

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 9b, 12, 26 – Zustimmung zur Veräußerung von Wohnungseigentum; Verwalternachweis; Unzulässigkeit der Ermächtigung des Beirats zur Verwalterbestellung

WEG §§ 31, 32, 39 – Dauernutzungsrecht; Eintragung; Fortbestehensvereinbarung; Bezugnahme auf Eintragungsbewilligung

BGB §§ 164, 168; GBO §§ 35, 39, 40 – Grundstücksveräußerung unter Einsatz einer transmortalen Vollmacht; Voreintragungsgrundsatz; Grundbuchberichtigung; Erbnachweis

Rechtsprechung

BGB §§ 138 Abs. 1, 1408 Abs. 1, 1414 – Wirksamkeit der Gütertrennung bei Unternehmerehe

ErbStG §§ 7 Abs. 1 Nr. 1, 13 Abs. 1 Nr. 4a; BGB §§ 705 ff. – Schenkungsteuerfreiheit der Übertragung eines Familienheims an eine Ehegatten-GbR

BGB § 707 Abs. 2 Nr. 2; FamFG § 59 – Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in das Gesellschaftsregister; Umgang mit unbekannten Erben eines verstorbenen Gesellschafters im Eintragungsverfahren

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 9b, 12, 26

**Zustimmung zur Veräußerung von
Wohnungseigentum; Verwalternach-
weis; Unzulässigkeit der Ermächtigung
des Beirats zur Verwalterbestellung**

I. Sachverhalt

Es wird die Verwalterzustimmung zu einem Wohnungskauf erteilt. Als Nachweis betreffend die Verwalterbestellung wird das Protokoll einer

Eigentümerversammlung sowie ein als „Verwaltervollmacht“ bezeichnetes Dokument vorgelegt. Im Protokoll heißt es:

„Die Eigentümer beschließen einstimmig, dass der Beirat sich mit beiden Anbietern trifft, um offene Fragen zu klären und anschließend eine der beiden Verwaltungen beauftragt.“

Der Aspekt, ob die Dokumente in *grundbuchtauglicher Form* vorliegen oder beschafft werden könnten, d. h. die Wahrung der grundbuchverfahrensrechtlichen Formanforderungen (§ 29 Abs. 1 S. 1 u. S. 2 GBO, § 26 Abs. 4 WEG), ist hier nicht von Interesse.

II. Fragen

1. Kann dem Beirat die Auswahl zwischen zwei Verwaltern übertragen werden?
2. Kann die Bestellung rückwirkend wiederholt werden?
3. Wenn nicht, muss dann die Zustimmung erneut abgegeben werden?

III. Zur Rechtslage

1. Zuständigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE) für die Erteilung der Zustimmung i. S. v. § 12 Abs. 1 WEG

Sieht eine Teilungserklärung (genauer gesagt: Gemeinschaftsordnung) vor, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung des Verwalters bedarf, so ist der Zustimmungsvorbehalt seit dem Inkrafttreten des Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetzes (WEMoG) am 1.12.2020 regelmäßig dahingehend auszulegen, dass die **GdWE** zustimmungsberechtigt ist. Dem Verwalter steht hingegen nicht – auch nicht als Treuhänder – ein eigenes Zustimmungsrecht zu; denn der Zustimmungsvorbehalt ist nunmehr i. d. R. dahingehend zu verstehen, dass der Verwalter insoweit lediglich als Organ der GdWE angesprochen wird. Dies gilt auch dann, wenn der Zustimmungsvorbehalt vor dem Inkrafttreten des WEMoG begründet wurde (vgl. BGH NJW 2023, 3654 Rn. 7 ff.; Gutachten DNotI-Report 2025, 82 ff.).

2. Organschaftliche Vertretung der GdWE: Organ versus Organwalter

Nach § 9b Abs. 1 S. 1 WEG wird die GdWE grundsätzlich durch den Verwalter gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Der Begriff des „Verwalters“ meint an dieser Stelle des Gesetzes das für die Vertretung zuständige Organ in Kompetenzabgrenzung zu anderen Organen der GdWE (z. B. der Eigentümersammlung als „internes“ Willensbildungsorgan; vgl. Gutachten DNotI-Report 2025, 82 ff.; Bärmann/Pick/Emmerich, WEG, 21. Aufl. 2025, § 18 Rn. 23).

a) Bestimmung des Organwalters mittels Beschlusses der Wohnungseigentümer

Nach § 26 Abs. 1 WEG beschließen die Wohnungseigentümer über die Bestellung und Abberufung des Verwalters. An dieser Stelle des Gesetzes ist mit dem Begriff des „Verwalters“ jene konkrete Person gemeint, die das abstrakte

Organ „Verwalter“ personell ausfüllt, mithin die Bestellung bzw. die Abberufung des konkreten Organwalters.

Eine **Delegation der Bestellungsbefugnis** ist **nicht möglich** (vgl. § 26 Abs. 5 WEG). Vielmehr müssen die Wohnungseigentümer selbst die Entscheidung betreffend die Auswahl des Verwalters (Organwalters) treffen. Ein Beschluss, mit dem die Bestellung des Verwalters einem Dritten (beispielsweise dem Verwaltungsbeirat) übertragen wird, ist nichtig (vgl. BeckOGK-WEG/Greiner, Std.: 1.9.2025, § 26 Rn. 46; Müller/Fichtner, Wohnungseigentum, 7. Aufl. 2022, § 12 Rn. 100; Bärmann/Becker, WEG, 16. Aufl. 2025, § 29 Rn. 95; Hügel/Grüner, Wohnungseigentum, 5. Aufl. 2021, § 10 Rn. 60; Hügel/Elzer, WEG, 4. Aufl. 2025, § 26 Rn. 116; BeckOK-WEG/Elzer, Std.: 1.10.2025, § 26 Rn. 112; Müller, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 4. Aufl. 2004, Teil 7, Abschn. B.II., Rn. 889).

So führt beispielsweise das **KG** aus:

„Über die Bestellung des Verwalters haben die Wohnungseigentümer durch Beschluss zu entscheiden, § 26 Abs. 1 S. 1 WEG. [...] In den Grundakten befindet sich lediglich ein Protokoll über die Eigentümersammlung vom 18.12.2007, in der aber ein Beschluss über die Bestellung des F.-M. H. gerade nicht getroffen worden war. Vielmehr wurden der Verwaltungsbeirat und der damalige Verwalter beauftragt, die Auswahl zwischen mehreren Angeboten zu treffen. Die Übertragung der Befugnis zur Bestellung des sodann ausgewählten Bewerbers war damit nicht verbunden. Sie wäre im Übrigen auch nichtig, §§ 26 Abs. 1 S. 4 WEG, 134 BGB (Bub, in: Staudinger, BGB, 2005, § 26 WEG, Rdn. 14, § 29, Rdn. 122).“

(KG ZWE 2012, 426)

b) Zwischenergebnis

Der mitgeteilte Sachverhalt deutet darauf hin, dass ein Beschluss der Wohnungseigentümer über die Bestellung eines konkreten Organwalters wohl nicht stattfand, und zwar auch nicht nach Beauftragung des Beirats zur Sondierung der Angebote. Hierbei handelt es sich freilich um eine Tatfrage, die das DNotI nicht abschließend beurteilen kann.

Die (Auslegungs-)Frage, ob in dem Beschluss, wonach „der Beirat sich mit beiden Anbietern trifft,

um offene Fragen zu klären und anschließend eine der beiden Verwaltungen beauftragt“, nicht lediglich die Beauftragung zum finalen Aushandeln der Bedingungen des zivilrechtlichen Verwaltervertrages liegt (zur herrschenden, wenn auch nicht unumstrittenen sog. Trennungstheorie vgl. Bärmann/Becker, § 26 Rn. 30-35), sondern hiermit auch eine Ermächtigung zur Verwalterbestellung verbunden sein sollte, kann hingegen dahinstehen, da ein solcher Ermächtigungsbeschluss nichtig wäre.

Auf der Grundlage des mitgeteilten Sachverhalts ist davon auszugehen, dass die **GdWE derzeit verwalterlos** ist.

3. Rechtsgeschäftliche Vertretung der GdWE

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt wurde eine „Verwaltervollmacht“ erteilt. Dem mitgeteilten Sachverhalt lässt sich nicht entnehmen, wann und durch wen diese Vollmacht erteilt wurde. Wir vermuten allerdings, dass es sich hierbei um eine rechtsgeschäftliche Vollmacht oder um eine Vollmachtsbescheinigung i. S. v. § 27 Abs. 6 WEG a. F. handelt, die im Rahmen des zivilrechtlichen Verwaltervertrages erteilt wurde (zum rechtshistorischen Hintergrund solcher Vollmachten vgl. Hügel/Müller, Wohnungseigentum, 5. Aufl. 2021, § 3 Rn. 200; BeckOGK-WEG/Greiner, Std.: 1.4.2020, § 27 Rn. 122-127, § 26 Rn. 71-71.1, vgl. exemplarisch Carl Mang, in: Vertragsformulare Premium, Std.: 1.6.2025, Ziff. 1.1.7.2 (Verwaltervertrag nebst Verwaltervollmacht); Rüscher, in: Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 5. Aufl. 2022, Form. J. IV. Anm. 1-4). Bei lebensnahem Verständnis des mitgeteilten Sachverhalts gehen wir daher davon aus, dass die Vollmacht von dem im Rahmen der Eigentümerversammlung beauftragten „Beirat“ erteilt wurde.

a) Vertretungsmacht des Beiratsvorsitzenden oder eines durch Beschluss dazu ermächtigten Wohnungseigentümers gem. § 9b Abs. 2 WEG

Dem Verwalter gegenüber vertritt die GdWE der Vorsitzende des Verwaltungsbirats oder ein durch Beschluss dazu ermächtigter Wohnungseigentümer, **§ 9b Abs. 2 WEG**.

Nach dem eindeutigen Wortlaut der Norm besteht die **Vertretungsmacht in des nur gegenüber dem (bestellten) Verwalter, nicht jedoch gegenüber einem Nicht-Verwalter** (vgl. BeckOGK-WEG/Greiner, § 9b Rn. 24). Dies folgt bereits aus dem Normzweck des § 9b Abs. 2 WEG. Die Bestim-

mung dient dazu, den Abschluss von Verträgen zwischen der GdWE einerseits und dem Verwalter (genauer gesagt: dem Organwalter) bzw. von Rechtsgeschäften der GdWE gegenüber dem Verwalter (genauer gesagt: dem Organwalter) zu ermöglichen, welcher dem Verwalter wegen des Verbots des Insichgeschäfts gem. § 181 Alt. 1 BGB sonst nicht möglich wäre (vgl. BeckOGK-WEG/Greiner, § 9b Rn. 23; Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rn. 220 ff.; dieselben, Wohnungseigentumsrecht, Rn. 11.36). Ein Insichgeschäft liegt allerdings nicht vor, wenn jene Person, mit bzw. gegenüber der die GdWE ein Rechtsgeschäft vornehmen möchte, überhaupt nicht Verwalter i. S. v. § 9b Abs. 1 S. 1 WEG ist.

Die Frage, ob die Vertretungsmacht gem. § 9 Abs. 2 WEG bereits dann eingreift, sobald ein Bestellungsbeschluss i. S. v. § 26 Abs. 1 WEG wirksam gefasst worden ist, aber der Bestellungsakt erst mit Wirkung für die Zukunft gelten soll („Bestellung zum Verwalter mit Wirkung zum ...“), bedarf hier keiner Entscheidung (ablehnend AG Hamburg-Blankenese BeckRS 2024, 37111 Rn. 13, unter Hinweis darauf, dass der noch amtierende „alte“ Verwalter den Vertrag mit dem neuen Verwalter habe abschließen müssen), da vorliegend ein Beschluss i. S. v. § 26 Abs. 1 WEG wohl nicht gefasst wurde.

Ausgehend davon, dass eine Bestellung i. S. v. § 26 Abs. 1 WEG nicht stattfand, scheidet u. E. eine Vertretungsmacht des Beiratsvorsitzenden oder eines ermächtigten Wohnungseigentümers aus § 9b Abs. 2 WEG aus, sodass eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht zugunsten des (Nicht-)Verwalters nicht begründet wurde.

Nur der Vollständigkeit halber sei Folgendes angemerkt: Neben der gesetzlichen Vertretungsmacht gem. § 9b Abs. 2 WEG käme noch in Betracht, dass der Beirat seinerseits aufgrund rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht die Verwaltervollmacht erteilt, also dem (Nicht-)Verwalter eine Untervollmacht eingeräumt hat. Die wirksame Erteilung einer Hauptvollmacht durch die GdWE würde indes eine allseitige Mitwirkung sämtlicher Wohnungseigentümer i. S. v. § 9b Abs. 1 S. 2 WEG voraussetzen. Für eine solche allseitige Mitwirkung sämtlicher Wohnungseigentümer bietet der mitgeteilte Sachverhalt keinerlei Anhaltspunkte; ein schlichter Mehrheitsbeschluss genügt – nach der bewussten Entscheidung des WEMoG-Gesetzgebers – für

die Vertretung einer verwalterlosen Gemeinschaft nicht (vgl. BeckOGK-WEG/Greiner, § 9b Rn. 15; Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rn. 235, 236, 242; dieselben, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. 2025, Rn. 11.27: auch Gesamtvertreterermächtigung durch Mehrheitsbeschluss nicht möglich). Überdies würde sich mit Blick auf eine dem beauftragten Beirat erteilte Hauptvollmacht die Frage aufdrängen, ob diese nicht gem. §§ 133, 157, 242 BGB regelmäßig dahingehend auszulegen ist, dass der Beirat nur dem Verwalter (genauer gesagt: Organwalter) der GdWE, aber gerade nicht einen Nicht-Verwalter eine entsprechende „Verwaltervollmacht“ erteilen kann. Sofern also nicht hinreichend in der Haupt- sowie in der Untervollmacht jeweils zum Ausdruck kommt, dass die jeweilige Vollmachtserteilung auch zur Bevollmächtigung eines Nicht-Verwalters dienen soll, wäre die „Verwaltervollmacht“ bereits wegen dieser Auslegungsfrage praktisch untauglich (insbesondere mit Blick auf die Notwendigkeit eines grundbuchtauglichen Vollmachtsnachweises).

b) Vertretungsnachweis i. S. v. § 27 Abs. 6 WEG a.F.

Die gesetzliche Vertretungsmacht des Verwalters gem. § 27 Abs. 3 WEG a. F. war beschränkt und deckte eine Vielzahl von Rechtsgeschäften, die mit einer Verwaltung typischerweise verbunden sind, nicht ab. In der Praxis beruhte die Vertretungsmacht des Verwalters daher vielfach auf legitimierenden Beschlüssen der Gemeinschaft (vgl. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG a. F.) oder rechtsgeschäftlich erteilten Vollmachten. Nach § 27 Abs. 6 WEG a. F. konnte der Verwalter – um seine Vertretungsmacht im Rechtsverkehr nachweisen zu können – von den Wohnungseigentümern die Ausstellung einer Vollmachts- und Ermächtigungsurkunde verlangen, aus der der Umfang seiner Vertretungsmacht ersichtlich war. Es entsprach dabei einer gängigen Praxis, dass die Wohnungseigentümer mittels eines Beschlusses i. S. v. § 27 Abs. 3 S. 3 WEG a.F. einen oder mehrere von ihnen mit der Vertretung des Verbandes, d. h. mit der Unterzeichnung der Vollmachts- und Ermächtigungsurkunde beauftragten (vgl. BeckOGK-WEG/Greiner, § 27 Rn. 122-127).

Selbst dann, wenn die hier in Rede stehende (und wohl gescheiterte) Verwalterbestellung vor dem Inkrafttreten des WEMoG erfolgt sein sollte, erscheint es fernliegend, dass hier der (Nicht-)Verwalter aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Ver-

tretungsmacht die GdWE bei der Erteilung der Zustimmung i. S. v. § 12 WEG vertreten kann. Die Annahme, eine entsprechende Vollmacht sei erteilt worden, erscheint deshalb fernliegend, weil nach vormaligem dogmatischem Verständnis ein Verwalter bei der Zustimmung gerade nicht namens der GdWE handelte, sondern im eigenen Namen als „Treuhänder“ für die Wohnungseigentümer. Demzufolge *konnte* (nicht notwendigerweise durfte) ein wirksam bestellter Verwalter die Zustimmung auch ohne Vollmacht erteilen. Nach vormaligem Rechtsverständnis stand mithin überhaupt kein Anlass, dem (vermeintlichen) Verwalter namens der GdWE eine Vollmacht zur Erteilung der Zustimmung gem. § 12 WEG zu erteilen. Wir gehen daher davon aus, dass eine entsprechende Vollmacht nicht erteilt wurde. Letztlich handelt es sich aber auch hierbei um eine Tatfrage, die wir – nicht zuletzt mangels Kenntnis des genauen Inhalts der Vollmacht – nicht beurteilen können.

Aus praktischer Sicht kann die Tatfrage dahinstehen, weil sich auch dann die o.g. Auslegungsfrage stellen würde, sofern nicht hinreichend zum Ausdruck kommt, dass die „Verwaltervollmacht“ auch für einen Nicht-Verwalter gelten soll.

Jedenfalls erscheint uns eine Ermächtigung i. S. v. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG a. F. ausgeschlossen, weil eine solche Ermächtigung (die nach vormals herrschendem Verständnis als gesetzliche bzw. organschaftliche Vertretungsmacht begriffen wurde, vgl. BeckOGK-WEG/Greiner, Std.: 1.4.2020, § 27 Rn. 106) nur gegenüber einem *Verwalter*, nicht aber gegenüber einem *Nicht-Verwalter* in Betracht kommt.

Nach alledem gehen wir davon aus, dass der (Nicht-)Verwalter die GdWE vorliegend auch nicht aufgrund rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht (oder aufgrund eines Ermächtigungsbeschlusses i. S. v. § 27 Abs. 3 S. 1 Nr. 7 WEG a.F.) bei Erteilung der Zustimmung gem. § 12 WEG vertreten kann.

4. Keine Rückwirkung eines Bestellungsbeschlusses

Die Bestellung eines Verwalters i. S. v. § 26 Abs. 1 WEG mit zeitlicher Rückwirkung ist nicht möglich (vgl. Gutachten DNotI-Report 2006, 62; Hügel/Elzer, § 26 Rn. 10; BeckOK-WEG/Elzer, § 26 Rn. 10; Fuhrländer/Füllbeck/de Iaco, WEG-Verwaltung-HdB, 2022, § 4 Rn. 303; Schneider, Wohnungseigentumsrecht, 2017, Kap. I. Rn. 43).

Sollte gleichwohl ein rückwirkender Beschluss gefasst werden, so wäre nach unserem Dafürhalten die Bestellung zum Verwalter allerdings nicht insgesamt unwirksam, sondern würde lediglich – dem Rechtsgedanken des § 139 Hs. 2 BGB entsprechend – *ex nunc* gelten (vgl. Schneider, Rn. 43; DNotI-Abrufgutachten Nr. 193990).

Sinnvollerweise ist vorliegend die Zustimmung nach wirksamer Verwalterbestellung zu wiederholen (die Frage, ob die durch einen Nichtberechtigten erteilte Zustimmung i. S. v. § 12 WEG nachträglich genehmigt werden kann oder insoweit § 180 S. 1 BGB anwendbar wäre, stellt sich dann nicht).

5. Ergebnis

Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer dürfte derzeit verwalterlos sein, sodass die Vertretung gem. § 9b Abs. 1 S. 2 WEG durch die Wohnungseigentümer gemeinschaftlich zu erfolgen hat. Eine rückwirkende Verwalterbestellung ist nicht möglich. Es erscheint sinnvoll, nach einer wirksamen Verwalterbestellung die Zustimmung i. S. v. § 12 WEG zu wiederholen.

WEG §§ 31, 32, 39

Dauernutzungsrecht; Eintragung; Fortbestehensvereinbarung; Bezugnahme auf Eintragungsbewilligung

I. Sachverhalt

Im Grundbuch einer Teileigentumseinheit wurde die Eintragung eines Dauernutzungsrechts nach §§ 31 ff. WEG beantragt. Teil des Antrags war auch die ausdrückliche Eintragung einer Veräußerungsbeschränkung sowie des Bestehenbleibens des Dauernutzungsrechts im Falle der Zwangsversteigerung.

Das Grundbuchamt hat das Dauernutzungsrecht wie folgt im Grundbuch eingetragen:

„Beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Dauernutzungsrecht) für [...]; gemäß Bewilligungen vom [...] eingetragen am [...]. Veräußerungsbeschränkung, befristet; ergänzend eingetragen am [...].“

Die ausdrückliche Verlautbarung des Bestehenbleibens des Dauernutzungsrechts im Falle der Zwangsversteigerung im Eintragungsvermerk wurde vom zuständigen Rechtspfleger abgelehnt.

II. Fragen

1. Handelt es sich beim einem Dauernutzungsrecht nach §§ 31 ff. WEG um eine – so im Grundbuch einzutragende – beschränkte persönliche Dienstbarkeit?

2. Muss das Bestehenbleiben des Dauernutzungsrechts im Falle der Zwangsversteigerung ausdrücklich im Grundbuch eingetragen werden oder genügt die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung?

III. Zur Rechtslage

1. Eintragung eines Dauerwohn- bzw. Dauernutzungsrechts im Grundbuch

Die wirksame Entstehung eines Dauerwohn- bzw. Dauernutzungsrechts nach § 31 WEG setzt die Eintragung der Grundstücksbelastung im Grundbuch voraus.

§ 32 Abs. 2 S. 1 WEG ermöglicht hierbei, zur näheren Bezeichnung des Gegenstands und Inhalts des Dauerwohnrechts auf die Eintragungsbewilligung Bezug zu nehmen. Gleichwohl muss der Eintragungsvermerk selbst den wesentlichen Inhalt, mithin den Berechtigten, die allgemeine rechtliche Natur und die besondere Art des Rechts wiedergeben (BayObLGZ 1960, 231). Dem wird durch die Eintragung als „Dauerwohnrecht“ bzw. „Dauernutzungsrecht“ oder bei Kombination als „Dauerwohnrecht und Dauernutzungsrecht“ Rechnung getragen (Staudinger/Wobst, BGB, 2023, § 32 WEG Rn. 9; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3003).

Eine entsprechende schlagwortartige Bezeichnung als Dauernutzungsrecht ist in dem vorliegenden Eintragungsvermerk enthalten.

Im vorliegenden Fall stellt sich jedoch die Frage, ob die zusätzliche Bezeichnung als „beschränkte persönliche Dienstbarkeit“ schädlich sein könnte. Insoweit verstößt eine Eintragung gegen den sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, wenn diese das Recht mehrdeutig ausweist. Das Recht muss so genau bezeichnet werden, dass hieran keine Zweifel bestehen (vgl. Bauer/Schaub, GBO, 5. Aufl. 2023, Kap. C. Rn. 369).

Eine solche Mehrdeutigkeit ist u. E. im vorliegenden Eintragungsvermerk jedoch nicht zu sehen. Denn insoweit ist festzustellen, dass das Dauernutzungsrecht nach § 31 Abs. 2 WEG zwar ein

gegenüber der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nach §§ 1090 ff. BGB eigenständig typisiertes dingliches Recht zur Raumnutzung darstellt. Gleichwohl handelt es sich schon der **Gesetzesbegründung** nach **um ein dem Wohnungsrecht nach § 1093 BGB nachgebildetes Recht** (BR-Drs. 75/51 S. 25). Dementsprechend wird das Dauerwohn-/nutzungsrecht als **besondere Form der Dienstbarkeit** qualifiziert (OLG München ZWE 2013, 323; Grüneberg/Wicke, BGB, 84. Aufl. 2025, § 31 WEG Rn. 1; BeckOK-WEG/Munzig, Std.: 1.10.2025, § 31 Rn. 3; MünchKommBGB/Kafka, 9. Aufl. 2023, § 31 WEG Rn. 6; Lehmann, RNotZ 2011, 1, 5; Dammertz, MittRhNotK 1970, 73, 108; Hoche, DNotZ 1953, 148, 152 spricht von einer „unbeschränkten persönlichen Dienstbarkeit“; Schöner/Stöber, Rn. 2803 bezeichnet es hingegen als „nießbrauchsähnliches Recht“), für welches jedoch die besonderen Vorschriften der §§ 31 ff. WEG gelten. Insoweit wird auch davon ausgegangen, dass die spezielleren Vorschriften der §§ 31 ff. WEG den §§ 1090 ff. BGB vorgehen, jedoch diese nicht vollständig überlagern und im Übrigen ein Rückgriff auf die Vorschriften, die für beschränkte persönliche Dienstbarkeiten gelten, möglich ist (OLG München ZWE 2016, 337; Bärmann/Schneider, WEG, 16. Aufl. 2025, Vor § 31 Rn. 13). Es handelt sich daher im Verhältnis zwischen Dauerwohn-/nutzungsrecht und beschränkter persönlicher Dienstbarkeit nicht um ein „*aliud*“ im rechtlichen Sinne. Aufgrund der Kennzeichnung im Eintragungsvermerk als „Dauernutzungsrecht“ (vgl. die Legaldefinition in § 31 Abs. 2 WEG) ist die Rechtsqualität hinreichend erkennbar. Die zusätzliche Verwendung des Begriffs „beschränkte persönliche Dienstbarkeit“ im Eintragungstext erscheint daher zwar entbehrlich, aber rechtlich unschädlich.

2. Schicksal im Falle der Zwangsversteigerung
Nach § 39 WEG kann als dinglicher Inhalt des Dauerwohn- bzw. Dauernutzungsrechts vereinbart werden, dass das Recht im Fall der Zwangsversteigerung oder -verwaltung auch dann bestehen bleibt, wenn vor- oder gleichrangige Hypotheken-, Grund- und Rentenschuld- sowie Reallastgläubiger vollstrecken, um ein Erlöschen nach § 44 ZVG zu verhindern.

a) Streitstand zur Notwendigkeit einer Angabe im Eintragungsvermerk

Ob das Bestehenbleiben des Dauerwohn- bzw. Dauernutzungsrechts in der Zwangsversteigerung nach § 39 WEG im grundbuchlichen Ein-

tragungsvermerk ausdrücklich genannt werden muss oder die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung nach § 32 Abs. 2 S. 1 WEG insoweit ausreicht, ist **umstritten**.

Eine Vielzahl an Stimmen in der Literatur hält eine ausdrückliche (schlagwortartige) Nennung der Fortbestehensvereinbarung nach § 39 WEG im **Eintragungsvermerk für erforderlich** (Weitnauer/Mansel, WEG, 9. Aufl. 2004, § 39 Rn. 13; BeckOK-WEG/Schulz, Std.: 1.9.2025, § 32 Rn. 9; Vandenhouten in: Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 13. Aufl. 2020, § 39 Rn. 6; MünchKommBGB/Kafka, § 32 WEG Rn. 7; Hügel/Elzer, WEG, 4. Aufl. 2025, § 39 Rn. 2; Schöner/Stöber, Rn. 3005; Lehmann, RNotZ 2011, 1, 20; Weitnauer, DNotZ 1951, 486, 496). Lediglich wegen des näheren Inhalts der Vereinbarung sei die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung möglich. Begründet wird dies im Wesentlichen mit dem Erfordernis gebotener Klarheit des Grundbuchs und andernfalls entstehenden erheblichen Erschwerungen für das Zwangsvollstreckungsverfahren, sowie mit einem Vergleich zur ausdrücklich im Eintragungsvermerk zu verlautbarenden Veräußerungsbeschränkung nach § 35 WEG i. V. m § 12 WEG, § 7 Abs. 3 S. 2 WEG.

Demgegenüber wird die **bloße Bezugnahme** auf die Eintragungsbewilligung über § 32 Abs. 2 S. 1 WEG von anderen Teilen der Literatur als **ausreichend** erachtet (Staudinger/Wobst, § 39 WEG Rn. 5; Grüneberg/Wicke, § 39 WEG Rn. 2; Soergel/Weber, BGB, 2018, § 39 WEG Rn. 6; BeckOK-WEG/Munzig, § 39 Rn. 14).

Eine vermittelnde Ansicht hält hierbei im Hinblick auf die materiell-rechtliche Wirksamkeit die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung für ausreichend, **empfiehlt** jedoch gleichwohl eindringlich die unmittelbare Eintragung im Grundbuch (Keller, in: KEHE, GBO, 9. Aufl. 2024, § 3 Einl. 144, „unbedingt ratsam“; Bärmann/Schneider, § 32 Rn. 7, 50, „zweckmäßigerweise“; Bauer/Schaub, AT Kap. E. Rn. 424, „Bezugnahme zwar ausreichend, wenngleich nicht empfehlenswert“; wohl auch Schöner/Stöber, Rn. 3005 f.).

b) Stellungnahme

Aus unserer Sicht dürfte im Hinblick auf die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Fortbestehensvereinbarung die **Bezugnahme** auf die Eintragungsbewilligung **ausreichen**. Die Fortbestehensvereinbarung nach § 39 WEG ist

Rechtsinhalt des Dauerwohnrechts (BeckOK-WEG/Munzig, § 39 Rn. 8). § 32 Abs. 2 S. 1 WEG erlaubt die Bezugnahme für den **Inhalt** des Dauerwohn-/nutzungsrechts.

Dass eine Veräußerungsbeschränkung der unmittelbaren Eintragung bedarf, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung. Für die unmittelbare Eintragung der Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG besteht eine gesetzliche Anordnung in § 7 Abs. 3 S. 2 WEG(vgl. insbesondere BT-Drs. 19/18791, S. 42: „Der neue § 7 Absatz 3 Satz 2 sieht zum Schutz von Erwerbern vor, dass bestimmte, für Erwerber besonders bedeutsame Regelungen ausdrücklich in das Grundbuch eingetragen werden müssen, um gegen sie zu wirken; eine Bezugnahme nach Satz 1 genügt insoweit nicht. Für Veräußerungsbeschränkungen nach § 12 ist dies bislang schon in § 3 Absatz 2 der Wohnungsgrundbuchverfügung (WGV) vorgesehen. Die zusätzliche Aufnahme dieser Vorschrift in das WEG dient der Rechtsklarheit; inhaltliche Änderungen sind damit nicht verbunden.“). Dass der Gesetzgeber für die Veräußerungsbeschränkung nach § 35 WEG entsprechendes nicht in § 32 Abs. 2 WEG übernommen hat, wird hierbei als redaktionelles Versehen gewertet und § 7 Abs. 3 S. 2 WEG entsprechend herangezogen (Staudinger/Wobst, § 35 WEG Rn. 11; BeckOGK-WEG/Schulz, § 32 Rn. 8; Schöner/Stöber, Rn. 3005; a. A. Grüneberg/Wicke, § 35 WEG Rn. 1). Für die Fortbestehensvereinbarung hingegen fehlt es an einer entsprechenden **normativen Grundlage** für die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Eintragung (Staudinger/Wobst, § 39 WEG Rn. 5); eine solche Notwendigkeit lässt sich weder dem WEG noch der WGV entnehmen.

Für das Erfordernis einer ausdrücklichen grundbuchlichen Verlautbarung kann u. E. auch nicht das Erfordernis der gebotenen **Klarheit des Grundbuchs** angeführt werden. Es lässt sich schon grundsätzlich anzweifeln, dass diese Erwähnung überhaupt dazu geeignet ist, die Frage zu beantworten, ob eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (i. S. v. § 874 BGB, § 7 Abs. 3 S. 1 WEG § 32 Abs. 2 S. 1 WEG) ausreichend oder eine ausdrückliche (schlagwortartige) Verlautbarung notwendig ist (insoweit seien exemplarisch sog. Sondernutzungsrechte genannt, die nach h.M. im grundbuchlichen Eintragungsvermerk nicht ausdrücklich verlautbart sein müssen, sondern eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung genügt, vgl. BeckOGK-WEG/Meier,

Std. 1.8.2025, § 7 Rn. 24 m. w. N.). Allerdings vertritt der BGH im Kontext von Bedingungen/Befristungen, die den rechtlichen Bestand eines eingetragenen Rechts betreffen, die Rechtsauffassung, dass die **Publizitätsfunktion** des Grundbuchs eine unmittelbare Verlautbarung im Eintragungsvermerk selbst erfordere (MittBayNot 2021, 239; Schöner/Stöber, Rn. 266 m. w. N.). Maßgeblich hierfür ist jedoch die Erkenntnis, dass Bedingungen/Befristungen den unmittelbaren Bestand des Rechts betreffen und daher nicht bloßer Inhalt des Rechts sind. Im Gegensatz hierzu ist die Fortbestehensvereinbarung Inhalt des Rechts und betrifft nicht unmittelbar dessen Bestand. Insbesondere aber sehen wir vorliegend in der Eröffnung der Möglichkeit der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung weder die Gefahr einer Unklarheit des Grundbuchs, noch eine Beeinträchtigung der Publizitätsfunktion. Die Fortbestehensvereinbarung nach § 39 WEG ähnelt in ihrer Wirkung insoweit einem Rangrücktritt nach § 880 BGB, als dass das Dauerwohnrecht im Falle einer Zwangsversteigerung gegenüber den zustimmenden Gläubigern (§ 39 Abs. 2 WEG) nicht durch Zuschlag erlöschen würde (§§ 52 Abs. 1 S. 2, 91 ZVG), sondern im geringssten Gebot (§ 52 Abs. 1 ZVG) zu berücksichtigen wäre. Im Rahmen des Rangrücktritts entspricht es aber der h. M., dass in Anlehnung an § 881 Abs. 2 Hs. 2 BGB im Hinblick auf die materielle Wirksamkeit eine ausdrückliche Verlautbarung im Eintragungstext nur bei dem zurücktretenden Recht erforderlich ist, nicht hingegen auch beim vortretenden Recht selbst (RG HRR 19311 Nr. 1912; BayObLGZ 1988, 333; OLG Celle BeckRS 1997, 1502; BeckOGK-BGB/Kesseler, Std.: 1.5.2023, § 880 Rn. 29; MünchKommBGB/Lettmaier, 9. Aufl. 2023, § 880 Rn. 11; BeckOK-BGB/H.-W. Eckert, Std.: 1.8.2025, § 880 Rn. 4; Grüneberg/Herrler, § 880 Rn. 3; jurisPK-BGB/Vieweg/Egger, 10. Aufl. 2023, § 880 Rn. 17; Demharter/Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 45 Rn. 58; Ulbrich, MittRhNotK 1995, 289; a. A. KGJ 45, 293; Staudinger/S. Heinze, BGB, 2018, § 880 Rn. 22 m. w. N.; § 18 GBV, der insoweit eine Verlautbarung bei allen betroffenen Rechten erfordert, betrifft reines Grundbuchverfahrensrecht). In Anlehnung an die Vergleichbarkeit mit dem Institut des Rangrücktritts hält die ganz h. M. im Kontext des § 39 Abs. 1, 2 WEG grundbuchverfahrensrechtlich auch die separate Eintragung von „Rangvermerken“ analog § 18 GBV bei den beteiligten Rechten für notwendig (LG Hildesheim, RPfleger 1966, 116; Hügel/Elzer, § 39 Rn. 2; BeckOGK-WEG/Schulz, § 39

Rn. 5; Soergel/Weber, § 39 WEG Rn. 6; Vandenhouten in: Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, § 39 Rn. 7; BeckOK-WEG/Munzig, § 39 Rn. 22 m. w. N.; a. A. Staudinger/Wobst, § 39 Rn. 7). Insoweit erscheint es uns aus Sicht des **Gebots der Klarheit** und der **Publizitätsfunktion des Grundbuchs** angezeigt, die Bezugnahme nach § 32 Abs. 2 S. 1 WEG auf die Eintragungsbewilligung als ausreichend zu erachten (so auch Bärman/Schneider, § 39 Rn. 50).

3. Ergebnis

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die Rechtslage im Hinblick auf ein unmittelbares Eintragungserfordernis der Fortbestehensvereinbarung nach § 39 WEG ungeklärt ist. Aus unserer Sicht sprechen die besseren Argumente dafür, die Bezugnahme nach § 32 Abs. 2 S. 1 WEG materiell-rechtlich ausreichen zu lassen. Gleichwohl sprechen sich namhafte Stimmen in der Literatur für eine unmittelbare Eintragung im Grundbuch aus bzw. raten eine solche an. Höchstrichterliche Rechtsprechung existiert zu dieser Frage bislang nicht. Vor diesem Hintergrund dürfte sich das pflichtgemäße Ermessen des Grundbuchamtes betreffend die Fassung des Eintragungsvermerks dahingehend reduzieren, dass es im Interesse der Rechtssicherheit für die Beteiligten den sichersten Weg zu beschreiten hat.

BGB §§ 164, 168; GBO §§ 35, 39, 40 Grundstücksveräußerung unter Einsatz einer transmortalen Vollmacht; Voreintragungsgrundsatz; Grundbuchberichtigung; Erbnachweis

I. Sachverhalt

Eine Immobilie soll veräußert werden. Als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist ein inzwischen verstorbener Mann. Dieser hatte mit seiner nachverstorbenen Ehefrau einen Erbvertrag errichtet, in dem sich beide gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt hatten. Eine Schlusserbeneinsatz oder weitere, für die Erbfolge relevante Verfügungen enthielt der Erbvertrag nicht. Eine (einseitige) Verfügung von Todes wegen der nachverstorbenen Ehefrau gibt es nicht.

Allerdings hatte die Ehefrau eine transmortale, notariell beurkundete Vollmacht an den Neffen erteilt, der nun für die Erben die Immobilie veräußern möchte. Der Erwerber benötigt zu Finanzierungszwecken eine Grundschuld. Die

Beantragung eines Erbscheins soll aus Kosten- und Zeitgründen vermieden werden. Das Grundstück liegt im Bezirk eines Grundbuchamts, das die Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld auf Grundlage einer Bewilligung durch den transmortal Bevollmächtigten nicht beanstandet.

II. Fragen

1. Kann auf dieser Grundlage (ausnahmsweise) die Berichtigung des Grundbuchs auf einen Toten erfolgen, damit – untechnisch gesprochen – der Vertrag „läuft“ und insbesondere die Finanzierungsgrundschuld eingetragen werden kann?
2. Falls nein, gibt es andere Möglichkeiten, das Erbscheinsverfahren nach dem Tod der Ehefrau zu vermeiden?

III. Zur Rechtslage

1. Regelmäßig keine Eintragung eines Verstorbenen als Eigentümer im Grundbuch

Die inzwischen nachverstorbene Ehefrau kann nicht mehr im Grundbuch eingetragen werden, da regelmäßig nur lebende (rechtsfähige) Personen im Grundbuch zu buchen sind (BayObLG NJW-RR 1995, 272, 273; OLG München FGPrax 2018, 109, 110; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3347 m. w. N.). Die Rechtsprechung hat von diesem Grundsatz nur auf dem Gebiet des Zwangsversteigerungsrechts eine Ausnahme anerkannt (BayObLG NJW-RR 1995, 272, 273; KG JFG 10, 208, 211; Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 19 Rn. 98): Der Ersteher in der Zwangsversteigerung gem. § 130 ZVG kann auch dann eingetragen werden, wenn er zwischenzeitlich verstorben ist; denn das Versteigerungsergebnis kann nur im Ganzen eingetragen werden und das Vollstreckungsgericht ist zur Ermittlung des Erben weder verpflichtet noch berechtigt. Diese Ausnahme spielt vorliegend aber keine Rolle.

Es muss daher davon ausgegangen werden, dass eine **Grundbuchberichtigung** auch vorliegend **nicht in der Weise durchgeführt werden kann, dass als Eigentümer der Immobilie der inzwischen nachverstorbene Ehegatte eingetragen wird**, für den ein Erbnachweis wegen des vorliegenden Erbvertrages gem. § 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GBO geführt werden könnte.

2. Ausgangspunkt: Kein Erbnachweis bei Einsatz einer transmortalen Vollmacht

Die dem Neffen erteilte Vollmacht soll ausdrücklich Wirkung über den Tod des Vollmachtgebers

(Ehefrau) hinaus entfalten. Ihre Verwendung kommt bei der in Aussicht stehenden Beurkundung daher zumindest in Betracht.

Soweit für die anstehende Beurkundung eine Voreintragung der gegenwärtigen Eigentümer (Erbe oder Erbengemeinschaft nach der Ehefrau) **nicht** aus grundbuchverfahrensrechtlichen Gründen gem. § 39 Abs. 1 GBO erforderlich ist, da die Ausnahme nach § 40 Abs. 1 GBO im konkreten Fall eingreift, **muss der transmortal Bevollmächtigte grundsätzlich keinen Erbnachweis nach Maßgabe des § 35 GBO führen**. Er muss auch nicht die Erben namhaft machen, für die er handelt. Dies ist unbestritten (OLG Frankfurt a. M. DNotZ 2012, 140; OLG München FGPrax 2014, 242; OLG Schleswig FGPrax 2014, 206, OLG Dresden ZEV 2012, 339; Thelen/Bühler, NJW 2024, 2950, 2952 Rn 13; Demharter, § 35 Rn. 9; Meikel/Krause/Weber, GBO, 12. Aufl. 2021, § 35 Rn. 28; BeckOK-GBO/Wilsch, Std.: 1.9.2025, § 35 Rn. 80 m. w. N.).

3. Reichweite der Ausnahmen vom Voreintragungsgrundsatz nach § 40 Abs. 1 GBO; Sonderproblematik Finanzierungsgrundschuld

a) Vorliegend soll abschließend die **Eigentumsumschreibung** hinsichtlich der Immobilie auf den Käufer vorgenommen werden. Dies ist als Übertragung des Rechts gem. § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO ohne Voreintragung des oder der Erben möglich. Die Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz gem. § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO ist auch dann einschlägig, wenn – wie hier – der bzw. die **Erbeserben** des eingetragenen Berechtigten (Ehemann) materiell in deren Recht betroffen wird. Auch diese Erbeserben (hier: Erbe oder Erbengemeinschaft nach der Ehegatten) sind also „Erbe des eingetragenen Berechtigten“ (erstverstorbener Ehemann) i. S. v. § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO (s. bereits RGZ 53, 304; Demharter, § 40 Rn. 3; Meikel/Böttcher, § 40 Rn. 5 m. w. N.).

b) Unbestritten ist auch die zwischenzeitliche Eintragung einer **Auflassungsvormerkung**, die die spätere Eigentumsumschreibung auf den Käufer nur vorbereitet und mit der Eigentumsumschreibung zugleich wieder aus dem Grundbuch verschwindet, voreintragungsfrei möglich (BGH NJW 2018, 3310 Rn. 6; Schöner/Stöber, Rn. 142c m. w. N.). Auch insoweit ist also grundbuchverfahrensrechtlich keine Grundbuchberichtigung erforderlich.

c) Ob auch die Eintragung der vom Käufer benötigten Finanzierungsgrundschuld ohne Voreintragung des/der Erben erfolgen kann, ist umstritten. Vom Wortlaut der Ausnahme des § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO ist der Fall nicht erfasst. Eine in der neueren Rechtsprechung vordringende, inzwischen wohl überwiegende Auffassung will die Belastung eines Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld zu Gunsten der Käuferbank im Wege einer Analogie dem Anwendungsbereich des § 40 Abs. 1 Var. 2 GBO zuschlagen, hält eine Voreintragung also für entbehrlich (etwa mit Einzelargumentation OLG Frankfurt a. M. RNotZ 2018, 28; OLG Stuttgart FGPrax 2019, 13; OLG Celle DNotZ 2020, 572 m. Anm. Weigl; OLG Karlsruhe ErbR 2023, 60; zur Eintragungsbewilligung durch transmortal Bevollmächtigten ebenso auch OLG Hamburg ErbR 2023, 55; aus der Literatur zustimmend: Meikel/Böttcher, § 40 Rn. 28; Thelen/Bühler, NJW 2024, 2950, 2953 Rn 16). Diese sich in der Judikatur der Oberlandesgerichte im Vordringen befindliche Auffassung ist bislang jedoch noch nicht vom BGH bestätigt und weicht von früherer und durch einen anderen Teil der Oberlandesgerichte fortgeführter Rechtsprechung ab (etwa KG FGPrax 2011, 270; KG FGPrax 2021, 4; OLG Oldenburg ZEV 2021, 644; OLG Bremen ZEV 2022, 157 ff. m. Anm. Weidlich, 159 f.; OLG Hamm NJW-RR 2023, 524 ff.). Im Schrifttum wird eine analoge Anwendung von § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO nach wie vor weitgehend abgelehnt (z. B. von Schöner/Stöber, Rn. 142c; Demharter, § 40 Rn. 18; BeckOK-GBO/Zeiser, Std. 1.9.2025, § 40 Rn. 20).

Im unterbreiteten Sachverhalt ist diese **Streitfrage** nach der Angabe jedoch dadurch **entschärft**, dass das Grundbuchamt der hier interessierenden Region die Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld auf der Grundlage einer Bewilligung durch den transmortal Bevollmächtigten nicht beanstandet.

d) § 40 GBO erspart in seinem – nach dem Gesagten hier eröffneten – Anwendungsbereich nur die Voreintragung des gegenwärtigen Berechtigten im Grundbuch. Gleichwohl muss aber die Bewilligungsberechtigung desjenigen, der als Veräußerer auftritt, dem Grundbuchamt nachgewiesen werden (vgl. Demharter, § 40 Rn. 2). Ein derartiger Nachweis ist vorliegend aber durch eine Legitimationskette möglich, die in grundbuchmäßiger Form auf den noch eingetragenen erstverstorbenen Ehegatten zurückführt.

Die Stellung der Ehefrau als Alleinerbin des erstverstorbenen Ehemanns ist nach der Schilderung durch notariell beurkundeten Erbvertrag nachgewiesen, welcher regelmäßig einen Erbnachweis durch Erbschein erspart (§ 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GBO). Die Befugnis des nunmehr namens der Veräußerer auftretenden überlebenden Neffen ist wiederum durch die vorliegende notariell beurkundete, mit transmortaler Wirkung ausgestattete Vollmacht seitens der Ehefrau in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO nachgewiesen.

4. Ergebnis

Eine **Grundbuchberichtigung** auf den zwischenzeitlich **nachverstorbenen überlebenden Ehegatten** ist vorliegend zwar **nicht möglich**. Sie ist für den grundbuchmäßigen Vollzug des anstehenden Kaufvertrags aber auch nicht erforderlich, da **§ 40 Abs. 1 Var. 1 GBO auch zu Gunsten des/der Erbeserben des eingetragenen Berechtigten eingreift**. Der nötige grundbuchmäßige Nachweis der Bewilligungsberechtigung kann hier durch die Zusammenschau des für die Rechtsnachfolge nach dem erstverstorbenen Ehegatten vorliegenden Erbvertrages und der seitens des überlebenden Ehegatten vorliegenden, notariell beurkundeten transmortalen Vollmacht hinreichend nachgewiesen werden. **Eines Erbscheinsverfahrens nach dem Tod des überlebenden Ehegatten**, um auch für diesen einen Erbnachweis in der Form des § 35 Abs. 1 GBO zu erhalten, **bedarf es daher u. E. nicht** (s. dazu bereits oben unter Ziff. 2.).

Rechtsprechung

**BGB §§ 138 Abs. 1, 1408 Abs. 1, 1414
Wirksamkeit der Gütertrennung bei Unternehmerehe**

Zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen bei Unternehmerehen.

BGH, Beschl. v. 28.5.2025 – XII ZB 395/24

Problem

Die zwischenzeitlich rechtskräftig geschiedenen Ehegatten streiten über die Wirksamkeit ihres ehevertraglichen Zugewinnausgleichsausschlusses.

Zwei Jahre nach Geburt ihres ersten (von insgesamt vier) gemeinsamen Kindes schlossen die Beteiligten im Jahr 2010 einen notariell

beurkundeten Ehevertrag mit Gütertrennung, Modifizierung des nachehelichen Unterhalts, Aufrechterhaltung des Versorgungsausgleichs und gegenseitigem Verzicht auf das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht. Wenige Tage später wurde die Ehe geschlossen. Der Ehemann war als Gesellschafter an verschiedenen Unternehmen seiner Familie beteiligt, wobei die Gesellschaftsverträge vorsehen, dass jeder Gesellschafter mit dem Ehegatten Gütertrennung zu vereinbaren hat. Die Ehefrau war nach Abschluss ihres Studiums der Betriebswirtschaftslehre bis zur Geburt ihres dritten Kindes als Unternehmensberaterin und Geschäftsführerin einer GmbH mit einem Einkommen von monatlich 4.200,00 € brutto tätig. Der im Rahmen der Scheidung gestellte Stufenantrag auf Zugewinnausgleich (trotz Gütertrennung) wurde insgesamt abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Ehefrau blieb ohne Erfolg. Die Ehefrau verfolgt ihren Stufenantrag mit der vom OLG zugelassenen Rechtsbeschwerde weiter.

Entscheidung

Der BGH hält den ehevertraglichen Ausschluss des Zugewinnausgleichs für wirksam, sodass der eingelegten Rechtsbeschwerde der Ehefrau der Erfolg versagt wird. In Bezug auf die durchzuführende Wirksamkeitskontrolle weist der BGH auf den subjektiven Tatbestand der Sittenwidrigkeit hin und führt aus, dass aus dem objektiven Zusammenspiel einseitig belastender Regelungen nur dann auf die weiter erforderliche verwerfliche Gesinnung des begünstigten Ehegatten geschlossen werden können, wenn die Annahme gerechtfertigt sei, dass sich in dem unausgewogenen Vertragsinhalt eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehegatten und damit eine Störung der subjektiven Vertragsparität widerspiele. Der BGH lehnt damit eine lediglich auf die Einseitigkeit der Lastenverteilung gegründete tatsächliche Vermutung für die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit ab. Auch wenn ein unausgewogener Vertragsinhalt ein gewisses Indiz für eine unterlegene Verhandlungsposition des belasteten Ehegatten sein könne, ist aus Sicht des BGH das Verdikt der Sittenwidrigkeit in der Regel nicht gerechtfertigt, wenn außerhalb der Vertragsurkunde keine verstärkenden Umstände zu erkennen sind, die auf eine subjektive Imperfektion, insbesondere infolge der Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit hindeuten könnten.

In der Folge wird noch ausgeführt, dass gegen die Vereinbarung der Gütertrennung keine prinzipiellen Bedenken bestünden (auch nicht in der Unternehmerehe) und warum im konkreten Fall keine subjektive Imperfektion der Ehefrau hätte festgestellt werden können (z. B. im Hinblick auf ihre Ausbildung, ihre berufliche Tätigkeit sowie den Umstand einer anwaltlichen Beratung im Rahmen des Ehevertragsabschlusses).

ErbStG §§ 7 Abs. 1 Nr. 1, 13 Abs. 1 Nr. 4a; BGB §§ 705 ff.

Schenkungsteuerfreiheit der Übertragung eines Familienheims an eine Ehegatten-GbR

1. Überträgt ein Ehegatte unentgeltlich das Familienheim auf eine GbR, an der beide Ehegatten zu gleichen Teilen beteiligt sind, ist der andere Ehegatte in Höhe des hälftigen Werts des Familienheims schenkungssteuerrechtlich bereichert.

2. Auch der Erwerb von Gesamthandseigentum an einem Familienheim wird von der Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4a Satz 1 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuerugesetzes erfasst.

BFH, Urt. v. 4.6.2025 – II R 18/23

Problem

Die Ehefrau ist Alleineigentümerin einer von beiden Eheleuten gemeinsam zu eigenen Wohnzwecken genutzten Immobilie. Die Eheleute gründen zu notarieller Urkunde eine GbR, an der sie jeweils zur Hälfte beteiligt sind. In der Gründungsurkunde verpflichtet sich die Ehefrau zur Übertragung des Eigentums an der Immobilie an die GbR. Es werden auch sogleich alle in dinglicher Hinsicht erforderlichen Erklärungen abgegeben. Als Rechtsgrund geben die Eheleute eine unentgeltliche ehebedingte Zuwendung an. Nach Vollzug der Urkunde wird die GbR als Eigentümerin der Immobilie im Grundbuch eingetragen. Der Ehemann gibt in einer Schenkungsteuererklärung den Wert der auf ihn bei wirtschaftlicher Betrachtung entfallenden Hälfte der Immobilie mit 1,8 Mio. € an und beruft sich zugleich auf die Steuerbefreiung für Familienheime nach § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG.

Das Finanzamt setzte Schenkungsteuer in Höhe von 247.000 € fest und legte als Wert

der Bereicherung den erklärten Betrag von 1,8 Mio. € zugrunde. § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG sei wegen Übertragung an die GbR nicht einschlägig.

Die Klage des Ehemanns vor dem Finanzgericht hatte Erfolg. Das Finanzamt macht mit seiner Revision geltend, § 13 Abs. 1 Nr. 4a S. 1 ErbStG sei verletzt; die Vorschrift sei restriktiv auszulegen. Gesamthandseigentum sei nicht umfasst. Die Norm verlange vielmehr eine unmittelbare Beteiligung am Grundstück (Allein- oder Mit-eigentum).

Entscheidung

Der BFH hält die Entscheidung der Vorinstanz aufrecht. Diese habe „zu Recht entschieden, dass durch die Übertragung des Familienheims auf die GbR eine Schenkung an den Kläger in Höhe des hälftigen Werts des Familienheims gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erfolgte, für die die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG greift“ (Rn. 10).

Überträgt ein Ehegatte ein Grundstück an eine GbR, an der beide Ehegatten beteiligt sind, so könne eine freigebige Zuwendung an den anderen Ehegatten gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG vorliegen. Schenkungsteuerrechtlich ergebe sich, dass nicht die GbR vermögensmäßig bereichert sei, sondern deren Gesellschafter. Erwerber und Steuerschuldner i. S. v. § 20 ErbStG seien mithin die Gesellschafter und nicht die GbR. Der Bedachte im Sinne des Schenkungsteuerrechts sei nicht derselbe wie der Beschenkte im zivilrechtlichen Sinne (Rn. 12). Es entspreche der Rechtsprechung des BFH (vor Inkrafttreten des MoPeG) hiervon trotz der (Teil-)Rechtsfähigkeit der GbR im zivilrechtlichen Sinne auszugehen. Der BFH geht daher in einem ersten Schritt davon aus, dass der Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG im Verhältnis der Ehefrau zum Ehemann erfüllt ist, also eine freigebige Zuwendung unter Lebenden vorliegt, bei der der Bedachte auf Kosten des Zuwendenden bereichert ist.

Der BFH gelangt im zweiten Schritt jedoch zu dem Ergebnis, dass die Voraussetzungen der Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4a S. 1 ErbStG vorliegen (Rn. 14 ff.): Demnach blieben u.a. Zuwendungen unter Lebenden steuerfrei, mit denen ein Ehegatte dem anderen Ehegatten Eigentum oder Miteigentum an einem im Inland oder in einem Mitgliedstaat der Europäischen

Union oder einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums belegenen bebauten Grundstück im Sinne des § 181 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 des Bewertungsgesetzes verschaffe, soweit darin eine Wohnung zu eigenen Wohnzwecken genutzt werde (Familienheim).

Der Wortlaut verlange zwar „Eigentum“ oder „Miteigentum“, während „Gesamthands-eigentum“ nicht genannt werde. Allerdings könne dennoch die „Zuwendung aufgrund der Einlage des Familienheims (...) in eine GbR“ unter die Befreiungsvorschrift fallen. Dies sei nur folgerichtig, denn wenn man den Gesellschafter als bereichert ansehe, dann müsse man auch bei der Frage, an wen das Familienheim übertragen werde, auf den Gesellschafter abstehen und nicht auf die GbR. Die Auslegung entspreche auch dem Zweck der Befreiungsvorschrift: „Zuwendungen, die den engeren Kern der ehelichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft berühren, sollten schenkungsteuerrechtlich privilegiert werden (vgl. BTDrucks. 13/901, S. 157)“ (Rn. 18). Davon sei hier – entgegen der Auffassung des Finanzamts – nicht deswegen nicht auszugehen, weil die Gesellschafter nach § 719 BGB a. F. nicht allein über Gegenstände des Gesellschaftsvermögens verfügen könnten, sondern nur zusammen mit anderen Gesellschaftern.

Praxishinweis

Die Entscheidung des BFH erging zu einem Sachverhalt aus dem Jahr 2020, betrifft mithin einen Zeitraum vor Inkrafttreten des MoPeG am 1.1.2024. Hinzuweisen ist jedoch auf § 2a ErbStG, wonach rechtsfähige Personengesellschaften für Zwecke der Erbschafts- und Schenkungsteuer als Gesamthand gelten und deren Vermögen als Gesamthandsvermögen gilt. Die Vorschrift wurde kurz vor Inkrafttreten des MoPeG durch das Kreditzweitmarktförderungsgesetz vom 22.12.2023 in das ErbStG eingefügt. Die Kommentarliteratur geht in der Folge davon aus, dass sich durch das MoPeG im Hinblick auf die transparente Betrachtung der GbR für erbschafts- und schenkungsteuerliche Zwecke nichts geändert habe, so dass der Fall unter Geltung der §§ 705 ff. BGB (in der aktuellen Fassung) ebenso zu behandeln sein dürfte (s. Meincke/Hannes/Holtz, Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz, 19. Aufl. 2025, § 13 Rn. 29; Jülicher, in: Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, Std.: April 2025, § 3 Rn. 56). Der BFH hat von der Gelegenheit, dies klarzustellen, bedauerlicherweise keinen Gebrauch gemacht.

BGB § 707 Abs. 2 Nr. 2; FamFG § 59

Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in das Gesellschaftsregister; Umgang mit unbekannten Erben eines verstorbenen Gesellschafter im Eintragungsverfahren

1. Wird die Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in das Gesellschaftsregister verweigert, ist die Beschwerde durch alle Gesellschafter einzulegen, die eine notwendige Verfahrensstandsschaft bilden.

2. Die Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in das Gesellschaftsregister darf nicht deshalb verweigert werden, weil ein Gesellschafter verstorben ist und die Erben noch unbekannt sind.

KG, Beschl. v. 2.6.2025 – 22 W 20/25

Problem

Eine GbR-Gesellschafterin verstirbt, ihre Erben sind unbekannt. Die GbR soll zur Eintragung in das Gesellschaftsregister angemeldet werden. Für die unbekannten Erben handelt hierbei ein Nachlasspfleger.

Das Registergericht weist die Anmeldung zurück und begründet dies damit, dass unbekannte Erben nicht in das Gesellschaftsregister eingetragen werden könnten. Es sei nicht klar, ob es sich um eine Einzelperson oder um eine Erbengemeinschaft handele. Eine Erbengemeinschaft sei jedenfalls nicht rechtsfähig und könnte daher nicht als Gesellschafterin ins Gesellschaftsregister eingetragen werden. Dies gelte auch dann, wenn der Gesellschaftsanteil auf die Erben nach deren jeweiliger Erbquote übergeht.

In der Beschwerde gegen den Zurückweisungsbeschluss wird, dass angeführt, falls die Eintragung in das Gesellschaftsregister nicht gelinge, die Gesellschaft dauerhaft grundbuchrechtlich blockiert sei (Rn. 5).

Entscheidung

Das Kammergericht hält die Beschwerde für begründet, das Registergericht habe die Eintragung zu Unrecht abgelehnt (Rn. 12 ff.).

Im Ausgangspunkt sei das Registergericht zutreffend davon ausgegangen, dass § 707 Abs. 2 Nr. 2 BGB seinem Wortlaut nach vorsehe, dass entweder **natürliche oder juristische Personen** oder **rechtsfähige Personengesellschaften** anzumel-

den, mithin auch nur diese eintragungsfähige Gesellschafter seien. Nicht richtig sei es jedoch, anzunehmen, dass die Eintragung unbekannter Erben der Eintragung einer nichtrechtsfähigen Person gleichstehe, da sich hinter den unbekannten Erben eine Erbengemeinschaft verbergen könne (Rn. 15). Es werde nicht die Eintragung einer Erbengemeinschaft begehrts, sondern eben die Eintragung von einer Person oder Personen, die im Zeitpunkt der Eintragung (noch) nicht bekannt seien. Die Publizität des Registers stehe einer solchen Eintragung nicht entgegen.

Es sei zwar richtig, dass eine auf Auseinandersetzung gerichtete Gesamthandsgemeinschaft (wie die Erbengemeinschaft) nach der h. M. nicht Gesellschafterin einer Personengesellschaft sein könne. Konsequenterweise müsse dies auch für die Rechtsfigur der unbekannten Erben gelten, auch wenn diese durch den Nachlasspfleger vertreten werden (Rn. 16). Es gehe hier aber nicht um die Eintragung unbekannter Erben „im Sinne eines mit der Erbengemeinschaft vergleichbaren Zusammenschlusses von Personen, die als Gemeinschaft keine Rechtspersönlichkeit [besitze]“, sondern um die Eintragung einer oder mehrerer Personen, die gesetzlich vertreten würden (durch den Nachlasspfleger), deren Identität nur noch nicht feststehe. Eine derartige Eintragung sei mit dem Zweck des Gesellschaftsregisters vereinbar und es sei zudem zu berücksichtigen, dass die GbR ihre grundbuchlichen Rechte ohne Eintragung im Gesellschaftsregister nicht wahren könne (Rn. 17 a. E.).

Das Registergericht hatte offenbar befürchtet, dass durch die verschleierte Eintragung einer Erbengemeinschaft haftungsrechtliche Probleme entstehen könnten, da nach dem Register der Eindruck bestehe, eine Erbengemeinschaft sei Gesellschafterin, was jedoch mit den Grundsätzen der Sondererfolge in Anteile an Personengesellschaften nicht vereinbar sei. Diese Bedenken räumt das KG allerdings aus (Rn. 19 f.). Sobald feststehe, wer die Erben seien, wären diese nach der jeweiligen Erbquote als Gesellschafter einzutragen (und nicht „in Erbengemeinschaft“).

Das KG stützt seine Ansicht auch auf die Gesetzesbegründung zum MoPeG (BT-Drs. 19/27635, S. 131), welcher sich im Kontext der Ausführungen zu § 707 Abs. 4 S. 1 BGB entnehmen lasse, dass Anmeldungen zum Gesellschaftsregister auch möglich seien, wenn Erben eines Gesellschafters noch nicht bekannt sind (Rn. 21 a. E.).

Das KG stimmt zuletzt auch dem Argument zu, wonach es nicht richtig sein könne, dass die GbR „grundbuchrechtlich blockiert“ sei. Ein solches Ergebnis entspräche nicht dem Willen des Gesetzgebers bei Einführung des Gesellschaftsregisters (Rn. 24).

Einzutragen sei demnach „Unbekannte Erben der am [Datum] verstorbenen [Name der Gesellschafterin] (vertreten durch den Nachlasspfleger [Name])“.

Praxishinweis

Das Kammergericht entscheidet eine immer wieder auftretende Konstellation praxistauglich dahingehend, dass die Unbekanntheit von Erben verstorbener GbR-Gesellschafter der Eintragung dieser GbR ins Gesellschaftsregister nicht entgegensteht. Erfreulich ist, dass das Kammergericht den Eintragungstext mitliefert („Unbekannte Erben der am [Datum] verstorbenen [Name der Gesellschafterin] (vertreten durch den Nachlasspfleger [Name])“). Der Entscheidung ist u. E. zu entnehmen, dass die Eintragung unbekannter Erben auch dann möglich ist, wenn die Eintragung *nicht* durch eine Voreintragungsbiliegenheit motiviert ist, sondern auch in Fällen, in denen sich die GbR ohne einen vergleichbaren „Zwang“ zum Gesellschaftsregister anmeldet. Hierfür spricht jedenfalls die Anordnung der Argumente im Beschluss des KG sowie die einleitende Formulierung in Rn. 22 („Auch der systematische Zusammenhang mit den Vorschriften zur sog. Voreintragungsbiliegenheit der GbR führt zu dem o.g. Ergebnis.“).

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessor Constantin Lotz

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint einmal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jahresabonnement 170,00 € zzgl. 7 % MwSt. 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 Erscheinungsstermin 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:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn