

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

26. Jahrgang  
Januar 2018  
ISSN 1434-3460

2/2018

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 7 Abs. 3, 8 Abs. 2 S. 1, 19 Abs. 4, 15 Abs. 3 – Einbringung der Anteile an einer GmbH in Gründung in eine GmbH

WEG §§ 20 Abs. 1, 21 Abs. 1 u. 3 – Begründung einer Baulast am Grundstück der Wohnungseigentümergeinschaft durch Beschluss

### Gutachten im Abrufdienst

## Rechtsprechung

BGB § 890 Abs. 2; ErbbauRG § 11 Abs. 1; GBO § 6 Abs. 1 – Bestandteilszuschreibung des Erbbaugrundstücks zum Erbbaurecht

BeurkG § 17 Abs. 2a – Anwendungsbereich des § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG

BGB §§ 873, 925 – Vollzug einer beurkundeten Auflassung im Grundbuch auch nach mehreren Jahrzehnten möglich

## Aktuelles

## Literaturhinweise

## Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### GmbHG §§ 7 Abs. 3, 8 Abs. 2 S. 1, 19 Abs. 4, 15 Abs. 3 Einbringung der Anteile an einer GmbH in Gründung in eine GmbH

#### I. Sachverhalt

Es soll eine GmbH (= GmbH 1) durch eine Person X (= e. K.) gegründet werden, indem dessen einzelkaufmännisches Unternehmen als Sacheinlage eingebracht wird. Am selben Tag soll eine weitere GmbH (= GmbH 2) durch dieselbe Person gegründet werden, indem die Geschäftsanteile der zuvor gegründeten GmbH 1 wiederum als Sacheinlage in die GmbH 2 eingebracht werden. Unmittelbar danach (am selben Tag) soll eine Geschäftsanteilsabtretung erfolgen. Hierbei soll die GmbH 2 als Alleingeschafterin der GmbH 1 50,1% ihrer Anteile an eine ausländische Gesellschaft veräußern.

#### II. Fragen

1. Kann eine GmbH in Gründung zulässiger Gegenstand einer Sacheinlage sein?
2. Sind die Grundsätze der Kapitalaufbringung im vorliegenden Fall gewahrt? Muss hierfür vor Gründung der

GmbH 2 die GmbH 1 bereits angemeldet oder sogar eingetragen sein?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Sacheinlagefähigkeit der Anteile an der GmbH in Gründung

Wenn die gegründete GmbH 1 in die GmbH 2 eingebracht werden soll, wirft dies die Frage auf, ob die Anteile an der GmbH 1 in Gründung bereits Gegenstand einer Sacheinlage (§§ 5 Abs. 4, 7 Abs. 3 GmbHG) für die Gründung der GmbH 2 sein können.

**Anteile** an Kapitalgesellschaften und an einer GmbH sind grds. **sacheinlagefähige Vermögensgegenstände** (vgl. Leitzen, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 5 Rn. 117; MünchKommGmbHG/Schwandtner, 2. Aufl. 2015, § 5 Rn. 97).

Fraglich ist jedoch, ob die Anteile an einer bereits gegründeten, aber noch nicht zum Handelsregister angemeldeten **Vor-GmbH** sacheinlagefähig sind. Die Vor-GmbH (hier: GmbH 1) entsteht mit der Beurkundung des Gesellschaftsvertrags (vgl. BGH DNotZ 1984, 585; Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 11 Rn. 3; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 11 Rn. 3; Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2018, Teil 3 Rn. 5). Die Vor-GmbH ist **ab diesem Moment rechtsfähig**, mit ihrer Eintragung wandelt sie sich mit allen Aktiva und

Passiva in die GmbH um (Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 11 Rn. 5). Dies gilt nach Auffassung der h. L. und wohl auch der Rechtsprechung gleichermaßen für die Einpersonenvorgesellschaft (Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 11 Rn. 38 m. w. N.; BGH NJW-RR 1999, 1554, 1555).

#### a) Übertragung von Anteilen an einer Vor-GmbH

Nach h. M. existieren im **Gründungsstadium** vor Eintragung der GmbH keine **übertragbaren Geschäftsanteile** (BGH NJW-RR 2005, 469; OLG Dresden NZG 1998, 311, 312 f.; OLG Jena RNotZ 2013, 446, 450; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 2 Rn. 13; a. A. MünchKommGmbHG/Merkt, 2. Aufl. 2015, § 11 Rn. 40). Es dürfte somit **nicht möglich** sein, die Anteile an der GmbH 1 als Sacheinlage in die GmbH 2 einzubringen, **bevor** die **Anteile** an der GmbH 1 durch Eintragung dieser Gesellschaft **entstanden sind**. Vor Eintragung der GmbH kann eine Änderung im Kreis der Gesellschafter durch eine **Änderung des Gesellschaftsvertrags** vorgenommen werden (BGH NJW 1959, 934, 935). Anerkannt ist außerdem die Möglichkeit, die Anteile an der GmbH nach §§ 398, 413 BGB i. V. m. § 15 Abs. 1 u. Abs. 3 GmbHG analog schon vor ihrer Eintragung **mit Wirkung für den Zeitpunkt der Eintragung der GmbH** zu übertragen (BGHZ 21, 242, 245; BGH NJW-RR 2005, 469; Ulmer/Habersack, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl. 2013, § 11 Rn. 48; zur Abtretung künftiger Geschäftsanteile eingehend Fröhlich/Primaczenko, NZG 2016, 133 ff.).

Die Abtretung muss dem **sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz** entsprechen (Fröhlich/Primaczenko, NZG 2016, 133, 134). Nach h. M. kommt es bei der Abtretung eines künftigen Geschäftsanteils zu einem **Durchgangserwerb**. Der Zedent (hier: X) erwirbt die Geschäftsanteile für eine juristische Sekunde, bevor sie auf den Erwerber (hier: GmbH 2) übergehen (Fröhlich/Primaczenko, NZG 2016, 133, 135; MünchKommGmbHG/Lieder, 2. Aufl. 2016, § 55 Rn. 149).

Entsprechendes würde gelten, wenn die Anteile an der noch nicht eingetragenen GmbH 1 an die ausländische Gesellschaft veräußert werden. Auch insoweit wäre nur die Abtretung der künftigen Geschäftsanteile möglich.

#### b) Sacheinlagefähigkeit künftiger Vermögensgegenstände

Grundsätzlich sind auch solche Sachen sacheinlagefähig, die im Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrags **noch nicht existieren** (MünchKommGmbHG/Schwandtner, § 5 Rn. 78; Ulmer/Casper, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, § 5 Rn. 60). Allerdings muss die Sache **spätestens zum Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft** vorhanden sein, da die Leistung des Sacheinlagestands (§ 7 Abs. 3 GmbHG) in diesem Zeitpunkt bewirkt sein muss (Bayer, in: Lutter/Hommelhoff, § 5 Rn. 16; Fastrich, in: Baumbach/Hueck, § 5 Rn. 25; Ulmer/Casper, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, § 5 Rn. 60; MünchKommGmbHG/Schwandtner, § 5 Rn. 78). Bestimmt der Gesellschaftsvertrag ausdrücklich, dass die Sacheinlage **erst nach der Anmeldung zu erbringen** ist, soll die Vereinbarung der Sacheinlage **unwirksam** sein (MünchKommGmbHG/Schwandtner, § 5 Rn. 79).

Um Missverständnisse zu vermeiden, kann man in der Gründungsurkunde klarstellen, dass die Anmeldung erst erfolgen soll, nachdem die Sacheinlage bewirkt wor-

den ist. Zur Einbringung **künftiger Forderungen** findet sich in der Kommentarliteratur häufig die Aussage, diese seien nicht sacheinlagefähig (Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 5 Rn. 17; Ulmer/Casper, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, § 5 Rn. 64). Dies ist aber dahingehend zu relativieren, dass eine Einlagefähigkeit der künftigen Forderung gegeben ist, wenn die Forderung **im Zeitpunkt der Handelsregisteranmeldung der Gesellschaft entstanden ist** und es sich damit im Zeitpunkt der Anmeldung um eine bestehende Forderung handelt (OLG Oldenburg AG 1997, 424, 427; Scholz/Veil, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 5 Rn. 45). Es kann insoweit nichts anderes als für die Einbringung künftiger Sachen gelten.

Im Rahmen der **Prüfung der Werthaltigkeit** der Sacheinlage (§ 8 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG) für die GmbH 2 wäre die Frage zu prüfen, ob der Wert der Anteile an der GmbH 1 durch die Begleichung von Gründungskosten gemindert ist (vgl. für Abziehung der Gründungskosten vom Wert der Beteiligung Priester, DStR 2016, 1554, 1556 Fn. 34; MünchKommGmbHG/Reichert/Weller, 2. Aufl. 2015, § 14 Rn. 19; a. A. Wälzholz/Bachner, NZG 2006, 361, 363). Keine Schwierigkeiten ergeben sich, wenn die Kosten für die Gründung der GmbH 1 von dem Gründer getragen werden (Priester, DStR 2016, 1554, 1556).

#### c) Schlussfolgerung

Demzufolge dürfte es auch im vorliegenden Fall möglich sein, die **Anteile** an der bereits gegründeten GmbH (hier: GmbH 1) als **Sacheinlage im Gesellschaftsvertrag** der gegründeten GmbH 2 festzusetzen und mit Wirkung auf die Eintragung der gegründeten GmbH 1 auf die GmbH 2 zu übertragen. Allerdings ist zu beachten, dass die **Sacheinlagen vor der Anmeldung der GmbH 2** bereits an die Gesellschaft **bewirkt** worden sein müssen (§ 7 Abs. 3 GmbHG). Dies würde bedeuten, dass die **Anmeldung der GmbH 2** erst erfolgen könnte, sobald die **GmbH 1 in das Handelsregister eingetragen** worden ist, die Anteile entstanden und die Abtretung damit wirksam geworden ist. Im Gesellschaftsvertrag sollte die Sacheinlage möglichst genau bezeichnet werden, ggf. unter genauer Bezeichnung des Anteils an der an einem bestimmten Tag durch die bestimmte URNr. gegründeten GmbH. Außerdem sollte klargestellt werden, dass die Anmeldung der GmbH 2 erst nach der Eintragung der GmbH 1 und dem Übergang der Anteile auf die GmbH 2 erfolgt.

Dass die GmbH 2 im Zeitpunkt der Übertragung der Anteile noch eine Vor-GmbH ist, ist unschädlich. Denn auch die Vor-GmbH kann Gesellschafterin einer GmbH sein (Emmerich/Wicke, in: Scholz, § 2 Rn. 50; MünchKommGmbHG/J. Mayer, § 2 Rn. 101 Salzig, in: 10 Jahre DNotI, 2003, S. 293, 294 f.)

#### 2. Offene Sacheinlage und Leistung zur freien Verfügung

In die GmbH 1 bringt der Gründer X sein Unternehmen als offene Sacheinlage ein, in die GmbH 2 ebenfalls als offene Sacheinlage wiederum die Anteile an der GmbH 1. Anders als bei einer Bargründung, bei der die Mittel an eine weitere zu gründende Tochtergesellschaft weitergeleitet werden (vgl. Gutachten DNotI-Report 2015, 73 ff.; Priester, DStR 2016, 1555 ff.), stellt sich im vorliegenden Fall damit nicht das Problem der **verdeckten Sacheinlage** (§ 19 Abs. 4 GmbHG).

Es dürfte auch davon auszugehen sein, dass die Leistung jeweils zur freien Verfügung der Gesellschaft erfolgt (vgl. § 7 Abs. 3 GmbHG). Denn der Gesellschafter X bringt sein Unternehmen im Wege der Einzelrechtsnachfolge in die GmbH 1 ein und wiederum die Anteile an dieser GmbH in die GmbH 2. Dabei handelt es sich um **zwei verschiedene Leistungsgegenstände**. Dass der Gesellschafter damit zwei Kapitalgesellschaften gegründet hat, hinter denen wirtschaftlich betrachtet nur ein als Sacheinlage eingebrachtes Unternehmen steht, ist hinzunehmen.

---

## WEG §§ 20 Abs. 1, 21 Abs. 1 u. 3 Begründung einer Baulast am Grundstück der Wohnungseigentümergeinschaft durch Beschluss

### I. Sachverhalt

Der Eigentümer eines in Baden-Württemberg belegenen Grundstücks plant die Errichtung eines Neubaus mit mehreren grenznahen Fenstern. Zur Herstellung der baurechtlichen Zulässigkeit ist die Übernahme einer öffentlich-rechtlichen Baulast durch die Eigentümer des Nachbargrundstücks erforderlich. Am Nachbargrundstück besteht Wohnungs-/Teileigentum.

### II. Fragen

1. Besteht nach der gesetzlichen Kompetenzordnung eine Entscheidungs-/Beschlusskompetenz der WEG hinsichtlich der Übernahme der Baulast oder bedarf es der Zustimmung sämtlicher Miteigentümer?

2. Falls keine Entscheidungskompetenz der WEG besteht: Kann der WEG eine solche Entscheidungskompetenz zugewiesen werden?

3. Falls eine Entscheidungskompetenz der WEG besteht oder ihr eine solche zugewiesen werden kann: Kann die Entscheidungskompetenz dem Verwaltungsbeirat oder dem Verwalter übertragen werden?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Beschlusskompetenz der WEG

Nach §§ 20 Abs. 1, 21 Abs. 1 u. 3 WEG können die Wohnungseigentümer über **Maßnahmen der Verwaltung** mit der Mehrheit der Stimmen beschließen. Die Kompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft ist auf Maßnahmen der Verwaltung beschränkt. Fragen des **sachenrechtlichen Grundverhältnisses**, insbesondere Verfügungen über das im Gemeinschaftseigentum stehende WE-Grundstück (§ 1 Abs. 5 WEG) sind **keine Verwaltungsmaßnahmen**. Für Beschlüsse im Bereich des sachenrechtlichen Grundverhältnisses fehlt der WEG die Beschlusskompetenz (vgl. BGH NJW-RR 2012, 1036 Rn. 13; NJW 2013, 1962 Rn. 8).

#### 2. Rechtsnatur der Übernahme einer Baulast

Bei der Übernahme einer Baulast handelt es sich um eine Erklärung des Grundstückseigentümers, eine **öffentlich-rechtliche Pflicht** zu einem das Grundstück betreffenden Tun, Dulden oder Unterlassen **zu übernehmen** (§ 71 Abs. 1 S. 1 LBO BW). Die Baulast ist grundstücksbezogen (vgl. Sauter, in: ders., LBO BW, Stand: 43. Erg.-Lfg., November 2013, § 71 Rn. 5 f.). Sie **wirkt dinglich** und ist auch gegenüber Rechtsnachfolgern wirksam (§ 71 Abs. 1 S. 2 LBO BW).

### 3. Meinungsstand

Da es sich bei der Übernahme der Baulast um eine dinglich wirkende Erklärung mit Blick auf das im Gemeinschaftseigentum stehende WE-Grundstück handelt, dürfte es sich nicht mehr um eine bloße Verwaltungsmaßnahme des Gemeinschaftseigentums, sondern um eine im sachenrechtlichen Grundverhältnis des Wohnungseigentums wurzelnde Maßnahme handeln. Vor diesem Hintergrund sind der BGH (NJW-RR 1991, 333) und das OLG Hamm (NJW-RR 1991, 338) davon ausgegangen, dass die Baulast in die **Zuständigkeit** der **Sondereigentümer** als Miteigentümer fällt.

Die Literatur folgt dieser Auffassung und geht davon aus, dass die Wohnungseigentümergeinschaft **keine Beschlusskompetenz** zur Übernahme einer das WE-Grundstück betreffenden Baulast hat (Hügel, ZMR 2011, 182, 187; Elzer, ZWE 2011, 11, 16, 19 f.; Sauren, WEG, 6. Aufl. 2014, § 20 Rn. 2b; BeckOGK-BGB/Falkner, Std: 1.11.2017, § 10 WEG Rn. 479; BeckOK-WEG/Dötsch, Std: 1.10.2017, § 10 Rn. 487).

Der BGH ist allerdings in einer Entscheidung vom 6.11.2009 (NJW 2010, 446 Rn. 17 ff.) davon ausgegangen, dass die Wohnungseigentümer nach § 22 Abs. 1 WEG durch Beschluss einer Unterschreitung des Bauwichts zustimmen können. Aus dieser Entscheidung wird man jedoch kaum belastbare Schlussfolgerungen für die Übernahme einer Baulast ziehen können (vgl. Reymann, ZWE 2013, 315, 317 f.; BeckOK-WEG/Dötsch, § 10 Rn. 488). Denn bei dem Beschluss der Wohnungseigentümer im Bauwich-Fall handelte es sich um eine **lediglich im Innenverhältnis** wirkende Maßnahme **über die schlichte Duldung** einer Überschreitung der Abstandsflächen. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass der BGH in der Entscheidung nicht auf die Problematik des sachenrechtlichen Grundverhältnisses eingegangen ist. Es kann nicht angenommen werden, dass der BGH von der h. M. zur Beschlusskompetenz der WEG zu grundstücksbezogenen Verfügungen abweichen wollte (so auch Elzer, ZWE 2011, 16, 20).

### 4. Schlussfolgerung

Richtigerweise handelt es sich daher bei der Übernahme der Baulast um eine Erklärung, die **keine Verwaltungsmaßnahme** i. S. v. §§ 20 Abs. 1, 21 Abs. 1 u. 3 WEG darstellt. Demzufolge dürften die Wohnungseigentümer auch **keine Beschlusskompetenz** für die Übernahme einer Baulast haben.

Aus diesem Grund kann der WEG auch **keine entsprechende Entscheidungskompetenz zugewiesen** werden. Durch Vereinbarungen können die Wohnungseigentümer **nur das Gemeinschaftsverhältnis** regeln, nicht aber das sachenrechtliche Grundverhältnis (vgl. BayObLGZ 1997, 233, 238; DNotZ 2005, 390; Bärmann/Suilmann, WEG, 13. Aufl. 2015, § 10 Rn. 92). Demzufolge können die Wohnungseigentümer **keine Regelungen in der Gemeinschaftsordnung** treffen, wonach die Wohnungseigentümergeinschaft bzw. einzelne Wohnungseigentümer über die Übernahme einer Baulast entscheiden können.

Auch die Begründung einer Entscheidungskompetenz für den Verwaltungsbeirat ist aus diesem Grund nicht möglich.

## 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.

**ZPO §§ 724, 727, 794 Abs. 1 Nr. 5, 795**

**Anspruch des Gläubigers auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Erteilung eines titelergänzenden Vermerks betreffend die Identität des Titelgläubigers mit dem Antragsteller (sog. Beischreibung eines Vollstreckungstitels)**

Abruf-Nr.:

**PreisKIG §§ 1, 2**

**Verknüpfung der Höhe eines Kaufpreisteilbetrages an die Entwicklung des Verbraucherpreisindex**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BGB § 890 Abs. 2; ErbbauRG § 11 Abs. 1; GBO § 6 Abs. 1**

**Bestandteilszuschreibung des Erbbaugrundstücks zum Erbbaurecht**

**Die Bestandteilszuschreibung des mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks zu dem Erbbaurecht ist zulässig (entgegen KG DNotZ 2011, 283 ff.).**

OLG Jena, Beschl. v. 6.11.2017 – 3 W 344/17

### **Problem:**

Ein Grundstück ist mit einem Erbbaurecht belastet. Der Erbbauberechtigte hat das Eigentum am Erbbaugrundstück erworben. Er beantragt nunmehr, das Erbbaugrundstück dem Erbbaurecht (sic!) als Bestandteil zuzuschreiben. Im nächsten Schritt beantragt er die Löschung der am Erbbaurecht lastenden Grundpfandrechte. Sodann erklärt er die Aufhebung des Erbbaurechts.

Hinter diesem Vorgehen steht die Überlegung, dass mit der Bestandteilszuschreibung (§ 890 Abs. 2 BGB) sich die Grundpfandrechte automatisch auf das zugeschriebene Grundstück (hier: Erbbaugrundstück) erstrecken und eine Neubestellung der Grundpfandrechte nicht erforderlich ist, wenn nunmehr das Erbbaurecht gelöscht werden soll.

Das KG hält eine Bestandteilszuschreibung des Erbbaugrundstücks zum Erbbaurecht nicht für möglich (KG DNotZ 2011, 283; vgl. zum Ganzen auch Gutachten DNotI-Report 2006, 111). Das Grundbuchamt hat sich dieser Auffassung angeschlossen und die Eintragung der Bestandteilszuschreibung verweigert.

### **Entscheidung:**

Das OLG Jena hält es demgegenüber für zulässig, das

Erbbaugrundstück dem Erbbaurecht als Bestandteil zuzuschreiben.

Nach § 11 Abs. 1 ErbbauRG seien auf das Erbbaurecht die **Vorschriften für Grundstücke** entsprechend anzuwenden. Die Normverweisung beziehe sich auch auf § 890 Abs. 2 BGB und die Möglichkeit der Bestandteilszuschreibung. Nach § 143 Abs. 3 GBO seien Vereinigungen und Zuschreibungen zwischen Grundstücken und auf Landesrecht beruhenden grundstücksgleichen Rechten nicht vorzunehmen. Daher gehe der Gesetzgeber im Übrigen grundsätzlich von der Anwendbarkeit des § 890 Abs. 2 BGB im **Verhältnis zwischen Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten** aus.

Für das Erbbaurecht könne nichts anderes gelten. Aus dem Gesetz ergebe sich nicht, dass es sich bei der Grundstücksverbindung um eine auf **Dauer ausgerichtete Schaffung einer Rechtseinheit** handeln müsse. Die Rechtseinheit könne auch bloßes Durchgangsstadium sein.

Wenngleich das Erbbaurecht eine Belastung des Erbbaugrundstücks darstelle, sei es nach seiner Bestellung rechtlich – im Einklang mit der wirtschaftlichen Situation – die **Hauptsache**; das Gebäude gelte nach § 12 ErbbauRG nicht etwa als Bestandteil des Grundstücks, sondern vielmehr als solcher des Erbbaurechts. Das **Eigentum am Grundstück** trete während des Bestehens des Erbbaurechts **in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht hinter das Erbbaurecht zurück**, das auch zur dinglichen Grundlage für sämtliche Belastungen werde. Dieser Situation werde mit der Bestandteilszuschreibung des Erbbaugrundstücks zum Erbbaurecht in Fällen, in denen der Erbbauberechtigte das Grundstück erwerbe, konsequent Rechnung getragen; das Erbbaurecht verliere nicht seinen selbständigen Charakter, sondern bleibe der **wirtschaftlich und rechtlich dominierende Teil**, während das Grundstück als – nicht wesentlicher – Bestandteil in dem Erbbaurecht aufgehe. Außerdem sei die Verbindung zwischen Erbbaurecht und Grundstück – anders als diejenige eines subjektiv-dinglichen Rechts mit dem herrschenden Grundstück – jederzeit lösbar.

Die Bestandteilszuschreibung sei außerdem **zweckmäßig**. Die Zuschreibung des Grundstücks zum Erbbaurecht habe zur Folge, dass sich die Belastungen in Abt. III des Erbbaugrundbuchs kraft Gesetzes auf das Erbbaugrundstück erstrecken (§§ 1131, 1192, 1199 BGB), ohne dass es zusätzlicher Übertragungsakte unter Beteiligung der Gläubiger der Grundpfandrechte bedürfe. Dies gelte auch für eingetragene Unterwerfungserklärungen. Die Rechtsstellung der Grundpfandrechtsgläubiger werde nicht beeinträchtigt, sondern sogar (wenn auch geringfügig) verbessert, weil sich die **Belastungen nunmehr auch auf den Erbbauzins** erstrecken.

### **BeurkG § 17 Abs. 2a**

**Anwendungsbereich des § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG**

**§ 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG findet ausschließlich auf Verbraucherverträge Anwendung.**

OLG Celle, Urt. v. 1.12.2017 – Not 13/17

### Problem:

Gegenstand des Verfahrens war eine Disziplinarverfügung gegen einen Notar. Er hatte drei Grundstückskaufverträge beurkundet, bei denen jeweils ein Notariatsmitarbeiter als vollmachtloser Vertreter für den Verkäufer aufgetreten war. Der Verkäufer wollte an der Beurkundung nicht teilnehmen. In einem Fall stand auf der Erwerberseite eine Gemeinde. Die Dienstaufsicht warf dem Notar vor, er habe amtspflichtwidrig gehandelt und hätte nach § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG darauf hinwirken müssen, dass der Verkäufer durch eine Vertrauensperson vertreten werde. Mit Blick auf die Gemeinde handele es sich um einen Verbrauchervertrag.

### Entscheidung:

Das OLG Celle hat die Disziplinarverfügung aufgehoben.

Nach § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG solle der Notar bei **Verbraucherverträgen** darauf hinwirken, dass die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich oder durch eine **Vertrauensperson** vor dem Notar abgegeben würden.

Bei den Grundstückskaufverträgen handle es sich nicht um Verbraucherverträge i. S. v. § 310 Abs. 3 BGB. Danach sei ein Verbrauchervertrag ein Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher. **Außerhalb von Verbraucherverträgen finde § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG keine Anwendung** (so auch BNotK-RS 20/2003). Für eine Ausdehnung der Bestimmung auch auf andere Verträge gebe der Wortlaut der Bestimmung nichts her. Auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes rechtfertige nicht die Annahme, dass über den Verbrauchervertrag hinaus auch Verträge ohne Beteiligung eines Unternehmers unter die Vorschrift fallen sollten. Zwar beabsichtigte der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren zunächst eine Ausdehnung dieser Vorschrift auch auf Verträge zwischen zwei Verbrauchern (vgl. BT-Drucks. 14/9266, S. 50 und BT-Drucks. 14/9531, S. 5 f.). Allerdings habe der Gesetzgeber in der Folgezeit von einer entsprechenden Formulierung der Bestimmung wieder Abstand genommen (BT-Drucks. 14/9633, S. 2). Die letztlich in Kraft getretene Gesetzesfassung lege nahe, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der Vorschrift explizit auf Verbraucherverträge beschränken wollte.

Auch im Übrigen habe der Notar nicht gegen seine Amtspflichten verstoßen. Zwar solle der Notar das Beurkundungsverfahren auch außerhalb von Verbraucherverträgen gemäß § 17 Abs. 2a S. 1 BeurkG generell so gestalten, dass die **Einhaltung der Pflichten nach § 17 Abs. 1 und Abs. 2 BeurkG gewährleistet** sei. Auch solle dadurch unter anderem verhindert werden, dass der Notar die Beteiligten durch die Heranziehung vollmachtloser Vertreter **planmäßig und systematisch** von der Beurkundung und damit von der Belehrung ausschließe. Ein **planmäßiges Vorgehen** des Notars könne in den konkreten drei Fällen aber **nicht festgestellt** werden. Die beanstandeten drei Beurkundungen reichten hierzu insgesamt betrachtet noch nicht aus.

Abgesehen von den Fällen eines planmäßigen oder systematischen Vorgehens begründe § 17 Abs. 2a S. 1 BeurkG **kein generelles Verbot** von Beurkundungen unter **Heranziehung vollmachtloser Vertreter**. Vielmehr bleibe eine solche Vorgehensweise zulässig, wenn sie im Einzelfall **sachlich gerechtfertigt** sei. Dies komme bei-

spielsweise in Betracht, wenn der (später) vollmachtlos Vertretene selbst den Notar hierum bitte, etwa weil er sich im Ausland aufhalte. Zwar könne der Notar den Vertretenen in solchen Fällen nicht persönlich über die rechtliche Tragweite und die mit dem Rechtsgeschäft verbundenen Risiken belehren. Das könne aber zumindest bei einfach gelagerten Fällen durch die rechtzeitige Übersendung eines Entwurfs, verbunden mit der Bitte um Rücksprache im Fall von Änderungswünschen oder offenen Fragen, kompensiert werden. Im vorliegenden Fall seien diese Voraussetzungen eingehalten worden. Außerdem hatte sich der Notar zuvor jeweils beim Verkäufer erkundigt, ob dieser nicht zum Termin erscheinen wolle. Dies wurde verneint.

Auch der Vertrag mit der **Gemeinde** sei kein Verbrauchervertrag. Zwar könne im Grundsatz auch eine **juristische Person des öffentlichen Rechts als Unternehmer** i. S. v. § 14 BGB auftreten. Voraussetzung sei aber, dass das Rechtsgeschäft **in Ausübung einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit** vorgenommen werde (§ 14 Abs. 1 BGB). Es fehle jedenfalls ein selbstständiges und planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt. Bei dem von der Gemeinde erworbenen Grundstück handle es sich um eine kleine Fläche. Bezüge zu irgendeiner gewerblichen Tätigkeit der Gemeinde lasse der Erwerb des kleinen Teilstücks, der zur Erweiterung eines Museums gedient habe, nicht erkennen.

---

### BGB §§ 873, 925

#### Vollzug einer beurkundeten Auflassung im Grundbuch auch nach mehreren Jahrzehnten möglich

**Eine beim Grundbuchamt eingegangene, aber nicht vollzogene Auflassung aus dem Jahr 1966 kann auf Eintragungsantrag auch noch nach mehreren Jahrzehnten durch Eintragung der Erben der Erwerber als Eigentümer vollzogen werden, sofern die übrigen Eintragungsvoraussetzungen nachgewiesen sind.**

OLG München, Beschl. v. 4.12.2017 – 34 Wx 402/17

### Problem

Gegenstand der vorliegenden Entscheidung ist der Vollzug einer beim Grundbuchamt zwar eingegangenen, jedoch nicht vollzogenen Auflassung aus dem Jahr 1966.

Im Jahre 1966 wollte der ursprüngliche Eigentümer zwei Grundstücke auf zwei Erwerber zu je ½ Miteigentum übertragen. Nur bei einem Grundstück wurde die Auflassung vollzogen. Bezüglich des anderen Grundstücks wurde der Erbe des ursprünglichen Grundstückseigentümers (= Beteiligter zu 11) im Jahr 1991 aufgrund Erbscheins im Grundbuch eingetragen.

Hinsichtlich dieses Grundstücks beantragte der Beteiligte zu 1 als Erbe der beiden zwischenzeitlich verstorbenen Erwerber am 1.3.2017 die Eigentumsumschreibung auf die Erbengemeinschaft nach den Erwerbern in Vollzug der bei den Grundakten befindlichen Auflassungsurkunde aus dem Jahr 1966.

Das Grundbuchamt schrieb auf Grundlage dieses Antrags im Jahr 2017 das Eigentum um und half dem Widerspruch des Beteiligten zu 11 nicht ab. Der Beteiligte zu 11 behauptete im Rahmen dieses Widerspruchs eine fehlende Zahlung und weitere Handlungen bzw. Aussagen der ursprünglichen Erwerber, die gegen eine Eigentümerstellung der Rechtsvorgänger der Erbengemeinschaft sprechen würden.

### Entscheidung

Die Beschwerde des Beteiligten zu 11 beim OLG München blieb erfolglos.

Zunächst gibt das OLG den basalen Hinweis, dass die vom Beteiligten zu 11 behauptete **unterbliebene Zahlung** bezüglich des Grundstücks angesichts des Trennungs- und Abstraktionsprinzips **vollkommen unerheblich für die Eigentumsumschreibung** sei.

Eine Löschung als unzulässig nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO könne schon deswegen nicht erfolgen, weil die **Eintragung als Eigentümer in § 873 BGB vorgesehen** sei.

Für einen Amtswiderspruch nach § 53 Abs. 1 S. 1 GBO müsse das Grundbuchamt **gesetzliche Vorschriften verletzt** haben oder das **Grundbuch unrichtig** geworden sein.

Alle **gesetzlichen Vorschriften** der §§ 13, 19, 20, 29, 39 GBO seien jedoch **eingehalten** worden. Insbesondere hätten auch die Auflassung nach § 20 GBO sowie die Bewilligungsberechtigung nach § 19 GBO zum Zeitpunkt der Eintragung im Jahr 2017 vorgelegen, da die **Erklärungen der Rechtsvorgänger** der Beteiligten **fortwirkten**.

Dass der Rechtsvorgänger des Beteiligten zu 11 als „verlierender“ Teil verstorben sei, sei unerheblich, da die Eintragungsbewilligung mit **Zugang beim Grundbuchamt** im Jahr 1966 **wirksam** geworden sei. Auch die zwischenzeitliche Eintragung des Beteiligten zu 11 als Gesamtrechtsnachfolger des ursprünglichen Eigentümers ändere an diesem Umstand nichts, da es auf eine **gesonderte Bewilligung** des Rechtsnachfolgers **nicht ankomme**. Vielmehr sei der Beteiligte zu 11 ob der Universalsukzession **an** die von seinem Rechtsvorgänger **erklärte Auflassung gebunden**, § 1922 Abs. 1 BGB.

Der **Tod der Rechtsvorgänger hindere** die Eintragung der Erbengemeinschaft **nicht**, da die Beteiligten zu 1-10 angesichts des vorgelegten Erbscheins nachweislich deren Rechtsnachfolger geworden seien.

Auch für eine **Grundbuchunrichtigkeit** bestehe angesichts des dargelegten Sachverhalts **keinerlei Anhaltspunkt**, da die Erben nach dem letztversterbenden Erwerber Eigentümer geworden seien. Diese Eigentümerstellung ergebe sich gerade aus der Einigung im Jahr 1966 und der Eintragung im Jahr 2017.

Das vom Beteiligten zu 11 vorgetragene Argument, der letztversterbende Erwerber sei selbst von einer Eigentümerstellung des ursprünglichen Eigentümers ausgegangen, begründe eine andere Beurteilung der Rechtslage nicht.

## Aktuelle Informationen zur Ausübung des neuen hochwasserschutzrechtlichen Vorkaufsrechts nach § 99a WHG in den einzelnen Bundesländern

Mit dem Gesetz zur weiteren Verbesserung des Hochwasserschutzes und zur Vereinfachung von Verfahren des Hochwasserschutzes (Hochwasserschutzgesetz II, BGBI. I 2017, S. 2193) wurde in § 99a Abs. 1 WHG ein hochwasserschutzrechtliches Vorkaufsrecht für die Länder geschaffen. Dem Land steht ein Vorkaufsrecht zu, wenn es das Grundstück für Maßnahmen des Hochwasser- oder Küstenschutzes benötigt (vgl. DNotI-Report 2017, 190).

Das Deutsche Notarinstitut hat mit Unterstützung der Notarkammern eine Übersicht mit Informationen zur Ausübung des Vorkaufsrechts in den einzelnen Bundesländern erstellt. Die folgende Übersicht entspricht dem **Stand vom 23. Januar 2018**. In den nächsten Wochen und Monaten können sich **weitere Änderungen** ergeben. Über diese werden wir zeitnah auf unserer Homepage [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de) berichten.

**Baden-Württemberg:** Das Ministerium für Umwelt, Klima und Energiewirtschaft hat als oberste Wasserbehörde mit Schreiben vom 11.12.2017 (Az.: 5-8960.51) erklärt, dass das Vorkaufsrecht nach § 99a WHG durch das Land im gesamten Gebiet des Landes bis auf weiteres nicht ausgeübt wird. Diese Erklärung bleibt bis zum Zugang einer gegenteiligen schriftlichen Bekundung wirksam. § 29 Abs. 6 WasserG bleibt unberührt.

**Bayern:** Durch Allgemeinverfügung (Bekanntmachung vom 29.11.2017, Az.: 52h-U4502-2010/14-163) wurde verfügt, dass für alle Flurstücke, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vom noch zu erstellenden elektronischen Vorkaufsrechtsverzeichnis nicht erfasst sind, kein Vorkaufsrecht ausgeübt wird.

**Berlin:** Laut Mitteilung der Senatsverwaltung für Umwelt, Verkehr und Klimaschutz wird das Land bis zum 4.7.2018 auf die Ausübung Vorkaufsrechts aus § 99a WHG ausnahmslos verzichten. Für die Folgezeit strebt das Land eine Regelung mittels Allgemeinverfügung an.

**Brandenburg:** Es wurde eine Allgemeinverfügung mit dem Inhalt erlassen, dass das Land das Vorkaufsrecht nach § 99a WHG bis auf Widerruf nicht ausüben wird (Bekanntmachung vom 29.12.2017).

**Bremen:** Es existieren weder eine Allgemeinverfügung noch eine abweichende landesrechtliche Regelung, so dass § 99a WHG vollumfänglich zur Anwendung gelangt.

**Hamburg:** § 99a WHG wird vollumfänglich von § 55b HWaG verdrängt.

**Hessen:** Das Hessische Ministerium für Umwelt, Klimaschutz, Landwirtschaft und Verbraucherschutz hat mit Schreiben vom 28.12.2017 (Az.: III3-79a 6.1.06-2017) erklärt, dass das Vorkaufsrecht nach § 99a WHG durch das Land im gesamten Gebiet des Landes Hessen bis 31.12.2018 nicht ausgeübt wird.

**Mecklenburg-Vorpommern:** Es besteht eine Allgemeinverfügung (Az.: VI 400-2, Amtsbl. M-V Nr. 49/2017, S. 830 vom 22.11.2017), die am 5.1.2018 in Kraft getreten ist, mit dem Inhalt, dass das Vorkaufsrecht nach § 99a WHG landesweit bis auf Widerruf nicht ausgeübt wird.

**Niedersachsen:** Das Ministerium für Umwelt, Energie, Bauen und Klimaschutz hat mit Schreiben vom 19.12.2017 (Az.: 25-62001/14) erklärt, dass das Vorkaufsrecht nach § 99a WHG bis auf Widerruf nicht ausgeübt wird.

**Nordrhein-Westfalen:** Frühestens ab dem 1.5.2018 ist mit einer Veröffentlichung des Verzeichnisses für die Entstehung neuer öffentlicher Vorkaufsrechte nach § 73 Abs. 4 LWG NRW zu rechnen. Bis dahin bestehen keine landeswasserrechtlichen Vorkaufsrechte. § 99a WHG wird von § 73 LWG NRW vollumfänglich verdrängt.

**Rheinland-Pfalz:** Das Ministerium für Umwelt, Energie, Ernährung und Forsten hat mit Schreiben vom 5.12.2017 (Az.: 103-92 92 230/2016-1) für das Land bis auf weiteres den Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechts nach § 99a WHG erklärt.

**Saarland:** Das Ministerium für Umwelt und Verbraucherschutz hat als Oberste Wasserbehörde mit Schreiben vom 5.1.2018 (Az.: E/4 10.1.01-403/2017) erklärt, dass das Vorkaufsrecht nach § 99a WHG im gesamten Landesgebiet bis auf weiteres nicht ausgeübt wird.

**Sachsen:** Mittels Allgemeinverfügung vom 18.12.2017 (SächsABl. Nr. 1/2018, S. 2 vom 4.1.2018) verzichtet das Land auf die Ausübung des Vorkaufsrechts nach § 99a WHG für alle Rechtsgeschäfte, die bis zum Ablauf des 30.4.2018 beurkundet worden sind. Vom Verzicht ausgenommen sind Grundstücke, die in einer der Allgemeinverfügung beigefügten Positivliste aufgeführt sind. Für nicht in der Positivliste aufgeführte Grundstücke wird kein Einzelnegativattest erteilt. Die Allgemeinverfügung und die Positivliste können unter <https://www.umwelt.sachsen.de/umwelt/wasser/17765.htm> abgerufen werden.

Anfragen zum Vorkaufsrecht für Flurstücke, die in der Liste enthalten sind, sind postalisch an folgende Adresse zu richten: Staatsbetrieb Zentrales Flächenmanagement (ZFM), Hoyerswerdaer Straße 18, 01099 Dresden.

**Sachsen-Anhalt:** Es wurde eine Allgemeinverfügung (Bekanntmachung vom 12.12.2017) mit dem Inhalt erlassen, dass mit Ausnahme der in der Positivliste enthaltenen Bodenflächen generell auf die Ausübung des Vorkaufsrechts gemäß § 99a WHG verzichtet wird. Die Verfügung mit der Positivliste kann abgerufen werden unter [www.bundesanzeiger.de](http://www.bundesanzeiger.de), wenn man im Suchfeld „Sachsen-Anhalt“ sowie „§ 99a WHG“ eingibt.

**Schleswig-Holstein:** Das Land hat generell auf die Ausübung des Vorkaufsrechts nach § 99a WHG verzichtet (Amtsbl. S-H Nr. 40/2017, S. 1281 vom 25.9.2017). Davon ausgenommen sind Verkäufe von Acker- und Grünlandflächen, die im Grundbuch als „Landwirtschaftsflächen“ bezeichnet sind. Dies gilt in folgenden Gemeinden und Städten: Kreis Nordfriesland: 1. Nordstrand, 2. Elisabeth-Sophien-Koog, 3. Husum (nur Docksoog und Porrenkoog), 4. Norderfriedrichskoog, 5. Osterhever,

6. Tümlauer Koog, 7. Sankt Peter-Ording, 8. Grothusenkoog, 9. Westerhever, 10. Poppenbüll, 11. Pellworm; Kreis Dithmarschen: 12. Friedrichskoog, 13. Kaiser-Wilhelm-Koog, 14. Kronprinzenkoog, 15. Neufelder Koog, 16. Neufeld (nur südwestlich der Bundesstraße 5), 17. Brunsbüttel (nur südwestlich der Linie der Straßen B 5/K 75); Kreis Steinburg: 18. Borsfleth, 19. Blomesche Wildnis, 20. Engelbrechtsche Wildnis, 21. Kollmar, 22. Herzhorn; Kreis Ostholstein: 23. Fehmarn.

Kaufverträge über Flächen aus der vorgenannten Positivliste sind dem Landesbetrieb für Küstenschutz, Nationalpark und Meeresschutz (LKN.SH), Fachbereich Liegenschaften, Herzog-Adolf-Straße 1, 25813 Husum, zur Prüfung vorzulegen.

**Thüringen:** Es gibt vorerst keine Spezialbestimmungen – weder durch Gesetz noch durch Allgemeinverfügung. Es gibt jedoch einen vorläufigen Gesetzesentwurf für ein Thüringer Gesetz zur Neuordnung des Thüringer Wasserwirtschaftsrechts, der in Art. 3 Nr. 3 eine Ergänzung von § 53 des Thüringer Wassergesetzes vorsieht. Danach findet § 99a WHG-neu auf landesrechtlicher Ebene in Thüringen keine Anwendung. Das Gesetz ist noch nicht in Kraft getreten. Insofern ist das Vorkaufsrecht in Thüringen vollumfänglich zu beachten. Für die Bearbeitung der Vorkaufsrechtsanfragen zuständig ist die jeweilige örtlich zuständige untere Wasserbehörde (§ 105 Abs. 1 Satz 1 ThürWG). Das sind gem. § 103 Abs. 3 ThürWG die Landkreise und kreisfreien Städte im übertragenen Wirkungskreis.

**Postvertriebsstück: B 08129**

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

---

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

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19  
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225  
E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. 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  
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg