ausgeführt, dass der Erbbauberechtigte diesen Teil nicht bebauen, jedoch zu jedem Zweck verwenden und nutzen darf, der mit dem Zweck der Bestellung dieses Erbbaurechts in Zusammenhang besteht.

Der Grundstückseigentümer plant, selbst ein Gebäude neben dem bereits bestehenden Betriebsgebäude des Erbbauberechtigten für eigene Zwecke und eigene Nutzung zu errichten. Es wurde vereinbart, dass das Eigentum hieran dem Grundstückseigentümer zustehen soll. Zur Absicherung dessen und der Nutzung durch den Grundstückseigentümer soll eine Grunddienstbarkeit am Erbbaurecht bestellt werden.

II. Fragen

1. Wer ist Eigentümer eines vom Grundstückseigentümer auf einem erbbaurechtsbelasteten Grundstück errichteten Gebäudes, wenn die überbaute Fläche dem Erbbauberechtigten zugewiesen ist?

2. Kann eine (notariell beurkundete) schuldrechtliche Vereinbarung, flankiert durch Eintragung einer Grunddienstbarkeit, etwas an der Eigentümerstellung ändern?

3. Kommt alternativ eine Bestellung eines Untererbbaurechts in Betracht und muss dieses ebenfalls den ersten Rang erhalten? Gibt es einfachere Lösungsmöglichkeiten?

III. Zur Rechtslage

1. Sachenrechtliche Zuordnung von Gebäuden auf dem Ausübungsbereich des Erbbaurechts

Gem. § 12 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG gehört ein **aufgrund des Erbbaurechts** errichtetes Bauwerk als wesentlicher Bestandteil zum Erbbaurecht. Es steht in der Folge im Eigentum des Erbbauberechtigten. Mithin kommt es für die sachenrechtliche Zuordnung eines Bauwerks entscheidend darauf an, ob dieses *aufgrund* des Erbbaurechts errichtet wurde (BeckOGK-BGB/Toussaint, Std.: 1.6.2022, § 12 ErbbauRG Rn. 3). Aus dem Erfordernis der Errichtung *aufgrund* des Erbbaurechts leitet die h. M. ab, dass die Errichtung des Gebäudes durch den Erbbaurechtsberechtigten erfolgen müsse (Staudinger/Rapp, BGB, 2017, § 12 ErbbauRG Rn. 2; BeckOGK-BGB/Toussaint, § 12 ErbbauRG Rn. 5). Schon aus diesem Grund dürften **Bauwerke, die von einem Dritten, der nicht im Auftrag oder mit Gestattung des Erbbauberechtigten handelt**, oder die sogar vom Eigentümer des Grundstücks selbst errichtet werden, *nicht* von § 12 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG umfasst sein und deswegen auch **nicht im Eigentum des Erbbauberechtigten stehen**. Dagegen kommt es nicht darauf an, ob das Bauwerk vertragsrechtlich im Einklang mit dem Erbbaurecht steht (BeckOK-BGB/Maaß, Std.: 1.8.2022, § 12 ErbbauRG Rn. 2; Staudinger/Rapp, § 12 ErbbauRG Rn. 4; anders aber MünchKommBGB/Heinemann, 8. Aufl. 2020, § 12 ErbbauRG Rn. 5; Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 2 Rn. 44). Insoweit wird man allerdings zumindest anzunehmen haben, dass jedenfalls dann keine Errichtung aufgrund des Erbbaurechts gegeben ist, wenn ein vom Erbbauberechtigten verschiedener Dritter ein Gebäude errichtet, das zudem in keinem Zusammenhang mit dem Zweck des Erbbaurechts steht. Dies deckt sich damit, dass nach h. A. (MünchKommBGB/Heinemann, § 12 ErbbauRG Rn. 6; Winkler/Schlögel, § 2 Rn. 46) jedenfalls dann kein Eigentumserwerb des Erbbauberechtigten erfolgt, wenn die zulässige Anzahl von Gebäuden überschritten wird.

Dass die Bebauung von zum Erbbaurecht gehörenden Freiflächen eine mögliche **Vertragswidrigkeit** darstellt, hat zwar **für etwaige schadensersatzrechtliche Beziehungen** der Beteiligten **Bedeutung, nicht aber auch für die sachenrechtliche Zuordnung** des Gebäudes. Vor diesem Hintergrund gehen wir davon aus, dass ein weiteres, nicht durch den Erbbauberechtigten errichtetes Gebäude auch auf der Fläche, die zum Ausübungs-

bereich des Erbbaurechts zählt, nicht von § 12 Abs. 1 ErbbauRG umfasst ist und daher der Erbbauberechtigte insoweit kein Eigentum an diesem weiteren Bauwerk erlangt. Aufgrund der Regelung des § 94 Abs. 1 S. 1 BGB gehört das Gebäude damit als wesentlicher Bestandteil zum Grundstück und steht infolgedessen im Eigentum des Grundstückseigentümers. Schon deswegen dürften sich weitere Gestaltungsprobleme nicht stellen.

Vor dem Hintergrund des sichersten Weges sollte u. E. erwogen werden, ob der **Ausübungsbereich des Erbbaurechts neu gefasst** werden kann. Der mitgeteilte Lebenssachverhalt deutet darauf hin, dass jene Fläche, auf der das neue Gebäude errichtet werden soll, vom Erbbauberechtigten nicht benötigt wird. Sollte diese Annahme zutreffen, so kann der Ausübungsbereich des Erbbaurechts (Inhaltsänderung des Erbbaurechts gem. § 877 BGB) eingeschränkt werden, sodass sich die Notwendigkeit der „Loslösung“ des neuen Gebäudes vom Erbbaurecht überhaupt nicht stellt. Auf die folgenden Fragen sei daher nur hilfsweise eingegangen.

2. Möglichkeit der abweichenden eigentumsrechtlichen Zuordnung

Gem. § 95 Abs. 1 S. 1 BGB gehören zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstückes solche Sachen nicht, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grundstück verbunden sind. **§ 95 Abs. 1 S. 2 BGB** erweitert diese Rechtsfolge auch auf solche Gebäude und andere Werke, die in Ausübung eines Rechts an dem fremden Grundstück von dem Berechtigten mit dem Grundstück verbunden worden sind. Die Vorschrift des § 95 BGB gilt wegen § 12 Abs. 2 ErbbauRG nicht nur für das Grundstück, sondern auch für das Erbbaurecht, sodass auch an diesem Scheinbestandteile bestehen können.

Vor dem Hintergrund dieser Ausführungen ist es möglich, dass durch die Eintragung einer Grunddienstbarkeit die eigentumsrechtliche Lage beeinflusst und ein an sich wesentlicher Bestandteil zum Scheinbestandteil des Grundstücks oder des Erbbaurechts wird. Nicht ausreichend sind dagegen rein schuldrechtliche Abreden, da diese keine Rechte an einem Grundstück begründen (BeckOGK-BGB/Mössner, Std.: 1.3.2021, § 95 Rn. 28).

Hinsichtlich eines **Scheinbestandteils** geht die h. M. davon aus, dass dieser eine selbständige bewegliche Sache bildet und daher ausschließlich den Regeln der §§ 929 ff. BGB unterliegt (BGH NJW 1957, 457; NJW 1962, 1817, 1817 f.; NJW 1987, 774, 775; NJW-RR 2006, 1160, 1161). Dies setzt aber voraus, dass dieser nicht wesentlicher Bestandteil eines anderen Grund-

stücks ist. Ist daher am Erbbaurecht eine entsprechende Dienstbarkeit vorhanden, so wird hierdurch zwar die rechtliche Zugehörigkeit des Bauwerks zum Erbbaurecht verhindert (§ 95 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Frage, ob das Gebäude damit wesentlicher Bestandteil des Grundstücks wird, ist hiermit aber noch nicht beantwortet. Wir würden jedoch, wie dargestellt, annehmen, dass das Gebäude in diesem Fall wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ist, da es mit diesem dauerhaft verbunden ist (§ 94 Abs. 1 BGB). Im Falle der Dienstbarkeitslösung sollte überdies darauf geachtet werden, dass diese Rang *vor* etwaigen Verwertungsrechten (z.B. Reallasten, Grundpfandrechten) erhält (vgl. §§ 52, 91 ZVG).

3. Eintragung eines Untererbbaurechts

Ein Untererbbaurecht begründet ein Erbbaurecht an einem Erbbaurecht und stellt damit eine Belastung des Erbbaurechts dar (Winkler/Schlögel, § 3 Rn. 14). In der Konsequenz gelten die Vorschriften des ErbbauRG für das Untererbbaurecht in gleicher Weise wie für das Erbbaurecht selbst. Vor diesem Hintergrund ist für das Untererbbaurecht insbesondere § 10 Abs. 1 ErbbauRG zu beachten, sodass auch ein Untererbbaurecht grundsätzlich nur an erster Rangstelle eingetragen werden kann (BGH NJW 1974, 1137, 1138). Dabei bedarf es allerdings nicht der ersten Rangstelle am Grundstück, sondern der ersten Rangstelle am Erbbaurecht. Sind schon vorrangige Rechte eingetragen, ist deren Rangrücktritt erforderlich, um ein Untererbbaurecht zu ermöglichen (BGH NJW 1974, 1137, 1138). Auch wenn ein Erbbaurecht und damit auch ein **Untererbbaurecht zu Gunsten des Eigentümers des Grundstücks zulässig** ist (BGH NJW 1982, 2381; OLG Düsseldorf NJW 1957, 1194), muss auch dieses die allgemeinen Voraussetzungen für die Bestellung eines Erbbaurechts enthalten. Daher können weder Eigentümer-Erbbaurechte noch Eigentümer-Untererbbaurechte an anderer als an **erster Rangstelle eingetragen** werden. Auch diese Frage dürfte sich jedoch nicht mehr stellen, wenn man den Ausübungsbereich entsprechend anpasst.

4. Ergebnis

Eine Zuordnung des Eigentums am neu errichteten Gebäude mittels Dienstbarkeit und Untererbbaurecht scheint jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn der Ausübungsbereich des bisher bestehenden Erbbaurechts beschränkt wird. Im Übrigen scheint zweifelhaft, ob eine Dienstbarkeit am Erbbaurecht eine Zuordnung des Eigentums zum Grundstück herbeiführen kann.

BGB § 1923; VerschG § 11

Kommorientenvermutung bei gesetzlicher Erbfolge; unsicherer Todeszeitpunkt eines Erbprätendenten

I. Sachverhalt

Anlässlich eines Erbscheinsantrags stellt sich die Frage nach der gesetzlichen Erbfolge. Die Erblasserin (Mutter) ist im April 2021 ohne Testament verstorben. Sie wurde von ihrem Ehemann überlebt, mit dem sie im gesetzlichen Güterstand verheiratet war. Sie hatte fünf Kinder, von denen eines, M, nach Angabe der Antragstellerin nachverstorben ist. Bei nachträglicher Vorlage der Sterbeurkunde dieses Kindes tritt nun Unklarheit bezüglich der eingetretenen Erbfolge auf. M ist ausweislich der Angabe in der Sterbeurkunde zwischen dem 31.1.2021 und dem 31.5.2021 unter Hinterlassung von drei Abkömmlingen verstorben.

II. Frage

Wer ist Erbe geworden?

III. Zur Rechtslage

1. Einführende Überlegungen; Bedeutung der Todeszeitangabe in der Sterbeurkunde für das Erbscheinsverfahren

§ 1923 Abs. 1 BGB bestimmt, dass nur Erbe werden kann, wer zur Zeit des Erbfalls lebt. Der Erbe muss den Erblasser also wenigstens um eine Sekunde überlebt haben, sodass ihm die Erbschaft gem. § 1942 BGB anfallen und auf ihn übergehen konnte (s. nur Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, § 1923 Rn. 2). Folglich ist derjenige, der vor oder gleichzeitig mit dem Erblasser verstorben ist, von der Erbfolge ausgeschlossen.

Kommt es im Rahmen der Beurteilung einer Erbfolge auf den genauen Todeszeitpunkt an, hat das **Nachlassgericht** diesen zu **ermitteln**. Wie die Ermittlung erfolgt, erörtert die Kommentarliteratur nicht explizit. Genannt wird allerdings eine Ermittlung zum Beispiel mittels Sachverständigengutachten (vgl. Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 352e Rn. 43).

Bei seinen Ermittlungen ist das Nachlassgericht nach h. A. **nicht an die Todeszeitangaben in der Sterbeurkunde „gebunden“** (Keidel/Zimmermann, § 352e Rn. 43). So hat beispielsweise das OLG Frankfurt/M. (NJW 1997, 3099) entschieden, dass der Nachweis der Unrichtigkeit des beurkundeten Todeszeitpunkts erbracht sei, wenn die im Erbscheinsverfahren angestellten Ermittlungen zur Überzeugung des Nachlassrichters ergeben haben, dass der Erblasser früher als in der Sterbeurkunde angegeben gestorben sei.

Das Nachlassgericht hat daher den Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln, wobei grundsätzlich die Beweiskraft von Personenstandsurkunden ebenso wie die gesetzlichen Tatsachen- und Rechtsvermutungen gelten (s. MünchKommFamFG/Grziwotz, 3. Aufl. 2019, § 352e Rn. 16 ff.). Ein Gegenbeweis ist aber möglich. Ist ein derartiger allein der Überzeugung des Nachlassgerichts unterliegender Gegenbeweis jedoch nicht erbracht, bleibt die Vermutung für das Nachlassgericht bindend (MünchKommFamFG/Grziwotz, § 352e Rn. 18).

2. Die Kommorientenvermutung des § 11 VerschG

Sollten sich durch die vom Nachlassgericht im Erbscheinserteilungsverfahren anzustellenden Ermittlungen also keine genaueren Erkenntnisse mehr über den exakten Sterbezeitpunkt des betreffenden Kindes gewinnen lassen, dann würde die **Kommorientenvermutung des § 11 VerschG** Bedeutung gewinnen: Kann nicht bewiesen werden, dass von mehreren gestorbenen oder für tot erklärten Menschen der eine den anderen überlebt hat, wird nach dieser Vorschrift vermutet, dass sie gleichzeitig gestorben sind. § 11 VerschG ist sowohl anzuwenden, wenn der Todeszeitpunkt mehrerer Personen nicht bewiesen werden kann, als auch dann, wenn der genaue Todeszeitpunkt zwar bei einer Person feststeht, aber bei einem anderen Beteiligten nicht aufgeklärt werden kann (MünchKommBGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 1923 Rn. 12; Grüneberg/Weidlich, § 1923 Rn. 5). Diese letztgenannte Konstellation ist vorliegend gegeben. Soweit § 11 VerschG anzuwenden ist, kann jedoch keine der beteiligten Personen die andere beerben (MünchKommBGB/Leipold, § 1923 Rn. 12), da die hierfür notwendige Feststellung, dass die beteiligte Person zum Zeitpunkt des Erbfalls – also des Ablebens der anderen Person – noch lebt (§ 1923 Abs. 1 BGB), nicht mehr getroffen werden kann.

3. Anwendung auf den Sachverhalt; Ergebnis

Führen die Ermittlungen des Nachlassgerichts im Erbscheinserteilungsverfahren nicht zu genaueren Erkenntnissen, wäre wegen Eingreifens der Kommorientenvermutung nach § 11 VerschG davon auszugehen, dass **M die Erblasserin (Mutter) nicht hat beerben können**. Gem. **§ 1924 Abs. 3 BGB** treten dann an die Stelle von M die durch M mit der Erblasserin verwandten Abkömmlinge (Erbfolge nach Stämmen), hier also – wenn M drei Kinder hinterlassen hat und keines dieser Kinder seinerseits vorverstorben ist – diese drei Kinder. Sie erhalten zu unter sich gleichen Teilen den Erbteil, der dem betreffenden Kind M zugefallen wäre. Dann wäre für die Beurteilung der gesetzlichen Erbfolge also davon auszugehen, dass sich die Erbfolge zwar im Prinzip so gestaltet wie im zunächst beurkundeten Erbscheinantrag ausgewiesen. An die Stelle des M, der – neben

seinem Vater und seinen vier Geschwistern – zu einem Zehntel Miterbe nach der Erblasserin geworden wäre, treten jedoch dessen drei Kinder. Diese teilen sich das betreffende Zehntel zu unter sich gleichen Teilen. **Jedes der drei Kinder** wäre dann also **Miterbe zu einem Dreißigstel** nach der Erblasserin.

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 §§ 130 Abs. 2, 873, 925, 1922

Vollzug einer Auflassung, wenn der Veräußerer vor der Eigentumsumschreibung verstirbt und von der Erwerblerin beerbt wird; Auflassung an die Alleinerbin

Abruf-Nr.:

GmbHG §§ 8 Abs. 2, 7 Abs. 2, 9c Abs. 1, 5 Abs. 2 S. 1; BGB § 366 Abs. 2

Versicherung des Geschäftsführers über die Einlageleistungen; konkrete Bezifferung der auf jeden übernommenen Geschäftsanteil geleisteten Einzahlung; 1-Euro-Stückelung

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

GBO § 35; BGB §§ 138, 2064, 2065

Nachweis der Erbfolge durch öffentliches Testament mit Nacherbeneinsetzung nach Art der sog. „Dieterle-Klausel“

Zum Nachweis der Erbfolge im grundbuchrechtlichen Berichtigungsverfahren bei Verwendung der sog. „Dieterle-Klausel“ in einem öffentlichen Testament.

KG (1. Zivilsenat), Beschl. v. 26.8.2022 – 1 W 262/22

Problem

Die im Jahr 2021 verstorbene Erblasserin bestimmte durch öffentliches Testament die Beteiligten 1 bis 3 zu ihren Erben. Der Beteiligte zu 3 ist der Sohn der Beteiligten zu 2 [Tochter der Erblasserin] und der Enkel der

Erblasserin. Die Erblasserin traf zu dem Beteiligten zu 3 folgende Regelung:

„2. Soweit mein Enkel [Beteiligter zu 3] Erbe wird, ist er nur von den gesetzlichen Beschränkungen befreiter Vorerbe. Nacherbe auf seinen Tod sind seine gewillkürten eigenen Erben, ersatzweise meine Tochter [Beteiligte zu 2]. Als Nacherbe ausgenommen ist der Vater meines Enkels, dessen Abkömmlinge aus anderen Verbindungen und seine Verwandten aufsteigender Linie. [...]“

Im November 2021 beantragte der Beteiligte zu 1 [Sohn der Erblasserin] Grundbuchberichtigung durch Eintragung seiner Person und der Beteiligten zu 2 und 3. Das Grundbuchamt beanstandete im Wege der Zwischenverfügung den eingereichten Antrag und forderte zum Nachweis des Erbrechts die Vorlage eines Erbscheins, da das Testament hinsichtlich der Regelung zur Nacherbfolge gegen § 2065 Abs. 2 BGB verstoße. Außerdem sei das Testament sittenwidrig, da der Beteiligte zu 3 hierdurch in seiner Erbenbestimmung beschränkt werde.

Entscheidung

Nach Ansicht des KG hat die zulässige Beschwerde in der Sache Erfolg, da die vom Grundbuchamt aufgezeigten Eintragungshindernisse nicht vorlägen und aufgrund zulässiger Nacherbenregelung (i. S. v. § 2065 Abs. 2 BGB) die Voraussetzungen für eine Grundbuchberichtigung auf Basis der vorgelegten Unterlagen (öffentlich beurkundete Verfügung von Todes wegen nebst Eröffnungsniederschrift) nach § 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GBO gegeben seien. Die Vorlage eines Erbscheins nach § 35 Abs. 1 S. 1 HS. 1 GBO sei nicht erforderlich.

Dabei legt das KG zunächst dar, dass ein Erblasser ein Testament gem. § 2064 BGB nur persönlich errichten könne und sich dabei über sämtliche wesentlichen Teile seiner Verfügung von Todes wegen allein schlüssig werden müsse. Dem Erblasser sei es i. S. v. § 2065 Abs. 2 BGB nicht gestattet, seinen letzten Willen in der Weise unvollständig zu äußern, dass es einem Dritten überlassen bleibe, ihn nach seinem Belieben oder Ermessen in wesentlichen Teilen zu ergänzen (BGH NJW 1955, 100). Dagegen sei es dem Erblasser nicht verwehrt, seinen letzten Willen **auch hinsichtlich der Person des Bedachten und des Gegenstandes der Zuwendung bedingt** zu äußern. Der Erblasser könne insbesondere eine Erbeinsetzung unter einer **Bedingung** vornehmen, wobei die Bedingung auch in einem **Tun oder Unterlassen des Bedachten oder eines Dritten** bestehen könne. Die im konkreten Fall beschriebene Erbeinsetzung entspricht der sog. „Dieterle-Klausel“, wonach zu **Nacherben diejenigen Personen eingesetzt werden, die ein anderer (bspw. der Vorerbe) zu seinen gewillkürten Erben einsetzt** (vgl. Dieterle, BWNtZ

1970, 170; 1971, 14, 15 f.). Eine solche Gestaltung wird vor allem im Rahmen von sog **Geschiedenentestamenten** diskutiert, deren Ziel es ist, zu verhindern, dass der (oftmals verhasste) geschiedene Ehegatte (hier: Schwiegersohn) über die gemeinsamen Abkömmlinge, die zu Erben eingesetzt werden, am Nachlass des Erblassers partizipiert, wenn der Abkömmling kurze Zeit nach Antritt der Erbschaft verstirbt. Die Zulässigkeit der „Dieterle-Klausel“ ist bislang jedoch umstritten.

Das KG weist in seiner Begründung daher auch auf die in Rechtsprechung und Literatur vertretene **Ansicht** hin, wonach die vorstehende Regelung wegen Verstoßes gegen § 2065 Abs. 2 BGB **nichtig** sei (OLG Frankfurt/M. DNotZ 2001, 143, 144; BeckOGK-BGB/Hölscher, Std.: 1.5.2022, § 2151 Rn. 65 ff.; Lamberz, Rpfleger 2019, 457 f.), sodass aus Gründen des notariellen Gebots, den sichersten Weg zu gehen, z. T. von der Verwendung solcher testamentarischer Regelungen **abgeraten** wird (vgl. Kanzleiter DNotZ 2001, 149, 150; BeckOGK-BGB/Küpper, Std.: 1.7.2022, § 2100 Rn. 408; Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 17 Rn. 136; Kössinger, in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl. 2020, § 21 Rn. 41a).

Das KG schließt sich jedoch der Gegenauffassung an, wonach eine solche Regelung, bei der zu Nacherben im Wege einer Bedingung diejenigen Personen bestimmt würden, die der Vorerbe zu seinen Erben einsetze, **zulässig** sei (vgl. OLG München MittBayNot 2018, 50, 52 – dort aber zu einer anderen Konstellation; MünchKommBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 2065 Rn. 24; BeckOGK-BGB/Gomille, Std.: 1.8.2022, § 2065 Rn. 44). Es sei lediglich erforderlich, dass der Erblasser die Person des Bedachten und den Gegenstand der Zuwendung so bestimmt angebe, dass die Bestimmung des Erben durch einen Dritten für jede sachkundige Person objektiv möglich sei, ohne dass ihr eigenes Ermessen dabei bestimmend werde (Senat, Beschl. v. 5.2.1998 – 1 W 6796/95 – DNotZ 1999, 679, 683). Dem entsprach auch das beurkundete Testament der Erblasserin.

Das KG räumt jedoch auch die **Nähe zu § 2065 Abs. 2 BGB** durch die vom Grundbuchamt beanstandete Klausel ein. Im Zeitpunkt der Testamentserrichtung sei nicht absehbar gewesen, ob und welche Personen der damals erst vierjährige Beteiligte zu 3 zu seinen Erben bestimmen werde, wodurch klar sei, dass die Bestimmung der Nacherben der Erblasserin nicht nur von einer Handlung, sondern auch von dessen darin zum Ausdruck kommenden Willen des Beteiligten zu 3 abhängt. Allerdings stellt das KG weiter klar, dass der Beteiligte zu 3 bei Errichtung einer eigenen Verfügung von Todes wegen **unmittelbar nur seine eigenen Erben i. S. v.**

§ 1937 BGB bestimmen werde, sodass seine letztwilligen Anordnungen sich nicht i. S. d. § 2065 Abs. 2 Var. 1 BGB in der (für sich betrachtet unzulässigen) Bestimmung der Nacherben der Erblasserin erschöpfen würden. Die letztwilligen Verfügungen des Beteiligten zu 3 hätten **lediglich mittelbaren Einfluss auf die Nacherben der Erblasserin**.

Aus Sicht des KG liegt auch **keine sittenwidrige Einflussnahme** der Erblasserin auf die Testierfreiheit des Beteiligten zu 3 vor. In der letztwilligen Verfügung der Erblasserin fehle es bereits an der Grundlage, die eine Drucksituation des Beteiligten zu 3 begründen könne, sich von seinem Vater bzw. seinen väterlichen Verwandten nicht nur wirtschaftlich, sondern auch persönlich entfremden zu müssen. Die von der Erblasserin gewählte negative Bestimmung der Nacherben bezogen auf ihren Nachlass sei genauso zulässig wie die konkrete Benennung der Beteiligten zu 2 als Ersatznacherbin für diesen Fall.

Praxishinweis

Die vorstehende Entscheidung des KG ist – soweit ersichtlich – die erste gerichtliche Entscheidung, die die sog. „Dieterle-Klausel“ für zulässig erachtet. Die vom KG zitierten Entscheidungen betrafen überwiegend andere Gestaltungen. Eine Ausnahme gilt für die zitierte Entscheidung des OLG Frankfurt/M. (DNotZ 2001, 143, 144), das von der Unzulässigkeit der dort verwendeten Dieterle-Klausel im Hinblick auf § 2065 Abs. 2 BGB ausgegangen ist (vgl. dazu kritisch Ivo, DNotZ 2002, 260 ff.). Bis zu einer höchstrichterlichen Klärung wird für die Praxis eine gewisse Rechtsunsicherheit bzgl. der Zulässigkeit verbleiben.

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AEUV Art. 49, 54; UmwG §§ 190, 191 – Grenzüberschreitender Formwechsel; identitätswahrende grenzüberschreitende Sitzverlegung; keine Vorwirkung der Umwandlungsrichtlinie

BauGB § 195 – Pflicht zur Übersendung von Überlassungsverträgen; Teilentgeltlichkeit

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

GmbHG §§ 2 Abs. 1a, 8 Abs. 3 – Musterprotokollgründung und Geschäftsführerversicherung bei längerem Eintragungsverfahren; Abweichungsverbot

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AEUV Art. 49, 54; UmwG §§ 190, 191 Grenzüberschreitender Formwechsel; identitätswahrende grenzüberschreitende Sitzverlegung; keine Vorwirkung der Umwandlungsrichtlinie

I. Sachverhalt

Eine dänische ApS will ihren Satzungs- und Verwaltungssitz von Dänemark nach Deutschland verlegen und sich identitätswahrend in eine deutsche GmbH umwandeln.

II. Fragen

1. Kann die dänische ApS ihren Satzungs- und Verwaltungssitz bei gleichzeitigem Formwechsel in eine deutsche GmbH nach Deutschland verlegen? Bleibt die Identität gewahrt?

2. Wie gestaltet sich das durchzuführende Verfahren?

III. Zur Rechtslage

1. Grenzüberschreitender Formwechsel in der EU

Die Zulässigkeit und die Einzelheiten eines grenzüberschreitenden Formwechsels und einer grenzüberschreitenden Verlegung des Sitzungssitzes in der EU werden durch die Niederlassungsfreiheit der Art. 49, 54 AEUV und deren Auslegung durch den EuGH bestimmt. Der **EuGH** hat zur Frage der Reichweite der Niederlassungsfreiheit in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungsvorgänge in den letzten Jahren mehrfach Stellung genommen.

a) **Cartesio-Entscheidung**

In der Rechtssache *Cartesio* (Urt. v. 16.12.2008 – C-210/06, NJW 2009, 569) befasste sich der EuGH zum ersten Mal mit der grenzüberschreitenden Sitzverlegung. Die *Cartesio Oktató és Szolgáltató Bt* war eine Gesellschaft ungarischen Rechts und hatte ihren effektiven Verwaltungssitz nach Italien verlegt. Beim ungarischen Bezirksgericht, bei dem sie eingetragen war, beantragte die Gesellschaft, die Sitzverlegung nach

Italien zu bestätigen und den neuen Sitz einzutragen. Der Antrag wurde vom Bezirksgericht mit der Begründung abgelehnt, dass nach ungarischem Recht eine Sitzverlegung ins Ausland unter Beibehaltung des ungarischen Gesellschaftsstatuts nicht möglich sei. Der EuGH entschied hierzu, dass es keine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstelle, wenn ein Mitgliedstaat einer nach seinem Recht gegründeten Gesellschaft vorschreibe, dass sich deren effektiver Verwaltungssitz in seinem Hoheitsgebiet befinden müsse. Der Mitgliedstaat könne bestimmen, welche Anforderungen er für den Erhalt der Eigenschaft, eine Gesellschaft seines Rechts zu sein, an die Gesellschaften stelle. Die Verlegung des effektiven Verwaltungssitzes in einen anderen Mitgliedstaat könne der Mitgliedstaat einer Gesellschaft seines nationalen Rechts nur verwehren, wenn die Gesellschaft ihre Eigenschaft als Gesellschaft des Wegzugsstaates erhalten wolle. Hiervon zu unterscheiden sei der Fall, dass die Gesellschaft ihren effektiven Verwaltungssitz in einen anderen Mitgliedstaat verlegen wolle und dabei akzeptiere, dass sich das auf sie anwendbare Recht ändere. **Die Niederlassungsfreiheit untersage es, dass ein Mitgliedstaat eine Gesellschaft seines Rechts unter der Sanktion ihrer Auflösung und Liquidation daran hindere, sich in eine Rechtsform eines anderen Mitgliedstaates umzuwandeln**, wenn dies das dortige Recht zulasse.

b) VALE-Entscheidung

In der Entscheidung *VALE* (Urt. v. 12.7.2012 – C-378/10, NJW 2012, 2715) befasste sich der EuGH mit einem grenzüberschreitenden Formwechsel in Form des Hereinformwechsels. Die Gesellschaft italienischen Rechts *VALE Costruzioni S.r.l.* beabsichtigte, ihren Sitz und ihre Geschäftstätigkeit nach Ungarn zu verlegen. Sie beantragte daher die Löschung im italienischen Handelsregister. Das Handelsregister löschte die Eintragung und vermerkte, dass die Gesellschaft ihren Sitz nach Ungarn verlegt habe. In der Folge schloss der Geschäftsführer der *VALE Costruzioni S.r.l.* mit einer dritten Person den Gesellschaftsvertrag der *VALE Építési Kft*, einer Gesellschaft ungarischen Rechts. Nach der Kapitalaufbringung beantragte die *VALE Építési Kft* ihre Eintragung unter Angabe der *VALE Costruzioni S.r.l.* als Rechtsvorgängerin. Dies wurde jedoch mit der Begründung abgelehnt, dass eine Gesellschaft italienischen Rechts nach ungarischem Recht nicht als Rechtsvorgängerin eingetragen werden könne, weil die ungarischen Umwandlungsvorschriften nur auf innerstaatliche Sachverhalte anwendbar seien. Der EuGH bestätigte seine Sichtweise aus der *Cartesio*-Entscheidung auch für die Hineinumwandlung in Gestalt eines Hereinformwechsels (vgl. Kindler, EuZW 2012, 888, 890; Teichmann, DB 2012, 2085; Wicke, DStR 2012, 1756, 1758). Es sei **unionsrechtswidrig, wenn ein Mitgliedstaat** „zwar für inländische Gesellschaften die Möglich-

keit einer Umwandlung vorsieht, aber **die Umwandlung einer dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegenden Gesellschaft in eine inländische Gesellschaft mittels Gründung der letztgenannten Gesellschaft generell nicht zulässt**.“ Einschränkend stellte der EuGH fest, dass der Zielstaat die für den Umwandlungsvorgang maßgeblichen Vorschriften bestimmen dürfe, solange er unter Beachtung des Äquivalenzgrundsatzes bei den geregelten Sachverhalten innerstaatliche Sachverhalte nicht besser behandle. Die Mitgliedstaaten seien jedoch nicht verpflichtet, bestimmte Umwandlungsvorgänge überhaupt in der Rechtsordnung zu ermöglichen.

c) Polbud-Entscheidung

Schließlich befasste sich der EuGH in der *Polbud*-Entscheidung mit einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung, die mit einem Formwechsel einhergeht (Urt. v. 25.10.2017 – C-106/16, NJW 2017, 3639). Die polnische *Polbud sp. z o.o.* wollte ihren Satzungssitz nach Luxemburg verlegen und dadurch eine haftungsbeschränkte Gesellschaft luxemburgischen Rechts (*S.à.r.l.*) werden. Das Handelsregister in Luxemburg trug den Vorgang antragsgemäß ein, während das polnische Handelsregister die Löschung der Gesellschaft mit dem Hinweis verweigerte, diese müsse zunächst ein Liquidationsverfahren nach polnischem Recht durchlaufen. Der EuGH stellte zunächst klar, dass der **Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet** sei, wenn eine Gesellschaft einen grenzüberschreitenden Formwechsel mit dem Ziel anstrebe, **mit der künftig dem ausländischen Recht unterliegenden Gesellschaft eine inländische Niederlassung zu betreiben** (vgl. Teichmann/Knaier, GmbHR 2017, 1314, 1320). Ein grenzüberschreitender Formwechsel setzt dabei nicht zwangsläufig voraus, dass der Verwaltungssitz im Zuzugsstaat angesiedelt wird. Mit der *Polbud*-Entscheidung hat der EuGH die zuvor streitige Frage nach der Möglichkeit einer isolierten Satzungssitzverlegung in der EU bejaht. Der Zuzugsstaat könne jedoch vorgeben, dass die zuziehende Gesellschaft ihren Verwaltungssitz oder eine andere Art dauerhafter Anknüpfung in dessen Staatsgebiet begründen müsse. Jeder Mitgliedstaat könne entscheiden, welches Anknüpfungskriterium für eine Anwendung des eigenen Gesellschaftsrechts erfüllt sein müsse (vgl. Teichmann/Knaier, GmbHR 2017, 1314, 1318 ff.). Die vom polnischen Register vorgenommene Beschränkung der Niederlassungsfreiheit war nach Ansicht des EuGH nicht gerechtfertigt.

d) Folgerungen

Demnach schützt die Niederlassungsfreiheit eine grenzüberschreitende Umwandlung in den Formen, die das Heimatrecht eines aufnehmenden Staates zulässt (Wöhlert/Degen, GWR 2012, 432, 433 f.; Wasmeier,

Grenzüberschreitende Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften, 2014, S. 71 ff.). Mit den drei vorgenannten Entscheidungen hat der EuGH zudem die durch Art. 49, 54 AEUV ausdrücklich statuierte Gründungsfreiheit zu einer Umwandlungsfreiheit fortentwickelt (Teichmann/Knaier, GmbHR 2017, 1314, 1319 ff.). Aus der Perspektive des Umwandlungsrechts entspricht der Formwechsel funktional einem gründungsgleichen Vorgang. **Der Rechtsträger bleibt zwar erhalten, im Übrigen sind aber die Gründungsvorschriften, die für seine neue Rechtsform gelten, entsprechend anzuwenden.** Für die Gründung dürfen die Gründer diejenige Rechtsordnung wählen, deren Rechtsregeln ihnen am günstigsten erscheinen (EuGH GmbHR 1999, 474 Rn. 27). Dies muss auch für die spätere Umwandlung gelten (EuGH NJW 2017, 3639 Rn. 40). Daraus ergibt sich eine Freiheit der Rechtswahl im Gesellschaftsrecht, die nicht allein bei der Gründung greift, sondern auch einen nachträglichen Wechsel der gewählten Rechtsordnung ermöglicht (Teichmann/Knaier, GmbHR 2017, 1314, 1319; Kieninger, NJW 2017, 3624, 3626 f.; ähnl. Schön, ZGR 2013, 333, 353 ff.).

Ermöglichen daher Deutschland und Dänemark einen innerstaatlichen Rechtsformwechsel, so kommt es bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel einer ApS in eine deutsche GmbH unter der Niederlassungsfreiheit der Art. 49, 54 AEUV zu einem identitätswahrenden Formwechsel. **Der Rechtsträger bleibt identisch, er wechselt lediglich sein Rechtskleid.** Dies bestätigt auch die bisherige Rechtsprechung der deutschen Oberlandesgerichte zu dieser Thematik (zum grenzüberschreitenden Hineinformwechsel nach Deutschland: OLG Nürnberg DNotZ 2014, 150; KG DStR 2016, 1427; OLG Düsseldorf NZG 2017, 1354; zum grenzüberschreitenden Herausformwechsel: OLG Frankfurt DNotZ 2017, 381; OLG Saarbrücken NZG 2020, 390).

2. Verfahren des grenzüberschreitenden Formwechsels

a) Vereinigungstheorie

Die Verlegung des Satzungssitzes kann grundsätzlich rechtsformwährend erfolgen oder mit einem Formwechsel einhergehen (Schön, ZGR 2013, 333, 355 f.; Leible, ZGR 2004, 531, 553 f.). Soweit ersichtlich, gestattet derzeit jedoch kein Mitgliedstaat der EU eine Satzungssitzverlegung ins Ausland unter Wahrung der Rechtsform (Behme, Rechtsformwahrende Sitzverlegung, 2015, S. 9; Braun, Die Wegzugsfreiheit als Teil der Niederlassungsfreiheit, 2010, S. 222). Die Verlegung des Satzungssitzes innerhalb der EU geht daher stets mit einem Formwechsel einher (Janisch, Die grenzüberschreitende Sitzverlegung, 2015, S. 72; Leible, FS Roth, 2011, S. 447, 451). Bei der Durchführung des Formwechsels ist derzeit insbesondere die EuGH-Rechtsprechung zu beachten.

Im Wesentlichen kommen **sowohl die Rechtsordnung des Wegzugsstaates als auch die Rechtsordnung des Zuzugsstaates** komplementär zur Anwendung (Bayer/J. Schmidt, ZIP 2012, 1481, 1490; Hushahn, RNotZ 2014, 137, 138). Im Rahmen dieser „Vereinigungstheorie“ sind die Rechtsordnungen jedoch nicht schlicht zu kumulieren. Vielmehr sind Vorgänge, die nur einen Mitgliedstaat allein betreffen, ausschließlich nach dessen Recht zu beurteilen (Stiegler, KSzW 2014, 107, 109; Frank, Formwechsel im Binnenmarkt, 2016, S. 160; Knaier/Pfeger, GmbHR 2017, 859). Zu einer Kombination der Rechtsordnungen kommt es lediglich, wenn die Regelungsmaterie beide Mitgliedstaaten gleichermaßen betrifft und nur einheitlich geregelt werden kann (Frank, S. 161; Knaier/Pfeger, GmbHR 2017, 859). Zum Ablauf eines grenzüberschreitenden Formwechsels existieren mittlerweile ausführliche Darstellungen und Mustersätze (etwa Stucken/Förster, in: Happ, Umwandlungsrecht, 4.06; Limmer/Knaier, in: Limmer, Handbuch der Unternehmensumwandlung, Teil 6 Rn. 270 ff.).

b) Vorwirkung

Angesichts der noch laufenden Umsetzungsfrist der Umwandlungsrichtlinie stellt sich die Frage, ob die Richtlinie Vorwirkung entfalten kann.

In diesem Zusammenhang befasste sich das OLG Saarbrücken (GmbHR 2020, 656) mit der Satzungssitzverlegung einer deutschen GmbH nach Frankreich. Die deutsche GmbH hatte nur einen Gesellschafter, keine Arbeitnehmer und keine Arbeitnehmervertretung. Der Sitz sollte von Saarbrücken nur wenige Kilometer über die Grenze an den Ort verlegt werden, an dem die Gesellschaft ohnehin ihre wirtschaftlichen Tätigkeiten ausübte. In der Bilanz waren Verbindlichkeiten von rund 2.800 € aufgeführt. Bei der Anmeldung zum deutschen Registergericht wurde versichert, dass keine Arbeitnehmer und auch keine Arbeitnehmervertretung vorhanden seien und daher Auswirkungen auf die Arbeitnehmer und ihre Interessen nicht in Frage kämen. Außerdem seien Gläubigerinteressen nicht betroffen. Auf die Abgabe eines Sitzverlegungsberichts wurde vorsorglich verzichtet und die Vorab eintragung in Saarbrücken beantragt, der dann die Eintragung in Frankreich folgen sollte. Nach Auffassung des OLG Saarbrücken reicht die ausschließliche analoge Anwendung der §§ 190 ff. UmwG nicht aus, um eventuell betroffene Interessengruppen ausreichend zu schützen. Das Gericht wandte daher ergänzend die Vorschriften für die grenzüberschreitende Verschmelzung analog an, insbesondere § 122d und § 122e UmwG.

Bemerkenswerterweise begründete das OLG Saarbrücken die Anwendung der §§ 122d, 122e UmwG ins-

besondere damit, dass die §§ 190 ff. UmwG konform mit der Umwandlungsrichtlinie auszulegen seien. Eine Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung nationaler Rechtsvorschriften vor Ablauf der Umsetzungsfrist wird jedoch u. E. zu Recht kritisch beurteilt (vgl. Stelmaszczyk, notar 2021, 107, 110; Heckschen, GWR 2020, 449, 451). Nach den **Grundsätzen des BGH** (NJW 1998, 2208) ist eine richtlinienkonforme Auslegung vor Ablauf der Umsetzungsfrist nur möglich, wenn eine nationale Rechtsvorschrift **Auslegungsspielräume** enthält, die durch Rückgriff auf eine **inhaltlich unbedingte und hinreichend genau bestimmte Richtlinienbestimmung ausgefüllt** werden können, und wenn die richtlinienkonforme Auslegung nicht dazu führt, dass den Unternehmen bereits vor der Richtlinienumsetzung Pflichten auferlegt werden, die unter der derzeit geltenden Rechtslage nicht bestehen (vgl. Stelmaszczyk, notar 2021, 107, 110; Heckschen/Stelmaszczyk, BB 2020, 1734, 1739). Eine Ausnahme ist allenfalls dann zu machen, wenn anderenfalls die Verwirklichung der Richtlinienziele endgültig vereitelt werden könnte (vgl. Wachter/Stelmaszczyk, Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts, 5. Aufl. 2021, § 14 Rn. 373). Mit diesen Aspekten hat sich das OLG Saarbrücken nicht auseinandergesetzt. Im Ergebnis ist daher eine **Vorwirkung der Regelungen der Umwandlungsrichtlinie abzulehnen** (so auch Heckschen/Stelmaszczyk, BB 2020, 1734, 1737 ff.). Daran ändert sich auch nichts dadurch, dass mittlerweile ein Referenten- und ein Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG) vorliegen.

Im Ergebnis kommt eine unmittelbare Anwendung der Umwandlungsrichtlinie erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist in Betracht, sofern bis dahin das UmRUG nicht in Kraft getreten sein sollte. Selbst danach muss aber für jede Regelung der Umwandlungsrichtlinie, die angewendet werden soll, einzeln geprüft werden, ob sie hinreichend bestimmt und inhaltlich unbedingte ist.

3. Ergebnis

Bei einer grenzüberschreitenden Verlegung des Satzungssitzes einer dänischen ApS nach Deutschland unter gleichzeitigem Wechsel der Rechtsform in eine deutsche GmbH wechselt die Identität des Rechtsträgers nicht. Der Rechtsformwechsel vollzieht sich nach den unionsrechtlichen Vorgaben identitätswahrend. Für das Verfahren sind die innerstaatlichen Regelungen über den grenzüberschreitenden Formwechsel kombiniert anzuwenden, soweit keine nationalen Regeln über den grenzüberschreitenden Formwechsel bestehen. Eine Vorwirkung der Umwandlungsrichtlinie, die Regeln für den grenzüberschreitenden Formwechsel vorsieht, scheidet derzeit aus. Insofern ist die Umsetzung im Rahmen des UmRUG abzuwarten.

BauGB § 195

Pflicht zur Übersendung von Überlassungsverträgen; Teilentgeltlichkeit

I. Sachverhalt

Der Gutachterausschuss einer Gemeinde verlangt unter Berufung auf § 195 Abs. 1 BauGB die Übersendung sogenannter Überlassungsverträge (Grundstücksübertragungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge).

II. Fragen

1. Sind Überlassungsverträge gem. § 195 Abs. 1 BauGB dem Gutachterausschuss zu übersenden?

2. Was gilt, wenn es sich um (teil-)entgeltliche Verträge handelt, Rechte (etwa ein Wohnungsrecht oder ein Nießbrauch) vorbehalten werden oder sonstige Gegenleistungen vereinbart sind?

3. Verstößt der Notar gegen seine Verschwiegenheitspflicht, wenn er die Abschrift eines Vertrags, der kein Kauf-, Tausch- oder Erbbaurechtsbestellungsvertrag ist, an den Gutachterausschuss übersendet?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeines zur Übersendung von Vertragsabschriften an den Gutachterausschuss

Gem. § 195 Abs. 1 BauGB ist jeder Vertrag über eine **entgeltliche Grundstücksveräußerung** in Abschrift dem Gutachterausschuss zur Führung der Kaufpreissammlung zu übersenden. Entgeltlichkeit ist dann anzunehmen, wenn der Erwerber für die Eigentumsübertragung eine wirtschaftliche Gegenleistung erbringen muss. Als Gegenleistung kommen insbesondere die Zahlung einer Geldsumme oder einer Rente, der Erlass einer Schuld und der Verzicht auf einen Anspruch in Betracht (Schrödter/Köster, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 195 Rn. 2; EZBK/Kleiber, BauGB, 145. EL 2/2022, § 195 Rn. 11 f.; BeckOK-BauGB/Federwisch, Std.: 1.8.2021, § 195 Rn. 4.1). Der Begriff der Entgeltlichkeit ist wie im Schenkungsrecht des BGB zu verstehen (BeckOK-BauGB/Federwisch, § 195 Rn. 4.1).

Nicht übersendungspflichtig sind daher Verträge, die zur unentgeltlichen Übertragung des Eigentums an einem Grundstück – etwa im Wege einer reinen Schenkung nach § 516 BGB – verpflichten (EZBK/Kleiber, § 195 Rn. 12; BeckOK-BauGB/Federwisch, § 195 Rn. 4.1; Schrödter/Köster, § 195 Rn. 2). Hierunter dürften jedenfalls **Überlassungsverträge** fallen, in denen weder bestimmte Gegenleistungen vereinbart noch Rechte vorbehalten werden.

2. Besonderheiten bei Überlassungsverträgen

Soweit der Überlassungsvertrag weitere Bestimmungen (bspw. einen Rechteevorbehalt oder Gegenleistungen) vorsieht, dürfte u. E. wie folgt zu differenzieren sein:

a) Vorbehalt von Rechten für den Veräußerer

Behält sich der Veräußerer lediglich ein Recht (bspw. Wohnungs-, Nießbrauchs- oder Rückforderungsrecht) vor, dürfte darin **regelmäßig kein Entgelt** des Erwerbers für die Übertragung i. S. d. § 195 BauGB zu sehen sein. Vielmehr erhält der Erwerber nur das mit einem Wohnungs-, Nießbrauchs- oder Rückforderungsrecht belastete Eigentum. Diese Rechte mindern nach allgemeinen Grundsätzen zwar den Wert der Schenkung, sind aber keine Gegenleistung oder ein Entgelt im eigentlichen Sinne (vgl. zu den Parallelwertungen im Rahmen des Schenkungsrechts des BGB MünchKommBGB/Koch, 8. Aufl. 2019, § 516 Rn. 25). Ähnlich wie bei der Übernahme bestehender Belastungen erbringt der Erwerber kein eigenes Vermögensopfer, sondern erhält lediglich weniger zugewendet, als wenn ihm das Eigentum an dem Grundstück ohne die Belastung verschafft worden wäre (vgl. BGH NJW 2012, 605, 606; BeckOGK-BGB/Harke, Std.: 1.7.2022, § 516 Rn. 63) bzw. kein Rückforderungsrecht vorgesehen wurde (vgl. insg. BeckOK-BNotO/Sander, Std.: 1.8.2022, § 18 Rn. 114). Insofern kommt es auch im Anwendungsbereich des § 195 BauGB auf eine „wirtschaftliche Gegenleistung“ (Schrödter/Köster, § 195 Rn. 2) an. Diese dürfte in den genannten Fällen nicht gegeben sein (i. E. ebenso Jäde/Dirnberger/Széchényi, BauGB, BauNVO, 10. Aufl. 2022, § 195 BauGB Rn. 2; BeckOK-BNotO/Sander, § 18 Rn. 110; unklar BeckOK-BauGB/Federwisch, § 195 Rn. 4.1 sowie Schrödter/Köster, § 195 Rn. 2, die pauschal die Entgeltlichkeit bei der „Einräumung eines Wohnungsrechts“ bejahen).

b) Teilentgeltliche Überlassungsverträge

Anders stellt es sich jedoch dar, sofern der Erwerber **wirtschaftlich betrachtet eine Gegenleistung** erbringen muss, etwa Zahlungen an den Veräußerer oder weichende Geschwister, Pflichtteilsverzichte, Rentenzahlungs- oder Pflegeverpflichtungen. Auch wenn in derartigen Fällen die Gegenleistung regelmäßig hinter dem Wert des Grundstücks zurückbleibt und somit lediglich Teilentgeltlichkeit vorliegt, dürfte ein am Wortlaut der Norm orientiertes Verständnis dafür sprechen, dass derartige Verträge dem Gutachterausschuss zu übersenden sind (so die h. Lit. bezüglich teilentgeltlicher Verträge, vgl. EZBK/Kleiber, § 195 Rn. 11 f.; BeckOK-BauGB/Federwisch, § 195 Rn. 4.1; Schrödter/Köster, § 195 Rn. ; Frenz/Miermeister/Bremkamp, BNotO, 5. Aufl. 2020, § 18 Rn. 105; a. A. aber wohl Széchényi, § 195 BauGB Rn. 2). Für die Frage der Entgeltlichkeit soll es gerade nicht darauf ankommen, ob das Entgelt

wirtschaftlich angemessen ist (EZBK/Kleiber, § 195 Rn. 12; BeckOK-BauGB/Federwisch, § 195 Rn. 4.1).

Dagegen lässt sich zwar einwenden, dass die Übersendung teilentgeltlicher Überlassungsverträge an die Kaufpreissammlung mit Blick auf die Aufgaben des Gutachterausschusses wenig zweckmäßig erscheint. Der Wert eines Grundstücks ist einem teilentgeltlichen Vertrag nicht zu entnehmen, sodass derartige Verträge für die Kaufpreissammlung kaum auswertbar sind (mit teleologisch begründeten Zweifeln auch Széchényi, § 195 BauGB Rn. 2). Angesichts der wohl herrschenden Auffassung in der Literatur dürfte sich eine Übersendung in der Praxis gleichwohl empfehlen. So betont Széchényi (§ 195 BauGB Rn. 3), dass der Notar zur Übersendung verpflichtet sei, soweit das Geschäft nicht eindeutig unentgeltlich sei. Der Notar sei nicht dazu berufen, selbst zu beurteilen, „ob tatsächlich ein entgeltliches oder nur ein sich als solches gerierendes, in Wirklichkeit aber (teilweise) unentgeltliches Veräußerungsgeschäft“ vorliege.

3. Vereinbarkeit mit der Verschwiegenheitspflicht (§ 18 BNotO)

Durch die Übersendung von Abschriften an den Gutachterausschuss **verstößt der Notar nicht gegen seine Pflicht zur Verschwiegenheit** (§ 18 BNotO). § 195 Abs. 1 BauGB geht § 18 BNotO als *lex specialis* vor, sodass die Übersendung von Vertragsurkunden an den Gutachterausschuss mit der grundsätzlichen Verpflichtung zur Verschwiegenheit vereinbar ist (vgl. EZBK/Kleiber, § 195 Rn. 7; BeckOK-BauGB/Federwisch, § 195 Rn. 3).

4. Ergebnis

Überlassungsverträge ohne Rechteevorbehalt oder vereinbarte Gegenleistungen sind dem Gutachterausschuss nicht nach § 195 BauGB zu übersenden. Soweit Rechte vorbehalten oder Gegenleistungen vereinbart wurden, wird danach zu differenzieren sein, ob diese bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise eine Gegenleistung darstellen oder sich hierdurch nur der Umfang der Zuwendung schmälert.

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 §§ 2096, 2100, 2108

Ausdrückliche Berufung von Ersatznacherben; Verhältnis zur Vererblichkeit des Nacherbenanwartschaftsrechts

Abruf-Nr.:

BeurkG § 51

Anspruch eines Grundschuldgläubigers auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung; Widerruf einer Ausfertigungsanweisung

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

GmbHG §§ 2 Abs. 1a, 8 Abs. 3

Musterprotokollgründung und Geschäftsführerversicherung bei längerem, da im Antrag fehlerhaften Eintragungsverfahren

1. Dem Zweck des § 2 Abs. 1a GmbHG, die Gründung einer GmbH in Standardfällen zu erleichtern, wird nur dann Rechnung getragen, wenn das Musterprotokoll ohne inhaltliche Änderungen übernommen wird, um dadurch schon die Prüfung, ob sich eine Änderung im konkreten Fall auswirkt, im Interesse einer Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens zu vermeiden.

2. Eine aktuelle Versicherung nach § 8 Abs. 2 Satz 1, 3 Satz 1 GmbHG kann verlangt werden, wenn das Eintragungsverfahren wegen eines Mangels bei der Anmeldung längere Zeit in Anspruch nimmt.

OLG München, Beschl. v. 12.9.2022 – 34 Wx 329/22

Problem

Eine Einzelperson gründete eine GmbH im vereinfachten Verfahren nach § 2 Abs. 1a GmbHG. Der Musterprotokolltext für die Einpersonengründung wurde jedoch abgeändert, u.a. wurde der Zusatz „im Übrigen sobald die Gesellschafterversammlung ihre Einforde-

rung beschließt“ gestrichen und Angaben aus dem Text für die Mehrpersonengründung eingefügt. Eine Gesellschafterliste wurde der Anmeldung vom 7.12.2021 nicht beigelegt. Das Registergericht beanstandete die Anmeldung wegen unzulässiger Abänderung des Musterprotokolls. Es werde entweder der Musterprotokolltext durch Nachtrag wieder herzustellen sein oder es würden die Anlagen für eine normale Gründung (Gesellschafterliste, Satzung) eingereicht werden müssen. Außerdem sei die vorgelegte Versicherung des Geschäftsführers gemäß § 8 Abs. 2 und 3 GmbHG vom 7.12.2021 durch Zeitablauf unbrauchbar geworden, da sie – offenbar aufgrund langer Postlaufzeiten im Ausland – erst am 16.2.2022 beim Registergericht eingegangen sei.

Entscheidung

Nach Ansicht des OLG München entfallen bei Abweichungen zum Musterprotokolltext die Privilegierungen des § 2 Abs. 1a GmbHG, insbesondere die Funktion des Musterprotokolls als Gesellschafterliste. Unschädlich seien nur völlig unbedeutende Abwandlungen bei Zeichensetzung, Satzstellung und Wortwahl, die keinerlei Auswirkungen auf den Inhalt hätten. Eine darüber hinausgehende Änderung sei auch dann schädlich, wenn sie sich im konkreten Fall nicht auswirke. Dem Gesetzeszweck, die Gründung einer GmbH in unkomplizierten Standardfällen zu erleichtern, werde nur dann Rechnung getragen, wenn das Musterprotokoll ohne inhaltliche Änderungen übernommen werde, um dadurch die Prüfung, ob sich eine Änderung im konkreten Fall auswirke, im Interesse einer Vereinfachung und Beschleunigung des Verfahrens zu vermeiden.

Ferner setzt sich das Gericht mit der Frage auseinander, unter welchen Voraussetzungen eine neue Geschäftsführerversicherung gefordert werden kann, wenn zwischen der Unterzeichnung der Versicherung und deren Einreichung beim Registergericht ein längerer Zeitraum liegt. Nach einer aktuellen Entscheidung des KG (Rpflger 2022, 408) kann eine Versicherung des bisherigen Geschäftsführers, der zum Liquidator bestellt worden ist, nicht allein deswegen beanstandet werden, weil sie bereits mehrere Monate vor der Einreichung beim Registergericht abgegeben wurde. Mit diesem Fall ist eine Erstanmeldung nach Ansicht des OLG München nicht vergleichbar. Der Geschäftsführer habe (im Gegensatz zum Liquidator) noch nie zuvor eine Versicherung nach § 8 Abs. 3 GmbHG abgegeben. Nachdem im Zeitpunkt der Entscheidung des Beschwerdegerichts über neun Monate seit Unterzeichnung der Versicherung und nahezu sieben Monate seit Abgabe der Versicherung gegenüber dem Registergericht verstrichen waren, erscheine es nicht ausgeschlossen, dass sich Umstände, die nach § 8 Abs. 3 GmbHG zu versichern sind, ge-

ändert hätten. Demnach sei das Registergericht berechtigt, eine aktuelle Versicherung zu verlangen, wenn sich das Eintragungsverfahren wie hier wegen eines Mangels der Anmeldung erheblich verzögere. Ansonsten sei die Richtigkeit der Erklärung im Zeitpunkt der Eintragung nicht gewährleistet. Praktische Erschwernisse bei der Beibringung aufgrund der Postlaufzeiten würden keine Reduzierung der Prüfungsdichte rechtfertigen. Es sei vielmehr Sache des Antragstellers, die zur Eintragung erforderlichen Unterlagen vollständig einzureichen.

Praxishinweis

Die Versicherung des Geschäftsführers nach § 8 Abs. 2, 3 GmbHG birgt ein erhebliches Potenzial für Verzögerungen bei der Gründung. Aus der Entscheidung des OLG München kann nicht geschlossen werden, dass generell nach Ablauf von neun Monaten seit Abgabe der Geschäftsführerversicherung an deren Richtigkeit zu zweifeln sei. Auch in diesen Fällen obliegt es dem Registergericht, im Rahmen der Amtsermittlung konkrete Anhaltspunkte dafür zu finden, dass die Versicherung nicht mehr richtig sein könnte. Zudem kann dies nur gelten, wenn sich das Eintragungsverfahren wegen einer fehlerhaften Anmeldung verzögert. Verzögerungen aus der Sphäre des Registergerichts, bspw. durch eine unzulässige Zwischenverfügung, dürfen dem Geschäftsführer indes nicht zur Last fallen.

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. Philipp Theuersbacher

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 185, 2202 – Beginn des Testamentsvollstreckeramtes; maßgeblicher Zeitpunkt für Nichtberechtigteneigenschaft bei § 185 BGB

WEG § 3 Abs. 3 – Begriff der Maßangaben bei Stellplätzen

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 158, 159, 161, 2032; GBV § 10 – Aufschiebend bedingte Erbteilsübertragung an einen Miterben unter Auflösung der Erbengemeinschaft; Eintragung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch

FamFG §§ 352 Abs. 2, 352e – Nachweis der Erbfolge durch privatschriftliches Testament im Erbscheinsverfahren

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Klarstellung

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 185, 2202

Beginn des Testamentsvollstreckeramtes; maßgeblicher Zeitpunkt für Nichtberechtigteneigenschaft bei § 185 BGB

I. Sachverhalt

In einem Erbvertrag hat eine Erblasserin ihre Tochter zur Testamentsvollstreckerin ernannt und mit der Aufgabe betraut, ein zu ihren Gunsten angeordnetes Grundstücksvermächtnis zu vollziehen. Erben der Erblasserin sind ihre beiden Kinder, die Tochter und ein Sohn. In der zum Vollzug des Vermächtnisses errichte-

ten Urkunde erklärte die Tochter zunächst, das Amt als Testamentsvollstreckerin anzunehmen. Sodann übertrug sie in derselben Urkunde den ihr vermachten Grundbesitz an sich. Das Nachlassgericht bestätigte die Annahme des Amtes als Testamentsvollstreckerin. Die notarielle Urkunde wurde zusammen mit der Annahmestätigung des Nachlassgerichts beim Grundbuchamt zum Vollzug der Eigentumsumschreibung eingereicht. Das Grundbuchamt fordert nun die Genehmigung der Urkunde durch die Testamentsvollstreckerin. Zum Zeitpunkt der Beurkundung des Vermächtnisvollzugs sei die Tochter noch nicht verfügungsbefugt gewesen, da sie erst durch den Eingang ihrer Erklärung beim Nachlassgericht Testamentsvollstreckerin geworden sei.

II. Frage

Ist eine Genehmigung durch die Testamentsvollstreckerin erforderlich?

III. Zur Rechtslage

1. Beginn des Amtes des Testamentsvollstreckers

Nach § 2202 Abs. 1 BGB beginnt das Amt des Testamentsvollstreckers **mit dem Zeitpunkt, in welchem der Ernante das Amt annimmt**. Die Annahme sowie die Ablehnung des Amtes erfolgen durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht. Die Erklärung kann erst nach dem Eintritt des Erbfalls abgegeben werden (vgl. § 2202 Abs. 2 BGB). Bis zu dieser Amtsannahme hat der zum Testamentsvollstrecker Ernante keinerlei Verfügungsbefugnis über den Nachlass. Vorher vorgenommene Rechtsgeschäfte sind unwirksam (MünchKommBGB/Zimmermann, 9. Aufl. 2022, § 2202 Rn. 4 m. w. N.). Die Verfügungsbeschränkung der Erben bei Anordnung einer Testamentsvollstreckung (§ 2211 Abs. 1 BGB) beginnt jedoch bereits mit dem Erbfall und nicht erst mit der Annahme des Testamentsvollstreckeramtes, weil sonst in der Zwischenzeit durch Erbenverfügungen der Normzweck des § 2211 BGB vereitelt werden könnte (BGH NJW 1957, 1916; NJW 1967, 2399; MünchKommBGB/Zimmermann, § 2211 Rn. 3 m. w. N.).

2. Wirksamwerden von Verfügungen des Testamentsvollstreckers vor Amtsannahme

Auf welcher Grundlage vor Amtsannahme vorgenommene Verfügungen des Testamentsvollstreckers wirksam werden können, ist in Rechtsprechung und Literatur **umstritten**. Ein Teil von Rechtsprechung und Lehre will auf diesen Sachverhalt **§ 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB entsprechend** anwenden. Hiernach würde eine vorzeitige Verfügung des Testamentsvollstreckers **ohne Weiteres wirksam** werden, wenn er das **Amt annimmt** und damit die Verfügungsmacht erlangt (s. OLG München ZEV 2006, 173 f.; LG Saarbrücken FamRZ 2009, 1252, 1253; zust. Staudinger/Dutta, BGB, 2021, § 2202 Rn. 33).

Die Gegenansicht wendet in derartigen Fällen **§ 185 Abs. 2 S. 1, Var. 1 BGB** an und verlangt für das Wirksamwerden der Verfügung eine **Genehmigungserklärung** des Testamentsvollstreckers **nach Amtsannahme**. Hierfür hat in der neueren Rechtsprechung insb. das OLG Nürnberg (ZEV 2017, 98, 100) ausführlich argumentiert: Die von der Gegenauffassung aufgeführten Rechtsprechungsbeispiele betreffen nur Fallgestaltungen, in denen der Verfügende die Verfügungsmacht über einem ihm gehörenden Gegenstand erlange. Damit sei eine Verfügung des Testamentsvollstreckers vor Amtsantritt nicht gleichzusetzen. Der Konvaleszenzregelung des § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB liege der Gedanke der Treuwidrigkeit zugrunde (Verbot des *venire contra factum proprium*). Dieser greife in derartigen Fällen nicht, weil die Konvaleszenz nicht zu Lasten eines fremden

Vermögens gehen solle (OLG Nürnberg a. a. O.; BGH ZIP 1999, 447; zust. BeckOGK-BGB/Leitzen, Std.: 1.9.2022, § 2202 Rn. 20 f.).

3. Maßgeblicher Zeitpunkt für Feststellung der Berechtigeneigenschaft hinsichtlich der Vornahme einer Verfügung

Grundsätzlich kommt es für die Berechtigung bzw. Nichtberechtigung i. S. v. § 185 BGB nicht auf die Rechtsinhaberschaft, sondern auf die Verfügungsmacht an. Nichtberechtigter i. S. d. § 185 BGB ist also, wer über einen Gegenstand verfügt, obwohl ihm die dafür erforderliche Verfügungsmacht nicht oder nicht allein zusteht (s. nur Grüneberg/Ellenberger, BGB, 81. Aufl. 2022, § 185 Rn. 5 f.).

Der vorliegende Sachverhalt weist die – im Sachenrecht typische – Besonderheit auf, dass es bei der Grundstücksübergang an die Vermächtnisnehmerin um einen **mehraktigen Verfügungstatbestand** geht, der neben der Auffassung die Grundbucheintragung des Erwerbers voraussetzt (§§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB). Damit stellt sich die Frage, welcher Zeitpunkt dafür maßgeblich ist, ob der Handelnde i. S. v. § 185 BGB als Berechtigter oder als Nichtberechtigter anzusehen ist.

Im Allgemeinen ist hierfür auf die vom Handelnden vorgenommene Verfügung (also das Hauptgeschäft) abzustellen. Besteht die Verfügung jedoch aus mehreren Teilakten, so kommt es auf den **letzten Teilakt** an (BeckOGK-BGB/Regenfus, Std.: 1.7.2022, § 185 Rn. 32; Staudinger/Klumpp, BGB, 2019, § 185 Rn. 54 m. w. N.). Denn die Verfügungsmacht muss erst in dem Moment vorhanden sein, in dem eine Verfügung vorliegt, was erst mit Vollendung aller Tatbestandsmerkmale gegeben ist. Bei **Grundstücksübergängen** ist die Grundbucheintragung gem. § 873 Abs. 1 BGB für den Verfügungstatbestand konstitutives Tatbestandsmerkmal. Erwirbt also der zum Zeitpunkt der Erklärung der Auffassung Nichtberechtigte die Verfügungsmacht bis zum Zeitpunkt der **Eintragung im Grundbuch**, so liegt eine Verfügung des Berechtigten vor. Für eine Anwendung des § 185 Abs. 2 S. 1, Var. 1 BGB ist daher kein Raum, sodass keine Genehmigung erforderlich ist (vgl. Staudinger/Klumpp, § 185 Rn. 54; BeckOGK-BGB/Regenfus, § 185 Rn. 33). Dieser Standpunkt entspricht auch der gefestigten Rechtsprechung des BGH, wie aus einer älteren Entscheidung folgt (Urt. v. 22.5.1957 – IV ZR 4/57 = BeckRS 1957, 31378952). Der BGH führt dort unter Ziff. 4b der Entscheidungsgründe aus:

„In vielen Fällen reicht aber für die Verfügung und ebenso für das Verpflichtungsgeschäft die Abgabe einer bloßen Willenserklärung nicht aus. Um die gewollte Rechtswir-

kung herbeizuführen, verlangt das Gesetz zusätzlich vielmehr entweder die Vornahme eines Realaktes (z. B. die Übergabe der Sache bei der Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache) oder die Mitwirkung einer Behörde (wie die Eintragung bei der Verfügung über ein Recht an einem Grundstück nach den §§ 873 und 925 BGB). In derartigen Fällen gehört dieser Sachverhalt aber ebenfalls zum Tatbestand der Verfügung [...]. Wenn § 185 BGB von Verfügungen eines Nichtberechtigten spricht, so hat er die Verfügung ihrem vollen Tatbestand nach im Auge und nicht nur die zum Verfügungstatbestand gehörende Willenserklärung des Verfügenden. Für die Frage der Berechtigung zur Verfügung kann es grundsätzlich nur auf den Zeitpunkt ankommen, in dem sich der Verfügungstatbestand vollendet, wie sich aus § 878 BGB entnehmen lässt.“

Die Verfügung der Testamentsvollstreckerin im unterbreiteten Sachverhalt ist folglich **für Zwecke des § 185 BGB als diejenige des Berechtigten zu behandeln**, da die Testamentsvollstreckerin ihre Verfügungsmacht nach § 2205 S. 2 BGB durch die Erklärung der Annahme des Amtes gem. § 2202 BGB noch vor Vollendung des Verfügungstatbestandes durch die Umschreibung des Eigentums im Grundbuch erlangt hat.

4. Gesamtergebnis

Die Testamentsvollstreckerin erlangte die Verfügungsbefugnis zwar erst mit Zugang ihrer Erklärung über die Amtsannahme beim Nachlassgericht (§ 2202 Abs. 1 BGB). Ausreichend ist übrigens auch die Annahme gegenüber dem Grundbuchamt desselben Amtsgerichts (LG Saarbrücken FamRZ 2009, 1252; MünchKommBGB/Zimmermann, § 2202 Rn. 3; Staudinger/Dutta, § 2202 Rn. 4; a. A. früher OLG Colmar OLGE 26, 349). Da zu diesem Zeitpunkt der Verfügungstatbestand (Grundstücksübereignung) wegen noch ausstehender Grundbucheintragung (§§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1 BGB) aber noch nicht vollendet war, ist die **Testamentsvollstreckerin** bei der Prüfung der Auffassungserklärung durch das Grundbuchamt gem. § 20 GBO (materielles Konsensprinzip) **bereits als Berechtigte zu behandeln. § 185 BGB ist nicht mehr anwendbar**. Das Grundbuchamt kann daher nicht unter Berufung auf § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB eine Genehmigung der Testamentsvollstreckerin verlangen. Die der Auffassung zugrundeliegende schuldrechtliche Verpflichtung rührt aus dem von der Erblasserin abgeschlossenen Erbvertrag und der darin enthaltenen Vermächtnisanordnung (§§ 2147 ff. BGB) her, ist also ebenfalls wirksam. Das Fehlen weiterer Eintragungshindernisse vorausgesetzt, **müsste daher das Grundbuchamt die Eigentumsumschreibung ohne weitere Erklärungen durch die Testamentsvollstreckerin vollziehen**.

WEG § 3 Abs. 3

Begriff der Maßangaben bei Stellplätzen

I. Sachverhalt

Für die Einräumung von Sondereigentum an Stellplätzen ist dem Wortlaut des § 3 Abs. 3 WEG zufolge erforderlich, dass diese durch Maßangaben im Aufteilungsplan bestimmt sind.

II. Frage

Genügt es den Anforderungen des § 3 Abs. 3 WEG, wenn Stellplätze durch Linien in einem maßstabgerechten Plan bestimmt, aber nicht mit Maßangaben versehen sind?

III. Zur Rechtslage

Gem. § 3 Abs. 3 Hs. 2 WEG soll Sondereigentum nur dann eingeräumt werden, wenn die Stellplätze sowie die außerhalb des Gebäudes liegenden Teile des Grundstücks durch Maßangaben im Aufteilungsplan bestimmt sind. Bereits der Wortlaut der Vorschrift spricht somit eher dagegen, dass eine bloße Bezugnahme auf einen maßstabgerechten Plan ausreichend sein soll, aus dem die Flächen ermittelt werden können.

Auch der vom Gesetzgeber verfolgte Zweck spricht dafür, konkrete Maßangaben zu verlangen. Diese sollen so genau sein, „dass sie es im Streitfall ermöglichen, den räumlichen Bereich des Sondereigentums eindeutig zu bestimmen“ (BT-Drucks. 19/18791, S. 39). Dieses Ziel ließe sich zwar auch nur mit einem maßstabgerechten Plan erreichen. Allerdings zeigt die Formulierung in der Begründung des Gesetzentwurfs, dass der Gesetzgeber bewusst Maßangaben im Plan fordern wollte. Nach Auffassung der Literatur gehen somit die Vorgaben in § 3 Abs. 3 Hs. 2 WEG über das hinaus, was zur sachrechtlichen Bestimmtheit erforderlich ist (Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 3 Rn. 65; Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform, 2020, Rn. 1712; BeckOK-WEG/Leidner, Std.: 1.7.2022, § 3 Rn. 70; BeckOGK-WEG/Müller, Std.: 1.9.2022, § 3 Rn. 244). In der Konsequenz fordert auch die Literatur konkrete Maßangaben, die das jeweilige Sondereigentum exakt nach Länge und Breite beschreiben (MünchKommBGB/Krafka, 8. Aufl. 2021, § 3 WEG Rn. 56 f.; Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1707; BeckOGK-WEG/Müller, § 3 WEG Rn. 244).

Die Voraussetzungen für eine teleologische Reduktion des § 3 Abs. 3 Hs. 2 WEG dürften nicht gegeben sein. Eine solche ist nur dann möglich, wenn der Wortlaut der gesetzlichen Regelung planwidrig über ihren Zweck hinausgreift (Meier/Jocham, JuS 2016, 392, 397 f.).

Hierfür bestehen keine Anhaltspunkte. Die Begründung des Gesetzentwurfs legt nahe, dass der Gesetzgeber bewusst derartige Maßangaben fordert. Daher ist bereits die Planwidrigkeit nicht gegeben. Ferner bezweckt § 3 Abs. 3 Hs. 2 WEG, dass das Sondereigentum bei Einsicht in die Pläne schnell und unkompliziert bestimmt werden kann. Dies kann ein lediglich maßstabsgerechter Plan, der keine Maßangaben aufweist, nicht in gleicher Weise leisten. Bei einem derartigen Plan bestehen gewisse Unschärfen durch mögliche Messungs- und Ablesefehler. Zweifeln und Streit über den konkreten Bereich des Sondereigentums lässt sich nur dann zuverlässig vorbeugen, wenn die Beteiligten anhand konkreter Maßangaben die jeweilige Größe exakt erkennen können.

Im Ergebnis erscheint es nicht angezeigt, bei Stellplätzen auf die Maßangabe nach § 3 Abs. 3 Hs. 2 WEG zu verzichten. Diese Norm ist allerdings nur eine Sollvorschrift. Ein Verstoß kann die Entstehung von Sondereigentum nicht verhindern, wenn die Eintragung gleichwohl erfolgt und der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz anderweitig gewahrt ist (vgl. Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1712; BeckOK-WEG/Leidner, § 3 Rn. 70).

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 §§ 1978, 1984, 1985

Rechtsfragen im Vorfeld der Anordnung einer Nachlassverwaltung

Abruf-Nr.:

InsO §§ 53, 55, 61

Haftung für Notarkostenrechnung als Masseverbindlichkeit nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 158, 159, 161, 2032; GBV § 10

Aufschiebend bedingte Erbteilsübertragung an einen Miterben unter Auflösung der Erbengemeinschaft; Eintragung einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch

1. Werden an einen Miterben die Erbteile aller anderen Miterben übertragen, sodass sich die Erbteile in einer Hand vereinigen, so erlischt die Erbengemeinschaft unumkehrbar. Die Erbengemeinschaft kann auch dann nicht wieder neu entstehen, wenn die Übertragung unter einer auflösenden Bedingung steht und diese Bedingung eintritt.

2. Weder an den abgetretenen Erbteilen noch an einem zum Nachlass gehörenden Grundstück selbst kann daher eine Verfügungsbeschränkung im Grundbuch eingetragen werden.

(Leitsätze der DNotI-Redaktion)

OLG München, Beschl. v. 8.8.2022 – 34 Wx 154/22

Problem

Der Eigentümer eines Grundstücks ist verstorben und wurde von drei Erben zu gleichen Teilen beerbt. Mit notariell beurkundetem Erbteilskauf veräußerten zwei Miterben ihre Erbteile an die dritte Miterbin. Die Abtretung der Erbteile stand dabei unter der auflösenden Bedingung, dass ein Veräußerer wegen Zahlungsverzugs der Erwerberin zurücktritt. Die Vertragsteile beantragten, die Erwerberin als Alleineigentümerin sowie die auflösende Bedingung als Verfügungsbeschränkung zugunsten jedes der beiden Veräußerer in das Grundbuch einzutragen.

Das Grundbuchamt trug die Erwerberin als Eigentümerin ein, wies aber den Antrag auf Eintragung der Verfügungsbeschränkung zurück. Gegenstand der Verfügungsbeschränkung nach § 161 BGB seien die Erbteile. Diese würden wegen der Vereinigung aller Erbteile in einer Hand und Auflösung der Erbengemeinschaft nicht mehr existieren. Damit könne allenfalls das zum Nachlass gehörende Grundstück Gegenstand einer Verfügungsbeschränkung sein. Dies sehe § 161 BGB nicht vor.

Entscheidung

Das OLG weist die Beschwerde gegen den Beschluss des Grundbuchamts zurück. Durch die Übertragung sämtlicher Erbteile auf die Erwerberin sei die Erbengemeinschaft unumkehrbar erloschen. Sie könne auch bei Eintritt der auflösenden Bedingung nicht wieder

neu entstehen. Weder an den abgetretenen Erbteilen noch an dem Grundstück selbst könne daher eine Verfügungsbeschränkung eingetragen werden.

In Literatur und Rechtsprechung sei unstrittig, dass die Erbengemeinschaft bei einer Übertragung aller Erbteile auf eine Person erlösche (vgl. nur BGH NJW 2018, 3650; BGH ZEV 2016, 84; Staudinger/Löhnig, BGB, Neubearb. 2020, § 2032 Rn. 10). Es stehe dann nicht mehr in der Macht der Erben, die Gesamthandsgemeinschaft vertraglich durch Rückübertragung der auseinandergesetzten Gegenstände wiederaufleben zu lassen oder neu zu begründen, auch nicht im Fall eines Rücktritts vom Auseinandersetzungsvertrag.

Diese Maßstäbe würden auch im Fall der Erbteilsübertragung unter einer auflösenden Bedingung gelten. Die Möglichkeit einer Vereinbarung, wie sie die Beteiligten getroffen hätten, sei zwar dem Grunde nach anerkannt, ändere aber nichts daran, dass – wenn der Erwerber bereits Miterbe sei und durch die Übertragung die Erbschaft insgesamt erhalte – die einzelnen Erbteile nicht mehr existieren. Der Eintritt der auflösenden Bedingung könne dann nur noch schuldrechtliche Ansprüche gegen den Erwerber auslösen. Es sei kein Grund ersichtlich, diesbezüglich zwischen einem Wegfall der zugrundeliegenden Vereinbarung aufgrund Rücktritts oder – wie hier – durch den Eintritt der auflösenden Bedingung (ebenfalls aufgrund eines vereinbarten Rücktrittsrechts) zu unterscheiden.

Demzufolge könne dahinstehen, ob die zwischen den Beteiligten vereinbarte Verfügungsbeschränkung an den Erbteilen der Veräußerer die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung an dem gesamten Grundstück rechtfertigen könne. In Abteilung II des Grundbuchs seien Belastungen des Grundstücks oder eines Anteils am Grundstück (§ 10 Abs. 1 lit. a GBV) sowie Beschränkungen des Verfügungsrechts des Eigentümers (§ 10 Abs. 1 lit. b GBV) einzutragen. Hiervon sei das Verfügungsrecht über den Erbteil zu unterscheiden. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Vor- und Nacherbschaft sei auf den vorliegenden Fall jedenfalls nur bedingt anwendbar, da § 2113 Abs. 1 BGB ausdrücklich Verfügungen über ein der Vor- und Nacherbschaft unterliegendes Grundstück regelt, § 161 Abs. 1 BGB dagegen Verfügungen über den Gegenstand der Bedingung, vorliegend somit die abgetretenen Erbteile. Eine Vereinbarung über eine Verfügungsbeschränkung hinsichtlich des gesamten Grundstücks sei jedoch zwischen den Beteiligten nicht getroffen worden.

Praxishinweis

Bei einer auflösend bedingten Übertragung sämtlicher Erbteile an einen Miterben kann nach der vorliegen-

den Entscheidung keine entsprechende Verfügungsbeschränkung im Grundbuch eingetragen werden (so auch Otto, in: Münchener Vertragshandbuch, Bürgerliches Recht II, 8. Aufl. 2020, Form XVIII.1 Anm. 8). Soweit jedoch der Erwerber die Erbschaft nicht insgesamt erhält, ist die Eintragung einer Verfügungsbeschränkung nach herrschender Ansicht zulässig (vgl. nur Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 970; Otto, Anm. 8).

FamFG §§ 352 Abs. 2, 352e

Nachweis der Erbfolge durch privatschriftliches Testament im Erbscheinsverfahren

Zum Nachweis der Erbfolge im Erbscheinsverfahren ist die Vorlage beglaubigter Abstammungsurkunden nicht erforderlich, wenn der Erbe im maßgeblichen privatschriftlichen Testament durch Angabe seines Namens und Geburtsdatums eindeutig identifizierbar ist.

(Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Köln, Beschl. v. 14.9.2022 – 2 Wx 190/22

Problem

Die Erblasserin hat mit privatschriftlichem Testament aus dem Jahr 2010 Folgendes verfügt: „Hiermit setze ich meinen Sohn [es folgt der vollständiger Name des Beteiligten], geb. [es folgt das Geburtsdatum des Beteiligten] als meinen Alleinerben ein.“ Nach dem Tod der Erblasserin beantragte der Beteiligte beim Nachlassgericht unter Bezugnahme auf dieses Testament die Erteilung eines Erbscheins, der ihn als Alleinerbe ausweist. Das Nachlassgericht forderte vom Beteiligten die Vorlage einer Geburtsurkunde, aus der sich ergebe, dass er der Sohn der Erblasserin sei. Die Bezeichnung als „Sohn“ sei ein für die Erbeinsetzung maßgebliches Kriterium. Das Testament sei so zu verstehen, dass der Beteiligte nicht Erbe sein solle, wenn er nicht der Sohn der Erblasserin sei. Nachdem der Beteiligte die Vorlage verweigerte, wies das Nachlassgericht den Antrag zurück.

Entscheidung

Das OLG Köln gab der Beschwerde des Beteiligten gegen die Entscheidung des Nachlassgerichts Recht. Der Erbschein sei antragsgemäß zu erteilen, da das Gericht die Tatsachen, die zur Begründung des Antrags erforderlich seien, gemäß § 352e Abs. 1 S. 1, 2 FamFG für festgestellt erachte. Der Vorlage einer Geburtsurkunde bedürfe es nicht. Welche Angaben ein Erbscheinsantrag zu enthalten habe, folge bei einer Bezugnahme auf eine Verfügung von Todes wegen aus § 352 Abs. 2 FamFG.

Dessen Anforderungen seien erfüllt. Insbesondere liege das Testament aus 2010 vor, in dem der Beteiligte namentlich und unter Angabe seines Geburtsdatums genannt sei.

Das Nachlassgericht könne zwar nach pflichtgemäßem Ermessen weitere Ermittlungen anstellen. Insbesondere genüge die bloße Vorlage einer Verfügung von Todes wegen nicht, wenn diese lediglich auf den Verwandtschaftsgrad Bezug nehme («mein Sohn») und der Erbe daher nur unter Berücksichtigung weiterer Umstände identifiziert werden könne. Im zu entscheidenden Fall stehe die Identität des Erben jedoch fest. Für weitere Ermittlungen lägen daher keine Anhaltspunkte vor.

Die Angabe «Sohn» sei außerdem nicht als Bedingung für die Erbeinsetzung zu verstehen. Denn ob der Beteiligte tatsächlich der Sohn der Erblasserin sei oder nur von ihr so genannt werde, habe die Erblasserin selbst am besten gewusst. Es könne daher ausgeschlossen werden, dass die Erblasserin die Einsetzung des Beteiligten zu ihrem Alleinerben davon abhängig machen wollte, dass er ihr Sohn sei.

Praxishinweis

Bei der Beurkundung von Erbscheinsanträgen, die auf privatschriftlichen Verfügungen von Todes wegen beruhen, in denen die Erben namentlich und unter Angabe ihres Geburtsdatum genannt sind, bedarf es in der Regel über die Angaben in § 352 Abs. 2 FamFG hinaus nicht des Nachweises eines Verwandtschaftsverhältnisses durch Vorlage beglaubigter Abstammungsurkunden. Bei der Beratung zu privatschriftlichen Testamenten sollte darauf hingewiesen werden, dass die Bedachten möglichst präzise, zumindest unter Nennung des vollständigen Namens und Geburtsdatums bezeichnet werden.

Klarstellung

Klarstellung zu DNotI-Report 2022, 105 ff.

Im DNotI-Report 2022, 105, 108 wird der Eindruck erweckt, auch auf das Mietervorkaufsrecht könne vor Eintritt des Vorkaufsfalls verzichtet werden. Das ist nach ganz h. M. nicht möglich. Die konkrete Stelle war insofern missverständlich formuliert. Richtig ist, dass nach allgemeiner Dogmatik des Vorkaufsrechts (§§ 463 ff. BGB) ein Verzicht auch vor dem Vorkaufsfall mög-

lich ist, sodass ein Verzicht in der im Gutachten betrachteten Situation (nach dem Vorkaufsfall, aber vor Fristbeginn) ebenfalls möglich sein sollte. Dass das Mietervorkaufsrecht tatsächlich strenger ist und dort ein Verzicht vor dem Vorkaufsfall (nicht aber in der hier interessierenden Phase nach Vorkaufsfall, aber vor Fristbeginn) ausgeschlossen wäre (Falkner, MittBayNot 2012, 519, 520; Staudinger/Rolfs, BGB, 2021, § 577 Rn. 88; BeckOK-BGB/Hannappel, Std.: 1.5.2022, § 577 Rn. 17; MünchKommBGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 577 Rn. 38), wurde im Gutachten nicht hinreichend deutlich. Richtig ist folgende Aussage:

„Da allgemein beim Vorkaufsrecht ein Verzicht sogar vor dem Vorkaufsfall möglich wäre – auch wenn dies freilich nicht für das Mietervorkaufsrecht gilt – spricht u. E. nichts dagegen, einen Verzicht auch beim Mietervorkaufsrecht jedenfalls dann zuzulassen, wenn wie hier der Vorkaufsfall bereits eingetreten ist, die Frist nach § 469 Abs. 2 BGB aber mangels Information aller Mieter ggf. noch nicht angelaufen ist.“

Am Ergebnis (Verzicht im konkreten Fall war wohl wirksam) würden wir gleichwohl festhalten. Wir bitten das Versehen zu entschuldigen.

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. Philipp Theuersbacher

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2298 – Rücktritt vom gegenseitigen Erbvertrag; Ausschlagung des Zugewendeten

BGB §§ 433, 577, 577a – Realteilung eines mit zwei Einfamilienhäusern bebauten Grundstücks; Vorkaufsrecht und Kündigungsschutz zugunsten des Mieters bei Veräußerung eines der vermieteten Hausgrundstücke

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 133, 2224, 2197 – Verhältnis zwischen postmortaler Vollmacht und Testamentsvollstreckung

BeurkG § 17 Abs. 1; BNotO §§ 19 Abs. 1 S. 1, 14 – Keine Pflicht des Notars zu Nachfragen „ins Blaue hinein“

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2298

Rücktritt vom gegenseitigen Erbvertrag; Ausschlagung des Zugewendeten

I. Sachverhalt

Zwei Schwestern haben einen Erbvertrag errichtet. Eine der Schwestern (S1) ist bereits verstorben. In dem Erbvertrag hat S1 für den Fall, dass sie ohne Hinterlassung von Abkömmlingen verstirbt, erbvertraglich bindend ihre Schwester (S2) zur Erbin eingesetzt. S2 hat in dem Erbvertrag die zwischenzeitlich vorverstorbene S1, ersatzweise deren Abkömmlinge, erbvertraglich bindend zu Erben bestimmt. Beide Schwestern haben sich im Erbvertrag ein Rücktrittsrecht vorbehalten.

Bei Tod von S1 hinterließ diese ein Kind, sodass S2 nicht Erbin geworden ist.

S2 will nun andere Personen als die ersatzweise berufenen Abkömmlinge der S1 zu Erben einsetzen.

II. Frage

Ist die Änderung der Erbfolge trotz des bindenden Erbvertrages möglich, da S2 ein Rücktrittsrecht zusteht und gemäß § 2298 Abs. 2 S. 3 BGB der Überlebende seine Verfügung durch Testament aufheben kann, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt?

Zu bemerken bleibt, dass im vorliegenden Fall eine Ausschlagung durch S2 (bisher) nicht erfolgt ist, da S2 aufgrund des vorhandenen Kindes von S1 nicht Erbin ihrer Schwester geworden ist.

III. Zur Rechtslage

1. Rücktrittsvorbehalt im Erbvertrag und Rücktritt bei einseitigem Erbvertrag

Der Erblasser kann sich gem. § 2293 BGB im Erbvertrag ein Rücktrittsrecht vorbehalten. Die Ausübung des Rücktrittsrechts erfolgt dann gem. § 2296 Abs. 2 BGB durch notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem anderen Vertragsschließenden. Mit dem Tod des ande-

ren Vertragsschließenden wird die Ausübung des Rücktrittsrechts bei einem **einseitigen** Erbvertrag nicht unzulässig; es ändert sich lediglich die Form. Denn § 2297 S. 1 BGB sieht vor, dass der Rücktritt nach dem Tod des anderen Vertragsschließenden durch Testament erfolgen kann. Die vorstehende Regelung gilt allerdings nur im Falle eines einseitigen Erbvertrages (vgl. BeckOGK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.10.2022, § 2297 Rn. 4).

2. Rücktritt im Falle eines zweiseitigen Erbvertrages

Handelt es sich dagegen um einen **zweiseitigen** Erbvertrag, **erlischt das Rücktrittsrecht** gem. § 2298 Abs. 2 S. 2 BGB **mit dem Tode** des anderen Vertragsschließenden. Unter einem „zweiseitigen“ Erbvertrag versteht man einen Erbvertrag, in dem jeder Teil eine oder mehrere vertragsmäßige Verfügungen von Todes wegen getroffen hat, sei es zugunsten des Vertragspartners oder zugunsten eines Dritten (vgl. Staudinger/Kanzleiter, BGB, 2019, § 2298 Rn. 1). Ein solcher Fall liegt hier vor.

Nach dem Gesetz **erlischt** das vorbehaltene Rücktrittsrecht ausnahmsweise dann **nicht** durch den Tod des Vertragspartners, wenn der überlebende, rücktrittsberichtigte Vertragspartner das ihm durch den Erbvertrag Zugewendete **ausschlägt** (§ 2298 Abs. 2 S. 3 BGB) oder wenn ein abweichender Wille der Vertragsteile anzunehmen ist (§ 2298 Abs. 3 BGB). Nach § 2298 Abs. 2 S. 3 BGB kann sich der überlebende Vertragsteil folglich das Rücktrittsrecht, das er sich im Erbvertrag vorbehalten hat, über den Tod des Vertragspartners hinaus erhalten, wenn er das ihm durch den Erbvertrag Zugewendete ausschlägt (vgl. §§ 1942 ff., 2180 BGB). Er kann dann – ähnlich wie beim einseitigen Erbvertrag, dort ohne Ausschlagung (vgl. § 2297 BGB) – seine vertragsmäßige Verfügung durch Testament aufheben (Staudinger/Kanzleiter, § 2298 Rn. 17).

Für den Erhalt des Rücktrittsrechts gem. § 2298 Abs. 2 S. 3 BGB genügt es, wenn der überlebende Vertragspartner dasjenige ausschlägt, was ihm „durch den Vertrag“, also **in vertragsmäßigen Verfügungen** zugewendet wurde; Zuwendungen in einseitigen Verfügungen muss er nicht ausschlagen (Staudinger/Kanzleiter, § 2298 Rn. 17 m. w. N.). Erforderlich ist jedoch die Ausschlagung **aller** vertragsmäßigen Zuwendungen (Staudinger/Kanzleiter, § 2298 Rn. 17).

Für den Fall, dass der verstorbene Vertragsteil dem Überlebenden **nichts zugewendet** hat, kann der Überlebende auch nichts ausschlagen; dies wird in der Literatur dahingehend interpretiert, dass der Überlebende dann die in § 2298 Abs. 2 S. 3 BGB eingeräumte **Befugnis nicht ausüben kann** (Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, § 2298 Rn. 5; Staudinger/Kanzleiter,

§ 2298 Rn. 17; MünchKommBGB/Musielak, 9. Aufl. 2022, § 2298 Rn. 6). Hat der Erstversterbende im Erbvertrag nur Dritte bedacht, erlischt das Rücktrittsrecht des Überlebenden daher mit dem Tod des Erstversterbenden, da es keine auszuschlagenden Verfügungen für den Überlebenden gibt, es sei denn, ein anderer Wille der Vertragsteile ist anzunehmen (Staudinger/Kanzleiter, § 2298 Rn. 17).

In diesem Zusammenhang ist eine etwaige Ausschlagung des Dritten nach h. A. im Übrigen bedeutungslos, mag dieser ausschließlich oder neben dem überlebenden Vertragsteil bedacht sein (Staudinger/Kanzleiter, § 2298 Rn. 17 m. w. N.).

3. Konsequenzen für den vorliegenden Fall

Für den vorliegenden Fall ergibt sich damit Folgendes: Wäre im Erbvertrag keine vertragsmäßige Verfügung zugunsten der S2 enthalten, gäbe es – vorbehaltlich eines abweichenden Willens der Vertragsschließenden – keine Möglichkeit mehr, die eigene vertragsmäßige Verfügung (hier: zugunsten der ersatzweise berufenen Abkömmlinge der S1) aufzuheben. Im Erbvertrag war allerdings eine vertragsmäßige Erbeinsetzung der S2 für den Fall des Versterbens der S1 ohne Abkömmlinge enthalten. Es **liegt** daher eine **vertragsmäßige Zuwendung zugunsten der S2 vor**, die grundsätzlich auch ausgeschlagen werden kann. Dass diese (bislang) nicht zum Tragen gekommen ist, da S1 nicht ohne Abkömmlinge verstorben ist, steht der Wirksamkeit der (bedingten) Erbeinsetzung der S2 nicht entgegen, zumal die Erbeinsetzung des Kindes der S1 theoretisch nachträglich noch unwirksam werden könnte, bspw. infolge Anfechtung oder Erbnunwürdigkeitsklage. Des Weiteren ist eine Ausschlagung durch S2 möglich, auch wenn S2 derzeit nicht zur Erbfolge berufen ist (und – wohlgeachtet – deswegen auch noch keine Ausschlagungsfrist angelaufen ist; vgl. § 1944 Abs. 2 S. 1, 2 BGB). Maßgeblich für die Ausschlagung ist nach dem Gesetz lediglich der Eintritt des Erbfalls (vgl. § 1946 BGB), nicht aber der Anfall der Erbschaft. Nachberufene können daher schon vor einem Wegfall des Erstberufenen für den Fall ausschlagen oder annehmen, dass ihnen die Erbschaft anfallen sollte (vgl. Grüneberg/Weidlich, § 1946 Rn. 2).

4. Ergebnis

Es liegt ein untypischer Fall des § 2298 Abs. 2 S. 3 BGB vor, weil die überlebende Schwester zwar durch vertragsmäßige Verfügung zur Erbin berufen wurde, die vertragsmäßige, lediglich bedingte Erbeinsetzung aber infolge Vorhandenseins eines eigenen Kindes der erstverstorbenen Schwester nicht zum Tragen kam. Gleichwohl dürfte S2 ihre eigene vertragsmäßige Verfügung zugunsten der Abkömmlinge der S1 durch Testament aufheben können, wenn sie ihre

vertragsmäßige (bedingte) Erbeinsetzung durch S1 gegenüber dem Nachlassgericht ausschlägt. Dass die Erbschaft der S2 (bislang) nicht angefallen ist, steht der Wirksamkeit der Ausschlagung nicht entgegen (vgl. § 1946 BGB).

BGB §§ 433, 577, 577a

Realteilung eines mit zwei Einfamilienhäusern bebauten Grundstücks; Vorkaufsrecht und Kündigungsschutz zugunsten des Mieters bei Veräußerung eines der vermieteten Hausgrundstücke

I. Sachverhalt

A ist Eigentümer eines Grundstücks, welches mit zwei unmittelbar aneinander gebauten Häusern bebaut ist. Ein Haus ist nicht vermietet und steht leer (Haus 1) und das andere Haus ist zu Wohnzwecken an M vermietet (Haus 2). Das Grundstück wurde zwischen den beiden Häusern real geteilt und das mit Haus 1 bebaute Grundstück an einen Dritten verkauft. Das mit Haus 2 bebaute Grundstück soll jetzt auch an einen Dritten verkauft werden. M wendet ein, dass er ein Mietervorkaufsrecht habe und die Sperrfrist nach § 577a BGB gelte, weil die Realteilung wie eine Aufteilung in Wohnungseigentum gem. §§ 577 f. BGB zu behandeln sei.

II. Fragen

1. Hat M bezüglich des mit Haus 2 bebauten Grundstücks ein Mietervorkaufsrecht gem. § 577 BGB?
2. Besteht eine Sperrfrist bei der Eigenbedarfskündigung gem. § 577a BGB?

III. Zur Rechtslage

1. Analoge Anwendung von §§ 577, 577a BGB bei Realteilung von Grundstücken

Mit Urteil vom 28.5.2008 hat der VIII. Zivilsenat des BGH (DNotZ 2008, 771) entschieden, dass die §§ 577, 577a BGB **grundsätzlich** auch auf die **Realteilung** von Grundstücken **entsprechend anwendbar** sein können. Die Entscheidung betraf die Veräußerung eines mit einem Einfamilienreihenhaus bebauten Grundstücks. Das Grundstück war aus einer Realteilung hervorgegangen. Der BGH stellte entsprechend dem Klageantrag der Mieterin fest, dass diese für den Fall des erstmaligen Verkaufs des Reihenhausgrundstücks vorkaufsberechtigt sei und dass die Mieterin für den Fall des Verkaufs des Reihenhausgrundstücks den Kündigungsschutz gem. § 577a BGB genieße (vgl. auch BeckOGK-BGB/Klühs, Std.: 1.7.2022, § 577 Rn. 10, 577a Rn. 11, 31; Blank/Börstinghaus, Miete, 6. Aufl. 2020, § 577 BGB Rn. 85, § 577a BGB Rn. 29; Hannemann/Wiegner,

Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht, 5. Aufl. 2019, § 33 Rn. 50).

Mit Urteil vom 23.6.2010 dehnte der VIII. Zivilsenat des BGH (NJW 2010, 3571) seine Rechtsprechung auf die Veräußerung eines durch Realteilung entstandenen und mit einem Zweifamilienhaus bebauten Grundstücks aus. Im Gegensatz zur ersten Entscheidung beschränkte sich der Klageantrag des Mieters indes auf die Feststellung des Kündigungsschutzes gem. § 577a BGB. Vor dem Hintergrund, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 577a BGB identisch sind mit denen des Vorkaufsrechts gem. § 577 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB, ist zumindest nicht auszuschließen, dass das Gericht auch im Falle der Veräußerung eines Zweifamilienhauses ein Vorkaufsrecht zugunsten des Mieters bejahen würde (vgl. insbesondere den amtlichen Leitsatz der vorgenannten Entscheidung).

Die Bejahung eines Mietervorkaufsrechts im Falle der Veräußerung eines mit einem Zwei- oder Mehrfamilienhaus bebauten Grundstücks, das aus einer Realteilung hervorgegangen ist, stünde indes in einem Widerspruch zu einer jüngeren Entscheidung des V. Zivilsenats des BGH (DNotZ 2014, 218). Der V. Zivilsenat hatte sich nämlich mit der Frage zu befassen, ob auch die Veräußerung eines mit einem Mehrfamilienhaus bebauten, aber (noch) nicht nach WEG aufgeteilten Grundstücks (sog. *en-bloc*-Verkauf) ein Vorkaufsrecht zugunsten der Mieter gem. § 577 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB zu begründen vermag (vgl. auch Klühs, Mietervorkaufsrecht bei *en-bloc*-Verkauf, NZM 2013, 809). Das Gericht verneinte diese Frage mit der überzeugenden Begründung, dass ein Vorkaufsrecht nur dann bestehen kann, wenn der zwischen vorkaufsverpflichtetem Vermieter und Drittem geschlossene Kaufvertrag (sog. Erstkaufvertrag) seinem Inhalt nach den Mieter in die Lage versetzen würde, im Falle der Vorkaufsrechtsausübung das *Eigentum an seiner Mietsache* zu erlangen. Das Gericht erteilte insbesondere jenen Literaturstimmen eine klare Absage, die sich mit Blick auf die Mehrzahl von Mietvertragsparteien für die Entstehung einer Bruchteilsgemeinschaft am Kaufgegenstand ausgesprochen hatten. Der V. Zivilsenat verlangt mithin eine **räumliche Kongruenz zwischen Kaufgegenstand und Mietsache** (vgl. auch DNotI-Internetgutachten Nr. 169182). Dieser Argumentation hat sich nun wiederum der VIII. Zivilsenat des BGH (NJW-RR 2016, 910 = DNotI-Report 2016, 105) auch für den Fall der Realteilung eines Grundstücks angeschlossen. Der VIII. Zivilsenat folgt ausdrücklich der Rechtsauffassung des V. Senats, wonach der Mieter nur dann ein Vorkaufsrecht hat, wenn er infolge einer Vorkaufsrechtsausübung einen Anspruch auf (Real-)Teilung *entsprechend seines Mietgegenstandes* erlangt.

Vor diesem Hintergrund bleibt abzuwarten, ob der VIII. Zivilsenat das Vorkaufsrecht gem. § 577 BGB tatsächlich auf jene Realteilungsfälle ausdehnen wird, bei denen mehrere Mietvertragsparteien ein Wohnhaus bewohnen, das sich auf einem real geteilten Grundstück befindet; diese Frage war *nicht* Gegenstand der Entscheidung vom 23.6.2010. Anzumerken ist schließlich noch, dass der BGH in dieser Entscheidung dem Räumungsantrag des Vermieters stattgegeben hatte, weil das Gericht eine analoge Anwendung des Kündigungsschutzes gem. § 577a BGB in den Fällen einer Kündigung gem. § 573a BGB ablehnte.

2. Ergebnis

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt steht die Veräußerung eines Einfamilienhauses in Rede, bei dem sich das Mietobjekt und der Kaufgegenstand decken, sodass M in der Tat ein Vorkaufsrecht gem. § 577 Abs. 1 BGB analog zusteht und er den Kündigungsschutz gem. § 577a BGB analog genießt. Dies setzt freilich voraus, dass die Gebrauchsüberlassung an M zeitlich vor der Realteilung stattfand.

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 § 30

Vorausverzicht des Eigentümers auf das Kündigungsrecht eines Mietvertrages bei Ablauf des Erbbaurechts

Abruf-Nr.:

BGB §§ 1229, 1149; GmbHG § 15

Verpfändung eines Geschäftsanteils; Call-Option als unzulässige Verfallvereinbarung

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 133, 2224, 2197

Verhältnis zwischen postmortaler Vollmacht und Testamentsvollstreckung

Das Verhältnis von postmortaler Vollmacht zu einer vom Erblasser angeordneten Testamentsvollstreckung kann nicht allgemein, sondern nur im Einzelfall aufgrund einer Auslegung der Vollmachtsurkunde und der letztwilligen Verfügung unter Berücksichtigung des Erblasserwillens ermittelt werden.

BGH, Beschl. v. 14.9.2022 – IV ZB 34/21

Problem

Die Enkeltochter und Alleinerbin der am 27.4.2020 verstorbenen ursprünglichen Antragstellerin (=Erblasserin) erklärte in deren Namen in einem Güterrechtsverfahren eine Antragsrücknahme hinsichtlich vermögensrechtlicher Ansprüche gegen den Ehemann der Antragstellerin. Die Wirksamkeit dieser Antragsrücknahme ist streitig.

Die Erblasserin erteilte am 31.1.2020 ihrer Enkeltochter eine transmortale Vorsorgevollmacht, sie in allen persönlichen und Vermögensangelegenheiten gerichtlich zu vertreten. Mit eigenhändigem Testament vom 11.2.2020 setzte die Erblasserin ihre Enkeltochter zur Alleinerbin ein, ordnete Testamentsvollstreckung an und berief die Beschwerdeführerin zur Testamentsvollstreckerin. Am selben Tag erteilte die Erblasserin der Beschwerdeführerin eine postmortale Vollmacht auf den Todesfall, um sie nach ihrem Tod „in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten gegenüber jedermann und in jeder Weise zu vertreten“. Am 22.2.2020 errichtete die Erblasserin nochmals ein eigenhändiges Testament, worin sie die Alleinerbeinsetzung der Enkelin wiederholte, aber nunmehr eigens „wegen der Geltendmachung und Durchsetzung (ihrer) Ansprüche gegen (den Ehemann)“ Testamentsvollstreckung anordnete. Zum Testamentsvollstrecker wurde ein Rechtsanwalt berufen. Für die von dieser Testamentsvollstreckung nicht betroffenen Aufgabenkreise sollte es im Übrigen bei der Testamentsvollstreckung durch die Beschwerdeführerin verbleiben.

Das Amtsgericht hielt in seiner Kostenentscheidung die Antragsrücknahme durch die transmortal bevollmächtigte Enkeltochter für wirksam. Das Rechtsmittel der Beschwerdeführerin wurde vom OLG Rostock verworfen, da die Beschwerdeführerin nicht beschwerdeberechtigt sei. Für diese Berechtigung böten weder ihre

Stellung als Testamentsvollstreckerin noch die ihr erteilte Vollmacht auf den Todesfall eine hinreichende Grundlage.

Entscheidung

Der BGH bestätigte die Entscheidung des OLG Rostock und wies die Rechtsbeschwerde zurück. Die Beschwerdebefugnis folge zunächst nicht aus § 2224 Abs. 1 BGB, da die Beschwerdeführerin nach Auslegung der vorliegenden Verfügungen von Todes wegen für die Durchsetzung der streitbefangenen Rechte nicht mehr als Testamentsvollstreckerin berufen sei. Denn das Testament vom 11.2.2020 sei insoweit nach § 2258 Abs. 1 BGB durch die Verfügung vom 22.2.2020 widerrufen, in der nur noch der Rechtsanwalt als Testamentsvollstrecker zur Durchsetzung der Ansprüche eingesetzt war. Dieser war jedoch bewusst untätig geblieben. Auch eine Qualifikation der sofortigen Beschwerde als Erhaltungsmaßnahme i. S. v. § 2224 Abs. 2 BGB lasse sich nicht begründen. Selbst wenn man § 2224 Abs. 2 BGB auf die hier einschlägige Nebenvollstreckung für anwendbar halte, dürfe die Beschwerdeführerin nicht ihre eigene Entscheidung über die Rechtsmitteleinlegung an die Stelle derjenigen des hierfür zuständigen Rechtsanwalts setzen.

Schließlich schloss sich der BGH der Auffassung des OLG an, wonach die Beschwerdeführerin auch aufgrund der ihr am 11.2.2020 erteilten postmortalen Generalvollmacht nicht zur Einlegung der Beschwerde befugt gewesen sei. Er bestätigte im Grundsatz die h. M., dass eine postmortale Vollmacht selbständig neben einer Testamentsvollstreckung stehe und dem Bevollmächtigten eigenständige, vom Erblasser und nicht vom Testamentsvollstrecker abgeleitete Befugnisse verleihen könne (OLG München ErbR 2013, 33 = DNotI-Report 2012, 61; DNotZ 2012, 303, 304; Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, Einf. v. § 2197 BGB Rn. 12). Zwar werde es aus Sicht des BGH im Allgemeinen dem maßgeblichen Willen des Erblassers entsprechen, dass keine voneinander unabhängigen Machtbefugnisse verschiedener Personen mit gegenseitiger Störungsmöglichkeit nebeneinander bestehen. Trotzdem sei in jedem Einzelfall der wirkliche Wille des Vollmachtgebers und Erblassers durch Auslegung beider Urkunden – unabhängig von ihrer zeitlichen Reihenfolge – nach den Maßstäben des § 133 BGB zu erforschen. Auf diese Weise sei zu ermitteln, ob und inwieweit der Erblasser voneinander unabhängige Machtbefugnisse des Bevollmächtigten und des Testamentsvollstreckers begründen wollte. Hierbei könnten auch Begleitumstände, der verfolgte Zweck und die bestehende Interessenlage berücksichtigt werden. Davon ausgehend nahm der BGH ebenso wie das OLG

an, dass der Beschwerdeführerin die postmortale Vollmacht hier schon wegen des identischen Urkundsdatums im inneren Zusammenhang mit ihren Aufgaben als Testamentsvollstreckerin erteilt worden sei, sodass ihr von vornherein keine über ihr Testamentsvollstreckeramt hinausgehenden Befugnisse verliehen worden seien. Daher berechtige die postmortale Vollmacht die Beschwerdeführerin ebenso wenig zur Beschwerdeinlegung wie ihre teilweise widerrufenen Stellung als Testamentsvollstreckerin.

Praxishinweis

Der durch drei Instanzen geführte Rechtsstreit unterstreicht die Bedeutung des vorsorglichen Ratschlags, bei Errichtung einer trans-/postmortalen Vollmacht und einer Verfügung von Todes wegen das Vorliegen der jeweils anderen Urkunde zu erfragen und im Falle angeordneter Testamentsvollstreckung besonders auf die eindeutige inhaltliche Abstimmung beider Urkunden zu achten. Dasselbe gilt, wenn eine angeordnete Vor- und Nacherbfolge Unklarheiten über die Reichweite einer Vollmacht begründen kann (s. hierzu OLG München DNotI-Report 2019, 125 f.; OLG Stuttgart DNotI-Report 2019, 126 f.).

BeurkG § 17 Abs. 1; BNotO §§ 19 Abs. 1 S. 1, 14 Keine Pflicht des Notars zu Nachfragen „ins Blaue hinein“

Der Notar ist bei der Gestaltung einer Ehegattenüberlassung nicht verpflichtet, ohne weitere Anhaltspunkte von sich aus über die Möglichkeit der Vereinbarung eines Rückübertragungsanspruchs für den Trennungs- oder Scheidungsfall zu beraten.

(Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Celle, Hinweisbeschl. v. 25.11.2021 und Beschl. v. 5.1.2022 – 3 U 143/21

Problem

Der Eigentümer eines Grundstücks übereignete dies mit notariellem Vertrag im Jahr 2016 an seine Ehefrau, die gleichzeitig die auf dem Grundstück lastenden Grundschulden übernahm und sich wohl diesbezüglich auch der persönlichen Haftung unterwarf. Der Überlassungsvertrag enthielt verschiedene Rückübertragungstatbestände, allerdings keine Regelung für den Fall der Trennung oder Scheidung. Der Vertrag enthielt weiter ein Wohnungsrecht zugunsten des Veräußerers.

Der Veräußerer hatte den Entwurf des Überlassungsvertrages von einer Rechtsanwaltskanzlei erarbeiten lassen. Dieser enthielt die Formulierung, dass das Wohnungsrecht unter Ausschluss des Eigentümers bestehen sollte. Der beurkundende Notar strich im Rahmen der Beurkundung die Worte „unter Ausschluss des Eigentümers“. Im Jahr 2017 kam es zur Trennung der Eheleute, worauf im Zuge der Eheberatung vereinbart wurde, dass der Ehemann (=Veräußerer) für ein Jahr aus der Immobilie ausziehen solle. Der Ehemann mietete daraufhin eine Wohnung in Kenia.

Der Ehemann (=Kläger) ging nun klageweise gegen den Notar mit der Begründung vor, dieser habe es unterlassen, die Parteien über mögliche Rückübertragungstatbestände für den Fall der Trennung oder Scheidung aufzuklären und diese in die Urkunde aufzunehmen. Außerdem sei die Streichung der Worte „unter Ausschluss des Eigentümers“ eigenmächtig durch den Notar erfolgt, der Kläger sei sich der Bedeutung nicht bewusst gewesen und hätte so nicht veräußern wollen. Geltend machte der Kläger nun den Verkehrswert der Immobilie, die Mietkosten in Kenia und die Kosten für Flüge nach Deutschland zum Besuch seiner Kinder. Das erstinstanzliche Gericht hat die Klage abgewiesen.

Entscheidung

Die Berufung des Klägers vor dem OLG Celle blieb ohne Erfolg. Der Notar habe seine Amtspflichten weder durch die unterlassene Aufnahme weiterer Rückübertragungstatbestände noch im Rahmen der Aufnahme eines Mitbenutzungsrechts anstelle eines (ausschließlichen) Wohnungsrechts verletzt.

Den Notar treffe nach § 17 Abs. 1 BeurkG die Pflicht zur Erforschung des wahren Willens der Beteiligten. Hierzu habe der Notar spätestens bei der Beurkundung die je nach Art des Rechtsgeschäfts regelungsbedürftigen Aspekte abzufragen und zu erörtern, ob die Beteiligten bewusst oder unbewusst über einen bestimmten Aspekt keine Regelung treffen wollen (BGH, Urt. v. 28.4.1994 – IX ZR 161/93). Dies gelte zunächst für alle Regelungsgegenstände, die nach der Art des Rechtsgeschäfts üblicherweise eine Regelung erfahren, jedoch auch darüber hinaus, wenn dies dem Willen der Beteiligten entspreche. Eine Pflicht zur Nachfrage „ins Blaue hinein“ bestehe dagegen nicht (BGH, Urt. v. 9.12.2010 – III ZR 272/09). Hieran gemessen fehle es an einer Amtspflichtverletzung des Notars, da es keinen Anhaltspunkt gegeben habe, dass ehebezogene Rückübertragungsansprüche in den Vertrag aufgenommen werden sollten.

Die Pflicht des Notars zur Erforschung des Willens ende dort, wo auch juristische Laien einen entsprechenden

Regelungswunsch ohne weitere Schwierigkeiten zum Ausdruck bringen könnten. Das OLG Celle bestätigte insoweit die Ansicht der Vorinstanz, wonach die Parteien den Wunsch einer Rückübertragungsmöglichkeit für den Scheidungsfall selbst hätten äußern können. Nachfragen des Notars hierzu wären „ins Blaue hinein“ gegangen. Der Notar sei nicht der „Lebensberater“ der Beteiligten und nicht ohne Anhaltspunkte dazu verpflichtet, darüber zu belehren, dass Situationen (wie Trennung oder Scheidung) eintreten könnten, in denen sie ihren Entschluss bereuten.

Daneben stelle auch die Aufnahme des Mitbenutzungsrechts in den Vertrag kein pflichtwidriges Verhalten des Notars dar. Dies ergebe sich schon daraus, dass andernfalls der Vertrag für die unerfahrene und ungewandte Ehefrau einseitig nachteilig gewesen wäre und es auch Aufgabe des Notars sei, dies zu verhindern (BGH, Urt. v. 28.4.1994 – IX ZR 161/93). Bei einem ausschließlichen Nutzungsrecht des Klägers hätte das Grundstück der Ehefrau für die Grundschulden gehaftet, ohne dass diese das Grundstück hätte nutzen können. Hieran ändere auch die fortbestehende Haftung des Klägers im Außenverhältnis gegenüber den Grundschuldgläubigern nichts.

Der Kläger könne auch nicht beweisen, dass der Notar über die Folgen der Vereinbarung eines Mitbenutzungsrechts nicht aufgeklärt habe. Wer den Notar auf Schadensersatz in Anspruch nehme, weil dieser seine Pflichten nicht gehörig erfüllt habe, trage für dieses Unterlassen die Beweislast (BGH, Urt. v. 5.2.1987 – IX ZR 65/86). Die Schwierigkeit des sog. Negativbeweises werde dadurch behoben, dass die andere Partei (der Notar) nach Lage des Falls die Behauptung substantiiert bestreiten müsse – was der Notar getan habe – und diejenige Partei (Kläger), welche die Beweislast trage, die Unrichtigkeit dieser Gegendarstellung beweisen müsse.

Nach Auffassung des OLG Celle sei es auch lebensfremd, anzunehmen, dass der Notar in der Beurkundung vor den Augen der Parteien Streichungen am Vertragstext vornehme, ohne dies zu erläutern bzw. ohne dass die Beteiligten Nachfragen stellen.

Praxishinweis

Für die Praxis ist einmal mehr bestätigt, dass die Beratungs- und Belehrungspflichten des Notars ihre Grenzen dort finden, wo Regelungen über das für das Rechtsgeschäft übliche Programm hinausgehen, nicht erkennbar von den Beteiligten gewünscht sind und selbst juristische Laien als Beteiligte entsprechende Nachfragen selbst stellen könnten.

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. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Alexander König

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG § 3 Abs. 2 –Annexeigentum nach § 3 Abs. 2 WEG an Außenstellplätzen

BGB §§ 45, 46, 47, 49, 51, 1922 Abs. 1, 1936 – Liquidation des eingetragenen Vereins; Liquidationsgebot; Anfall des Vereinsvermögens durch Gesamtrechtsnachfolge oder Übertragung; Übertragung vor Ablauf des Sperrjahres

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

GBO § 35; EuErbVO Art. 63 Abs. 2, 69 Abs. 2 – Nachweis des unmittelbaren Eigentumserwerbs an einem einzelnen Nachlassgegenstand durch dinglich wirkendes Vorausvermächtnis bzw. dinglich wirkende Teilungsanordnung aufgrund eines in Italien ausgestellten Europäischen Nachlasszeugnisses

Literaturhinweis

Veranstaltung

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG § 3 Abs. 2

Annexeigentum nach § 3 Abs. 2 WEG an Außenstellplätzen

I. Sachverhalt

Der Notar beantragt im Rahmen des Vollzugs einer Teilungserklärung beim Grundbuchamt, das Sondereigentum an einer Wohnung auf einen außerhalb des Gebäudes liegenden Stellplatz als **Annex** gem. § 3 Abs. 2 WEG zu erstrecken. Das Grundbuchamt widerspricht dem mit der Begründung, dass der Stellplatz als **Raum** gelte (§ 3 Abs. 1 S. 2 WEG), daher stets als separate Teileigentumseinheit zu buchen sei und die Erstreckung des Sondereigentums nur für **Flächen** gelte, die außerhalb des Gebäudes liegen.

II. Frage

Ist es nach dem WEMoG möglich, das Sondereigentum an einer Wohnung auf einen Kfz-Außenstellplatz zu erstrecken oder muss das Sondereigentum an einem Kfz-Außenstellplatz, wie das Grundbuchamt meint, immer eine separate Teileigentumseinheit bilden?

III. Zur Rechtslage

1. Möglichkeit der Erstreckung von Sondereigentum (§ 3 Abs. 2 WEG) auf Stellplätze

§ 3 WEG nennt zwei Möglichkeiten zur Begründung von Sondereigentum: Gem. § 3 Abs. 1 S. 1 WEG kann Sondereigentum an „Räumen“ mit einem Miteigentumsanteil am Grundstück verbunden werden. Daneben kann gem. § 3 Abs. 2 WEG Sondereigentum an Räumen auf einen Teil des Grundstücks „erstreckt“ werden, sofern das Sondereigentum an den Räumen weiterhin die Hauptsache darstellt; dies hat praktisch vor allem für Garten- und Freiflächen Bedeutung. Die Einordnung als Annexeigentum stellt dabei sicher,

dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer von Personen freigehalten wird, die nur über eine Freifläche am Grundstück verfügen, da deren Interessen regelmäßig von denen der Raumeigentümer abweichen (BeckOGK-WEG/M. Müller, Std: 1.9.2022, § 3 Rn. 148).

Stellplätze gelten gem. § 3 Abs. 1 S. 2 WEG als „Räume“, sodass jedenfalls der Weg über die Begründung von Sondereigentum an Räumen (§ 3 Abs. 1 S. 1 WEG) möglich ist. Ob der Weg über Annexeigentum (§ 3 Abs. 2 WEG) auch bei Stellplätzen ermöglicht werden sollte, ist den Gesetzgebungsmaterialien nicht zu entnehmen. Die Frage wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet (wohl offen etwa Schneider, in: Skauradszun/Elzer/Hinz/Riecke, Die WEG-Reform 2020/2021, § 3 Rn. 23).

a) Eine Auffassung: Unzulässigkeit des Annexeigentums am Stellplatz

Einige Stellungnahmen in der Literatur gehen – allerdings ohne vertiefte Begründung – davon aus, dass für Stellplätze der Weg über § 3 Abs. 1 WEG abschließend ist, Annexeigentum an Stellplätzen also nicht begründet werden kann, da diese als Räume gelten.

In BeckOGK-WEG/M. Müller, § 3 Rn. 160 heißt es:

„Auch bei ebenerdigen Stellplätzen im Freien handelt es sich nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch um ‚außerhalb des Gebäudes liegende Teile des Grundstücks‘. Es stellt sich jedoch die Frage, ob das Sondereigentum an Räumen auf der Grundlage von Abs. 2 auch auf Stellplätze erstreckt werden kann, ob also für die Überführung von Stellplätzen in Sondereigentum neben dem Weg über Abs. 1 S. 2 auch derjenige über Abs. 2 zur Verfügung steht. Die Gesetzesmaterialien verhalten sich zu dieser Frage nicht ausdrücklich. Im Ergebnis wird man davon ausgehen müssen, dass die Gestaltungsvariante nach Abs. 2 für Stellplätze nicht möglich ist. Nach Abs. 1 S. 2 gelten Stellplätze als ‚Räume‘, es handelt sich bei ihnen also gerade nicht um ‚Teile des Grundstücks‘ nur für diese steht jedoch Abs. 2 bereit.“

Die Stelle findet sich auch fast gleichlautend bei Müller, ZWE 2020 445, 448. Ähnlich heißt es bei Hügel/Elzer, DNotZ 2021, 3, 5:

„Sondereigentum an Stellplätzen kann zudem nur nach § 3 Abs. 1 Satz 2 WEG und nicht als Sondereigentum an Freiflächen gemäß § 3 Abs. 2 WEG begründet werden, weil durch die Fiktion eines Raums für Stellplätze erkennbar nur diese Variante – Begründung von Sondereigentum an Räumen – gesetzlich vorgesehen ist.“

b) Gegenauffassung: Zulässigkeit des Annexeigentums an Stellplätzen

Anderer Ansicht ist Köther (in RNotZ 2021, 377, 386 (Fn. 120)):

„Umgekehrt ist kein Grund dafür ersichtlich, dass zur Bildung von Sondereigentumsstellplätzen unter freiem Himmel (neben Gemeinschaftseigentum) nur Stellplatzeigentum gem. § 3 Abs. 1 S. 2 WEG in Frage käme, nicht aber Freiflächeigentum gem. § 3 Abs. 2 WEG (so aber M. Müller ZWE 2020, 445 [448]).“

Auch Dressler-Berlin führt aus (in Rpfleger 2021, 193, 194):

„Ob die Möglichkeit besteht, Stellplätze auf dem Grundstück an einzelne Sondereigentumseinheiten im Sinne des § 3 Absatz 2 WEG anzubinden, ist derzeit nicht abschließend geklärt. Müller ist der Auffassung, dass Stellplätze am Grundstück kein Annexeigentum nach § 3 Absatz 2 WEG darstellen können und lediglich Sondereigentum nach § 3 Absatz 1 Satz 2 WEG begründet werden kann. Die Begründung, wonach es sich bei Stellplätzen gerade nicht um Teile des Grundstücks handele, da diese als Räume im Sinne des § 3 Absatz 1 Satz 2 WEG gelten, überzeugt diesbezüglich jedoch nicht. Allein durch die Raumfiktion des § 3 Absatz 1 Satz 2 WEG wird den Stellplätzen an Freiflächen nicht die Qualität der Grundstücksfreifläche genommen. Das deutet zumindest der Gesetzgeber an, wenn er ausführt, dass es nicht möglich sei, einen Miteigentumsanteil ausschließlich mit dem Sondereigentum an einem außerhalb des Gebäudes liegenden Teil des Grundstücks zu verbinden, jedoch eine Ausnahme lediglich für die Stellplätze vorgesehen sei.“

Darüber hinaus ist vielmehr zu fragen, ob es nicht einer ausdrücklichen, gesetzlichen Anordnung bedurft hätte, um Sondereigentum an Freiflächen separat als selbständige Einheit zu buchen; der Gesetzgeber geht unter Berufung auf § 3 Absatz 1 Satz 2 WEG von dieser Möglichkeit selbstverständlich aus, wenngleich diese Option dem Gesetz nicht ausdrücklich zu entnehmen ist. § 3 Absatz 1 Satz 2 WEG erweitert sprachlich lediglich § 3 Absatz 2 Satz 2 WEG a. F. und somit die Raumeigenschaft hinsichtlich aller Stellplätze, wenngleich der Begriff des Stellplatzes juristisch unscharf bleibt. Mit § 3 Absatz 1 Satz 2 WEG ist damit noch nichts darüber gesagt, ob überhaupt der Stellplatz auf einem Grundstück als eine selbständige Einheit gebucht werden kann. Es wäre gut gewesen, dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis der Eintragung auch gesetzestechnisch zum Ausdruck zu bringen. Im Gesetz findet sich lediglich in § 3 Absatz 2 WEG eine Regelung zur Buchung von Sondereigentum an Grundstücksflächen.“

Dann ist es im Ergebnis aber mangels gegenteiliger Regelung auch zulässig, einen Stellplatz am Grundstück nach § 3 Absatz 2 WEG als Annexsondereigentum zu begründen, wenngleich hierunter die Verkehrsfähigkeit leidet.“

Folgt man dieser zweiten Ansicht, würde man § 3 Abs. 1 S. 2 WEG so lesen, dass Stellplätze auch als Räume i. S. d. § 3 Abs. 1 S. 1 WEG gelten. Dies spräche dann nicht dagegen, sie (auch) als Teil des Grundstücks i. S. d. § 3 Abs. 2 WEG anzusehen.

Für die auf § 3 Abs. 1 WEG beschränkte Bedeutung des § 3 Abs. 1 S. 2 WEG spricht auch seine systematische Stellung. Der Wortlaut des § 3 Abs. 2 WEG erlaubt unproblematisch eine Subsumtion auch von Stellplätzen im Freien. Zwingende systematische Gegenargumente sind nicht ersichtlich.

c) Relevanz des Meinungsstreits

Es stellt sich jedoch die Frage, welche Rechtsfolgen ein nach § 3 Abs. 1 WEG begründetes Sondereigentum im Verhältnis zu einem nach § 3 Abs. 2 WEG begründeten hat, insbesondere, ob sich „Annexeigentum“ i. S. d. § 3 Abs. 2 WEG nur auf die Voraussetzungen seiner Begründung bezieht oder ob es sich darüber hinaus um eine besondere Form von Sondereigentum handelt. Von Letzterem geht offenbar Müller (BeckOGK-WEG/M. Müller, § 3 Rn. 160) für den Fall aus, dass man – entgegen der dort vertretenen Ansicht – Annex-eigentum nach § 3 Abs. 2 WEG an Stellplätzen für zulässig hält. Es sei dann das nach § 3 Abs. 2 WEG begründete Annexeigentum aufgrund der Anbindung an die Hauptsache weniger verkehrsfähig als das nach § 3 Abs. 1 WEG begründete Sondereigentum. Nicht ganz klar wird, was mit der verminderten Verkehrsfähigkeit gemeint ist. Beschränkte sich die Aussage auf die Feststellung, dass ein Stellplatz, der gemeinsam mit einem Raum zum Sondereigentum in Verbindung mit einem Miteigentumsanteil wird, nicht ohne Weiteres separat veräußert werden kann, dürfte sich noch kein Unterschied zwischen nach § 3 Abs. 1 und Abs. 2 WEG begründetem Sondereigentum ergeben.

Es liegt jedoch näher, die Stelle so zu lesen, dass es um die **nachträgliche Trennbarkeit** von Stellplatz und (sonstigem) Sondereigentum geht. Denn einen Stellplatz i. S. d. § 3 Abs. 1 S. 2 WEG, der z. B. gemeinsam mit einer Wohnung einem Miteigentumsanteil zugeordnet ist, kann der Sondereigentümer grds. auch ohne Mitwirkung anderer Sondereigentümer abtrennen, indem er seine Sondereigentumseinheit unterteilt.

Es stellt sich folglich die Frage, ob dies im Fall einer Verbindung nach § 3 Abs. 2 WEG anders wäre. Da-

bei kann nicht schlicht darauf verwiesen werden, dass etwa Gartenflächen (unstreitig) dauerhaft nicht vom Hauptsacheeigentum getrennt werden können. Denn dass Gartenflächen nicht zu alleinigem Sondereigentum gemacht werden können, ergibt sich zweifelsfrei aus § 3 Abs. 1 und Abs. 2 WEG; dass dieser Zustand, der nicht anfänglich begründet werden kann, auch nicht durch nachträgliche Unterteilung herstellbar ist, bedarf keines Rückgriffs auf ein besonderes Annex-eigentum. Ein Stellplatz kann gem. § 3 Abs. 1 S. 2 WEG dagegen gerade auch alleiniges Sondereigentum sein. Die Frage sollte daher so formuliert werden: Kann ein Stellplatz – selbst wenn er nach § 3 Abs. 2 WEG durch Erstreckung zu Sondereigentum gemacht wurde – nachträglich durch Unterteilung der Sondereigentumseinheit vom Hauptsacheeigentum abgetrennt und als Raum i. S. d. § 3 Abs. 1 S. 2 WEG zu alleinigem Sondereigentum einer separaten Teileigentumseinheit werden?

Zwar könnte für solche nicht abtrennbare – und damit nicht an Dritte veräußerbare – Stellplätze ein praktisches Bedürfnis bestehen. Dem kann allerdings auch durch Sondernutzungsrechte weitgehend Rechnung getragen werden. Gegen einen besonderen Charakter des „Annexeigentums“ spricht dagegen, dass das Gesetz den Begriff als solchen schon nicht kennt. § 3 Abs. 2 WEG spricht nur von „Sondereigentum“, das sich auch auf Freiflächen erstreckt. Auch wäre diese relevante Information nach § 3 Abs. 1 lit. c Wohnungsgrundbuchverfügung nicht aus dem Grundbuchblatt ersichtlich. In der Tat dürfte auch in der Praxis kaum eine Teilungserklärung eine Aussage dazu enthalten, ob Sondereigentum an Stellplätzen nach § 3 Abs. 1 oder Abs. 2 WEG begründet werden soll; hielte man das Annexeigentum für wesensverschieden von dem nach § 3 Abs. 1 WEG begründeten Sondereigentum, müsste man konsequenterweise bei Sondereigentum an Stellplätzen stets eine solche Angabe fordern. Schließlich wäre es auch befremdlich, wenn die teilenden Eigentümer mit der Klassifizierung des Stellplatzes als „Freifläche“ i. S. d. § 3 Abs. 2 WEG diesem die Raumeigenschaft, die nach dem Gesetz (§ 3 Abs. 1 S. 2 WEG) gerade fingiert wird, nehmen könnten.

Die besseren Gründe sprechen daher dafür, dass kein besonderes Annexeigentum besteht, sondern auch das nach § 3 Abs. 2 WEG begründete Sondereigentum – selbst wenn man es an Stellplätzen zulassen wollte – sich inhaltlich vom Sondereigentum nach § 3 Abs. 1 WEG nicht unterscheidet. Die Rechtslage ist allerdings in der Literatur umstritten und Rechtsprechung liegt zu dieser Frage soweit ersichtlich nicht vor.

d) Ergebnis für die hier interessierende Frage

Geht man davon aus, dass kein Unterschied zwischen Sondereigentum an einem Stellplatz nach § 3 Abs. 1 und Abs. 2 WEG besteht, dürfte es auf den vorgenannten Streit nicht entscheidend ankommen. In der Teilungserklärung wäre dann jedenfalls zum Ausdruck gekommen, dass Sondereigentum an Wohnräumen sowie einem Stellplatz gebildet werden soll. Dieses Ergebnis wäre daher vom Grundbuchamt so einzutragen. Die in § 3 Abs. 1 und Abs. 2 WEG enthaltenen Voraussetzungen wären zwar vom Grundbuchamt zu prüfen (und hier auch – unstreitig – eingehalten, da Sondereigentum jedenfalls nach § 3 Abs. 1 WEG begründet werden kann), müssten aber nicht erklärt werden. Die (überobligatorische) Angabe kann insofern kein Eintragungshindernis begründen.

Selbst wenn man (anders als hier vertreten) von einem besonderen „Annexeigentum“ ausgehen würde, das nicht vom Hauptsacheeigentum getrennt werden kann, spräche dies eher dafür, dass im vorliegenden Fall eine Eintragung vorzunehmen wäre. Es wäre dann nicht nur – wie oben unter lit. b) dargelegt – kein Gegenargument ersichtlich, warum nicht auch an Stellplätzen im Freien Annexeigentum nach § 3 Abs. 2 WEG begründet werden sollte, sondern auch ein praktisches Bedürfnis, solches ausgestalten zu können: So könnte (ohne Rückgriff auf die aus verschiedenen Gründen problematischen Sondernutzungsrechte) sichergestellt werden, dass Stellplätze nicht an Dritte verkauft werden können, denen kein Raumeigentum auf dem Grundstück gehört. Auch in diesem Fall sprechen die besseren Gründe dafür, die beantragte Teilungserklärung einzutragen.

2. Möglichkeiten der Gestaltung von Sondereigentum nach § 3 Abs. 1 S. 2 WEG

Unabhängig davon, zu welchem Ergebnis man bei den vorstehenden Fragen kommt, ist damit noch nicht entschieden, dass Stellplätze stets als separates Sondereigentum gebucht werden müssen. Möglich ist vielmehr auch, dass verschiedene Räume *einem* Miteigentumsanteil als Sondereigentum nach § 3 Abs. 1 WEG zugeordnet werden. Die Räume sind dabei häufig baulich miteinander verbunden (etwa die Räume einer Wohnung), zwingend ist dies aber nicht. Insbesondere können auch Nebenräume (etwa Kellerräume) gemeinsam mit der Wohnung einem Sondereigentum zugeordnet werden; dies gilt auch für Stellplätze, deren Raumeigenschaft nach § 3 Abs. 1 S. 2 WEG fingiert wird (vgl. explizit zur Möglichkeit, Wohnräume und Stellplätze in einer Sondereigentumseinheit zu verbinden, BeckOGK-WEG/M. Müller, § 3 Rn. 76; Zimmer, ZWE 2021, 436, 438).

BGB §§ 45, 46, 47, 49, 51, 1922 Abs. 1, 1936 Liquidation des eingetragenen Vereins; Liquidationsgebot; Anfall des Vereinsvermögens durch Gesamtrechtsnachfolge oder Übertragung; Übertragung vor Ablauf des Sperrjahres

I. Sachverhalt

Verein A und Verein B sind Gesellschafter der X-GmbH. Die Mitglieder von Verein A haben die Auflösung und Liquidation beschlossen und wollen die endgültige Löschung beantragen. In der Satzung von Verein A ist geregelt, dass das Vermögen bei Auflösung des Vereins dem Verein B (also dem anderen Gesellschafter der X-GmbH) zufällt.

II. Frage

Muss der Geschäftsanteil an der X-GmbH vor Anmeldung der Auflösung des Vereins A auf Verein B übertragen werden oder geht der Geschäftsanteil kraft Gesetzes mit der Auflösung des Vereins A auf den Verein B über?

III. Zur Rechtslage

1. Anfall des Vereinsvermögens „mit der Auflösung“ (§§ 45, 46 BGB)

Mit der Auflösung des Vereins fällt das Vereinsvermögen gem. § 45 Abs. 1 BGB an die in der Satzung bestimmten Personen. Was unter „Anfall“ zu verstehen ist, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich. Je nach Person des Anfallberechtigten ist zu unterscheiden:

a) Fiskus als Anfallberechtigter

Fällt das Vereinsvermögen an den Fiskus, so kommt es gem. § 46 BGB zu einer **Gesamtrechtsnachfolge** entsprechend den §§ 1922 Abs. 1, 1936 BGB. Eine Liquidation findet in diesem Fall nicht statt (vgl. § 47 BGB und jurisPK-BGB/Otto, 9. Aufl. 2020, § 46 Rn. 5; BeckOK-BGB/Schöpflin, Std.: 1.8.2022, § 46 Rn. 3; Baumann/Sikora/Weiß, Hand- und Formularbuch des Vereinsrechts, 3. Aufl. 2022, § 13 Rn. 267). „Fiskus“ meint im Rahmen der §§ 46, 1936 BGB das Bundesland des Vereinssitzes („Fiskus des Landes“, wie es § 45 Abs. 3 BGB ausdrücklich formuliert), subsidiär den Bund (vgl. Baumann/Sikora/Weiß, § 13 Rn. 267; Soergel/Hadding, BGB, 13. Aufl. 2000, § 46 Rn. 1; Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, § 1936 Rn. 2; zu derzeit nicht existenten landesgesetzlichen Vorschriften i. S. d. Art. 85 EGBGB vgl. MünchKommBGB/Säcker, 8. Aufl. 2021, Art. 85 EGBGB Rn. 1; Reichert/Schörnig, Vereins- und Verbandsrecht, 14. Aufl. 2018, Kap. 2 Rn. 4260).

b) Sonstiger Anfallberechtigter

Ist Anfallberechtigter des Vereinsvermögens nicht der

Fiskus, so bedeutet „Anfall“ **keineswegs Gesamtrechtsnachfolge**; die Anfallberechtigung verschafft der begünstigten Person nicht einmal einen unmittelbaren Anspruch: Sie erhält lediglich einen auf die Befriedigung der Gläubiger und den Ablauf des Sperrjahres (§ 51 BGB) bedingten und befristeten schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des Liquidationserlöses (Soergel/Hadding, § 45 Rn. 10; BeckOGK-BGB/Köten, Std.: 1.9.2022, § 45 Rn. 24; abw. MünchKommBGB/Leuschner, 9. Aufl. 2021, § 45 Rn. 6: nur künftiger Anspruch; ebenso Staudinger/Schwennicke, BGB, 2019, § 45 Rn. 10). Ein anfallberechtigter **Dritter** (also ein Nichtvereinsmitglied) dürfte bis zur tatsächlichen Übertragung des Liquidationserlöses überhaupt **keinen durchsetzbaren Anspruch** haben, weil die Satzung keine Drittwirkung i. S. d. § 328 BGB entfalten kann (RGZ 169, 65, 82 f.; BFH DStR 1996, 500, 501; Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 21. Aufl. 2021, Rn. 406; Reichert/Schörnig, Kap. 2 Rn. 4263). Eine drittbegünstigende Anfallbestimmung lässt sich daher bis zur Beendigung der Schlussverteilung ohne Zustimmung des Dritten beseitigen (Reichert/Schörnig, Kap. 2 Rn. 4263).

Im vorliegenden Fall steht damit fest, dass der Geschäftsanteil nur im Wege der Einzelrechtsnachfolge auf den anfallberechtigten Verein B übergehen kann (vgl. den Begriff der „Ausantwortung“ in § 49 Abs. 1 BGB; dazu Staudinger/Schwennicke, § 49 Rn. 17). Das macht eine **Abtretung gem. § 15 Abs. 3 GmbHG erforderlich**.

2. Liquidationsgebot

Im Prinzip können die Vereinsliquidatoren den Geschäftsanteil während der Liquidation (also während des Sperrjahres) übertragen, denn die Abwicklung des Vereinsvermögens gehört gerade zu den Liquidationsaufgaben (vgl. § 49 Abs. 1 BGB). Falls der Verein durch ordnungsgemäße Abwicklung vor Ablauf des Sperrjahres vermögenslos würde, käme sogar eine vorzeitige Löschung (auch Blitzlöschung genannt) in Betracht (vgl. OLG Düsseldorf NZG 2013, 1185; MünchKommBGB/Leuschner, § 76 Rn. 7; Baumann/Sikora/Axmann, § 17 Rn. 84, 97a; gegen liquidationslose Löschung bei der GmbH in jüngerer Zeit aber OLG Celle NZG 2018, 1425; vgl. auch Herrler/Blath, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2021, § 6 Rn. 1762). Eine andere Frage wäre, ob die Liquidatoren im Innenverhältnis u. U. einen Beschluss der Mitgliederversammlung einholen müssten (verneinend wohl die überw. Meinung, vgl. BeckOGK-BGB/Köten, § 49 Rn. 32; Staudinger/Schwennicke, § 49 Rn. 12; MünchKommBGB/Leuschner, § 49 Rn. 7; gegen [entsprechende] Anwendung des § 179a AktG auf Veräußerung in

der Liquidation Weber, DNotZ 2018, 96, 129; gegen entsprechende Anwendung des § 179a AktG auf GmbH bzw. KG: BGH DNotZ 2020, 136 = DNotI-Report 2019, 68; DNotZ 2022, 768).

Erlaubt dürfte den Liquidatoren im Rahmen der Liquidation jedoch nur die entgeltliche Veräußerung sein, denn die **unentgeltliche Übertragung** an den Anfallberechtigten wäre nichts anderes als eine Liquidationsschlussverteilung vor Ablauf des Sperrjahres und damit entgegen § 51 BGB. Es ist zwar umstritten, ob § 47 BGB ein zwingendes Liquidationsgebot enthält (vgl. Staudinger/Schwennicke, § 47 Rn. 11 f.). Klar dürfte jedoch sein, dass jede Verteilung von Vereinsvermögen an andere Personen als den Fiskus **nur im Wege eines Liquidationsverfahrens** stattfinden darf (BeckOK-BGB/Schöpfli, § 41 Rn. 4; BeckOGK-BGB/Köten, § 47 Rn. 1, 2; Staudinger/Schwennicke, § 47 Rn. 12; Soergel/Hadding, Vor § 41 Rn. 4; Baumann/Sikora/Weiß, § 13 Rn. 260; ausf. K. Schmidt, Verbandszweck und Rechtsfähigkeit im Vereinsrecht, 1984, S. 296 f.: Die Vorschrift „besagt nur, daß eine Vermögensverteilung anders als im Liquidationswege nicht erfolgen darf. Sie betrifft also [...] nicht die Frage nach dem weiteren Schicksal des Vereins (Fortbestand oder Zerschlagung), sondern sie regelt für den Fall der Zerschlagung nur die Technik der Vermögensverteilung“.). Insbesondere muss vor einer Vermögensverteilung also das **Sperrjahr nach § 51 BGB** eingehalten werden. Ansonsten könnte der Anfallberechtigte den Vermögensgegenstand nicht kondiktionsfest erwerben, sondern wäre einem Herausgabeanspruch des Vereins ausgesetzt; die Vereinsvertreter würden schadensersatzpflichtig (vgl. BeckOGK-BGB/Köten, § 51 Rn. 15 ff.; Grüneberg/Ellenberger, § 53 Rn. 2).

3. Ergebnis

Der Geschäftsanteil geht nicht durch Gesamtrechtsnachfolge auf den anfallberechtigten Verein B über, sondern muss gem. § 15 Abs. 3 GmbHG an diesen abgetreten werden. Die Vermögensauskehr setzt eine ordnungsgemäße Liquidation des Vereins A voraus.

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 § 362

Grundstückskaufvertrag; Erfüllung trotz Fehlüberweisung aufgrund falscher Kontodaten

Abruf-Nr.:

BGB § 1923

Erbfähigkeit einer Gewerkschaft bzw. einer Untergliederung der Gewerkschaft als nicht rechtsfähiger Verein

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

GB0 § 35; EuErbVO Art. 63 Abs. 2, 69 Abs. 2

Nachweis des unmittelbaren Eigentumserwerbs an einem einzelnen Nachlassgegenstand durch dinglich wirkendes Vorausvermächtnis bzw. dinglich wirkende Teilungsanordnung aufgrund eines in Italien ausgestellten Europäischen Nachlasszeugnisses

Die Zuweisung eines Grundstücks an einen von mehreren Erben in Anlage IV Ziffer 9 eines Europäischen Nachlasszeugnisses ist bei italienischem Erbstatut hinreichende Grundlage für eine berichtigende Eintragung des Erben als Alleineigentümer im Grundbuch.

KG, Beschl. v. 22.9.2022 – 1 W 348/22

Problem

Als Eigentümerin einer in Berlin belegenen Eigentumswohnung war eine italienische Staatsangehörige eingetragen. Diese ist mit letztem Wohnsitz in Italien verstorben. Durch Testament hatte sie mehrere Personen zu Erben eingesetzt und einem der Miterben die in Berlin belegene Eigentumswohnung zugewiesen. Über die Erbfolge wurde durch eine italienische Notarin ein Europäisches Nachlasszeugnis erstellt. In dem Nachlasszertifikat wurden mehrere Personen als Miterben ausgewiesen. Des Weiteren wurde dem Nachlasszeugnis das Formblatt V – Anlage IV „Stellung und Rechte des/der Erben“ beigefügt. Unter Ziffer 9 („dem Erben zugewiesene(r) Vermögenswert(e), für den/die eine Bescheinigung beantragt wurde“) wurde die Eigentumswohnung (gelegen in: S-Straße, Berlin (Deutschland), im Grundbuch von Friedrichshain eingetragen unter der Nummer ...) mit dem Hinweis eingetragen, dass diese einem bestimmten Miterben zugewiesen wurde.

Der begünstigte Miterbe beantragte beim Grundbuchamt in Berlin, dass er im Rahmen der Grundbuchberichtigung unmittelbar nach der Erblasserin als Alleineigentümer eingetragen wird und legte als Nachweis für seinen Eigentumserwerb das Europäische Nach-

lasszeugnis vor. Der Antrag wurde vom Grundbuchamt zurückgewiesen. Dieses vertrat die Ansicht, sämtliche Erben seien als Miterben einzutragen.

Entscheidung

Das Kammergericht dagegen hielt den Antrag für begründet. Zunächst wies das Gericht darauf hin, dass aufgrund gewöhnlichen Aufenthalts der Erblasserin in Italien gem. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO italienisches Recht anwendbar sei. Das italienische Recht sehe nicht nur vor, dass einem Erben durch Vorausvermächtnis das Eigentum an einer bestimmten Sache zugewandt werden könne, sodass das Eigentum an der Sache mit dem Tod des Erblassers von diesem auf den Vermächtnisnehmer übergehe, ohne dass es dazu einer Annahme bedürfe (Art. 649 Codice civile). Bei Einsetzung mehrerer Erben könne der Erblasser statt einer Teilungsanordnung, die die Erben nur schuldrechtlich binde (Art. 733 Codice civile), den Nachlass auch mit dinglicher Wirkung selbst teilen (Art. 734 Codice civile). Ausweislich der Entscheidung des EuGH vom 12.10.2017 (C-218/16 – DNotI-Report 2017, 166 = DNotZ 2018, 33 „Kubicka“) seien die dinglichen Wirkungen eines Vindikationslegats nach Maßgabe des auf die Erbfolge anwendbaren Rechts auch in einem Mitgliedstaat anzuerkennen, dessen Recht einem Vermächtnis eine unmittelbare dingliche Wirkung im Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls nicht zuerkennt. Das Kammergericht interpretierte die Erwähnung der in Berlin belegenen Eigentumswohnung unter Ziffer 9 des Formblatts V – Anlage IV zum Europäischen Nachlasszeugnis dahingehend, dass nach Ansicht der italienischen Notarin aufgrund des maßgeblichen italienischen Erbstatuts der Miterbe durch den Erbfall, jedenfalls aber mit Annahme der Erbschaft, Alleineigentümer der Wohnungseigentums-einheit geworden sei, ohne dass es hierfür einer weitergehenden Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft bedürfe. Die Begriffe „Erbe“ und „Vermächtnisnehmer“ seien im Europäischen Nachlasszeugnis so zu verstehen, dass sie nur Erben, auf die der Nachlass unmittelbar mit der Erbfolge von Todes wegen übergehe, bzw. Empfänger dinglich wirkender Vermächtnisse erfassen (unter Bezugnahme auf OLG München ZEV 2017, 580 und OLG Nürnberg ZEV 2017, 579). Eine Eintragung unter Ziffer 9 des Formblatts V – Anlage IV zum Europäischen Nachlasszeugnis könne daher nicht den Fall eines schuldrechtlichen Anspruchs auf entsprechende Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft oder Übertragung eines Vermächtnisgegenstands betreffen, sondern allein den unmittelbaren Eigentumserwerb – sofern die Eintragung nicht ausdrücklich anderes kenntlich mache.

Praktische Bedeutung

Nach alledem ergibt sich für die Praxis, dass Eintra-

gungen im Europäischen Nachlasszeugnis, wonach einem bestimmten Miterben oder einer dritten Person bestimmte Rechte bzw. Vermögensgegenstände zugewiesen sind, im Zweifel stets als unmittelbarer Vermögenserwerb durch diese Person auszulegen sind. Entsprechend können solche Eintragungen im deutschen Registerrecht als Nachweis für den Erwerb des Eigentums bzw. die Inhaberschaft an diesen Vermögensgegenständen durch die bedachte Person verwandt werden (ebenso OLG München ZEV 2021, 179).

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. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Alexander König

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

JStG 2022 Art. 12; ErbStG § 9 Abs. 1 Nr. 2 – Änderungen des Bewertungsgesetzes durch das Jahressteuergesetz 2022; Ausführung einer Zuwendung im Sinne des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes

GBO § 17 – Prioritätsgrundsatz bei Teilungserklärung und Grundschuld; Erforderlichkeit einer Rangbestimmung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

GNotKG § 13 – Gerichtskostenvorschuss für die Eintragung einer GmbH

Literaturhinweise

Veranstaltung

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

JStG 2022 Art. 12; ErbStG § 9 Abs. 1 Nr. 2 Änderungen des Bewertungsgesetzes durch das Jahressteuergesetz 2022; Ausführung einer Zuwendung im Sinne des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes

I. Sachverhalt

Eine Immobilie im Wert von ca. 800.000 Euro soll der gemeinschaftlichen Tochter der Eigentümer überlassen werden.

Variante 1: Die Tochter wird von den Veräußerern vollmachtlos vertreten. Die Genehmigung durch die Tochter erfolgt voraussichtlich erst im Januar 2023.

Variante 2: Die Tochter ist minderjährig. Es soll eine Gegenleistung der Tochter vereinbart werden. Zur Wirksamkeit des Vertrags bedarf es der familiengerichtlichen Genehmigung.

Variante 3: Bei der Immobilie handelt es sich um eine Eigentumswohnung, zu deren Übertragung die Zustimmung des Verwalters erforderlich ist.

Variante 4: Gegenstand der Überlassung ist eine noch nicht vermessene Teilfläche.

Variante 5: Eigentümerin der Immobilie ist eine KG oder GmbH. Anteile an der Gesellschaft sollen der Erwerberin überlassen werden.

II. Frage

Wie ist die Beurkundung zu gestalten, damit angesichts der voraussichtlich durch das Jahressteuergesetz 2022 eintretenden Änderungen des Bewertungsgesetzes noch die bewertungsrechtlichen Maßstäbe des Jahres 2022 zur Anwendung kommen?

III. Zur Rechtslage

1. Änderung des BewG durch das JStG 2022

Der Referentenentwurf des Jahressteuergesetzes (JStG) 2022 sieht in Art. 12 Änderungen des Bewertungsgesetzes (BewG) vor, insb. der §§ 177-198 BewG (BT-Drucks. 20/3879). Die Änderungen des BewG können für Zwecke der Schenkungsteuer zu einer **höheren Be-**

wertung von überlassenem Grundbesitz führen, § 12 ErbStG.

Abhängig u.a. davon, ob der Grundbesitz unbebaut oder bebaut ist, ob es sich um Wohnungs- oder Teileigentum handelt und ob der Grundbesitz vermietet ist oder geschäftlich genutzt wird, kommen der Bodenwert, der Vergleichswert, der Ertragswert oder der Sachwert zum Ansatz (s. zu den allg. Maßstäben der Immobilienbewertung bei Überlassungen Dorn, DStR 2022, 2289 f.).

Ziel der Änderungen durch das JStG 2022 ist es zum einen, die bestehenden Vorschriften zur Bewertung von Grundbesitz nach dem BewG an die Immobilienwertermittlungsverordnung (ImmoWertV) v. 14.7.2021 anzupassen. Zum anderen sollen mit den reformierten Bewertungsregelungen die derzeit erzielbaren Marktwerte genauer abbildbar sein. Hierdurch können sich ab 1.1.2023 höhere Bewertungen **insbesondere bei Anwendung des Ertragswert- und des Sachwertverfahrens** etwa daraus ergeben, dass die Gesamtnutzungsdauer für manche Gebäudearten entsprechend Anlage 1 zur ImmoWertV von vormals 70 Jahren auf nunmehr 80 Jahre erhöht wird (Anlage 22 zum BewG-E; s. RefE z. JStG 2022, S. 103). Reflexartig vermindert sich hierdurch der Alterswertminderungsfaktor. Betroffen sind u.a. Ein- und Zweifamilienhäuser, Mehrfamilienhäuser und Wohnungseigentum. Das gilt jedoch **nicht**, wenn das **Vergleichswertverfahren** zur Anwendung kommt. Insoweit erfolgt durch das JStG 2022 keine Änderung, die pauschal betrachtet zu einer höheren Immobilienbewertung führt. Die **Bewertung von Erbbaurechtsfällen** wird sowohl hinsichtlich des Erbbaurechts als auch hinsichtlich des Erbbaurechtsgrundstücks ebenfalls **neu strukturiert**, vgl. §§ 193, 194 BewG-E.

Die Prinzipien, nach denen sich richtet, ob eine Überlassung für steuerliche Zwecke noch nach den Maßstäben des laufenden Kalenderjahres oder schon nach den Maßstäben des Folgejahres bewertet wird, ändern sich durch das JStG 2022 voraussichtlich nicht. Ebenso sieht der Entwurf des JStG 2022 keine Änderungen des ErbStG vor.

2. Zeitpunkt der Entstehung der Schenkungsteuer bei der Überlassung von Immobilien (Grundfall)

Nach § 265 Abs. 14 BewG-E sollen die geänderten Bewertungsvorschriften **ab dem Bewertungsstichtag 1.1.2023** gelten. Schenkungsteuerlicher Bewertungsstichtag ist gemäß § 11 ErbStG der Zeitpunkt der Entstehung der Steuer. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Entstehen der Schenkungsteuer bei Schenkungen unter Lebenden ist nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG die **Ausführung der Zuwendung**.

Die Zuwendung ist grundsätzlich dann ausgeführt, wenn der Beschenkte erhalten hat, was ihm nach der Schenkungsabrede verschafft werden soll. Zur Ausführung einer Sachschenkung muss der **Beschenkte** daher **grundsätzlich das Eigentum erhalten**. Eine **Ausnahme** besteht jedoch bei **Grundstücksschenkungen**. Hier ist der Zeitpunkt des Entstehens der Schenkungsteuer gegenüber dem Zeitpunkt des zivilrechtlichen Eigentumsübergangs vorverlagert, da der Zeitpunkt der Steuerentstehung nicht von der Bearbeitungsdauer im Grundbuchamt abhängen soll.

Mit der Frage, wann bei einer Grundstücksüberlassung die Zuwendung in diesem Sinne ausgeführt ist, befassen sich die für die Finanzverwaltung maßgeblichen **Erb-schaftsteuerrichtlinien** (R E 9.1. ErbStR). Grundsätzlich gilt, dass es bei Grundbesitzschenkungen nicht auf den Übergang des „wirtschaftlichen Eigentums“ (Besitz, Nutzung und Lasten) ankommt. Vielmehr genügt es für die Entstehung der Steuer, dass die Parteien die **Voraussetzungen für den Eigentumswechsel geschaffen** haben und **nur noch die Eintragung im Grundbuch aussteht** (Milatz/Christopeit, in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 9 ErbStG, Rn. 24; Meincke/Hannes/Holtz, ErbStG, 18. Aufl. 2021, § 9 Rn. 50). Der **BFH** verlangt, dass die Parteien die für die Rechtsänderung im Grundbuch erforderlichen Erklärungen in der nötigen Form abgegeben haben, sodass der Erwerber in der Lage ist, seine Eintragung selbst herbeizuführen (BFH BStBl. II 1979, 642; DStR 2005, 1937; vgl. auch R E 9.1. Abs. 1 S. 1 ErbStR). Konkret bedeutet dies, dass die **Auflassung** nach § 925 BGB sowie die unbedingte **Eintragungsbewilligung** (§ 19 GBO) durch den Veräußerer erklärt sein müssen. Auf die Stellung des **Eintragungsantrags** (§ 13 GBO) kommt es hingegen **nicht** an (R E 9.1 Abs. 1 S. 5 ErbStR: hierzu kritisch Gottschalk, in: Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, Std. Februar 2022, § 9 Rn. 96). Der BFH fordert zusätzlich, dass die Eigentumsumschreibung tatsächlich nachfolgt (BFH BStBl. II 2005, 892; so auch R E 9.1 Abs. 1 S. 9 ErbStR; vgl. zur Entbehrlichkeit der Zwischeneintragung bei Kettenschenkungen Gottschalk, § 9 Rn. 96 a.E., 100).

Zu beachten ist, dass in – bei Überlassungsverträgen zwar seltenen, aber denkbaren – bestimmten Konstellationen trotz des vermeintlichen Vorliegens beider Voraussetzungen die Steuer dennoch nicht entsteht. Gemeint sind hiermit Fälle, in denen der Notar etwa im Wege der **Kopier-** oder der **Bewilligungslösung** daran mitwirkt, dass der **Eigentumsübergang** noch nicht sofort in das Grundbuch eingetragen wird, sondern **erst nach Vorliegen bestimmter Voraussetzungen** (z.B. Haftungsfreistellungserklärung einer am Vertragsobjekt grundpfandrechtlich abgesicherten Bank). In einem solchen Fall wäre der dingliche Rechtsübergang noch

nicht unmittelbar eingeleitet (R E 9.1. Abs. 1 S. 4, 7, 8). Dürfte der Notar in einer solchen Konstellation die mittels Eigenurkunde erwirkte Bewilligung bzw. die Auffassung dem Grundbuchamt erst nach dem 31.12.2022 aufgrund des Eintretens der insoweit vereinbarten Voraussetzungen vorlegen, so wären für die betroffene Überlassung die bewertungsrechtlichen Vorgaben in der durch das JStG 2022 geänderten Form maßgeblich.

3. Relevanter Zeitpunkt bei Genehmigung des Rechtsgeschäfts (Varianten 1, 2 und 3)

Zu prüfen ist, wie der Fall zu beurteilen wäre, wenn zur Wirksamkeit der Überlassung eine Genehmigung (im weiteren Sinne) erforderlich ist.

Denkbar sind hierbei zunächst Fälle, in denen der Vertrag einer **privatrechtlichen Genehmigung** bedarf, wenn etwa eine der Parteien vollmachtlos vertreten wurde oder aber auch z.B. ein Verwalter nach WEG der Veräußerung einer Wohnung bzw. ein Erbbaugrundstückseigentümer der Übertragung eines Erbbaurechts zustimmen muss.

Privatrechtliche „Nachgenehmigungen“ nicht erscheinender Vertragsparteien wirken zivilrechtlich nach § 184 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück. Dies gilt allerdings ausweislich der Erbschaftsteuerrichtlinien aber nicht für steuerliche Zwecke. Die **zivilrechtliche Rückwirkung** ist in diesen Fällen **steuerlich unbeachtlich** (vgl. R E 9.1 Abs. 3 S. 3 ErbStR; BFH DStR 2005, 1937). Auch andere privatrechtliche Genehmigungen wie etwa die **Verwalterzustimmung** oder die **Zustimmung des Grundstückseigentümers** zur Erbbaurechtsübertragung wirken steuerlich **ex nunc** und mithin nicht zurück auf den Zeitpunkt der Beurkundung. Begründet wird dies mit dem allgemeinen Prinzip, wonach eine Verkehrssteuer nicht rückwirkend entstehen kann (Milatz/Christopeit, in: Burandt/Rojahn, § 9 ErbStG, Rn. 26). Daher ist insbesondere bei der Überlassung von Sondereigentum sowie Erbbaurechten und Erbbaugrundstücken und in Fällen, in denen ein Vertragsteil vollmachtlos vertreten wird, zu beachten, dass bei Erteilung dieser Art von Genehmigungen ab dem 1.1.2023 die neuen bewertungsrechtlichen Maßstäbe zur Anwendung gelangen werden.

Nicht höchstrichterlich geklärt ist – soweit ersichtlich – der Fall, dass eine Vertragspartei aufgrund **mündlich oder privatschriftlich erteilter Vollmacht** handelt und erst nach Jahreswechsel eine **Vollmachtsbestätigung** in der Form des § 29 GBO erfolgt. Hierzu verhalten sich weder die Erbschaftsteuerrichtlinien noch die Kommentarliteratur ausdrücklich. Nach dem BFH kommt es darauf an, dass die Vertragsparteien die für

die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlichen Erklärungen in gehöriger Form abgegeben haben und der Begünstigte aufgrund dieser Erklärung in der Lage ist, seine Eintragung herbeizuführen (BFH/NV 2001, 1407). Dies spräche dafür, danach zu differenzieren, ob der Vertretene auf Veräußerer- oder Erwerberseite steht. Steht der Vertretene auf Veräußererseite, so hat er das „unmittelbare Einleiten des dinglichen Rechtsübergangs“ noch in der Hand und kann es verzögern. Steht der Vertretene hingegen auf Erwerberseite, so ist er als Begünstigter in der Lage, seine Eintragung herbeizuführen, indem er eine Vollmachtsbestätigung in Form des § 29 GBO beibringt und den Eintragungsantrag stellt. Da § 925 Abs. 1 S. 1 BGB für die Auffassung keine Erklärungsform vorschreibt (Grüneberg/Herrler, BGB, 81. Aufl. 2022, § 925 Rn. 3), ist es für deren Wirksamkeit auch ohne Rückgriff auf § 167 Abs. 2 BGB unerheblich, wenn die Vollmacht nur mündlich oder privatschriftlich erteilt wäre. Materiellrechtlich betrachtet ist die Auffassung wirksam.

Versteht man hingegen die Aussage des BFH so, dass **zwingend beide Voraussetzungen** („gehörige Form“ und „Ermächtigung“ des Erwerbers) vorliegen müssen (so wohl Meincke/Hannes/Holtz, ErbStG, § 9 Rn. 50), so ließe sich argumentieren, dass mangels Vorliegen der „gehörigen Form“ die Zuwendung noch nicht als ausgeführt anzusehen ist (Gottschalk, § 9 Rn. 94). Dieser Ansicht folgt auch das **FG Hamburg** in einer Entscheidung aus dem Jahr 1989 (EFG 1990, 478; a. A. Krauß, in: Beck'sches Notarhandbuch, 7. Auflage 2019, § 5 Rn. 30 a.E.).

Bedarf der Vertrag hingegen zu seiner Wirksamkeit einer Genehmigung nach **öffentlich-rechtlichen Vorschriften**, etwa nach § 2 GrdStVG, so ist es nach Ansicht der Finanzverwaltung für die Ausführung der Zuwendung ausreichend, wenn die **Beteiligten alles getan haben, um die Genehmigung herbeizuführen**, insbesondere die erforderlichen Erklärungen in gehöriger Form abgegeben haben, R E 9.1 Abs. 3 S. 4 ErbStR. Sofern also die Beteiligten dem Notar keine Vollzugsanweisung erteilen, etwa erforderliche behördliche Genehmigungen zeitverzögert einzuholen, ist für die Ausführung der Zuwendung im Übrigen der **Tag der Beurkundung maßgeblich**. Verzögerte Bearbeitungszeiten bei den Behörden wirken sich mithin nicht zulasten der Parteien aus.

Eine eigene Fallgruppe bilden **gerichtliche Genehmigungserfordernisse**, etwa der Fall, dass die Überlassung an einen Minderjährigen nicht unentgeltlich erfolgt und daher der **familiengerichtlichen Genehmigung** nach §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB bzw. (ab 1.1.23) §§ 1643 Abs. 1, 1850 Nr. 6 BGB n.F. bedarf. Die Hinweise zu den Erbschaftsteuerrichtlinien

nennen diese Kategorie der Genehmigung zwar (HE 9.1 ErbStH), schweigen allerdings zu ihren Merkmalen.

Die Besonderheit bei gerichtlichen Genehmigungserfordernissen besteht darin, dass bis zur Erteilung der Genehmigung **keine Bindungswirkung** entsteht und zudem später ein **Tätigwerden des Vertreters erforderlich** ist, welcher gemäß § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB (i. V. m. § 1643 Abs. 3 BGB bzw. § 1915 Abs. 1 BGB) die Genehmigung zu ihrer Wirksamkeit dem anderen Teil mitteilen muss. Soweit ersichtlich, sind hierzu noch keine gerichtlichen Entscheidungen ergangen, sodass die Rechtslage für die Praxis ungeklärt ist. Die Literatur geht stellenweise davon aus, dass es insoweit auf den Zeitpunkt der Rechtskraft und Mitteilung gem. § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB ankomme (Krauß, § 5 Rn. 30), stellenweise setzt sie familiengerichtliche Genehmigungen mit behördlichen Genehmigungserfordernissen gleich (Meincke/Hannes/Holtz, ErbStG, § 9 Rn. 48 a.E.).

4. Besonderheiten bei der Überlassung noch nicht vermessener Teilflächen (Variante 4)

Soll hingegen eine noch nicht vermessene Teilfläche überlassen werden, so stellt sich die Frage, wie es sich auswirkt, dass die **Auflassung** sowie eine den Anforderungen des § 28 S. 1 GBO entsprechende **Bewilligung** üblicherweise erst **nach Abschluss der Vermessung** erfolgen. Nach den genannten Kriterien des BFH wäre die Zuwendung noch nicht alleine durch die Beurkundung des schuldrechtlichen Teils der Überlassung ausgeführt. Denn zu diesem Zeitpunkt können weder die Auflassung noch die Bewilligung mit dem Inhalt des § 28 S. 1 GBO (Angabe des Grundstücks in Übereinstimmung mit dem Grundbuch oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt) erklärt werden.

Die Erbschaftsteuerrichtlinien führen zu dieser Konstellation nur sehr knapp aus. Dort heißt es in den Hinweisen: „Bei Schenkung einer Grundstücksteilfläche gilt R E 9.1 Absatz 1 entsprechend, auch wenn das Vermessungsverfahren zur Bildung einer eigenen Flurnummer noch nicht abgeschlossen wurde“ (H E 9.1 ErbStH). Dies dürfte jedenfalls dahingehend zu verstehen sein, dass allein die Dauer des Vermessungsverfahrens nicht dazu führt, dass die Schenkung erst nach dessen Abschluss bzw. der darauf folgenden Bildung einer eigenen Flurnummer i. S. v. § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG ausgeführt ist.

Dem Verweis auf Abs. 1 der Richtlinie dürfte jedoch auch zu entnehmen sein, dass die Auflassung bereits erklärt sein muss, was gerade nicht der typischen Vertragsgestaltung bei der Überlassung von Teilflächen entspricht. Die Erteilung einer Auflassungsvollmacht (etwa an den Bürovorsteher des Notars) genügt insoweit nach Ansicht des BFH nicht (BFH BStBl. II 1983, 19). In

der Literatur wird daher empfohlen, trotz vorläufiger grundbuchlicher Nichtverwendbarkeit die **Auflassung** der noch nicht vermessenen Teilfläche zu **erklären** und die Eigentumsumschreibung zu **bewilligen** (Krauß, § 5 Rn. 30), sodass nach Vermessung lediglich eine sog. **ergänzende Identitätserklärung** sowohl bzgl. der Auflassung als auch bzgl. der Bewilligung durch den Notar im Wege der Eigenurkunde erfolgt (vgl. hierzu Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Rn. 1623 ff.).

5. Überlassung von Gesellschaftsanteilen (Variante 5)

Werden anstelle von Immobilien Anteile an Gesellschaften überlassen, die ihrerseits Immobilien halten, so ist Objekt der Zuwendung, welche gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG ausgeführt sein muss, ein Gesellschaftsanteil. Für diesen gelten andere Regeln als für Immobilien. Maßgeblich ist sowohl für Anteile an Personengesellschaften als auch an Kapitalgesellschaften die **Wirksamkeit der Abtretung** (Milatz/Christopeit, § 9 ErbStG, Rn. 19; zur Differenzierung danach, ob eine Verfügung über ein bestehende Beteiligung oder Aufnahme in eine Personengesellschaft vorliegt, vgl. Fischer/Pahlke/Wachter, ErbStG, 7. Aufl. 2020, § 9 Rn. 89 sowie Fumi, in: von Oertzen/Loose, ErbStG, 2. Aufl. 2020, § 9 Rn. 148 und Mirbach/Mirbach, in: Wilms/Jochum, ErbStG, Std. Juli 2022, § 9 Rn. 20.2).

Erfolgt hingegen die Abtretung unter einer **aufschiebenden Bedingung** – etwa zur Vermeidung der Haftung nach § 176 Abs. 2 HGB unter der Bedingung der Eintragung im Handelsregister – so ist der **Eintritt der Bedingung maßgeblich**, § 4 BewG i.V.m. § 12 Abs. 1 ErbStG (BFH/NV 2010, 900; Meincke/Hannes/Holtz, ErbStG, § 9 Rn. 47; Milatz/Christopeit, § 9 ErbStG, Rn. 22). Entsprechendes gilt, wenn die Übertragung zu ihrer Wirksamkeit, etwa aufgrund einer Vinkulierungsklausel im Gesellschaftsvertrag, der **Zustimmung Dritter** (z.B. der anderen Gesellschafter) bedarf (Fumi, § 9 Rn. 148).

Nicht eindeutig geklärt ist nach Ansicht des BFH zudem, welchem Kalenderjahr eine Abtretung zuzuordnen ist, die „mit Ablauf des 31.12.“ wirksam werden soll (BFHE 113, 195). Es komme auf die Umstände des Einzelfalles an, sodass nicht pauschal davon auszugehen sei, dass bei solcherart aufschiebend befristeten Übertragungen stets das Recht vor Inkrafttreten der Änderungen des BewG anzuwenden sei.

Eine **Besonderheit** soll bei Anteilen an **gewerblich geprägten Personengesellschaften** (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG) gelten. Hier soll es nach einer Literaturauffassung stets auf den Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister ankommen (Milatz/Christopeit, § 9 ErbStG,

Rn. 18 a.E.; a. A. Mirbach/Mirbach, § 9 Rn. 20.2). Eine Erläuterung zu dieser Besonderheit oder Fundstellen aus der Rechtsprechung sind – soweit ersichtlich – allerdings nicht vorhanden. Denkbar wäre, dass *Milatz/Christopeit* den Fall des **Beitritts** zu einer bereits bestehenden vermögensverwaltenden Gesellschaft meinen, für deren Entstehen nach § 105 Abs. 2 i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB die Eintragung ins Handelsregister konstitutiv ist, nicht jedoch den Fall erfassen wollen, in dem eine bereits bestehende Beteiligung **übertragen** wird.

Zahlreiche Folgefragen ergeben sich hingegen für den Fall, dass sich das Grundstück nicht im Vermögen der Gesellschaft befindet, sondern zum **Sonderbetriebsvermögen** eines Gesellschafters zählt. Die Literatur weist für diesen Sonderfall darauf hin, dass auf die **gleichzeitige Übertragung** beider Vermögensgegenstände zu achten sei (Mirbach/Mirbach, § 9 Rn. 20.2). Mit den erbschaftsteuerlichen Konsequenzen der nicht gleichzeitigen Übertragungen hatte sich erst kürzlich der BFH zu befassen (BFH ZEV 2020, 787 m. Anm. Hübner auch zu den ertragssteuerlichen Konsequenzen).

GBO § 17

Prioritätsgrundsatz bei Teilungserklärung und Grundschuld; Erforderlichkeit einer Rangbestimmung

I. Sachverhalt

Ein Grundstückseigentümer hat eine Teilungserklärung nach § 8 WEG errichtet und diese im September 2020 beim Grundbuchamt einreichen lassen. Der grundbuchliche Vollzug ist bisher nicht erfolgt, da die Abgeschlossenheitsbescheinigung noch nicht erteilt wurde. Der Eigentümer beabsichtigt nunmehr die Bestellung einer Grundschuld an dem gesamten Grundstück, die möglichst kurzfristig, also vor Vollzug der Teilungserklärung, eingetragen werden soll. Das Grundbuchamt teilt mit, dass hierzu wegen § 17 GBO eine Erklärung (Rangbestimmung) des Notars, der den Antrag auf Vollzug der Teilungserklärung eingereicht habe, erforderlich sei. Der Notar müsse darin bestimmen, dass der Antrag auf Eintragung der Grundschuld vor der Teilungserklärung vollzogen werden solle.

II. Frage

Kann die Grundschuld unabhängig von dem noch unerledigten Antrag auf Vollzug der Teilungserklärung eingetragen werden, ohne dass es einer „Rangbestimmung“ oder ähnlichen Erklärung des Antragstellers bedarf?

III. Zur Rechtslage

Nach § 17 GBO darf für den Fall, dass **mehrere Ein-**

tragungen beantragt werden, durch die **dasselbe Recht betroffen** wird, die **später beantragte Eintragung nicht vor Erledigung des früher gestellten Antrags erfolgen**. Dabei ist für die Anwendung von § 17 GBO unerheblich, ob einem der Anträge ein Vollzugshindernis entgegensteht (KEHE/Volmer, GBO, 8. Aufl. 2019, § 17 Rn. 10). § 17 GBO darf dabei nicht wörtlich verstanden werden. Nach *Schöner/Stöber* (16. Aufl. 2020, Rn. 91 m. w. N. – Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion; s. a. KEHE/Volmer, § 17 Rn. 16) ist von mehreren beantragten Eintragungen nur dann dasselbe Recht i. S. v. § 17 GBO betroffen, wenn

„– durch die Eintragungen ein **Rangverhältnis** zwischen mehreren Rechten (§ 879 BGB; auch § 45 GBO) begründet wird [...],

– **eine Eintragung die andere ausschließt** (so bei Eintragung eines Eigentumswechsels und einer Hypothek) oder sonst in irgendeiner Weise **beeinflusst** oder beschränkt (an weitere Voraussetzungen knüpft), wie bei Anträgen auf Verpfändung und Löschung eines Grundpfandrechts, Eintragung der Auflassung und eines Widerspruchs gegen das Eigentum des Veräußerers,

– die **früher beantragte Eintragung die später beantragte erst zulässig macht** (so bei Eintragung einer Grundschuld an einer nach dem früheren Antrag erst zu bildenden WEG-Einheit); das schließt Zurückweisung des später gestellten Antrags vor Erledigung des früher gestellten aus.“

Die Frage, ob § 17 GBO Anwendung findet, wenn zunächst nur ein Antrag auf Vollzug der Teilungserklärung und später zusätzlich ein Antrag auf Eintragung einer Grundschuld am *gesamten* Grundstück gestellt wird, war bisher soweit ersichtlich nicht Gegenstand einer Stellungnahme in Rechtsprechung oder Literatur. Die Anwendung des § 17 GBO erscheint zumindest zweifelhaft, da **keine der vorgenannten Fallgruppen einschlägig** ist:

Eine **Rangkonkurrenz** im Sinne der erstgenannten Fallgruppe liegt vor, wenn zwischen den beantragten Eintragungen ein Rangverhältnis besteht (KEHE/Volmer, § 17 Rn. 15). Die Eintragung der **Aufteilung in Wohnungseigentum** einerseits und des **Grundpfandrechts** andererseits **stehen aber nicht in einem Rangverhältnis** zueinander. Die WEG-Aufteilung stellt eine inhaltliche Ausgestaltung des Eigentums am Grundstück dar (vgl. BeckOGK-WEG/Monreal, Std.: 1.12.2021, § 5 Rn. 2-14). Das Eigentum als solches hat keinen Grundbuchrang, sodass auch keine Rangkonkurrenz zu dem Grundpfandrecht bestehen kann.

Auch die zweite Fallgruppe ist nicht einschlägig, da sich die **beantragten Eintragungen nicht gegenseitig beeinflussen oder ausschließen**. Wird **zuerst die Grundschild** an dem noch unaufgeteilten Grundstück eingetragen, **setzt sie sich an den Wohnungseigentumsrechten als Gesamtrecht fort**, ohne dass es der Zustimmung des Grundpfandrechtsgläubigers zur WEG-Aufteilung bedarf (vgl. BGH DNotZ 2012, 531: keine Betroffenheit des Grundpfandrechtsgläubigers i. S. v. §§ 876, 877 BGB). Wird umgekehrt **zuerst die WEG-Aufteilung** vollzogen, so ist die **Grundschild in sämtlichen Wohnungsgrundbüchern** als Gesamtrecht einzutragen. Aus der Sicht eines Grundpfandrechtsgläubigers, der ein Grundpfandrecht am *gesamten* Grundstück hat, ist die WEG-Aufteilung somit rechtlich irrelevant. Im Falle der WEG-Aufteilung besteht alleine die buchungstechnische Besonderheit, dass das Grundstück im Rechtssinne nicht in einem einzigen „normalen“ Grundbuchblatt, sondern in einer Mehrzahl von Wohnungsgrundbuchblättern gebucht ist.

Auch die dritte Fallgruppe ist nicht gegeben. **Die früher beantragte Eintragung** (Vollzug der Teilungserklärung) **macht die später beantragte** (Grundschild) **nicht erst zulässig**. Insbesondere liegt hier nicht der Fall vor, dass ein noch nicht eingetragenes Wohnungseigentumsrecht selbständig mit einem Grundpfandrecht belastet werden soll. Vielmehr soll das gesamte Grundstück mit dem Grundpfandrecht belastet werden.

Nach alledem kann die Eintragung der **Grundschild unabhängig von** der Eintragung des Vollzugs der **WEG-Aufteilung** erfolgen. § 17 GBO steht dem nicht entgegen.

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 §§ 309 Nr. 7, 476

Ausschluss der Mängelgewährleistung bezüglich mitverkaufter beweglicher Gegenstände bei Verkauf von Grundstücken, die teilweise Betriebsvermögen und teilweise Privatvermögen sind

Abruf-Nr.:

EuErbVO Art. 21; EGBGB Art. 15 a.F.; BGB § 1371 Polen: Gesetzliche Erbfolge nach polnischem Staatsangehörigen mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland; Problematik des § 1371 Abs. 1 BGB; Anpassung

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

GNotKG § 13

Gerichtskostenvorschuss für die Eintragung einer GmbH

1. Nach § 13 S. 1 GNotKG kann in erstinstanzlichen gerichtlichen Verfahren, in denen der Antragsteller die Kosten schuldet, die beantragte Handlung von der Zahlung eines Vorschusses abhängig gemacht werden. Dabei dürfte es jedoch ermessensfehlerhaft sein, wenn Eintragungen in das Handelsregister durchgängig oder bei bestimmten Geschäften ausnahmslos – und ohne weitere Begründung – von der Zahlung eines Kostenvorschusses abhängig gemacht würden, da hierdurch ein Hindernis geschaffen würde, das die Schnelligkeit des elektronischen Handelsregisters verkehrsempfindlich beeinträchtigen würde.

2. Jedoch begründet das Sicherheitsinteresse des Staates im Hinblick auf zu erwartende Beitreibungsprobleme gegenüber einer Gesellschaft die Abhängigmachung der Eintragung von der Zahlung eines Kostenvorschusses und rechtfertigt damit auch etwaige Verzögerungen des Verfahrensablaufs.

3. Bleibt die Zahlung trotz berechtigter Vorschussanforderung aus, so berechtigt dies das Gericht nicht zur Zurückweisung der auf die Eintragung der Gesellschaft gerichteten verfahrensgegenständlichen Anmeldung. Das Verfahren ruht vielmehr.

(Leitsätze der DNotI-Redaktion)

OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 17.1.2022 – 20 W 254/21

Problem

Das Registergericht machte die Ersteintragung einer neu gegründeten UG (haftungsbeschränkt) von der Zahlung eines Kostenvorschusses abhängig. Dieser wurde auch nach mehrmaliger Aufforderung nicht bezahlt. Daraufhin wies das Registergericht den Antrag auf Eintragung in das Handelsregister zurück.

Entscheidung

Die hiergegen eingelegte Beschwerde war erfolgreich. Das OLG Frankfurt führte zunächst aus, dass gem. § 13 S. 1 GNotKG in erstinstanzlichen gerichtlichen Verfahren, in denen der Antragsteller die Kosten schulde (§ 22 Abs. 1 GNotKG), die beantragte Handlung von der Zahlung eines Vorschusses abhängig gemacht werden könne. Das Gericht habe dabei einen großen Ermessensspielraum. Wenn Eintragungen in das Handelsregister durchgängig oder bei bestimmten Geschäften ausnahmslos und ohne weitere Begründung von der Zahlung eines Kostenvorschusses abhängig gemacht würden, liege aber ein Ermessensfehler vor.

Nachdem im konkreten Fall fast drei Monate lang keine Zahlung des Vorschusses erfolgt war, obwohl das Registergericht den Notar dreimal hierauf hingewiesen hatte, war nach Auffassung des OLG kein Ermessensfehler des Registergerichts zu erkennen. Im Hinblick auf zu erwartende Beitreibungsprobleme gegenüber der Gesellschaft begründe vorliegend das Sicherungsinteresse des Staates eine Abhängigmachung der Eintragung von der Zahlung des Kostenvorschusses. Der Notar habe auch nicht gem. § 16 Nr. 3 GNotKG die persönliche Haftung für die Kostenschuld der antragstellenden Gesellschaft übernommen.

Das OLG kommt dann jedoch zu dem Schluss, dass sich aus § 13 S. 1 GNotKG keine Berechtigung zur Zurückweisung des Antrags ergebe. Vielmehr könne die beantragte Handlung lediglich unterbleiben, das Verfahren also ruhen, bis der Vorschuss gezahlt sei. Eine Zurückweisung des Antrags könne nur erfolgen, wenn sich aufgrund gesetzlicher Vorschriften ein Ruhen des Verfahrens verbieten würde. Dies sei bei einer Eintragung der Gründung einer GmbH jedoch nicht der Fall. Der Gegenauffassung (etwa KG GmbHHR 2022, 153; KG GmbHHR 2017, 1337), wonach die Rechtssicherheit eine alsbaldige Entscheidung verlange, weil es im Hinblick auf die Folgen für Gläubiger und Gesellschafter alsbald erkennbar sein müsse, ob die gegründete Gesellschaft mit der Folge der Haftungsbeschränkung eingetragen werde, sei nicht zu folgen. Eine Zurückweisung des Antrags sei nicht geboten, weil die Rechtsnatur einer Vor-GmbH höchststrichterlich geklärt und der Umstand, dass die Gesellschaft noch nicht ins Handelsregister eingetragen wurde, für jedermann jederzeit aus dem Handelsregister ersichtlich sei.

Praxishinweis

Es erstaunt zunächst, dass das OLG Frankfurt explizit anführt, es sei ermessensfehlerhaft, wenn Eintragungen im Handelsregister durchgängig oder bei bestimmten Geschäften ausnahmslos – und ohne weitere

Begründung – von der Zahlung eines Kostenvorschusses abhängig gemacht würden. Denn bereits im nächsten Absatz formuliert das Gericht, dass das Sicherungsinteresse des Staates im Hinblick auf zu erwartende Beitreibungsprobleme gegenüber der Gesellschaft die Abhängigmachung der Eintragung von der Zahlung des Kostenvorschusses begründen könne. Welche Voraussetzungen im Kontext des Antrags auf Eintragung einer GmbH in das Handelsregister vorliegen müssen, damit von einem Ermessensfehler ausgegangen werden kann, bleibt demnach im Dunkeln.

Das OLG entschied im Wesentlichen, ein ausbleibender Vorschuss berechtige nicht zu einer kostenpflichtigen Zurückweisung des Antrags auf Eintragung einer GmbH im Handelsregister. Ob es für die Beteiligten und das mit der Sache befasste Gericht tatsächlich vorteilhaft ist, wenn das Verfahren lediglich ruht, darf mit guten Gründen bezweifelt werden. Neben den vom OLG Frankfurt genannten Vertretern der Gegenauffassung ist auch im Schrifttum die Auffassung, dass eine Zurückweisung des Antrags erfolgen kann, wohl herrschend (vgl. Kafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 492; BeckOK-Kostenrecht/Klahr, 39. Ed. Std.: 1.10.2022, § 13 GNotKG Rn. 81). Es bleibt abzuwarten, wie sich weitere Oberlandesgerichte positionieren.

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. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Dr. Philipp Theuersbacher

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZVG §§ 10, 44, 109 Abs. 2, 180, 182 – Berücksichtigung einer Eigentümerbriefgrundschuld beim geringsten Gebot im Rahmen der Teilungsversteigerung

BGB § 2267 – Formwirksame Errichtung eines privatschriftlichen Ehegattentestaments; Ausfüllen eines Blanketts; Nachweis des Erbrechts bei verschwundenem Original

Gutachten im Abrufdienst

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZVG §§ 10, 44, 109 Abs. 2, 180, 182 Berücksichtigung einer Eigentümerbriefgrundschuld beim geringsten Gebot im Rahmen der Teilungsversteigerung

I. Sachverhalt

M und F sind Eigentümer eines Grundstücks. Die Teilungsversteigerung wurde von M beantragt. F hat sich dem Antrag angeschlossen. Die Anordnung der Teilungsversteigerung ist im Grundbuch eingetragen. F möchte nun an ihrem Miteigentumsanteil eine Eigentümerbriefgrundschuld eintragen lassen. Ihr Anwalt habe ihr dazu geraten, um auf diese Weise aus dem Versteigerungserlös vorrangig befriedigt zu werden.

II. Frage

Wird die Eigentümerbriefgrundschuld bei der Erlösverteilung vorrangig berücksichtigt (wie der Anwalt

behauptet) oder fällt sie lediglich, wie § 182 ZVG regelt, ins geringste Gebot und ist vom Ersteigerer zu übernehmen?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemein zur Teilungsversteigerung und Erlösverteilung

a) Teilungsversteigerung bei einer Miteigentümergeinschaft

Miteigentümer eines Grundstücks bilden eine Gemeinschaft i. S. d. §§ 741 ff. BGB. Demnach kann jeder Teilhaber die Aufhebung der Gemeinschaft gem. § 749 Abs. 1 BGB verlangen. Gem. § 180 ZVG finden bei einer Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft die Vorschriften des Ersten und Zweiten Abschnitts des ZVG insofern Anwendung, als die §§ 181-185 ZVG keine speziellen Regelungen treffen. Demnach gilt insbesondere § 182 ZVG zur Feststellung des geringsten Gebots.

b) Geringstes Gebot (§§ 182, 44 ZVG)

Das geringste Gebot ist in den §§ 44 ff. ZVG geregelt, auf die in § 180 ZVG verwiesen wird. § 182 ZVG regelt als spezielle Vorschrift insofern, welche Rechte als dem

Auseinandersetzungsanspruch des Antragstellers vorgehend anzusehen und daher durch das geringste Gebot zu decken sind (Stöber/Kiderlen, ZVG, 22. Aufl. 2018, § 182 Rn. 1).

Das geringste Gebot (§ 44 ZVG) hat zur Folge, dass die Vollstreckungsversteigerung nur durchgeführt werden darf, wenn die Verfahrenskosten (§ 109 ZVG) gesichert und all diejenigen Rechte und Ansprüche gewahrt bleiben, die dem Anspruch des bestrangig betreibenden Gläubigers vorgehen. Das bedeutet, dass diese Ansprüche ausbezahlt und (später) zum Verteilungstermin „belegt“ werden müssen, und zwar entweder durch Zahlung (vgl. § 49 ZVG) oder indem bestehenbleibende Belastungen übernommen (vgl. § 52 ZVG) werden (hierzu Kindl/Meller-Hannich/Stumpe/Simon, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 4. Aufl. 2021, § 44 ZVG Rn. 8). Dies gilt auch im Bereich des § 182 ZVG, da auch insofern die Zwangsversteigerung vom Deckungsgrundsatz beherrscht wird (Stöber/Kiderlen, § 182 Rn. 2).

2. Niedrigstgebots-Lösung des BGH bei unterschiedlicher Anteilsbelastung

Stellen bei einer Bruchteilsgemeinschaft mehrere bzw. alle Miteigentümer den Antrag oder schließen sie sich diesem an, bereitet die Feststellung des geringsten Gebots Schwierigkeiten, wenn die Anteile ungleich belastet sind (dazu Stöber/Kiderlen, § 182 Rn. 29 ff.). Es wurden zahlreiche Auffassungen dazu vertreten, welche Regelungen in diesem Fall für die Feststellung des geringsten Gebots gelten.

Der BGH hat im Jahre 2016 den Streit für die Praxis zugunsten der sog. **Niedrigstgebots-Lösung** entschieden. Bei der Teilungsversteigerung eines Grundstücks mit unterschiedlich belasteten Miteigentumsanteilen auf Antrag mehrerer Teilhaber ist für die Feststellung des geringsten Gebots i. S. d. § 44 ZVG **von dem Antragsteller auszugehen, dessen Anteil am geringsten belastet ist** (BGH NJW 2017, 1756 Rn. 14 ff. m. w. N.; vgl. auch Böttcher/Böttcher, ZVG, 7. Aufl. 2022, § 182 Rn. 17; kritisch Schneider/Becker, ZVG, 2020, § 182 Rn. 45 ff.). Hiernach wird für jeden Antragsteller separat das geringste Gebot gem. § 182 ZVG ermittelt. Dem Versteigerungsverfahren wird sodann aber **insgesamt** dasjenige (geringste) Gebot zugrunde gelegt, das am **niedrigsten** ist (vgl. Böttcher, § 182 Rn. 15; Nickel, FPR 2013, 379, 375).

Die von F verfolgte Taktik wird in der Literatur vielfach beschrieben, insbesondere vor dem Hintergrund, die Zwangsversteigerung damit zu blockieren, dass der eigene Anteil hoch belastet wird, um das geringste

Gebot so stark zu erhöhen, dass ein solches gar nicht mehr zustande kommt. Es war jedoch bereits vor der genannten BGH-Entscheidung anerkannt, dass eine solche Blockadetaktik im Ergebnis nicht erfolgreich sein darf (vgl. Storz/Kiderlen, Praxis des Zwangsvollstreckungsverfahrens, 13. Aufl. 2021, A.3.2.2 unter Ziff. 5. [S. 61] m. w. N.). Mit seiner Entscheidung hat der BGH **dieser Taktik für den Fall mehrerer Antragsteller den Boden entzogen**, da es auf den Anteil desjenigen Antragstellers ankommt, der am geringsten belastet ist.

In der genannten BGH-Entscheidung hatte eine Miteigentümerin ebenfalls – bereits während des Verfahrens – an ihrem Miteigentumsanteil eine Eigentümergrundschuld eintragen lassen. Diese Grundschuld wurde vom BGH bei der Feststellung des geringsten Gebots konsequenterweise nicht berücksichtigt, da auf den Anteil des Miteigentümers abzustellen war, der geringer – am geringsten – belastet war (NJW 2017, 1756 Rn. 25). Dies bedeutet letztlich, dass das Recht jedes Miteigentümers auf Aufhebung der Gemeinschaft höher eingestuft wird als der Deckungsgrundsatz – es kann mithin mit (finanziellen) **Risiken** verbunden sein, **den eigenen Miteigentumsanteil hoch zu belasten** (Storz/Kiderlen, A.3.2.2 unter Ziff. 5. [S. 62]), insbesondere wenn die Belastung zugunsten eines Dritten erfolgt.

Damit gilt **zusammenfassend**: Es ist bei der Teilungsversteigerung von dem antragstellenden Miteigentümer auszugehen, dessen Anteil am geringsten belastet ist, wenn die Anteile der Miteigentümer unterschiedlich hoch belastet sind und mehrere Miteigentümer den Antrag stellen. Dies ist hier – soweit ersichtlich – der M. Eine Problematik im Hinblick auf § 138 BGB aufgrund einer treuwidrigen Vereitelung der Teilungsversteigerung seitens der F kann sich daher nicht ergeben, da eine Eigentümergrundschuld unter den genannten Umständen gar nicht ins geringste Gebot fallen und damit erlöschen würde (dazu unter Ziff. 3.).

3. Weiteres Verfahren, Ausgleich

Auch im Rahmen des weiteren Verfahrens und insbesondere der Überschussverteilung bietet die Bestellung einer Eigentümergrundschuld seitens der F in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation keinen Vorteil.

a) Erlöschen der Grundschuld, Wertersatz

Rechte, die nach § 182 Abs. 1 ZVG im geringsten Gebot berücksichtigt sind, bleiben gem. § 52 Abs. 1 S. 1 ZVG bestehen; im Übrigen erlöschen die Rechte mit dem Zuschlag (§§ 52 Abs. 1 S. 2, 91 Abs. 1 ZVG). An ihre Stelle tritt grundsätzlich der Anspruch auf Wertersatz (§ 92 Abs. 1 ZVG; **Surrogationsprinzip**, vgl. Stöber/Gojowczyk, ZVG, 22. Aufl. 2018, § 52 Rn. 22).

Die Grundschuld ist jedoch ohnehin ein „auf Kapitalzahlung“ gerichtetes Recht, welches keine Anwendungsschwierigkeiten begründet und bei dem es eines Rückgriffs auf § 92 Abs. 1 ZVG nicht bedarf (Stöber/Becker, § 92 Rn. 5).

Daher würde die Grundschuld der F an ihrem Miteigentumsanteil mit dem Zuschlag erlöschen (§§ 91 Abs. 1, 52 Abs. 1 S. 2, 44 Abs. 1, 182 Abs. 1 ZVG), sofern der Anteil des M geringer belastet ist und die Eigentümergrundschuld der F daher nicht in das geringste Gebot fällt. Es bestünde lediglich ein Anspruch auf Wertersatz (jedoch nur aus dem auf den entsprechenden Bruchteil entfallenden Teil des Versteigerungserlöses, dazu unten unter Ziff. 3. lit. c).

b) Keine Relevanz des § 182 Abs. 2 ZVG

Bei der Teilungsversteigerung zu beachten ist grundsätzlich auch § 182 Abs. 2 ZVG. Hiernach soll verhindert werden, dass derjenige Miteigentümer, dessen Anteil geringer belastet ist, einen Nachteil erleidet. Um entsprechende Nachteile zu verhindern, sind dem geringsten Gebot nach dieser Vorschrift die Beträge hinzuzurechnen, um welche die Belastung des am höchsten belasteten Anteils die Belastung der übrigen Anteile übersteigt (Schneider/Becker, § 182 Rn. 14; Böttcher, § 182 Rn. 7 ff.).

Die Norm des § 182 Abs. 2 ZVG kann aber **bei mehreren Antragstellern, deren Anteile unterschiedlich hoch belastet sind**, aufgrund der genannten BGH-Entscheidung **keine Relevanz (mehr) aufweisen**, da nach der Niedrigstgebots-Lösung die höhere Belastung für das geringste Gebot keine Rolle (mehr) spielt. Dies zeigt sich schon am Wortlaut der Vorschrift des § 182 Abs. 2 ZVG. Hiernach müsste bei einem Anteil im Rahmen des geringsten Gebots ein größerer Betrag als bei einem anderen Anteil zu berücksichtigen sein. Dies kann aufgrund der genannten BGH-Rechtsprechung für die hier vorliegende Konstellation nicht (mehr) von Relevanz sein (möglicherweise a. A. Storz/Kiderlen, A.3.2.2 unter Ziff. 5. [S. 62], wo im Anschluss an die Niedrigstgebots-Lösung die Norm des § 182 Abs. 2 ZVG dargestellt wird).

Die Vorschrift kommt daher vor allem zum Zuge, wenn lediglich ein Miteigentümer den Antrag stellt und an seinem Anteil eine größere Belastung besteht als bei dem/den anderen Anteil/Anteilen (vgl. dazu Schneider/Becker, § 182 Rn. 14 ff. sowie Böttcher, § 182 Rn. 7, jew. mit Bsp.).

c) Überschussverteilung

Im Termin für die Teilungsversteigerung werden die

Verfahrenskosten festgestellt und vorweg aus dem Erlös entnommen (§§ 180 Abs. 1, 109 Abs. 1 ZVG). Der Überschuss wird dann gem. §§ 109 Abs. 2, 10 ZVG nach Rangklassen verteilt (Stöber, ZVG-Handbuch, 9. Aufl. 2010, Rn. 745).

Damit wird der Zweck der Teilungsversteigerung – die Vorbereitung der Auseinandersetzung – erreicht, da auf diesem Wege das unteilbare Grundstück in einen teilbaren Erlösüberschuss umgewandelt wird und dieser **Erlösüberschuss** für die Beteiligten **an die Stelle der bisherigen Berechtigung am Grundstück tritt** (Stöber, ZVG-Handbuch, Rn. 746; Storz/Kiderlen, E.4.1. [S. 710]: Versteigerungserlös und damit Teilungsmasse als **Surrogat** für das Grundstück). An ihm setzt sich die Gemeinschaft der bisherigen Grundstückseigentümer fort. Die durch den Zuschlag erloschenen Grundstücksrechte – damit auch eine Eigentümergrundschuld – bestehen als Vorzugsrechte an dem Versteigerungserlös fort, sie werden im Versteigerungstermin befriedigt, soweit der Erlös ausreicht (vgl. Storz/Kiderlen, E.4.1. [S. 710]; Kindl/Meller-Hannich/Stumpe/Simon, § 91 ZVG Rn. 6; Stöber, ZVG-Handbuch, Rn. 753a). Bei Eigentümergrundschulden ist ferner zu beachten, dass diese zwar von Amts wegen im Teilungsplan berücksichtigt werden, Zinsen aber gem. § 1197 Abs. 2 BGB nicht verlangt werden können (Storz/Kiderlen, E.5.2 [S. 720]; Böttcher, § 114 Rn. 23).

Da die Eigentümergrundschuld der F jedoch nur an ihrem Bruchteil des versteigerten Grundstücks lasten würde, würde ihr gegenüber auch **nur ihr eigener Anteil am Versteigerungserlös haften** (vgl. Stöber/Becker, § 92 Rn. 6; Stöber, ZVG-Handbuch, Rn. 754). Damit hätte die F nichts gewonnen, denn eine „vorrangige Befriedigung“ aus dem (gesamten) Versteigerungserlös gibt es nicht. Ihr bleibt als Miteigentümerin und Grundpfandrechtsgläubigerin nur der **auf sie als Miteigentümerin entfallende Teil des Versteigerungserlöses**, hier also der hälftige Teil. M hingegen erhält ebenfalls seinen hälftigen Anteil am Versteigerungserlös, sofern keine anderen als die im Sachverhalt geschilderten Belastungen bestehen.

4. Ergebnis

Eine Eigentümerbriefgrundschuld (nur) am eigenen Miteigentumsanteil fällt bei der Teilungsversteigerung – sofern der Anteil des ebenfalls antragstellenden Miteigentümers geringer belastet ist – weder in das geringste Gebot noch berechtigt sie zur vorrangigen Erlösverteilung. Es ist daher sogar mit gewissen finanziellen Risiken verbunden, den eigenen Miteigentumsanteil (hoch) zu belasten.

BGB § 2267

Formwirksame Errichtung eines privatschriftlichen Ehegattentestaments; Ausfüllen eines Blanketts; Nachweis des Erbrechts bei verschwundenem Original

I. Sachverhalt

Ein Ehepaar hat sich in einem gemeinsamen privatschriftlichen Testament wechselseitig zu Alleinerben und als Schlusserben – für den Längerlebenden frei abänderbar – zwei der drei Kinder eingesetzt. Das Testament sah nicht so ordentlich aus, wie gewünscht. Deshalb vereinbarten die Eheleute, dass es neu geschrieben werden sollte. Da der Ehemann beruflich und auch ehrenamtlich sehr eingespannt war, sollte die Ehefrau auf einem vom Ehemann bereits unterschriebenen Blatt Papier das Testament noch einmal niederlegen und auch selbst unterschreiben. Die Ehefrau wiederholte das niedergelegte Testament wortwörtlich in ordentlicher Fassung auf diesem Blatt Papier und unterschrieb es auch selbst.

Der Ehemann ist mittlerweile verstorben; es besteht nun Streit um die Wirksamkeit des zweiten Testaments.

Das erste Testament wurde nicht vernichtet, steht der Ehefrau aber nicht mehr zur Verfügung. In ihrer Urlaubsabwesenheit ist eines der Kinder in ihrer Wohnung gewesen; seitdem ist das erste Testament verschwunden.

II. Fragen

1. Ist das zweite Testament wirksam, obwohl der Ehemann unterschrieben hat, bevor es niederlegt wurde?

2. Falls das zweite Testament unwirksam ist: Ist das (verschwundene) erste Testament wirksam und wie kann das Erbrecht im Erbscheinsverfahren nachgewiesen werden?

III. Zur Rechtslage

1. Formwirksame Errichtung des zweiten Testaments

Der Erblasser kann ein Testament durch eine eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung errichten (§ 2247 Abs. 1 BGB). Er soll in der Erklärung angeben, zu welcher Zeit (Tag, Monat und Jahr) und an welchem Ort er sie niedergeschrieben hat (§ 2247 Abs. 2 BGB). Zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments gem. §§ 2265 ff. BGB als eigenhändiges Testament i. S. v. § 2247 BGB genügt es, wenn einer der Ehegatten das Testament in der dort vorgeschriebenen Form errichtet und der andere Ehegatte die gemeinschaftliche Erklärung eigenhändig mitunterzeichnet. Der mitunterzeichnende Ehegatte soll hierbei

angeben, zu welcher Zeit (Tag, Monat und Jahr) und an welchem Ort er seine Unterschrift beigefügt hat (§ 2267 BGB).

Im vorliegenden Fall hat die Ehefrau ausweislich des mitgeteilten Sachverhalts das zweite Testament **eigenhändig geschrieben und unterschrieben**. Fraglich ist, ob eine wirksame Unterschrift unter der gemeinsamen Erklärung durch den Ehemann vorliegt, da dieser bereits **vorab** das Testament **blanko unterzeichnet** hat.

Zu einem vergleichbaren Fall hat das OLG Hamm (NJW-RR 1993, 269) entschieden, dass die **Unterschrift des mitunterzeichnenden Ehegatten nicht vorweg blanko geleistet werden dürfe**, sondern ein gemeinschaftliches eigenhändiges Ehegattentestament nach § 2267 S. 1 BGB nur in der Weise formwirksam errichtet werden könne, dass die Unterschrift des mitunterzeichnenden Ehegatten **zeitlich nach der Niederschrift der gemeinschaftlichen letztwilligen Verfügung durch den anderen Ehegatten geleistet** wird. Diese Entscheidung ist – soweit ersichtlich – in der Kommentarliteratur allseits zustimmend aufgenommen worden (vgl. nur BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.8.2022, § 2267 Rn. 6; Zacher-Röder/Eichner, ZEV 2010, 65; BeckOGK-BGB/Braun, Std.: 1.11.2022, § 2267 Rn. 20). Die Unzulässigkeit der Mitunterzeichnung vor Erstellung des Haupttextes wird in der Literatur u. a. damit begründet, dass die Unterzeichnung eines Blankos den Schreibenden im Ergebnis ermächtigt, die letztwilligen Erklärungen durch Ausfüllen des Blanketts für den anderen Erblasser abzugeben, was zudem nicht mit dem Grundsatz der persönlichen Testamentserrichtung (§ 2064 BGB) zu vereinbaren sei (BeckOGK-BGB/Braun, § 2267 Rn. 20).

Allerdings bleibt festzuhalten, dass bei einer Testamentsurkunde, die nach ihrem **äußeren Erscheinungsbild** den Formerfordernissen des § 2267 BGB entspricht, eine tatsächliche Vermutung dafür spricht, dass die Unterschriften in der gesetzlich vorgesehenen Reihenfolge vorgenommen wurden (vgl. OLG Hamm NJW-RR 1993, 269, 270). Diese tatsächliche Vermutung ist jedoch entkräftet, wenn Tatsachen positiv festgestellt sind, aufgrund deren bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände ein anderer Geschehensablauf ernsthaft in Betracht zu ziehen ist (OLG Hamm NJW-RR 1993, 269, 270). Dies dürfte vorliegend wohl aufgrund Einräumung des Sachverhalts durch die Ehefrau in Bezug auf die erfolgte Testamentserrichtung der Fall sein.

Damit lässt sich zunächst festhalten, dass das **zweite Testament** nach herrschender Ansicht **nicht formwirksam errichtet** worden ist.

2. Wirksamkeit des ersten Testaments; Nachweis des Erbrechts im Erbscheinsverfahren

Das erste privatschriftliche Ehegattentestament wurde im vorliegenden Fall – soweit sich dies dem Sachverhalt entnehmen lässt – formwirksam errichtet; der Umstand, dass es nicht so „ordentlich“ aussah, wie von den Erblassern gewünscht, ist unerheblich, sofern die **eigenhändige Niederschrift nebst Unterschriften der beiden Ehegatten** unter der gemeinsamen Erklärung gegeben ist.

Wie sich aus dem mitgeteilten Sachverhalt ergibt, ist dieses Testament jedoch „verschwunden“ (wobei sich der mutmaßliche Sachverhalt, sollte er zutreffen, als strafbare Urkundenunterdrückung i. S. v. § 274 StGB darstellt, die auch eine Erbunwürdigkeit i. S. v. § 2339 Abs. 1 Nr. 4 BGB begründet).

Ggf. könnte ein **Erbscheinsantrag** jedoch auch **auf dieses „verschwundene“ Testament** gestützt werden (vgl. dazu allg. Goldkamp, ErbR 2022, 111). Im Erbscheinsverfahren ist zwar zum Nachweis des testamentarischen Erbrechts gem. § 352 Abs. 3 S. 1 FamFG grundsätzlich das Testament in Urschrift vorzulegen. Allerdings sieht § 352 Abs. 3 S. 2 FamFG vor, dass dann, wenn die vorzulegenden Urkunden nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu beschaffen sind, auch die Angabe anderer Beweismittel genügt.

Dem entspricht im materiellen Recht die allgemeine Rechtsansicht, dass die Wirksamkeit eines Testaments nicht dadurch berührt wird, dass die Urkunde ohne Willen und Zutun des Erblassers vernichtet worden ist oder dass sie verloren gegangen oder nicht auffindbar ist (vgl. BayObLG FamRZ 1993, 117 m. w. N.). Es besteht bei einem unauffindbaren Testament auch keine Vermutung dafür, dass der Erblasser das Testament in Widerrufsabsicht beseitigt oder vernichtet hat (OLG Saarbrücken DNotZ 1950, 68). Vielmehr kann nach allgemeiner Ansicht das Vorhandensein, die formgerechte Errichtung und der Inhalt des Testaments **mit allen zulässigen Beweismitteln nachgewiesen** werden (vgl. OLG Saarbrücken DNotZ 1950, 68; OLG Köln NJW-RR 1993, 917).

In Betracht kommt in diesem Zusammenhang auch die **Vorlage einer vorhandenen Durchschrift, Abschrift oder sonstigen Ablichtung** (vgl. BGHZ 47, 68, 74; OLG Saarbrücken DNotZ 1950, 68), einer Fotokopie (vgl. BayObLG FamRZ 1993, 117; OLG Köln, NJW-RR 1993, 970) oder die Aussagen von Zeugen oder Sachverständigen (vgl. hierzu auch Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 352 Rn. 71-73).

3. Ergebnis

Die durch die Ehefrau angefertigte „Reinschrift“ des gemeinschaftlichen Testaments ist formunwirksam, da es an einer nachträglichen, den vorhandenen Text abschließenden Unterschrift des Ehemannes fehlt. Wurde das Original des privatschriftlichen Testaments formwirksam errichtet und bleibt dieses „verschwunden“, kann das testamentarische Erbrecht der Witwe im Erbscheinsverfahren aber ggf. mit sonstigen Beweismitteln, u. a. durch Vorlage der vorhandenen „Reinschrift“, nachgewiesen 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.

WEG § 12

Rückwirkende Verwalterbestellung; Zustimmung des Verwalters zur Veräußerung einer Wohnungseigentumseinheit

Abruf-Nr.: 193990

GmbHG § 35; BGB §§ 164 ff.

Vollmacht zum Handeln für GmbH an Alleingesellschaftergeschäftsführer; gleichzeitiges Nebeneinander von organschaftlicher und rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht

Abruf-Nr.: 193175

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. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Alexander König

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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn