

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

22. Jahrgang  
Juli 2014  
ISSN 1434-3460

13/2014

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1902, 2293, 2296, 131 – Rücktritt vom Erbvertrag ggü. Betreuer der geschäftsunfähigen Ehefrau; Zugang der Rücktrittserklärung; Genehmigungsbedürftigkeit der Entgegennahme des Rücktritts

BeurkG § 34a; BGB § 1371 Abs. 1 – Deutschland: Anzeigepflicht bei güterrechtlicher Rechtswahl

### Gutachten im Abrufdienst

### Rechtsprechung

BGB §§ 138 Abs. 1, 343, 738; GmbHG § 34; AktG § 241 Nr. 4 – Abfindungsausschluss bei Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters wegen grober Pflichtverletzung ist sittenwidrig; keine Zulässigkeit als Vertragsstrafe

BGB §§ 133, 883; GBO §§ 19, 22, 29; GBV § 10 Abs. 1 u. 5 – Wirksamkeit eines vorgemerkten befristeten und bedingten Rückkaufassungsvorbehalts; Änderung des Übereignungsanspruchs dergestalt, dass Teilfläche „verschoben“ wird

### Literaturhinweise

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB §§ 1902, 2293, 2296, 131 Rücktritt vom Erbvertrag ggü. Betreuer der geschäftsunfähigen Ehefrau; Zugang der Rücktrittserklärung; Genehmigungsbedürftigkeit der Entgegennahme des Rücktritts

#### I. Sachverhalt

Ehegatten haben vor einigen Jahren gemeinsam mit dem mittlerweile verstorbenen Vater der Ehefrau einen Erbvertrag errichtet. Die Eheleute haben sich darin gegenseitig zu Erben eingesetzt, eine Schlusserbeneinsetzung getroffen, sich bzgl. der gegenseitigen Erbeinsetzung den Rücktritt vom Erbvertrag und bzgl. der Schlusserbeneinsetzung eine Abänderungsbefugnis vorbehalten. Der Vater der Ehefrau ist nur insoweit am Erbvertrag beteiligt, als die Ehefrau ein Vermächtnis zugunsten ihrer Schwester mit bindender Wirkung gegenüber dem Vater ausgesetzt hat.

Die Ehefrau ist mittlerweile geschäftsunfähig und hat einen Betreuer. Der Aufgabenbereich des Betreuers umfasst auch Vermögensangelegenheiten. Sie verfügt über Grundbesitz.

Der Ehemann will vom Erbvertrag zurücktreten und ein neues Testament beurkunden lassen. In der Rücktrittsurkunde soll neben dem Ehemann auch der Betreuer als Teilnehmer auftreten und die Rücktrittserklärung entgegennehmen.

#### II. Fragen

1. Umfasst der (pauschale) Aufgabenbereich der Vermögensangelegenheiten die Befugnis des Betreuers, einen Rücktritt vom Erbvertrag entgegenzunehmen?
2. Ist eine Gestaltung in der Weise möglich, dass der Betreuer als Urkundsbeteiligter die Rücktrittserklärung im Rahmen der Urkunde entgegennimmt?
3. Bedarf die bloße Entgegennahme der Rücktrittserklärung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Keine Aufhebung des Erbvertrags (§ 2290 Abs. 1 S. 2 BGB)

Eine Aufhebung des Erbvertrags kommt vorliegend nicht mehr in Betracht, da der **Vater der Ehefrau**, der auch am Abschluss des Erbvertrags beteiligt war, **bereits verstorben** ist. Nach § 2290 Abs. 1 S. 2 BGB ist nämlich nach dem Tode eines der Vertragsbeteiligten keine Aufhebung mehr möglich.

##### 2. Rücktritt aufgrund vorbehaltenen Rücktrittsrechts

Die Ehegatten haben sich jedoch im Erbvertrag in Bezug auf die gegenseitige Erbeinsetzung den Rücktritt vom Erbvertrag vorbehalten. Ein solcher Rücktrittsvorbehalt ist zulässig, vgl. § 2293 BGB.

Die Ausübung des Rücktritts erfolgt zu Lebzeiten der Vertragsschließenden (bei einem mehrseitigen Erbvertrag: so-

lange noch ein Vertragschließender am Leben ist) durch notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem anderen Vertragschließenden, vgl. § 2296 Abs. 2 BGB.

### 3. Rücktrittsmöglichkeit bei Geschäftsunfähigkeit des anderen Teils

Zur Frage, ob der Rücktritt vom Erbvertrag auch bei Geschäftsunfähigkeit des anderen Teils noch möglich ist, haben wir bereits in ähnlichem Zusammenhang – Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen bei Geschäftsunfähigkeit des anderen Ehegatten – Stellung genommen (**Gutachten DNotI-Report 2004, 197**). Da der Rücktritt vom Erbvertrag und der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen als Rechtsgeschäfte gleich strukturiert sind, dürften sie insofern weit gleich zu behandeln sein.

Nach **h. A.** ist der **Widerruf bzw. Rücktritt** grundsätzlich **auch nach Eintritt der Geschäftsunfähigkeit** aufseiten des anderen Ehegatten oder Vertragspartners **zulässig** (OLG Hamm NotBZ 2014, 228 = ZErB 2014, 81; OLG Nürnberg DNotZ 2013, 868 = DNotI-Report 2013, 118; LG Hamburg DNotI-Report 2000, 86; Helms, DNotZ 2003, 104, 106; Keim, ErbR 2014, 118; Vollmer, ZErB 2007, 235; BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.5.2014, § 2271 Rn. 14; G. Müller, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 3. Aufl. 2011, Rn. 186 ff.; Zimmer, ZEV 2007, 159, 160; JurisPK-BGB/Reymann, 7. Aufl. 2014, § 2271 Rn. 22). Die in der Literatur dagegen geäußerten Bedenken (vgl. Damrau/Bittler, ZErB 2004, 77; Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, § 2271 BGB Rn. 17; Grunsky, ErbR 2013, 98) konnten sich – u. E. zu Recht – nicht durchsetzen. **Zwar** ist der testierunfähige andere Ehegatte anders als im gesetzlichen Regelfall **nicht in der Lage**, nach Entgegennahme des Widerrufs eine **neue Verfügung von Todes wegen zu errichten**, was ihm durch die Zugangsbedürftigkeit der Widerrufs- bzw. Rücktrittserklärung grds. ermöglicht werden soll. Allein mit diesem Argument lässt es sich aber nicht rechtfertigen, dem widerrufs- oder rücktrittswilligen Ehegatten sein Widerrufs- oder Rücktrittsrecht abzusprechen, denn dieser **durfte** nach der gesetzlichen Konzeption dieser Rechte **darauf vertrauen, sich bis zum Tod des anderen Ehegatten** von seiner erbrechtlichen Bindung **lösen zu können**. Bei Abwägung der schutzwürdigen Interessen der Ehegatten gebührt u. E. denjenigen des Widerrufs- oder Rücktrittswilligen der Vorrang. Dies gilt beim gemeinschaftlichen Testament und beim Erbvertrag gleichermaßen.

Im Ergebnis ist daher ein Rücktritt auch nach Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Vertragsgegners noch möglich.

### 4. Zugang der Rücktrittserklärung beim gesetzlichen Vertreter des Vertragspartners

Lässt man den Rücktritt auch nach Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Vertragspartners zu, muss er gem. § 131 Abs. 1 BGB gegenüber dem **gesetzlichen Vertreter** des Geschäftsunfähigen (**Betreuer i. S. d. §§ 1896 ff. BGB**) erklärt werden (so auch Helms, DNotZ 2003, 104, 106; G. Müller, 186 ff.; Burandt/Rojahn/Braun, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2271 BGB Rn. 17; JurisPK-BGB/Reymann, § 2271 Rn. 23 ff.).

Der Rücktritt ist wirksam, wenn aufseiten des Rücktrittsgegners ein Betreuer i. S. d. § 1896 BGB vorhanden ist, dem die Rücktrittserklärung zugestellt wird. Dabei gehen

wir davon aus, dass der Aufgabenkreis „Vermögenssorge“ die Entgegennahme der Rücktrittserklärung abdeckt (vgl. dazu ausf. Gutachten DNotI-Report 1999, 173; BeckOK-BGB/G. Müller, Std.: 1.8.2013, § 1902 Rn. 6). Ganz in diesem Sinne haben jüngst das OLG Nürnberg (DNotZ 2013, 868) und das OLG Hamm (OLG Hamm NotBZ 2014, 228) entschieden, dass sich der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament auch gegenüber einem testierunfähigen Ehegatten erklären lässt und der **Zugang** der notariell beurkundeten Widerrufserklärung **bei einem für den Aufgabenkreis der Vermögenssorge bestellten Betreuer genügt**. Für die Entgegennahme der Rücktrittserklärung im Falle des Erbvertrags kann nichts anderes gelten.

Im Übrigen ist die Entgegennahme der Rücktrittserklärung (wie auch der Widerrufserklärung beim gemeinschaftlichen Testament) **nicht** gem. §§ 1821 f., 1896 ff. BGB oder den erbrechtlichen Bestimmungen **genehmigungsbedürftig**.

### 5. Bewirkung des Zugangs der Rücktrittserklärung

Es ist allgemein anerkannt, dass die notariell beurkundete Rücktrittserklärung dem Rücktrittsgegner **in Ausfertigung zugehen** muss (BGHZ 31, 5 = NJW 1960, 33). Um sicheren Zugang zu gewährleisten, wird die Ausfertigung üblicherweise durch Vermittlung eines Gerichtsvollziehers i. S. v. § 132 Abs. 1 S. 1 BGB zugestellt.

Eine Willenserklärung kann aber auch **unter Anwesenden** wirksam werden. Bei verkörperten Erklärungen ist auf deren Zugang abzustellen; dieser wird durch die Übergabe wirksam (Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, § 130 Rn. 13 m. w. N.). Unseres Erachtens dürfte es daher genügen, wenn der Rücktritt **der Ehefrau in Anwesenheit des Betreuers** erklärt und diesem anschließend eine **Ausfertigung** der Rücktrittserklärung **ausgehändigt** wird. In diesem Sinne hat das OLG Hamm in seiner bereits erwähnten Entscheidung (NotBZ 2014, 228) den unter Anwesenden bewirkten Zugang für ausreichend erachtet. Als Zugangsnachweis könnte man sich evtl. den Erhalt der Ausfertigung vom Betreuer bestätigen lassen.

---

## BeurkG § 34a; BGB § 1371 Abs. 1 Deutschland: Anzeigepflicht bei güterrechtlicher Rechtswahl

### I. Sachverhalt

Es geht um die Registrierung einer güterrechtlichen Rechtswahl im Zentralen Testamentsregister.

Ausländische Käufer treffen im Rahmen von Grundstückskaufverträgen häufig ehevertragliche Abreden, mit denen sie für das betroffene Grundstück, bisweilen sogar für sämtliche in Deutschland belegenen Immobilien, die Geltung des deutschen Güterrechts vereinbaren. Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB lässt eine derartige gegenständlich beschränkte Rechtswahl zu.

### II. Frage

Führt eine solche Vereinbarung zur Änderung der gesetzlichen Erbfolge und ist mithin eine entsprechende Kaufvertragsurkunde erbfolgerrelevant i. S. v. § 34a BeurkG?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Anwendbarkeit von § 1371 Abs. 1 BGB bei ausländischem Erbstatut

Soweit die ausländischen Eheleute im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft deutschen Rechts leben, stellt sich im Erbfall die Frage, ob zur Berechnung der gesetzlichen Erbquote § 1371 Abs. 1 BGB zu beachten ist. Diese Frage ist umstritten. In Rechtsprechung und Literatur stehen sich zwei Ansichten gegenüber.

##### a) Güterrechtliche Qualifikation

Nach der sog. güterrechtlichen Qualifikation – dieser folgen die weit überwiegende Literatur und zuletzt das OLG München (MittBayNot 2013, 73 = DNotI-Report 2012, 107) – ist § 1371 Abs. 1 BGB anzuwenden, wenn deutsches Güterrecht gilt. Die pauschale Erhöhung des Ehegattenerbteils um ¼ soll hiernach also unabhängig davon stattfinden, ob deutsches Recht oder ausländisches Recht Güterstatut ist (OLG Schleswig DNotZ 2014, 292 = DNotI-Report 2013, 175; aus der Lit. vor allem Staudinger/Dörner, BGB, Neubearb. 2007, Art. 25 EGBGB Rn. 156; Palandt/Thorn, 73. Aufl. 2014, Art. 15 EGBGB Rn. 26; BeckOK-BGB/Mörsdorf-Schulte, Std.: 1.5.2013, Art. 15 EGBGB Rn. 47).

##### b) Erbrechtliche Qualifikation

In der obergerichtlichen Rechtsprechung überwiegen in letzter Zeit Entscheidungen, die sich für die sog. erbrechtliche Qualifikation aussprechen. Hiernach soll § 1371 Abs. 1 BGB – da diese Vorschrift mit der Festsetzung der Erbquote einen originär erbrechtlichen Inhalt habe – nur anwendbar sein, wenn sich die Erbfolge nach deutschem Recht richtet. Bei Geltung ausländischen Erbstatuts ist nach dieser Auffassung das güterrechtliche Viertel selbst dann nicht einschlägig, wenn die Eheleute in gesetzlicher Zugewinnngemeinschaft gelebt haben. Vielmehr hat eine güterrechtliche Auseinandersetzung zu erfolgen (so u. a. OLG Stuttgart DNotZ 2005, 632; OLG Frankfurt ZEV 2010, 253; OLG Düsseldorf RNotZ 2009, 247; OLG Köln ZEV 2012, 205 = DNotI-Report 2012, 107).

##### c) Keine höchstrichterliche Klärung

Eine höchstrichterliche Klärung der Streitfrage steht nach wie vor aus. In der Entscheidung des BGH vom 12.9.2012 (NJW-RR 2013, 201 = DNotI-Report 2012, 186) ist die Qualifikation von § 1371 Abs. 1 BGB zwar angesprochen worden; sie war jedoch letztlich nicht entscheidungserheblich. Auf ein klarstellendes *obiter dictum* hat der BGH verzichtet.

#### 2. Anzeigepflicht einer güterrechtlichen Rechtswahl zum Zentralen Testamentsregister (§ 34a BeurkG)

##### a) Anzeigepflicht bei Erbfolgerelevanz

Dem Zentralen Testamentsregister sind gem. § 34a Abs. 1 S. 1 BeurkG sämtliche Umstände anzuzeigen, die die Erbfolge ändern. Dies gilt auch für Verträge, mit denen die Eheleute Gütertrennung vereinbaren oder aufheben, und für güterrechtliche Vereinbarungen, durch die ein oder beide Partner das Recht eines Staates wählen, dem sie nicht angehören (BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.5.2014, § 34a BeurkG Rn. 2).

##### b) Qualifikationsstreit ohne Bedeutung für Erbfolgerelevanz

Für die Erbfolgerelevanz der güterrechtlichen Vereinbarung ist es letztlich unerheblich, ob der güterrechtlichen

oder der erbrechtlichen Qualifikation zu folgen ist. **Bei Zugrundelegung der erbrechtlichen Qualifikation** kann sich die güterrechtliche Rechtswahl zwar nur dann auswirken, wenn das deutsche Recht auch auf die Erbfolge anwendbar ist und wegen der aktuellen ausländischen Staatsangehörigkeit des Erblassers und des nach ausländischem Heimatrecht ausgeschlossenen *renvoi* sicher feststeht, dass ausländisches Erbrecht zur Anwendung gelangt. Selbst dann **lässt sich aber nicht zuverlässig ausschließen, dass die Erbfolge im Zeitpunkt des Todes eines oder beider Ehegatten dem deutschen Recht unterliegt**. So ist bspw. denkbar, dass einer der Erblasser später durch Testament eine erbrechtliche Rechtswahl für das Grundstück gem. Art. 25 Abs. 2 EGBGB oder nach ausländischem IPR vornimmt. Auch wird es bei Anwendung der EuErbVO auf einen Erbfalls ab dem 16.8.2015 vielfach dazu kommen, dass wegen Anknüpfung der Erbfolge an den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers deutsches Erbrecht gilt (s. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO).

Insoweit ist mithin **jede Vereinbarung deutschen Güterrechts** – unabhängig davon, ob sie sich auf ein oder mehrere Grundstücke bezieht – **erbfolgerelevant**, denn es ist stets möglich, dass sich diese Rechtswahl auf die Ehegattenerbquoten auswirkt.

#### 3. Exkurs: Erbrechtliche Relevanz der Spaltung des Güterstatuts

Im Hinblick auf § 1371 Abs. 1 BGB ergeben sich besondere Anwendungsprobleme daraus, dass die güterrechtliche Rechtswahl von den Beteiligten zumeist gem. Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB auf das zum Erwerb anstehende Grundstück beschränkt oder undifferenziert auf den gesamten in Deutschland belegenen Grundbesitz erstreckt wird, jedenfalls aber das bewegliche Vermögen von der Rechtswahl ausgeschlossen wird. Damit stellt sich die Frage, wie im Rahmen der gesetzlichen Erbfolge die **gegenständlich beschränkte Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB** erfolgen soll. Kommt es auf erbrechtlicher Ebene zu einer gleichartigen Nachlassspaltung (wie z. B. beim deutsch-türkischen Nachlassabkommen), so ist die Situation unproblematisch. Gilt aber für den gesamten Nachlass deutsches oder ein ausländisches Erbrecht, ergäben sich bei gegenständlich beschränkter Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB für den unbeweglichen und den beweglichen Nachlass theoretisch unterschiedliche Erbquoten.

Dieses Problem lässt sich auch durch die erbrechtliche Qualifikation nicht vollständig vermeiden, denn bei Geltung deutschen Erbstatuts führt die erbrechtliche Qualifikation ebenfalls zur gegenständlich beschränkten Anwendung von § 1371 Abs. 1 BGB. Teilweise wurde vorgeschlagen, dass in einer derartigen Konstellation § 1371 Abs. 1 BGB nicht anwendbar und der grundstücksbezogene Zugewinnausgleich daher rechnerisch durchzuführen sei (Süß, ZNotP 1999, 385, 392). *Riering* befürwortete hingegen einen gespaltenen Erbschein (FS Schwab, 2005, S. 1245, 1251). Soweit ersichtlich, fehlt es bisher an weiterer Literatur oder gar Rechtsprechung zu dieser Frage.

Ohne Bedeutung ist dabei, ob die Wahl deutschen Rechts einheitlich für den gesamten in Deutschland belegenen Grundbesitz oder nur für einzelne Grundstücke getroffen wird oder ob sie sukzessive für einzelne Grundstücke erfolgt. Sind mehrere Grundstücke betroffen, ergibt sich eine einheitliche, deutschem Güterstatut unterliegende Vermögensmasse. Eine mehrfache Spaltung des

Grundbesitzes tritt also nicht ein, sodass auch in diesem Fall höchstens zwei güterrechtliche Vermögensmassen in Deutschland bestehen. Die früher in der Literatur geäußerten Einwände gegen eine grundstücksbezogene Rechtswahl in Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB entbehren zumindest insofern der sachlichen Rechtfertigung.

## Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

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

### FlurbG § 61

#### Übergang von Grundstücksrechten im Flurbereinigungsverfahren; dingliche Surrogation

Abruf-Nr.:

#### BayKAG n. F. Artt. 13 Abs. 1 Nr. 4 b) bb), 19 Abs. 1 Neuregelung Bayern; Unzulässigkeit der Festsetzung 20 Jahre nach Ablauf des Jahres, in dem die Vorteilslage eingetreten ist

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

### BGB §§ 138 Abs. 1, 343, 738; GmbHG § 34; AktG § 241 Nr. 4

#### Abfindungsausschluss bei Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters wegen grober Pflichtverletzung ist sittenwidrig; keine Zulässigkeit als Vertragsstrafe

Eine Bestimmung in der Satzung einer GmbH, nach der im Fall einer (groben) Verletzung der Interessen der Gesellschaft oder der Pflichten des Gesellschafters keine Abfindung zu leisten ist, ist sittenwidrig und nicht grundsätzlich als Vertragsstrafe zulässig.

BGH, Urt. v. 29.4.2014 – II ZR 216/13

### Problem

Die Gesellschafterversammlung einer GmbH beschloss die Ausschließung einer Gesellschafterin aus einem wichtigen Grund in ihrer Person. Dabei stellte die Gesellschafterversammlung fest, dass kein Abfindungsentgelt geschuldet sei, hilfsweise ein Abfindungsentgelt nach Maßgabe eines Gerichtsurteils, mit dem die im Abfindungsausschluss liegende Vertragsstrafe herabgesetzt werde. Die Ausschließung wurde durch Einziehung des Geschäftsanteils vollzogen; diese sollte ohne Rücksicht auf das Bestehen eines Abfindungsanspruchs sofort wirksam sein.

Der Gesellschaftsvertrag sah einen Abfindungsausschluss für den konkret einschlägigen Fall vor. Das Landgericht und das Berufungsgericht (OLG Karlsruhe v. 17.5.2013 – 7 U 57/12, RNotZ 2014, 124) gaben der Klage gegen die gefassten Beschlüsse statt.

### Entscheidung

Der BGH bestätigt das Berufungsurteil. Der **Gesellschafterbeschluss** verstoße durch seinen Inhalt gegen die guten Sitten und sei **entsprechend § 241 Nr. 4 AktG nichtig**. Zwar knüpfe er an eine Satzungsregelung an. Da der statutarische Abfindungsausschluss aber inhaltlich sittenwidrig und nichtig sei, sei dies auch der darauf beruhende Beschluss.

Nach Ansicht des BGH gehört das Recht eines Gesellschafters, bei Ausscheiden aus der Gesellschaft eine **Abfindung** zu erhalten, zu seinen **Grundmitgliedsrechten** (vgl. BGH NZG 2011, 1420). Ein gesellschaftsvertraglicher **Abfindungsausschluss** sei **nur in Ausnahmefällen** zulässig. Als solche nennt der BGH die **Verfolgung eines ideellen Zwecks** durch die Gesellschaft (vgl. BGH DNotZ 1998, 902), die Abfindungsklausel auf den **Todesfall** (vgl. BGH DNotZ 1978, 166, 169) und die auf Zeit abgeschlossene **Mitarbeiter- oder Managerbeteiligung** ohne Kapitaleinsatz (vgl. BGH DNotZ 2006, 140, 143). In diesen Fällen bestehe ein **sachlicher Grund** für den Abfindungsausschluss darin, dass die ausscheidenden Gesellschafter kein Kapital eingesetzt oder aber bei Verfolgung eines ideellen Ziels von vornherein auf eine Mehrung des eigenen Vermögens verzichtet hätten. Ansonsten darf die Gesellschafterstellung laut BGH nicht ohne Wertausgleich verloren gehen, denn der Gesellschafter hat durch Kapitaleinsatz und ggf. durch Mitarbeit zu dem im Wert des Geschäftsanteils repräsentierten Gesellschaftsvermögen beigetragen. Der Abfindungsausschluss könne für den Gesellschafter existenzgefährdend sein und beeinträchtige seine wirtschaftliche Freiheit.

Entgegen etlichen Stimmen in der Literatur erkennt der BGH den **Abfindungsausschluss bei der Einziehung aus wichtigem Grund nicht** als **zulässige Ausnahme** an. Vielmehr fehle es an einem sachlichen Grund, die Abfindung **allein wegen einer groben Pflichtverletzung** auszuschließen. Der Abfindungsausschluss führe insbesondere zu der **unangemessenen Rechtsfolge**, dass dem Gesellschafter wegen einer – unter Umständen – einzigen groben Pflichtverletzung der Wert seiner Mitarbeit und seines Kapitaleinsatzes entschädigungslos entzogen werden könne.

Eine Beschränkung oder ein **Ausschluss der Abfindung** solle in der Regel **dem Bestandsschutz der Gesellschaft dienen** und habe **keinen Vertragsstrafencharakter**. Die Vertragsstrafe solle nämlich als Druckmittel zur ordnungsgemäßen Leistung anhalten oder einen Schadensersatzanspruch pauschalisieren. Der vollständige Abfindungsausschluss sei aber als Pauschalierung eines Schadensersatzanspruchs zu undifferenziert und im Übrigen nicht besonders geeignet, um den Gesellschafter zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten. Abgesehen vom Verlust künftiger Einnahmen biete er keinen erheblichen zusätzlichen Anreiz für ein pflichtgemäßes Verhalten.

Gegen die Einordnung des Abfindungsausschlusses wegen grober Pflichtverletzung als Vertragsstrafe spreche zudem, dass in jedem Einzelfall die **Verhältnismäßigkeit**

der „Strafe“ überprüft werden müsste. Der **vollständige Ausschluss** sei jedenfalls dann **unverhältnismäßig**, wenn die **Gesellschaft** durch das Verhalten des Gesellschafters **nicht in Existenznot** geraten sei. Daher entfalle auch die Grundlage für den hilfsweise gefassten Beschluss, dass das Abfindungsentgelt nur nach Maßgabe eines Gerichtsurteils geschuldet sei, mit dem die im Abfindungsausschluss liegende Vertragsstrafe herabgesetzt werde.

---

## **BGB §§ 133, 883; GBO §§ 19, 22, 29; GBV § 10 Abs. 1 u. 5**

**Wirksamkeit eines vorgemerkten befristeten und bedingten Rückauflassungsvorbehalts; Änderung des Übereignungsanspruchs dergestalt, dass Teilfläche „verschoben“ wird**

**1. Hat sich der Übergeber eines Grundstücks das übertragbare und vererbliche Recht auf Rückauflassung einer Teilfläche vorbehalten und durch Vormerkung sichern lassen, andererseits die Löschung der Vormerkung für den Fall bewilligt, dass dem Grundbuchamt nicht innerhalb eines Jahres nach dem Tod des Übergebers die Erklärung der Rückauflassung in gesetzlich vorgeschriebener Form vorgelegt wird, so ist diese Bedingung nicht unwirksam. Das Grundbuchamt kann selbst prüfen, ob innerhalb der Frist eine formgültige Rückauflassung erklärt worden ist. Dies gilt auch dann, wenn zunächst strittig ist, ob die Rückauflassung von einer berechtigten Person erklärt wurde.**

**2. Ändern die Parteien den vorgemerkten Anspruch dergestalt ab, dass die vorbehaltene Fläche „verschoben“ wird, jedoch eine Teilfläche von der ursprünglichen Vormerkung weiter umfasst ist, kann nicht nur die Reduzierung der Fläche, sondern gleichzeitig auch die bewilligte Extension in der Veränderungsspalte des Grundbuchs vermerkt werden. Der Rang der neu hinzugekommenen Fläche ergibt sich dann aus dem Vermerk in der Veränderungsspalte und der dort in Bezug genommenen Bewilligung.**

OLG München, Beschl. v. 31.3.2014 – 34 Wx 206/13

### **Problem**

Der Beschluss des OLG München behandelt zwei Fragen des Grundbuchrechts: Zum einen geht es um die Zulässigkeit bedingter Löschungsbewilligungen, zum anderen um die inhaltliche Änderung eines durch Vormerkung gesicherten Auflassungsanspruchs.

Im zugrunde liegenden Sachverhalt hatte die Übergeberin ihrem Sohn, dem Beteiligten zu 1 (B1), zu Lebzeiten ein Grundstück überlassen. Für eine Teilfläche aus dem Grundstück behielt sie sich das übertragbare und vererbliche Recht vor, von B1 die Rückübereignung zu verlangen. Laut Vertrag entsteht der Übereignungsanspruch, wenn er schriftlich oder zu notarieller Urkunde geltend gemacht wird. B1 bevollmächtigte „den Anspruchsberechtigten“ unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, die Rückauflassung zu erklären. Hinsichtlich

der diesbezüglichen Vormerkung wurde schon im Überlassungsvertrag die Löschung unter der Voraussetzung bewilligt, dass dem Grundbuchamt nicht innerhalb eines Jahres nach dem Tode der Übergeberin die Erklärung der Rückauflassung in gesetzlich vorgeschriebener Form vorgelegt wird. In einer Nachtragsurkunde wurden die den Rückübertragungsanspruch betreffende Teilfläche „verschoben“ und die Änderung der Fläche im Grundbuch in der Veränderungsspalte der zweiten Abteilung vermerkt. Die Übergeberin wurde von ihrer Tochter, der Beteiligten zu 2 (B2), allein beerbt. Vor Ablauf der Jahresfrist erklärte B2 die Auflassung. B1 begehrte nach Ablauf der Jahresfrist die Löschung der Vormerkung. Das Grundbuchamt lehnte den Antrag auf Löschung ab.

### **Entscheidung**

Das OLG München wies die Beschwerde des B1 – soweit vorliegend von Interesse – zurück, weil die Voraussetzungen für die Löschung der Vormerkung nicht nachgewiesen waren. Die Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Rechts als besondere Form der Eintragung erfordere nach der Grundnorm des § 19 GBO die Bewilligung des betroffenen Rechtsinhabers. Wenn das Recht außerhalb des Grundbuchs untergegangen sei, etwa weil der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch nachträglich erlösche, sei das Grundbuch unrichtig; in diesem Fall dürfe man die Löschung der Vormerkung gem. § 22 GBO verlangen. Der Senat könne indessen nicht davon ausgehen, dass die Bedingung für die Abgabe der Löschungsbewilligung eingetreten oder aber das Erlöschen des Anspruchs nachgewiesen sei.

Eine Löschungsbewilligung müsse den bestimmten Willen des Erklärenden erkennen lassen, dass ein für ihn eingetragenes Recht gelöscht werden könne. Sie dürfe daher keinen Vorbehalt enthalten, insbesondere nicht bedingt oder befristet sein, es sei denn, die Bedingung stelle sich als bloße Rechtsbedingung dar. Die Abgabe der Bewilligung unter dem Vorbehalt, dass dem Grundbuchamt nicht innerhalb eines Jahres nach dem Tode der Übergeberin die Erklärung der Rückauflassung in gesetzlich vorgeschriebener Form vorgelegt werde, sei aber nicht unwirksam. Selbst bei einer bedingten oder befristeten Bewilligung dürfe das Grundbuchamt die Eintragung nämlich vornehmen, wenn die Bedingung hinreichend bestimmt und ihr Eintritt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen sei.

Für die **Auslegung der Löschungsbewilligung** gelte § 133 BGB entsprechend, wobei jedoch zu beachten sei, dass der das Grundbuchverfahren beherrschende **Bestimmtheitsgrundsatz** und das grundsätzliche Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen der Auslegung Grenzen setzten. Bei der Auslegung sei, wie bei Grundbucheintragungen, auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergebe; außerhalb der Bewilligung liegende Umstände ließen sich nur insoweit heranziehen, als sie für jedermann ohne Weiteres erkennbar seien. Eine Bedingung erfülle den Bestimmtheitsgrundsatz dann, wenn das Ereignis, das Bedingung für Entstehen oder Erlöschen des Rechts sein solle, mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden könne. Voraussetzung sei nicht, dass ein Streit über den Bedingungseintritt ausgeschlossen sei. Richtigerweise **müsse daher für die Wirksamkeit der Bewilligung unter einer Bedingung genügen, dass ein Nachweis des Bedingungseintritts nach § 29 GBO möglich** sei.

Das OLG München sah die Bedingung, dass die Erklärung der Rückauflassung nicht binnen eines Jahres nach dem Tod der Übergeberin in der gesetzlichen vorgeschriebenen Form vorgelegt wird, als wirksam an. Das Grundbuchamt könne nämlich selbst prüfen, ob innerhalb der Jahresfrist eine derartige Erklärung in notarieller Form bei ihm eingegangen sei. Nach der nächstliegenden Bedeutung der Klausel sei Voraussetzung, dass die Rückauflassung nicht von irgendwem, sondern von einer dazu befugten Person abgegeben werde. Ein Nachweis, dass eine Auflassungserklärung nicht vom Berechtigten – also nicht vom Erben oder (z. B.) von dessen Bevollmächtigten – stamme, sei B1 nach § 29 GBO grundsätzlich möglich. Zwar möge es bei Erbstreitigkeiten vorkommen, dass ein Beteiligter nicht sogleich bei Abgabe der Rückauflassungserklärung durch eine Person, die die Erbenstellung behaupte, nachweisen könne, dass die Bedingung ausgefallen sei. Dies allein führe jedoch nicht schon zur Unwirksamkeit der Bewilligung. Jedenfalls im Rahmen eines Rechtsstreits lasse sich nämlich klären, ob die Erklärung des (vermeintlichen) Erben wirksam sei.

Dem Grundbuchamt habe vorliegend binnen Jahresfrist seit dem Tod der Übergeberin eine Rückauflassungserklärung vorgelegen, die nicht schon offensichtlich unwirksam sei. Dass die Bedingung für die Lösungsbedingung nicht eingetreten sei, etwa weil diese von einer unbefugten Person abgegeben wurde, habe B1 nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen. Daher scheide die Löschung aufgrund einer Bewilligung aus.

Einen rechtzeitigen Widerruf der Vollmacht habe B1 ebenfalls nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen. Nach den Unterlagen sei der Widerruf nämlich erst nach Ausübung der Vollmacht erklärt worden (§ 873 Abs. 2 BGB).

Den Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 GBO habe B1 auch nicht erbracht. Der Nachtrag habe nicht zum Wegfall des – der Vormerkung zugrunde liegenden – Rückforderungsanspruchs geführt. Diese Vereinbarung enthalte keinen Tausch i. S. v. § 480 BGB mit der Folge, dass schon damals die Vormerkung zu löschen gewesen wäre. Die Änderung des Vertrags habe nur „in der Weise“ geschehen sollen, dass er sich auf eine andere Teilfläche beziehe. Der im Ursprungsvertrag vereinbarte Rückforderungsanspruch sei im Übrigen unberührt geblieben.

Zwar sei der **vormerkungsgesicherte Anspruch derart verändert** worden, **dass er eine andere Teilfläche gleicher Größe auf dem Grundstück betreffen solle**; diese umfasse ihrerseits nur noch einen Teil derjenigen Fläche, die ursprünglich Anspruchsinhalt gewesen sei. Auf die Flächen außerhalb dieser Überschneidung beziehe sich die eingetragene Vormerkung nicht, gleichviel, ob der ursprüngliche Anspruch entfallen oder der neue Anspruchsinhalt ein anderer gewesen sei. Insofern sei auch das Grundbuch unrichtig gewesen. Die Veränderung des Anspruchsinhalts habe das Grundbuchamt allerdings durch einen Eintrag in der Veränderungsspalte unter Verweis auf die Bewilligung im Nachtrag vermerkt. Es könne dahinstehen, ob sich die eingetragene Vormerkung durch einen vollständig anderen Eigentumsverschaffungsanspruch mit einem entsprechenden Vermerk in der Veränderungsspalte „aufladen“ lasse. Zweifelhaft sei dies, weil eine Übereinstimmung des durch Eintragung vorgemerkten Anspruchs mit dem Anspruch, dem die Vormerkung nach dieser Bewilligung nun dienen solle (vgl. BGH DNotI-Report 2012, 98), nur äußerlich, nicht aber in der Sache bestehe (nach BGH NJW 2008, 578,

579 Tz. 15 = DNotZ 2008, 514, 516, müsse der neu begründete Anspruch auf dieselbe Leistung wie der zunächst gesicherte Anspruch gerichtet sein).

Das Grundbuchamt musste die ursprüngliche Eintragung der Vormerkung nicht durch Vermerk in der Veränderungsspalte auf die verbliebene Fläche reduzieren (vgl. § 10 Abs. 5 GBV) und gleichzeitig in der Hauptspalte (§ 10 Abs. 1 GBV) eine neue Vormerkung hinsichtlich der (hinzu-gekommenen) Fläche eintragen. Auch wenn infolge der Verschiebung die neu mit der Vormerkung belastete Teilfläche nur mit schlechterem Rang gesichert werden könne, bedürfe es nicht zwingend der Eintragung einer neuen Vormerkung. Vielmehr **genüge die Eintragung der Extension durch einen entsprechenden Vermerk in der Veränderungsspalte**. Damit ergebe sich der Umfang der vorrangigen Vormerkung aus der ursprünglichen Eintragung in Verbindung mit dem Veränderungsvermerk. **Der Rang** der Vormerkung hinsichtlich der verschobenen, nicht kongruenten Teilfläche **folge** hingegen **hinreichend klar allein aus dem Vermerk in der Veränderungsspalte und der dort zulässigerweise in Bezug genommenen Bewilligung**. Eine (Teil-)Löschung und Neueintragung wäre dann unnötiger Formalismus.

## Literaturhinweise

---

**HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN  
JURISTISCHE FAKULTÄT**

**ERBRECHT — AKTUELLE FRAGEN**

AM 4. SEPTEMBER 2014, UNTER DEN LINDEN 6, 10117 BERLIN, SENATSSAAL

**PROGRAMM**

- 09:00 **Begrüßung**  
*Prof. Dr. Rainer Schröder, Humboldt-Universität zu Berlin*
- 09:15 **Die Vermittlung der Erbauseinandersetzung durch den Notar**  
*Prof. Dr. Christina Eberl-Borges, Universität Mainz*
- 10:15 **Die Wechselwirkungen von Unternehmertestament und Gesellschaftsvertrag**  
*Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Notar a.D., Universität Regensburg*
- 11:30 **Das lebzeitige Eigeninteresse des Erblassers im Rahmen des § 2287 BGB**  
*Rüdiger Gockel, Notar und FA für Erbrecht, Beckum*
- 13:30 **Gestaltungsfragen bei Herausgabevermächnissen**  
*PD Dr. Christoph Reymann, LL.M. Eur, Notarassessor, Deutsches Notarinstitut, Würzburg*
- 15:00 **Der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen gegenüber dem testierunfähigen Ehegatten**  
*Prof. Dr. Christopher Keim, Notar, Universität Mainz*
- 16:00 **Die unliebsame Nacherfolge — oder: Wie wird man sie wieder los?**  
*Dr. Malte Ivo, Notar, Hamburg*

Bei Interesse möchten wir Sie bitten, sich bis zum 29. August 2014 für dieses Kolloquium anzumelden: Anmeldeformulare sowie nähere Informationen erhalten Sie unter <http://ifn.rewi.hu-berlin.de/>. Eventuelle Anfragen bitten wir zu richten an das Institut für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin, Unter den Linden 6, 10099 Berlin, Telefon 030/2093-3439, Telefax 030/2093-3560, E-Mail: [notar-institut@rewi.hu-berlin.de](mailto:notar-institut@rewi.hu-berlin.de) – gerne auch telefonisch.

Die Teilnahmegebühr beträgt (inklusive Getränke und Mittagessen):

- 90,- € für Mitglieder des Förderkreises des Instituts für Notarrecht/Notarassessoren/Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung
- 130,- € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung
- 185,- € für alle übrigen Teilnehmer

Für Angehörige wissenschaftlicher Einrichtungen, Studierende, Referendare und Notarassessoren, die zugleich Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. sind, ist die Veranstaltung kostenlos.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter [www.dnoti.de](http://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](mailto:dnoti@dnoti.de) Internet: [www.dnoti.de](http://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

**Redaktion:** Dr. Simon Blath

**Bezugsbedingungen:**

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

**Bezugspreis:**

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle  
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg