

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 195, 196, 199, 200, 650u; MaBV § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 – Bauträgervertrag; Anspruch des Erwerbers auf Freistellung von Erschließungskosten; Verjährung des Freistellungsanspruchs; Einordnung des Freistellungsanspruchs in das Leistungsgefüge eines Bauträgervertrags

MaßnG-GesR § 5 Abs. 2; BGB §§ 21, 59 – Analoge Anwendung des § 5 Abs. 2 MaßnG-GesR auf die Gründung eines Vereins; Gründung eines eingetragenen Vereins unter Abwesenden; Gründung mit Vollmacht

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

EGBGB Art. 5 Abs. 1 S. 2, 6, 17 Abs. 2 Nr. 2; FamFG § 107; Rom-III-VO Art. 8 – Kollisionsrechtliche Behandlung einer im Wege der einseitigen Verstoßung nach syrischem Recht durchgeführten Privatscheidung deutsch-syrischer Eheleute

Literaturhinweis

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 195, 196, 199, 200, 650u; MaBV § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1

Bauträgervertrag: Anspruch des Erwerbers auf Freistellung von Erschließungskosten; Verjährung des Freistellungsanspruchs; Einordnung des Freistellungsanspruchs in das Leistungsgefüge eines Bauträgervertrags

I. Sachverhalt

Im Jahre 2009 wurde ein Bauträgervertrag geschlossen. Dieser sah vor, dass der Bauträger die Kosten der erstmaligen Erschließung zu tragen hat. Nach nunmehr fast zwölf Jahren stellt die Gemeinde dem zwischenzeitlich im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen Käufer für

die damalige Straßenherstellung, die zur Ersterschließung gehört, einen entsprechenden Erschließungsbeitrag in Rechnung.

II. Frage

Ist der Anspruch des Käufers auf Freistellung von Erschließungsbeiträgen verjährt?

III. Zur Rechtslage

1. Anspruch auf Freistellung von öffentlich-rechtlichen Erschließungskosten

Im Bauträgervertrag wird regelmäßig vereinbart, dass der Erwerbspreis auch die öffentlich-rechtlichen Erschließungskosten umfasst. Derartige vertragliche Abreden legen Rechtsprechung und Literatur dahingehend aus, dass der Bauträger sämtliche öffentlich-rechtlichen Erschließungskosten zu tragen hat, die im Zusammenhang mit der Erschließung des veräußerten Vertragsgegenstandes anfallen, und zwar unabhängig davon, wann die Beiträge von der zuständigen Kommune abgerechnet werden. Selbstverständlich steht es den

Beteiligten frei, durch eine ausdrückliche Kostenvereinbarung dem Erwerber die Kostentragungslast in Ansehung künftiger Erschließungsbeiträge zuzuordnen (sog. Bescheidslösung, vgl. Basty, IBR 1999, 167; Grziwotz/Koebler/Riemenschneider, Handbuch Bauträgerrecht, 2004, Teil 3 Rn. 307; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3183; zu einer weiteren Gestaltungsvariante vgl. BGH NJW 1992, 2817; OLG Saarbrücken DNotZ 2007, 35; OLG Hamm RNotZ 2013, 49).

Schweigt der Bauträgervertrag zur Kostentragung, ist indes davon auszugehen, dass der Bauträger sämtliche – also auch erst künftig fällig werdende – Erschließungskosten zu tragen hat. Dies folgt aus einer an den wechselseitigen Interessen orientierten Vertragsauslegung vor dem Hintergrund, dass der im Bauträgervertrag vereinbarte Erwerbspreis regelmäßig einen Festpreis darstellt. Bei einer Kostentragungspflicht des Bauträgers steht dem Erwerber ein **vertraglicher Freistellungsanspruch** bzw. nach erfolgter Zahlung ein **Erstattungsanspruch** gegen den Bauträger zu (vgl. BGH MittBayNot 2008, 313, 314; LG Gießen MittBayNot 1999, 209; BeckOGK-BGB/Matkovic, Std.: 1.1.2021, § 650v Rn. 70 f.; Esbjörnsson, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 2 Rn. 160 f.; ibrOK-BauVertrR/Pause/Vogel, Std.: 29.9.2019, § 650v BGB Rn. 29; Pause, NZBau 2001, 603, 608) – aus sprachlichen Gründen nachfolgend zusammenfassend „Freistellungsanspruch“ genannt.

2. Verjährung des Freistellungsanspruchs

Fraglich ist, ob der Freistellungsanspruch des Erwerbers den Verjährungsregeln gem. §§ 195, 199 BGB (drei-jährige Regelverjährung) oder gem. §§ 196, 200 BGB (zehnjährige Verjährung) unterliegt. Die Beantwortung dieser Frage richtet sich u. E. danach, ob die Pflicht des Bauträgers zur Tragung der Erschließungskosten als Teil der synallagmatischen Hauptleistungspflichten eines Bauträgervertrags oder als vertragliche Nebenpflicht anzusehen ist.

a) Erschließungskosten im Leistungsgefüge eines Bauträgervertrags

Nach der überwiegenden Auffassung in der Literatur sind die Erschließungskosten der sog. Grundstücksrate gem. § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 MaBV zuzuordnen (vgl. BeckOGK-BGB/Matkovic, § 650v Rn. 70; Grziwotz/Koebler/Riemenschneider, Teil 3 Rn. 307; ibrOK-BauVertrR/Pause/Vogel, § 650v BGB Rn. 29; Marcks, MaBV, 10. Aufl. 2019, § 3 Rn. 31).

Von dieser Zuordnung geht offenkundig auch der Notarhaftungssenat des BGH aus, wenn er ausführt (DNotZ 2008, 280, 281, m. Anm. Grziwotz =

MittBayNot 2008, 313, 314, m. Anm. Basty; Hervorhebung i. F. durch das DNotI):

*„Die in dem Kaufvertrag enthaltene Regelung, dass der Kaufpreis auch die Erschließungskosten umfasste, bedeutete, dass die Bauträgerin es übernommen hatte, die Kläger, die als Grundstückseigentümer im öffentlich-rechtlichen Sinne beitragspflichtig waren (§ 134 BauGB), von dieser Verpflichtung gegenüber der Stadt F. freizustellen. Andererseits waren die Erschließungskosten in dem im Vertrag vereinbarten Teilzahlungsmodus nicht gesondert ausgewiesen, sondern in die nach § 3 Abs. 2 MaBV festgelegten Ratenstufen einbezogen. Dementsprechend rechneten die Erschließungskosten hier zu denjenigen des **ersten Bauabschnitts nach § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 MaBV**, d. h. zu den 30 v. H. der Vertragssumme, die nach Beginn der Erdarbeiten zu entrichten waren (vgl. BGH, DNotZ 1981, 243, 245 f. m. w. N.; Marcks, MaBV, 7. Aufl., § 3 Rdnr. 31).“*

Die vorgenannte Entscheidung ist für die notarielle Gestaltungspraxis von erheblicher Bedeutung. So bejahte der BGH eine Amtspflichtverletzung i. S. v. § 19 BNotO wegen Verstoßes gegen die doppelte Belehrungspflicht aufgrund ungesicherter Vorleistung des Erwerbers hinsichtlich der im Erwerbspreis enthaltenen Erschließungskosten. Auf die praktische Schwierigkeit, dass zumeist weder die Beteiligten noch der Notar (und meist noch nicht einmal die Gemeinde) absehen können, ob, wann und in welcher Höhe eine Nachzahlung droht, und dass demzufolge das Aufzeigen effektiver Sicherungsmittel praktisch nicht möglich ist, ging das Gericht bedauerlicherweise nicht ein.

Die vom BGH vorgenommene Zuordnung der Erschließungskosten zur sog. Grundstücksrate gem. § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 MaBV spricht auf den ersten Blick dafür, dass die Verpflichtung des Bauträgers, die Erschließungskosten zu tragen, in den synallagmatischen Leistungsaustausch zwischen Bauträger und Erwerber einbezogen ist (in diesem Sinne insbesondere ibrOK-BauVertrR/Pause/Vogel, § 650v BGB Rn. 29: *„Von dieser Rate ist auch die Verpflichtung des Bauträgers zur Freistellung des Erwerbers von den Erschließungskosten umfasst. Ist dieser Freistellungsanspruch noch nicht fällig, muss eine entsprechende Sicherheit gestellt werden (BGH, Urt. v. 17.1.2008 – III ZR 136/07; ...).“*). Nach unserem Dafürhalten vermag diese Sichtweise indes nicht zu überzeugen, weshalb sich die Argumentation des BGH sodann auch an anderer Stelle der Entscheidungsgründe als inkonsistent erweist (hierzu sogleich).

Zunächst gilt es allerdings, sich die **Hauptleistungspflichten des Bauträgers** aus einem Bauträgervertrag

zu vergegenwärtigen. Nach § 650u Abs. 1 S. 1 BGB ist ein Bauträgervertrag ein Vertrag, der die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat und der zugleich die Verpflichtung des Unternehmers enthält, dem Besteller das Eigentum am Grundstück zu übertragen oder ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu übertragen. Dieses Begriffsverständnis lässt sich auch dem vorliegenden Vertrag aus dem Jahre 2009 zugrunde legen. So hat der Gesetzgeber mit der Einführung des § 650u Abs. 1 S. 1 BGB (vgl. auch § 632a Abs. 2 S. 1 BGB a. F.) keine Neuordnung des Bauträgervertragsrechts beabsichtigt, sondern wollte vielmehr an die Rechtsprechung des BGH anknüpfen (BT-Drucks. 18/8486, S. 27).

Ein Bauträger schuldet dem Erwerber regelmäßig nicht die Errichtung von Erschließungsanlagen, weshalb eine werkvertragliche Leistungspflicht des Bauträgers gem. §§ 631 ff. BGB ausscheidet. Aus dem Vertragszweck ließe sich allenfalls ableiten, dass der Bauträger dem Erwerber die Verschaffung eines erschlossenen Grundstücks schuldet, also eine besondere Beschaffenheit des Grundstücks i. S. v. § 434 Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 1 BGB. Hierbei würde es sich sodann um ein kaufrechtliches Element des Bauträgervertrags handeln (in diesem Sinne Basty, DNotZ 2008, 284, 286).

Die Annahme, der Bauträger schulde die Verschaffung eines erschlossenen Grundstücks, dürfte hinter der von der h. M. vorgenommenen Zuordnung der Erschließungskosten zur sog. Grundstücksrate gem. § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 MaBV stehen. Bei näherer Betrachtung erweist sich diese Annahme allerdings als unpräzise und damit unzutreffend. Der Bauträgervertrag ist nach seinem Vertragszweck nicht auf die Verschaffung eines erschlossenen Grundstücks gerichtet, sondern auf die Verschaffung eines Grundstücks nebst legalisiertem Bauvorhaben. Demzufolge ist nicht die **Verschaffung** eines erschlossenen, sondern eines **bebaubaren Grundstücks** geschuldet. Das **rechtliche Kriterium der „Bebaubarkeit“** ist allerdings **nicht identisch mit dem tatsächlichen Zustand des „Erschlossenseins“**. Überdies ist gem. § 123 Abs. 1 BauGB die Erschließung eine öffentliche Aufgabe, sodass es keinen sachlichen Grund dafür gibt, die Erschließung und die hiermit korrespondierende Beschaffenheit des veräußerten Grundstücks dem Pflichtenkreis des Bauträgers zuzurechnen. Die Erschließung ist somit nicht Gegenstand des Pflichtenprogramms des zivilrechtlichen Bauträgervertrags. Hiervon geht auch der Gesetzgeber zutreffend aus, indem er in § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 MaBV anordnet, dass der Bauträger – sofern die übrigen Voraussetzungen vorliegen – Vermögenswerte entgegennehmen darf, wenn die Baugenehmigung erteilt wurde. Das Gesetz stellt somit

auf das rechtliche Kriterium der Bebaubarkeit und nicht auf den tatsächlichen Erschließungszustand des Grundstücks ab.

Würde der Bauträger den tatsächlichen Zustand des „Erschlossenseins“ schulden, so müsste dem Erwerber konsequenterweise die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gem. § 320 BGB zustehen, solange die Erschließungsanlagen noch nicht fertiggestellt sind und demzufolge das Grundstück noch nicht die vermeintlich geschuldete Beschaffenheit aufweist. Der BGH (DNotZ 2008, 280 Rn. 12) geht hingegen davon aus, dass die fehlende (tatsächliche) Erschließung einer Entgegennahme von Abschlagszahlungen nicht entgegensteht, womit sich die Argumentation letztlich als inkonsistent erweist:

„Die sich am tatsächlichen Baufortschritt orientierende Ratenregelung des § 3 Abs. 2 MaBV verbietet es nicht, dass sich der Bauträger die Zahlung der ersten Rate versprechen lässt, obwohl die Erschließungsanlagen – wie häufig – von der Gemeinde noch nicht abgerechnet sind (Basty, Der Bauträgervertrag, 5. Aufl., Rdn. 672). Entgegen der Auffassung des Beklagten kann der Erwerber insoweit nicht auf ein Zurückbehaltungsrecht nach § 320 BGB verwiesen werden.“

Die dogmatische Inkonsistenz dieser Argumentation tritt auch an anderer Stelle zutage. Das Gericht geht nämlich zwar davon aus, dass Erschließungskosten ein Teil des Ratenzahlungsplans gem. § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 MaBV seien, hält aber zur Abwendung eines ungesicherten Vorleistungsrisikos eine Bürgschaft i. S. v. § 7 Abs. 1 MaBV für nicht erforderlich. Es genüge vielmehr eine betragsmäßig begrenzte Bürgschaft, die der Höhe nach nur das Risiko der späteren Inanspruchnahme des Erwerbers durch die öffentliche Hand wegen noch nicht abgerechneter Erschließungsbeiträge umfasse. Einen Verstoß gegen das sog. Vermischungsverbot (BGH DNotZ 2004, 48) sieht der Senat hierin nicht (DNotZ 2008, 280, 282 f.; Hervorhebung i. F. durch das DNotI):

*„Die gesonderte **zusätzliche** Absicherung der Erschließungskosten bedeutet daher keinen Verstoß gegen das Regelungswerk der Makler- und Bauträgerverordnung, sondern hält dieses – wie die Revisionserwiderung mit Recht hervorhebt – ausdrücklich aufrecht und stellt lediglich zusätzlich klar, was von der dortigen Schutzregelung nicht erfasst wird. ... Eine **zusätzliche** Absicherung der Kläger, und zwar insbesondere auch die vom BerufungsG favorisierte „Bürgschaftslösung“, hätte nicht in Widerspruch zu den Bestimmungen der Makler- und Bauträgerverordnung gestanden (a. A. Grziwotz, aaO). Zwar trifft es zu, dass eine Bürgschaft, mit der die nach § 7 MaBV vorgeschrie-*

*bene Sicherheitsleistung erbracht werden soll, die gesamte vom Erwerber im Voraus zu leistende Summe abdecken muss und nicht nur einen Teil davon (Fischer, WM 2003, 1). § 7 MaBV erfasst aber nur die Fallgestaltung, in der sich der Bauträger vom tatsächlichen Bauablauf völlig losgelöste (Abschlags-)Zahlungen versprechen lassen will. Entspricht hingegen – wie hier – der Ratenzahlungsplan den Maßgaben des § 3 Abs. 2 MaBV, so ist es den Vertragsparteien freigestellt, ob, in welcher Weise und in welchem Umfang sie **darüber hinausgehende Sicherheiten vereinbaren.***“

Der BGH geht u. E. zu Recht davon aus, dass eine Bürgschaft gem. § 7 MaBV nicht erforderlich ist und stattdessen eine „sonstige“ Sicherheit genügt. Der Grund für die Nichtanwendbarkeit des § 7 MaBV ist allerdings darin zu sehen, dass die Erschließung und die hiermit korrespondierenden öffentlich-rechtlichen Beiträge überhaupt nicht in den synallagmatischen Austausch der wechselseitigen Hauptleistungspflichten eines Bauträgervertrags einzubeziehen sind. Dies heißt, dass die **Grundannahme**, die **Erschließungskosten** seien ein **Teil des Ratenzahlungsplans** gem. § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 MaBV, bereits **unzutreffend** ist. Vor diesem Hintergrund ist es wiederum richtig, dass der BGH ein Zurückbehaltungsrecht des Erwerbers gem. § 320 BGB verneint. Der Erwerber kann die Erbringung von Abschlagszahlungen nicht mit dem Argument verweigern, das von ihm erworbene Grundstück sei noch nicht erschlossen und/oder abgerechnet.

Die Verpflichtung des Bauträgers, die Erschließungskosten zu tragen, entspringt nicht den von ihm vertraglich übernommenen Leistungspflichten, sondern dem **Charakter der vom Erwerber geschuldeten Zahlungspflicht**. Nach dem Willen der Vertragsbeteiligten soll es sich typischerweise um eine Festpreisabrede handeln. In dieser Festpreisabrede, also dem Charakter der vom Erwerber [sic!] geschuldeten Gegenleistung, liegt der rechtliche Grund für den Freistellungsanspruch des Erwerbers.

b) Schlussfolgerung für die Anwendbarkeit des Verjährungsrechts

Da die Verpflichtung des Bauträgers, den Erwerber von künftigen Erschließungskosten freizustellen, nicht aus der Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums am veräußerten Grundstück folgt, sind u. E. die Bestimmungen der §§ 196, 200 BGB unanwendbar. Bei der Freistellungspflicht handelt sich vielmehr um eine vertragliche Nebenpflicht, auf die die **Regelverjährung gem. §§ 195, 199 BGB** anzuwenden ist. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der Freistellungsanspruch erst dann im verjährungsrechtlichen

Sinne entsteht, wenn er erstmalig geltend gemacht und nötigenfalls im Wege einer Klage durchgesetzt werden kann. Unter verjährungsrechtlichen Gesichtspunkten ist somit ein Anspruch regelmäßig nicht schon mit seiner Begründung, sondern erst im Zeitpunkt seiner Fälligkeit als entstanden anzusehen, obgleich diese beiden Begriffe nicht gänzlich synonym sind (vgl. BGH NJW 1971, 979, 980; MünchKommBGB/Grothe, 8. Aufl. 2018, § 199 Rn. 5; Palandt/Ellenberger, BGB, 80. Aufl. 2021, § 199 Rn. 3).

Demzufolge beginnt die Verjährung im vorliegenden Fall nicht schon mit Abschluss des Bauträgervertrags, sondern erst mit der Inanspruchnahme des Erwerbers durch die öffentliche Hand (vgl. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Dies würde im Übrigen auch dann gelten, wenn man entgegen der hier vertretenen Ansicht von einer zehnjährigen Verjährungsfrist gem. § 196 BGB ausginge. Denn auch § 200 S. 1 BGB setzt die Entstehung des Anspruchs (im Sinne einer erstmaligen Durchsetzbarkeit) voraus (vgl. § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB versus § 200 S. 1 BGB).

3. Ergebnis

Die Verpflichtung eines Bauträgers, den Erwerber von künftig fällig werdenden Erschließungskosten freizustellen bzw. entsprechende Zahlungen des Erwerbers zu erstatten, ist eine vertragliche Nebenpflicht, die der Regelverjährung gem. §§ 195, 199 BGB unterliegt. Im vorliegenden Fall ist der Anspruch des Erwerbers noch nicht verjährt, da der Freistellungsanspruch erst dieses Jahr (2021) im verjährungsrechtlichen Sinne entstanden ist.

MaßnG-GesR § 5 Abs. 2; BGB §§ 21, 59 Analoge Anwendung des § 5 Abs. 2 MaßnG-GesR auf die Gründung eines Vereins; Gründung eines eingetragenen Vereins unter Abwesenden; Gründung mit Vollmacht

I. Fragen

1. Ist § 5 Abs. 2 MaßnG-GesR auf die Gründungsversammlung eines einzutragenden Vereins analog anzuwenden?
2. Ist eine Gründungsversammlung unter Abwesenden zulässig?

II. Zur Rechtslage

1. Analoge Anwendung des § 5 Abs. 2 MaßnG-GesR auf die Gründungsversammlung

Das Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-

Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (MaßnG-GesR, BGBl. I 2020, S. 570) hat die Beschlussfassung auch im Verein erleichtert (vgl. DNotI-Report 2020, 61, 62). Abweichend von § 32 Abs. 1 S. 1 BGB kann der Vorstand auch ohne statutarische Ermächtigung gem. § 5 Abs. 2 Nr. 1 MaßnG-GesR den Vereinsmitgliedern die **elektronische Teilnahme an der Mitgliederversammlung** gestatten und gem. § 5 Abs. 2 Nr. 2 MaßnG-GesR die schriftliche Stimmabgabe vor der Versammlung ermöglichen. § 5 Abs. 3 MaßnG-GesR erlaubt zudem ein gegenüber § 32 Abs. 2 BGB erleichtertes **Umlaufverfahren** zur versammlungslosen Beschlussfassung. Die Regelungen beziehen sich ihrem Wortlaut nach klar auf die Mitgliederversammlung und die darin wahrzunehmenden Rechte bzw. auf den Mitgliederbeschluss (vgl. BT-Drucks. 19/18110, S. 30).

Eine analoge Anwendung dieser Vorschriften auf die Vereinsgründung kommt u. E. nicht in Betracht. Zum einen gibt es keinen Anhaltspunkt, dass der Gesetzgeber die Gründung versehentlich ungeregelt gelassen hat (Merkmal „Planwidrigkeit der Regelungslücke“). Zum anderen dürfte es sich bei der **Gründungsversammlung** des werdenden Vereins und der **Mitgliederversammlung** des bestehenden Vereins **nicht** um **vergleichbare Sachverhalte** handeln. Nach wohl vorherrschender Ansicht ist der Gründungsakt (mit Satzungsfeststellung) als Einigung unter den Gründern ein Vertrag unter den Gründern (Baumann/Sikora/Stiebitz, Hand- und Formularbuch zum Vereinsrecht, 2. Aufl. 2017, § 4 Rn. 4; BeckOGK-BGB/Segna, Std.: 1.1.2021, § 21 Rn. 219.1; Reichert/Wagner, Vereins- und Verbandsrecht, 14. Aufl. 2018, Kap. 2 Rn. 17; Staudinger/Schwennicke, BGB, 2019, § 21 Rn. 86). Kein solcher Vertrag ist hingegen der in der Mitgliederversammlung gefasste Beschluss. Er setzt vielmehr einen solchen Vertrag und einen dadurch errichteten Verein voraus. Sowohl das Organ „Mitgliederversammlung“ als auch die Entscheidungsform „Beschluss“ sind nur im Rahmen einer bestehenden korporativen Verfassung denkbar. Dies verdeutlichen auch die praktischen Schwierigkeiten einer analogen Anwendung: Initiator der modifizierten Versammlung oder versammlungslosen Entscheidung ist der Vorstand des Vereins. Einen solchen gibt es aber erst durch die Gründung des Vereins mit der Bestellung des ersten Vorstands. Den Initiator der Gründung – sofern ein solcher überhaupt klar auszumachen ist – bei analoger Anwendung an die Stelle des Vorstands zu setzen, wäre rechtlich keineswegs zwingend (daran ändert u. E. nichts, dass in der Literatur von einer „Einberufung“ der Gründerversammlung durch den Initiator durchaus die Rede ist, vgl. dazu Knof, in:

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 15 Rn. 21).

2. Vereinsgründung unter Abwesenden nach allgemeinen Grundsätzen

Näherliegend ist die Frage, ob der Gründungsakt bereits nach allgemeinen Grundsätzen einer (weitgehend) präsenzlosen Durchführung zugänglich ist. Wie oben ausgeführt, sind Mitgliederversammlung und Beschluss mit dem Gründungsakt nicht vergleichbar. Dies stimmt auch insoweit, als die regulären Formalitäten – angefangen mit der Einberufung durch das Einberufungsorgan – nicht zu beachten sind (zumindest im Hinblick auf die Einberufung u. E. auch nicht beim etwaigen ersten Beschluss der Gründer über die Bestellung des ersten Vorstands). Abgesehen von § 59 BGB und einem impliziten **Schriftformerfordernis** (vgl. Burhoff, Vereinsrecht, 10. Aufl. 2019, Rn. 26; bzgl. der Satzung Baumann/Sikora/Stiebitz, § 4 Rn. 65) gibt es **keine besonderen gesetzlichen Vorgaben** für den Gründungsakt. Das Gesetz eröffnet daher einigen Spielraum, auch wenn dieser in der Praxis kaum genutzt und in der Literatur wenig erörtert wird (sogar eine ausdrückliche Gründungsvereinbarung für entbehrlich haltend BeckOK-BGB/Schöpflin, Std.: 1.11.2020, § 21 Rn. 121; Soergel/Hadding, BGB, 13. Aufl. 2000, Vor § 21 Rn. 63; gegen eine konkludente Vereinsgründung aber BeckOGK-BGB/Segna, § 21 Rn. 219; Reichert/Wagner, Kap. 2 Rn. 17). Mithin wäre es unter Wahrung der Schriftform durchaus möglich, den Verein (weitgehend) präsenzlos zu gründen. Die Gründer könnten etwa einen von ihnen rechtsgeschäftlich **zur Gründung bevollmächtigen** (vgl. OLG Hamm BeckRS 2007, 10640, Rn. 13; Baumann/Sikora/Stiebitz, § 4 Rn. 8; Burhoff, Rn. 31). Dabei ist eine ausdrückliche Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zu empfehlen (vgl. Stöber/Otto, Handbuch zum Vereinsrecht, 11. Aufl. 2016, Rn. 25). Nicht ausgeschlossen erscheint es zudem, den Verein im „Umlaufverfahren“ zu gründen, also etwa durch ein Zirkular, auf dem alle Gründer entsprechende (schriftliche) Erklärungen abgeben. Eine Versammlung im eigentlichen Sinne ist insofern für die Gründung u. E. überhaupt nicht erforderlich.

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.de>

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

BGB § 2205; GBO § 20

Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers; Nachweis; Veräußerungsbeschränkung; Zustimmung der Nacherben; Surrogation

Abruf-Nr.:

EGBGB Art. 25 a. F.

Kroatien: Gesetzliche Erbfolge

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

EGBGB Art. 5 Abs. 1 S. 2, 6, 17 Abs. 2 Nr. 2; FamFG § 107; Rom-III-VO Art. 8

Kollisionsrechtliche Behandlung einer im Wege der einseitigen Verstoßung nach syrischem Recht durchgeführten Privatscheidung deutsch-syrischer Eheleute

1. Das Privileg der Heimatstaatsentscheidung in § 107 Abs. 1 S. 2 FamFG gilt auch für Privatscheidungen, jedoch nicht, wenn wenigstens einer der Beteiligten auch die deutsche Staatsangehörigkeit hat.

2. Art. 17 Abs. 2 EGBGB i. d. F. vom 17.12.2018 ist in intertemporaler Hinsicht auf Privatscheidungen anwendbar, die seit dem 29.1.2013 durchgeführt worden sind.

3. Wenn die deutsche Staatsangehörigkeit mit einer drittstaatlichen Staatsangehörigkeit zusammentrifft, gilt für die Bestimmung des auf die Scheidung anwendbaren Rechts im Rahmen von Art. 17 Abs. 2 EGBGB i. V. m. Art. 8 lit. c Rom-III-VO der Eigenrechtsvorrang nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB.

4. Eine nach syrischem Recht durchgeführte Ehescheidung mittels „einseitiger Verstoßungsscheidung“ ist abstrakt mit den Grundsätzen des deutschen Rechts nicht zu vereinbaren und verstößt daher, wenn auch die konkrete Anwendung des syrischen Rechts aus deutscher Sicht zu missbilligen ist,

gegen den kollisionsrechtlichen *ordre public* nach Art. 6 EGBGB.

(Leitsätze der DNotI-Redaktion)

BGH, Beschl. v. 26.8.2020 – XII ZB 158/18 (Rechtsache „Sahyouni“)

Problem

Die Eheleute haben beide sowohl die deutsche als auch die syrische Staatsangehörigkeit. Sie heirateten 1999 vor einem islamrechtlichen Gericht in Syrien, wobei sich der Ehemann zur Zahlung einer Morgengabe verpflichtete. Die Eheleute wohnten zunächst in Deutschland. Im August 2012 trennten sie sich während eines Aufenthalts im Libanon. Im Mai 2013 erklärte der Ehemann die Scheidung, indem sein Bevollmächtigter vor einem syrischen Scharia-Gericht die Scheidungsformel aussprach. Das Gericht stellte daraufhin die Scheidung fest und die Ehefrau unterzeichnete eine Erklärung, in der sie die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen billigte. Der Ehemann hat sodann erfolgreich beim Präsidenten des OLG die Anerkennung der Scheidung beantragt. Auf Antrag der Ehefrau hat das OLG die Entscheidung des OLG-Präsidenten aufgehoben und den Antrag des Ehemanns zurückgewiesen. Dessen hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde zum BGH ist ohne Erfolg geblieben.

Entscheidung

Nach Ansicht des BGH unterliegt die in Syrien durch einseitige Verstoßung des Ehemanns erfolgte Privatscheidung dem deutschen Anerkennungsverfahren nach § 107 Abs. 1 S. 1 FamFG. Der Anwendungsbereich der Brüssel-IIa-VO ist nicht eröffnet, da es um die Anerkennung einer in einem Drittstaat ausgesprochenen Scheidung geht (EuGH NZFam 2016, 789 Rn. 20 – Sahyouni I). Zudem festigt der Senat seine Rechtsprechung, wonach es für die Anwendung des deutschen Anerkennungsverfahrens bei einer Privatscheidung ausreichend sei, wenn eine ausländische Behörde in irgendeiner Form – sei es auch nur registrierend – an der Scheidung mitgewirkt habe (BGH DNotZ 2019, 356 Rn. 15). Auch das islamische Scharia-Gericht, das hier die einseitige Privatscheidung nach syrischem Recht registriert hat, ist eine Behörde in diesem Sinne, da es über staatliche Autorität verfügt.

Der BGH prüft in diesem Zusammenhang, ob das Privileg der Heimatstaatsentscheidung in § 107 Abs. 1 S. 2 FamFG der Zulässigkeit des Anerkennungsverfahrens entgegensteht. Grundsätzlich hat die Landesjustizverwaltung festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Anerkennung einer ausländischen Entscheidung vorliegen (§ 107 Abs. 1 S. 1 FamFG), es sei denn, es hat ein Gericht oder eine Behörde des Staates entschieden,

dem beide Eheleute zur Zeit der Entscheidung angehört haben (§ 107 Abs. 1 S. 2 FamFG). Dies gilt gleichermaßen für Privatscheidungen, allerdings nicht, wenn – wie hier – wenigstens ein Ehegatte auch die deutsche Staatsangehörigkeit hat.

Die Anerkennungsfähigkeit der Privatscheidung unterliegt dem Scheidungsstatut. Der hierfür ursprünglich maßgebliche Art. 17 Abs. 1 EGBGB a. F. wurde jedoch zum 29.1.2013 außer Kraft gesetzt, da der deutsche Gesetzgeber davon ausging, dass die Wirksamkeit einer im Ausland vorgenommenen Privatscheidung vom Anwendungsbereich der Rom-III-Verordnung umfasst sei. Dies verneinte der EuGH (NJW 2018, 447 – Sahyouni II) jedoch, sodass seit dem 29.1.2013 eine Regelungslücke bestand. Der deutsche Gesetzgeber reagierte hierauf mit der Neufassung von Art. 17 Abs. 2 EGBGB, die am 21.12.2018 in Kraft trat und grundsätzlich die kollisionsrechtlichen Vorschriften der Rom-III-VO für anwendbar erklärt. Der BGH stellt nun klar, dass Art. 17 Abs. 2 EGBGB in intertemporaler Hinsicht alle Privatscheidungen erfasst, die seit dem 29.1.2013 durchgeführt worden sind. Somit war im vorliegenden Fall das auf die Scheidung anwendbare Recht nach Art. 8 Rom-III-VO mit der Modifikation des Art. 17 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB zu bestimmen.

Da eine Anknüpfung an den gemeinsamen (Art. 8 lit. a Rom-III-VO) oder letzten gemeinsamen (Art. 8 lit. b Rom-III-VO) Aufenthalt hier nicht in Betracht kam, war auf das Recht des Staates abzustellen, dessen Staatsangehörigkeit die Eheleute im Zeitpunkt der Einleitung des Scheidungsverfahrens hatten (Art. 17 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB i. V. m. Art. 8 lit. c Rom-III-VO). Hierfür kam sowohl das deutsche als auch das syrische Recht in Betracht. Die Rom-III-Verordnung enthält für den Fall der mehrfachen Staatsangehörigkeit keine Regelung und verweist stattdessen in Erwägungsgrund 22 auf die innerstaatlichen Vorschriften, wobei die allgemeinen Grundsätze der Europäischen Union zu achten sind. Ob der Eigenrechtsvorrang in Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot in Art. 18 AEUV verstößt, konnte der BGH offenlassen, da die Eheleute neben der deutschen Staatsangehörigkeit auch die Staatsangehörigkeit eines Drittstaats haben. Vielmehr stellt der Senat klar, dass in dem Fall, dass die deutsche Staatsangehörigkeit mit einer drittstaatlichen Staatsangehörigkeit zusammentrifft, Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB anzuwenden ist. Zur Begründung verweist der BGH darauf, dass angesichts der eindeutigen Gesetzeslage und der Intention des Gesetzgebers kein Raum für eine teleologische Reduktion von Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB im Rahmen der Rom-III-Verordnung bleibe – erst recht, wenn diese lediglich aufgrund eines nationalen Anwendungsbefehls gelte.

Demnach war hier die deutsche Staatsangehörigkeit der Beteiligten maßgeblich und auf die Scheidung das deutsche Sachrecht anwendbar. Da nach § 1564 BGB eine Ehe nur durch richterliche Entscheidung geschieden werden kann, war die in Syrien durchgeführte Privatscheidung unwirksam und nicht anerkennungsfähig.

Abschließend stellt der BGH klar, dass selbst wenn syrisches Sachrecht anwendbar wäre, die einseitige Verstoßungsscheidung nicht anerkannt werden könnte, da sie gegen den *ordre public* nach Art. 17 Abs. 2 Nr. 5 i. V. m. Art. 6 EGBGB verstieße. Dies folge zum einen aus der abstrakten Unvereinbarkeit der Verstoßungsscheidung mit dem Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau in Art. 3 Abs. 2 GG und zum anderen aus der konkreten Unvereinbarkeit der Anwendung des syrischen Rechts mit den Grundsätzen des deutschen Rechts im vorliegenden Fall. So war die Ehefrau nicht mit der Verstoßung einverstanden und die Ehe selbst wäre unter Anwendung deutschen Rechts mangels Ablaufs der erforderlichen Trennungszeit nicht zu scheiden gewesen.

r

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter **www.dnoti.de**

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessorin Ricarda Lotte

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

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

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

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

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Mainleite 5, 97340 Marktbreit