

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 883, 328, 1090 – Vormerkungsfähigkeit eines Anspruchs auf Dienstbarkeitsbestellung, wenn das Benennungsrecht nicht dem Vormerkungsberechtigten, sondern einem Dritten zusteht

BeurkG §§ 9 Abs. 1, 39, 40, 44a Abs. 2 – Falsche Amtsbezeichnung: Notar statt Notariatsverwalter; versehentliche Verwendung einer Signaturkarte mit Notarattribut

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 164, 167, 664, 2218; GBO §§ 18, 19, 35 – Erteilung einer Generalvollmacht durch Testamentsvollstrecker

GmbHG §§ 34 Abs. 3, 30 Abs. 1 – Einziehung eines Geschäftsanteils: Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses; fehlendes freies Vermögen zur Zahlung der Abfindung; keine Berücksichtigung stiller Reserven

BGB §§ 1922 Abs. 1, 2270 Abs. 1, 2271 Abs. 2 S. 1 Hs. 1, 2289 Abs. 1 S. 2 – Wechselbezügliche Verfügung im gemeinschaftlichen Testament

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 883, 328, 1090

Vormerkungsfähigkeit eines Anspruchs auf Dienstbarkeitsbestellung, wenn das Benennungsrecht nicht dem Vormerkungsberechtigten, sondern einem Dritten zusteht

I. Sachverhalt

Der Grundstückseigentümer E bestellte zugunsten des B eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit mit dem Inhalt, auf dem gesamten dienenden Grundstück ein Solarstromkraftwerk zu errichten und zu betreiben. Des Weiteren verpflichtete sich E durch echten Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) gegenüber der A-GmbH (vom Betreiber B personenverschieden) zugunsten des

von B noch schriftlich zu benennenden Finanzierungs-kreditinstituts (im Folgenden: „Bank“); die Verpflich-tung hat den Inhalt:

a) mit der Bank oder – durch echten Vertrag zugunsten Dritter – mit einem von ihr zu benennenden Dritten auf ihr jederzeitiges schriftliches Anfordern hin einen entsprechenden Gestattungsvertrag abzuschließen;

b) der Bank oder – durch echten Vertrag zugunsten Dritter – dem von ihr benannten Dritten sowie sämtlichen Gesamt- und Einzelrechtsnachfolgern, die an die Stelle der Bank bzw. des von ihr benannten Dritten in den abgeschlossenen Gestattungsvertrag eintreten werden, auf deren jederzeitiges schriftliches Anfordern hin eine be-schränkte persönliche Dienstbarkeit mit dem gleichen Inhalt wie demjenigen der vorbestellten Dienstbarkeit zu bestellen. Diese Verpflichtung gilt für beliebig viele Rechtsnachfolgefälle.

Der weitere Text der Bewilligungsurkunde lautet:

„Neben der Bank bzw. den weiteren Dritten ist auch die A-GmbH als Versprechensempfängerin berechtigt, die Leistungen an die Bank bzw. den weiteren Dritten zu fordern (§ 335 BGB). Diese Ansprüche (einschließlich des Benennungsrechts) sind vererblich und veräußerlich. Zur Sicherung dieser Ansprüche der Versprechensempfängerin (A-GmbH) auf die Einräumung von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten zugunsten der Bank oder eines anderen noch zu benennenden Dritten bewilligt und beantragt der Eigentümer unwiderruflich die Eintragung einer Vormerkung zugunsten der vorgenannten A-GmbH.“

Das Grundbuchamt ist nunmehr der Auffassung, dass eine Vormerkung für die A-GmbH auf Grundlage der vorstehenden Bewilligung nicht eintragungsfähig sei. Eine solche Vormerkung könne nur eingetragen werden, wenn auch das Benennungsrecht bzgl. der Bank dem Vormerkungsberechtigten (also der A-GmbH) zustehe.

II. Frage

Hat das Grundbuchamt Recht oder ist der Anspruch auf Basis der vorliegenden Bewilligungsurkunde vormerkungsfähig?

III. Zur Rechtslage

1. Vormerkungsfähigkeit eines Anspruchs aus Vertrag zugunsten Dritter

Der Anspruch auf Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090 Abs. 1 BGB) kann durch eine Vormerkung gesichert werden, wenn er sich gegen den Eigentümer des Grundstücks richtet (vgl. OLG Stuttgart DNotZ 2018, 925 = DNotI-Report 2018, 150). **Vormerkungsfähig** ist auch ein Anspruch, der als **Vertrag zugunsten Dritter** (§§ 328, 335 BGB) ausgestaltet ist (OLG München MittBayNot 2017, 586 Tz. 12 = NJW-RR 2017, 587; Kappler, ZfIR 2012, 264, 271; Klühs, RNotZ 2012, 28, 29). Die Person des Dritten muss dabei noch nicht feststehen (OLG München MittBayNot 2017, 586 Tz. 12). Es genügt, dass der **Vertrag zugunsten Dritter** feststeht, wenn dieser ein eigenes Forderungsrecht gem. § 335 BGB hat (BGH NJW 1958, 1677, 1678; NJW 2009, 356 Tz. 8). Vormerkungsberechtigt ist der Versprechensempfänger, nicht der noch zu benennende Dritte. Dagegen kann nach h. M. zugunsten des noch unbestimmten Dritten keine Vormerkung eingetragen werden (BGH NJW 1983, 1543, 1544; vgl. auch BeckOGK-BGB/Assmann, Std.: 1.7.2018, § 883 Rn. 104).

Anerkannt ist die Vormerkungsfähigkeit insbesondere dann, wenn das **Benennungsrecht** hinsichtlich der Person des Dritten dem Versprechensempfänger zusteht (vgl. BGH NJW 1983, 1543, 1544; OLG München

RNotZ 2016, 388, 390; OLG Nürnberg RNotZ 2016, 300, 304; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1204; BeckOGK-BGB/Assmann, § 883 Rn. 107). Anspruchsinhaber und künftiger Rechtsinhaber müssen nicht identisch sein (KG FGPrax 2016, 196 = RNotZ 2016, 580; BeckOGK-BGB/Assmann, § 883 Rn. 107; Staudinger/Gursky, BGB, 2013, § 883 Rn. 78).

2. Vormerkungsfähigkeit bei Benennungsrecht eines Dritten

Im vorliegenden Fall besteht die Besonderheit, dass das **Benennungsrecht** nicht dem Versprechensempfänger (A-GmbH), sondern **dem Betreiber** zusteht. Die Eintragungsfähigkeit der Vormerkung könnte zweifelhaft sein, wenn der anspruchsberechtigte Versprechensempfänger selbst nicht darüber entscheiden kann, an wen die Leistung zu erbringen ist, sondern wenn diese Entscheidung einer weiteren Person obliegt.

a) Rechtsprechung

Der BGH hat sich mit der Frage noch nicht auseinandergesetzt. Dass er die Vormerkungsfähigkeit des Anspruchs verneinen würde, dürfte eher fernliegen. Der BGH hat in einer Entscheidung zur Vormerkungsfähigkeit des Anspruchs des Versprechensempfängers maßgeblich darauf abgestellt, dass dem Versprechensempfänger ein Anspruch auf Leistung an einen „noch zu bestimmenden Dritten“ zusteht (NJW 2009, 356 Tz. 8). Ähnlich formuliert das OLG Nürnberg, dass der Anspruch des Versprechensempfängers gegenüber dem Grundstückseigentümer auf Einräumung der Dienstbarkeit „für einen Dritten“ durch Vormerkung gesichert werden kann (OLG Nürnberg RNotZ 2016, 300, 304).

Ausdrücklich mit dem konkreten Problem hat sich das **OLG München** (RNotZ 2013, 487, 489) im Zusammenhang mit einer Kettenbenennung beschäftigt, bei der dem Versprechensempfänger der Anspruch zusteht (§ 335 BGB), über die Benennung des berechtigten Rechtsnachfolgers jedoch eine andere Person entscheidet. Nach Ansicht des OLG München ist es **nicht notwendig, dass der Versprechensempfänger auch das Recht zur Bestimmung des Begünstigten hat** (OLG München RNotZ 2013, 487, 489). Maßgeblich sei, dass der Versprechensempfänger und der Vormerkungsberechtigte identisch seien.

In der Literatur hat die Entscheidung des OLG München Zustimmung gefunden (BeckOGK-BGB/Assmann, § 883 Rn. 107.2).

b) Stellungnahme

Wir halten die **Rechtsansicht des OLG München** ebenfalls für **zutreffend**. Die Vormerkung setzt voraus,

dass der Anspruchsinhaber hinreichend bestimmt ist. Anspruchsinhaber ist beim Vertrag zugunsten Dritter in der Regel (auch) der Versprechensempfänger (§ 335 BGB). Der Versprechensempfänger kann vom Verpflichteten die Einräumung einer Dienstbarkeit an den Dritten verlangen.

Dass über die Person des Dritten eine andere Person entscheidet, ändert nichts an der Anspruchsinhaberschaft des Versprechensempfängers. Die andere Person mit dem Benennungsrecht ist nicht anspruchsberechtigt. Es gibt aber keinen Grundsatz, dass der Anspruch des Versprechensempfängers nur dann durch Vormerkung gesichert werden kann, wenn der Versprechensempfänger selbst über die Anspruchsentstehung und die Person des Dritten entscheidet. Vielmehr kann sich die Person des begünstigten Dritten auch aus anderen Umständen ergeben, wie z. B. aus der Veräußerung des Geschäftsbetriebs oder dem Tod des Versprechensempfängers (BGH NJW 1958, 1677, 1678).

3. Ergebnis

Unseres Erachtens sind die Bedenken des Grundbuchamts unbegründet; die Vormerkung ist eintragungsfähig.

BeurkG §§ 9 Abs. 1, 39, 40, 44a Abs. 2

Falsche Amtsbezeichnung: Notar statt Notariatsverwalter; versehentliche Verwendung einer Signaturkarte mit Notarattribut

I. Sachverhalt

Ein Notar erreicht die Altersgrenze gem. § 48a BNotO. Er wird zum Verwalter des eigenen Notariats bestellt und setzt seine Urkundstätigkeit nach Erlöschen des Notaramts nahtlos fort. Dabei verwendet er weiter das Notarsiegel und eine Signaturkarte mit Notarattribut.

Der Notar nimmt zahlreiche Beurkundungen vor (Grundstückskaufverträge, GmbH- und Vereinsgründungen nebst Registeranmeldungen, Testamente, Güterstandsvereinbarungen etc.), bis der Fehler schließlich bemerkt wird. In den Urkunden ist nicht erwähnt, dass die Urkundsperson als Notariatsverwalter tätig ist; es ist durchgängig vom „Notar“ die Rede.

II. Fragen

1. Sind die Urkunden unwirksam?

2. Wie wirkt sich die Verwendung einer Signaturkarte mit einem unrichtigen Notarattribut aus, wenn das Handelsregister/Vereinsregister die beantragte Eintragung vornimmt?

3. Kann der Notariatsverwalter die etwaige Unwirksamkeit heilen, indem er seine Verwaltereigenschaft in einem Nachtragsvermerk gem. § 44a Abs. 2 BeurkG richtigstellt?

III. Zur Rechtslage

1. Rechtsstellung des Notariatsverwalters

Der Notariatsverwalter hat gem. § 57 Abs. 1 BNotO alle **Befugnisse und Amtspflichten eines Notars**. Er ist Inhaber eines persönlich verliehenen öffentlichen Amtes, das inhaltlich dem Notaramt gleichsteht, jedoch zeitlich begrenzt ist (vgl. Bracker, in: Schippel/Bracker, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 57 Rn. 1).

2. Amtsbezeichnung in der Urkunde gem. § 9 BeurkG

a) Grundsätzliches

Nach § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG ist die Bezeichnung des Notars bzw. der Amtsperson, die die Verhandlung geführt hat, mit in die Urkunde aufzunehmen. Da der Notariatsverwalter nicht den Notar vertritt, sondern aufgrund eigener Amtsbefugnis an dessen Stelle tritt, ist dieser zwingend **im Urkundeingang** mit seinem Amt zu bezeichnen (vgl. Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO/BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 9 BeurkG Rn. 3). Unzulässig und nicht ausreichend ist daher die Bezeichnung des früheren Notars im Eingang der Urkunde (vgl. OLG Hamm DNotZ 1973, 444; Eylmann/Vaasen/Limmer, § 9 BeurkG Rn. 3; BeckOGK-BeurkG/Bord, Std.: 15.9.2018, § 9 Rn. 19).

Teilweise wird bereits die fehlerhafte Bezeichnung im Urkundeingang als Unwirksamkeitsgrund angesehen, da selbst eine Unterzeichnung mit dem Zusatz „Notariatsverwalter“ nur zu einem Widerspruch und damit nicht zu der von § 9 Abs. 1 BeurkG bezweckten Bestimmtheit der Urkundsperson führt (vgl. OLG Hamm DNotZ 1988, 565; Eylmann/Vaasen/Limmer, § 9 BeurkG Rn. 3). Andere Stimmen sind großzügiger und lassen es genügen, wenn sich die Urkundsperson aus dem Verlesungsvermerk und einem der Unterschrift beigefügten Zusatz ergibt (vgl. LG Koblenz DNotZ 1969, 702; LG Nürnberg-Fürth DNotZ 1971, 764; noch großzügiger Heinemann, in: Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 9 Rn. 6: ausreichend, dass sich aus der Urkundenrolle das Handeln eines Notariatsverwalters ergibt; dagegen Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 9 Rn. 3).

Die vorgenannten **Stellungnahmen in Rechtsprechung** und Literatur beziehen sich jedoch sämtlich auf Fälle, in denen der im Eingang **genannte Notar und die tatsächliche Urkundsperson personenverschieden** waren (vgl. insbesondere die Entscheidungen OLG Hamm DNotZ 1973, 444 sowie OLG Hamm DNotZ

1988, 565). **Vorliegend** ist die Urkundsperson (als natürliche Person) mit der im Urkundeingang genannten und der unterzeichneten Person **identisch**. Fraglich ist, ob die strengen Auffassungen zu § 9 Abs. 1 BeurkG auch in diesem Fall zu berücksichtigen wären.

Dagegen spricht zunächst der **Wortlaut** des § 9 Abs. 1 BeurkG, der nur „die Bezeichnung des Notars“ verlangt. Die reine Amtsbezeichnung dürfte schon deshalb kein zwingender Bestandteil des Urkundeingangs sein (so auch: Piegsa, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 7. Aufl. 2015, § 9 BeurkG Rn. 5; Eylmann/Vaasen/Limmer, § 9 BeurkG Rn. 3). Eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1963 (NJW 1963, 200) stützt diese Ansicht. Damals hat es der BGH für ausreichend erachtet, dass sich die natürliche (Urkunds-)Person aus den Unterschriften ergibt. Die Amtsbezeichnung sei kein zwingender Bestandteil nach § 2241 a. F. BGB (BGH NJW 1963, 200). Für ein solches Verständnis lässt sich auch der **Schutzzweck von § 9 BeurkG** anführen: Die Vorschrift soll sicherstellen, dass sich die für die Erstellung der Urkunde verantwortliche Person bestimmen lässt und dass deren Amtsbefugnisse überprüft werden können (BeckOGK-BeurkG/Bord, § 9 Rn. 9). Sowohl aus dem Urkundeingang als auch aus der Unterschrift ergibt sich jedoch **eindeutig** die **Urkundsperson**. Lediglich die Amtsbezeichnung ist falsch. Da der Notariatsverwalter aber anders als der Notarvertreter kraft eigenen Amtes handelt und folglich seine Urkundsgewalt nicht vom (vertretenen) Notar ableitet, lässt sich u. E. im vorliegenden Fall die Amtsbefugnis aus der Urkunde allein aus der Nennung der richtigen Urkundsperson herleiten. Wir gehen im konkreten Fall also davon aus, dass die **Beurkundungen** mangels eines Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 BeurkG **wirksam** sind.

Wegen fehlender Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur ist die Rechtslage indes nicht abschließend geklärt. Daher seien im Weiteren die denkbaren Fehlerfolgen und Heilungsmöglichkeiten erörtert.

b) Konsequenz eines etwaigen Fehlers

aa) Beurkundungen

§ 9 Abs. 1 BeurkG ist eine **zwingende Vorschrift**, deren Verletzung zur **Unwirksamkeit der Urkunde** führt (OLG Hamm DNotZ 1988, 565, 567; Eylmann/Vaasen/Limmer, § 9 BeurkG Rn. 2; BeckOGK-BeurkG/Bord, § 9 Rn. 5)

Fraglich und **nicht abschließend geklärt** ist, ob eine **nachträgliche Berichtigung der Amtsbezeichnung** in Betracht kommt. So hat das **OLG Hamm** (DNotZ 1988, 565, 566) in einer Entscheidung von 1987 eine Berichtigung **nicht für möglich** gehalten: Die Ände-

itung der Bezeichnung der Urkundsperson lasse sich nicht mit einem offensichtlichen Schreibfehler gleichsetzen. Demnach bedürfe es einer erneuten Beurkundung.

Nach vorherrschender Gegenauffassung in der **Literatur** soll die Amtsbezeichnung **auch nachträglich noch berichtet** und der Mangel nach § 9 Abs. 1 BeurkG dadurch geheilt werden können (vgl. Reithmann, DNotZ 1988, 567, 570; Piegsa, § 9 BeurkG Rn. 13; Eylmann/Vaasen/Limmer, § 9 BeurkG Rn. 3; Winkler, § 44a Rn. 28; BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 13.5.2016, § 44a Rn. 27). Dahinter steht der Gedanke, dass gem. § 44a Abs. 2 BeurkG nicht bloß Verstöße gegen Sollvorschriften, sondern auch Verstöße gegen zwingende Bestimmungen heilbar sind. Eine Unterscheidung zwischen diesen Mängelarten lasse sich § 44a Abs. 2 BeurkG nicht entnehmen (Winkler, § 44a Rn. 28). So soll es grundsätzlich möglich sein, dass eine Urkunde erst nachträglich durch Berichtigung gem. § 44a Abs. 2 BeurkG wirksam wird (vgl. Eylmann/Vaasen/Limmer, § 9 BeurkG Rn. 3; Winkler, § 44a Rn. 28). Nach **Litzenburger** (BeckOK-BGB, Std.: 1.11.2018, § 9 Rn. 7) kann die Bezeichnung der Urkundsperson nachträglich durch Amtsvermerk gem. §§ 36, 39 BeurkG berichtet werden.

Im Ergebnis gehen wir mit der Literatur davon aus, dass eine nachträgliche Berichtigung durch Berichtigungsvermerk möglich ist und damit zumindest die Heilung eines etwaigen Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 BeurkG.

bb) Vermerke nach § 39 BeurkG (insbes. Unterschriftenbeglaubigungen)

Da auf den Vermerk i. S. d. § 39 BeurkG die §§ 9 ff. BeurkG nicht anwendbar sind (vgl. Eylmann/Vaasen/Limmer, § 40 BeurkG Rn. 5), muss die Amtsbezeichnung nicht in den Beglaubigungsvermerk aufgenommen werden. Die für den Vermerk geltenden Formvorschriften sind abschließend in § 39 BeurkG geregelt. Die Urkundsperson ergibt sich beim Vermerk aus dem in § 39 BeurkG zwingend vorgeschriebenen Siegel (BeckOGK-BeurkG/Lutz, Std.: 1.11.2017, § 39 Rn. 29).

3. Unterschrift des Notariatsverwalters

Die Notariatsverwalterinnen und Notariatsverwalter sollen nach § 33 Abs. 2 S. 2 DONot ihrer Unterschrift einen sie kennzeichnenden Zusatz beifügen.

a) Konsequenz eines etwaigen Fehlers bei Beurkundungen

Da der Notar nach § 13 Abs. 3 S. 2 BeurkG seiner Unterschrift eine Amtsbezeichnung beifügen soll, ist grundsätzlich auch die Bezeichnung „Notariatsverwal-

ter“ hinzuzufügen. **Wirksamkeitsvoraussetzung** der Urkunde ist jedoch lediglich die Unterschrift, **nicht die Amtsbezeichnung** neben der Unterschrift (vgl. BeckOGK-BeurkG/Seebach/Rachlitz, Std.: 1.10.2018, § 13 Rn. 158). Daher würde selbst das vollständige Weglassen der Amtsbezeichnung nicht zur Unwirksamkeit führen. Mithin kann auch die falsche Amtsbezeichnung neben der Unterschrift die Wirksamkeit der Urkunde nicht berühren (vgl. zur Unterschrift mit „Notarvertreter“ statt mit „Notar“ Gutachten DNotI-Report 2011, 35). Dies gilt aber nur insoweit, als sich aus der Urkunde die Urkundsperson ersehen lässt (vgl. 2. a]).

b) Konsequenz eines etwaigen Fehlers bei Vermerken nach § 39 BeurkG

Anders als bei Beurkundungen fordert das BeurkG die Beifügung der Amtsbezeichnung bei Vermerken nicht (vgl. Winkler, § 39 Rn. 20; BeckOGK-BeurkG/Lutz, § 39 Rn. 31).

4. Siegel des Notariatsverwalters

a) Grundsätzliches

Nach § 33 Abs. 2 S. 1 DONot hat auch der Notariatsverwalter gem. § 2 DONot ein eigenes Amtssiegel zu führen. Dieses muss ihn als Notariatsverwalter kennzeichnen. Dass der Notariatsverwalter ein „normales“ Notarsiegel führt, ist mit § 33 DONot nicht vereinbar.

b) Konsequenz eines etwaigen Fehlers bei Beurkundungen

Das Beidrücken eines notariellen Siegels ist **keine Wirksamkeitsvoraussetzung** der Beurkundung. § 44 S. 1 BeurkG verlangt zwar, dass eine mehrseitige Niederschrift mit Schnur und Prägesiegel gebunden werden soll. Es handelt sich jedoch um eine bloße Ordnungsvorschrift, deren Missachtung die Wirksamkeit der Urkunde nicht berührt (BeckOGK-BeurkG/Seebach/Rachlitz, § 13 Rn. 161).

c) Konsequenz eines etwaigen Fehlers bei Vermerken nach § 39 BeurkG

Ein Vermerk nach § 39 BeurkG muss zwingend ein Präge- oder Farbdrucksiegel enthalten. Die Beifügung des Siegels ist bei Vermerken, wie aus dem Wortlaut des § 39 BeurkG ersichtlich, zwingende **Wirksamkeitsvoraussetzung** (vgl. BeckOGK-BeurkG/Lutz, § 39 Rn. 29; Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, § 39 BeurkG Rn. 23; Winkler, § 39 Rn. 21).

Ein vergessenes Siegel kann aber **jederzeit im Nachhinein** beigefügt werden (vgl. BeckOGK-BeurkG/Lutz, § 39 Rn. 29; Grziwotz, in: Grziwotz/Heinemann, § 39 Rn. 12; Winkler, § 39 Rn. 21). Was – nach h. M. – für ein vollständig fehlendes Siegel gilt, muss u. E. erst recht für ein versehentlich falsch beigedrücktes Siegel gelten.

Es sollten jedoch Ort und Zeit der nachträglichen Beidrückung des richtigen Siegels dokumentiert werden (vgl. Grziwotz, § 39 Rn. 12).

5. Signaturkarte mit Notarattribut – Konsequenzen eines etwaigen Fehlers

Grundsätzlich hat der Notariatsverwalter nach § 33 Abs. 2 S. 3 DONot seine Verwaltereigenschaft im elektronischen Rechtsverkehr durch eine Signaturkarte mit Notariatsverwalterattribut nachzuweisen. Gleichfalls möglich ist es, den Nachweis durch eine signierte Abschrift der Verwalterbestellungsurkunde zu führen (vgl. § 33 Abs. 2 S. 4 DONot).

Vorliegend hat der Notariatsverwalter jedoch eine Signaturkarte mit Notarattribut verwendet. Nach überwiegender Ansicht stellt die qualifizierte elektronische Signatur einen Ersatz für die Unterschrift des Notars dar und das Notarattribut als Bestandteil des qualifizierten Zertifikats des Notars einen Ersatz für das Dienstsiegel (Bettendorf, RNotZ 2005, 277, 281 f.; Apfelbaum/Bettendorf, RNotZ 2007, 89, 90 f.; Gassen, RNotZ 2007, 142, 143 f.; Winkler, § 39a Rn. 40). Es ist daher zwischen den beiden Elementen zu unterscheiden. Die **Signatur als digitaler Ersatz für die Unterschrift** ist u. E. **wirksam**, da die richtige Person die Signatur vorgenommen hat.

Nicht richtig war aber das der Person zugeordnete Attribut. Da das **Notarattribut als elektronisches Pendant des Siegels** anzusehen ist (vgl. Apfelbaum/Bettendorf, RNotZ 2007, 89, 91; BeckOGK-BeurkG/Lutz, Std.: 1.11.2017, § 39a Rn. 22), ist dessen Verwendung **wie die Verwendung eines falschen Siegels** zu bewerten. Es gelten daher grundsätzlich die Ausführungen zum Siegel (Ziff. 4) entsprechend. Anders als das (analoge) Siegel kann das digitale Pendant jedoch nicht nachträglich hinzugefügt werden. Das Notarattribut als Bestandteil des qualifizierten Zertifikats des Notars wird vielmehr beim Signieren zum Bestandteil der Signaturdatei (vgl. Apfelbaum/Bettendorf, RNotZ 2007, 89, 91). Demnach dürfte erst eine neue Signatur mit Notariatsverwalterattribut die Wirksamkeit herbeiführen.

6. Auswirkungen der Registereintragung

Bei den Auswirkungen der Registereintragung ist u. E. zwischen den verschiedenen Vorgängen zu trennen.

a) Notar meldet lediglich an

Wenn der Notar lediglich einen Vorgang anmeldet, der auf einem privatschriftlichen Rechtsgeschäft beruht (Beschluss zur Abberufung eines Geschäftsführers, Vorstandsänderung im Vereinsregister etc.), dann dient die Einhaltung der Form nur dem Registerverfahren (§ 12 HGB). Sie ist also kein Wirksamkeitserfordernis, son-

dern lediglich **Vollzugsvoraussetzung** (vgl. Schaub, in: Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl. 2014, § 12 Rn. 54 m. w. N.). Eine gleichwohl vorgenommene Eintragung stellt zwar einen Verstoß gegen die Vorschriften des (Handels-)Registerrechts dar, ist jedoch nicht unwirksam.

b) Notar beurkundet Grundgeschäft

Wenn auch das Grundgeschäft der Beurkundung bedarf und entsprechend beurkundet worden ist (etwa die GmbH-Gründung, vgl. § 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG), dürfte ein etwaiger Verstoß gegen § 9 Abs. 1 BeurkG – wie oben ausgeführt – nicht zur Unwirksamkeit und damit Formnichtigkeit des Geschäfts führen. Im Fall der GmbH-Gründung wäre ein etwaiger Formmangel nach h. M. durch die Eintragung der GmbH in das Handelsregister geheilt (vgl. C. Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 2 Rn. 51; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 2 Rn. 15).

7. Ergebnis

Im Ergebnis gehen wir davon aus, dass die Beurkundungen wirksam waren. Beglaubigungsvermerke dürfen jedenfalls durch das Beidrücken des richtigen Siegels wirksam werden. Da Unterschriftsbeglaubigungen zumeist nur der Einhaltung der registerrechtlich vorgeschriebenen Form dienen, dürfte sich die nachträgliche Berichtigung durch Vornahme der begehrten Eintragung häufig erübrigen.

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.

GBO § 19; BGB § 875

Zeitpunkt des Bestehens einer Vollmacht bei Abgabe einer Löschungsbewilligung; Wegfall der Vertretungsmacht nach Abgabe einer Löschungsbewilligung, aber vor Vollzug im Grundbuch

Abruf-Nr.: 166641

GBO § 29

Nachweis des Fortbestehens einer testamentarisch erteilten Vollmacht zur Vermächtniserfüllung

Abruf-Nr.: 131791

Rechtsprechung

**BGB §§ 164, 167, 664, 2218; GBO §§ 18, 19, 35
Erteilung einer Generalvollmacht durch Testamentsvollstrecker**

Der Testamentsvollstrecker ist grundsätzlich befugt, sich für die Besorgung einzelner Geschäfte eines Vertreters zu bedienen. Auch die Erteilung einer Generalvollmacht ist jedenfalls dann nicht ausgeschlossen, wenn der Erblasser keine abweichenden Anordnungen getroffen hat und der Generalbevollmächtigte lediglich widerruflich bestellt worden ist (Fortführung von Senat, Beschluss vom 24. Oktober 1929 – 1 X 613/29 – JFG 7, 279).

KG, Beschl. v. 13.11.2018 – 1 W 323/18

Problem

Die Erblasserin bestimmt durch letzwillige Verfügung einen Testamentsvollstrecker. Nach ihrem Tod erteilt der Testamentsvollstrecker einer dritten Person Generalvollmacht, ihn „in allen meinen Angelegenheiten zu vertreten.“ Zum Nachlass gehört ein Grundstück. Der Testamentsvollstrecker lässt sich bei der Belastung des Grundbesitzes durch den Bevollmächtigten vertreten.

Entscheidung

Das KG meint, dass der Bevollmächtigte des Testamentsvollstreckers die Belastung des Nachlassgrundstücks wirksam erklären konnte. Zwar dürfe der Testamentsvollstrecker gem. §§ 2218 Abs. 1, 664 Abs. 1 S. 1 BGB das Amt im Zweifel nicht einem Dritten übertragen. Dies **verbietet** jedoch **nicht** die Erteilung einer **Generalvollmacht**, wenn der Erblasser keine abweichenden Anordnungen getroffen habe und der Generalbevollmächtigte lediglich widerruflich bestellt worden sei.

Die Vollmacht des Testamentsvollstreckers **umfasst** auch die **Angelegenheiten der Testamentsvollstreckung**. Die Bezeichnung der Vollmacht als „Generalvollmacht“ spreche für eine umfassend erteilte Vertretungsmacht. Auch enthalte die Generalvollmacht keine Einschränkungen. Es sei unmaßgeblich, dass die Generalvollmacht zusammen mit einer Vorsorgevollmacht in persönlichen Angelegenheiten erteilt worden sei. Denn die Generalvollmacht gelte nach ihren Bestimmungen auch über den Tod des Vollmachtgebers hinaus und sei daher nicht an den Zweck der Vorsorgevollmacht gebunden.

Anmerkung

Wir haben Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung. In einem ähnlichen Fall haben wir kürzlich die Auffas-

sung vertreten, dass der Bevollmächtigte eines Vertreters nicht dessen Vertretungsmacht für Dritte wahrnehmen kann, sofern sich in der Vollmachtsurkunde des Hauptvertreters kein entsprechender Hinweis findet (vgl. Gutachten DNotI-Report 2018, 185).

GmbHG §§ 34 Abs. 3, 30 Abs. 1

Einziehung eines Geschäftsanteils: Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses; fehlendes freies Vermögen zur Zahlung der Abfindung; keine Berücksichtigung stiller Reserven

Steht im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Einziehung eines Geschäftsanteils fest, dass das freie Vermögen der Gesellschaft zur Bezahlung des Einziehungsentgeltes nicht ausreicht, ist der Einziehungsbeschluss auch dann nichtig, wenn die Gesellschaft über stille Reserven verfügt, deren Auflösung ihr die Bezahlung des Einziehungsentgeltes ermöglichen würde (Fortführung von BGH, Urteil vom 24. Januar 2012 – II ZR 109/11, BGHZ 192, 236).

BGH, Urt. v. 26.6.2018 – II ZR 65/16

Der BGH hat in den letzten Jahren in einigen Entscheidungen das Recht der Geschäftsanteileinziehung konkretisiert (s. etwa DNotZ 2012, 464 = DNotI-Report 2012, 37 zur „Bedingungslösung“ oder DNotI-Report 2015, 61 zum Konvergenzgebot). Das vorliegende Urteil betrifft den Zusammenhang zwischen Einziehungsbeschluss und Abfindungszahlung. Infolge der Einziehung hat der Inhaber des eingezogenen Anteils einen Anspruch auf Abfindung. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist ein Einziehungsbeschluss jedoch analog § 241 Nr. 3 AktG nichtig, wenn bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung feststeht, dass die Abfindung nicht aus ungebundenem Gesellschaftsvermögen gezahlt werden kann (Tz. 13 des besprochenen Urteils; DNotZ 2017, 133 Tz. 13; DNotZ 2012, 464 Tz. 7; NJW 2011, 2294 Tz. 13). Der BGH leitet die Nichtigkeitsfolge aus § 34 Abs. 3 i. V. m. § 30 Abs. 1 GmbHG her, wonach die Abfindungszahlung eine Unterbilanz weder begründen noch vertiefen darf. Maßgeblich ist dabei eine bilanzielle Betrachtungsweise, wie der BGH in der vorliegenden Entscheidung noch einmal herausstellt. Stille Reserven der Gesellschaft sind folglich nicht zu berücksichtigen (Tz. 15; vgl. bereits NJW 2011, 2294 Tz. 17): Die bloße Möglichkeit, diese aufzulösen, stehe einer hinreichenden Ausstattung der Gesellschaft mit ungebundenem Vermögen nicht gleich (Tz. 16).

**BGB §§ 1922 Abs. 1, 2270 Abs. 1, 2271 Abs. 2 S. 1
Hs. 1, 2289 Abs. 1 S. 2
Wechselbezügliche Verfügung im gemeinschaftlichen Testament**

1. Zur Bindungswirkung einer wechselbezüglichen Verfügung im gemeinschaftlichen Testament bei nicht getroffenem Änderungsvorbehalt (hier: Berufung des gemeinsamen Sohnes) mit dem Tode eines Ehepartners.

2. Zur Auslegung der Erklärung „Der Überlebende von uns ist durch dieses Testament nicht beschwert oder beschränkt und kann in jeder Weise frei verfügen.“ (hier im Sinne einer Klarstellung der gegenseitigen Vollerbeneinsetzung, mithin eines Bezuges auf *lebzeitige* Rechtsgeschäfte).

3. [...]

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.4.2018 — 3 Wx 202/17

Problem

In einem gemeinschaftlichen Testament setzen sich die Eheleute gegenseitig zu Alleinerben ein und bestimmen den gemeinsamen Sohn zum Schlusserben. Im Testament heißt es weiter: „Der Überlebende von uns ist durch dieses Testament nicht beschwert oder beschränkt und kann in jeder Weise frei verfügen.“ Die überlebende Ehefrau errichtet ein abweichendes Testament und enterbt den gemeinsamen Sohn.

Entscheidung

Das OLG Düsseldorf hält das Einzeltestament der überlebenden Ehegattin gem. § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB analog für unwirksam, da es gegen die Bindungswirkung der wechselbezüglichen Verfügung des gemeinschaftlichen Testaments verstößt. Die Berufung des gemeinsamen Sohnes sei eine wechselbezügliche Verfügung i. S. v. § 2270 Abs. 1 BGB.

Die Verfügung zugunsten des Sohns sei nach § 2271 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BGB mit dem Tod des Ehemanns bindend geworden. Das Testament enthalte keinen Änderungsvorbehalt für den überlebenden Ehegatten. Die Formulierung, wonach der Überlebende nicht beschwert oder beschränkt sei und in jeder Weise frei verfügen könne, sei lediglich als klarstellender Hinweis darauf auszulegen, dass der Überlebende die volle Stellung eines unbeschränkten Erben habe.

Der am Zustandekommen des Testaments beteiligte Rechtsanwalt habe nach § 29 Abs. 2 FamFG, § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO ein Zeugnisverweigerungsrecht. Der Zeuge sei nicht nach § 385 Abs. 2 ZPO von der Ver-

Postvertriebsstück: B 08129

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

pflichtung zur Verschwiegenheit entbunden worden. Eine Entbindung komme nur dann in Betracht, wenn es ausschließlich um Fragen des vermögensrechtlichen Bereichs gehe. Im vorliegenden Fall sei ein reiner Vermögensbezug aber ausgeschlossen. Auch lasse sich im konkreten Fall nicht auf einen mutmaßlichen Willen des Erblassers zur Entpflichtung des Zeugen zurückgreifen.

Veranstaltungen

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

Praxis der Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht (Schmidt/Tondorf), 5.3.2019 Oldenburg

Grundkurs GmbH-Recht für Mitarbeiter im Notariat (Bach), 7.3.2019 Kiel

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.

Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht (Herrler/Hertel/Kesseler), 15.3.2019 Stuttgart

Urkundenvorbereitung von A bis Z (Tondorf), 19.3.2019 Bochum

Vertragsvorbereitung, -gestaltung und Abwicklung von Grundstücks-, Wohnungseigentums- und Erbbaurechtskaufverträgen (Tondorf), 22.3.2019 Berlin

Das Bauträgerrecht in der notariellen Praxis (Montreal), 27.3.2019 Bochum

Übergabeverträge im Grundbuch-, Sozial-, Pflichtteils- und Steuerrecht (Gibhardt), 29.3.2019 Heusenstamm

Die Gestaltung des Unternehmertestaments (Spiegelberger), 30.3.2019 Kassel

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