

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

19. Jahrgang
Mai 2011
ISSN 1434-3460

10/2011

*Mit Beilage BNotK-Intern Spezial,
„50 Jahre Bundesnotarkammer“*

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 40, 16, 18 – Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in die Gesellschafterliste; Pflicht zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste nach Gesellschafterwechsel in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts?

BGB §§ 873, 1090; GBO §§ 47, 53; GBV § 15 – Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für die Erben einer namentlich genannten noch lebenden Person; Voraussetzungen der Amtslösung

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

BGB §§ 157, 242, 311, 1092, 1093 – Ergänzende Vertragsauslegung bei dauerhaftem Auszug des (schuldrechtlich) Wohnungsberechtigten; Ersatzrente in Höhe des erzielbaren Vermietungserlöses

Aktuelles

NEhelG Art. 12 § 10 Abs. 2 – Gleichstellung der vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder durch Zweites Erbrechtsgleichstellungsgesetz

Literatur

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 40, 16, 18
Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in die Gesellschafterliste; Pflicht zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste nach Gesellschafterwechsel in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts?

I. Sachverhalt

Alleinige Gesellschafterin einer GmbH ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem Namen X-GbR, welche ursprünglich aus den Gesellschaftern A und B bestand. In der Gesellschafterliste findet sich folgender Eintrag: „X-GbR, bestehend aus den Gesellschaftern A und B“. A und B sind jeweils mit ihrem Namen und ihrer Anschrift aufgeführt.

Im Dezember 2009 verkaufte A seinen Gesellschaftsanteil an der X-GbR an C und trat diesen sogleich an C ab. Nunmehr sind B und C Gesellschafter der X-GbR.

II. Frage

Muss wegen des Gesellschafterwechsels bei der GbR eine neue Gesellschafterliste gem. § 40 GmbHG eingereicht werden?

III. Zur Rechtslage

1. Gesetzliche Vorgaben

Gem. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG haben die Geschäftsführer unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen, aus der Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der Gesellschafter sowie die Nennbeträge und die laufenden Nummern der von einem jeden derselben übernommenen Geschäftsanteile zu entnehmen sind. Die Änderung der Liste durch die Geschäftsführer erfolgt auf Mitteilung und Nachweis (§ 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG). Zu untersuchen ist nachfolgend, ob der Gesellschafterwechsel innerhalb der GbR eine „Veränderung in der Person eines Gesellschafters“ ist.

2. Zur Mitgliedsfähigkeit der GbR in der GmbH

Bereits vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit der (Außen-) GbR hielt es die Rechtsprechung für möglich, dass eine GbR eine GmbH gründete und eine Stammeinlage übernahm (BGHZ 78, 311 = DNotZ 1981, 299; OLG Hamm NJW-RR 1996, 482 = MittBayNot 1996, 126). Sowohl der BGH als auch das OLG Hamm stützten sich zur Rechtfertigung auf § 18 Abs. 1 GmbHG, wonach ein Geschäftsanteil mehreren Mitberechtigten ungeteilt zustehen kann (BGH DNotZ 1981, 299, 300 f.; OLG Hamm NJW-RR 1996, 482, 483). Diese dogmatische Begründung wird als überholt angesehen: Trägerin des Gesellschaftsvermögens ist nach der Grundsatzentscheidung des BGH vom 29.1.2001 (II ZR

331/00, NJW 2001, 1056 = DNotZ 2001, 234 = DNotI-Report 2001, 41) die GbR selbst. Auf § 18 GmbHG kann deswegen nach heute h. M. nicht mehr zurückgegriffen werden (Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 18 Rn. 2; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 18 Rn. 6; MünchKommGmbHG/Heidinger, 2010, § 16 Rn. 88 m. w. N.; Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 18 Rn. 2; Michalski/Ebbing, 2. Aufl. 2010, § 18 Rn. 6).

Am Ergebnis ändert dies jedoch nichts: Die rechtsfähige Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann (weiterhin) Gesellschafterin einer GmbH sein (BGH NJW 2002, 68 = NZG 2001, 983; Hueck/Fastrich, § 1 Rn. 33; Michalski/Michalski, § 2 Rn. 98; Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 2 Rn. 24; Ulmer, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2005, § 2 Rn. 80; Scholz/Emmerich, GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 2 Rn. 52; Krafka/Willer/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 921; MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl. 2009, § 705 Rn. 316).

3. Zur Bezeichnung der GbR in der Gesellschafterliste

Auf der Grundlage der „**traditionellen Auffassung**“, welche auf § 18 GmbHG abstellte, war die GbR **unter Nennung ihrer Gesellschafter** in die Gesellschafterliste einzutragen (OLG Hamm NJW-RR 1996, 482; Scholz/Winter, GmbHG, 9. Aufl. 2000, § 8 Rn. 7; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl., Stand: 1.9.1989, § 8 Rn. 7; Rittner/Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, 3. Aufl. 1997, § 8 Rn. 5; Roth, in: Roth/Altmeppen, 3. Aufl. 1997, § 8 Rn. 4). Denn nach dieser Lesart waren die Gesellschafter Träger des Gesellschaftsvermögens in gesamthänderischer Verbundenheit.

a) Nennung sämtlicher Gesellschafter

Nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR hält die **überwiegende Auffassung die Nennung sämtlicher Gesellschafter** in der Gesellschafterliste für **erforderlich** (MünchKommGmbHG/Schaub, § 8 Rn. 15; Hueck/Fastrich, § 1 Rn. 33, § 8 Rn. 7; BeckOKGmbHG/Jaeger, Stand: 15.1.2010, § 2 Rn. 48; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 8 Rn. 4; Scholz/Winter/Veil, § 8 Rn. 7; Michalski/Tebben, § 8 Rn. 12 [differenzierend bei Publikumsgesellschaften]; Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Aufl. 2009, § 13 Rn. 259; Wachter, ZNotP 2008, 378, 380; Hasselmann, NZG 2009, 409, 412; Altmeppen, § 40 Rn. 9).

b) Identifizierende Gesamtbezeichnung

Nach einer abweichenden Auffassung genügt bei der GbR eine **identifizierende Gesamtbezeichnung** (Roth, § 8 Rn. 4; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, § 40 Rn. 9; Schmidt-Leithoff, § 8 Rn. 5); fehle eine solche Bezeichnung, seien aber die Gesellschafter namentlich zu benennen.

c) Gesellschaftsname bei Publikumsgesellschaft ausreichend

Andere Stimmen halten die **Angabe des Gesellschaftsnamens für ausreichend**, wenn es sich um eine **Publikumsgesellschaft** handelt und zumindest die vertretungsberechtigten Gesellschafter aufgeführt sind (Michalski/Tebben, § 8 Rn. 12).

d) Stellungnahme

Die überwiegende Auffassung stellt zur Begründung teilweise allgemein auf die **fehlende Gesellschafterpublizität** ab (z. B. Scholz/Winter/Veil, § 8 Rn. 7), teilweise auf

eine entsprechende Anwendung von **§ 162 Abs. 1 S. 2 HGB** (Hueck/Fastrich, § 1 Rn. 33) und teilweise auf **§ 47 Abs. 2 GBO** (MünchKommGmbHG/Schaub, § 8 Rn. 15). Die Gegenauffassung beruft sich dagegen darauf, dass auch **im Zivilprozess** die GbR nach h.M. durch ihren Gesamtnamen hinreichend deutlich bezeichnet sei (Roth, § 8 Rn. 4 m. w. N.; vgl. auch MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 21, im Erscheinen). Im Rahmen der Reform des GmbH-Rechts wurde diese Frage – soweit ersichtlich – nicht erörtert.

Im Grundbuchverfahrensrecht entschied der V. Zivilsenat mit Beschl. v. 4.12.2008, dass eine GbR **vorrangig unter Angabe ihres Namens und ihres Sitzes in das Grundbuch einzutragen** sei; nur wenn ein solcher Name nicht existiere, solle eine Eintragung unter Nennung der Gesellschafter möglich sein (BGH NJW 2009, 594 = DNotZ 2009, 115 m. Anm. Hertel). Würde man diese Entscheidung auf die Gesellschafterliste übertragen, wäre die GbR auch dort vorrangig unter Angabe ihres Namens und ihres Sitzes einzutragen, da es keinen Grund gibt, die Eintragung in der Gesellschafterliste anders zu behandeln als die Eintragung im Grundbuch. Vielmehr müssten im Vergleich zum Grundbuch bei der Gesellschafterliste eher geringere Anforderungen angelegt werden. **Zusätzliche Angaben wären möglich, aber nicht notwendig** (Wachter, ZNotP 2009, 82, 91; anders noch ders., ZNotP 2008, 378, 380; im Ergebnis ebenso MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 21, im Erscheinen). Allerdings sind nunmehr gem. § 47 Abs. 2 S. 1 GBO wiederum die Gesellschafter einer GbR in das Grundbuch einzutragen. Da es an einer Regelung zur Behandlung der GbR in der Gesellschafterliste fehlt, könnte man zwar im Umkehrschluss zu § 47 Abs. 2 S. 1 GBO davon ausgehen, dass die GbR-Gesellschafter nicht in die Gesellschafterliste aufzunehmen sind. Angesichts dessen, dass in der Gesetzesbegründung zu § 47 Abs. 2 GBO nicht Bezug auf die Gesellschafterliste genommen wurde, liegt es allerdings u. E. näher, der Änderung der Grundbuchordnung keine Bedeutung für die Gesellschafterliste beizumessen.

e) Zwischenergebnis

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die Behandlung der GbR in der Gesellschafterliste **noch nicht abschließend geklärt** ist. Während die überwiegende Auffassung die Nennung sämtlicher Gesellschafter in der Gesellschafterliste für erforderlich erachtet, soll nach anderer Ansicht die Angabe des Gesellschaftsnamens genügen, sofern ein solcher vorhanden ist. Zwingende Argumente für die eine oder die andere Ansicht wurden bislang nicht vorgetragen. Insbesondere ist **unklar, ob, und wenn ja, welche Rechtsscheinwirkung** sich an die Eintragung der Gesellschafter knüpfen sollte. Es besteht aber insoweit Einvernehmen, als die **Nennung sämtlicher Gesellschafter jedenfalls für zulässig** gehalten wird.

4. Zur Notwendigkeit der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste bei einem Gesellschafterwechsel gem. § 40 GmbHG

a) Meinungsstand

Die Frage, wie die GbR in der Gesellschafterliste zu bezeichnen ist, muss unterschieden werden von der weiteren Frage, ob gem. § 40 Abs. 1 GmbHG eine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen ist, wenn ein Gesellschafterwechsel in der GbR stattgefunden hat. Denn durch einen Gesellschafterwechsel ändert sich nicht die Rechtszuständigkeit hinsichtlich des GmbH-Geschäftsanteils. Es bedarf daher einer Begründung, um einen solchen Gesellschafterwechsel als „Veränderung in den Personen

der Gesellschafter“ i. S. v. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG aufzufassen. Die Frage wird allerdings nur selten gesondert erörtert; soweit dies geschieht, wird die **Notwendigkeit einer neuen Gesellschafterliste** aber bejaht (Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 40 Rn. 7). Das entspricht der teilweisen Tendenz, auch in anderen Bereichen, wie bei Erteilung einer Vollstreckungsklausel, den Gesellschafterwechsel einer „Rechtsnachfolge“ gleichzubehandeln (zur analogen Anwendung des § 727 ZPO auf den Gesellschafterwechsel vgl. BGH, Beschl. v. 2.12.2010, NJW 2011, 615 = ZNotP 2011, 114).

b) Stellungnahme

Da **vorliegend die GbR-Gesellschafter namentlich eingetragen** sind (unabhängig davon, ob generell eine Pflicht hierzu bestand oder nicht), dürfte eine **neue Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen** sein. Leitet man die Eintragungspflicht aus einer entsprechenden Anwendung von § 162 Abs. 1 S. 2 HGB oder § 47 Abs. 2 S. 1 GBO her, so ergibt sich eine Aktualisierungspflicht aus den analog herangezogenen Vorschriften. Hält man dagegen die Eintragung einer GbR unter ihrem Namen für ausreichend, folgt dann, wenn die Gesellschafter dennoch in der Gesellschafterliste aufgeführt sind, die Einreichungspflicht aus dem **Normzweck des § 40 GmbHG**. Der Begriff der Veränderung erfasst nämlich auch **bloße Namensänderungen**, z. B. durch Heirat oder Firmenänderung oder bei Änderung des Wohnortes (Michalski/Terlau, § 40 Rn. 19; Zöllner/Noack, § 40 Rn. 6; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 40 Rn. 7; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, § 40 Rn. 3; Scholz/Schneider, 10. Aufl. 2007, § 40 Rn. 10; Paefgen, in: Ulmer/Habersack/Winter, 2006, § 40 Rn. 11). Derartige Änderungen seien trotz unveränderter Rechtsinhaberschaft „Veränderungen in der Person“, da die Funktion der Gesellschafterliste darin bestehe, die Identifizierung der Gesellschafter zu ermöglichen (Zöllner/Noack, § 40 Rn. 6).

Ist die GbR unter Nennung ihrer Gesellschafter eingetragen, ohne dass man eine Pflicht zur entsprechenden Eintragung bejaht, so ist die Eintragung der Gesellschafter mit **dem Namen einer natürlichen Person bzw. der Firma eines Kaufmanns oder einer Handelsgesellschaft** vergleichbar. Dies lässt sich durch einen Vergleich mit den früher im Grundbuchrecht geltenden Grundsätzen belegen. Nach dem Beschluss des BGH vom 4.12.2008 (DNotZ 2009, 115, 2. Leitsatz) konnte die GbR weiterhin unter Nennung ihrer Gesellschafter in das Grundbuch eingetragen werden, wenn kein Name existierte. Diese Eintragung der Gesellschafter bedeutete nicht, dass die Gesellschafter als Gesamthänder Eigentümer des Grundstücks waren; ihre Eintragung diene nur der Bezeichnung der Gesellschaft, die als Eigentümerin eingetragen war (Krüger, NZG 2010, 801, 803). Im Grundbuchrecht führten sowohl Änderungen im Gesellschafterbestand einer GbR (Wertenbruch, WM 2003, 1785, 1789) als auch Firmenänderungen bei einer Personenhandelsgesellschaft nicht zur Grundbuchunrichtigkeit, sondern zur **Falschbezeichnung**; diese war bzw. ist von Amts wegen im **Richtigstellungsverfahren zu beheben** (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 290 m. w. N.). Im GmbH-Recht werden „Unrichtigkeiten“ und „Falschbezeichnungen“ in der Gesellschafterliste einheitlich behandelt und unter § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG subsumiert. Bei einem solchen Verständnis führt ein Gesellschafterwechsel in einer GbR zu einer Falschbezeichnung der GbR als Gesellschafterin; hierdurch wird – ebenso wie z. B. bei einer Firmenänderung einer oHG – die Einreichungspflicht des § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG ausgelöst.

5. Ergebnis

Sind die Gesellschafter einer GbR – wie im vorliegenden Fall – in der Gesellschafterliste namentlich bezeichnet, so besteht u. E. bei einem Gesellschafterwechsel in der GbR die Pflicht zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste, auch wenn sich der Gesellschafterbestand der GmbH nicht geändert hat. Dies gilt unabhängig von den noch nicht abschließend geklärten Fragen, wie man die Eintragung der Gesellschafter in der Gesellschafterliste dogmatisch deutet und ob überhaupt eine Pflicht besteht, die Gesellschafter der GbR in die Gesellschafterliste einzutragen.

BGB §§ 873, 1090; GBO §§ 47, 53; GBV § 15 Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für die Erben einer namentlich genannten noch lebenden Person; Voraussetzungen der Amtslöschung

I. Sachverhalt

Mit Urkunde aus dem Jahr 1995 übereignete die Eigentümerin S ihr Grundstück an ihren Bruder B. Dabei behielt sie sich u.a. als beschränkte persönliche Dienstbarkeit nach § 1090 BGB ein Nutzungsrecht an einem Gartenhäuschen, einer Holzlege und einem unbebauten Grundstücksteil vor. Im Rang danach wurde eine inhaltsgleiche Dienstbarkeit „für die Erben von S“ bestellt. Beide Dienstbarkeiten wurden im Grundbuch eingetragen. Nunmehr sollen die Dienstbarkeiten aus Anlass eines geplanten Verkaufs des Grundstücks gelöscht werden und es stellt sich die Frage, wie die Dienstbarkeit für die Erben der S gelöscht werden kann.

S ist bereit, ihre eigene Dienstbarkeit löschen zu lassen, und würde auch an einer Löschung der Dienstbarkeit für ihre Erben mitwirken. Das Grundbuchamt lehnt eine Löschung von Amts wegen ab, da die Zulässigkeit einer solchen Dienstbarkeit umstritten sei. Es sei eine Pflegerbestellung sowie die Genehmigung des Betreuungsgerichts nötig.

II. Fragen

1. Kann im Grundbuch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit für die Erben einer namentlich genannten Person eingetragen werden?

2. Wenn nein, muss das Grundbuchamt eine derartige Dienstbarkeit von Amts wegen löschen oder ist eine Pflegerbestellung nach § 1913 oder § 1960 BGB zur Abgabe der Löschungsbewilligung erforderlich?

III. Zur Rechtslage

1. Aktivlegitimation bei beschränkter persönlicher Dienstbarkeit

Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit kann nach § 1090 BGB für natürliche und juristische Personen bestellt werden (Staudinger/Frank, BGB, Neubearb. 2009, § 1090 Rn. 3). Eine solche Dienstbarkeit ist gem. § 1061 i. V. m. § 1090 Abs. 2 BGB **nicht vererblich**. Sie kann weder vererblich gestellt noch auf andere Weise über den Tod des Berechtigten hinaus perpetuiert werden (Bamberger/Roth/Wegmann, BGB, 2. Aufl. 2008, § 1090 Rn. 5, § 1092 Rn. 1; Reymann, DNotZ 2010, 84, 99; vgl. RGZ 59, 289). Nach heute einhelliger Auffassung **unzulässig** sind deshalb sog. **Rechtsnachfolgeklauseln bei einer Dienstbarkeit** (hierzu MünchKommBGB/Joost, 5. Aufl. 2009, § 1092 Rn. 2 m. w. N.; s. aber zu Fällen der Sukzessivberechtigung

Meikel/Böhringer, GBO, 10. Aufl. 2009, § 47 Rn. 235). Im vorliegenden Fall geht es jedoch um eine separate Dienstbarkeit für eine bzw. mehrere noch nicht feststehende Personen, sodass die Unzulässigkeit der Vererbung oder Perpetuierung der Eintragung nicht unmittelbar entgegensteht.

2. Wirksamkeit der Dienstbarkeitsbestellung

a) Materiell-rechtliche Voraussetzungen der Entstehung der Dienstbarkeit

Allerdings setzt die Wirksamkeit der Dienstbarkeitsbestellung die **Einigung mit dem** und die **Eintragung des Dienstbarkeitsberechtigten** voraus (§ 873 BGB). An beidem fehlt es hier. Derzeit steht nicht fest, wer Erbe der S werden wird, ob eine oder mehrere Personen die Erbschaft antreten, ob es sich um natürliche oder juristische Personen handelt, ob die Erben jetzt schon geboren bzw. gegründet sind etc. § 1090 BGB verlangt aber die **hinreichende Individualisierung des Berechtigten**. Eine solche ist jedenfalls vor Eintritt des Erbfalls unmöglich, sodass bis dahin ein Recht nicht wirksam entstanden sein kann. Schon aufgrund der Natur der Sache ist eine Einigung nur unter bestimmten, bereits existenten und damit erwerbsfähigen Personen denkbar (vgl. Staudinger/Gursky, Neubearb. 2007, § 873 Rn. 90 f.). Als Vertrag zugunsten Dritter analog § 328 BGB kann die dingliche Einigung nach ganz h.M. nicht zustande kommen (BGH NJW 1993, 2617, 2619 = DNotZ 1995, 494; OLG München, Beschl. v. 24.11.2010 – 34 Wx 103/10; BayObLG ZfR 2003, 158; Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl. 2011, Vor § 328 Rn. 9 m. w. N.). Die dingliche Einigung ist daher erst nach Eintritt des Erbfalls möglich, wenn die Erben einer noch lebenden Person berechtigt sein sollen, und auch das dingliche Recht kann demnach frühestens zu diesem Zeitpunkt entstehen. Durch einseitigen Rechtsakt des Grundstückseigentümers kann die beschränkte persönliche Dienstbarkeit als dingliches Recht nicht begründet werden (KG HRR 1933, Nr. 15; OLG München, Beschl. v. 24.11.2010 – 34 Wx 103/10).

b) Entstehung kraft Eintragung?

Die erfolgte Eintragung der Dienstbarkeit ändert hieran im Ergebnis nichts. Zwar ist die der Eintragung zugrunde liegende **Bewilligung** (§ 19 GBO) **einseitig**, sodass es aus Sicht des Grundbuchamtes grundsätzlich nicht auf eine wirksame Einigung ankommt. **Steht** allerdings **fest**, dass das **einzutragende Recht aus Rechtsgründen nicht zur Entstehung gelangt sein kann**, ist dies **vom Grundbuchamt auch im Anwendungsbereich des § 19 GBO zu beachten**. Dies ist vorliegend der Fall. Gehören zum Kreis der Erben noch Ungeborene, fehlt es an deren Erwerbsfähigkeit. Sind die potentiellen Erben schon geboren, fehlt es – wie soeben ausgeführt – an deren Bestimmbarkeit. Eine **wirksame Grundbucheintragung setzt** grundsätzlich die **bestimmte Bezeichnung des Berechtigten voraus** (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 1260, 1381), was **grundbuchverfahrensrechtlich** durch die Bestimmung des § 15 GBV gewährleistet wird. Danach sind bei einer natürlichen Person als Berechtigtem im Grundbuch zur Bezeichnung deren Name sowie weitere persönliche Merkmale anzugeben. Die Eintragung unbekannter Berechtigter in das Grundbuch ist nur ausnahmsweise zulässig, nämlich dann, wenn die namentliche Angabe unmöglich oder mit ungewöhnlichen, nicht zumutbaren Schwierigkeiten verbunden ist (Meikel/Böttcher, § 15 GBV Rn. 22; BayObLG NJW-RR 1995, 272 = MittBayNot 1994, 435: Eintragung unbekannter Erben, falls ohne eine solche Eintragung eine Grundbuchberichtigung nach dem Erbfall ausgeschlossen wäre). Somit hätte vorliegend auch grundbuchverfahrens-

rechtlich die Eintragung der Dienstbarkeit nicht erfolgen dürfen, denn die Unzulässigkeit der Eintragung ergibt sich aus der Eintragung selbst, da die Erblasserin im Zeitpunkt der Eintragung noch lebte (OLG München, Beschl. v. 24.11.2010 – 34 Wx 103/10). Eine unzulässige Bucheintragung führt schließlich auch nicht zur Entstehung des Rechts (Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 53 Rn. 52).

c) Zwischenergebnis

Die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für die Erben einer bestimmten lebenden Person ist daher materiell-rechtlich ausgeschlossen. Eine gleichwohl erfolgte Eintragung ist grundbuchverfahrensrechtlich zu Unrecht erfolgt und führt auch nicht zur Entstehung des Rechts.

3. Amtslöschung

Eine Amtslöschung nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO setzt eine **inhaltlich unzulässige Eintragung** voraus. Dies ist dann der Fall, wenn ein Recht mit dem Inhalt oder in der Ausgestaltung, wie es eingetragen ist, **aus Rechtsgründen nicht bestehen kann** (BayObLG Rpfleger 1986, 371; Demharter, § 53 Rn. 42) und somit ein Rechtszustand verlaubar wird, den es nicht geben kann. Die inhaltliche Unzulässigkeit muss sich dabei **aus dem Eintragungsvermerk** und den dort in zulässiger Weise in Bezug genommenen Eintragungunterlagen **selbst ergeben** (BayObLGZ 1987, 390, 393; Meikel/Streck, § 53 GBO Rn. 101, 108). Vorliegend folgt die inhaltliche Unzulässigkeit der Eintragung zweifelsfrei aus dem Eintragungsvermerk selbst (hierzu oben Ziff. 2 b). Der Fall stellt sich ähnlich wie bei der Eintragung eines grundbuchunfähigen Erwerbers dar (s. hierzu Meikel/Streck, § 53 GBO Rn. 115). Von dem Grundsatz, dass vor der Löschung **rechtliches Gehör** zu gewähren ist (Demharter, § 53 Rn. 57), scheint u.E. vorliegend eine **Ausnahme** geboten, denn es gibt niemanden, der angehört werden könnte. Mangels Entstehung eines Anwartschaftsrechts kann der Fall insoweit auch nicht mit der Löschung eines Rechts zulasten eines noch nicht feststehenden Nacherben vor Eintritt des Nacherbfalls verglichen werden. Einer Pflegerbestellung bedarf es daher nicht. Vielmehr hat das Grundbuchamt die Eintragung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit „für die Erben von S“ nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO von Amts wegen zu löschen (vgl. OLG München, Beschl. v. 24.11.2010 – 34 Wx 103/10).

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.

**VersAusglG § 33; BeamtVG § 57; BGB § 1585c
Anpassung von Versorgungsbezügen wegen Unterhalts;
Rückgängigmachung der Kürzung von Versorgungsbezügen durch Aufhebung eines Unterhaltsverzichts
Abruf-Nr.: 107340**

EGBGB Art. 15
Italien: Ehevertrag; Publizität; Güterrechtsregister;
Vermerk in der Heiratsurkunde
Abruf-Nr.: 107695

EGBGB Art. 74; GastG § 24
Voraussetzungen für die Löschung einer Wirtschaftsgerechsamte und einer Branntweingerechsamte im Grundbuch
Abruf-Nr.: 106292

HGB §§ 161, 107, 143; BGB § 719
Verpfändung der Mitgliedschaft in einer Kommanditgesellschaft an die Gesellschaft selbst zur Sicherung eines Darlehens
Abruf-Nr.: 107657

Rechtsprechung

BGB §§ 157, 242, 311, 1092, 1093
Ergänzende Vertragsauslegung bei dauerhaftem Auszug des (schuldrechtlich) Wohnungsberechtigten; Ersatzrente in Höhe des erzielbaren Vermietungserlöses

1. Wird beim Verkauf eines Wohnhauses schuldrechtlich ein lebenslangliches Wohnungsrecht für den Verkäufer vereinbart, so kommt eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht, wenn der Verkäufer pflegebedürftig wird, und daher die ihm zugewiesene Wohnung nicht mehr nutzen kann. Das Wohnungsrecht kann in diesem Fall eine Ersatzrente rechtfertigen, die sich an den Maßstäben in § 14 Abs. 2 AGBGB Baden-Württemberg orientiert.

2. Ein schuldrechtliches Wohnungsrecht ist – anders als ein dingliches Wohnungsrecht – nicht ohne Weiteres auf eine persönliche Nutzung der Wohnung durch den Berechtigten beschränkt. Die zur ergänzenden Vertragsauslegung bei dinglichen Wohnungsrechten von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze sind daher nicht uneingeschränkt auf ein schuldrechtliches Wohnungsrecht übertragbar.

OLG Karlsruhe, Urt. v. 29.9.2010 – 4 W 78/10
Abruf-Nr.: 10971

Problem

Der Antragsteller war gemeinsam mit seiner Ehefrau Eigentümer eines landwirtschaftlichen Anwesens. Im Jahre 1978 verkauften beide die betreffenden Grundstücke an den Erwerber. Neben dem Kaufpreis von 45.000.– DM verpflichtete sich jener, den Ehegatten bis zum Tod des Letztversterbenden eine monatliche Rente in Höhe von 200.– DM zu zahlen. Ferner wurde im notariellen Vertrag ein schuldrechtliches Wohnungsrecht eingeräumt. Die Rente sowie das Wohnungsrecht wurden durch eine Reallast dinglich gesichert. Die Ehefrau des Antragstellers verstarb im Jahr 2008. Das Anwesen wurde im November 2008 durch einen Brand zerstört, sodass der Antragsteller die ihm bislang zur Verfügung stehende Wohnung nicht mehr nutzen konnte. Ab dem 1.1.2010 stand dem Antragsteller im wieder errichteten Anwesen erneut eine Wohnung zur Verfügung. Für die Zwischenzeit hatte sich der Antragsgegner in einem gerichtlichen Vergleich verpflichtet, einen monatlichen Betrag in

Höhe von 155.– € bis zur Wiedererrichtung der Wohnung an den Antragsteller zu bezahlen.

Nunmehr ist der Antragsteller allerdings aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage, die Wohnung zu beziehen, da er pflegebedürftig ist und in einem Pflegeheim lebt. Er verlangt vom Antragsgegner, ihm den Wert der Wohnungsnutzung in Geld auszuzahlen, da es jenem ohne Weiteres möglich sei, die leerstehende Wohnung zu vermieten und monatliche Einkünfte in Höhe von 220.– € zu erzielen. Das Landgericht hat den Prozesskostenhilfeantrag mangels hinreichender Erfolgsaussicht zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde des Antragstellers.

Entscheidung

Nach Auffassung des OLG Karlsruhe besteht jedenfalls eine **überwiegende Wahrscheinlichkeit** dafür, dass sich **aufgrund ergänzender Auslegung der Vereinbarung** betreffend das schuldrechtliche Wohnungsrecht eine **Verpflichtung des Antragsgegners** ergibt, an den Antragsteller **diejenigen Vorteile im Wege einer Geldrente herauszugeben, die ihm infolge der endgültigen Nichtausübbarkeit des schuldrechtlichen Wohnungsrechts** durch den Antragsteller **zukommen**. Der Antragsgegner sei aufgrund ergänzender Auslegung der Vereinbarung über die Einräumung eines schuldrechtlichen Wohnungsrechts **verpflichtet**, die leerstehende **Wohnung an einen Dritten zu vermieten**, um mögliche sich hieraus ergebende Vorteile zugunsten des Antragstellers zu realisieren.

Nach Auffassung des OLG Karlsruhe ist nicht davon auszugehen, dass die Vertragsparteien die Vereinbarung des Wohnungsrechts auch für den Fall eines Umzugs des Antragstellers in ein Pflegeheim als abschließend angesehen haben, da es an Anhaltspunkten im Vertragstext hierfür fehle. Daher liege eine planwidrige Regelungslücke vor (vgl. auch BGH DNotZ 2009, 431 = DNotI-Report 2009, 52 zur ähnlichen Situation beim dinglichen Wohnungsrecht), die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung unter Berücksichtigung der in der Vereinbarung über das schuldrechtliche Wohnungsrecht zum Ausdruck gekommenen Interessen der Vertragsparteien zu schließen sei.

Hierfür sind insbesondere die folgenden Aspekte von Bedeutung: Dem Vertrag aus dem Jahre 1978 kam für den Antragsteller und seine Ehefrau Versorgungscharakter zu. Der **Versorgungscharakter lege es nahe**, dass der Vertragspartner bei Pflegebedürftigkeit und infolgedessen dauerhafter Nichtausübbarkeit des schuldrechtlichen Wohnungsrechts zumindest einen **gewissen Beitrag zum nunmehr anderweitig zu befriedigenden Wohnungsbedarf des Antragstellers zu leisten** habe. Zwar werde aus der Vertragsgestaltung deutlich, dass der Erwerber nur in begrenztem Umfang freie finanzielle Mittel für den Kauf einsetzen solle. Demnach sei er nicht verpflichtet, eine Rente in Höhe des abstrakten Nutzungswerts der Wohnung zu zahlen. Eine Rente könne vielmehr nur diejenigen Vorteile umfassen, die dem Antragsgegner tatsächlich zukommen oder welche er ohne Schwierigkeiten erzielen kann. Schließlich sei dem Antragsgegner die **Vermietung der Wohnung an einen Dritten auch zumutbar**. Dies ergebe sich aus der schuldrechtlichen Vereinbarung, da diese keine Beschränkung auf eine persönliche Nutzung der Wohnung durch den Antragsteller und seine Ehefrau enthalte. Insbesondere fehle eine § 1092 Abs. 1 S. 2 BGB (Grundsatz der Unübertragbarkeit bei dinglichen Wohnungsrechten) vergleichbare Abrede. Im konkreten Fall liege darüber hin-

aus kein persönliches Näheverhältnis der Vertragsteile vor, welches der Zumutbarkeit einer Drittvermietung entgegenstehen könnte. Schließlich handele es sich bei der in Rede stehenden Wohnung um eine in sich abgeschlossene Wohnung, sodass der Antragsgegner mit etwaigen neuen Mietern nicht in denselben Räumlichkeiten auf engem Raum zusammenleben müsste.

Aufgrund der vorstehend beschriebenen Gesichtspunkte **unterscheidet** sich der vorliegende Sachverhalt **nach Auffassung des OLG Karlsruhe maßgeblich von der durch den BGH** mit Urt. v. 9.1.2009 (DNotZ 2009, 431 = DNotI-Report 2009, 52) **entschiedenen Konstellation im Zusammenhang mit einem dinglichen Wohnungsrecht nach dem gesetzlichen Regelungsmodell**. Dort hatte der BGH entschieden, dass bei Auszug des Berechtigten in ein Pflegeheim eine Vermietungsobliegenheit kraft ergänzender Vertragsauslegung in aller Regel nicht in Betracht kommt. Dies ergebe sich – so das OLG – zum einen daraus, dass beim dinglichen Wohnungsrecht i. S. v. § 1093 BGB zu meist eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Wohnungsgewährung fehle, welche einer entsprechenden Auslegung zugänglich sein könnte. Insbesondere spreche aber § 1092 Abs. 1 S. 2 BGB gegen eine ergänzende Auslegung. Wenn die Beteiligten eine dingliche Gestaltung wählten, bei welcher der Berechtigte auf eine persönliche Nutzung der Wohnung beschränkt ist, erscheine eine ergänzende Vertragsauslegung, die schuldrechtlich von § 1092 Abs. 1 S. 2 BGB abweicht, problematisch. Vorliegend ergäben sich die Rechte des Antragstellers aber gerade nicht aus einem dinglichen Wohnungsrecht, sondern ausschließlich aus einer schuldrechtlichen Vereinbarung, die keine § 1092 Abs. 1 S. 2 BGB entsprechenden Beschränkungen enthalte. Diese schuldrechtliche Vereinbarung hätten die Parteien auch nicht durch ein dingliches Wohnungsrecht, sondern durch eine Reallast abgesichert, bei welcher das Gesetz keine persönlichen Beschränkungen vergleichbar § 1092 Abs. 1 S. 2 BGB vorsehe. Aus diesem Grund sei die restriktive Handhabung des BGH betreffend die ergänzende Vertragsauslegung im Hinblick auf das dingliche Wohnungsrecht (BGH DNotZ 2009, 431 = DNotI-Report 2009, 52) nicht auf das schuldrechtliche Wohnungsrecht übertragbar.

Aktuelles

NEheIG Art. 12 § 10 Abs. 2 Gleichstellung der vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder durch Zweites Erbrechts- gleichstellungsgesetz

Der Bundestag hat am 24.2.2011 das **Zweite Gesetz zur erbrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Kinder**, zur Änderung der Zivilprozessordnung und der Abgabenordnung beschlossen, der Bundesrat am 18.3.2011 dem Gesetz zugestimmt. Damit kann das Gesetz vom 12.4.2011 (BGBl. I, S. 615) – wie geplant – in seinen wesentlichen Bestandteilen **rückwirkend zum 29.5.2009 in Kraft treten**.

Nichteheliche Kinder wurden zwar bereits durch das (erste) Erbrechtsgleichstellungsgesetz vom 16.12.1997 (BGBl. I, S. 2968), das zum 1.4.1998 in Kraft getreten ist, ehelichen Kindern im Erbrecht weitgehend gleichgestellt. Die im Zuge der Reform erfolgte Streichung der für nichteheliche Kinder geltenden Sondervorschriften im Erbrecht (§§ 1934a-e, 2338a BGB a. F.) erstreckte sich aber nicht

auch auf Art. 12 § 10 Abs. 2 NEheIG (vgl. G. Müller, DNotI-Report 1998, 39 f.). Dies hatte zur Folge, dass die vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder nach wie vor nach ihrem Vater (wie auch umgekehrt) **nicht gesetzlich erb- und pflichtteilsberechtigt waren**, sofern der Vater am 2.10.1990 seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort in der Bundesrepublik (und nicht im Beitrittsgebiet, vgl. Art. 235 § 1 Abs. 2 EGBGB) gehabt hatte. Diese **erbrechtliche Ungleichbehandlung der vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder** verstößt nach Feststellung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 28.5.2009 **gegen die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK)**.

Durch das Zweite Erbrechtsgleichstellungsgesetz wird die noch bestehende Ungleichbehandlung – soweit möglich – beseitigt. Auch die vor dem 1.7.1949 geborenen nichtehelichen Kinder sind künftig nach ihrem Vater (wie auch umgekehrt) gesetzlich erb- und pflichtteilsberechtigt. Die Geltung der Neuregelung wird dabei auf **alle Todesfälle** erweitert, die sich **nach** der o. g. Entscheidung des EGMR am **28.5.2009** ereignet haben. Von einer weitergehenden Rückwirkung wurde aus Gründen des Vertrauensschutzes abgesehen (vgl. BT-Drucks. 17/4776, S. 6 ff.; abrufbar unter www.dnoti.de unter Gesetzesänderungen/Erbrecht).

Für nichteheliche Kinder, deren Väter bereits vor dem 28.5.2009 verstorben sind, verbleibt es wegen des verfassungsrechtlich verankerten Rückwirkungsverbots grundsätzlich bei der früheren Rechtslage. Eine Ausnahme ist für den Fall vorgesehen, dass der **Staat** selbst zum **Erben** geworden ist, zum Beispiel weil es weder Verwandte noch Ehegatten bzw. Lebenspartner gab oder weil die Erbschaft ausgeschlagen wurde. In solchen Konstellationen können die betroffenen nichtehelichen Kinder vom Bund oder einem Land **Ersatz in Höhe des Wertes der ihnen entgangenen erbrechtlichen Ansprüche** verlangen (vgl. Art. 12 § 10 Abs. 2 NEheIG n. F.).

Postvertriebsstück: B 08129

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

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter
www.dnoti.de.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a. D. Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

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
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg