

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

21. Jahrgang
Dezember 2013
ISSN 1434-3460

24/2013

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GrEStG § 23; BGB §§ 130, 152 S. 1, 167, 177, 311b Abs. 1 – Steuersatzänderung; maßgebender Zeitpunkt für die Steuerberechnung bei genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäften (Handeln ohne Vertretungsmacht)

BGB §§ 181, 1629, 1795, 1822, 1909 – Schenkweise Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils auf ein minderjähriges Kind; Ergänzungspfleger; familiengerichtliche Genehmigung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 196, 1105 – Überlassungsvertrag gegen Versorgungsversprechen; Bestellung einer (Sicherungs-)Reallast; Beteiligung des Übergebers am Übererlös; Verjährung des Erlösanspruchs

WEG §§ 12, 26 Abs. 3, 24 Abs. 6; GBO § 29 – Zustimmung eines Dritten zur Veräußerung von Wohnungs- und Teileigentum; Verwalter und Beirat als Zustimmungspflichtige; analoge Anwendung des § 26 Abs. 3 WEG; grundbuchlicher Nachweis der Funktionsstellung

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GrEStG § 23; BGB §§ 130, 152 S. 1, 167, 177, 311b Abs. 1

Steuersatzänderung; maßgebender Zeitpunkt für die Steuerberechnung bei genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäften (Handeln ohne Vertretungsmacht)

I. Sachverhalt

Ein Ehepaar will eine Wohnung (Bestandsobjekt) in Berlin kaufen. Der Kaufvertrag soll Anfang Dezember vorbehaltlich Genehmigung durch den Verkäufer beurkundet werden. Der Verkäufer wird diesen Kaufvertrag voraussichtlich erst am 30.12.2013 in Berlin genehmigen. Weitere Genehmigungen sind nicht erforderlich, es ist lediglich die Erklärung des derzeitigen Mieters im Hinblick auf das Mietvorkaufsrecht nach § 577 BGB einzuholen.

In Berlin wird zum 1.1.2014 die Grunderwerbsteuer von 5 % auf 6 % erhöht.

II. Fragen

1. Kommt der Käufer noch in den Genuss der günstigen Grunderwerbsteuer, wenn der Verkäufer am 30.12.2013 genehmigt, die Genehmigungserklärung jedoch erst im Januar den Beteiligten bzw. dem beurkundenden Notar zugeht?

2. Ändert sich etwas, wenn der Verkäufer die Genehmigung dem beurkundenden Notar per Telefax/Scan noch am 30.12.2013 zur Kenntnis bringt? Können die Käufer wirksam auf den (formgerechten) Zugang der Genehmigungserklärung in der Kaufvertragsurkunde verzichten?

III. Zur Rechtslage

Nach § 3 Abs. 1 des Gesetzes über die Festsetzung der Hebesätze für die Realsteuern für die Kalenderjahre 2007 bis 2011 und des Steuersatzes für die Grunderwerbsteuer i. d. F. v. 14.11.2013 (GVBl. 2013, S. 583) wird der **Steuersatz für die Grunderwerbsteuer** für Rechtsvorgänge, die sich auf im Land **Berlin** belegene Grundstücke beziehen, auf **6 %** festgesetzt. Nach § 3 Abs. 2 ist der Steuersatz auf **Rechtsvorgänge** anzuwenden, **die ab dem 1.1.2014 verwirklicht werden.**

1. Verwirklichung des Erwerbsvorgangs (allgemein)

§ 3 Abs. 2 des oben genannten Gesetzes dient ebenso wie § 23 GrEStG der Abgrenzung, welchem zeitlichem Geltungsbereich ein grunderwerbsteuerbarer Vorgang zuzuordnen ist. **Abgrenzungskriterium** ist dafür nicht der Zeitpunkt der Entstehung der Steuer – bei einem genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäft entsteht sie gem. § 14 Nr. 2 GrEStG erst mit der Genehmigung –, sondern der Zeitpunkt der **Verwirklichung des Erwerbsvorgangs.**

Nach ständiger Rechtsprechung des BFH ist ein grunderwerbsteuerlicher Erwerbsvorgang verwirklicht, **wenn das auf einen Erwerbsvorgang abzielende Wollen in**

rechtsgeschäftliche Erklärungen umgesetzt worden ist, wenn also die Vertragspartner im Verhältnis zueinander gebunden sind, und zwar **unabhängig davon, ob** dieser verwirklichte **Rechtsvorgang** bereits die **Entstehung der Steuer auslöst** (vgl. nur BFH BStBl. II 2006, S. 137 = ZfIR 2006, 377; BFH NJW 1987, 464). Eine solche Bindung tritt grundsätzlich auch bei einem Rechtsgeschäft ein, das die Verpflichtung zur Übereignung eines Grundstücks vom Eintritt eines ungewissen künftigen Ereignisses abhängig macht (aufschiebend bedingtes Rechtsgeschäft), soweit nicht eine Potestativbedingung vorliegt (Boruttau/Viskorf, GrEStG, 17. Aufl. 2011, § 23 Rn. 29; Hofmann, GrEStG, 9. Aufl. 2010, § 23 Rn. 3) oder es sich um ein bedingungsfeindliches Rechtsgeschäft handelt (Boruttau/Viskorf, § 23 Rn. 30). Keine Auswirkung auf den Zeitpunkt der Verwirklichung des Grunderwerbsteuerlichen Tatbestands haben dagegen der Zeitpunkt des Übergangs von Nutzen und Lasten, der Zahlung des Kaufpreises und der Eintragung im Grundbuch.

2. Verwirklichung des Erwerbsvorgangs bei genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäften

Die erwähnten Grundsätze gelten an sich auch für genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäfte, sofern die Parteien **durch den Vertragsschluss bereits gebunden** sind und sich nicht mehr ohne Weiteres einseitig vom Vertrag lossagen können. Dies ist der Fall, wenn die Genehmigung nicht die Willenserklärung eines Vertragsteils betrifft, sondern sich lediglich die Rechtswirkungen des Vertrags bis zum Eintritt der Bedingung oder der Erteilung der Genehmigung in der Schwebe befinden. Gemeint ist z. B. die Genehmigung

- des Grundstückseigentümers (Erbbaupflichteten) bei der Veräußerung des Erbbaurechts durch den Erbbauberechtigten (§§ 5, 6 Erbbaurechtsgesetz);
- der anderen Wohnungseigentümer oder eines Dritten (z. B. des Hausverwalters) bei der Veräußerung einer Eigentumswohnung oder Teileigentums (§ 12 WEG);
- bei der Veräußerung von land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken (§ 2 Grundstücksverkehrsgesetz);
- des Bundeskartellamts aus Wettbewerbsgründen

(so OFD Rheinland v. 16.8.2011, BeckVerw 252385; inhaltsgleich: OFD Münster v. 16.8.2011, S 4430 28 ST 24-35).

An einer **Bindung** in diesem Sinne **fehlt** es hingegen, wenn die **Genehmigung überhaupt erst die Wirksamkeit einer abgegebenen Willenserklärung herbeiführt** (BFH ZEV 1999, 366; Boruttau/Viskorf, § 23 Rn. 32 ff.; Hofmann, § 23 Rn. 4), wie z. B. die **familien- oder betreuungsgerichtliche Genehmigung**. Denn nach § 1829 BGB wird die erteilte Genehmigung gegenüber dem Vertragspartner erst wirksam, wenn der Vormund/Betreuer ihm diese mitteilt; bis zur Mitteilung ist der Vormund/Betreuer noch nicht gebunden. Der BFH sieht einen Erwerbsvorgang, der der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, selbst dann nicht vor deren Erteilung verwirklicht, wenn die Vertragsbeteiligten den beurkundenden Notar beauftragen und ermächtigen, die Genehmigung für den Vormund entgegenzunehmen und den anderen Vertragsbeteiligten mitzuteilen sowie zugleich diese Mitteilung für die anderen Vertragsbeteiligten zu empfangen (sog. Doppelvollmacht, zur Zulässigkeit BayObLGZ 1989, 242, 247; MünchKommBGB/Wagenitz, 6. Aufl. 2012, § 1828 Rn. 28). Auch die Bevollmächtigung des Notars, die Genehmigung den anderen Vertragsbeteiligten mitzuteilen, sei nämlich jeder-

zeit widerruflich (vgl. BFH BStBl. II 2000, S. 318 = Mitt-RhNotK 2000, 264).

Entsprechend beurteilt der BFH den **Vertragsschluss durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht**. Der Erwerbsvorgang ist hier erst dann i. S. d. § 23 GrEStG verwirklicht, wenn die Genehmigung wirksam geworden ist (BFH/NV 2001, 642; vgl. auch OFD Rheinland BeckVerw 252385). Die **zivilrechtliche Rückwirkung** der Genehmigung (§ 184 BGB) bleibt **grunderwerbsteuerrechtlich unberücksichtigt** (BFH BStBl. II 2000, S. 318; Hofmann, § 23 Rn. 4), denn es gilt der allgemeine Grundsatz, dass eine Verkehrssteuer, die an einen einzelnen Rechtsvorgang anknüpft, nicht rückwirkend entstehen kann (BFH BStBl. 1982 II, S. 168 = DStR 1982, 150; BFH BStBl. II 2000, S. 318).

3. Wirksamwerden der Genehmigung

Der Erwerbsvorgang ist vorliegend also erst dann verwirklicht, wenn die Genehmigung wirksam geworden ist. Dies setzt nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich deren **Zugang** beim anderen Vertragsteil bzw. bei dem von ihm bevollmächtigten Notar voraus.

a) Formgerechter Zugang erforderlich?

Nach teilweise vertretener Ansicht soll der Zugang gem. § 152 S. 1 BGB entbehrlich sein, wenn die Genehmigungserklärung beurkundet wird (so OLG Karlsruhe DNotZ 1990, 368, 369). Die überwiegende Meinung verlangt jedoch, dass die **öffentlich beglaubigte Genehmigungserklärung** im Original oder in Ausfertigung beim Erklärungsempfänger **zugehen muss** (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3551; Tiedtke, BB 1989, 924). Damit wäre die Übermittlung als Telefax oder PDF-Scan per E-Mail nicht ausreichend.

b) Verzicht auf den Zugang der formgerechten Erklärung

Allerdings dürfte es u. E. **möglich** sein, dass der bei der Beurkundung handelnde **Käufer auf den formgerechten Zugang** der Genehmigungserklärung **verzichtet**. Dieser Verzicht sollte ausdrücklich in der Kaufvertragsurkunde niedergelegt und wohl auch konkretisiert werden (z. B. „entsprechende Anwendung von § 152 S. 1 BGB“). Ob man einen konkludenten Verzicht wie beim Zugang der Ausfertigung des Angebots annehmen kann (vgl. BGH DNotZ 1996, 967, 969), erscheint eher zweifelhaft. Jedenfalls im **Individualvertrag** dürfte wohl auch ein gänzlicher Verzicht auf den Zugang denkbar sein. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen i. S. v. § 305 Abs. 1 BGB sowie im Verbrauchervertrag i. S. v. § 310 Abs. 3 BGB könnte dem Verzicht jedoch § 308 Nr. 6 BGB entgegenstehen (str., so LG Koblenz DNotZ 1988, 496 m. abl. Ann. Kanzleiter; für AGB-rechtliche Zulässigkeit dagegen Schöner/Stöber, Rn. 3552). Wird der Verzicht auf den formgerechten Zugang aber durch den Erwerbsinteressenten (Verbraucher) i. S. v. § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB in den Vertrag eingeführt, bestehen u. E. keine Bedenken.

c) Exkurs: Vertragsschluss kraft mündlich erteilter Vollmacht

Schließlich wäre es vorstellbar, dass der Verkäufer den Käufer mündlich zum Abschluss des Kaufvertrags bevollmächtigt und die Vollmachtsbestätigung in der Form des § 29 GBO nachgereicht wird. Grundsätzlich kann eine Vollmacht zum Abschluss eines Grundstückskaufvertrags mündlich erteilt werden. Anderes dürfte jedoch gelten,

wenn der Verkäufer des Grundstücks den Erwerber unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB bevollmächtigt, den Grundstückskaufvertrag zugleich im Namen des Verkäufers abzuschließen, und mit einem sehr zeitnahen Vertragsschluss zu rechnen ist, sodass die grundsätzlich gegebene Widerrufsmöglichkeit faktisch leerläuft (vgl. Boruttau/Viskorf, § 23 Rn. 26). Unter diesen Umständen dürfte nämlich die **Vollmacht ihrerseits nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB beurkundungspflichtig** sein (MünchKommBGB/Schramm, 6. Aufl. 2012, § 167 Rn. 19; MünchKommBGB/Kanzleiter, 6. Aufl. 2012, § 311b Rn. 46; Staudinger/Schilken, BGB, Neubearb. 2009, § 167 Rn. 22; vgl. OLG Schleswig DNotZ 2000, 775; BayObLG DNotZ 1997, 312 m. Anm. Wufka; offener Staudinger/Schumacher, Neubearb. 2011, § 311b Abs. 1 Rn. 137).

BGB §§ 181, 1629, 1795, 1822, 1909 Schenkweise Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils auf ein minderjähriges Kind; Ergänzungspfleger; familiengerichtliche Genehmigung

I. Sachverhalt

Eltern möchten mit ihren drei Kindern eine GmbH gründen. Die Geschäftsanteile der Kinder sollen kein Stimmrecht gewähren, Nachschusspflichten sollen nicht vereinbart werden. Eines der Kinder ist noch minderjährig.

Es ist geplant, dass zunächst die Eltern mit ihren zwei volljährigen Kindern die Gesellschaft gründen. Im zweiten Schritt wollen die Eltern Geschäftsanteile, die sie zuvor selbst übernommen haben, schenkweise auf das minderjährige Kind übertragen.

II. Fragen

1. Ist die schenkweise Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils lediglich rechtlich vorteilhaft, sodass die Eltern ihr minderjähriges Kind wirksam vertreten können?

2. Bedarf der Abschluss des Schenkungsvertrags der Genehmigung des Familiengerichts?

III. Zur Rechtslage

1. Vertretungsausschluss?

Sofern den Eltern die elterliche Sorge gemeinsam zusteht (vgl. § 1626 Abs. 1 BGB), vertreten sie ihr minderjähriges Kind gemeinschaftlich (§ 1629 Abs. 1 S. 2 BGB). Vorliegend könnten die Eltern jedoch von einer Vertretung des Kindes ausgeschlossen sein mit der Folge, dass ein Ergänzungspfleger gem. § 1909 BGB zu bestellen wäre. In Betracht kommt ein Vertretungsausschluss gem. §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 i. V. m. § 181 BGB. Hiernach ist der gesetzliche Vertreter bei einem In-sich-Geschäft sowie dann an der Vertretung gehindert, wenn ein Rechtsgeschäft zwischen seinem Ehegatten, seinem Lebenspartner oder einem seiner Verwandten in gerader Linie einerseits und dem Mündel andererseits abgeschlossen werden soll.

Die Vertretung ist jedoch nicht ausgeschlossen, wenn der Minderjährige durch das Geschäft des gesetzlichen Vertreters **lediglich einen rechtlichen Vorteil** erlangt; unter diesen Umständen fehle eine Interessenkollision und damit die von § 181 BGB vorausgesetzte Schutzbedürftigkeit

(vgl. nur BGH NJW 1975, 1885; NJW 1989, 2542, 2543; Staudinger/Schilken, BGB, Neubearb. 2009, § 181 Rn. 32 m. w. N.). Die nahezu einhellige Meinung spricht sich folglich für eine **teleologische Reduktion des § 181 BGB** aus.

2. Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils lediglich rechtlich vorteilhaft?

Vorliegend kommt es somit maßgeblich darauf an, ob der Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils für einen Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Teilweise bejaht die Literatur dies für die schenkweise Übertragung eines voll eingezahlten Geschäftsanteils auf einen Minderjährigen; die von der Gegenansicht angeführten Haftungsgefahren (dazu sogleich) seien nämlich keine unmittelbare Folge des Anteilerwerbs, sondern setzten das Hinzutreten weiterer Umstände voraus (so etwa Staudinger/Knothe, Neubearb. 2011, § 107 Rn. 29 m. w. N.).

Nach überwiegender Auffassung in der Literatur steht allerdings die **potentielle Ausfall- bzw. Solidarhaftung des Erwerbers gem. §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG**, die sich jederzeit aktualisieren kann, der rechtlichen Vorteilhaftigkeit des Erwerbs entgegen (Bürger, RNotZ 2006, 156, 162; Binz/Sorg, BB 1989, 1521, 1524; Ivo, in: Fachanwaltshandbuch Handels- und Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2010, Teil 2, 11. Kap. Rn. 61; Maier-Reimer/Marx, NJW 2005, 3025, 3026; MünchKommGmbHG/Mayer, 2010, § 2 Rn. 87).

Da die Frage bisher noch nicht höchstrichterlich entschieden ist und eine eng verstandene Unmittelbarkeit der potentiellen rechtlichen Nachteile nicht in der Tendenz der aktuellen Rechtsprechung liegt (vgl. BGH DNotI-Report 2010, 213 = DNotZ 2011, 346 zum – nicht lediglich rechtlich vorteilhaften – Erwerb einer Eigentumswohnung durch einen Minderjährigen), **empfiehlt sich u. E. die Bestellung eines Ergänzungspflegers**. Dies gilt auch dann, wenn der Geschäftsanteil voll einbezahlt ist, kein Stimmrecht gewährt und keine Nachschusspflichten vermittelt.

3. Genehmigungsbedürftigkeit

Unabhängig vom Erfordernis einer Pflegerbestellung ist zu klären, ob der Erwerb einer familiengerichtlichen Genehmigung bedarf. Vorliegend kommt ein Genehmigungserfordernis nach § 1643 Abs. 1 i. V. m. § 1822 Nr. 3 Var. 1 (entgeltlicher Erwerb eines Erwerbsgeschäfts) bzw. § 1822 Nr. 10 BGB (Übernahme einer fremden Verbindlichkeit) in Betracht.

Von maßgeblicher Bedeutung ist insoweit die Entscheidung des **BGH vom 20.2.1989** (DNotZ 1990, 303). Nach Ansicht des II. Zivilsenats ist die unentgeltliche Anteilsübertragung **nicht nach § 1822 Nr. 3 BGB genehmigungspflichtig**, da es zum einen an der Entgeltlichkeit des Erwerbs fehlt und die Übertragung im Übrigen gegenüber der Beteiligung an der Gesellschaftsgründung wesentlich weniger gefährlich ist.

§ 1822 Nr. 10 BGB sei **nur** dann einschlägig, **wenn tatsächlich eine Verbindlichkeit** (aus Unterbilanzhaftung, wegen rückständiger Leistungen des Veräußerers, Ausfallhaftung gem. § 24 GmbHG) **besteht**. Die nur theoretische Möglichkeit, dass eine solche Haftung in der Zukunft zum Tragen kommt, reicht dagegen nach Ansicht des BGH nicht aus (vgl. auch Staudinger/Veit, Neubearb. 2014, § 1822 Rn. 183 f.; MünchKommBGB/Wagenitz, 6. Aufl. 2012, § 1822 Rn. 14; Bürger, RNotZ 2006, 156, 164; krit. zur konkreten Betrachtungsweise des BGH aber Mutter,

in: Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 2. Aufl. 2009, G 4 Anm. 1; Rust, DStR 2005, 1942, 1948).

4. Ergebnis

Im Ergebnis dürfte es sich vorliegend empfehlen, auf die **Mitwirkung eines Ergänzungspflegers** hinzuwirken. Einer familiengerichtlichen Genehmigung der schenkweisen Anteilsübertragung bedarf es u. E. hingegen nicht.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.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 Faxabruf-Gutachten.

BGB §§ 27, 26, 29, 32, 33, 68, 70

Bestellung von Vorstandsmitgliedern eines eingetragenen Vereins; Verstoß gegen Satzungsregelungen zur Vorstandsfähigkeit; faktischer Vorstand; Einberufung der Mitgliederversammlung durch unwirksam bestellten, aber eingetragenen Vorstand; dringender Fall als Voraussetzung der Notvorstandsbestellung; Notvorstand und Vorstandsfähigkeit; ausführender Beschluss

Abruf-Nr.:

BGB §§ 138, 242, 456, 462

Ausübung eines Wiederkaufsrechts nach knapp 100 Jahren

Abruf-Nr.:

EGBGB Art. 25

Portugal: gesetzliche Erbfolge bei gegenständlich beschränkter Zugewinnsgemeinschaft deutschen Rechts

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 196, 1105

Überlassungsvertrag gegen Versorgungsversprechen; Bestellung einer (Sicherungs-)Reallast; Beteiligung des Übergebers am Übererlös; Verjährung des Erlösanspruchs

1. Ein Vertrag, in dem gegen Übergabe von Grundbesitz die persönliche Versorgung des Übergebers durch den Übernehmer zugesagt und die Bestellung einer Reallast vereinbart wird, soll nach dem Interesse der Parteien regelmäßig schuldrechtliche Versorgungsansprüche begründen, die durch die Reallast dinglich gesichert werden (Sicherungsreallast).

2. Ein in einem solchen Vertrag enthaltener Anspruch auf Teilauskehrung des erzielten Erlöses, der dem Übergeber neben den Versorgungsleistungen zusteht, sofern der Übernehmer den Grundbesitz ganz oder teilweise

weiterveräußert, unterliegt der zehnjährigen Verjährungsfrist des § 196 BGB.

BGH, Urt. v. 8.11.2013 – V ZR 95/12

Abruf-Nr.: **11107R**

Problem

Mit notarieller Urkunde vom 12.9.1994 übergaben der Beklagte und seine damals mit ihm in Gütergemeinschaft lebende, inzwischen geschiedene Ehefrau an ihren Sohn, den jetzigen Kläger, ein landwirtschaftliches Anwesen. Unter der Überschrift „Gegenleistungen“ sieht der Vertrag Leistungen des Klägers an die Übergeber, die Übernahme von Schulden und Leistungen an die Geschwister des Klägers vor. Die Leistungen an die Übergeber sind als Leibbedingede bezeichnet und umfassen u. a. ein Wohnungsrecht sowie monatliche Zahlungen. Zusätzlich ist der Übernehmer bei einem Verkauf des Anwesens zu Lebzeiten der Übergeber verpflichtet, ¼ des bereinigten Verkaufserlöses an diese zu zahlen, sofern der Erlös nicht unverzüglich zur Beschaffung landwirtschaftlicher Ersatzgrundstücke, zur Errichtung einer neuen oder zur Verbesserung der alten Hofstelle durch Baumaßnahmen verwendet wird. Auch diese Zahlungspflicht sollte Inhalt der bestellten Reallast sein. Zudem unterwarf sich der Kläger der sofortigen Zwangsvollstreckung.

Am 5.5.2000 veräußerte der Kläger ein zu dem übergebenen Anwesen gehörendes Grundstück zu einem bereinigten Kaufpreis von ca. 129.000 € wovon der Beklagte spätestens im Jahr 2006 Kenntnis erlangte. Letzterer betrieb die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde. Dagegen wandte sich der Kläger mit der Vollstreckungsgegenklage. Mit der Hilfswiderklage begehrte der Beklagte zunächst Zahlung von gut 34.000 € nebst Zinsen an sich und seine geschiedene Ehefrau zur gesamten Hand. Der Kläger berief sich auf Verjährung.

Das Landgericht gab der Vollstreckungsgegenklage statt und wies die Hilfswiderklage ab. Das OLG wies die Berufung des Beklagten zurück. Zwar könne jener die Forderung auch ohne Mitwirkung seiner Ehefrau geltend machen, da es sich bei der Hilfswiderklage um eine Erhaltungsmaßnahme handele. Allerdings sei der Zahlungsanspruch mittlerweile verjährt. Es gelte nämlich nicht die zehnjährige Verjährungsfrist des § 196 BGB, sondern die regelmäßige Verjährungsfrist nach §§ 195, 199 BGB, die bereits abgelaufen sei. Mit der hinsichtlich der Widerklage zugelassenen Revision verfolgte der Beklagte den geltend gemachten Zahlungsanspruch weiter.

Entscheidung

Der V. Zivilsenat des BGH hob das Berufungsurteil auf und verwies die Sache mangels Entscheidungsreife an das Berufungsgericht zurück. Das OLG sei zwar ungeachtet der Zugehörigkeit der geltend gemachten Forderung zum Gesamtgut der geschiedenen Eheleute (§ 1472 Abs. 1 BGB) zutreffend davon ausgegangen, dass der Beklagte die Hilfswiderklage ohne Mitwirkung seiner geschiedenen Ehefrau erheben dürfe. Denn **wegen der drohenden Verjährung** stelle sich die **Klageerhebung als notwendige Maßregel i. S. v. § 1472 Abs. 3 Hs. 2 BGB** dar, die jeder Ehegatte allein treffen könne.

Zu Unrecht aber wende das Berufungsgericht auf die Verjährungsfrist die §§ 195, 199 BGB an. **Maßgeblich** sei vorliegend nicht die regelmäßige, sondern die in **§ 196 BGB** normierte zehnjährige Verjährungsfrist.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts stelle nur die Reallast eine **Gegenleistung für die Grundstücksübergabe i. S. v. § 196 BGB** dar, während der aufschiebend bedingte Zahlungsanspruch zu den aus der Reallast folgenden, nach §§ 195, 199 BGB verjährenden Einzelansprüchen zähle. Zwar könnten einmalige Leistungen grundsätzlich nicht durch eine Reallast gesichert werden (vgl. den Wortlaut von § 1105 Abs. 1 S. 1 BGB). Nach überwiegender Auffassung solle dies jedoch ausnahmsweise möglich sein, wenn sie als Nebenleistungen im Zusammenhang wiederkehrender Leistungen vereinbart würden. So sei eine im Rahmen eines Leibbedings vereinbarte Verpflichtung zur teilweisen Erlösauskehr bei einer Veräußerung von Teilen des landwirtschaftlichen Anwesens vom BayObLG als zulässiger Inhalt einer Reallast angesehen worden (DNotZ 1970, 415). Nach Auffassung des Berufungsgerichts sei Gegenleistung für die Übergabe des Grundbesitzes i. S. v. § 196 BGB in Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH zur Verjährung von Erbbauzinsen nur die Bestellung der Reallast als solche, während die aus der Reallast fließenden Einzelansprüche in der Regelverjährungsfrist des § 195 BGB verjährten. Es sei aber unerheblich, dass es sich beim geltend gemachten Anspruch nicht um eine regelmäßig wiederkehrende Leistung handele, weil die Leistungspflichten in ihrer Gesamtheit wiederkehrend seien. Auch sei der Verkaufserlös nicht auf schuldrechtlicher Grundlage geschuldet und durch die Reallast lediglich abgesichert. Vielmehr wurde der vereinbarte Zahlungsanspruch ausdrücklich zum Inhalt der bestellten Reallast gemacht.

Aus Sicht des BGH ist für die maßgebliche Verjährungsfrist indes **nicht entscheidend, ob der aufschiebend bedingte Zahlungsanspruch tatsächlich Inhalt einer Reallast sein kann** oder die vertragliche Regelung im Widerspruch zu § 1105 Abs. 1 S. 1 BGB steht. Denn das Berufungsgericht habe den Vertrag rechtsfehlerhaft dahingehend ausgelegt, dass die einzelnen Leistungen nicht schuldrechtlich, sondern nur dinglich aufgrund der Reallast geschuldet seien. Zwar könne die Auslegung einer Individualabrede vom Revisionsgericht nur eingeschränkt überprüft werden, doch habe das Berufungsgericht bei der Verneinung schuldrechtlicher Zahlungspflichten die für die Auslegung maßgebliche Interessenlage der Parteien übersehen, was einen auch vom Revisionsgericht zu beanstandenden Auslegungsfehler darstelle. Der Vertrag solle nämlich insgesamt die **persönliche Versorgung der Übergeber durch den Übernehmer** gewährleisten; dies sei **allein durch eine entsprechende schuldrechtliche Vereinbarung zu erreichen**, weil der dingliche Anspruch gem. § 1105 Abs. 1 S. 1 BGB wegen der einzelnen Leistungen der Reallast nur zur Zwangsvollstreckung in das Grundstück berechtige (§ 1107 i. V. m. § 1147 BGB) und eine persönliche Haftung aufgrund der Reallast nur für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks eintrete (§ 1108 Abs. 1 BGB). Sage der Übernehmer die persönliche Versorgung des Übergebers zu und werde eine Reallast bestellt, sollten durch den Überlassungsvertrag nach der Interessenlage regelmäßig **schuldrechtliche Versorgungsansprüche** begründet werden, die lediglich durch die Reallast dinglich gesichert würden (**Sicherungsreallast**).

Jedenfalls der schuldrechtliche Zahlungsanspruch sei demnach wirksam vereinbart, möge auch seine Einbeziehung in die Reallast unwirksam sein. Die **dingliche Sicherungsspiele für die Anwendung des § 196 BGB keine Rolle. Maßgeblich** sei insoweit nur, dass die wechselseitigen Ansprüche in einem **Gegenseitigkeitsverhältnis** stünden; § 196 BGB solle nämlich verhindern, dass wechselseitige

zuzügliche Ansprüche unterschiedlichen Verjährungsfristen unterlägen. Daran gemessen sei der Zahlungsanspruch vorliegend als Anspruch auf die Gegenleistung i. S. v. § 196 BGB anzusehen. Soweit es sich bei den verschiedenen Leistungszusagen um wiederkehrende Einzelleistungen handele, sei in der Tat denkbar, dass nicht die jeweils geschuldete Einzelleistung die Gegenleistung i. S. v. § 196 BGB darstelle, sondern dass die Übergabe des Anwesens im Synallagma (nur) zum Stammrecht stehe. Unabhängig davon richte sich die Verjährung der regelmäßig wiederkehrenden Einzelansprüche bereits deshalb nach § 195 BGB, weil solche Leistungen nach dem Willen des Gesetzgebers stets der dreijährigen Verjährungsfrist unterlägen (vgl. BGH DNotZ 2010, 292, 293 Tz. 11 zu Erbbauzinsen).

Etwas anderes gelte aber für den vorliegend fraglichen **Zahlungsanspruch**, der einen **eigenständigen Teil der Gegenleistung i. S. v. § 196 BGB** bilde. Dieser stehe zwar in einem inneren Zusammenhang mit den übrigen Zusagen; er diene jedoch nicht der laufenden Versorgung der Übergeber, sondern primär dazu, das Wertgefüge der gegenseitigen Leistungen abzusichern. Für die Wechselbezüglichkeit spreche zudem, dass er (u. a.) dem Erhalt der übergebenen Landwirtschaft dienen solle, indem Veräußerungen für den Übernehmer grundsätzlich finanziell unattraktiver würden. Anders als die laufenden Versorgungsleistungen sei der Zahlungsanspruch auch nicht wiederkehrend geschuldet.

Die zehnjährige Verjährungsfrist sei vorliegend noch nicht abgelaufen. Sie beginne gem. § 200 S. 1 BGB mit der Entstehung des Anspruchs, also mit Bedingungseintritt. Aufgrund der Übergangsregelung in Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 1 EGBGB hat die mit der Schuldrechtsreform eingeführte zehnjährige Verjährungsfrist deshalb frühestens am 1.1.2002 zu laufen begonnen und hätte frühestens am 31.12.2011 geendet. Durch die am 19.7.2011 erhobene Hilfswiderklage wurde die Verjährung gem. § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB wirksam unterbrochen.

WEG §§ 12, 26 Abs. 3, 24 Abs. 6; GBO § 29 Zustimmung eines Dritten zur Veräußerung von Wohnungs- und Teileigentum; Verwalter und Beirat als Zustimmungspflichtige; analoge Anwendung des § 26 Abs. 3 WEG; grundbuchlicher Nachweis der Funktionsstellung

1. Bedarf die Übertragung von Wohnungseigentum der Zustimmung eines Verwaltungsbeirates, ist nicht nur die Zustimmung in öffentlich beglaubigter Form nachzuweisen, sondern auch, dass derjenige, der die Zustimmung erteilt, die entsprechende Rechtsstellung tatsächlich einnimmt.

2. Dabei ist es gerechtfertigt, die Regelung des § 26 Abs. 3 WEG auf den Beirat zu übertragen, wenn dessen Bestellung aufgrund der Besonderheiten der Gemeinschaft im Grundbuchverfahren nachgewiesen werden muss.

OLG Hamm, Beschl. v. 13.3.2013 – 15 W 311/12
Abruf-Nr.: **11108R**

Problem

§ 26 Abs. 3 WEG enthält für den Grundbuchverkehr eine **Nachweiserleichterung** betreffend den WEG-Verwalter:

Die Vorlage einer Niederschrift über den Bestellungsbeschluss, bei der die Unterschriften der in § 24 Abs. 6 S. 2 WEG bezeichneten Personen öffentlich beglaubigt sind, ist als grundbuchlicher Nachweis dafür ausreichend, dass der Bestellungsbeschluss gefasst wurde. Nach seinem Wortlaut bezieht sich § 26 Abs. 3 WEG allerdings nur auf den Nachweis der **Verwaltereigenschaft**. Seit Inkrafttreten der WEG-Novelle 2007 ordnet zudem § 12 Abs. 4 S. 5 WEG für die Aufhebung einer Veräußerungsbeschränkung explizit eine entsprechende Anwendung des § 26 Abs. 3 WEG an. Darüber hinaus stellt sich seit jeher die **Frage, ob § 26 Abs. 3 WEG** in anderen Fällen **analog anwendbar** ist, in denen dem Grundbuchamt ein Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung nachzuweisen ist (vgl. jüngst in Bezug auf Ermächtigungsbeschlüsse nach § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG: Gutachten DNotI-Report 2013, 177).

Das **OLG Hamm** befasst sich in seiner Entscheidung vom 13.3.2013 mit der analogen Anwendung des § 26 Abs. 3 WEG auf den Nachweis der **Bestellung eines Verwaltungsbeirats** (§ 29 Abs. 1 WEG). Im zugrunde liegenden Fall waren eine Wohnungs- und eine Teileigentumseinheit verkauft und aufgelassen worden. Die beiden Raumeinheiten gehörten zu unterschiedlichen Wohnungseigentümergeinschaften. Während zur Veräußerung der Teileigentumseinheit nur die Zustimmung des Verwalters gem. § 12 Abs. 1 WEG erforderlich war, bedurfte es zur Veräußerung der Wohnungseigentumseinheit neben der Zustimmung des Verwalters auch der Zustimmung des Verwaltungsbeirats. Mit dem Antrag auf Eigentumsumschreibung legte der Notar dem Grundbuchamt lediglich die Zustimmung der „H2 GmbH“ als Verwalterin der beiden Raumeinheiten, einen Auszug aus dem Versammlungsprotokoll und unterschiftsbeglaubigte Zustimmungserklärungen von Frau W und Herrn C vor.

Der Rechtspfleger beim Grundbuchamt verweigerte die Eintragung der Eigentumsumschreibung, weil der Nachweis der Verwalterbestellung noch in der Form des § 26 Abs. 3 WEG zu erbringen sei. Zudem verlangte er ein ergänztes Versammlungsprotokoll, aus dem sich ergebe, in welcher Eigenschaft die Unterzeichner W und C gehandelt hätten.

Entscheidung

Das OLG Hamm stellt in der Entscheidung zunächst noch einmal klar, dass die Veräußerung der Wohnungs- und Teileigentumseinheit vorliegend jeweils der Zustimmung eines Dritten gem. § 12 Abs. 1 WEG bedurft hat, und zwar der Zustimmung des Verwalters bzgl. der Teileigentumseinheit und – atypischerweise – der Zustimmung des Verwalters und des Beirats bzgl. der Wohnungseigentumseinheit. Was gelte, wenn bei dieser Ausgangslage kein Beirat bestellt sei, könne dahinstehen, weil die Beteiligten im vorliegenden Fall die Notwendigkeit einer solchen Zustimmung eingeräumt hätten.

Knüpfe die Zustimmungsmacht – wie die des Verwaltungsbeirats – an eine nicht aus dem Grundbuch ersichtliche Rechtsstellung an, so sei nicht nur die Zustimmung selbst **in öffentlich beglaubigter Form nachzuweisen**, sondern auch, dass derjenige, der die Zustimmung erteilt habe, die **erforderliche Rechtsstellung tatsächlich einnehme**. Dies sei für den Verwalter völlig unbestritten (vgl. jurisPK-BGB/Lafontaine, 6. Aufl. 2012, Std.: 28.6.2013, § 12 WEG Rn. 79 m. w. N.). Warum **für den Verwaltungsbeirat** in diesem Zusammenhang etwas anderes gelten solle, sei nicht

ersichtlich. Zwar sei nach allgemeinen Regeln der erforderliche Nachweis nur durch einen beurkundeten Bestellungsbeschluss zu führen. Mit Blick auf die Nachweiserleichterung des § 26 Abs. 3 WEG teilt das OLG Hamm jedoch die Auffassung des Grundbuchamts, „*wonach es angesichts des aus § 26 Abs. 3 WEG sprechenden Bemühens des Gesetzgebers, der Eigentümergemeinschaft die Zuziehung eines Notars zu den Versammlungen der Gemeinschaft zu ersparen, gerechtfertigt [sei], diese Regelung auf den Beirat zu übertragen, wenn dessen Bestellung aufgrund der Besonderheiten der Gemeinschaft im Grundbuchverfahren nachgewiesen werden*“ müsse. Eine generelle Aussage, wie sie jüngst in der Literatur *F. Schmidt* formuliert hat (ZMR 2013, 501, 509: § 26 Abs. 3 WEG erfasse spätestens seit der WEG-Novelle in analoger Anwendung „Beschlüsse jeden Inhalts“), trifft das OLG Hamm zwar nicht, **erteilt** aber einem **Analogieverbot** für den Nachweis der Stellung als Verwaltungsbeirat eine **eindeutige Absage** (vgl. zum Meinungsstand und zum Fehlen einer höchstrichterlichen Entscheidung: Gutachten DNotI-Report 2013, 177, 179 ff.).

Abschließend geht das OLG Hamm noch auf die Forderung des Grundbuchamts ein, es sei ein **gesonderter Nachweis** erforderlich, **welche Person** der auf dem Protokoll der Eigentümerversammlung unterzeichneten Personen **welche Funktion i. S. d. § 24 Abs. 6 S. 2 WEG** eingenommen habe. Im Ergebnis hält das Gericht einen derartigen Nachweis für **entbehrlich**. Denn sollte durch Nachreichung des weiteren Protokolls der Nachweis über die Beiratsmitgliedschaft von W und C zu führen sein, stehe zugleich fest, dass das Protokoll von dem Versammlungsleiter, einem Verwaltungsbeirat und einem Miteigentümer unterschrieben worden sei. Einer Zuordnung, wer in welcher Eigenschaft unterschrieben habe, bedürfe es dann nicht (s. näher zum Unterschreiben in Doppelfunktion: Demharter, ZWE 2012, 75, 76 f.; Heggen, RNotZ 2010, 455; F. Schmidt, ZMR 2013, 501, 506 ff.).

Literaturhinweise

Veranstaltungen

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. Sebastian Herrler

Redaktion: Dr. Simon Blath

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg