

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2202 – Nachweis der Amtsannahme des Testamentsvollstreckers bei Vorlage eines Europäischen Nachlasszeugnisses

BGB §§ 13, 14, 310 – Unternehmereigenschaft des eingetragenen Vereins

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 528 Abs. 1 S. 1; 818 BGB – Verzicht auf ein Wohnungsrecht als Schenkung; Rückforderung der Schenkung

BGB §§ 311b Abs. 1 S. 1, 925 Abs. 1, 873 Abs. 2 – Keine Beurkundungspflicht für Änderungen eines Grundstückskaufvertrags nach bindender Auflassung

BGB §§ 883, 889, 1090 – Dienstbarkeitsvormerkung zur Sicherung des Betriebs einer Photovoltaikanlage bei vorübergehender Identität von Eigentümer und Schuldner

Veranstaltungen

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2202

Nachweis der Amtsannahme des Testamentsvollstreckers bei Vorlage eines Europäischen Nachlasszeugnisses

I. Sachverhalt

Es soll ein Kaufvertrag über ein Grundstück beurkundet werden. Auf Verkäuferseite handeln die in einem privatschriftlichen Testament benannten Testamentsvollstrecker. Es liegt ein Europäisches Nachlasszeugnis (ENZ) vor, welches auch die Testamentsvollstrecker antragsgemäß ausweist.

II. Frage

Ist zusätzlich zum ENZ die Erklärung der Annahme des Amtes durch die Testamentsvollstrecker erforderlich oder ist diese entsprechend § 2202 BGB – wie beim Antrag auf Erteilung eines deutschen Testamentsvollstreckerzeugnisses – konkludent im Antrag auf das ENZ enthalten?

III. Zur Rechtslage

1. Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers durch Testamentsvollstreckerzeugnis

Grundsätzlich ist die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers durch ein **Testamentsvollstreckerzeugnis** (§ 2368 BGB) nachzuweisen. Nach § 35 Abs. 1 S. 2 GBO genügt aber auch der Nachweis durch notarielle Verfügung von Todes wegen samt Eröffnungsniederschrift. Zusätzlich zur Vorlage der öffentlichen Verfügung von Todes wegen und der Eröffnungsniederschrift

niederschrift muss in letzterem Fall die Amtsannahme durch den Testamentsvollstrecker nachgewiesen werden, da erst mit der Annahme das Amt des Testamentsvollstreckers beginnt (§ 2202 Abs. 1 und 2 BGB) und er damit bewilligungsbefugt wird (OLG München ZEV 2016, 439, 440). Dieser Nachweis kann durch ein Zeugnis des Nachlassgerichts über die Annahme oder durch eine Niederschrift über die Annahmeerklärung erbracht werden (Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 35 Rn. 63 m. w. N.).

Hierbei handelt es sich jedoch um eine erleichterte Nachweisform. Bei der **regelmäßigen Nachweisform** durch **Testamentsvollstreckerzeugnis** ist **kein separater Nachweis** der Amtsannahme erforderlich (Keller/Munzig/Volmer, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 35 GBO Rn. 93; Meikel/Krause, GBO, 11. Aufl. 2015, § 35 Rn. 177). Denn das Testamentsvollstreckerzeugnis darf gar nicht erteilt werden, wenn keine Annahmeerklärung erfolgt ist (Meikel/Krause, § 35 Rn. 177). Es enthält daher die Vermutung, dass der Testamentsvollstrecker sein Amt tatsächlich bekleidet und daher auch angenommen hat.

2. Zum Nachweis durch Erbschein bzw. Europäisches Nachlasszeugnis

Ein Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers durch **Vorlage eines Erbscheins** ist dagegen nicht möglich, weil hierdurch nur die Tatsache der Anordnung der Testamentsvollstreckung bezeugt wird (vgl. § 352 b Abs. 2 FamFG), nicht jedoch die Person und Verfügungsbefugnis des handelnden Testamentsvollstreckers (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3462; BeckOK-GBO/Wilsch, Stand: 1.9.2018, § 35 Rn. 139). Gleiches gilt an sich auch für das ENZ (vgl. BeckOK-GBO/Wilsch, § 35 Rn. 139).

Im ENZ können aber auch der Erbschein (mit Testamentsvollstreckervermerk) **und das Testamentsvollstreckerzeugnis zusammengefasst** sein (MünchKommBGB/Zimmermann, 7. Aufl. 2017, § 2202 Rn. 12a).

Insoweit bestimmt Art. 68 lit. o EuErbVO, dass die Befugnisse des Testamentsvollstreckers und/oder des Nachlassverwalters und die Beschränkungen dieser Befugnisse nach dem anzuwendenden Recht oder der Verfügung von Todes wegen im ENZ anzugeben sind, wenn dies für die Zwecke, zu denen es ausgestellt ist, erforderlich ist. Letzteres ist der Fall, wenn das Zeugnis **zur Verwendung durch einen Testamentsvollstrecker** oder einen Nachlassverwalter ausgestellt wird, da in diesem Fall die Befugnisse der betreffenden Person und auch etwaige Beschränkungen im Zeugnis darzulegen

sind (Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 68 EuErbVO Rn. 15).

Wird im Rahmen der Ausstellung eines ENZ auch die Ausweisung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers beantragt (vgl. Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1329/2014, Anhang 4 Formblatt IV unter 4.3), dann sind die Befugnisse des Testamentsvollstreckers vom Nachlassgericht im Zeugnis anzugeben (MünchKommBGB/Zimmermann, § 2202 Rn. 12a), wobei das Formblatt einen Katalog von denkbaren Maßnahmen enthält, die ein Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter typischerweise ausführt (vgl. Durchführungsverordnung [EU] Nr. 1329/2014, Formblatt V Anlage VI unter 3 und 4). Diese Angaben nehmen am **Gutgläubensschutz** teil, wobei der Gutgläubensschutz über § 2368 BGB hinaus nicht mit Beendigung des Amtes als Testamentsvollstrecker endet (vgl. dazu auch Schmitz, RNotZ 2017, 269, 284).

§ 35 Abs. 2 GBO besagt ausdrücklich, dass das Bestehen der Befugnis eines Testamentsvollstreckers durch ein ENZ nachgewiesen werden kann. Deshalb kann auch der Testamentsvollstrecker seine Rechtsstellung gegenüber dem Grundbuchamt **durch Vorlage des ENZ** nachweisen (Schaub, in: Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 35 Rn. 114). § 35 Abs. 2 GBO verlangt nicht (zusätzlich) einen Nachweis über die Amtsannahme durch den Testamentsvollstrecker. Vielmehr bescheinigt bereits das ENZ selbst, dass die Person Testamentsvollstrecker geworden ist. Hierfür gilt daher nichts anderes als für das nationale Testamentsvollstreckerzeugnis.

Dies ergibt sich im Übrigen auch unmittelbar aus der EuErbVO: Nach Art. 69 Abs. 2 S. 2 EuErbVO wird vermutet, dass der im Nachlasszeugnis ausgewiesene Testamentsvollstrecker die in dem Zeugnis genannte Rechtsstellung hat. Diese Vermutung gilt auch im Verhältnis zum Grundbuchamt. Denn nach Art. 69 Abs. 5 EuErbVO stellt das ENZ ein wirksames Schriftstück für die Eintragung des Nachlassvermögens im Grundbuch dar. Kraft dieser Vermutungswirkungen muss also auch das Grundbuchamt davon ausgehen, dass der im ENZ benannte Testamentsvollstrecker **das Amt angenommen** hat.

3. Ergebnis

Im vorliegenden Fall weist das ENZ ausweislich des mitgeteilten Sachverhalts „antragsgemäß auch die Testamentsvollstrecker“ aus. Damit beinhaltet es auch ein Testamentsvollstreckerzeugnis, das zum Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers – auch ohne separate Vorlage einer Annahmeerklärung – ausreichend ist.

BGB §§ 13, 14, 310

Unternehmereigenschaft des eingetragenen Vereins

I. Sachverhalt

Ein Bauträger verkauft ein Wohnungs-/Teileigentumsrecht an eine ökumenische Sozialstation e. V. als Büro-sitz.

II. Frage

Sind beide Vertragspartner als Unternehmer anzusehen? Gilt § 310 Abs. 3 BGB?

III. Zur Rechtslage

Ein **Verbrauchervertrag** ist gemäß der Legaldefinition in § 310 Abs. 3 BGB ein **Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher**.

Während gem. **§ 14 Abs. 1 BGB** ein **Unternehmer** eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft ist, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt, ist gem. **§ 13 BGB** ein **Verbraucher** jede **natürliche Person**, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.

Gem. **§ 21 BGB** erlangt ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, **Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister** des zuständigen Amtsgerichts. Eine **juristische Person** ist eine Zusammenfassung von Personen oder Sachen zu einer rechtlich geregelten und zweckgebundenen Organisation, der die Rechtsordnung Rechtsfähigkeit verliehen hat und die dadurch als Trägerin eigener Rechte und Pflichten verselbstständigt ist (BeckOK-BGB/Schöpflin, Std: 1.8.2018, § 21 Rn. 1). Daraus folgt, dass auch der eingetragene Verein eine juristische Person ist.

Nach dem **Wortlaut des § 13 BGB** können nur natürliche Personen Verbraucher sein. **Juristische Personen genießen damit bereits per definitionem keinen Schutz als Verbraucher**, auch wenn sie nicht oder noch nicht beruflich oder gewerblich tätig sind (MünchKommBGB/Micklitz/Purnhagen, 7. Aufl. 2015, § 13 Rn. 13). Vor allem der letztgenannte Aspekt hat in der Literatur zu **heftiger Kritik** geführt, speziell im Hinblick auf die Situation des **kleineren Idealvereins** oder der Pfarrgemeinde, die durch ihre oftmals geschäftlich unerfahrenen Mitglieder gemeinnützige Zwecke verfolgen und dennoch schutzlos bleiben (Böhr, RNotZ 2003, 278, 282 m. w. N.).

Allerdings ist die **gesetzgeberische Intention eindeutig**. Anders als etwa Österreich (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 2 Konsumentenschutzgesetz sowie Umkehrschluss aus § 1 Abs. 2 S. 2 Konsumentenschutzgesetz) hat Deutschland juristische Personen des Privatrechts allgemein aus dem Verbraucherbegriff ausgeklammert (vgl. Staudinger/Kannowski, BGB, 2013, § 13 Rn. 21). So sind nach der Rechtsprechung des BGH auch **Verbraucherverbände in der Rechtsform eines eingetragenen Vereins keine Verbraucher** i.S.d. § 13 BGB (BGH NJW-RR 2010, 1712 Tz. 8).

Die h. M. geht davon aus, dass ein **Idealverein als Unternehmer** angesehen werden muss (Böhr, RNotZ 2003, 278, 282; BeckOGK-BGB/Alexander, Std.: 1.7.2018, § 13 Rn. 356 f.; Staudinger/Kannowski, § 13 Rn. 31). Diese Auffassung kann sich auf die **Rechtsprechung des EuGH** stützen, der entschieden hat, dass sich der Verbraucherbegriff in Art. 2 lit. b der Klauselrichtlinie 93/13/EWG ausschließlich auf natürliche Personen bezieht und einer Erstreckung auf andere als natürliche Personen entgegensteht (EuGH NJW 2002, 205).

In der Literatur **wird** auch **diskutiert**, ob **§ 13 BGB analog** auf den Idealverein anwendbar ist. Nach teilweise vertretener Auffassung soll eine Analogie angesichts der Gesetzeshistorie nicht ausgeschlossen sein. Dennoch sei eine Klarstellung durch den deutschen Gesetzgeber – ausländischen Vorbildern folgend – erstrebenswert (MünchKommBGB/Micklitz/Purnhagen, § 13 Rn. 15 f.). Nach einer anderen Stellungnahme soll Art. 14 FernAbsRL, der besagt, dass strengere Bestimmungen für ein höheres Schutzniveau für die Verbraucher erlassen oder aufrecht erhalten werden können, eine Analogie zulassen (Roth, JZ 2000, 1013, 1014). Nach einer weiteren Auffassung soll der Idealverein dem Privaten als Verbraucher gleichzustellen sein, wenn er nicht zum Zweck einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit ein Rechtsgeschäft abschließt (Flume, ZIP 2000, 1427, 1428). Auch das AG Hamburg hat einem Verein den Schutz einer verbraucherschützenden Regelung, nämlich des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften (HausTWG), zugute kommen lassen (BB 1988, 869). Dieses Urteil erging vor Einführung des § 13 BGB und blieb schon damals nicht ohne Widerspruch (Teske, BB 1988, 869, 871).

Diese Auffassungen haben sich bisher nicht durchsetzen können. Die Rechtsprechung vertritt insoweit eine strenge Linie. Zuletzt hat sich der BGH mit der Problematik in seiner Entscheidung vom 30.3.2017 (VII ZR 269/15 = DNotZ 2017, 623) beschäftigt. In dieser Entscheidung hat der BGH dargelegt, dass eine GbR nicht Verbraucherin sein könne, wenn zu ihrem Gesellschafterkreis eine juristische Person gehöre. Der BGH stütz-

te sich auf den Wortlaut des § 13 BGB (BGH DNotZ 2017, 623 Tz. 27). Dieser sei auf natürliche Personen beschränkt. Die Definition entspreche u. a. derjenige der Klauselrichtlinie (BGH DNotZ 2017, 623 Tz. 28). Deshalb sei es es nicht geboten, eine GbR, der eine juristische Person angehöre, als Verbraucherin anzusehen (BGH DNotZ 2017, 623 Tz. 28). Das unterstreicht erneut, dass zumindest nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine **juristische Person** unabhängig von ihrer Zwecksetzung **nicht** mit einem **Verbraucher** gleichzusetzen ist.

Im **Ergebnis** dürfte der eingetragene Verein kein Verbraucher sein. Damit liegt auch kein Verbrauchervertrag vor.

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 §§ 877, 876 S. 1; GBO § 19; WEG § 26 Abs. 1
Bestellung des Verwalters; Zustimmungsbedürfnis
der Grundpfandgläubiger**
Abruf-Nr.: 164847

**GmbHG § 47 Abs. 3; BGB §§ 164, 1896, 709; HGB
§ 119; AktG § 134**
**Vollmacht des Gesellschafters zum Auftreten in der
GmbH-Gesellschafterversammlung; Stimmrechts-
vollmacht; statutarische Vertretungsbeschränkung;
Zulässigkeit und Grenzen der Beschränkung im
Hinblick auf Vorsorgebevollmächtigte**
Abruf-Nr.: 164281

Rechtsprechung

BGB §§ 528 Abs. 1 S. 1; 818 BGB
**Verzicht auf ein Wohnungsrecht als Schenkung;
Rückforderung der Schenkung**

a) **Zur Bestimmung des Umfangs des Rückforderungsanspruchs des Schenkers wegen Verarmung ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten. Herauszugeben ist nicht nur der ursprünglich**

geschenkte Gegenstand. Bei einem wirtschaftlich nutzbaren Gegenstand, der das Vermögen des Beschenkten auch mit der Möglichkeit bereichert, Nutzungen daraus zu ziehen, sind vielmehr auch die seit der Schenkung gezogenen Nutzungen herauszugeben.

b) **Hat der Schenker dem Beschenkten den Verzicht auf ein auf dem Grundstück des Beschenkten lastendes Wohnungsrecht zugewandt, ist für die Höhe des Rückforderungsanspruchs bei Verarmung des Schenkers als Wertersatz für den geschenkten Gegenstand der Betrag maßgeblich, um den sich der Verkehrswert des Grundstücks bei Eintritt der Bedürftigkeit des Schenkers durch den Wegfall der dinglichen Belastung erhöht hat.**

BGH, Urt. v. 17.4.2018 – X ZR 65/17

Problem

Die Entscheidung betrifft den Umfang des Rückforderungsanspruchs wegen Verarmung des Schenkers nach § 528 Abs. 1 S. 1 BGB bei einem Verzicht auf ein Wohnungsrecht. Insbesondere geht der BGH auf die Höhe des Wertersatzes nach § 818 Abs. 2 BGB ein und erläutert, dass auch gezogene Nutzungen herauszugeben seien.

Dem entschiedenen Fall liegt zunächst eine klassische Übertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zu Grunde. Die Eltern übertrugen bereits im Jahr 1995 ihrer Tochter ein Hausgrundstück und behielten sich ein unentgeltliches lebenslanges Wohnungsrecht vor. Im Jahr 2003 wurde das Wohnungsrecht aufgehoben, im Grundbuch gelöscht und auf sämtliche schuldrechtliche Ansprüche verzichtet. Eine Gegenleistung hatte die Tochter nicht zu erbringen. Ab diesem Zeitpunkt wurde ein Mietverhältnis zwischen Tochter und Mutter über die Wohnung, die die Eltern bislang im Rahmen des Wohnungsrechtes unentgeltlich genutzt hatten, geschlossen. Nach dem Tod des Vaters wurde die Mutter pflegebedürftig und lebte von August 2012 bis zu ihrem Tod im März 2015 in einem Pflegeheim. Hierfür bezog sie Leistungen nach dem SGB XII. Ab September 2013 vermietete die Tochter die vormals von der Mutter bewohnte Wohnung an einen Dritten. Der Sozialhilfeträger macht nunmehr aus übergeleitetem Recht Ansprüche nach § 528 Abs. 1 BGB wegen des unentgeltlichen Verzichts auf das Wohnungsrecht geltend und fordert Ersatz sämtlicher erbrachter Leistungen. Die Vorinstanz, das OLG Hamm, begrenzte den zu erstattenden Betrag auf die zwischen September 2013 bis zum Tod der Mutter im März 2015 erzielten Mieten.

Entscheidung

Der BGH sieht zunächst, wie auch die Vorinstanz, in der **unentgeltlichen Aufgabe** eines Wohnungsrechtes eine **Schenkung**. Hinsichtlich des Umfangs des Rückforderungsanspruchs erläutert der BGH, dass der Anspruch nur in Höhe des ungedeckten Unterhaltsbedarfs entsteht. Im hier vorliegenden Fall der Unteilbarkeit des Geschenks habe der Beschenkte **Werter-satz** zu leisten. Dieser Anspruch sei jedoch durch den **Wert des Geschenks** im Zeitpunkt des **Entstehens des Rückforderungsanspruchs** begrenzt. Hinsichtlich der Wertermittlung des Geschenks sei eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten. Es komme bei einem Verzicht auf ein Wohnungsrecht auf die hierdurch eintretende **Erhöhung des Verkehrswertes des Grundstücks** an. Es komme – entgegen der Vorinstanz – nicht darauf an, inwieweit der Beschenkte diese ihm zugeflossenen Werterhöhung tatsächlich realisiert habe. Zur Berechnung der Wertsteigerung verweist der BGH auf die statistische Lebenserwartung der Schenkerin und auf die erzielte Jahreskaltmiete.

Über diesen Betrag hinaus schulde die Beschenkte die Herausgabe der Bereicherung, die sich aus der **wirtschaftlichen Nutzung** des geschenkten Gegenstandes ergeben habe. In dem konkreten Fall seien daher auch die durch Vermietung an die Mutter erzielten Mieten als Nutzungen herauszugeben. Dem Schenker bleibe es aber unbenommen sich nach § 818 Abs. 3 BGB auf eine Entreichung zu berufen.

Praxishinweis

Die Entscheidung verdeutlicht, dass auch bei einer unentgeltlichen Aufgabe eines Nutzungsrechtes an einem Grundbesitz eine Rückforderungsmöglichkeit des Schenkers und damit auch des Sozialhilfeträgers besteht. Es dürfte sich empfehlen, die Beteiligten bei unentgeltlicher Aufgabe derartiger Nutzungsrechte auf dieses Risiko hinzuweisen.

**BGB §§ 311b Abs. 1 S. 1, 925 Abs. 1, 873 Abs. 2
Keine Beurkundungspflicht für Änderungen eines
Grundstückskaufvertrags nach bindender Auflassung**

Änderungen eines Grundstückskaufvertrags nach der Auflassung sind formlos möglich, wenn die Auflassung bindend geworden ist (§ 873 Abs. 2 BGB; Bestätigung u. a. von Senat, Urteil vom 28. September 1984 – V ZR 43/83, WM 1984, 1539).

BGH, Urt. v. 14.9.2018 – V ZR 213/17

Problem

Der Beklagte erwarb von einer Bauträgerin (Klägerin) drei noch zu sanierende Eigentumswohnungen durch notariell beurkundeten Vertrag. Im Kaufvertrag erklärten die Parteien die Auflassung und der Beklagte beantragte die Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch. Anschließend forderte der Beklagte schriftlich eine Kaufpreisminderung. Der Geschäftsführer der Klägerin unterzeichnete dieses Schreiben mit dem Zusatz „zur Kenntnis genommen und anerkannt“. Der Beklagte entrichtete den geminderten Kaufpreis. Nunmehr verlangt die Klägerin die Zahlung der Differenz zwischen ursprünglich vereinbartem Kaufpreis und des vom Beklagten entrichteten Betrags.

Entscheidung

Der BGH stellte fest, dass die Parteien den Kaufpreis nachträglich formfrei wirksam ermäßigt haben, da Grundstückskaufverträge nach der Auflassung formlos abgeändert werden können, wenn die **Auflassung durch notarielle Beurkundung gem. § 873 Abs. 2 BGB bindend geworden** ist. Dies gelte auch dann, wenn der Vollzug der Auflassung durch Anweisungen der Kaufvertragsparteien an den Notar vorübergehend gesperrt sei. Sowohl die Ausfertigungssperre als auch die sog. Bewilligungslösung seien lediglich vollzugstechnische Abreden, die nichts daran änderten, dass die Auflassung vorbehaltlos und verbindlich erklärt worden sei.

Grundsätzlich stellt der BGH die Anwendbarkeit von § 311b Abs. 1 BGB auf Vereinbarungen, durch die ein schon beurkundeter Grundstückskaufvertrag nachträglich abgeändert wird, nicht in Frage. Eine Ausnahme gelte lediglich für die **Beseitigung** einer bei der Abwicklung des Geschäfts unvorhergesehen auftretenden **Schwierigkeit**, durch die die beiderseitigen Verpflichtungen nicht wesentlich verändert würden. Hierzu zähle die Herabsetzung des beurkundeten Kaufpreises nicht, sodass grundsätzlich keine Formfreiheit bestünde.

Etwas anderes gelte jedoch dann, wenn die schuldrechtlichen Erklärungen von Veräußerer und Erwerber beurkundet worden seien und die Parteien zudem die für die angestrebte Rechtsänderung erforderlichen (dinglichen) Erklärungen in bindender Form abgegeben hätten. Dies sei der Fall, wenn die Auflassung nach § 873 Abs. 2 BGB bindend geworden sei. Dann nämlich sei der **Zweck des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB** (Beweis-, Warn-, Schutz- und Gewährsfunktion) **erreicht**, die Parteien seien nicht mehr schutzbedürftig.

Überdies hätten die Parteien ab Eintritt der Bindungswirkung die geschuldeten Leistungshandlungen unwi-

derrufflich erbracht. Eine **Erfüllung** i. S. d. § 362 Abs. 1 BGB sei hierfür nicht erforderlich. Diese trete erst mit der Eintragung ein, welche die Vertragsparteien aber aus Rechtsgründen nicht selbst besorgen könnten. Mit der bindend gewordenen Auflassung hätten die **Parteien alles getan, um den Eigentumswechsel zur Eintragung zu bringen**.

Des Weiteren stellt der BGH darauf ab, dass ein Beurkundungsbedürfnis für nach bindend gewordener Auflassung getroffene Vereinbarungen der **Klarheit und Rechtssicherheit im Rechtsverkehr** abträglich wäre. Das Gericht begründet dies damit, dass ein Formmangel bei nachträglichen Änderungen eines Grundstückskaufvertrags im Zweifel nach § 139 BGB zur (unheilbaren) Nichtigkeit des Vertrags mit allen Nebenabreden führen würde. Bis zur Klärung der Frage, ob diese Vermutung widerlegt werden könne, bestünde Unsicherheit über die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts. Eine Heilung durch spätere Grundbucheintragung (§ 311b Abs. 1 S. 2 BGB) komme nicht in Betracht, weil sich die heilende Wirkung nur auf solche Vereinbarungen erstrecke, die bei der Erklärung der Auflassung bereits Teil des Vertrags waren.

Schließlich hält der BGH ein Festhalten an der bisherigen (gleichlautenden) Rechtsprechung auch im Interesse der Kontinuität der Rechtsprechung und der Rechtssicherheit für geboten. Die Praxis habe sich darauf eingerichtet.

BGB §§ 883, 889, 1090

Dienstbarkeitsvormerkung zur Sicherung des Betriebs einer Photovoltaikanlage bei vorübergehender Identität von Eigentümer und Schuldner

Die Eintragung einer Vormerkung setzt voraus, dass der Schuldner des zu sichernden Anspruchs als Inhaber des von der Vormerkung betroffenen Rechts im Grundbuch eingetragen ist (Identitätsgebot). Der Anspruch des Eigentümers auf Bestellung einer Dienstbarkeit zugunsten von ihm später zu benennender Dritter ist daher nicht vormerkungsfähig, solange er noch im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Auch ein Erwerbsanspruch des zukünftigen Schuldners/Eigentümers vermag die Vorverlagerung des Vormerkungsschutzes selbst dann nicht zu rechtfertigen, wenn eine sachen- und grundbuchrechtlich durch Erwerbsvormerkung gesicherte Erwerbssaussicht besteht.

OLG Stuttgart, Beschl. v. 18.6.2018 – 8 W 158/18

Problem

Im Rahmen eines Grundstückskaufvertrages wurde durch die Noch-Eigentümerin eines Grundstücks eine beschränkte persönliche Eigentümerdienstbarkeit bezüglich einer auf dem Dach befindliche Photovoltaikanlage begründet.

Im Rahmen einer Rechtsnachfolgeklausel wurde geregelt, dass auch der zukünftige Eigentümer gegenüber der Noch-Eigentümerin verpflichtet sein solle, eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu Gunsten von dieser beliebig zu benennender Dritter zu bestellen. Dies sollte durch eine Vormerkung gesichert werden.

Das Grundbuchamt lehnte eine Eintragung dieser Vormerkung ab, da eine solche erst dann erfolgen könne, wenn der Schuldner des gesicherten Anspruchs bereits im Grundbuch eingetragen sei. Dies sei erst mit Eigentumsumschreibung auf den vertraglich gebundenen, künftigen Eigentümer möglich.

Der Notar vertrat dagegen die Auffassung, dass die anfängliche Identität von Eigentümer und Schuldner die Eintragungsfähigkeit der Vormerkung nicht hindere. Der Erwerber leite seine Verfügungsmacht von der Eigentümerin ab, sodass eine Ausnahme vom Identitätsgebot gerechtfertigt sei.

Entscheidung

Die Beschwerde blieb erfolglos. Das OLG Stuttgart hält die Vormerkung nicht für eintragungsfähig.

Zunächst hält das Gericht fest, dass beschränkte dingliche Rechte am eigenen Grundstück in Ansehung des § 889 BGB zulässig seien, sofern sie nicht wie Vormerkung und Hypothek eine gesicherte Forderung voraussetzen. Ein zu sichernder Anspruch erfordere zwingend die Existenz unterschiedlicher Personen.

Insbesondere sei auch **das Identitätsgebot auf der Passivseite** zu berücksichtigen, wonach der Schuldner des gesicherten Anspruchs grundsätzlich Eigentümer des von der Vormerkung erfassten Rechts sein müsse. Einerseits sei der Gläubiger nur gegen ein nachträgliches und nicht ein anfängliches Unvermögen des Schuldners zu schützen. Andererseits solle nicht durch eine **übermäßige Vorverlegung des Vormerkungsschutzes** die Verkehrsfähigkeit des betroffenen Grundstücks gefährdet werden.

Auch der Wortlaut des § 886 BGB zeige, dass der Gesetzgeber von der ursprünglichen Identität von Vormerkungsschuldner und Rechtsinhaber ausgegangen sei. Nicht hinreichend sei jedenfalls die Zustimmung des Berechtigten zur Vormerkungsbestellung durch den

nichtberechtigten Schuldner oder eine anderweitige Verfügungsmacht des Schuldners über das betroffene Grundstück.

Eine abweichende Würdigung und damit einhergehende Vorverlagerung des Vormerkungsschutzes sei weder durch den Erwerbsanspruch des zukünftigen Schuldners noch durch eine sachenrechtlich gesicherte Erwerbssaussicht gerechtfertigt. Auch der Umstand, dass der Erwerber seine Verfügungsmacht von der Eigentümerin ableite, hindere die Anwendung des Identitätsgebots nicht.