

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 167, 1854 Nr. 8 – Vorsorgevollmacht; Schenkungen des Bevollmächtigten in dem einem Betreuer gestatteten Rahmen; Reform des Betreuungsrechts

BtBG § 6; BtOG §§ 7, 34; GBO § 29 – Reform des Betreuungsrechts; Beglaubigung einer transmortalen Vollmacht durch die Betreuungsbehörde; Verwendbarkeit im Grundbuchverfahren

Gutachten im Abrufdienst

Literaturhinweise

Aktuelles

Inkrafttreten der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zum 1.1.2023

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 167, 1854 Nr. 8

Vorsorgevollmacht; Schenkungen des Bevollmächtigten in dem einem Betreuer gestatteten Rahmen; Reform des Betreuungsrechts

I. Sachverhalt

Herr A hat seiner Tochter T eine Vorsorgevollmacht nach dem Muster des Bundesjustizministeriums erteilt. Seine Unterschrift wurde notariell beglaubigt. In dem Muster heißt es: „Sie darf mein Vermögen verwalten und hierbei alle Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte im In- und Ausland vornehmen, [...] namentlich [...] Schenkungen in dem Rahmen vornehmen, der einem Betreuer rechtlich gestattet ist.“

Inzwischen ist Herr A geschäftsunfähig. T möchte nun ein Baugrundstück des A, das einen Verkehrswert von ca. 80.000,00 € hat, dem Nachbarssohn, zu dem A ein

gutes Verhältnis hat, schenken. Da die Vollmacht aber Schenkungen nur in dem Umfang erlaubt, in dem diese einem Betreuer gestattet sind, meint T – jedenfalls bis zum 31.12.2022 – wegen §§ 1908i, 1804 BGB a. F. (die dort geregelten Ausnahmen dürften nicht gegeben sein) – an der Vornahme einer Schenkung gehindert zu sein. T hat sich daher entschlossen, die Schenkung nach dem 31.12.2022 vorzunehmen. Sie begründet dies damit, dass die zum 1.1.2023 in Kraft getretene Reform des Betreuungsrechtes einem Betreuer Schenkungen grundsätzlich ermögliche (vgl. § 1854 Nr. 8 BGB), sodass die Formulierung in der Vorsorgevollmacht ihr nun die Schenkung gestatte. Denn Schenkungen seien nun nicht mehr weitgehend verboten, sondern vielmehr möglich, wenn auch verbunden mit einem weitreichenden Genehmigungsvorbehalt. Der Notar hat Bedenken, ob es sich bei der Bezugnahme auf das Betreuungsrecht in der Vorsorgevollmacht um eine dynamische Verweisung handelt.

II. Frage

Führt die Formulierung in einer vor dem 31.12.2022 erteilten Vorsorgevollmacht, dass dem Bevollmächtigten Schenkungen in dem Rahmen erlaubt sind, wie es einem Betreuer rechtlich gestattet ist, dazu, dass der Be-

vollmächtigte (im Außenverhältnis) ab dem 1.1.2023 Schenkungen vornehmen kann?

III. Zur Rechtslage

1. Aktueller Stand der Diskussion

Zu der aufgeworfenen Frage, ob die Formulierung in der bis zum 31.12.2022 erteilten Vorsorgevollmacht als **statische Verweisung** auf die Schenkungskompetenz des Betreuers nach der vormals geltenden Rechtslage (§§ 1908i Abs. 2 S. 1, 1804 BGB a. F.) oder im Falle der Verwendung der Vollmacht ab dem 1.1.2023 als **dynamische Verweisung** auf die aktuell geltende Rechtslage (betreuungsgerichtlicher Genehmigungsvorbehalt nach § 1854 Nr. 8 BGB n. F.) zu verstehen ist, gibt es bislang noch keine Rechtsprechung, so dass die **Rechtslage derzeit unsicher** ist.

In der bislang erschienenen **Literatur** wird hierzu **kontrovers Stellung genommen**. Nach *Grziwotz* (ZRP 2020, 248, 250) liegt es nahe, dass **§ 1908i Abs. 2 S. 1 BGB a. F. weiterhin den Umfang der Vorsorgevollmacht einschränken** solle, also die neue Erweiterung der Schenkungsmöglichkeiten nicht für vor dem 1.1.2023 erteilte Vorsorgevollmachten, die einen entsprechenden Verweis enthalten, gelte. Für eine solche Auslegung lässt sich anführen, dass der Vollmachtgeber mit der verwendeten Klausel die Vorsorgevollmacht an die Grenzen knüpfen wollte, die zum **Zeitpunkt der Erteilung der Vollmacht** und damit bei Abgabe der Willenserklärung für den Betreuer galten. Dies gilt erst recht dann, wenn es sich um eine notariell beurkundete Vollmacht handelt und dem Vollmachtgeber nach § 17 Abs. 1 BeurkG der rechtliche Gehalt seiner Klausel dahin gehend erläutert worden ist. In diesem Fall liegt die Annahme fern, dass nach dem Willen des Vollmachtgebers eine spätere Änderung der für Betreuer geltenden gesetzlichen Regeln Einfluss auf die Reichweite der von ihm erteilten Vollmacht nehmen sollte.

Demgegenüber vertritt u. a. *Müller-Engels* (DNotZ 2021, 84, 87; ErbR 2022, 666, 668), dass mit dieser in Vorsorgevollmachten z. T. verwendeten Formulierung regelmäßig eine **dynamische Verweisung** ausgesprochen worden sei, so dass bei Verwendung ab dem 1.1.2023 die aktuelle Rechtslage und damit § 1854 Nr. 8 BGB n. F. gelte. Für die Annahme einer dynamischen Verweisung spricht, dass es dem Vollmachtgeber in der Regel bei der Verwendung der einschränkenden Klausel (diese geht wohl auf Bühler, FamRZ 2001, 1585, 1597 zurück) darum gegangen sein dürfte, dem Bevollmächtigten keine uneingeschränkten Befugnisse einzuräumen, sondern die **Schenkungsbefugnisse sachgemäß zu begrenzen**. Die sachgemäße Begrenzung wurde jedoch nicht eigenständig formuliert, sondern hierfür auf das gesetzliche Regelungsmodell des gesetzlichen Vertreters (Betreuers)

verwiesen, wohl wissend oder zumindest in Kauf nehmend, dass die gesetzlichen Regelungen – wie in diesem Bereich häufig – künftig auch geändert werden könnten. Der Vollmachtgeber hat sein Vertrauen damit nicht in die aktuelle gesetzliche Regelung, sondern in das **gesetzliche Regelungsmodell des Betreuers** schlechthin gelegt, so dass die Verweisung auch etwaige Änderungen der Schenkungsmöglichkeiten des Betreuers mit umfasst. Dieser Ansicht folgend dürfte daher regelmäßig die Annahme einer dynamischen Verweisung nahe liegend sein, sofern im Einzelfall keine Anhaltspunkte für einen davon abweichenden Willen des Vollmachtgebers bestehen. Die Rechtslage muss aber als offen bezeichnet werden.

2. Rechtslage bei Annahme einer statischen bzw. dynamischen Verweisung

Die Annahme einer **statischen Verweisung** würde dazu führen, dass sich die Schenkungsbefugnisse des Bevollmächtigten auch nach dem 1.1.2023 nach den §§ 1908i, 1804 BGB a. F. richten würden. Da die Schenkungsmöglichkeiten des Betreuers im Rahmen der Betreuungsrechtsreform 2023 erheblich erweitert worden sind (vgl. oben I), hätte dies zur Konsequenz, dass der Bevollmächtigte schlechter stünde als ein (aktueller) Betreuer. Schenkungen wären – wie bislang – nur in einem sehr engen Rahmen (Anstands-, Pflicht- und Gelegenheitsschenkungen) zulässig.

Nimmt man eine **dynamische Verweisung** an, so stellt sich weiter die Frage nach den **konkreten Rechtsfolgen**. Nach § 1854 Nr. 8 BGB ist die Genehmigung des Betreuungsgerichts zu einer Schenkung oder unentgeltlichen Zuwendung des Betreuers erforderlich, es sei denn, diese ist nach den Lebensverhältnissen des Betreuten angemessen oder als Gelegenheitsgeschenk üblich. Damit wurden die bisherigen, sehr engen materiellen Kriterien für die Zulässigkeit einer Schenkung in §§ 1908i Abs. 2 S. 1, 1804 a. F. zugunsten einer **gerichtlichen Genehmigungsmöglichkeit** weitgehend beseitigt. Durch eine privatautonome Regelung kann aber kein Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung begründet werden. Deshalb dürfte die Annahme einer **Genehmigungsmöglichkeit für Schenkungen des Bevollmächtigten ausscheiden**. Mit der erfolgten Verweisung auf die Kompetenzen eines Betreuers bestünde damit die Gefahr, dass der Schenkungsrahmen durch die neue Regelung für Bevollmächtigte nicht nur nicht erweitert, sondern im Gegenteil sogar **eingeschränkt** würde (Müller-Engels, DNotZ 2021, 84, 87 f.). Der Bevollmächtigte dürfte dann nur solche Schenkungen vornehmen, die auch nach neuem Recht genehmigungsfrei zulässig sind und stünde damit letztlich schlechter als ein Betreuer (nach aktuellem Recht).

Um dieses Ergebnis bei Zugrundelegung einer dynamischen Verweisung zu vermeiden, dürfte es naheliegen, auf die (gedachte) **Genehmigungsfähigkeit** der Schenkung abzustellen. Der Bevollmächtigte soll Schenkungen vornehmen können, wenn das Betreuungsgericht die identische Schenkung durch einen Betreuer genehmigen würde. Da die (gedachte) Genehmigung durch das Betreuungsgericht die Wirksamkeit der Schenkung im Außenverhältnis betrifft, dürfte die (gedachte) Genehmigungsfähigkeit auch die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten im Außenverhältnis betreffen.

Zur betreuungsgerichtlichen **Genehmigungsfähigkeit** einer Schenkung durch den Betreuer führt die Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 19/24445, S. 290 f.; Hervorhebungen durch das DNotI) Folgendes aus:

*„Der Genehmigungsmaßstab für das Betreuungsgericht folgt aus § 1862 Abs. 2 in Verbindung mit § 1821 Abs. 2 bis 4 BGB. (...) Maßgebliches Kriterium für die Zulässigkeit einer in Vertretung durch den Betreuer gemachten Schenkung ist damit der **Wunsch oder der mutmaßliche Wille des Betreuten**. Gemäß § 1821 Abs. 2 BGB hat der Betreuer die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen, dass dieser im Rahmen seiner Möglichkeiten sein Leben nach seinen Wünschen gestalten kann. Hierzu hat der Betreuer die Wünsche des Betreuten festzustellen, diesen grundsätzlich zu entsprechen und den Betreuten bei deren Umsetzung rechtlich zu unterstützen. Die Wünsche des Betreuten finden ihre Grenze, wenn hierdurch die Person des Betreuten oder dessen Vermögen erheblich gefährdet würde und der Betreute diese Gefahr auf Grund seiner Erkrankung oder Behinderung nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann oder die Wunschbefolgung dem Betreuer nicht zuzumuten ist (§ 1821 Abs. 3 BGB). Der Wunsch des Betreuten ist daher beachtlich, sofern nicht höherrangige Rechtsgüter des Betreuten gefährdet sind oder seine gesamte Lebens- und Versorgungssituation erheblich verschlechtert wird und der Betreute diese Gefährdung aufgrund seiner Erkrankung nicht erkennen kann. Der Betreute kann danach grundsätzlich auch wirtschaftlich unvernünftige Entscheidungen treffen. Selbst wenn also durch die Erfüllung der Wünsche des Betreuten dessen Vermögen erheblich geschmälert wird, ist der Wunsch in diesem Fall zunächst zu respektieren. Wünsche des Betreuten sind auch dann maßgeblich, wenn sie zu einem früheren Zeitpunkt geäußert worden sind, und gelten auch bei fortschreitendem geistigen Verfall als fortdauernd. Liegt ein auf die konkrete Situation feststellbarer Wunsch des Betreuten nicht vor, so ist sein mutmaßlicher Wille zur Prüfung heranzuziehen, ob die Schenkung vorgenommen werden kann. Damit können auch Schenkungen gemacht werden, die einer sittlichen Pflicht oder Anstandspflichten entsprechen und nicht auf einen konkreten aktuell geäußerten Wunsch des Betreuten zurückgehen. Schenkungen*

durch den Betreuer, die nach den Lebensverhältnissen des Betreuten als Gelegenheitsgeschenk üblich sind, sind auch künftig zulässig. Sie werden vom Genehmigungsvorbehalt ausgenommen.“

Die Kriterien für die betreuungsgerichtliche Genehmigungsfähigkeit einer in Vertretung des Betreuten gemachten Schenkung erscheinen damit **nicht eben als präzise** – möglicherweise noch weniger als diejenigen für die ausnahmsweise Zulässigkeit einer Schenkung durch den Betreuer nach der bis zum 31.12.2022 geltenden Rechtslage. Die Annahme einer im Außenverhältnis unbeschränkten Schenkungskompetenz des Bevollmächtigten aufgrund der im Sachverhalt wiedergegebenen Formulierung scheint aber von deren Wortlaut her kaum vertretbar. Schließlich würde die Verschiebung der Problematik auf das reine Innenverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem auch dem allgemein für Vollmachten geltenden **Auslegungsgrundsatz** widersprechen, wonach **der geringere Umfang der Vollmacht anzunehmen ist, wenn sich der größere nicht nachweisen lässt** (BayObLG Rpfleger 1996, 332; KG FGPrax 2018, 98; allg. Überblick: Meikel/Hertel, GBO, 12. Aufl. 2021, § 29 Rn. 66 ff.).

3. Ergebnis

Es spricht einiges dafür, dass die wiedergegebene Formulierung regelmäßig als **dynamische Verweisung** zu verstehen ist. Die unscharfen **Kriterien für die betreuungsgerichtliche Genehmigungsfähigkeit** einer Schenkung nach § 1854 Nr. 8 BGB n. F. dürften als außenwirksame **Beschränkung der Vertretungsmacht** des Vorsorgebevollmächtigten aufzufassen sein. Dass die Schenkung eines Baugrundstücks mit einem Verkehrswert von ca. 80.000,00 € bei diesem Verständnis (außenwirksam) in dem Rahmen läge, „der einem Betreuer rechtlich gestattet ist“, wird man nicht ohne Weiteres annehmen können. Der mitgeteilte Sachverhalt lässt allerdings offen, ob und inwieweit die Schenkung überhaupt den Wünschen oder dem mutmaßlichen Willen des Vollmachtgebers entspricht. Dies wäre hinsichtlich der Genehmigungsfähigkeit – und damit auch der Handlungskompetenz des Bevollmächtigten – wesentlich.

Zudem ist zu betonen, dass die Frage nach der Qualität des Verweises (statisch/dynamisch) derzeit ungeklärt und hierfür eine einzelfallbezogene Prüfung erforderlich ist. Bei **unsicherer Rechtslage** könnte es sich ab dem 1.1.2023 empfehlen, **vorsorglich einen Betreuer bestellen** zu lassen, der für den Vollmachtgeber handeln und die nach § 1854 Nr. 8 BGB n. F. erforderliche Genehmigung einholen kann, sofern dies aussichtsreich erscheint.

BtBG § 6; BtOG §§ 7, 34; GBO § 29

Reform des Betreuungsrechts; Beglaubigung einer transmortalen Vollmacht durch die Betreuungsbehörde; Verwendbarkeit im Grundbuchverfahren

I. Sachverhalt

Ein im Grundbuch zu vollziehendes Rechtsgeschäft, bei dem ein rechtsgeschäftlich bevollmächtigter Vertreter auftritt, wurde unter Verwendung einer betreuungsbehördlich beglaubigten transmortalen Vollmacht im Jahr 2022 beurkundet. Der Vollmachtgeber verstarb nach der Beurkundung, aber vor Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt. Diese wird aufgrund noch fehlender Vollzugsreife erst im Jahre 2023 erfolgen.

II. Frage

Lässt § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG die Wirkung der betreuungsbehördlichen Beglaubigung im Grundbuchverfahren auch dann entfallen, wenn das Rechtsgeschäft unter Verwendung der Vollmacht bereits vor dem 1.1.2023 beurkundet, aber noch nicht vollzogen wurde?

III. Zur Rechtslage

1. Bisherige Rechtslage

Für das **Jahr 2022** wurde die Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörden noch durch das Betreuungsbehördengesetz geregelt. Nach **§ 6 Abs. 2 S. 1 BtBG** war die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde befugt, Unterschriften oder Handzeichen auf Vorsorgevollmachten oder Betreuungsverfügungen öffentlich zu beglaubigen. Der BGH hatte hierzu mit Beschluss vom 12.11.2020 (DNotZ 2021, 710) entschieden, dass die Beglaubigung von Unterschriften auf Vorsorgevollmachten durch die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG den Anforderungen des § 29 GBO genügt. Die Beglaubigungsbefugnis der Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde nach § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG erstreckte sich aus Sicht des BGH dabei auch auf Vorsorgevollmachten, die über den Tod hinaus gültig sein sollen (sog. transmortale Vollmachten).

2. Rechtslage nach Inkrafttreten der Betreuungsrechtsreform

Mit Ablauf des 31.12.2022 trat das Betreuungsbehördengesetz außer Kraft. Als Nachfolgeregelung trat **ab dem 1.1.2023** im Zusammenhang mit der umfassenden Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts das **Betreuungsorganisationsgesetz (BtOG)** an seine Stelle. Auch das BtOG spricht der Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde die Befugnis zu, Unterschriften oder Handzeichen auf Betreuungsverfügungen und auf

Vollmachten, soweit sie von natürlichen Personen erteilt werden, öffentlich zu beglaubigen (§ 7 Abs. 1 S. 1 BtOG).

Nach der Neuregelung des **§ 7 Abs. 1 S. 2 BtOG** endet aber die Wirkung der Beglaubigung bei einer Vollmacht **mit dem Tod des Vollmachtgebers** (dazu etwa Müller-Engels, DNotZ 2021, 84, 91; Horn, ZEV 2020, 748, 751; Bosch/Siegel, notar 2021, 204, 206 f.; Becker, MittBay-Not 2021, 549 ff.). Ab dem 1.1.2023 gilt also grundsätzlich, dass eine von der Betreuungsbehörde beglaubigte transmortale Vollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers wegen § 29 Abs. 1 S. 1 GBO **im Grundbuchverkehr** nicht mehr verwendet werden kann. Stattdessen sind die Einholung eines formgerechten Erbnachweises und die Beteiligung der Erben oder die Bestellung eines Nachlasspflegers erforderlich, auch wenn die Vollmacht materiell-rechtlich noch wirksam sein sollte. Würde das Grundbuchamt beim Grundbuchvollzug die Neuregelung des § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG übersehen und bei einer materiell-rechtlich über den Tod des Vollmachtgebers hinaus wirkenden Vollmacht einen Erwerber trotzdem als neuen Eigentümer im Grundbuch eintragen, so wäre der wegen § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG anzunehmende Verstoß gegen § 29 Abs. 1 S. 1 GBO materiell-rechtlich unschädlich. § 29 GBO ist lediglich eine grundbuchrechtliche Ordnungsvorschrift. Seine Verletzung macht die Grundbucheintragung nicht unwirksam, wenn die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Eintragung vorliegen (s. bereits BGH DNotZ 1963, 313; Demharter, GBO, 32. Aufl. 2021 § 29 Rn 2 m. w. N.). Der Erwerber hätte somit wirksam Eigentum erworben. Das Grundbuch wäre richtig.

3. Übergangsproblematik

Fraglich ist nun, wie sich die Neuregelung in § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG über das Erlöschen der Beglaubigungswirkung mit dem Tod des Vollmachtgebers für Rechtsgeschäfte auswirkt, die noch im **Jahr 2022** aufgrund einer transmortalen, durch die Betreuungsbehörde beglaubigten Vollmacht **beurkundet** wurden, jedoch erst **im Jahre 2023 zum grundbuchamtlichen Vollzug gelangen**, wenn der Vollmachtgeber vor Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt bereits verstorben ist.

Bei dem hier unterbreiteten Sachverhalt ist gegenüber der Frage nach dem intertemporalen Geltungsanspruch des § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG noch vorgreiflich ein **grundbuchverfahrensrechtliches Problem** aufgeworfen. Es geht darum, ob es im Fall der Abgabe einer Eintragungsbewilligung durch einen Vertreter ausreichend ist, wenn die Vollmacht zugunsten des Vertreters **im Zeitpunkt der Erklärung** der Bewilligung bestand oder ob diese **noch bei Vorlage** der Bewilligung ans Grundbuch-

amt bestanden haben muss. Dieser Punkt ist streitig. Nach einer Auffassung genügt es, dass die Vollmacht des Vertreters zum Zeitpunkt der Erklärung der Bewilligung bei Beurkundung bestanden hat (Schöner/Stöber, Rn. 3581). Eine Gegenauffassung, die insbesondere vom **OLG München** (DNotZ 2019, 450, 455; RNotZ 2019, 269, 273) vertreten wird, verlangt demgegenüber den **Bestand der Vollmacht noch zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der verfahrensrechtlichen Erklärung**. Dieses Wirksamwerden tritt jedenfalls mit Vorlage der Eintragungsbewilligung beim Grundbuchamt ein. Jedoch wird auch aus Sicht des OLG München die Bewilligung dann bereits mit Abschluss der Beurkundung wirksam, wenn gemäß § 51 Abs. 1 BeurkG ein Anspruch auf Erteilung einer Ausfertigung der rechtsgeschäftlichen Urkunde entstanden ist. In diesem Zusammenhang wird man wohl annehmen müssen, dass es genügt, wenn der Veräußerer die Entstehung des Anspruchs gemäß § 51 Abs. 1 BeurkG nicht mehr einseitig verhindern kann, sodass eine Ausfertigungssperre in diesem Zusammenhang unschädlich bleibt (so Gutachten DNotI-Report 2019, 153, 155 f.).

Der eben angedeutete Streitstand zum Fortbestand der Vollmacht, also die weitgehende Unschädlichkeit des Widerrufs einer Vollmacht nach Abschluss der Beurkundung, **hat hier erst recht zu gelten, wenn es** – wie im unterbreiteten Problemzusammenhang – nicht um den materiell-rechtlichen Fortbestand der Vollmacht bzw. ihr Erlöschen wegen eines Vollmachtswiderrufs geht, sondern „**lediglich**“ **um den Entfall der Beglaubigungswirkung nach § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG** bei materiell-rechtlichem Fortbestand der Vollmacht.

Allerdings regelt nunmehr auch das BtOG selbst in § 34 die Übergangsproblematik. § 34 BtOG wurde nachträglich durch das Änderungsgesetz zum Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 24.06.2022, BGBl. I 2022, S. 959, in das BtOG eingefügt, nachdem sich in der Literatur bereits vereinzelt Stimmen zur hier besprochenen Frage geäußert hatten (Becker, MittBayNot 2021, 549, 550). § 34 BtOG bestimmt, dass **§ 7 Abs. 1 S. 2 BtOG nur auf Vollmachten anzuwenden** ist, die **seit dem 1. Januar 2023** durch die Behörde nach § 7 Abs. 1 S. 1 BtOG öffentlich beglaubigt worden sind. Nach der Gesetzesbegründung (BR-Drucks. 84/22, S. 44) dient diese Regelung der Klarstellung, indem eine möglicherweise aus dem erst während des Gesetzgebungsverfahrens zum Reformgesetz (BGBl. I 2021, S. 873) veröffentlichten Beschluss des BGH v. 12.11.2020 (DNotZ 2021, 710) resultierende Rechtsunsicherheit hinsichtlich Bestandsvollmachten vermieden wird (vgl. dazu auch Schnellenbach/Waßenberg/Heyder, BtPrax 2022, 155, 158).

Aus § 34 BtOG folgt nunmehr, dass es im vorliegenden Fall für die Grundbuchtauglichkeit der verwendeten Vollmacht **unerheblich** ist, ob der Vollmachtgeber bereits verstorben ist. Da die Vollmacht bei Beurkundung eines Rechtsgeschäfts im Jahr 2022 verwendet wurde, muss sie denklogisch auch vor dem 1.1.2023 von der Betreuungsbehörde beglaubigt worden sein. Damit unterfällt sie **nicht der Neuregelung des § 7 BtOG**. Wie sich aus der Gesetzesbegründung zu § 34 BtOG ergibt, ist daher für eine vor dem 1.1.2023 gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG a. F. betreuungsbehördlich beglaubigte Vollmacht die Entscheidung des BGH v. 12.11.2020 (V ZB 148/19) maßgeblich, wonach die Vollmacht auch bei Ableben des Vollmachtgebers grundbuchtauglich (§ 29 GBO) bleibt, wenn sie transmortal erteilt worden ist.

4. Ergebnis

Für die Frage, ob eine von der Betreuungsbehörde beglaubigte Vollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers grundbuchtauglich ist, kommt es darauf an, in welchem Zeitraum die Vollmacht beglaubigt wurde. Erfolgte die Beglaubigung noch unter Geltung des § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG, so hindert der Tod des Vollmachtgebers nicht die Grundbuchtauglichkeit. Erfolgte die Beglaubigung nach Inkrafttreten von (und gemäß) **§ 7 Abs. 1 S. 1 BtOG** am 1.1.2023, so entfällt die Beglaubigungswirkung und damit auch die Grundbuchtauglichkeit (§ 29 GBO) mit dem Tod des Vollmachtgebers.

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 Abruf-Gutachten.

BGB §§ 1896 Abs. 2 a. F., 1814 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Erteilung einer notariell beglaubigten General- und Vorsorgevollmacht; Formerfordernis bei Kreditaufnahme; Vorteil einer notariellen Beurkundung
Abruf-Nr.:

BGB §§ 1629, 1824, 1809, 1850, 2147; GBO §§ 19, 20 Erfüllung eines Vermächtnisses über eine Eigentumswohnung zugunsten eines minderjährigen Enkelkindes; Vertretung; familiengerichtliche Genehmigung; Änderungen durch die Betreuungsrechtsreform
Abruf-Nr.:

§ 1904 BGB a. F.	->	§ 1829 BGB
§ 1906 BGB a. F.	->	§ 1831 BGB
§ 1906a BGB a. F.	->	§ 1832 BGB

Weiterhin kann eine Vorsorgevollmacht zusätzlich eine **Betreuungsverfügung** enthalten. Diese ist nun erstmals in § 1816 Abs. 2 S. 4 BGB legaldefiniert. Gestärkt wurde mit der Reform die Möglichkeit einer negativen Verfügung. Der Wunsch des Vollmachtgebers, dass eine bestimmte Person nicht zum Betreuer ernannt werden möge, ist für das Betreuungsgericht jetzt grundsätzlich verbindlich (§ 1816 Abs. 2 S. 2 BGB). Ebenfalls gesetzlich näher geregelt ist von nun an der **Kontrollbetreuer** (§ 1820 Abs. 3 BGB).

Eine Änderung ergibt sich in Bezug auf das sog. **Subsidiaritätsprinzip** der Betreuung. Der Kreis der Personen, für die das Subsidiaritätsprinzip nicht gilt, wurde erheblich erweitert auf alle Mitarbeiter von Diensten, die in der ambulanten Versorgung des Vollmachtgebers tätig sind, vgl. § 1814 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 i. V. m. § 1816 Abs. 6 BGB. Diese Personen sind als Bevollmächtigte tendenziell ungeeignet, sodass bei deren Bevollmächtigung aufgrund des naheliegenden **Interessenskonfliktes** mit gewisser Wahrscheinlichkeit dennoch ein Betreuer bestellt wird.

2. Auswirkungen auf die Verwendung von Vorsorgevollmachten bei notariell zu beurkundenden Rechtsgeschäften

Zwei Aspekte sollten künftig bei der Verwendung von Vollmachten im notariellen Kontext beachtet werden. Zum einen ist durch die Reform das **Schenkungsverbot des Betreuers** (§§ 1908i Abs. 2 S. 1, 1804 BGB a. F.) entfallen. Von nun an sind Schenkungen durch den Betreuer nicht mehr verboten, aber u. U. genehmigungspflichtig, vgl. § 1854 Nr. 8 BGB. Wird nun eine vor dem 1.1.2023 errichtete Vorsorgevollmacht vorgelegt, nach der der Bevollmächtigte im selben Umfang wie ein Betreuer Schenkungen vornehmen darf, so stellt sich die Frage nach der Bedeutung dieses Verweises (dynamisch oder statisch). Zur Vertiefung sei auf das in diesem Report enthaltene **Gutachten** verwiesen (S. 1).

Eine weitere Änderung ergibt sich aus **§ 7 BtOG**. Das Betreuungsorganisationsgesetz (BtOG) ersetzt das BtBG. Nach § 7 Abs. 1 S. 2 BtOG endet die Beglaubigungswirkung einer durch eine Betreuungsbehörde beglaubigten Vollmacht mit dem Tod des Vollmachtgebers. Materiell-rechtlich bleibt die Vertretungsmacht bei entsprechend transmortaler Bevollmächtigung hingegen bestehen. Siehe hierzu auch das in diesem Report enthaltene **Gutachten** (S. 4).

Aktuelles

Inkrafttreten der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zum 1.1.2023

1. Auswirkungen auf die Errichtung von Vorsorgevollmachten

In vielen Mustern für Vorsorgevollmachten werden die §§ 1904, 1906, 1906a BGB (a. F.) genannt. Dies liegt daran, dass jeweils in Abs. 5 der genannten Vorschriften bestimmt war, dass eine Vollmacht **schriftlich** erteilt sein und die in der Norm genannten Maßnahmen etc. **ausdrücklich** umfassen muss. An diesem Schriftlichkeits- und Ausdrücklichkeitsanforderung ändert sich auch unter Geltung des neuen Rechts nichts, es wurde nur in § 1820 Abs. 2 BGB einheitlich zusammengefasst. Allerdings sind die **Inhalte**, auf die sich das Ausdrücklichkeitsanforderung bezieht, von nun an an anderen Orten zu finden:

Bezogen auf die Verwendung solcherart beglaubigter Vollmachten gegenüber dem Grundbuchamt ist daran zu denken, dass **bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte** für den Tod des Vollmachtgebers entsprechende Nachweise gefordert werden können (Stichwort: „Lebensbescheinigung“).

3. Änderungen in Bezug auf gerichtliche Genehmigungserfordernisse

Durch die Reform wurden die Katalogvorschriften der §§ 1821, 1822 BGB a. F. neu sortiert. Von nun an sind die Rechtsgeschäfte, die einer betreuungsgerichtlichen – oder wegen des weitreichenden Verweises in § 1643 BGB entsprechend einer familiengerichtlichen – Genehmigung bedürfen, in den §§ 1848 ff. BGB zu finden. Dort sind die Geschäfte nach **Lebenssachverhalten** sortiert. Von Interesse für die notarielle Praxis sind neben der geänderten Paragraphensortierung insbesondere folgende Normen:

§ 1850 BGB – Rechtsgeschäfte über Grundstücke und Schiffe

§ 1851 BGB – Erbrechtliche Rechtsgeschäfte

§ 1852 BGB – Handels- und gesellschaftsrechtliche Rechtsgeschäfte

§ 1854 BGB – Sonstige Rechtsgeschäfte

Im Bereich Schenkungen und Überlassungen ist künftig zu beachten, dass gemäß § 1850 Nr. 4 BGB der **unentgeltliche Erwerb von Wohnungs- und Teileigentum** unter Genehmigungsvorbehalt steht. Dies betrifft, anders als bisher, auch den Erwerb einer Sondereigentumseinheit zu Alleineigentum. Ebenfalls relevant ist dieses Genehmigungserfordernis für Vermächtniserfüllungen. Aus dem Bereich des **Erbrechts** ist erwähnenswert, dass § 1851 Nr. 3 BGB nun auch Fälle erfasst, in denen der Betreute bzw. Minderjährige im Wege der **Abschichtung** aus der Erbengemeinschaft ausscheidet. Im Übrigen versammelt die Norm in Nrn. 4-9 zahlreiche Genehmigungstatbestände, die nach altem Recht über das 5. Buch des BGB verteilt waren. Im Bereich des **Gesellschaftsrechts** ist zu beachten, dass mit Inkrafttreten der Reform auch der unentgeltliche Erwerb eines Anteils an einer Gesellschaft, die ein Erwerbsgeschäft betreibt, der Genehmigung bedarf, vgl. § 1852 Nr. 1 lit. b) BGB. Erwähnenswert ist aus dem Bereich der **sonstigen Rechtsgeschäfte** (§ 1854 BGB), dass gemäß Nr. 4 zu einem Rechtsgeschäft, das auf **Übernahme einer fremden Verbindlichkeit** gerichtet ist, eine Genehmigung erforderlich ist. Die Vorgängernorm (§ 1822 Nr. 10 BGB) wies einen etwas weiteren Wortlaut auf („zur Übernahme einer fremden Verbindlichkeit“). Aus § 1854 Nr. 4 BGB ergibt sich daher kein Genehmigungserfordernis in Bezug auf Gesellschaftsverträge, in deren Folge sich Haftungsrisiken (z.B.

§ 26 Abs. 2 GmbHG) nur als gesetzliche Nebenfolgen ergeben.

4. Änderungen im Bereich des Zentralen Vorsorgeregisters

Mit dem Inkrafttreten der Reform besteht die Möglichkeit, im Zentralen Vorsorgeregister isoliert **Patientenverfügungen** zu registrieren.

Außerdem kann nunmehr auch ein **Widerspruch** gegen das mit der Reform neu geschaffene Ehegattenvertretungsrecht in Gesundheitsangelegenheiten nach § 1358 BGB im Zentralen Vorsorgeregister eingetragen werden (vgl. § 78a BNotO n.F.). Durch das ebenfalls neu geschaffene **Einsichtsrecht für Ärzte**, die das Vorsorgeregister einsehen können, bevor sie nach § 1358 Abs. 4 BGB ein schriftliches Nachweisdokument erteilen, soll sichergestellt werden, dass die Registrierung des Widerspruchs die ungewollte Ausübung des (aufgrund Widerspruchs nicht bestehenden) Vertretungsrechts verhindert.

5. Änderungen hinsichtlich der Vertretung durch einen Betreuer

Die Reform des Betreuungsrechts dient u. a. der besseren Wahrung und Verwirklichung des **Selbstbestimmungsrechts** von Betreuten. Das Betreuerhandeln hat sich daher primär an den **Wünschen** sowie dem mutmaßlichen Willen und nicht am objektiven Wohl des Betreuten auszurichten (vgl. § 1821 BGB). Es gilt nunmehr der Grundsatz „**Unterstützung vor Vertretung**“; von der Vertretungsmacht gemäß § 1823 BGB soll der Betreuer nur Gebrauch machen, soweit dies erforderlich ist (§ 1821 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Einhaltung des Erforderlichkeitsgrundsatzes ist aber **keine Bedingung für die Wirksamkeit** einer vom Betreuer im Rahmen seines angeordneten Aufgabenkreises abgegebenen Willenserklärung (vgl. BT-Drucks. 19/24445, S. 251).

6. Änderungen hinsichtlich der Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen

Möchte der Erblasser seinem Berufsbetreuer Vermögen zuwenden, so ist seit Inkrafttreten der Reform **§ 30 BtOG** zu beachten. Hiernach ist es einem **beruflichen Betreuer** i. S. d. § 19 Abs. 2 BtOG untersagt, von dem von ihm Betreuten Geld oder geldwerte Leistungen anzunehmen. Die Norm stellt klar (Abs. 1 S. 2), dass dies auch für Zuwendungen im Rahmen einer Verfügung von Todes wegen gilt. Das Annahmeverbot bewirkt, dass der Berufsbetreuer eine ihm im Zuge einer letztwilligen Verfügung zufallende Zuwendung ausschlagen müsste. Die letztwillige Verfügung selbst wird zwar nach h. M. **nicht unwirksam**, kann allerdings nicht

gemäß dem Willen des Erblassers umgesetzt werden. Nimmt der Berufsbetreuer die Zuwendung dennoch an, so verstößt er gegen die Berufspflicht aus § 30 BtOG.

Die zentrale Vorschrift für die **Vormundbenennung in Verfügungen von Todes wegen** lautet seit Inkrafttreten der Reform § 1782 BGB. Entfallen ist die Möglichkeit, aus besonderen Gründen für einen Mündel mehrere Vormünder zu bestellen (§ 1775 S. 2 BGB a. F.). Nach § 1775 BGB besteht nunmehr die **gemeinschaftliche Vormundschaft von Ehegatten** und in Einzelfällen die Möglichkeit, für Geschwister unterschiedliche Vormünder zu bestellen. Weiterhin besteht die Möglichkeit, in

der Vormundbenennung die **Befreiung** des Vormunds von einigen Beschränkungen anzuordnen. Das Amt des **Gegenvormunds** (§ 1792 BGB a. F.) gibt es seit Inkrafttreten der Reform nicht mehr.

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 Dr. Philipp Theuersbacher

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:

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG § 40 – Keine Gleichwertigkeit der Online-Beurkundung einer Abtretung von GmbH-Anteilen durch einen österreichischen Notar

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 2306, 2314 – Auskunftsanspruch über den Bestand des Nachlasses nach Ausschlagung des Erbteils

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG § 40

Keine Gleichwertigkeit der Online-Beurkundung einer Abtretung von GmbH-Anteilen durch einen österreichischen Notar

I. Sachverhalt

Anteile an einer deutschen GmbH wurden zur Urkunde eines österreichischen Notars in Wien von A an B abgetreten. Die Anteilsabtretung erfolgte in einem Online-Verfahren nach österreichischem Recht vor dem österreichischen Notar. Weder A noch B waren physisch beim Notar anwesend, vielmehr befanden sie sich zum Zeitpunkt der Beurkundung in Deutschland. Der österreichische Notar hat eine Gesellschafterliste erstellt, in welcher er die Wirksamkeit der Anteilsabtretung bescheinigt. Der Notar möchte, dass ein deutscher Notar diese Gesellschafterliste als Bote beim Handelsregister zur Aufnahme einreicht.

II. Fragen

1. Muss das Registergericht die Aufnahme der Liste in das Handelsregister ablehnen?
2. Ist die Anteilsabtretung wirksam?

III. Zur Rechtslage

Zunächst ist zu prüfen, welcher Prüfungsmaßstab seitens des Registergerichts anzuwenden ist (1.). Sodann ist zu untersuchen, ob die Übertragung der Anteile offensichtlich unwirksam ist (2.).

1. Prüfungsmaßstab des Registergerichts bei Einreichung einer Gesellschafterliste

Für die Gesellschafterliste, die in den für das entsprechende Registerblatt bestimmten Registerordner **aufzunehmen** (§ 9 Abs. 1 HRV) und nicht in das Handelsregister einzutragen ist (BT-Drucks. 16/6140, S. 37), ist der Prüfungsmaßstab des Registergerichts umstritten. Der Gesetzgeber ging in der Begründung zum MoMiG ausdrücklich davon aus, dass das Registergericht die Listen lediglich entgegennimmt und „keine inhaltliche Prüfungspflicht“ hat (BT-Drucks. 16/6140, S. 44). Die Gesetzesbegründung spricht jedoch nur von der Prüfungspflicht und verhält sich nicht zu der Frage, ob dem

Gericht ein Prüfungsrecht zusteht. Unstreitig steht dem Registergericht ein **formelles Prüfungsrecht** bzgl. der Frage zu, ob die Liste den formalen Anforderungen des § 40 GmbHG genügt (BGH NZG 2011, 1268; OLG Nürnberg NZG 2018, 312, Tz. 25).

Ob dem Registergericht darüber hinaus auch ein **materielles Prüfungsrecht** zusteht, ist zweifelhaft (s. hierzu MünchKommGmbHG/Heidinger, 4. Aufl. 2023, § 40 Rn. 355 ff.). Der BGH hat die Frage, ob dem Registergericht auch ein inhaltliches Prüfungsrecht zusteht, bislang ausdrücklich offengelassen (BGH DNotZ 2014, 457 Tz. 23; ebenso KG FGPrax 2016, 161). Die inzwischen vorherrschende Literaturmeinung nimmt ein uneingeschränktes formelles Prüfungsrecht und darüber hinaus ein begrenztes inhaltliches Prüfungsrecht an. Ein solches Prüfungsrecht soll bspw. in Fällen bestehen, in denen die **Angaben zwar formal korrekt, inhaltlich jedoch offenkundig falsch sind** (statt vieler Paefgen, in: Habersack/Casper/Löbke, GmbHG, 3. Aufl. 2020, § 40 Rn. 103; s.a. OLG München FGPrax 2009, 181, 182). In derartigen Fällen könne dem Registergericht nicht zugemutet werden, an der Aufnahme der Liste mitzuwirken (Bayer in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 40 Rn. 70). Das Registergericht dürfe nicht daran mitwirken, dass eine falsche Legitimationsbasis für die Ausübung der Gesellschafterrechte oder ein unrichtiger Rechtsscheinträger geschaffen werden (D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1039; Schneider, GmbHR 2009, 393, 395; Wachter, ZNotP 2008, 376, 386). Das OLG Köln (NZG 2013, 1431) formuliert noch deutlicher, dass das Registergericht eine offenkundig unrichtige Gesellschafterliste zurückweisen dürfe, weil nur so vermieden werden könne, dass ein falscher Anschein erweckt werde. Angesichts dieser Argumente und unter dem **Gesichtspunkt des Verkehrsschutzes** wird das Registergericht daher eine Gesellschafterliste sogar zurückweisen müssen, wenn die Unrichtigkeit der Veränderung erkannt wird.

Im Ergebnis dürfte, wenngleich hierzu bisher keine eindeutige Rechtsprechung existiert, bei einer **offensichtlich unwirksamen Änderung** im Gesellschafterbestand jedenfalls eine **offenkundige Unrichtigkeit der eingereichten Liste** vorliegen. *Servatius* (in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 40 Rn. 75a) nennt als Beispiel einer durch das Registergericht zu beanstandenden Liste explizit eine Liste von einem ausländischen Notar, wenn ohne weiteres feststeht, dass es an der Gleichwertigkeit der Beurkundung fehlt.

2. Offensichtliche Unwirksamkeit der Übertragung

Die Geschäftsanteilsübertragung ist offensichtlich

nach § 125 BGB formunwirksam. Maßgebliche Formvorschrift ist allein § 15 Abs. 3 GmbHG (a). Eine Beurkundung durch einen ausländischen Notar kann diese Formvorschrift allenfalls dann erfüllen, wenn die Beurkundung **nach abstrakten Maßstäben** mit Blick auf die Beurkundungszwecke gleichwertig ist (b). Der Gleichwertigkeit steht hier bereits die Nutzung eines Fernbeurkundungsverfahrens entgegen (c). Auch im Übrigen ist eine durch einen österreichischen Notar vorgenommene Online-Beurkundung nicht gleichwertig (d).

a) § 15 Abs. 3 GmbHG als maßgebliche Formvorschrift

Formfragen im Gesellschaftsrecht unterliegen nicht dem allgemeinen Formstatut nach § 11 EGBGB bzw. Art. 11 Rom-I-VO, wonach u. a. die Ortsform ausreichend wäre. Vielmehr unterliegen sie dem Gesellschaftsstatut, sodass hier allein § 15 Abs. 3 GmbHG gilt. Demnach ist eine notarielle Beurkundung erforderlich (MünchKommBGB/Kindler, 8. Aufl. 2021, IntWirtR Rn. 537 ff.; a. A. Henssler/Strohn/Verse, GesR, 5. Aufl. 2021, § 15 GmbHG Rn. 45).

Selbst wenn man von der Anwendbarkeit des Art. 11 EGBGB ausginge, so verweist auch die Ortsformanknüpfung des Art. 11 Abs. 1 Alt. 2 EGBGB ins deutsche Recht, da sich alle Beteiligten während der Beurkundung in Deutschland befanden. Im Ergebnis würde man somit ebenfalls zur Anwendung des § 15 Abs. 3 GmbHG gelangen.

b) Zulässigkeit und Maßstab der Substitution

Ob und unter welchen Voraussetzungen das Beurkundungserfordernis auch durch einen ausländischen Notar eingehalten werden kann, ist umstritten. Teilweise wird in der Literatur angenommen, es sei ausschließlich die Beurkundung durch einen deutschen Notar ausreichend (vgl. Winkler, BeurkG, 20. Aufl. 2022, Einl Rn. 89; Staudinger/Hertel, BGB 2023, Vorbem. zu §§ 127a, 128 BGB (BeurkG) Rn. 860 ff.).

Überwiegend wird angenommen, dass auch die Beurkundung durch einen ausländischen Notar dem Formerfordernis entsprechen könne, dass also eine **Ersetzung (Substitution)** der Beurkundung durch einen deutschen Notar durch die Beurkundung durch einen ausländischen Notar bei Geschäftsanteilsabtretungen **grundsätzlich denkbar** sei. Voraussetzung sei allerdings, dass die **Gleichwertigkeit** der ausländischen Beurkundung gegeben sei (vgl. MünchKommGmbHG/Harbarth, 4. Aufl. 2022, § 53 Rn. 79 ff.; Ulmer/Casper, in: Habersack/Casper/Löbke, GmbHG, 3. Aufl. 2021, § 53 Rn. 52 ff.; ausführlich und allg. für die An-

teilsabtretung MünchKommGmbHG/Reichert/Weller, 4. Aufl. 2022, § 15 Rn. 143 ff. m. w. N.).

Gleichwertigkeit ist **nach der Formel des BGH** gegeben, „wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeiten des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten hat, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht“ (BGH NJW 1981, 1160; NJW 2014, 2026 Tz. 14).

Die Gleichwertigkeit der Beurkundung durch einen ausländischen Notar bemisst sich an **abstrakten Maßstäben** und nicht an der Frage, ob der konkrete Beurkundungsvorgang der nach deutschem Recht vorgesehenen Beurkundung angenähert ist (Diehn, DNotZ 2019, 146, 147; Löbbe, in: Habersack/Casper/Löbbe, § 15 Rn. 146; MünchKommBGB/von Hein, 8. Aufl. 2020, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rn. 257; Cramer, DStR 2018, 746; Cziupka, EWiR 2018, 137; Lieder, ZIP 2018, 805; Mayer/Barth, IWRZ 2018, 128; Pogorzelski, notar 2018, 403; Stelmaszczyk, RNotZ 2019, 177; Strauß, MittBayNot 2021, 65, 72). Maßstab sind die Beurkundungszwecke (BGH NZG 2015, 18 Tz. 17), wobei auch steuerliche Mitteilungspflichten oder die Rolle des Notars bei der Geldwäscheprävention zu berücksichtigen sind (Raff, DNotZ 2020, 750 753 ff.; Heinze, NZG 2017, 371).

c) Keine Gleichwertigkeit des Fernbeurkundungsverfahrens

Selbst wenn man von der generellen Zulässigkeit der Substitution im Bereich von Geschäftsanteilsabtretungen ausgeht, scheitert bei vorstehend beschriebenen Sachverhalt eine Substitution jedoch an fehlender Gleichwertigkeit. Dies hat zur Folge, dass die Übertragung des Geschäftsanteils wegen Verstoßes gegen § 15 Abs. 3 GmbHG nach § 125 BGB formnichtig ist.

Dies ergibt sich bereits daraus, dass das österreichische Beurkundungsrecht eine Beurkundung im Fernbeurkundungsverfahren vorsieht und eine derartige Beurkundung hier auch konkret durchgeführt wurde. Das deutsche Beurkundungsrecht sieht für **Geschäftsanteilsübertragungen** kein Fernbeurkundungsverfahren vor, sondern nur ein **Präsenzbeurkundungsverfahren**. Hieran hat sich auch seit dem 1.8.2022 und Inkrafttreten des DiRUG v. 5.7.2021 (BGBl. I 2021, S. 3338) sowie Teilen des DiREG v. 15.7.2022 (vgl. Art. 10 Abs. 2 DiREG; BGBl. I 2022, S. 1146) nichts geändert. Für die Zulässigkeit der Online-Beurkundungsverfahren gilt ein strenger *numerus clausus*. Eine Fernbeurkundung ist nach deutschem Recht im Grundsatz nicht zu-

lässig, da der Notar die Erklärungen gemäß § 13 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BeurkG unmittelbar wahrnehmen muss (BeckOK-BeurkG/Bremkamp, Std.: 15.9.2022, § 13 Rn. 6; BeckOGK-BeurkG/Seebach/Rachlitz, Std.: 1.5.2022, § 13 Rn. 18). Bei einer Unterschriftsbeglaubigung haben sowohl die Anerkennung als auch der Vollzug einer Unterschrift in der Gegenwart des Notars zu erfolgen (BeckOGK-BeurkG/Theilig, Std.: 1.2.2022, § 40 Rn. 24; Frenz/Miermeister/Limmer, BeurkG, 5. Aufl. 2020, § 40 Rn. 12; Lerch, BeurkG, 5. Aufl. 2016, § 40 Rn. 9). Führt der Notar dennoch eine Fernbeurkundung durch, handelt es sich um einen **gravierenden Dienstrechtsverstoß** (BGH DNotZ 1977, 762; DNotZ 1988, 259), der im Einzelfall sogar wegen Falschbeurkundung im Amt strafrechtlich geahndet werden kann (OLG Frankfurt DNotZ 1986, 421). Es entsprach daher schon bislang allgemeiner Ansicht, dass eine Fernbeurkundung nicht dem Präsenzbeurkundungsverfahren gleichwertig sein kann (DNotI-Report 2020, 121, 122 f.; Herrler, in: Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2021, § 7 Rn. 74).

Als Ausnahme von dieser Regel kann die Beurkundung von Willenserklärungen gemäß § 16a Abs. 1 BeurkG mittels Videokommunikation ausnahmsweise und nur dann erfolgen, soweit dies durch ein formelles Gesetz zugelassen ist (eine Übersicht zu den Geschäften, die mittlerweile einem Online-Verfahren zugänglich sind, findet sich bei Böhringer, GmbHR 2022, 1005). Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass ein Online-Verfahren nur in bestimmten, ausdrücklich geregelten Fällen geeignet ist, die Schutzzwecke der notariellen Form funktionsäquivalent zum gesetzlichen Regelfall des Präsenzverfahrens abzubilden (BT-Drucks. 19/28177, S. 115; BT-Drucks. 20/1672, S. 21). Diese Auswahlentscheidung des nationalen Gesetzgebers führt dazu, dass eine Substitution des Beurkundungsverfahrens durch ein Online-Verfahren **von vornherein mangels Gleichwertigkeit ausscheiden muss**, soweit das Beurkundungsgesetz ein Präsenzverfahren vorschreibt (insoweit ausdrücklich BT-Drucks. 20/1672, S. 13).

Aufgrund der oben geschilderten **abstrakten** Natur der Substitutionsprüfung reicht es für die **Ablehnung der Gleichwertigkeit** also aus, dass das österreichische Beurkundungsrecht – wie hier für Geschäftsanteilsübertragungen – **überhaupt** ein Fernbeurkundungsverfahren vorsieht, während der deutsche Gesetzgeber keine Abweichung vom Präsenzerfordernis zulässt.

d) Selbst im Anwendungsbereich der notariellen Online-Verfahren keine Gleichwertigkeit der Beurkundung durch österreichischen Notar

Selbst wenn der Frage ein Beurkundungsgegenstand zu

Grunde läge, für den der deutsche Gesetzgeber durch formelles Gesetz die Online-Beurkundung zugelassen hätte, käme man zu dem Ergebnis, dass ein nach österreichischem Verfahrensrecht durchgeführtes Online-Beurkundungsverfahren einem deutschen Online-Beurkundungsverfahren nicht gleichwertig ist. Die Frage wäre also gleichlautend zu beantworten, wenn A und B im Sachverhalt nicht Geschäftsanteile übertragen, sondern bspw. eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Wege einer Bargründung gegründet hätten, § 2 Abs. 3 GmbHG.

Maßgebende Gründe hierfür liegen jedenfalls (i) in der Person desjenigen, der die Identifizierung der Beteiligten vornimmt, (ii) in der Art und Weise der Identifizierung, sowie (iii) in der Trägerschaft des eingesetzten Videokommunikationssystem. Da diese Maßstäbe ebenso für die Prüfung der Gleichwertigkeit einer im Online-Verfahren durchgeführten Beglaubigung anzuwenden sind, gelten die nachfolgenden Ausführungen im Übrigen auch nicht nur für Beurkundungen, sondern ebenso für Beglaubigungen.

Nach den allgemeinen Grundsätzen setzt Gleichwertigkeit voraus, dass die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeiten des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und für die Errichtung der Urkunde ein **Verfahrensrecht** zu beachten hat, das den **tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts** entspricht. Zu den Grundsätzen des nationalen Beurkundungsrechts zählen auch die rechtlichen Vorgaben für die Ausgestaltung des Online-Beurkundungsverfahrens (vgl. BT-Drucks. 20/1672, S. 13). Eine Gleichwertigkeit kann daher nur für solche ausländischen Online-Verfahren bestehen, deren Vorgaben den technischen Standards des deutschen Online-Verfahrens entsprechen. Dies ist für Online-Beurkundungsverfahren nach dem österreichischen Verfahrensrecht nicht der Fall.

(i) Nach § 10 Abs. 1 BeurkG ist die Identifikation der Beteiligten **durch den Notar höchstpersönlich** vorzunehmen. Dies gilt erst recht im geldwäscherechtlichen Zusammenhang: Der Notar ist geldwäscherechtlich Verpflichteter nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG und hat auch nach § 11 GwG die Beteiligten höchstpersönlich zu identifizieren (s. hierzu ausführlich Sommer, MittBayNot 2019, 226, 230 f.). Auch im Rahmen eines notariellen Online-Verfahrens folgt aus § 16c BeurkG die Pflicht zur höchstpersönlichen Identifizierung der Beteiligten durch den Notar. Die Feststellungen des Notars zur Person haben einen hohen Wert und beweisen i. S. d. § 415 ZPO, dass die in der Urkunde genannten

Personen tatsächlich die enthaltenen Erklärungen abgegeben haben. Sie besitzen die Kraft einer notariellen Bescheinigung (so Armbrüster/Preuß/Piegsa, BeurkG, 9. Aufl. 2022, § 10 Rn. 12).

Im österreichischen Verfahren ist es hingegen möglich, die **Identifikation auf Mitarbeiter** und auch auf **Dienstleister auszulagern** (Lieder, NZG 2022, 1043, 1050). Dies ist nach § 69b Abs. 2 S. 2 der österreichischen Notariatsordnung (öNO) in Verbindung mit § 3 Abs. 3 und § 5 der österreichischen eIdentifikationsverordnung (NEIV, öst. BGBl. 2019/II Nr. 1, zuletzt geändert durch öst. BGBl. 2020/II Nr. 185) ausdrücklich zugelassen. An Sicherungsmaßnahmen hinsichtlich der zur Identifikation herangezogenen Personen ist in § 2 Abs. 1 NEIV lediglich vorgesehen, dass der Mitarbeiter für die Durchführung besonders geschult und zuverlässig sein muss. Bei Einsatz eines Dienstleisters ist nach § 5 NEIV nur dafür zu sorgen, dass der Dienstleister Maßnahmen ergreift, die sowohl hinsichtlich des Umfangs als auch der Qualität den Anforderungen nach der NEIV entsprechen. Die Identifikation ist ersichtlich nicht gleichwertig mit der höchstpersönlichen Identifikation durch einen Notar in Deutschland (so auch Lieder, NZG 2022, 1043, 1051).

(ii) Hinzu kommt, dass auch die Art und Weise der im österreichischen Online-Verfahren vorgesehenen Identifikation selbst deutliche qualitative Defizite gegenüber dem deutschen Identifikationsverfahren aufweist. Nach deutschem Beurkundungsrecht muss die Feststellung der Person der Beteiligten im Online-Verfahren stets nach dem in § 16c BeurkG vorgesehenen Verfahren erfolgen. Im Rahmen einer **zweistufigen Identifizierung** sind dabei grundsätzlich aus einem Ausweisdokument sowohl die dort gespeicherten eID-Daten (§ 16c S. 1 BeurkG) als auch das auf dem Ausweisdokument elektronisch gespeicherte Lichtbild (§ 16c S. 2 BeurkG) auszulesen und an den Notar zu übermitteln. Das Ausweisdokument muss dabei dem Vertrauensniveau „hoch“ im Sinne des Art. 8 Abs. 2 lit. c der eIDAS-VO (VO (EU) Nr. 910/2014) entsprechen. Es handelt sich dabei um den höchsten in der eIDAS-VO vorgesehenen Sicherheitsstandard.

Demgegenüber sieht § 69b Abs. 2 S. 1 öNO **lediglich eine einstufige Identifizierung** vor. Diese kann entweder durch Auslesen einer eID erfolgen, wobei nach § 69b Abs. 2 S. 1 Nr. 2, § 36b Abs. 2 S. 2 öNO Ausweisdokumente mit dem niedrigeren Sicherheitsniveau „substanziell“ (Art. 8 Abs. 2 lit. b eIDAS-VO) ausreichen. Alternativ lässt § 69b Abs. 2 S. 1 Nr. 1 öNO auch das sog. **Video-Ident-Verfahren** genügen, welches nach § 3 NEIV lediglich erfordert, dass das Ausweisdoku-

ment in die Kamera gehalten wird und auf diese Weise Sicherheitsmerkmale überprüft werden.

Bereits die Grundentscheidung für ein lediglich einstufiges Verfahren führt dazu, dass das österreichische Beurkundungsverfahren bei abstrakter Betrachtung nicht mit den Vorgaben des § 16c BeurkG gleichwertig ist. Weder das alleinige Auslesen der eID noch das Video-Ident-Verfahren erreichen für sich das vom deutschen Beurkundungsrecht vorgeschriebene Sicherheitsniveau. Dies folgt bereits aus der Zulässigkeit von eIDs des niedrigeren Sicherheitsniveaus „substanziell“ im österreichischen Verfahren. Außerdem hat der Gesetzgeber bewusst entschieden, ein reines eID-Verfahren generell nicht genügen zu lassen, sondern grundsätzlich auch auf die zusätzliche elektronische Übermittlung eines amtlich gespeicherten Lichtbildes zu bestehen (BT-Drucks. 19/28177, S. 120). Das Video-Ident-Verfahren ist auch nicht gleichwertig mit dem Auslesen des elektronisch gespeichertem Lichtbilds nach § 16c S. 2 BeurkG. Bei letzterem wird direkt auf das elektronische Speichermedium des Ausweisdokuments zugegriffen und die dort von hoheitlicher Stelle hinterlegte Bilddatei zunächst auf Echtheit, Gültigkeit und Manipulationsfreiheit überprüft (§ 10 Abs. 3 S. 3 NotViKoV) und sodann an den Notar übermittelt. Video-Ident-Verfahren werden hingegen als fälschungsanfällig eingeschätzt (Lieder, NZG 2022, 1043, 1051; BT-Drucks. 19/28177, S. 121). Das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) verweist auf potentielle Manipulationsmöglichkeiten (BSI, Anforderungskatalog zur Prüfung von Identifikationsverfahren gemäß TR03147, S. 26, 34, 67 f.). Dementsprechend hat der deutsche Gesetzgeber Video-Ident-Verfahren ausdrücklich für nicht mit dem deutschen Beurkundungsverfahren gleichwertig erachtet (BT-Drucks. 19/28177, S. 121).

(iii) Schließlich können sich österreichische Notare **bei der Videoübertragung eines privatwirtschaftlichen Anbieters** bedienen (Lieder, NZG 2022, 1043, 1052). Dies widerspricht nach Ansicht des deutschen Gesetzgebers dem hoheitlichen Charakter des Beurkundungsverfahrens und ist damit nicht gleichwertig.

Online-Beurkundungen können nach deutschem Beurkundungsrecht lediglich mittels des von der Bundesnotarkammer nach § 78p BNotO betriebenen Videokommunikationssystems durchgeführt werden, § 16a Abs. 1 BeurkG. Da das **Beurkundungsverfahren hoheitlichen Charakter hat** und der **Gewährleistung staatlicher Kernfunktionen** dient, darf zur Erfüllung der notariellen Amtspflichten im Rahmen der Beurkundungsverhandlung nicht auf ein Videokom-

munikationssystem zurückgegriffen werden, das von einem privaten Dritten zur Verfügung gestellt wird (BT-Drucks. 19/28177, S. 116). Die Bundesnotarkammer betreibt das Videokommunikationssystem in mittelbarer Staatsverwaltung und steht dabei unter staatlicher Aufsicht. Hingegen würde es dem hoheitlichen Charakter der Beurkundungsverfahren nicht gerecht, wenn die Gefahr des Zugriffs privater Dienstleister auf die sensiblen Inhalte der Urkundungsverhandlung bestünde. Nach der gesetzgeberischen Grundentscheidung gewährleistet auch dieser exklusive Betrieb der Videokommunikationsplattform in öffentlicher Hand ein höheres Niveau an Rechtssicherheit als die Einschaltung privater Dienstleister. Das österreichische Beurkundungsverfahren trägt dem hoheitlichen Charakter des Beurkundungsverfahrens nicht gleichwertig Rechnung.

Doch auch abgesehen von den abstrakt zu betrachtenden verfahrensrechtlichen Differenzen in technischer Hinsicht dürfte die Beurkundung durch einen österreichischen Notar derjenigen durch einen deutschen Notar auch angesichts der gesetzlichen Mitteilungspflichten des deutschen Notars an das Finanzamt in den Fällen des § 54 Abs. 1 EStDV nicht gleichwertig sein. Österreichische Notare können, da sie nicht der Hoheit des deutschen Gesetzgebers unterworfen sind, nicht Normadressaten entsprechender Mitteilungspflichten sein. Selbst bei Angleichung aller vorstehend genannten Unterschiede wäre also zu prüfen, ob die Prüfung der Gleichwertigkeit nicht daran scheitert, dass der deutsche Notar abgesehen von seiner Beurkundungsfunktion weitere tragende Funktionen im Staat (bspw. geldwäscherechtliche Sorgfalts- und Meldepflichten nach §§ 10 ff., 43 ff. GwG sowie steuerliche Anzeigepflichten) übernimmt, deren Zwecke bei Beurkundung durch nicht entsprechend verpflichtete ausländische Notare nicht erreicht würden.

3. Ergebnis

Da das nach österreichischem Verfahrensrecht durchgeführte Online-Beurkundungsverfahren die nach deutschem Beurkundungsrecht erforderliche Präsenzbeurkundung nicht zu ersetzen vermag, ist die Anteilsabtretung formnichtig, § 125 S. 1 BGB. Das Registergericht darf eine durch einen deutschen Notar als Boten weitergereichte Gesellschafterliste aufgrund der offensichtlichen Unwirksamekeit der Veränderung als offensichtlich unrichtig ablehnen (vgl. zur Botentätigkeit des deutschen Notars MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 350). Erkennt das Registergericht die offensichtliche Unwirksamkeit der Übertragung, so ist es zur Zurückweisung der Liste sogar verpflichtet.

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 Abruf-Gutachten.

EuGüVO Art. 23

Rumänien: Formerfordernisse bei Abschluss eines Ehevertrages und bei güterrechtlicher Rechtswahl nach Art. 22 EuGüVO

Abruf-Nr.:

RSiedlG §§ 4, 8; BGB §§ 464 Abs. 2, 466

Siedlungsrechtliches Vorkaufsrecht; Genehmigungsversagung; Nebenleistung

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 2306, 2314

Auskunftsanspruch über den Bestand des Nachlasses nach Ausschlagung des Erbteils

Einem Pflichtteilsberechtigten steht auch nach Ausschlagung seines Erbteils gemäß § 2306 Abs. 1 BGB ein Auskunftsanspruch gemäß § 2314 Abs. 1 BGB zu.

BGH, Versäumnisurteil v. 30.11.2022 – IV ZR 60/22

Problem

Die Parteien sind Kinder des 2015 verstorbenen Erblassers und wurden von diesem testamentarisch zu Erben eingesetzt. Der Sohn S1 des Erblassers und spätere Kläger schlug gemeinsam mit seinen zwei Schwestern die Erbschaft gemäß § 2306 Abs. 1 BGB – auch für seine Kinder – aus (zumal sein Erbteil mit Testamentsvollstreckung und Vorausvermächnissen belastet war). Die verbliebenen weiteren zwei Söhne des Erblassers schlugen nicht aus.

Nach dem Tod des Erblassers trat der Kläger seinen Pflichtteilsanspruch in Höhe einer Schmerzensgeldforderung seiner Stieftochter gegen ihn von 12.000 € an diese ab. Dabei behielt er sich vor, den Anspruch auf eigene Veranlassung und Kosten rechtlich zu verfolgen. Der Kläger begehrt nun im Wege einer Stufenklage Ver-

urteilung seines Bruders zur Auskunftserteilung über den Bestand des Nachlasses durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses.

Entscheidung

Das Gericht weist die Revision des Beklagten zurück. Dem Kläger stehe als Auskunftsgläubiger ein Anspruch nach § 2314 BGB zu, auch wenn er als Pflichtteilsberechtigter das Erbe gem. § 2306 Abs. 1 BGB ausgeschlagen und den Pflichtteilsanspruch behalten habe. Da der Kläger lediglich den Pflichtteilsanspruch in Höhe von 12.000 € abgetreten habe, bleibe die Aktivlegitimation auch in Bezug auf den mit dem Pflichtteilsanspruch in Zusammenhang stehenden Auskunftsanspruch gem. § 2314 Abs. 1 BGB bestehen.

Ob jedoch ein Pflichtteilsberechtigter nach Ausschlagung des Erbteils gem. § 2306 Abs. 1 Hs. 1 BGB „nicht Erbe“ i. S. d. § 2314 Abs. 1 BGB sei, sei in Literatur und Rechtsprechung umstritten. Nach einer Ansicht sei § 2314 Abs. 1 BGB nicht auf Personen anzuwenden, die erst durch Ausschlagung des Erbes als „Berechtigte“ im Sinne des § 2314 BGB anzusehen seien (vgl. Jauernig/Stürner, BGB 18. Aufl. 2021, § 2314 Rn. 1; OLG Celle ZEV 2006, 557 unter I 1). Die Ausschlagung des Erbes dürfe nicht dazu dienen, die eigene Stellung in einem späteren Auskunftsverfahren gegenüber dem Erben zu verbessern und Rechte zu erlangen, die einem Miterben nicht zustünden.

Dieser Ansicht stellt sich nun der BGH mit der h. M. in der vorliegenden Entscheidung entgegen: Werde eine Erbschaft ausgeschlagen, so gelte der Anfall gem. § 1953 Abs. 1 BGB als von Anfang an nicht erfolgt. § 2314 Abs. 1 BGB verlange jedoch nur, dass der Pflichtteilsberechtigte im Zeitpunkt des Auskunftsverlangens nicht mehr „Erbe ist“. Damit umfasse der Wortlaut sowohl die Enterbung eines Pflichtteilsberechtigten als auch dessen Erbausschlagung. Ausnahmen von der Rückwirkung der Ausschlagung wie etwa in § 1959 Abs. 2 und 3 BGB bestünden in Bezug auf das Auskunftsrecht gem. § 2314 Abs. 1 BGB nicht. Eine abweichende Auslegung sei nicht angezeigt. Es handle sich bei dem Auskunftsanspruch um einen unselbstständigen Hilfsanspruch des Pflichtteilsberechtigten, die notwendigen Kenntnisse zur Bemessung des Pflichtteilsanspruchs zu erwerben. Wenn das Gesetz dem Pflichtteilsberechtigten auch für den Fall einer Erbausschlagung gem. § 2306 Abs. 1 BGB einen Pflichtteilsanspruch einräume, sei kein Grund dafür ersichtlich, warum dem Pflichtteilsberechtigten nicht auch entsprechende Hilfsansprüche wie § 2314 Abs. 1 BGB zustehen sollten.

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 Dr. Philipp Theuersbacher

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:

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 656d – Analoge Anwendung des § 656d Abs. 1 S. 1 BGB bei beiderseitigem Maklervertrag; Abwälzungsklausel; Erfüllungsübernahme

BGB §§ 1098, 470 ; BauGB § 26 Nr. 1 – Vorkaufsrecht; GbR auf Verkäuferseite; Verkauf an gesetzliche Erben

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

HGB § 161; GmbHG §§ 2, 5a – Einheits-KG: Unmöglichkeit der Errichtung in einem einzigen Schritt

EStG § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1; AO § 42 – Steuerliche Behandlung eines punktuell satzungsdurchbrechenden inkongruenten Vorabgewinnausschüttungsbeschlusses

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 656d

Analoge Anwendung des § 656d Abs. 1 S. 1 BGB bei beiderseitigem Maklervertrag; Abwälzungsklausel; Erfüllungsübernahme

I. Sachverhalt

Die Beteiligten wollen in einem Grundstückskaufvertrag eine Abwälzungsklausel aufnehmen, wonach der Käufer für den Verkäufer die Maklergebühr vollständig im Rahmen einer Erfüllungsübernahme übernimmt. Sie sind der Ansicht, dass in diesem Fall § 656d Abs. 1 S. 1 BGB nicht anwendbar sei, da beide Parteien jeweils einen Maklervertrag geschlossen hätten und eine Einschränkung der Abwälzungsmöglichkeit in § 656c BGB gerade nicht geregelt sei.

II. Frage

Ist § 656d Abs. 1 S. 1 BGB auch auf Fälle anzuwenden, in denen beide Parteien den Makler beauftragt haben?

III. Zur Rechtslage

1. Analoge Anwendung des § 656d Abs. 1 S. 1 BGB

Wir setzen zunächst voraus, dass es sich um einen Kaufvertrag über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus i. S. d. § 656d Abs. 1 BGB handelt (zur insofern untechnischen Formulierung des Gesetzgebers vgl. BeckOGK-BGB/Meier, Std.: 1.11.2022, § 656a Rn. 7).

Vom **Wortlaut** des § 656d Abs. 1 S. 1 BGB wird lediglich der Fall erfasst, dass **eine Partei** des Kaufvertrags einen Maklervertrag abgeschlossen hat. In diesem Fall soll eine Vereinbarung, die die andere Partei zur Zahlung oder Erstattung von Maklerlohn verpflichtet, nur dann wirksam sein, wenn die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, zur Zahlung des Maklerlohns mindestens in gleicher Höhe verpflichtet bleibt. Da im geschilderten Sachverhalt aber beide Parteien des Kaufvertrags einen Maklervertrag abgeschlossen haben, scheidet eine direkte Anwendung aus.

Es wird jedoch vertreten, dass § 656d Abs. 1 S. 1 BGB **zu eng formuliert** sei, um die vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke zu erfüllen (BeckOGK-BGB/Meier, § 656d Rn. 5; ders., ZfIR 2020, 765, 771; jurisPK-

BGB/Würdinger, 9. Aufl. 2020, § 656d Rn. 4). Daher soll die Norm **analog anzuwenden** sein, wenn **beide Seiten mit dem Makler eine Vereinbarung getroffen haben** und es um die Abwälzung von Verbindlichkeiten einer Partei aus ihrem Vertrag mit dem Makler geht (Staudinger/Arnold, BGB, 2021, § 656d Rn. 2; BeckOGK-BGB/Meier, § 656d Rn. 5; ders., ZfIR 2020, 765, 771; jurisPK-BGB/Würdinger, § 656d Rn. 4). § 656d Abs. 1 S. 1 BGB (analog) regele insofern das Rechtsverhältnis zwischen den Kaufvertragsparteien und verbiete, dass eine Seite die anfallenden Maklerkosten insgesamt allein tragen soll.

Dieser Auffassung ist u. E. zuzustimmen. Den §§ 656c, 656d BGB ist eine wirtschaftliche Betrachtung zugrunde zu legen. Es widerspräche der gesetzgeberischen Intention (dazu Ziff. 2), wenn im wirtschaftlichen Ergebnis einer der Beteiligten den Maklerlohn allein begleichen müsste, obwohl der Makler nicht ausschließlich für ihn tätig geworden ist (so überzeugend Meier, ZfIR 2020, 765, 771). Der Wortlaut des § 656d Abs. 1 S. 1 BGB ist daher zu eng gefasst und eine analoge Anwendung im hier vorliegenden Sachverhalt geboten.

2. Umfang des Verbots des § 656d Abs. 1 S. 1 BGB

§ 656d Abs. 1 S. 1 BGB verlangt, dass der (bisherige) Vertragspartner des Maklers wenigstens *noch über die Hälfte* des (gesamten) Maklerlohns verpflichtet bleiben muss. Für den hier vorliegenden Fall der **Erfüllungsübernahme** verspricht der Übernehmende zwar nur dem Schuldner gegenüber, dessen Gläubiger (hier den Makler) zu befriedigen, sodass dieser keine Rechte aus der Abrede erwirbt und es sich lediglich um einen unechten Vertrag zugunsten Dritter handelt (vgl. MünchKommBGB/Gottwald, 9. Aufl. 2022, § 329 Rn. 1). Der konkrete rechtstechnische Weg spielt für die Anwendbarkeit des § 656d Abs. 1 S. 1 BGB aber keine Rolle. Vielmehr ist eine **wirtschaftliche Betrachtung** anzustellen (BeckOGK-BGB/Meier, § 656d Rn. 5). So heißt es im Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 19/15827, S. 20):

„Dies betrifft sowohl Vereinbarungen der Parteien des Kaufvertrages untereinander, aus denen sich ein unmittelbarer oder mittelbarer Anspruch des Maklers ergibt (zum Beispiel Vertrag zugunsten Dritter, Erfüllungsübernahme, Freistellung), als auch Vereinbarungen des Maklers mit der Partei, die nicht sein Vertragspartner ist (zum Beispiel Schuldübernahme). Voraussetzung ist aber in jedem Fall, dass der Vertragspartner des Maklers zur Zahlung einer Provision mindestens in gleicher Höhe verpflichtet bleibt, so dass sich die andere Partei allenfalls zur Begleichung der hälftigen Gesamtkosten verpflichten kann.“

Demnach dürfte die von den Parteien gewünschte Regelung, wonach der Käufer für den Verkäufer den Maklerlohn vollständig im Rahmen einer Erfüllungsübernahme übernehmen soll, nicht zulässig sein und **gegen § 656d Abs. 1 S. 1 BGB (analog) verstoßen**. Eine (höchst-)richterliche Entscheidung hierzu steht indes – soweit ersichtlich – noch aus.

3. Rechtsfolge des § 656d Abs. 1 S. 1 BGB

§ 656d Abs. 1 S. 1 BGB ist keine dispositive Norm, sondern **zwingendes Recht** (Meier, ZfIR 2020, 765, 772; Staudinger/Arnold, § 656d Rn. 5). Sofern eine Vereinbarung gegen § 656d BGB verstößt, ist diese **nichtig**. Ob zur dogmatischen Begründung § 134 BGB heranzuziehen ist (so Meier, ZfIR 2020, 765, 772) oder sich dieses Ergebnis direkt aus § 656d Abs. 1 S. 1 BGB ergibt (so wohl Staudinger/Arnold, § 656d Rn. 5; jurisPK-BGB/Würdinger, § 656d Rn. 4), ist nicht entscheidend.

Umstritten ist, ob die Nichtigkeit zu einer **geltungserhaltenden Reduktion** führt. Einerseits – und herrschend – wird vertreten, dass die Vereinbarung der Parteien nur insoweit unwirksam ist, als mehr als die Hälfte des (Gesamt-)Maklerlohns übernommen wurde, sodass der Übernehmer gleichwohl die Hälfte der (Gesamt-)Provision wirtschaftlich zu tragen hat (so BeckOGK-BGB/Meier, § 656d Rn. 17; vgl. auch Grüneberg/Retzlaff, BGB, 82. Aufl. 2023, § 656d Rn. 2: Umdeutung in eine Vereinbarung in der maximal zulässigen Höhe). Andererseits wird die gesamte Abwälzungsklausel für unwirksam und eine geltungserhaltende Reduktion nicht für möglich gehalten (so jurisPK-BGB/Würdinger, § 656d Rn. 1; Staudinger/Arnold, § 656d Rn. 5).

Der Kaufvertrag selbst bleibt jedoch wirksam, sofern er nicht ausnahmsweise nach den Grundsätzen des § 139 BGB nichtig ist (dazu BeckOGK-BGB/Meier, § 656d Rn. 17; Grüneberg/Retzlaff, § 656d Rn. 2; vgl. auch Staudinger/Arnold, § 656d Rn. 5; Jauernig/Mansel, 18. Aufl. 2021, BGB § 656d Rn. 3).

4. Ergebnis

Die von den Beteiligten gewünschte Abwälzungsvereinbarung dürfte gegen den analog anzuwendenden § 656d Abs. 1 S. 1 BGB verstoßen. Die Vereinbarung wäre daher zumindest insoweit nichtig, als eine Verpflichtung zur Zahlung von mehr als 50 % des (Gesamt-)Maklerlohns begründet werden soll. Nach strengerer Ansicht wäre sie sogar insgesamt nichtig. Eine (höchst-)richterliche Entscheidung zur analogen Anwendung von § 656d Abs. 1 S. 1 BGB steht indes noch aus.

BGB §§ 1098, 470 ; BauGB § 26 Nr. 1 Vorkaufsrecht; GbR auf Verkäuferseite; Verkauf an gesetzliche Erben

I. Sachverhalt

Eine GbR, bestehend aus Mutter (M) und Vater (V), will ein Grundstück an den Sohn von M und V (S) verkaufen. Im Grundbuch ist ein dingliches Vorkaufsrecht für D eingetragen.

II. Fragen

1. Ist § 470 BGB auf dingliche Vorkaufsrechte anwendbar?

2. Ist § 470 BGB anwendbar, wenn eine GbR bestehend aus den Eltern des Erwerbers, an diesen verkauft?

III. Zur Rechtslage

1. Anwendbarkeit von § 470 BGB auf dingliche Vorkaufsrechte (1. Frage)

Nach § 470 BGB erstreckt sich das Vorkaufsrecht im Zweifel nicht auf einen Verkauf, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt. Die Vorschrift enthält eine Auslegungsregel (Grüneberg/Weidenkaff, BGB, 82. Aufl. 2023, § 470 Rn. 1; MünchKommBGB/Westermann, 8. Aufl. 2019, § 470 Rn. 2; BeckOGK-BGB/Daum, Std.: 1.10.2022, § 470 Rn. 2).

Für das in §§ 1094 ff. BGB geregelte dingliche Vorkaufsrecht bestimmt § 1098 Abs. 1 S. 1 BGB, dass sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten **nach den Vorschriften der §§ 463-473 BGB** bestimmt. Der Verweis umfasst **auch § 470 BGB**. An der Anwendbarkeit von § 470 BGB auf dingliche Vorkaufsrechte besteht soweit ersichtlich kein Zweifel (vgl. Grüneberg/Herrler, § 1097 Rn. 1; MünchKommBGB/Westermann, § 1098 Rn. 1; BeckOGK-BGB/Daum, § 470 Rn. 3; Staudinger/Schermaier, BGB, 2013, § 470 Rn. 3; Everts, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 1 Rn. 183; vgl. auch OLG Stuttgart DNotZ 1998, 305, 307).

2. Anwendbarkeit von § 470 BGB bei GbR auf Verkäuferseite (2. Frage)

a) Wortlaut und Systematik

Der Wortlaut von § 470 BGB verlangt einen Verkauf mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben. Eigentümerin des Grundstücks ist hier die **GbR**, welche als solche **rechtsfähig** ist, jedenfalls soweit sie wie hier als **Außengesellschaft** durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflich-

ten begründet (Grüneberg/Sprau, § 705 Rn. 25; BGH NJW 2002, 1207; NJW 2008, 1378).

Die rechtsfähige Gesellschaft hat jedoch als Rechtssubjekt **keinen gesetzlichen Erben**. Nur Menschen, also natürliche Personen, können sterben und beerbt werden (sog. **passive Erbfähigkeit**, s. Grüneberg/Weidlich, § 1922 Rn. 2). Dem **Wortlaut** nach liegt bei einem Verkauf an den Sohn der Gesellschafter der GbR, die Eigentümerin und Verkäuferin des Grundstücks ist, daher **kein Fall des § 470 BGB** vor.

Gegen die Anwendbarkeit von § 470 BGB spricht zudem ein **systematischer Gesichtspunkt**, der ebenfalls an die **eigene Rechtspersönlichkeit** der GbR anknüpft. Zu argumentieren, es käme für § 470 BGB auf die hinter der GbR stehenden Gesellschafter an, würde vor allem dann zu Verzerrungen führen, wenn nicht alle Gesellschafter der GbR zum privilegierten Personenkreis gehören. Wären etwa an der GbR nicht M und V, sondern M und ein Dritter beteiligt, so bestünde das Vorkaufsrecht nur bezüglich des Anteils des Dritten, wobei es einen solchen (Miteigentums-)Anteil ja gerade nicht gibt. Denn die GbR ist Alleineigentümerin. Dieses Argument wird mit Blick auf das zum 1.1.2024 in Kraft tretende MoPeG (BGBl. I 2021, S. 3436) noch an Bedeutung gewinnen, da dann in § 705 BGB Abs. 2 Var. 1 BGB sogar ausdrücklich geregelt sein wird, dass die GbR selbst Rechtspersönlichkeit besitzen kann und damit ein *aliud* zu den Gesellschaftern darstellt.

b) Analoge Anwendung von § 470 BGB

Gleichwohl könnte eine entsprechende Anwendung von § 470 BGB in Betracht kommen. Eine mit § 470 BGB **vergleichbare Regelung** findet sich **für das gemeindliche Vorkaufsrecht in § 26 Nr. 1 BauGB** (BeckOGK-BGB/Daum, § 470 Rn. 3, Staudinger/Schermaier, § 470 Rn. 3).

Zu § 26 Nr. 1 BauGB sind in der Vergangenheit bereits Entscheidungen in Fällen ergangen, in denen eine GbR auf Verkäuferseite bzw. auf Käuferseite beteiligt war (zur GbR auf Verkäuferseite OLG Hamm BeckRS 2020, 39625; zur GbR auf Käuferseite OLG Celle BeckRS 2013, 21107). Nach § 26 Nr. 1 BauGB ist das (gemeindliche) Vorkaufsrecht ausgeschlossen, wenn der Eigentümer das Grundstück an seinen Ehegatten oder an eine Person verkauft, die mit ihm in gerader Linie verwandt oder verschwägert oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grad verwandt ist.

Das **OLG Hamm** (BeckRS 2020, 39625) hatte einen Fall zu entscheiden, in dem **auf Veräußererseite eine**

GbR stand, auf Erwerberseite hingegen einer der Gesellschafter. Alle beteiligten natürlichen Personen gehörten zum Personenkreis des § 26 Nr. 1 BauGB. Laut OLG Hamm war § 26 Nr. 1 BauGB **seinem Wortlaut nach nicht anwendbar**; auch eine erweiternde Auslegung komme nicht in Betracht. Zur Begründung führte das OLG Hamm an, dass sich die **Zwecke** des § 26 Nr. 1 BGB **nicht** auf den Fall **übertragen ließen**, in dem eine GbR ein Grundstück veräußert. Zweck des § 26 Nr. 1 BauGB sei es, das gemeindliche Vorkaufsrecht bei Verkäufen unter Verwandten auszuschließen, da in diesen Konstellationen sehr häufig **Preise deutlich unterhalb des Verkehrswerts** des Grundstücks vereinbart würden und die Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts zu diesen Preisen **nicht angemessen** wäre. Es stehe aber gerade nicht fest, dass bei Verkäufen durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts an eine Person, die in einem Verwandtschaftsverhältnis zu den Gesellschaftern der veräußernden GbR stehe, ebenfalls solche Preise vereinbart würden. Dabei handele es sich nämlich nicht um Verkaufsvorgänge unter Verwandten, sondern um einen Verkauf durch ein von Verwandten gebildetes Konstrukt mit eigener Rechtsfähigkeit. Das OLG Hamm führte aus, es habe **keine allgemein zugängliche Datenbasis** für diese spezifische Form der Verkaufsvorgänge finden können.

Daher **verneinte** es im Ergebnis die Vergleichbarkeit der Interessenlage, die für eine **analoge Anwendung von § 26 Nr. 1 BauGB** nötig wäre.

In der Entscheidung des **OLG Celle** (BeckRS 2013, 21107) war der Fall einer **GbR auf Erwerberseite** zu entscheiden. Das Gericht **verneinte** die Anwendung **von § 26 Nr. 1 BauGB** mit der Begründung, dass sich ansonsten das gemeindliche Vorkaufsrecht **allzu leicht umgehen** ließe. Denn der Veräußerer könnte zunächst zur Umgehung das Grundstück an eine GbR bestehend aus Verwandten verkaufen und in einem zweiten Schritt könnten die Gesellschafter – wie von Anfang an geplant – ihre Anteile an der GbR anstelle des Grundstücks auf den Erwerber übertragen.

Die Entscheidung des OLG Celle ist in der Literatur auf Zustimmung gestoßen (BeckOK-BauGB/Grziwotz, Std.: 1.9.2022, § 26 Rn. 1). Es überzeugt, jedenfalls für den Fall einer GbR auf Erwerberseite auch von der Nichtanwendbarkeit des § 470 BGB auszugehen, denn die Gefahr einer Umgehung des Vorkaufsrechts liegt in solchen Fällen in der Tat nahe.

Allerdings könnte man bezweifeln, dass die Anwendung des § 470 BGB auch bei einer **Veräußerung durch eine GbR**, deren sämtliche Gesellschafter zum privilegierten

Personenkreis gehören, ausscheidet. Die Begründung des **OLG Hamm** fußt letzten Endes darauf, dass es **keine vergleichbare Interessenlage ermitteln konnte**. Hieraus folgt noch nicht, dass es tatsächlich keine vergleichbare Interessenlage gibt. Die Gesellschafter der veräußernden GbR hätten es in der Hand, die Gesellschaft aufzulösen mit der Folge der Übertragung des Eigentums an dem Grundstück auf die Gesellschafter zu Miteigentum. Anschließend könnten sie das Grundstück als Miteigentümer an den gesetzlichen Erben verkaufen, wobei in diesem Fall § 470 BGB seinem Wortlaut nach zur Anwendung käme. Angesichts dessen ist es grundsätzlich denkbar, den Beteiligten den **Zwischenschritt** der Übertragung des Eigentums von der GbR auf die Gesellschafter als **bloße Förmelerei** zu ersparen und § 470 BGB auch auf den Fall der Veräußerung durch eine GbR anzuwenden.

Dem steht allerdings entgegen, dass die **Zwecke des § 470 BGB denen des § 26 Nr. 1 BauGB** im Wesentlichen **entsprechen** und das OLG Hamm eben zu § 26 Nr. 1 BauGB wie vorstehend geschildert entschieden hat. Zweck des § 470 BGB ist die Erhaltung von Familienbesitz. So bilden die nahen Angehörigen einem Dritten gegenüber sozusagen eine Einheit, weshalb die entgeltliche Veräußerung der mit dem Vorkaufsrecht behafteten Sache an einen Angehörigen **nicht als ein Kauf im eigentlichen Sinne**, sondern eher als ein Fall der **antizipierten Erbfolge** zu verstehen ist (BeckOGK-BGB/Daum, § 470 Rn. 2). In solchen Fällen würde die Ausübung des Vorkaufsrechts dem mit der Veräußerung der Sache verfolgten Zweck, den Familienbesitz zu erhalten, zuwiderlaufen, denn von den Vergünstigungen, die dem gesetzlichen Erben zugutekommen sollen, soll der Vorkaufsberechtigte gerade nicht profitieren (BGH NJW 1987, 890, 891; BeckOGK-BGB/Daum, § 470 Rn. 2).

Auch im Fall des § 26 Nr. 1 BauGB beruht der Ausschluss des Vorkaufsrechts auf der Tatsache, dass im Rahmen enger persönlicher Beziehungen das Grundstücksgeschäft häufig nur auf dem Umstand eben dieser engen persönlichen Beziehungen beruht und nicht auf den für einen Kauf typischen wirtschaftlichen Interessen (Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 26 Rn. 2). Die **Bedingungen des Geschäftes** sind **durch das Näheverhältnis** geprägt.

Obwohl also das gesetzliche gemeindliche Vorkaufsrecht nach §§ 24 ff. BauGB einen anderen Zweck verfolgt (u. a. Schutz der gemeindlichen Bauleitplanung im Interesse der Allgemeinheit, vgl. BeckOK-BauGB/Grziwotz, § 24 Vor Rn. 1) als die auf Rechtsgeschäft ba-

sierenden schuldrechtlichen bzw. dinglichen Vorkaufsrechte nach §§ 463 ff., 1094 ff. BGB, sind doch die Zwecke der Ausnahmetatbestände (§§ 470 BGB, 26 Nr. 1 BauGB) vergleichbar. In beiden Fällen geht es darum, einen bestimmten mit dem Veräußerer in einem Näheverhältnis stehenden Personenkreis vor der Ausübung des Vorkaufsrechts zu schützen.

Beide Vorschriften führen letztlich auch dazu, dass bei der Vereinbarung vergünstigter Konditionen **nicht geprüft werden muss**, ob das Rechtsgeschäft eine **gemischte Schenkung**, die von vornherein keinen Vorkaufsfall auslöst, **oder ein Kaufvertrag** ist, der den Vorkaufsfall auslösen würde (BeckOK-BauGB/Grziwotz, § 26 Rn. 1). Es liegt daher nahe, die Überlegungen des OLG Hamm zu § 26 Nr. 1 BauGB auf § 470 BGB zu übertragen.

Wenngleich es also Gründe dafür gibt, § 470 BGB auf Veräußerungen durch eine GbR analog anzuwenden, ist **von einer (analogen) Anwendung** auf den vorliegenden Fall angesichts der **anderslautenden Rechtsprechung des OLG Hamm** zu § 26 Nr. 1 BauGB und der **Vergleichbarkeit der Gründe** für den Ausschluss des Vorkaufsrechts im Fall des § 470 BGB **nicht auszugehen**.

3. Ergebnis

§ 470 BGB ist aufgrund des Verweises in § 1098 Abs. 1 S. 1 BGB auch auf das dingliche Vorkaufsrecht anzuwenden. Ausgehend vom Wortlaut des § 470 BGB, aus systematischen Erwägungen, die in der eigenen Rechtspersönlichkeit der GbR gründen, sowie angesichts der zitierten Entscheidung des OLG Hamm ist § 470 BGB aber weder direkt noch analog auf den geschilderten Sachverhalt anzuwenden. Der Dritte könnte das Vorkaufsrecht also ausüben.

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 Abruf-Gutachten.

LBO § 108; WEG § 10

Kein Sondernutzungsrecht an einer Baulast

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

HGB § 161; GmbHG §§ 2, 5a

Einheits-KG: Unmöglichkeit der Errichtung in einem einzigen Schritt

Eine Unternehmersgesellschaft kann nicht von einer Kommanditgesellschaft als Alleingesellschafterin gegründet werden, die ihrerseits erst zeitgleich mit der Unternehmersgesellschaft als einziger Komplementärin gegründet wird.

OLG Celle, Beschl. v. 10.10.2022 – 9 W 81/22

Problem

Es wurde eine UG (haftungsbeschränkt) gegründet. Als Gründerin trat die gleichzeitig in derselben notariellen Urkunde gegründete UG & Co. KG auf, deren einzige Komplementärin wiederum die UG sein sollte. Die designierten Geschäftsführer meldeten die UG zur Eintragung ins Handelsregister an.

Das Registergericht wies die Anmeldung mit der Begründung zurück, dass die UG nicht wirksam gegründet worden sei, weil die gründende Alleingesellschafterin (also die UG & Co. KG) ohne wirksam gegründete Komplementärin (UG) noch nicht existiere. Dagegen wandten sich die Beteiligten mit der Beschwerde. Sie brachten vor, dass die Gleichzeitigkeit der Gründung der UG und der Gründung der sie gründenden KG unschädlich sei. Die Ansicht des Registergerichts erweise sich als reine Förmerei. Zumindest sei die KG (also die Gründerin der UG) als OHG entstanden.

Entscheidung

Das OLG Celle hat der Ansicht des Registergerichts beigepflichtet und die Beschwerde als unbegründet zurückgewiesen: Die Gründerin der UG, d. h. die KG, habe zum Zeitpunkt der Gründung noch nicht existiert, da es ihr an einer Komplementärin gefehlt habe.

In der Literatur sei anerkannt, dass die Einheitsgesellschaft auf zwei Wegen entstehen könne: Zum einen könne eine existierende KG durch Neugründung oder Erwerb alle Geschäftsanteile an einer GmbH erlangen, die sodann bei der KG die Komplementärrolle übernehme. Zum anderen könnten die (künftigen) Kommanditisten zunächst eine GmbH und sodann mit dieser im zweiten Schritt eine KG gründen, die wiederum im dritten Schritt die Geschäftsanteile der Kommanditisten an der GmbH erwerbe. Hingegen widerspreche es zwingender Logik, wenn die (Vor-)GmbH vor ihrer eigenen Gründung als Komplementärin und Vertreterin

ihrer eigenen Gründerin auftrete. Es gehe also nicht um eine bloße Förmel.

Ebenso wenig überzeugte das OLG der Einwand, dass zwischen den übrigen Gesellschaftern der KG (also den künftigen Kommanditisten) zumindest eine OHG gegründet worden sei. Zum einen sei ausdrücklich eine KG gegründet und angemeldet worden; der Wille, ggf. auch eine OHG zu gründen, sei bereits wegen des anderen Haftungsregimes nicht anzunehmen. Zum anderen sei die KG – auch in der Anmeldung – ausdrücklich als Gründerin der UG bezeichnet worden. Für die Annahme, eine OHG habe die UG gegründet, bleibe daher schlicht kein Raum.

Am Ergebnis ändere sich nichts dadurch, dass eine Vor-GmbH anerkanntermaßen Komplementärin (und daher Mitgründerin) einer KG sein könne. Im Streitfall gehe es nämlich um die vorgelagerte Frage, ob die UG überhaupt wirksam gegründet worden sei.

EStG § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1; AO § 42
Steuerliche Behandlung eines punktuell satzungsdurchbrechenden inkongruenten Vorabgewinnausschüttungsbeschlusses

1. Ein punktuell satzungsdurchbrechender Beschluss über eine inkongruente Vorabauschüttung, der von der Gesellschafterversammlung einstimmig gefasst worden ist und von keinem Gesellschafter angefochten werden kann, ist als zivilrechtlich wirksamer Ausschüttungsbeschluss der Besteuerung zugrunde zu legen (entgegen BMF-Schreiben vom 17.12.2013, BStBl I 2014, 63).

2. Ein Gesellschafter, an den nach einem solchen Beschluss kein Gewinn verteilt wird, verwirklicht den Tatbestand der Einkünfteerzielung gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG nicht.

3. Ob eine inkongruente Vorabgewinnausschüttung nach § 42 AO gestaltungsmisbräuchlich ist, ist bei zivilrechtlich wirksamen punktuell satzungsdurchbrechenden Beschlüssen nach denselben Maßstäben zu beurteilen, die für satzungsgemäße inkongruente Ausschüttungen gelten.

BFH, Urt. v. 28.09.2022 – VIII R 20/20

Problem

A war zu 50 % beteiligter Gesellschafter der K-GmbH. Weitere zu 50 % beteiligte Gesellschafterin der K-GmbH war die T-GmbH, deren alleiniger Gesell-

schafter wiederum A gewesen ist. Die Satzung der K-GmbH enthielt im relevanten Zeitraum keine Regelung zur Gewinnverteilung, sah also weder vor, dass Gewinne stets abweichend von den Beteiligungsverhältnissen zu verteilen waren, noch enthielt sie eine Öffnungsklausel i. S. v. § 29 Abs. 3 S. 2 GmbHG. Die Gesellschafterversammlung der K-GmbH entschied mehrfach und einstimmig, Vorabgewinne alleine an die T-GmbH auszuschütten.

Das Finanzamt war der Auffassung, die Ausschüttungen seien zu 50 % auch A zuzurechnen, denn entweder seien die Ausschüttungsbeschlüsse mangels Satzungsgrundlage zivilrechtlich nichtig und in der Folge eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG oder sie seien zwar zivilrechtlich wirksam, aber ein Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO. Hiergegen wandte sich A bereits erfolgreich vor dem FG Münster (EFG 2020, 1603). Der BFH bestätigte nun die Entscheidung der Vorinstanz.

Entscheidung

Der BFH folgte der Ansicht der Finanzverwaltung nicht und ging von der zivilrechtlichen Wirksamkeit der Beschlüsse zur Vorabgewinnausschüttung aus. Es handle sich nicht um nichtige satzungsdurchbrechende Beschlüsse mit Dauerwirkung, sondern um wirksame, lediglich punktuell wirkende satzungsdurchbrechende Beschlüsse. Wenn die Satzung keine gesonderte Regelung zur Gewinnverteilung und auch keine Öffnungsklausel i. S. v. § 29 Abs. 3 S. 2 GmbHG enthalte, seien die Gewinne entsprechend der gesetzlichen Regelung des § 29 Abs. 3 S. 1 GmbHG zu verteilen. Diese gesetzliche Regelung sei dann ein materieller, jedoch kein formeller Satzungsbestandteil.

Grundsätzlich seien satzungsdurchbrechende Beschlüsse, die einen abweichenden rechtlichen Zustand mit Dauerwirkung begründeten, nichtig, wenn bei der Fassung des Beschlusses nicht alle materiellen und formellen Bestimmungen einer Satzungsänderung (insb. auch die notarielle Beurkundung und die Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister, §§ 53 Abs. 2 S. 1 Hs. 1, 54 Abs. 1 GmbHG) beachtet würden. Unterschieden werden müsse jedoch zwischen Beschlüssen mit Dauerwirkung und nur punktuell satzungsdurchbrechenden Beschlüssen. Bei lediglich punktuell wirkenden Beschlüssen werde die Satzung zwar verletzt, aber nicht mit Wirkung für die Zukunft geändert. Solche Beschlüsse seien zwar entsprechend § 243 Abs. 1 AktG auch bei der GmbH anfechtbar, aber eben nicht nichtig.

Es sei nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Beschlüsse zur Vorabgewinnausschüttung als lediglich

punktuell wirkende satzungsdurchbrechende Beschlüsse eingeordnet habe. Jede Beschlussfassung beruhe auf einem neuen Willensentschluss. Die Gesellschafter wollten keine neue Satzungsregelung zu einer generell von den Beteiligungsverhältnissen abweichenden Gewinnverteilung treffen.

Die unterschiedliche Behandlung von nur punktuell satzungsdurchbrechenden Beschlüssen und solchen mit Dauerwirkung rechtfertige sich dadurch, dass letztere auch den Rechtsverkehr berührten, während erstere letztlich nur geschäftsintern wirkten. Bei satzungsdurchbrechenden Beschlüssen mit Dauerwirkung sei die zum Handelsregister eingereichte Satzung nicht mehr richtig und vollständig, wenn der Beschluss nicht auch zum Register eingereicht werde. Dies gefährde Gläubiger, Geschäftspartner und etwaige später eintretende Gesellschafter, da diese sich keinen Überblick über die aktuell geltende Verfassung der Gesellschaft verschaffen könnten. Bei nur punktuell satzungsdurchbrechenden Beschlüssen bestehe diese Gefahr nicht. Diese seien daher nicht mit Nichtigkeit zu sanktionieren, sondern zivilrechtlich wirksam und bindend, jedenfalls solange sie nicht angefochten würden. Im zu prüfenden Fall stehe der Anfechtbarkeit nach § 243 Abs. 1 AktG analog entgegen, dass sämtliche Gesellschafter der inkongruenten Gewinnverteilung zugestimmt hätten. Offen ließ der BFH, ob es für die zivilrechtliche Wirksamkeit des Beschlusses einer notariellen Beurkundung bedarf.

Ausgehend von der zivilrechtlichen Wirksamkeit der Verteilungsbeschlüsse handele es sich bei den ausgeschütteten Gewinnen auf Ebene der empfangenden T-GmbH um Einkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 EStG, während A den Tatbestand nicht verwirkliche. Schließlich sei wirksam beschlossen worden, an ihn keinen Gewinn auszuschütten. Offen ausgeschüttete Gewinne seien stets nur bei demjenigen Anteilseigner zu besteuern, dem sie in seiner Eigenschaft als Anteilseigner zufließen. Eine wohl seitens des BMF geforderte allgemeine steuerliche Angemessenheitskontrolle zivilrechtlich wirksamer beschlossener, inkongruenter Gewinnausschüttungen sei abzulehnen.

Eine vGA, die vorliege, wenn die GmbH ihrem Gesellschafter außerhalb der Gewinnverteilung einen Vorteil zuwende und diese Zuwendung ihren Anlass im Gesellschaftsverhältnis habe, liege demnach auch nicht vor. Denn es lägen offene Ausschüttungen auf Basis zivilrechtlich wirksamer Beschlüsse vor.

Schließlich verneinte der BFH das Vorliegen eines Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten i. S. v.

§ 42 AO. Inkongruente Gewinnverteilungen seien steuerlich anzuerkennen, wenn sie auf zivilrechtlich wirksam zustande gekommenen Beschlüssen beruhen. Ob diese punktuell satzungsdurchbrechend seien oder auf Basis einer entsprechenden Ermächtigung in der Satzung erfolgten, sei insofern unerheblich. Zu beachten sei hierbei auch, dass die Gestaltung letztlich nicht zu einem steuerlichen Vorteil des A führe, sondern die Besteuerung nur einstweilen – bis zur Ausschüttung durch die T-GmbH an ihn – aufgeschoben sei.

Praxishinweis

Trotz dieser BFH-Entscheidung, wonach punktuell satzungsdurchbrechende Gewinnverteilungsbeschlüsse steuerlich anzuerkennen sind, sollte man in der Praxis zunächst vorsichtig sein. Denn noch ist offen, ob die Finanzverwaltung dem BFH folgt, das BMF die Entscheidung also im BStBl. II veröffentlicht, oder ggf. nach erfolgter Veröffentlichung mit einem sog. „Nichtanwendungserlass“, zu veröffentlichen im BStBl. I, belegt. Folgt die Verwaltung dem BFH nicht, so könnte sich der Steuerpflichtige gegenüber der Finanzverwaltung nicht auf die Urteilsgrundsätze berufen, sondern müsste den Klageweg beschreiten.

Zudem besteht die Gefahr, dass Beschlüsse ohne Satzungsgrundlage doch im Einzelfall als solche mit Dauerwirkung eingestuft werden, was deren Nichtigkeit zur Folge hätte und auch der steuerlichen Anerkennung entgegenstände.

Auch unabhängig von der Entscheidung dürfte es sich empfehlen, bereits bei der Satzungsgestaltung mit den Beteiligten zu besprechen, ob eine Öffnungsklausel nach § 29 Abs. 3 S. 2 GmbHG in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden soll. Bei nachträglichen Satzungsänderungen zur Einfügung einer Öffnungsklausel besteht Streit im Hinblick auf das erforderliche Quorum (vgl. MünchKommGmbHG/Ekkenga, 4. Aufl. 2022, § 29 Rn. 193), so dass solche Satzungsänderungen einzelfallbezogen genauestens zu prüfen sind.

Auffällig ist schließlich, dass der BFH der Ansicht ist, die gesetzliche Grundregel des § 29 Abs. 3 S. 1 GmbHG sei materieller Satzungsbestandteil und daher durchbreche ein anderslautender Beschluss die Satzung (so auch Priester, ZHR 151 (1987), 40 ff.). Ob dem dogmatisch zu folgen ist, kann an dieser Stelle dahinstehen. Auch wenn es sich um einen Verstoß nicht gegen die Satzung, sondern gegen dispositives Gesetzesrecht handelt, sollten die Anforderungen an eine Änderung der Satzung beachtet werden.

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 Alexander König

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:

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO § 727 – Klauselumschreibung auf den Zessionar; Anforderungen an den Nachweis der Abtretung

ErbbauRG § 5 – Erbschafts Kauf vom Alleinerben über einen Nachlass, der ein Erbbaurecht enthält, mit anschließender Übertragung des Erbbaurechts; Zustimmungserfordernis, Vorkaufsrecht und automatischer Übergang von Mietverhältnissen

Gutachten im Abrufdienst

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO § 727

Klauselumschreibung auf den Zessionar; Anforderungen an den Nachweis der Abtretung

I. Sachverhalt

Der bisherige Gläubiger (Zedent) und der neue Gläubiger (Zessionar) einer titulierten Forderung haben eine Bestätigung über die Abtretung der Forderung unterzeichnet. Nur die Unterschrift des Zedenten wurde notariell beglaubigt. Das Amtsgericht, welches für die Erteilung der Vollstreckungsklausel zuständig ist, lehnt die Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Zessionar unter Hinweis auf den Beschluss des BGH vom 22.5.2019 (Az.: VII ZB 87/17, RNotZ 2019, 537 = DNotZ 2019, 919) ab, wonach zwar eine Abtretungsbestätigung als Nachweis i. S. d. § 727 ZPO ausreiche, diese jedoch sowohl vom Zedenten als auch vom Zessionar notariell beglaubigt unterzeichnet sein müsse.

II. Frage

Ist es für den Nachweis des Rechtsübergangs im Rahmen des § 727 ZPO erforderlich, dass auch der Zessionar die Abtretung bzw. Abtretungsbestätigung in notariell beglaubigter Form unterzeichnet, oder ist dem Gericht gegenüber die Annahme der Abtretung dadurch offenkundig, dass der Zessionar den Antrag auf Klauselumschreibung stellt?

III. Zur Rechtslage

1. Gemäß § 727 Abs. 1 ZPO kann eine vollstreckbare Ausfertigung für den Rechtsnachfolger des in dem Urteil bezeichneten Gläubigers erteilt werden, sofern die Rechtsnachfolge bei dem Gericht offenkundig ist oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird.

Der Nachweis der Rechtsnachfolge durch öffentlich beglaubigte Urkunden ist nach allgemeiner Auffassung geführt, wenn aufgrund der Beweiskraft dieser Urkunden mit dem Eintritt der nachzuweisenden Tatsache **dem gewöhnlichen Geschehensablauf nach gerechnet werden kann** (vgl. nur BGH RNotZ 2019, 537 Rn. 28; DNotZ 2018, 223 Rn. 15 m. w. N.).

Daraus wird nach h. M. (bisher jedenfalls) gefolgert, dass im Falle einer Abtretung der titulierten Forderung der Nachweis der Abgabe der Abtretungserklärung des Zedenten in der Form des § 727 ZPO genügt (Winkler, RNotZ 2019, 117, 126, 132; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 4. Aufl. 2019, Rn. 46.22, Münch-KommZPO/Wolfsteiner, 6. Aufl. 2020, § 727 Rn. 69; Saenger/Kindl, ZPO, 9. Aufl. 2021, § 727 Rn. 4; BayObLG DNotZ 1997, 77, 78). Dass der Zessionar die Abtretungserklärung angenommen habe, ergebe sich bereits aus der Stellung des Antrags auf Klauselumschreibung (so ausdrücklich Winkler, RNotZ 2019, 117, 126, 132; Saenger/Kindl, § 727 Rn. 4).

2. Fraglich ist jedoch, ob dem vom Amtsgericht angeführten Beschluss des BGH vom 22.5.2019 entnommen werden kann, dass künftig im Falle der Vorlage einer Abtretungsbestätigung (also nicht der Abtretung selbst) die öffentliche Beglaubigung der Unterschrift des Zedenten allein nicht mehr genügt, sondern auch die Unterschrift des Zessionars öffentlich beglaubigt sein muss.

In diesem Beschluss hat der BGH unter Verweis auf einen Beschluss des OLG Schleswig (Beschl. v. 21.5.2010 – 16 W 38/10, BeckRS 2010, 17297) entschieden, dass es als Nachweis i. S. d. § 727 ZPO ausreichen könne, „wenn eine öffentlich beglaubigte Abtretungsbestätigung seitens des Zedenten und des Zessionars vorgelegt wird, in der hinreichend konkret auf die zuvor erfolgte Abtretung Bezug genommen und diese bestätigt wird“ (RNotZ 2019, 537 Rn. 29). Denn dem gewöhnlichen Geschehensablauf nach könne bei einer derartigen Bestätigung davon ausgegangen werden, dass die darin konkret in Bezug genommene und bestätigte Abtretung erfolgt sei (BGH RNotZ 2019, 537 Rn. 29).

Diese Formulierung des BGH kann jedoch nicht so verstanden werden, dass im Falle einer Abtretungsbestätigung immer zwingend sowohl die Unterschrift des Zedenten als auch die des Zessionars öffentlich beglaubigt sein müssen.

a) Der Entscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem für die Umschreibung der Vollstreckungsklausel statt der Abtretungserklärung selbst eine Abtretungsbescheinigung des Zedenten und des Zessionars vorlegt wurde, wobei sowohl die Unterschrift des Zedenten als auch die des Zessionars notariell beglaubigt waren. Das Beschwerdegericht lehnte die Erteilung der Vollstreckungsklausel mit dem Argument ab, dass eine solche Abtretungsbescheinigung nicht die Rechtsnachfolge in Form einer öffentlichen Urkunde nachweise und daher nicht den Formerfordernissen des § 727 Abs. 1 ZPO genüge (vgl. RNotZ 2019, 537 Rn. 22).

Vor diesem Hintergrund stellte der BGH klar, dass für den Nachweis einer Rechtsnachfolge aufgrund Abtretung bei der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung für den Rechtsnachfolger gem. § 727 Abs. 1 ZPO **nicht notwendig** die Vorlage einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde, die die **Abtretung selbst** enthält, erforderlich ist (RNotZ 2019, 537 Rn. 29). Es **genügt als Nachweis**, wenn – wie im konkret entschiedenen Fall – eine öffentlich beglaubigte **Abtretungsbestätigung** seitens des Zedenten und des Zessionars vorgelegt wird, in der hinreichend konkret auf die zuvor erfolgte Abtretung Bezug genommen und diese bestätigt wird (BGH RNotZ 2019, 537 Rn. 29).

Die wesentliche Aussage des BGH ist hier u. E. darin zu sehen, dass nicht die Abtretungserklärung selbst in öffentlich beglaubigter Form vorgelegt werden muss, sondern auch eine Bestätigung über die Abtretung genügt. Dass der BGH im Zusammenhang mit der öffentlich beglaubigten Abtretungsbestätigung sowohl Zedent als auch Zessionar nennt, dürfte eher dem Umstand geschuldet sein, dass die Bestätigung im entschiedenen Fall durch beide in öffentlich beglaubigter Form unterschrieben war. Das Gericht musste sich also gar nicht mit der Frage befassen, ob es genügen würde, wenn nur die Unterschrift des bestätigenden Zedenten öffentlich beglaubigt ist.

So war es auch in dem vom BGH zitierten Beschluss des OLG Schleswig. Auch dort ging es um eine Abtretungsbestätigung, die durch alle Beteiligten unterschrieben war, wobei die Unterschriften aller Beteiligten öffentlich beglaubigt waren. Das OLG hat sich in diesem Fall vor allem mit zwei Fragen auseinandergesetzt: Erstens, ob die Vorlage einer notariell beglaubigten Abschrift der Abtretungsbestätigung samt Beglaubigungsvermerken genügt (und dies bejaht, vgl. ersten amtl. Ls.) und zweitens, ob bezüglich eines Beteiligten, dessen Unterschrift durch einen schweizerischen Rechtsanwalt beglaubigt wurde, ebenfalls eine öffentliche Beglaubigung i. S. d. § 40 BeurkG vorliegt (und dies ebenfalls bejaht). Da nach Auffassung des OLG die Unterschriften aller Beteiligten öffentlich beglaubigt waren, musste es sich ebenfalls nicht mit der Frage auseinandersetzen, ob es für den Nachweis der Rechtsnachfolge erforderlich ist, dass auch die Unterschrift des Zessionars öffentlich beglaubigt vorliegt.

Vor diesem Hintergrund kann der Verweis des BGH auf den OLG-Beschluss u. E. nicht so verstanden werden, dass der BGH damit ausdrücken wollte, dass eine Abtretungsbestätigung, die nur durch den Zedenten in beglaubigter Form unterschrieben wurde, nicht ausreichen würde.

b) Hierfür spricht ferner eine im vorgenannten Beschluss des BGH zitierte Entscheidung desselben. In diesem Fall hatte das Gericht entschieden, dass für den Nachweis der Freigabe eines Grundstücks aus dem Insolvenzbeschlagn für Zwecke der Klauselumschreibung nicht zwingend die Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters in Form einer öffentlichen oder öffentlich beglaubigten Urkunde und ein Nachweis der Übermittlung der Freigabeerklärung an den Schuldner mittels öffentlicher Urkunde erforderlich ist. Es genügt, wenn aus einer anderen öffentlichen Urkunde dem gewöhnlichen Geschehensablauf nach der Schluss gezogen werden kann, dass das Grundstück vom Insolvenzbeschlagn freigegeben ist (BGH DNotZ 2018, 223 Rn. 16). Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn aufgrund eines Grundbuchauszuges festgestellt werden kann, dass der Insolvenzvermerk gelöscht ist (BGH DNotZ 2018, 223 Rn. 17). Denn die Löschung des Insolvenzvermerks beruht entweder auf einer Verfahrenserklärung des Insolvenzgerichts oder einer Verfahrenserklärung des Insolvenzverwalters. Aufgrund des gewöhnlichen Geschehensablaufs kann deshalb aus der Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch der Schluss gezogen werden, dass das Grundstück nicht mehr dem Insolvenzbeschlagn unterliegt (BGH DNotZ 2018, 223 Rn. 19).

Bemerkenswert hieran ist, dass die Freigabe von Vermögensgegenständen vom Insolvenzbeschlagn materiellrechtlich durch eine empfangsbedürftige, unwiderrufliche Erklärung des Insolvenzverwalters gegenüber dem Insolvenzschuldner erfolgt (BGH DNotZ 2018, 223 Rn. 13, NJW 1994, 3232, 3233). Nach dieser Entscheidung bedarf es für die Klauselumschreibung jedoch noch nicht einmal der Bestätigung des Insolvenzverwalters über seine Abgabe dieser Freigabeerklärung – geschweige denn der Bestätigung des Schuldners über den Zugang der Erklärung. Zum Nachweis der Freigabe genügt ein bloßer Grundbuchauszug, aus dem auf die Abgabe der Freigabeerklärung geschlossen werden kann – also ein bloßes Indiz für das Vorliegen der Erklärung.

c) Die in lit. b) genannte BGH-Entscheidung (dort unter Rn. 15) zitiert eine Entscheidung des RG. Dort ging es um eine Klauselumschreibung nach Pfändung und Überweisung der titulierten Forderung durch einen Gläubiger des Titelgläubigers. Obwohl im Rahmen der Klauselumschreibung geltend gemacht wurde, dass der Anspruch bereits zuvor durch einen Dritten gepfändet worden sei und daher nicht mehr durch den Gläubiger, der die Klauselumschreibung begehrte, hätte gepfändet werden können, ließ es das RG für den Nachweis der Rechtsnachfolge im Rahmen der Klauselumschreibung genügen, dass der Antragsteller im Besitz einer vollstreckbaren Ausfertigung des Pfändungs- und Überweisungsurteils war (RGZ 57, 326, 328).

3. Die vorgenannte Rechtsprechung des BGH und des RG macht deutlich, dass für den Nachweis der Rechtsnachfolge im Rahmen der Klauselumschreibung nicht sämtliche Zweifel an dem Eintritt der Rechtsnachfolge durch den Antragsteller mittels öffentlicher bzw. öffentlich beglaubigter Urkunden ausgeräumt werden müssen. Somit genügt es, wenn die Abtretungsbestätigung durch den Zedenten unterschrieben und dessen Unterschrift öffentlich beglaubigt ist und der Zessionar die Klauselumschreibung beantragt, da dann nach dem gewöhnlichen Geschehensablauf davon ausgegangen werden kann, dass die bestätigte Abtretung tatsächlich stattgefunden hat (die Bestätigung des Zedenten in öffentlich beglaubigter Form ebenfalls für ausreichend haltend: MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 727 Rn. 69).

Erbbaurecht § 5

Erbschaftsverkauf vom Alleinerben über einen Nachlass, der ein Erbbaurecht enthält, mit anschließender Übertragung des Erbbaurechts; Zustimmungserfordernis, Vorkaufsrecht und automatischer Übergang von Mietverhältnissen

I. Sachverhalt

X ist Alleinerbe des Erblassers Y geworden. Die Z-GbR möchte die Erbschaft von X kaufen. Im Nachlass befindet sich ein Erbbaurecht. Die Veräußerung des Erbbaurechts bedarf – wie üblich – der Zustimmung des Grundstückseigentümers und für den Grundstückseigentümer besteht ein Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle. Auf dem Erbbaurecht hatte Y selbst ein Eiscafé betrieben. Nach dem Erbfall hat X einen Mietvertrag über dieses Eiscafé mit einer GmbH (Gesellschafter und Geschäftsführer sind die Gesellschafter der Z-GbR) geschlossen.

II. Fragen

1. Da es sich beim Erbschaftsverkauf vom Alleinerben um eine Einzelübertragung sämtlicher Nachlassgegenstände handelt (mit Auffassung bei Grundstücken etc.), stellen sich folgende Fragen:

a) Bedarf ein Erbschaftsverkauf vom Alleinerben, der die Übertragung eines Erbbaurechts umfasst, ebenfalls der Zustimmung des Grundstückseigentümers?

b) Besteht in diesem Fall auch das Vorkaufsrecht für den Grundstückseigentümer?

2. Was passiert mit dem Mietvertrag, den erst X abgeschlossen hat? Geht dieser gem. § 566 BGB auf die erwerbende Z-GbR über oder muss er separat von X als Vermieter auf die Z-GbR übertragen werden?

III. Zur Rechtslage

1. Erbschafts Kauf vom Alleinerben

In § 2371 BGB ist die Möglichkeit zum Verkauf der Erbschaft vorgesehen. Verkauft der Alleinerbe seine Erbschaft, handelt es sich dabei um einen Kaufvertrag, in dem der gesamte Nachlass mit allen Aktiven und Passiven (Vermögensbegriff) verkauft wird. Dieser wird **dinglich durch Übertragung der einzelnen Gegenstände vollzogen**. Während also auf schuldrechtlicher Ebene eine Einigung über die Erbschaft „in Bausch und Bogen“ möglich ist, wird auf dinglicher Ebene nach dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz über die einzelnen Gegenstände nach den jeweils für sie geltenden Regeln verfügt (Grüneberg/Weidlich, BGB, 82. Aufl. 2023, § 2371 Rn. 3; Muscheler, RNotZ 2009, 65, 68; BeckOGK-BGB/Grigas, Std.: 1.2.2023, § 2371 Rn. 6, 9; BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.11.2022, § 2371 Rn. 12).

2. Zustimmung zum Erbschafts Kauf

Das Erbbaurecht ist gem. § 1 Abs. 1 ErbbauRG grundsätzlich ein veräußerliches Recht. Gem. § 5 Abs. 1 ErbbauRG kann jedoch auch vereinbart werden, dass die Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Eigentümers bedarf. Mit „Veräußerung“ ist lediglich die Verfügung gemeint (BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, Std.: 1.9.2022, § 5 Rn. 22, str.). Die Verfügung umfasst alle Übertragungen durch dingliches Rechtsgeschäft ohne Rücksicht auf deren Rechtsgrund. Erfasst werden daher auch Verfügungen, die zur Erfüllung eines Vermächtnisses oder einer Teilungsanordnung erfolgen (BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 5 Rn. 28; BeckOK-BGB/Maaß, Std.: 1.11.2022, § 5 ErbbauRG Rn. 4). Eine Erbteilsabtretung dagegen fällt nicht unter die Vorschrift, selbst wenn das Erbbaurecht der einzige Nachlassgegenstand ist (BayObLG Rpfleger 1968, 188; MünchKommBGB/Weiß, 9. Aufl. 2023, § 5 ErbbauRG Rn. 7), da es sich hier um eine Verfügung über einen Anteil an einem Gesamthandsvermögen handelt.

Bei dem Verkauf der Erbschaft durch einen Alleinerben wird das Geschäft durch Übertragung aller einzelnen Gegenstände nach den jeweils einschlägigen Vorschriften erfüllt. Soweit im Nachlass Erbbaurechte enthalten sind, werden diese daher nach den allgemein für die Übertragung von Erbbaurechten geltenden Vorschriften übertragen (§§ 11 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG, 873 BGB). Entsprechend gelten hierfür auch die gewöhnlichen Regeln hinsichtlich der Zustimmung zum dinglichen Rechtsgeschäft. Daher ist auch **die Zustimmung gem. § 5 Abs. 1 ErbbauRG erforderlich**, wenn eine solche Zustimmungspflicht vereinbart worden ist. Auch für öffentlich-rechtliche Zustimmungspflichten, die an das dingliche Rechtsgeschäft anknüpfen (z. B. eine Sanierungsgenehmigung nach BauGB), wird da-

von ausgegangen, dass diese bei der Übertragung von Einzelgegenständen zu beachten sind (BeckOGK-BGB/Grigas, § 2371 Rn. 16).

3. Vorkaufsrecht des Grundstückseigentümers

In der Praxis üblich sind Vorkaufsrechte, die hinsichtlich des Erbbaurechts oder des Grundstücks für den Eigentümer oder Inhaber der jeweils anderen Sache bestellt werden. Vorkaufsfall ist dann nach allgemeinen Regeln (§§ 11 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG, 1098 Abs. 1 S. 1, 463 ff. BGB) der Abschluss eines Kaufvertrags über den Vertragsgegenstand, hier also das Erbbaurecht. Es stellt sich jedoch die Frage, ob auch der Verkauf der Erbschaft einen solchen Vorkaufsfall auslöst.

Nach einer Ansicht liegt kein Kaufvertrag über das Erbbaurecht und damit kein Vorkaufsfall vor (aus der Literatur BeckOGK-BGB/Grigas, § 2371 Rn. 16; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2371 Rn. 11; BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2371 Rn. 16). Diese Meinung stützt sich maßgeblich auf ein Urteil des LG Berlin (Rpfleger 1994, 502), das für einen Erbschafts Kaufvertrag einen Vorkaufsfall abgelehnt hat (damals im Rahmen eines gemeindlichen Vorkaufsrechts nach § 24 BauGB). Das Urteil stützt sich dabei wiederum auf ein Urteil des BGH (DNotZ 1970, 423 ff.) sowie einige Literaturfundstellen.

Das im Urteil des LG Berlin zitierte Urteil des BGH ist aber (ebenso wie das weitere Urteil des LG München II MittBayNot 1986, 179) für die hier vorliegende Konstellation (die insoweit der des LG Berlin entsprach) nicht einschlägig, da sowohl der BGH als auch das LG München II über Erbteilskäufe zu entscheiden hatten. Dort lässt sich tatsächlich argumentieren, dass kein Kaufvertrag über den Vertragsgegenstand abgeschlossen wird. Soweit das Grundstück bzw. Erbbaurecht in einer solchen Konstellation überhaupt betroffen ist, wird nur über den Gesamthandsanteil verfügt, nicht über das Grundstück oder das Erbbaurecht selbst. Weiter geht weder die Entscheidung des BGH noch die des LG München II; auch die Literaturfundstelle, die das LG Berlin zitiert (W. Schrödter, in: Schrödter, BauGB, 5. Aufl. 1992, § 24 Rn. 22), nennt als Ausnahmen vom Anwendungsbereich nur die Erbaueinandersetzung sowie den Erbteilskauf. Das LG Berlin überträgt dies jedoch unhinterfragt auch auf den Fall eines (offenbaren) Alleinerben (leider stellt das LG Berlin nicht abschließend klar, ob es sich um einen Alleinerben handelt, das Urteil lässt diese Deutung – die die Literatur aufgreift – jedoch jedenfalls zu bzw. legt diese nahe).

Dies überzeugt nicht. Der Erbschafts Kauf vom Alleinerben ist grundsätzlich ein normaler Kaufvertrag nach §§ 433 ff. BGB, für den nach §§ 2371 ff.

BGB lediglich einige Sonderregelungen gelten (Staudinger/Olshausen, BGB, 2016, Vor. §§ 2371 ff. Rn. 16; Grüneberg/Weidlich, § 2371 Rn. 1; Soergel/Zimmermann, Vor. § 2371 Rn. 1; MünchKommBGB/Musielak, 9. Aufl. 2022, Vor. § 2371 Rn. 2). Verkauft wird ein „Inbegriff“ von Vermögenswerten, unter denen sich auch das Grundstück befindet. Die Lage ist daher u. E. nicht anders, als wenn neben dem vorkaufsrechtsbelasteten Gegenstand noch weitere Gegenstände zu einem Gesamtpreis verkauft werden. Für diesen Fall ergibt sich aus § 467 BGB, dass das Vorkaufsrecht ebenfalls – zu einem verhältnismäßigen Anteil des Gesamtpreises – ausgeübt werden kann.

U. E. sollte daher für die vorliegende Konstellation (aus Sicht des X jedenfalls vorsorglich) von einem Vorkaufsfall ausgegangen werden. Auf die, soweit ersichtlich, überwiegend vertretene Ansicht in der Literatur sowie des LG Berlin sei jedoch hingewiesen.

4. § 566 BGB

§ 566 BGB erstreckt einen Mietvertrag für den Fall einer Veräußerung durch den Vermieter nach Überlassung des Wohnraums auf den neuen Eigentümer. Die Vorschrift findet gem. § 578 Abs. 2 BGB auch auf den vorliegenden Gewerbemietvertrag Anwendung. Gleichfalls gilt die Norm über die Verweisung in § 11 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG auch für den Inhaberwechsel am Erbbaurecht (MünchKommBGB/Weiß, § 11 ErbbauRG Rn. 45; BeckOGK-BGB/Harke, Std.: 1.1.2023, § 566 Rn. 11; LG Wiesbaden NJW 1962, 2352); lediglich für die Beendigung des Erbbaurechts sind im ErbbauRG abweichende Regeln zu Mietverträgen über das Erbbaurecht getroffen (vgl. § 30 ErbbauRG).

Die Frage betrifft das Merkmal der „Veräußerung“. Hiermit ist ebenfalls – wie schon in § 5 ErbbauRG – das dingliche Rechtsgeschäft gemeint (BGH NJW 2008, 2256 Rn. 18; MünchKommBGB/Häublein, 9. Aufl. 2023, § 566 Rn. 17; BeckOGK-BGB/Harke, § 566 Rn. 34), sodass insofern die gleichen Regeln gelten. Der Rechtsgrund für die dingliche Verfügung ist auch hier unbeachtlich (BeckOGK-BGB/Harke, § 566 Rn. 33). Da die Erfüllung des Erbschaftskaufs vom Alleinerben unzweifelhaft durch Verfügung (auch) über das Erbbaurecht bewirkt wird, **ist § 566 BGB anwendbar**. Es kommt daher zu einem automatischen Übergang des Mietvertrags auf den neuen Inhaber des Erbbaurechts (so etwa MünchKommBGB/Häublein, § 566 Rn. 30) bzw. nach Ansicht des BGH zur Entstehung eines neuen Mietverhältnisses zwischen dem Erwerber des Erbbaurechts und dem Mieter, und zwar mit dem gleichen Inhalt, mit dem es zuvor mit dem Veräußerer bestanden hat (vgl. BGH NJW 2006, 1800 Rn. 14; NJW 2014, 3775 Rn. 10).

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 Abruf-Gutachten.

FamFG § 13

Akteneinsichtsrecht des Notars; Notar als Behörde i. S. d. § 13 FamFG

Abruf-Nr.:

UmwG §§ 99 ff., 13 Abs. 1 u. 3, 8 Abs. 3, 9 Abs. 3, 12 Abs. 3, 54 Abs. 1 S. 3, 5 Abs. 1 Nr. 7, 23; BGB §§ 177, 35

Verschmelzung eines eingetragenen Vereins zur Aufnahme durch GmbH; Zustimmungsbeschlüsse; Vollversammlung mit vollmachtlosen Vertretern; Beurkundung von Verzichten; Verzicht auf Anteilsgewährung; Sonderrechte beim übertragenden Verein
Abruf-Nr.:

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 Alexander König

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:

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1175 – Löschung einer Grundschuld an einem Miteigentumsanteil; Teilvollzug einer Löschungsbewilligung für ein Gesamtgrundpfandrecht

PStG § 65; BeurkG § 34a – Pflicht zur Mitteilung an das Zentrale Testamentsregister; Anforderung von Personenstandsurkunden durch den Notar

Gutachten im Abrufdienst

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1175

Löschung einer Grundschuld an einem Miteigentumsanteil; Teilvollzug einer Löschungsbewilligung für ein Gesamtgrundpfandrecht

I. Sachverhalt

Ein mit einem Mehrfamilienhaus bebautes Grundstück steht im Eigentum mehrerer Miteigentümer. Eine Aufteilung in Wohnungseigentumseinheiten nach dem WEG ist nicht erfolgt. Das gesamte Grundstück ist mit einer nicht mehr valuierten Grundschuld belastet. Eine Miteigentümerin möchte die Grundschuld zumindest an ihrem Miteigentumsanteil löschen lassen. Die Grundpfandgläubigerin hat eine Löschungsbewilligung für die gesamte Grundschuld erteilt. Ein anderer Miteigentümer verweigert jedoch seine Zustimmung zur Löschung der Grundschuld im Ganzen.

II. Frage

Wie kann die Löschung der Grundschuld an einem Miteigentumsanteil erreicht werden?

III. Zur Rechtslage

Eine an einem im Eigentum mehrerer Miteigentümer stehenden Grundstück lastende Grundschuld kann am Anteil eines Miteigentümers gem. §§ 1192 Abs. 1, 1175 Abs. 1 S. 2, 1168 Abs. 2 S. 1 BGB aufgehoben werden, wenn die Gläubigerin auf die Grundschuld an diesem Miteigentumsanteil verzichtet und die Löschung in das Grundbuch eingetragen wird (BeckOGK-BGB/Neie, Std.: 1.1.2023, § 1175 Rn. 6).

1. Vorliegen einer Gesamtgrundschuld

Einleitend ist klarzustellen, dass die **Belastung eines in Miteigentum stehenden Grundstücks** durch alle Miteigentümer mit einer Grundschuld nicht zum Entstehen einer Einzelgrundschuld am Gesamtgrundstück führt. Es entsteht vielmehr eine **Gesamtgrundschuld an allen Miteigentumsanteilen** (BGH NJW-RR 2010, 1529 Tz. 7 m. w. N.; Grüneberg/Herrler, BGB, 82. Aufl. 2023, § 1132 Rn. 5).

2. Vorliegen einer Verzichtserklärung (§ 1175 Abs. 1 S. 2 BGB)

Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob die Gläubigerin einen Verzicht auf die Grundschuld an einem Miteigentumsanteil erklärt hat.

Im **Regelfall** wird ein Grundschuldgläubiger zur Löschung einer Gesamtgrundschuld an nur einem mithaftenden Grundstück bzw. Miteigentumsanteil eine „**Pfandentlassung**“ erklären. Eine solche Erklärung stellt zum einen eine verfahrensrechtliche Erklärung, nämlich eine Bewilligung i. S. d. § 19 GBO zur Löschung der Grundschuld an einem Miteigentumsanteil dar. Sie wird jedoch in aller Regel so auszulegen sein, dass sie darüber hinaus auch die materiell-rechtliche Verzichtserklärung i. S. d. § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB umfasst (vgl. BGH NJW-RR 2010, 1529 Tz. 9; MünchKommBGB/Lieder, 9. Aufl. 2023, § 1175 Rn. 5; Grüneberg/Herrler, § 1175 Rn. 3). Auch wenn dem äußeren Anschein nach nur eine einzige Erklärung vorliegt, handelt es sich somit rechtlich um zwei Erklärungen.

Im vorliegenden Fall hat die Gläubigerin jedoch eine **Löschungsbewilligung für die Grundschuld am gesamten Grundstück** erteilt. Fraglich ist, ob diese als **Verzichtserklärung** i. S. d. § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB **hinsichtlich eines Miteigentumsanteils** ausgelegt werden kann.

Dagegen könnte im Ausgangspunkt folgende Überlegung sprechen: Eine **Löschungsbewilligung** für ein Grundpfandrecht, das **kein Gesamtgrundpfandrecht** darstellt, soll **nach h. M. materiell-rechtlich eine Aufgabenerklärung im Hinblick auf das Grundpfandrecht i. S. d. § 875 BGB** (vgl. BGH NJW 1974, 1083), **nicht aber einen Verzicht i. S. d. § 1168 Abs. 1 BGB** beinhalten. Als Argument hierfür werden die unterschiedlichen Rechtsfolgen von Aufgabe und Verzicht angeführt. Der Verzicht gem. § 1168 Abs. 1 BGB führe dazu, dass der Eigentümer das fortbestehende Recht erwerbe, also eine Eigentümergrundschuld entstehe. Daher müsse der Wille, das Recht fortbestehen zu lassen, erkennbar sein (Grüneberg/Herrler, § 1168 Rn. 2). Die Aufhebung hingegen führe zum Erlöschen des Rechts und bedürfe nach § 1183 BGB zusätzlich der Zustimmung des Eigentümers. Eine Löschungsbewilligung des Gläubigers könne deshalb regelmäßig nicht als Verzichtserklärung i. S. d. § 1168 BGB verstanden werden (OLG Hamm MittBayNot 1998, 446, 446 f.). Die **Gegenauffassung** erblickt hingegen in einer Löschungsbewilligung auch einen Verzicht (Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2019, § 1168 Rn. 16).

Bei einer für eine **Gesamtgrundschuld** abgegebenen Bewilligung, diese an einem mitbelasteten Grundstück zu löschen („Pfandfreigabe“), ergibt sich jedoch hinsichtlich der eintretenden Rechtsfolgen im Verhältnis **zwischen Aufgabe** einerseits und **Verzicht** andererseits **in Ansehung eines mithaftenden Grundstücks kein Unterschied**. Der Verzicht des Gläubigers auf das Grundpfandrecht an einem mithaftenden Grundstück führt gem. § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB zum **Erlöschen des Rechts an dem aus der Mithaft entlassenen Grundstück**. Die Rechtsfolge des Verzichts i. S. v. § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB ist also mit derjenigen der Aufhebung identisch. Aufhebung (§ 875 BGB) und Verzicht (§ 1175 Abs. 1 S. 2 BGB) unterscheiden sich nur darin, dass die Aufhebung die übereinstimmende Erklärung des Gläubigers und des Eigentümers voraussetzt, während der Verzicht nach § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB allein auf der einseitigen Erklärung des Gläubigers beruht. Im Zweifel ist deshalb anzunehmen, dass eine Pfandentlassungserklärung des Gläubigers auf einen Verzicht i. S. d. § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB, also darauf gerichtet ist, den beabsichtigten Rechtserfolg ohne eine weitere Erklärung des Eigentümers herbeizuführen (OLG Hamm MittBayNot 1998, 446, 447).

Ausgehend von diesen Erwägungen **kann die für das Gesamtgrundpfandrecht erteilte Löschungsbewilligung dahin ausgelegt werden, dass sie auch einen Teilvollzug am übertragenen Miteigentumsanteil ermöglichen soll** und die dafür erforderliche materiell-rechtliche Erklärung, nämlich die Verzichtserklärung i. S. d. § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB mit enthält. Sowohl die Aufgabe i. S. d. § 875 BGB bezüglich des Gesamtrechts als auch der Verzicht i. S. d. § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB hinsichtlich eines Miteigentumsanteils führen zum Erlöschen des Rechts. Der Unterschied liegt lediglich darin, dass die Aufgabe zur Löschung des Grundpfandrechts im Ganzen führt und daher quantitativ weiter reicht. Jedoch kommt es auf diesen Unterschied für die Auslegung nicht an, da die Gläubigerin mit der Abgabe einer Löschungsbewilligung für das Gesamtrecht zu erkennen gibt, am weiteren rechtlichen Schicksal der Grundschuld insgesamt kein Interesse mehr zu haben (OLG München FGPrax 2016, 150, 151; OLG Hamm MittBayNot 1998, 446, 447; im Ergebnis ohne nähere Begründung auch LG Gera MittBayNot 2002, 190, 191; LG München I MittBayNot 201, 484, 485; offen gelassen von OLG Celle NJOZ 2019, 631 Rn. 24).

Im **Ergebnis** kann eine Löschungsbewilligung für eine Gesamtgrundschuld daher als Verzichtserklärung i. S. d. § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB hinsichtlich eines der haftenden Grundstücke (bzw. hier hinsichtlich eines Miteigentumsanteils) ausgelegt werden.

3. Eintragung in das Grundbuch

Ferner bedarf der Verzicht zu seiner Wirksamkeit gem. § 1168 Abs. 2 S. 1 BGB der Eintragung in das Grundbuch (Staudinger/Wolfsteiner, § 1175 Rn. 9; Grüneberg/Herrler, § 1175 Rn. 3; a. A. [Erlöschen allein durch Verzicht außerhalb des Grundbuchs] OLG München FGPrax 2016, 150, 151).

Zur Eintragung der Löschung der Grundschuld an einem Miteigentumsanteil sind grundbuchverfahrensrechtlich ein Antrag (§ 13 GBO) sowie eine Bewilligung (§ 19 GBO) erforderlich. Hier stellt sich wiederum die Frage, ob die **Löschungsbewilligung** für das Grundpfandrecht im Ganzen **auch die verfahrensrechtliche Bewilligung umfasst**, das Grundpfandrecht **nur an einem Teil** des Belastungsobjekts zu löschen.

Abgelehnt wurde eine derartige Auslegung zuletzt nur noch in der Voraufgabe von *Schöner/Stöber* (Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2724a). Ein Antrag sei nur vollziehbar, wenn eine ihn deckende Eintragungsbewilligung vorliege; er dürfe hinter der Bewilligung nicht zurückbleiben. Die Löschungsbewilligung für ein Gesamtgrundpfandrecht erlaube daher nur die Löschung dieses einheitlichen Rechts im Ganzen auf allen Grundstücken. Die Löschung an nur einem Grundstück für Entlassung aus der Mithaft habe der Gläubiger damit gerade nicht bewilligt. Die Löschung des Gesamtgrundpfandrechts erfordere nämlich auch verfahrensrechtlich die Zustimmung der Eigentümer sämtlicher belasteter Grundstücke (§ 27 GBO). Stimme der Eigentümer eines der belasteten Grundstücke (oder auch eines Miteigentumsanteils) der Löschung nicht zu, ermögliche die Löschungsbewilligung weder die erstrebte und bewilligte Löschung des Gesamtgrundpfandrechts noch eine andere Eintragung, also auch nicht Eintragung der Löschung auf dem Grundbuchblatt des Grundstücks nur eines zustimmenden Eigentümers (zwecks Entlassung aus der Mithaft). Die Löschung nur an einem Grundstück statt sofortiger Löschung des Gesamtrechts könne überdies die Interessen des Bewilligenden grundlegend berühren. Dem trage die (nicht bewilligte) Teillöschung nicht Rechnung. Daher sei die Eintragungsbewilligung zur Löschung des gesamten Grundpfandrechts als eindeutige Verfahrenserklärung zur Vereinfachung der Buchführung auch nicht je nach den Besonderheiten des Einzelfalls auslegungsfähig.

Nach ganz h. M. ermöglicht jedoch eine für das Gesamtgrundpfandrecht abgegebene Löschungsbewilligung auch die Eintragung der Löschung an nur einem einzelnen Grundstück bzw. an einzelnen Miteigentumsanteilen. Eine Löschungsbewilligung umfasse in aller Regel auch eine solche Pfandfreigabe-

erklärung. **Es könne davon ausgegangen werden, dass der Gläubiger des Gesamtgrundpfandrechts auch mit einem „Teilvollzug“ der von ihm erteilten Löschungsbewilligung einverstanden sei.** Der Gläubiger habe an dem weiteren rechtlichen Schicksal des Gesamtrechts nach Erteilung der Löschungsbewilligung kein Interesse mehr. Seine rechtlichen Belange würden durch die Art und Weise des nachfolgenden Grundbuchvollzuges nicht mehr berührt (OLG Frankfurt FGPrax 2019, 252; OLG Hamm Rpfleger 1998, 511 = MittBayNot 1998, 446 = NJW-RR 1999, 741; LG München I MittBayNot 2001, 484 = NotBZ 2001, 308; LG Chemnitz MittRhNotK 2000, 433; LG Gera BWNNotZ 2002, 90 = MittBayNot 2002, 190 m. Anm. Munzig; Grüneberg/Herrler, § 1175 Rn. 3).

Mittlerweile hat sich auch die Kommentierung von *Schöner/Stöber* der nunmehr allgemeinen Ansicht angeschlossen (16. Aufl. 2020, Rn. 2724a).

4. Kein Erfordernis der Zustimmung anderer Miteigentümer

Die Löschung der Grundschuld am übertragenen Miteigentumsanteil bedarf weder materiellrechtlich gem. § 1183 BGB noch verfahrensrechtlich gem. § 27 GBO der Zustimmung der anderen Miteigentümer. **§ 1183 BGB ist auf einen Verzicht nach § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB nicht anwendbar**, weil mit der Freistellung eines Grundstücksbruchteils von der Belastung durch die Gesamtgrundschuld nicht deren Aufhebung einhergeht; sie besteht vielmehr an den verbleibenden Miteigentumsanteilen fort (Staudinger/Wolfsteiner, § 1183 Rn. 24). § 27 Abs. 1 S. 1 GBO ist nicht anwendbar, da keine selbstständige Löschung im Sinne dieser Vorschrift vorliegt, sich das Erlöschen des Grundpfandrechts vielmehr als gesetzliche Folge des Verzichts ergibt (Staudinger/Wolfsteiner, § 1175 Rn. 11; Schäfer, in: Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 27 Rn. 17).

5. Ergebnis

Im Ergebnis kann daher im Grundbuch die Freigabe des Miteigentumsanteils aus der Grundschuld unter Vorlage der bereits vorliegenden Löschungsbewilligung für das Gesamtrecht beantragt werden. Einer Zustimmung anderer Miteigentümer bedarf es nicht.

Im Übrigen stellt sich die Frage, ob dem der Gesamtlöschung nicht zustimmenden Miteigentümer mit einer Aufrechterhaltung der Grundschuld an seinem Miteigentumsanteil gedient ist. Solange die Löschungsbewilligung teilweise unausgenutzt im Grundakt liegt, kann die Grundschuld am Restgrundstück jederzeit gelöscht werden. Die Grundschuld ist deswegen als zukünftige Kreditunterlage wertlos.

PStG § 65; BeurkG § 34a

Pflicht zur Mitteilung an das Zentrale Testamentsregister; Anforderung von Personenstandsunterlagen durch den Notar

I. Sachverhalt

Der Notar beurkundete ein Testament. Der Erblasser teilte dem Notar hierzu seine Geburtenregisternummer nicht mit und verweigerte auch nach der Beurkundung jegliche Kooperation. Daraufhin wandte sich der Notar an das ihm bekannte Geburtsstandesamt des Erblassers und bat um Übermittlung einer Geburtsurkunde oder alternativ um Mitteilung der Geburtenregisternummer.

Das Geburtsstandesamt sieht den Anwendungsbereich des § 65 Abs. 1 S. 1 PStG nicht eröffnet. Es beruft sich stattdessen auf § 62 Abs. 1 PStG und verlangt von dem Notar die Vorlage einer Vollmachtsurkunde, in der ihn der Erblasser zur Einholung der Personenstandsurkunde bevollmächtigt.

II. Frage

Kann der Notar auf der Grundlage des § 65 Abs. 1 S. 1 PStG die Erteilung einer Personenstandsurkunde verlangen?

III. Zur Rechtslage

1. Die Erteilung von Personenstandsunterlagen

Nach § 62 Abs. 1 S. 1 PStG sind **Personenstandsunterlagen** auf Antrag **den Personen zu erteilen, auf die sich der Registereintrag bezieht**, sowie deren Ehegatten, Lebenspartnern, Vorfahren und Abkömmlingen. **Andere Personen** haben ein Recht auf Erteilung von Personenstandsunterlagen, wenn sie ein **rechtliches Interesse** glaubhaft machen (§ 62 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 PStG).

Einer derartigen Glaubhaftmachung bedarf es dagegen nicht, wenn **Behörden oder Gerichte** die Erteilung von Personenstandsunterlagen oder Auskünfte aus dem Personenstandsregister verlangen. Nach § 65 Abs. 1 S. 1 PStG sind Behörden und Gerichten (ohne Weiteres) auf Ersuchen Personenstandsunterlagen zu erteilen, Auskunft aus einem oder Einsicht in einen Registereintrag sowie Durchsicht mehrerer Registereinträge zu gewähren, soweit dies zur Erfüllung der in ihrer Zuständigkeit liegenden Aufgaben erforderlich ist. Behörden und Gerichte haben hierbei den Zweck anzugeben (§ 65 Abs. 1 S. 3 PStG).

2. Notar als Behörde i. S. v. § 65 Abs. 1 S. 1 PStG

Die **Anforderung von Personenstandsunterlagen durch den Notar** wäre daher ohne Weiteres zulässig, wenn er als „Behörde“ i. S. v. § 65 Abs. 1 PStG anzusehen

wäre. Ob der **Notar als „Behörde“ i. S. d. PStG** angesehen werden kann, ist nicht unumstritten (bejahend z. B. von Peters, StAZ 1967, 252). Die h. M. geht davon aus, dass sich diese Frage nicht abstrakt beantworten lasse, sondern **danach differenziert** werden müsse, ob der Notar im Einzelfall im Rahmen der ihm gesetzlich übertragenen Aufgaben **für sein Amtsgeschäft oder im Interesse eines privaten Auftraggebers tätig wird**. Gerichtsentscheidungen zu dieser Thematik ergingen insbesondere zur Urkundenanforderung von Notaren im Erbscheinsverfahren. Insoweit wird ein Tätigwerden im privaten Interesse bejaht und darauf hingewiesen, dass der Nachweis der Erbberechtigung durch öffentliche Urkunde dem Antragsteller obliege (vgl. § 352 Abs. 3 FamFG; § 2356 Abs. 1 BGB a. F.). Bediene sich der Antragsteller eines Notars, um die erforderlichen Personenstandsunterlagen zu beschaffen, werde der Notar nicht aus eigenem Recht, also als Behörde tätig, sondern besorge ein Geschäft seines Auftraggebers (s. OLG Frankfurt DNotZ 1988, 136 m. Anm. Vetter; OLG Jena StAZ 1994, 351 m. Anm. Sachse). Dies habe zur Folge, dass der Notar bei Beschaffung von Personenstandsunterlagen im Erbscheinsverfahren eine Vollmacht seines Auftraggebers vorlegen müsse (OLG Hamm StAZ 1992, 110 = DNotZ 1993, 71). Ferner müsse der Notar ein berechtigtes Interesse seines Auftraggebers an der Erlangung der begehrten Personenstandsurkunde glaubhaft machen (OLG Frankfurt StAZ 1995, 138; s. als Überblick zu dieser Problematik: Gutachten DNotI-Report 2001, 194 f.).

Vorliegend geht es dagegen um die Stellung des Notars im **Mitteilungs- und Benachrichtigungsverfahren in Nachlasssachen**, insbesondere um die Frage der Behördeneigenschaft des Notars im Rahmen der ihn treffenden **Mitteilungspflichten nach § 34a Abs. 1, 2 BeurkG**. Unmittelbar hierzu äußern sich die verfügbare Judikatur und Literatur, soweit ersichtlich, nicht. Beiläufig hat sich die Rechtsprechung jedoch mit der Frage des Tätigwerdens des Notars im öffentlichen oder privaten Interesse bei Erfüllung seiner Ermittlungspflichten gem. § 351 S. 1 FamFG geäußert, wenn sich der Notar durch Benutzung des Personenstandsregisters Klarheit darüber verschaffen will, ob der Erblasser noch lebt oder eine in der amtlichen Verwahrung des Notars befindliche Verfügung von Todes wegen des Erblassers zwischenzeitlich wegen des Ablebens abzuliefern wäre (§ 351 FamFG i.V.m. § 34a Abs. 3 Satz 1 BeurkG). Hier hat zuletzt der Bayerische VGH (Urt. v. 4.6.2013 – 5 B 11.2412 – BeckRS 2013, 52261 Tz. 30) dazu tendiert, der Notar werde insoweit **überwiegend im öffentlichen Interesse** tätig. Denn er sei nicht Vertreter einer Partei (§ 14 Abs. 1 S. 2 BNotO) und handle nicht für den (künftigen) Erblasser, sondern als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO)

im Rahmen seiner Amtstätigkeit (§§ 20 ff., 24 Abs. 2 BNotO) und erfülle hierbei seine gesetzliche Pflicht aus § 351 FamFG.

Diese Einschätzung lässt sich – auch wenn insoweit eindeutige Äußerungen aus Judikatur oder Literatur nicht vorliegen – auch auf die Stellung des Notars im Mitteilungsverfahren nach § 34a Abs. 1, 2 BeurkG übertragen. Errichtet der Notar eine erbfolgerrelevante Urkunde oder beurkundet er die Änderung einer solchen Urkunde, so hat er unverzüglich die Verwahrangaben i. S. v. § 78d Abs. 2 S. 2 BNotO an die das Zentrale Testamentsregister führende Registerbehörde zu übermitteln (s. auch § 2 Abs. 1 S. 1, § 1 S. 1 Nr. 1 lit. c, § 5 S. 1 Nr. 2, 3 ZTRV). Er erfüllt damit in diesem Verfahren eine **originär hoheitliche Aufgabe** sowie eine ihn selbst persönlich treffende gesetzliche Verpflichtung.

Das Mitteilungs- und Benachrichtigungswesen in Nachlasssachen ist ein hoheitlich ausgestaltetes staatliches Verfahren, das der in Art. 14 Abs. 1 S. 1 Fall 2 GG enthaltenen Gewährleistung des Erbrechts und der Testierfreiheit dient. Die Mitteilung der Verwahrangaben einer erbfolgerrelevanten Urkunde ist zwingend und ebenso unverzichtbar wie die Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen (§ 2263 BGB). Eine Mitteilung des Notars erfolgt insbesondere **im öffentlichen Interesse einer geordneten Nachlassabwicklung** (*Diehn*, NJW 2011, 481). Daher stehen weder die Durchführung noch der Umfang der Mitteilung zur Disposition des Notars oder gar zur Disposition des betroffenen Erblassers.

Vielmehr unterliegt der Notar einer bundesgesetzlich begründeten Mitteilungspflicht gegenüber der das Zentrale Testamentsregister führenden Registerbehörde. Hiervon umfasst ist die **Pflicht zur Angabe der Geburtenregisternummer**, § 1 Nr. 1 lit. c ZTRV. Zwar kann auf die Übermittlung nach § 2 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 ZTRV zunächst verzichtet werden, jedoch handelt es sich dabei um eine Pflichtangabe, die nachträglich vom Melder (= Notar, § 2 Abs. 1 S. 1 ZTRV) ergänzt werden muss, § 5 S. 1 Nr. 3 ZTRV. Die Geburtenregisternummer ist das wichtigste und einzige eindeutige Identifizierungsmerkmal eines Erblassers und daher für den ordnungsgemäßen Ablauf des Benachrichtigungswesens in Nachlasssachen unverzichtbar (vgl. *Diehn*, DNotZ 2011, 676, 680). Stünde dem Notar in diesem Zusammenhang kein Recht auf Erteilung einer Personenstandsurkunde nach § 65 Abs. 1 S. 1 PStG zu, würde dies unvollständige Eintragungen im Zentralen Testamentsregister befördern und damit das Funktionieren des Nachlassverfahrens gefährden, da im Zweifel eine Sterbefallmitteilung nicht der korrespondierenden Registrierung zugeordnet werden könnte und der Erblasserwille schlimmstenfalls nicht berücksichtigt würde. Eine Verfahrensausgestal-

tung bzw. Rechtslage, die unvollständige und damit fehlerhafte Registrierungen im Zentralen Testamentsregister befördert, ist von der Regelungsintention des Gesetzgebers des Personenstandsgesetzes nicht gedeckt.

Dass dem Notar im Rahmen seines Handelns nach § 34a Abs. 1, 2 BeurkG Behördenfunktion i.S.v. § 65 Abs. 1 S. 1 PStG zukommt, verdeutlicht auch ein **Vergleich mit der Rechtslage bei der amtlichen Inverwahrnehmung eines eigenhändigen Testaments durch ein Gericht**. Nimmt ein Gericht ein eigenhändiges Testament in besondere amtliche Verwahrung (§§ 346, 347 Abs. 1 FamFG), obliegt diesem gemäß § 347 Abs. 1 FamFG, § 2 Abs. 1 ZTRV die Pflicht zur Mitteilung der Verwahrangaben i.S.v. § 78d Abs. 2 S. 2 BNotO an die das Zentrale Testamentsregister führende Registerbehörde. In diesem Zusammenhang muss das Gericht für die Vollständigkeit der zu übermittelnden Verwahrangaben, wie sie hinsichtlich der Geburtenregisternummer durch § 1 S. 1 Nr. 1 lit. c ZTRV vorgeschrieben sind, Sorge tragen. Das Nachlassgericht handelt in diesem Zusammenhang zweifelsfrei als Gericht i. S. d. § 65 Abs. 1 S. 1 PStG und damit in Erfüllung der ihm als Verwahrstelle gesetzlich übertragenen Aufgaben. Insofern wird für die Anwendbarkeit des § 65 Abs. 1 S. 1 PStG nicht zwischen den Meldern der Verwahrangaben (§ 2 Abs. 1 S. 1 ZTRV) differenziert. Im Rahmen des Mitteilungsverfahrens in Nachlasssachen handelt es sich sowohl für Notare als auch für Gerichte um dieselbe Tätigkeit und dieselbe Erfüllung gesetzlich begründeter hoheitlicher Pflichten – nämlich die Übermittlung von Verwahrangaben i.S.v. § 2 Abs. 1 ZTRV.

Schließlich ergibt sich die Behördenstellung des Notars auch aus Nr. 65.1.2 der **Allgemeinen Verwaltungsvorschrift** zum Personenstandsgesetz (PStG-VwV), wonach ein Notar als Behörde anzusehen ist, wenn er im Einzelfall im Rahmen der ihm gesetzlich übertragenen Aufgaben tätig wird und nicht „die Interessen eines privaten Auftraggebers wahrnimmt“ (*Schmitz/Bornhofen/Müller*, PStG-VwV mit Erläuterungen, 3. Aufl. 2021, S. 261).

3. Ergebnis

Im Ergebnis dürfte der **Notar** jedenfalls bei der Anfrage an das ein Personenstandsregister führende Standesamt zwecks nachfolgender Übermittlung der von ihm nach § 2 Abs. 1, § 1 S. 1 Nr. 1 lit. c, § 5 S. 1 Nr. 2, 3 ZTRV mitzuteilenden Verwahrangaben **als Behörde i. S. v. § 65 Abs. 1 S. 1 PStG** anzusehen sein. Er ist folglich **ohne Weiteres dazu berechtigt, Auskunft aus den Personenstandsregistern zu erlangen** und auch Personenstandsurkunden zu erhalten. Der Vorlage einer eigenen Vollmacht bedarf es hierfür wegen der Behördeneigenschaft des Notars nach § 65 Abs. 1 S. 1 PStG nicht.

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 Abruf-Gutachten.

ZPO §§ 130b, 169, 173, 298a, 317, 754a, 894 S. 1; GmbHG § 40 Abs. 2

Anforderungen an die Ausfertigung eines Urteils, das als elektronisches Dokument vorliegt; Überzeugungsbildung des Notars bei der Listeneinreichung
Abruf-Nr.:

FamFG §§ 352 Abs. 2, 352e

Erbscheinsantrag; Anforderungen an den Inhalt bei Berufung aufgrund letztwilliger Verfügung
Abruf-Nr.:

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 Dr. Philipp Theuersbacher

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:

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1018, 1019, 1105 – Pflicht zur Aufforstung als Inhalt einer Grunddienstbarkeit oder Reallast; Anforderungen an einen Vorteil i. S. d. § 1019 BGB

HGB §§ 161 Abs. 2, 131 Abs. 1 Nr. 3, 105; BGB § 398; InsO §§ 80, 11 – Erlöschen der Komplementär-GmbH bei fortbestehender KG-Beteiligung; Abtretbarkeit von Anteilen an insolventer KG

Gutachten im Abrufdienst

Aktuelles

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1018, 1019, 1105

Pflicht zur Aufforstung als Inhalt einer Grunddienstbarkeit oder Reallast; Anforderungen an einen Vorteil i. S. d. § 1019 BGB

I. Sachverhalt

A ist Eigentümer des Grundstücks Flst. 1. Dieses soll abgeholzt und sodann bebaut werden. Die Bebauung wird öffentlich-rechtlich genehmigt, wenn A dafür die rechtlich bindende Aufforstung eines anderen Grundstücks nachweist. Zu diesem Zweck soll mit B, der Eigentümer des Grundstücks Flst. 2 ist, eine Grunddienstbarkeit bestellt werden, in der sich der jeweilige Eigentümer des Grundstücks Flst. 2 zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks Flst. 1 verpflichtet, das Flst. 2 entsprechend den baurechtlichen Vorgaben aufzuforsten.

Das Grundbuchamt ist der Ansicht, die Grunddienstbarkeit sei nicht eintragungsfähig, da sie keinen Vorteil i. S. d. § 1019 BGB zugunsten des herrschenden Grundstücks biete.

II. Fragen

1. Ist die Rechtsauffassung des Grundbuchamts zutreffend?
2. Kann die Pflicht zur Aufforstung zulässiger Inhalt einer Reallast sein?

III. Zur Rechtslage

1. Vorteil i.S.v. § 1019 S. 1 BGB

Nach der zwingenden Vorschrift des § 1019 S. 1 BGB muss eine Grunddienstbarkeit für die Benutzung des herrschenden Grundstücks einen **Vorteil** bieten, d. h. **objektiv nützlich** sein (Staudinger/Weber, BGB, 2017 § 1019 Rn. 1; Grüneberg/Herrler, BGB, 82. Aufl. 2023, § 1019 Rn. 1). Der Vorteil muss dem **jeweiligen Eigentümer** und damit dem **herrschenden Grundstück** selbst zugutekommen (Schöner/Stöber, Grundbuch-

recht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1139). Ein **rein persönlicher Vorteil** des derzeitigen Eigentümers des herrschenden Grundstücks genügt nicht; für diesen Zweck steht das Rechtsinstitut der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090 BGB) zur Verfügung (Staudinger/Weber, § 1019, Rn. 2; MünchKommBGB/Mohr, 9. Aufl. 2023, § 1019 Rn. 4 m. w. N.). Eine **Nachbarschaft** des dienenden und des herrschenden Grundstücks ist nicht erforderlich; allerdings kann eine weite Entfernung der beiden Grundstücke voneinander je nach Fall einen Vorteil und somit eine Grunddienstbarkeit ausschließen (MünchKommBGB/Mohr, § 1019 Rn. 4; Schöner/Stöber, Rn. 1139).

Dazu, wie der **Vorteil** beschaffen sein muss, führt Kazele (in: BeckOGK-BGB, 1.2.2023, § 1019 Rn. 35-35.2) instruktiv aus:

„Angesichts der Vielgestaltigkeit möglicher Nutzungen von Grundstücken kommen ganz unterschiedliche Vorteile in Betracht. Der Klärung bedarf, ob § 1019 eine besondere Vorteilsqualität verlangt. Die Rspr. hat in einigen Entscheidungen angedeutet, dass Vorteile nur solche wirtschaftlicher Art seien. Auch im Schrifttum wird zT die Auffassung vertreten, § 1019 erfasse nur wirtschaftliche Vorteile.

Nach Ansicht des RG sei dem Wortlaut von § 1019 die Deutung zu entnehmen, dass nur wirtschaftliche Vorteile erfasst seien.

Der BGH knüpfte unter Hinweis auf das RG an diese Rspr. an, ließ aber neben unmittelbaren auch mittelbare wirtschaftliche Vorteile für die Benutzung des herrschenden Grundstücks ausreichen. Nach Auffassung des BGH bildet es beispielsweise einen mittelbaren wirtschaftlichen Vorteil, wenn auf benachbarten Grundstücken kein Gewerbe ausgeübt und der Charakter der Wohnsiedlung nicht durch bauliche Veränderungen beeinträchtigt wird. In der Erhaltung der Annehmlichkeit des Wohnens liege ein wirtschaftlicher, den Wohnwert beeinflussender Vorteil für die Benutzung des Grundstücks, wenn das herrschende Grundstück als Wohngrundstück genutzt werde. [...]“

§ 1019 S. 1 BGB verlangt nach der Rechtsprechung somit einen – wenn auch möglicherweise nur mittelbaren – wirtschaftlichen Vorteil. In diesem Zusammenhang zeigt sich bei Betrachtung zweier ähnlicher Entscheidungen, dass bei Übertragung der dort aufgestellten Grundsätze auch **vorliegend ein ausreichender wirtschaftlicher Vorteil gegeben** sein dürfte:

So hat der BGH (Urt. v. 24.09.1982, NJW 1983, 115 ff.) entschieden, dass eine zugunsten eines Garagengrundstücks eingetragene Grunddienstbarkeit des Inhalts,

dass auf dem dienenden Hausgrundstück **kein Gewerbe** ausgeübt und die **einheitliche Gestaltung** der umliegenden Wohnsiedlung nicht durch bauliche Maßnahmen verändert werden darf, nicht am Vorteilserfordernis des § 1019 S. 1 BGB scheitert. Ein ausreichender Vorteil liege zwar nicht darin, dass die auf dem dienenden Grundstück eingetragenen Bau- und Benutzungsbeschränkungen den ideellen persönlichen Interessen des Berechtigten an der Wahrung einer einheitlichen Baugestaltung des ganzen Siedlungsgebiets dienen. Für die Benutzung des herrschenden Grundstücks könne es aber **wirtschaftlich vorteilhaft** sein, wenn auf dem benachbarten Grundstück kein Gewerbe ausgeübt und der **Charakter der Wohnsiedlung** nicht durch bauliche Veränderungen beeinträchtigt werde. So könne beispielsweise die Garagenvermietung verhindert oder erschwert werden, wenn statt der bisherigen Wohnnutzung der dienenden Grundstücke diese in Zukunft gewerblich genutzt würden (BGH NJW 1983, 115, 116).

Das OLG Oldenburg (BeckRS 1998, 10203 = NdsRpfl 1998, 223) befasste sich mit einer Grunddienstbarkeit, die den jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks dazu berechtigt, eine Teilfläche des dienenden Grundstücks als **Ausgleichs- und Ersatzfläche gem. § 8 BNatSchG** nach Maßgabe der Vorgaben der jeweiligen Stadt und des jeweiligen Landkreises zu nutzen. Auch dort sicherte die Grunddienstbarkeit die **Bebaubarkeit** des herrschenden Grundstücks ab. Das OLG Oldenburg sah darin einen **ausreichenden wirtschaftlichen Vorteil** (BeckRS 1998, 10203 Rn. 4; zust. wohl Staudinger/Weber, § 1019, Rn. 11 a. E.). Anders als vorliegend war dort zwar eine *Benutzungsdienstbarkeit* bewilligt worden, d. h. der jeweilige Eigentümer des *herrschenden* Grundstücks durfte die Teilfläche des dienenden Grundstücks aufforsten. Es handelt sich hierbei jedoch nicht um einen Aspekt der **wirtschaftlichen Vorteilhaftigkeit** i. S. v. § 1019 S. 1 BGB.

Vor diesem Hintergrund scheitert die Bestellung einer Grunddienstbarkeit nicht an dem Fehlen eines Vorteils für das herrschende Grundstück.

2. Pflicht zu aktivem Tun als unzulässiger Inhalt einer Grunddienstbarkeit

Allerdings soll durch die Grunddienstbarkeit die **Pflicht** des jeweiligen Eigentümers des dienenden Grundstücks begründet werden, sein Grundstück (Flst. 2) **aufzuforsten** und den jeweiligen Aufforstungszustand zu erhalten.

Eine Pflicht zu einem **positiven Tun** kann indes **nicht Hauptinhalt** einer Dienstbarkeit sein. Zulässig sind positive Leistungspflichten nur, wenn es sich dabei um bloße **Nebenpflichten** des Dienstbarkeitsverpflichteten handelt (BGH DNotZ 1959, 240, 241; BGH DNotZ

1989, 565; BayObLG DNotZ 1966, 538; Schöner/Stöber, Rn. 1133 ff.; MünchKommBGB/Mohr, 9. Aufl. 2023, § 1018 Rn. 46 ff.). Mit *Mohr* (in: MünchKommBGB, § 1018 Rn. 47) dürften als unzulässige Hauptpflichten „jedenfalls solche Leistungspflichten einzustufen [sein], die so wesentliche Bedeutung haben, dass ohne ihre Erfüllung die Durchführung der Vereinbarung sinnlos erscheint“. Die Rechtsprechung ist demgemäß u. a. von der Unzulässigkeit von Dienstbarkeiten ausgegangen, die eine Pflicht zur Errichtung eines Zauns (OLG Colmar OLGE 26, 82) oder zur erstmaligen Baumbepflanzung (BGH WM 1985, 1003, 1004) zum Inhalt haben.

Vorliegend ist die Dienstbarkeit auf die **Aufforstung** gerichtet. Genau eine solche Pflicht hatte die vorgenannte Entscheidung des BGH (WM 1985, 1003, 1004) zum Gegenstand. Die dieser Entscheidung zugrunde liegende Dienstbarkeit hatte folgenden Inhalt:

„Sämtliche, außerhalb des im Bebauungsplan Nr. 29 der Gemeinde E. in seiner bei der Eintragung dieser Dienstbarkeit gültigen Fassung festgelegten Bauteppichs liegenden Grundstücksteile müssen mit einer landschaftsgerechten Baumbepflanzung versehen werden. Ein dort bereits vorhandener Baumbestand ist in seiner Substanz zu erhalten.“

Der BGH wertete dies als unzulässig:

„Zutreffend verneint das Berufungsgericht einen Anspruch des Klägers aus der Grunddienstbarkeit, weil diese [...] unzulässigerweise entgegen § 1018 BGB ein positives Tun (Bepflanzungspflicht) als Hauptpflicht zum Leistungsinhalt hat [...]. Ohne Erfolg bleibt der Versuch der Revision, die Bepflanzungspflicht als Nebenpflicht eines Veränderungsverbots (keine Veränderung des „Waldcharakters der Landschaft“) analog § 1021 Abs. 1 Satz 1 BGB [...] aufzufassen. Ein solches Veränderungsverbot ist nicht Gegenstand der Dienstbarkeit. [...] In Buchstabe c) Satz 2 der Dienstbarkeit ist nur die Substanzerhaltung des vorhandenen Baumbestandes angesprochen. Auch darum geht es im vorliegenden Fall aber nicht, sondern um die erstmalige Bepflanzung von Streifen an der Nord-, Süd- und Ostgrenze des Grundstücks des Beklagten.“

Auch *Schöner/Stöber* (Rn. 1133) führen als Beispiel für eine unzulässige Hauptpflicht die Pflicht zur „Aufforstung eines Grundstücks“ an.

Die hier angedachte Grunddienstbarkeit hat demnach einen unzulässigen Inhalt.

3. Pflicht zur Aufforstung als zulässiger Inhalt einer Reallast

Nach § 1105 Abs. 1 S. 1 BGB kann ein Grundstück

in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind (Reallast). Nach § 1105 Abs. 2 BGB kann die Reallast auch zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden (sogenannte subjektivdingliche Reallast). Inhalt einer Reallast sind **aktive Handlungen**, nicht hingegen bloße Unterlassungen (Grüneberg/Herrler, vor § 1105 Rn. 3; Lange-Rapart RNotZ 2008, 377, 382). Die Leistungen müssen, sofern sie nicht ohnehin auf Geldzahlung gerichtet sind, zumindest einen bestimmbaren Geldwert aufweisen, denn die **Vollstreckung** aus dem dinglichen Recht „Reallast“ ist **nur auf Geld gerichtet** (Staudinger/Reymann, BGB, 2017, § 1105 Rn. 15 m. w. N.).

Inhalt einer Reallast können **Dienstleistungen aller Art** sein (BGH DNotZ 1996, 93; Lange-Rapart RNotZ 2008, 377, 384; Staudinger/Reymann, § 1105 Rn. 20). Daher spricht auch nichts dagegen, die Pflicht zur **Unterhaltung von Baumbestand** mittels einer Reallast dinglich zu sichern.

Vorliegend geht es A als Eigentümer von Flst. 1 jedoch in erster Linie darum, dass das Flst. 2 aufgeforstet wird. Insofern ist fraglich, ob **wiederkehrende** Leistungen i. S. v. § 1005 Abs. 1 S. 1 BGB oder vielmehr nur eine **einmalige** Verpflichtung abgesichert werden sollen. Das Erfordernis wiederkehrender Leistungen wurde bis vor Kurzem so verstanden, dass die Leistung **nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge** auf mehrfache Ausführung angelegt sein musste und **sich die Leistungen von Zeit zu Zeit wiederholen** (Schöner/Stöber, Rn. 1301; OLG Nürnberg NotBZ 2022, 73).

Der BGH hat in einer Entscheidung aus 2022 die Anforderungen diesbezüglich jedoch **konkretisiert** (DNotZ 2022, 943). In dem zugrunde liegenden Sachverhalt sollte mittels einer Reallast eine Verpflichtung des Eigentümers des belasteten Grundstücks zur **Wiedererrichtung einer Schallschutzmauer** für den Fall der Entfernung der aktuell einzigen Schallschutzmauer gesichert werden. Die Vorinstanz war zu dem Ergebnis gelangt, dass hierdurch keine wiederkehrenden Leistungen im vorgenannten Sinne vereinbart seien. Der BGH bestätigte zunächst, dass die Bestellung einer Reallast für eine einmalige Leistung grundsätzlich ausscheide (DNotZ 2022, 943 Rn. 10).

Sodann führt er jedoch aus:

„Ob eine Leistung nur einmal oder mehrfach und damit „wiederkehrend“ i. S. d. § 1105 Abs. 1 BGB erbracht werden soll, bestimmt sich alleine danach, ob die Leistungs-

*pflicht als wiederkehrende Verpflichtung ausgestaltet ist. Ist dies zu bejahen, hat die Reallast einen zulässigen Inhalt. Wie **wahrscheinlich** es ist, dass die Pflicht mehrfach entsteht, ist unerheblich (...).*

*Eine (...) [mit § 258 ZPO, Erg. d. DNotI] vergleichbare Einschränkung der wiederkehrenden Leistungen ist in § 1105 Abs. 1 BGB nicht enthalten; diese müssen weder „regelmäßig“ noch „laufend“ sein (...). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts muss die Leistungspflicht auch nicht „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge“ auf eine mehrfache Ausführung angelegt sein. Zwar werden wiederkehrende Leistungen in den Motiven als Leistungen beschrieben, die sich „von Zeit zu Zeit wiederholen“ (...). Das schließt es aber nicht aus, auch Verpflichtungen, die auf ein wiederkehrendes tätiges Verhalten gerichtet sind, von denen aber **nicht sicher feststeht, ob und wie häufig** sie in der Zukunft entstehen werden, durch eine Reallast abzusichern. Angesichts des Numerus clausus der Sachenrechte besteht – im Gegenteil – ein praktisches Bedürfnis, den **Anwendungsbereich der Reallast weit zu verstehen**. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass eine Reallast typischerweise dazu dient, langlaufende Verpflichtungen abzusichern; es ist also nicht sachfremd, dass das Sicherungsmittel verwendet werden kann, um Verpflichtungen dinglich abzusichern, die **wiederkehren können**, von denen im Zeitpunkt der Bestellung des Rechts aber noch nicht absehbar ist, ob und wann dies künftig der Fall sein wird.*

*Hinzu kommt, dass eine Überforderung des auf dem formellen Konsensprinzip und der Beweismittelbeschränkung beruhenden Grundbuchverfahrens vermieden wird, wenn sich die Zulässigkeit einer Reallast danach richtet, ob die zu sichernde Verpflichtung **wiederkehren kann**. (...)*

*Demnach ist in Fällen, in denen Gegenstand einer Reallast eine Verpflichtung zum Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes oder – wie hier – der Wiedererrichtung einer entfernten Schallschutzmauer sein soll, zu unterscheiden. Beschränkt sich die Pflicht auf einen einmaligen Wiederaufbau oder auf eine einmalige Wiedererrichtung, hat die Reallast keinen zulässigen Inhalt; es fehlt an dem Erfordernis einer wiederkehrenden Leistung i. S. d. § 1105 Abs. 1 S. 1 BGB. Ist der Wiederaufbau oder die Wiedererrichtung aber in allen künftigen Fällen einer Zerstörung oder Entfernung geschuldet, liegen **ungeachtet der Wahrscheinlichkeit** dieser Fälle wiederkehrende Leistungen vor. (...).*

Für die Frage, ob die Pflicht zur Aufforstung Inhalt einer Reallast sein kann, kommt es somit maßgebend darauf an, ob diese **als wiederkehrende Leistung ausgestaltet** wird, was angesichts der naheliegenderweise

bestehenden öffentlich-rechtlichen Vorgaben nicht nur zur einmaligen Aufforstung, sondern auch zum **Erhalt** des Forstbestands und somit auch zur Wiederaufforstung im Falle des Untergangs des Bestands naheliegen dürfte.

4. Ergebnis

Im Ergebnis dürfte die Grunddienstbarkeit jedenfalls nicht deshalb unzulässig sein, weil sie dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks keinen ausreichenden Vorteil i. S. v. § 1019 S. 1 BGB bietet. Die Grunddienstbarkeit ist jedoch deshalb unzulässig, weil und sofern sie darauf gerichtet ist, dem jeweiligen Eigentümer des dienenden Grundstücks die Pflicht zur Aufforstung aufzuerlegen. Eine Pflicht zum aktiven Tun kann nämlich nicht der Hauptinhalt (Hauptpflicht) einer Dienstbarkeit sein. Möglich ist jedoch die dingliche Absicherung der Verpflichtung zur Aufforstung über die Bestellung einer Reallast, wobei insoweit erforderlich ist, dass die Pflicht als wiederkehrende Leistung ausgestaltet wird.

HGB §§ 161 Abs. 2, 131 Abs. 1 Nr. 3, 105; BGB § 398; InsO §§ 80, 11

Erlöschen der Komplementär-GmbH bei fortbestehender KG-Beteiligung; Abtretbarkeit von Anteilen an insolventer KG

I. Sachverhalt

Eine GmbH & Co. KG ist wegen Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst. Dies ist im Handelsregister vermerkt. Die Komplementär-GmbH ist in der Zwischenzeit jedoch im Handelsregister gelöscht worden, sodass im Handelsregister der GmbH & Co. KG nunmehr eine Gesellschaft ohne Komplementärin eingetragen worden ist.

Zudem hat eine von mehreren Kommanditistinnen der GmbH & Co. KG ihren Kommanditeil an einen Dritten abgetreten. Ob die Abtretung vor oder nach der Löschung der GmbH im Handelsregister bzw. der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über die GmbH & Co. KG erfolgt ist, ist nicht ersichtlich.

II. Fragen

1. Hat sich die GmbH & Co. KG infolge der Löschung der Komplementär-GmbH in eine OHG umgewandelt?

2. Konnte der Kommanditeil noch abgetreten werden, obwohl die GmbH & Co. KG infolge der Löschung der Komplementär-GmbH möglicherweise keine KG mehr ist?

3. Konnte der Kommanditanteil noch abgetreten werden, wenn sich die GmbH & Co. KG bereits in der Insolvenz befand?

4. Wenn der Kommanditanteil noch abgetreten werden konnte: Wie kann die Handelsregisteranmeldung bei der GmbH & Co. KG vollzogen werden, um die Wirksamkeit der Abtretung zu erreichen?

III. Zur Rechtslage

1. Ausscheiden der Komplementär-GmbH aus der KG?

Zunächst ist fraglich, ob die Komplementär-GmbH infolge ihrer Löschung aus der GmbH & Co. KG ausgeschieden ist. Die **Löschung einer GmbH** sagt für sich genommen nichts über die Existenz der GmbH aus. Verfügt die GmbH trotz Löschung noch über Vermögen, so besteht sie nach der (weitgehend rezipierten) **Lehre vom Doppeltatbestand der Vollbeendigung** fort. Bei der typischerweise vermögenslosen Beteiligung einer Komplementär-GmbH handelt es sich allerdings wirtschaftlich betrachtet nicht um „echtes“ Vermögen, sondern lediglich um eine formale Rechtsposition. Dennoch steht nach herkömmlicher Ansicht auch die vermögenslose Komplementärbeteiligung der Vollbeendigung der Komplementär-GmbH entgegen (vgl. OLG Frankfurt FGPrax 2005, 269, 270 m. w. N.; Scholz/Scheller, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 60 Rn. 135; vgl. auch Gutachten DNotI-Report 2020, 177, 178 f.; a. A. OLG Hamm NZI 2007, 584, 587; BeckOK-HGB/Lehmann-Richter, Std.: 15.01.2023, § 131 Rn. 39; womöglich auch BGH NZG 2011, 26 Tz. 31).

Nach der wohl noch überwiegenden Meinung kann sich daher die Frage nach einer Umwandlung der KG in eine OHG nicht stellen, da die **GmbH als Komplementärin noch fortbesteht**.

2. Folge eines angenommenen Ausscheidens der Komplementärin

Hält man die (einzige) Komplementär-GmbH für vollbeendet und ausgeschieden, dann hat dies nach h. M. **nicht automatisch die Umwandlung** der (mehr als zweigliedrigen) **GmbH & Co. KG in eine OHG** zur Folge. Die **KG wird vielmehr lediglich aufgelöst**. Sie wandelt sich nur dann in eine OHG, wenn es gesellschaftsvertraglich vorgesehen ist, wenn die Kommanditisten das Liquidationsverfahren nicht nachhaltig betreiben oder wenn sie bei Geschäftsfortführung nicht unverzüglich einen neuen Komplementär aufnehmen (MünchKommHGB/K. Schmidt/Fleischer, 5. Aufl. 2022, § 131 Rn. 46; Lorz, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, § 131 Rn. 30; Scholz/Scheller, § 60 Rn. 133).

Dies muss ebenso gelten, wenn die **KG wegen Insolvenzeröffnung** (§ 131 Abs. 1 Nr. 3 HGB) **bereits aufgelöst** ist (vgl. auch DNotI-Internetgutachten Nr. 48053). Gerade in diesem Fall ist kein Raum für eine Umwandlung in eine (werbende) OHG. Gläubigerschutzgründe lassen sich dafür bereits deshalb nicht anführen, weil die KG ohnehin zugunsten gleichmäßiger Gläubigerbefriedigung in dem dafür vorgesehenen Verfahren vom Insolvenzverwalter abgewickelt wird.

3. Abtretbarkeit der Kommanditanteile

Die **Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat keine Auswirkung auf die Abtretbarkeit der Kommanditanteile** (zu GmbH-Geschäftsanteilen: RGZ 64, 149, 153 f.; Scholz/Seibt, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 15 Rn. 258; MünchKommGmbHG/Weller/Reichert, 4. Aufl. 2022, § 15 Rn. 564 f.). Die **Anteile** an der insolventen Gesellschaft sind **nicht Teil der Insolvenzmasse** (vgl. Habersack, in: Staub/Habersack, Das Recht der OHG, 2. Aufl. 2019, § 131 HGB Rn. 34; MünchKommInsO/Vuia, 4. Aufl. 2019, § 80 Rn. 111; Schmid, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, § 47 Rn. 15). Soweit es auf die Zustimmung der übrigen Gesellschafter zur Abtretung ankommt, dürften diese zuständig bleiben und dürfte nicht etwa der Insolvenzverwalter an deren Stelle treten (zu § 15 Abs. 5 GmbHG MünchKommGmbHG/Weller/Reichert, § 15 Rn. 566; Scholz/Seibt, § 15 Rn. 258 m. w. N.).

Eine „Umwandlung“ in eine OHG ist im vorliegenden Fall nach oben Gesagtem nicht denkbar. Aber selbst wenn Kommanditanteile zu Anteilen persönlich haftender Gesellschafter einer OHG (§§ 128, 130 HGB) würden, wären sie nach wie vor existent. Der Wechsel von der KG in die OHG ist identitätswahrend und berührt die Mitgliedschaften der Gesellschafter im Kern nicht (vgl. BeckOGK-HGB/Notz/Zinger, Std.: 15.1.2021, § 161 Rn. 52; Oetker, in: Oetker, HGB, 7. Aufl. 2021, § 161 Rn. 25; MünchKommHGB/Grünwald, 5. Aufl. 2022, § 161 Rn. 16).

Für die **Anmeldung** der Sonderrechtsnachfolge in den Kommanditanteil gelten u. E. die **allgemeinen Grundsätze** (vgl. § 143 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1, §§ 108, 162 Abs. 3 HGB; BeckOK-HGB/Lehmann-Richter, § 143 Rn. 7; MünchKommHGB/K. Schmidt/Fleischer, § 143 Rn. 12; Schulte/Hushahn, § 35 Rn. 61 i. V. m. Rn. 43; Hopt/Roth, HGB, 42. Aufl. 2023, § 162 Rn. 7). Im Hinblick auf die evtl. fortbestehende – und nicht ausgeschiedene – **Komplementär-GmbH** sollte ein **Nachtragsliquidator** bestellt werden. Die Frage nach der Fortexistenz der vermögenslos beteiligten Komplementär-GmbH ist zwar nicht abschließend geklärt, es spricht aber immer noch eine starke Meinung dafür

aus. Falls die Komplementärin tatsächlich nicht mehr bestehen sollte, dürfte die Mitwirkung des Nachtragsliquidators dennoch nicht schaden.

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 Abruf-Gutachten.

ZPO § 796c

**Vollstreckbarerklärung eines Anwaltsvergleichs;
Zustimmung der Parteien**

Abruf-Nr.:

BGB § 727; GBO §§ 19, 22, 35

**GbR; Grundbuchberichtigung nach dem Tod eines
Gesellschafters; Erfordernis des Nachweises der
Erbenstellung; transmortale Vollmacht**

Abruf-Nr.:

Aktuelles

Zum 1.3.2023 ist das Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (BGBl. I 2023 Nr. 51) in Kraft getreten. Es führt bundesrechtliche Regelungen zur grenzüberschreitenden Spaltung sowie zum grenzüberschreitenden Formwechsel ein, reformiert das Recht der grenzüberschreitenden Verschmelzung und modernisiert einige Regelungen des innerstaatlichen Umwandlungsrechts.

Für die notarielle Praxis außerhalb grenzüberschreitender Umwandlungsvorgänge ist insbesondere von Belang, dass die Strafvorschriften des UmwG inhaltsgleich in die §§ 346 ff. verschoben wurden. Sofern in **Mustern zur Versicherung des GmbH-Geschäftsführers oder AG-Vorstands** die inhabilitätsbegründenden Vorschriften (§ 6 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GmbHG; § 76 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 AktG) einzeln aufgeführt sind, ist § 313 UmwG a. F. künftig durch **§ 346 UmwG n. F.** zu ersetzen.

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 Dr. Philipp Theuersbacher

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:

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO § 750; BGB §§ 307, 308 Nr. 6 – Empfangs- und Zustellungsvollmacht im Rahmen einer Grundschuldbestellung

BGB §§ 1767 ff., 2069 – Volljährigenadoption mit schwachen Wirkungen; Ersatzberufung des Angenommenen im Rahmen eines Berliner Testaments

Gutachten im Abrufdienst

Literaturhinweise

Veranstaltung

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO § 750; BGB §§ 307, 308 Nr. 6 Empfangs- und Zustellungsvollmacht im Rahmen einer Grundschuldbestellung

I. Sachverhalt

Eine Genossenschaftsbank bittet den Notar im Zuge eines Grundschuldbestellungsauftrags für die Käufer einer Eigentumswohnung um Verwendung des üblichen Formulars des Genossenschaftsverlages für die Grundschuldbestellung. Im konkreten Fall wünscht die Bank jedoch die Ergänzung des Formulars. Unter Ziff. 5.1 soll zusätzlich zur dort üblicherweise geregelten Zustellungsvollmacht jedes einzelnen Grundstückseigentümers für alle anderen Miteigentümer folgende Regelung aufgenommen werden:

„Als weiterer Zustellungsbevollmächtigter z.B. für Zustellungen gemäß ZPO, Grundschuldkündigungen, Kreditkündigungen oder anderen empfangsbedürftigen Willens-

erklärungen im Zusammenhang mit dem Kreditverhältnis wird benannt: Herr X (...).“

Herr X ist ein freier, selbständiger Finanzierungsvermittler und kein angestellter Mitarbeiter der Genossenschaftsbank. Über ihn ist das Kreditverhältnis zwischen der Bank und den Käufern der Eigentumswohnung zustande gekommen.

Auf Nachfrage gibt die Bank an, diese zusätzliche Regelung sei nur bei ausländischen Staatsangehörigen gewünscht. Im konkreten Fall würden die Darlehensnehmer zwar momentan in Deutschland leben. Aufgrund entsprechender Erfahrungen in der Vergangenheit sei aber zu befürchten, dass sich die Darlehensnehmer bei Zahlungsschwierigkeiten ins Ausland „absetzen“ könnten. Eine Rechtsverfolgung sei dann erheblich erschwert. Konkrete Anhaltspunkte hierfür bestünden allerdings nicht.

II. Fragen

1. Kann sich eine Bank im Rahmen einer Grundschuldbestellung über eine von ihr vorformulierte Klausel eine dritte Person als Zustellungsbevollmächtigten benennen lassen?

2. Welche Anforderungen sind an die Person des Zustellungsbevollmächtigten zu stellen?

III. Zur Rechtslage

Nach der hier in Rede stehenden Klausel soll sowohl für Zustellungen nach der ZPO als auch für empfangsbedürftige (Willens-)Erklärungen materiell-rechtlicher wie prozessualer Natur ein Zustellungs- bzw. Empfangsbevollmächtigter der Darlehensnehmer benannt werden. Eine solche Klausel könnte als unangemessene Benachteiligung der Darlehensnehmer unwirksam sein, §§ 307 Abs. 1 und 2, 308 Nr. 6 BGB.

1. Anwendbarkeit der §§ 307 ff. BGB

Die Vorschriften über die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle gem. §§ 307 ff. BGB sind vorliegend anwendbar. Bei der Vollmachtenklausel handelt es sich um eine allgemeine Geschäftsbedingung i. S. d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB.

Dem steht nicht entgegen, dass § 305 Abs. 1 S. 1 BGB seinem Wortlaut nach Vertragsbedingungen voraussetzt, es sich bei der Vollmacht aber um ein einseitiges Rechtsgeschäft handelt. Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung, die in der Literatur allgemein anerkannt ist, sind die §§ 305 ff. BGB mit Rücksicht auf ihren Schutzzweck auch auf eine vom Verwender, hier der Bank, vorformulierte einseitige Erklärung des anderen Teils anzuwenden, jedenfalls wenn diese – wie hier – im Zusammenhang mit einer Sonderverbindung steht. Dies zeigt sich insbesondere an den §§ 308 Nr. 1 und 309 Nr. 12 lit. b BGB (BGH, NJW-RR 2018, 486, 487 m. w. N. zur Rechtsprechung; Grüneberg/Grüneberg, BGB, 82. Aufl. 2023, § 305 Rn. 5).

2. Vorliegen einer unangemessenen Benachteiligung

a) Einschlägige Vorschrift: § 307 Abs. 1 und 2 oder § 308 Nr. 6 BGB?

Bei formularmäßigen Empfangs- oder Zustellungsvollmachten ist umstritten, ob diese am Maßstab des § 307 Abs. 1, 2 BGB oder des § 308 Nr. 6 BGB zu messen sind. Seinem Wortlaut nach sind gem. § 308 Nr. 6 BGB Bestimmungen unwirksam, die vorsehen, dass eine Erklärung des Verwenders von besonderer Bedeutung dem anderen Vertragsteil als zugegangen gilt. Diese Norm betrifft also – wie ihre Überschrift klarstellt – Zugangsfiktionen. Teilweise wird sie dennoch auch bei Empfangsvollmachten für einschlägig gehalten, weil diese auch dazu führen können, dass Willenserklärungen und prozessrechtliche Erklärungen wirksam werden, die dem Erklärungsempfänger selbst rein tatsächlich nicht zugegangen sind. Die herrschende Meinung ist jedoch der Ansicht, dass § 308 Nr. 6 BGB bei einer reinen Empfangs- oder Zustellungsvollmacht nicht eingreife,

da eine Bevollmächtigung zur Entgegennahme von Zustellungen oder Willenserklärungen gegenüber der Fiktion des Zugangs oder der Zustellung ein *aliud* darstelle (BGH NJW 1997, 3437, 3439; BeckOGK-BGB/Weiler, Std.: 1.1.2023, § 308 Nr. 6 Rn. 32 m. w. N.; a. A. KG NJW-RR 1992, 859, 861; offen Grüneberg/Grüneberg, § 308 Rn. 36).

Zur Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit ist allerdings im Ergebnis nicht entscheidend, ob Maßstab für die Klauselkontrolle die Generalnorm des § 307 Abs. 1, 2 BGB oder die speziellere Vorschrift des § 308 Nr. 6 BGB ist. Auch die Ansicht, die den Anwendungsbereich von § 308 Nr. 6 BGB als nicht eröffnet ansieht, berücksichtigt dessen Wertung im Rahmen des § 307 BGB (vgl. zum Ganzen Dammann, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, § 308 Nr. 6 Rn. 27a).

b) Rechtliche Ausgangspunkte

Für die Beurteilung, ob eine Bestimmung eine unangemessene Benachteiligung darstellt, ist zunächst in den Blick zu nehmen, inwieweit durch die fragliche Bestimmung von gesetzlichen Regelungen abgewichen wird.

Hinsichtlich der Vollmacht für Zustellungen nach der ZPO bildet § 750 ZPO den Ausgangspunkt. Die Vorschrift sieht vor, dass vor Durchführung der Zwangsvollstreckung die Vollstreckungsklausel dem Schuldner zugestellt werden muss. Zumindest ist eine gleichzeitige Zustellung erforderlich (vgl. hierzu Vogt-Beheim, in: Anders/Gehle, ZPO, 81. Aufl. 2023, § 750 Rn. 20). Dies gilt auch bei einer vollstreckbaren Urkunde gem. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. Im Grundsatz wird die Erteilung einer Zustellungsvollmacht für zulässig erachtet (Vogt-Beheim, in: Anders/Gehle, ZPO, § 184 Rn. 5).

Für empfangsbedürftige Willenserklärungen ergibt sich das Zugangserfordernis aus § 130 Abs. 1 BGB. Soweit Erklärungen gegenüber Gesamtschuldnern abgegeben werden, ist zudem der Grundsatz der Einzelwirkung (§ 425 BGB) zu beachten.

Ausgehend von diesem unstrittigen Ausgangspunkt ist in Rechtsprechung und Literatur nicht abschließend geklärt, inwieweit AGB-mäßige Empfangs- und Zustellungsvollmachten zulässig sind.

c) Rechtsprechung zu Empfangsvollmachten in AGB

Die bestehende Unsicherheit rührt in erster Linie daher, dass für den Bereich der Wirksamkeit von Empfangsvollmachten in AGB zwei Entscheidungen des BGH vorliegen, aus denen sich keine klaren Kriterien ableiten lassen, inwieweit derartige Klauseln zulässig sein kön-

nen. In einem Urteil vom 22.6.1989 (Az. III ZR 72/88 = NJW 1989, 2383) hat der BGH eine Klausel in einem Kreditvertrag als AGB-rechtswidrig erklärt, in dem zwei Kreditnehmer, die für den Kredit als Gesamtschuldner hafteten, sich gegenseitig zur Entgegennahme aller Erklärungen seitens der Bank sowie zur Beantragung von Stundungen und Laufzeitverlängerungen bevollmächtigten. Insbesondere die Möglichkeit, gegenüber nur einem der Kreditnehmer mit Wirkung gegen beide Kreditnehmer zu kündigen, die durch diese Klausel herbeigeführt würde, veranlasste den BGH, diese Klausel als Abweichung von der Einzelwirkung nach § 425 BGB als Verstoß gegen § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGBG (= § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB n. F.) anzusehen. Der BGH betonte ausdrücklich, dass die Wirkung der Empfangsvollmacht einer Zugangsfiktion zulasten des Vertretenen gleichkomme. Dies könne auch nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass die Durchführung eines Darlehensvertrags ohne Empfangsvollmacht einen höheren Verwaltungsaufwand erfordere.

Demgegenüber hat der BGH mit Entscheidung vom 10.9.1997 (Az. VIII ARZ 1/97 = NJW 1997, 3437) eine Klausel in einem Mietvertrag für wirksam erklärt, in dem sich mehrere Mieter eines Objektes gegenseitig bevollmächtigten, alle Erklärungen zum Mietverhältnis entgegenzunehmen. Hierbei war die Klausel nach der formularvertraglichen Formulierung ausdrücklich sogar auf den Fall einer Kündigung erstreckt worden. Der BGH hielt eine solche gegenseitige Empfangsvollmacht der beiden Mieter für zulässig, da zwischen den Mietern ein Näheverhältnis bestehe, das eine derartige gegenseitige Bevollmächtigung erlauben würde. Außerdem gehe, so der BGH, dem Mitmieter eine an die Wohnungsadresse gerichtete Kündigung ohnehin zu, solange er in der Wohnung wohne, so dass es der Vertretung nicht bedürfe.

Nach einer Entscheidung des KG (NJW-RR 1992, 859) kann eine Bank nicht wirksam eine Empfangsbotenklausel mit dem Inhalt, dass sie selbst bevollmächtigt sei, für ihren Kreditnehmer Erklärungen der Restschuldversicherung entgegenzunehmen, gestalten (vgl. auch Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 10. Aufl. 2006, Anh. § 310 BGB Rn. 1017). Es bestehe kein anzuerkennendes Interesse der Bank, dem lebenden und unter seiner Anschrift erreichbaren Versicherungsnehmer selbst derartige Erklärungen nicht zugehen zu lassen. Das KG wies darauf hin, dass eine derartige Vollmacht in ihrer Wirkung einer Zugangsfiktion gleichkomme und auch daher gegen das AGBG (heute: § 305 ff. BGB) verstoße.

d) Rezeption dieser Entscheidungen im Schrifttum

Für Empfangsvollmachten zieht die Literatur aus den

beiden divergierenden Entscheidungen des BGH unterschiedliche Schlussfolgerungen. Ein Teil ist der Auffassung, dass aus diesen Entscheidungen gefolgert werden müsse, eine Bevollmächtigung sei unbedenklich, soweit sie nur die Ebene unterhalb der Beendigung eines Vertragsverhältnisses berühre, es also nicht um die Beendigung des Vertragsverhältnisses selbst gehe (vgl. BeckOGK-BGB/Quantz, Std.: 1.11.2022, § 307 Vollmachtenklausel Rn. 15; ähnlich Ellenberger/Bunte, Bankrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2022, § 73 Rn. 256 f.). Diese Ansicht kann für sich den Wortlaut des § 308 Nr. 6 BGB in Anspruch nehmen, der von „Erklärungen des Verwenders von besonderer Bedeutung“ spricht.

Die Gegenauffassung hält Empfangsvollmachten bis auf in Ausnahmeverhältnissen in aller Regel für unzulässig, da diese in ihrer Auswirkung einer Zugangsfiktion gleichkommen. Allenfalls bei einem Näheverhältnis zum Bevollmächtigten sei eine Bevollmächtigung zur Entgegennahme von Erklärungen (und damit wohl auch zur Entgegennahme von Zustellungen) unbedenklich (MünchKommBGB/Wurmnest, 9. Aufl. 2022, § 308 Nr. 6 Rn. 5; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Dammann, 5. Teil, Rn. V 484).

Eine weitere, der vorgenannten Ansicht ähnliche Auffassung stellt im Ausgangspunkt auf den Schutzgedanken des § 308 Nr. 6 BGB ab. Dieser sei jedenfalls verletzt, wenn nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden könne, dass der Bevollmächtigte die Informationen an den Darlehensnehmer weiterleite. Dies dürfte insbesondere der Fall sein, soweit der Bevollmächtigte im Lager der kreditgebenden Bank steht oder von dieser ausgewählt wird (vgl. Voran, DNotZ 2005, 887, 894, unter Berufung auf das Urteil KG NJW-RR 1992, 859, in dem die Bank als Empfangsbote bestimmt wurde). Die Bevollmächtigung eines dem Vollmachtgeber nahestehenden Dritten (Vertrauensperson) oder zumindest einer vom Vollmachtgeber ausgewählten Person könnte nach dieser Ansicht in begründeten Einzelfällen zulässig sein, weil dann mit einer Weitergabe der Information an den Betroffenen zu rechnen sei.

e) Anwendung auf den vorliegenden Fall

Nach unserer Auffassung ist vorliegend von einer Unwirksamkeit der Empfangs- und Zustellungsvollmacht auszugehen. Dabei kann dahinstehen, welcher der vorgenannten Ansichten zu folgen ist, da nach allen Ansichten eine unangemessene Benachteiligung des Vollmachtgebers vorliegen dürfte.

Die vorliegende Vollmacht beschränkt sich nicht auf solche Erklärungen, die „unterhalb“ der Beendigung des Vertragsverhältnisses anzusehen sind; sie soll aus-

weislich ihres eindeutigen Wortlauts gerade auch Kündigungen umfassen. Ebenso wenig wird der Kreditvermittler als Vertrauensperson anzusehen sein. Ein derart enges Vertrauensverhältnis, wie es unter Mitmietern einer Wohnung üblicherweise vorliegt, ist bei einem rein geschäftlichen Kontakt zu einem Kreditvermittler kaum vorstellbar.

Selbst nach der Auffassung, die danach differenziert, in wessen „Lager“ der Empfangsbevollmächtigte steht, wird eine unangemessene Benachteiligung vorliegen. Im vorliegenden Fall mag man zwar einwenden, der Vermittler sei weder der Sphäre der Bank noch der des Darlehensnehmers zuzuordnen. Es ist jedoch bereits fraglich, ob der Vermittler, der ein ureigenes Interesse am Zustandekommen der Finanzierung hat, wirklich als derart neutral angesehen werden kann. Aus Sicht des Darlehensnehmers dürfte der Vermittler in allen Fragen des beabsichtigten Darlehensvertrags der Ansprechpartner sein. Damit kann es vom Standpunkt des Darlehensnehmers betrachtet nicht darauf ankommen, in welcher Art von vertraglicher Beziehung der Vermittler zur kreditgebenden Bank steht. Für den Darlehensnehmer stellt sich der vorliegende Fall nicht anders dar, als wenn das Darlehen durch Beratung eines Angestellten der Bank zustande gekommen wäre.

f) Besonderheiten bei Zustellungsvollmachten

Die vorstehenden Erwägungen in Rechtsprechung und Literatur befassen sich ausschließlich mit Vollmachten für den Empfang rechtsgeschäftlicher Erklärungen und nicht mit prozessualen Vollmachten für Zustellungen i. S. d. ZPO. Sie berücksichtigen daher nicht die Besonderheiten des Zwangsvollstreckungsverfahrensrechts.

Dennoch lassen sich die vorstehend dargestellten Überlegungen auch insoweit auf den vorliegenden Fall übertragen, als die Klausel eine Vollmacht für Zustellungen nach der ZPO enthält. Mit Blick auf den Schutzzweck des § 798 ZPO dürfte es sich als unangemessene Benachteiligung i. S. d. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB darstellen, wenn eine Zustellungsvollmacht die Möglichkeit begründet, dass nicht der Schuldner selbst, sondern nur ein Bevollmächtigter, der in keinem Näheverhältnis zum Vollstreckungsschuldner steht, also ein fremder Dritter ist, Kenntnis von der Einleitung der Zwangsvollstreckung erlangt. In einem solchen Fall ist regelmäßig nicht damit zu rechnen, dass der Bevollmächtigte die erhaltene Erklärung an den Vollmachtgeber weiterleiten wird. Eine solche Zustellungsvollmacht würde dazu führen, dass die verfassungsrechtlich gebotene Anhörung der Beteiligten (Art. 103 Abs. 1 GG) zur reinen Fiktion wird (Voran, DNotZ 2005, 887, 893 f.).

Zur Zulässigkeit einer Zustellungsvollmacht mag man allenfalls gelangen, wenn ein aufgrund besonderer Umstände gerechtfertigtes Interesse der Gläubigerin vorliegt, einen Empfangs- und Zustellungsbevollmächtigten zu benennen. Dies könnte beispielsweise dann gegeben sein, wenn der Sicherungsgeber seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat und daher konkret zu befürchten ist, dass die Durchführung von Zustellungen deutlich erschwert und der Zugang von Willenserklärungen kaum beweisbar ist. Die abstrakte Möglichkeit, der Darlehensnehmer könne sich einer Inanspruchnahme dadurch entziehen, dass er seinen gewöhnlichen Aufenthalt in das Ausland verlagert, besteht bei jeder Kreditgewährung. Selbst eine eventuelle ausländische Staatsangehörigkeit dürfte noch kein ausreichender Anhaltspunkt für eine besondere Unzuverlässigkeit oder zu besorgende Zustellungsprobleme sein.

3. Ergebnis

Nach unserer Auffassung ist die vorliegende Klausel als unangemessene Benachteiligung der Käufer unwirksam. Diese könnte allenfalls als wirksam angesehen werden, wenn ein anerkanntes Interesse auf Seiten des Darlehensgebers an deren Verwendung besteht und es sich bei dem Bevollmächtigten um eine Vertrauensperson des Schuldners handelt.

Dies gilt sowohl, soweit die Vollmacht den Empfang von Willenserklärungen umfasst, als auch soweit sie sich auf Zustellungen im Sinne der ZPO erstreckt.

BGB §§ 1767 ff., 2069

Volljährigenadoption mit schwachen Wirkungen; Ersatzberufung des Angenommenen im Rahmen eines Berliner Testaments

I. Sachverhalt

Herr K ist von seiner Adoptivmutter AM im Jahre 2011 als Volljähriger adoptiert worden (Volljährigenadoption mit schwacher Wirkung). Nach dem Ausspruch der Adoption durch das Familiengericht verstarb die Adoptivmutter.

Nunmehr sind die Eltern der Adoptivmutter verstorben, die ihre Tochter AM im Rahmen eines gemeinschaftlichen Testaments zum Erben des längstlebenden Elternteils bestimmt haben.

II. Frage

Ist K – aufgrund des Vorversterbens seiner Adoptivmutter AM – nach dem längstlebenden Elternteil von AM Erbe geworden oder ist dies aufgrund der schwachen Wirkungen der Volljährigenadoption ausgeschlossen?

III. Zur Rechtslage

1. Wirkungen der Volljährigenadoption

Die normale Volljährigenadoption nach den §§ 1767 ff. BGB stellt keine Volladoption dar, sondern begründet nur schwache Rechtswirkungen. Der Angenommene wird zwar Kind des Annehmenden und auch seine etwaigen Abkömmlinge werden von der Annahme erfasst. **Zwischen dem Angenommenen und den Verwandten des Annehmenden entsteht aber kein Verwandtschaftsverhältnis, § 1770 Abs. 1 S. 1 BGB.** Ferner bleiben gem. § 1770 Abs. 2 BGB die Rechtsbeziehungen des Angenommenen und seiner Abkömmlinge zu den leiblichen Verwandten in vollem Umfang bestehen.

Damit lässt sich zunächst festhalten, dass der Adoptivsohn K (und dessen etwaige Kinder) durch die Adoption zwar mit der Adoptivmutter AM, nicht aber mit deren Eltern, verwandt wurde, so dass in Bezug auf die „Adoptiv-Großeltern“ und damit auch in Bezug auf den letztverstorbenen Elternteil der Adoptivmutter, dessen Beerbung nun zu klären ist, **kein gesetzliches Erb- bzw. Pflichtteilsrecht** besteht.

2. Ersatzberufung aufgrund Verfügung von Todes wegen

Eine andere Frage ist, inwieweit K **aufgrund Verfügung von Todes wegen (Testament, Erbvertrag)** zur Erbfolge nach dem Erblasser berufen sein kann. In Betracht käme insoweit eine Ersatzerbenberufung nach Wegfall der zur Schlusserbin berufenen Tochter des Erblassers und Adoptivmutter von K.

a) Soweit ersichtlich, hat der Erblasser lediglich eine Verfügung von Todes wegen (gemeinschaftliches Testament mit dem Ehegatten) hinterlassen. Enthält das Testament keine Ersatzerbenberufung, kann sich eine Ersatzberufung aus **§ 2069 BGB** ergeben. § 2069 BGB enthält eine Auslegungsregel dahingehend, dass dann, wenn der Erblasser einen seiner Abkömmlinge bedacht hat und dieser nach der Errichtung des Testaments weggefallen ist, im Zweifel anzunehmen ist, dass dessen Abkömmlinge insoweit bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle treten würden. Nach der Auslegungsregel ist bei Wegfall eines bedachten Abkömmlings des Erblassers nach Testamenterrichtung also **im Zweifel ersatzweise der betreffende Stamm** berufen (Grüneberg/Weidlich, BGB, 82. Aufl. 2023, § 2069 Rn. 1).

Voraussetzung des § 2069 BGB ist zum einen, dass der Bedachte ein **Abkömmling des Erblassers** ist, und zum anderen, dass dieser **nach Testamenterrichtung weggefallen** ist. Beide Voraussetzungen sind hinsichtlich der vorverstorbenen Adoptivmutter von K erfüllt.

Als Ersatzberufene treten an die Stelle des Weggefallenen aber nur dessen Abkömmlinge, **soweit sie bei der gesetzlichen Erbfolge nach dem Erblasser (nicht nach dem Weggefallenen) nachrücken würden** (Grüneberg/Weidlich, § 2069 Rn. 7; MünchKommBGB-Leipold, 9. Aufl. 2022, § 2069 Rn. 22; BeckOGK-BGB/Gomille, Stand: 1.8.2022, § 2069 Rn. 35). Der Personenkreis der Ersatzberufenen richtet sich also danach, wer gem. § 1924 BGB zum Zeitpunkt des Erbfalls in Bezug auf den Erblasser, um dessen Beerbung es geht (hier: letztverstorbenen Elternteil der Adoptivmutter), dessen gesetzlicher Erbe geworden wäre (Grüneberg/Weidlich, § 2069 Rn. 7). Dies führt dazu, dass zum Kreis der Ersatzbedachten nach § 2069 BGB neben den leiblichen Abkömmlingen **Adoptivkinder des weggefallenen Abkömmlings nur dann zählen, wenn die Adoption mit starken Wirkungen** (Minderjährigenadoption oder Volljährigenadoption nach § 1772 BGB) erfolgt ist (Müller-Engels, in: MüllerEngels/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira, Adoptionsrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2020, Rn. 417). Handelt es sich dagegen wie im vorliegenden Fall um eine **normale Volljährigenadoption i. S. d. §§ 1767 ff. BGB**, wäre der Adoptierte zwar als Abkömmling des Weggefallenen anzusehen, aber wegen § 1770 Abs. 1 BGB nicht mit dem Erblasser i. S. v. § 2069 BGB verwandt (vgl. Ziff. 1), so dass er auch bei gesetzlicher Erbfolge nach dem Erblasser nicht nachrücken würde (vgl. auch BeckOGK-BGB/Gomille, § 2069 Rn. 35 m. w. N.). Über § 2069 BGB sind solche volljährigen Angenommenen daher **nicht ersatzberufen** (BayObLGZ 1985, 246, 254 = FamRZ 1985, 426).

b) Die gleiche Rechtslage würde sich ergeben, wenn im Testament eine **ausdrückliche Ersatzberufung der Abkömmlinge i. S. v. § 2096 BGB** enthalten wäre, die den Tatbestand des § 2069 BGB wiederholt; denn dann würde § 2069 BGB in Bezug auf die Rechtsfolgen zur Anwendung gelangen (BayObLG NJW 1961, 1678, 1679; OLG Brandenburg BeckRS 1998, 3667; BeckOGK-BGB/Gomille, § 2069 Rn. 48).

c) Etwas anderes würde u. E. nur gelten, wenn im Testament eine Ersatzerbenberufung der Abkömmlinge der Weggefallenen i. S. v. § 2096 BGB enthalten wäre, die sich **(allgemein) auch auf adoptierte Abkömmlinge** erstreckt (was ggf. durch Auslegung zu ermitteln wäre).

3. Ergebnis

Im vorliegenden Fall liegt eine Volljährigenadoption mit schwachen Wirkungen nach den §§ 1767 ff. BGB vor. Aufgrund der Adoption wurde daher kein Verwandtschaftsverhältnis zu den Verwandten der Adoptivmutter, und damit auch nicht zum Erblasser, begründet (vgl. § 1770 Abs. 1 S. 1 BGB), so dass es an den Voraussetzungen für eine Ersatzberufung kraft gesetzlicher

Auslegungsregel (§ 2069 BGB) fehlt. K könnte daher nur aufgrund einer im Testament enthaltenen Ersatzberufung (§ 2096 BGB), die auch (volljährig) adoptierte Abkömmlinge miteinbezieht, zur Schlusserbfolge berufen sein.

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 Abruf-Gutachten.

BGB §§ 491 Abs. 3 S. 4 Nr. 2, 1149, 1191

Verkaufsvollmacht beim Immobilienverzehrcredit; unzulässige Befriedigungsabrede

Abruf-Nr.:

BGB §§ 95, 428, 432, 745 Abs. 1 u. 2, 749, 1018, 1024, 1025

Gesamtgrunddienstbarkeit; Unterteilung von Teileigentum; Innen- und Außenverhältnis der Berechtigten; ordnungsgemäße Benutzung und Verwaltung

Abruf-Nr.:

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 Alexander König

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:

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

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1411 – Abschluss eines Ehevertrages aufgrund Vorsorgevollmacht

WEG § 12 – Vorgezogene Verwalterzustimmung für den Fall der Zwangsvollstreckung durch den Grundschuldgläubiger

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 1004, 1018, 1027, 1028; WEG § 9b – Grunddienstbarkeit zur Sicherung eines Bauverbots; Verjährung des Beseitigungsanspruchs führt nur zum teilweisen Erlöschen der Grunddienstbarkeit; Löschung einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines nach WEG aufgeteilten Grundstücks nur aufgrund Bewilligung aller Wohnungseigentümer

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1411

Abschluss eines Ehevertrages aufgrund Vorsorgevollmacht

I. Sachverhalt

Der Ehemann M (Jahrgang 1940) ist mit seiner Ehefrau F (Jahrgang 1938) seit Jahrzehnten im gesetzlichen Güterstand verheiratet. Die Eheleute haben ein erhebliches Millionenvermögen, das im Wesentlichen durch die unternehmerische Tätigkeit des Ehemannes während der Ehe erwirtschaftet worden ist. Das Vermögen liegt weit überwiegend bei der Ehefrau.

Die Ehefrau ist an Demenz erkrankt. Der Ehemann hat für seine Ehefrau eine umfassende Vorsorgevollmacht, nach der er ausdrücklich auch Schenkungen an sich selbst vornehmen kann. Er ist von § 181 BGB befreit.

Der Ehemann will nun im Wege des Insihgeschäfts einen Ehevertrag mit seiner Ehefrau abschließen, in dem er Gütertrennung vereinbart und zum Ausgleich des entstandenen Zugewinnausgleichs bestimmte Immobilien gegen Leibrente für die Ehefrau auf sich überträgt.

Aus Sicht des anfragenden Notars ist eine Vertretung formell betrachtet zulässig. Der Abschluss eines Ehevertrages sei kein höchstpersönliches Rechtsgeschäft. Ein Missbrauch der Vertretungsmacht liege nicht vor, da die Versorgung der Ehefrau gewährleistet sei. Außerdem könne man mit einem Erst-recht-Schluss argumentieren: Wenn der Ehemann nach dem Inhalt der Vollmacht Schenkungen an sich selbst vornehmen dürfe, dann dürfe er auch einen Ehevertrag abschließen, mit dem er seinen Zugewinnausgleichsanspruch auslöse.

II. Frage

Kann der Ehemann seine Ehefrau bei dem beabsichtigten Ehevertrag aufgrund der erteilten Vorsorgevollmacht wirksam vertreten oder gibt es hierfür rechtliche Hinderungsgründe?

III. Zur Rechtslage

1. Vertretung eines Ehegatten bei Ehevertragsabschluss durch einen Vorsorgebevollmächtigten

Im Hinblick auf den Abschluss eines Ehevertrages durch einen Bevollmächtigten lässt sich zunächst festhalten, dass vorliegend eine umfassende Vorsorgevollmacht vorliegt. Es wird davon ausgegangen, dass es sich – wie bei der Vorsorgevollmacht üblich – im vermögensrechtlichen Bereich um eine **Generalvollmacht** handelt, die grundsätzlich zur Vornahme von allen Rechtsgeschäften und geschäftsähnlichen Handlungen berechtigt, bei denen eine Vertretung zulässig ist (Grüneberg/Ellenberger, BGB, 82. Aufl. 2023, § 167 Rn. 7).

Bei einem **Ehevertrag** handelt es sich um ein Rechtsgeschäft, das grundsätzlich **Stellvertretung erlaubt** (vgl. Staudinger/Thiele, BGB, 2018, § 1410 Rn. 5). Eine General- und Vorsorgevollmacht deckt daher grundsätzlich den Abschluss eines Ehevertrages ab (Langenfeld/Milzer, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 8. Aufl. 2019, § 3 Rn. 33; Schäfer, NZFam 2014, 676, 680; für die Zulässigkeit der gewillkürten Vertretung bei Abschluss eines Ehevertrages auch allg. Erman/Heinemann, BGB, 17. Aufl. 2023, § 1411 Rn. 4).

Es bleibt allerdings darauf hinzuweisen, dass **auch Generalvollmachten auslegungsfähig** sind und in ihrem Umfang begrenzt sein können (vgl. OLG Zweibrücken NJW-RR 1990, 931; OLG Hamm OLG R 1999, 269). So wird insbesondere vertreten, dass ganz außergewöhnliche Geschäfte, insbesondere solche, die erkennbar und eindeutig den Vollmachtgeber schädigen, von einer Generalvollmacht nicht gedeckt seien (vgl. RGZ 52, 96, 100; OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 1987, 482; OLG Zweibrücken NJW-RR 1990, 931).

Eine Einschränkung der Vertretungsmacht im Außenverhältnis – nur diese hat der Notar grundsätzlich zu prüfen – kann sich auch aus einem **Missbrauch der Vertretungsmacht** ergeben. Der Grundsatz, wonach ein Vollmachtsmissbrauch im Fall der **Evidenz oder Kollusion** auf das Außenverhältnis „durchschlägt“, gilt auch im Rahmen eines Inlichgeschäfts des von § 181 BGB befreiten Bevollmächtigten. Liegt eine objektiv treuwidrige Vollmachtsverwendung vor, wäre bei dem von § 181 BGB befreiten Vertreter zugleich auch von der Kenntnis bzw. dem Kennenmüssen von diesen Umständen auszugehen, sodass die Vertretungsmacht im Außenverhältnis entfiel bzw. das solchermaßen abgeschlossene Rechtsgeschäft gem. § 138 BGB nichtig wäre, und zwar zumindest dann, wenn es für den Vertretenen nachteilig ist (vgl. nur BGH NJW-RR 2018, 222, 224; NZG 2021, 239, 240 f.; Grüneberg/Ellenberger, § 181

Rn. 21, § 164 Rn. 14). Für einen Missbrauch der Vertretungsmacht bestehen nach dem mitgeteilten Sachverhalt aber keine Anhaltspunkte.

2. Sonderfall: Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers

Der Vorsorgebevollmächtigte ist grundsätzlich – wie eben ausgeführt – zur Vertretung des Vollmachtgebers auch bei Abschluss eines Ehevertrages befugt. Ist der **Vollmachtgeber** aber **geschäftsunfähig i. S. v. § 104 Nr. 2 BGB** – was hier im Hinblick auf die demente Ehefrau vermutlich der Fall ist, zumal diese nach dem mitgeteilten Sachverhalt nicht selbst beim Vertragsschluss mitwirken soll – sind die **weiteren Einschränkungen des § 1411 Abs. 2 BGB** zu berücksichtigen.

Nach § 1411 Abs. 2 S. 1 BGB schließt für einen geschäftsunfähigen Ehegatten **der Betreuer** den Ehevertrag. „Betreuer“ ist der zivilrechtliche Betreuer i. S. d. §§ 1814 ff. BGB, **nicht ein Bevollmächtigter**. Dies gilt selbst dann, wenn dieser über eine Generalvollmacht verfügt. Auch wenn es zugegebenermaßen Sinn und Zweck einer Vorsorgevollmacht ist, die Einrichtung einer Betreuung entbehrlich zu machen (vgl. § 1814 Abs. 3 Nr. 1 BGB), kann nicht angenommen werden, dass ein Vorsorgebevollmächtigter oder sonstiger Generalbevollmächtigter insoweit einem Betreuer gleichgestellt werden kann (so aber möglicherweise Milzer, § 3 Rn. 33, der von einem „unabweisbaren Bedürfnis“ für die Vertretung des geschäftsunfähig gewordenen Ehegatten bei Vertragsabschluss aufgrund einer Vorsorgevollmacht ausgeht).

Hierfür spricht auch die Kommentierung von *Reetz* (BeckOGK-BGB/Reetz, Std.: 1.11.2022, § 1411 Rn. 26) in welcher explizit ausgeführt ist [Hervorhebungen i. F. durch das DNotI]:

„Trotz § 1896 Abs. 2 S. 2 (= Subsidiaritätsgrundsatz der Betreuung) ist ein Vorsorgebevollmächtigter, den der Ehegatte zeitlich vor Eintritt seiner Geschäftsunfähigkeit wirksam bestellt hat, nicht abschlussbefugt. Vielmehr liegt in Abs. 2 eine **abschließende Zuweisung an den gesetzlichen Vertreter**. Damit soll sichergestellt werden, dass die Genehmigungserfordernisse durch das Betreuungsgericht, die nicht auf das Vertreterhandeln eines Vorsorgebevollmächtigten anwendbar wären, zum Schutz des Ehegatten anwendbar bleiben. Aus Abs. 2 S. 1 folgt damit auch, dass **trotz einer umfassenden Vorsorgevollmacht ein Betreuer mit entsprechendem Wirkungsbereich bestellt werden muss**, wenn ehevertragliche Vereinbarungen mit einem geschäftsunfähigen Ehegatten erfolgen sollen.“

3. Ergebnis

Im vorliegenden Fall kann der gewünschte Ehevertrag wegen § 1411 Abs. 2 S. 1 BGB nach dem Grundsatz des sichersten Weges wirksam nur unter Beteiligung eines Betreuers abgeschlossen werden, sofern die Ehefrau geschäftsunfähig i. S. v. § 104 Nr. 2 BGB ist. Erforderlich wäre dann eine Genehmigung des Ehevertrages durch das Betreuungsgericht. Rechtsprechung, in der eine – wünschenswerte – analoge Anwendung der Bestimmung auf den Vorsorgebevollmächtigten befürwortet worden wäre, fehlt bislang.

Sollte die Ehefrau nicht geschäftsunfähig sein, könnte sie den Ehevertrag noch selbst schließen oder sich durch ihren Ehemann aufgrund der erteilten Vorsorgevollmacht vertreten lassen. Das Vorliegen eines etwaigen Vollmachtmissbrauchs ist hingegen eine im Einzelfall zu untersuchende Tatfrage.

WEG § 12

Vorgezogene Verwalterzustimmung für den Fall der Zwangsvollstreckung durch den Grundschuldgläubiger

I. Sachverhalt

Es wurde eine Eigentumswohnung verkauft, deren Veräußerung der Zustimmung des Verwalters bedarf. Die Eigentumsumschreibung auf den Käufer ist bereits erfolgt. Der Käufer hat den Kaufpreis über ein Darlehen finanziert, welches durch ein Grundpfandrecht gesichert ist. Die finanzierende Gläubigerin fordert nun vom Verwalter eine vorgezogene Zustimmung für den Fall der Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung an. Eine Zwangsvollstreckung ist derzeit nicht absehbar.

II. Fragen

1. Kann der Verwalter eine vorgezogene Zustimmung für den Fall der Zwangsvollstreckung erklären?
2. Hat die Gläubigerin hierauf einen Anspruch?
3. Wäre eine solche vorgezogene Verwalterzustimmung grundbuchverfahrensrechtlich verwendbar?

III. Zur Rechtslage

Zunächst ist zu erörtern, unter welchen Voraussetzungen eine Verwalterzustimmung bereits „antizipiert“, also vor einer konkreten Veräußerung erteilt werden kann. Nur sofern dies möglich ist, stellt sich die Frage, ob hierauf ein Anspruch des Grundpfandgläubigers besteht.

1. Verwalterzustimmung für Veräußerung in der Zwangsvollstreckung

Vorab ist festzuhalten, dass eine generell für erforderlich erklärte Verwalterzustimmung auch bei einer Veräußerung eines Wohnungseigentums im Wege der Zwangsvollstreckung zu beachten ist, da gem. § 12 Abs. 3 S. 2 WEG eine Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Insolvenzverwalter einer rechtsgeschäftlichen Veräußerung gleichsteht.

2. Zulässigkeit einer Zustimmung bereits vor Veräußerung

Auf die Verwalterzustimmung gem. § 12 WEG sind die §§ 182 ff. BGB anzuwenden. Daher kann diese **Zustimmung als Einwilligung grundsätzlich bereits vor der Veräußerung** erteilt werden, § 183 BGB (BayObLG DNotZ 1992, 229, 230).

Im vorliegenden Fall ist aber zu bedenken, dass im Zeitpunkt der zu erteilenden, vom Grundpfandgläubiger gewünschten Zustimmung weder absehbar ist, ob es überhaupt zu einer Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung kommt noch an welchen Erwerber diese erfolgen würde. Die gewünschte Verwalterzustimmung wäre daher nicht auf eine konkrete Veräußerung, sondern **generell** auf eine nicht näher bestimmte Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung gerichtet. Zu der Frage, ob eine Zustimmung gem. § 12 WEG auch als (antizipierte) Einwilligung erklärt werden kann, die einen künftigen, **lediglich anhand abstrakter Merkmale bestimmten Veräußerungsfall**, mehrere oder gar alle zukünftigen Veräußerungsfälle umfasst, sind weder in Rechtsprechung noch Schrifttum ausdrückliche Stellungnahme auffindbar.

§ 183 BGB statuiert für vorherige Zustimmungen (Einwilligungen) **kein Spezialitäts- oder Bestimmtheitsanfordernis** in dem Sinne, dass sich eine Einwilligung nur auf ein einzelnes, konkret bestimmtes Rechtsgeschäft beziehen könnte. Ebenso wenig muss sich der Einwilligende eine konkrete Vorstellung hinsichtlich sämtlicher Modalitäten des Hauptgeschäfts bilden. Er kann dem Ermächtigten durch großzügige Vorgaben einen erheblichen Entscheidungsspielraum hinsichtlich des Geschäftsinhaltes und der Person des Vertragspartners einräumen (BeckOGK-BGB/Regenus, Std.: 1.1.2023, § 182 Rn. 83.1). Exemplarisch zeigt sich dies an der Norm des § 110 BGB, nach der – als besonderer Anwendungsfall einer Einwilligung (Grüneberg/Ellenberger, BGB, 82. Aufl. 2023, § 110 Rn. 1) – eine Vielzahl von im Vorfeld nicht näher bestimmten Rechtsgeschäften Gegenstand einer Einwilligung sein kann. Erforderlich ist lediglich, dass die Geschäfte so bestimmt eingegrenzt sein müssen, dass später eine Ent-

scheidung möglich ist, ob ein vorgenommenes Hauptgeschäft von der Einwilligung erfasst ist (BeckOGK-BGB/Regenus, § 182 Rn. 83.1). Diesem Erfordernis könnte im vorliegenden Fall dadurch Rechnung getragen werden, dass die Verwalterzustimmung explizit für alle Fälle einer Veräußerung des Wohnungseigentums im Wege der Zwangsvollstreckung erteilt wird.

Dennoch bestehen **Bedenken**, ob eine solche **allgemeine antizipierte Verwalterzustimmung wirksam** ist. Auch wenn etwa im Rahmen der §§ 110, 112 oder 113 BGB anerkannt ist, dass sich die Einwilligung auch auf eine ganze Gruppe oder Gattung von Rechtsgeschäften beziehen kann, so erscheint zweifelhaft, ob dies auch für die Verwalterzustimmung nach § 12 WEG gilt. Gerade die **Person des jeweiligen Erwerbers ist das entscheidende Kriterium für die Erteilung der Zustimmung**, da der „wichtige Grund“ i. S. d. § 12 Abs. 2 S. 1 WEG in der Person des Erwerbers liegen muss (vgl. BeckOGK-WEG/Skauradszun, Std.: 1.3.2023, § 12 Rn. 29). Könnte ein Verwalter pauschal allen denkbaren Veräußerungen vorab zustimmen, so würde er dadurch das **Zustimmungserfordernis faktisch außer Kraft** setzen, obwohl das Gesetz die Aufhebung einer Veräußerungsbeschränkung einem Beschluss der Wohnungseigentümer vorbehält (§ 12 Abs. 4 S. 1 WEG).

Ferner erscheint zweifelhaft, ob der Verwalter im Verhältnis zur Gemeinschaft der Wohnungseigentümer eine allgemeine antizipierte Verwalterzustimmung abgeben darf. Das Erfordernis der Verwalterzustimmung dient nach überwiegender Ansicht dem Schutz der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer vor dem Eindringen unerwünschter Dritter, insbesondere von Personen, die eine Belastung für die Gemeinschaft darstellen. Der Verwalter nimmt bei seiner Entscheidung kein eigenes Recht wahr, sondern wird grundsätzlich als **Treuhänder und mittelbarer Stellvertreter der Wohnungseigentümer** tätig (BGH NZM 2013, 34 Tz. 13; BeckOGK-WEG/Skauradszun, § 12 Rn. 3 m. w. N.). Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass der Verwalter zur ordnungsgemäßen Prüfung verpflichtet ist. Diesem Auftrag kann er aber nicht mehr nachkommen, wenn er bereits antizipiert eine Zustimmung zu beliebigen Veräußerungen erteilt. Infolgedessen spricht viel dafür, dass eine gleichwohl erteilte Zustimmung unter dem Gedanken des **offensichtlichen Missbrauchs der Vertretungsmacht** (hierzu Grüneberg/Ellenberger, BGB, 82. Aufl. 2023, § 164 Rn. 14 m. w. N.) unwirksam wäre, weil der Dritte erkennen muss, dass der Verwalter außerhalb seiner Befugnisse handelt.

Schließlich lässt sich anführen, dass eine generelle Zustimmungserteilung zu allen Veräußerungen, die im

Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen, im Ergebnis praktisch **einer Bevollmächtigung des Grundpfandgläubigers gleichkommt**, die Zustimmung für den Verwalter zu erklären. Für die Vollmachtserteilung durch den Verwalter zur Erteilung der Zustimmung gem. § 12 WEG ist jedoch anerkannt, dass die Verantwortung für die Verwaltungstätigkeit beim bestellten Verwalter bleiben muss (BGH, NJW 2014, 1447 Tz. 11; Emmerich, in: Bärmann/Pick, WEG, 20. Aufl. 2020, § 26 Rn. 10). Für eine Bevollmächtigung Dritter gehen Rechtsprechung und Literatur teilweise (ausdrücklich oder implizit) von der Unwirksamkeit einer an Dritte, vor allem an Notariatsmitarbeiter erteilten Vollmacht aus (vgl. LG Dortmund BeckRS 2006, 11700, OLG Köln MittRhNotK 2000, 393; Staudinger/Kreuzer, WEG, 2018, § 12 Rn. 47; Staudinger/Jacoby, WEG, 2019, § 16 Rn. 128).

Im **Ergebnis** ist eine generelle, im Voraus erklärte Zustimmung für eine Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung unwirksam.

3. Anspruch auf antizipierte Erteilung der Verwalterzustimmung

Sofern man entgegen der hier vertretenen Auffassung davon ausgeht, dass der Verwalter einer nicht näher bestimmten Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung antizipiert zustimmen kann, stellt sich die Frage, ob der Grundpfandgläubiger hierauf einen Anspruch gegen den Verwalter hat.

a) Grundsätzlicher Anspruch auf Erteilung der Verwalterzustimmung

Aus dem Wortlaut des § 12 Abs. 2 S. 1 WEG lässt sich ableiten, dass grundsätzlich ein Anspruch gegen den Verwalter auf Erteilung der Zustimmung besteht, sofern kein **wichtiger Grund** für eine Versagung vorliegt (BGH ZWE 2011, 321; BeckOK-WEG/Hogenschurz, Std.: 1.1.2023, § 12 Rn. 41; Bärmann/Suilmann, WEG, 15. Aufl. 2023, § 12 Rn. 48). Der wichtige Grund muss sich nach dem Sinn und Zweck des § 12 WEG aus der Person des Erwerbers oder der von ihm beabsichtigten Nutzung ergeben (Grüneberg/Wicke, § 12 WEG Rn. 8). Dieser Anspruch ist unabdingbar (Bärmann/Suilmann, WEG, § 12 Rn. 48). Durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer kann allerdings darüber hinaus für bestimmte Fälle ein Anspruch auf Erteilung der Zustimmung eingeräumt werden (§ 12 Abs. 2 S. 2 WEG).

Anspruchsinhaber ist der **veräußernde Wohnungseigentümer** (BGH ZWE 2011, 321; Bärmann/Suilmann, WEG, § 12 Rn. 52). Wird die **Zwangsversteigerung** betrieben, so ist der **betreibende Gläubiger** berechtigt, den Anspruch des Wohnungseigentümers

geltend zu machen (BGH NZM 2014, 556; Bärmann/Suilmann, WEG, § 12 Rn. 52).

b) Anspruch auch auf generelle antizipierte Verwalterzustimmung?

Da in Rechtsprechung und Literatur bereits die grundsätzliche Zulässigkeit einer antizipierten generellen Verwalterzustimmung nicht erörtert wird, finden sich ebenso wenig Stellungnahmen zu der Frage, ob ein Anspruch hierauf bestehen kann.

Ausgehend von den unter lit. a) dargestellten Grundsätzen besteht ein Anspruch auf eine generelle Verwalterzustimmung für alle Fälle der Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung nicht. **Prüfungsmaßstab** für das Bestehen eines Anspruchs auf Erteilung der Verwalterzustimmung ist ausweislich des § 12 Abs. 2 S. 1 WEG die Frage, ob ein in der Person des Erwerbers oder in der beabsichtigten Nutzung liegender **wichtiger Grund** zur Versagung vorliegt. Diese Frage **kann stets nur im Einzelfall entschieden werden**, nicht aber abstrakt für eine Vielzahl von Fällen oder auch nur eine einzige nicht näher bestimmte Veräußerung.

Es widerspräche außerdem der Systematik des Gesetzes, einen Anspruch auf Erteilung einer antizipierten Verwalterzustimmung für eine lediglich anhand abstrakter Kriterien definierte Veräußerung zu konstruieren. § 12 Abs. 2 S. 2 WEG sieht vor, dass in die Gemeinschaftsordnung Fallgruppen aufgenommen werden können, bei denen der veräußerungswillige Wohnungseigentümer einen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung hat. Sollen also gewisse abstrakt-generell bestimmte Veräußerungsfälle der Einzelfallentscheidung des Verwalters entzogen werden, bedarf dies nach der gesetzlichen Konzeption einer **Regelung in der Gemeinschaftsordnung**. Daraus folgt, dass bei Fehlen einer solchen Regelung stets eine Einzelfallentscheidung stattzufinden hat.

c) Ergebnis

Im Ergebnis dürfte daher kein Anspruch auf Erteilung einer antizipierten Verwalterzustimmung bestehen, die nicht auf eine konkret bestimmte Veräußerung bezogen ist. Möglich wäre allein, einen solchen Anspruch in der Gemeinschaftsordnung zu begründen oder – praxisnäher – diese Fälle vom Zustimmungserfordernis auszunehmen.

4. Widerruflichkeit; Nachweis einer antizipierten Verwalterzustimmung gegenüber dem Grundbuchamt

Problematisch für die Verwendung einer antizipierten **Verwalterzustimmung** im Grundbuchverfahren ist, dass diese bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts

grundsätzlich widerruflich ist (§ 183 BGB). Insbesondere kann im Rahmen des Grundbuchverfahrens der Fortbestand der Zustimmung, also das Nichtvorliegen eines Widerrufs, dem Grundbuchamt nicht mit den Beweismitteln des § 29 GBO nachgewiesen werden.

Es liegt nahe, eine Parallele zum Fall des Fortbestands einer Vollmacht zu ziehen, da auch eine Vollmacht grundsätzlich widerruflich ist. Bei dem Nichtwegfall (also dem Fortbestand) einer erteilten Vollmacht handelt es sich um einen eintragungserheblichen Umstand, für den die Beweismittelbeschränkung des § 29 GBO nicht anwendbar ist; denn ein **Nichtereignis (also das Unterbleiben eines Widerrufs) ist einem urkundlichen Nachweis nicht zugänglich**. Hier gestattet die Rechtsprechung die Verwendung und Würdigung von Erfahrungssätzen, um dem Antragsteller Beweismittel zu ersparen (eingehend Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 159). Allerdings ist zu beachten, dass für die Vollmacht im Rechtsverkehr der Vertrauensstatbestand des § 172 BGB gilt. Eine vergleichbare Vorschrift existiert allerdings für die Einwilligung nicht. Es ist somit davon auszugehen, dass die Einwilligung zum Zwecke des grundbuchlichen Nachweises letztlich **in grundbuchtauglicher Form wiederholt bzw. „bestätigt“ werden müsste**, wenn zwischen Erteilung der antizipierten Zustimmung (Einwilligung) einerseits und der zustimmungsbedürftigen Veräußerung (Zwangsvollstreckung) andererseits eine geraume Zeit vergangen ist.

Bei der Erteilung einer Einwilligung kann die Widerruflichkeit ausgeschlossen werden (Grüneberg/Ellenberger, BGB, § 183 Rn. 2). Sollte der Verwalter trotz der unter Ziff. 2 genannten Bedenken eine allgemeine Veräußerungszustimmung für den Fall der Zwangsvollstreckung erteilen, empfiehlt es sich somit zur Vermeidung von Beweisschwierigkeiten, die **Zustimmung ausdrücklich unwiderruflich** zu erteilen.

5. Gesamtergebnis

Die Verwalterzustimmung i. S. d. § 12 WEG kann nicht bereits vor einer konkreten Veräußerung im Wege der Zwangsvollstreckung erteilt werden, wenn die Veräußerung lediglich anhand abstrakter Kriterien bestimmt ist. Selbst wenn man dies zuließe, bestünde kein schuldrechtlicher Anspruch auf Erteilung einer solchen vorgezogenen Verwalterzustimmung. Es kommt lediglich in Betracht, durch Regelung in der Gemeinschaftsordnung einen Anspruch auf Erteilung der Verwalterzustimmung zu begründen oder den Fall der Zwangsvollstreckung vom Zustimmungserfordernis auszunehmen.

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 Abruf-Gutachten.

BGB §§ 1094, 1098, 1059a, 463, 464; AktG § 273 Abs. 4; GmbHG § 66; GBO §§ 22, 29

Nachtragsliquidation; Wert eines subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts für eine im Handelsregister gelöschte GmbH; Grundbuchberichtigung
Abruf-Nr.:

BGB §§ 167, 168, 311b; GBO § 29

Unterschriftsbeglaubigte Vollmacht zum Verkauf von Grundbesitz; Prüfungsumfang des Grundbuchamts
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 1004, 1018, 1027, 1028; WEG § 9b
Grunddienstbarkeit zur Sicherung eines Bauverbots; Verjährung des Beseitigungsanspruchs führt nur zum teilweisen Erlöschen der Grunddienstbarkeit; Löschung einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines nach WEG aufgeteilten Grundstücks nur aufgrund Bewilligung aller Wohnungseigentümer

1a. Mit der Verjährung des Beseitigungsanspruchs erlischt die Grunddienstbarkeit nach § 1028 Abs. 1 Satz 2 BGB nur dann insgesamt, wenn die Ausübung der durch sie gewährten Berechtigung aufgrund der Beeinträchtigung durch die Anlage gar nicht mehr möglich ist; wird die Dienstbarkeit durch die Anlage nur teilweise beeinträchtigt, dann erlischt sie nur hinsichtlich des von der Beeinträchtigung betroffenen Teils und bleibt im Übrigen bestehen.

1b. Dies gilt auch dann, wenn die Grunddienstbarkeit ein Bauverbot zum Inhalt hat, gegen das durch die Errichtung eines Gebäudes verstoßen wurde. Verjährt der Anspruch auf Beseitigung des Gebäudes, erlischt die Dienstbarkeit grundsätzlich nur insoweit, als das Unterlassen der Bebauung mit einem Gebäude entsprechenden Ausmaßes nicht mehr verlangt werden kann.

2. Wird die Löschung einer Grunddienstbarkeit begehrt, die zugunsten eines in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstücks besteht, so ist die auf § 894 BGB gestützte Klage gegen die Wohnungseigentümer als (gemeinschaftlich) Berechtigte zu richten; nur wenn es sich um Verwaltungsvermögen, d.h. um ein im Eigentum der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer stehendes Grundstück handelt, ist diese die richtige Beklagte.

BGH, Urt. v. 20.1.2023 – V ZR 65/22

Problem

Im Grundbuch des Grundstücks der Klägerin ist ein umfassendes Bauverbot als Grunddienstbarkeit eingetragen. Die Eintragung erfolgte aufgrund eines Kaufvertrages aus dem Jahre 1889. Das herrschende Grundstück ist nach dem WEG in Wohnungseigentum aufgeteilt. Auf dem dienenden Grundstück befand sich zuletzt ein 1963 errichteter, als Autohaus genutzter Gebäudekomplex. Die Klägerin ließ das Gebäude im Jahre 2019 abreißen. Sie beabsichtigt, auf dem Grundstück ein Wohnhaus zu errichten.

Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin von den Beklagten, den Eigentümern der am herrschenden Grundstück bestehenden Wohnungseigentumseinheiten, die Bewilligung der Löschung der Grunddienstbarkeit. Das Landgericht hat die Beklagten verurteilt, eine Änderung der Grunddienstbarkeit sinngemäß dahingehend zu bewilligen, dass das klägerische Grundstück nur in dem Umfang des ehemaligen Autohauses bebaut werden darf. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht (OLG Schleswig ZfIR 2022, 331) hat dieses Urteil abgeändert und die Beklagten zur Bewilligung der Löschung der Grunddienstbarkeit verurteilt. Der Klägerin stehe ein Anspruch aus § 894 BGB auf Bewilligung der Löschung der Grunddienstbarkeit zu, weil diese wegen Verjährung des Beseitigungsanspruchs aus §§ 1027, 1004 BGB nach § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB insgesamt erloschen sei. Zwar erlösche eine Grunddienstbarkeit mit der Verjährung des Beseitigungs- und Unterlassungsanspruchs nur „soweit“ die auf dem dienenden Grundstück errichtete Anlage mit ihr im Widerspruch stehe. Die Grunddienstbarkeit bleibe also in dem Umfang bestehen, in dem sie von der Anlage nicht beeinträchtigt werde. Etwas anderes habe aber in dem hier gegebenen Fall eines durch Dienstbarkeit gesicherten Bauverbots zu gelten. Werde gegen dieses verstoßen, so könne der Berechtigte die Beseitigung des gesamten Gebäudes verlangen. Der inzwischen verjäherte Beseitigungsanspruch hätte also keinen Schranken unterlegen, insbesondere nicht einem bestimmten Bebauungsmaß. Es gebe bei einem Bebauungsverbot keinen

abtrennbaren „überschießenden Teil“ der Grunddienstbarkeit, der von einer Bebauung nicht beeinträchtigt wäre.

Mit der Revision wollen die Beklagten die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen.

Entscheidung

Der BGH hat das Berufungsurteil aufgehoben und die erstinstanzliche Entscheidung wiederhergestellt.

Zunächst stellt der BGH klar, dass die Beklagten als Miteigentümer des nach dem WEG aufgeteilten herrschenden Grundstücks für den geltend gemachten Löschungsanspruch passivlegitimiert sind. Schuldner des Anspruch aus § 894 BGB sei derjenige, zu dessen Gunsten der Grundbuchinhalt von der wirklichen Rechtslage abweiche und dessen nach dem Grundbuch vermeintlich ihm zustehendes Recht durch die Anpassung des Buchinhaltes an die wahre Rechtslage beseitigt oder geschmälert werden müsse. Die Grunddienstbarkeit, deren teilweise Löschung die Klägerin begehre, stehe den Beklagten zu, denn diese seien als Wohnungseigentümer Miteigentümer des in Wohnungseigentum aufgeteilten herrschenden Grundstücks (§ 1 Abs. 2 WEG) und die zu Gunsten der Eigentümer des gesamten Grundstücks eingetragene Grunddienstbarkeit sei nach § 96 BGB Bestandteil dieses Grundstücks. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer könne zwar Eigentum an Grundstücken erwerben, sei aber selbst nicht Eigentümerin des nach dem Wohnungseigentumsgesetz aufgeteilten Grundstücks. Das Grundstück sei gemeinschaftliches Eigentum (§ 1 Abs. 5 WEG), aber nicht Eigentum der Gemeinschaft. Auch eine etwaige vorrangige Wahrnehmungsbefugnis der Eigentümergemeinschaft gem. § 9a Abs. 2 WEG hinsichtlich des sich gegen die Wohnungseigentümer richtenden Löschungsanspruchs komme nicht in Betracht. Denn die Befugnis zur Bewilligung einer Rechtsänderung gemäß § 19 GBO stehe demjenigen zu, der zur sachenrechtlichen Verfügung über das Recht befugt sei, hier also den Wohnungseigentümern. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer könne daher die Löschung der Grunddienstbarkeit nicht bewilligen.

Die Klägerin habe aber keinen Anspruch aus § 894 BGB auf Bewilligung der Löschung der Grunddienstbarkeit. Zwar lägen die Voraussetzungen des § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB für das Erlöschen der Grunddienstbarkeit dem Grunde nach vor, weil das Gebäude des Autohauses eine Anlage sei, durch welche die Grunddienstbarkeit beeinträchtigt werde. Der Anspruch auf dessen Beseitigung aus §§ 1004, 1027 BGB sei nach 30 Jahren verjährt, also spätestens Ende 1993.

Die Grunddienstbarkeit erlösche mit Verjährung des Beseitigungsanspruchs nach § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB aber nicht insgesamt, sondern nur in dem Umfang der Bebauung, deren Beseitigung vor der Verjährung hätte verlangt werden können. Die Auffassung des Berufungsgerichts, dass es bei einem Bauverbot keinen abgrenzbaren Teil der Grunddienstbarkeit gebe, der durch eine Bebauung nicht beeinträchtigt sei, treffe nicht zu. Bei einem umfassenden Bauverbot sei zwar eine bauliche Anlage in Gänze mit der Grunddienstbarkeit nicht vereinbar. Dennoch könne ein abgrenzbarer Teil des Bauverbots verbleiben, wenn das errichtete Gebäude den vom Bauverbot erfassten Bereich des Grundstücks nicht ausschöpfe. In dem nicht bebauten Bereich bleibe für das Bauverbot noch ein sinnvoller Anwendungsbereich, weil insoweit künftig neue Beseitigungsansprüche entstehen könnten. Selbst wenn das gesamte Grundstück oder die gesamte, von der Grunddienstbarkeit erfasste Grundstücksfläche bebaut werde, könne räumlich noch ein nicht beeinträchtigter Bereich verbleiben, nämlich insoweit, als es um die Höhe der Bebauung gehe. Gegen die Auslegung des Berufungsgerichts spreche zudem, dass die in § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB mit dem Begriff „soweit“ vorgesehene Begrenzung des Erlöschens der Grunddienstbarkeit bei Bauverboten nicht zur Anwendung käme, obwohl die Vorschrift gerade die Errichtung von „Anlagen“ erfasse.

Schließlich bleibe durch die in § 1028 Abs. 1 S. 2 BGB angeordnete Begrenzung des Erlöschens dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks die Möglichkeit, eine entgegen dem Bauverbot errichtete Anlage, die ihn aus seiner Sicht nicht oder nur geringfügig beeinträchtige, zu dulden, ohne Gefahr zu laufen, dass die Grunddienstbarkeit hierdurch insgesamt erlöschen würde. Die Gegenauffassung hätte hingegen zur Folge, dass der Berechtigte seinen Beseitigungsanspruch auch gegen kleinste bauliche Anlagen – notfalls auch gerichtlich – durchsetzen müsse, um sein Recht nicht insgesamt zu verlieren.

Praxishinweis

Für die notarielle Praxis dürften vor allem die Ausführungen des BGH zur Passivlegitimation von Bedeutung sein. Soll eine Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines nach dem WEG aufgeteilten Grundstücks gelöscht oder inhaltlich geändert werden, so bedarf es einer Bewilligung aller Wohnungseigentümer (so auch OLG Karlsruhe FGPrax 2023, 12). Gleiches gilt, wenn eine Grunddienstbarkeit zu Lasten eines nach dem WEG aufgeteilten Grundstücks bestellt werden soll. Eine Bewilligung des Verwalters mag zwar einfacher zu erlangen sein, genügt aber nicht.

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 Dr. Philipp Theuersbacher

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:

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