

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

18. Jahrgang
März 2010
ISSN 1434-3460

5/2010

Mit Beilage BNotK-Intern

Inhaltsübersicht

Hinweise in eigener Sache

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO § 845; BeurkG § 52 – Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung nach Vorpfändung des Kaufpreisanspruchs

SE-VO Art. 2 Abs. 4, 37; UmwG §§ 190, 194; BGB §§ 180, 167 – Formwechselnde Umwandlung einer AG in eine SE; Aufstellung des Umwandlungsplans durch einen vollmachtlosen Vertreter

Basisgutachten

BGB § 2300 – Aufhebung eines Erbvertrages durch Rücknahme aus der notariellen Verwahrung; Verbindung mit einer postmortalen Vollmacht

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

FamFG § 46 S. 1, S. 4; ZPO § 706 Abs. 2 S. 1 – Notfristzeugnis für Erteilung des Rechtskraftzeugnisses nach § 46 S. 1 FamFG nicht erforderlich

WEG § 10 Abs. 4 – Fehlende Eintragungsfähigkeit von Beschlüssen, die eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer ändern

Aktuelles

§ 66 BNatSchG n.F. – Vorkaufsrecht nach dem Bundesnaturschutzgesetz

Literatur

Hinweise in eigener Sache

Elektronischer Gutachtenversand

Wir möchten nochmals darauf hinweisen, dass der Gutachtenversand seit dem 1.1.2010 ausschließlich per E-Mail erfolgt und es deshalb erforderlich ist, dass bei jeder Anfrage eine **gültige E-Mail-Adresse** angegeben wird.

Basisgutachten

Diese neu geschaffene Rubrik enthält kurze Gutachten des DNotI zu grundlegenden notarrelevanten Fragestellungen.

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO § 845; BeurkG § 52

Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung nach Vorpfändung des Kaufpreisanspruchs

I. Sachverhalt

Es wurde ein Kaufvertrag über eine WEG-Einheit beurkundet. Der Kaufpreis für die Einheit beträgt € 100.000,00. Das belastete Objekt ist lastenfrei zu übergeben. Der Käufer hat sich wegen des Kaufpreisanspruchs der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen. Die Gläubigerbank hat dem beurkundenden Notar die Löschungsbewilligung übersandt und als Haftungsauflage einen Betrag von € 80.000,00 genannt.

In dem Vertrag ist festgelegt, dass der entsprechende Ablösebetrag unmittelbar an die Gläubigerbank zu zahlen ist. Nur der Restbetrag ist auf ein Konto des Veräußerers zu überweisen. Die Besitzübergabe ist vorgesehen für den auf die Zahlung des vollen Kaufpreises folgenden Tag.

Nach Eintritt der Fälligkeit wurde dem Erwerber ein von einem Gläubiger des Verkäufers erwirktes vorläufiges Zahlungsverbot gem. § 845 ZPO zugestellt. Der Veräußerer beantragt gleichwohl bei dem Notar die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung wegen des Kaufpreises.

II. Fragen

1. Ist der Erwerber trotz der Vorpfändung verpflichtet, den Ablösebetrag an die abzulösende Bank sofort zu bezahlen?

2. Darf der Notar die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung für den Verkäufer aufgrund der Vorphändung ablehnen?

III. Zur Rechtslage

1. Vorphändung bei Direktzahlung

Die Pfändung des Kaufpreisanspruchs wird wirksam mit Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Käufer (§ 829 Abs. 3 ZPO). Auch hier ist eine Vorphändung nach § 845 ZPO möglich, die **den für die Pfändung maßgeblichen Zeitpunkt auf den Zeitpunkt der Zustellung der Vorphändung vorverlagert**, sofern binnen Monatsfrist der Pfändungs- und Überweisungsbeschluss zugestellt wird (nach h. M. wird durch die Vorphändung ein auflösend bedingtes Pfandrecht begründet, vgl. Musielak/Becker, ZPO, 7. Aufl. 2009, § 845 Rn. 6). Wirksam wird die Vorphändung bzw. Pfändung erst mit Zustellung an den Käufer (§ 829 Abs. 3 ZPO). Alle Verfügungen über die gepfändete Forderung nach Wirksamwerden der Vorphändung sind damit dem Gläubiger gegenüber unwirksam. Erforderlich für die Wirksamkeit der Vorphändung ist, dass der **Käufer als Drittschuldner** und die **Kaufpreisforderung** als gepfändete Forderung **im Text der Vorphändung genannt** werden. Materiell-rechtlich ist der Drittschuldner berechtigt, sich durch Hinterlegung von der Verbindlichkeit zu befreien (OLG Dresden FamRZ 2003, 1943; MünchKomm-ZPO/Smid, 3. Aufl. 2007, § 845 Rn. 19). Durch Zahlung an den Pfändungsgläubiger wird er nur dann befreit, wenn die endgültige Pfändung einschließlich Überweisung (§ 835 ZPO) nachfolgt (vgl. LG Hildesheim NJW 1988, 1916).

2. Zweckbindung des Kaufpreises

Die Pfändung geht wirtschaftlich ins Leere, soweit der Kaufpreis nach der vertraglichen Vereinbarung zur Ablösung verwandt werden soll. Denn eine derartige Ablösungsvereinbarung **wirkt auch dem Pfändungsgläubiger** (oder einem Zessionar) gegenüber, soweit sie vor der Pfändung (oder Abtretung) getroffen wurde. Der BGH hat dies im Zusammenhang mit der Kaufpreisforderung auf Notaranderkonto entschieden (BGH DNotZ 1985, 633; BGH DNotZ 1998, 626 mit Anmerkung Albrecht = DNotI-Report 1998, 6 = ZNotP 1998, 74). Entsprechendes gilt aber auch für eine Ablösungsvereinbarung bei Direktzahlung des Kaufpreises (vgl. **Gutachten DNotI-Report 1997, 189, 191** und **DNotI-Report 1994, 9**; s. a. BGH DNotZ 2000, 752). Daher hindern weder Pfändung noch Vorphändung den Käufer daran, bei Fälligkeit zunächst die dinglichen Gläubiger nach Maßgabe der kaufvertraglichen Vereinbarung abzulösen.

Im Lichte dieser Erkenntnis ist zweifelhaft, ob die Vorphändung den Erwerber für die Dauer der Schwebezeit berechtigt, die Kaufpreiszahlung im Ganzen auszusetzen. Hierfür könnte sprechen, dass entgegen dem Regelungskonzept der Kaufvertragsurkunde der Käufer eine vollständige Kaufpreiszahlung, die ihn zur Beanspruchung der Übergabe berechtigen würde, nicht vornehmen kann (und muss), so dass er auch zu Teilleistungen nicht verpflichtet sein kann. Ob in einer solchen Konstellation § 321 BGB (auch) im Hinblick auf den an Drittgläubiger zu zahlenden und von einer Pfändung nicht berührten Kaufpreisteil entsprechend gilt, ob § 273 BGB oder § 320 BGB anwendbar ist oder ob eine Verpflichtung zur Teilleistung besteht, ist bislang noch ungeklärt.

U. E. ist aufgrund einer an Treu und Glauben orientierten ergänzenden Auslegung davon auszugehen, dass von dem Erwerber während der Schwebezeit nach § 845 Abs. 2 ZPO

(auch) eine Zahlung an den abzulösenden Gläubiger nicht verlangt werden kann. Denn wenn der Erwerber im Hinblick auf einen Teilbetrag aufgrund der Unsicherheit über die Person des Anspruchsberechtigten die Zahlung berechtigterweise verweigern kann, ist der im Vertrag vorgesehene Zug-um-Zug-Mechanismus so erheblich gestört, dass die Vorleistungspflicht des Käufers erheblich verschärft würde.

3. Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung

a) Grundsatz

Auszugehen ist zunächst davon, dass die **Funktion des Notars im Rahmen des Klauselerteilungsverfahrens der eines Urkundsbeamten der Geschäftsstelle** (§ 724 Abs. 2 ZPO) **entspricht** (st. Rspr., etwa BGH DNotZ 2009, 935 = DNotI-Report 2009, 77; vgl. Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2006, Rn. 33.32 ff. und Rn. 35.9 ff.). Hinsichtlich der Erteilung einer Vollstreckungsklausel gem. § 52 BeurkG, § 797 Abs. 2 ZPO steht dem Notar **lediglich ein formelles Prüfungsrecht hinsichtlich der Berechtigung des Antragstellers bzw. des Vorliegens eines wirksamen Titels zu**. Zu einer materiellen Prüfung dahingehend, ob der titulierte Anspruch als solcher besteht bzw. gerade dem Antragsteller zusteht, ist der Notar im Grundsatz nicht berechtigt (OLG Frankfurt/M. MittRhNotK 1997, 269; Winkler, BeurkG, 16. Aufl. 2008, § 52 Rn. 17; Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 5. Aufl. 2009, § 52 BeurkG Rn. 54 ff., Wolfsteiner, 2. Aufl. 2006, Rn. 46.1 ff.). Insoweit zeigt sich der Unterschied zwischen materiell-rechtlichem Anspruch einerseits und verfahrensrechtlicher Unterwerfungserklärung andererseits (vgl. RGZ 72, 22; 81, 302).

b) Ausnahmen

Allerdings wird immer wieder über Durchbrechungen dieses strengen Dualismus diskutiert. Nach der in der notarrechtlichen Literatur herrschenden Auffassung ist **der Notar zur Verweigerung der Klauselerteilung berechtigt**, wenn „absolut liquide“ und **offenkundig** ist, dass **Einwendungen hinsichtlich Bestand bzw. Durchsetzbarkeit des materiellen Anspruchs** bestehen (Winkler, § 52 Rn. 18; Darstellung des Meinungsstandes bei Armbrüster/Preuß/Renner, § 52 BeurkG Rn. 56; vgl. zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts LG Düsseldorf, MittBayNot 1977, 252; **gegen jegliche Berücksichtigungsfähigkeit** materiell-rechtlicher Umstände aber **die überwiegende zivilprozessuale Literatur**, etwa Musielak/Lackmann, 7. Aufl. 2009, § 724 Rn. 6; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 797 Rn. 12). Das BayObLG hat dies für den Fall der Erfüllung des zu titulierenden Anspruchs ausdrücklich anerkannt (DNotZ 1998, 194 = MittBayNot 1998, 51; bestätigt in DNotZ 2000, 368) und das OLG München hat in einem *obiter dictum* angedeutet, dass Entsprechendes für den Fall des anderweitigen Wegfalls des Anspruchs in der Person des Antragstellers gilt (DNotZ 2006, 204). Das OLG München hat insoweit jedoch sehr **strenge Anforderungen** aufgestellt und hervorgehoben, dass **bloße Zweifel den Notar nicht zur Klauselverweigerung berechtigen**; vielmehr müsse der Notar positiv wissen, dass der Anspruch nicht mehr besteht (zustimmend: Armbrüster/Preuß/Renner a.a.O.; MünchKomm-ZPO/ Wolfsteiner, 3. Aufl. 2008, § 724 Rn. 44).

c) Pfändung und Vorphändung

Noch nicht geäußert hat sich die Rechtsprechung zu der auch in der Literatur nur selten angesprochenen Frage, ob der Notar die Vollstreckungsklausel dem ursprünglichen Gläubiger der Forderung auf dessen Antrag erteilen darf (und muss), wenn die Forderung bereits abgetreten – oder

hier: gepfändet – war und die Veränderung der materiellen Rechtslage offenkundig ist. Während sich für den Fall der Abtretung/Pfändung noch Stellungnahmen in der Literatur finden lassen (hierzu sogleich), ist dies für den hier einschlägigen Fall der Vorpfändung nicht der Fall.

aa) Nach *Münzberg* (in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 727 Rn. 51) müsse dem ursprünglichen Gläubiger auch im Fall der Pfändung auf seinen Antrag hin die Vollstreckungsklausel erteilt werden. Denn der ursprüngliche Gläubiger behalte das prozessuale Recht auf Vollstreckung, solange es nicht vermöge der neuen Vollstreckungsklausel auf den neuen Gläubiger übergegangen oder ihm nach § 767 ZPO entzogen wurde. *Münzberg* beruft sich hierbei auf eine Entscheidung des BGH v. 29.11.1990 (NJW 1991, 839, 840). Hier hatte der BGH im Fall einer (gesetzlichen) Prozessstandschaft entschieden, dass der Prozessstandschaftler solange vollstreckungsbefugt bleibe, wie nicht die Klausel auf den materiellen Anspruchsinhaber umgeschrieben worden sei, und zwar unabhängig davon, wer nach materiellem Recht tatsächlicher Forderungsinhaber war (ähnlich BGHZ 92, 347 = DNotZ 1985, 473 = NJW 1985, 809, 810). Wie *Münzberg* äußern sich *Zöller/Stöber* (ZPO, 28. Aufl. 2010, § 727 Rn. 30) und *Paulus* (in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 3. Aufl. 1997, § 727 Rn. 43). Ihrer Ansicht nach dürfe (und müsse) selbst bei offenkundiger Rechtsnachfolge die vollstreckbare Ausfertigung noch dem Rechtsvorgänger erteilt werden, solange der Rechtsnachfolger keine vollstreckbare Ausfertigung beantragt hat.

bb) *Wolfsteiner* hat in einer Voraufgabe des Münchener Kommentars zur ZPO (2. Aufl. 2000, § 724 Rn. 41) die Ansicht vertreten, dem Staat sei von Verfassungs wegen die Mitwirkung bei einem Handeln verboten, bei dem derart klar auf der Hand liege, dass der Antrag auf Erteilung einer Vollstreckungsklausel missbräuchlich ist und dass die vollstreckbare Ausfertigung nur zu rechtswidrigen Zwecken verwendet werden könne. Gleiches gelte, wenn feststehe, dass der Antragsteller nicht mehr Inhaber der vollstreckbaren Forderung ist, „weil er sie abgetreten hat oder weil sie gepfändet und überwiesen worden (...) ist“. In der aktuellen, dritten Auflage des Kommentars (2008) findet sich die Aussage jedoch nicht mehr.

d) Vorliegender Sachverhalt

Einer Entscheidung der Streitfrage bedarf es u. E. im vorliegenden Fall nicht. Denn es besteht ganz weitgehend Einigkeit jedenfalls darüber, dass das Fehlen der Berechtigung des Antragstellers für den Notar offenkundig und zweifelsfrei feststehen muss und bloße Zweifel nicht zur Klauselverweigerung berechtigen. So dürfte der Fall hier aber – zumindest derzeit – nicht liegen: Denn die Wirkungen der Vorpfändung hängen davon ab, dass die Pfändung der Forderung innerhalb eines Monats bewirkt wird (§ 845 Abs. 2 ZPO), so dass dann, wenn dem Notar lediglich die Tatsache der Vorpfändung positiv bekannt ist, u. E. **nicht von einem zweifelsfreien (dauerhaften) Wegfall der Vollstreckungsbefugnis des Verkäufers ausgegangen werden kann**. In einem solchen Fall bestehen **allenfalls Zweifel am Fortbestand der Aktivlegitimation des Verkäufers**, ohne dass der (dauerhafte) Wegfall aus Sicht des Notars feststeht. Darüber hinaus ließe sich argumentieren, dass noch nicht einmal Zweifel bestehen, da die Vorpfändung als solche nicht unter allen Umständen zu einer Pfandverstrickung des Anspruchs führt, sondern im Ergebnis lediglich einer später vorgenommenen Pfändung Rückwirkung verschafft. Freilich handelt es sich hierbei um eine sehr formale Betrachtungsweise. Keinesfalls kommt es u. E. darauf an, ob

der Erwerber in Anbetracht der Unsicherheit hinsichtlich des Fortbestands der Aktivlegitimation des Verkäufers zur Zahlungsverweigerung berechtigt ist und ob eine Zahlung an den einen oder anderen Forderungsprätendenten befreiende Wirkung hätte. Denn hierbei handelt es sich um Fragen des materiellen Rechts, zu deren Klärung oder auch nur Berücksichtigung der Notar nicht befugt ist. Da der Notar zu weiteren Ermittlungen der materiellen Rechtslage weder berechtigt noch verpflichtet ist, müsste er nach Ablauf der Monatsfrist des § 845 Abs. 2 ZPO jedenfalls dann dem Verkäufer die Klausel erteilen, wenn ihm keine gesicherten Erkenntnisse zum Wirksamwerden der Pfändung vorliegen. Vor Ablauf des Monatszeitraums kann das Ergebnis aber kein anderes sein.

4. Ergebnis

Bis zur Klärung der Frage, an wen die Kaufpreisforderung zu zahlen ist (Verkäufer oder Gläubiger), ist der Käufer berechtigt, auch die Zahlung an den abzulösenden Gläubiger zu verweigern. Der Notar ist gleichwohl zur Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung berechtigt und verpflichtet.

SE-VO Art. 2 Abs. 4, 37; UmwG §§ 190, 194; BGB §§ 180, 167 Formwechselnde Umwandlung einer AG in eine SE; Aufstellung des Umwandlungsplans durch einen vollmachtlosen Vertreter

I. Sachverhalt

Eine deutsche AG soll mittels Formwechsel in eine SE umgewandelt werden. Hierzu wird ein Umwandlungsplan aufgestellt. Bei dessen Beurkundung handelt nicht der Vorstand der AG, sondern stattdessen ein Vertreter ohne Vertretungsmacht. Der Vorstand will das vollmachtlose Handeln anschließend genehmigen.

II. Frage

Ist eine solche vollmachtlose Vertretung im Hinblick auf § 180 BGB zulässig, der vollmachtlose Vertretung bei einseitigen Rechtsgeschäften verbietet?

III. Zur Rechtslage

1. Unzulässigkeit der vollmachtlosen Vertretung bei Gründung einer Einmann-GmbH

a) Nach allgemeiner Auffassung ist eine **vollmachtlose Vertretung bei der Gründung einer Einmann-GmbH unzulässig** (LG Berlin GmbHR 1996, 123; OLG Frankfurt DNotZ 2003, 459, 461; OLG Schleswig v. 05.04.1993, Az.: 9 W 26/93; GroßKomm-GmbHG/Ulmer, 2006, § 2 Rn. 27a; Grooterhorst, NZG 2007, 605). Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass es sich bei der **Gründung** einer GmbH durch einen vollmachtlosen Vertreter um ein **Rechtsgeschäft i. S. d. § 180 BGB handelt**. Die **Ausnahmeregelung des § 180 S. 2 BGB**, nach der auch bei einem einseitigen Rechtsgeschäft die Vorschriften über den Vertreter ohne Vertretungsmacht bei Verträgen entsprechende Anwendung finden, gelte nicht. Es gebe bei der Einmanngründung keinen „Dritten“, dem gegenüber das einseitige Rechtsgeschäft (hier die Gründung) vorzunehmen ist.

b) **Anders** wird es dagegen gesehen, wenn in der **Gesellschafterversammlung einer Einmann-GmbH** der alleinige Gesellschafter vollmachtlos vertreten wird. Auch hier handelt es sich bei der Stimmabgabe grundsätzlich um ein

einseitiges Rechtsgeschäft. Anders als bei der Gründung gibt es jedoch einen **Dritten i. S. d. § 180 S. 2 BGB**, dem gegenüber die Stimmabgabe wirksam wird. Es handelt sich insoweit um die Gesellschaft (OLG Frankfurt DNotZ 2003, 459; OLG Celle NZG 2007, 391; Wicke, GmbHG, 2008, § 47 Rn. 9; Palandt/Heinrichs, BGB, 69. Aufl. 2010, § 180 Rn. 1).

2. Vollmachtlose Vertretung beim Formwechsel nach nationalem Recht

a) Inwieweit bei einem Formwechsel nach nationalem Recht eine vollmachtlose Vertretung statthaft ist, wird – soweit ersichtlich – nirgends erörtert.

b) Die zur Gründung einer Einmann-AG durch einen vollmachtlosen Vertreter angestellten Überlegungen können u. E. **nicht auf die Umwandlung einer Einmann-GmbH nach §§ 190 ff. UmwG übertragen werden**. Zwar finden auf einen Formwechsel nach § 197 UmwG die Gründungsvorschriften ergänzend Anwendung. Entscheidend ist indessen für die Frage der Anwendung des § 180 BGB, dass für den Formwechsel stets ein „Umwandlungsbeschluss“ i. S. d. § 193 UmwG erforderlich ist. Ist aber für einen „normalen“ **Gesellschafterbeschluss** in einer Einmann-GmbH bei einem vollmachtlosen Vertreter wegen **§ 180 S. 2 BGB** eine Genehmigung nach § 177 BGB möglich, muss Gleiches u. E. auch im Falle eines Umwandlungsbeschlusses nach § 193 UmwG gelten, wenn der Umwandlungsbeschluss durch einen vollmachtlosen Vertreter des alleinigen Anteilsinhabers gefasst wird.

3. Vollmachtlose Vertretung bei der formwechselnden Gründung einer SE

a) Nach **Art. 2 Abs. 4 SE-VO** kann eine SE auch durch formwechselnde Umwandlung einer **AG** entstehen, die nach dem **Recht eines Mitgliedstaats** gegründet worden ist und ihren **Sitz wie ihre Hauptverwaltung in der Gemeinschaft hat**. Weitere Voraussetzung ist, dass die AG seit **mindestens zwei Jahren** eine dem Recht eines anderen Mitgliedsstaats unterliegende Tochtergesellschaft hat. Die **Identität der Gesellschaft** bleibt bei dieser formwechselnden Umwandlung einer AG in eine SE erhalten. Die Einzelheiten der Umwandlung selbst sind in **Art. 37 SE-VO** geregelt. Ergänzend gelten die §§ 190 ff. UmwG.

b) Die Umwandlung beginnt mit der Aufstellung eines **Umwandlungsplans nach Art. 37 Abs. 4 SE-VO**. Ziel ist dabei die Information der Minderheitsaktionäre. Wegen des Inhalts des Umwandlungsplans kann auf § 194 UmwG zurückgegriffen werden. Streitig ist dabei, ob der Umwandlungsplan notariell zu beurkunden ist. **Formvorschriften** enthält Art. 37 SE-VO **nicht**. Für eine **Beurkundungspflicht** streitet die materielle Richtigkeitsgewähr (Heckschen, DNotZ 2003, 252, 264; Vossius, ZIP 2005, 741, 747; Schwarz, SE-VO, 2007, Art. 37 Rn. 29; Manz/Mayer/Schröder, SE, 2007, Art. 37 SE-VO Rn. 15). Nach anderer Ansicht ist der Umwandlungsplan bei der formwechselnden Gründung einer SE dem Entwurf des Umwandlungsbeschlusses beim nationalen Formwechsel gem. §§ 194 Abs. 2, 192 Abs. 1 S. 3 UmwG nachgebildet. Da auch dieser Entwurf des Umwandlungsbeschlusses nicht beurkundet werden muss, gelte Gleiches für den Umwandlungsplan nach Art. 37 Abs. 4 SE-VO (Lutter/Hommelhoff/Seibt, SE-Kommentar, 2008, Art. 37 SE-VO Rn. 36; Spindler/Stilz/Kasper, AktG, 2007, Art. 37 SE-VO Rn. 10).

c) Der eigentliche Formwechsel einer AG in eine SE nach Art. 37 SE-VO wird jedoch – wie nach nationalem Recht – durch die **Hauptversammlung** der betreffenden Gesellschaft beschlossen. Diese stimmt dem Umwandlungsplan zu und genehmigt die Satzung der SE (Art. 37 Abs. 7 SE-VO). Die Beschlussfassung erfolgt nach Maßgabe der einzelstaatlichen Durchführungsbestimmungen zu Art. 7 der Richtlinie 78/855/EWG (Art. 37 Abs. 7 S. 2 SE-VO). Es gilt damit nationales Umwandlungsrecht (Lutter/Hommelhoff/Seibt, Art. 37 SE-VO Rn. 64).

d) Für die hier entstehende Frage, ob der Umwandlungsplan nach Art. 37 Abs. 4 SE-VO unter die Vorschrift des § 180 BGB subsumiert werden kann und ob insoweit die Ausnahmeregelung des § 180 S. 2 BGB gilt, finden sich in Rechtsprechung und Literatur keine Hinweise.

Geht man indessen davon aus, dass – wie eingangs dargestellt – der Umwandlungsplan letztlich nur dazu dient, die Aktionäre vor Fassung des maßgeblichen Umwandlungsbeschlusses ausreichend zu informieren, erscheint es naheliegend, dass es hier einen „Dritten“ i. S. d. **§ 180 S. 2 BGB gibt**, dem gegenüber der Umwandlungsplan aufgestellt wird. Eine Genehmigung nach § 177 BGB ist dann möglich. „Dritte“ sind die Anteilseigner in der Hauptversammlung der AG, die über den Formwechsel beschließen. Weiter spricht für diese Sichtweise u. E., dass der Hauptversammlungsbeschluss nach Art. 37 Abs. 7 SE-VO maßgeblich für die formwechselnde Umwandlung in eine SE ist. Unter der Prämisse, dass bei der Beschlussfassung in einer Kapitalgesellschaft im Grunde eine vollmachtlose Vertretung (die Rechtslage im Aktienrecht ist hierzu aber wegen des Begriffes des „Bevollmächtigten“ in § 134 Abs. 3 AktG anders als im GmbH-Recht umstritten) und in der Folge eine Genehmigung möglich sind, muss Gleiches „erst recht“ gelten, wenn es um den den Hauptversammlungsbeschluss lediglich vorbereitenden Umwandlungsplan geht.

4. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass u. E. die Aufstellung des Umwandlungsplans nach Art. 37 Abs. 4 SE-VO bei der formwechselnden Gründung einer SE auch durch einen vollmachtlosen Vertreter erfolgen kann. **Es gilt § 180 S. 2 BGB**. Eine Genehmigung des Umwandlungsplans ist wirksam.

Basisgutachten

BGB § 2300

Aufhebung eines Erbvertrages durch Rücknahme aus der notariellen Verwahrung; Verbindung mit einer postmortalen Vollmacht

I. Sachverhalt

Eheleute haben einen Erbvertrag errichtet. Dieser enthält u. a. auch die Anordnung von Testamentsvollstreckung. Dem Testamentsvollstrecker wurde in dem Erbvertrag eine postmortale Vollmacht erteilt.

II. Frage

Ist es möglich, den Erbvertrag gem. § 2300 Abs. 2 BGB aus der notariellen Verwahrung den Vertragschließenden zurückzugeben?

III. Zur Rechtslage

1. Möglichkeit zur Rückgabe eines notariellen Erbvertrages

Mit § 2300 Abs. 2 BGB, der zum 1.8.2002 eingefügt wurde, hat der Gesetzgeber die Möglichkeit geschaffen, einen Erbvertrag, der nur Verfügungen von Todes wegen enthält, aus der amtlichen oder notariellen Verwahrung zurückzunehmen und den Vertragschließenden zurückzugeben (vgl. dazu bereits **Gutachten DNotI-Report 2003, 3**).

Die Rückgabe aus der amtlichen Verwahrung bewirkt gem. § 2300 Abs. 2 S. 3 BGB, dass entsprechend § 2256 Abs. 1 BGB sowohl die vertraglichen als auch die einseitigen Verfügungen von Todes wegen aufgehoben sind (Bamberger/Roth/Litzenburger, BGB, 2. Aufl. 2008, § 2300 Rn. 10; Palandt/Edenhofer, BGB, 69. Aufl. 2010, § 2300 Rn. 5). Über die Wirkungen der Rückgabe ist zu belehren. Die Rückgabe ist auf der Vertragsurkunde zu vermerken und beides ist aktenkundig zu machen (§ 2300 Abs. 2 S. 3 i. V. m. § 2256 Abs. 1 BGB; Formulierungsmuster: Brambring, in: Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 2. Aufl. 2009, A II 4; Limmer/Frenz, in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl. 2009, Teil 4, Kap. 1, Rn. 46 ff.). Durch die Möglichkeit zur Rückgabe aus der amtlichen bzw. notariellen Verwahrung soll dem berechtigten Geheimhaltungsinteresse der Erblasser Rechnung getragen werden, die durch eine derartige Rückgabe verhindern können, dass im Todesfall ein bereits aufgehobener Erbvertrag noch eröffnet wird.

2. Rückgabe nur bei isoliertem Erbvertrag

Allerdings tritt die Aufhebungswirkung nur dann ein, wenn alle Voraussetzungen des § 2300 Abs. 2 BGB vorliegen. Dazu gehört insbesondere, dass der Erbvertrag **nur Verfügungen von Todes wegen enthält**. Die Vorschrift des § 2300 Abs. 2 BGB gilt also immer dann **nicht**, wenn der Erbvertrag neben vertraglichen bzw. einseitigen Verfügungen von Todes wegen **noch ein anderes Rechtsgeschäft** umfasst. Dies ist u. a. bei der Verbindung mit einem **Ehevertrag** oder einem **Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrag** der Fall. Ebenso kommt eine Rückgabe dann nicht in Betracht, wenn der Erbvertrag mit einem **Pflegevertrag** oder einer **postmortalen Vollmacht** verbunden ist (Palandt/Edenhofer, § 2300 Rn. 3; Bamberger/Roth/Litzenburger, § 2300 Rn. 3; zur Frage, ob familienrechtliche Anordnungen etwa i. S. d. § 1638 BGB der Rückgabe entgegenstehen, vgl. **DNotI-Report 2007, 100**).

3. Ergebnis

Somit ist festzuhalten, dass hier eine Rückgabe des Erbvertrages ausscheidet, da dieser auch eine postmortale Vollmacht für den Testamentsvollstrecker enthält. Wird der Erbvertrag gleichwohl zurückgegeben, führt dies nicht zur Aufhebungswirkung des § 2300 Abs. 2 BGB. Der Erbvertrag bliebe vielmehr wirksam.

Gutachten im Abruf-Dienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abruf-Dienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

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

WEG § 10

Zuweisung von Sondernutzungsrechten durch den Bau-träger; Voraussetzungen der Zuweisungserklärung, insbesondere Zugang

Gutachten-Abruf-Nr.: **98325**

GBO § 32; BNotO § 21

Bezugnahme auf das elektronische Handelsregister im Grundbuchverfahren

Gutachten-Abruf-Nr.: **99445**

VerkFlBerG §§ 7, 14; ZPO §§ 705, 706, 724, 894, 895; BGB §§ 128, 181

Klage des öffentlichen Nutzers auf Annahme eines Angebots nach dem Zwangsvertragsregelungsmodell des VerkFlBerG; Fiktion einer Abgabe der Annahmeerklärung bei rechtskräftiger Verurteilung; Pflichten des Kaufangebot beurkundenden Notars nach Vorlage des rechtskräftigen Urteils

Gutachten-Abruf-Nr.: **91239**

EGBGB Art. 14, 15

Frankreich: Güterstatut bei deutsch-französischem Ehepaar ohne gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt; Wechsel des Güterstatuts; communauté de biens réduite aux acquêts; emploi; Surrogation

Gutachten-Abruf-Nr.: **98864**

EGBGB Art. 14, 15, 17, 18

Kuba: Ehevertrag

Gutachten-Abruf-Nr.: **99010 u. 99248**

Rechtsprechung

FamFG § 46 S. 1, S. 4; ZPO § 706 Abs. 2 S. 1
Notfristzeugnis für Erteilung des Rechtskraftzeugnisses nach § 46 S. 1 FamFG nicht erforderlich

Gegen die Entscheidung des Urkundsbeamten des Rechtsmittelgerichts, ein Notfristzeugnis gemäß § 706 Abs. 2 S. 1 ZPO nicht zu erteilen, ist kein Rechtsbehelf statthaft. Ob ein Notfristzeugnis für die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses gemäß § 46 S. 1 FamFG erforderlich war, kann im Beschwerdeverfahren gemäß § 46 S. 4 FamFG überprüft werden.

Für die Erteilung eines Rechtskraftzeugnisses in Betreuungssachen bedarf es eines Notfristzeugnisses grundsätzlich nicht. (Leitsätze der DNotI-Redaktion)

BGH, Beschl. v. 9.12.2009 – XII ZB 215/09

Fax-Abruf-Nr.: **10912**

Problem

Das Betreuungsgericht hatte einen von einem Betreuer abgeschlossenen Grundstückskaufvertrag genehmigt. Der Urkundsbeamte des Betreuungsgerichts ersuchte beim Bundesgerichtshof um die Erteilung eines Notfristzeugnisses gemäß § 113 Abs. 1 S. 2 FamFG, § 706 Abs. 2 S. 1 ZPO, da er dies für eine Voraussetzung für die Erteilung des Rechtskraftzeugnisses (§ 46 S. 1 FamFG) hielt.

Entscheidung

Die **Erinnerung** gegen die ablehnende Entscheidung des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle beim Bundesgerichts-

hof verwarf der BGH als **unzulässig**, da es sich bei der Erteilung eines Notfristzeugnisses um eine interne Auskunftserteilung zwischen den Geschäftsstellen zweier Gerichte handele. Für einen Rechtsbehelf bestehe kein Bedarf, da die Frage, ob ein Notfristzeugnis erforderlich ist, im Rahmen der Erinnerung bzw. der sofortigen Beschwerde gegen die Entscheidung der Geschäftsstelle des Betreuungsgerichts über die Erteilung bzw. Ablehnung eines Rechtskraftzeugnisses überprüft werden könne (§ 46 S. 4 FamFG, § 573 Abs. 1, Abs. 2 ZPO).

Der BGH weist außerdem darauf hin, dass in Betreuungssachen ein **Notfristzeugnis** grundsätzlich **nicht Voraussetzung für die Erteilung eines Rechtskraftzeugnisses** sei. Denn die Beschwerde gegen die Entscheidung des Betreuungsgerichts sei bei diesem selbst einzulegen (§ 64 Abs. 1 FamFG; anders die ZPO-Berufung, die durch Einlegung einer Berufungsschrift bei dem Berufungsgericht eingelegt wird, § 519 Abs. 1 ZPO). Zwar sei der Antrag auf Zulassung der Sprungrechtsbeschwerde beim Rechtsbeschwerdegericht zu stellen (§ 75 Abs. 2 FamFG, § 566 Abs. 2 ZPO); in diesen Fällen fordere die Geschäftsstelle des Rechtsbeschwerdegerichts jedoch die Verfahrensakten unverzüglich nach Eingang eines Zulassungsantrages von der Geschäftsstelle des Betreuungsgerichts an (§ 75 Abs. 2 FamFG, § 566 Abs. 3 S. 2 ZPO), und zwar nach einer geschäftsstelleninternen Verwaltungsanweisung am Bundesgerichtshof im Regelfall innerhalb von 24 Stunden.

WEG § 10 Abs. 4 **Fehlende Eintragungsfähigkeit von Beschlüssen, die eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer ändern**

Beschlüsse, die auf Grund einer in der Gemeinschaftsordnung enthaltenen Öffnungsklausel eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer abändern, sind im Grundbuch weder eintragungsbefähigt noch eintragungsfähig.

OLG München, Beschl. v. 13.11.2009 – 34 Wx 100/09
Fax-Abruf-Nr.: 10913

Problem

Eine Wohnungs- und Teileigentümergeinschaft fasste unter Inanspruchnahme einer in der Gemeinschaftsordnung enthaltenen Öffnungsklausel mehrheitlich einen Beschluss, nach dem die Instandhaltung und Instandsetzung von Fenstern sowie Balkon-, Terrassen- und Wohnungstüren demjenigen Wohnungseigentümer obliegt, dessen Wohnung durch diesen Gegenstand abgeschlossen wird. Der Notar hat für die Wohnungseigentümer beantragt, die „vereinbarte“ Änderung der Gemeinschaftsordnung in das Grundbuch einzutragen.

Entscheidung

Nach dem OLG München, das sich nunmehr als erstes Obergericht zu dieser Frage äußerte, war der Eintragungsantrag zurückzuweisen, weil **vereinbarungsändernde Beschlüsse** der Eigentümerversammlung **nicht eintragungsbefähigt** seien. Nach § 10 Abs. 4 WEG bedürfen Beschlüsse nach § 23 WEG zu ihrer Wirksamkeit gegen den Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers nicht der Eintragung in das Grundbuch. Dies gilt nach § 10 Abs. 4 S. 2 WEG auch für die aufgrund einer Vereinbarung i. S. v. § 23 Abs. 1 WEG gefassten Beschlüsse, die eine Vereinbarung

ändern. Gemeint sind damit Beschlüsse, die **aufgrund einer Öffnungsklausel** insoweit gesetzliche oder vereinbarte Regelungen durch eine andere Regelung ersetzen (Bärmann/Wenzel, WEG, 10. Aufl. 2008, § 10 Rn. 190).

Trotz der gesetzgeberischen Klarstellung in § 10 Abs. 4 S. 2 WEG wird in der Literatur teilweise weiterhin die Meinung vertreten, dass Beschlüsse auf der Basis einer Öffnungsklausel als Vereinbarung im materiellen Sinne nach § 10 Abs. 3 WEG zu behandeln seien und gegen einen Sondernachfolger nur wirken, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind. Demgemäß seien sie auch eintragungsbefähigt (Rapp, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 5. Aufl. 2009, A III Rn. 121 m. w. N.; ders., MittBayNot 2007, 477, 478; Hügel, DNotZ 2007, 326, 347 f.; Böttcher, NotBZ 2007, 421, 428 ff.).

Mit Hinweis auf den in der Gesetzesbegründung unmissverständlich geäußerten gesetzgeberischen Willen (vgl. BT-Drs. 16/887, S. 20) lehnt das OLG München diese Literaturmeinung ab und hält vereinbarungsändernde Beschlüsse mit der h. M. für nicht eintragungsbefähigt und deshalb auch nicht eintragungsfähig (vgl. auch Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 2887; Meikel/Morvilius, GBO, 10. Aufl. 2009, Einleitung C Rn. 182; Palandt/Bassenge, BGB, 69. Aufl. 2010, § 10 WEG Rn. 22; Kümmel, in: Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 8. Aufl. 2007, § 10 Rn. 22; Demharter, NZM 2006, 489, 491; Schneider, NotBZ 2008, 442, 447 ff.). Hierdurch werde auch keine Grundbuchunrichtigkeit herbeigeführt, weil der Beschluss nicht den Inhalt des Sondereigentums ändere, und zudem das Grundbuch im Hinblick auf einen Umstand, der nach dem Willen des Gesetzgebers nicht eintragungsbefähigt sei, auch nicht unrichtig sein könne.

Aktuelles

§ 66 BNatSchG n.F. – Vorkaufsrecht nach dem Bundesnaturschutzgesetz

Am **1. März 2010** trat das novellierte Bundesnaturschutzgesetz in Kraft. Der **neugefasste § 66 BNatSchG** enthält ein bundesweit geltendes Vorkaufsrecht der Länder an bestimmten naturschutzrelevanten Grundstücken – z. B. in Naturschutzgebieten (Abs. 1 Nr. 1), mit Naturdenkmälern (Abs. 1 Nr. 2) oder oberirdischen Gewässern (Abs. 1 Nr. 3). Die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt durch die nach Landesrecht für Naturschutz und Landschaftspflege zuständige Behörde (§ 3 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG). Gleiches gilt für die Erteilung von Verzichtserklärungen und Negativattesten. Weist ein Grundstück nur zum Teil die Eigenschaften des § 66 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 BNatSchG auf, kann das Land das Vorkaufsrecht nur im Hinblick auf diesen Teil des Grundstücks ausüben (§ 66 Abs. 1 S. 2 BNatSchG). Allerdings kann der Eigentümer verlangen, „dass sich der Vorkauf auf das gesamte Grundstück erstreckt, wenn ihm der weitere Verbleib in seinem Eigentum wirtschaftlich nicht zuzumuten ist“ (§ 66 Abs. 1 S. 3 BNatSchG). In jedem Fall unterliegt die Ausübung des Vorkaufsrechts dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 66 Abs. 2 BNatSchG).

Das Grundbuchamt darf die **Eintragung des Käufers** im Grundbuch als neuen Eigentümer **nicht davon abhängig** machen, **dass die Nichtausübung** oder das **Nichtbestehen** des Vorkaufsrechts dem Grundbuchamt **nachgewiesen** wird; eine dem § 28 Abs. 1 S. 2 BauGB vergleichbare Bestimmung existiert nicht. Das Vorkaufsrecht bedarf nicht

der Eintragung in das Grundbuch. Bei der Abwicklung von Grundstückskaufverträgen ist allerdings zu beachten, dass der Vorkaufsverpflichtete nach § 66 Abs. 3 S. 4 BNatSchG i. V. m. § 469 BGB dem betreffenden Land den Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrages unverzüglich mitteilen muss. Wird das Land übergangen, obwohl ihm ein Vorkaufsrecht zusteht, kann es seinen Eigentumsübertragungsanspruch auch gegenüber dem bereits als Eigentümer eingetragenen Erwerber durchsetzen; dieser Anspruch genießt dann denselben **Vormerkungsschutz** wie ein dingliches Vorkaufsrecht (§ 66 Abs. 3 S. 4 BNatSchG i. V. m. § 1098 Abs. 2 BGB). Ausgenommen von der Neuregelung sind von vornherein Veräußerungen an den eigenen Ehegatten, den eingetragenen Lebenspartner oder einen Verwandten ersten Grades (§ 66 Abs. 3 S. 5 BNatSchG).

Mit dem neuen Vorkaufsrecht macht der Bundesgesetzgeber von seiner seit der Förderalismusreform im Grundgesetz verankerten konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit im Bereich des Naturschutzes und der Landschaftspflege Gebrauch. In seiner Wirkung geht das Vorkaufsrecht solchen Vorkaufsrechten im Rang vor, die rechtsgeschäftlich oder durch Landesrecht begründet worden sind. Von diesem Vorrang nicht erfasst werden allerdings Vorkaufsrechte auf den Gebieten des Grundstücksverkehrs und des Siedlungswesens (§ 66 Abs. 3 S. 2 BNatSchG). Abgesehen von der grundgesetzlichen Abweichungskompetenz der Länder nach Art. 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, S. 3, Art. 125b Abs. 1 S. 3 GG bleibt die Rechtslage in dem jeweiligen Landesrecht auch deswegen weiter von Relevanz, weil bereits nach der **Öffnungsklausel in § 66 Abs. 5 BNatSchG** „[a]bweichende Vorschriften der Länder“ unberührt bleiben.

<p>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</p> <p>Hinweis: Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.</p> <p>Verantwortlicher Schriftleiter: Notarassessor Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg</p> <p>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.</p>	<p>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.</p> <p>Verlag: Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg</p> <p>Druck: Druckerei Franz Scheiner Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg</p>
---	--