

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2041, 2205; GmbHG § 55 – Testamentsvollstreckung bei GmbH-Anteilen; Reichweite bei Kapitalerhöhung; Kernbereichslehre; Surrogation; transmortale Vollmacht

BGB §§ 2316, 2057a – Ausgleichung von Pflegeleistungen; Auswirkung auf Pflichtteilsanspruch des übergangenen Geschwisters; Berechnung des Ausgleichungsanspruchs

#### Literaturhinweis

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**BGB §§ 2041, 2205; GmbHG § 55  
Testamentsvollstreckung bei GmbH-Anteilen; Reichweite bei Kapitalerhöhung; Kernbereichslehre; Surrogation; transmortale Vollmacht**

#### I. Sachverhalt

Erblasser (E) ist verstorben und hinterließ umfangreiche Gesellschaftsbeteiligungen, u. a. eine Beteiligung an der A-GmbH und der B-GmbH. Alleinerbe ist ein Minderjähriger. Für den gesamten Nachlass ist Dauertestamentsvollstreckung angeordnet. Die Befugnisse der Testamentsvollstrecker sind u. a. wie folgt (klarstellend) präzisiert:

*„Die Befugnisse der Testamentsvollstrecker sollen so weit wie rechtlich möglich gehen. Sie sollen insbesondere auch berechtigt sein, das Stimmrecht in Gesellschafterver-*

*sammlungen so weit wie möglich auszuüben. Die rechtlichen Grenzen sind jedoch von ihnen zu beachten, insbesondere bei Maßnahmen, die den Kernbereich der Mitgliedschaft des Gesellschafternachfolgers berühren. Sie sind befugt, bei Kapitalerhöhungen mitzuwirken, sofern die Mittel aus dem Nachlass aufgebracht werden können; der aus der Kapitalerhöhung entstandene Geschäfts- oder Geschäftsanteil unterfällt wiederum der Testamentsvollstreckung.“*

Die gleichen Rechte wurden den Testamentsvollstreckern vorsorglich auch im Rahmen einer transmortalen Vollmacht erteilt.

Es soll nun die Beteiligung an der B-GmbH in die A-GmbH im Wege des sog. qualifizierten Anteilstausches (d. h. gegen Gewährung von neuen Gesellschafterrechten bei der A-GmbH, vgl. § 21 UmwStG) eingebracht werden. Hierzu wird das Stammkapital der A-GmbH im Wege der (Mini-)Barkapitalerhöhung erhöht und zugleich beschlossen, dass die Anteile an der B-GmbH im Wege des Sachagios mit einzubringen sind. Es wird klargestellt, dass auch der auf die Barkapitalerhöhung zu bezahlende Einbringungsbetrag aus Mitteln

des Nachlasses zu bezahlen ist. Ferner ist sichergestellt, dass mit dem Vorgang keine unentgeltliche Zuwendung verbunden ist, da der Minderjährige auch an der aufnehmenden A-GmbH in ausreichendem Umfang beteiligt ist. Beschlussfassung zur Kapitalerhöhung, Übernahmeerklärung und Einbringungsvertrag werden von den Testamentsvollstreckern vorgenommen.

Das Registergericht hat Zweifel, ob die Befugnisse der Testamentsvollstrecker die vorgenannten Maßnahmen decken, sodass evtl. die Mitwirkung der gesetzlichen Vertreter der minderjährigen Erben (hier sogar Ergänzungspfleger) erforderlich wäre.

## II. Frage

Ist der Testamentsvollstrecker berechtigt, an Kapital- und Einbringungsmaßnahmen mitzuwirken, wenn diese Maßnahmen sich ausschließlich auf nachlassgegenständliches Vermögen beziehen (insb. also Einbringung von Nachlassvermögen in eine ebenfalls nachlassgegenständliche Gesellschaft)?

## III. Zur Rechtslage

Das folgende Gutachten geht nicht auf Fragen der Barkapitalerhöhung mit Sachagio ein (dazu etwa Heidinger/Knaier, FS 25 Jahre DNotI, 2018, S. 467 ff.; Wicke, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 5 Rn. 19; Szalai/Kreußlein, notar 2019, 223 ff. und 283 ff.; Heckschen/Heidinger/Berkefeld, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 5. Aufl. 2023, Kap. 11 Rn. 65-73; Lübberich, DNotZ 2016, 164), sondern konzentriert sich auf die gestellte erbrechtliche Frage.

### 1. Grenzen der Befugnisse eines Testamentsvollstreckers bei der Testamentsvollstreckung bzgl. eines GmbH-Anteils

Wir gehen zunächst davon aus, dass die Satzungen der beiden Gesellschaften mit beschränkter Haftung die Ausübung von Gesellschafterrechten durch einen Testamentsvollstrecker nicht ausschließen oder beschränken (vgl. dazu Pauli, in: Bengel/Reimann/Holtz/Röhl, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 8. Aufl. 2023, § 5 Rn. 247). Ohne eine solche Einschränkung ist die **Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung – auch in Form der Dauervollstreckung – bei GmbH-Geschäftsanteilen allgemein anerkannt** (vgl. BGH ZEV 2014, 662 Rn. 14 und Rn. 22; Todtenhöfer, RNotZ 2017, 557, 560; MünchKommBGB/Zimmermann, 9. Aufl. 2022, § 2205 Rn. 52 f.). Es können auch mehrere Testamentsvollstrecker bestellt werden (vgl. § 2224 BGB).

Insofern ist darauf hinzuweisen, dass sich die **Rechtslage bei der Testamentsvollstreckung in Bezug auf Ge-**

**sellschaftsanteile eines persönlich haftenden Gesellschafters stark unterscheidet** und dort deutlich engere Befugnisse des Testamentsvollstreckers bestehen. Dies mag auch ein Grund für die Bedenken des Registergerichts sein. Hinsichtlich der Testamentsvollstreckung über einen GmbH-Geschäftsanteil sind die Befugnisse des Testamentsvollstreckers hingegen deutlich weiter (vgl. zu den Unterschieden der Testamentsvollstreckung bei Personengesellschafts- und Kapitalgesellschaftsanteilen etwa Riemenschneider/Kämper in: Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 3. Aufl. 2022, § 29 Rn. 316-336; Pauli, § 5 Rn. 111; Todtenhöfer, RNotZ 2017, 557, 558 f.; Heckschen/Strnad, NZG 2014, 1201, 1203 f.; freilich sind im Hinblick auf Kommanditanteile wegen der Haftungsbeschränkung nach § 171 Abs. 1 HGB wiederum weitreichende Kompetenzen des Testamentsvollstreckers anerkannt, sodass nicht für alle Anteile an Personengesellschaften dieselben Maßstäbe gelten).

Die **Befugnisse des Testamentsvollstreckers bei der Testamentsvollstreckung über einen GmbH-Geschäftsanteil sind grundsätzlich umfassend**, sofern nicht im Einzelfall erbrechtliche oder gesellschaftsrechtliche Beschränkungen seiner Verwaltungsbefugnisse bestehen (vgl. BGH ZEV 2014, 662 Rn. 14; OLG Frankfurt ZEV 2008, 606; MünchKommBGB/Zimmermann, § 2205 Rn. 53). Deutlich wird dies auch bei Görner, der formuliert:

*„Ist ein Geschäftsanteil Gegenstand einer Testamentsvollstreckung, so übt der Testamentsvollstrecker die Rechte aus dem Geschäftsanteil, die nicht höchstpersönlich sind, aus, die Erben können dies nur in Ausnahmefällen.“*

(Herrler/Görner, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2021, § 6 Rn. 1416)

Ebenso klar hat der BGH spezifisch bzgl. des Stimmrechts zum Ausdruck gebracht:

*„Der Testamentsvollstrecker verdrängt die Erben zwar nach allgemeiner Ansicht grds. auch hinsichtlich der Ausübung des Stimmrechts als Teil seiner umfassenden Befugnis zur Verwaltung des Nachlasses, es sei denn, ihm sind – wie hier nicht – durch § 2205 S. 3, § 2206 BGB und etwaige Anordnungen des Erblassers Grenzen gesetzt“*

(BGH ZEV 2014, 662 Rn. 22)

In Bezug auf die hier interessierende Kapitalerhöhung werden demgemäß insbesondere zwei Problemkreise diskutiert: Die Abgabe der Übernahmeerklärung vor dem Hintergrund der Begründung einer Einlagever-

pflichtung des Erben (lit. a) sowie die mögliche Ausfallhaftung gem. § 24 GmbHG (lit. b). Nicht einschlägig ist hier die Grenze der höchstpersönlichen Rechte (dazu lit. c). Zudem findet sich in der Literatur die Idee eines „Kernbereichs“, welche sich jedoch insbesondere im hiesigen Kontext als Nebelkerze entpuppt (dazu lit. d).

#### a) Einlageverpflichtung durch Übernahmeerklärung gem. § 55 GmbHG

Der Testamentsvollstrecker ist gem. §§ 2206 f. BGB zur Eingehung von Verbindlichkeiten allenfalls für den Nachlass befugt. Ohne Mitwirkung der Erben ist der Testamentsvollstrecker zur Abgabe der **Übernahmeerklärung** nach § 55 GmbHG daher nur berechtigt, wenn die Einlage **sofort fällig** ist und **aus Mitteln des Nachlasses erbracht** werden kann oder hierfür analog § 2128 BGB **Sicherheit geleistet** wird (Todtenhöfer, RNotZ 2017, 557, 575 m. w. N., vgl. auch Pauli, § 5 Rn. 245; Görner, § 6 Rn. 1417).

Nach dem geschilderten Sachverhalt ist der auf die Barkapitalerhöhung zu bezahlende Einbringungsbetrag aus Mitteln des Nachlasses zu erbringen. Dies korreliert auch mit der Anordnung in der letztwilligen Verfügung, wonach die Testamentsvollstrecker befugt sind, bei Kapitalerhöhungen mitzuwirken, sofern die Mittel aus dem Nachlass aufgebracht werden können. Demgemäß ist der Aspekt der Einlageverpflichtung vorliegend unproblematisch.

#### b) Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG

Ein weiteres Problem ergibt sich aus der Ausfallhaftung gem. § 24 GmbHG. Es muss insofern sichergestellt sein, dass die durch den Testamentsvollstrecker begründete Einlageverpflichtung aus Nachlassmitteln erfüllt werden kann und zudem auch die übrigen Stammeinlagen vor der Anmeldung voll eingezahlt werden (Todtenhöfer, RNotZ 2017, 557, 576 m. w. N.). Mangels entgegenstehender Sachverhaltsangaben gehen wir davon aus, dass dies vorliegend sichergestellt ist.

#### c) Höchstpersönliche Rechte

Es ist allgemein anerkannt, dass der Testamentsvollstrecker Rechte aus dem Geschäftsanteil nicht ausüben darf, die höchstpersönlich sind. Genannt wird insbesondere die Konstellation, dass **die Satzung das Stimmrecht dem Gesellschafter ausschließlich persönlich zuweist** (Pauli, § 5 Rn. 247; Todtenhöfer, RNotZ 2017, 557, 563). Hiervon ist auch der Fall betroffen, dass Stimmrechte nach der Satzung nur durch einen abschließenden Kreis von Vertretern wahrgenommen werden können. Fällt der Testamentsvollstrecker nicht unter diesen Personenkreis, so kann er die entsprechenden Gesellschafterrechte nicht ausüben (vgl. OLG Frankfurt

ZEV 2008, 606; Todtenhöfer, RNotZ 2017, 557, 563, Pauli, § 5 Rn. 247; Mayer, ZEV 2002, 209, 213). Wie bereits ausgeführt, wird indes davon ausgegangen, dass die Satzungen vorliegend keine entsprechenden Beschränkungen vorsehen.

#### d) Kernbereich

Strittig war, ob und inwieweit die sog. **Kernbereichslehre** der Testamentsvollstreckung Grenzen setzt (s. hierzu etwa Todtenhöfer, RNotZ 2017, 557, 563 ff. m. w. N.; Pauli, § 5 Rn. 249). Überwiegend wird nun aber davon ausgegangen, dass in Bezug auf die Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen eine solche Kernbereichslehre gar **nicht (mehr) gilt** (vgl. Todtenhöfer, RNotZ 2017, 557, 564 f.; Kämper, RNotZ 2016, 625, 638 f.; Reimann, GmbHR 2011, 1297, 1300; Pauli, § 5 Rn. 249; MünchKommBGB/Zimmermann, § 2205 Rn. 53).

Der **BGH** hat mit Urteil v. 13.5.2014 – II ZR 250/12, ZEV 2014, 662 = DNotI-Report 2014, 126 ausdrücklich entschieden, dass dem Testamentsvollstrecker im Rahmen der Verwaltung eines GmbH-Geschäftsanteils das Stimmrecht sowie sonstige Gesellschafterbefugnisse **grundsätzlich umfassend** und in einer den oder die Miterben ausschließenden Weise zustehen. Auf Grenzen durch eine Kernbereichskontrolle hat der BGH dabei nicht (mehr) abgestellt (vgl. die Anm. von Reimann, ZEV 2014, 662, 667).

Damit **erübrigen** sich Fragen im Kontext eines etwaigen Kernbereichs. Rein ergänzend sei darauf hingewiesen, dass der „Kernbereich“ ohnehin nur bei solchen Maßnahmen von Relevanz hätte sein können, bei denen unmittelbare Nachteile für den Erben begründet werden – insbesondere wurden insofern Eingriffe in mitgliedschaftliche Sonderrechte oder unentziehbare Mitgliedschaftsrechte, die Einführung von Abtretungsbeschränkungen, die nachträgliche Zulassung der Einziehung von Geschäftsanteilen oder die Einführung von Abfindungsregelungen genannt (vgl. Mayer, ZEV 2002, 209, 213; Todtenhöfer, RNotZ 2017, 557, 564). Doch auch auf Basis dieser Kernbereichslehre war anerkannt, dass eine Zustimmung der betroffenen Erben obsolet war, sofern die neu begründeten Leistungspflichten allein aus Nachlassmitteln erfüllt werden konnten (vgl. Mayer, ZEV 2002, 209, 213 m. w. N.) – dies ist hier der Fall (s. o.).

Damit kann für die Ansicht des Registergerichts die Kernbereichslehre in doppelter Hinsicht nicht herangezogen werden. Zum einen, weil sie insofern gar nicht (mehr) gilt; zum anderen, weil sie inhaltlich nicht einschlägig wäre.

## 2. Keine abweichende Reichweite in letztwilliger Verfügung festgelegt

Von diesen Befugnissen der Testamentsvollstrecker wurde vorliegend u. E. auch keine Ausnahme statuiert. Dies ist zwar letztlich Frage der Auslegung der letztwilligen Verfügung, die dem zuständigen Gericht vorbehalten bleibt. Allerdings dürfte u. E. insoweit wohl Folgendes gelten: Der in der letztwilligen Verfügung enthaltene Passus, wonach die Testamentsvollstrecker befugt sind, bei Kapitalerhöhungen mitzuwirken, sofern die Mittel aus dem Nachlass aufgebracht werden können, stellt sich als bloß deklaratorische Klarstellung der gesetzlichen Ausgangslage dar.

Angesichts dieser Klarstellung zur Mitwirkungsbefugnis der Testamentsvollstrecker an Kapitalerhöhungen dürfte es insofern auch nicht darauf ankommen, ob die ebenfalls im Testament enthaltene Bezugnahme auf den „Kernbereich“ lediglich deklaratorisch die gesetzlichen Bestimmungen wiederholt oder ob hieraus eine eigenständige, die Befugnisse des Testamentsvollstreckers einschränkende Regelung abgeleitet werden kann.

## 3. Exkurs: Handeln aufgrund Vollmacht

Im Sachverhalt wurde geschildert, dass den Testamentsvollstreckern dieselben Befugnisse auch im Wege einer transmortalen Vollmacht eingeräumt wurden.

Eine transmortale Vollmacht zeichnet sich dadurch aus, dass sie über den Tod des Vollmachtgebers hinaus fortgilt (Weidlich, ZEV 2016, 57). Seine Vertretungsmacht erstreckt sich nur auf den Nachlass, nicht aber auf das persönliche Vermögen des jeweiligen Erben (BGH NJW 1962, 1718, 1719; Weidlich, ZEV 2016, 57, 59). Die GmbH-Geschäftsanteile gehören bereits wegen der zwingenden Norm des § 15 Abs. 1 GmbHG zum Nachlass.

Es ist anerkannt, dass die **Befugnisse des Testamentsvollstreckers durch die Erteilung einer Vollmacht erweitert werden können**, sodass etwa auch – entgegen § 2205 S. 3 BGB – unentgeltliche Geschäfte abgeschlossen werden können (vgl. etwa Todtenhöfer, RNotZ 2017, 557, 567; R. Kössinger/Zintl, in: Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl. 2020, § 15 Rn. 100). Gemäß den vorstehenden Ausführungen kommt es auf diese neben der Testamentsvollstreckung bestehende Vollmacht (zum Nebeneinander vgl. BGH NJW 2022, 3436 Rn. 24; Grüneberg/Weidlich, BGB, 83. Aufl. 2024, Einf. vor § 2197 Rn. 12) allerdings gar nicht an. Dies wäre nur der Fall, wenn ein *gesetzliches* Hindernis für den Testamentsvollstrecker bestünde, was – wie aufgezeigt – hier nicht der Fall ist.

## 4. Exkurs: Gesetzliche Reichweite der Testamentsvollstreckung und Surrogation

Gem. § 2205 BGB erstreckt sich die Testamentsvollstreckung grundsätzlich allein auf den Nachlass. Der Testamentsvollstrecker ist nach § 2205 S. 2 BGB berechtigt, den Nachlass in Besitz zu nehmen und über Nachlassgegenstände zu verfügen. Für die Reichweite der Testamentsvollstreckung ist damit **entscheidend, ob auch die neu gebildeten GmbH-Geschäftsanteile Teil des Nachlasses** sind. Entscheidend kommt es damit auf die Vorschrift des **§ 2041 BGB** an, welche auch im Rahmen der Testamentsvollstreckung anzuwenden ist (vgl. nur R. Kössinger/Zintl, § 15 Rn. 44).

Bei einer sog. **Mittelsurrogation, bei der aus Mitteln des Nachlasses der Erwerb durchgeführt wird, ist stets ein ausreichender Zusammenhang gegeben**, sodass es auf die subjektive Komponente des Erben nicht mehr ankommen soll (OLG Hamm ZEV 2001, 275; in dieser Richtung auch schon BGH NJW 1968, 1824; ähnlich auch BGH ZEV 2012, 103, 104, der eine entgegenstehende Anweisung im Testament für unbeachtlich hält). Infolgedessen ist davon auszugehen, dass § 2041 S. 1 Var. 3 BGB jedenfalls alle Erwerbsvorgänge erfasst, bei denen der Gegenstand mit Mitteln aus der Erbschaft erworben wird, unabhängig davon, ob subjektiv für den Nachlass gehandelt werden soll. Darüber hinaus ist **anerkannt, dass unter § 2041 S. 1 Var. 3 BGB auch eine Kapitalerhöhung fallen kann**, soweit sie eine ausreichende Beziehung zum Nachlass aufweist (so schon OLG Hamm OLGZ 1975, 164, 166; ebenso BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, Std.: 1.9.2023, § 2041 Rn. 10.18; Burandt/Rojahn/Flechtner, ErbR, 4. Aufl. 2022, § 2041 Rn. 13).

Wir gehen daher davon aus, dass zumindest solche neu geschaffenen Geschäftsanteile ihrerseits wiederum der Testamentsvollstreckung unterliegen, die aus Mitteln geschaffen wurden, die der Testamentsvollstreckung unterliegen (§ 2041 S. 1 Var. 3 BGB). Auf den geschilderten Sachverhalt bezogen bedeutet dies, dass die neu geschaffenen Gesellschafterrechte an der A-GmbH wiederum der Testamentsvollstreckung unterfallen. Damit stellt sich die in der letztwilligen Verfügung enthaltene Aussage, dass der aus der Kapitalerhöhung entstandene Gesellschafts- oder Geschäftsanteil wiederum der Testamentsvollstreckung unterfällt, ebenfalls als bloß deklaratorische Wiedergabe der gesetzlichen Surrogationsgrundsätze dar.



## BGB §§ 2316, 2057a

### Ausgleichung von Pflegeleistungen; Auswirkung auf Pflichtteilsanspruch des übergangenen Geschwisters; Berechnung des Ausgleichungsanspruchs

#### I. Sachverhalt

Ein Erbauseinandersetzungsvertrag soll beurkundet werden. Die verstorbene Erblasserin E (verwitwet) hinterlässt drei Kinder K1, K2 und K3. Sie hat testamentarisch die Kinder K1 und K2 zu ihren Erben zu je 1/2 Anteil eingesetzt. K3 soll den Pflichtteil erhalten.

Im Rahmen der Auseinandersetzung soll K1 die zum Nachlass gehörende Immobilie gegen Auszahlung von K2 erhalten. Ferner wirkt an der Auseinandersetzung auch K3 mit, der von K1 seinen Pflichtteil ausbezahlt bekommen soll. K1 hat E zu Lebzeiten gepflegt und im Haushalt unterstützt. Sie war über sechs Jahre hinweg täglich von 10 bis 14 Uhr bei ihr, hat sie bekocht, das Haus gereinigt und den Einkauf organisiert. Eine Vereinbarung mit der E hierüber gab es nicht. K1 hatte aber von der Krankenkasse monatliches Pflegegeld i. H. v. 360 EUR erhalten.

Der Pflichtteil ist ansonsten zwischen K1 und K3 bezieht. Es soll aber die Frage geklärt werden, ob die Pflegeleistungen der K1 den Pflichtteil schmälern.

#### II. Fragen

1. Kann die Erbin K1 gem. §§ 2316, 2057a BGB oder aufgrund anderer Regelungen gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten K3 ihre erbrachten Pflegeleistungen in Abzug bringen, sodass sich dessen Pflichtteil reduziert?

2. Ist das Pflegegeld anzurechnen?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Auswirkung der Ausgleichungspflicht auf die Berechnung des Pflichtteils

Nach § 2316 Abs. 1 BGB bestimmt sich der Pflichtteil eines Abkömmlings, wenn mehrere Abkömmlinge vorhanden sind und unter ihnen im Falle der gesetzlichen Erbfolge eine Zuwendung des Erblassers oder Leistungen der in § 2057a BGB bezeichneten Art zur Ausgleichung zu bringen sein würden, nach demjenigen, was auf den gesetzlichen Erbteil unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflichten bei der Teilung entfallen würde. Demnach setzt § 2316 Abs. 1 BGB voraus, dass beim Tod des Erblassers mehrere Abkömmlinge vorhanden sind. Dies ist hier ohne Weiteres der Fall.

Darüber hinaus muss eine ausgleichungspflichtige Zuwendung vorliegen; es muss im (hypothetischen) Fall der gesetzlichen Erbfolge eine Leistung der in § 2057a BGB bezeichneten Art zur Ausgleichung zu bringen sein. Hat ein Abkömmling besondere Leistungen i. S. d. § 2057a BGB erbracht, so sind diese Leistungen folglich sowohl im Rahmen der Auseinandersetzung bei gesetzlicher Erbfolge auszugleichen, als auch im Rahmen der Pflichtteilsberechnung zu berücksichtigen (§ 2316 BGB).

Im Rahmen der Auseinandersetzung bei **gesetzlicher Erbfolge** wird die Ausgleichung so durchgeführt, dass von dem auf die Abkömmlinge entfallenden reinen Nachlassanteil zunächst der Wert abgezogen wird, der dem ausgleichungsberechtigten Abkömmling zufällt. Der um diese Summe verminderte fiktive Nachlass wird dann entsprechend den Erbquoten auf die Abkömmlinge verteilt. Dem ausgleichungsberechtigten Abkömmling wird zusätzlich der Ausgleichungsbetrag zugeschlagen (vgl. zur Berechnung Grüneberg/Weidlich, BGB, 83. Aufl. 2024, § 2057a Rn. 10).

Auch etwaige **Pflichtteile** der Abkömmlinge sind gem. § 2316 BGB unter Berücksichtigung etwaiger Ausgleichungsbeträge gem. § 2057a BGB zu berechnen. Dies bedeutet, dass sich die Pflichtteile etwaiger anderer Abkömmlinge entsprechend vermindern, da vom zu verteilenden Nachlass zunächst der Ausgleichungsbetrag nach § 2057a BGB abgezogen wird und erst aus dem verminderten Betrag die Pflichtteile wertmäßig berechnet werden.

Dazu folgendes Berechnungsbeispiel:

Der Nachlasswert beträgt 100.000 EUR. Der Abkömmling A ist Alleinerbe, die beiden weiteren Abkömmlinge B und C sind auf den Pflichtteil gesetzt. A hat Leistungen i. S. d. § 2057a BGB erbracht, die mit 40.000 EUR zu bewerten sind. Der Pflichtteilsanspruch von B und C berechnet sich dann nicht aus 100.000 EUR, sondern aus 60.000 EUR, da § 2057a BGB auch zugunsten des Alleinerben anwendbar ist (vgl. BGH DNotZ 1993, 533; OLG Nürnberg DNotZ 1992, 524). Der Pflichtteilsanspruch würde daher statt 16.666,67 EUR nur 10.000 EUR betragen.

##### 2. Voraussetzungen und Höhe des Ausgleichungsanspruchs

Ausgleichung kann nach § 2057a Abs. 1 S. 2 BGB ein Abkömmling verlangen, der den Erblasser **während längerer Zeit gepflegt** hat. Was ein längerer Zeitraum ist, muss nach den Umständen des Einzelfalls entschieden werden, insbesondere danach, wie aufwändig und

zeitintensiv die Pflege war (BeckOK-BGB/Lohmann, Std.: 1.11.2023, § 2057a Rn. 8). In Erbfällen vor dem 1.1.2010 (vgl. Art. 229 § 23 Abs. 4 EGBGB) musste der Abkömmling zudem ganz oder teilweise auf berufliches Einkommen verzichtet haben. Diese zusätzliche Voraussetzung ist mit Inkrafttreten der Erbrechtsreform 2010 entfallen. Der Begriff der „Pflege“ kann in Anlehnung an § 14 SGB XI bestimmt werden und umfasst die Hilfe bei allen gewöhnlichen, regelmäßig wiederkehrenden Verrichtungen im Ablauf des täglichen Lebens, bei dem ein Pflegebedürftiger Unterstützung braucht (vgl. OLG Naumburg ZEV 2022, 531 Rn. 23; BeckOK-BGB/Lohmann, a. a. O.). Die vorstehenden Voraussetzungen dürften ausweislich des geschilderten Sachverhalts vorliegend **erfüllt** sein.

**Negativ** setzt das Bestehen eines Ausgleichungsanspruchs nach § 2057a BGB voraus, dass für die Ausgleichung **nicht bereits ein „Ausgleich“ erfolgt** ist. Denn der Anspruch auf Ausgleich ist ausgeschlossen, wenn und soweit für die Leistungen ein **angemessenes Entgelt gewährt** worden ist (§ 2057a Abs. 2 S. 1 Fall 1 BGB). Gleiches gilt, wenn eine **angemessene Gegenleistung vereinbart** war (vgl. § 2057a Abs. 2 S. 1 Fall 2 BGB), die dann als Nachlassverbindlichkeit zu berücksichtigen wäre. Ausgeschlossen ist eine Ausgleichung schließlich dann, wenn eine Gegenleistung nicht erbracht und nicht vereinbart worden ist, aber ein **Ersatz- oder Erstattungsanspruch des Abkömmlings aus einem anderen Rechtsgrund** folgt (§ 2057a Abs. 2 S. 1 Fall 3 BGB), wie etwa aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus Bereicherungsrecht (BeckOK-BGB/Lohmann, § 2057a Rn. 9).

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt war zwischen der Erblasserin und K1 keine Vereinbarung über den Ausgleich der Pflegeleistung bzw. keine Vergütungsvereinbarung getroffen worden. K1 hatte aber nach dem mitgeteilten Sachverhalt von der Krankenkasse monatliches **Pflegegeld** i. H. v. 360 EUR erhalten. Betrachtet man, dass das Pflegegeld nicht dem Pflegenden, sondern **dem Pflegebedürftigen zusteht** (vgl. § 37 Abs. 1 S. 1 SGB XI), könnte in der Aushändigung bzw. Weiterleitung des Pflegegeldes an die Pflegeperson ein Ausgleich bzw. eine Gegenleistung für die Pflege zu sehen sein. Rechtsprechung liegt zu dieser Problematik, soweit ersichtlich, bislang nicht vor. Im Rahmen der Begründung des Regierungsentwurfs zum Zweiten Pflegestärkungsgesetz wurde allerdings ausgeführt, dass die **Weitergabe des Pflegegeldes (§ 37 Abs. 1 SGB XI) an den pflegenden Abkömmling kein „angemessenes Entgelt“** darstelle, weil es nur den Charakter einer Anerkennung für die innerfamiliäre Unterstützungs- und Hilfeleistung habe (BT-Drucks. 18/5926, S. 122; vgl. jurisPK-BGB/Schermann, 10. Aufl. 2023, § 2057a Rn. 73). Wir inter-

pretieren die Aussage in der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfs dahingehend, dass es sich bei der Aushändigung des Pflegegeldes wohl um eine Gegenleistung handeln könnte, die allerdings nicht als „angemessenes“ Entgelt i. S. v. § 2057a BGB angesehen werden muss.

Nach den vorstehenden Ausführungen dürfte daher **grundsätzlich ein weiterer Ausgleichsanspruch nach § 2057a BGB** in Betracht kommen, sofern das Pflegegeld nicht als übliche Vergütung für eine vergleichbare Leistung (vgl. §§ 612 Abs. 2, 632 Abs. 2 BGB; jurisPK-BGB/Schermann, § 2057a Rn. 73) angesehen werden muss (Tatfrage). In diesem Zusammenhang bleibt allerdings darauf hinzuweisen, dass die Bemessung des Ausgleichsbetrages nach § 2057a Abs. 3 BGB unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls im Wege einer **„Gesamtschau“** vorzunehmen ist (vgl. jurisPK-BGB/Schermann, § 2057a Rn. 81). Eine genaue Aufstellung und Berechnung aller Einzelposten wird daher nicht für notwendig erachtet; im Streitfall hat das **Gericht** gem. § 287 Abs. 2 ZPO nach freier Überzeugung über die Höhe des Ausgleichsbetrages zu entscheiden (jurisPK-BGB/Schermann, § 2057a Rn. 81).

Eine Aussage über das Bestehen und die Höhe eines etwaigen Ausgleichsanspruchs kann das DNotI daher **nicht treffen**. Die Beteiligten wären – wenn sie sich nicht einigen können – insoweit auf die **gerichtliche Klärung ihrer Ansprüche** zu verweisen.

### 3. Zusammenhang zwischen Erbeinsetzung und Ausgleich

Grundsätzlich kann auch der zum Alleinerben eingesetzte pflichtteilsberechtigte Abkömmling die Ausgleichung seiner Leistungen gegenüber den Pflichtteilsansprüchen anderer Abkömmlinge geltend machen (vgl. BGH NJW 1993, 1197; OLG Nürnberg NJW 1992, 2303).

Auch im vorliegenden Fall kann daher von Seiten des zum Miterben eingesetzten Abkömmlings K1 gegenüber dem Pflichtteilsanspruch von K3 ggf. mit Erfolg ein Ausgleichsanspruch geltend gemacht werden. Nach Auffassung der Kommentarliteratur muss sich der ausgleichungsberechtigte (Allein-)Erbe nicht zwingend entgegenhalten lassen, dass er bereits durch seine Erbeinsetzung zu Lasten der anderen Abkömmlinge honoriert worden sei (vgl. Staudinger/Löhnig, BGB, 2020, § 2057a Rn. 51). Gleichwohl hat der BGH unlängst entschieden, dass der **Anspruch eines Erben auf Ausgleichung für den Erblasser erbrachter Pflegeleistungen durch letztwillige Verfügung ausgeschlossen werden könne, und zwar auch konkludent** (vgl. BGH NJW-RR 2021, 660 ff. = ZEV 2021, 449 ff. m. Anm. Horn =

ErbR 2021, 781 ff. m. Anm. Keim). In dem vom BGH entschiedenen Fall hatte die Erblasserin die Einsetzung des Pflegenden als Alleinerben unter Ausschluss der anderen beiden Kinder ausdrücklich mit dessen Pflege- und anderen Leistungen für sie begründet. Diesem Umstand entnahm die Vorinstanz, dass damit die Leistungen mit der Erbschaft **abschließend kompensiert** werden sollten und ein darüber noch hinausgehender Ausgleichsanspruch **ausgeschlossen** sein sollte. Der BGH billigte dieses Auslegungsergebnis.

Im vorliegenden Fall ist nicht bekannt, ob dem Testament der Erblasserin entsprechende Ausführungen zu besonderen Leistungen von K1 entnommen werden können. Sofern dies der Fall wäre, käme nach der eben genannten, wenn auch umstrittenen Rechtsprechung des BGH auch ein **Ausschluss** der Ausgleichung von Pflegeleistungen in Betracht.

#### 4. Ergebnis

Im vorliegenden Fall könnte theoretisch wegen der erbrachten Pflegeleistungen ein Ausgleichsanspruch der Miterbin K1 bestehen, der sich pflichtteilsreduzierend auf Seiten des K3 auswirken könnte (§§ 2316 Abs. 1, 2057a BGB). Ob ein solcher Anspruch tatsächlich besteht, hängt aber von mehreren Faktoren ab, die einzelfallbezogen weiter aufzuklären sind.

## Literaturhinweis

**C. Münch (Hrsg.), Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl., Verlag C.H. Beck, München 2023, 1577 Seiten, 229.– €**

Seine Familie kann man sich nicht aussuchen – Literatur zur notariellen Praxis im Familienrecht schon. Darauf wies eine Rezensentin zur 3. Aufl. dieses Werkes (MittBayNot 2020, 327) zutreffend mit der Bemerkung hin, dass Werk sei auf dem Weg, sich zu einem Standardwerk der Kautelarpraxis zu etablieren. Ein solches stellt das Werk nach Auffassung des Rezensenten heute zweifellos dar. Wie auch im Vorwort der vierten Auflage zu lesen ist, hat sich das Werk mittlerweile in der familienrechtlichen Praxis etabliert. Dies verwundert angesichts des Kreises der Bearbeiter sowie der umfangreichen Darstellung des Rechtsgebietes nicht.

Bemerkenswert für ein solch umfangreiches Werk ist zunächst, dass seit der letzten Auflage lediglich drei Jahre vergangen sind – in einem eher beständigen Rechtsgebiet wie dem Familienrecht nicht besonders viel Zeit. Dass die neue Auflage bereits dieses Jahr erschienen ist, dürfte vielen angesichts der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts, die zum 1.1.2023 in

Kraft getreten ist, willkommen sein. Die hierdurch eingetretenen Änderungen wurden an den relevanten Stellen (insbesondere natürlich in § 17 – Vormundschaft, Pflegschaft und Betreuung – sowie etwa in den Abschnitten über den Ausschluss der Vertretungsmacht der Eltern und das Erfordernis familiengerichtlicher Genehmigung, § 13 Rn. 148 ff.) eingearbeitet. Daneben haben auch die zwischenzeitliche Abschaffung des Güterrechtsregisters, das Gesetz zur Änderung des Versorgungsausgleichsrechts vom 12.5.2021 sowie Änderungen des ErbStG eine Überarbeitung der dritten Auflage erforderlich gemacht. Die neue Auflage berücksichtigt auch die zwischenzeitlich ergangene Rechtsprechung im Bereich des Familienrechts, neben Entscheidungen zu Eheverträgen und zum Unterhalt insbesondere auch die Entscheidung des BVerfG zu § 17 VersAusglG (NZFam 2020, 564 = NJW 2020, 2173) sowie die Entscheidung des BFH zur Einordnung der sog. Bedarfsabfindung im Rahmen des § 7 ErbStG (DStR 2022, 148 = NJW 2022, 567).

Das Werk überzeugt durch seine umfassende und detaillierte systematische Darstellung der relevanten Aspekte des Familienrechts. Dabei ist besonders hervorzuheben, dass es sich nicht nur auf die familienrechtlichen Kernthemen beschränkt, sondern darüber hinaus auch insolvenzrechtliche Fragen (§ 19) und das internationale Privatrecht (§ 20) abdeckt. Daneben werden etwa auch erbrechtliche Besonderheiten bestimmter Familienkonstellationen (z. B. bei der sog. Patchwork-Familie, § 11) angesprochen; zusätzliche Ausführungen zu den Kosten familienrechtlicher Gestaltungen und den steuerlichen Auswirkungen runden das Werk ab. Das Werk darf daher durchaus für sich beanspruchen, das Familienrecht umfassend und gründlich darzustellen.

Für die notarielle Praxis sehr hilfreich sind die zahlreichen Formulierungsvorschläge zu wichtigen Vertragsklauseln, die im Rahmen der systematischen Darstellung an den jeweiligen Stellen eingefügt sind. An die Darstellung des Familienrechts in den §§ 1-21 schließt sich zudem eine umfangreiche Sammlung von Gesamtmustern in § 22 an.

Neben dem vermittelten Fachwissen überzeugt das Werk durch seine benutzerfreundliche Aufmachung. Die Kapitel sind sinnvoll gebildet und strukturiert, die Texte nicht zu lang und Schlüsselbegriffe werden hervorgehoben. Dadurch wird die Suche nach Antworten auf die Rechtsfragen des Lesers deutlich erleichtert, was gerade im Büroalltag ein nicht zu unterschätzender Vorteil eines Handbuchs ist. Wichtige Kernaussagen, Prüfungsschemata oder Gestaltungsmöglichkeiten werden zudem durch Hinweis-Kästchen besonders hervorgehoben. Schließlich können die im Werk enthaltenen

Formulierungsbeispiele und Gesamtmuster über einen Freischaltcode im Internet abgerufen werden, was das Arbeiten mit diesen ebenfalls erleichtert.

Das Werk ist auch in der vierten Auflage rundum gelungen und vereinigt Alltagstauglichkeit mit tiefgründigem Fachwissen. Angesichts der zahlreichen Änderungen und Aktualisierungen bietet die vierte Auflage gegenüber der dritten Auflage einen echten Mehrwert.

Das Werk kann daher jedem Praktiker, gleich ob im Familienrecht besonders bewandert oder nicht, uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

**Notar Alexander König LL. M. (NYU)**

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

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notar a. D. 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 §§ 33, 40 – Förderverein; Zweckänderung bei Erweiterung des Kreises der geförderten Einrichtungen; Abweichungen vom Einstimmigkeitserfordernis in der Satzung

BGB §§ 1629, 107, 1094 – Vertretung minderjähriger Kinder bei Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts für diese; familiengerichtliche Genehmigung

#### Rechtsprechung

BGB §§ 2256, 2300 – Rücknahme eines gemeinschaftlichen Testaments bzw. eines kombinierten Ehe- und Erbvertrags aus der amtlichen Verwahrung

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### BGB §§ 33, 40

#### Förderverein; Zweckänderung bei Erweiterung des Kreises der geförderten Einrichtungen; Abweichungen vom Einstimmigkeitserfordernis in der Satzung

##### I. Sachverhalt

Der satzungsmäßige Zweck eines eingetragenen Vereins mit Sitz in der Stadt X (der „Förderverein der Universität X“) ist die Unterstützung des Ausbaus der Universität X. In diesem Rahmen fördert der Verein Lehre, Forschung und Wissenschaft. Als Mittel zur Erreichung des Vereinszwecks sieht die Satzung insbesondere die Bereitstellung von Mitteln für Forschung, Lehre, Studierendenförderung und die Unterstützung von Veranstaltungen und Maßnahmen der Universität X vor. Die Satzung sieht in § 7 Abs. 3 vor, dass Beschlüsse der Mitgliederversammlung mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen getroffen werden. Für Satzungsänderungen

und für die Auflösung des Vereins ist eine Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen erforderlich. Die Satzung sieht zudem vor, dass das sämtliche Vereinsvermögen bei Auflösung des Vereins der Universität X zugutekommt.

Eine große Mehrheit, aber nicht sämtliche Mitglieder des Vereins, wollen künftig neben der Universität X in gleicher Weise die sich in derselben Stadt befindliche Hochschule X fördern und die Satzung dahingehend ergänzen. Die Zustimmung aller Mitglieder i. S. d. § 33 Abs. 1 S. 2 BGB wird, anders als die Mehrheit nach § 33 Abs. 1 S. 1 BGB (drei Viertel der abgegebenen Stimmen), nicht erreicht werden können.

##### II. Fragen

1. Welche Mehrheit ist für diese beabsichtigte Satzungsänderung erforderlich? Handelt es sich hierbei bereits um eine Zweckänderung oder kann die Änderung als bloße Ergänzung des bestehenden Zwecks o. Ä. aufgefasst werden?

2. Ergibt sich aus der Regelung in § 7 Abs. 3 der Satzung die Möglichkeit einer Änderung mit bloßer 2/3-Mehrheit, wenn die Änderung als Zweckänderung ausgelegt werden müsste?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Grundsätzliches zur Zweckänderung

Gemäß § 33 Abs. 1 BGB ist zu einem Beschluss, der eine **Änderung der Satzung** enthält, eine **Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen** erforderlich. Zur **Änderung des Zwecks** des Vereins ist die **Zustimmung aller Mitglieder** erforderlich (s. allg. zum Zweck im Verbandsrecht Burgard, ZGR 2013, 849, 851 ff.). Maßgeblich ist daher die Frage, ob die Ergänzung in der Satzung, neben der Universität X in gleicher Weise die sich in derselben Stadt befindliche Hochschule X zu fördern, bereits eine Zweckänderung nach § 33 Abs. 1 S. 2 BGB oder „nur“ eine Satzungsänderung nach § 33 Abs. 1 S. 1 BGB darstellt.

Der Zweck i. S. d. § 33 Abs. 1 S. 2 BGB wird vom OLG Düsseldorf in einer jüngeren Entscheidung unter Einbeziehung der bisherigen Rechtsprechung auch des BGH prägnant dargestellt als

*„der den **Charakter des Vereins festlegende oberste Leitsatz der Vereinstätigkeit**, also der satzungsmäßig (§ 57 Abs. 1 BGB) festgelegte Zweck, der für das Wesen der Rechtspersönlichkeit des Vereins maßgebend ist und der das Lebensgesetz des Vereins – seine große Linie – bildet, um derentwillen sich die Mitglieder zusammengeschlossen haben und mit dessen **Abänderung schlechterdings kein Mitglied bei seinem Beitritt zum Verein rechnen kann.**“*

(OLG Düsseldorf NZG 2020, 956 Rn. 17 – Herv. d. DNotI)

Demgemäß kann eine Zweckänderung nur dann angenommen werden, wenn sich durch die Satzungsänderung der **Charakter** eines Vereins dergestalt ändert, dass kein Mitglied bei seinem Beitritt damit rechnen konnte (BayObLG NJW-RR 2001, 1260, 1261; OLG Zweibrücken NZG 2013, 907, 909; OLG Hamm FGPrax 2012, 36, 37; OLG München FGPrax 2011, 310; Staudinger/Schwennicke, BGB, 2023, § 33 Rn. 36). Es entspricht ebenfalls der Rechtsprechung, dass ein weites Verständnis der indisponiblen Zweckbestimmung in aller Regel nicht dem Interesse des Vereins und seiner Mitglieder entspricht, da es möglich bleiben muss, ohne die prinzipielle Zielrichtung aufzugeben, einzelne Teile der Satzung des Vereins – ohne Rücksicht auf Außenseitermeinungen – sachgerecht den veränderten Verhältnissen anzupassen (BGH NJW 1986, 1033, 1034; BayObLG NJW-RR 2001, 1260, 1261; OLG Zweibrücken NZG 2013, 907, 908; vgl. auch BeckOK-BGB/Schöpfung, Std.: 1.11.2023, § 33 Rn. 7 m. N.). Daraus folgt: Mit der **Annahme einer Zweckänderung** ist **restriktiv** zu verfahren. Die Vorschrift des § 33 Abs. 1 S. 2 BGB ist daher nur anzuwenden, „wenn sich die grundsätzliche Zweckrichtung des Vereins ändert (...), mit anderen

Worten: wenn sich die Leitmaxime des Vereins ändert“ (so zutreffend BeckOK-BGB/Schöpfung, § 33 Rn. 7).

**Keine** Vereinszweckänderung sollen demnach **Zweckergänzungen, Zweckbeschränkungen** sowie die bloße **Anpassung der Ziele an den Wandel der Zeit** begründen, wenn die **grundsätzliche Zweckrichtung des Vereins aufrechterhalten** wird (OLG Düsseldorf NZG 2020, 793 Rn. 16; NZG 2020, 956 Rn. 17; OLG Hamm FGPrax 2012, 36, 37; BeckOK-BGB/Schöpfung, § 33 Rn. 7 mit umfassenden Nachweisen).

Maßgeblich für die Abgrenzung sollen Sicht und Interessenlage des einzelnen Mitglieds sein, da dieses zwar nicht vor jedweder Änderung in der Betätigung des Vereins, jedoch davor zu schützen sein soll, dass sich der „Charakter des Vereins“ ändert (vgl. etwa OLG München FGPrax 2011, 310; BeckOK-BGB/Schöpfung, § 33 Rn. 7). Es geht also maßgeblich um den **Minderheitenschutz** (vgl. nur Staudinger/Schwennicke, § 33 Rn. 37; kritisch Burgard, ZGR 2023, 849, 855, 866, der den Aspekt des Minderheitenschutzes alleine nicht für ausreichend hält und darauf abstellt, ob die Änderung einer Neugründung gleichkommt und/oder „tief in die Mitgliedschaft eingreif[t]“). Daher ist eine **Abwägung** der Interessen der Mehrheit sowie des einzelnen Mitglieds vorzunehmen, bei der erstere überwiegen, wenn der Verein seine **bisherige Leitidee im Wesentlichen beibehält** (Staudinger/Schwennicke, § 33 Rn. 37; MünchKommBGB/Leuschner, 9. Aufl. 2021, § 33 Rn. 12).

#### 2. Vorliegender Sachverhalt

Die Lektüre der unter Ziff. 1 dargestellten abstrakten Leitlinien lässt bereits erahnen, dass es sich um eine **Einzelfallfrage** und vor allem um eine **Wertentscheidung** handelt, die verschiedene zur Rechtsfindung berufene Richter unterschiedlich beurteilen könnten. Die Abgrenzung zwischen bloßer Satzungsänderung und Änderung des Zweckes des Vereins ist im Einzelfall schwierig. Notz formuliert plakativ:

*„Auch bei einer im Zweifel eng verstandenen Leitlinie (...) lässt sich für die Praxis nicht unbedingt belastbar absehen, ob die angestrebte Änderung den Zweck des Vereins iSd § 33 Abs. 1 S. 2 BGB betrifft. Die Möglichkeit des Hineinlesens eines allgemeineren Gedankens in die statutarische Formulierung des Vereinszwecks bei dessen Auslegung (...) sowie das Vorverständnis des Rechtsanwenders, wo er den Rand des inhaltlichen Kerns des Vereins sieht und welches die im Einzelfall zweckprägenden Elemente sind (...), insbesondere was zum Zweck selbst gehört und nicht lediglich die Art und Weise oder Mittel der Verfolgung dieses Zwecks beschreibt (...), enthalten stets Unschärfen und Spielraum.“*

(BeckOGK-BGB/Notz, Std.: 15.9.2018, § 33 Rn. 90; Herv. d. DNotI)

Wir können uns dieser Aussage nur anschließen. Zu der Frage der Zweckänderung findet sich in den Kommentaren eine sehr umfassende Kasuistik (vgl. BeckOGK-BGB/Notz, § 33 Rn. 90.1-90.40; BeckOK-BGB/Schöpflin, § 33 Rn. 7-10; MünchKommBGB/Leuschner, § 33 Rn. 13-15; Staudinger/Schwennicke, § 33 Rn. 47 f.).

**Nach unserem Dafürhalten** liegt unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe beim hier zu begutachtenden Sachverhalt **keine Zweckänderung** vor. Das Erfordernis der Änderung des Charakters eines Vereins (vgl. oben Ziff. 1) kann nicht angenommen werden, wenn lediglich neben der Universität auch die Hochschule gefördert werden soll. Der Verein fördert weiterhin in **derselben, eng umgrenzten Region** im Bereich der (Erwachsenen-)Bildung. Auch die Hochschule ist im Bereich der Erwachsenenbildung tätig, sodass sich an der **Zielgruppe der Förderung** nichts ändert. Eine Erweiterung auf eine (weitere) Hochschule – deren Existenz neben der Universität in derselben Stadt bei Vereinsgründung möglicherweise gar nicht absehbar war und damit (abhängig von den insofern nicht geschilderten Tatumständen) auch lediglich als Anpassung an die modernen Umstände der Strukturierung von Hochschulen angesehen werden könnte – am selben Ort wird man daher nicht als grundlegende Abänderung ansehen können, mit welcher schlechterdings kein Mitglied bei seinem Beitritt zum Verein rechnen konnte. Dies gilt umso mehr, als mit der Annahme einer Zweckänderung restriktiv zu verfahren ist. Es dürfte daher die Fallgruppe vorliegen, wonach der **ursprüngliche und der ergänzte Zweck in einem engen sachlichen Zusammenhang** stehen und hierdurch der **Zuschnitt des Vereins nicht grundlegend geändert** wird (vgl. dazu Staudinger/Schwennicke, § 33 Rn. 44 m. N.). Allerdings wird man auch die personelle Zusammensetzung der Mitglieder des Vereins zu berücksichtigen haben. Eine grundlegende Änderung des Zuschnitts wird man umso eher annehmen müssen, je enger die Mitglieder mit der Universität X innerlich verbunden sind (Bsp.: Alumni-Verein). Nachdem dies hier nicht geschildert wird, tendieren wir zu der Auffassung, dass keine Zweckänderung vorliegt.

Angesichts der unbestimmten Kriterien und des Wertungselements bei der Abwägung ist allerdings **auch ein anderes Ergebnis vertretbar**; insbesondere wenn man betonen wollte, dass es sich bei der Hochschule X um eine völlig andere Einrichtung handele und der Zweck des Vereins nur auf die Förderung der Universität X – und damit nur einer einzigen Einrichtung – gerichtet sei. Faustformelartig lässt sich eventuell formulieren: Je

mehr die Universität X als (ggf. auch historisch gewachsene) Institution im Vordergrund steht, desto mehr wird man wohl in Richtung einer Zweckänderung argumentieren können. Je mehr hingegen die objektive Fördertätigkeit im Vordergrund steht, desto eher wird eine bloße Satzungsänderung vorliegen.

### 3. Hilfsweise: unterstellte Zweckänderung

Unterstellt man dem **Gebot des sichersten Weges** folgend eine Zweckänderung, so ist zwar zu konstatieren, dass es sich bei § 33 Abs. 1 S. 2 BGB um dispositives Recht handelt und die Satzung gem. § 40 S. 1 BGB andere Mehrheitserfordernisse bestimmen kann (vgl. BGH NJW 1986, 1033, 1034; Staudinger/Schwennicke, § 33 Rn. 52).

Allerdings entspricht es allgemeiner Ansicht, dass **von § 33 Abs. 1 S. 2 BGB abweichende Regelungen** nur dann anzunehmen sind, wenn sich dies aus Wortlaut oder Sinn der Satzung **eindeutig ergibt** (BGH NJW 1986, 1033, 1034; OLG Nürnberg, Beschl. v. 17.11.2015, BeckRS 2015, 19357 Rn. 19; OLG Hamm OLGZ 1980, 326, 329; Staudinger/Schwennicke, § 33 Rn. 50; BeckOK-BGB/Schöpflin, § 33 Rn. 12; BeckOGK-BGB/Notz, § 33 Rn. 107). Ein **allgemeines Mehrheitserfordernis für Satzungsänderungen** reicht daher mangels ausdrücklicher Anordnung der Geltung auch für Zweckänderungen gerade **nicht** aus (vgl. nur BGH NJW 1986, 1033, 1034; Staudinger/Schwennicke, § 33 Rn. 52 m. N.).

In § 7 Abs. 3 der Satzung wird jedoch nur „für Satzungsänderungen und für die Auflösung des Vereins“ eine Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen als ausreichend bzw. erforderlich angesehen. Dies enthält keine eindeutige Geltung für Zweckänderungen i. S. v. § 33 Abs. 1 S. 2 BGB, sodass auch die Satzung nicht über das Einstimmigkeitserfordernis hinweghelfen kann.

### 4. Abschließende Zusammenfassung

Nach unserem Dafürhalten liegt in der Änderung der Vereinssatzung dergestalt, dass künftig neben der Universität X in gleicher Weise die sich in derselben Stadt befindliche Hochschule gefördert werden soll, keine Zweckänderung. Demgemäß würde die Mehrheit von 2/3 der abgegebenen Stimmen für die avisierte Satzungsänderung ausreichen (§ 33 Abs. 1 S. 1 BGB).

Indes ist die Frage, wann eine Zweckänderung vorliegt, einzelfall- und wertungsabhängig zu entscheiden. Die entsprechende Abwägungsentscheidung könnte seitens eines zur Entscheidung berufenen Gerichts auch anders getroffen bzw. gewichtet werden. Es zeigt sich die Rechtsunsicherheit, die mit derart schwammigen Abwägungsmaßstäben einhergeht.

Unterstellt man – dem Gebot des sichersten Weges folgend – das Vorliegen einer Zweckänderung, so würde § 7 Abs. 3 der Satzung nicht ausreichen, um vom Einstimmigkeitserfordernis abrücken zu können, da die Zweckänderung nicht eindeutig benannt wird.

---

## BGB §§ 1629, 107, 1094

### Vertretung minderjähriger Kinder bei Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts für die- se; familiengerichtliche Genehmigung

---

#### I. Sachverhalt

Im Rahmen einer Scheidungsvereinbarung soll – trotz anderslautender Empfehlung des Notars – den minderjährigen gemeinsamen Kindern unbedingt ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht am Grundbesitz eingeräumt werden, den ein Ehepartner zum Alleineigentum übernimmt.

#### II. Fragen

1. Ist die Einräumung eines subjektiv-persönlichen Vorkaufsrechts an einen Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft?
2. Können die Eltern das Kind insoweit vertreten?
3. Besteht ein familiengerichtliches Genehmigungserfordernis?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Vorüberlegung: Notwendigkeit der Mitwirkung der minderjährigen Kinder bei Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts

Für den Erwerb des dinglichen, subjektiv-persönlichen Vorkaufsrechts gem. §§ 1094 ff., 1103 Abs. 2 BGB bedarf es nach dem auch hier anwendbaren § 873 Abs. 1 BGB (s. dazu Grüneberg/Herrler, BGB, 83. Aufl. 2024, § 1094 Rn. 5; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1398) der Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung (Einigung) auch namens der erwerbenden minderjährigen Kinder. Zwar könnte man hier zunächst an einen Vertrag zugunsten Dritter gem. §§ 328 ff. BGB denken, der einen Rechtserwerb ohne Mitwirkung des begünstigten Dritten vermitteln würde. Der Dritte kann lediglich das ohne sein Zutun erworbene Recht gem. § 333 BGB wieder zurückweisen. Jedoch ist als Grenze der Einsatzmöglichkeit eines Vertrages zugunsten Dritter aus Sicht der praxisbestimmenden Rechtsprechung zu bemerken, dass die genannten Vorschriften ausschließlich für schuldrechtliche Verpflichtungsverträge gelten. **Auf dingliche Verträge und sachenrechtliche Verfügungen sind die §§ 328 ff. BGB**

**hiernach weder unmittelbar noch analog anwendbar** (s. etwa BGH NJW 1993, 2617; NJW-RR 1986, 848, 849; BGHZ 41, 95; RGZ 106, 1, 3). Denn das Sachenrecht wird nicht von der Vertragsfreiheit, sondern vom Typenzwang beherrscht. In den entsprechenden Normen – wie etwa hier § 873 Abs. 1 BGB – wird damit die Beteiligung des Erwerbers am Erwerbsvorgang zur gesetzlich zwingenden Bedingung gemacht (s. hierzu Grüneberg/Grüneberg, Einf. v. § 328 Rn. 8 ff.; BeckOGK-BGB/Mäsch, Std.: 1.10.2023, § 328 Rn. 69 ff.). Dementsprechend ist beispielsweise auch die Bestellung einer Reallast durch Vertrag zugunsten Dritter nicht möglich (s. BGH NJW 1993, 2617 zu § 19 BNotO in diesem Zusammenhang). Entsprechendes hat für den hier interessierenden Erwerb eines dinglichen Vorkaufsrechts durch die minderjährigen Kinder zu gelten.

Da es hiernach auch der **Abgabe einer Willenserklärung namens der vertretenen Kinder** bedarf, sind in der Tat Vertretungs- und Genehmigungsfragen aufgeworfen.

##### 2. Vertretung der minderjährigen Kinder

a) Grundsätzlich werden die minderjährigen Kinder durch ihre im gesetzlichen Regelfall gemeinsam vertretungsberechtigten Eltern im Rahmen der elterlichen Sorge gem. §§ 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1 S. 1, S. 2 1. Hs. BGB vertreten (Gesamtvertretung).

b) Jedoch müsste für die minderjährigen Kinder ein **Ergänzungspfleger** nach § 1809 Abs. 1 S. 1 BGB bestellt werden, wenn die Eltern von der Vertretung ausgeschlossen wären. Dies ist nach § 1629 Abs. 2 S. 1 BGB i. V. m. § 1824 Abs. 1 Nr. 1 BGB bzw. §§ 1824 Abs. 2, 181 BGB der Fall, wenn der Elternteil, der das Kind (alleine oder gemeinsam mit dem anderen Elternteil) vertritt, auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts tätig wird oder auf der anderen Seite der Ehegatte oder ein Verwandter in gerader Linie des Elternteils steht. Ist eine solche Konstellation gegeben – wie grundsätzlich auch im unterbreiteten Sachverhalt, da die Eltern sowohl auf der Seite des Bestellenden als auch in Vertretung für die erwerbenden minderjährigen Kinder auftreten wollen –, so greift das Vertretungsverbot ein, sofern das Rechtsgeschäft nicht für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist (teleologische Reduktion der Vertretungsverbote; vgl. Grüneberg/Götz, § 1824 Rn. 3, 8).

c) Für die Frage, ob ein Rechtserwerb lediglich rechtlich vorteilhaft ist, ist grundsätzlich zwischen der schuldrechtlichen und der dinglichen Ebene zu unterscheiden, nachdem der BGH die vormalige Gesamtbetrachtungslehre für die Feststellung der rechtlichen Vorteilhaft-



tigkeit bei unentgeltlichen Zuwendungen aufgegeben hat (BGHZ 187, 119 = NJW 2010, 3643 Rn. 6; auch bereits BGH DNotZ 2005, 549, 551; OLG Brandenburg NZFam 2014, 717). Jedoch kann auf dinglicher Ebene die Ausnahme der ausschließlichen Erfüllung einer Verbindlichkeit (§ 181 letzter Hs. BGB) im Falle einer Schenkung zur Vermeidung einer Umgehung des Minderjährigenschutzes dann nicht in Anspruch genommen werden, wenn nicht zugleich das dingliche Erfüllungsgeschäft lediglich rechtlich vorteilhaft ist (vgl. BGHZ 187, 119 = NJW 2010, 3643 Rn. 16; MünchKommBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 181 Rn. 105 f.).

Der **schuldrechtliche Vertrag (Kausalgeschäft)** über die unentgeltliche Bestellung des Vorkaufsrechts (Schenkungen i. S. v. §§ 516 ff. BGB) für die minderjährigen Kinder begründet als solcher für diese grundsätzlich lediglich einen rechtlichen Vorteil (BGHZ 15, 168; Grüneberg/Ellenberger, § 107 Rn. 6; BeckOGK-BGB/Duden, Std.: 1.11.2023, § 107 Rn. 58; Staudinger/Klumpp, BGB, 2021, § 107 Rn. 41).

Aber auch auf **dinglicher Ebene** gilt, dass ein Rechtserwerb – wie beispielsweise durch Übereignung oder Abtretung – grundsätzlich lediglich rechtlich vorteilhaft ist (BGH NJW 2015, 2497, 2499; BeckOGK-BGB/Duden, § 107 Rn. 70 m. w. N.). In gleicher Weise ist dementsprechend auch der Erwerb beschränkt dinglicher Rechte – um den es vorliegend geht – lediglich rechtlich vorteilhaft, sofern nicht mit dem erworbenen Recht auch Pflichten einhergehen, die über eine Beschränkung dieses erworbenen Rechts hinausgehen (vgl. Grüneberg/Ellenberger, § 107 Rn. 4; BeckOGK-BGB/Duden, § 107 Rn. 72). Anwendungsfälle der letztgenannten Einschränkung sind etwa wegen § 9 ErbbauRG, § 1108 BGB der Erwerb eines Erbbaurechts, wenn ein Erbbauzins vereinbart wurde (BGH NJW 1979, 102, 103) oder der Erwerb eines Nießbrauchs durch den Minderjährigen wegen der mit diesem Rechtserwerb einhergehenden Pflichten aus §§ 1036, 1041, 1045, 1047 BGB (BFH NJW-RR 1990, 1035, 1036; offengelassen von BGH WM 1971, 500, 502; s. BeckOGK-BGB/Duden, § 107 Rn. 72).

Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass mit dem reinen Erwerb des dinglichen Vorkaufsrechts bereits irgendwelche rechtlichen Verpflichtungen einhergehen würden, die dem Rechtserwerb insgesamt den Charakter als lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft nehmen würden. Relevante – offensichtlich auch rechtlich nachteilhafte – rechtliche Verpflichtungen begründet erst die Erklärung, das Vorkaufsrecht auszuüben (§§ 1098 Abs. 1 S. 1, 464 Abs. 1, 2 BGB), die zum Zustandekommen des

Kaufvertrages zwischen dem Verpflichteten und dem Vorkaufsberechtigten führt. Diese Ausübungserklärung ist aber ein gesonderter Akt, der im Rahmen der hier zu betrachtenden Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts als solchen noch nicht zu beurteilen ist.

d) **Im Ergebnis** ist daher u. E. sowohl das schuldrechtliche Kausalgeschäft über die Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts als auch der dingliche Erwerb des Vorkaufsrechts selbst durch die minderjährigen Kinder für diese **lediglich rechtlich vorteilhaft**. Wegen der angesprochenen teleologischen Reduktion der Vertretungsverbote – auch des § 181 BGB – **können hiernach die Eltern ihre minderjährigen Kinder beim Erwerb dieses dinglichen Vorkaufsrechts (und beim Abschluss des zugrunde liegenden schuldrechtlichen Kausalgeschäfts) gem. §§ 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1 S. 1, 2 BGB wirksam vertreten**. Der Bestellung eines Ergänzungspflegers bedarf es nicht.

Der Vollständigkeit halber sei klargestellt, dass es bei bloß beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen (vgl. § 106 BGB) einer Vertretung des Kindes durch die Eltern nicht zwingend bedarf. Der beschränkt geschäftsfähige Minderjährige könnte die notwendigen (Willens-)Erklärungen auch eigenständig im eigenen Namen abgeben, ohne dass bei der vorliegend anzunehmenden lediglich rechtlichen Vorteilhaftigkeit eine Einwilligung der Eltern erforderlich wäre (vgl. § 107 BGB).

### 3. Familiengerichtliche Genehmigungsbefähigung?

Für grundstücksbezogene Rechtsgeschäfte ist, wenn die minderjährigen Kinder wie regelmäßig von ihren Eltern gem. §§ 1626 Abs. 1, 1629 Abs. 1 S. 1, 2 BGB vertreten werden, über die Verweisungsnorm des § 1643 Abs. 1 BGB der Genehmigungskatalog des § 1850 BGB entsprechend anwendbar. Die Ausnahmenvorschrift des § 1643 Abs. 2 BGB ist hier nicht einschlägig. Nach der Grundnorm der **§§ 1643 Abs. 1, 1850 Nr. 1 BGB** bedürfen Eltern hiernach insbesondere der Genehmigung des Familiengerichts zur Verfügung über ein Recht an einem Grundstück. Verfügungen sind nach allgemein bürgerlich-rechtlichem Begriffsverständnis Rechtsgeschäfte, die unmittelbar darauf gerichtet sind, auf ein bestehendes Recht einzuwirken, es zu verändern, zu übertragen, zu belasten oder aufzuheben (s. nur Grüneberg/Ellenberger, Überbl. v. § 104 Rn. 16). Nicht zu den Verfügungen i. S. v. § 1850 Nr. 1 BGB ist dagegen der Erwerb von Grundstücken und Grundstücksrechten zu zählen (s. aber den hier nicht relevanten Genehmigungsvorbehalt nach § 1850 Nr. 4 BGB), da der Verfügungsbegriff des BGB an der Verfügungsmacht des Einzelnen orientiert ist. Verfügender ist folglich nur

derjenige, der unmittelbar infolge der vertraglichen Vereinbarungen selbst eine Einbuße an Rechten erleidet, nicht aber derjenige, der eine Begünstigung erhält (MünchKommBGB/Kroll-Ludwigs, 9. Aufl. 2024, § 1850 Rn. 23). Dementsprechend verfügen auch bei dem hier gegebenen Erwerb des dinglichen Vorkaufsrechts lediglich die Eltern, dagegen nicht die vertretenen minderjährigen Kinder, die lediglich seitens ihrer Eltern eine Begünstigung erhalten.

Dieselben Überlegungen gelten auch für **§ 1850 Nr. 2 BGB** (Verfügung über eine Forderung, die auf Begründung eines Rechts an einem Grundstück gerichtet ist). Auch insoweit ist der Erwerb der Forderung auf Bestellung des Vorkaufsrechts aufgrund des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts aufseiten der erwerbenden Kinder keine Verfügung über diese Forderung.

Weitere zum vorliegenden Problemkreis relevante Genehmigungstatbestände sind nicht ersichtlich. Im Ergebnis ist daher die geplante Gestaltung u. E. **nicht familiengerichtlich genehmigungsbedürftig**.

Auch an dieser Stelle sei abschließend der Vollständigkeit halber Folgendes erwähnt: Die Genehmigungstatbestände greifen unmittelbar bei einem *Vertreterhandeln* der Eltern im Namen des Kindes (Staudinger/Heilmann, BGB, 2020, § 1643 Rn. 1). In gleichem Maße sind die Genehmigungstatbestände jedoch auch für die *Einwilligung* der Eltern zu einem durch den beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen im eigenen Namen geschlossenen Rechtsgeschäft zu beachten (BeckOGK-BGB/Eitzinger, Std.: 1.10.2023, § 1643 Rn. 12 m. w. N.; Staudinger/Heilmann, § 1643 Rn. 11.2). Handelt hingegen ein beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger im eigenen Namen, ohne dass es wegen der lediglich rechtlichen Vorteilhaftigkeit dieses Rechtsgeschäfts der Einwilligung der Eltern hierzu bedarf, so bleibt bei diesem (rechtlich wirksamen) Eigenhandeln des Minderjährigen für eine Anwendbarkeit der Genehmigungstatbestände der §§ 1643 i. V. m. 1850 ff. BGB kein Raum.

#### 4. Gesamtergebnis

Die Einräumung des subjektiv-persönlichen Vorkaufsrechts an einen Minderjährigen ist – ebenso wie auch das zugrunde liegende Kausalgeschäft, wenn der Erwerb (wie vorliegend) unentgeltlich geschehen soll – lediglich rechtlich vorteilhaft. Aufgrund der angesprochenen teleologischen Reduktion der Vertretungsverbote, insbesondere auch des § 181 BGB, können daher die Eltern ihre Kinder wirksam vertreten. Der Bestellung eines Ergänzungspflegers bedarf es nicht. Ebenso wenig ist eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich.

## Rechtsprechung

### BGB §§ 2256, 2300

#### Rücknahme eines gemeinschaftlichen Testaments bzw. eines kombinierten Ehe- und Erbvertrags aus der amtlichen Verwahrung

**1. Das der Rückgabe der letztwilligen Verfügung aus der amtlichen Verwahrung vorangehende Herausgabeverlangen kann durch einen Bevollmächtigten gestellt werden.**

**2. Ein kombinierter Ehe- und Erbvertrag kann auch dann nicht aus der amtlichen Verwahrung zurückgenommen werden, wenn dieser aufgehoben wurde.**

OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 19.9.2023 – 21 W 63/23

### Problem

Ehegatten begehren die Rückgabe von zwei Urkunden, die letztwillige Verfügungen enthalten, aus der amtlichen Verwahrung. In der notariellen Urkunde vom 22.6.2011 (Urkunde 1) wurde unter Ziffer I ein Ehevertrag aus 1988 abgeändert. Unter Ziffer II errichteten die Ehegatten einen Erbvertrag. Die notarielle Urkunde wurde anschließend in amtliche Verwahrung gegeben.

Mit notarieller Urkunde vom 4.6.2018 (Urkunde 2) errichteten die Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament. Darin erklärten sie u. a. den Widerruf von Ziffer II (Erbvertrag) der Urkunde 1, wobei es im Übrigen bei der Änderung des Ehevertrages gem. Ziffer I der Urkunde 1 verbleiben sollte. Auch dieses Testament wurde in amtliche Verwahrung gegeben.

Nachdem die Ehegatten seit Juli 2018 erfolglos die Rückgabe der beiden notariellen Urkunden aus der amtlichen Verwahrung verlangt hatten, hoben sie mit notarieller Urkunde vom 20.12.2022 die notariellen Urkunden aus 2011 und 2018 (Urkunden 1 und 2) rückwirkend ab Vertragsschluss auf. Sodann beantragten sie mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten die Rückgabe der notariellen Urkunde vom 22.6.2011 (Urkunde 1) sowie der Verfügung von Todes wegen vom 4.5.2018 (Urkunde 2). Sie trugen in diesem Zusammenhang u. a. vor, dass die Regelung des § 2300 Abs. 2 S. 1 BGB der Rückgabe nicht entgegenstehe, da die Verträge rückwirkend ab Vertragsschluss aufgehoben worden seien. Die Anträge auf Rückgabe wurden gleichwohl durch das Nachlassgericht mit Beschluss vom 22.3.2023 zurückgewiesen.

### Entscheidung

Die von den Ehegatten gegen den zurückweisenden

Beschluss eingelegte Beschwerde ist nach der Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. teilweise erfolgreich. **Erfolg** hat das Rechtsmittel hinsichtlich der **Herausgabe der notariellen Urkunde vom 4.6.2018** (Urkunde 2). Hierbei handelt es sich nach rechtlicher Würdigung des OLG Frankfurt a. M. um ein gemeinschaftliches (Widerrufs-)Testament der Ehegatten und nicht um einen kombinierten Erb- und Ehevertrag, da kein Ehevertrag geschlossen, sondern lediglich informativ klargelegt worden sei, dass mit dem Widerruf keine Änderung des Ehevertrages gem. Ziffer I verbunden sein sollte. Hierin sei keine echte Verweisung (vgl. hierzu Staudinger/Raff, BGB, 2022, § 2300 Rn. 10) zu sehen, sondern lediglich eine rein informatorische Bezugnahme.

Das Herausgabeverlangen konnte aus Sicht des OLG Frankfurt a. M. auch wirksam durch die **Verfahrensbefugnisse** der Ehegatten gestellt werden. Insoweit geht das OLG im Anschluss an die h. M. zwar davon aus, dass die **Rückgabe** an einen Vertretungsbefugtigten **ausgeschlossen** sei (vgl. nur Grüneberg/Weidlich, BGB, 83. Aufl. 2024, § 2256 Rn. 4). Aus Sicht des OLG lasse sich hieraus jedoch nicht rückschließen, dass bereits das **Rückgabeverlangen** ein höchstpersönliches Recht darstelle (so die wohl h. M.; vgl. nur Grüneberg/Weidlich, a. a. O.; Burandt/Rojahn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2300 Rn. 4, jeweils für den Erbvertrag). Das Herausgabeverlangen könne daher durch einen Befugtigten gestellt werden.

**Nicht erfolgreich** ist die Beschwerde jedoch hinsichtlich der verlangten Herausgabe der Urkunde vom 22.6.2011 (Urkunde 1). Hierbei handelt es sich um einen kombinierten Ehe- und Erbvertrag, der **nicht nur Verfügungen von Todes wegen enthält**, sodass die Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung nach der gesetzlichen Regelung des § 2300 Abs. 2 BGB ausgeschlossen ist. Aus Sicht des OLG Frankfurt a. M. kommt es insoweit **nicht auf die Wirksamkeit** des in amtliche Verwahrung gegebenen Erbvertrages an. Bei der Rückgabe handle es sich vielmehr um ein formelles Verfahren, in dem die Wirksamkeit nicht zu prüfen sei. Auch eine Analogie zu § 2256 BGB oder eine den Anwendungsbereich erweiternde teleologische Auslegung des § 2300 Abs. 2 BGB lehnt das OLG Frankfurt a. M. mangels Regelungslücke ab. Aus Sicht des OLG Frankfurt a. M. ist der Eingriff in das durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung gerechtfertigt, da die Einschränkung der Rückgabemöglichkeit bei kombinierten Erbverträgen dem Schutz der die – hier ehevertraglichen – Regelungen enthaltenden Originalurkunde vor Verlust und damit der Rechtssicherheit diene. Das OLG Frankfurt a. M. verweist

ferner auf die Freiwilligkeit der Wahl des Gestaltungsmittels und die zunehmende Ungleichbehandlung von kombinierten Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten.

## Literaturhinweise

**A. Bernert/J. Bühler**, Endlich Rechtssicherheit bei grundstücksübergreifenden Tiefgaragen!, DNotZ 2023, 885

**S. Gottwald**, Das deutsche Immobilienrecht im Vergleich zum anglo-amerikanischen Rechtssystem, MittBayNot 2024, 1

**A. Hitzel**, Die Verwendung elektronisch errichteter Urkunden als Urschrift im Handelsregisterverfahren, MittBayNot 2024, 6

**A. Klaus/J. Manthey**, Inkongruente Gewinnausschüttung aus Kapitalgesellschaften im Zivil- und Steuerrecht – Teil 2, MittBayNot 2024, 10

**H.-F. Krauß**, Stiftungsrecht – Teil 1, ZNotP 2023, 413

**J. Lübke**, Die Vererbung von Personengesellschaftsanteilen nach dem MoPeG – Gesetzlicher Rahmen und Gestaltungsaufgaben, DNotZ 2023, 896

**T. Regenfus**, Die ungewollte Empfangsvertretung bei zur Vorsorge erteilten Generalvollmachten, NJW 2023, 3609

**D. Schäuble**, Das Fremdrechtszeugnis nach § 1507 BGB – zugleich eine Besprechung von KG, Beschluss vom 03.08.2023 – 19 W 25/23, BWNotZ 2023, 182

**R. Udvari**, Der unbekannte Erbe des GmbH-Gesellschafters, ZEV 2023, 800

**J. Volpert**, Aktuelle Entwicklungen und Rechtsprechung im Notarkostenrecht (Teil 1), RNotZ 2023, 557

**E. Wälzholz**, Praxisupdate Erbschaft- und Schenkungssteuerrecht, MittBayNot 2024, 16

## Veranstaltungen

**Das MoPeG in der notariellen Praxis** (Freier/Heckschen/Nolting/Salomon), 1.3.2024 Würzburg – Hybrid-Veranstaltung

**Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats** (Tondorf), 11.-15.3.2024 Berlin – Hybrid-Veranstaltung

**Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2023/2024** (Herrler/Hertel/Kessler/Retzlaff), 15.3.2024 Erfurt

**Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ab 01. Januar 2024 in der Notarstelle** (Tondorf), 18.3.2024 Berlin – Hybrid-Veranstaltung

Weitere Termine für **März 2024**, Anmeldung und aktuelle Informationen unter [www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de)

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

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

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

**Redaktion:** Notarassessor Fabian Schwarz

**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 §§ 2346 Abs. 2, 2351 – Entfall eines Pflichtteilsverzichts bei Ausübung eines Rückforderungsrechts; Aufhebung eines Pflichtteilsverzichts nach dem Tod des Verzichtenden

BGB §§ 1097, 463; GBO § 22 – Dingliches Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall; Erlöschen des Vorkaufsrechts durch Veräußerung des belasteten Grundstücks; Nachweis des Erlöschens gegenüber dem Grundbuchamt

#### Rechtsprechung

BGB §§ 107, 1629 Abs. 2, 1824 Abs. 1 – Grundstücksüberlassung an Minderjährige zu Miteigentum; rechtliche Vorteilhaftigkeit

#### Literaturhinweise

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### BGB §§ 2346 Abs. 2, 2351

#### Entfall eines Pflichtteilsverzichts bei Ausübung eines Rückforderungsrechts; Aufhebung eines Pflichtteilsverzichts nach dem Tod des Verzichtenden

##### I. Sachverhalt

Eltern haben ihre Immobilie auf ihren Sohn übertragen. In der Überlassungsurkunde wurde ein Rückforderungsrecht u. a. für den Fall des Vorversterbens des Sohnes vereinbart. Ferner hat der Sohn in der Urkunde unter dem Gliederungspunkt „Gegenleistungen“ mit Wirkung für sich und seine Abkömmlinge einen Pflichtteilsverzicht gegenüber dem Erstversterbenden seiner Eltern abgegeben. Der Pflichtteilsverzicht war aufschiebend bedingt auf die Eigentumsumschreibung im Grundbuch. Beim Rückforderungsrecht ist lediglich

geregelt, dass die Pflichtteilsanrechnung im Falle der Rückforderung entfällt, bezüglich des Pflichtteilsverzichts ist nichts geregelt.

Der Sohn ist verstorben. Die Eltern verlangen von den Erben (Schwiegertochter und Enkelkinder) die Rückübertragung. Die Erben wollen die Immobilie nur zurückübertragen, wenn dafür auch der Pflichtteilsverzicht entfällt.

##### II. Fragen

1. Entfällt der Pflichtteilsverzicht durch die Ausübung des Rückforderungsrechts?
2. Ist eine Aufhebung des Pflichtteilsverzichts mit den Enkelkindern möglich?

##### III. Zur Rechtslage

#### 1. Bestand eines Pflichtteilsverzichts des Erwerbers bei Ausübung eines Rückforderungsrechtes

Kommt es zur Rückübertragung aufgrund eines vorbehaltenen Rückforderungsrechts und fehlt eine ausdrückliche vertragliche Regelung hinsichtlich des

Bestands des Pflichtteilsverzichts des Erwerbers, so ist der diesbezügliche Wille der Parteien im Wege der **Auslegung** zu ermitteln. Ein verbindliches Auslegungsergebnis kann unsererseits freilich nicht ermittelt werden, allerdings können Aspekte dargelegt werden, die bei der Auslegung gegebenenfalls zu beachten sein dürften.

Zunächst ist auf eine Entscheidung des **OLG München** (MittBayNot 2015, 240 ff.) hinzuweisen. Dort gelangte das Gericht im Wege der Auslegung ohne ausdrückliche Regelung im Vertrag zu dem Ergebnis, der Pflichtteilsverzicht der Geschwister stehe unter der **auflösenden Bedingung** der Ausübung eines vertraglich vorbehaltenen Rückforderungsrechts wegen Vorversterbens des Übernehmers. Dafür genügte dem OLG München im Wesentlichen schon der enge innere und inhaltliche Zusammenhang der Grundstückübertragung mit dem Pflichtteilsverzicht, den es aus der Zusammenfassung in einer notariellen Urkunde entnahm.

Bereits früher hat das OLG München (ZEV 2007, 493, 495) entsprechend im Fall einer **Pflichtteilsanrechnung** argumentiert: Die Anrechnung nach § 2315 BGB setze voraus, dass die lebzeitige Zuwendung eines Pflichtteilsberechtigten den Nachlass mindere. Daran fehle es, wenn eine Rückübertragung des überlassenen Gegenstandes auf den Übergeber erfolge. Die Judikatur des OLG München ist in der Literatur vielfach zustimmend, wenn auch mit leicht kritischen Anmerkungen zur Begründung aufgenommen worden (Weidlich, MittBayNot 2015, 193, 199 f.; BeckOGK-BGB/Everts, Std.: 1.12.2023, § 2346 Rn. 54 f.; Keim, notar 2015, 18).

Keim (notar 2015, 18) geht davon aus, dass eine auflösende Bedingung auch für einen Pflichtteilsverzicht anzunehmen sei, den der Erwerber selbst in einem Übergabevertrag abgebe. Durch dessen Vorversterben werde der erklärte Pflichtteilsverzicht nicht irrelevant, da er sich – sofern nicht ein anderes bestimmt sei – auch auf dessen Abkömmlinge erstrecke, § 2349 BGB. Eine Aufrechterhaltung des Verzichts benachteilige die Abkömmlinge bei Rückgabe des übertragenen Grundbesitzes.

Weidlich (MittBayNot 2015, 193, 196) führt hingegen aus, dass man bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung im Übergabevertrag nicht davon ausgehen könne, dass ein Pflichtteilsverzicht des Erwerbers automatisch mit der Rückübertragung entfalle. Anders als die Pflichtteilsanrechnung sei der Pflichtteilsverzicht nicht denknotwendig mit einer Zuwendung verbunden. Der abstrakte Pflichtteilsverzicht als solcher stelle vielmehr nur das Erfüllungsgeschäft dar. Sein Bestand könne zwar von der Wirksamkeit des Kausalgeschäfts und dem

Bestand einer Zuwendung abhängig gemacht werden. Die Annahme eines solchen Bedingungs Zusammenhangs könne aber nur ausnahmsweise angenommen werden. Hierfür seien konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen eines solchen Einheitlichkeitswillens der Vertragspartner notwendig. Es reichten weder ein bloß wirtschaftlicher Zusammenhang noch ein äußerer Zusammenhang durch die Aufnahme beider Rechtsgeschäfte in einer Urkunde aus. Die Verknüpfung beider Geschäfte stelle daher eine Ausnahme dar, die näher begründet werden müsse. Weidlich empfiehlt daher, den Pflichtteilsverzicht ausdrücklich aufzuheben (§ 2351 BGB) oder seine Gegenstandslosigkeit zu bestätigen.

Insgesamt erscheint die vom OLG München befürwortete ergänzende Auslegung als recht weitgehender Eingriff in die wegen der Beurkundungspflicht des Pflichtteilsverzichts zwingend unter den Direktiven des § 17 BeurkG stehende Vertragsgestaltung – wenn auch mit einem dem Gerechtigkeitsgefühl entsprechenden Ergebnis. Es ist daher zu empfehlen, die Frage einer auflösenden Bedingtheit von Pflichtteilsverzicht und Pflichtteilsanrechnung samt der Gegenleistungsproblematik **ausdrücklich im Überlassungsvertrag zu regeln** (vgl. Keim, notar 2015, 18).

Im vorliegenden Fall spricht für die Annahme einer auflösenden Bedingung insbesondere die Tatsache, dass die Wirksamkeit des Pflichtteilsverzichts bereits an die Eigentumsumschreibung auf den Sohn geknüpft wurde. Der Verzicht sollte also nur gelten, wenn der Sohn (bzw. sein Stamm) den Grundbesitz tatsächlich erhält. Auch die Verortung des Pflichtteilsverzichts des Sohnes unter dem Gliederungspunkt „Gegenleistungen“ spricht u. E. für die Annahme eines entsprechenden Zusammenhangs. Schließlich deutet auch der Umstand, dass nach dem Vertrag eine **Pflichtteilsanrechnung** im Fall der Rückforderung entfällt, darauf hin, dass für diesen Fall keine pflichtteilmindernden Konsequenzen gewünscht waren und lediglich eine ausdrückliche Regelung betreffend den Pflichtteilsverzicht vergessen wurde.

## 2. Aufhebung des Pflichtteilsverzichts nach dem Tod des Verzichtenden

Fraglich ist, ob eine Aufhebung des Pflichtteilsverzichts nach dem Vorversterben des Verzichtenden überhaupt noch möglich wäre. Gem. § 2351 BGB kann ein Erbverzichtsvertrag durch notariell beurkundeten Vertrag aufgehoben werden. Diese Vorschrift gilt für alle Arten von erbrechtlichen Aufhebungsverträgen, egal, ob es sich um einen Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht, das Pflichtteilsrecht oder eine Zuwendung aufgrund Verfügung von Todes wegen handelt (vgl. Staudinger/Schotten, BGB, 2022, § 2351 Rn. 5).

Soweit es – wie im vorliegenden Fall – nur um die Beseitigung der Wirkungen des Pflichtteilsverzichts auf die Abkömmlinge geht, läge an sich die Annahme nahe, dass auch die betroffenen Abkömmlinge in eigener Person mit dem Erblasser einen Aufhebungsvertrag schließen könnten. Dennoch geht die wohl h. M. davon aus, dass der Aufhebungsvertrag gem. § 2351 BGB grundsätzlich nur durch die Parteien des Pflichtteilsverzichtsvertrages geschlossen werden kann, d. h. – rein zeitlich gesehen – **noch zu Lebzeiten beider Partner geschlossen und wirksam geworden** sein muss, und dass zudem das Recht des Verzichtenden nicht auf seine gesetzlichen Erben übergeht und auch sonst nicht übertragbar ist (vgl. BGH NJW 1998, 3117; OLG Köln ZEV 2021, 635, 636; Weidlich, MittBayNot 2015, 193, 198; Keim, NotBZ 1999, 1, 3). Mittlerweile mehrten sich aber die Stimmen, die eine Aufhebung des Erb- oder Pflichtteilsverzichts auch nach dem Tod des Verzichtenden für zulässig erachten (vgl. Staudinger/Schotten, § 2351 Rn. 177; MünchKommBGB/Wegerhoff, 9. Aufl. 2022, § 2351 Rn. 3 m. w. N.).

Da die höchstrichterliche Rechtsprechung und auch die wohl (noch) h. M. eine Aufhebung des Pflichtteilsverzichts nach dem Tod des Verzichtenden ablehnen, sollte eine solche Beurkundung zumindest nicht ohne entsprechende Belehrungen erfolgen.

Ergänzend besteht die Möglichkeit, durch eine **erbrechtliche Regelung** zwischen den Eltern als Erblassern und den Kindern bzw. Enkeln jenen die gleichen Rechte am Nachlass des Erstversterbenden zu verschaffen, wie dies bei einer Aufhebung des Pflichtteilsverzichts der Fall wäre. In Betracht dürfte dafür in erster Linie die Anordnung eines (vertragsmäßigen) besonderen Pflichtteilsvermögens kommen, das hinsichtlich seines Entstehungstatbestandes nicht an den gesetzlichen Pflichtteil allein anknüpft, sondern hierfür besondere Tatbestandsvoraussetzungen anordnet, damit es nicht von dem bereits erklärten Pflichtteilsverzicht erfasst wird (vgl. J. Mayer, ZEV 1995, 41).

---

## BGB §§ 1097, 463; GBO § 22

### Dingliches Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall; Erlöschen des Vorkaufsrechts durch Veräußerung des belasteten Grundstücks; Nachweis des Erlöschens gegenüber dem Grundbuchamt

---

#### I. Sachverhalt

Ein Grundstück soll in eine noch zu gründende UG & Co. KG eingebracht werden.

Im Grundbuch des Grundstücks ist in Abteilung II lfd. Nr. 1 folgendes Recht eingetragen: „Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall zugunsten der Kommanditgesellschaft X. Gem. Bewilligung vom [...]1965.“ Der Text der Bewilligung lautet: „Der Käufer belastet das in § 1 bezeichnete Grundstück zu Gunsten der Kommanditgesellschaft X mit einem dinglichen Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall. Für das Vorkaufsrecht gelten die gesetzlichen Bestimmungen. Es wird bewilligt und beantragt, das vorbezeichnete dingliche Vorkaufsrecht bei dem belasteten Grundstück an nächstfolgender Rangstelle in das Grundbuch einzutragen.“

Die Eigentümerin hat die Immobilie im Jahr 2000 von ihrem Vater „im Wege der vorweggenommenen Erbfolge“ erhalten. Hinsichtlich des Vorkaufsrechtes wurde geregelt, dass „der Erwerberin diese Belastung bekannt und nicht durch den Veräußerer zu beseitigen“ sei und weiter, dass die Erwerberin „in alle zugrundeliegenden schuldrechtlichen Verpflichtungen mit Wirkung ab dem Tag der Beurkundung“ eintrete.

#### II. Fragen

1. Besteht das Vorkaufsrecht für die X-KG noch?
2. Löst die Einbringung in die zu errichtende UG & Co. KG das Vorkaufsrecht aus?

#### III. Zur Rechtslage

Fräglich ist im vorliegenden Fall, ob das Vorkaufsrecht noch besteht.

##### 1. Vorliegen eines Vorkaufsrechts für den ersten Verkaufsfall

Grundsätzlich beschränkt sich ein dingliches Vorkaufsrecht auf den Fall des Verkaufs des Grundstücks durch den Eigentümer, welchem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehört, oder durch dessen Erben, § 1097 Hs. 1 BGB. Ein dingliches Vorkaufsrecht kann auch für mehrere oder für alle Verkaufsfälle bestellt werden, § 1097 Hs. 2 BGB. Nach h. M. ist es zudem zulässig, das Vorkaufsrecht für einen Verkaufsfall so zu bestellen, dass es nicht darauf ankommt, ob der Eigentümer zur Zeit der Bestellung (bzw. sein Erbe) oder ein späterer Eigentümer es veräußert (Vorkaufsrecht für den *ersten echten Verkaufsfall*, für den es ausgeübt werden kann; s. OLG München Beschl. v. 18.12.2009, BeckRS 2010, 2183; BeckOGK-BGB/Omlor, Std.: 1.1.2023, § 1097 Rn. 5; MünchKommBGB/Westermann, 9. Auflage 2023, § 1097 Rn. 2; a. A.: Staudinger/Schermaier, 2021, BGB, § 1097 Rn. 13).

Eine Abweichung vom gesetzlichen Regelfall des § 1097 Hs. 1 BGB muss jedoch **im Grundbuch eingetragen**

werden, wobei eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung nach § 874 BGB genügt (OLG Hamm NJW-RR 2012, 1484, 1485; OLG München, Beschl. v. 18.12.2009; BeckRS 2010, 2183; OLG Köln Rpfleger 1982, 16; Schöner/Stöber Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1409; MünchKommBGB/Westermann, § 1097 Rn. 1). Für welche Zahl von Verkaufsfällen das Vorkaufsrecht bestellt wurde, ergibt sich durch Auslegung (§§ 133, 157 BGB) der dinglichen Einigung, soweit sie in der Grundbucheintragung einen Niederschlag gefunden hat. Abzustellen ist dabei auf den Wortlaut und Sinn der Eintragung unter Einbeziehung der Eintragungsbewilligung (§ 874 BGB), so wie er sich für den „unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung“ ergibt (vgl. BeckOGK-BGB/Omlor, § 1097 Rn. 25 m. w. N.)

Hier wurde gemäß der Sachverhaltsschilderung in der Bewilligungsurkunde aus dem Jahr 1965 ein **Vorkaufsrecht für den „ersten Verkaufsfall“** zugunsten der KG bewilligt und eine entsprechende Grundbucheintragung vorgenommen. Eine solche Eintragung ist nach der obergerichtlichen Rechtsprechung **regelmäßig dahingehend auszulegen, dass es sich um ein dingliches Vorkaufsrecht entsprechend dem gesetzlichen Regelfall des § 1097 Hs. 1 BGB handelt**. Denn für den unbefangenen Betrachter ergibt sich in Kenntnis der gesetzlichen Regelung bei dieser Eintragung nicht, dass das Vorkaufsrecht von den gesetzlichen Bedingungen abweichen soll und den Sonderrechtsnachfolger des bestellenden Eigentümers binden soll (vgl. OLG München, Beschl. v. 18.12.2009, BeckRS 2010, 2183; OLG Zweibrücken NJW-RR 2000, 94; OLG Stuttgart, DNotZ 1998, 305; BeckOGK-BGB/Omlor, § 1097 Rn. 26).

## 2. Erlöschen durch Überlassung

Ein dingliches Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall i. S. d. § 1097 Hs. 1 BGB erlischt, wenn das Eigentum an dem mit dem Vorkaufsrecht belasteten Grundstück aufgrund eines **Veräußerungsvertrags, der keinen Kaufvertrag darstellt, auf einen Sonderrechtsnachfolger übergeht** (OLG Zweibrücken NJW-RR 2000, 94; OLG München, Beschl. v. 18.12.2009, BeckRS 2010, 2183; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5.12.2018, BeckRS 2018, 36797 Rn. 17; Schöner/Stöber, Rn. 1432a). Dasselbe gilt, wenn das belastete Grundstück mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an ein Kind verkauft wird, vgl. § 470 BGB (OLG Stuttgart DNotZ 1998, 305; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5.12.2018, BeckRS 2018, 36797 Rn. 17).

Folglich ist das **Vorkaufsrecht durch die Überlassung an die Tochter im Jahr 2000 erloschen**.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Regelung im Überlassungsvertrag aus dem Jahr 2000, wonach die Tochter (Alleineigentümerin) in die dem Vorkaufsrecht zugrundeliegenden schuldrechtlichen Verpflichtungen eintritt. Diese Regelung dürfte u. E. ein **Schuldbeitritt in das schuldrechtliche Grundgeschäft** darstellen, das die Verpflichtung zur Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts beinhaltet. Der Schuldbeitritt kann dabei wirksam zwischen dem Schuldner und dem Beitretenden als Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) mit dem Inhalt der bereits bestehenden Schuld vereinbart werden, wobei eine Zustimmung des Gläubigers nicht erforderlich ist. Folge des Schuldbeitritts ist die gesamtschuldnerische Haftung von Schuldner und Beitretendem (Grüneberg/Grüneberg, BGB, 83. Aufl. 2024, Überblick vor § 414 Rn. 2 m. w. N.). Im vorliegenden Fall betrifft der Schuldbeitritt angesichts des klaren Wortlauts indes nur das schuldrechtliche Kausalgeschäft des dinglichen Vorkaufsrechts, also die Sicherungsabrede (vgl. BeckOGK-BGB/Omlor, Std.: 1.1.2023, § 1094 Rn. 23). **Auf das dingliche Vorkaufsrecht hat dieser Eintritt in die causa indes keine Auswirkung.**

Unklar ist bereits, ob die Verpflichtung zur Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts überhaupt noch besteht. Es spricht einiges dafür, dass die Verpflichtung bereits dadurch erfüllt worden ist, dass der Vater das Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall bestellt hat. Jedenfalls führt die Übernahme dieser möglicherweise noch bestehenden Verpflichtung durch die Tochter nicht zu einer Inhaltsänderung des bereits bestehenden dinglichen Vorkaufsrechts – etwa dahingehend, dass nunmehr auch ein Verkauf durch die Tochter einen Verkaufsfall auslösen würde. Der Inhalt des Vorkaufsrechts und die sich aus dem Sachenrecht ergebenden Gründe für das Erlöschen des Vorkaufsrechts sind vielmehr abstrakt zur schuldrechtlichen Verpflichtung zur Bestellung des Vorkaufsrechts. **Für eine dahingehende Änderung des Inhalts des dinglichen Vorkaufsrechts wäre nach §§ 877, 873 BGB vielmehr die Einigung und Eintragung der Inhaltsänderung vor dessen Erlöschen (also durch den ursprünglichen Eigentümer) erforderlich gewesen.**

Unabhängig davon, ob eine Verpflichtung der Tochter zur Bestellung eines Vorkaufsrechts tatsächlich noch besteht, ist das Vorkaufsrecht daher erloschen, weil es sich auf einen Verkauf durch den Eigentümer beschränkt, der das Vorkaufsrecht bestellt hat. Sofern die Tochter zur Bestellung eines Vorkaufsrechts noch verpflichtet ist, kann folglich nur die Bestellung eines neuen Vorkaufsrechts verlangt werden. Ob sich die Tochter schadensersatzpflichtig gegenüber dem ursprünglich



Vorkaufsberechtigten macht, spielt insofern keine Rolle.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass das **Vorkaufsrecht durch Unrichtigkeitsnachweis** gem. §§ 22 Abs. 1, 29 GBO mittels Vorlage des Veräußerungsvertrags **gelöscht** werden kann (OLG Stuttgart DNotZ 1998, 305, 306; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 5.12.2018, BeckRS 2018, 36797, Rn. 22; OLG Zweibrücken MittBayNot 2000, 109 f.; Schöner/Stöber, Rn. 1432a). Dem eingetragenen Vorkaufsberechtigten ist jedoch vor der Grundbuchberichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweis rechtliches Gehör zu gewähren (OLG Zweibrücken MittBayNot 2000, 109 f.; Schöner/Stöber, Rn. 1432a).

Letztlich bliebe noch zu erwägen, ob vorliegend nicht auch ein **schuldrechtliches Vorkaufsrecht** neben dem dinglichen Vorkaufsrecht entstanden ist, in das die Erwerberin eingetreten sein könnte. Ungeachtet dessen, dass diese Frage für das Bestehen des *dinglichen* Vorkaufsrechts ohne Bedeutung ist, ist jedoch anerkannt, dass **mit der Begründung des dinglichen Vorkaufsrechts nicht notwendigerweise auch ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht entsteht**. Es bedarf vielmehr konkreten Anhaltspunkte im Einzelfall, dass die Parteien zusätzlich zum dinglichen Vorkaufsrecht auch ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht vertraglich vereinbart haben, was durch Auslegung der Bestellsurkunde zu ermitteln ist (BGH NJW 2014, 622; OLG Hamm NJW-RR 1996, 849; OLG Düsseldorf MittBayNot 2003, 50; OLG Zweibrücken MittBayNot 2013, 43; BeckOGK-BGB/Omlor, § 1094 Rn. 22; MünchKommBGB/Westermann, 8. Aufl. 2019, BGB § 463 Rn. 9). Ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht bildet auch nicht die *causa* des dinglichen Vorkaufsrechts; die *causa* stellt vielmehr die Sicherungsabrede dar (BeckOGK-BGB/Omlor, § 1094 Rn. 23; MünchKommBGB/Westermann, § 1094 Rn. 4; Staudinger/Schermaier, BGB, 2017, Einleitung zu § 1094 Rn. 14).

Da im vorliegenden Fall die Bewilligungsurkunde ausdrücklich nur eine Einigung über die Bestellung eines *dinglichen Vorkaufsrechts* enthält, sind vorliegend u. E. keine Anhaltspunkte ersichtlich, die für eine zusätzliche Einigung über ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht sprechen würden. Abschließend kann das DNotI diese Auslegungsfrage jedoch nicht beantworten. Für das Erlöschen des dinglichen Vorkaufsrechts ist diese Frage jedenfalls ohne Bedeutung.

### 3. Einbringung in die KG

Ungeachtet dessen, dass im vorliegenden Fall das dingliche Vorkaufsrecht erloschen ist, stellt die Einbringung eines Grundstücks in eine Gesellschaft regelmäßig kei-

nen Vorkaufsfall dar. Lediglich unter dem Gesichtspunkt eines Umgehungsgeschäfts kann im Einzelfall ein Vorkaufsfall angenommen werden (BeckOGK-BGB/Daum, Std.: 1.1.2024, § 463 Rn. 54; MünchKommBGB/Westermann, § 463 Rn. 23 jew. m. w. N.). Dies käme etwa bei einer Einbringung in eine neu gegründete Gesellschaft und anschließender Veräußerung sämtlicher Gesellschaftsanteile oder einem Verkauf im unmittelbaren Anschluss an die Einbringung in Betracht (BeckOGK-BGB/Daum, § 463 Rn. 58 m. w. N.).

Im vorliegenden Fall sind aus dem uns mitgeteilten Sachverhalt indes keine Anhaltspunkte ersichtlich, die für ein solches Umgehungsgeschäft sprechen würden. Auf dieser Basis würde auch ein etwa bestehendes schuldrechtliches Vorkaufsrecht grundsätzlich nicht ausgelöst.

## Rechtsprechung

**BGB §§ 107, 1629 Abs. 2, 1824 Abs. 1  
Grundstücksüberlassung an Minderjährige zu Miteigentum; rechtliche Vorteilhaftigkeit**

**Die Überlassung eines Grundstücks zu Miteigentum ist grundsätzlich als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne von § 107 BGB anzusehen.**

OLG München, Beschl. v. 18.12.2023 – 34 Wx 311/23 e

### Problem

Ein Großvater übertrug ein bebautes Grundstück unentgeltlich seinen drei Enkelinnen, zwei davon minderjährig, zu Miteigentum. Dabei behielt er sich und seiner Ehefrau ein unentgeltliches Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht am Vertragsgegenstand vor; insoweit wurde vereinbart, dass der Berechtigte sämtliche Instandhaltungsaufwendungen tragen sollte. Die minderjährigen Enkelinnen wurden von ihrer Mutter, der Tochter des Großvaters, vertreten.

Das Grundbuchamt verlangt die Genehmigung der Auflassung durch einen Ergänzungspfleger. Hinsichtlich der Eigentumsübertragung an die minderjährigen Enkelinnen seien deren Eltern von der Vertretung ausgeschlossen. Das Rechtsgeschäft sei nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, da die minderjährigen Erwerberinnen in eine Bruchteilsgemeinschaft einträten.

Hiergegen legte der Urkundsnotar Beschwerde ein. Der Erwerb eines Grundstücksbruchteils durch einen

Minderjährigen erweise sich nach der obergerichtlichen Rechtsprechung und der ihr folgenden Kommentarliteratur als lediglich rechtlich vorteilhaft, auch wenn der Minderjährige in eine Bruchteilsgemeinschaft eintrete.

### Entscheidung

Nach Auffassung des OLG München verlangt das Grundbuchamt mit Recht die Genehmigung der Auflassung durch einen Ergänzungspfleger. Die Mutter sei gem. § 1629 Abs. 2 i. V. m. § 1824 Abs. 1 Nr. 1 BGB von der Vertretung ausgeschlossen, da die Grundstücksübertragung zu Miteigentum nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sei.

Ein auf den Erwerb einer Sache gerichtetes Rechtsgeschäft sei für den Minderjährigen dann nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn er in dessen Folge mit Verpflichtungen belastet werde, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen hafte. Ob das der Fall sei, bestimme sich nicht nach einer Gesamtbetrachtung des dinglichen und des schuldrechtlichen Teils des Rechtsgeschäfts, sondern nach einer isolierten Betrachtung allein des dinglichen Erwerbsgeschäfts.

Beim Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück verhalte es sich jedenfalls in der vorliegenden Konstellation nicht anders als beim Erwerb einer Eigentumswohnung. Ähnlich wie ein Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft nach § 16 Abs. 2 WEG sei auch der Bruchteilseigentümer gem. § 748 BGB verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstands sowie die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinsamen Benutzung nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen, und zwar ohne Beschränkung auf dessen Wert. Die Vergleichbarkeit werde jedenfalls in der hier gegebenen Konstellation dadurch unterstrichen, dass auch das verfahrensgegenständliche Grundstück bebaut und deshalb der Anfall von Kosten für Erhaltung, Verwaltung und gemeinsame Benutzung nicht nur theoretischer Natur sei. Ob ein Gebäude in Sondereigentum aufgeteilt sei oder sich in ungeteiltem Miteigentum der Anteilsinhaber befinde, sei hierfür nicht relevant. Vielmehr würden die Verpflichtungen aus § 16 Abs. 2 WEG gleichermaßen wie diejenigen aus § 748 BGB an das Bestehen einer Gemeinschaft anknüpfen.

An diesem Ergebnis ändere hier auch der Umstand nichts, dass nach dem Inhalt des Überlassungsvertrags die Instandhaltungsaufwendungen vom Großvater zu tragen seien. Denn zum einen würden diese nur einen Teil der gesamten Kosten ausmachen. Zum anderen sei die entsprechende Verpflichtung auf die Lebenszeit der Berechtigten befristet.

### Praxishinweis

Zuvor hatte bereits das KG in zwei bislang unveröffentlichten Entscheidungen (Beschlüsse vom 1.8.2023 – 1 W 93/23, BeckRS 2023, 37300 und vom 20.9.2022 – 1 W 280/22) die Ansicht vertreten, der Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück sei nicht lediglich rechtlich vorteilhaft.

Die vom OLG München (und zuvor vom KG) vertretene Rechtsmeinung steht, wie das Gericht selbst einräumt, nicht im Einklang mit der übrigen obergerichtlichen Rechtsprechung und der – soweit ersichtlich – einhelligen Auffassung in der Literatur. Insbesondere das Bayerische Oberste Landesgericht hatte vertreten, die Überlassung eines Grundstücks zu Miteigentum sei nicht anders zu beurteilen als die Übereignung eines ganzen Grundstücks. Demzufolge begründe der Eintritt in eine Bruchteilsgemeinschaft für sich genommen keinen rechtlichen Nachteil (BayObLGZ 1998, 139, 145, so auch BeckOGK-BGB/Duden, Std.: 1.11.2023, § 107 Rn. 95.1; MünchKommBGB/Spickhoff, 9. Aufl. 2021, § 107 Rn. 72; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3610l). Zu bemerken ist jedoch, dass eine vertiefte Auseinandersetzung des BayObLG mit den Folgen des Eintritts des Minderjährigen in die Bruchteilsgemeinschaft nicht stattfand. Ebenso wenig begründet freilich das OLG München die Annahme, die Verpflichtungen aus § 748 BGB entsprächen denjenigen aus § 16 Abs. 2 WEG.

Auch unter Zugrundelegung dieser Ansicht kann sich ein rechtlicher Nachteil freilich aus anderen Gründen ergeben, etwa wenn das zu übertragende Grundstück vermietet ist (vgl. BeckOGK-BGB/Krafka, Std.: 1.8.2023, § 181 Rn. 277).

Bis zu einer höchstrichterlichen Klärung wird es für die Praxis gleichwohl ratsam sein, vorsorglich einen Ergänzungspfleger handeln zu lassen, wenn ein Minderjähriger einen Miteigentumsanteil an einem bebauten Grundstück erwerben soll. Sind die Eltern von der Vertretung ausgeschlossen, wäre die entsprechend erklärte Auflassungserklärung schwebend unwirksam.

## Literaturhinweise

**M. Bengel, W. Reimann, M. Holtz, C. Röhl (Hrsg.), Handbuch der Testamentsvollstreckung, 8. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2023, 1028 Seiten, 139.– €**

Das Handbuch der Testamentsvollstreckung, vielen bekannt als der „Bengel/Reimann“, erstmals erschienen im

Jahr 1994, liegt nun in achter Auflage vor und vereint wie schon die Voraufagen einen sehr kundigen Kreis an Autoren aus der Anwalt- und Notarschaft. Dass die Testamentsvollstreckung als erbrechtliches Institut immer wichtiger wird, zeigt auch die zunehmende Anzahl an Anfragen hierzu an das Deutsche Notarinstitut. Die künftigen sog. „Erbengenerationen“ werden sich immer häufiger mit Fragen der Testamentsvollstreckung als Mittel zur Verwaltung großer Vermögen auseinandersetzen haben. Insofern ist das Handbuch sicherlich aktueller denn je. Das Werk ist aber auch neben seiner aktuellen praktischen Relevanz auf dem neuesten Stand und berücksichtigt die Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts (etwa in § 5 Rn. 437 ff.), die Reform des Stiftungsrechts (v. a. in § 5 Rn. 303 ff.) sowie das MoPeG (in § 5 Rn. 149a ff.).

Insgesamt ist das Handbuch in 13 Paragraphen unterteilt, die die Materie sinnvoll gliedern. Die einzelnen Paragraphen behandeln entweder einzelne Ausschnitte aus den gesetzlichen Regelungen des BGB zum Testamentsvollstrecker (wie etwa § 1 „Das Amt des Testamentsvollstreckers“, § 2 „Die Anordnung der Testamentsvollstreckung [...]“ und § 13 „Die Haftung des Testamentsvollstreckers“) oder sie beleuchten Querschnittsbereiche (§ 9 „Testamentsvollstreckung und Steuerrecht“) bzw. Verfahrensfragen bei angeordneter Testamentsvollstreckung (z. B. § 4 „Rechtsfragen und Probleme bei der Durchführung einer Testamentsvollstreckung im Normalfall“ sowie § 5 „Die Ausführung des Amtes bei besonderen Situationen“).

Neu hinzugekommen ist mit der achten Auflage § 7 der Gliederung, welcher sich mit Vereinbarungen zwischen Erben und Testamentsvollstreckern befasst. Das Kapitel behandelt Gestaltungsmöglichkeiten für die Fälle, in denen die angeordnete Testamentsvollstreckung – auch wenn hierbei die in § 2 Rn. 104-139 genannten Hinweise beachtet wurden – zu Ungewissheiten oder Streitigkeiten zwischen den Erben und dem Testamentsvollstrecker führt. Gerade in Fällen der Dauervollstreckung sind die Inhalte dieses neuen Abschnitts von hoher Praxisrelevanz, kann es doch auch bei noch so durchdachten Anordnungen zu späterem Anpassungsbedarf kommen. Wie zutreffend festgestellt wird (§ 7 Rn. 3), sind Vereinbarungen zwischen Erben und Testamentsvollstreckern gesetzlich nicht geregelt, was sie aber freilich keinesfalls ausschließt. In der Tat können sie u. U. formbedürftig sein, so dass auch Notare in ihrer Praxis künftig hierin involviert sein werden (§ 7 Rn. 4).

Einen guten Überblick über Formen der Testamentsvollstreckung in ausgewählten Ländern bieten die Länderberichte in § 10 Ziff. V (Rn. 174 ff.). Mit der

zunehmenden Internationalisierung des Erbrechts werden im notariellen Kontext insbesondere Fragen der Verfügungsbefugnis ausländischer Testamentsvollstrecker noch an Bedeutung gewinnen, wobei insoweit immerhin im Anwendungsbereich der EuErbVO mit dem Europäischen Nachlasszeugnis bereits eine hinreichende Möglichkeit zum Nachweis der Befugnisse des Testamentsvollstreckers besteht (§ 10 Rn. 229b für Belgien).

Das DNotI erreichen gelegentlich Anfragen zu Fällen, in denen Notare selbst Testamentsvollstreckungen übernehmen. Ebenso nicht allzu selten sind Fälle, in denen Kreditinstitute die Nachlassabwicklung übernehmen sollen, etwa die Hausbank des Vertrauens. Diese beiden Konstellationen werden im Werk eigens behandelt (§ 11 Ziff. III und Ziff. VII) und sollten insbesondere vor der Benennung eines Notars zum Testamentsvollstrecker unbedingt gelesen werden. Gerade den berufsrechtlichen und beurkundungsverfahrensrechtlichen Ausführungen von *Sandkühler* in § 11 Rn. 17 ff., 24 ff. kann der Rezensent nur zustimmen. Zur Konstellation eines Kreditinstituts als Testamentsvollstrecker wäre es wünschenswert gewesen, wenn in der Passage zu § 5 Abs. 2 RDG (§ 11 Rn. 70) die in der Praxis wohl nicht seltene Konstellation erläutert worden wäre, in der eine Bank nicht nur zur Testamentsvollstreckerin eingesetzt wurde, sondern ihr zusätzlich eine postmortale Generalvollmacht erteilt werden soll. Insofern dürfte derzeit noch nicht abschließend geklärt sein, ob hierin nicht doch ein Verstoß gegen § 5 Abs. 2 RDG zu sehen ist, sodass die Praxis Fälle der Einsetzung einer Bank als Testamentsvollstreckerin – jedenfalls bei Beibringung der Formulierungsvorschläge durch die Bank – sorgsam zu prüfen hat.

Insgesamt sehr hilfreich sind die zahlreichen Formulierungsvorschläge im Handbuch, die sich über das alphabetische Verzeichnis auf den Seiten XV ff. leicht auffinden lassen. Auch enthalten die Inhaltsübersichten zu Beginn der einzelnen Abschnitte nochmals Angaben dazu, unter welchen Randnummern sich die Formulierungsvorschläge des jeweiligen Kapitels finden lassen. Dies dürfte die Arbeit mit dem Werk für die Gestaltungspraxis sehr erleichtern. Gerade mit Blick auf die künftig zunehmende praktische Bedeutung der Testamentsvollstreckung bei der Vererbung immer größer werdender Nachlässe muss die Notar- und Gestaltungspraxis froh sein, dass es den (nunmehr) „*Bengell/Reimann/Holtz/Röhl*“ gibt. Die Neuauflage sollte dazu besser in (wörtlich zu nehmender) greifbarer Nähe stehen.

**Notar a. D. Dr. Andreas Bernert**

**W. Böhringer**, Öffentliche Beurkundungen/Beglaubigungen von Urkundspersonen über fremde Erklärungen in Baden-Württemberg, BWNotZ 2023, 231

**O. Elzer**, Aktuelle Rechtsprechung zum Sachenrecht des WEG, NotBZ 2024, 1

**H. Heckschen**, Steuerliche Auswirkungen des MoPeG unter Berücksichtigung der Modifikationen durch das Kreditzweitmarktförderungsgesetz, ZPG 2024, 18

**S. Mensch**, § 878 BGB bei Wegfall der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, NotBZ 2024, 9

**T. Renner**, Die Reform des Betreuungsrechts: Verbesserte Missbrauchskontrolle bei Vorsorgevollmachten und weiterer Reformbedarf, NotBZ 2024, 12

**J. Wertenbruch**, Persönliche Gesellschafterhaftung und Rückgriff bei der Personengesellschaft nach MoPeG, ZPG 2024, 1

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

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notar a. D. 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 § 1105; SGB XII § 93 – Inhaberschaft der Reallast nach Überleitung auf den Sozialleistungsträger; Löschungsbewilligung

#### Rechtsprechung

BeurkG § 17; BGB § 2347; BNotO § 19; HöfeO §§ 12, 13; ZPO § 256 – Beurkundung eines unwirksamen Pflichtteilsverzichtsvertrages; Haftung des Notars

#### Veranstaltungen

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### BGB § 1105; SGB XII § 93

#### Inhaberschaft der Reallast nach Überleitung auf den Sozialleistungsträger; Löschungsbewilligung

##### I. Sachverhalt

B hat an seinen Sohn A mehrere landwirtschaftliche Grundstücke übergeben. Die Großmutter von A (Mutter von B) ist Begünstigte einer Reallast, welche im Zuge der Übergabe auf B im Grundbuch eingetragen und von A übernommen wurde. Inhalt der Reallast ist eine Verpflichtung zur monatlichen Zahlung von 204,52 €. Dieser Verpflichtung ist A seit der Übergabe auf ihn auch nachgekommen. Nun ist die (noch geschäftsfähige) Großmutter pflegebedürftig geworden und die Zahlungsansprüche aus der Reallast wurden auf den zuständigen Bezirk als Gläubiger übergeleitet. Seither leistet A die Zahlungen an den Bezirk.

Anlässlich des Verkaufs eines Grundstücks soll die Reallast sogleich an allen Grundstücken gelöscht werden; die Zahlungen an den Bezirk will A weiterhin leisten.

##### II. Frage

Kann die Großmutter alleine die Aufhebung und Löschung der Reallast bewirken?

##### III. Zur Rechtslage

Die Aufhebung der Reallast ist eine Verfügung über diese Reallast. Sie setzt nach § 875 Abs. 1 S. 1 BGB die einseitige **Aufgabeerklärung** des Berechtigten und die **Löschung** der Reallast im Grundbuch voraus. Die Aufgabe ist vom Berechtigten gegenüber dem Grundstückseigentümer (als Begünstigtem der Aufhebung des Rechts) oder gegenüber dem Grundbuchamt zu erklären, § 875 Abs. 1 S. 2 BGB.

Entscheidend ist im vorliegenden Fall, ob die Großmutter noch (alleinige) Inhaberin der Reallast ist und somit als Berechtigte über die Reallast verfügen kann.

##### 1. Überleitung der Zahlungsansprüche aus der Reallast

Nach dem Sachverhalt hat der Bezirk als Sozialhilfeträger die „Zahlungsansprüche aus der Reallast“ auf sich übergeleitet, nachdem die Großmutter pflegebedürftig geworden ist. Insoweit dürfte es sich um eine Überleitung von Ansprüchen nach § 93 Abs. 1 SGB XII handeln.

Gem. § 93 Abs. 1 SGB XII können Ansprüche desjenigen, der Leistungen des Sozialhilfeträgers erhält, auf

den Sozialhilfeträger bis zur Höhe seiner Aufwendungen übergehen.

Als Gegenstand dieser Überleitung kommen grundsätzlich sämtliche privat- und öffentlich-rechtlichen Ansprüche in Betracht (BeckOK-SozR/Weber, Std.: 1.12.2023, § 93 SGB XII Rn. 9; Giere, in: Grube/Wahrendorf/Flint, SGB XII, 8. Aufl. 2024, § 93 Rn. 15).

Dabei steht der Überleitung eines Anspruchs eine fehlende Übertragbarkeit, Pfändbarkeit oder Verpfändbarkeit nach § 93 Abs. 1 S. 4 SGB XII nicht im Wege.

#### a) Gegenstand der Überleitung

Vor diesem Hintergrund ist fraglich, welche Ansprüche *genau* im vorliegenden Fall übergeleitet worden sind. Mit Blick auf die monatlichen Zahlungen bestehen insoweit zwei Möglichkeiten:

Einerseits könnte im Übergabevertrag (der Großmutter an B) nur eine **Reallast** zugunsten der Großmutter bestellt worden sein, mit dem Inhalt, dass an die Großmutter die regelmäßigen Zahlungen (aus dem Grundstück) zu entrichten sind. In diesem Fall ergäbe sich die Zahlungsverpflichtung des Eigentümers nach § 1108 Abs. 1 BGB aus dem gesetzlichen Begleitschuldverhältnis, das den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks auch persönlich zur Erbringung der Leistung verpflichtet, auf die sich die Reallast bezieht (BGH NJW 1972, 814, 817; MünchKommBGB/Mohr, 9. Aufl. 2023, § 1108 Rn. 2). Die Überleitung könnte sich demnach nur auf **die Reallast bzw. auf das Recht auf die Einzelleistungen** beziehen (dazu sogleich in Ziff. 2. Buchst. c)).

Andererseits könnte die monatliche Zahlung als **Leibrente** ausgestaltet worden sein und eine Reallast anschließend zur *dinglichen Sicherung* dieser monatlichen Zahlungen bestellt worden sein. In diesem Fall ist fraglich, **ob der Sozialleistungsträger nur die Ansprüche aus der Leibrente oder auch die Reallast übergeleitet hat**. Dies lässt sich indes nur mit Kenntnis des Inhalts des Überleitungsschreibens als Verwaltungsakt (vgl. § 93 Abs. 3 SGB XII) bestimmen.

#### b) Überleitungsfähigkeit der Reallast

Es stellt sich die Frage, ob eine Reallast überhaupt im Rahmen des § 93 Abs. 1 SGB XII auf den Sozialleistungsträger übergeleitet werden kann. Dies ist deshalb fraglich, weil nach dem Wortlaut des § 93 Abs. 1 SGB XII nur *Ansprüche* übergeleitet werden können, es sich bei der Reallast allerdings um ein *dingliches Recht* handelt.

Hinsichtlich der Überleitung eines Nießbrauchs – also des dinglichen Rechts selbst und nicht nur der Aus-

übungsbefugnis – wird die Rechtslage in der Literatur als offen eingeschätzt (Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 6. Aufl. 2022, Rn. 1598; zudem Herrler, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl. 2024, § 5 Rn. 517). *Weber* hingegen bejaht die Überleitungsfähigkeit *des Nießbrauchs* mit dem Argument, dass dieser „kapitalisierbar“ ist (BeckOK-SozR/Weber, § 93 SGB XII Rn. 110).

Die Rechtsprechung hat in der Vergangenheit auch „dinglich gesicherte Leibgedingansprüche“ als überleitbar angesehen (BVerwG, Beschl. v. 15.4.1996, BeckRS 1996, 31227884; Giere, § 93 Rn. 15). Dies wird mit dem Argument begründet, dass die Überleitungsfähigkeit allein voraussetzt, dass es sich bei den Ansprüchen um *Zahlungsansprüche* oder *geldwerte Ansprüche* handelt (BeckOK-SozR/Weber, § 93 SGB XII Rn. 9).

Da regelmäßig vor allem auch Reallasten (zusammen mit Dienstbarkeiten, § 49 GBO) als Leibgedinge zusammengefasst werden, geht die Rechtsprechung wohl davon aus, dass das dingliche Recht auf die Einzelleistungen der Reallast (§ 1107 BGB) zusammen mit dem persönlichen Anspruch gegen den jeweiligen Eigentümer (§ 1108 Abs. 1 BGB) überleitbar ist.

Wenngleich mithin noch nicht abschließend geklärt ist, ob „die Reallast“ (als dingliches Recht) *insgesamt* überleitbar ist, so spricht doch viel dafür, dass zumindest die dinglichen Ansprüche, die sich aus der Belastung eines Grundstücks mit einer Reallast ergeben, i. S. v. § 93 Abs. 1 SGB XII überleitbar sind. Man wird mithin jedenfalls nicht sagen können, „die Reallast“ sei *insgesamt* nicht überleitungsfähig (s. hierzu auch Ziff. 2. Buchst. b) a. E. zur Überleitung noch nicht fälliger Einzelleistungen).

#### 2. Aufhebung der Reallast nach der Überleitung

Soweit die Überleitungsfähigkeit gegeben ist, stellt sich die Frage, welche Folgen die Überleitung der Ansprüche aus einer Reallast auf die Inhaberschaft der Reallast bzw. die Verfügungsbefugnis der Großmutter hat. Nur dann, wenn die Großmutter auch nach der Überleitung noch die in ihrer Verfügungsbefugnis nicht beschränkte Inhaberin der Reallast ist, könnte sie alleine die Löschung der Reallast erklären und bewilligen (§ 875 BGB).

#### a) Gesetzlicher Inhalt der Reallast

Aus der Reallast fließen regelmäßig wiederkehrende Einzelleistungen, wegen derer der Inhaber nach § 1107 BGB die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreiben kann (Duldungsanspruch gem. § 1147 BGB; BeckOK-BGB/Reischl, Std.: 1.11.2023, § 1107 Rn. 8). Aus § 1108 Abs. 1 BGB ergibt sich zudem, dass neben dem dinglichen Verwertungsrecht auch ein gesetzliches

Schuldverhältnis entsteht, kraft dessen der jeweilige Grundstückseigentümer auch persönlich zu den regelmäßig wiederkehrenden Einzelleistungen verpflichtet ist (BGH NJW 1972, 814, 817; MünchKommBGB/Mohr, § 1108 Rn. 2). Diese aus dem Begleitschuldverhältnis stammenden Ansprüche können jedoch nicht selbstständig, d. h. ohne das dingliche Recht auf die Einzelleistungen **übertragen werden, insbesondere nicht abgetreten oder gepfändet werden** (Grüneberg/Herrler, BGB, 83. Aufl. 2024, § 1108 Rn. 1; Staudinger/Reymann, BGB, 2021, § 1107 Rn. 28, § 1108 Rn. 6). Diese Ansprüche gehen vielmehr nur zusammen mit dem dinglichen Recht auf die Einzelleistungen (vgl. § 1107 BGB) auf einen neuen Gläubiger über.

### b) Übertragung der Ansprüche aus einer Reallast

Hinsichtlich der **Übertragung** des dinglichen Rechts auf die Einzelleistungen ist zwischen den bereits fälligen (rückständigen) und den künftigen Einzelleistungen zu unterscheiden:

**Das Recht auf bereits fällige Einzelleistungen (Rückstände)** wird nach den §§ 1107, 1159, 398 ff. BGB abgetreten, also nach den allgemeinen Bestimmungen über die Forderungsabtretung (BeckOK-BGB/Reischl, § 1107 Rn. 3; Grüneberg/Herrler, § 1107 Rn. 2; MünchKommBGB/Mohr, § 1107 Rn. 3; Staudinger/Reymann, § 1107 Rn. 25).

**Das Recht auf noch nicht fällige (künftige) Einzelleistungen** wird hingegen gemäß § 1107 BGB entsprechend §§ 873, 1154 Abs. 3 BGB nach den Grundsätzen des Immobiliarsachenrechts übertragen (BGH NJW 2004, 361; BeckOGK-BGB/Sikora, Std.: 1.1.2024, § 1107 Rn. 33; BeckOK-BGB/Reischl, § 1107 Rn. 9; Grüneberg/Herrler, § 1107 Rn. 2; MünchKommBGB/Mohr, § 1107 Rn. 3; Staudinger/Reymann, § 1107 Rn. 24; bereits MünchKommBGB/Joost, 6. Aufl. 2013, § 1107 Rn. 3).

Hierbei handelt es sich u. E. jedoch um eine **teilweise Übertragung der Reallast selbst** (so ausdrücklich: MünchKommBGB/Joost, § 1107 Rn. 3; MünchKommBGB/Mohr, § 1107 Rn. 3; Staudinger/Reymann, § 1107 Rn. 24; ähnlich im Ergebnis, aber unklar: BeckOGK-BGB/Sikora, § 1107 Rn. 3; **a. A.:** BeckOK-BGB/Reischl, § 1107 Rn. 3; s. auch zuvor Ziff. 1. Buchst. b) zur Frage der *insgesamten* Überleitbarkeit einer Reallast). Denn das Recht auf die Einzelleistungen sind keine Erträge eines geschlossenen Nutzungsrechts, **sondern Inhalt der Reallast selbst** (BGH NJW 2004, 361, 362). Unabhängig vom Streit über das Wesen des „Stammrechts“ der Reallast kann die Reallast nicht unabhängig von den Einzelleistungen bestehen: Werden sämtliche künftig fällig werdenden Einzelleistungen

übertragen, so verbleibt keine entkleidete Reallast beim ursprünglichen Inhaber. Vielmehr ist in diesem Fall **derjenige, an den die Leistungen aus der Reallast zu bewirken sind**, nach § 1105 Abs. 1 BGB **Inhaber der Reallast** (insoweit herrscht auch Einigkeit in der Literatur: BeckOGK-BGB/Sikora, § 1107 Rn. 3; BeckOK-BGB/Reischl, § 1107 Rn. 3; MünchKommBGB/Joost, § 1107 Rn. 3; MünchKommBGB/Mohr, § 1107 Rn. 3; Staudinger/Reymann, § 1107 Rn. 24 f.; in diese Richtung auch BGH NJW 2004, 361). Ist die Übertragung *sämtlicher* künftigen Einzelleistungen aus der Reallast eine Übertragung der Reallast selbst, so kann u. E. nichts anderes im Falle einer *teilweisen* Übertragung der Reallast gelten (so aber: BeckOK-BGB/Reischl, § 1107 Rn. 3).

Bei der teilweisen Übertragung der Ansprüche auf die künftigen Einzelleistungen handelt es sich daher u. E. um eine **teilweise Übertragung der Reallast selbst** im Umfang der übertragenen Ansprüche auf die Einzelleistungen (MünchKommBGB/Joost, § 1107 Rn. 3; MünchKommBGB/Mohr, § 1107 Rn. 3; Staudinger/Reymann, § 1107 Rn. 24).

**In diesem Umfang** ist anschließend auch **nur der neue Inhaber der Reallast verfügbungsbefugt** (Staudinger/Reymann, § 1107 Rn. 25).

### c) Aufschiebend bedingte Überleitung der künftigen Ansprüche aus der Reallast

Für die Frage, wem die Reallast nach der Überleitung zusteht, kommt es somit darauf an, welche Ansprüche nach § 93 Abs. 1 SGB XII übergeleitet wurden.

Grundsätzlich muss der für die Überleitung in Frage kommende Anspruch für die Zeit bestehen, für die Sozialhilfe erbracht wird bzw. wurde (vgl. § 93 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 SGB XII; BeckOK-SozR/Weber, § 93 SGB XII Rn. 19). Maßgeblich ist insoweit, dass der überzuleitende Anspruch zum Zeitpunkt der Sozialleistungsgewährung fällig ist (LSG BW MittBayNot 2014, 285, 288).

Gleichzeitig werden jedoch auch noch nicht fällige, **künftige Ansprüche** für überleitbar gehalten, wenn der Sozialhilfeträger diese Ansprüche konkret bestimmt (BGH NJW 1988, 1147, 1148 f.). In diesem Fall steht die Überleitung der künftigen Ansprüche unter **der aufschiebenden Bedingung** der tatsächlichen Sozialleistungsgewährung (BGH NJW 1988, 1147, 1148; NJW 1956, 790, 790 f.; BeckOK-SozR/Weber, § 93 SGB XII Rn. 51, 55). Mit der monatlichen Zahlung der Sozialhilfe tritt diese Bedingung dann jeden Monat ein (BeckOK-SozR/Weber, § 93 SGB XII Rn. 55).

Vor diesem Hintergrund dürften im vorliegenden Fall auch die **künftigen Einzelleistungen aus der Reallast**

**aufschiebend bedingt** übergeleitet worden sein. Diese Überleitung setzt dabei auch **nur einen schriftlichen Verwaltungsakt** voraus, § 93 Abs. 2 SGB XII (Giere, § 93 Rn. 25).

In Rechtsprechung und Literatur ist indes nicht geklärt, ob die **aufschiebend bedingte** Überleitung der künftigen Einzelleistungen aus der Reallast zu einem (ggf. teilweisen) **Übergang** der Reallast selbst führt oder nur zum Übergang der dann jeweils künftig fällig werden den Einzelleistungen.

Für einen **teilweisen Übergang der Reallast** spricht, dass die (unbedingte) Übertragung der künftigen Einzelleistungen nach dem Vorstehenden unserer Auffassung nach stets eine Teilübertragung der Reallast ist. Dementsprechend könnte es sich somit um eine **aufschiebend bedingte Teilübertragung** der Reallast selbst handeln.

Da es sich bei dem Überleitungsverwaltungsakt um einen hoheitlichen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt handelt (BVerwG NJW 1992, 3312; NJW 1994, 64), der selbst unmittelbar die materielle Zivilrechtslage beeinflusst, bedarf es u. E. für die Wirksamkeit der (teilweisen) Überleitung der Reallast auch keiner konstitutiven Eintragung im Grundbuch (s. Giere, § 93 Rn. 31; a. A. Krauß, Rn. 810).

Dafür, dass nur die dann **jeweils fällig werdenden Einzelleistungen** auf den Sozialleistungsträger übergehen und die Inhaberschaft der Reallast im Übrigen unberührt bleibt, spricht jedoch, dass das BVerwG davon ausgeht, dass die Überleitung von **Unterhaltsansprüchen** das Stammrecht (auf Unterhaltszahlung) unberührt lässt und „*der Schuldner des übergeleiteten Anspruchs demnach befugt bleibt, den Unterhalt weiterhin unmittelbar an den Hilfeempfänger zu leisten und damit ein Eingreifen der Sozialhilfe überflüssig zu machen*“ (BVerwG, Urt. v. 26.11.1969, BeckRS 1969, 30425162; so auch BVerwG, Urt. v. 6.11.1975, BeckRS 2010, 54558; BVerwG, Urt. v. 17.5.1973, BeckRS 1973, 30435785; ebenso Giere, § 93 Rn. 30). Übertragen auf die Reallast würden insoweit Monat für Monat nur die dann jeweils fällig werdenden Einzelleistungen übergeleitet werden. Dies dürfte indes auch der Interessenlage des Sozialleistungsträgers entsprechen, weil dieser sich dann nicht um die Verwaltung der Rechte selbst zu kümmern hat.

Die genauen Folgen der aufschiebend bedingten Überleitung der künftigen Ansprüche aus der Reallast für die Inhaberschaft der Reallast sind letztlich derzeit ungeklärt, wobei u. E. – dogmatisch konsequenter – der erstgenannten Ansicht der Vorzug zu geben ist.

Hinsichtlich der Möglichkeit der Aufhebung der Reallast alleine durch die Großmutter ergeben sich für die beiden Lösungsmöglichkeiten jedoch keine Abweichungen. Denn nach beiden Ansichten könnte die Großmutter nicht wirksam alleine die Reallast aufheben (siehe hierzu folgend unter Buchst. d)).

#### **d) Unwirksamkeit einer Zwischenverfügung über die Reallast, § 161 BGB**

Nach erfolgter Überleitung kann die Großmutter nicht mehr über die betroffenen Ansprüche verfügen (BeckOK-SozR/Weber, § 93 SGB XII Rn. 14). Die aufschiebende Bedingung führt jedoch dazu, dass die angeordnete Rechtsfolge – also die Überleitung – bis zum Eintritt der Bedingung **schwebend unwirksam** ist (Schütze/Engelmann, SGB X, 9. Aufl. 2020, § 32 Rn. 26). Welche Folgen die *aufschiebend bedingte* Überleitung für die **Verfügungsbefugnis** des ursprünglichen Gläubigers des Anspruchs (hier: der Großmutter) bzw. des Inhabers der Reallast hat, wird – soweit ersichtlich – weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung erörtert. Die Rechtslage ist insoweit offen, es ergibt sich jedoch u. E. ein gewichtiges Argument aus § 161 BGB:

Die Frage der Wirksamkeit etwaiger Zwischenverfügungen (durch die Großmutter) richtet sich u. E. nach § 161 BGB (analog). Nach § 161 Abs. 1 S. 1 BGB ist jede Zwischenverfügung über den Gegenstand während der Schwebezeit insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde. Diese Unwirksamkeit ist dabei absolut und wirkt somit gegenüber jedermann (BeckOGK-BGB/Reymann, Std.: 1.12.2023, § 161 Rn. 38). § 161 Abs. 1 S. 1 BGB setzt voraus, dass unter einer aufschiebenden Bedingung über einen Gegenstand *verfügt* wurde.

Die bedingte Überleitung *aufgrund eines Verwaltungsakts* ist zwar keine rechtsgeschäftliche Verfügung über die jeweiligen Ansprüche, gleichwohl führt der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt zu einem Gläubigerwechsel (BeckOK-SozR/Weber, § 93 SGB XII Rn. 2 f.) und es gelten nach der Überleitung die §§ 399 ff. BGB entsprechend, sodass dem Schuldner auch seine Einwendungen erhalten bleiben (BeckOK-SozR/Weber, § 93 SGB XII Rn. 50; vgl. zur analogen Anwendbarkeit des § 162 BGB bei treuwidriger Vereitelung des Bedingungseintritts im Verwaltungsrecht BVerwG NVwZ 1985, 114; Schröder, in: Schoch/Schneider, VwVfG, 3. EL August 2022, § 36 Rn. 63, jeweils m. w. N.; Schütze/Engelmann, § 32 Rn. 28). Eine Vergleichbarkeit der Interessenlagen ist daher u. E. gegeben, denn auch der Begünstigte der Wirkungen des überleitenden Verwaltungsakts (hier: der Sozialhilfeträger) ist vor Bedingungseintritt schutzwürdig gegenüber Zwischenver-



fügungen des ursprünglichen Berechtigten (hier: der Großmutter).

Soweit die Reallast selbst aufschiebend bedingt übergeleitet worden ist, wird die Aufhebung der Reallast (§ 875 BGB) mit dem jeweiligen Eintritt der *Bedingung* (= Leistungserbringung durch den Sozialhilfeträger) nach § 161 Abs. 1 BGB insoweit absolut unwirksam. Denn die Aufhebung vereitelt bei Bedingungseintritt die (teilweise) Überleitung der Reallast.

Zum gleichen Ergebnis gelangt man auch, wenn lediglich die jeweils künftig fällig werdenden Einzelleistungen übergeleitet worden sind. Die Aufhebung der Reallast würde zwangsläufig auch zur Aufhebung der Ansprüche auf die Einzelleistungen führen und daher bei Bedingungseintritt deren Überleitung vereiteln. Die Aufhebung der Reallast würde daher mit Bedingungseintritt nach § 161 Abs. 1 BGB absolut unwirksam werden.

Die Großmutter kann daher nicht alleine wirksam verfügen.

#### e) Keine gutgläubige Aufhebung der Reallast, §§ 161 Abs. 3 BGB

Nach § 161 Abs. 3 BGB sind jedoch die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb entsprechend anwendbar. Bei Grundstücken kommen insoweit die §§ 892, 893 BGB zum Tragen (BeckOGK-BGB/Reymann, § 161 Rn. 68).

Geht man davon aus, dass die Reallast selbst aufschiebend bedingt übergeleitet worden ist, bestünde daher die Möglichkeit der gutgläubigen Aufhebung der Reallast nach §§ 161 Abs. 3 i. V. m. §§ 893 Var. 2, 892 Abs. 1 S. 1 BGB, da die Großmutter als alleinige Inhaberin im Grundbuch eingetragen ist. Grundsätzlich fallen unter § 893 Var. 2 BGB sämtliche Verfügungen über ein Recht an einem Grundstück, die nicht dessen Erwerb zum Gegenstand haben. Die Regelung erfasst auch einseitige Rechtsgeschäfte und insbesondere auch die Aufhebung nach § 875 Abs. 1 BGB (Grüneberg/Herrler, § 893 Rn. 3; MünchKommBGB/H. Schäfer, 9. Aufl. 2023, § 893 Rn. 10). Für die Frage der Redlichkeit (**in Bezug auf die aufschiebend bedingte Überleitung**) kommt es dabei stets auf den oder die durch die Verfügung Begünstigten an (MünchKommBGB/H. Schäfer, § 893 Rn. 10; Staudinger/Picker, BGB, 2019, § 893 Rn. 34 ff.).

Im vorliegenden Fall kommt es demnach ebenso auf die Redlichkeit von A an. Diesem ist die Überleitung der Reallast aber bekannt. Die Überleitung nach § 93 SGB XII ist als Verwaltungsakt gegenüber dem

Drittschuldner auch diesem gegenüber bekannt zu geben (BeckOK-SozR/Weber, § 93 SGB XII Rn. 44).

Sofern davon ausgegangen wird, dass nur die künftig fälligen (ab diesem Zeitpunkt also rückständigen) *Einzelleistungen* aus der Reallast aufschiebend bedingt mit deren Fälligkeit übergeleitet worden sind (und eben nicht die Reallast selbst), so vermittelt das Grundbuch *in Bezug auf diese Einzelleistungen* nach §§ 1107, 1159 Abs. 2 BGB **keinen Gutglaubensschutz**. Denn nach §§ 1107, 1159 Abs. 2 BGB ist § 892 BGB auf die rückständigen Einzelleistungen nicht anzuwenden (BeckOK-BGB/Reischl, § 1107 Rn. 9). Entsprechend anzuwenden sind nach §§ 1107, 1159 Abs. 1 BGB vielmehr die §§ 404 ff. BGB, mithin auch § 407 Abs. 1 BGB. Hiernach muss der neue Gläubiger eines Anspruchs jedes Rechtsgeschäfts, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, dass der Schuldner die Abtretung bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt. Hierunter fällt auch die Aufhebung des Vertrages, aus dem sich der Anspruch ergibt (BGH NJW-RR 2010, 483; BeckOGK-BGB/Lieder, Std.: 1.1.2024, § 407 Rn. 28 m. w. N.).

Gleichwohl scheitert vorliegend in jedem Fall eine gutgläubige Aufhebung der Reallast nach §§ 161 Abs. 3, 1107, 1059 Abs. 1, 407 Abs. 1 BGB an der erforderlichen Redlichkeit von A, sodass der Sozialleistungsträger die Aufhebung vorliegend nicht gegen sich gelten lassen muss.

### 3. Ergebnis

Unabhängig davon, ob die Reallast *als dingliches Recht* (teilweise) auf den Sozialleistungsträger übergeht oder ob das Stammrecht bei der Großmutter verbleibt und nur einzelne Ansprüche (teilweise) auf den Sozialleistungsträger übergeleitet werden, bedarf es zur Aufhebung der Reallast der Mitwirkung des Sozialleistungsträgers. U. E. ist jedoch vorzugswürdig, davon auszugehen, dass die Reallast (als dingliches *Recht*) *selbst* (teilweise) übergeht und nicht nur die einzelnen *Ansprüche* aus der Reallast.

## Rechtsprechung

**BeurkG § 17; BGB § 2347; BNotO § 19; HöfeO §§ 12, 13; ZPO § 256**

**Beurkundung eines unwirksamen Pflichtteilsverzichtsvertrages; Haftung des Notars**

**Zur Haftung eines Notars, der einen wegen eines Verstoßes gegen § 2347 BGB unwirksamen Pflichtteilsverzichtsvertrag beurkundet, und zur Frage,**

**wann hieraus dem Erben ein Schaden entsteht, so dass die 10-jährige, kenntnisunabhängige Verjährungsfrist beginnt.**

OLG Hamm, Urt. v. 12.7.2023 – 11 U 148/22

### Problem

Der Erblasser, Eigentümer eines Hofes im Sinne der Höfeordnung und von hoffreiem Grundbesitz, setzte seine Tochter T1 im Jahr 2005 zur Hofes- und Alleinerbin ein. Im Jahr 2006 wurde vom dann später beklagten Notar zwischen dem Erblasser und dessen Töchtern T1 und T2 eine als Pflichtteilsverzichtungsvertrag bezeichnete Vereinbarung beurkundet. Gegen Leistung einer Abfindung in Höhe von 30.000 € durch T1 verzichtete die weitere Tochter T2 darin gegenüber dem Erblasser auf ihr Pflichtteilsrecht am hoffreien Nachlass sowie auf höferechtliche Abfindungs- und Ergänzungsabfindungsansprüche i. S. d. §§ 12, 13 HöfeO (zumindest teilweise). Zur Beurkundung des Vertrages erschien der Erblasser nicht persönlich, sondern wurde durch eine Mitarbeiterin des Notars vollmachtlos vertreten. Der Erblasser genehmigte mit Erklärung vom 9.2.2006 die abgegebenen Erklärungen. Die unter dieser Erklärung abgegebene Unterschrift wurde am selben Tag durch den Notar notariell beglaubigt. Der vereinbarte Abfindungsbetrag von 30.000 € wurde im Laufe des Jahres 2006 an die Verzichtende (T2) gezahlt.

Im Jahr 2020 verstarb der Erblasser. T2 trat nun an T1 (die Erbin) heran und verlangte unter Hinweis auf die Unwirksamkeit des Pflichtteilsverzichtungsvertrages ein Nachlassverzeichnis. Daraufhin forderte T1 den Notar unter Hinweis auf die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen durch T2 dazu auf, zu erklären, dass er sie von sämtlichen Pflichtteilsansprüchen der T2 freistellen werde. Der beklagte Notar lehnte dies ab und erhob gegen die geltend gemachten Ansprüche insbesondere die Einrede der Verjährung. Das LG wies die Klage ab, da ein etwaiger Schadensersatzanspruch spätestens seit dem 10.2.2016 verjährt sei. Dagegen legte die Klägerin (T1) Berufung ein.

### Entscheidung

Nach dem Urteil des OLG Hamm ist die zulässige Berufung erfolgreich, da die eingelegte Feststellungsklage zulässig und begründet sei. Aus Sicht des OLG Hamm steht T1 als Klägerin gegenüber dem beklagten Notar ein durchsetzbarer Schadensersatzanspruch aus § 19 Abs. 1 BNotO deswegen zu, weil die von ihm am 6.2.2006 errichtete Urkunde sowohl hinsichtlich des Pflichtteilsverzichts als auch wegen der Vereinbarung in Bezug auf die Ansprüche aus der HöfeO unwirksam ist und der Klägerin dadurch wahrscheinlich ein Schaden

entstanden ist, den sie nicht von Dritten ersetzt verlangen kann.

Von zentraler Bedeutung ist die Feststellung der Verletzung der sich aus § 17 Abs. 1 BeurkG ergebenden Amtspflichten. Der Notar hat die ihm obliegenden Amtspflichten dadurch verletzt, dass er bei der Beurkundung § 2347 Abs. 2 S. 1 BGB a. F. (ab dem 1.1.2023: § 2347 S. 1 BGB n. F.) übersehen hat, wonach der **Erb- bzw. Pflichtteilsverzichtsvertrag** von Seiten des **Erblassers** grundsätzlich ein **höchstpersönliches Rechtsgeschäft** darstellt. Im vorliegenden Fall hätte daher nicht unter Beteiligung eines vollmachtlosen Vertreters des Erblassers beurkundet werden dürfen.

Hinsichtlich der sonstigen Ausführungen des OLG Hamm zur Haftung sei auf die Originalentscheidung verwiesen. Was die vom Notar geltend gemachte Verjährungseinrede angeht, so bleibt noch auszuführen, dass die Einrede im vorliegenden Fall nicht durchgriff. Insoweit wird in den Entscheidungsgründen zum einen ausgeführt, dass die kenntnisabhängige, dreijährige Verjährungsfrist des § 199 Abs. 1 BGB nicht vollendet sei, weil eine Kenntnis der Klägerin von der haftungsbegründenden Pflichtverletzung des Notars erst mit dem anwaltlichen Schreiben der T2 vom 27.4.2021 eingetreten sei. Zum anderen geht das OLG Hamm davon aus, dass ein Schaden frühestens mit dem Ableben des Erblassers entstanden ist. Denn bis zum Ableben des Erblassers sei offen gewesen, ob das pflichtwidrige, ein Risiko begründende Verhalten in Zukunft zu einem Schaden der Klägerin führen würde. Daher sei auch die kenntnisunabhängige 10-jährige Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen.

### Praxishinweis

Leider wird das Vertretungsverbot des § 2347 S. 1 BGB in der Praxis immer wieder übersehen, sodass es sich hierbei um eine **erhebliche Haftungsfall**e für den Notar handelt (vgl. auch OLG Düsseldorf ZEV 2011, 529 m. Anm. Weidlich; OLG Düsseldorf ZEV 2014, 265). Bei der Beurkundung von separaten **Pflichtteilsverzichtsverträgen** wie auch von **kombinierten Verträgen mit eingeschlossenem Pflichtteilsverzicht** (wie z. B. Übergabeverträgen) muss daher von einer Vertretung des Erblassers abgesehen werden, da anderenfalls der Verzichtsvertrag unwirksam ist (gleiches gilt für den Erbverzichts- oder den Zuwendungsverzichtsvertrag). Eine Ausnahme vom Vertretungsverbot besteht nach dem Gesetz nur dann, wenn der Erblasser geschäftsunfähig (§ 104 Nr. 2 BGB) ist, da dann gem. § 2347 S. 2 BGB n. F. eine Vertretung durch den gesetzlichen Vertreter (Betreuer) in Betracht kommt.

**23. Wissenschaftliches Symposium**  
des Instituts für Notarrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg  
Neubaukirche, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg am Freitag, 21. Juni 2024, zum Thema

## Erbrecht 2024: Aktuelle Herausforderungen für die notarielle Gestaltungspraxis

- 09.15 Uhr**      **Begrüßung und Einführung:**  
*Dr. Andreas **Bernert**, Notar a. D., Geschäftsführer des DNotI, Würzburg*
- 09.30 Uhr**      **Aktuelle Rechtsprechung des BGH in Erbsachen**  
*Prof. Dr. Christoph **Karczewski**, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe*
- 10.00 Uhr**      **Erbrecht und Grundbuch – aktuelle Fragestellungen**  
*Prof. Dr. Christopher **Keim**, Notar, Ingelheim am Rhein*
- 10.30 Uhr*      *Diskussion, anschließend Kaffeepause*
- 11.15 Uhr**      **Anordnung der Testamentsvollstreckung – Ernennung, Vergütung, Kontrollinstanz**  
*Prof. Dr. Knut **Lange**, Universität Bayreuth*
- 11.45 Uhr**      **Schwarze Schafe im Erbrecht**  
*Dr. Gabriele **Müller-Engels**, Referatsleiterin für Familien- u. Erbrecht am Deutschen  
Notarinstitut*
- 12.15 Uhr*      *Diskussion, anschließend Mittagessen*
- 13.30 Uhr**      **Die Nachfolge von Todes wegen in Personengesellschaften nach dem MoPeG**  
*PD Dr. Patrick **Meier**, Notar, Bischofsheim in der Rhön*
- 14.00 Uhr**      **Das neue Bundesstiftungsrecht**  
*Prof. Dr. Joachim **Suerbaum**, Universität Würzburg*
- 14.30 Uhr*      *Diskussion, anschließend Kaffeepause*
- 15.15 Uhr**      **Aktuelles zum notariellen Nachlassverzeichnis**  
*Dr. Dietmar **Weidlich**, Notar, Roth*
- 15.45 Uhr**      **Aktuelles Erbschaftsteuerrecht für Notare**  
*Dr. Eckhard **Wälzholz**, Notar, Füssen*
- 16.15 Uhr*      *Diskussion und Schlusswort: Dr. Andreas Bernert, Notar a. D., Geschäftsführer des DNotI,  
Würzburg.*
- 16.30 Uhr**      **26. NotRV-Mitgliederversammlung**

### Organisatorische Hinweise:

Die Veranstaltung behandelt notarspezifische Themen. Die Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post. Eine Anerkennung der Fortbildungsveranstaltung nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 BNotO ist vorab mit der jeweiligen Aufsichtsbehörde abzustimmen. Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck „**Symposium 2024**“ wie folgt zu überweisen: HypoVereinsbank UniCredit AG Würzburg, IBAN: **DE29790200760006671594**. Rück-erstattung des Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis 7 Tage vor der Veranstaltung. Für zurückzuzahlende Teilnahmegebühren wird eine Stornogebühr in Höhe von 10 € berechnet.

**Anmeldungen richten Sie bitte an:** Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, **Fax:** 0931/35576225; **E-Mail:** [notrv@dnoti.de](mailto:notrv@dnoti.de); [www.notrv.de](http://www.notrv.de). **Teilnahmegebühren:** **frei** für Notarassessoren mit NotRV-Mitgliedschaft; **80 €** für Notare a. D. mit NotRV-Mitgliedschaft; **130 €** für Notare a. D. und Notarassessoren ohne NotRV-Mitgliedschaft, Rechtsanwälte mit max. 3 J. Zulassung, Notariatsangestellte; **240 €** für NotRV-Mitglieder; **290 €** für Nichtmitglieder.

## Veranstaltungen

**1x1 der notariellen Gebührenrechnung** (Tondorf),  
5.4.2024 Melle-Osnabrück; 19.4.2024 Bochum –  
Hybrid-Veranstaltung

**Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2023/2024** (Bernert/Lieder/Hertel/Kessler/Herrler), 18.4.2024 Heusenstamm – Hybrid-Veranstaltung; 19.4.2024 Stuttgart

**Aktuelles Steuerrecht für Notare** (Wartenburger),  
26.4.2024 Bochum – Hybrid-Veranstaltung

Weitere Termine für **April 2024**, Anmeldung und  
aktuelle Informationen unter [www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de)

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

### Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

### Hinweis:

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

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

**Redaktion:** Notarassessor Fabian Schwarz

### 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

WEG §§ 30, 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2, 3 – Umwandlung von Wohnungserbbaurechten in Wohnungseigentum; Erfordernis einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung

BGB § 2113; GBO §§ 51, 40 – Veräußerung eines Grundstücks durch befreite Vorerbin vor Grundbuchberichtigung und Eintragung des Nacherbenvermerks; Notwendigkeit der Zustimmung der Nacherben; Handeln aufgrund transmortaler Vollmacht

#### Rechtsprechung

BGB §§ 2202, 185, GBO §§ 29, 53 Abs. 1 – Unwirksamkeit einer Verfügung des Testamentsvollstreckers vor Annahme des Amts

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### WEG §§ 30, 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2, 3

#### Umwandlung von Wohnungserbbaurechten in Wohnungseigentum; Erfordernis einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung

##### I. Sachverhalt

Die Eigentümer von Wohnungserbbaurechten haben das Erbbaugrundstück erworben und die Aufhebung der Erbbaurechte beschlossen. Sie wollen die Wohnungserbbaurechte in Wohnungseigentum überführen. Die Aufteilung in Wohnungserbbaurechte war bereits 1996 erfolgt. Nunmehr verlangt das Grundbuchamt eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung mit der Begründung, dass das Sondereigentum am Grundstück neu begründet werde.

##### II. Frage

Kann das Grundbuchamt die Vorlage einer Abgeschlossenheitsbescheinigung gemäß der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen nach dem Wohnungseigentumsgesetz (AVA) v. 6.7.2021 verlangen?

##### III. Zur Rechtslage

##### 1. Sachenrechtliches Erfordernis der Aufhebung des Erbbaurechts und Neubegründung von Wohnungseigentum

a) Steht ein Erbbaurecht mehreren gemeinschaftlich nach Bruchteilen zu, so können die Anteile gem. § 30 Abs. 1 WEG in der Weise beschränkt werden, dass jedem der Mitberechtigten das Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung oder an nicht zu Wohnzwecken dienenden bestimmten Räumen in einem auf Grund des Erbbaurechts errichteten oder zu errichtenden Gebäude eingeräumt wird (Wohnungserbbaurecht bzw. Teilerbbaurecht). Wesentlicher **Unterschied zum Wohnungseigentum** ist mithin, dass dort das Miteigentum am

Grundstück, hier die Mitberechtigung am Erbbaurecht (als grundstücksgleiches Recht) inhaltlich beschränkt wird und somit sachenrechtlich unterschiedliche „Aufteilungsgegenstände“ vorliegen (BeckOGK-WEG/Schulz, Std.: 1.12.2023, § 30 Rn. 27). Die bloße Vereinigung von Erbbaurecht und Grundstückseigentum in einer Person führt nach § 889 BGB nicht zum Erlöschen des Erbbaurechts. Dies ergibt sich insbes. aus den Vorschriften über den Heimfall des Erbbaurechts (§ 2 Nr. 4, §§ 32 f. ErbbauRG).

b) **Eine Transformation von Wohnungserbbaurechten in anteilsgleiche und raumgleiche Wohnungseigentumsrechte auf direktem Wege ist nicht möglich.** Erforderlich ist ein schrittweises Vorgehen (OLG München NJOZ 2011, 342, 342; BayObLG MittBay-Not 1999, 375, 376; Winkler/Schlögel, ErbbauR-HdB, 7. Aufl. 2021, § 3 Rn. 130; BeckOGK-WEG/Schulz, § 30 Rn. 27). Da es sich beim Wohnungserbbaurecht nach § 30 WEG nur um eine besondere Art der Mitberechtigung an einem Erbbaurecht handelt, kann nur das Erbbaurecht insgesamt aufgehoben werden – es verbleibt dann das unbelastete Grundstück, die Wohnungserbbaurechte erlöschen und die Erbbaugrundbücher sind nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 WEG zu schließen. Denn ohne fortbestehende Mitberechtigung am Erbbaurecht ist damit verbundenes Sondereigentum rechtlich nicht möglich. Nicht denkbar ist daher eine Aufhebung des Erbbaurechts in der Weise, dass nur die Wohnungseigentumseinheiten bestehen bleiben würden, denn das Wohnungseigentum als solches ist eine besondere Form des Bruchteilseigentums am Grundstück. Um Wohnungseigentum zu erhalten, muss somit zunächst das Erbbaurecht am Grundstück (bzw. hier die Wohnungserbbaurechte) aufgehoben werden. Dies ist hier bereits geschehen. In einem zweiten Schritt kann sodann das Grundstück in Wohnungseigentum aufgeteilt werden (BeckOGK-WEG/Schulz, § 30 Rn. 27).

## 2. Grundbuchverfahrensrechtliche Erfordernisse: Neuer Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung

Zur Begründung von Wohnungseigentum bedarf es nach § 7 Abs. 4 WEG eines Aufteilungsplanes sowie einer Abgeschlossenheitsbescheinigung. Diese Anforderungen gelten auch bei der Begründung von Wohnungserbbaurechten (§ 30 Abs. 3 S. 2 WEG).

U. E. ist es dabei möglich, den bereits vorhandenen Aufteilungsplan und die vorhandene Abgeschlossenheitsbescheinigung zur Grundlage der Neubegründung von Wohnungseigentum zu machen. Insbesondere ist in der Abgeschlossenheitsbescheinigung auch die Abgeschlossenheit der Wohnungen als solche bescheinigt und nicht etwa die des Wohnungserbbaurechts, vgl. § 3 Abs. 3

WEG. **Für eine einmal erteilte Abgeschlossenheitsbescheinigung gibt es weder ein Verfalldatum noch eine Beschränkung auf eine einmalige Verwendung** (OLG Schleswig RNotZ 2012, 335, 336; BeckOK-WEG/Kral, Std.: 1.1.2024, § 7 Rn. 82; Bärmann/Armbrüster, WEG, 15. Aufl. 2023, WEG § 7 Rn. 115).

Für eine *bereits erteilte* Abgeschlossenheitsbescheinigung kann grundsätzlich auch die **Neufassung der AVA** (Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen nach dem Wohnungseigentumsgesetz) im Jahr 2021 **nicht erheblich sein, wenn weder Sondereigentum an Grundstücksflächen noch an Stellplätzen begründet werden soll**, es also auf die inhaltlichen Vorgaben gem. §§ 6, 7 AVA nicht ankommt. Ausreichend ist zunächst, dass die alte Bescheinigung weiterhin richtig ist und dabei insbesondere der der Bescheinigung zugrunde liegende Aufteilungsplan mit den aktuellen tatsächlichen Verhältnissen hinsichtlich der Abgeschlossenheit der Räume übereinstimmt (OLG Schleswig RNotZ 2012, 335, 336; BeckOK-WEG/Kral, § 7 Rn. 82; Hügel/Elzer, 3. Aufl. 2021, WEG § 7 Rn. 46). Dem Grundbuchamt ist die Übereinstimmung der aktuellen Verhältnisse mit dem (alten) Aufteilungsplan allerdings nicht nachzuweisen. Vielmehr hat das Grundbuchamt grundsätzlich von einer entsprechenden Deckungsgleichheit auszugehen, sofern sich nicht aus dem konkreten Sachverhalt berechtigte Zweifel ergeben (vgl. OLG Schleswig RNotZ 2012, 335, 336 f. zu einzelnen, gerade keine Zweifel begründenden Umständen).

Nach dem geschilderten Sachverhalt ist davon auszugehen, dass die Aufteilung in Wohnungseigentum der bisherigen Aufteilung in Wohnungserbbaurechte entsprechen soll und dass Raumgleichheit besteht. Demnach dürften sich auch für das Grundbuch keine Anhaltspunkte gegen die Richtigkeit der Abgeschlossenheitsbescheinigung ergeben. Allein der Zeitablauf dürfte angesichts der bei Immobilien üblichen Gebrauchsdauer jedenfalls keine diesbezüglichen Zweifel begründen (vgl. OLG Schleswig, RNotZ 2012, 335, 337).

Weiter ist es aber erforderlich, dass die Eintragungunterlagen bei Einreichung zum Grundbuchamt die *derzeit* geltenden gesetzlichen Erfordernisse erfüllen. Selbst wenn mangels Sondereigentums an Grundstücksflächen oder Stellplätzen die strengereren Anforderungen der AVA nicht zu erfüllen sind, verlangt jedoch *nunmehr* das WEG stets die Einreichung eines **Lageplans**, aus dem sich gem. § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 WEG die Aufteilung des Gebäudes und des Grundstücks sowie die Lage und Größe der im Sondereigentum und der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Teile des Gebäudes und des Grundstücks ergeben müssen. Ein solcher Plan

ist auch dann erforderlich, wenn das Grundstück selbst nicht aufgeteilt werden soll (BeckOGK/Meier, Std.: 1.6.2023, § 7 Rn. 57; Wobst, DNotZ 2021, 582, 585; Zimmer ZWE 2021, 436, 439). Diese **Anforderungen des § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 WEG müssen die älteren Pläne erfüllen**. Ob hier der alte Aufteilungsplan die Anforderungen wahrt, ist freilich eine Tatfrage.

Im **Ergebnis** kann damit grundsätzlich eine bereits erteilte Abgeschlossenheitsbescheinigung erneut als Nachweis im Grundbuchverfahren verwendet werden. Materiell-rechtlich ist aber ein **neuer Aufteilungsakt** gem. § 3 WEG bzw. gem. § 8 WEG erforderlich, d. h. ein neuer rechtsgeschäftlicher Begründungsakt, der materiell- und grundbuchverfahrensrechtlich den Anforderungen einer erstmaligen Begründung von Wohnungseigentum unterliegt.

---

## BGB § 2113; GBO §§ 51, 40

### Veräußerung eines Grundstücks durch befreite Vorerbin vor Grundbuchberichtigung und Eintragung des Nacherbenvermerks; Notwendigkeit der Zustimmung der Nacherben; Handeln aufgrund transmortaler Vollmacht

---

#### I. Sachverhalt

Eheleute sind zu je ½ Anteil als Miteigentümer im Grundbuch eingetragen. Nach dem Tod des Ehemannes möchte die Ehefrau das Grundstück verkaufen. Der Ehemann hat die Ehefrau im notariellen Testament als befreite Vorerbin und als Nacherben zwei eigene Töchter sowie die einseitige Tochter der Ehefrau eingesetzt. Eine Grundbuchberichtigung ist noch nicht erfolgt, insbesondere ist im Grundbuch noch kein Nacherbenvermerk eingetragen.

#### II. Fragen

1. Müssen die drei Töchter als Nacherben dem beabsichtigten Verkauf zustimmen?
2. Ergibt sich etwas anderes, wenn die Ehefrau auf der Basis einer trans- bzw. postmortalen notariellen Vollmacht für den verstorbenen Ehemann handelt? Kann sie für diesen Fall auch die Nacherben vertreten, ohne den Verfügungsbeschränkungen der §§ 2112, 2113 BGB unterworfen zu sein?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Zur fehlenden Grundbuchberichtigung

Zunächst stellt sich die Frage, ob eine **Voreintragung der Vorerbin** im Grundbuch erforderlich ist. Nach § 39 Abs. 1 GBO soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als der

Berechtigte eingetragen ist. Dies ist vorliegend nicht der Fall, da nach dem Tod des Erblassers noch keine Grundbuchberichtigung auf die Vorerbin erfolgt ist.

Nach § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO ist die **Voreintragung entbehrlich**, wenn die Person, deren Recht von der Bewilligung betroffen wird, **Erbe** ist und die **Übertragung eines Rechts** eingetragen werden soll. Beides ist vorliegend der Fall. Eine Voreintragung dürfte daher entbehrlich sein, soweit es um die Eintragung der **Auflassung** geht.

Fraglich ist aber, ob dies auch im Hinblick auf die Eintragung einer **Finanzierungsgrundschuld** gilt, da hierbei eine *Belastung* des Grundstücks erfolgt, die vom Wortlaut des § 40 Abs. 1 GBO nicht ausdrücklich erfasst ist. Die h. A. in der Rechtsprechung bejaht mittlerweile die entsprechende Anwendung von § 40 Abs. 1 GBO (KG MittBayNot 2021, 245; OLG Frankfurt MittBayNot 2018, 247; OLG Köln FGPrax 2018, 106; OLG Stuttgart DNotZ 2019, 194; OLG Celle DNotZ 2020, 672; a. A. KG FGPrax 2011, 270, allerdings für den Erben; vgl. dazu auch Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 142c; Weber, DNotZ 2018, 884, 895 ff.; BeckOK-GBO/Zeiser, Std.: 1.11.2023, § 40 GBO Rn. 20). Eine höchststrichterliche Klärung der Frage steht allerdings noch aus, so dass im Falle einer gewünschten Belastung ggf. mit dem Grundbuchamt vorab geklärt werden sollte, ob es sich der oben dargelegten, im Vordringen befindlichen Rechtsansicht der Oberlandesgerichte anschließt.

##### 2. Zur Verfügungsbefugnis des befreiten Vorerben

Das Grundstück würde durch die geplante Veräußerung aus der Nacherbenbindung ausscheiden, wenn die Verfügung der Vorerbin über den Eintritt des Nacherbfalls hinaus wirksam wäre. Im Falle der Nicht-Befreiung des Vorerben (vgl. § 2113 Abs. 1 BGB) ist dies der Fall, wenn die Verfügung **mit Zustimmung der Nacherben** erfolgt ist. Erforderlich ist dabei die Zustimmung aller Nacherben, auch die der bedingt eingesetzten und der sog. weiteren Nacherben, nicht aber die Zustimmung von reinen Ersatznacherben (vgl. BGHZ 40, 115, 119. Im Falle der **Befreiung** des Vorerben ist die Zustimmung vonnöten, wenn es sich um eine **unentgeltliche** Verfügung handelt, da insoweit keine Befreiung erteilt werden kann (§§ 2136, 2113 Abs. 2 S. 1 BGB).

Im vorliegenden Fall liegt eine **befreite Vorerbschaft** vor. Der befreite Vorerbe darf grundsätzlich über den Grundbesitz verfügen, sofern er hierbei nicht unentgeltlich verfügt (vgl. §§ 2136, 2113 Abs. 2 BGB; vgl. zum Grundstücksverkauf durch den befreiten Vor-

erben Hartmann, DNotZ 2017, 28). Im vorliegenden Fall ist *materiell-rechtlich* betrachtet die Zustimmung der Nacherben nicht erforderlich, wenn entgeltlich verfügt werden soll. Nach h. A. muss aber vor Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch aufgrund Grundbuchunrichtigkeit der **Nacherbe durch das Grundbuchamt zumindest angehört** werden (vgl. BayObLG NJW-RR 1994, 1360; OLG Düsseldorf RNotZ 2012, 328; Schöner/Stöber, Rn. 3521; BeckOK-GBO/Zeiser, Std.: 1.11.2023, § 51 GBO Rn. 109 m. w. N.).

Der „Nachweis“ der Entgeltlichkeit der Verfügung sowie die Anhörung des Nacherben sind **entbehrlich**, wenn der Nacherbe der Verfügung explizit **zugestimmt** hat. Ist der Nacherbe zustimmungsbereit, kann daher die Einholung der Zustimmung in öffentlich beglaubigter Form (vgl. § 29 GBO) der Erleichterung und Beschleunigung des Grundbuchverfahrens dienen und empfehlenswert sein (vgl. Hartmann, DNotZ 2017, 28, 34). Voraussetzung ist, dass alle berufenen Nacherben volljährig und zustimmungsbereit sind.

### 3. Zum Nacherbenschutz im Grundbuchverfahren

Die Eintragung des Nacherbenvermerks gem. § 51 GBO bewirkt **keine Grundbuchsperr**e. Verfügungen des Vorerben können daher – wenn der Nacherbenvermerk eingetragen ist – jederzeit grundbuchlich vollzogen werden, egal ob diese Verfügungen im Hinblick auf die angeordnete Nacherbfolge wirksam sind oder nicht (vgl. Schöner/Stöber Rn. 3489 m. w. N.). Das Grundbuchamt muss die Frage der **Wirksamkeit der Verfügung** also grundsätzlich nicht prüfen, solange der Nacherbenvermerk eingetragen bleibt (vgl. Bergemann, MittRhNotK 1972, 775; Haegle, Rpfleger 1957, 20; Rpfleger 1971, 127). Denn solange kann kein gutgläubiger (nacherbenfreier) Erwerb stattfinden (vgl. BeckOK-GBO/Zeiser, Std.: 1.11.2023, § 51 GBO Rn. 43 m. w. N.).

Allerdings wird die Wirksamkeit der Verfügung in Bezug auf die angeordnete Nacherbfolge vom Grundbuchamt dann geprüft, wenn die Wirksamkeit im Grundbuch verlautbart werden soll, wie etwa durch **Löschung des Nacherbenvermerks** oder – bei Belastung eines Grundstücks – durch Eintragung eines sog. **Wirksamkeitsvermerks** (vgl. Gutachten DNotI-Report 2006, 125 ff.).

Ist dagegen der Nacherbenvermerk – wie hier – **nicht im Grundbuch eingetragen**, da das Grundbuch nicht auf den Vorerben berichtigt ist (s. § 51 GBO: Die Eintragung des Nacherbenvermerks erfolgt erst „bei der Eintragung“ eines Vorerben), oder soll dieser im Zu-

sammenhang mit der Verfügung des Vorerben gelöscht werden, so lässt sich das Grundbuchamt Unterlagen vorlegen, die die Wirksamkeit der Verfügung des Vorerben belegen (vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3491). Dies gilt beispielsweise für die Zustimmung des Nacherben zu einer Grundstücksverfügung des nicht befreiten Vorerben oder für die Zustimmung des Nacherben zu einer unentgeltlichen Verfügung des befreiten Vorerben. Ist dies nicht möglich, muss sich der Vorerbe zunächst im Wege der Grundbuchberichtigung in das Grundbuch eintragen lassen, wobei der Nacherbenvermerk von Amts wegen (§ 51 GBO) miteingetragen wird (vgl. Schöner/Stöber, Rn. 3491).

Der nicht eingetragene Nacherbenvermerk wird also nicht etwa vom Grundbuchamt ignoriert; vielmehr hat das Grundbuchamt bei Bekanntwerden der Nacherbfolge dafür zu sorgen, dass das Grundbuch nicht unrichtig wird. Ansonsten kann sich hieran ein gutgläubiger nacherbenfreier Erwerb Dritter anschließen (vgl. § 2113 Abs. 3 BGB), der zu Amtshaftungsansprüchen führen kann.

Daher ist auch allgemein anerkannt, dass dann, wenn der Vorerbe über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück **ohne seine Voreintragung (§ 40 GBO) verfügt** und damit auch ohne, dass der Nacherbenvermerk eingetragen werden kann, die **Rechte des Nacherben von Amts wegen zu wahren** sind (Schöner/Stöber, Rn. 3477; Meikel/Böhringer, GBO, 12. Aufl. 2021, § 51 Rn. 144). Das Grundbuchamt muss die Eintragung einer solchen Verfügung von der **Zustimmung des Nacherben sowie evtl. Nachnacherben** abhängig machen (Schöner/Stöber, Rn. 3477). Handelt es sich – wie hier – um eine befreite Vorerbschaft, ist die **Entgeltlichkeit** der Verfügung zu prüfen (Schöner/Stöber, Rn. 3477; Meikel/Böhringer, § 51 Rn. 144). Bestehen insoweit keine Zweifel des Grundbuchamts, so wären vor Umschreibung des Eigentums – wenn keine Zustimmung der Nacherben vorliegt – zumindest die Nacherben **anzuhören** (vgl. dazu oben 2).

### 4. Rechtslage bei Handeln aufgrund einer transmortalen Vollmacht

Der transmortal Bevollmächtigte handelt aus **dem Erblasser (Vollmachtgeber) abgeleiteten Recht**. Er kann dabei alle Rechtsgeschäfte so vornehmen, wie der Erblasser (Vollmachtgeber) dies selbst zu Lebzeiten hätte tun können (OLG Hamburg DNotZ 1967, 31). Der post- oder transmortal Bevollmächtigte vertritt also zwar die **Erben** (Gutachten DNotI-Report 2019, 140, 141; OLG München ZEV 2012, 376; OLG Frankfurt a. M. DNotZ 2012, 140; BGHZ 87, 19; Grüneberg/Weidlich, BGB, 83. Aufl. 2024, Einf. v. § 2197 Rn. 10),



jedoch handelt er aus **vom Erblasser abgeleiteten Recht**.

Hat der die Vor- und Nacherbfolge anordnende **Erblasser** eine transmortale Vollmacht an den Vorerben erteilt, ist fraglich, ob der transmortal bevollmächtigte Vorerbe mit Wirkung auch für die Nacherben handeln und diese bei Abgabe grundbuchtauglicher Erklärungen für die Löschung des Nacherbenvermerks vertreten kann. Die Frage, ob der durch den Erblasser **transmortal Bevollmächtigte** nur den Vorerben, auch den Nacherben oder Letzteren nur unter bestimmten Voraussetzungen vertreten kann, ist nach wie vor in Rechtsprechung und Literatur **nicht abschließend geklärt**. Das OLG Stuttgart (ZEV 2019, 530 ff. = DNotI-Report 2019, 126 f.) hat in seinem Beschluss vom 29.5.2019 angenommen, dass der transmortal Bevollmächtigte (im dortigen wie im vorliegenden Fall der Vorerbe) auch den Nacherben vertreten könne (vgl. dazu Weidlich, ZEV 2016, 64; Amann, MittBayNot 2013, 363; Grüneberg/Weidlich, § 2112 Rn. 4; Strobel, NJW 2020, 502 ff.). Diese Rechtsansicht ist allerdings **nicht unumstritten** (vgl. Litzenburger, FD-Erbrecht 2019, 418920; Muscheler, ZEV 2019, 532 f.; Keim, ZEV 2020, 1 ff.; ders., MittBayNot 2021, 207, 212) und steht auch nicht in Übereinstimmung mit einer Entscheidung des OLG München (ZEV 2019, 533 = DNotI-Report 2019, 125). Letzteres entschied, dass der Vorerbe die Zustimmung zu einer Verfügung sich selbst gegenüber nicht unter Berufung auf eine vom Erblasser erteilte Generalvollmacht namens des Nacherben erklären könne, wenn nicht der Nacherbe ihm gegenüber zur Erteilung der Zustimmung verpflichtet sei.

Eine höchstrichterliche Klärung der umstrittenen Rechtsfrage, ob auch eine Vertretung der Nacherben möglich ist, steht nach wie vor aus, so dass nicht mit Sicherheit davon ausgegangen werden kann, dass bei Handeln der Vorerbin aufgrund transmortaler Vollmacht des Erblassers keine Beteiligung der Nacherben erforderlich wäre. Zumindest könnten Schadensersatzansprüche von Seiten der Nacherben drohen, wenn mittels der transmortalen Vollmacht die Interessen der Nacherben beeinträchtigt werden (vgl. Keim, MittBayNot 2021, 207, 212).

## 5. Ergebnis

Da es sich im vorliegenden Fall um eine befreite Vorerbschaft handelt, ist aus materiell-rechtlicher Sicht keine Zustimmung der Nacherben zur Verfügung erforderlich, wenn entgeltlich verfügt wird. Nach h. A. bedarf es aber zumindest der Anhörung der Nacherben, wenn ein eingetragener Nacherbenvermerk im Wege der Grundbuchunrichtigkeit gelöscht werden soll. Entsprechendes

gilt, wenn die Vorerbin wie hier gem. § 40 GBO ohne Voreintragung – und ohne Eintragung eines Nacherbenvermerks – verfügen will.

Ob die Vorerbin bei Handeln aufgrund der transmortalen Vollmacht des Erblassers auch berechtigt wäre, die Nacherben zu vertreten, ist nach wie vor umstritten und höchstrichterlich ungeklärt.

## Rechtsprechung

**BGB §§ 2202, 185, GBO §§ 29, 53 Abs. 1**

**Unwirksamkeit einer Verfügung des Testamentsvollstreckers vor Annahme des Amts**

**1. Die vor Annahme des Amtes des Testamentsvollstreckers getroffene Verfügung ist unwirksam.**

**2. Sie bedarf zur Erlangung der Wirksamkeit der Genehmigung des Verfügungsbefugten und wird nicht allein dadurch wirksam, dass der Verfügende später das Amt des Testamentsvollstreckers annimmt.**

**3. Bei einem mehraktigen Verfügungstatbestand muss der Verfügende grundsätzlich im Zeitpunkt des letzten Teilakts noch verfügungsbefugt sein.**

OLG München, Beschl. v. 27.11.2023 – 34 Wx 203/23 e

### Problem

Erblasser E errichtete im März 2021 ein notarielles Testament. Darin setzte er sieben Personen zu seinen Erben ein, darunter K zu 1/6 Anteil. Ferner wandte E der Vermächtnisnehmerin V ein Grundstück zu. Zugleich ordnete er Vermächtnisvollstreckung an, setzte V zur Vermächtnisvollstreckerin ein und befreite sie von den Beschränkungen des § 181 BGB. Nach dem Tod des E erklärte V am 7.2.2022 vor einem Notar die Auflassung des Eigentums an dem vermachten Grundstück an sich selbst. In derselben notariellen Urkunde erklärte sie die Annahme des Amtes der Vermächtnisvollstreckerin. Am 10.2.2022 ging die vom Notar übersandte Annahmeerklärung beim Nachlassgericht ein. V wurde als neue Eigentümerin des vermachten Grundstücks in das Grundbuch eingetragen. K hält die Auflassung für unwirksam, weil V zum Zeitpunkt der Abgabe der Auflassungserklärung noch nicht als Vermächtnisvollstreckerin amtiert habe.

### Entscheidung

Die Wirksamkeit des Eigentumserwerbs der V nach § 873 Abs. 1, § 925 Abs. 1 BGB hängt davon ab, ob V zur Verfügung über das Nachlassgrundstück befugt

war. Bei einem mehraktigen Erwerbstatbestand muss die Verfügungsbefugnis im Moment des letzten Teilaktes vorliegen. Das OLG München geht davon aus, dass V ihre Verfügungsbefugnis als Vermächtnisvollstreckerin erst mit dem Zugang der Amtsannahmeerklärung beim Nachlassgericht am 10.2.2022 erlangt habe, § 2202 Abs. 1, § 2205 S. 1 BGB. Sie sei deshalb *zum Zeitpunkt der Erklärung der Auflassung* nicht Verfügungsbefugt gewesen. Daher liege eine wirksame Auflassung nicht vor.

Auch die nach Erklärung der Auflassung, aber vor Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch erfolgte Amtsannahme der V habe nicht zu einem Wirksamwerden der Auflassung geführt. Aus einer Entscheidung des BGH (BeckRS 2009, 86948 Rn. 9 = DNotZ 2010, 370) ergebe sich, dass die Verfügungsbefugnis bereits im Zeitpunkt der dinglichen Einigung nach § 873 Abs. 1 BGB vorliegen müsse. Der im Gutachten „DNotI-Report 2020, 153“ [gemeint: DNotI-Report 2022, 153] vertretenen Auffassung sei nicht zu folgen. Nach der in diesem Gutachten zitierten Entscheidung des BGH komme es zwar entscheidend auf die Verfügungsbefugnis zum Zeitpunkt der *Vollendung* des Erwerbstatbestands an (BGH, Urt. v. 22.5.1957 – IV ZR 4/57, BeckRS 1957, 31378952 unter Ziff. 4. b). Das DNotI habe diese Entscheidung jedoch unvollständig zitiert. Der BGH habe sich (nur) zu dem Fall geäußert, dass ein Verfügender seine Verfügungsbefugnis *verliere*, bis der Rechtserwerb vollendet sei. Im hiesigen Fall gehe es aber darum, dass der Verfügende seine Verfügungsbefugnis bis zur Vollendung des Rechtserwerbs *erlange*.

Eine Genehmigung des Testaments- bzw. Vermächtnisvollstreckers nach Amtsannahme (§ 185 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB) sei zwar grundsätzlich möglich; V habe eine solche Erklärung aber nicht abgegeben. Auch eine Konvaleszenz in direkter oder analoger Anwendung des § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB scheide aus. Der Testamentsvollstrecker erwerbe nicht den „Gegenstand“, indem er sein Amt annehme. Eine analoge Anwendung komme (unter Verweis auf BGH ZIP 1999, 447) nicht in Betracht, weil gem. § 2202 Abs. 1 BGB die Verfügungsbefugnis erst *ex nunc* mit Amtsannahme beginne und der der Konvaleszenz zugrundeliegende Gedanke der Treuwidrigkeit hier nicht greife, weil Konvaleszenz nicht zu Lasten eines fremden Vermögens gehen solle.

### Praxishinweis

Folgt man der Ansicht des OLG München, so sollte der berufene Testamentsvollstrecker zunächst die Annahme seines Amtes und erst anschließend (nach Wirksamwerden der Annahmeerklärung) die Auflassung des Grundstücks erklären. Gibt er beide Erklärungen in

derselben notariellen Urkunde ab, so soll er das anfängliche Fehlen seiner Verfügungsbefugnis durch Abgabe einer Genehmigungserklärung selbst (!) heilen können, § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB. Zum Grundbuchvollzug müsste diese Erklärung in öffentlich beglaubigter Form vorliegen, § 29 Abs. 1 S. 1 GBO.

Das DNotI rückt nicht von seiner im Reportgutachten 2022, 153 vertretenen Auffassung ab. Das OLG München verkennt, dass die Übertragung des Eigentums am Grundstück einen mehraktigen Verfügungstatbestand darstellt, der neben der Erklärung der Auflassung auch die Eintragung voraussetzt (statt aller Grüneberg/Herrler, 83. Aufl. 2024, § 873 Rn. 1 und § 925 Rn. 21). Es ist unstreitig, dass die Verfügungsbefugnis erst mit Vollendung aller Tatbestandsmerkmale der mehraktigen Verfügung vorliegen muss (BeckOGK-BGB/Regenfus, Std.: 1.2.2024, § 185 Rn. 33 m. w. N.). Es ist daher nicht zutreffend, dass – so aber das OLG München – die *Auflassungserklärung*, die lediglich einen Teilakt der Verfügung darstellt, wegen des Fehlens der Verfügungsbefugnis unwirksam sein soll.

Auch die zitierten Belegstellen stützen die Rechtsmeinung des OLG München nicht. Die Entscheidung des BGH aus 1998 zum DDR-Volkseigentum (ZIP 1999, 447) enthält überhaupt keine Aussagen zur Testamentsvollstreckung. Den Ausführungen von *Weidlich* (in: Grüneberg, BGB, 81. Aufl. 2022, § 2202 Rn. 1) lässt sich keine Aussage zur Verfügungsbefugnis *bei mehraktigen Verfügungstatbeständen* entnehmen. Weiter zitiert das OLG München als Beleg dafür, dass die Verfügungsbefugnis bereits im Zeitpunkt der Einigung vorliegen müsse, BeckOK-BGB/Lange, § 2202 Rn. 13 [Kosten der Amtsannahmebestätigung]. In Rn. 17 der Kommentierung von *Lange* heißt es jedoch jedenfalls seit der 65. Edition (Stand 1.2.2023), also zeitlich schon vor der Entscheidung des OLG München am 27.11.2023, dass es bei mehraktigen Verfügungstatbeständen *auf den letzten Teilakt* ankomme und daher § 185 Abs. 2 S. 2 Var. 1 BGB nicht anwendbar sei, wenn der Testamentsvollstrecker sein Amt vor Eintragung im Grundbuch angenommen habe.

Im Übrigen enthält das seitens des DNotI im Gutachten DNotI-Report 2022, 153 zitierte Urteil des BGH (Urt. v. 22.5.1957 – IV ZR 4/57 Ziff. 4b) abstrakt-generelle Aussagen, die *sowohl* für den späteren Verlust *als auch* für die spätere Erlangung der Verfügungsbefugnis gelten. Der BGH führt **wörtlich** aus: „Für die Frage der Berechtigung zur Verfügung kann es grds. **nur** auf den Zeitpunkt ankommen, in dem sich der Verfügungstatbestand vollendet (...)“ (Hervorhebung durch DNotI).

Diese Aussagen lassen sich auf den hiesigen Fall anwenden, so dass es nach Ansicht des DNotI vorliegend gar nicht auf § 185 BGB ankommt, da V im entscheidenden Zeitpunkt *als Berechtigte* verfügt hat.

Diskutabel wäre die vom OLG München vertretene Ansicht u. E. nur dann, wenn auch die Eintragung vor Amtsannahme erfolgt wäre. Nur dann läge die Verfügung eines Nichtberechtigten i. S. d. § 185 BGB vor, sodass es u. a. auf die Frage nach der Konvaleszenz gem. § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB ankäme. Insoweit entspricht die Ablehnung der Konvaleszenz der wohl h. M. (vgl. die Anmerkung von Zimmermann, ZEV 2024, 95, 98 f.). Gegen die Ansicht des OLG München und auch im Übrigen für eine analoge Anwendung des § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB auf Verfügungen durch den Testamentsvollstrecker, die dieser tatsächlich (anders als hier) nicht als Berechtigter vornimmt, spricht, dass es befremdlich erscheint, dass der Testamentsvollstrecker sein eigenes Rechtsgeschäft genehmigen muss und kann. Gerade für diese Fälle dürfte der Automatismus der Konvaleszenz nach § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB gedacht sein. Diese Vorschrift stellt nicht auf den Erwerb eines Gegenstands, sondern auf den Erwerb einer Rechtsposition ab (vgl. BeckOGK/Regenfus, Std.: 1.11.2023, BGB § 185 Rn. 15). Erwirbt der Verfügende nachträglich das Eigentum an einer Sache, wird eine bereits getätigte Verfügung nachträglich wirksam. Das Eigentum beinhaltet als dingliches Vollrecht die Befugnis, über eine Sache zu verfügen. Dann muss die Vorschrift des § 185 Abs. 2 S. 1 Var. 2 BGB erst recht gelten, wenn ein Verfügender nachträglich die Verfügungsbefugnis über ein Recht erlangt.

Für die Praxis sollte gleichwohl die anderslautende Entscheidung des OLG München im Blick behalten werden.

## Literaturhinweise

**W. Böhringer**, Erleichterungen im Grundstücksverkehr mit geringwertigen dinglichen Rechten, BWNotZ 2023, 278

**C. Godt**, Grundstückslasten im Natur- und Umweltschutz, notar 2024, 39

**A. Göbel**, Aktuelle Probleme des Immobiliarsachenrechts und des Grundbuchrechts – Teil 1, ZNotP 2024, 1

**S. Herrler**, Barzahlungsoption bei der Kapitalaufbringung noch zeitgemäß?, NJW 2024, 389

**S. Hügel**, Schuldrechtliche Verträge als Ersatz für dingliche Absicherungen, DNotZ 2024, 85

**J. Ihle**, Steuerrecht – Aktuelle Entwicklungen, notar 2024, 47

**P. Meier**, Der Verkauf von Immobilien von und an GbR nach dem reformierten Recht, NJW 2024, 465

**S. Perwein**, Hat der „Eigentümerwechsel“ i. S. d. §§ 47, 73 GEG im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge eine gestalterische Relevanz?, BWNotZ 2023, 290

**P. Plottek/M.-D. Rietz**, Krypto-Assets im notariellen Nachlassverzeichnis und die Pflichten des Notars, ZErB 2024, 1

**P. Selentin**, Schuldrechtliche Nebenabreden und Singularsukzession – Probleme und Gestaltungsmöglichkeiten, NotBZ 2024, 81

**B. Wegmann**, Bestimmung von Erben, insbesondere Nacherben, durch Verweisung des Erblassers auf letztwillige Verfügungen Dritter, ZEV 2024, 61

**W. Zimmermann**, Die Erbeinsetzung auf Einzelgegenstände, ZErB 2024, 41

## Veranstaltungen

**Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht der Ludwig-Maximilians-Universität München**

**„Effektives 'Enterben' – Schranken der Testierfreiheit im Zielfeld von Gestaltungen“**

### Veranstaltungsort:

Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110 im 1. OG), Geschwister-Scholl-Platz 1 (Hauptgebäude) sowie online über Zoom

### Datum:

Mittwoch, 13.3.2024, 17:30 Uhr s. t.

### Referenten:

Dr. Philipp Ceesay  
Dr. Julius Forscher

### Anmeldung und Kontaktdaten:

Forschungsstelle für Notarrecht, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München, Tel.: 089 / 2180 – 2794, E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de

**Tagung der Forschungsstelle für notarielle Rechtsgestaltung der Universität Heidelberg**

**„Das Notariat und der Testamentsvollstrecker: Interkulturelle Entwicklungslinien in der spanischen Reconquista“**

**Veranstaltungsort:**

Lautenschläger-Hörsaal im Juristischen Seminar der Universität Heidelberg

**Datum:**

Freitag, 19.4.2024, 09:00 Uhr

**Anmeldung**

per E-Mail bis zum 10.04.2024 an:  
notareg@igr.uni-heidelberg.de

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 §§ 883, 878; GBO §§ 13, 15; BNotO § 24 Abs. 3 – Rücknahme von Eintragungsanträgen durch einen Insolvenzverwalter; Bedeutung von § 13 Abs. 1 S. 3 GBO n. F.

BauGB §§ 28, 250; GBestV-Bau § 2 – Negativattest der Baubehörde hinsichtlich der Mindestanzahl von Wohnungen i. S. d. § 250 Abs. 1 S. 2 u. 6 BauGB i. V. m. § 2 Abs. 1 S. 2 GBestV-Bau

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**BGB §§ 883, 878; GBO §§ 13, 15; BNotO § 24 Abs. 3**

**Rücknahme von Eintragungsanträgen durch einen Insolvenzverwalter; Bedeutung von § 13 Abs. 1 S. 3 GBO n. F.**

#### I. Sachverhalt

Die Parteien eines Grundstückskaufvertrages treten mit dem Wunsch an den Notar heran, die Fälligkeit des Kaufpreises nicht von der Eintragung der Eigentumsvormerkung, sondern lediglich von der Antragstellung abhängig zu machen. Hierdurch sollen Verzögerungen betreffend die Kaufpreisfälligkeit infolge langer Bearbeitungsdauer beim zuständigen Grundbuchamt vermieden werden.

Die Urkunde sieht ferner vor, dass der Notar beizeiten den in der Urkunde enthaltenen Antrag des Käufers auf Eintragung des Eigentumswechsels beim Grundbuchamt einreichen soll.

#### II. Fragen

1. Kann bei einer Insolvenz des Verkäufers der

Insolvenzverwalter den Antrag auf Eintragung der Eigentumsvormerkung einseitig zurücknehmen, wenn der Notar

- a) den Antrag der Beteiligten als Bote übermittelt,
- b) den Antrag gem. § 15 Abs. 2 GBO stellt, oder
- c) den Antrag aufgrund besonderer im Vertrag enthaltener Vollmacht im Namen von Verkäufer und Käufer stellt?

2. Kann das Grundbuchamt angesichts von § 13 Abs. 1 S. 3 GBO n. F. verlangen, dass der Notar den Antrag auf Eintragung des Eigentumswechsels auf der Grundlage von § 15 Abs. 2 GBO oder aufgrund einer ausdrücklichen Vollmacht seitens der Beteiligten stellt? Ist also eine Übermittlung eines Beteiligtenantrags durch den Notar *als Bote* nunmehr aufgrund von § 13 Abs. 1 S. 3 GBO ausgeschlossen?

#### III. Zur Rechtslage

##### I. Möglichkeit der Antragsrücknahme durch den Insolvenzverwalter

##### 1. Bedeutung von § 15 Abs. 2 GBO und § 24 Abs. 3 BNotO

Der Insolvenzverwalter hat unzweifelhaft die Möglichkeit, den Eintragungsantrag *des Insolvenzschuldners* zurückzunehmen. Dies gilt ungeachtet der Frage, ob der Notar den Eintragungsantrag als Bote *oder* auf der „Grundlage“ von § 15 Abs. 2 GBO *oder* aufgrund Voll-

zugsvollmacht dem Grundbuchamt einreicht. Dies ergibt sich aus Folgendem:

Das Grundbuchverfahren ist vom Antragsprinzip beherrscht, d. h. Eintragungen von Amts wegen finden nur ausnahmsweise statt. Antragsberechtigt ist jeder, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird oder zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll, § 13 Abs. 1 S. 2 GBO. Der **Notar** selbst ist hingegen **nicht antragsberechtigt**, sondern handelt im Rahmen der Antragstellung entweder als **Bote**, d. h. als Überbringer einer *fremden* Verfahrenserklärung, oder als **Vertreter**, indem er eine *eigene* Verfahrenserklärung im (stillschweigend) fremden Namen aufgrund Vollmacht abgibt (BayObLG NJW-RR 1989, 1495; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 176).

Hieran ändert auch die Bestimmung des **§ 15 Abs. 2 GBO** nichts. Entgegen dem etwas missverständlichen Wortlaut („... so gilt dieser als ermächtigt, im Namen eines Antragsberechtigten die Eintragung zu beantragen“) handelt es sich hierbei **weder** um ein **gesetzliches eigenes Antragsrecht** noch um eine **gesetzliche Vertretungsmacht** des Notars. Vielmehr begründet die Vorschrift nach h. M. **nur eine grundbuchverfahrensrechtliche Vollmachtsvermutung**, sodass sie den Notar gegenüber dem Grundbuchamt davon befreit, seine von einem Antragsberechtigten erteilte (Vollzugs-)Vollmacht nachweisen zu müssen (vgl. BayObLG NJW-RR 1989, 1495, 1496; BeckOK-GBO/Reetz, Std.: 1.3.2024, § 15 Rn. 37; Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 15 Rn. 3, 9; BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 1.10.2023, § 53 Rn. 5).

Ebenso wenig vermittelt **§ 24 Abs. 3 BNotO** dem Notar eine gesetzliche Vertretungsmacht mit Wirkung gegenüber den Beteiligten, da es sich hierbei lediglich um eine Vorschrift des notariellen Berufsrechts handelt. Die Vorschrift knüpft an die in § 24 Abs. 1 BNotO angeordnete berufsrechtliche Kompetenz, d. h. an die *Befugnis* zur verfahrensrechtlichen Vertretung von Beteiligten, an und begründet in Ergänzung zum jeweiligen Verfahrensrecht (hier: § 15 Abs. 2 GBO) eine **verfahrensrechtliche Vollmachtsvermutung betreffend die Antragsrücknahme**. Darüber hinaus bedingt die Vorschrift zugleich **verfahrensrechtliche Formvorschriften** (hier: § 31 Abs. 1 S. 1 GBO) durch die speziellere Regelung des § 24 Abs. 3 S. 2 BNotO ab. Die **Formerleichterung** ist der **wesentliche Zweck der Bestimmung** (vgl. Seybold/Hornig, RNotO, 1937, § 26 Abschn. III Ziff. 1: „Die Rücknahme war jedoch nach der bisherigen Regelung in der Form des §§ 29, 31 GBO, §§ 107, 109 RFGG zu erklären, d. h. die Unterschrift des antragstellenden Notars unter der Rücknahmeerklärung mußte von einem anderen Notar oder einem Gericht beglaubigt werden. Die bloße Unterzeichnung durch den

*Notar unter Beifügung des Siegels genügte nicht (...). Dieser sachlich nicht gerechtfertigte Formalismus wird nunmehr durch die Regelung des § 26 Abs. 3 beseitigt.“*; vgl. auch Jonas, DNotZ 1938, 175, 186). Die „zentrale“ Verortung in der BNotO ist dem Umstand geschuldet, dass die dort angeordnete Vollmachtsvermutung sowie die erleichterte Form der Antragsrücknahme für eine Vielzahl von Verfahren gelten, also quasi „vor die Klammer“ gezogen wurden (vgl. die nicht abschließende Aufzählung in § 24 Abs. 3 S. 1 BNotO). Wenn das Gesetz von „ermächtigt“ spricht, so ist hiermit also eine **verfahrensrechtliche Vollmachtsvermutung** gemeint (vgl. auch Seybold/Hornig, § 26 Abschn. III Ziff. 1, wonach § 26 Abs. 3 RNotO das verfahrensrechtliche Pendant zu § 15 Abs. 2 GBO ist). Die Vorschrift begründet indes **keinesfalls eine gesetzliche Vertretungsmacht** gegenüber den Beteiligten (missverständlich insoweit BeckOK-BNotO/Sander, Std.: 1.2.2024, § 24 Rn. 70 sowie Hertel, in: Frenz/Miermeister, BNotO, 5. Aufl. 2020, § 24 Rn. 5, die von einer Erweiterung der „gesetzlich verliehene[n] Vertretungsermächtigung“ gem. § 15 Abs. 2 GBO bzw. einer Erweiterung der „in anderen Vorschriften geregelte[n] Vertretungsbefugnis des Notars“ sprechen; unzutreffend BeckOK-BeurkG/Kleba, Std.: 1.9.2023, § 53 Rn. 3, sowie Diehn/Kilian, BNotO, 2. Aufl. 2019, § 24 Rn. 27, die von „gesetzliche[n] Vollzugsvollmachten mit öffentlich-rechtlichem Charakter“ bzw. „gesetzliche[r] Vertretungsmacht“ sprechen).

Die unzutreffende Annahme, bei § 15 Abs. 2 GBO bzw. § 24 Abs. 3 BNotO handele es sich um „gesetzliche Vollzugsvollmachten“ bzw. einen Fall gesetzlicher Vertretungsmacht, geht zurück auf eine **Entscheidung des RG aus dem Jahre 1918** (RGZ 93, 68). Dieser Entscheidung lag indes die **Abgrenzungsfrage** zugrunde, ob die Einreichung einer vom Notar beglaubigten Anmeldung zum Handelsregister seiner **öffentlich-rechtlichen Amtstätigkeit** zuzurechnen ist oder eine **privatrechtliche „Vertragspflicht“** darstellt. Das Gericht urteilte, es handele sich hierbei um eine notarielle Amtstätigkeit. Die Aussage zum Charakter des § 129 FGG a. F. (entspricht § 378 Abs. 2 FamFG) bzw. zu § 15 Abs. 2 GBO ist nicht *ratio decidendi* der Entscheidung. Wenn das RG ausführt, „das Antragsrecht der Notare beruh[e] auf ihrer amtlichen Stellung“, so ist dies verkürzt, denn das RG meint mit „Antragsrecht“ die im jeweiligen Verfahrensgesetz angeordnete Vollmachtsvermutung. Dies wird deutlich, wenn sich das RG im nächsten Satz der Entscheidungsgründe mit der (nicht existenten) Vollmachtsvermutung für Rechtsanwälte im Grundbuchverfahren auseinandersetzt. Obgleich zuzugeben ist, dass die Wortwahl des RG („amtliche Berechtigung“; „Antragsrecht“) den Eindruck einer an die Amtstätigkeit anknüpfenden Vertretungsmacht erweckt, so zeigt eine genauere Lektüre, dass es dort lediglich um die Ab-

grenzung von amtlicher *versus* privatrechtlich zu qualifizierender Tätigkeit ging, sodass die Entscheidung mit der auch hier vertretenen herrschenden Auffassung im Einklang steht, nach der es sich bei § 15 Abs. 2 GBO lediglich um eine *grundbuchverfahrensrechtliche* Vollmachts*vermutung* handelt.

Sowohl der BNotO als auch der GBO ist eine den Verfahrensbeteiligten gesetzlich aufgezwungene Vertretung durch einen Dritten – durch Anordnung einer gesetzlichen Vertretungsmacht zugunsten dieser Dritten – fremd.

Jeder Antragsberechtigte kann *seinen* Eintragungsantrag zurücknehmen, solange dieser noch nicht grundbuchverfahrensrechtlich erledigt ist (vgl. Schaub, in: Bauer/Schaub, GBO, 5. Aufl. 2023, § 31 Rn. 15). Demzufolge kann der Insolvenzverwalter auch einen zeitlich vor Insolvenzverfahrenseröffnung **vom Insolvenzschuldner gestellten bzw. diesem zuzurechnenden Eintragungsantrag** zurücknehmen (vgl. BeckOK-GBO/Otto, Std.: 1.3.2024, § 31 Rn. 21, Schöner/Stöber, Rn. 93a; BeckOK-GBO/Reetz, Std.: 1.3.2024, § 13 Rn. 128; MünchKommBGB/Lettmaier, 9. Aufl. 2023, § 878 Rn. 26).

Dies gilt auch dann, wenn der Antrag vom Notar auf der Grundlage von **§ 15 Abs. 2 GBO** gestellt wurde. Soweit die Ansicht vertreten wird, im Falle des § 15 Abs. 2 GBO stelle der Notar einen *eigenen* Antrag, der von einem etwaigen Antrag der Beteiligten zu unterscheiden sei (vgl. Nachweise bei Schaub, § 31 Rn. 24), so ist dies insoweit zutreffend, als es sich in der Tat um eine **eigene Verfahrenserklärung (Antrag) des Notars** handelt. Dies darf aber nicht zu der irrtümlichen Schlussfolgerung verleiten, der Notar habe ein eigenes Antragsrecht. Vielmehr entspricht es ganz h. M., dass § 15 Abs. 2 GBO **kein eigenes Antragsrecht** zugunsten des Notars begründet (s. o.), sondern der Notar lediglich **als Verfahrensvertreter namens der Antragsberechtigten i. S. v. § 13 Abs. 1 S. 2 GBO handelt** (vgl. Seybold/Hornig, § 26 Abschn. III Ziff. 1; Schaub, § 31 Rn. 24; Schöner/Stöber, Rn. 183; BeckOK-GBO/Reetz, § 13 Rn. 41; Wilsch, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl. 2024, § 11 Rn. 57). Dennoch handelt es sich um einen *eigenen* Antrag des Notars, denn die Abgabe einer *eigenen* Willens-/Verfahrenserklärung (im *fremden* Namen aufgrund Vertretungsmacht) ist dem Recht der Stellvertretung wesensimmanent. Dass das Handeln *im fremden Namen*, nämlich für die Antragsberechtigten i. S. v. § 13 Abs. 1 S. 2 GBO, häufig *stillschweigend* geschieht, ändert nichts daran, dass der Notar lediglich **Vertreter der Beteiligten** im Grundbuchverfahren ist.

Vor diesem Hintergrund sind die Antragsberechtigten i. S. v. § 13 Abs. 1 S. 2 GBO selbstverständlich befugt,

den jeweils für sie gestellten Eintragungsantrag zurückzunehmen.

Reetz ist daher zuzustimmen, wenn er ausführt:

„Ein vom Notar gestellter Antrag kann allerdings von den Antragsberechtigten immer und ohne weitere Voraussetzungen zurückgenommen werden.“

(BeckOK-GBO/Reetz, § 15 Rn. 36 m. w. N.)

Sofern der Notar den Eintragungsantrag zurücknimmt, gilt allerdings zu beachten, dass die verfahrensrechtliche **Vollmachtsvermutung des § 24 Abs. 3 S. 1 BNotO** nur für seinen (namens der Beteiligten) gestellten Antrag gilt, d. h. die Vollmachtsvermutung gilt nur für die **Rücknahme eigener Verfahrenserklärungen**. Dementsprechend muss der Notar seine Vollmacht im Grundbuchverfahren nachweisen, wenn er eine *fremde* Verfahrenserklärung, also einen von einem Antragsberechtigten selbst gestellten Antrag zurücknehmen möchte (vgl. Seybold/Hornig, § 26 Abschn. III Ziff. 1; BeckOK-GBO/Reetz, § 15 Rn. 36 m. w. N.).

## 2. Konsequenzen für die notarielle Praxis

Für die notarielle Praxis wird daher empfohlen, dass die Bewilligung i. S. v. § 19 GBO und der Antrag i. S. v. § 13 GBO stets „über Kreuz“ erklärt werden (siehe nur das Muster von Herrler, in Beck'sches Notarhandbuch, 8. Aufl. 2024, § 1 Rn. 988). Während die Bewilligung vom „verlierenden“ bzw. „betroffenen“ Vertragsteil herühren muss, sollte der **Antrag – jedenfalls auch – vom Begünstigten** (hier: dem Käufer) gestellt oder vom Notar *in dessen Namen* erklärt werden. Dies hat sowohl einen grundbuchverfahrensrechtlichen als auch einen materiell-rechtlichen Hintergrund:

a) In grundbuchverfahrensrechtlicher Hinsicht gilt, dass jeder Antragsberechtigte nur *seinen bzw. den in seinem Namen gestellten Antrag*, nicht aber den Antrag eines anderen Antragsberechtigten zurücknehmen kann (vgl. Schaub, § 31 Rn. 15). Demzufolge kann der Verkäufer bzw. der Insolvenzverwalter über das Vermögen des Verkäufers nicht den Eintragungsantrag *des Käufers* bzw. den im Namen des Käufers gestellten Eintragungsantrag zurücknehmen.

b) In materiell-rechtlicher Hinsicht dient die Antragstellung durch bzw. für den Begünstigten dazu, den Schutzbereich des § 878 BGB zu eröffnen. Nach dieser Vorschrift wird eine von dem Berechtigten in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 BGB abgegebene Erklärung nicht dadurch unwirksam, dass der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung

bei dem Grundbuchamt gestellt worden ist. Nach teils vertretenen Ansicht soll der Schutzbereich des § 878 BGB nur dann eröffnet sein, wenn der Antrag (auch) **vom Begünstigten** gestellt wurde (vgl. zum Streitstand BeckOGK-BGB/Kessler, Std.: 1.5.2023, § 878 Rn. 35-39; BeckOK-BGB/H.-W. Eckert, Std.: 1.11.2023, § 878 Rn. 18; vgl. auch § 140 Abs. 2 S. 1 InsO: „Ist für das Wirksamwerden eines Rechtsgeschäfts eine Eintragung im Grundbuch ... erforderlich, so gilt das Rechtsgeschäft als vorgenommen, sobald die übrigen Voraussetzungen für das Wirksamwerden erfüllt sind, die Willenserklärung des Schuldners für ihn bindend geworden ist und **der andere Teil** den Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung gestellt hat.“).

c) Nach Ansicht des für Insolvenzrecht zuständigen IX. Zivilsenats des BGH genügt es für die Vornahme einer Rechtshandlung **i. S. v. § 140 Abs. 2 S. 1 InsO** nicht, wenn der Notar den Eintragungsantrag zugunsten des Käufers auf der Grundlage von § 15 Abs. 2 GBO stellt (vgl. BGH MittBayNot 2009, 61; Reul, in: Reul/Heck-schen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungs-praxis, 3. Aufl. 2022, § 2 Rn. 99-105, § 3 Rn. 9). Die Frage, ob diese Sichtweise auch für **§ 878 BGB** gilt, ist zwar bislang noch nicht entschieden worden. Es bleibt allerdings zu konstatieren, dass das Verständnis des IX. Zivilsenats zu § 15 Abs. 2 GBO sowie § 24 Abs. 3 S. 1 BNotO unzutreffend ist. Dem BGH ist hierbei aber freilich zugute zu halten, dass insbesondere § 24 Abs. 3 S. 1 BNotO auch in der Literatur zuweilen missverstan-den bzw. unzutreffend kommentiert wird (s.o.).

Wollte man die Rechtsauffassung des IX. Zivilsenats des BGH auf § 878 BGB übertragen, so wäre der Schutzbereich nur dann eröffnet, wenn der Notar den Eintragungsantrag *des Käufers* als *Bote* an das Grundbuchamt übermittelt und er auch *nicht* vom Käufer im Rahmen einer (üblichen) *Vollzugsmacht* zur Antragsrücknahme bevollmächtigt worden ist (vgl. Reul, § 2 Rn. 103).

Nach unserem Dafürhalten kann es für die Eröffnung des Schutzbereichs des § 878 BGB indes keinen Unter-schied machen, ob der Notar den Antrag des Käufers als Bote übermittelt oder auf der Grundlage von § 15 Abs. 2 GBO (der wiederum eine – auch stillschweigend im Rahmen eines Vollzugauftrags erteilte – Vollzugs-vollmacht voraussetzt) handelt. Selbst wenn § 15 Abs. 2 GBO i. V. m. § 24 Abs. 3 S. 1 BNotO nicht nur eine verfahrensrechtliche Vollmachtsvermutung, sondern eine gesetzliche Vertretungsmacht zugunsten des Notars wäre, darf nicht übersehen werden, dass der **Notar als Verfahrensvertreter die schutzwürdigen Interessen des jeweils Vertretenen zu wahren** hat und **an den der Vertretungsmacht zugrundeliegenden Vollzugauftrag des jeweiligen Beteiligten gebunden** wäre. Die

in der Argumentation des IX. Zivilsenats des BGH an-klingende Unterstellung, § 15 Abs. 2 GBO i. V. m. § 24 Abs. 3 S. 1 BNotO vermittele dem Notar das Recht zur *willkürlichen* Antragsrücknahme, geht fehl. Das Gericht verkennt zum einen, dass § 15 Abs. 2 GBO i. V. m. § 24 Abs. 3 S. 1 BNotO *weder ein rechtliches Können noch Dürfen*, sondern lediglich eine *im jeweiligen Verfahrens-recht angeordnete Vollmachtsvermutung* begründet. Zum anderen lässt das Gericht außer Acht, dass selbst dann, wenn es sich um eine gesetzliche Vertretungsmacht zu-gunsten des Notars handeln würde, eine willkürliche Antragsrücknahme ein die Vollzugsanweisungen der Beteiligten missachtendes und somit amtspflichtwidri-ges Verhalten des Notars wäre.

### 3. Ergebnis

**Frage 1** ist mithin dahingehend zu beantworten, dass der Insolvenzverwalter auch einen zeitlich vor Insol-venzverfahrenseröffnung vom Insolvenzschuldner ge-stellten bzw. diesem zuzurechnenden Eintragungsan-trag zurücknehmen kann, solange dieser Antrag noch nicht erledigt ist. Dies gilt unabhängig davon, ob der Notar den Antrag des Verkäufers als Bote übermittelt oder den Antrag im Namen des Verkäufers – aufgrund ggf. nach § 15 Abs. 2 GBO zu vermutender Verfahrensvollmacht – stellt. Der Insolvenzverwalter kann indes nicht einen fremden Antrag, also nicht den Antrag des Käufers bzw. den vom Notar für den Käufer gestellten Antrag zurücknehmen.

## II. Einreichungsbeschränkung gem. § 13 Abs. 1 S. 3 GBO

### 1. Normzweck und Normadressat

§ 13 Abs. 1 S. 3 GBO bestimmt, dass das Grundbuchamt in den Fällen des § 20 GBO die Eintragung nur vornehmen soll, wenn ein Notar den Antrag im Namen eines Antragsberechtigten eingereicht hat. Satz 3 der Vorschrift wurde eingeführt durch das Zweite Gesetz zur effektiveren Durchsetzung von Sanktionen (sog. Sanktionsdurchsetzungsgesetz II) vom 19.12.2022 (BGBl. I., S. 2606 ff.).

Nach der Gesetzesbegründung dient § 13 Abs. 1 S. 3 GBO „*der präventiven Kontrolle und Sicherung des einge-führten Verbots bestimmter Gegenleistungen gemäß § 16a GwG. Es handelt sich, wie auch im Übrigen bei dem in § 13 GBO verankerten Antragsgrundsatz um eine forma-le Ordnungsvorschrift, deren Verletzung die materielle Wirksamkeit der Eintragung nicht berührt. Das Grund-buchamt ist künftig jedoch gehalten, die Eintragung in den von § 20 GBO erfassten Fällen nur auf Antrag des Notars vorzunehmen, der dabei seinerseits das Verbot bestimmter Gegenleistungen gemäß § 16a Absatz 4 und 5 GwG zu überwachen hat, und darf im Übrigen die Eintragung ab-lehnen.*“ (BTDRs. 20/4326, S. 82).



Mit Blick auf diesen Gesetzeszweck kann es u. E. nicht darauf ankommen, ob der Notar bei der Antragstellung als Bote oder als Vertreter handelt. Vielmehr gilt die Vorschrift für beide Arten der Antragstellung. Umgekehrt wird man der Vorschrift nicht entnehmen können, dass die Einreichung eines Eintragungsantrags als Bote nunmehr ausgeschlossen sein soll. Insoweit ist die **in sich widersprüchliche Gesetzesformulierung** dahingehend aufzulösen, dass in den Fällen des § 20 GBO die Eintragung nur erfolgen soll, wenn ein **Notar den Antrag** [gedanklich zu streichen: „im Namen“] **für einen Antragsberechtigten einreicht [Bote] oder den Antrag im Namen eines Antragsberechtigten stellt [Verfahrensvertreter]**. Der Ausschluss der Einreichungsmöglichkeit gem. § 13 Abs. 1 S. 3 GBO ist indes nicht dahingehend zu verstehen, dass den Antragsberechtigten hiermit die rechtliche Möglichkeit zur Abgabe einer Verfahrenserklärung i. S. v. § 13 Abs. 1 S. 1 GBO, also ihre Verfahrensfähigkeit abgesprochen wird; denn dies liefe auf einen **faktischen Zwang zur Erteilung einer Verfahrensvollmacht an einen Notar** hinaus. Ein solcher – und sei es auch nur faktischer – Zwang zur Vertretung durch einen Dritten (hier: Notar) ist **der GBO fremd** und lässt sich **weder dem Wortlaut des § 13 Abs. 1 S. 3 GBO noch der Gesetzesbegründung** entnehmen. Überdies sind **Normadressaten des § 13 Abs. 1 S. 3 GBO** nicht die Antragsberechtigten, sondern die **Grundbuchämter**. Diese sind gehalten, den Antrag nur zu vollziehen, wenn ein Notar den Antrag „eingereicht“ hat. Dieses Einreichen des Antrags durch den Notar kann als Bote, also durch Überbringen einer *fremden* Verfahrenserklärung, oder als Verfahrensvertreter, also durch Abgabe einer *eigenen* Verfahrenserklärung *namens* der Antragsberechtigten aufgrund – ggf. gem. § 15 Abs. 2 GBO verfahrensrechtlich zu vermutender – Vollmacht, geschehen.

Vor diesem Hintergrund ist Reetz zuzustimmen, wenn er mit Blick auf den Normzweck des § 13 Abs. 1 S. 3 GBO ausführt:

„Hierdurch soll der „**Eigenvollzug**“ **durch die Antragsberechtigten** mittels einer ihnen zur Verfügung stehenden beglaubigten Abschrift oder Ausfertigung der Auflassung im Grundbuch **unterbunden werden**, um die Maßgaben der Geldwäschegesetzgebung, insbesondere das Barzahlungsverbot, durchzusetzen. Die Norm richtet sich an das Grundbuchamt, das die Antragstellung durch einen Notar vor dem Vollzug zu prüfen hat.“

(BeckOK-GBO/Reetz, § 13 Rn. 59a – Herv. durch DNotI; in diesem Sinne auch Thelen, in: Herrler/Hertel/Kessler, Aktuelles Immobilienrecht 2023, 5. Aufl. 2023, A. I. 3. a)).

Die in der Literatur vereinzelt vertretene Ansicht, in den Fällen des § 20 GBO müsse der diesbezügliche Eintragungsantrag durch den *Notar als Vertreter* gestellt werden (in diesem Sinne Bauer, in: Bauer/Schaub, GBO, 5. Aufl. 2023, § 13 Rn. 44a), vermag nicht zu überzeugen. Diese Ansicht lässt jegliche Auseinandersetzung mit dem Normzweck des § 13 Abs. 1 S. 3 GBO und der Frage des Normadressaten vermissen. Außerdem dürfte diese Ansicht wohl auf einer unzutreffenden Interpretation eines Aufsatzes von Wilsch (ZfIR 2023, 68) beruhen. In diesem Aufsatz spricht Wilsch zwar einerseits vom „Antrag des Notars“, zugleich aber von einer „Einreichungsbeschränkung“ und gerade nicht von einer Beschränkung der Verfahrensfähigkeit der Beteiligten (ZfIR 2023, 68, 68). Wilsch dürfte u. E. daher dahingehend zu verstehen sein, dass nur der *Eigenvollzug* durch die Antragsberechtigten ausgeschlossen sein soll (vgl. insbesondere Beck'sches Notar-Handbuch, § 11 Rn. 117b: „Die neue Einreichungsbeschränkung dient der präventiven Kontrolle und Sicherung des eingeführten Verbots bestimmter Gegenleistungen gemäß § 16a GwG. Das Grundbuchamt ist gehalten, die Beschränkung zu beachten. Relevant wird dies, sofern nicht das Notariat den Antrag einreicht, sondern einer der Beteiligten, beispielsweise der Erwerber der Immobilie.“).

## 2. Ergebnis

Die **Frage 2** ist mithin dahingehend zu beantworten, dass § 13 Abs. 1 S. 3 GBO einer Einreichung eines vom Begünstigten gestellten Antrags durch den Notar *als Bote* nicht entgegensteht.

---

## BauGB §§ 28, 250; GBestV-Bau § 2 Negativattest der Baubehörde hinsichtlich der Mindestanzahl von Wohnungen i. S. d. § 250 Abs. 1 S. 2 u. 6 BauGB i. V. m. § 2 Abs. 1 S. 2 GBestV-Bau

---

### I. Sachverhalt

Das Grundbuchamt X verlangt stets ein Negativattest der kreisfreien bayerischen Stadt X bei der Begründung von Wohnungseigentum, selbst wenn sich in dem Wohngebäude nur wenige Wohnungen (im konkreten Fall vier Wohnungen) befinden und demnach eine Ausnahme vom Genehmigungsvorbehalt besteht. Die Stadt X weigert sich, solche Negativatteste zu erteilen, möglicherweise, da ein zuständiger Sachbearbeiter fehlt und/oder sich die Stadt der Problematik rund um § 250 BauGB noch nicht bewusst ist. Dies führt zu erheblichen Verzögerungen bei dem Vollzug von Teilungserklärungen.

### II. Frage

Darf das Grundbuchamt bei der Begründung oder Teil-

lung von Wohnungseigentum im Bezirk der kreisfreien Stadt X (auch) im Hinblick auf die Anzahl der Wohnungen im entsprechenden Wohngebäude darauf bestehen, dass *immer* ein Negativattest der Stadt vorzulegen ist?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Anwendungsbereich des § 250 Abs. 1 BauGB

Gem. § 250 Abs. 1 S. 1 BauGB bedarf **in Gebieten mit angespanntem Wohnungsmarkt** die Begründung oder Teilung von Wohnungs- oder Teileigentum bei Wohngebäuden der Genehmigung, sofern eine **Rechtsverordnung** i. S. d. § 250 Abs. 1 S. 3 BauGB erlassen wurde und die Wohngebäude bereits am Tag des Inkrafttretens dieser Rechtsverordnung bestanden. Einerseits müssen also Gebiete mit angespannten Wohnungsmärkten definiert (vgl. **§ 201a BauGB**) *und* andererseits auch ein Genehmigungsvorbehalt für die Bildung von Wohnungseigentum (vgl. **§ 250 Abs. 1 S. 3 BauGB**) angeordnet worden sein, jeweils in Form einer Rechtsverordnung (vgl. nur BeckOK-BauGB/Couzinet, Std. 1.10.2023, § 250 Rn. 20). Freilich kann dies „technisch“ in einer einzigen Rechtsverordnung erfolgen.

Eine Verordnung i. S. d. § 250 Abs. 1 S. 3 BauGB ist in Bayern (erst) seit 1.6.2023 vorhanden. § 2 dieser Verordnung (Verordnung zur bauplanungsrechtlichen Bestimmung von Gebieten mit einem angespannten Wohnungsmarkt [Gebietsbestimmungsverordnung Bau – **GBestV-Bau**]) regelt einen entsprechenden Genehmigungsvorbehalt. Gemäß der Anlage zu dieser Verordnung zählt die Stadt X zu jenen Gebieten, in denen ein angespannter Wohnungsmarkt besteht *und* ein Genehmigungsvorbehalt nach § 250 Abs. 1 BauGB gilt. Zuständig für die Erteilung einer Genehmigung ist die untere Bauaufsichtsbehörde (§ 2 Abs. 2 GBestV-Bau).

Zu beachten ist, dass es nach § 250 Abs. 1 S. 2 BauGB einer Genehmigung nicht bedarf, wenn sich in dem Wohngebäude **nicht mehr als fünf Wohnungen** befinden. Der bayerische Gesetzgeber hat allerdings von dem in § 250 Abs. 1 S. 6 BauGB enthaltenen Recht Gebrauch gemacht, diese Anzahl abweichend zu regeln. Die in **§ 2 Abs. 1 S. 2 GBestV-Bau** genannte Ausnahme sieht vor, dass der Genehmigungsvorbehalt nur einschlägig ist, wenn Wohngebäude betroffen sind, in denen sich **mehr als zehn Wohnungen** befinden.

#### 2. Prüfungspflicht des Grundbuchamts und Nachweispflicht des Eigentümers

Bei einem Grundstück, welches im Geltungsbereich einer Rechtsverordnung nach § 250 Abs. 1 S. 3 BauGB liegt, darf das Grundbuchamt die Eintragung der WEG-Aufteilung in das Grundbuch nur vornehmen, wenn ihm die Genehmigung oder das Nichtbestehen der Genehmigungspflicht **nachgewiesen** ist (§ 250 Abs. 5 S. 1 BauGB).

Das Grundbuchamt muss jedoch selbstständig prüfen, ob das aufzuteilende Grundstück in einem Gebiet liegt, für welches der Genehmigungsvorbehalt nach § 250 Abs. 1 BauGB gilt (Wobst, MittBayNot 2023, 328, 334). Dies ist für das Gebiet der Stadt X, wie oben dargestellt, grundsätzlich der Fall. Es ist **umstritten**, ob das Grundbuchamt im Übrigen verpflichtet ist, eigenständig zu prüfen, ob eine Aufteilung ausnahmsweise genehmigungsfrei ist oder ob es stets verlangen kann, dass ein Negativattest der Baubehörde vorgelegt wird. Dies bezieht sich insbesondere auf die Frage, ob das entsprechende Gebäude wegen des Unterschreitens der erforderlichen Mindestanzahl von Wohnungen (in Bayern: zehn; vgl. oben Ziff. 1) nicht unter den Anwendungsbereich des § 250 Abs. 1 BauGB fällt.

##### a) Streitstand

Die **überwiegende Auffassung** geht davon aus, dass das Grundbuchamt nicht eigenständig zu prüfen habe, ob die Mindestanzahl an Wohnungen, die sich im Gebäude befinden, überschritten wird, sondern auch insofern ein **Negativattest der Behörde verlangen kann** (Grziwotz, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Std.: 151. EL August 2023, § 250 Rn. 101; BeckOK-BauGB/Couzinet, § 250 Rn. 11.2; Wobst, MittBayNot 2023, 328, 334; deutlich auch die Vollzugshinweise des Bayerischen Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr, Std.: Mai 2023, auf S. 19 unter lit. c dritter Spiegelstrich). **Auf Basis der h. A. ist mithin ein Negativattest erforderlich** und das Grundbuchamt muss nicht von sich aus prüfen, ob die Mindestanzahl nach § 2 Abs. 1 S. 2 GBestV-Bau unter- bzw. überschritten ist. Ein entsprechendes Negativzeugnis der Baubehörde könnte aber bereits in die Abgeschlossenheitsbescheinigung aufgenommen werden (Wobst, MittBayNot 2023, 328, 334; ebenso Vollzugshinweise S. 19).

Eine **andere Auffassung** geht hingegen davon aus, dass für das Nichtbestehen der Genehmigungspflicht aufgrund Unterschreitens der erforderlichen Anzahl an Wohnungen ein Negativattest nicht erforderlich ist. Vielmehr sei dem Grundbuchamt die Mindestanzahl der Wohnungen unmittelbar aus den Eintragungsunterlagen, insb. dem Aufteilungsplan, ersichtlich und es dürfte keine weiteren Nachweise verlangen (DNotI-Report 2021, 113, 117; so auch Johannsen, DNotZ 2023, 325, 331).

##### b) Position des DNotI

Das DNotI hat sich bereits im Jahre 2021 wie folgt geäußert:

*„Für die Mindestanzahl der Wohnungen wird ein entsprechender Nachweis entbehrlich sein, denn diese ist dem Grundbuchamt ohne Weiteres aus den Eintragungsunterlagen ersichtlich. Diesbezüglich offen – und einem sepa-*

*raten Gutachten vorbehalten – ist die Frage, ob es für die Mindestanzahl der Wohnungen auf die Anzahl der Wohnungs- bzw. Teileigentumseinheiten ankommt oder auf die Anzahl der baulichen Wohnungen.“*

(DNotI-Report 2021, 113, 117).

Das DNotI ging im vorgenannten Reportgutachten mithin tendenziell davon aus, dass ein Negativtest der Baubehörde nicht erforderlich sei (Gutachten DNotI-Report 2021, 113, 117 a. E.: „Ein solches Negativattest sieht das Gesetz aber jedenfalls nicht ausdrücklich vor.“). Inzwischen entspricht es indes der ganz h. A., dass, angelehnt an § 28 Abs. 1 S. 2 BauGB, ein solches Negativattest seitens der Behörde erteilt werden kann und ggf. muss (Meier/Leidner, MittBayNot 2022, 114, 124; Johannsen, DNotZ 2023, 325, 332; Wobst, MittBayNot 2023, 328, 334; BeckOK-BauGB/Couzinnet, § 250 Rn. 11.1; Grziwotz, § 250 Rn. 99; die beiden Letztgenannten widersprechen dem erwähnten DNotI-Gutachten auch ausdrücklich). Für die herrschende Meinung spricht, dass im Rahmen der Beschlussempfehlung und des Berichts des Ausschusses für Bau, Wohnen, Stadtentwicklung und Kommunen (BT-Drs. 19/29396, S. 62) eine Ergänzung der ursprünglichen Fassung des § 250 BauGB angeregt wurde. Der schlussendlich auch Gesetz gewordene **§ 250 Abs. 5 S. 1 BauGB** sollte „in Anlehnung an das Negativattest beim Vorkaufsrecht (§ 28 Absatz 1 Satz 2) [vorsehen], dass dem Grundbuchamt das Nichtbestehen der Genehmigungspflicht aufgrund des neu eingefügten Absatz 1 Satz 2 nachzuweisen ist“.

Die Bestimmung des § 250 Abs. 5 S. 1 BauGB sowie die Gesetzesmaterialien sprechen *prima facie* für die herrschende Auffassung und damit dafür, dass das Grundbuchamt auf einem Negativattest beharren darf. Ein genauerer Blick zeigt indes, dass zu **differenzieren** ist, und es **durchaus Fälle geben kann**, in denen das Grundbuchamt in Bezug auf die Anzahl der Wohnungen (und dann auch in Bezug auf die dann irrelevante Frage, ob ein „Bestandsgebäude“ vorliegt; zu dieser umstrittenen Frage vgl. DNotI-Report 2021, 113, 116; Johannsen, DNotZ 2023, 325, 332; Grziwotz, § 250 Rn. 44; Meier/Leidner, MittBayNot 2022, 114, 122) **kein Negativattest verlangen darf**.

Wie oben dargelegt, hat der Gesetzgeber eine **Anlehnung an § 28 Abs. 1 S. 2 BauGB** vorgenommen. Es darf nun aber nicht vorschnell davon ausgegangen werden, dass damit stets auch ein Negativattest erforderlich wäre. Vielmehr muss noch ein Schritt weitergedacht werden. Denn auch im Rahmen des § 28 Abs. 1 S. 2 BauGB ist anerkannt, dass **das Grundbuchamt die Vorlage eines Negativattests nicht verlangen kann, wenn das Nichtbestehen des Vorkaufsrechts offen-**

**kundig ist oder sich dies aus dem Inhalt der Urkunde eindeutig ergibt** (BGH NJW 1979, 875; OLG München FGPrax 2008, 13, 14; BeckOGK-BGB/J. Weber, Std. 1.11.2023, § 925 Rn. 256; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 4130). Das Grundbuchamt hat bspw. den Ausschlussbestand des § 26 Nr. 1 BauGB selbstständig zu prüfen und darf jedenfalls bei Offenkundigkeit des Verwandtschaftsverhältnisses kein Negativattest verlangen (Schöner/Stöber, Rn. 4130; BeckOGK-BGB/J. Weber, § 925 Rn. 257; BeckOK-GBO/Hügel, Std. 1.3.2024, § 20 Rn. 75). Ebenso wenig darf das Grundbuchamt die Vorlage einer Vorkaufsrechtsverzichtserklärung verlangen, wenn sich aus dem Inhalt der Urkunde zweifelsfrei ergibt, dass kein Kaufvertrag oder kaufähnliches Rechtsgeschäft vorliegt (vgl. BeckOK-BauGB/Grziwotz, Std.: 1.10.2023, § 28 Rn. 7 m. w. N). Nur sofern das Grundbuchamt das Bestehen eines Vorkaufsrechts nicht sicher ausschließen kann, also kein „Evidenzfall“ vorliegt, kann ein Negativattest verlangt werden (Kilian, in: Bauer/Schaub, GBO, 5. Aufl. 2023, § 20 Rn. 209; BeckOK-GBO/Hügel, § 20 Rn. 75). Vor diesem Hintergrund **erscheint uns die h. M. als zu kurz gedacht**, wenn sie aufgrund der vom Gesetzgeber intendierten Parallelität von § 250 Abs. 5 S. 1 BauGB zu § 28 Abs. 1 S. 2 BauGB, indem jeweils eine sog. Grundbuchsperrung angeordnet wird, postuliert, es sei *stets* die Vorlage eines Negativzeugnisses der Baubehörde erforderlich.

Nach unserem Dafürhalten gilt Folgendes: Wenn aus den **Eintragungsunterlagen eindeutig ersichtlich** ist, dass sich in dem Gebäude **weniger als zehn Raumeinheiten, die potenziell jeweils als Wohnung dienen könnten**, befinden, darf das Grundbuchamt **kein Negativattest** verlangen; denn in diesem Fall kommt **wegen des Unterscheidens der nach § 2 Abs. 1 S. 2 GBestV-Bau erforderlichen Mindestanzahl an Wohnungen ein Genehmigungserfordernis offensichtlich nicht in Betracht** (egal ob ein Bestandsgebäude oder Neubau vorliegt). Auf Rechtsunsicherheiten bzw. ungeklärte Rechtsfragen (bspw. das Abstellen auf die Anzahl der rechtlichen Wohnungs- bzw. Teileigentumseinheiten (im Sinne des WEG) bzw. auf die Anzahl der tatsächlichen, also baulichen Wohnungen oder das Mitrechnen einer Teileigentumseinheit) muss sich das Grundbuchamt, wie auch bei § 28 Abs. 1 S. 2 BauGB, hingegen freilich nicht einlassen. Die Entscheidung über derlei ungeklärte Rechtsfragen steht dem Grundbuchamt nicht zu, sodass es die Vorlage eines Negativzeugnisses der zuständigen Baubehörde verlangen kann, wenn ein Genehmigungserfordernis nicht evident auszuschließen ist.

Demgegenüber kommt es auf diese bislang ungeklärten Rechtsfragen nicht an, wenn sich aus **dem amtlichen**

**Aufteilungsplan i. S. v. § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 WEG** ergibt, dass – wie hier – insgesamt nur vier (potenzielle) Wohnungen im baulichen Sinne vorhanden sind. Ebenso wenig kommt es in diesem Fall auf die Tatfrage an, ob es sich um ein Bestandsgebäude oder einen Neubau handelt. In Parallele zu § 28 Abs. 1 S. 2 BauGB liegt vielmehr ein Fall vor, bei dem **evident** ein Genehmigungserfordernis nicht in Betracht kommt, sodass u. E. das Grundbuchamt auch nicht die Vorlage eines Negativzeugnisses verlangen darf. Der h. M. ist daher entgegenzuhalten, dass sie die von ihr als Begründung herangezogene funktionelle Parallelität von § 250 Abs. 1 S. 5 BauGB und § 28 Abs. 1 S. 2 BauGB (Anordnung einer sog. Grundbuchsperre) nicht ganz zu Ende gedacht hat.

### 3. Ergebnis

Entgegen der h. M. ist nach unserem Dafürhalten die Vorlage eines Negativzeugnisses i. S. v. § 250 Abs. 1 S. 5 BauGB für den grundbuchlichen Vollzug der Teilungserklärung *nicht stets* erforderlich. Wenn sich aus dem amtlichen Aufteilungsplan i. S. v. § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 WEG eindeutig ergibt, dass sich in dem Gebäude weniger als zehn Raumeinheiten (die potenziell jeweils als Wohnung dienen könnten) befinden, darf das Grundbuchamt kein Negativattest verlangen. Denn in diesem Fall kommt wegen des Unterschreitens der nach § 2 Abs. 1 S. 2 GBestV-Bau erforderlichen Mindestanzahl an Wohnungen ein Genehmigungserfordernis offensichtlich nicht in Betracht.

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 Fabian Schwarz

#### 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

WEG § 3 – Anpassung der Miteigentumsanteile vor Teilung nach § 3 WEG; Zusammenlegung bzw. Spaltung von Miteigentumsanteilen

BGB § 1772 – Volljährigenadoption mit Wirkung einer Minderjährigenadoption; Auswirkungen auf die Verwandtschaftsverhältnisse der Tochter

#### Rechtsprechung

DSGVO Art. 16, 17; HGB § 10a Abs. 3 – Löschung von Wohnanschrift, Geburtsdatum und Unterschrift im Handelsregister

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### WEG § 3

#### Anpassung der Miteigentumsanteile vor Teilung nach § 3 WEG; Zusammenlegung bzw. Spaltung von Miteigentumsanteilen

##### I. Sachverhalt

Zwei Ehepaare (A, bestehend aus A1 und A2, und B, bestehend aus B1 und B2) sind gleichanteilige Eigentümer (jeweils 1/4 Miteigentumsanteil) eines Grundstücks, das mit einem Mehrfamilienwohnhaus bebaut ist. In dem Wohnhaus befinden sich drei Wohnungen. Die Ehepaare A und B wollen an dem Grundbesitz Wohnungseigentum dahingehend begründen, dass jeweils 1/3 Miteigentumsanteil an dem Grundstück verbunden wird mit dem jeweiligen Sondereigentum an einer Wohnung. Die Wohnungen sind annähernd gleich groß, weshalb der zu bildende Miteigentumsanteil an dem Grundstück jeweils 1/3 betragen soll.

Das Wohnungseigentum an der Wohnung Nr. 1 soll künftig den Eheleuten A zu jeweils 1/2 Anteil, das Wohnungseigentum an der Wohnung Nr. 2 soll künftig den Eheleuten B zu jeweils 1/2 Anteil und das Wohnungseigentum an der Wohnung Nr. 3 soll künftig den Eheleuten A und den Eheleuten B zu gleichen Teilen, also zu jeweils 1/4 Anteil, zustehen.

##### II. Frage

Wie kann in dem Teilungsvertrag gem. § 3 WEG erreicht werden, dass die Zahl der Miteigentumsanteile (aktuell vier Anteile zu je 1/4) der Zahl der zu bildenden Sondereigentumseinheiten entspricht (drei Einheiten zu 1/3) und somit die gewünschte Verteilung von Miteigentumsanteilen und Eigentümerstruktur erreicht wird?

##### III. Zur Rechtslage

##### 1. Anpassung der Miteigentumsanteile im Rahmen der WEG-Aufteilung

Nach den zwingenden Bestimmungen des § 3 WEG kann das Sondereigentum an einer Wohnung jeweils nur mit *einem* Miteigentumsanteil verbunden werden (vgl. BGH NJW 1983, 1672). Im vorliegenden Fall müssen somit die bisherigen vier Miteigentumsanteile

von je 1/4 von A1, A2, B1 und B2 auf drei Miteigentumsanteile zu je 1/3 „reduziert“ werden. Nur wenn im Ergebnis drei Miteigentumsanteile bestehen, kann die hier gewünschte Aufteilung erfolgen.

#### a) Erfordernis der (vorherigen) Zusammenlegung bzw. Übertragung von Miteigentumsanteilen?

Entsprechend hält es die Literatur unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH für erforderlich, die Miteigentumsanteile zunächst zusammenzulegen bzw. zu übertragen (vgl. BeckOGK-WEG/M. Müller, Std.: 1.12.2023, § 3 Rn. 33; Hupka, in: Weber, Kölner Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. 2023, Kap. 2 Rn. 160; Bärmann/Armbrüster, WEG, 15. Aufl. 2023, § 3 Rn. 18 f.; Weber, in: Limmer/Hertel/Frenz, Würzburger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2022, Teil 2, Kap. 4 Rn. 47 (Übertragung für erforderlich haltend); Mang, in: Beck'sche Online-Formulare Vertrag, Std.: 1.12.2023, Form. 27.1 Anm. 8; BeckOK-WEG/Leidner, Std.: 1.1.2024, § 3 Rn. 14 (jedoch keine ausdrückliche Erklärung in der notariellen Urkunde verlangend); ausführlich zu dieser Thematik: Ott, BWNotZ 2015, 73).

In dem vorliegenden Fall wäre – rein mathematisch – allein eine Zusammenlegung nicht möglich, sondern es müsste faktisch jeder Miteigentümer (A1, A2, B1 und B2) einen Teil seines Miteigentumsanteils **abspalten**. Diese vier abgespaltenen Teile müssten sodann wieder zu einem Anteil 1 von 1/3 zusammengeführt werden sowie zusätzlich die verbliebenen „Anteile“ von A1 und A2 bzw. von B1 und B2 jeweils paarweise zu wiederum einem je einheitlichen Miteigentumsanteil **zusammengeführt** werden (zu einem Anteil 2 von 1/3 und einem Anteil 3 von 1/3), um das gewünschte Ergebnis zu erreichen.

#### b) Möglichkeit der Neuordnung im Zuge der Aufteilung nach § 3 WEG; Fehlverständnis der BGH-Rechtsprechung

Wie dieses Ergebnis von letztlich drei Miteigentumsanteilen erreicht wird, ist u. E. jedoch gänzlich unerheblich. Vielmehr können die bestehenden **Miteigentumsanteile im Rahmen der dinglichen Einigung gem. § 3 WEG gänzlich neu geordnet** werden. Insofern gilt es sich zu vergegenwärtigen, dass durch die WEG-Aufteilung der *Inhalt* des Eigentums am *gesamten* Grundstück durch die derzeitigen Eigentümer gemeinschaftlich festgelegt wird. Bei der WEG-Aufteilung handelt sich gerade nicht um eine Verfügung über die bestehenden separaten Miteigentumsanteile, sondern um eine **gemeinschaftliche Verfügung i. S. v. § 747 S. 2 BGB analog** (zur Notwendigkeit einer Analogie, weil die Bestimmung des Eigentumsinhalts keine Verfügung im Sinne des BGB ist, vgl. DNotI-Report 2023,

89, 91) und nicht gem. § 747 S. 1 BGB. Eine solche Ausgestaltung des Eigentumsinhalts lässt § 3 WEG zu (vgl. zu der mit dem WEG eröffneten Möglichkeit, den Inhalt des Grundstückseigentums rechtsgeschäftlich ausgestalten zu können: BeckOGK-WEG/Meier, Std.: 1.6.2023, § 5 Rn. 2-13). Insbesondere ist es u. E. **nicht erforderlich**, den vermeintlichen „Zwischenschritt“ der **Neuordnung der Anteile mittels einer ausdrücklichen Zusammenlegung oder Spaltung** der bisherigen Miteigentumsanteile vorzunehmen (ebenfalls keine ausdrückliche Regelung in der notariellen Urkunde für erforderlich haltend: BeckOK-WEG/Leidner, § 3 Rn. 14; Ott, BWNotZ 2015, 73, 74 f.).

Das Erfordernis einer solchen Zusammenlegung oder Spaltung der bisherigen Miteigentumsanteile lässt sich u. E. auch nicht der BGH-Rechtsprechung entnehmen. Der BGH führt vielmehr aus, dass es unzutreffend sei, § 3 WEG so zu verstehen, „als müssten schon **vor** einer Vereinbarung über die Bildung von Wohnungseigentum so viele gewöhnliche Miteigentumsbruchteile vorliegen, als für die Zuordnung des Sondereigentums an den Wohnungen notwendig sind“ (BGH NJW 1983, 1672; Hervorhebung durch DNotI).

Weiter führt der BGH ausdrücklich aus:

*„Weder Wortlaut noch Sinn und Zweck von § 3 WEG schließen es aber aus, dass die beteiligten Miteigentümer **in einem auf die Begründung von Wohnungseigentum gerichteten dinglichen Vertrag (§§ 3, 4 Abs. 1 WEG) sowohl die Zahl der Miteigentumsanteile verändern (zusammenlegen) als auch diesen (neuen) Anteilen jeweils das Sondereigentum an einer Wohnung zuordnen**. So gesehen soll die Zusammenlegung der Anteile die Entstehung von Wohnungseigentum **nur ermöglichen und vorbereiten**. Die gegenteilige Auffassung würde in den praktisch nicht seltenen Fällen der vorliegenden Art auch zu einem sachlich unnötigen Umweg mit einer Zwischeneintragung der beteiligten Miteigentümer führen, wobei sie zusätzlich gezwungen wären, für ihre Beteiligung an dem vereinigten Miteigentumsanteil mindestens übergangsweise eine BGB-Gesellschaft zu bilden, die nicht ihrem Willen entspricht. Dem von Weitnauer (DNotZ 1960, 118 Fn. 9) vorgeschlagenen und vom LG München (Rpfler 1969, 431) dann beschrittenen einfacheren Lösungsweg, den auch der Senat für richtig hält, wird deshalb in der Literatur weitgehend zugestimmt (vgl. [...]). Entgegen der Auffassung des vorlegenden OLG geht es dabei nicht darum, in methodisch bedenklicher Weise das Bestreben nach einem sachgerechten Ergebnis mit dem Ergebnis selbst gleichzusetzen. Der beschriebene Weg beruht vielmehr auf **sachgerechter und praktisch vernünftiger Auslegung von § 3 WEG**, nach der eine vertragliche Begründung von Wohnungseigentum unter gleichzeitiger Zusammenlegung der Miteigen-*

**tumsanteile zulässig ist.** Das bedeutet für den Grundbuchvollzug, dass entgegen der Auffassung des OLG Neustadt (NJW 1960, 1067) die Zusammenlegung der 1/4 Miteigentumsanteile lediglich im Wohnungsgrundbuch (§ 7 Abs. 1 WEG) verlautbart wird (...). Vor Eintragung im Wohnungsgrundbuch gibt es keine Miteigentümer „verbunden in Wohnungseigentum“ (wie das OLG Neustadt meint; krit. dazu Weitnauer, DNotZ 1960, 118 Fn. 9); mit entsprechender Eintragung im Wohnungsgrundbuch ist der **einheitliche auf Bildung von Wohnungseigentum unter Zusammenlegung der Miteigentumsanteile gerichtete dingliche Vertrag** vollzogen. Das Grundbuchblatt des Grundbuchs wird von Amts wegen geschlossen (§ 7 Abs. 1 S. 3 WEG, soweit nicht von der Möglichkeit des § 7 Abs. 2 WEG Gebrauch gemacht wird). Weitere Eintragungen dort sind nicht mehr veranlasst.“

(BGH NJW 1983, 1672; Hervorhebung durch DNotI)

Nach unserem Dafürhalten ist dem BGH zuzustimmen, wenn er – dogmatisch überzeugend – ausführt, dass die „**Neubildung**“ der Miteigentumsanteile ein **Teil der dinglichen Einigung gem. § 3 WEG** sei. Eine gesonderte Eigentumsübertragung von einzelnen Miteigentumssplittern gem. §§ 873, 925 BGB ist mithin nicht erforderlich (i. E. auch BeckOK-WEG/Leidner, § 3 Rn. 14; Ott, BWNotZ 2015, 73, 74).

#### c) Kontrollüberlegung: Vorgehen bei nachträglicher Quotenänderung

Als Kontrollüberlegung kann u. E. auch die herrschende Rechtsauffassung zur sog. nachträglichen Quotenänderung herangezogen werden. So können sich die Eigentümer über eine nachträgliche Änderung (Erhöhung oder Herabsetzung) der Miteigentumsanteile einigen. Hier muss eine solche Verschiebung der Miteigentumsanteile **nicht durch eine separate Verfügung über jeden Miteigentumssplitter** erfolgen, sondern es ist vielmehr möglich, dass **sämtliche Miteigentümer gemeinsam die Anteile neu festlegen** und damit neu ordnen (Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 3 Rn. 14; Münch-KommBGB/Krafka, 9. Aufl. 2023, § 3 WEG Rn. 17). Hierbei muss ebenfalls nicht offengelegt werden, wie nun diese Neuordnung mathematisch erfolgt, d. h. bspw. von welchem Anteil die Erhöhung eines Anteils „stammt“ (wie viel also von wem abgespalten und neu zusammengelegt bzw. übertragen wurde). In diesen Fällen reicht es nach ganz herrschender und überzeugender Meinung aus, dass **in der Summe alle neu gebildeten Miteigentumsanteile ein Ganzes** ergeben (vgl. BayObLG MittBayNot 1993, 214, 215; OLG Hamm NJW-RR 1986, 1275, 1276; Weber, in: Weber, Kölner Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, Kap. 4 Rn. 13; Schöner/Stöber, 16. Aufl. 2020, Rn. 2974; Hügel/Müller, Wohnungseigentum, 5. Aufl. 2021, § 2 Rn. 164;

Schneider, in: Bauer/Schaub, GBO, 5. Aufl. 2023, AT E. Rn. 341). Nichts anderes kann u. E. für die *anfängliche* Begründung von Wohnungseigentum gelten.

#### d) Zwischenergebnis

Die Bestimmung der Anzahl sowie der jeweiligen Größe der Miteigentumsanteile ist ein Bestandteil der dinglichen Einigung gem. § 3 WEG. Eines zusätzlichen, zeitlich vorgeschalteten Rechtsgeschäfts i. S. d. §§ 873, 925 BGB bedarf es nicht. Dies verdeutlicht auch die WEG-Aufteilung eines Grundstücks durch einen Alleineigentümer gem. § 8 WEG; denn die Bildung von Miteigentumsanteilen ist hier *außerhalb* des WEG-rechtlichen Aufteilungsakts gar nicht zulässig. Demgegenüber bei einer Aufteilung gem. § 3 WEG die „Neubildung“ der Miteigentumsanteile als einen außerhalb der WEG-Aufteilung stattfindenden (zusätzlichen) Rechtsakt anzusehen, erscheint weder dogmatisch zwingend noch überzeugend. Vielmehr ist die **rechtsgeschäftliche Bestimmung der Anzahl sowie der jeweiligen Größe der Miteigentumsanteile unter gleichzeitiger inhaltlicher Ausgestaltung derselben nach dem WEG ein einziger einheitlicher Rechtsakt**.

#### e) Abweichende Rechtsprechung des OLG München zur Kombination aus § 3 WEG und § 8 WEG

Der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang auf eine Entscheidung des **OLG München** hingewiesen, die auf den ersten Blick zu einer gegenteiligen Sichtweise verleiten könnte. Nach Ansicht des Gerichts soll es nämlich für die Anwendbarkeit der vom BGH (NJW 1983, 1672) angestellten Überlegungen einen Unterschied machen, ob die Anzahl der Miteigentumsanteile im Rahmen des Aufteilungsvorgangs verringert oder erhöht wird. Das OLG München hält die vorstehend zitierten Ausführungen des BGH (NJW 1983, 1672) allein für die Konstellation der *Verringerung* der Anzahl der Miteigentumsanteile für anwendbar und sieht nur in diesem Fall eine Teilung nach § 3 WEG als gegeben an. Bei einer *Erhöhung* der Anzahl der Miteigentumsanteile würden hingegen bestehende Miteigentumsanteile weiter „unterteilt“, sodass angeblich **(auch) eine Teilung gem. § 8 WEG erforderlich sei, ggf. in Kombination mit § 3 WEG** (OLG München, MittBayNot 2021, 40 Rn. 19 und Rn. 21).

Diese Auffassung des OLG München vermag nicht zu überzeugen. Die WEG-Aufteilung eines mehreren Personen gehörenden Grundstücks erfolgt *grundsätzlich* durch Einigung i. S. v. § 3 WEG, und zwar unabhängig davon, ob sich die Anzahl der Miteigentumsanteile erhöht oder verringert oder unverändert bleibt. Eine (unmittelbare) Anwendung von **§ 8 Abs. 1 WEG** ist nur *ausnahmsweise* dann in Betracht zu ziehen, **wenn sich das bisherige Berechtigungsverhältnis am Grund-**

**stück** (hier: in Gestalt einer Bruchteilsgemeinschaft i. S. v. §§ 741 ff. BGB) **unverändert an allen neu gebildeten Sondereigentumseinheiten fortsetzen soll**, wofür wiederum die Anzahl der gebildeten Sondereigentumseinheiten keine Rolle spielt (zur Anwendbarkeit von § 8 Abs. 1 WEG in diesem Ausnahmefall vgl. BayObLG NJW 1969, 883). Eine unveränderte Fortsetzung des am Grundstück bestehenden Berechtigungsverhältnisses an sämtlichen neu gebildeten Sondereigentumseinheiten war im Fall des OLG München allerdings von Beteiligten nicht beabsichtigt und somit der Anwendungsbereich des § 8 Abs. 1 WEG nicht eröffnet. Das OLG München erkennt, dass sich die Teilung gem. § 8 Abs. 1 WEG auf das *eigene Grundstück* beziehen muss. Der Umstand, dass nach ganz herrschender und überzeugender Ansicht auch eine Unterteilung der eigenen *Sondereigentumseinheit* (und damit auch des eigenen Miteigentumsanteils) gem. § 8 Abs. 1 WEG analog zulässig ist, gründet auf der Annahme, dass es sich bei Wohnungs- und Teileigentum um grundstücksgleiche Rechte handelt, also diese Rechte einem Grundstück im Sinne von § 8 Abs. 1 WEG gleichstehen (vgl. BGH NJW 1968, 499; BeckOGK-WEG/Meier, § 8 Rn. 2).

Die Bestimmung des § 8 Abs. 1 WEG ermöglicht hingegen *nicht* die erstmalige Begründung von Sondereigentum nur in Ansehung eines einzelnen Miteigentumsanteils. Eine Anwendbarkeit des § 8 Abs. 1 WEG, der davon spricht, dass der Eigentümer eines *Grundstücks* durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt das Eigentum an dem Grundstück in Miteigentumsanteile in der Weise teilen kann, dass mit jedem Anteil Sondereigentum verbunden ist, scheidet daher in dem vom OLG München entschiedenen Fall denklogisch aus. Vor der erstmaligen Begründung von Sondereigentum gibt es **überhaupt noch keine grundstücksgleiche Rechtsposition des einzelnen Miteigentümers**, die eine (analoge) Anwendbarkeit des § 8 Abs. 1 WEG rechtfertigen würde (ebenfalls kritisch BeckOGK-WEG/Meier, § 8 Rn. 4).

Selbst wenn man der (unzutreffenden) Ansicht des OLG München folgen wollte, so lässt sich aus der Entscheidung des Gerichts jedenfalls kein Erfordernis ableiten, bereits *vor* einer Aufteilung nach WEG die Miteigentumsanteile zusammenzulegen oder spalten zu müssen. Relevant ist die Entscheidung allenfalls für die dogmatische Frage, ob die WEG-Aufteilung eines Grundstücks unter *Erhöhung* der Anzahl der Miteigentumsanteile einen Rechtsvorgang gem. § 3 WEG oder (auch) gem. § 8 WEG darstellt. Die Entscheidung des OLG München steht daher der Annahme, dass die rechtsgeschäftliche Bestimmung der Anzahl sowie der jeweiligen Größe der Miteigentumsanteile unter gleichzeitiger

inhaltlicher Ausgestaltung derselben nach dem WEG *keiner* vorgeschalteten (zusätzlichen) Auflassung gem. §§ 873, 925 BGB bedarf, nicht entgegen.

## 2. Ergebnis

Im Ergebnis benötigen die Beteiligten vorliegend rechtstechnisch drei Miteigentumsanteile, um die Aufteilung wie gewünscht vornehmen zu können. Dies kann u. E. schlicht durch eine Neubestimmung der Anteilsgrößen im Rahmen der dinglichen Einigung gem. § 3 WEG erfolgen. Es muss nicht in der notariellen Urkunde offengelegt werden, wie sich diese Neubestimmung mathematisch (durch Spaltung und/oder Zusammenlegung) genau vollzieht. Neben der **inhaltlichen Ausgestaltung des Grundstückseigentums gem. § 3 WEG (erster Schritt)** bedarf es zur Erreichung des gewünschten Ergebnisses freilich noch einer Eigentumszuordnung der jeweiligen Sondereigentumseinheiten. Diese **Eigentumszuordnung der Sondereigentumseinheiten (zweiter Schritt)** setzt freilich jeweils eine Einigung und Eintragung gem. §§ 873, 925 BGB voraus, d. h. die Beteiligten müssen sich über die gewünschte eigentumsmäßige Zuordnung der Sondereigentumseinheiten einigen und sodann jeweils in Abt. I der Wohnungsbücher eingetragen werden.

---

## BGB § 1772

### Volljährigenadoption mit Wirkung einer Minderjährigenadoption; Auswirkungen auf die Verwandtschaftsverhältnisse der Tochter

---

#### I. Sachverhalt

Es soll eine Volljährigenadoption mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption durchgeführt werden. Der Annehmende ist seit 2021 mit der Mutter der volljährigen Anzunehmenden verheiratet. Die Anzunehmende ist unverheiratet und hat eine minderjährige Tochter.

#### II. Fragen

1. Erlöschen mit der Annahme als Kind die bisherigen Verwandtschaftsverhältnisse der Tochter der Anzunehmenden ebenfalls oder bleiben diese weiterhin bestehen?
2. Sofern sich auch die Verwandtschaftsverhältnisse der Tochter der Anzunehmenden ändern: Muss der leibliche Vater der Tochter der Anzunehmenden der Adoption bezüglich der Anzunehmenden zustimmen?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Rechtsfolgen der Volljährigenadoption

Im vorliegenden Fall soll das volljährige Kind der Ehe-



frau adoptiert werden (Stiefkindadoption). In Betracht kommt daher die Durchführung einer normalen Volljährigenadoption i. S. d. §§ 1767 ff. BGB oder die Durchführung einer Volljährigenadoption mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption (§ 1772 BGB). Die **normale Volljährigenadoption** führt dazu, dass zum Adoptierenden (nicht aber zu dessen Verwandten, § 1770 Abs. 1 BGB) ein rechtliches Eltern-Kind-Verhältnis hergestellt wird. Zu den leiblichen Verwandten bleiben die Verwandtschaftsverhältnisse hingegen bestehen, § 1770 Abs. 2 BGB.

Würde dagegen – bei Vorliegen eines dahingehenden Antrags und der Voraussetzungen der Norm – eine **Volljährigenadoption mit starken Wirkungen i. S. v. § 1772 BGB** ausgesprochen, würde die Angenommene wie im Falle der Minderjährigenadoption vollständig in die Verwandtschaft des Annehmenden integriert und andererseits vollständig aus den Verwandtschaftsbeziehungen zu den leiblichen Verwandten gelöst. Dies ergibt sich aus der entsprechenden Anwendung des § 1755 Abs. 1 S. 1 BGB. Im Normalfall führt die Volljährige- adoption mit starken Wirkungen daher dazu, dass das Verwandtschaftsverhältnis des Angenommenen zu den leiblichen Verwandten erlöschen würde.

Da es sich vorliegend um einen Fall der **Stiefkindadoption** handelt, greift jedoch auch § 1755 Abs. 2 BGB ein. Dieser sieht vor, dass im Falle der Stiefkindadoption das Erlöschen **nur im Verhältnis zu dem anderen Elternteil** und dessen Verwandten eintritt (hier in Bezug auf den Vater der Anzuehmenden und dessen Verwandte).

## 2. Rechtsfolgen der Adoption in Bezug auf die Abkömmlinge des Adoptierten

Was die Wirkungen der Adoption in Bezug auf die **Abkömmlinge der Anzuehmenden** anbelangt, so ist insoweit ebenfalls **§ 1755 Abs. 1 S. 1 BGB** einschlägig. Dieser sieht ausdrücklich vor, dass mit der Annahme das Verwandtschaftsverhältnis des Kindes **und seiner Abkömmlinge** zu den bisherigen Verwandten und die sich aus ihm ergebenden Rechte und Pflichten erlöschen. Die Abkömmlinge des Anzuehmenden sind daher grundsätzlich in die Wirkungen der Adoption eingeschlossen.

Gleichwohl ist der Wortlaut des § 1755 Abs. 1 S. 1 BGB nicht ganz eindeutig. Aus dem Wortlaut selbst ergibt sich etwa nicht, dass infolge der Adoption das Verwandtschaftsverhältnis des Angenommenen **zu seinen eigenen Kindern** nicht erlischt, genauso wenig wie das **Geschwisterverhältnis mehrerer Kinder des Angenommenen zueinander**, was jedoch ohne Weiteres der Fall ist. Die leibliche Tochter der Angenommenen bleibt also *rechtlich* die Tochter der Angenommenen und eben-

so bliebe ein (hinzugedachtes) weiteres Kind der Angenommenen *rechtlich* Bruder bzw. Schwester der Tochter (vgl. nur BeckOGK-BGB/Löhnig, Std.: 1.2.2024, § 1755 Rn. 7; BeckOK-BGB/Pöcker, Std.: 1.11.2023, § 1755 Rn. 3).

Außerdem bezieht sich das Erlöschen bestehender Verwandtschaftsbeziehungen, das § 1755 Abs. 1 S. 1 BGB anordnet, unstreitig nur auf die Verwandtschaftsbeziehungen, die **über den Angenommenen** (hier die anzunehmende Tochter) **vermittelt** wurden (BeckOGK-BGB/Pöcker, § 1755 Rn. 2; BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1755 Rn. 8). Dies betrifft etwa die Verwandtschaftsverhältnisse zu Onkel/Tante (hier also die Geschwister der Anzuehmenden) oder zu den Großeltern (im hier vorliegenden Fall der Stiefkindadoption zum etwaigen rechtlichen Vater der Anzuehmenden nebst Ehefrau; vgl. zum Ganzen BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1755 Rn. 8).

Es tritt also gerade nicht – wie hier befürchtet – ein Erlöschen der Verwandtschaftsbeziehungen des Abkömmlings des Angenommenen zu seinem zweiten Elternteil (und dessen Verwandten) ein (vgl. nur BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1755 Rn. 8: „Soweit die Kinder des Angenommenen einen zweiten Elternteil von Rechts wegen haben, werden die Verwandtschaftsbeziehungen zu diesem und dessen Verwandten durch die Annahme nicht berührt.“). So führt auch *Maurer* (in: MünchKommBGB, 9. Aufl. 2024, § 1754 Rn. 20) erläuternd Folgendes aus [Hervorhebung durch das DNotI]:

*„Auch die verwandtschaftlichen Beziehungen der Abkömmlinge des Angenommenen erlöschen mit der Annahme, soweit auch der Angenommene mit diesen verwandt ist. Zu seinem angenommenen Elternteil bleibt die Verwandtschaft erhalten. Zudem dauert die Verwandtschaft mit dem anderen Elternteil und dessen Verwandten fort, andernfalls mit der Einwilligung in die Annahme (§ 1749 Abs. 2) über Elternteile verfügt würde, was den Beteiligten fernliegt und zudem verfassungsrechtlich unzulässig wäre.“*

## 3. Ergebnis

Infolge der Adoption der Anzuehmenden nach § 1772 BGB würde zwar das Verwandtschaftsverhältnis der Anzuehmenden und ihrer Abkömmlinge zum Vater der Anzuehmenden und den väterlichen Verwandten der Anzuehmenden beendet (insb. Großvater, Großonkel, -tante), nicht aber das Verwandtschaftsverhältnis der Tochter der Anzuehmenden zum *eigenen* rechtlichen Vater. Diese Verwandtschaftsbeziehung bestünde trotz der Adoption der Anzuehmenden (Mutter der Tochter) mit den Wirkungen der Minderjährigenadoption (§ 1772 BGB) fort, auch wenn der Wortlaut des § 1755 Abs. 1 S. 1 BGB insoweit missverstanden werden

könnte. Die Frage nach einer etwaigen Einwilligung des rechtlichen Vaters der minderjährigen Tochter der Anzunehmenden stellt sich daher nicht, da dessen Recht von der Adoption unberührt bleibt.

## Rechtsprechung

**DSGVO Art. 16, 17; HGB § 10a Abs. 3**

**Löschung von Wohnanschrift, Geburtsdatum und Unterschrift im Handelsregister**

OLG Naumburg, Beschl. v. 11.01.2023 – 5 Wx 14/22

OLG Celle, Beschl. v. 24.02.2023 – 9 W 16/23

### Problem

Beide Entscheidungen betreffen das Verhältnis von Registerpublizität und Datenschutzrecht. Im Fall des OLG Celle verlangte ein Geschäftsführer die Löschung seines im Handelsregister eingetragenen Geburtsdatums und seiner Wohnanschrift.

Das OLG Naumburg musste sich mit Gesellschaftern einer GmbH befassen. Diese unterzeichneten im Juni 2016 eine Gründungsurkunde sowie im September 2016 einen Beschluss über die Abberufung des bisherigen Geschäftsführers und die Bestellung eines neuen Geschäftsführers. Die entsprechenden Dokumente mitsamt den Unterschriften der Beteiligten stellte das Registergericht zur Einsicht im Handelsregister bereit. Unter Berufung auf Art. 17 Abs. 1 DSGVO verlangten die Beteiligten vom Registergericht die Schwärzung ihrer Unterschriften.

In beiden Fällen wies das jeweilige Registergericht den Antrag zurück. Auch die dagegen eingelegte Beschwerde blieb jeweils erfolglos.

### Entscheidungen

Das OLG Celle hielt die Beschwerde des Geschäftsführers für zulässig, aber unbegründet. Dagegen hielt das OLG Naumburg die Beschwerde der Beteiligten bereits für unzulässig. Den Beteiligten fehle die nach § 59 Abs. 1 FamFG erforderliche Beschwerdeberechtigung. Beschwerdeberechtigt sei nur, wer sich auf die (mögliche) unmittelbare Beeinträchtigung eines eigenen materiellen Rechts berufen könne (vgl. BGH FamRZ 2011, 465 m. w. N.; BGHZ 1, 343, 351). Den Beteiligten stehe aber unter keinem denkbaren Gesichtspunkt ein Anspruch auf Schwärzung der Unterschriften zu.

Beide Obergerichte verneinen einen Anspruch auf Löschung bzw. Schwärzung nach Art. 17 Abs. 1 DSGVO unter Verweis auf die Ausnahmegvorschrift des Art. 17 Abs. 3 lit. b DSGVO. Danach ist die Verarbeitung zu-

lässig, wenn sie „zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich ist, die die Verarbeitung nach dem Recht der Union oder der Mitgliedstaaten, dem der Verantwortliche unterliegt, erfordert, oder zur Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde“. Darunter falle das Veröffentlichen von Daten in einem staatlich betriebenen Register. Das OLG Celle verweist hinsichtlich der Personenangaben des Geschäftsführers auf die Verpflichtung aus § 387 Abs. 2 FamFG i. V. m. § 43 Nr. 4 lit. b HRV. Das OLG Naumburg führt zudem aus, der EuGH habe in einer Entscheidung zur Datenschutz-RL festgestellt, dass die Registerpublizität grundsätzlich Vorrang vor dem Persönlichkeitsschutz genieße (EuGH ZD 2017, 325, 327). Der Anspruch auf Schwärzung kann sich nach dem OLG Naumburg auch nicht aus Art. 16 DSGVO ergeben, weil dieser eine unrichtige Angabe von personenbezogenen Daten voraussetze.

Das OLG Celle verneint ein Widerspruchsrecht des Geschäftsführers nach Art. 21 Abs. 1 DSGVO, weil dieses Recht durch § 10a Abs. 3 HGB ausgeschlossen sei. Die in § 10a Abs. 3 HGB vorgenommene Einschränkung der Rechte aus § 21 DSGVO sei von Art. 23 Abs. 1 lit. e DSGVO gedeckt. Danach können die Pflichten und Rechte gemäß den Art. 12 bis 22 DSGVO zum Schutz sonstiger wichtiger Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses der Union oder eines Mitgliedstaates beschränkt werden. Hierzu zählen laut OLG Celle funktionsfähige und verlässliche öffentliche Register, die für die Sicherheit und Leichtigkeit des Rechtsverkehrs unerlässlich seien. Der antragstellende Geschäftsführer habe dem Gericht nicht dargelegt, weshalb sein Geheimhaltungsinteresse höher zu gewichten sei als das Interesse der Allgemeinheit an einem verlässlichen und öffentlichen Register.

Das OLG Naumburg verneint zuletzt auch einen Anspruch, der sich unmittelbar aus Art. 7, 8 der Europäischen Grundrechtecharta und Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ergeben könnte. Diese Grundrechte schützen das Recht auf Achtung der Privatsphäre und der personenbezogenen Daten. Das OLG Naumburg hält daher zwar den Schutzbereich für eröffnet. Auch liege ein Eingriff in diese Grundrechte vor. Dieser könne nicht deswegen verneint werden, weil die Beteiligten die Veröffentlichung der Unterschriften selbst initiiert hätten. Denn erst infolge der Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie durch das DiRUG sei es möglich geworden, das Handelsregister kostenfrei einzusehen. Durch diese neuen Umstände sei die ursprüngliche Einwilligung der Beteiligten hinfällig geworden. Jedoch könne das Registergericht die von den Beteiligten gewünschte Folgenbeseitigung nicht vornehmen. Es sei

rechtlich nicht vorgesehen, nachträglich die im Register gespeicherten Daten zu verändern. Insoweit gelte der Grundsatz der Registerwahrheit. Die Beteiligten könnten sich insoweit auch nicht auf den neu eingeführten § 9 Abs. 7 HRV berufen. Diese Vorschrift betreffe den Austausch eines Dokuments durch ein anderes, nicht aber die Veränderung des Ausgangsdokuments.

### Praxishinweise

Die beiden aktuellen Entscheidungen zeigen, dass zumindest derzeit in den betroffenen Fällen kein Anspruch auf die Löschung oder die Schwärzung von rechtmäßig im Register aufgenommenen persönlichen Daten besteht. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die zum 1.6.2023 geänderte DONot. Gemäß § 5 Abs. 1 Satz 4 DONot n. F. kann grundsätzlich von der Angabe einer Anschrift (Straße und Hausnummer) abgesehen werden, wenn die Urkunde zur Übermittlung an ein Registergericht bestimmt ist. Darüber hinaus kann bei sämtlichen natürlichen Personen, die geschäftlich oder dienstlich auftreten, anstelle von Wohnort und Anschrift eine Geschäfts- bzw. Dienstanschrift einschließlich des Ortes angegeben werden, § 5 Abs. 1 S. 5 DONot n. F. Letzteres gilt auch, wenn die Urkunde nicht zur Übermittlung an ein Register bestimmt ist.

Die gegen den Beschluss des OLG Celle zum BGH eingelegte Rechtsbeschwerde hatte in der Sache keinen Erfolg (Az. II ZB 7/23; Beschl. v. 23.1.2024).

## Literaturhinweise

**R. Eichten/T. Land/L. Morlock**, Die Wiedereinführung aktienrechtlicher Mehrstimmrechte, notar 2024, 75

**C. Esbjörnsson**, Bauträgerrecht – Aktuelle Entwicklungen, notar 2024, 85

**H. Grziwotz**, Die ehebedingte Schenkung, NJW 2024, 857

**M. Jülicher**, Ausgewählte Aspekte der Grunderwerbsteuer in der Nachfolgeplanung, ZErB 2024, 81

**C. Keim**, Transmortale Überraschungen einer Vorsorgevollmacht, ErbR 2024, 170

**M. Leitzen**, Der Tod des Gesellschafters einer Personengesellschaft und seine registerrechtlichen Folgen nach dem MoPeG, ZEV 2024, 152

**P. Meier**, Der Verkauf von Immobilien von und an GbR nach dem reformierten Recht, NJW 2024, 465

**K. Muscheler**, Das Fehlen der Zeitangabe im eigenhändigen Testament, ZEV 2024, 137

**P. Plottek/M.-D. Rietz**, Krypto-Assets im notariellen Nachlassverzeichnis und die Pflichten des Notars, ZErB 2024, 1

**P. Selentin**, Schuldrechtliche Nebenabreden und Singularsukzession – Probleme und Gestaltungsmöglichkeiten, NotBZ 2024, 81

**B. Wegmann**, Bestimmung von Erben, insbesondere Nacherben, durch Verweisung des Erblassers auf letztwillige Verfügungen Dritter, ZEV 2024, 61

## Veranstaltungen

**Rheinisches Institut für Notarrecht der Universität Bonn**

**„Mehrelternkonflikte im Abstammungsrecht – Herausforderungen für den Gesetzgeber“**

### Veranstaltungsort:

Hörsal G – Juridicum, Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn

### Datum:

Donnerstag, 16.5.2024, 19:15 Uhr

### Anmeldung und Kontakt:

Universität Bonn, Rheinisches Institut für Notarrecht, Adenauerallee 46a, 53113 Bonn; E-Mail: notarrecht@uni-bonn.de

---

**Tagung des Institut für Notarrecht der Georg-August-Universität Göttingen**

**„Vertragsgestalterischer Anpassungsbedarf nach dem MoPeG“**

### Veranstaltungsort:

Alfred-Hessel-Saal der Alten SUB, Paulinerkirche, Papendiek 14, 37073 Göttingen,

### Datum:

Montag, 8.7.2024, 12:30 Uhr

### Anmeldung und Kontakt :

Universität Göttingen, Institut für Notarrecht, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen, E-Mail: notarrecht@uni-goettingen.de

**Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare einschließlich MoPeG** (Berkefeld), 3.5.2024 Osnabrück; 24.5.2024 Kassel

**5. Jahresarbeitsstagung für Notarfachwirte und Notarfachangestellte** (Thon/Krauß/Böttcher/Berkefeld/Keim/Haberkamp/Reetz/Schönenberg-Wessel/Frohn/Ries/Sikora), 2.-4.5.2024 Berlin – Hybrid-Veranstaltung

**1x1 der notariellen Gebührenrechnung** (Tondorf), 17.5.2024 Heusenstamm – Hybrid-Veranstaltung

**Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ab 01. Januar 2024 in der Notarstelle** (Tondorf), 27.5.2024 Bochum – Hybrid-Veranstaltung

Weitere Termine für **Mai 2024**, Anmeldung und aktuelle Informationen unter [www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de)

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

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notar a. D. 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 §§ 181, 177; GmbHG § 35 Abs. 2; AktG § 78 – Anwendung des § 181 BGB auf den vollmachtlosen Vertreter; Erfordernis der Befreiung des organschaftlichen Vertreters bei Genehmigung eines In-sich-Geschäfts; Genehmigung als In-sich-Geschäft

WEG §§ 12, 26 – Anwachsung des Vermögens einer GmbH & Co. KG auf ihre Kommanditist-GmbH; Auswirkungen auf die Verwalterstellung

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**BGB §§ 181, 177; GmbHG § 35 Abs. 2; AktG § 78**

**Anwendung des § 181 BGB auf den vollmachtlosen Vertreter; Erfordernis der Befreiung des organschaftlichen Vertreters bei Genehmigung eines In-sich-Geschäfts; Genehmigung als In-sich-Geschäft**

#### I. Sachverhalt

An *Venture-Capital*-Finanzierungsrunden sind häufig zahlreiche inländische und ausländische Gesellschaften sowie Einzelpersonen beteiligt. Hinsichtlich der Auslandsgesellschaften lässt sich häufig nicht mit letzter Sicherheit sagen, ob nach dem jeweils einschlägigen ausländischen Recht In-sich-Geschäfte verboten sind und inwieweit eine Befreiung von einem etwaigen Verbot möglich ist. Deshalb werden teilweise in der Praxis diese Gesellschaften nicht per Vollmacht vertreten, sondern

durch einen einzigen Vertreter ohne Vertretungsmacht (vorbehaltlich Genehmigung), und es wird dessen Handeln sodann durch andere Personen (also solche, die an der Urkunde nicht beteiligt waren) aufgrund Vollmacht (i. d. R. unter Befreiung vom Verbot des § 181 BGB) oder durch die Gesellschaft selbst genehmigt. Die Alternative, jede der ausländischen Gesellschaften in der Urkunde durch eine andere Person vorbehaltlich Genehmigung vertreten zu lassen, scheidet im Hinblick auf die Vielzahl der Gesellschaften oftmals aus.

#### II. Fragen

1. Wenn eine Einzelperson eine Mehrzahl von Gesellschaften als vollmachtloser Vertreter vertritt, muss dann die jeweils genehmigende Person von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sein?
2. Ist insoweit zwischen Selbstkontrahieren und Mehrfachvertretung zu unterscheiden?
3. Was gilt, wenn derselbe organschaftliche Vertreter oder dieselbe bevollmächtigte Person mehrere Erklärungen genehmigt?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Anwendung des § 181 BGB auf vollmachtlosen Vertreter

Im Ausgangspunkt ist die Frage zu stellen, ob § 181 BGB auf das Handeln eines *falsus procurator* überhaupt anzuwenden ist. Diese Frage ist noch nicht abschließend geklärt, wird aber **wohl überwiegend bejaht** (BayObLG MittBayNot 1986, 68; OLG Düsseldorf MittBayNot 1999, 470; Grüneberg/Ellenberger, BGB, 83. Aufl. 2024, § 181 Rn. 15; BeckOK-BGB/Schäfer, Std.: 1.2.2024, § 181 Rn. 29; Tebben, DNotZ 2005, 173; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3559a; vgl. auch Blath, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 5. Aufl. 2023, Kap. 6 Rn. 509; dagegen in jüngerer Zeit OLG Rostock, Beschl. v. 22.11.2019, BeckRS 2019, 31040 Rn. 8; LG Leipzig NotBZ 2014, 399; offenkundig für beiderseits vollmachtlose Vertretung OLG Zweibrücken MittBayNot 2012, 377, 378). Die Praxis sollte daher die Anwendung vorsorglich unterstellen. Ein Unterschied zur bloßen Anwendung des § 177 BGB ergibt sich bei der Mehrfachvertretung freilich nur dann, wenn die Beteiligten „einseitig“ vollmachtlos vertreten werden. Die Anwendung des § 181 BGB hat in diesem Fall zur Folge, dass auch der bevollmächtigte Vertretene genehmigen muss – soweit in der Vollmacht nicht bereits ausdrücklich oder konkludent eine Befreiung von den Beschränkungen des In-sich-Geschäfts enthalten ist.

Das anfragegegenständliche Problem würde sich im Übrigen auch einstellen, wenn der Vertreter zwar aufgrund Vollmacht, aber ohne Befreiung handelte.

#### 2. Erfordernis der Befreiung des genehmigenden organschaftlichen Vertreters

##### a) Problemaufriss, ausgehend von der Erteilung vorgängiger Befreiung

Nach anerkanntem Rechtssatz **kann niemand mehr Rechte auf andere übertragen, als er selbst innehat** – *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* (vgl. BGH NJW 1975, 1117, 1118; Ising, NZG 2011, 841). So ist etwa der nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Vertreter nicht dazu imstande, einem Unterbevollmächtigten Vollmacht mit Gestattung des In-sich-Geschäfts zu erteilen, also vorgängige Befreiung (KG NJW-RR 1999, 168 f.; LG Stuttgart BWNotZ 1995, 166; Grüneberg/Ellenberger, § 181 Rn. 18; Schöner/Stöber, Rn. 3559). Dies gilt grundsätzlich auch für die organschaftlichen Vertreter von Körperschaften oder Gesellschaften.

Fraglich ist freilich, ob man hinsichtlich der erteilten Vollmachten differenzieren muss: Der organschaftliche

Vertreter kann zum einen **Unterbevollmächtigte** zum Handeln an seiner statt bestellen, er kann zum anderen aber rechtsgeschäftliche Vertreter bestellen, die die GmbH unmittelbar, als **Direktvertreter**, vertreten (vgl. U. H. Schneider/S. H. Schneider, in: Scholz, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 35 Rn. 17; allg. zum Vertreter des Vertreters bei Vollmachten organschaftlicher Vertreter Blath, ZPG 2023, 167, 170 ff.). So handelt etwa bei der Prokuristenbestellung im Außenverhältnis der Geschäftsführer oder Vorstand einer GmbH bzw. AG; der Prokurist ist dennoch unmittelbarer Vertreter der Gesellschaft und nicht Untervertreter des organschaftlichen Vertreters. Es lässt sich daher behaupten, dass der Geschäftsführer/Vorstand nicht selbst befreit sein muss, um einen befreiten Prokuristen zu bestellen (Gutachten DNotI-Report 2007, 89, 90; Blath, Kap. 6 Rn. 522). Hier gibt er nämlich nicht seine Vertretungsmacht an einen Untervertreter weiter, sondern die Gesellschaft (vertreten durch ihn) erteilt eine unmittelbare Vollmacht.

Oft wird jedoch zwischen Unterbevollmächtigten und unmittelbaren Vertretern der Gesellschaft/Körperschaft nicht genauer differenziert (s. etwa BayObLG MittBayNot 1993, 150, 152; zur Genehmigung nach Verstoß gegen § 181 BGB OLG München MittBayNot 2014, 234, 235; differenzierend und offenbar aus diesem Grund die Befreiung des gesetzlichen Vertreters für unnötig haltend: LG München I NJW-RR 1989, 997, 998; KG FGPrax 2011, 55, 56; ausdr. auch Schmidt-Ott, ZIP 2007, 943, 945 f., der auf die umfassende Vertretungsmacht eines Vertretungsorgans verweist). Freilich ist es nicht ganz von der Hand zu weisen, dass sich – bei „gewöhnlichen“ Vollmachten – die Abgrenzung zwischen unmittelbarer Erteilung und Untervollmacht als formalistisch darstellen kann (nicht so bei der Prokura, die gesetzlich fest umrissen ist). Wertend betrachtet sind beide Arten von Vollmachten womöglich gleich zu beurteilen, insbesondere wenn man weniger auf den Aspekt der Rechtsmacht als auf den Aspekt der Umgehung des § 181 BGB abstellt.

Fordert man grundsätzlich die Befreiung des Vertreters, so könnte dennoch eine Ausnahme unter wertenden Gesichtspunkten gelten: Eine Ansicht aus jüngerer Zeit hält die Befreiung für entbehrlich, wenn der **bevollmächtigende und befreiende Vertreter** das Rechtsgeschäft **anstelle des Bevollmächtigten selbst** vornehmen könnte, ohne gegen § 181 BGB zu verstoßen, wobei – etwas ungenau – auch die oben zitierten Entscheidungen des KG (FGPrax 2011, 55, 56) und LG München I (NJW-RR 1989, 997, 998) in Bezug genommen werden (Erman/Finkenauer, BGB, 17. Aufl. 2023, § 181 Rn. 28; Ising, NZG 2011, 841, 844; MünchKommBGB/Schramm, 6. Aufl. 2012, § 181 Rn. 54). Abschließend

geklärt ist die Frage indes nicht. So spricht sich *Krafka* (in: BeckOGK-BGB, Std.: 1.3.2024, § 181 Rn. 302) ausdrücklich gegen eine Ausnahme aus: Es müsse sich derjenige, der seinem Vertreter keine Befreiung erteile, darauf verlassen können, dass solche Befreiungen ohne seine Gestattung nicht einem noch weiter entfernten Untervertreter erteilt würden. Im Ergebnis ähnlich sieht es *Schubert* (in: MünchKommBGB, 9. Aufl. 2021, § 181 Rn. 83): Der Hauptvertreter müsse Vertretungsmacht in einem Umfang haben, der auch die Gestattung von In-sich-Geschäften des Unterververtreters umfasse. Gerade wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit des Vertretenen ergebe sich dies nicht ohne Weiteres aus der Vollmacht des Hauptvertreters. Letztlich handelt es sich nach *Schubert* um eine Frage der Auslegung der Hauptvollmacht (im Fall des organschaftlichen Vertreters ginge es entsprechend um den Inhalt der gesetzlichen Vertretungsmacht; am Ende wäre also wohl schlicht das Gegebensein oder Nichtgegebensein einer Befreiung entscheidend).

Die strengere Gegenmeinung hat u. E. durchaus etwas für sich: Eigentlich kann es nicht darauf ankommen, dass der Hauptvertreter das Rechtsgeschäft ohne In-sich-Geschäft abschließen könnte, sondern nur darauf, dass sich der Untervertreter in ein In-sich-Geschäft verstrickt. Dieses zuzulassen oder nicht ist allein Sache des Vertretenen; er muss also – zumindest durch Befreiung des Vertreters – zu erkennen geben, dass er mit dem In-sich-Geschäft des Unterververtreters einverstanden ist.

### b) Unterschiedliche Bewertung der Genehmigung?

Auch wenn zwischen vorgängiger Befreiung und nachträglicher Genehmigung bisweilen nicht genau differenziert wird, haben die beiden Vorgänge unterschiedliche Bedeutung. Die Befreiung bezieht sich auf den Bevollmächtigten, sie betrifft quasi seinen Status als Vertreter und die Grenzen seiner Vertretungsbefugnis. Dagegen bezieht sich die Genehmigung auf ein *Rechtsgeschäft*, das zudem bereits abgeschlossen ist. Teilweise wird dennoch argumentiert, dass die ein In-sich-Geschäft genehmigende Person selbst von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sein muss. Dies überzeugt u. E. nicht einmal wertungsmäßig: Die „statusbezogene“ Befreiung setzt den Vertreter in den Stand, eine von Anfang an wirksame Willenserklärung abzugeben. Da es sich nach allgemeinen Grundsätzen um eine eigene Willenserklärung handelt, die einen eigenen Willensbildungs- und -äußerungsvorgang in der Person des Bevollmächtigten voraussetzt, ist diesem ein besonderer Freiraum eingeräumt, der für die vertretene Person mit einem besonderen Risiko verbunden ist – insbesondere, weil ein abstrakt gegebener Interessenkonflikt in der Person des Vertreters für obsolet erklärt wird. Die vertretene Person

wird prospektiv der Bindung an ein Geschäft unterworfen, dessen konkrete Beschaffenheit im Zeitpunkt der Befreiung noch nicht endgültig absehbar ist (selbst bei einem Vertreter mit gebundener Marschrichtung nicht). Hingegen geht es bei der Genehmigung um einen retrospektiven Vorgang, bei dem der genehmigenden Person ein **bereits abgeschlossenes Rechtsgeschäft** zur Entscheidung vorliegt. Ein etwaiger Interessenkonflikt hat sich bereits verwirklicht und kann in seinen Auswirkungen beurteilt werden. In keinem Augenblick muss der Genehmigende ein besonderes Vertrauen, das ihm der Vertretene ausgesprochen hat, an eine andere Person weiterleiten. Auf eine **eigene Befreiung des Genehmigenden** dürfte es daher **nicht** mehr ankommen – soweit nicht der Genehmigung selbst wiederum ein In-sich-Geschäft innewohnt.

Diese u. E. vorzugswürdige Ansicht wird von etlichen Stimmen in Rechtsprechung und Literatur geteilt (OLG Zweibrücken MittBayNot 2012, 377 mit zust. Anm. Auktor; LG Leipzig NotBZ 2014, 399; MünchKommBGB/Schubert, § 181 Rn. 65 f.; Schöner/Stöber, Rn. 3559a; Tebben, DNotZ 2005, 173, 179; Ising, NZG 2011, 841, 844). Sogar der BGH dürfte sich in einer jüngeren Entscheidung (DNotZ 2023, 376 Rn. 34 ff.) – implizit – dazu bekannt haben (s. Gutachten DNotI-Report 2023, 153, 154; Backhaus, jurisPR-HaGesR 5/2023 Anm. 1, lit. D). In seinem Urteil zur Selbstbestellung des AG-Vorstands zum Geschäftsführer der Tochter-GmbH hat der BGH die Zuständigkeit für die Genehmigung den weiteren Vorständen zugesprochen. Eine eigene Befreiung des genehmigenden Vorstands hat der BGH dabei nicht verlangt. Dies ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass zum Zeitpunkt der Entscheidung Befreiungen des Vorstands von § 181 Var. 1 BGB praktisch nicht vorgekommen sein werden. Vielmehr entsprach es der h. M., dass § 181 Var. 1 BGB von § 112 AktG völlig verdrängt werde. Die Nichtbefreiung der Vorstände war also gewissermaßen strukturell vorgegeben.

Ein **Unterschied** danach, ob die Genehmigung ein **Selbstkontrahieren** (§ 181 Var. 1 BGB) oder eine **Mehrfachvertretung** (§ 181 Var. 2 BGB) betrifft, dürfte im Übrigen nicht zu rechtfertigen sein. Im Gesetz findet sich **kein Anhaltspunkt** für eine unterschiedliche Bewertung der beiden Varianten des In-sich-Geschäfts, etwa derart, dass das Selbstkontrahieren als gefährlicher zu beurteilen wäre. Dies widerspräche auch dem prinzipiell abstrakten Zugriff der Norm.

### 3. Genehmigung als In-sich-Geschäft oder Umgehung eines In-sich-Geschäfts

Die dritte Frage zielt zunächst auf das Problem, dass in

der **Genehmigung ihrerseits ein In-sich-Geschäft** liegen kann (s. bereits Ziff. 2). Ob in der Genehmigung wiederum ein In-sich-Geschäft liegt, hängt in erster Linie davon ab, wem gegenüber sie erklärt wird. Gem. § 177 BGB kann die Genehmigung sowohl dem Vertreter als auch dem anderen Teil gegenüber erklärt werden. Die Genehmigung gegenüber dem personenverschiedenen Bevollmächtigten könnte daher unproblematisch sein, die Genehmigung gegenüber dem personenidentischen Vertreter des anderen Teils eine weitere Mehrfachvertretung mit sich bringen. Zu denken wäre an die Rechtsprechung vom sog. **Wahladressaten**: Wenn sowohl die eine als auch die andere Person materieller Empfänger der Erklärung sein kann und das In-sich-Geschäft bei der Abgabe gegenüber einer der Personen entfällt, dann darf diese Person als Erklärungsempfänger gewählt werden (vgl. RGZ 76, 89, 92 f.; BGH NJW 1985, 2409, 2410; BayObLGZ 1977, 76, 81; OLG Jena, Urt. v. 21.2.2007 – 6 U 283/06, Rn. 25 [juris]; BeckOK-BGB/Schäfer, § 181 Rn. 26; Grüneberg/Ellenberger, § 181 Rn. 8).

Fraglich ist jedoch, ob dies auch bei der Genehmigung einer Mehrfachvertretung gelten kann, bei der sowohl der organschaftliche Vertreter als auch der *falsus procurator* jeweils mehrfach handelt. Formal betrachtet bleibt es hier gleichermaßen dabei, dass zwei Personen denkbare Erklärungsempfänger sind und das In-sich-Geschäft bei Erklärung gegenüber dem vollmachtlosen Vertreter entfällt. Trotz grds. formaler Handhabung des § 181 BGB dürfte hier am Ende dennoch die Wertung des § 181 BGB einer Genehmigung durch den nicht befreiten Vertreter entgegenstehen. Andernfalls könnte **§ 181 BGB in der Mehrfachvertretungsvariante systematisch umgangen** werden: Die fehlende Befreiung wäre bei jeder Mehrfachvertretung unschädlich, da der mehrfachvertretende Vertreter stets einen vollmachtlosen Vertreter handeln lassen könnte, dessen Mehrfachvertretung er jeweils durch Genehmigung ihm gegenüber wirksam machen würde. Hier diene also die Auswahl des Adressaten nur dazu, ein Rechtsgeschäft, das im *Ausgangspunkt* eine verbotene Mehrfachvertretung enthielte, entgegen § 181 BGB zu ermöglichen. Im Unterschied dazu enthält das Ausgangsgeschäft in den „normalen“ Wahladressatenkonstellationen nicht bereits ein In-sich-Geschäft, sondern es wird lediglich ein In-sich-Geschäft beim Hinzutreten einer weiteren empfangsbedürftigen Erklärung vermieden.

Daraus sollte zu folgern sein, dass der Einsatz eines einzigen vollmachtlosen Vertreters für mehrere Gesellschaften mit nichtbefreiten organschaftlichen Vertretern nur dann unproblematisch ist, wenn die organschaftlichen Vertreter nicht ihrerseits personenidentisch sind. Gleiches

gilt dann, wenn zwischen den organschaftlichen Vertretern und dem *falsus procurator* ein **Bevollmächtigter** eingeschaltet ist, der mehrere Gesellschaften zugleich vertritt. Dadurch wird das Problem u. E. nur um eine Ebene verschoben.

#### 4. Ergebnis

Unseres Erachtens muss der gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Vertreter einer Gesellschaft nicht selbst von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sein, wenn er ein namens der Gesellschaft abgeschlossenes In-sich-Geschäft genehmigt und nicht gerade die Genehmigung wiederum als In-sich-Geschäft zu werten ist.

Ob die Genehmigung ein Selbstkontrahieren (§ 181 Var. 1 BGB) oder eine Mehrfachvertretung (§ 181 Var. 2 BGB) betrifft, ist u. E. nicht entscheidend. Es gibt keinen Anhaltspunkt für eine unterschiedliche Bewertung.

Für problematisch erachten wir es, wenn die Gesellschaftsvertreter, die die Mehrfachvertretung des *falsus procurator* genehmigen, ihrerseits personenidentisch und nicht vom Verbot der Mehrfachvertretung befreit sind. Hier kann es wertend betrachtend nicht zulässig sein, dass diese Vertreter, die die jeweilige Gesellschaft selbst nicht als Mehrfachvertreter hätten vertreten können, das In-sich-Geschäft durch Erklärung der Genehmigung gegenüber dem handelnden Mehrfachvertreter wirksam werden lassen.

---

## WEG §§ 12, 26

### Anwachsung des Vermögens einer GmbH & Co. KG auf ihre Kommanditist-GmbH; Auswirkungen auf die Verwalterstellung

---

#### I. Sachverhalt

Am 25.9.2023 wurde ein Kaufvertrag über eine Wohnungseigentumseinheit beurkundet. Zur Veräußerung des Wohnungseigentums ist die Verwalterzustimmung erforderlich. Am 13.10.2023 wurde die Verwalterzustimmung von der X GmbH erteilt. Ein Verwalternachweis liegt lediglich für die Z GmbH & Co. KG (für die Zeit vom 1.1.2023 bis 31.12.2024) vor.

Einzige persönlich haftende Gesellschafterin der Z GmbH & Co. KG war zuvor die Y-Beteiligungs-GmbH. Diese wurde durch eine Verschmelzung zur Aufnahme auf die einzige Kommanditistin der Z GmbH & Co. KG, nämlich die X GmbH, verschmolzen.

Die Verwalterzustimmung enthält im Beglaubigungsvermerk einen Nachweis der Rechtsnachfolge der



X GmbH anstelle der Z GmbH & Co. KG. Hierzu bescheinigte der Notar aufgrund Einsicht in das elektronische Handelsregister, dass die einzige persönlich haftende Gesellschafterin der Z GmbH & Co. KG, nämlich die Y-Beteiligungs-GmbH, infolge Verschmelzung zur Aufnahme auf die X GmbH verschmolzen worden sei. Die Z GmbH & Co. KG sei somit infolge des Ausscheidens der einzigen persönlich haftenden Gesellschafterin aufgelöst und ohne Liquidation erloschen; deren Vermögen sei der einzigen Kommanditistin und alleine verbleibenden Gesellschafterin, der X GmbH, angewachsen. Die Löschung der Z GmbH & Co. KG im Handelsregister erfolgte am 21. August 2023.

## II. Frage

Ist das Verwalteramt i. S. d. § 26 WEG im Wege der Gesamtrechtsnachfolge der X GmbH als der letzten verbliebenen Gesellschafterin (Kommanditistin) angewachsen und liegt damit ein grundbuchtauglicher Verwalternachweis vor?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Gesellschaftsrechtliche Perspektive

Scheidet ein Gesellschafter aus einer Kommanditgesellschaft aus, hat dies gesellschaftsrechtlich zur Folge, dass der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen gem. §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 3 HGB, 738 Abs. 1 S. 1 BGB a. F. (bzw. nunmehr § 712a BGB aktuelle Fassung) *ipso iure*, also ohne dass es eines besonderen Übertragungsaktes bedarf, den in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschaftern anteilig im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung anwächst. Verbleibt nur ein Gesellschafter, so erlischt die Personen(handels)gesellschaft und der verbleibende Gesellschafter übernimmt alle Aktiva und Passiva im Wege der **Gesamtrechtsnachfolge** und wird neuer sowie alleiniger Unternehmensträger (st. Rspr., vgl. nur BGH ZIP 2000, 229 = NJW 2000, 1119 = GmbHR 2000, 188).

Hierzu hat sich durch Inkrafttreten des MoPeG zum 1.1.2024 keine Änderung ergeben. Das Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters führt nunmehr gemäß der gesetzlichen Regelung des § 712a BGB vielmehr ausdrücklich zum Erlöschen der Gesellschaft ohne Liquidation und zum Übergang des Gesellschaftsvermögens im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter.

Nach dem Sachverhalt ist die zur Verwalterin bestellte GmbH & Co. KG durch Ausscheiden der persönlich haftenden Gesellschafterin somit liquidationslos beendet worden und ihr Vermögen der einzigen Kommanditistin angewachsen.

## 2. Meinungsstand zum Übergang der Verwalterstellung

Nach der älteren Rechtsprechung wurde der Übergang der Verwalterstellung im Falle der Anwachsung bei Personengesellschaften verneint (BayObLGZ 1987, 54; OLG Köln NZM 2006, 591). Tragendes Argument war dabei stets, dass die WEG vor einem „aufgedrängten“ Verwalter geschützt werden muss (BayObLGZ 1987, 54, 58; OLG Köln NZM 2006, 591, 592). Das BayObLG hielt überdies das Amt des Verwalters für höchstpersönlich (BayObLGZ 1987, 54, 56) und damit weder durch Sonder- noch durch Gesamtrechtsnachfolge für übertragbar.

Im Jahr 2014 entschied jedoch der BGH, dass bei der Verschmelzung einer zur Verwalterin einer Wohnungseigentumsanlage bestellten juristischen Person auf eine andere juristische Person das Verwalteramt und der Verwaltervertrag im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen (BGH NJW 2014, 1447). Als *ratio decidendi* führte der BGH dabei an, dass § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG mit dem Prinzip einer umfassenden Gesamtrechtsnachfolge eine Spezialregelung gegenüber der entsprechenden Anwendung von § 673 S. 1 BGB bereithielte (BGH NJW 2014, 1447, 1449). Bei einer juristischen Person als berufenem Verwalter stehe regelmäßig nicht die Ausführung der Dienstleistungen durch bestimmte natürliche Personen im Vordergrund (BGH NJW 2014, 1447, 1449); daher handele es sich nicht um ein höchstpersönliches Recht.

Im Jahr 2021 bestätigte der BGH diese Rechtsprechung schließlich auch für den Fall der Ausgliederung eines einzelkaufmännischen Unternehmens auf eine neu gegründete Kapitalgesellschaft (BGH ZWE 2021, 410). Auch hier entschied der BGH, dass sich die Beurteilung nach dem Umwandlungsrecht richte und das Verwalteramt sowie der Verwaltervertrag regelmäßig nicht als höchstpersönliche Rechtsverhältnisse anzusehen seien, wenn der Inhaber eines im Handelsregister eingetragenen Unternehmens zum Verwalter bestellt werde (BGH ZWE 2021, 410 Rn. 15).

Ein Teil der Literatur hält vor dem Hintergrund der ergangenen BGH-Rechtsprechung nunmehr auch bei Anwachsungsfällen betreffend Personen(handels)gesellschaften außerhalb des UmwG angesichts der damit einhergehenden Gesamtrechtsnachfolge die Stellung des Verwalters in der Person des letzten verbleibenden Gesellschafters für gewahrt (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 2935a; Serr, ZWE 2016, 307, 312; Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 26 Rn. 35; BeckOK-WEG/Hogenschurz, Std.: 2.4.2024, § 12 Rn. 35.1). Eine andere Ansicht hierzu vertritt Wicke

(Grüneberg/Wicke, BGB, 83. Aufl. 2024, § 26 WEG Rn. 27, allerdings ohne nähere Auseinandersetzung mit der jüngeren BGH-Rechtsprechung).

### 3. Anwendung auf den vorliegenden Sachverhalt

§ 738 Abs. 1 S. 1 BGB a. F. bzw. nunmehr § 712a BGB aktuelle Fassung hält mit dem Modell der Anwachsung ein Rechtsinstitut bereit, das die nach dem BGH erforderliche Kontinuität der Rechtsverhältnisse (BGH NJW 2014, 1447, 1449) ähnlich wie § 20 UmwG absichert. Zudem kommt es regelmäßig bei einer GmbH & Co. KG als Verwalterin auch nicht auf die Ausführung der Dienstleistungen durch bestimmte natürliche Personen an. Ferner erschiene es uns wertungswidersprüchlich, Umstrukturierungen nach dem Umwandlungsrecht anders zu handhaben als solche in Anwachsungsfällen im Personengesellschaftsrecht. Beide Umstrukturierungsvorgänge haben eine *Gesamtrechtsnachfolge betreffend ein Unternehmen* zum Gegenstand. Für die Ungleichbehandlung umwandlungsrechtlicher und „anwachungsrechtlicher“ Umstrukturierungen ist mithin kein sachlicher Differenzierungsgrund ersichtlich.

### 4. Grundbuchrechtlicher Nachweis der Gesamtrechtsnachfolge

Scheidet ein Gesellschafter aus einer zweigliedrigen Personengesellschaft aus, wird im Handelsregister ein Vermerk, dass das Vermögen der Gesellschaft infolge Anwachsung auf den letzten Gesellschafter übergegangen ist, *nicht* eingetragen. Es erfolgt lediglich die Eintragung der Auflösung der Gesellschaft und des Erlöschens der Firma (Krafka, Registerrecht, 12. Aufl. 2024, Rn. 659; Schaub, in: Bauer/Schaub, GBO, 5. Aufl. 2023, § 32 Rn. 20).

Wie der Nachweis der Gesamtrechtsnachfolge im Falle des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters geführt werden kann, ist deshalb im Einzelnen streitig (s. hierzu DNotI Abruf-Gutachten Nr. 175028; BGH NJW 2018, 3310; Schaub, § 32 Rn. 20; Lemke, GBO, 3. Aufl. 2022, § 32 Rn. 28). *Jedenfalls* ausreichend wäre, wenn etwa zum einen eine notariell beglaubigte Handelsregisteranmeldung, aus der sich die zur Gesamtrechtsnachfolge führende Rechtsänderung ergibt, oder eine notariell beglaubigte Ausscheidensvereinbarung der Gesellschafter vorgelegt wird *und* zum anderen das Ausscheiden des Gesellschafters sowie das Erlöschen der Gesellschaft im Handelsregister eingetragen ist (BGH NJW 2018, 3310 Rn. 13).

Hier erfolgte das Ausscheiden der persönlich haftenden Gesellschafterin aufgrund einer Verschmelzung zur Aufnahme auf die einzige Kommanditistin. Dieser umwandlungsrechtliche Vorgang ergibt sich aus dem

Handelsregister und lässt sich insbesondere mittels einer Notarbescheinigung selbst nachweisen, § 32 Abs. 1 S. 2 GBO. Das Ausscheiden der persönlich haftenden Gesellschafterin aufgrund der Verschmelzung zur Aufnahme auf die Kommanditistin wird zudem mit einem (Gesamt-)Rechtsnachfolgevermerk im Handelsregister der Kommanditgesellschaft eingetragen (vgl. Oepen, in: Ebenroth/Boujong, HGB, 5. Aufl. 2024, § 162 Rn. 26). Schließlich ergibt sich auch das Erlöschen der Gesellschaft aus dem Handelsregister, sodass u. E. vorliegend der grundbuchrechtliche Nachweis der Gesamtrechtsnachfolge wie vorliegend durch eine Notarbescheinigung erfolgen kann, § 32 Abs. 1 GBO, § 21 BNotO.

### 5. Ergebnis

Im Ergebnis ist u. E. im Lichte der jüngeren BGH-Rechtsprechung (BGH NJW 2014, 1447 und BGH ZWE 2021, 410) und entgegen früheren Judikaten (BayObLGZ 1987, 54; OLG Köln NZM 2006, 591) von einem **Übergang der Verwalterstellung** auf die Kommanditistin auszugehen. Der Nachweis der Gesamtrechtsnachfolge lässt sich im Grundbuchverfahren mittels **Notarbescheinigung** führen.

## Literaturhinweise

**M. Artz/B. Gsell**, Der Teilverkauf von Wohnimmobilien als Immobiliar-Verbraucherdarlehen, NJW 2024, 785

**P. Becker**, Vermächtnisse und spätere lebzeitige Vermögensumschichtungen, ZErB 2024, 121

**P. Becker**, Erbschaft- und grunderwerbsteuerliche Chancen und Risiken von Herausgabevermächtnissen in der Gestaltung der Vermögensnachfolge, ZEV 2024, 205

**M.-C. Berthold**, Die Liquidation der GmbH, RNotZ 2024, 133

**J. Bochis**, Aus der Praxis: Isolierte Einreichungen von Anträgen nach § 13 Abs. 1 S. 3 GBO – Betrachtung einer ungeklärten kostenrechtlichen Frage, BWNotZ 2024, 12

**J. A. Dieckmann**, Zur „einfachen“ und „doppelten“ Doppelsicherung bei Erbbaurechten und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit der Gemeinschaft der Wohnungserbbauberechtigten/Wohnungseigentümer als alternative Sicherung der Versorgung von Nachbargrundstücken bei Erbbaurechten – Teil 1, BWNotZ 2024, 5

**An alle Mitglieder  
der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.**

**Einladung  
zur 26. Mitgliederversammlung in Würzburg 2024**

Sehr geehrtes Mitglied,

der Gesamtvorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung lädt alle Mitglieder herzlich zur 26. ordentlichen Mitgliederversammlung am  
**Freitag, dem 21. Juni 2024**, in die **Julius-Maximilians-Universität Würzburg – Neubaukirche** ein.

Die Veranstaltung beginnt im Anschluss an das 23. Wissenschaftliche Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg um  
**16.30 Uhr** mit folgender **Tagesordnung**:

1. Begrüßung
2. Bericht des Präsidenten
3. Bericht des Schatzmeisters
4. Bericht der Rechnungsprüfer
5. Aussprache
6. Entlastung des Gesamtvorstandes
7. Verschiedenes

Wir freuen uns über ein zahlreiches Erscheinen unserer Mitglieder!

gez.  
Notar Prof. Dr. Peter Limmer  
(Präsident)

---

23. Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg zum Thema  
**„Erbrecht 2024: Aktuelle Herausforderungen für die notarielle Gestaltungspraxis“**, Freitag, 21. Juni 2024

**Aktuelle Rechtsprechung des BGH in Erbsachen**

*Prof. Dr. Christoph Karczewski, Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe*

**Erbrecht und Grundbuch – aktuelle Fragestellungen**

*Prof. Dr. Christopher Keim, Notar, Ingelheim am Rhein*

**Anordnung der Testamentsvollstreckung – Ernennung, Vergütung, Kontrollinstanz**

*Prof. Dr. Knut Lange, Universität Bayreuth*

**Schwarze Schafe im Erbrecht**

*Dr. Gabriele Müller-Engels, Referatsleiterin für Familien- u. Erbrecht am Deutschen Notarinstitut*

**Die Nachfolge von Todes wegen in Personengesellschaften nach dem MoPeG**

*PD Dr. Patrick Meier, Notar, Bischofsheim in der Rhön*

**Das neue Bundesstiftungsrecht**

*Prof. Dr. Joachim Suerbaum, Universität Würzburg*

**Aktuelles zum notariellen Nachlassverzeichnis**

*Dr. Dietmar Weidlich, Notar, Roth*

**Aktuelles Erbschaftsteuerrecht für Notare**

*Dr. Eckhard Wälzholz, Notar, Füssen*

**Anmeldungen richten Sie bitte an:** Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, **Fax:** 0931/35576225;  
**E-Mail:** [notrv@dnoti.de](mailto:notrv@dnoti.de); [www.notrv.de](http://www.notrv.de).

Weitere **Informationen** entnehmen Sie bitte unserer Homepage ([www.notrv.de](http://www.notrv.de)).

**Veranstaltung der Forschungsstelle für Notarrecht  
der Ludwig-Maximilians-Universität München**

**„Steuergestaltung bei der Regelung des Nachlasses“**

**Datum:**

Mittwoch, 26.6.2024

**Anmeldung und Kontakt:**

Forschungsstelle für Notarrecht der Ludwig-Maximilians-Universität München

Prof.-Huber-Platz 2

80539 München

E-Mail: [fs-notarrecht@jura.uni-muenchen.de](mailto:fs-notarrecht@jura.uni-muenchen.de)

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

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

Telefon: (0931) 35576-0

Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)

Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

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

**Redaktion:** Notarassessor Fabian Schwarz

**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

ErbbauRG §§ 5 Abs. 2, 7 Abs. 2, 33 Abs. 2 – Vermeidung der persönlichen Haftung des Grundstückseigentümers beim Heimfall

BGB §§ 712, 1809, 1813, 1852; HGB § 161 – GmbH & Co. KG: Austausch des Komplementärs; familiengerechte Genehmigung bei der Änderung des Gesellschaftsvertrags; Begriff des Erwerbsgeschäfts

#### Literaturhinweise

#### Hinweis

Der DNotI-Report jetzt auch als Podcast!

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### **ErbbauRG §§ 5 Abs. 2, 7 Abs. 2, 33 Abs. 2 Vermeidung der persönlichen Haftung des Grundstückseigentümers beim Heimfall**

##### **I. Sachverhalt**

E will ein Erbbaurecht an seinem Grundstück für C bestellen. C beabsichtigt, das Erbbaurecht zur Absicherung eines größeren Kredits mit einer Grundschuld zu belasten, wobei die Mittel aus den gesicherten Krediten nicht unbedingt in das Erbbaurecht investiert werden sollen.

E möchte sicherstellen, dass ihn bei einem etwaigen Heimfall keine Haftung für auf dem Erbbaurecht grundpfandrechtlich gesicherte Forderungen trifft, die über die Heimfall-Vergütung hinausgeht. Daher soll der Erbbaurechtsvertrag eine Vereinbarung nach § 5

Abs. 2 ErbbauRG enthalten, wonach die Belastung des Erbbaurechts mit Grundpfandrechten der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Angesichts der anstehenden Investitionen sollen E jedoch weitergehende Zustimmungspflichten treffen, als dies § 7 Abs. 2 ErbbauRG vorsieht. E ist hierzu grundsätzlich bereit, will sich jedoch, wie oben beschrieben, vor der persönlichen Haftung für den Fall des Heimfallanspruchs absichern.

##### **II. Frage**

Kann im schuldrechtlichen Teil des Erbbaurechtsvertrages vereinbart werden, dass E nur dann verpflichtet ist, der Belastung mit Grundpfandrechten zuzustimmen, wenn

- a) der Grundpfandrechtsgläubiger sich gegenüber E verpflichtet, das Grundpfandrecht bei Heimfall löschen zu lassen, Zug um Zug gegen Zahlung eines Geldbetrages, welcher die Heimfall-Vergütung nicht übersteigt und
- b) diese Verpflichtung durch Eintragung einer Löschungsvormerkung beim Grundpfandrecht gem. § 883 BGB dinglich gesichert wird?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Problemaufriss

Der Heimfallanspruch ist ein **schuldrechtlicher Anspruch auf Übertragung des Erbbaurechts** (BGH NJW-RR 1990, 1095, 1095 f.; Grüneberg/Wicke, BGB, 83. Aufl. 2024, § 32 ErbbauRG Rn. 1). In der Folge wird der Grundstückseigentümer regelmäßig auch Erbbauberechtigter (vgl. § 889 BGB) und Eigentümer des Bauwerks (Grüneberg/Wicke, § 32 ErbbauRG Rn. 2). Wird von dem Heimfallrecht (das dinglicher Inhalt des Erbbaurechts sein kann, § 2 Nr. 4 ErbbauRG) Gebrauch gemacht, so ist seitens des Grundstückseigentümers gem. § 32 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG grundsätzlich eine angemessene Vergütung für das Erbbaurecht zu bezahlen. Am Erbbaurecht lastende Grundpfandrechte Dritter bleiben bestehen (§ 33 Abs. 1 ErbbauRG, dingliche Haftung). **Zusätzlich übernimmt der Grundstückseigentümer gem. § 33 Abs. 2 ErbbauRG auch persönlich die mit dem Pfandrecht gesicherten Verbindlichkeiten**, sofern der Erbbauberechtigte selbst persönlich haftet (vgl. Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 352). Es handelt sich um einen gesetzlichen Fall der **Schuldübernahme** (dazu näher Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 4 Rn. 121 f.; Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 356 f.).

Diese persönliche Schuld ist für den Grundstückseigentümer insbesondere dann misslich, wenn sie höher ausfällt als die – auf die Schuldübernahme anzurechnende (§ 33 Abs. 3 ErbbauRG) – an den ehemaligen Erbbauberechtigten zu zahlende Vergütung i. S. d. § 32 ErbbauRG (vgl. Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 149a). Der Grundstückseigentümer muss dann zwar wirtschaftlich betrachtet für das an ihn übertragene Erbbaurecht keine Vergütung mehr bezahlen, übernimmt aber eben noch einen Rest an Verbindlichkeiten des ehemaligen Erbbauberechtigten. Zwar besteht in diesen Fällen ein bereicherungsrechtlicher Anspruch des Grundstückseigentümers gegen den ehemaligen Erbbauberechtigten (vgl. BGH NJW 1992, 1681, 1682; Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 122; MünchKommBGB/Weiß, 9. Aufl. 2023, § 33 ErbbauRG Rn. 5), dieser ist aber u. U. wirtschaftlich nicht realisierbar.

Hiervor möchte sich E als Grundstückseigentümer und Erbbaurechtsausgeber von vornherein schützen. Schlicht vertraglich abdingbar ist die Norm des § 33 Abs. 2 ErbbauRG nach h. M. allerdings nicht (Graf Wolffskeel v. Reichenberg, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl. 2024, § 4 Rn. 83; Staudinger/Rapp, BGB, 2021, § 33 ErbbauRG Rn. 10; MünchKommBGB/Weiß, § 33 ErbbauRG Rn. 1; BeckOK-BGB/Maaß, Std.: 1.3.2024, § 33 ErbbauRG Rn. 3; zweifelnd jedoch Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 359 f.; BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 33 Rn. 23).

#### 2. Schutz durch Zustimmungsvorbehalt nach § 5 Abs. 2 ErbbauRG

Im Schrifttum wird einhellig vorgeschlagen, der Grundstückseigentümer könne sich dadurch schützen, dass er eine Belastung des Erbbaurechts gem. § 5 Abs. 2 ErbbauRG von seiner Zustimmung abhängig mache (vgl. Grüneberg/Wicke, § 32 ErbbauRG Rn. 2; MünchKommBGB/Weiß, § 33 ErbbauRG Rn. 12). Dies ist zwar zutreffend. Allerdings sieht **§ 7 Abs. 2 ErbbauRG** eine **Zustimmungspflicht** des Grundstückseigentümers zur Belastung des Erbbaurechts vor, wenn die Belastung mit den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vereinbar ist und der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet wird.

Die genauen Maßstäbe, die insofern zugrunde gelegt werden, sind nicht vollständig geklärt (hierzu ausführlich Reul, in: FS 25 Jahre DNotI, S. 217; MünchKommBGB/Weiß, § 7 ErbbauRG Rn. 12; Grüneberg/Wicke, § 7 ErbbauRG Rn. 4 f.). Maßgeblich ist eine **Interessenabwägung im Einzelfall** (Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 236; MünchKommBGB/Weiß, § 7 ErbbauRG Rn. 12). Damit eine Zustimmungspflicht bestehen kann, wird gefordert, dass dem Erbbauberechtigten ein der Belastung entsprechender Gegenwert zufließt und keine Überbelastung erfolgt (OLG Hamm, Beschl. v. 15.6.2012, BeckRS 2012, 18132; OLG München NJW-RR 2009, 374, 375; OLG Hamburg OLGZ 1988, 385, 387; Grüneberg/Wicke, § 7 ErbbauRG Rn. 5). Es wird eine Belastung von 60 % bis höchstens 70 % des Verkehrswerts des Erbbaurechts für zulässig erachtet (OLG Celle NJW-RR 2006, 1076, 1077; BayObLG DNotZ 1989, 368, 370; Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 236; Freckmann/Frings/Grziwotz, Das Erbbaurecht in der Finanzierungspraxis, 3. Aufl. 2018, Rn. 307 [100 %]; s. a. Reul, S. 217, 231 m. w. N.). Die Bestellung einer **Finanzierungsgrundschuld**, die zur Errichtung oder Instandhaltung des auf dem Erbbaugrundstück vorgesehenen Bauwerks notwendig ist, kann den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft entsprechen (OLG Hamm, Beschl. v. 15.6.2012, BeckRS 2012, 18132; Reul, S. 217, 232 f.). Jedoch ist bei Grundschulden die Zweckbestimmungserklärung zu berücksichtigen (BeckOK-BGB/Maaß, § 7 ErbbauRG Rn. 11). Anerkannt ist ferner, dass die **Auswirkungen für den Eigentümer nach § 33 Abs. 2 ErbbauRG** zu beachten sind (BayObLG NJW-RR 1987, 459; OLG Hamburg OLGZ 1988, 385, 389 f.; Grüneberg/Wicke, § 7 ErbbauRG Rn. 5; Reul, S. 217, 231). Wie weit dieses Interesse allerdings zu berücksichtigen ist, ist hingegen nicht abschließend geklärt.

Es zeigt sich insgesamt, dass die erforderliche Abwägung **Unsicherheiten** mit sich bringt. Der Erbbaube-

rechtigte müsste einerseits seinen Zustimmungsanspruch – dessen Bestehen kaum rechtssicher abgeschätzt werden kann – notfalls einklagen, also die Zustimmung gerichtlich ersetzen lassen (§ 7 Abs. 3 S. 1 ErbbauRG). Andererseits ist aus Sicht des Grundstückseigentümers nicht ausgeschlossen, dass für den Fall der Geltendmachung des Heimfallsanspruchs vor dem Hintergrund des § 33 Abs. 2 ErbbauRG die oben beschriebene Haftungsproblematik entsteht. Überdies kann sich für den Grundstückseigentümer die Situation ergeben, dass er einer höheren Belastung zustimmen möchte, etwa bei einem Bauvorhaben mit guter Prognose oder einem Erbbauberechtigten mit sehr guter Bonität. Auch dies kann – wie hier – das Erfordernis anderer oder ergänzender Sicherungsmittel hervorrufen (vgl. Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 149a).

### 3. Abweichende Vereinbarungen zur Zustimmungspflicht i. S. d. § 7 Abs. 2 ErbbauRG

Der Anspruch auf Zustimmung nach § 7 Abs. 2 ErbbauRG normiert **zwingendes Recht** und kann nicht eingeschränkt werden (vgl. BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 7 Rn. 22; Winkler/Schlögel, § 4 Rn. 233; BeckOK-BGB/Maaß, § 7 ErbbauRG Rn. 2; Münch-KommBGB/Weiß, § 7 ErbbauRG Rn. 2).

Gleichwohl wird – im schuldrechtlichen Teil des Erbbaurechtsvertrags – eine Regelung für zulässig erachtet, wonach die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Belastung des Erbbaurechts nur erteilt wird, „*wenn sich der Gläubiger vorher unwiderruflich verpflichtet, beim Heimfall Zug um Zug gegen Bezahlung der Heimfallentschädigung die Grundsuld löschen zu lassen und auf alle über die Heimfallentschädigung hinausgehenden Beträge aus der gesetzlichen Schuldübernahme gem. § 33 Abs. 2 ErbbauRG gegenüber dem Grundstückseigentümer zu verzichten*“ (Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 149c).

Dies stellt auf den ersten Blick eine Einschränkung des § 7 Abs. 2 ErbbauRG dar, es sei denn man ginge davon aus, dass der Grundstückseigentümer im Rahmen seiner gesetzlichen Zustimmungspflicht gem. § 7 Abs. 2 ErbbauRG die hier angedachte Begrenzung seines Haftungsrisikos auf den Wert der Vergütung gem. § 33 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG ohnehin einwenden darf. Gleichwohl ist anerkannt, dass im Rahmen der Abwägung das Interesse des Grundstückseigentümers vor dem Hintergrund der Schuldübernahme des § 33 Abs. 2 ErbbauRG zu berücksichtigen ist (oben Ziff. 2). Wir tendieren daher dazu, diese Klausel im Grundsatz als **zulässige Konkretisierung** des zwingenden Anspruchs aus § 7 Abs. 2 ErbbauRG anzusehen. Wenn die Interessen des Grundstückseigentümers im Rahmen der Abwägung anerkannt werden, so dürfte die vorliegende Klausel einen fairen Interessensausgleich darstellen, da zugleich

dem Erbbauberechtigten ermöglicht wird, weit über den anerkannten Rahmen von 60 bis 70 % des Werts des Erbbaurechts hinaus Grundpfandrechte zu bestellen. Rechtsprechung hierzu ist, soweit ersichtlich, jedoch bislang nicht ergangen.

### 4. Vertragsgestaltung und Abwicklung bei Geltendmachung des Heimfallsanspruchs

Im Schrifttum setzen sich vor allem *Dieckmann* und *Winkler/Schlögel* mit den entsprechenden Gestaltungsfragen auseinander (Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 361 ff. und Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 149a-149c und § 11 Ziff. 14.VIII Muster Löschungsvormerkung).

#### a) Vorgeschlagene Sicherungsmechanismen

Neben der oben (Ziff. 3) dargestellten Regelung im schuldrechtlichen Teil des Erbbaurechtsvertrags wird eine Reihe weiterer z. T. komplexer Sicherungsmechanismen vorgeschlagen, die i. E. nur durch Zusammenwirken von Eigentümer, Erbbauberechtigtem und Gläubiger erreicht werden können:

So sei im Rahmen der Grundsuldbestellungsurkunde eine **Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB** zur Sicherung des Anspruchs des Grundstückseigentümers gegen den Erbbauberechtigten ebenso zu bewilligen und zu beantragen wie eine **Vormerkung nach § 883 BGB**, welche die **Abtretung der Rückgewähransprüche** und damit insbesondere denjenigen auf Abtretung der Grundsuld seitens des Erbbauberechtigten an den Grundstückseigentümer absichern soll (Winkler/Schlögel, § 11 Ziff. 14.VIII; Dieckmann, in: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 14. Aufl. 2022, IV.A.27). In Bezug auf die Rückgewähransprüche sei eine dreiseitige Anpassung des Sicherungsvertrags vorzunehmen, in deren Rahmen auch der Sicherungszweck eng zu fassen sei (Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 362).

Ferner wird eine **Zustimmungspflicht für den Fall der Neuvaluierung** der Grundsuld empfohlen, damit die Grundsuld nicht mehrfach „beliehen“ werden kann, wodurch das Risiko des Grundstückseigentümers entsprechend steigen würde (vgl. Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 149b; Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 362). Zudem müssten sowohl der Gläubiger als auch der Erbbauberechtigte **Verzichtserklärungen** betreffend den über die Heimfallvergütung hinausgehenden Betrag abgeben (Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 361). Ferner soll eine **Teillöschungsbewilligung** hinsichtlich des überschießenden Betrags vom Grundpfandrechtsgläubiger eingefordert werden können, damit auch die dingliche Haftung nach § 33 Abs. 1 ErbbauRG nicht über die beim Heimfall zu zahlende Vergütung hinausgeht (Dieckmann, BWNotZ 2021, 350, 362). Zu-

letzt sei eine **Weitergabeverpflichtung** aufzunehmen (Dieckmann, BWNZ 2021, 350, 362 f.; vgl. auch Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 149c).

Insofern ist u. E. aber darauf hinzuweisen, dass die vorgeschlagene Eintragung einer **Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB eher nicht hilfreich** sein dürfte. Denn eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten gegenüber dem jeweiligen Grundstückseigentümer zur Löschung der Grundsuld für den Fall, dass sich das Grundpfandrecht mit dem Erbbaurecht in einer Person vereinigt (Winkler/Schlögel, § 5 Rn. 149b und § 11 Ziff. 14.VIII; Dieckmann, in: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, IV.A.27) ist zwar möglich, jedoch wenig zielführend. Denn die Grundsuld vereinigt sich nur dann mit dem Erbbaurecht in einer Person, wenn ausnahmsweise *auf das dingliche Recht* gezahlt würde (vgl. MünchKommBGB/Lieder, 9. Aufl. 2023, § 1179 Rn. 15). Dies müsste ebenfalls dreiseitig vereinbart werden. Schuldbefreiende Zahlungen auf das dingliche Recht anstatt auf die zu sichernde Darlehensforderung werden von den Kreditinstituten aber regelmäßig nicht gewünscht und akzeptiert (und sind daher in ihren AGB regelmäßig ausgeschlossen).

#### **b) Verschlinkung durch Sicherung der Lastenfreistellung vor Übertragung des Erbbaurechts im Rahmen des Heimfalls?**

Anstelle des weitreichenden Maßnahmenpakets könnte es zielführender und zugleich schlanker sein, die **dingliche Übertragung des Erbbaurechts in Erfüllung des Heimfallsanspruchs erst dann vorzunehmen**, wenn das Grundpfandrecht gelöscht (oder jedenfalls am Erbbaurecht freigegeben), also eine **Lastenfreistellung erreicht** ist. Sofern das Grundpfandrecht bereits gelöscht ist, wenn das Erbbaurecht dinglich auf den heimfallberechtigten Grundstückseigentümer übertragen wird, tritt auch **keine Schuldübernahme** nach § 33 Abs. 2 ErbbauRG ein (vgl. BeckOGK-ErbbauRG/Toussaint, § 33 Rn. 22). Erforderlich erscheint hierzu allein die unter Ziff. 3 dargestellte Verpflichtung des Grundpfandrechtsgläubigers, die Grundsuld bei einer berechtigten Geltendmachung des Heimfallsanspruchs gegen Zahlung des Geldbetrags, der als Vergütung für das Erbbaurecht geschuldet wird, zu löschen und diesen Lösungsanspruch mittels Vormerkung (i. S. v. § 883 BGB) an der Grundsuld abzusichern.

Die Risiken, die die genannten Autoren absichern wollen, können somit vermieden werden. Denn diese Risiken bestehen schlicht nicht, wenn die Grundsuld gelöscht wird, *bevor* der Grundstückseigentümer aufgrund des dinglichen Vollzugs des Heimfallsanspruchs zum Inhaber des Erbbaurechts wird. Ausreichend sein dürfte eine

Verpflichtung des Kreditinstituts gegenüber dem aktuellen Grundstückseigentümer als Versprechensempfänger zu Gunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers, die Löschung der Grundsuld unter den genannten Voraussetzungen vorzunehmen und zu bewilligen. Eine solche Vormerkung zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers wird überwiegend für zulässig gehalten (OLG München BeckRS 2010, 33298; MittBayNot 2017, 496; Lieder, in: Bauer/Schaub, GBO, 5. Aufl. 2023, AT C. Rn. 32; kritisch aber Staudinger/Kessler, BGB, 2020, § 883 Rn. 93-95; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 261i und Rn. 1495; Liedel, DNotZ 1991, 855, 860 ff.; hierzu auch DNotI-Report 2001, 113). Zur Löschung der Grundsuld bedarf es freilich auch der Mitwirkung des Erbbauberechtigten (§ 1192 Abs. 1, § 1183 BGB; § 27 GBO). In Betracht kommt insofern, den Erbbauberechtigten von vornherein zu verpflichten, diese Zustimmung schon bei Bestellung der Grundsuld zu erteilen (s. Grüneberg/Herrler, § 1183 Rn. 3).

Im Hinblick auf das Verfahren ist darauf zu achten, dass – nach Entlassung aus dem Treuhandauftrag durch die abzulösende Gläubigerin (und ggf. Bestätigung des Erhalts des verbleibenden Rests des Vergütungsanspruchs durch den Erbbaurechtsinhaber) – zunächst die Grundsuld gelöscht werden sollte, *bevor* der Antrag auf Übertragung des Erbbaurechts beim Grundbuchamt gestellt und vollzogen wird.

#### **5. Ergebnis**

Wenngleich die Gestaltungsliteratur zur Absicherung des Grundstückseigentümers einen weitreichenden Maßnahmenkatalog vorschlägt, erscheint es u. E. insofern hinreichend, wenn sich der Gläubiger (mit Zustimmung des Erbbauberechtigten) entsprechend zur Löschung der Grundsuld verpflichtet, dieser Anspruch mit einer Vormerkung an der Grundsuld abgesichert und die Eintragung der Übertragung des Erbbaurechts im Grundbuch erst nach Löschung der Grundsuld beantragt wird.

---

### **BGB §§ 712, 1809, 1813, 1852; HGB § 161 GmbH & Co. KG: Austausch des Komplementärs; familiengerichtliche Genehmigung bei der Änderung des Gesellschaftsvertrags; Begriff des Erwerbsgeschäfts**

---

#### **I. Sachverhalt**

In einer GmbH & Co. KG sind vier Kommanditisten, darunter ein minderjähriges Kind. Die Komplementärin ist eine GmbH. Nun soll die Komplementärin durch



eine neu gegründete GmbH ausgetauscht werden. Im Zuge des Komplementärwechsels ist auch der privatschriftliche KG-Gesellschaftsvertrag zu ändern. Da die Eltern des minderjährigen Kindes selbst Gesellschafter sind, wird für das minderjährige Kind ein Ergänzungspfleger bestellt.

## II. Frage

Ist für die Änderung des KG-Gesellschaftsvertrages eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Rechtstechnik eines „Austauschs“ der Komplementärin

Eine Kommanditgesellschaft muss stets einen Komplementär, also persönlich haftenden Gesellschafter haben (§ 161 Abs. 1 HGB). Würde der einzige Komplementär ausscheiden, so würde die KG zur OHG, wenn nicht in angemessener Zeit die Liquidation der KG betrieben wird (vgl. MünchKommHGB/Grunewald, 5. Aufl. 2022, § 161 Rn. 3). Eine unbeschränkte Haftung der Kommanditisten droht jedoch nicht, wenn innerhalb angemessener Zeit ein neuer Komplementär aufgenommen wird (vgl. Schulte/Hushahn, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 2, 5. Aufl. 2019, § 37 Rn. 6; Kindler, in: Koller/Kindler/Düren, HGB, 10. Aufl. 2023, § 131 Rn. 8; s. a. BayObLG NZG 2000, 641, 641 f.). Sofern jedoch nach dem Ausscheiden des Komplementärs nur ein Kommanditist verbliebe, käme es zum liquidationslosen Erlöschen der KG und einer Gesamtrechtsnachfolge („Anwachsung“) bei dem einzig verbliebenen Kommanditisten, da es keine Ein-Mann-Personengesellschaft geben kann (vgl. BGH NZG 2004, 611; BeckOGK-HGB/Notz/Zinger, Std.: 1.1.2024, § 161 Rn. 94 f.; vgl. auch seit dem 1.1.2024 die Regelung in § 712a Abs. 1 BGB n. F.). Vorliegend jedoch sind vier Kommanditisten vorhanden, sodass auch nach dem Ausscheiden des einzigen Komplementärs innerhalb angemessener Zeit ein neuer Komplementär aufgenommen werden könnte, ohne dass eine persönliche Haftung der Kommanditisten droht.

Der „Austausch“ der Komplementärin kann im Wege des **Eintritts** der neuen GmbH in die KG und des **Austritts** der alten GmbH aus der KG erfolgen. Es würde sich jeweils um eine **Änderung des Gesellschaftsvertrags** handeln, der alle Gesellschafter zustimmen müssten (vgl. BGH NJW 1998, 1225, 1226; Grunewald, § 161 Rn. 41 Fn. 115; MünchKommHGB/Fleischer, 5. Aufl. 2022, § 105 Rn. 441). Selbst wenn der Austritt der alten Komplementärin eine (juristische) Sekunde vor dem Eintritt der neuen Komplementärin erfolgen und daher die KG für einen kurzen Zeitraum ohne Komplemen-

tär wäre, würde nach der oben dargestellten Rechtslage angesichts der sofortigen Neuaufnahme eines anderen Komplementärs keine unbeschränkte Haftung der vier Kommanditisten drohen.

Alternativ ist denkbar, dass der bisherige Komplementär seine **Komplementärstellung gem. §§ 413, 398 BGB überträgt**, also ein derivativer Rechtserwerb erfolgt. Diese Übertragung ist möglich, bedarf aber wegen der damit ebenfalls verbundenen Änderung des Gesellschaftsvertrags (Zusammensetzung der Mitglieder) ebenfalls der Zustimmung aller Gesellschafter, welche jedoch bereits antizipiert im Gesellschaftsvertrag erklärt sein kann (vgl. Fleischer, § 105 Rn. 453 ff.). Die Gesellschaftsanteile an einer KG sind von Gesetzes wegen vinkuliert (vgl. Binz/Mayer, NZG 2012, 201, 202; Bühler/Meier, MittBayNot 2023, 103, 105).

Nachfolgend wird unterstellt, dass eine Zustimmung zur Anteilsabtretung nicht bereits im Gesellschaftsvertrag enthalten ist (dann würde sich das Problem der Bestellung eines Ergänzungspflegers und der familiengerichtlichen Genehmigung nicht stellen, sofern die minderjährigen Kinder der Gesellschaft auf Basis dieses Gesellschaftsvertrags wirksam beigetreten waren). Da die Rechtstechnik (Zustimmung zur Änderung des Gesellschaftsvertrags wegen Ein-/Austritts oder wegen Anteilsübertragung) nicht geschildert wird, werden nachfolgend beide Varianten untersucht.

### 2. Familiengerichtliche Genehmigung

Über die **Änderung des Gesellschaftsvertrags** fassen die Gesellschafter regelmäßig einen Beschluss; dieser betrifft die Grundlagen der Gesellschaft (sog. **Grundlagenbeschluss**). Bei einem Grundlagenbeschluss gilt das Verbot des **§ 181 BGB** für die (gesetzlichen) Vertreter von Gesellschaftern (vgl. OLG München BeckRS 2022, 7476 Rn. 58 zu § 1795 BGB a. F.). Angesichts der Gesellschafterstellung der Eltern gehen wir daher davon aus, dass die **Bestellung eines Ergänzungspflegers für jeden minderjährigen Kommanditisten erforderlich** ist. Ein Ergänzungspfleger bedarf gem. §§ 1809, 1813 Abs. 1, § 1799 Abs. 1 BGB grundsätzlich der Genehmigung des Familiengerichts in den Fällen, in denen ein Betreuer nach den §§ 1848 bis 1854 Nr. 1 bis 7 BGB der Genehmigung des Betreuungsgerichts bedarf.

#### a) Erwerbsgeschäft i. S. d. § 1852 BGB

Vorliegend kommt nur eine Genehmigungspflicht nach § 1852 BGB in Betracht. Der Katalog dieser Norm ist abschließend (vgl. Everts, MittBayNot 2023, 9, 12; Werner, ZEV 2021, 618, 622). Wann ein „Erwerbsgeschäft“ i. S. d. Norm vorliegt, ist – wie schon vor Inkrafttreten der Reform am 1.1.2023 (damals maßgeb-

lich: § 1822 Nr. 3 BGB a. F.) – **umstritten**. Definiert wird es im Ausgangspunkt als „jede regelmäßig ausgeübte, auf selbstständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit, die mit dem Willen zur Gewinnerzielung ausgeübt wird und auf eine gewisse Dauer angelegt ist“ (OLG München MittBayNot 2019, 132 Rn. 14; OLG Schleswig NJW-RR 2020, 805 Rn. 12; BayObLG DNotZ 1995, 941, 942; Münch/Lotte, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2023, § 13 Rn. 215; jurisPK-BGB/Herberger, 10. Aufl. 2023, Std.: 17.4.2024, § 1852 Rn. 24 ff.; Eble, RNotZ 2021, 117, 119 m. N.).

**Nach h. M. unterfallen rein vermögensverwaltende Gesellschaften nicht dem Genehmigungserfordernis des § 1852 Nr. 1 BGB** (vgl. OLG München MittBayNot 2019, 132 Rn. 14 und OLG Schleswig NZG 2020, 593 Rn. 12 jeweils zu § 1822 Nr. 3 BGB a. F.; Grüneberg/Götz, BGB, 83. Aufl. 2024, § 1852 Rn. 6; Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 186, 186 f.; Staake/Weinmann, RFamU 2022, 493, 495). Die **Abgrenzung** zwischen vermögensverwaltender Tätigkeit und Erwerbsgeschäft im Einzelfall ist jedoch **schwierig** (vgl. Eble, RNotZ 2021, 117, 120; Harbecke, RNotZ 2022, 521, 539). Es wird vielfach bedauert, dass der Gesetzgeber anlässlich der aktuellen Reform keine klareren Vorgaben zur Abgrenzung von Erwerbsgeschäft und Vermögensverwaltung schuf (vgl. Everts, MittBayNot 2023, 9, 13; ähnlich Harbecke, RNotZ 2022, 521, 539).

Häufig jedoch wird ein **Erwerbsgeschäft** auch angenommen bei einer Gesellschaft, deren Gegenstand die **Verwaltung, Vermietung und Verwertung gewerblich nutzbarer Immobilien von erheblichem Wert** ist (vgl. BayObLGZ 1995, 230; BayObLGZ 1997, 113; OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 117, 119; OLG Schleswig NJW-RR 2020, 805 Rn. 12; tendenziell auch OLG Dresden MittBayNot 2019, 270 Rn. 12; Münch/Lotte, § 13 Rn. 216). Insofern soll es vor allem auf das unternehmerische Risiko sowie die geschäftsmäßige Tätigkeit der Verwaltung, Vermietung und Verwertung von gewerblich nutzbaren Immobilien ankommen (vgl. OLG Dresden MittBayNot 2019, 270 Rn. 12). Mitunter wird pauschal postuliert, **Familiengrundstücksgesellschaften** seien stets auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichtet (so KG NZG 2020, 548 Rn. 9; BeckOK-BGB/Kadelbach, Std.: 1.2.2024, § 1852 Rn. 4; jurisPK-BGB/Herberger, § 1852 Rn. 37; differenzierend hingegen OLG München MittBayNot 2019, 132 Rn. 14: jedenfalls Verwaltung eines selbstgenutzten Wohnhauses kein Erwerbsgeschäft).

Im Schrifttum wird angesichts der schwierigen Grenzziehung sowie der umstrittenen Maßstäbe dazu geraten,

**sicherheitshalber vom Vorliegen eines Erwerbsgeschäfts auszugehen** (Herrler/Berkefeld, in: Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 3. Aufl. 2022, § 14 Rn. 23; Bock, DNotZ 2020, 643, 648; Everts, MittBayNot 2023, 9, 13; Harbecke, RNotZ 2022, 521, 539 f.). Selbst wenn die KG also – wozu im Sachverhalt nichts geschildert wird – eine rein vermögensverwaltende Gesellschaft sein sollte, wäre sicherheitshalber davon auszugehen, dass die Genehmigungstatbestände der § 1852 Nr. 1 und Nr. 2 BGB im Grundsatz anwendbar sind.

#### **b) Tatbestand des § 1852 Nr. 1 BGB**

Auf den ersten Blick kommt bei der hier in Rede stehenden Zustimmung zum Eintritt/Austritt oder der Anteilsabtretung der Komplementär-GmbH nur der Tatbestand des § 1852 Nr. 2 BGB in Betracht, da die minderjährigen Kommanditisten in diesem Fall selbst keine Anteile erwerben oder veräußern. Jedoch ist zu bedenken, dass der etwaige Austritt der „alten“ GmbH die **Anwachsung** deren Anteils bei den Mitgesellschaftern und damit auch **bei den minderjährigen Kommanditisten** auslösen würde (§ 161 Abs. 2, § 105 Abs. 3 HGB i. V. m. § 738 Abs. 1 S. 1 BGB). Folge der Anwachsung gem. § 738 Abs. 1 S. 1 BGB a. F. (seit 1.1.2024 mit Inkrafttreten des MoPeG: § 712 Abs. 1 BGB n. F.) ist der kraft Gesetzes erfolgende **anteilige Übergang der Mitgliedschaft** des Ausscheidenden, insbesondere von seinem Kapitalanteil sowie von seiner Gesamthandsberechtigung, auf die übrigen Gesellschafter (vgl. Münch-KommBGB/Schäfer, 9. Aufl. 2024, § 712 Rn. 4 f.).

Streng genommen „erwerben“ die minderjährigen Gesellschafter damit kraft gesetzlich angeordneter Anwachsung in Folge des Austritts der GmbH jedoch keine „Anteile“. Denn die Anwachsung bewirkt bei rechtsfähigen Personengesellschaften keinen dinglichen Erwerbsakt und lässt die dingliche Zuordnung des Vermögens unberührt (Schäfer, § 712 Rn. 4; K. Schmidt, in: FS Huber, 2006, 969, 975 ff. und 981 ff.). Dies dürfte nach unserem Dafürhalten keine „Verfügung“ i. S. d. § 1852 Nr. 1 BGB darstellen. Diese Form des bloßen anteiligen Übergangs der Mitgliedschaft dürfte als nur mittelbare Folge des Austritts eines anderen Gesellschafters nicht vom Zweck des § 1852 Nr. 1 BGB erfasst sein. Diese Frage wird aber, soweit ersichtlich, nicht spezifisch thematisiert, sodass beim Modell des Eintritts/Austritts der Komplementärin (vgl. Ziff. 1) samt Anwachsung gem. § 738 Abs. 1 BGB a. F. bzw. § 712 Abs. 1 BGB n. F. ein **Restrisiko** verbleibt.

Dem **sichersten Weg** entspräche es daher, in der rechtstechnischen **Konstruktion des Austritts/Eintritts bereits eine § 1852 Nr. 1 BGB unterfallende Verfü-**

**gung zu sehen**, sodass die Zustimmung hierzu das Erfordernis einer Genehmigung nach dieser Norm nach sich zieht. Würde hingegen der Komplementäranteil der „alten“ an die „neue“ GmbH (Komplementärin) gem. §§ 413, 398 BGB **übertragen**, so wäre **§ 1852 Nr. 1 BGB nicht einschlägig**, da keine Anwachsung einträte.

### c) Tatbestand des § 1852 Nr. 2 BGB

Denkbar ist ferner ein Genehmigungserfordernis gem. § 1852 Nr. 2 BGB. Diese Norm ist wortgleich mit der Vorgängervorschrift des § 1822 Nr. 3 Var. 2 BGB, sodass insofern auf die Diskussion zur alten Rechtslage zurückgegriffen werden kann (vgl. auch Eble, RNotZ 2021, 117, 125). Der Wortlaut der Norm nennt das „Eingehen“ eines solchen Gesellschaftsvertrags, vorliegend steht jedoch dessen Änderung im Raum (vgl. oben Ziff. 1).

Es ist **umstritten**, ob bzw. wann die **Änderung eines Gesellschaftsvertrags der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf** (hierzu Übersichten bei Eble, RNotZ 2021, 117, 125 f.; Fleischer, § 105 Rn. 193; BeckOGK-HGB/Sanders, Std.: 1.1.2024, § 105 Rn. 174-176; jurisPK-BGB/Herberger, § 1852 Rn. 47-47.3). Im Ergebnis wird überwiegend davon ausgegangen, dass eine Änderung des Gesellschaftsvertrags keine „Eingehung des Betriebs eines Erwerbsgeschäfts“ i. S. d. Norm darstellt. Ausnahmen sollen nur in Betracht kommen, wenn Vertragsänderungen in Rede stehen, die einem partiellen Neueintritt des Minderjährigen gleichstehen. Insbesondere hat der BGH in einer älteren Entscheidung deutlich ausgesprochen:

*„Nicht aber ist die Genehmigung erforderlich, wenn ein anderer Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet (...). Die Tatsache, daß durch das Ausscheiden der Kl. die Stellung ihres Sohnes als Gesellschafter mittelbar berührt worden ist, kann dabei entgegen der Meinung der Kl. nicht von Bedeutung sein.“*

(BGH NJW 1961, 724, 725)

Gerade für den **Aus- oder Eintritt eines anderen Gesellschafters** wird damit ein Genehmigungserfordernis **verneint** (so etwa auch Ebenroth/Boujong/Wertenbruch, HGB, 5. Aufl. 2024, § 105 Rn. 173 ff., 491). Dasselbe Ergebnis ergibt sich, wenn man von einer **generellen Genehmigungsfreiheit bei Änderungen des Gesellschaftsvertrags** ausgeht (so etwa Sanders, § 105 Rn. 174-176; Lamberz, NJW 2023, 249, 254 Rn. 41). Eine verbreitete Ansicht geht grundsätzlich von einer Genehmigungsfreiheit aus, macht jedoch eine **Ausnahme im Falle der Änderung des Gesellschaftszwecks**, insbesondere wenn durch die Änderung des Unter-

nehmensgegenstands nunmehr erstmals ein Erwerbsgeschäft betrieben wird (vgl. OLG München MittBayNot 2019, 132 Rn. 16; OLG Dresden NZG 2018, 1108 Rn. 14; Staudinger/Veit, BGB, 2020, § 1822 Rn. 95 f.; Stenert/Gravenhorst, GmbHR 2022, 1232, 1240; Staake/Weinmann, RFamU 2022, 493, 498). Nach all diesen Auffassungen wäre vorliegend keine Genehmigungsbedürftigkeit in Bezug auf die Zustimmung der minderjährigen Kommanditisten zu dem Austritt/Eintritt bzw. der Anteilsübertragung erforderlich. Im konkreten Fall spricht dafür überdies, dass sich die Stellung der minderjährigen Gesellschafter durch den bloßen „Austausch“ der Komplementärin nicht nachteilig verändert.

Allerdings wird im Schrifttum mitunter dafür plädiert, generell eine Änderung des Gesellschaftsvertrags als genehmigungsbedürftig anzusehen (so etwa MünchKommBGB/Kroll-Ludwigs, 9. Aufl. 2024, § 1852 Rn. 26; Kölmel, RNotZ 2010, 1, 21). Dem **(aller)sichersten Weg** würde es daher entsprechen, aufgrund der Existenz dieser Mindermeinung vorsichtshalber vom **Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung gem. § 1852 Nr. 2 BGB** auszugehen.

## Literaturhinweise

**M. Bleifeld**, MoPeG – Ausgewählte Praxisprobleme aus notarieller Sicht, RNotZ 2024, 209

**M. Jülicher**, Ausgewählte Aspekte der Grunderwerbsteuer in der Nacherbfolgeplanung, ZErB 2024, 81

**M. Ladiges**, Aktuelle Entwicklungen zum Europäischen Nachlasszeugnis im Grundbuchverfahren, NotBZ 2024, 161

**K. Lautner**, Das neue Gesellschaftsregister – Teil 2, MittBayNot 2024, 230

**P. Meier/J. Bühler**, Die Hypothek in der Kaufvertragsabwicklung – Risiken der Vertragsabwicklung, insbesondere bei öffentlichen Gläubigern, MittBayNot 2024, 217

**J. Scheller**, Surrogationsfalle beim Unternehmerehevertrag?, RFamU 2024, 156

**V. Spernath/V. Spernath**, Widerruf und „Suspendierung“ einer Vorsorgevollmacht nach § 1820 BGB, FamRZ 2024, 663

**O. Vossius**, Das Deutsche Notarinstitut – wie alles begann, MittBayNot 2024, 236

## Hinweis

### Der DNotI-Report jetzt auch als Podcast!

Das DNotI freut sich, alle Leserinnen und Leser des DNotI-Reports darüber zu informieren, dass ausgewählte Gutachten des DNotI-Reports künftig als Podcast vertont werden. Der Podcast ist unter „DNotI“ auf der Streaming-Plattform *Spotify* zu finden. Das Angebot ist kostenlos, ein kostenpflichtiges Abonnement muss nicht abgeschlossen werden.

Weitere Infos finden Sie auf der Homepage des DNotI unter Informationen – DNotI-Podcast.

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

#### **Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

#### **Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notar a. D. 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

WEG § 12 – Veräußerungsbeschränkung; namentliche Bezeichnung des Zustimmungsberechtigten im Grundbuch

BGB § 472 – Vorkaufsrechte mit mehreren Berechtigten; Verkauf an einen der Berechtigten

#### Rechtsprechung

WEG § 16 Abs. 2 S. 2 – Kostenverteilung; Kompetenz der Wohnungseigentümer zur Änderung des Kreises der Kostenschuldner; erstmalige Belastung einzelner Wohnungseigentümer mit Kosten; Maßstab ordnungsgemäßer Verwaltung

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### WEG § 12

#### Veräußerungsbeschränkung; namentliche Bezeichnung des Zustimmungsberechtigten im Grundbuch

##### I. Sachverhalt

In einer Teilungserklärung ist bestimmt, dass die Veräußerung von Wohnungs- und Teileigentum der Zustimmung von Herrn X bedarf. Dies ist auch so im jeweiligen Bestandsverzeichnis der Grundbücher eingetragen. X ist verstorben.

##### II. Frage

1. Bedarf die Veräußerung von Wohnungs- und Teileigentum nunmehr der Zustimmung aller Wohnungs- und Teileigentümer in notariell beglaubigter Form? Oder genügt ein Mehrheitsbeschluss der Eigentümerversammlung?

2. Für den Fall, dass ein Mehrheitsbeschluss der Eigentümerversammlung genügt: Wie ist dieser dem Grundbuchamt gegenüber nachzuweisen? Ist in diesem Fall zusätzlich eine beglaubigte Zustimmungserklärung des Verwalters erforderlich?

##### III. Zur Rechtslage

Nach § 12 Abs. 1 WEG kann als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden, dass ein Wohnungseigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf. Das Gesetz differenziert mithin danach, ob das Zustimmungsrecht einem *Wohnungseigentümer* oder einem (externen) *Dritten* zusteht.

Für die Frage, wie sich der Tod des X auf das Schicksal der Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG auswirkt, kommt es u. E. jedoch maßgeblich auf eine **andere Differenzierung** an: Entweder es handelte sich bei dem Zustimmungsrecht um ein Recht, das tatsächlich persönlich X als Individualrecht zustehen sollte (nachstehend: *eigennütziges Zustimmungsrecht*) oder aber X sollte zur Wahrung fremder, kollektiver Interessen handeln (nachstehend *fremdnütziges Zustimmungsrecht*).

**Welcher Art** das vereinbarte Zustimmungsgesetz des X war, ist eine Frage des Inhalts bzw. der **Auslegung** der Teilungserklärung bzw. der Gemeinschaftsordnung. Wie die konkret in Frage stehende Auslegung einmal von einem Gericht entschieden werden wird, kann hier freilich nicht vorweggenommen werden.

### 1. Hinweis betreffend die Auslegung der Veräußerungsbeschränkung

Bei der Auslegung von Teilungserklärungen und Gemeinschaftsordnungen kommt es üblicherweise nicht auf den *Willen* der Verfasser der Teilungserklärung an, sondern allein auf den **Wortlaut und Sinn der betroffenen Regelung**, wie er sich für einen **unbefangenen Leser** als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen oder in Bezug Genommenen ergibt (st. Rspr., s. nur BGH NJW-RR 2015, 847 Rn. 12).

Nach der **jüngsten Rspr. des BGH** (MittBayNot 2024, 31 Rn. 11 ff.) kann sich der derart ermittelte Inhalt einer Bestimmung in einer bereits beurkundeten Teilungserklärung im Laufe der Zeit **wandeln**, nämlich u. a. dann, wenn z. B. in der Teilungserklärung verwandte Begriffe durch gesetzliche Reformen einen **Bedeutungswandel** erfahren.

Der BGH führt aus (MittBayNot 2024, 31 Rn. 15; Hervorhebungen durch das DNotI):

*„Da bei der Auslegung der Teilungserklärung subjektive Vorstellungen nicht von Bedeutung sind, sondern allein eine **objektive Sicht** maßgebend ist, kann sich der Inhalt der Teilungserklärung im Laufe der Zeit ändern, wenn in der Erklärung verwendete Begriffe einen Bedeutungswandel erfahren haben [...]. In diesem Sinne hält der Senat eine ergänzende Auslegung der Teilungserklärung in den Fällen für möglich, in denen eine Lücke durch eine Änderung der rechtlichen Verhältnisse entsteht [...].“*

Insbesondere berücksichtigt der BGH (in: MittBayNot 2023, 31) die durch das WEMoG im Recht der WEG herbeigeführten Strukturveränderungen bei der Auslegung einer Vereinbarung in der Teilungserklärung über eine Veräußerungsbeschränkung i. S. v. § 12 WEG.

### 2. Fremdnütziges Zustimmungsgesetz

#### a) Zuständigkeit zur Erteilung der Zustimmung i. S. v. § 12 Abs. 1 WEG nach dem Tod des X

Ergibt die Auslegung des Zustimmungsvorbehalts, dass X ein *fremdnütziges* Zustimmungsgesetz zustehen sollte, so hatte X bei Ausübung seines Zustimmungsgesetzes zur **Wahrung von kollektiven Interessen** der anderen Wohnungseigentümer zu handeln. X handelte damit – in den Worten des BGH – „als Treuhänder in mittelbarer Stellvertretung für die übrigen Wohnungseigentümer“

(BGH NJW 2013, 299, 300 Rn. 11; NJW 1991, 168; NJW-RR 2011, 1453 Rn. 9).

Die kollektiven Interessen der Wohnungseigentümer werden spätestens seit Inkrafttreten des WEMoG grundsätzlich durch die **Gemeinschaft der Wohnungseigentümer** (GdWE) wahrgenommen, § 9a Abs. 1, 2 WEG. X handelte somit **nach neuem Verständnis** (nach Inkrafttreten des WEMoG) **für die GdWE**. Die BGH-Rspr. aus der Zeit vor Inkrafttreten des WEMoG (s.o.), nach der „für die übrigen Wohnungseigentümer“ gehandelt worden sei, ist somit (heute) insoweit sprachlich unpräzise (geworden).

X musste hierbei jedoch nicht notwendigerweise zugleich Verwalter i. S. v. § 9b Abs. 1 S. 1 WEG und somit organschaftlicher Vertreter der GdWE sein. Dass die Interessen *der GdWE* nach außen hin *nicht* durch den Verwalter als dessen Vertreter wahrgenommen werden, ist ungewöhnlich, die Möglichkeit folgt aber aus der Regelung des § 12 Abs. 1 WEG, welche es ja zulässt, die Zustimmungskompetenz nach außen einer anderen Person als dem Verwalter zuzuweisen. Es ist keinesfalls so, dass „Dritter“ i. S. v. § 12 Abs. 1 WEG stets nur der Verwalter i. S. v. § 9b Abs. 1 WEG sein kann.

Theoretisch wäre auch für die Konstellation eines fremdnütziges Zustimmungsgesetzes denkbar, dass die Auslegung der Vereinbarung i. S. d. § 12 Abs. 1 WEG ergibt, dass mit dem Tod des X das Zustimmungserfordernis *gänzlich* entfällt. Dies müsste sich u. E. aber *zweifelsfrei* aus der Vereinbarung ergeben, andernfalls ist es fernliegend. Wenn X zur Wahrung der Interessen der Wohnungseigentümer handeln sollte, so ist im Zweifel anzunehmen, dass die Veräußerungsbeschränkung auch **nach dem Tod des X fortbestehen** soll. Zu entscheiden ist lediglich, *wem* das Zustimmungsgesetz fortan zusteht.

Wenn X **im Interesse der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer** handeln sollte, ihm also ein fremdnütziges Zustimmungsgesetz zustand, so ist einzige logische Konsequenz des Wegfalls von X, dass nunmehr die Interessen der GdWE nach außen hin **durch den Verwalter** kundgetan bzw. wahrgenommen werden. Der Verwalter vertritt nach § 9b Abs. 1 S. 1 WEG im Außenverhältnis grundsätzlich unbeschränkbar (Abs. 1 S. 3) die GdWE.

Als **Zwischenergebnis** ist damit festzuhalten, dass für den Fall des Vorliegens eines fremdnütziges Zustimmungsgesetzes des X mit dessen Wegfall die Zuständigkeit zur Erteilung der Zustimmung im Außenverhältnis beim Verwalter als Organ der GdWE liegt, in deren Interesse auch X gehandelt hat.

## b) Abweichende Rechtsprechung des OLG Saarbrücken aus 2018?

Das OLG Saarbrücken (FGPrax 2018, 205) hatte einen Fall zu beurteilen, in dem es (wohl) vom Vorliegen eines fremdnützigen Zustimmungsrechts ausging, denn es heißt in der Entscheidung (FGPrax, 2018, 205, 206; Hervorhebungen durch das DNotI):

*„Als rechtlich zulässige Ausnahme von diesem Grundsatz ist eine vereinbarte Verfügungsbeschränkung deshalb eng und nicht weiter auszulegen, als es ihr Sinn und Zweck erfordert; dieser besteht hier in der Kenntnis über die Zusammensetzung der Wohnungseigentümergeinschaft zum Schutze **der Gemeinschaft, die vor nachteiligen Veränderungen im weitesten Umfange geschützt und durch das Mitbestimmungsrecht bei Veräußerungen von Sonder Eigentum in die Lage versetzt werden soll, erkennbar problematischen Eintritt eines neuen Wohnungseigentümers in die Gemeinschaft zu begegnen** [...]“*

Das OLG Saarbrücken deutet an, dass es angesichts des Wegfalls der namentlich benannten Zustimmungsberechtigten der Auffassung zuneigt, dass „nunmehr **sämtliche Wohnungseigentümer in der Form des § 29 GBO zustimmen müssen**“ (FG Prax 2018, 205 a. E.; Hervorhebungen durch das DNotI). Hinsichtlich dieser Entscheidung ist jedoch zu bemerken, dass diese noch **vor Inkrafttreten des WEMoG** ergangen ist und daher auch noch ein *anderes Verständnis* der „Gemeinschaft der Wohnungseigentümer“ zugrundelag.

Das OLG Saarbrücken nennt zudem Fundstellen für die „ganz h. A.“, nach der **sämtliche Wohnungseigentümer zustimmen müssten**. Die genannten Fundstellen sagen dies jedoch zum Teil (in den aktuellen Auflagen) nicht (mehr) aus: So geht Skauradszun (BeckOGK-WEG, Std.: 1.3.2024, § 12 Rn. 18, 20, 25) nunmehr jedenfalls eher davon aus, dass ein **Beschluss der Versammlung der Wohnungseigentümer genügt**. Ebenso äußert sich Suilmann (in: Bärmann, WEG, 15. Aufl. 2023, § 12 Rn. 36), wonach in solchen Fällen die Zustimmung durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (als Verband) mittels Mehrheitsbeschluss zu erteilen ist.

Es spricht u. E. viel dafür, dass die Entscheidung des OLG Saarbrücken mit Inkrafttreten des WEMoG keine Wirkung dahingehend mehr entfalten kann, dass gesagt werden könnte, „die Rechtsprechung gehe von einer Zuständigkeit aller Wohnungseigentümer aus“. Die Entscheidung ist vielmehr durch die geänderte Gesetzeslage überholt (a. A. aber wohl Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, Anh. zu § 3 Rn. 38d, s. a. Rn. 35 a. E.).

## c) Das Innenverhältnis zwischen X und der GdWE bzw. zwischen dem Verwalter und der GdWE

Von der Frage der Zuständigkeit zur Erteilung im Außenverhältnis zu unterscheiden ist das Innenverhältnis zwischen X und der GdWE bzw. zwischen dem Verwalter und der GdWE. Dieses *kann* (aus Praktikabilitätsgründen) so ausgestaltet sein, dass X (oder der Verwalter) *ohne Rücksprache mit der GdWE* (also ohne jeweiliges Vorliegen eines Beschlusses, §§ 23, 25 WEG) über die Erteilung der Zustimmung entscheidet. In diesen Fällen besteht auch nach Inkrafttreten des WEMoG die Möglichkeit der GdWE, die Entscheidung über die Erteilung der Zustimmung **an sich zu ziehen** (s. Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, § 6 Rn. 447, 507). Ein solches „An-sich-ziehen“ bedeutet nunmehr allerdings nur noch eine Änderung der Zuständigkeit *im Innenverhältnis*. Für die Wirksamkeit der Erklärung im *Außenverhältnis* ist es hingegen völlig unerheblich, ob die Entscheidung tatsächlich von X (bzw. dem Verwalter) oder von der GdWE getroffen wurde, denn zuzurechnen ist die Entscheidung stets *der GdWE*, die lediglich von X (bzw. dem Verwalter) **als deren Vertreter nach außen hin erklärt wird**.

Nach dem Tod des X scheint es allerdings für das *Innenverhältnis* zwischen Verwalter und GdWE *aus Sicht des Verwalters* sinnvoll, wenn dieser Verwalter einen Zustimmungsbeschluss einholt, denn noch (!) haben sich Verwalter und GdWE wohl nicht über die Art der Ausübung der Zustimmung verständigt. Da offenbar bei Fassung der Teilungserklärung sowie der Gemeinschaftsordnung davon ausgegangen wurde, dass Herr X die Zustimmung erteilen wird, liegt es nahe, dass noch keine Regelung dazu getroffen wurde, wer im Verhältnis zwischen einem Verwalter, bei dem es sich nicht um Herrn X persönlich handelt, und der GdWE zuständig sein soll. Wer im Innenverhältnis zwischen Verwalter und GdWE zur Entscheidung berufen ist, ist für das Grundbuchamt (Außenverhältnis) indes nicht von Interesse.

Sollte das Grundbuchamt dennoch auf der Vorlage eines Beschlusses bestehen, so würde der Nachweis dessen gegenüber dem Grundbuchamt in **entsprechender Anwendung von § 26 Abs. 4 WEG** erfolgen, mithin durch Vorlage einer Niederschrift über den Beschluss, bei der die Unterschriften der in § 24 Abs. 6 WEG bezeichneten Personen öffentlich beglaubigt sind (Demharter, § 29 Rn. 10). Nach unserer Auffassung kann die Vorlage eines Beschlusses *alleine* jedoch nicht genügen, da es sich bei dem Beschluss um einen reinen *Binnenrechtsakt* der GdWE handelt, der im Außenverhältnis durch den Verwalter umgesetzt werden muss. Das Grundbuchamt müsste konsequenterweise (wenn auch rechtsfehlerhaft) verlangen, dass *zusätzlich zur Erklärung des Verwalters*

ein Beschluss der GdWE vorgelegt wird, der sodann jedoch lediglich das Einverständnis der GdWE belegt, nicht aber als gleichwertiger Rechtsakt mit Außenwirkung fungieren kann. Ein Nebeneinander zweier für das *Außenverhältnis* relevanter Zustimmungserklärungen von (i) Verwalter und (ii) Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist nach Inkrafttreten des WEMoG mit Blick auf die eindeutige Regelung in § 9b Abs. 1 WEG nicht mehr zu akzeptieren.

### 3. Eigennütziges Zustimmungsgesetz

Handelte X hingegen in Ausübung eines eigennützigen Zustimmungsgesetzes, so wahrte er konsequenterweise jeweils nicht die Kollektivinteressen, die nach der Systematik des WEG von der GdWE wahrgenommen werden (§ 9a Abs. 1 S. 1 WEG). Fraglich ist, wie sich in diesem Fall sein Tod auf das Schicksal der vereinbarten Veräußerungsbeschränkung (§ 12 Abs. 1 WEG) auswirkt.

#### a) Regelmäßig keine Vererblichkeit des Rechts

Zunächst erscheint es denkbar, dass das Recht **vererblich** sein sollte. Dies ist eine Frage des Inhalts der Rechts, welche durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer begründet wurde, und somit eine Frage der **Auslegung** der Vereinbarung. Bei der Begründung eines eigennützigen Zustimmungsgesetzes, welches ohnehin der absolute Ausnahmefall sein dürfte, hielten wir eine Vererblichkeit wohl nur dann für gegeben, wenn sich dies zweifelsfrei aus der Teilungserklärung ergibt. Denn wenn eine *bestimmte* Person zur Wahrung *ihrer eigenen Interessen* das Zustimmungsgesetz innehaben soll, so liegt es fern, anzunehmen, dass nach Wegfall dieser Person (und mithin auch nach „Untergang“ von deren eigenen Interessen) das Recht dem zufälligen Erben dieser Person zustehen soll. Ist das Zustimmungsgesetz mangels zweifelsfreier Anordnung der Vererblichkeit in der Teilungserklärung nicht vererblich, so ist weiter fraglich, ob es mit dem Tod des X **entfällt** oder aber auf eine andere „Person“ übergeht.

#### b) Eigene Einschätzung

Wobst geht im Falle des Vorliegens eines eigennützigen Zustimmungsgesetzes davon aus, dass das Versterben des namentlich Benannten *entweder* zum Fortbestand des Zustimmungsvorbehalts zugunsten des neuen Eigentümers *der Einheit* des persönlich Benannten führt oder aber (im Regelfall!) zum **Erlöschen des Zustimmungsvorbehalts insgesamt** (Staudinger/Wobst, WEG, 2023, § 12 Rn. 36; das Ergebnis letztlich offenlassend BeckOK-WEG/Hogenschurz, Std. 2.4.2024, § 12 Rn. 28).

Wir neigen der Auffassung von Wobst zu, wonach es im Regelfall naheliegt, davon auszugehen, dass der Zustimmungsvorbehalt mit dem Tod des Inhabers eines *eigen-*

*nützigen* Zustimmungsgesetzes **gänzlich entfällt**. Wenn die Wohnungseigentümer bei Schaffung der Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG einer persönlich benannten Person ein eigennütziges Zustimmungsgesetz eingeräumt haben, so ging es den Wohnungseigentümern gerade nicht darum, dass ihre eigenen Kollektivinteressen gewahrt werden. Es ist somit aber auch kein Grund ersichtlich, weshalb als Folge des Wegfalls der benannten Person plötzlich doch die Kollektivinteressen über die Veräußerungsbeschränkung gewahrt werden sollen. Wenn die Wohnungseigentümer ihre Kollektivinteressen über eine Veräußerungsbeschränkung gewahrt wissen wollen, so können sie jederzeit eine Vereinbarung i. S. v. § 12 Abs. 1 WEG treffen und das (neue) Zustimmungsgesetz als (dann) *fremdnütziges* Zustimmungsgesetz einer Person (z.B. der GdWE) zuweisen. Hierfür bedarf es allerdings eines neuen Willensentschlusses der Wohnungseigentümer.

Dass hingegen der *neue Eigentümer der bisherigen Einheit* von Herrn X nun zustimmungsbefugt sein soll (so Wobst als eine Variante) halten wir für fernliegend. Dass die Wohnungseigentümer zuerst eine *bestimmte* Person benennen, das Zustimmungsgesetz nach dessen Wegfall aber *als Privileg* dessen *zufälligen* (Sonder-)Rechtsnachfolgern zustehen sollte, dürfte kaum zutreffen und müsste sich u. E. zweifelsfrei aus der Teilungserklärung ergeben.

### 4. Ergebnis

U. E. ist für den Fall der Vereinbarung eines *fremdnützigen* Zustimmungsgesetzes **die Verwalterzustimmung (im Außenverhältnis) ausreichend**. Der zusätzlichen Vorlage eines Beschlusses der GdWE bedarf es nicht. Ebenso wenig sind anstelle des X nunmehr sämtliche Wohnungseigentümer zur Zustimmung berufen, sofern die Auslegung der Vereinbarung nach § 12 Abs. 1 WEG nicht *zweifelsfrei* etwas anderes ergibt. Im Regelfall gilt vielmehr, dass die Erteilung der Zustimmung eine Angelegenheit der *Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums* ist und somit in den Zuständigkeitsbereich der GdWE fällt, die im Außenverhältnis durch den Verwalter vertreten wird. *Ob in diesem Fall ein Beschluss der GdWE nötig ist, ist eine reine Frage des Binnenrechts*, für das Außenverhältnis der GdWE jedoch irrelevant, ebenso für das Grundbuchverfahren.

War X hingegen ausnahmsweise Inhaber eines *eigennützigen* Zustimmungsgesetzes, so ist u. E. im Zweifel davon auszugehen, dass die Veräußerungsbeschränkung **mit seinem Tod entfallen** ist. Ein eigennütziges Zustimmungsgesetz ist u. E. freilich nur dann anzunehmen, wenn sich dieses zweifelsfrei aus der Teilungserklärung ergibt. In Zweifelsfällen ist u. E. ohnehin stets davon auszugehen, dass der Zustimmungsvorbehalt der Wah-



rung der Kollektivinteressen der Wohnungseigentümer dienen soll, also ein fremdnütziges Zustimmungsgeschäft vorliegt.

## BGB § 472

### Vorkaufsrechte mit mehreren Berechtigten; Verkauf an einen der Berechtigten

#### I. Sachverhalt

Das Grundstück des Herrn A ist mit einem subjektiv-persönlichen Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall für Herrn X und Frau Y als Berechtigte gem. § 472 BGB belastet. Herr A schließt nun mit Herrn X als alleinigem Käufer einen notariellen Kaufvertrag über das mit dem Vorkaufsrecht belastete Grundstück ab. Frau Y will nun ihr Vorkaufsrecht ausüben. Es bestehen Unklarheiten darüber, welche Wirkungen die Ausübung des Vorkaufsrechts durch Frau Y hat, nämlich, ob sie dann das Grundstück allein erwerben kann oder nur zu einem Bruchteil von ½.

#### II. Frage

Welche Wirkungen hat die Ausübung eines Vorkaufsrechtes durch einen von mehreren Berechtigten im Sinne des § 472 BGB, wenn der Verkaufsfall durch einen Verkauf an einen anderen Vorkaufsberechtigten ausgelöst wird?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Vorliegen eines Verkaufsfalls

Damit das Vorkaufsrecht Wirkungen entfalten kann, muss es zunächst wirksam ausgeübt werden können.

Für ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten gem. § 1098 Abs. 1 BGB nach den Vorschriften der §§ 463 bis 473 BGB. Somit ist für eine wirksame Ausübung eines Vorkaufsrechts zunächst ein **Vorkaufsfall i. S. d. § 463 BGB**, also der Abschluss eines **Kaufvertrages über den Gegenstand mit einem Dritten**, nötig.

Nach überwiegender Auffassung liegt ein solcher Verkaufsfall im Falle *mehrerer* Vorkaufsberechtigter für alle *anderen* Berechtigten auch dann vor, wenn einer der Berechtigten einen Kaufvertrag unmittelbar mit dem Vorkaufsverpflichteten schließt (Mader/Schermaier, in: Staudinger, BGB, 2013, § 463 Rn. 51; BeckOGK-BGB/Daum, Std.: 1.4.2024, § 463 Rn. 67; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1411).

Dies überzeugt, da der direkt kaufende Vorkaufsberechtigte zwar einerseits nicht im Lager des Verkäufers steht.

Andererseits könnte so jedoch, würde man für die anderen Berechtigten einen Verkaufsfall verneinen, deren Vorkaufsrecht durch den Abschluss des Kaufvertrags zu leicht ausgeschaltet werden.

Dies gilt u. E. aber im vorliegenden Fall *auch* für X als Teil der Gesamtberechtigten nach § 472 BGB. Das gemeinschaftlich zustehende Vorkaufsrecht kann nämlich grundsätzlich nur gemeinschaftlich ausgeübt werden. Um eine solche gemeinschaftliche Ausübung mit den entsprechenden Folgen herbeiführen zu können, muss der Abschluss des Kaufvertrages auch für X als Teil dieser Gemeinschaft als Verkaufsfall behandelt werden. Der vorliegende Fall ist auch nicht mit jener Situation gleichzusetzen, in der der Vorkaufsberechtigte einen Dritten zum Schein mit dem Vorkaufsverpflichteten einen Vertrag schließen lässt, um sich einen Verkaufsfall zu schaffen (dazu Erman/Grunewald, BGB, 17. Aufl. 2023, § 463 Rn. 16 und BeckOGK-BGB/Daum, § 463 Rn. 63). Schließlich tritt der X hier in offene Verhandlungen mit dem A über einen freihändigen Verkauf.

Somit stellt nach unserem Dafürhalten der Kaufvertrag zwischen A und X **einen Verkaufsfall für X und Y** als nach § 472 BGB gemeinschaftlich Berechtigte dar.

##### 2. Ausübung des Vorkaufsrechts unter den Voraussetzungen des § 472 BGB

Um die Wirkung des § 464 Abs. 2 BGB zu entfalten, muss das Vorkaufsrecht außerdem gemäß § 464 Abs. 1 BGB *ausgeübt* werden. Eine weitere Voraussetzung der wirksamen Ausübung des Vorkaufsrechts ergibt sich vorliegend aus § 472 BGB. Dieser findet Anwendung, da das Vorkaufsrecht mehreren Personen, hier X und Y, als gemeinschaftlich Berechtigten i. S. d. § 472 BGB zusteht. § 472 S. 1 BGB sieht vor, dass das Vorkaufsrecht nur „im Ganzen“ ausgeübt werden kann.

Daraus schloss das Reichsgericht (RGZ 158, 57) ursprünglich, dass dieses auch „gemeinschaftlich“ im Sinne eines bewussten und gewollten Zusammenwirkens ausgeübt werden müsse. Um die Anforderungen in der Praxis nicht zu überspannen, fordern große Teile der Literatur indes lediglich, dass die Ausübungen der einzelnen Berechtigten **inhaltlich übereinstimmen**, also nicht widersprüchlich zueinander sind (instruktiv: Mayer, DNotZ 2022, 173, 183; BeckOGK-BGB/Daum, Std.: 1.4.2024, § 472 Rn. 9; BeckOK-BGB/Faust, Std.: 1.5.2024, § 472 Rn. 3).

Daher ist nun zu prüfen, inwieweit die Berechtigten X und Y ihr Vorkaufsrecht ausgeübt haben bzw. ausüben können.

### a) Kaufvertrag zwischen A und X als Ausübungserklärung durch X?

In dem Abschluss des Kaufvertrages durch X ist nach einer Entscheidung des OLG Hamm (DNotZ 1989, 786) auch die Ausübung des Vorkaufsrechts zu sehen. Dies wird auch in Teilen der Literatur unter Bezugnahme auf diese Entscheidung vertreten (Gutachten DNotI-Report 2000, 21, 23; BeckOGK-BGB/Daum, § 463 Rn. 67; Schöner/Stöber, Rn. 1411; Falkner, MittBayNot 2016, 378, 385).

Fraglich ist aber, ob diese Wertung des Gerichts sachgerecht ist und dogmatisch zu überzeugen vermag. Rechtsfolge der Ausübung des Vorkaufsrechts ist gem. § 464 Abs. 2 BGB, dass ein *inhaltsgleicher* Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und den Vorkaufsberechtigten zustandekommt. Insofern ist es unstimmig, wenn Teile der Literatur von einem *Eintrittsrecht* der anderen Vorkaufsrechtsberechtigten in den Kaufvertrag zwischen A und X sprechen (in diese Richtung Falkner, MittBayNot 2016, 378, 385). Legt man den Kauf durch X als Ausübung seines Vorkaufsrechts aus und würde auch Y das Vorkaufsrecht ausüben, würde dies aber dazu führen, dass X *ohne erneute Willensbekundung* das Grundstück gemeinsam mit Y und schlussendlich in einer Bruchteilsgemeinschaft gem. §§ 741 ff. BGB erwerben würde. Der Erwerb eines Grundstücks in Alleineigentum (= Ziel des Kaufvertrages zwischen A und X) ist indes etwas gänzlich anderes als der Erwerb eines Grundstücks in Bruchteilsgemeinschaft mit einem Dritten (hier: Y), sodass eine auf letzteres gerichtete Willensbekundung des X nicht im Abschluss des Kaufvertrages mit A gesehen werden kann. Somit ist u. E. eine erneute Willensbekundung des X (gerichtet auf den Erwerb des Grundstücks gemeinsam mit Y) erforderlich. Außerdem kann in dem Kaufvertrag zwischen A und X schon deshalb nicht die Ausübung des Vorkaufsrechts durch X gesehen werden, weil ein Erwerb des Grundstücks zu Alleineigentum (= Ziel des Kaufvertrages zwischen A und X) nur unter den Voraussetzungen des § 472 S. 2 BGB möglich wäre. Hat aber Y auf die Ausübung ihres Vorkaufsrechts noch nicht verzichtet, so ist eine **Ausübungserklärung durch X, gerichtet auf den Erwerb des Grundstücks in Gänze, schlichtweg unwirksam** (vgl. BeckOGK-BGB/Daum, § 472 Rn. 13 m. w. N.).

Im **Ergebnis** ist der Kauf durch X damit u. E. – im Einklang mit dem OLG Hamm (DNotZ 1989, 786) – zwar als *Verwirklichung des Vorkaufsfalls*, aber – entgegen dem OLG Hamm – **nicht als gleichzeitige Ausübung des Vorkaufsrechts durch X** zu bewerten.

### b) Konsequenz und Ergebnis

Konsequenterweise ist daher davon auszugehen, dass

nun X und Y ihr Vorkaufsrecht gemeinschaftlich nach § 472 S. 1 BGB ausüben können bzw. – solange die Voraussetzungen des § 472 S. 2 BGB nicht vorliegen – auch gemeinschaftlich ausüben müssten. Hierzu bedarf es inhaltlich kongruenter Ausübungserklärungen, d. h. weder X noch Y können das Grundstück jeweils alleine in Gänze erwerben, solange nicht der andere zu erkennen gegeben hat, dass er (X oder Y) zu einem gemeinschaftlichen Erwerb nicht bereit ist.

### 3. Ergebnis

Nach unserem Dafürhalten ist der Kauf durch X zwar als Verwirklichung des Vorkaufsfalls, aber – entgegen dem OLG Hamm (DNotZ 1989, 78) – nicht als gleichzeitige Ausübung des Vorkaufsrechts durch X zu bewerten. Die Ausübung richtet sich nun vielmehr ganz „normal“ nach § 472 BGB.

## Rechtsprechung

### WEG § 16 Abs. 2 S. 2

**Kostenverteilung; Kompetenz der Wohnungseigentümer zur Änderung des Kreises der Kostenschuldner; erstmalige Belastung einzelner Wohnungseigentümer mit Kosten; Maßstab ordnungsgemäßer Verwaltung**

a) Die Vorschrift des § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG begründet die Kompetenz der Wohnungseigentümer, für einzelne Kosten oder bestimmte Arten von Kosten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer eine von dem gesetzlichen Verteilungsschlüssel oder von einer Vereinbarung abweichende Verteilung zu beschließen. Das gilt auch dann, wenn dadurch der Kreis der Kostenschuldner verändert wird, indem Wohnungseigentümer von der Kostentragung gänzlich befreit oder umgekehrt erstmals mit Kosten belastet werden.

b) Beschließen die Wohnungseigentümer für einzelne Kosten oder bestimmte Arten von Kosten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer eine Änderung der bisherigen Verteilung, dürfen sie jeden Maßstab wählen, der den Interessen der Gemeinschaft und der einzelnen Wohnungseigentümer angemessen ist und insbesondere nicht zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung Einzelner führt. Werden Kosten von Erhaltungsmaßnahmen, die nach dem zuvor geltenden Verteilungsschlüssel von allen Wohnungseigentümern zu tragen sind, durch Beschluss einzelnen Wohnungseigentümern auferlegt, entspricht dies jedenfalls dann ordnungsmäßiger Verwaltung, wenn die beschlossene Kostenverteilung den Ge-

## brauch oder die Möglichkeit des Gebrauchs berücksichtigt.

BGH, Urt. v. 22.3.2024 – V ZR 81/23

### Problem

K ist Teileigentümer mehrerer Doppelparker und verlangt von der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die Sanierung der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden hydraulischen Hebeanlage. Aufgrund des Defektes der Hebeanlage kann in den Doppelparkern das K lediglich je ein Fahrzeug abgestellt werden. Nach der Regelung der Teilungserklärung sind alle Erhaltungskosten nach den jeweiligen Miteigentumsanteilen von sämtlichen Wohnungs- bzw. Teileigentümern zu tragen. In einer Eigentümerversammlung vor der anstehenden Sanierung fassen die Wohnungseigentümer den Beschluss, den Verteilungsschlüssel dahingehend zu ändern, dass die Kosten für etwaige Sanierungs-, Reparatur-, Unterhaltungs- und Modernisierungsarbeiten an den Doppelparkern allein deren Teileigentümer gemeinschaftlich tragen. K wendet sich nun gegen diesen Beschluss.

### Entscheidung

Der BGH setzt sich zunächst mit der Frage der Beschlusskompetenz und mit der umstrittenen Reichweite des § 16 Abs. 2 S. 2 WEG auseinander. Entgegen einzelner Literaturstimmen nimmt der BGH mit der vorherrschenden Auffassung in der Literatur an, dass § 16 Abs. 2 S. 2 WEG die **Kompetenz der Wohnungseigentümer begründe**, für einzelne Kosten oder bestimmte Arten von Kosten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer eine von dem gesetzlichen Verteilungsschlüssel oder **von einer Vereinbarung abweichende Verteilung zu beschließen**. Das gelte auch dann, wenn dadurch der Kreis der Kostenschuldner verändert werde, indem Wohnungseigentümer von der Kostentragung gänzlich befreit oder umgekehrt erstmals mit Kosten belastet werden. Für dieses weite Verständnis des § 16 Abs. 2 S. 2 WEG spreche bereits der Wortlaut der Vorschrift sowie das gesetzgeberische Ziel, es den Wohnungseigentümern leichter zu machen, nach den Umständen des Einzelfalles über eine angemessene Kostenverteilung zu entscheiden. Der Gesetzgeber habe bewusst auf die nach § 16 Abs. 3, Abs. 4 WEG a. F. bestehenden Beschränkungen und inhaltlichen Vorgaben verzichtet. Entsprechend nimmt der BGH die Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer für die Änderung des Verteilungsschlüssels an.

Darüber hinaus sei den Wohnungseigentümern bei der Änderung des Umlageschlüssels aufgrund des Selbstorganisationsrechts der Gemeinschaft ein weiterer Ge-

staltungsspielraum eingeräumt, sodass der Beschluss lediglich **ordnungsgemäßer Verwaltung entsprechen** müsse und insbesondere ein sachlicher Grund als weitere, davon unabhängige Voraussetzung nicht erforderlich sei. Werden konkret die Kosten von Erhaltungsmaßnahmen, die nach dem zuvor geltenden Verteilungsschlüssel von allen Wohnungseigentümern zu tragen sind, durch Beschluss einzelnen Wohnungseigentümern auferlegt, entspreche dies jedenfalls dann ordnungsmäßiger Verwaltung, wenn die beschlossene Kostenverteilung den Gebrauch oder die Möglichkeit des Gebrauchs berücksichtige. Daran gemessen entspreche die vorliegende Änderung der Kostenverteilung für die Doppelparker auch ordnungsmäßiger Verwaltung, da nur Teileigentümer mit Kosten belastet werden, welche auch einen Nutzen aus der Erhaltung der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Teile der Doppelparker-Anlage ziehen.

### Praxishinweise

Kostentragungsregelungen in der Gemeinschaftsordnung sind damit nach den Umständen des Einzelfalls durch die Wohnungseigentümer in weitem Umfang durch Beschluss anpassbar, sodass Wohnungs- bzw. Teileigentümer nicht fest auf den unveränderten Bestand der ursprünglich in der Gemeinschaftsordnung vereinbarten Kostentragungsregelung vertrauen können. Insbesondere kann der Kostenverteilungsschlüssel bis zur Grenze ordnungsgemäßer Verwaltung auch gegen den Willen Einzelner zu deren Lasten geändert werden. Auf Rückfrage der Beteiligten sollte hierzu durch den Notar Auskunft erteilt werden können.

## Literaturhinweise

**M. Bleifeld**, MoPeG – Ausgewählte Praxisprobleme aus notarieller Sicht, RNotZ 2024, 209

**M. Ladiges**, Aktuelle Entwicklungen zum Europäischen Nachlasszeugnis im Grundbuchverfahren, NotBZ 2024, 161

**K. Lautner**, Das neue Gesellschaftsregister – Teil 2, MittBayNot 2024, 230

**P. Meier/J. Bühler**, Die Hypothek in der Kaufvertragsabwicklung – Risiken der Vertragsabwicklung, insbesondere bei öffentlichen Gläubigern, MittBayNot 2024, 217

**J. Scheller**, Surrogationsfalle beim Unternehmerehevertrag?, RFamU 2024, 156

## Veranstaltungen

**1x1 der notariellen Gebührenrechnung** (Tondorf), 3.6.2024 Heusenstamm – Hybrid-Veranstaltung

**Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare einschließlich MoPeG** (Berkefeld), 4.6.2024 Berlin – Hybrid-Veranstaltung; 5.6.2024 Braunschweig; 29.6.2024 Mainz

**Update Vorsorgevollmacht und Betreuung** (Müller-Engels/Reetz), 6.6.2024 Heusenstamm – Hybrid-Veranstaltung; 7.6.2024 Osnabrück

**Aktuelles Notarkostenrecht** (Stephan), 12.6.2024 Bochum – Hybrid-Veranstaltung

**Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats** (Tondorf), 17.-21.6.2024 Bochum – Hybrid-Veranstaltung

**Neuere Entwicklungen in der erbrechtlichen Gestaltung** (Keim), 22.6.2024 Köln

Weitere Termine für **Juni 2024**, Anmeldung und aktuelle Informationen unter [www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de)

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

### Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

### Hinweis:

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

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

**Redaktion:** Notarassessor Fabian Schwarz

### 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

AktG §§ 129, 130 Abs. 2 S. 1 – Feststellungen i. S. v. § 130 Abs. 2 S. 1 AktG bei der Einpersonengesellschaft; Erfordernis eines Versammlungsleiters bei der Ein-Personen-AG

BeurkG §§ 44, 44a Abs. 2 – Verlust einer Seite der Urschrift; Ersetzung durch reproduzierte Seite

#### Rechtsprechung

BGB §§ 107, 1629 Abs. 2 S. 1, 1824 Abs. 1 Nr. 1, 1824 Abs. 2, 181 – Grundstücksüberlassung an Minderjährige zu Miteigentum; rechtliche Vorteilhaftigkeit

BGB §§ 2302, 2301 Abs. 1 – Wirksamkeit der Auflage zur Weiterschenkung eines Schenkungsgegenstandes

#### Veranstaltungen

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### AktG §§ 129, 130 Abs. 2 S. 1

#### Feststellungen i. S. v. § 130 Abs. 2 S. 1 AktG bei der Einpersonengesellschaft; Erfordernis eines Versammlungsleiters bei der Ein-Personen-AG

##### I. Sachverhalt

Eine Ein-Personen-AG hält eine außerordentliche Hauptversammlung ab, die der Notar in Form einer Niederschrift beurkundet. Einen Versammlungsleiter gibt es nicht. Nach Anmeldung der in der Hauptversammlung beschlossenen Kapitalerhöhung äußert das Handelsregister Bedenken an der Wirksamkeit des Beschlusses, weil dem Protokoll eine Feststellung des Vorsitzenden i. S. v. § 130 Abs. 2 S. 1 AktG nicht zu entnehmen sei. Es verweist auf das Urteil des OLG Köln v. 28.2.2008 – 18 U 3/08.

##### II. Fragen

1. Sind Feststellungen des Vorsitzenden nach § 130 Abs. 2 S. 1 AktG bei einer Ein-Personen-AG konstitutiv für das Zustandekommen eines Beschlusses, insbesondere wenn es überhaupt keinen Versammlungsleiter gibt?
2. Ergibt sich aus dem genannten Urteil des OLG Köln etwas anderes?

##### III. Zur Rechtslage

###### 1. Erfordernis eines Versammlungsleiters

Die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft wird grundsätzlich von einem Versammlungsleiter geleitet. Das AktG regelt zwar die Stellung und die Befugnisse des „Versammlungsleiters“ oder „Vorsitzenden“ nicht ausdrücklich, setzt aber seine Position in einer Reihe von Vorschriften voraus (siehe etwa § 118 Abs. 4, § 118a Abs. 2 S. 3, § 122 Abs. 3 S. 2, § 130 Abs. 2, § 131 Abs. 1f, Abs. 2 S. 2 AktG). **Die Bestellung eines Versammlungsleiters ist bei jeder beschließenden Hauptversammlung zwingend erforderlich** (BeckOGK-AktG/Wicke, Std.: 1.2.2024, § 129 Rn. 42).

Die ganz überwiegende Meinung im Schrifttum geht daher davon aus, dass ein Versammlungsleiter selbst bei einer Vollversammlung der Aktiengesellschaft vorhanden sein muss. Eine **Ausnahme** wird nur im Falle einer **Ein-Personen-AG** anerkannt (MünchKommAktG/Kubis, 5. Aufl. 2022, § 119 Rn. 108; BeckOGK-AktG/Wicke, § 129 Rn. 42; Wicke, NZG 2007, 771; Stütze/Walgenbach, ZHR 155 (1991), 516, 519; GroßkommAktG/Mülbert, 5. Aufl. 2017, § 129 Rn. 107; KölnKommAktG/Noack/Zetsche, 4. Aufl. 2023, Anh. § 129 Rn. 3; Koch, AktG, 18. Aufl. 2024, § 129 Rn. 18; Grigoleit/Herrler, AktG, 2. Aufl. 2020, § 129 Rn. 35; a. A. aber Ziemons, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 5. Aufl. 2024, § 129 Rn. 62; einschränkend Ott, RNotZ 2014, 423, 425 f.: Versammlungsleiter jedenfalls dann erforderlich, wenn die Satzung der Gesellschaft dies vorschreibt; siehe auch Blasche, AG 2017, 16; Terbrack, RNotZ 2012, 221), weil es dort keine Beschlüsse, sondern lediglich **Willenserklärungen des Alleinaktionärs** gebe, die den Beschluss als solchen zustande bringen.

Das OLG Köln (Urt. v. 28.2.2008 – 18 U 3/08, DNotZ 2008, 789 m. Anm. Wicke) führt hierzu grundsätzlich aus:

*„Die Auffassung der Beklagten, bei einer Ein-Personen-AG trete der Alleinaktionär an die Stelle des Aufsichtsratsvorsitzenden, da es keinen Sinn mache, bei dieser einen Versammlungsleiter der Hauptversammlung zu bestimmen und der Aufsichtsratsvorsitzende und sein Stellvertreter nicht notwendigerweise an der Hauptversammlung teilnehmen müssten (...), hat grundsätzlich einiges für sich. Die Niederschrift soll die Beschlussfassung für alle Beteiligten verbindlich dokumentieren. Dies kann am zuverlässigsten dadurch geschehen, dass der Alleinaktionär seinen Willen schriftlich niederlegt.“*

Für den **konkreten Fall**, in dem eine Satzungsregelung über den Vorsitz in der Hauptversammlung bestand, führt das OLG weiter aus:

*„Trotzdem kann im konkreten Fall der Auffassung, der Alleinaktionär trete an die Stelle des Aufsichtsratsvorsitzenden, nicht gefolgt werden, weil sie mit der Satzung der Antragsgegnerin unvereinbar ist. Diese sieht in § 20 vor, dass der Aufsichtsratsvorsitzende den Vorsitz in der Hauptversammlung führt. Wenn die Satzung aber eine so klare Regelung trifft, kann auch der Alleinaktionär nicht hiervon abweichen.“*

Die Entscheidung des OLG Köln orientiert sich damit an einer Satzungsregelung über den Vorsitz in der Hauptversammlung und kann gerade nicht dahin verallgemeinert werden, dass bei einer Ein-Personen-AG

stets ein Versammlungsleiter erforderlich wäre. Ferner weist Wicke (DNotZ 2008, 789, 793) u. E. zu Recht darauf hin, dass das OLG Köln in dieser Argumentation die Frage des organschaftlichen Teilnahmerechts von Aufsichtsratsmitgliedern an der Hauptversammlung und die Bedeutung der Versammlungsleitung unzulässig vermischt.

## 2. Erfordernis der Angabe der Feststellungen des Vorsitzenden gem. § 130 Abs. 2 S. 1 AktG

Neben dem Abstimmungsergebnis muss in der Niederschrift nach § 130 Abs. 2 AktG die **Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlussfassung** wiedergegeben werden, also die Verlautbarung des Versammlungsleiters, dass der Antrag angenommen oder abgelehnt wurde oder (gleichbedeutend), dass ein Beschluss bestimmten Inhalts gefasst worden oder nicht zustande gekommen ist (BeckOGK-AktG/Wicke, § 130 Rn. 82). Grundsätzlich sind Feststellung und Verlautbarung des Vorsitzenden ein konstitutives Merkmal für die Beschlussfassung. Im Fall des Unterbleibens ist der Beschluss nicht wirksam zustande gekommen (BeckOGK-AktG/Wicke, § 130 Rn. 82 m. w. N.).

**Ausnahmen** von diesem ausdrücklichen Feststellungserfordernis werden (im Wege einer teleologischen Reduktion) dann erwogen, wenn es sich um eine **Förmlichkeit ohne Sinn** handeln würde. Dies wird von der überwiegenden Meinung im Schrifttum im Falle einer Vollversammlung bei einer **Ein-Personen-AG** angenommen (BeckOGK-AktG/Wicke, § 130 Rn. 82; MünchKommAktG/Kubis, § 130 Rn. 67; KölnKommAktG/Träger, § 133 Rn. 181; GroßkommAktG/Mülbert, § 130 Rn. 106; KölnKommAktG/Noack/Zetsche, § 130 Rn. 203; Koch, § 130 Rn. 22; Grigoleit/Herrler, § 130 Rn. 44; a. A. Ziemons, in: K. Schmidt/Lutter, § 130 Rn. 23; Blasche, AG 2017, 16). In diesen Fällen genügt die Erklärung des einzigen Aktionärs sowie deren Aufnahme in die Niederschrift (MünchKommAktG/Kubis, § 130 Rn. 67).

Ist nach Maßgabe der überwiegenden Ansicht in der Literatur (Ziff. 1) ein Versammlungsleiter nicht erforderlich, sind denklogisch auch die Feststellungen über die Beschlussfassung nach § 130 Abs. 2 S. 1 AktG bei der Vollversammlung der Ein-Personen-AG entbehrlich. Das Feststellungserfordernis dient der Rechtsklarheit und soll den Beteiligten eine sichere Grundlage für etwaige Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklagen bieten (Grigoleit/Herrler, § 130 Rn. 44). Dies erübrigt sich bei der Vollversammlung einer Ein-Personen-AG aus der Natur der Sache heraus.

Indes führt Ziemons (in: K. Schmidt/Lutter, § 130 Rn. 23 a. E.) aus:

„Sie [die Feststellung] muss auch dann erfolgen, wenn ein Beschluss einstimmig gefasst wurde (z.B. bei Einpersonengesellschaft). Eine teleologische Reduktion kann nicht mit dem Hinweis auf bloße Förmelerei begründet werden, dann könnte auch in anderen Fällen eindeutiger Abstimmungsergebnisse (90, 95 oder 99 %?) auf eine Feststellung verzichtet werden.“

Dies überzeugt angesichts dessen, dass bei einer Vollversammlung der Ein-Personen-AG keine Beschlüsse, sondern lediglich Willenserklärungen des Alleinaktionärs existieren, die den Beschluss als solchen zustande bringen (Ziff. 1), nicht.

Blasche (AG 2017, 16, 22) kommt zu folgendem Ergebnis:

„Die vorstehende Analyse hat dabei gezeigt, dass entgegen der ganz herrschenden Meinung auch bei der Einpersonengesellschaft die Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlussfassung erforderlich ist, weil diese ein konstitutives Element des Beschlusses der Hauptversammlung darstellt. Ebenso entfällt bei der Hauptversammlung der Einpersonengesellschaft nicht die ungeschriebene Kompetenz und Aufgabe des Versammlungsleiters, in Zweifelsfällen über die Zulassung von Aktionären zur Hauptversammlung zu entscheiden, wobei hierzu die Prüfung der Identität der Aktionäre, des Bestehens von Vertretungsverhältnissen sowie der Einhaltung von Anmelde- und Hinterlegungserfordernissen gehört. Auch diese Aufgabe des Versammlungsleiters wird in der Hauptversammlung der Einpersonengesellschaft nicht entbehrlich.“

Angesichts dessen, dass es sich um eine Vollversammlung einer Ein-Personen-AG handelt, wirken die angeführten Funktionen allerdings in der Argumentation zirkulär. Dass die Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlussfassung erforderlich ist, weil diese ein konstitutives Element des Beschlusses der Hauptversammlung darstellt, ist bei näherer Betrachtung eine *petitio principii* und durch die vorzunehmende teleologische Reduktion des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG gerade widerlegt. Die Aufgabe des Versammlungsleiters, in Zweifelsfällen über die Zulassung von Aktionären zur Hauptversammlung zu entscheiden, wobei hierzu die Prüfung der Identität der Aktionäre, des Bestehens von Vertretungsverhältnissen sowie der Einhaltung von Anmelde- und Hinterlegungserfordernissen gehört, wird bei der Vollversammlung einer Ein-Personen-AG u. E. nicht relevant.

### 3. Ergebnis

Zusammenfassend wird von der ganz überwiegenden Meinung anerkannt, dass bei einer Vollversammlung

einer Ein-Personen-AG ein Versammlungsleiter entbehrlich ist. Die Entscheidung des OLG Köln (Urt. v. 28.2.2008 – 18 U 3/08, DNotZ 2008, 789 m. Anm. Wicke) widerspricht dieser Ansicht nicht, sondern neigt ihr u. E. eher zu, orientiert sich aber an einer Satzungsregelung über den Vorsitz in der Hauptversammlung und kann nicht dahin verallgemeinert werden, dass bei einer Ein-Personen-AG stets ein Versammlungsleiter erforderlich wäre. Folgerichtig wird von der überwiegenden Meinung im Schrifttum im Falle einer Vollversammlung bei einer Ein-Personen-AG das ausdrückliche Feststellungserfordernis nach § 130 Abs. 2 S. 1 AktG (im Wege einer teleologischen Reduktion) für entbehrlich erklärt, da es sich um eine Förmlichkeit ohne Sinn handeln würde. In diesen Fällen genügt die Erklärung des einzigen Aktionärs sowie deren Aufnahme in die Niederschrift.

---

## BeurkG §§ 44, 44a Abs. 2

### Verlust einer Seite der Urschrift; Ersetzung durch reproduzierte Seite

---

#### I. Sachverhalt

Bei der Verbindung eines beurkundeten Vertrages ist beim Herstellen der Urschrift und der beglaubigten Abschriften (Ausfertigungen wurden nicht erteilt) der Fehler passiert, dass ein Blatt der Urkunde nicht mit eingebunden wurde. Dies blieb zunächst unbemerkt. Die Urkunde ist durchnummeriert, die Seite 5 fehlt, sie ist aber anhand des gespeicherten Entwurfs zweifelsfrei reproduzierbar.

#### II. Fragen

1. Muss die Urschrift entheftet und mit der bisher fehlenden Seite 5 neu zusammengeheftet werden oder kann die bisher bei der Urschrift fehlende Seite an die Urschrift angesiegelt werden? Ist ein entsprechender Vermerk anzubringen?

2. Wenn das fehlende Blatt angesiegelt wird, können dann trotzdem beglaubigte Abschriften in der Weise hergestellt werden, dass die Seiten fortlaufend nummeriert zusammengeheftet werden?

#### III. Zur Rechtslage

Ist die Urkunde *vollständig*, d. h. auch mit der nunmehr fehlenden Seite 5, gem. § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG in Gegenwart des Notars den Beteiligten vorgelesen, von diesen genehmigt und von den Beteiligten und wegen § 13 Abs. 3 BeurkG auch vom Notar eigenhändig unterschrieben worden, so ist diese **ursprünglich wirksam errichtet** worden.

Eine fehlerhafte Siegelung oder Heftung der einzelnen Seiten der Niederschrift macht diese nicht unwirksam; „lediglich“ der Beweiswert der Urkunde wird beeinträchtigt (BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 1.3.2024, § 44 Rn. 22; Grziwotz/Heinemann, in: Grziwotz/Sauer/Heinemann, BeurkG, 4. Aufl. 2024, § 44 Rn. 14). Dabei ist der Notar – ebenso wie sein Amtsnachfolger – berechtigt und verpflichtet, eine nachträglich festgestellte fehlende bzw. fehlerhafte Heftung und Siegelung nachzuholen (BeckOGK-BeurkG/Regler, § 44 Rn. 23 f.). Ein solches **Nachholen der fehlerhaften Heftung** ist jedoch nur möglich, wenn tatsächlich die in der Beurkundung verlesene Seite 5 noch auffindbar ist. Ist die Originalseite nicht auffindbar, so ist eine nachträgliche korrekte Heftung bereits nicht mehr möglich.

Existiert – wie vorliegend – auch keine vollständige beglaubigte Abschrift oder Ausfertigung, scheidet auch das **Verfahren der Ersetzung nach § 46 Abs. 1 BeurkG** aus.

In Betracht kommt jedoch eine **Berichtigung nach § 44a Abs. 2 S. 1 BeurkG**. Nach dieser Vorschrift kann der Notar offensichtliche Unrichtigkeiten auch nach Abschluss der Niederschrift durch einen von ihm zu unterschreibenden Nachtragsvermerk richtigstellen. Nach Auffassung der Literatur ist § 44a Abs. 2 BeurkG – gerade im Unterschied zum früheren Wortlaut des § 30 Abs. 4 DONot a. F. – nicht nur auf Schreibfehler, sondern auch auf andere offensichtliche „Unrichtigkeiten“ anwendbar, sodass auch Versehen aufgrund anderer Fehlerquellen berichtigt werden können (Winkler, BeurkG, 21. Aufl. 2023, § 44a Rn. 18). Erfasst sind danach auch Auslassungen und Unvollständigkeiten, wenn sie versehentlich erfolgt sind und sich dies aus dem Gesamtzusammenhang der Beurkundung ergibt, wobei die Umstände auch außerhalb der Urkunde liegen können (Winkler, § 44a Rn. 18; Limmer, in: Frenz/Miermeister, BNotO, 5. Aufl. 2020, § 44a BeurkG Rn. 14; OLG München NJOZ 2018, 1046 Tz. 15). Dies wird etwa angenommen, wenn ein Teil der verlesenen Urkunde nicht vollständig abgedruckt wurde oder wenn eine Einfügung zwar vorgelesen, aber nicht schriftlich fixiert wurde (Winkler, § 44a Rn. 18; BayObLG MittBayNot 2001, 202, 203; Grziwotz/Heinemann, § 44a Rn. 25; BeckOGK-BeurkG/Regler, § 44a Rn. 35).

In diesem Sinne hat sich auch der BGH geäußert (DNotZ 2018, 382 Tz. 29; nachfolgende Hervorh. durch DNotI), wenn er feststellt:

*„Gemäß § 44a Abs. 2 BeurkG können auch Auslassungen und Unvollständigkeiten berichtigt werden.*

*Wahrnehmungen des Notars, die nicht in die Urkunde aufgenommen worden sind, können im Wege der Berichtigung als offensichtliche Unrichtigkeit i. S. des § 44a Abs. 2 Satz 1 BeurkG aufgenommen oder ergänzt werden (...).“*

Die Entscheidung des BGH ist zwar zur Berichtigung eines Hauptversammlungsprotokolls i. S. v. § 130 AktG, also zu einem Beurkundungsvorgang i. S. v. §§ 36 ff. BeurkG ergangen. Die Möglichkeit zur Berichtigung (Ergänzung) des Inhalts der Niederschrift ist vorliegend dennoch zu bejahen, denn auch der Inhalt einer Niederschrift über die Beurkundung von Willenserklärungen gem. §§ 6 ff. BeurkG beruht auf der **amtlichen Wahrnehmung des Notars**. Sie unterscheidet sich von einer sog. Tatsachenbeurkundung gem. §§ 36 ff. BeurkG lediglich durch den Gegenstand der amtlichen Wahrnehmung. Im Falle einer Niederschrift gem. §§ 6 ff. BeurkG ist Gegenstand der amtlichen Wahrnehmung das von den Beteiligten vor ihm Erklärte (ausgenommen bspw. das Rubrum der Urkunde sowie der Schlussvermerk, die genau genommen eine Wahrnehmung von sonstigen Tatsachen i. S. v. §§ 36 ff. BeurkG darstellen).

Der BGH weist in seinen Entscheidungsgründen überdies auf Folgendes hin (Tz. 26):

*„§ 44a BeurkG ist schon aufgrund seiner systematischen Stellung eine **Verfahrensnorm für alle Urkundenarten** und beschränkt die Zulässigkeit einer Berichtigung nicht auf die Beurkundung von Willenserklärungen. Auch aus dem Zweck der Vorschrift, der **Herstellung inhaltlich richtiger Urkunden** (...), folgt keine Beschränkung auf bestimmte Urkundenarten. Der Notar ist von Amts wegen verpflichtet, eine Berichtigung vorzunehmen, damit unrichtige Urkunden vermieden werden (...).“*

Mit Blick auf den vorliegenden Sachverhalt dürfte sich bereits aus der Nummerierung der Seiten sowie ggf. auch aus dem Fließtext ergeben, dass offensichtlich eine Textpassage bzw. Seite fehlt. Auf die Frage, ob die Auslassung für jedermann und nicht nur für die Urkundsperson erkennbar sein muss (in diesem Sinne OLG München MittBayNot 2012, 502), kommt es daher nicht an. Sofern der Notar den Inhalt der vorgelesenen, aber nunmehr in der Niederschrift nicht enthaltenen Textpassage bzw. fehlenden Seite zu seiner Gewissheit rekonstruieren kann, ist u. E. eine Berichtigung gem. § 44a Abs. 2 BeurkG nicht nur zulässig, sondern auch von Amts wegen vorzunehmen. Der fehlerhafte (weil unvollständige) Inhalt der derzeitigen Niederschrift ist durch einen Vermerk gem. § 44a Abs. 2 BeurkG zu berichtigen, um auf diese Weise den Verlautbarungsmangel zu beheben und den Zweck der Errichtung einer öffentlichen Urkunde zu wahren.



Formulierungsvorschläge für einen Vermerk in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation finden sich in der Literatur – soweit ersichtlich – nicht. Der Nachtragsvermerk ist jedenfalls mit dem Datum der Richtigstellung zu versehen sowie am Schluss nach den Unterschriften oder auf einem besonderen, mit der Urschrift zu verbindenden Blatt niederzulegen, § 44a Abs. 2 S. 2 u. 3 BeurkG. Wird die elektronische Fassung der Urschrift zum Zeitpunkt der Richtigstellung bereits in der elektronischen Urkundensammlung verwahrt, darf der Nachtragsvermerk nur noch auf einem gesonderten, mit der Urkunde zu verbindenden Blatt niedergelegt werden, § 44a Abs. 2 S. 4 BeurkG.

**Beglaubigte Abschriften sowie Ausfertigungen** können für die Beteiligten oder den Rechtsverkehr (z.B. Grundbuchamt) auch **als sog. „Reinschriften“** – also mit dem berichtigten Inhalt, hier also mit dem Inhalt der derzeit fehlenden Seite 5, und zwar in nunmehr fortlaufender Nummerierung – erstellt werden. Dies ergibt sich bereits daraus, dass beglaubigte Abschriften und Ausfertigungen die **inhaltliche**, nicht aber die optische **Übereinstimmung** mit der Urschrift bezeugen (DNotI-Report 2015, 1; BeckOGK-BeurkG/Meier, Std.: 1.5.2024, § 42 Rn. 10).

## Rechtsprechung

**BGB §§ 107, 1629 Abs. 2 S. 1, 1824 Abs. 1 Nr. 1, 1824 Abs. 2, 181**

**Grundstücksüberlassung an Minderjährige zu Miteigentum; rechtliche Vorteilhaftigkeit**

**1. Der Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem nicht vermieteten oder verpachteten Grundstück durch einen Minderjährigen ist lediglich rechtlich vorteilhaft i. S. v. § 107 BGB.**

**2. Möchte ein Elternteil einen Miteigentumsanteil an einem ihm gehörenden - weder vermieteten noch verpachteten - Grundstück auf sein minderjähriges Kind übertragen, muss die von den Eltern des Minderjährigen in dessen Namen erklärte Auflassung nicht durch einen Ergänzungspfleger genehmigt werden (Bestätigung von Senat, Beschluss vom 25. November 2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170).**

BGH, Beschl. v. 18.4.2024 – V ZB 51/23

### Problem

Der Vater zweier minderjähriger Kinder übertrug an diese mit Urkunde vom 20.12.2022 schenkweise ein nicht vermietetes bzw. verpachtetes Grundstück zu je hälftigem Miteigentum. Die Kinder wurden dabei durch die

beiden Eltern vertreten, zu deren Gunsten zugleich die Eintragung eines lebenslangen Nießbrauchs bewilligt wurde. Nach dem Inhalt des Nießbrauchs sollten die Nießbraucher sämtliche privaten Lasten in Bezug auf das Grundstück tragen, insbesondere auch die außergewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen.

Das Grundbuchamt machte durch Zwischenverfügung vom 2.1.2023 die Eintragung der Rechtsänderung von der Genehmigung der Auflassung an die Kinder durch einen für jedes Kind noch zu bestellenden Ergänzungspfleger abhängig. Das KG wies die dagegen gerichtete Beschwerde zurück (ebenso jüngst auch KG ZEV 2024, 185; OLG München DNotI-Report 2024, 21). Der Erwerb eines Miteigentumsanteils sei für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, da er in eine Bruchteilsgemeinschaft eintrete und die in § 748 BGB genannten Lasten zu tragen habe. Die Regelungen im Nießbrauch über die Lastentragung entlasteten die Kinder nicht im Außenverhältnis zu Gläubigern.

### Entscheidung

Der BGH gab der zugelassenen Rechtsbeschwerde statt. Bei der Erklärung der nach § 20 GBO zu prüfenden Auflassung sei der Kindsvater und Grundstückseigentümer zwar grundsätzlich nach § 1629 Abs. 2 S. 1, § 1824 Abs. 2, § 181 BGB von der Vertretung seiner Kinder ausgeschlossen. Für seine Ehefrau ergebe sich dies aus § 1629 Abs. 2 S. 1, § 1824 Abs. 1 Nr. 1 BGB, da es sich für die Ehefrau um ein Rechtsgeschäft zwischen ihrem Ehegatten einerseits und dem jeweiligen Kind andererseits handele. Die Wirksamkeit der Verfügung setze daher grundsätzlich die **Genehmigung durch einen Ergänzungspfleger** voraus (§ 1809 Abs. 1 BGB). Übergangsrechtlich legt der BGH seiner Entscheidung explizit bereits die einschlägigen Vorschriften in der Neufassung durch das zum 1.1.2023 in Kraft getretene Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zugrunde, obwohl die Auflassung bereits vor diesem Zeitpunkt erklärt worden ist. Da es an einer Übergangsvorschrift fehle und es sich im Hinblick auf die noch ausstehende Eintragung nicht um einen abgeschlossenen Sachverhalt handele, fänden – so der BGH – die neuen Vorschriften bereits Anwendung.

Der BGH bestätigt auch für die Rechtslage ab dem 1.1.2023 den anerkannten Grundsatz der ständigen Rechtsprechung (s. z. B. BGH NJW 1975, 1885, 1886 zu § 1795 BGB a. F.), dass der sich aus § 1824 BGB ergebende Vertretungsausschluss nicht eingreift, wenn sich das Rechtsgeschäft für die vertretenen Minderjährigen als **lediglich rechtlich vorteilhaft i. S. v. § 107 BGB** darstellt. Für ein Vertretungsverbot bestehe in diesem Fall kein Bedürfnis, da nach der Natur des Rechtsgeschäfts eine Gefährdung der Vermögensinteressen des

Vertretenen abstrakt-generell ausgeschlossen sei. Hieran wollte der Reformgesetzgeber nichts ändern (vgl. BeckOK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.5.2024, § 1824 Rn. 7).

Die hiernach zentrale Frage, ob der Erwerb der Miteigentumsanteile für die Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft sei, bejaht der BGH im Gegensatz zum KG; aus seiner Sicht **bedarf es daher nicht der Bestellung von Ergänzungspflegern**. Der BGH bestätigt zunächst seine Entscheidung aus dem Jahre 2004 (BGHZ 161, 170), wonach auf öffentlichem Recht beruhende Abgabeverpflichtungen trotz der dadurch ausgelösten persönlichen Haftung keinen beachtlichen Rechtsnachteil begründen. Diese Verpflichtungen bringen typischerweise keine Gefährdung des Minderjährigen mit sich. Auch dort wurde ein jeweils hälftiger Miteigentumsanteil an zwei Minderjährige übertragen, ohne dass für den BGH dieser Unterschied gegenüber der Überlassung von Alleineigentum entscheidungserheblich ins Gewicht fiel (in diesem Sinn bereits zuvor BayObLGZ 1998, 139, 143 f.). **Nur bei einer Vermietung oder Verpachtung** sei ein erheblicher Rechtsnachteil aufgrund des Eintritts des Erwerbers in die Vermieter- bzw. Verpächterstellung gem. §§ 566, 581 Abs. 2, 593b BGB zu bejahen.

Der BGH bestätigt diesen Standpunkt in der vorliegenden Entscheidung ausdrücklich. Für den Rechtsnachteil sei die Auffassung isoliert zu betrachten und auf den Eigentumserwerb als solchen abzustellen. Mittelbare Folgen hätten außer Betracht zu bleiben. Die in § 748 BGB angesprochenen Lasten träfen den Minderjährigen zwar unmittelbar mit dem Eigentumserwerb, aber ohne dass insoweit ein Unterschied zum Erwerb von Alleineigentum bestehe. Der Anfall von Erhaltungs-, Verwaltungs- und Benutzungskosten trete hingegen nicht bereits mit dem Erwerb des Miteigentumsanteils ein. Notwendige Erhaltungsmaßnahmen i. S. v. § 744 Abs. 2 BGB müssten vielmehr zunächst vorgenommen werden. Ansprüche aus §§ 748, 745 BGB setzten einen Beschluss der Miteigentümer voraus.

Ganz **anders** sei die Sachlage beim **Erwerb einer Eigentumswohnung** durch den Minderjährigen, wo § 16 Abs. 2 S. 1, § 9a Abs. 4 WEG relevante Haftungsfolgen im Sinne eines beachtlichen Rechtsnachteils statuierten. Demgegenüber würden Miteigentumsanteile typischerweise innerhalb einer Familie übertragen, so dass eine Inanspruchnahme zwischen den Miteigentümern in aller Regel fernliegend sei. Dass die derart vom BGH hinsichtlich eines Rechtsnachteils bestätigte Unterscheidung zwischen dem Erwerb unaufgeteilten Miteigentums einerseits und einer Eigentumswohnung gem. dem WEG andererseits dem Willen des Gesetz-

gebers entspreche, folge mittelbar auch aus der (neuen) Regelung in § 1850 Nr. 4 BGB. Dort wird seit dem 1.1.2023 nur der unentgeltliche Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum im Hinblick auf die umfangreichen Haftungsfolgen unter den Genehmigungsvorbehalt gestellt. Zwischen Allein- und Miteigentum ist dabei nicht unterschieden.

#### Praxishinweis

Für die Praxis bringt die Entscheidung in der Frage des rechtlichen Vorteils und des Vertretungsausschlusses nach § 1629 Abs. 2 S. 1, §§ 1824, 181 BGB in Bezug auf den unentgeltlichen Erwerb von Miteigentumsanteilen eine erfreuliche Rückkehr von Rechtssicherheit, die durch die abweichenden Judikate des KG und des OLG München verloren zu gehen drohte. Dass die dadurch wieder bestätigte Verfahrensvereinfachung den Minderjährigenschutz nicht substanziell preisgibt, hat der BGH ausführlich begründet.

---

#### BGB §§ 2302, 2301 Abs. 1

##### Wirksamkeit der Auflage zur Weiterschenkung eines Schenkungsgegenstandes

**1. Eine Auflage, die den Beschenkten verpflichtet, den geschenkten Gegenstand spätestens mit seinem Ableben unentgeltlich auf einen Dritten zu übertragen, fällt nicht ohne weiteres unter den Tatbestand des § 2302 BGB.**

**2. Eine Auflage, die den Beschenkten verpflichtet, zugunsten eines Dritten ein Schenkungsversprechen abzugeben, das unter der Bedingung steht, dass der Dritte den Beschenkten überlebt, ist nach § 2302 BGB nichtig.**

**3. Wirksam ist eine Auflage, wenn die Parteien des Schenkungsvertrags bereits einen – wenn auch bedingten – Anspruch des Dritten auf Übereignung des geschenkten Gegenstands begründen.**

BGH, Urt. v. 28.11.2023 – X ZR 11/21

#### Problem

Die zwei Kläger (ersteheliche Kinder des Erblassers) begehren von den zwei Beklagten (zweite Ehefrau und Kind aus zweiter Ehe) aus einem Schenkungsvertrag die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück. Der Erblasser E ist im September 2017 verstorben. Seine erste Ehe wurde im März 1995 geschieden. In der zweiten im September 1995 geschlossenen Ehe war in einem notariellen Ehevertrag vom Juli 1995 Gütertrennung vereinbart worden.

Über das in Streit stehende Grundstück schloss der Vater des Erblassers mit diesem im Dezember 1995 eine mit „Hausübergabe“ überschriebene notarielle Vereinbarung, worin sich der Erblasser für bestimmte Konstellationen zur (Rück-)Übereignung des Grundstücks an seinen Vater bzw. an seine leiblichen Kinder verpflichtete. In einem notariellen Nachtrag vom Mai 2003 vereinbarten die Parteien des Übergabevertrags ergänzend, dass die beiden Kläger das Grundstück spätestens beim Ableben des Erblassers je zur Hälfte erhalten sollten. In einem weiteren notariellen Nachtrag vom Juni 2008 verpflichtete sich der Erblasser, das Grundstück spätestens bei seinem Ableben an die beiden erstehelichen Kinder und das Kind aus der zweiten Ehe als Miteigentümer zu je einem Drittel zu übereignen. Bis zum Tod des Erblassers kam es nicht zu einer Übereignung des Grundstücks. Derzeit sind Eigentümer desselben die vier Parteien als Miterben.

Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt, der Übertragung des Grundstücks auf die beiden Kläger und den Beklagten zu 2 (das Kind aus zweiter Ehe) als Miteigentümer zu je einem Drittel zuzustimmen und die entsprechende Grundbucheintragung zu bewilligen. Das Berufungsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision begehren die Beklagten weiterhin die Abweisung der Klage.

### Entscheidung

Die zulässige Revision hat Erfolg und führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Aus Sicht des BGH hält die Beurteilung des Berufungsgerichts einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Für rechtsfehlerhaft hält der BGH die Erwägungen des Berufungsgerichts, mit dem dieses zum Ergebnis gelangt ist, dass bereits im Vertrag vom Dezember 1995 eine wirksame Weiterübertragungsverpflichtung begründet worden sei.

Eine wirksame Weiterübergabeverpflichtung kann aus Sicht des BGH aber insbesondere dem Vertrag von Juni 2008 (voraussichtlich) entnommen werden. Der BGH schließt sich insoweit der wohl h. A. der Literatur (vgl. Jülicher, ZEV 1998, 285, 288; ders., ZEV 2003, 350, 353) an, wonach eine Auflage, die den Beschenkten verpflichtet, den geschenkten Gegenstand spätestens mit seinem Ableben unentgeltlich auf einen Dritten zu übertragen, wirksam vereinbart werden kann. Dem steht aus Sicht des BGH nicht das Verbot des § 2302 BGB entgegen, das nur Verpflichtungen im Hinblick auf Verfügungen von Todes wegen, nicht aber in Bezug auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden, erfasse.

Dagegen ist aus Sicht des BGH eine Auflage, die den Beschenkten verpflichtet, zugunsten eines Dritten ein Schenkungsversprechen abzugeben, das unter der Bedingung steht, dass der Dritte den Beschenkten überlebt, nach § 2302 BGB nichtig. Dies ergibt sich aus der Anwendbarkeit des § 2301 Abs. 1 BGB auf diese Konstellation, die zur Anwendung der Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen und damit auch des § 2302 BGB führt. In dieser Konstellation wird dem Beschenkten entgegen § 2302 BGB die Pflicht auferlegt, ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, das nach § 2301 Abs. 1 BGB als Verfügung von Todes wegen zu behandeln ist. Nach Ansicht des BGH gilt dies entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht auch für Klauseln, die nur zu einer einmaligen Weitergabe des geschenkten Gegenstands verpflichten.

Wirksam ist nach Ansicht des BGH dagegen eine Auflage, wenn die Parteien eines Schenkungsvertrages bereits einen – wenn auch bedingten – Anspruch des Dritten auf Übereignung des geschenkten Gegenstands begründen. Dies wird damit begründet, dass von § 2302 BGB nur die Verpflichtung, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten, nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, verboten wird, nicht aber die Vornahme solcher Rechtshandlungen selbst (wie beispielsweise durch Abschluss eines Erbvertrages, durch ein gemeinschaftliches Testament oder ein formgerecht abgegebenes Schenkungsversprechen i. S. v. § 2301 Abs. 1 BGB).

### Praxishinweis

Die ausführlich begründete Entscheidung des BGH zu den verschiedenen Gestaltungsvarianten zeigt, dass Weiterleitungsklauseln mit Bedacht formuliert werden müssen (vgl. dazu auch M. K. Thelen, LMK 2024, 807144; zur zugrunde liegenden Konstruktion eines Vertrages zugunsten Dritter nach § 328 BGB vgl. auch Becker, NJW 2024, 1117 f.).

## Veranstaltungen

**Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht der Ludwig-Maximilians-Universität München**

**„Steuergestaltung bei der Regelung des Nachlasses“**

### Veranstaltungsort:

Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität München (E 106/110 im 1. OG), Geschwister-Scholl-Platz 1 (Hauptgebäude) – Hybrid-Veranstaltung

### Datum:

Mittwoch, 26.6.2024, 17:30 Uhr s. t.

**Anmeldung und Kontakt:**

Forschungsstelle für Notarrecht, Tel.: 089/2180-2794,  
E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de

**Datum:**

Mittwoch, 3.7.2024, 18:30 Uhr s. t.

**Anmeldung und Kontakt:**

Forschungsstelle für Notarrecht, Tel.: 030/2093-3439,  
E-Mail: notarinstitut@rewi.hu-berlin.de

---

**Vortragsabend des Forschungsinstituts für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin****„Praxisprobleme im Zusammenhang mit dem Handels- und Gesellschaftsregister nach dem MoPeG – Ein Bericht“****Veranstaltungsort:**

Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,  
Bebelplatz 2, Raum 144

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

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19  
Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225  
E-Mail: dnoti@dnoti.de      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notar a. D. 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 §§ 707, 707b, 712a; EGBGB Art. 229 § 21; GBO § 40 – GbR: „Anwachsung“ des Gesellschaftsvermögens wegen Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters; keine Eintragung einer im Grundbuch eingetragenen GbR ins Gesellschaftsregister

GmbHG §§ 35, 53, 54, 10 Abs. 1 S. 2; BGB § 181 – Erteilung von Einzelvertretungsbefugnis und Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB an Geschäftsführer; Fortdauer der Befugnis/Befreiung nach Abschaffung der Satzungsgrundlage

#### Rechtsprechung

BGB §§ 164 Abs. 1 S. 1, 181, 1922 Abs. 1; GBO §§ 29 Abs. 1, 35 Abs. 1 – Fortbestehen der transmortalen Vollmacht des Alleinerben nach dem Erbfall

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**BGB §§ 707, 707b, 712a; EGBGB Art. 229 § 21; GBO § 40**

**GbR: „Anwachsung“ des Gesellschaftsvermögens wegen Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters; keine Eintragung einer im Grundbuch eingetragenen GbR ins Gesellschaftsregister**

#### I. Sachverhalt

A und B sind Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Die GbR ist noch nicht im Gesellschaftsregister eingetragen. Die Gesellschaft ist Eigentümerin eines Grundstücks. Im Grundbuch ist sie als GbR unter Nennung beider Gesellschafter eingetragen. A und B möchten den Grundbesitz der GbR in eine KG überführen. Hierzu soll eine KG gegründet wer-

den und sollen die Anteile von A und B an der GbR in die KG eingebracht werden. Durch das liquidationslose Erlöschen der GbR infolge der Anteilsvereinigung und die damit verbundene Gesamtrechtsnachfolge soll das Grundstück auf die KG übergehen.

#### II. Frage

Ist eine Eintragung der GbR in das Gesellschaftsregister sowie eine Richtigstellung des Grundbuchs erforderlich, damit die beabsichtigte Anwachsung grundbuchlich vollzogen werden kann?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Die Voreintragungsobliegenheit gem. Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB

Für Bestandsgesellschaften – die am 1.1.2024 nach § 47 Abs. 2 S. 1 GBO a. F. im Grundbuch eingetragen sind – enthält Art. 229 § 21 EGBGB eine Übergangsregelung (Meier, NJW 2024, 465; OLG Celle, Beschl. v. 16.4.2024 – 20 W 23/24, BeckRS 2024, 10692; Art. 229 § 21 EGBGB gilt dagegen nicht für bloße Richtigstellungen des Grundbuchs in Folge des Rechtsformwechs-

sels einer im Grundbuch verlautbarten GbR, z.B. in eine KG, OLG München BeckRS 2024, 10808 Rn. 16). Gem. Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB sollen Eintragungen in das Grundbuch, die ein Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts betreffen, nicht erfolgen, solange die Gesellschaft nicht im Gesellschaftsregister eingetragen und daraufhin nach den durch das Personen-gesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436 – im Folgenden MoPeG) geänderten Vorschriften im Grundbuch eingetragen ist.

Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB steht insbesondere im Zusammenhang mit § 47 Abs. 2 GBO n. F. und begründet wie die letztgenannte Norm (vgl. dazu KEHE/Keller, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 2024, § 47 Rn. 47) ein **rein grundbuchverfahrensrechtlich wirkendes** (BT-Drucks. 19/27635, S. 108; Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 323; vgl. auch KEHE/Keller, § 47 Rn. 47) **Voreintragungserfordernis** in Bezug auf Eintragungen im Grundbuch unter Beteiligung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts. Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB erfasst die GbR v.a. als verlierenden Teil („Veräußerer-konstellation“), § 47 Abs. 2 GBO erfasst die GbR als gewinnenden Teil („Erwerberkonstellation“) im Grundbuchverfahren.

## 2. Rechtsübergang „auf andere Weise“

Neben dem (Haupt-)Fall der Veräußerung von Rechten durch die GbR (dazu zuletzt OLG Celle BeckRS 2024, 10692) werfen diejenigen Fälle Fragen auf, in denen eine GbR ein (Recht an einem) Grundstück „auf andere Weise“ erwirbt oder verliert. Diese Konstellationen werden im Folgenden untersucht.

Die Regierungsbegründung zu Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB hat insbesondere Fälle vor Augen, in denen eine GbR ein ihr gehörendes Recht veräußert oder „*das Recht auf andere Weise auf eine andere Person übergeht*“ (BT-Drucks. 19/27635, S. 216). Zum umgekehrten Fall, dass eine GbR „*auf andere Weise*“ eine Rechtsposition **erwirbt**, verhält sich die Gesetzesbegründung (auch zu § 47 Abs. 2 GBO n. F.) nicht.

Zunächst ist von Interesse, welche konkreten Vorgänge mit dem Rechtsübergang „auf andere Weise“ gemeint sein können. Genannt werden insbesondere **Erbfall, Anwachsungs- und Umwandlungsvorgänge** (Wobst, ZPG 2023, 58; Freier, in: Heckschen/Freier, Das MoPeG in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2024, § 3 Rn. 695 ff.), wobei danach zu differenzieren ist, ob die GbR „verlierender“ oder „gewinnender“ Teil ist.

### a) Denkbare Konstellationen des Erwerbs eines Rechts durch eine GbR

aa) Von vornherein ausgeschlossen ist der Erwerb von

Grundstücksrechten im Wege der **umwandlungsrechtlichen Universalsukzession** durch eine nicht registrierte GbR (§§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 131 Abs. 1 UmwG). Denn die nicht registrierte GbR kann weder Ausgangs- noch Zielrechtsträger einer Verschmelzung oder Spaltung sein (vgl. §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 124 Abs. 1 UmwG).

Die bis zum 31.12.2023 bestehende (einzige) Möglichkeit der nicht registrierten GbR, an einer Umwandlung beteiligt zu sein, nämlich als Zielrechtsträger eines **Formwechsels** (§ 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG a. F.), führte nicht zum Rechtserwerb durch die Ziel-GbR, sondern lediglich zu einem Wechsel des Rechtsträgers von einer Kapitalgesellschaft in eine GbR (§ 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG).

bb) Denkbar bleibt der Erwerb von Vermögenswerten im Wege der **Gesamtrechtsnachfolge gem. § 1922 BGB** durch eine nicht registrierte **GbR als Erbin** (Bolkart, MittBayNot 2023, 319, 323; zur Erbfähigkeit der GbR BeckOGK-BGB/Kell, Std.: 1.11.2020, § 718 Rn. 39 m. w. N.).

cc) Weiterhin stellt sich die Frage, welche Fälle gemeint sein können, in denen die GbR im Wege der **Anwachsung** erwirbt. Zu denken ist insbesondere an den Fall, in dem eine GbR Gesellschafterin einer als Eigentümerin im Grundbuch eingetragenen Personengesellschaft ist und sodann alle weiteren Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheiden, sei es durch Abtretung, sei es durch Austritt (§ 712a Abs. 1 BGB). In diesem Fall erlischt die Personengesellschaft ohne Liquidation (§ 712a Abs. 1 S. 1 BGB, ggf. i. V. m. § 105 Abs. 3 HGB) und das gesamte Gesellschaftsvermögen geht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge **auf die GbR** als letzte verbleibende Gesellschafterin über (§ 712a Abs. 1 S. 2 BGB).

dd) Der Grundgedanke des § 47 Abs. 2 GBO n. F., ab dem 1.1.2024 allgemein neue Eintragungen für nicht registrierte GbRs zu verhindern, greift uneingeschränkt auch bei den vorstehend aufgezählten Erwerbsvorgängen, die sich materiell-rechtlich außerhalb des Grundbuchverfahrens vollziehen. Dies dürfte der – soweit ersichtlich – allgemeinen Ansicht entsprechen (Wobst, ZPG 58, 61; Bolkart, MittBayNot 2023, 319, 323; Aumann, notar 2022, 99, 104; Freier, § 3 Rn. 695 ff.). Uns sind keine Gründe ersichtlich, warum in derartigen Fällen eine Ausnahme von § 47 Abs. 2 GBO eingreifen könnte.

### b) Verlust eines Rechts durch eine GbR „auf andere Weise“: Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters

In der Literatur werden darüber hinaus die umgekehrten Konstellationen diskutiert, in denen eine GbR ihre im Grundbuch eingetragenen Rechte durch Erwerbs-

vorgänge außerhalb des Grundbuchs verliert (Schäfer/Hermanns, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2023, § 2 Rn. 43).

Aus den Ausführungen in lit. a folgt, dass insoweit nur ein einziger Fall denkbar ist. Denn die GbR kann kein Vermögen vererben und Umwandlungsvorgänge sind aus denselben Gründen, wie in lit. a sublit. aa geschildert, nicht möglich: Die nicht registrierte GbR kann generell nicht Ausgangsrechtsträger von Umwandlungsvorgängen sein (dies tendenziell wohl übersehend Bolkart, MittBayNot 2023, 319, 328 und Schäfer/Hermanns, § 2 Rn. 43; zutreffend dagegen Kratzlmeier, ZFiR 2023, 197, 204).

Der **einzige verbleibende Fall ist das Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters** aus einer im Grundbuch als Rechtsinhaberin eingetragenen GbR. Das Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters führt gem. § 712a Abs. 1 S. 1 BGB (wegen des Verbots bzw. der systemischen Nichtexistenz der Ein-Personen-Personengesellschaft) **zum liquidationslosen Erlöschen der GbR** (vgl. BT-Drucks. 19/27635, S. 147; Wertenbruch, ZPG 2023, 1, 3). Das Gesellschaftsvermögen geht zum Zeitpunkt des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter über (§ 712a Abs. 1 S. 2 BGB). Materiellrechtlich wird damit der verbleibende Gesellschafter im Moment des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters zum Alleineigentümer des vorher im Gesellschaftsvermögen befindlichen Immobilieneigentums. Das Grundbuch wird dadurch unrichtig i. S. v. § 894 BGB und muss im Wege des § 22 GBO berichtigt werden.

### 3. Keine Voreintragungsobliegenheit bei liquidationslosem Erlöschen der GbR nach § 712a Abs. 1 S. 1 BGB

Im hier zur prüfenden Sachverhalt erlischt die GbR ohne Liquidation, da die GbR infolge der Einbringung ihrer Anteile in die KG nur noch einen Gesellschafter hätte, § 712a Abs. 1 S. 1 BGB. Gem. § 712a Abs. 1 S. 2 BGB geht das Vermögen der Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den letzten verbleibenden Gesellschafter über. Die ganz h.M. verneint das Erfordernis der Voreintragung in diesem Fall (Wobst, ZPG 2023, 58, 61; Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 328 f.; Krauß, notar 2023, 339; Luy/Sorg, DNotZ 2023, 657, 672; Kramer, FGPrax 2023, 193, 196; Kratzlmeier, ZfiR 2023, 197, 204; tendenziell auch Aumann, notar 2022, 99, 104), während eine ebenfalls vertretene Gegenansicht an einem angeblichen Voreintragungserfordernis festhält (ausdrücklich zu § 712a Abs. 1 S. 1 und S. 2 BGB nur MünchKommBGB/Schäfer, 9. Aufl. 2024, § 707 Rn. 43; nicht eindeutig Freier, § 3 Rn. 695 ff., die zwar davon ausgeht, dass keine Ausnah-

men von Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB denkbar sind, allerdings nicht klarstellt, ob damit auch der Fall des § 712a Abs. 1 S. 2 BGB gemeint ist). Hermanns ist der Ansicht, dass bei Verlust eines Rechts der GbR im Wege der Anwachsung das Voreintragungserfordernis des Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB eingreift (Schäfer/Hermanns, § 2 Rn. 43). Allerdings konkretisiert er nicht, dass tatsächlich der einzige denkbare Fall derjenige des § 712a Abs. 1 S. 2 BGB ist, der aber gem. § 712a Abs. 1 S. 1 BGB zum Erlöschen der Gesellschaft führt. Er spricht vielmehr nur vom Verlust eines Rechts durch Anwachsung oder durch Umwandlungsvorgänge, ohne explizit § 712a BGB zu erwähnen (Schäfer/Hermanns, § 2 Rn. 43). Explizit für den Verlust eines Rechts durch Anwachsung nach § 712a BGB vertritt wohl nur Schäfer, dass gleichwohl eine Voreintragung der GbR erforderlich ist (MünchKommBGB, § 707 Rn. 43).

Die Ansicht, die ein Voreintragungserfordernis bei Verlust eines gebuchten Rechts gem. § 712a Abs. 1 S. 1 und S. 2 BGB bejaht, scheint zu übersehen (oder die daraus folgenden Konsequenzen nicht zu bedenken), dass nach Erlöschen der Gesellschaft gem. § 712a BGB kein eintragungsfähiges Rechtssubjekt mehr existiert, welches im Gesellschaftsregister (als Subjektsregister) eingetragen werden könnte. Es liegt auf der Hand, dass eine **regis-terrechtliche Anmeldung einer „Nicht-Gesellschaft“** – mit einer „Nicht-Anschrift“ an einem „Nicht-Sitz“ durch „Nicht-Gesellschafter“ mit „Nicht-Vertretungsbefugnis“ nach §§ 707 BGB, 3 GesRV – **nicht zulässig** sein kann. Auch die Versicherung, dass eine nicht (mehr) existierende Gesellschaft nicht in einem anderen Register registriert ist (§ 707 Abs. 1 Nr. 4 BGB), ergibt keinerlei Sinn. Die Anmeldung der Gesellschaft gem. §§ 707 BGB, 3 GesRV kann daher nicht mehr erfolgen. Die Ersteintragung einer bereits inexistenten Gesellschaft kennt das Registerverfahren nicht.

Aber auch unter der unterstellten Annahme, dass die Erstanmeldung einer gem. § 712a Abs. 1 S. 1 BGB erloschenen GbR vom Registergericht nicht als unzulässig zurückgewiesen werden würde, könnte die anschließende „Richtigstellung“ im Grundbuch die der Voreintragung nach der Gesetzesbegründung zukommenden Funktionen evident nicht erfüllen. Die Voreintragung der GbR bedarf nach der Gesetzesbegründung einer normativen Rechtfertigung (BT-Drucks. 19/27635, S. 109), es handelt sich beim Voreintragungserfordernis nicht um einen reinen Selbstzweck. Die Voreintragung der Gesellschaft „*liegt im Interesse des Rechtsverkehrs an Publizität hinsichtlich Existenz, Identität und ordnungsgemäßer Vertretung der Gesellschaft*“. Insbesondere werde dadurch trotz Aufhebung des § 899a BGB ein gutgläubiger Erwerb ermöglicht (BT-Drucks. 19/27635, S. 109). Vor diesem Hintergrund wird ganz besonders deutlich,

dass eine „Richtigstellung“ des Grundbuchs auf eine nicht existierende Gesellschaft keinen Sinn ergeben kann. Denn es steht ja außer Frage, dass die Gesellschaft materiell-rechtlich nicht mehr existiert (§ 712a Abs. 1 S. 2 BGB), so dass sie überhaupt nicht mehr vertreten werden kann und dass ein rechtsgeschäftlicher Erwerb von ihr in jeglicher Hinsicht ausgeschlossen ist, weil sie keinerlei rechtserhebliche (Willens-)Erklärungen abgeben kann. Von einer „Richtigstellung“ des Grundbuchs kann vor diesem Hintergrund sicherlich nicht gesprochen werden. Grundbuchverfahrensrechtlich lassen sich die Überlegungen dadurch unterfüttern, dass eine nicht existierende Gesellschaft naturgemäß keine Zustimmung gem. § 22 Abs. 2 GBO abgeben kann, die aber erforderlich wäre, um sie im Wege des Richtigstellungsverfahrens nach Art. 229 § 21 Abs. 3 EGBGB im Grundbuch eintragen lassen zu können.

Wir halten es aus den vorgenannten Gründen auch **nicht für zutreffend**, im vorliegenden Zusammenhang **von einer teleologischen Reduktion** des Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB oder einer **Analogie** zu § 40 GBO zu sprechen. Es handelt sich vielmehr um eine Konstellation, die ohne Verstoß gegen den Wortlaut der Norm bereits denklogisch nicht in den Anwendungsbereich von Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB fällt.

Unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt kann daher erwogen werden, eine gem. § 712a Abs. 1 S. 1 BGB erloschene Gesellschaft erst (als bereits erloschene Gesellschaft!) in das Gesellschaftsregister eintragen zu lassen, nur um sodann das Grundbuch auf eine bereits nicht mehr existente Gesellschaft „richtigzustellen“, bevor dann das Grundbuch in der Weise berichtigt werden kann, dass der letzte verbleibende Gesellschafter als Rechtsinhaber eingetragen wird.

#### 4. Zum Verfahren der Grundbuchberichtigung

Es bleibt zu klären, wie das Grundbuch nun auf die KG berichtigt werden kann. Nach der derzeit wohl herrschenden Ansicht ist im Falle der Anwachsung aufgrund einer analogen Anwendung des Art. 229 § 21 Abs. 3 S. 2 EGBGB eine bloße **Berichtigungsbewilligung** (§ 19 GBO) **der im Grundbuch gem. § 47 Abs. 2 GBO a. F. eingetragenen Gesellschafter** für die Grundbuchberichtigung ausreichend (Wobst, ZPG 2023, 58, 61; Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 328 f.).

Für die Grundbuchberichtigung aufgrund Berichtigungsbewilligung (§ 19 GBO) ohne Unrichtigkeitsnachweis muss weiterhin in der Berichtigungsbewilligung die Unrichtigkeit schlüssig dargetan (nicht aber glaubhaft gemacht) werden (Meikel/Böttcher, GBO, 12. Aufl. 2020, § 22 Rn. 109 m. w. N.). Dies ist der Fall, wenn das

tatsächliche Vorbringen, als richtig unterstellt, den Antrag rechtfertigt (Meikel/Böttcher, § 22 Rn. 109). Nur bei begründeten Zweifeln darf der Rechtspfleger einen Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 Abs. 1 GBO) verlangen (Meikel/Böttcher, § 22 Rn. 109). Für den vorliegenden Fall der Anwachsung nach § 712a Abs. 1 S. 1 BGB sollte daher aus der Berichtigungsbewilligung hervorgehen, dass sich im Zuge der Abtretung nunmehr alle Anteile an der Gesellschaft in einer Person (hier: der KG) vereinigt haben.

#### 5. Ergebnis

„Auf sonstige Weise“ kann die GbR ein im Grundbuch verlaubtes Recht ausschließlich durch Anwachsung aufgrund Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters verlieren (§ 712a Abs. 1 S. 2 BGB), was gleichzeitig zum liquidationslosen Erlöschen der Gesellschaft führt (§ 712a Abs. 1 S. 1 BGB). An Umwandlungsmaßnahmen kann die nicht registrierte GbR dagegen nicht beteiligt sein (weder als übertragender noch als übernehmender Rechtsträger).

Geht ein im Grundbuch verlaubtes Recht im Wege der Anwachsung gem. § 712a Abs. 1 S. 2 BGB auf den letzten verbleibenden Gesellschafter über, dann kann die nach § 712a Abs. 1 S. 1 BGB liquidationslos erloschene GbR nicht mehr im Gesellschaftsregister registriert werden. Dementsprechend kommt auch eine Richtigstellung des Grundbuchs auf die erloschene GbR nicht in Betracht. Im hier untersuchten Fall muss bzw. kann die (nicht mehr existente) GbR also nicht im Gesellschaftsregister eingetragen werden und auch das Grundbuch ist nicht (vor Eintragung der KG) auf die „eGbR“ richtigzustellen.

---

### GmbHG §§ 35, 53, 54, 10 Abs. 1 S. 2; BGB § 181

#### Erteilung von Einzelvertretungsbefugnis und Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB an Geschäftsführer; Fortdauer der Befugnis/Befreiung nach Abschaffung der Satzungsgrundlage

---

##### I. Sachverhalt

1. Var: Ein Geschäftsführer wurde unmittelbar in der Satzung von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

2. Var.: Ein Geschäftsführer wurde durch einfachen Gesellschafterbeschluss auf Grundlage einer Satzungsermächtigung von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.



3. Var.: Einem Geschäftsführer wurde durch einfachen Gesellschafterbeschluss auf Grundlage einer Satzungsermächtigung Einzelvertretungsbefugnis erteilt.

Die jeweilige Satzungsgrundlage wird durch Satzungsänderungsbeschluss aufgehoben und die Satzungsänderung wird im Handelsregister eingetragen. Weiter geschieht nichts.

## II. Frage

Besteht die Befreiung von § 181 BGB bzw. die Einzelvertretungsbefugnis fort?

Der Notar verweist in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des AG Düsseldorf, Beschl. v. 18.2.2021 – 88 AR 3208/20 (BeckRS 2021, 17058).

## III. Zur Rechtslage

### 1. Allgemeines

Gem. § 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG bedarf jede Abweichung von der Gesamtvertretungsbefugnis der GmbH-Geschäftsführer einer **Satzungsgrundlage** (vgl. auch MünchKommGmbHG/Stephan/Tieves, 4. Aufl. 2023, § 35 Rn. 139); ebenso sieht es die Rechtsprechung im Hinblick auf die generelle Befreiung eines Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB (s. etwa OLG Nürnberg NJW-RR 2015, 1073 Rn. 10; vgl. auch – krit. – Beurskens, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 37 Rn. 66; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 35 Rn. 52 – jew. m. w. N.; zur Befreiung des Alleingesellschaftergeschäftsführers s. noch § 35 Abs. 3 GmbHG; hier soll selbst bei der Einzelfallbefreiung eine Satzungsgrundlage erforderlich sein, vgl. BGH DStR 2000, 697 m. Anm. Goette). In beiden Fällen genügt eine Satzungsgrundlage, etwa eine Öffnungsklausel, die die Gesellschafterversammlung ermächtigt, das eine oder andere auszusprechen (zur Erteilung von Einzelvertretungsbefugnis: BGH NJW 1975, 1741; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 35 Rn. 37; zur Befreiung: OLG Nürnberg NJW-RR 2015, 1073 Rn. 10; Heckschen/Heidinger/Blath, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 5. Aufl. 2023, Kap. 6 Rn. 510). Freilich kann die Satzung Einzelvertretungsbefugnis oder Befreiung von § 181 BGB **auch von vornherein für alle Geschäftsführer oder unmittelbar personenbezogen** für einzelne aussprechen (wie hier in Var. 1; vgl. BeckOGK-GmbHG/Bayer/J. Schmidt, Std.: 15.3.2024, § 35 Rn. 145; Heckschen/Heidinger/Blath, Kap. 6 Rn. 510). Als echte Satzungsbestimmung begegnet die personenbezogene Befreiung zwar seltener, sie ist als solche aber durchaus möglich (zur Einordnung der Befreiung im Musterprotokoll als echte Satzungsbestimmung

s. noch Herrler, GmbHR 2010, 960, 964; Heidinger/Blath, ZNotP 2010, 376, 383).

### 2. Folge einer Abschaffung der Satzungsgrundlage

Unseres Erachtens dürfte zwischen der Abschaffung einer Öffnungsklausel und einer unmittelbar personenbezogenen Vertretungs-/Befreiungsregelung **zu differenzieren** sein.

#### a) Öffnungsklausel

Wird die statutarische Möglichkeit, Geschäftsführern Einzelvertretungsbefugnis oder Befreiung von § 181 BGB zu erteilen, durch Satzungsänderung (§§ 53, 54 GmbHG) wieder abgeschafft, so wirkt sich dies u. E. nicht automatisch auf die einem Geschäftsführer konkret erteilte Befugnis aus. Beseitigt wird allein die Möglichkeit, *künftige* Geschäftsführer mit dieser Befugnis auszustatten. Die Satzungsänderung richtet sich also genau betrachtet gar **nicht gegen die erteilte Einzelvertretungsbefugnis oder Befreiung**. Anderes würde nur gelten, wenn die Satzungsänderung zugleich als konkludente Entziehung der erteilten Befugnis auszulegen wäre. Dies lässt sich der bloßen Abschaffung der Satzungsgrundlage aber nicht ohne Weiteres entnehmen.

Die Fortgeltung der Einzelvertretungsbefugnis/Befreiung steht auch nicht im Widerspruch zur Handelsregistereintragung (vgl. § 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG): Als Teil der abstrakten Vertretungsregelung wird nämlich die bloße Öffnungsklausel (Ermächtigung der Gesellschafterversammlung o. Ä.) nicht eingetragen, lediglich die konkret erteilte Befugnis (OLG Frankfurt NJW-RR 1994, 165; Krafka, Registerrecht, 12. Aufl. 2024, Rn. 952). Der abstrakten Vertretungsregelung im Handelsregister sollte demnach gar nichts darüber zu entnehmen sein, ob Geschäftsführer aufgrund einer Satzungsermächtigung Einzelvertretungsbefugnis oder Befreiung erlangen können.

Die genannte Entscheidung des AG Düsseldorf (BeckRS 2021, 17058; bestätigt im Nachgang durch OLG Düsseldorf NZG 2021, 1027) ist u. E. zu knapp, um tragfähige Aussagen zu liefern. Rn. 7 der Entscheidung („Der Wegfall der Möglichkeit einer Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB in einer normalen GmbH-Satzung infolge Satzungsänderung führt ja auch zu einer Änderung der besonderen Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers, dem unter der alten Satzung die Befreiung zugesprochen worden war.“) steht der vorliegend geäußerten Ansicht aber *prima facie* entgegen. Sollte tatsächlich gemeint sein, dass die Abschaffung der Öffnungsklausel eine konkret erteilte Befreiung beseitigt, so halten wir dies für falsch. Zu bedenken ist, dass die in Bezug genommene Kommentierung von *Fastrich* (in: Baumbach/Hueck,

GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 2 Rn. 59 f.) die Befreiung im Musterprotokoll betrifft und die Ansicht aufgreift, dass diese Befreiung bei Bestellung weiterer Geschäftsführer entfällt (OLG Stuttgart NZG 2009, 754, 755; OLG Nürnberg DNotI-Report 2015, 133). Möglicherweise wird hier schlicht eine Aussage zum Musterprotokoll in fragwürdiger Weise pauschalisiert (wobei man bereits die Entscheidungen zum Wegfall der Befreiung des ersten Musterprotokoll-Geschäftsführers kritisch hinterfragen kann, vgl. Heidinger/Blath, ZNotP 2010, 402, 403; BeckOK-GmbHG/C. Jaeger, Std.: 1.2.2024, § 2 Rn. 76).

### b) Unmittelbar personenbezogene Befreiung

Erhält der Geschäftsführer Einzelvertretungsbefugnis oder Befreiung aufgrund einer echten Satzungsbestimmung und wird diese Bestimmung nachträglich aufgehoben, so ist die Angelegenheit u. E. anders zu beurteilen: Hier richtet sich die Satzungsänderung auf die Bestimmung selbst, die die Befugnis verleiht. Diese Bestimmung bietet nicht lediglich die Grundlage für die Verleihung der Befugnis, sondern trägt die Befugnis in sich. Insofern liegt es u. E. nahe, dass eine Aufhebung der Satzungsbestimmung **auch eine Aufhebung der Befugnis** mit sich bringt.

Das dürfte ebenso bei einer nicht unmittelbar personenbezogenen Befugnis der Fall sein. Denn auch eine Bestimmung, wonach etwa sämtliche Geschäftsführer der GmbH einzelvertretungsberechtigt und befreit sind, ist zugleich der Geltungsgrund ebendieser Befugnisse. Wenn sie aufgehoben wird, dürfte wieder die gesetzliche Grundregel wirksam sein.

### 3. Fazit

Eine aufgrund statutarischer Öffnungsklausel erteilte Einzelvertretungsbefugnis oder Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB gilt u. E. auch dann fort, wenn die Öffnungsklausel durch Satzungsänderung wieder abgeschafft wird. Hingegen dürfte eine Vertretungsbefugnis oder Befreiung hinfällig sein, wenn sie unmittelbar Gegenstand einer generellen oder personenbezogenen Satzungs-klausel ist und diese aufgehoben wird.

## Rechtsprechung

**BGB §§ 164 Abs. 1 S. 1, 181, 1922 Abs. 1; GBO §§ 29 Abs. 1, 35 Abs. 1**

**Fortbestehen der transmortalen Vollmacht des Alleinerben nach dem Erbfall**

**1. Die Legitimationswirkung einer transmortalen Vollmacht für Verfügungen, die der Bevollmächtigte**

**te nach dem Tod des als Eigentümer eingetragenen Vollmachtgebers vornimmt, entfällt nicht dadurch, dass der Bevollmächtigte dessen Alleinerbe geworden sein kann.**

**2. Das Grundbuchamt darf beim grundbuchlichen Vollzug einer Eigentumsübertragung, die der transmortal Bevollmächtigte unter Berufung auf seine Vollmacht vornimmt, dessen Erbenstellung vielmehr nur dann berücksichtigen, wenn sie in der Form des § 35 GBO nachgewiesen ist.**

OLG Nürnberg, Beschl. v. 25.3.2024 – 15 Wx 2176/23

### Problem

Der im Jahr 2022 verstorbene Grundstückseigentümer E hatte seiner Ehefrau F notariell beurkundete General- und Vorsorgevollmacht unter Befreiung von § 181 BGB erteilt. Die Vollmacht galt über den Tod des E hinaus (sog. transmortale Vollmacht). F wurde Alleinerbin des E. Im Jahr 2023 schloss F einen notariell beurkundeten Vertrag über die Übertragung eines Nachlassgrundstücks des E an sich selbst. Auf Veräußererseite handelte F unter Vorlage der Vollmacht ausdrücklich für die Erben des verstorbenen E. Zu diesem Zeitpunkt lag noch kein grundbuchtauglicher Nachweis der Erbfolge vor. Das Grundbuchamt hielt die Auffassung für unwirksam, weil die Vollmacht des E an F aufgrund der Alleinerbenstellung der F mit dem Erbfall per Konfusion erloschen sei.

### Entscheidung

Der transmortal Bevollmächtigte handelt aus vom Erblasser abgeleitetem Recht. Im Falle seines Handelns nach dem Tod des Erblassers werden jedoch nach ganz h. A. hierdurch nicht mehr der Erblasser, sondern die *Erben* vertreten (BGH NJW 1983, 1487; OLG München ZEV 2012, 376; OLG Frankfurt DNotZ 2012, 140).

Nach dem OLG Nürnberg ist die Übertragung des Eigentums am Nachlassgrundstück durch F als Stellvertreterin der Erben des E an sich selbst als Erwerberin wirksam, §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1, 164 Abs. 1 S. 1 BGB. Wegen der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB könne F die Auffassung gegenüber sich selbst erklären. Obwohl F die Alleinerbin des E sei, könne sie die transmortale Vollmacht nutzen. Die Ausfertigung der Vollmachtsurkunde weise dem Grundbuchamt die Erteilung und den Fortbestand der Vollmacht in grundbuchtauglicher Form (§ 29 Abs. 1 GBO) nach (Rn. 13). Teilweise wird zwar vertreten, die Vollmacht erlösche wegen des Zusammenfallens von Vertretenem und Vertreter in einer Person (vgl. die viel beachtete und kontrovers diskutierte Entscheidung des OLG Hamm DNotI-Report 2013, 70 = BeckRS 2013, 6211). Andere

Stimmen behandeln die Vollmacht aufgrund einer systematischen bzw. formalen Betrachtung jedoch als fortbestehend. Das OLG Nürnberg schließt sich nun derjenigen Ansicht an, die ein Fortbestehen der Vollmacht im Rechtsverkehr (jedenfalls) nach den Rechtsscheingrundsätzen der §§ 170-173 BGB bejaht (Rn. 18). Maßgebend sei, dass das Grundbuchamt die Erbenstellung so lange nicht zu prüfen habe, bis ihm ein grundbuchtauglicher Erbnachweis nach § 35 Abs. 1 GBO vorliege (Rn. 18). Ferner könne über einen längeren Zeitraum Unsicherheit darüber bestehen, wer tatsächlich Erbe geworden ist. In dieser Phase habe der Rechtsverkehr ein Interesse daran, dass der Bevollmächtigte wirksam über das Grundstückseigentum verfügen könne (Rn. 19).

### Praxishinweis

In der obergerichtlichen Rechtsprechung setzt sich zunehmend die Ansicht durch, dass das Grundbuchamt aufgrund der Rechtsscheinwirkungen der §§ 170-173 BGB vom Fortbestehen der transmortalen Vollmacht auszugehen hat, bis ihm ein grundbuchtauglicher Erbnachweis vorliegt (KG DNotZ 2021, 703; OLG München ZEV 2016, 656 Rn. 23 = MittBayNot 2017, 138; OLG Stuttgart MittBayNot 2019, 578 Rn. 8). Diese Ansicht hat zur Konsequenz, dass sich der Alleinerbe mit Blick auf das Grundbuchverfahren die Kosten der Erteilung eines an sich gem. § 35 Abs. 1 GBO erforderlichen Erbscheins sparen kann, indem er **(nur!) als Bevollmächtigter der Erben** auftritt.

Tritt der Bevollmächtigte **zugleich als Alleinerbe** auf und erklärt er, als solcher zu handeln, zerstört er nach einer Entscheidung des OLG München allerdings den Rechtsschein des § 172 BGB (OLG München NJW 2016, 3381 = DNotI-Report 2016, 163). Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des OLG München und der hier behandelten Entscheidung des OLG Nürnberg kommt es damit praktisch darauf an, **in wessen Namen** der Handelnde im Urkundsrubrum auftritt.

## Literaturhinweise

**Hausmann, Internationales und europäisches Familienrecht, 3. Aufl. 2024, C.H.Beck, 319,- €**

Der Kurzkomentar von Prof. Dr. Hausmann ist ein Standardwerk für alle, die sich mit der komplexen Materie des internationalen und europäischen Familienrechts befassen. Die ausgezeichnete Kommentierung ist nun in der aktualisierten 3. Auflage erschienen. Kein anderes Werk deckt alle relevanten Rechtsquellen dieses Rechtsgebietes ab und bietet damit eine vergleichbar umfassende Kommentierung in einem Band. Die Erläuterun-

gen der einzelnen Rechtsvorschriften sind wie gewohnt prägnant und präzise, wobei der Schwerpunkt auf der Rechtsprechung liegt. Durch die klare und verständliche Darstellung finden sich auch Lesende, die sich nur selten mit dem internationalen Familienrecht beschäftigen, bei komplexen Fragen schnell und sicher zurecht.

Seit Erscheinen der 2. Auflage im Jahr 2018 gab es zahlreiche Rechtsänderungen im europäischen und internationalen Privat- und Verfahrensrecht. Insofern ist das Werk ein wertvoller Leitfaden bei der Anwendung der neuesten Regelungen. Hervorzuheben ist hierbei insbesondere die exzellente Kommentierung der Brüssel IIb-VO. Sie hat die Brüssel IIa-VO ersetzt und regelt seit dem 1.8.2022 das internationale Verfahrensrecht in Ehesachen, auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und bei Kindesentführungen. Auch die Neuregelungen im internationalen Adoptionsrecht durch die Neufassung des Art. 22 Abs. 1 EGBGB und des AdWirkG sind übersichtlich und verständlich erläutert. Gleiches gilt u. a. für die geänderten Regelungen des auf die Betreuung, Vormundschaft und Pflegschaft anwendbaren Rechts (Art. 24 EGBGB).

Die Vielzahl der Rechtsquellen des internationalen Familienrechts kann mitunter schnell überfordern. Durch seinen bemerkenswerten Aufbau erleichtert der Kommentar den Lesenden, den Überblick über alle zu beachtende Rechtsvorschriften zu behalten. So werden die Verordnungen, Staatsverträge und Gesetze nicht im Ganzen kommentiert. Stattdessen ist das Werk in drei prozessuale Abschnitte (Erkenntnisverfahren, Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen, Grenzüberschreitende Zusammenarbeit zwischen den Behörden) gegliedert. Ergänzt wird diese praxisorientierte Struktur durch erläuternde Einführungen, Vorbemerkungen, Prüfungsschemata und Querverweise.

Damit ist und bleibt das Werk ein zuverlässiger Leitfaden für das internationale Familienrecht, der Notarinnen und Notaren praktische Orientierung für ihre tägliche Arbeit in diesem anspruchsvollen Rechtsgebiet bietet. Angesichts der zahlreichen Gesetzesänderungen und Neuregelungen in den vergangenen Jahren kann man die Anschaffung der aktuellen Auflage nur uneingeschränkt empfehlen.

**Juliane Weber**

**J. A. Dieckmann**, Bedarf für Korrekturen: Vorschlag für eine Heilungsvorschrift für nicht rangrichtig im Grundbuch eingetragene Erbbaurechte (richtiger: Scheinbuecherbbaurechte), BWNotZ 2024, 78

**S. Heinze**, Annahmeverzugsnachweis durch notarielle Urkunde: Materiell-rechtliche Voraussetzungen und berufsrechtliche Zulässigkeit – Zugleich Besprechung von OLG Köln, Beschluss vom 13. Oktober 2023 – 4 W 31/23, RNotZ 2024, 309

**C. Keim**, Bindung im Erbrecht – Fluch oder Segen?, ErbR 2024, 326

**D. Schäuble**, Online-Beglaubigung durch ausländische Notare – ein Fallbeispiel aus der Praxis; zugleich Überlegung zum Amtsbereichsprinzip als Substitutionsvoraussetzung, BWNotZ 2024, 70

## Veranstaltungen

**Intensivkurs Grundstücksrecht** (Berkefeld/Forschner), 4.-5.7.2024 Lübeck-Travenmünde – Hybrid-Veranstaltung

Weitere Termine für **Juli 2024**, Anmeldung und aktuelle Informationen unter [www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de)

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

### Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

### Hinweis:

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

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

**Redaktion:** Notarassessorin Katharina Baunach

### 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 § 878; InsO §§ 21, 80 – Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters zu einem Grundstückskaufvertrag; erneute Zustimmung des endgültigen Verwalters zum Vollzug der Eigentumsumschreibung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

WEG §§ 9a, 9b, 19 – Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum durch die Wohnungseigentümergeinschaft innerhalb der eigenen Anlage; Vertretung des Verbandes durch den Verwalter; Willensbildung im Verband

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### BGB § 878; InsO §§ 21, 80

#### **Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters zu einem Grundstückskaufvertrag; erneute Zustimmung des endgültigen Verwalters zum Vollzug der Eigentumsumschreibung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens**

##### I. Sachverhalt

Über das Vermögen eines Bauträgers wurde das vorläufige Insolvenzverfahren eröffnet. Ein vorläufiger Insolvenzverwalter wurde bestellt. Zudem wurde angeordnet, dass Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 InsO). Der Bauträger verkauft mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters weiterhin Immobilien. Das Insolvenzverfahren soll voraussichtlich in Kürze eröffnet werden.

##### II. Frage

Entfaltet § 878 BGB für den Fall Schutzwirkung,

dass bei beantragten Rechtsänderungen (bspw. Vormerkung/Eigentumsumschreibung) zwischen Eingang des Antrages beim Grundbuchamt und Eintragung im Grundbuch das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Bauträgers eröffnet wird?

##### III. Zur Rechtslage

#### **1. Grundsatz: Berechtigung des Verfügenden bis zum Zeitpunkt der Eintragung**

Für die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück ist gem. §§ 873, 925 BGB die Einigung der Beteiligten über den Rechtsübergang und die Eintragung dieses Rechtsübergangs im Grundbuch erforderlich. Dabei muss die Berechtigung des Verfügenden (hier: des Bauträgers) nicht nur zum Zeitpunkt der dinglichen Einigung, sondern grundsätzlich auch noch im Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung im Grundbuch vorhanden sein. Für die Berechtigung kommt es auf den Zeitpunkt der vorgenommenen Verfügung an, bei mehraktigen Verfügungen somit auf den letzten zur Wirksamkeit fehlenden Teilakt (Staudinger/Klump, BGB, 2019, § 185 Rn. 54).

Ist der Verfügende von vornherein „Nichtberechtigter“ oder verliert er die Berechtigung, bevor sich der Verfügungstatbestand vollendet hat, so ist grundsätzlich nach § 185 BGB die vorherige Einwilligung oder nachträg-

liche Genehmigung des Berechtigten zur Wirksamkeit der Verfügung erforderlich.

## 2. Ausnahmeregelung des § 878 BGB

Der Verfügende kann aus zwei Gründen „Nichtberechtigter“ i. S. d. § 185 BGB sein: Entweder kann dem Verfügenden das Recht, über das verfügt wird, nicht (voll) zustehen, sodass er nicht (alleiniger) **Rechtsinhaber** ist; oder es kann ihm, obwohl er Rechtsinhaber ist, die **Verfügungsbefugnis** fehlen (Staudinger/Klumpp, § 185 Rn. 38)

### a) Allgemeiner Anwendungsbereich des § 878

Gem. § 878 BGB wird jedoch eine von dem *Berechtigten* in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 BGB abgegebene Erklärung nicht dadurch unwirksam, dass der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, **nachdem die Erklärung für ihn bindend** geworden und der **Antrag auf Eintragung** bei dem Grundbuchamt gestellt worden ist. Diese Vorschrift ist entsprechend auf die Bewilligung einer Vormerkung anzuwenden (BGHZ 28, 182, 185).

Entfällt also beim Veräußerer dessen **Verfügungsbefugnis** erst nach Antragstellung gegenüber dem Grundbuchamt, so ist dies nach § 878 BGB unschädlich. Der Anwendungsbereich des § 878 ist jedoch lediglich auf *diesen* Fall des Wegfalls der Berechtigung beschränkt. **Der Verlust der Rechtsinhaberschaft** und eine daraus resultierende Nichtberechtigung ist hingegen gerade **nicht von § 878 BGB erfasst** (RGZ 89, 152, 156 f.; RGZ 135, 378, 382; Staudinger/Klumpp, § 185 Rn. 54; Staudinger/C. Heinze, BGB, 2018, § 878 Rn. 5). Es ist also streng zwischen Rechtsinhaberschaft und Verfügungsbefugnis zu unterscheiden.

### b) Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Veräußerers *nach* Antragstellung

Klassischer Anwendungsfall des § 878 BGB sind Insolvenzverfahren (BeckOGK-BGB/Kessler, Std.: 1.5.2023, § 878 Rn. 41; Staudinger/C. Heinze, § 878 Rn. 24). Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht nach § 80 Abs. 1 InsO das Recht des Schuldners, über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über. Verfügungen des Schuldners selbst sind nach § 81 Abs. 1 S. 1 InsO unwirksam.

Erklärt somit der Insolvenzschuldner etwa als Veräußerer selbst noch die Auffassung und wird das Insolvenzverfahren über sein Vermögen erst nach Antragstellung beim Grundbuchamt eröffnet, schützt § 878 BGB den Verfügungsempfänger (somit den Erwerber); der Wegfall der Verfügungsbefugnis nach

§ 80 Abs. 1 InsO ist unerheblich. Der Erwerb ist damit ab Antragstellung beim Grundbuchamt für den Käufer insolvenzfest (Reul, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2022, § 3 Rn. 6; zur umstrittenen Frage, ob der Eintragungsantrag des Insolvenzschuldners genügt oder jedenfalls auch der von der Eintragung begünstigte Erwerber den Antrag gestellt haben muss, vgl. BeckOGK-BGB/Kessler, § 878 Rn. 34-40; Gutachten DNotI-Report 2024, 41).

### c) Meinungsstand: Anwendung des § 878 BGB bei Beendigung der Amtsstellung des Insolvenzverwalters

Strittig ist die Frage, ob § 878 BGB auch anwendbar ist, wenn die Amtsstellung einer „Partei kraft Amtes“, wie etwa eines Testamentsvollstreckers oder Insolvenzverwalters, endet, nachdem dieser eine Verfügung über ein seiner Verwaltung unterliegendes Liegenschaftsrecht eingeleitet hat. Die Amtsstellung des Insolvenzverwalters endet, wenn entweder das Insolvenzverfahren insgesamt aufgehoben wird oder wenn in der Person des Insolvenzverwalters ein Wechsel stattfindet. Die wohl herrschende Auffassung in der Literatur spricht sich heute dafür aus, zum Schutz des Rechtsverkehrs die Vorschrift des § 878 BGB auch auf den Verlust der Verfügungsmacht eines Amtsinhabers anzuwenden (ausführlich hierzu Reul, § 3 Rn. 76 ff.; Staudinger/C. Heinze, § 878 Rn. 58; BeckOGK-BGB/Kessler, § 878 Rn. 28. Die Rechtsprechung neigt hingegen dazu, eine analoge Anwendung des § 878 BGB bei Verfügungen durch Parteien kraft Amtes abzulehnen (vgl. OLG Celle NJW 1953, 945 f.; BayObLG NJW 1956, 1279 f.; OLG Köln MittRhNotK 1981, 139 f.; OLG Naumburg MittBayNot 2022, 164), da der Wegfall der Amtsstellung mit dem Verlust der *Rechtsinhaberschaft* vergleichbar sei und für diesen Fall § 878 BGB keine Anwendung finde (s. o. lit. a).

Der BGH hat sich zu dieser Frage bisher noch nicht geäußert. Die Rechtslage muss daher weiterhin als nicht abschließend geklärt bezeichnet werden.

Der BGH führt in einer Entscheidung zur Verwalterzustimmung nach § 12 WEG allerdings aus, dass es

*„richtig ist, dass die Wirksamkeit der von dem Verwalter erklärten Zustimmung nicht davon abhängt, dass er das Verwalteramt noch in dem in § 878 BGB genannten Zeitpunkt innehat. [...] Die Zustimmung des Verwalters nach § 12 WEG ist daher in dieser Beziehung nicht anders zu behandeln als rechtsgeschäftliche Erklärungen, die Träger eines vergleichbaren privaten Amtes (wie beispielsweise Testamentsvollstrecker oder Nachlass-*

*verwalter [...] während ihrer Amtszeit im eigenen Namen mit Wirkung für und gegen den Rechtsinhaber abgegeben haben.“*

(BGH NJW 2013, 299 Rn. 15; Hervorhebung durch DNotI)

Kessler schließt hieraus, dass der BGH sich damit für die Anwendbarkeit von § 878 BGB auf den Fall der Beendigung der Amtsstellung vor Vollzug des Eintragungsantrags festgelegt zu haben scheint (BeckOGK-BGB/Kessler, § 878 Rn. 29).

Die Vorinstanz (Beschwerdegericht i. S. v. § 72 GBO) hatte in dem vom BGH zu entscheidenden Fall angenommen, dass das Zustimmungserfordernis gem. § 12 WEG als Beschränkung der Verfügungsmacht des jeweiligen Eigentümers zu begreifen sei. Der BGH hat dies jedoch nicht bestätigt, sondern vielmehr in seiner Entscheidung ausdrücklich offengelassen (BGH NJW 2013, 299 Rn. 12). Die Einordnung als Verfügungsbeschränkung war nach Ansicht des BGH nicht weiter relevant, da *jedenfalls* die Zustimmung für und gegen den Rechtsinhaber wirke. Insofern sei die Verwalterzustimmung gleich zu behandeln wie bindende rechtsgeschäftliche Erklärungen, die der Träger eines vergleichbaren privaten Amtes (wie etwa ein Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter) abgebe (BGH NJW 2013, 299 Rn. 15).

Nach unserem Dafürhalten ist hieraus keine Entscheidung oder Tendenz des BGH zur aufgeworfenen Streitfrage der Anwendbarkeit des § 878 BGB bei einem Wegfall der Amtsstellung des Insolvenzverwalters (oder einer sonstigen Partei kraft Amtes) zu entnehmen. Der BGH hatte mit Blick auf § 12 WEG insofern „höchstens“ über eine Verfügungsbeschränkung des Sondereigentümers zu entscheiden, während im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Verfügungsbefugnis insgesamt auf den Insolvenzverwalter übergeht und bei einem Wegfall der Amtsstellung die materielle Berechtigung des Verfügenden (Insolvenzverwalters) wieder gänzlich entfällt. Auch aus der oben zitierten Aussage des BGH zur „Gleichbehandlung“ der Verwalterzustimmung mit sonstigen Erklärungen einer Partei kraft Amtes (wie des Testamentsvollstreckers) lässt sich u. E. keine Entscheidung des BGH im Hinblick auf § 878 BGB entnehmen. Insofern hat der BGH lediglich auf die vergleichbare Bindung der rechtsgeschäftlichen *Erklärung* abgestellt. Keine Stellungnahme ist dazu zu entnehmen, wie sich dies zum Wegfall der *Verfügungsbefugnis* verhält, da es hierzu im Falle des § 12 WEG schon nicht kommt (Rechtinhaber *und* Verfügungsbefugter ist der Sondereigentümer).

#### **d) Stellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters**

Fraglich ist, welche Rechtslage sich ergibt, wenn – wie im vorliegenden Sachverhalt – zum Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstücksgeschäfts das Insolvenzverfahren noch nicht eröffnet, jedoch bereits ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt ist.

##### **aa) Differenzierung zwischen „starkem“ und „schwachem“ vorläufigen Insolvenzverwalter**

Zunächst ist danach zu differenzieren, ob die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters im Insolvenzeröffnungsverfahren mit der Auferlegung eines **allgemeinen Verfügungsverbots** (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 InsO) oder der Anordnung eines **allgemeinen Zustimmungsvorbehalts** (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 InsO) einhergeht. Während im ersten Fall ein sog. „starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wird, auf den gem. § 22 Abs. 1 InsO bereits die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übergeht und der Schuldner im Außenverhältnis damit als Nichtberechtigter handelt, wird im zweiten Fall ein sog. „schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt und der Schuldner handelt weiterhin als Verwaltungs- und Verfügungsbefugter, freilich unter dem Vorbehalt der Zustimmung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter (MünchKommInsO/Haarmeyer/Schildt, 4. Aufl. 2019, § 22 Rn. 32). Verfügt der Schuldner trotz eines auferlegten allgemeinen Verfügungsverbots oder bei einem Zustimmungsvorbehalt ohne die Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters, so ist diese Verfügung in beiden Fällen nach § 24 Abs. 1, § 81 Abs. 1 InsO zwar absolut (also nicht bloß relativ), jedoch „nur“ schwebend unwirksam. Denn nach allgemeiner Meinung können solche unwirksamen Verfügungen des Schuldners durch Genehmigung des Insolvenzverwalters gem. § 185 Abs. 2 S. 1, 1. Alt. BGB analog mit Wirkung *ex tunc* wirksam werden (MünchKommInsO/Vuia, 4. Aufl. 2019, § 81 Rn. 17 m. w. N.)

##### **bb) Folgen der zu unterscheidenden Typen eines vorläufigen Insolvenzverwalters**

Da es zwei Typen eines vorläufigen Insolvenzverwalters gibt, folgt u. E., dass auch im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 878 BGB von verschiedenen Fallgruppen auszugehen ist:

##### **(1) Verfügung des vorläufigen „starken“ Insolvenzverwalters und spätere Bestellung eines endgültigen Insolvenzverwalters**

Ist bereits im Insolvenzeröffnungsverfahren nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 InsO ein allgemeines Verfügungsverbot angeordnet, geht demgemäß die Verwaltungs- und **Verfügungsbefugnis** über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen schon im Insolvenzeröffnungsverfahren **auf den vorläufigen Insolvenzverwalter**

nach § 22 Abs. 1 InsO über. Der so genannte „starke“ vorläufige Insolvenzverwalter ist für die Zeitdauer seines Tätigwerdens als Partei kraft Amtes anzusehen (MünchKommInsO/Haarmeyer/Schildt, § 22 Rn. 23). Insoweit ist also die Rechtslage – mit Blick auf die hier interessierende Frage der Anwendbarkeit des § 878 BGB – vergleichbar mit der Bestellung eines endgültigen Insolvenzverwalters. Auch dieser ist als Partei kraft Amtes anzusehen.

Wird nun bei einer Verfügung des „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalters das endgültige Insolvenzverfahren eröffnet und ein endgültiger Insolvenzverwalter bestellt, bevor der Verfügungstatbestand vollendet ist, so sind u. E. **dieselben Grundsätze anzuwenden wie für den Fall des Wegfalls der Amtsstellung beim endgültigen Insolvenzverwalter** (s. o. Ziff. 3.). Für diese Konstellation dürfte deshalb die Rechtslage als ungeklärt zu bezeichnen sein: Nach der Rechtsprechung der Instanzgerichte wäre die Anwendbarkeit des § 878 BGB abzulehnen, während mit der überwiegenden Auffassung in der Literatur § 878 BGB analog heranzuziehen wäre. Nach unserem Dafürhalten ist der Literaturmeinung zuzustimmen. Hierfür spricht zum einen der Normzweck des § 878 BGB, wonach die Dauer des grundbuchlichen Eintragungsverfahrens nicht zu Lasten des Rechtsverkehrs gehen soll (zum Normzweck vgl. MünchKommBGB/Lettmaier, 9. Aufl. 2023, § 878 Rn. 1). Zum anderen gilt es, sich Folgendes zu vergegenwärtigen: Es ist zwar zutreffend, dass die Norm davon spricht, dass „der Berechtigte in der Verfügung *beschränkt* wird“, während der starke vorläufige bzw. endgültige Insolvenzverwalter mit dem Verlust der Stellung als Partei kraft Amtes seine Verfügungsbefugnis *gänzlich verliert*. Die Formulierung „in der Verfügung *beschränkt*“ dient jedoch sprachlich dazu, den Anwendungsbereich der Norm gegenüber dem dogmatisch zu unterscheidenden Verlust der Rechtsinhaberschaft abzugrenzen. Der Verlust der Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners gem. § 80 Abs. 1 InsO ist demgegenüber in Ansehung der Insolvenzmasse (§ 35 InsO) grundsätzlich umfassend, d. h. die Verfügungsbefugnis des Schuldners geht insoweit – also in Ansehung der Insolvenzmasse – gänzlich auf den starken vorläufigen bzw. endgültigen Insolvenzverwalter über. Der Umstand, dass nicht alle Vermögens- und Rechtspositionen des Schuldners in die Insolvenzmasse fallen, ist von der Rechtsfolge des § 80 Abs. 1 InsO zu unterscheiden.

Vor diesem Hintergrund vermag es nicht zu überzeugen, wenn einerseits die Bestimmung des § 878 BGB anerkanntermaßen dann Anwendung findet, wenn gem. § 80 Abs. 1 InsO die Verfügungsbefugnis des Schuldners in Ansehung der Insolvenzmasse auf den

Insolvenzverwalter übergeht, aber der Verlust der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters von der Norm nicht umfasst sein soll.

## **(2) Verfügung des Schuldners mit Zustimmung des vorläufigen „schwachen“ Insolvenzverwalters und spätere Bestellung eines endgültigen Insolvenzverwalters**

Liegt eine Verfügung des Schuldners vor, zu der der sog. schwache vorläufige Insolvenzverwalter (Zustimmungsvorbehalt gem. § 21 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 InsO) seine Zustimmung erklärt hat, so liegt in diesem Fall eine **Grundstücksverfügung des Schuldners**, nicht aber des vorläufigen Insolvenzverwalters vor. Wird das Insolvenzverfahren anschließend eröffnet, geht erst zu diesem Zeitpunkt gem. § 80 Abs. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen auf den endgültigen Insolvenzverwalter über.

Verfügt der Schuldner (Rechtsinhaber) mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters, so ist diese Verfügung materiell rechtlich wirksam. Wird dann zeitlich *nach* der Stellung des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt das endgültige Insolvenzverfahren eröffnet, so verliert der Schuldner erst ab diesem Moment seine Verfügungsbefugnis, bleibt aber weiterhin Rechtsinhaber. Diese Konstellation ist letztlich der „klassische“ Anwendungsfall des § 878 BGB. Insofern halten wir den oben skizzierten Meinungsstreit betreffend die Verfügung einer Partei kraft Amtes und dem Wegfall der Stellung als Partei kraft Amtes für nicht einschlägig.

## **(3) Verfügung des Schuldners mit Zustimmung des vorläufigen „schwachen“ Insolvenzverwalters und Wechsel/Wegfall des vorläufigen Insolvenzverwalters**

Verfügt der Schuldner mit Zustimmung eines „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalters und kommt es nun zu einem Wechsel in der Person des „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalters, bedarf dieser Fall u. E. einer gesonderten Betrachtung. Denn der maßgebliche Unterschied liegt darin, dass hier „nur“ ein **Wechsel in der Person des Zustimmungsberechtigten** erfolgt.

Auf diese Sachverhaltskonstellation kann u. E. die Sichtweise des BGH im Rahmen der Entscheidung zu § 12 WEG (s. o.) herangezogen werden (vgl. zur Zustimmung nach § 5 ErbbauRG auch BGH NJW 1963, 36; BGH RNotZ 2017, 654). Unter Zugrundelegung der vom BGH angestellten Überlegungen kommt es für die Wirksamkeit der Zustimmung nicht darauf an, dass der zustimmungsberechtigte vorläufige Insolvenzverwalter



seine Zustimmungsbefugnis noch in dem in § 878 BGB genannten Zeitpunkt innehat. Sobald die Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters erfolgt ist, liegen eine wirksame Auflassung bzw. eine wirksame Eintragungsbewilligung des Schuldners vor. Die Wirksamkeit des materiellen Rechtsgeschäfts (bspw. der Auflassung) oder der grundbuchverfahrensrechtlichen Bewilligung gem. § 19 GBO wird nicht dadurch beseitigt, dass die Person des vorläufigen Insolvenzverwalters wechselt. Nach unserem Dafürhalten gilt dies auch dann, wenn der Wechsel in der Person des vorläufigen Insolvenzverwalters zeitlich *vor* dem Zeitpunkt des § 878 BGB eintritt; denn der Wechsel in der Person des vorläufigen Insolvenzverwalters führt nicht dazu, dass die einmal wirksam gewordene Auflassung oder Eintragungsbewilligung nachträglich wieder schwebend unwirksam wird. Die Bestimmung des § 878 BGB spielt sodann nur eine Rolle im Hinblick darauf, wann das (endgültige) Insolvenzverfahren eröffnet wird. Wird dieses zeitlich *vor* Stellung des grundbuchlichen Eintragungsantrages eröffnet, so dürfte auch die Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters nicht weiterhelfen; vielmehr bedarf es wegen § 80 Abs. 1 InsO der Genehmigung des (endgültigen) Insolvenzverwalters. Erfolgt hingegen die Eröffnung des endgültigen Insolvenzverfahrens zeitlich *nach* der Stellung des grundbuchlichen Eintragungsantrages, so ist der nachträgliche Wegfall der Verfügungsbefugnis des Schuldners in Ansehung der – aufgrund der Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam gewordenen – Auflassung und/oder Eintragungsbewilligung unbeachtlich. Im Wege eines Erst-Recht-Schlusses kann nichts anderes gelten, wenn „nur“ der vorläufige Insolvenzverwalter ausgetauscht wird, wobei es nach unserem Dafürhalten nicht darauf ankommt, ob dieser Personenwechsel zeitlich vor oder nach dem in § 878 BGB genannten Zeitpunkt stattfindet.

### 3. Ergebnis

Wird im Insolvenzeröffnungsverfahren ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt, so ist im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 878 BGB eine differenzierte Betrachtung nach der konkreten Sachverhaltskonstellation angezeigt (vgl. die o. g. Fallgruppen). Wesentlich für die Beurteilung ist u. E., ob die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters im Insolvenzeröffnungsverfahren mit der Auferlegung eines **allgemeinen Verfügungsverbots** (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 InsO) verbunden ist oder lediglich ein **allgemeiner Zustimmungsvorbehalt** (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 InsO) angeordnet wird. Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung zu den hier besprochenen Konstellationen im Insolvenzeröffnungsverfahren sind bislang nicht ersichtlich.

---

## WEG §§ 9a, 9b, 19

### Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum durch die Wohnungseigentümergeinschaft innerhalb der eigenen Anlage; Vertretung des Verbandes durch den Verwalter; Willensbildung im Verband

---

#### I. Sachverhalt

Eine Gemeinde ist Eigentümerin eines Teileigentums (Fitnessraum). Das Teileigentum soll unentgeltlich in das Vermögen der Eigentümergeinschaft übergehen.

#### II. Fragen

1. Kann eine Wohnungseigentümergeinschaft, vertreten durch den Verwalter, aufgrund eines Ermächtigungsbeschlusses ein Teileigentum aus derselben Wohnanlage unentgeltlich erwerben?
2. Bedarf es der Zustimmung sämtlicher Sondereigentümer?
3. Welche formalen Anforderungen sind zu beachten?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Erwerb von Sondereigentum innerhalb der eigenen Anlage

Der mitgeteilte Sachverhalt wirft zunächst die Frage nach der Zulässigkeit des Erwerbs von Wohnungs- bzw. Teileigentum durch die Wohnungseigentümergeinschaft innerhalb der eigenen Anlage auf.

Ganz grundsätzlich ist infolge des WEMoG nunmehr gesetzlich in § 9a Abs. 1 S. 1 WEG geregelt, dass die **Wohnungseigentümergeinschaft in vollem Umfang rechtsfähig** ist. Sie ist daher insbesondere in der Lage, Eigentum zu erwerben (BeckOK-WEG/Müller, Std.: 2.4.2024, § 9a Rn. 5). Die unter der früheren Rechtslage angenommene Beschränkung der Rechtsfähigkeit durch den Verbandszweck ist damit gegenstandslos (Weber, in: Weber, Kölner Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. 2023; Kap. 4 Rn. 291 m. w. N.). Aus der Rechtsfähigkeit folgt weiterhin auch die Grundbuchfähigkeit des Verbandes (BeckOGK-WEG/Falkner, Std.: 1.4.2024, § 9a Rn. 55).

Mit Blick auf die Frage, ob die Wohnungseigentümergeinschaft **Einheiten innerhalb der eigenen Anlage** erwerben kann, ist bedenklich, dass die Beteiligung an der Wohnungseigentümergeinschaft untrennbar mit dem Eigentum an einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit verbunden ist. Dieser Vorgang ist somit **vergleichbar mit dem Erwerb eigener Anteile durch eine GmbH oder AG**.

Aus dem **Fehlen einer den §§ 71 ff. AktG, § 33 GmbHG entsprechenden Regelung** für die Wohnungseigentümergeinschaft wurde vereinzelt geschlossen, der Erwerb eigener „Anteile“ durch eine Wohnungseigentümergeinschaft sei nicht zulässig (so zuletzt wohl nur noch BeckOK-WEG/Müller, Std.: 1.11.2019, § 10 Rn. 480, der allerdings selbst einräumt, der Selbsterwerb sei in der Praxis anerkannt; nunmehr wohl a. A. ders., in: BeckOK-WEG, Std.: 2.4.2024, § 9a Rn. 41 ff.).

Die **ganz h. M.** hat hingegen schon unter der vor dem WEMoG geltenden Rechtslage den **Erwerb von Einheiten innerhalb der eigenen Anlage zugelassen** (vgl. OLG München ZWE 2017, 93 Tz. 28; OLG Celle ZWE 2008, 237, 240; OLG Hamm NJW 2010, 1464, 1466; eingehend Armbrüster, NZG 2017, 441, 442 f.; Weber, Kap. 4 Rn. 292). Das Fehlen einer Parallelregelung zu den §§ 71 ff. AktG, § 33 GmbHG stehe dem Erwerb eigener Anteile nicht entgegen. Denn die Zulässigkeit des Erwerbs eigener Anteile folge auch bei einer GmbH oder AG nicht erst aus den genannten Vorschriften, sondern bereits aus der Rechtsfähigkeit selbst; die §§ 71 ff. AktG, § 33 GmbHG würden diese Möglichkeit lediglich einschränken (Armbrüster, NZG 2017, 441, 442). Die mit dem Erwerb eigener Anteile verbundenen Schwierigkeiten habe man bei einer Wohnungseigentümergeinschaft ähnlich wie im Gesellschaftsrecht zu lösen, sodass etwa das mit dem Anteil verbundene Stimmrecht zu ruhen habe, solange die Wohnungseigentümergeinschaft Inhaberin des Wohnungseigentums sei. Die für die Einheit anfallenden Kosten seien auf die restlichen Einheiten zu verteilen (Weber, Kap. 4 Rn. 293).

Angesichts dieses eindeutigen Meinungsbildes in Rechtsprechung und Literatur wird man von der Zulässigkeit des Erwerbs eigener Anteile ausgehen können. Vor diesem Hintergrund ist es im **Ergebnis** möglich, die Teileigentumseinheit in das Eigentum des Verbandes zu überführen. Die Einheit wird damit **Gemeinschaftsvermögen** i. S. d. § 9a Abs. 3 WEG (aber nicht **Gemeinschaftseigentum** i. S. d. § 1 Abs. 5 WEG, s. BeckOK-WEG/Müller, § 9a Rn. 41).

## 2. Praktische Umsetzung

Was die praktische Umsetzung des beabsichtigten Erwerbs betrifft, so ist zwischen dem Innenverhältnis des Verbandes und dessen Vertretung im Außenverhältnis zu unterscheiden.

### a) Willensbildung innerhalb des Verbandes

Im Grundsatz obliegt die Willensbildung innerhalb des Verbandes den Eigentümern (vgl. BeckOK-WEG/Müller, § 9a Rn. 23). Näherer Betrachtung bedarf allerdings die Frage, ob zur verbandsinternen Willensbildung ein

(Mehrheits-)Beschluss genügt oder ob es eines einvernehmlichen Handelns aller Wohnungseigentümer durch Vereinbarung bedarf.

Nach **ganz h. M.** in Rechtsprechung und Literatur folgt die **Beschlusskompetenz für den Erwerb von Vermögen durch die Wohnungseigentümergeinschaft aus § 19 Abs. 1 i. V. m. § 9a Abs. 3 WEG**. § 19 Abs. 1 WEG verleiht den Wohnungseigentümern eine Beschlusskompetenz für die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums. Zwar handelt es sich bei Grundbesitz, den der Verband erwirbt, nicht um gemeinschaftliches Eigentum i. S. d. § 1 Abs. 5 WEG, sondern um Verbandsvermögen; § 9a Abs. 3 WEG ordnet aber die entsprechende Anwendung des § 19 Abs. 1 WEG auf Verbandsvermögen an. Der Begriff der „Verwaltung“ i. S. d. § 19 WEG soll weit auszulegen sein und insbesondere die interne Willensbildung in Bezug auf das gemeinschaftliche Eigentum bzw. das Verbandsvermögen umfassen. Daher sei auch die Entscheidung über den Erwerb von Vermögen durch den Verband eine **Verwaltungsmaßnahme** (Weber, Kap. 4 Rn. 294; BeckOGK-WEG/Falkner, § 9a Rn. 257; vgl. zur alten Rechtslage BGH ZWE 2016, 268 Tz. 25 ff.). Überdies setzt auch **§ 9b Abs. 1 S. 1, 2. Hs. WEG**, der die Vertretung des Verbandes im Außenverhältnis regelt, implizit voraus, dass für die interne Willensbildung hinsichtlich des Abschlusses eines Grundstückskaufvertrags ein Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümer genügt. Es wäre widersprüchlich, wenn ausschließlich zur Umsetzung, nicht aber zur Bildung des Willens des Verbandes ein Mehrheitsbeschluss erforderlich wäre (ähnl. Weber, Kap. 4 Rn. 294).

Dass dem einzelnen, ggf. überstimmten Wohnungseigentümer damit ein **Erwerb gegen seinen Willen** aufgezwängt werden kann, wird im Schrifttum hin- genommen. Es sei allein eine *mittelbare* Folge der Beteiligung am Verband, dass der überstimmte Wohnungseigentümer dadurch Kosten zu tragen habe. Ferner könne es auch bei anderen Verwaltungsmaßnahmen zu einer Kostentragung gegen den Willen des überstimmten Wohnungseigentümers kommen (OLG Celle ZWE 2008, 237, 239; BeckOGK-WEG/Falkner, § 9a Rn. 260.2; kritisch Bast, ZWE 2009, 253, 257).

Die Frage, ob ein Beschluss über den Erwerb von Grundbesitz oder Wohnungseigentum einer **ordnungsmäßigen Verwaltung** i. S. d. § 19 Abs. 1 WEG entspricht, ist keine Tatbestandsvoraussetzung für die Beschlusskompetenz. Fehlt die Ordnungsmäßigkeit, kann der Beschluss auf eine **Anfechtung** hin zwar für ungültig erklärt werden, § 23 Abs. 4 S. 2 WEG; erfolgt aber keine fristgemäße Anfechtung, erwächst er in Bestands-

kraft (BeckOK-WEG/Elzer, Std.: 3.7.2023, § 19 Rn. 7 m. w. N.; BeckOGK-WEG/Falkner, § 9a Rn. 260). Ob der Beschluss über den Erwerb von Vermögen noch im Rahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung liegt, ist eine **Frage des Einzelfalls** (vgl. BeckOGK-WEG/Falkner, § 9a Rn. 260.4; Weber, Kap. 4 Rn. 295), die an dieser Stelle für den vorliegenden Fall nicht abschließend entschieden werden kann. Für die Ordnungsmäßigkeit spricht zum einen, dass eine unentgeltliche Vermögensmehrung vorliegt; zudem könnte man vorbringen, dass die Nutzbarkeit des Gemeinschaftseigentums verbessert wird, wenn der Fitnessraum zum Verbandsvermögen gehört.

Der **Beschluss** über den Erwerb von Grundbesitz **bedarf nicht gem. § 311b Abs. 1 BGB der Beurkundung**, weil er die Eigentümergemeinschaft noch nicht zum Erwerb *verpflichtet*, sondern lediglich als Ergebnis eines internen Willensbildungsprozesses auf das Eingehen einer solchen Verpflichtung abzielt (BGH ZWE 2016, 268 Rn. 29; Weber, Kap. 4 Rn. 294).

#### b) Vertretung des Verbands im Außenverhältnis

Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer wird **durch den Verwalter vertreten, § 9b Abs. 1 S. 1, 1. Hs. WEG**. Der Verwalter ist somit seit dem WEMoG organschaftlicher Vertreter des Verbandes, wobei seine Vertretungsmacht nicht mehr auf bestimmte Angelegenheiten beschränkt ist, sondern sämtliche Rechtsgeschäfte, geschäftsähnliche Handlungen und Verfahrenserklärungen umfasst (Grüneberg/Wicke, BGB, 83. Aufl. 2024, § 9b WEG Rn. 1).

Näherer Betrachtung bedarf die Frage, ob im vorliegenden Fall der Verwalter gem. **§ 9b Abs. 1 S. 1, 2. Hs. WEG** auch im Außenverhältnis einen Beschluss der Wohnungseigentümer benötigt. Nach dieser Vorschrift kann der Verwalter die Wohnungseigentümergemeinschaft **beim Abschluss eines Grundstückskaufvertrags nur aufgrund eines Beschlusses der Wohnungseigentümer** vertreten. Für den Abschluss eines Grundstückskaufvertrags ist die entsprechende Beschlussfassung somit nicht nur eine Frage der verbandsinternen Willensbildung, sondern auch eine Frage der Vertretungsmacht des Verwalters im Außenverhältnis (vgl. BeckOK-WEG/Leidner, Std.: 2.4.2024, § 9b Rn. 13).

Fraglich ist, ob diese Vorschrift auch für den **unentgeltlichen Erwerb von Grundbesitz** gilt. Die Reichweite des § 9b Abs. 1 S. 1, 2. Hs. WEG ist im Schrifttum im Einzelnen nicht unumstritten. Einerseits wird darauf hingewiesen, dass diese Vorschrift **als Ausnahmenvorschrift strikt zu handhaben** und einer Analogie nicht zugänglich sei (Lehmann-Richter/Wobst, NJW

2021, 662 Rn. 8 f.). Andererseits wird man den Anwendungsbereich nicht streng auf Kaufverträge i. S. d. § 433 BGB beschränken können, denn dann würden bereits Tausch- oder Bauträgerverträge aus ihrem Anwendungsbereich herausfallen (BeckOK-WEG/Leidner, § 9a Rn. 14.1; vgl. auch MünchKommBGB/Burgmair, 9. Aufl. 2023, § 9b WEG Rn. 9).

Nach einer sehr weitgehenden Ansicht sollen sogar **alle nach § 311b Abs. 1 BGB beurkundungsbedürftigen Geschäfte** – und damit auch der hier beabsichtigte Vertrag über die unentgeltliche Übertragung des Teileigentums – unter § 9b Abs. 1 S. 1, 2. Hs. WEG fallen (so Grüneberg/Wicke, § 9b WEG Rn. 1). Angesichts des Normzwecks erscheint dies bei einem unentgeltlichen Erwerb jedoch **kaum vertretbar**. Zielsetzung der Vorschrift ist unmittelbar der **Schutz der Eigentümergemeinschaft** und mittelbar der Schutz der einzelnen Wohnungseigentümer. Die regelmäßig umfangreichen Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Erwerb (oder der Veräußerung) von Grundbesitz wurden deshalb einem **zwingenden internen Willensbildungsprozess** der Eigentümergemeinschaft unterstellt, den der Verwalter auch nicht im Außenverhältnis durch eigenmächtiges Handeln, also einen Missbrauch seiner organschaftlichen Vertretungsmacht, umgehen kann (vgl. BeckOK-WEG/Leidner, § 9a Rn. 14 f.). Wenn die Eigentümergemeinschaft aber gar keine unmittelbaren Verpflichtungen eingeht, weil sie unentgeltlich erwirbt, ist dieser Schutzzweck nicht betroffen. Im Übrigen ist es auch mit dem **Wortlaut** des § 9b Abs. 1 S. 1, 2. Hs. WEG nicht in Einklang zu bringen, die Norm auf den unentgeltlichen Erwerb von Grundbesitz anzuwenden. Hätte der Gesetzgeber die Norm auf jeglichen Vertrag über die Veräußerung oder den Erwerb von Grundbesitz anwendbar machen wollen, so hätte er wohl kaum den deutlich engeren Begriff des „Grundstückskaufvertrages“ gewählt. Faktisch liefe eine Anwendung der Vorschrift somit auf eine Analogie hinaus, die vom Normzweck ausgehend nicht geboten erscheint und dem Charakter der Vorschrift als Ausnahmenvorschrift nicht gerecht wird.

Im **Ergebnis** kann der Verwalter hier den Verband im Außenverhältnis **auch ohne Beschluss** vertreten, § 9a Abs. 1 S. 1, 1. Hs. WEG. Gleichwohl sollte selbstverständlich ein Beschluss über den Erwerb gefasst werden, damit sich der Verwalter gar nicht erst dem Vorwurf des Missbrauchs der organschaftlichen Vertretungsmacht aussetzt.

#### c) Grundbuchverfahrensrechtliche Aspekte

Im **Grundbuchverfahren** ist der **Beschluss** der Eigentümergemeinschaft über den Erwerb der Teileigentums-einheit **nicht nachzuweisen**.

Die organschaftliche Vertretungsmacht des Verwalters besteht grundsätzlich unabhängig von einem Beschluss, § 9b Abs. 1 S. 1, 1. Hs. und S. 3 WEG.

Anders ist dies nur im Anwendungsbereich des **§ 9b Abs. 1 S. 1, 2. Hs. WEG**, der hier u. E nicht anwendbar ist (s. o.). Selbst wenn man aber entgegen der hier vertretenen Ansicht von der Anwendbarkeit dieser Vorschrift ausgehen möchte, bedürfte der Beschluss keines Nachweises gegenüber dem Grundbuchamt (zur Prüfung der Vertretungsmacht durch den Notar s. Breckamp/Echternach, DNotZ 2021, 162, 167). Denn das Grundbuchamt hat gem. §§ 19, 20 GBO nur die verfahrensrechtliche Bewilligung der Eigentumsumschreibung und die Auflassung zu prüfen. Beide unterfallen nach dem insoweit eindeutigen Gesetzeswortlaut nicht § 9b Abs. 1

S. 1, 2. Hs. WEG (allg. M., BT-Drucks. 19/22634, S. 43; Grüneberg/Wicke, § 9b WEG Rn. 1; BeckOGK-WEG/Greiner, § 9b Rn. 14 m. w. N.). **Die schuldrechtliche causa, auf die sich § 9b Abs. 1 S. 1, 2. Hs. WEG allein beziehen kann, ist vom Grundbuchamt nicht zu prüfen.** Dies gilt selbst dann, wenn – wofür der Sachverhalt keinen Anlass gibt – zunächst eine Vormerkung für die Eigentümergemeinschaft eingetragen werden soll.

**Nachzuweisen ist somit allein** die organschaftliche Vertretungsmacht und damit **die Verwalterbestellung**, vgl. § 26 Abs. 4, § 24 Abs. 6 WEG (vgl. zum Ganzen Weber, Kap. 4 Rn. 299; BeckOK-WEG/Leidner, § 9b Rn. 15a; BeckOGK-WEG/Greiner, § 9b Rn. 14).

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

ErbbauRG §§ 5, 15; GBO § 19; EGBGB Art. 229 § 21 Abs. 1; BGB §§ 892, 899a (a. F.) – Voreintragungsobliegenheit der GbR als Eigentümerin des Erbbaugrundstücks bei Zustimmungsvorbehalt für Veräußerung und Belastung des Erbbaurechts

PreisklG § 1 – Indexklausel bei einem Kaufpreis mit Ratenzahlung

#### Aktuelles

Gesetz zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts und des Internationalen Namensrechts

#### Veranstaltungen

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**ErbbauRG §§ 5, 15; GBO § 19; EGBGB Art. 229 § 21 Abs. 1; BGB §§ 892, 899a (a. F.) Voreintragungsobliegenheit der GbR als Eigentümerin des Erbbaugrundstücks bei Zustimmungsvorbehalt für Veräußerung und Belastung des Erbbaurechts**

#### I. Sachverhalt

Eine nicht in das Gesellschaftsregister eingetragene GbR ist Eigentümerin eines mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks. Das Erbbaurecht soll übertragen werden.

Nach dem Erbbaurechtsvertrag muss die Eigentümerin der Veräußerung und Belastung des Erbbaurechts zustimmen (§ 5 ErbbauRG). Bislang wurde stets die Zustimmung der im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter eingeholt.

#### II. Frage

Bedarf es für die Eintragung der Übertragung des Erbbaurechts im Grundbuch der Voreintragung der GbR im Gesellschaftsregister sowie einer entsprechenden Richtigstellung der Eintragung im Grundbuch?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Die Voreintragungsobliegenheit nach Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB

Gem. **Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB** sollen Eintragungen in das Grundbuch, die *ein Recht* der GbR *betreffen*, nicht erfolgen, solange die Gesellschaft nicht im Gesellschaftsregister und daraufhin nach den durch das MoPeG geänderten Vorschriften im Grundbuch eingetragen ist. Nach der Regierungsbegründung dient Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB im **Interesse des Rechtsverkehrs** der Publizität hinsichtlich **Existenz, Identität und ordnungsgemäßer Vertretung der Gesellschaft** (BT-Drucks. 19/27635, S. 216). Insbesondere werde dadurch – trotz Aufhebung des § 899a BGB – ein gutgläubiger Erwerb ermöglicht (BT-Drucks. 19/27635, S. 216, vgl. auch S. 108 und zur Aufhebung von § 899a BGB S. 193). Die Regierungsbegründung zu Art. 229 § 21 EGBGB spricht weiterhin davon, dass Absatz 1 der

Norm „**Veräußerungen und sonstige Übertragungen eines Rechts**“ betreffe (BT-Drucks. 19/27635, S. 216, vgl. auch S. 108). In Anlehnung an die Regierungsbegründung liegt nach *Wobst* und *Bolkart* eine **Betroffenheit des Rechts im Sinne des Art. 229 § 21 Abs. 1 S. 1 EGBGB immer dann** vor, wenn **über das Recht der GbR verfügt** wird (*Wobst*, ZPG 2023, 58, 61; *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319, 328). Hierfür spreche, dass es sich dabei um ein klares Abgrenzungskriterium handele (*Wobst*, ZPG 2023, 58, 61). Im Übrigen werden in der Literatur keine vertieften Überlegungen zur Definition des Begriffs des „Betroffenseins“ des Rechts der GbR i. S. d. Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB angestellt.

Eine Verfügung über ein Recht ist dessen Aufhebung, Übertragung, Belastung oder inhaltliche Änderung. Die Übertragung bzw. Belastung des Erbbaurechts selbst – anders als die Neubegründung eines Erbbaurechts – lässt sich *in Bezug auf das Eigentum am Erbbaugrundstück* unter keine dieser Verfügungsarten subsumieren. Im Ausgangspunkt wäre somit der Anwendungsbereich des Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB **nicht** eröffnet.

## 2. Betroffenheit des Grundstückseigentums i. S. v. § 19 GBO bei Veräußerung des Erbbaurechts?

Im Hinblick auf den sachlichen Anwendungsbereich der Übergangsvorschrift wird weder in der Literatur noch in der Gesetzesbegründung ein Zusammenhang zu § 19 GBO hergestellt, obwohl beide Normen mit fast identischem Wortlaut auf die „**Betroffenheit eines Rechts**“ abstellen und daran das Bewilligungserfordernis (§ 19 GBO) bzw. die Voreintragungsobliegenheit (Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB) knüpfen. Entsprechendes gilt für § 39 Abs. 1 GBO, der im Hinblick auf den Begriff der Betroffenheit nach allgemeiner Ansicht identisch zu § 19 GBO interpretiert wird (*BeckOK-GBO/Zeiser*, Std.: 3.6.2024, § 39 Rn. 6; *KEHE/Volmer*, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 2024, § 39 GBO Rn. 31; *Meikel/Böttcher*, GBO, 12. Aufl. 2021, § 39 Rn. 12). Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage auf, ob die beiden Vorschriften im Sinne eines einheitlichen grundbuchverfahrensrechtlichen „*Betroffenheitsbegriffs*“ nicht identisch zu interpretieren sind und in der Folge ein über die Anknüpfung an den Verfügungsbegriff hinausgehendes Verständnis der Betroffenheit i. S. v. Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB angezeigt ist.

In diesem Zusammenhang ist danach zu differenzieren, ob als Inhalt des Erbbaurechts eine Vereinbarung nach § 5 ErbbauRG getroffen wurde.

### a) Variante 1: Keine Vereinbarung gem. § 5 ErbbauRG

§ 19 GBO regelt (unter grundsätzlichem Verzicht auf

eine weitergehende Prüfung durch das Grundbuchamt, *Bauer/Schaub/Kilian*, Grundbuchordnung, 5. Aufl. 2023, § 19 Rn. 2 ff.; sog. formelles Konsensprinzip) lediglich die grundbuchverfahrensrechtliche Erklärung des verlierenden Teils (*BeckOK-GBO/Holzer*, § 27 GBO Rn. 2). Das materiell-rechtliche Gegenstück zu § 19 GBO in Bezug auf die Übertragung und Belastung eines Rechts bildet § 873 Abs. 1 BGB.

Allerdings stellen weder die Übertragung noch die Belastung eines einem Dritten an einem Grundstück zustehenden Rechts (z. B. einer Grundschuld) eine Eintragung im Sinne von § 19 GBO dar, welche *das Eigentum* an einem Grundstück im Sinne der Vorschrift „betreffen“. Denn Gegenstand der Eintragung (z. B. der Grundschuldabtretung) ist nicht das Grundstückseigentum, sondern das Recht des Dritten selbst. Der **Grundstückseigentümer verliert** durch die Übertragung oder Belastung eines Rechts an einem Grundstück (z. B. einer Grundschuld) **keine Rechtsposition**. Dementsprechend muss der Grundstückseigentümer auch nicht materiell-rechtlich nach § 873 Abs. 1 BGB mitwirken oder (verfahrensrechtlich) nach § 19 GBO bewilligen.

Diese **Grundsätze gelten auch für das Erbbaurecht**. Dementsprechend bedürfen die Übertragung sowie die Belastung des Erbbaurechts grundsätzlich nicht der Mitwirkung des Grundstückseigentümers (vgl. *Bauer/Schaub/Maaß*, Allg. Teil F. Rn. 160 f. und Rn. 163 ff.; *MünchKommBGB/Weiß*, 9. Aufl. 2023, § 11 ErbbauRG Rn. 27 und Rn. 30 ff.). Gem. § 11 Abs. 1 ErbbauRG i. V. m. § 873 Abs. 1 BGB ist nur die Einigung zwischen dem Dritten und dem Erbbauberechtigten sowie die Eintragung im Grundbuch erforderlich. Einer Bewilligung des Grundstückseigentümers gem. § 19 GBO bedarf es dementsprechend auch nicht. Das **Grundstückseigentum** ist damit grundsätzlich **von einer Übertragung oder Belastung des Erbbaurechts nicht (unmittelbar) betroffen i. S. d § 19 GBO**. Auch bei identischer Interpretation des Begriffs der Betroffenheit scheidet daher eine Anwendung von Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB hier aus.

### b) Variante 2: Vereinbarung nach § 5 ErbbauRG

An die vorstehenden Ausführungen schließt sich die Frage an, ob sich eine Betroffenheit (i. S. v. Art. 229 Abs. 1 EGBGB bzw. § 19 GBO) des Eigentums am Erbbaugrundstück daraus ergeben kann, dass **gem. § 5 Abs. 1 bzw. Abs. 2 S. 1 ErbbauRG als Inhalt des Erbbaurechts** vereinbart wurde, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung bzw. Belastung des Erbbaurechts (mit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder einer Reallast) der Zustimmung des Eigentümers des Erbbaugrundstücks bedarf.

Im Hinblick auf die Betroffenheit gem. § 19 GBO wird zwischen den **unmittelbar Betroffenen** und den **mittelbar Betroffenen** unterschieden (Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 19 GBO Rn. 52; KEHE/Munzig, § 19 GBO Rn. 35). § 19 GBO verlangt auch die Bewilligung der mittelbar Betroffenen, wobei es darauf ankommt, dass von der beantragten Eintragung eine Buchposition mittelbar betroffen sein kann. Die Buchposition muss sich verschlechtern, also einen rechtlichen Nachteil erleiden (Meikel/Böttcher, § 19 Rn. 42, 43; Bauer/Schaub/Kilian, § 19 Rn. 127).

Zu den **mittelbar Betroffenen** in diesem Sinne zählen auch **diejenigen**, deren **Zustimmung zur Rechtsänderung nach materiellem Recht erforderlich** ist (KEHE/Munzig, § 19 GBO Rn. 39; Meikel/Böttcher, § 19 Rn. 49 m. w. N.). Dies setzt jedoch voraus, dass diese mittelbar Betroffenen ebenfalls eine Buchposition innehaben, die durch die bewilligte Eintragung beeinträchtigt werden kann (Meikel/Böttcher, § 19 Rn. 49). Beispielhaft genannt werden die Zustimmungserfordernisse gem. § 876, § 880 Abs. 2, § 1180 Abs. 2 S. 1, § 1183 BGB, § 26 ErbbauRG (Meikel/Böttcher, § 19 Rn. 50 ff.; Demharter, § 19 Rn. 53).

**Nicht zu den** vorstehend genannten **Fällen der mittelbaren Betroffenheit** gezählt werden **hingegen die Fälle des § 5 ErbbauRG** (Meikel/Böttcher, § 19 GBO Rn. 74; Demharter, § 19 Rn. 64, Anhang zu § 8 GBO Rn. 11 und 15).

aa) Dogmatisch betrachtet handelt es sich bei den **Zustimmungsvorbehalten nach § 5 ErbbauRG** um **Funktionsbeschränkungen** des Erbbaurechts (Münch-KommBGB/Weiß, § 5 ErbbauRG Rn. 1) **oder** um **Verfügungsbeschränkungen** des Erbbauberechtigten (Bauer/Schaub/Kilian, § 19 Rn. 203 ff.), jedenfalls aber **nicht** um eine (auch nur mittelbare) **Modifikation des Grundstückseigentums**.

In den Fällen des § 5 ErbbauRG darf der Rechtsübergang und die Belastung erst eingetragen werden, wenn dem Grundbuchamt die Zustimmung des Grundstückseigentümers (in der Form des § 29 GBO) nachgewiesen ist (§ 15 ErbbauRG). Einer **zusätzlichen Bewilligung** des Grundstückseigentümers **gem. § 19 GBO** bedarf es hingegen **nicht**. Andernfalls hätte es der grundbuchverfahrensrechtlichen Sondervorschrift des § 15 ErbbauRG nicht bedurft.

bb) Die Begründung für die unterschiedliche grundbuchverfahrensrechtliche Behandlung von § 5 ErbbauRG im Vergleich zu den vorstehend genannten Fällen der mittelbaren Betroffenheit nach § 19 GBO (z. B. § 1180 Abs. 2 BGB) ist im materiellen Recht zu finden.

Die Zustimmungserfordernisse in den Fällen der mittelbaren Betroffenheit folgen daraus, dass die entsprechenden Verfügungen tatsächlich **materiell-rechtliche Auswirkungen auf die mittelbar Betroffenen** haben (z. B. den Drittberechtigten i. S. v § 876 BGB). Deshalb ordnet das materielle Recht an, dass die entsprechenden Verfügungen nur unter Mitwirkung der jeweiligen Dritten wirksam werden. Das materiell-rechtliche Zustimmungserfordernis folgt also der (potentiellen) materiell-rechtlichen Betroffenheit der Zustimmungsberechtigten. Hieran knüpft wiederum § 19 GBO an und verlangt die verfahrensrechtliche Bewilligung des jeweils (mittelbar) Betroffenen.

cc) **Grundlegend anders** ist dies **bei Übertragung bzw. Belastung des Erbbaurechts**. Diese haben materiell-rechtlich grundsätzlich keine rechtlichen Auswirkungen auf den Grundstückseigentümer und sind daher ohne seine Zustimmung möglich (§ 11 Abs. 1 ErbbauRG i. V. m. § 873 BGB, vgl. oben lit. a). Daher fehlt es auch an einer (mittelbaren) Betroffenheit des Grundstückseigentümers im Sinne des § 19 GBO. **Hieran ändert** aber auch die **Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts** gem. § 5 ErbbauRG **nichts**. Die materiell-rechtlichen **Folgen der Verfügung** über das Erbbaurecht **sind identisch** zu dem Fall, in dem kein Zustimmungsvorbehalt vereinbart ist. Lediglich der Tatbestand des Verfügungsgeschäfts erhält eine weitere materielle Voraussetzung, nämlich die Zustimmung des Grundstückseigentümers. Das Zustimmungserfordernis folgt hier also gerade *nicht* aus einer *materiell-rechtlichen Betroffenheit des Grundstückseigentümers* infolge der beabsichtigten Verfügung, sondern schlicht aus der Vereinbarung gem. § 5 ErbbauRG zwischen Erbbauberechtigtem und Grundstückseigentümer. Der Zustimmungsvorbehalt nach § 5 ErbbauRG ist eine Gestaltungsoption und keine wesensimmanente Folge des materiellen Rechts. Auch im Falle einer Vereinbarung nach § 5 ErbbauRG bleibt das Eigentumsrecht des Eigentümers des Erbbaugrundstücks in gleicher Weise von einer Übertragung bzw. Belastung des Erbbaurechts unberührt wie ohne eine solche Vereinbarung. Demzufolge fehlt es auch an der Grundlage für die Annahme einer mittelbaren Betroffenheit i. S. d. § 19 GBO.

dd) Im Einklang mit diesem dogmatischen Fundament hat der Gesetzgeber den gesonderten Weg über § 15 ErbbauRG gewählt, der für den grundbuchlichen Vollzug in den Fällen des § 5 ErbbauRG nicht die *Bewilligung* des Eigentümers des Erbbaugrundstücks verlangt, sondern den *Nachweis der Zustimmung* des Grundstückseigentümers in der Form des § 29 GBO (Demharter, Anhang zu § 8 GBO Rn. 11, 15).

Auch bei Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts nach § 5 ErbbauRG ist das Grundstückseigentum im Falle einer Übertragung bzw. Belastung des Erbbaurechts nicht mittelbar betroffen und zwar weder im Sinne von § 19 GBO noch im Sinne von Art. 229 § 21 EGBGB.

### c) Zwischenergebnis

Bei der Eintragung der **Übertragung** des Erbbaurechts in das Grundbuch (§ 11 Abs. 1 ErbbauRG i. V. m. § 873 BGB) oder bei der Eintragung der **Belastung** des Erbbaurechts mit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder einer Reallast handelt es sich **in Ansehung der gem. § 5 ErbbauRG zustimmungsberechtigten GbR** als Eigentümerin des Erbbaugrundstücks **auch dann nicht um eine Eintragung i. S. d. Art. 229 § 21 EGBGB, wenn der Begriff der „Betroffenheit“ wie in § 19 GBO zu interpretieren** ist.

### 3. Analoge Anwendung von Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB und Nachweis gem. § 15 ErbbauRG

Es stellt sich jedoch weiter die Frage, ob eine analoge Anwendung von Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB in Betracht kommt und dadurch ein Voreintragungserfordernis ausgelöst wird.

#### a) Vergleichbare Interessenlage aufgrund des Zwecks von Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB

aa) Nach der Regierungsbegründung soll auch nach Aufhebung des § 899a BGB durch die grundbuchverfahrensrechtliche Sperrwirkung des Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB insbesondere ein gutgläubiger Erwerb von der GbR ermöglicht werden (BT-Drucks. 19/27635, S. 216).

Der Gesetzgeber begreift daher das Voreintragungserfordernis nicht als Selbstzweck, sondern insbesondere als Absicherung des neuen Konzepts des gutgläubigen Erwerbs über §§ 892, 893 BGB, § 707a Abs. 3 S. 1 BGB i. V. m. § 15 HGB nach Abschaffung des nicht länger benötigten § 899a BGB a. F. (BT-Drucks. 19/27635, S. 108 und 216). Dort, wo nach früherer Rechtslage über § 899a BGB a. F. das Vertrauen des Rechtsverkehrs in den Gesellschafterkreis einer nach § 47 Abs. 2 S. 1 GBO a. F. im Grundbuch eingetragenen GbR geschützt wurde, soll der Wegfall von § 899a BGB nicht zu einem Verlust an Rechtssicherheit führen.

bb) Fehlt es an einer wirksamen Zustimmung gem. § 5 ErbbauRG und vollzieht das Grundbuchamt gleichwohl die Eintragung des Erwerbers als neuem Erbbauberechtigten, dann wird das Grundbuch unrichtig i. S. v. § 894 BGB (BeckOGK-ErbbauRG/Touissant, Std.: 1.12.2023, § 15 ErbbauRG Rn. 5).

Auch im Anwendungsbereich des § 5 ErbbauRG wird jedoch nach wohl allgemeiner Ansicht der gute Glaube des Rechtsverkehrs in die Eigentümerstellung des im Grundbuch des Erbbaugrundstücks eingetragenen Eigentümers über **§ 893 Var. 2 BGB** (direkt oder analog) geschützt (BeckOGK-BGB/Hertel, Std.: 15.4.2021, § 893 BGB Rn. 28; Bauer/Schaub/Maaß, Allg. Teil F. Rn. 126; Staudinger/Picker, BGB, 2019, § 893 BGB Rn. 28).

Die Regelungen in §§ 892, 893 BGB wurden bis zum 31.12.2023 durch § 899a BGB a. F. flankiert, wonach in Ansehung eines für eine GbR im Grundbuch eingetragenen Rechts (hier: Eigentumsrechts) auch vermutet wurde, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach § 47 Abs. 2 S. 1 GBO a. F. im Grundbuch eingetragen sind, und dass darüber hinaus keine weiteren Gesellschafter vorhanden sind.

Wenn also nach bisherigem Recht eine GbR unter Nennung ihrer Gesellschafter im Grundbuch als Eigentümerin des Erbbaugrundstücks eingetragen war und alle im Grundbuch verlautbarten Gesellschafter für die Gesellschaft die Zustimmung gem. § 5 ErbbauRG in der Form des § 29 GBO erteilt hatten, dann wurde einerseits vermutet, dass die GbR die Eigentümerin des Grundstücks und damit gem. § 5 ErbbauRG zustimmungsberechtigt war (§§ 892, 893 Var. 2 BGB), und dass andererseits die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter die vollzähligen Gesellschafter der GbR waren (§ 899a S. 1 BGB a. F.). Die Umschreibung des Erbbaurechts auf einen gutgläubigen Erwerber führte daher über §§ 892, 893 Var. 2 BGB, § 899a BGB a. F. auch dann zur materiell-rechtlich wirksamen Übertragung des Erbbaurechts gem. § 11 Abs. 1 ErbbauRG i. V. m. § 873 Abs. 1 BGB, wenn (1.) die GbR tatsächlich nicht mehr Eigentümerin des Erbbaugrundstücks war (§§ 892, 893 Var. 2 BGB) oder/und (2.) tatsächlich ein Gesellschafterwechsel stattgefunden hatte und die GbR daher im Rahmen der Erteilung der Zustimmung gem. § 5 ErbbauRG ohne die Vermutung des § 899a S. 1 BGB a. F. nicht hätte wirksam vertreten werden können.

§§ 892, 893 Var. 2 BGB gelten auch nach dem 31.12.2023 unverändert für die GbR, während § 899a BGB außer Kraft getreten ist. Nach Wegfall von § 899a BGB ist das **Vertrauen des Erwerbers eines Erbbaurechts** in die **wirksame Vertretung der GbR** im Rahmen der Zustimmung gem. § 5 ErbbauRG nur **über § 707a Abs. 3 S. 1 BGB i. V. m. § 15 HGB geschützt**. Die zugrundeliegende Interessenlage hat sich allerdings durch Inkrafttreten des MoPeG nicht geändert. Das Bedürfnis nach dem Schutz des guten Glaubens besteht nach wie vor, auch wenn sich der Bezugspunkt verändert hat und nunmehr im Hinblick auf Existenz und



Vertretung der Gesellschaft nicht mehr auf das Grundbuch (§ 899a BGB a. F.), sondern auf das Gesellschaftsregister zu blicken ist (§ 707a Abs. 3 S. 1 BGB i. V. m. § 15 HGB).

#### **b) Regelungslücke bzw. Erforderlichkeit der Analogie angesichts § 15 ErbbauRG?**

Eine analoge Anwendung von Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB setzt jedoch weiterhin eine Regelungslücke voraus. Hieran könnte es mglw. fehlen, wenn die Voreintragung der GbR im Gesellschaftsregister bereits *aus anderen Gründen* erforderlich ist.

Ein solches Erfordernis dürfte sich jedenfalls aus § 15 ErbbauRG ergeben, wonach in den Fällen des § 5 ErbbauRG der Rechtsübergang bzw. die Belastung des Erbbaurechts erst eingetragen werden dürfen, wenn dem Grundbuchamt die Zustimmung des Grundstückseigentümers (in der Form des § 29 GBO, BeckOGK-ErbbauRG/Touissant, § 15 Rn. 5) nachgewiesen ist. Jedenfalls aus dem Nachweiserfordernis des § 15 ErbbauRG dürfte sich seit dem 1.1.2024 ein Voreintragungserfordernis der Eigentümer-GbR ergeben, weil dem Grundbuchamt nach dem Wegfall von § 899a BGB nicht mehr mit der für das Grundbuchverfahren erforderlichen Gewissheit (in der Form des § 29 GBO) nachgewiesen werden kann, dass die für die Eigentümerin handelnden Gesellschafter auch vertretungsberechtigt sind.

Die Situation unterscheidet sich insoweit nicht von derjenigen des direkten Anwendungsbereichs von Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB. Hilfskonstruktionen über „Beteuerungserklärungen“ der Gesellschafter (für die Erwerbskonstellation BGH NJW 2011, 1958; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020 Rn. 4257 f.) dürften vom Grundbuchamt nach der Neukonzeption des Gutgläubensschutzes bei Beteiligung einer GbR (über §§ 892, 893 BGB, § 707a Abs. 3 S. 1 BGB i. V. m. § 15 HGB) im Interesse eines effektiven Verkehrsschutzes nicht akzeptiert werden, weil nunmehr mit der Eintragung im Gesellschaftsregister und der Richtigstellung des Grundbuchs ein Verfahren bereitsteht, welches das Erbringen der erforderlichen Nachweise (Existenz und Vertretungsberechtigung) ermöglicht, so dass für etwaige an diese Stelle tretende „Beteuerungen“ kein Bedarf mehr besteht.

#### **c) Zwischenergebnis**

Die Frage nach einer analogen Anwendung von Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB kann u. E. für die Praxis im Ergebnis offenbleiben, weil sich eine Voreintragungspflicht der gem. § 5 ErbbauRG zustimmungsberechtigten Eigentümer-GbR aus dem Nachweiserfordernis gem. §§ 15 ErbbauRG, 29 GBO ergeben dürfte.

Käme man zu dem Ergebnis, dass sich aus § 15 ErbbauRG kein faktisches Voreintragungserfordernis ergibt, so lägen u. E. alle Voraussetzungen für eine analoge Anwendung von Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB vor.

#### **4. Ergebnis**

Bei Vereinbarung eines Zustimmungsvorbehalts gem. § 5 ErbbauRG besteht bei Veräußerung oder Belastung des Erbbaurechts eine Voreintragungspflicht der im Grundbuch als Eigentümerin des Erbbaugrundstücks eingetragenen Bestands-GbR.

Nur auf diese Weise kann im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers des MoPeG angesichts der Neukonzeption des Gutgläubensschutzes bei Beteiligung einer GbR (über §§ 892, 893 Var. 2 BGB, § 707a Abs. 3 S. 1 BGB i. V. m. § 15 HGB) unter Wegfall des bisherigen § 899a BGB verhindert werden, dass es im Zuge der Veräußerung und Belastung von Erbbaurechten durch Erteilung unwirksamer Zustimmungen gem. § 5 ErbbauRG zu unrichtigen Grundbucheintragungen kommt.

Das Voreintragungserfordernis folgt, mit grundbuchverfahrensrechtlich identischem Ergebnis, entweder aus Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB analog oder aus § 15 ErbbauRG.

---

### **PreisklG § 1**

#### **Indexklausel bei einem Kaufpreis mit Ratenzahlung**

---

##### **I. Sachverhalt**

Der in einem Kaufvertrag über ein Grundstück vereinbarte Kaufpreis beträgt 350.000,00 €. Der Kaufpreis soll in monatlichen Raten in Höhe von zunächst 1.100,00 € gezahlt werden (Zahlungszeitraum bei unveränderter Ratenhöhe also 26 Jahre und 7 Monate). Die Höhe der monatlichen Zahlungen soll jedoch durch Koppelung an den Verbraucherpreisindex für Deutschland wertgesichert werden (Anpassung der Zahlungen bei Veränderungen des Index nach oben oder unten um mehr als 10 %). Der Gesamtkaufpreis bleibt aber stets gleich, sodass eine Erhöhung der Monatsbeträge den Zahlungszeitraum – theoretisch auch auf weniger als 10 Jahre – verkürzen und eine Verringerung der Monatsbeträge den Zahlungszeitraum verlängern würde.

**Variante:** Der Monatsbetrag soll in den ersten 10 Jahren unverändert bleiben und erstmals nach Ablauf von 10 Jahren an die Veränderung des Verbraucherpreisindex angepasst werden.

## II. Fragen

1. Unterfällt die Preissicherung lediglich der Kaufpreissraten grundsätzlich dem Indexierungsverbot nach dem PreisklG?

2. Wenn die Frage 1 zu bejahen ist, ist die Indexierung nach § 3 Abs. Nr. 1 lit. d PreisklG oder einem anderen Tatbestand zulässig?

3. Wenn die Frage 2 zu verneinen ist, ändert sich daran etwas bei einer Gestaltung gemäß der Variante?

## III. Zur Rechtslage

Nach § 1 Abs. 1 PreisklG darf der Betrag von Geldschulden nicht unmittelbar und selbsttätig durch den Preis oder Wert von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt werden, die mit den vereinbarten Gütern oder Leistungen nicht vergleichbar sind.

Eine vertragliche Abrede, nach der ein Kaufpreis oder eine andere Geldschuld in **Raten** zu zahlen ist, fällt allerdings u. E. von vornherein **nicht unter dieses Klauselverbot**, wenn zwar die Höhe der einzelnen Raten indexiert ist, der insgesamt zu zahlende Kaufpreis selbst, also die Summe aller zu zahlenden Raten, aber unverändert bleiben soll. Dafür spricht schon der **Wortlaut** der Vorschrift, nach der sich eine verbotene Klausel auf den *Betrag einer Geldschuld* beziehen muss. Die hier in Rede stehende Ratenzahlungsabrede betrifft jedoch nicht den Betrag des Kaufpreises, sondern lediglich dessen Fälligkeit. Es handelt sich um eine Stundungsabrede, durch die die Fälligkeit des Kaufpreises nach Maßgabe des Ratenzahlungsplans hinausgeschoben wird (vgl. Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 10. Aufl. 2024, Rn. 16). Damit ist die beabsichtigte Klausel als bloße Zahlungsmodalität anzusehen, die nicht den Betrag einer Geldschuld betrifft und somit nicht dem Klauselverbot unterliegt (so auch BeckOGK-PreisklG/Leidner, Std.: 15.1.2024, § 3 Rn. 19).

Ein Blick auf die **Entstehungsgeschichte** des § 1 PreisklG bestätigt diesen Befund. In der Begründung des Gesetzentwurfs wird Folgendes ausgeführt (BT-Drs. 16/4391, S. 27 – Hervorhebungen i. F. durch DNotI):

*„Klauseln, die lediglich eine mittelbare Änderung des Preises zur Folge haben und bei denen die Höhe der Geldschuld nicht ausschließlich einem Preis- oder Wertanstieg, sondern auch einem Mengenmaßstab unterliegt (Beteiligung an Umsatz, Gewinn oder Erträgen des Schuldners), werden weiterhin nicht vom Regelungsgehalt des Indexierungsverbots erfasst. Dies gilt ebenso für indexierte Ratenzahlungen, die keine Auswirkungen auf die Höhe des geschuldeten Gesamtbetrages haben und als bloße Zahlungsmodalitäten anzusehen sind.“*

Auch vor dem Hintergrund des **Zwecks des PreisklG** ist es nicht angezeigt, indexierte Ratenzahlungen ohne Auswirkungen auf den Gesamtpreis einem Verbot zu unterwerfen. Das PreisklG zielt darauf ab, die Geldwertstabilität zu sichern, indem Wertsicherungsvereinbarungen nur in engen Grenzen zugelassen werden (vgl. BeckOGK-PreisklG/Leidner, § 1 Rn. 1; Staudinger/Omlor, BGB, 2021, Einl. PreisklG Rn. 10 ff.). Eine Wertsicherung findet durch die hier in Rede stehende Klausel aber gar nicht statt. Selbst bei einer fiktiven extremen (Hyper-)Inflation könnte die Klausel allenfalls dazu führen, dass der gesamte Kaufpreis in einer Rate fällig wird. Ein Inflationsschutz für den Verkäufer ist damit allerdings nicht verbunden, da der Kaufpreis insgesamt nicht höher ausfällt.

Dementsprechend fallen lediglich indexierte Ratenzahlungen, die **Auswirkungen auf den geschuldeten Gesamtbetrag** haben, unter das Indexierungsverbot des § 1 Abs. 1 PreisklG. Ob diese unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. d PreisklG bei einer Dauer von mindestens zehn Jahren zulässig sind, ist im Schrifttum **umstritten** und von der Rechtsprechung bislang nicht geklärt (s. hierzu DNotI-Abrufgutachten Nr. 166330).

Im **Ergebnis** verstößt die Indexierung der einzelnen Raten bei unveränderlichem Gesamtkaufpreis in keiner der beiden geschilderten Varianten gegen § 1 Abs. 1 PreisklG.

Für die Vertragsgestaltung ist anzumerken, dass angesichts der über einen langen Zeitraum gestreckten Kaufpreiszahlung besonderes Augenmerk auf die Sicherung von Rückabwicklungsrisiken zu legen ist. Ferner kann im Fall des Verkaufs durch einen Unternehmer an einen Verbraucher ein entgeltlicher Zahlungsaufschub vorliegen, der gem. § 506 Abs. 1 BGB zur teilweisen Anwendbarkeit des Verbraucherkreditrechts führt (s. hierzu Krauß, Rn. 21 ff.).

## Aktuelles

### Gesetz zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts und des Internationalen Namensrechts

Zu Beginn der laufenden Legislaturperiode waren einige familienrechtliche Reformgesetze angekündigt worden (u. a. zur Reform des Abstammungs-, Sorge- und Unterhaltsrechts, Einführung der Verantwortungsgemeinschaft, usw.; vgl. zum Stand der Reformvorhaben die Übersicht unter [www.famrz.de/arbeitshilfen/gesetzgebungsverfahren.html](http://www.famrz.de/arbeitshilfen/gesetzgebungsverfahren.html)). Verabschiedet wurden

nun das „Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag“ (**Selbstbestimmungsgesetz** – SBGG) v. 19.6.2024 (BGBl. 2024 I, Nr. 206), das zum 1.11.2024 in Kraft treten wird, sowie die **Namensrechtsreform**. Das letzterer zugrunde liegende „Gesetz zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts und des Internationalen Namensrechts“ vom 11.6.2024 (BGBl. 2024 I, Nr. 185) soll zum **1.5.2025 in Kraft treten**. Die maßgebliche **Überleitungsvorschrift** für „Altfälle“ findet sich in Art. 229 § 67 EGBGB.

Die Namensrechtsreform bezweckt eine **Liberalisierung** der Namenswahl und eine Erleichterung der familienrechtlichen Namensänderungen (vgl. BT-Drucks. 20/9041, S. 23). Die **wesentlichen Änderungen** stellen sich wie folgt dar:

1. Der „Zwang“ von Ehegatten, einen **gemeinsamen Ehenamen** zu bestimmen, wird weiter „zurückgebaut“: Zukünftig „**können**“ die Ehegatten einen gemeinsamen Ehenamen bestimmen, ohne dass das Gesetz dies von ihnen erwartet (vgl. den Wortlaut des § 1355 Abs. 1 BGB n. F. gegenüber der a. F.: „sollen“).

2. Die derzeitigen **Wahlmöglichkeiten** hinsichtlich des **Ehenamens** (Familiennamen des Ehemannes **oder** der Ehefrau) werden erweitert um die **Möglichkeit der Bildung eines echten Doppelnamens** aus den beiden Familiennamen (vgl. § 1355 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB n. F.). Dabei wird der gebildete Doppelname mangels abweichender Bestimmung der Ehegatten **mit Bindestrich** verbunden (vgl. § 1355 Abs. 2 S. 2 BGB n. F.). Möglich wäre daher sowohl die Bildung des Ehenamens „Müller-Lüdenschaid“ als auch „Müller Lüdenschaid“ (aber nicht: „Müllerlüdenschaid“ oder eine Verschmelzung/Vermischung der beiden Namen zu einer Neuschöpfung, sog. „Meshing“).

3. Auch die namensrechtlichen Möglichkeiten bei der **Bestimmung des Geburtsnamens eines Kindes**, dessen gemeinsam sorgeberechtigte Eltern keinen Ehenamen führen, werden dahin gehend erweitert, dass das Kind nach der Bestimmung der Eltern einen aus beiden Familiennamen gebildeten **Doppelnamen** als Geburtsnamen erhalten kann (vgl. § 1617 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB n. F.). Auch hier wird der Doppelname mangels abweichender Bestimmung mit Bindestrich verbunden (vgl. § 1617 Abs. 1 S. 2 BGB n. F.). Bei mehrgliedrigem Familiennamen eines Elternteils ist § 1617 Abs. 2 BGB n. F. zu beachten, der u.a. die Bildung von Dreifachnamen verhindert (Abs. 2 Nr. 2 BGB n. F.).

4. Die **Namensänderung bei (minderjährigen oder volljährigen) Kindern** wird für den Fall der Scheidung bzw. des Todes des einen Elternteils erleichtert (vgl.

§ 1617d BGB n. F.). Dies löst insbesondere die namensrechtliche Problematik der sog. Scheidungshalbwaisen, bei denen bislang nur eine Namensänderung auf öffentlich-rechtlicher Grundlage (§ 3 NamÄndG) in Betracht kam.

5. Die **Einbenennung** eines Stiefkindes (bislang § 1618 BGB) wird hinsichtlich der Möglichkeit zur Vergabe eines Doppelnamens erweitert (§ 1617e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB n. F.). Die Möglichkeit einer **Rückbenennung** nach Einbenennung wird geschaffen, falls etwa die Stieffamilie später scheitert und die Ehe mit dem Stiefelternteil geschieden wird (vgl. § 1617e Abs. 4 BGB n. F.).

6. **Volljährige** Personen erhalten das einmalige Recht, ihren **Geburtsnamen neu zu bestimmen** (Möglichkeit des Wechsels zum Namen des anderen Elternteils oder Annahme eines Doppelnamens aus den Familiennamen beider Eltern oder Ablegung eines oder einzelner Namen eines mehrgliedrigen Namens; vgl. § 1617i BGB n. F.).

7. Die **Erwachsenenadoption** führt nicht mehr zwingend zu einer Änderung des Geburtsnamens des Adoptierten (vgl. bislang § 1767 Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 1757 Abs. 1 S. 1 BGB). Der Adoptierte kann vielmehr entweder der **Namensänderung widersprechen** (vgl. § 1767 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB n. F.) oder einen aus seinem bisherigen Familiennamen und dem Familiennamen des Annehmenden gebildeten Doppelnamen zum (neuen) Geburtsnamen bestimmen (vgl. § 1767 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB n. F.). Dabei erstreckt sich eine adoptionsbedingte Geburtsnamensänderung wie bislang nur dann auf den **Ehenamen** eines verheirateten Angenommenen, wenn sich auch der Ehegatte der Namensänderung angeschlossen hat (vgl. § 1767 Abs. 4 S. 2 BGB n. F.).

8. Schließlich sieht das Gesetz noch Änderungen vor, mit denen den namensrechtlichen Traditionen der in Deutschland anerkannten **nationalen Minderheiten** (Sorben, friesische Volksgruppe, dänische Minderheit) und anderer Bevölkerungsgruppen Rechnung getragen werden soll.

## Veranstaltungen

**Öffentliches Recht in der notariellen Praxis** (Schmitt/Meier), 23.8.2024 Oldenburg

**Führung im Notariat** (Dehe), 29.8.2024 Heusenstamm – Hybrid-Veranstaltung

**Erste Praxiserfahrungen mit dem MoPeG** (Weitbrecht), 31.8.2024 Köln

Weitere Termine für **August 2024**, Anmeldung und aktuelle Informationen unter [www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de)

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

### Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

### Hinweis:

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

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

**Redaktion:** Notarassessorin Katharina Baunach

### 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 Vervielfältigung 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 § 1944 – Anforderungen an die Kenntnis vom Berufungsgrund

BGB §§ 307, 650u – Bauträgervertrag; Altbausanierungspflicht; Beschränkung der Herstellungspflicht bei Totalsanierung

#### Literaturhinweise

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB § 1944

#### Anforderungen an die Kenntnis vom Berufungsgrund

##### I. Sachverhalt

Der Erblasser war österreichischer Staatsangehöriger mit letztem Wohnsitz in Deutschland. Er hatte Vermögen in Deutschland und in Österreich. Er war nicht verheiratet und hinterließ keine Kinder. Es ist gesetzliche Erbfolge eingetreten.

Die Mutter des Erblassers lebt in Österreich. Sie erfuhr am Tag nach dem Tod ihres Sohnes von dem Todesfall. Es bestand zwar wenig Kontakt, dennoch ist davon auszugehen, dass die Familienverhältnisse des Erblassers der Mutter bekannt waren. Die Regelungen der EuErbVO bzgl. des anwendbaren Erbrechts kannte die Mutter nicht; sie hielt die Anwendung des österreichischen Erbrechts für möglich.

Erst mehr als sechs Monate, nachdem die Mutter von dem Todesfall erfahren hat, möchte sie auf Veranlassung ihrer weiteren Kinder, der Geschwister des Erblassers, das Erbe ausschlagen.

##### II. Frage

Verhindert die fehlende Kenntnis des Erben bzgl. des anwendbaren Erbrechts, dass die Ausschlagungsfrist nach § 1944 Abs. 2 S. 1 BGB anläuft, wenn dem Erben die tatsächlichen Voraussetzungen des Art. 21 Abs. 1 EuErbVO bekannt sind?

##### III. Zur Rechtslage

###### 1. Beginn der Ausschlagungsfrist

Nach § 1944 Abs. 2 S. 1 BGB beginnt die Ausschlagungsfrist mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt. Ist der Erbe durch Verfügung von Todes wegen berufen, beginnt die Frist nicht vor Bekanntgabe der Verfügung von Todes wegen durch das Nachlassgericht (§ 1944 Abs. 2 S. 2 BGB). Nach § 1944 Abs. 3 BGB beträgt die Frist sechs Monate, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Ausland gehabt hat oder er sich bei Beginn der Frist im Ausland aufhält.

## 2. Kenntnis vom Berufungsgrund

**Voraussetzung für den Fristbeginn** ist also sowohl bei gesetzlicher wie bei gewillkürter Erbfolge u. a. die Kenntnis des Erben vom Berufungsgrund (§ 1944 Abs. 2 S. 1 BGB). Berufungsgrund ist grundsätzlich der konkrete Tatbestand, aus dem die Erbenstellung folgt (s. etwa Grüneberg/Weidlich, BGB, 83. Aufl. 2024, § 1944 Rn. 4; BeckOGK-BGB/Heinemann, Std.: 1.5.2024, § 1944 Rn. 36; NK-BGB/Ivo, 6. Aufl. 2022, § 1944 Rn. 6 m. w. N.). Welche Umstände genau zu dem maßgeblichen konkreten Tatbestand zu rechnen sind, wird in der Literatur nicht ganz einheitlich beurteilt. Teilweise differenziert man im Rahmen des § 1944 Abs. 2 S. 1 BGB nur zwischen gesetzlicher und gewillkürter Erbfolge (so z. B. Soergel/Naczinsky, BGB, 14. Aufl. 2020, § 1944 Rn. 9). Teilweise unterscheidet man zwischen der Berufung aufgrund Gesetzes, aufgrund Testaments oder aufgrund Erbvertrages (so etwa OLG Schleswig ZEV 2016, 698, 699). Überzeugend scheint uns die Herleitung von *Heinemann* (in: BeckOGK-BGB, § 1944 Rn. 36), der den Begriff des Berufungsgrundes einheitlich aus einer Gesamtschau der einschlägigen Vorschriften des § 1948 Abs. 1 u. 2 BGB und des § 1951 Abs. 2 S. 2 BGB interpretiert: Aus § 1948 Abs. 1 BGB ergebe sich, dass zwischen der Berufung als gesetzlicher Erbe und der Berufung als gewillkürter Erbe zu unterscheiden sei, aus § 1948 Abs. 2 BGB ergebe sich, dass zwischen der Berufung aufgrund Testaments und aufgrund Erbvertrages zu unterscheiden sei. Aus § 1951 Abs. 2 S. 2 BGB sei wiederum abzuleiten, dass zwischen der Berufung aufgrund eines Testaments/Erbvertrages und der Berufung aufgrund eines anderen Testaments/Erbvertrages zu unterscheiden sei.

Geht es – wie im unterbreiteten Sachverhalt – um eine Berufung aufgrund gesetzlicher Erbfolge, so gehört zur Kenntnis vom einschlägigen **Berufungsgrund „aufgrund Gesetzes“** die **Kenntnis der das Erbrecht begründenden Familienverhältnisse**. Weiterhin ist erforderlich, dass der Erbe vom **Nichtvorhandensein einer die gesetzliche Erbfolge ausschließenden Verfügung** weiß oder jedenfalls keinen Anlass sieht, die Existenz einer solchen anzunehmen (OLG Brandenburg FamRZ 1998, 1619; OLG Zweibrücken DNotZ 2004, 698; Staudinger/Otte, BGB, 2017, § 1944 Rn. 9). Als besondere Fallgruppe behandelt außerdem die neuere Rechtsprechung die sog. „abgerissenen Familienbände“ (OLG Schleswig ZEV 2016, 698 Rn. 16; OLG Zweibrücken DNotZ 2006, 698; OLG Rostock RNotZ 2010, 474, 475): Aus Sicht der zitierten Oberlandesgerichte kann dem gesetzlichen Erben die Kenntnis von seiner Berufung fehlen, wenn die Familienbände vor dem Erbfall längere Zeit abgerissen waren und er deshalb zu der Frage, ob der Erblasser ihn von der gesetz-

lichen Erbfolge ausgeschlossen hat, auf bloße Mutmaßungen ohne realen Hintergrund angewiesen ist. Dabei können die „abgerissenen Familienbände“ es aus Sicht des Erben möglich erscheinen lassen, dass der Erblasser ihn durch letztwillige Verfügung ausschließen wollte und ausgeschlossen hat. In einer solchen Konstellation ist der Fristbeginn für die Ausschlagung also zunächst aufgeschoben (s. dazu auch MünchKommBGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 1944 Rn. 10).

## 3. Relevanz der Kenntnis vom konkret anwendbaren Erbrecht

Wie aus dem vorstehenden kurzen Überblick ersichtlich, wird die Kenntnis vom konkret anwendbaren Erbrecht – also davon, dass entweder deutsches Erbrecht oder dasjenige eines bestimmten ausländischen Staates anwendbar ist – im Rahmen des § 1944 Abs. 2 S. 1 BGB in der vorhandenen Judikatur und Literatur **nirgends als notwendiges Teilelement einer zureichenden Kenntnis** des konkreten Berufungsgrundes **erwähnt**. **Unseres Erachtens** dürfte davon auszugehen sein, dass die Kenntnis davon, welches Erbstatut gilt, in der Tat **nicht notwendige Voraussetzung** für die Kenntnis des Berufungsgrundes i. S. v. § 1944 Abs. 2 S. 1 BGB ist. Für diese Einschätzung spricht zum einen, dass die in Rechtsprechung und Literatur für § 1944 Abs. 2 S. 1 BGB verlangten **Kenntnisse** **durchweg im tatsächlichen Bereich** angesiedelt sind; die zutreffende Kenntnis der aus dem vorhandenen Tatsachenmaterial zu ziehen den rechtlichen Schlussfolgerungen wird für den Fristanlauf an keiner Stelle verlangt. Zum anderen erscheint es uns durchaus plausibel, Komplikationen aufgrund denkbarer Auslandsberührung abschließend durch die nach Maßgabe des § 1944 Abs. 3 BGB gewährte Fristverlängerung geregelt zu sehen. Mangels auffindbarer Stellungnahmen insbesondere in der Judikatur bleibt aber derzeit eine gewisse **Offenheit der Rechtslage** zu konstatieren.

---

### BGB §§ 307, 650u

#### Bauträgervertrag; Altbausanierungspflicht; Beschränkung der Herstellungspflicht bei Totalsanierung

---

### I. Sachverhalt

Bei der Sanierung eines Altbaus finden Arbeiten in so erheblichem Umfang statt (Entkernen etc.), dass von einer Totalsanierung auszugehen ist. Außerdem wird ein Anbau errichtet und ein Geschoss aufgestockt. Allerdings will der Bauträger den Keller nicht sanieren, sodass dort eine gewisse Feuchtigkeit verbleiben wird. Der Keller wird nicht nach heutigen Maßstäben „tro-

cken“ sein. Zudem hat der Bauphysiker errechnet, dass trotz der Entkernung die heutigen Anforderungen an den Schallschutz nicht zu erreichen sind. Dies ist auf die Altbaubsubstanz zurückzuführen. Beide Aspekte sollen in der Baubeschreibung ausdrücklich genannt werden.

## II. Fragen

1. Kann auch bei einer Totalsanierung die Leistungspflicht des Bauträgers dadurch begrenzt werden, dass die Baubeschreibung eine Nichtleistungsbeschreibung enthält, wonach bestimmte Teile nicht saniert und bestimmte Anforderungen nicht erreicht werden?

2. Ändert es etwas, wenn das Nichterreichen bestimmter Standards nicht nur in der Baubeschreibung, sondern auch im Kaufvertrag zum Ausdruck kommt?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Altbausanierung: Abgrenzung zwischen Total- und Teilsanierung

Hat ein Bauträgervertrag die **Sanierung eines Altbaus** zum Gegenstand, so stellt sich im Ausgangspunkt die Frage, ob eine Teil- oder eine Totalsanierung vorliegt. Die **Totalsanierung** eines Altbaus ist hinsichtlich des Umfangs der Herstellungspflichten (und damit hinsichtlich der Mängelhaftung und der Möglichkeit, diese einzuschränken) als **Neubaumaßnahme** zu beurteilen. Sie ist gegeben, wenn der Veräußerer Bauleistungen übernimmt, die insgesamt nach Umfang und Bedeutung mit Neubauarbeiten vergleichbar sind (BGH NJW 2006, 214 Rn. 11; NJW 2007, 3275 Rn. 18; Basty, Bauträgervertrag, 11. Aufl. 2023, Kap. 11 Rn. 152 m. w. N.).

Sofern die Schwelle zur Totalsanierung nicht erreicht wird und mithin eine **Teilsanierung** vorliegt, beschränkt sich die Anwendung des Werkvertragsrechts (§ 650u Abs. 1 S. 2 BGB) auf die zu sanierenden Teile. Für die nicht zu sanierende Altbaubsubstanz kommt Kaufvertragsrecht zur Anwendung, sodass insoweit die Mängelgewährleistung in den AGB-rechtlich zulässigen Grenzen (insb. § 309 Nr. 7 BGB) eingeschränkt werden kann (Basty, Kap. 11 Rn. 156).

Im vorliegenden Fall gehen wir nach dem mitgeteilten Sachverhalt von einer Totalsanierung aus.

### 2. Reichweite der Herstellungspflicht bei einer Totalsanierung

Der vorliegende Sachverhalt wirft die Frage auf, wie weit die Herstellungspflicht bei einer Totalsanierung reicht.

Hierzu lässt sich zunächst festhalten: Sofern die vom Bauträger übernommenen Sanierungsleistungen ihrem Gesamtbild nach als Totalsanierung zu qualifizieren

sind, schuldet der Bauträger vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung auch hinsichtlich der Altbaubsubstanz eine Neubauqualität. Seine Leistungspflicht besteht also darin, die **Altbaubsubstanz so weit zu sanieren, dass diese den gängigen Neubaustandards genügt** (vgl. Basty, Kap. 11 Rn. 152; BeckOGK-BGB/Matkovic, Std.: 1.7.2024, § 650u Rn. 13). Konkret schuldet der Bauträger dann bspw. die hinreichende **Abdichtung eines Kellers gegen Feuchtigkeit** nach Maßgabe moderner Baustandards (BGH ZfBR 2005, 263, 265; KG NZBau 2019, 507 Rn. 25; OLG Düsseldorf, Urt. v. 11.10.2016 – 21 U 120/15, BeckRS 2016, 134298 Rn. 35 ff.).

Dies ist aber nicht etwa dahingehend zu verstehen, der Bauträger *müsse*, wenn sich sein Vorhaben als Totalsanierung darstellt, stets zwingend die gesamte Altbaubsubstanz sanieren und könne seine Sanierungspflichten dem Umfang nach nicht beschränken (so auch Basty, Kap. 11 Rn. 155). Die vorstehend zitierten Entscheidungen hatten allesamt Bauträgerverträge zum Gegenstand, in denen sich keine ausdrückliche Regelung zur Sanierung des Kellers fand. Die Gerichte kamen daher im Wege der (ergänzenden) **Vertragsauslegung** zu dem Ergebnis, dass der Bauträger die Trockenlegung des Kellers schulde. Daraus lässt sich aber nicht schließen, dass ein Bauträger, der eine Totalsanierung verspricht, nicht auch einzelne in Betracht kommende Sanierungsmaßnahmen *ausdrücklich* aus dem Kreis der von ihm versprochenen Leistungen herausnehmen kann. Denn für eine ergänzende Vertragsauslegung ist **kein Raum, soweit die Beteiligten im Vertrag eine eindeutige ausdrückliche Regelung getroffen haben**.

In diesem Zusammenhang ist schließlich auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf hinzuweisen. Im dortigen Fall wollten die Erwerber den Bauträger auf Abdichtung der Kellerwände in Anspruch nehmen. Die Baubeschreibung wies allerdings ausdrücklich darauf hin, dass an den Außenmauern keine Erneuerungen vorgenommen würden. Demzufolge verneinte das Gericht einen Anspruch auf Abdichtung des Kellers (OLG Düsseldorf, Urt. v. 30.4.1998 – 5 U 137/97, Rn. 96 f. [juris]).

Als **Zwischenergebnis** lässt sich daher festhalten, dass der Bauträger bei einer Totalsanierung **nur vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen** auch hinsichtlich der Altbaubsubstanz **Neubauqualität** schuldet. Er kann einzelne Bereiche aus dem Kreis der von ihm geschuldeten Sanierungen ausklammern. In der Folge haftet der Bauträger für die *ausdrücklich* nicht zu sanierenden Gebäudeteile nur nach Kaufvertragsrecht; eine Haftungsbeschränkung ist in den AGB-rechtlich zulässigen

Grenzen (vgl. insbesondere § 309 Nr. 7 BGB) möglich (vgl. Ziff. 1).

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass ein „Ausklammern“ der nicht zu sanierenden Gebäudeteile auch mit Blick auf **§ 650k Abs. 2 BGB** einer ausdrücklichen Vereinbarung bedarf. Nach dieser Vorschrift ist der Bauträgervertrag, soweit die Baubeschreibung unvollständig oder unklar ist, unter Berücksichtigung *sämtlicher vertragsbegleitender Umstände*, insbesondere des Komfort- und Qualitätsstandards nach der übrigen Leistungsbeschreibung, auszulegen. Mit dieser Vorschrift wird zwar „im Grunde nur Selbstverständliches in Gesetzesform gegossen, nämlich dass die vertragliche Vereinbarung unter Berücksichtigung sämtlicher vertragsbegleitender Umstände auszulegen ist“ (MünchKommBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, § 650k Rn. 6). Würde also eine Baubeschreibung die Trockenlegung des Kellers nicht ausdrücklich aus dem Leistungssoll ausschließen, im Übrigen aber den Anschein einer nach dem Stand der Technik durchzuführenden Totalsanierung erwecken, so ergäbe eine Auslegung nach Maßgabe des § 650k Abs. 2 S. 1 BGB in aller Regel, dass der Bauträger auch Sanierungsarbeiten bzgl. des Kellers schuldet.

### 3. AGB-rechtliche Transparenzkontrolle betreffend Hauptleistungspflichten

Mit dem Vorstehenden ist nur festgestellt, dass die Beteiligten des Bauträgervertrages – im Rahmen ihrer Privatautonomie – den Inhalt und den Umfang der werkvertraglichen Leistungspflichten dergestalt festlegen können, dass ein Schallschutz nach heutigem Standard sowie eine Sanierung des Kellers nicht geschuldet sind. Dem steht auch das AGB-Recht nicht entgegen, denn gem. **§ 307 Abs. 3 S. 1 BGB** findet eine **Inhaltskontrolle nicht in Ansehung der Hauptleistungspflichten** statt.

Hinsichtlich der Hauptleistungspflichten findet indes die **AGB-rechtliche Transparenzkontrolle** statt, **§ 307 Abs. 3 S. 2, Abs. 1 S. 2 BGB**. Damit stellt sich die Frage, *wie* die Vereinbarung betreffend die Nichtsanierung des Kellers und die Nichterreicherung des Schallschutzes zu gestalten ist.

Soll vereinbart werden, dass der Bauträger die Sanierung des Kellers nicht schuldet, so führt dies dazu, dass die von ihm zu erbringende **Bauleistung hinter den heute anerkannten Regeln der Technik und dem derzeitigen Stand der Baukunst zurückbleibt**. Das AGB-rechtliche Transparenzgebot dürfte gebieten, dass der Bauträger den Erwerber *erstens* hierauf deutlich **hinweist** sowie *zweitens* den Erwerber über die **praktischen Folgen und Nachteile** (hier bspw. Eindringen von Si-

ckerwasser, hohe Luftfeuchtigkeit, Schimmelbildung, modriger Geruch, Wahrnehmbarkeit von Gesprächen in Zimmerlautstärke aus den Nachbarwohnungen usw.) aufklärt (vgl. Blank, Bauträgervertrag, 6. Aufl. 2023, Rn. 160; Pause/Vogel, Bauträgerkauf und Baumodelle, 7. Aufl. 2022, Kap. 5 Rn. 52).

In diesem Zusammenhang ist auf eine Entscheidung des OLG München hinzuweisen, die sich mit den **Rechtsfolgen** befasst, wenn der Bauträger – unter Verstoß gegen die dargestellten Anforderungen des Transparenzgebots – eine Leistung verspricht, die hinter den anerkannten Regeln der Technik zurückbleibt (Urt. v. 26.7.2016 – 28 W 1460/16 Bau, IBRRS 2016, 2708). Im entschiedenen Fall hat der Bauträger eine Wohnung mit „gehobenem Standard“ angepriesen, gleichzeitig aber hinsichtlich des Schallschutzes ohne nähere Erläuterung nur die Einhaltung der Schallschutznorm DIN 4109 versprochen, die lediglich ein Mindestmaß an möglichem Schallschutz darstellt. Da das Ausklammern einzelner Bau/Sanierungsleistungen gegen das Transparenzgebot verstieß und damit unwirksam war, kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass der Bauträger hinsichtlich der unwirksam ausgeklammerten Leistungen ebenfalls eine Sanierung nach dem „gehobenen Standard“ schulde, wie er ihn für das Gebäude im Übrigen versprochen habe.

### 4. „Ausklammern“ in der Baubeschreibung oder in der Haupturkunde selbst?

Schließlich stellt sich die Frage, ob die ausdrücklich nicht geschuldeten Sanierungsleistungen nicht nur in der Baubeschreibung, sondern auch im Bauträgervertrag auszuweisen sind.

Bei Bauträgerverträgen ist es nicht unüblich, die Baubeschreibung entweder in einer gesonderten Urkunde oder gemeinsam mit der Teilungserklärung zu beurkunden. Dies dient dazu, im Rahmen der später zu beurkundenden Bauträgerverträge gem. **§ 13a BeurkG** ohne erneutes Verlesen auf die Baubeschreibung verweisen zu können (Basty, Kap. 1 Rn. 129). Materiell-rechtlich stellt eine isoliert oder zusammen mit der Teilungserklärung beurkundete Baubeschreibung jedoch zunächst ein rechtliches Nullum, also noch keine Willenserklärung oder Rechtsgeschäft dar (insbesondere hat der formell Beteiligte i. S. v. § 6 Abs. 2 BeurkG, bspw. ein Mitarbeiter des Bauträgers, keinerlei rechtsgeschäftliches Erklärungsbewusstsein betreffend den Abschluss eines Werkvertrages). Dies ist allerdings unschädlich, denn eine notarielle Urkunde, die nach den beurkundungsverfahrenrechtlichen Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen (§§ 6 ff. BeurkG) errichtet worden ist, muss keine materiell-rechtlich wirksame



Willenserklärung oder ein sonstiges Rechtsgeschäft enthalten (vgl. BeckOGK-BeurkG/Seebach/Rachlitz, Std.: 1.2.2024, § 13a Rn. 33 f.). Erst durch die spätere Verweisung nach § 13a BeurkG machen sich die Beteiligten des Bauträgervertrages den Inhalt der Bezugsurkunde zu eigen, indem sie den Inhalt der Bezugsurkunde in ihre Willenserklärungen i. S. v. §§ 631 ff. BGB inkorporieren. Hierdurch wird der Inhalt und der Umfang der geschuldeten Werkleistung bestimmt.

Von einem **materiell-rechtlichen** Standpunkt aus betrachtet existiert somit keine Unterscheidung zwischen Bauträgervertrag (Haupturkunde) und Baubeschreibung (Bezugsurkunde); letztere bildet vielmehr notwendig einen Teil des materiell-rechtlichen Bauträgervertrags, da sonst die geschuldete Bauleistung regelmäßig nicht bestimmbar wäre. Somit ist es materiell-rechtlich im Ausgangspunkt **unerheblich, an welcher Stelle sich ein „Negativkatalog“ nicht geschuldeter Bauleistungen findet**. Lediglich das **Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB)** ist zu beachten. Dessen Anforderungen dürften u. E. auch dann gewahrt sein, wenn sich der „Negativkatalog“ ausschließlich in der Baubeschreibung (Bezugsurkunde) enthalten ist, denn dies ist schließlich der sachlich naheliegende Ort, an dem ein Erwerber damit rechnet, die maßgebliche Beschreibung der versprochenen Bauleistungen vorzufinden.

## 5. Zusammenfassung

Bei einer Totalsanierung schuldet der Bauträger grundsätzlich auch hinsichtlich der Altbausubstanz eine Neubauqualität. Dies gilt aber nur, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart wird. Insbesondere können einzelne Bereiche/Gewerke aus dem Kreis der vom Bauträger geschuldeten Sanierung ausgeschlossen werden („Negativkatalog“). Soweit der Bauträger demnach keine Sanierungspflichten übernimmt, haftet er für Mängel nur nach Kaufvertragsrecht; eine Haftungsbeschränkung ist in den AGB-rechtlich zulässigen Grenzen (vgl. insb. § 309 Nr. 7 BGB) möglich. Bei der Vertragsgestaltung betreffend das „Nichtschulden“ einer Sanierungsleistung oder eines Baustandards ist allerdings das AGB-rechtliche Transparenzgebot zu beachten, d. h., der Bauträger muss den Erwerber auf jene Gewerke hinweisen, die hinter dem zu erwartenden heutigen Baustandard zurückbleiben, und die hiermit verbundenen praktischen Folgen und Nachteile verdeutlichen.

## Literaturhinweise

**H. Grziwotz/K. Sauer/J. Heinemann, BeurkG, 4. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Hürth 2024, 860 Seiten, 129.– €**

Mit dem *Grziwotz/Sauer/Heinemann* erscheint ein bewährter Praktikerkommentar zum Beurkundungsgesetz in nunmehr vierter und aktualisierter Auflage. Die drei Herausgeber, die zugleich die einzigen Autoren der Kommentierung sind, sind meinungsstark. Dies zeigt sich bereits am Vorwort zur Kommentierung. Kritisch werden hier einzelne Entwicklungen im Notariat besprochen, z. B. etwaige Überlegungen zum Einsatz der Blockchaintechnologie. Klar herausgearbeitet wird aber auch – u. a. unter Bezugnahme auf die Kaiserliche Notariatsordnung von 1512 – der Mehrwert notarieller Verfahren für die Rechtssicherheit. Die Herausgeber teilen – auch das wird im Vorwort deutlich – ein gemeinsames Berufsbild. Es gehe bei der notariellen Tätigkeit nicht darum, wie ein wirtschaftlich selbstständiger Dienstleister seinen Betrieb zu organisieren habe, sondern um die ordnungsgemäße Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe. Dieses nach Ansicht des Rezensenten in jeder Hinsicht zutreffende Berufsbild zieht sich durch die Kommentierung der einzelnen Vorschriften des BeurkG.

Dies ist uneingeschränkt zu begrüßen, gelegentlich muss sich der Nutzer allerdings bewusst machen, dass die meinungsstarke Kommentierung nicht immer auf der Linie der im Übrigen zu beurkundungsverfahrensrechtlichen Fragen erschienenen Literatur liegt. Diese Fälle werden in der Kommentierung allerdings deutlich, so z. B. bei § 9 Rn. 9. Dort setzen sich die Autoren kritisch mit der h. M. auseinander, die es nicht genügen lässt, wenn sich die Person der Beteiligten nur aus der Verbindung mit der Unterschrift ergibt. *Heinemann/Grziwotz* vertreten hier – durchaus praxisfreundlich –, dass es auch genügt, wenn die Person *irgendwo* in der Niederschrift oder in einer Anlage bezeichnet ist, sodass eine Aufführung im *Urkundseingang* nicht geboten sei. Die genannte Fundstelle verdeutlicht einen erheblichen Vorteil der Kommentierung: Es werden mitunter die vermeintlich absurdesten Konstellationen untersucht. Denn wann kommt es schon einmal vor, dass die Angaben zu den Beteiligten sich nicht im Urkundseingang finden lassen? Der Kommentar wird daher insbesondere vom Rezensenten gerne zur Hand genommen, der sich am Deutschen Notarinstitut zahlreich mit beurkundungsverfahrensrechtlichen Fragen befasst und dabei sieht, dass selbst vermeintlich vollständig konstruierte Konstellationen in der Praxis tatsächlich vorkommen.

Der Kommentar hält sein eigenes Versprechen, denn bereits im Vorwort heißt es, es würde eine praxisrelevante rechtliche Kommentierung des BeurkG geboten, die mit gestaltenden Hinweisen zum Beurkundungsrecht an die Notarinnen und Notare verbunden sei. Dem kann hier nur zugestimmt werden. Es finden sich viele Formulierungshinweise, gerade auch zu den neu eingefügten §§ 16a ff. BeurkG, die sich mit der Beurkundung mittels Videokommunikation und der elektronischen Niederschrift befassen. Bspw. finden sich in der Kommentierung zu § 16e Rn. 5 und 6 Formulierungsvorschläge für den Urkundseingang und die Abschlussformel bei Beurkundungen im gemischten Verfahren, bei dem also ein Teil der Beteiligten im Onlineverfahren zugeschaltet ist und ein Teil der Beteiligten in Präsenz beim Notar an der Beurkundung teilnimmt.

Auch darüber hinaus ist der Kommentar auf Praxistauglichkeit ausgelegt. So ist z. B. in der Kommentierung zu § 17 in Rn. 58 das Rundschreiben der Bundesnotarkammer aus dem Jahr 2023 zur praktischen Umsetzung von § 17 Abs. 2a S. 2 BeurkG in voller Länge abgedruckt. Dies erspart es dem Nutzer, dieses Rundschreiben separat heraussuchen und lesen zu müssen. Durchaus amüsant zu lesen sind die sich in Rn. 59 anschließenden Ausführungen von *Grziwotz* zum Zustandekommen der Anwendungsempfehlungen zu § 17 Abs. 2a BeurkG, aus denen abermals ersichtlich wird, dass die Autoren der Durchsetzung grundlegender Amtspflichten stets Vorrang einräumen vor praktischen Erwägungen, die zwar das Leben der Notarinnen und Notare erleichtern mögen, aber eben gerade mit den gegebenen notariellen Amtspflichten nicht zu 100 % im Einklang stehen.

Insgesamt ist die Kommentierung sehr gut lesbar, an das gelegentliche Einflechten von persönlichen Kommentaren zur Kommentierung der jeweiligen Vorschrift gewöhnt man sich als Leser schnell und empfindet diese in aller Regel auch als bereichernd. Die Kommentierung ist selbstverständlich sehr umfassend belegt, auf zahlreichen Seiten nimmt der Fußnotenapparat mehr als die Hälfte des Platzes ein, was es jedoch zugleich ermöglicht, das Werk auch als Ausgangspunkt der eigenen Recherche zu nutzen und sich sodann über die umfassenden Quellen vertiefter mit den einzelnen Fragen zu befassen. Dass in einige der Kommentierungen die Entstehungsgeschichte der jeweiligen Vorschrift mit eingewoben wird, vertieft das Verständnis, welches sich beim Nutzer nach der Lektüre entfaltet.

Für jede Notarin und jeden Notar, die oder der nicht nur auf der Suche nach einem einfachen Ergebniskommentar ist, kann das Werk nur zur Anschaffung

empfohlen werden. Der Umgang mit ihm erfordert ein wenig Übung, sobald man ihn allerdings beherrscht, bietet das Werk einen großen Mehrwert und regt an vielen Punkten zum Nachdenken an. Das kritische Hinterfragen des tagtäglich angewendeten Verfahrensrechts und seiner Bedeutung ist sicherlich nicht schädlich!

**Notar a. D. Dr. Andreas Bernert**

---

**L. Böttcher/O. Habighorst/C. Schulte (Hrsg.), Nomos Kommentar Umwandlungsrecht, 3. Aufl., Nomos Verlag, Baden-Baden 2024, 2727 Seiten, 229.– €**

Gesellschaftsrechtliche Umwandlungsvorgänge sind bei vielen Notarinnen und Notaren nicht alltäglich. Ganz besonders gilt dies für grenzüberschreitende Umwandlungen, auch wenn diese seit Inkrafttreten des sog. UmRUG zum 1.3.2023 im sechsten Buch des UmwG (§§ 305 ff. UmwG) sehr viel leichter nachvollziehbar geregelt sind. Der Praktiker tut gut daran, in seinem Handapparat wenigstens einige aktuelle Werke zum Umwandlungsrecht griffbereit zu haben. Denn die Materie ist vielschichtig: Umwandlungen sind häufig steuerlich motiviert, das einzuhaltende Verfahren erschließt sich zuweilen nicht auf den ersten Blick, auch aufgrund der gerade für Ungeübte herausfordernden Verweisungstechnik des UmwG. Dies gilt in besonderem Maße für grenzüberschreitende Umwandlungen, bei denen leicht zwei oder mehrere Rechtsordnungen im Blick behalten werden müssen. Das kürzlich in dritter Auflage erschienene Werk von *Böttcher, Habighorst und Schulte* „Umwandlungsrecht – Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Verfahrensrecht“ bietet hier eine ideale Hilfestellung. Der vornehmlich von Anwälten und Steuerberatern verfasste Kommentar – es finden sich jedoch unter den Autoren auch einige Notarinnen und Notare – bietet dem Rechtsanwender aus dem Notariat einen etwas anderen Blickwinkel als andere Kommentierungen zum Umwandlungsrecht, die etwa aus der Feder von Professoren und/oder Notaren stammen. Wer die beteiligten Unternehmen unmittelbar und zuweilen auch langjährig berät, hat einen anderen Blick auf die Verfahren und auch auf die Rechtsfragen, als dies der nur punktuell mit der Transaktion befasste Notar zuweilen haben kann. Die zusätzliche Kommentierung des UmwStG bietet in jeden Fall einen Mehrwert gegenüber anderen Werken, die sich auf das materielle Umwandlungsrecht konzentrieren.

Die Kommentierung des UmwG beginnt mit einer sehr gelungenen Einleitung. Auf wenigen Seiten wird in gut

lesbarer Sprache erläutert, welche Ziele und Schutzzwecke das UmwG verfolgt (Anlegerschutz, Gläubigerschutz, Arbeitnehmerschutz). Auch die Gesetzes-systematik, die mit zahlreichen Verweisungen arbeitet – *Böttcher* spricht von einem „Baukastenprinzip“ – wird sehr nachvollziehbar erläutert. Gerade diejenigen Praktiker, die nur selten oder punktuell mit Umwandlungsvorgängen betraut sind, finden in dieser Einleitung einen sehr schnellen Zugriff auf die Materie. Der Kommentierung zum UmwG folgt ein Anhang, der sich mit den umwandlungsrechtlichen Fragen der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) befasst. Die Fälle der Beteiligung einer SE an einem Umwandlungsvorgang sind nicht zahlreich, die Quellen hierzu sind es jedoch ebenfalls nicht. Der Suchende ist also umso glücklicher, wenn er hier fündig wird. Dasselbe gilt für den sich anschließenden Anhang 2 zum Umwandlungskostenrecht. Auch zu diesem Bereich finden sich nicht gerade zahlreiche weitere Werke. Hilfreich ist, dass in diesem Abschnitt mit plastischen Beispielen (z. B. für einen *Upstream-Merger*) gearbeitet wird (S. 1921).

Die sich anschließende Kommentierung des UmwStG, die sich über etwa 500 Seiten erstreckt, ergänzt die Kommentierung zum UmwG in sinnvoller Weise. Hervorzuheben ist hier die Kommentierung von § 20 UmwStG, der die Einbringung von Unternehmensanteilen in eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft regelt. § 20 Abs. 2 S. 2 UmwStG schafft die Möglichkeit zur Einbringung zu Buchwerten. Hierbei handelt es sich um ein in der Praxis sehr häufig erstrebtes Ziel. Die sinnvoll aufgebaute Kommentierung (220 Randnummern) bietet einen schnellen Zugriff auf die Materie, auch demjenigen Leser, der mit ihr nicht schon näher vertraut ist. Schließlich enthält das Werk auch noch eine Kommentierung des Spruchgesetzes, auf das in zahlreichen Vorschriften des UmwG verwiesen wird. Die Details sind zwar für die notarielle Praxis nicht von zentraler Bedeutung, dennoch ist es hilfreich, die rechtssuchenden Unternehmen bei Einzelfragen hierzu zumindest im Ansatz beraten zu können. Angenehm an der Kommentierung der grenzüberschreitenden Umwandlungsvorgänge ist, dass die Kommentierung selbst nicht mit zahlreichen Verweisungen arbeitet. Dies führt zwar in gewisser Weise zu Wiederholungen, aber wer es mit einer grenzüberschreitenden Spaltung zu tun hat, möchte eben nicht unbedingt in den Kommentierungen zur grenzüberschreitenden Verschmelzung nachlesen.

Das Werk hält, was es verspricht: Umwandlungsrecht, Steuerrecht, Verfahrensrecht. Notarinnen und Notaren, die nicht zugleich auf Muster angewiesen sind, sei das Werk zur Anschaffung empfohlen. Es bietet einen ra-

schen Zugriff auf die Materie, und dies gleichermaßen umfassend wie kompakt.

**Notar a. D. Dr. Andreas Bernert**

---

**T. Kappler/S. Kappler (Hrsg.), Die vorweggenommene Erbfolge, 2. Aufl., Gieseking Verlag, Bielefeld 2023, 398 Seiten, 69.– €**

Mit dem hier besprochenen Werk gilt es die Neuauflage eines Werks zu einem Thema anzuzeigen, welches für die Notarinnen und Notare extrem wichtig ist: die vorweggenommene Erbfolge. Herausgegeben wird es von Herrn Notar Dr. *Tobias Kappler* und Frau Notarin *Susanne Kappler*, die zugleich als Hauptautoren fungieren und durch zahlreiche andere Publikationen bereits bekannt und wissenschaftlich besonders ausgewiesen sind.

Das Werk behandelt – wie bereits die Erstauflage aus dem Jahre 2017 – neben den typischen Überlassungs- und Übergabeverträgen u. a. auch gesondert die Übergabe von Betriebsvermögen, die Familiengesellschaft sowie die Familienstiftung. Dabei werden praxiswichtige Einzelfragen wie bspw. die Absicherung des Übergebers (bzw. seines Ehegatten und der weichen Geschwister) sowie die Beteiligung Minderjähriger und sonstige familien- und erbrechtliche Rechtsfragen sowie die sozialrechtlichen Bezüge, die mit der lebzeitigen Übergabe von Vermögen einhergehen, eingehend dargestellt. Diese Neuauflage berücksichtigt zudem die zum 1.1.2023 eingetretenen Änderungen im Betreuungs- und Vormundschaftsrecht sowie die erbschaftsteuerlichen Auswirkungen des Jahressteuergesetzes 2022.

Die bei Vermögensübergaben im Wege der vorweggenommenen Erbfolge besonders bedeutsamen steuerrechtlichen Bezüge (Autor: *Wunderlich*) sind im Vergleich zur Voraufgabe grundlegend neu bearbeitet und werden anschaulich dargestellt.

Besonders praxistauglich wird das Werk durch seine zahlreichen Formulierungsbeispiele, welche teils umfangreiche Gesamtmuster für die Vertragsgestaltung bereithalten. Auch die enthaltenen Praxistipps und Übersichten machen das Werk gerade für Praktiker hilfreich und handhabbar.

Anzumerken ist jedoch, dass – wie bereits in der Voraufgabe – durch die vollständige Ausklammerung des Höferechts insbesondere für Notare aus dem Geltungsbereich der „nordwestdeutschen“ Höfeordnung

ein durchaus relevanter Teilbereich unberücksichtigt bleibt.

Nichtsdestoweniger ist das Werk gerade durch seine Kompaktheit und Übersichtlichkeit im Bereich der eher unübersichtlichen und konturlosen vorweggenommenen Erbfolge eine willkommene Anschaffung für die eigene Bibliothek. Aufgrund seiner Aktualität und teils (so im Steuerrecht) umfassenden Überarbeitung eignet sich diese Neuauflage nicht nur für den „Neukunden“, sondern ebenso für den Besitzer der Voraufgabe.

**Notarassessor Fabian Schwarz**

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

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

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

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Maximilian Pechtl

**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 § 707a Abs. 4; PartGG §§ 1 Abs. 4, 4 Abs. 4; HGB §§ 105 Abs. 3, 3 Abs. 2 – Kein identitätswahrender Rechtsformwechsel von der PartGmbH in die (nicht eingetragene) GbR nach dem MoPeG; Sperrwirkung des Statuswechselverfahrens bei eingetragenen Gesellschaften

BGB § 168; GBO §§ 19, 35 – Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Erbfolge aufgrund Berichtigungsbewilligung des transmortal bevollmächtigten Alleinerben?

#### Rechtsprechung

HGB § 15 Abs. 1; BGB §§ 164, 177, 242, 433; GmbHG §§ 35, 49 Abs. 2, 50 Abs. 3 S. 1; AktG § 179a – Fehlende Eintragung der Geschäftsführerabberufung im Handelsregister; negative Publizität; Missbrauch der Vertretungsmacht

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**BGB § 707a Abs. 4; PartGG §§ 1 Abs. 4, 4 Abs. 4; HGB §§ 105 Abs. 3, 3 Abs. 2**

**Kein identitätswahrender Rechtsformwechsel von der PartGmbH in die (nicht eingetragene) GbR nach dem MoPeG; Sperrwirkung des Statuswechselverfahrens bei eingetragenen Gesellschaften**

#### I. Sachverhalt

Eine PartGmbH soll in eine GbR umgewandelt werden.

#### II. Frage

Ist die Umwandlung der PartGmbH in eine (nicht eingetragene) GbR möglich oder haben sich – ggf. auch durch das MoPeG – Gründe ergeben, die dieser Möglichkeit entgegenstehen?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Der Statuswechsel zwischen registrierten Gesellschaften

Der **Wechsel zwischen Handels-, Gesellschafts- und Partnerschaftsregister (und umgekehrt)** kann gem. § 707c Abs. 1 BGB, §§ 106 Abs. 3-5, 107 Abs. 3 HGB, §§ 1 Abs. 4, 4 Abs. 4 PartGG **nur im Wege des Statuswechsels erfolgen**. Wird eine bereits im Partnerschaftsregister eingetragene PartG (mbH) als GbR zur (Erst-)Eintragung in das Gesellschaftsregister angemeldet, ist diese Anmeldung gem. § 1 Abs. 4 PartGG i. V. m. § 707c Abs. 1 BGB unzulässig. Die Anmeldung kann vielmehr nur im Wege des Statuswechsels (§ 1 Abs. 4 PartGG i. V. m. § 707c BGB) **bei dem Partnerschaftsregister** erfolgen (vgl. zum Statuswechsel in eine PartG Heckschen/Weitbrecht, in: Heckschen/Freier, Das MoPeG in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2024, § 5 Rn. 89 ff.). Hierbei ist über den Verweis in § 4 Abs. 4 PartG die Regelung in § 107 Abs. 3 HGB zu beachten, sodass vom Register geprüft wird, ob die Gesellschaft ein Handelsgewerbe betreibt und folglich nicht als GbR fortgeführt werden kann (vgl.

MünchKommBGB/Schäfer, 9. Aufl. 2024, § 4 PartGG Rn. 12).

Will eine eGmbH in eine OHG/KG oder PartG wechseln, erfolgt dies ebenfalls im Wege des Statuswechsels, der in diesem Fall beim Gesellschaftsregister anzumelden ist (§ 106 Abs. 2 HGB, § 1 Abs. 4 PartGG i. V. m. § 707c Abs. 1 BGB; zum Statuswechsel in eine Personenhandelsgesellschaft Heckschen/Weitbrecht, § 5 Rn. 83 ff.).

Das **Statuswechselverfahren** ist (mangels Einschlägigkeit der §§ 190 ff. UmwG) die **einzige Möglichkeit** für registrierte Personengesellschaften, **zwischen den Registern zu wechseln** und in diesem Zuge ihre Rechtsform zu ändern. Auf diese Weise soll die **Identität** der zwischen den Registern wechselnden Gesellschaften **sichergestellt** und sollen **Doppeleintragungen vermieden** werden (Heckschen/Weitbrecht, § 5 Rn. 8 ff.).

## 2. Löschung der registrierten Personengesellschaft „nach den allgemeinen Vorschriften“

Im vorliegenden Fall soll der materiell-rechtliche Rechtsformwechsel von der PartGmbH in die GbR aber gerade nicht von einem Register in ein anderes erfolgen. Die PartG soll vielmehr in eine nicht eingetragene rechtsfähige GbR wechseln. Es stellt sich die Frage, ob dies rechtlich möglich ist.

a) Gem. § 707a Abs. 4 BGB findet **nach Eintragung der Gesellschaft** (im Gesellschaftsregister) die Löschung der Gesellschaft nur nach den allgemeinen Vorschriften statt. Was genau der Gesetzgeber mit den „allgemeinen Vorschriften“ gemeint hat, ist im Detail nicht abschließend geklärt (ausf. dazu BeckOK-BGB/Enders, Std.: 1.1.2024, § 707a Rn. 49 ff.; jedenfalls erfasst sein dürften § 738 und § 712a Abs. 1 S. 1 BGB; Servatius, GbR, 2023, § 707a BGB Rn. 11; Heckschen/Weitbrecht, § 2 Rn. 17).

Jedenfalls folgt jedoch aus § 707a Abs. 4 BGB, dass für die GbR der Weg von der eingetragenen GbR in die nicht eingetragene GbR versperrt ist (Bachmann, NJW 2021, 3073 Rn. 10: „einmal vorgenommene Eintragung [kann] grundsätzlich nicht wieder rückgängig gemacht werden“; wohl i. E. auch BeckOK-BGB/Enders, § 707a Rn. 60). Eine **gewillkürte Löschung der eingetragenen GbR wird** durch § 707a Abs. 4 BGB **ausgeschlossen** (BT-Drucks. 19/27635, S. 109; Servatius, § 707a Rn. 11; Herrler, ZGR-Sonderheft 23/2020, 39, 58: „Eintragung ohne Rückfahrkarte“; Heckschen/Weitbrecht, § 2 Rn. 17). Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus:

*„Absatz 4 gestattet eine Löschung der eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur nach den allgemeinen Vor-*

*schriften. Danach erlischt die Gesellschaft im Regelfall nach Beendigung der Liquidation (§ 738 BGB-E), falls nicht ausnahmsweise Auflösung und Vollbeendigung zusammenfallen (vergleiche Heinemann, in: Keidel, 19. Aufl. 2017, § 393 Rn. 7). § 707a Absatz 4 BGB-E dient wie sein Regelungsvorbild § 3 Absatz 2 HGB in erster Linie dem Verkehrsschutz (vergleiche Bundestagsdrucksache. 13/8444, Satz 91). Obschon für die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Eintragungswahlrecht besteht, tritt mit der Eintragung in das Gesellschaftsregister eine Bindungswirkung ein. Die Gesellschafter müssen sich an ihrer Eintragsentscheidung festhalten lassen und können die Gesellschaft nicht mehr gewillkürt wieder löschen. Insofern unterscheidet sich die Rechtslage von dem geltenden § 105 Absatz 2 Satz 2 HGB in Verbindung mit § 2 Satz 2 und 3 HGB, der für freiwillig im Handelsregister eingetragene, kleingewerbliche oder vermögensverwaltende, Gesellschaften eine gewillkürte Löschung zulässt. Folgerichtig entfällt auch für diese Gesellschaften in Zukunft ein solches Recht und bestimmt § 107 Absatz 2 HGB-E, dass eine Fortsetzung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur im Wege des Statuswechsels, das heißt durch den Wechsel vom Handels- in das Gesellschaftsregister, zulässig ist.“*

(BT-Drucks. 19/27635, S. 133)

b) Der für die GbR zum 1.1.2024 normierte **Grundsatz des § 707a Abs. 4 BGB, dass nach Eintragung der Gesellschaft keine gewillkürte Löschung möglich ist, gilt** über das durch das MoPeG stärker konturierte Verweisungssystem des Personengesellschaftsrechts **auch für alle weiteren Arten von Personengesellschaften.**

aa) Gem. §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB finden auf die Personenhandelsgesellschaften (soweit in den §§ 105 bis 160 HGB nichts anderes vorgeschrieben ist) die Vorschriften des BGB über die Gesellschaft entsprechende Anwendung.

Nach der auf den Einzelkaufmann zugeschnittenen Vorschrift des § 2 S. 3 HGB erfolgt die Löschung der Firma des Kannkaufmanns auf Antrag. Bis zum 1.1.2024 fand § 2 S. 3 HGB über § 105 Abs. 2 S. 2 HGB a. F. auf die kleingewerbliche oder vermögensverwaltende OHG (und über § 161 Abs. 2 HGB auf die KG) entsprechende Anwendung. Nach den bis zum 1.1.2024 geltenden Regelungen konnte daher eine im Handelsregister eingetragene Personenhandelsgesellschaft, die nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HGB erfüllte, aufgrund einfachen Antrags aus dem Handelsregister gelöscht werden. Durch das MoPeG wurde der Verweis in § 105 Abs. 2 S. 2 HGB a. F. aufgehoben. Die Gesetzesbegründung zu § 707a BGB verweist daher richtigerweise darauf, dass sich die Rechtslage für Personenhandelsge-

sellschaften unter Geltung des § 707a Abs. 4 BGB vom bisherigen § 105 Abs. 2 S. 2 i. V. m. § 2 S. 2 und 3 HGB unterscheidet (BT-Drucks. 19/27635, S. 133). In der **Gesetzesbegründung zu § 107 HGB** heißt es:

*„Absatz 2 Satz 2 stellt klar, dass eine kleingewerbliche, vermögensverwaltende und nunmehr auch freiberufliche offene Handelsgesellschaft das Handelsregister zwar wieder verlassen kann, um die Kaufmannseigenschaft abzustreifen. Anders als nach der geltenden Regelung für kleingewerbliche und vermögensverwaltende Gesellschaften wird hierfür aber nicht auf § 2 Satz 3 HGB verwiesen, der die Löschung auf Antrag regelt. Vielmehr muss die Gesellschaft, die den Status einer offenen Handelsgesellschaft freiwillig angenommen hat, einen Statuswechsel zu einer eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts vornehmen, wenn sie ihre Kaufmannseigenschaft ablegen will. Das bedeutet, dass sie die mit der Eintragung im Handelsregister erlangte Transparenz nicht ohne Weiteres ablegen kann.“*

(BT-Drucks. 19/27635, S. 224 f.)

Über den allgemeinen Verweis in § 105 Abs. 3 HGB findet also nun § 707a Abs. 4 HGB auf die Personenhandelsgesellschaft Anwendung (*nicht*: „entsprechende“ Anwendung). Ist daher eine **Personenhandelsgesellschaft** im Handelsregister eingetragen, dann erfolgt also **auch dann keine gewillkürte Löschung** auf Antrag, wenn es sich um eine **kleingewerbliche oder vermögensverwaltende Gesellschaft** handelt, die nach § 107 Abs. 1 HGB erst freiwillig durch Eintragung Personenhandelsgesellschaft geworden ist (die Neuregelung wohl übersehend Koch/Szalai, Personengesellschaftsrecht, 2024, § 707a BGB Rn. 16). Die einzige Möglichkeit, als weiterhin werbende GbR aus dem Handelsregister auszuscheiden, ist der Wechsel in die *eingetragene* GbR im Wege des Statuswechsels. Dies ordnet § 107 Abs. 2 S. 2 HGB ausdrücklich an.

Ein **Rechtsformwechsel von** einer im Handelsregister registrierten (kleingewerblichen bzw. vermögensverwaltenden) **OHG bzw. KG in eine nicht registrierte GbR ist damit ausgeschlossen**.

**bb)** Für die **Partnerschaftsgesellschaft** gilt im Ergebnis **Entsprechendes** wie für die Personenhandelsgesellschaft. Denn auf die Partnerschaft finden gem. § 1 Abs. 4 PartGG die Vorschriften des BGB über die Gesellschaft entsprechende Anwendung. Von dieser Verweisung ist auch § 707a Abs. 4 BGB umfasst. Anhand der vorstehenden Ausführungen zu den Personenhandelsgesellschaften und des dort für die kleingewerblichen und vermögensverwaltenden Gesellschaften bewusst vollzogenen Wandels hin zu dem in § 707a Abs. 4 und § 707c BGB niedergelegten System besteht für uns

kein Anlass, dieses für die PartG abweichend zu beurteilen. Es handelt sich vielmehr um ein stimmiges System zur Absicherung der einmal erlangten Registerpublizität in Bezug auf alle Arten von Personengesellschaften (und zur Vermeidung von Firmenbestattungen, vgl. BT-Drucks. 19/27635, S. 134). Dass die allgemeinen Grundsätze zur Löschung im Register bei der eGbR und bei der PartG entsprechend gelten, zeigt auch die Anpassung von § 393 Abs. 6 FamFG zum 1.1.2024.

### 3. Ergebnis

Eine in einem Register eingetragene und materiell-rechtlich noch existierende **Personengesellschaft** (eGbR, PartG, OHG und KG) **kann nicht** aufgrund einfachen **Löschungsantrags aus dem Register ausscheiden**. Soll die Gesellschaft als werbende Gesellschaft fortbestehen, ist ein Wechsel des Registers (mit dem damit in den meisten Fällen einhergehenden Rechtsformwechsel in eine andere Art der Personengesellschaft) nur im Wege des Statuswechselverfahrens (s. § 707c Abs. 1 BGB) möglich. Die **Löschung** einer PartG bzw. OHG oder KG außerhalb des Statuswechselverfahrens (oder einer Umwandlung nach dem UmwG) erfolgt damit **nur im Anschluss an die Vollbeendigung** der Gesellschaft (§§ 738, 712a Abs. 1 S. 1 BGB, § 150 HGB, § 10 Abs. 1 PartGG).

---

## BGB § 168; GBO §§ 19, 35

### Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Erbfolge aufgrund Berichtigungsbewilligung des transmortal bevollmächtigten Alleinerben?

---

#### I. Sachverhalt

Der verstorbene Grundstückseigentümer hat eine postmortale Vorsorgevollmacht (notariell beurkundet, klassischer Inhalt) erteilt. Bevollmächtigt wurde die alleinige Erbin (einziges Kind, gesetzliche Erbfolge). Ein Erbschein wurde bisher nicht beantragt, was aus Kostengründen auch möglichst vermieden werden soll.

#### II. Fragen

1. Kann die Erbin aufgrund der Vorsorgevollmacht die erforderliche Grundbuchberichtigung vornehmen?
2. Wäre der Fall anders zu beurteilen, wenn die Bevollmächtigte nicht die alleinige Erbin wäre?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Grundsätzliche Überlegungen zum Einsatz einer trans- oder postmortalen Vollmacht

a) Der trans- oder postmortal Bevollmächtigte handelt aus **vom Erblasser abgeleitetem Recht**. Er kann dabei

alle **Rechtsgeschäfte so vornehmen, wie der Erblasser dies selbst hätte tun können** (OLG Hamburg DNotZ 1967, 31; Zinger, in: Bengel/Reimann/Holtz/Röhl, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 8. Aufl. 2023, § 1 Rn. 62). Der transmortale Bevollmächtigte vertritt also zwar den oder die Erben (BGHZ 87, 19, 25; OLG München ZEV 2012, 376; OLG Frankfurt DNotZ 2012, 140), handelt aber – wie gesehen – aus vom Erblasser (Vollmachtgeber) abgeleitetem Recht.

b) Erteilt ein Erblasser eine post- oder transmortale Vollmacht, so tritt nach seinem Tod lediglich eine **Änderung in der Person der Vertretenen** ein (nämlich nunmehr der Erben), **nicht aber hinsichtlich des Umfangs und Inhalts der Vollmacht**. Daher erfasst die durch eine transmortale Vollmacht verliehene Vertretungsmacht anerkanntermaßen nur den Nachlass, dagegen nicht das sonstige Vermögen (Eigenvermögen) der Erben (s. Grüneberg/Weidlich, BGB, 83. Aufl. 2024, Vor § 2197 Rn. 10; MünchKommBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 168 Rn. 38; Staudinger/Dutta, BGB, 2021, Vor § 2197 Rn. 71; Zinger, § 1 Rn. 62; Gutachten DNotI-Report 2017, 156). Infolgedessen kann bspw. eine Erbauseinandersetzung (also der schuldrechtliche Vertrag) hinsichtlich des Nachlasses des Vollmachtgebers grundsätzlich nicht aufgrund einer transmortalen Vollmacht abgeschlossen werden, weil diese Erbauseinandersetzung ein Rechtsgeschäft der Miterben persönlich darstellt. Dieses betrifft die Erbteile als solche, also das Eigenvermögen der Miterben. Der Erblasser selbst hätte das Rechtsgeschäft nicht in gleicher Weise vornehmen können (s. bereits Gutachten DNotI-Report 2017, 156 f.).

Bereits diese allgemeinen Überlegungen deuten darauf hin, dass eine **Grundbuchberichtigung** durch Eintragung der Erbfolge aufgrund einer trans- oder postmortalen Vollmacht **ausscheidet**: Der Erblasser hätte eine derartige Grundbuchberichtigung selbst zu Lebzeiten nicht vollziehbar beantragen können.

## 2. Stellungnahmen zur Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Erbfolge aufgrund einer trans- oder postmortalen Vollmacht

Rechtsprechung und Literatur hatten schon mehrfach Gelegenheit, sich konkret mit der Frage zu beschäftigen, ob eine Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Erbfolge aufgrund Berichtigungsbewilligung des transmortale bevollmächtigten Erben möglich ist. Diese Frage wurde dabei **stets einhellig verneint und der Erbe auf die Führung des Erbnachweises in der Form des § 35 GBO verwiesen** (aus der Rspr.: BayObLG Rpfleger 1994, 410, 412; OLG Stuttgart ZEV 2012, 430; LG Heidelberg NJW 1973, 1088; aus der Lit.: Meikel/

Krause/Weber, GBO, 12. Aufl. 2021, § 35 Rn. 29; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3571 m. Fn. 1671; Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 35 Rn. 9).

Das BayObLG (Rpfleger 1994, 410, 412) urteilt knapp, die Berichtigung des Grundbuchs aufgrund Bewilligung sei im Fall der Erbfolge teilweise durch die Natur der Sache, im Übrigen (etwa bei Eintritt der Nacherbfolge zu Lebzeiten des Vorerben) durch die Sondervorschrift des § 35 Abs. 1 S. 1 GBO ausgeschlossen. Ausführlicher argumentiert das LG Heidelberg (NJW 1973, 1088): Aus seiner Sicht ermächtigt die vom Erblasser über den Tod hinaus erteilte Vollmacht den Antragsteller nicht, eine Bewilligung auf Eintragung der ungeteilten Erben-gemeinschaft abzugeben. **Der Bewilligung liege kein gewillkürtes Rechtsgeschäft zugrunde, eine Vertretung im Willen des Vollmachtgebers sei hierbei nicht möglich**. Abgesehen davon hätte auch der Vollmachtgeber selbst zu Lebzeiten eine dahingehende Bewilligung nicht wirksam abgeben können, sodass der Bevollmächtigte hierzu ebenfalls nicht in der Lage sei, auch wenn der Erbfall nunmehr eingetreten sei. Darüber hinaus sei die Bewilligung zur Berichtigung des Grundbuchs auch aus anderen Gründen nicht ausreichend: Sei die bewilligte Eintragung inhaltlich zulässig, so könne eine Ablehnung durch das Grundbuchamt grundsätzlich nur erfolgen, wenn es wisse, dass mit der Eintragung das Grundbuch inhaltlich unrichtig würde. Eine Einschränkung gelte jedoch auch hier für den Fall, dass es sich um die Eintragung eines Rechts für Erben als solche handele. In diesem Fall sei das Grundbuchamt verpflichtet, den urkundlichen Nachweis des Erbrechts nach Maßgabe des § 35 GBO zu verlangen, da nach §§ 51, 52 GBO das Grundbuchamt bei Eintragung von Erben als solchen von Amts wegen für die Eintragung einer etwaigen Nacherbfolge und einer Testamentsvollstreckung Sorge zu tragen habe, sich also mit bloßen Erklärungen Beteiligter nicht begnügen dürfe. Ob derartige Eintragungen in Frage kämen, sei nur in der Form des § 35 GBO zu klären.

Wieder einen andersartigen Begründungsansatz für das identische Ergebnis vertritt das OLG Stuttgart (ZEV 2012, 430, 431): Im unterbreiteten Sachverhalt seien die Erben und damit die vom transmortale Bevollmächtigten Vertretenen unbekannt, solange die Erbfolge dem Grundbuchamt nicht urkundlich nachgewiesen werde. Zwar könnten sie infolgedessen nicht am Verfahren beteiligt werden und etwaige Einwendungen bezüglich des Fortbestands der Vollmacht oder eines Vollmachtsmissbrauchs erheben, die dann der Prüfungspflicht und der freien Beweiswürdigung des Grundbuchamts unterlägen. Dies könne aber dem transmortale Bevoll-



mächtigten, der gerade den von ihm verlangten urkundlichen Nachweis der Erbfolge verweigere und damit das dem Notariat zustehende Prüfungsrecht hinsichtlich der Vertretungsmacht vereitere, nicht zum Vorteil gereichen und möglicherweise dazu führen, dass das Grundbuch durch die Eintragung der Eigentumsänderung unrichtig werden würde. Denn ein Berichtigungsantrag sei zurückzuweisen, wenn sich aus den mit der Berichtigungsbewilligung vorgelegten Urkunden oder aus anderen dem Grundbuchamt bekannten Umständen ergebe, dass das Grundbuch durch die der Bewilligung entsprechende Eintragung unrichtig werden würde.

Die oben angeführten Literaturfundstellen beschränken sich, soweit sie das einhellig vertretene Ergebnis nochmals begründen, auf ein zustimmendes Referat der vorliegenden Judikatur.

Gegen den vorstehend dargestellten Standpunkt der ganz h. M. ließe sich anführen, dass der Generalbevollmächtigte grundsätzlich unstreitig zur Abgabe von Berichtigungsbewilligungen für den verstorbenen Vollmachtgeber und damit nunmehr auch für die Erben berufen ist. Dies kommt beispielsweise bei der Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmanns gem. § 152 UmwG im Betracht (dazu allg. Schöner/Stöber, Rn 995e f.). Im Allgemeinen genügt es zudem, wenn der Berichtigungsbewilligung eine schlüssige Darlegung der Unrichtigkeit des Grundbuchs angefügt wird (s. z. B. OLG Naumburg NotBZ 2015, 65; BayObLG DNotZ 1991, 598; Meikel/Böttcher, § 22 Rn 109 m. w. N.). Schlüssigkeit ist aber schon dann zu bejahen, wenn das tatsächliche Vorbringen als richtig *unterstellt* den Antrag rechtfertigt (Eickmann, Rpfleger 1981, 213, 217). Trotzdem halten wir das von der h. M. vertretene Ergebnis für angemessen: Die **Wertung des § 35 GBO** mit dem dort festgelegten Nachweistypenzwang **sollte nicht durch Einsatz einer transmortalen Vollmacht umgangen werden können**.

### 3. Erlöschen der Vollmacht wegen Konfusion nicht entscheidungserheblich

Der Fortbestand der vorliegenden Vorsorgevollmacht ist im unterbreiteten Sachverhalt ohnehin noch aus einem weiteren Grund problematisch: Nach der Sachverhaltschilderung ist die Bevollmächtigte zugleich Alleinerbin des verstorbenen Vollmachtgebers geworden. Unter Berufung auf den Konfusionsgedanken ist das automatische **Erlöschen einer an sich transmortal erteilten Vollmacht** in der Rechtsprechung vor allem für die hier gegebene Fallgruppe vertreten worden, dass der **Bevollmächtigte den Erblasser alleine beerbt** (für ein Erlöschen in dieser Grundkonstellation:

OLG Hamm RNotZ 2013, 382 = DNotI-Report 2013, 70). Seither ist zu diesem Problemkreis eine ausgedehnte Diskussion in Gang gekommen (Überblick zum Meinungsstand etwa bei MünchKommBGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 1922 Rn. 103; BeckOGKBGB/Huber, Std.: 1.11.2021, § 168 Rn. 62 ff.).

Im Anschluss an das OLG Hamm ist auch von anderen Gerichten ein Erlöschen der Vollmacht durch Konfusion befürwortet worden, wenn der Bevollmächtigte – wie hier – Alleinerbe des Vollmachtgebers geworden war (OLG München NJW 2016, 3381). Dagegen sollte nach einer ausdrücklichen Entscheidung des OLG Schleswig (ZEV 2015, 225) der grundbuchliche Vollzug eines Rechtsgeschäfts, das ein Bevollmächtigter aufgrund einer trans- oder postmortal wirkenden Vollmacht eines verstorbenen eingetragenen Berechtigten vornimmt, auch dann **nicht** von einem **Erbnachweis nach § 35 GBO** abhängig sein, wenn der **Bevollmächtigte Miterbe** ist.

Aus Sicht der Rechtsprechung sollte die Vollmacht unabhängig vom Konfusionsgedanken aufgrund der Wirkungen des § 172 BGB in jedem Fall verwertbar bleiben, solange der auftretende Bevollmächtigte nur mutmaßlich Alleinerbe des Vollmachtgebers geworden ist (OLG München NJW 2016, 3381). Schädlich soll es demgegenüber sein, wenn der Bevollmächtigte die Willenserklärung für den eingetragenen Eigentümer (= Vollmachtgeber und Erblasser) abgibt, jedoch gleichzeitig erklärt, Alleinerbe zu sein (OLG München NJW 2016, 3381; s. aus jüngerer Zeit noch weiter einschränkend KG DNotZ 2021, 703 m. Anm. Meier, OLG Bremen ErbR 2023, 948; OLG Nürnberg DNotI-Report 2024, 94 = ZEV 2024, 400).

Für den unterbreiteten Sachverhalt kann diese Streitfrage jedoch letztlich dahingestellt bleiben. Denn selbst wenn nicht bereits der Konfusionsgedanke mit Ableben des Erblassers zum Erlöschen der zugunsten des Alleinerben erteilten Vollmacht führen würde, wäre diese **Vollmacht jedenfalls für die hier erstrebte Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Erbfolge aus den in Ziff. 2 genannten Gründen nicht verwendbar**.

### 4. Ergebnis

Die **Eintragung der Erbfolge** aufgrund einer **Berichtigungsbewilligung seitens der transmortal bevollmächtigten Erbin** ist nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur **nicht möglich**. Dies gilt unabhängig davon, ob die transmortal Bevollmächtigte Alleinerbin des Vollmachtgebers oder nur Miterbin ist.

# Rechtsprechung

HGB § 15 Abs. 1; BGB §§ 164, 177, 242, 433; GmbHG §§ 35, 49 Abs. 2, 50 Abs. 3 S. 1; AktG § 179a

**Fehlende Eintragung der Geschäftsführerabberufung im Handelsregister; negative Publizität; Missbrauch der Vertretungsmacht**

a) Die Berufung auf die fehlende Eintragung einer eintragungspflichtigen Tatsache ist dem Dritten gem. § 15 Abs. 1 HGB nur dann verwehrt, wenn er positive Kenntnis von der einzutragenden Tatsache hat; ein Kennenmüssen oder eine grob fahrlässige Unkenntnis genügen demgegenüber nicht.

b) Die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht gelten auch im Anwendungsbereich des Rechtsscheintatbestands des § 15 Abs. 1 HGB.

BGH, Urt. v. 9.1.2024 – II ZR 220/22

## Problem

Die Mehrheitsgesellschafterin einer Immobilien-GmbH forderte den Geschäftsführer zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung auf. Der Geschäftsführer kam diesem Ansinnen nach, unterschrieb jedoch die Ladung nicht. Daraufhin lud die Mehrheitsgesellschafterin selbst zu einer Gesellschafterversammlung, die sodann einen Mehrheitsbeschluss über die Abberufung des Geschäftsführers fasste. Zwei Tage nach der Beschlussfassung verkaufte der Geschäftsführer im Namen der GmbH ein Grundstück, das im Wesentlichen das gesamte Vermögen der GmbH darstellte, an einen Dritten zu einem aus Sicht der Mehrheitsgesellschafterin zu niedrigen Kaufpreis. Die Abberufung des Geschäftsführers war zu diesem Zeitpunkt nicht im Handelsregister eingetragen. Die Gesellschafterversammlung hatte dem Verkauf nicht zugestimmt. Dem Käufer war zwar bekannt, dass die Gesellschafter einen Abberufungsbeschluss gefasst hatten, ihm war allerdings auch bewusst, dass angesichts der Ladung durch die Mehrheitsgesellschafterin Zweifel an der Wirksamkeit des Beschlusses bestanden. Der als Zeuge vernommene Notar erklärte, er habe im Verlauf der Beurkundung des Kaufvertrages den Hinweis gegeben, dass es keines internen Gesellschafterbeschlusses bedürfe. Ob dies der Käufer im Einzelnen wahrgenommen hat, ist strittig.

## Entscheidung

Im Kern geht es in der Entscheidung um die Frage, ob die Verkäufergesellschaft beim Kaufvertragsschluss wirksam vertreten wurde.

Der BGH bestätigt zunächst, dass der Kaufvertrag **nicht** bereits mangels Beschlusses der Gesellschafter-

versammlung **in entsprechender Anwendung des § 179a AktG nichtig** ist (so bereits BGH DNotZ 2020, 136 Rn. 9 ff.). Nach Ansicht des BGH wäre eine solche Beschränkung der Vertretungsmacht bei einer GmbH aufgrund der weitreichenden Mitwirkungs-, Kontroll- und Informationsrechte der Gesellschafter systemfremd.

Der BGH gelangt weiter zu dem Ergebnis, dass der Geschäftsführer aufgrund des wirksamen Abberufungsbeschlusses im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses materiell-rechtlich nicht mehr organschaftlicher Vertreter der Verkäufer-GmbH gem. § 35 Abs. 1 GmbHG war. Insbesondere habe die Mehrheitsgesellschafterin die Gesellschafterversammlung aufgrund des ihr zustehenden Selbsthilferechts gem. § 50 Abs. 3 S. 1 GmbHG einberufen können. Der BGH hält das Selbsthilferecht nach § 50 Abs. 3 S. 1 GmbHG auch dann für gegeben, wenn der Geschäftsführer die Gesellschafterversammlung **formell nicht ordnungsgemäß** (hier: ohne Unterschrift auf der Ladung) einberufen hat.

Gleichwohl wird laut BGH die organschaftliche **Vertretungsmacht** des Geschäftsführers gem. § 15 Abs. 1 GmbHG (sog. **negative Publizität**) **fingiert**, da seine Abberufung im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses nicht im Handelsregister eingetragen war. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass der Käufer Kenntnis vom Vorhandensein des Abberufungsbeschlusses sowie der Zweifel an der Wirksamkeit des Beschlusses gehabt habe. Gem. § 15 Abs. 1 Hs. 2 HGB könne sich der Käufer auf die fehlende Eintragung des Abberufungsbeschlusses lediglich dann nicht berufen, wenn diesem die **Wirksamkeit** und nicht lediglich das Vorhandensein eines Abberufungsbeschlusses **positiv bekannt** sei. Wenn der Dritte wisse, dass die Wirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses in Zweifel gezogen werde, schließe dies die positive Kenntnis i. S. d. § 15 Abs. 1 Hs. 2 HGB aus. Den Dritten treffen nach Ansicht des BGH diesbezüglich keine weiteren Nachforschungspflichten. Der BGH wendet auf die fingierte Vertretungsmacht des § 15 Abs. 1 HGB im nächsten Schritt allerdings die **Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht** an: Die Vertretungsmacht nach § 15 Abs. 1 HGB dürfe nämlich nicht weiter gehen als die tatsächlich bestehende rechtsgeschäftliche oder organschaftliche Vertretungsmacht. Danach sei das Vertrauen in den Bestand der Vertretungsmacht nicht schutzwürdig, wenn dem Geschäftsgegner die fehlende Vertretungsmacht bekannt sei oder hätte bekannt sein müssen.

Der Geschäftsführer sei bei **besonders bedeutsamen Geschäften nach § 49 Abs. 2 GmbHG** angehalten, im Innenverhältnis die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einzuholen. Die Verpflichtung zur Ver-

äußerung eines Grundstücks, welches das **wesentliche Vermögen der Gesellschaft** ausmacht, bedarf nach Ansicht des BGH daher eines internen Gesellschafterbeschlusses gem. § 49 Abs. 2 GmbHG.

Der BGH erachtet einen Missbrauch der Vertretungsmacht dann für gegeben, wenn der Vertreter das rechtliche Dürfen (Innenverhältnis) im Außenverhältnis in ersichtlich verdächtiger Weise überschreitet (sog. Evidenz). Voraussetzung sei dabei eine massive Verdachtsmomente voraussetzende **objektive Evidenz** des Missbrauchs der Vertretungsmacht, sodass sich Rückfragen bei dem Vertretenen geradezu hätten aufdrängen müssen.

Der BGH erläutert, dass sich bei der für den Käufer ersichtlichen Veräußerung des nahezu gesamten Vermögens einer Gesellschaft selbst **einem juristischen Laien hätte aufdrängen müssen**, dass dafür ein interner Gesellschafterbeschluss erforderlich sei. Folglich bejaht der BGH einen Missbrauch der Vertretungsmacht.

Der BGH untersucht sodann, ob der vorliegende **Rechtsirrtum des Käufers** über die Notwendigkeit eines internen Gesellschafterbeschlusses **beachtlich** war. Nach dem BGH ist ein Rechtsirrtum über das Beschlusserfordernis noch unschädlich, wenn dieser auf lediglich *einfacher* Fahrlässigkeit beruht. Laut BGH handelt es sich im konkreten Fall jedoch um einen evidenten und damit auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Rechtsirrtum seitens des Käufers. Dieser evidente Rechtsirrtum sei wiederum nur dann ausnahmsweise unschädlich, wenn er auf einem (fehlerhaften) **Rechtsrat einer Vertrauensperson (hier: des Notars) beruhe**. *Ob* der Rechtsirrtum des Käufers tatsächlich auf dem (fehlerhaften) Rat des Notars beruhe, müsse das Berufungsgericht durch eine erneute Beweisaufnahme entscheiden.

#### Praxishinweis

Die Entscheidung unterstreicht die Notwendigkeit, die Abberufung des Geschäftsführers in der Praxis umgehend zum Handelsregister anzumelden. Gleichzeitig zeigt sie auf, dass auch die Berufung auf die negative Publizität des Handelsregisters Grenzen hat. Die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht sind ebenso zu beachten.

## Literaturhinweise

**T. Böhme**, Die Feststellung der Testierfähigkeit in der notariellen Praxis – eine Chance zum Aufbruch in eine neue Interdisziplinarität zwischen Rechtswissenschaft und Medizin, BWNotZ 2024, 176

**M. Hermanns**, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) in der Gesellschafterliste der GmbH, DNotZ 2024, 485

## Veranstaltungen

### 18. Regensburger Immobilienrechtstag

„Immobilienrecht in der Beratungs- und Gestaltungspraxis“

#### Veranstaltungsort:

IRE|BS Institut für Immobilienwirtschaft, Vielberth-Gebäude, Raum H 26 / 2.OG, Universität Regensburg

#### Datum:

Freitag, 25.10.2024, 9:00 Uhr

#### Anmeldung und Kontakt:

Prof. Dr. Wolfgang Servatius, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht, Universitätsstraße 31, 93053 Regensburg, Tel: +49 941 943 2297, E-Mail: immobilienrechtstag2024@ur.de – bis zum 10.10.2024

---

### Tagung des Rheinischen Instituts für Notarrecht der Universität Bonn

„Geldwäschebekämpfung in der notariellen Praxis“

#### Veranstaltungsort:

Universität Bonn, Hörsaal G – Juridicum, Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn

#### Datum:

Donnerstag, 31.10.2024, 16:00 Uhr

#### Anmeldung und Kontakt:

Universität Bonn, Rheinisches Institut für Notarrecht, Adenauerallee 46a, 53113 Bonn; E-Mail: notarrecht@uni-bonn.de

---

### Gesellschafts- und Registerrecht für Mitarbeiter (Tondorf), 5.9.2024 Bochum – Hybrid-Veranstaltung

**22. Jahresarbeitstagung des Notariats** (Brückner/Heckschen/Müller-Engels/Schmitt/Guhling/Winnen/Ehrl/Karczewski/Wälzholz/Weber/Hamdorf/Born/Remmert/Wartenburger/Bernert/Keim/Kessler/Bernau/Göbel/Freier/Loose/Mayer/Herrmann), 12.-14.9.2024 Berlin – Hybrid-Veranstaltung

**Gestaltungstraining GmbH** (Szalai/Staake), 25.9.2024  
Berlin – Hybrid-Veranstaltung

**Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis  
des Notariats** (Tondorf), 23.-27.9.2024 Heusenstamm  
– Hybrid-Veranstaltung

**Die Immobilie in der Krise** (Krauß), 28.9.2024 Köln

Weitere Termine für **September 2024**, Anmeldung und  
aktuelle Informationen unter [www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de)

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

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

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

**Redaktion:** Notarassessorin Katharina Baunach

**Bezugsbedingungen:**

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

**Bezugspreis:**

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mit-  
glieder 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 wer-  
den. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich  
geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Ver-  
wertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäfts-  
stelle 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 §§ 715, 720, 707 Abs. 2 Nr. 3; GesRV § 4 Abs. 3  
– Eingetragene GbR: Bestellung eines Dritten als „Geschäftsführer“ zum organschaftlichen Vertreter; Abdingbarkeit der Selbstorganschaft

BGB §§ 705, 707, 712a, 723; EGBGB Art. 229 § 21; GBO §§ 19, 22, 29, 35, 39, 40, 47 – Keine Eintragungspflicht einer im Grundbuch eingetragenen GbR bei „Anwachsung“ des Gesellschaftsvermögens aufgrund Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters

#### Literaturhinweise

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**BGB §§ 715, 720, 707 Abs. 2 Nr. 3; GesRV § 4 Abs. 3**

**Eingetragene GbR: Bestellung eines Dritten als „Geschäftsführer“ zum organschaftlichen Vertreter; Abdingbarkeit der Selbstorganschaft**

#### I. Sachverhalt

Die Gesellschafter einer GbR hatten einem Dritten vor dem 1.1.2024 eine notariell beglaubigte Vollmacht erteilt, wonach dieser „die Geschäftstätigkeit der GbR vollständig wahrnehmen“ konnte. Nach dem 1.1.2024 haben die Gesellschafter die GbR zur Eintragung ins Gesellschaftsregister angemeldet. Laut Anmeldung soll der Bevollmächtigte einzelvertretungsberechtigter und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Geschäftsführer der eGbR sein. Zur Vertretungsbefugnis

der Gesellschafter verhält sich die Anmeldung hingegen nicht.

Das Gesellschaftsregister beanstandet, dass der Dritte nicht als Geschäftsführer angemeldet werden könne, denn die organschaftliche Vertretung der Gesellschaft obliege allein den Gesellschaftern.

#### II. Frage

Hat das Registergericht Recht?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Selbstorganschaft als Grundmerkmal der Personengesellschaft

Die Selbstorganschaft gehört zu den grundlegenden Merkmalen nicht nur der GbR, sondern der Personengesellschaft allgemein. Sie besagt, dass **Organfunktionen** in der Personengesellschaft **untrennbar mit der Gesellschafterstellung verbunden** sind (Fleischer, NZG 2020, 601, 604). Begründet wurde dies bisher uneinheitlich (Unterschied zwischen Gesamthand und juristischer Person, Gleichlauf von „Haftung und Herrschaft“), der zwingende Charakter wurde je-

doch von der herrschenden Meinung nicht bezweifelt (vgl. m. w. N. Fleischer, NZG 2020, 601, 604; s. auch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 14 II, S. 410).

**Gesetzliche Ausprägung** findet die Selbstorganschaft – nach dem MoPeG – in § 715 Abs. 1 BGB n. F. zur Geschäftsführungsbefugnis und in § 720 Abs. 1 BGB n. F. zur organschaftlichen Vertretung der Gesellschaft (vgl. MünchKommBGB/Schäfer, 9. Aufl. 2024, § 715 Rn. 13). Äußerlich scheint sich insoweit nicht viel verändert zu haben (vgl. §§ 709 Abs. 1, 714 BGB a. F.). Zwar wurde im Gesetzgebungsverfahren teilweise auf eine Abschaffung des Prinzips gedrungen (vgl. K. Schmidt, ZHR 2021, 16, 34 m. w. N.; BeckOK-BGB/Schöne, Std.: 1.8.2024, § 715 Rn. 10), diese Stimmen haben sich indes nicht durchgesetzt (vgl. BeckOK-BGB/Schöne, § 715 Rn. 7).

## 2. Meinungsüberblick zur Abdingbarkeit der Selbstorganschaft

Eine andere Frage ist, ob das weiterhin geltende Prinzip der Selbstorganschaft einer gesellschaftsvertraglichen Abbedingung zugänglich ist.

Die **Gesetzesbegründung** (BT-Drucks. 19/27635, S. 150) ist einerseits vage (vgl. auch Grüneberg/Retzlaff, BGB, 83. Aufl. 2024, § 715 Rn. 3) und offen: Welche Schlussfolgerungen aus § 715 Abs. 1 BGB für die „Geltung des Grundsatzes der Selbstorganschaft“ zu ziehen seien, bleibe der Klärung durch die Rechtsprechung vorbehalten. Andererseits bezeichnet sie aber in den Ausführungen zu § 720 BGB die Selbstorganschaft als „systembildenden Grundsatz“ (BT-Drucks. 19/27635, S. 164).

**Für die Möglichkeit der Abbedingung** spricht sich insbesondere *Schöne* (in: BeckOK-BGB, § 715 Rn. 8 ff., § 720 Rn. 3) aus. Er weist auf den rechtssystematischen Umstand hin, dass § 715 BGB im gem. § 708 BGB dispositiven Teil des Gesetzes steht. Auch in § 720 Abs. 1 BGB solle nur der Regelfall bestimmt sein, da die Norm selbst den Vorbehalt der abweichenden gesellschaftsvertraglichen Regelung enthalte (BeckOK-BGB/Schöne, § 715 Rn. 11). Erforderlich sei jedoch eine Korrektur bei § 707 Abs. 2 Nr. 3 BGB, der bisher lediglich die „Angabe der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter“ verlangt (BeckOK-BGB/Schöne, § 715 Rn. 16.1). Aus mehr allgemeinen Erwägungen hält auch *Bergmann* (in: jurisPK-BGB, 10. Aufl. 2023, § 715 Rn. 6 f., § 720 Rn. 9) die Selbstorganschaft für abdingbar (s. ferner – unklar – Hopt/Roth, HGB, 43. Aufl. 2024, § 124 Rn. 6: organschaftliche Vertreter könnten „idR“ nur Gesellschafter sein).

Die **wohl herrschende Meinung** in der Literatur geht hingegen von einer unveränderten Geltung des Prinzips der Selbstorganschaft aus, was zugleich dessen **Unabdingbarkeit** impliziert. Allerdings wird dieser Standpunkt teilweise nicht besonders begründet (s. Bachmann, NJW 2021, 3073 Rn. 12; Servatius, GbR, 2023, § 720 Rn. 9; Grüneberg/Retzlaff, § 715 Rn. 3; K. Schmidt, ZHR 2021, 16, 34; BeckOGK-HGB/Scholl, Std.: 15.4.2024, § 116 Rn. 78; BeckOK-HGB/Klimke, Std.: 1.7.2024, § 124 Rn. 5; Henssler/Strohn/Steitz, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 124 HGB Rn. 13; Oetker/Boesche/Fest, HGB, 8. Aufl. 2024, § 124 Rn. 7; Haas, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Mock/Wöstmann, HGB, 6. Aufl. 2023, § 124 Rn. 2 ff.).

*Ceesay* (in: Koch, Personengesellschaftsrecht, 2024, § 720 BGB Rn. 6) sieht die zwingende Selbstorganschaft seit dem MoPeG sogar als jedem Zweifel entzogen an, denn der Gesetzgeber habe ungeachtet der Kritik am Prinzip die entsprechenden Regeln geschaffen und die Selbstorganschaft als systembildenden Grundsatz apostrophiert. In ähnlicher Weise erkennt *M. Noack* (in: Ebenroth/Boujong, HGB, 5. Aufl. 2024, § 124 Rn. 15 f.) im reformierten Recht ein Festhalten des Gesetzgebers an der Selbstorganschaft als Wesensmerkmal der Personengesellschaft: Obgleich der Grundsatz nirgends explizit normiert sei, soll er als gesetzgeberische Wertentscheidung zu erkennen sein. *Lieder* (in: Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 715 Rn. 2, 12 f.) spricht von einem „unveränderten Bekenntnis des positiven Rechts zum Prinzip der Selbstorganschaft“ (s. i.Ü. Oetker/Lieder, § 116 Rn. 26).

*Schäfer* (in: MünchKommBGB, § 715 Rn. 13) stellt die Unabdingbarkeit ebenso wenig in Frage und leitet die zwingende Gesellschaftergeschäftsführung auch aus § 711a S. 1 BGB (Abspaltungsverbot) her (s. ferner MünchKommBGB/Schäfer, § 720 Rn. 4). *Wertenbruch* (in: Westermann/Wertenbruch, Handbuch Personengesellschaften, Std.: 10/2023, Teil I GesR § 16 Rn. 310) rekurriert ebenfalls auf den „systembildenden Grundsatz“.

## 3. Stellungnahme

Unseres Erachtens **spricht im Ergebnis wenig dafür, dass die Selbstorganschaft** nunmehr – anders als vor dem MoPeG – **abdingbar** wäre. Die systematische Argumentation *Schönes* überzeugt nur vordergründig: Es ist zwar richtig, dass die in § 715 Abs. 1 BGB und § 720 Abs. 1 BGB niedergelegten Grundsätze einer gesellschaftsvertraglichen Modifizierung zugänglich sind. § 715 Abs. 1 BGB ist nach dem klaren Wortlaut des § 708 BGB (der sich auf die §§ 709-718 BGB bezieht)

grundsätzlich dispositiv. Der Wortlaut des § 720 Abs. 1 BGB hingegen lässt kein klares Urteil darüber zu, worauf sich dessen Dispositivität bezieht – nur auf die *Gesamt*vertretung oder auch auf die Vertretung *durch die Gesellschafter*? Man darf weiterhin diese gesetzlichen Regelungen nicht mit „dem Prinzip der Selbstorganschaft“ gleichsetzen. Die fraglichen Bestimmungen sind gewiss Ausfluss dieses Prinzips, das Prinzip selbst ist aber im Gesetz gar nicht ausdrücklich geregelt (so ausdrücklich Ebenroth/Boujong/M. Noack, § 124 Rn. 16; vgl. auch Koch/Ceasay, § 720 BGB Rn. 6). Die gesetzlich eröffnete Vertragsfreiheit läuft dadurch auch nicht leer, sondern kann sich in anderen naheliegenden Modifizierungen äußern (z. B. Zuweisung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis an einzelne Gesellschafter). Die Bemerkungen aus der Gesetzesbegründung sollte man nicht überbewerten: Einerseits sind sie im Hinblick auf eine Änderung der Rechtslage mehr als vage, andererseits kann man ihnen sogar eine Herausstellung der Selbstorganschaft als systemtragendes Prinzip entnehmen.

Eine gesetzliche Kehrtwende im Sinne einer Abdingbarkeit müsste sich u. E. auf andere Anhaltspunkte stützen lassen. Es ist nicht ohne Weiteres anzunehmen, dass ein – zumindest in der Vergangenheit – derart wesentliches und systemprägendes Prinzip wie das der Selbstorganschaft „unter der Hand“ dispositiv wird. Diese Einschätzung dürfte sich in den vielen Literaturstimmen widerspiegeln, die über die Abdingbarkeit nicht einmal ernstlich nachdenken. Im Übrigen stützt auch das Gesetz selbst mit § 707 Abs. 2 Nr. 3 BGB (bzw. § 106 Abs. 2 Nr. 3 HGB) die These der Unabdingbarkeit: Lediglich die Eintragung der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter ist vorgesehen. Das verträgt sich zwanglos mit der Fortgeltung des materiellen Grundsatzes der Selbstorganschaft, während die Gegenansicht hierin eine Unstimmigkeit erkennen muss.

#### 4. Fazit

Das Prinzip der Selbstorganschaft ist u. E. auch nach Inkrafttreten des MoPeG unabdingbar und nicht dispositiv. Die gegenteilige Ansicht überzeugt nicht. Freilich ist derzeit nicht auszuschließen, dass die von ihr vorgebrachten systematischen Argumente Anlass für eine breitere Diskussion bieten werden, die die Abdingbarkeit der Selbstorganschaft künftig zu einer offenen Frage machen könnte. Das Registergericht hat somit u. E. recht.

Das Verbot der Fremddorganschaft führt in der Praxis jedoch zu keinen erheblichen Nachteilen, weil die Beteiligten auch mit einer beglaubigten Vollmacht (der eGbR) in Kombination mit einer Existenz- und Ver-

tretungsbescheinigung des Notars gem. § 21 Abs. 1 BNotO ohne Schwierigkeiten den Nachweis der Vertretungsmacht des Bevollmächtigten führen können. Dies gilt insbesondere im Grundbuchverfahren (§ 32 Abs. 1 GBO).

---

### BGB §§ 705, 707, 712a, 723; EGBGB Art. 229 § 21; GBO §§ 19, 22, 29, 35, 39, 40, 47

### Keine Eintragungspflicht einer im Grundbuch eingetragenen GbR bei „Anwachsung“ des Gesellschaftsvermögens aufgrund Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters

---

#### I. Sachverhalt

Die Eheleute M und F sind in Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Eigentümer einer Immobilie im Grundbuch eingetragen. M ist im Jahre 2023 verstorben. Es existiert ein Erbschein, der F als Alleinerbin ausweist.

Sämtliche Vorgänge spielten sich vor Inkrafttreten der registerrechtlichen Gesetzesänderungen betreffend die GbR ab. Nunmehr, nach Inkrafttreten der Regelungen zum GbR-Register, möchte F den Grundbesitz auf ihre beiden Kinder übertragen.

#### II. Fragen

1. Muss die GbR zwischen M und F erst noch in das Gesellschaftsregister eingetragen werden, anschließend das Grundbuch in einem ersten Schritt „auf die eGbR“ richtiggestellt werden, bevor in einem zweiten Schritt F als Alleineigentümerin eingetragen werden kann?

2. Wie läge der Fall, wenn M erst im Jahre 2024, d. h. nach Inkrafttreten der Reform gestorben wäre und die GbR aufgelöst wurde, ohne dass vor dem Erbfall eine (Erst-)Eintragung erfolgt wäre?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Folgen des Todes des M für die GbR

Nach der **bis zum 31.12.2023 geltenden Rechtslage** (§ 727 Abs. 1 BGB a. F.) wandelte sich eine GbR vorbehaltlich abweichender Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag mit dem Tod eines Gesellschafters grundsätzlich in eine **Abwicklungsgesellschaft** um, sodass der Erbe bzw. die Erbengemeinschaft Gesellschafter der Liquidationsgesellschaft und Inhaber des entsprechenden Anspruchs auf das Auseinandersetzungsguthaben wurde (Grüneberg/Weidlich, BGB, 83. Aufl. 2024, § 1922 Rn. 14; MünchKommBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 727 Rn. 6). Wurde jedoch – wie vorliegend F – der letzte verbleibende Gesellschafter Alleinerbe des verstorbenen Gesellschafters, so trat hingegen

**liquidationslose Vollbeendigung** ein (vgl. Grüneberg/Sprau, 82. Aufl. 2023, § 727 Rn. 3; OLG München, MittBayNot 2018, 138, 140).

Auch wenn der Gesellschaftsvertrag eine **Fortsetzungsklausel** enthielt, nach der die GbR im Fall des Todes eines Gesellschafters – und in Ermangelung einer Nachfolgeklausel – *allein* mit den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt werden sollte, so führte der Tod und das damit verbundene Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters wegen des Verbots (bzw. der Nichtexistenz) einer Ein-Mann-Personengesellschaft zum mitunter (unpräzise) auch als „Anwachsung“ bezeichneten **Übergang des Gesellschaftsvermögens im Wege der Gesamtrechtsnachfolge** unter **liquidationsloser Vollbeendigung der GbR** (MünchKommBGB/Schäfer, § 736 Rn. 9). Im hier zu beurteilenden Fall gelangt man mithin sowohl mit als auch ohne Fortsetzungsklausel zu dem Ergebnis, dass die GbR liquidationslos vollbeendet und F im Wege der Gesamtrechtsnachfolge Alleineigentümerin des Grundstücks geworden ist.

**Seit dem 1.1.2024** sieht das Gesetz als Regelfall das **Ausscheiden eines verstorbenen Gesellschafters** (§ 723 Abs. 1 Nr. 1 BGB) sowie für den Fall des Todes des vorletzten Gesellschafters das **liquidationslose Erlöschen der Gesellschaft** und den **Übergang des Gesellschaftsvermögens im Wege der Gesamtrechtsnachfolge** auf den verbleibenden Gesellschafter (§ 712a Abs. 1 BGB) vor. Was die Universalsukzession in Bezug auf das Gesellschaftsvermögen betrifft, ist § 712a Abs. 1 S. 2 BGB allerdings nur klarstellender Natur; bislang wurde diese Rechtsfolge z. T. – wenngleich zu Recht nicht unbestritten – auf das Anwachsungsprinzip gestützt, vgl. § 738 Abs. 1 S. 1 BGB a. F. (vgl. BT-Drucks. 19/27635, S. 147; Wertenbruch, ZPG 2023, 1, 3; BeckOK-BGB/Schöne, Std.: 1.2.2024, BGB § 712a Rn. 2; MünchKommBGB/Schäfer, 9. Aufl. 2024, § 712a Rn. 1).

## 2. Kein Erfordernis einer Voreintragung der (nicht mehr existenten) GbR in das Gesellschaftsregister

Mit Blick auf das Erfordernis einer Voreintragung der GbR in das Gesellschaftsregister (Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB; s. hierzu auch DNotI-Report 2024, 89 ff.) wird einhellig vertreten, dass im Falle der **Gesamtrechtsnachfolge wegen des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters** aus der Gesellschaft selbst bei einem Ausscheiden ab dem 1.1.2024 eine **teleologische Reduktion des Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB** vorzunehmen sei, da die Nichteintragung keine normativ unerwünschte Grundbuchlage perpetuiere (so Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 328 f.; Krauß, notar 2023, 339; Luy/Sorg, DNotZ 2023, 657, 672; Kramer, FGPrax

2023, 193, 196; Kratzlmeier, ZfIR 2023, 197, 204; a. A. aber Schäfer/Hermanns, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 2 Rn. 43; Aumann, notar 2022, 99, 104). Zur Begründung wird auch auf **§ 40 GBO analog** zurückgegriffen und entsprechend Art. 229 § 21 Abs. 3 S. 2 EGBGB n. F. eine bloße Berichtigungsbevollmächtigung der eingetragenen Gesellschafter verlangt (Wobst, ZPG 2023, 58, 61; Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 328 f.).

Unseres Erachtens ist das Ergebnis der vorgenannten Auffassung für die Fälle der Gesamtrechtsnachfolge nach § 712a BGB sogar zwingend, doch bedarf es hierfür weder einer teleologischen Reduktion von Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB noch einer analogen Anwendung von § 40 GBO (s. a. Gutachten DNotI-Report 2024, 89, 92). Denn aufgrund des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters erlischt die Gesellschaft sofort, sie wird liquidationslos beendet (s. o.). **Es kann keine GbR mehr in das Gesellschaftsregister eingetragen werden, da es diese gar nicht mehr gibt.** Das Registergericht dürfte die Eintragung der – gar nicht mehr existenten – GbR nicht vornehmen (so auch Krauß, notar 2023, 339 Fn. 6). Für den Fall des Ausscheidens und damit der Gesamtrechtsnachfolge vor dem 1.1.2024 gilt dies gleichermaßen. Auch hier gibt es schlicht keine GbR mehr, welche in das Gesellschaftsregister eingetragen werden könnte.

Im **Ergebnis** bedarf es daher – wiederum unabhängig davon, ob M vor oder nach Inkrafttreten des MoPeG verstorben ist – keiner Voreintragung der GbR in das Gesellschaftsregister.

## 3. Grundbuchberichtigung

Grundbuchverfahrensrechtlich kann das Grundbuch entweder aufgrund Nachweises der Unrichtigkeit, § 22 GBO, oder aufgrund Berichtigungsbevollmächtigung, § 19 GBO, auf F als Alleineigentümerin berichtigt werden.

Für eine Berichtigung durch **Unrichtigkeitsnachweis** mussten nach der wohl h. M. (vor Inkrafttreten des MoPeG) jedenfalls die **Sterbeurkunde** und der **Gesellschaftsvertrag**, aus dem sich ergibt, dass der Tod zum Ausscheiden des verstorbenen Gesellschafters führt, vorgelegt werden – letzterer aber nicht zwingend in der Form des § 29 GBO (vgl. etwa OLG München DNotI-Report 2020, 29; Bauer/Schaub/Schäfer, GBO, 5. Aufl. 2023, § 22 Rn. 212; Meikel/Böttcher, GBO, 12. Aufl. 2021, § 22, Rn. 137; Schaal, RNotZ 2008, 569, 580; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 4274 m. w. N.). Bei einem älteren Gesellschaftsvertrag sollte nach überwiegender Ansicht allerdings auch dessen Nichtänderung, also dessen Maßgeblichkeit im



Zeitpunkt des Todes des Gesellschafters, nachzuweisen sein (vgl. Gutachten DNotI-Report 2001, 80). Die Erfolgsaussichten einer Berichtigung des Grundbuchs mittels Unrichtigkeitsnachweis waren daher ungewiss und hingen praktisch (wohl) von der „Qualität“ (Form und Alter) des Gesellschaftsvertrags ab.

Was die **Berichtigungsbewilligung** betrifft, wurde zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten des MoPeG nach der wohl überwiegenden Meinung verlangt, dass auch in diesem Fall der **Gesellschaftsvertrag der GbR, aus dem sich das Ausscheiden des Gesellschafters mit dessen Tod ergibt, vorzulegen** war, da nur so die Prüfung des Ausscheidens (anstelle des gesetzlich vorgesehenen Entstehens einer Liquidationsgesellschaft mit den Erben) möglich sei (so etwa OLG München FGPrax 2020, 64). Nach der Gegenansicht (KG FGPrax 2020, 251; Schöner/Stöber, Rn. 4274) sollte hingegen nicht die Vorlage des Gesellschaftsvertrages, dafür aber die **Bewilligung** aller **verbleibenden Gesellschafter** und aller **Erben** der verstorbenen Gesellschafter notwendig sein, da sonst die Berichtigung aufgrund der Bewilligung letztlich den gleichen Anforderungen unterläge wie die Berichtigung aufgrund Nachweises der Unrichtigkeit.

Ob dies auch für den vorliegenden Fall der **Berichtigung nach Inkrafttreten des MoPeG** gilt, ist noch ungeklärt. Die wohl aktuell herrschende Ansicht möchte im Fall des Ausscheidens eines GbR-Gesellschafters mit der Folge der „Anwachsung“ an (gemeint ist: des Übergangs des Gesellschaftsvermögens im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf) den letzten verbleibenden Gesellschafter nach § 712a Abs. 1 S. 2 BGB aufgrund einer **analogen Anwendung des Art. 229 § 21 Abs. 3 S. 2 EGBGB** die **Bewilligung** der im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter (bzw. deren Erben) ausreichen lassen (Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 328 f.; Wobst, ZPG 2023, 58, 61). Die Voraussetzungen für die analoge Anwendung von Art. 229 § 21 Abs. 3 S. 2 EGBGB liegen vor, denn der Gesetzgeber hat den Fall der Notwendigkeit der Grundbuchberichtigung bei Erlöschen der GbR infolge des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters nicht gesehen (planwidrige Regelungslücke) und hierfür keine (Übergangs)Regelung geschaffen. Zugleich ist die Interessenlage mit derjenigen Situation, für die Art. 229 § 21 Abs. 3 S. 2 EGBGB geschaffen wurde, vergleichbar, denn in beiden Fällen sollte die Grundbuchberichtigung nicht ohne Einverständnis (in Form der Bewilligung) der möglicherweise von der Neueintragung betroffenen Personen erfolgen. Da M als Gesellschafter vorliegend mit seinem Tod ausgeschieden ist und somit nicht mehr selbst bewilligen kann, müsste stattdessen F als Erbin die Bewilligung erklären. Die **Erbenstellung** ist dabei in der Form des

§ 35 Abs. 1 GBO nachzuweisen, was hier jedoch angesichts des bereits erteilten Erbscheins keine Schwierigkeiten bereiten wird.

Ob auch nach Inkrafttreten des MoPeG die **Vorlage des Gesellschaftsvertrages** erforderlich ist, lässt sich der Literatur nicht entnehmen. Dies dürfte aber u. E. dann notwendig sein, wenn der betreffende Gesellschafter **noch vor dem 1.1.2024 verstorben** und dadurch aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. Denn unter der Geltung des § 727 Abs. 1 BGB a. F. war die Auflösung der GbR der gesetzliche Regelfall und die Fortsetzung unter Ausscheiden des Gesellschafters musste im Vertrag vereinbart werden (vgl. vorstehend Ziff. 1). Diese Vereinbarung war dem Grundbuchamt nachzuweisen (OLG München FGPrax 2020, 64; s. zum Fall des nur mündlichen Gesellschaftsvertrags OLG Rostock NJW-RR 2023, 996 f.).

Unter Geltung des § 723 Abs. 1 Nr. 1 BGB n. F. ist der gesetzliche Regelfall jedoch das Ausscheiden und die Fortsetzung der Gesellschaft mit den verbleibenden Gesellschaftern. Insoweit könnte argumentiert werden, dass das Grundbuchamt grundsätzlich auch vom Vorliegen des gesetzlichen Regelfalls auszugehen hat und die Beteiligten keinen Nachweis darüber zu erbringen brauchen, dass sie keine anderweitige Vereinbarung getroffen haben. Dies würde aber nur dann gelten, wenn M nach dem 1.1.2024 ausgeschieden (verstorben) ist.

Letztlich muss die Frage nach der Notwendigkeit der Vorlage des Gesellschaftsvertrags aber derzeit als offen betrachtet werden, da sich hierzu keine ausdrücklichen Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung finden lassen. Praktisch dürfte es u. E. jedoch empfehlenswert sein, den Gesellschaftsvertrag in Schriftform vorzulegen.

#### **4. Entbehrlichkeit einer Voreintragung der F (§ 40 Abs. 1 GBO)**

Sofern auf eine Voreintragung der F als Eigentümerin verzichtet und sogleich die Kinder als neue Eigentümer eingetragen werden sollen, steht dem der grundbuchverfahrensrechtliche Voreintragungsgrundsatz, § 39 Abs. 1 GBO, nicht entgegen. Gem. § 40 Abs. 1 GBO bedarf es einer Voreintragung unter anderem dann nicht, wenn die Person, deren Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten ist und die Übertragung oder die Aufhebung des Rechts eingetragen werden soll.

F ist freilich nicht „Erbin“ der GbR geworden. Allerdings ist **§ 40 Abs. 1 GBO** nach allgemeiner Auffassung in anderen Fällen einer **erbgangsgleichen Gesamt-**

**rechtsnachfolge entsprechend anzuwenden** (s. hierzu Überblick bei BeckOK-GBO/Zeiser, Std.: 3.6.2024, § 40 Rn. 3-16). Ein solcher Fall einer erbgangsähnlichen Gesamtrechtsnachfolge liegt nach Auffassung des BGH insbesondere dann vor, wenn aus einer zweigliedrigen Personenhandelsgesellschaft ein Gesellschafter ausscheidet und es zu einer liquidationslosen Vollbeendigung der Gesellschaft und damit zu einer Gesamtrechtsnachfolge des anderen Gesellschafters in das Gesellschaftsvermögen kommt (DNotZ 2018, 914 Rn. 8-11). Dies dürfte sich zwanglos auf den Fall einer zweigliedrigen GbR und den Übergang des Gesellschaftsvermögens auf den letzten verbliebenen Gesellschafter nach § 712a Abs. 1 S. 2 BGB übertragen lassen.

In Anknüpfung an die unter Ziff. 3 dargestellten Erwägungen kann somit F sogleich das Grundstück an ihre Kinder auflassen und unter Vorlage des Erbscheins nach M und ggf. des Gesellschaftsvertrags die Eigentumsumschreibung bewilligen.

### 5. Abschließende Zusammenfassung

Es ist davon auszugehen, dass F infolge des Todes des M im Wege der Gesamtrechtsnachfolge Alleineigentümerin des Grundstücks geworden ist. Ob der Gesellschaftsvertrag eine Fortsetzungsklausel enthielt, ist hierfür i. E. unerheblich. Für eine Verfügung über das Grundstück, etwa die hier beabsichtigte Übertragung an die Kinder, bedarf es keiner Voreintragung der GbR in das Gesellschaftsregister, da die GbR nicht mehr existiert; Art. 229 § 21 EGBGB ist nicht anwendbar.

In grundbuchverfahrensrechtlicher Hinsicht ist nicht abschließend geklärt, was zur Berichtigung des Grundbuchs auf F als Alleineigentümerin erforderlich ist. Empfehlenswert dürfte es daher sein, eine Berichtigungsbewilligung der F unter Vorlage des Erbscheins und ergänzend den Gesellschaftsvertrag (soweit vorhanden) vorzulegen. Dies gilt sinngemäß auch dann, wenn gem. § 40 Abs. 1 GBO auf eine Voreintragung der F verzichtet werden soll.

## Literaturhinweise

**W. Zimmermann, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung, Ehegattennotvertretungsrecht, 4. Aufl., Erich Schmidt Verlag, Berlin, 336 Seiten, 44.– €**

In der vierten Auflage seines Werkes stellt *Zimmermann* in einem gut handhabbaren Umfang die rechtlichen Fragen betreffend Vorsorgevollmacht (Rn. 23 ff.),

Betreuungsverfügung (Rn. 363 ff.), Patientenverfügung (Rn. 376 ff.) und das neu gesetzlich geregelte Ehegattenvertretungsrecht (Rn. 362a ff.) dar.

Besonders positiv hervorzuheben ist die verständliche Sprache, die es auch Laien ermöglicht, sich vertieft mit diesen wichtigen Themen zu befassen. Im Anhang finden sich ausführliche Musterformulierungen. Dazu zählt auch ein Formular zum Innenverhältnis zwischen dem Bevollmächtigten und dem Vollmachtgeber. Typischerweise enthält eine notariell beurkundete Vollmacht nur rudimentäre Regelungen zum Innenverhältnis. Der ausführliche Formulierungsvorschlag von *Zimmermann* kann dem interessierten Vollmachtgeber als Ergänzung dienen. Zudem enthält das Werk eine ausführliche Check- und Themenliste für die Beratung zu einer General- und Vorsorgevollmacht (Rn. 350 f.), die für die Vorbereitung der Vollmachtsurkunde durch den Notar oder dessen Mitarbeiter sehr hilfreich ist.

An verschiedenen Stellen äußert *Zimmermann* seine Skepsis gegenüber unbeschränkten General- und Vorsorgevollmachten (s. etwa Rn. 37 f., Rn. 130). Namentlich sieht er die Gefahr, dass der Bevollmächtigte seine Vollmacht missbraucht und Schenkungen zu seinen eigenen Gunsten vornimmt (vgl. Rn. 96 ff.). Es bestehe grundsätzlich kein Bedürfnis, den Bevollmächtigten von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien (Rn. 107). Auch das Recht zur Erteilung einer Untervollmacht sei auf die Vertretung durch bestimmte Berufsträger einzuschränken (Rn. 109). Wünschenswert wäre es, dass *Zimmermann* seine Einschätzung durch empirische Befunde untermauert. Zudem besteht auch bei einer gerichtlich angeordneten Betreuung die Gefahr, dass der Betreuer seine gesetzliche Vertretungsmacht missbraucht. Insoweit erscheint eine vertiefte Gegenüberstellung und Auswertung von Missbrauchsfällen notwendig. Zuzustimmen ist *Zimmermanns* Befund, dass eine aufschiebend bedingt erteilte Vollmacht kein zweckmäßiges Sicherungsinstrument für den Vollmachtgeber ist (Rn. 59 ff.). Wie *Zimmermann* selbst betont, ist die Auswahl der richtigen Person als Bevollmächtigter die entscheidende Weichenstellung durch den Vollmachtgeber (Rn. 130).

Auch die Bezüge zum Erbrecht stellt das Werk prägnant dar. Insbesondere grenzt *Zimmermann* die transmortale Vollmacht eingehend von der Testamentsvollstreckung ab (Rn. 119). Mittlerweile sind zahlreiche obergerichtliche Entscheidungen zur Frage der Konfusion (Rn. 262) und der Anwendung von § 172 BGB auf den transmortale Bevollmächtigten ergangen. Die Behandlung dieser Fragen hätte noch mehr Raum im Werk verdient.

Die Darstellung der Patientenverfügung (Rn. 376 ff.) ist sehr gut gelungen. Insbesondere stellt *Zimmermann* das Zusammenspiel von Patientenverfügung, Vorsorgevollmacht und Betreuungsverfügung verständlich dar (Rn. 414). Zwar behandelt er auch die Sterbehilfe (Rn. 399 ff.). Er geht aber nicht auf die – viele Notare umtreibende – Frage ein, ob der Betroffene auch aktive Sterbehilfe in einer Patientenverfügung wünschen kann.

Insgesamt ist das Werk von *Zimmermann* hervorragend geeignet, um sich erstmalig mit den bedeutsamen Fragen der General- und Vorsorgevollmacht, Betreuungs- und Patientenverfügung zu beschäftigen. Seine Anschaffung kann nicht nur Notaren, sondern auch Laien empfohlen werden.

**Notar a. D. Dr. Andreas Bernert**

---

**G. Basty, Der Bauträgervertrag, 11. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Hürth 2023, 674 Seiten, 159.– €**

Die nunmehr 11. Auflage des „Basty“ bedarf im Grunde keiner Besprechung. Das Buch ist im Bereich des Bauträgerrechts inzwischen seit Jahrzehnten als Standardwerk anerkannt und allseits geschätzt. Es dürfte sich ohnehin bereits in der Bibliothek nahezu eines jeden Notars finden.

Seit dem Erscheinen der Voraufgabe hat sich in der für das Bauträgerrecht relevanten Gesetzgebung einiges getan. Zuvorderst ist hier freilich das Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz (WEMoG) zu nennen. Die damit einhergehenden Neuerungen, etwa die Möglichkeit, auch an Stellplätzen im Freien Sondereigentum zu begründen (§ 3 Abs. 1 S. 2 WEG n. F.), sind gerade bei Bauträgerprojekten von großer Bedeutung. *Basty* setzt sich zwar mit den Änderungen durch das WEMoG auseinander, widmet dem Wohnungseigentumsrecht allerdings im Gegensatz zur Voraufgabe kein separates Kapitel mehr. Somit muss mitunter das Stichwortverzeichnis dabei helfen, die entsprechenden Ausführungen zu finden. Positiv hervorzuheben ist ferner, dass *Basty* sich auch den Vorschriften zu Verbraucherverträgen über digitale Produkte (§§ 327 ff. BGB n. F.) widmet. Diese können für das Bauträgerrecht u. a. dann eine Rolle spielen, wenn etwa das Vertragsobjekt mit Smart-Home-Funktionalitäten ausgestattet werden soll. Erfreulicherweise bietet *Basty* dem Vertragsgestalter hierzu – wie zu allen anderen Themen – hilfreiche Formulierungsvorschläge an, etwa zur (regelungsbedürftigen) Reichweite der Aktualisierungspflicht des Bauträgers nach § 327f BGB.

Daneben finden sich in der Neuauflage einige Neuerungen, die nicht durch die jüngere Gesetzgebung veranlasst sind. *Basty* setzt sich beispielsweise deutlich ausführlicher als in der Voraufgabe mit Preisanpassungsklauseln im Bauträgervertrag auseinander. Stellungnahmen hierzu sind im Schrifttum mit Ausnahme weniger Beiträge (Klühs, ZfIR 2012, 850; Theuersbacher/Bernert, DNotZ 2023, 824) bislang kaum zu finden. Angesichts der jüngsten Preissteigerungen bei Baumaterial könnte diesem Thema künftig eine größere Bedeutung zukommen.

Auch die Neuauflage des „Basty“ zeichnet sich durch eine sprachlich klare und kompakte sowie zugleich inhaltlich präzise und verständliche Darstellung des mitunter komplexen Bauträgerrechts aus. Wer in diesem Werk auf eine Frage zum Bauträgerrecht keine Antwort findet, sollte eher an der Qualität seiner Fragestellung als an der Qualität des Werkes zweifeln. An der Anschaffung führt kein Weg vorbei.

**Notarassessor Dr. Philipp Theuersbacher**

---

**P. Becker**, Erbschaft- und grunderwerbsteuerliche Chancen und Risiken von Weiterleitungsklauseln in der Gestaltung der Vermögensnachfolge, ZEV 2024, 431

**S. Bittl**, Vergünstigte Erbbaurechte als kommunales Instrument der Wohnraumförderung, ErbbauZ 2024, 98

**J. A. Dieckmann**, Zur „einfachen“ und „doppelten“ Doppelsicherung bei Erbbaurechten und der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit der Gemeinschaft der Wohnungserbbauberechtigten/Wohnungseigentümer als alternative Sicherung der Versorgung von Nachbargrundstücken bei Erbbaurechten, BWNotZ 2024, 257

**L. Friedrich/C. Schier**, Ausgleichsbemessung für Pflegeleistungen – Konflikt zwischen Interessen des Ausgleichs- und Pflichtteilsberechtigten, ZErB 2024, 241

**L. Graf Wolffskeel von Reichenberg**, Vorkaufsrecht und Wirksamkeit, NJW 2024, 2425

**S. Heinze**, Grundstückskaufvertrag und Finanzierungsgrundschuldin einer Niederschrift – Voraussetzungen und praktische Abwicklung, RNotZ 2024, 441

**M. Hermanns**, Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) in der Gesellschafterliste der GmbH, DNotZ 2024, 485

**K. Schmidt**, Rechtsformvarianten einer Gesellschaft  
Bürgerlichen Rechts nach dem MoPeG, BWNotZ  
2024, 233

**U. Schöneberg-Wessel/A. Kaufmann**, Pflichtteils-  
und Pflichtteilsergänzungsansprüche im Kontext des  
notariellen Nachlassverzeichnisses, ZNotP 2024, 250

**M. Sikora/T. Strauß**, GNotKG: Kostenrechtsprechung  
2023, DNotZ 2024, 581

**M. K. Thelen**, Grundstückseigentum in Ober- und  
Untergemeinschaften – Teil 2: Ober- und Untergemein-  
schaften, RNotZ 2024, 417

**M. K. Thelen**, Alltäglich und hochkomplex: Die Lö-  
schung von Grundpfandrechten im Grundbuch, ZNotP  
2024, 241

**S. Weiler**, Änderungen des Umwandlungsgesetzes  
durch das UmRUG, NotBZ 2024, 321

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. Maximilian Pechtl

**Bezugsbedingungen:**

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

**Bezugspreis:**

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mit-  
glieder 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 wer-  
den. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich  
geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Ver-  
wertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäfts-  
stelle 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 §§ 890, 467, 1094 – Belastung eines Grundstücks mit einem dinglichen Vorkaufsrecht; Bestandteilszuschreibung; Aufteilung nach WEG

#### Rechtsprechung

EuErbVO Art. 4, 21 – Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts einer demenzkranken Person nach Verbringung ins Ausland

HGB § 12; BeurkG § 40a – Verwendbarkeit einer durch einen österreichischen Notar im Online-Verfahren beglaubigten Anmeldung im deutschen Handelsregisterverfahren

BGB §§ 133, 311b Abs. 1 S. 1, 433 Abs. 1, 434 – Fehlvorstellung der Käufer über die räumlichen Grenzen des verkauften Grundstücks; Falsa demonstratio im Grundstückskaufvertrag

#### Veranstaltung

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### BGB §§ 890, 467, 1094

#### Belastung eines Grundstücks mit einem dinglichen Vorkaufsrecht; Bestandteilszuschreibung; Aufteilung nach WEG

##### I. Sachverhalt

Ein Flurstück ist mit einem dinglichen Vorkaufrecht belastet. Im Wege der Bestandteilszuschreibung sollen zwei weitere – nicht mit dem Vorkaufsrecht belastete – Flurstücke hinzukommen. Sodann soll der neue Bestand nach WEG aufgeteilt werden. Die Zuschreibung ist nun erfolgt. Das Vorkaufrecht lastet alleine auf dem bisherigen Flurstück.

##### II. Frage

Wie würde sich die Belastung eines von mehreren Flurstücken mit einem dinglichen Vorkaufsrecht bei der

späteren Veräußerung einzelner Wohnungseigentums-einheiten auswirken?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Vorüberlegungen

Zur Beantwortung der Frage sind zunächst folgende Überlegungen anzustellen:

##### a) Verkauf eines Miteigentumsanteils an einem mit einem Vorkaufsrecht belasteten Grundstück

Das dingliche Vorkaufsrecht wird durch den Abschluss eines Kaufvertrages des Vorkaufsverpflichteten über den mit dem Vorkaufsrecht belasteten Vertragsgegenstand ausgelöst, §§ 1098 Abs. 1 S. 1, 463 BGB. Ein zum Vorkauf berechtigender Vorkaufsfall liegt auch dann vor, wenn nicht das vom Vorkaufsrecht belastete Objekt *im Ganzen*, sondern lediglich ein *ideeller Anteil* hieran verkauft wird (BGH NJW 1984, 1617; BeckOGK-BGB/Daum, Std.: 1.7.2024, § 463 Rn. 47; Staudinger/Schermaier, BGB, 2024, § 463 Rn. 11). Begründen lässt sich dies damit, dass die Veräußerung eines ideellen Anteils an dem vorkaufsrechtsbelasteten Objekt ein Minus zur Veräußerung des gesamten Objekts darstellt und

daher gleichermaßen vom Vorkaufsrecht erfasst sein muss.

Ist somit ein Grundstück insgesamt mit einem Vorkaufsrecht belastet, so führt der Verkauf eines ideellen Bruchteils an einen Dritten dazu, dass das Vorkaufsrecht ausgelöst wird. Das Vorkaufsrecht ist in diesem Fall jedoch nur **hinsichtlich des verkauften ideellen Teils des Vorkaufsgegenstandes ausübbar**, während es im Übrigen für den Rest fortbesteht (Grüneberg/Herrler, BGB, 83. Aufl. 2024, § 1097 Rn. 4).

#### **b) Auswirkungen einer Aufteilung des belasteten Grundstücks nach WEG auf das dingliche Vorkaufsrecht**

Bei Aufteilung des belasteten Grundstücks nach WEG setzt sich die an diesem Grundstück bestehende Belastung an allen Wohnungseigentumsrechten fort (BeckOGK-WEG/M. Müller, Std.: 1.6.2024, § 2 Rn. 45; Staudinger/Rapp/Wobst, WEG, 2023, § 3 Rn. 87; Thoma, RNotZ 2008, 121, 127), da es sich weiterhin um eine Belastung des Grundstücks handelt. Diese besteht weiter am gesamten WEG-Grundstück. An dem Belastungsgegenstand „Grundstück“ hat sich infolge der WEG-Aufteilung lediglich das Binnenverhältnis der Miteigentümer untereinander geändert, indem es in Wohnungseigentum als ein „besonderes Bruchteileigentum“ aufgeteilt wurde (vgl. zur dogmatischen Einordnung von Wohnungseigentum BeckOGK-WEG/M. Müller, § 1 Rn. 32 ff.).

Besteht also ein dingliches Vorkaufsrecht an einem ganzen Grundstück, das in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt wird, so **erstreckt sich das Vorkaufsrecht nach der Aufteilung – im Übrigen inhaltsgleich – auf sämtliche entstehenden Wohnungs- und Teileigentumseinheiten**. Handelt es sich um ein Vorkaufsrecht nur für den ersten Verkaufsfall, kann der Vorkaufsberechtigte das Vorkaufsrecht so lange ausüben, bis das Grundstück insgesamt einmal verkauft ist (LG Köln Rpfleger 1987, 368; Staudinger/Rapp/Wobst, § 3 WEG Rn. 87).

Konsequenterweise führt also die Aufteilung nach WEG zu keiner Besonderheit oder Abweichung von den Überlegungen unter Ziffer 1. Festhalten lässt sich an dieser Stelle, dass, wenn ein Grundstück insgesamt mit einem Vorkaufsrecht belastet ist, der Verkauf eines Miteigentumsanteils an diesem Grundstück – **unabhängig** davon, ob als „einfaches“ Bruchteileigentum i. S. v. §§ 741 ff. BGB oder als Wohnungs- oder Teileigentum – ein **Vorkaufsrecht hinsichtlich dieses Anteils auslöst und das Vorkaufsrecht im Übrigen bestehen bleibt**.

#### **c) Auswirkung der Bestandteilszuschreibung oder Vereinigung (§ 890 BGB) auf ein dingliches Vorkaufsrecht**

Wird einem mit einem Vorkaufsrecht belasteten Grundstück ein anderes nicht mit einem Vorkaufsrecht belastetes Grundstück als Bestandteil zugeschrieben oder mit ihm vereinigt (§ 890 Abs. 1, 2 BGB), so hat dieser Vorgang keine Auswirkungen auf das Vorkaufsrecht. Es findet keine **Erstreckung des Vorkaufsrechts auf das unbelastete Grundstück statt** (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1431; BeckOGK-BGB/Hertel, Std.: 1.6.2024, § 890 Rn. 68).

#### **2. Problemfall: Vorkaufsrecht bei Veräußerung eines Miteigentumsanteils nach Vereinigung von Grundstücken oder Bestandteilszuschreibung (§ 890 BGB)**

Die **Problematik** liegt jedoch nun in den **konkreten Folgen** im Hinblick auf das Vorkaufsrecht, wenn eine Bestandteilszuschreibung (oder Vereinigung) mit einem unbelasteten Grundstück erfolgt ist und nunmehr ein **Miteigentumsanteil an dem gesamten (vereinigten) Grundstück verkauft wird**. Diese Problematik stellt sich stets bei der Veräußerung eines Miteigentumsanteils an dem gesamten Grundstück, und zwar unabhängig davon, ob es sich um „schlichtes“ Miteigentum i. S. v. §§ 741 ff. BGB oder um gem. WEG inhaltlich ausgestaltetes Miteigentum (also Wohnungs- bzw. Teileigentum) handelt.

Die konkrete Frage, welche Konsequenzen die Veräußerung eines Miteigentumsanteils an einem ganzen (vereinigten) Grundstück auf das dingliche Vorkaufsrecht hat, wenn das Vorkaufsrecht nur an dem Ausgangsgrundstück (also an einer Teilfläche des vereinigten Grundstücks) lastet, wird – soweit ersichtlich – weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung erörtert. Die folgenden Ausführungen beruhen damit allein auf einer Anwendung des Gesetzes und unseren eigenen Einschätzungen.

##### **a) Die gesetzgeberische Wertung in § 467 BGB**

Relevant für die Beurteilung des Problemfalls ist u. E. primär die Vorschrift des § 467 BGB, welche auch für das dingliche Vorkaufsrecht Anwendung findet, § 1098 Abs. 1 S. 1 BGB.

Wird der vorkaufsrechtsbelastete Gegenstand mit einem anderen, nicht belasteten Gegenstand verkauft, so gewährleistet **§ 467 S. 1 BGB** weiterhin die Ausübungsmöglichkeit des Vorkaufsrechts und schreibt eine Berechnungsmethode für den Verkaufspreis vor. In der Konsequenz sichert § 467 S. 1 BGB damit zunächst das Interesse des Vorkaufsberechtigten an der Ausübung seines Rechts für den Fall des Verkaufs mehrerer Gegenstände, die nur zum Teil dem Vorkaufsrecht unterliegen

und schränkt den in § 464 Abs. 2 BGB enthaltenen Grundsatz der Vertragsidentität ein (BGH NJW-RR 2016, 910 Rn. 63). Darüber hinaus bringt die Vorschrift u. E. zum Ausdruck, dass es grundsätzlich nicht zum Nachteil des Vorkaufsberechtigten gehen soll, wenn der vorkaufsrechtsbelastete Gegenstand gemeinsam mit weiteren Gegenständen verkauft wird. D. h., auch wenn der den Vorkaufsfall auslösende (Erst-)Kaufvertrag sich auf ein Paket von mehreren Gegenständen bezieht, kommt mit Ausübung des Vorkaufsrechts zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Vorkaufsberechtigten **grundsätzlich ein Kaufvertrag nur hinsichtlich des vorkaufsbelasteten Gegenstands** zustande; insoweit wird § 464 Abs. 2 BGB durch § 467 S. 1 BGB modifiziert. Das Vorkaufsrecht und nicht der den Vorkaufsfall auslösende (Erst-)Kaufvertrag bestimmt also, welche Gegenstände der Vorkaufsberechtigte in Ausübung seines Rechts erwerben kann (vgl. BGH NJW-RR 2016, 910, Leitsatz Nr. 2).

Würde nun allerdings der vorkaufsrechtsbelastete Gegenstand von den übrigen Kaufgegenständen getrennt, könnte dies im Einzelfall zu einem Nachteil für den Vorkaufsverpflichteten führen. Für diesen Fall sieht § 467 S. 2 BGB die Möglichkeit einer Einrede vor, wobei der Vorkaufsverpflichtete hierbei das Vorliegen des Nachteils zu beweisen hat (BeckOGK-BGB/Daum, § 467 Rn. 12). Macht der Vorkaufsverpflichtete das Erstreckungsverlangen nach § 467 S. 2 BGB zu Recht geltend, kann der Vorkaufsberechtigte wiederum von einem Wahlrecht Gebrauch machen und entweder von der Ausübung des Vorkaufsrechts ganz Abstand nehmen oder dem Erstreckungsverlangen nachkommen (BeckOGK-BGB/Daum, § 467 Rn. 18; Staudinger/Schermaier, BGB, 2024, § 467 Rn. 9). Die Beantwortung der Frage, ob ein Nachteil i. S. v. § 467 S. 2 BGB vorliegt, bedarf der Interessenabwägung im konkreten Einzelfall und lässt sich daher nur schwer prognostizieren.

#### **b) Entsprechende Anwendung des § 467 BGB beim Vorkaufsrecht an Teilflächen**

Die Rechtsprechung wendet bisher die Vorschrift des § 467 BGB auch dann an, wenn das Vorkaufsrecht nur einen **als Teilfläche abtrennbaren Teil eines Grundstücks betrifft** (BGH NJW 1971, 560 zum entsprechenden § 508 BGB a. F.). Der BGH ist der Ansicht, dass selbst wenn das ganze Grundstück mit einem einheitlichen Gebäude bebaut ist, dies keinesfalls rechtfertigt, dass sich das Vorkaufsrecht auf die restliche Fläche ausdehnt (BGH NJW 1971, 560, 561). Eine Erstreckung des Vorkaufs hält der BGH hingegen dann für möglich, wenn der dem Vorkaufsrecht unterliegende Grundstücksteil und das Restgrundstück nicht ohne Nachteil für den Vorkaufsverpflichteten getrennt

werden könnten und der Vorkaufsverpflichtete deshalb die Erstreckung verlangt (BGH NJW 1971, 560, 561). Hieraus lässt sich ableiten, dass das Vorkaufsrecht im Grundsatz immer allein an dem vorkaufsrechtsbelasteten Gegenstand bestehen bleibt und nicht „automatisch“ durch eine Bebauung o.Ä. ausgedehnt werden kann. Lediglich der Vorkaufsverpflichtete kann eine Erstreckung verlangen, aber auch nur dann, wenn eine Trennung für ihn mit Nachteilen verbunden wäre.

Weiter hat die Rechtsprechung die Vorschrift des § 467 BGB entsprechend auch für den Fall des Mietvorkaufsrechts (§ 577 BGB) angewendet (BGH NJW-RR 2016, 910 betreffend § 577 BGB analog bei der Realteilung eines Grundstücks). In dieser Entscheidung stellt der BGH klar, dass, wenn keine Identität zwischen Kaufobjekt und Mietgegenstand besteht, dies nicht das Zustandekommen des Kaufvertrags mit dem Vorkaufsberechtigten hindert, sondern nur dazu führt, dass sich dieser Kaufvertrag nicht auf den „überschießenden“ Kaufgegenstand erstreckt (BGH NJW-RR 2016, 910 Rn. 62). Der Vorkaufsrechtsverpflichtete kann aber dann ebenfalls von seiner Möglichkeit nach § 467 S. 2 BGB analog Gebrauch machen (BGH NJW-RR 2016, 910 Rn. 66).

#### **c) Würdigung des vorliegenden Problemfalls**

Die in der Rechtsprechung skizzierten Fälle behandeln nicht die Konstellation, dass ein Miteigentumsanteil an einem durch Vereinigung oder Bestandteilszuschreibung „vergrößerten“ Grundstück verkauft wird. Wendet man jedoch die Wertungen der Rechtsprechung auch auf diesen Fall an, so dürfte dies u. E. dazu führen, dass in einem **ersten Schritt** – nach Ausübung des Vorkaufsrechts – zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten ein **Kaufvertrag hinsichtlich des Miteigentumsanteils allein an dem vorkaufsrechtsbelasteten Ausgangsgrundstück** entsteht. Die schuldrechtliche Verpflichtung, **einen Miteigentumsanteil an der vorkaufsrechtsbelasteten (Teil-) Fläche (= Ausgangsgrundstück)** zu verschaffen, ist rechtlich ohne Weiteres denkbar und zulässig; denn auf schuldrechtlicher Ebene kann die Leistungspflicht auch ein derzeit (noch) nicht existierendes Grundstück im Rechtssinne betreffen (vgl. den sog. Teilflächenkaufvertrag, zu dessen dinglicher Erfüllung das Grundstück im rechtlichen Sinne erst noch durch Realteilung gebildet werden muss). Eine Ausdehnung des Vorkaufsrechts auch auf den zugeschriebenen (nicht vorkaufsrechtsbelasteten) Grundstücksteil findet u. E. somit nicht automatisch statt.

Die Erfüllung dieses im ersten Schritt zustande kommenden Kaufvertrags kann jedoch – je nach Einzelfall

– für den Vorkaufsverpflichteten Schwierigkeiten bereiten. Ob dies der Fall ist, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Begegnen kann man u. E. diesen Schwierigkeiten des Vorkaufsverpflichteten – in einem **zweiten Schritt** – durch die entsprechende Anwendung des § 467 S. 2 BGB. Entscheidend wird es u. E. darauf ankommen, ob dem Vorkaufsverpflichteten **tatsächlich Nachteile entstehen**. Ist das gesamte Grundstück beispielsweise bereits bebaut und würde die zur Erfüllung des Kaufvertrags erforderliche Realteilung (also Rückgängigmachung der Vereinigung bzw. Bestandteilszuschreibung) zu einer Überbausituation oder zu baurechtswidrigen Zuständen führen, so dürfte es nahe liegen, einen aner kennenswerten Nachteil für den Vorkaufsverpflichteten anzunehmen. In der Folge könnte der Vorkaufsverpflichtete sich auf die Einrede des § 467 S. 2 BGB (analog) berufen und der Vorkaufsberechtigte müsste entweder den Miteigentumsanteil an dem *gesamten* Grundstück erwerben oder vom Kauf gänzlich Abstand nehmen.

Ist die vorkaufsrechtsbelastete Grundstücksfläche hingegen nicht bebaut und sind baurechtswidrige Zustände infolge der Realteilung nicht zu befürchten, so könnte den Vorkaufsverpflichteten die Pflicht treffen, die Realteilung durchzuführen und entsprechend auf seine Miteigentümer hinzuwirken. Ob eine Rückgängigmachung der Grundstücksvereinigung bzw. Bestandteilszuschreibung (also Realteilung) sowie eine Hinwirkungspflicht im konkreten Einzelfall dem Vorkaufsverpflichteten zumutbar ist oder nicht, lässt sich indes nicht abstrakt vorhersehen, zumal im Streitfall hierüber das hierfür zuständige Gericht zu entscheiden hätte. Nimmt man im konkreten Einzelfall keinen Nachteil i. S. v. § 467 S. 2 BGB für den Vorkaufsverpflichteten an, so ist dieser zur Erfüllung des Kaufs hinsichtlich des Miteigentumsanteils *allein* an der vorkaufsrechtsbelasteten Grundstücksfläche verpflichtet. Erfüllt er diese Pflicht nicht (beispielsweise, weil sein Bemühen, die anderen Miteigentümer zu einer Realteilung zu bewegen, scheitert), verbleiben dem Vorkaufsberechtigten die Möglichkeiten des Leistungsstörungsrechts (vgl. insbesondere § 275 Abs. 2, Abs. 4 BGB).

### 3. Ergebnis

Ist ein Grundstück insgesamt mit einem Vorkaufsrecht belastet, löst der Verkauf eines ideellen Anteils an diesem Grundstück – unabhängig davon, ob als schlichtes Bruchteilseigentum oder als Wohnungs- oder Teileigentum – ein Vorkaufsrecht hinsichtlich dieses Anteils aus und lässt das Vorkaufsrecht im Übrigen unberührt.

Die Bestandteilszuschreibung oder Vereinigung (§ 890 BGB) mit einem nicht belasteten Grundstück lässt das Vorkaufsrecht weder entfallen, noch führt dies zu einer

Erstreckung des Vorkaufsrechts auf das gesamte Grundstück.

Wird ein Miteigentumsanteil an dem *gesamten* Grundstück verkauft und wird das Vorkaufsrecht ausgeübt, so führt dies – insofern in Abweichung zum inhaltlichen Identitätsgrundsatz des § 464 Abs. 2 BGB – zu einem Kaufvertrag mit dem Vorkaufsberechtigten allein über einen Miteigentumsanteil an der *vorkaufsrechtsbelasteten Grundstücks(teil)fläche*. Das Vorkaufsrecht erstreckt sich nicht automatisch auf einen Miteigentumsanteil an dem durch Zuschreibung bzw. Vereinigung vergrößerten (Gesamt-)Grundstück. Ist der Verkauf des Miteigentumsanteils allein an der vorkaufsrechtsbelasteten Grundstücks(teil)fläche jedoch mit Nachteilen für den Vorkaufsverpflichteten verbunden, etwa weil aufgrund einer Bebauung die Realteilung zu Schwierigkeiten führt, so kann der Vorkaufsverpflichtete ggf. das Erstreckungsbegehren nach § 467 S. 2 BGB analog erfolgreich geltend machen. Ob die Voraussetzungen hierfür vorliegen, wäre anhand der Umstände des konkreten Einzelfalls zu beurteilen. Sollte kein Nachteil i. S. v. § 467 S. 2 BGB vorliegen und dem Vorkaufsverpflichteten die Erfüllung seiner Eigentumsverschaffungspflicht (gerichtet auf die Verschaffung eines Miteigentumsanteils an der vorkaufsrechtsbelasteten Grundstücks(teil)fläche) scheitern, beispielsweise weil die anderen Miteigentümer an der Realteilung nicht mitwirken, so dürften dem Vorkaufsberechtigten die gesetzlichen Ansprüche wegen Leistungsstörungen zustehen.

## Rechtsprechung

EuErbVO Art. 4, 21

**Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts einer demenzkranken Person nach Verbringung ins Ausland**

**Für die Bestimmung des unionsautonom auszulegenden Begriffes des „gewöhnlichen Aufenthalts“ eines Erblassers im Sinne des Art. 4 EuErbVO ist neben dem objektiven Kriterium des tatsächlichen Aufenthalts in subjektiver Hinsicht das Vorliegen eines animus manendi (Bleibewille) erforderlich. An dem fehlt es, wenn ein demenzkranker Erblasser gegen oder ohne seinen Willen in ein Pflegeheim im Ausland verbracht wurde, ohne dass der Erblasser über die reine Pflege hinausgehende Bindungen zu dem Land hatte, in dem er bis zu seinem Tod gepflegt wurde.**

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 22.7.2024 – 14 W 50/24 (Wx)

### Problem

Der Erblasser wurde 1955 geboren. Er war deutscher



Staatsangehöriger. Im Mai 2022 trat eine zunehmende Demenz auf, die ihn zum Pflegefall machte. Nachdem seine Ehefrau eine häusliche Betreuung nicht mehr bewerkstelligen konnte, wurde er ab Juni 2022 in verschiedenen Pflegeheimen in Deutschland versorgt. Da die sehr geringe Altersrente gemeinsam mit dem Pflegegeld für eine weitere Unterbringung in deutschen Pflegeheimen nicht mehr ausreichte, brachte die Ehefrau ihn ab dem 1.4.2023 in einem Pflegeheim in Polen unter. Hier verstarb der Erblasser ein halbes Jahr später.

Das Amtsgericht am letzten Wohnsitz in Deutschland hat den Erbscheinsantrag zurückgewiesen, da keine internationale Zuständigkeit nach Art. 4 EuErbVO bestehe. Die Beteiligten sind dagegen der Ansicht, es liege ein gewöhnlicher Aufenthalt im Inland vor, da das gesamte Vermögen des Erblassers (inklusive eines Anteils an Immobilien und Gesellschaftsanteilen) sich in Deutschland befand, er kein polnisch sprach, keine Beziehungen nach Polen hatte und die Unterbringung in Polen gegen seinen Willen bzw. ohne seinen Willen erfolgte.

### Entscheidung

Der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers ist einer der Schlüsselbegriffe in der Europäischen Erbrechtsverordnung. Er entscheidet gem. Art. 4 EuErbVO über die internationale Zuständigkeit der Gerichte, gem. Art. 21 EuErbVO über das Erbstatut und gem. Art. 24 ff. EuErbVO auch über die Wirksamkeit von Verfügungen von Todes wegen. Dabei enthält die Europäische Erbrechtsverordnung keine Definition des gewöhnlichen Aufenthalts. Der vom EuGH verfolgte Grundsatz der verordnungsautonomen Definition des gewöhnlichen Aufenthalts bedingt zudem, dass Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs zum gewöhnlichen Aufenthalt in anderen Zusammenhängen nur unter Vorbehalt auf die EuErbVO übertragen werden können (vgl. EuGH ZEV 2020, 628). Es verwundert daher nicht, dass die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts in einigen Spezialfällen (Rentner mit Auslandsresidenz, Diplomaten, Expatriats etc.) zu den umstrittensten Problempunkten bei der Anwendung der EuErbVO zählen. Der Fall der Unterbringung des Erblassers im Ausland nach Eintritt einer Demenz wurde bislang von deutschen Gerichten unterschiedlich entschieden.

Das OLG Karlsruhe verweist zunächst auf die unionsautonome Auslegung des Begriffes und die Erwägungsgründe 23, 24 EuErbVO. In objektiver Hinsicht müsse zumindest ein tatsächlicher Aufenthalt (körperliche Anwesenheit) in einem Staat gegeben sein, verbunden mit einem animus manendi (subjektives Element). Dieser Bleibewille erfordere keinen rechtsgeschäftlichen Willen. Wenn aber eine pflegebedürftige Person bei Unter-

bringung in einem ausländischen Pflegeheim zum Zeitpunkt des Aufenthaltswechsels keinen eigenen Willen mehr bilden könne oder die Unterbringung gegen ihren Willen erfolge, so fehle es an dem für die Begründung des neuen gewöhnlichen Aufenthalts erforderlichen Bleibewillen, sodass der gewöhnliche Aufenthalt i. S. v. Art. 4 EuErbVO im Herkunftsstaat verbleibe.

### Praktischer Hinweis

Die Argumentation des OLG lässt sich dahingehend verstehen, dass ausschließlich der Fall erfasst werden soll, dass der Erblasser ins Ausland „verschickt“ wurde, eine abweichende Beurteilung aber möglich ist, wenn im Ausland lebende Familienangehörige diesen zu sich nehmen, er sich also dort im familiären Umfeld befindet.

Die deutsche Literatur strebt aus Gründen der Vereinfachung mehrheitlich einen einheitlichen Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts an und möchte wie bei den Haager Konventionen verstärkt die objektiven Umstände entscheiden lassen. Das OLG Karlsruhe hat sich mit seiner Auslegung des Begriffs des gewöhnlichen Aufenthalts dagegen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs angenähert, die generell eine verordnungsautonome Auslegung des Begriffs anstrebt und bei erwachsenen Personen z.B. im Rahmen der Brüssel IIa-VO zunehmend das subjektive Element, also den Bleibewillen, betont. Endgültige Klarheit ließe sich für die Auslegung der EuErbVO freilich nur erreichen, wenn die deutschen Gerichte verstärkt solche Fälle dem Europäischen Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen würden.

---

### HGB § 12; BeurkG § 40a

**Verwendbarkeit einer durch einen österreichischen Notar im Online-Verfahren beglaubigten Anmeldung im deutschen Handelsregisterverfahren**

**Die nach österreichischem Recht erfolgte notarielle Online-Beglaubigung ist einer deutschen Beglaubigung mittels Videokommunikation nach § 40a BeurkG nicht gleichwertig. Eine Pflicht zur Anerkennung ergibt sich auch nicht aus der Gesellschaftsrechtsrichtlinie in der Fassung der Digitalisierungsrichtlinie der EU.**

KG, Beschl. v. 17.7.2024 – 22 W 25/24

### Problem

Der Geschäftsführer einer im Handelsregister des Amtsgerichts Charlottenburg registrierten GmbH meldete eine Änderung der inländischen Geschäftsanschrift der GmbH an. Die Anmeldung wurde durch einen Notar

mit Amtssitz in Österreich im Online-Verfahren nach österreichischem Recht beglaubigt.

Das AG Charlottenburg wies die Anmeldung zurück. Eine im Ausland vorgenommene Beglaubigung im dortigen Online-Verfahren könne nur dann anerkannt werden, wenn das Verfahren den §§ 40a, 16a Abs. 1 BeurkG gleichstünde. Dies sei bei einer nach österreichischem Recht vorgenommenen Online-Beglaubigung nicht der Fall.

### Entscheidung

Das Kammergericht wies die Beschwerde gegen die Entscheidung des Amtsgerichts als unbegründet zurück. Die Anmeldung zum Handelsregister erfülle nicht die Voraussetzung der § 12 Abs. 1 S. 1, 2 HGB, §§ 16a Abs. 1, 40a Abs. 1 BeurkG, § 78p BNotO. Insbesondere sei die notarielle Beglaubigung der qualifizierten elektronischen Signatur des Geschäftsführers durch den österreichischen Notar im Wege des Online-Verfahrens nicht nach der in BeurkG und BNotO vorgeschriebenen Weise erfolgt (Rn. 10).

Das in Österreich vorgesehene Verfahren weiche in drei wesentlichen Punkten von dem deutschen Verfahren ab (Rn. 22): Zunächst sehe das österreichische Verfahren anders als § 16c S. 1, 2 BeurkG kein zweistufiges Verfahren zur Feststellung der Person der Urkundsbeteiligten vor. Vielmehr genüge nach österreichischem Recht ein optischer Abgleich des per Video sichtbaren Ausweisdokuments mit der per Video zugeschalteten Person (allg. bekannt als Video-Identifikationsverfahren). Zudem müsse der österreichische Notar – anders als der deutsche Notar – die Identifizierung der Beteiligten nicht selbst vornehmen, sondern könne hierfür auch geschulte und zuverlässige Mitarbeiter einsetzen (s. a. Rn. 14). Drittens müsse der österreichische Notar nicht ein von der Notarkammer bereit gestelltes Videokommunikationssystem nutzen, sondern könne sich auch diesbezüglich eines Dienstleisters bedienen.

Das Verfahren nach österreichischem Recht sei aus diesen Gründen nicht gleichwertig zu dem deutschen Verfahren.

Das KG führt weiter aus, dass mit §§ 16c, 40a BeurkG, § 78p BNotO tragende Grundsätze des deutschen Beurkundungsrechts geschaffen worden seien. Es beziehe sich insoweit auf die Gesetzesbegründung zum sog. DiREG (BR-Drucks. 171/22), wonach auch dort, wo das deutsche Recht notarielle Online-Verfahren zulässt, ausländische Online-Verfahren nur dann als gleichwertig anerkannt werden können, wenn diese den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entsprechen. Dies sei allenfalls dann der Fall, wenn eine

vergleichbar sichere persönliche Identifizierung der Beteiligten durch die Notarin oder den Notar anhand von elektronischen Identifizierungsmitteln und elektronisch übermittelten Lichtbildern ermöglicht werde (Rn. 26). Zuletzt verneint das Gericht noch einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit (Rn. 30). Die Beschränkungen seien hier aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt (Rn. 33).

### Weitere Hinweise

Das Kammergericht hat die Rechtsbeschwerde zugelassen. Diese ist bereits beim Bundesgerichtshof eingelegt (Az. II ZB 13/24). Zur Thematik bereits DNotI-Report 2023, 9.

---

## BGB §§ 133, 311b Abs. 1 S. 1, 433 Abs. 1, 434 Fehlvorstellung der Käufer über die räumlichen Grenzen des verkauften Grundstücks; Falsa demonstratio im Grundstückskaufvertrag

**1. Zur Beschaffenheit eines verkauften Grundstücks gehört es nicht, dass es sich auf ein Nachbargrundstück erstreckt; eine solche Vereinbarung legt den Kaufgegenstand selbst und nicht lediglich dessen Beschaffenheit fest.**

**2a. Der Wortsinn einer in einem notariellen Grundstückskaufvertrag enthaltenen Erklärung ist nicht maßgeblich, wenn feststeht, dass die Vertragsparteien in der Erklärung Begriffe anders als nach dem Wortsinn verstehen oder mit Flurstücks- oder Grundbuchangaben andere Vorstellungen über den verkauften Grundbesitz verbinden (sog. versehentliche Falschbezeichnung bzw. falsa demonstratio). Eine solche Falschbezeichnung ändert nach § 133 BGB nichts daran, dass – wie auch sonst – nicht das fehlerhaft Erklärte, sondern das wirklich Gewollte gilt.**

**2b. Aus dem Umstand, dass die Kaufvertragsparteien die tatsächlichen Verhältnisse des im Eigentum des Verkäufers stehenden Grundstücks bei einer Besichtigung zur Kenntnis genommen haben, kann, auch wenn dieses Grundstück und das angrenzende Nachbargrundstück scheinbar eine Einheit bilden, nur im Ausnahmefall auf eine Einigung über den Mitverkauf des nicht im Eigentum des Verkäufers stehenden Nachbargrundstücks geschlossen werden (Abgrenzung zu Senat, Urteil vom 18. Januar 2008 – V ZR 174/06, NJW 2008, 1658).**

**3. Weckt der Verkäufer eines Grundstücks bei dem Käufer vor Vertragsschluss falsche – einseitige –**

**Vorstellungen über den tatsächlichen Umfang seines Eigentums oder erkennt er eine entsprechende Fehlvorstellung über den Grenzverlauf, klärt den Käufer aber nicht über den wahren Grenzverlauf auf, fehlt es in aller Regel an einer Einigung über den Verkauf eines scheinbar zu dem Grundstück des Verkäufers zugehörigen fremden Grundstücks. Der Verkäufer kann allerdings wegen Verschuldens bei Vertragsschluss zum Schadensersatz verpflichtet sein.**

BGH, Urt. v. 23.6.2023 – V ZR 89/22

### Problem

Mit notariellem Kaufvertrag kauften die Kläger von den Beklagten ein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück. Als Kaufgegenstand wurde dabei lediglich das Flurstück 1 benannt. Die Kläger gingen bei Vertragsschluss jedoch irrtümlich davon aus, dass zum Kaufgegenstand auch das angrenzende Flurstück 2 mit einer Fläche von 19 qm gehörte. Dieses Flurstück 2 steht im Eigentum eines Dritten.

Die Kläger begehren die Rückabwicklung des Vertrages, sowie die Feststellung, dass die Beklagten sie von sämtlichen sich im Zuge der Rückabwicklung ergebenden materiellen Schäden freizustellen haben. Das LG hatte die Klage abgewiesen; das OLG hatte die Berufung durch Beschluss zurückgewiesen.

### Entscheidung

Der BGH wies die Klage ab. Dabei stellte das Gericht zunächst fest, dass in diesem Fall kein aus der kaufrechtlichen Sachmängelhaftung hergeleitetes Rücktrittsrecht aus § 434 BGB i. V. m. § 437 Nr. 2 BGB in Betracht komme. **Zur Beschaffenheit eines verkauften Grundstücks gehöre es nicht, dass sich dieses auch auf ein Nachbargrundstück erstrecke.** Dies betreffe vielmehr die Frage nach dem **Kaufgegenstand selbst** und könne daher auch nicht Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung sein.

Auch aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht ließ sich nach Ansicht des BGH kein Anspruch auf Rückabwicklung des Vertrages (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. §§ 326 Abs. 5, 323 Abs. 5 S. 1 BGB) daraus herleiten, dass sich die Parteien aufgrund einer *falsa demonstratio* auf den Verkauf eines Grundstücks geeinigt hätten, das sowohl aus Flurstück 1 als auch Flurstück 2 bestand.

Weder aus den getroffenen Feststellungen, noch aus dem in Bezug genommenen Klägervortrag sei zu entnehmen, dass sich die Parteien auch auf den Verkauf des Flurstücks 2 geeinigt und lediglich den Kaufgegenstand falsch bezeichnet hätten.

Zwar müsse bei einer versehentlichen Falschbezeichnung in der Urkunde das tatsächlich von den Parteien Gewollte, anders als bei der Auslegung einer solchen Urkunde, **nicht andeutungsweise Niederschlag in der Vereinbarung** gefunden haben. Denn der Wortsinn der Erklärung in der Urkunde sei dann nicht maßgeblich, wenn die Parteien übereinstimmend in der Erklärung Begriffe anders als nach dem Wortsinn verstehen oder mit Flurstücks- oder Grundbuchangaben andere Vorstellungen über den verkauften Grundbesitz verbinden. Eine solche übereinstimmende Falschbezeichnung führe dazu, dass nach § 133 BGB nicht das fehlerhaft Erklärte, sondern das tatsächlich Gewollte gelte und auch beurkundet sei.

Nach Ansicht des BGH **stand jedoch** im vorliegenden Fall **nicht fest**, dass die **Parteien übereinstimmend den Kaufgegenstand dahingehend falsch bezeichnet** hatten, dass auch das Flurstück 2 mitverkauft werden sollte. Denn es seien keine Anhaltspunkte aus den getroffenen Feststellungen ersichtlich, dass die Beklagten auch das Flurstück 2 an die Kläger verkaufen wollten. In Ermangelung besonderer Umstände sei grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Grundstück in dem aus dem Grundbuch und dem Liegenschaftskataster ersichtlichen Zuschnitt und Umfang verkauft werden solle. Dies gelte umso mehr, wenn das vermeintlich mitverkaufte, nicht im Vertrag bezeichnete Grundstück nicht im Eigentum des Verkäufers stehe. Denn es stelle den absoluten Regelfall dar, dass ein Verkäufer ein ihm nicht gehörendes Grundstück nicht verkaufen wolle. Allein der Irrtum der Kläger, dass das Flurstück 2 mitverkauft werden sollte, reiche nicht für die Begründung einer solchen Falschbezeichnung aus. Denn hieraus ergebe sich kein Wille der Beklagten, mehr zu verkaufen, als ihnen eigentlich gehöre. Selbst wenn auch die Beklagten diesem Irrtum unterlegen gewesen wären, so seien aus den getroffenen Feststellungen keine Anhaltspunkte ersichtlich, die ausnahmsweise auf den auch von den Klägern so zu verstehenden Willen der Beklagten hindeuten könnten, mehr verkaufen zu wollen als das, was nach dem Grundbuch und dem Liegenschaftskataster in ihrem Eigentum gestanden habe.

Zuletzt führt das Gericht aus, dass hinsichtlich der Rückabwicklung des Vertrages auch ein Anspruch aus *culpa in contrahendo* gemäß §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB in Betracht komme, dieser Anspruch jedoch verjährt sei. Die Rückabwicklung des geschlossenen Vertrages wäre auch ein zulässiges Anspruchsziel des Schadensersatzanspruches, wenn die Beklagten im Vorfeld auch den Verkauf des Flurstücks 2 versprochen hätten, aber dann schuldhaft im notariellen Kaufvertrag dieses Flurstück nicht mitverkauft hätten.

Ein solcher Anspruch war aber jedenfalls nach Ansicht des BGH bereits verjährt (§§ 196 Abs. 1, 200 BGB) und daher nicht durchsetzbar. Für die Verjährungsfrist gelte die 10-Jahresfrist des § 196 BGB, da diese Norm auch die Rückabwicklung von Grundstückskaufverträgen erfasse. Die Verjährung habe damit kenntnisunabhängig nach § 200 BGB mit Abschluss des Kaufvertrages begonnen und sei mittlerweile abgelaufen.

## Veranstaltung

### 12. Jahrestagung des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen der Bucerius Law School

#### „Familienunternehmen und das neue Personengesellschaftsrecht“

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

#### Veranstaltungsort:

Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft, Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg

#### Datum:

Freitag, 25.10.2024, 08:45 Uhr

#### Anmeldung:

per Anmeldeformular unter: <https://buceriuslawschool.wufoo.com/forms/z1s63hdx1c0ekch/> oder per E-Mail: [events@law-school.de](mailto:events@law-school.de)

#### Kontakt:

Notarrechtliches Zentrum Familienunternehmen der Bucerius Law School, Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg; E-Mail: [paul.schirmmacher@law-school.de](mailto:paul.schirmmacher@law-school.de)

#### Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

#### Hinweis:

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

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

**Redaktion:** Notarassessorin Katharina Baunach

#### 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

HGB § 12 Abs. 2; BeurkG §§ 13, 39a, 44 – Elektronische Einreichung beim Handelsregister; Anforderungen des § 39a BeurkG; Anbringung des Siegels auf der Urschrift bei einer Niederschrift gem. §§ 8 ff. BeurkG

BGB §§ 1741, 1746 ff.; AdVermiG § 9a; LPartG §§ 9, 21 – Stiefkindadoption bei eingetragener Lebenspartnerschaft; Beratungspflicht; Getrenntleben der Partnerinnen

#### Rechtsprechung

BGB § 640 – (Unwirksame) Abnahmeklausel; Abnahme durch einen von der Wohnungseigentümerversammlung gewählten Sachverständigen; Verwirkung von Gewährleistungsansprüchen

#### Veranstaltungen

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**HGB § 12 Abs. 2; BeurkG §§ 13, 39a, 44  
Elektronische Einreichung beim Handelsregister; Anforderungen des § 39a BeurkG; Anbringung des Siegels auf der Urschrift bei einer Niederschrift gem. §§ 8 ff. BeurkG**

#### I. Sachverhalt

Dem Handelsregister wurde über das XNP-Modul eine elektronisch beglaubigte Abschrift einer in Urschrift vorliegenden notariellen Urkunde (Niederschrift) eingereicht. Die Rechtspflegerin hat beanstandet, dass auf der gescannten Urschrift (Niederschrift i. S. d. § 8 BeurkG) im Original kein Siegel neben der Unterschrift des Notars sichtbar ist. Es ist auch kein Vermerk „L.S.“ o. Ä. vorhanden.

Auszugsweiser Text der Beanstandung:

„...fehlt die Beifügung des notariellen Siegels zur Unterschrift. Da die elektronische Signatur die Übereinstimmung mit dem vorliegenden Papierdokument bescheinigt, muss das Siegel erkennbar sein. Bei dem vorgelegten Dokument handelt es sich um eine elektronisch beglaubigte Abschrift einer Papierurkunde. Für Papierdokumente ist die Beifügung eines notariellen Siegels vorgesehen. (...) Durch die Fertigung einer elektronisch beglaubigten Abschrift wird aber aus dem Papierdokument keine elektronisch erstellte Urkunde, sodass eben nicht die Vorschriften anzuwenden sind, die explizit für elektronisch erstellte Urkunden nachträglich geschaffen wurden.“

#### II. Frage

Muss bei der Fertigung einer elektronisch beglaubigten Abschrift einer in Urschrift vorliegenden Niederschrift ein Siegel vorhanden und sichtbar sein?

#### III. Zur Rechtslage

Für den elektronischen Verkehr mit dem Handelsregister regelt § 12 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 HGB, dass in den Fällen, in denen ein notariell beurkundetes Dokument oder eine öffentlich beglaubigte Abschrift einzureichen

ist, ein mit einem einfachen elektronischen Zeugnis (§ 39a BeurkG) versehenes Dokument zu übermitteln ist. Die Anforderungen an dieses **elektronische Dokument** richten sich nach § 39a BeurkG.

Hiervon zu unterscheiden sind indes die Anforderungen, die an das **notariell beurkundete Dokument**, das dem Handelsregister in beglaubigter Abschrift übermittelt werden soll, zu stellen sind. Diese richten sich vorliegend nach §§ 8 ff. BeurkG.

Für die beurkundungsverfahrensrechtlich wirksame Errichtung einer (papiergebundenen) notariellen **Niederschrift gem. §§ 8 ff. BeurkG** ist die **Beifügung eines Siegels** – anders als bei Vermerkkurkunden i. S. v. § 39 BeurkG, bei denen das Siegel die für die Niederschrift i. S. d. § 8 BeurkG zwingende Bezeichnung des Notars gem. § 9 Abs. 1 S. 1 BeurkG ersetzt – **keine Wirksamkeitsvoraussetzung** (BeckOK-BeurkG/Bremkamp, Std.: 1.3.2024, § 13 Rn. 147; BeckOK-BeurkG/Boor, Std.: 1.3.2024, § 39 Rn. 2; Winkler, BeurkG, 21. Aufl. 2023, § 13 Rn. 83). Vielmehr ist der Beurkundungsvorgang mit dem Abschluss des in § 13 BeurkG niedergelegten Verfahrens abgeschlossen und die öffentliche Urkunde i. S. v. § 415 Abs. 1 ZPO wirksam errichtet.

Die **spätere Beifügung eines Prägesiegels** bei einer aus mehreren Blättern bestehenden Urkunde, welche in § 44 BeurkG (einer „Soll“-Vorschrift) angeordnet ist, ist **nicht Inhalt der öffentlichen Urkunde** (vgl. auch die amtliche Überschrift des 4. Abschnitts des BeurkG: „*Behandlung der Urkunden*“). Inhalt der öffentlichen Urkunde sind vielmehr die vor der Urkundsperson abgegebenen Erklärungen der Beteiligten, sodass sich die Beweiswirkung gem. § 415 Abs. 1 ZPO auf diesen von der Urkundsperson beurkundeten Vorgang bezieht (vgl. den Wortlaut des § 415 Abs. 1 ZPO). Die spätere Beifügung des Prägesiegels ist hingegen nicht Teil des Beurkundungsvorgangs. Überdies ist der Zeitpunkt der Verbindung mit Schnur und Prägiesiegel nach § 44 S. 1 BeurkG nicht geregelt, sollte jedoch spätestens bei Ablage der Urschrift in der Urkundensammlung erfolgen (BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 1.9.2024, § 44 Rn. 16).

Der Umstand, dass in der notariellen Praxis zuweilen auf die letzte Seite der zu scannenden Niederschrift ein Farbdrucksiegel (zumeist neben der Unterschrift des Notars) angebracht wird, ändert nichts daran, dass die Anbringung eines Siegels weder Wirksamkeitsvoraussetzung für die Niederschrift gem. §§ 8 ff. BeurkG noch Inhalt der öffentlichen Urkunde i. S. v. § 415 ZPO ist.

Vor diesem Hintergrund gilt es sich zu vergegenwärtigen, dass eine **beglaubigte Abschrift** einer Urkunde

**nicht die bildliche** Übereinstimmung, sondern **allein die inhaltliche Übereinstimmung** der Abschrift mit der vorliegenden Ausgangsurkunde **bestätigt** (Gutachten DNotI-Report 2015, 1; BeckOGK-BeurkG/Meier, Std.: 1.9.2024, § 42 Rn. 10). Dies gilt sowohl für beglaubigte Abschriften in Papierform als auch für elektronisch beglaubigte Abschriften. Das nach Abschluss des Beurkundungsvorgangs beizufügende Prägiesiegel (nebst Schnur) ist aber ebenso wenig *Inhalt* der öffentlichen Urkunde wie die später beizufügende Urkundenverzeichnisnummer (zur UVZ-Nummer vgl. Gutachten DNotI-Report 2022, 92).

Das Fehlen eines (Präge-)Siegels wäre allenfalls dazu geeignet, den *Beweiswert* der öffentlichen Urkunde, d. h. hier der notariellen Niederschrift gem. §§ 8 ff. BeurkG, zu beeinträchtigen. Ein Dienstsiegel dokumentiert im Rechtsverkehr die Amtsträgereigenschaft der Urkundsperson und erschwert Fälschungen, so dass das Vorhandensein eines Dienstsiegels für die Echtheit der öffentlichen Urkunde spricht (zur Authentizitätsfunktion von Dienstsiegeln vgl. BGH FGPrax 2017, 56, Rn. 22). An der Echtheit der notariellen Niederschrift, also der Echtheit des notariell beurkundeten Dokuments i. S. v. § 12 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 HGB, dürften indes keine Zweifel bestehen, wenn jene Urkundsperson die elektronisch beglaubigte Abschrift i. S. v. § 39a BeurkG erzeugt, die nach den zwingenden Angaben in der öffentlichen Urkunde (vgl. § 9 Abs. 1 S. 1 BeurkG) auch diesen Beurkundungsvorgang vorgenommen hat.

Im **Ergebnis** halten wir daher die Beanstandung des Handelsregisters für nicht gerechtfertigt. Anders wäre dies hingegen zu beurteilen, wenn es sich bei der eingereichten Urkunde um eine Vermerkkurkunde i. S. v. § 39 BeurkG gehandelt hätte, bei der die Beifügung des Siegels Wirksamkeitsvoraussetzung ist.

---

## BGB §§ 1741, 1746 ff.; AdVermiG § 9a; LPartG §§ 9, 21

### Stiefkindadoption bei eingetragener Lebenspartnerschaft; Beratungspflicht; Getrenntleben der Partnerinnen

---

#### I. Sachverhalt

Frau I und Frau A leben in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft. Frau I hat einen Sohn M, der 2016 geboren wurde. Das Kind wurde durch anonyme Samenspende in den Niederlanden gezeugt. Die Lebenspartnerschaft der Damen bestand zum Zeitpunkt der Geburt des Sohnes M bereits. Inzwischen haben sich die Damen getrennt. Dennoch möchte Frau A den Sohn M als Kind annehmen, um das gemeinsame Sorgerecht mit

der Mutter, Frau I, auszuüben. Frau I ist hiermit einverstanden.

## II. Fragen

1. Ist bei der Annahme des Kindes eines Lebenspartners durch den anderen Lebenspartner eine Beratung beim Jugendamt (Adoptionsvermittlungsstelle) nach § 9a AdVermiG erforderlich?

2. Ist eine Stiefkindadoption möglich, auch wenn die Lebenspartner inzwischen getrennt leben?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Beratungspflicht

In § 9a AdVermiG ist eine **Beratungspflicht im Vorfeld von Stiefkindadoptionen** geregelt, um den Beteiligten einen umfassenden Überblick über die weitreichenden und unumkehrbaren Folgen einer Adoption sowie den damit zusammenhängenden Fragestellungen zu verschaffen und dadurch die notarielle Beratung um psychosoziale Aspekte zu ergänzen (BeckOGK-AdVermiG/Löhnig, Std.: 1.2.2024, § 9a Rn. 2 f.; Keuter, NZFam 2021, 49, 50).

Die zwingende vorherige Beratung der Beteiligten im Rahmen einer Stiefkindadoption hat bereits während des Gesetzgebungsverfahrens zum Adoptionshilfe-Gesetz („Gesetz zur Verbesserung der Hilfen für Familien bei Adoption“, vgl. BGBl. 2021 I, S. 226) zahlreiche Kritik ausgelöst, u. a. von Seiten der Lesben- und Schwulenverbände. Diese erblickten in der Verschärfung der Anforderungen an die Stiefkindadoption eine weitere Diskriminierung von Zwei-Frauen-Paaren gegenüber heterosexuellen Paaren, nachdem nur letztere eine statusrechtliche Zuordnung gem. § 1592 Nr. 2 BGB im Wege der Vaterschaftsanerkennung herbeiführen können (Bernauer, notar 2021, 79, 80; Gutachten DNotI-Report 2022, 35, 37; Keuter, NZFam 2021, 49, 51).

Erst am Ende des Gesetzgebungsverfahrens wurde durch den Vermittlungsausschuss die Beratungspflicht eingeschränkt (Bernauer, notar 2021, 79, 80; Gutachten DNotI-Report 2022, 35, 37; Keuter, NZFam 2021, 49, 51). So wurde in § 9a Abs. 4 S. 1 AdVermiG eine Ausnahme aufgenommen (vgl. BT-Drucks. 19/25163, S. 2). Danach **entfällt die Beratungspflicht, wenn der annehmende Elternteil zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes mit dem Elternteil des Kindes verheiratet ist**. Über § 21 LPartG gilt diese Bestimmung auch für eingetragene Lebenspartnerschaften.

Da Frau I und Frau A zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes M bereits in eingetragener Lebenspartnerschaft lebten, ist anzunehmen, dass die Voraussetzungen des

**Ausnahmetatbestandes gem. § 9a Abs. 4 S. 1 AdVermiG (i. V. m. § 21 LPartG)** erfüllt sind. Etwas anderes würde nach § 9a Abs. 4 S. 2 AdVermiG nur dann gelten, wenn das Kind im Ausland geboren wurde und der abgebende Elternteil seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat.

### 2. Stiefkindadoption bei getrenntlebenden Lebenspartnern

Gem. § 9 Abs. 7 LPartG kann ein Lebenspartner das Kind des anderen Lebenspartners allein annehmen. Die Stiefkindadoption hat gem. § 9 Abs. 7 S. 2 LPartG i. V. m. § 1754 Abs. 1, Abs. 3 BGB zur Folge, dass das Kind die rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes der Lebenspartner erlangt und diesen die elterliche Sorge gemeinsam zusteht.

#### a) Einwilligung des leiblichen Vaters

Zu den **Annahmenvoraussetzungen**, die das Familiengericht nach Antragstellung (§ 1752 Abs. 1 BGB) prüft, zählen u. a. die **Einwilligung** des Kindes, seiner Eltern und des Ehegatten des Annehmenden, vgl. §§ 1746, 1747, 1749 BGB. Dass § 9 Abs. 7 S. 2 LPartG keinen ausdrücklichen Verweis auf diese Vorschriften enthält, steht ihrer Anwendbarkeit nicht entgegen. Der Gesetzgeber hat zur Anwendung der Adoptionsvorschriften nur im Hinblick auf die Besonderheiten der Stiefkindadoption einzelne Regelungen getroffen, während die übrigen, nicht nur die Stiefkindadoption betreffenden Vorschriften des Adoptionsrechts ohne gesonderte gesetzliche Anordnung anwendbar sein sollen (BGH NJW 2015, 1820 Rn. 11 m. w. N.).

Die **leibliche Mutter** und **Lebenspartnerin der Annehmenden**, Frau I, ist mit der Annahme des Kindes M durch Frau A einverstanden, sodass hier von einer Erteilung der **Einwilligung** gem. §§ 1747, 1749 BGB ausgegangen werden kann.

Fraglich ist jedoch, ob es auch der **Einwilligung** des Samenspenders als **leiblicher Vater** des Kindes bedarf, die im Fall der Minderjährigenadoption gem. § 1747 Abs. 1 BGB prinzipiell erforderlich ist.

Mit Beschl. v. 18.2.2015 (NJW 2015, 1820 f.) hat der BGH festgestellt, dass **auch der Samenspender** aufgrund der besonderen Zweckrichtung der §§ 1747 Abs. 1 S. 2, 1600d Abs. 2 S. 1 BGB **von der Regelung erfasst** ist. Denn § 1600d Abs. 2 S. 1 BGB i. V. m. § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB diene dem Zweck, bei (noch) nicht feststehender rechtlicher Vaterschaft den als Vater in Betracht kommenden Mann zu bezeichnen und ihm die Möglichkeit zu geben, sich am Adoptionsverfahren zu beteiligen. Der leibliche Vater solle hierdurch die Möglichkeit erhalten, seine Vaterschaft feststellen zu

lassen und seine Elternrechte geltend zu machen. Daher sei es aufgrund **Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG** geboten, dem vermuteten **Vater** eine **Beteiligung am Adoptionsverfahren** zu ermöglichen. Dies sei nicht auf die natürliche Zeugung beschränkt, sondern gelte auch für den Fall der Samenspende.

Nach dem BGH (NJW 2015, 1820 f.) ist eine Zustimmung des leiblichen Vaters zur Adoption gem. § 1747 Abs. 1 S. 2 BGB jedoch nur erforderlich, wenn er nach Unterrichtung von dem Verfahren seine Rechte aktiv wahrnimmt und die Möglichkeit seiner leiblichen Vaterschaft glaubhaft macht. Etwas anderes gilt dagegen dann, wenn der leibliche Vater seine **rechtliche Vaterstellung von vornherein nicht wahrnehmen** möchte, wie dies etwa bei einer **anonymen Samenspende** der Fall ist. In diesem Fall ergebe sich bereits aus den Umständen der medizinisch assistierten Zeugung, dass der leibliche Vater seine Grundrechtsposition nicht wahrnehmen wolle. Mithin sei dessen Einwilligung in die Adoption nicht erforderlich und es bedürfe auch nicht seiner Beteiligung am Verfahren.

Mit der vorgenannten Auffassung des BGH wäre eine **Einwilligung des leiblichen Vaters** des Kindes M für dessen Annahme durch Frau A somit **nicht erforderlich**.

Der Ansatz des BGH ist jedoch nicht unwidersprochen geblieben. *Löhnig* (in: BeckOGK-BGB, Std.: 1.2.2024, § 1747 Rn. 30 f.) kritisiert, dass die Erklärung des Samenspenders, anonym bleiben zu wollen, nicht verbindlich sei. Das Familiengericht müsse daher den Spender von Amts wegen ermitteln, um ihn nicht von seinem Einwilligungsrecht auszuschließen.

#### **b) Auswirkungen des Getrenntlebens der Lebenspartnerinnen**

Zudem besteht vorliegend die Besonderheit, dass die Lebenspartnerinnen inzwischen getrennt leben. Fraglich ist daher, wie sich dieser Umstand auf die geplante Adoption auswirkt.

Gem. § 1741 Abs. 1 S. 1 BGB ist die Annahme als Kind zulässig, wenn sie dem **Wohl des Kindes** dient und zu erwarten ist, dass zwischen dem Annehmenden und dem Kind ein **Eltern-Kind-Verhältnis** entsteht. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Selbst wenn vorliegend unterstellt wird, dass zwischen dem Kind und Frau A in den vergangenen Jahren bereits ein Eltern-Kind-Verhältnis entstanden ist (Tatfrage), könnte sich aufgrund des Getrenntlebens der Lebenspartnerinnen ein Problem hinsichtlich der Beurteilung des Kindeswohls ergeben.

Die Annahme dient dem Wohl des Kindes, wenn nach einer Gesamtbetrachtung der Umstände davon auszugehen ist, dass die **Perspektiven für die Entwicklung des Kindes** zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit durch die Annahme im Vergleich zur Situation ohne Annahme **nachhaltig** und nicht nur vorübergehend **verbessert** würden (BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1741 Rn. 5; Staudinger/Helms, BGB, 2023, § 1741 Rn. 18).

Nachdem es sich stets um eine **einzelfallbezogene Abwägung** der konkreten Lebensumstände des Kindes und des Annehmenden handelt (Grüneberg/Götz, BGB, 83. Aufl. 2024, § 1741 Rn. 3), die dem Familiengericht vorbehalten bleibt, kann an dieser Stelle keine verbindliche Einschätzung abgegeben werden.

Allerdings lässt sich feststellen, dass bei einer Stiefkindadoption der **Dauer** und dem **Zustand der Ehe** zwischen dem leiblichen Elternteil und dem annehmenden Stiefelternteil in der Kommentarliteratur eine **entscheidende Bedeutung** für die Beurteilung des Kindeswohls beigemessen wird (BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1741 Rn. 89; BeckOK-BGB/Pöcker, Std.: 1.8.2024, § 1741 Rn. 31; Erman/Teklote, BGB, 17. Aufl. 2023, § 1741 Rn. 10; MünchKommBGB/Maurer, 9. Aufl. 2024, § 1741 Rn. 88, 101; Staudinger/Helms, § 1741 Rn. 30). So betonen *Grünwald/Nunez* (in: Behrentin, Handbuch Adoptionsrecht, 2017, Kap. A Rn. 104), dass es eine wesentliche Voraussetzung für eine gedeihliche Entwicklung des Adoptivkindes ist, dass es **in auf Dauer angelegten Familienbeziehungen aufwachsen** kann. Die Erwägungen dürften jedenfalls nach dem Rechtsgedanken des § 21 LPartG entsprechend für eine eingetragene Lebenspartnerschaft gelten.

Anders als in ausländischen Rechtsordnungen ist in Deutschland zwar keine gesetzliche Mindestdauer der Ehe (bzw. eingetragenen Lebenspartnerschaft) vor einer Adoption vorgesehen, das OLG Nürnberg hielt jedoch eine Dauer von zwei Jahren für erforderlich, um davon ausgehen zu können, dass die Ehe zwischen dem leiblichen Elternteil und dem Annehmenden Bestand haben wird (Beschl. v. 29.10.2018 – 7 UF 958/18, BeckRS 2018, 29484 Rn. 61).

Neben der zeitlichen Komponente ist jedoch auch der **Zustand** und die **Stabilität der Beziehung** in die Beurteilung des Kindeswohls einzubeziehen. Die Ehe (bzw. Lebenspartnerschaft) müsse Bestand versprechen. Dadurch sollen dem Kind erneute Beziehungsabbrüche erspart bleiben und es soll verhindert werden, dass es in den Mittelpunkt von Elternkonflikten rückt (Staudinger/Helms, § 1741 Rn. 30). Zudem stelle eine **Kindessannahme** ein **untaugliches Mittel** dar, um eine



**gefährdete Ehe zu retten** (MünchKommBGB/Maurer, § 1741 Rn. 88, 101).

*Teklote* (in: Erman, § 1741 Rn. 10) spricht sich daher ausdrücklich dafür aus, dass ein **Getrenntleben der Eheleute** einer positiven Prognose im Rahmen der Beurteilung des Kindeswohls gem. § 1741 Abs. 1 S. 1 BGB regelmäßig **entgegenstehen** soll, zu unsicher wäre die Hoffnung, dass ein Adoptivkind die gefährdete Ehe stabilisieren könnte.

Ferner könnte der **Rechtsgedanke des § 1766a BGB** u. E. darauf hindeuten, dass das Getrenntleben der Lebenspartnerinnen einer Annahme des Kindes M durch Frau A entgegensteht. Denn danach ist eine **Stiefkind-adoption** innerhalb einer nichtehelichen Paarbeziehung **nur möglich**, wenn die Partner gem. § 1766a Abs. 2 BGB **eheähnlich zusammenleben**. Dass der Gesetzgeber dieses Merkmal derart in den Fokus rückt, könnte dafür sprechen, dass es bei der Beurteilung des Kindeswohls nicht nur auf das rechtliche Band einer Ehe bzw. eingetragenen Lebenspartnerschaft, sondern vor allem auf das **Bestehen einer tatsächlich intakten Beziehung** ankommt, um dem Kind ein stabiles Umfeld in einem beständigen Zuhause zu ermöglichen (diesen Aspekt betonend BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1741 Rn. 74.1).

In der geschilderten Konstellation könnten sich jedoch auch Aspekte ergeben, die sich für eine Kindeswohl-dienlichkeit der Annahme anführen lassen und daher als Vorteile in die Gesamtabwägung einzustellen wären. Insbesondere könnte vorliegend von Bedeutung sein, dass der biologische Vater des Kindes infolge der anonymen Samenspende nicht bekannt ist und daher eine Übernahme der rechtlichen Elternrolle durch diesen nicht in Betracht kommt. M würde erst infolge der Adoption durch Frau A einen zweiten sorgeberechtigten Elternteil und die damit einhergehenden **materiellen Vorteile** eines Unterhaltsanspruchs sowie der erbrechtlichen Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes erhalten. Daneben werden auch Umstände wie die **persönliche Eignung** der Frau A zur Erziehung und Betreuung des Kindes sowie ihre **sozialen Lebensverhältnisse**, insbesondere die Beziehung zur leiblichen Kindsmutter nach der Trennung, die vorliegend jedoch nicht näher bekannt sind, von Bedeutung sein (zu den Abwägungsfaktoren s. nur MünchKommBGB/Maurer, § 1741 Rn. 72 ff.).

Auch das OLG Schleswig hat in seiner Entscheidung vom 25.10.2023 – 8 UF 124/23 (NJW 2024, 367 = NZFam 2024, 231 m. zust. Anm. Keuter) betont, dass die Stabilität der Ehe der Adoptiveltern einen wichtigen Faktor im Rahmen der Beurteilung des Kindeswohls

darstellt. Dennoch sei dieser nicht allein entscheidend. Eine Trennung der annehmenden Eheleute lasse die Kindeswohl-dienlichkeit der Annahme nicht zwingend entfallen. Maßgeblich sei stets, ob die Annahme nach einer **Gesamtabwägung** aller Umstände des Einzelfalls zu einer **Verbesserung der Situation des Kindes** führt (zust. BeckOK-BGB/Pöcker, § 1741 Rn. 31). Das Gericht kam daher in dem konkreten Fall trotz einer zwischenzeitlichen Trennung der annehmenden Ehegatten zu dem Ergebnis, dass die Annahmenvoraussetzungen gem. § 1741 Abs. 1 BGB vorliegen.

### 3. Ergebnis

In dem geschilderten Sachverhalt besteht **keine Beratungspflicht** gem. § 9a Abs. 1 AdVermiG, sofern die Voraussetzungen des § 9a Abs. 4 S. 2 AdVermiG nicht kumulativ erfüllt sind.

Das **Getrenntleben der Lebenspartnerinnen** könnte nach der sich in der Literatur abzeichnenden Auffassung **negative Auswirkungen auf die Beurteilung des Kindeswohls** haben. Dennoch handelt es sich nur um einen Abwägungsfaktor, der in die Beurteilung des Kindeswohls einzustellen ist. Das Familiengericht hat im Rahmen der Entscheidung über den Adoptionsantrag (§ 1741 Abs. 1 S. 1 BGB) stets eine **Gesamtabwägung** der Umstände des Einzelfalls vorzunehmen. Trotz der Trennung der Lebenspartnerinnen ist es daher nicht völlig ausgeschlossen, dass eine Kindeswohl-dienlichkeit der Annahme bejaht wird, sofern das Gericht bei seiner Prognoseentscheidung zu dem Ergebnis kommen sollte, dass die Vorteile des Kindes bei einer Adoption durch Frau A überwiegen.

## Rechtsprechung

### BGB § 640

**(Unwirksame) Abnahmeklausel; Abnahme durch einen von der Wohnungseigentümersammlung gewählten Sachverständigen; Verwirkung von Gewährleistungsansprüchen**

1. Eine vom Bauträger verwendete Abnahmeklausel, wonach das gemeinschaftliche Eigentum für die Wohnungseigentümer durch einen von der Wohnungseigentümersammlung zu wählenden vereidigten Sachverständigen abgenommen wird, verstößt gegen § 9 Abs. 1 AGBG a.F. (Anschluss OLG Stuttgart v. 31.03.2015 – 10 U 46/14).

2. Im Falle einer in Folge der Nichtigkeit der Abnahmeklausel unwirksamen Abnahme beginnt die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen regelmäßig erst mit der Abnahme. Die Verjährungs-

**frist endet nicht spätestens mit der Verjährung des Erfüllungsanspruchs (entgegen OLG Stuttgart v. 02.04.2024 – 10 U 13/23).**

**3. Der Annahme einer Verwirkung von Gewährleistungsansprüchen steht regelmäßig entgegen, dass der Bauträger als Verwender einer unwirksamen Abnahmeklausel kein schutzwürdiges Vertrauen auf die Wirksamkeit der Abnahme haben kann. Dies gilt auch dann, wenn er zum Zeitpunkt der Verwendung nicht ohne weiteres mit einem Verstoß gegen § 9 Abs. 1 AGBG a.F. rechnen musste (entgegen OLG München v. 01.12.2023 – 28 U 3344/23).**

OLG Stuttgart, Urt. v. 6.6.2024 – 13 U 419/19

### Problem

Ein Bauträger errichtete in einem Bauvorhaben mehrere Mehrfamilienhäuser. Die beurkundeten Bauträgerverträge sahen folgende Abnahmeklausel vor:

*„Das gemeinschaftliche Eigentum wird für die Wohnungseigentümer durch einen vereidigten Sachverständigen abgenommen. Bei Wohnanlagen, die aus mehreren Gebäuden bestehen, kann jedes Gebäude einzeln abgenommen werden (Teilabnahme). Der Sachverständige soll auch die Beseitigung der bei der Abnahme festgestellten Mängel bestätigen. Die Kosten des Sachverständigen sind im Kaufpreis berücksichtigt. Der Sachverständige ist in der ersten Wohnungseigentümer-Versammlung durch Beschluß zu bestellen; er führt die Abnahme in Vertretung der einzelnen Wohnungseigentümer für diese durch, wozu er heute schon vom Käufer bevollmächtigt wird.“*

Entsprechend dieser vertraglichen Vereinbarung nahm ein von der Wohnungseigentümergeinschaft gewählter Sachverständiger im Jahr 2000 die Bauleistungen ab. Im Jahr 2014 machte die Wohnungseigentümergeinschaft wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum u. A. Gewährleistungsrechte gegenüber dem Bauträger geltend.

### Entscheidung

Zunächst stellt der Senat fest, dass keine wirksame Abnahme erfolgt ist. Der Sachverständige habe im Jahr 2000 die Wohnungseigentümer nicht wirksam vertreten können, da die in den Bauträgerverträgen enthaltene Vollmachtserteilung unwirksam gewesen sei. Die entsprechende Vertragsklausel halte einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle in mehrfacher Hinsicht nicht stand.

Zum einen sieht das OLG in der Klausel eine unangemessene Benachteiligung (§ 9 AGBG a.F.). Zwar betont

der Senat zunächst, dass es grundsätzlich unbedenklich sei, wenn ein zur Abnahme bevollmächtigter Dritter durch die Wohnungseigentümergeinschaft ausgewählt werde. Insoweit bestünden keine Bedenken hinsichtlich der erforderlichen Neutralität des Dritten im Rahmen der Abnahme, anders als bei einem durch den Bauträger bestimmbaren Erstverwalter.

Allerdings handele es sich um eine unangemessene Benachteiligung, wenn hierdurch dem einzelnen Erwerber zugleich die Möglichkeit genommen wird, *selbst* (oder durch eine eigene Vertrauensperson) die Abnahme des Gemeinschaftseigentums vorzunehmen. In Anlehnung an die ständige Rspr. sieht auch das OLG in dem Abnahmerecht aufgrund der einschneidenden Wirkungen der Abnahme einen „wesentlichen Grundgedanken“ der gesetzlichen Regelungen. Dieses Recht werde dem Erwerber durch die vertragsgegenständliche Klausel entzogen, als sie die Erwerber *verpflichtet*, die Abnahme durch den Sachverständigen ausführen zu lassen. Dies werde durch den Umstand verstärkt, dass die Vollmachtserteilung an den (künftigen) Sachverständigen *unwiderruflich* erteilt worden sei. Obgleich dies nicht ausdrücklich der Klausel zu entnehmen sei, ergebe sich dies durch Auslegung aus dem erkennbaren Sinn und Zweck der Klausel, die gerade eine gemeinsame Abnahme durch den Sachverständigen für alle Erwerber erreichen wolle. Obgleich auch eine andere Auslegungsmöglichkeit bestehen könnte (also die Widerruflichkeit der Vollmacht entsprechend § 168 S. 2 BGB), so gelte bei Mehrdeutigkeit der Klausel jedoch zunächst der Grundsatz der „kundenfeindlichsten“ Auslegung, soweit diese zur Unwirksamkeit der Klausel führe. Nur soweit auch bei Anlegung dieses Auslegungsmaßstabs die Klausel der Inhaltskontrolle standhalte, sei auf eine „kundenfreundliche“ Auslegung umzuschwenken.

Neben dem Aspekt der unangemessenen Benachteiligung sieht das OLG jedoch auch bei Annahme der Widerruflichkeit der Vollmacht jedenfalls einen Verstoß gegen das AGB-rechtliche Transparenzgebot, da dem durchschnittlichen Erwerber durch die Klausel suggeriert werde, dass für den Erwerber keine Alternative zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen Sachverständigen bestehe. Aufgrund der Unwirksamkeit der Abnahmeklausel sieht der erkennende Senat auch keinen Raum für eine im zeitlichen Nachgang erfolgte konkludente Abnahme durch die einzelnen Erwerber, da es ihnen bereits erkennbar an einem entsprechenden Erklärungsbewusstsein fehle. Vielmehr gingen alle Beteiligten davon aus, dass die Abnahme durch den beauftragten Sachverständigen erfolgt sei. Nach der Feststellung, dass die streitgegenständlichen Gewährleistungsansprüche unter Zugrundelegung der alten Rechtslage mangels

Abnahme auch nicht inzwischen verjährt seien, setzt sich das Gericht noch mit dem Rechtsinstitut der Verwirkung (§ 242 BGB) auseinander. Eine solche verneint der erkennende Senat aufgrund des fehlenden Umstandsmoments. Dem schutzwürdigen Vertrauen des Bauträgers stünde schon entgegen, dass dieser selbst für den Nichtbeginn der Verjährung aufgrund der Verwendung der unwirksamen Abnahmeklausel verantwortlich sei. Entgegen bestehender anderslautender obergerichtlicher Entscheidung des OLG München (01.12.2023 – 28 U 3344/23) sei es aus Sicht des OLG Stuttgart auch unerheblich, dass der Bauträger mit der Unwirksamkeit im Zeitpunkt der Verwendung der Klausel nicht ohne Weiteres habe rechnen müssen, denn er habe gleichwohl durch die Verwendung der Klausel bewusst die Rechte der Erwerber bei der Entscheidung über eine Abnahme verkürzt und so die alleinige Ursache dafür gesetzt, dass die Verjährung nicht habe beginnen können.

#### Praxishinweis

Die Entscheidung erging noch unter Anwendung des AGBG. Inhaltlich lassen sich jedoch die angeführten Erwägungen ohne Weiteres auch auf den heutigen Gesetzesstand übertragen. Es bestehen also keine Zweifel, dass auch *de lege lata* entsprechende Abnahmeklauseln von Gerichten als unwirksam angesehen würden. Dass nach Ansicht des OLG Stuttgart selbst das Institut der Verwirkung nicht zugunsten des Bauträgers greifen soll, zeigt die enorme Bedeutung der sorgfältigen Gestaltung der Abnahmeklausel.

## Veranstaltungen

### Festakt zum 20-jährigen Bestehen des Forschungsinstituts für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin

#### Veranstaltungsort:

Senatssaal, HU-Hauptgebäude, 1. Obergeschoß, Unter den Linden 6, 10117 Berlin

#### Datum:

Dienstag, 12.11.2024, 11.00 bis 13.00 Uhr – anschließend Empfang

#### Anmeldung:

per E-Mail unter: [angela.klopsch@hu-berlin.de](mailto:angela.klopsch@hu-berlin.de)

#### Kontakt:

Forschungsinstitut für Notarrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin, Unter den Linden 9-11, 10117 Berlin, E-Mail: [notarinstitut@rewi.hu-berlin.de](mailto:notarinstitut@rewi.hu-berlin.de)

### Rheinisches Institut für Notarrecht an der Universität Bonn

### Möglichkeiten und Grenzen der Gestaltung von „Familie“

#### Veranstaltungsort:

Hörsaal G, Bonner Juridicum, Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn

#### Datum:

Donnerstag, 28.11.2024, 19 Uhr c.t.

#### Anmeldung:

per E-Mail unter: [notarrecht@uni-bonn.de](mailto:notarrecht@uni-bonn.de)

#### Kontakt:

Rheinisches Institut für Notarrecht, Adenauerallee 46a, 53113 Bonn, E-Mail: [notarrecht@uni-bonn.de](mailto:notarrecht@uni-bonn.de)

---

### Neue Entwicklungen zu Rechten in Abt. II des Grundbuchs (Berkefeld/Meier), 5.11.2024 Bochum – Hybrid-Veranstaltung

### Internationales Privatrecht für Mitarbeitende im Notariat (Primaczenko), 7.11.2024 Berlin – Hybrid-Veranstaltung

### Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag (Krauß), 7.11.2024 Bochum – Hybrid-Veranstaltung; 15.11.2024 Berlin – Hybrid-Veranstaltung; 30.11.2024 Köln

### GmbH-Recht für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat (Herzog), 7.11.2024 Köln

### Update Grundstückskaufvertrag (Krauß), 8.11.2024 Heusenstamm – Hybrid-Veranstaltung; 29.11.2024 Leer – Hybrid-Veranstaltung

### DAI advanced: Überlassungsvertrag intensiv (Berkefeld/Oertel), 8.11.2024 Bochum

### Aktuelle Probleme der notariellen Gestaltung im Erb- und Familienrecht (Müller-Engels/Keim/Reetz), 11.11.2024 Heusenstamm – Hybrid-Veranstaltung; 20.11.2024 Hamburg – Hybrid-Veranstaltung

### Elektronische Präsenzbeurkundung (Schmitt/Weinert/Bart), 12.11.2024 Bochum; 27.11.2024 Berlin

**Die Notarprüfung – Aktuelle Schwerpunkte der notariellen Amtsprüfung durch die Aufsichtsbehörde**  
(Blaeschke), 13.11.2024 Berlin – Hybrid-Veranstaltung;  
22.11.2024 Kassel

**Neues zu elektronischen Verfahren im Notariat**  
(Klein/Kühnelt), 25.11.2024 Bochum – Hybrid-Veranstaltung

Weitere Termine für **November 2024**, Anmeldung und aktuelle Informationen unter [www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de)

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

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19  
Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225  
E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

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

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Maximilian Pechtl

**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 §§ 42, 47 ff.; InsO § 258 – Insolvenz des Vereins; Auflösung des Vereins; Vertretung des Vereins nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens, jedoch vor Fassung eines Fortsetzungsbeschlusses

BGB § 1854 Nr. 4 – Familiengerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit der Bestellung eines Nießbrauchs zugunsten eines Minderjährigen

#### Rechtsprechung

BGB § 707a Abs. 2 S. 1 – Namensrecht der GbR; Verpflichtung zur Führung des Zusatzes „eGbR“; Positionierung des Zusatzes „eGbR“ in der Gesamtbezeichnung

#### Literaturhinweise

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### BGB §§ 42, 47 ff.; InsO § 258

#### Insolvenz des Vereins; Auflösung des Vereins; Vertretung des Vereins nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens, jedoch vor Fassung eines Fortsetzungsbeschlusses

##### I. Sachverhalt

Über das Vermögen eines Vereins war das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Dieses wurde nach Bestätigung des Insolvenzplans wieder aufgehoben, was so auch im Vereinsregister vermerkt ist. Im Insolvenzplan ist folgende Regelung enthalten:

*„Der infolge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über dessen Vermögen aufgelöste Verein wird aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt eines Fortsetzungsbeschlusses der Mitgliederversammlung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens fortgesetzt.“*

Eine Mitgliederversammlung hat bislang noch nicht stattgefunden. Der im Vereinsregister eingetragene Vorstand soll eine Grundschild bestellen.

##### II. Frage

1. Ist die Grundschildbestellung vor dem Fortsetzungsbeschluss möglich
2. Kann der Notar einen entsprechenden Vertretungsnachweis erteilen?

##### III. Zur Rechtslage

Die Grundschild soll hier in einer Art „Zwischenphase“ bestellt werden, die nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens, jedoch noch vor Fassung des Fortsetzungsbeschlusses liegt. Während des Insolvenzverfahrens verfügt nach allgemeinen Grundsätzen (§ 80 InsO) der Insolvenzverwalter über das betroffene Vereinsvermögen (Grüneberg/Ellenberger, BGB, 83. Aufl. 2024, § 42 Rn. 1; BeckOK-BGB/Schöpfung, Std.: 1.5.2024, § 42 Rn. 3). Nach Fassung des Fortsetzungsbeschlusses wird der Verein durch den Vorstand vertreten, § 75 Abs. 2 S. 1 BGB (vgl. Leuschner, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 60 Rn. 120).

a. E. zur Pflicht des Vorstands zur Anmeldung der Fortsetzung durch Beschluss).

Fraglich ist im vorliegenden Fall insbesondere, **wer den Verein in dieser Zwischenphase vertritt**.

### 1. Ausgangspunkt: § 42 Abs. 1 BGB

#### a) Auflösung des Vereins durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens

§ 42 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB bestimmt, dass der **Verein durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst** wird. Folge der Auflösung des Vereins ist grundsätzlich (wie bei einer Gesellschaft) dessen Abwicklung. Im Fall der Auflösung aufgrund Eröffnung des Insolvenzverfahrens findet jedoch nicht die Regelliquidation statt (vgl. § 47 a. E. BGB), sondern eben – sozusagen als besonderes Abwicklungsverfahren – das Insolvenzverfahren nach den Regeln der InsO.

Die Organe des Vereins bestehen im Insolvenzverfahren unverändert fort. Es kommt also **nicht** – wie etwa bei der Auflösung aufgrund eines Beschlusses der Mitglieder/Gesellschafter – zum **Erlöschen der Organstellungen** (jurisPK-BGB/D. U. Otto, Std.: 25.8.2023, § 42 Rn. 11; BeckOK-BGB/Schöpfung, § 42 Rn. 3; Leuschner, § 60 Rn. 71). Der **Insolvenzverwalter** tritt (anders als ein Liquidator) also **nicht an die Stelle des Vorstands des Vereins, sondern bildlich gesprochen neben diesen** und übt die ihm gesetzlich zugewiesenen Kompetenzen aus (§ 80 InsO), während der Vorstand für bestimmte Aufgaben weiterhin zuständig und (etwa im Hinblick auf das insolvenzfremde Vermögen) vertretungsbefugt bleibt (vgl. Leuschner, § 60 Rn. 72).

#### b) Einstellung oder Aufhebung des Verfahrens, § 42 Abs. 1 S. 2 BGB

Das Insolvenzverfahren kann „eingestellt“ oder „aufgehoben“ werden. Für diesen Fall bestimmt § 42 Abs. 1 S. 2 BGB:

*„Wird das Verfahren auf Antrag des Schuldners eingestellt oder nach der Bestätigung des Insolvenzplans, der den Fortbestand des Vereins vorsieht, aufgehoben, so kann die Mitgliederversammlung die Fortsetzung des Vereins beschließen.“*

Im vorliegenden Fall wurde der Insolvenzplan, der den Fortbestand des Vereins auch vorsieht, bestätigt (§ 42 Abs. 1 S. 2 Var. 2 BGB). Nach der Bestätigung des Insolvenzplans wurde das Insolvenzverfahren aufgehoben (s. a. § 258 Abs. 1 InsO).

### 2. Rechtsfolge der Aufhebung des Insolvenzverfahrens, § 259 InsO

§ 259 Abs. 1 InsO bestimmt, dass mit der Aufhebung

des Insolvenzverfahrens die Ämter des Insolvenzverwalters und der Mitglieder des Gläubigerausschusses erlöschen sowie dass der Schuldner das Recht zurückerhält, über die Insolvenzmasse frei zu verfügen. Daraus ergibt sich jedenfalls, dass **mit der Aufhebung des Insolvenzverfahrens eine Vertretung des Vereins im Außenverhältnis durch den Insolvenzverwalter nicht mehr stattfindet**.

Daraus, dass der Schuldner das Recht zurückerhält, über die Insolvenzmasse frei zu verfügen, ergibt sich für den konkreten Fall, dass **der Verein wieder Verfügungsbefugt** ist, nicht jedoch unmittelbar, wer den Verein insoweit **vertritt**. Jedoch ist zu fragen, welche Möglichkeiten insofern überhaupt bestehen: Da eine Vertretung durch den Insolvenzverwalter ausscheidet, bleiben letztlich nur noch der **Vorstand** oder der oder die **Liquidatoren** (§§ 48 ff. BGB).

### 3. Vertretung des aufgelösten Vereins durch Liquidatoren

Da der **Verein** vor der Fassung des Fortsetzungsbeschlusses infolge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens **immer noch aufgelöst** ist, § 42 Abs. 1 S. 1 BGB, ist fraglich, ob er nun denklogisch **von den Liquidatoren** und nicht durch den Vorstand **vertreten wird**.

Hierfür spricht u. E. die Grundregel, wonach der aufgelöste Rechtsträger nicht mehr durch die bisherigen organschaftlichen Vertreter vertreten wird. Eine Vertretung des aufgelösten Rechtsträgers durch die bisherigen Organe wäre **systemfremd**. Der Umstand, dass das Amt des Vorstands durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und die damit einhergehende Auflösung des Vereins zunächst nicht erlischt, steht dem nicht entgegen. Denn die Besonderheiten des Insolvenzverfahrens (Nebeneinander von Verwalter und Vorstand) greifen in der jetzigen Phase nach der Aufhebung des Verfahrens gerade keinen Platz mehr. Es mag zwar wertungsmäßig verwundern, ist systematisch aber folgerichtig: Mit der Aufhebung des Insolvenzverfahrens verliert der Vorstand der aufgelösten Gesellschaft seine Organstellung *als Vorstand*. Der **aufgelöste Verein** wird bis zur Fassung des Fortsetzungsbeschlusses **durch die Liquidatoren vertreten**.

Dies gilt u. E. ebenso im Rahmen von § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG, der Parallelvorschrift zu § 42 Abs. 1 S. 2 BGB im GmbH-Recht. Auch entspricht die Abwicklung des Insolvenzverfahrens durch das **allgemeine gesellschaftsrechtliche Liquidationsregime** der soweit ersichtlich h. A. im Schrifttum zu den Kapitalgesellschaften (Scholz/Scheller, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 60 Rn. 32; MünchKommAktG/Koch, 5. Aufl. 2021, § 264 Rn. 84).

Gegen dieses Ergebnis spricht u. E. auch nicht, dass die Liquidatoren sich u. U. einem gewissen Zielkonflikt ausgesetzt sehen könnten: Einerseits sind sie als Vertreter des Vereins an die Umsetzung des Insolvenzplans gebunden, §§ 258 ff. InsO, andererseits bestimmt § 49 BGB allgemeine Aufgaben der Liquidatoren. Sofern sich hieraus allerdings ein Konflikt ergibt, gehen nach unserer Einschätzung die Vorgaben der InsO als *leges speciales* vor.

#### 4. Konsequenzen der Vertretung des aufgelösten Vereins durch Liquidatoren

Fraglich ist, welche Konsequenzen sich für den vorliegenden Fall daraus ergeben, dass die Liquidatoren den aufgelösten Verein in der Phase zwischen der Aufhebung des Insolvenzverfahrens und vor der Fassung eines Fortsetzungsbeschlusses vertreten.

Materiell-rechtlich ist zunächst von Bedeutung, durch wen die Liquidation erfolgt, wer also Liquidator ist. Insoweit bestimmt § 48 Abs. 1 S. 1 BGB, dass die Liquidation durch den Vorstand erfolgt, jedoch auch andere Personen bestellt werden können (S. 2 Hs. 1). Für den vorliegenden Fall wird davon ausgegangen, dass die Vertretung im Außenverhältnis weiterhin von denjenigen Personen vorgenommen werden soll, die bisher das Vorstandsamt innehatten. Liquidatoren und somit materiell-rechtlich zur Vertretung im Außenverhältnis berufen sind daher die Vorstandsmitglieder. Waren mehrere Vorstandsmitglieder vorhanden, die nun Liquidatoren sind, so sind diese nach § 48 Abs. 3 BGB grundsätzlich nur gemeinschaftlich zur Vertretung befugt.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass die Liquidatoren durch den Vorstand zum Vereinsregister anzumelden sind, § 76 Abs. 1, 2 S. 1 BGB (zum diesbezüglichen Zuständigkeitsstreit vgl. Gutachten DNotI-Report 2012, 181). Üblicherweise erfolgt die Anmeldung der Liquidatoren wohl gemeinsam mit der Anmeldung der Auflösung, in deren Folge die Liquidation stattfindet, §§ 74 Abs. 2 S. 1 Alt. 1, 76 Abs. 1 BGB.

Die Besonderheit im vorliegenden Fall besteht darin, dass die Auflösung nicht mehr gesondert zum Vereinsregister angemeldet werden muss bzw. kann, da sie dort bereits eingetragen ist. Dies dürfte u. E. aber nicht von der Pflicht des Vereins entbinden, die Liquidatoren zum Vereinsregister anzumelden. Für eine solche Ausnahme ist kein Grund ersichtlich. Unter Wertungsgesichtspunkten ist die Situation im Hinblick auf die Eintragungspflicht der Liquidatoren nicht anders zu beurteilen, als ob das Regelliquidationsverfahren durchgeführt wird. Die materiell-rechtliche Lage (Vertretung des aufgelösten Rechtsträgers durch

Liquidatoren) ist im Handelsregister nachzuvollziehen.

Mit Blick auf die Möglichkeiten der Erstellung einer **Vertretungsbescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO** durch den Notar (Frage 2) ist damit zu konstatieren, dass eine solche **zum jetzigen Zeitpunkt nicht errichtet werden kann**, da sich die (materielle) Vertretungsmacht der handelnden Personen **als Liquidatoren** (noch) nicht aus dem Handelsregister ergibt.

#### 5. Sonstige Beschränkungen mit Blick auf die zu bestellende Grundsuld

Der aufgelöste Verein ist weiterhin rechtsfähig, er ist lediglich nach seinem Zweck bis zur Fassung eines Fortsetzungsbeschlusses auf Abwicklung gerichtet. Dass eine Grundsuldbestellung durch die Liquidatoren der Abwicklung dient, ist zwar unwahrscheinlich, aber auch nicht unmöglich und hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

Ob die Vertretungsbefugnis des Liquidators im Außenverhältnis auf den Liquidationszweck beschränkt ist, ist wegen des Wortlauts von § 48 Abs. 2 BGB („soweit sich nicht aus dem Zwecke der Liquidation ein anderes ergibt“) umstritten. Die h.M. geht allerdings davon aus, dass es im Außenverhältnis keine Beschränkung gibt (BeckOGK-BGB/Köten, Std.: 1.7.2024, § 48 Rn. 20, § 49 Rn. 23; MünchKommBGB/Leuschner, 9. Aufl. 2021, § 49 Rn. 12; Staudinger/Schwennicke, BGB, 2023, § 49 Rn. 30; Weiß, in: Hand- und Formularbuch des Vereinsrechts, 3. Aufl. 2022, § 13 Rn. 277; a. A. Grüneberg/Ellenberger, § 49 Rn. 2, allerdings mit dem Hinweis, dass die Beschränkung nur den „Neuerwerb“ von Rechten betreffe; Stöber/Otto, Handbuch zum Vereinsrecht, 12. Aufl. 2021, Rn. 1345 unter Hinweis darauf, dass die Vertretungsmacht nur fehle, wenn ihr Fehlen für den Vertragspartner erkennbar sei). Ob die Bestellung der Grundsuld auch nach der engeren Auffassung von der Vertretungsmacht der Liquidatoren umfasst ist, ist letztlich Tatfrage. Allerdings kann nach der Rechtsprechung durchaus auch eine Grundsuldbestellung zur Sicherung einer Forderung gegen den Liquidationsverein als Abwicklungsgeschäft dem Aufgabenbereich der Liquidatoren zuzuordnen sein (s. für den Fall einer GmbH & Co. KG: OLG Frankfurt MittBayNot 1980, 158; Stöber/Otto, Rn. 664 Fn. 8).

Der Zweck des Vereins bindet die Liquidatoren u. E. jedenfalls lediglich im Innenverhältnis (§ 49 Abs. 1 BGB), im Außenverhältnis ist ihre Vertretungsmacht grundsätzlich unbeschränkt. Keinerlei Zweifel bestehen u. E. überdies auch für den Fall, dass die Grundsuldbestellung in Umsetzung des Insolvenzplans erfolgt (s. o. Ziff. 3 letzter Absatz).

## 6. Zusammenfassung

Der Verein wird in der hier betroffenen Zwischenphase durch Liquidatoren vertreten, die zur Eintragung ins Vereinsregister anzumelden sind. Zweifel an der Möglichkeit der Grundschuldbestellung durch den im Übrigen im Außenverhältnis weiterhin uneingeschränkt rechtsfähigen, wenngleich aufgelösten Verein bestehen nicht.

### BGB § 1854 Nr. 4

#### Familiengerichtliche Genehmigungspflicht der Bestellung eines Nießbrauchs zugunsten eines Minderjährigen

##### I. Sachverhalt

Es wurde ein Nießbrauch zugunsten eines Minderjährigen (fünf Jahre alt) an einem Wohnungseigentum bestellt. Der Nießbrauchsberechtigte hat gemäß der Vereinbarung sämtliche Kosten und auch die außerordentlichen Lasten zu tragen. Hierbei wirkte ein Ergänzungspfleger als Vertreter des Minderjährigen mit. Der Grundbuchvollzug erfolgte ohne Beanstandung. Nun teilt das Familiengericht, das zufällig von dem Vorgang erfahren hat, mit, dass aus seiner Sicht eine familiengerichtliche Genehmigung für das Rechtsgeschäft erforderlich sei, da es sich um eine gem. §§ 1813 Abs. 1, 1799 Abs. 1, 1854 Nr. 4 BGB genehmigungspflichtige Übernahme einer fremden Verbindlichkeit handele.

##### II. Frage

Ist die Bestellung eines Nießbrauchs zugunsten eines Minderjährigen nach § 1854 Nr. 4 BGB genehmigungsbedürftig, sodass die Auffassung des Familiengerichts zutrifft?

##### III. Zur Rechtslage

###### 1. Neufassung des Genehmigungstatbestandes des § 1854 Nr. 4 BGB zum 1.1.2023

Gem. §§ 1813 Abs. 1, 1799 Abs. 1, 1854 Nr. 4 BGB bedürfte die Bestellung des Nießbrauchs zugunsten des Minderjährigen durch den Ergänzungspfleger dann der familiengerichtlichen Genehmigung, wenn es sich hierbei um ein Rechtsgeschäft handelte, **das auf Übernahme einer fremden Verbindlichkeit gerichtet** ist. § 1854 Nr. 4 BGB enthält seit dem 1.1.2023 in modifizierter Form den Inhalt des bisherigen § 1822 Nr. 10 Var. 1 BGB a. F. (BT-Drucks. 19/24445, S. 289). Nach dem Gesetzeswortlaut des § 1822 Nr. 10 Var. 1 BGB a. F. war die Genehmigung des Familiengerichts zur *Übernahme einer fremden Verbindlichkeit* erforderlich.

## 2. Leitlinien zur Auslegung des neu gefassten Genehmigungstatbestandes

a) Der Gesetzgeber führt zu der Modifikation der bisherigen Rechtslage aufgrund des neuen § 1854 Nr. 4 BGB zunächst aus (BT-Drucks. 19/24445, S. 289), dass nunmehr die **Haftung des Betreuten für eine Verbindlichkeit, die sich lediglich als Nebenfolge eines anderen Rechtsgeschäfts ergebe, ausgenommen werde**. Dies diene der Klarstellung, da der Tatbestand sonst weit über seinen Zweck hinaus alle möglichen gesetzlichen Folgen erfasse. Gerade in den alltäglichen Fällen der gesamtschuldnerischen Verpflichtung liege kein besonders großes Schutzbedürfnis vor.

In der Sache liegt darin eine Abkehr von der bereits durch das RG zu § 1822 Nr. 10 BGB a. F. begonnenen „Sekundärfolgenrechtsprechung“, wonach auch gesetzliche Folgen eines anderen Rechtsgeschäfts zur „Übernahme einer Verbindlichkeit“ führen können (RGZ 133, 7, 13 f.; vgl. hierzu Eble, RNotZ 2021, 117, 125). Aus dieser Neuorientierung wird beispielsweise abgeleitet, dass der Erwerb von Bruchteilen eines Wohnungseigentums, der als weitere Folge gem. § 16 Abs. 2 WEG eine gesamtschuldnerische Haftung mit den anderen Bruchteilinhabern für die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Instandhaltungs-, Instandsetzungs- und Verwaltungskosten auslöst, nunmehr – anders als zu § 1822 Nr. 10 BGB a. F. – nicht mehr unter § 1854 Nr. 4 BGB n. F. subsumiert werden kann. Denn es handelt sich bei dieser Haftung lediglich um eine gesetzliche Nebenfolge eines anderen Rechtsgeschäfts (BeckOGK-BGB/Schöpflin, Std.: 15.5.2023, § 1854 Rn. 21). Allerdings ist nach der neuen Rechtslage der unentgeltliche Erwerb von Wohnungseigentum aufgrund eines eigenen Tatbestandes unter Genehmigungsvorbehalt gestellt (§ 1850 Nr. 4 BGB n. F.).

b) Im Übrigen gilt zur Auslegung des § 1854 Nr. 4 BGB n. F. dieselbe restriktive Grenzziehung wie bereits zu § 1822 Nr. 10 BGB a. F. (MünchKommBGB/Kroll-Ludwigs, 9. Aufl. 2024, § 1854 Rn. 17 m. w. N.; BT-Drucks. 19/24445, S. 289): § 1854 Nr. 4 BGB will – insoweit unverändert gegenüber der Vorgängervorschrift – den Betreuten davor schützen, dass seine Erwartungen, er werde nicht in Anspruch genommen oder könne beim Schuldner der Primärverbindlichkeit Regress nehmen, enttäuscht werden. Durch die Norm wird **daher nur die Übernahme von Schulden erfasst, für die der Betreute nur subsidiär haftet und Regress nehmen kann**. Folglich greift die Vorschrift nicht ein, wenn der Betreute die Schuld als eigene übernimmt und auch nicht bei einem Dritten Regress nehmen kann (BeckOGK-BGB/Schöpflin, § 1854 Rn. 18; BeckOK-BGB/Kadelbach, Std.: 1.8.2024, § 1854



Rn. 8). Dementsprechend ist beispielsweise eine befreiende Schuldübernahme dann nicht genehmigungsbedürftig, wenn keinerlei Rückgriff möglich ist. Soweit darin eine Schenkung liegt, sind allerdings die Schenkungsverbote nach §§ 1641, 1798 Abs. 3 BGB bzw. der Genehmigungsvorbehalt nach § 1854 Nr. 8 BGB zu beachten (BeckOGK-BGB/Schöpflin, § 1854 Rn. 19.2; BT-Drucks. 19/24445, S. 289 f.). Weiter werden durch die Beschränkung der Genehmigungsbedürftigkeit auf Fälle der Subsidiärhaftung etwa auch der Erbteilerwerb ausgeschlossen, der die Haftungsquote im Innenverhältnis vergrößert, sowie die Beteiligung an einer GmbH, eG oder Personengesellschaft aufgrund Gründung der Gesellschaft oder Erwerb einer Beteiligung (BeckOGK-BGB/Schöpflin, § 1854 Rn. 19.2).

### 3. Folgerungen für den vorliegenden Sachverhalt

a) Als dinglicher Inhalt des Nießbrauchs wurde im Ausgangsfall bestimmt, dass der Nießbrauchsberechtigte sämtliche Kosten und Lasten (auch die außerordentlichen) zu tragen hat. Damit liegt eine Abweichung von den Regelungen in §§ 1041 S. 2, 1047 BGB vor. Diese Vorschriften sind zulässigerweise mit dinglicher Wirkung abdingbar (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1375 m. w. N.). Infolge dieser Ausgestaltung des Nießbrauchs hat aber der minderjährige Nießbraucher sämtliche Kosten und Lasten zu tragen, **ohne hierfür beim Grundstückseigentümer Regress nehmen zu können.** § 1854 Nr. 4 BGB ist daher bereits wegen der auch unter dem Regime des § 1822 Nr. 10 BGB a. F. geltenden Beschränkung des Genehmigungstatbestandes auf ein enttäushtes Vertrauen des Mündels/Minderjährigen auf eine bestehende Regressmöglichkeit **nicht einschlägig.**

Wir neigen darüber hinaus zu der Einschätzung, dass sich die Übernahme der in der Bestellungsurkunde angesprochenen Kosten und Lasten lediglich als **gesetzliche Nebenfolge** des auf die Nießbrauchsbestellung gerichteten Rechtsgeschäfts ergibt und der Genehmigungstatbestand des § 1854 Nr. 4 BGB auch aus diesem Grunde ausscheidet. Die Haftungsübernahme ist gerade nicht unmittelbarer Inhalt des Geschäftswillens der Parteien (vgl. Eble, RNotZ 2021, 117, 125). Freilich ließe sich diese Einordnung u. U. deswegen bezweifeln, weil der Minderjährige im unterbreiteten Sachverhalt im Verhältnis zum Eigentümer noch über den gesetzlichen Regelfall der §§ 1041 S. 2, 1047 BGB hinaus belastet wird. Letztlich kann dieser Gesichtspunkt aber dahinstehen. Denn bereits der Umstand, dass der Minderjährige die betreffenden Verbindlichkeiten ohne Regressmöglichkeit beim Eigentümer zu begleichen hat, ist tragendes Argument für die Ablehnung einer Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1854 Nr. 4 BGB.

b) Nach dem Gesagten könnte man allenfalls dann zu einem abweichenden Ergebnis kommen, wenn man § 1854 Nr. 4 BGB im unterbreiteten Sachverhalt **analog** anwenden wollte. Gegen die Zulassung einer solchen Analogie spricht freilich schon grundsätzlich, dass die gerichtlichen Genehmigungstatbestände jedenfalls nach der herrschenden Rechtsprechung und überwiegenden Literaturauffassung zum alten Betreuungs- und Vormundschaftsrecht wegen des in diesem Bereich besonders dringlichen Bedarfs an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit **rein formal auszulegen** sind. Daher wurde eine Ausdehnung der Genehmigungstatbestände durch Zulassung von Analogien grundsätzlich abgelehnt (BGH NJW 1983, 228; NJW 1985, 136, 138; BeckOGK-BGB/Eitzinger, Stand: 1.7.2024, § 1643 Rn. 11 m. w. N.). Die bisherige Rechtsprechung dürfte auch zum neuen Recht wegen des unveränderten Systems enumerativer Genehmigungstatbestände weiterhin gelten (so MünchKommBGB/Kroll-Ludwigs, § 1850 Rn. 3). Freilich ist diese Ansicht auch auf Kritik gestoßen: Es sei vorzugswürdig, sich von dem Gebot der formalen Auslegung der Genehmigungstatbestände zu verabschieden und die Problemlösung jeweils – wie bei jeder anderen Vorschrift auch – mithilfe der klassischen Auslegungsmethoden zu suchen (hierfür ausführlich plädierend Herberger, FamRZ 2023, 1927).

Auch wenn man mit der genannten Literaturkritik eine Gesetzesanalogie in diesem Bereich nicht *a priori* für ausgeschlossen hält, müssten doch deren allgemeine Bedingungen erfüllt sein. Voraussetzung für die analoge Anwendung einer Gesetzesvorschrift ist allgemein zum einen das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke. Zum anderen muss der im Gesetz unmittelbar geregelte Sachverhalt mit dem zur konkreten Beurteilung vorliegenden vergleichbar sein. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (BGH NJW-RR 2022, 233 Rn. 29; NZM 2017, 847 Rn. 34; ausf. Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, § 6 Rn. 102 ff.).

Im unterbreiteten Sachverhalt **fehlt es u. E.** bereits an einer **planwidrigen Regelungslücke.** Die hier ausschlaggebende Beschränkung des Genehmigungstatbestandes auf Fälle der Subsidiärhaftung hat der Gesetzgeber – insoweit unverändert – aus der Vorgängervorschrift des § 1822 Nr. 10 BGB a. F. übernommen und dies in der Gesetzesbegründung ausdrücklich wie-

derholt (BT-Drucks. 19/24445, S. 289). Der Minderjährige kann kein schutzwürdiges Vertrauen auf eine Regressmöglichkeit beim Grundstückseigentümer haben, da ihm bekannt ist, dass er die in der Bestellungsurkunde angesprochenen Lasten und Kosten – über §§ 1041 S. 2, 1047 BGB hinaus – als wirtschaftlich eigene ohne Rückgriffsmöglichkeit tragen soll.

#### 4. Ergebnis

Nach unserer Einschätzung ist die Auffassung des Familiengerichts unzutreffend. Die Bestellung des Nießbrauchs ist **nicht nach § 1854 Nr. 4 BGB genehmigungsbedürftig**. Auch wenn man eine Gesetzesanalogie im Bereich der Genehmigungstatbestände nicht von vornherein für ausgeschlossen hält, liegen doch die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung der Vorschrift in diesem Fall nicht vor.

## Rechtsprechung

### BGB § 707a Abs. 2 S. 1

**Namensrecht der GbR; Verpflichtung zur Führung des Zusatzes „eGbR“; Positionierung des Zusatzes „eGbR“ in der Gesamtbezeichnung**

1. § 707a Abs. 2 S. 1 BGB regelt, dass eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit der Eintragung in das Gesellschaftsregister verpflichtet ist, als Namenszusatz die Bezeichnungen „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „eGbR“ zu führen.

2. Der Rechtsformzusatz „eGbR“ muss nicht den Abschluss der Gesamtbezeichnung bilden. Der Namenszusatz kann auch vor dem Namenskern der Gesellschaft stehen. Auch kann dem Namenszusatz noch ein weiterer geographischer Zusatz folgen.

(Leitsätze der DNotI-Redaktion)

OLG Köln, Beschl. v. 22.4.2024 – 4 Wx 4/24

OLG Hamburg, Beschl. v. 22.4.2024 – 11 W 19/24

### Problem

Nach § 707 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB muss die Erstanmeldung der Gesellschaft zum Gesellschaftsregister den Namen der Gesellschaft enthalten. § 707a Abs. 2 S. 1 BGB bestimmt zudem, dass die Gesellschaft mit der Eintragung verpflichtet ist, als Namenszusatz die Bezeichnungen „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „eGbR“ zu führen.

Es stellte sich daher die Frage, ob auch die Anmeldung einer GbR mit dem Namen „ABC eGbR Schlossallee 2“

oder „eGbR ABC“ zur Eintragung in das Gesellschaftsregister zulässig ist.

### Entscheidungen

Mit der erstgenannten Konstellation hatte sich das OLG Köln zu beschäftigen. Die Gesellschafter wollten die „... eGbR K1.str. ...“ anmelden. Der **Namenszusatz** befand sich also nicht am Ende, sondern **in der Mitte** der Gesamtbezeichnung.

Das OLG Köln entschied, dass kein Verstoß gegen § 707a Abs. 2 S. 1 BGB vorliegt. Es schließt sich damit i. E. der Auffassung von *Servatius* (Servatius, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 1. Aufl. 2023, § 707a BGB Rn. 7) an, wonach der Namenszusatz lediglich vom Namenskern deutlich abgesetzt sein müsse und nicht damit „verschwimmen“ dürfe. Das OLG Köln argumentiert zudem, der **Wortlaut** von § 707a Abs. 2 S. 1 BGB **mache keine Vorgaben**. Aus der Bezeichnung „-zusatz“ könne nicht auf die Positionierung in der Gesamtbezeichnung geschlossen werden. Auch der Schutzzweck gebiete es nicht, den Zusatz zwingend dem Namen der Gesellschaft anzufügen, um diesen abzuschließen. **Telos der Norm** sei die Information des Rechtsverkehrs über die Gesellschafts- und Haftungsverhältnisse. An diesem Zweck sei die Zulässigkeit der Positionierung des Rechtsformzusatzes zu messen. Die Rechtsform dürfe nicht unklar werden. Eine solche Unklarheit sei im zu entscheidenden Fall nicht gegeben, die Zusammensetzung aus „*Namenskern + Namenszusatz + geographischer Zusatz*“ sei daher zulässig. Insgesamt könne auch nicht der Eindruck entstehen, die Gesellschaft sei **mit einem anderen Unternehmen** wirtschaftlich oder rechtlich **verflochten**. Das OLG Köln spielt hiermit (vermutlich) auf die Firmengebung bei Zweigniederlassungen (XY e.K. *Zweigniederlassung Hamburg*) an, sieht hierin aber i. E. kein Problem.

Der Fall des OLG Hamburg lag ganz ähnlich. Hier sollte die „eGbR B“ eingetragen werden. Der Rechtsformzusatz sollte mithin **vor dem Namenskern** stehen.

Interessant ist hierbei, wie zwei Entscheidungen unterschiedlicher Gerichte *vom selben Tag* zur im Wesentlichen selben Frage doch in der Argumentation voneinander abweichen können. Im Ergebnis **bejaht** auch das OLG Hamburg die **Möglichkeit einer solchen Eintragung**, argumentiert jedoch anders: Auf das von *Servatius* betonte Kriterium, wonach lediglich Namenskern und Namenszusatz deutlich voneinander abgesetzt sein müssten, komme es letztlich nicht an, ebenso wenig auf ein etwaiges Wortlautargument mit Blick auf § 707a Abs. 2 S. 1 BGB.

Vielmehr sei ein **Vergleich mit § 19 HGB, § 4 AktG und § 4 GmbHG** angezeigt: Zwar verwendeten diese Vorschriften nicht den Begriff „-zusatz“, es gebe aber keine Anhaltspunkte dafür, dass § 707a Abs. 2 S. 1 BGB hiervon abweichend zu verstehen sei. Für diese Normen sei allgemein anerkannt, dass der **Rechtsformzusatz irgendwo innerhalb der Firma** stehen könne, solange die Rechtsform eindeutig erkennbar sei.

Den **Gleichlauf** dieser Vorschriften begründet das OLG Hamburg mit der **Formulierung in § 707a Abs. 2 S. 2 BGB**. Diese Norm regelt, dass der Name einer GbR ohne haftende natürliche Person eine Bezeichnung enthalten müsse, die diese Haftungsbeschränkung erkennen lasse. Nach der Gesetzesbegründung sei Regelungsvorbild § 19 Abs. 2 HGB und die GbR in diesen Fällen verpflichtet, „einen erweiterten Namenszusatz zu führen“ (Begr. RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 133). Hieran werde deutlich, dass der Gesetzgeber den Begriffen „Name“ und „Namenszusatz“ in § 707a Abs. 2 BGB keine unterschiedliche Bedeutung beimesse.

Schließlich geht auch das OLG Hamburg auf das Telos der Norm ein und gelangt dabei im Wesentlichen zu denselben Schlüssen wie das OLG Köln. Ergänzend führt das Gericht weiter aus, dass „nach der Erfahrung des Senats“ viele Gesellschaften bürgerlichen Rechts, die nur ein einzelnes Grundstück halten, nach der Adresse des Grundstücks benannt seien und dieser wiederum das „GbR“ vorangestellt sei. Es sei nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber diese Gesellschaften vor der Eintragung im Gesellschaftsregister zu einer Namensänderung habe zwingen wollen.

#### Praxishinweis

Dass der Rechtsformzusatz „eGbR“ nicht stets am Ende der gewählten Bezeichnung stehen muss, hat zwischenzeitlich auch das KG mit Beschl. v. 9.7.2024 – 22 W 19/24 bestätigt.

## Literaturhinweise

### Weber/Weber, Die Testamentsvollstreckung – mit internationalen Bezügen, Gieseking Verlag, FamRZ-Buch 47

Ein Handbuch zur Testamentsvollstreckung mit internationalen Bezügen, das hört sich zunächst einmal nach einem Spezialgebiet, für manche sogar eher nach einem Randgebiet an. Dass dem für die notarielle Praxis nicht zuzustimmen ist, zeigen die zahlreichen Anfragen in diesem Bereich an das Deutsche Notarinstitut. Gerade in Fällen, in denen sich der Nachlass des

Erblassers über mehrere Länder verteilt, greifen Erblasser (häufig durchaus zu Recht) zum Instrument der Testamentsvollstreckung, um die Nachlassabwicklung zu strukturieren bzw. zu erleichtern. Als Notar kann man es dann mit einem Urkundsbeteiligten zu tun haben, der nach einer ausländischen Rechtsordnung zum „Testamentsvollstrecker“ ernannt wurde und nun (angeblich) über den Gegenstand des Nachlasses verfügen kann.

Viele Fach- und Handbücher zur Testamentsvollstreckung befassen sich mit diesen internationalen Bezügen nur am Rande. Im hier besprochenen Werk steht das Thema jedoch mit im Mittelpunkt. Neben einem Teil 1, der der Testamentsvollstreckung in Deutschland gewidmet ist und aus der Feder von Herrn Martin Weber, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht aus Passau, stammt, findet sich in dem Werk ein ausführlicher Teil 2, verfasst von Frau Juliane Weber, Referentin am Deutschen Notarinstitut in Würzburg. Der erste Teil des Buches richtet sich nach seiner Schwerpunktsetzung eher an Rechtsanwender außerhalb des Notariats. Die notarspezifischen Bereiche wie etwa die Anordnung der Testamentsvollstreckung, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers sowie der Beginn und vor allem der Nachweis des Amtes werden zwar durchaus behandelt (Teil 1 zweiter Abschnitt B und E), hierauf liegt jedoch erkennbar kein Schwerpunkt. Lesenswert ist der erste Teil des Buches dennoch, vermittelt er doch einen Blick über den Tellerrand der typisch notariellen Perspektive auf das Thema Testamentsvollstreckung.

Der große Mehrwert für das Notariat liegt jedoch in Teil 2 des Buches. Nach einer Einführung, die ein allgemeines Prüfungsschema für die Lösung eines internationalen Testamentsvollstreckungsfalles präsentiert (Teil 2, erster Abschnitt B), finden sich Abschnitte zum anwendbaren Recht sowie zum internationalen Verfahrensrecht. Der Schwerpunkt liegt hier auf Fällen, die in den Anwendungsbereich der Europäischen Erbrechtsverordnung fallen. Besonders hilfreich und als Nachschlagewerk geeignet ist der vierte Abschnitt, der eine Zusammenstellung der Regelungen zur Testamentsvollstreckung in ausgewählten Rechtsordnungen bereithält. Hier finden sich kurze Kapitel zu zahlreichen europäischen Staaten. Die einzelnen Kapitel weisen jeweils einen starken Bezug zur Praxis auf, indem sie sich etwa damit beschäftigen, welche Nachweise das Grundbuchamt bei Verfügungen eines ausländischen Testamentsvollstreckers verlangen kann.

Die gesamte Darstellung ist sowohl in Teil 1 als auch in Teil 2 sehr gut lesbar. Was das Vorwort verspricht, wird eingehalten: Es handelt sich um eine

komprimierte, auf die wesentlichen Punkte reduzierte Gesamtdarstellung.

Bedenkt man, dass die Anzahl der Erbfälle mit internationalem Bezug auch künftig weiter zunehmen wird, so ist es nur sinnvoll, sich als Notarin oder Notar auch mit dem Instrument der Testamentsvollstreckung in grenzüberschreitenden Konstellationen zu beschäftigen. Das Werk von *Weber* und *Weber* bietet hierfür einen ausgezeichneten Ausgangspunkt. Es kann uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden und zwar auch dann, wenn sich im Handapparat bereits ein größeres Handbuch zur Testamentsvollstreckung im notariellen Bereich befindet.

**Notar a. D. Dr. Andreas Bernert**

**N. Außner/U. Schönenberg-Wessel**, Das Recht des pflichtteilsberechtigten Nichterben auf Hinzuziehung gem. § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB (Teil 1), ZErB 2024, 321

**N. Hegerfeld**, Handelsregisteranmeldungen in der notariellen und registergerichtlichen Praxis – wann zu früh, wann zu spät?, RNotZ 2024, 485

**J. Lieder**, Die Umwandlung eingetragener BGB-Gesellschaften nach dem modernisierten Umwandlungsgesetz, NotBZ 2024, 361

**J. Lieder/F. Schmelzing**, Innengesellschaften bei Ehegatten und nichtehelichen Lebensgemeinschaften nach dem MoPeG, FamRZ 2024, 1509

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:** Notarassessorin Katharina Baunach

**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 § 723 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3; InsO § 80 – Ausscheiden oder Auflösung bei Insolvenz des GbR-Gesellschafters; sofortiges Ausscheiden des Gesellschafters bei Verfahrenseröffnung

ErbStG §§ 13b Abs. 1 Nr. 2, 9 Abs. 1 Nr. 2 – Übergabe eines Einzelunternehmens; Schenkungsteuer; getrennte Betrachtung der betrieblichen Grundstücke und des weiteren Betriebsvermögens

#### Rechtsprechung

GBO §§ 19, 22, 47; EGBGB Art. 229 § 21 – Löschung eines zugunsten einer GbR im Grundbuch eingetragenen Rechts; Voreintragungsobliegenheit im Gesellschaftsregister; keine teleologische Reduktion; Nachweis der Bewilligungsbefugnis betreffend ein Recht einer GbR im Grundbuchverfahren

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### BGB § 723 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3; InsO § 80 Ausscheiden oder Auflösung bei Insolvenz des GbR-Gesellschafters; sofortiges Ausscheiden des Gesellschafters bei Verfahrenseröffnung

##### I. Sachverhalt

Der Gesellschaftsvertrag einer am 22.12.2023 gegründeten GbR sieht unter anderem folgende Regelung vor:

*„Ein Gesellschafter scheidet mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens aus der Gesellschaft aus, wenn das Insolvenzverfahren über sein Vermögen nicht innerhalb von drei Monaten wieder aufgehoben wird.“*

##### II. Fragen

1. Ist die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Regelung, wonach ein insolventer Gesellschafter erst dann aus der Gesellschaft ausscheidet, wenn das Insolvenzverfahren

nicht innerhalb von drei Monaten wieder aufgehoben wird, noch mit der nunmehr geltenden Rechtslage vereinbar?

2. Sollte eine Regelung in diesem Sinne heute nicht mehr zulässig sein, wie ist die bestehende Regelung im Gesellschaftsvertrag dann anzuwenden oder auszulegen?

##### III. Zur Rechtslage

##### 1. Ausscheiden des insolventen Gesellschafters gem. § 723 Abs. 1 Nr. 3 BGB

##### a) Grundsatz

Gemäß § 723 Abs. 1 Nr. 3 BGB führt die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters einer GbR zum **Ausscheiden** des Gesellschafters aus der Gesellschaft, **sofern der Gesellschaftsvertrag für diese Fälle nicht die Auflösung der Gesellschaft vorsieht**. Bis zum Inkrafttreten des MoPeG zum 1.1.2024 wurde die Gesellschaft durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst (§ 728 Abs. 2 S. 1 BGB a. F.). Die Neuregelung in § 723 Abs. 1 Nr. 3 InsO (die inhaltsgleich in § 130 Abs. 1 Nr. 3 HGB für die Per-

sonenhandelsgesellschaften zu finden ist) orientiert sich am früheren § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB a. F., wonach die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters **mangels abweichender vertraglicher Bestimmungen** zu dessen Ausscheiden aus der OHG führte.

#### **b) Zwingender Charakter des § 723 Abs. 1 Nr. 3 BGB**

Zwar gilt auch nach dem Inkrafttreten des MoPeG, dass die Vorschriften der §§ 705 ff. BGB in weiten Teilen dispositive Regelungen enthalten. In § 708 BGB ist die Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter für die Regelungen der §§ 709-718 BGB sogar explizit angeordnet. Im Übrigen ist durch Auslegung zu ermitteln, ob von den Vorschriften über die GbR abgewichen werden kann (BT-Drucks. 19/27635, S. 141; Heckschen/Freier/Weitbrecht, Das MoPeG in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2024, § 3 Rn. 162).

Die nun in das Gesetz aufgenommene sprachliche Abweichung im Vergleich zu § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB a. F. soll „klarstellen“, dass die gesetzlich geregelten Ausscheidensgründe alternativ zur Auflösung der Gesellschaft stehen (BT-Drucks. 19/27635, S. 170). Auf diese Weise bleibt nach der Gesetzesbegründung einer gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung, die vorsieht, dass die Gesellschaft bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters oder bei Kündigung durch einen Privatgläubiger eines Gesellschafters *mit dem betroffenen Gesellschafter fortbesteht*, die Wirksamkeit versagt (BT-Drucks. 19/27635, S. 170; BeckOK-BGB/Schöne, Std.: 1.5.2024, § 723 Rn. 3; Servatius, GbR, 2023, § 723 BGB Rn. 27). Es scheidet also entweder der Gesellschafter aus oder die Gesellschaft wird aufgelöst. Dies sei nach der Regierungsbegründung zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger erforderlich, um ihnen bei Ausscheiden oder Auflösung einen Zugriff auf das Abfindungs- oder Liquidationsguthaben zu ermöglichen (BT-Drucks. 19/27635, S. 170; zust. BeckOK-BGB/Schöne, § 723 Rn. 3). Es dürfte daher seit dem 1.1.2024 von einer **gesetzlich angeordneten zwingenden Alternativität von Ausscheiden und Auflösung der Gesellschaft** im Falle der Gesellschafterinsolvenz auszugehen sein.

Eine Klausel, die den Fortbestand der GbR mit dem insolventen Gesellschafter *als werbende* Gesellschaft vorsieht, dürfte nach den vorstehenden Regelungen jedenfalls seit dem 1.1.2024 unwirksam sein (für die Zeit davor entsprach dies für die GbR bereits der wohl h. M., MünchKommBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 728 Rn. 31 ff.; vgl. auch die Nachweise bei Richter, ZIP 2023, 1222, 1223 Fn. 17; im Hinblick auf § 131 Abs. 3 Nr. 2 HGB a. F. existierte eine ganz erhebliche Gegenansicht, siehe nur Kaiser, ZIP 2019, 1597, 1598; Ebenroth/

Boujong/Lorz, HGB, 4. Aufl. 2020, § 131 Rn. 45; Hopt/Roth, HGB, 42. Aufl. 2023, § 131 Rn. 83; Markgraf/Remuta, NZG 2014, 81, 82 m. w. N.).

#### **c) Moment des Ausscheidens, § 723 Abs. 3 BGB**

##### **aa) Grundsatz**

Gemäß § 723 Abs. 3 BGB scheidet der Gesellschafter mit Eintritt des ihn betreffenden Ausscheidensgrundes aus der Gesellschaft aus (Koch/Guntermann, PersGR, 2024, § 723 BGB Rn. 24). Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters durch wirksamen Eröffnungsbeschluss (§ 27 Abs. 1 InsO) scheidet dieser also aus der Gesellschaft aus (MünchKommBGB/Schäfer, 9. Aufl. 2024, § 723 Rn. 15, 38).

Die **nachträgliche Einstellung des Verfahrens** (§ 213 InsO) oder die **Aufhebung nach rechtskräftiger Bestätigung eines Insolvenzplans** (§ 258 InsO) ändern nichts am Ausscheiden (Grüneberg/Retzlaff, BGB, 83. Aufl. 2024, § 723 Rn. 5; Servatius, § 723 Rn. 22; MünchKommBGB/Schäfer, § 723 Rn. 17). Eine „Rückabwicklung“ des Ausscheidens kann nur durch Wiederaufnahme in die Gesellschaft erfolgen (MünchKommBGB/Schäfer, § 723 Rn. 17); dann freilich nur mit Wirkung für die Zukunft. **Anders** wird dies jedoch von einigen Stimmen in der Literatur in dem Fall beurteilt, in dem der **Eröffnungsbeschluss gem. § 34 Abs. 3 S. 1 InsO im Beschwerdeverfahren aufgehoben** wird. In dieser Konstellation entfalle der Ausscheidensgrund *rückwirkend*, um die Gesellschafterstellung des betroffenen Gesellschafters (Art. 14 GG) zu stärken (Servatius, § 723 Rn. 22; MünchKommBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 728 Rn. 34; für die Auflösung nach altem Recht BeckOGK-BGB/von Proff, Std.: 15.12.2023, § 728 Rn. 41). Bedenken im Hinblick auf gesellschaftsrechtliche Rückabwicklungsprobleme entstünden in der kurzen Zeit wohl nicht, sodass es keinen Korrekturbedarf zur entsprechenden Anwendung der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft gebe (Servatius, § 723 Rn. 22).

##### **bb) Zwingender Charakter des § 723 Abs. 3 BGB**

Vor dem Hintergrund der unter Ziff. 1 lit. b) dargestellten Überlegungen dürfte im Grundsatz auch das **sofortige Ausscheiden** des Gesellschafters bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen gem. § 723 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 BGB der **Disposition der Gesellschafter entzogen** sein (so auch Servatius, § 723 Rn. 27). Auch durch ein Hinausschieben des Ausscheidens kann den Gläubigern der Zugriff auf das Abfindungsguthaben entzogen werden. Ob für sehr kurze Ausscheidensfristen ab Eröffnung des Verfahrens eine Ausnahme zugelassen werden kann, kann vorliegend offengelassen werden. Denn jedenfalls bei einem Zeitraum, der sich auf mehrere Monate erstreckt, dürfte dies

angesichts der (jedenfalls im unternehmerischen Bereich) häufig unter großem Zeitdruck durchgeführten Insolvenzverfahren eine Erschwerung der Verwertung der Insolvenzmasse für den Insolvenzverwalter bedeuten, was dem Zweck der Verschärfung von § 723 Abs. 1 Nr. 3 BGB, § 130 Abs. 1 Nr. 3 HGB zuwiderlaufen dürfte.

## 2. Vorliegender Fall

Im vorliegenden Fall muss zunächst festgestellt werden, dass die gewählte Formulierung widersprüchlich, zumindest aber (anhand §§ 133, 157 BGB) auslegungsbedürftig ist (dazu OLG Hamm NZG 2024, 443; Heckschen/Freier/Weitbrecht, § 3 Rn. 149).

Der **Gesellschafter kann nicht** erst im Moment des Ablaufs von drei Monaten ab Verfahrenseröffnung, dann aber **rückwirkend** auf den Moment der Verfahrenseröffnung aus der Gesellschaft **ausscheiden**. Auch ändert die nachträgliche Einstellung des Verfahrens nichts am Ausscheiden des Gesellschafters. Die Klausel dürfte daher wohl – und davon wird ausgegangen – so zu verstehen sein, dass der Gesellschafter aus der Gesellschaft **ausscheiden** soll, **wenn drei Monate** nach Verfahrenseröffnung **verstrichen** sind, ohne dass das Verfahren wieder eingestellt wurde.

Im Hinblick auf eine derartige Gestaltung sehen wir jedenfalls seit dem 1.1.2024 ein erhebliches Unwirksamkeitsrisiko, weil die **Neuregelung** in § 723 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 BGB **kein Zwischenstadium vorsieht**, in welchem der Gesellschafter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens in der verbend tätigen Gesellschaft *verbleibt*. Eine dreimonatige Ausscheidensfrist ab Verfahrenseröffnung liefe aber genau darauf hinaus.

Eine andere Frage ist, ob die Klausel nicht dahingehend verstanden werden kann, dass der Gesellschafter zwar mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens aus der Gesellschaft ausscheidet, allerdings im Falle der Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens **binnen drei Monaten automatisch wieder in die Gesellschaft eintritt**. Inhalt der Regelung kann weiterhin sein, dass der wieder eingetretene Gesellschafter gemäß § 159 BGB im Innenverhältnis so behandelt wird, als wäre er durchgehend Gesellschafter gewesen. Bei einer solchen Lesart ergäben sich im Hinblick auf § 723 Abs. 1 Nr. 3 BGB keine Bedenken.

Fraglich ist aber, ob der (Wieder-)Beitritt eines Gesellschafters zur Personengesellschaft derart bedingt sein kann, § 158 BGB. Grundsätzlich ist dies zu bejahen (BeckOGK-BGB/Reymann, Std.: 1.6.2024, § 158 Rn. 134; MünchKommBGB/Westermann, 9. Aufl. 2021, § 158 Rn. 34), es handelt sich sodann wohl um

einen aufschiebend bedingten (Wieder-)Beitrittsvertrag unter allen Gesellschaftern. Eine solche Konstruktion dürfte zumindest dann funktionieren, wenn der betroffene (insolvente) Gesellschafter bereits an der Schaffung der Wiedereintrittsvereinbarung beteiligt war. Ob die hier zu beurteilende Klausel allerdings tatsächlich einem solchen Willen der Gesellschafter entspricht, ist Tatfrage.

## 3. Fazit

Es besteht das Risiko, dass die vorgelegte Gestaltung jedenfalls seit dem 1.1.2024 unwirksam ist, weil § 723 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 BGB im Hinblick auf den Zeitpunkt des Ausscheidens des insolventen Gesellschafters nicht zur Disposition der Gesellschafter stehen dürfte. Ob die Klausel i. S. d. alternativ in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeit, welche der Klausel zur Wirksamkeit verhelfen könnte, zu verstehen ist, ist letztlich Tatfrage.

---

## ErbStG §§ 13b Abs. 1 Nr. 2, 9 Abs. 1 Nr. 2 Übergabe eines Einzelunternehmens; Schenkungsteuer; getrennte Betrachtung der betrieblichen Grundstücke und des weiteren Betriebsvermögens

---

### I. Sachverhalt

Mit Übergabevertrag vom 17.10.2022 werden im Rahmen der unentgeltlichen Übertragung eines Einzelunternehmens der im Betriebsvermögen befindliche Grundbesitz sowie das weitere Betriebsvermögen übertragen. Es wird unbedingt und unbefristet die Auflassung der Betriebsgrundstücke erklärt. Die Grundbucheintragung wird bewilligt und beantragt. Der Eigentumswechsel wird sodann zeitnah im Grundbuch eingetragen. Das Datum des Übergangs von Besitz, Nutzungen und Lasten wird im Vertrag einheitlich für alle übertragenen Wirtschaftsgüter auf den 31.12.2022 festgelegt. Das zuständige Schenkungsteuerfinanzamt verweigert die Begünstigung gemäß §§ 13a, 13b ErbStG für den betrieblichen Grundbesitz mit der Begründung, die Schenkung der Betriebsgrundstücke sei steuerlich bereits am 17.10.2022 und somit zeitlich vor dem Übergang des restlichen Betriebs am 31.12.2022 ausgeführt.

### II. Frage

Trifft die Auffassung des Finanzamts zu?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Allgemeines zur Steuerentstehung bei Schenkungen

Bei Schenkungen unter Lebenden entsteht die Steuerschuld gem. § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG im Zeitpunkt der

*Ausführung der Zuwendung.* Dies ist grundsätzlich der Zeitpunkt, in dem die **Schenkung bürgerlich-rechtlich vollzogen** ist, d. h. das Eigentum erworben wurde. Die Steuerpflicht tritt somit nicht bereits mit dem Wirksamwerden des *Schenkungsversprechens* ein, sondern erst dann, wenn der Beschenkte tatsächlich etwas erhalten hat.

## 2. Besonderheiten bei Grundstücksschenkungen

Bei der Schenkung von Grundstücken entsteht die Steuer nach ständiger Rechtsprechung des BFH jedoch zu einem früheren Zeitpunkt. Eine Grundstücksschenkung ist bereits dann ausgeführt, wenn die **Auflassung** i. S. v. § 925 BGB **beurkundet** worden ist und der Schenker die **Eintragung** der Rechtsänderung in das Grundbuch **bewilligt** hat (§ 19 GBO).

Der BFH begründet die Vorverlegung des Ausführungszeitpunkts einer Grundstücksschenkung damit, dass der Leistungserfolg (wegen der dazu erforderlichen Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch) der *Mitwirkung des Grundbuchamts* bedarf sowie damit, dass für „zivilrechtlich abgeschlossene Vorgänge“ ein sinnvoller Ausführungszeitpunkt nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG zu bestimmen ist (BFH BStBl. II 2005, 312 unter Ziff. II. 1).

In einem vom BFH im Jahr 2005 zu beurteilenden Sachverhalt waren Auflassung und Eintragungsbewilligung bereits notariell beurkundet und es bestand die Abrede, dass die Eigentumsumschreibung durch den Notar erst bei Vorliegen der Sterbeurkunde der Schenkerin zu veranlassen war. Der BFH führte hierzu aus (BStBl. II 2005, 312 – Hervorhebungen durch die DNotI-Redaktion):

*„Mit Rücksicht auf den von § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG vorausgesetzten Leistungserfolg setzt die Ausführung der Grundstücksschenkung voraus, dass der Schenker alles zur Bewirkung der Leistung Erforderliche getan hat und der Beschenkte durch die vertragliche Vereinbarung in die Lage versetzt wird, jederzeit den Eintritt der dinglichen Rechtsänderung durch einen entsprechenden Antrag beim Grundbuch herbeizuführen [...]. Daher ist eine Grundstücksschenkung **noch nicht ausgeführt**, wenn aufgrund vertraglicher Abrede der Beschenkte von der **Eintragungsbewilligung erst zu einem späteren Zeitpunkt Gebrauch machen darf** [...]. In diesem Fall tritt die Ausführung der Zuwendung auch erst zu diesem späteren Zeitpunkt ein.“*

Erforderlich zur Steuerentstehung ist außerdem, dass die **Eigentumsumschreibung tatsächlich nachfolgt** (BFH BStBl. II 2005, 892; so auch R E 9.1 Abs. 1 S. 9 ErbStR).

Darüber hinausgehend vertritt eine Meinung in der Literatur die Auffassung, dass zusätzlich zur Auflassung (§ 925 BGB) und Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) auch noch der **Eintragungsantrag** (§ 13 GBO) beim Grundbuchamt gestellt sein müsse, um die Schenkungssteuer entstehen zu lassen. Denn erst dann träte die Schutzwirkung des § 17 GBO ein und erst dann hätten die Vertragspartner alles ihrerseits Erforderliche zur Ausführung der Zuwendung getan, so dass der für den Vermögensübergang erforderliche Eigentumswechsel allein noch von der Mitwirkung des Grundbuchamts abhängt (Gottschalk in: Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, Std.: März 2024, § 9 Rn. 96 m. w. N.).

Dem ist u. E. jedoch entgegenzuhalten, dass § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG auf den Zeitpunkt der Ausführung der Zuwendung – welche *durch den Zuwendenden* zu bewirken ist – abstellt. Hat *dieser* alles *seinerseits* Erforderliche getan, um die Eigentumsumschreibung zu veranlassen und hat er keinen Einfluss mehr auf den Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung, so ist u. E. die Ausführung der Zuwendung *bewirkt*. Es obliegt dann allein der Entscheidung des Beschenkten, die schützende Wirkung des § 17 GBO in Anspruch zu nehmen; hierzu bedarf er nicht der Mitwirkung des Schenkers. Zwar beruht die Vorverlegung des Steuerentstehungszeitpunkts bei Grundstücksschenkungen in der Tat auf der Überlegung, dass nicht der (zufällige) Bearbeitungszeitpunkt durch das Grundbuchamt maßgebend für die Entstehung der Steuer sein soll. Im Rahmen des § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG kommt es jedoch auf die Handlungen des Schenkers an und nicht, was die Gegenansicht verkennt, auf die Handlungen aller Vertragsbeteiligten. Auch der BFH und die Finanzverwaltung halten die Stellung des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt für bedeutungslos für die Entstehung der Schenkungssteuer (z.B. BFH BStBl. II 2005, 312; BStBl. II 1983, 19; DNotI-Report 2003, 6; R E 9.1 Abs. 1 S. 5 ErbStR).

Nach alledem ist im vorliegenden Fall die **Steuer für die Grundstücksschenkung bereits am 17.10.2022 entstanden** (sofern man – mit der derzeitigen Rechtsprechung und Verwaltungsansicht – davon ausgeht, dass keine *einheitliche* Schenkung sämtlicher Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens vorliegt; hierzu nachfolgend).

## 3. Begünstigte Einheit i. S. v. § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG

### a) Ganzer Gewerbebetrieb

Gemäß § 13b Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 ErbStG gehört inländisches Betriebsvermögen i. S. v. §§ 95 bis 97 Abs. 1 S. 1 BewG **beim Erwerb eines ganzen Gewerbebetriebs** zum begünstigungsfähigen Vermögen. Der Begriff „ganzer Betrieb“ ist nach ertragsteuerlichen Grundsätzen abzugrenzen (R E 13b.5 Abs. 3 S. 2 ErbStR). Ein



Erwerb eines ganzen Betriebs liegt vor, wenn der Betrieb mit seinen wesentlichen Betriebsgrundlagen in der Weise auf einen Erwerber übertragen wird, dass der Betrieb als geschäftlicher Organismus fortgeführt werden kann (R 16 Abs. 1 S. 1 EStR).

Vorliegend geht es um den Erwerb eines „ganzen Gewerbebetriebs“ in der Form eines Einzelunternehmens. Diesem Einzelunternehmen zugehörig war der übertragene Grundbesitz, die Betriebsgrundstücke waren ertragsteuerliches Betriebsvermögen, so dass die Voraussetzungen von § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG grundsätzlich vorliegen.

Es stellt sich aber die Frage, ob es für die steuerliche Begünstigung gemäß §§ 13a, 13b ErbStG erforderlich ist, dass die Schenkungsteuer für sämtliche Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens des Einzelunternehmens *zum selben Zeitpunkt* entsteht (§ 9 ErbStG).

Zu dieser Frage steht höchststrichterliche Rechtsprechung noch aus. Ein ganz ähnliches Problem ergibt sich jedoch bei der Frage der Begünstigung der Übertragung eines Anteils an einer Gesellschaft i. S. v. § 97 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 S. 1 BewG (Mitunternehmeranteil). Hierzu liegt Rechtsprechung vor (dazu nachfolgend).

#### b) Mitunternehmeranteil

Ebenfalls erbschaft- und schenkungsteuerlich begünstigt ist der sog. **Mitunternehmeranteil**, der das **steuerliche Sonderbetriebsvermögen**, welches oft Grundstücke enthält, umfasst (§ 13b Abs. 1 Nr. 2 Var. 3 ErbStG).

##### aa) Rechtsprechung

Mit Urteil v. 17.6.2020 entschied der BFH zur Übertragung eines Kommanditanteils inklusive Sonderbetriebsvermögen (BStBl. II 2021, 98 – Hervorhebung durch die DNotI-Redaktion):

*„Bei der Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens können die Begünstigungen nach §§ 13a, 13b ErbStG aF nur gewährt werden, wenn die Wirtschaftsgüter **gleichzeitig** mit dem Anteil an der Personengesellschaft übertragen werden. (amtl. Ls.)“*

Damit bestätigte der BFH die Vorinstanz (FG Köln, ZEV 2017, 535) und führte aus: Auch wenn das wirtschaftliche Eigentum sämtlicher betrieblicher Wirtschaftsgüter gleichzeitig und somit *ertragsteuerlich* am selben Stichtag übergehe, habe *aus erbschaft- und schenkungsteuerlicher Sicht* eine eigene Beurteilung stattzufinden. Der BFH wendet die vorstehend dargestellten Grundsätze zur Grundstücksschenkung an. Da die Steuerentstehungszeitpunkte gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG zum einen für die **Grundstücksschenkung**

und zum anderen für die **Übertragung des weiteren Betriebsvermögens** voneinander abweichen, nimmt der BFH im Ergebnis **zwei getrennt zu beurteilende Schenkungen** an. Er begründet dies damit, dass das Grundstück und das übrige Betriebsvermögen (im dortigen Urteilsfall: der Kommanditanteil) **nicht gleichzeitig übertragen** wurden. Die Steuervergünstigungen seien nach ständiger Rechtsprechung nur zu gewähren, wenn das erworbene Vermögen durchgehend sowohl beim bisherigen als auch beim neuen Rechtsträger den Tatbestand des § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG a. F. erfülle. Der in dieser Vorschrift durch Bezugnahme auf § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 3 EStG verwendete Gesellschaftsbegriff sei nicht zivilrechtlich, sondern ertragsteuerrechtlich zu verstehen. Der Begriff des Mitunternehmeranteils umfasse ertragsteuerrechtlich auch etwaiges Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafters, was im Urteilsfall in Form von Grundbesitz vorlag. Bei der Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens könnten die **Begünstigungen** nach §§ 13a, 13b ErbStG a. F. **nur gewährt** werden, wenn die **Wirtschaftsgüter gleichzeitig mit dem Anteil an der Personengesellschaft übertragen** werden. Durch die alleinige (zeitlich frühere) Übertragung des Sonderbetriebsvermögens ohne gleichzeitige Übertragung des Mitunternehmeranteils gehe die Rechtsstellung des Schenkers als Mitunternehmer auf den Bedachten nicht über. Die isolierte Übertragung von Sonderbetriebsvermögen vermittele dem Erwerber noch keine Mitunternehmerinitiative. Letzteres sei jedoch Voraussetzung für die Steuerbegünstigung. Ob der Erwerber eine Mitunternehmerstellung erlangt habe, sei nicht nach zivil-, sondern allein nach ertragsteuerrechtlichen Kriterien zu entscheiden.

##### bb) Finanzverwaltung

Das Urteil des BFH v. 17.6.2020 ist vom Bundesfinanzministerium im Bundessteuerblatt Teil II veröffentlicht worden (BStBl. II 2021, 98), was gleichbedeutend ist mit einer **verwaltungsinternen Anweisung an die Finanzämter, die Urteilsgrundsätze über den entschiedenen Einzelfall hinaus in gleichgelagerten Fällen anzuwenden**.

##### cc) Literatur

Die Entscheidungen des BFH v. 17.6.2020 sowie des FG Köln vom 29.6.2017 sind auf **vehemente Kritik in der Literatur** gestoßen (z. B. Wälzholz, in: FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, 2018, S. 717 sowie ZEV 2017, 538; Kaiser; MittBayNot 2023, 214; Wachter, MittBayNot 2021, 551). Wälzholz sieht den **Grundbesitz als unselbständigen Teil einer Wirtschaftseinheit des Betriebsvermögens**. Bei teleologischer Betrachtung der §§ 13a, 13b ErbStG (Förderung der Unternehmensnachfolge; Erhalt von Arbeitsplätzen) dürfe es nur da-

rauf ankommen, dass die gesamte Wirtschaftseinheit geschlossen auf den Erwerber übergehe und von diesem fortgeführt werde. Ob bei einer einheitlichen Zuwendung zwischen den einzelnen Ausführungszeitpunkten einige Tage oder gar Wochen lägen, für die allein der Vollzug bei einem Register verantwortlich sei, könne für § 13b Abs. 1 ErbStG keinen Unterschied machen. *Kaiser* macht geltend, § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG verweise ausdrücklich auf inländisches Betriebsvermögen i. S. v. §§ 95 bis 97 BewG und somit auf die ertragsteuerliche, *wirtschaftliche* Betrachtungsweise.

#### dd) Auffassung des DNotI

Den vorstehenden Ausführungen von *Wälzholz* und *Kaiser* ist zuzustimmen. Für die Beantwortung der Frage, ob eine einheitliche Schenkung oder mehrere Schenkungen vorliegen, sollte der **Schenkungsgegenstand maßgebend** sein. Besteht ein **einheitlicher Schenkungswille** und werden die Übertragungen **zeitnah zueinander ausgeführt**, so sollte von einer **einheitlichen, in mehreren Teilakten vollzogenen Schenkung** ausgegangen werden, wie dies im Übrigen der Rechtslage vor der BFH-Entscheidung vom 17.6.2020 entsprach. Unterschiedliche Vermögenszuwächse, die zu unterschiedlichen Zeitpunkten i. S. v. § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG ausgeführt werden, können eine einheitliche Schenkung darstellen, etwa wenn die Schenkungen in einem Vertrag zusammengefasst sind oder in zwei Verträgen, aber in einem Notartermin oder aus technischen Gründen binnen weniger Tage (BFH BStBl. II 1982, 351; BStBl. II 1970, 562; FG Münster EFG 1972, 190; Gottschalk, in: Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, Std.: März 2024, § 10 Rn. 55b).

Die Argumentation des BFH, der betriebliche Zusammenhang dürfe nicht, auch nicht kurz, unterbrochen werden, weist eine gewisse Nähe zur ertragsteuerlichen Entnahmebesteuerung auf. Dort genügt bereits eine Entnahme für eine logische Sekunde. Im Zusammenhang mit der Begünstigung von Betriebsvermögen gemäß §§ 13a, 13b ErbStG hingegen ist u. E. in der Tat auf das **Telos** abzustellen. Eine weitgehende steuerliche Verschonung des Erwerbs wird durch das BFH-Urteil v. 17.6.2020 konterkariert, wenn eine einheitliche Schenkung (in *einer* Urkunde) künstlich aufgespalten wird in „Grundstücksschenkungen“ und „Schenkungen aller übrigen betrieblichen Wirtschaftsgüter“. **Der Gesetzgeber wollte die steuerfunktionale Einheit „ganzer Gewerbebetrieb“ bzw. „Mitunternehmeranteil“ begünstigen**, somit sollte auch diese – nach ertragsteuerlichen Regeln klar umgrenzte – Einheit als **Schenkungsgegenstand** angesehen werden mit der Folge, dass eine einheitliche, in mehreren Teilakten vollzogene Schenkung vorliegt. Zu fordern ist jedoch – wie bisher – ein enger zeitlicher Zusammenhang der einzelnen Teilakte.

Das vom BFH im Urteil v. 17.6.2020 formulierte **Gleichzeitigkeitserfordernis** des § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG wirkt sich – wie gesehen – auf die Frage aus, ob ein „ganzer Gewerbebetrieb“ übertragen wird. Allerdings sollte der Begriff der Gleichzeitigkeit nicht auf die **Besonderheiten der Steuerentstehung bei Grundstücksschenkungen** i. S. v. § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG abstellen, zumal diese Besonderheiten (aus anderen, berechtigten Gründen) von der Rechtsprechung und der Verwaltung entwickelt wurden und **nicht gesetzlich normiert** sind. Vielmehr sollten, da nach den Erbschaftssteuerrichtlinien bereits der **Begriff des „ganzen Betriebs“** i. S. v. § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG nach ertragsteuerlichen Grundsätzen zu bestimmen ist (R E 13b.5 Abs. 3 S. 2 ErbStR), auch für die Beurteilung der Gleichzeitigkeit ertragsteuerliche Maßstäbe und somit eine wirtschaftliche Betrachtungsweise gelten.

#### 4. Folgerung für den hier zu begutachtenden Sachverhalt

Die im vorgenannten **BFH-Urteil** v. 17.6.2020 behandelte Thematik (Übertragung Mitunternehmeranteil mit Sonderbetriebsvermögen) ist grundsätzlich auch auf den angefragten Sachverhalt (Übertragung eines Einzelunternehmens mit betrieblichem Grundbesitz) übertragbar. Entsprechendes hat das **FG München** in einer Entscheidung vom 14.6.2023 (EFG 2024, 309; hiergegen Nichtzulassungsbeschwerde zum BFH anhängig unter Az. II B 45/23) auch bereits so angenommen. Das **LfSt Bayern** hat sich mit Erlass v. 7.3.2024 (ZEV 2024, 415) ebenfalls der Auffassung des BFH für die hier betroffene Sachverhaltskonstellation angeschlossen. Die Auffassung des Finanzamts im hier zu begutachtenden Sachverhalt entspricht somit der Linie der aktuellen Rechtsprechung sowie der Auffassung der Finanzverwaltung.

Solange die Grundsätze des Urteils v. 17.6.2020 von der Finanzverwaltung angewendet werden, wird für die Gestaltungspraxis die **Synchronisation der Zuwendungszeitpunkte** der unterschiedlichen Wirtschaftsgüter angeraten. Gestaltungsvorschläge finden sich etwa bei *Kaiser* (MittBayNot 2023, 214, 219) oder bei *Wachter* (MittBayNot 2021, 551, 553). Welche Gestaltungen die Finanzverwaltung insoweit anzuerkennen bereit ist, um den Zeitpunkt der Ausführung der Zuwendung (in Bezug auf die Grundstücke) mit dem Übergang des sonstigen Betriebsvermögens zu synchronisieren, wird in den Erbschaftsteuer-Richtlinien unter R E 9.1 Abs. 1 S. 7, 8 ErbStR angedeutet (Hervorhebungen durch die DNotI-Redaktion):

*„Eine Grundstücksschenkungen ist jedoch trotz Vorliegens der genannten Voraussetzungen dann noch nicht ausgeführt, wenn die Übereignung des Grundstücks erst zu*

*einem – von den Beteiligten ausdrücklich bestimmten – späteren Zeitpunkt erfolgen soll oder der Beschenkte von der Eintragungsbewilligung erst zu einem späteren Zeitpunkt Gebrauch machen darf. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Zeitbestimmung die Wirksamkeit des zugrunde liegenden schuldrechtlichen Geschäfts oder lediglich dessen Vollzug betrifft.“*

## 5. Fazit

Unseres Erachtens dürfte es für die Begünstigung gemäß §§ 13a, 13b ErbStG nicht erforderlich sein, dass die Schenkungsteuer für sämtliche Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens zum selben Zeitpunkt entsteht (§ 9 ErbStG). Dies wird jedoch von Rechtsprechung und Verwaltung zurzeit anders beurteilt, weshalb in der Gestaltungspraxis eine Synchronisation der Zuwendungszeitpunkte angeraten wird.

# Rechtsprechung

**GBÖ §§ 19, 22, 47; EGBGB Art. 229 § 21**

**Löschung eines zugunsten einer GbR im Grundbuch eingetragenen Rechts; Voreintragungsobliegenheit im Gesellschaftsregister; keine teleologische Reduktion; Nachweis der Bewilligungsbefugnis betreffend ein Recht einer GbR im Grundbuchverfahren**

**1. Auch im Falle der Löschung eines zugunsten einer GbR eingetragenen Rechts bedarf es gemäß § 47 Abs. 2 GBO i. V. m. Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB der Voreintragung der GbR im Gesellschaftsregister und der anschließenden Eintragung der eGbR im Grundbuch.**

**2. Eine teleologische Reduktion der Eintragungsvorschriften ist in diesem Fall wegen des abschließenden Charakters der in Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB enthaltenen Ausnahmeregelungen nicht vorzunehmen.**

**3. Aufgrund der Aufhebung des § 899a BGB und der Neufassung des § 47 Abs. 2 GBO zum 1.1.2024 kann der Nachweis der Bewilligungsbefugnis nur noch aufgrund der Eintragung im Gesellschaftsregister erbracht werden.**

OLG München, Beschl. v. 8.10.2024 – 34 Wx 234/24 e

## Problem

Eigentümerin des herrschenden Grundstücks einer Grunddienstbarkeit war eine GbR, die noch nach den Regelungen vor Inkrafttreten des MoPeG (§ 47 Abs. 2 GBO a.F.) im Grundbuch eingetragen war. Nach Inkrafttreten des MoPeG bewilligten die Gesellschafter der GbR im Namen der GbR die Löschung der Grund-

dienstbarkeit. Das Grundbuchamt verweigerte den Vollzug der Löschung und entgegnete, auch für die Löschung eines Rechts, welches zugunsten einer GbR besteht, bedürfe es der Eintragung der GbR im Gesellschaftsregister mit anschließender Richtigstellung des Grundbuchs (auf die eGbR).

Der Urkundsnotar stützte die Beschwerde darauf, dass Art. 229 § 21 EGBGB für den Fall, dass ein *Recht aufgegeben und zur Löschung bewilligt* werde, einschränkend auszulegen. Eine Voreintragung sei in diesen Fällen nicht erforderlich. Zur näheren Begründung führte der Urkundsnotar folgende Punkte an: Die GbR profitiere nicht von der Löschung eines zu ihren Gunsten eingetragenen Rechts. Daher sei es unzumutbar, der GbR die Pflicht zu mehr Transparenz infolge der Eintragung im Gesellschaftsregister aufzubürden. Die Bejahung des Voreintragungserfordernisses stünde außerdem der Löschung gegenstandsloser Rechte, die noch zugunsten von Gesellschaften bürgerlichen Rechts eingetragen sind, im Wege. Dahinter steckt der Gedanke, dass sich eine GbR erst recht nicht die Mühe zur Eintragung im Gesellschaftsregister machen werde, wenn es sogar nur um die Löschung eines gegenstandslosen Rechts geht.

Das Grundbuchamt hielt demgegenüber am Wortlautargument nach Art. 229 § 21 EGBGB fest. Es bestehe zweifelsfrei die Obliegenheit zur Voreintragung, sobald die GbR über ein Recht verfüge. Mit Einführung des Gesellschaftsregisters und Aufhebung von § 899a BGB sei im Grundbuchverfahren keine andere Möglichkeit zum Nachweis der Vertretungsberechtigung bzgl. einer GbR mehr gegeben.

## Entscheidung

Die zulässige Beschwerde ist laut dem OLG München unbegründet. Es liege keine hinreichende Berichtigungsbewilligung vor (Rn. 18).

Das Grundbuchamt sei zutreffend davon ausgegangen, dass „gemäß § 47 Abs. 2 GBO i. V. m. Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB“ die Voreintragung und die anschließende Grundbuchrichtigstellung erforderlich sei. Aus § 46 Abs. 1 GBO folge, dass auch eine Löschung eines Rechts eine Eintragung i. S. v. Art. 229 § 21 EGBGB sei (Rn. 19).

Eine einschränkende Auslegung von Art. 229 § 21 EGBGB sei „jedenfalls in der vorliegenden Konstellation“ nicht veranlasst. Dies werde zwar teilweise für das Ausscheiden einer Bestands-GbR aus dem Grundbuch unter *analoger* Anwendung von § 40 GBO vertreten. Dem stünde jedoch entgegen, dass der Gesetzgeber jene Konstellation gesehen habe und keinen Verzicht auf das Voreintragungserfordernis für jenen Fall geregelt habe.

Man könne nicht von einer planwidrigen Regelungslücke ausgehen. Eine *teleologische Reduktion* der Eintragungsvorschriften komme nicht in Betracht, denn die Ausnahmen, die in Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB geregelt seien, hätten abschließenden Charakter. Ob eine teleologische Reduktion für den Fall des Ausscheidens einer GbR aus dem Grundbuch in Betracht komme, könne dahinstehen (Rn. 20).

Das Grundbuchamt könne aufgrund des Wegfalls von § 899a BGB nicht mehr auf die Bewilligungsbefugnis der im Grundbuch noch namentlich eingetragenen Personen vertrauen. Der Nachweis der Bewilligungsbefugnis könne nur noch mittels einer Eintragung im Gesellschaftsregister erbracht werden (Rn. 21).

### Praxishinweis

Die Entscheidung liegt auf der Linie anderer obergerichtlicher Entscheidungen (OLG Celle RNotZ 2024, 465; OLG Dresden BWNotZ 2024, 267), die sämtlich das **Vorliegen von Ausnahmen vom Voreintragungserfordernis verneint** haben (s. a. Gutachten DNotI-Report 2024, 105 ff. zu § 15 ErbbauRG).

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. Maximilian Pechtl

#### 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

UmwG § 17 Abs. 2; HGB §§ 12 Abs. 2 S. 2, 322 Abs. 1 S. 1; BGB §§ 126 Abs. 3, 126a Abs. 1 – Einreichung eines qualifiziert elektronisch signierten Prüfexemplars des Jahresabschlusses beim Registergericht bei Umwandlungsvorgängen

BGB § 1951 – Gestattung einer teilweisen Ausschlagung von Vermächtnissen

#### Rechtsprechung

GmbHG §§ 46 Nr. 5, 53, 54; AktG § 241 Nr. 3 – Satzungsdurchbrechung: Kompetenzwidrig gefasster Beschluss über die Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers nicht nichtig

#### Veranstaltung

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**UmwG § 17 Abs. 2; HGB §§ 12 Abs. 2 S. 2, 322 Abs. 1 S. 1; BGB §§ 126 Abs. 3, 126a Abs. 1**  
**Einreichung eines qualifiziert elektronisch signierten Prüfexemplars des Jahresabschlusses beim Registergericht bei Umwandlungsvorgängen**

#### I. Sachverhalt

Im Rahmen einer Verschmelzung wird dem Notar von den Beteiligten der Jahresabschluss des übertragenden Rechtsträgers vorgelegt. Es handelt sich um das sog. Prüfexemplar des Abschlussprüfers, welches den Prüfungsbericht und das Testat enthält. Dieses Prüfexemplar ist kein eigenhändig unterschriebenes und unter Siegelbeidruck des Prüfers angefertigtes (physisches) Druckwerk. Vielmehr hat das für die Aufstellung des Jahresabschlusses zuständige Organ der Gesellschaft den von ihm unterschriebenen Jahresabschluss zunächst eingescannt. Der Wirtschaftsprüfer hat das eingescann-

te Dokument sodann mit seinem Bestätigungsvermerk mit qualifizierter elektronischer Signatur versehen. Der Notar kann diese qualifizierte elektronische Signatur durch „Anklicken“ der digitalen Unterschriften überprüfen.

#### II. Fragen

1. Genügt die Einreichung eines qualifiziert elektronisch signierten Prüfexemplars des Jahresabschlusses beim Registergericht für die Zwecke des § 17 Abs. 2 UmwG?

2. Müsste ein solcher Jahresabschluss ohne vorherige Umwandlung des Dateiformats über XNotar dem Registergericht übermittelt werden, damit dieses (durch „Anklicken“ der digitalen Unterschriften) das Zertifikat über die Echtheit der digitalen Signatur überprüfen kann?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Beifügen der Schlussbilanz

Gem. § 17 Abs. 2 S. 1 UmwG muss der Anmeldung der Verschmelzung zum Handelsregister eine Schlussbilanz jedes übertragenden Rechtsträgers beigefügt werden. Bei der **Schlussbilanz** kann es sich um die Jahresbilanz

handeln (BeckOGK-UmwG/Rieckers/Cloppenburg, Std.: 1.10.2024, § 17 Rn. 59). In der Praxis wird auch typischerweise die Jahresbilanz eingereicht (Kallmeyer/Zimmermann/Lanfermann, UmwG, 8. Aufl. 2024, § 17 Rn. 17). Mit dem Begriff der **Jahresbilanz** ist die Bilanz nach HGB gemeint, die gemeinsam mit der Gewinn- und Verlustrechnung den **Jahresabschluss** bildet, vgl. § 242 Abs. 3 HGB (BeckOGK-UmwG/Rieckers/Cloppenburg, § 17 Rn. 61; Lutter/Decher, UmwG, 7. Aufl. 2024, § 17 Rn. 8; Kallmeyer/Zimmermann/Lanfermann, § 17 Rn. 19). Es ist allerdings **unschädlich**, anstelle („nur“) der Jahresbilanz den gesamten **Jahresabschluss einzureichen** (BeckOGK-UmwG/Rieckers/Cloppenburg, § 17 Rn. 55).

Exkursorisch sei an dieser Stelle auf Folgendes hingewiesen: Über den Verweis in § 125 Abs. 1 S. 1 UmwG gilt die Vorschrift des § 17 UmwG auch für die Spaltung, sodass sich dort dieselben Rechtsfragen stellen. Darüber hinaus muss auch der Anmeldung der Eintragung einer **Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln** eine Bilanz als Anlage beigelegt werden, die höchstens acht Monate vor dem Zeitpunkt der Anmeldung erstellt worden ist, § 57i Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GmbHG. Diese Bilanz muss nach dem Wortlaut der Norm mit einem **Bestätigungsvermerk** eines Abschlussprüfers versehen sein, § 57i Abs. 1 S. 1 GmbHG (BeckOGK-GmbHG/Neumayer/Grädler, Std.: 1.7.2024, § 57i Rn. 10; MünchKommGmbHG/Lieder, 4. Aufl. 2022, § 57i Rn. 6). Es ist allerdings davon auszugehen, dass sich die nachfolgenden Überlegungen zur Form der Bilanz bei *Umwandlungsmaßnahmen* auf die Bilanz bei der *Kapitalerhöhung* aus Gesellschaftsmitteln im Wesentlichen übertragen lassen.

Was der Notar im Hinblick auf das Beifügen des Jahresabschlusses zur Anmeldung zu beachten hat, wenn der Jahresabschluss nicht mehr – wie bislang üblich – in Papierform, sondern in elektronischer Form vorliegt, ist einerseits im Hinblick auf die bilanzrechtlichen Formerfordernisse (Ziff. 2) und andererseits im Hinblick auf die handelsregisterverfahrensrechtlichen Formvorgaben (Ziff. 3) zu prüfen.

## 2. Bilanzrechtliche Formerfordernisse

Gem. § 17 Abs. 2 S. 2 UmwG gelten für die Schlussbilanz die handelsrechtlichen Vorschriften über die Jahresbilanz und deren Prüfung entsprechend. Hierbei handelt es sich um einen Verweis auf die materiell-rechtlichen Anforderungen an die Bilanz nach §§ 242 ff., 316 ff. HGB für den übertragenden Rechtsträger (Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG/UmwStG, 10. Aufl. 2024, § 17 UmwG Rn. 25; Bula/Thees, in: Sagasser/Bula, Umwandlungen, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 34; Lutter/Decher, § 17 Rn. 9). Im Hinblick auf den Jahres-

abschluss einer Gesellschaft ist zu differenzieren zwischen (1) der **Aufstellung** des Jahresabschlusses durch den Kaufmann bzw. dessen gesetzliche Vertreter nach §§ 242 Abs. 1-3, 264 Abs. 1 S. 1 HGB, (2) der **Prüfung** des Jahresabschlusses nach §§ 316 ff. HGB, (3) der **Feststellung** des Jahresabschlusses (etwa durch die GmbH-Gesellschafter nach §§ 46 Nr. 1, 47 Abs. 1 GmbHG) und (4) der **Unterzeichnung** des festgestellten Jahresabschlusses.

### a) Unterzeichnung des Jahresabschlusses

**Im Anschluss an die Feststellung** müssen **sämtliche Geschäftsführer** einer GmbH den Jahresabschluss **unterzeichnen**, § 245 S. 2 HGB (MHLS/Römermann, GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 46 Rn. 64; Scholz/K. Schmidt/Bochmann, GmbHG, 13. Aufl. 2024, § 46 Rn. 9; Hörtnagl, § 17 UmwG Rn. 18; Lutter/Decher, § 17 Rn. 10). § 245 S. 1 HGB fordert dabei die **Schriftform** i. S. d. § 126 Abs. 1 BGB (Staub/Pöschke, HGB, 6. Aufl. 2021, § 245 Rn. 11). Damit übernimmt der Kaufmann die Verantwortung für die Richtigkeit und Vollständigkeit des unterschriebenen Abschlusses (MünchKommHGB/Ballwieser, 5. Aufl. 2024, § 245 Rn. 1). Die Unterzeichnung ist eine öffentlich-rechtliche Pflicht (BGH NJW 1996, 1678, 1679; Hopt/Merkt, HGB, 43. Aufl. 2024, § 245 Rn. 1); der Organwalter muss sie höchstpersönlich wahrnehmen (MünchKommHGB/Ballwieser, § 245 Rn. 2). Das zuständige Organ kann die letzte Seite des Jahresabschlusses einmalig unterzeichnen, ohne jede andere Seite abzeichnen zu müssen. Dazu muss es die **einzelnen Teile des Jahresabschlusses** aber derart **miteinander verbinden**, dass eine **etwaige nachträgliche Trennung erkennbar** wäre (BeckOGK-HGB/Kleindiek, Std.: 1.11.2023, § 245 Rn. 11; MünchKommHGB/Ballwieser, § 245 Rn. 3; Staub/Pöschke, § 245 Rn. 11).

Gem. § 126 Abs. 3 BGB i. V. m. § 126a Abs. 1 BGB ersetzt die Unterzeichnung mit qualifizierter elektronischer Signatur die Schriftform, sofern dem keine gesetzlichen Vorschriften entgegenstehen. Für die Aufstellung des Jahresabschlusses sind keine entgegenstehenden gesetzlichen Vorschriften ersichtlich. Insbesondere kann der Kaufmann auch einen qualifiziert elektronisch signierten Jahresabschluss durch Abspeicherung auf einem Datenträger i. S. d. § 257 Abs. 3 S. 1 HGB verwahren. Daher muss es möglich sein, dass das zuständige Organ der Gesellschaft den **Jahresabschluss als elektronisches Dokument erstellt** und sodann **qualifiziert elektronisch signiert** (zum Ganzen: Staub/Pöschke, § 245 Rn. 11). Bei der qualifizierten elektronischen Signatur für ein PDF-Dokument handelt es sich sozusagen um eine *Dokumentensignatur*, „**Gegenstand**“ der Signatur ist mithin das **gesamte Dokument** (vgl. Schlebusch/Obst, WPg 2023, 975, 976; BeckOK-BGB/Wendtland,

Std.: 1.8.2024, § 126a BGB Rn. 6). Sie würde ungültig werden, wenn sich an der Zusammensetzung des Dokuments etwas änderte. Demnach wahrt auch die qualifizierte elektronische Signatur das Erfordernis, dass die **einzelnen Teile des Jahresabschlusses miteinander verbunden** sind.

### b) Prüfung des Jahresabschlusses

Gem. § 17 Abs. 2 S. 2 UmwG gelten für die einzureichende Schlussbilanz die Vorschriften über die Jahresbilanz *und deren Prüfung* entsprechend. Aus Sicht des Umwandlungsrechts ist eine Prüfung der Schlussbilanz daher nur dann erforderlich, wenn ein auf den Stichtag der Schlussbilanz aufgestellter Jahresabschluss kraft Gesetzes *prüfungspflichtig* wäre (Bula/Thees, § 10 Rn. 5; Heidinger/Knaier, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 17 UmwG Rn. 20; BeckOGK-UmwG/Rieckers/Cloppenburg, § 17 Rn. 77; Hörtnagl, § 17 UmwG Rn. 20; Lutter/Decher, § 17 Rn. 9). Eine **Prüfungspflicht** besteht gem. § 316 Abs. 1 S. 1 HGB insbesondere für Kapitalgesellschaften, die nicht kleine Kapitalgesellschaften i. S. d. § 267 Abs. 1 HGB sind sowie für die gem. § 264a Abs. 1 HGB gleichgestellten Personenhandelsgesellschaften. Solange ein prüfungspflichtiger Jahresabschluss nicht geprüft wurde, kann er nicht festgestellt werden, § 316 Abs. 1 S. 2 HGB. **Zeitlich liegt die Prüfung daher vor der Feststellung.** Ein dennoch festgestellter Jahresabschluss ist nichtig, vgl. § 245 Abs. 1 Nr. 2 AktG.

aa) Der Abschlussprüfer muss den Kontrollorganen der Gesellschaft über Art, Umfang sowie das Ergebnis der Prüfung berichten, sog. **Prüfungsbericht**, § 321 HGB (Böcking/Gros/Rabenhorst, in: Ebenroth/Boujong, HGB, 5. Aufl. 2024, § 321 Rn. 1; MünchKommHGB/Ebke, § 321 Rn. 4). Gem. § 321 Abs. 5 S. 1 HGB muss der Abschlussprüfer den Prüfungsbericht eigenhändig unterzeichnen und siegeln (Böcking/Gros/Rabenhorst, § 321 Rn. 33). Alternativ kann der Abschlussprüfer den Prüfungsbericht aber auch mit seiner qualifizierten elektronischen Signatur versehen (MünchKommHGB/Ebke, § 321 Rn. 84; BeckOGK-HGB/Bormann, Std.: 1.1.2024, § 321 Rn. 86). Der *Bestätigungsvermerk* (dazu sogleich) ist auch in den Prüfungsbericht aufzunehmen, § 322 Abs. 7 S. 2 HGB.

bb) Bei einer Pflichtprüfung muss der Abschlussprüfer das *Ergebnis* der Prüfung zudem schriftlich in einem **Bestätigungsvermerk** zum Jahresabschluss zusammenfassen, hierbei handelt es sich um das sog. Testat, § 322 Abs. 1 S. 1 HGB. Mit einem *uneingeschränkten* Bestätigungsvermerk erklärt der Abschlussprüfer, dass der Jahres- oder Konzernabschluss aufgrund seiner bei der Prüfung gewonnenen Erkenntnisse nach seiner Beurteilung den gesetzlichen Vorschriften entspricht und

unter Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung oder sonstiger maßgeblicher Rechnungslegungsgrundsätze ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft oder des Konzerns vermittelt, § 322 Abs. 3 S. 1 HGB (zu den vier Arten des Bestätigungsvermerks siehe Möller, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 56 Rn. 382). Den Bestätigungsvermerk muss der Abschlussprüfer **auf dem Jahresabschluss anbringen** oder mit diesem (und ggf. dem Lagebericht) **fest verbinden** (BeckOK-HGB/Schorse/Morfeld, Std.: 1.10.2024, § 322 Rn. 49). Es gibt allerdings keine gesetzliche Vorgabe, wonach der Bestätigungsvermerk nur auf einem vom Geschäftsführer der GmbH bereits *unterzeichneten* Exemplar des Jahresabschlusses angebracht werden dürfte. Dies ist angesichts des zeitlichen Ablaufs auch logisch, denn zunächst wird der *geprüfte* Jahresabschluss *festgestellt* und erst dann hat ihn die Geschäftsführung zu unterzeichnen (s.o.).

Den **Bestätigungsvermerk** hat der Abschlussprüfer unter Angabe des Ortes der Niederlassung des Abschlussprüfers und des Tages der Unterzeichnung zu **unterzeichnen**, § 322 Abs. 7 S. 1 Hs. 1 HGB (siehe dazu BGH NJW 2022, 2185 Rn. 35). Das HGB fordert also **Schriftform** i. S. d. § 126 Abs. 1 BGB. Gem. § 126 Abs. 3 BGB kann die elektronische Form die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform ersetzen. Dazu muss der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und sie mit seiner qualifizierten elektronischen Signatur versehen, § 126a Abs. 1 BGB. Der Abschlussprüfer kann mithin seinen Bestätigungsvermerk auch mit seiner **qualifizierten elektronischen Signatur** versehen, anstatt ihn händisch zu unterschreiben (Justenhoven/Küster/Bernhard, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 322 HGB Rn. 105 f.; MünchKommHGB/Ebke, § 322 Rn. 76 Fn. 269). Gem. § 20 Abs. 2 S. 2 Var. 1 der aktuell gültigen Fassung der Satzung der Wirtschaftsprüferkammer über die Rechte und Pflichten bei der Ausübung der Berufe des Wirtschaftsprüfers und des vereidigten Buchprüfers (Berufssatzung für Wirtschaftsprüfer/vereidigte Buchprüfer – BS WP/Vbp) kann ein Wirtschaftsprüfer sein Siegel auch elektronisch führen. Der Abschlussprüfer braucht demnach seinen Bestätigungsvermerk gar nicht mehr eigenhändig zu unterzeichnen (Holthaus/Lehnhoff, in: Lang/Weidmüller, GenG, 2022, § 58 Rn. 4a).

### 3. Handelsregisterverfahrensrechtliche Formvorgaben

Materiell-rechtlich kann somit das gesamte Verfahren vom Aufstellen der Bilanz über deren Prüfung, deren Feststellung und deren Unterzeichnung in elektronischer Form erfolgen. Davon zu unterscheiden sind

die Formvorgaben des Handelsregistervfahrensrechts.

Gem. § 12 Abs. 1 S. 1 HGB muss der Notar die Anmeldung der Umwandlungsmaßnahme zum Handelsregister elektronisch einreichen (Schwab, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 8, 5. Aufl. 2018, § 70 Rn. 38). Soweit eines der beim Handelsregister einzureichenden *Dokumente* nach materiellen Recht *nicht* der notariellen Beurkundung oder öffentlichen Beglaubigung bedarf, gilt die Vorschrift des § 12 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 HGB (OLG Jena RNotZ 2011, 121, 122; OLG Düsseldorf FGPrax 2020, 178, 179). Danach kann der Notar das jeweilige Dokument als **(einfache) elektronische Aufzeichnung** übermitteln; einer (elektronisch) beglaubigten Abschrift bedarf es nicht (Lutter/Decher, § 17 Rn. 5; Schwab, § 70 Rn. 39; DNotI-Report 2018, 25). Die elektronische Aufzeichnung muss ein maschinenlesbares und durchsuchbares Format aufweisen. Einzelheiten können die Landesregierungen in Verordnungen nach § 8a Abs. 2 HGB regeln (dazu ausführlich Staub/Koch/Harnos, HGB, 6. Aufl. 2023, § 8a Rn. 9 ff.). Grundsätzlich soll nach der Regierungsbegründung zum DiRUG (BT-Drucks. 19/28177, S. 96) etwa die Übermittlung im XML-Format oder als durchsuchbare Datei im PDF-Format in Betracht kommen. Auch ein *originär elektronisch erstelltes* Dokument genügt den Anforderungen des § 12 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 HGB (KG NJW 2022, 3521 Rn. 7 f. = DNotZ 2023, 56 m. Anm. W. Mayer). Es ist also *nicht* denklogische Voraussetzung einer elektronischen Aufzeichnung, dass es eine Papierfassung des Dokuments überhaupt gibt.

Zudem braucht dem einreichenden Notar gemäß einer Entscheidung des OLG Düsseldorf *nicht* eine etwa (aus materiell-rechtlichen Gründen) in Schriftform zu errichtende Urschrift des einzureichenden Dokuments vorzuliegen. Nichts anderes kann aber in den Fällen des § 126a BGB gelten, also dann, wenn anstelle des Schriftformerfordernisses die äquivalente Form des § 126a BGB gewahrt wird. Vielmehr kann der Notar eine vom jeweiligen Beteiligten selbst erstellte elektronische Aufzeichnung beim Handelsregister einreichen (zum Ganzen: OLG Düsseldorf FGPrax 2019, 175 f. = EWIR 2019, 685 m. Anm. Cziupka). Es trifft den **Notar** also **keine Pflicht**, sich selbst von der **(form-)wirksamen Errichtung** eines unter § 12 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 HGB fallenden Dokuments zu **überzeugen**. Der Gesetzgeber nahm in Kauf, dass bei elektronischen Dokumenten Zweifel an der Authentizität bestehen können (so BeckOK-HGB/Müther, § 12 Rn. 34).

Wendet man die Aussagen des OLG Düsseldorf auf § 17 Abs. 2 S. 2 UmwG i. V. m. § 12 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 HGB

an, so gilt Folgendes: Weder die Schlussbilanz noch der Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers bedürfen einer notariellen Beurkundung oder Beglaubigung. § 12 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 HGB ist daher nicht anwendbar. § 17 Abs. 2 S. 2 UmwG verweist auf die Vorschriften des Bilanzrechts. Diese verlangen für Jahresabschluss und Bestätigungsvermerk (sowie für den Prüfungsbericht) des Abschlussprüfers nur die Wahrung der Schriftform. Würde die GmbH den Jahresabschluss noch in Papierform aufstellen und auch der Prüfer seinen Bestätigungsvermerk schriftlich in Papierform anbringen und würde die GmbH anschließend das Dokumentenkonvolut einscannen und dem Notar ein einfaches PDF-Dokument übersenden, so würde dies genügen.

Erstellen die Beteiligten **originär elektronische Dokumente**, so gilt Folgendes:

Muss der Jahresabschluss **geprüft** werden, muss es u. E. für diesen Fall **ausreichen**, dass der Notar den **Jahresabschluss** (bzw. die Bilanz) **mitsamt Bestätigungsvermerk** beim Handelsregister als **originäre elektronische Aufzeichnung i. S. d. § 12 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 HGB** einreicht (vgl. Oetker/Preuß, 8. Aufl. 2024, HGB § 12 Rn. 63).

Diese Schlussfolgerung stimmt mit den Praxishinweisen der Wirtschaftsprüfungskammer zu elektronischen Prüfungsvermerken und -berichten überein. Danach reicht es aus, wenn das für die Aufstellung des Abschlusses zuständige Organ den unterschriebenen Jahresabschluss einscannet und der Wirtschaftsprüfer dieses Dokument mit seinem Bestätigungsvermerk mit qualifizierter elektronischer Signatur zusammenführt (Wirtschaftsprüferkammer, Elektronische Prüfungsvermerke und -berichte, Frage Nr. 21, abrufbar unter: <https://www.wpk.de/mitglieder/praxishinweise/elektronische-pruefungsvermerke-und-berichte/#c15847>, Abruf vom 11.11.2024). Es sei nicht erforderlich, dass die Gesellschaft den eingescannten Jahresabschluss ihrerseits zuvor qualifiziert elektronisch signiert hat (digitale „Testatsexemplar-Datei“). Denn der **Abschlussprüfer übernehme die Gewähr** dafür, dass es sich hierbei um den Jahresabschluss handle, den er von der Gesellschaft zum Zwecke der Prüfung erhalten habe, und dass er genau diesen als Scan beigefügten Jahresabschluss seiner Prüfung zugrunde gelegt habe (siehe zum Ganzen auch: Holthaus/Lehnhoff, § 58 Rn. 4b).

Ist der Jahresabschluss **nicht prüfungspflichtig** und daher ungeprüft, muss es zulässig sein, dass der Notar einen ihm übermittelten **Scan des Jahresabschlusses** oder eine **originär elektronische Aufzeichnung** des Jahresabschlusses dem Registergericht übersendet. Das



für die Aufstellung zuständige Organ braucht keine qualifizierte elektronische Signatur an dem Dokument anzubringen. Weder Notar noch Registergericht brauchen die qualifizierten elektronischen Signaturen zu überprüfen.

#### 4. Ergebnis

Es ist zulässig, dass der Notar die Schlussbilanz bei Umwandlungsvorgängen als *elektronische Aufzeichnung* i. S. d. § 12 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 HGB ohne qualifizierte elektronische Signaturen beim Handelsregister einreicht. Erst recht muss es zulässig sein, dass der Notar ein vom Abschlussprüfer qualifiziert elektronisch signiertes Prüfexemplar des Jahresabschlusses beim Handelsregister einreicht. Weder Notar noch Registergericht brauchen jedoch die qualifizierten elektronischen Signaturen zu prüfen.

---

### BGB § 1951

#### Gestattung einer teilweisen Ausschlagung von Vermächtnissen

---

##### I. Sachverhalt

Erblasser E möchte sein werthaltiges und komplex strukturiertes Immobilienvermögen mehreren Personen im Vermächtniswege zukommen lassen. Die Vermächtnisnehmer sollen (wohl aus steuerlichen Gründen) möglichst flexibel steuern können, wie viel Vermögen sie nach dem Erbfall tatsächlich erhalten. Hierzu sollen bspw. Vermächtnisnehmer A fünf Immobilien zugewiesen werden, wobei A im Hinblick auf jede einzelne der Immobilien die Möglichkeit haben soll, das Vermächtnis teilweise (also hinsichtlich einzelner Bruchteilsanteile) anzunehmen und im Übrigen auszuschlagen. Im Testament soll ausdrücklich eine solche teilweise Annahme und teilweise Ausschlagung des Vermächtnisses gestattet werden.

##### II. Fragen

1. Ist eine teilweise Annahme und teilweise Ausschlagung dieses einheitlichen Vermächtnisses nach den §§ 2180, 1950 BGB zulässig, wenn der Erblasser durch die ausdrückliche Gestattung die Befugnis zur teilweisen Annahme und Ausschlagung (auch hinsichtlich einzelner Bruchteile einer Immobilie) im Testament einräumt?

2. Falls Frage 1 verneint wird, müsste für die Zulässigkeit jeder einzelne Bruchteil (je 1/10 Miteigentumsanteil der Immobilie 1, der Immobilie 2, etc.) ausdrücklich als eigenständiges Vermächtnis im Testament ausgewiesen werden?

### III. Zur Rechtslage

Bevor die Möglichkeiten zur teilweisen Ausschlagung von *Vermächtnissen* näher geprüft werden, soll der Blick zunächst auf die **Ausschlagungsmöglichkeiten bei der Berufung zu mehreren Erbteilen** gerichtet werden.

#### 1. Rechtslage in Bezug auf die Teilausschlagung von Erbteilen

Sowohl bei der **gesetzlichen Erbfolge** als auch bei der **gewillkürten Erbfolge** sind Konstellationen denkbar, in denen ein Erbe **zu mehreren Erbteilen berufen** wird. Bei der gewillkürten Erbfolge ist dies etwa dann der Fall, wenn der Erbe zugleich Ersatzerbe oder Nacherbe aufgrund Wegfalls eines vorrangig berufenen (Vor-)Erbens wird. Bei der gesetzlichen Erbfolge sind die praktisch seltenen Fälle der §§ 1927, 1934 BGB zu nennen.

Welche Möglichkeiten zur Ausschlagung bestehen, wenn ein Erbe zu mehreren Erbteilen berufen ist, regelt § 1951 BGB (vgl. zu den möglichen Konstellationen der Mehrfachberufung MünchKommBGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 1951 Rn. 2).

§ 1951 Abs. 3 BGB bestimmt, dass ein Erblasser dann, wenn er einen Erben auf mehrere Erbteile eingesetzt hat, er diesem durch Verfügung von Todes wegen gestatten kann, den einen Erbteil anzunehmen und den anderen auszuschlagen. Dabei wird es in der Literatur explizit auch für **zulässig** gehalten, dass der Erblasser **mehrere Erbteile allein deswegen bildet**, um dem Erben eine **isolierte Annahme oder Ausschlagung** (etwa aus erb-schaftsteuerlichen Gründen) **zu ermöglichen** (vgl. nur NK-BGB/Ivo, 6. Aufl. 2022, § 1951 Rn. 6; Münch-KommBGB/Leipold, § 1951 Rn. 7 m. w. N.). Dies bedeutet, dass die Berufung zu mehreren Erbteilen nicht erst des Wegfalls eines anderen Erben bedarf (so bei der Ersatz- oder Nacherbfolge), sondern dass der Erblasser frei darin sein soll, etwa einen Erben zu 2/3 und zugleich zu 1/3 einzusetzen.

Umstritten ist allerdings, ob **alleine die Teilung eines Erbteils** (2/3 + 1/3 anstelle 1/1) auf die **Gestattung** zur getrennten Ausschlagung/Annahme **schließen lässt** (so z. B. MünchKommBGB/Leipold, § 1951 Rn. 6 f.; NK-BGB/Ivo, § 1951 Rn. 7; a. A. dagegen BeckOGK-BGB/Heinemann, Std.: 1.9.2024, § 1951 Rn. 27, wonach die Teilung zwar eine notwendige, aber noch keine hinreichende Voraussetzung für die Teilbarkeit des Annahme-/Ausschlagungsrechts darstelle). Lehnt man dies mit der Mindermeinung ab, wäre demgemäß eine **ausdrückliche Gestattungsverfügung** erforderlich, die etwa wie folgt formuliert werden könnte (vgl. BeckOGK-BGB/Heinemann, § 1951 Rn. 28):

„Ich gestatte dem Erben, den Erbteil zu 2/3 und den Erbteil zu 1/3 gesondert anzunehmen bzw. auszuschlagen.“

## 2. Rechtslage im Falle der Vermächtniszurwendung

Für das Vermächtnis bestimmt § 2180 Abs. 3 BGB, dass die für die Annahme und die Ausschlagung einer Erbschaft geltenden Vorschriften des § 1950, des § 1952 Abs. 1, 3 und des § 1953 Abs. 1, 2 BGB entsprechende Anwendung finden.

Aus dem Verweis des § 2180 Abs. 3 BGB auf § 1950 BGB lässt sich herleiten, dass ein **einheitliches Vermächtnis nicht teilweise ausgeschlagen** werden kann (OLG Celle BeckRS 2011, 15225; BeckOGK-BGB/Forschner, Std.: 1.9.2024, § 2180 Rn. 16).

Für zulässig wird es allerdings gehalten, **eines von mehreren Vermächtnissen anzunehmen** und ein **anderes auszuschlagen** (BeckOGK-BGB/Forschner, § 2180 Rn. 16.; Burandt, in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2180 Rn. 7; Staudinger/Otte, BGB, 2019, § 2180 Rn. 18). Dabei wirft die **Abgrenzung** zwischen **einzelnen Vermächtnissen** und einem **einheitlichen Vermächtnis** in der Praxis durchaus Schwierigkeiten auf, etwa, wenn es sich um das Vermächtnis des gesamten Hausrats handelt. Während einzelne Kommentatoren hierin mehrere Einzelvermächtnisse sehen wollen (vgl. etwa Staudinger/Otte, § 2180 Rn. 18), gehen andere davon aus, dass es sich bei einem Hausratsvermächtnis eher um ein einheitliches Vermächtnis handle, da es nicht der allgemeinen Lebenserfahrung entspreche, dass der Erblasser es dem Bedachten gestatten wolle, sich die besten Stücke herauszusuchen und die (erfahrungsgemäß häufig lästige und kostspielige) Entsorgung der übrigen dem Erben zu überlassen (vgl. BeckOGK-BGB/Forschner, § 2180 Rn. 17).

Zur Frage, ob auch bei Vorliegen eines **einheitlichen Vermächtnisses** eine **Teilannahme oder -ausschlagung** (vergleichbar mit § 1951 Abs. 3 BGB) **gestattet** werden kann, liegt soweit ersichtlich keine Rechtsprechung oder Stellungnahme in der Literatur vor. Unseres Erachtens ist eine Teilausschlagung selbst dann nicht möglich, wenn der Erblasser dies dem Vermächtnisnehmer explizit gestattet hat. Denn es fehlt eben an einer § 1951 Abs. 3 BGB vergleichbaren Öffnungsklausel in Buch 5 Abschnitt 3 Titel 4 („Vermächtnis“) des BGB. Jedenfalls unter Beachtung des Gebots des sichersten Weges dürfte es sich daher nicht empfehlen, eine nicht hinreichend abgesicherte Gestaltungsvariante wie die Gestattung der Teilausschlagung eines Vermächtnisses zu wählen.

In diesem Zusammenhang bleibt zu berücksichtigen, dass bei der Frage der Teilausschlagung u. E. **nicht die**

**Frage der Gestattung im Mittelpunkt** steht. Zentrales Element ist bei der Erbeinsetzung die **Bildung mehrerer Erbteile** bzw. beim Vermächtnis die **Aussetzung mehrerer Vermächtnisse**. Die Gestattung muss im ersten Fall nur zusätzlich hinzukommen; beim Vermächtnis spielt sie wohl keine Rolle, da § 1951 BGB, der insoweit als Einschränkung angesehen werden kann, gar keine Anwendung findet. Hierzu führt *Otte* (in: Staudinger, § 2180 Rn. 18) Folgendes aus:

„Wer zu mehreren Vermächtnissen berufen ist, kann das eine annehmen und das andere ausschlagen. Dies hatte E I § 1873 Abs. 4 ausdrücklich ausgesprochen. Die II. Kommission hat diese Bestimmung als selbstverständlich gestrichen (Prot. V 219). Die Annahme oder Ausschlagung eines von mehreren Vermächtnissen ist demnach nicht an die einschränkenden Voraussetzungen des § 1951 BGB gebunden.“

## 3. Ergebnis

Zusammenfassend betrachtet ist daher davon auszugehen, dass bei einem einheitlichen Vermächtnis keine Teilausschlagung gestattet werden kann. Zur **Ermöglichung einer Teilausschlagung** müssten **selbstständige Vermächtnisse** gebildet werden. Alternativ kann auch die Einräumung von Wahlvermächtnissen i. S. v. § 2154 BGB erwogen werden. Hierbei würde dem Vermächtnisnehmer *ein Wahlrecht* eingeräumt, welchen bestimmten Anteil an einem bestimmten Gegenstand er beanspruchen will. In diesem Fall würde das Vermächtnis von vornherein ein Wahlrecht umfassen, so dass sich die in diesem Gutachten thematisierte Frage einer möglichen (Teil-)Ausschlagung nicht stellen würde.

# Rechtsprechung

GmbHG §§ 46 Nr. 5, 53, 54; AktG § 241 Nr. 3

**Satzungsdurchbrechung: Kompetenzwidrig gefasster Beschluss über die Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers nicht nichtig**

**1. Gesellschafterbeschlüsse einer GmbH, die gegen die in der Satzung festgelegte, nicht auf zwingenden gesetzlichen Vorschriften beruhende Kompetenzverteilung verstoßen, sind lediglich anfechtbar.**

**2. Die Abberufung eines Geschäftsführers durch die nach der Satzung dafür nicht zuständige Gesellschafterversammlung ist keine zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung.**

BGH, Urt. v. 16.7.2024 – II ZR 71/23

## Problem

Die Entscheidung des BGH betrifft die Abberufung

des Geschäftsführers der Hannover 96 Management GmbH (nachfolgend: GmbH). Einziger Gesellschafter der GmbH war der Hannoversche Sportverein von 1896 e.V. (nachfolgend: Verein). Laut der GmbH-Satzung war für die Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers nicht die Gesellschafterversammlung zuständig, sondern ein fakultativer vierköpfiger Aufsichtsrat. In diesen Aufsichtsrat entsandte der Verein zwei Mitglieder. Die beiden anderen Mitglieder entsandte die Hannover 96 GmbH & Co. KGaA (nachfolgend: KGaA). Der Verein hatte sich in einem schuldrechtlichen Vertrag mit der KGaA und der einzigen Kommanditaktionärin verpflichtet, Satzungsänderungen der GmbH nur mit Zustimmung der Kommanditaktionärin zu beschließen. In einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung im Juli 2022 berief der Verein als Alleingesellschafter der GmbH den Geschäftsführer ab. Dieser beantragte vor Gericht, die Nichtigkeit des Abberufungsbeschlusses festzustellen.

### Entscheidung

Der BGH hat die Entscheidung der Vorinstanz aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Mangels Vorschriften zur Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Beschlüssen der GmbH-Gesellschafterversammlung wendet der BGH die aktienrechtlichen Vorschriften der §§ 241 ff. AktG an (Rn. 13): Entsprechend **§ 241 Nr. 3 AktG** könne nur eine **Verletzung der tragenden Strukturprinzipien** des GmbH-Rechts eine Unvereinbarkeit des Beschlusses mit dem Wesen der GmbH und somit die Nichtigkeit des Beschlusses begründen.

Zu diesen tragenden Strukturprinzipien zählen laut BGH nicht die konkreten Satzungsbestimmungen der beklagten GmbH, sondern eben nur die abstrakt-generellen Strukturmerkmale der GmbH (Rn. 14). **Verstoße ein Gesellschafterbeschluss gegen** die in der Satzung festgelegte, nicht auf zwingenden gesetzlichen Vorschriften beruhende **Kompetenzverteilung**, sei er daher lediglich **anfechtbar**. Gem. § 52 Abs. 1 GmbHG könne die GmbH freiwillig einen Aufsichtsrat einrichten. Die Zuständigkeit für die Bestellung und Abberufung des GmbH-Geschäftsführers verbleibe gem. §§ 45 Abs. 2, 46 Nr. 5 GmbHG aber auch dann weiter bei der Gesellschafterversammlung. Daher ist der gefasste Abberufungsbeschluss nach Ansicht des BGH mit den tragenden Strukturmerkmalen des GmbH-Rechts vereinbar (Rn. 16). Die statutarisch geänderte Zuständigkeit ergebe sich nicht aus dem Gesetz, sondern gewissermaßen „nur“ aus der konkreten Satzungsgestaltung.

Auch der **Verstoß gegen den Stimmbindungsvertrag** des Vereins mit der KGaA und deren einziger Kom-

manditaktionärin **führe nicht zur Nichtigkeit** des Abberufungsbeschlusses. Denn der Stimmbindungsvertrag mit einem Nichtgesellschafter begründe nur eine schuldrechtliche – relative – Verpflichtung des (Allein-)Gesellschafters, gehöre aber nicht zu den gesetzlichen Strukturmerkmalen der GmbH (Rn. 20 f., 26).

Im zweiten Schritt lehnt der BGH auch eine Nichtigkeit des Beschlusses wegen **Sittenwidrigkeit** analog § 241 Nr. 4 AktG ab (Rn. 31). Der kompetenzwidrige Beschluss der Gesellschafterversammlung über die Abberufung des Geschäftsführers schädige keine Dritten (Rn. 36 f.). Der Verstoß gegen den Stimmbindungsvertrag könne deswegen keine Sittenwidrigkeit begründen, weil andernfalls die schuldrechtliche Vereinbarung des Gesellschafters Rechtsfolgen in der Gesellschaft zeitige (Rn. 39).

Darüber hinaus sieht der BGH den Abberufungsbeschluss **nicht als zustandsbegründende Satzungs-durchbrechung** an (Rn. 43). Bislang hat der BGH zwischen Beschlüssen differenziert, die *punktuell* gegen die Satzung verstoßen und solchen, die einen von der Satzung abweichenden *dauerhaften* Zustand begründen (Rn. 44). Letztere müssten die Form der notariellen Beurkundung wahren, ansonsten seien sie nichtig, § 53 Abs. 3 GmbHG, § 125 S. 1 BGB. Die kompetenzwidrige Abberufung des Geschäftsführers begründe allerdings keine dauerhafte Abweichung von der Satzung. Allein das Zustandekommen des Beschlusses verletze die Satzung (Rn. 46). Diese Verletzung betreffe keine schützenswerten Interessen des Rechtsverkehrs (Rn. 47 ff.).

Infolgedessen bleibe lediglich die Anfechtbarkeit des Beschlusses nach § 246 Abs. 1 AktG. Dem Geschäftsführer einer GmbH fehle jedoch die Anfechtungsbefugnis. Diese stehe nur dem gem. § 16 Abs. 1 GmbHG zu bestimmenden GmbH-Gesellschafter zu (Rn. 54).

### Praxishinweis

Die Entscheidung des BGH zeigt, dass Verstöße allein gegen Stimmbindungsverträge nicht zur Unwirksamkeit eines vertragswidrig zustande gekommenen Beschlusses führen. Darüber hinaus können die GmbH-Gesellschafter wirksam die Abberufung des GmbH-Geschäftsführers beschließen, obwohl sie nach dem Gesellschaftsvertrag nicht dafür zuständig sind. Noch **ungeklärt** ist, ob der BGH die herkömmlichen **Grundsätze der Satzungs-durchbrechung** (insbesondere die Differenzierung zwischen punktueller und zustandsbegründender Durchbrechung) unverändert **beibehalten** hat (s. zur Diskussion etwa Leuschner, NZG 2024, 1216 Rn. 15 ff.; Lüttenberg, NJW 2024, 2956 Rn. 14 ff., 19).

## Veranstaltung

**Kolloquium und Neujahrsempfang des Instituts  
für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität  
Jena**

**„Die digitale Präsenzbeurkundung“**

**Veranstaltungsort:**

in den Rosensälen der Friedrich-Schiller-Universität,  
Fürstengraben 27, 07743 Jena

**Datum:**

Freitag, 10.1.2025, 16:00 Uhr

**Referenten:**

Prof. Dr. Walter Bayer  
Felix Schmitt

**Anmeldung:**

per E-Mail an [notarinstitut@uni-jena.de](mailto:notarinstitut@uni-jena.de) oder per Anmeldeformular

**Kontakt Daten:**

Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Carl-Zeiß-Str. 3, 07743 Jena, Tel.: 03641/942510, E-Mail: [notarinstitut@uni-jena.de](mailto:notarinstitut@uni-jena.de)

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

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

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

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Maximilian Pechtl

**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 § 7 Abs. 2 S. 1 – Keine GmbH-Bargründung mittels E-Geld

BGB §§ 168, 1820 – Widerruf einer Vorsorgevollmacht durch weitere Bevollmächtigte

#### Aktuelles

Inkrafttreten des Gesetzes zur Zulassung virtueller Wohnungseigentümerversammlungen, zur Erleichterung des Einsatzes von Steckersolargeräten und zur Übertragbarkeit beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten für Erneuerbare-Energien-Anlagen zum 17.10.2024

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### GmbHG § 7 Abs. 2 S. 1

#### Keine GmbH-Bargründung mittels E-Geld

##### I. Sachverhalt

Für den Nachweis der Einzahlung des Stammkapitals einer neu gegründeten GmbH legt deren Geschäftsführer eine Bescheinigung eines E-Geld-Instituts i. S. d. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 ZAG, konkret einen Einzahlungsbeleg auf ein PayPal-Konto, vor.

##### II. Frage

Kann eine Bareinlagepflicht durch Einzahlung von E-Geld bei einem E-Geld-Institut erfüllt werden?

##### III. Zur Rechtslage

##### 1. Erfüllungswirkung von Bar- und Buchgeld

Gem. § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG kann der Geschäfts-

führer der GmbH i. Gr. diese erst zur Eintragung beim Handelsregister anmelden, wenn mindestens ein Viertel des Nennbetrags auf jeden GmbH-Geschäftsanteil eingezahlt ist. Insgesamt muss die Hälfte des Stammkapitals eingezahlt sein, § 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG. Eine Barzahlung, d. h. die Übereignung von inländischen gesetzlichen Zahlungsmitteln, stellt ohne Weiteres eine ordnungsgemäße Einzahlung i. S. d. § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG dar (OLG Frankfurt, Beschl. v. 27.5.1992 – 20 W 134/92, OLGZ 1992, 388; Ulmer/Casper, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 7 Rn. 33), wenn die Zahlungsmittel der Gesellschaft, vertreten durch den Geschäftsführer, zu Eigentum übertragen werden und zu dessen freier Verfügung stehen. Auch **andere Formen der Leistung**, die ohne Wertverlust jederzeit zuverlässig in Geld umgesetzt werden können und nach der Verkehrsanschauung der Barzahlung gleichstehen, sind als ordnungsgemäße Einzahlung i. S. v. § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG anzusehen (RG, Urt. v. 7.12.1909 – II 101/09, RGZ 72, 265, 268; Urt. v. 25.5.1898 – I 60/98, RGZ 41, 120, 122; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 7 Rn. 11; BeckOGK-GmbHG/Müther, Std.: 15.4.2024,

§ 7 Rn. 58). Dazu gehört vor allem die **Gutschrift von Buchgeld in einer inländischen gesetzlichen Währung** auf einem Konto der Vor-GmbH bei einem Kreditinstitut (Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 7 Rn. 11; BeckOK-GmbHG/C. Jaeger, Std.: 1.5.2024, § 7 Rn. 15; Altmeppen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 7 Rn. 25).

## 2. Keine Erfüllungswirkung von E-Geld

Fraglich ist, ob auch die Überlassung von E-Geld an die GmbH i. Gr. eine Einzahlung i. S. d. § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG darstellt.

E-Geld ist nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 2 S. 3 ZAG jeder elektronisch, darunter auch magnetisch, gespeicherte monetäre Wert in Form einer Forderung an den Emittenten, der gegen Zahlung eines Geldbetrags ausgestellt wird, um damit Zahlungsvorgänge i. S. d. § 675f Abs. 4 S. 1 BGB durchzuführen, und der auch von anderen natürlichen oder juristischen Personen als dem Emittenten angenommen wird. Es tritt in verschiedenen Formen auf, v. a.: Speicherung des Guthabens auf dem Chip einer Geldkarte, Speicherung des Guthabens auf einem vom **E-Geld-Emittenten betriebenen Server (sog. Netzgeld)**, Festspeicher, SIM-Karte im Smartphone oder Tablet-Computer sowie Prepaid-Produkte, bei denen das ausgebende Institut ein virtuelles Konto über das voreingezahlte Guthaben führt (MünchKommHGB/Herresthal, Band 6 [Bankvertragsrecht u. a.], 5. Aufl. 2024, Teil 1 A Rn. 79). Die beiden **wichtigsten Praxisfälle** von serverbasiertem E-Geld in Deutschland sind die Angebote von **PayPal** und **Amazon pay** (MünchKommBGB/Casper, 9. Aufl. 2023, § 675f Rn. 143).

Im Falle von PayPal können der Käufer und der Verkäufer einer Ware jeweils einen Nutzungsvertrag mit der PayPal (Europe) SARL et Cie als Zahlungsdienstleister abschließen. Der Käufer weist sodann PayPal an, einen bestimmten Betrag von seinem E-Geld-Guthaben auf einem virtuellen Konto bei PayPal oder Buchgeld von einem Girokonto bei seiner Hausbank abzugreifen und das (umgewandelte) E-Geld auf das virtuelle Konto des Verkäufers bei PayPal zu transferieren. Der Verkäufer kann den gutgeschriebenen E-Geld-Betrag seinerseits verwenden oder sich auf ein angegebenes Girokonto in Form von Buchgeld auszahlen lassen (Harman, BKR 2018, 457 f.; MünchKommHGB/Herresthal, Teil 1 A Rn. 87 f.; MünchKommBGB/Casper, § 675f Rn. 144, jeweils m. w. N.).

Seinem *Zweck* nach soll E-Geld das Bargeld ersetzen (BeckOGK-BGB/Foerster, Std.: 15.3.2024, § 675c Rn. 301). Seine zivilrechtliche Natur ist allerdings umstritten. Es handelt sich jedenfalls **nicht um Buchgeld** (BeckOGK-BGB/Foerster, § 675c Rn. 302 f.). Denn der Kunde des

E-Geld-Emittenten hat einen Anspruch auf Rückumwandlung der in E-Geld denominierten Forderung in reguläres Buchgeld durch Übertragung eines Buchgeld-äquivalents auf sein Girokonto (MünchKommHGB/Herresthal, Teil 1 A Rn. 83; MünchKommBGB/Casper, 9. Aufl. 2023, § 675c Rn. 30; BeckOGK-BGB/Foerster, § 675c Rn. 302 f.). Im Zahlungsverkehr weist der Zahler den E-Geld-Emittenten an, seinem E-Geld-Konto einen Betrag abzugreifen und in dieser Höhe eine neue Forderung zugunsten des Zahlungsempfängers zu begründen. Dabei handelt es sich um eine **Leistung an Erfüllung statt** hinsichtlich des Geldzahlungsanspruchs des Zahlungsempfängers, § 364 Abs. 1 BGB (MünchKommHGB/Herresthal, Teil 1 A Rn. 79 f.). Eine Leistung an Erfüllung statt stellt aber **keine taugliche Bareinzahlung** i. S. d. § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG dar (Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 7 Rn. 13). Aus diesem Grund handelt es sich bei der Überweisung von E-Geld der Gründer der GmbH auf ein (neu errichtetes) E-Geld-Konto der GmbH i. Gr. um eine **Sacheinlage**. Allerdings könnte die das E-Geld erhaltende GmbH i. Gr. von dem Emittenten des E-Geldes verlangen, dass er das E-Geld auf ein (in Euro geführtes) Bankkonto der GmbH i. Gr. überweist. Infolge dieser Überweisung tritt eine Erfüllung der Bareinlageverpflichtung gem. § 362 Abs. 2 BGB ein (MünchKommGmbHG/Schwandtner, 4. Aufl. 2022, § 5 Rn. 156). Erst zu diesem Zeitpunkt ist also das Barkapital der GmbH aufgebracht (vgl. BeckOK-GmbHG/C. Jaeger, § 7 Rn. 14).

**Im Ergebnis** reicht in dem geschilderten Fall der **Einzahlungsbeleg des E-Geld-Instituts** über eine Gutschrift von E-Geld zugunsten der GmbH i. Gr. (auf dem PayPal-Konto) **nicht als Nachweis der Erfüllung** der Bareinzahlungspflicht aus.

---

## BGB §§ 168, 1820

### Widerruf einer Vorsorgevollmacht durch weitere Bevollmächtigte

---

#### I. Sachverhalt

Vor einigen Jahren hat der Ehemann eine notarielle Vorsorgevollmacht errichtet. Bevollmächtigt sind seine Ehefrau und sein einseitiger Sohn, und zwar jeweils einzeln. Der Ehemann ist mittlerweile aufgrund einer Demenz geschäftsunfähig. Die Ehefrau teilte mit, dass das Verhältnis zwischen ihr und dem Stiefsohn mittlerweile zerrüttet sei. Sie möchte gerne in ihrer Eigenschaft als Bevollmächtigte des Ehemannes die von dem Ehemann dem Sohn erteilte Vollmacht widerrufen. In der Vollmachtsurkunde ist keine Regelung zu der Frage enthalten, ob ein Bevollmächtigter die Vollmacht des anderen Bevollmächtigten widerrufen kann.

## II. Fragen

1. Kann die Ehefrau die Vollmacht, die der Ehemann seinem einseitigen Sohn erteilt hat, widerrufen?
2. Gilt hier das Prinzip, wer am schnellsten den Widerruf erklärt, hat Erfolg?

## III. Zur Rechtslage

1. Zunächst ist zu berücksichtigen, dass die Beantwortung der aufgeworfenen Rechtsfragen auch von der **Auslegung** der konkret erteilten Vorsorgevollmacht abhängt. Die Beantwortung dieser Auslegungsfrage kann hier nicht abschließend erfolgen, da dazu bekanntlich stets alle Umstände des Einzelfalls, auch solche außerhalb der Urkunde, heranzuziehen sind (s. hierzu nur Grüneberg/Ellenberger, BGB, 83. Aufl. 2024, § 133 Rn. 14 ff.).

2. Das Gesetz enthält in **§ 1820 Abs. 5 BGB** seit dem 1.1.2023 eine eigene Regelung für den Widerruf einer Vorsorgevollmacht. Der Widerruf wird dort an bestimmte inhaltliche Voraussetzungen geknüpft und unter Genehmigungsvorbehalt seitens des Betreuungsgerichts gestellt. Die gesetzliche Regelung gilt jedoch nur für den Widerruf einer Vorsorgevollmacht *durch einen Betreuer*. Für den **Widerruf einer Vollmacht durch einen von mehreren Bevollmächtigten** ist § 1820 Abs. 5 BGB dagegen **nicht einschlägig** (s. Müller-Engels, FamRZ 2021, 645, 648; Münch, FamRZ 2020, 1513, 1517; BeckOK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.5.2024, § 1820 Rn. 52).

3. Daher ist zur Beantwortung der Frage auf die bereits bisher anerkannten Grundsätze zurückzugreifen. In der Rechtsprechung hat sich das OLG Karlsruhe erstmals mit Beschluss vom 3.2.2010 (FamRZ 2010, 1762) mit der Problematik befasst. Das OLG entschied, dass bei einer gleichrangigen Generalvollmacht für mehrere Personen mangels abweichender Bestimmung des Vollmachtgebers **keiner der Bevollmächtigten befugt** sei, die Vollmacht des anderen zu widerrufen. Dies gelte auch dann, wenn der Vollmachtgeber wegen Geschäftsunfähigkeit nicht mehr in der Lage sei, selbst über den Widerruf der Vollmacht zu befinden. In einem solchen Fall sei ggf. ein **Vollmachtsüberwachungsbetreuer** zu bestellen (s. zum Problem auch bereits Gutachten DNotI-Report 2014, 3 f.). Allerdings war die Entscheidung des OLG Karlsruhe stark einzelfallbezogen, da sich das Gericht wesentlich auf die Auslegung der vorliegenden Vollmachtsurkunde gestützt hatte.

Nachfolgend hat das OLG Karlsruhe (NJW-RR 2022, 436 Rn. 9; aktuelle Problemübersicht auch bei Renner/Braun, in: Müller-Engels/Braun, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 6. Aufl. 2022,

Kap. 2 Rn. 523 ff.) seinen bereits im Jahre 2010 eingenommenen Standpunkt nochmals bekräftigt: **Mit der Erteilung einer Vorsorgevollmacht an eine Person ist aus Sicht des OLG Karlsruhe (NJW-RR 2022, 436, 437 Rn. 9) regelmäßig nicht die Bevollmächtigung zum Widerruf einer gleichzeitig einer weiteren Person erteilten Vorsorgevollmacht verbunden.** Denn anderenfalls wäre der Wunsch des Vollmachtgebers, mehreren Personen eine Einzelvertretungsmacht einzuräumen, ständig der Gefahr ausgesetzt, nach dem „Windhundprinzip“ konterkariert zu werden, indem jeder Einzelbevollmächtigte fortlaufend befürchten müsste, seine Vollmacht werde durch einen anderen Bevollmächtigten widerrufen. Jeder Bevollmächtigte könnte sich so die Position eines ausschließlich Bevollmächtigten verschaffen. Dies habe der Vollmachtgeber jedoch ersichtlich nicht gewollt, als er sich dafür entschied, mehreren Personen Vollmacht mit Einzelvertretungsbefugnis zu erteilen, weshalb nach Auffassung des OLG Karlsruhe im Wege der Auslegung (§ 133 BGB) im Regelfall eine entsprechende **konkludente Beschränkung** der Vertretungsmacht jedes Einzelbevollmächtigten zu ermitteln sei.

Die Auslegungstendenz des OLG Karlsruhe wird in einer aktuellen Entscheidung auch durch den BGH zustimmend referiert (BGH, Beschl. v. 8.5.2024 – XII ZB 577/23, DNotZ 2024, 865). Der BGH führt dort aus (Rn. 11 der Entscheidungsgründe), dass es eine Frage der **Auslegung** der konkreten Vorsorgevollmacht sei, ob die anderen Einzelbevollmächtigten zum Teilwiderruf der Vorsorgevollmacht zugunsten eines Bevollmächtigten befugt seien. Diese dürfte in vielen Fällen dahingehend zu beantworten sein, dass **dem Bevollmächtigten jedenfalls nicht die Möglichkeit zum Widerruf der gleichrangigen Vollmacht eines anderen Bevollmächtigten eingeräumt** sein solle (mit Hinweis auf die Rspr. des OLG Karlsruhe sowie auf Spernath, MittBay-Not 2021, 425, 429 f., 436 f.; Stascheit, RNotZ 2020, 61, 83 f.) Dann könne die gerichtliche Bestellung eines Kontrollbetreuers nach §§ 1815 Abs. 3, 1820 Abs. 3 BGB geboten sein, dessen Tätigkeit sich auch auf einen von mehreren Bevollmächtigten beziehen könne.

Im Schrifttum haben sich Renner/Braun (Kap. 2 Rn. 536 ff.) kritisch zu der Argumentation des OLG Karlsruhe geäußert. Sie resümieren, für den Widerruf könne es schlechte wie gute Gründe geben. Der Ausschluss des Widerrufsrechts führe nicht unbedingt zu gerechteren Ergebnissen. Allerdings bezieht sich die Stellungnahme aus kautelarjuristischer Sicht eher auf eine **vorsorgende explizite Regelung des Widerrufsproblems**. Wo eine solche – wie auch im unterbreiteten Sachverhalt – fehlt, sprechen die Erwägungen von Renner/Braun nach Einschätzung des DNotI eher für den

Standpunkt des OLG Karlsruhe: In Ermangelung einer konkreten Regelung sollte die **Widerrufskompetenz** zu Lasten eines anderen Bevollmächtigten **nicht gleichsam automatisch jedem Mitbevollmächtigten zugestanden werden**. Vielmehr ist in einem solchen Fall u. E. gerade die vom Reformgesetzgeber in § 1820 Abs. 5 BGB für den Betreuer gefundene Lösung die sinnvollste: Der Widerruf greift hiernach nur dann durch, wenn er durch bestimmte inhaltliche Gründe gerechtfertigt ist. Dies wird im Genehmigungsverfahren präventiv durch das Betreuungsgericht überprüft.

Auch der hier konkret unterbreitete Sachverhalt bietet wohl keine besonderen Anhaltspunkte für eine Auslegung in dem Sinne, dass – abweichend von dem durch das OLG Karlsruhe und mittlerweile auch den BGH vertretenen Grundsatz – der Ehefrau doch eine Widerrufskompetenz zu Lasten des ebenfalls bevollmächtigten Sohnes zustehen sollte. Der Umstand, dass das Verhältnis zwischen Ehefrau und Stiefsohn mittlerweile zerrüttet ist, mag zwar zu Konflikten und Reibungsmöglichkeiten bei der Ausübung der Vollmacht führen, die zuvor so nicht gegeben waren. Ob es aber in der konkret eingetretenen Situation dem Interesse des Vollmachtgebers – also nicht gerade „nur“ demjenigen der Ehefrau – entsprochen hätte, nunmehr bei der Ausübung der Vollmacht seiner Ehefrau den Vorzug gegenüber dem Sohn einzuräumen, bleibt nach dem Sachverhalt ganz offen.

**4. Im Ergebnis** wird man deswegen u. E. **im Zweifel** annehmen müssen, dass mangels eines nachweisbaren Willens des Vollmachtgebers der **Widerruf der Vollmacht zu Lasten des einseitigen Sohnes durch die Ehefrau in ihrer Position als Bevollmächtigte nicht vom Vollmachtsumfang gedeckt ist (§ 133 BGB)**. Will die Ehefrau den Vollmachtswiderruf gleichwohl durchsetzen, so müsste sie beim Betreuungsgericht ihre eigene Bestellung als Betreuerin gem. §§ 1814 ff. BGB anregen, wobei zunächst die inhaltlichen Voraussetzungen einer Betreuerbestellung trotz der vorliegenden Vorsorgevollmachten zu begründen wären. Sollte die Ehefrau daraufhin tatsächlich zur Betreuerin ihres Mannes bestellt werden, könnte sie die dem Stiefsohn erteilte Vorsorgevollmacht unter den Voraussetzungen des § 1820 Abs. 5 BGB widerrufen. Hierfür müssten zum einen die vom Gesetz verlangten inhaltlichen Voraussetzungen vorliegen; eine Zerrüttung des Verhältnisses zwischen ihr und dem Stiefsohn wäre insoweit also irrelevant. Zum anderen müsste das Betreuungsgericht den Widerruf genehmigen (§ 1820 Abs. 5 S. 2 BGB).

## Aktuelles

**Inkrafttreten des Gesetzes zur Zulassung virtueller Wohnungseigentümerversammlungen, zur Erleichterung des Einsatzes von Steckersolargeräten und zur Übertragbarkeit beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten für Erneuerbare-Energien-Anlagen zum 17.10.2024**

### 1. Überblick

Zum 17.10.2024 trat das Gesetz zur Zulassung virtueller Wohnungseigentümerversammlungen, zur Erleichterung des Einsatzes von Steckersolargeräten und zur Übertragbarkeit beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten für Erneuerbare-Energien-Anlagen (BGBl. I. 2024, Nr. 306) in Kraft. Dieses bewirkt u.a. folgende Änderungen:

- Nach dem neu geschaffenen **§ 23 Abs. 1a WEG** können Wohnungseigentümer mit mindestens drei Vierteln der abgegebenen Stimmen beschließen, dass die **Versammlung** der Wohnungseigentümer innerhalb eines Zeitraums von längstens drei Jahren ab Beschlussfassung **ohne physische Präsenz** der Wohnungseigentümer und des Verwalters an einem Versammlungsort stattfindet oder stattfinden kann (**virtuelle Wohnungseigentümerversammlung**).
- Infolge einer Ergänzung des § 554 Abs. 1 S. 1 BGB kann der **Mieter von Wohnraum** verlangen, dass ihm der Vermieter auch solche **baulichen Veränderungen** der Mietsache erlaubt, die der **Stromerzeugung durch Steckersolargeräte** dienen.
- In gleicher Weise kann jeder **Wohnungseigentümer** eine angemessene bauliche Veränderung verlangen, die der Stromerzeugung durch Steckersolargeräte dient, § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 WEG.
- Aufgrund der **Neufassung von § 1092 Abs. 3 S. 1 BGB** gilt nun, dass eine **beschränkte persönliche Dienstbarkeit**, die einer **juristischen Person oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft** zusteht, **übertragbar** ist, wenn sie dazu berechtigt, ein Grundstück für Anlagen zur Nutzung von Wasserkraft, Windenergie, solarer Strahlungsenergie, Geothermie, Umweltwärme oder Energie aus Biomasse (Nr. 1) oder für Anlagen zur elektrochemischen Herstellung von Wasserstoff oder zur Erzeugung von Strom aus Wasserstoff zu nutzen (Nr. 2). Die Regelung gilt allerdings nur für solche Dienstbarkeiten, deren **Eintragungsbewilligung nach dem 17.10.2024 notariell beurkundet oder öffentlich beglaubigt** wird.



## 2. Neufassung des § 1092 Abs. 3 S. 1 BGB

### a) Rechtslage unter § 1092 Abs. 3 BGB a. F.

Die Neufassung des § 1092 Abs. 3 S. 1 BGB dürfte Auswirkungen auf die notarielle Gestaltungspraxis haben. Dies erschließt sich bei Betrachtung der bisher geltenden Rechtslage.

Gem. § 1092 Abs. 1 S. 1 BGB sind beschränkte persönliche Dienstbarkeiten grundsätzlich nicht übertragbar und nicht vererblich. Zwar sehen §§ 1092 Abs. 2 und Abs. 3 a. F., 1059a BGB ausdrücklich Ausnahmen von dem Grundsatz der Unübertragbarkeit der Dienstbarkeit vor. Allerdings erfassten diese Ausnahmen nicht jeden Fall der Rechtsnachfolge des Dienstbarkeitsberechtigten. Insbesondere fallen **Fotovoltaikanlagen nicht** unter den Begriff der **Anlage zur Fortleitung von Elektrizität** i. S. d. § 1092 Abs. 3 BGB a. F. (OLG Nürnberg RNotZ 2016, 300, 302; OLG München NJOZ 2013, 923, 924). Wechselte der Anlagenbetreiber, so konnte dieser die ursprüngliche Dienstbarkeit nicht auf einen anderen Anlagenbetreiber übertragen.

Die Gestaltungsliteratur begegnete diesem Hindernis bislang mit der **sog. Vormerkungslösung**: Der Grundstückseigentümer verpflichtet sich gegenüber dem Anlagenbetreiber, eine weitere, inhaltsgleiche beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten eines vom Anlagenbetreiber zu benennenden Dritten zu bestellen (vgl. Reyman, ZIP 2013, 605, 610; DNotI-Report 2019, 13). Bei dem begünstigten Dritten kann es sich insbesondere um den Rechtsnachfolger des Anlagenbetreibers handeln. In diesem speziellen Fall kann der schuldrechtliche Bestellungsanspruch abtretbar sein (grundlegend BGH NJW 1958, 1677, 1678; OLG Nürnberg RNotZ 2016, 300, 302 f.). Er kann durch eine Vormerkung gesichert werden (OLG München MittBayNot 2017, 586 Rn. 12). Vormerkungsberechtigt ist der Versprechensempfänger (der aktuelle Anlagenbetreiber), nicht der noch zu benennende Dritte (vgl. OLG Hamm RNotZ 2011, 243, 245; Keller, MittBayNot 2012, 446). Tritt der Versprechensempfänger seinen Anspruch an den Dritten ab, geht die Vormerkung analog § 401 Abs. 1 BGB auf den Dritten über (OLG Nürnberg RNotZ 2016, 300, 304). Aufgrund der Vormerkung ist der Vormerkungsberechtigte vor nachteilhaften Verfügungen geschützt, § 883 Abs. 2 S. 1 BGB. Die neu bestellte Dienstbarkeit erhält den Rang der eingetragenen Vormerkung, § 883 Abs. 3 BGB.

Häufig verpflichtete sich der Grundstückseigentümer zur Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten eines Rechtsnachfolgers des Anlagenbetreibers und **zusätzlich** gegenüber der finanzierenden Bank. Dann stellte sich die – umstrittene – Frage, ob

es sich um einen oder um zwei Ansprüche handelt, zu deren Sicherung jeweils eine eigene Vormerkung in das Grundbuch einzutragen ist, § 883 Abs. 1 S. 1 BGB (so OLG München MittBayNot 2017, 382 Rn. 8; a. A. Kappler, ZfIR 2012, 602; Keller, MittBayNot 2012, 446, 447; Staudinger/Weber, BGB, 2017, § 1018, Rn. 104a).

### b) Folgen der Neufassung des § 1092 Abs. 3 S. 1 BGB

Mit Neufassung des § 1092 Abs. 3 S. 1 BGB erübrigt sich der Einsatz der Vormerkungslösung für beschränkte persönliche Dienstbarkeiten zur Nutzung eines Grundstücks für Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energie. Die in § 1092 Abs. 3 S. 1 BGB genannten beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten kann eine juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft nunmehr auf einen Rechtsnachfolger übertragen (siehe Begr. RegE S. 20, abrufbar unter: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE\\_Online-Versammlungen\\_Steckersolargeraete\\_Dienstbarkeiten.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/RegE/RegE_Online-Versammlungen_Steckersolargeraete_Dienstbarkeiten.pdf?__blob=publicationFile&v=2), Abruf vom 2.12.2024).

Allerdings gilt die neue Fassung des § 1092 Abs. 3 S. 1 BGB nur für all jene beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten, deren **Eintragungsbewilligung nach dem 17.10.2024 notariell beurkundet oder öffentlich beglaubigt wird**, Art. 229 § 69 EGBGB. Für bereits vor diesem Datum zur Eintragung bewilligte oder bereits eingetragene Dienstbarkeiten gilt weiterhin § 1092 Abs. 3 BGB a. F. Hinsichtlich dieser Dienstbarkeiten muss die Gestaltungspraxis daher weiterhin mit der Vormerkungslösung arbeiten. Mit der Übergangsvorschrift will der Gesetzgeber das Vertrauen des Grundstückseigentümers darauf schützen, dass eine bereits bestellte Dienstbarkeit nicht übertragbar ist und die getroffenen schuldrechtlichen Vereinbarungen fortgelten (Begr. RegE S. 21).

## Literaturhinweise

**H. Grziwotz (Hrsg.), Erbrecht in der Landwirtschaft, Leitfaden für die Praxis, 2. Aufl., HLBS GmbH, Berlin 2024, 284 Seiten, 44.- €**

In der 2. Auflage neu erschienen ist der „Leitfaden“ von Grziwotz zum „Erbrecht in der Landwirtschaft“. Er enthält u. a. eine umfassende und gleichwohl übersichtliche Darstellung der gesetzlichen Erbfolge, die auch mit Hilfe zahlreicher Schautafeln sehr plastisch gelungen ist. Dem schließt sich eine lesenswerte Zusammenstellung des Rechts der Verfügungen von Todes wegen an, in der u. a. die Testamentsformen, das Pflichtteilsrecht und die Erbnachweise dargestellt werden. Thematischer Schwer-

punkt des Buches ist eine zusammengefasste Darstellung des landwirtschaftlichen Sondererbrechts, wie dies zum Teil aufgrund partiellen Bundesrechts (nordwestdeutsche HöfeO) oder aufgrund landesgesetzlichen Ankererbrechts besteht. In diesem Zusammenhang werden die Möglichkeiten der Regelung der Hoferbfolge durch Verfügung von Todes wegen behandelt (wobei das weite Feld der Übergabeverträge ausgeklammert ist). Einzelne Musterverfügungen runden die aktuelle und lesenswerte Darstellung dieser erbrechtlichen Sondermaterie ab.

**Dr. Gabriele Müller-Engels**

---

**C. Münch (Hrsg.), Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Handbuch der Vertragsgestaltung, 6. Aufl., Verlag Wolters Kluwer, Hürth 2024, 1476 Seiten, 159.- €**

Das Werk ist mittlerweile zum „Klassiker“ der Vertragsgestaltung zwischen Ehegatten avanciert. Daher konnte auch dieses Mal das Erscheinen der Neuauflage mit großer Spannung erwartet werden. In die nunmehrige 6. Auflage war zum einen die Rechtsprechung der letzten vier Jahre einzuarbeiten, insbesondere zum Unterhaltsrecht (inklusive Wechselmodell) und der Europäischen Güterrechtsverordnung (EU-GüVO). Zu berücksichtigen waren aber auch die zahlreichen Gesetzesänderungen seit Erscheinen der letzten Auflage, wie die umfassende Reform des Betreuungs- und Vormundschaftsrechts, das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) und die Neueregungen im Erbschaftsteuergesetz. Apropos Steuer: Wer etwas zur neuen Rspr. des BFH zur Bedarfsabfindung im Rahmen der Eheverträge (nebst Nichtanwendungserlass der Finanzverwaltung) nachlesen will, findet auch hierzu Erhellendes im Buch (vgl. Kap. 1 Rn. 677a ff., S. 172 ff., m. w. N.).

Nach wie vor lobenswert ist der breite Ansatz des Werkes, das sich nicht auf die klassischen Ehegattengeschäfte wie Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen beschränkt (die für sich betrachtet schon mustergültig und äußerst umfassend dargestellt sind). Vielmehr werden alle Rechtsgeschäfte zwischen Ehegatten einbezogen, und zwar mitsamt ihren Bezügen zum Steuerrecht und Erbrecht. So kann man im Buch auch fündig werden, wenn man etwas zur Behandlung bzw. Gestaltung von Darlehensverträgen zwischen Ehegatten, zu Ehegatteninnengesellschaften oder sonstigen Gesellschaftsverträgen unter Beteiligung von Ehegatten sucht. Auch Vollmachten und Verfügungen für Krankheitsfälle nehmen mittlerweile einen recht breiten Raum in der Darstellung ein (vgl. Kap. 5 Rn. 501 ff., S. 600 ff. ).

Das Buch von Münch ist eine gelungene Kombination aus gut aufbereiteter Darstellung der materiellrechtlichen Fragen verbunden mit zahlreichen sorgfältig erarbeiteten Mustervorschlägen. Für die Praxis ist es daher gerade unverzichtbar und sollte in jedem Notariat verfügbar sein.

**Dr. Gabriele Müller-Engels**

---

**W. Kössinger/D. Najdecki/J. Zintl (Hrsg.), Handbuch der Testamentsgestaltung, 7. Aufl., C.H.Beck, München 2024, 1198 Seiten, 159.- €**

Aus dem *Nieder/Kössinger* (6. Aufl. 2020) ist in der nun vorliegenden 7. Auflage der *Kössinger/Najdecki/Zintl* geworden. Die nun namensgebenden Autoren waren zwar sämtlich schon an der 6. Auflage beteiligt, haben es aber nun gewissermaßen „auf's Cover“ geschafft.

Doch diese äußeren Veränderungen sind im Grunde nachrangig. Entscheidend ist die Qualität des Inhalts und hier braucht sich das Werk gegenüber seinen Vorauflagen keinesfalls zu verstecken. Die Autoren sind zweifellos erfahrene Erbrechtspraktiker, die die „Grundlagen und Gestaltungsmittel für Verfügungen von Todes wegen und vorbereitende Erbfolgemassnahmen“ (so der Untertitel des Handbuchs) gekonnt auf dem aktuellsten Stand vermitteln.

Das Buch berücksichtigt selbstredend die sich aus dem MoPeG ergebenden Änderungen (u. a. in § 20 Gesellschaftsvertragliche Nachfolgeregelungen), aber auch die zwischenzeitlich in Kraft getretene Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts (u. a. in § 15 VI. „Familienrechtliche Anordnungen“) sowie das Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts (vgl. § 15 V. „Stiftungen“). Aufgeteilt ist das Handbuch in sechs Teile, von denen der zweite und fünfte für die Notarpraxis wohl am relevantesten sein dürften. Teil 2 befasst sich auf über 450 Seiten mit den erbrechtlichen Gestaltungsmitteln, während zuvor in Teil 1 allgemeine Überlegungen *vor* der Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen angestellt werden. Teil 3 betrifft die Form, die Formulierung und den Aufbau von Verfügungen von Todes wegen, Teil 4 vorbereitende Erbfolgemassnahmen durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden (z. B. § 19 Verträge mit und unter künftigen Erben). Teil 5 fasst schließlich Wesentliches für besonders praxisrelevante Fallgruppen von Gestaltungsmöglichkeiten von Todes wegen zusammen, während sich Teil 6 mit der Beeinflussung der Erbfolge nach dem Erbfall befasst.

Um sich im Buch zurecht zu finden, muss man allerdings ein wenig üben. Wer das Inhaltsverzeichnis aufschlägt, erwartet angesichts des Titels u. U. eine Gliederung à la „1. Gestaltung eines Testaments; 2. Gestaltung eines Erbvertrags; usw.“. Das Werk baut allerdings sinnvollerweise nicht nach Urkundsarten auf, sondern strukturiert nach Themengebieten. Dies setzt eine gewisse Subsumtionsfähigkeit des Verwenders voraus (alternativ natürlich zum Blick in das ausführliche Stichwortverzeichnis). Sucht man etwa nach Auskünften zur Gestaltung eines sog. Behindertentestaments, so finden sich Passagen in § 3 („Sonstige Schranken der Gestaltungsfreiheit“, dort Rn. 20 zur Frage der Sittenwidrigkeit), der Großteil allerdings – etwas versteckt – in § 21 „Regelungstypen im Privatbereich“ (dort Rn. 63-115). Insgesamt bietet das Werk allerdings weit mehr als der Titel vermuten lässt: § 23 beschäftigt sich etwa ausschließlich mit der Auslegung von Verfügungen von Todes wegen, § 25 hingegen mit den durchaus notarpraxisrelevanten Fragen zur Ausschlagung der Erbschaft, selbstredend unter Berücksichtigung der neuesten BGH-Entscheidung zur Anfechtung bei lenkender Ausschlagung (BGH NJW 2023, 1725). Doch auch die steuerrechtlichen Erläuterungen (§ 6; von „Grundzügen“ kann angesichts der breiten Darlegung über mehr als 70 Seiten eigentlich keine Rede mehr sein) übersteigen dasjenige, was man beim Blick auf den Titel vielleicht zunächst erwartet.

Für die Notarpraxis hilfreich ist auch das eher an das Notarhandwerk adressierte Kapitel in § 7 („Die Feststellung der Testierfähigkeit des Erblassers sowie die Aufgaben und Pflichten der Beratungsperson bei Verfügungen von Todes wegen“). Hier wird unter anderem geraten, aufgrund nachträglicher Streit anfälligkeit anstelle einer *Schreibhilfe* zur Unterstützung des Testators bei seiner Unterschrift einen *Schreibzeugen* hinzuzuziehen (Rn. 51). Gerade in Situationen, in denen großer Zeitdruck besteht, etwa weil der Testator nicht mehr lange zu leben droht, bietet sich ein Blick in die Ausführungen in diesem Kapitel an, um vor Irrtümern und Unvollständigkeiten bewahrt zu bleiben.

Ebenfalls hilfreich sind die zahlreichen Checklisten, die sich in den einzelnen Abschnitten finden (bspw. § 8 Rn. 103: Checkliste zur Erbeinsetzung; § 10 Rn. 128: Checkliste zur Vor- und Nacherbfolge; § 10 Rn. 173: Checkliste für Nießbrauchsvermächtnisse).

Alles in allem führen *Kössinger/Najdecki/Zintl* also die Tradition des *Nieder/Kössinger* unverändert fort. Auch wer die Voraufgabe schon hat, wird die Neuauflage als

Bereicherung ansehen. Ob das Buch nun unter den Weihnachtsbaum gehört, ist freilich Geschmacksfrage. Im Notarbüro sollte es aber jedenfalls seinen festen Platz haben.

Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

## Veranstaltungen

### 18. Symposium des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

#### „5 Jahre WEMoG in der notariellen Praxis“

**Veranstaltungsort:**

in der Aula der Universität, Fürstengraben 1, 07743 Jena, hybride Veranstaltung

**Datum:**

Freitag, 9.5.2025, 09:30 Uhr

**Referenten:**

PD Dr. Patrick Meier  
Prof. Dr. Walter Bayer  
Prof. Dr. Hartmut Wicke  
Prof. Dr. Stefan Hügel  
Dr. Oliver Elzer  
Dr. Felix Wobst  
Prof. Dr. Arnold Lehmann-Richter

**Anmeldung:**

per E-Mail an [notarinstitut@uni-jena.de](mailto:notarinstitut@uni-jena.de) oder per Anmeldeformular

**Kontakt Daten:**

Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Carl-Zeiß-Str. 3, 07743 Jena, Tel.: 03641/942510, E-Mail: [notarinstitut@uni-jena.de](mailto:notarinstitut@uni-jena.de)

---

### Kolloquium und Neujahrsempfang des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

#### „Die digitale Präsenzbeurkundung“

**Veranstaltungsort:**

in den Rosensälen der Friedrich-Schiller-Universität, Fürstengraben 27, 07743 Jena

**Datum:**

Freitag, 10.1.2025, 16:00 Uhr

**Referenten:**

Prof. Dr. Walter Bayer  
Felix Schmitt

**Anmeldung:**

per E-Mail an [notarinstitut@uni-jena.de](mailto:notarinstitut@uni-jena.de) oder per Anmeldeformular

**Kontakt Daten:**

Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Carl-Zeiß-Str. 3, 07743 Jena, Tel.: 03641/942510, E-Mail: [notarinstitut@uni-jena.de](mailto:notarinstitut@uni-jena.de)

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

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19  
Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225  
E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

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

**Redaktion:** Notarassessorin Katharina Baunach

**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 §§ 463, 1094, 1097, 1098 – Verkauf an den vorrangig Vorkaufsberechtigten als Ausübung seines Vorkaufsrechts; rangunterschiedliche dingliche Vorkaufsrechte; Auswirkung auf das nachrangige Vorkaufsrecht

HGB §§ 170 Abs. 2, 161 Abs. 2, 124; GmbHG §§ 47, 53 – Einheits-GmbH & Co. KG; Vertretung der KG in der Gesellschafterversammlung der GmbH; Altgesellschaft ohne Regelung im KG-Vertrag

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltung

### Änderung beim DNotI-Report: Künftig 12 statt 24 Ausgaben pro Jahr

Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen, liebe Leserinnen und Leser des DNotI-Reports,

der DNotI-Report wird Ihnen in der gedruckten Fassung als sogenanntes Postvertriebsstück zugesandt. Diese Versandmethode ist günstig und bietet den praktischen Vorteil, dass der DNotI-Report ohne Briefumschlag versandt werden kann. Da sich die technischen Anforderungen an Postvertriebsstücke ab dem Jahr 2025 ändern, kann der DNotI-Report jedoch künftig nicht mehr wie bislang versandt werden. Konkret besteht für Postvertriebsstücke künftig ein Mindestgewicht von 50g. Die Ausgabe, die Sie in Händen halten, wiegt allerdings nur 23g.

Um auch in Zukunft die vergleichsweise günstige Versandmethode ohne Briefumschlag nutzen zu können, haben wir uns dazu entschieden, den Rhythmus des Er-

scheinens des DNotI-Reports zu ändern. Künftig wird der DNotI-Report nur noch einmal im Monat, dafür allerdings in doppelter Länge erscheinen. Zudem wird der Report auf etwas schwererem Papier gedruckt. Jede Ausgabe des Reports wird mindestens vier (statt bislang zwei) aktuelle Gutachten aus der Praxis des DNotI enthalten. Änderungen an der inhaltlichen Gestaltung des DNotI-Reports sind im Übrigen nicht vorgesehen. Auch künftig werden Zusammenfassungen aktueller Gerichtsentscheidungen, Rezensionen zu Neuerscheinungen notarrelevanter Literatur sowie Hinweise auf Gesetzesänderungen, Veranstaltungen und lesenswerte Beiträge in Fachzeitschriften abgedruckt.

Wir bedauern, dass diese Änderung notwendig geworden ist. Für Ihre Treue als Leserinnen und Leser des DNotI-Reports danken wir Ihnen sehr und hoffen auf Ihr Verständnis!

Mit den besten kollegialen Grüßen und guten Wünschen für das Jahr 2025

Ihr  
Deutsches Notarinstitut

# Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 463, 1094, 1097, 1098

**Verkauf an den vorrangig Vorkaufsberechtigten als Ausübung seines Vorkaufsrechts; rangunterschiedliche dingliche Vorkaufsrechte; Auswirkung auf das nachrangige Vorkaufsrecht**

## I. Sachverhalt

Es soll ein Kaufvertrag über ein Grundstück zwischen V als Verkäufer und K als Käufer beurkundet werden. Das Grundstück ist in Abteilung II an erster Rangstelle mit einem dinglichen Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle zu Gunsten des Käufers K belastet und an zweiter Rangstelle mit einem dinglichen Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall zu Gunsten des Dritten D.

## II. Fragen

1. Stellt der direkte Verkauf an K in Bezug auf das Vorkaufsrecht des D einen Verkaufsfall dar, sodass D sein Vorkaufsrecht ausüben kann?

2. Falls ein Verkaufsfall bejaht wird: Führt die Ausübung des Vorkaufsrechts durch D dazu, dass der hierdurch zwischen V und D zu Stande kommende Kaufvertrag wiederum in Bezug auf das vorrangige Vorkaufsrecht des K einen Verkaufsfall darstellt? Kann K nunmehr sein vorrangiges Vorkaufsrecht ausüben? Falls nicht, wie wird dann der Situation Rechnung getragen, dass K bei einem Verkauf eigentlich vorrangig zum Verkauf berechtigt ist?

3. Erlischt das für den ersten Verkaufsfall bestellte Vorkaufsrecht des D, wenn er es in Bezug auf den Verkauf des K nicht ausübt?

## III. Zur Rechtslage

**1. Auswirkungen des direkten Verkaufs an K auf das Vorkaufsrecht des D**

**a) Verhältnis der dinglichen Vorkaufsrechte zueinander**

Zunächst ist festzuhalten, dass **an ein und demselben Grundstück mehrere Vorkaufsrechte bestellt werden können**. Das Rangverhältnis bestimmt sich gem. § 879 Abs. 1 S. 1 BGB nach der Reihenfolge der Eintragungen. Unter den Vorkaufsrechten setzt sich dann im Verkaufsfall das rangbessere durch; das rangschlechtere Vorkaufsrecht kann aber etwa dann zum Zuge kommen, wenn der Inhaber des vorrangigen sein Recht nicht aus-

übt (BGH DNotZ 1961, 544; BeckOGK-BGB/Omlor, Std.: 1.10.2024, § 1094 Rn. 55, 56; MünchKommBGB/Westermann, 9. Aufl. 2023, § 1094 Rn. 8).

**b) Verkauf an den vorrangig Vorkaufsberechtigten als Verkaufsfall gegenüber D und als Ausübung des Vorkaufsrechts durch K?**

Die Ausübung des Vorkaufsrechts durch den nachrangigen D setzt einen **Vverkaufsfall** i. S. d. § 463 BGB i. V. m. § 1098 Abs. 1 S. 1 BGB voraus, d. h. den Abschluss eines **Kaufvertrages** über das mit dem Vorkaufsrecht belastete **Grundstück** durch den Verpflichteten **mit einem Dritten**.

„Dritter“ i. S. d. Norm ist **jeder außer dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten**. Es muss sich um jemanden handeln, der am Vorkaufsverhältnis nicht teilnimmt (BGH NJW 1954, 1035; BeckOGK-BGB/Daum, Std.: 1.10.2024, § 463, Rn. 62; Staudinger/Schermaier, BGB, 2021, § 1094 Rn. 20).

Fraglich ist also, ob auch beim **unmittelbaren Verkauf an den vorrangig Vorkaufsberechtigten K** ein Verkaufsfall gem. § 463 BGB vorliegt, sodass der nachrangig Vorkaufsrechtsberechtigte sein Vorkaufsrecht ausüben kann.

Orientiert man sich allein am Wortlaut des § 463 BGB, so stellt der Abschluss des Kaufvertrages zwischen V und K **aus Sicht des D** einen solchen Verkaufsfall dar. Im Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten D ist K als Dritter i. S. d. § 463 BGB einzuordnen.

Im **Verhältnis zwischen V und K** ist K allerdings kein Dritter i. S. d. Definition, da es sich um den Vorkaufsberechtigten selbst handelt. Beließe man es bei diesem Ergebnis, hätte dies allerdings zur Konsequenz, dass das vorrangige Vorkaufsrecht des K nur zum Tragen käme, wenn ein Verkaufsfall **aus Sicht beider Vorkaufsrechte** (des K und des D) vorliegen würde, mithin bei einem Verkauf an einen Dritten (X). Bei einem direkten Verkauf des V an K hätte K (jedenfalls zunächst) eine schlechtere Rechtsposition gegenüber dem weiteren (nachrangigen) Vorkaufsberechtigten D. Insbesondere wäre seine Rechtsposition als vorrangiger Berechtigter nicht durch sein eigenes Vorkaufsrecht gem. §§ 1094, 1098 Abs. 2 BGB geschützt, denn insoweit (Rechtsverhältnis zwischen V und K) liegt eigentlich kein Verkaufsfall vor.

Übte folglich D sein Vorkaufsrecht aus, käme ein Kaufvertrag zwischen V und D zustande. Im Anschluss hieran könnte dann zwar wiederum K sein Vorkaufsrecht ausüben und würde sich aufgrund des besseren Rangs seines Vorkaufsrechts im Ergebnis auch gegenüber D

durchsetzen. Allerdings erscheint diese „Kaskade von Vorkaufsfällen“ gekünstelt und dürfte den Beteiligten auch nur schwer zu vermitteln sein.

Es wäre daher ein wenig sachgerechtes Ergebnis, wenn man davon ausginge, dass K *nur dann* von vorneherein die bessere Position hätte, wenn **aus Sicht beider Vorkaufsberechtigter** ein Vorkaufsfall (Kaufvertrag zwischen V und X) vorliegt. Es ist nämlich gerade **Sinn und Zweck der Einräumung eines Vorkaufsrechts**, den **Erwerb des Grundstücks** durch den (vorrangig) Vorkaufsberechtigten zu ermöglichen. Das dingliche Vorkaufsrecht soll auch über die Erzeugung einer Verpflichtung des Verkäufers hinaus den tatsächlichen Erwerb des Eigentums durch seine Wirkung gegen Dritte sichern (BGH NJW 1961, 1669, 1670). Genau dieser Zweck würde allerdings auch beim (unmittelbaren) Verkauf an den Vorkaufsberechtigten K erfüllt.

Deshalb stellt sich die Frage, ob der **Verkauf an den vorrangig Vorkaufsberechtigten als Ausübung des Vorkaufsrechts durch diesen (hier: K) gewertet** werden kann. Da es insoweit um die Frage geht, wie das **Konkurrenzverhältnis der beiden Vorkaufsrechte untereinander** zu lösen ist, ist zur Beantwortung dieser Konkurrenzfrage nicht die Perspektive des am sog. Erstkaufvertrag beteiligten K, sondern die **Perspektive des nicht am Verkauf beteiligten D maßgebend**.

Aus der Sicht des D liegt ein Verkauf an einen Dritten vor, d. h. D ist so zu behandeln, als habe der Vorkaufsverpflichtete sein Grundstück an einen „wirklichen“ Dritten (X) verkauft und K hätte daraufhin sein vorrangiges Vorkaufsrecht ausgeübt. Der Umstand, dass der vorrangige Vorkaufsberechtigte (hier: K) mit dem Dritten i. S. v. 463 BGB personenidentisch ist, ist eine Zufälligkeit, die nicht aus dem Rechtsverhältnis zwischen V und D herrührt und demzufolge zur Beantwortung der Konkurrenzfrage „auszublenden“ ist. Dieses „Ausblenden“ geschieht in der Weise, dass man den Kaufvertrag zwischen V und K **als Ausübung des Vorkaufsrechts durch K** behandelt, was wiederum denklogisch voraussetzt (denn andernfalls käme eine Vorkaufsausübung durch K nicht in Betracht), dass man *die Vorkaufsberechtigten im Verhältnis untereinander* so behandelt, als habe V das Grundstück an einen Dritten (X) verkauft.

Dass der Verkauf an den Vorkaufsberechtigten einer Ausübung des Vorkaufsrechts durch diesen Berechtigten gleichzusetzen ist, hat auch das **OLG Hamm** zu Recht angenommen (DNotZ 1989, 786, 787). Das Gericht kommt allerdings in dem zu entscheidenden Fall dennoch zu keinem überzeugenden Ergebnis, da es sich dort

um ein gemeinschaftliches Vorkaufsrecht i. S. v. § 472 BGB handelte, jedoch *nur einer von zwei* Vorkaufsberechtigten den Kaufvertrag mit dem Vorkaufsverpflichteten abgeschlossen hatte (OLG Hamm DNotZ 1989, 786, 787). In seiner solchen Situation kann u. E. in dem Kaufvertragsschluss durch einen von mehreren gemeinschaftlich Vorkaufsberechtigten *nicht* die Ausübung des Vorkaufsrechts erblickt werden; denn ein gemeinschaftliches Vorkaufsrecht kann grds. auch nur gemeinschaftlich ausgeübt werden, vgl. § 472 BGB (vgl. hierzu Gutachten DNotI-Report 2024, 77).

Auch das **OLG München** erkennt u. E. zu Recht an, dass ein Verkauf an den rangbesseren Vorkaufsberechtigten jener Sachlage entspricht, bei der der vorrangige Vorkaufsberechtigte das Grundstück nach Ausübung seines Vorkaufsrechts beim Verkauf an einen „wirklichen“ Dritten erworben hätte (DNotZ 2012, 201, 202). Die Begründung des OLG München ist allerdings in sich widersprüchlich, wenn es ausführt, dass ein Verkauf an den rangbesseren Vorkaufsberechtigten zwar *keine* Ausübung seines Vorkaufsrechts darstellt, aber das nachrangige bedingte Vorkaufsrecht dennoch erlischt. Aufschiebende Bedingung des nachrangigen Vorkaufsrechts war im konkreten Fall nämlich, dass das vorrangige Vorkaufsrecht *nicht* ausgeübt wird. Dennoch geht das OLG München davon aus, dass diese Bedingung endgültig ausgefallen sei (OLG München DNotZ 2012, 201, 202). Richtigerweise hätte das OLG München entscheiden müssen, dass der Verkauf an den vorrangigen Vorkaufsberechtigten der Ausübung seines Vorkaufsrechts gleichsteht und demzufolge die Bedingung des nachrangigen Rechts endgültig nicht mehr eintreten kann. Die Entscheidung ist daher zwar im Ergebnis richtig, aber in der Begründung nicht überzeugend.

### c) Schlussfolgerungen

Auf Grundlage dieser Ausführungen ergibt sich, dass der nachrangig Vorkaufsberechtigte D sein Vorkaufsrecht auch bei einem freihändigen Verkauf unmittelbar an den erstrangigen Vorkaufsberechtigten K nicht erfolgreich ausüben können dürfte. Der Verkauf eines Grundstücks an den erstrangigen (alleinigen) Vorkaufsberechtigten dürfte als Verwirklichung des Vorkaufsfalls und wie eine **Ausübung des Vorkaufsrechts durch diesen** zu behandeln sein; dies gilt **jedenfalls im Verhältnis der Berechtigten verschiedener Vorkaufsrechte untereinander**.

Für diese Frage kann im Ergebnis dahinstehen, ob dies deshalb gilt, da in diesem Fall bereits **kein Vorkaufsfall i. S. d. § 463 BGB** gegenüber dem nachrangig Vorkaufsberechtigten gegeben ist (so wohl BeckOGK-BGB/Omlor, § 1094 Rn. 56; ebenso im Konkurrenzverhält-

nis zwischen Mietervorkaufsrecht und dinglichem Vorkaufsrecht: Gutachten DNotI-Report 2010, 137, 139) oder ob zwar ein Vorkaufsfall gegeben ist – da formal betrachtet ein Kaufvertrag mit einem Dritten vorliegt (vgl. oben) –, der **nachrangig Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht allerdings nicht wirksam ausüben kann**, weil ihm der Einwand des § 242 BGB entgegengehalten wird oder man im Verkauf an den vorrangig Vorkaufsberechtigten (hier: K) eine Ausübung seines Vorkaufsrechts sieht.

Die Annahme, dass in dem Verkauf an den vorrangigen Vorkaufsberechtigten eine **Ausübung seines Vorkaufsrechts** liegt, führt u. E. aber auch zu sachgerechten Ergebnissen betreffend die Frage nach dem **Schicksal des vorrangigen Vorkaufsrechts** beim Verkauf an den vorrangigen Vorkaufsberechtigten.

Ginge man davon aus, dass der Verkauf an den vorrangigen Vorkaufsberechtigten nicht die Ausübung seines Vorkaufsrechts darstellt und der nachrangige Vorkaufsberechtigte dennoch sein Vorkaufsrecht nicht ausüben kann – entweder, weil schon kein Vorkaufsfall vorliegt oder weil ihm die Ausübung über § 242 BGB verwehrt ist – ist fraglich, ob das Vorkaufsrecht des vorrangig Berechtigten **auch nach dessen Eigentumserwerb fortbesteht**. Die Frage stellt sich gleichermaßen, wenn nur *ein* Vorkaufsrecht am Grundstück besteht und unmittelbar an diesen Vorkaufsberechtigten verkauft wird.

Gem. § 889 BGB erlischt ein Recht an einem fremden Grundstück nicht dadurch, dass der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt. Diese Norm gilt für alle **beschränkt dinglichen Rechte an Grundstücken**, insbesondere auch für das **dingliche Vorkaufsrecht** (BayObLG, Beschl. v. 29.9.1983 – BReg. 2 Z 76/83, BeckRS 1983, 31150736; OLG München DNotZ 2012, 201, 202; BeckOGK-BGB/Assmann, Std.: 1.11.2024, § 889 Rn. 6f.; MünchKommBGB/Lettmaier, 9. Aufl. 2023, § 889 Rn. 3; Staudinger/Schermaier, BGB, 2021, § 1097 Rn. 16).

Demnach würde der Verkauf an den vorrangig und für alle oder mehrere Verkaufsfälle berechtigten Vorkaufsberechtigten nicht zu einem Erlöschen seines Vorkaufsrechts führen, wenn man – entgegen der hier vertretenen Ansicht – davon ausgeht, dass in dem Verkauf an den vorrangig Vorkaufsberechtigten *nicht* zugleich auch die Ausübung seines Vorkaufsrechts liegt (vgl. zum Erlöschen aufgrund Ausübung des Vorkaufsrechts: BeckOGK-BGB/Omlor, § 1094 Rn. 67; BeckOK-BGB/Reischl, Std.: 1.11.2024, § 1094 Rn. 21; MünchKommBGB/Westermann, § 1094 Rn. 15; Gutachten DNotI-Report 1999, 149).

Nur über die Annahme, der Verkauf an den vorrangigen Vorkaufsberechtigten stelle zugleich eine Ausübung seines Vorkaufsrechts dar, kommt man zu einem **Erlöschen des vorrangigen Vorkaufsrechts**. Es besteht auch kein Bedürfnis, dass das Vorkaufsrecht des vorrangigen Vorkaufsberechtigten fortbesteht; das mit dem Vorkaufsrecht **gewünschte Ziel ist erreicht, der Vorkaufsberechtigte ist Eigentümer geworden**. Als neuer Eigentümer könnte sich der vorrangig Vorkaufsberechtigte, z. B. im Rahmen eines späteren Weiterverkaufs, ein neues Vorkaufsrecht einräumen lassen. Hierbei müsste er sich aber sodann mit einem entsprechenden Nachrang gegenüber bereits bestehenden Vorkaufsrechten (hier: zugunsten des D) begnügen. Wollte man hingegen annehmen, der Verkauf an den vorrangigen Vorkaufsberechtigten stelle nicht zugleich die Ausübung seines Vorkaufsrechts dar, so müsste dieses – wenn es für mehrere oder alle Verkaufsfälle bestellt ist – konsequenterweise fortbestehen. Es ist allerdings kein sachlicher Grund ersichtlich, den vorrangigen Vorkaufsberechtigten besser (oder schlechter) zu stellen, als habe der Vorkaufsverpflichtete das Grundstück an einen Dritten verkauft.

**Im Ergebnis** lässt sich der Fall, dass ein Verkauf an den vorrangig Vorkaufsberechtigten erfolgt, nur dergestalt interessengerecht lösen, dass man annimmt, dass darin zugleich eine Ausübung seines Vorkaufsrechts liegt. In diesem Fall werden weder der vorrangige Vorkaufsberechtigte noch der nachrangige Vorkaufsberechtigte besser oder schlechter gestellt, als habe der Verpflichtete das Grundstück an einen Dritten (X) verkauft.

Aufgrund der fehlenden höchststrichterlichen Rechtsprechung muss die Rechtslage gleichwohl als nicht abschließend geklärt bezeichnet werden.

## 2. Auswirkungen auf das für den ersten Verkaufsfall bestellte Vorkaufsrecht des D

Nach § 1097 Hs. 1 BGB beschränkt sich ein Vorkaufsrecht grundsätzlich auf den Fall des Verkaufs durch den Eigentümer, welchem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehörte, oder durch dessen Erben. Allerdings kann es auch für mehrere oder alle Verkaufsfälle bestellt werden, § 1097 Hs. 2 BGB.

Nach h. M. zulässig ist auch die Bestellung eines Vorkaufsrechts für den **sog. ersten „echten“ Verkaufsfall**, d. h. für den ersten Verkaufsfall, für den es auch ausgeübt werden kann, unabhängig davon, ob es durch den Eigentümer, welchem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehörte, oder einen Rechtsnachfolger verkauft wird (OLG München BeckRS 2010, 2183; BeckOGK-BGB/Omlor, § 1097 Rn. 5; MünchKommBGB/Wester-



mann, 9. Aufl. 2023, § 1097 Rn. 2; a. A.: Staudinger/Schermaier, § 1097 Rn. 13).

Die Frage, ob zugunsten des D ein Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall i. S. d. § 1097 Hs. 1 BGB eingeräumt wurde oder ob ein Vorkaufsrecht für den sog. ersten „echten“ Verkaufsfall vorliegt, ist durch Auslegung des Grundbucheintrags nebst der regelmäßig gem. § 874 BGB in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung zu bestimmen.

Ist das rangschlechtere Vorkaufsrecht für mehrere Verkaufsfälle oder zumindest für den ersten „echten“ Verkaufsfall bestellt, so **bleibt es bestehen**, wenn es **aufgrund Ausübung des rangbesseren nicht zum Zuge kam** (BGH NJW 1961, 1669; BeckOGK-BGB/Omlor, § 1094 Rn. 56; Staudinger/Schermaier, § 1094 Rn. 11; Gutachten DNotI-Report 2010, 137, 138).

Ob dies auch auf ein Vorkaufsrecht übertragbar ist, das **nur für einen Verkaufsfall** bestellt ist, ist bislang nicht höchstrichterlich entschieden, jedoch zweifelhaft (BGH NJW-RR 2023, 863, 865 f.; Gutachten DNotI-Report 2010, 137, 138; Hahn, MittRhNotK 1994, 193, 195). Ein nur für den ersten Verkaufsfall bestelltes dingliches Vorkaufsrecht i. S. d. § 1097 Hs. 1 BGB erlischt grds., wenn das belastete Grundstück auf andere Weise als durch Verkauf in das Eigentum eines Sonderrechtsnachfolgers des Verpflichteten übergeht. Es erlischt auch, sofern es nicht oder nicht fristgemäß ausgeübt wird (BGH NJW 2016, 3242 Tz. 11; BeckOGK-BGB/Omlor, § 1097 Rn. 27; Staudinger/Schermaier, § 1097 Rn. 14 m. w. N.). Bei einem späteren Verkauf (durch K) liegt gerade kein „*Verkauf durch den Eigentümer, welchem das Grundstück zur Zeit der Bestellung gehört*“ gem. § 1097 BGB mehr vor. Im Übrigen hat der Vorkaufsberechtigte von vornherein keine starke Position, da sein Recht auch durch andere Veräußerungsvorgänge, etwa eine schenkweise Übertragung, erlischt.

Demnach ist für die Frage des Erlöschens des nachrangigen Vorkaufsrechts des D beim Verkauf durch V an K entscheidend, ob es allein für den ersten Verkaufsfall i. S. v. § 1097 Hs. 1 BGB bestellt war oder für den sog. ersten „echten“ Verkaufsfall. Da nach der oben dargelegten Ansicht der D sein Vorkaufsrecht beim unmittelbaren Verkauf an K im Ergebnis nicht durchsetzen kann, müsste es bestehen bleiben, wenn es für den ersten „echten“ Verkaufsfall bestellt wurde. Wäre das Vorkaufsrecht des D jedoch allein für den ersten Verkaufsfall i. S. d. § 1097 Hs. 1 BGB bestellt, so müsste es nach unserem Dafürhalten erlöschen. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn man jener Ansicht folgt, die annimmt, dass beim Verkauf an den vorrangigen Vorkaufsberechtigten bereits kein Verkaufsfall (im Verhält-

nis zu D) vorliegt (vgl. oben). Dies erscheint uns indes nicht überzeugend; vielmehr ist die Situation so zu behandeln, also habe V sein Grundstück an einen „wirklichen“ Dritten verkauft, sodass sowohl im Verhältnis zu K als auch im Verhältnis zu D ein Verkaufsfall vorliegt, allerdings sich das rangbessere Vorkaufsrecht des K durchsetzt.

### 3. Ergebnisse

Der direkte Verkauf an den vorrangig Vorkaufsberechtigten ist wie eine Ausübung seines Vorkaufsrechts zu behandeln. Der nachrangig Vorkaufsberechtigte kann sein Vorkaufsrecht bei einem Verkauf unmittelbar an den erstrangigen Vorkaufsberechtigten nicht erfolgreich ausüben. Infolge des direkten Verkaufs an den vorrangig Vorkaufsberechtigten erlischt dessen Vorkaufsrecht. Handelt es sich bei dem nachrangigen Vorkaufsrecht um ein Vorkaufsrecht i. S. v. § 1097 Hs. 1 BGB, so erlischt dieses nach hier vertretener Meinung ebenfalls beim Verkauf an den vorrangig Vorkaufsberechtigten.

---

## HGB §§ 170 Abs. 2, 161 Abs. 2, 124; GmbHG §§ 47, 53

### Einheits-GmbH & Co. KG; Vertretung der KG in der Gesellschafterversammlung der GmbH; Altgesellschaft ohne Regelung im KG-Vertrag

---

#### I. Sachverhalt

Die X-Einheits-GmbH & Co. KG ist vor dem 1.1.2024 gegründet worden. An ihr ist neben der Komplementär-GmbH eine einzige Kommanditistin beteiligt. Weder der KG-Vertrag noch die GmbH-Satzung regeln die Vertretung in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH. Bisher wurde die KG stets von der Komplementärin vertreten. Nunmehr – nach Inkrafttreten des MoPeG – soll eine Sitzverlegung beurkundet werden.

#### II. Fragen

1. Wer handelt in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH? Handelt evtl. die Kommanditistin im eigenen Namen?
2. Ist aufgrund der bisherigen Handhabung von einer abweichenden Vereinbarung i. S. d. § 170 Abs. 2 HGB auszugehen, sodass die Kommanditgesellschaft weiterhin durch die Komplementärin vertreten wird?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Grundproblem: innergesellschaftliche Willensbildung in der Einheits-KG

Die Einheits-GmbH & Co. KG zeichnet sich durch eine **wechselseitige Beteiligung** aus: Neben die Beteiligung

der Komplementär-GmbH an der KG tritt die Alleinbeteiligung der KG an der GmbH (vgl. allg. Blath, ZPG 2023, 133 f.; MünchKommHGB/Grunewald, 5. Aufl. 2022, § 161 Rn. 99). Diese Verknüpfung bringt Probleme bei der innergesellschaftlichen Willensbildung mit sich. Grundsätzlich nicht problematisch ist allerdings die Willensbildung auf Ebene der KG: Hier handeln zuvörderst die Kommanditisten, die Komplementärin regelmäßig nicht, da sie i. d. R. kapitalanteilslos beteiligt ist und sich zugleich das Stimmrecht in der KG-Versammlung nach der Kapitalquote richtet. Kompliziert stellen sich jedoch – bei Anwendung der allgemeinen Grundsätze – die Verhältnisse in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH dar: Da einzige Gesellschafterin der GmbH die KG selbst ist, diese aber wiederum durch die Komplementär-GmbH und diese wiederum durch ihren Geschäftsführer vertreten wird, handelt im Ergebnis in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH die Komplementär-GmbH selbst.

## 2. Bisherige Rechtslage

Nach bisheriger Rechtslage blieb es dennoch im Prinzip bei dieser „**In-sich-Vertretung**“ (vgl. BGH DNotZ 2008, 145) und war etwaigen Interessenkonflikten durch entsprechende Vertragsgestaltung zu begegnen. Im Gesellschaftsvertrag der KG wurde den Kommanditisten Vollmacht zur Ausübung des Stimmrechts der KG in der Gesellschafterversammlung der GmbH erteilt oder es wurde gar eine sog. Kommanditistenversammlung (als einheitliches Organ, str.) installiert (vgl. zum alten Recht DNotI-Abrufgutachten Nr. 127588; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 12. Aufl. 2021, Anh. § 45 Rn. 59 f.; zur Trennungs- und Einheitstheorie vor dem Hintergrund des alten Rechts BeckOGK-HGB/Staake, Std.: 1.1.2024, § 170 Rn. 77).

## 3. Rechtslage seit Inkrafttreten des MoPeG

### a) Schaffung des § 170 Abs. 2 HGB

Mit dem MoPeG ist § 170 Abs. 2 HGB als Spezialregelung zur Vertretung in der Einheitsgesellschaft in Kraft getreten. Die Norm lautet: „Sofern der einzig persönlich haftende Gesellschafter der Gesellschaft eine Kapitalgesellschaft ist, an der die Gesellschaft sämtliche Anteile hält, werden vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung die Rechte in der Gesellschafterversammlung der Kapitalgesellschaft von den Kommanditisten wahrgenommen.“ Die **Gesetzesbegründung** nennt dies die „**organschaftliche Lösung**“ (BT-Drucks. 19/27635, S. 256; vgl. auch BeckOK-HGB/Beyer, Std.: 1.10.2024, § 170 Rn. 38; zum Begriff „organschaftliche Lösung“ Oetker, in: Oetker, HGB, 8. Aufl. 2024, § 161 Rn. 112: Übertragung der Beschlusskompetenzen der Gesellschafterversammlung der GmbH auf die Kommanditisten, sodass diese bei Ausübung dieser

Kompetenzen als Organ der GmbH agieren; s. auch Scholz/K. Schmidt/Bochmann, GmbHG, 13. Aufl. 2024, Anh. § 45 Rn. 87) und formuliert ausdrücklich, dass dabei die Rechte „nicht von der Kommanditgesellschaft“ (sondern eben von den Kommanditisten) wahrgenommen werden. Diese Formulierung legt nahe, dass das **Handeln der Kommanditisten keine Vertretung der KG** bedeutet, weil diese gerade keine Rechte in der Gesellschafterversammlung wahrnehmen soll. Dass das Handeln der Kommanditisten daher ein solches im eigenen Namen ist, kann man dennoch bezweifeln. Die Formulierung des Gesetzes selbst ist nicht klar genug (vgl. Scholz/K. Schmidt/Bochmann, Anh. § 45 Rn. 88): „Wahrnehmung der Rechte“ kann zwanglos bedeuten, dass die Kommanditisten die Rechte der KG in Vertretung der KG ausüben und dass § 170 Abs. 2 HGB somit eine kompetenzbegründende Ausnahme vom Grundsatz des § 170 Abs. 1 HGB statuiert.

### b) Meinung der Literatur

Die vorhandene Literatur geht **teilweise** (wohl überwiegend) davon aus, dass die Kommanditisten in der Gesellschafterversammlung der GmbH – dispositiv – als **organschaftliche Vertreter der KG** handeln (Ebenroth/Boujong/Oepen, HGB, 5. Aufl. 2024, § 170 Rn. 20 f.: organschaftliche Vertretung formell im Außenverhältnis, aber materiell im Innenverhältnis der Außengesellschaft; Wertenbruch, in: Westermann/Wertenbruch, Handbuch Personengesellschaften, Std.: 4/2024, Teil I, § 58 Rn. 3937: partielle gesetzliche Vertretungsmacht; Henssler/Strohn/Gummert, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 170 HGB Rn. 7; Oetker, § 170 Rn. 44; Mock, in: Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas/Mock, HGB, 6. Aufl. 2023, § 170 Rn. 20; Heckschen/Freier/Salomon, Das MoPeG in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2024, § 4 Rn. 149; Schäfer/Habersack, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 4 Rn. 9).

Demgegenüber steht die Ansicht, dass beim Handeln der Kommanditisten ein echter **organisationsrechtlicher Durchgriff** stattfindet, dass also jeder Kommanditist in der GmbH-Gesellschafterversammlung so abzustimmen berechtigt ist, als sei er (unmittelbar) an der GmbH beteiligt – dies schließt ein Handeln in Vertretung der KG im Ergebnis aus (dafür Scholz/K. Schmidt/Bochmann, Anh. § 45 Rn. 87 f.; Koch/Ceesay, Personengesellschaftsrecht, 2024, § 170 HGB Rn. 9). Zu dieser Ansicht mögen auch die Stimmen zählen, die in § 170 Abs. 2 HGB eine Durchbrechung des Trennungsprinzips feststellen (BeckOGK-HGB/Staake, § 170 Rn. 27; vgl. auch Gebhard/Greth, NZG 2023, 156, 158 f.).

Rechtsprechung zu § 170 Abs. 2 HGB fehlt derzeit noch. Die Rechtslage ist daher nicht abschließend geklärt.

### c) Exkurs: Art der Kommanditistenvertretung bei Annahme einer Vertretung

Des Weiteren nicht abschließend geklärt ist unter Zugrundelegung der Vertretungsprämisse, ob „Vertretung“ die Gesamtvertretung durch sämtliche Kommanditisten meint (Schäfer/Habersack, § 4 Rn. 9; Heckschen/Freier/Salomon, § 4 Rn. 152), die Einzelvertretung durch jeden Kommanditisten (Heckschen/Nolting, BB 2021, 2946, 2052) oder die Vertretung durch einen (Mehrheits-)Beschluss der Kommanditisten (Ebenroth/Boujong/Oepen, § 170 Rn. 23 f., dort auch Gesamtüberblick; ferner Albert/Isikay, NZG 2024, 818 Rn. 12 ff.). Zumindest *prima facie* spräche einiges für die Gesamtvertretung, denn mit „den Kommanditisten“ sind im Zweifel die Kommanditisten insgesamt angesprochen.

### 4. Vorliegender Fall

Im vorliegenden Fall geht es um eine „Altgesellschaft“ aus der Zeit vor dem MoPeG, die keinerlei gesellschaftsvertragliche Regelung zur Vertretung in der Gesellschafterversammlung der GmbH enthält. Zunächst wird man festhalten können, dass bei fehlender gesellschaftsvertraglicher Regelung grundsätzlich ohne Weiteres die neue Bestimmung des § 170 Abs. 2 HGB eingreift. Freilich kann der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaft jederzeit unproblematisch geändert werden und die Gesellschafter können ihn sogar konkludent über den Einzelfall hinaus ändern (vgl. BeckOGK-HGB/Sanders, Std.: 1.7.2024, § 105 Rn. 169; Ebenroth/Boujong/Wertenbruch, § 105 Rn. 172). Eine konkludent vereinbarte gesellschaftsvertragliche Regelung mag in einer ständigen Praxis zum Ausdruck kommen (vgl. zur dahingehenden „tatsächlichen Vermutung“: BGH NJW 1966, 826, 827; NJW 1996, 1678, 1680; Ebenroth/Boujong/Wertenbruch, § 105 Rn. 168; BeckOK-HGB/Klimke, Std.: 1.10.2024, § 105 Rn. 88 ff.), wobei es u. E. nicht die ständige Übung ist, die ein gesellschaftsvertragliches Recht schafft, sondern eben die zugrunde liegende einmalige konkludente Vereinbarung. Ein Rückgriff auf Observanz und Gewohnheitsrecht, wie sie beim Verein – also der Körperschaft – begehen (vgl. – ihrerseits zurückhaltend bzw. einschränkend – Stöber/Otto, Handbuch zum Verbandsrecht, 12. Aufl. 2021, Rn. 55 sowie BeckOGK-BGB/Segna, Std.: 1.4.2024, § 25 Rn. 44), dürfte im Rahmen des ohnehin dynamischen Gesellschaftsvertrags der Personengesellschaft nicht angezeigt oder (erst recht) verfehlt sein. Davon abgesehen ginge es vorliegend lediglich um eine **Praxis, die der ohnehin dispositiv geltenden Rechtslage bis zum 31.12.2023 entsprach**. Unseres Erachtens kann man einer solchen gesetzeskonformen Praxis ohne weiteren Anhaltspunkt nicht die Implementierung einer gesellschaftsvertraglichen Regelung entnehmen.

Gilt demnach für die KG der § 170 Abs. 2 HGB, so handeln unter der „**Vertretungsprämisse**“ die Kommanditisten als (partielle) organschaftliche Vertreter; sie handeln nicht im eigenen Namen, sondern namens der KG. Die Einzelheiten der Vertretung sind noch nicht abschließend geklärt, auf die oben skizzierten Probleme (Gesamt- oder Einzelvertretung) kommt es bei einem einzigen Kommanditisten jedoch im Ergebnis nicht an.

Will man angesichts der noch ungeklärten Rechtslage auch der „**organschaftlichen Lösung**“ Rechnung tragen, so kann man den Kommanditisten zugleich (ggf. hilfsweise) im eigenen Namen handeln lassen. Ebenso spricht u. E. nichts dagegen, den Komplementärgeschäftsführer in der GmbH-Gesellschafterversammlung zusätzlich nach altem Muster handeln zu lassen. Mit Blick auf die Zukunft dürfte eine eindeutige Regelung im KG-Vertrag zu empfehlen sein, mag sie auch deklaratorisch sein.

## Literaturhinweise

**C. U. Beisel/N. Yousefi**, Das Selbstkontrahierungsverbot des Geschäftsführers einer Komplementär-GmbH im Verhältnis zur GmbH & Co. KG, DNotZ 2024, 884

**H. Grziwotz**, Grunderwerbsteuer bei Erschließungskostenübernahme im Grundstückskaufvertrag, DNotZ 2024, 895

**W. Mayer/R. Knaier**, Der Anspruch auf Neuanlage von Register- und Grundbuchblättern, Rpfleger 2024, 713

**K. Muscheler**, Die Haftungsbeschränkung des § 2214 BGB, ZEVI 2024, 785

**A. Rosiak**, Gestaltungsmöglichkeiten nach Eintritt der Bindungswirkung erbrechtlicher Verfügungen, RNotZ 2024, 557

## Veranstaltung

**Vortragsabend des Forschungsinstituts für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin**

**„Neuerungen bei innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Umwandlungen durch das UmRUG“**

### Veranstaltungsort:

Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Unter den Linden 9, Raum 213, 10099 Berlin

**Datum:**

Donnerstag, 23.01.2025, 18:00 Uhr s.t.

**Referent:**

Prof. Dr. Eberhard Schollmeyer

**Anmeldung:**

per E-Mail an [annemarie.harlfinger.1@hu-berlin](mailto:annemarie.harlfinger.1@hu-berlin) oder  
an [angela.klopsch@hu-berlin.de](mailto:angela.klopsch@hu-berlin.de)

**Kontakt Daten:**

Forschungsinstitut für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin, Unter den Linden 6, 10099 Berlin, E-Mail: [notarinstitut@rewi.hu-berlin.de](mailto:notarinstitut@rewi.hu-berlin.de); Tel.: 030/20933439

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

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19  
Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225  
E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

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

**Redaktion:** Notarassessorin Katharina Baunach

**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 Vervielfältigung 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