

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BeurkG §§ 16a-16e, 45 Abs. 3 – Online-Gründung; beglaubigte Abschrift einer elektronischen Urkunde, die nicht in der elektronischen Urkundensammlung verwahrt wird

BGB § 2351 – Möglichkeit und Modalitäten der Aufhebung eines Zuwendungsverzichts

Gutachten im Abrufdienst

Aktuelles

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BeurkG §§ 16a-16e, 45 Abs. 3

Online-Gründung; beglaubigte Abschrift einer elektronischen Urkunde, die nicht in der elektronischen Urkundensammlung verwahrt wird

I. Rechtsfragen

Kann von einem im Online-Verfahren erstellten Dokument auch ohne Verwahrung in der elektronischen Urkundensammlung und mithin ohne „Urschrift“ i. S. d. § 45 Abs. 3 BeurkG eine elektronisch beglaubigte Abschrift erstellt werden? Genügt eine solche elektronisch beglaubigte Abschrift ggf. als Grundlage der Eintragung einer im Online-Verfahren gegründeten GmbH im Handelsregister?

II. Zur Rechtslage

1. Ausgangslage

Gem. § 45 Abs. 3 BeurkG gilt das nach § 16b BeurkG erstellte elektronische Dokument (**elektronische Ur-**

kunde) als Urschrift im Sinne des Beurkundungsgesetzes, wenn es in der elektronischen Urkundensammlung verwahrt wird (sog. „gekorene Urschrift“, vgl. dazu BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 1.5.2022, § 45 Rn. 37; Winkler, BeurkG, 20. Aufl. 2022, § 45 Rn. 18 ff.; Kienzle, DNotZ 2021, 590, 603). Solange also die elektronische Urkunde (noch) nicht in der elektronischen Urkundensammlung verwahrt wird, ist noch keine elektronische Urschrift entstanden. Das Vorliegen einer Urschrift ist aber – jedenfalls bei der herkömmlichen Präsenzbeurkundung oder -beglaubigung – Voraussetzung für die Erteilung einer **Ausfertigung** (vgl. § 49 Abs. 1 BeurkG), die ja gerade die Niederschrift im Rechtsverkehr vertreten soll. Ausfertigungen von elektronischen Urkunden können also erst nach Aufnahme in die elektronische Urkundensammlung erteilt werden.

2. Möglichkeit der (elektronisch) beglaubigten Abschrift einer elektronischen Urkunde

Noch nicht beantwortet ist damit die Frage, ob von einer (noch) nicht in der elektronischen Urkundensammlung verwahrten elektronischen Urkunde eine beglaubigte Abschrift erteilt werden kann. Bei der Beglaubigung der Abschrift einer Urkunde soll gem. § 42 Abs. 1 BeurkG festgestellt werden, ob die Urkunde eine Urschrift, eine Ausfertigung, eine beglaubigte oder einfache Abschrift

ist (HK-NotarR/Trautrim, 1. Aufl. 2022, § 42 BeurkG Rn. 3). Aus dieser Norm ergibt sich, dass das Ausgangsdokument einer Beglaubigung nicht zwingend die Urschrift sein muss. § 42 Abs. 4 BeurkG bestimmt, dass bei der Beglaubigung eines Ausdrucks oder einer Abschrift eines elektronischen Dokuments, das mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen ist, das Ergebnis der Signaturprüfung dokumentiert werden soll. Gem. § 42 Abs. 4 S. 2 i. V. m. § 39a Abs. 3 S. 2 BeurkG genügt die Dokumentation der Prüfung der qualifizierten elektronischen Signatur des Notars, sofern das elektronische Dokument mit der qualifizierten elektronischen Signatur eines Notars versehen ist.

Es stellt sich insofern die Frage, ob Ausgangsdokument einer (elektronisch) beglaubigten Abschrift erst die elektronische Urschrift i. S. d. § 45 Abs. 3 BeurkG sein kann oder bereits die **elektronische Urkunde** i. S. d. § 45 Abs. 3 BeurkG. In der Literatur wird die Frage bisher noch nicht vertieft behandelt. Der Wortlaut des § 42 Abs. 1 BeurkG ist unergiebig, da er ersichtlich auf analoge Ausgangsdokumente zugeschnitten ist. Der Wortlaut des § 42 Abs. 4 BeurkG deutet darauf hin, dass von *jedem* elektronischen Dokument eine beglaubigte Abschrift erstellt werden kann, wenn das Ergebnis der Signaturprüfung dokumentiert wird.

Die Gesetzesbegründung ist an dieser Stelle nicht eindeutig, lässt bei genauerer Betrachtung aber auf eine Zulässigkeit beglaubigter Abschriften von elektronischen Urkunden schließen. Dort heißt es wörtlich (BT-Drucks. 19/28177, S. 130 / 131 – Hervorhebungen i. F. durch die DNotI-Redaktion):

*„Ein nach §§ 16a bis 16e oder § 39a BeurkG-E erstelltes elektronisches Dokument soll mit Einstellung in die elektronische Urkundensammlung als Urschrift gelten, so dass **erst ab diesem Zeitpunkt Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften erstellt werden können**. Trotz beliebiger Reproduzierbarkeit **elektronischer Urkunden** besteht **dennoch** ein Bedürfnis zur Ausgabe beglaubigter Abschriften **einer elektronischen Urkunde**, da dieser nicht sämtliche qualifizierte elektronische Signaturen der Beteiligten (beispielsweise nach § 16b Absatz 4 BeurkG-E) beigelegt sind, sondern allein die Signatur der Notarin oder des Notars. Dies kann in der Praxis eine deutliche Vereinfachung bedeuten, etwa weil bei der Verwendung des elektronischen Dokuments nur eine statt mehrerer Signaturprüfungen erforderlich ist.“*

Der erste Satz besagt zunächst, dass erst ab dem Zeitpunkt der Herstellung der elektronischen Urschrift Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften erteilt werden können. Leider bleibt die Formulierung insofern unvollständig, als das Ausgangsdokument, von dem die

Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift erstellt werden soll, nicht benannt wird. Gemeint sein dürften allerdings nur Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften „von der Urschrift“. Ausfertigungen können – wie dargestellt – ohnehin nur „von der Urschrift“ erstellt werden. Sofern für eine Abschrift die Übereinstimmung gerade mit der Urschrift beglaubigt werden soll, setzt auch dies naturgemäß das Vorhandensein einer Urschrift voraus. Der erste Satz besagt damit lediglich, dass Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften „von der Urschrift“ erst nach Vorhandensein der Urschrift erteilt werden können. Dies ist von der Frage zu trennen, ab welchem Zeitpunkt beglaubigte Abschriften „von der elektronischen Urkunde“ erteilt werden können. Klarheit schafft insoweit der folgende Satz, der auf das frühere Stadium der „elektronischen Urkunde“ rekurriert und auch bereits hier einen Bedarf für beglaubigte Abschriften anerkennt.

Für die Möglichkeit, eine (elektronisch) beglaubigte Abschrift bereits von der elektronischen Urkunde erstellen zu können, spricht auch folgende Erwägung: Mit Abschluss des Verfahrens nach §§ 16a ff. BeurkG entsteht ein mit qualifizierten elektronischen Signaturen versehenes Dokument in Form der elektronischen Urkunde, das – trotz seiner beliebigen Reproduzierbarkeit – zuverlässig Auskunft über den Inhalt des Beurkundungsvorgangs gibt (dazu auch Kienzle DNotZ 2021, 590, 603 ff.). Die Anbringung der qualifizierten elektronischen Signaturen ersetzt dabei als Pendant zur Unterschrift in der analogen Welt nicht nur diese, sondern gewährleistet auch in technischer Hinsicht, dass das Dokument nachträglich nicht verändert werden kann. Die angebrachten Signaturen ersetzen also gleichsam Schnur und Prägesiegel, die in der analogen Welt die Unveränderlichkeit der Urkunde sicherstellen. Der Beurkundungsvorgang ist mit Anbringung aller Signaturen gem. § 16b Abs. 4 BeurkG abgeschlossen. Das Hochladen der elektronischen Urkunde in die elektronische Urkundensammlung schafft lediglich darüber hinaus die Eigenschaft als Urschrift, wobei es sich hierbei allein um eine Fiktion für Zwecke des Beurkundungsrechts handelt, die der mangelnden Einzigartigkeit der elektronischen Urkunde Rechnung trägt. Dass die Beurkundung zuvor bereits abgeschlossen und das Rechtsgeschäft damit wirksam ist, dürfte außer Zweifel stehen.

Auch eine Betrachtung der Rechtslage zu § 39a BeurkG stützt dieses Ergebnis. Denn bei Dokumenten, die nach § 39a BeurkG erstellt wurden, ist die Verwahrung in der elektronischen Urkundensammlung die Ausnahme. Gem. § 45b Abs. 2 S. 1 BeurkG wird das nach § 39a BeurkG erstellte Dokument nur dann in der elektronischen Urkundensammlung verwahrt, wenn dies verlangt wird. Würde man beglaubigte Abschriften allge-

mein nur von der Urschrift und nicht auch bereits von elektronischen Urkunden für zulässig erachten, könnte von nach § 39a BeurkG erstellten Zeugnissen im Standardfall – also dass keine Verwahrung verlangt wird – keine (elektronisch) beglaubigte Abschrift erstellt werden. Dies kann ersichtlich nicht gewollt sein. Es würde nämlich bedeuten, dass von den in den Online-Verfahren typischerweise nach § 39a BeurkG errichteten Handelsregisteranmeldungen jedenfalls im gesetzlichen Regelfall keine beglaubigten Abschriften erstellt werden könnten. Das wollte der Gesetzgeber aber gerade ermöglichen, damit bei der Verwendung des elektronischen Dokuments nur eine statt mehrerer Signaturprüfungen erforderlich ist (BT-Drucks. 19/28177, S. 130 / 131).

Die Gesetzesbegründung wird in der bislang zur Thematik veröffentlichten Literatur wiedergegeben, ohne dass eine nähere Differenzierung danach erfolgt, ab wann eine beglaubigte Abschrift „von der Urschrift“ einerseits und „von der elektronischen Urkunde“ andererseits erteilt werden kann (Winkler, Beurk2, § 45 Rn. 21; BeckOGK-BeurkG/Regler § 45 Rn. 36).

Freilich muss im Beglaubigungsvermerk zum Ausdruck kommen, dass die (elektronisch) beglaubigte Abschrift nicht von der Urschrift, sondern von der elektronischen Urkunde erteilt wurde. Formuliert werden könnte bspw. wie folgt:

„Hiermit beglaubige ich die Übereinstimmung der in dieser Datei enthaltenen Bilddaten (Abschrift) zur UVZ-Nr. [...] mit der mir vorliegenden elektronischen Urkunde. Die Prüfung der qualifizierten elektronischen Signatur des Notars war erfolgreich.“

3. Verwendbarkeit der beglaubigten Abschrift der elektronischen Urkunde beim Vollzug der Gründung im Registerverfahren

Mit der Erkenntnis, dass eine (elektronisch) beglaubigte Abschrift auch von der elektronischen Urkunde erstellt werden kann, ist noch keine Aussage darüber getroffen, ob dieses Dokument tauglich ist, das Formerfordernis des § 12 Abs. 2 HGB zu erfüllen. Die Norm spricht davon, dass Dokumente „elektronisch in einem maschinenlesbaren und durchsuchbaren Datenformat“ einzureichen sind. Ist eine Urschrift oder eine einfache Abschrift einzureichen, genügt die Übermittlung einer elektronischen Aufzeichnung; ist ein notariell beurkundetes Dokument oder eine öffentlich beglaubigte Abschrift einzureichen, so ist ein mit einem einfachen elektronischen Zeugnis (§ 39a BeurkG) versehenes Dokument zu übermitteln.

Die Norm sagt also nur etwas darüber aus, welchem analogen Dokument welche elektronische Form gegen-

übersteht. Sie wurde auf elektronische Ausgangsdokumente nicht angepasst. Dementsprechend ist funktional zu bestimmen, welche Anforderungen an das Ausgangsdokument zu stellen sind. Bei der GmbH-Gründung ist neben der Anmeldung selbst, die im Online-Verfahren unmittelbar elektronisch öffentlich beglaubigt wird, der Gesellschaftsvertrag in beglaubigter Abschrift (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG) beizufügen. Gesellschaftsvertrag meint an dieser Stelle nicht nur die Satzung im engeren Sinne, sondern das vollständige Gründungsgeschäft, also auch die in der Mantelurkunde befindlichen Erklärungen betreffend die Feststellung der Satzung und die Übernahme der Geschäftsanteile durch die einzelnen Gründungsgesellschafter, da diese für die wirksame Errichtung der GmbH erforderlich sind (MünchKommGmbHG/Herrler, 4. Aufl. 2022, § 8 Rn. 9).

Das Erfordernis der Einreichung in öffentlich-beglaubigter Form dient der Sicherheit des Registerverkehrs. Der Notar prüft die Identität der Beteiligten und schafft durch die Errichtung einer öffentlichen Urkunde eine beweissichere Tatsachengrundlage für die Eintragung (ausführlich Kienzle DNotZ 2021, 590, 597). Wird der Gründungsakt elektronisch vorgenommen, entspricht dieser beweissicheren Tatsachengrundlage die elektronische Urkunde. Die elektronische Urkunde ist hierbei ein Konstrukt des Beurkundungsverfahrensrechts. Sie ist nicht per se öffentliche Urkunde (§ 415 ZPO), da die öffentliche Urkunde zwingend ein verkörpertes Papierdokument voraussetzt. Die elektronische Urkunde stellt vielmehr ein öffentliches elektronisches Dokument dar (BeckOGK-BeurkG/Regler, § 45 Rn. 36). § 371a Abs. 3 S. 1 ZPO erklärt die Vorschriften über die Beweiskraft öffentlicher Urkunden für entsprechend anwendbar, sodass auch der elektronischen Urkunde die Beweiswirkungen des § 415 Abs. 1 ZPO zugutekommen (Herrler/Kienzle, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2022, § 18a Rn. 36).

Daraus ergibt sich, dass bereits der elektronischen Urkunde die **Beweiswirkungen des § 415 Abs. 1 ZPO** zukommen, auch wenn sie noch *nicht* zur Urschrift erklärt wurde. Insofern genügt für Zwecke des Handelsregisterverkehrs auch eine beglaubigte Abschrift der elektronischen Urkunde.

4. Berufsrechtliche Implikationen

Von den beurkundungsrechtlichen Fragen zu unterscheiden sind die berufsrechtlichen Pflichten. Gem. § 35 Abs. 1 NotAktVV muss ein nach § 34 NotAktVV in der elektronischen Urkundensammlung zu verwahrendes Dokument *unverzüglich* nach der Eintragung in das Urkundenverzeichnis in die elektronische Urkundensammlung eingestellt werden. Eintragungen in das Urkundenverzeichnis sind gemäß § 18 NotAktVV

spätestens 14 Tage nach der Beurkundung vorzunehmen, und sofern technische Probleme dies verhindern, sind die Eintragungen unverzüglich nach Behebung der technischen Probleme vorzunehmen. § 49 NotAktVV verpflichtet den Notar für den Fall, dass ein Zugriff auf das Elektronische Urkundenarchiv bzw. die elektronische Urkundensammlung nicht möglich ist, die Aufzeichnung vorübergehend in Papierform oder in elektronischer Form vorzunehmen und die Aufnahme in die elektronische Urkundensammlung später nachzuholen. Jedenfalls soweit der Notar eine elektronische Urkunde für die Archivierung in der elektronischen Urkundensammlung in XNP einem Urkundenverzeichniseintrag zuordnet, sie signiert und damit vollständig vorbereitet hat, dürften die Voraussetzungen einer Ersatzaufzeichnung nach § 49 NotAktVV ohne Weiteres erfüllt sein.

Beruhet also das fehlende Verwahren in der elektronischen Urkundensammlung auf technischen Hindernissen seitens des Betreibers, so besteht für den Notar erst dann die berufsrechtliche Pflicht, die Eintragung bzw. die Verwahrung vorzunehmen, wenn die technischen Hindernisse behoben sind.

5. Ergebnis

Für Zwecke des Vollzugs einer im Wege der Videokommunikation gegründeten GmbH genügt die Einreichung elektronisch beglaubigter Abschriften der elektronischen Urkunde i. S. d. § 45 Abs. 3 BeurkG. Die Erstellung einer elektronischen Urschrift ist lediglich Voraussetzung dafür, dass auch Ausfertigungen erteilt werden können, was im Rahmen der GmbH-Gründung regelmäßig nicht erforderlich ist. Etwas anderes kann gelten, wenn in der Gründungsurkunde Vollmachten enthalten sind, die für die Zwecke des § 172 BGB zwingend in Ausfertigung vorgelegt werden müssen.

BGB § 2351

Möglichkeit und Modalitäten der Aufhebung eines Zuwendungsverzichts

I. Sachverhalt

Eheleute mit vier Kindern, wovon eines behindert ist, errichten ein handschriftliches Testament. Der Inhalt entspricht einem Berliner Testament mit der Widersprüchlichkeit, dass bei den Schlusserben von Nacherben gesprochen wird und auch Ersatzschlusserben und Ersatznacherben benannt werden. Das Testament sieht vor, dass die behinderte Tochter nach dem Tod des Vaters und der Mutter jeweils nur ein Vermächtnis in Höhe ihres Pflichtteils erhält, weiter wurde Dauertestamentsvollstreckung angeordnet. Dieses Testa-

ment wurde durch den Tod des Vaters im Jahr 1995 bindend.

2013 wurde aufgrund der Widersprüchlichkeit des gemeinschaftlichen Testaments ein Zuwendungsverzicht vereinbart und ein Erbvertrag geschlossen, in dem die behinderte Tochter als Alleinerbin der Mutter eingesetzt wurde. Ferner sah der Erbvertrag Geldvermächtnisse zugunsten der anderen Geschwister i. H. v. 60 % ihres gesetzlichen Erbteils und Dauertestamentsvollstreckung vor. Die behinderte Tochter wurde dabei aufgrund Vollmacht von ihrer Schwester vertreten.

Nunmehr wollen die Geschwister und die Mutter durch Aufhebung des Zuwendungsverzichts und des Erbvertrages erreichen, dass für die Erbfolge nach der Mutter wieder das handschriftliche gemeinsame Testament maßgeblich ist. Die behinderte Tochter soll erneut aufgrund notarieller Vollmacht vertreten werden. Ein Sohn soll nachträglich genehmigen.

II. Fragen

1. Ist es möglich, den Zuwendungsverzicht sowie den Erbvertrag aufzuheben, um damit die Wirkung des gemeinschaftlichen Testaments wiederherzustellen?
2. Kann die behinderte Tochter durch notarielle Vollmacht vertreten werden? Kann der Sohn vollmachtlos vertreten werden und dann genehmigen?
3. Wie wirkt die Aufhebung des Zuwendungsverzichts?

III. Zur Rechtslage

1. Analoge Anwendung des § 2351 BGB auf die Aufhebung des Zuwendungsverzichts; Ausgangspunkt

Die für den Zuwendungsverzicht geltende Vorschrift des § 2352 BGB verweist in Satz 3 nicht auf § 2351 BGB, der die Aufhebung eines Erbverzichts zum Gegenstand hat. Bereits vor einiger Zeit hat der BGH (ZEV 2008, 237 = DNotZ 2008, 624) jedoch die **analoge** Anwendung von § 2351 BGB auf die **Aufhebung eines Zuwendungsverzichts** zumindest **im Grundsatz anerkannt**. Im Einzelnen hat der BGH noch für den vor 2010 geltenden Rechtszustand, also vor Aufnahme von § 2349 BGB in die Verweisungsvorschrift des § 2352 S. 3 BGB, ausgeführt (ZEV 2008, 237 Rn. 12):

„Zwar verweist § 2352 S. 3 BGB für den Zuwendungsverzicht lediglich auf die in §§ 2347 und 2348 BGB für den Erbverzicht geforderten persönlichen Anforderungen und Formvorschriften, nicht aber auf die in § 2351 BGB geltende Aufhebung des Erbverzichts. Das steht jedenfalls einer analogen Anwendung des § 2351 BGB aber nicht entgegen, soweit die Interessenlage übereinstimmt. Anders als bei einem Verzicht auf das gesetzliche Erb- und Pflicht-

teilsrecht kann der Erblasser bei einem Zuwendungsverzicht die Erbfolgeregelung, auf die der Begünstigte verzichtet hat, durch eine neue Verfügung von Todes wegen wiederherstellen, sodass insofern für die Aufhebung des Zuwendungsverzichts keine Notwendigkeit besteht. Anders liegt es aber, wenn der Erblasser nicht wirksam neu verfügen kann, etwa weil er durch einen vor dem Zuwendungsverzicht geschlossenen Erbvertrag oder ein wechselbezügliches gemeinschaftliches Testament gebunden ist. Jedenfalls in solchen Fällen kann § 2351 BGB entsprechend auf die Aufhebung eines Zuwendungsverzichts angewandt werden. Ob die Verweisung auf § 2347 Abs. 2 S. 2 BGB, wonach der Aufhebungsvertrag bei Geschäftsunfähigkeit des Erblassers durch seinen gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts geschlossen werden kann, auch auf die Aufhebung eines Zuwendungsverzichts trotz den insoweit bestehenden Bedenken im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht des Erblassers (§§ 2064, 2065 BGB) angewandt werden kann, bedarf hier keiner Entscheidung.“

Die Literatur stimmt dem im Wesentlichen zu (wobei die Ansichten in Nuancen abweichen, vgl. etwa Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl. 2022, § 2352 Rn. 6; MünchKommBGB/Wegerhoff, 8. Aufl. 2020, § 2352 Rn. 19; BeckOGK-BGB/Everts, Std.: 1.6.2022, § 2352 Rn. 33 f.; ausführl. Staudinger/Schotten, BGB, 2022, § 2352 Rn. 96 ff.; grundsätzlich ablehnend aber Kornexl, ZEV 2008, 240 ff.).

2. Vorliegen der Voraussetzungen für die Aufhebung des Zuwendungsverzichts unter Berücksichtigung der BGH-Rechtsprechung im konkreten Fall; Aufhebungsmodalitäten bzgl. Erbvertrag und Zuwendungsverzicht

Es ist zu prüfen, ob die in der Rechtsprechung des BGH anerkannten Voraussetzungen für die Aufhebung eines Zuwendungsverzichts hier vorliegen und ob die Modalitäten für die Aufhebung des Zuwendungsverzichts und des Erbvertrages hier erfüllbar sind.

a) Zu den vom BGH nicht entschiedenen Fragen der Aufhebung eines Zuwendungsverzichts gehört, ob eine der ursprünglichen Zuwendung **entgegenstehende erbrechtliche Bindung**, die ein Erblasser in der Zeit zwischen dem Zuwendungsverzicht und seiner Aufhebung eingegangen ist, schon durch die Aufhebung des Zuwendungsverzichts selbst hinfällig würde, die Aufhebung also *ex tunc* wirkt (offengelassen BGH ZEV 2008, 237 Rn. 15). Die Literatur nimmt überwiegend an, dass dem Aufhebungsvertrag eine derartige *ex tunc*-Wirkung nicht zukommen könne, da andernfalls systemwidrig eine einseitige Durchbrechung der Bindungswirkung des zwischenzeitlich abgeschlossenen Erbvertrages bewirkt werden würde (etwa Staudinger/Schotten, § 2352

Rn. 99; MünchKommBGB/Wegerhoff, § 2352 Rn. 19). Hier kommt es auf diese vom BGH offengelassene Frage nicht an.

Zwar ist die überlebende Ehefrau im Jahre 2013 durch Abschluss des Erbvertrages unter Mitwirkung der behinderten Tochter eine neue erbrechtliche Bindung eingegangen. Jedoch besteht nach der Sachverhaltschilderung Einigkeit unter allen Beteiligten (überlebende Ehefrau sowie alle Kinder), dass der Erbvertrag nach § 2290 BGB aufgehoben werden soll. Damit bleibt es hier für die in Aussicht genommene Gestaltung unschädlich, wenn man – mit der genannten Literaturauffassung u. E. zutreffend – annimmt, dass der Aufhebung des Zuwendungsverzichts keine Rückwirkung zukommen kann und er deswegen nicht per se das Entfallen zwischenzeitlich vom Erblasser neu eingegangener erbrechtlicher Bindungen zu bewirken vermag.

b) Der BGH hat die analoge Anwendung des § 2351 BGB auf die Aufhebung eines Zuwendungsvertrages in der genannten Leitentscheidung nicht ohne Einschränkungen anerkannt. Vielmehr hat er die kautelarjuristisch notwendige Analogie explizit nur dann befürwortet, wenn eine mit der direkten Anwendung des § 2351 BGB übereinstimmende Interessenlage besteht. Dies sei aus Sicht des BGH dann der Fall, wenn der Erblasser die Erbfolgeregelung, auf die der Begünstigte verzichtet hatte, nicht durch eine neue Verfügung von Todes wegen wiederherstellen kann. Dann sei die Zulassung der Aufhebung des Zuwendungsverzichts notwendig. Sie komme also etwa dann in Betracht, wenn der Erblasser durch einen vor dem Zuwendungsverzicht geschlossenen Erbvertrag oder ein wechselbezügliches gemeinschaftliches Testament gebunden ist (BGH ZEV 2008, 237 Rn. 12). Diese vom BGH gemachte Einschränkung ist durchaus angreifbar (s. G. Müller, MittBayNot 2008, 484, 485 f.). Wesentlich ist jedenfalls auch das genaue Verständnis dieser einschränken- den Voraussetzung durch den BGH selbst (ZEV 2008, 237 Rn. 14, Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion): Dort wird ausgeführt, der Erblasser habe trotz des Zuwendungsverzichts die im gemeinschaftlichen Testament von 1979 vorgesehene Schlusserbfolge zwar inhaltsgleich erneut anordnen können. Eine solche **einseitige**, wiederholte Verfügung hätte aber **nicht** an der **Bindungswirkung** des gemeinschaftlichen Testaments teilgenommen, sondern jederzeit vom Erblasser widerrufen werden können. Das berechtigte Interesse, das beim Erbverzicht an einer Aufhebung nach § 2351 BGB besteht, nämlich die vor dem Verzicht bestehende Rechtslage wiederherzustellen, sei mithin im vom BGH entschiedenen Fall auch für die Aufhebung des Zuwendungsverzichts gegeben. Über diese Fallkonstellation hinaus hat der BGH in der genannten Leitentscheidung

die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 2351 BGB offengelassen.

Legt man das genannte Verständnis hier zugrunde, so genügt es also für die Zulassung einer Aufhebung des Zuwendungsverzichts, dass dadurch – i. V. m. der weiter geplanten Aufhebung des Erbvertrages nach § 2290 BGB – die Regelung aus dem gemeinschaftlichen Testament mit ihrer Bindungswirkung, wie sie durch Versterben des Ehemannes im Jahre 1995 eingetreten ist, wiederhergestellt werden kann. Durch die Möglichkeit der überlebenden Ehefrau, nach der geplanten Aufhebung des Erbvertrages einseitig neu zu testieren, wird also aus Sicht des BGH das Gestaltungsinstrument der Aufhebung des Zuwendungsverzichtsvertrages hier nicht ausgeschlossen. Denn ein derartiges neues einseitiges Testament der überlebenden Ehefrau wäre nicht in derselben Weise bindend, wie es die Regelung in dem gemeinschaftlichen Testament nach Versterben des Ehemannes geworden ist.

c) Fraglich ist weiterhin, ob die von den Beteiligten gewünschte Vertretung der behinderten Tochter sowie die vollmachtlose Vertretung des Sohnes vorliegend möglich ist.

Was zunächst die **Aufhebung des Erbvertrages** angeht, so ist § 2290 Abs. 2 BGB die einschlägige Regelung. Der Erblasser kann den Vertrag hiernach nur persönlich schließen. Dementsprechend ist es erforderlich, dass die Mutter als Erblasserin an der Aufhebung des Erbvertrages persönlich mitwirkt. Für sie wäre eine Stellvertretung unzulässig. Haben die anderen Beteiligten – insbesondere die Tochter und der genehmigende Sohn – dagegen keine eigenen Verfügungen von Todes wegen getroffen, die gem. § 2290 BGB aufgehoben werden sollen, dann wäre auf ihrer Seite Stellvertretung (oder vollmachtlose Vertretung) durchaus gesetzlich zugelassen. Denn das Vertretungsverbot des § 2290 Abs. 2 BGB gilt zur Wahrung des Selbstbestimmungsrechts des Erblassers wortlautgetreu nur für den Erblasser, dagegen nicht für den Vertragsgegner (s. etwa BeckOGK-BGB/Müller-Engels, Stand: 1.7.2022, § 2290 Rn. 25 f.; Grüneberg/Weidlich, § 2290 Rn. 2; MünchKommBGB/Musielak, § 2290 Rn. 6). Dementsprechend ist es vorliegend hinsichtlich der Aufhebung des Erbvertrages rechtlich möglich, dass die Tochter sich aufgrund notarieller Vollmacht vertreten lässt und für den Sohn ein vollmachtloser Vertreter handelt, dessen Handeln der Sohn nachfolgend nachgenehmigt.

Was die **Aufhebung des Zuwendungsverzichtsvertrages** betrifft, so ist die rechtliche Grundlage für die Regelung der Vertretungsmöglichkeiten die vom BGH

grundsätzlich anerkannte analoge Anwendung des § 2351 BGB. Im Rahmen dieser Analogie hat der BGH – wie bereits gesehen – offengelassen, ob die Verweisung des § 2351 BGB auf § 2347 Abs. 2 S. 2 BGB, wonach der Aufhebungsvertrag bei Geschäftsunfähigkeit des Erblassers durch seinen gesetzlichen Vertreter mit Genehmigung des Betreuungsgerichts geschlossen werden kann, auch auf die Aufhebung eines Zuwendungsverzichts übertragen werden kann oder ob der Rechtsgedanke der §§ 2064, 2065 BGB dem entgegensteht (BGH ZEV 2008, 237 Rn. 12). Auf diese nach der Entscheidung des BGH fortbestehende Rechtsunsicherheit kommt es hier aber nicht an, wenn und weil nur die Mutter als Erblasserin auftritt und diese am Abschluss auch der Aufhebung des Zuwendungsverzichtsvertrages jedenfalls persönlich mitwirkt, ohne dass insoweit eine Vertretung stattfände.

Im Übrigen nimmt die hier als Analogiebasis dienende Vorschrift des § 2351 BGB wiederum § 2347 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BGB in Bezug, wonach der Erblasser den Vertrag nur persönlich schließen kann. Insoweit entspricht also die Rechtslage derjenigen für die Aufhebung des Erbvertrages nach § 2290 Abs. 2 BGB: Auch hier muss nur der Erblasser persönlich erscheinen. Der Verzichtende kann sich dagegen vertreten lassen (Grüneberg/Weidlich, § 2347 Rn. 1; MünchKommBGB/Wegerhoff, § 2347 Rn. 3 f., 9; Staudinger/Schotten, § 2347 Rn. 6 ff.). Auch hinsichtlich der Aufhebung des Zuwendungsverzichtsvertrages ist es mithin **erforderlich und ausreichend, dass die Erblasserin (Mutter) persönlich mitwirkt**. Die persönliche Mitwirkung der weiteren Beteiligten ist dagegen nicht erforderlich; diese können sich nach der geschilderten Rechtslage vertreten lassen.

3. Wirkungen der Aufhebung des Zuwendungsverzichts

Die Wirkungen der Aufhebung des Zuwendungsverzichtsvertrages beschreibt der BGH für den ihm unterbreiteten Sachverhalt knapp dahin, dass durch den Aufhebungsvertrag die im vorangehenden gemeinschaftlichen Testament vorgesehene **Schlussfolger wieder gültig** geworden sei (ZEV 2008, 237 Rn. 15). Auch ansonsten ist allgemein anerkannt: Der Vertrag, durch den ein Zuwendungsverzicht aufgehoben wird, bewirkt, dass der Zuwendungsverzicht so beseitigt wird, als sei er nie vereinbart worden. Das hat zur Folge, dass **die Zuwendung, auf die verzichtet wurde**, im Rahmen der Verfügung von Todes wegen, in der sie angeordnet war, **wieder wirksam** wird, ohne dass der Erblasser erneut verfügen müsste (Staudinger/Schotten, § 2352 Rn. 99; Grüneberg/Weidlich, § 2352 Rn. 6; MünchKommBGB/Wegerhoff, § 2352

Rn. 18; ebenso bereits LG Kempten MittBayNot 1978, 63, 64).

Durch die Aufhebung des Zuwendungsverzichtsvertrages werden also im vorliegenden Sachverhalt die Zuwendungen, auf die im Vertrag aus dem Jahr 2013 verzichtet wurde, als Teil der von der Mutter für ihr Ableben getroffenen Regelungen wieder wirksam, wobei die betreffenden Zuwendungen durch die Aufhebung des Zuwendungsverzichtsvertrages insbesondere auch wieder an der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments, welche im Jahr 1995 eingetreten ist, entsprechend dem seinerzeitigen Rechtszustand teilhaben. Durch die Aufhebung des Zuwendungsverzichts können die Beteiligten also vorliegend in der Tat den Regelungszustand aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments wieder herstellen.

4. Gesamtergebnis

Im Ergebnis ist die von den Beteiligten **geplante Gestaltung** unter Einschluss der vorgesehenen Vertretungen der Tochter und des Sohnes – sofern beide nicht auch als Erblasser im Rahmen des Erbvertrages beteiligt waren – u. E. also **zulässig**. Durch die Aufhebung des Erbvertrages und des Zuwendungsverzichtsvertrages wird die Regelung des **gemeinschaftlichen Testaments samt ihrer Bindungswirkung nach §§ 2270, 2271 Abs. 2 BGB wiederhergestellt**.

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 § 2250

Errichtung eines Nottestaments vor drei Zeugen; Formverstöße; Mitwirkung der begünstigten Lebensgefährtin als Zeugin

Abruf-Nr.:

BGB §§ 883, 881, 890; GBO § 5

Vereinigung von Grundstücken; keine grundbuchliche Verwirrung durch Belastung eines der Grundstücke mit einer Auffassungsvormerkung nebst Rangvorbehalt

Abruf-Nr.:

Aktuelles

Grundsteuerreform (Ergänzung zu DNotI-Report 2022, 81)

In unserem Gutachten DNotI-Report 2022, 81 wurde der Fall behandelt, dass ein Grundstück **nach** dem 1.1.2022 veräußert wird. Dort wird bzgl. der Pflicht zur Abgabe einer Steuererklärung ausgeführt, dass die (zivilrechtliche) Eigentümerstellung zum 1.1.2022 entscheidend sei. Nach Berichten aus der Praxis, dass einzelne Finanzämter bei einer Veräußerung **vor** dem 1.1.2022 nicht auf die zivilrechtliche Rechtslage abstellen, sondern auf das wirtschaftliche Eigentum, haben wir eine Anfrage beim Bundesministerium der Finanzen gestellt. Dort wurde uns mitgeteilt, dass es zwar grundsätzlich auf die zivilrechtlichen Verhältnisse ankomme, bei einer Veräußerung und einem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bereits **vor** dem 1.1.2022 jedoch der **wirtschaftliche Eigentümer** zur Abgabe der Steuererklärung verpflichtet sei – unabhängig davon ob die Grundbucheintragung bereits vor dem 1.1.2022 erfolge.

Erinnerung: Keine Verlängerung des Bilanzstichtags für Umwandlungen 2022

Gem. § 4 des Gesetzes über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (COVMG) galt 2020 und 2021 abweichend von § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG für die Zulässigkeit der Eintragung, dass die Bilanz auf einen höchstens zwölf Monate vor der Anmeldung liegenden Stichtag aufgestellt worden war. Die Geltung von § 4 COVMG wurde nicht erneut verlängert, so dass dieses Jahr wieder der Bilanzstichtag des § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG gilt.

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: Notarassessor Alexander König

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