

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG § 47; BGB §§ 164, 1896 – Vorsorgevollmacht des Gesellschafters einer GmbH; Zustimmung der Mitgesellschafter

BGB § 2217 – Freigabe des Nachlasses an den Vorerben bei Dauervollstreckung; Wirkung der Freigabe; Gestaltung durch den Erblasser; Rückgängigmachung der Freigabe

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

GBO §§ 29, 137; ZPO § 371a – Elektronische Eigenurkunde des Notars als öffentliches elektronisches Dokument

BGB §§ 138 Abs. 1, 139, 1408; BeurkG § 16 Abs. 2 S. 2 – Sittenwidrigkeit eines Ehevertrages mit einem von der Ausweisung bedrohten Ausländer

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG § 47; BGB §§ 164, 1896 Vorsorgevollmacht des Gesellschafters einer GmbH; Zustimmung der Mitgesellschafter

I. Sachverhalt

U ist zusammen mit seiner Schwester S Gesellschafter einer GmbH. U möchte eine General- und Vorsorgevollmacht zugunsten seiner Ehefrau errichten. Die Vollmacht soll sich auch auf die Wahrnehmung seiner Gesellschafterrechte in der GmbH erstrecken. Das Verhältnis zwischen U und S ist angespannt. S ist mit der Bevollmächtigung ihrer Schwägerin nicht einverstanden.

II. Frage

Kann die Vertretung des Gesellschafters in der GmbH durch eine Vorsorgevollmacht geregelt werden?

III. Zur Rechtslage

1. Wahrnehmung der Gesellschafterrechte durch einen Vorsorgebevollmächtigten

Dem Grunde nach ist es unproblematisch zulässig, dass ein Bevollmächtigter für den GmbH-Gesellschafter dessen Gesellschafterrechte wahrnimmt (Muster für die Erteilung entsprechender Vorsorgevollmachten bei Heckschen, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 14 Rn. 113; Jocher, notar 2014, 4, 12; Heinze, in: Münchener Vertragshandbuch, Band 6, 7. Aufl. 2016, VIII. 53b).

Allerdings darf die Vollmacht nicht gegen das auch im GmbH-Recht geltende **Abspaltungsverbot** verstoßen (vgl. allg. BGH NJW 1965, 1378, 1379; Münch-KommGmbHG/Liebscher, 2. Aufl. 2016, § 45 Rn. 132). Hiernach können die mitgliedschaftlichen Rechte nicht ohne den Anteil selbst übertragen werden. Ein Verstoß gegen das Abspaltungsverbot liegt vor, wenn die Vollmacht unwiderruflich ausgestaltet ist oder verdrängend wirkt, d. h. der Vollmachtgeber das Gesellschafterrecht selbst nicht mehr ausüben kann (vgl. KG NZG 1999, 446, 447; Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 47 Rn. 10).

Ist die Vollmacht jedoch weder unwiderruflich noch verdrängend, ist sie zulässig, soweit es um die **Ausübung von Gesellschafterrechten in der GmbH** geht, insbesondere um das **Stimmrecht** (vgl. KG NZG 1999, 446, 447; Heinze, VIII. 53b; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 47 Rn. 50; Münch-KommGmbHG/Drescher, § 47 Rn. 93; Wedemann, ZIP 2013, 1508, 1511; vgl. allg. auch G. Müller, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Teil 3 Rn. 1045). Anderes würde gelten, wenn die Satzung der GmbH Einschränkungen zur Bevollmächtigung enthält (G. Müller, Teil 3 Rn. 1046). Hiervon ist im vorliegenden Fall jedoch nicht auszugehen. Es ist darauf zu achten, dass die Vollmacht mindestens die **Schriftform** erfüllt (§ 47 Abs. 3 GmbHG). Die notarielle Beurkundung ersetzt diese Form (§ 126 Abs. 4 BGB).

2. Zustimmung der Mitgesellschafter erforderlich?

Umstritten ist, ob eine **Zustimmung der Mitgesellschafter** zur Erteilung der General- und Vorsorgevollmacht erforderlich ist, wenn sich diese auch auf die Vertretung des Gesellschafters bezieht.

a) Strenge Auffassung

Nach einer Auffassung soll eine solche **Zustimmung erforderlich** sein. Die Mitgesellschafter seien davor zu schützen, dass ein außenstehender Dritter im Falle der Geschäftsunfähigkeit die Rechte des vertretenen Gesellschafters wahrnehme. Anders als bei einem Betreuer bestehe bei einem Vorsorgebevollmächtigten keine vergleichbare Aufsicht durch ein Gericht. Nur bei Einverständnis der Gesellschafter hätten diese hinzunehmen, dass ein Generalbevollmächtigter für ihren Mitgesellschafter handle (Wedemann, ZIP 2013, 1508, 1511 f.; offen lassend: Hüffer/Schürnbrand, in: Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, 2. Aufl. 2014, § 47 Rn. 101).

b) Entbehrlichkeit der Zustimmung

Nach der Gegenauffassung ist eine **Zustimmung** der Mitgesellschafter zur Erteilung der Vorsorgevollmacht **nicht erforderlich**. Die Vollmacht müsse sich auf die Vertretung des Gesellschafters erstrecken, weil anderenfalls die Anordnung einer Betreuung erforderlich werde. Eine Betreuung sei im Verhältnis zur Vollmacht aber subsidiär (Heckschen/Kreuzlein, NotBZ 2012, 321, 322; Wachter, GmbHR 2014, 206, 208; Münch-KommGmbHG/Drescher § 47 Rn. 93; implizit wohl auch Heckschen, NZG 2012, 10, 14 f.).

c) Stellungnahme

Wir halten die zuletzt genannte Auffassung für vorzugswürdig. Es ist kein überzeugender Grund dafür erkennbar, in der GmbH die Ausübung der Gesellschafterrechte durch einen **Vorsorgebevollmächtig-**

ten von der Zustimmung der Mitgesellschafter abhängig zu machen. Zunächst spricht hiergegen bereits der Umstand, dass auch die Vorsorgevollmacht in aller Regel, wie jede andere Vollmacht eines Gesellschafters, im Außenverhältnis unbeschränkt ist und unabhängig vom Vorsorgefall gilt. Ist der Vorsorgefall aber für das Außenverhältnis von keiner Relevanz, kann man im GmbH-Recht die Vorsorgevollmacht nicht anders als andere Generalvollmachten behandeln. Sie sind grds. zulässig. Insbesondere wird die Vollmacht nicht in dem Moment von der Zustimmung der Mitgesellschafter abhängig, in dem der Vollmachtgeber die Vollmacht faktisch nicht widerrufen kann. Es entspricht gerade dem Wesen der Vollmacht, dass sie auch dann eingreift, wenn der Vollmachtgeber handlungsunfähig ist.

Ferner dürfte es wohl kaum den **Interessen der Mitgesellschafter** entsprechen, dass anstelle eines Vorsorgebevollmächtigten ein Betreuer zu bestellen ist. Auf dessen Auswahl haben die Mitgesellschafter ebenso wenig Einfluss. Außerdem kann mit der Bestellung eines Betreuers ein empfindlicher Zeitverlust verbunden sein, der gerade im Vorsorgefall zu einer vorübergehenden Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen kann. Soweit sich die Vertreter der Gegenauffassung darauf berufen, die Bestellung eines Betreuers sei zum **Schutz der Mitgesellschafter** geboten, ist dies nicht nachvollziehbar. Der Betreuer soll (nur) die Interessen des Gesellschafters wahrnehmen, der Schutz der Mitgesellschafter gehört nicht zu seinen Aufgaben.

Gegen ein entsprechendes Zustimmungserfordernis spricht auch eine Parallele zur Testamentsvollstreckung. Auch bei einer personalistisch strukturierten GmbH bedarf die Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht der Zustimmung der Mitgesellschafter, es sei denn, dass die Satzung etwas anderes bestimmt (Münch-KommBGB/Zimmermann, 7. Aufl. 2017, § 2205 Rn. 51; Todtenhöfer, RNotZ 2017, 557, 560). Die Mitgesellschafter müssen also auch hier hinnehmen, dass ein außenstehender Dritter das Stimmrecht eines Gesellschafters für einen längeren Zeitraum ausübt.

Schlussendlich wäre es auch im Lichte der **Wertung des § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB** sehr bedenklich, wenn der vom Gesellschafter privatautonom ausgewählte Bevollmächtigte dessen Rechte nur bei einem Einverständnis der Mitgesellschafter wahrnehmen könnte und der Gesellschafter im Übrigen zwingend auf die Einschaltung eines vom Gericht bestellten Betreuers angewiesen wäre. Die Betreuung ist nur *ultima ratio*. Vorrang hat ein Bevollmächtigter, den die betreuungsbedürftigte Person privatautonom legitimiert hat (Grundsatz der Subsidiarität der Betreuung gegenüber der Vorsorgevollmacht).

3. Ergebnis

U kann seine Ehefrau bevollmächtigen, ihn bei der Wahrnehmung seiner Rechte als GmbH-Gesellschafter zu vertreten. Die Zustimmung der Mitgesellschafter ist u. E. entbehrlich.

BGB § 2217

Freigabe des Nachlasses an den Vorerben bei Dauervollstreckung; Wirkung der Freigabe; Gestaltung durch den Erblasser; Rückgängigmachung der Freigabe

I. Sachverhalt

Es soll in einem Testament Verwaltungsvollstreckung bis zum 30. Geburtstag des Erben angeordnet werden. Der Erbe soll bis zum 30. Geburtstag nur bedingter, aber befreiter Vorerbe sein. Der Erblasser wünscht eine Regelung, wonach der Testamentsvollstrecker unbeschadet der Fortdauer der bedingten Nacherbfolge (die Rechte der Nacherben soll der Testamentsvollstrecker auch bei einer Freigabe weiterhin wahrnehmen) den Nachlass ganz oder teilweise vorzeitig vor Erreichen des 30. Lebensjahres dem Erben freigeben und zur eigenständigen Verwaltung überlassen darf, wenn er denkt, dass der Erbe hierzu in der Lage ist.

Aus Sicht des anfragenden Notars ist eine derartige Regelung zulässig, zumal hierdurch auch Gläubigerinteressen nicht gefährdet seien. Der Erblasser könne ja auch ganz auf eine Testamentsvollstreckung verzichten, dann müsse *a maiore ad minus* auch die angedachte Regelung möglich sein.

II. Fragen

1. Begegnet die Gestaltung rechtlichen Bedenken?
2. Würde eine erteilte Freigabe auch einen etwaigen späteren Nachfolger-Testamentsvollstrecker binden?

III. Zur Rechtslage

1. Freigabe durch den Testamentsvollstrecker

Nach § 2217 Abs. 1 S. 1 BGB hat der Testamentsvollstrecker Nachlassgegenstände, deren er zur Erfüllung seiner Obliegenheiten offenbar nicht bedarf, dem Erben auf Verlangen zur freien Verfügung zu überlassen.

Die **Freigabe** ist nach mittlerweile h. M. ein **einseitiges, abstraktes, dingliches Rechtsgeschäft**, das durch empfangsbedürftige Willenserklärung zustande kommt und den Verzicht auf das Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers hinsichtlich des betreffenden Gegenstandes enthält (OLG Frankfurt MittBayNot 2007, 511, 512, BeckOK-BGB/Lange,

Std.: 1.11.2017, § 2217 Rn. 6 m. w. N.). Die Rechtswirkungen treten unabhängig vom Willen des Erblassers kraft Gesetzes ein; ein Irrtum des Testamentsvollstreckers ist unbeachtlich (Staudinger/Reimann, BGB, 2016, § 2217 Rn. 16). Die Freigabe kann grundsätzlich **formlos** erfolgen, gegenüber dem Grundbuchamt wäre sie allerdings in der Form des § 29 GBO nachzuweisen (BeckOK-BGB/Lange, § 2217 Rn. 6).

Keine Freigabe liegt nach herrschender Ansicht vor, wenn der Testamentsvollstrecker dem Erben nur die **Verwaltung und Nutznießung** eines Nachlassobjektes überlässt, sich aber die Verfügung vorbehält (Palandt/Weidlich, BGB, 77. Aufl. 2018, § 2217 Rn. 5; BeckOK-BGB/Lange, § 2217 Rn. 7).

Durch die Überlassung an die Erben im Sinne einer Freigabe verliert der Testamentsvollstrecker hinsichtlich der freigegebenen Objekte die Verwaltungs-, Verfügungs- und Prozessführungsbefugnis, wie sich aus § 2217 Abs. 1 S. 2 BGB ergibt. **Damit erlischt** auch der **Pfändungsschutz** gegen Eigengläubiger des Erben nach § 2214 BGB (BeckOK-BGB/Lange, § 2217 Rn. 8).

Dinglich wirksam ist die Freigabe auch dann, wenn die sachlich-rechtlichen Voraussetzungen für den Freigabeanspruch nach § 2217 Abs. 1 BGB fehlen (BGHZ 56, 275, 284 = NJW 1971, 1805; BayObLGZ 1991, 390, 393). Auch der Familienrechtssenat des BGH hat unlängst im Rahmen seiner vielbeachteten Entscheidung vom 10.5.2017 zur Frage der Mittellosigkeit des behinderten Betreuten bestätigt, dass die Wirkungen der Freigabe nicht vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 2217 Abs. 1 BGB abhängen, sondern diese beispielsweise auch eintreten, wenn der Testamentsvollstrecker **pflichtwidrig** gehandelt habe oder er sich im **Irrtum über die Voraussetzungen** seiner Überlassungspflicht befand (BGH DNotI-Report 2017, 110 f. = MittBay-Not 2017, 591 ff. m. Anm. G. Müller = FamRZ 2017, 1259 ff. m. Anm. Reimann).

2. Rückgängigmachung einer erfolgten Freigabe

Ob eine **Rückgängigmachung** der Freigabe möglich ist, ist umstritten. Die h. M. hält dies für grundsätzlich möglich, und zwar in der Form, dass der Erbe dem Testamentsvollstrecker die Verfügungsgewalt an dem ihm überlassenen Nachlassobjekt **freiwillig zurückgibt** (Palandt/Weidlich, § 2217 Rn. 7; BeckOK-BGB/Lange, § 2217 Rn. 9; a. A. BayObLGZ 1992, 390). Für den Fall, dass die Freigabe rechtsgrundlos erfolgt sein sollte, weil die Voraussetzungen für eine Freigabe nicht vorlagen, soll der Testamentsvollstrecker ggf. nach **Bereicherungsrecht** (§ 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB) vom Erben die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands verlangen können (vgl. BeckOK-BGB/Sutt-

mann, Std.: 1.5.2018, § 2217 Rn. 23). Dieser Ansicht hat sich unlängst auch der BGH angeschlossen (BGH DNotI-Report 2017, 110).

Damit lässt sich feststellen, dass eine **Freigabe** nicht ohne Weiteres rückgängig gemacht werden kann, sondern diese grundsätzlich den freigebenden Testamentsvollstrecker (und von daher auch einen etwaigen Nachfolger) **bindet**. Anders ist dies nur, wenn die Freigabe rechtsgrundlos erfolgt ist oder der Erbe freiwillig mitwirkt.

Damit erscheint eine Freigabe im Bereich des **Überschuldeten- oder Behindertentestaments** äußerst problematisch, weil hierdurch die Schutzinstrumente des Testamentes (namentlich die Dauervollstreckung) entfallen und frei verwertbares Vermögen des Überschuldeten bzw. Behinderten geschaffen werden könnte (BGH DNotI-Report 2017, 110, wo die Voraussetzungen eines bereicherungsrechtlichen Rückgewähranspruchs allerdings großzügig bejaht und damit ein potenzieller Haftungsfall des Testamentsvollstreckers vermieden wurde). Eine ähnliche Gefahr besteht im Übrigen bei der **fehlerhaften „Erbauseinandersetzung“** beim Überschuldeten- bzw. Behindertentestament **durch Erbteilsübertragung** (vgl. dazu LG Kassel ZEV 2014, 104 m. Anm. Wirich; Springmann, ZEV 2014, 293; Keim, DNotZ 2014, 895; G. Müller, NotBZ 2017, 81).

3. Voraussetzungen einer Freigabe; Gestaltungsmöglichkeiten des Erblassers

Eine etwaige **Freigabepflicht** des Testamentsvollstreckers nach § 2217 Abs. 1 S. 1 BGB wird nur bei Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen begründet. Neben einem Freigabeverlangen des Erben setzt dies voraus, dass der Testamentsvollstrecker die Nachlassgegenstände, die freigegeben werden sollen, nicht mehr zur Erfüllung seiner Obliegenheiten bedarf. Wann dies der Fall ist, lässt sich nicht allgemein bestimmen, sondern ist am Zweck der Testamentsvollstreckung, also funktionsabhängig, zu beurteilen (vgl. BeckOK-BGB/Lange, § 2217 Rn. 2). Im Allgemeinen wird in diesem Zusammenhang davon ausgegangen, dass im Falle einer Verwaltungs- oder Dauervollstreckung (vgl. § 2209 S. 1 BGB) eine Freigabe nach h. M. **grundsätzlich ausgeschlossen** ist (BGH NJW 1971, 1805; BeckOK-BGB/Lange, § 2217 Rn. 2). Dies gilt allerdings nicht ausnahmslos. Vielmehr kann sich auch in diesen Fällen aus den Anordnungen des Erblassers ergeben, dass gewisse Nachlassgegenstände nicht mehr zur Verwaltung erforderlich und daher freizugeben sind (OLG Köln ZEV 2000, 231, 232; BeckOK-BGB/Lange, § 2217 Rn. 2).

So weist z. B. auch Zimmermann (MünchKommBGB, 7. Aufl. 2017, § 2217 Rn. 3) darauf hin, dass eine Frei-

gabepflicht bei der Verwaltungs- und Dauervollstreckung zu bejahen sei, soweit es gegenständlich nichts (mehr) i. S. d. Anordnung des Erblassers zu verwalten gebe. In diesem Zusammenhang nennt er als Beispiel die Entscheidung des OLG Frankfurt (ZEV 2011, 605), wonach ein Testamentsvollstrecker, dessen Aufgabe die Errichtung einer Stiftung von Todes wegen ist, trotz Anordnung einer Dauervollstreckung nach Erlangung der Rechtsfähigkeit den Nachlass zugunsten der als Alleinerbin eingesetzten Stiftung freigeben müsse. In dieser Allgemeinheit will Zimmermann (MünchKommBGB, § 2217 Rn. 3) dieser Rechtsansicht allerdings nicht zustimmen (einschränkend auch Reimann, ZEV 2011, 605 in seiner Urteilsanmerkung).

Andererseits ist anerkannt, dass der Erblasser den Testamentsvollstrecker durch ausdrückliche Bestimmung in der letztwilligen Verfügung von der Pflicht zur Freigabe entbehrlicher Nachlassgegenstände **befreien** kann (vgl. § 2220 BGB; Staudinger/Reimann, § 2217 Rn. 2). Der Erblasser kann dem Testamentsvollstrecker sogar verbieten, Nachlassgegenstände an den Erben herauszugeben, selbst wenn er ihrer nicht mehr bedarf (Staudinger/Reimann, § 2217 Rn. 2).

Damit steht fest, dass die Herausgabepflicht des Testamentsvollstreckers vom Erblasser **ganz abbedungen** werden kann; ob diese auch dahingehend **modifiziert** werden kann, dass der Testamentsvollstrecker **nach seinem freien Ermessen zur Herausgabe ermächtigt** wird, ist aus unserer Sicht zweifelhaft. Insoweit führt beispielsweise Reimann (Staudinger, § 2217 Rn. 3) aus:

„§ 2217 regelt die Frage, wann der Testamentsvollstrecker zur Freigabe verpflichtet ist, nicht jedoch, ob und unter welchen Voraussetzungen er zu einer Freigabe berechtigt ist (BGHZ 56, 275, 284). Eine derartige vom Gesetz losgelöste, in das Ermessen des Testamentsvollstreckers gestellte, Berechtigung zur Freigabe von Nachlassgegenständen kann es grundsätzlich nicht geben. Berechtigung und Verpflichtung sind identisch, das Ermessen des Testamentsvollstreckers ist auf Null reduziert. Der Testamentsvollstrecker ist daher prinzipiell zur Freigabe nur berechtigt, wenn die Voraussetzungen des § 2217 vorliegen, er also zur Freigabe verpflichtet ist. Daneben kann ein Freigaberecht (außerhalb des § 2217) nur als Reflex anderer zwingender gesetzlicher Regelungen bestehen. Wurde z. B. aufgrund der zwingenden Normen des inzwischen aufgehobenen § 1683 eine Auseinandersetzung des Nachlasses vorgenommen, so müssen notwendigerweise Nachlassgegenstände freigegeben werden, auch wenn der Erblasser die Auseinandersetzung ausgeschlossen hatte (vgl. BayObLGZ 1967, 230). Gleiches gilt, wenn wegen § 137 S. 1 der Erblasserwillen von Erben und Testamentsvollstrecker einver-

nehmlich geändert und eine Auseinandersetzung des Nachlasses (trotz letztwilligen Auseinandersetzungsverbot!) vorgenommen wird; in einem derartigen Fall ist die Testamentsvollstreckung bezüglich des auseinandergesetzten Gegenstandes ihres Inhalts beraubt und damit gegenstandslos, sodass – auch wenn das Gesamthandseigentum nur in Bruchteilseigentum umgewandelt wurde – die Freigabe zu erteilen und der Testamentsvollstreckervermerk im Grundbuch zu löschen ist (BGHZ 56, 275; BayObLG DNotZ 1993, 399).“

Auch *Keim* (ZEV 2012, 450, 455 f.) geht davon aus, dass eine Erweiterung der Freigabebefugnis durch den Erblasser in Betracht kommt, schränkt dies aber dahin gehend ein, dass der Ermessensspielraum, den der Erblasser dem Testamentsvollstrecker zusätzlich durch Verfügung von Todes wegen einräumt, nicht so weit gehen darf, dass dieser praktisch den gesamten Nachlass nach Belieben freigeben und so die Testamentsvollstreckung faktisch beenden kann.

Im Ergebnis lässt sich daher aus unserer Sicht nicht argumentieren, dass die Freigabepflicht jeglicher Modifikation zugänglich sein muss, da auch die Anordnung der Testamentsvollstreckung selbst allein vom Willen des Erblassers abhängt. Eine Modifikation der Freigabe scheint vielmehr **nur in engen Grenzen zulässig** zu sein, v. a., wenn es um eine angeordnete Verwaltungs- bzw. Dauervollstreckung geht. Ein Freigaberecht **nach reinem Ermessen** des Testamentsvollstreckers erscheint **unzulässig, zulässig** dagegen eine **Konkretisierung der Freigabepflicht** durch ausführliche Darlegung des Zweckes der angeordneten Testamentsvollstreckung (mit der Folge einer sich hieran anknüpfenden gesetzlichen Freigabeverpflichtung des Testamentsvollstreckers bei Wegfall des Zweckes).

Davon unberührt bleibt die Möglichkeit des Testamentsvollstreckers, dem Erben (wie oben ausgeführt) nur die Verwaltung (und Nutznießung) von einzelnen Nachlassobjekten zu überlassen, ohne die Verfügungsbefugnis hierüber aufzugeben.

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.de>

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

BGB §§ 2002, 2003, 2004

Nachlassinventar; Mitwirkung des Notars hierbei
Abruf-Nr.: 162539

BauGB § 172 Abs. 4

Genehmigungsvorbehalt hinsichtlich der Veräußerung von Wohnungseigentum; Rechtsnatur und Wirkungen der Verpflichtungserklärung; Auswirkungen des Auszugs von Mietern
Abruf-Nr.: 161618

Rechtsprechung

GBO §§ 29, 137; ZPO § 371a

Elektronische Eigenurkunde des Notars als öffentliches elektronisches Dokument

In den Anwendungsbereich des § 137 Abs. 1 Satz 2 GBO fallen auch notarielle Eigenurkunden. Daher ist es nicht notwendig, dass der Notar die Urkunde zunächst in Papierform mit Unterschrift und Siegel errichtet und diese als ein mit einem einfachen elektronischen Zeugnis nach § 39a BeurkG versehenes elektronisches Dokument übermittelt. Vielmehr genügt die Übersendung eines mit qualifizierter elektronischer Signatur und dem entsprechenden Notarattribut versehenen elektronischen Dokuments.

OLG Stuttgart, Beschl. v. 21.3.2018 – 8 W 437/16

Problem

Mit dem Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG; BGBl. 2009 I, 2713) wurden die Bestimmungen der §§ 135 ff. GBO eingeführt. Ist eine zur Eintragung erforderliche Erklärung oder eine andere Voraussetzung der Eintragung durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachzuweisen, so kann diese fortan als ein mit einem einfachen elektronischen Zeugnis nach § 39a BeurkG versehenes elektronisches Dokument übermittelt werden, § 137 Abs. 1 S. 1 GBO. Der Nachweis kann gem. § 137 Abs. 1 S. 2 GBO allerdings auch durch die Übermittlung eines öffentlichen elektronischen Dokuments (§ 371a Abs. 3 S. 1 ZPO) geführt werden.

Viele Notare machen insbesondere im Grundbuchverfahren im Rahmen der sog. Bewilligungslösung von der Möglichkeit des § 137 Abs. 1 S. 2 GBO Gebrauch und errichten eine elektronische Eigenurkunde. Einige Grundbuchämter verlangen bei notariellen Eigenurkunden jedoch, dass der Notar zunächst eine Papierurkunde

de mit Unterschrift und Siegel errichtet, die dann als elektronisches Dokument mit einem einfachen elektronischen Zeugnis nach § 39a BeurkG an das Grundbuchamt übermittelt wird (vgl. hierzu auch Gutachten DNotI-Report 2017, 147). Hiergegen wandte sich der Notar im Wege der Beschwerde.

Entscheidung

Das OLG Stuttgart schloss sich der Rechtsansicht des Notars an. Zutreffend sei der Rechtspfleger des Grundbuchamtes davon ausgegangen, dass der Vollzug eines Antrags auf Eintragung einer Eigentumsänderung im Grundbuch die Vorlage einer den Anforderungen des § 29 GBO entsprechenden Bewilligung voraussetze. § 29 GBO werde jedoch ergänzt durch § 137 GBO, der die grundbuchrechtlich zu wahrende Form im Falle **elektronischer Dokumente** regle.

Nach § 137 Abs. 1 GBO könne der Nachweis dergestalt geführt werden, dass ein mit einem einfachen elektronischen Zeugnis nach § 39a BeurkG versehenes elektronisches Dokument **oder** ein öffentliches elektronisches Dokument im Sinne von § 317a Abs. 3 S. 1 ZPO übermittelt werde, wobei im letzteren Fall das Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen sein und das der Signatur zugrunde liegende qualifizierte Zertifikat oder ein zugehöriges **qualifiziertes Attributzertifikat** die Behörde oder die Eigenschaft als mit öffentlichem Glauben versehene Person erkennen lassen müsse.

In den Anwendungsbereich des § 137 Abs. 1 S. 2 GBO fallen nach Ansicht des OLG Stuttgart auch notarielle Eigenurkunden, weshalb es das Gericht nicht für notwendig ansah, dass der Notar zunächst ein Papierdokument mit Unterschrift und Siegel errichtet, um dieses dann anschließend auf elektronischem Weg zu übermitteln. Dementsprechend hob das Gericht die Zwischenverfügung des Grundbuchamts auf.

BGB §§ 138 Abs. 1, 139, 1408; BeurkG § 16 Abs. 2 S. 2

Sittenwidrigkeit eines Ehevertrages mit einem von der Ausweisung bedrohten Ausländer

Zu den objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit eines Ehevertrags mit einem von der Ausweisung bedrohten Ausländer aufgrund einer Gesamtschau der zu den Scheidungsfolgen getroffenen Regelungen (Fortführung von Senatsurteil vom 22. November 2006 – XII ZR 119/04 – FamRZ 2007, 450 und von Senatsbeschluss vom 17. Mai 2006 – XII ZB 250/03 – FamRZ 2006, 1097).

BGH, Beschl. v. 17.1.2018 – XII ZB 20/17

Problem

Der im Jahr 1963 geborene Ehemann und die im Jahr 1971 geborene Ehefrau heirateten am 7.2.1997. Vor Eheschließung hatten sie einen notariell beurkundeten Ehevertrag geschlossen, in dem sie Gütertrennung vereinbarten, den Versorgungsausgleich ausschlossen und für den Fall der Scheidung gegenseitig und vollständig auf nachehelichen Unterhalt verzichteten. Der Ehevertrag enthielt auch eine salvatorische Klausel, wonach eine etwaige Unwirksamkeit einer Bestimmung auf die Wirksamkeit des Vertrags i. Ü. keinen Einfluss haben sollte. Aus der Ehe ging eine im Jahr 2002 geborene Tochter hervor.

Der Ehemann ist Deutscher, verfügt über eine abgeschlossene Berufsausbildung, einen erfolgreichen Studienabschluss und ist seit 1991 als Postbeamter in Vollzeit erwerbstätig. Die Ehefrau stammt aus Bosnien und hatte dort eine Ausbildung zur Verkäuferin absolviert. Sie kam im Jahr 1994 als Bürgerkriegsflüchtling in das Bundesgebiet. Nach Einreise arbeitete sie in Vollzeit als Gebäudereinigerin. Einen gesicherten Aufenthaltsstatus erlangte sie erst in Folge ihrer Heirat. Nach Geburt des gemeinsamen Kindes im Jahr 2002 legte die Ehefrau eine zweijährige Berufspause ein und war anschließend als Verkäuferin sozialversicherungsfrei geringfügig beschäftigt.

In dem seit 2014 rechtshängigen Scheidungsverfahren verlangte die Ehefrau zur Folgesache Zugewinnausgleich vom Ehemann Auskunft über sein End- und Trennungvermögen. Das Amtsgericht sprach die Scheidung der Ehe aus, führte den Versorgungsausgleich durch und wies den Stufenantrag zum Güterrecht ab. Auf Beschwerde der Ehefrau hob das OLG Hamburg die angefochtene Entscheidung des AG auf und verpflichtete den Ehemann in der Folgesache Zugewinnausgleich zur Erteilung von Auskünften zum Trennungs- und Endvermögen. Hiergegen richtete sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Ehemannes, der eine Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung erstrebte.

Entscheidung

Aus Sicht des BGH hat die vom Ehemann eingelegte Rechtsbeschwerde keinen Erfolg. Der BGH bekräftigt die Rechtsansicht des Beschwerdegerichts, dass die im Ehevertrag enthaltene Abrede zum Güterrecht jedenfalls im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller zu den Scheidungsfolgen getroffenen Einzelregelungen einer **Wirksamkeitskontrolle am Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB nicht standhält**.

Im Anschluss an die bisherige höchstrichterliche Recht-

sprechung stellt der BGH zunächst fest, dass der verfahrensgegenständliche Zugewinnausgleich im Rahmen der disponiblen Scheidungsfolgen grundsätzlich am Weitesten einer ehevertraglichen Disposition zugänglich und ein Ausschluss des gesetzlichen Güterstands für sich genommen regelmäßig nicht sittenwidrig ist. Eine Unwirksamkeit kann sich allerdings aus § 139 BGB ergeben, wenn im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle des Ehevertrages festgestellt wird, dass einzelne ehevertragliche Regelungen zu kernbereichsnäheren Scheidungsfolgen bei isolierter Betrachtungsweise sittenwidrig und daher nichtig sind. Dies kam hier insbesondere im Hinblick auf den vollständigen Verzicht auf Betreuungsunterhalt und den vollständigen Ausschluss des Versorgungsausgleichs in Betracht.

Eine Unwirksamkeit des Ehevertrages kann sich ferner nach ständiger Rechtsprechung des Senats im Rahmen einer **Gesamtwürdigung** ergeben, wenn das objektive Zusammenwirken aller in dem Vertrag enthaltener Regelungen erkennbar auf die **einseitige Benachteiligung** eines Ehegatten abzielt (vgl. BGH NZFam 2017, 408 m. Anm. Graba; NZFam 2014, 450 m. Anm. Brauer; NJW 2013, 3642). Im vorliegenden Fall geht der BGH davon aus, dass sich der Ehevertrag aus dem Jahr 1997 jedenfalls in der Gesamtwürdigung der getroffenen Abreden als insgesamt sittenwidrig und damit als **im Ganzen nichtig** erweist.

Zur Begründung führt der BGH aus, dass der objektive Gehalt der Gesamtregelung („Globalverzicht“) erkennbar auf eine einseitige Benachteiligung der Ehefrau ziele. Der wechselseitige Unterhaltsverzicht, der Ausschluss des Versorgungsausgleichs und die Vereinbarung der Gütertrennung hätten nur den Interessen des Ehemannes als dem wirtschaftlich stärkeren Ehegatten mit dem höheren Einkommen und der (potenziell) höheren Vermögensbildung in der Ehezeit gedient. Im Anschluss an die ständige Rechtsprechung betont der BGH allerdings, dass aus dem objektiven Zusammenspiel einseitig belastender, aber für sich genommen noch hinnehmbarer Regelungen zu den Scheidungsfolgen nur dann auf die desweiteren erforderliche **verwerfliche Gesinnung des begünstigten Ehegatten** (sog. subjektive Komponente) geschlossen werden kann, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass sich in dem unausgewogenen Vertragsinhalt eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehegatten und damit eine **Störung der subjektiven Vertragsparität** widerspiegelt. Die Annahme einer auf die Einseitigkeit der Lastenverteilung begründeten tatsächlichen Vermutung für die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit lehnt der BGH ab. Nach Ansicht des BGH ist das Verdikt der Sittenwidrigkeit in der Regel nicht gerechtfertigt, wenn sonst **außerhalb der Vertragsurkunde**

keine verstärkenden Umstände zu erkennen sind, die auf eine subjektive Imparität, insbesondere in Folge der Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit hindeuten könnten.

Im vorliegenden Fall gab es für das Gericht allerdings hinreichende Umstände, die auf eine gestörte subjektive Vertragsparität schließen ließen: Zum einen war der Ehemann der Ehefrau in sozialer und ökonomischer Hinsicht überlegen, in Deutschland beheimatet und durch seine Stellung im öffentlichen Dienst wirtschaftlich abgesichert. Die (lebensjüngere) Ehefrau hielt sich demgegenüber erst seit knapp drei Jahren in Deutschland auf und beherrschte die deutsche Sprache noch nicht. Bedeutsam war im vorliegenden Fall zum anderen die **ausländerrechtliche Komponente**, da die Ehefrau zum Zeitpunkt des Ehevertragsabschlusses von der Ausweisung bedroht gewesen war. Der BGH bejahte daher eine gestörte subjektive Vertragsparität, ohne dass es im Ergebnis auf eine zusätzliche Benachteiligung durch die konkrete Gestaltung des Beurkundungsverfahrens (der Ehefrau war kein eigener Vertragsentwurf vor Beurkundung überlassen worden; im Beurkundungstermin war ein ungeeigneter Dolmetscher hinzugezogen worden) angekommen wäre.

Die Nichtigkeit des Gesamtvertrages ist nach Ansicht des BGH im Anschluss an die bisherige Rechtsprechung (BGH NJW 2013, 4757; NJW 2008, 3426; NJW 2006, 2331) auch nicht ausgeschlossen wegen der im Ehevertrag enthaltenen **salvatorischen Klausel**. Eine salvatorische Klausel könne an der Gesamtnichtigkeit nichts ändern, wenn sich das Verdikt der Sittenwidrigkeit – wie hier – aus der Gesamtwürdigung eines einseitig belastenden Ehevertrages ergebe; vielmehr werde dann auch die salvatorische Klausel **von der Gesamtnichtigkeit erfasst**.

Literaturhinweise

A. Reul/H. Heckschen/R. Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl., C. H. Beck Verlag, München 2018, 1002 Seiten, 159.– €

Das Insolvenzrecht berührt die notarielle Gestaltungspraxis in vielfältiger Weise. Für viele Notare ist es wohl eine eher unbeliebte Annexmaterie, denn besonders an den Schnittstellen mit anderen Rechtsgebieten werden insolvenzrechtliche Fragen schnell komplex. Das hat auch damit zu tun, dass der Insolvenzrechtler – und damit ein Großteil der Literaturstimmen – diese Fragen aus anderer Perspektive und mit anderer Zielrichtung betrachtet als der Kautelarjurist. Einen wertvollen

Postvertriebsstück: B 08129

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

Dienst leistet daher das Handbuch zum „Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis“, dessen zweite Auflage hier anzuzeigen ist. Das Werk erörtert allgemein und konkret – geordnet nach Rechtsgebieten – die insolvenzrechtlichen Aspekte der Gestaltungsarbeit.

Obwohl nicht explizit ein Notarhandbuch, ist das Werk doch für die notarielle Praxis bestens geeignet. Darauf deutet schon der Herausgeber- und Autorenkreis, in dem sich namhafte Vertreter des Notariats wiederfinden, *Adolf Reul*, *Heribert Heckschen* und *Sebastian Herrler*. Inhaltlich deckt das Werk alle notariellen Tätigkeitsgebiete ab (insbesondere Immobilienrecht, Gesellschaftsrecht, Erbrecht, Familienrecht) und geht in einem eigenen Kapitel auf die „Pflichten des Notars“ ein (§ 10). Die konkrete Gestaltungsarbeit erleichtern neben zahlreichen Praxishinweisen und kürzeren Formulierungsvorschlägen die umfassenden Gesamtmuster von *Heckschen* und *Reul* am Ende des Buchs (insbesondere zum Gesellschaftsrecht). Hier und an anderen Stellen ist das Buch im Vergleich zur Voraufgabe um etwa ein Fünftel erweitert worden. Vieles wäre positiv hervorzuheben, an dieser Stelle seien lediglich beispielhaft die prägnanten

und übersichtlichen Ausführungen zu Lösungsklauseln für den Insolvenzfall (*Reul*) herausgegriffen.

Das Fazit kann daher nur lauten: Der *Reul/Heckschen/Wienberg* ist eine Bereicherung der Gestaltungsliteratur. Die Anschaffung lohnt sich für jeden Notar.

Dr. Simon Blath

T. Kasper, Abwicklungsstörungen beim Grundstückskaufvertrag bei Konflikten zwischen den Vertragsparteien, RNotZ 2018, 133

A. Mayer, Notarversicherungsfonds und Haftpflichtversicherung im Bereich der Ländernotarkasse, NotBZ 2018, 121

P. Tschäpe/A. Werner, Abnahme und Nachträge als eigenständige Schuldverhältnisse im Lichte der Baurechtsreform 2018 – Auswirkung auf Alt-Verträge? –, ZfBR 2018, 215

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

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

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

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Johannes Weber

Redaktion: Notarassessorin Karin Raude

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