

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5; BGB §§ 488, 780 f. – Abstraktes Schuldanerkenntnis; Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung; „Entlassung“ aus der Haftung; Notwendigkeit der Änderung der Vollstreckungsklausel

BGB §§ 2351, 2310, 2325, 516, 517 – Pflichtteilsrechtliche Auswirkungen der Aufhebung eines Erbverzichts

Gutachten im Abrufdienst

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5; BGB §§ 488, 780 f. Abstraktes Schuldanerkenntnis; Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung; „Entlassung“ aus der Haftung; Notwendigkeit der Änderung der Vollstreckungsklausel

I. Sachverhalt

Zwei Eheleute sind Miteigentümer eines Grundstücks zu je $\frac{1}{2}$. Zur Finanzierung des Kaufpreises haben sie eine Grundschuld bestellt. In die Urkunde wurde ein abstraktes Schuldanerkenntnis aufgenommen, wonach sich beide wegen des Anerkenntnisses der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen.

Die Eheleute haben sich getrennt und die Ehefrau hat den Grundbesitz nebst Grundschuld übernommen. Die finanzierte Bank, zu deren Gunsten die Grundschuld bestellt worden war, hat den Ehemann aus der persönlichen Haftung entlassen.

Rechtsprechung

BeurkG § 17 Abs. 1 u. 2 – Reichweite notarieller Belehrungspflichten im Hinblick auf verdecktes Geschäft

BGB §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 – Übertragung eines Kommanditanteils; Zustimmung aller Mitgesellschafter; Vertretungsverbote beim Zustimmungsbeschluss; Eltern als gesetzliche Vertreter eines minderjährigen Kommanditisten

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Der Ehemann verlangt nun eine entsprechende Änderung der Vollstreckungsklausel. Die Bank lehnt dies als unüblich ab. Ihre Erklärung sei zur Absicherung des Ehemanns ausreichend. Durch die Änderung der Vollstreckungsklausel würden nur unnötige Kosten entstehen.

II. Fragen

1. Kann sich der Ehemann tatsächlich darauf verlassen, dass er wegen der persönlichen Haftung aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis nicht mehr in Anspruch genommen wird, wenn die Vollstreckungsklausel nicht eingeschränkt wird?
2. Müsste er die Erklärung der Bank bis zur Löschung der Grundschuld aufbewahren?
3. Besteht die Gefahr, dass die Bank die Grundschuld mit dem abstrakten Schuldanerkenntnis und der Unterwerfungserklärung an eine andere Bank abtritt und der Ehemann von dort in Anspruch genommen werden kann?
4. Sollte der Ehemann auf einer Änderung bestehen?

III. Zur Rechtslage

1. Rechtsnatur der „Entlassung“ aus der persönlichen Haftung

Einleitend soll zunächst die Rechtsnatur der „Entlassung“ aus der persönlichen Haftung geklärt werden.

Mit dem Schlagwort „persönliche Haftung“ umschreibt man im Kontext des Immobilienvertrags die Haftung des Käufers gegenüber seiner finanziierenden Bank (1) aus dem **Darlehensvertrag** selbst sowie (2) aus dem **abstrakten Schuldnerkenntnis** gem. §§ 780 f. BGB. Das abstrakte Schuldnerkenntnis wird dabei in der Regel in die Grundschuldbestellungsurkunde mit aufgenommen. Es dient der Bank neben der Grundschuld (sog. „dingliche Haftung“) als zusätzliche Sicherheit, indem es ihr den Zugriff auf das sonstige Vermögen des Käufers ermöglicht. Üblicherweise wird die Verpflichtung aus dem abstrakten Schuldnerkenntnis tituliert, indem sich der Käufer gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft (vgl. BeckOGK-BGB/Rebhan, Std.: 15.5.2018, § 1191 Rn. 69 ff.).

Mit der „Entlassung“ aus der persönlichen Haftung bringt die finanziierende Bank u. E. ihren Willen zum Ausdruck, in Zukunft gegen den zu entlassenden Schuldner (hier: Ehemann) dauerhaft weder aus dem Darlehensvertrag noch aus dem abstrakten Schuldnerkenntnis vorzugehen. Darin kann man zwar noch keinen einseitigen Verzicht auf die Forderungen aus dem Darlehensvertrag und dem abstrakten Schuldnerkenntnis sehen, denn das deutsche Recht kennt die Möglichkeit eines einseitigen Verzichts auf eine Forderung nicht (BeckOGK-BGB/Paffenholz, Std.: 15.11.2018, § 397 Rn. 21). Wohl aber dürfte diese Erklärung materiellrechtlich als Angebot auf Abschluss eines – formfrei möglichen – **Erlassvertrags (§ 397 Abs. 1 BGB)** zu verstehen sein. Dieses Angebot kann der Ehemann (auch Konkurrent) annehmen; der Zugang der Annahmeerklärung des Schuldners ist nach §§ 397 Abs. 1, 151 BGB regelmäßig entbehrlich (MünchKommBGB/Schlüter, 8. Aufl. 2019, § 397 Rn. 3). Ein Verständnis der „Entlassung“ aus der persönlichen Haftung als bloßes Stillhalteabkommen (*pactum de non petendo*), wonach der Gläubiger sich verpflichtet, eine Forderung zeitweise nicht mehr geltend zu machen, ohne dass dadurch die Forderung erlischt, scheidet u. E. aus. Dagegen spricht vor allem der Wortlaut der Erklärung, der auf die Absicht einer dauerhaften Gestaltung der Rechtslage zwischen den Parteien hindeutet („Entlassung“).

Die Wirkung des Erlasses beschränkt sich vorliegend auf das Verhältnis des Ehemanns zur Bank. Eine „Gesamtwirkung“ derart, dass der Erlass auch für die weitere Gesamtschuldnerin (= die Ehefrau) wirkte, tritt nicht ein, da nicht das ganze Schuldverhältnis aufgehoben

werden soll (vgl. § 423 BGB).

2. Änderung der Vollstreckungsklausel notwendig?

Fraglich ist nun, ob der dergestalt aus der Haftung „entlassene“ Schuldner auf eine Änderung der Vollstreckungsklausel bzgl. der Haftung aus dem abstrakten Schuldnerkenntnis hinwirken sollte (bzgl. der Haftung aus dem Darlehensvertrag stellt sich diese Frage nicht, da die Bank diesen Anspruch in der Regel nicht titulieren lässt).

Rechtstechnisch lässt sich eine solche Beschränkung dadurch herbeiführen, dass die Bank die vollstreckbare Ausfertigung an den Ehemann herausgibt und Antrag auf Erteilung einer neuen vollstreckbaren Ausfertigung stellt, die sich auf die Ehefrau beschränkt. Denn nach dem im Klauserverfahren geltenden Antragsprinzip steht es dem Vollstreckungsgläubiger frei, seinen Antrag auf einen beliebigen Teil des Anspruchs im prozessualen Sinn, bei einem Titel gegen Gesamtschuldner auch auf einen oder einzelne der Schuldner, zu beschränken (Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 4. Aufl. 2019, 35.3). Um eine „weitere vollstreckbare Ausfertigung“ i. S. d. § 733 ZPO, deren Erteilung an die dort genannten Voraussetzungen geknüpft ist, handelt es sich dabei nicht, da § 733 ZPO seinem Telos nach – Schutz vor Mehrfachvollstreckung – nicht greift, wenn die erste Ausfertigung zurückgegeben wurde (Wolfsteiner, 41.14). Dabei genügt die Rückgabe an den Schuldner (BGH NJW 1955, 1556).

Freilich müsste in Fällen, in denen sich – wie auch vorliegend – der Vollstreckungsgläubiger weigert, eine Beschränkung der Klausel herbeizuführen, auf Seiten des entlassenen Gesamtschuldners ein **Anspruch auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung** bestehen. Nur durch Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung wird der Vollstreckungsgläubiger gezwungen, eine neue vollstreckbare Ausfertigung zu beantragen, die er zur Vermeidung einer erneuten Herausgabepflicht sinniger- und zulässigerweise (s. o.) auf den verbleibenden Gesamtschuldner beschränkt. Ein Anspruch auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung besteht nach gefestigter BGH-Rechtsprechung und der überwiegenden Auffassung in der Literatur **analog § 371 S. 1 BGB**, wenn die titulierte Schuld erloschen ist oder von Anfang an nicht bestanden hat und auch sonst – auch nicht wegen der Kosten – aus dem Titel nicht mehr vollstreckt werden kann (vgl. BGH DNotZ 1995, 139, 140; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 767 Rn. 14 m. w. N.). Eine entsprechende Klage ist aber ohne vorhergehende oder gleichzeitige Vollstreckungsabwehrklage gem. § 767 Abs. 1 ZPO nur dann zulässig, wenn der Gläubiger die Herausgabe verweigert, obwohl das Erlöschen des titulierten Anspruchs unstreitig ist.

(BGH NJW-RR 2014, 195 Tz. 19). Diese Voraussetzung mag man hier noch annehmen, da die Bank selbst behauptet, wegen der Entlassung sei der Ehemann vor künftiger Geltendmachung sicher; insoweit kann das Erlöschen der titulierten Forderung infolge des Erlassvertrags (s. o.) als unstreitig gelten. Gleichzeitig weigert sich die Bank, eine Änderung hinsichtlich der vollstreckbaren Ausfertigung herbeizuführen. Völlig **ungeklärt** ist jedoch die Frage, **ob ein Anspruch auf Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung eines Gesamtschuldners** analog § 371 S. 1 BGB besteht, **wenn die titulierte Schuld nur ihm gegenüber erloschen ist und** – wie auch vorliegend – **nur eine gemeinsame vollstreckbare Ausfertigung erteilt wurde**. Dagegen spricht u. E., dass der Vollstreckungsgläubiger die vollstreckbare Ausfertigung noch zur Vollstreckung gegen den anderen Gesamtschuldner benötigt.

Letztlich mag die Frage offenbleiben. Beim entlassenen Gesamtschuldner dürfte kaum ein Bedürfnis bestehen, sich derart gegen künftige Zwangsvollstreckungsmaßnahmen der Bank abzusichern. Denn zum einen kann er, sollte die Bank gegen ihn vorgehen, der Zwangsvollstreckung im Wege der **Vollstreckungsgegenklage** (§ 767 Abs. 1 ZPO) den materiellen Einwand des Erlasses (§ 397 Abs. 1 BGB) entgegenhalten (vgl. BeckOK-ZPO/Preuß, Std.: 1.3.2019, § 767 Rn. 18), sodass mit Vorlage des obsiegenden Urteils die **Zwangsvollstreckung einzustellen wäre, § 775 Nr. 1 ZPO**. Das gilt auch für den Fall, dass die Bank abtritt und der Zessionar aus dem auf ihn umgeschriebenen (§ 727 Abs. 1 ZPO) Titel vollstreckt; materielle Einwendungen gegen die Forderung, die zur Zeit der Abtretung bereits begründet waren, können dem Zessionar nämlich entgegengehalten (§ 404 BGB) und deshalb auch zur Begründung einer gegen den Zessionar gerichteten Vollstreckungsabwehrklage herangezogen werden.

Zum anderen lässt sich in der „Entlassungserklärung“ der Bank eine vom Vollstreckungsgläubiger ausgestellte **Privaturkunde i. S. d. § 775 Nr. 4 ZPO** sehen, aus der sich ergibt, dass der Vollstreckungsgläubiger nach Titulierung „befriedigt wurde“. Dass hierunter auch der Erlass zu verstehen ist, ist einhellig anerkannt (Münch-KommZPO/Schmidt/Brinkmann, 5. Aufl. 2016, § 775 Rn. 19 m. w. N.). Der Ehemann wäre demnach nicht einmal darauf verwiesen, bei Vollstreckung durch die Bank Vollstreckungsabwehrklage zu erheben, sondern könnte die Einstellung der Zwangsvollstreckung (durch die Bank oder ihren Rechtsnachfolger) unmittelbar durch Vorlage der (Original-)Erklärung der Bank bewirken, aus der sich der Erlass ergibt.

Freilich ist zuzugestehen, dass die Maßnahmen nach § 775 ZPO weniger hergeben als die Herausgabe der

vollstreckbaren Ausfertigung, denn die Bank kann ohne die vollstreckbare Ausfertigung von vornherein nicht vollstrecken. Da andererseits aber ebenso unsicher ist, ob der Ehemann die Herausgabe der vollstreckbaren Ausfertigung von der Bank notfalls analog § 371 BGB erzwingen kann, halten wir es für ausreichend, dass sich der Ehemann im Falle der Zwangsvollstreckung der Bank oder ihres Rechtsnachfolgers gegen diese erfolgreich wehren kann. Dafür sollte die **Entlassungserklärung** der Bank – die wahlweise als Beweismittel für den materiellen Einwand des Erlasses im Rahmen einer Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO benötigt wird oder als Privaturkunde des Vollstreckungsgläubigers im Zusammenhang mit § 775 Nr. 4 ZPO – **aufbewahrt** werden.

Die Gefahr, dass die Bank den Anspruch aus dem abstrakten Schuldversprechen materiell-rechtlich wirksam abtritt, besteht nach dem Erlassvertrag nicht mehr, da der gutgläubige Erwerb einer titulierten, aber erloschenen Forderung nicht möglich ist (vgl. *arg. e contrario* aus § 405 BGB). Würde die Vollstreckungsklausel jedoch nach § 727 ZPO umgeschrieben, so müsste der Schuldner ggf. Vollstreckungsklage gegen den Zessionar erheben.

BGB §§ 2351, 2310, 2325, 516, 517

Pflichtteilsrechtliche Auswirkungen der Aufhebung eines Erbverzichts

I. Sachverhalt

Ehegatten haben gegenseitig auf den Erb- und Pflichtteil verzichtet. Weitere erbrechtliche Regelungen sind bisher nicht getroffen worden. Der Ehemann möchte nun ein Testament errichten und darin seinen Sohn (einziges Kind) erben. Der Pflichtteil des Kindes soll möglichst gering ausfallen.

II. Fragen

Wenn die Ehegatten den Erbverzicht – unter Beibehaltung des Pflichtteilsverzichts – aufheben, führt dies zur Verringerung des Pflichtteils des Sohnes? Falls ja: Kann der Sohn wegen der Aufhebung des Erbverzichts Pflichtteilergänzungsansprüche geltend machen?

III. Zur Rechtslage

1. § 2310 S. 2 BGB gilt nicht für Pflichtteilsverzicht
Heben die Eheleute den zwischen ihnen vereinbarten Erbverzicht nach § 2351 BGB auf, so bleibt nach ihrem ausdrücklichen Willen der zwischen ihnen außerdem vereinbarte reine Pflichtteilsverzicht (§ 2346 Abs. 2 BGB) bestehen. **Für** diesen fortbestehenden **reinen**

Pflichtteilsverzicht gilt aber nach fast einhelliger Meinung die **pflichtteilserhöhende Wirkung des § 2310 S. 2 BGB** hinsichtlich des Erbverzichts **nicht**. Dies hat insbesondere der BGH einmal – wenn auch ohne weitere Begründung – angenommen (NJW 1982, 2497) und entspricht fast allgemeiner Meinung in der Literatur (s. etwa BeckOK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.2.2019, § 2310 Rn. 9 f.; Staudinger/Schotten, BGB, 2016, § 2346 Rn. 77; BeckOGK-BGB/Szalai, Std.: 1.5.2019, § 2310 Rn. 16; Burandt/Rojahn/Horn, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 2310 BGB Rn. 17; a. A. vor allem Staudinger/Otte, 2015, § 2310 Rn. 21). Für die h. M. spricht bereits der Wortlaut des § 2310 S. 2 BGB, da ein reiner Pflichtteilsverzicht nicht zu dem von § 2310 S. 2 BGB verlangten Ausschluss von der gesetzlichen Erbfolge führt. Ferner dient die Regelung des § 2310 S. 2 BGB der logischen Umsetzung der in § 2346 Abs. 1 S. 2 BGB angeordneten Vorversterbensfiktion, die nur bei einem Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht eingreift. Insgesamt kann man daher u. E. zum gegenwärtigen Zeitpunkt davon ausgehen, dass der fortbestehende reine Pflichtteilsverzicht nicht unter § 2310 S. 2 BGB fällt. Folglich führt umgekehrt die **Aufhebung des Erbverzichts zu einer Verringerung des Pflichtteils des Sohns**, freilich nur dann, wenn die Ehefrau ihren Ehemann überlebt. Dann fiebt aber der bisher wegen des Erbverzichts gem. § 2310 S. 2 BGB geltende Ausschluss der Ehefrau bei der Feststellung der Pflichtteilsberechtigten weg. Sind die Eheleute im gesetzlichen Güterstand verheiratet, so würde folglich der Pflichtteilsanspruch des Sohns beim Überleben der Ehefrau $\frac{1}{4}$ betragen (vgl. §§ 1924 Abs. 1, 1931 Abs. 1 u. 3, 1371 Abs. 1, 2303 Abs. 1 S. 2 BGB).

2. Pflichtteilsergänzungsanspruch wegen Aufhebung des Pflichtteilsverzichts?

Fraglich ist weiter, ob der Sohn wegen der Aufhebung des Erbverzichts nach § 2351 BGB **Pflichtteilsergänzungsansprüche** gem. §§ 2325 ff. BGB geltend machen kann, weil insoweit eine Schenkung des Ehemanns an die Ehefrau vorläge. Diese Frage hat der **BGH** einmal **allgemein verneint** (NJW 1980, 2307, 2308): Die Aufhebung des Erbverzichts sei, auch bei Unentgeltlichkeit, keine Zuwendung aus dem Vermögen des Erblassers i. S. v. § 516 BGB und damit keine Schenkung i. S. d. §§ 516, 2287 BGB. Sie könne daher auch keine Ansprüche aus § 2287 BGB auslösen. Im Rahmen des Pflichtteilsergänzungsanspruchs nach §§ 2325 ff. BGB wird man dies nicht anders beurteilen können, da auch § 2325 Abs. 1 BGB notwendig eine Schenkung des Erblassers i. S. d. §§ 516, 517 BGB voraussetzt (s. nur Palandt/Weidlich, BGB, 78. Aufl. 2019, § 2325 Rn. 7).

Richtigerweise wird man allerdings das **Kausalgeschäft** zur Aufhebung des Erbverzichts in die Betrachtung einbeziehen müssen. **Unproblematisch** gilt die genannte

Entscheidung des BGH (NJW 1980, 2307, 2308) nur für die **unentgeltliche Aufhebung eines unentgeltlichen Erbverzichts** (s. nur Staudinger/Schotten, § 2346 Rn. 195; Kanzleiter, DNotZ 2009, 86; Weidlich, NotBZ 2009, 149, 158).

Komplizierter stellen sich die Dinge bei der **unentgeltlichen Aufhebung eines entgeltlichen Erbverzichts** dar. Wurde für den Verzicht eine Abfindung geleistet, so kann im Verzicht auf das Rückforderungsrecht bzgl. der Abfindung (Rückforderungsanspruch aus §§ 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1, 313 BGB o. Ä.) eine Schenkung liegen (s. wiederum Staudinger/Schotten, § 2346 Rn. 195; Keim, NotBZ 1999, 1, 7; Kanzleiter, DNotZ 2009, 86, 91). Der Sachverhalt bietet indes keinen Anhaltspunkt dafür, dass anlässlich des ursprünglichen gegenseitigen Erb- und Pflichtteilsverzichts weitere Geldleistungen geflossen sind. Das „Entgelt“ für den Erbverzicht des einen Ehegatten bestand im Erbverzicht des anderen Ehegatten. Insoweit ist im Ergebnis allgemein anerkannt, dass der ursprüngliche Erb- und Pflichtteilsverzicht wegen § 517 BGB auch ohne ihm gegenüberstehende Geldleistungen keine Schenkung darstellt. Streitig ist nur, ob es sich um einen unterlassenen Vermögenserwerb i. S. v. § 517 Var. 1 BGB handelt (dafür BeckOGK-BGB/Harke, Std.: 1.4.2018, § 517 Rn. 8) oder ob der Erb- und Pflichtteilsverzicht in erweiternder Auslegung von § 517 Var. 3 BGB erfasst wird (dafür etwa MünchKommBGB/Koch, 7. Aufl. 2016, § 517 Rn. 5; Staudinger/Chiusi, 2013, § 517 Rn. 8). Ist aber der ursprünglich erklärte Erb- und Pflichtteilsverzicht wegen § 517 BGB keine Schenkung, so wird man entsprechend auch in der Aufhebung des Erbverzichts keine Schenkung sehen können. Dies hat jedenfalls dann zu gelten, wenn – wie hier – nicht zugleich auf ein Rückforderungsrecht hinsichtlich geleisteter Geldabfindungen verzichtet wird.

Im Ergebnis gehen wir daher davon aus, dass der Sohn **mangels einer Schenkung** i. S. d. §§ 516, 517 BGB aufgrund der Aufhebung des Erbverzichts **keine Pflichtteilsergänzungsansprüche nach den §§ 2325 ff. BGB** geltend machen kann.

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruft-Gutachten.

**GmbH § 30; InsO §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135, 133, 134
Bestellung einer Sicherheit durch eine Gesellschaft für Kaufpreisforderung des Gesellschafters gegen den Erwerber von dessen Geschäftsanteilen; Leveraged-Buy-Out bei der GmbH & Co. KG**
Abruf-Nr.: 169122

**EuGüVO Artt. 22, 25, 23
Indonesien: Spaltung des Güterstands**
Abruf-Nr.: 168707

(Bestätigung BGH, Urteil vom 19. Januar 1989 – IX ZR 83/88, NJW-RR 1989, 766, 767).

BGH, Urt. v. 4.4.2019 – III ZR 338/17

Problem

Der unternehmerisch tätige Verkäufer beauftragte den beklagten Zentralnotar mit dem Entwurf für das Kaufangebot eines Verbrauchers bzgl. einer sanierten Eigentumswohnung. Der Entwurf enthielt eine sog. unbefristete Fortgeltungsklausel: Nach Ablauf einer kurzen Mindestbindungsfrist sollte das Angebot bis zu einem etwaigen Widerruf durch den Anbietenden fortgelten.

Nach Abgabe des Angebots durch den Verbraucher und Ablauf der Mindestbindungsfrist beurkundete der Zentralnotar die Annahmeerklärung des Verkäufers. Der Käufer hatte zuvor mit der Verkäuferin außerhalb der notariellen Urkunde eine Eigenprovisionsvereinbarung getroffen, wonach ihm aus dem zu beurkundenden Kaufpreis eine Eigenprovision zustehen sollte. Von der verdeckten Provisionsabrede hatte der Notar keine Kenntnis.

Nach vollständigem Vollzug des Kaufvertrags wurde der Verkäufer im Rahmen eines Zivilverfahrens zwischen ihm und dem Käufer – dem der beklagte Notar als Streithelfer aufseiten des Verkäufers beitrat – zur Rückabwicklung des Vertrags verurteilt. Der BGH bestätigte dies im Revisionsverfahren (MittBayNot 2016, 394 = NJW-RR 2017, 114): Das notariell beurkundete Angebot des Käufers sei nichtig gem. § 117 Abs. 1 BGB gewesen, das gleichzeitig abgegebene und – abgesehen von Kaufpreis und Eigenprovisionsabrede – inhaltsidentische verdeckte Kaufangebot mangels Beurkundung nichtig gem. § 125 BGB. Ein weiteres Wirksamkeitshindernis für den Kaufvertrag ergebe sich daraus, dass das (Schein-)Angebot bei der Annahmeerklärung bereits erloschen gewesen sei, weil es sich bei der unbefristeten Fortgeltungsklausel um eine Allgemeine Geschäftsbedingung gehandelt habe und diese den Käufer gem. § 308 Nr. 1 BGB unangemessen benachteilige. Demzufolge habe es im Zeitpunkt der Beurkundung der Annahme an einem wirksamen Angebot gefehlt. Mangels vertraglicher Einigung sei auch durch die Eigentumsumschreibung im Grundbuch keine Heilung eingetreten.

Der Verkäufer warf dem Notar vor diesem Hintergrund vor, dass dieser die Unwirksamkeit des Kaufangebots wegen Verstoßes gegen § 308 Nr. 1 BGB hätte erkennen und ihn hierüber hätte aufklären müssen. Der Notar habe den durch die erzwungene Rückabwicklung entstandenen Schaden beim Verkäufer verursacht.

Rechtsprechung

**BeurkG § 17 Abs. 1 u. 2
Reichweite notarieller Belehrungspflichten im Hinblick auf verdecktes Geschäft**

a) Die notariellen Belehrungspflichten gemäß § 17 Abs. 1 und 2 BeurkG beschränken sich grundsätzlich auf das konkret zu beurkundende Geschäft. Ein – für die Schadenszurechnung erforderlicher – innerer Zusammenhang einer durch die Verletzung dieser Pflichten geschaffenen Gefahrenlage kann daher nur mit einem Schaden bestehen, der im Bereich des beurkundeten Geschäfts entstanden ist. Die notariellen Belehrungspflichten beziehen sich dagegen nicht auf ein verdecktes Geschäft, das nicht Gegenstand der Beurkundung ist, das der Notar nicht kennt und das für ihn auch nicht erkennbar ist. Ein Schaden, der in dem Bereich eines solchen Geschäfts entsteht, fällt daher nicht in den Schutzbereich der verletzten Belehrungspflichten (Anschluss und Fortführung von BGH, Urteil vom 6. Oktober 2011 – III ZR 34/11, NJW-RR 2012, 300 Rn. 17).

b) Die Interventionswirkung nach § 74 Abs. 3, § 68 ZPO gilt grundsätzlich nur zulasten des Streitverkündeten und nicht zulasten der unterstützten Hauptpartei. Sie ist jedoch nicht teilbar und kann dem Streitverkündeten nicht lediglich hinsichtlich ihm ungünstiger Umstände unter Weglassung günstiger Teile entgegengehalten werden

Entscheidung

Nach Ansicht des BGH steht dem Verkäufer gegen den Notar **kein Amtshaftungsanspruch aus § 19 BNotO** zu.

Der BGH **bejaht** einen **fahrlässigen Verstoß** des Notars **gegen** die ihm obliegende **Hinweis- und Belehrungspflicht** nach § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG, § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO. Der Notar habe die Verkäuferin vor der Beurkundung ihrer Annahmeerklärung im Rahmen seiner Amtspflichten darauf hinweisen müssen, dass das Angebot des Käufers infolge der Unwirksamkeit der unbefristeten Fortgeltungsklausel bereits erloschen gewesen sein könnte (vgl. dazu bereits BGH DNotZ 2016, 711 Tz. 12 ff. = DNotI-Report 2016, 36). Die **Fortgeltungsklausel** sei ungeachtet der Widerrufsmöglichkeit des Käufers wegen des nicht begrenzten Zeitraums, in dem die Verkäuferin das Angebot noch hätte annehmen können, nach § 308 Nr. 1 BGB **unwirksam** (vgl. bereits BGH DNotZ 2013, 923 Tz. 21 ff. = DNotI-Report 2013, 116).

Eine Amtspflichtverletzung lasse sich auch nicht mit dem Argument verneinen, dass zugleich ein nichtiges Scheingeschäft (§ 117 BGB) vorgelegen habe.

Eine Amtshaftung des Notars nach § 19 BNotO sei vorliegend aber gleichwohl ausgeschlossen, weil der beim Verkäufer eingetretene **Schaden nicht in den Schutzbereich der verletzten Amtspflichten** falle.

Eine Haftung des Notars für kausal verursachte Schäden komme nur in Betracht, wenn ihm die Schäden bei wertender Betrachtung auch zugerechnet werden könnten. Ersatz könne nur für solche Schadensfolgen verlangt werden, die innerhalb des Schutzbereichs der verletzten Norm liegen.

Zur Herstellung des haftungsrechtlich erforderlichen inneren Zusammenhangs zwischen einer vom Notar (pflichtwidrig) geschaffenen Gefahrenlage und einem Schaden sei es für sich genommen jedoch nicht ausreichend, dass die Gefahrenlage im Allgemeinen geeignet sei, den eingetretenen Schaden herbeizuführen. Erforderlich sei darüber hinaus vielmehr stets, dass der Schaden in den Bereich der Gefahren falle, um derentwillen die verletzte Rechtsnorm erlassen worden sei.

Die notarielle Belehrungspflicht gem. § 17 Abs. 1 u. 2 BeurkG beschränke sich dabei grundsätzlich auf das konkret zu beurkundende Geschäft (vgl. BGH NJW-RR 2012, 300 Tz. 17). Ein innerer Zusammenhang einer durch Verletzung dieser Pflichten geschaffenen Gefahrenlage könne daher **nur mit einem Schaden bestehen, der im Bereich des beurkundeten Geschäfts**

entstanden sei. Die **notarielle Belehrungspflicht beziehe sich dagegen nicht auf ein verdecktes Geschäft**, das nicht Gegenstand der Beurkundung sei, das der Notar nicht kenne und das für ihn auch nicht erkennbar sei. Ein Schaden, der im Bereich eines solchen verdeckten Geschäfts entstehe, weise daher keinen inneren Zusammenhang mit der Verletzung der Belehrungspflicht gem. § 17 Abs. 1 u. 2 BeurkG auf, die dem Notar im Zusammenhang mit einem beurkundeten Geschäft unterlaufen sei.

Aus diesem Grund falle auch der vorliegend geltend gemachte Schaden des Verkäufers nicht in den Schutzbereich der verletzten Belehrungspflicht. Denn dieser sei gerade nicht im Bereich des beurkundeten Kaufvertrags (bzw. der hierauf bezogenen Annahmeerklärung), sondern im Bereich eines verdeckten Kaufvertrags entstanden, den der Beklagte weder gekannt habe noch habe kennen müssen. Die das verdeckte Geschäft betreffende (unheilbare) Unwirksamkeit sei keine Folge, die in den Bereich der Gefahren falle, um derentwillen der Beklagte zur Belehrung gem. § 17 Abs. 1 u. 2 BeurkG hinsichtlich des beurkundeten Geschäfts verpflichtet gewesen sei. Zwischen dem durch sie entstandenen Schaden und der Pflichtverletzung des Beklagten bestehe daher kein innerer Zusammenhang.

Etwas anderes ergebe sich entgegen der Auffassung der Klägerin auch nicht aus der gesetzlichen Wertung, einen formnichtigen Immobilienkaufvertrag durch Auflassung und Eintragung zu heilen (§ 311b Abs. 1 S. 2 BGB). Denn die Belehrungspflicht beziehe sich grundsätzlich nur auf das zu beurkundende Geschäft und jedenfalls nicht auf ein verdecktes Geschäft, das der Notar nicht kenne und das für ihn nicht erkennbar sei. An die Feststellungen des zivilrechtlichen Vorverfahrens über die Eigenprovisionsabrede und ihre Beurteilung sei die Klägerin aufgrund der **Interventionswirkung** des Vorprozesses, in dem der beklagte Notar ihr als Streithelfer beigetreten sei, gebunden. Die von Amts wegen zu berücksichtigende Interventionswirkung nach §§ 74 Abs. 3, 68 ZPO erstrecke sich dabei nicht nur auf die im Tenor der Entscheidung ausgesprochenen Rechtsfolgen, sondern auch auf die Richtigkeit der Entscheidung und damit die Feststellung und rechtliche Beurteilung der Tatsachen einschließlich der präjudiziellen Rechtsverhältnisse.

BGB §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1

Übertragung eines Kommanditanteils; Zustimmung aller Mitgesellschafter; Vertretungsverbote beim Zustimmungsbeschluss; Eltern als gesetzliche Vertreter eines minderjährigen Kommanditisten

Ist zur Übertragung eines Kommanditanteils die Zustimmung aller Gesellschafter der Kommanditgesellschaft erforderlich, sind die Eltern eines minderjährigen Kommanditisten an der Abgabe einer entsprechenden Erklärung im Rahmen ihrer gesetzlichen Vertretungsmacht gehindert, wenn noch weitere ihrer Kinder an der Gesellschaft beteiligt sind. In diesem Fall bedarf es der Zustimmung eines gerichtlich bestellten Ergänzungspflegers.

OLG Oldenburg, Beschl. v. 18.3.2019 – 12 W 9/19

Problem

Die Kommanditistin einer GmbH & Co. KG übertrug ihren Kommanditanteil auf ihren minderjährigen Enkel Z, der dabei durch einen gerichtlich bestellten Ergänzungspfleger vertreten wurde. Die antragstellende Komplementär-GmbH beantragte im eigenen Namen und aufgrund der ihr von den Kommanditisten erteilten Registervollmachten, den Gesellschafterwechsel ins Handelsregister einzutragen. Das Registergericht forderte im Wege der Zwischenverfügung, dass ein Ergänzungspfleger für den ebenfalls minderjährigen Kommanditisten W die Zustimmung zum Beitritt des Z erkläre. Die Eltern des W seien nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB an dessen Vertretung gehindert, da auch dessen volljähriger Bruder V an der Gesellschaft beteiligt sei. Hiergegen erhob die antragstellende Komplementär-GmbH Beschwerde.

Entscheidung

Das OLG bestätigt die Ansicht des Registergerichts und weist die Beschwerde zurück. Die der GmbH erteilte **Registervollmacht ermächtige diese nur zur Anmeldung als solcher**, nicht aber zur Erklärung nötiger Zustimmungen. Die Anmeldung setze bereits eine wirksame Änderung der eintragungspflichtigen Verhältnisse voraus. Zur dinglichen **Übertragung eines Gesellschaftsanteils** sei in der Personengesellschaft die **Zustimmung aller Mitgesellschafter erforderlich**, wenn die Übertragung nicht bereits im Gesellschaftsvertrag gestattet sei (statt aller BGH NJW 1981, 2747 = DNotZ 1982, 490). Denn der hier durch die Anteilsübertragung abzuändernde Kreis der Vertragspartner gehöre zum Kern der Vertragsbeziehung.

Im vorliegenden Fall seien die Vertretungsverbote des **§ 1795 BGB und § 181 BGB anwendbar**. Durch die Anteilsübertragung werde der **Gesellschaftsvertrag selbst abgeändert**, sodass sich die Parteien wie bei einem Austauschvertrag als Geschäftsgegner gegenüberstünden. Es gehe also nicht lediglich um einen Beschluss über laufende Angelegenheiten der Geschäftsführung der Gesellschaft. Bei letzteren Beschlüssen sind die Vertretungsverbote nach im Ergebnis anerkannter

Auffassung nicht anzuwenden, da dort typischerweise kein Interessenkonflikt wegen widerstreitender persönlicher Interessen besteht (vgl. BGH NJW 1976, 49). Deren Verhinderung ist aber der Sinn der gesetzlichen Vertretungsverbote (Überblick zum Problemkreis: Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 181 Rn 23 ff.; Palandt/Ellenberger, BGB, 78. Aufl. 2019, § 181 Rn 11 f.).

Da die Beteiligten der Vertragsänderung alle Gesellschafter waren, galt das Vertretungsverbot nach Ansicht des OLG Oldenburg auch im Hinblick auf den volljährigen Bruder V des Z. Die **Eltern sind mit V in gerader Linie verwandt**, sodass sie nach §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB an der Vertretung ihres weiteren Kindes W gehindert waren.

Über die Beanstandung des Registergerichts hinaus hätte es aus Sicht des OLG nahegelegen, die wirksame, bisher ausstehende **Zustimmung aller Mitgesellschafter nachzufordern**, nicht nur diejenige des Kommanditisten W. Weil nur letztere Gegenstand der Zwischenverfügung des Registergerichts war, beschränkt sich darauf jedoch die bindende Entscheidungsbefugnis des OLG (dazu OLG Frankfurt, Beschl. v. 27.2.2014 – 20 W 548/11, Tz. 18 [juris]).

Literaturhinweise

F. Aiwanger, Alte Lieder auf neuen Instrumenten: Die europäischen Güterrechtsverordnungen und das Erbrecht, ErbR 2019, 202

H. Berchtold, Die Heilung gem. § 311b Abs. 1 S. 2 BGB, BWNotZ 2019, 4

O. Elzer, Vereinbarungen zum betreuten Wohnen, ZNotP 2019, 110

S. Freier, Löschung der GmbH aus dem Handelsregister ohne Einhaltung eines Sperrjahres, NotBZ 2019, 121

S. Kögel, Der amtsunfähige GmbH-Geschäftsführer – wie groß ist das Risiko für den Rechtsverkehr?, GmbHR 2019, 384

D. Kollmeyer, Vorausvermächtnisse für Vorerben und „gegenständliche Beschränkung“ der Nacherben, ZEV 2019, 125

M. Frhr. v. Proff zu Irnich, Das passende Erwerbsverhältnis – Überlegungen zum Immobilienerwerb durch Eheleute und nichteheliche Lebensgemeinschaften, notar 2019, 35

Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

J. Püls/C. Gerlach, Die eIDAS-VO – ein Update zu elektronischen Signaturen, NotBZ 2019, 81

G. Ring/L. Olsen-Ring, Das Gesetz zum Internationalen Güterrecht und zur Änderung von Vorschriften des Internationalen Privatrechts, NotBZ 2019, 124

J. Schmidt-Räntsche, 100 Jahre Erbbaurecht, ZfIR 2019, 165

B. v. Schwander, Ausgewählte Rechtsfragen der transmortalen und der postmortalen Vollmacht insbesondere bei Grundstücksgeschäften, RNotZ 2019, 57

M. Staake, Unternehmensnachfolge durch Adoption, NJW 2019, 631

M. Weber, Zugewinnausgleich in der Insolvenz des Zugewinnausgleichsgläubigers, FamRZ 2019, 420

J. Winkler, Die vollstreckbare Ausfertigung in der notariellen Praxis, RNotZ 2019, 117

Veranstaltungen

Aktuelles Kostenrecht im Notariat (Sikora), 3.7.2019 Bochum

Urkundenvorbereitung von A bis Z (Tondorf), 5.7.2019 Köln

Zwangsversteigerungsrecht in der notariellen Vertragsgestaltung (Franck), 11.7.2019 Bochum

Modularer Lehrgang für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat: Modul 2 – Wohnungseigentum und Erbbaurecht einschl. GNotKG (Tondorf), 22.-23.7.2019 Stuttgart

Weitere Termine für **Juli 2019**, Anmeldung und nähere Informationen erfragen Sie bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 (www.anwaltsinstitut.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. Johannes Weber

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 Erscheinungsstermin 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