

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 880, 883 Abs. 3 – Vormerkung; Rangrücktritt

GmbHG §§ 55, 53, 54; AktG § 179 Abs. 1 S. 2 – Höchstbetragskapitalerhöhung; Bis-zu-Kapitalerhöhung; Anpassung des Satzungstextes bzgl. der erreichten Stammkapitalziffer; Delegation an Geschäftsführung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 1754, 1755; GG Art. 3 Abs. 1 – Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien verfassungswidrig

BGB §§ 1020, 745 – Einheitliche Wahrnehmung der Unterhaltungspflicht nach Bestellung mehrerer Grunddienstbarkeiten; Pflicht zur anteiligen Kostentragung

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 880, 883 Abs. 3 Vormerkung; Rangrücktritt

I. Sachverhalt

Im Grundbuch ist eine Rückauffassungsvormerkung für X eingetragen. Der Anspruch auf Rückübertragung entsteht, wenn der Eigentümer des Grundstücks einer Bauverpflichtung nicht nachkommt.

Der Eigentümer veräußert das Grundstück. Zur Sicherung des Auflassungsanspruchs soll für den Erwerber (E) eine Auflassungsvormerkung eingetragen werden. Die Vormerkung soll vorrangig vor der Rückauffassungsvormerkung sein. X tritt mit seiner Vormerkung im Rang hinter diejenige des E zurück.

Der Rangrücktritt wird im Grundbuch eingetragen.

II. Fragen

Kann E aufgrund seiner vorrangigen Käufervormerkung (nach Eintritt der weiteren Voraussetzungen, also nach Umschreibung oder bei Umschreibungsreife) aus § 888 Abs. 1 BGB von X die Zustimmung zur Löschung der Rückauffassungsvormerkung verlangen? Setzt sich die aufgrund des Rangrücktritts „vorgelassene“ Vormerkung zugunsten des E in allen Rechtswirkungen gegen die Vormerkung des X durch?

III. Zur Rechtslage

1. Rechtliche Ausgangslage: Rangrücktrittsvereinbarung gem. § 880 BGB

a) Rangrücktritt einer Auflassungsvormerkung

Das Rangverhältnis zwischen eingetragenen Rechten an einem Grundstück kann durch Vereinbarung geändert werden (§ 880 Abs. 1 BGB). In materiell-rechtlicher Hinsicht erfordert dies eine **Einigung des zurücktretenden und des vortretenden Berechtigten** (§ 880

Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BGB). Grundbuchverfahrensrechtlich bedarf es der Bewilligung des zurücktretenden Berechtigten nach § 19 GBO in der Form des § 29 Abs. 1 GBO (BeckOGK-BGB/Kessler, Std.: 1.1.2019, § 880 Rn. 26). § 880 Abs. 2 BGB ist auch dann anwendbar, wenn – wie hier – ein erst einzutragendes Recht Vorrang vor einem bereits eingetragenen (Vormerkung) erhalten soll (BGH DNotZ 2010, 710; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 325).

Nach überwiegender Auffassung sind auch **(Auflassungs-)Vormerkungen einer Rangrücktrittsvereinbarung gem. § 880 Abs. 1 BGB zugänglich** (vgl. RGZ 55, 270; KG JFG 10, 225; Palandt/Herrler, BGB, 78. Aufl. 2019, § 880 Rn. 1; Staudinger/S. Heinze, BGB, 2018, § 880 Rn. 2; Schöner/Stöber, Rn. 1531a; Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl. 2015, § 45 Rn. 106; zum Wirksamkeitsvermerk vgl. Schultz, RNotZ 2001, 541). Die Möglichkeit des Rangrücktritts folgt aus der ganz überwiegend befürworteten Rangfähigkeit der Auflassungsvormerkung (vgl. BGHZ 46, 124, 127 = NJW 1967, 566; BGH DNotZ 2014, 769, 770 ff.; NJW 2000, 805, 807; NJW 1998, 224, 225; DNotZ 1986, 406, 409; KGJ 39, A 198, A 200; OLG Bremen WM 2005, 1241; OLG Celle NJOZ 2013, 1460; OLG Köln DNotZ 1998, 311, 312; OLG München BWNotZ 2002, 12, 13; OLG Saarbrücken MittRhNotK 1995, 25, 26; a. A. BGH NJW 2007, 2993 Tz. 16 = DNotZ 2007, 686, wobei diese Entscheidung den Sonderfall betraf, dass aus einer vorrangigen Hypothek die Zwangsversteigerung betrieben wurde). Eine teilweise in der Literatur vertretene Gegenauffassung lehnt die Rangfähigkeit der Vormerkung im Allgemeinen (BeckOGK-BGB/Kessler, § 880 Rn. 11) oder zumindest der Auflassungsvormerkung im Besonderen (MünchKommBGB/Kohler, 7. Aufl. 2017, § 880 Rn. 4; BeckOGK-BGB/Assmann, Std.: 1.5.2019, § 883 Rn. 202) und demzufolge auch einen Rangrücktritt ab. Die h. M. beruft sich dagegen auf **§ 883 Abs. 3 BGB** (RGZ 124, 202; RGZ 142, 331; OLG München BWNotZ 2002, 12, 13; Staudinger/S. Heinze, § 879 Rn. 8; Wilhelm, JZ 1990, 501; Blank, ZfIR 2001, 419). Hiernach bestimmt sich der Rang des später eingetragenen Rechts nach der Eintragung der Vormerkung. Für die Auflassungsvormerkung gilt nichts anderes. Zwar steht das Eigentum an einem Grundstück in keinem Rangverhältnis zu daran lastenden Rechten: Bei der Auflassungsvormerkung handele es sich aber um ein Sicherungsmittel eigener Art, das als solches prinzipiell in einem Konkurrenzverhältnis zu anderen Grundstücksrechten stehe und auf die Verschaffung eines Rechts am Grundstück gerichtet sei (OLG Celle NJOZ 2013, 1460). Nach der für die Praxis maßgeblichen Rechtsprechung ist deshalb davon auszugehen, dass Rangrücktrittsvereinbarungen mit Auflassungsvormerkungen möglich sind.

b) Rangtausch zwischen verschiedenen Vormerkungen

Im vorliegenden Fall geht es um den Rangrücktritt einer (Rück-)Auflassungsvormerkung aus dem Erstkaufvertrag hinter die Auflassungsvormerkung für den Käufer aus dem Zweitkaufvertrag. Konkurrierende „Rechte“ sind also zwei sich gegenseitig ausschließende Eigentumsverschaffungsansprüche.

Wenngleich der BGH entschieden hat, dass das Eigentum als Vollrecht für sich genommen nicht rangfähig ist (NJW 2007, 2993 Tz. 16), so steht diese Aussage u. E. doch nicht im Widerspruch dazu, dass zwei durch Vormerkung gesicherte Ansprüche auf Eigentumsverschaffung **rangfähig und damit einer Rangvereinbarung zugänglich** sind. § 880 BGB ermöglicht letztlich die privatautonome Gestaltung des Prioritätsgrundsatzes. Es ist nicht ersichtlich, warum dies nicht auch für die Vormerkung gelten soll. Schließlich wäre es unstrittig zulässig, dass die bereits eingetragene Vormerkung gelöscht und direkt anschließend – zeitlich der Auflassungsvormerkung für den Zweitkäufer nachfolgend – wieder eingetragen würde, was die gleiche Wirkung erzielen dürfte. Dieses komplizierte, teure und mit der Unsicherheit von Zwischeneintragungen behaftete Vorgehen soll § 880 BGB gerade vermeiden. Wir halten daher auch den Rangrücktritt einer Auflassungsvormerkung hinter eine andere Auflassungsvormerkung für möglich.

2. Wirkung des Rangrücktritts

Erachtet man den Rangrücktritt der Vormerkung als zulässig, so ist damit noch nicht die Frage beantwortet, ob dieser Rangrücktritt auch die **Elisionswirkung des § 883 Abs. 2 BGB** auslöst. Nach § 883 Abs. 2 S. 1 BGB ist die Verfügung über ein Recht, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück getroffen wird, insoweit unwirksam, als sie den Anspruch vereiteln würde. Es fragt sich, ob dies in gleicher Weise gilt, wenn ein Recht (hier: die Rückauflassungsvormerkung) hinter die Auflassungsvormerkung (hier: die Vormerkung des E) zurücktritt. Wendete man § 883 Abs. 2 S. 1 BGB entsprechend an, so könnte der Vormerkungsberechtigte gem. § 888 BGB vom Inhaber des Rechts, das ihm gegenüber unwirksam ist, die Löschung (bzw. nach der Eigentumsumschreibung auf den Inhaber des vormerkungswidrigen Rechts die Zustimmung zur Eigentumsumschreibung) verlangen.

Der Wortlaut des § 883 Abs. 2 BGB spricht eher dagegen, die Elisionswirkung der Vormerkung im Verhältnis zum zurücktretenden Recht anzunehmen, denn das zurücktretende Recht entsteht zeitlich nicht erst nach der Eintragung der Vormerkung. Entscheidend ist nach

dem Wortlaut des § 883 Abs. 2 BGB nicht der Rang, sondern die zeitliche Reihenfolge.

Nimmt man die Rangfähigkeit der Vormerkung jedoch ernst, so muss § 883 Abs. 2 BGB analog auch für hinter die Vormerkung zurücktretende Rechte gelten (BayObLGZ 1990, 318, 321; Bertolini, MittBayNot 1987, 174, 176; Frank, MittBayNot 2004, 245, 246; S. Schmidt, BWNotZ 1992, 35, 38; Albrecht, in: Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl. 2001, Rn. 490; i. E. auch Schubert, DNotZ 1999, 967, 972; a. A Staudinger/Gursky, 2013, § 883 Rn. 289; Bühler, BWNotZ 1995, 171, 172). Das **BayObLG** hat dies mit der Erwägung begründet, dass infolge des Rangrücktritts das **zurücktretende Recht als mit dem Rang nach der Vormerkung entstanden anzusehen** ist (BayObLGZ 1990, 318, 321). Diese Erwägung ist u. E. zutreffend. Hält man die Vormerkung für rangfähig und lässt man einen Rangrücktritt zu, dann ist auch § 883 Abs. 2 S. 1 BGB entsprechend anzuwenden; anderenfalls würde der Rangrücktritt nämlich keine Wirkungen zeitigen.

Lehnt man die Auffassung des BayObLG ab, so würde dies zu Verwicklungen führen. Man könnte die Rangrücktrittserklärung zwar auch als **Zustimmung zur Eintragung** des an sich vormerkungswidrigen Rechts auslegen (Staudinger/Gursky, § 883 Rn. 289; Schubert, DNotZ 1999, 967, 972). Einem „Rangrücktritt“ dürfte nach dem Verständnis eines objektiven Empfängers nämlich zu entnehmen sein, dass der Vormerkungsberechtigte nicht gegen die neu eingetragene Vormerkung vorgehen würde. Damit wäre die Eintragung der Vormerkung für E nicht vormerkungswidrig i. S. d. § 883 Abs. 2 BGB, denn für Rechte, die mit Zustimmung des Vormerkungsberechtigten eingetragen werden, gilt § 883 Abs. 2 BGB nicht (Staudinger/Gursky, § 883 Rn. 248; MünchKommBGB/Kohler, § 883 Rn. 58). Fraglich wäre aber, auf welcher Grundlage dem Aufassungsvormerkungsberechtigten (hier: E) ein **Löschungsanspruch** zustünde, wenn man nicht von einer relativen Unwirksamkeit des zurücktretenden Rechts (hier: der Rückaufassungsvormerkung für X) ausginge. Der Löschungsanspruch nach § 888 BGB setzt nämlich die Unwirksamkeit des zu löschenden Rechts gegenüber dem Vormerkungsgläubiger voraus. Denkbar wäre allenfalls, dass man in der Zustimmung zugleich die Grundlage für einen schuldrechtlichen Löschungsanspruch sieht, der wiederum nach § 886 BGB eine dauerhafte Einrede und deshalb einen Löschungsanspruch begründet.

Im Ergebnis erscheint uns dieser Umweg über die Auslegung der Erklärung als Zustimmung eher gekünstelt. Wir halten die Auffassung des BayObLG für konsequent, dass die Anerkennung der Rangwirkung auch

zu einer entsprechenden Anwendung des § 883 Abs. 2 BGB führen muss.

3. Ergebnis

Unseres Erachtens ist der Rangrücktritt der bereits eingetragenen (Rück-)Aufassungsvormerkung hinter die neu einzutragende Aufassungsvormerkung für den Käufer rechtlich möglich. Der zwar später eingetragenen, aber vorrangigen Vormerkung dürfte analog § 883 Abs. 2 BGB gegenüber der zuerst eingetragenen, aber nachrangigen Vormerkung Elisionswirkung zukommen.

GmbHG §§ 55, 53, 54; AktG § 179 Abs. 1 S. 2 Höchstbetragskapitalerhöhung; Bis-zu-Kapitalerhöhung; Anpassung des Satzungstextes bzgl. der erreichten Stammkapitalziffer; Delegation an Geschäftsführung

1. Sachverhalt

Im November 2018 fassten die Gesellschafter einer GmbH in notarieller Form und mit der erforderlichen Mehrheit folgenden Beschluss:

„1. Das Stammkapital der Gesellschaft wird von 60.000 € um bis zu 30.000 € auf bis zu 90.000 € erhöht. Die Kapitalerhöhung erfolgt gegen Bareinlagen durch Übernahme von bis zu 30 000 neuen Geschäftsanteilen im Nennbetrag von je 1 € zu einem dem Nennbetrag entsprechenden Ausgabebetrag. Die neuen Geschäftsanteile erhalten die laufenden Nummern [...] und nehmen am Gewinn seit Beginn des bei Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister laufenden Geschäftsjahres teil.

2. Zur Übernahme der neuen Geschäftsanteile werden zugelassen:

[...].

3. Die Kapitalerhöhung wird durchgeführt, soweit die neuen Geschäftsanteile von den Übernehmern binnen 5 Bankarbeitstagen nach dem heutigen Tage gezeichnet und übernommen worden sind. Die Geschäftsführer der Gesellschaft werden ermächtigt, Ziffer 4.1 der Satzung der Gesellschaft (Stammkapital) entsprechend dem Umfang der Durchführung der Kapitalerhöhung zu ändern und neu zu fassen.“

Die Geschäftsführer der Gesellschaft meldeten im Dezember 2018 zur Eintragung in das Handelsregister an, dass die Kapitalerhöhung im Umfang von 10.000 € auf 70.000 € durchgeführt worden sei, ferner die entsprechende Änderung der Satzung. Der Anmeldung war

ein privatschriftlicher Beschluss der Geschäftsführer beigefügt, der die Änderung der statutarischen Stammkapitalziffer unter Berufung auf die Ermächtigung im Gesellschafterbeschluss enthielt. Das Registergericht lehnt die Eintragung mit der Begründung ab, dass die Geschäftsführer nicht zur Satzungsänderung ermächtigt werden könnten.

II. Fragen

1. Ist bei der Bis-zu-Kapitalerhöhung ein Beschluss zur Anpassung der Satzung erforderlich oder kann der Notar die geänderte Satzung auch ohne weitere Beschlussfassung erstellen?

2. Können die Geschäftsführer durch Mehrheitsbeschluss ermächtigt werden, den Satzungstext anzupassen? Falls ja: Genügt ein privatschriftlicher Änderungsbeschluss?

III. Zur Rechtslage

1. Problem

Bei der sog. Höchstbetrags- oder Bis-zu-Kapitalerhöhung können die Gesellschafter den endgültigen Erhöhungsbetrag von der konkreten Zeichnung des Kapitals im Rahmen eines Höchstbetrags bis zu einem bestimmten Zeitpunkt (bis sechs Monate nach dem Kapitalerhöhungsbeschluss) abhängig machen (RGZ 85, 205, 207; näher MünchKommGmbHG/Lieder, 3. Aufl. 2018, § 55 Rn. 36 ff.; Herrler/Blath, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2017, § 6 Rn. 454). Im Hinblick auf die mit der Kapitalerhöhung verbundene Satzungstextänderung ist dieses Verfahren nicht unproblematisch, denn der **Beschluss**, der die Grundlage für die spätere Handelsregisteranmeldung bietet, kann die **endgültig erreichte Stammkapitalziffer noch nicht enthalten**. Fraglich ist also, auf welcher Grundlage sich die Satzungstextänderung vollzieht.

2. Rechtsprechung zum genehmigten Kapital

Die Rechtsprechung hat sich mit dieser Frage bisher – soweit ersichtlich – nicht beschäftigt. Auf den ersten Blick einschlägig erscheint ein Beschluss des **OLG München** von 2012 (DNotZ 2012, 469, 472). Hiernach soll der **Geschäftsführer** im Rahmen des genehmigten Kapitals (§ 55a GmbHG) zur Anpassung der Satzung **ermächtigt** werden können. Allerdings betrifft die Entscheidung eine statutarische Ermächtigung und – wie gesagt – das genehmigte Kapital als gesetzlich verankerte Delegationsmöglichkeit, nicht einen regulären Kapitalerhöhungsbeschluss der Gesellschafter wie im vorliegenden Fall.

3. Literaturstimmen zur Bis-zu-Kapitalerhöhung

Die Literatur behandelt die Frage nach der Satzungstextänderung bei der Bis-zu-Erhöhung **uneinheitlich**:

Nach einer Ansicht bedarf es insoweit **weder eines ausdrücklichen Gesellschafterbeschlusses noch einer Ermächtigung** oder Delegation: Ebenso wie bei der Festbetragerhöhung umfasse der Wille der Gesellschafter zur Kapitalerhöhung zugleich den Willen zur redaktionellen Anpassung des Satzungswortlauts; der Erhöhungsbeschluss enthalte also grundsätzlich bereits die Satzungsänderung und es sei die neue Stammkapitalziffer schlicht in die der Anmeldung nach § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG beizufügende Satzungsfassung aufzunehmen (Gerber/Pilz, GmbHR 2005, 1324, 1327 f.; GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 25; Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 55 Rn. 37).

Eine andere Ansicht sieht offenbar von vornherein den **Notar in der Zuständigkeit**, den „genauen Inhalt der Satzungsänderung“ anlässlich der Anmeldung zu bestätigen (Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 55 Rn. 9; Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 55 Rn. 5).

Nach der strengsten Auffassung ist ein **Gesellschafterbeschluss über die Fassungsänderung** erforderlich, der **ggf. als Vorratsbeschluss** mit einer abstrakten Beschreibung der zu erreichenden Stammkapitalziffer zu fassen ist (BeckOK-GmbHG/Ziemons, Std.: 1.8.2017, § 55 Rn. 57, § 55a Rn. 65a ff. m. Formulierungsbeispiel). Fehlte es an einem Vorratsbeschluss, wäre ein Urkundsnachtrag angezeigt, in dem die endgültige Stammkapitalziffer konkretisiert würde. Dieser Urkundsnachtrag wird auch in der Gestaltungsliteratur teilweise als „sicherster Weg“ bezeichnet (Mayer/Weiler, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 6. Aufl. 2015, D. I. Rn. 385; vgl. auch Leitzen, in: Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 16 Rn. 491).

Noch einmal eine andere Frage ist es, ob die Geschäftsführer zu einem solchen nachträglichen Beschluss ermächtigt werden können. Auf diese Möglichkeit sollte sich die Praxis außerhalb des genehmigten Kapitals nicht verlassen, denn die wohl überwiegende Literatur lehnt eine **Delegation analog § 179 Abs. 1 S. 2 AktG** ab (so Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 53 Rn. 55; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 53 Rn. 35; Hermanns, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 55 Rn. 18; BeckOK-GmbHG/Ziemons, § 55a Rn. 64; Scholz/Priester, § 53 Rn. 19 m. Fn. 5; Schnorbus, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 53 Rn. 12; a. A. GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, § 53 Rn. 32; MünchKommGmbHG/Harbarth, 3. Aufl. 2018, § 53 Rn. 33; Göppel, Bedingte GmbH-Gesellschafter-

beschlüsse, 2008, S. 183 f., der für die „Feststellung“ der Geschäftsführer im Übrigen nur Schriftform verlangt).

Von einem Anpassungsbeschluss kraft Delegation zu unterscheiden ist ein Beschluss, der von **bevollmächtigten Stimmvertretern** gefasst wird. Diese Möglichkeit besteht unproblematisch (vgl. Mayer/Weiler, D. I. Rn. 385). Es handelt sich dann nach wie vor um einen Gesellschafterbeschluss i. S. d. § 53 GmbHG; insbesondere wäre also auch notarielle Beurkundung geboten.

4. Stellungnahme und Fazit

Es könnte einiges dafür sprechen, dass eine gesonderte Satzungsanpassung nicht erforderlich ist. In diesem Sinne hat der BGH immerhin für den Fall der Festbetrags-erhöhung entschieden (NZG 2008, 73 Tz. 15 = ZNotP 2008, 130). Auch bei der Höchstbetragserhöhung ist die endgültige Stammkapitalziffer durch den Erhebungsbeschluss letztlich schon vorgezeichnet. Das Beharren auf einem gesonderten Beschluss lässt sich daher durchaus als formalistisch kritisieren – erst recht im Hinblick auf einen Vorratsbeschluss mit abstrakt umschriebener Stammkapitalziffer. Am Ende bleibt dennoch festzustellen, dass die Frage der Satzungsanpassung nicht abschließend geklärt ist. Falsch oder abwegig ist daher die Beanstandung des Registergerichts nicht.

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.de>

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

BGB §§ 2032, 2033 Abs. 1

Übertragung von unterschiedlich belasteten Erbteilen auf denselben Erwerber mit aufschiebend bedingter Rückübertragung und unter Vorbehalt eines Nießbrauchs

Abruf-Nr.: 170157

ESÜ Artt. 5 ff., 13, 22

Frankreich: Grundstücksverkauf durch eine Erbengemeinschaft bei Beteiligung eines unter Vormundschaft stehenden französischen Staatsangehörigen mit gewöhnlichem Aufenthalt in Frankreich

Abruf-Nr.: 170078

Rechtsprechung

BGB §§ 1754, 1755; GG Art. 3 Abs. 1

Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien verfassungswidrig

1. Der Ausschluss der Stiefkindadoption allein in nichtehelichen Familien verstößt gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot.

2. Gegen die Stiefkindadoption vorgebrachte allgemeine Bedenken rechtfertigen nicht, sie nur in nichtehelichen Familien auszuschließen.

3. Es ist ein legitimes gesetzliches Ziel, eine Stiefkindadoption nur dann zuzulassen, wenn die Beziehung zwischen Elternteil und Stiefelternteil Bestand verspricht (vgl. auch Art. 7 Abs. 2 Satz 2 des Europäischen Übereinkommens vom 27. November 2008 über die Adoption von Kindern (revidiert), BGBl II 2015 S. 2 <6>).

4. Der Gesetzgeber darf im Adoptionsrecht die Ehelichkeit der Elternbeziehung als positiven Stabilitätsindikator verwenden. Der Ausschluss der Adoption von Stiefkindern in allen nichtehelichen Familien ist hingegen nicht zu rechtfertigen. Der Schutz des Stiefkindes vor einer nachteiligen Adoption lässt sich auf andere Weise hinreichend wirksam sichern.

5. Auch jenseits der Regelung von Vorgängen der Massenverwaltung kommen gesetzliche Typisierungen in Betracht, etwa wenn eine Regelung über ungewisse Umstände oder Geschehnisse zu treffen ist, die sich selbst bei detaillierter Einzelfallbetrachtung nicht mit Sicherheit bestimmen lassen. Die damit verbundene Ungleichbehandlung ist jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen verfassungsrechtlich zu rechtfertigen.

BVerfG, Beschl. v. 26.3.2019 – 1 BvR 673/17

Problem

Beschwerdeführerin ist die leibliche Mutter der zum Zeitpunkt der Erhebung der Verfassungsbeschwerde minderjährigen Kinder K1 und K2. Der mit der Mutter verheiratet gewesene leibliche Vater der Kinder verstarb 2006. Seit 2007 lebt die Beschwerdeführerin in nichtehelicher Lebensgemeinschaft mit Herrn M, der eine Stiefkindadoption der beiden Kinder erstrebt. Eine Eheschließung lehnen die Beteiligten ab, weil die Mutter dadurch ihre Witwenrente verlöre.

Das Amtsgericht hat den Antrag auf Ausspruch der Annahme zurückgewiesen: Nach derzeitiger Gesetzeslage

sei eine Adoption mit der Folge, dass die beiden Kinder gemeinschaftliche Kinder ihrer Mutter und von deren nichtehelichem Lebensgefährten würden, nicht möglich. Die dagegen gerichteten Beschwerden sind vom OLG und vom BGH (DNotZ 2017, 375 = NJW 2017, 1672) zurückgewiesen worden.

Entscheidung

Das Bundesverfassungsgericht erachtet die Verfassungsbeschwerde für zulässig und **begründet**. Aus seiner Sicht führt die derzeitige Rechtslage zu einer **verfassungswidrigen Ungleichbehandlung (Art. 3 Abs. 1 GG)**. Es sei nämlich vollständig ausgeschlossen, dass ein Kind von einem Stiefelternteil, der mit einem Elternteil in nichtehelicher Lebensgemeinschaft lebe, adoptiert werden könne, ohne dass die verwandtschaftliche Beziehung zum Elternteil erlösche; währenddessen könne ein Kind von einem Stiefelternteil, der mit einem Elternteil verheiratet sei, ohne Erlöschen der Verwandtschaft zum bleibenden Elternteil adoptiert und damit gemeinschaftliches Kind beider Eltern werden.

Für die Ungleichbehandlung der Kinder in nichtehelichen Stiefkindfamilien gegenüber Kindern in ehelichen Stiefkindfamilien gibt es aus Sicht des BVerfG keine ausreichenden Gründe, wobei diesbezüglich ein strenger Prüfungsmaßstab anzulegen sei. Laut BVerfG verfolgen die derzeitigen gesetzlichen Bestimmungen, wonach der nichteheliche Stiefelternteil die Kinder des rechtlichen Elternteils nicht adoptieren kann, ohne dass die Verwandtschaft der Kinder zu diesem erlischt (vgl. §§ 1754 Abs. 1 u. 2, 1755 Abs. 1 S. 1 u. Abs. 2 BGB), einen **legitimen Zweck**, denn sie wollen verhindern, dass ein Kind unter unzulänglichen familiären Bedingungen aufwachsen muss. Der **vollständige Ausschluss** der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien sei jedoch **kein angemessenes Mittel** zur Erreichung dieses Zwecks. Ein milderer Mittel bestehe darin, die Stiefkindadoption auch in nichtehelichen Stiefkindfamilien zu ermöglichen, **wenn die Beziehung der Eltern Stabilität verspreche**.

Da die angegriffene Regelung unverhältnismäßig im engeren Sinne ist, erklärt das Bundesverfassungsgericht die angegriffenen Gerichtsentscheidungen wie auch die zugrunde liegenden Vorschriften für verfassungswidrig. Das Bundesverfassungsgericht gibt dem Gesetzgeber auf, **bis zum 31.3.2020 eine Neuregelung** zu treffen. Da mehrere Möglichkeiten zur Verfügung stehen, den Gleichheitsverstoß zu beseitigen, werden die angegriffenen Vorschriften nur für unvereinbar mit dem Grundgesetz, nicht für nichtig erklärt. Bis zur Neuregelung durch den Gesetzgeber ist das geltende Recht auf nichteheliche Stiefkindfamilien nicht anzuwenden. **Verfah-**

ren müssen vielmehr **bis zu einer Neuregelung ausgesetzt** werden.

BGB §§ 1020, 745

Einheitliche Wahrnehmung der Unterhaltungspflicht nach Bestellung mehrerer Grunddienstbarkeiten; Pflicht zur anteiligen Kostentragung

Sind die Berechtigten einer Grunddienstbarkeit und der Eigentümer des dienenden Grundstücks zur gleichberechtigten Mitbenutzung des Grundstücks befugt, können sie voneinander in entsprechender Anwendung von § 745 Abs. 2 BGB eine Regelung verlangen, dass die Unterhaltungspflicht für die der Ausübung der Dienstbarkeit dienenden Anlagen einheitlich wahrgenommen wird, wenn anders eine geordnete und sachgerechte Erfüllung dieser Pflicht nicht gewährleistet ist.

BGH, Urt. v. 8.3.2019 – V ZR 343/17

Problem

Die vorliegende Entscheidung befasst sich mit dem Inhalt der Rechtsbeziehung zwischen mehreren Berechtigten einzelner Grunddienstbarkeiten und dem Eigentümer des dienenden Grundstücks, wenn Dienstbarkeitsberechtigte und Eigentümer das Grundstück gleichberechtigt nutzen.

Der klagende Verein ist Eigentümer eines Straßengrundstücks, an dem knapp 100 Grundstücke anliegen. Für die Eigentümer der jeweiligen Anliegergrundstücke wurden jeweils einzelne Grunddienstbarkeiten bestellt (Geh-, Fahrt- und Leitungsrechte). Bzgl. der Unterhaltskosten für die Straße wurden vereinzelt Reallasten an Anliegergrundstücken bestellt, teilweise schuldrechtliche Kostenerstattungsvereinbarungen geschlossen, mitunter aber auch gar keine Regelungen getroffen. Die Beklagten waren an keiner Regelung beteiligt. Zwischenzeitlich beauftragte der Kläger auch eine Verwaltungsgesellschaft mit der Verwaltung der Privatstraße.

Eingeklagt worden sind Kosten für den Winterdienst und Mitgliedsbeiträge für 2011 sowie Kosten für die Jahre 2012 bis 2016. Ferner ist die Klage auf die Feststellung gerichtet, dass die Beklagten auch künftig verpflichtet sind, sich an den notwendigen Kosten für die Unterhaltung und Verwaltung der Straße zu beteiligen.

Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landgericht hat sie nach einem Teilvergleich bzgl. der Kosten

für die Haftpflichtversicherung und für die vom Kläger beauftragte Verwaltung und der Kontogebühren abgewiesen.

Entscheidung

Der V. Senat hebt das Urteil des Landgerichts auf und weist es zur erneuten Verhandlung an das Berufungsgericht zurück.

Die **Kostentragungspflicht** der Beklagten ergebe sich aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 745 Abs. 2, 748, 742 BGB. **Bei gleichberechtigter Mitbenutzung** des Grundstücks könnten Eigentümer und Dienstbarkeitsberechtigter voneinander **entsprechend § 745 Abs. 2 BGB** eine Regelung verlangen, dass die Unterhaltungspflicht für die der Ausübung der Dienstbarkeit dienenden Anlagen einheitlich wahrgenommen werde, wenn anders eine geordnete und sachgerechte Erfüllung dieser Pflicht nicht gewährleistet sei.

Dem **Eigentümer** stehe gegen jeden Dienstbarkeitsberechtigten **aufgrund des Begleitschuldverhältnisses ein Anspruch aus § 1020 S. 2 BGB** zu, dass dieser seine Unterhaltungspflicht so erfülle, dass der Eigentümer geschont werde. Zwar resultiere die Unterhaltungspflicht selbst nicht aus § 1024 BGB, weil die Norm unmittelbar nur den Konflikt mehrerer zusammentreffender Nutzungsrechte regle, die nebeneinander nicht oder nicht vollständig ausgeübt werden könnten. Auch das Begleitschuldverhältnis sei als Grundlage für die Unterhaltungspflicht des Dienstbarkeitsberechtigten unergiebig, weil dieses nur Mitwirkungs- und Schutzpflichten enthalte, nicht jedoch zur Veränderung des Pflichtengefüges im Verhältnis zum Eigentümer taue.

Entsprechend § 745 Abs. 2 BGB könne aber jeder Teilhaber, sofern nicht die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstands durch Vereinbarung oder Mehrheitsbeschluss geregelt sei, eine **dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung** verlangen. Analog herangezogen hatte der Senat die Vorschriften für die Gemeinschaft bereits etwa hinsichtlich der Verteilung der Unterhaltungs- und Instandsetzungskosten bei von Eigentümer und Dienstbarkeitsberechtigten gemeinschaftlich genutzten Anlagen (DNotI-Report 2005, 13). Im vorliegenden Zusammenhang gelte für die Organisation der Unterhaltungspflicht und die Verteilung der insoweit entstehenden Kosten nichts anderes.

Entsprechend §§ 748, 742 BGB seien daher die dienstbarkeitsberechtigten Beklagten zur anteiligen Tragung der Kosten verpflichtet, weil die Wahrnehmung der Pflicht zur Unterhaltung der Anlagen analog § 745 Abs. 2 BGB billigem Ermessen entspreche. Die Straße

und die unter ihr befindlichen Leitungen seien Anlagen i. S. d. § 1020 S. 2 BGB, sodass die Unterhaltungspflicht nach dieser Norm grundsätzlich eingreife. Die einheitliche Wahrnehmung der Unterhaltungspflicht entspreche billigem Ermessen, weil Straße und Leitungen für die Erschließung der Wohnsiedlung sehr wichtig seien. Auch die verlangten Kosten für die Vergütung der beauftragten Immobilienverwaltungsgesellschaft, die Kosten des Girokontos und der Haftpflichtversicherung entsprächen billigem Ermessen, da hierdurch dem erheblichen Koordinierungsbedarf Rechnung getragen werde.

Der Grundstückseigentümer müsse nicht auf Abschluss einer Vereinbarung klagen, sondern sei vielmehr berechtigt, auch **ohne vorher zustande gekommene Regelung Maßnahmen nach billigem Ermessen vorzunehmen** und die entstandenen Kosten vom Dienstbarkeitsberechtigten zu verlangen.

Literaturhinweise

J. Schmitt/R. Hörtnagl/R.-C. Stratz, UmwG/UmwStG, 8. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2018, 2234 Seiten, 199.– €

Der von *J. Schmitt* und *R. Hörtnagl* herausgegebene Kommentar, der in der sog. gelben Reihe im Verlag C. H. Beck in nunmehr achter Auflage erschienen ist und weiterhin unter dem Label *Schmitt/Hörtnagl/Stratz* firmiert, gehört zu den bekanntesten Kommentaren des Umwandlungsrechts. Die Bearbeitung des über 2 000 Seiten starken Kommentars liegt in den Händen nur weniger Autoren. Dies ist umso erstaunlicher, als das Buch auch eine Kommentierung des UmwStG bietet. Der Vorzug eines kleinen Autorenteam zeigt sich auch bei diesem Kommentar: Einheitlicher Duktus, gleichmäßige Schwerpunktsetzung und Darstellungstiefe, keine Doppelungen und Widersprüche – all das garantiert eine hohe Qualität und Leserfreundlichkeit des Buchs. Positiv fällt neben der Übersichtlichkeit der Darstellung auch der Fallbezug in einigen Abschnitten der Kommentierung auf, etwa die sehr anschauliche Darstellung der verschiedenen Möglichkeiten der nichtverhältnismäßigen Spaltung (§ 128 UmwG Rn. 10 ff.).

Die Neuauflage des *Schmitt/Hörtnagl/Stratz* kann Notarinnen und Notaren mit Beratungsschwerpunkten im Umwandlungsrecht uneingeschränkt empfohlen werden. Ein Pfund, mit dem der Kommentar außerdem wuchern kann, ist weiterhin die Einbeziehung des Steuerrechts.

Notar a. D. Dr. Johannes Weber

O. Elzer, Übertragung von Miteigentum – Auswirkungen auf einen bestehenden Mietvertrag, ZNotP 2019, 145

H. Grziwotz, Sachmängelhaftung beim Unternehmenskauf, ZNotP 2019, 147

S. Kappler/T. Kappler, Die vorweggenommene Erbfolge: ein schillerndes Konstrukt, MittBayNot 2019, 217

J. Klausch/S. Hartmann, Datenschutz im Rahmen von Immobilientransaktionen, BB 2019, 1030

U. Schönenberg-Wessel, Schlaglicht notarielles Nachlassverzeichnis, NotBZ 2019, 170

Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats – Vertiefung (Tondorf), 19.-23.8.2019 Osnabrück

Internationales Privatrecht für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat (Primaczenko), 23.8.2019 Kiel

Praxis der Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht (Schmidt/Tondorf), 26.8.2019 Heusenstamm

Aktuelle Probleme aus dem internationalen Erb- und Familienrecht und Einführung in die Europäischen Güterrechtsverordnungen (Süß/Weber), 30.8.2019 Oldenburg

Weitere Termine für **August 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).

Veranstaltungen

Aktuelle Brennpunkte der notariellen Praxis (Heck-schen/Oenings/Spiegelberger/Weber), 16.8.2019 Hamburg

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 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