

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 650u, 650m Abs. 2; MaBV § 3 Abs. 2 – Notwendigkeit einer Vertragserfüllungssicherheit, wenn ein Bauträger insgesamt nur zwei Teilbeträge (erste Rate i. H. v. 96,5% des Erwerbspreises) anfordern möchte

BGB §§ 2032, 2041 – Voraussetzungen für Grundstückserwerb in Erbengemeinschaft; Bedeutung der erbrechtlichen Surrogation

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 164, 177, 1922; GBO § 19; EuErbVO Art. 20, 21, 34 – Vollmachtloses Handeln für einen verstorbenen Grundstückseigentümer; Geltung deutschen Erbrechts für ein in Deutschland belegenes Nachlassgrundstück eines britischen Staatsangehörigen

Aktuelles

Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 650u, 650m Abs. 2; MaBV § 3 Abs. 2 Notwendigkeit einer Vertragserfüllungssicherheit, wenn ein Bauträger insgesamt nur zwei Teilbeträge (erste Rate i. H. v. 96,5% des Erwerbspreises) anfordern möchte

I. Sachverhalt

Ein Bauträger veräußert neu errichtete Eigentumswohnungen. Der jeweilige Erwerber soll insgesamt nur zwei Teilbeträge zahlen, und zwar 96,5 % nach Bezugsfertigkeit (Zug-um-Zug gegen Besitzübergabe) sowie 3,5 % nach vollständiger Fertigstellung. Der Bauträger ist der Ansicht, dass in dieser Konstellation eine Sicherheit gem. § 650m Abs. 2 BGB nicht erforderlich sei.

II. Frage

Ist die Sicherheit gem. § 650m Abs. 2 BGB bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen?

III. Zur Rechtslage

1. Sinn und Zweck der Sicherheit gem. § 650m Abs. 2 BGB

Nach § 650m Abs. 2 BGB (vormals § 632a Abs. 3 BGB a. F.) muss ein Unternehmer (Bauträger) bei der ersten Abschlagszahlung eine *Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel* in Höhe von fünf Prozent seines Vergütungsanspruchs stellen, wenn der Besteller (Erwerber) ein Verbraucher ist und der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat. Es handelt sich hierbei nicht um eine Gewährleistungs-, sondern um eine Vertragserfüllungssicherheit (woraus vor allem folgt, dass sie die fristgerechte und abnahmefähige Herstellung des versprochenen Werkes sichert, nicht aber Mängelansprüche nach Abnahme;

vgl. etwa BeckOGK-BGB/Mundt, Std.: 1.4.2020, § 650 Rn. 44 f. sowie insbesondere [zur Vertragserfüllungsbürgschaft] BeckOGK-BGB/Madaus, Std.: 1.6.2020, § 765 Rn. 321 ff.). Zum Sicherungszweck führt der Gesetzgeber in der Begründung zum Forderungssicherungsgesetz aus:

*„Der Sicherungszweck der dem Besteller zu stellenden Sicherheit ist dahingehend konkretisiert, dass Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel zu leisten ist. Das setzt die **Abnahmereife**, somit **ein vollständiges, von unwesentlichen Mängeln abgesehen mangelfreies Werk** voraus. Die Sicherheit soll somit alle Ansprüche abdecken, die darauf beruhen, dass die Unternehmerleistung hinter der vertraglich vorausgesetzten Tauglichkeit oder Werthaltigkeit zurückbleibt. Erfasst sein sollen darüber hinaus aber auch die durch Überschreitung der Bauzeit entstehenden Ansprüche, da dem Verbraucher gerade bei Krisen von Bauunternehmern und Bauträgern Schäden häufig dadurch entstehen, dass das Bauwerk nicht rechtzeitig bezogen werden kann. Die Bürgschaft als Vertragserfüllungsbürgschaft sichert **die bis zur Abnahme entstandenen Ansprüche**. Nach der Abnahme ist die Bürgschaft zurückzugeben, es sei denn, die bei Abnahme vorbehaltenen Mängel sind noch nicht beseitigt (vgl. OLG Düsseldorf, BauR 1998, 554).“*

(BT-Drs. 16/511, S. 15; Hervorhebung durch DNotI)

Die Notwendigkeit der Stellung einer solchen Sicherheit besteht u. E. so lange, wie der Sicherungszweck noch nicht entfallen ist (s. auch zur Rückgabe der Sicherheit BeckOGK-BGB/Mundt, § 650m Rn. 49; Lenkeit, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Aufl. 2018, § 650m Rn. 35). Die Antwort auf die Frage, ob und wie lange eine Sicherheit gem. § 650m Abs. 2 BGB zu stellen ist, kann hierbei nur aus jenem Anspruch hergeleitet werden, der besichert werden soll. Dies ist vorliegend der werkvertragliche Herstellungsanspruch des Erwerbers. Demgegenüber ist die Zusammenfassung von mehreren in § 3 Abs. 2 S. 2 MaBV genannten Bauabschnitten zu einer großen Abschlagszahlung nicht von Belang, da sie einen gänzlich anderen Anspruch, nämlich den Vergütungsanspruch des Bauträgers betrifft.

2. Würdigung des mitgeteilten Sachverhalts

Nach § 640 Abs. 1 S. 1 BGB besteht der **werkvertragliche Herstellungsanspruch** bis zur Abnahme des Werkes durch den Besteller fort (vgl. statt aller MünchKommBGB/Busche, 8. Aufl. 2020, § 640 Rn. 51). Nach unserem Dafürhalten gilt dies entsprechend für den zuvor beschriebenen **Sicherungszweck**, sodass die Sicherheit bis zur vollständigen Fertigstellung und vollumfäng-

lichen Abnahme des Bauvorhabens aufrechtzuerhalten ist (s. auch Lenkeit, § 650 Rn. 28: Sicherheit betrifft Erfüllungsinteresse, das i. d. R. mit der abnahmereifen Erbringung der geschuldeten Werkleistung endet). Hieran vermag auch eine in Bauträgerverträgen üblicherweise vereinbarte **Teilabnahme** des nach Bezugsfertigkeit erreichten Bautenstands nichts zu ändern, da das zu sichernde Erfüllungsinteresse des Erwerbers auch nach einer teilweisen Abnahme des Bauvorhabens noch nicht vollständig befriedigt ist. In tatsächlicher Hinsicht mag es zwar sein, dass nach einer erfolgten Teilabnahme keine „größeren“ Leistungsstörungen mehr zu erwarten sind. Das **Gesetz sieht** allerdings ein **sukzessives Abschmelzen der Höhe der Sicherheit** mit fortschreitendem Bauvorhaben und dessen Teilabnahme **nicht vor**. In dem Fehlen einer gesetzlichen Abschmelzungsregelung kommt zum Ausdruck, dass die Sicherheit gem. § 650m Abs. 2 BGB nicht an eine bestimmte Wahrscheinlichkeit der Schadensverwirklichung und -höhe anknüpft (vgl. Monreal, DNotZ 2015, 173, 184). Außerdem kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Teilabnahme zu einem Zeitpunkt stattfindet, zu dem der Erwerber die Bezugsfertigkeitsrate bereits gezahlt hat, denn der Ratenzahlungsplan gem. § 3 Abs. 2 S. 2 MaBV knüpft nicht an das rechtsgeschäftliche Ereignis der Abnahme, sondern an den tatsächlichen Bautenstand an (vgl. auch OLG München MittBayNot 2019, 137, das annimmt, der Bauträger dürfe die Besitzverschaffung nicht davon abhängig machen, dass der Erwerber die [Teil-]Abnahme erklärt; a.A. KG MittBayNot 2020, 240, wonach der Bauträger die Besitzübergabe von der Abnahme des Sondereigentums abhängig machen dürfe).

Basty (in: Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2017, Rn. 456) weist mit Blick auf die Dauer der gem. § 650m Abs. 2 BGB zu gewährenden Sicherheit darauf hin, dass die in Bauträgerverträgen häufig anzutreffende Differenzierung zwischen *bezugsfertiger* und *vollständiger* Fertigstellung keine Rolle bezüglich des Erfüllungsinteresses des Erwerbers spiele und deshalb die **Sicherheit bis zur vollständigen Fertigstellung** zu gewähren sei (a. A. wohl Schiffner, in: Reithmann/Terbrack, Kauf vom Bauträger, 8. Aufl. 2018, Teil C Kap. VI Rn. 495 mit nicht überzeugendem Hinweis darauf, dass der Sicherungszweck bereits mit bezugsfertiger Fertigstellung entfalle, weil der Erwerber bei Mängeln hinsichtlich der Restarbeiten einen Einbehalt gem. §§ 320, 641 Abs. 3 BGB in Ansehung der letzten Abschlagszahlung [Fertigstellungsrate i. H. v. 3,5 %] geltend machen könne).

Nach unserem Dafürhalten entfällt die Notwendigkeit einer Sicherheit gem. § 650m Abs. 2 BGB nur dann, wenn eine **Endfälligkeit** des Erwerbspreises dergestalt

vereinbart wird, dass der gesamte Vergütungsanspruch erst nach vollständiger Fertigstellung *und* Abnahme zu entrichten ist. Sofern die Beteiligten keine Endfälligkeit des Erwerbspreises gem. §§ 641 Abs. 1 S. 1, 650g Abs. 4 Nr. 1 BGB vereinbaren, handelt es sich um „Abschlagszahlungen“ i. S. v. § 650v BGB mit der Konsequenz, dass sowohl § 3 MaBV als auch § 650m Abs. 2 BGB zu berücksichtigen sind.

3. Ergebnis

Bei der Gestaltung eines Bauträgervertrages ist die Sicherheit gem. § 650m Abs. 2 BGB auch dann zu berücksichtigen, wenn die bis zur Bezugsfertigkeitsrate vorgesehenen Bauabschnitte gem. § 3 Abs. 2 S. 2 MaBV zu einer „großen“ Abschlagszahlung zusammengefasst werden. Die Sicherheit gem. § 650m Abs. 2 BGB dient dem Erfüllungsinteresse des Erwerbers und hat somit eine andere Schutzrichtung als der Ratenzahlungsplan des § 3 Abs. 2 MaBV, der gewährleisten soll, dass der jeweiligen Abschlagszahlung des Erwerbers eine adäquate Leistung des Bauträgers gegenübersteht (zum Ganzen sowie insbesondere auch zur unterschiedlichen Wirkungsweise der beiden Sicherungssysteme auch Monreal, DNotZ 2015, 173).

BGB §§ 2032, 2041

Voraussetzungen für Grundstückserwerb in Erbengemeinschaft; Bedeutung der erbrechtlichen Surrogation

I. Sachverhalt

a) Herr und Frau G sind in Erbengemeinschaft im Grundbuch eingetragen. Sie wollen von ihrem Nachbarn ein Flurstück (22 m²) hinzuerwerben. Im entsprechenden Grundbuch ist ebenfalls eine Erbengemeinschaft (nach Herrn N) eingetragen.

b) Im Grundbuch sind als Eigentümer eingetragen Herr W als Miteigentümer zu 1/2 und die Erbengemeinschaft nach dem Bruder von Herrn W, bestehend aus vier Erben (Frau BW und ihre drei Kinder K1 bis K3), ebenfalls zu 1/2. Herr W und die Erbengemeinschaft sind sich einig, dass sie das Grundstück real teilen wollen. Die Vermessung ist erfolgt. Es sind zwei Flurstücke gebildet worden. Das kleinere soll Herr W bekommen; das größere Grundstück soll an die Erbengemeinschaft übertragen werden. Dafür sollen ihm die Erben aus dem Nachlass einen Ausgleich zahlen.

II. Fragen

1. Kann in Sachverhalt a) das Flurstück durch die Erbengemeinschaft (also durch „Herrn G und Frau G in Erbengemeinschaft“) erworben werden?

2. Kann in Sachverhalt b) die Erbengemeinschaft, bestehend aus Frau BW und K1 bis K3 das nach Realteilung entstandene Grundstück erwerben?

III. Zur Rechtslage

1. Erwerb des Grundstücks (Sachverhalt a)

a) Einführung; gesetzliche Begrenzung der erbrechtlichen Surrogationstatbestände

Hinterlässt der Erblasser mehrere Erben, so wird der Nachlass gemeinschaftliches Vermögen der Erben (§ 2032 Abs. 1 BGB). Zur Erbengemeinschaft hat die höchstrichterliche Rechtsprechung geklärt (BGH NJW 2002, 3389 ff.; BGH NJW 2006, 3715 f.; hierzu etwa BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, Std.: 1.10.2019, § 2032 Rn. 12.2), dass die Erbengemeinschaft als solche nicht rechtsfähig ist. Das Gegenteil folgt aus Sicht des BGH nicht aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR durch das Grundsatzurteil BGHZ 146, 341 ff. Denn kennzeichnend für die Erbengemeinschaft ist ihre Begründung mit dem Erbfall *ipso iure*, wohingegen die GbR rechtsgeschäftlich begründet wird. Ferner ist die Erbengemeinschaft keine werbende Gemeinschaft, sondern auf Auseinandersetzung gerichtet (vgl. BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, § 2032 Rn. 12.2.). Dementsprechend kommt als Erwerber von Grundbesitz in einem Kauf- oder Tauschvertrag nicht die Erbengemeinschaft als solche in Betracht, sondern nur die konkreten natürlichen Personen, die unter den gesetzlichen Voraussetzungen im Berechtigungsverhältnis der Erbengemeinschaft gem. §§ 2032 ff. BGB, 47 GBO erwerben.

Wie bereits angedeutet, ist die Erbengemeinschaft eine unabhängig vom Willen der Erben kraft Gesetzes entstehende Zufallsgemeinschaft, die auf der vom Erblasser angeordneten gesetzlichen oder testamentarischen Erbfolge beruht. Sie ist auf Auseinandersetzung und anschließende Auflösung angelegt. Die Erbengemeinschaft kann daher weder vertraglich begründet noch nach erfolgter Auflösung wieder hergestellt werden. Dass ein nicht bereits beim Erbfall im Nachlass vorhandener Vermögenswert den Erben im Berechtigungsverhältnis der gesamthänderischen Erbengemeinschaft zusteht, kann mangels Zulassung einer dahingehenden rechtsgeschäftlichen Gestaltung daher nur auf einem gesetzlichen Tatbestand beruhen, also gem. § 2032 Abs. 2 BGB bis zur Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft auf § 2041 BGB (s. zum Ganzen etwa MünchKommBGB/Gergen, 8. Aufl. 2020, § 2032 Rn. 4, 8; Palandt/Weidlich, BGB, 79. Aufl. 2020, § 2032 Rn. 1; BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, § 2032 Rn. 2). Daraus ergibt sich, dass **Miterben nach dem Erbfall in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit nur im Rahmen von § 2041 BGB Eigentum für den Nachlass erwerben können**; dies gilt auch für Grundeigentum (BGH

DNotZ 2018, 52 Rn. 10; OLG Köln OLGZ 1965, 117; Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 20 Rn. 33).

b) Exkurs: Bedeutung dieser Begrenzung beim Behindertentestament

Bedeutung erlangt diese Beschränkung beispielhaft bei Vermögenserwerben und Nachlassumschichtungen, wenn der Erblasser ein **klassisches Behindertentestament** errichtet hatte. Hier besteht an der Fortdauer der Schutzinstrumente der Testamentsvollstreckung (vgl. § 2214 BGB) und der Nacherbenbindung (§§ 2100, 2139 BGB) auch nach derartigen Transaktionen besonderes Interesse (s. G. Müller, NotBZ 2017, 81 ff.). Die entsprechende Anwendung des § 2041 BGB auf die der Testamentsvollstreckung unterliegende Vermögensmasse ist allgemein anerkannt (BGH ZEV 2012, 103; Bengel/Reimann/Schaub, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 6. Aufl. 2017, 4. Kap. Rn 67 ff; Meikel/Böhringer, GBO, 11. Aufl. 2015, § 52 Rn 4, 22). Über die Surrogationsvorschriften hinaus ist aber für die rechtsgeschäftliche Erstreckung der Testamentsvollstreckung durch gemeinsamen Willensakt von Erben und Testamentsvollstrecker kein Raum, da die Eigenanordnung der Testamentsvollstreckung durch den Erblasser zwingend ist (vgl. §§ 2197, 2198, 2200 BGB). § 2065 Abs. 1 BGB verbietet insoweit eine „Vertretung im Willen“ (vgl. KG OLGE 44, 100, 102; BeckOGK-BGB/Grotheer, Std.: 1.3.2020, § 2197 Rn 64 f., 207 ff; Reimann/Klinger, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 6. Aufl. 2017, § 7 Rn 131). Dieselbe Begrenzung gilt auch für die Nacherbenbindung nach §§ 2100 ff. BGB: Diese kann – über den hier einschlägigen Surrogationsstatbestand des § 2111 BGB, insbesondere auch die Inventareinverleibung nach § 2111 Abs. 2 BGB hinaus – ebenfalls nicht durch einseitige Zuweisungserklärung des Vorerben begründet werden, selbst nicht bei zusätzlicher Zustimmung des Nacherben hierzu, da die beteiligten Erben nicht beliebig privatautonom eine *res extra commercium* schaffen können (vgl. im Detail BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, Std.: 15.1.2020, § 2111 Rn. 100 f.; KGJ 40, 183, 185 ff.; OLG Stuttgart DNotZ 1974, 365; Staudinger/Avenarius, BGB, 2019, § 2111 Rn 6 f.; umfassend, aber im Ergebnis ebenso ablehnend zur Ausweitung dinglicher Surrogationswirkung kraft Parteiwillens: Stiebitz, Die Surrogation im Erbrecht, 2007, S. 248 ff.).

c) Rechtsfolgen der Surrogation nach § 2041 BGB

Die von § 2041 BGB angeordnete Surrogation bezweckt den Schutz des Nachlasswertes und seiner wirtschaftlichen Einheit als Gesamthandsvermögen. Die Norm dient so allen Miterben und Nachlassgläubigern (s. etwa BGH NJW 1987, 434 f.). Sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 2041 BGB im konkreten Fall erfüllt, so ist die als Rechtsfolge kraft Gesetzes an-

geordnete dingliche Surrogation nicht dispositiv, weder für den Erblasser noch für die Erben (BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, § 2041 Rn. 1; umfassend und kritisch: Stiebitz, S. 48 ff.). Surrogation nach § 2041 BGB tritt also bei Nachlassverwaltungsmaßnahmen gesetzlich auch dann ein, wenn der einzeln auftretende Miterbe unter Einsatz von Nachlassmitteln dennoch lediglich eigenen Namens erwerben will (vgl. BGH NJW 1968, 1824; zuvor bereits OLG München NJW 1956, 1880). Wünschen die erwerbenden Personen bei Eingreifen des § 2041 BGB ein anderes Rechtsverhältnis, so könnte dies also nur nachfolgend durch gesonderte einvernehmliche rechtsgeschäftliche Erklärungen aller Miterben erreicht werden, die den gewünschten Berechtigungszustand herstellen. Der Erwerb des „Mini-Flurstückes“ erfolgt durch Herrn und Frau G im Berechtigungsverhältnis der Erbengemeinschaft, also gesetzlich zwingend dann, wenn das Erwerbsgeschäft ein **Rechtsgeschäft** ist, **das sich auf den Nachlass bezieht** (§ 2041 S. 1 Var. 3 BGB; sog. Beziehungssurrogation). Die weiteren Tatbestände der dinglichen Surrogation nach § 2041 S. 1 BGB (Rechtssurrogation nach § 2041 S. 1 Var. 1 BGB, Ersatzsurrogation nach § 2041 S. 1 Var. 2 BGB) kommen hier offensichtlich nicht in Betracht.

d) Würdigung des Sachverhalts a); Einsatz von Nachlassmitteln als notwendige Voraussetzung der Surrogation nach § 2041 BGB?

Dementsprechend erwerben Herr und Frau G das betreffende Flurstück gem. § 2041 S. 1 Var. 3 BGB jedenfalls dann in Erbengemeinschaft, wenn sie für die Bezahlung des Kaufpreises **Nachlassmittel** aufwenden. Ein solcher Erwerb durch Rechtsgeschäft mit Mitteln des Nachlasses genügt nach ganz herrschender Auffassung, um den Tatbestand der Beziehungssurrogation nach § 2041 S. 1 Var. 3 BGB zu erfüllen (so etwa BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, § 2041 Rn 10.2 ff.; Staudinger/Löhnig, BGB, 2016, § 2041 Rn 8; BeckOK-BGB/Lohmann, Std.: 1.2.2020, § 2041 Rn 3; Palandt/Weidlich, § 2041 BGB Rn 2; ebenso aber auch Münch-KommBGB/Gergen, § 2041 Rn. 20 ff., der im Übrigen eine restriktive Position zur Surrogation vertritt).

Es stellt sich die Frage, ob dieser Einsatz von Nachlassmitteln zur Begleichung des Kaufpreises notwendige Voraussetzung für den Eintritt der Surrogationsfolge des § 2041 S. 1 Var. 3 BGB ist oder ob die Surrogation auch bei einem **Erwerb mit nachlassfremden Mitteln** eingreift. Diese Frage wird von *Gergen* (in Münch-KommBGB, § 2041 Rn. 25) verneint: In diesem Fall stünden einer Surrogationswirkung allgemeine erbrechtliche Prinzipien entgegen. Die Erbengemeinschaft sei ihrer Funktion nach eine Abwicklungsgemeinschaft, die in der Regel nur für eine gewisse Übergangszeit bestehe und deren natürliches Ziel es sei, sich aufzulösen.

Diesem typischen Zweck würde es zuwiderlaufen, durch Zulassung von unter Umständen erheblichem Vermögenserwerb zum Gesamthandseigentum den Fortbestand der Erbengemeinschaft auf längere Dauer in besonderer Weise zu fördern. Sachgerechte Formen einer gemeinschaftlichen Zweckverfolgung mittels gesamthänderisch gebundenen Sondervermögens seien durch die Gesellschaft des BGB und des HGB bereitgestellt.

Demgegenüber hält die h. M., insbesondere auch der BGH (DNotZ 2018, 52 Rn. 12), das Eingreifen der Beziehungssurrogation auch bei Einsatz nachlassfremder Mittel für möglich (Staudinger/Löhnig, BGB, 2016, § 2041 Rn. 7; Palandt/Weidlich, § 2041 Rn. 2; Erman/Bayer, BGB, 15. Aufl. 2017, § 2041 Rn. 4b). Für die Zulassung der Surrogation auch beim Einsatz nachlassfremder Mittel spricht bereits der vom historischen Gesetzgeber mit Bedacht abweichend von §§ 2019, 2111 BGB formulierte Wortlaut des § 2041 BGB, der den Erwerb „mit Mitteln der Erbschaft“ gerade nicht zur Voraussetzung für die Surrogationswirkung erhebt (ausführlich BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, § 2041 Rn. 10.13 unter Rückgriff auf Ann, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 208). Wir halten diese Auffassung bei grammatischer Gesetzesauslegung für zutreffend. Vom Standpunkt der h. M. aus sind die Voraussetzungen der Beziehungssurrogation gem. § 2041 S. 1 Var. 3 BGB bei Einsatz nachlassfremder Mittel also ebenfalls erfüllbar, nämlich wenn der Erwerb nach der **Willensrichtung** des rechtsgeschäftlich Handelnden dem Nachlass zugutekommen soll (**subjektive Komponente**) und weiter ein **innerer Zusammenhang mit dem Nachlass** besteht (**objektive Komponente**), der auch in einer wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit begründet sein kann (BGH DNotZ 2018, 52 Rn. 12; OLG Düsseldorf OLGR 1998, 121, 122 f.).

Die geforderte subjektive Komponente geht im unterbreiteten Sachverhalt schon daraus hervor, dass Herr und Frau G in Erbengemeinschaft erwerben wollen. Die weiter erforderliche wirtschaftliche Zweckmäßigkeit für den Nachlass wird man hier darin erkennen können, dass der Erwerb des Nachbargrundstücks räumlich der Abrundung des Nachlassgrundbesitzes dient und auf diese Weise der Werterhöhung des im räumlichen Zusammenhang stehenden Nachlassgrundvermögens dient.

e) Ergebnis im Sachverhalt a)

Im Ergebnis erwerben Herr und Frau G deswegen im Sachverhalt a) nach unserer Einschätzung das Nachbargrundstück im Berechtigungsverhältnis der Erbengemeinschaft unabhängig davon, ob der Kaufpreis hierfür aus Nachlassmitteln oder aus Eigenvermögen des Herrn und der Frau G stammt. Da der Erwerb in Erbengemeinschaft unter den hier erfüllten gesetzlichen

Voraussetzungen zwingend ist, wäre ein abweichendes Berechtigungsverhältnis nur durch nachfolgende rechtsgeschäftliche Erklärungen der Erwerber denkbar.

2. Realteilung; Ergebnis im Sachverhalt lit. b)

Auch im Fall der **Realteilung** werden Frau BW und K1 bis K3 im Berechtigungsverhältnis der Erbengemeinschaft (nur) dann erwerben, wenn die **Voraussetzungen des § 2041 S. 1 Var. 3 BGB hierbei erfüllt** sind. Diese sind im Sachverhalt b) aber nach unserer Einschätzung zu bejahen, da Frau BW und K1 bis K3 für den Erwerb des nach der Realteilung auf sie entfallenden selbständigen Grundstückes im Nachlass vorhandene Mittel aufwenden, nämlich den hälftigen Miteigentumsanteil an dem Stammgrundstück, der ihnen in Erbengemeinschaft zusteht. Diesen hälftigen Miteigentumsanteil an dem Stammgrundstück geben sie auf und erhalten dafür im Wege der Auseinandersetzung nach Realteilung zu Alleineigentum ein rechtlich selbständiges (kleineres) Grundstück. Durch diesen objektiven Einsatz von Nachlassmitteln sind die **Voraussetzungen des § 2041 S. 1 Var. 3 BGB nach einhelliger Auffassung erfüllt** (s. als Parallellfall OLG Köln BeckRS 1987, 2469 = Rpfleger 1987, 409 f. zu einem Tauschvertrag). Die Bildung von Bruchteilseigentum gemäß den Erbquoten im Wege einer **Teilerbauseinandersetzung** ist im Sachverhalt b) also **nicht erforderlich**, um den geplanten Erwerb von Frau BW und K1 bis K3 zu gestalten.

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.

ZPO §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 800

Teilunterwerfung unter die Zwangsvollstreckung; beglaubigte Grundschuldbestellung und beurkundete Teilvervollstreckungsunterwerfung; Erfordernis der Bezugnahme auf Grundschuldbestellungsurkunde

Abruf-Nr.: 176841

EGBGB a. F. Art. 15

Volksrepublik China: Rückverweisung aufgrund Inkrafttretens des Rechtsanwendungsgesetzes nach der Heirat in China

Abruf-Nr.: 177627

Rechtsprechung

BGB §§ 164, 177, 1922; GBO § 19; EuErbVO Art. 20, 21, 34

Vollmachtloses Handeln für einen verstorbenen Grundstückseigentümer; Geltung deutschen Erbrechts für ein in Deutschland belegenes Nachlassgrundstück eines britischen Staatsangehörigen

1. Handelt ein vollmachtloser Vertreter im Namen eines verstorbenen Grundstückseigentümers, gibt er also eine Willenserklärung oder Verfahrenserklärung im Namen einer nicht mehr existierenden Person ab, so ist das Rechtsgeschäft einer Genehmigung durch die Erben nicht zugänglich. § 177 BGB findet auf einen derartigen Sachverhalt weder direkt oder analog Anwendung.

2. War der Erblasser britischer Staatsangehöriger, so gilt für die Erbfolge in sein in Deutschland belegenes Nachlassgrundstück kraft Rückverweisung das deutsche Recht mit der Folge, dass nicht der in England bestellte „*administrator*“, sondern die nach BGB zu bestimmenden Erben des Verstorbenen verfügungsbefugt sind. (Leitsätze der DNotI-Redaktion)

OLG Bremen, Beschl. v. 16.4.2020 – 3 W 9/20

Problem

Mit notariellem Kaufvertrag erwarben mehrere Beteiligte in Bremerhaven belegenen Grundbesitz. Eine weitere Beteiligte (im Folgenden: „Erblasserin“) wurde beim Kaufvertragsabschluss vollmachtlos vertreten. Wie sich später herausstellte, war sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits verstorben. Sie war britische Staatsangehörige (England und Wales) und hatte dort auch ihren letzten gewöhnlichen Aufenthalt. Für sie war durch den High Court of Justice England and Wales ein *administrator* des Nachlasses bestellt worden. Dieser hat mit notariell beglaubigter Erklärung den Kaufvertragsabschluss durch die Erblasserin genehmigt.

Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung der Vormerkung ab und führte zur Begründung aus, dass angesichts der in England geltenden Nachlassspaltung für das in Deutschland befindliche unbewegliche Vermögen deutsches Recht gelte und der *administrator* deswegen die Genehmigungserklärung nicht abgeben könne. Erforderlich sei vielmehr die Zustimmung der Erben der Erblasserin unter Vorlage eines gegenständlich beschränkten Erbescheins.

Entscheidung

Die gegen die Zwischenverfügung eingelegte Beschwer-

de blieb ohne Erfolg. Das OLG Bremen stützt seine ablehnende Entscheidung ausschließlich darauf, dass die bereits verstorbene Erblasserin keine Willenserklärung abgeben könne. Auch ein vollmachtloser Vertreter könne für eine nicht mehr existente Person nicht auftreten. § 177 BGB finde auf eine derartige Konstellation weder direkt noch analog Anwendung. Ein Bedürfnis für eine analoge Anwendung des § 177 BGB bestehe nicht, da es an einer planwidrigen Regelungslücke fehle. Das Vermögen gehe im Zeitpunkt des Todes auf die Erben über, sodass diese über die Nachlassgegenstände verfügungsbefugt seien. Allerdings hätten dann auch die Erben vertreten werden müssen – was das Gericht offenbar nicht als gegeben ansah. In Betracht käme allenfalls eine Anwendung des § 179 BGB und eine Haftung des vollmachtlosen Vertreters, worauf es vorliegend allerdings nicht ankomme.

Anmerkung

Es ist anerkannt ist, dass auch die Genehmigungsbefugnis i. S. d. § 177 BGB gem. § 1922 BGB auf die Erben übergeht (BGH NJW 1954, 145; OLG Hamm NJW-RR 1987, 1170). Der **Übergang der Genehmigungsbefugnis** kam vorliegend allerdings nicht in Betracht, da die Erblasserin schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mehr lebte und somit auch nicht vertreten werden konnte. In diesem Teil der Begründung ist dem OLG noch zuzustimmen.

Die entscheidende Frage ist jedoch eine andere: Ist der Vertretene zum Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung bereits verstorben, so muss geprüft werden, ob der Vertreter hilfsweise für die Erben handeln wollte. Das ist eine **Tatfrage**, die im Einzelfall beleuchtet werden muss. In aller Regel wird man durch **Umdeutung gem. § 140 BGB** zu dem Ergebnis kommen, dass der Vertreter (hypothetisch) auch für die Erben gehandelt hätte. Das muss jedenfalls gelten, solange Anhaltspunkte dafür fehlen, dass der Vertreter den Erblasser nur persönlich verpflichten wollte und nicht auch dessen Erben. Bei einem Grundstückskaufvertrag ist nicht ersichtlich, warum der Vertreter nicht auch implizit hilfsweise für die Erben handeln möchte. Diese sind ausreichend dadurch geschützt, dass sie die Genehmigung verweigern können. Zudem liegt eine solche Umdeutung auch im Interesse der anderen Vertragspartei. Zu all diesen Problemkreisen verliert das Gericht kein Wort. Und das, obwohl der BGH in der Vergangenheit *obiter dictum* im Ergebnis zutreffend davon ausging, dass es für die Anwendung des § 177 BGB gerade nicht darauf ankomme, ob der Vertretene zum Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung noch lebte (so ausdrücklich BGH NJW 1954, 145.). Prägnant formuliert der BGH im amtlichen Leitsatz:

„Ein Vertrag, der von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht im Namen eines Vermissten geschlossen wurde, kann durch Genehmigung der Erben des Vermissten wirksam werden, wenn sich später ergibt, daß der Vertretene zur Zeit des Abschlusses des Vertrags nicht mehr lebte.“

Bzgl. der IPR-Fragestellungen ist die Entscheidung des OLG – ebenso wie bereits die Zwischenverfügung des Grundbuchamts – zutreffend. Vom Gericht nicht angesprochen wird zwar die Frage des **anwendbaren Rechts** bzgl. der Vertretung ohne Vertretungsmacht, im Ergebnis aber zutreffend gelöst. Diese richtet sich nach dem **Geschäftsstatut** (strittig, vgl. ausführlich BeckOGK-BGB/Ulrici, Std.: 1.5.2020, § 177 Rn. 231), also vorliegend nach dem deutschen Recht.

Für die Frage, wer zur Genehmigung befugt ist, ist schließlich das auf die Erbfolge anwendbare Recht zu bestimmen. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO verweist hierzu auf das Recht des Staates, in dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, im konkreten Fall das Vereinigte Königreich. Gem. Art. 34 Abs. 1 EuErbVO ist auch das im Vereinigten Königreich geltende internationale Privatrecht anzuwenden. Insbesondere wäre gem. Art. 34 Abs. 1 EuErbVO eine **Rückverweisung** auf das deutsche Recht zu beachten. Zwar ist das Zivilrecht, einschließlich des internationalen Privatrechts in den einzelnen britischen Landesteilen unterschiedlich geregelt. Über Art. 36 Abs. 2 lit. a EuErbVO ist daher – da es auch kein einheitliches Kollisionsrecht gibt – das Recht der Teilrechtsordnung anzuwenden, in der der Erblasser zum Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Der konkrete Landesteil, in dem sich die Erblasserin zum Zeitpunkt des Todes gewöhnlich aufhielt, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen. Da in sämtlichen britischen Landesteilen der Grundsatz des *common law* gilt, dass die Erbfolge des unbeweglichen Vermögens nach der jeweiligen *lex rei sitae* zu beurteilen ist, während für die Vererbung des beweglichen Vermögens das Erbstatut an das *domicile* des Erblassers anzuknüpfen ist (s. insoweit nur NK-BGB/Odersky, Bd. 5: Erbrecht, 5. Aufl. 2018, Länderbericht Großbritannien, Rn. 5 ff.), kommt es darauf letztlich nicht an. Die Erbfolge in das unbewegliche Vermögen richtet sich demnach nach deutschem Recht, welches vorsieht, dass der Nachlass unmittelbar auf die Erben übergeht, so dass diese die Genehmigung erteilen konnten. Von der Genehmigungsfähigkeit durch die Erben ging im Ergebnis zutreffend offenbar noch das Grundbuchamt in seiner Zwischenverfügung aus – anders als im Ergebnis das OLG.

Aktuelles

Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser

Im Bundesgesetzblatt vom 23. Juni 2020 wurde das Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser verkündet (BGBl. I vom 23.6.2020, S. 1245). Es wird unter anderem ein Formerfordernis (Textform) für den Maklervertrag eingeführt, der sich auf den Abschluss eines Kaufvertrags über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus bezieht (§ 656a BGB n.F.). Zudem ist vorgesehen, dass der Lohnanspruch bei Tätigkeit für beide Parteien nur eine Verteilung in gleicher Höhe zulässt. Wird der Makler für eine Partei unentgeltlich tätig, kann er sich auch von der anderen Partei keinen Maklerlohn versprechen lassen (§ 656c BGB n.F.). Eine Abwälzung der Maklerkosten auf die andere Vertragspartei ist nur möglich, wenn die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, zur Zahlung des Maklerlohns mindestens in gleicher Höhe verpflichtet bleibt (§ 656d BGB n.F.). Das Gesetz gilt gemäß Art. 229 § 53 EGBGB für Maklerverträge, die ab dem 23. Dezember 2020 geschlossen werden.

Literaturhinweise

J. Weber (Hrsg.), **Kölner Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 2020, 919 Seiten, 129,- €**

An Literatur zum Wohnungseigentumsgesetz besteht wahrlich kein Mangel. In wenigen anderen Rechtsgebieten gibt es so viele verschiedene Kommentare und Handbücher. Dennoch stößt das vorliegende Werk in eine Marktlücke. Es ist das erste – und soweit ersichtlich auch einzige – Werk, das das Recht des WEG ausschließlich aus Sicht der notariellen Vertragsgestaltung beleuchtet. An keiner anderen Stelle finden sich in dieser Konzentration die Probleme behandelt, die sich aus Sicht des Notars bei der Gestaltung von Teilungserklärungen und Gemeinschaftsordnungen sowie Kaufverträgen bzgl. Wohnungs- oder Teileigentumseinheiten stellen. Neben der Begründung von Wohnungseigentum, der Gestaltung von Gemeinschaftsordnungen, der nachträglichen Veränderungen des Wohnungseigentums und der Veräußerung von Wohnungseigentum ist besonders erfreulich, dass sich das Buch auch mit Spezialbereichen beschäftigt, die sich bei der Vertragsgestaltung stellen. Hierzu gehören unter anderem die Beteiligung von Minderjährigen und eine Darstellung spezieller Wohnungseigentumsanlagen wie bspw. betreutes Wohnen.

Postvertriebsstück: B 08129

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

Ohne Zweifel ein Werk, auf das die (notarielle) Praxis gewartet hat. Die abstrakten Darstellungen sind ebenso hilfreich wie die zahlreichen Formulierungsvorschläge und Gesamtmuster, die über einen Downloadlink und Zugangscode im Internet zur leichteren Bearbeitung mit der Textverarbeitung abgerufen werden können.

Notarassessor Dr. Julius Forschner

I. Andres/A. Kujović, Anfechtungs- und Haftungsrisiken bei Hauptversammlungen nach dem COVID-19-Gesetz, GWR 2020, 213

A. Amend-Traut, Sorgerechtsvollmachten, FamRZ 2020, 805

M. Becker, Rechtsfähige Gemeinschaft: Wahrnehmung von Pflichten der Wohnungseigentümer, ZWE 2020, 209

M. Busch, Jonit-Ventures in der notariellen Praxis, RNotZ 2020, 249

T. Gohrke/P. Gocht, Grundstückskaufvertrag – Keine Formbedürftigkeit einer nachträglichen Vereinbarung über die Nutzungsbeschränkung eines Grundstücks nach bindend erklärter Auflassung, ZfIR 2020, 421

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: Notarassessor Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessor Dr. Johannes Cziupka

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