

Jede urheberrechtliche Nutzung ist grundsätzlich untersagt, insbesondere mit, für oder in KI-Systemen oder KI-Modellen. Die Nutzung zum Text-und-Data-Mining nach § 44b Abs. 3 UrhG wird vorbehalten.

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2325 – Wertberechnung gem. § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB und Fristbeginn gem. § 2325 Abs. 3 BGB bei Grundstücksüberlassung unter vorbehaltenem Nutzungsrecht; Verknüpfung beider Aspekte

BGB §§ 181, 875, 1183, 1191, 1192; GBO §§ 19, 29 – Inisichgeschäft; Löschung einer zugunsten des nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Vertreters bestehenden Grundschuld durch den Vertreter

WEG a. F. §§ 7 Abs. 3, 15; WEG n. F. §§ 7 Abs. 3 S. 1, 10; BGB § 874; GBO § 44 Abs. 2 S. 2 – Grundbuchliche Verlautbarung von Sondernutzungsrechten durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung; materiell-rechtliche Anforderungen an den

Eintragungsvermerk bei einer Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung

BGB §§ 168, 1820 – Fortbestand der Vorsorgevollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus

Rechtsprechung

EGBGB Art. 11, 13 – Wirksamkeit einer Eheschließung per Videotelefonie vor einem Trauungsorgan in den USA; Eheschließung nach ausländischer Ortsform; Ort der Eheschließung bei Eheschließung per Videotelefonie; ausländische Amtsperson als „Standesbeamter“ i. S. d. BGB

Literaturhinweise

Veranstaltungen

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 mit Beginn des Jahres 2025 geändert haben, kann der DNotI-Report nicht mehr wie bislang versandt werden. Konkret besteht für Postvertriebsstücke nun ein

Mindestgewicht von 50g. Die Ausgaben, die Sie bislang in Händen hielten, wiegen allerdings nur 23g.

Um weiterhin die vergleichsweise günstige Versandmethode ohne Briefumschlag nutzen zu können, haben wir uns dazu entschieden, den Rhythmus des Erscheinens 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 § 2325

Wertberechnung gem. § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB und Fristbeginn gem. § 2325 Abs. 3 BGB bei Grundstücksüberlassung unter vorbehaltenem Nutzungsrecht; Verknüpfung beider Aspekte

I. Sachverhalt

Frau S. hat im Jahr 1994 ein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück unter Nießbrauchsvorbehalt auf ihre Tochter übertragen. Im Jahr 2023 verstarb Frau S. Im Zeitpunkt der Übertragung war das Grundstück inflationsbereinigt noch 390.000,00 € wert; im Zeitpunkt des Todes von Frau S. betrug der Wert nur noch 330.000,00 €.

Ein weiteres Kind von Frau S. macht nun Pflichtteilergänzungsansprüche gegen die Tochter geltend. Nach dem Niederstwertprinzip des § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB kommt der Wert von 330.000,00 € zum Ansatz. In diesem Fall darf nach der Rechtsprechung des BGH der Nießbrauch nicht wertmindernd abgezogen werden, weil der Nießbrauch im maßgeblichen Betrachtungszeitpunkt (Tod der Frau S.) erloschen ist.

II. Frage

Bleibt der vorbehaltene Nießbrauch auch bei der Bestimmung des Beginns der 10-Jahres-Frist nach § 2325 Abs. 3 BGB unberücksichtigt, wenn gem. § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB der Wert der übertragenen Immobilie im Zeitpunkt des Todes zugrunde zu legen ist und dabei nach der Rechtsprechung des BGH der

Nießbrauch nicht wertmindernd abgezogen werden darf, mit der Folge, dass die 10-Jahres-Frist dann bereits im Jahr 1994 zu laufen begonnen hätte?

III. Zur Rechtslage

1. Wertberechnung gem. § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB und vorbehaltenes Nutzungsrecht

Bei der Bemessung des Schenkungswerts nach § 2325 Abs. 2 BGB im Rahmen der Berechnung des Pflichtteilergänzungsanspruchs kann nach ständiger Rechtsprechung des BGH der kapitalisierte Wert eines vorbehaltenen Nutzungsrechts vom Wert des Grundstücks in Abzug gebracht werden, unabhängig davon, ob das Nutzungsrecht, das vorbehalten wurde, als Gegenleistung oder als Auflage vereinbart war (vgl. BGH NJW-RR 1996, 705; NJW-RR 1990, 1158). Der BGH geht folglich davon aus, dass der Wert der vorbehaltenen Nutzung den Wert des geschenkten Gegenstandes vermindert, mit der Begründung, der Pflichtteilsberechtigte sei (lediglich) so zu stellen, als sei der Gegenstand zur Zeit der dinglichen Vollziehung der Schenkung in Geld umgesetzt worden (BGH NJW 1992, 2887).

Allerdings kann der **kapitalisierte Wert des Nutzungsrechts** nach der (umstrittenen) Rechtsprechung des BGH **nur dann** vom Schenkungsgegenstand **in Abzug gebracht werden, wenn es im Rahmen des § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB** nach dem sogenannten Niederstwertprinzip **auf den niedrigeren Wert des Schenkungsgegenstandes zum Zeitpunkt der Schenkung ankommt**. Kommt es dagegen auf den Wert zum Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalles an, würde ein Wertabzug nach der Rechtsprechung ausscheiden, zumal zu diesem Zeitpunkt das Nutzungsrecht regelmäßig erlischt (vgl. dazu zuletzt BGH NJW-RR 2006, 877; Überblick bei BeckOGK-BGB/A. Schindler, Std.: 1.10.2024, § 2325 Rn. 183 ff.; BeckOK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.11.2024, § 2325 Rn. 40 ff.).

Die referierte Auffassung des BGH zur Behandlung vorbehaltener Nutzungsrechte bei der Bewertung ist – insbesondere bei vergleichender Betrachtung der damit im Ergebnis gewonnenen Bewertungsansätze – wenig plausibel und stößt dementsprechend in der Literatur auf **Kritik** (Überblick z. B. bei Schlitt, in: Schlitt/Müller-Engels, Handbuch Pflichtteilsrecht, 3. Aufl. 2024, § 6 Rn 13 ff.; Pawlytta, in: Mayer/Süß/Riedel/Bittler, Handbuch Pflichtteilsrecht, 5. Aufl. 2024, § 5 Rn. 114 ff.). Eine Gegenauffassung steht auf dem Standpunkt, der Wert des vorbehaltenen Nutzungsrechts sei **unter keinen Umständen** vom Wert des Zuwendungsobjekts **abziehbar** (so etwa

Leipold, JZ 1994, 1121, 1122 f.; Liedel, MittBayNot 1992, 238, 239 ff.). Es sei mit dem Gerechtigkeitsempfinden nicht vereinbar, wenn der Abzug des Nießbrauchs davon abhängig sein soll, ob der Wert des Grundstücks zwischen der Schenkung und dem Erbfall – ggf. nur geringfügig – gestiegen sei oder nicht. Es liege ein zeitlich gestreckter Vermögenserwerb vor, der sich erst mit dem Tod des Erblassers vollende. Die direkt konträre Position will den Nutzungswert hingegen **immer abziehen**, mag der Gegenstandswert beim Schenkungsvollzug oder beim Erbfall für die Pflichtteilergänzung maßgeblich sein (so z. B. Link, ZEV 2005, 283, 285 f.; N. Mayer, ZEV 1994, 325, 326). Der Nutzungswert stelle einen eigenständigen wirtschaftlichen Wert dar, den der Schenker nicht übertrage, sondern für sich nutze – so erspare sich der Schenker anderweitige Mietzahlungen, was durch diese Ersparnis unmittelbar den Nachlasswert erhöhe. Am Nachlasswert partizipiere der Pflichtteilsberechtigte ohnehin bereits über seinen (ordentlichen) Pflichtteilsanspruch (Pawlytta, § 5 Rn. 117). Die zuletzt referierte Sichtweise halten wir für wirtschaftlich stimmig und sachgerecht. Die **vertragsgestaltende Praxis** muss gleichwohl bis auf Weiteres die anderslautende **Judikatur des BGH** zugrunde legen.

2. Fristanlauf gem. § 2325 Abs. 3 S. 1 u. 2 BGB und vorbehaltenes Nutzungsrecht

Zur Frage des Fristanlaufs nach § 2325 Abs. 3 S. 1 u. 2 BGB bei Vorbehalt eines Nutzungsrechts hat der BGH in seiner grundlegenden Entscheidung vom 27.4.1994 (DNotZ 1994, 784 m. Anm. Siegmann) für einen Sachverhalt, bei dem sich der Erblasser am lebzeitig übertragenen Grundbesitz – wie auch vorliegend – einen umfassenden Nießbrauch vorbehalten hatte, entschieden, dass eine solche Schenkung unabhängig vom dinglichen Vollzug (Eigentumsumschreibung) gem. § 2325 Abs. 1, 3 BGB ergänzungspflichtig bleibt, weil der Schenker durch den vorbehaltenen Nießbrauch den „Genuss“ des verschenkten Gegenstandes nicht aufgegeben habe. Der BGH hat dabei weiterhin ausgeführt, dass eine **Leistung i. S. v. § 2325 Abs. 3 S. 2 BGB nur dann vorliege, wenn der Erblasser nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgegeben, sondern auch darauf verzichtet habe, den verschenkten Gegenstand im Wesentlichen weiterhin zu nutzen**. Hierbei sei unerheblich, ob die weitere Nutzung aufgrund eines vorbehaltenen dinglichen Rechts oder durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche erfolge (zustimmend referiert etwa bei Grüneberg/Weidlich, BGB, 84. Aufl. 2025, § 2325 Rn. 26).

3. Keine Verknüpfung von § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB und § 2325 Abs. 3 BGB

Gegen eine Verknüpfung der Frage des **Wertansatzes nach dem Niederstwertprinzip** gem. § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB **und des Fristanlaufs** nach § 2325 Abs. 3 BGB in der angedachten Weise (keine Berücksichtigung des Nießbrauchs im Rahmen des § 2325 Abs. 3 BGB, wenn im Rahmen des § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB nach dem Niederstwertprinzip auf den Zeitpunkt des Erbfalls abzustellen und deswegen der Nießbrauchswert nicht abzuziehen ist) hat sich der **BGH** bereits in seiner genannten Grundsatzentscheidung (DNotZ 1994, 784, 786) recht deutlich **ausgesprochen**. Er führt dort u. a. aus (unter Ziff. I 3):

„Aus dem Umstand, dass die Erblasserin die Nutzung hier bis zu ihrem Tode nicht entbehrte, folgt zwar, dass die Grundstücke dem Pflichtteilergänzungsanspruch unterliegen. Das bedeutet aber nicht, dass der Erbfall der für ihre Bewertung maßgebliche Stichtag sei, wie der Kläger meint. Das Berufungsgericht hat vielmehr richtig erkannt, dass insoweit § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB anzuwenden ist. Danach ist zunächst zu prüfen, ob die Grundstücke ohne Berücksichtigung der vorbehaltenen Rechte im Zeitpunkt der Umschreibung im Grundbuch inflationsbereinigt weniger wert waren als beim Erbfall (vgl. dazu BGHZ 118, 49, 50 = NJW 1992, 2887 [...]). Ist dies der Fall, kommt es auf die Differenz zwischen dem Grundstückswert und dem Wert der vorbehaltenen Rechte im Zeitpunkt der Umschreibung im Grundbuch an, mag dieser Stichtag auch mehr als 10 Jahre vor dem Erbfall liegen.

Die unterschiedlichen Zielvorgaben des Gesetzgebers zu § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB einerseits und zu § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB andererseits lassen eine Auslegung dieser Vorschriften von einem einheitlichen Ansatz her nicht zu [...].“

Diese Ausführungen lassen sich nur so verstehen, dass der **Wertansatz** nach dem Niederstwertprinzip **gem. § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB** einerseits und der **Fristanlauf gem. § 2325 Abs. 3 S. 1 u. 2 BGB** andererseits **getrennt voneinander zu prüfende Teilfragen** des Pflichtteilergänzungsanspruchs darstellen. Ist – wie in dem unterbreiteten Sachverhalt – der nach dem Niederstwertprinzip gem. § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB maßgebende Zeitpunkt derjenige des Erbfalls und ist der Nießbrauch deswegen im Rahmen dieser Wertberechnung nach der bislang ständigen Rechtsprechung des BGH nicht abziehbar, so folgt daraus gleichwohl nicht, dass er für die vom BGH vertretene Hemmung des Fristanlaufs gem. § 2325 Abs. 3 BGB ausnahmsweise ebenso unberücksichtigt zu bleiben habe.

Die vom BGH für seine Rechtsprechung zur Hemmung des Fristanlaufs beim vorbehaltenen Nießbrauch gegebene Begründung macht dies indirekt nochmals deutlich. Der BGH nimmt für seine Rechtsprechung den **historischen Gesetzgeber** (Prot. V, S. 587, 588) in Anspruch und führt hierzu aus: Von dem fiktiven Nachlass, aus dem der Pflichtteilsergänzungsanspruch berechnet wird, habe der Gesetzgeber nur solche Schenkungen ausnehmen wollen, deren Folgen der Erblasser längere Zeit hindurch zu tragen und in die er sich daher eingewöhnen hatte. Darin habe der Gesetzgeber eine gewisse Sicherheit vor „böslischen“ Schenkungen gesehen, durch die Pflichtteilsberechtigte benachteiligt werden sollten. Deshalb gelte eine Schenkung nicht als i. S. v. § 2325 Abs. 3 Hs. 1 BGB geleistet, wenn der Erblasser den „Genuss“ des verschenkten Gegenstandes nach der Schenkung nicht auch tatsächlich entbehren müsse.

Diese für die Begründung der Hemmung des Fristanlaufs beim vorbehaltenen Nießbrauch aus Sicht des BGH tragende Bewertung ist offensichtlich ganz unabhängig davon, ob im Rahmen der andersartigen Frage der Wertbemessung gem. § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB auf den Zeitpunkt der Schenkung (mit der Folge des Abzugs des kapitalisierten Nießbrauchwertes) oder auf den Zeitpunkt des Erbfalls (mit der Folge des Nichtabzugs) abzustellen ist. Bei beiden Fallgestaltungen hat der Erblasser, wenn er sich anlässlich der Überlassung zu seinen Gunsten einen Nießbrauch vorbehalten hat, den Genuss des verschenkten Gegenstandes nicht tatsächlich entbehren müssen.

Zwar stößt die ständige Rechtsprechung des BGH zur Hemmung des Fristanlaufs gem. § 2325 Abs. 3 S. 1 u. 2 BGB im Falle eines Nießbrauchsvorbehalts in der Literatur vielfach auf Kritik (exemplarisch etwa Muscheler, Erbrecht, Bd. II, 2010, Rn. 4251; Lange, Erbrecht, 3. Aufl. 2022, § 91 Rn. 140; BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2325 Rn. 54). Für die Vertragsgestaltungspraxis wird man diese ständig fortgeführte Rechtsprechung gleichwohl zugrunde legen müssen.

4. Ergebnis

Ist ein **vorbehaltener Nießbrauch** vom Schenkungswert eines Grundstücks gem. § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB nach höchstrichterlicher Rechtsprechung **nicht abziehbar**, weil im Rahmen des Niederwertprinzip auf den Schenkungswert zum Zeitpunkt des Erbfalls abzustellen ist, so **ändert** dies aus Sicht der Rechtsprechung gleichwohl **nichts daran**, dass der vorbehaltene Nießbrauch auch bei einer solchen Fallgestaltung den **Fristanlauf** gem. § 2325 Abs. 3 S. 1 u. 2 BGB mangels Vorliegens einer „Leistung“ im vom BGH verstandenen Sinne **hemmt**.

BGB §§ 181, 875, 1183, 1191, 1192; GBO §§ 19, 29

Insichgeschäft; Löschung einer zugunsten des nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Vertreters bestehenden Grundschuld durch den Vertreter

I. Sachverhalt

Eine GmbH verkauft ein Grundstück, das mit einer Grundschuld zugunsten des P belastet ist. P ist Prokurist der GmbH und mit dem Verkauf des Grundstücks betraut. Er ist zur Verfügung über Grundstücke befugt, jedoch nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Bei der Beurkundung des Kaufvertrags vertritt P die GmbH. Die Kaufvertragsurkunde beinhaltet mit dem Löschantrag auch die Zustimmungserklärung des Eigentümers zur Löschung der Grundschuld. Die Lösungsbewilligung erklärt P zu separater Urkunde. Das Grundbuchamt hält den Löschantrag nicht für vollzugsfähig und hat eine Zwischenverfügung erlassen. Es verlangt die Genehmigung des Kaufvertrages durch die Geschäftsführerin der GmbH, weil der Antrag auf Löschung der Grundschuld in der Urkunde ein Insichgeschäft darstellen würde.

II. Frage

Besteht in dieser Konstellation tatsächlich ein Problem mit § 181 BGB?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeines zum Vertretungsausschluss nach § 181 BGB

Nach § 181 BGB kann ein Vertreter, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Neben den ausdrücklich im Wortlaut der Norm verankerten Ausnahmefällen der Gestattung und der Handlung in Erfüllung einer Verbindlichkeit ist es zudem allgemein anerkannt, dass mangels Interessenkonflikt kein Verbot des Insichgeschäfts besteht, wenn das Rechtsgeschäft für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft oder zumindest rechtlich neutral ist (BeckOK-BGB/Schäfer, Std.: 1.11.2024, § 181 Rn. 19).

2. Zur Beseitigung eines Grundpfandrechts erforderliche Erklärungen

Für die Löschung einer (Fremd-)Grundschuld bedarf es *materiell-rechtlich* sowohl der Aufgabekerlä-

zung des Grundpfandrechtsgläubigers (§ 875 BGB) als auch der Zustimmung des Eigentümers (§§ 1183, 1192 BGB). *Grundbuchverfahrensrechtlich* sind in Anlehnung hieran die entsprechende Löschungsbewilligung des Grundschuldgläubigers (§§ 19, 29 GBO) sowie die Zustimmung des Eigentümers zur Löschung (§§ 27, 29 GBO) erforderlich. Es handelt sich hierbei keineswegs um höchstpersönliche Erklärungen; eine Stellvertretung ist zulässig. In Frage steht vorliegend jedoch die Anwendbarkeit des § 181 BGB.

Auf verfahrensrechtliche Erklärungen ist § 181 BGB grundsätzlich nicht anwendbar (BeckOGK-BGB/Krafka, Std.: 1.10.2024, § 181 Rn. 225 m. w. N.). Liegt der Bewilligung aber materiell-rechtlich eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung zugrunde, wie z. B. bei der Löschungsbewilligung die Aufgabenerklärung gem. § 875 BGB, muss das Grundbuchamt im Hinblick auf seine Pflicht, das Grundbuch richtig zu halten, prüfen, ob der Vertreter (auch) hinsichtlich der materiell-rechtlichen Erklärungen im Einklang mit § 181 BGB handelt. Ist dies nicht der Fall, fehlt dem Erklärenden insoweit die aus dem materiellen Recht abgeleitete **Bewilligungsbefugnis** (Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 19 Rn. 88).

Es stellt sich somit die Frage, ob § 181 BGB vorliegend auf materiell-rechtlicher Ebene im Rahmen der Löschung einer Grundschuld, die zugunsten des Vertreters besteht, einschlägig ist.

3. Anwendbarkeit von § 181 Alt. 1 BGB auf den vorliegenden Fall

a) Entscheidung des BGH v. 27.2.1980

Für die *umgekehrte* Vertretungskonstellation hat der BGH dies in seinem Beschluss v. 27.2.1980 (NJW 1980, 1577) bejaht. In dem entschiedenen Fall hatte der **Grundstückseigentümer** neben der eigenen Zustimmungserklärung (§ 1183 BGB) zugleich **als Vertreter des Grundpfandrechtsgläubigers die Aufgabe des Grundpfandrechts** (§ 875 BGB) erklärt. Der BGH sah im Hinblick auf die Aufgabenerklärung ein nach § 181 BGB **verbotenes Insichgeschäft** gegeben, da der Vertreter als Grundstückseigentümer hierdurch letztlich begünstigt wird, was einen entsprechenden Interessenkonflikt impliziert. Dass nach § 875 Abs. 1 S. 2 BGB der Grundpfandgläubiger das Recht durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Begünstigten abgeben kann, ändert an der Anwendbarkeit des § 181 BGB nichts, da jedenfalls in beiden Fällen der Eigentümer des belasteten Grundstücks der durch die Aufgabenerklärung materiell Begünstigte ist. Dem hat sich die Literatur weitgehend angeschlossen (NK-BGB/Krause, 5. Aufl. 2021, § 1183 Rn. 9; Grüneberg/Herrler, BGB, 84. Aufl. 2025,

§ 1183 Rn. 4; BeckOK-BGB/Rohe, Std.: 1.11.2024, § 1183 Rn. 3; MünchKommBGB/Lieder, 9. Aufl. 2023, § 1183 Rn. 13 m. w. N.; a. A. BeckOGK-BGB/Volmer, Std.: 1.11.2024, § 1183 Rn. 24).

b) Vorliegender Fall: Rechtslage umstritten

Für den hier interessierenden Fall, dass der **Grundpfandrechtsgläubiger** im eigenen Namen die Aufgabenerklärung (§ 875 BGB) und darüber hinaus im fremden Namen **als Vertreter des Grundstückseigentümers die Zustimmung zur Löschung** (§ 1183 BGB) erklärt, ist die Rechtslage hingegen **umstritten**. Einige Stimmen in der Literatur halten – überwiegend ohne vertiefte Auseinandersetzung mit der Norm – die Anwendbarkeit des § 181 BGB auch für diesen Fall gegeben (NK-BGB/Krause, § 1183 Rn. 9; MünchKommBGB/Lieder, § 1183 Rn. 13 m. w. N.). Demgegenüber sehen Teile der Literatur einen erkennbaren Unterschied in dieser Fallgestaltung. Insbesondere bestehe hier gerade kein Interessenkonflikt, da dem Grundpfandrechtsgläubiger nach seiner Aufgabenerklärung die Frage des Fortbestehens der Grundschuld gleichgültig sei (Staudinger/Wolfsteiner, 2019, § 1183 Rn. 10; Grüneberg/Herrler, § 1183 Rn. 4).

c) Eigene Auffassung

Letztere Ansicht erscheint u. E. überzeugender. Hinter § 181 BGB steht die Wertung der Vermeidung einer generell-abstrakten Interessengefährdung bedingt durch einen potentiellen Interessen*konflikt* in der Person Vertreters. Einen solchen **potentiellen Interessenkonflikt**, der die Anwendbarkeit des § 181 BGB rechtfertigen würde, können wir im Verhältnis zwischen Vertreter und Vertretenem nach Abgabe der Aufgabenerklärung des Grundpfandrechtsinhabers im Hinblick auf die Eigentümerzustimmung nach § 1183 BGB jedoch **nicht erkennen**. Zwar bestehen durchaus schutzwürdige Interessen des Eigentümers, darüber zu entscheiden, ob die Grundschuld rangwährend als Eigentümergrundschuld fortbestehen oder erlöschen soll. Hiermit korrespondiert jedoch kein gegenläufiges und somit *konfligierendes* Interesse des Grundschuldinhabers betreffend das weitere rechtliche Schicksal der Grundschuld. Vielmehr hat der Grundschuldinhaber durch die Aufgabenerklärung gerade zum Ausdruck gebracht, dass er selbst mit der Grundschuld kein Interesse mehr verbindet. Ein potentieller Interessen*konflikt* ließe sich allenfalls dann annehmen, wenn der Vertreter gleichzeitig nachrangiger Gläubiger eines weiteren Rechts wäre, welches infolge der Löschung des vorrangigen Grundpfandrechts eine Rangverbesserung erfahren würde. Hierfür ist im unterbreiteten Sachverhalt jedoch nichts vorgetragen.

Eine höchstrichterliche Entscheidung dieser Fallgestaltung steht bisweilen noch aus, sodass die Rechtslage gleichwohl als ungeklärt bezeichnet werden muss. Anzumerken ist indes, dass die Streitfrage nicht ausdrücklich mit Blick auf die Lastenfreistellung im Rahmen eines Kaufvertrages diskutiert wird, sodass u. E. die Kommentarliteratur für den vorliegenden Fall unergiebig ist.

4. Vorliegen der Voraussetzungen des § 181 Alt. 1 BGB im vorliegenden Fall

Nach unserem Dafürhalten kann die Frage nach der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 181 BGB vorliegend dahinstehen, denn selbst wenn man diese bejahen sollte, läge kein Verstoß gegen das Verbot des Insichgeschäfts vor, unabhängig davon, ob auf die Aufgabeerklärung nach § 875 BGB oder die Zustimmungserklärung nach § 1183 BGB abgestellt wird.

a) Lediglich rechtliche Vorteilhaftigkeit im Hinblick auf die Aufgabeerklärung

Stellt man auf die Aufgabeerklärung des Grundpfandrechtsgläubigers nach § 875 BGB ab, so ist festzustellen, dass diese für den Grundstückseigentümer lediglich rechtlich vorteilhaft ist (auch der BGH bezeichnet den Grundstückseigentümer in diesem Kontext als den „materiell Begünstigten“, NJW 1980, 1577). Zumindest wird man anerkennen müssen, dass die Aufgabeerklärung nach § 875 BGB für sich genommenen nicht zum Untergang der Grundschuld führt und somit keinerlei rechtliche Nachteile für Grundstückseigentümer mit sich bringt, sodass diese Erklärung aus der Sicht des Grundstückseigentümers zumindest als rechtlich neutral einzustufen ist. In dieser Konsequenz steht das Verbot des Insichgeschäfts dieser Erklärung vorliegend nicht entgegen.

b) Handeln in Erfüllung einer Verbindlichkeit im Hinblick auf die Zustimmungserklärung

Stellt man auf die Zustimmungserklärung des Grundstückseigentümers nach § 1183 BGB ab, so ist vorliegend festzustellen, dass diese hier mittelbar zwecks Erfüllung einer Verbindlichkeit des Grundstückseigentümers erfolgt. Eine Verbindlichkeit des vertretenen Grundstückseigentümers ergibt sich vorliegend aus dem beurkundeten Kaufvertrag. In diesem wurde der Grundstückseigentümer – dies unterstellen wir – zur lastenfreien Eigentumsverschaffung verpflichtet. Nach dem unterbreiteten Sachverhalt hatte der Prokurist auch eine entsprechende Vertretungsmacht, § 49 Abs. 1 u. 2 HGB. Wenn der Prokurist aber auf schuldrechtlicher Ebene den Grundstückseigentümer zu einer lastenfreien Eigentumsverschaffung an einen Dritten verpflichten kann, wäre es wertungswider-

sprüchlich, anzunehmen, dass ihm die Mitwirkung an der Erfüllung dieser Leistungspflicht unter Hinweis auf § 181 BGB verwehrt ist. Vielmehr handelt der Prokurist insoweit zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit des Grundstückseigentümers. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Antrag auf Löschung der Grundschuld gemeinsam mit dem Antrag auf Eigentumsumschreibung auf den Erwerber gestellt wird (im Zweifel sind in dieser gleichzeitigen Antragseinreichung sogar verbundene Anträge i. S. v. § 16 Abs. 2 GBO zu sehen, vgl. BayObLG NJW-RR 1994, 718; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 92). Die Gefahr eines Interessenkonflikts, vor der § 181 BGB (Insichgeschäfte) schützen will, kommt hier ersichtlich nicht in Betracht.

5. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 181 BGB auf die vorliegende Fallgestaltung umstritten und mangels höchstrichterlicher Klärung als unsicher zu bezeichnen ist. Aber auch bei Bejahung der Anwendbarkeit des § 181 BGB steht das Verbot des Insichgeschäfts dem konkreten Rechtsgeschäft vorliegend nicht entgegen, wenn der Antrag auf Löschung der Grundschuld – wie regelmäßig – gemeinsam mit dem Antrag auf Eigentumsumschreibung auf den Erwerber gestellt wird. Jedenfalls in dieser Situation greift § 181 BGB nicht ein.

WEG a. F. §§ 7 Abs. 3, 15; WEG n. F. §§ 7 Abs. 3 S. 1, 10; BGB § 874; GBO § 44 Abs. 2 S. 2

Grundbuchliche Verlautbarung von Sondernutzungsrechten durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung; materiellrechtliche Anforderungen an den Eintragungsvermerk bei einer Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung

I. Sachverhalt

In einer Teilungserklärung von 1972 wurden die Stellplätze in einer Tiefgarage mittels „Gebrauchsregelung nach § 15 Abs. 1 WEG“ zugewiesen und zwar dergestalt, dass „jede Wohnung den Stellplatz alleine nutzt, der die gleiche Nummer wie die Wohnung hat“. Die Gebrauchsregelung kann nach dem Inhalt der Teilungserklärung „nur mit Zustimmung des jeweils Berechtigten aufgehoben werden“. Allerdings wird weder in der Teilungserklärung noch im jeweiligen Bestandsverzeichnis der Wohnungsgrundbuchblätter das Wort „Sondernutzungsrecht“ erwähnt.

Im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs heißt es lediglich:

„Im übrigen wird wegen des Gegenstandes und des Inhalts des Sondereigentums Bezug genommen auf die Bewilligungen vom 3. Februar 1972 und 23. März 1972. Eingetragen am 5. Mai 1972.“

Eine Urkundenrollennummer und/oder der Name eines Notars sowie dessen Amtssitz werden im Text des grundbuchlichen Eintragungsvermerks an keiner Stelle genannt.

II. Fragen:

1. Handelt es sich bei der Gebrauchsregelung um die Zuweisung von Sondernutzungsrechten, obwohl dieser Begriff in der Teilungserklärung nicht erwähnt wird?

2. Genügt für die grundbuchliche Verlautbarung von Sondernutzungsrechten die zuvor zitierte Bezugnahme?

III. Zur Rechtslage:

1. Begriff des „Sondernutzungsrechts“

Sondernutzungsrechte sind (schuldrechtliche) Vereinbarungen der Wohnungseigentümer betreffend die Nutzung von Gemeinschaftseigentum (vgl. BeckOGK-WEG/Falkner, Std.: 1.12.2024, § 10 Rn. 366 – 374). Der Begriff des Sondernutzungsrechts ist bis heute nicht legaldefiniert, denn der Gesetzgeber hält eine solche Definition für entbehrlich. So führt der Gesetzgeber im Rahmen der WEG-Reform von 2007 aus (BT-Drucks. 16/887, S. 16):

„Ein Sondernutzungsrecht begründet nach allgemeiner Auffassung für den Berechtigten das Recht, einen Teil des gemeinschaftlichen Eigentums unter Ausschluss der übrigen Wohnungseigentümer zu nutzen (Palandt-Bassenge, 64. Auflage, § 13 WEG, Rn. 7 m. w. N.). Der in § 5 Abs. 4 Satz 2 und 3 WEG (neu) verwendete Begriff findet sich im Gesetz bislang nicht. Er ist eine Schöpfung der Rechtspraxis und hat sich bewährt. Es ist daher weder erforderlich noch sinnvoll, ihn gesetzlich zu definieren.“

Nach Ansicht des BGH handelt es sich bei einem **Sondernutzungsrecht** um eine **Gebrauchsregelung i. S. v. § 15 WEG a. F.** So äußerte sich das Gericht beispielsweise in einer Entscheidung aus dem Jahre 1979 wie folgt (BGH NJW 1979, 548 f.):

„2. Die Frage der Übertragung eines durch Gebrauchsregelung i. S. des § 15 WEG für einen Wohnungseigen-

tümer geschaffenen Nutzungsrechts – nach verbreiteter und auch im folgenden verwendeter Terminologie als Sondernutzungsrecht bezeichnet –, [...]“

Inwieweit dieser Begriff im Jahre der Errichtung der hier in Rede stehenden Teilungserklärung, also im Jahre 1972, bereits in den Sprachgebrauch der notariellen Gestaltungspraxis Eingang gefunden hat, vermögen wir zwar nicht zu beurteilen, kann allerdings auch dahinstehen, denn die Verwendung des Begriffs ist nicht erforderlich. Entscheidend ist nicht die *Bezeichnung*, sondern der *Inhalt* der Vereinbarung (vgl. OLG Saarbrücken NJW-RR 2011, 519, 520; BeckOGK-WEG/Meier, Std.: 1.5.2024, § 5 Rn. 157).

2. Verlautbarung von Sondernutzungsrechten im Grundbuch

Die Vereinbarung von Sondernutzungsrechten – als eine schuldrechtliche Vereinbarung der Wohnungseigentümer betreffend die Nutzung von Gemeinschaftseigentum – wirkt nur dann für und gegen Sonderrechtsnachfolger, wenn die Vereinbarung in das Grundbuch eingetragen wurde, § 10 Abs. 3 WEG (vgl. § 10 Abs. 2 WEG a. F.). Es entspricht allerdings ganz h. M., dass eine ausdrückliche Verlautbarung im jeweiligen Bestandsverzeichnis der Wohnungsggrundbuchblätter nicht erforderlich ist, sondern eine **Bezugnahme** gem. § 7 Abs. 3 S. 1 WEG (vgl. § 7 Abs. 3 WEG a. F.) **auf die Eintragungsbewilligung genügt** (vgl. OLG Frankfurt FGPrax 2022, 106; OLG München ZWE 2013, 404; OLG Zweibrücken FGPrax 2007, 161; BeckOK-WEG/Kral, Std.: 18.10.2024, § 7 Rn. 32; Hügel/Elzer, WEG, 4. Aufl. 2025, § 7 Rn. 17).

3. Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung a) Grundbuchverfahrensrechtliche Anforderungen an den Eintragungsvermerk

Nach § 44 Abs. 2 S. 2 GBO sollen in einer grundbuchlichen Bezugnahme der Name des Notars, der Notarin oder die Bezeichnung des Notariats und jeweils die Nummer der Urkundenrolle, bei Eintragungen auf Grund eines Ersuchens (§ 38) die Bezeichnung der ersuchenden Stelle und deren Aktenzeichen angegeben werden.

Die vorgenannte Bestimmung wurde allerdings erst im Rahmen der Novellierung des Grundbuchverfahrensrechts von 1993 (durch das RegV BG v. 20.12.1993, BGBl. I, S. 2182) in die GBO aufgenommen und stellt eine ausschließlich grundbuchverfahrensrechtliche Soll-Vorschrift dar (vgl. den Wortlaut der Norm sowie BR-Drucks. 360/93, S. 201 f.). Nach Art. 19 Abs. 1 RegV BG ist sie nur auf die am

25.12.1993 noch nicht im Grundbuch vollzogenen Eintragungen, Umschreibungen und Neufassungen anzuwenden. Im Jahre 1972 gab es eine vergleichbare Bestimmung weder in der damals geltenden GBO noch in der damals geltenden AVOGBO.

b) Materiell-rechtliche Anforderungen an den Eintragungsvermerk

Nach § 7 Abs. 3 S. 1 WEG (§ 7 Abs. 3 WEG a. F.) kann zur näheren Bezeichnung des Gegenstands und des Inhalts des Sondereigentums auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. In der Gesetzesbegründung vom 26.1.1951 (BR-Drucks. 75/51, S. 14) heißt es hierzu schlicht:

„Abs. 3 ermöglicht in weitem Umfang die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (vgl. § 874 BGB).“

Nach unserem Dafürhalten ist es daher gerechtfertigt, für die Beantwortung der hier interessierenden Rechtsfrage die materiell-rechtlichen Anforderungen für eine Bezugnahme nach § 874 BGB heranzuziehen. Danach kann bei der Eintragung eines Rechts, mit dem ein Grundstück belastet wird, zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Einer Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung steht dabei die Bezugnahme auf die bisherige Eintragung nach § 44 Abs. 3 S. 2 GBO gleich.

In Ansehung des grundbuchlichen Bezugnahmevermerks ist es hierbei ausreichend, wenn dieser beispielsweise lautet:

„... unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung vom ..., eingetragen am ...“

oder *„eingetragen gemäß Bewilligung vom ...“*

oder *„gemäß Eintragungsbewilligung vom ...“*

oder *„gemäß Urkunde vom ...“*

oder *„gemäß Bewilligung vom ...“*

(vgl. Staudinger/Ertl, 12. Aufl. 1989, § 874 Rn. 5; Soergel, BGB, 8. Aufl. 1955, § 874 Ziff. 2; Meikel/Imhof/Riedel, Grundbuchrecht, Bd. I, 6. Aufl. 1965, § 3 Rn. 307; Reichert, BWNotZ 1962, 117, 126, 132).

Das OLG Colmar (OLGE 16, 183) hatte sich beispielsweise mit der Rechtsfrage zu befassen, ob der Eintragungsvermerk *„gemäß Eintragungsbewilligung*

vom 23. Dezember 1907“ für eine Bezugnahme i. S. v. § 874 BGB genügt. Das Gericht bejahte diese Frage.

4. Würdigung des mitgeteilten Sachverhalts

Die Regelung in der Teilungserklärung (genauer gesagt: Gemeinschaftsordnung), dass *„jede Wohnung den Stellplatz alleine nutzt, der die gleiche Nummer wie die Wohnung hat“*, ist u. E. als die **Begründung von sog. Sondernutzungsrechten** zu verstehen. Hierbei ist es unschädlich, dass der Begriff des „Sondernutzungsrechts“ in der Teilungserklärung nicht verwendet wird. Entscheidend ist vielmehr der Inhalt der Vereinbarung, wonach der jeweilige Eigentümer einer Sondereigentumseinheit den jeweiligen Stellplatz alleine, also unter Ausschluss der übrigen Sondereigentümer nutzen darf.

Ebenso ist es unschädlich, dass diese Gebrauchsregelung betreffend die Stellplätze in den Bestandsverzeichnissen der Wohnungsgrundbuchblätter nicht ausdrücklich erwähnt wird. Insoweit **genügt** es, dass *„wegen des Gegenstandes und des Inhalts des Sondereigentums“* **auf die Eintragungsbewilligung(en) Bezug genommen** wird, d. h., eine ausdrückliche Verlautbarung der Sondernutzungsrechte im Bestandsverzeichnis ist nicht erforderlich.

Der mitgeteilte Eintragungsvermerk mag zwar angesichts der heutigen – dem § 44 Abs. 2 S. 2 GBO geschuldeten – Eintragungspraxis ungewöhnlich erscheinen, materiell-rechtlich bestehen indes keine Bedenken; es liegt eine **hinreichende Bezugnahme** i. S. v. § 7 Abs. 3 S. 1 WEG (§ 7 Abs. 3 WEG a. F.) vor.

5. Ergebnis

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass es sich bei der in Rede stehenden *„Gebrauchsregelung gem. § 15 WEG“* um die Begründung von sog. Sondernutzungsrechten an den Stellplätzen handelt und eine hinreichende grundbuchliche Verlautbarung i. S. v. § 7 Abs. 3 WEG (a. F.) vorliegt.

BGB §§ 168, 1820

Fortbestand der Vorsorgevollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus

I. Sachverhalt

Bei Abschluss eines Grundstückskaufvertrages wurde die im Grundbuch eingetragene Eigentümerin aufgrund notarieller Vollmacht vertreten. Tatsächlich war sie bei Abschluss des Kaufvertrages allerdings

bereits verstorben. Die umfassende Generalvollmacht enthält auf Seite 1 folgende Bestimmung:

„[...] die Vollmacht soll insbesondere als Betreuungsvollmacht zur Vermeidung der Anordnung einer Betreuung dienen und soll daher bei Eintritt einer Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers ausdrücklich nicht erlöschen.“

Auf Seite 5 der Vollmacht ist bestimmt:

„Die Vollmacht soll über den Tod des Vollmachtgebers hinaus gelten. Sie ist jederzeit frei widerruflich.“

Mit einer Zwischenverfügung fordert das Grundbuchamt die Genehmigung des Vertrages durch den Erben der verstorbenen Vollmachtgeberin. Begründet wird dies mit dem Wegfall der Vertretungsmacht aufgrund des Todes der Vollmachtgeberin, da der Zweck der Vollmacht die Vermeidung einer Betreuung sei und dieser Zweck mit dem Tod der Vollmachtgeberin ende.

II. Frage

Erlischt eine transmortale Vollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers ohne deren Widerruf durch die Erben allein dadurch, dass in der Vollmacht bestimmt wird, dass „die Vollmacht [...] insbesondere als Betreuungsvollmacht zur Vermeidung der Anordnung einer Betreuung dienen“ soll?

III. Zur Rechtslage

1. Gesetzliche Regelung – Rspr. zur Auslegungssproblematik

Das Erlöschen der Vorsorgevollmacht bestimmt sich wie bei jeder anderen Vollmacht gem. § 168 S. 1 BGB nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Da der Vorsorgevollmacht regelmäßig ein Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis zugrunde liegt, gilt insoweit § 672 S. 1 BGB, wonach der Auftrag **im Zweifel nicht durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers erlischt**. Daraus folgt, dass auch die Vorsorgevollmacht im Zweifel nicht durch den Tod des Vollmachtgebers erlischt.

Allerdings handelt es sich bei § 672 S. 1 BGB um eine **Auslegungsregel**, sodass ein abweichender Wille des Vollmachtgebers Vorrang hat.

Aus dem **speziellen Zweck** der Vorsorgevollmacht, dem Bevollmächtigten für den Fall der Betreuungsbedürftigkeit des Vollmachtgebers eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht einzuräumen, die der uneingeschränkten gesetzlichen Vertretungsmacht eines für

alle Angelegenheiten des Betreuten bestellten Betreuers entspricht, hat das **OLG Hamm** (NJW-RR 2003, 800) abgeleitet, dass die **Vorsorgevollmacht im Zweifel** bei Tod des Vollmachtgebers **erlischt**. Dies wurde unter anderem damit begründet, dass die Vorsorgevollmacht sowohl hinsichtlich ihres Umfangs als auch in Bezug auf das Innenverhältnis speziell auf die Bedürfnisse des Vollmachtgebers für den Fall seiner Betreuungsbedürftigkeit zugeschnitten gewesen sei, was maßgeblich dafür spreche, dass die Vollmacht – wie die gesetzliche Vertretungsmacht eines Betreuers – **auf die Dauer der Betreuungsbedürftigkeit beschränkt** werden sollte. Der vorstehenden Rechtsansicht des OLG Hamm hat sich später auch das **OLG München** in seinem Beschl. v. 7.7.2014 (NJW 2014, 3166) angeschlossen. Die beiden Gerichte gingen bei ihren Entscheidungen davon aus, dass je mehr der Auftragsgegenstand auf die Person und die **persönlichen Verhältnisse** und nicht nur auf das Vermögen des Auftraggebers ausgerichtet sei, desto eher das Erlöschen des Auftrags mit dem Tode des Auftraggebers anzunehmen sei (im Ausgangspunkt ebenso OLG Karlsruhe FGPrax 2023, 254, 255 m. w. N.).

Die vorstehende Rechtsprechung ist in der Literatur zu Recht zum Teil auf **Kritik** gestoßen (vgl. nur Litzemberger, FD-ErbR 2014, 362728; Müller-Engels, in: Würzburger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2022, Teil 3 Kap. 3 Rn. 34 f.), zumal die fehlende Transmortalität den praktischen Gebrauch der Vollmacht stark einschränkt. Kritisch äußert sich auch *Reetz* (in: Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl. 2024, § 27 Rn. 97), da der Tod des Vollmachtgebers lediglich personenspezifische Aufgaben wie Aufenthaltsbestimmung oder gesundheitliche Fürsorge entfallen lasse. *Litzemberger* (FD-ErbR 2014, 362728) empfiehlt daher, eine Vorsorgevollmacht in jedem Fall transmortal zu erteilen.

2. Regelung der transmortalen Geltung durch den Vollmachtgeber

Schließt man sich der vorstehenden Ansicht der Rechtsprechung an, erlischt eine Vorsorgevollmacht *im Zweifel* mit dem Tod des Vollmachtgebers.

Wurde die Vorsorgevollmacht dagegen **transmortal erteilt**, dann bleibt die Vorsorgevollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus wirksam. Die (gewünschte) transmortale Ausgestaltung der Vorsorgevollmacht geschieht in der notariellen Praxis regelmäßig dadurch, dass in die Vollmachtsurkunde die (ausdrückliche) Bestimmung aufgenommen wird, dass die erteilte Vollmacht „*nicht mit dem Tod des Vollmachtgebers erlöschen soll*“ bzw. die „*erteilte*

Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus gelten“ bzw. „über den Tod des Vollmachtgebers hinaus ihre Gültigkeit behalten“ soll (vgl. nur Müller-Engels, Teil 3 Kap. 3 Rn. 1). Eine Regelung im letzteren Sinn war im vorliegenden Fall gerade getroffen worden: In der Vollmachtsurkunde ist explizit bestimmt, dass die Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus gelten soll. Damit **liegt eindeutig eine transmortale Vollmacht vor**, so dass für eine hiervon **abweichende Auslegung** der Vollmacht i. S. der o. a. Rechtsprechung **kein Raum** bleibt.

Die beiden o. g. Gerichtsentscheidungen des OLG Hamm (NJW-RR 2003, 800) und des OLG München (NJW 2014, 3166) können für eine abweichende Ansicht nicht herangezogen werden, da es dort an einer ausdrücklichen Regelung zur Frage, ob die erteilte Vollmacht auch über den Tod des Vollmachtgebers hinaus fortgelten sollte, gerade fehlte und damit eine Auslegungsproblematik gegeben war (vgl. dazu OLG München NJW 2014, 3166, 3167: „Die vorgelegte Vollmacht besagt ausdrücklich nichts dazu, ob sie mit dem Tod des Vollmachtgebers endet. Was für diesen Fall gelten soll, ist durch Auslegung des Auftragsverhältnisses (§ 662 BGB) zu ermitteln.“). Im vorliegenden Fall wurde aber zur Frage der **Fortgeltung** eine **eindeutige Regelung** getroffen, sodass **kein Auslegungsbedürfnis** – und damit auch kein Auslegungsspielraum – besteht.

Ein Auslegungsbedürfnis ergibt sich auch nicht etwa aus der eingangs in der Vollmachtsurkunde enthaltenen Ausführung, dass „*die Vollmacht insbesondere als Betreuungsvollmacht zur Vermeidung der Anordnung einer Betreuung dienen*“ soll. Mit dieser Klausel wird im Allgemeinen nur der **spezifische Vorsorgecharakter** der Vollmacht ausgedrückt, um klar zu stellen, dass es sich nicht um eine „allgemeine“ Generalvollmacht, sondern um eine Vorsorgevollmacht handelt, die im Hinblick auf eine künftige Betreuungsbedürftigkeit des Vollmachtgebers erteilt wird und mit deren Erteilung die Bestellung eines Betreuers nach den §§ 1814 ff. BGB vermieden werden soll, sodass sie gerade über den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit hinaus fortgelten soll. Für die Frage, ob die Vollmacht mit dem Tod des Vollmachtgebers erlöschen soll, lässt sich hieraus u. E. nichts herleiten, zumal **Vorsorgevollmachten** zumindest **in der notariellen Praxis weit überwiegend transmortal ausgestaltet** werden (vgl. Renner/Braun, in: Müller-Engels/Braun, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 6. Aufl. 2022, Kap. 2 Rn. 123 ff.; Reetz, § 16 Rn. 220; Renner, in: Münch, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2023, § 16 Rn. 72, § 22 Rn. 49).

Schließlich bleibt noch auf die **aktuelle Rechtsprechung** zur vorliegenden Thematik hinzuweisen. So hat etwa das **OLG Bremen** in einem aktuellen Beschluss eine Vorsorgevollmacht, die keine explizite Bestimmung zur Fortgeltung über den Tod hinaus enthielt, als transmortale Vollmacht ausgelegt (OLG Bremen FGPrax 2023, 241). Diese Entscheidung ist für die vorliegende Problematik, in der eine explizite Regelung zur Fortgeltung getroffen worden ist, zwar nicht unmittelbar einschlägig. Die Entscheidung dürfte aber zumindest als **vorsichtige Abkehr von der oben dargelegten, engen Auslegungspraxis** des OLG Hamm und des OLG München anzusehen sein. Dies ist begrüßenswert, zumal dies eher in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Regelung des § 672 S. 1 BGB steht, wonach im Zweifel von einer Fortgeltung der Vollmacht im Todesfall auszugehen ist. Dies gilt aus unserer Sicht grundsätzlich auch für Vorsorgevollmachten.

Für den vorliegenden Fall unmittelbar von Interesse ist aber jedenfalls der Beschluss des **OLG Karlsruhe** v. 17.8.2023 (FGPrax 2023, 254). Dort war in der Vollmachtsurkunde (nur) explizit geregelt, dass die Vollmacht auch im Falle der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers gültig bleiben soll. **Für den Fall des Todes fehlte eine entsprechende Bestimmung**. Allerdings war am Schluss der Urkunde vermerkt, dass der Notar darauf hingewiesen hat, dass diese Vollmacht über den Tod hinaus wirkt, jederzeit widerruflich ist und dass bei Widerruf darauf zu achten ist, dass sämtliche Ausfertigungen der Vollmacht vom Bevollmächtigten herausgegeben werden. Obwohl der Inhalt des Belehrungsvermerks nicht mit einer entsprechenden Willenserklärung des Vollmachtgebers gleichgesetzt werden kann und es damit (anders als im vorliegenden Fall) an einer expliziten Regelung der transmortalen Wirkung der Vollmacht fehlte, **legte** das OLG Karlsruhe gleichwohl die Urkunde entgegen der Ansicht des Grundbuchamts **als transmortale Vollmacht aus**. Dabei stützte sich das OLG Karlsruhe auf verschiedene Indizien, wie etwa den mitgeteilten Belehrungsvermerk, den vermögensrechtlichen Schwerpunkt der Vorsorgevollmacht sowie das Fehlen weiterer Voraussetzungen für den wirksamen Gebrauch der Vollmacht (wie etwa der medizinischen Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers). Eine abschließende Klärung, ob bei Vorsorgevollmachten tatsächlich – wie von der bislang herrschenden Rechtsprechung angenommen – ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten des Erlöschens bestehe, wollte das OLG Karlsruhe damit allerdings bewusst nicht vornehmen. Immerhin lässt sich jedoch auch an der Entscheidung des OLG Karlsruhe ein – begrüßenswerter

– Trend der Rechtsprechung erkennen, von der bislang restriktiven Linie der Rechtsprechung hinsichtlich der Annahme der transmortalen Fortgeltung einer Vorsorgevollmacht abzuweichen.

3. Ergebnis

Im Ergebnis kann im vorliegenden Fall aufgrund der ausdrücklichen Regelung des Vollmachtgebers hinsichtlich der Fortgeltung der Vollmacht über den Tod hinaus davon ausgegangen werden, dass eine **transmortale Vollmacht** vorliegt. Die Auslegungsproblematik bei Fehlen einer expliziten Regelung, mit der sich die Rechtsprechung bislang überwiegend befasst hat, spielt daher vorliegend keine Rolle.

Was die – hier nicht einschlägige – Auslegungsproblematik angeht, so lässt sich im Übrigen zumindest in der jüngeren Rechtsprechung ein Trend erkennen, von der restriktiven Linie der bislang herrschenden Rechtsprechung abzuweichen. Hierfür spricht, dass eine Fortgeltung der Vorsorgevollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers in vermögensrechtlicher Hinsicht sinnvoll und in der Regel vom Vollmachtgeber gewünscht sein wird.

Rechtsprechung

EGBGB Art. 11, 13

Wirksamkeit einer Eheschließung per Videotelefonie vor einem Trauungsorgan in den USA; Eheschließung nach ausländischer Ortsform; Ort der Eheschließung bei Eheschließung per Videotelefonie; ausländische Amtsperson als „Standesbeamter“ i. S. d. BGB

Geben Verlobte die Eheschließungserklärungen in Deutschland ab, handelt es sich um eine Eheschließung im Inland und kann die Ehe daher nur in der hier vorgeschriebenen Form geschlossen werden. Eine Eheschließung durch von Deutschland aus per Videotelefonie vor einem Trauungsorgan im Ausland (hier: Behörde in Utah/USA) abgegebene Erklärungen ist unwirksam (Abgrenzung zu Senatsbeschluss vom 29. September 2021 – XII ZB 309/21 – FamRZ 2022, 93).

BGH, Beschl. v. 25.9.2024 – XII ZB 244/22

Problem

Die Antragsteller sind nigerianische Staatsangehörige. Im Mai 2022 gaben die Antragsteller, die sich beide in Deutschland aufhielten, im Wege der zeitgleichen Übertragung in Bild und Ton gegenüber einer Amts-

person in Utah die für die Eheschließung erforderlichen Erklärungen ab. Sie erhielten anschließend aus Utah eine Heiratsurkunde mit Apostille übersandt.

Nachdem die deutsche Meldebehörde die Eheschließung nicht anerkannt hatte, meldeten sich die Beteiligten beim lokalen Standesamt zur erneuten Eheschließung an. Das Standesamt wiederum hat eine Zweifelsvorlage beim Amtsgericht eingereicht mit der Frage, ob die in Utah vorgenommene Eheschließung einer erneuten Eheschließung in Deutschland entgegenstehe.

Nach Art. 11 Abs. 1 Var. 2 EGBGB ist eine Eheschließung im Ausland formwirksam vorgenommen, wenn sie in der vom dortigen Recht vorgesehenen Form erfolgt. Der Begriff der Form wird hier weit gefasst. Insbesondere beantwortet sich auch die Frage, welche Behörde für die Eheschließung zuständig ist und welches Verfahren hierbei einzuhalten ist, nach dem Recht des Eheschließungsortes. Umstritten ist allerdings die Frage, ob dann, wenn Nupturienten, die sich im Inland aufhalten, die Erklärung auf elektronischem Kommunikationsweg gegenüber einer ausländischen Eheregistrierungsbehörde abgeben, die Eheschließung in Deutschland oder im Ausland erfolgt.

Entscheidung

Der BGH verweist darauf, dass nach einem Teil der Lehre der Eheschließungsort bei **konstitutiver Registrierung** der Ehe durch eine ausländische Behörde am **Sitz der Behörde** liege. Dagegen würde in der Rechtsprechung (insbesondere der Verwaltungsgerichte) überwiegend vertreten, es sei auf den Ort abzustellen, von dem aus die Eheschließenden ihre **Erklärungen abgeben**. Der BGH schließt sich der letztgenannten Auffassung an. Der Konsens der Eheschließenden sei für die Eheschließung nach dem maßgeblichen deutschen Rechtsverständnis konstitutiv. Werde eine Erklärung in Deutschland abgegeben, sei damit ein wesentlicher Teil der Eheschließung im Inland verwirklicht. Damit sei im vorliegenden Fall hinsichtlich der Formwirksamkeit das deutsche Recht maßgeblich, welches die Entgegennahme der Erklärung durch einen deutschen Standesbeamten verlange. Die Möglichkeit einer Handschuhehe im Ausland stehe dem nicht entgegen, weil in diesem Fall die Erklärung ja gerade vom Bevollmächtigten im Ausland abgegeben werde.

Damit war die Eheschließung über Videokommunikation unwirksam und folglich die begehrte Eheschließung in Deutschland zuzulassen.

Zwar wäre gem. Art. 11 Abs. 1 Var. 1 i. V. m. Art. 13 Abs. 1 EGBGB die Eheschließung auch dann formwirksam, wenn die Formerfordernisse des Heimatrechts der Eheleute eingehalten wurden. Gemäß Art. 13 Abs. 4 EGBGB kann allerdings eine Eheschließung im Inland, wie sie hier vorliegt, ausschließlich in der vom deutschen Recht bestimmten Form erfolgen, d. h. gem. § 1310 BGB vor dem Standesbeamten bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Nupturienten.

Praxishinweis

Der BGH betont, dass es für eine echte Auslandseheschließung bei der Geltung der ausländischen Ortsform bleibt. Damit sind aus deutscher Sicht in Sansibar am Badestrand, vor dem Mediziner in der Südsee oder in der Drive Through Chapel in Las Vegas unter Einhaltung der Erfordernisse des lokalen Rechts durchgeführte Eheschließungen aus deutscher Sicht weiterhin wirksam. Ein wie auch immer gestaltetes „Anerkennungsverfahren“ kennt das deutsche Recht für Eheschließungen im Ausland nicht und kann auch von keiner Behörde verlangt werden.



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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

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

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

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

Redaktion: Notarassessor 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 §§ 158 Abs. 2, 1191; GBO §§ 19, 22, 29, 41, 42 – Zulässigkeit einer auflösend bedingten Grundschuld; Erfordernis der Briefvorlage bei der Löschung einer Briefgrundschuld mittels Unrichtigkeitsnachweis

GmbHG §§ 19, 8 Abs. 2 S. 1; AktG § 26 Abs. 2 – Gründung einer Tochter-GmbH durch unmittelbar zuvor eingetragene Mutter-GmbH; Kaskadengründung; Stafettengründung; Pyramidengründung

EGBGB a. F. Art. 14, 15; EuGüVO Art. 22 – Nordmazedonien/Bulgarien: Ehegüterstatut vormals mazedonischer, nun bulgarischer Eheleute, Rechtswahl

BGB § 2287 – Auslegung eines Erbvertrages im Hinblick auf Schenkungsbefugnisse des überlebenden Ehegatten

Rechtsprechung

BGB § 164 Abs. 1 S. 1 – Grundstücksüberlassungsvertrag; als „höchstpersönlich“ bezeichneter Anspruch des Veräußerers auf Rückübertragung; Zulässigkeit der Stellvertretung bei Geltendmachung des Rückübertragungsanspruchs

BGB §§ 433 Abs. 1 S. 2, 435, 278 Abs. 1 S. 2 – Kaufpreisfälligkeit; Sicherstellung der Lastenfreistellung; Direktzahlungsmodell; Vorlage der Löschungsunterlagen beim Notar in angemessener Frist; erfolgsbezogene Pflicht des Verkäufers; Verlust des Grundschuldbriefs durch den Grundpfandgläubiger; Vertretenmüssen

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 158 Abs. 2, 1191; GBO §§ 19, 22, 29, 41, 42

Zulässigkeit einer auflösend bedingten Grundschuld; Erfordernis der Briefvorlage bei der Löschung einer Briefgrundschuld mittels Unrichtigkeitsnachweis

I. Sachverhalt

Im Rahmen eines Grundstückskaufvertrags, bei dem ein Privatgläubiger als Berechtigter eines Grundpfandrechts am Kaufgegenstand eingetragen ist, wurde statt einer Aufhebungsvormerkung (auch: Löschungsvormerkung) eine auflösende Bedingung vereinbart. Die auflösende Bedingung tritt ein, wenn der Notar die Löschung des Grundpfandrechts mit Eigenurkunde beantragt. Der Notar wurde im Wege des Treuhandauftrages angewiesen, diese Bedingung nur unter bestimmten Voraussetzungen herbeizuführen.

Die Eintragung dieser Inhaltsänderung in das Grundbuch bewilligte der Grundpfandgläubiger. Bei Briefgrundpfandrechten bedarf es gemäß §§ 41, 42 GBO für die Eintragung einer Inhaltsänderung (hier: von unbedingt zu auflösend bedingt) der Vorlage des Briefes.

II. Frage

Bedarf auch die Löschung des Grundpfandrechts im Grundbuch (nach Eintragung der auflösenden Bedingung und Bedingungseintritt) noch der Briefvorlage?

III. Zur Rechtslage

1. Materiell-rechtliches *Erlöschen* vs. grundbuchliche *Löschung*

Bei der Beantwortung dieser Rechtsfrage ist das **materiell-rechtliche Erlöschen** der Grundsuld von der **grundbuchlichen „Löschung“** (vgl. § 46 GBO) zu unterscheiden.

Das **materiell-rechtliche Erlöschen** der Grundsuld richtet sich nach materiellem Recht (s. hierzu sogleich).

Für die **grundbuchliche Löschung** von Rechten im Grundbuch hält die GBO zwei unterschiedliche Wege bereit: Die Löschung erfolgt zum einen dann, wenn der Berechtigte des zu löschenden Rechts dessen Löschung gem. § 19 GBO bewilligt („Löschungsbewilligung“). Zum anderen kann eine Löschung im Grundbuch auch ohne Bewilligung des Berechtigten im Wege der Grundbuchberichtigung gem. § 22 GBO erfolgen, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen ist („Unrichtigkeitsnachweis“).

Die **Grundsuld erlischt (materiell-rechtlich) bspw. durch Aufhebung gem. §§ 1192, 1183, 875 BGB**. Erforderlich ist insoweit neben der Zustimmung des Eigentümers (§§ 1192, 1183 BGB) die Erklärung des Berechtigten, dass er das Recht aufgibt („Aufgabeerklärung“) sowie die Löschung des Rechts im Grundbuch. Im Rahmen des **§ 875 BGB** ist also die **Löschung des Rechts im Grundbuch konstitutive Voraussetzung** für dessen **materiell-rechtliches Erlöschen**. Die grundbuchliche Löschung des Rechts richtet sich hingegen nach den Regeln der GBO (insb. Bewilligung i. S. d. § 19 GBO nebst Eigentümerzustimmung gem. § 27 S. 1 GBO jeweils in der Form des § 29 GBO). Diese gesetzlich statuierte „Verzahnung“ des materiell-rechtlichen Erlöschens des dinglichen Rechts mit der Löschung desselben im Grundbuch (Löschung im Grundbuch als konstitutive Voraussetzung für das materiell-rechtliche Erlöschen) ändert nichts an der **Unterscheidung** zwischen materiellem Recht und Grundbuchverfahrensrecht (vgl. MünchKommBGB/Lettmaier, 9. Aufl. 2023, § 875 Rn. 24).

Diese Unterscheidung wird noch einmal deutlicher, wenn das materiell-rechtliche Erlöschen nicht aus einer Aufhebung des Rechts gem. § 875 BGB folgt (welche als konstitutive Voraussetzung die Löschung des Rechts im Grundbuch erfordert, s. o.), sondern aufgrund des Eintritts einer auflösenden Bedingung erfolgt (zur Zulässigkeit bei einer Grundsuld s. Ziff. 2). Ein **auflösend bedingt bestelltes dingliches Recht** (zum Erfordernis der Verlautbarung der Bedingung im grundbuchlichen Eintragungsvermerk anstelle der bloßen Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 266) **erlischt (materiell-rechtlich) mit dem Eintritt dieser (auflösenden) Bedingung** (§ 158 Abs. 2 BGB), der **Eintragung (Löschung) im Grundbuch** bedarf es insoweit gerade **nicht** (die grundbuchliche Löschung ist keine konstitutive Voraussetzung für das materiell-rechtliche Erlöschen). Die grundbuchliche Löschung (m. a. W.: die Berichtigung der Buchlage entsprechend der materiellen Rechtslage) ist vielmehr eine hiervon zu unterscheidende Ebene und erfordert eine Löschungsbewilligung (§ 19 GBO) oder einen Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 GBO). Folge dieser Unterscheidung ist also, dass der **Eintritt einer auflösenden Bedingung** zwar **materiell-rechtlich zum Erlöschen** des Rechts führt, aber für die **grundbuchliche Löschung** des Rechts dennoch die Bewilligung des Berechtigten (§ 19 GBO) erforderlich sein kann, sofern sich der Bedingungseintritt nicht in der Form des § 29 GBO nachweisen lässt.

Zum Inhalt einer (auflösenden) Bedingung kann auch die Stellung eines (Löschungs-)Antrags beim Grundbuchamt in Gestalt einer notariellen Eigenurkunde gemacht werden (vgl. KG NJOZ 2017, 877 sowie OLG Schleswig in DNotI-Report 2016, 121).

Zum Inhalt einer (auflösenden) Bedingung kann auch die Stellung eines (Löschungs-)Antrags beim Grundbuchamt in Gestalt einer notariellen Eigenurkunde gemacht werden (vgl. KG NJOZ 2017, 877 sowie OLG Schleswig in DNotI-Report 2016, 121).

2. Auflösend bedingte Grundsuld

Die Frage, ob auch eine Grundsuld (auflösend) bedingt bestellt werden kann, ist **umstritten**, wird jedoch von der überwiegenden Auffassung für zulässig erachtet (so Schöner/Stöber, Rn. 2300; BeckOGK-BGB/Reymann, Std.: 1.9.2024, § 158 Rn. 136, 137; MünchKommBGB/Lieder, 9. Aufl. 2023, § 1113 Rn. 66; BeckOGK-BGB/Kern,

Std.: 1.8.2024, § 1113 Rn. 45, ausdrücklich nur für die Hypothek, jedoch aufgrund des Verweises auf einen Umkehrschluss aus § 925 Abs. 2 BGB mit einer auf die Grundschuld übertragbaren Begründung; vgl. auch BGH NJW 1959, 984, 985, welcher in einem *obiter dictum* die Zulässigkeit einer auflösend bedingten Hypothek erwähnt; **a. A.:** Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2019, Einl. zu §§ 1113 ff., Rn. 128 ff.).

Eine – unterstellt zulässige – auflösend bedingte Grundschuld erlischt folglich materiell-rechtlich mit dem Eintritt dieser Bedingung.

Davon zu unterscheiden ist die grundbuchliche Löschung der noch im Grundbuch eingetragenen, aber materiell-rechtlich durch den Eintritt der auflösenden Bedingung bereits erloschenen Grundschuld. Einer Löschungsbewilligung (§ 19 GBO) bedarf es (nur) dann nicht, wenn/weil die Unrichtigkeit in der Form des § 29 GBO auch grundbuchverfahrensrechtlich gem. § 22 GBO nachgewiesen ist (hier: Nachweis des materiell-rechtlichen Erlöschens der Grundschuld infolge des Eintritts der auflösenden Bedingung durch Vorlage der diesen Bedingungseintritt auslösenden notariellen Eigenurkunde). Zudem ist in diesem Fall (§§ 22, 29 GBO) die (Löschungs-)Zustimmung des Eigentümers gem. § 27 S. 2 GBO entbehrlich.

3. Die Vorschriften der §§ 41, 42 GBO

Für **Briefgrundschulden** enthalten die §§ 41, 42 GBO eine (weitere) **Sonderregelung:** Bei einer Briefgrundschuld soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn der Brief vorgelegt wird (§§ 41 Abs. 1 S. 1, 42 S. 1 GBO).

Hierbei handelt es sich um eine **grundbuchverfahrensrechtliche Regelung**, welche **zwingend** ist und nicht zur Disposition der Beteiligten steht (Böttcher, in: Meikel/Böttcher, GBO, 12. Aufl. 2021, § 41 Rn. 1; zum Telos der Vorschrift siehe zudem Böttcher, § 41 Rn. 2-5).

Sofern keine der in der GBO oder anderweitig normierten Ausnahmenvorschriften greift (zu einer Auflistung siehe BeckOK-GBO/Zeiser, Std.: 2.9.2024, § 41 Rn. 41-53; § 42 Rn. 3-7), ist folglich im Anwendungsbereich der §§ 41 Abs. 1 S. 1, 42 S. 1 GBO die Briefvorlage grundbuchverfahrensrechtlich zwingend.

Die Löschung des Briefrechts ist eine Eintragung i. S. d. §§ 41 Abs. 1 S. 1, 42 S. 1 GBO (BeckOK-

GBO/Zeiser, § 41 Rn. 13, 20; Bauer/Schaub/Schneider, GBO, 5. Aufl. 2023, § 41 Rn. 10; Böttcher, § 41 Rn. 15).

Ebenso entspricht es nach unseren Erkenntnissen allgemeiner Auffassung, dass die Regelung der §§ 41 Abs. 1 S. 1, 42 S. 1 GBO nicht nur für Eintragungen (hier: Löschung) aufgrund Bewilligung (§ 19 GBO) greift, sondern auch **Grundbuchberichtigungen durch Unrichtigkeitsnachweis** i. S. d. § 22 GBO erfasst (BeckOK-GBO/Zeiser, § 41 Rn. 13; Bauer/Schaub/Schneider, § 41 Rn. 10; Böttcher, § 41 Rn. 14; BayObLG Rpfleger 1987, 363; BGH, Beschl. v. 19.7.2013 – V ZB 159/12, Tz. 6 [juris]).

Hieraus folgt, dass ungeachtet des materiell-rechtlichen Erlöschens der Briefgrundschuld, welches allein aus dem Bedingungseintritt folgt und von der Briefvorlage beim Grundbuchamt unabhängig ist, für die **grundbuchliche Löschung** der Briefgrundschuld gem. §§ 41 Abs. 1 S. 1, 42 S. 1 GBO die **Briefvorlage zwingende grundbuchverfahrensrechtliche Voraussetzung** ist.

4. Fazit

Das **materiell-rechtliche Erlöschen** der Grundschuld ist von der **grundbuchlichen Löschung** derselben zu unterscheiden.

Eine **auflösend bedingte Grundschuld** (Zulässigkeit umstritten, vgl. Ziff. 2.) **erlischt materiell-rechtlich** mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB; hier: Stellung des Löschantrags durch den Notar mittels notarieller Eigenurkunde).

Die (insoweit lediglich berichtigende) **grundbuchliche Löschung** kann auf zwei Wegen erfolgen: Entweder durch Abgabe einer Löschungsbewilligung (§§ 19, 29 GBO nebst Eigentümerzustimmung gem. §§ 27 S. 1, 29 GBO) oder durch Grundbuchberichtigung mittels Unrichtigkeitsnachweis (§§ 22, 27 S. 2, 29 GBO).

Bei einer **Briefgrundschuld** ist für die grundbuchliche Löschung (nicht hingegen für das materiell-rechtliche Erlöschen) **zusätzlich** die Sondervorschrift der §§ 41 Abs. 1 S. 1, 42 S. 1 GBO zu berücksichtigen. Danach ist – nach allgemeiner Auffassung – auch bei einer Löschung der Briefgrundschuld mittels Unrichtigkeitsnachweis die **Briefvorlage grundbuchverfahrensrechtlich zwingend erforderlich**. Die Regelung ist – wie das gesamte formelle Grund-

buchverfahrensrecht – nicht durch die Beteiligten abdingbar.

GmbHG §§ 19, 8 Abs. 2 S. 1; AktG § 26 Abs. 2

Gründung einer Tochter-GmbH durch unmittelbar zuvor eingetragene Mutter-GmbH; Kaskadengründung; Stafetengründung; Pyramidengründung

I. Sachverhalt

A möchte eine Einpersonen-GmbH gründen. Unmittelbar nach Eintragung der GmbH im Handelsregister soll diese GmbH ihrerseits eine 100%-ige Tochter-GmbH gründen.

II. Frage

Bestehen Bedenken gegen dieses Vorgehen, weil es sich um eine Art Kaskadengründung handelt?

III. Zur Rechtslage

1. Probleme der sog. Kaskadengründung

a) Allgemeines

Auf den ersten Blick könnten im vorliegenden Fall die Bedenken relevant werden, die gegen die sog. Kaskadengründung (auch: Stafetten- oder Pyramidengründung) geltend gemacht werden: Darunter versteht man die **Gründung mehrerer untereinander geschalteter Gesellschaften** (GmbH oder AG) mit den **Mitteln eines einzigen Stammkapitals**; die erste gegründete Gesellschaft verwendet ihr Stammkapital zur Gründung einer Tochtergesellschaft, diese das ihre zur Gründung einer weiteren Tochter und so fort (hierzu und zum Folgenden Gutachten DNotI-Report 2015, 73; soweit eine Vor-GmbH bereits als Gründerin auftritt, muss freilich die Vertretungsmacht des Geschäftsführers entsprechend erweitert sein, s. auch Mayer/Weiler, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl. 2024, § 22 Rn. 36d). Im Extremfall kann dabei ein einziges (womöglich nur teileingezahltes) Stammkapital zur Gründung einer Vielzahl von Gesellschaften verwendet werden.

Obwohl dies kapitalaufbringungsrechtlich nicht unproblematisch ist, fehlt es an einem klaren rechtlichen Anknüpfungspunkt für die Zurückweisung eines solchen Verfahrens. Der Tatbestand der verdeckten Sacheinlage (bei der GmbH: § 19 Abs. 4 GmbHG) ist an sich nicht erfüllt, denn die Einlage fließt nicht an den Inferenten zurück, ebenso wenig wird etwas „hin und her“ oder „her

und hin“ gezahlt (§ 19 Abs. 5 GmbHG); die Leistungen fließen vielmehr ausschließlich „abwärts“. Auch eine Leistung zur freien Verfügung der Geschäftsführung (§ 8 Abs. 2 S. 1 GmbHG) lässt sich nicht ohne Weiteres verneinen. Die **Kaskadengründung** dürfte daher **weitgehend akzeptiert** sein (Mayer/Weiler, § 22 Rn. 36a; Henssler/Strohn/Verse, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 19 GmbHG Rn. 39a; BeckOGK-AktG/Katzenstein, Std.: 1.10.2024, § 27 Rn. 162; einschränkend etwa Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 19 Rn. 52), ohne dass sich die Rechtsprechung dazu bisher deutlich geäußert hätte.

Je nach Gestaltung ist jedoch eine Unterbilanz bei der Muttergesellschaft und den Tochtergesellschaften denkbar, die zum einen den Gesellschaftern der Muttergesellschaft als Haftung zur Last fallen kann und zum anderen ein erhöhtes Insolvenzrisiko birgt. Eine **Unterbilanz** liegt vor, wenn bei Subtraktion der echten Passiva von den Aktiva der Gesellschaft das Stammkapital nicht mehr gedeckt wird (MHLS/Heidinger, GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 30 Rn. 27). Wie es dazu kommen kann, sei nachstehend am Beispiel der GmbH und der „einstufigen“ Tochtergründung erläutert.

b) Problem „Gründungskosten“

Wenn die Tochter-GmbH ihre Gründungskosten selbst trägt und aus ihrem Stammkapital bestreitet, wirkt sich dies *prima facie* mindernd auf den Wert der an ihr bestehenden Geschäftsanteile aus; zugleich entstünde bei ihr eine Unterbilanz (die Tatsache, dass die Gründungskosten auf die Tochter abgewälzt werden *dürfen*, ändert daran nichts). Die Mutter-GmbH könnte die Anteile an ihrer Tochter-GmbH dann nicht mehr mit dem Nominalwert aktivieren, sodass auch die Mutter-GmbH in die Unterbilanz geriete (andere Gründe für eine solche Unterbilanz, etwa die Gründungskosten der Mutter, die diese zulässigerweise selbst trägt, seien hier mangels Anhaltspunkt außer Acht gelassen).

Bsp.: Eine GmbH verwendet das volleingezahlte Stammkapital von 25.000 € zur Gründung einer Tochter-GmbH mit einem Stammkapital von ebenfalls 25.000 €. Grundsätzlich kann die Mutter-GmbH die Tochteranteile mit dem Nominalbetrag von 25.000 € aktivieren. Allerdings trägt die Tochter Gründungskosten von 1.500 €, diese könnten sich dergestalt wertmindernd auswirken, dass die Tochteranteile bei der Mutter nur mit 23.500 € zu aktivieren sind.

Wird die Tochter von der Mutter – wie durchaus üblich – im gleichen Termin wie die Mutter gegründet (also von der Mutter als Vorgesellschaft), dann bestünde die Unterbilanz bereits im Zeitpunkt der Eintragung (vgl. MHLS/Blath, § 11 Rn. 135; Servatius, § 11 Rn. 61) und zöge somit die **Unterbilanz- oder Vorbelastungshaftung** (vgl. BGH NJW 1981, 1373; MHLS/Blath, § 11 Rn. 125 ff.) der **Gesellschafter der Mutter** nach sich (hinsichtlich der zulässigerweise auf die Tochter abgewälzten Gründungskosten hingegen keine Unterbilanzhaftung der Gesellschafterin der Tochter-GmbH).

Ob die von der Tochter-GmbH aufzubringenden Gründungskosten den Nominalwert der an ihr bestehenden Anteile wirklich mindern, ist allerdings **nicht abschließend geklärt**. Nach einer Ansicht handelt es sich dabei um **Anschaffungskosten**, die keine Vermögensminderung zur Folge haben (J. Weber, in: FS D. Mayer, 2020, S. 117, 121 f.; Wälzholz, NZG 2006, 361, 363; Najdecki/J. Frank, in: Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht, 2. Aufl. 2024, A. II. 8. Anm. 1).

Welcher Ansicht zu folgen ist, soll hier nicht entschieden werden. Jedenfalls empfiehlt es sich zur Sicherheit, die Kosten für die Gründung der Tochter-GmbH **zuvor in die Rücklage** der Mutter-GmbH zu zahlen (Heckschen/Heidinger/Berkfeld, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 5. Aufl. 2023, Kap. 11 Rn. 326; vgl. auch Mayer/Weiler, § 22 Rn. 36b; im Erg. wohl ebenso J. Weber, S. 122). Die Literatur rät zudem, die Rücklagenzuführung in der Gründungsurkunde und in der Handelsregisteranmeldung zu vermerken (Mayer/Weiler, § 22 Rn. 36b).

c) Problem „Teileinzahlung“

Werden die Einlagen bei der Mutter-GmbH lediglich teileingezahlt und leitet die Mutter die Einlage zur Gründung der Tochter-GmbH mit Teileinzahlung weiter, dann entsteht allein dadurch noch keine Unterbilanz bei der Mutter oder der Tochter. Im Beispiel einer Mutter- und Tochtergründung mit jeweils 25.000 € Stammkapital und Halbeinzahlung gilt Folgendes: Die Mutter kann einerseits den (unterstellt werthaltigen) Resteinlageanspruch i. H. v. 12.500 € aktivieren und andererseits die Anteile an der Tochter zum Nominalbetrag von 25.000 €. Passivieren muss sie die Resteinlageverbindlichkeit gegenüber der Tochter i. H. v. 12.500 €. Die Tochter-GmbH kann 12.500 € gezahlte Einlagen und den Einlageanspruch gegenüber der Mutter aktivieren.

Wenn nun bei Mutter und Tochter kein sonstiges Vermögen zu verzeichnen ist, könnte bei streng stichtagsbezogener Werthaltigkeitsprüfung jede weitere zu passivierende Verbindlichkeit der Mutter zur Unterbilanz bei der Mutter und dadurch zugleich zur Unterbilanz bei der Tochter führen: Denn die Unterbilanz bei der Mutter könnte den Einlageanspruch der Tochter gegenüber der Mutter abwerten; diese Abwertung würde gleichzeitig auf den Wert der bei der Mutter aktivierten Anteile an der Tochter zurückwirken und mithin die Unterbilanz bei der Mutter verstärken. Dadurch würde theoretisch eine Abwärtsspirale in Gang gesetzt, die in die Zahlungsunfähigkeit und damit in die Insolvenzreife führen mag.

Bei Volleinzahlung und idealiter Einzahlung der für die Tochtergründung benötigten Mittel („Gründungskosten“) in die Rücklage der Mutter-GmbH besteht dieses Risiko hingegen nicht.

2. Vorliegender Fall: Tochtergründung nach Eintragung

Im vorliegenden Fall soll die Tochter-GmbH erst nach der Eintragung der Mutter-GmbH gegründet werden. In diesem Fall werden die oben erörterten Probleme der Kaskadengründung nur zum Teil relevant:

Es entspricht dem normalen Gang der Dinge, dass der Geschäftsführer nach der Eintragung der GmbH die Gesellschaftsmittel für Geschäfte aller Art verwendet (Einlagenrückgewähr an Gesellschafter freilich ausgenommen). Die Unterbilanzhaftung der Gesellschafter greift nicht hinsichtlich einer *nach* Eintragung entstehenden Unterbilanz bei der Mutter ein.

Die oben unter Ziff. 1 lit. c geschilderte Abwärtsspirale ist ein Problem, das sich unabhängig von der Eintragung der Mutter-GmbH einstellen könnte. Das Risiko sinkt lediglich insofern, als eine werbende GmbH mit Einnahmen nicht wegen jeder Verbindlichkeit in die Unterbilanz geraten muss. Das Stadium vor der Eintragung wäre für das Einsetzen einer Abwärtsspirale besonders sensibel, prinzipiell wäre es aber auch das Stadium unmittelbar nach der Eintragung.

Alle Bedenken verfangen nicht, wenn die Mutter-GmbH mit ausreichenden Mitteln ausgestattet ist, die ein „Abrutschen“ in die Unterbilanz infolge der Tochtergründung vermeiden. Insofern lässt sich gegen die Tochtergründung auch unmittelbar nach der Muttergründung nichts

einwenden (wenn sie denn vom Unternehmensgegenstand der Mutter gedeckt ist).

EGBGB a. F. Art. 14, 15; EuGüVO Art. 22

Nordmazedonien/Bulgarien: Ehegüterstatut vormals mazedonischer, nun bulgarischer Eheleute; Rechtswahl

I. Sachverhalt

Bulgarische Eheleute möchten ihr Vermögen strukturieren. Hierfür ist die güterrechtliche Ausgangslage zu klären. Die Eheleute haben 1993 geheiratet. Im Zeitpunkt der Eheschließung hatten beide die Staatsangehörigkeit der ehemaligen Republik Mazedonien, wo sie damals lebten. Seit 2009 sind beide Eheleute bulgarische Staatsangehörige. 2012 sind sie nach Deutschland gezogen.

II. Frage

In welchem Güterstand leben die Eheleute?

III. Zur Rechtslage

1. Ehegüterstatut

Da die Eheschließung nach dem 8.4.1983 und vor dem 29.1.2019 erfolgte, richtet sich das anwendbare Ehegüterrecht aus deutscher Sicht nach Art. 15 EGBGB a. F. (Art. 229 § 47 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB, Art. 69 Abs. 3 EuGüVO). Vorbehaltlich einer vorrangig zu berücksichtigenden Rechtswahl (Art. 15 Abs. 2 EGBGB a. F.) verweist Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB a. F. auf das **Recht des Staates, dem beide Eheleute im Zeitpunkt der Eheschließung angehörten**. Da die Eheleute damals beide mazedonische Staatsangehörige waren, wird auf das nunmehr **nordmazedonische Recht** verwiesen.

Bei dieser Verweisung handelt es sich gem. Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB um eine Gesamtverweisung, sodass zu prüfen ist, ob das nordmazedonische IPR die Verweisung annimmt oder eine Rück- oder Weiterverweisung ausspricht.

Das Internationale Privatrecht wurde in Nordmazedonien mit Gesetz vom 10.2.2020 neu geregelt (IPRG; deutsche Übersetzung von Jessel-Holst, in: Henrich/Dutta/Ebert, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderbericht Nordmazedonien, Std.: 1.11.2023, S. 34 ff.). Art. 34 Abs. 1 Nr. 1 IPRG verweist für die gesetzlichen Vermögensverhältnisse der Eheleute auf das **Recht**

des Staates, in dem sie **nach der Eheschließung ihren ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt** hatten. Da sich dieser in der damaligen Republik Mazedonien befand, verweist das nordmazedonische IPRG ebenfalls auf das nordmazedonische Recht und nimmt die Verweisung des deutschen IPR an. **Ehegüterstatut** ist demnach das **nordmazedonische Recht**.

Allerdings ist **unsicher**, ob das **neue IPRG** auch für die **vermögensrechtlichen Wirkungen von Ehen** gilt, die **vor dessen Inkrafttreten geschlossen** worden sind. Art. 180 Abs. 1 IPRG bestimmt, dass die Vorschriften zur Bestimmung des anwendbaren Rechts nicht auf Verhältnisse anzuwenden sind, die vor dem Tag des Inkrafttretens dieses Gesetzes entstanden sind. Dies könnte gegen die Anwendung des neuen IPRG sprechen. Literatur zum zeitlichen Anwendungsbereich des Gesetzes liegt uns keine vor.

Das zuvor geltende Internationale Privatrecht Nordmazedoniens war im Gesetz vom 4.7.2007 geregelt (IPRG a. F.; deutsche Übersetzung in IPRax 2008, 158). Davor wiederum galt das Jugoslawische Bundesgesetz über die Regelung von Kollisionen der Gesetze mit den Vorschriften anderer Staaten bei bestimmten Verhältnissen vom 15.7.1982 (jugosl. IPRG; deutsche Übersetzung in RabelsZ 1985, 544; s. a. Jessel-Holst, IPRax 2008, 154). **Nach diesen beiden IPR-Gesetzen** unterlagen die persönlichen und gesetzlichen Vermögensverhältnisse der Eheleute ihrem **gemeinsamen Heimatrecht**. Es handelte sich jeweils um eine **wandelbare Anknüpfung**, die nicht auf den Zeitpunkt der Eheschließung, sondern auf die aktuellen Verhältnisse abstellte. Da die Eheleute **aktuell beide bulgarische Staatsangehörige** sind, verweisen die beiden Vorgängergesetze auf das **bulgarische Recht**.

Bei dieser Verweisung handelt es sich gem. Art. 6 Abs. 1 IPRG a. F. bzw. gem. Art. 6 Abs. 1 jugosl. IPRG um eine Gesamtverweisung, die auch das bulgarische IPR umfasst.

Dieses knüpft in Art. 79 des Gesetzbuchs über das Internationale Privatrecht vom 4.5.2005 (bulgar. IPRG; deutsche Übersetzung in Jessel-Holst, RabelsZ 2007, 457) das Ehegüterstatut ebenfalls an die **gemeinsame Staatsangehörigkeit der Eheleute** an. Auch hierbei handelt es sich um eine **wandelbare Anknüpfung**, sodass das **bulgarische IPR** aufgrund der aktuellen gemeinsamen bulgarischen Staatsangehörigkeit der

Eheleute die Verweisung des nordmazedonischen IPR annimmt.

Zwar trat das bulgar. IPRG ebenfalls erst nach der Eheschließung in Kraft. Allerdings regelte vor dessen Inkrafttreten Art. 133 Abs. 1 bulgar. FamGB a. F., dass wenn mindestens ein Teil der Eheleute bulgarischer Staatsangehöriger ist, das bulgarische Recht Anwendung findet. Demnach kommen das aktuelle bulgarische IPRG und das zuvor geltende FamGB a. F. hier zu demselben Ergebnis.

Im Ergebnis wäre im vorliegenden Fall bei Geltung des neuen nordmazedonischen IPRG 2020 das nordmazedonische Recht Ehegüterstatut, wohingegen bei Anwendung der zuvor geltenden IPR-Gesetze das bulgarische Recht zur Anwendung käme.

Die Experten für IPR aus verschiedenen Balkanstaaten, die das Deutsche Notarinstitut im November 2023 besucht hatten, tendierten anlässlich einer Präsentation dieser Problematik durch die Mitarbeitenden des DNotI dazu, in dieser Konstellation **weiterhin das alte IPRG anzuwenden**. Stellungnahmen aus der nordmazedonischen Literatur bzw. Rechtsprechung zu dieser Frage liegen uns allerdings nicht vor.

2. Zum bulgarischen materiellen Ehegüterrecht

Die gesetzlichen Güterstände bulgarischen Rechts sind gem. Art. 18 Abs. 1 Nr. 1, 2 des bulgarischen Familiengesetzbuchs vom 18.6.2009 (FamGB) die Gemeinschaft und die Trennung (Jessel-Holst, in: Henrich/Dutta/Ebert, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderbericht Bulgarien, Std.: 1.5.2021, S. 27 ff.). Daneben gibt es den vertraglichen Güterstand (Art. 18 Abs. 1 Nr. 2 FamGB). Wenn die Eheleute keinen Güterstand wählen, gilt gem. Art. 18 Abs. 2 FamGB der Güterstand der Gemeinschaft. In diesem unterscheidet man das gemeinschaftliche Vermögen sowie das persönliche Vermögen der Ehefrau und des Ehemanns. Zum persönlichen Vermögen gehören vor allem der voreheliche Erwerb und das während der Ehe durch Erbschaft oder Schenkung Erworbene sowie während der Ehe erworbene Rechte, die nicht dinglicher Natur sind. In das gemeinschaftliche Vermögen fallen gem. Art. 21 Abs. 1 FamGB die während der Dauer der Ehe als Ergebnis eines gemeinsamen Beitrags erworbenen dinglichen Rechte, unabhängig davon, wer sie erworben hat (Jessel-Holst,

Bulgarien, S. 28). Nach Art. 21 Abs. 3 FamGB wird ein gemeinsamer Beitrag bis zum Beweis des Gegenteils vermutet.

Die Ehe wurde zwar vor Anwendungsbeginn des bulgarischen Familiengesetzbuchs geschlossen. Jedoch finden die Regelungen im Hinblick auf die Vermögensbeziehungen zwischen den Eheleuten auch auf das von ihnen aus bereits vorhandenen Ehen erworbene Vermögen Anwendung (§ 4 Übergangs- und Schlussbestimmungen des FamGB).

Vorbehaltlich abweichender ehevertraglicher Vereinbarungen leben die Eheleute bei Geltung bulgarischen Rechts demnach im **gesetzlichen Güterstand der Gemeinschaft**.

3. Zum nordmazedonischen materiellen Ehegüterrecht

Bei nordmazedonischem Ehegüterstatut würden die Eheleute in **Errungenschaftsgemeinschaft nordmazedonischen Rechts** leben. Gem. Art. 67 des nordmazedonischen Gesetzes über das Eigentum und andere dingliche Rechte vom 20.2.2001 (EigentG; deutsche Übersetzung von Jessel-Holst, Nordmazedonien, S. 66 ff.) umfasst das gemeinsame Vermögen der Eheleute all das Vermögen, das sie im Verlauf der Ehe erwerben. Vermögen, das die Ehefrau oder der Ehemann bereits zum Zeitpunkt der Eheschließung besessen haben, ist ihr jeweiliges besonderes Vermögen (Art. 68 EigentG). Hierzu zählt auch Vermögen, das einer der Eheleute durch Erbschaft, Vermächtnis oder Schenkung erworben hat.

Da mit Anwendungsbeginn des Eigentumsgesetzes die bisherigen Regelungen außer Kraft getreten sind (Art. 257 EigentG), gehen wir davon aus, dass das Gesetz auch auf die vorliegende Ehe Anwendung findet.

Demnach leben die Eheleute bei Geltung nordmazedonischen Rechts im gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft.

4. Fazit

Aus alledem ergibt sich, dass die Eheleute in **Errungenschaftsgemeinschaft** leben, wobei **unklar** ist, ob das **bulgarische oder das nordmazedonische Ehegüterrecht** gilt. Um Klarheit hinsichtlich des anwendbaren Ehegüterrechts herbeizuführen, könnten die Eheleute eine **Rechtswahl** vereinbaren.

Auch für Ehen, die vor dem 29.1.2019 geschlossen wurden, richtet sich die Möglichkeit einer Rechtswahl nach der Europäischen Güterrechtsverordnung (Art. 69 Abs. 3 Hs. 2 EuGüVO). Nach Art. 22 Abs. 1 lit. a, lit. b EuGüVO können die Eheleute das **deutsche Recht als das Recht ihres aktuellen gewöhnlichen Aufenthaltsorts** oder ihr **bulgarisches Heimatrecht** als Ehegüterstatut wählen. Die Rechtswahl hätte *ex-nunc*-Wirkung, es sei denn, die Eheleute würden etwas anderes vereinbaren (Art. 22 Abs. 2 EuGüVO). Da die Eheleute in Deutschland leben, wäre die Rechtswahl bei Beachtung der deutschen Formvorschriften formwirksam, Art. 23 Abs. 1, 2 EuGüVO i. V. m. § 1410 BGB.

Sollten die Eheleute das deutsche Ehegüterrecht wählen, käme es zu einem Statutenwechsel. Auf materiell-rechtlicher Ebene würde die Errungenschaftsgemeinschaft beendet werden und wäre abzuwickeln. Insofern könnten die Eheleute neben der Rechtswahl auch die Aufteilung des gemeinschaftlichen Vermögens regeln.

BGB § 2287

Auslegung eines Erbvertrages im Hinblick auf Schenkungsbefugnisse des überlebenden Ehegatten

I. Sachverhalt

Ein Erbvertrag enthält u. a. folgende Regelungen:

„II. Erbeinsetzung

Wir setzen uns hiermit unbeschadet etwaig weiterer Pflichtteilsberechtigter gegenseitig zu alleinigen und ausschließlichen Erben ein.

Der überlebende Teil wird in keiner Weise beschränkt oder beschwert. Er kann über das beiderseitige Vermögen in jeder Weise durch Rechtsgeschäft unter Lebenden frei verfügen.

III. Schlusserbenbestimmung

Für den Fall des Todes des überlebenden Teils oder des gleichzeitigen Versterbens bestimmen wir unsere gemeinschaftlichen Abkömmlinge zu gleichen Anteilen und nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge zu unseren Schlusserben. (...)

VII. Bindung

Die in diesem Erbvertrag niedergelegten Verfügungen sind grundsätzlich bindend. Das heißt, sie können nur gemeinschaftlich geändert werden. Eine Widerrufsmöglichkeit behalten wir uns nicht vor.“

Es besteht Uneinigkeit im Hinblick auf die in Ziff. II, 2. Absatz enthaltene Regelung, wonach der überlebende Teil in keiner Weise beschränkt oder beschwert sein soll und über das beiderseitige Vermögen in jeder Weise durch Rechtsgeschäft unter Lebenden frei verfügen können soll. Die Beteiligten verstehen die Klausel dahingehend, dass insb. Immobilienüberlassungen zugunsten anderer Personen als der eingesetzten Schlusserben wirksam erfolgen können. Der mit der Beurkundung eines Überlassungsvertrags beauftragte Notar hat Zweifel, denn die Schlusserbeneinsetzung soll gem. Ziff. VII bindend sein. Wenn Ziff. II, 2. Absatz bedeute, dass ohne die Beschränkungen der §§ 2287, 2288 BGB verfügt werden könne und dies keinerlei Ansprüche der Schlusserben auslöse, so ergebe die Bindungswirkung keinerlei Sinn.

II. Frage

Wie ist die Rechtslage?

III. Zur Rechtslage

1. Bindung an die Schlusserbeneinsetzung

Haben die Ehegatten die sog. Einheitslösung gewählt und ist die Schlusserbeneinsetzung vertragsmäßig (vgl. § 2278 BGB) getroffen – wovon vorliegend auszugehen wäre –, ist der Überlebende an die Schlusserbeneinsetzung erbrechtlich gebunden. Die erbrechtliche Bindungswirkung äußert sich dahingehend, dass eine neue letztwillige Verfügung des überlebenden Ehegatten in entsprechender Anwendung des § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB insoweit unwirksam wäre, als hierdurch ein bindend Bedachter beeinträchtigt würde. Eine derartige Beeinträchtigung des Rechts des Bedachten liegt vor, wenn zum Zeitpunkt des Erbfalls die anderweitige letztwillige Verfügung die vertragsmäßige Zuwendung mindern, beschränken, belasten oder gegenstandslos machen würde (vgl. Grüneberg/Weidlich, BGB, 84. Aufl. 2025, § 2289 Rn. 2 m. w. N.).

Etwas anderes würde dann gelten, wenn der Überlebende aufgrund Festlegung im Erbvertrag zu einer derartigen Änderung der vertragsmäßigen Verfügungen berechtigt wäre (Änderungs-

vorbehalt). Hierfür ist vorliegend nichts ersichtlich.

2. Lebzeitige Verfügungsfreiheit trotz bindender Schlusserbeneinsetzung?

Was die **lebzeitige Verfügungsfreiheit** anbelangt, so kann auch der erbrechtlich gebundene Erblasser durch Rechtsgeschäft unter Lebenden grundsätzlich frei verfügen (vgl. § 2286 BGB). Allerdings ist er bei lebzeitigen Verfügungen nach Maßgabe der §§ 2287, 2288 BGB beschränkt, vornehmlich, was Schenkungen in Beeinträchtigungsabsicht (§ 2287 BGB) anbelangt. Im vorliegenden Fall könnte dieser Schutz nach den §§ 2287, 2288 BGB **abbedungen** sein. Ob dies zulässig ist, war vor allem in der älteren Literatur umstritten (vgl. Nachweise bei BeckOGK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.1.2025, § 2287 Rn. 113). Mittlerweile ist jedoch überwiegend anerkannt, dass ein Anspruch aus § 2287 BGB (Gleiches gilt für § 2288 BGB) **im Erbvertrag zulässigerweise ausgeschlossen** werden kann (vgl. BGH NJW 1982, 441; NJW 1983, 2376; OLG München ZEV 2005, 61, 62; OLG Köln ZEV 2003, 76 m. Anm. J. Mayer; Ivo, ZEV 2003, 101, 102; BeckOGK-BGB/Müller-Engels, § 2287 Rn. 113 m. w. N.).

Für die **Zulässigkeit** eines solchen „**Schenkungsverbahalts**“ spricht die Vertragsfreiheit und der Umstand, dass die §§ 2287, 2288 BGB kein zwingendes Recht darstellen (BeckOGK-BGB/Müller-Engels, § 2287 Rn. 113). Außerdem lässt sich anführen, dass auch bei einem Ausschluss des § 2287 BGB mit damit verbundener vollständiger Herstellung der lebzeitigen Verfügungsfreiheit des Erblassers dessen erbrechtliche Bindung erhalten bleibt, sodass er zumindest nicht durch Verfügung von Todes wegen wirksam abweichend verfügen könnte. Schließlich kann auch die Möglichkeit, spezifizierte Änderungsvorbehalte vereinbaren zu können, für die Ausschlussmöglichkeit angeführt werden; denn wenn sich der Erblasser zulässigerweise das Recht vorbehalten kann, unter bestimmten Voraussetzungen oder in einem bestimmten Rahmen abweichend von seinen vertragsmäßigen Verfügungen neu von Todes wegen zu verfügen, dann muss ihm erst recht die Möglichkeit zugebilligt werden, die **Vorwirkungen seiner erbrechtlichen Bindung** in Bezug auf **lebzeitige Verfügungen einzuschränken** (vgl. BeckOGK-BGB/Müller-Engels, § 2287 Rn. 113). Die Rechtsprechung argumentiert in Bezug auf die Zulässigkeit eines erbvertraglichen Ausschlus-

ses des § 2287 BGB ebenfalls mit den (vorhandenen) **anderweitigen Gestaltungsmöglichkeiten des Erblassers hinsichtlich der Bindung**, insbesondere damit, dass sich der Erblasser jederzeit zulässigerweise ein Rücktrittsrecht nach § 2293 BGB vorbehalten könnte (vgl. OLG Köln ZEV 2003, 76, 78 f. m. Anm. J. Mayer).

Formuliert werden könnte ein solcher „Schenkungsverbahalt“ bspw. wie folgt:

„Der Erblasser behält sich ausdrücklich das Recht vor, unter Lebenden frei über sein Vermögen verfügen zu können, insbesondere auch Schenkungen tätigen zu können, ohne dass hierdurch Ansprüche der Vertragserben aus § 2287 begründet werden.“

(vgl. BeckOGK-BGB/Müller-Engels, § 2287 Rn. 114.1).

3. Übertragung der Grundsätze auf den vorliegenden Fall

Im Hinblick darauf, dass formuliert wurde, dass der überlebende Teil „in keiner Weise beschränkt oder beschwert“ sein sollte und er über das beiderseitige Vermögen „in jeder Weise durch Rechtsgeschäft unter Lebenden frei verfügen“ können sollte, ließe sich u. E. durchaus vertreten, dass hierin eine Abbedingung auch des Schutzes durch § 2287 BGB liegen sollte. Eine ausdrückliche Erwähnung des § 2287 BGB, wie in dem genannten Formulierungsvorschlag, ist zur Einräumung einer freien Schenkungsbefugnis jedenfalls nicht erforderlich. Die Regelung ist auch **nicht notwendigerweise als widersprüchlich** anzusehen. Denn es ist durchaus denkbar, dass die Beteiligten den Überlebenden in der Weise binden wollten, dass dieser alles, was bei seinem Ableben noch vorhanden ist, den gemeinsamen Kindern zuwenden muss, ihm aber gleichwohl willentliche unentgeltliche Übertragungen im Vorfeld gestatten wollten (vgl. auch OLG Frankfurt NJW-RR 2023, 1563 Rn. 33).

Andererseits ist zu sehen, dass die zur Auslegung stehende Klausel *im Anschluss* an die gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten in den Erbvertrag aufgenommen wurde. Von daher kann der Zusatz, der **Überlebende** solle über das beiderseitige Vermögen **frei verfügen** können, u. U. auch nur ein Hinweis darauf sein, dass die Ehegatten den überlebenden Ehegatten nicht nur zum Vorerben (vgl. §§ 2113 ff. BGB), sondern zum **Vollerben** einsetzen wollten

(vgl. OLG Düsseldorf NJW-RR 2018, 1160, 1161). Dies kann man vor allem für Klauseln annehmen, die im Zusammenhang mit der gegenseitigen Erbeinsetzung der Ehegatten (und *räumlich* noch vor der Schlusserbenberufung und der Festlegung der erbrechtlichen Bindung) getroffen worden sind. Eine abschließende Beurteilung ist daher nicht möglich, es handelt sich um eine **Auslegungsfrage**.

Rechtsprechung

BGB § 164 Abs. 1 S. 1

Grundstücksüberlassungsvertrag; als „höchstpersönlich“ bezeichneter Anspruch des Veräußerers auf Rückübertragung; Zulässigkeit der Stellvertretung bei Geltendmachung des Rückübertragungsanspruchs

Wird in einem Grundstücksüberlassungsvertrag der Anspruch des Veräußerers auf Rückübertragung des Grundstücks als „höchstpersönlich“ bezeichnet, hindert dies regelmäßig nicht die Stellvertretung bei der Geltendmachung des Anspruchs.

BGH, Urt. v. 6.12.2024 – V ZR 159/23

Problem

Eltern übertragen ihrem Sohn mit notariellem Überlassungsvertrag ein Hausgrundstück und behielten sich hierbei für den Fall des Vorversterbens des Sohnes ein Rückforderungsrecht vor. Der Vertrag enthielt diesbezüglich folgende Formulierung:

„Der Anspruch ist höchstpersönlicher Natur und nur übertragbar und vererblich, wenn er vom Veräußerer zu Lebzeiten geltend gemacht wurde.“

Der Sohn verstarb und wurde von seiner Ehefrau allein beerbt. Die Eltern beauftragten eine Rechtsanwältin mit der Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs gegenüber der Ehefrau. Die Vorinstanzen meinten, eine Geltendmachung durch eine Vertreterin der anspruchsberechtigten Eltern sei aufgrund der Höchstpersönlichkeit des Rückforderungsanspruchs nicht möglich.

Entscheidung

Dem tritt der BGH entgegen. Die Bezeichnung eines Rückübertragungsanspruchs als „höchstpersönlich“ hindere regelmäßig nicht die Stellver-

tretung bei der Geltendmachung des Anspruchs (Rn. 7).

Im Ausgangspunkt könne die Befugnis, sich durch einen Bevollmächtigten vertreten zu lassen, zwar auch durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen werden (Rn. 10). Einen solchen rechtsgeschäftlichen Vertretungsausschluss enthalte der zugrundeliegende Überlassungsvertrag jedoch nicht. Die Vorinstanz habe die im Gesetz angelegte **Unterscheidung zwischen höchstpersönlichen Ansprüchen und höchstpersönlichen Willenserklärungen und Rechtsgeschäften** nicht beachtet (Rn. 11).

Die Bezeichnung eines **Anspruchs als „höchstpersönlich“** habe regelmäßig **keine auf die Stellvertretung bezogene Bedeutung** (anders als bei Rechtsgeschäften Rn. 13). Kennzeichnend für einen höchstpersönlichen Anspruch sei, dass dieser nicht abtretbar sei (§ 399 BGB). Zu nach dem Gesetz höchstpersönlichen Ansprüchen zählten etwa der Urlaubsanspruch eines Arbeitnehmers sowie Unterhaltsansprüche nach Ehescheidung. Solche von Gesetzes wegen als höchstpersönlich charakterisierte Ansprüche seien häufig, aber nicht durchweg, zugleich nicht vererblich (Rn. 14). Die Frage der Zulässigkeit der Stellvertretung sei von der Frage der Abtretbarkeit jedoch zu trennen (Rn. 15).

Im zugrundeliegenden Fall sei der **Anspruch** auf Rückübertragung bereits **mit dem Eintritt der vorgesehenen Bedingung (Versterben des Sohnes) entstanden**. Die Entstehung des Anspruchs habe nicht erst durch Ausübung eines vorgeschalteten Gestaltungsrechts herbeigeführt werden müssen (Rn. 17; sog. „Optionsmodell“). Wäre dies der Fall gewesen, so wäre denkbar gewesen, dass die Ausübungserklärung tatsächlich **nur von den Rechtsinhabern persönlich** (also unter Ausschluss der Stellvertretung) hätte abgegeben werden können (Rn. 18). Da der Anspruch aber ohne vorherige Option entstand, war im Ergebnis auch die Stellvertretung nicht ausgeschlossen.

Der BGH führt noch aus, dass die **Differenzierung zwischen dem Optionsmodell und dem Fall des reflexartigen Entstehens des Anspruchs** bei Vorliegen der Voraussetzungen im Hinblick auf die Zulässigkeit der Stellvertretung auch den **objektiven Interessen der Parteien entsprechen** dürfte (Rn. 23 f.). Während es beim Optionsmodell im Regelfall die Rechtsinhaber persönlich sein sollen, die über das „Ob“ der An-

spruchsentstehung entscheiden, sei es ja auch im anderen Fall so, dass eine Entscheidung über das „Ob“ der Anspruchsgeltendmachung auch bei Einsatz eines Bevollmächtigten in den Händen der Anspruchsinhaber liege. Denn diese müssten (persönlich) Vollmacht (und ggf. Auftrag) erteilen. Im Hinblick auf die tatsächliche Geltendmachung des Anspruchs bestehe aber ein durchaus berechtigtes Interesse der Veräußerer an (insb. anwaltlicher) Vertretung, u.a. im Hinblick auf die korrekte Formulierung des Anspruchs auf Auflassung und Bewilligung im Grundbuch (Rn. 26).

Der BGH deutet interessanterweise noch an, dass die Auslegung zu einem anderen Ergebnis hätte gelangen können, wenn zum Zeitpunkt der Beurkundung bereits eine Generalvollmacht existiert hätte, die zur Vertretung des Veräußerers berechtigte. Denn dann liege die Entscheidung über das „Ob“ der Geltendmachung des von selbst entstehenden Anspruchs nicht mehr persönlich bei den Veräußerern (Rn. 24 a. E.). Der konkrete Fall lag allerdings anders. Es gab zwar eine Generalvollmacht, diese wurde jedoch erst nach der Beurkundung des Überlassungsvertrags errichtet.

Praxishinweis

Die Entscheidung bietet Anlass, die im Notarbüro verwendeten Vertragsmuster für Grundstücksüberlassungen im Hinblick auf die *Höchstpersönlichkeit* der Ausübung der Option (beim Optionsmodell, vgl. Herrler, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl. 2024, § 5 Rn. 467) bzw. der Geltendmachung des Anspruchs zu überprüfen.

BGB §§ 433 Abs. 1 S. 2, 435, 278 Abs. 1 S. 2 Kaufpreisfälligkeit; Sicherstellung der Lastenfreistellung; Direktzahlungsmodell; Vorlage der Löschungunterlagen beim Notar in angemessener Frist; erfolgsbezogene Pflicht des Verkäufers; Verlust des Grundschuldbriefs durch den Grundpfandgläubiger; Vertretenmüssen

1. Hängt die Fälligkeit des Kaufpreises in einem Grundstückskaufvertrag davon ab, dass der Verkäufer die Lastenfreistellung sichergestellt hat (sog. Direktzahlungsmodell), müssen die Löschungunterlagen dem Notar in angemessener Frist vorgelegt werden; da es sich um eine erfolgsbezogene Pflicht handelt, genügt es nicht, wenn der Verkäufer zwar alles

tut, um die Vorlage der Unterlagen herbeizuführen, diese aber gleichwohl unterbleibt.

2. Muss der Verkäufer eines Grundstücks die Lastenfreistellung sicherstellen, hat er es nicht zu vertreten, wenn die Löschungunterlagen (hier: Grundschuldbrief) infolge eines Verschuldens des zur Löschung verpflichteten Grundpfandgläubigers nicht vorgelegt werden können. Der Grundpfandgläubiger ist nicht Erfüllungsgehilfe des Verkäufers.

BGH, Urt. v. 20.12.2024 – V ZR 41/23

Problem

Die Parteien schlossen am 12.8.2019 einen Grundstückskaufvertrag. Als Fälligkeitsvoraussetzung vereinbarten sie u. a. die Sicherung der Lastenfreistellung. Mit der Einholung der Löschungunterlagen wurde der Notar beauftragt. Im Grundbuch war eine Briefgrundschuld eingetragen.

Die Gläubigerin konnte den Grundschuldbrief nicht mehr auffinden, was sich im Oktober 2019 herausstellte. Sie leitete ein Aufgebotsverfahren zu dessen Kraftloserklärung ein. Am 15.9.2020 wurde der Ausschließungsbeschluss rechtskräftig. Die Käuferin hatte dem Verkäufer zuvor eine Frist zur „lastenfreien Auflassung“ bis 27.2.2020 gesetzt.

Die Käuferin macht i. E. geltend, ihr stünde ein Schadensersatzanspruch in sechsstelliger Höhe zu; darin enthalten sei entgangener Gewinn i. H. v. 700.000 €. Denn sie habe die Immobilie mit Gewinn weiterverkaufen wollen, der Weiterverkauf sei aber wegen der langen Vollzugszeiten gescheitert. Für die Umstände, die zur Verzögerung des Vollzugs führten, habe der Verkäufer einzustehen.

Es stellt sich die Frage, von welcher Qualität die Pflicht des Verkäufers zur Herbeiführung der Lastenfreistellung ist und ob der Verkäufer im Verhältnis zum Käufer für ein Verschulden der abzulösenden Grundpfandrechtsgläubigerin einzustehen hat. Denn nicht der Verkäufer, sondern die Gläubigerin hatte schließlich den Brief verloren.

Entscheidung

Der BGH stimmt mit der Vorinstanz darin überein, dass die Käuferin keinen Schadensersatzan-

spruch gegen den Verkäufer habe (Rn. 3, 5). Es gebe zwei denkbare Pflichten, die verletzt sein könnten, wobei die eine zeitlich vor der anderen aktuell werde. Bei der späteren Pflicht handele es sich um die Pflicht zur Lastenfreistellung. Der darauf gerichtete Anspruch sei jedoch noch gar nicht fällig gewesen, so dass auch eine darauf bezogene Pflichtverletzung i. E. nicht in Betracht komme. Dieser Anspruch setze die Fälligkeit des Kaufpreises voraus. Die Kaufpreisfälligkeitsvoraussetzungen seien jedoch noch nicht gegeben gewesen (Rn. 3, 8). Die zeitlich frühere Pflicht sei die **Pflicht zur Beschaffung der zur Sicherheit der Lastenfreistellung notwendigen Unterlagen** (Rn. 9). Die Vorinstanz ließ noch offen, ob es sich hierbei um eine bloße *Bemühenspflicht* oder um eine *Erfolgspflicht* handelt. Jedenfalls habe die Käuferin auch im Hinblick auf diese Pflicht keine Ansprüche.

Der BGH entscheidet die von der Vorinstanz offen gelassene Frage dahingehend, dass es sich bei der Pflicht des Verkäufers, für die **Sicherheit der Löschung der nicht übernommenen Lasten zu sorgen**, um eine **Erfolgspflicht** handle (Rn. 9 ff.). Diese Erfolgspflicht werde durch Vorlage der Löschungsunterlagen erfüllt, im Fall also durch Vorlage von Löschungsbewilligung *und* Grundschuldbrief. Das **bloße Bemühen** um die Pflichterfüllung (d. h. das Beauftragen des Notars mit der Einholung der Lastenfreistellungsunterlagen) **genüge zur Pflichterfüllung nicht** (Rn. 10). Der BGH schließt sich damit einer in der Literatur bereits vertretenen Ansicht an (vgl. die Nachweise in Rn. 13). Hänge die Fälligkeit des Kaufpreises in einem Grundstückskaufvertrag davon ab, dass der Verkäufer die Lastenfreistellung sichergestellt hat (sog. Direktzahlungsmodell), so müssten die Löschungsunterlagen dem Notar auch **in angemessener Frist** vorgelegt werden (Rn. 15). Hierbei handle es sich um eine **Primärpflicht des Verkäufers** (Rn. 17). Wann diese Pflicht fällig werde, sei „in den Grundstückskaufverträgen häufig“ (Rn. 18) nicht geregelt. Es gelte daher § 271 Abs. 1 BGB, die Fälligkeit sei also aus den Umständen zu entnehmen und richte sich nach dem Zeitraum, der typischerweise für die Beschaffung der benötigten Unterlagen zu erwarten sei. Rechtsprechung und Literatur gingen insoweit von einem Zeitraum zwischen vier Wochen und zwei Monaten aus (Rn. 18).

Der Verkäufer habe diese Pflicht verletzt. Ausgehend davon, dass der Verkäufer nicht gewusst habe, dass der Grundschuldbrief bei der Gläubi-

gerin abhandengekommen sei, sei die Pflicht zur Vorlage **spätestens nach Ablauf von zwei Monaten nach Beurkundung** fällig geworden. Der Ausschließungsbeschluss sei jedoch erst deutlich später vorgelegt worden (Rn. 19).

Den Verkäufer rettet, dass der BGH weiter entscheidet, dass es an einem **Verschulden des Verkäufers fehle** (Rn. 21 ff.). Er habe die Verzögerung der Leistung nicht zu vertreten. Eigenes Verschulden oder eine verschuldensunabhängige Einstandspflicht (Garantie) sei nicht gegeben (Rn. 23, 24). Eigenes Verschulden des Verkäufers verneint der BGH deswegen, weil der Verkäufer den Notar in dem Kaufvertrag mit der Lastenfreistellung beauftragt und damit die **Beschaffung der Unterlagen unmittelbar bei Vertragsschluss eingeleitet** habe. Dies **genüge zwar nicht zur Erfüllung** der Pflicht (s. o.), schließe aber eigenes Verschulden aus. Da der Verkäufer zu diesem Zeitpunkt nicht gewusst habe, dass der Brief abhandengekommen sei, habe er hiermit seiner im Verkehr erforderlichen Sorgfalt genügt (Rn. 25). Er habe nicht auch selbst zusätzlich bei der Grundpfandgläubigerin die Unterlagen anfordern müssen.

Für das **Verschulden der Grundschuldgläubigerin** habe der Verkäufer **nicht einzustehen**. Die Voraussetzungen des § 278 BGB lägen nicht vor, die **Grundpfandrechtsgläubigerin** sei **nicht Erfüllungsgehilfin des Verkäufers** (Rn. 27 ff.). Der BGH schließt sich damit der insoweit wohl bereits bisher herrschenden Ansicht in der Literatur an und erteilt einer abweichenden Literaturansicht eine Absage (Rn. 28 f.). Der Anwendungsbereich von § 278 BGB erstrecke sich nicht auf jeden, der durch sein eigenes Tätigwerden eine Vorbedingung für die Leistungserbringung setze (Rn. 31). Es seien schließlich auch weder der Hersteller noch der Lieferant Erfüllungsgehilfen des Verkäufers. Im zu entscheidenden Fall komme es auch darauf an, ob der Käufer nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses vom Verkäufer selbst die Lastenfreistellungsunterlagen verlangen könnte und das Handeln des Grundschuldgläubigers im konkreten Pflichtenkreis des Verkäufers liege. Dies sei aber nicht der Fall. Der Verkäufer sei zwar auf die Mitwirkung des Gläubigers angewiesen, dessen Verhalten falle aber nicht in das vertraglich geschuldete Gesamtverhalten des Verkäufers (Rn. 32). Die Löschungsunterlagen könne von vornherein nur der Gläubiger zur Verfügung stellen. Der Grundgedanke des § 278 BGB, dass derjenige, der den Vorteil von Arbeitsteilung

genieße, auch deren Nachteile tragen solle, greife daher hier nicht ein.

Zuletzt **verneint** der BGH auch einen **Direktanspruch** der Käuferin **gegen die Grundschuldgläubigerin**. Insbesondere sei der Sicherungsvertrag (zwischen Gläubigerin und Verkäufer) kein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten der Käuferin. Es fehle bereits an der Leistungsnähe der Käuferin (Rn. 37).

Praxishinweis

Die Entscheidung erinnert daran, dass in der Praxis bei zu löschenden Briefrechten im Hinblick auf die Verlängerung der Vollzugszeiten Vorsicht geboten und ggf. Vorsorge zu treffen ist.

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

EuErbVO Art. 21, 28, 34, 10, 11, 13 – Philippinen: Erbausschlagung nach deutschem Erbrecht bei letztem gewöhnlichem Aufenthalt des Erblassers auf den Philippinen; internationale Zuständigkeit; Notzuständigkeit

BGB § 1856 Abs. 1; ZPO §§ 169, 173, 371a Abs. 3, 415 Abs. 1; FamFG §§ 40 Abs. 2, 41, 46; GBO § 29 Abs. 1 – Einreichen einer elektronisch beglaubigten Abschrift eines gerichtlichen Genehmigungsbeschlusses beim Grundbuchamt

HGB § 49 Abs. 2; BauO NRW § 85 – Umfang einer Prokura; Begründung von Baulasten

BGB §§ 2314, 2325 – Behandlung strittiger Positionen im Nachlassverzeichnis; pflichtteilsrechtliche Behandlung einer Schenkung an den Ehegatten bei Vorversterben des beschenkten Ehegatten; Vermeidung einer doppelten Begünstigung

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

EuErbVO Art. 21, 28, 34, 10, 11, 13 Philippinen: Erbausschlagung nach deutschem Erbrecht bei letztem gewöhnlichem Aufenthalt des Erblassers auf den Philippinen; internationale Zuständigkeit; Notzuständigkeit

I. Sachverhalt

Es soll eine Erbschaft ausgeschlagen werden. Der Erblasser war ausschließlich deutscher Staatsangehöriger und wohnte bis 2019 Deutschland. Seit 2019 befand sich der Wohnsitz des Erblassers auf den Philippinen in der Provinz Bataan. Der Erblasser ist am 9.1.2024 auf den Philippinen verstorben. Er hat keine Verfügung von Todes wegen

hinterlassen und keine Rechtswahl getroffen. Der Erblasser hat in Deutschland keine aktiven Vermögenswerte hinterlassen.

Der Sohn des Erblassers möchte die Erbschaft ausschlagen. Er ist neben seinen Geschwistern (und ggf. seiner Mutter) als gesetzlicher Erbe berufen.

II. Fragen

1. Welcher Rechtsordnung unterliegt die Rechtsnachfolge von Todes wegen? Gilt dieses Recht auch für die Erbausschlagung?

2. Welches Gericht ist international und örtlich zuständig für die Entgegennahme der Ausschlagungserklärung?

III. Zur Rechtslage

1. Erbstatut

Die Erbfolge richtet sich aus deutscher Sicht nach den Vorschriften der Europäischen Erbrechtsver-

ordnung, weil der Erbfall nach dem 17.8.2015 eingetreten ist (Art. 83 Abs. 1 EuErbVO).

Die Verordnung knüpft das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbare Recht gem. **Art. 21 Abs. 1 EuErbVO** mangels einer vorrangig zu beachtenden Rechtswahl an den **gewöhnlichen Aufenthalt** des Erblassers im **Zeitpunkt seines Todes** an. Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts wird in den Erwägungsgründen 23, 24 EuErbVO näher umschrieben. Danach ist eine Gesamtbeurteilung der Lebensumstände vorzunehmen, auch unter Berücksichtigung von Dauer und Regelmäßigkeit von Besuchen, der besonders engen Bindung an einen Staat, der Sprachkenntnisse, der familiären und sozialen Bindungen der betreffenden Person sowie der Lage des Vermögens (vgl. MünchKommBGB/Dutta, 9. Aufl. 2024, Art. 4 EuErbVO Rn. 4 f.; Dutta/Weber/Bauer, Internationales Erbrecht, 2. Aufl. 2020, Art. 21 EuErbVO Rn. 3 ff.; Köhler, in: Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch, Internationales Erbrecht, 2. Aufl. 2017, Teil 1 § 4 Rn. 13 ff.). Neben diesen objektiven Elementen zur Begründung eines neuen gewöhnlichen Aufenthalts kommt es auch auf den nach außen manifestierten Bleibe- und Aufenthaltswillen des Erblassers an. Allein der Aufenthaltswille ohne eine regelmäßige körperliche Anwesenheit reicht aber nicht aus, um einen gewöhnlichen Aufenthalt zu begründen (EuGH NJW 2017, 2013 zu Art. 3 u. 8 Brüssel IIa-VO; BeckOGK-EuErbVO/J. Schmidt, Std.: 1.12.2024, Art. 4 Rn. 22; MünchKommBGB/Dutta, Art. 4 EuErbVO Rn. 4).

Letztlich ist zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts der **tatsächliche Lebensmittelpunkt** einer natürlichen Person zu ermitteln, der mittels einer Gesamtbeurteilung der Lebensumstände des Erblassers in den Jahren vor seinem Tod und zum Zeitpunkt des Todes festzustellen ist (MünchKommBGB/Dutta, Art. 4 EuErbVO Rn. 4; Köhler, Teil 1 § 4 Rn. 13). Nach *Dutta* soll der gewöhnliche Aufenthalt in einem Staat jedoch vermutet werden können, wenn sich der Erblasser in diesem Staat über mehrere Jahre körperlich aufgehalten hat (MünchKommBGB/Dutta, Art. 4 EuErbVO Rn. 4).

Im vorliegenden Fall hatte der Erblasser offenbar lange in Deutschland gelebt; die letzten Jahre seines Lebens aber auf den Philippinen verbracht. **Unklar** ist jedoch, ob er auch seinen **gewöhnlichen Aufenthalt** auf die **Philippinen** verlegt hat. Dies könnte insbesondere dann der Fall sein,

wenn der Erblasser dort neue soziale und familiäre Bindungen aufgebaut hat, sodass er auch dort einen entsprechenden dauerhaften Bleibewillen hatte und auch sein Vermögen auf die Philippinen verlegt hat.

Hatte der Erblasser hingegen weiterhin soziale und familiäre Bindungen in seiner deutschen Heimat und hat er diese regelmäßig besucht, oder hatte er die Absicht, wieder nach Deutschland zurückzukehren, so könnte der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt noch in Deutschland beibehalten haben.

Vor diesem Hintergrund lässt sich letztlich aus dem vorliegenden Sachverhalt nicht ermitteln, ob der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland oder auf den Philippinen hatte. **Im Ergebnis** ist dies für die Bestimmung des Erbstatuts im vorliegenden Fall aber auch **nicht entscheidend**, da in beiden Fällen deutsches Erbrecht zur Anwendung gelangt:

Sofern der Erblasser seinen **gewöhnlichen Aufenthalt** zum Zeitpunkt seines Todes in **Deutschland** hatte, wäre **deutsches Recht** nach Art. 21 Abs. 1 EuErbVO das Erbstatut.

Bei letztem **gewöhnlichem Aufenthalt** auf den **Philippinen** würde Art. 21 Abs. 1 EuErbVO auf das **Recht der Philippinen** verweisen. Bei dieser Verweisung handelt es sich nach Art. 34 Abs. 1 EuErbVO um eine **Gesamtverweisung**, sodass weiter zu prüfen ist, ob das philippinische IPR eine **beachtliche Rück- oder Weiterverweisung** ausspricht.

Im philippinischen Recht regelt Art. 16 Abs. 2 des philippinischen Code Civil (im Folgenden: phil. CC), welches Recht auf die gesetzliche Erbfolge anzuwenden ist. Diese Vorschrift lautet in der englischen Übersetzung (abrufbar unter <https://www.officialgazette.gov.ph/1949/06/18/republic-act-no-386/>):

„Art. 16.

Real property as well as personal property is subject to the law of the country where it is situated.

However, intestate and testamentary successions, both with respect to the order of succession and to the amount of successional rights and to the intrinsic validity of testamentary provisions, shall be regulated

by the national law of the person whose succession is under consideration, whatever may be the nature of the property and regardless of the country wherein said property may be found.“

Das philippinische IPR unterstellt offenbar die gesetzliche Erbfolge (*intestate succession*) unfänglich dem Heimatrecht des jeweiligen Erblassers (vgl. hierzu Weishaupt, in: Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht, Std.: 1.7.2004, Länderbericht Philippinen, Grdz. Rn. 15). Insoweit würde das **philippinische Recht** aufgrund der deutschen Staatsangehörigkeit des Erblassers **auf das deutsche Recht zurückverweisen**. Diese Rückverweisung ist auch nach Art. 34 Abs. 1 lit. a EuErbVO aus Sicht der EuErbVO beachtlich, sodass deutsches Recht das Erbstatut ist.

Nach dem Erbstatut richtet sich gem. Art. 23 Abs. 2 lit. e EuErbVO insbesondere auch der Übergang der zum Nachlass gehörenden Vermögenswerte, einschließlich der Bedingungen für die Annahme und die Ausschlagung der Erbschaft. Das **deutsche Erbrecht gilt** demnach umfassend auch **für die Ausschlagung** der Erbschaft (vgl. auch MünchKommBGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 1945 Rn. 19).

2. Zur Erbausschlagung nach deutschem Recht

Nach § 1942 Abs. 1 BGB geht die Erbschaft auf die Erben unbeschadet des Rechts über, sie auszuschlagen. Bei der Ausschlagung handelt es sich um eine einseitige, empfangsbedürftige materielle Willenserklärung, die nach § 1945 Abs. 1 BGB gegenüber dem Nachlassgericht erklärt werden muss. Diese Willenserklärung wird damit erst mit Zugang beim Nachlassgericht wirksam, § 130 Abs. 1 u. 3 BGB (MünchKommBGB/Leipold, § 1945 Rn. 2).

3. Internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte

Die Erbausschlagung muss nach dem deutschen Erbrecht gegenüber dem „Nachlassgericht“ erklärt werden. Damit diese Erklärung vor einem Nachlassgericht in Deutschland erklärt werden kann, müsste indes eine **internationale Zuständigkeit** der deutschen Gerichte bestehen.

a) Zuständigkeit aufgrund Art. 4, 10 oder 13 EuErbVO?

Die **internationale Zuständigkeit** der Gerichte in Erbsachen **richtet sich** auch gegenüber Drittstaaten aus deutscher Sicht **ausschließlich nach**

der EuErbVO; ein Rückgriff auf §§ 105, 343 FamFG ist nicht möglich (MünchKommBGB/Dutta, Vor. Art. 4 EuErbVO Rn. 30).

Nach **Art. 4 EuErbVO** sind die Gerichte des Mitgliedsstaates zuständig, in dem der Erblasser seinen **letzten gewöhnlichen Aufenthalt** hatte. Hatte der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, so wäre das Gericht international und örtlich zuständig, in dessen Bezirk der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Art. 4 EuErbVO und § 47 Nr. 2 IntErbRVG i. V. m. § 343 Abs. 1 FamFG). Sofern der Erblasser im vorliegenden Fall seinen gewöhnlichen Aufenthalt aber auf den Philippinen hatte, ergibt sich aufgrund dieser Vorschrift keine Zuständigkeit der Gerichte eines Mitgliedstaates der EuErbVO.

Vielmehr gilt insoweit **Art. 10 EuErbVO**. Hatte der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt des Todes nicht in einem Mitgliedsstaat, so sind gem. Art. 10 Abs. 1 lit. a EuErbVO die Gerichte des Mitgliedsstaates *international* zuständig, in dem sich **Nachlassvermögen** befindet, wenn der Erblasser die Staatsangehörigkeit dieses Mitgliedsstaates besaß. Dabei werden (zumindest) nach in Deutschland wohl überwiegender Auffassung *Nachlasspassiva* nicht als Vermögen in diesem Sinne behandelt (vgl. insoweit nur BeckOGK-EuErbVO/J. Schmidt, Art. 10 Rn. 8 m. w. N.). *Örtlich* wäre dann nach § 47 Nr. 2 IntErbRVG i. V. m. § 343 Abs. 2 FamFG das Nachlassgericht zuständig, in dessen Bezirk der Erblasser in Deutschland zuletzt seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Da der Erblasser im vorliegenden Fall allerdings keine *aktiven* Vermögenswerte in Deutschland hinterlassen hat, scheidet eine subsidiäre Zuständigkeit nach Art. 10 EuErbVO aber von vornherein aus.

Eine Zuständigkeit deutscher Gerichte aus **Art. 13 EuErbVO** (i. V. m. § 31 IntErbRVG) dürfte ebenfalls nicht bestehen. Nach derzeit herrschender Lesart **setzt** diese konkurrierende Zuständigkeit **voraus, dass die Zuständigkeit der Gerichte eines anderen Mitgliedstaates i. S. d. EuErbVO besteht** (Deixler-Hübner/Schauer/Glitschthaler, EuErbVO, 2. Aufl. 2020, Art. 13 Rn. 4; Emmerling de Oliveira, FS 25 Jahre Deutsches Notarinstitut, 2018, S. 765, 772; MünchKommBGB/Dutta, Art. 13 EuErbVO Rn. 3; MünchKommFamFG/Rauscher, 3. Aufl. 2019, Art. 13 EU-ErbVO Rn. 2; Nordmeier, IPRax 2021, 345, 347 ff.; **a. A.** mit beachtlichen Argu-

menten aber Mankowski, ErbR 2020, 548, 550 f.; jurisPK-BGB/Eichel, 10. Aufl. 2023, Art. 13 EuErbVO Rn. 4; offengelassen OLG Köln ErbR 2020, 561). Dies ist – soweit ersichtlich – jedoch nicht der Fall; der Erbfall hat keinerlei Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat i. S. d. EuErbVO. Würde man indes für die Anwendung des § 13 EuErbVO nicht verlangen, dass ein anderer Mitgliedstaat aufgrund der EuErbVO bereits zuständig ist, so wären die deutschen Gerichte für die Entgegennahme der Erbausschlagung – sollte der *Erbe*, wovon wir vorliegend ausgehen, seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben – international zuständig. Örtlich wäre dann nach § 31 S. 1 IntErbRVG das Nachlassgericht zuständig, in dessen Bezirk der *Erbe* seinen gewöhnlichen Aufenthalt derzeit hat.

b) Notzuständigkeit nach Art. 11 EuErbVO

Da die Voraussetzungen der subsidiären Zuständigkeit nach Art. 10 EuErbVO nicht vorliegen und auch eine Zuständigkeit nach Art. 13 EuErbVO mit der derzeitigen h. M. nicht bestehen dürfte, kann sich eine Zuständigkeit deutscher Gerichte für die Entgegennahme der Erbausschlagung nur aus der Notzuständigkeit nach Art. 11 EuErbVO ergeben. Nach Art. 11 EuErbVO können die Gerichte eines Mitgliedsstaates in Ausnahmefällen in einer Erbsache entscheiden, wenn es unmöglich oder unzumutbar ist, ein Verfahren in einem dritten Staat einzuleiten, wenn die Gerichte keines anderen Mitgliedsstaates nach der EuErbVO zuständig sind. Die Sache muss dabei einen ausreichenden Bezug zu dem Mitgliedsstaat aufweisen.

Es stellt sich daher die Frage, ob die Erklärung der **Erbausschlagung auf den Philippinen möglich und zumutbar** ist. Hierfür ist notwendig, dass die Erbausschlagung auf den Philippinen auch aus Sicht des anwendbaren deutschen Erbrechts **wirksam** ist.

Grundsätzlich kennt auch das philippinische Recht die Erbausschlagung (Art. 1041 ff. phil. CC). Nach Art. 1051 phil. CC muss die Ausschlagung der Erbschaft mittels öffentlicher oder als echt feststehender Urkunde oder durch einen Antrag an das für das Nachlassverfahren zuständige Gericht erfolgen. Auch würde wohl eine internationale Zuständigkeit auf den Philippinen bestehen, da die internationale Zuständigkeit der philippinischen Gerichte von der örtlichen abgeleitet wird und nach *Rule 73 Sec. 1 der Revised Rules of Court – Civil Procedure* das

Gericht der Provinz örtlich zuständig ist, in dem sich der Erblasser (auch ein ausländischer) im Zeitpunkt seines Todes aufgehalten hat (Emmerling de Oliveira, S. 770 ff.).

Die **Erbausschlagung könnte** somit wohl **vor einem philippinischen Gericht erklärt werden**. Allerdings stellt sich die Frage, ob aus Sicht des anwendbaren deutschen materiellen Erbrechts die Erklärung vor einem philippinischen Gericht auch ausreichend ist, um die Erbschaft *wirksam* auszuschlagen.

aa) Keine Wirksamkeit der Erbausschlagung auf den Philippinen aufgrund von Art. 28 lit. b EuErbVO

Zunächst stellt sich die Frage, ob sich die Wirksamkeit der Erbausschlagung gegenüber einem Gericht auf den Philippinen nicht bereits aus **Art. 28 lit. b EuErbVO** ergibt. Art. 28 lit. b EuErbVO bestimmt, dass eine **Ausschlagungserklärung** hinsichtlich ihrer **Form wirksam** ist, wenn sie den Formerfordernissen des **Rechts des Staates** entspricht, in der der *Erklärende* seinen **gewöhnlichen Aufenthalt** hat.

Vor diesem Hintergrund ist der **Generalanwalt Szpunar** davon ausgegangen, dass die Frage, *gegenüber wem* die erbrechtliche Erklärung abgegeben werden muss, also insbesondere die Frage der **Amtsempfangsbedürftigkeit**, nicht dem Erbstatut unterliege, sondern **vom Formstatut des Art. 28 lit. b EuErbVO erfasst** sei und sich damit nach dem Recht des Staates richte, in dem der Ausschlagende seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts/der Generalanwältin vom 20.1.2022, C-617/20, Celex-Nr. 62020CC0617 Rn. 57 ff.; so auch schon Margonski, ZEV 2015, 141, 145). Auch wäre Art. 28 EuErbVO in Drittstaatenfällen anwendbar (MünchKommBGB/Dutta, Art. 28 EuErbVO Rn. 4). Diese Ansicht hätte daher zur Folge, dass die Erbausschlagung nicht einem Gericht zugehen muss, um wirksam zu sein, wenn das Recht des Staates, in dem der Ausschlagende seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, dies nicht voraussetzt. Auch wenn deutsches Erbrecht anzuwenden ist, wäre die **Erbausschlagung demnach nicht mehr amtsempfangsbedürftig, wenn das Recht des Staates, in dem der Ausschlagende seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, keine Amtsempfangsbedürftigkeit vorsieht** (krit. daher J. P. Schmidt, ErbR 2022, 481, 482 f.: Die Ansicht des Generalanwalts könnte zur Formfreiheit der Erbausschlagung in einem Drittstaat führen).

Im vorliegenden Fall würde dies mithin dazu führen, dass die Erbausschlagung auf den Philippinen keinem Gericht mehr zugehen müsste, wenn der ausschlagende Erbe seinen gewöhnlichen Aufenthalt auf den Philippinen hätte. Denn Art. 1051 phil. CC setzt für die Wirksamkeit der Erbausschlagung lediglich voraus, dass diese in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist.

Der **EuGH** ist dem Generalanwalt in der Entscheidung „T.N./N.N.“ (ZEV 2022, 521) aber nicht (ausdrücklich) gefolgt, sodass **unklar** ist, ob auch er die Frage der **Empfangszuständigkeit als eine Formfrage qualifiziert**. Insoweit ist jedoch zu beachten, dass derzeit die h. M. in der deutschen Literatur davon ausgeht, dass das Erbstatut und nicht das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Ausschlagenden darüber entscheidet, *ob und vor welchem Gericht* die erbrechtliche Erklärung abzugeben ist (K. W. Lange/Holtwiesche, ZErB 2016, 29, 31; J. P. Schmidt/Kottke, ErbR 2021, 10, 12 f.; J. P. Schmidt, ZEV 2014, 455, 458; MünchKommBGB/Dutta, Art. 28 EuErbVO Rn. 5; jurisPK-BGB/Nordmeier, 10. Aufl. 2023, Art. 28 EuErbVO Rn. 21; a. A. Margonski, ZEV 2015, 141, 145).

Selbst wenn man mit dem Generalanwalt die Frage der Amtsempfangsbedürftigkeit der Ausschlagungserklärung als Formfrage i. S. v. Art. 28 lit. b EuErbVO qualifizieren möchte, führt dies im vorliegenden Fall jedoch nicht zur Wirksamkeit der Erbausschlagung auf den Philippinen. Die **weiteren Voraussetzungen des Art. 28 lit. b EuErbVO liegen** hier jedenfalls **nicht vor**: Der erklärende Erbe hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt nämlich in Deutschland und nicht auf den Philippinen. Selbst nach Ansicht des Generalanwalts *Szpunar* wäre also **deutsches Recht auf die Frage der Empfangszuständigkeit anzuwenden**. Die Wirksamkeit der Erbausschlagung setzt daher nach § 1945 Abs. 1 BGB in jedem Fall den Zugang der Erklärung beim Nachlassgericht voraus.

bb) Das philippinische Gericht als Nachlassgericht i. S. v. § 1945 Abs. 1 BGB

Es stellt sich daher die Frage, ob eine Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht i. S. v. § 1945 Abs. 1 BGB vorliegt, wenn der Erbe im vorliegenden Fall die Erbausschlagung gegenüber einem Gericht auf den Philippinen erklärt. Nachlassgericht i. S. v. § 1945 Abs. 1 BGB ist im Ausgangspunkt jedoch das örtlich zuständige Nachlassgericht in Deutschland (J. P. Schmidt/Kottke, ErbR

2021, 10, 11; Staudinger/Dörner, 2007, Art. 25 EGBGB Rn. 117). Ob auch die **Erklärung gegenüber einem ausländischen Gericht ausreicht**, ist keine verfahrensrechtliche Frage, sondern eine materiell-rechtliche **Frage der Substitution** (s. zur Substitution allgemein MünchKommBGB/v. Hein, 9. Aufl. 2024, Einl. IPR Rn. 247 ff.).

Hinzuweisen ist zunächst darauf, dass sich die Substitutionswirkung im vorliegenden Fall nicht aus Art. 13 EuErbVO ergeben kann. Diese Vorschrift begründet nach herrschender Ansicht nicht nur eine internationale Zuständigkeit, sondern bewirkt auch, dass die Abgabe der Erklärung gegenüber dem nach Art. 13 EuErbVO zuständigen Gericht die Abgabe der Ausschlagungserklärung vor einem inländischen Nachlassgericht substituiert (vgl. statt aller BeckOGK-EuErbVO/J. Schmidt, Art. 13 Rn. 31 ff.; Deixler-Hübner/Schauer/Glitschthaler, Art. 13 Rn. 11; K. W. Lange/Holtwiesche, ZErB 2016, 29, 31; Looschelders, IPRax 2019, 510, 511; MünchKommBGB/Dutta, Art. 13 Rn. EuErbVO 11; J. P. Schmidt/Kottke, ErbR 2021, 10, 12 f., jeweils m. w. N.; a. A. jurisPK-BGB/Eichel, Art. 13 EuErbVO Rn. 13). Bei einer Erbausschlagung vor einem drittstaatlichen Gericht kommt die Substitutionswirkung aus Art. 13 EuErbVO aber nicht in Betracht. In diesem Fall entscheidet schlicht das Erbstatut nach **allgemeinen Regeln** über die **Substitutionswirkung** der Erbausschlagung (vgl. hierzu MünchKommBGB/Dutta, Art. 13 EuErbVO Rn. 11; J. P. Schmidt/Kottke, ErbR 2021, 10, 13 f.; so auch Margonski, ZEV 2015, 141, 144).

Es stellt sich mithin die Frage, ob die Erklärung der Erbausschlagung gegenüber dem Gericht auf den Philippinen die Erklärung der Erbausschlagung gegenüber einem inländischen Nachlassgericht substituiert. Hierbei ist schon fraglich, ob § 1945 Abs. 1 BGB überhaupt eine Substitution zulässt, oder schlicht stets die Erklärung gegenüber einem *deutschen* Nachlassgericht erfordert (sog. geschlossene Norm; vgl. MünchKommBGB/v. Hein, Einl. IPR Rn. 252). In jedem Fall müsste der Zugang der Erklärung vor dem philippinischen Gericht nach philippinischem Erbrecht in den **wesentlichen Grundzügen funktional gleichwertig** zum Zugang der Ausschlagungserklärung bei einem deutschen Nachlassgericht sein (vgl. MünchKommBGB/v. Hein, Einl. IPR Rn. 255 ff.).

Nach Art. 1051 phil. CC ist die Erbausschlagung durch öffentliche oder als echt feststehende Ur-

kunde oder durch einen Antrag bei dem für das Nachlassverfahren zuständigen Gericht zu erklären. Nach unserem Verständnis handelt es sich hierbei lediglich um eine Formvorschrift. Diese Vorschrift begründet keine Amtsempfangsbedürftigkeit der Erklärung. Es ist nicht ersichtlich, dass eine Ausschlagungserklärung einem Gericht auf den Philippinen zugehen muss, um wirksam zu werden. Vielmehr scheint nach Art. 1051 phil. CC die Ausschlagung mittels Antrags beim zuständigen Gericht nur *eine* von *mehreren* möglichen Formen der Erbausschlagung zu sein. Auch die Erklärung durch öffentliche oder „als echt feststehende Urkunde“ würde für eine wirksame Erbausschlagung ausreichen. **Anders als im deutschen Recht würde damit die Erklärung also nicht erst dann wirksam, wenn diese dem Nachlassgericht nach § 130 Abs. 3 BGB auch zugegangen ist.**

Insoweit dürfte die Funktion des Gerichts auf den Philippinen eine andere sein: Das Gericht protokolliert lediglich die Erbausschlagung des Erben; es ist aber gerade nicht zwingend Adressat der Ausschlagungserklärung. Es steht damit zu befürchten, dass die Entgegennahme der Ausschlagungserklärung durch ein Gericht auf den Philippinen nicht die in § 1945 BGB vorausgesetzte Funktion erfüllen kann und damit auch **nicht** als **gleichwertig** und **ausreichend** anerkannt werden könnte (so Emmerling de Oliveira, S. 770 ff.).

Sofern daher die Substitutionswirkung der Erklärung abzulehnen ist, erweist sich ein Verfahren vor einem philippinischen Gericht als *unmöglich*, da der Erbe in diesem Forum den für das deutsche Erbrecht erforderlichen Rechtsschutz – eine nach § 1945 Abs. 1 BGB *wirksame* Erbausschlagung – nicht erhalten kann. Diese **rechtfertigt** die Eröffnung einer **Notzuständigkeit nach Art. 11 EuErbVO**. Der von Art. 11 EuErbVO geforderte ausreichende Bezug der Erbsache zu Deutschland würde bereits durch die Anwendbarkeit des deutschen Erbrechts vermittelt werden, sodass dann eine deutsche Notzuständigkeit bestünde.

Örtlich wäre dann nach § 47 Nr. 2 IntErbRVG i. V. m. § 343 Abs. 2 FamFG das Nachlassgericht zuständig, in dessen Bezirk der Erblasser in Deutschland zuletzt seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

4. Praktische Umsetzung

In praktischer Hinsicht würde sich im vorliegen-

den Fall daher folgendes Vorgehen anbieten: Es werden Erbausschlagungserklärungen in deutscher und englischer (evtl. sogar philippinischer) Sprache erstellt, vom Erben unterschrieben und dessen Unterschrift vom Notar beglaubigt. Anschließend wird die eine Erklärung dem deutschen Nachlassgericht unter Hinweis auf die Notzuständigkeit und die andere Erklärung dem philippinischen Gericht übermittelt. Alternativ wäre bei einer beurkundeten Erbausschlagung auch die rechtzeitige Übermittlung je einer Ausfertigung möglich.

BGB § 1856 Abs. 1; ZPO §§ 169, 173, 371a Abs. 3, 415 Abs. 1; FamFG §§ 40 Abs. 2, 41, 46; GBO § 29 Abs. 1

Einreichen einer elektronisch beglaubigten Abschrift eines gerichtlichen Genehmigungsbeschlusses beim Grundbuchamt

I. Sachverhalt

Die mit notariellem Übergabevertrag vorgenommene Übertragung einer Immobilie an einen Minderjährigen bedurfte der familiengerichtlichen Genehmigung. Die Beteiligten bevollmächtigten den beurkundenden Notar mittels sog. Doppelvollmacht zur Entgegennahme der Genehmigung und deren Mitteilung an den Vertragspartner sowie zur Empfangnahme dieser Mitteilung. Die Genehmigung wurde erteilt und rechtskräftig. Das Familiengericht übersandte dem Notar per beN eine elektronisch beglaubigte Abschrift des Genehmigungsbeschlusses. Das Grundbuchamt verweigert nun die Eigentumsumschreibung, weil dem Notar die Genehmigung in Ausfertigung vorliegen müsse.

II. Frage

Muss dem Notar die Genehmigung tatsächlich in Ausfertigung vorliegen?

III. Zur Rechtslage

Es ist zu unterscheiden zwischen dem materiellrechtlichen Wirksamwerden des Rechtsgeschäfts durch Erteilung der gerichtlichen Genehmigung (unter Ziff. 1) und den grundbuchverfahrensrechtlichen Anforderungen an den Nachweis der rechtskräftigen Genehmigung, der Bekanntgabe und der Mitteilung an die andere Vertragspartei (unter Ziff. 2).

1. Materiell-rechtliche Wirksamkeit des Vertrages durch die Genehmigung

Schließt der gesetzliche Vertreter einen gem. §§ 1850 ff. BGB genehmigungsbedürftigen Vertrag ohne die erforderliche Genehmigung des zuständigen Gerichts ab, ist der Vertrag schwebend unwirksam, solange das Gericht die Genehmigung nicht erteilt, § 1856 Abs. 1 S. 1 BGB. Das Gericht entscheidet durch Beschluss, vgl. § 40 Abs. 2 S. 1 FamFG. Ein im FamFG-Verfahren ergangener **Beschluss** ist den Beteiligten **bekanntzugeben**. Die Bekanntgabe ist stets **Wirksamkeitsvoraussetzung**. Ein Beschluss, der die *Genehmigung eines Rechtsgeschäfts* zum Gegenstand hat, wird zudem nach § 40 Abs. 2 S. 1 FamFG erst **mit Eintritt der Rechtskraft** wirksam.

a) Form der Bekanntgabe des Beschlusses

§ 41 FamFG regelt zum einen das Erfordernis der Bekanntgabe eines Beschlusses, zum anderen aber auch die *Form*, in der der Beschluss bekanntzugeben ist. Die Norm wurde neugefasst mit Gesetz vom 12.7.2024, BGBl. I 2024 Nr. 234 („Gesetz zur weiteren Digitalisierung der Justiz“). Nach § 41 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 FamFG gibt das Gericht den Beschluss gegenüber Abwesenden **in beglaubigter Abschrift** bekannt. Vormalig lautete die Norm lediglich „*Der Beschluss ist den Beteiligten bekannt zu geben.*“, enthielt also keine Aussage zur Form der Bekanntgabe. Der Gesetzgeber will mit der neuen Regelung die **elektronische Bekanntgabe** eines Beschlusses im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit **ermöglichen** (vgl. BT-Drucks. 20/10943, S. 59). Eine **Ausfertigung** erteilt das Gericht **nur auf Antrag**, § 41 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 FamFG. Eine Ausfertigung des Beschlusses kann das Gericht **nur in Papierform** erteilen. Ein elektronisches Pendant zur papiergebundenen Ausfertigung gibt es (derzeit) nicht. Elektronische Dokumente lassen sich beliebig vervielfältigen (MünchKommFamFG/Ulrici, 4. Aufl. 2025, § 41 Rn. 6). Der Rechtsverkehr könnte also bei einer „elektronischen Ausfertigung“ nicht nachvollziehen, ob es sich um das Original oder eine Kopie handelt (s. nur Winkler, in: Winkler, BeurkG, 21. Aufl. 2023, § 49 Rn. 13).

Das – rein deklaratorisch wirkende – **Rechtskraftzeugnis** nach § 46 S. 1 FamFG kann das Gericht auf einer beglaubigten Abschrift des Beschlusses erteilen (BeckOK-FamFG/Obermann, Std.: 1.3.2025, § 46 Rn. 12; MünchKommFamFG/Ulrici, § 46 Rn. 8). Alternativ kann es eine separate Bescheinigung über die Rechtskraft

des Genehmigungsbeschlusses ausstellen, welches keiner besonderen Form bedarf (Weinert, DNotZ 2025, 3, 5).

§ 41 Abs. 1 S. 1 FamFG bestimmt daneben auch, gegenüber wem der Beschluss bekanntzugeben ist. Dies sind die Beteiligten i. S. v. § 7 FamFG. **§ 1855 BGB** regelt allerdings zwingend für betreuungs- und familiengerichtliche Genehmigungen (im Kontext des § 1644 Abs. 3 BGB), dass das Gericht den **Genehmigungsbeschluss wirksam nur gegenüber dem Betreuer, Vormund oder Pfleger bekannt geben** kann (s. zur Möglichkeit der Erteilung einer Empfangsvollmacht durch den gesetzlichen Vertreter BeckOK-BGB/Kadelbach, Std.: 1.2.2025, § 1855 Rn. 9 a. E.).

b) Verfahren der Bekanntgabe gegenüber Abwesenden

Von der Form der Bekanntgabe ist das *Verfahren* der Bekanntgabe zu unterscheiden. Das Verfahren der Bekanntgabe regelt im Ausgangspunkt § 15 Abs. 2 S. 1 FamFG. Hiernach steht es grundsätzlich im freien Ermessen des Gerichts, ob es den Beschluss den Beteiligten gem. §§ 166–195 ZPO förmlich zustellen lässt oder ob es ihn zur Post aufgibt (s. nur BGH NJW-RR 2022, 146). § 15 Abs. 2 FamFG (i. V. m. §§ 166–195 ZPO) regelt also, *wie* bekanntzugeben ist, während § 41 Abs. 1 S. 1 FamFG regelt, *was* (Beschluss) und *in welcher Form* (beglaubigte Abschrift) bekanntzugeben ist. Der Verweis auf §§ 166–195 ZPO erfasst auch die Regelungen der §§ 169 Abs. 4, Abs. 5, 173 ZPO, die die Zustellung elektronischer Dokumente regeln.

aa) Gem. **§ 169 Abs. 4 S. 1 ZPO** kann das Gericht ein Schriftstück oder ein elektronisches Dokument **in beglaubigter elektronischer Abschrift zustellen**. Die Zustellung (und damit über § 15 Abs. 2 FamFG die Bekanntgabe) kann also auch dadurch erfolgen, dass dem Empfänger eine beglaubigte elektronische Abschrift zugestellt wird. Welche Art von Dokument (Papierform oder elektronische Form) dem Gericht hierbei im Ausgangspunkt vorliegt, ist für § 169 Abs. 4 S. 1 ZPO unerheblich. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Wortlaut von § 169 Abs. 4 S. 1 ZPO („Ein *Schriftstück* oder ein *elektronisches Dokument*“). Wählt das Gericht dieses Zustellungs- bzw. Bekanntgabeverfahren, so erfolgt die Beglaubigung *mit* einer qualifizierten elektronischen Signatur des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle, § 169 Abs. 4 S. 2 ZPO.

bb) Gem. **§ 169 Abs. 5 Nr. 2 ZPO** wäre es ferner möglich, dass das Gericht ein **elektronisches Dokument** ohne qualifizierte elektronische Signatur und ohne elektronische Beglaubigung zustellt, sofern die Zustellung über einen sicheren Übermittlungsweg i. S. v. § 130a ZPO erfolgt. Hierbei ist ein elektronischer Authentizitäts- und Integritätsnachweis beizufügen, der bei der Nutzung sicherer Übermittlungswege wie dem besonderen elektronischen Notarpostfach (beN) automatisch in Form einer Protokolldatei (XML-Format) generiert wird (MünchKommZPO/Häublein/Müller, 6. Aufl. 2020, § 169 Rn. 17). Dieser Nachweis wird als vertrauenswürdiger Herkunftsnachweis bezeichnet (Weinert, DNotZ 2025, 3, 4). **Eine Zustellung gemäß § 169 Abs. 5 Nr. 2 ZPO scheidet im Fall des § 41 Abs. 1 Hs. 1 FamFG jedoch aus.** Denn § 169 Abs. 5 Nr. 2 ZPO stellt lediglich die Sicherheit des Übertragungsweges sicher, während der Beglaubigungsvermerk gemäß § 41 Abs. 1 Hs. 1 FamFG dazu dient, die *inhaltliche* Vollständigkeit des Dokuments und Übereinstimmung mit dem Ursprungsdokument zu gewährleisten. Nachdem § 41 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 FamFG die Bekanntgabe des Beschlusses aber (mindestens) in beglaubigter Abschrift erfordert, kommt eine Bekanntgabe des Beschlusses nach § 169 Abs. 5 Nr. 2 ZPO, der eine elektronische Zugestellung gerade ohne Beglaubigung vorsieht, nicht in Betracht.

Laut Sachverhalt erfolgte die Bekanntgabe nach der zulässigen Variante des § 15 Abs. 2 S. 1 FamFG i. V. m. § 169 Abs. 4 S. 1 ZPO. Der **Beschluss** ist also **wirksam bekanntgegeben**. Da auch die **Rechtskraft eingetreten** ist, ist er damit **insgesamt wirksam**.

c) **Kein Formerfordernis bei der Mitteilung durch den gesetzlichen Vertreter, § 1856 Abs. 1 S. 2 BGB**

Nachdem das Gericht den rechtskräftigen Beschluss wirksam bekannt gegeben hat, muss der gesetzliche Vertreter die **Genehmigung der anderen Vertragspartei mitteilen**, damit diese auch gegenüber der anderen Vertragspartei wirksam wird, § 1856 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Mitteilung gem. § 1856 Abs. 1 S. 2 BGB ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung i. S. d. §§ 130 ff. BGB (BeckOGK-BGB/Kilian, Std.: 1.2.2025, § 1856 Rn. 26). Sie wird folglich gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB durch Zugang beim Empfänger wirksam. Die Mitteilung selbst unterliegt **keinem Formerfordernis** (jurisPK-BGB/M. Herberger, 10. Aufl. 2023, § 1856

Rn. 32). Der gesetzliche Vertreter braucht also nicht dem anderen Teil eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift vorzulegen, um die Genehmigung mitzuteilen. Demnach ergibt sich auch aus § 1856 Abs. 1 S. 2 BGB keine Notwendigkeit, dass dem gesetzlichen Vertreter eine Ausfertigung des Beschlusses des Gerichts vorliegen muss.

d) **Bedeutung der Doppelvollmacht des Notars**

Zur effektiven Vertragsabwicklung erteilen die Vertragsparteien üblicherweise dem Notar eine sog. **Doppelvollmacht** (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3739 ff.). Nachdem der rechtskräftige Genehmigungsbeschluss dem Notar seitens des Gerichts bekanntgegeben worden ist, hat dieser – damit der Vertrag wirksam wird – eine Handlung vorzunehmen, durch die er nach außen zu erkennen gibt, dass er in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter des anderen Vertragsteils von der ihm als dem Bevollmächtigten des gesetzlichen Vertreters zugegangenen Genehmigung Kenntnis genommen hat (Staudinger/Veit, 2020, § 1829 Rn. 34). Diese Handlung ist erforderlich, weil der gesetzliche Vertreter ein Wahlrecht hat, ob er die gerichtliche Genehmigung der anderen Vertragspartei mitteilen will oder nicht, vgl. § 1856 Abs. 1 S. 2 BGB. Handelt dieselbe Person (der Notar) bei der Mitteilung der Genehmigung als Erklärungsvertreter des gesetzlichen Vertreters und Empfangsvertreter der anderen Vertragspartei, muss die Ausübung des Wahlrechts durch eine Handlung äußerlich erkennbar werden (BGH NJW 2016, 565 Rn. 37; OLG Hamm NJOZ 2017, 461 Rn. 4). Typischerweise errichtet der Notar eine **notarielle Eigenurkunde** über den Erhalt des Genehmigungsbeschlusses, die Mitteilung an die andere Vertragspartei und die Entgegennahme für diese (Münch/Schaal, FamR-NotGP, 4. Aufl. 2023, § 17 Rn. 221 f.). Damit der Notar die in der Praxis bewährte Doppelvollmacht für die Beteiligten ausüben kann, braucht ihm der gerichtliche Genehmigungsbeschluss nicht in einer besonderen Form vorliegen; in materiell-rechtlicher Hinsicht besteht insoweit also keiner Formerfordernis im Hinblick auf den Genehmigungsbeschluss. Es reicht insofern aus, wenn das Gericht dem Notar eine beglaubigte Abschrift des Genehmigungsbeschlusses (§ 41 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 FamFG) mitsamt Rechtskraftzeugnis übermittelt.

e) **Zwischenergebnis**

Folglich kann das Gericht eine elektronisch beglaubigte Abschrift des (rechtskräftigen) Genehmigungsbeschlusses dem doppelbevollmächtigten

Notar mittels beN wirksam elektronisch übermitteln. Der *Beschluss* wird hierdurch bekanntgegeben und damit *wirksam*. Der Notar kann die Genehmigung sodann unter Nutzung der Doppelvollmacht formfrei der anderen Vertragspartei *mitteilen* und für diese die Mitteilung entgegennehmen. Infolgedessen wird das genehmigungsbedürftige *Rechtsgeschäft wirksam*. Im hier geschilderten Fall dürfte die Bekanntgabe durch Zustellung der elektronisch beglaubigten Abschrift des Genehmigungsbeschlusses an den doppelbevollmächtigten Notar über dessen beN gem. §§ 169 Abs. 4 S. 1, 173 Abs. 1, 172 Abs. 1 ZPO i. V. m. § 15 Abs. 2 FamFG wirksam erfolgt sein. Mit Ausübung der Doppelvollmacht des Notars wurde der Vertrag also materiell-rechtlich wirksam.

2. Grundbuchverfahrensrechtliche Lage

Nun stellt sich die Frage, welche Anforderungen das Grundbuchverfahrensrecht an die *Nachweise* der Existenz der gerichtlichen Genehmigung (lit. a), des Eintritts der Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses (lit. b), der Bekanntgabe der Genehmigung (lit. c) und der Mitteilung der Genehmigung an die andere Vertragspartei (lit. d) stellt (vgl. zu dieser Differenzierung Schöner/Stöber, Rn. 3747; Weinert, DNotZ 2025, 3, 6).

a) Nachweis der Existenz der gerichtlichen Genehmigung

Im Falle der Auffassung nach § 925 Abs. 1 BGB gilt **§ 20 GBO**: Nachzuweisen ist die nach dem Sachenrecht notwendige wirksame Einigung beider Teile (sog. materielles Konsensprinzip; BeckOK-GBO/Hügel, Std.: 9.12.2024, § 20 Rn. 1, 3). Wenn die Einigung zur ihrer Wirksamkeit einer Genehmigung bedarf, so ist auch das **Vorliegen dieser Genehmigung nachzuweisen** (Demharter, in: Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 20 Rn. 41). Für die **Form** des Nachweises einer gerichtlichen Genehmigung gilt **§ 29 Abs. 1 S. 2 GBO**. Danach bedürfen andere Voraussetzungen der Eintragung, soweit sie nicht offenkundig sind, des **Nachweises durch öffentliche Urkunden**. Bei der gerichtlichen Genehmigung handelt es sich um eine solche andere Voraussetzung der Eintragung (s. nur Schöner/Stöber, Rn. 3746).

Gem. **§ 415 Abs. 1 ZPO** liegt eine öffentliche Urkunde vor, wenn sie eine öffentliche Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder eine mit öffentlichem Glauben versehene Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufnimmt. Diese Legaldefinition **gilt auch für das Grundbuch-**

verfahren (BGH NJW 1957, 1673; Lemke/Krause/Stavorinus, GBO, 3. Aufl. 2022, § 29 Rn. 27). Soweit eine Behörde nach dem jeweiligen Fachgesetz zuständig ist, kann sie selbst öffentliche Urkunden ausstellen (OLG Naumburg FGPrax 2004, 202; Demharter, § 29 Rn. 34). Auch ein **Gericht kann Behörde i. d. S. sein** (Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer, GBO, 5. Aufl. 2023, § 29 Rn. 112; BeckOK-GBO/Otto, Std.: 1.3.2025, § 29 Rn. 186). Für die Erteilung einer gerichtlichen Genehmigung gegenüber dem jeweiligen gesetzlichen Vertreter ist das Amtsgericht – Familien-, Betreuungs- oder Nachlassgericht – zuständig, s. §§ 1850 ff., 1643 Abs. 1, 1644 Abs. 1, 1813 Abs. 1, 1799 Abs. 1, 1962 BGB. Das Gericht nimmt also bei Erlass des **Genehmigungsbeschlusses** als öffentliche Behörde eine **öffentliche Urkunde** i. S. d. § 415 Abs. 1 ZPO auf. Es existiert damit eine öffentliche Urkunde i. S. v. § 415 ZPO, § 29 Abs. 1 S. 2 GBO, mit der der Nachweis einer anderen Voraussetzung i. S. v. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO (hier: Erteilung der Genehmigung) geführt werden kann.

Der Nachweis kann allerdings **nicht nur** durch unmittelbare Vorlage der **Urschrift** oder einer **Ausfertigung** geführt werden, vgl. § 435 ZPO. Die Norm ist im Grundbuchverfahren entsprechend anwendbar (Meikel/Böttcher/Hertel, GBO, 12. Aufl. 2021, § 29 Rn. 577). Sie statuiert eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass öffentliche Urkunden zu Beweis Zwecken grundsätzlich in Urschrift vorzulegen sind (MünchKommZPO/Schreiber, 6. Aufl. 2020, § 435 Rn. 1). Demnach reicht es grundsätzlich aus, wenn die Beteiligten dem Grundbuchamt eine **beglaubigte Abschrift der Urschrift** der öffentlichen Urkunde vorlegen (Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer, § 29 Rn. 158; s. auch OLG Naumburg FGPrax 2015, 61, 62).

aa) Papierbasierter Rechtsverkehr mit dem Grundbuchamt

Findet der Rechtsverkehr mit dem Grundbuchamt nicht elektronisch statt, so gilt Folgendes: Müssen die Beteiligten einen Nachweis nach § 29 Abs. 1 S. 2 GBO erbringen, so benötigen sie entweder die **Urschrift** oder eine **Ausfertigung** der öffentlichen Urkunde oder – wegen § 435 ZPO – eine (öffentlich) **beglaubigte Abschrift** der öffentlichen Urkunde, die sie dem Grundbuchamt vorlegen (OLG Naumburg FGPrax 2015, 61, 62; Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer, § 29 Rn. 162). Folgende Konstellationen sind deswegen zu unterscheiden:

(1) Wird dem Notar die **Urschrift** oder eine **Ausfertigung** der öffentlichen Urkunde vorgelegt, so kann dieser hiervon eine beglaubigte Abschrift fertigen (Weinert, DNotZ 2025, 3, 7). Die Vorlage der **vom Notar gefertigten beglaubigten Abschrift** weist gem. § 435 ZPO gegenüber dem Grundbuchamt hinreichend nach, dass eine öffentliche Urkunde existiert, die ihrerseits unmittelbar Beweis über das Vorliegen der „anderen Voraussetzungen“ i. S. v. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO erbringt, und dass diese öffentliche Urkunde dem Notar im Urschrift oder Ausfertigung vorlag (zum Ganzen BeckOK-GBO/Otto, § 29 Rn. 137).

(2) Wird dem Notar dagegen eine **beglaubigte Abschrift** einer öffentlichen Urkunde vorgelegt und **erstellt er davon eine beglaubigte Abschrift**, soll dies nach einer Auffassung in der Literatur nicht als Nachweis i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO i. V. m. § 435 ZPO ausreichen (MünchKommZPO/Schreiber, § 435 Rn. 2 m. w. N.). Dies ist u. E. jedoch nicht überzeugend: Zwar erbringt die Beglaubigung durch den Notar keinen Mehrwert im Sinne eines höheren Beweiswerts, allerdings führt sie auch nicht zu einer diesbezüglichen Verschlechterung. Ist die Beglaubigungskette nicht unterbrochen, so liegt dem Grundbuchamt auch bei einer *öffentlich beglaubigten Abschrift einer öffentlich beglaubigten Abschrift einer öffentlichen Urkunde* eine öffentliche Urkunde i. S. v. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO, § 435 ZPO vor (vgl. auch KG FGPrax 1998, 7).

(3) **Erstellt das genehmigende Gericht selbst eine beglaubigte Abschrift** der öffentlichen Urkunde (Genehmigungsbeschluss), so weist die Vorlage dieser beglaubigten Abschrift die Existenz der öffentlichen Urkunde gegenüber dem Grundbuchamt ebenfalls nach. Die Anforderungen von § 435 S. 1 ZPO („*beglaubigt[e] Abschrift, die hinsichtlich der Beglaubigung die Erfordernisse einer öffentlichen Urkunde an sich trägt*“) sind auch bei einer *gerichtlich beglaubigten Abschrift* gewahrt. Eine beglaubigte Abschrift im Sinne von § 435 S. 1 ZPO kann nicht nur ein Notar anfertigen, sondern auch die ausstellende Behörde selbst (MünchKommZPO/Schreiber, § 435 Rn. 2). Im FamFG-Verfahren erteilt der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle den einschreibberechtigten Beteiligten Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften, § 13 Abs. 3 FamFG (Sternal/Sternal, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 13 Rn. 72).

Folglich brauchen die Beteiligten und der Notar u. E. auch bei papierbasiertem Rechtsverkehr mit dem Grundbuchamt vom Gericht keine Ausfertigung des Genehmigungsbeschlusses zu erhalten. Vielmehr können sie die gem. § 41 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 FamFG erteilte (papierförmige) beglaubigte Abschrift der Urschrift des Genehmigungsbeschlusses als Nachweismittel verwenden. Ebenso könnte der Notar selbst eine (papierförmige) beglaubigte Abschrift der durch das Gericht elektronisch übersandten elektronisch beglaubigten Abschrift herstellen (s. § 42 Abs. 4 BeurkG) und zum Grundbuchamt einreichen.

bb) Elektronischer Rechtsverkehr mit dem Grundbuchamt

Ist der elektronische Rechtsverkehr mit dem Grundbuchamt eröffnet, ist wie folgt zu differenzieren:

(1) Übersendet das genehmigende Gericht dem Notar eine **Ausfertigung** des Genehmigungsbeschlusses, so greift § 137 Abs. 1 **S. 1** GBO. Demnach kann der **Notar eine elektronisch beglaubigte Abschrift** der Ausfertigung des Beschlusses gem. § 39a Abs. 1, Abs. 2 BeurkG **fertigen** und dem Grundbuchamt elektronisch übermitteln. Mit dieser vom Notar hergestellten elektronisch beglaubigten Abschrift wird der Nachweis der Existenz der Genehmigung geführt.

(2) **Leitet der Notar** hingegen eine ihm **vom Gericht übermittelte elektronisch beglaubigte Abschrift** direkt an das Grundbuchamt **weiter**, so richtet sich die Tauglichkeit als Nachweis nach § 137 Abs. 1 **S. 2** GBO. Hiernach können die Beteiligten den Nachweis auch durch die Übermittlung eines öffentlichen elektronischen Dokuments (§ 371a Abs. 3 S. 1 ZPO) führen. § 371a Abs. 3 S. 1 ZPO definiert öffentliche elektronische Dokumente als solche elektronischen Dokumente, die von einer Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form erstellt worden sind. Bei einer vom Gericht selbst erstellten elektronisch beglaubigten Abschrift handelt es sich jedenfalls um ein solches **öffentliches elektronisches Dokument**. § 137 Abs. 1 S. 2 GBO verlangt allerdings zusätzlich, dass das öffentliche elektronische Dokument eine **qualifizierte elektronische Signatur mitsamt Amtsattribut** enthält. Fehlt es daran, so erbringt die beglaubigte elektronische

Abschrift des Genehmigungsbeschlusses nicht den erforderlichen Nachweis im Grundbuchverfahren (Weinert DNotZ 2025, 3, 7 f.).

Das Grundbuchamt kann in dieser Konstellation nicht verlangen, dass dem Notar eine Ausfertigung des Beschlusses vorliegt (bzw. hierüber Nachweis erbracht wird). Insoweit schenkt es § 435 ZPO zu geringe Beachtung. Auch durch die Übermittlung einer **gerichtlich hergestellten elektronisch beglaubigten Abschrift** mit qualifizierter elektronischer Signatur mitsamt **Amtsattribut** wird die **Existenz des Genehmigungsbeschlusses** durch öffentliche Urkunden i. S. v. §§ 29 Abs. 1 S. 2, 137 Abs. 1 S. 2 GBO **nachgewiesen**. Ein solches Dokument dürfte im geschilderten Fall vorliegen.

b) Nachweis des Eintritts der Rechtskraft

Darüber hinaus müssen die Beteiligten dem Grundbuchamt auch den Eintritt der Rechtskraft (§ 40 Abs. 2 S. 1 FamFG) durch öffentliche Urkunde i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO nachweisen (Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer, § 29 Rn. 52 m. w. N.). Diesen Nachweis führen sie mittels des **Rechtskraftzeugnisses** i. S. d. § 46 S. 1 FamFG. Dieses entfaltet **Beweiskraft nach § 418 ZPO** (Demharter, § 19 Rn. 69). Prozessrechtlich kann das Gericht das Zeugnis separat von dem Beschluss ausstellen (BGH NJW-RR 2021, 1653 Rn. 25). Grundbuchverfahrensrechtlich verlangt § 29 Abs. 1 S. 2 GBO keine Verbindung mit dem Beschluss. Soweit sich die Rechtskraft aus der elektronisch beglaubigten Abschrift des Genehmigungsbeschlusses bereits ergibt, ist der Nachweis als geführt anzusehen. Abweichende oder gar höhere Anforderungen als im Hinblick auf den Nachweis des Beschlusses selbst gibt es insoweit nicht.

c) Nachweis der Bekanntgabe der Genehmigung

Nach der unter dem FGG geltenden Rechtslage mussten die Beteiligten dem Grundbuchamt zudem nachweisen, dass das Gericht den Genehmigungsbeschluss dem gesetzlichen Vertreter bekanntgegeben hatte, sodass dieser wirksam wurde, vgl. § 16 Abs. 1 FGG. Nach der aktuell geltenden Rechtslage unter § 40 Abs. 2 FamFG wird der Beschluss aber erst wirksam, wenn (zusätzlich zur Bekanntgabe) seine Rechtskraft eintritt. Das **KG** (MittBayNot 2018, 340 Rn. 4) zieht daraus den Schluss, dass die **Bekanntgabe nicht mehr** in der Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO

nachzuweisen sei; das Rechtskraftzeugnis weise die Wirksamkeit des Genehmigungsbeschlusses nach (ebenso Meikel/Böttcher/Hertel, § 29 Rn. 156). **Teile der Literatur** verlangen dagegen nach wie vor, dass die Beteiligten auch die **Bekanntgabe** gegenüber dem gesetzlichen Vertreter (§ 1855 BGB) dem Grundbuchamt durch öffentliche Urkunde **nachweisen** (Schöner/Stöber, Rn. 3747; wohl auch BeckOK-GBO/Otto, § 29 Rn. 110; Demharter, § 19 Rn. 70). Selbst wenn das Grundbuchamt aber (abstrakt) den **Nachweis der Bekanntgabe** verlangt, so ist er u. E. konkret schon dadurch als **erbracht** anzusehen, dass der **Notar den Beschluss einreicht**. Ist der Notar nämlich – wie vorliegend – aufgrund der Doppelvollmacht zur Entgegennahme der Genehmigung bevollmächtigt, hat man aus der Einreichung des Beschlusses durch den Notar u. E. zu folgern, dass der Beschluss dem gesetzlichen Vertreter – vertreten durch den Notar – wirksam bekanntgegeben wurde.

d) Nachweis der Mitteilung der Genehmigung

Zuletzt ist die gem. § 1856 Abs. 1 S. 2 BGB erforderliche Mitteilung der gerichtlichen Genehmigung an die andere Vertragspartei eine andere Eintragungsvoraussetzung i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO (Lemke/Krause/Stavorinus, § 29 Rn. 20; Demharter, § 19 Rn. 70 und § 20 Rn. 41). Erteilen die Vertragsbeteiligten dem Notar die **Doppelvollmacht**, so nimmt der Notar die Genehmigung für den gesetzlichen Vertreter entgegen, teilt sie für diesen der anderen Vertragspartei mit und nimmt sie auch für diese andere Vertragspartei entgegen. Zum **Nachweis der Mitteilung** errichtet der Notar eine **Eigenurkunde** (s. nur BeckOK-GBO/Otto, § 29 Rn. 110). Diese erbringt als öffentliche Urkunde i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO den erforderlichen Nachweis der Mitteilung des gesetzlichen Vertreters und des Zugangs der Mitteilung bei der anderen Vertragspartei.

3. Ergebnis

Materiell-rechtlich bewirkt die elektronische Übermittlung einer vom Gericht hergestellten beglaubigten Abschrift des rechtskräftigen Genehmigungsbeschlusses an den doppelbevollmächtigten Notar, dass das genehmigungspflichtige Rechtsgeschäft wirksam wird, sobald der Notar von der Doppelvollmacht Gebrauch macht. *Grundbuchverfahrensrechtlich* muss wegen § 29 Abs. 1 S. 2 GBO der Genehmigungsbeschluss als öffentliche Urkunde in Papierform (§ 415 Abs. 1 ZPO) oder als öffentliches elektronisches Doku-

ment (§ 371a Abs. 3 S. 1 ZPO) existieren. Gegenüber dem Grundbuchamt können die Beteiligten diese Existenz nachweisen, indem sie die vom Gericht erstellte elektronisch beglaubigte Abschrift beim Grundbuchamt einreichen. Erforderlich ist jedoch, dass das Dokument über eine qualifizierte elektronische Signatur mitsamt Amtsattribut verfügt (§ 137 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 u. 2 GBO). Das hier gefundene Ergebnis ist u. E. auch unter Wertungsgesichtspunkten schlüssig: Es ergibt sich keine Verringerung der Nachweisqualität im Grundbuchverfahren, wenn diesem von einer zuständigen Stelle errichtete beglaubigte Abschriften öffentlicher Urkunden eingereicht werden. Es werden zudem Medienbrüche vermieden. Dies dient der Verwirklichung des elektronischen Rechtsverkehrs.

HGB § 49 Abs. 2; BauO NRW § 85 Umfang einer Prokura; Begründung von Baulasten

I. Sachverhalt

Grundstückseigentümerin ist eine OHG. Diese will eine Baulast gemäß § 85 BauO NRW begründen. Die OHG wird durch zwei Prokuristen (Gesamtprokura) vertreten. Eine besondere Befugnis nach § 49 Abs. 2 HGB zur Belastung von Grundstücken ist den Prokuristen nicht erteilt. Die Gesellschafter selbst leben in der Schweiz und sind nicht ohne Aufwand zu erreichen.

II. Frage

Kann ein Prokurist, der nicht zur Belastung von Grundstücken befugt ist (§ 49 Abs. 2 HGB), die Erklärung zur Begründung einer Baulast abgeben?

III. Zur Rechtslage

1. Umfang der Vertretungsmacht eines Prokuristen

§ 49 HGB bestimmt den gesetzlichen Umfang der Prokura. Nach § 49 Abs. 1 HGB ermächtigt die Prokura zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb (*irgend-*)eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Der Umfang der **Prokura hängt also nicht von dem konkreten Zuschnitt des Handelsgewerbes ab** (Staub/Fischinger, HGB, 6. Aufl. 2023, § 49 Rn. 6; Teichmann, in: Horn/Balzer/Borges/Harald, HGB, 3. Aufl. 2019, § 49 Rn. 2, 6). Die hier geplante Begründung einer Baulast ist bei einem grund-

besitzhaltenden Unternehmen eine Rechtshandlung, die im Betrieb eines Handelsgewerbes vorkommen kann.

2. Ausnahme bei Grundstücksgeschäften, § 49 Abs. 2 HGB

Der (Regel-)Umfang einer Prokura umfasst nach § 49 Abs. 2 HGB jedoch **nicht die Veräußerung und Belastung von Grundstücken** des Kaufmanns; hierzu bedarf es vielmehr einer ausdrücklichen Erweiterung der Prokura (MünchKommHGB/Krebs, 6. Aufl. 2025, § 49 Rn. 10). Unter **Belastung** eines Grundstücks ist unzweifelhaft die **Einräumung eines dinglichen Rechts am Grundstück** wie z. B. einer Hypothek, Grundschuld, Reallast oder Dienstbarkeit zu verstehen (Staub/Fischinger, § 49 Rn. 34; MünchKommHGB/Krebs, § 49 Rn. 45; BeckOK-HGB/Meyer, Std.: 1.10.2024, § 49 Rn. 44). Nach einhelliger Auffassung in der Literatur wird auch das solchen dinglichen Belastungen zugrunde liegende **schuldrechtliche Grundgeschäft** vom Anwendungsbereich des § 49 Abs. 2 HGB umfasst (Oetker/Schubert, HGB, 8. Aufl. 2024, § 49 Rn. 28; Weber, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 5. Aufl. 2024, § 49 Rn. 17). Mietverträge, Pachtverträge und andere **auf Nutzung gerichtete schuldrechtliche Verträge fallen** nach überwiegender Meinung in der Literatur hingegen **nicht unter § 49 HGB** (Roth/Stelmaszczyk, in: Koller/Kindler/Drüen, HGB, 10. Aufl. 2023, § 49 Rn. 7; krit. BeckOGK-HGB/Schärfl, Std.: 15.10.2024, § 49 Rn. 28; MünchKommHGB/Krebs, § 49 Rn. 46).

3. Anwendung der vorgenannten Grundsätze auf die Erklärung zur Begründung einer Baulast nach § 85 BauO NRW

Bei einer Baulast handelt es sich nach § 85 Abs. 1 S. 1 BauO NRW um eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung zu einem baurechtsrelevanten Tun, Dulden oder Unterlassen, welches sich nicht schon aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften ergibt. Die Baulasten sind in einem speziellen Baulastenverzeichnis eingetragen, vgl. § 85 Abs. 1 S. 3 BauO NRW. Berechtigter der Baulast ist die Bauaufsichtsbehörde und Begünstigter ein Dritter. Die Baulast wirkt nach Eintragung im Baulastenverzeichnis auch zulasten etwaiger Rechtsnachfolger des Grundstückseigentümers, § 85 Abs. 1 S. 3 BauO NRW. Gängige Beispiele einer Baulast sind insbesondere eine Abstandsflächenbaulast, eine Grenzbebauungsverpflichtung oder eine Stellplatzflächenbaulast (Wenzel, in: Gädtke/Johlen/Wenzel/Hanne/

Kaiser/Koch/Plum, BauO NRW, 15. Aufl. 2024, § 85 Rn. 33 f.; Tyczewski/Schröder, in: Spannowsky/Saurenhaus, BauO NRW, 2020, § 85 Rn. 41–53).

Zu untersuchen ist, ob ein Prokurist in Vertretung des Grundstückseigentümers eine **Erklärung zur Begründung einer Baulast** ohne ausdrückliche Erweiterung der Prokura i. S. d. § 49 Abs. 2 HGB gegenüber der Bauaufsichtsbehörde nach § 85 Abs. 1 S. 1 BauO NRW abgeben kann. Literatur oder Rechtsprechung zu dieser Frage existiert – soweit ersichtlich – nicht.

Zwar wirkt die Abgabe der (einseitigen) **Erklärung** zur Begründung einer Baulast gegenüber der Bauaufsichtsbehörde zunächst **lediglich schuldrechtlich**. Mit der (konstitutiv wirkenden) **Eintragung** der Baulast (durch Verwaltungsakt der Bauaufsichtsbehörde) entsteht nach h. M. jedoch eine **dinglich wirkende verwaltungsrechtliche Verpflichtung** des Grundstückseigentümers zu einem grundstücksbezogenen Tun, Dulden oder Unterlassen (Burbulla, ZfIR 2018, 717, 719 m. w. N.; BeckOK-GBO/Wilsch, Std.: 9.12.2024, § 54 Rn. 21). Unseres Erachtens gebietet der **Schutzzweck** von § 49 Abs. 2 HGB die Einbeziehung derartiger Fallgestaltungen in den Anwendungsbereich der Norm. § 49 Abs. 2 HGB misst **Grundstücken** eine **besondere Bedeutung** zu, da sie typischerweise einen **beträchtlichen Wert** aufweisen und § 49 Abs. 2 HGB vor diesem Hintergrund der besonderen **Schutzbedürftigkeit des Kaufmanns** Rechnung trägt (BeckOGK-HGB/Schärtl, § 49 Rn. 26; BeckOK-HGB/Meyer, § 49 Rn. 40; Staub/Fischinger, § 49 Rn. 28). Durch die Abgabe der Erklärung zur Begründung einer Baulast und deren spätere Eintragung im Baulastenverzeichnis wird eine nicht einseitig widerrufliche, gegenüber dem Rechtsnachfolger öffentlich-rechtlich wirkende Belastung des Grundstücks des Kaufmanns begründet. Dieses kann mit den Mitteln des öffentlichen Zwangs durch die Bauaufsichtsbehörde durchgesetzt werden. Auch sind **Baulasten** gerade **mit** den (ohnehin in den Anwendungsbereich des § 49 Abs. 2 HGB fallenden) **(Grund-)Dienstbarkeiten vergleichbar**. Mit anderen Worten könnte die Baulast typischerweise auch durch eine (Grund-)Dienstbarkeit ersetzt werden, welche unstreitig in den Anwendungsbereich des § 49 Abs. 2 HGB fallen würde (so etwa in Bundesländern wie Bayern, in denen Baulasten nicht existieren; eingehend zu den Unterschieden und

Gemeinsamkeiten vgl. BeckOGK-BGB/Kazele, Std.: 1.2.2025, § 1018 Rn. 100–105).

Da die **Rechtslage** als **nicht geklärt** anzusehen ist, ist bereits aus notarieller Vorsicht von der Geltung des § 49 Abs. 2 HGB auszugehen, sodass den Prokuristen zumindest (Einzel)Vollmacht nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB zur Erklärung der Baulast gegenüber der Bauaufsichtsbehörde im Namen der Gesellschaft zu erteilen wäre.

BGB §§ 2314, 2325

Behandlung strittiger Positionen im Nachlassverzeichnis; pflichtteilsrechtliche Behandlung einer Schenkung an den Ehegatten bei Vorversterben des beschenkten Ehegatten; Vermeidung einer doppelten Begünstigung

I. Sachverhalt

Der Notar wurde mit der Erstellung eines Nachlassverzeichnisses nach den Ehegatten E und F, in dem auch der fiktive Nachlass zu verzeichnen ist, beauftragt. Er konnte folgenden Sachverhalt ermitteln:

Im März 2009 übertrug die Ehefrau F, die Alleineigentümerin mehrerer Grundstücke war, im Wege der Schenkung Miteigentumsanteile von jeweils 1/2 an diesen Grundstücken im Wert von insgesamt 75.000,00 € an ihren Ehemann E. Im Jahr 2020 haben die Eheleute diesen Grundbesitz an fremde Dritte verkauft. Für die zugewandten 1/2-Miteigentumsanteile konnte E 96.800,00 € Erlösen. Im Jahr 2021 verstarb E; F wurde Alleinerbin. S, das einzige Kind der Eheleute, machte seinen Pflichtteil nach E geltend. Der Kaufpreis war noch im Nachlass des E vorhanden und erhöhte somit den Pflichtteilsanspruch.

Im Jahr 2023 verstarb F. Der enterbte S macht nunmehr auch seinen Pflichtteil nach F geltend. Der Notar will im Hinblick auf § 2325 Abs. 3 S. 3 BGB die Zuwendung an den Ehegatten E erneut im Rahmen des fiktiven Nachlasses der F verzeichnen. Der Anwalt der Erben weist darauf hin, dass der Pflichtteilsberechtigte nach dem Tod seines Vaters an diesen Vermögenwerten bereits partizipiert habe, da der hälftige Verkaufserlös dieser Grundstücke noch im Nachlass vorhanden war und dies den Pflichtteilsanspruch des Sohnes bereits erhöht habe. Er ist der Rechtsauffassung, dass dieser Wert daher im Wege einer teleologi-

sche Reduktion zur Vermeidung einer doppelten Begünstigung nicht erneut im Rahmen der Pflichtteilsergänzung zu berücksichtigen sei.

II. Frage

Ist § 2325 Abs. 3 S. 3 BGB im vorliegenden Fall teleologisch zu reduzieren, um eine Doppelbegünstigung des S zu vermeiden?

III. Zur Rechtslage

1. Behandlung strittiger Positionen im Nachlassverzeichnis

Im Hinblick auf streitige Positionen – wie hier die Berücksichtigung der im Jahre 2009 übertragenen Miteigentumsanteile im fiktiven Nachlass der 2023 verstorbenen Schenkerin F – gilt regelmäßig der Grundsatz, dass in das **Nachlassverzeichnis** nach § 2314 BGB grundsätzlich **auch** derartige **unklare** oder **strittige Positionen aufzunehmen** sind. Denn der Erbe hat ein vollständiges Verzeichnis vorzulegen. Es ist hierbei nicht Aufgabe des Notars, tatsächlich oder rechtlich umstrittene Punkte endgültig für die Beteiligten zu klären (s. nur Müller-Engels, in: Schlitt/Müller-Engels, Handbuch Pflichtteilsrecht, 3. Aufl. 2024, § 10 Rn. 171; Gutachten DNotI-Report 2007, 105, 106 f.; Braun, MittBayNot 2008, 351, 352; Staudinger/Herzog, 2021, § 2314 Rn. 178). Die **strittigen Punkte** sind entsprechend zu **kennzeichnen** (Burandt/Rojahn/Horn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2314 Rn. 56 m. w. N.). Im gleichen Sinn äußert sich zur Problematik ausführlich auch *Schreinert* (RNotZ 2008, 61, 72): Das Nachlassverzeichnis solle sich auch über Gegenstände verhalten, die möglicherweise gar nicht dem Pflichtteilsanspruch unterliegen, da der Pflichtteilsberechtigte selbst überprüfen können solle, ob insofern ein Pflichtteils- oder Pflichtteilsergänzungsanspruch bestehe. Dies gelte etwa für Anstandsschenkungen nach § 2330 BGB. Hier solle vermieden werden, dass der Pflichtteilsverpflichtete durch eigene Subsumtion unter die privilegierten Tatbestände verhindere, dass der Pflichtteilsberechtigte überhaupt von der Existenz dieser Gegenstände Kenntnis erlange und somit selbst den Umfang seiner Auskunftspflicht bestimme.

Auch im unterbreiteten Sachverhalt ist folglich die **Zuwendung an E** – wie vom Notar geplant – jedenfalls **im Nachlassverzeichnis der F beim fiktiven Nachlass aufzuführen**, gleich, wie man sich zu der durch den Anwalt aufgeworfenen Problematik positioniert. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass das notarielle Nach-

lassverzeichnis, welches der Erfüllung des *Auskunftsanspruchs* gem. § 2314 Abs. 1 S. 1 BGB, dagegen nicht des *Wertermittlungsanspruchs* gem. § 2314 Abs. 1 S. 2 Var. 2 BGB dient, Wertangaben anerkanntermaßen nicht enthalten muss (so u. a. OLG Düsseldorf ErbR 2020, 509 m. Anm. Horn; Staudinger/Herzog, § 2314 Rn. 250; Grüneberg/Weidlich, BGB, 84. Aufl. 2025, § 2314 Rn. 8).

2. Pflichtteilsergänzungsansprüche bei Ehegattenschenkungen

Lebzeitige Schenkungen lösen Pflichtteilsergänzungsansprüche gem. §§ 2325 ff. BGB aus. Regelmäßig sind derartige Schenkungen nicht mehr zu berücksichtigen, wenn zehn Jahre seit der Leistung des verschenkten Gegenstandes verstrichen sind (§ 2325 Abs. 3 S. 2 BGB). Im vorhergehenden Zeitraum – während des Laufs der Zehn-Jahres-Frist – greift die Abschmelzungsregelung des § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB ein. Für **Schenkungen an den Ehegatten** enthält **§ 2325 Abs. 3 S. 3 BGB** jedoch eine **Sonderregel**: Ist die Schenkung an den Ehegatten erfolgt, so beginnt die Frist nicht vor der Auflösung der Ehe.

§ 2325 Abs. 3 S. 3 BGB erweitert damit für Schenkungen unter Ehegatten den **Umgehungsschutz zeitlich**, weil der schenkende Ehegatte i. d. R. die Folgen der Zuwendung so lange noch nicht wirklich spürt, als er noch weiter die faktische Nutzungsmöglichkeit hat, und weil die Gefahr der Benachteiligung anderer Pflichtteilsberechtigter hier folglich besonders groß ist (vgl. BeckOK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.11.2024, § 2325 Rn. 62; BeckOGK-BGB/A. Schindler, Std.: 1.2.2025, § 2325 Rn. 301). Die Regelung ist rechtspolitisch umstritten, da durch sie Ehegatten gegenüber anderen Beschenkten benachteiligt werden. Das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungswidrigkeit der Bestimmung allerdings zweimal verneint (BVerfG NJW 1991, 217; DNotZ 2019, 462 ff.).

3. Besonderheit des vorliegenden Sachverhalts: Vorableben des beschenkten Ehegatten

Besonderheit des vorliegenden Sachverhalts ist, dass die Auflösung der Ehe nicht durch den Tod der Schenkerin und nunmehrigen Erblasserin F im Jahre 2023 erfolgt ist, sondern bereits zuvor durch den Tod des beschenkten Ehegatten E im Jahre 2021. Die Handhabung des § 2325 Abs. 3 S. 3 BGB bei einer derartigen Fallgestaltung wurde durch die Rechtsprechung, soweit ersichtlich, bislang nicht explizit entschieden. An sich lässt

sich aber auch die hier vorliegende **Fallkonstellation** unter den Wortlaut des **§ 2325 Abs. 3 S. 3 BGB subsumieren**; entsprechend wird die Fallgestaltung auch von der wohl einhelligen Auffassung in der Literatur beurteilt:

Liegt also der Eheauflösungszeitpunkt beim Tod des Erblassers (hier: der F) durch Vorableben des beschenkten Ehegatten (hier: E) mehr als zehn Jahre zurück, dann bleiben die Schenkungen des Erblassers an den früheren Ehegatten unberücksichtigt (so etwa BeckOGK-BGB/A. Schindler, § 2325 Rn. 303; jurisPK-BGB/Birkenheier, 10. Aufl. 2023, § 2325 Rn. 213; MünchKommBGB/Lange, 9. Aufl. 2022, § 2325 Rn. 84; Grüneberg/Weidlich, § 2325 Rn. 29; Soergel/Beck, BGB, 14. Aufl. 2020, § 2325 Rn. 62). In dem Zeitraum dazwischen – **während des Laufs der Zehn-Jahres-Frist** – **greift die jährliche Abschmelzung des Geschenks gem. § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB** (de Leve, FPR 2011, 252, 255; BeckOGK-BGB/A. Schindler, § 2325 Rn. 303; implizit auch jurisPK-BGB/Birkenheier, § 2325 Rn. 213; Soergel/Beck, § 2325 Rn. 62).

Folgt man dementsprechend dem einhelligen Standpunkt der Literatur, dann wäre die **Zuwendung** der hälftigen Miteigentumsanteile aus dem Jahre 2009 durch die Erblasserin F an ihren Mann E nunmehr grundsätzlich gem. § 2325 Abs. 3 S. 2, 3 BGB **mit 8/10 ihres Wertes anzusetzen**; denn die Ehe wurde durch Tod des beschenkten Ehegatten E im Jahre 2021 aufgelöst. Seither sind bis zum Ableben der nunmehrigen Erblasserin F im Jahre 2023 zwei Jahre verstrichen, sodass dementsprechend gem. § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB 2/10 des Wertes „abgeschmolzen“ sind. Der maßgebliche Wert hinsichtlich der Grundstückshälfte wäre vorab noch nach den Grundsätzen des Niederstwertprinzips (§ 2325 Abs. 2 S. 2 BGB) zu ermitteln (dazu etwa BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2325 Rn. 36 ff.).

4. Teleologische Reduktion des § 2325 Abs. 3 S. 3 BGB zur Vermeidung einer doppelten Begünstigung?

Eine noch darüber hinausgehende teleologische Reduktion des § 2325 Abs. 3 S. 3 BGB mit dem Ziel, den Wert der seinerzeitigen Ehegattenschenkung aus dem Jahre 2009 gänzlich aus der Bemessungsgrundlage eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs zu eliminieren, wird – soweit wir sehen – in Rechtsprechung und Literatur nirgends vertreten. Letztlich ist der Umstand, dass **derselbe Vermögensgegenstand** (im Fal-

le von Ehegatten als Erblassern und Kindern als Pflichtteilsberechtigten) **zweimal in die Bemessungsgrundlage eines Pflichtteilsanspruchs eingehen kann**, keine Besonderheit des Pflichtteilsergänzungsrechts oder speziell der Regelung des § 2325 Abs. 3 S. 3 BGB. Diese Eigenart des Pflichtteilsrechts tritt vielmehr auch schon dann zutage, wenn nur ordentliche Pflichtteilsansprüche gegeben sind, weil – unterstellt – die Eltern-Ehegatten jegliche lebzeitige Schenkung unterließen. Errichten sie nun ein klassisches Berliner Testament mit einfacher Pflichtteilsstrafklausel, dann erhalten anerkanntermaßen **systembedingt** die den Pflichtteil bereits nach dem erstversterbenden Elternteil fordernden Kinder den Pflichtteil aus dem Nachlass des Erstversterbenden wirtschaftlich doppelt. Diese Tatsache wird aber auch in diesem Zusammenhang, soweit wir sehen, nirgends als Anlass dazu verstanden, Vorschriften des Pflichtteilsrechts – wie insbesondere § 2311 BGB – teleologisch zu reduzieren. Bei entsprechendem Parteiwillen liegt darin vielmehr lediglich ein Auftrag an die vorsorgende Vertragsgestaltung, diesem Effekt der doppelten Begünstigung nach Möglichkeit entgegenzuwirken. Hierfür wären dann die Vor- und Nachteile der für diese Problematik empfohlenen Jastrow'schen Klausel zu erwägen (dazu etwa Müller-Engels, in: Schlitt/Müller-Engels, § 10 Rn. 217 ff.).

Zwar liegt eine weitere Eigenheit des unterbreiteten Sachverhalts darin, dass die schenkende Ehefrau Alleinerbin nach ihrem vorverstorbenen Ehemann wurde, sodass die verschenkten Miteigentumsanteile – wären sie im Eigentum des Ehemannes verblieben – durch Erbfolge wieder ins Eigenvermögen der Ehefrau gefallen wären. Die Miteigentumsanteile wären in diesem Fall also für die Bemessungsgrundlage des Pflichtteilsanspruchs beim ersten Erbfall (Ehemann) im realen Nachlass als Eigentum des Ehemannes, beim zweiten Erbfall (Ehefrau) ebenda als Eigentum der Ehefrau *und* zugleich nach Maßgabe der in Ziff. 3 geschilderten Abschmelzung in deren fiktiven Nachlass (wegen der vorangegangenen Schenkung an den Ehemann) zu berücksichtigen gewesen. Für das Postulat, im Hinblick auf diese Überlegung nun erbfallübergreifend das weitere Schicksal des als Surrogat zunächst vorhandenen Kaufpreises bis zum Jahr 2023 (Ableben der Ehefrau) zu verfolgen und damit ggfs. eine Ergebniskorrektur zu begründen, bieten die gesetzlichen Vorschriften u. E. auch bei teleologischer Auslegung keine belastbare Grundlage.

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

BGB §§ 1592, 1594, 1599, 1626a, 1626b – Vaterschaftsanerkennung durch biologischen Vater während des Scheidungsverfahrens; Geburt des Kindes nach Rechtskraft der Scheidung; pränatale Sorgeerklärung der leiblichen Eltern

GmbHG § 40 Abs. 1; BGB § 54 – Gewerkschaft als Gesellschafterin einer GmbH; Gewerkschaft in der Gesellschafterliste; Verein ohne Rechtspersönlichkeit in der Gesellschafterliste

WEG §§ 3, 10 – Nutzungsänderung hinsichtlich einer Teileigentumseinheit; Zweckbestimmung im engeren und weiteren Sinne; Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum

Rechtsprechung

BGB § 54 Abs. 1; EGBGB Art. 229 § 21; GBO §§ 18, 47 Abs. 2 – Grundbuchfähigkeit des Vereins ohne Rechtspersönlichkeit; kein Voreintragungserfordernis für den (Ideal-)Verein ohne Rechtspersönlichkeit im Vereinsregister analog Art. 229 § 21 EGBGB

Aktuelles

Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts und des Internationalen Namensrechts; hier: Hinweis auf Übergangsvorschrift

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1592, 1594, 1599, 1626a, 1626b Vaterschaftsanerkennung durch biologischen Vater während des Scheidungsverfahrens; Geburt des Kindes nach Rechtskraft der Scheidung; pränatale Sorgeerklärung der leiblichen Eltern

I. Sachverhalt

M und F sind verheiratet, möchten sich aber scheiden lassen. Der Scheidungsantrag ist anhängig.

F ist schwanger, leiblicher Vater ist V. V erkennt nun mit Zustimmung von M und F die Vaterschaft an. In derselben Urkunde geben F und V eine Sorgeerklärung ab. Die Zustimmungserklärung von M zur Vaterschaftsanerkennung des V erfolgt im Anschluss separat, zeitlich aber noch vor Rechtskraft der Scheidung. Die Scheidung wird noch vor der Geburt des Kindes rechtskräftig. Die Geburt des Kindes steht nun kurz bevor.

II. Fragen

1. Sind die genannten Erklärungen wirkungslos, da das Kind nicht vor Rechtskraft der Scheidung geboren wurde?
2. Müssen Vaterschaftsanerkennung und Sorgeerklärung wiederholt werden?

III. Zur Rechtslage

1. Verhältnis der Vaterschaft kraft Ehe zur Vaterschaft kraft Anerkennung

Im vorliegenden Fall hat der leibliche Vater V erklärt, die Vaterschaft anzuerkennen. Zu diesem Zeitpunkt war die Mutter F jedoch noch mit M verheiratet. Zu klären ist daher, in welchem Verhältnis die Vaterschaft kraft Ehe (§ 1592 Nr. 1 BGB) und die Vaterschaft kraft Anerkennung (§ 1592 Nr. 2 BGB) zueinander stehen.

a) Grundsätzlicher Vorrang der Vaterschaft kraft Ehe

Eine Anerkennung der Vaterschaft ist **gem. § 1594 Abs. 2 BGB schwebend unwirksam**, solange die Vaterschaft eines anderen Mannes besteht. Durch diese „negative Sperrwirkung“ wird das sog. „Ein-Vater-Prinzip“ verwirklicht (BeckOGK-BGB/Balzer, Std.: 1.2.2025, § 1594 Rn. 52).

Erkennt während der Schwangerschaft einer verheirateten Frau ein Dritter die Vaterschaft an, so greift im Zeitpunkt der Geburt die aus § 1592 Nr. 1 BGB folgende, rechtliche Vaterschaft des mit der Kindsmutter verheirateten Ehemannes als Sperre ein, § 1594 Abs. 2 BGB. Obwohl die Vaterschaften kraft Ehe und kraft pränataler Anerkennung gleichzeitig (unmittelbar mit der Geburt) Wirksamkeit erlangen würden, **setzt sich die Vaterschaft kraft Ehe durch**, da sie nicht durch eine andere Vaterschaft gesperrt werden kann (OLG Düsseldorf BeckRS 2019, 12658 Rn. 19; OLG München NJW-RR 2010, 580, 581; BeckOGK-BGB/Balzer, § 1594 Rn. 54.1, 58).

Als V die Vaterschaft anerkannte, war die Ehe zwischen F und M noch nicht rechtskräftig geschieden. Hiernach wäre die **Vaterschaft des M daher als vorrangig gegenüber der Anerkennung durch V** anzusehen.

b) Ausnahme des § 1599 Abs. 2 BGB

Eine Ausnahme vom grundsätzlichen Vorrang der Vaterschaft kraft Ehe gem. § 1592 Nr. 1 BGB könnte sich aus der Möglichkeit der **vaterschaftsdurchbrechenden Anerkennung nach § 1599 Abs. 2 BGB** ergeben. Für ein Kind, das während einer Ehe gezeugt wird, die noch vor der Geburt geschieden wird, kann nicht vermutet werden, dass diese Ehe bei Zeugung des Kindes noch gelebt wurde (BeckOGK-BGB/Balzer, § 1592 Rn. 74; MünchKommBGB/Wellenhofer, 9. Aufl. 2024, § 1599 Rn. 63). Daher gilt § 1592 Nr. 1 BGB gem. § 1599 Abs. 2 S. 1 BGB nicht, wenn

das Kind nach Anhängigkeit eines Scheidungsantrags geboren wird und ein Dritter spätestens bis zum Ablauf eines Jahres nach Rechtskraft des dem Scheidungsantrag stattgebenden Beschlusses die Vaterschaft anerkennt.

Hier hat der leibliche Vater V die **Vaterschaft** mit Zustimmung des Ehemannes M (§ 1599 Abs. 2 S. 2 BGB) **anerkannt**. Dadurch könnte der aufgezeigte grundsätzliche Vorrang der Vaterschaft kraft Ehe (§ 1592 Nr. 1 BGB) durchbrochen sein, § 1599 Abs. 2 S. 1 BGB. Ergänzend ist in diesem Zusammenhang zu bemerken, dass die **Zustimmung des Noch-Ehemannes zeitlich nach der Vaterschaftsanerkennung** erfolgen kann, wie es im vorliegenden Fall geschehen ist (Erman/Hammermann, BGB, 17. Aufl. 2023, § 1594 Rn. 5).

Jedoch setzt eine Anwendung des § 1599 Abs. 2 S. 1 BGB voraus, dass das **Kind während des Scheidungsverfahrens geboren** wird, d. h. nach Anhängigkeit eines Scheidungsantrags, aber **vor Rechtskraft der Scheidung**. Denn nach Eintritt der Rechtskraft der Scheidung ergibt sich keine Zuordnung nach § 1592 Nr. 1 BGB mehr, sodass eine Beseitigung der Zuordnung weder nach § 1599 Abs. 1 BGB noch nach § 1599 Abs. 2 BGB erforderlich ist (BeckOGK-BGB/Reuß, Std.: 1.11.2024, § 1599 Rn. 156 f.; Erman/Hammermann, § 1599 Rn. 43; Grüneberg/Siede, BGB, 84. Aufl. 2025, § 1599 Rn. 11; MünchKommBGB/Wellenhofer, § 1599 Rn. 63, 70; Staudinger/Rauscher, 2011, § 1599 Rn. 88).

Dennoch kommt eine Anwendung des § 1599 Abs. 2 BGB auch für den Fall, dass das Kind erst nach Abschluss des Scheidungsverfahrens geboren wurde, nach der Rechtsprechung des BGH (NZFam 2018, 746 Rn. 26 m. Anm. Löhnig; vorher bereits LG Saarbrücken StAZ 2005, 18, 19) zumindest in Fällen mit **Auslandsbezug** ausnahmsweise in Betracht. Wird ein nach rechtskräftiger Scheidung geborenes Kind nach dem anwendbaren ausländischen Recht (Art. 19 EGBGB) – entgegen § 1592 Nr. 1 BGB – noch dem geschiedenen Ehemann als Vater zugeordnet, sei auch der zeitliche Anwendungsbereich des § 1599 Abs. 2 BGB auszudehnen. Nachdem diese **Sonderkonstellation mit Auslandsbezug jedoch nicht mit dem vorliegenden Inlandssachverhalt vergleichbar** ist, halten wir die insoweit nicht verallgemeinerungsfähigen Entscheidungen für nicht auf den geschilderten Fall übertragbar (den begrenzten Anwendungsbereich der Entscheidungen andeutend auch Löhnig, NZFam

2018, 746, 749; Staudinger/Rauscher, § 1599 Rn. 88).

c) Rechtskraft der Scheidung vor Geburt des Kindes

Auch wenn der Ausnahmetatbestand des § 1599 Abs. 2 BGB vorliegend nicht eingreift, setzt die Vaterschaft kraft Ehe gem. § 1592 Nr. 1 BGB und somit auch der gem. § 1594 Abs. 2 BGB vorgesehene Vorrang gegenüber einer Vaterschaftsanerkennung nach § 1592 Nr. 2 BGB eine **bestehende Ehe mit der Kindsmutter im Zeitpunkt der Geburt** voraus. Mit Entfallen der Ehe erfolgt keine Zuordnung mehr nach § 1592 Nr. 1 BGB. Denn für eine Vaterschaft gem. § 1592 BGB darf die Ehe zum Zeitpunkt der Geburt nicht durch Scheidung oder Aufhebung aufgelöst sein. Es kommt auf die Rechtskraft des gerichtlichen Beschlusses an, der die Scheidung der Ehe ausspricht. Ein **nach Scheidung der Ehe geborenes Kind ist nicht Kind des (Ex-)Ehemannes** (BeckOGK-BGB/Balzer, § 1592 Rn. 72; Staudinger/Rauscher, § 1599 Rn. 88).

Nachdem die Ehe zwischen F und M **inzwischen rechtskräftig geschieden** ist, wird im Zeitpunkt der Geburt keine Zuordnung des Kindes an M gem. § 1592 Nr. 1 BGB erfolgen. Die **Vaterschaftsanerkennung durch V** ist somit schon aus diesem Grund und losgelöst von den Voraussetzungen des § 1599 Abs. 2 BGB **nicht gem. § 1594 Abs. 2 BGB gesperrt**.

2. Erforderlichkeit der Wiederholung der Vaterschaftsanerkennung

V hat die Vaterschaft während des Scheidungsverfahrens anerkannt. *Prima facie* handelte es sich somit bei der Anerkennung (dogmatisch) um eine solche, die die Wirkungen der **vaterschaftsdurchbrechenden Anerkennung** nach § 1599 Abs. 2 BGB entfalten sollte. Man kann sich fragen, ob nach dem zwischenzeitlich erfolgten Eintritt der Rechtskraft der Scheidung die **Vaterschaftsanerkennung durch V wiederholt werden muss**, da die vaterschaftsdurchbrechende Wirkung der Anerkennung des V ja nicht mehr erreicht werden kann.

Maßgeblich dürfte sein, ob eine Anerkennung, die auf die Wirkungen des § 1599 Abs. 2 BGB gerichtet war, nicht gleichzeitig als „normale“ Anerkennung gem. § 1594 BGB fungieren kann. *Rauscher* (in: Staudinger, § 1599 Rn. 107) geht ausdrücklich davon aus, dass die **Rechtswirkungen einer nach § 1599 Abs. 2 BGB wirksamen**

Anerkennung denen jeder anderen Anerkennung entsprechen. Das Wirksamwerden der Anerkennung im Zeitpunkt der letzten erforderlichen Zustimmung unterscheidet sich in nichts von dem Wirksamwerden einer Anerkennung außerhalb des Anwendungsbereichs des § 1599 Abs. 2 BGB. *Reuß* (in: BeckOGK-BGB, § 1599 Rn. 165) ordnet die Anerkennung der Vaterschaft durch einen Dritten gem. § 1599 Abs. 2 BGB ebenfalls als „normale Vaterschaftsanerkennung“ ein, die den Bestimmungen der §§ 1594 ff. BGB unterliege. Zudem ist zu bemerken, dass § 1592 Nr. 2 BGB nicht nach unterschiedlichen Formen der Anerkennung differenziert. Es wäre in der Tat auch sonderbar, wenn man der Erklärung des V entnehmen könnte, dass er die Vaterschaft nur anerkennen möchte, wenn das Kind vor Rechtskraft der Scheidung geboren wird.

Wird das Kind folglich erst nach Rechtskraft des Scheidungsurteils geboren, bleibt die erfolgte **Vaterschaftsanerkennung u. E. als solche außerhalb des § 1599 Abs. 2 BGB bestehen**. Dass in diesem Fall ggf. eine – dann nicht erforderliche – zusätzliche Zustimmung des M als Noch-Ehemann der Mutter F erfolgt ist, schadet nicht. **Eine erneute Vaterschaftsanerkennung durch V ist nicht nötig.**

3. Sorgeerklärung

F und V haben eine Sorgeerklärung abgegeben, § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB. Diese erfolgte vor der rechtskräftigen Scheidung von F und M und vor der Geburt des Kindes.

Nach § 1626b Abs. 2 BGB ist es zulässig, die Sorgeerklärung **pränatal** abzugeben. Dies hat zur Folge, dass das Kind bereits von seiner Geburt an unter der gemeinsamen Sorge seiner Eltern steht (Grüneberg/Götz, § 1626b Rn. 2).

Jedoch stellt sich die Frage, wie sich die **zwischenzeitliche, rechtskräftige Scheidung von M und F** auf die bereits abgegebene Sorgeerklärung von F und V auswirkt und ob diese ggf. wiederholt werden muss. Einer Sorgeerklärung gem. § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB steht nicht entgegen, dass ein Partner anderweitig verheiratet ist (Grziwotz, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl. 2024, § 15 Rn. 31; Schwab, DNotZ 1998, 437, 451). Auch vor der rechtskräftigen Scheidung konnten F und V daher eine Sorgeerklärung abgeben.

Eine pränatale Sorgeerklärung kann nach der herrschenden Auffassung jedoch nur dann wirk-

sam abgegeben werden und mit der Geburt des Kindes Wirkung entfalten, wenn **vorher bzw. gleichzeitig auch ein vorgeburtliches Vaterschaftsanerkennnis** abgegeben wurde (BeckOGK-BGB/Osthold, Std.: 1.3.2024, § 1626b Rn. 19, MünchKommBGB/Huber, § 1626b Rn. 15; Niepmann, MDR 1998, 565; Schwab, DNotZ 1998, 437, 450; Staudinger/Coester, 2020, § 1626b Rn. 8). Unter Zugrundelegung der vorgenannten Argumentation ist das pränatale Vaterschaftsanerkennnis durch V als wirksam anzusehen, was zur Folge hätte, dass er gemeinsam mit der Kindesmutter eine Sorgeerklärung abgeben konnte. Auch im Kontext der Sorgeerklärung gilt, dass die zeitlich nachträgliche Zustimmung des Noch-Ehemannes gem. § 1599 Abs. 2 S. 2 BGB nicht schaden würde, selbst wenn es für die Wirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung auf diese ankäme (vgl. BGH NJW 2004, 1595).

4. Ergebnis

Eine Wiederholung der Vaterschaftsanerkennung und der Sorgeerklärung sind nach unserer Auffassung nicht erforderlich.

GmbHG § 40 Abs. 1; BGB § 54 Gewerkschaft als Gesellschafterin einer GmbH; Gewerkschaft in der Gesellschafterliste; Verein ohne Rechtspersönlichkeit in der Gesellschafterliste

I. Sachverhalt

Es soll ein GmbH-Geschäftsanteilsübertragungsvertrag beurkundet werden. Zweck der GmbH ist die Verwaltung von Gewerkschaftsvermögen. Die Gesellschafter der GmbH sind die Vorstandsmitglieder der Gewerkschaft. Sie halten die GmbH-Geschäftsanteile treuhänderisch für die Gewerkschaft. Nunmehr werden zwei Vorstandsmitglieder ausgewechselt und es stellt sich die Frage, ob deren Geschäftsanteile auf andere Vorstandsmitglieder übertragen werden sollten oder ob es nach dem MoPeG möglich ist, die Geschäftsanteile direkt auf die Gewerkschaft zu übertragen, sodass diese unmittelbar Gesellschafterin wird. Die Gewerkschaft ist nicht im Vereinsregister eingetragen. Die Verwaltung des Gewerkschaftsvermögens stellt keine gewerbliche Tätigkeit dar. Die Gewerkschaft tritt als nicht rechtsfähiger Verein auf.

II. Fragen

1. Ist eine Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen auf die Gewerkschaft möglich?
2. Falls ja, wie ist die Gewerkschaft dann als Gesellschafterin in die Gesellschafterliste einzutragen?

III. Zur Rechtslage

1. Fähigkeit einer Gewerkschaft, Gesellschafterin einer GmbH zu sein

Gewerkschaften treten **verbreitet historisch bedingt als Vereine ohne Rechtspersönlichkeit** (vor Inkrafttreten des MoPeG zum 1.1.2024 „nicht rechtsfähiger Verein“) auf. Dies gilt auch für die vorliegende Gewerkschaft.

Schon bisher konnte ein „nicht rechtsfähiger“ Idealverein i. S. d. § 54 S. 1 BGB a. F. trotz der missverständlichen Bezeichnung „(teil-)rechtsfähig“ sein (vgl. BGH NJW 2008, 69 Rn. 55 zur Parteifähigkeit einer Gewerkschaft als nicht rechtsfähiger Verein; Stöber/Otto, Handbuch zum Vereinsrecht, 12. Aufl. 2021, Rn. 1749 f.; Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 21. Aufl. 2021, Rn. 620). Davon war auszugehen, wenn er durch Teilnahme am Rechtsverkehr eigene Rechte und Pflichten begründete (Stöber/Otto, Rn. 1760; Grüneberg/Ellenberger, BGB, 81. Aufl. 2022, § 54 Rn. 2 zur Rechtslage vor dem MoPeG). Entsprechend hielt es die wohl h. M. für möglich, dass sich der „nicht rechtsfähige“ Verein an der Gründung einer GmbH beteiligte oder Anteile an einer GmbH erwarb (MünchKommGmbHG/Heinze, 4. Aufl. 2022, § 2 Rn. 133; GroßkommGmbHG/ULmer/Löbbe, 3. Aufl. 2019, § 2 Rn. 92; Scholz/Cramer, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 2 Rn. 64; Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 1 Rn. 35).

Mit dem MoPeG wurde der **Terminus „nicht rechtsfähiger Verein“ in § 54 S. 1 BGB a. F. in „Verein ohne Rechtspersönlichkeit“ geändert**. In der Gesetzesbegründung kommt deutlich zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber von der Rechtsfähigkeit des Vereins ohne Rechtspersönlichkeit ausgeht (s. BT-Drucks. 19/27635, S. 123). Dieser kann demnach Träger von Rechten und Pflichten sein (BeckOK-BGB/Schöpfung, Std.: 1.2.2025, § 54 Rn. 20). In materiell-rechtlicher Hinsicht bestehen daher keine Zweifel daran, dass die **Gewerkschaft selbst, organisiert als Idealverein ohne Rechtspersönlichkeit, Gesellschafterin**

einer GmbH sein kann. Die Anteile, die die bisherigen Vorstandsmitglieder innehaben, können daher auch direkt an die Gewerkschaft übertragen werden. Insoweit hat sich auch durch das MoPeG nichts geändert.

2. Ausweisung einer Gewerkschaft in der Gesellschafterliste einer GmbH

Eine andere Frage ist, ob und wie die Gewerkschaft in die Gesellschafterliste einzutragen ist.

a) Bisherige Rechtslage

Bereits **nach bisherigem Recht** war die Art der **Eintragung** des „nicht rechtsfähigen Vereins“ (jetzt „Verein ohne Rechtspersönlichkeit“) **in die Gesellschafterliste nicht abschließend geklärt.**

Ausgangspunkt war § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG a. F., wonach bei „nicht eingetragenen Gesellschaften“ in die Gesellschafterliste **„deren jeweilige Gesellschafter unter einer zusammenfassenden Bezeichnung mit Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort“ einzutragen** waren. Als solche „nicht eingetragene Gesellschaft“ wurde auch der nicht eingetragene Verein verstanden, mit der Folge, dass grundsätzlich sämtliche Vereinsmitglieder einzutragen waren (vgl. MünchKommGmbHG/Heidinger, 4. Aufl. 2023, § 40 Rn. 50a). Dafür sprachen nicht zuletzt die vorhandenen Entscheidungen zur Eintragung des nicht rechtsfähigen Vereins im Grundbuch (BGH NZG 2016, 666 Rn. 13; KG NZG 2017, 464 Rn. 10 = MittBayNot 2018, 154 m. Anm. Lautner). Auch die Literatur teilte wohl im Grundsatz diese Einschätzung (Wicke, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 5. Aufl. 2018, § 24a Rn. 6; Wachter, GmbHR 2017, 1177, 1182; Scholz/Seibt, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 40 Rn. 21).

b) Neuregelung durch das MoPeG

Durch das MoPeG wurde § 40 Abs. 1 GmbHG neu gefasst. Gem. § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG gilt nun, dass, wenn ein **Gesellschafter selbst eine juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft ist**, in die Liste deren **Firma oder Name, Sitz und, soweit gesetzlich vorgesehen, das zuständige Registergericht und die Registernummer** aufzunehmen sind. § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG sieht zudem vor, dass eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur in die Liste eingetragen werden kann und Veränderungen an ihrer Eintragung nur vorgenommen werden können, wenn sie in das Gesellschaftsregister eingetragen ist.

aa) Meinungen in der Literatur; Gerichtsentscheidungen zum Verein im Grundbuch

Für den **Verein ohne Rechtspersönlichkeit wurde keine ausdrückliche Regelung geschaffen.** In den ersten Stellungnahmen zum Verein ohne Rechtspersönlichkeit im **Grundbuchrecht**, wo es ebenfalls keine ausdrückliche Regelung gibt, wird lebhaft darüber diskutiert, ob und wie dieser Verein in das Grundbuch einzutragen ist.

Weitgehend einheitlich ist das Meinungsbild hinsichtlich des **nicht konzessionierten wirtschaftlichen Vereins**. Für diesen wird wohl einhellig davon ausgegangen, dass er als wirtschaftlicher Verein ohne Rechtspersönlichkeit nicht ohne Weiteres grundbuchfähig ist, sondern vielmehr wegen § 47 Abs. 2 GBO n. F. gem. § 707 BGB in das Gesellschaftsregister eingetragen sein muss, wenn er nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, und für ihn ein Recht im Grundbuch eingetragen werden soll (Schöpflin, ZStV 2024, 95, 98; Staudinger/Schwennicke, 2023, § 54 Rn. 102; BeckOK-BGB/Schöpflin, Std.: 1.2.2025, § 54 Rn. 22, 29; Erman/Westermann/Anzinger, BGB, 17. Aufl. 2023, § 54 Rn. 7a; Enneking/Wöffen, NZG 2023, 308, 310; HK-BGB/Dörner, 12. Aufl. 2023, § 54 Rn. 8; Grüneberg/Ellenberger, BGB, 84. Aufl. 2025, § 54 Rn. 8; Lieder, in: Herrler/Hertel/Kessler, Aktuelles Immobilienrecht 2023, 5. Aufl. 2023, H.I.6.b; Ring, in: Reform des Personengesellschaftsrechts, 2023, § 7 Rn. 2, 12; Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 19 Rn. 101c; a. A. wohl Waldner, RNotZ 2023, 450, 452, der – allerdings ohne Differenzierung zwischen Idealverein und wirtschaftlichem Verein ohne Rechtspersönlichkeit – von einer Fortgeltung der bisherigen Rechtslage ausgeht).

Die Meinungen bzgl. des **Idealvereins ohne Rechtspersönlichkeit** reichen vom Erfordernis der Eintragung des Vereins unter eigenem Namen (Wertenbruch, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 13 Rn. 14 ff.; Ring, § 7 Rn. 2, 5; i. E. ebenso Grüneberg/Ellenberger, § 54 Rn. 8; Holzer, FGPrax 2023, 100, 101; wohl auch Schulteis, EWiR 2023, 653, 654), über eine analoge Anwendung des § 47 Abs. 2 GBO n. F. (Schöpflin, ZStV 2024, 95, 99; BeckOK-BGB/Schöpflin, § 54 Rn. 22, 29d; Ennekin/Wöffen, NZG 2023, 308, 311 f.; Staudinger/Schwennicke, § 54 Rn. 106 f.) und damit verbunden einer Vorintragungsobliegenheit für den (Ideal-)Verein (im *Vereinsregister*) bis hin zur Anwendung der bisherigen Rechtslage und damit der Eintragung

des Vereins bei gleichzeitiger Eintragung sämtlicher Mitglieder (Böhringer, NotBZ 2022, 161, 164 f.; Waldner, RNotZ 2023, 450, 452, letzterer allerdings ohne Differenzierung zwischen Idealverein und wirtschaftlichem Verein ohne Rechtspersönlichkeit; i. E. auch Lieder, H.I.6.b, der diese Lösung jedoch – ohne nähere Begründung – auf eine analoge Anwendung von § 47 Abs. 1 GBO n. F. [sic!] stützt).

Eine erste Entscheidung des **OLG Frankfurt** (Beschl. v. 10.10.2024 – 20 W 186/24, DNotZ 2025, 107 – Besprechung in diesem Heft) zum Grundbuchrecht stellt in diesem Zusammenhang klar, dass ein Verein ohne Rechtspersönlichkeit auch ohne Voreintragung entsprechend § 47 Abs. 2 GBO im Grundbuch eingetragen werden könne. Das OLG verweist darauf, dass gem. § 54 Abs. 1 S. 1 BGB auf Vereine ohne Rechtspersönlichkeit die Vorschriften der §§ 24–53 BGB entsprechend anzuwenden seien und Vereine ohne Rechtspersönlichkeit, deren Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sei, sich von eingetragenen Vereinen – die unzweifelhaft grundbuchfähig seien – nur im Hinblick auf die Eintragung im Vereinsregister unterscheiden. Demnach bestehe keine Regelungslücke und eine Analogie sei nicht möglich. Dieser Ansicht schloss sich jüngst das **OLG München** (Beschl. v. 10.2.2025 – 34 Wx 328/24e, NZG 2025, 374) an und betonte, dass der Gesetzgeber mit § 54 Abs. 1 S. 1 BGB n. F. die Verweisung lediglich „an die schon seit langem bestehende Rechtslage“ habe anpassen wollen, die durch die Rechtsprechung des BGH geprägt gewesen sei und eine Grundbuchfähigkeit des nicht eingetragenen Vereins bejaht habe.

Im Hinblick auf die **Gesellschafterliste** wird die Frage **bisher weit weniger kontrovers diskutiert**. Die ersten Stellungnahmen in der Kommentarliteratur (Wicke, GmbHG, 5. Aufl. 2024, § 40 Rn. 8; BeckOK-GmbHG/Heilmeyer, Std.: 1.5.2024, § 40 Rn. 21a; tendenziell auch Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 40 Rn. 15b) gehen unter Verweis auf die Regierungsbegründung zum MoPeG (BT-Drucks. 19/27635, S. 271) davon aus, dass eine Eintragung von nicht eingetragenen Personenvereinigungen (zu denen auch der Verein ohne Rechtspersönlichkeit zählt) in die Gesellschafterliste unter ihrem Namen und ihrem Sitz ausreichend ist, soweit eine eindeutige Identifizierung des Gesellschafters auf andere Weise gewährleistet ist. Ergänzend wird entsprechend den Ausführun-

gen in der Regierungsbegründung angeführt, dass eine **subsidiäre Eintragung der Mitglieder nicht vorgesehen sei** (ausdrücklich Wicke, § 40 Rn. 8; BeckOK-GmbHG/Heilmeyer, § 40 Rn. 21a; anders, wenn auch nicht eindeutig, Rowedder/Pentz/Görner, GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 40 Rn. 63 a. E.). Teilweise wird auch vertreten, dass u. a. § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG – der unmittelbar nur für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts gilt – auf den Idealverein ohne Rechtspersönlichkeit analog angewandt werden solle, da eine Regelungslücke und eine Rechtsähnlichkeit (Schutzbedürfnis des Rechtsverkehrs, Entlastung der einschlägigen Register) bestehe. Dies führe dazu, dass der **Idealverein ohne Rechtspersönlichkeit durch Eintragung im Vereinsregister zum e. V. werden müsse, wenn er in das Grundbuch oder in die Gesellschafterliste eingetragen werden wolle** (so ausdrücklich BeckOK-BGB/Schöpflin, § 54 Rn. 22).

bb) Hinweise in den Gesetzgebungsmaterialien

Die Regierungsbegründung zum MoPeG ist u. E. in dieser Frage nicht ganz eindeutig, wenn es dort heißt (BT-Drucks. 19/27635, S. 271):

„Im Übrigen ist der neue § 40 Absatz 1 Satz 2 GmbHG-E für die nicht eingetragenen Personenvereinigungen inländischen und ausländischen Rechts (zum Beispiel Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, Stiftungen, Vor-Kapitalgesellschaften, Vereine ohne Rechtspersönlichkeit im Sinne von § 54 Absatz 1 BGB-E) einer teleologischen Auslegung zugänglich. Insoweit kann an die bisherige Eintragungspraxis unter Außerachtlassung von Registergericht und Registernummer angeknüpft werden, soweit eine eindeutige Identifizierung des Gesellschafters auf andere Weise gewährleistet ist. Eine subsidiäre Eintragung der Mitglieder einer solchen Personenvereinigung braucht im Gesetz nicht geregelt zu werden. Der Entwurf bringt dies dadurch zum Ausdruck, dass das Registergericht und die Registernummer nur einzutragen sind, soweit dies gesetzlich vorgesehen ist.“

Zunächst weist die Regierungsbegründung darauf hin, dass ausgehend von einer **teleologischen Auslegung** des neuen § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG **an die bisherige Eintragungspraxis angeknüpft werden kann**. Diese sah jedoch regelmäßig eine Eintragung der nicht eingetragenen Vereinigung unter **Nennung ihrer Mitglieder** vor. Zudem gibt die Regierungsbegründung nicht etwa an, dass eine Eintragung der Mitglieder einer solchen

Personenvereinigung nicht vorgesehen ist, sondern lediglich, dass eine solche **im Gesetz nicht geregelt zu werden braucht**.

Eine zu § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG inhaltsgleiche Formulierung findet sich für die Angaben von Gesellschaftern einer eGbR im Gesellschaftsregister in § 707 Abs. 2 Nr. 2 lit. b BGB. In dieser Norm geht es um die Angaben, die bei der Anmeldung der GbR zum Gesellschaftsregister zu jedem Gesellschafter zu machen sind. Anzugeben sind demnach „wenn der Gesellschafter eine juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft ist: deren Firma oder Namen, Rechtsform, Sitz und, soweit gesetzlich vorgesehen, zuständiges Register und Registernummer“. In der Regierungsbegründung zu dieser Norm heißt es (BR-Drucks. 560/22, S. 18):

„Zu den juristischen Personen eigener Art zählt schließlich auch die Vor-GmbH. Diese ist mit dem Zusatz „in Gründung“, „i. G.“ oder „i. Gr.“ als Gesellschafterin in das Gesellschaftsregister einzutragen; dieser Zusatz ist nach Handelsregistereintragung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung von Amts wegen zu löschen (BGH, Beschl. v. 12.11.1984, II ZB 2/84, Rz. 10, juris = WM 1985, 165, 166). Die an der Vorgesellschaft beteiligten natürlichen oder juristischen Personen sind weder eintragungsfähig noch eintragungsbedürftig. Diese lassen sich unschwer aus den Register- bzw. Gründungsunterlagen der jeweiligen Gesellschaft ersehen (vgl. Langhein, in: MünchKomm-HGB, 4. Aufl. 2016, § 106 Rn. 20).“

Weiter heißt es zu § 707 Abs. 2 Nr. 2 lit. b BGB (BT-Drucks. 19/27635, S. 130):

„Die Einschränkung auf die soweit gesetzlich vorgesehenen Angaben zum zuständigen Register und zur Registernummer knüpft daran an, dass Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch Personenvereinigungen sowohl in- als auch ausländischen Rechts sein können, die sich zwar an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts beteiligen können, für die aber kein Subjektregister existiert. Dem Registergericht obliegt es insoweit, gemäß § 26 FamFG zu prüfen, ob für die Personenvereinigung eine Eintragung in einem Subjektregister gesetzlich vorgesehen ist, wobei es sich im Regelfall auf eine entsprechende Erklärung bei der Anmeldung verlassen kann. Eine Eintragung derartiger Personenvereinigungen im Gesellschaftsregister unter Angabe ihrer Gesellschafter etwa am Vorbild des geltenden § 40 Absatz 1 Satz 2 Halbsatz 2 GmbHG widerspräche dem materiellen Recht und ist deswegen als gesetzliche Regel

abzulehnen. Stattdessen ist § 707 Absatz 2 Nummer 2 Buchstabe b BGB-E bewusst als offene Regelung konzipiert, die es zulässt, zur Vermeidung von Publizitätsdefiziten bei der Eintragung auf die bewährte Eintragungspraxis der Registergerichte zurückzugreifen.“

cc) Stellungnahme

Die zu der aufgeworfenen Frage bisher erschienene Literatur setzt sich nicht vertieft mit dieser Thematik auseinander. Die zum Grundbuchrecht erschienene Literatur weist ebenfalls nicht in eine eindeutige Richtung. Die ersten obergerichtlichen Entscheidungen in diesem Kontext erkennen die uneingeschränkte Grundbuchfähigkeit des nicht eingetragenen Idealvereins an, machen aber keine konkreten Vorgaben, wie dieser in das Grundbuch einzutragen ist. Die Regierungsbegründung zu § 40 GmbHG n. F. bietet für die Frage, wie der Verein ohne Rechtspersönlichkeit in die Gesellschafterliste einzutragen ist, kaum Erkenntnisgewinn. Wie ausgehend von einer teleologischen Auslegung des neuen § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG an die bisherige Eintragungspraxis angeknüpft werden soll und was aus der Formulierung, dass eine Eintragung der Mitglieder einer solchen Personenvereinigung im Gesetz nicht geregelt zu werden braucht, für die Praxis im Hinblick auf die Eintragung eines Vereins ohne Rechtspersönlichkeit folgen soll, bleibt u. E. offen. Ebenfalls geht die Regierungsbegründung an dieser Stelle nicht darauf ein, wie zu verfahren ist, wenn eine „eindeutige Identifizierung auf andere Weise“ nicht gewährleistet ist. Für die Bezeichnung des Vereins ohne Rechtspersönlichkeit in der Gesellschafterliste liefern auch die Ausführungen zu dem zu § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG wortgleichen § 707 Abs. 2 Nr. 2 lit. b BGB keine Erkenntnisse. Denn bei einem Verein ohne Rechtspersönlichkeit ergeben sich die an ihm Beteiligten gerade nicht aus den Register- bzw. Gründungsunterlagen (bei Vorgesellschaften sind diese sogar notariell beurkundet), sondern allenfalls aus einer möglicherweise vom Verein selbst geführten Mitgliederliste oder ähnlichem. Was in diesem Zusammenhang die Formulierung „zur Vermeidung von Publizitätsdefiziten bei der Eintragung auf die bewährte Eintragungspraxis der Registergerichte zurückzugreifen“ bedeuten soll, wenn gerade keine Orientierung am Vorbild des § 40 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GmbHG a. F. erfolgen soll, ist unklar.

Unseres Erachtens ist der **Verein ohne Rechtspersönlichkeit mit seinem Namen und seinem**

Sitz in die Gesellschafterliste einzutragen. Das Hauptargument hierfür ist u. E. der Wegfall von § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG. Anhaltspunkte für eine Eintragung der Mitglieder bestehen daher *im Gesetz* schlichtweg nicht mehr. Ein *eindeutiger* gesetzgeberischer Wille, der Voraussetzung einer teleologischen Auslegung oder einer Analogie wäre, ist nicht feststellbar. Rechtspolitisch mag dies kritikwürdig sein; die **Transparenzfunktion der Gesellschafterliste** ist jedoch angesichts dessen, dass diese keine das *Transparenzregister* ersetzende Funktion mehr hat, ohnehin nicht mehr vordergründig (vgl. dazu MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 13 ff.; Bode/Gätsch, NZG 2021, 437; Goette, DStR 2021, 1551; Reuter, BB 2021, 707; John, NZG 2021, 957).

Die heutige Situation ähnelt ein wenig der Lage nach Anerkennung der („Teil-“) Rechtsfähigkeit der GbR als Außengesellschaft durch den BGH (Urt. v. 29.1.2001 – II ZR 331/00, NJW 2001, 1056). Zu diesem Zeitpunkt hatte der Gesetzgeber noch nicht mit der Einführung von § 899a BGB a. F. und § 47 Abs. 2 GBO a. F. für Zwecke der Eintragung einer GbR im Grundbuch reagiert. In einer Entscheidung betonte der BGH damals, dass ohne entsprechende Anordnung im Gesetz eine Eintragung aller Gesellschafter auch bei Gesellschaften, die nicht in einem Register verlaubar werden, nicht geboten sei (BGH DNotZ 2009, 115).

c) Besonderheiten bei Gewerkschaften

Folgt man einer anderen Ansicht und verlangt grundsätzlich die Eintragung sämtlicher Mitglieder, so ist jedoch die bisherige Diskussion zu den Besonderheiten bei Gewerkschaften zu berücksichtigen:

Bereits zum alten Recht wurde nämlich teilweise vertreten, dass Gewerkschaften nicht mit sämtlichen ihrer Mitglieder in die Gesellschafterliste einzutragen wären. Der Grund für eine solche **Privilegierung** wurde bisher in der **verfassungsrechtlich garantierten Vereinigungsfreiheit zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen** gesucht (Art. 9 Abs. 3 GG). Schon bisher wurde von etlichen Literaturstimmen erwogen, eine **Eintragung von Gewerkschaften**, sei es im Hinblick auf die Eintragung in der Gesellschafterliste, im Handelsregister oder im Grundbuch, **nur unter ihrem Namen** und ohne subsidiäre Eintragung ihrer Mitglieder zuzulassen (zur Gesellschafter-

liste Langenfeld/Miras, GmbH-Vertragspraxis, 8. Aufl. 2019, Rn. 238; Wegener, notar 2017, 299, 304; zum Handelsregister Oetker/Lieder, HGB, 7. Aufl. 2021, § 105 Rn. 43; BeckOGK-HGB/Sanders, Std.: 1.5.2022, § 105 Rn. 270; MünchKommHGB/Fleischer, 5. Aufl. 2022, § 105 Rn. 227; zum Grundbuch Bayer/Lieder, in: Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, AT J Rn. 18; erwägend Lautner, MittBayNot 2018, 155, 156).

Diese Ansicht ist jedoch **nicht unwidersprochen** geblieben (ausdr. a. A. auch für Parteien und Gewerkschaften BeckOK-HGB/Klimke, Std.: 15.10.2022, § 105 Rn. 78; Schäfer, in: Habersack/Schäfer, Das Recht der OHG, 2. Aufl. 2019, § 105 Rn. 99; keine Ausnahme befürwortend wohl auch Wertenbruch, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, § 105 Rn. 178; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 246a). Vereinzelt wurde auch erwogen, bei einer Vielzahl von Gesellschaftern die **Teilangabe der Gesellschafternamen** mit einem Hinweis (z. B. „u. a.“) für ausreichend zu erachten, sofern die Gesellschaft darüber individualisiert war (Rowedder/Pentz/Görner, GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 40 Rn. 7).

Nach teilweise vertretener Meinung sollte die Gewerkschaft noch einmal **anders als die politische Partei** zu behandeln sein: § 3 ParteiG (aus dem man mitunter die Eintragungsfähigkeit der Partei unter ihrem Namen herleitet) sei auf Gewerkschaften nicht entsprechend anzuwenden, da es keine Regelungen über deren Stabilität und Identifizierbarkeit wie in §§ 2 Abs. 1, 6 Abs. 3 ParteiG gebe (Staudinger/Schwennicke, 2019, § 54 Rn. 90; Meikel/Böhringer, GBO, 12. Aufl. 2021, § 47 Rn. 107).

Diese Argumente gelten u. E. auch nach dem Inkrafttreten des MoPeG uneingeschränkt. Jedoch bedeutet dies in der Konsequenz lediglich, dass die Rechtslage weiterhin als offen bezeichnet werden muss.

3. Ergebnis

Materiell-rechtlich kann eine Gewerkschaft, die als Verein ohne Rechtspersönlichkeit konstituiert ist, Gesellschafterin einer GmbH sein. Wie ein solcher Verein ohne Rechtspersönlichkeit in die Gesellschafterliste einzutragen ist, ist derzeit noch ungeklärt. U. E. ist eine Eintragung unter Angabe von Name und Sitz des Vereins ausreichend.

WEG §§ 3, 10

Nutzungsänderung hinsichtlich einer Teileigentumseinheit; Zweckbestimmung im engeren und weiteren Sinne; Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum

I. Sachverhalt

Im Jahr 1989 wurde ein Mehrfamilienhaus in Wohnungs- und Teileigentum aufgeteilt. Im Erdgeschoß wurde eine Einheit gebildet, die in der Teilungserklärung und im Grundbuch als „Gewerbliche Einheit Nr. 1 (Gaststätte)“ bezeichnet wurde. Die Abgeschlossenheitsbescheinigung spricht allerdings insoweit nur von einer „Gewerblichkeit“. Diese Einheit soll verkauft werden. Der Käufer möchte die Einheit in Wohnungseigentum umwandeln. Alternativ möchte der Käufer, ein Architekt, die Einheit als Architekturbüro selbst nutzen.

II. Fragen

1. Wäre eine Umwandlung der Einheit in Wohnungseigentum ohne Mitwirkung der übrigen Eigentümer der Anlage möglich?
2. Ist zur Umwandlung eine geänderte Abgeschlossenheitsbescheinigung erforderlich?
3. Ist für die alternative Nutzungsänderung (von Gaststätte zu Architekturbüro) eine Änderung der Teilungserklärung bzw. der Gemeinschaftsordnung erforderlich oder wäre die Nutzung als Architekturbüro bereits jetzt zulässig?
4. Muss die Nutzungsänderung (Architekturbüro statt Gaststätte) im Grundbuch eingetragen werden und setzt dies ggf. die Zustimmung der übrigen Eigentümer voraus?

III. Zur Rechtslage

1. Unterscheidung zwischen Zweckbestimmung im weiteren und engeren Sinne

Um zu beurteilen, wie die geplanten Änderungen zu bewerten sind, muss zunächst zwischen der Zweckbestimmung im weiteren und der Zweckbestimmung im engeren Sinne unterschieden werden. Die **Zweckbestimmung im weiteren Sinne** betrifft die Frage, ob die Sondereigentumseinheit als Wohnung genutzt wird, also Wohnungseigentum i. S. d. § 1 Abs. 2 WEG vorliegt, oder ob sie nicht zu Wohnzwecken genutzt wird, also Teileigentum i. S. d. § 1 Abs. 3 WEG vor-

liegt (BGH NZM 2018, 90 Rn. 6; Hügel/Elzer, WEG, 4. Aufl. 2025, § 10 Rn. 87; BeckOGK-WEG/M. Müller, Std.: 1.2.2025, § 1 Rn. 156). Mit der **Zweckbestimmung im engeren Sinne** können weitergehende Gebrauchsregelungen für die einzelnen Einheiten festgelegt werden, wie beispielweise die Nutzung einer Teileigentumseinheit als Restaurant, Laden oder Arztpraxis (vgl. Hügel/Elzer, § 10 Rn. 93–99; Bärmann/Suilmann, WEG, 15. Aufl. 2023, § 13 Rn. 22).

2. Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum

Der Käufer möchte (vorrangig) die im Grundbuch als Teileigentum geführte Sondereigentumseinheit in eine Wohnungseigentumseinheit umwandeln. Hierbei geht es um einen **Rechtsakt** und nicht um die Frage, ob die Räume auch ohne diesen Rechtsakt als Wohnung genutzt werden dürfen (im Verhältnis zu den anderen Sondereigentümern). Eine der Zweckbestimmung widersprechende Nutzung kann zwar nach der Rechtsprechung des BGH unter Umständen zulässig sein (s. zur Nutzung als Architekturbüro unter Ziff. 3). Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten und womöglich entstehender Uneinigkeit über die Zulässigkeit der (neuen) Nutzung empfiehlt sich jedoch eine **Umwandlung (im rechtlichen Sinne)**.

a) Änderung der Zweckbestimmung im weiteren Sinne

Nach heute herrschender Ansicht ist die **Zweckbestimmung** Gegenstand einer **schuldrechtlichen Vereinbarung, nicht** hingegen **Bestandteil des sachenrechtlichen Aufteilungsaktes** (s. Weber, Kölner Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. 2023, Kap. 4 Rn. 154; Münch-KommBGB/Scheller, 9. Aufl. 2023, § 13 WEG Rn. 11). Auch der BGH hat sich dieser Ansicht angeschlossen (vgl. BGH ZWE 2021, 451 Rn. 19; NJW 2018, 41 Rn. 6).

Für die Änderung der Zweckbestimmung im weiteren Sinne als schuldrechtliche Vereinbarung ist somit **grundsätzlich eine Einigung sämtlicher Eigentümer erforderlich** (BGH ZWE 2021, 451 Rn. 22 m. w. N. zur Rspr.; BeckOGK-WEG/Falkner, Std.: 1.12.2024, § 10 Rn. 118; Weber, Kap. 4 Rn. 158). Einer Einigung aller Eigentümer bedarf es dann nicht, wenn die Gemeinschaftsordnung eine **sog. „Öffnungsklausel“** enthält, also eine Vereinbarung i. S. d. § 10 Abs. 1 S. 2 WEG mit dem Inhalt, dass Vereinbarungsangelegenheiten auch mittels mehrheitlichem Beschluss

geregelt werden können (BeckOGK-WEG/Falkner, § 10 Rn. 136 ff.). Alternativ kommt ein **sog. Änderungsvorbehalt/Umwidmungsrecht** zugunsten des jeweiligen Eigentümers der betroffenen Einheit in der Gemeinschaftsordnung in Betracht (vgl. zu beidem: Weber, Kap. 4 Rn. 158–164). Bei der ersten Variante (Öffnungsklausel) müsste allerdings berücksichtigt werden, dass auch bei einem Mehrheitsbeschluss die Zustimmung des betroffenen Sondereigentümers notwendig wäre, da die Zweckbestimmung im weiteren Sinne ein sog. „mehrheitsfestes Recht“ darstellt (BGH NJW 2019, 2083 Rn. 15). Ob die Gemeinschaftsordnung vorliegend ein Umwidmungsrecht zugunsten des Eigentümers der Einheit oder eine sog. Öffnungsklausel enthält, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.

Eine **Eintragung der Änderung der Zweckbestimmung im weiteren Sinne in das Grundbuch** ist zwar **keine Wirksamkeitsvoraussetzung**. Nur durch eine Eintragung in die Grundbücher kann jedoch die bloße *inter-partes*-Wirkung der Vereinbarung zwischen den beteiligten Eigentümern gem. § 10 Abs. 3 S. 1 WEG durchbrochen und eine **Bindung möglicher Sonderrechtsnachfolger** an die geänderte Zweckbestimmung erreicht werden (BeckOGK-WEG/Falkner, § 10 Rn. 118). Sollte statt der Einigung ein Beschluss aufgrund einer *vereinbarten* Öffnungsklausel ergehen, so muss dieser, anders als Beschlüsse, die aufgrund einer *gesetzlichen* Beschlusskompetenz ergehen (vgl. § 10 Abs. 3 S. 2 WEG), nach § 10 Abs. 3 S. 1 WEG ebenfalls in das Grundbuch eingetragen werden, um auch gegenüber einem Sonderrechtsnachfolger bindend zu sein.

Grundbuchverfahrensrechtlich ist zur Eintragung der Änderung eine entsprechende **Bewilligungserklärung aller Eigentümer** gemäß §§ 19, 29 GBO erforderlich. Für die Eintragung eines Beschlusses aufgrund einer Öffnungsklausel würde hinsichtlich der Bewilligungen allerdings § 7 Abs. 2 WEG als **Erleichterung** greifen. Danach sind die Bewilligungen der Wohnungseigentümer nicht erforderlich, wenn der Beschluss durch eine Niederschrift, bei der die Unterschriften der in § 24 Abs. 6 WEG bezeichneten Personen öffentlich beglaubigt sind, oder durch ein Urteil in einem Verfahren nach § 44 Abs. 1 S. 2 WEG nachgewiesen ist.

Es stellt sich schließlich noch die Frage, ob es einer **Mitwirkung dinglich Berechtigter** an

der Änderung, also insbesondere deren Zustimmung, bedarf. Dabei ist zu differenzieren. Zunächst ist eine Zustimmung nur dann erforderlich, wenn es zu einer Eintragung in das Grundbuch kommt (BeckOGK-WEG/Falkner, § 10 Rn. 283). Da es sich um eine Vereinbarung und Inhaltsänderung i. S. v. §§ 5 Abs. 4 S. 1, 10 Abs. 1 S. 2 WEG handelt, ist die Zustimmung von Grundpfandrechtsgläubigern nach § 5 Abs. 4 S. 2 WEG entbehrlich, sofern nicht zusätzlich ein Sondernutzungsrecht begründet, aufgehoben, geändert oder übertragen wird. Jedoch wäre die Mitwirkung sonstiger dinglicher Berechtigter nach §§ 877, 876 BGB erforderlich, wenn die Berechtigten durch die Änderung rechtlich beeinträchtigt sein können (Weber, Kap. 4 Rn. 167).

b) Erforderlichkeit einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung

Fraglich ist, ob grundbuchverfahrensrechtlich für die Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung erforderlich ist. Dies ist seit dem Inkrafttreten der neuen Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen nach dem Wohnungseigentumsgesetz vom 6.6.2021 (AVA) umstritten.

In Anlehnung an die unter Geltung der „alten“ AVA aus dem Jahr 1974 wohl h. M. wird **auch zur „neuen“ AVA vertreten**, dass bei Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum eine **neue Abgeschlossenheitsbescheinigung** vorzulegen ist (BeckOK-BGB/Hügel, Std.: 1.2.2025, § 1 Rn. 8; Hügel/Elzer, § 1 Rn. 26 i. V. m. § 3 Rn. 41; Grüneberg/Wicke, BGB, 84. Aufl. 2025, § 7 WEG Rn. 5; BeckOGK-WEG/M. Müller, § 1 Rn. 176, § 3 Rn. 216–220, 222–224 m. w. N.). Zur alten Rechtslage hatte das Kammergericht in zwei Entscheidungen eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung hinsichtlich „des Sondereigentums“ verlangt (KG RNotZ 2013, 328, 329), dabei aber eine Ergänzungsbescheinigung zur Abgeschlossenheitsbescheinigung hinsichtlich des umgewandelten Teileigentums ausreichen lassen (KG RNotZ 2015, 504, 507). Begründet wurde dies damit, dass sich die Anforderungen an die Abgeschlossenheit von Wohnungen und von Teileigentum unterscheiden (KG RNotZ 2013, 428; Staudinger/Rapp, 2018, § 1 WEG Rn. 11d). Die Vertreter, die diese Ansicht auch unter Geltung der neuen AVA beibehalten, argumentieren damit, dass es für die Abgeschlossenheit einer Wohnung weiterhin erforderlich sei, dass die Räume

die Führung eines Haushalts ermöglichen. Die Wohnung müsse also mit Wasseranschlüssen, WC und einer Kochmöglichkeit ausgestattet sein, auch wenn dies in der neuen Fassung der AVA nicht mehr ausdrücklich erwähnt werde (BeckOGK-WEG/M. Müller, § 3 Rn. 216).

Unseres Erachtens ist die **Rechtslage** aufgrund der Änderung der AVA im Jahr 2021 jedoch **neu zu bewerten** (ebenso BeckOK-WEG/Leidner, Std.: 2.1.2025, § 3 Rn. 64.2; Bärmann/Pick/Baer, WEG, 21. Aufl. 2025, § 1 Rn. 27; Staudinger/Rapp/Wobst, 2023, § 1 WEG Rn. 11; Wobst, MittBayNot 2022, 322, 323; Zimmer, ZWE 2021, 436, 439). Die Muster-Absgeschlossenheitsbescheinigung in der Anlage zur AVA **unterscheidet nicht mehr zwischen Wohnungen und Nicht-Wohneinheiten**. Eine Mindestausstattung ist nach dem Wortlaut der neuen AVA gerade nicht mehr erforderlich (KG MittBayNot 2023, 138; BeckOK-WEG/Leidner, § 3 Rn. 64.2). Die Baubehörde bescheinigt schlichtweg nur noch die Abgeschlossenheit als solche. Die Abgeschlossenheitsbescheinigung wird ohne Rücksicht auf bauordnungsrechtliche Vorschriften erteilt, § 4 Abs. 2 AVA (Wobst, MittBayNot 2023, 138, 139; BeckOK-WEG/Leidner, § 3 Rn. 64.2). Die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum berührt nur die Zweckbestimmung der Sondereigentumseinheit (vgl. dazu KG MittBayNot 2023, 138 m. Anm. Wobst). Dementsprechend bedarf es für die **Umwandlung** von Teil- in Wohnungseigentum (und vice versa) **keiner neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung** mehr. Denn es kommt für die Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung nicht mehr auf bestimmte Ausstattungsmerkmale der Wohnung an.

3. Umnutzung von Gaststätte zum Architekturbüro

Nutzt der Käufer die Einheit künftig statt als Gaststätte als Architekturbüro, handelt es sich weiterhin nicht um eine Nutzung zu Wohnzwecken. Somit wäre die Zweckbestimmung im weiteren Sinne nicht betroffen, da weiter **Teileigentum** vorliegt. Jedoch könnte die **Zweckbestimmung im engeren Sinne betroffen** sein, da es um den **konkreten Gebrauch** der Teileigentumseinheit geht. Bei Zweckbestimmungen im engeren Sinne handelt es sich ebenfalls um schuldrechtliche Vereinbarungen i. S. d. §§ 5 Abs. 4 S. 1, 10 Abs. 1 S. 2 WEG (BeckOGK-WEG/Falkner, § 10 Rn. 68, § 14 Rn. 57; Hügel/Elzer, § 10 Rn. 93).

Hier muss jedoch zunächst geprüft werden, ob überhaupt eine Zweckbestimmung im engeren Sinne vereinbart wurde. Wie dargelegt, handelt es sich bei der Zweckbestimmung im engeren Sinne um eine **(schuldrechtliche) Vereinbarung** zwischen den Wohnungseigentümern. Als solche ist sie grundsätzlich **Teil der Gemeinschaftsordnung** (BGH NJW 2020, 921 Rn. 15; BeckOGK-WEG/Falkner, § 14 Rn. 57; Brückner, ZNotP 2020, 1). Sie kann als Teil der Gemeinschaftsordnung, obgleich sie systematisch nichts mit der sachenrechtlichen Aufteilung zu tun hat, trotzdem wirksam in der Teilungserklärung vereinbart werden (BeckOGK-WEG/Falkner, § 14 Rn. 57–57.2; Hügel/Elzer, § 10 Rn. 93; Bärmann/Suilmann, § 13 Rn. 23; der BGH spricht im Hinblick auf in der Teilungserklärung enthaltene Regelungen der Gemeinschaftsordnung von der **„Teilungserklärung im weiteren Sinne“**, vgl. NJW 2020, 1354 Rn. 6; NJW-RR 2018, 1227 Rn. 6). Ob eine Zweckbestimmung im engeren Sinne im Zuge der Teilungserklärung getroffen wurde, ist grundsätzlich eine Frage der **Auslegung** (BGH ZWE 2017, 367 Rn. 11; BeckOGK-WEG/M. Müller, § 1 Rn. 157; Bärmann/Suilmann, § 13 Rn. 22). Hierzu ist auf den Wortlaut und den Sinn der Vereinbarung abzustellen, wie er sich aus unbefangener Sicht als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt (BGH NJW 2020, 1354 Rn. 7; NJW 2018 Rn. 28 m. w. N. auch zur ständigen Rspr. allgemein zur Auslegung von Grundbucheintragungen). Eine die Nutzung einschränkende Zweckbestimmung hat dabei **klar und eindeutig** aus der Teilungserklärung/Gemeinschaftsordnung hervorzugehen (BGH NJW 2020, 1354 Rn. 7). Es muss also deutlich zum Ausdruck kommen, dass die zulässige Benutzung eingeschränkt werden soll (BeckOGK-WEG/M. Müller, § 1 Rn. 157). Dabei kann sich schon aus einer schlichten Bezeichnung wie „Kellerraum“ oder „Ladenraum“ eine Zweckbestimmung ergeben (BGH NZM 2019, 293 Rn. 19 m. w. N.). Ist die **Teilungserklärung hingegen unklar**, gilt nach dem BGH im Zweifel, dass sie **keine einschränkende Zweckbestimmung** vorgibt (ZWE 2021, 451 Rn. 29; ZWE 2019, 268, Rn. 19). Keinen Einfluss hat im Regelfall die Nutzungsbezeichnung einzelner Räume im Aufteilungsplan (z. B. Ausweisung einzelner Räume als „Küche“, „Wohnzimmer“, „Schlafzimmer“ usw.). Hierbei handelt es sich regelmäßig nur um unverbindliche Nutzungsvorschläge des den Plan erstellenden Architekten (BGH ZWE 2017, 367 Rn. 11 m. w. N. zur Rspr.; BeckOGK-WEG/M. Müller, § 1 Rn. 157.1).

Der BGH (NZM 2019, 293 Rn. 20) verneinte bei der Auslegung einer Teilungserklärung zur Aufteilung eines Bestandsgebäudes, wie sie wohl auch hier vorgenommen wurde, eine ausreichend klare Zweckbestimmung, da diese Zweckbestimmung lediglich im Zusammenhang mit der Aufteilung und der räumlichen Lage der Einheiten genannt wurde. Dies lasse sich „ohne Weiteres“ auch so verstehen, dass lediglich Bezug auf die bereits bei der Aufteilung ausgeübte Nutzung genommen worden sei, um die Zugehörigkeit zu der entsprechenden Einheit zu verdeutlichen. So könnte der Fall auch hier liegen, wenn die Einheit im Zeitpunkt der Aufteilung bereits als Gaststätte genutzt wurde. Eine verbindliche Auslegung kann freilich nur von einem zur Entscheidung berufenen Gericht vorgenommen werden. Kommt man zu dem Ergebnis, dass eine Zweckbestimmung im engeren Sinne nicht getroffen wurde, müsste eine solche natürlich auch nicht geändert werden. Im Folgenden gehen wir jedoch (nicht zuletzt sicherheitshalber) davon aus, dass hier eine Zweckbestimmung im engeren Sinne getroffen wurde.

Liegt eine Zweckbestimmung im engeren Sinne zur Beschränkung der betroffenen Einheit auf den Gebrauch „Gaststätte“ vor, stellt sich die Frage, ob diese für die neue Nutzung überhaupt geändert werden muss. Grundsätzlich kann die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 WEG von jedem Wohnungseigentümer verlangen, die Vereinbarungen einzuhalten. Hierzu zählt also auch die Einhaltung der Zweckbestimmung im engeren Sinne. Der Unterlassungsanspruch gegen eine der **Zweckbestimmung widersprechende Nutzung** ist nach ständiger Rechtsprechung jedoch eingeschränkt. Hiernach sind **Nutzungen ausnahmsweise zulässig** und können nicht untersagt werden, wenn sie **bei typisierender Betrachtung nicht mehr stören als die vereinbarte Nutzung** (BGH NJW-RR 2021, 1239 Rn. 27; NJW 2020, 1354 Rn. 10; NJW 2020, 921 Rn. 24). Eine abstrakte Beurteilung dieser Frage sei jedoch nicht möglich, vielmehr sei stets der Vergleich der mit den Nutzungen typischerweise verbundenen Störungen erforderlich. Der BGH formuliert die Grundlage dieses Vergleiches wie folgt (NJW-RR 2021, 1239 Rn. 32, dort für die Frage der Wohnnutzung in einer Teileigentumseinheit):

„Um eine Vergleichsbetrachtung zu ermöglichen, hat der Tatrichter den Gebrauch nach dessen Art und den damit verbundenen Folgen (zB die zu erwar-

tende Besucherfrequenz und -struktur) zu konkretisieren und zu den örtlichen Gegebenheiten (Umfeld, Lage der Räume im Gebäude, Nutzungszweck der übrigen Einheiten) und den zeitlichen Verhältnissen (zB Öffnungszeiten) in Bezug zu setzen.“

Insofern dürfte eine Nutzung als Architekturbüro im Regelfall nicht mehr stören als die Nutzung als Gaststätte. Einerseits sollten der Besucherverkehr und auch die Lärmimmissionen abnehmen und andererseits sollten auch die Nutzungszeiten eines Architekturbüros nicht über die einer Gaststätte hinausgehen. Somit **dürfte die abweichende Nutzung als Architekturbüro auch ohne Änderung** der Zweckbestimmung im engeren Sinne **zulässig** sein. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer könnte daher die Unterlassung dieser Nutzung nicht verlangen.

Dennoch könnte unabhängig von dieser Frage die Zweckbestimmung im engeren Sinne geändert werden, um einen (Rechts-)Streit zwischen dem Käufer und der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer über die Zulässigkeit der neuen Nutzung zu vermeiden. Da es sich bei der Zweckbestimmung im engeren Sinne ebenfalls um eine schuldrechtliche Vereinbarung handelt, gelten für ihre **Änderung die unter Ziff. 2 lit. a zur Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum gemachten Ausführungen entsprechend**. Somit ist auch hier – sofern kein Änderungsvorbehalt oder eine Öffnungsklausel vereinbart sind – eine Einigung aller Wohnungseigentümer erforderlich (BeckOGK-WEG/Falkner, § 10 Rn. 118; Weber, Kap. 4 Rn. 180). Eine Eintragung im Grundbuch ist zwar abermals keine Wirksamkeitsvoraussetzung, aber notwendig, um nach § 10 Abs. 3 S. 1 WEG auch Sonderrechtsnachfolger an die Vereinbarung zu binden.

4. Zusammenfassung

Die Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum erfolgt im Wege der Änderung der Zweckbestimmung im *weiteren* Sinne. Auch wenn man im Rahmen der Auslegung zu dem Ergebnis kommen sollte, dass hier zudem eine Zweckbestimmung im *engeren* Sinne getroffen wurde, dürfte eine **Nutzungsänderung** hin zu einem Architekturbüro nach der Rechtsprechung des BGH auch ohne explizite Änderung dieser Zweckbestimmung **zulässig** sein. Die Änderung beider Zweckbestimmungen erfolgt durch **schuldrechtliche Vereinbarung aller Eigentümer**, wenn weder ein Änderungsvorbehalt (Umwidmungsrecht) noch eine Öffnungsklausel existieren. Eine Ände-

rung der Teilungserklärung in sachenrechtlicher Hinsicht ist hingegen nicht erforderlich.

Eine **Eintragung in das Grundbuch** ist in beiden Fällen dringend anzuraten, um nach § 10 Abs. 3 S. 1 WEG eine Wirkung der Änderung auch gegenüber möglichen Sonderrechtsnachfolgern zu erreichen. Dies gilt auch im Falle eines Beschlusses aufgrund einer vereinbarten Öffnungsklausel.

Für die Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum ist u. E. **keine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung** erforderlich. Dies ist jedoch umstritten. Sofern lediglich die Zweckbestimmung im engeren Sinne geändert werden soll (Architekturbüro statt Gaststätte), wird jedenfalls keine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung benötigt, da es sich weiterhin um eine nicht zu Wohnzwecken dienende Sondereigentumseinheit handelt.

Rechtsprechung

BGB § 54 Abs. 1; EGBGB Art. 229 § 21; GBO §§ 18, 47 Abs. 2

Grundbuchfähigkeit des Vereins ohne Rechtspersönlichkeit; kein Voreintragungserfordernis für den (Ideal-)Verein ohne Rechtspersönlichkeit im Vereinsregister analog Art. 229 § 21 EGBGB

Der Verein ohne Rechtspersönlichkeit, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, ist mit dem Inkrafttreten des MoPeG uneingeschränkt grundbuchfähig.

OLG Frankfurt, Beschl. v. 10.10.2024 – 20 W 186/24

Problem

Zwei noch vor Inkrafttreten des MoPeG gegründete, nicht im Vereinsregister eingetragene und daher nach früherer Rechtslage als „nichtrechtsfähig“ bezeichnete Vereine wurden im Jahr 2021 unter ihrem jeweiligen Vereinsnamen sowie dem Zusatz „bestehend aus den Mitgliedern“ A und B „in Gesamthandsgemeinschaft“ als Eigentümer je eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Im Jahr 2024 – nach Inkrafttreten des MoPeG – veräußerten die Vereine die Grundstücke, wobei zugunsten der Erwerber entsprechende Auflassungsvormerkungen zur Eintragung bewilligt und beantragt wurden.

Unter Verweis auf die im Schrifttum namentlich von *Enneking/Wöffen* (NZG 2023, 310) und *Schöpflin* (ZStV 2024, 95) vertretene Ansicht, wonach der nicht im Vereinsregister eingetragene Verein (nunmehr sog. „Verein ohne Rechtspersönlichkeit“, vgl. § 54 BGB n. F.) seit Inkrafttreten des MoPeG nicht grundbuchfähig sei, wenn dessen Zweck *nicht* auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sei (sog. „Idealverein ohne Rechtspersönlichkeit“), beanstandete das Grundbuchamt mittels einer Zwischenverfügung die begehrte Eintragung und gab den Beteiligten u. a. auf, „in analoger Anwendung“ des Art. 229 § 21 EGBGB den nicht eingetragenen Verein in das Vereinsregister eintragen zu lassen und „sodann die Änderung im Grundbuch durch Bewilligung der im Grundbuch eingetragenen Mitglieder und den sodann eingetragenen Verein“ zu beantragen. Das Grundbuchamt verlangte also letztlich, dass die (mutmaßlich nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten) Vereine ohne Rechtspersönlichkeit i. S. d. § 54 BGB n. F. zu eingetragenen (Ideal-)Vereinen i. S. d. § 21 BGB würden, damit die Belastung ihres jeweiligen Grundeigentums im Grundbuch eingetragen werden könne.

Hiergegen richteten sich die Beteiligten mit ihrer Beschwerde.

Entscheidung

Das Gericht erachtet die Beschwerde schon allein deshalb als begründet, weil die angefochtene **Zwischenverfügung** einen **unzulässigen Inhalt** habe. Vom maßgeblichen Standpunkt des Grundbuchamtes aus hätte der Eintragungsantrag unmittelbar zurückgewiesen werden müssen, da kein mit rückwirkender Kraft heilbares Vollzugshindernis vorgelegen habe (juris-Rn. 16–19).

Den überwiegenden Teil der Entscheidungsgründe widmet der Senat sodann – mangels Entscheidungserheblichkeit jedoch nur *obiter dictum* – dem seit der Neufassung der § 54 BGB, § 47 Abs. 2 GBO im Schrifttum entbrannten Streit, **ob und ggfs. wie ein (Ideal-)Verein ohne Rechtspersönlichkeit** nach Inkrafttreten des MoPeG **im Grundbuch eingetragen** werden kann und ob für diesen – wie nunmehr für die GbR – eine Obliegenheit zur Voreintragung in einem Subjektregister besteht (juris-Rn. 20–27).

Das Gericht spricht sich insoweit eindeutig gegen die vom Grundbuchamt herangezogene **Literaturansicht** aus, die die **Grundbuchfähigkeit** des

Idealvereins ohne Rechtspersönlichkeit i. S. d. § 54 Abs. 1 S. 1 BGB n. F. **verneint** und die begehrte Grundbucheintragung von dessen Voreintragung im Vereinsregister – und damit von der Erlangung juristischer Persönlichkeit nach § 21 BGB – abhängig machen will (juris-Rn. 22). Nach dieser Sichtweise solle auch für den Idealverein ohne Rechtspersönlichkeit die direkt nur für die GbR geltende **Voreintragungsobliegenheit nach § 47 Abs. 2 GBO n. F.** bzw. – bei einem bereits im Grundbuch eingetragenen Idealverein ohne Rechtspersönlichkeit – **Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB** aufgrund einer **analogen Anwendung** dieser Vorschriften eingreifen. Die für eine Analogie erforderliche **Regelungslücke** sei den Vertretern dieser Ansicht zufolge zu bejahen, da keine gesetzliche Regelung hinsichtlich der Grundbuchfähigkeit des Vereins ohne Rechtspersönlichkeit existiere und auch die Gesetzesbegründung zum MoPeG (BT-Drucks. 19/27635, S. 123 f.) diese Frage nicht behandle. Wenn überhaupt, ließe sich aus dem darin enthaltenen Hinweis, dass hinsichtlich des Vereins ohne Rechtspersönlichkeit lediglich eine Anpassung des Gesetzestextes an die ohnehin bestehende Rechtslage erfolgt sei, schließen, dass der Gesetzgeber an der Rechtsprechung des BGH zum früheren Recht habe festhalten wollen. Danach konnte ein nicht eingetragener Verein i. S. d. § 54 BGB a. F. nicht allein unter seinem Namen, sondern nur unter zusätzlicher Nennung sämtlicher Vereinsmitglieder in das Grundbuch eingetragen werden (BGH WM 2016, 986 Rn. 8 ff.). Zudem bestehe eine Rechtsähnlichkeit zwischen dem Verein ohne Rechtspersönlichkeit und der GbR und somit eine **vergleichbare Interessenlage**. Schließlich spreche unter systematischen Gesichtspunkten auch die durch das MoPeG konsolidierte **gerichtliche Kompetenzverteilung** dafür, die Grundbuchämter auf diese Weise von der für sie sachfremden Prüfung der Existenz von Vereinen ohne Rechtspersönlichkeit zu entlasten und diese den Registergerichten zu überlassen.

Stattdessen schließt sich der Senat der „**überwiegend**“ **vertretenen Meinung** an, der zufolge Idealvereine ohne Rechtspersönlichkeit mit dem Inkrafttreten des MoPeG **uneingeschränkt grundbuchfähig** seien (juris-Rn. 23). Dies folge bereits aus einer **strikten Anwendung des novellierten § 54 Abs. 1 S. 1 BGB**, wonach auf diese Vereine die für die eingetragenen und unzweifelhaft grundbuchfähigen Idealvereine i. S. d. § 21 BGB geltenden Vorschriften der §§ 24–53 BGB entsprechend anzuwenden seien. Die beiden Ver-

einstypen unterschieden sich somit nur im Hinblick auf die Eintragung im Vereinsregister. Das von der Gegenansicht hiergegen vorgebrachte Argument, die Grundbuchfähigkeit der eingetragenen Idealvereine entspringe gerade der gem. § 21 BGB konstitutiven Eintragung ins Vereinsregister und der daraus folgenden Rechtspersönlichkeit und Subjektpublizität, beruhe laut dem Senat auf einem Zirkelschluss. Schließlich sei hier ja gerade die Frage der Verknüpfung der Eintragung im Vereinsregister mit der Grundbuchfähigkeit zu entscheiden.

Die von der Gegenansicht zur Begründung einer Analogie identifizierte **Regelungslücke** vermag das Gericht **nicht zu erkennen**. Zwar fehle es an einer ausdrücklichen Regelung der Grundbuchfähigkeit des Vereins ohne Rechtspersönlichkeit, aber auch für den eingetragenen Verein bestehe keine solche ausdrückliche Regelung (juris-Rn. 24). Somit könne aus dem Umstand, dass in der Gesetzesbegründung zum MoPeG die Frage der Grundbuchfähigkeit des Vereins ohne Rechtspersönlichkeit nicht ausdrücklich adressiert werde, eine planwidrige Regelungslücke nicht abgeleitet werden (juris-Rn. 25). Denn mit der Ausgliederung des bisherigen nicht eingetragenen (Ideal-)Vereins aus dem Recht der GbR und dessen Unterstellung unter das Recht des eingetragenen Vereins, dessen Grundbuchfähigkeit unzweifelhaft ist, habe eine Notwendigkeit, diese in der Gesetzesbegründung ausdrücklich zu wiederholen, nicht bestanden.

Endlich könne dem Senat zufolge aus der Gesetzesbegründung, wonach hinsichtlich des (Ideal-)Vereins ohne Rechtspersönlichkeit lediglich eine **Anpassung des Gesetzestextes** an die ohnehin **bestehende Rechtslage** für den nicht eingetragenen (Ideal-)Verein erfolgt sei (BT-Drucks. 19/27635, S. 123 f.), **nicht gefolgert** werden, der Reformgesetzgeber habe damit auch an der zum früheren Recht ergangenen – oben bereits genannten – **BGH-Rechtsprechung** (BGH WM 2016, 986 Rn. 8 ff.) **festhalten wollen** (juris-Rn. 26). Die genannte BGH-Entscheidung habe sich nämlich auf die Verweisung in § 54 S. 1 BGB a. F. auf das Recht der GbR – und damit gerade auch auf § 47 Abs. 2 GBO a. F., der eine zusätzliche Eintragung der Verbandsmitglieder im Grundbuch ausdrücklich erforderte – gestützt. Sowohl § 54 BGB als auch § 47 Abs. 2 GBO wurden jedoch durch das MoPeG grundlegend geändert: § 54 Abs. 1 S. 1 BGB n. F. verweist für den (Ideal-)Verein ohne Rechtspersönlichkeit nun

nicht mehr auf das Recht der GbR. § 47 Abs. 2 GBO n. F. sieht keine zusätzliche Eintragung der *Gesellschafter* mehr vor, sondern ordnet die Voreintragung der *Gesellschaft* an. Demnach könne schwerlich angenommen werden, der Gesetzgeber habe die zum alten Recht ergangene BGH-Rechtsprechung für das neue Recht perpetuieren wollen.

Praxishinweis

Als erstes Obergericht setzt sich das OLG Frankfurt – wenngleich nur *obiter dictum* und daher ohne Bindungswirkung – mit der bislang nur im rechtswissenschaftlichen Schrifttum diskutierten Streitfrage auseinander, ob der (Ideal-)Verein ohne Rechtspersönlichkeit nach Inkrafttreten des MoPeG als solcher im Grundbuch eingetragen werden kann und ob insoweit analog § 47 Abs. 2 GBO n. F. bzw. Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB eine Voreintragung im Vereinsregister vonnöten ist.

Der Senat entscheidet die Streitfrage im Wesentlichen unter Wiederholung der im Schrifttum bereits vorgebrachten Argumente **zugunsten der Grundbuchfähigkeit des Idealvereins ohne Rechtspersönlichkeit**. Er **verneint das Erfordernis einer Voreintragung im Vereinsregister**, durch die der Idealverein ohne Rechtspersönlichkeit i. S. d. § 54 Abs. 1 S. 1 BGB n. F. zu einem eingetragenen Idealverein i. S. d. § 21 BGB würde. Dabei stützt sich das Gericht auf eine strikte Anwendung des novellierten § 54 Abs. 1 S. 1 BGB, der in der Tat nicht auf ein solches Voreintragungserfordernis verweist. Der Idealverein ohne Rechtspersönlichkeit kann demnach nunmehr *allein* unter seinem Vereinsnamen im Grundbuch eingetragen werden. Eine zusätzliche Nennung sämtlicher Mitglieder, die nach bisheriger BGH-Rechtsprechung aufgrund von § 54 S. 1 BGB a. F., § 47 Abs. 2 GBO a. F. gefordert wurde, ist nicht mehr erforderlich. Diese Sichtweise hat indes zur Folge, dass im Vergleich zur alten Rechtslage insoweit nicht ein Mehr, sondern ein **Weniger an Subjektpublizität** erreicht wird. Dieses Ergebnis steht freilich einem der zentralen Reformanliegen des MoPeG-Gesetzgebers, nämlich die Registerpublizität des Subjekts aufzuwerten, entgegen. Mit Spannung darf daher erwartet werden, wie sich andere Obergerichte – das OLG München hat sich mit Beschluss v. 10.2.2025 – 34 Wx 328/24 e bereits der Sichtweise des OLG Frankfurt angeschlossen – in Bezug auf diese *de lege lata* kaum befriedigend zu lösende Streitfrage positionieren werden und ob diese bald einer höchstrichterlichen Klärung zugeführt werden wird.

Das Gericht betont zudem, dass es die Grundbuchfähigkeit des Vereins ohne Rechtspersönlichkeit nur dann bejaht, wenn dessen Zweck *nicht* auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, es sich mithin um einen *Idealverein* ohne Rechtspersönlichkeit handelt. Dies war dem ihm unterbreiteten Sachverhalt offenbar nicht eindeutig zu entnehmen (vgl. juris-Rn. 21). Dagegen verhalten sich die Entscheidungsgründe zu der Konstellation, dass es sich um einen **wirtschaftlichen Verein ohne Rechtspersönlichkeit** handelte, nicht. Nach wohl allgemeiner Meinung ist ein solcher Verein aufgrund der fortwährenden Verweisung in § 54 Abs. 1 S. 2 BGB n. F. auf das Recht der GbR **nicht *per se* grundbuchfähig**, sondern muss sich wegen § 54 Abs. 1 S. 2 BGB n. F. i. V. m. § 47 Abs. 2 GBO n. F. nach § 707 ff. BGB in das **Gesellschaftsregister** (nicht: Vereinsregister) (vor)eintragen lassen, wenn für den Verein ein Recht im Grundbuch eingetragen werden soll und dieser nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist (statt aller Grüneberg/Ellenberger, BGB, 84. Aufl. 2025, § 54 Rn. 8; Staudinger/Schwennicke, 2023, § 54 Rn. 102; BeckOK-BGB/Schöpflin, Std.: 1.11.2024, § 54 Rn. 22, 29; Wertensbruch, in: Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 13 Rn. 18).

Aktuelles

Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts und des Internationalen Namensrechts; hier: Hinweis auf Übergangsvorschrift

Zum 1.5.2025 tritt das „Gesetz zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts und des Internationalen Namensrechts“ (BGBl. 2024 I, Nr. 185) in Kraft (s. schon DNotI-Report 14/2024, S. 110 f.).

Die für die Notarpraxis **wesentlichen Änderungen** betreffen insbesondere das Namensrecht bei der Erwachsenenadoption „mit schwachen Wirkungen“: 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 (grundlos!) 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.).

Hinzuweisen ist auf die **Überleitungsvorschrift** des **Art. 229 § 67 EGBGB**: Dessen **Abs. 6** ermöglicht es, nach dem bisherigen Recht erfolgte Namensänderungen mit Wirkung *ex nunc* rückgängig zu machen oder die übrigen Gestaltungsmöglichkeiten des neuen Rechts zu nutzen. Diese Möglichkeit besteht jedoch **nur** für die **vor Inkrafttreten** der Neuregelungen gem. § 1767 BGB **angenommenen volljährigen Personen** (vgl. BT-Drucks. 20/9041, S. 69); für bereits nach

neuem Recht ausgesprochene Volljährigenadoptionen gilt die Bestimmung nicht.

Besondere Beachtung verdienen daher Adoptionsanträge, die noch **vor dem 1.5.2025 beurkundet** werden – etwa weil der Annehmende zu versterben droht –, bei denen aber absehbar ist, dass das zuständige **Gericht** erst **ab dem 1.5.2025 die Entscheidung** aussprechen wird. In diesen Fällen besteht **zum Zeitpunkt der Beurkundung des Antrags** streng genommen keine Möglichkeit, der Namensänderung (grundlos) zu widersprechen. Im Moment der gerichtlichen Entscheidung wäre diese Möglichkeit aber gegeben. Sofern von den Beteiligten gewünscht, kann es sich daher anbieten, die **Widerspruchserklärung** des Anzunehmenden zeitnah nach dem 1.5.2025 **separat** öffentlich beglaubigen zu lassen und dem Gericht nachträglich einzureichen.

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 einmal 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

GEG §§ 47, 71 ff. – Nachrüstpflichten eines zum Stichtag selbst nutzenden Bestandseigentümers eines Zweifamilienhauses bei Überlassung eines Miteigentumsanteils; Auslegung der sog. Schutzklausel in § 47 Abs. 3 GEG

EuErbVO Art. 63, 66, 69, 70, 71 – Nachweis der Nachlasszugehörigkeit von ins ENZ aufzunehmenden Vermögensgegenständen; keine inhaltliche Prüfung bei Erteilung neuer beglaubigter Abschrift eines ENZ

BGB §§ 139, 177 Abs. 1, 2346 Abs. 2 – Gesamtnichtigkeit eines Pflichtteilsverzichtsvertrages mit mehreren Abkömmlingen

Aktuelles

Rechtsprechung

BGB § 133; GBO §§ 18, 19, 29 – Umfang einer Belastungsvollmacht bei Erwerb einer noch zu vermessenden Teilfläche; Auslegung einer Vollmacht

DONot §§ 5 Abs. 1, 5a; FamFG §§ 7, 23; GmbHG § 39 Abs. 1; HRV § 43 Nr. 4 – Keine Verpflichtung zur Übermittlung der Wohnanschrift eines Geschäftsführers an das Handelsregister

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GEG §§ 47, 71 ff.

Nachrüstpflichten eines zum Stichtag selbst nutzenden Bestandseigentümers eines Zweifamilienhauses bei Überlassung eines Miteigentumsanteils; Auslegung der sog. Schutzklausel in § 47 Abs. 3 GEG

I. Sachverhalt

Ein Zweifamilienhaus, erbaut im Jahr 1985, besteht aus zwei baulich getrennten Wohnungen.

Eine der Wohnungen wurde seit der Errichtung durchgehend vom Alleineigentümer selbst bewohnt. Es ist nunmehr beabsichtigt, dass der Alleineigentümer einen Miteigentumsanteil (hier: ½) an seinen Sohn überlässt. Die Beteiligten machen sich Gedanken im Hinblick auf etwaige energetische Nachrüstungsverpflichtungen, da das Gebäude aktuell nicht den Anforderungen an den Mindestwärmeschutz nach § 47 Abs. 1 des Gebäudeenergiegesetzes (GEG) entspricht.

II. Frage

Gilt in dieser Konstellation die Suspendierung nach § 47 Abs. 3 GEG bis zum vollständigen „Eigentümerwechsel“ oder führt auch der teilweise „Eigentümerwechsel“ dazu, dass die Nachrüstpflicht vom neuen Eigentümer innerhalb von zwei Jahren zu erfüllen ist?

III. Zur Rechtslage

1. Bestehen einer Nachrüstpflicht nach § 47 Abs. 1, Abs. 2 GEG

In § 47 Abs. 1 und 2 des Gebäudeenergiegesetzes (GEG) in der Fassung vom 8.8.2020 (BGBl. I 2020, S. 1728) sind bestimmte Nachrüstpflichten für Eigentümer von Gebäuden geregelt. § 47 Abs. 1 GEG lautet:

„Eigentümer eines Wohngebäudes sowie Eigentümer eines Nichtwohngebäudes, die nach ihrer Zweckbestimmung jährlich mindestens vier Monate auf Innentemperaturen von mindestens 19 Grad Celsius beheizt werden, müssen dafür sorgen, dass oberste Geschossdecken, die nicht den Anforderungen an den Mindestwärmeschutz nach DIN 4108-2: 2013-02 genügen, so gedämmt sind, dass der Wärmedurchgangskoeffizient der obersten Geschossdecke 0,24 Watt pro Quadratmeter und Kelvin nicht überschreitet. Die Pflicht nach Satz 1 gilt als erfüllt, wenn anstelle der obersten Geschossdecke das darüber liegende Dach entsprechend gedämmt ist oder den Anforderungen an den Mindestwärmeschutz nach DIN 4108-2: 2013-02 genügt.“

Bei Verletzung der Nachrüstpflichten dürfen die zuständigen Behörden gem. § 95 GEG die für den Vollzug des GEG notwendigen Anordnungen, insbesondere auch belastende Verwaltungsakte, erlassen (vgl. Cosack, in: Frenz/Cosack, GEG/GEIG, 2024, § 95 GEG Rn. 1 ff.). Eine Verletzung der Pflichten aus § 47 GEG ist zudem gemäß § 108 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 GEG bußgeldbewehrt (Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro).

2. Suspendierung der Nachrüstpflicht gem. § 47 Abs. 3 GEG?

Eine an sich dem Grunde nach bestehende Nachrüstpflicht könnte vorliegend nach § 47 Abs. 3 GEG (vorübergehend) suspendiert sein. Nach § 47 Abs. 3 GEG sind die **Nachrüstpflichten** nach § 47 Abs. 1 GEG bei Wohngebäuden mit nicht mehr als zwei Wohnungen, von denen der Eigentümer eine Wohnung am 1.2.2002 selbst bewohnt hat, **erst im Falle eines Eigentümerwechsels nach dem 1.2.2002 von dem neuen Eigentümer zu erfüllen** (§ 47 Abs. 3 GEG ist wortlautidentisch mit der Vorgängervorschrift in § 10 Abs. 4 EnEV 2014 – zuvor § 10 Abs. 5 EnEV 2009, ursprünglich § 9 Abs. 4 EnEV 2001 bzw. EnEV 2004 – und soll diese Regelung fortführen, vgl. BT-Drucks. 19/16716, 136). Die **Frist** zur Pflichterfüllung beträgt nach § 47 Abs. 3 S. 2 GEG **zwei Jahre ab dem ersten Eigentums-**

übergang nach dem 1.2.2002. Eine absolute zeitliche Begrenzung der Ausnahme von der Nachrüstpflicht bis zu einem bestimmten Enddatum – wie bei § 73 Abs. 3 i. V. m. § 72 Abs. 4 GEG: 31. Dezember 2044 – ist für die Pflicht nach § 47 Abs. 1 GEG nicht vorgesehen (Frenz, in: Frenz/Cosack, GEG/GEIG, 2024, § 47 GEG Rn. 11).

Hier liegt ein Wohngebäude mit nicht mehr als zwei Wohnungen vor, von denen der Eigentümer eine Wohnung am 1.2.2002 selbst bewohnt hat. Fraglich ist somit lediglich, ob die **Überlassung eines hälftigen (Mit-)Eigentumsanteils** an den Sohn des Eigentümers einen „Eigentümerwechsel nach dem 1. Februar 2002“ i. S. v. § 47 Abs. 3 S. 1 GEG darstellt.

a) Ganz h. M.: Entfallen der suspendierenden Wirkung gemäß § 47 Abs. 3 GEG bei jeder Art von Eigentümerwechsel

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Suspensiveffekt gemäß § 47 Abs. 3 GEG grds. bei **jedem Eigentümerwechsel** entfällt, unabhängig davon, ob dieser **kraft Gesetzes** oder aufgrund eines **Rechtsgeschäftes** (etwa einer Überlassung) erfolgt (ganz h. M., vgl. zur EnEV Daner/Theobald/Stock, Energierecht, Std.: Dezember 2024, § 10 EnEV Rn. 41; Hertel, DNotZ 2014, 258, 267; zu § 47 GEG Knauff/Hofmann, GEG, GEIG, 2. Aufl. 2024, § 47 GEG Rn. 6; Frenz, § 47 GEG Rn. 10; i. E. auch Perwein, BWNotZ 2023, 290, 291 f., der zurecht darauf hinweist, dass es in den Gesetzesmaterialien – speziell: BR-Drucks. 194/01, S. 5 – Anhaltspunkte dafür gibt, dass dem Verordnungsgeber ursprünglich Kaufverträge vor Augen standen, was aber nach dem sehr eindeutigen Gesetzeswortlaut keinen Eingang in § 47 Abs. 3 GEG gefunden hat). Dass der Miteigentumsanteil vorliegend im Wege einer Überlassung auf den Sohn übergeht, ist für die Frage des Vorliegens eines Eigentümerwechsels somit unerheblich (und steht einem Entfallen des Suspensiveffekts nicht entgegen).

Auf die umstrittene Frage, ob § 47 Abs. 3 GEG in solchen Fällen **teleologisch zu reduzieren** ist, in denen sich der Übergeber ein **Nutzungsrecht** (z. B. ein Wohnungsrecht) vorbehält (hierfür Hertel, DNotZ 2014, 258, 267 f.; dag. Perwein, BWNotZ 2023, 290) kommt es vorliegend nicht an. Dass sich der Übergeber ein Nutzungsrecht vorbehalten möchte, ist nicht geschildert.

b) Entfallen der suspendierenden Wirkung gemäß § 47 Abs. 3 S. 1 GEG auch bei Überlassung lediglich eines Miteigentumsanteils?

Zu prüfen ist jedoch, ob die Voraussetzungen für den Entfall der suspendierenden Wirkung gemäß § 47 Abs. 3 GEG bereits dann vorliegen, wenn nicht das gesamte Eigentum an dem Objekt, sondern **lediglich ein Miteigentumsanteil daran veräußert wird** und hinsichtlich des anderen Miteigentumsanteils seit dem 1.2.2002 nicht ebenfalls eine Rechtsnachfolge stattgefunden hat.

Rechtsprechung zu dieser Frage ist nicht ersichtlich. Aus der Literatur ist einzig *Perwein* (in: BWNotZ 2023, 290) zu nennen, der sich dafür ausspricht, dass die Nachrüstplichten im Falle der Veräußerung von Bruchteilseigentum noch nicht eingreifen. Im Übrigen äußern sich die Literaturstimmen lediglich zu dem (hier nicht vorliegenden) Fall der Veräußerung eines Miteigentumsanteils an einen anderen Miteigentümer und lehnen einen Eigentümerwechsel in jener Konstellation ab (Danner/Theobald/Stock, § 10 EnEV Rn. 41; Knauff/Hofmann, § 47 GEG Rn. 6).

Der **Wortlaut** von § 47 Abs. 3 S. 1 GEG ist für die Beantwortung der vorliegenden Rechtsfrage **unergiebig**. Mit einem „Eigentümerwechsel“ könnte ein vollständiger Eigentümerwechsel ebenso gemeint sein wie ein teilweiser Eigentümerwechsel (ebenso *Perwein*, BWNotZ 2023, 290, 292).

In **systematischer** Hinsicht stellt § 47 Abs. 3 S. 1 GEG einen **Ausnahmetatbestand** dar, was vor dem Hintergrund der Zielsetzungen des GEG für dessen **restriktive Handhabung** streiten könnte (vgl. *Perwein*, BWNotZ 2023, 290, 292 f.; vgl. dazu, dass Ausnahmeregelungen nicht stets eng auszulegen sind MünchKommBGB/Säcker, 10. Aufl. 2025, Einl. Rn. 154 ff.).

Die **historisch-teleologische** Auslegung könnte allerdings gegen die Annahme eines „Eigentümerwechsels“ und für ein Fortbestehen der suspendierenden Wirkung des § 47 Abs. 3 GEG im Fall der Veräußerung lediglich eines Miteigentumsanteils sprechen (ebenso *Perwein*, BWNotZ 2023, 290):

Allgemeiner Zweck der Ausnahmegesetzgebung in § 47 Abs. 3 GEG ist es, **besondere Belastungen von zum Stichtag selbstnutzenden Eigentümern** bestimmter Wohngebäude zu **vermeiden**

(vgl. zur wortlautidentischen Vorgängernorm Danner/Theobald/Stock, § 10 EnEV Rn. 39). So führte die Begründung der EnEV 2002 zum damaligen § 9 Abs. 4 EnEV 2002 (entspricht im Wesentlichen § 47 Abs. 3 GEG) aus (BR-Drucks. 194/01, S. 57 – Hervorhebungen i. F. durch das DNotI):

*„Insbesondere bei Kumulation mehrere Tatbestände können die Kosten der Nachrüstung für ältere Wohngebäude für die **Eigentümer mit niedrigerem Einkommen eine starke bis unzumutbare Belastung** darstellen. Dies gilt umso mehr, als in Gebäuden mit ein und zwei Wohnungen trotz gegebener genereller Wirtschaftlichkeit nach § 5 EnEG ein Kesselaustausch nach den gutachterlichen Feststellungen weniger wirtschaftlich ist als bei Mehrfamilienhäusern. In kleineren Wohngebäuden etwa aus den 50er bis zur ersten Hälfte der 70er Jahren sind aber besonders häufig Eigentümer anzutreffen, die das Gebäude selbst nutzen. Durch die Begrenzung der Nachrüstungsverpflichtung bei zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung selbstgenutzten Ein- und Zweifamilienhäusern auf den Fall des Eigentumswechsels **wird in diesen Bereichen eine besondere Belastung vermieden**. Da der **Erwerber** die Kosten der Maßnahme bereits bei seiner Kaufentscheidung einkalkulieren kann, erscheint eine Frist von zwei Jahren ab Eigentumsübergang angemessen.“*

Nach der Verordnungsbegründung besteht für zum Stichtag selbstnutzende Eigentümer von Ein- und Zweifamilienhäusern **typischerweise ein besonderes Schutz- und Privilegierungsbedürfnis**, welchem der Ordnungsgeber durch die Schutzklausel in § 9 Abs. 4 EnEV Rechnung tragen wollte. In dem Zielkonflikt zwischen Bestandsschutz und wirtschaftlicher Zumutbarkeit einerseits und Klimaschutz und Energieeffizienz andererseits hat sich der Ordnungsgeber dazu entschieden, den Interessen (zum Stichtag) selbstnutzender Eigentümer den Vorrang zu geben. Er wollte privilegierungsbedürftige Eigentümer dabei offenbar **nicht auf eine Zumutbarkeitsprüfung im Einzelfall verweisen**, sondern – sich insofern einer **typisierenden Gesetzestechnik** bedienend – einen Privilegierungstatbestand schaffen, der so weit ist, dass er die privilegierungsbedürftigen Eigentümer **in jedem Falle** umfasst. Er hat damit notwendigerweise in Kauf genommen, dass auch solche Eigentümer privilegiert werden, die sich eine Nachrüstung im Einzelfall – etwa aufgrund guten Einkommens

– leisten können, auf die die (Un-)Zumutbarkeitserwägungen also im Ergebnis nicht zutreffen. Letztlich ist die „Schutzklausel“ damit das Ergebnis der Abwägung verschiedener der EnEV bzw. dem GEG zugrunde liegender Ziele, wobei auffällig ist, dass der Verordnungs- bzw. Gesetzgeber bei selbstnutzenden Eigentümern im Hinblick auf die Typisierungstechnik **großzügig** verfahren ist. Dies spricht indiziell dafür, dass die Vorschrift so auszulegen ist, dass selbstnutzende Stichtageigentümer **im Zweifel geschützt** sind und das Anliegen der Energieeffizienz zurücktreten muss, wenn selbstnutzende Alteigentümer (in irgendeiner Art und Weise) wirtschaftlich belastet würden.

Auch rechtsfolgenrechtlich würde es wenig Sinn ergeben bzw. jedenfalls mit dem Wortlaut von § 47 GEG in Konflikt geraten, wenn der Fall der Veräußerung eines Bruchteils ein Entfallen der Privilegierung zur Folge hätte. 47 Abs. 3 GEG spricht – als *lex specialis* zu § 8 GEG – von dem „neuen Eigentümer“, der die Nachrüstpflicht zu erfüllen hätte. Eigentlicher „Neueigentümer“ ist hier aber nur der den hälftigen Miteigentumsanteil erwerbende Sohn. Nun kann der Sohn die Sanierung aber nicht ohne Mitwirkung des Vaters als Miteigentümer durchführen. Insofern bedürfte es einer – im Ordnungsrecht zwar durchaus gängigen – **zusätzlichen Duldungsverfügung an den Vater**, die aber wohl – zumindest bei Orientierung am Wortlaut von §§ 47 Abs. 3, 95 GEG – hier nicht möglich sein dürfte (vgl. zur speziell geregelten und eng gefassten Anordnungsbefugnis gegenüber Dritten auch § 95 S. 2 GEG, unter die der Alt-Eigentümer, d. h. der Veräußerer, gerade nicht fallen dürfte). Überdies wäre fraglich, inwieweit es interessengerecht erscheint, dem Sohn die gesamte Nachrüstlast aufzubürden (und den Vater lediglich zur Duldung zu verpflichten), wo der Sohn doch nur hälftiges Miteigentum erwirbt und damit an dem durch die Sanierung erzielten Wertzuwachs nur hälftig partizipiert. Der Amortisationszeitraum dürfte sich für den Sohn deutlich verlängern, bei (nur) hälftigem Miteigentumsanteil sogar verdoppeln.

Würde man andererseits – insoweit **kaum mit dem Wortlaut vereinbar** – **auch den Alteigentümer (Vater) als „neuen“ Eigentümer i. S. v. § 47 Abs. 3 GEG verstehen** wollen, wäre dieser **in gleichem Maße zur Nachrüstung verpflichtet** wie der Sohn. Dies dürfte aber der oben

skizzierten **historischen Intention gerade zuwiderlaufen**. Dies hätte vor allem zur Konsequenz, dass Miteigentümer zur Nachrüstung verpflichtet sein könnten, ohne dass sie selbst eine Veräußerungsentscheidung getroffen hätten (z. B. wenn einer von zwei geschiedenen Eheleuten – insbesondere der nicht mehr im Objekt lebende Ehegatte – seinen Bruchteil verkauft oder auf sein Kind überträgt).

3. Ergebnis

Im Ergebnis spricht viel dafür, im vorliegenden Fall **keinen Eigentümerwechsel i. S. v. § 47 Abs. 3 S. 1 GEG zu sehen**, so dass die Pflicht nach § 47 Abs. 1 GEG vorerst weiterhin nicht zu erfüllen ist. Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass es eindeutige Stellungnahmen hierzu in der Literatur ebenso wenig gibt wie einschlägige Rechtsprechung.

EuErbVO Art. 63, 66, 69, 70, 71

Nachweis der Nachlasszugehörigkeit von ins ENZ aufzunehmenden Vermögensgegenständen; keine inhaltliche Prüfung bei Erteilung neuer beglaubigter Abschrift eines ENZ

I. Sachverhalt

Teil 1: Der Erblasser, dessen Erbfolge sich nach deutschem Recht richtet, war Eigentümer von Immobilien in Kroatien. Bei der Beantragung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (ENZ) in Deutschland bitten die Erben die Notarin um Aufnahme der konkret bezeichneten Immobilien. Die Notarin kommt dem nach, das Nachlassgericht verlangt jedoch einen Nachweis dafür, dass der Erblasser Eigentümer der Immobilien war.

Teil 2: Die Gültigkeitsfrist der beglaubigten Abschrift des ENZ ist abgelaufen. Bei der Beantragung einer neuen beglaubigten Abschrift verlangt das Nachlassgericht erneut eine eidesstattliche Versicherung des Inhalts, dass sich an den zugrundeliegenden Umständen nichts geändert hat.

II. Fragen

Zu Teil 1: Darf das Gericht einen Eigentumsnachweis verlangen?

Zu Teil 2: Darf das Gericht vor Erteilung der beglaubigten Abschrift erneut eine eidesstattliche Versicherung fordern?

III. Zur Rechtslage

1. Zu Teil 1: Aufnahme von Nachlassgegenständen in ein ENZ

a) Zur Aufnahme von Nachlassgegenständen im Allgemeinen

Der Frage nach der Erforderlichkeit von Eigentumsnachweisen vorgelagert ist, ob einzelne Vermögensgegenstände (bei deutschem Erbstatut) überhaupt in ein ENZ aufgenommen werden können. Die zu dieser Frage geführte Diskussion wurde kürzlich durch zwei Entscheidungen befeuert. Zunächst entschied 2023 der EuGH (ZEV 2023, 532 – Registry centras), was den BGH Ende 2024 zu einem Vorlagebeschluss veranlasste (Beschl. v. 27.11.2024 – IV ZB 41/23, BeckRS 2024, 35887 = ZEV 2025, 113).

In *Registry centras* urteilte der EuGH, dass es einem **Mitgliedsstaat freistehe, Grundbucheintragungen** auf der Grundlage eines ENZ zu **verweigern**, sofern das ENZ das betreffende **Grundstück nicht gesondert aufführt**, dies aber **vom nationalen Registerrecht Voraussetzung** für eine Eintragung sei. Im Nachgang hierzu wurde in der deutschsprachigen **Literatur** ganz überwiegend gefolgert, dass es nun an den Ausstellungsbehörden sei, auf Antrag einzelne Vermögensgegenstände nach Art. 68 lit. l und lit. m EuErbVO in das ENZ aufzunehmen, um dessen Effektivität sicherzustellen (etwa BeckOGK-EuErbVO/J. Schmidt, Std.: 1.3.2025, Art. 68 Rn. 375; Berner, DNotZ 2023, 948, 952 f.; DNotI-Report 2023, 158, 159; Heidenhain/Lauschke, ZEV 2024, 507, 509 ff.). Der **BGH** hat nun allerdings diese neuere Lesart im Vorlagebeschluss (ZEV 2025, 113) **in Frage gestellt**.

b) Nachweis der Nachlasszugehörigkeit

Sofern das Nachlassgericht zur Aufnahme der Immobilien in Kroatien bereit ist, stellt sich die Frage, ob und welche Nachweise für das Eigentum des Erblassers verlangt werden können. Auch zu dieser Frage hat der Vorlagebeschluss des BGH inzidenter Aussagen getroffen (ZEV 2025, 113, Rn. 24 ff.), deren Wiedergabe allerdings allgemeine Erläuterungen vorangestellt seien.

Art. 66 EuErbVO regelt die **Prüfung des Antrags**. Danach können von den Beteiligten Nachweise verlangt werden. Allerdings dient die Prüfung u. E. einzig und allein dazu, die **Voraussetzungen für die Erteilung des ENZ** zu klären, sodass es nur um **entscheidungsrelevante Umstände** gehen kann (vgl. BeckOGK-

EuErbVO/J. Schmidt, Std.: 1.3.2025, Art. 66 Rn. 16, 12). Dasselbe ergibt sich auch daraus, dass in Deutschland für das Ausstellungsverfahren nach §§ 33 Nr. 1, 35 Abs. 1 IntErbRVG die Vorschriften des FamFG gelten. Für Beweiserhebungen steht nach allgemeinen Grundsätzen fest, dass **nur beweiserhebliche Aspekte** zu klären sind (statt aller MünchKommFamFG/Ulrici, 4. Aufl. 2025, § 29 Rn. 5).

Entscheidend sollte deswegen sein, ob die **Eigentümerstellung des Erblassers** – m. a. W.: die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zum Nachlass – für die Erteilung eines ENZ überhaupt **von Relevanz** ist.

Dies beantwortet deutlich Erwägungsgrund 71 S. 3 der EuErbVO:

„Die Beweiskraft des Zeugnisses sollte sich nicht auf Elemente beziehen, die nicht durch diese Verordnung geregelt werden, wie etwa die Frage des Status oder die Frage, ob ein bestimmter Vermögenswert dem Erblasser gehörte oder nicht.“

Daraus geht hervor, dass sich die **Beweiswirkungen eines ENZ nicht auf das Eigentum des Erblassers** an einem bestimmten Vermögensgegenstand bzw. die Zugehörigkeit eines solchen zum Nachlass beziehen (s. nur BeckOGK-EuErbVO/J. Schmidt, Std.: 1.3.2025, Art. 69 Rn. 13; MünchKommFamFG/Grziwotz, 3. Aufl. 2019, Art. 70 EuErbVO Rn. 15, 16; MünchKommBGB/Dutta, 9. Aufl. 2024, Art. 63 EuErbVO Rn. 18 jeweils m. w. N.).

Nachdem die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zum Nachlass an den Beweiswirkungen des ENZ nicht partizipiert, darf auch **kein Eigentumsnachweis** verlangt werden (ebenso Rademacher, FamRZ 2023, 881, 886). Dies verkennt nicht, dass ein ENZ, welches einzelne Vermögensgegenstände ausweist, selbstredend eine gewisse Gefahr für Missverständnisse bietet. Insoweit sei aber auf den sinnvollen Vorschlag von *Rademacher* (FamRZ 2023, 881, 886) hingewiesen:

„Stattdessen sollte der bedingte Informationsgehalt der Eintragung im Freitextfeld des Formblatts V, Anlage IV unter Nr. 9 Ausdruck finden. Das Nachlassgericht sollte das betroffene Grundstück dort genau bezeichnen (Lage, Katasternummer etc.) und den Zusatz hinzufügen: ‚soweit das Grundstück am [Datum des Erbfalls] im Eigentum von [Name des Erblassers] stand‘.“

c) Die Lesart des BGH

Der BGH äußert Zweifel, ob mit den beschriebenen Literaturansichten tatsächlich die Konsequenz zu ziehen ist, dass Mitgliedsstaaten nunmehr zu der Aufnahme einzelner Vermögenswerte verpflichtet sind (ZEV 2025, 113 Rn. 11). In seinem Vorlagebeschluss führt er aus, dass die Beschränkung der Wirkungen des ENZ im Hinblick auf Nachlassgegenstände deswegen nichts zur Sache tue, weil die **Ausstellungsbehörde aus anderem Grund die Eigentumsverhältnisse prüfen müsse** (ZEV 2025, 113 Rn. 25). Art. 66 Abs. 1 EuErbVO regelt den Maßstab für die Erteilung und fordere die Prüfung der Angaben, Erklärungen, Schriftstücke und sonstigen Nachweise ohne Beschränkung auf die Umstände, die für die Wirkung des ENZ von Relevanz seien (ZEV 2025, 113, Rn. 25). Vielmehr dürfe das ENZ nur ausgestellt werden, wenn der zu bescheinigende Sachverhalt feststehe (Art. 67 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 EuErbVO). Dabei sei ausweislich des Wortlauts neben dem anwendbaren Erbrecht auch „andere[s] auf einen spezifischen Sachverhalt anzuwendende[s] Recht“ zu prüfen. Dieses andere Recht ist nach Auffassung des BGH insbesondere auch Sachenrecht, sodass **auch die Nachlasszugehörigkeit geprüft werden müsse** (ZEV 2025, 113, Rn. 25).

Wir halten diese **Argumentation für einen Trugschluss**. Bereits die beschriebene Prämisse des BGH, wonach Art. 66 Abs. 1 EuErbVO eine unbeschränkte Prüfungspflicht vorsehe, weil keine ausdrückliche Beschränkung auf Umstände vorgesehen sei, die für die Wirkungen des ENZ von Relevanz sind, stellt kein belastbares Argument dar. Wollte man mit einer solch formalistischen Sicht Ernst machen, so müsste das Nachlassgericht auch jedwede (überobligatorische oder gar gänzlich sachfremde) Angabe überprüfen. Das kann schwerlich richtig sein. Eine **Beschränkung ergibt sich vielmehr aus der Natur der Sache**, da nicht einzusehen ist, weshalb überprüft werden sollte, was nicht entscheidungserheblich ist. Das ist **gleichbedeutend mit dem „zu bescheinigenden Sachverhalt“** und erfasst sachenrechtliche Fragen gerade nicht.

Die Beschreibung des Prüfungsmaßstabs in Art. 67 Abs. 1 UAbs. 1 S. 1 EuErbVO („jedes andere anzuwendende Recht“) stützt die Zweifel des BGH bei genauerem Hinsehen ebenfalls nicht. Vorrangig ist nämlich zu klären, **welcher Sachverhalt durch das ENZ bestätigt** werden soll. Nach unserem Verständnis ist dies verein-

facht gesagt die **Frage „wer hat wen mit welcher Quote beerbt“**. Nur in diesem Rahmen operiert Art. 67 Abs. 1 EuErbVO: Beeinflusst ein anderes Recht diese Frage – bspw. das Ehegüterrecht durch Beeinflussung der Erbquoten – so ist dieses zu prüfen. Nimmt ein Recht aber gar keinen Einfluss auf die von dem ENZ bescheinigte Thematik, so erscheint es u. E. wenig sinnvoll, eine dahingehende Prüfpflicht des Nachlassgerichts anzunehmen. Auch lässt der Wortlaut des Art. 67 Abs. 1 EuErbVO dies zwanglos zu, ist doch das Sachenrecht in diesem Kontext schlicht kein „anzuwendendes“ Recht.

Wollte man dennoch eine Prüfung der Eigentumslage durch das Gericht annehmen, so sei mit Blick auf die konkrete, eingangs gestellte Frage, ob **dem Antragsteller Eigentumsnachweise abverlangt** werden können, auf Folgendes hingewiesen: Der Vorlagebeschluss des BGH stellt mehrfach als (vermeintliches) Problem heraus, dass die Prüfung der Eigentumslage zu Verzögerungen führen würde. Dabei führt der BGH ausnahmslos aus, dass **die Behörde einen zusätzlichen Aufwand** habe, etwa durch das Einholen von Auskünften bei Behörden im Belegenheitsstaat einer Immobilie über die Eintragung des Erblassers im dortigen Grundbuch (ZEV 2025, 113 Rn. 25 f.). Der **BGH erwägt hingegen nicht im Ansatz, dass der Eigentumsnachweis dem Antragsteller aufgebürdet** werden könnte. Es wäre somit jedenfalls Sache des Nachlassgerichts, die Eigentumslage zu ermitteln. Dies ist für Deutschland auch nur konsequent, normiert doch Art. 66 Abs. 1 EuErbVO i. V. m. §§ 33 Nr. 1, 35 Abs. 1 IntErbRVG, § 26 FamFG den **Amtsermittlungsgrundsatz**.

2. Zu Teil 2: Erneute eidesstattliche Versicherung bei Abschriftenerteilung?

a) Systematisches zum ENZ

Weder die EuErbVO noch die Regelungen der §§ 33 ff. IntErbRVG regeln die Anforderungen an Anträge auf Verlängerung oder erneute Ausstellung einer beglaubigten Abschrift eines ENZ. Dementsprechend sind die Voraussetzungen hierfür der EuErbVO durch Auslegung zu entnehmen.

Für das Verständnis von Bedeutung ist dabei zunächst die **Unterscheidung** zwischen dem ENZ selbst und den **beglaubigten Abschriften** hiervon. Auf entsprechenden Antrag wird ein ENZ ausgestellt (Art. 67 EuErbVO). Diese **Urschrift des Zeugnisses bewahrt die Ausstellungsbe-**

hörde auf (Art. 70 Abs. 1 EuErbVO). Das ENZ gelangt nicht in den Rechtsverkehr und unterliegt selbst keiner zeitlichen Beschränkung.

In den Rechtsverkehr gelangen nur **beglaubigte Abschriften des ENZ** (Art. 70 EuErbVO), die jeder Person mit einem berechtigten Interesse ausgestellt werden. Insoweit entsprechen diese beglaubigten Abschriften den Ausfertigungen eines deutschen Erbscheins, die auch jedem zu erteilen sind, der ein rechtliches Interesse hieran glaubhaft machen kann (§ 357 Abs. 2 S. 1 FamFG; zur Terminologie auch Volmer, Rpfleger 2013, 421, 430).

Faktischer Rechtsscheinsträger sind also diese beglaubigten Abschriften und die EuErbVO beinhaltet – insoweit anders als beim deutschen Erbschein – **keine Möglichkeit zur Einziehung dieser beglaubigten Abschriften** (NK-BGB/Nordmeier, 4. Aufl. 2024, Art. 70 EuErbVO Rn. 14; MünchKommBGB/Dutta, 9. Aufl. 2024, Art. 71 EuErbVO Rn. 7; BeckOGK-BGB/Neukirchen, Std.: 1.7.2023, § 2361 Rn. 6). Stattdessen geht die EuErbVO mit dem potenziellen Problem, dass ein ENZ und seine beglaubigten Abschriften inhaltlich nicht korrekt sind, auf andere Weise um: Wenn mit dem ENZ „etwas nicht stimmt“, so beinhaltet erstens Art. 71 EuErbVO **Regelungen zur Berichtigung, zur Änderung und zum Widerruf**. Diese Maßnahmen können zweitens nach Art. 73 EuErbVO durch eine **Aussetzung der Wirkungen** des ENZ flankiert werden. Daneben tritt – drittens und zum Schutz des Rechtsverkehrs zentral – die **beschränkte zeitliche Gültigkeit** der beglaubigten Abschriften (BT-Drucks. 18/4201, S. 52).

b) Konsequenz für die Prüfungskompetenz bei Ausstellung beglaubigter Abschriften

Aus dieser Systematik folgt u. E., dass bei der Ausstellung des ENZ einmalig eine inhaltliche Prüfung nach Art. 66 EuErbVO zu erfolgen hat. Bei der **Erteilung beglaubigter Abschriften** gem. Art. 70 Abs. 1 EuErbVO erfolgt nach dem klaren Wortlaut hingegen lediglich die **Prüfung eines berechtigten Interesses** an der beglaubigten Abschrift. Wenn nun die Gültigkeitsfrist abgelaufen und eine Verlängerung dieser oder eine Neuausstellung einer beglaubigten Abschrift nach Art. 70 Abs. 3 S. 3 EuErbVO beantragt wird, so ist dies in der Sache nicht anders zu behandeln als eine (Erst-)Ausstellung der beglaubigten Abschrift nach Art. 70 Abs. 1 EuErbVO, die lediglich ein berechtigtes Interesse an der Abschrift erfordert

(ebenso NK-BGB/Nordmeier, Art. 70 EuErbVO Rn. 13; Volmer, Rpfleger, 421, 431).

Wir schließen daraus, dass das Nachlassgericht **abseits dessen zu keiner Prüfung befugt** ist und nicht ohne konkreten Anlass in die inhaltliche Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen zur Erteilung des ENZ einsteigen darf.

Dies wird allerdings **teilweise bestritten**. Dutta scheint die Voraussetzungen für die Verlängerung/Neuausstellung einer beglaubigten Abschrift mit denen für die Erteilung des ENZ gleichzusetzen (MünchKommBGB/Dutta, 9. Aufl. 2024, Art. 70 EuErbVO Rn. 7; unklar BeckOGK-EuErbVO/J. Schmidt, Std.: 1.12.2024, Art. 70 Rn. 23 f.; MünchKommFamFG/Grziwotz, Art. 70 EuErbVO Rn. 14). Als Argument führt er insbesondere an, dass die daraus folgende neuerliche Prüfung durch das Nachlassgericht die fehlende Einziehungsmöglichkeit der Abschriften kompensieren solle (MünchKommBGB/Dutta, Art. 70 EuErbVO Rn. 7 (Fn. 9)). Dies lässt aber das oben beschriebene System der EuErbVO außer Betracht. Die Erteilung des ENZ und die Ausstellung von beglaubigten Abschriften werden vermischt. Insbesondere verbleibt nach diesem Verständnis Art. 71 EuErbVO kein nennenswerter Anwendungsbereich mehr, wenn die Abschriften vor ihrer Erteilung in der Sache wie ein erstmalig beantragtes ENZ geprüft würden.

Auch **Art. 73 Abs. 2 S. 2 EuErbVO würde seinen Anwendungsbereich weitestgehend einbüßen**. Diese Norm sieht vor, dass keine beglaubigten Abschriften mehr erteilt werden dürfen, solange die Wirkungen des ENZ ausgesetzt sind. Dies wäre allenfalls noch in dem Fall sinnhaft, in dem eine Aussetzung nach Art. 73 Abs. 1 lit. b EuErbVO erfolgt, also durch ein Rechtsmittelgericht. Bei einer Aussetzung nach Art. 73 Abs. 1 lit. a EuErbVO durch die Ausstellungsbehörde selbst wäre hingegen bei einer inhaltlichen Prüfung ohnedies unvorstellbar, dass die Ausstellungsbehörde noch eine beglaubigte Abschrift erteilt, wenn sie dabei inhaltlich das ENZ prüft.

Zu Recht führt *Nordmeier* auch ein **kompetenzrechtliches Argument** ins Feld (NK-BGB/Nordmeier, Art. 70 EuErbVO Rn. 13 (Fn. 45)): Eine materielle Prüfung des ENZ im Rahmen der Abschriftenerteilung führte faktisch zu einem Widerruf des zugrundeliegenden ENZ nach Art. 71 Abs. 2 EuErbVO. In der Sache würde dieses

ENZ gerade nicht mehr als Grundlage für die Abschriftenerteilung angesehen, sondern erneut geprüft. Der Widerruf nach Art. 71 Abs. 2 EuErbVO kann aber ausschließlich unter den darin genannten Bedingungen erfolgen. Das bedeutet insbesondere, dass die Mitgliedsstaaten entscheiden müssen, ob der Widerruf nur auf Antrag oder auch von Amts wegen vorzunehmen ist. Wenn nun bereits aus der EuErbVO selbst eine materiell-rechtliche Prüfungspflicht bei der Abschriftenerteilung folgen würde, wäre die Option des Art. 71 Abs. 2 EuErbVO obsolet.

Letztlich führt die Annahme *Duttas* (vgl. oben) auch dann zu Problemen, wenn es gar nicht um eine Verlängerung nach Ablauf von sechs Monaten geht, sondern bspw. **erstmalig** durch eine berechnigte Person eine **beglaubigte Abschrift des ENZ** beantragt wird. Dies **muss zeitlich nicht mit der Beantragung des ENZ zusammenfallen**, sondern es kann ein beliebiger Zeitraum zwischen der Ausstellung des ENZ und der Abschriftenerteilung liegen. Es stellte sich dann aber die Frage, ob jedweder Abschriftenerteilung eine (erneute) Prüfung des ENZ vorgehen müsste. Dafür gibt es aber keinerlei Grundlage in der EuErbVO.

Die Systematik der EuErbVO muss vielmehr zusammengefasst dazu führen, dass bei der **Erteilung von beglaubigten Abschriften des ENZ keine Überprüfung in inhaltlicher Hinsicht** mehr stattfinden darf. Entsprechend kann das Gericht auch keine eidesstattliche Versicherung verlangen.

c) Optionen bei unrichtigem ENZ und Parallele zum Erbschein

Hinsichtlich einer „Kontrolle“ des ENZ ist das Nachlassgericht vielmehr auf Art. 71 EuErbVO beschränkt, d. h. es kann auf Antrag einer Person mit einem berechtigten Interesse das ENZ (nicht die beglaubigte Abschrift!) ändern, wenn feststeht, dass es inhaltlich nicht korrekt ist. Es kann das ENZ auch widerrufen. Dieser Widerruf erfolgt – aufgrund der deutschen Umsetzung in § 38 IntErbRVG – von Amts wegen. Wenn dem Nachlassgericht also konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass das ENZ inhaltlich nicht korrekt sein könnte, so muss es den Sachverhalt amtswegig (§ 35 Abs. 1 IntErbRVG i. V. m. § 26 FamFG) ermitteln und das ENZ ggf. widerrufen.

Auch dabei ist die Folge aber richtigerweise, dass **ein Widerruf des ENZ nicht etwa auf die beglaubigten Abschriften durchschlägt**, da dies das System der beglaubigten Abschriften gänzlich entwerten würde. Eine (befristet gültige!) beglaubigte Abschrift, bei der nicht einmal während ihrer Gültigkeitsdauer darauf vertraut werden kann, dass sie Rechtswirkungen entfaltet, ist faktisch wertlos (zu Recht BeckOGK-EuErbVO/J. Schmidt, Std.: 1.3.2025, Art. 71 Rn. 37; Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2. Aufl. 2021, Art. 70 Rn. 7; Deixler-Hübner/Schauer/Perscha, EuErbVO, 2. Aufl. 2020, Art. 70 EuErbVO Rn. 13; a. A. Volmer, Rpfleger 2013, 421, 432; MünchKommBGB/Dutta, 9. Aufl. 2024, Art. 69 Rn. 2, der allerdings selbst bei Art. 71 Rn. 7 auf die resultierende Problematik des wegbrechenden Vertrauensschutzes hinweist; Caravaca/Davi/Mansel/Budzikiewicz, The EU Succession Regulation, 2016, Art. 70 Rn. 10). Unseres Erachtens folgt aus einem Widerruf allein die amtswegig zu veranlassende Unterrichtung der Personen, denen beglaubigte Abschriften ausgestellt wurden (Art. 71 Abs. 3 EuErbVO). Verwenden diese weiterhin die beglaubigten Abschriften, so machen sie sich schadensersatzpflichtig, während der Rechtsverkehr weiterhin geschützt wird. Nichts anderes gilt im Übrigen auch im nationalen deutschen Recht bei der Einziehung eines Erbscheins. Bis zur Ablieferung sämtlicher Ausfertigungen beim Nachlassgericht können diese weiterhin verwendet werden (arg. e contr. § 2366 Hs. 2 BGB; OLG Düsseldorf FGPrax 2011, 125 Ls. 1; BeckOK-FamFG/Schlögel, Std.: 1.3.2025, § 353 Rn. 4; BeckOGK-BGB/Neukirchen, Std.: 1.7.2023, § 2361 Rn. 64).

3. Zusammenfassung

Soll ein konkreter Vermögensgegenstand in ein ENZ aufgenommen werden, so kann das Nachlassgericht u. E. keinen Nachweis über die Nachlasszugehörigkeit dieses Gegenstandes vom Antragsteller fordern.

Wird die Verlängerung oder Neuausstellung einer beglaubigten Abschrift des ENZ gem. Art. 70 EuErbVO beantragt, so sind dabei nicht die Erteilungsvoraussetzungen für ein ENZ zu prüfen. Es kann daher keine eidesstattliche Versicherung des Antragstellers verlangt werden, dass sich an den im ENZ bescheinigten Umständen nichts geändert habe.

BGB §§ 139, 177 Abs. 1, 2346 Abs. 2 Gesamtnichtigkeit eines Pflichtteilsver- zichtsvertrages mit mehreren Abkömmlingen

I. Sachverhalt

Die Erblasserin hat einen Sohn und zwei Töchter, mit denen sie jeweils einen Pflichtteilsverzichtungsvertrag in einer notariellen Urkunde schloss. Der Sohn war bei der Beurkundung mit der Erblasserin anwesend. Es vertrat seine beiden Schwester vollmachtlos. Die Schwestern verweigerten jedoch endgültig die Genehmigung. Die Urkunde enthält keine Regelung für den Fall des Ausbleibens einer erwarteten Genehmigung.

II. Frage

Ist der Pflichtteilsverzichtungsvertrag mit dem Sohn der Erblasserin wirksam zustande gekommen?

III. Zur Rechtslage

1. Vollmachtlose Vertretung bei einem Pflichtteilsverzicht; Folgen der Verweigerung der Genehmigung

Gem. § 2346 Abs. 2 BGB kann ein Pflichtteilsberechtigter durch gem. § 2348 BGB notariell zu beurkundenden Vertrag auf sein Pflichtteilsrecht gegenüber dem Erblasser verzichten. Der Pflichtteilsverzicht ist ein abstraktes, dinglich wirkendes Rechtsgeschäft (BeckOGK-BGB/Everts, Std.: 1.3.2025, § 2346 Rn. 3). Gem. § 2347 S. 1 BGB muss der **Erblasser höchstpersönlich** an dem Vertragsschluss mitwirken; eine (vollmachtlose) **Vertretung ist grds. nicht möglich** (zum Ganzen jüngst BGH NJW 2025, 53 Rn. 23; s. auch BGH NJW-RR 2012, 332 Rn. 14).

Dagegen **kann sich der Verzichtende** durch einen (vollmachtlosen) Vertreter bei Abschluss des Pflichtteilsverzichtungsvertrages **vertreten lassen** (MünchKommBGB/Wegerhoff, 9. Aufl. 2022, § 2347 Rn. 3; Staudinger/Schotten, 2022, § 2347 Rn. 11). Verweigert der vollmachtlos Vertretene jedoch seine gem. § 177 Abs. 1 BGB erforderliche Genehmigung, so wird der Vertrag endgültig (*ex tunc*) unwirksam (MünchKommBGB/Schubert, 10. Aufl. 2025, § 177 Rn. 60). Da die beiden Schwestern ihre Genehmigungen (§ 184 Abs. 1 BGB) verweigerten, sind die Pflichtteilsverzichtungsverträge zwischen ihnen und der Erblasserin **endgültig unwirksam**.

2. Anwendung von § 139 BGB

Darüber hinaus könnte allerdings auch der mit dem Sohn abgeschlossene Pflichtteilsverzichtungsvertrag gem. § 139 BGB unwirksam sein.

a) Seinem Wortlaut nach betrifft § 139 BGB ein Rechtsgeschäft, bei dem eine einzelne Klausel nichtig ist. Die Vorschrift gilt aber auch, wenn die Parteien mehrere Verträge in einer einzigen Urkunde zusammenfassen und diese Verträge ein sog. einheitliches Rechtsgeschäft bilden (vgl. BGH NJW 2014, 1101 Rn. 50 zu einer Trennungs- und Scheidungsvereinbarung). § 139 BGB kann auch zur Nichtigkeit mehrerer dinglich wirkender Verträge führen (vgl. OLG Köln ZWE 2015, 318 Rn. 29). Erklären mehrere Personen gegenüber einem Erblasser in einer Urkunde jeweils einen Verzicht, so handelt es sich dogmatisch um mehrere Verzichtsverträge, nicht hingegen um einen (mehrseitigen) Vertrag (Staudinger/Schotten, 2022, § 2346 Rn. 16; BeckOGK-BGB/Everts, § 2346 Rn. 56 m. w. N.). Folglich sind im hier zu beurteilenden Fall **drei Verzichtsverträge** abgeschlossen worden.

b) Voraussetzung für die Anwendung von § 139 BGB ist, dass es sich bei den Verzichtsverträgen mit den einzelnen Abkömmlingen insgesamt um ein **einheitliches Rechtsgeschäft** handelt (vgl. BGH NJW 2014, 1101 Rn. 50). Dies hängt davon ab, ob die **Parteien zum Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages einen Willen zur einheitlichen Behandlung aller Verträge hatten** (BGH NJW 2016, 3525 Rn. 16; WM 2023, 1218 Rn. 25; ausführlich Opgenhoff, RNotZ 2006, 257, 258 ff.). Laut einer vielfach verwendeten Formel des BGH müssen sie das eine Rechtsgeschäft nicht ohne das andere wollen; die Rechtsgeschäfte müssen **miteinander stehen und fallen** sollen (BGH NJW 2016, 3525 Rn. 16). Dazu reicht es aus, wenn **nur eine Vertragspartei einen Einheitlichkeitswillen erkennen lässt und die andere Vertragspartei ihn anerkennt oder zumindest hinnimmt** (BGH NJW 1987, 1069). Schließen die Parteien die Verträge **in einer einzigen Urkunde** ab, ist ein Einheitlichkeitswille zu vermuten (BGH DNotZ 1975, 87). Allerdings kann diese Vermutung widerlegt werden (ausführlich dazu BGH NJW 2012, 224 Rn. 14 ff.; s. bereits BGH NJW 1970, 1414, 1415; DNotZ 1975, 87). Dabei handelt es sich um eine **Tatfrage**, die das DNotI mangels Kenntnis aller Einzelfallumstände nicht beantworten kann. Insbeson-

dere könnte es darauf ankommen, aus welchem konkreten Anlass die Kinder der Erblasserin die Verzichtserklärungen abgegeben haben:

aa) Übertragen Eltern das Eigentum an einer Immobilie auf eines von mehreren Kindern, verzichtet häufig das erwerbende Kind vollständig auf seinen Pflichtteil gegenüber dem Erstversterbenden der Eltern. Die weiteren Kinder verzichten gegenständlich beschränkt auf den Zuwendungsgegenstand auf ihren Pflichtteil nach dem Erstversterbenden. In einem solchen Fall könnte es den schenkenden Eltern vor allem auf den Pflichtteilsverzicht des erwerbenden Kindes ankommen, nicht aber auf die weiteren Verzichtete der anderen Kinder. Außerdem könnte ein Kind, das gegenständlich beschränkt verzichtet, sich gut mit dem Übernehmer verstehen und deswegen die Genehmigung für seinen Verzichtsertrag erklären. Ein anderes Kind könnte hingegen die Genehmigung verweigern, weil es kein gutes Verhältnis zum Erwerber hat. In solchen Fällen dürfte ein unwirksamer gegenständlich beschränkter Pflichtteilsverzicht nicht zur Unwirksamkeit eines anderen in derselben Urkunde enthaltenen Pflichtteilsverzichtes führen.

bb) Wenn ein Kind auf seinen Pflichtteil gegen Zahlung einer Abfindung verzichtet, könnte es diesem vor allem auf den Erhalt dieser Zahlung ankommen. Ob die anderen Kinder ebenfalls einen Verzicht erklären und eine Abfindung erhalten, dürfte dann aus Sicht des Verzichtenden und des Verzichtsempfängers zweitrangig sein. Daher tendieren wir dazu, in einem solchen Fall von getrennten Verzichtserträgen auszugehen, die kein einheitliches Rechtsgeschäft bilden.

c) Selbst wenn ein **einheitliches Rechtsgeschäft** vorläge, tritt Gesamtnichtigkeit nach § 139 BGB nicht ein, wenn die Vertragsparteien den wirksamen Pflichtteilsverzichtsertrag **auch ohne den anderen Verzichtsertrag geschlossen hätten**. Der Erblasser dürfte einen Pflichtteilsverzichtsertrag mit einem Kind tendenziell auch dann schließen wollen, wenn die Verzichtserträge mit anderen Kindern nicht zustande kommen oder unwirksam sind. Denn aus Sicht des Erblassers hat jeder einzelne Verzichtsertrag seinen „Wert“, weil er den Nachlass von einer künftigen Forderung befreit. Allerdings dürfte ein verzichtendes Kind seine eigene Verzichtserklärung eher davon abhängig machen, dass auch die weiteren pflichtteilsberechtigten Geschwister jeweils eine Verzichtserklärung abgeben. Akzeptiert der Erblasser

eine solche Verknüpfung, so greift § 139 BGB ein, wenn der Verzichtsertrag mit einem anderen Kind unwirksam ist oder nicht zustande kommt. Es handelt sich insoweit jedoch abermals um eine **Tatfrage**, die wir mangels Kenntnis aller Sachverhaltsumstände nicht beantworten können.

3. Ergebnis

Die Verweigerung der Genehmigungen der Schwestern führt zur Unwirksamkeit des Pflichtteilsverzichtsertrags des Sohnes, wenn die in einer Urkunde zusammengefassten Verträge ein einheitliches Rechtsgeschäft darstellen und die Voraussetzungen der in § 139 BGB vorgesehenen Ausnahme (Selbständigkeit der einzelnen Verzichtete) nicht vorliegen. In vertragsgestalterischer Hinsicht empfiehlt sich bei Zusammenfassung mehrerer Verträge in einer Urkunde eine Regelung zu den Konsequenzen der Unwirksamkeit eines oder mehrerer dieser Verträge.

Aktuelles

Verordnung zur Erleichterung der Grundbucheinsicht für Windenergieanlagen, Solaranlagen und Telekommunikationsnetze

Mit Verordnung vom 24.4.2025 hat das Bundesministerium der Justiz die Grundbuchverfügung um § 43a GBV ergänzt. Die Norm regelt, dass **in bestimmten Fällen in der Regel ein berechtigtes Interesse i. S. v. § 12 Abs. 1 S. 1 GBO** an der Einsicht in das Grundbuch vorliegt. Es ist denkbar, dass künftig vermehrt Beteiligte, die dem subjektiven Anwendungsbereich von § 43a GBV unterfallen, bei Notarinnen und Notaren Grundbuchauszüge erbeten. Die Norm lautet:

„§ 43a Grundbucheinsicht für Windenergieanlagen und Solaranlagen

(1) Bei Unternehmen, die Windenergieanlagen an Land oder Solaranlagen im Sinne des § 3 Nummer 41a des Erneuerbare-Energien-Gesetzes mit einer installierten Leistung von mindestens 750 Kilowatt betreiben oder projektieren, liegt ein berechtigtes Interesse an der Einsicht in das Grundbuch in der Regel vor, wenn sie unter Nutzung des Grundstücks Windenergieanlagen an Land oder Solaranlagen im Sinne des § 3 Nummer 41a des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder dazugehörige Nebenanlagen im Sinne des § 3 Nummer 15a des Erneuerbare-Energien-Gesetzes betreiben oder projektieren wollen.

(2) Für die Darlegung, dass der Antragsteller unter Nutzung des Grundstücks Windenergieanlagen an Land oder Solaranlagen im Sinne des § 3 Nummer 41a des Erneuerbare-Energien-Gesetzes oder dazugehörige Nebenanlagen nach Absatz 1 betreiben oder projektieren will, genügt die Vorlage einer Eigenerklärung. Ferner ist darzulegen, dass das Grundstück belegen ist

1.

in einem Windenergiegebiet im Sinne des § 2 Nummer 1 des Windenergieflächenbedarfsgesetzes,

2.

im Bereich eines beschlossenen Bebauungsplans nach § 30 des Baugesetzbuchs, der mit dem Zweck aufgestellt wurde, eine Solaranlage zu errichten, oder

3.

im Außenbereich im Sinne des § 35 des Baugesetzbuchs.“

Hinzuweisen ist auf Folgendes:

1. Die Einsicht ist nicht allein aufgrund der Eigenerklärung nach Abs. 2 zu erteilen. Denn diese Eigenerklärung bezieht sich nicht darauf, dass es sich bei dem Einsichtswilligen um ein **Unternehmen** handelt, das Windenergieanlagen an Land oder Solaranlagen im Sinne des § 3 Nr. 41a EEG mit einer **installierten Leistung von mindestens 750 Kilowatt** betreibt oder projektiert. Dies **müssen Notarinnen und Notare selbst prüfen**. Nach der Verordnungsbegründung ist insoweit zu verlangen, dass das Betreiben oder Projektieren der Anlagen nachgewiesen wird, etwa durch eine bereits erteilte Genehmigung oder Verträge mit Planungs- oder Ingenieurbüros. Eine Ausnahme von dieser Prüfpflicht für große und/oder bekannte Wind- und/oder Solarenergieunternehmen sehen weder die GBV noch die Begründung zur Änderungsverordnung vor.

2. Hinsichtlich des **Umfangs der Einsicht** gelten die **allgemeinen Grundsätze** von § 12 Abs. 1 GBO. Die Verordnungsbegründung geht davon aus, dass das berechtigte Interesse auf einzelne Eintragungen im Bestandsverzeichnis und einzelne Abteilungen begrenzt sein kann, insb. auf Informationen zum Eigentümer in Abteilung I. Daneben dürfte u. E. im Regelfall auch eine Einsicht in Abteilung II möglich sein. Allerdings dürfte die Einsichtnahme in Abteilung III wohl nicht allein aufgrund der abgesenkten Anforderungen nach § 43a GBV erfolgen, da sich aus der Belastungssituation Rückschlüsse auf die Finanzkraft des Eigentümers ziehen lassen könnten, die in Verhandlungen eine Rolle spielen könnten.

Rechtsprechung

BGB § 133; GBO §§ 18, 19, 29

Umfang einer Belastungsvollmacht bei Erwerb einer noch zu vermessenden Teilfläche; Auslegung einer Vollmacht

1. Die Auslegung einer Vollmacht im Grundbuchverfahren erfolgt nach den allgemeinen Grundsätzen, die auch für die Auslegung von Grundbucheintragungen gelten. Führt diese Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis, so ist der geringere Umfang der Vollmacht anzunehmen, wenn der größere Umfang nicht nachgewiesen werden kann.

2. Enthält der notarielle Kaufvertrag über den Verkauf einer noch zu vermessenden Teilfläche eines Grundstücks die Verpflichtung des Verkäufers, bei der Bestellung von Grundpfandrechten zur Finanzierung des Kaufpreises an dem Kaufgegenstand mitzuwirken, und erteilt der Verkäufer dem Käufer eine Belastungsvollmacht, so kann der Belastungsvollmacht nicht mit der für das Grundbuchverfahren erforderlichen Bestimmtheit eindeutig entnommen werden, dass sie sich auf das gesamte Grundstück bezieht. Die Eintragung einer Grundschuld auf dem gesamten Grundstück bedarf daher der Zustimmung des Verkäufers als eingetragenen Eigentümer.

(Leitsätze der DNotI-Redaktion)

OLG Brandenburg, Beschl. v. 7.10.2024 – 5 W 87/24

Problem

Im Rahmen eines Grundstückskaufvertrages veräußerten die Verkäufer eine noch zu vermessende Teilfläche sowie einen Miteigentumsanteil an einer weiteren Teilfläche dieses Grundstücks. Zur Finanzierung des Kaufpreises verpflichteten sich die Verkäufer in Ziff. 7 des Vertrages, bei der Bestellung von Grundpfandrechten „am Kaufgegenstand“ mitzuwirken, und erteilten den Käufern zu diesem Zweck eine entsprechende Belastungsvollmacht. Mit dieser Vollmacht bestellten die Käufer eine Grundschuld über 347.000 € an dem (gesamten) im Grundbuch eingetragenen Grundstück. Das Grundbuchamt wies mit Zwischenverfügung darauf hin, dass die Vollmacht nur zur Belastung des Kaufgegenstandes berechtige und zur Belastung des gesamten Grundstücks die Zustimmung der Verkäufer erforderlich sei. Darauf-

hin erhoben die Antragsteller Beschwerde mit der Begründung, die Vollmacht berechtige zur Belastung des gesamten Grundstücks.

Entscheidung

Das OLG Brandenburg hat entschieden, dass das Grundbuchamt die Eintragung der Grundschuld zu Recht von der Genehmigung der Verkäufer abhängig gemacht habe, da sich die erteilte **Vollmacht nur auf die Belastung des Kaufgegenstandes** beziehe.

Für die Auslegung einer Vollmacht im Grundbuchverfahren gelten die gleichen Grundsätze wie für andere Grundbucheklärungen (juris-Rn. 7). Führe die Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis, so gelte der Grundsatz, dass **im Zweifel von einem geringeren Umfang der Vollmacht** auszugehen sei, es sei denn, der größere Umfang könne nachgewiesen werden. Für die **Auslegung von Grundbucheklärungen gelte § 133 BGB entsprechend**, allerdings mit der Einschränkung, dass die Bestimmtheit der Erklärung und das Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen einer Auslegung durch das Grundbuchamt Grenzen setzten. Eine Auslegung sei nur zulässig, wenn sie zu einem eindeutigen und zweifelsfreien Ergebnis führe.

Die **Mitwirkungspflicht** der Verkäufer nach Ziff. 7.1 des Kaufvertrages beziehe sich ausschließlich auf die Bestellung von Grundpfandrechten „**am Kaufgegenstand**“, also an den **verkauften Teilflächen** des Grundstücks. Das Gericht stellte klar, dass die Verkäufer hierdurch **nicht zur Mitwirkung** bei der Bestellung von Grundpfandrechten **am Gesamtgrundstück** verpflichtet seien (juris-Rn. 9). Eine Verpflichtung zur Belastung des gesamten Grundstücks hätte **ausdrücklich** im Vertrag **vereinbart** werden müssen, was nicht der Fall gewesen sei.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht, jedenfalls nicht mit einer für das Grundbuchverfahren hinreichenden Bestimmtheit, aus Ziff. 7.2 der Urkunde (juris-Rn. 11). Die darin erteilte **Anweisung an den Notar**, den Antrag auf Eintragung des Grundpfandrechts erst zu stellen, wenn sich der Grundpfandrechtsgläubiger gegenüber den Verkäufern unwiderruflich dazu verpflichtet hat, die nicht verkaufte Teilfläche des Grundstücks aus der Mithaft zu entlassen, könnte zwar **darauf hindeuten, dass das gesamte Grundstück zur Finanzierung belastet** werden sollte. Dem Wortlaut der Urkunde lasse sich jedoch nicht

zweifelsfrei entnehmen, dass die Verkäufer ihre Mitwirkungspflicht (entgegen Ziff. 7.1 und 7.4 des Vertrages) auf das gesamte Grundstück erweitern wollten. Das Grundbuchamt habe daher zu Recht den geringeren Umfang der Vollmacht zugrunde gelegt, die lediglich eine Belastung des Kaufgegenstandes umfasste, und die Eintragung der Grundschuld auf dem gesamten Grundstück von der Zustimmung der Verkäufer abhängig gemacht.

Praxishinweis

Die Entscheidung zeigt, wie wichtig eine präzise Formulierung von Vollmachten im Hinblick auf deren Verwendung im Grundbuchverfahren für die Praxis ist. Eine Vollmacht, die nur zur Belastung eines „Kaufgegenstandes“ berechtigt, bei dem es sich um eine Teilfläche handelt, kann nach dem OLG Brandenburg ohne ausdrückliche Zustimmung des Verkäufers nicht zur Belastung des gesamten Grundstücks verwendet werden.

DONot §§ 5 Abs. 1, 5a; FamFG §§ 7, 23; GmbHG § 39 Abs. 1; HRV § 43 Nr. 4

Keine Verpflichtung zur Übermittlung der Wohnanschrift eines Geschäftsführers an das Handelsregister

1. Zur eindeutigen Identifizierung des Geschäftsführers einer GmbH ist dessen Wohnanschrift im Allgemeinen nicht erforderlich. Im Rahmen der Antragstellung nach § 23 Abs. 1 FamFG kann hinsichtlich der Identifizierbarkeit eines Beteiligten kein strengerer Maßstab gelten als für dessen Eintragung in das Handelsregister.

2. Die mit Geltung zum 1.6.2023 geänderten Vorschriften der § 5 Abs. 1 und § 5a DONot adressieren zwar die Notare. Allerdings kommt durch sie das allgemeine Ziel zum Ausdruck, dass persönliche Daten zu schützen und Wohnanschriften nicht an das Handelsregister zu übermitteln sind.

(Leitsätze der DNotI-Redaktion)

OLG Köln, Beschl. v. 9.1.2025 – I-4 Wx 19/24

Problem

Es wurde eine Satzungsänderung sowie die Bestellung eines Geschäftsführers zum Handelsregister angemeldet. Das Registergericht weigerte sich jedoch, die Eintragungen vorzunehmen. Es

fürte zur Begründung aus, die Anmeldung enthalte keine Angabe zur Wohnanschrift des Geschäftsführers. Dies sei nach den für das Registerverfahren geltenden Verfahrensvorschriften (§§ 7, 23 FamFG, § 12 HGB) jedoch erforderlich. § 23 FamFG sehe vor, dass Personen, die als Beteiligte in Betracht kommen, möglichst genau zu bezeichnen seien.

Entscheidung

Das OLG Köln hält die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Registergerichts für begründet. Die Auffassung des Gerichts halte „*ungeachtet des nachvollziehbaren Interesses des Amtsgerichts an der Kenntnis der Wohnadressen der in das Handelsregister einzutragenden Geschäftsführer*“ rechtlicher Prüfung nicht stand (Rn. 10). Weder der Vollzug der Anmeldung der Satzungsänderung noch der Bestellung des Geschäftsführers dürften mit der Begründung abgelehnt werden, die Wohnanschrift des Geschäftsführers sei mitzuteilen.

Die Anmeldung sei vollständig. Der Inhalt der Anmeldung richte sich zum einen nach materiellem Recht, zum anderen nach dem für das Eintragsverfahren in Registersachen maßgeblichen Verfahrensrecht (§§ 23 ff., 378 ff. FamFG). § 39 GmbHG als Regelung des materiellen Rechts enthalte allerdings **keine Vorgaben zum Inhalt der Anmeldung** (anders als z. B. § 106 Abs. 2 HGB). Aber auch den §§ 23 ff., 387 ff. FamFG sowie der HRV sei **keine Verpflichtung** zu entnehmen, die **Wohnanschrift** des Geschäftsführers dem Register **mitzuteilen** (Rn. 12). Zu den Personalien der in das Handelsregister einzutragenden Geschäftsführer verhalte sich nur § 43 Nr. 4 HRV. Diese Norm fordere die Angabe des Familiennamens, des Vornamens, des Geburtsdatums und des Wohnorts. Es sei auch allgemeine Ansicht, dass die Tatsachen, die nach der HRV in das Register einzutragen sind, Inhalt der entsprechenden Anmeldung zu sein hätten (Rn. 13 unter Verweis auf BGH NZG 2024, 787 Rn. 22). Die *Wohnanschrift* sei aber nicht in das Register einzutragen.

Das Registergericht vertrat offenbar zudem die Auffassung, die Mitteilung der Wohnanschrift sei „*zur Erfüllung der ihm im Rahmen des Verfahrens obliegenden hoheitlichen Aufgaben erforderlich*“. Dem widerspricht das OLG Köln (Rn. 14 ff.): Zwar sei es im Ausgangspunkt zutreffend, dass die Beteiligten des Registerverfahrens nach § 23 Abs. 1 FamFG so genau zu bezeichnen seien, dass diese eindeutig identifizierbar seien (Rn. 15). Zur

eindeutigen Identifizierung eines Geschäftsführers sei dessen Wohnanschrift im Allgemeinen aber nicht erforderlich (Rn. 16). Im Rahmen von § 23 Abs. 1 FamFG könne **kein strengerer Maßstab** als für die Eintragung im Handelsregister gelten, soweit es um die Identifizierung der Beteiligten gehe. **Zweck des Handelsregisters** sei es, den **Rechtsverkehr zuverlässig und transparent über die Rechtsverhältnisse** von Kaufleuten und Gesellschaften **zu informieren**. Wenn es aber für das Handelsregister im Hinblick auf die Identität des Geschäftsführers genüge, wenn die in § 43 Nr. 4 HRV genannten Daten eingetragen seien, so könne für die Identifizierung im Registerverfahren nichts anderes gelten (Rn. 16).

Gegen die Pflicht zur Mitteilung der Wohnanschrift nach § 23 Abs. 1 FamFG spreche auch der zum 1.6.2023 geänderte Wortlaut von §§ 5 Abs. 1, 5a DONot. Die Vorschriften richteten sich zwar an Notare und nicht an das Registergericht, dennoch komme die **allgemeine Wertung** zum Ausdruck, dass Wohnanschriften nicht übermittelt werden sollten (Rn. 17). §§ 5 Abs. 1, 5a DONot bezweckten den Schutz persönlicher Daten.

Weiter führt das OLG Köln noch aus, die Angabe der Wohnanschrift sei auch nicht Voraussetzung einer ordnungsgemäßen Antragstellung nach § 23 FamFG, denn insoweit könnten keine strengeren Anforderungen gelten als für die Klageerhebung nach § 253 ZPO (Rn. 19 ff.). Hierfür sei die Angabe einer Geschäftsanschrift der *Gesellschaft* aber ausreichend (Rn. 22). Auch die Erreichbarkeit (des Geschäftsführers als Antragsteller) im Registerverfahren sei durch die Angabe der Geschäftsanschrift ausreichend sichergestellt. Das OLG Köln räumt zwar ein, dass das Vorbringen des Registergerichts, wonach die Erreichbarkeit unter der Geschäftsanschrift häufig de facto nicht gegeben sei, tatsächlich zutreffen mag, es hält aber letztlich die Verpflichtung der GmbH, eine Änderung ihrer Geschäftsanschrift stets zum Register anzumelden, für im Ergebnis maßgebend. Zudem könne das Registergericht in Fällen, in denen eine Ersatzzustellung an die Wohnanschrift des Geschäftsführers nötig sei, diese Anschrift durch eine einfache Melderegisterauskunft ermitteln (Rn. 24).

Das OLG Köln schließt mit dem Befund, dass es **im Einzelfall denkbar** sei, dass die Angabe der Wohnanschrift **zur Identifizierung oder zur Sicherstellung der Erreichbarkeit** eines Beteilig-

ten **erforderlich** sein könne. Einer allgemeinen Pflicht zur Mitteilung der Wohnanschrift widerspricht es jedoch.

Praxishinweis

Die ausführlich begründete Entscheidung tritt neben die Entscheidung des BGH (NZG 2024, 787), in welcher der BGH einen Anspruch aus Art. 17 Abs. 1 DS-GVO auf Löschung des Wohnorts und des Geburtsdatums eines GmbH-Geschäftsführers aus dem Handelsregister verneinte. Das OLG Köln verneint nun die praktisch wichtige Frage, ob die Wohnanschrift des Geschäftsführers in jedem Fall zu übermitteln ist. Ein Widerspruch zu den dienstrechtlichen Vorgaben aus §§ 5 Abs. 1, 5a DOnot wird so vermieden.

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

WEG §§ 9b Abs. 1, 12, 18 Abs. 1, 19 Abs. 1, 25 Abs. 1; BGB §§ 130 Abs. 1, 182 Abs. 1 – Zustimmung zur Veräußerung; Erfordernis der „Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer“; Erfordernis der Erklärung der Zustimmung im Außenverhältnis nach Beschlussfassung durch die Wohnungseigentümer

BGB §§ 1132, 1191, 1193 Abs. 2 S. 2; GBO § 5 – Nachverpfändung eines Grundstücks; Entstehen einer Gesamtgrundschuld mit unterschiedlichen Fälligkeitsregelungen; anschließende Vereinigung der Grundstücke

BGB §§ 1752, 1767, 1770 – Zulässigkeit der (Volljährigen-)Adoption zweier Eheleute durch ein anderes Ehepaar

Veranstaltungen

Literaturhinweise

Nachruf

Am 3.6.2025 ist Frau *Nicole Emmerling de Oliveira* verstorben. Wir verlieren eine allseits sehr beliebte, kluge und engagierte Kollegin.

Frau *Emmerling* war seit September 1994 für das Deutsche Notarinstitut tätig und gehörte damit zur ersten Riege der DNotI-Mitarbeiter. Zuletzt war sie stellvertretende Leiterin des Referats für Internationales Privatrecht und ausländisches Recht. Ihr Beitrag zur Durchdringung des IPR für die notarielle Praxis ist von unschätzbarem Wert. Sie verfasste ca. 10.000 schriftliche Stellungnahmen zu IPR-Problemen aus allen notarrelevanten Bereichen, die noch weit in die Zukunft fortwirken werden. Ihr großer Fleiß, scharfer

Verstand und präziser Stil zeichneten ihre Arbeit aus. Neben ihrer Tätigkeit am DNotI war Frau *Emmerling* wissenschaftlich engagiert und an der Entstehung mehrerer Werke beteiligt, die aus der notariellen Praxis nicht mehr wegzudenken sind, darunter auch das Würzburger Notarhandbuch.

Frau *Emmerling* war für die Kolleginnen und Kollegen am DNotI zugleich eine gute Freundin, einfallsreiche Ratgeberin, geduldige Ausbilderin und – nicht nur in Stilfragen – ein großes Vorbild. Wir vermissen sie sehr.

Ihrer Familie gilt unser tiefes Mitgefühl.

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 9b Abs. 1, 12, 18 Abs. 1, 19 Abs. 1, 25 Abs. 1; BGB §§ 130 Abs. 1, 182 Abs. 1

Zustimmung zur Veräußerung; Erfordernis der „Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer“; Erfordernis der Erklärung der Zustimmung im Außenverhältnis nach Beschlussfassung durch die Wohnungseigentümer

I. Sachverhalt

Es soll eine Wohnungseigentumseinheit veräußert werden. In der vor dem Jahr 2020 errichteten Teilungserklärung ist als Veräußerungsbeschränkung Folgendes geregelt:

„Jeder Eigentümer bedarf zur Veräußerung seines Wohnungseigentums oder eines Teiles seines Wohnungseigentums der Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer. [...]“

II. Fragen

1. Kann die Zustimmung durch jeweils individuelle Erklärungen der Wohnungseigentümer (in grundbuchtauglicher Form) erteilt werden oder muss (etwa vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BGH, Urt. v. 22.3.2024 – V ZR 141/23) die Wohnungseigentümergeinschaft hierüber Beschluss fassen?

2. Kann die Wohnungseigentümergeinschaft die Erteilung der Zustimmung auch mit der Mehrheit der Wohnungseigentümer beschließen, wenn von einzelnen Wohnungseigentümern keine Zustimmung erlangt werden kann?

III. Zur Rechtslage

1. Vorbemerkung zur Auslegung von Bestimmungen in einer Teilungserklärung

Die aufgeworfene Rechtsfrage betrifft die Auslegung einer bereits beurkundeten Teilungserklärung. Bei der **Auslegung von Teilungserklärungen** kommt es üblicherweise **nicht** auf den **Willen der Verfasser** an, sondern allein auf den **Wortlaut** und **Sinn der betreffenden Regelung**, wie er sich für einen **unbefangenen Leser** als nächstliegende Bedeutung des Eingetrag-

nen oder in Bezug Genommenen ergibt (BGHZ 88, 302, 306; BayObLG DNotZ 1989, 426; BayObLGZ 1983, 73, 78 f. m. w. N.).

Nach der jüngsten Rspr. des BGH kann sich der derart ermittelte Inhalt einer Bestimmung in einer bereits beurkundeten Teilungserklärung im Laufe der Zeit wandeln, nämlich u. a. dann, wenn in der Teilungserklärung verwendete Begriffe durch gesetzliche Reformen einen Bedeutungswandel erfahren (BGH NJW 2023, 3654 Rn. 15; NJW 2024, 2173 Rn. 17). Insbesondere berücksichtigt der BGH die durch das WEMoG (BGBl. I 2020, S. 2187) im Recht der WEG herbeigeführten Strukturveränderungen bei der Auslegung einer Vereinbarung in der Teilungserklärung betreffend eine Veräußerungsbeschränkung i. S. v. § 12 WEG (BGH NJW 2023, 3654; NJW 2024, 2173).

2. Grundsätzliches zur Zustimmung nach § 12 WEG

Gemäß § 12 Abs. 1 WEG kann als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden, dass die Veräußerung eines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf. Die Eintragung einer solchen Verfügungsbeschränkung im Grundbuch löst den „Suspensiveffekt“ des § 12 Abs. 3 WEG aus, wonach bis zur Erteilung der Zustimmung sowohl das schuldrechtliche als auch das dingliche Rechtsgeschäft über die Veräußerung eines Wohnungseigentums schwebend unwirksam sind (Staudinger/Wobst, 2023, § 12 WEG Rn. 30, 49; Hügel, ZMR 2023, 517).

Eine nach § 12 Abs. 1 WEG erforderliche **Zustimmung** ist eine **empfangsbedürftige Willenserklärung** i. S. d. § 130 Abs. 1 BGB, die durch Erklärung **gegenüber dem Veräußerer oder Erwerber** wirksam wird, § 182 Abs. 1 BGB (BGH NZM 2019, 542 Rn. 9 m. w. N.; BayObLG MittBayNot 1986, 180; BeckOGK-WEG/Skauradszun, Std.: 1.3.2025, § 12 Rn. 14; Bärman/Suilmann, WEG, 15. Aufl. 2023, § 12 Rn. 39; Hügel/Elzer, WEG, 4. Aufl. 2025, § 12 Rn. 42; Hügel, ZMR 2023, 517). Steht das Zustimmungrecht nicht nur einer einzelnen natürlichen Person, sondern einem Verband wie der vom Gesetzgeber in § 9a Abs. 1 S. 1 WEG nunmehr ausdrücklich mit Rechtsfähigkeit ausgestatteten und als „Dritte“ i. S. v. § 12 Abs. 1 WEG in Betracht kommenden (vgl. dazu BGH MittBayNot 2024, 31 Rn. 10; Hügel/Elzer, § 12

Rn. 37a; Hügel, ZMR 2023, 517, 518; Hogenschurz, ZWE 2021, 271, 272; Forschner, ZWE 2022, 193, 199) Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (im Folgenden: „GdWE“) zu, so ist zwischen **zwei Handlungsebenen** – nämlich der **internen Willensbildung und Entscheidungsfindung** einerseits und der **Umsetzung** der so getroffenen **Entscheidung im Außenverhältnis** andererseits – zu unterscheiden (so auch Hügel, ZMR 2023, 517, 519).

3. Auslegung der vorliegenden Bestimmung im Hinblick auf die zustimmungsberechtigten Person(en)

Ist, wie im vorliegenden Fall, die Veräußerung des Wohnungseigentums von der „**Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer**“ abhängig, so war bereits unter Geltung der **Rechtslage vor Inkrafttreten des WEMoG** umstritten, wer Zustimmungsberechtigter i. S. d. § 12 Abs. 1 WEG ist. Teilweise wurde vertreten, dass **alle übrigen Wohnungseigentümer individuell zustimmen** müssten (Riecke/Schmid/Schneider, WEG, 5. Aufl. 2019, § 12 Rn. 77; Staudinger/Kreuzer, 2018, § 12 WEG Rn. 34; Hügel, MittBayNot 2016, 109, 112). Nach anderer Ansicht sollte ein **Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümer** ausreichen (Bärmann/Suilmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 12 Rn. 23; Weitnauer/Lüke, WEG, 9. Aufl. 2005, § 12 Rn. 5), wobei unklar war, ob ein solcher Beschluss anschließend noch durch Erklärung gegenüber dem Veräußerer oder Erwerber im Außenverhältnis umgesetzt werden musste oder ob diesem unmittelbare Außenwirkung zukommen sollte (dazu unter Ziff. 4 lit. a).

Nach Inkrafttreten des WEMoG setzte sich dieser Streit zunächst fort (s. die Nachweise bei BGH NJW 2024, 2173 Rn. 10 f.). Unter Geltung der neuen Rechtslage hat der BGH inzwischen jedoch klargestellt, dass ein vor dem 1.12.2020 vereinbarter Zustimmungsvorbehalt, der – wie im vorliegenden Fall – die „**Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer**“ erfordert, nach Maßgabe des § 47 WEG regelmäßig dahingehend auszulegen sei, dass die Erteilung der Zustimmung eine **Aufgabe der GdWE** ist, über deren Art und Weise der Erledigung die GdWE mit der **Mehrheit** der abgegebenen Stimmen beschließen kann (BGH NJW 2024, 2173, 2174; ebenso Bärmann/Suilmann, WEG, 15. Aufl. 2023, § 12 Rn. 24; BeckOGK-WEG/Skauradszun, § 12 Rn. 17; BeckOK-WEG/Hogenschurz, Std.: 2.4.2025, § 12 Rn. 29, 72; Grüneberg/Wicke, BGB,

84. Aufl. 2025, § 12 WEG Rn. 6; Greiner, IMR 2023, 388; Rüscher, ZfIR 2024, 76, 77; Brückner, DNotZ 2025, 11, 13 f.; unter Vorbehalt Staudinger/Wobst, § 12 WEG Rn. 37.1; a. A. noch Weber, in: Kölner Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. 2023, Kap. 5 Rn. 249; ebenso für den Fall, dass die Zustimmung der „**Mehrheit der Wohnungseigentümer**“ erforderlich ist, jüngst KG BeckRS 2025, 2251; Staudinger/Wobst, § 12 WEG Rn. 37; MünchKommBGB/Krafka, 9. Aufl. 2023, § 12 WEG Rn. 20; zweifelnd Hügel/Elzer, § 12 Rn. 36). Zu dem gleichen Auslegungsergebnis – d. h. ebenfalls **Zustimmungsvorbehalt zugunsten der GdWE** – gelangte der BGH kurz zuvor bereits für den Fall, dass die Veräußerung der „**Zustimmung des Verwalters**“ bedarf (BGH NJW 2023, 3654; zust. Staudinger/Wobst, § 12 WEG Rn. 39; BeckOGK-WEG/Skauradszun, § 12 Rn. 15; Grüneberg/Wicke, § 12 WEG Rn. 6; dazu auch Brückner, DNotZ 2025, 11, 12 f.).

Ist die Veräußerung von der „**Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer**“ abhängig, so sei nach Ansicht des BGH zwar zuzugeben, dass der **Wortlaut des § 12 Abs. 1 WEG** eher das Erfordernis einer individuellen Zustimmung eines jeden Wohnungseigentümers nahelege, weil die Norm als Zustimmungsberechtigte neben einem Dritten nur andere Wohnungseigentümer vorsehe, nicht jedoch ausdrücklich die GdWE (BGH NJW 2024, 2173 Rn. 13). Umgekehrt schließe der Wortlaut der Vorschrift die Zustimmungsberechtigung der GdWE aber auch nicht aus, zumal dieser seit 1951 unverändert sei. Unseres Erachtens erhellt gerade der zuletzt genannte Aspekt vor dem Hintergrund, dass die sog. „Teilrechtsfähigkeit“ (zu Recht kritisch zu dem Begriff der bloßen „Teil“-Rechtsfähigkeit bei der ähnlich gelagerten Diskussion im Personengesellschaftsrecht Flume, ZHR 136 (1972), 177, 192; Huber, FS Lutter, 2000, S. 107, 112; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 2002, § 8 V 1 [S. 213]) der GdWE durch den BGH erst im Jahre 2005 (NJW 2005, 2061) anerkannt wurde, warum Gemeinschaftsordnungen, die noch aus der Zeit vor ebendieser Anerkennung stammen, die Zustimmung der GdWE als solcher regelmäßig nicht vorsehen und auch gar nicht vorsehen konnten. Nachdem die GdWE aus heutiger Sicht aber zweifellos rechtsfähig ist (vgl. § 9a Abs. 1 S. 1 WEG; mit Einschränkung noch § 10 Abs. 6 WEG in der von 1.7.2007–30.11.2020 geltenden Fassung), **kann** ein Zustimmungsvorbehalt i. S. d. § 12 Abs. 1

WEG nunmehr jedenfalls die **GdWE als Zustimmungsberechtigte** vorsehen.

Allein die danach bestehende Möglichkeit, einen Zustimmungsvorbehalt nach § 12 Abs. 1 WEG auch zugunsten der GdWE als rechtsfähigen Verband anordnen zu *können*, sagt freilich noch nichts darüber aus, wie ein Vorbehalt, der die Veräußerung nicht ausdrücklich von der Zustimmung der GdWE, sondern – wie hier – von der „*Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer*“ abhängig macht, auszulegen ist. Dem BGH zufolge sei jedoch die GdWE gerade auch bei einem derart lautenden Zustimmungsvorbehalt im Wege der **Auslegung** als zustimmungsberechtigt anzusehen. Hierfür spricht aus Sicht des BGH entscheidend, dass ein Zustimmungsvorbehalt i. S. d. § 12 Abs. 1 WEG dem Schutz der Wohnungseigentümer gegen den Eintritt unerwünschter Personen in die Wohnungseigentümergeinschaft und damit maßgeblich dem Interesse der GdWE diene (BGH NJW 2024, 2173 Rn. 14). Bei der Prüfung und Erteilung der Zustimmung zu einer Veräußerung in einem Fall, in dem die Veräußerung der „*Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer*“ bedarf, handle es sich daher im Zweifel um eine **Maßnahme der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums**, für die gem. § 18 Abs. 1 WEG nunmehr ausschließlich die **GdWE zuständig** sei (BGH NJW 2024, 2173 Rn. 14). Infolge dieser Aufgabenzuweisung an die **Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE) als Rechtssubjekt** hat die – hier von zu unterscheidende – **Gesamtheit der Wohnungseigentümer als Willensbildungsorgan der GdWE** (s. dazu etwa BeckOGK-WEG/Skauradszun, § 19 Rn. 8) gem. § 19 Abs. 1 WEG die Kompetenz, über diese Maßnahmen durch **Beschluss** zu entscheiden. Ein solcher Beschluss ist gem. § 23 Abs. 1 WEG grundsätzlich im Rahmen einer Wohnungseigentümersammlung zu fassen, wobei gem. § 25 Abs. 1 WEG die **Mehrheit** der abgegebenen Stimmen ausreicht. Nach § 23 Abs. 3 WEG kommt auch eine Beschlussfassung im Umlaufverfahren in Betracht; gem. § 23 Abs. 3 S. 1 WEG ist dann aber grundsätzlich die Zustimmung aller Wohnungseigentümer zu diesem Beschluss erforderlich.

Diese Beschlusskompetenz der *Gesamtheit* der Wohnungseigentümer nach § 19 Abs. 1 WEG ist u. E. jedoch nicht dahingehend zu verstehen, dass dieses *Willensbildungsorgan* dadurch zur Zustimmungsberechtigten des Vorbehalts

i. S. d. § 12 Abs. 1 WEG würde. Vielmehr ist in einem solchen Fall der Zustimmungsvorbehalt zugunsten der GdWE als rechtsfähigem Verband angeordnet; **lediglich die interne Willensbildung** betreffend die Zustimmungserteilung oder -verweigerung **obliegt der Gesamtheit der Wohnungseigentümer**. Es handelt sich mithin um eine *interne* Zuständigkeitsverteilung (Kompetenzabgrenzung) zwischen dem Organ „Verwalter“ und dem Organ „Gesamtheit der Wohnungseigentümer“ *innerhalb* des Rechtssubjekts GdWE (vgl. auch BT-Drs. 19/18791, 58, wonach die „*Wohnungseigentümer in ihrer Gesamtheit [...] als Willensbildungsorgan dazu berufen [sind], die Verwaltungsentscheidungen zu treffen (vergleiche § 19 Absatz 1 WEG-E), soweit nicht der Verwalter selbst entscheidungsbefugt ist (vergleiche § 27 WEG-E). Der Verwalter als Ausführungs- und Vertretungsorgan setzt diese Entscheidungen um (vergleiche § 9b für die Vertretung) und wird dabei durch den Verwaltungsbeirat unterstützt (vergleiche § 29 Absatz 2).*“; vgl. auch Bärmann/Pick/Emmerich, WEG, 21. Aufl. 2025, § 18 Rn. 23, 24; BeckOGK WEG/Skauradszun, § 18 Rn. 16–18, der zutreffend darauf hinweist, dass der individuelle Wohnungseigentümer insoweit lediglich *Organwalter* des Organs „Gesamtheit der Wohnungseigentümer“ ist und demzufolge keine *eigenen* Rechte und Pflichten wahrnimmt).

Nach alledem ist festzuhalten, dass ein vor dem 1.12.2020 vereinbarter Zustimmungsvorbehalt, der – wie hier – die „*Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer*“, die „*Zustimmung der Mehrheit der Wohnungseigentümer*“ oder die „*Zustimmung des Verwalters*“ erfordert, nach der Rechtsprechung regelmäßig dahingehend auszulegen ist, dass die **Zustimmungsberechtigung** in allen drei Fällen **dem Rechtssubjekt „GdWE“ zusteht**. Zwar kann ein Zustimmungsvorbehalt i. S. d. § 12 Abs. 1 WEG auch weiterhin dergestalt vereinbart werden, dass alle Wohnungseigentümer *individuell* (im Sinne einer *eigenen* Entscheidungszuständigkeit) zustimmen müssen (so ausdrücklich auch BGH NJW 2024, 2173 Rn. 15; KG BeckRS 2025, 2251 Rn. 9; Staudinger/Wobst, § 12 WEG Rn. 37.1; BeckOGK-WEG/Skauradszun, § 12 Rn. 18; Brückner, DNotZ 2025, 11, 14 – „nicht ratsam“). Ein solches Auslegungsergebnis dürfte angesichts der für die Auslegung von Teilungserklärungen allein maßgeblichen objektiven Sicht allerdings nur dann angezeigt sein, wenn die Teilungserklärung klar und unmissverständlich zum Ausdruck

bringt, dass *nicht* die GdWE, sondern die *einzelnen* Wohnungseigentümer zustimmungsberechtigt sein sollen (so auch BeckOGK-WEG/Skauradszun, § 12 Rn. 18; a. A. Staudinger/Wobst, § 12 WEG Rn. 37.1, der bereits das Fehlen des seiner Ansicht nach den Beschlussbezug indizierenden Wortes „Mehrheit“ für ein solches Auslegungsergebnis genügen lassen will). Hierfür ist jedoch nach dem unterbreiteten Sachverhalt nichts ersichtlich, sodass auch im vorliegenden Fall von einer **Zustimmungsberechtigung der GdWE** auszugehen sein dürfte.

4. Umsetzung eines Zustimmungsbeschlusses im Außenverhältnis

a) Erfordernis der gesonderten Erklärung der Zustimmung im Außenverhältnis

Ist danach die GdWE Zustimmungsberechtigte eines Vorbehalts, so ist die im Wege der Beschlussfassung durch die Gesamtheit der Wohnungseigentümer als Willensbildungsorgan der GdWE zustande gekommene Entscheidung zunächst nur ein Akt und das Ergebnis *interner* Willensbildung. Fraglich ist, ob ein solcher Beschluss daraufhin noch der **Umsetzung im Außenverhältnis durch Erklärung** der Zustimmung bzw. deren Verweigerung gegenüber dem Veräußerer oder Erwerber bedarf (so Staudinger/Wobst, § 12 WEG Rn. 70; Hügel, ZMR 2023, 517, 520; Hügel/Elzer, § 12 Rn. 36a) oder ob dem Beschluss selbst **unmittelbare Außenwirkung** zukommt (so noch BayObLGZ 1961, 392, 396; in diese Richtung deutend auch BGH NJW 2012, 3232 Rn. 13, 16 ff., wonach schon ein die Zustimmung versagender bestandskräftiger Beschluss rechtsgestaltend auf das schwebend unwirksame Veräußerungsgeschäft einwirke, sowie BGH NJW 2013, 299 Rn. 14, wonach ein zustimmender Beschluss auch „von dem Grundbuchamt zu beachten“ sei; ausdr. offen lassend KG BeckRS 2025, 2251 Rn. 15).

Für die zuerst genannte Sichtweise spricht u. E. entscheidend, dass es sich bei der Zustimmung nach § 12 Abs. 1 WEG um eine **empfangsbefähigte Willenserklärung** i. S. d. § 130 Abs. 1 BGB handelt (s. o. Ziff. 2), welche die Wirksamkeit des i. d. R. zwischen Dritten (veräußerndem Wohnungseigentümer einerseits und Erwerber andererseits) geschlossenen schuldrechtlichen und dinglichen Rechtsgeschäfts über die Veräußerung eines Wohnungseigentums und damit das **Außenverhältnis der GdWE** zu Dritten berührt (so auch Staudinger/Wobst, § 12 WEG

Rn. 70). Ist ein Zustimmungsvorbehalt – gleich ob ausdrücklich oder im Wege der Auslegung – zugunsten der GdWE als rechtsfähigem Verband angeordnet, so kann die Erklärung u. E. auch nur durch die GdWE abgegeben werden. Als Verband kann die GdWE freilich nicht selbst handeln, sondern wird nach dem nunmehr dem Gesellschaftsrecht angenäherten Kompetenzgefüge bei Maßnahmen, die das Außenverhältnis der Gemeinschaft zu Dritten betreffen (dazu Bärmann/Pick/Emmerich, § 9b Rn. 25), gem. **§ 9b Abs. 1 S. 1 WEG** *allein* durch den **Verwalter vertreten**, sofern ein solcher bestellt ist. Demgegenüber ist die **Gesamtheit der Wohnungseigentümer**, die den Beschluss über die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung fasst, grundsätzlich gerade nicht das zur Vertretung der GdWE, sondern nur das zur **Willensbildung berufene Organ** (s. o. Ziff. 3). Nur in jenem Fall, dass die GdWE **keinen Verwalter** hat, sind gem. **§ 9b Abs. 1 S. 2 WEG** die **Wohnungseigentümer zur Vertretung der GdWE** berufen. Doch genügt in diesem Fall – vorbehaltlich einer entsprechenden Ermächtigung (dazu BeckOGK-WEG/Greiner, Std.: 1.3.2025, § 9b Rn. 18; Lehmann-Richter/Wobst, NJW 2021, 662, 663 f.; s. auch BT-Drs. 19/18791, 49) – eben gerade nicht das Handeln einzelner Wohnungseigentümer, sondern ist das **Handeln sämtlicher Wohnungseigentümer als Gesamtvertretungsberechtigte** erforderlich (KG BeckRS 2025, 2251 Rn. 19; BeckOGK-WEG/Greiner, § 9b Rn. 17 f.; Bärmann/Pick/Emmerich, § 9b Rn. 47). Und auch in dem Fall, dass bei einer verwalterlosen GdWE einer oder mehrere Wohnungseigentümer als Gesamtvertreter ermächtigt werden sollen, bedarf es hierfür individueller Willenserklärungen *sämtlicher* Wohnungseigentümer; ein Beschluss der Gesamtheit der Wohnungseigentümer (Willensbildungsorgan) genügt nicht (Hügel/Elzer, § 9b Rn. 21; Lehmann-Richter/Wobst, NJW 2021, 662, 664; s. auch BT-Drs. 19/18791, 49). Aus dem seit Inkrafttreten des WEMoG geltenden Kompetenzgefüge ergibt sich also, dass allein ein (Mehrheits-)Beschluss der Gesamtheit der Wohnungseigentümer als solcher noch keine der GdWE zuzurechnende Willenserklärung darstellen kann.

Auch ein sich aufgrund der „Vergesellschaftung“ des Wohnungseigentumsrechts durch das WEMoG (dazu Brückner, DNotZ 2025, 11, 12; ähnlich Lehmann-Richter/Wobst, NJW 2021, 662) anbietender **Vergleich mit dem Ge-**

sellschaftsrecht stützt dieses Ergebnis: Nach § 15 Abs. 5 GmbHG kann die Abtretung von Geschäftsanteilen vinkuliert, insbesondere von der Zustimmung der *Gesellschaft*, aber auch von der Zustimmung der *Gesellschafterversammlung* oder eines *anderen Geschäftsorgans* abhängig gemacht werden (statt aller Hensler/Strohn/Verse, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 15 GmbHG Rn. 89 ff.). Mit dem vom BGH für den in Rede stehenden Zustimmungsvorbehalt gewonnenen Auslegungsergebnis, wonach Zustimmungsberechtigte die GdWE als rechtsfähiger Verband und damit ein „Dritter“ i. S. d. § 12 Abs. 1 WEG ist, korrespondiert eine Vinkulierung i. S. d. § 15 Abs. 5 GmbHG, welche die Abtretung von der **Zustimmung der Gesellschaft** als ebenfalls rechtsfähigem Verband abhängig macht. In einem solchen Fall wird die „Zustimmung der Gesellschaft“ im **Außenverhältnis** ebenfalls durch das Vertretungsorgan der GmbH – d. h. durch den bzw. die **Geschäftsführer** in vertretungsberechtigter Zahl (§ 35 GmbHG) – erteilt (BGH NJW 1988, 2241 Ls. 1; Hensler/Strohn/Verse, § 15 GmbHG Rn. 89; Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 24. Aufl. 2025, § 15 Rn. 54), während im **Innenverhältnis** vorbehaltlich einer abweichenden Satzungsregelung ein **Gesellschafterbeschluss** erforderlich ist (BGH NJW 1988, 2241, 2242; Hensler/Strohn/Verse, § 15 GmbHG Rn. 89; Servatius, § 15 Rn. 54).

Dagegen ist der hiesige Zustimmungsvorbehalt nach § 12 Abs. 1 WEG, der zugunsten der GdWE als rechtsfähigem Verband und gerade nicht zugunsten der „Gesamtheit der Wohnungseigentümer“ als Organ der GdWE angeordnet ist, **nicht** mit einer Vinkulierung **vergleichbar**, welche die **Zustimmung der Gesellschafterversammlung** als Organ der GmbH erfordert. Bei einer solchen Vinkulierung soll nach wohl h. M. der Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung selbst Außenwirkung zukommen und von der Gesellschafterversammlung erklärt werden können (statt aller Löbke, in: Habersack/Casper/Löbke, GmbHG, 4. Aufl. 2025, § 15 Rn. 246 ff.; Ebbing, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 15 Rn. 148; MünchKommGmbHG/Weller/Reichert, 5. Aufl. 2025, § 15 Rn. 426, jew. m. w. N.). Nach a. A. soll auch hier entsprechend der Organisationsstruktur der GmbH die Zustimmung allein durch den Geschäftsführer erklärt werden können und im Außenverhältnis wirksam sein, selbst wenn es an einem zustimmenden Gesellschafterbeschluss fehlen sollte (Servatius, § 15 Rn. 55 m. w. N.).

Ob diese Streitfrage möglicherweise auf das Recht der Wohnungseigentümergeinschaft zu übertragen ist und welche Ansicht vorzugswürdig ist, braucht hier indes nicht entschieden zu werden, da vorliegend eben gerade nicht ein Zustimmungsvorbehalt zugunsten der „Gesamtheit der Wohnungseigentümer“ als Organ der GdWE angeordnet wurde.

Nach alledem ergibt sich, dass ein (Mehrheits-) Beschluss, den die „Gesamtheit der Wohnungseigentümer“ als Willensbildungsorgan der GdWE gefasst hat, nicht zugleich als eine der GdWE als rechtsfähigem Verband zuzurechnende Willenserklärung gelten kann, so dass es über die hiernach lediglich für das Innenverhältnis maßgebliche Beschlussfassung hinaus noch einer **Umsetzung des Beschlusses** im Außenverhältnis durch **Erklärung** der Zustimmung bzw. deren Verweigerung gegenüber dem Veräußerer oder Erwerber durch das zur Vertretung der GdWE berufene Organ bedarf.

b) Zuständigkeit für die Erklärung der Zustimmung im Außenverhältnis

Aus dem oben Gesagten ergibt sich zugleich, wer für die hiernach erforderliche Erklärung der Zustimmung im Außenverhältnis gegenüber dem Veräußerer oder Erwerber zuständig ist.

In **§ 9b Abs. 1 S. 1 WEG** ist nunmehr klar geregelt, dass die GdWE grundsätzlich und damit auch bei der Umsetzung des von ihr durch Mehrheitsbeschluss gebildeten Willens nach außen durch den **Verwalter** als deren **Organ** vertreten wird (Staudinger/Wobst, § 12 Rn. 39; vgl. auch BT-Drucks. 19/18791, S. 58). Nur dann, wenn die **Gemeinschaft keinen Verwalter** hat, sind gem. **§ 9b Abs. 1 S. 2 WEG** die **Wohnungseigentümer als Gesamtvertretungsberechtigte** zur Vertretung der GdWE berufen. Auch in letzterem Fall handeln die Wohnungseigentümer jedoch stets **als organschaftliche Vertreter der GdWE** (vgl. Hügel, ZMR 2023, 517, 520 f.). Hat die GdWE ihren Willen durch Mehrheitsbeschluss gebildet, sind im Falle des § 9b Abs. 1 S. 2 WEG sämtliche Wohnungseigentümer – wie freilich auch der Verwalter im Falle des § 9b Abs. 1 S. 1 WEG – an diesen Beschluss gebunden und müssen diesen nach außen durch Abgabe der Zustimmungserklärung bzw. deren Verweigerung umsetzen. Durch den Beschluss werden also sämtliche Wohnungseigentümer als Gesamtvertretungsberechtigte angewiesen, den Mehrheits-

willen nach außen umzusetzen, selbst wenn einer der zur Mitwirkung nach § 9b Abs. 1 S. 2 WEG berufenen Wohnungseigentümer gegen den Antrag gestimmt oder an der Beschlussfassung gar nicht teilgenommen haben sollte (Hügel, ZMR 2023, 517, 521).

c) Konsequenzen für die Praxis

Geht man auf Basis des neuen, durch das WEMoG an das allgemeine Verbandsrecht angenäherten Wohnungseigentumsrechts mit der hier vertretenen Ansicht davon aus, dass ein von der „Gesamtheit der Wohnungseigentümer“ als Willensbildungsorgan der GdWE gefasster Beschluss keine unmittelbare Außenwirkung hat, sondern vielmehr noch der Umsetzung im Außenverhältnis durch eine **Erklärung des Vertretungsorgans** der GdWE bedarf, wäre die Zustimmung gegenüber dem Grundbuchamt wie folgt nachzuweisen:

Ist ein **Verwalter bestellt**, ist dem Grundbuchamt die **vom Verwalter** als organschaftlichem Vertreter der GdWE i. S. v. § 9b Abs. 1 S. 1 WEG **abgegebene Zustimmungserklärung** in der **Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO** nachzuweisen. Daneben ist der **Verwalternachweis** in öffentlicher Form zu erbringen, § 29 Abs. 1 S. 2 GBO, wobei die **Nachweiserleichterung** des § 26 Abs. 4 WEG gilt, derzufolge zum Nachweis der Verwaltereigenschaft im Grundbuchverfahren ein Protokoll mit den beglaubigten Unterschriften der in § 24 Abs. 6 S. 2 WEG genannten Personen genügt.

Hat die Gemeinschaft **keinen Verwalter**, wird sie gem. § 9b Abs. 1 S. 2 WEG durch die Wohnungseigentümer gemeinschaftlich vertreten, so dass in diesem Fall öffentlich beglaubigte Zustimmungserklärungen aller Wohnungseigentümer vorzulegen sind. Dies mag mitunter einigen Aufwand bedeuten, ist vor dem Hintergrund der durch das WEMoG erfolgten Verlagerung von Kompetenzen von den Eigentümern auf den Verband aber dogmatisch konsequent (vgl. dazu Zschieschack, ZMR 2021, 367, 368) und folgt der grundlegenden Wertentscheidung des Gesetzgebers, die verwaltergeführte Gemeinschaft als gesetzlichen Idealfall ins Zentrum zu stellen (dazu Lehmann-Richter, ZWE 2022, 61, 62). Für den Fall, dass **einzelne Wohnungseigentümer** ihre **Mitwirkung** an der Erteilung der Zustimmungserklärung **verweigern** sollten, könnte zur Vermeidung der Beschreitung des Klagewegs in Betracht gezogen werden, den

Zustimmungsvorbehalt durch (Mehrheits-)Beschluss nach § 12 Abs. 4 S. 1 WEG (allein) **für den konkreten Veräußerungsfall** – was *a maiore ad minus* möglich ist (vgl. nur Staudinger/Wobst, § 12 WEG Rn. 94; BeckOGK-WEG/Skauradszun, § 12 Rn. 55) – **aufzuheben**. Ein solcher *Aufhebungsbeschluss* bedürfte – anders als der Beschluss über die Erteilung der Zustimmung – gerade nicht der Umsetzung im Außenverhältnis, denn materiell-rechtlich existiert der Zustimmungsvorbehalt nicht mehr, sobald der Aufhebungsbeschluss wirksam gefasst ist (Staudinger/Wobst, § 12 WEG Rn. 97). Und auch zur (nur im Falle einer vollständigen Aufhebung notwendigen) Grundbuchberichtigung lässt § 12 Abs. 4 S. 2 WEG die Vorlage einer Beschlussniederschrift genügen, bei der die Unterschriften der in § 24 Abs. 6 WEG bezeichneten Personen öffentlich beglaubigt sind, so dass bei einer nur teilweisen Aufhebung des Zustimmungserfordernisses für den konkreten Veräußerungsfall keine strengeren Anforderungen für den Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt gelten können.

Vor diesem Hintergrund dürfte die zur alten Rechtslage vertretene Sichtweise, wonach zum Nachweis eines *Zustimmungsbeschlusses* der Wohnungseigentümersammlung im Grundbuchverfahren die Nachweiserleichterungen der §§ 26 Abs. 4, 24 Abs. 6 WEG entsprechend gelten sollten (BayObLGZ 1961, 392; OLG München ZWE 2017, 93 Rn. 15 ff.; Weber, Kap. 5 Rn. 248; Bärmann/Becker, WEG, 14. Aufl. 2018, § 26 Rn. 313a), nach Inkrafttreten des WEMoG – entgegen der jüngst vom KG mit Beschl. v. 30.1.2025 (BeckRS 2025, 2251 Rn. 15) geäußerten Auffassung – dem Grunde nach überholt sein, da hiernach der *Zustimmungsbeschluss* eben nur für das Innenverhältnis maßgeblich ist, während dem Grundbuchamt ausschließlich die diesen Beschluss im Außenverhältnis umsetzende Erklärung des Verwalters (im Falle des § 9b Abs. 1 S. 1 WEG) oder sämtlicher Wohnungseigentümer (im Falle des § 9b Abs. 1 S. 2 WEG) nachzuweisen ist.

Für diejenigen Fälle, in denen in der Vergangenheit (nach Inkrafttreten des WEMoG) Eigentumsumschreibungen von den Grundbuchämtern vollzogen wurden, obwohl nur der *Zustimmungsbeschluss* und gerade nicht die erforderliche *Zustimmungserklärung* nachgewiesen wurde, dürften sich in materiell-rechtlicher Hinsicht kaum Probleme ergeben. Denn die Zustimmungserklärung bedarf materiell-rechtlich keiner

Form und kann auch konkludent erfolgen. In der Regel wird man spätestens im ersten Kontakt des Verwalters mit dem Erwerber, bei dem der Erwerber als (neuer) Wohnungseigentümer behandelt wird (z. B. bei Zusendung einer Abrechnung), eine entsprechende konkludente Zustimmungserklärung erblicken können. Entsprechendes dürfte gelten für die Fälle der verwalterlosen Gemeinschaft, in der Verwaltungsaufwand besteht, denn auch in diesen Konstellationen müssen früher oder später anderweitige, *mit der Mehrheit der Stimmen gefasste* Beschlüsse – beispielsweise betreffend die Anstellung eines Hausmeisters – im Außenverhältnis *von allen Eigentümern* umgesetzt werden – im Beispiel durch Abschluss des entsprechenden Vertrags zwischen der GdWE und dem Hausmeister –, worin sodann ebenfalls regelmäßig eine konkludente Zustimmung gegenüber dem dabei mitwirkenden Erwerber gesehen werden kann. Das Risiko unerkannter Unwirksamkeit nach § 12 Abs. 3 S. 1 WEG dürfte damit u. E. praktisch sehr gering sein.

5. Ergebnis

Ein vor dem 1.12.2020 vereinbarter Zustimmungsvorbehalt i. S. d. § 12 Abs. 1 WEG, wonach die Veräußerung eines Wohnungseigentums der „Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer“ bedarf, ist nach der überzeugenden Rechtsprechung des BGH nach Maßgabe des § 47 WEG regelmäßig dahingehend auszulegen, dass die **Erteilung der Zustimmung** eine Maßnahme der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums i. S. d. § 18 Abs. 1 WEG darstellt, für die gem. § 18 Abs. 1 WEG nunmehr ausschließlich die **GdWE zuständig** ist. Die **interne Willensbildung** obliegt dem Organ „**Gesamtheit der Wohnungseigentümer**“, sodass dieses Organ gem. §§ 19 Abs. 1, 25 Abs. 1 WEG mit der **Mehrheit** der abgegebenen Stimmen über die Zustimmungserteilung bzw. -verweigerung **beschließen kann**. Ein solcher Beschluss bedarf allerdings noch der **Umsetzung im Außenverhältnis**, d. h. der **Erklärung der Zustimmung** bzw. deren Verweigerung gegenüber dem Veräußerer oder Erwerber. Hierfür ist nach § 9b Abs. 1 S. 1 WEG grundsätzlich das Organ „**Verwalter**“ zuständig. Hat die Gemeinschaft keinen Verwalter, müssen gem. § 9b Abs. 1 S. 2 WEG die **Wohnungseigentümer als Gesamtvertretungsberechtigte** die Zustimmung bzw. deren Verweigerung durch gemeinsames, nicht notwendigerweise gleichzeitiges Handeln erklären, wobei sie auch einen oder mehrere Wohnungseigentümer (als Gesamtvertreter) ermächtigen können.

BGB §§ 1132, 1191, 1193 Abs. 2 S. 2; GBO § 5

Nachverpfändung eines Grundstücks; Entstehen einer Gesamtgrundschuld mit unterschiedlichen Fälligkeitsregelungen; anschließende Vereinigung der Grundstücke

I. Sachverhalt

Zwei nebeneinander liegende Grundstücke sollen vereinigt werden. Auf einem Grundstück ist eine Grundschuld eingetragen, die vor dem Jahre 2008, also vor Inkrafttreten des heutigen § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB bestellt wurde. Zum Zwecke der Grundstücksvereinigung wurde zunächst das zweite Grundstück nachverpfändet mit der Maßgabe, dass für das nachverpfändete Grundstück das Grundschuldkapital erst nach Kündigung i. S. v. § 1193 Abs. 1 BGB fällig wird. Das Grundbuchamt (in Rheinland-Pfalz) weigert sich nun wegen der unterschiedlichen Fälligkeit der Grundschuld, die grundbuchliche Vereinigung der beiden Grundstücke zu vollziehen.

II. Frage

Steht die unterschiedliche Fälligkeit der (Gesamt-)Grundschuld einer Grundstücksvereinigung i. S. v. § 890 Abs. 1 BGB entgegen mit der Folge, dass die Fälligkeit der „alten“ Grundschuld unter Mitwirkung der Gläubigerin an den heutigen § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB angepasst werden muss?

III. Zur Rechtslage

1. Nachverpfändung eines Grundstücks mit einer vor Inkrafttreten des sog. Risikobegrenzungsgesetzes bestellten Grundschuld

Nach § 1193 Abs. 1 S. 1 BGB wird das Kapital der Grundschuld erst nach Kündigung fällig. In der Vergangenheit, d. h. vor Inkrafttreten des sog. Risikobegrenzungsgesetzes vom 12.8.2008, war es in der notariellen Praxis allerdings üblich, von der Dispositionsmöglichkeit des § 1193 Abs. 2 S. 1 BGB Gebrauch zu machen und auf materiell-rechtlicher Ebene zu regeln, dass das Grundschuldkapital sofort fällig ist. Eine derartige inhaltliche Ausgestaltung von Grundschulden findet seit Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes regelmäßig nicht mehr statt, denn mit diesem Gesetz wurde § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB neu gefasst. Hiernach ist bei Grundschulden, die der Sicherung einer Geldforderung dienen, die Vereinbarung einer sofortigen Fälligkeit oder einer

Kündigungsfrist von weniger als sechs Monaten nicht mehr zulässig. Das Gesetz wurde am 18.8.2008 verkündet (BGBl. I 2008, S. 1666) und trat bezüglich der Änderungen im BGB am 19.8.2008 in Kraft. Nach der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 18 Abs. 3 EGBGB gilt die Neuregelung des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB für solche Sicherungsgrundschulden, die nach dem Tag des Inkrafttretens dieses Gesetzes, also nach dem 19.8.2008, bestellt worden sind bzw. bestellt werden.

Die Neufassung des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB steht allerdings nicht der Möglichkeit entgegen, eine „alte“ Grundschuld auf ein weiteres Grundstück zu erstrecken (sog. Nachverpfändung). Dies hat der **BGH** ausdrücklich entschieden (BGH FGPrax 2010, 221). Nach Ansicht des Gerichts entsteht durch die Nachverpfändung eine **Gesamtgrundschuld mit unterschiedlichen Fälligkeitsregelungen**, wobei das Grundbuchamt hinsichtlich des nachverpfändeten Grundstücks (hinzukommender Belastungsgegenstand) erwägen müsse, die von der ursprünglichen Grundschuld abweichende Fälligkeit durch einen Klarstellungsvermerk kenntlich zu machen, wenn die abweichende Fälligkeit aus der Eintragungsbewilligung nicht ersichtlich sei (vgl. BGH FGPrax 2010, 221 Rn. 20 ff.; FGPrax 2014, 101; Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 48 Rn. 10; MünchKommBGB/Lieder, 9. Aufl. 2023, § 1193 Rn. 9).

2. Keine Besorgnis der Verwirrung bei Vereinigung der mit einer solchen Gesamtgrundschuld belasteten Grundstücke

Mit der Frage, ob eine anschließende Vereinigung der Belastungsgegenstände gem. § 890 Abs. 1 BGB zu einer Verwirrung i. S. v. § 5 Abs. 1 S. 1 GBO führen würde, hat sich die Rechtsprechung allerdings – soweit ersichtlich – noch nicht befasst.

Nach **§ 5 Abs. 1 S. 1 u. 2 GBO** soll ein Grundstück nur dann mit einem anderen Grundstück vereinigt werden, wenn hiervon **Verwirrung nicht zu besorgen** ist (zum Begriff der Verwirrung vgl. BR-Drucks. 794/12, S. 21; BeckOK-GBO/Kral, Std.: 1.3.2025, § 5 Rn. 29 m. w. N). Eine **Vereinigung soll insbesondere dann unterbleiben**, wenn die Grundstücke im Zeitpunkt der Vereinigung mit **unterschiedlichen Grundpfandrechten oder Reallasten**, oder mit denselben Grundpfandrechten oder Reallasten **in unterschiedlicher Rangfolge** belastet sind. Im

Falle der Belastung der zu vereinigenden Grundstücke mit unterschiedlichen Verwertungsrechten oder einer unterschiedlichen Rangfolge derselben kann dies zu erheblichen Schwierigkeiten im Zwangsversteigerungsverfahren führen (vgl. BR-Drucks. 794/12, S. 22), weshalb der Gesetzgeber vor einigen Jahren die Bestimmung des heutigen § 5 Abs. 1 S. 2 GBO eingeführt hat (vgl. Gesetz zur Einführung eines Datenbankgrundbuchs (DaBaGG) v. 1.10.2013, BGBl. I 2013, S. 3719).

Im vorliegenden Fall dient die Nachverpfändung der Herstellung einer „gleichen“ Belastungssituation (vgl. insbesondere § 19 Abs. 1 S. 2 AGBGB RP). Es stellt sich dennoch die Frage, ob angesichts des Umstands, dass die Gesamtgrundschuld in Ansehung ihrer Fälligkeit keinen einheitlichen Inhalt hat, eine Besorgnis der Verwirrung anzunehmen ist. Nach unserem Dafürhalten ist diese Frage zu verneinen, d. h. im Falle der Grundstücksvereinigung ist eine Verwirrung nicht zu besorgen.

a) Schicksal einer Gesamtgrundschuld, wenn sich anschließend sämtliche Belastungsgegenstände zu einem einzigen Grundstück (im Rechtsinne) vereinigen

aa) H. M.: Fortbestehen eines Gesamtgrundpfandrechts

Die Vereinigung der Grundstücke wirkt nur **mit Wirkung für die Zukunft** (vgl. Staudinger/Picker, 2025, § 890 Rn. 33). Demzufolge werden die an den beteiligten Grundstücken bereits bestehenden Belastungen von der Vereinigung nicht berührt. Insbesondere behält nach h. M. ein **Gesamtgrundpfandrecht** seine Rechtsnatur bei, d. h. es **verwandelt sich** trotz der Vereinigung der belasteten Grundstücke **nicht in ein Einzelrecht am vereinigten Grundstück** (vgl. OLG Karlsruhe OLGE 39, 223; Staudinger/Picker, § 890 Rn. 34 m. w. N.; MünchKommBGB/Lettmaier, 9. Aufl. 2023, § 890 Rn. 13; Böttcher, in: Meikel/Böttcher, GBO, 12. Aufl. 2021, § 5 Rn. 86; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 624).

Konsequenterweise steht dem **Gläubiger** auch weiterhin das **Wahlrecht gem. § 1132 Abs. 1 S. 2 BGB** zu, d. h. es bleibt ihm unbenommen, die – aus seiner Sicht fortbestehenden – ursprünglichen Belastungsgegenstände getrennt zu verwerten. *Dietz* ist daher zuzustimmen, wenn er mit Blick auf die Entscheidung des BGH vom 10.6.2010 (FGPrax 2010, 221 = DNotZ 2010, 683), in der das Gericht die Zulässigkeit einer Gesamtgrund-

schuld mit unterschiedlichen Fälligkeitsregelungen anerkannt hat, ausführt (DNotZ 2010, 686, 688; in diesem Sinne auch Waldner, MittBayNot 2011, 59, 60):

„c) Neben der Frage, wie Gesamtrechte bisher behandelt wurden, war aber auch die Funktion dieser Rechte als Verwertungsrecht in die Überlegung miteinzubeziehen: Eine unterschiedliche Fälligkeit wäre jedenfalls dann abzulehnen, wenn sie bei der Realisierung der Ansprüche im Wege der Zwangsversteigerung nicht lösbare Probleme mit sich brächte. Schon das Wahlrecht des Gläubigers aus § 1132 Abs. 1 Satz 2 BGB, welche der mit dem Gesamtrecht belasteten Pfandobjekte er zur Verwertung bringt, macht deutlich, dass der Gesamtbelastung gerade keine einheitliche Verwertung folgen muss, also unabhängig von den Anforderungen an die Einheitlichkeit des Gesamtrechts die Verwertung der einzelnen Pfandobjekte auch in unterschiedlichen Ausgeboten denkbar ist. Ein Gesamtrecht mit unterschiedlichen Fälligkeiten begrenzt die Wahlfreiheit des Gläubigers lediglich dahingehend, dass für eine Verwertung des jeweiligen Pfandobjekts die Fälligkeit hinsichtlich dieses individuellen Pfandobjekts gegeben sein muss. Vorher ist eine Vollstreckung in dieses Pfandobjekt unzulässig. Soll also eine Verwertung der Pfandobjekte durch einheitliches Ausgebot erreicht werden, muss durch etwa erforderliche Kündigungen die Fälligkeit des Gesamtrechts hinsichtlich aller Pfandobjekte herbeigeführt werden.“

Unter Zugrundelegung der h. M., wonach die Grundstücksvereinigung nur *ex-nunc*-Wirkung entfaltet und sich demzufolge die Rechtsnatur eines bereits zuvor an den beteiligten Grundstücken bestehenden Gesamtgrundpfandrechts durch die Vereinigung nicht ändert, offenbart sich, dass das Ansinnen des Grundbuchamts jedenfalls mit Blick auf § 5 Abs. 1 S. 1 u. S. 2 GBO nicht gerechtfertigt sein kann. Denn auch dann, wenn die vom Grundbuchamt verlangte Vereinheitlichung der Fälligkeit der Grundschuld stattfinden würde, hätte dies auf die zuvor beschriebenen Möglichkeiten der Zwangsvollstreckung durch den Gläubiger, insbesondere sein Wahlrecht gem. § 1132 Abs. 1 S. 2 BGB, keinerlei Auswirkungen.

Eine **Besorgnis der Verwirrung lässt sich auch nicht damit begründen**, dass nach der Vereinigung der Grundstücke (und ihrer ggf. später nachfolgenden katastermäßigen Verschmelzung) der jeweilige **ursprüngliche Belastungsgegenstand nicht mehr festgestellt** werden könnte.

Insoweit gelten vielmehr die Überlegungen des BGH in seiner Entscheidung vom 24.11.2005 (MittBayNot 2006, 227, 228) fort, die ihre Überzeugungskraft durch die Neufassung des § 5 Abs. 1 GBO nicht eingebüßt haben:

„bb) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts ist der Antrag auch nicht deshalb zurückzuweisen, weil sich der Grundstücksteil, auf dem das Grundpfandrecht der Gläubigerin lastet, nicht mehr aus dem Grundbuch feststellen ließe und es dem Vollstreckungstitel deshalb an der erforderlichen Bestimmtheit fehlte.

Richtig ist zwar, dass die Zwangsvollstreckung in einen Grundstücksteil im Allgemeinen voraussetzt, dass dieser katastermäßig ein Flurstück darstellt (Meikell/Böttcher, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 5 Rdnr. 81). Ihren Grund hat dieses Erfordernis in dem Bestimmtheitsgrundsatz des Sachen- und Grundbuchsrechts (vgl. Senat, Urteil vom 2.5.1975, V ZR 131/73, NJW 1975, 1314; Urteil vom 11.7.2003, V ZR 56/02, WM 2004, 230, 231). Er gewährleistet im Zwangsversteigerungsverfahren, dass der Umfang der Gläubigerrechte, die Rechtsstellung des Ersteherers sowie die Änderungen, die an den dinglichen Rechten der Beteiligten eintreten, zweifelsfrei feststellbar sind. Demgemäß muss bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücksteils feststehen, auf welche Bodenfläche sich die Rechte des betreibenden Gläubigers beziehen.

Keine Schwierigkeiten treten in dieser Hinsicht auf, wenn der im Vollstreckungstitel als belastet bezeichnete Grundstücksteil seine rechtliche Selbständigkeit infolge einer Vereinigung gemäß § 890 BGB zwar verloren hat, er jedoch – weil eine katastermäßige Verschmelzung mit den anderen Flurstücken, aus denen sich das vereinigte Grundstück zusammensetzt, nicht stattgefunden hat – weiterhin als Flurstück besteht (vgl. KG, NJW-RR 1989, 1360). Da im Bestandsverzeichnis des neuen Grundstücks auf die früheren, nunmehr geröteten Eintragungen verwiesen wird, lässt sich durch Vergleich der Flurstücksnummern weiterhin aus dem Grundbuch feststellen, auf welcher Bodenfläche das Grundpfandrecht lastet (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2000, 608; Wendt, Rpfleger 1983, 192).

Nichts anderes gilt, wenn der Grundstücksteil, in den vollstreckt werden soll, nach einer Verschmelzung zwar nicht mehr als Flurstück existiert, seine Benennung und Feststellung aber anhand der alten Grundbuchbezeichnung, mit der zugleich auf die

katastermäßige Vermessung des alten Flurstücks Bezug genommen wird, noch möglich ist. Ist die Einzelbelastung des Grundstücksteils weiterhin aus dem Grundbuch ersichtlich und lässt sich daraus auch die Rangfolge der Belastungen entnehmen, ist der Flächenabschnitt, auf den sich das Recht des betreibenden Gläubigers bezieht, katastermäßig und damit in einer dem Bestimmtheitsgebot genügenden Weise feststellbar (so zutreffend Stöber, MittBayNot 2001, 281, 284 f.). So verhält es sich auch hier. Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts ergibt sich aus dem Bestandsverzeichnis des neu gebildeten Grundstücks, dass es durch Verschmelzung der Flurstücke 245/4, 245/7 und 245/8 entstanden ist. Weiterhin ist ersichtlich, dass die Grundschuld der Gläubigerin auf dem Teil des einheitlichen Grundstücks (245/11) lastet, welcher dem früheren Flurstück 245/4 entspricht, und dass dieses Recht allen anderen am Grundstück bestehenden Grundpfandrechten im Rang vorgeht.“

Vor dem Hintergrund, dass **aus dem Grundbuch das Schicksal des jeweiligen Belastungsgegenstandes** (beispielsweise, dass er zu einem nicht wesentlichen Bestandteil eines vereinigten Grundstücks geworden ist) **stets nachvollzogen werden kann**, ist eine **spätere Zwangsvollstreckung in den ursprünglichen Belastungsgegenstand möglich**. An dem Umstand, dass das Nachvollziehen dieser Historie mit Aufwand verbunden sein kann, würde sich auch durch die vom Grundbuchamt verlangte einheitliche Fälligkeitsregelung des Gesamtgrundpfandrechts nicht ändern. Um eine getrennte Zwangsvollstreckung der ursprünglichen Belastungsgegenstände zu verhindern, müsste man vielmehr entgegen der h. M. davon ausgehen, dass sich das Gesamtrecht mit der Vereinigung sämtlicher belasteten Grundstücke *ipso iure* in ein Einzelrecht am vereinigten Grundstück wandelt.

Schlussendlich darf nicht übersehen werden, dass § 5 Abs. 1 S. 2 GBO eine Besorgnis der Verwirrung zwar dann annimmt, wenn die an der Vereinigung beteiligten Grundstücke **mit „unterschiedlichen Grundpfandrechten“** (Plural!) belastet sind. Eine **Gesamtgrundschuld** ist allerdings nur eine **einzig Grundschuld**, d. h. es besteht keine Mehrzahl an Grundschulden, sondern lediglich eine Mehrzahl an Belastungsgegenständen. Mit den eingangs genannten Entscheidungen hat der BGH ausdrücklich anerkannt, dass eine (einzig) Gesamtgrundschuld unterschiedliche Fälligkeiten haben kann.

bb) A. A.: Änderung der Rechtsnatur in ein Einzelrecht am vereinigten Grundstück

Hilfsweise soll der Frage nachgegangen werden, ob sich an der rechtlichen Beurteilung etwas ändert, wenn man mit der **Gegenansicht** davon ausgeht, dass sich ein Gesamtgrundpfandrecht infolge der Vereinigung der Belastungsgegenstände *ipso iure* in ein **Einzelrecht am vereinigten Grundstück** umwandelt.

Doch auch unter Zugrundelegung dieser Rechtsansicht würde jedenfalls die Bestimmung des **§ 5 Abs. 1 GBO** der beantragten **Vereinigung der Grundstücke nicht entgegenstehen**, denn im Falle eines Einzelrechts am vereinigten Grundstück kann eine Besorgnis der Verwirrung per se nicht bestehen. Die Änderung der Rechtsnatur würde lediglich dazu führen, dass der Gläubiger fortan nicht mehr von seinem Wahlrecht gem. § 1132 Abs. 1 S. 2 BGB Gebrauch machen und demzufolge **nur noch das vereinigte Grundstück verwerten** kann. Aus der Sicht des Zwangsvollstreckungsrechts ist die Verwertung des vereinigten Grundstücks aufgrund eines in ein Einzelrecht verwandelten Gesamtgrundpfandrechts indes nicht anders zu beurteilen als das einheitliche Ausgebot sämtlicher ursprünglicher Belastungsgegenstände durch den Gläubiger einer Gesamtgrundschuld. M. a. W.: Aus der Sicht des Vollstreckungsrechts ist es gleichgültig, ob die betroffenen Grundstücke vereinigt sind oder nicht (zum Kündigungserfordernis bei einem einheitlichen Ausgebot s. oben).

b) Vermeintlich abweichende Kommentaran-sicht

In einem (vermeintlichen) Widerspruch zu der hier vertretenen Rechtsauffassung stehen die Ausführungen von *Böttcher* in seiner aktuellen Kommentierung zu § 5 GBO (in: Meikel/Böttcher, GBO, 12. Aufl. 2021). Dort führt er u. a. aus, dass die **Vereinigung von Grundstücken unter gleichzeitiger Pfanderstreckung** des Altrechts auf den neuen Grundstücksteil **zur Entstehung eines Einzelrechts** am vereinigten Grundstück führe. Das Einzelrecht könne nur einen einheitlichen Inhalt haben, und zwar auch hinsichtlich der Fälligkeit. Demzufolge müsse vor Eintragung der Pfanderstreckung die Fälligkeitsregelungen der „alten“ Grundschuld an § 1193 Abs. 1, Abs. 2 S. 2 BGB angepasst werden, wofür eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich sei (*Böttcher*, § 5 Rn. 86).

Andererseits vertritt *Böttcher* im **Einklang mit der vorgenannten h. M. zum Schicksal eines Gesamtgrundpfandrechts im Falle der Grundstücksvereinigung** die Rechtsauffassung, dass eine **Zwangsvollstreckung**, insbesondere eine Zwangsversteigerung in ein früheres Einzelgrundstück, **auch nach der Grundstücksvereinigung möglich** sei, und zwar als gesonderte Vollstreckung in diesen Grundstücksteil. Hierzu sei der katastermäßige Fortbestand des ursprünglichen Belastungsgegenstands nicht erforderlich. Seien die ursprünglichen Grundstücke auch katastermäßig verschmolzen worden, so werde diese katastermäßige Verschmelzung im Rahmen der Zwangsversteigerung durch Neuvermessung wieder rückgängig gemacht. Erfolge die Zwangsversteigerung eines realen Grundstücksteils, könne die grundbuchliche Abschreibung zwar grds. nur auf Antrag des Eigentümers erfolgen; gegen seinen Willen sei dies allerdings nach Rechtskraft des Zuschlags in Ausführung des Grundbuchsersuchens (§ 130 ZVG) möglich (notwendige Teilung). Lediglich aus einem nach der Grundstücksvereinigung eingetragenen Recht könne die Zwangsversteigerung oder Zwangsvollstreckung nur bezüglich des gesamten Grundstücks erfolgen (*Böttcher*, § 5 Rn. 88).

Nach unserem Dafürhalten lassen sich die Ausführungen von *Böttcher* nur dann widerspruchsfrei verstehen, wenn man unterstellt, er gehe im Falle der Vereinigung „unter gleichzeitiger Pfanderstreckung auf den neuen Grundstücksteil“ (Rn. 86) davon aus, dass zuerst der Antrag auf Vereinigung (Antrag Nr. 1) und anschließend der Antrag auf Pfanderstreckung (Antrag Nr. 2) gestellt wird. In diesem Fall entsteht quasi eine juristische Sekunde zuvor das vereinigte Grundstück, das ab diesem Moment nur noch mit einem Einzelrecht am vereinigten Grundstück belastet werden kann. In diesem Fall ist die Entstehung eines Gesamtgrundpfandrechts denklogisch ausgeschlossen. Unseres Erachtens übersieht *Böttcher* allerdings, dass zuerst der Antrag auf Nachverpfändung (Antrag Nr. 1) gestellt werden muss, damit der spätere Antrag auf Vereinigung (Antrag Nr. 2) überhaupt vollzugsfähig ist; anderenfalls stünde der Vereinigung die Bestimmung des § 5 Abs. 1 S. 2 GBO entgegen. Sinnvollerweise wird also zuerst der Antrag auf Pfanderstreckung gestellt, um zu verhindern, dass die beteiligten Grundstücke mit „*unterschiedlichen Grundpfandrechten*“ (so der Wortlaut des § 5 Abs. 1 S. 2 GBO) belastet sind, und sodann der Antrag auf Vereinigung. In diesem Fall entsteht allerdings

eine juristische Sekunde vor der Vereinigung ein Gesamtrecht an den ursprünglichen Grundstücken. Dieses Gesamtgrundpfandrecht kann nach Ansicht des BGH in Ansehung der (ursprünglichen) Belastungsgegenstände unterschiedliche Fälligkeitsregelungen haben. Unlösbare Schwierigkeiten sind hierdurch im Falle einer späteren Zwangsvollstreckung nicht gegeben, wie *Böttcher* selbst (in Rn. 88) zutreffend ausführt.

3. Ergebnis

Im Ergebnis gehen wir daher davon aus, dass das Ansinnen des Grundbuchamts nur dann gerechtfertigt wäre, wenn zunächst der Antrag auf Vereinigung (Antrag Nr. 1) und sodann der Antrag auf Pfanderstreckung (Antrag Nr. 2) gestellt worden wäre. Diese Reihenfolge wäre allerdings mit Blick auf § 5 Abs. 1 S. 2 GBO nicht zweckmäßig. Zur Vermeidung der Besorgnis der Verwirrung wäre zuerst die Pfanderstreckung und sodann die Grundstücksvereinigung zu beantragen. In diesem Fall entsteht eine juristische Sekunde vor der Vereinigung der Belastungsgegenstände ein Gesamtgrundpfandrecht an diesen. Die Gesamtgrundschuld kann nach höchstrichterlicher Rechtsprechung in Ansehung einzelner Belastungsgegenstände unterschiedliche Fälligkeiten haben. Das Gesamtrecht bereitet auch im Falle einer späteren Zwangsversteigerung keine unlösbaren Schwierigkeiten. Dies gilt selbst dann, wenn man mit der Mindermeinung davon ausgeht, dass sich das Gesamtgrundpfandrecht infolge der Grundstücksvereinigung in ein Einzelrecht am vereinigten Grundstück verwandelt. Aus der Sicht des Zwangsvollstreckungsrechts ist die Verwertung des vereinigten Grundstücks aufgrund eines in ein Einzelrecht verwandelten Gesamtgrundpfandrechts nicht anders zu beurteilen als das einheitliche Ausgebot sämtlicher ursprünglichen Belastungsgegenstände durch den Gläubiger einer Gesamtgrundschuld.

BGB §§ 1752, 1767, 1770 Zulässigkeit der (Volljährigen-)Adoption zweier Eheleute durch ein anderes Ehepaar

I. Sachverhalt

Ein Ehepaar (geb. 1965 und 1967) wünscht die Volljährigenadoption eines anderen Ehepaares (geb. 1984 und 1986), zu dem ein echtes Eltern-Kind-Verhältnis entstanden ist. Dieses Verhältnis ist zu beiden Anzunehmenden und deren vier

Kindern entstanden und wird gelebt. Den Beteiligten ist bewusst, dass es sich um zwei Annahmevergänge handelt, die rechtlich nicht verbunden sind.

II. Fragen

1. Ist die Annahme eines Ehepaars durch die gleichen Annehmenden zulässig, da hierdurch zwischen den anzunehmenden Eheleuten kraft Gesetzes ein Geschwisterverhältnis entstehen würde?

2. Können die Anträge dergestalt miteinander verknüpft werden, dass eine gleichlautende Annahmeentscheidung des Gerichts über beide Anträge der anzunehmenden Eheleute sichergestellt werden kann?

III. Zur Rechtslage

1. Wirkungen einer Volljährigenadoption

Die Annahme eines Volljährigen erfolgt grundsätzlich **mit sog. „schwacher Wirkung“ gem. § 1770 BGB**. Zwar wird dadurch zwischen dem Annehmenden und dem Adoptierten ein rechtliches Eltern-Kind-Verhältnis hergestellt (§§ 1767 Abs. 2, 1754 Abs. 1, 2 BGB), jedoch erstrecken sich die Wirkungen der Annahme nicht auf die Verwandten des Annehmenden (§ 1770 Abs. 1 S. 1 BGB). Zudem werden die Rechte und Pflichten aus dem Verwandtschaftsverhältnis des Angenommenen und seiner Abkömmlinge zu ihren Verwandten durch die Annahme grundsätzlich nicht berührt (§ 1770 Abs. 2 BGB).

Ausnahmsweise kann die Adoption eines Volljährigen gem. § 1772 BGB mit den Wirkungen der Annahme eines Minderjährigen erfolgen, sodass der Angenommene wie im Fall der Minderjährigenadoption gem. §§ 1754, 1755 Abs. 1 S. 1 BGB einerseits vollständig in die Verwandtschaft des Annehmenden integriert und andererseits vollständig aus den Verwandtschaftsbeziehungen zu den bisherigen Verwandten gelöst wird. Für eine solche Adoption **mit „starken Wirkungen“** müssen die Voraussetzungen der in § 1772 Abs. 1 BGB genannten Fallgruppen erfüllt sein. Nach dem mitgeteilten Sachverhalt ist nicht ersichtlich, dass die **besonderen Voraussetzungen des § 1772 BGB** erfüllt sind und die Beteiligten jeweils eine Volljährigenadoption mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption wünschen. Den nachfolgenden Ausführungen wird daher zugrunde gelegt, dass eine „normale“ **Volljährigenadoption mit schwachen Wirkungen gem. §§ 1767, 1770 BGB angestrebt** wird.

Eine „normale“ Volljährigenadoption hätte gem. §§ 1767 Abs. 2 S. 1, 1754 Abs. 1 BGB zur Folge, dass die Angenommenen jeweils die **rechtliche Stellung eines gemeinschaftlichen Kindes** der Ehegatten erhalten. Ferner würden die Kinder der Angenommenen zu Enkeln der Annehmenden werden (BeckOGK-BGB/Löhnig, Std.: 1.2.2025, § 1770 Rn. 7, 11; jurisPK-BGB/Heiderhoff, 10. Aufl. 2023, § 1770 Rn. 3; MünchKommBGB/Maurer, 9. Aufl. 2024, § 1770 Rn. 11 f.).

Jedoch verhindert § 1770 Abs. 1 S. 1 BGB das Entstehen einer Verwandtschaftsbeziehung des Angenommenen zu den Verwandten des Annehmenden. Daraus ist abzuleiten, dass der Angenommene und weitere Kinder des Annehmenden **rechtlich nicht zu Geschwistern werden** (OLG Köln BeckRS 2019, 11901 Rn. 6; OLG Naumburg BeckRS 2015, 10355 Rn. 14; BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1770 Rn. 7; jurisPK-BGB/Heiderhoff, § 1770 Rn. 2; MünchKommBGB/Maurer, § 1770 Rn. 8). Ebenso werden **mehrere Volljährige, die von derselben Person angenommen werden, nicht infolge der Annahme miteinander verwandt**, sofern sie nicht bereits vor der Annahme miteinander verwandt waren (BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1770 Rn. 8; Grüneberg/Götz, BGB, 83. Aufl. 2024, § 1770 Rn. 1; MünchKommBGB/Maurer, § 1770 Rn. 8; Soergel/Liermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1770 Rn. 5).

2. Zulässigkeit der Annahme beider Ehegatten

a) Aus den aufgezeigten Grundsätzen zu den begrenzten Wirkungen der Volljährigenadoption mit schwachen Wirkungen gem. § 1770 Abs. 1 BGB wurde in Rechtsprechung und Literatur wiederholt die Schlussfolgerung gezogen, dass es der sittlichen Rechtfertigung einer Annahme grundsätzlich nicht entgegensteht, wenn **zwei Eheleute von einer Einzelperson oder Ehegatten gemeinsam adoptiert** werden sollen, sofern zwischen dem bzw. den Annehmenden und beiden anzunehmenden Eheleuten jeweils ein Eltern-Kind-Verhältnis entstanden ist (OLG Hamburg BeckRS 2019, 39354 Rn. 18; AG Backnang BeckRS 1999, 30956888; Bundesverband der Standesbeamten, StAZ 1983, 106; Erman/Saar, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1767 Rn. 6a; Müller-Engels, in: Müller-Engels/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira, Adoptionsrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2020, Rn. 99, 116 f.; Prang, StAZ 1982, 111). Dies könne schon darauf zurückgeführt werden, dass die **angenommenen Eheleute infolge ihrer Adoption nicht zu Geschwistern** werden (Prang, StAZ 1982, 111).

Ferner führt das OLG Hamburg in seinem Beschl. v. 2.7.2019 (BeckRS 2019, 39354 Rn. 18, Hervorhebungen i. F. durch das DNotI) Folgendes zur Begründung aus:

*„Auch die Ehe der Beteiligten zu 1) und 2) steht der Adoption nicht entgegen. Zwar wäre eine Ehe zwischen biologischen Geschwistern ausgeschlossen, jedoch gehen die **Regeln der Erwachsenenadoption, wie bereits erörtert, auch in anderer Hinsicht über die Nachbildung biologischer Eltern-Kind-Beziehungen hinaus**, indem etwa die Begründung von Familien mit mehr als zwei Elternteilen zugelassen wird. Daher spricht im Grundsatz nichts dagegen, auch die Adoption beider Partner einer Ehe zuzulassen, wenn – wie hier – gegenüber beiden ein Eltern-Kind-Verhältnis entstanden ist. Die Beteiligte zu 3) hat im Rahmen ihrer Anhörung plausibel gemacht, dass sie sowohl zum Beteiligten zu 1) wie zum Beteiligten zu 2) eine sehr enge Bindung entwickelt hat und ihr eine Differenzierung in der Weise, dass sie nur einen der Beteiligten adoptiert und den anderen als Schwiegersohn ansieht, nicht möglich ist. Zwar ist nicht zu leugnen, dass die Beteiligte zu 3) im Fall einer Trennung der Beteiligten zu 1) und 2) in einen Loyalitätskonflikt geraten könnte. Jedoch **nimmt das Adoptionsrecht die Gefahr solcher Loyalitätskonflikte auch an anderer Stelle (etwa bei der gemeinschaftlichen Adoption eines Kindes durch ein sich später trennendes Ehepaar) hin.**“*

b) Die geschilderte Konstellation unterscheidet sich u. E. auch deutlich von der Problematik der **Adoption eines Schwiegerkindes durch seine Schwiegereltern**. Diese wird im Schrifttum eher kritisch gesehen, da die enge Beziehung zwischen den Beteiligten meist vom Bestand der vermittelnden Ehe abhängig sei. Ein derartiges „bedingtes“ Eltern-Kind-Verhältnis würde jedoch nicht den Voraussetzungen des § 1767 BGB genügen (ausf. Gutachten DNotI-Report 2009, 75 ff. m. w. N.). Eine Ausnahme wird nur dann angenommen, wenn die Schwägerschaftsbeziehung die Ehe überdauert hat und infolgedessen eine vom leiblichen Kind des Annehmenden unabhängige Beziehung zwischen den Beteiligten entstanden ist (OLG Köln BeckRS 2019, 11901 Rn. 3 m. w. N.; BeckOK-BGB/Pöcker, Std.: 1.2.2025, § 1767 Rn. 5.1).

Im vorliegenden Fall ließe sich gegen das Bestehen eines Eltern-Kind-Verhältnisses jedenfalls gerade nicht einwenden, dass das eine oder andere

Verhältnis **nur vom Bestand der Ehe abhängig** und damit gewissermaßen bedingt ist. Es ist vielmehr nicht auszuschließen, dass zu beiden Beteiligten ein gleich starkes Verhältnis entstanden ist, das auch eine etwaige Trennung der Beteiligten überdauern könnte. Aus unserer Sicht lässt sich damit nicht zwingend infrage stellen, dass zwischen den Beteiligten ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden und die Annahme insoweit sittlich gerechtfertigt sein kann.

c) Dennoch ist die vorgenannte Auffassung (s. o. lit. a) nicht unwidersprochen geblieben. Einige Vertreter im Schrifttum erachten die **gemeinsame Annahme von Ehegatten als unzulässig**. Nachdem es den natürlichen Verwandtschaftsverhältnissen widerstreite, wenn Ehegatten infolge ihrer Annahme zu Adoptivgeschwistern werden, lasse sie sich nur schwer mit einem Eltern-Kind-Verhältnis in Übereinstimmung bringen (Erman/Teklote, BGB, 17. Aufl. 2023, § 1767 Rn. 6a; Staudinger/Helms, 2023, § 1767 Rn. 29).

Diesem Ansatz ist zuzugeben, dass grundsätzlich angestrebt werden sollte, das künstliche, durch die Adoption vermittelte Verwandtschaftsverhältnis weitestgehend dem natürlichen anzunähern, sodass im Regelfall Adoptionen unterbleiben sollten, die eben keine **Entsprechung im natürlichen Verwandtschaftsverhältnis** finden. Dies schließt es u. E. aber nicht aus, im Einzelfall aufgrund der besonderen Umstände anders zu entscheiden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen ansonsten erfüllt sind. Dies gilt vor allem im Hinblick darauf, dass das Gesetz **kein ausdrückliches Verbot für die Adoption von Ehegatten** enthält.

d) Angesichts der gegensätzlichen Auffassungen und in Ermangelung einer höchstrichterlichen Entscheidung ist die Rechtslage als **ungesichert** einzuordnen. Auch wenn wir zu der erstgenannten Auffassung tendieren und dementsprechend davon ausgehen, dass grundsätzlich eine Adoption beider Ehegatten ausgesprochen werden könnte, kommt es zudem stets darauf an, ob das Familiengericht unter Würdigung der Gesamtumstände des Einzelfalls von einer **sittlichen Rechtfertigung der jeweiligen Annahme** ausgehen wird.

3. Bemerkung zur weiteren Verfahrensgestaltung; Verknüpfung der Anträge

Nachdem es sich bei den angestrebten Annah-

men des Mannes und der Frau um zwei gesonderte Adoptionsverfahren handelt, müssen auch **zwei Adoptionsanträge** gestellt werden. In der Regel werden diese in **mehreren Urkunden** niedergelegt. Insoweit ist denkbar, dass die Anträge entweder gleichzeitig beim Familiengericht eingereicht werden oder dass der zweite Antrag erst gestellt wird, nachdem das Familiengericht über den ersten Antrag entschieden hat.

Auch eine **Zusammenfassung mehrerer Anträge in einer Urkunde** wäre u. E. zulässig. Die Beteiligten sollten allerdings (ggf. nochmals) darüber belehrt werden, dass es sich dennoch um **zwei selbstständige Adoptionsanträge** handelt, über die jeweils selbstständige Adoptionsverfahren zu eröffnen sind und die ihr eigenes rechtliches Schicksal – auch im Hinblick auf die Begründetheit der Anträge und des Ausspruchs der Adoption – zeitigen.

Unabhängig davon, ob die Anträge in einer oder mehreren Urkunden niedergelegt werden, wird das Familiengericht **isoliert prüfen**, ob die Adoption jeweils sittlich gerechtfertigt ist (vgl. § 1767 Abs. 1 BGB).

Offen ist, ob **beide Adoptionsanträge** in ein **Abhängigkeitsverhältnis voneinander gestellt** werden können. Hiergegen könnte sprechen, dass die Anträge bedingungsfeindlich sind (vgl. § 1752 Abs. 2 BGB) und es als unzulässige Bedingung eingeordnet werden könnte, wenn der Antrag des einen anzunehmenden Ehegatten von der Entscheidung über den Adoptionsantrag des anderen Ehegatten abhängig gemacht würde. Andererseits ist anerkannt, dass die Bedingungsfeindlichkeit die Aufnahme von reinen Rechtsbedingungen ebenso wie die von lediglich innerprozessualen Bedingungen nicht ausschließt. Daher dürfte sich insoweit kein Unterschied zu sonstigen prozessualen Bedingungen ergeben, bei denen ein Antrag zulässigerweise in Abhängigkeit von einem anderen Antrag gestellt wird.

Im Hinblick auf die Frage nach der prozessualen Verbindung bleibt im Übrigen anzumerken, dass eine **Rücknahme** der jeweiligen Adoptionsanträge bis zur Wirksamkeit des Adoptionsbeschlusses, also seiner Zustellung an den Annehmenden, jederzeit zulässig ist (BeckOK-BGB/Pöcker, § 1752 Rn. 3, 5). Daher könnte bei Bedarf auch durch Rücknahme des anderen Adoptionsantrags auf die Entwicklung des Parallelverfahrens reagiert werden.

4. Ergebnis

Allein der Umstand, dass die Anzunehmenden verheiratet sind, dürfte u. E. einer parallelen Adoption der Ehegatten durch das annehmende Ehepaar nicht per se entgegenstehen. Entscheidend sind jedoch die konkreten Umstände des Einzelfalls.

In jedem Fall handelt es sich um **getrennte Adoptionsverfahren**, bei denen die Beurteilung des Gerichts hinsichtlich der sittlichen Rechtfertigung der Annahme unterschiedlich ausfallen könnte. Die verfahrensrechtliche Verknüpfung beider Verfahren dürfte zulässig sein; hinreichend geklärt ist die Rechtslage insoweit jedoch nicht.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

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

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

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

Redaktion: Notarassessor Dr. Maximilian Pechtl

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

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

mit DNotI-Report Umfrage

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG § 12 Abs. 1 u. 3; BGB § 130 Abs. 1 u. 2 – Erklärung des beurkundenden Notars über den Zeitpunkt des Eingangs der Verwalterzustimmung

AktG §§ 291, 293 Abs. 3, 295, 304, 305, 307 – Gewinnabführungsvertrag mit einer GmbH; analoge Anwendung des § 307 AktG bei Hinzutreten eines Gesellschafters; Form der Vertragsänderung

EuErbVO Art. 10, 21; EGBGB a. F. Art. 14, 15 – Ukraine: Gesetzliche Erbfolge nach einem nach Deutschland geflüchteten Erblasser; Erbnachweis

BGB §§ 2065, 2104; GBO §§ 22, 51 – Berufung einer noch zu errichtenden Stiftung als Nacherbin; später aufgegebene Errichtungsabsicht; Löschung des Nacherbenvermerks

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG § 12 Abs. 1 u. 3; BGB § 130 Abs. 1 u. 2

Erklärung des beurkundenden Notars über den Zeitpunkt des Eingangs der Verwalterzustimmung

I. Sachverhalt

Am 20.7.2023 wurde ein Kaufvertrag über Wohnungseigentum beurkundet. In der zur Teilungserklärung gehörenden Gemeinschaftsordnung aus dem Jahr 1995 ist festgelegt, dass zur Veräußerung des Wohnungseigentums die Zustimmung des Verwalters erforderlich ist. Die Verwalterzustimmung wurde am 24.7.2023 bei einem anderen Notar (Beglaubigungsnotar) beglaubigt. Das Original der unterschriftsbeglaubigten Erklärung ging aus unbekanntenen Gründen erst

Mitte Oktober 2023 beim Urkundsnotar ein. Die Verwalterbestellung lief am 31.12.2023 ab. Im Januar 2024 wurde der Antrag auf Eigentumsumschreibung beim Grundbuch eingereicht. Das Grundbuchamt verlangt eine gesiegelte Erklärung des Urkundsnotars darüber, wann die Verwalterzustimmung bei ihm eingegangen ist. Es ist der Ansicht, die Zustimmung sei unwirksam, sollte diese erst im Januar 2024 eingegangen sein.

II. Frage

Verlangt das Grundbuchamt die Erklärung zu Recht?

III. Zur Rechtslage

1. Prüfungsumfang des Grundbuchamts hinsichtlich der Verwalterstellung

a) Grundsätzliches

Das Grundbuchamt hat ein eingetragenes Zustimmungserfordernis i. S. v. § 12 Abs. 1 WEG von Amts wegen zu beachten (Bauer/Schaub/Lieder, GBO, 5. Aufl. 2023, Allgemeiner Teil H Rn. 36). Es müssen daher sowohl die Zustim-

mungserklärung als auch die Verwaltereigenschaft desjenigen, der die Erklärung abgegeben hat, in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden (BGH ZWE 2019, 313 Rn. 7; ZWE 2013, 21 Rn. 6). Hinsichtlich des grundbuchlichen Nachweises der Verwaltereigenschaft enthält § 26 Abs. 4 WEG eine Erleichterung. Insoweit genügt die Vorlage einer Niederschrift über den Bestellungsbeschluss, bei der die Unterschriften der in § 24 Abs. 6 WEG bezeichneten Personen öffentlich beglaubigt sind.

Allgemein stellt sich die Frage, auf welchen Zeitpunkt es für das Innehaben der Verwaltereigenschaft ankommt. Nach **bislang wohl herrschender Meinung** genügt es insoweit, wenn die **Verwaltereigenschaft im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Zustimmungserklärung** besteht (MünchKommBGB/Krafka, 9. Aufl. 2023, § 12 WEG Rn. 16; Bauer/Schaub/Schneider, Allgemeiner Teil E Rn. 115; Hügel/Elzer, WEG, 4. Aufl. 2025, § 12 Rn. 43; BeckOGK-WEG/Skauradszun, Std.: 1.6.2025, § 12 Rn. 7). Als empfangsbedürftige Willenserklärung i. S. d. § 130 Abs. 1 BGB wird die Zustimmung durch Erklärung gegenüber dem Veräußerer oder Erwerber (vgl. § 182 Abs. 1 BGB) – und damit im **Zeitpunkt ihres Zugangs** – wirksam (BGH NZM 2019, 542 Rn. 9 m. w. N.; BayObLG MittBayNot 1986, 180; BeckOGK-WEG/Skauradszun, § 12 Rn. 14; Bärman/Suilmann, WEG, 15. Aufl. 2023, § 12 Rn. 39; Hügel/Elzer, WEG, 4. Aufl. 2025, § 12 Rn. 42). Die Verwaltereigenschaft muss danach nicht (mehr) im Zeitpunkt der Stellung Eintragungsantrags gegeben sein; ein Verwalterwechsel nach Wirksamwerden der Zustimmung ist irrelevant (BGH ZWE 2013, 21 Rn. 12).

b) Änderungen infolge des WEMoG

Die bislang herrschende Meinung geht dabei vor allem auf zwei Entscheidungen des BGH (ZWE 2013, 21; ZWE 2019, 313) zur Verwalterzustimmung zurück. In diesen verstand der BGH die Stellung des Verwalters so, dass dieser „als Treuhänder und mittelbarer Stellvertreter“ der Wohnungseigentümer tätig wird (BGH ZWE 2013, 21 Rn. 11).

Diese Entscheidungen sind allerdings *vor* Inkrafttreten des WEMoG am 1.12.2020 ergangen. In einer aktuellen Entscheidung (MittBayNot 2024, 31) bringt der BGH jedoch ein anderes Verständnis von der Stellung des Verwalters zum Ausdruck und es drängt sich nach unserem Dafürhalten auf, dass sich hieraus Abweichungen

für die Frage ergeben, zu welchem Zeitpunkt die Verwaltereigenschaft gegeben sein muss:

aa) Der Verwalter als Organ der GdWE

Das WEMoG habe das Verhältnis zwischen Verwalter und der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE) grundlegend umgestaltet. Die **Verwaltung des Wohnungseigentums** liege nun gem. § 18 Abs. 1 WEG im Außen- sowie Innenverhältnis **allein bei der GdWE**, die durch den Verwalter als eines ihrer Organe tätig werde. Dies gelte auch, wenn eine Vorschrift des WEG ihrem Wortlaut nach an ein konkretes Organ gerichtet sei, da dies nur eine Bestimmung der Zuständigkeit dieses Organs für die Erfüllung dieser Aufgabe beinhalte (BGH MittBayNot 2024, 31 Rn. 11 mit Verweis auf die Gesetzesbegründung und dem Beispiel des § 24 Abs. 1 WEG).

Diese Neugestaltung der Stellung des Verwalters bezieht der BGH dann auch in die Auslegung der in der Teilungserklärung enthaltenen Gemeinschaftsordnung, die die Zustimmungspflicht statuiert, ein. Als im Grundbuch eingetragene Erklärung ist diese nach ihrem Wortlaut und Sinn, wie er sich aus unbefangener Sicht als nächstliegende Bedeutung ergibt, auszulegen. Außerhalb der Erklärung liegende Umstände können dabei nur dann Berücksichtigung finden, wenn sie nach den Umständen des Einzelfalls für jedermann erkennbar sind (BGH MittBayNot 2024, 31 Rn. 12).

Nach diesen Grundsätzen seien Teilungserklärungen mit Gemeinschaftsordnungen im Regelfall so auszulegen, dass der **Verwalter als Organ der GdWE** und nicht als beliebiger Dritter angesprochen sei, da die Organstellung sich aus dem Gesetz ergebe und somit einen für jeden ohne Weiteres erkennbaren Umstand darstelle (BGH MittBayNot 2024, 31 Rn. 12). Diese Auslegung gelte auch für Teilungserklärungen mit Gemeinschaftsordnungen, die aus der Zeit vor Inkrafttreten des WEMoG stammten (BGH MittBayNot 2024, 31 Rn. 14 ff.). Daher liege die **Zuständigkeit** für die **Erteilung der Zustimmung** nun ausschließlich **bei der GdWE** (vgl. auch DNotI-Report 2025, 82 ff.). Die interne Willensbildung obliegt bei der GdWE der Gesamtheit der Wohnungseigentümer, die gem. §§ 19 Abs. 1, 25 Abs. 1 WEG mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen über die Zustimmungserteilung entscheiden (vgl. hierzu ausführlich das Gutachten im vorangegangenen DNotI-Report 2025, 82). Dieser **Beschluss** bedarf sodann i. d. R. noch der **Umsetzung im Außenverhältnis**, in-

dem der **Verwalter die Zustimmungserklärung als organschaftlicher Vertreter für die GdWE**, die selbst nicht handlungsfähig ist, abgibt (BGH MittBayNot 2024, 31 Rn. 12).

bb) Konsequenz: Anwendbarkeit des allgemeinen Vertretungsrechts; Maßgeblichkeit der Abgabe der Erklärung

Dies hat, führt man dieses neue Verständnis des BGH konsequent weiter, u. E. auch Auswirkungen auf die Frage, zu welchem Zeitpunkt die Verwalterstellung bestehen muss. Liegt die Zuständigkeit für die Zustimmung nun im Außen- und Innenverhältnis bei der GdWE (s. o.), kommt es bei der **Erklärung der Zustimmung nach außen durch den Verwalter** als Organ der GdWE nach § 9b Abs. 1 S. 1 WEG zu einer **organschaftlichen Vertretung**. Der konkret bestellte Verwalter tritt dabei als Organwalter auf. Auf die organschaftliche Vertretung kommt nach überwiegender Meinung das Vertretungsrecht der §§ 164 ff. BGB zur Anwendung (MünchKommBGB/Schubert, 10. Aufl. 2025, § 164 Rn. 28; BeckOK-BGB/Schäfer, Std.: 1.5.2025, § 164 Rn. 2; Staudinger/Schilken, BGB, 2024, Vorb. zu §§ 164 ff. Rn. 21). Es ist uns auch kein Grund ersichtlich, weshalb man hiervon für die Vertretung der GdWE durch den Verwalter eine Ausnahme machen sollte.

Bei der Abgabe einer Willenserklärung durch einen Vertreter entspricht es der h. M., dass die **Vertretungsmacht lediglich im Zeitpunkt der Abgabe, nicht** mehr jedoch im **Zeitpunkt des Zugangs** der Willenserklärung bestanden haben muss (OLG Frankfurt am Main OLGZ 1984, 11, 12; MünchKommBGB/Schubert, § 177 Rn. 22; BeckOK-BGB/Schäfer, § 177 Rn. 10; Staudinger/Schilken, § 177 Rn. 5; Erman/Finkenauer, BGB, 17. Aufl. 2023, § 177 Rn. 5; Grüneberg/Ellenberger, BGB, 84. Aufl. 2025, § 177 Rn. 1; Soergel/Bayer, BGB, 14. Aufl. 2022, § 177 Rn. 17; jurisPK-BGB/Weinland, Std.: 19.5.2025, § 177 Rn. 9; differenzierend BeckOGK-BGB/Ulrici, Std.: 1.11.2023, § 177 Rn. 100 ff.). Die herrschende Meinung überzeugt, da für diese zum einen die in den Normen des § 130 Abs. 2 BGB sowie des § 153 BGB zum Ausdruck kommende Wertung spricht. Zudem stellt auch der Wortlaut des § 164 Abs. 1 BGB auf die Abgabe der Willenserklärung ab.

Damit wäre im vorliegenden Fall – anders als nach der bisher herrschenden Meinung – der **Zeitpunkt der Abgabe der Zustimmungserklä-**

rung für die Verwalterstellung entscheidend. Der Zeitpunkt des Zugangs ist dann unerheblich. Abgegeben ist eine Willenserklärung, wenn der Erklärende alles getan hat, was für das Wirksamwerden der Willenserklärung erforderlich ist (MünchKommBGB/Einsele, § 130 Rn. 13; BeckOGK-BGB/Gomille, Std.: 1.2.2025, § 130 Rn. 39; Staudinger/Singer/Benedict, BGB, 2021, § 130 Rn. 28). Er muss seinen rechtsgeschäftlichen Willen erkennbar so äußern, dass an der Endgültigkeit der Äußerung kein Zweifel mehr möglich ist (Grüneberg/Ellenberger, § 130 Rn. 4; BeckOK-BGB/Wendtland, Std.: 1.5.2025, § 130 Rn. 5). Für empfangsbedürftige Willenserklärungen gilt darüber hinaus, dass sie mit Willen des Erklärenden in den Rechtsverkehr gebracht worden sein müssen (BGH NJW-RR 2003, 384; Erman/Arnold, § 130 Rn. 4; Staudinger/Singer/Benedict, § 130 Rn. 30; BeckOGK-BGB/Gomille, § 130 Rn. 39).

cc) Abgabe der Zustimmungserklärung im konkreten Fall

Fraglich ist hier nun, wann die Zustimmungserklärung i. S. v. § 12 Abs. 1 WEG abgegeben worden ist. Vorliegend hat der Verwalter die Zustimmung schriftlich erklärt und seine Unterschrift durch den Beglaubigungsnotar beglaubigen lassen. Anschließend sollte der Beglaubigungsnotar das Original an den Urkundsnotar übersenden.

Es stellt sich die Frage, ob es für die Abgabe ausreicht, wenn der Verwalter beim Beglaubigungsnotar unterzeichnet hat und der Beglaubigungsnotar angewiesen ist, die Erklärung ohne weiteres Zuwarten an den Urkundsnotar zu übermitteln. Alternativ könnte man erwägen, dass der Beglaubigungsnotar die Erklärung (erst) durch deren tatsächliches Absenden in den Verkehr bringt. Im konkreten Fall kommt es hierauf zwar nicht an, da auch das Absenden durch den Notar – irgendwann zwischen dem 24.7.2023 und Oktober 2023 – als spätester Zeitpunkt noch vor Ablauf der Verwalterbestellung geschah. Die Unterscheidung kann aber dann Bedeutung erlangen, wenn es beim bzw. durch den Notar zu Verzögerungen bis zur Absendung kommen sollte und dadurch zwar die Beglaubigung und der (sofort durchzuführende) Vollzugauftrag zeitlich vor Ablauf der Verwalterstellung liegen, das Absenden durch den Notar hingegen erst danach stattfindet.

Der **Notar** ist in einer solchen Situation in aller Regel als **Erklärungsbote des Verwalters** an-

zusehen (so auch Brunner, MittBayNot 1997, 197, 199; offen gelassen in BGH BeckRS 1983, 31073641). Anders als ein *Erklärungsvertreter* gibt er mit dem Versenden der Zustimmung keine eigene Willenserklärung ab, sondern übermittelt lediglich die Willenserklärung des Verwalters. Bei der Einschaltung eines Erklärungsboten liegt die Abgabe der Willenserklärung jedoch nach überwiegender Meinung der Literatur bereits in ihrer Übergabe an den Boten (Soergel/Riesenhuber, § 130 Rn. 65; MünchKommBGB/Einsele, § 130 Rn. 13: „in der Regel“; Staudinger/Singer/Benedict, § 130 Rn. 31: „regelmäßig“; BeckOGK/Gomille, § 130 Rn. 41). Folgte man dem, so wäre die Erklärung mit Leistung der Unterschrift beim Beglaubigungsnotar abgegeben.

Eine andere Deutung könnte sich höchstens aus einer Entscheidung des OLG Hamm ergeben (NJW-RR 1987, 260). In dieser geht das Gericht im Hinblick auf die Abgabe einer Erklärung davon aus, dass der Erklärende so lange „Herr der Erklärung“ bleibt, wie er sie noch dadurch zurückhalten kann, dass er den Erklärungsboten vor der Übergabe an den Empfänger entsprechend anweisen könnte, die Erklärung nicht zu übergeben. Dies könnte, was im dortigen Fall nicht zu entscheiden war, so verstanden werden, dass die Willenserklärung bis zu diesem Zeitpunkt nicht abgegeben ist.

Die Ansicht des OLG Hamm überzeugt jedoch nicht. Vielmehr ist die **Willenserklärung** als in dem Moment **abgegeben** anzusehen, in dem der **Verwalter beim Beglaubigungsnotar unterschreibt und diesen anweist, die Erklärung ohne weiteres Zuwarten an den Urkundsnotar zu übersenden**. In diesem Moment hat der Verwalter alles seinerseits Erforderliche getan, damit die Erklärung ohne weiteres eigenes Zutun zeitnah (durch Zugang beim Empfänger) wirksam wird. Dass er das tatsächliche Absenden durch den als Erklärungsboten fungierenden Notar theoretisch noch durch eine entsprechende gegenläufige Anweisung verhindern kann, ist für die Frage der wirksamen Abgabe damit unerheblich (so auch für die dem Boten mit Bitte um weitere Veranlassung bereitgelegte Nachricht oder ein „Zurückholen“ einer Nachricht in einem Messengerdienst BeckOGK-BGB/Gomille, § 130 Rn. 41.1 f.). Ein Verhindern des tatsächlichen Inverkehrbringens durch den Beglaubigungsnotar ist u. E. eher mit der Situation vergleichbar, in der der Erklärende eine schriftliche Willenserklärung, die per Post versendet wurde, vor Zugang beim Empfänger

„abfängt“. Eine solche Willenserklärung würde zwar mangels Zugang nicht wirksam, die wirksame Abgabe der Willenserklärung würde hingegen nicht bezweifelt werden.

Hinzuweisen ist darauf, dass die Auswirkungen des WEMoG sowie der hierzu ergangenen BGH-Rechtsprechung auf das aufgeworfene Problem bisher – soweit ersichtlich – in der Literatur noch nicht erörtert wurden. Unseres Erachtens ist die dargestellte Lösung (Maßgeblichkeit des Zeitpunkts der Abgabe) aber die konsequente Weiterführung des neuen Verständnisses vom Verhältnis zwischen GdWE und Verwalter.

2. Folgen für die Prüfung des Grundbuchamtes

Zu untersuchen sind nun noch die Konsequenzen für das Grundbuchverfahren. Lässt der Verwalter die Zustimmungserklärung beim *Urkundsnotar* beglaubigen, so ist die Erklärung damit abgegeben. Es genügt also, dem Grundbuchamt neben der datierten Zustimmungserklärung den nach § 26 Abs. 4 WEG ausreichenden Bestellungsbeschluss vorzulegen, aus dem sich auch der Zeitraum der Verwalterbestellung ergibt.

Fraglich ist, ob es in der hier vorliegenden Fallkonstellation, in der die Zustimmungserklärung bei einem vom *Urkundsnotar* abweichenden *Beglaubigungsnotar* abgegeben wird, weiterer Nachweise bedarf. Dies ist u. E. nicht der Fall. Denn die **Abgabe der Willenserklärung** stellt grundbuchrechtlich betrachtet einen sogenannten **Nebenumstand** dar, der Voraussetzung für die Wirksamkeit der Erklärung ist. Solche Umstände sind jedoch von § 29 Abs. 1 GBO nicht umfasst, sondern das Grundbuchamt hat unter Berücksichtigung **allgemeiner Erfahrungsgrundsätze** in freier Würdigung aller ihm bekannten Tatsachen hierüber zu entscheiden (KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 2024, § 29 Rn. 31; Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 29 Rn. 17). Ebenfalls auf Erfahrungsgrundsätze kann zurückgegriffen werden, wenn es um den Ausschluss von nach der allgemeinen Lebenserfahrung sehr weit entfernten Möglichkeiten geht (KEHE/Volmer, § 29 Rn. 32). Insofern dürften u. E. allgemeine Erfahrungsgrundsätze dafür sprechen, dass die Zustimmungserklärung auch im vorliegenden Fall im Zuge der Beglaubigung abgegeben wurde. Denn die Annahme, dass der Verwalter die Zustimmung zwar beglaubigen, diese aber durch den Beglaubigungsnotar noch zurückhalten lässt, erscheint fernliegend. Das Grundbuchamt kann

jedoch aus der Datumsangabe auf der beglaubigten Zustimmungserklärung erkennen, dass die Unterschrift des Verwalters am 24.7.2023 und somit zu einem Zeitpunkt, zu dem er das Verwalteramt noch innehatte, geleistet wurde. Mithin genügt auch im vorliegenden Fall i. E. die Vorlage des Bestellungsbeschlusses in der Form des § 26 Abs. 4 WEG mitsamt der beglaubigten Zustimmungserklärung zum Nachweis der Zustimmung i. S. v. § 12 Abs. 1 WEG.

3. Zusammenfassung der Ergebnisse

Da der Verwalter als organschaftlicher Vertreter der GdWE auftritt, kommt es im Hinblick auf das Vorliegen der Vertretungsmacht mit der herrschenden Meinung zum allgemeinen Vertretungsrecht auf den Zeitpunkt der *Abgabe* der Zustimmungserklärung an. Wird die Erklärung bei einem anderen Notar beglaubigt, kommt es für die Abgabe auf den Zeitpunkt an, zu dem der Verwalter beim Beglaubigungsnotar unterschreibt, sofern er diesen nicht dazu angewiesen hat, mit der Übersendung an den Urkundsnotar noch zuzuwarten. Im theoretisch denkbaren Fall, dass der Verwalter den Beglaubigungsnotar anweist, die Erklärung noch nicht abzusenden, läge hingegen noch keine Abgabe vor.

Das Grundbuchamt fordert die Eigenerklärung des Urkundsnotars über den Zeitpunkt des Zugangs der Zustimmungserklärung bei ihm zu Unrecht. Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Abgabe, die sich grundbuchrechtlich als Nebenumstand darstellt. Das Grundbuchamt kann ersehen, dass der Verwalter den Entwurf der Zustimmungserklärung am 24.7.2023 unterzeichnet hat. Nach dem Sachverhalt gibt es keinen Anlass daran zu zweifeln, dass die Erklärung damit auch am 24.7.2023 abgegeben wurde.

AktG §§ 291, 293 Abs. 3, 295, 304, 305, 307

Gewinnabführungsvertrag mit einer GmbH; analoge Anwendung des § 307 AktG bei Hinzutreten eines Gesellschafters; Form der Vertragsänderung

I. Sachverhalt

Eine GmbH (Tochter-GmbH) will mit ihrer alleinigen Gesellschafterin (Mutter-GmbH) einen Gewinnabführungsvertrag abschließen. Es ist denkbar, dass in Zukunft bei der Tochter-GmbH

ein weiterer Gesellschafter als Minderheitsgesellschafter hinzukommt.

Die Beteiligten sind zwar bereit, bei Hinzukommen des Minderheitsgesellschafters eine Ausgleichs- und Abfindungsverpflichtung i. S. d. §§ 304, 305 AktG in den Vertrag aufzunehmen; sie wollen die Details aber erst bei Hinzukommen des weiteren Gesellschafters aushandeln und privatschriftlich regeln. Die Beteiligten möchten vermeiden, in diesem Fall einen neuen Gewinnabführungsvertrag abzuschließen, denn hiermit seien immer steuerliche Risiken im Hinblick auf die Mindestlaufzeit des Gewinnabführungsvertrages verbunden.

II. Frage

Ist die spätere Vereinbarung ohne Neuabschluss des Gewinnabführungsvertrages möglich?

III. Zur Rechtslage

1. Abschluss des Gewinnabführungsvertrages, §§ 291 ff. AktG analog

Der Gewinnabführungsvertrag ist ein Unternehmensvertrag (§§ 291 ff. AktG), durch den sich die beherrschte Gesellschaft verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen (§ 291 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 AktG). Beherrschte Gesellschaft eines Gewinnabführungsvertrages i. S. d. § 291 AktG kann auch eine GmbH sein (vgl. BGH DNotZ 1989, 102; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl. 2022, § 291 AktG Rn. 91; Hölter/Weber/Deilmann, AktG, 4. Aufl. 2022, § 291 Rn. 6 m. w. N.).

Materiell-rechtlich bedarf der Gewinnabführungsvertrag zu seiner Wirksamkeit **analog § 293 Abs. 1 AktG** der Zustimmung durch einen **Beschluss der Gesellschafterversammlung der beherrschten Gesellschaft** (auch Organgesellschaft genannt, hier die Tochter-GmbH; vgl. Krafka, Registerrecht, 12. Aufl. 2024, Rn. 1110; Mayer/Weiler, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl. 2024, § 22 Rn. 410). Nach allgemeiner Meinung erfordert der **Unternehmensvertrag** rechtsformübergreifend **analog § 293 Abs. 3 AktG** die **Schriftform** (Boor, RNotZ 2017, 65, 70 m. w. N.). Enthält der Vertrag allerdings eine **Regelung zur Abfindung** nach § 305 AktG (analog), so ist der Unternehmensvertrag aufgrund der enthaltenen Erwerbsverpflichtung gem. § 15 Abs. 4 GmbHG **notariell zu beurkunden** (Servatius, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt,

GmbHG, 4. Aufl. 2023, KonzernR Rn. 77; Hermanns, RNotZ 2015, 632, 633).

Der **Zustimmungsbeschluss** der Gesellschafterversammlung der **beherrschten Gesellschaft** muss **notariell beurkundet** werden (BGH NJW 1989, 295, 298; Krafka, Rn. 1110 m. w. N.). Nach h. M. ist aufgrund des Eingriffs in die Organisationsstruktur der GmbH die **Zustimmung aller Gesellschafter** der beherrschten Gesellschaft notwendig (Beurskens, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 24. Aufl. 2025, Anh. § 13 Rn. 110 m. w. N.; Heidel/Peres, Aktienrecht, 6. Aufl. 2024, § 293 AktG Rn. 27; BeckOK-GmbHG/Servatius, Std.: 1.3.2023, KonzernR Rn. 88 f.; ausf. Emmerich, § 293 AktG Rn. 42 ff., auch zur a. A.). Ein Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag soll zudem analog § 293 Abs. 2 AktG der **Zustimmung durch Beschluss der Gesellschafter der Obergesellschaft** (oder Organträgergesellschaft bzw. herrschende Gesellschaft) bedürfen (vgl. BGH DNotZ 1989, 102, 105; NJW 1992, 1452, 1453; ebenso Koch, AktG, 19. Aufl. 2025, § 293 Rn. 18a; Emmerich, § 293 AktG Rn. 46; Grigoleit/Servatius, AktG, 2. Aufl. 2020, § 293 Rn. 21; a. A. MünchKommAktG/Altmeppen, 6. Aufl. 2023, § 293 Rn. 107 ff.). Begründet wird dies u. a. mit der Belastung des herrschenden Unternehmens mit den unternehmerischen Risiken der beherrschten Gesellschaft, auf die unmittelbar kein Einfluss genommen werden kann (BGH DNotZ 1989, 102, 107; BeckOK-GmbHG/Servatius, KonzernR Rn. 80 ff.). Wirksam wird der Unternehmensvertrag mit der konstitutiv wirkenden Eintragung in das Handelsregister der beherrschten Gesellschaft analog § 294 Abs. 2 AktG.

Ob der Gewinnabführungsvertrag mit einer **GmbH als beherrschter Gesellschaft** Regelungen i. S. d. **§§ 304, 305 AktG analog** aufweisen muss, ist **umstritten** (Vogt, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, 6. Aufl. 2021, § 21 Rn. 234; Emmerich, § 304 AktG Rn. 11–14; MünchKommAktG/van Rossum, § 304 Rn. 21; Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 21. Aufl. 2023, Anh. § 13 Rn. 91 m. w. N.). Nach **§ 304 Abs. 1 S. 1 AktG** muss ein Gewinnabführungsvertrag einen **angemessenen Ausgleich für die außenstehenden Aktionäre** durch eine auf die Anteile am Grundkapital bezogene wiederkehrende Geldleistung (Ausgleichszahlung) vorsehen. Nach **§ 305 Abs. 1 S. 1 AktG** muss ein solcher Vertrag die **Verpflichtung** des anderen Vertragsteils enthalten, auf Verlangen des

ausenstehenden Aktionärs dessen **Aktien gegen** eine im Vertrag bestimmte angemessene **Anbindung zu erwerben**. Unabhängig davon, ob die Normen analog auf eine GmbH als beherrschte Gesellschaft Anwendung finden, ist eine diesbezügliche Regelung nach dem Sachverhalt jedenfalls entbehrlich, denn zumindest derzeit ist **kein außenstehender Gesellschafter** vorhanden (vgl. BeckOGK-AktG/Veil/Preisser, Std.: 1.6.2025, § 304 Rn. 3).

2. Analoge Anwendung von § 307 AktG?

Zu untersuchen ist, wie es sich rechtlich auswirkt, wenn nach Abschluss des Gewinnabführungsvertrags ein Minderheitsgesellschafter in die beherrschte Gesellschaft eintritt.

Im vorliegenden Sachverhalt könnte dabei § 307 AktG analog anwendbar sein, mit dem der Gesetzgeber das Interesse des neu hinzutretenden Gesellschafters der beherrschten Gesellschaft schützen wollte. **Nach § 307 AktG endet ein Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag** spätestens zum **Ende des Geschäftsjahrs**, in dem ein **ausenstehender Aktionär beteiligt** ist, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt des Beschlusses ihrer Hauptversammlung keinen außenstehenden Aktionär hatte. Damit soll Druck auf die Vertragsbeteiligten ausgeübt werden, einen Vertrag mit Regelungen nach §§ 304, 305 AktG abzuschließen (BeckOGK-AktG/Veil/Walla, Std.: 1.6.2025, § 307 Rn. 3).

Die **analoge Anwendung des § 307 AktG** auf einen Gewinnabführungsvertrag mit einer GmbH als beherrschter Gesellschaft ist **strittig**. Teilweise wird sie bejaht, denn auch **nachträglich hinzutretende externe Gesellschafter** der GmbH seien **schutzbedürftig** (Servatius, KonzernR Rn. 296 m. w. N.; ohne Begründung LG Köln, Beschl. v. 23.8.2018 – 88 O 23/18 Rn. 115 [juris]). Die Gegenauffassung sieht ein solches Schutzbedürfnis nicht, da gerade bei der GmbH der **Erwerber das Bestehen des Unternehmensvertrags aus dem Handelsregister ersehen** und zum Gegenstand von Vertragsverhandlungen machen könne (Mues, RNotZ 2005, 2, 29 f.; Katschinski, FS Reuter, 2010, S. 1043, 1048 f.; Göhmann/Winnen, RNotZ 2015, 53, 64; wohl auch BeckOGK-AktG/Veil/Walla, § 307 Rn. 4). Die obergerichtliche Rechtsprechung hat diese Frage – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden, sodass die Rechtsfrage insgesamt als offen zu bewerten ist. Gewärtig sein sollte man sich allerdings der Rechtsfol-

gen der Anwendbarkeit im konkreten Fall: Die **vorsorglich getroffenen Regelungen i. S. d. §§ 304, 305 AktG würden** – seien sie nun konkret oder abstrakt – den Eintritt der **Rechtsfolge des § 307 AktG nicht verhindern**. Der Vertrag würde unabdingbar automatisch enden, sodass bei Fortsetzungsinteresse nur ein Neuabschluss in Betracht käme (Grigoleit/Servatius, § 307 Rn. 3; BeckOGK-AktG/Veil/Walla, § 307 Rn. 7 m. w. N.).

3. Nachträgliche Anpassung des Vertrags als Änderung analog § 295 AktG

Unabhängig davon, ob bei der Aufnahme eines Minderheitsgesellschafters in der beherrschten GmbH § 307 AktG überhaupt zur analogen Anwendung kommt und damit indirekt eine Pflicht zum Neuabschluss des Gewinnabführungsvertrags besteht (vgl. Ziff. 2), stellt sich die Frage der Praktikabilität der vorgeschlagenen Gestaltung (rudimentäre Regelung im Gewinnabführungsvertrag mit späterer Präzisierung).

a) Einordnung als Vertragsänderung

Zunächst ist zu untersuchen, ob die später vorzunehmende Präzisierung der Regelungen zu Ausgleich und Abfindung gem. §§ 304 f. AktG eine Änderung i. S. d. § 295 AktG darstellt, sodass die formalen Anforderungen der Vertragsänderung einzuhalten wären.

Unter einer **Vertragsänderung i. S. v. § 295 Abs. 1 AktG** ist grundsätzlich jede Änderung des Vertragsinhalts durch zweiseitige rechtsgeschäftliche Vereinbarung zu verstehen, die während der Laufzeit des Vertrages wirksam werden soll (BGH NZG 2013, 53; MünchKommAktG/Altmeppen, § 295 Rn. 3; Emmerich, § 295 AktG Rn. 6; Koch, § 295 Rn. 3). Um rechtliche Unsicherheiten zu vermeiden, sind **auch unwesentliche Änderungen** oder **redaktionelle Änderungen** bzw. **Neufassungen von Bestimmungen** als Änderung i. S. d. § 295 AktG zu qualifizieren (MünchKommAktG/Altmeppen, § 295 Rn. 3 m. w. N.; Koch, § 295 Rn. 3).

Daher ist auch die geplante Präzisierung als Änderung i. S. d. § 295 AktG zu betrachten. Die besonderen Voraussetzungen des § 295 AktG für eine Vertragsänderung gelten somit analog.

b) Voraussetzungen einer Vertragsänderung

Für eine nachträgliche Änderung des Gewinnabführungsvertrags bedarf es grundsätzlich einer **schriftlichen Änderungsvereinbarung** der

Vertragsparteien, §§ 293 Abs. 3, 295 Abs. 1 S. 2 AktG analog. Enthielte die Änderung jedoch eine Verpflichtung zur Abtretung von Geschäftsanteilen, so wäre sie gem. § 15 Abs. 4 GmbHG notariell zu beurkunden (vgl. Ziff. 1).

Die **Gesellschafterversammlung der beherrschten GmbH** muss der Änderung des Gewinnabführungsvertrags nach h. M. durch Gesellschafterbeschluss **zustimmen** (BFH NZG 2009, 277, 278; Servatius, KonzernR Rn. 210 m. w. N.). Der Zustimmungsbeschluss ist notariell zu beurkunden (BGH NJW 1989, 295, 298; Krafka, Rn. 1110 m. w. N.). Ob der Zustimmungsbeschluss eine Dreiviertelmehrheit der Gesellschafter erfordert oder die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter, ist wiederum umstritten (MünchKommAktG/Altmeppen, 6. Aufl. 2023, § 295 Rn. 19; Emmerich, § 295 AktG Rn. 4a; Vogt, § 21 Rn. 209 m. w. N.). Schließlich muss der Vertragsänderung auch die **Gesellschafterversammlung der herrschenden Gesellschaft** analog § 295 Abs. 1 S. 2 AktG, § 293 Abs. 2 AktG mit einer Dreiviertelmehrheit **zustimmen** (MünchKommGmbHG/Liebscher, 5. Aufl. 2025, Anh. § 13 Rn. 1006 m. w. N.). Mit ihrer Eintragung in das Handelsregister der beherrschten Gesellschaft wird die Vertragsänderung sodann wirksam, §§ 295 Abs. 1 S. 2, 294 Abs. 2 AktG analog.

4. Ergebnis

Im Ausgangspunkt ist keine Regelung zu etwaigen Ausgleichsleistungen und Abfindungen analog §§ 304 f. AktG erforderlich, da die beherrschte Gesellschaft zu 100 % von der herrschenden Gesellschaft gehalten wird und deshalb kein „außenstehender Gesellschafter“ vorhanden ist.

Die analoge Anwendung des § 307 AktG ist in der vorliegenden Konstellation umstritten. Der sicherste Weg besteht darin, von der Anwendung auszugehen und den Gewinnabführungsvertrag bei Hinzutreten eines weiteren Gesellschafters unter Beachtung der §§ 293 ff. AktG erneut abzuschließen. Denn im Fall der analogen Anwendung hindern vorsorgliche Ausgleichs- und Abfindungsregelungen im Gewinnabführungsvertrag den Eintritt der Rechtsfolge (Beendigung des Vertrags) nicht. Das von den Beteiligten verfolgte Ziel lässt sich damit wohl nicht erreichen.

Selbst wenn zunächst rudimentäre Regelungen zu einer Ausgleichsleistung und Abfindung in den Gewinnabführungsvertrag aufgenommen werden sollten und diese bei Hinzutreten eines

weiteren Gesellschafters zur beherrschten Gesellschaft nachträglich präzisiert würden, stellte dies eine Änderung des Gewinnabführungsvertrags i. S. d. § 295 Abs. 1 S. 1 AktG analog dar, sodass die besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen der §§ 295 Abs. 1 S. 2, 293 f. AktG zu beachten wären.

EuErbVO Art. 10, 21; EGBGB a. F. Art. 14, 15

Ukraine: Gesetzliche Erbfolge nach einem nach Deutschland geflüchteten Erblasser; Erbnachweis

I. Sachverhalt

Nach dem im Juni 2024 verstorbenen Erblasser ist gesetzliche Erbfolge eingetreten. Der Erblasser war ukrainischer Staatsangehöriger und mit seiner Ehefrau vor ca. zwei Jahren aus der Ukraine nach Deutschland geflüchtet. Die volljährige Tochter des Ehepaars lebt in Kanada. Es ist Vermögen in der Ukraine und bewegliches Vermögen in geringem Umfang in Deutschland vorhanden.

II. Fragen

1. Wo befand sich der letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers i. S. d. EuErbVO?
2. Wäre ein deutsches Nachlassgericht für die Nachlasssache, z. B. für die Erteilung eines Erbscheins oder eines Europäischen Nachlasszeugnisses, zuständig?
3. Welches Erbstatut ist aus ukrainischer Sicht anwendbar und welche Gerichte sind aus ukrainischer Sicht örtlich bzw. international zuständig?

III. Zur Rechtslage

1. Deutsche Sicht

a) Anwendbares Recht

Da der Erbfall nach dem 16.8.2015 eingetreten ist, richtet sich die Erbfolge aus deutscher Sicht nach den Vorschriften der Europäischen Erbrechtsverordnung (Art. 83 Abs. 1 EuErbVO).

Diese tritt allerdings gem. Art. 75 Abs. 1 UAbs. 1 EuErbVO hinter völkerrechtliche Abkommen zurück, die die Mitgliedstaaten bereits zum Zeitpunkt der Annahme der Verordnung abgeschlossen hatten. Insoweit könnte im vorliegenden Fall **Art. 28 Abs. 3 des Konsularvertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und**

der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken vom 25.4.1958 einschlägig sein (BGBl. II 1959, S. 233). Zwar existiert die vormalige Sowjetunion als Vertragspartnerin des deutsch-sowjetischen Konsularvertrags seit dem 31.12.1991 nicht mehr. Die Ukraine hat jedoch durch Note vom 30.6.1993 die völkerrechtlichen Verträge der früheren Sowjetunion übernommen (vgl. BGBl. II 1993, S. 1189).

In sachlicher Hinsicht ist das Abkommen anwendbar, wenn sich in einem Vertragsstaat unbewegliche Nachlassgegenstände befinden, die zum Nachlass eines Angehörigen des anderen Vertragsstaates gehören (Odersky, in: Hausmann/Odersky, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2021, § 15 Rn. 366). Wenn der Erblasser ukrainischer Staatsangehöriger war, ist hier der sachliche Anwendungsbereich des deutsch-sowjetischen Konsularvertrags nicht eröffnet, da er kein unbewegliches Nachlassvermögen in Deutschland hinterlassen hat.

Stattdessen richtet sich das auf die Erbfolge anwendbare Recht in diesem Fall nach **Art. 21 Abs. 1 EuErbVO**. Danach ist das Recht des Staates anwendbar, in dem der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes seinen **gewöhnlichen Aufenthalt** i. S. d. Erwägungsgründe 23 und 24 hatte. Nach dem EuGH handelt es sich hierbei um den Lebensmittelpunkt in langfristiger Perspektive (EuGH NJW 2020, 2947 Rn. 37 ff.). Dieser ist unter umfassender Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls in den Jahren vor dem Tod des Erblassers zu ermitteln. Eine besondere Bedeutung hat dabei die Absicht des Betreffenden, an dem Ort seines Lebensmittelpunktes dauerhaft zu bleiben (vgl. EuGH NJW 2021, 3771 zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts im Rahmen der Brüssel IIa-VO). Als objektive Kriterien sind insbesondere die Dauer und die Regelmäßigkeit des Aufenthalts des Erblassers in einem Staat, die Umstände und Gründe des Aufenthalts, die Bindung zu einem Staat, Sprachkenntnisse, die Lage des Vermögens sowie die persönliche, soziale und familiäre Eingliederung von Bedeutung. Ein Hilfskriterium ist gem. Erwägungsgrund 24 S. 5 zur EuErbVO die Staatsangehörigkeit des Erblassers (so zuletzt auch OLG Saarbrücken ZEV 2025, 258).

Nachdem der Erblasser im vorliegenden Fall mit seiner Ehefrau aus der Ukraine nach Deutschland geflüchtet ist, lebten seine Familie und Freunde vermutlich größtenteils in der Ukraine. Auch das

maßgebliche Vermögen des Erblassers befand sich laut Sachverhaltsschilderung weiterhin dort. Dies könnte, ebenso wie seine Staatsangehörigkeit und Sprachkenntnisse, dafür sprechen, dass der Erblasser, auch wenn er zuletzt in Deutschland wohnte, enger mit der Ukraine als mit Deutschland verbunden war. Letztendlich dürfte es darauf ankommen, wie sehr sich der Erblasser in Deutschland integriert hat, ob er seine Wohnung in der Ukraine beibehalten hat und ob er einen Aufenthalts- und Bleibewillen hatte. Wenn der Aufenthalt in Deutschland für den Erblasser nur eine Übergangslösung war und er in seine Wohnung in der Ukraine zurückkehren wollte, sobald die geopolitische Lage es zuließ, dürfte er in Deutschland keinen gewöhnlichen Aufenthalt i. S. eines langfristigen Lebensmittelpunktes begründet haben. Wenn sich der Erblasser dagegen in den letzten beiden Jahren in Deutschland integriert hatte (insbesondere durch den Aufbau sozialer Kontakte und das Erlernen der deutschen Sprache) und wenn er geplant hatte, längere Zeit in Deutschland zu bleiben, dann könnten die Einzelfallumstände ergeben, dass sich sein **langfristiger Lebensmittelpunkt zuletzt in Deutschland** befand. In diesem Fall würde das gesamte Nachlassvermögen aus deutscher Sicht nach **deutschem Recht** vererbt werden.

Wenn sich der **letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers dagegen in der Ukraine** befand, verweist Art. 21 Abs. 1 EuErbVO auf das ukrainische Recht. Da die Ukraine kein Mitgliedstaat der EuErbVO ist, wären eine Rückverweisung durch das ukrainische IPR und ggf. auch eine Weiterverweisung zu beachten (Art. 34 Abs. 1 EuErbVO).

Für **unbewegliches Vermögen** bestimmt Art. 71 des ukrainischen Gesetzes über das Internationale Privatrecht vom 23.6.2005 (IPRG) die Geltung der *lex rei sitae* (Süß, in: Süß, Erbrecht in Europa, 5. Aufl. 2025, Ukraine Rn. 2 f.). Hinsichtlich des **beweglichen Vermögens** verweist das ukrainische Recht in Art. 70 IPRG auf das Recht des Staates, in dem der Erblasser seinen **letzten gewöhnlichen Aufenthalt** hatte. Demnach wird das Erbstatut aus ukrainischer Sicht gespalten angeknüpft:

Die Vererbung der **in der Ukraine belegenen Immobilien** würde sich somit im konkreten Fall nach **ukrainischem Recht** richten. Für die Vererbung des **beweglichen Vermögens** ist der letzte gewöhnliche Aufenthalt bzw. Wohnsitz des Erb-

lassers maßgeblich. Dieser ist in diesem Zusammenhang nach den Maßstäben des ukrainischen Rechts zu interpretieren. Nach *Yunko/Debryckyj* (in: Hausmann, Internationales Erbrecht, Std.: März 2025, Ukraine Rn. 21) soll es naheliegen, dass der Begriff des letzten Wohnsitzes bzw. gewöhnlichen Aufenthalts in Art. 70 Abs. 1 S. 1 IPRG inhaltlich dem Begriff „letzter Wohnsitz“ i. S. d. Bestimmung des Ortes des Erbfalls nach Art. 1221 ZGB i. V. m. Art. 29 ZGB entspricht. Danach wird unter dem Wohnsitz ein Wohnraum verstanden, in dem eine natürliche Person ständig oder vorübergehend wohnt (Art. 29 Abs. 1 ZGB). Verfügt der Erblasser über mehrere Wohnsitze, ist der **letzte registrierte Wohnsitz** maßgeblich. Wenn der Erblasser zuletzt **in Deutschland** gemeldet war, dürfte er hier seinen letzten Wohnsitz i. S. d. ukrainischen IPR gehabt haben, sodass das ukrainische IPR für die Vererbung des beweglichen Vermögens auf das deutsche Recht zurückverweisen würde, sodass das gesamte bewegliche Nachlassvermögen nach **deutschem Recht** vererbt werden würde. Es würde in diesem Fall zu einer **Nachlassspaltung** kommen.

Bei **letztem Wohnsitz in der Ukraine** würde dagegen auch das bewegliche Nachlassvermögen nach **ukrainischem Recht** vererbt werden und es käme zur einheitlichen Geltung des ukrainischen Rechts.

Es wäre demnach insbesondere zu ermitteln, ob der Erblasser noch eine Wohnung in der Ukraine hatte, ob ein Bleibewille vorlag und ob er in Deutschland integriert war.

b) Erbquoten bei ukrainischem Erbstatut

Nach ukrainischem materiellem Erbrecht sind die Kinder des Erblassers, der überlebende Ehegatte und seine Eltern gesetzliche Erben erster Ordnung (Art. 1261 ZGB). Sie alle erben gem. Art. 1267 ZGB zu gleichen Teilen. Für vorverstorbene Kinder, Enkel etc. treten deren jeweilige Abkömmlinge in den Erbteil ein (Art. 1266 ZGB; vgl. auch Süß, Ukraine Rn. 7).

Sofern die Eltern des Erblassers vorverstorben sind, sind die Tochter und die Ehefrau Erben zu je 1/2. Anderenfalls wären die beiden Eltern des Erblassers, seine Tochter und seine Ehefrau Erben zu je 1/4.

c) Erbquoten bei deutschem Erbstatut

Wenn sich die Erbfolge nach deutschem Recht richtet, sind die Erbquoten davon abhängig, in

welchem Güterstand die Eheleute zuletzt gelebt haben. Insofern ist das Ehegüterstatut zu ermitteln.

Wenn die Eheschließung nach dem 8.4.1983 und vor dem 29.1.2019 erfolgte, richtet sich das anwendbare Ehegüterrecht aus deutscher Sicht nach Art. 15 EGBGB a. F. (Art. 229 § 47 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB, Art. 69 Abs. 3 EuGüVO). Vorbehaltlich einer vorrangig zu berücksichtigenden Rechtswahl (Art. 15 Abs. 2 EGBGB a. F.) verweist Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB a. F. auf das Recht des Staates, dem beide Eheleute im Zeitpunkt der Eheschließung angehörten. Wenn beide Eheleute damals ukrainische Staatsangehörige waren, wird auf das ukrainische Recht verwiesen.

Bei dieser Verweisung handelt es sich gem. Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB um eine Gesamtverweisung, die auch das ukrainische Kollisionsrecht umfasst. Demnach ist zu prüfen, ob das ukrainische IPR die Verweisung annimmt oder eine Rück- oder Weiterverweisung ausspricht.

Vorbehaltlich einer Rechtswahl richten sich auch nach ukrainischem Recht die vermögensrechtlichen Folgen der Ehe nach dem gemeinsamen Heimatrecht der Eheleute (Art. 61 Abs. 3 i. V. m. Art. 60 Abs. 1 i. V. m. Art. 16 Abs. 1 IPRG). Das ukrainische IPR stellt zwar, anders als das deutsche IPR, auf die aktuellen Verhältnisse ab und knüpft das Ehegüterstatut wandelbar an. Wenn allerdings beide Eheleute bis zuletzt die ukrainische Staatsangehörigkeit besaßen, verweist auch das ukrainische IPR auf das ukrainische Recht.

Demnach wäre das **ukrainische Recht Ehegüterstatut** und die Eheleute lebten zuletzt in Errungenschaftsgemeinschaft ukrainischen Rechts. Insofern wäre zu prüfen, ob diese das Tatbestandsmerkmal der „Zugewinnngemeinschaft“ in §§ 1931 Abs. 3, 1371 Abs. 1 BGB substituiert. Das ist dann der Fall, wenn es sich um ein in den wesentlichen Grundzügen funktionales Äquivalent zum deutschen gesetzlichen Güterstand handelt. Dies ist u. E. davon abhängig, ob das ausländische Güterrecht grundsätzlich eine Teilung des während der Ehe erworbenen Vermögens der Eheleute bei Beendigung der Ehe vorsieht, aber im Fall der Auflösung der Ehe durch Tod auf einen derartigen Ausgleich verzichtet und auf die erbrechtliche Regelung verweist. Bei der Beendigung der Errungenschaftsgemeinschaft ukrainischen Rechts durch den Tod eines Ehegatten wird

der eheliche Güterstand nach den güterrechtlichen Regeln geteilt und auseinandergesetzt. Eine Erhöhung der Erbquote nach § 1371 BGB würde in diesem Fall zu einer Kumulation von zwei Ausgleichsmechanismen führen und ist daher u. E. abzulehnen (so auch Fornasier, FamRZ 2018, 634, 635; Dörner, ZEV 2018, 305, 307; Weber, NJW 2018, 1356, 1358; zur Errungenschaftsgemeinschaft kubanischen Rechts OLG Brandenburg ZEV 2023, 522; zur Errungenschaftsgemeinschaft chinesischen Rechts OLG Frankfurt FamRZ 2021, 234). Da in diesem Fall auch nicht das Tatbestandsmerkmal der Gütertrennung in § 1931 Abs. 4 BGB substituiert wird (vgl. insoweit zur Errungenschaftsgemeinschaft rumänischen Rechts OLG Düsseldorf ZEV 2009, 515), bleibt es bei der gesetzlichen Erbquote der Ehefrau gem. **§ 1931 Abs. 1 S. 1 BGB**.

Bei Geltung des deutschen materiellen Erbrechts wäre somit die Ehefrau Erbin zu 1/4 und die Tochter wäre Erbin zu 3/4 (§§ 1924 Abs. 1, 1931 Abs. 1 S. 1 BGB).

d) Internationale Zuständigkeit

Die internationale Zuständigkeit richtet sich sowohl für die Erteilung des Europäischen Nachlasszeugnisses als auch für die Beantragung nationaler Erbnachweise nach den Art. 4 ff. EuErbVO (EuGH NJW 2018, 2309). Gem. Art. 4 EuErbVO sind die Gerichte des Mitgliedstaats international zuständig, in dessen Hoheitsgebiet der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

Wenn das Nachlassgericht zu dem Ergebnis kommt, dass der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte, ergibt sich die internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte aus **Art. 4 EuErbVO**. Örtlich zuständig wäre das Gericht, in dessen Bezirk der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte (§ 343 Abs. 1 FamFG).

Wenn sich der letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers dagegen in der Ukraine befand, würde sich die internationale Zuständigkeit aus **Art. 10 EuErbVO** ergeben. Wenn der Erblasser weder die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaates (Art. 10 Abs. 1 lit. a EuErbVO) noch innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Anrufung des Nachlassgerichts seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat, in dem sich Nachlassvermögen befindet, hatte (Art. 10 Abs. 1 lit. b EuErbVO), wäre Art. 10 Abs. 2 EuErbVO

maßgeblich. Danach wären die deutschen Gerichte, beschränkt auf das in Deutschland befindliche Nachlassvermögen, international zuständig. Örtlich zuständig wäre in diesem Fall das Amtsgericht Schöneberg in Berlin (§ 343 Abs. 3 S. 1 FamFG).

Die Ehefrau kann bei dem örtlich zuständigen deutschen Nachlassgericht einen **Erbschein** beantragen. Dieser kann auf das in Deutschland belegene Nachlassvermögen beschränkt werden (§ 352c FamFG). Die Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses kommt dagegen nicht in Betracht, da dieses zur Verwendung in anderen Mitgliedstaaten der EuErbVO bestimmt ist (Art. 63 EuErbVO) und das Nachlassvermögen im vorliegenden Fall nur in Deutschland sowie in der Ukraine, einem Drittstaat, belegen ist.

Da die Erbquoten bei Geltung deutschen und ukrainischen Rechts unterschiedlich ausfallen, sollte das weitere Vorgehen mit dem Nachlassgericht abgestimmt werden. Es könnte sich anbieten, einen quotenlosen Erbschein zu beantragen. Alternativ könnte ein Haupt- und ein Hilfsantrag gestellt werden, um eine kostenpflichtige Zurückweisung des Antrags zu vermeiden.

2. Ukrainische Sicht

a) Anwendbares Recht

Nachdem der ukrainische Erblasser kein Immobilienvermögen in Deutschland hinterlassen hat, ist auch aus ukrainischer Sicht der sachliche Anwendungsbereich des deutsch-sowjetischen Konsularvertrags nicht eröffnet.

Die Vererbung der in der Ukraine belegenen Immobilien richtet sich gem. Art. 71 IPRG nach ukrainischem Recht.

Für die Vererbung des beweglichen Nachlassvermögens ist der letzte Wohnsitz bzw. gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers maßgeblich (Art. 70 IPRG). Wenn der Erblasser zuletzt in Deutschland gemeldet war, verweist das ukrainische IPR vermutlich auf das deutsche Recht (s. o.). Bei dieser Verweisung würde es sich um eine Sachnormverweisung handeln (Art. 9 Abs. 1 IPRG), sodass aus ukrainischer Sicht das gesamte bewegliche Nachlassvermögen nach deutschem Recht vererbt werden würde.

Es könnte demnach auch aus ukrainischer Sicht zu einer **Nachlassspaltung** kommen.

b) Internationale Zuständigkeit

Zuständig für die Nachlassabwicklung in der Ukraine ist das **Notariat am letzten Wohnsitz des Erblassers**. Ein Erbschein kann ausschließlich bei den staatlichen Notariaten ausgestellt werden. Ist der letzte Wohnsitz des Erblassers unbekannt, ist das Notariat an dem Ort zuständig, an dem der Erblasser unbewegliches Vermögen hinterlassen hat, hilfsweise an dem Ort, an dem der wesentliche Bestandteil des beweglichen Nachlasses liegt (Art. 1221 ZGB). Wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz im Ausland hatte, dürfte sich die Zuständigkeit aus einer entsprechenden Anwendung von Art. 1221 ZGB ergeben (Süß, Ukraine Rn. 17). Nach a. A. müssen die in der Ukraine lebenden Erben eines im Ausland verstorbenen Erblassers einen Erbschein bei der zuständigen konsularischen Vertretung der Ukraine in diesem Staat beantragen (Yunko/Debrycky, Rn. 62).

BGB §§ 2065, 2104; GBO §§ 22, 51 Berufung einer noch zu errichtenden Stiftung als Nacherbin; später aufgegebene Errichtungsabsicht; Löschung des Nacherbenvermerks

I. Sachverhalt

Eheleute haben testamentarisch festgehalten, dass eine noch zu errichtende Stiftung als Nacherbin für das gemeinsame Vermögen nach dem Längerelebenden eingesetzt werden soll. Diese Stiftung sollte ausweislich der notariell beurkundeten Verfügung von Todes wegen zu Lebzeiten des Erblassers und seiner Ehefrau errichtet werden. Hierzu finden sich in der Verfügung von Todes wegen die folgenden Bestimmungen:

„a) Für den Fall des Todes des Letztversterbenden von uns setzen wir zum alleinigen Nacherben und für den Fall unseres gleichzeitigen Versterbens setzen wir zum jeweiligen alleinigen Erben ein:

Die noch zu errichtende Stiftung (Name), Sitz K.

b) Durch die Gründung der Stiftung (Name) soll sichergestellt werden, dass aus den Stiftungserträgen ein sorgenloser Lebensabend gesichert ist, und darüber hinaus das Vermögen nach Ableben oder schon vor Ableben in einer Stiftung Erträge erwirtschaftet, die es ermöglichen, dem gemeinwirtschaftlichen Zweck der Stiftung gerecht zu werden.“

Mittlerweile ist der Ehemann verstorben; er wurde von seiner Ehefrau überlebt. Die Stiftung wurde bis jetzt nicht errichtet, jedoch ist am Grundbesitz, welches im vormaligen Alleineigentum des Ehemannes (Erblassers) stand, ein Nacherbenvermerk zugunsten der Stiftung eingetragen. Dieser lautet:

„Ehegattin ist befreite Vorerbin. Die Nacherbfolge tritt bei Tod des Vorerben ein. Nacherbin ist eine noch zu errichtende Stiftung, Sitz K.“

Die Ehefrau des Erblassers und derzeitige Alleineigentümerin des Grundbesitzes begehrt nunmehr die Löschung des Nacherbenvermerks.

II. Fragen

1. Wie kann ein Nacherbenvermerk zugunsten einer nie errichteten Stiftung aus dem Grundbuch gelöscht werden?
2. Welche Anforderungen gelten für den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs?

III. Zur Rechtslage

1. Materielle Rechtslage

a) Keine Unwirksamkeit der Nacherbenberufung der Stiftung wegen Verstoßes gegen § 2065 Abs. 2 BGB

Zunächst ist zu prüfen, ob die Nacherbenberufung nicht ohnehin gegenstandslos ist, weil die Berufung einer erst noch zu errichtenden Stiftung als Nacherbin hier gegen § 2065 Abs. 2 BGB verstieß und deswegen unwirksam war.

Nach § 2065 Abs. 2 BGB kann der Erblasser u. a. die **Bestimmung der Person**, die eine Zuwendung erhalten soll, nicht einem Dritten überlassen (**Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit der Testamenterrichtung**). Dabei bezieht sich § 2065 BGB auf jegliche Art der Erbeinsetzung, so dass auch die Bestimmung eines Nacherben hiervon erfasst wird. Unzulässig ist gem. § 2065 Abs. 2 BGB nach h. M. demnach auch die Ermächtigung eines Anderen, die Person des Nacherben zu bestimmen, und zwar auch dann, wenn der Erblasser diese auf einen bestimmten Personenkreis begrenzt (MünchKommBGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 2065 Rn. 21 m. w. N. auch zur vereinzelt Gegenansicht).

Nach § 2065 Abs. 2 BGB kann einem Dritten daher nur die **Bezeichnung des Bedachten** überlassen werden. Dies ist aus Sicht der Rechtsprechung des BGH dann der Fall, wenn der Be-

dachte von jeder mit genügender Sachkunde ausgestatteten Person bezeichnet werden kann, ohne dass deren Ermessen auch nur mitbestimmend ist (grundlegend BGH NJW 1955, 100; Überblick zum Meinungsstand i. Ü.: BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.5.2025, § 2065 Rn. 17 f.). Hierfür muss der Erblasser den Kreis der Personen so eng begrenzt und die Gesichtspunkte für die Auswahl so genau festgelegt haben, dass die Bezeichnung anhand objektiver Kriterien im Zeitpunkt des Erbfalls erfolgen kann (Grüneberg/Weidlich, BGB, 84. Aufl. 2025, § 2065 Rn. 8). Nur unter diesen Voraussetzungen kann der Erblasser auch den Vorerben ermächtigen, die Person des Nacherben zu bezeichnen (MünchKommBGB/Leipold, § 2065 Rn. 21).

Speziell mit der **Erbeinsetzung** einer noch **zu errichtenden Stiftung** hat sich u. a. unter dem Gesichtspunkt des § 2065 Abs. 2 BGB bereits das **KG** beschäftigt (ErbR 2016, 331). Dort wurde geurteilt: Die Erbeinsetzung einer noch zu errichtenden Stiftung genügt dem Bestimmtheitsgrundsatz des § 2065 Abs. 2 BGB, wenn sie Namen, Sitz, Zweck, Vermögen und Bildung des Stiftungsorgans hinreichend festlegt. Die Angabe „Wohltätigkeit“ reicht für die Zweckbestimmung als das „identitätsstiftende“ Merkmal einer Stiftung nicht. In den Entscheidungsgründen (ErbR 2016, 331, 334) stellte das KG zusätzlich begründend auf § 81 Abs. 1 BGB n. F. (= § 81 Abs. 1 S. 3 BGB a. F.) ab. Die **Verfügung** des Erblassers habe **alle wesentlichen Regelungen für die Satzung der Stiftung enthalten**, nämlich den Namen, den Sitz, den Zweck, das Vermögen und die Bildung des Stiftungsorgans. Unter diesen Umständen seien die durch § 2065 Abs. 2 BGB gezogenen Grenzen eingehalten.

Im unterbreiteten Sachverhalt sind zwar Bestimmungen zur Bildung des Vorstands der Stiftung (§ 81 Abs. 1 Nr. 1 lit. d BGB) nicht im Testament enthalten. Wir neigen jedoch zu der Einschätzung, dass diese Unterlassung unter dem Gesichtspunkt des § 2065 Abs. 2 BGB noch unschädlich ist. Die Errichtung der Stiftung sollte nicht durch einen Dritten erfolgen, sondern im Nachgang zur Testamenterrichtung noch durch die Eheleute selbst. Damit sollte nach der Gestaltungsabsicht im Ergebnis die genaue Bestimmung des Erben letztlich nicht Außenstehenden überlassen bleiben, was gegen eine Verletzung des § 2065 Abs. 2 BGB spricht.

Unseres Erachtens hat die hier gewählte **testamentarische Bestimmung des Nacherben** (noch zu errichtende Stiftung) **den Anforderungen des § 2065 Abs. 2 BGB wohl noch genügt**, ist also nicht wegen Verstoßes gegen diese Norm unwirksam.

b) Gegenstandslosigkeit der Nacherbenberufung

In Betracht kommt aber eine Unwirksamkeit der Nacherbenberufung, weil die als Nacherbe berufene Stiftung nach der testamentarischen Absicht noch zu Lebzeiten des Erblassers und seiner Ehefrau hätte errichtet werden sollen. Eine Errichtung allein durch den überlebenden Ehepartner (hier: Ehefrau als Vorerbin) war laut Sachverhalt nicht geplant. Unter diesen Umständen ist u. E. die **Nacherbenberufung der später doch nicht errichteten Stiftung als gegenstandslos anzusehen**, da sie nicht mehr entsprechend den testamentarischen Vorgaben nachgeholt werden kann (zur Gegenstandslosigkeit allgemein etwa R. Kössinger/Zintl, in: Kössinger/Najdecki/Zintl, Handbuch der Testamentsgestaltung, 7. Aufl. 2024, § 11 Rn. 65 ff. m. w. N.).

Fraglich ist aber, ob durch diese Gegenstandslosigkeit der Berufung der Stiftung als Nacherbin tatsächlich die **Nacherbfolge insgesamt entfällt**. Im weiteren Zusammenhang dieses Problemfeldes bestimmt § 2104 S. 1 BGB: *„Hat der Erblasser angeordnet, dass der Erbe nur bis zu dem Eintritt eines bestimmten Zeitpunkts oder Ereignisses Erbe sein soll, ohne zu bestimmen, wer alsdann die Erbschaft erhalten soll, so ist anzunehmen, dass als Nacherben diejenigen eingesetzt sind, welche die gesetzlichen Erben des Erblassers sein würden, wenn er zur Zeit des Eintritts des Zeitpunkts oder des Ereignisses gestorben wäre.“* Jedoch hat der BGH bereits vor längerer Zeit hierzu entschieden (BGH NJW 1986, 1812; zustimmend Grüneberg/Weidlich, § 2104 Rn. 2; BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, Std.: 15.3.2025, § 2104 Rn. 10), dass die **Auslegungsregel des § 2104 BGB keine Anwendung** findet, wenn der Erblasser den Nacherben zwar bestimmt hat, die Bestimmung aber hinfällig ist oder wird. Begründend führt der BGH aus, es könne dem völligen Fehlen einer Nacherbenbestimmung nicht gleichgestellt werden, wenn der Erblasser einen Nacherben zwar eingesetzt habe, diese Einsetzung aber unwirksam sei. Es komme erfahrungsgemäß vor, dass es einem Erblasser, der seine Ehefrau zur Vorerbin und einen Abkömmling als Nacherben einsetze,

nicht nur darum zu tun sei, gerade den bestimmten Nachkommen als Nacherben zu bedenken, sondern außerdem und unabhängig davon, ob dieser als Nacherbe eintrete oder nicht, verhüten wolle, dass der Nachlass auf Dauer in den Händen seiner Ehefrau (und ihrer Erben) verbleibe (BGH NJW 1986, 1812 unter Hinweis auf RG JW 1907, 259 f.). Im Sonderfall des § 2104 BGB gebe das Gesetz selbst eine diesem Erblasserwillen entsprechende Auslegungsregel. Ähnliche Schlüsse auf einen derartigen Erblasserwillen ließen sich aber ohne zusätzliche Anhaltspunkte nicht auch dann ziehen, wenn der Erblasser die Nacherben bestimmt habe, diese Bestimmung aber hinfällig sei oder werde (BGH NJW 1986, 1812, 1813).

In der Tat deutet auch vorliegend der mitgeteilte Testamentsinhalt deutlich darauf hin, dass es dem zuerst verstorbenen Ehemann als Vorerben nicht darauf ankam, seine ihn überlebende Ehefrau als Vorerbin in jedem Falle durch den Eintritt einer Nacherbfolge zu beschränken. Obschon wir diese **Auslegungsfrage** nicht definitiv entscheiden können, darf u. E. mit **überwiegender Wahrscheinlichkeit** davon ausgegangen werden, dass die **unwirksame Nacherbeinsetzung der Stiftung** – auf der Linie des genannten Urteils des BGH – **nicht kraft Gesetzes durch § 2104 S. 1 BGB ersetzt wird**.

Ist – wie vorliegend – die primär verfügte Nacherbeneinsetzung hinfällig geworden, ist aber zunächst zu prüfen, ob anderweit ein **Ersatznacherbe** ausdrücklich eingesetzt oder durch Testamentsauslegung – sei es die vorrangige individuelle Testamentsauslegung oder das Eingreifen einer Auslegungsregel, etwa § 2069 BGB – ermittelt werden kann. Erst wenn diese Fragen verneint werden, kann die Schlussfolgerung gezogen werden, dass der Vorerbe zum **unbeschränkten Vollerben** wurde (vgl. BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, § 2104 Rn. 13.1).

Nach dem mitgeteilten Textausschnitt wurde ein Ersatznacherbe weder ausdrücklich berufen noch ergeben sich Anhaltspunkte für eine Berufung aufgrund individueller Testamentsauslegung. Auch das Eingreifen weiterer gesetzlicher Auslegungsregeln ist nicht ersichtlich.

Als **Auslegungstendenz** möchten wir daher in der Tat annehmen, dass aufgrund der unterbliebenen Errichtung der Stiftung noch zu Lebzeiten

beider Eheleute **im Ergebnis letztlich die überlebende Ehefrau unbeschränkte Vollerbin geworden ist.**

2. Nachweisführung gegenüber dem Grundbuchamt

a) Anforderungen an die Löschung des Nacherbenvermerks durch Unrichtigkeitsnachweis gem. § 22 Abs. 1 GBO

Danach sind schließlich die Anforderungen zu klären, die an die Löschung des gem. § 51 GBO eingetragenen Nacherbenvermerks aufgrund Unrichtigkeitsnachweises gem. § 22 Abs. 1 GBO zu stellen sind.

Bei der **nicht erfolgten Errichtung der Stiftung** zu Lebzeiten beider Eheleute handelt es sich um eine **negative Tatsache** (zum Nachweis negativer Tatsachen im Grundbuchverfahren allgemein Völzmann, RNotZ 2012, 380). Ob ein Nachweis über den Nichteintritt einer negativen Tatsache im Zusammenhang mit erbrechtlichen Berichtigungen im Grundbuch verlangt werden kann, wird vor allem im Zusammenhang mit vertraglichen Rücktrittsvorbehalten und Pflichtteilsstrafklauseln in gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen diskutiert. Hier ist umstritten, ob das Grundbuchamt einen Nachweis in der Form eines Erbscheins fordern kann, um sich Gewissheit darüber zu verschaffen, dass kein Rücktritt bzw. Pflichtteilsverlangen stattgefunden hat. Während eine Meinung wegen der lediglich abstrakten Möglichkeit eines solchen Bedingungseintritts einen Nachweis in Form eines Erbscheins für entbehrlich hält (bei Pflichtteilsverlangen LG Stuttgart BWNNotZ 1988, 163; bei Rücktrittsvorbehalt OLG Düsseldorf ZEV 2013, 500, 501), geht eine andere Ansicht davon aus, dass immer ein Erbschein vorgelegt werden muss (bei Pflichtteilsverlangen LG Kassel BeckRS 1993, 09235; Bauer/Schaub, GBO, 5. Aufl. 2023, § 35 Rn. 146). Die **überwiegende Auffassung** lässt demgegenüber eine **eidesstattliche Versicherung** genügen, hält aber einen gesonderten Nachweis für erforderlich (bei Pflichtteilsverlangen OLG Hamm FGPrax 2011, 169, 171; OLG München DNotZ 2013, 440, 442; OLG Frankfurt FamRZ 2013, 1688; Gutachten DNotI-Report 2002, 129, 130; bei vertraglichem Rücktrittsvorbehalt OLG München MittBayNot 2012, 293, 294). Die eidesstattliche Versicherung könne dabei **vor einem Notar abgegeben** werden (OLG Frankfurt FamRZ 2013, 1688; OLG Hamm FGPrax 2011, 169, 171).

In der **jüngsten obergerichtlichen Recht-**

sprechung (OLG Schleswig ZEV 2024, 764 Rn. 29 ff.) ist hiergegen eingewandt worden, das Gesetz sehe die Abgabe einer strafbewehrten eidesstattlichen Versicherung gegenüber dem Grundbuchamt nur in besonderen Ausnahmefällen vor, etwa § 35 Abs. 3 S. 2 GBO. Daraus folge im Umkehrschluss, dass **eidesstattliche Versicherungen i. Ü. kein taugliches Mittel** seien. Dies gelte auch für die dem OLG Schleswig vorliegende Konstellation, in der die eidesstattliche Versicherung dazu dienen solle, die Erbfolge im Hinblick auf den Ausschluss negativer Tatsachen nachzuweisen (*in casu* wiederum Nichteingreifen einer Pflichtteilsstrafklausel). Die Abgabe einer notariell beglaubigten eidesstattlichen Versicherung lasse sich auch nicht aus der Zuständigkeit des Notars nach § 38 BeurkG herleiten. Die Norm habe als reine Verfahrensvorschrift keine zuständigkeitsbegründende Funktion. Die Zuständigkeit des Notars für die Abnahme von Eiden oder Aufnahme von eidesstattlichen Versicherungen müsse sich vielmehr aus anderen Vorschriften ergeben. Eidesstattliche Versicherungen seien allerdings als **Erklärungen in der Form des § 29 GBO** anzusehen. Erklärungen in der Form des § 29 GBO seien von der Form her **grundsätzlich geeignet, den erforderlichen Nachweis zu führen** (identische Einordnung bereits durch BGH ZEV 2016, 635 Rn. 8; bestätigend BGH ZEV 2022, 471 Rn. 6; daran anschließend OLG Schleswig ZEV 2024, 764 Rn. 31). Das OLG Frankfurt (DNotZ 2025, 123 Rn. 24 ff.) hat sich hingegen weiterhin für die Nachweisführung mittels einer von einem Notar aufgenommenen eidesstattlichen Versicherung zum Nachweis der Nichtgeltendmachung des Pflichtteils ausgesprochen und hierbei die Auffassung des OLG Schleswig ausdrücklich abgelehnt (Rn. 26 f.).

b) Praxisempfehlung für den vorliegenden Fall

Überblickt man den vorstehend geschilderten Meinungsstand, so ist u. E. empfehlenswert, **in erster Linie** (im Wesentlichen aus Kostengründen) um Löschung des Nacherbenvermerks unter Vorlage einer **von einem Notar aufgenommenen eidesstattlichen Versicherung der Ehefrau** zu ersuchen, nach deren Inhalt sie und ihr vorverstorbenen Ehemann zu Lebzeiten beider die als Nacherbe geplante Stiftung nicht errichtet haben. In dieser Weise würde die Erklärung auch der Auffassung des OLG Frankfurt (DNotZ 2025, 123) genügen, während sie aus Sicht des OLG Schleswig jedenfalls als einfache Erklärung in der

Form des § 29 Abs. 1 GBO verwertbar bliebe. Anschließend könnte in der Urkunde noch die Rechtsauffassung vertreten und begründet werden, dass **dadurch die Nacherbfolge entfallen** sei. **Alternativ** müsste ein **Erbschein** beantragt werden, der die Ehefrau als unbeschränkte Vollerbin ausweist.

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 einmal 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 §§ 35, 39, 53, 54 – Satzungsdurchbrechung; punktuelle Wirkung und Dauerwirkung; unbefristete Geschäftsführerbestellung trotz Befristungsbestimmung in der Satzung; Anmeldung einer bereits richtig eingetragenen Tatsache

BGB §§ 1196, 1197; ZPO §§ 830, 857, 866, 867; ZVG § 44 – Auswirkungen der Bestellung einer Eigentümergrundschuld auf den Vollstreckungszugriff Dritter

UmwG §§ 3 Abs. 1 Nr. 4, 99; BGB §§ 21, 32, 54 – Verschmelzung von eingetragenen Vereinen; maßgeblicher Zeitpunkt für Umwandlungsvoraussetzungen; fehlende Eintragung des aufnehmenden Vereins zum Zeitpunkt des Verschmelzungsbeschlusses; Verein ohne Rechtspersönlichkeit

BGB §§ 2100, 2106, 2139, 2065 – Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit; Bestimmung des Zeitpunkts für den Eintritt der Nacherbfolge durch den Erblasser oder einen Dritten

Rechtsprechung

GBO §§ 39, 40 Abs. 1 – Voreintragung der Erben im Grundbuch; keine Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz

EGBGB Art. 229 § 21 Abs. 1 u. 4; GBO §§ 19, 22, 40, 47 Abs. 2; BGB §§ 311b, 712a Abs. 1, 925 – Formlose Übertragung von GbR-Anteilen; „Anwachsung“ des Gesellschaftsvermögens wegen Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters; keine Eintragung einer im Grundbuch eingetragenen liquidationslos erloschenen GbR ins Gesellschaftsregister

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**GmbHG §§ 35, 39, 53, 54
Satzungsdurchbrechung; punktuelle
Wirkung und Dauerwirkung; unbefristete
Geschäftsführerbestellung trotz
Befristungsbestimmung in der Satzung;
Anmeldung einer bereits richtig eingetragenen
Tatsache**

I. Sachverhalt

Die Satzung einer GmbH aus dem Jahr 2019 enthält für die Bestellung der Geschäftsführer folgende Regelung:

„Bestellung, Anstellung und Abberufung der Mitglieder der Geschäftsführung erfolgt durch die Gesellschafterversammlung. [...] Die Bestellung erfolgt im Fall der Erstbestellung auf höchstens drei Jahre. Eine wiederholte Bestellung ist auf höchstens fünf Jahre zulässig.“

Im März 2021 wurde ein weiterer Geschäftsführer bestellt. Der von den Beteiligten selbst gefe-

tigte Gesellschafterbeschluss enthält zur Dauer der Bestellung ausdrücklich folgenden Passus:

„Die Bestellung erfolgt zeitlich unbefristet.“

Der Notar meldete die Bestellung des weiteren Geschäftsführers unter Vorlage des Gesellschafterbeschlusses zur Eintragung in das Handelsregister an, wobei der Text der Anmeldung keinen ausdrücklichen Hinweis darauf enthielt, dass die Bestellung zeitlich unbefristet erfolgt war. Der Geschäftsführer wurde daraufhin vom zuständigen Registergericht wie angemeldet im Handelsregister eingetragen. Nun fällt den Beteiligten der GmbH auf, dass die unbefristete Bestellung des Geschäftsführers vom März 2021 im Widerspruch zur statutarischen Regelung steht, wonach die Bestellung zunächst nur für eine Dauer von höchstens drei Jahren hätte erfolgen dürfen.

II. Fragen

1. Ist die Bestellung des Geschäftsführers vom März 2021 als satzungsdurchbrechender Beschluss unwirksam?
2. Ist der Beschluss zumindest in dem Umfang wirksam zustande gekommen, wie er hätte gefasst werden dürfen, also mit einer auf drei Jahre befristeten Bestellung des Geschäftsführers?
3. Wie verhält es sich mit der Eintragung als unbefristet bestellter Geschäftsführers im Handelsregister, auch im Hinblick auf eine erneute Bestellung als Geschäftsführer?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeine Grundsätze zu satzungsdurchbrechenden Beschlüssen

Das Meinungsspektrum zur Rechtsfigur der Satzungsdurchbrechung ist inzwischen vielschichtig (Lüttenberg, NJW 2024, 2956, 2958, spricht gar von einem „ausschweifenden Diskurs“).

Im Ausgangspunkt ist die Satzungsdurchbrechung von der Satzungsänderung zu unterscheiden. Unter „Satzungsdurchbrechung“ versteht man einen Gesellschafterbeschluss, der eine von der Satzung abweichende Regelung trifft, ohne die Kautelen der Satzungsänderung gem. §§ 53, 54 GmbHG einzuhalten (Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 53 Rn. 27). Handelt es sich dabei um eine **abstrakt-generelle Regelung**, die eine Bestimmung der Satzung dauerhaft außer Kraft setzen will, so ist der Gesellschafterbeschluss in jedem Fall unwirksam

(Noack, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 24. Aufl. 2025, § 53 Rn. 51; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 53 Rn. 27).

Anders sind jedoch Gesellschafterbeschlüsse zu beurteilen, mit denen eine Bestimmung nur für den **Einzelfall** abbedungen, die Fortgeltung der Satzungsklausel aber nicht infrage gestellt werden soll. Man unterscheidet nach der herrschenden Ansicht insoweit punktuelle Maßnahmen, deren Wirkung sich in der Maßnahme erschöpft (sog. „**punktueller Satzungsdurchbrechungen**“), und Maßnahmen mit Dauerwirkung, die einen im Widerspruch zur geltenden Satzung stehenden Zustand herbeiführen (sog. „**zustandsbegründende Satzungsdurchbrechungen**“, vgl. zum Ganzen BGH DNotZ 1994, 313, 314; OLG Dresden GmbHR 2012, 213, 214; grundlegend Priester, ZHR 151 (1987), 40, 51 f.; diese Differenzierung ablehnend Noack, § 53 Rn. 48; Leuschner, ZHR 180 (2016), 422 und Leuschner, ZHR 184 (2020), 608). Zustandsbegründende Satzungsdurchbrechungen gebieten grundsätzlich die Einhaltung aller für die Satzungsänderung geltenden Vorschriften (vgl. BGH DNotZ 1994, 313, 314 f.; OLG Dresden GmbHR 2012, 213, 214; Scholz/Tebben, GmbHG, 13. Aufl. 2024, § 53 Rn. 29). **Punktueller Durchbrechungen** haben dagegen wohl nur herabgesetzte Anforderungen zu erfüllen. Selbst bei gänzlicher Missachtung dieser Anforderungen sind sie nicht nichtig (BGH DNotZ 1994, 313, 314), sondern nach überwiegender Ansicht **nur anfechtbar** (Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 53 Rn. 31; Scholz/Priester/Veil, § 53 Rn. 28; MünchKommGmbHG/Harbarth, 5. Aufl. 2025, § 53 Rn. 53; GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 3. Aufl. 2021, § 53 Rn. 39).

2. Bewertung des Sachverhalts nach herkömmlichen Grundsätzen

Ob ein satzungsdurchbrechender Beschluss eine von der Satzung abweichende Regelungslage mit (ggf. vorübergehender) Dauerwirkung begründet oder sich als punktueller Satzungsverstoß in einer einzelnen Maßnahme erschöpft, ist eine stark einzelfallabhängige Frage (vgl. auch BeckOGK-GmbHG/Born, Std.: 15.4.2025, § 53 Rn. 63). Im vorliegenden Fall spricht jedoch nach herkömmlichen Grundsätzen einiges dafür, dass es sich bei der unbefristeten **Bestellung eines Geschäftsführers entgegen dem in der Satzung verankerten Befristungserfordernis** nicht nur um einen punktuellen Satzungsverstoß handelt, sondern dass vielmehr eine (Einzelfall)Maßnahme mit **Dauerwirkung** – mithin eine **zustands-**

begründende Satzungsdurchbrechung – vorliegt. Die Wirkung des Beschlusses erschöpft sich vorliegend gerade nicht in der Maßnahme der Geschäftsführerbestellung selbst. In ähnlichem Kontext hat der BGH eine zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung bei der unbefristeten Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds im Widerspruch zu einem statutarischen Befristungserfordernis angenommen (BGH NJW 1993, 2246; dem folgend BeckOGK-GmbHG/Born, § 53 Rn. 76). Der BGH führte hierzu wie folgt aus (NJW 1993, 2246, 2247; Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

„Der Gesellschafterbeschuß [...] bestimmt allerdings **abweichend von der Satzung**, daß sich die – dort ebenfalls grundsätzlich **auf drei Jahre begrenzte – Amtszeit** der Aufsichtsratsmitglieder um jeweils ein Jahr verlängere, wenn die Gesellschafterversammlung nicht die Abberufung beschliesse. Diese Regelung ist indessen unwirksam. Jener Beschuß hätte als Satzungsänderung nach §§ 53 II, 54 GmbHG der notariellen Beurkundung und der Eintragung in das Handelsregister bedurft. Die Bet. haben freilich nach den Feststellungen des BerGer. eine **Änderung der Satzung nicht beabsichtigt**. Sie waren sich [...] der Abweichung von der Satzung bewußt; sie wollten lediglich eine ‚auf Zeit gedachte Lösung‘ schaffen, ‚die auf eine Person‘ (nämlich diejenige des Kl.) ‚und auf eine ganz bestimmte Situation zugeschnitten war‘. Das alles ändert aber nichts an der Unwirksamkeit der ‚Aufsichtsratssatzung [...]‘. [...] **Satzungsdurchbrechungen, die einen von der Satzung abweichenden rechtlichen Zustand begründen, sind dagegen ohne Einhaltung der für eine Satzungsänderung geltenden Formvorschriften auch dann unwirksam, wenn dieser Zustand auf einen bestimmten Zeitraum begrenzt ist.** [...] Die Einrichtung des [...] auf die Person des Kl. zugeschnittenen und wohl für dessen Lebenszeit gedachten Aufsichtsrats hatte, wie die Revision zu Recht geltend macht, zum Ziel, einen **Zustand von jedenfalls nicht nur kurzer Dauer** zu schaffen, der **mit dem Inhalt der Satzung der Bekl. nicht zu vereinbaren** war. Der **Beschluß** [...], bei dem die Förmlichkeiten einer Satzungsänderung nicht eingehalten worden sind, ist deshalb als solcher, ohne daß es der Anfechtung bedurft hätte, **nichtig**.“

Im Hinblick auf diese Ausführungen ist uns kein Grund ersichtlich, weshalb ein solcher Vorgang im Kontext einer Geschäftsführerbestellung anders bewertet werden sollte. Vielmehr wird davon auszugehen sein, dass organisationsrechtliche Re-

gelungen in der Satzung betreffend die Amtszeit von Organstellungen nicht durch einfachen Gesellschafterbeschluss geändert werden können, weil sie als zustandsbegründend zu qualifizieren sind. Es ist durchaus plausibel, der unbefristeten Erstbestellung eine **rechtliche**, nicht nur faktische **Dauerwirkung** beizumessen. Anknüpfungspunkt dafür ist nicht bloß der Zustand des „Bestelltseins“ (der für sich genommen nicht satzungswidrig ist), sondern des „unbefristet Bestelltseins“. Dies ist im Einklang mit der Satzung nicht möglich. Der Sachverhalt ist insoweit durchaus dem Fall vergleichbar, dass dem Geschäftsführer bestimmte statutarische Eigenschaften fehlen, etwa ein bestimmtes Alter o. Ä.

3. Abweichende Beurteilung aufgrund der Entscheidung des BGH v. 16.7.2024 – II ZR 71/23?

In seiner Entscheidung v. 16.7.2024 (II ZR 71/23, NZG 2024, 1222) hat der BGH entschieden, dass die einmalige von der Satzung abweichende Übernahme der Organkompetenz (hier: Abberufung des Geschäftsführers) durch die Gesellschafterversammlung (anstelle des laut Satzung zuständigen Aufsichtsrats) als rein punktuelle Satzungsdurchbrechung und daher als wirksam anzusehen ist. Der BGH führt hierzu aus (NZG 2024, 1222, 1228; Hervorhebungen i. F. durch die DNotI-Redaktion):

„Die **Abberufung** eines Geschäftsführers **durch** die nach der Satzung dafür **nicht zuständige Gesellschafterversammlung** begründet keinen **von der Satzung abweichenden rechtlichen Zustand**. Die Verletzung der Satzung betrifft das Zustandekommen des Beschlusses und erledigt sich spätestens mit seiner Bekanntgabe an den Geschäftsführer. Die Beendigung des Organverhältnisses ist kein satzungswidriger rechtlicher Zustand. Sie wäre auch eingetreten, wenn der Geschäftsführer sein Amt in Übereinstimmung mit der Satzung verloren hätte. Die Einhaltung der Förmlichkeiten einer Satzungsänderung ist auch nicht unter Berücksichtigung des mit der **Registerpublizität bezweckten Schutzes des Rechtsverkehrs** geboten. Interessen des Rechtsverkehrs sind nicht betroffen, wenn der Beschluss nicht materiell einer Satzungsänderung gleichkommt. Maßgebend für die Beurteilung sind daher nicht die Auswirkungen des Beschlusses, sondern sein konkreter Regelungsgehalt. Daran gemessen berührt ein unter Missachtung der in der Satzung festgelegten Kompetenzordnung gefasster Beschluss über die Abberufung eines Geschäftsführers nicht die schützenswerten Interessen des Rechtsverkehrs.“

Diese Ausführungen ändern u. E. nichts daran, dass der vorliegende Sachverhalt eine zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung enthält. Denn die Bestellung als unbefristeter Geschäftsführer ist vorliegend sehr wohl ein rechtlicher Zustand, der im fortdauernden Widerspruch zu den Satzungsbestimmungen steht. **Eine unbefristete Geschäftsführerstellung hätte generell auf satzungskonformen Weg nicht geschaffen werden können.** Hierin **unterscheidet** sich der Fall von dem der **Abberufung** des Geschäftsführers. Eine im Hinblick auf diese Entscheidung pauschale Bewertung der Bestellung als *actus contrarius* zur Abberufung mit der Folge einer parallelen rechtlichen Einordnung wäre verfehlt. Auch der vom BGH betonte Aspekt der **Registerpublizität** und der hiermit einhergehende Schutz des Rechtsverkehrs spricht u. E. dafür, den vorliegenden Sachverhalt als zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung zu qualifizieren. Ein etwaiger Erwerber eines Geschäftsanteils muss auf die Gültigkeit der Satzung vertrauen können. Dies impliziert im unterbreiteten Sachverhalt das Vertrauen auf eine nur befristete Bestellung der jeweiligen Geschäftsführer. Im Kontext der Abberufung ist ein entsprechender Konflikt hingegen nicht zu befürchten.

Allerdings erkennt *Leuschner* in der BGH-Entscheidung vom 16.7.2024 eine Abkehr von der bisher herrschenden Dogmatik (NZG 2024, 1220). Er konstatiert fundamentale Unterschiede zwischen der bisherigen herrschenden Ansicht und den Ausführungen des BGH, die in einer vollständigen Aufgabe der bisherigen Differenzierung zwischen punktueller und zustandsbegründender Satzungsdurchbrechung münden soll. Hierzu führt er wie folgt aus (NZG 2024, 1216, 1219; Hervorhebungen i. F. durch die DNotI-Redaktion):

„Sämtliche Konstellationen, die nach bisher hM als Satzungsdurchbrechungen zu qualifizieren sind, sind nach Born/BGH der Kategorie der punktuellen Satzungsdurchbrechung zuzuordnen und können daher auch ohne Einhaltung der §§ 53, 54 GmbHG Wirksamkeit erlangen. Wird demgegenüber der Geltungsanspruch der Satzung für die Zukunft infrage gestellt, sind die Satzungsänderungsvorschriften einzuhalten: Nach Born/BGH, weil es sich um „zustandsbegründende“ Satzungsdurchbrechungen handelt; nach bisher h. M., weil es gar kein Fall der Satzungsdurchbrechung ist und die §§ 53, 54 GmbHG daher selbstverständlich Anwendung finden. [...] Unter Zugrundelegung der tradierten Terminologie und Systematik wurde

damit die Differenzierung zwischen zustandsbegründenden und punktuellen Satzungsdurchbrechungen vollständig aufgegeben.“

Ein so weitreichender Inhalt lässt sich u. E. dem Urteil nicht ohne Weiteres entnehmen. Vielmehr fügt sich die Entscheidung zumindest ihren expliziten Aussagen nach in die bisherige Dogmatik der herrschenden Ansicht ein. Zwar führt der BGH im Kontext der analogen Anwendung des § 241 Nr. 3 AktG aus, dass ein Gesellschafterbeschluss bei Verletzung der Satzung lediglich anfechtbar sei (NZG 2024, 1222, 1223 f.). Rückschlüsse für die Rechtsfigur der satzungsdurchbrechenden Beschlüsse lassen sich hieraus u. E. jedoch nicht ziehen. Vielmehr verdeutlichen die weiteren Ausführungen des BGH in diesem Kontext, dass es sich im Rahmen der rechtlichen Bewertung des § 241 Nr. 3 AktG um eine eigenständige Kategorie handelt, die gerade unabhängig von individuellen Satzungsregelungen zu bewerten ist. Die rechtliche Einordnung der Satzungsdurchbrechung und ihrer Folgen ist davon zu trennen, denn diese nimmt gerade den konkreten Satzungsinhalt in den Blick. Im Hinblick auf die Rechtsfigur der Satzungsdurchbrechung richtet der BGH die getroffene Subsumtion des Sachverhalts ausweislich der Begründung gerade an den anerkannten Begriffspaaren „punktuell“ und „zustandsbegründend“ aus und stellt in diesem Kontext lediglich fest, dass es für die Einordnung in diese Kategorien nicht auf eine Folgenbetrachtung, sondern auf die unmittelbaren rechtlichen Wirkungen der Maßnahme selbst ankommt. Hierbei kommt der BGH in dem streitgegenständlichen Fall (u. E. zutreffend) zu einer Einordnung als punktueller – und damit grundsätzlich wirksamer – Satzungsdurchbrechung. Dass damit zugleich eine **Aufgabe der Kategorie der zustandsbegründenden Satzungsdurchbrechung** einhergeht, erscheint uns **zu weitreichend** (im Erg. ebenso Wicke, ZIP 2025, 57, 60 ff.: „Vor allem aber lassen weder der II. Zivilsenat in seinem Urteil noch dessen Vorsitzender in seiner Kommentierung erkennen, dass sie in irgendeiner Weise von der bisherigen Rechtsprechung abweichen wollten“; Hoffmann, GWR 2024, 299, 301: „überwiegend nach bisheriger höchstrichterlicher Rechtsprechung und hM geltende Grundsätze bestätigt“; Lüttenberg, NJW 2024, 2956, 2959: „ob sich der Begründung des BGH eine über diesen Einzelfall hinausgehende Klarstellung zum Umgang mit der Rechtsfigur der Satzungsdurchbrechung entnehmen lässt, erscheint allerdings zweifelhaft“; Bacher/Asenov, IR 2024, 254, 255: „Schließlich hat der

BGH die von der hM vorgenommene Unterscheidung zwischen ‚punktuellen‘ und ‚zuständigkeitsbegründenden‘ Satzungsdurchbrechungen bestätigt“.)

Im Übrigen ist hervorzuheben, dass sogar nach eigener Aussage von Born eine „*organisationsrechtliche Regelung der Satzung über die Amtszeit von Aufsichtsratsmitgliedern [...] nicht durch einfachen Gesellschafterbeschluss geändert werden*“ kann (BeckOGK-GmbHG/Born, § 53 Rn. 76).

Es sind u. E. daher keine Gründe ersichtlich, weshalb infolge der jüngeren Rechtsprechung des BGH eine organisationsrechtliche Regelung der Satzung über die Amtszeit von Geschäftsführern durch Gesellschafterbeschluss sollte abbedungen werden können.

4. Rechtsfolge bei Einordnung als zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung

Handelt es sich vorliegend um eine zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung, so führt dies grundsätzlich zur **Nichtigkeit des Beschlusses**, sollten nicht die formellen Voraussetzungen einer Satzungsänderung gewahrt worden sein.

Allerdings erscheint es u. E. durchaus möglich, den nichtigen Gesellschaftsbeschluss über die unbefristete Geschäftsführerbestellung **entsprechend § 140 BGB** in eine nach der Satzung zulässige, auf drei Jahre **befristete Geschäftsführerbestellung umzudeuten**. Unseres Erachtens ist ein Gesellschafterbeschluss einer Umdeutung in einen Gesellschafterbeschluss mit satzungsgemäßem Inhalt zugänglich (Scholz/K. Schmidt/Bochmann, GmbHG, 13. Aufl. 2024, § 45 Rn. 37; Schnorr, Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse, 1997, S. 93; offengelassen in BGH WM 1983, 862, da auch umgedeuteter Inhalt nichtig gewesen wäre; a. A. Schmidt/Nachtwey, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, 6. Aufl. 2021, § 4 Rn. 163 m. Verw. auf das Erfordernis der Rechtssicherheit). Selbstredend ist die Frage, ob die Fassung des umzudeutenden Beschlusses den Schluss auf einen hypothetischen Verbandswillen mit entsprechend umgedeutetem Inhalt zulässt, eine Tatfrage, die vom DNotI mangels Kenntnis genauerer Sachverhaltsumstände nicht abschließend beurteilt werden kann. Es liegt jedoch nicht fern, davon auszugehen, dass die Gesellschafter bei Kenntnis von der Nichtigkeit der unbefristeten Geschäftsführerbestellung als „Minus“ hierzu jedenfalls eine satzungskonforme befristete Bestellung auf drei Jahre beschlossen hätten.

Häufig findet sich in Rechtsprechung und Literatur die Aussage, ein zustandsbegründender satzungsdurchbrechender Gesellschafterbeschluss könne u. U. in eine schuldrechtliche Gesellschaftervereinbarung umgedeutet werden, soweit sie nicht satzungsmäßiges Organisationsrecht betreffe (BGH NJW 1993, 2246; NZG 2010, 988; KG NJW-RR 2016, 576; BeckOK-GmbHG/Trölitzsch, Std.: 1.5.2025, § 53 Rn. 28a.2; Hoffmann/Barlitz, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 53 Rn. 61). Hieraus darf u. E. jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass eine Umdeutung eines Gesellschafterbeschlusses stets nur in eine schuldrechtliche Nebenabrede möglich wäre. Die in den Fundstellen behandelten Fallgestaltungen zielen auf die Verwirklichung eines satzungswidrigen Zustands ab. Hiervon zu trennen ist die gegenständliche Frage, ob der Gesellschafterbeschluss im Wege der Umdeutung jedenfalls mit satzungsgemäßen Inhalt aufrechterhalten werden kann, was nach unserer Auffassung zulässig sein muss.

So ist festzuhalten, dass wir von einer wirksamen Bestellung des Geschäftsführers für die Dauer von drei Jahren ausgehen.

5. Eintragung im Handelsregister

Die **ursprüngliche Eintragung** des Geschäftsführers war u. E. **nicht fehlerhaft**. Die Bestellung erfolgte nach den vorangestellten Ausführungen zumindest wirksam auf drei Jahre. Dass dies in der Registereintragung nicht verlautbart wurde, ist unschädlich. Denn die registerrechtliche Literatur geht – soweit ersichtlich – davon aus, dass die Eintragung einer solchen Befristung schon im Ausgangspunkt nicht zulässig wäre (Gutachten DNotI-Report 2009, 113).

Da die Geschäftsführerstellung gegenständlich infolge der auflösenden Befristung nach Ablauf von drei Jahren erloschen ist, ist jedoch die **Eintragung im Handelsregister unrichtig geworden** (Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider, § 39 Rn. 2). Gleichwohl können die Gesellschafter (satzungskonform) eine weitere Bestellung von fünf Jahren beschließen. Ist dies der Fall, so wird der eingetragene Registerstand wieder richtig, sodass sich die Frage stellt, ob eine erneute Anmeldung erforderlich ist, wenn der Geschäftsführer zunächst auf Zeit bestellt wurde und die erneute Bestellung erst nach Zeitablauf erfolgt. Einigkeit besteht weitgehend darin, dass die **erneute Bestellung nicht eintragungspflichtig** ist, da register-

rechtlich keine Änderung der Rechtslage eintritt (GroßkommGmbHG/Paefgen, 3. Aufl. 2020, § 39 Rn. 17; Krafska, Registerrecht, 12. Aufl. 2024, Rn. 1088a; MünchKommGmbHG/Stephan/Tieves, 4. Aufl. 2023, § 39 Rn. 19: „weder eintragungsfähig noch -pflichtig“; a. A. wohl Schulte, NZG 2019, 646, 649). Umstritten ist jedoch, ob es gleichwohl zumindest einer neuen **Einreichung der Bestellsunterlagen** (§ 39 Abs. 2 GmbHG) mitsamt einer erneuten **Versicherung** (§ 39 Abs. 1 GmbHG) bedarf (dafür Krafska, Rn. 1088a; dagegen MünchKommGmbHG/Stephan/Tieves, § 39 Rn. 19). Mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung muss diese Frage als ungeklärt bezeichnet werden. Nach dem Gebot des sichersten Wegs erscheint es u. E. jedenfalls angezeigt, eine entsprechende neue Anmeldung nebst Versicherung zum Handelsregister einzureichen.

Selbiges gilt i. Ü. auch, wenn der Gesellschafterbeschluss einer entsprechenden Umdeutung nicht zugänglich wäre und die ursprüngliche Bestellung des Geschäftsführers als nichtig anzusehen wäre, im Nachgang jetzt aber doch noch eine wirksame Bestellung erfolgt (MünchKommGmbHG/Stephan/Tieves, § 39 Rn. 19).

6. Ergebnis

Unseres Erachtens ist der Gesellschafterbeschluss über eine unbefristete Geschäftsführerbestellung aus dem Jahr 2021 als **zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung** grundsätzlich **unwirksam**. Er kann jedoch im Wege der **Umdeutung** – vorbehaltlich der konkreten Tatumstände – in Gestalt einer auf drei Jahre befristeten Geschäftsführerbestellung aufrechterhalten werden. Die entsprechende Eintragung im **Handelsregister** war insoweit auch ohne Verlautbarung einer Befristung **richtig**, da eine solche u. E. nicht eintragungsfähig ist.

Nach der herrschenden Ansicht bedarf es keiner erneuten Eintragung der Geschäftsführerbestellung, wenn eine – hier wegen Ablauf der drei Jahre zeitweise – unrichtige Registereintragung nachträglich wirksam wird. Fraglich ist jedoch, ob bei dem Registergericht Unterlagen und Erklärungen i. S. d. § 39 Abs. 2 u. 3 GmbHG einzureichen sind.

Unmittelbare einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung ist – noch – nicht vorhanden, sodass die Rechtslage gleichwohl als ungeklärt bezeichnet werden muss. Insbesondere ist die Diskussion um eine mögliche Neuausrichtung der

Rechtsprechungsgrundsätze zur Satzungsdurchbrechung noch nicht abgeschlossen.

BGB §§ 1196, 1197; ZPO §§ 830, 857, 866, 867; ZVG § 44

Auswirkungen der Bestellung einer Eigentümergrundschuld auf den Vollstreckungszugriff Dritter

I. Sachverhalt

Gelegentlich verlangen Eigentümer die Bestellung einer Eigentümerbriefgrundschuld an der eigenen Immobilie. Sie geben an, dass man dadurch einen eventuellen künftigen Vollstreckungszugriff von Dritten verhindern oder zumindest erschweren möchte, etwa indem die Grundschuld außerhalb des Grundbuchs an einen Dritten übertragen wird.

II. Frage

Ist die Bestellung einer Eigentümergrundschuld überhaupt geeignet, den Vollstreckungszugriff auf die Immobilie durch Dritte zu verhindern oder zu erschweren?

III. Zur Rechtslage

1. Auswirkungen einer Eigentümergrundschuld auf die Zwangsvollstreckung in das Grundstück des Schuldners

Nach § 1196 Abs. 1 BGB kann eine Grundschuld auch für den Eigentümer bestellt werden. Eine solche Eigentümergrundschuld dient allgemein der Rangwahrung für ein künftiges Kreditbedürfnis des Eigentümers (siehe zum Normzweck BeckOK-BGB/Rohe, Std.: 1.2.2025, § 1196 Rn. 1). Die Bestellung erfolgt nach Maßgabe des § 1196 Abs. 2 Hs. 1 BGB durch Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt und entsprechender Eintragung der Grundschuld im Grundbuch.

Zu untersuchen sind hier die Auswirkungen einer Eigentümergrundschuld im Falle der Zwangsvollstreckung in das Grundstück des Eigentümers/Vollstreckungsschuldners (zu den Auswirkungen von Eigentümerrechten im Rahmen einer *Teilungsversteigerung* i. S. d. §§ 749, 753 BGB, §§ 180 ff. ZVG s. Gutachten DNotI-Report 2022, 185 sowie Gutachten DNotI-Report 2023, 129).

Die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück erfolgt gem. § 866 Abs. 1 ZPO grundsätzlich

durch **Zwangsversteigerung**, **Zwangsverwaltung** oder durch die Eintragung einer (**Zwang**-)**Sicherungshypothek**. Die Eintragung einer Sicherungshypothek soll bei der Betreibung der Zwangsvollstreckung durch einen Grundpfandrechtsgläubiger aufgrund des sog. *Verbots der Doppelsicherung* allerdings grundsätzlich nicht in Betracht kommen (vgl. BeckOGK-BGB/Volmer, Std.: 1.5.2025, § 1147 Rn. 15).

a) **Zwangsversteigerung**

Im Falle der Zwangsversteigerung richten sich die Wirkungen der Eigentümergrundschuld maßgeblich danach, ob diese in das geringste Gebot i. S. d. § 44 Abs. 1 ZVG fällt oder nicht.

Hat die Eigentümergrundschuld Rang *vor* demjenigen Recht, aus dem der Gläubiger die Zwangsversteigerung betreibt (vgl. hierzu auch § 10 ZVG), so ist diese in das **geringste Gebot** aufzunehmen und **bleibt bestehen** (Böttcher, in: Böttcher, ZVG, 7. Aufl. 2022, § 45 Rn. 62; Depré/Bachmann, ZVG, 3. Aufl. 2024, § 44 Rn. 67–69 mit dem Hinweis, dass wegen der Vorschrift des § 1197 Abs. 2 BGB die Zinsen grundsätzlich nicht in das geringste Gebot fallen; so auch Stöber/Gojowczyk, ZVG, 23. Aufl. 2022, § 44 Rn. 19), sofern sie nicht durch Zahlung abgelöst wird (Stumpe/Simon, in: Kindl/Meller-Hannich, Gesamtes Rechts der Zwangsvollstreckung, 4. Aufl. 2021, § 44 Rn. 8). Die Eigentümergrundschuld würde sich – sofern diese nach dem Vorgesagten bestehen bleibt – folglich durch den Eigentumswechsel auf den Ersteher in eine pfändbare *Fremdgrundschuld* umwandeln (vgl. BeckOGK-BGB/R. Rebhan, Std.: 1.9.2023, § 1196 Rn. 4).

Sofern die Eigentümergrundschuld nach dem Vorgesagten **nicht** in das **geringste Gebot** fällt, würde diese durch den Zuschlag **erlöschen** und sich als Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös fortsetzen (Stumpe/Simon, § 91 Rn. 6). Dieses Recht ist wiederum als Geldforderung gem. § 829 ZPO pfändbar.

b) **Zwangsverwaltung**

Die Zwangsverwaltung i. S. d. §§ 146 ff. ZVG wird, wie sich bereits aus der Vorschrift des § 1197 Abs. 2 BGB ergibt, **durch** das Bestehen einer **Eigentümergrundschuld nicht ausgeschlossen**, jedoch stünden in diesem Fall dem Eigentümer für die Dauer der Zwangsverwaltung die **Grundschuldzinsen** zu (vgl. hierzu insgesamt auch BeckOGK-BGB/R. Rebhan, Std.: 1.9.2023, § 1197 Rn. 7–10).

c) (**Zwang**-)**Sicherungshypothek**

Sollte für den Gläubiger des Eigentümers eine Zwangssicherungshypothek i. S. d. § 867 ZPO (im Rang nach der bereits eingetragenen Eigentümergrundschuld) im Grundbuch eingetragen werden, so ist zu beachten, dass der gesetzliche **Löschungsanspruch des § 1179a BGB**, welcher grundsätzlich auch dem Gläubiger einer gleich- oder nachrangigen *Zwangssicherungshypothek* zusteht (MünchKommBGB/Lieder, 9. Aufl. 2023, § 1179a Rn. 10), gem. § 1196 Abs. 3 BGB bei der originären Eigentümergrundschuld **erst dann** greift, wenn diese vorab erstmals zur *Fremdgrundschuld* geworden ist und sich sodann **erneut** in der **Person des Eigentümers vereinigt** (BeckOGK/R. Rebhan, § 1196 Rn. 28; zu rechtlichen Erwägungen des Löschungsanspruchs gem. § 1179a BGB in der Zwangsvollstreckung i. Ü. siehe MünchKommBGB/Lieder, § 1179a Rn. 36–40 sowie BeckOGK-BGB/Neie, Std.: 1.6.2024, § 1179a Rn. 59–66).

2. **Zwangsvollstreckung in anderes Vermögen des Schuldners**

Eigentümergrundschulden stehen der Zwangsvollstreckung in das Grundstück des Schuldners/Eigentümers nicht entgegen, wirken sich aber u. U. – insbesondere bei der Vollstreckung aus nachrangigen Grundpfandrechten – für die Vollstreckungsgläubiger ungünstig aus. Es stellt sich daher die Frage nach weiteren Vollstreckungsmöglichkeiten:

a) **Zwangsvollstreckung in die Grundschuld**

Unbedacht bleibt u. E. gelegentlich, dass auch die **Zwangsvollstreckung in eine (Eigentümer-) Grundschuld möglich** ist; auch die dem Schuldner als Berechtigtem zustehende Grundschuld ist ein **Vermögensgegenstand**. Dies gilt grundsätzlich sowohl für den Fall, dass es sich aufgrund der Vereinigung von Grundschuld und Eigentum (weiterhin) um eine Eigentümergrundschuld handelt, als auch für den Fall, dass aufgrund eines zwischenzeitlich eingetretenen Eigentümerwechsels am Grundstück die vorherige Eigentümergrundschuld zu einer Fremdgrundschuld des Schuldners (= früheren Eigentümers) geworden ist.

Die **Pfändung** von (Eigentümer-)Grundschulden erfolgt nach den Vorschriften der §§ 857 Abs. 6, 830 ZPO (BGH NJW 1979, 2045; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 2466; BeckOGK-BGB/R. Rebhan, § 1196 Rn. 24), d. h. die Pfändung von *Buchrechten* wird mit der

Eintragung im Grundbuch (MünchKommZPO/Smid, 7. Aufl. 2025, § 857 Rn. 38), die Pfändung von *Briefrechten* in dem Moment wirksam, in dem der Brief in den *Besitz* des Gerichtsvollziehers oder des Pfändungsgläubigers gelangt (so nahezu wörtlich BeckOK-ZPO/Riedel, Std.: 1.7.2025, § 857 Rn. 19, s. a. BayObLG MittBay-Not 1979, 36, 37).

Die **Verwertung** der gepfändeten Grundschuld erfolgt wiederum durch Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung (BeckOK-ZPO/Riedel, § 857 Rn. 23; siehe zur Pfändung einer Grundschuld i. Ü. BeckOK-ZPO/Riedel, § 857 Rn. 19–23b sowie Musielak/Voit/Flockenhaus, ZPO, 22. Aufl. 2025, § 857 Rn. 16 f.).

b) Voraussetzung: Grundschuld gehört zum Vermögen des Schuldners

Die (erfolgreiche) Zwangsvollstreckung in die Grundschuld setzt jedoch natürlich voraus, dass der Schuldner auch Inhaber der zu pfändenden Grundschuld ist, diese also zum Schuldnervermögen gehört.

Insbesondere bei einer *Briefgrundschuld*, bei welcher die Übertragung auch außerhalb des Grundbuchs möglich ist (§§ 1192, 1194 BGB), könnte bspw. der *wahre* Inhaber der Briefgrundschuld sich gegen die Pfändung der Grundschuld mit einer Drittwiderspruchsklage i. S. d. § 771 ZPO zur Wehr setzen.

c) Vollstreckungsrechtliche Betrachtung des Einwands der Übertragung der Grundschuld außerhalb des Grundbuchs

Der pauschale Einwand des *Schuldners* hingegen, er habe die Grundschuld an einen unbenannten Dritten abgetreten, ist nicht geeignet, einen Vollstreckungsrechtsbehelf des Schuldners zu begründen (die Vollstreckungserinnerung gem. § 766 ZPO bzw. die sofortige Beschwerde gem. § 793 ZPO richten sich gegen *formelle* Mängel des Vollstreckungsverfahrens; mit der Vollstreckungsgegenklage gem. § 767 ZPO können *materielle* Einwendungen gegen den titulierten *Anspruch* geltend gemacht werden).

Gibt der Schuldner, welcher im Grundbuch als Berechtigter der Grundschuld eingetragen ist, anlässlich der in die Grundschuld betriebenen Zwangsvollstreckung den **Grundschuldbrief** nicht freiwillig heraus, **findet** der **Gerichtsvollzieher** diesen jedoch **beim Schuldner vor**, so

hat der Gerichtsvollzieher den Brief nach § 883 Abs. 1 ZPO **wegzunehmen** (MünchKommZPO/Smid, § 830 Rn. 13). Vollstreckungstitel für diese Wegnahme ist der Pfändungsbeschluss (BeckOK-ZPO/Riedel, Std.: 1.7.2025, § 830 Rn. 12). Eine weitere Prüfung der Inhaberschaft der Grundschuld durch den Gerichtsvollzieher findet nicht statt. Im formalisierten Zwangsvollstreckungsverfahrens beschränkt der Gerichtsvollzieher sich auf die Prüfung des Gewahrsamsverhältnisses (zumindest in diesen Konstellationen eine wirksame Übertragung der Briefgrundschuld ohnehin selten sein dürfte, da diese gerade die Briefübergabe an den neuen Grundschuldinhaber erfordert, §§ 1192, 1194 BGB).

Gibt der Schuldner anlässlich der in die Grundschuld betriebenen Zwangsvollstreckung den **Grundschuldbrief** nicht freiwillig heraus und **findet** der **Gerichtsvollzieher** diesen auch **nicht vor**, so hat der Schuldner auf Antrag des Gläubigers gem. § 883 Abs. 2 ZPO **an Eides Statt zu versichern, dass er den Brief nicht besitze, und auch nicht wisse, wo sich dieser befinde** (BeckOK-ZPO/Riedel, § 830 Rn. 12, 13).

Sollte der Schuldner also weiterhin Inhaber der Grundschuld sein, den Brief jedoch einer anderen Person übergeben haben (ohne die Grundschuld abzutreten), so wäre er mit Blick auf die Regelung des § 883 Abs. 2 ZPO gehalten, diese Person zu benennen. Die Pfändung der Grundschuld wird in diesem Fall wirksam, wenn der Dritte den Brief an den Gläubiger oder den Gerichtsvollzieher herausgibt. Ist der Dritte nicht bereit, den Brief herauszugeben, so kann der Gläubiger gem. § 886 ZPO den Herausgabeanspruch des Schuldners gegen den Dritten pfänden und sich diesen zur Einziehung überweisen lassen. Grundlage für die Pfändung des Herausgabeanspruchs ist der auf die Eigentümergrundschuld gerichtete Pfändungsbeschluss (vgl. hierzu BeckOK-ZPO/Riedel, § 830 Rn. 14; MünchKommZPO/Smid, § 830 Rn. 17 f.).

Sollte der Schuldner die Grundschuld tatsächlich an einen Dritten abgetreten haben, so ist zu beachten, dass diese **Abtretung** im Einzelfall nach den Regelungen des AnfG oder der InsO **anfechtbar** sein kann.

3. Ergebnis

Eine Eigentümergrundschuld verhindert die Zwangsvollstreckung in den damit belasteten

Grundbesitz nicht. Die Eigentümergrundsschuld selbst stellt ebenfalls einen Vermögengegenstand des Vollstreckungsschuldners dar, in den vollstreckt werden kann. Welche Maßnahmen der Gläubiger zur Zwangsvollstreckung in die Eigentümergrundsschuld konkret zu ergreifen hat, ist von den Umständen des jeweiligen Einzelfalls abhängig und lässt sich nicht abstrakt beantworten.

UmwG §§ 3 Abs. 1 Nr. 4, 99; BGB §§ 21, 32, 54

Verschmelzung von eingetragenen Vereinen; maßgeblicher Zeitpunkt für Umwandlungsvoraussetzungen; fehlende Eintragung des aufnehmenden Vereins zum Zeitpunkt des Verschmelzungsbeschlusses; Verein ohne Rechtspersönlichkeit

I. Sachverhalt

Der A-Verein ist ein eingetragener Verein, der B-Verein ein Verein ohne Rechtspersönlichkeit. Der A-Verein soll zur Aufnahme durch den B-Verein verschmolzen werden.

Es ist folgendes Vorgehen geplant: Die beteiligten Vereine stellen die Entwürfe auf. Die Mitgliederversammlung des B-Vereins beschließt sowohl über die Absicht der Eintragung im Vereinsregister als auch über die entsprechende Satzungsänderung und stimmt dem Entwurf des Verschmelzungsvertrages zu. Anschließend wird der B-Verein im Vereinsregister eingetragen. Sodann wird der Verschmelzungsvertrag zwischen den beiden Vereinen, vertreten durch ihre Vorstände, beurkundet.

II. Frage

Kann der Verschmelzungsbeschluss des aufnehmenden Vereins gleichzeitig mit dem Beschluss über die Eintragungsabsicht und Satzungsänderung gefasst werden?

III. Zur Rechtslage

1. Verschmelzungsfähigkeit von Vereinen

Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 4 UmwG können (nur) eingetragene Vereine (§ 21 BGB) als übertragende, übernehmende oder neue Rechtsträger an einer Verschmelzung beteiligt sein (BeckOGK-UmwG/Drinhausen/Keinath, Std.: 1.7.2025, § 3 Rn. 17; Heidinger/Knaier, in: Henssler/Strohn, Gesell-

schaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 3 UmwG Rn. 16; Hager, RNotZ 2011, 565). Die **Eintragung in das Vereinsregister** ist also **zwingende Voraussetzung für die Verschmelzungsfähigkeit** des Vereins (Winter, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG/UmwStG, 10. Aufl. 2024, § 3 UmwG Rn. 27; Lutter/Hennrichs, UmwG, 7. Aufl. 2024, § 99 Rn. 15). Weitere Regelungen und Einschränkungen hinsichtlich der Vereinsverschmelzung finden sich in den §§ 99–104a UmwG (dazu Neumayer/Schulz, DStR 1996, 872; Katschinski/Wolf, in: Semler/Stengel/Leonard, UmwG, 6. Aufl. 2025, § 99 Rn. 14 ff.; s. auch Hager, RNotZ 2011, 565).

2. Maßgeblicher Zeitpunkt für Umwandlungsvoraussetzungen

Damit ist noch nicht gesagt, zu welchem Zeitpunkt im Umwandlungsverfahren die Voraussetzung der Eintragung im Vereinsregister vorliegen muss.

Ein **Verein ohne Rechtspersönlichkeit** (§ 54 BGB, vor dem MoPeG: nichtrechtsfähiger Verein) muss, um an einer Verschmelzung nach dem UmwG beteiligt sein zu können, zunächst in das Vereinsregister eingetragen werden (Katschinski/Wolf, § 99 Rn. 42; BeckOGK-UmwG/Reul, Std.: 1.7.2025, § 99 Rn. 25). Hierdurch wird der Verein ohne Rechtspersönlichkeit **identitätswahrend in einen e. V. umgewandelt** (BGH WM 1978, 115; Katschinski/Wolf, § 99 Rn. 42). Bereits vor der Eintragung in das Vereinsregister kann der Verein aber als rechtsfähige Körperschaft bestehen (vgl. zu den Kriterien BGH NJW 2008, 69, 73 f.). Für diese Körperschaft gelten grds. bereits die §§ 24–53 BGB; es greift also weitgehend das gleiche Regelungsregime wie beim eingetragenen Verein ein. Zwar ist in der Literatur teilweise davon die Rede, dass die Eintragung des Vereins für die Erlangung der Rechtsfähigkeit konstitutiv wirke (BeckOK-BGB/Schöpflin, Std.: 1.5.2025, § 64 Rn. 5). Das war jedoch bereits im Hinblick auf den vormals sog. „nichtrechtsfähigen Verein“, dem durchaus Rechtsfähigkeit zukommen konnte (statt aller K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 8 III 4 c [S. 203]; MünchKommBGB/Leuschner, 9. Aufl. 2021, § 54 Rn. 18 ff. m. w. N.), in dieser Pauschalität nicht zutreffend, und ist es nach der Novelle des § 54 BGB, der den ehemals nichtrechtsfähigen Verein nunmehr als „Verein ohne Rechtspersönlichkeit“ bezeichnet, erst recht nicht. Das UmwG stellt lediglich die zusätzliche Anforderung der

Eintragung in das Vereinsregister als Umwandlungsvoraussetzung auf. Die **Organisationsverfassung** des Vereins **ändert sich** zudem durch die Eintragung **nicht**, sodass auch keine Bedenken gegen einen Umwandlungsbeschluss vor Eintragung bestehen. Der Rechtsträger, der umgewandelt werden soll, existiert also bereits, verfügt aber noch nicht über alle Eigenschaften, die für die Umwandlungsfähigkeit relevant sind.

Dementsprechend geht auch die umwandlungsrechtliche Literatur – die sich mit dem Thema im Kontext des Vorvereins befasst – davon aus, dass der **maßgebliche Zeitpunkt für das Vorliegen eines verschmelzungsfähigen Vereins die Eintragung der Verschmelzung in das Register des übernehmenden Rechtsträgers** ist (Widmann/Mayer/Vossius, UmwG, Std.: 9/2024, § 99 Rn. 19; Katschinski/Wolf, § 99 Rn. 53 f.; Lutter/Henrichs, § 99 Rn. 15; BeckOGK-UmwG/Reul, § 99 Rn. 28; Konu/Ries, in: Maulbetsch/Klumpp/Rose, UmwG, 2. Aufl. 2017, § 99 Rn. 3; Fischer, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, Umwandlungsrecht, 3. Aufl. 2023, § 99 UmwG Rn. 5).

3. Ergebnis

Im Einklang mit der wohl herrschenden Literaturmeinung gehen wir davon aus, dass der **Verein im Zeitpunkt des Wirksamwerdens – also der Eintragung der Umwandlung beim aufnehmenden Rechtsträger – im Vereinsregister eingetragen sein muss**. Freilich dürfte es sich aufgrund der vorgelagerten registergerichtlichen Prüfung stets empfehlen, die Voraussetzungen für die Umwandlung bereits im Anmeldezeitpunkt zu erfüllen.

Unseres Erachtens spricht daher nichts dagegen, dass beim aufnehmenden B-Verein der Verschmelzungsbeschluss zusammen mit dem Beschluss über die Eintragung im Vereinsregister (Satzungsänderung, § 57 Abs. 1 BGB) gefasst wird und sodann die Anmeldung des Vereins zum Vereinsregister erfolgt. Die Anmeldung der Verschmelzung kann gleichzeitig zum Vereinsregister eingereicht werden. Aufgrund der zwingenden Eintragungsreihenfolge des § 19 UmwG ist gewährleistet, dass die Eintragung der Verschmelzung beim aufnehmenden Rechtsträger erst nach der Registrierung des übernehmenden Vereins im Vereinsregister und anschließender Eintragung der Verschmelzung im Register des übertragenden Vereins erfolgt.

BGB §§ 2100, 2106, 2139, 2065

Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit; Bestimmung des Zeitpunkts für den Eintritt der Nacherbfolge durch den Erblasser oder einen Dritten

I. Sachverhalt

Ein Testament enthält folgende Klausel:

„Der Vorerbe ist berechtigt, durch notariell beurkundete Erklärung gegenüber dem Nacherben den Nacherbfall auch vorzeitig eintreten zu lassen.“

II. Frage

Stellt die Klausel eine zulässige Bedingung (Ausübung der Erklärung) oder eine unzulässige Fremdbestimmung dar?

III. Zur Rechtslage

1. Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit

Nach § 2065 kann der Erblasser eine letztwillige Verfügung nicht in der Weise treffen, dass ein anderer zu bestimmen hat, ob sie gelten oder nicht gelten soll. Er kann zudem die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, sowie die Bestimmung des Gegenstands der Zuwendung nicht einem anderen überlassen. Ein Verstoß gegen § 2065 BGB führt grds. zur Nichtigkeit der betroffenen Verfügung von Todes wegen. Die Vorschrift ist **Ausdruck der materiellen Höchstpersönlichkeit** der Testamentserrichtung.

Dadurch soll sichergestellt werden, dass die **Entscheidung über das Schicksal eines Vermögens** nach dem Tode seines Inhabers **nicht von Personen getroffen** wird, die sich der **Verantwortung für die Verwendung dieses Vermögens gar nicht als Inhaber derselben bewusst werden konnten**. Außerdem soll dem Erblasser die Befugnis, die gesetzliche Ordnung der Vermögensnachfolge außer Kraft zu setzen, nur für den Fall zustehen, dass er einen eigenen festen Entschluss über Geltung und Inhalt seiner Anordnung fasst und selbst in gehöriger Form äußert (Staudinger/Otte, BGB, 2019, § 2065 Rn. 2).

2. Bestimmung des Nacherbfalls

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob

der **Zeitpunkt des Nacherbfalls** vom Erblasser selbst festgelegt werden muss oder inwieweit er dessen Bestimmung einem Dritten überlassen kann. Der Nacherbfall gem. § 2139 BGB ist der Zeitpunkt, mit dem die Erbschaft *ipso iure* und *uno actu* auf den Nacherben übergeht (s. nur BeckOGK-BGB/Küpper, Std.: 1.7.2025, § 2100 Rn. 51).

a) Die **Bestimmung des Zeitpunkts des Anfalls der Nacherbschaft** an den Nacherben gehört zu der **Bestimmung des Gegenstands im Sinne des § 2065 Abs. 2 BGB**, da die Vorerbschaft die Zuwendung eines Vermögens auf Zeit, die Nacherbschaft die Zuwendung eines Vermögens von einem Zeitpunkt an darstellt (Staudinger/Avenarius, § 2106 Rn. 5). Zur Bestimmung der Zuwendung i. S. d. § 2065 Abs. 2 BGB gehört somit auch, wie lange die Erbschaft dem Vorerben verbleiben und wann sie dem Nacherben anfallen soll (BeckOGK-BGB/Küpper, § 2100 Rn. 30).

Es wird daher von der allgemeinen Auffassung in Rechtsprechung und Literatur als zur Unwirksamkeit führender **Verstoß gegen § 2065 Abs. 2 BGB gewertet, wenn der Erblasser es einem Dritten überlässt, den Zeitpunkt des Nacherbfalls zu bestimmen** (BGH NJW 1955, 100; BeckOGK-BGB/Küpper, § 2100 Rn. 30; Erman/M. Schmidt, BGB, 17. Aufl. 2023, § 2106 Rn. 3; MünchKommBGB/Lieder, 9. Aufl. 2022, § 2106 Rn. 5 m. w. N.; Staudinger/Avenarius, § 2106 Rn. 5). Damit ist im Ergebnis festzuhalten, dass der Erblasser den Termin bzw. das Ereignis zu bestimmen hat, welches zum Eintritt des Nacherbfalls führt.

Weiterführend kann insoweit auf eine grundlegende Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1954 (NJW 1955, 100) verwiesen werden. Dieser lag ein Testament zugrunde, in dem der Erblasser den Eintritt der Nacherbfolge mit dem Tod der Vorerbin anordnete, aber gleichzeitig vorsah, dass die Testamentsvollstrecker über den endgültigen Eintritt der Nacherbfolge eine abweichende Vereinbarung mit den Nacherben treffen können. Dies wurde als Verstoß gegen § 2065 BGB gewertet, wobei der BGH zur Begründung Folgendes ausführte (NJW 1955, 100 – Hervorhebungen i. F. durch die DNotI-Redaktion):

„Zu den wesentlichen Teilen des letzten Willens gehören die Bestimmungen über den Gegenstand der Zuwendung und über die Person des Bedachten.

Dabei sind nach dem Sinn und Zweck des § 2065 BGB unter den Bestimmungen über den Gegenstand der Zuwendung die Bestimmungen zu verstehen, in denen das Ausmaß der Zuwendung als solcher allgemein bestimmt ist. Bei der einfachen Erbeinsetzung zählen dazu mindestens diejenigen Bestimmungen, aus denen sich die Höhe der Quote ergibt, zu der der Bedachte als Erbe eingesetzt ist. Ist eine Vor- und Nacherbschaft angeordnet, dann gehören zu den Bestimmungen über den Gegenstand der Zuwendung auch diejenigen über den Zeitpunkt, in dem die Nacherbfolge eintreten soll. Bei der Vorerbschaft besteht die Zuwendung darin, dass der Vorerbe Eigentümer des ihm zugewandten Vermögens für einen bestimmten Zeitraum wird. Die Quote, zu der der Vorerbe berufen ist, und die Dauer seiner Berechtigung bilden die wesentlichen Umstände, die die ihm gemachte Zuwendung ihrem Umfang nach allgemein bestimmen. Ebenso ist der allgemeine Umfang der den Nacherben gemachten Zuwendung davon abhängig, in welchem Zeitpunkt der Nacherbfall eintritt.“

b) In Abgrenzung zu dem Vorstehenden wird es als **zulässig** erachtet, dass der Erblasser den **Eintritt des Nacherbfalls von einem Ereignis abhängig macht, das herbeizuführen im freien Willen des Vor- bzw. des Nacherben liegt**, etwa einer Wiederverheiratung, der Ablegung einer Prüfung, dem Bau eines Hauses oder dem Einlass einer unerwünschten Person in ein bestimmtes Haus (BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.5.2025, § 2100 Rn. 37; MünchKommBGB/Lieder, § 2106 Rn. 5 m. w. N.).

Auch wenn den Vor- oder Nacherben durch derartige Gestaltungen ein mittelbarer Einfluss auf den Eintritt des Nacherbfalls gegeben wird, darf der Erblasser wegen des Grundsatzes der Höchstpersönlichkeit (§ 2065 BGB) **niemals** so weit gehen, den Eintritt des Nacherbfalls in das **freie Belieben eines Dritten** zu stellen. Selbst bei Ereignissen, deren Eintritt vom freien Willensentschluss abhängt, muss doch das **Ereignis, nicht die freie Entscheidung im Vordergrund** stehen (BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2100 Rn. 37). Der Umstand, an den der Bedingungseintritt geknüpft wird, muss also hinsichtlich seines sozialen Bedeutungsgehalts über die isolierte Herbeiführung des Bedingungseintritts hinausgehen.

Der BGH betonte in der oben angesprochenen Entscheidung (NJW 1955, 100, 101), dass es als **Verstoß gegen § 2065 Abs. 2 BGB** zu werten

sei, wenn der Wille des Erblassers nicht dahin geht, den Eintritt der Nacherbfolge von einem bestimmten Tun eines Dritten (im Fall: Testamentsvollstrecker) abhängig zu lassen, sondern ein **Dritter den Willensentschluss fassen sollte, den der Erblasser selbst nicht fassen wollte**.

Im hier zu beurteilenden Fall soll der Eintritt des Nacherbfalls allein von einer notariell beurkundeten Erklärung des Vorerben gegenüber dem Nacherben abhängig sein. Ob bzw. wann der **Vorerbe diese Erklärung abgibt, liegt in seiner freien Entscheidung**, ohne dass ein weiteres Ereignis hinzutreten müsste, das der Erblasser als entscheidend für den Eintritt des Vorerbfalls angesehen hat. Der Eintritt des Nacherbfalls hängt somit nur von einer **freien Willensbetätigung des Vorerben** ab, aber nicht von einem vom Erblasser vorgegebenen Ereignis, das über die bloße Herbeiführung des Bedingungseintritts hinausgeht. Nach unserer Einschätzung ist bei der mitgeteilten Klausel somit davon auszugehen, dass sie **gegen § 2065 BGB verstößt**.

3. Konsequenzen einer unzulässigen Drittbestimmung

Im Anschluss stellt sich die Frage, welche Folgen es hat, wenn der Erblasser die Bestimmung des Zeitpunkts des Nacherbfalls (unzulässigerweise) einem Dritten überlassen hat.

Einige Stellungnahmen in der Literatur sprechen sich für eine **Anwendung des § 2106 BGB** aus, was zur Folge hätte, dass der Nacherbfall stets mit dem Tod des Vorerben eintreten würde (Horn, in: Horn/Kroiß, Testamentsauslegung, 2. Aufl. 2019, § 8 Rn. 177; Staudinger/Avenarius, § 2106 Rn. 1, 5). Insoweit ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Wortlaut des § 2106 BGB, der eine *unvollständige* Regelung durch den Erblasser voraussetzt, nicht auf den Fall der *unzulässigen* Drittbestimmung passt, weshalb **allenfalls eine analoge Anwendung** in Betracht käme (BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, Std.: 15.3.2025, § 2106 Rn. 12; BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.5.2025, § 2106 Rn. 3).

Auch vor dem Hintergrund, dass es sich bei § 2106 BGB um eine Auslegungsregel handelt, die eine vorgelagerte Willenserforschung voraussetzt, spricht sich die Gegenauffassung in der Literatur dafür aus, stets **durch Auslegung zu ermitteln**, ob nach dem Willen des Erblassers der **Nacherbfall** entsprechend der Regel des § 2106 Abs. 1 BGB der **Tod des Vorerben** ist oder ob die letztwillige Ver-

fügung hinsichtlich der **Anordnung von Nacherbschaft unwirksam** ist (BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, § 2106 Rn. 12; BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2106 Rn. 4; Burandt/Rojahn/Lang, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2106 BGB Rn. 3; MünchKommBGB/Lieder, § 2106 Rn. 5 m. w. N.). Dabei hat man sich auch hier an den vom Erblasser verfolgten Zielen zu orientieren, aber auch an der Wertung des § 2084 BGB, sodass die Unwirksamkeit der Bestimmung des Nacherbfalls nur ausnahmsweise zur Gesamtnichtigkeit der angeordneten Vor- und Nacherbschaft führen wird (BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, § 2106 Rn. 12). Wenn der Übergang des Nachlasses auf den Nacherben nur für einen überschaubaren Zeitraum hinausgeschoben werden sollte, also bspw. bei Minderjährigkeit des Nacherben oder bei Verfügungen zur Regelung der Unternehmensnachfolge, könnte dies gegen eine analoge Anwendung des § 2106 BGB sprechen; insoweit könnte in derartigen Fällen eine Umdeutung in eine sofortige Vollerbeneinsetzung mit Testamentsvollstreckung denkbar sein (BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2106 Rn. 4).

Jedenfalls nach der zweitgenannten Auffassung wäre somit durch Auslegung zu ermitteln, ob nach dem Willen des Erblassers der Nacherbfall mit dem Tod des Vorerben eintreten sollte oder ob die Anordnung der Nacherbschaft insgesamt als unwirksam anzusehen ist. Zu derartigen Auslegungsfragen kann das DNotI jedoch mangels Kenntnis des Wortlauts des gesamten Testaments und den außerhalb der Urkunde liegenden Umständen nicht Stellung nehmen.

4. Ergebnis

Da im vorliegenden Fall der Eintritt des Nacherbfalls allein von einer Willensbetätigung des Vorerben und nicht von einem durch den Erblasser vorgegebenen Ereignis abhängig sein soll, verstößt die Klausel nach den aufgezeigten Grundsätzen gegen § 2065 Abs. 2 BGB.

Rechtsprechung

GBO §§ 39, 40 Abs. 1

Voreintragung der Erben im Grundbuch; keine Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Voreintragung analog § 40 Abs. 1 GBO kommt nicht in Betracht, wenn der Bewilligende seine Rechtsmacht zur Belastung des Grundeigen-

tums mit einer Finanzierungsgrundschuld aus einer Generalvollmacht ableitet, die außer der Vertretung zu Lebzeiten auch die Möglichkeit einer Vertretung der Erben nach dem Tode des Vollmachtgebers einschließt, ihre Verwendung als „transmortale Vollmacht“ aber nicht erkennbar gemacht, sondern ausdrücklich für den Erblasser gehandelt hat, ohne dessen Tod offenzulegen.

OLG Saarbrücken, Beschl. v. 4.4.2025 – 5 W 14/25

Problem

Es ging es um den Antrag auf Eintragung einer Grundschuld an einem Grundstück, bei dem die Beteiligten zu 1) und zu 2) jeweils zur Hälfte als Miteigentümer eingetragen sind. Der Beteiligte zu 1) ist am 2. Juni 2017 verstorben. Beide Beteiligten hatten in einer notariellen Urkunde vom 15.3.2011 Frau G. bevollmächtigt, sie in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten zu vertreten, soweit gesetzlich zulässig. Die Vollmacht sollte auch nach dem Tod des jeweiligen Vollmachtgebers weiterhin bestehen.

Mit Urkunde vom 25.10.2024 veräußerte Frau G., handelnd im Namen der Beteiligten zu 1) und zu 2), jedoch ohne Hinweis auf das Ableben des Beteiligten zu 1), den Grundbesitz an die Beteiligten zu 3) und zu 4). Im Vertrag wurde unter der Überschrift „Belastungsvollmacht“ vereinbart, dass der Verkäufer den Käufer dazu bevollmächtigt, den Grundstücksgegenstand mit Grundpfandrechten zu belasten. In einer weiteren notariellen Urkunde vom selben Tag wurde durch die Käufer unter üblicher Berufung auf die Finanzierungsvollmacht eine Grundschuld beurkundet.

Nachdem das Grundbuchamt durch eine Meldeauskunft vom Tod des Beteiligten zu 1) erfahren hatte, wies es darauf hin, dass die Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld nur nach einer vorherigen Grundbuchberichtigung auf die Erben des Verstorbenen erfolgen könne. Es wurde darum gebeten, die entsprechenden letztwilligen Verfügungen sowie das Eröffnungsprotokoll oder eine Ausfertigung des Erbscheins nachzureichen. Hiergegen richtete sich die Beschwerde.

Entscheidung

Das Grundbuchamt wies die Beschwerde zurück und blieb bei seiner Ansicht, wonach die Eintragung der Grundschuld von der Voreintragung

der Erben abhängig sei. Das OLG Saarbrücken bestätigte dies:

§ 39 Abs. 1 GBO sehe vor, dass eine Eintragung im Grundbuch nur erfolgen dürfe, wenn die Person, deren Recht dadurch betroffen werde, als Berechtigter eingetragen sei. Ziel der Vorschrift sei es u. a., die Prüfung der Berechtigung durch das Grundbuchamt zu vereinfachen und den Rechtsstand des Grundbuchs klar darzustellen. Zudem solle der eingetragene Berechtigte dagegen geschützt werden, dass ungeachtet der Vermutung des § 891 BGB unberechtigterweise durch einen anderen über das Recht verfügt wird. Das Grundbuchamt habe in der angefochtenen Zwischenverfügung zu Recht festgestellt, dass die Erben des Beteiligten zu 1) nicht im Grundbuch eingetragen seien, obwohl sie die von der beantragten Eintragung betroffenen Personen im Sinne von § 39 Abs. 1 GBO seien. Der ursprünglich Berechtigte (Beteiligte zu 1) sei bereits verstorben, die Eintragung könne daher nur noch materielle Rechtswirkungen gegenüber dessen Erben entfalten (Rn. 8).

Auf das Erfordernis der Voreintragung des Berechtigten könne im vorliegenden Fall nicht aufgrund einer unmittelbaren oder analogen Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO verzichtet werden (Rn. 9).

§ 40 Abs. 1 GBO schaffe eine Ausnahme vom Grundsatz der Voreintragung für den Fall, dass die betroffene Person Erbe des eingetragenen Berechtigten sei und das Recht übertragen oder aufgehoben werden solle oder der Antrag durch die Bewilligung des Erblassers oder eines Nachlasspflegers oder durch einen vollstreckbaren Titel begründet werde. Die Voraussetzungen für eine unmittelbare Anwendung dieser Ausnahme lägen jedoch nicht vor. Die beantragte Eintragung betreffe nicht die Übertragung oder Aufhebung des Eigentums, sondern dessen Belastung mit einem Grundpfandrecht. Zudem liege keine wirksame Bewilligung des Erblassers oder einer anderen in der Vorschrift genannten Person vor (Rn. 10).

Eine analoge Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO komme hier nicht in Betracht. Sie sei anerkannt für den Fall, dass zur Vorbereitung einer Rechtsübertragung zunächst eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen werde, um die endgültige Übertragung zu sichern. Darüber hinaus werde in der obergerichtlichen Rechtsprechung neuerdings die Möglichkeit einer analogen Anwendung des § 40

Abs. 1 GBO auf die Belastung eines noch auf den Erblasser eingetragenen Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld durch den mit einer transmortalen Vollmacht ausgestatteten Vertreter diskutiert. So liege jedoch der hier zu beurteilende Fall nicht, da die Beteiligten zu 3) und zu 4) die Eintragung der Grundschuld nicht durch eine transmortale *Vollmacht im Namen der Erben* bewilligt haben, sondern im Namen des verstorbenen Beteiligten zu 1) gehandelt haben (Rn. 11).

Eine Eintragungsbewilligung sei als verfahrensrechtliche Erklärung grundsätzlich auslegbar. Wenn die Eintragungsbewilligung durch einen Vertreter abgegeben werde, müsse dies „im Namen des Vertretenen“ geschehen, was auch aus den Umständen hervorgehen könne, ohne dass dies ausdrücklich angegeben werde (Rn. 12).

Die Auslegung ergebe, dass die Beteiligten zu 3) und zu 4) die Eintragung der Grundschuld im Namen des verstorbenen Beteiligten zu 1) und nicht im Namen der Erben bewilligt haben. In der notariell beurkundeten Erklärung hätten sie ausdrücklich im Namen des Beteiligten zu 1) sowie der Beteiligten zu 2) gehandelt und eine Bewilligungsvollmacht verwendet, die ihnen zu diesem Zweck erteilt worden sei. Es gebe keine Hinweise auf eine irrtümliche Wortwahl (Rn. 13).

Für die vorliegende Konstellation werde keine Analogie zu § 40 Abs. 1 GBO vertreten. Das Gesetz enthalte keine planwidrige Regelungslücke und der Sachverhalt sei mit dem im Gesetz geregelten Fall nicht vergleichbar. Für die Konstellation des Versterbens des im Grundbuch eingetragenen Berechtigten gebe es mit §§ 39 Abs. 1, 40 Abs. 1 GBO eine gesetzliche Regelung. Wenn die Anwendung daran scheitere, dass der Eingetragene, in dessen Namen offenkundig gehandelt wurde, zum Zeitpunkt der Beurkundung bereits verstorben war und sich die Auslegung der Erklärungen als Handeln im Namen der Erben im Einzelfall verbiete, könne jedoch nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber diesen (ungewöhnlichen) Fall versehentlich ungeregelt gelassen habe (Rn. 14).

Praxishinweis

Die Entscheidung betont die Bedeutung des Voreintragungsgrundsatzes gerade im Kontext von Finanzierungsgrundschulden. Insbesondere bei der Verwendung von trans-/postmortalen Vollmachten ist darauf zu achten, in wessen Namen die Erklärungen abgegeben werden.

EGBGB Art. 229 § 21 Abs. 1 u. 4; GBO §§ 19, 22, 40, 47 Abs. 2; BGB §§ 311b, 712a Abs. 1, 925

Formlose Übertragung von GbR-Anteilen; „Anwachsung“ des Gesellschaftsvermögens wegen Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters; keine Eintragung einer im Grundbuch eingetragenen liquidationslos erloschenen GbR ins Gesellschaftsregister

Nach dem liquidationslosen Erlöschen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die nach § 47 Abs. 2 GBO a. F. im Grundbuch eingetragen ist, kann ihr Gesamtrechtsnachfolger im Grundbuch eingetragen werden, auch ohne dass sie im Gesellschaftsregister und nach den seit 01.01.2024 gültigen Vorschriften im Grundbuch voreingetragen werden muss (Ausnahme von der doppelten Voreintragungspflicht).

OLG Nürnberg, Beschl. v. 17.2.2025 – 15 Wx 2087/24

Problem

Im Grundbuch sind als Eigentümer eines Grundstücks vier Personen „als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts („SG.“)“ eingetragen. Mit Vertrag vom 06.08.2024 haben sämtliche Gesellschafter ihre Gesellschaftsanteile an eine Erwerbengesellschaft abgetreten. Mit Urkunde vom 27.8.2024 bewilligten und beantragten die bislang im Grundbuch eingetragenen vier Gesellschafter, zwei von ihnen dabei auch handelnd als einzelvertretungsberechtigte und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Gesellschafter der Erwerbengesellschaft, die Erwerbengesellschaft im Wege der Grundbuchberichtigung als neue Eigentümerin im Grundbuch einzutragen. Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass zum einen die Übertragung von Grundstücken oder Anteilen an einer grundstückshaltenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts an eine andere Gesellschaft einer Auflassung bedürfe. Zum anderen müsse bei Neuansträgen nach dem 01.01.2024 zunächst die derzeit im Grundbuch eingetragene Bestands-GbR nebst Gesellschaftern im Gesellschaftsregister eingetragen und anschließend das Grundbuch richtiggestellt werden.

Es stellt sich zum einen die Frage, ob es zur Übertragung von Gesellschaftsanteilen an einer grundstückshaltenden Gesellschaft einer Auflassung bedarf und ob das schuldrechtliche Kausal-

geschäft gemäß § 311b Abs. 1 S. 1 BGB zwingend notariell zu beurkunden ist. Darüber hinaus ist fraglich, ob im Fall des liquidationslosen Erlöschens einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine Ausnahme von der doppelten Voreintragungspflicht (Registrierung im Gesellschaftsregister, Richtigstellung im Grundbuch) zuzulassen ist.

Entscheidung

Das OLG Nürnberg hält die Beschwerde gegen den zurückweisenden Beschluss des Amtsgerichts für begründet (Rn. 8). Denn es liegen die für die Grundbuchberichtigung erforderlichen Bewilligungen aller Betroffenen, namentlich aller im Grundbuch eingetragener Gesellschafter sowie auch der übernehmenden Erwerbengesellschaft vor (Rn. 9).

Für die Übertragung der Gesellschaftsanteile an einer grundstückshaltenden Gesellschaft sei auch keine Auflassung gemäß § 925 Abs. 1 BGB erforderlich. Ebenso wenig bedürfe das schuldrechtliche Kausalgeschäft der notariellen Beurkundung gemäß § 311b Abs. 1 S. 1 BGB (Rn. 10 f.). Denn insoweit gelte es, zwischen der Übertragung des Grundstückseigentums einerseits und der Übertragung von Gesellschaftsanteilen andererseits zu differenzieren. Auf die Übertragung von Gesellschaftsanteilen seien § 311b Abs. 1 S. 1 BGB (bezogen auf das schuldrechtliche Kausalgeschäft) und § 925 Abs. 1 BGB (bezogen auf das dingliche Vollzugsgeschäft) selbst dann nicht anzuwenden, wenn das Gesellschaftsvermögen im Wesentlichen aus Grundbesitz bestehe und zudem die Übertragung sämtlicher Gesellschaftsanteile auf einen einzigen Erwerber als *mittelbare gesetzliche Folge* den Eigentumsübergang am Grundstück im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (vgl. § 712a Abs. 1 S. 2 BGB) auslöse (Rn. 11).

Der begehrten Grundbuchberichtigung stehe auch nicht die fehlende Eintragung im Gesellschaftsregister entgegen (Rn. 13). Zwar sollen gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB Eintragungen in das Grundbuch, die das Recht einer GbR betreffen, grundsätzlich nicht erfolgen, bis die Gesellschaft im Gesellschaftsregister registriert und das Grundbuch daraufhin richtiggestellt ist (Rn. 14). Auch normiere Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB die Ausnahmen von diesem Grundsatz abschließend, weshalb weder eine teleologische Einschränkung des Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB noch – mangels planwidriger Regelungslücke – eine analoge Anwendung des § 40 GBO in Fällen geboten sei, in denen die Gesellschaft aufgrund

bereits erfolgter Auflösung lediglich als Liquidationsgesellschaft fortbestehe (Rn. 15).

Hiervon unterscheide sich jedoch der vorliegende Fall dadurch, dass die hiesige Bestands-GbR, um deren Ausscheiden aus dem Grundbuch es gehe, bereits gemäß § 712a Abs. 1 S. 1 BGB liquidationslos erloschen sei. § 712a Abs. 1 S. 1 BGB finde nämlich auch auf den Fall der Vereinigung aller Anteile in einer Hand aufgrund rechtsgeschäftlicher Anteilsübertragung Anwendung. Dies führe dazu, dass nach § 712a Abs. 1 S. 2 BGB das gesamte Vermögen der Bestands-GbR im Wege der Universalsukzession außerhalb des Grundbuchs auf die Erwerbengesellschaft übergegangen sei (Rn. 16).

Für diese Konstellation sei weitgehend anerkannt, dass es für die Grundbuchberichtigung weder einer Voreintragung der Bestands-GbR im Gesellschaftsregister noch der Richtigstellung des Grundbuchs bedürfe. Die Registrierung einer bereits liquidationslos erloschenen GbR im Gesellschaftsregister sei nämlich – anders als im Fall einer Liquidationsgesellschaft – überhaupt nicht möglich. Eine für die Beteiligten umständliche Registrierung – wie im Fall der Liquidationsgesellschaft – sei zwar hinzunehmen. Man könne den Beteiligten jedoch keine ausgeschlossene Registrierung einer nicht mehr existierenden Gesellschaft abverlangen. Grundbuchrechtlich sei dies mit einem Fall des § 40 GBO vergleichbar, der von Teilen der Literatur auf diese Konstellation auch analog angewendet werde. Vor diesem Hintergrund sei für diesen kleinen Anwendungsbereich ausnahmsweise doch von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen. Für eine Analogie zu § 40 GBO spreche schließlich auch, dass in beiden Fallgestaltungen der Gesamtrechtsnachfolge (Erbschaft und Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters) der im Grundbuch eingetragene Rechtsinhaber nicht mehr existiert und sein Vermögen außerhalb des Grundbuchs im Wege der Universalsukzession auf einen neuen Rechtsinhaber übergegangen sei (Rn. 17).

Praxishinweis

Das OLG Nürnberg schließt sich der herrschenden Meinung in der Literatur an, wonach im Fall des liquidationslosen Erlöschens einer GbR eine Ausnahme von der Voreintragungspflicht im Gesellschaftsregister und dementsprechend auch von der Erforderlichkeit einer vorherigen Richtigstellung des Grundbuchs zuzulassen ist (vgl. etwa Heckschen/Englich, ZPG 2024, 281,

285; Schroetter, ZfIR 2025, 23, 24; Kratzlmeier, ZfIR 2023, 197, 204; Meier, NJW 2024, 465, 466; Wilsch, MittBayNot 2023, 457, 485; BeckOGK-BGB/Krafka, Std.: 1.7.2025, § 712a Rn. 26; BeckOK-GBO/Kral, Std.: 1.6.2025, Gesellschaftsrecht Rn. 11; DNotI-Report 2024, 89 und 2024, 131).

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 einmal 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 § 881 – Grundstücksübergreifender Rangvorbehalt; „Gesamtrangvorbehalt“

WEG §§ 1 Abs. 2, Abs. 3, 7; WGV §§ 2, 3 – Falschbezeichnung einer Teileigentumseinheit als Wohnungseigentumseinheit; fälschliche Bezeichnung als Wohnungsgrundbuch anstelle von Teileigentumsgrundbuch

GmbHG §§ 53, 54; InsO § 80; FamFG § 378 Abs. 2 – Änderung der Firma einer GmbH nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens; Befugnis der Gesellschafter zur Satzungsänderung; Anmeldung zum Handelsregister durch den Notar

GmbHG § 40 – Kanada: Erbnachweis für einen verstorbenen GmbH-Gesellschafter

Ausschreibung: Helmut-Schippel-Preis 2026

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 881

Grundstücksübergreifender Rangvorbehalt; „Gesamtrangvorbehalt“

I. Sachverhalt

Vertragsgegenstand eines Übertragungsvertrages sind vier Grundstücke, eingetragen auf vier verschiedenen Grundbuchblättern. An den Grundstücken behält sich der Veräußerer jeweils ein im Grundbuch einzutragendes Nießbrauchsrecht und ein (durch eine Auflassungsvormerkung gesichertes) Rückforderungsrecht vor. Der Veräuße-

rer möchte dem Erwerber für Grundpfandrechte bis zu einer Höhe von insgesamt 250.000 € den Vorrang vor den Nießbrauchsrechten und Auflassungsvormerkungen einräumen und einen bzw. mehrere entsprechende(n) Rangvorbehalt(e) in die Grundbücher eintragen lassen. Dieser Rangvorbehalt soll nicht für jedes einzelne Grundstück zu je 250.000 € gelten, sondern für alle vier Grundstücke gemeinsam. Der Erwerber soll etwa Grundstück Nr. 1 mit 50.000 € belasten dürfen, die Grundstücke Nr. 2–4 dann aber nur noch in Höhe von 200.000 € belasten können. Angedacht ist, dieses Gestaltungsziel durch einen „Gesamtrangvorbehalt“ zu erzielen. Die einzelnen Rangvorbehalte sollen mittels eines Mithaftvermerks i. S. v § 48 GBO dergestalt miteinander verbunden werden, dass die Vereinbarung aus jedem beteiligten Grundbuch ersichtlich wird.

II. Frage

Ist ein solcher grundbuchübergreifender Rangvorbehalt eintragungsfähig?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeines zum Rangvorbehalt nach § 881 BGB und Gestaltungsziel der Beteiligten

Eine Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber, wonach der Veräußerer mit seinen zurückbehaltenen Rechten hinter Grundpfandrechte i. H. v. *insgesamt* 250.000 € zurückzutreten hat, ist **auf schuldrechtlicher Basis** ohne Weiteres möglich. Dies allein ist allerdings nicht das Ziel der Beteiligten. Diese wünschen im Ergebnis neben einer auch **dinglich wirkenden** Regelung, dass bei Ausnutzung eines Rangvorbehalts zur Eintragung einer Grundschuld auf Grundstück Nr. 1 in Höhe von (bspw.) 50.000 € die anderen dinglich wirkenden Rangvorbehalte (bei den Grundstücken Nr. 2–4) „automatisch“ nur noch eine vorrangige Belastung mit Grundschulden in Höhe von insgesamt 200.000 € sichern. Es könnte auch – umgekehrt – die Rede davon sein, dass der Rangvorbehalt bei den Grundstücken Nr. 2–4 dadurch zum Teil ausgeschöpft sein soll, dass Grundstück Nr. 1 unter Nutzung des Rangvorbehalts i. H. v. 50.000 € belastet wird. Es soll mithin eine Wechselwirkung der einzelnen Rangvorbehalte zueinander geschaffen werden.

In der Praxis besteht häufig – so auch hier – das Bedürfnis des Eigentümers, sich einen erst künftig benötigten Rang mit dinglicher Wirkung bereits vorab zu sichern – auch um sodann nicht mehr auf die Mitwirkung des schuldrechtlich zum Rangrücktritt verpflichteten Berechtigten angewiesen zu sein. Nach § 881 Abs. 1 BGB kann sich der Eigentümer bei der Belastung eines Grundstücks mit einem Recht die Befugnis vorbehalten, ein anderes, dem Umfang nach bestimmtes Recht mit dem Rang vor jenem Recht eintragen zu lassen. Ein Rangvorbehalt kann nicht nur bei Grundpfandrechten, sondern bei allen eintragungsfähigen Rechten eingetragen werden (z. B. auch bei Dienstbarkeiten, Reallasten oder auch Vormerkungen; vgl. Staudinger/S. Heinze, BGB, 2018, § 881 Rn. 2 m. w. N.; a. A. für Vormerkungen BeckOGK-BGB/Kessler, Std.: 1.5.2023, § 881 Rn. 7 a. E.). Die einzelnen in den vier Grundbüchern zur Eintragung gelangenden Nießbrauchsrechte und Auflassungsvormerkungen können daher grundsätzlich mit einem Rangvorbehalt versehen werden. Denkbar wäre es somit, in den vier Grundbüchern jeweils einen Rangvorbehalt i. S. v. § 881 BGB zur vor-

rangigen Belastung mit einem Grundpfandrecht bis zu 250.000 € einzutragen. Allerdings sind Gerichtsentscheidungen oder Stellungnahmen in der Literatur dazu, ob im Rahmen des § 881 BGB die Höhe des Betrags für vorbehaltene Grundpfandrechte auch von der Höhe andernorts bereits ausgeschöpfter Rangvorbehalte abhängig sein kann, nicht ersichtlich.

2. Vereinbarkeit des Gestaltungsziels mit dem Charakter von § 881 BGB

Unabhängig von der grundbuchmäßigen Umsetzung der gewünschten Gestaltung, stellt sich die Frage, ob ein solcher Mechanismus mit dem Charakter des § 881 BGB überhaupt vereinbar ist.

Dagegen spricht u. E. bereits der **Wortlaut des § 881 BGB**, der nahelegt, dass sich ein Rangvorbehalt stets nur auf ein Grundstück bezieht („Belastung *des* Grundstücks“). Auch ein Vergleich mit der Formulierung in § 1132 Abs. 1 BGB (Gesamthypothek) zeigt, dass der Gesetzgeber abweichend formuliert, wenn er eine Erstreckung der Wirkung eines Rechts auf mehrere Grundstücke ermöglichen möchte.

Auch der **historische Gesetzgeber** ist – soweit ersichtlich – nicht davon ausgegangen, dass ein solcher grundstücksübergreifender Rangvorbehalt möglich sein soll (Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 3, 1899, S. 129). Es handelt sich um eine Nachbildung eines ähnlichen Instituts, das sich in der preußischen Praxis herausgebildet hatte, die sog. Vorrechtseinräumung (vgl. RGZ 19, 341). Auch die Vorrechtseinräumung bezog sich wohl nur auf einzelne Grundstücke. Etwas anderes ist jedenfalls nicht ersichtlich.

Ebenso sprechen u. E. die **Vorgaben an die Bestimmtheit** im Rahmen des § 881 BGB dagegen, die Umsetzung des Gestaltungsziels der Beteiligten auf diesem Wege zuzulassen. Der Umfang des Rangvorbehalts soll nach wohl herrschender Ansicht bei einem Vorbehalt zur Eintragung von Grundpfandrechten genau bestimmt sein (vgl. BeckOGK-BGB/Kessler, § 881 Rn. 13 m. w. N.). Wäre der Umfang aber von den Eintragungen in anderen Grundbüchern abhängig, so wäre dieses Kriterium untergraben. Inwieweit der jeweilige Vorbehalt zum Zeitpunkt der Einsichtnahme in das Grundbuch (noch) wirkt, verriete der Blick in das jeweilige Grundbuch alleine nicht; vielmehr bedürfte es der Einsicht in alle „beteiligten“ Grundbücher. Unterstrichen wird dieses

Argument ferner durch ein praktisches Problem: Das Grundbuchamt hat zu prüfen, ob sich das neu einzutragende Recht im Rahmen des Rangvorbehalts hält. Ist dies nicht der Fall, hat es die Eintragung abzulehnen (Staudinger/S. Heinze, § 881 Rn. 25). Wäre ein grundstücksübergreifender Rangvorbehalt unter Einbeziehung von beispielsweise 100 Grundstücken zulässig, so wäre es dem Rechtspfleger kaum möglich, alle Eintragungen rechtzeitig zu prüfen. Insoweit bestünde die Gefahr, dass nach der Prüfung des hundertsten Grundbuchs eine zwischenzeitliche Eintragung auf dem ersten Grundstück erfolgt ist.

Im Ergebnis spricht u. E. somit der Charakter des § 881 BGB eher dagegen, einen grundstücksübergreifend wirkenden Rangvorbehalt – jedenfalls ohne die Nutzung zusätzlicher Gestaltungsmittel – überhaupt zuzulassen.

3. Konstruktion eines „Gesamtrangvorbehalts“ unter Nutzung eines Mithaftvermerks

Aufgrund dieser Merkmale des § 881 BGB muss u. E. auch die **Zusammenfassung mehrerer Rangvorbehalte** zu einem einheitlich wirkenden Vorbehalt **mittels eines Mithaftvermerks i. S. v. § 48 GBO Abs. 1 ausscheiden**.

Nach § 48 GBO wird, soweit mehrere Grundstücke mit einem Recht belastet sind, bei jedem der haftenden Grundstücke von Amts wegen ein Mithaftvermerk eingetragen. Ein solcher setzt demnach **ein einheitliches Recht** voraus, das an mehreren Grundstücken lastet (Gesamtrecht).

Der Mithaftvermerk hat allerdings ohnehin nur deklaratorische Bedeutung, eine materielle Wirkung – etwa im Sinne einer „Verklammerung“ – kommt ihm nicht zu. Zweck der Eintragung des Mithaftvermerks ist es zum einen, die im Wesen des Gesamtrechts liegende Bedingtheit der Belastung zum Ausdruck zu bringen. Diese besteht darin, dass mit der Befriedigung des Berechtigten aus einem der Grundstücke auch das Recht an den anderen Grundstücken erlischt (Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 48 Rn. 2; Bauer/Schaub/Wegmann, GBO, 5. Aufl. 2023, § 48 Rn. 1). Zum anderen soll verhindert werden, dass sich das einheitliche Gesamtrecht in den Händen gutgläubiger Erwerber in eine Mehrheit von Einzelrechten verwandelt (Demharter, § 48 Rn. 2).

Für die Eintragung eines Mithaftvermerks ist das Vorliegen eines Gesamtrechts erforderlich (Dem-

harter, § 48 Rn. 6). Ein Gesamtrecht liegt jedoch nur vor, wenn mehrere Grundstücke durch ein **einheitliches (i. S. v. ein einziges) Recht** belastet werden (Bauer/Schaub/Wegmann, § 48 Rn. 3). Hier werden allerdings die Grundstücke nicht durch einen einheitlichen Rangvorbehalt „belastet“; der Rangvorbehalt ist keine Belastung i. S. v. § 48 GBO. Aber auch im Übrigen existiert vorliegend kein Gesamtrecht i. S. v. § 48 GBO, denn auch bei den Nießbrauchsrechten und den Auflassungsvormerkungen handelt es sich nicht um Gesamtrechte i. S. v. § 48 GBO, sondern um gesonderte Belastungen der einzelnen Grundstücke.

4. Ergebnis

Nach unserem Dafürhalten gibt es keinen „grundstücksübergreifenden“ Rangvorbehalt i. S. v. § 881 BGB in der Weise, dass die Reichweite der Wirkung einzelner Rangvorbehalte von der etwaigen Ausnutzung weiterer Rangvorbehalte abhängig gemacht werden kann. Auch die Eintragung eines Mithaftvermerks i. S. v. § 48 Abs. 1 GBO scheidet insoweit aus.

WEG §§ 1 Abs. 2, Abs. 3, 7; WGV §§ 2, 3

Falschbezeichnung einer Teileigentumseinheit als Wohnungseigentumseinheit; fälschliche Bezeichnung als Wohnungsgrundbuch anstelle von Teileigentumsgrundbuch

I. Sachverhalt

Beim Vollzug einer Teilungserklärung im Grundbuch wurde fehlerhaft für eine in der Teilungserklärung als Teileigentum bezeichnete Einheit ein Wohnungsgrundbuchblatt angelegt. Die Einheit ist auch im Bestandsverzeichnis als „Wohnung“ bezeichnet. Sie ist in den Abteilungen II und III belastet.

II. Fragen

Was ist die Rechtsfolge der Eintragung der Teileigentumseinheit im Grundbuch als „Wohnung“? Welche Möglichkeiten gibt es zur Korrektur dieses Versehens?

III. Zur Rechtslage

I. Wohnungs- und Teileigentum

Gemäß § 1 Abs. 2 WEG ist Wohnungseigentum das Sondereigentum an einer Wohnung, wohingegen nach § 1 Abs. 3 WEG Teileigentum das Sondereigentum an nicht zu Wohn-

zwecken dienenden Räumen ist. Maßgeblich hierfür ist allein die in materiell-rechtlicher Hinsicht getroffene Zweckbestimmung, die zugleich notwendiger Bestandteil des Begründungsvorgangs ist (BeckOGK-WEG/M. Müller, Std.: 1.6.2025, § 1 Rn. 139, 142). Nach der inzwischen herrschenden Ansicht handelt es sich bei dieser Zweckbestimmung um eine Regelung mit Vereinbarungscharakter, die das Innenverhältnis der Wohnungseigentümer ausgestaltet, nicht jedoch das sachenrechtliche Grundverhältnis (BGH ZWE 2021, 451; NZM 2018, 90; BeckRS 2015, 5767; DNotZ 2004, 145; BayOblG ZWE 2000, 521; OLG München 2017, 845; Armbrüster/M. Müller, FS Seuß, 2007, S. 3, 14 f.; Staudinger/Rapp/Wobst, BGB, 2023, § 1 WEG Rn. 11; BeckOGK-WEG/M. Müller, § 1 Rn. 18; Bärmann/Armbrüster, WEG, 16. Aufl. 2025, § 1 Rn. 28). Sie führt zu einer Beschränkung der Nutzungsmöglichkeit des Sondereigentums.

II. Falschbezeichnung

In Frage stehen vorliegend die rechtlichen Folgen, die sich bei einer fehlerhaften Verlautbarung des Sondereigentums im Grundbuch ergeben. Nach dem Sachverhalt weist die Teilungserklärung die entsprechende Sondereigentumseinheit als *Teileigentumseinheit* aus. Das Grundbuchamt hat für diese Einheit gleichwohl ein Wohnungsgrundbuchblatt angelegt und die Sondereigentumseinheit im Bestandsverzeichnis als *Wohnungseigentumseinheit* ausgewiesen.

1. Falschbezeichnung des Grundbuchblatts

Im Hinblick auf die fälschliche Bezeichnung des Grundbuchblatts als „Wohnungsgrundbuch“ ist festzustellen, dass dies im Hinblick auf die Vorgaben des § 2 WGV zwar im Ausgangspunkt unzutreffend ist. Das Grundbuchblatt müsste die Aufschrift „Teileigentumsgrundbuch“ tragen, soweit sich das Sondereigentum auf nicht zu Wohnzwecken dienende Räume bezieht. Insoweit ist es jedoch – soweit uns ersichtlich – unstrittig möglich, die Aufschrift des Grundbuchblatts durch das Grundbuchamt formlos richtigzustellen (OLG München BeckRS 2017, 101595; BeckOGK-WEG/M. Müller, § 1 Rn. 144; Bauer/Schaub/Schneider, GBO, 5. Aufl. 2023, Kap. E Rn. 233).

2. Falschbezeichnung im Bestandsverzeichnis

Umstritten sind demgegenüber die Rechtsfolgen, die sich aus einer Falschbezeichnung der Sondereigentumseinheit im Bestandsverzeichnis des Grundbuchblatts ergeben.

a) Oberlandesgerichtliche Rechtsprechung

Nach Ansicht des **BayOblG** soll der Aufteilungsakt im Falle der Falschbezeichnung als Wohnungs- bzw. Teileigentumseinheit im Bestandsverzeichnis unwirksam sein. Das BayOblG führt hierzu wie folgt aus:

*„Die Einheit Nr. 240 (...) ist im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs als „Wohnung“ gebucht. Nach der in Bezug genommenen Teilungserklärung (...) handelt es sich bei diesem Raum um den Hobbyraum und damit um **Teileigentum**. (...) Die Eintragung im Grundbuch selbst und die dort in Bezug genommenen Eintragungsbewilligungen stehen somit nicht im Einklang. Die **Grundbucheintragung ist in sich widersprüchlich**. Der Widerspruch kann auch nicht durch Auslegung aufgelöst werden; ein geltungsfähiger Sinn läßt sich nicht ermitteln. Bei dem Eintrag „Wohnung“ handelt es sich um eine eintragungsfähige Bestimmung. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob es sich um eine Zweckbestimmung oder um einen notwendigen Teil des dinglichen Akts zur Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum handelt. Eine Zweckbestimmung wird mit ihrer Eintragung im Grundbuch zum Inhalt des Sondereigentums. Was Inhalt der Zweckbestimmung ist, ergibt sich aus der Eintragung als solcher und den in Bezug genommenen Eintragungsbewilligungen. Auch wenn man also der Auffassung ist, bei der Bezeichnung der Einheit als „Wohnung“ handle es sich nur um eine Zweckbestimmung, und wenn man weiter der Auffassung ist, ein Gutgläubenserwerb komme insoweit von vornherein nicht in Betracht, ändert dies nichts an dem Ergebnis, daß es sich jedenfalls um eine **eintragungsfähige Bestimmung** handelt und diese **wegen Widersprüchlichkeit inhaltlich unzulässig** ist. (...). Sachlich führt der Berichtigungsantrag zur Schließung des Grundbuchs über die Einheit Nr. 240. Eine **inhaltlich unzulässige Eintragung ist unwirksam. Sie bringt ein Recht nicht zum Entstehen**. Hier wird dies besonders deutlich dadurch, daß nach dem Wohnungseigentumsgesetz Sondereigentum entweder als Wohnungseigentum (§ 1 I und II WEG) oder als Teileigentum (§ 1 I und III WEG) begründet werden kann. Geht das Gesetz somit von zwei in Betracht kommenden Formen des Raumeigentums aus, kann nicht offenbleiben, welche Form vorliegt. Da eine **inhaltlich unzulässige Eintragung nicht Grundlage weiterer Eintragungen** sein kann, **müssen diese ebenfalls als unzulässig gelöscht** werden. Dies bedeutet hier, daß das **Grundbuchblatt zu schließen** ist. Der **ursprüngliche Antrag auf Eintragung ist damit unerledigt** und*

muß nach der Amtslöschung neu verbeschieden werden.“

(NJW-RR 1998, 735; Hervorhebungen und Auslassungen durch DNotI)

Dieser Entscheidung haben sich das **OLG München** (NJW-RR 2017, 845) und das **OLG Stuttgart** (ZWE 2022, 444) angeschlossen. Beide Oberlandesgerichte stellen in Anlehnung an die vorbezeichnete Entscheidung des BayObLG fest, dass eine fälschliche Eintragung einer in der Teilungserklärung als Wohnungseigentumseinheit ausgewiesenen Sondereigentumseinheit als Teileigentumseinheit im Grundbuch einen unlösbaren Widerspruch zwischen Eintragung und Eintragungsbewilligung begründet. Dies könne nicht durch Richtigstellung von Amts wegen beseitigt werden, da es schon dem Grunde nach an einer wirksamen Eintragung fehle. Die Eintragung sei inhaltlich unzulässig, damit nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO zu löschen und das Grundbuchblatt zu schließen, wobei den übrigen Wohnungs- und Teileigentümern sowie dinglich Berechtigten im Amtslöschungsverfahren Gehör zu gewähren sei. Sodann seien der ursprüngliche Antrag, sowie die die Sondereigentumseinheit betreffenden Folgeanträge von Amts wegen neu zu verbescheiden (dem folgend auch Vandenhouten in: *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 13. Aufl. 2020, § 7 Rn. 42).

b) Literatur

Die inzwischen ganz herrschende Ansicht in der Literatur tritt dem entgegen. Die Falschbezeichnung im Bestandsverzeichnis stellt die wirksame Begründung von Sondereigentum nicht in Frage. Die falsche Bezeichnung im Bestandsverzeichnis könne von Amts wegen berichtigt werden (Staudinger/Rapp/Wobst, § 1 WEG Rn. 13a; Bärman/Armbrüster, § 1 Rn. 32; Riecke/Schmid/Elzer, WEG, 5. Aufl. 2019, § 3 Rn. 23, § 7 Rn. 192; Hügel/Elzer, WEG, 4. Aufl. 2025, § 1 Rn. 19; Weitnauer/Briesemeister, WEG, 9. Aufl. 2004, § 1 Rn. 39; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 2872b; Schneider, in: *Münchener Handbuch WEG*, 8. Aufl. 2023, § 2 Rn. 120; Hügel, in: *FS Bub*, 2007, S. 137, 148 ff.; wohl auch BeckOGK-WEG/M. Müller, § 1 Rn. 139, das Grundbuch sei „unrichtig“).

c) Bewertung

aa) Sachenrechtlich wirksame Begründung von Sondereigentum

Die herrschende Ansicht in der Literatur über-

zeugt. Sondereigentum ist auch bei Falschbezeichnung der Zweckbestimmung wirksam begründet worden.

§ 7 Abs. 1 WEG verlangt auf dem neu angelegten (Wohnungs- bzw. Teileigentums-)Grundbuchblatt die Eintragung des zu dem Miteigentumsanteil gehörenden Sondereigentums. In Anlehnung hieran fordert § 3 Abs. 1 lit. c WGV die Eintragung des mit dem Miteigentumsanteil verbundenen Sondereigentums an bestimmten Räumen. Hierfür genügt es, wenn die räumliche Erstreckung des Sondereigentums im Grundbuch durch eine pauschalierte Angabe der Räumlichkeiten umrissen wird (BeckOGK-WEG/Meier, Std.: 1.8.2025, § 7 Rn. 19; BeckOK-WEG/Kral, Std.: 1.7.2025, § 7 Rn. 19). Die nach der getroffenen Zweckbestimmung vorgesehene Art der Raumnutzung kann zwar angegeben werden. Es besteht jedoch keine gesetzliche Regelung, wonach dies zwingend zum Inhalt des grundbuchlichen Eintragungsvermerks gehört. Die sachenrechtlich wirksame Begründung von Sondereigentum kann daher nicht an einer Falschbezeichnung hinsichtlich der Art der Nutzung scheitern und die grundbuchliche Verlautbarung der gesamten Einheit als unzulässige Eintragung unwirksam sein.

Dies gilt umso mehr, als dass nach herrschender Ansicht die Zweckbestimmung nicht Teil des sachenrechtlichen Grundverhältnisses ist. Die sachenrechtliche Wirksamkeit des Gründungsakts kann nicht von der Frage, ob die Zweckbestimmung unzulässig (da widersprüchlich) im Grundbuch verlautbart wurde, abhängen. Denn es handelt sich bei Wohnungs- und Teileigentum nicht um unterschiedliche sachenrechtliche Kategorien (BeckOGK-WEG/M. Müller, § 1 Rn. 148), wie es das BayObLG unzutreffenderweise andeutet („zwei in Betracht kommende Formen des Raumeigentums“). Dass der Gesetzgeber hierbei keinen einheitlichen Oberbegriff gesetzlich festgelegt hat, beruht nur darauf, dass der Gesetzgeber keinen passenden begrifflichen Ausdruck finden konnte (BR-Drucks. 75/51, S. 41). Wohnungs- und Teileigentum ist – wie sich aus den Begründungsvorschriften nach §§ 3, 8 WEG ergibt – gleichermaßen durch zwei Elemente gekennzeichnet: Zum einen handelt es sich um Miteigentum am Grundstück und vermittelt auf diesem Wege – mittelbar – auch Eigentum an den wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks. Insoweit gelten die allgemeinen sachenrechtlichen Grundsätze. Zum anderen werden die §§ 93, 94 BGB durch-

brochen, die grundsätzlich besagen, dass die wesentlichen Bestandteile eines Grundstücks nicht Gegenstand von besonderen Rechten sein können. Bei Wohnungs- und Teileigentum entsteht an einzelnen Räumen eine Sonderzuständigkeit. Sondereigentum begründet auf sachenrechtlicher Ebene im Kern Sonderrechtsfähigkeit von wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks, ohne dass es hierfür auf die Zweckbestimmung der Räume ankommen würde. Die Widersprüchlichkeit der Eintragung beschränkt sich auf die Angabe der Benutzungsart bzw. -beschränkung, die die Begründung von „Raumeigentum“ als dingliche Rechtsposition nicht in Frage stellen kann. Gerade hiervon geht die Rechtsprechung aber letztlich aus, wenn sie die Folge der Schließung des Grundbuchblatts zieht.

bb) Widerspruch zur Figur des „isolierten Miteigentumsanteils“

Selbst wenn man aber im Ausgangspunkt unterstellt, dass es vorliegend aufgrund einer widersprüchlichen Eintragung zu einem Fehlschlagen der Begründung von Sondereigentum gekommen ist (was die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung impliziert), steht u. E. die von den Oberlandesgerichten vertretene Annahme einer insgesamt „unwirksamen“ Eintragung und die Folge eines Amtslöschungsverfahrens nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO in Verbindung mit der Schließung des betroffenen Grundbuchblatts im Widerspruch zur inzwischen höchstrichterlich anerkannten Behandlung von sog. „isolierten Miteigentumsanteilen“ (vgl. BGH DNotZ 2004, 371; NZM 2004, 876; OLG Hamm OLGZ 1991, 27; dem folgend Bärmann/Armbrüster, § 2 Rn. 65; BeckOGK-WEG/M. Müller § 1 Rn. 128; BeckOK-BGB/Hügel, Std.: 1.8.2025, § 3 WEG Rn. 25; MünchKommBGB/Krafka, 9. Aufl. 2023, Einl. WEG Rn. 40).

Hiernach steht ein auf die Begründung von Sondereigentum beschränkter Gründungsmangel nicht der Aufteilung des Grundstücks in Miteigentumsanteile entgegen. Ein solcher beschränkter Gründungsmangel besteht bspw., wenn der gesamte Gegenstand des Sondereigentums eines Miteigentumsanteils nicht hinreichend bestimmt bezeichnet wird, z. B. wegen eines Widerspruchs der textlichen Beschreibung in der Teilungsurkunde und der zeichnerischen Darstellung im Aufteilungsplan (BeckOGK-WEG/M. Müller, § 1 Rn. 136). Die so gleichwohl entstandenen isolierten Miteigentumsanteile sol-

len verkehrsfähig und belastbar sein (BGH NZM 2004, 876; Bärmann/Armbrüster, § 2 Rn. 69; BeckOGK-WEG/M. Müller, § 1 Rn. 130; BeckOK-BGB/Hügel, § 3 WEG Rn. 25; a. A. OLG Hamm OLGZ 1991, 27).

Von einem solchen auf das Sondereigentum beschränkten Gründungsmangel müsste dann aber u. E. auch die vorbezeichnete oberlandesgerichtliche Rechtsprechung konsequenterweise ausgehen. Die Widersprüchlichkeit beschränkt sich vorliegend ausschließlich auf den Bereich des Sondereigentums. Die Aufteilung in Miteigentumsanteile kann von der widersprüchlichen Zweckangabe des Sondereigentums keinesfalls berührt sein. Insoweit kann es keinen Unterschied machen, ob sich der auf das Sondereigentum beschränkte Gründungsmangel schon aus der Gestaltung der Teilungserklärung selbst ergibt, oder er erst Folge einer „unzulässigen Eintragung“ des Sondereigentums ist. Denn hinter der Anerkennung isolierter Miteigentumsanteile steht die Erwägung, dass der Gründungsfehler lokalisiert werden kann und nur die Begründung desjenigen Wohnungseigentumsrechts fehlschläge, welches mit dem Makel behaftet sei (BGH NJW 1990, 447). Weshalb ein Fehler des Grundbuchamts bei der Eintragung weitreichendere Folgen haben soll, als der Fehler in der Teilungsurkunde selbst, erschließt sich uns nicht.

Wenn aber so jedenfalls isolierte Miteigentumsanteile entstanden sind, die selbstständig verkehrsfähig und belastbar sind, steht dies im Widerspruch zu der oberlandesgerichtlichen Annahme, dass die Eintragung insgesamt unzulässig sei, folglich auch keine Grundlage für weitere Eintragungen (insb. Rechte in Abt. II und III) bestehen würde und das Grundbuchblatt zu schließen wäre. Exemplarisch kann in diesem Kontext die Entscheidung des BGH vom 1.10.2004 (NZM 2004, 876) angeführt werden. Die Entscheidung befasst sich mit der Behandlung isolierter Miteigentumsanteile. Der BGH führt hierbei ausdrücklich aus, dass in dem entscheidungsgegenständlichen Sachverhalt eine inhaltlich unzulässige Eintragung i. S. d. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO vorliegt (NZM 2004, 876, 877). Gleichwohl konnte der Erwerber nach Auffassung des BGH den isolierten Miteigentumsanteil erwerben. Auch das OLG München geht in seiner Entscheidung vom 17.7.2008 (RNotZ 2008, 606) im Kontext von isolierten Miteigentumsanteilen ausdrücklich davon aus, dass eine Löschung und anschließende Neuein-

tragung des Sondereigentums nicht erforderlich sei. Hierzu führt es aus:

*„Die nachträgliche formwirksame Begründung von Sondereigentum an den 48 Einheiten kann nach Auffassung des Senats im Hinblick auf die von allen Eigentümern und sonstigen Berechtigten vorliegenden Erklärungen über eine Eintragung der **Bezeichnung des Gegenstands des jeweiligen Sondereigentums im Bestandsverzeichnis herbeigeführt werden. Eine Löschung und anschließende Neueintragung des Sondereigentums wäre angesichts der besonderen Verhältnisse in der Anlage eine nicht gerechtfertigte Formalie.** (...). Hinsichtlich der eingetragenen Belastungen ist es folglich nicht notwendig, dass alle Eigentümer der belasteten Einheiten und alle **Gläubiger/Berechtigten die Löschung der Belastungen an den bisherigen Blattstellen und die Neueintragung an den neuen Blattstellen mit entsprechender Rangbestimmung bewilligen. Denn am Entstehen ihrer Rechte am jeweiligen Miteigentum ist nicht zu zweifeln. Es genügt vielmehr deren Zustimmung zur Inhaltsänderung.**“*

(RNotZ 2008, 606, 609; Hervorhebungen und Auslassungen durch DNotI)

Im Hinblick auf diese Rechtsprechung lässt sich festhalten, dass auch in den Fällen isolierter Miteigentumsanteile regelmäßig eine unzulässige Eintragung i. S. d. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO vorliegen soll. Gleichwohl wird jedoch weder von der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch von der Literatur – soweit ersichtlich – die Schließung des betroffenen (Wohnungs-)Grundbuchblatts gefordert. Dies würde gerade auch mit der Annahme der Verkehrs- und Belastungsfähigkeit des isolierten Miteigentumsanteils im Widerspruch stehen, was in der eingangs genannten oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung unberücksichtigt bleibt.

Unterstellt man die Richtigkeit der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung betreffend die unwirksame Begründung von Sondereigentum aufgrund widersprüchlicher Eintragung der Zweckbestimmung, so beschränkt sich die Unzulässigkeit i. S. d. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO jedenfalls auf einen selbstständig abtrennbaren Teil der Eintragung. Die selbstständige Abtrennbarkeit ergibt sich zwingend aus der Anerkennung von isolierten Miteigentumsanteilen und deren Verkehrs- und Belastungsfähigkeit. Beschränkt sich die Unzulässigkeit jedoch auf einen selbstständig ab-

trennbaren Teil der Eintragung, so wird *nur dieser Teil* gelöscht (Bauer, in: Bauer/Schaub, GBO, 5. Aufl. 2023, § 53 Rn. 76; Meikel/Schneider, GBO, 12. Aufl. 2020, § 53 Rn. 352; Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 53 Rn. 58). Dies kann bpsw. durch einen Klarstellungsvermerk erfolgen (OLG München ZWE 2012, 487). Infolgedessen haben insbesondere auch die auf den gültigen Teil bezogenen Vorbuchungen Bestand, vorliegend die in Abt. II und III eingetragenen Belastungen des dann zumindest entstandenen isolierten Miteigentumsanteils (Bauer, § 53 Rn. 76). Infolge der Teillöschung dürfte sich dann u. E. der ursprüngliche Eintragungsantrag als noch (teilweise) unerledigt darstellen, sodass dieser im Hinblick auf das Sondereigentum noch zu vollziehen wäre. Etwaige Belastungen würden sich auf das Sondereigentum *ipso iure* erstrecken (§ 6 Abs. 2 WEG).

4. Ergebnis

Zusammenfassend kommen wir zu folgendem Ergebnis:

Der sachenrechtlich wirksamen Begründung von Sondereigentum an den hinreichend bezeichneten Räumen steht die Falschbezeichnung der Zweckbestimmung nicht entgegen. Soweit man im Hinblick auf die Zweckbestimmung nicht mit der ganz herrschenden Literatur von einer Berichtigungsmöglichkeit von Amts wegen ausgehen will, so sollte u. E. eine Amtslöschung nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO jedenfalls auf die Zweckbestimmung selbst beschränkt sein. Sodann sollte die Zweckbestimmung (welche lediglich schuldrechtlichen Vereinbarungscharakter hat) im Rahmen einer (Teil)Neuverbescheidung des (teilweise) unerledigten Eintragungsantrags nachgetragen werden.

Wenn man gleichwohl der eingangs genannten (dogmatisch nicht überzeugenden) oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung folgen will, muss hierbei die Rechtsprechung zu isolierten Miteigentumsanteilen (insbesondere deren Verkehrs- und Belastungsfähigkeit) berücksichtigt werden. Die Annahme, dass die Eintragung und sämtliche Folgeeintragungen insgesamt unwirksam, das Recht insgesamt nicht entstanden und das betroffene Grundbuchblatt zu schließen seien, ist insoweit verfehlt. Jedenfalls müssten die Oberlandesgerichte dann u. E. wiederum von einem beschränkten Eintragungsmangel im Hinblick auf das Sondereigentum ausgehen. Die Schließung des betroffenen Grundbuchblatts kommt u. E. jedenfalls nicht in Betracht.

GmbHG §§ 53, 54; InsO § 80; FamFG § 378 Abs. 2

Änderung der Firma einer GmbH nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens; Befugnis der Gesellschafter zur Satzungsänderung; Anmeldung zum Handelsregister durch den Notar

I. Sachverhalt

Über das Vermögen einer GmbH wurde das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Gesellschafter beabsichtigen nun, im Wege der Satzungsänderung die Firma der GmbH zu ändern. Eine Mitwirkung des Insolvenzverwalters ist nicht vorgesehen. Der beurkundende Notar meldet üblicherweise Satzungsänderungen unter Nutzung der Ermächtigung in § 378 Abs. 2 FamFG selbst zum Handelsregister an.

II. Frage

Darf der Notar auch im konkreten Fall trotz der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Änderung der Satzung gemäß § 378 Abs. 2 FamFG zum Handelsregister anmelden?

III. Zur Rechtslage

1. Befugnis der Gesellschafter zur Satzungsänderung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Zur Beantwortung der aufgeworfenen Rechtsfrage erscheint es sinnvoll, zunächst die vorgelagerte Frage zu untersuchen, inwieweit die Gesellschafter einer GmbH nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH überhaupt noch befugt sind, die Änderung der Satzung der GmbH (namentlich die Änderung der Firma) zu beschließen.

a) Grundsatz: Gesellschafterversammlung als zuständiges Organ für Satzungsänderungen

Im **Ausgangspunkt** ist festzuhalten, dass die Gesellschafterversammlung das zuständige Organ bleibt, das über Satzungsänderungen gemäß § 53 Abs. 1 GmbHG zu beschließen hat. Die **Befugnisse des Insolvenzverwalters gemäß § 80 Abs. 1 InsO** zur Verfügung über die Insolvenzmasse **erstrecken sich nicht auf den innergesellschaftlichen Bereich**, zu dem die Befugnis zur Änderung der Satzung zählt (BGH NZG 2020, 223 Rn. 38; Scholz/Tebben, GmbHG, 13. Aufl. 2024, § 53 Rn. 184; MHLS/Hoffmann/Bartlitz, GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 53 Rn. 67; BeckOGK-GmbHG/Born, Std.: 15.6.2025, § 53 Rn. 116; zu

Besonderheiten im Insolvenzplanverfahren vgl. § 225a Abs. 3 InsO sowie Heckschen, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2022, § 4 Rn. 95 f.).

Erwähnenswert ist an dieser Stelle allerdings die für die notarielle Gestaltungspraxis relevante Besonderheit, dass sich der Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter (in Bezug auf das zur Insolvenzmasse gehörende Gesellschaftsvermögen) gemäß § 80 Abs. 1 InsO darauf auswirkt, wer die **Kosten der Satzungsänderung** zu tragen hat. Der Übergang der Verwaltungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter nimmt den Gesellschaftsorganen nämlich die Möglichkeit, wirksam Verpflichtungen mit Wirkung gegen das dem Insolvenzbeschluss unterliegende Gesellschaftsvermögen zu begründen (vgl. MünchKommInsO/Vuia, 5. Aufl. 2025, § 80 Rn. 11, 127). Vor diesem Hintergrund wären die entsprechenden Kosten der Satzungsänderung von den Gesellschaftern selbst zu tragen und die Musterformulierungen, die üblicherweise eine Kostentragung durch die Gesellschaft vorsehen (vgl. etwa Herrler/Haines, Gesellschaftsrecht in der Notar und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2025, § 6 Rn. 408), entsprechend anzupassen.

b) Einschränkung bei Betroffenheit der Insolvenzmasse

Ferner ist zu beachten, dass der Grundsatz der fortbestehenden innergesellschaftlichen Kompetenzordnung (insb. also der Satzungsautonomie der Gesellschafterversammlung) nicht dahingehend missverstanden werden darf, dass die Gesellschafter ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters einschränkungslos jederzeit Satzungsänderung vornehmen könnten. Vielmehr wird die **Satzungsautonomie der Gesellschafterversammlung durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens teilweise eingeschränkt**.

Eine Änderung der Satzung ist der Gesellschafterversammlung nämlich nur insoweit gestattet, als die **Zwecke des Insolvenzverfahrens** (vgl. § 1 InsO) nicht entgegenstehen (Casper, in: Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl. 2021, §§ 63, 64 Rn. 93; MünchKommGmbHG/Harbarth, 5. Aufl. 2025, § 53 Rn. 175; MHLS/Hoffmann/Bartlitz, § 53 Rn. 67; Scholz/Tebben, § 53 Rn. 184).

Die Zwecke des Insolvenzverfahrens werden namentlich dann berührt, wenn die Satzungsände-

zung zumindest mittelbar die **Insolvenzmasse betrifft**, da bezüglich Letzterer – wie bereits erwähnt – mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Verfügungsbefugnis gemäß § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter übergeht. Das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters überlagert insoweit die Befugnisse der Gesellschafterversammlung (OLG Düsseldorf BeckRS 1988, 30991561; Casper, §§ 63, 64 Rn. 93; Scholz/Bitter, § 15 InsO Rn. 80).

Nach allgemeiner Auffassung stellt die **Firma** der Gesellschaft einen **dem Insolvenzbeschlagn unterliegenden immateriellen Vermögenswert** dar, über den (nur) der Insolvenzverwalter verfügen kann (BGH NZG 2020, 223 Rn. 10; NJW 1983, 755; NJW 1990, 1605; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 16. Aufl. 2025, § 35 Rn. 302; Bous, in: Eckhardt/Hermanns, Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2025, Kap. 13 Rn. 111; Braun/Bäuerle, InsO, 10. Aufl. 2024, § 35 Rn. 111; Römermann/Andres, InsO, Std.: 49. EL Januar 2024, § 35 Rn. 77). Hieraus folgt indes nicht, dass der Insolvenzverwalter in einem solchen Fall die Gesellschafterversammlung hinsichtlich der Befugnis zur Satzungsänderung vollständig verdrängt, sodass dieser umgekehrt die Änderung der Firma ohne Mitwirkung der Gesellschafterversammlung durchführen könnte. Einer von Teilen der Rechtsprechung und Literatur insoweit vertretenen Auffassung, die dies bislang vertreten hat, hat der BGH (wenn auch zur AG) eine eindeutige Absage erteilt (BGH NZG 2020, 223 Rn. 30 ff.; vgl. zu der abweichenden Auffassung die dort unter Rn. 27 zitierten Nachweise). Vielmehr sei die entsprechende Maßnahme einem sog. „**Überschneidungs- bzw. Kooperationsbereich**“ zuzuordnen, in dem der angestrebte Erfolg **nur durch ein Zusammenwirken des Insolvenzverwalters mit der Gesellschafterversammlung** erreicht werden könne (BGH NZG 2020, 223 Rn. 38; vgl. auch Heckschen/Weitbrecht, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 5. Aufl. 2023, Kap. 19 Rn. 154).

Dogmatisch basiert diese Erwägung u.E. darauf, dass die **Änderung der Firma entweder als Verfügung i. S. d. § 80 Abs. 1 InsO angesehen oder einer solchen** – etwa im Wege einer analogen Anwendung des § 80 Abs. 1 InsO – **jedenfalls gleichgestellt** wird. Hintergrund dürfte einerseits der Firmenschutz (vgl. u. a. § 30 HGB) sein, dessen sich die Gesellschaft (Insolvenzschuldnerin) durch die Satzungsänderung

im Grundsatz begibt, andererseits der Verlust an wirtschaftlichem Wert, wenn das Unternehmen nur noch ohne die (ggf. wertprägende) Firma veräußert werden kann.

Vor diesem Hintergrund dürfte u. E. im Ergebnis davon auszugehen sein, dass die Gesellschafter ohne Zustimmung des Insolvenzverwalters die entsprechende Satzungsänderung betreffend die Änderung der Firma (§§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 53 GmbHG) nicht wirksam vornehmen können, sondern dass es hierzu u. E. **sowohl eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses** (aufgrund der von der Insolvenzeröffnung unberührten innergesellschaftlichen Kompetenzordnung) **als auch der Zustimmung des Insolvenzverwalters** (aufgrund der Betroffenheit der Insolvenzmasse) bedarf.

2. Anmeldung der Satzungsänderung zum Handelsregister

Gemäß § 54 Abs. 1 S. 1 GmbHG ist die Abänderung des Gesellschaftsvertrages zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Erst mit Eintragung im Handelsregister wird die Satzungsänderung wirksam (vgl. § 54 Abs. 3 GmbHG).

Grundsätzlich muss die Anmeldung durch die **Geschäftsführer** erfolgen. Der **Insolvenzverwalter** ist nach h. M. nur dann **ausnahmsweise** zur Vornahme der Anmeldung befugt, **wenn** es sich um eine solche Satzungsänderung handelt, von der die **Insolvenzmasse** (wie im Fall der hier vorliegenden Änderung der Firma) **betroffen** ist (vgl. etwa Noack, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 24. Aufl. 2025, § 54 Rn. 2; Haas/Kolmann/Kurz, in: Gottwald/Haas, Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2020, § 90 Rn. 332). Umstritten ist in diesem Zusammenhang lediglich, ob die Anmeldebefugnis in einem solchen Fall **allein dem Insolvenzverwalter** zukommt (diese also gewissermaßen die Anmeldebefugnis der Geschäftsführer verdrängt; so Heckschen, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2022, § 4 Rn. 87; BeckOGK-GmbHG/Born, § 54 Rn. 23; wohl auch KG FGPrax 2014, 171) oder ob die Anmeldebefugnis des Insolvenzverwalters bezüglich der Änderung der Firma lediglich **neben die fortbestehende Anmeldebefugnis der Geschäftsführer** tritt (so Scholz/Tebben, § 54 Rn. 6; Eckhardt/Hermanns, Kap. 13 Rn. 111; wohl auch Altmeppen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 54 Rn. 13).

Der den Beschluss über die Satzungsänderung beurkundende **Notar** wiederum gilt nach der **gesetzlichen Vollmachtsvermutung des § 378 Abs. 2 FamFG** als ermächtigt, im Namen des zur Anmeldung Berechtigten die Eintragung zu beantragen. Unabhängig davon, ob die verfahrensrechtliche Anmeldebefugnis im Fall der Firmenänderung nur dem Insolvenzverwalter oder daneben auch weiterhin den Geschäftsführern zukommt, ist der Notar aber schon aufgrund seiner **Amtspflichten** (vgl. § 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO sowie auch § 378 Abs. 3 S. 1 FamFG) gehalten, **nur solche Tatsachen** zum Handelsregister **anzumelden, von deren Vorliegen** er sich im Rahmen des zugrunde liegenden Beurkundungsverfahrens **überzeugt** hat (Scholz/Tebben, § 54 Rn. 7a; Haußleiter/Schemmann, FamFG, 2. Aufl. 2017, § 378 Rn. 14).

Da unter Zugrundelegung der vorstehenden Ausführungen aber jedenfalls in materiell-rechtlicher Hinsicht für die wirksame Änderung der Firma die Zustimmung des Insolvenzverwalters erforderlich ist (s. o.), dürfte der Notar von der Vollmachtsvermutung des § 378 Abs. 2 FamFG u. E. ohnehin nur dann Gebrauch machen, wenn er sich von der für die Wirksamkeit der Satzungsänderung erforderlichen Zustimmung des Insolvenzverwalters überzeugt hat.

Würde der Insolvenzverwalter aber wiederum durch Erklärung seiner Zustimmung an der Satzungsänderung mitwirken, dürften sich die geschilderten Bedenken gegen die Anmeldung der Satzungsänderung aufgrund der Vollmachtsvermutung des § 378 Abs. 2 FamFG jedenfalls dann erübrigen, wenn der Insolvenzverwalter unmittelbar im Rahmen der Beurkundung der Satzungsänderung dieser zustimmt. Denn insoweit dürfte der Notar dann auch als vom Insolvenzverwalter i. S. d. § 378 Abs. 2 FamFG ermächtigt gelten, die Handelsregisteranmeldung vorzunehmen. Würde der Insolvenzverwalter demgegenüber der Firmenänderung außerhalb der Beurkundung über die Satzungsänderung zustimmen (etwa durch privatschriftliche Erklärung im Vorfeld oder im Nachhinein der Beurkundung) und würde man zudem ausschließlich den Insolvenzverwalter für anmeldeberechtigt halten (zu dieser umstrittenen Frage s. o.), ergäbe sich hingegen die noch nicht abschließend geklärte Folgefrage, ob sich die Vollmachtsvermutung nach § 378 Abs. 2 FamFG auch auf außerhalb der Urkunde zustimmende Dritte erstreckt, deren Zustimmung für die Wirksamkeit des beurkundeten Rechtsgeschäftes

erforderlich ist (vgl. hierzu Gutachten DNotI-Report 2021, 49, dort unter Ziff. 2 lit. b).

3. Fazit

Festzuhalten bleibt somit, dass die Änderung der Firma schon in materiell-rechtlicher Hinsicht der Zustimmung des Insolvenzverwalters bedarf, da die Firma der Gesellschaft als immaterieller Vermögenswert in die der Verfügungsmacht des Insolvenzverwalters (vgl. § 80 Abs. 1 InsO) unterliegende Insolvenzmasse fällt und die Satzungsänderung trotz der Zugehörigkeit zum innergesellschaftlichen Bereich einer Verfügung i. S. d. § 80 Abs. 1 InsO zumindest gleichgestellt wird.

Der beurkundende Notar wiederum darf u. E. schon aufgrund seiner Amtspflichten die Satzungsänderung nur zum Handelsregister anmelden, wenn er sich zuvor von deren Wirksamkeit überzeugt hat. Dies erfordert hier die Überzeugung vom Vorliegen der erforderlichen Zustimmung des Insolvenzverwalters. Läge diese vor, dürften sich die dargestellten Probleme hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 378 Abs. 2 FamFG jedenfalls dann erübrigen, wenn die Zustimmung des Insolvenzverwalters unmittelbar im Rahmen der Beurkundung der Satzungsänderung erfolgt ist. Würde der Insolvenzverwalter der Firmenänderung demgegenüber außerhalb der Urkunde zustimmen, muss die Rechtslage als noch nicht abschließend geklärt angesehen werden.

GmbHG § 40

Kanada: Erbnachweis für einen verstorbenen GmbH-Gesellschafter

I. Sachverhalt

Es wurde ein Gesellschafterbeschluss über eine Kapitalerhöhung bei einer GmbH beurkundet. Für einen in Kanada lebenden Gesellschafter (kanadischer Staatsangehöriger) handelte ein vollmachtloser Vertreter. Der Gesellschafter verstarb jedoch in der kanadischen Provinz Ontario, bevor er die Stimmabgabe durch den vollmachtlosen Vertreter genehmigen und die Übernahme der im Zuge der Kapitalerhöhung neu gebildeten Anteile erklären konnte.

Die Hinterbliebenen legen nun ein „*proof of death certificate*“ eines Bestattungsunternehmens und ein „*primary last will and testament*“ vor. Das Testament hatte der Gesellschafter vor zwei Zeugen

unterschrieben. Danach ist seine Ehefrau seine alleinige „Erbin“.

II. Fragen

Wie stellt sich die Erbfolge nach dem verstorbenen Gesellschafter dar? Wie erfolgt der Nachweis der Erbfolge?

III. Zur Rechtslage

1. Auf die Erbfolge anwendbares Recht

Gem. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO unterliegt die Erbfolge dem Recht des Staates, in dem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Der gewöhnliche Aufenthalt i. S. d. EuErbVO ist nicht gesetzlich definiert. Aus den Erwägungsgründen 23 und 24 EuErbVO sollen sich allerdings nach Ansicht des EuGH Anhaltspunkte für die Auslegung des Begriffs ergeben. Es soll danach auf eine langfristige und dauerhafte Verbindung des Erblassers zu einem bestimmten Staat ankommen (EuGH ZEV 2020, 628 „E. E.“). Sämtliche Umstände des Einzelfalls seien im Rahmen einer langfristigen Betrachtung auszuwerten. Es kommt darauf an, wo eine Person in sozialer und familiärer Hinsicht ihren Lebensmittelpunkt hatte.

Der Erblasser ist in Ontario verstorben und war kanadischer Staatsangehöriger. Daraus allein ergibt sich noch nicht zwingend, wo er zuletzt seinen gewöhnlichen Aufenthalt i. S. d. EuErbVO hatte. Sollte man allerdings – wofür eine gewisse Vermutung spricht – annehmen, dass er seinen Lebensmittelpunkt und seinen gewöhnlichen Aufenthalt i. S. d. EuErbVO zuletzt in Kanada hatte, ergäbe sich aus Art. 21 Abs. 1 EuErbVO eine Verweisung auf das in Kanada geltende Recht einschließlich dessen internationales Privatrecht (IPR), Art. 34 Abs. 1 EuErbVO. Eine Rückverweisung auf das deutsche Recht wäre demnach zu beachten.

In Kanada sind weder das Erbrecht noch das IPR einheitlich geregelt. Gem. Art. 36 Abs. 1 EuErbVO wäre zur Ermittlung der einschlägigen Teilrechtsordnung auf eine bundeseinheitliche kanadische Regelung abzustellen, welche bestimmt, das Recht welcher Provinz anzuwenden ist. Auch eine solche einheitliche interlokale Kollisionsrechtsregelung gibt es in Kanada allerdings (zumindest auf dem Gebiet des Erbrechts) nicht. Daher wird durch Art. 21 Abs. 1 EuErbVO in Ermangelung einheitlicher interner kanadischer Kollisionsvorschriften i. S. v. Art. 36 Abs. 1 EuErbVO gem. Art. 36 Abs. 2 lit. a EuErbVO auf

das Recht der Gebietseinheit verwiesen, in welcher der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Damit dürfte hier eine Verweisung auf das IPR der Provinz Ontario ausgesprochen worden sein, wenn der Erblasser dort zuletzt seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

In der kanadischen Provinz Ontario ist das internationale Erbrecht in Sec. 34 ff. des *Ontario Succession Law Reform Act 1990* geregelt. Hieraus ergibt sich, dass die Art und Form der Testamentserrichtung, die materielle Wirksamkeit und die Wirkungen eines Testaments, soweit es bewegliches Vermögen betrifft, durch das materielle Recht des Ortes, an dem der Testator zum Zeitpunkt seines Todes sein *domicile* hatte, bestimmt werden, Sec. 36 Abs. 2 *Ontario Succession Law Reform Act 1990*. Die Art und Weise der Errichtung eines Testaments, seine materielle Wirksamkeit und Wirkungen in Bezug auf unbewegliches Vermögen (*interest in land*) unterliegen dagegen dem materiellen Recht des Staates, in dem das jeweilige Grundstück belegen ist, Sec. 36 Abs. 1 *Ontario Succession Law Reform Act 1990* (Meyer, ZEV 1998, 452, 454; Hausmann/Nockelmann, Internationales Erbrecht, Länderbericht Kanada (Provinz Ontario), Std.: 1.1.2002, Rn. 4).

Hieraus ergibt sich hinsichtlich der Anteile an der GmbH (da es sich hierbei um bewegliches Vermögen handelt) eine Verweisung auf das Recht des Staates, in dem der Erblasser zuletzt sein *domicile* i. S. d. Rechts von Ontario hatte.

Ein *domicile* erwirbt jeder Mensch mit der Geburt von seinen Eltern (*domicile of origin*). Volljährige Personen können ihr *domicile* verändern (*domicile of choice*) (Fleischhauer, MittRhNotK 2000, 225, 227). Erforderlich für die Begründung eines solchen *domicile of choice* ist der tatsächliche Aufenthalt (*actual residence*) in einem bestimmten Rechtsgebiet, verbunden mit dem Willen, dort für eine nicht von vornherein beschränkte Zeit zu bleiben (*animus manendi et non revertendi*). Das *domicile* enthält also ein objektives und ein subjektives Element (Pitel, Conflict of Laws, 3. Aufl. 2025, S. 15; Fleischhauer, MittRhNotK 2000, 225, 227). Insoweit wäre mithin im vorliegenden Fall genauer festzustellen, wo der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes sein *domicile* i. S. d. kanadischen Rechts hatte. Dabei kann von der Begründung eines *domicile of choice* in Ontario ausgegangen werden, sollte der Erblasser sich dort zuletzt dauerhaft mit der Absicht aufgehalten ha-

ben, auch endgültig oder zumindest dauerhaft in Ontario zu verbleiben.

Vorrangig vor der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt wäre eine Rechtswahl zu beachten. Der Erblasser konnte aufgrund seiner kanadischen Staatsangehörigkeit gem. Art. 22 Abs. 1 EuErbVO das kanadische Recht wählen. Sollte das Testament auf bestimmte Vorschriften des Rechts von Ontario Bezug nehmen, wäre das Vorliegen einer konkludenten Rechtswahl denkbar. Eine solche wäre gem. Art. 22 Abs. 2 EuErbVO möglich. Schließlich käme dann, sollte das Testament vor dem 16.8.2015 errichtet worden sein, eine fiktive Rechtswahl gem. Art. 83 Abs. 4 EuErbVO in Betracht. Danach ist eine Wahl des Heimatrechts immer dann anzunehmen, wenn der Erblasser das Testament vor dem 17.8.2015 „nach den Vorschriften dieses Rechts“ errichtet hatte. Folge einer Rechtswahl wäre insbesondere, dass das Recht dieses Staates anzuwenden ist und eine Rückverweisung bzw. Weiterverweisung des in seinem Heimatstaat geltenden IPR gem. Art. 34 Abs. 2 EuErbVO nicht mehr zu beachten wäre. Nachdem im vorliegenden Fall jedoch das IPR von Ontario (hinsichtlich beweglichen Vermögens) die Verweisung ohnehin annimmt, dürfte sich keine Rückverweisung ergeben.

2. Zur Formwirksamkeit des Testaments

Die Formwirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen untersteht aus deutscher Sicht gem. Art. 75 Abs. 1 EuErbVO (vorrangig vor Art. 27 EuErbVO) den Vorschriften des Haager Testamentsformübereinkommens vom 5.10.1961 (HTFÜ).

Art. 1 Abs. 1 lit. a HTFÜ lässt zur Formwirksamkeit eines Testaments genügen, dass dieses den Regeln des am Errichtungsort geltenden Rechts entsprechend verfasst wurde. Insoweit dürfte im vorliegenden Fall bei Errichtung des Testaments in Ontario genügen, dass das Testament den Regeln des in Ontario geltenden materiellen Erbrechts entsprechend verfasst wurde.

Insoweit bestimmt Sec. 3 *Ontario Succession Law Reform Act 1990*, dass ein Testament in Schriftform zu verfassen ist. Das Testament ist gem. Sec. 4 Abs. 2 *Ontario Succession Law Reform Act 1990* an dessen Ende durch den Testator zu unterschreiben. Die Unterschrift ist in Gegenwart von mindestens zwei bei Unterschriftsleistung gegenwärtigen Zeugen vorzunehmen oder anzuerkennen. Schließlich muss das Testament von min-

destens zwei Zeugen in Gegenwart des Testators ebenso unterschrieben werden. Das materielle Erbrecht von Ontario verlangt also die Errichtung des Testaments als Zwei-Zeugen-Testament (Nockelmann, Rn. 9). Die genannten gesetzlichen Anforderungen sind bei der Testamentserrichtung vorliegend eingehalten worden. Falls die begünstigte Ehefrau selbst als Zeugin unterschrieben hat, hätte dies regelmäßig zur Folge, dass die Verfügungen zugunsten des betreffenden mitwirkenden Zeugen unwirksam sind (Sec. 12 Abs. 1 *Ontario Succession Law Reform Act 1990*).

3. Erbenstellung nach dem Recht von Ontario

Besonderheit des in Ontario geltenden *common law* ist es, dass dieses einen „Erben“ i. S. d. deutschen Rechts nicht kennt. Das Eigentum am Nachlass geht vielmehr auf einen Nachlassverwalter (*personal representative*) über. Dieser kann vom Erblasser testamentarisch ernannt werden (*executor*). Wurde kein *executor* benannt, bestellt der *probate court* einen *personal representative (administrator)*. Der *personal representative* hat den Nachlass entsprechend den testamentarischen Anordnungen zu verwalten und anschließend den testamentarisch benannten Vermächtnisnehmern herauszugeben. Anders als beim *trust* sind die Vermächtnisnehmer während der Dauer der Nachlassverwaltung durch den *executor* noch nicht einmal in einer quasi-dinglichen Weise am Nachlass berechtigt (Häcker, in: Löhnig/Dutta/Gottwald/Grziwotz, u. a., Testamentsvollstreckung in Europa, 1. Aufl. 2018, S. 203).

Unter der Geltung des Art. 25 EGBGB a. F. für Erbfälle bis zum 16. August 2015 wurde in Deutschland von der überwiegenden Auffassung die sog. Spaltungstheorie vertreten: Aus dem kollisionsrechtlichen Grundsatz des *common law*, wonach der gesamte in einem *common law*-Gebiet belegene (unbewegliche und bewegliche) Nachlass Gegenstand der dort geltenden Regeln über die *administration* ist, ergebe sich eine „versteckte Rückverweisung“ hinsichtlich des in Deutschland belegenen Vermögens. Für das in Deutschland belegene Vermögen gelte somit deutsches Nachlassabwicklungsrecht und trete daher ein unmittelbarer Erwerb durch einen oder mehrere „Erben“ i. S. d. deutschen Rechts ein (so KG ZEV 2012, 593; Staudinger/Dörner, BGB, 2007, Art. 25 EGBGB Rn. 268; grundlegend: Firsching, Deutsch-amerikanische Erbfälle, 1965, S. 1; zuletzt wieder OLG Hamm ZEV 2025, 535 Rn. 92; vgl. auch KG ErbR 2025, 326).

Dagegen wird für Erbfälle unter der Geltung der EuErbVO nunmehr zunehmend vertreten, dass die Verweisung auf das ausländische Recht im Fall eines *common law*-Staates auch das System des dort vorgesehenen Erbgangs einschließt. Es sei daher zu beachten, dass der *executor* als *personal representative* nicht lediglich die Befugnis erhalte, über den Nachlass zu verfügen, sondern diesen zunächst zu Eigentum erwerbe. Er sei daher im Erbschein nicht als Testamentsvollstrecker, sondern als Inhaber des gesamten Nachlasses, also – nach deutschem Verständnis – als „Erbe“ auszuweisen (J. P. Schmitt, in: Dutta/Weber, Internationales Erbrecht, 2. Aufl. 2021, Art. 23 EuErbVO Rn. 66; Mariottini, Effects of the EU Succession Regulation on Wills and Successions connected with the United States, in: Bariatti/Viarengo/Villata, EU Cross-Border and Succession Law, 2022, Rn. 32.037; Odersky, in NK-BGB, V: Erbrecht, 6. Aufl. 2022, Länderbericht England Rn. 28 ff.; Weber/Weber, Die Testamentsvollstreckung, 2024, Rn. 782). Dieser Ansicht hat sich in der Rechtsprechung nunmehr das OLG Düsseldorf angeschlossen (BeckRS 2025, 17904 zu einem durch ein englisches Gericht bestellten *administrator*).

Nach alledem ist im vorliegenden Fall dann, wenn das Testament nach den Regeln des in Ontario geltenden *common law* formuliert ist, wohl anzunehmen, dass dieses keinen „Erben“ benennt. Vielmehr dürfte das Testament eine Person zum „*executor*“ bzw. zum „*executor and trustee*“ einsetzen und diesen anweisen, den Nachlass zu Gunsten bestimmter Personen zu verwalten bzw. nach Begleichung aller Nachlassverbindlichkeiten einer oder verschiedenen weiteren Personen auszuhändigen.

Je nachdem, welcher der vorgenannten beiden Ansichten man folgt, wäre im vorliegenden Fall entweder der *executor* deswegen, weil er Universalnachfolger des Erblassers ist und zumindest in formeller Weise die Eigentümerstellung am Nachlass des Erblassers erhält, als „Erbe“ i. S. d. deutschen Rechts zu behandeln und daher auch in der Gesellschafterliste entsprechend als neuer Gesellschafter einzutragen. Folgt man dagegen der überkommenen Ansicht, wonach aus seiner Position als *executor* noch nicht das Recht folgt, den Nachlass auch für sich selbst zu behalten, wäre er allenfalls als Testamentsvollstrecker zu behandeln, während die testamentarisch begünstigten Personen als Miterben zu behandeln wären. Es stellt sich dann lediglich die Frage, ob

auch unter den Maßstäben des BGB deswegen, weil der *executor* den Nachlass dauerhaft verwalten soll, diesem die Position eines Testamentsvollstreckers zukommt.

Einfacher ist die Situation dann, sollte der Erblasser in seinem Testament seine überlebende Ehefrau zur *executrix* bzw. *executrix and trustee* eingesetzt haben und ihr zugleich auch den gesamten Nachlass bzw. den wesentlichen Teil des Nachlasses zugewandt haben und allenfalls über einzelne Rechte durch Einzelvermächtnis (*legacy* bzw. *device*) verfügt haben. In diesem Fall käme der überlebenden Ehefrau nach beiden Ansichten im Inland die Position einer „Alleinerbin“ i. S. d. deutschen Rechts zu. Der Geschäftsführer müsste sodann nicht entscheiden, ob er der traditionellen oder der neuen Auffassung folgt.

4. Zum Nachweis der Erbfolge

Insoweit ist zwischen den Nachweisen gegenüber dem Geschäftsführer, dem Notar sowie dem Handelsregister zu unterscheiden.

a) Nachweis gegenüber dem Geschäftsführer; Pflicht zur Erstellung und Einreichung einer neuen Gesellschafterliste

Verstirbt ein GmbH-Gesellschafter, so ist der Geschäftsführer berufen, eine neue Gesellschafterliste zu erstellen und zum Handelsregister einzureichen, sobald ihm die Erbfolge nachgewiesen ist, § 40 Abs. 1 S. 1, 5 GmbHG (MünchKommGmbHG/Heidinger, 4. Aufl. 2023, § 40 Rn. 157, 234; Wicke, GmbHG, 5. Aufl. 2024, § 40 Rn. 31). Für den Nachweis der Erbfolge existieren dabei (anders als z. B. im Grundbuchrecht) keine festen Regeln. Insbesondere *kann* der Geschäftsführer einen Erbschein als Nachweis verlangen – dies dürfte insbesondere dann geboten sein, wenn die Erbfolge nicht einfach zu beurteilen ist – sich aber auch mit anderen Nachweisen zufrieden geben (Wicke, § 40 Rn. 31 m. w. N.).

Sollte das Testament im vorliegenden Fall die überlebende Ehefrau eindeutig zur *executrix* und alleinigen Nachlassbegünstigten ernannt haben, dürfte die rechtliche Beurteilung dem Geschäftsführer (selbst angesichts des oben erwähnten Literaturstreits und der ungeklärten Rechtslage in der Rechtsprechung) möglich sein. Allerdings müsste der Nachweis erbracht werden, dass die Erbfolge tatsächlich auf diesem Testament beruht (vgl. Luther/Bayer, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 40 Rn. 78). Dieser Nachweis könnte im vorliegenden Fall z. B. durch die Eröffnungsurkunde eines

deutschen Gerichts erfolgen. Als ausreichend könnte der Geschäftsführer darüber hinaus aber auch ansehen, wenn ihm die Bestätigung (*probate*) eines Nachlassgerichts in Ontario (*probate court*) vorgelegt wird, in welcher dieses das Testament als wirksam und für die Erbfolge maßgeblich und eine bestimmte Person als *personal representative* und damit als Rechtsnachfolgerin des Erblassers bestätigt hat.

b) Nachweis gegenüber dem Notar; Prüfung der Rechtsnachfolge bei Unterschriftsbeglaubigung

Zur Genehmigung der Erklärungen des vollmachtlosen Vertreters sowie zur Abgabe der Übernahmeerklärung erscheint vorliegend nicht (wie ursprünglich geplant) der kanadische Gesellschafter, sondern dessen Ehefrau als Rechtsnachfolgerin. Dies wirft die Frage auf, welche Nachweise sich der Notar hierbei vorlegen lassen sollte (siehe allg. zur Vererblichkeit des Bezugsrechts nach § 55 Abs. 2 GmbHG: BeckOGK-GmbHG/Miller, Std. 15.7.2025, § 55 Rn. 193; MünchKommGmbHG/Lieder, 5. Aufl. 2025, § 55 Rn. 116).

Die Pflicht zur Prüfung der Rechtsmacht zur Abgabe der Erklärungen folgt aus § 17 Abs. 1 BeurkG, ähnlich der Situation, in welcher der Notar sich von der Vertretungsmacht des Vertreters zu überzeugen hat (s. hierzu BeckOK-BeurkG/Köther, Std. 1.9.2025, § 17 Rn. 10). § 35 GBO ist nicht einschlägig, da die Urkunden nicht zum Grundbuchvollzug vorzulegen sind. Der Notar *kann* sich daher u. E. auch mit „weniger“ als einem förmlichen Erbnachweis begnügen, muss jedoch von der Rechtsmacht der Ehefrau zur Abgabe der Genehmigungs- und Übernahmeerklärung überzeugt sein.

Unerheblich für die notarielle Prüfung ist es u. E., wenn beim Handelsregister zum Zeitpunkt der Unterschriftsbeglaubigung bereits eine aktualisierte Gesellschafterliste hinterlegt ist, die die Ehefrau als Inhaberin des Geschäftsanteils ausweist. Die Gesellschafterliste hat nach § 16 Abs. 1 GmbHG zwar Legitimationswirkung gegenüber der Gesellschaft, jedenfalls *in dieser Situation* nicht aber gegenüber dem Notar, der sein konkretes Urkundengeschäft (Kapitalerhöhungsbeschluss, Übernahmeerklärung) vor Augen hat. Eine Bindung des Notars an die Ausweisung der Ehefrau als Gesellschafterin in der Gesellschafterliste hätte zudem u. U. ein Defizit an Rechtssicherheit zur Folge, da der Notar keinen Einfluss darauf

hat, wie der Geschäftsführer die Erbfolge geprüft hat. Auch das Handelsregister prüft bei der Aufnahme der Liste nur formelle Aspekte, nicht aber die inhaltliche Richtigkeit der Eintragungen (vgl. BGH NZG 2025, 994 Rn. 33: Prüfungsrecht nur bei „sichere[r] Kenntnis“ von „offensichtlich[en] inhaltliche[n] Mängel[n]“; s.a. MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 357). Müsste der Notar sich an die Eintragung in der Gesellschafterliste halten, den Nachweis der Rechtsnachfolge ihm gegenüber also als geführt ansehen, so würde sich ein etwaiger Fehler des Geschäftsführers perpetuieren.

c) Nachweis der Rechtsnachfolge gegenüber dem Handelsregister

Bei der Anmeldung einer Kapitalerhöhung zum Handelsregister sind die in § 57 Abs. 3 GmbHG genannten Dokumente und Erklärungen beizufügen, darunter die Übernahmeerklärungen nach § 55 Abs. 1 GmbHG. Daneben ist, wie bei jeder Satzungsänderung, der Beschluss über die Satzungsänderung (Kapitalerhöhungsbeschluss) beizufügen (BeckOK-GmbHG/Ziemons, Std.: 1.5.2024, § 57 Rn. 38). Das Handelsregister prüft nach § 57a GmbHG umfassend, ob die Kapitalerhöhung gesetzes- und satzungskonform erfolgt ist (BeckOK-GmbHG/Ziemons, § 57a Rn. 2). Hiervon umfasst ist auch die Frage, ob die Ehefrau die Erklärungen des vollmachtlosen Vertreters genehmigen konnte und ob die Übernahmeerklärung wirksam abgegeben wurde.

Prüfungsmaßstab ist § 26 FamFG, sodass auch im Registerverfahren nicht zwingend besondere (Form-)Vorgaben an den Nachweis der Erbfolge zu stellen sind. Ein Fall des § 12 Abs. 1 S. 5 HGB, wonach die Rechtsnachfolger eines Beteiligten die Rechtsnachfolge soweit tunlich durch öffentliche Urkunden nachzuweisen haben, liegt nicht vor, da es sich nicht um den Nachweis der Rechtsnachfolge eines Beteiligten *am Anmeldeverfahren* handelt (wie bspw. im Fall eines verstorbenen Kommanditisten und der Anmeldung von dessen Rechtsnachfolger, vgl. hierzu KG NZG 2018, 1150). Vielmehr wird eine Kapitalerhöhung durch die Geschäftsführer angemeldet (s. § 78 GmbHG: sämtliche Geschäftsführer) und die Frage der Rechtsnachfolge nach einem Gesellschafter stellt sich nur inzident. Wenn die dem Register vorgelegten Dokumente die Rechtsnachfolge jedoch plausibel belegen, so hat das Registergericht u. E. keine weiteren Nachforschungen anzustellen. Gesetzliche Formerfordernisse an den Nachweis der Erbfolge bestehen jedenfalls nicht.

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

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

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

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

Redaktion: Notarassessor Constantin Lotz

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

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, 1098; GBO § 53 Abs. 1 S. 2 – (Un-)Zulässigkeit von mehreren gleichrangigen Vorkaufsrechten ohne (dingliche) Vereinbarung zur Vermeidung von Kollisionen bei Vorkaufsausübung; Rechtsfolgen einer fehlenden Kollisionsvermeidungsabrede

BGB §§ 164, 167, 168, 172; BeurkG §§ 39, 45a, 47, 53 – Untervollmacht; Unwiderruflichkeit; Widerruf einer Vollzugsvollmacht; Notarieller Vorbescheid

BGB § 1820 – Vorsorgevollmacht; Einrichtung von Online-Banking; Aushändigung einer Kontokarte/Girocard

Aktuelles

Auslaufen der Übergangsvorschriften des § 48 Abs. 1 S. 2, Abs. 3. S. 3 WEG zum 31.12.2025

Rechtsprechung

EuGüVO Art. 26; GBO § 47 – Eintragung eines Erwerbers im Grundbuch bei Geltung der gesetzlichen Gütergemeinschaft niederländischen Rechts

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 463, 1094, 1098; GBO § 53 Abs. 1 S. 2

(Un-)Zulässigkeit von mehreren gleichrangigen Vorkaufsrechten ohne (dingliche) Vereinbarung zur Vermeidung von Kollisionen bei Vorkaufsausübung; Rechtsfolgen einer fehlenden Kollisionsvermeidungsabrede

I. Sachverhalt

Ein Grundstück, das mit zwei gleichrangigen

dinglichen Vorkaufsrechten belastet ist, wird an einen Dritten veräußert.

II. Fragen

1. Können die Inhaber der beiden (gleichrangigen) Vorkaufsrechte ihr Recht jeweils ausüben?
2. Wie verhalten sich die Vorkaufsrechte zueinander?

III. Rechtslage

1. **(Un-)Zulässigkeit von mehreren gleichrangigen Vorkaufsrechten**
 a) **Notwendigkeit einer Vereinbarung zur Vermeidung von Kollisionen bei Vorkaufsausübung als dinglicher Inhalt der Vorkaufsrechte**

Es stellt sich die Frage, ob – und bejahendenfalls

unter welcher Voraussetzung – die Bestellung von mehreren gleichrangigen Vorkaufsrechten zulässig ist. Die Bestellung mehrerer Vorkaufsrechte im Gleichrang ist nach Ansicht der jüngeren obergerichtlichen Rechtsprechung nur dann zulässig, wenn Kollisionen zwischen den gleichrangigen Vorkaufsrechten mittels Vereinbarung, die Inhalt der dinglichen Rechte sein können, vermieden werden.

So führt beispielsweise das **OLG Hamm** (unter Abkehr von seiner älteren Rechtsprechung) zur Bestellung von mehreren gleichrangigen Vorkaufsrechten aus (OLG Hamm FGPrax 2017, 9, 10, Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

*„Mehrere gleichrangige Vorkaufsrechte können an einem Grundstück nur dann rechtswirksam bestellt werden, wenn eine **Vereinbarung zur Vermeidung von Kollisionen aus einer möglichen mehrfachen Ausübung der Vorkaufsrechte** getroffen wird (BGH NJW 2014, 3024; OLG München MDR 2016, 513).*

Zwar ist die allgemeine, das Rangverhältnis einschließlich die Ranggleichheit mehrerer Grundstücksbelastungen betreffende Regelung des § 879 BGB grundsätzlich auch auf das dingliche Vorkaufsrecht anwendbar. Allerdings hat der Gesetzgeber für den Fall des Konflikts gleichrangiger Vorkaufsrechte – anders als für das Zusammentreffen mehrerer dinglicher Nutzungsrechte (§§ 1024, 1060, 1090 Abs. 2 BGB) – keine Bestimmung darüber getroffen, welche rechtliche Konsequenz der Widerstreit gleichrangiger Rechte für das jeweils einzelne Recht hat und auf welche Weise der Konflikt zu lösen ist. Im Vorkaufsfall würden sich die gleichrangigen Rechte wechselseitig blockieren (§ 1098 Abs. 2 iVm §§ 883, 888 BGB), wenn eine Vereinbarung über die Auflösung des Konflikts fehlt. Ranggleichheit kann aber nicht bestehen, wenn die Ausübung des einen Rechts die gleichzeitige Ausübung des anderen Rechts unmöglich machen würde (OLG München MDR 2016, 513).

*Die Eintragung von gleichrangigen Vorkaufsrechten kann daher nur in zulässiger Weise erfolgen, wenn die Urkundsbet. bei der Begründung der Vorkaufsrechte eine **Regelung treffen, die die Ausübung der Vorkaufsrechte durch mehr als einen Vorkaufsberechtigten regelt**, oder sich eine entsprechende Regelung aus dem Inhalt des zugrunde liegenden Vertrages ergibt.“*

In der in Bezug genommenen Entscheidung des **BGH** (NJW 2014, 3024, vgl. dort Rn. 22) gibt das Gericht ebenfalls zu erkennen, dass es die Bestellung von mehreren gleichrangigen Vorkaufsrechten (wohl nur) anerkennt, sofern Vereinbarungen getroffen worden sind, die eine Kollision der Rechte im Falle der Vorkaufsrechtsausübung vermeiden. In dem vom BGH entschiedenen Fall bestand die insoweit notwendige Kollisionsvermeidungsvereinbarung darin, dass der jeweilige Vorkaufsberechtigte „nur“ zum Erwerb eines noch zu bildenden Miteigentumsanteils berechtigt war und die Summe der Anteile das „Ganze“ nicht überschritt.

Mittlerweile geht auch die **jüngere Literatur** überwiegend davon aus, dass gleichrangige Vorkaufsrechte nur zulässig sind, wenn eine Vereinbarung zur Vermeidung einer Kollision im Falle der Vorkaufsrechtsausübung getroffen worden ist (vgl. Grüneberg/Herrler, BGB, 84. Aufl. 2025, § 1094 Rn. 1; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1403; Bauer/Schaub/Lieder, GBO, 5. Aufl. 2023, C. Rn. 130; Staudinger/Schermaier, BGB, 2021, § 1094 Rn. 12; MünchKommBGB/Westermann, 9. Aufl. 2023, § 1094 Rn. 8; BeckOK-GBO/Zeiser, Std.: 1.9.2025, § 45 Rn. 3; Herrler, in: Herrler/Hertel/Kessler, Aktuelles Immobilienrecht 2024, 6. Aufl. 2024, Teil B Abschn. VIII Ziff. 1 a) (Mehrere privatrechtliche Vorkaufsrechte); Soergel/Kern, BGB, 14. Aufl. 2023, § 1094 Rn. 4).

Nach **anderer Ansicht** (BeckOK-BGB/Reischl, Std.: 1.8.2025, § 1094 Rn. 15; KEHE/Keller, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 2024, Einl. § 6 Rn. 216 unter Verweis auf ranggleiche Auflassungsvormerkungen) ist eine Vereinbarung zur Vermeidung einer Ausübungskollision der gleichrangigen Vorkaufsrechte untereinander zwar wünschenswert und eine solche nötigenfalls im Wege der Auslegung zu ermitteln. Deren Fehlen führe allerdings nicht zur rechtlichen Unzulässigkeit von gleichrangigen Vorkaufsrechten.

b) Zwischenergebnis

Im vorliegenden Fall erscheint es geboten, einen Einblick in die Grundakte zu nehmen, um zu prüfen, ob sich der bzw. den den Vorkaufsrechten zugrundeliegenden Eintragungsbewilligung(en) (vgl. § 874 BGB) eine Kollisionsvermeidungsregelung – ggf. im Wege der **Auslegung** – entnehmen lässt. Der Auslegung sind freilich Grenzen gesetzt, denn maßgebend für die Auslegung sind Wortlaut und Sinn, wie sie sich aus unbefangener

Sicht als nächstliegende Bedeutung der Eintragung ergeben. Umstände außerhalb der Eintragung dürfen nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (vgl. OLG München RNotZ 2016, 308, 310; Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 19 Rn. 28 m. w. N.).

2. Rechtsfolge(n) einer fehlenden Kollisionsvermeidungsabrede

Sofern man mit der mittlerweile wohl **h. M.** annimmt, gleichrangige Vorkaufsrechte könnten nur *mit* einer (dinglichen) Vereinbarung zur Vermeidung einer Ausübungskollision wirksam bestellt werden, erscheint es konsequent, davon auszugehen, dass eine dennoch erfolgende Eintragung der Vorkaufsrechte im Grundbuch zu einer **materiell-rechtlichen Unrichtigkeit i. S. v. § 894 BGB** führt. Überdies erscheint es zumindest vertretbar, eine inhaltlich unzulässige Eintragung i. S. v. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO anzunehmen, die eine Löschung der Vorkaufsrechte von Amts wegen rechtfertigt (zur Löschung von Amts wegen vgl. insbesondere OLG München RNotZ 2016, 308; BeckOK-GBO/Zeiser, § 45 Rn. 3).

Sofern man mit der älteren, heute aber wohl als **Mindermeinung** zu bezeichnenden Ansicht annimmt, die Bestellung von mehreren gleichrangigen Vorkaufsrechten sei auch *ohne* (dingliche) Kollisionsvermeidungsabrede wirksam, stellt sich die Frage, wie das Konkurrenzverhältnis der Rechte untereinander im Falle der Vorkaufsausübung aufzulösen ist. Das Meinungsspektrum reicht von einem **Anspruch der Prätendenten auf Erwerb von jeweils einem Miteigentumsanteil am vorkaufsrechtsbelasteten Grundstück** über die **Geltung des Prioritätsgrundsatzes** bis hin zu einer **analogen Anwendung des § 472 BGB** (vgl. BeckOK-BGB/Reischl, § 1094 Rn. 15; Staudinger/Schermaier, § 1094 Rn. 12; BeckOGK-BGB/Omlor, Std.: 1.1.2025, § 1094 Rn. 57.1).

Soweit ersichtlich, hat sich der BGH zu den rechtlichen Konsequenzen einer fehlenden Vereinbarung noch nicht geäußert, sodass die Rechtslage als noch nicht abschließend geklärt zu bezeichnen ist.

3. Ergebnis

Nach jüngerer obergerichtlicher Rechtsprechung und weiten Teil der Literatur können mehrere gleichrangige Vorkaufsrechte an einem Grund-

stück nur dann rechtswirksam bestellt werden, wenn als dinglicher Inhalt der Rechte eine Vereinbarung zur Vermeidung von Kollisionen im Falle der Vorkaufsausübung getroffen worden ist. Sofern es hieran fehlt, geht die jüngere Rechtsprechung in Ansehung von dennoch eingetragenen Vorkaufsrechten von einer materiell-rechtlichen Unrichtigkeit des Grundbuchs i. S. v. § 894 BGB aus, die – da eine inhaltlich unzulässige Eintragung i. S. v. § 53 Abs. 1 S. 2 BGB vorliegen soll – eine Löschung von Amts wegen rechtfertigt. Soweit ersichtlich, hat sich allerdings der BGH zu den rechtlichen Konsequenzen einer fehlenden Kollisionsvermeidungsabrede noch nicht geäußert, sodass die Rechtslage als noch nicht abschließend geklärt zu bezeichnen ist.

BGB §§ 164, 167, 168, 172; BeurkG §§ 39, 45a, 47, 53

Untervollmacht; Unwiderruflichkeit; Widerruf einer Vollzugsvollmacht; Notarieller Vorbescheid

I. Sachverhalt

Fünf Geschwister sind in Erbengemeinschaft Eigentümer eines Grundstücks. Vier der Miterben haben den fünften Miterben formgerecht bevollmächtigt, den Nachlass in allen Angelegenheiten abzuwickeln, insbesondere den geerbten Grundbesitz zu veräußern, aufzulassen und erforderliche Bewilligungen abzugeben. Der bevollmächtigte Miterbe hat daraufhin das Grundstück verkauft. In dieser notariellen Kaufvertragsurkunde heißt es auszugsweise:

„III. Auflassung und Vormerkung

1. Die Vertragsteile sind über den in Ziffer II. vereinbarten Eigentumsübergang einig. Diese unbedingte Einigung enthält keine Eintragungsbewilligung. Der Käufer beantragt bereits heute die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch. [...]

2. Der Verkäufer erteilt dem amtierenden Notar [...] unwiderruflich und unbedingt Vollmacht, die Eintragung des Käufers als Eigentümer im Grundbuch zu bewilligen. Die Beteiligten weisen den Notar an, die Eigentumsumschreibung beim Grundbuchamt erst dann zu bewilligen, wenn [...]. [...]

IV. Kaufpreis [...]

2. Voraussetzungen für die Zahlung des Kaufpreises sind: [...]

Der Notar wird beauftragt, den Vertragsteilen den Eintritt der vorstehenden Zahlungsveroraussetzungen sowie etwa geforderte Ablösungsbeträge mittels einfachen Briefes mitzuteilen. [...]

IX. Vollzug

1. Die Beteiligten bevollmächtigen unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB den amtierenden Notar, für sie alle Handlungen vorzunehmen und Erklärungen abzugeben, die zur Durchführung des Rechtsgeschäftes erforderlich oder zweckdienlich sind.“

Noch bevor alle Fälligkeitsvoraussetzungen eingetreten sind, widerruft einer der Miterben schriftlich und ausschließlich gegenüber dem Notar die dem handelnden Miterben erteilte Vollmacht. Weitere Aussagen, etwa ob sich der Widerruf auch auf dem Notar erteilte Untervollmachten bezieht, enthält der Widerruf nicht. Auf Nachfrage erklärt der widerrufende Miterbe, dass er sich bei dem Verkauf übergeben fühle und die Grundstücke gerne selbst erworben hätte. Er äußert sich dahingehend, dass der Widerruf der Vollmacht nicht nur für künftige Verträge gelten soll, sondern auch den gegenständlichen Vertrag „blockieren“ soll.

II. Frage

Wie wirkt sich der Widerruf der Vollmacht auf den Vertragsvollzug aus?

III. Zur Rechtslage

1. Widerruf von Hauptvollmacht und Untervollmacht

Zunächst ist zu klären, ob der Miterbe nur die Hauptvollmacht widerrufen wollte oder auch die dem Notar erteilte Untervollmacht. Im Zweifel lässt ein isolierter Widerruf nur der Hauptvollmacht das Bestehen etwaiger Vollzugs(unter)vollmachten unberührt, es sei denn der Hauptvollmacht lässt sich im Wege der Auslegung ein entsprechender Verknüpfungswille entnehmen (vgl. auch OLG Köln MittBayNot 2018, 538, 539 für den Fall einer Finanzierungsvollmacht). Da der **Vollmachtgeber** hier auch den **Vollzug des bereits abgeschlossenen Kaufvertrages verhindern will**, erscheint uns jedoch eine Auslegung im Sinne eines vom Geschäftsherrn erkennbar gewünschten Widerrufs auch der Vollzugs(unter)vollmacht naheliegend. Für die Zwecke der nachfolgenden Begutachtung unterstellen wir daher, dass die Erklärung des Vollmachtgebers inhaltlich auch auf den **Widerruf der dem Notar erteilten Untervollmacht** gerichtet ist.

Ein etwaiger Widerruf der Hauptvollmacht würde zudem ohnehin nur *ex nunc* wirken und die von dem Hauptbevollmächtigten bereits abgeschlossenen Rechtsgeschäfte (d. h. den Kaufvertrag sowie die Auffassung) nicht berühren (vgl. hierzu BGH NJW 2020, 610 Rn. 23; MünchKommBGB/Schubert, 10. Aufl. 2025, § 168 Rn. 23). Für den Notar ist ein Widerruf der Hauptvollmacht daher mit Blick die *Wirksamkeit* des konkret zu vollziehenden Vertrags irrelevant.

Für den weiteren *Vollzug* dieses Vertrages kommt es hingegen entscheidend darauf an, ob der **Widerruf der dem Notar erteilten Vollmacht(en) wirksam** war. Wäre dies der Fall, so könnte der Notar noch ausstehende Genehmigungen bzw. Vorkaufsrechtsverzichtserklärungen für den widerrufenden Vollmachtgeber nicht wirksam entgegennehmen und ebenso könnte er nicht die Bewilligung der Eintragung des Eigentumswechsels im Namen des Vollmachtgebers abgeben.

2. Empfangszuständigkeit des Notars für den Widerruf der Untervollmacht

Der Widerruf der Vollmacht erfordert zunächst eine entsprechende Widerrufserklärung des Vollmachtgebers. Gemäß § 168 S. 3 BGB findet auf die **Erklärung des Widerrufs** der Vollmacht die für die Erteilung maßgebliche Vorschrift des § 167 Abs. 1 BGB entsprechende Anwendung. Die Erklärung des Widerrufs hat somit **gegenüber dem Bevollmächtigten** oder demjenigen zu erfolgen, dem gegenüber die Vertretung (sog. Geschäftsgegner) stattfinden soll. Jedenfalls bezüglich der dem Notar erteilten Untervollmacht ist der **Notar** als Bevollmächtigter unzweifelhaft für einen etwaigen Widerruf **tauglicher Adressat i. S. d. §§ 168 S. 3, 167 Abs. 1 BGB**.

3. Widerruflichkeit der dem dem Notar erteilten Untervollmacht(en)

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die dem Notar erteilten Untervollmachten überhaupt *widerruflich* sind (vgl. § 168 S. 2 BGB). Denn im Fall der Erteilung einer **unwiderruflichen Vollmacht** ist der **Widerruf** dem vertretenen Geschäftsherrn zwar nicht vollumfänglich verwehrt, jedoch **beschränkt auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes** (BeckOK-BGB/Schäfer, Std.: 1.8.2025, § 168 Rn. 26; MünchKommBGB/Schubert, § 168 Rn. 32; Staudinger/Schilken, BGB, 2024, § 168 Rn. 14). Ein wichtiger Grund liegt vor,

wenn das Abwarten bis zum regulären Erlöschen unzumutbar ist. Bei Vollzugsvollmachten zur Abwicklung eines Grundstückskaufvertrages wird ein **wichtiger Grund** dabei namentlich bei **Aufhebung, Unwirksamkeit und Rückabwicklung des abzuwickelnden Vertrages** anzunehmen sein (Kasper, RNotZ 2018, 133, 157). Da ein solcher Grund nicht ersichtlich ist, dürfte bei Annahme der Unwiderruflichkeit der Untervollmacht(en) nicht von einem wirksamen Widerruf auszugehen sein.

a) Befugnis des Hauptbevollmächtigten zur Erteilung einer unwiderruflichen Untervollmacht

In diesem Zusammenhang stellt sich zunächst die Vorfrage, ob der aufgrund einer widerrufenen Hauptvollmacht Bevollmächtigte überhaupt berechtigt ist, eine unwiderrufliche Untervollmacht zu erteilen. Nach allgemeiner Ansicht kann die **Untervollmacht** als **abgeleitete Fähigkeit** in ihrem Umfang **nicht weitergehen als die Hauptvollmacht** selbst. Aus diesem Grundsatz wird in der Literatur ferner abgeleitet, dass ein nur mit einer *widerrufenen* Hauptvollmacht ausgestatteter Bevollmächtigter regelmäßig keine *unwiderrufliche* Untervollmacht erteilen könne (vgl. Staudinger/Schilken, § 167 Rn. 67; BeckOK-BGB/Schäfer, § 167 Rn. 37).

Dieser Grundsatz gilt jedoch **nicht ausnahmslos**. Vielmehr ist anerkannt, dass eine **Auslegung der Hauptvollmacht** anhand des Willens des Geschäftsherrn etwas anderes ergeben kann (Staudinger/Schilken, § 167 Rn. 67). So hat etwa das KG (MittBayNot 2017, 523 Rn. 16 ff.) bezogen auf eine Belastungsvollmacht entschieden, dass die Befristung der Hauptvollmacht der Erteilung einer unbefristeten Belastungsuntervollmacht nicht entgegenstehe, weil sich der Geschäftsherr (d. h. der im Rahmen des Kaufvertragsabschlusses vertretene Verkäufer) bei derartigen Geschäften (hier: Grundschuldbestellung) ohnehin regelmäßig eines Vertreters bediene. Es entspreche gängiger notarieller Praxis, den Erwerber insoweit zur Belastung des Grundstücks mit Grundpfandrechten zu bevollmächtigen. Bei Rechtsgeschäften, die lediglich der **Abwicklung der beiderseitigen Rechte und Pflichten** aus dem Kaufvertrag zu dienen bestimmt sind und bei denen die **Vertretung der Beteiligten gängiger notarieller Praxis entspricht**, sei regelmäßig davon auszugehen, dass es dem Hauptbevollmächtigten möglich sei, eine Untervollmacht zu

erteilen, die über den Umfang der eigenen Vollmacht hinausgehe.

Die Erwägungen des KG lassen sich u. E. durchaus auch auf den vorliegenden Fall der dem Notar erteilten Vollzugsvollmacht übertragen. So ist es in Fällen, in denen – wie hier – die sog. „*Bewilligungslösung*“ gewählt wird, zumeist üblich, dem Notar unwiderruflich Vollmacht zu erteilen, die Bewilligung zu erklären (vgl. etwa den Formulierungsvorschlag bei Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 10. Aufl. 2024, Rn. 2261). Der Notar darf von dieser Vollmacht üblicherweise erst dann Gebrauch machen, wenn ihm vom Verkäufer der Eingang des Kaufpreises bestätigt wurde oder der Käufer die Zahlung des Kaufpreises nachgewiesen hat. Die Unwiderruflichkeit der Vollmacht schützt dabei auch den Käufer insoweit, als der Verkäufer nicht nach Empfang des Kaufpreises die Vollmacht widerrufen und dadurch den grundbuchlichen Vollzug der Auflassung verhindern kann.

Bezogen auf die Empfangsvollmacht zur Entgegennahme von Genehmigungen (bzw. Vorkaufsrechtsverzichtserklärungen) entspricht es ebenfalls gängiger notarieller Praxis, dass sich die Vertragsbeteiligten hierbei durch den Notar vertreten lassen (vgl. ebenfalls das Muster bei Krauß, Rn. 3660). Die entsprechenden Vollmachten sind zwar regelmäßig nicht ausdrücklich unwiderruflich ausgestaltet, jedoch besteht u. E. schon aufgrund der beiderseitigen (verfahrensrechtlichen) Vollzugsanweisung auch insoweit ein Interesse des Käufers daran, dass der Verkäufer (bzw. hier: einer von mehreren Verkäufern) diese Vollzugsanweisung nicht dadurch unterläuft, dass er die Empfangsuntervollmacht des Notars widerruft (zur Frage der aus diesem Grunde gegebenen stillschweigenden Unwiderruflichkeit vgl. im Einzelnen nachstehend unter lit. c)). Die Empfangsvollmacht des Notars ist zwar von der verfahrensrechtlichen Vollzugsanweisung zu unterscheiden, dient jedoch erkennbar als bürgerlich-rechtliches Mittel dem Zwecke der Erfüllung der beiderseitigen verfahrensrechtlichen Vollzugsanweisung zur Einholung der erforderlichen Genehmigungen und Vorkaufsrechtsverzichtserklärungen.

Im Ergebnis gehen wir daher davon aus, dass es auch dem nur **widerruflich bevollmächtigten Hauptbevollmächtigten** möglich ist, **unwiderrufliche Untervollmachten** zu erteilen, die lediglich dem *Vollzug* bzw. der *Abwicklung* der bei-

derseitigen Rechte und Pflichten aus dem bereits wirksam geschlossenen Kaufvertrag dienen.

Geht man unter Zugrundelegung dessen nunmehr der Frage nach, inwieweit die Vollzugsuntervollmachten im vorliegenden Fall auch tatsächlich unwiderruflich ausgestaltet worden sind (bislang ist nur die *Möglichkeit* der Erteilung einer unwiderruflichen Vollmacht untersucht worden), gilt es u. E. zwischen der Vollmacht zur Abgabe der Eintragungsbewilligung einerseits und der Vollmacht zur Entgegennahme erforderlicher Genehmigungen und Vorkaufsrechtsverzichtserklärungen andererseits zu differenzieren.

b) Unwiderruflichkeit der Vollmacht zur Abgabe der Eintragungsbewilligung

Die in Ziff. II. 3 des Kaufvertrags enthaltene Vollmacht, die Eintragung des Käufers als Eigentümer im Grundbuch zu bewilligen, ist unter Zugrundelegung der mitgeteilten Regelung in der Kaufvertragsurkunde **ausdrücklich unwiderruflich** erteilt worden. Hierdurch soll ein Unterlaufen der beiderseitigen verfahrensrechtlichen Anweisung zum grundbuchlichen Vollzug des Vertrages verhindert und der Käufer davor geschützt werden, den Kaufpreis zu zahlen, ohne dass der grundbuchliche Vollzug des Vertrages sichergestellt ist (s. o.).

c) Unwiderruflichkeit der Vollmacht zur Entgegennahme und Verwendung erforderlicher Genehmigungen und Vorkaufsrechtsverzichtserklärungen

Genauerer Prüfung bedarf hingegen die Frage, ob die in Ziff. IX des Kaufvertrags enthaltene allgemeine Vollzugsvollmacht, die regelmäßig u. a. zur Entgegennahme erforderlicher Genehmigungen bzw. Vorkaufsrechtsverzichtserklärungen berechtigt, als unwiderruflich anzusehen ist. Nach dem Wortlaut der Kaufvertragsurkunde ist die entsprechende Vollmacht jedenfalls nicht ausdrücklich unwiderruflich erteilt worden.

Allgemein anerkannt ist jedoch, dass der Ausschluss des Widerrufs auch durch eine **stillschweigende Vereinbarung** der Beteiligten möglich ist (MünchKommBGB/Schubert, § 168 Rn. 25; BeckOGK-BGB/Huber, Std.: 15.10.2024, § 168 Rn. 52.1). Die Vereinbarung kann **zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten**, aber auch **zwischen dem Vollmachtgeber und einem Dritten** geschlossen werden (BeckOGK-BGB/Huber, § 168 Rn. 48 a. E.).

Eine stillschweigende Vereinbarung der Unwiderruflichkeit (zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten) wird dabei vor allem in Fällen angenommen, in denen die Vollmacht *im Interesse des Bevollmächtigten* erteilt wurde (BGH NJW-RR 1991, 439, 441; OLG München RNotZ 2019, 392 Rn. 51). Dies könnte zu der Überlegung veranlassen, dass der *Notar* als Amtsträger überhaupt *kein eigenes Interesse* am Vollzug des Kaufvertrages hat, sondern dass die Vollmacht zur Entgegennahme und Verwendung von Genehmigungen etc. lediglich der technischen Erleichterung der Vertragsabwicklung dient, sodass ein Ausschluss der Widerruflichkeit nicht anzunehmen wäre. Hierfür ließe sich auch anführen, dass zum Zeitpunkt der Entgegennahme der genannten Erklärungen gerade noch keine Kaufpreiszahlung des Käufers erfolgt ist, sodass auch dessen (Sicherungs-)Interessen nicht so schwer wiegen wie im Hinblick auf die Vollmacht zur Bewilligung der Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch.

Die **Unwiderruflichkeit der Vollzugsvollmachten** ergibt sich u. E. hier jedoch aus einer entsprechenden **Vereinbarung der (Kauf-)Vertragsparteien** (Käufer und Verkäufer) untereinander (zur Möglichkeit, die Vereinbarung nicht nur mit dem Bevollmächtigten, sondern auch mit einem *Dritten* schließen zu können, s. BeckOGK-BGB/Huber, § 168 Rn. 48 a. E.). Die Unwiderruflichkeit der jeweils erteilten Vollzugsvollmachten liegt auch im beiderseitigen Interesse der Vertragsparteien, die jeweils regelmäßig nicht wollen, dass die andere Seite durch einen Widerruf der Vollzugsvollmacht den Vollzug einseitig verhindern bzw. verlangsamen kann (siehe dazu, dass auch das berechnete *Interesse eines Dritten* an der Unwiderruflichkeit für ausreichend gehalten wird, Staudinger/Schilken, § 168 Rn. 8 m. w. N.; BeckOGK-BGB/Huber, § 168 Rn. 52–52.2, 58.1). Die Vereinbarung über die Unwiderruflichkeit der Vollzugsvollmachten (auf dinglicher Ebene, die Vollmacht betreffend) kann i. Ü. als Teil der gemeinsamen Vollzugsanweisungen auch außerhalb der Urkunde erfolgen.

Die gegenteilige Sichtweise würde zu dem inkonsequenten Ergebnis führen, dass die entsprechenden verfahrensrechtlichen Anweisungen an den Notar zwar als einseitig unwiderruflich anzusehen wären, ein jeder der Beteiligten jedoch die Möglichkeit hätte, dies dadurch zu unterlaufen, dass die als Mittel zur Durchführung dieser verfahrensrechtlichen Anweisungen erteilten Voll-

machten einseitig widerrufen werden. Dies widerspricht u. E. der erkennbaren Interessenlage der Beteiligten.

Im **Ergebnis** würden wir daher davon ausgehen, dass die **Vollzugsvollmacht**, die insbesondere zur Entgegennahme erforderlicher Genehmigungen und Vorkaufsrechtsverzichtserklärungen berechtigt, auch ohne ausdrückliche Vereinbarung als **einseitig unwiderruflich** anzusehen ist.

4. Ankündigung des Vollzuges im Wege eines Vorbescheides

Schließlich stellt sich die Frage, ob der Notar den Vertrag trotz eines etwaigen vom widerrufenden Vollmachtgeber erklärten **Widerspruchs gegen den Vollzug** vollziehen darf bzw. muss und ob im Vorfeld des Vollzuges weitere Handlungen erforderlich sind.

Die finale Einstellung des Vollzuges der Urkunde durch den Notar allein aufgrund eines „Widerspruchs zum Vollzug“ oder eines Vollmachtswiderrufs dürfte vor dem Hintergrund des § 53 BeurkG nicht in Frage kommen. Gemäß § 53 BeurkG gilt im Hinblick auf Willenserklärungen, die beim Grundbuchamt einzureichen sind, dass der Notar dies veranlassen soll, sobald die Urkunde eingereicht werden kann. Eine Ausnahme sieht das Gesetz nur für den Fall vor, dass *alle Beteiligten gemeinsam* etwas anderes verlangen. Somit ist der **einseitige Widerruf** oder eine **einseitige Weisung durch nur einen Beteiligten** für den Notar grundsätzlich **unbeachtlich** (BGH BeckRS 2020, 2429 Rn. 7; BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 1.10.2025, § 53 Rn. 24 m. w. N.). Darüber hinaus hat der **Notar den Vollzug nur dann zu unterlassen, wenn für ihn ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar und damit offensichtlich ist, dass die beurkundete Erklärung unwirksam ist.** Dies wäre der Fall, wenn ein evidenter Missbrauch einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht aufgrund von Verstößen gegen im Innenverhältnis bestehende Beschränkungen oder aufgrund kollusiven Zusammenwirkens des Vertreters und des Vertragspartners gegeben ist.

Nach kürzlich erneut bestätigter Auffassung des BGH (BeckRS 2025, 20034 Rn. 16; DNotZ 2022, 271 Rn. 5; NJW 2020, 610 Rn. 15 m. w. N.) trägt nur der hiernach **auf eine Evidenzkontrolle beschränkte Prüfungsmaßstab des Notars** der Aufgabenverteilung zwischen dem Notar und den Zivilgerichten hinreichend Rechnung. § 53

BeurkG soll den Notar von schwierigen, im Ergebnis oft zweifelhaften und für ihn mit erheblichem Risiko verbundenen Prüfungen entbinden. Es ist daher nicht die Aufgabe des Notars, über die materiell-rechtliche Wirksamkeit einer beurkundeten Willenserklärung abschließend zu befinden. Solche Fragen sind vielmehr in einem Zivilprozess der Beteiligten untereinander zu klären. Anders verhält es sich nur dann, wenn die Unwirksamkeit für den Notar ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar, m. a. W. also evident ist. Anhaltspunkte für einen evidenten Missbrauch der Vertretungsmacht oder ein kollusives Zusammenwirken des Vertreters und des Vertragspartners lassen sich dem mitgeteilten Sachverhalt nicht entnehmen.

Nichtsdestotrotz postuliert der **BGH**, dass der Notar den beabsichtigten **Vollzug** einer Urkunde nach § 53 BeurkG regelmäßig jedenfalls dann in einem **Vorbescheid ankündigen** muss, wenn **einer der Urkundsbeteiligten dem Vollzug widerspricht**, damit der Betroffene zur Wahrung seiner Rechte um Rechtsschutz nachsuchen kann (BGH BeckRS 2025, 20034 Rn. 19; NJW 2020, 610 Rn. 45; vgl. auch BeckOGK-BeurkG/Regler, § 53 Rn. 40 ff.). In seiner neuesten Entscheidung hat der BGH die Pflichten des Notars nochmals konkretisiert (BeckRS 2025, 20034 Rn. 21; Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

„Nach Zustellung des Vorbescheids hat der Notar zunächst eine als ausreichend anzusehende Frist von zwei Wochen abzuwarten, ob der dem Vollzug widersprechende Urkundsbeteiligte um vorläufigen Rechtsschutz gegen die Vollziehung nachsucht. Danach wird die Urkunde – Vollzugsreife vorausgesetzt – zu vollziehen sein. Auf die Vollziehung ist in dem Vorbescheid zweckmäßigerweise hinzuweisen, auch wenn ein fehlender Hinweis den Vorbescheid nicht rechtswidrig macht. Weist der widersprechende Urkundsbeteiligte dem Notar innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung des Vorbescheids nach, vorläufigen Rechtsschutz beantragt zu haben, muss der Notar abwarten, bis die gerichtliche Entscheidung vorliegt.“

Übertragen auf den hier vorliegenden Fall dürfte es u. E. vor diesem Hintergrund geboten sein, dem widerrufenden Vollmachtgeber bereits jetzt im Wege eines notariellen Vorbescheides den beabsichtigten Vollzug durch Veranlassung der Eigentumsumschreibung nach vollständiger Kaufpreiszahlung anzukündigen.

5. Fazit

Ein Hauptbevollmächtigter ist u. E. regelmäßig auch dann zur Erteilung unwiderruflicher Vollzugsuntervollmachten zu Gunsten des Notars berechtigt, wenn er selbst – entsprechend dem gesetzlichen Regelfall (vgl. § 168 S. 2 BGB) – nur widerruflich bevollmächtigt worden ist.

Soweit die Vollzugsvollmacht ein zivilrechtliches Mittel zur Erfüllung eines beiderseitigen Betreuungsauftrages (§ 24 BNotO) einschließlich entsprechender einseitig nicht widerruflicher Verfahrensanweisungen ist, dürfte im Rahmen der Auslegung auch von einem stillschweigenden Ausschluss der (einseitigen) Widerruflichkeit der entsprechenden Vollzugsvollmacht auszugehen sein. Andernfalls entstünde das wertungswidersprüchliche Ergebnis, dass die fehlende (einseitige) Widerruflichkeit der dem Notar erteilten Vollzugsanweisungen durch einen Widerruf der als Mittel zur Erfüllung dieser Weisungen erteilten Vollzugsvollmachten jedenfalls in faktischer Hinsicht unterlaufen werden könnte.

Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass eine etwaige Erklärung des Widerrufs der Vollzugsuntervollmacht durch einen von mehreren im Rahmen des Kaufvertrages vertretenen Miterben dem weiteren Vertragsvollzug nicht entgegensteht.

BGB § 1820

Vorsorgevollmacht; Einrichtung von Online-Banking; Aushändigung einer Kontokarte/Girocard

I. Sachverhalt

Es wurde eine (umfassende) Vorsorgevollmacht notariell beurkundet. Die Vollmacht sieht vor, dass der Bevollmächtigte auf sein einseitiges Verlangen weitere Ausfertigungen verlangen kann. Der Bevollmächtigte beantragt bei der Bank des Vollmachtgebers einen Online-Banking-Zugang, um so einfacher Zugriff auf die Konten des Vollmachtgebers zu haben. Die Bank widerspricht diesem Ansinnen mit dem Argument, sie akzeptiere die Vorsorgevollmacht nicht, weil in dieser vermerkt sei, dass die Vollmacht nur wirksam werde, wenn und soweit der Bevollmächtigte auch unmittelbar im Besitz der Vollmacht sei. Letzteres könne die Bank bei der Nutzung eines einmal eingereichten Online-Banking-Zugangs durch den Bevollmächtigten jedoch nicht überprüfen.

Die Bank wäre indessen bereit, den Online-Banking-Zugang zu eröffnen, wenn eine Vollmacht auf dem Formular der Bank („Bankvollmacht“) erteilt wird.

II. Frage

Weigert sich die Bank zu Recht, den Online-Banking-Zugang einzurichten?

III. Zur Rechtslage

1. Rechtsnatur des Online-Banking-Vertrages

Unter dem Begriff „Online-Banking“ wird heutzutage ein Oberbegriff für Bankgeschäfte über das Internet verstanden, der unabhängig davon gilt, ob hierfür ein stationärer Computer oder ein mobiles Endgerät wie Laptop, Tablet oder Smartphone eingesetzt wird (MünchKommHGB/Linardatos, Band 6, 5. Aufl. 2024, K. Rn. 1). Allen Ausführungsformen gemeinsam ist die Möglichkeit des Nutzers, per Fernzugriff unter Anschluss an öffentliche Datennetze (Internet) auf seine Zahlungskontodaten zuzugreifen und Zahlungsvorgänge auszulösen (MünchKommHGB/Linardatos, Band 6, K. Rn. 1).

Die hiervon betroffenen Zahlungsverfahren zeichnen sich dadurch aus, dass sich der Zahler durch eine der zahlreichen PIN/TAN-Verfahren (Authentifizierungsverfahren) legitimiert, die ihm der Zahlungsdienstleister zugeteilt oder freigeschaltet hat (MünchKommHGB/Linardatos, Band 6, K. Rn. 4). Diese Authentifizierungsverfahren werden stetig weiterentwickelt.

Aus zivilrechtlicher Sicht gelten im Online-Banking neben den zahlungsdienstrechtlichen Sonderregelungen der §§ 675c ff. BGB die allgemeinen Rechtsgeschäftsregeln der §§ 104 ff. BGB, die letztlich für alle Vereinbarungen der beteiligten Parteien – jedenfalls im Deckungsverhältnis – von Bedeutung sind (MünchKommHGB/Linardatos, Band 6, K. Rn. 12). Konkretisiert und ausgestaltet werden die Rechtsverhältnisse durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Zahlungsdienstleister (AGB-Banken) und durch die für den Überweisungsverkehr (SB-Überweisung) sowie für das Online-Banking (SB-Online) geltenden Sonderbedingungen (MünchKommHGB/Linardatos, Band 6, K. Rn. 12).

In den Bedingungen für das Online-Banking der Banken in der zuletzt maßgeblichen Fassung von 9/19 ist in § 1 Abs. 1 festgelegt, dass der Kunde und dessen Bevollmächtigte Bankgeschäfte mittels Online-Banking in dem von der Bank ange-

botenen Umfang abwickeln können. **Teilnehmer des Online-Banking** können damit ohne Weiteres neben dem Kontoinhaber **auch Bevollmächtigte des Kontoinhabers** sein. Nach § 1 Abs. 2 der Bedingungen werden Kunde und Bevollmächtigte auch einheitlich als „Teilnehmer“ im Sinne der Bedingungen genannt.

Voraussetzung für die Nutzung des Online-Banking durch einen Teilnehmer ist die Authentifizierung durch die Bank (vgl. § 2 Abs. 1 der Bedingungen).

Nach § 3 Abs. 1 der Bedingungen erhält der Teilnehmer Zugang zum Online-Banking der Bank, wenn

- er seine individuelle Teilnehmerkennung (z. B. Kontonummer, Anmeldename) angibt und
- er sich unter Verwendung des oder der von der Bank angeforderten Authentifizierungselemente(s) ausweist und
- keine Sperre des Zugangs vorliegt.

Allerdings wird in der bankrechtlichen Literatur überwiegend davon ausgegangen, dass ein Kunde selbst auf Grundlage eines bestehenden Girovertrages **keinen Anspruch auf Zulassung zum Online-Angebot** seiner Bank hat (vgl. Wiesgickl, WM 2000, 1039, 1043; Ellenberger/Bunte/Maihold, Bankrechtshandbuch, 6. Aufl. 2022, § 33 Rn. 91; MünchKommHGB/Linardatos, Band 6, K. Rn. Rn. 46 m. w. N.). Vielmehr stehe der **Abschluss einer Online-Banking-Vereinbarung** mit dem Kunden **im kaufmännischen Ermessen der Bank**, da die erheblichen Risiken, die mit der Nutzung des Online-Banking verbunden seien, besondere Anforderungen an die Verlässlichkeit des Kunden rechtfertigen könnten (Ellenberger/Bunte/Maihold, § 33 Rn. 91). Zudem setzten die in den Geschäftsbedingungen festgelegten Sorgfaltspflichten des Bankkunden in Teilen ein nicht geringes technisches Grundverständnis voraus, das nicht bei jedem Bankkunden vorliegen wird; sei daher zweifelhaft, ob der Kunde die mit dem konkret angebotenen Online-Banking-Verfahren verknüpften technischen Anforderungen bewältigen könne, werde das Kreditinstitut nicht nur im eigenen, sondern auch im Kundeninteresse diesen Kunden nicht zum Online-Banking zulassen (Ellenberger/Bunte/Maihold, § 33 Rn. 91).

2. Fehlen eines Abschlusszwangs

Hieraus folgt, dass ungeachtet der nachstehenden Erwägungen betreffend die Reichweite der Vollmacht und der Rationalität des Verhaltens

der Banken die Bank zumindest nach wohl überwiegender Ansicht der Literatur nicht gezwungen ist, einen Bevollmächtigten (wie auch den Kunden selbst) zum Online-Banking zuzulassen. Der Sachverhalt ist insoweit wohl **nicht vergleichbar mit einer Situation, in der ein Vertragsverhältnis (Girovertrag) besteht** und die Bank einen Vorsorgebevollmächtigten wegen angeblich unzureichender **Vollmacht zurückweist** (vgl. dazu ausf. Tersteegen, NJW 2007, 1717 ff.; s. a. Bayer/Runge, notar 2025, 359, 365; zur Frage der etwaigen Schadensersatzpflicht der Bank bei ungerechtfertigter Zurückweisung des Handelns des Vorsorgebevollmächtigten auch LG Detmold ZEV 2015, 353; AG Hamburg-Wandsbek NJW 2018, 564). Es geht vielmehr um die **Be-gründung eines weiteren Rahmenvertrages**; ein entsprechendes Angebot kann die Bank zumindest aus Sicht der zitierten Literatur nach billigem Ermessen ablehnen, etwa aus Gründen fehlender Verlässlichkeit des Kunden.

Solche sachlich begründeten Bedenken wurden hier jedoch nicht von Seiten der Bank vorgebracht, sondern es geht der Bank um eine „Hinterlegung“ der Vollmachtsurkunde bei ihr.

3. Reichweite der Vorsorgevollmacht und Schutz des Vertrauens in ihren Fortbestand

Im vorliegenden Fall liegt eine Vorsorgevollmacht vor. Wir gehen davon aus, dass es sich hierbei um eine Generalvollmacht, zumindest im vermögensrechtlichen Bereich, handelt, die ohne Weiteres auch „Bankangelegenheiten“ des Vollmachtgebers abdeckt (vgl. dazu auch AG Altötting BeckRS 2020, 40593 Rn. 26). Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Abschluss des Online-Banking-Rahmenvertrages nicht von der Generalvollmacht gedeckt wäre. Es handelt sich vielmehr um ein gewöhnliches vermögensrechtliches Hilfsgeschäft zu einem Girovertrag; der Abschluss eines Girovertrages ist regelmäßig ohne Weiteres von einer umfassenden Vollmacht gedeckt.

Auch sehen die Bedingungen für das Online-Banking, wie bereits ausgeführt, vor, dass auch ein Bevollmächtigter das Online-Banking nutzen darf. Nach unserer Einschätzung begründet die Möglichkeit der Einräumung des Online-Banking kein größeres Risiko als die Aushändigung einer Kontokarte/Girocard (früher „EC-Karte“ genannt) einschließlich eigener Geheimzahl. Auch bei Transaktionen am Geldautomaten lässt sich im Einzelfall nicht prüfen, ob die Vollmacht

widerrufen worden ist oder nicht. Im Hinblick auf das **Risiko eines zwischenzeitlichen Widerrufs der Vollmacht** wird aber im Allgemeinen vertreten, dass das Interesse **der Bank** dadurch geschützt werden kann, dass ihr **eine (eigene) Ausfertigung der (notariell beurkundeten) Vollmacht zur Aufbewahrung erteilt** wird; denn in diesem Fall wird die Bank in ihrem Vertrauen auf den Fortbestand der Vollmacht **über § 172 Abs. 2 BGB geschützt** (vgl. Tersteegen, NJW 2007, 1717, 1721; Renner/Braun, in: Müller-Engels/Braun, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 6. Aufl. 2022, Kap. 2 Rn. 150; Müller-Engels, in: Limmer/Hertel/Frenz, Würzburger Notar-Handbuch, 6. Aufl. 2022, Teil 3 Kap. 3 Rn. 17; Reetz, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl. 2024, § 16 Rn. 123; Spalckhaver, in: Lipp, Handbuch der Vorsorgeverfügungen, 2009, § 14 Rn. 73; Bayer/Runge, notar 2025, 359, 365 f., 369, die darüber hinaus vorschlagen, dass die Bank auch über den Weg einer besonderen Mitteilung nach § 171 BGB vor Vollmachtsmissbrauch geschützt werden könnte).

Sowohl bei der Einräumung des Online-Banking als auch bei der Aushändigung einer Konto-Karte/Girocard geht es um den (notwendigen) Schutz des Vertrauens der Bank in den Fortbestand der Vollmacht. **§ 172 Abs. 1 BGB** begründet zwar eine **Rechtsscheinhaftung**, wenn der Bevollmächtigte das **Original** bzw. eine **Ausfertigung** der Vollmacht **vorgelegt** hat. Dabei ist es nach Ansicht der Literatur für den Fortbestand des Rechtsscheins **nicht** erforderlich, dass sich die Bank die Vollmacht **vor jeder Geschäftshandlung** vorlegen lässt (vgl. Günther, NJW 2013, 3681, 3684; Weinand/Weinmann, RFamU 2025, 266, 269).

Allerdings bestimmt § 172 Abs. 2 BGB, dass die **Rechtsscheinvollmacht mit Rückgabe der Vollmachtsurkunde erlischt**. Die Bank kann sich daher nicht darauf verlassen, dass der einmal ordnungsgemäß legitimierte Bevollmächtigte auch bei zwischenzeitlichem Widerruf der Vollmacht nach § 172 Abs. 1 BGB als fortgehend bevollmächtigt angesehen werden kann, sofern die Vollmachtsurkunde möglicherweise zwischenzeitlich an den Vollmachtgeber zurückgegeben worden ist. Daher müsste die Vollmachtsurkunde konsequenterweise vom Bevollmächtigten zu jedem Banktermin mitgenommen (und der Bank vorgelegt) werden (so Weinand/Weinmann, RFamU 2025, 266, 269). Dies lässt sich im Rahmen des **Online-Banking** wie auch bei

der **Aushändigung einer Konto-Karte/Girocard nicht bewerkstelligen**, da in diesen Fällen kein Bankmitarbeiter aktuell prüfen kann, ob der Bevollmächtigte bei der entsprechenden Handlung **noch im Besitz der Vollmachtsurkunde** ist. Geschützt ist die Bank in ihrem Vertrauen auf den Fortbestand der Vollmacht aber bei solchen Rechtsgeschäften, wenn ihr eine **Ausfertigung der notariell beurkundeten Vorsorgevollmacht** ausgehändigt worden ist. Denn dann bliebe der Rechtsschein der Vollmacht der Bank gegenüber nach § 172 Abs. 2 BGB bestehen, auch wenn die Vollmacht zwischenzeitlich widerrufen sein sollte.

Gleiches gilt u. E. im Hinblick auf die (hier erfolgte zusätzliche) Bindung des wirksamen Vertreterhandelns an den Besitz der Vollmachtsurkunde. Auch hier könnte die Bank in ihrem berechtigten Interesse dadurch geschützt werden, dass ihr *vom Bevollmächtigten* (der weiterhin mittelbarer Besitzer bliebe) eine (eigene) Ausfertigung der Vollmacht ausgehändigt wird. Da vorliegend in der Vollmacht auch vorgesehen ist, dass dem Bevollmächtigten auf sein einseitiges Verlangen **weitere Ausfertigungen** erteilt werden können, bestehen für die Erteilung einer weiteren Ausfertigung zum Zwecke der Hinterlegung bei der Bank hier keine rechtlichen Hindernisse.

Aktuelles

Auslaufen der Übergangsvorschriften des § 48 Abs. 1 S. 2, Abs. 3. S. 3 WEG zum 31.12.2025

I. Beschlüsse aufgrund gewillkürter Öffnungsklausel

Vereinbarungen der Wohnungseigentümer i. S. v. § 10 Abs. 1 S. 2 WEG können grundsätzlich nur durch *allseitiges* Einvernehmen sämtlicher Wohnungseigentümer begründet, geändert oder aufgehoben werden, es sei denn, das Gesetz sieht eine Beschlusskompetenz vor (sog. *gesetzliche Öffnungsklausel*; vgl. exemplarisch § 12 Abs. 4 S. 1 WEG, § 16 Abs. 2 S. 2 WEG). Eine Beschlusskompetenz kann indes auch durch Vereinbarung begründet werden, sodass Angelegenheiten, die eigentlich eines allseitigen Einvernehmens sämtlicher Wohnungseigentümer bedürften, ebenfalls im Beschlusswege geregelt werden können (sog. *vereinbarte* oder *gewillkürte Öffnungsklausel*; vgl. Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rn. 749 ff.; Bärman/Pick/Emmerich, WEG, 21. Aufl. 2025, § 10 Rn. 97 ff.; Hügel/Elzer,

WEG, 4. Aufl. 2025, § 10 Rn. 166 ff.; Münch-KommBGB/Burgmair, 9. Aufl. 2023, § 10 WEG Rn. 41 ff.). Das Gesetz spricht in diesem Fall von „Beschlüsse[n], die aufgrund einer Vereinbarung gefasst werden“, § 10 Abs. 3 S. 1 WEG.

1. Wirkung gegen Sonderrechtsnachfolger nach geltendem Recht

Nach geltendem Recht wirken Beschlüsse, die aufgrund einer *Vereinbarung* gefasst werden, nur dann gegen den Sonderrechtsnachfolger eines Wohnungseigentümers, wenn sie als Inhalt des Sondereigentums *im Grundbuch eingetragen* sind, § 5 Abs. 4 S. 1 WEG i. V. m. § 10 Abs. 3 S. 1 WEG. Die Notwendigkeit der grundbuchlichen Verlautbarung dient dem Schutz von Erwerbern vor unbekanntem, aber womöglich besonders belastenden Beschlüssen (BT-Drucks. 19/18791, S. 40; vgl. auch Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1749 ff.; Häublein, ZWE 2024, 295 ff.). Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gem. § 7 Abs. 3 S. 1 WEG genügt für eine grundbuchliche Verlautbarung von Beschlüssen (BeckOK-WEG/Kral, Std.: 1.7.2025, § 7 Rn. 174 m. w. N.).

Im Grundbuchverfahren kann ein entsprechender Beschluss durch eine Niederschrift, bei der die Unterschriften der in § 24 Abs. 6 WEG bezeichneten Personen öffentlich beglaubigt sind, nachgewiesen werden. Überdies ist im Grundbuchverfahren neben den Wohnungseigentümern auch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (vgl. § 9a und § 9b WEG; kurz: „GdWE“) berechtigt, die Eintragung eines entsprechenden Beschlusses zu beantragen, § 7 Abs. 2 WEG.

Beschlüsse, die aufgrund einer *gesetzlichen Öffnungsklausel* gefasst werden, wirken hingegen auch ohne grundbuchliche Verlautbarung gegen Rechtsnachfolger eines Wohnungseigentümers, § 10 Abs. 3 S. 2 WEG. Beschlüsse aufgrund gesetzlicher Öffnungsklausel sind weder eintragungsbedürftig noch eintragungsfähig (vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 41: Vermeidung einer Überfrachtung des Grundbuchs; Hügel/Elzer, § 5 Rn. 66). Insoweit hat das Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz (WEMoG), welches am 1. Dezember 2020 in Kraft getreten ist, keine Veränderung der Rechtslage gebracht (vgl. § 10 Abs. 4 S. 1 WEG a. F.).

2. Wirkung gegen Sonderrechtsnachfolger nach früherem Recht

Vor dem Inkrafttreten des WEMoG wirkten

Beschlüsse, die aufgrund einer *Vereinbarung* gefasst wurden, hingegen auch *ohne grundbuchliche Verlautbarung* gegen Rechtsnachfolger eines Wohnungseigentümers, § 10 Abs. 4 S. 2 WEG a. F. Dem vormaligen Recht lag die Vorstellung zugrunde, dass der notwendige Schutz der Erwerber nicht über die Eintragung im Grundbuch, sondern über die in § 24 Abs. 7 WEG a. F. vorgesehene Beschlusssammlung gewährleistet sei (BT-Drucks. 19/18791, S. 40). Die alte Rechtslage, wonach im Grundbuch verlaubliche Vereinbarungen – also der grundbuchlich verlaubliche Inhalt des Sondereigentums i. S. v. § 5 Abs. 4 S. 1 WEG a. F. – mittels eines Beschlusses aufgrund gewillkürter Öffnungsklausel auch mit Wirkung gegen Sonderrechtsnachfolger geändert werden konnten, war allerdings vielfach auf Kritik gestoßen, zumal man vormalig überwiegend davon ausging, dass solche Beschlüsse auch nicht (fakultativ) eintragungsfähig seien. Mangels der Eintragungsfähigkeit von Beschlüssen, die aufgrund einer Vereinbarung gefasst wurden, wurde angemahnt, dass hierdurch die Publizitätsfunktion des Grundbuchs ausgehöhlt werde und der Erwerber eines Wohnungseigentumsrechts darauf angewiesen sei, den Inhalt des Sondereigentums aus einer fehleranfälligen Beschlusssammlung eruiieren zu müssen (zur alten Rechtslage vgl. BeckOGK-WEG/Skauradszun, Std.: 1.9.2025, § 48 Rn 6; Bärmann/Suilmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 10 Rn. 190; BeckOGK-WEG/Falkner, Std.: 1.3.2020, § 10 Rn. 431, 432). Nach Ansicht des Gesetzgebers hat sich diese Rechtslage nicht bewährt und wurde deshalb mit dem WEMoG geändert (vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 40 f.; Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1749 ff.).

3. Übergangsvorschrift des § 48 Abs. 1 S. 2 WEG – Zeitlich begrenzte Fortgeltung von „alten“ Beschlüssen gegenüber Sonderrechtsnachfolgern

Beschlüsse, die vor Inkrafttreten des WEMoG zum 1. Dezember 2020 aufgrund einer Vereinbarung gefasst wurden (nachfolgend kurz „*Altbeschlüsse*“ genannt), sind nach § 48 Abs. 1 S. 1 WEG nun ebenfalls im Grundbuch einzutragen, wenn sie gegen Sonderrechtsnachfolger eines Wohnungseigentümers wirken sollen. Ohne grundbuchliche Verlautbarung wirken solche Altbeschlüsse nur gegen solche Sonderrechtsnachfolger fort, deren Rechtsnachfolge bis zum 31. Dezember 2025 eintritt, § 48 Abs. 1 S. 2 WEG. Entsprechendes gilt für „alte“ gerichtliche Entscheidungen, die einen Beschluss im vorgenannten Sinne ersetzen, § 48 Abs. 1 S. 2 WEG.

In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu (BT-Drucks. 19/1879, S. 85):

„Nach § 5 Absatz 4 Satz 1 WEG-E können Beschlüsse, die aufgrund einer Vereinbarung gefasst werden, durch Eintragung im Grundbuch zum Inhalt des Sondereigentums gemacht werden. Nach § 10 Absatz 3 Satz 1 WEG-E ist die Eintragung notwendig, damit diese Beschlüsse gegen Sondernachfolger wirken.“

§ 48 Absatz 1 Satz 1 ordnet an, dass für die Wirkung gegen Sondernachfolger grundsätzlich auch die Eintragung solcher Beschlüsse notwendig ist, die vor Inkrafttreten der Neuregelung gefasst oder durch gerichtliche Entscheidung ersetzt wurden (sogenannte Altbeschlüsse).

§ 48 Absatz 1 Satz 2 sieht jedoch eine Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2025 vor. Sie verhindert, dass Altbeschlüsse gegenüber Sondernachfolgern nicht wirken, weil die Sondernachfolge eintritt, bevor der Beschluss im Grundbuch eingetragen ist. Altbeschlüsse wirken deshalb nach dem geltenden § 10 Absatz 4 auch ohne Eintragung im Grundbuch gegen Sondernachfolger, wenn die Sondernachfolge bis zum 31. Dezember 2025 eintritt. Die Praxis erhält damit ausreichend Zeit, um die Eintragung von Altbeschlüssen in das Grundbuch zu bewirken.“

4. Entbehrlichkeit und Unzulässigkeit einer Eintragung von Beschlüssen, die aufgrund einer Vereinbarung gefasst wurden

Nicht eintragungsbedürftig und nicht eintragungsfähig sind Beschlüsse aufgrund einer vereinbarten Öffnungsklausel, die lediglich eine gesetzliche Öffnungsklausel wiederholt oder sich mit dieser inhaltlich deckt. Maßgeblich ist die objektive Rechtslage; unerheblich ist demgegenüber, worauf die Wohnungseigentümer den Beschluss subjektiv stützen (vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 41; Wobst, MittBayNot 2025, 442, 445; BeckOGK-WEG/Meier, Std.: 1.8.2025, § 5 Rn. 144; BeckOK-WEG/Kral, § 7 Rn. 170; Bärmann/Armbrüster, WEG, 16. Aufl. 2025, § 5 Rn. 62).

Nach Ansicht der Literatur gilt dies auch für Altbeschlüsse, d. h. die grundbuchliche Verlautbarung eines *Altbeschlusses* soll jedenfalls *entbehrlich* sein, wenn der Beschluss aufgrund der nunmehr geltenden Vorschriften des WEG hätte gefasst werden können, wenn also heute eine gesetzliche Beschlusskompetenz (z. B. aus § 16 Abs. 2

S. 2 WEG) für die im Altbeschluss getroffene Regelung besteht (Bärmann/Pick/Fichtner, § 48 Rn. 4, Staudinger/Wobst, BGB, 2023, § 48 WEG Rn. 4; Falkner, ZWE 2021, 149, 152; unklar Häublein, ZWE 2024, 295, 296). Zur Eintragungsfähigkeit eines solchen Beschlusses äußert sich allerdings – soweit ersichtlich – alleine Wobst, der diese verneint (Staudinger/Wobst, § 48 Rn. 4; Wobst, MittBayNot 2025, 442, 445).

5. Eingeschränkter Prüfungsmaßstab im Grundbuchverfahren

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine gewillkürte Öffnungsklausel eine gesetzliche Öffnungsklausel lediglich wiederholt oder sich mit dieser inhaltlich deckt, also ein Beschluss eigentlich nicht eintragungsbedürftig und nicht eintragungsfähig ist, ist das Grundbuchamt nach unserem Dafürhalten auf eine *Evidenzkontrolle* beschränkt. Eine Eintragung darf das Grundbuchamt daher nur dann ablehnen, wenn ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar und damit offensichtlich ist, dass der Beschluss objektiv betrachtet auf einer gesetzlichen Öffnungsklausel beruht (vgl. den Rechtsgedanken in BGH NJW 2020, 610 Rn. 16; NJW 2025, 2916 Rn. 13; der dort für die verfahrensrechtliche Vollzugspflicht des Notars angenommene *eingeschränkte Prüfungsmaßstab* betreffend materiell-rechtliche Fragen muss für den grundbuchverfahrensrechtlichen Vollzug sinnvollerweise entsprechend gelten). Denn die Beurteilung der *materiell-rechtlichen* Frage, ob ein Beschluss gem. § 10 Abs. 3 S. 2 WEG auch ohne grundbuchliche Verlautbarung gegen den Sonderrechtsnachfolger eines Wohnungseigentümers wirkt, ist dem gesetzlichen Richter i. S. v. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vorbehalten, der im Streitfall darüber zu entscheiden hätte, ob ein Sonderrechtsnachfolger den Beschluss einzuhalten hat (vgl. § 14 Abs. 1 Nr. 1 WEG). Das Grundbuchamt ist hierfür weder zuständig noch ist das Grundbuchverfahren (einschließlich des Beschwerdeverfahrens gem. §§ 71 ff. GBO) für die Beantwortung dieser materiell-rechtlichen Frage geeignet. Mit Blick auf die Rechtsfolge einer unterbleibenden grundbuchlichen Verlautbarung, nämlich dass der Beschluss schlimmstenfalls weder gem. § 10 Abs. 3 S. 1 WEG noch gem. § 10 Abs. 3 S. 2 WEG gegen Sonderrechtsnachfolger wirkt, ist im Zweifel von einer Eintragungsfähigkeit des Beschlusses auszugehen (in diesem Sinne auch Abramenko, ZMR 2020, 453, 454; Bärmann/Armbrüster, § 5 Rn. 62; Hügel/Elzer, § 5 Rn. 67–68; Dreßler, FGPrax 2024, 49, 50; a. A. wohl BeckOGK-WEG/Meier, § 5 Rn. 146).

Entsprechendes muss für die Eintragung eines Altbeschlusses gelten, für den nach geltendem Recht nunmehr eine gesetzliche Öffnungsklausel bestehen würde. Solange die von der Literatur vertretene Ansicht, wonach die Eintragung eines Altbeschlusses entbehrlich sein soll, wenn für die Beschlussangelegenheit heute eine gesetzliche Beschlusskompetenz besteht, nicht gerichtlich gesichert ist, ist dem Eintragungsbegehren stattzugeben.

Für das Eintragungsverfahren gilt die Erleichterung des § 7 Abs. 2 WEG, d. h. zur Eintragung eines Beschlusses bedarf es der Bewilligungen der Wohnungseigentümer nicht, wenn der Beschluss durch eine Niederschrift, bei der die Unterschriften der in § 24 Abs. 6 WEG bezeichneten Personen öffentlich beglaubigt sind, nachgewiesen wird. Außerdem ist auch die GdWE antragsberechtigt (vgl. auch Staudinger/Wobst, § 48 Rn. 7 f., auch zum Anspruch auf „Reproduktion“ eines Altbeschlusses, § 48 Abs. 1 S. 3 WEG).

II. Haftung von Sonderrechtsnachfolgern für Schulden des Rechtsvorgängers

Im Grundsatz haftet ein Sonderrechtsnachfolger eines Wohnungseigentümers nicht für die Schulden seines Rechtsvorgängers gegenüber der GdWE, sofern die Zahlungspflicht zu einem Zeitpunkt fällig wurde, als noch letzterer ein Mitglied der Gemeinschaft, also Wohnungseigentümer war (sog. Fälligkeitstheorie; vgl. Wobst, MittBayNot 2025, 442, 446). Eine abweichende Vereinbarung in der Gemeinschaftsordnung oder ein Beschluss aufgrund gewillkürter Öffnungsklausel (eine gesetzliche Öffnungsklausel sieht das Gesetz auch nach dem Inkrafttreten des WEMoG nicht vor, sodass ohne gewillkürte Öffnungsklausel ein Mehrheitsbeschluss mangels Beschlusskompetenz nichtig wäre) sind indes zulässig (vgl. BeckOGK-WEG/Falkner, Std. 1.9.2025, § 16 Rn. 72–79; MünchKommBGB/Scheller, 9. Aufl. 2023, § 16 WEG Rn. 89).

Nach § 7 Abs. 3 S. 2 WEG ist die Haftung von Sonderrechtsnachfolgern für Geldschulden *ausdrücklich im grundbuchlichen Eintragungsvermerk* zu verlautbaren. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung i. S. v. § 7 Abs. 3 S. 1 WEG genügt seit dem Inkrafttreten des WEMoG nicht mehr (vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 42). Eine vollständige Wiedergabe der Haftungsregelung im grundbuchlichen Eintragungsvermerk ist nicht erforderlich, vielmehr genügt eine „schlagwortige“ Verlautbarung (vgl. Wobst,

MittBayNot 2025, 442, 447: „... es genügt die Verlautbarung des wesentlichen rechtlichen Gehalts, etwa: „Die Haftung für Geldschulden ist vereinbart.“).

Die Notwendigkeit einer ausdrücklichen grundbuchlichen Verlautbarung gilt nach § 48 Abs. 3 S. 1 WEG auch für vor dem Inkrafttreten des WEMoG vereinbarte Haftungsvereinbarungen sowie für Beschlüsse dieses Inhalts, die aufgrund gewillkürter Öffnungsklausel gefasst wurden (nachfolgend gemeinsam kurz „Haftungsklausel“ genannt). Eine bislang unterbliebene ausdrückliche Verlautbarung im grundbuchlichen Eintragungsvermerk ist also nachzuholen. § 48 S. 3 WEG gewährt für nicht eingetragene Haftungsklauseln eine Übergangsfrist bis zum 31. Dezember 2025. Eine Haftungsklausel, die bislang nicht ausdrücklich im grundbuchlichen Eintragungsvermerk verlautbart ist, wirkt somit nur noch gegen solche Sonderrechtsnachfolger, deren Sonderrechtsnachfolge bis zum Ablauf der Übergangsfrist eintritt (vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 86; Falkner, ZWE 2021, 149, 152 f.; Häublein, ZWE 2025, 235 ff.; Staudinger/Wobst, § 48 Rn. 10–11; Wobst MittBayNot 2025, 442, 446 f.).

Eine ausdrückliche Verlautbarung im grundbuchlichen Eintragungsvermerk erfolgt *nur auf Antrag* eines Wohnungseigentümers oder der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, nicht jedoch von Amts wegen, § 48 Abs. 3 S. 2 WEG. Dieses Antragserfordernis gilt nicht nur für haftungsbegründende Beschlüsse, sondern auch dann, wenn die Haftungsklausel in der Gemeinschaftsordnung vereinbart, also aus der gem. § 7 Abs. 3 S. 1 WEG in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ersichtlich ist (vgl. Staudinger/Wobst, § 48 Rn. 11).

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 einmal 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 €, + 7 % MwSt. inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem 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 §§ 9b, 12, 26 – Zustimmung zur Veräußerung von Wohnungseigentum; Verwalternachweis; Unzulässigkeit der Ermächtigung des Beirats zur Verwalterbestellung

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

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

Rechtsprechung

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

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

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

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 9b, 12, 26

Zustimmung zur Veräußerung von Wohnungseigentum; Verwalternachweis; Unzulässigkeit der Ermächtigung des Beirats zur Verwalterbestellung

I. Sachverhalt

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

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

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

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

II. Fragen

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

III. Zur Rechtslage

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

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

2. Organschaftliche Vertretung der GdWE: Organ versus Organwalter

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

a) Bestimmung des Organwalters mittels Beschlusses der Wohnungseigentümer

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

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

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

So führt beispielsweise das **KG** aus:

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

(KG ZWE 2012, 426)

b) Zwischenergebnis

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

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

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

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

3. Rechtsgeschäftliche Vertretung der GdWE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Keine Rückwirkung eines Beststellungsbeschlusses

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

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

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

5. Ergebnis

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

WEG §§ 31, 32, 39

Dauernutzungsrecht; Eintragung; Fortbestehensvereinbarung; Bezugnahme auf Eintragungsbewilligung

I. Sachverhalt

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

Das Grundbuchamt hat das Dauernutzungsrecht wie folgt im Grundbuch eingetragen:

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

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

II. Fragen

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

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

III. Zur Rechtslage

1. Eintragung eines Dauerwohn- bzw. Dauernutzungsrechts im Grundbuch

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

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

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

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

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

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

2. Schicksal im Falle der Zwangsversteigerung

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

a) Streitstand zur Notwendigkeit einer Angabe im Eintragungsvermerk

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

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

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

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

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

b) Stellungnahme

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

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

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

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

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

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

3. Ergebnis

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

BGB §§ 164, 168; GBO §§ 35, 39, 40 Grundstücksveräußerung unter Einsatz einer transmortalen Vollmacht; Vorein- tragungsgrundsatz; Grundbuchberich- tigung; Erbnachweis

I. Sachverhalt

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

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

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

II. Fragen

1. Kann auf dieser Grundlage (ausnahmsweise) die Berichtigung des Grundbuchs auf einen Toten erfolgen, damit – untechnisch gesprochen – der Vertrag „läuft“ und insbesondere die Finanzierungsgrundschuld eingetragen werden kann?

2. Falls nein, gibt es andere Möglichkeiten, das Erbscheinsverfahren nach dem Tod der Ehefrau zu vermeiden?

III. Zur Rechtslage

1. Regelmäßig keine Eintragung eines Verstorbenen als Eigentümer im Grundbuch

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

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

2. Ausgangspunkt: Kein Erbnachweis bei Einsatz einer transmortalen Vollmacht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. Ergebnis

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

Rechtsprechung

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

Zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen bei Unternehmerehen.

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

Problem

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

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

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

Entscheidung

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

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

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

Schenkungssteuerfreiheit der Übertragung eines Familienheims an eine Ehegatten-GbR

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

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

BFH, Urt. v. 4.6.2025 – II R 18/23

Problem

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

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

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

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

Entscheidung

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

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

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

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

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

Praxishinweis

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

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

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

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

KG, Beschl. v. 2.6.2025 – 22 W 20/25

Problem

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

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

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

Entscheidung

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

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

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

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

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

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

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

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

Praxishinweis

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

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

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

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

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

Redaktion: Notarassessor Constantin Lotz

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

Jahresabonnement 170,00 € zzgl. 7 % MwSt. inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem 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

EuGüVO Art. 26 – China: Güterstatut

BGB §§ 181, 84 Abs. 2, 84c, 723 Abs. 1 Nr. 2, 725; BayStG Art. 17 – Befreiung des Stiftungsvorstands von den Beschränkungen des § 181 BGB; fehlende Satzungsgrundlage; Notvorstand

FamFG §§ 352, 352a; BGB §§ 1882, 1960, 2353 – Erbscheinsantrag bei gesetzlicher Erbfolge und unbekanntem Erben; quotenloser Erbschein; Mindestteilerbschein; Bestellung eines (Nachlass-)Pfleger

Rechtsprechung

BGB §§ 138 Abs. 1 u. 2, 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1, 894 – Wucherähnliches Geschäft; Nichtigkeit eines Kaufvertrags; Berechnung des Verkehrswerts eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück

EStG § 24 Nr. 1 lit. a; BGB § 1030 Abs. 1 – Entgeltliche Aufgabe eines Nießbrauchsrechts an einem Grundstück; ertragsteuerliche Behandlung; steuerbare Entschädigung

WEG § 10; BGB § 343; HGB § 348 – Vertragsstrafe wegen einer Bauzeitüberschreitung; Ausbaugestattung in der Gemeinschaftsordnung

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

EuGüVO Art. 26 China: Güterstatut

I. Sachverhalt

Es soll ein Grundstückskaufvertrag beurkundet werden. Käuferin ist eine chinesische Staatsangehörige.

Sie hat in China geheiratet und mit ihrem Ehemann bei Eheschließung ihren Lebensmittelpunkt in China gehabt. Inzwischen haben die Eheleute ihren Lebensmittelpunkt nach Deutschland verlegt. Beide Eheleute sind weiterhin chinesische Staatsangehörige.

II. Fragen

1. In welchem Güterstand lebt die Käuferin?
2. Kann sie die Immobilie wie geplant allein erwerben?

III. Zur Rechtslage

1. Eheschließung vor dem 29.1.2019

a) Deutsches Kollisionsrecht

Falls die Eheleute vor dem 29.1.2019 geheiratet haben, bestimmt sich das auf die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe anwendbare Recht gem. Art. 229 § 47 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB nicht nach den Vorschriften der Europäischen Güterrechtsverordnung vom 24.6.2016, sondern nach Art. 15 EGBGB in der damals geltenden Fassung.

Gem. Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB a. F. ist das Recht des Staates anzuwenden, dem beide Eheleute zum Zeitpunkt der Eheschließung angehörten. Da **beide Eheleute** zum Zeitpunkt der Eheschließung die **chinesische Staatsangehörigkeit** hatten, verweist Art. 15 EGBGB a. F. auf das chinesische Recht.

Bei dieser Verweisung ist zu beachten, dass in den Sonderverwaltungszonen Hongkong und Macao sowie im übrigen China (Festlandchina) **unterschiedliche Rechtsordnungen** gelten. Für die weitere Prüfung wird unterstellt, dass die Eheleute nicht aus einer der beiden Sonderverwaltungszonen kommen und daher gem. Art. 4 Abs. 3 S. 2 EGBGB das in Festlandchina geltende Recht anzuwenden ist.

Diese Verweisung erfasst auch das chinesische IPR (**Gesamtverweisung**). Insbesondere wäre eine Rückverweisung gem. Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB zu beachten.

b) Chinesisches Kollisionsrecht

In der Volksrepublik China ist das Internationale Privatrecht, insbesondere das internationale Familienrecht, durch das am 1.11.2010 erlassene **Gesetz der Volksrepublik China über die Rechtsanwendung in Zivilsachen mit Auslandsberührung (RAG)** geregelt.

aa) Zeitlicher Anwendungsbereich des RAG

Gem. § 52 RAG findet das Gesetz **ab dem 1.4.2011 Anwendung**. Wurde die Ehe vor dem 1.4.2011 geschlossen, so unterliegen die güterrechtlichen Folgen der Ehe spätestens seit dem 1.4.2011 dem durch das RAG bestimmten Recht.

Vor dem Inkrafttreten des RAG war das auf die güterrechtlichen Wirkungen einer Ehe anwendbare Recht weder gesetzlich noch auf andere Weise geregelt. Es bestand insoweit rechtliche Unsicherheit. Es ist davon auszugehen, dass das

RAG in der Praxis der chinesischen Gerichte **de facto auch rückwirkend** auf vor dem Stichtag liegende Zeiträume angewandt wird. Diese Vermutung wird auch durch die Interpretationen des Obersten Volksgerichts der Volksrepublik China zur Auslegung des Rechtsanwendungsgesetzes v. 10.12.2012 (AZ 24/2012) bestätigt. So bestimmt Art. 2 dieser Auslegungsregeln, dass dann, wenn eine zivilrechtliche Beziehung vor dem Anwendungsstichtag für das Rechtsanwendungsgesetz entstanden ist, das Volksgericht die Rechtsanwendung nach den zum Zeitpunkt der Entstehung dieser Beziehung geltenden Regeln bestimmen soll. Enthielt das damalige Recht aber keinerlei Regelung, so können die Vorschriften des RAG entsprechend angewandt werden.

Aus der genannten Auslegungsregel ergibt sich u. E. zunächst, dass bei **Dauerrechtsverhältnissen**, wie den güterrechtlichen Beziehungen zwischen Eheleuten, die auf eine gesetzliche Regelung unmittelbar zurückzuführen sind, mit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des RAG das **neue Kollisionsrecht** angewandt werden kann. Darüber hinaus wäre aber auch für die Zeit vor dem Anwendungsstichtag für das RAG aufgrund des Umstandes, dass die damalige Rechtslage keinerlei gesetzliche Regelung für das auf die güterrechtlichen Beziehungen von Eheleuten anwendbaren Rechts enthielt, eine rückwirkende Anwendung der neuen Regeln auf den Zeitraum zwischen der Eheschließung bis zum Inkrafttreten des RAG am 1.4.2011 anzunehmen.

bb) Güterstatut nach dem RAG

Für die güterrechtlichen Wirkungen einer Ehe verweist § 24 RAG zunächst auf das von den Eheleuten einvernehmlich gewählte Recht. Treffen die Eheleute keine Rechtswahl, so gilt das Recht des Staates, in dem die Eheleute ihren **gewöhnlichen Aufenthalt** haben.

Anders als Art. 15 Abs. 1 EGBGB a. F. knüpft das chinesische Gesetz hier im Rahmen der objektiven Anknüpfung des Güterstatuts nicht an die Umstände bei Eheschließung an, sondern an die jeweils aktuellen Verhältnisse (**wandelbare Anknüpfung**). Nach chinesischem IPR führt daher die **Verlegung des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts** beider Eheleute in einen anderen Staat zu einem **Statutenwechsel**.

Nach alledem ist also davon auszugehen, dass die Eheleute ab der Eheschließung bis zur Übersied-

lung nach Deutschland im Jahr 2007 im gesetzlichen Güterstand des chinesischen Rechts gelebt haben (zu diesem unter Ziff. 2 lit. b). **Seit dem Umzug nach Deutschland dagegen gilt kraft Rückverweisung deutsches Güterrecht.** Sie leben daher aktuell in Zugewinnsgemeinschaft.

2. Eheschließung am oder nach dem 29.1.2019

a) Europäisches Kollisionsrecht

Sollten die Eheleute am oder nach dem 29.1.2019 geheiratet haben, bestimmt sich das auf die güterrechtlichen Wirkungen ihrer Ehe anwendbare Recht nach den Vorschriften der **Europäischen Güterrechtsverordnung** v. 24.6.2016 (Art. 69 Abs. 3 EuGüVO). Diese gilt als *loi universelle* auch dann, wenn die Eheleute nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats i. S. d. EuGüVO besitzen (Art. 20 EuGüVO).

Gem. Art. 26 Abs. 1 lit. a EuGüVO unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe vorbehaltlich einer abweichenden ehevertraglichen Vereinbarung (Rechtswahl) dem Recht des Staates, in dem die Eheleute **nach der Eheschließung ihren ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt** genommen haben. Aus dem Sachverhalt ergibt sich, dass die Eheleute ihren ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt nach der Eheschließung in China gehabt haben und erst später nach Deutschland übersiedelt sind. Auch in diesem Fall würde also das deutsche IPR auf das chinesische Recht verweisen.

Ein Unterschied zur zuvor geltenden Rechtslage ergibt sich allerdings daraus, dass eine **Rückverweisung** des ausländischen Rechts bei Anwendbarkeit der Europäischen Güterrechtsverordnung **nicht zu beachten** ist. Art. 32 EuGüVO bestimmt vielmehr ausdrücklich, dass eine Verweisung auf ausländisches Recht ausschließlich das ausländische materielle Recht erfasst. Die Begründung des ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts in der Volksrepublik China hätte also zur Folge, dass die Eheleute **endgültig im gesetzlichen Güterstand des chinesischen Rechts verbleiben**. Nach dem Umzug nach Deutschland würde also aus deutscher Sicht weiterhin chinesisches Recht anwendbar bleiben. Welches Recht aus chinesischer Sicht gilt, spielt keine Rolle.

Eine **Ausnahme** von dieser Unwandelbarkeit ergibt sich aus Art. 26 Abs. 3 EuGüVO, wenn das **Gericht auf Antrag** eines der Ehegatten ent-

scheidet, dass das Recht eines anderen Staates für den ehelichen Güterstand gelten soll, sofern der Antragsteller nachweist, dass die Ehegatten ihren letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt in diesem anderen Staat über einen erheblich längeren Zeitraum als in dem Staat des ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts hatten und beide Ehegatten **auf das Recht dieses anderen Staates bei Planung ihrer vermögensrechtlichen Beziehung vertraut** hatten. In diesem Fall gilt das Recht des anderen Staates ab dem Zeitpunkt der Eheschließung.

Sollten freilich die Eheleute im vorliegenden Fall aufgrund **notariellen Hinweises**, dass hier wegen des ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Eheleute in China chinesisches Güterrecht gelte, gemeinsames Eigentum erwerben, dürfte ein **irrtümliches Vertrauen** auf die Geltung deutschen Rechts als das Recht des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts **wohl zerstört** sein.

b) Chinesisches Sachrecht

Soweit chinesisches Sachrecht berufen ist, ergeben sich die materiellen güterrechtlichen Wirkungen der Ehe aus den Art. 1062 ff. des chinesischen ZGB v. 28.5.2020. Danach gilt mit der **gesetzlichen Gütergemeinschaft** ein Güterstand, bei dem der Erwerb von Vermögen nach der Eheschließung durch einen oder beide Ehegatten dazu führt, dass das entsprechende Vermögen gemeinschaftliches Vermögen der Eheleute wird. Es handelt sich also um eine **Form der Errungenschaftsgemeinschaft**.

Folge wäre im vorliegenden Fall, dass die Ehefrau zwar den Kaufvertrag allein abschließen und auch die Auflassung entgegennehmen könnte. Die Eintragung der Erwerblerin als Alleineigentümerin würde aber dennoch dazu führen, dass der übertragene Gegenstand gemeinschaftliches Vermögen der Eheleute würde. Diese müssten also im **gesetzlichen Güterstand der gesetzlichen Gütergemeinschaft des Rechts der Volksrepublik China als Gesamtberechtigte im Grundbuch** eingetragen werden.

Sollte zwischen den Eheleuten Einigkeit darüber bestehen, dass die Ehefrau das Grundstück zu Alleineigentum erwerben soll, so können die Eheleute die entsprechenden güterrechtlichen Voraussetzungen dafür schaffen, indem sie durch **Ehevertrag** die gesetzliche Gütergemeinschaft

des chinesischen Rechts durch die **Gütertrennung nach chinesischem Recht** ersetzen.

Alternativ könnte u. U. auch zur Urkunde eines deutschen Notars nach Art. 22 Abs. 1 lit. a Eu-GüVO eine **Rechtswahl** getroffen werden, wonach die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe dem deutschen Recht unterliegen. In der Folge würden die Ehegatten in Zugewinnngemeinschaft deutschen Rechts leben. Das **chinesische Recht** würde diese **Rechtswahl ebenfalls anerkennen** (§ 24 RAG).

BGB §§ 181, 84 Abs. 2, 84c, 723 Abs. 1 Nr. 2, 725; BayStG Art. 17

Befreiung des Stiftungsvorstands von den Beschränkungen des § 181 BGB; fehlende Satzungsgrundlage; Notvorstand

I. Sachverhalt

Die A-Stiftung und die B-Stiftung sind rechtsfähige Stiftungen und die einzigen Gesellschafter der C-GbR. Beide Stiftungen werden vom alleinigen Vorstand V vertreten. V ist bei der B-Stiftung von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, bei der A-Stiftung nicht. Dort fehlt es auch an einer statutarischen Grundlage für die Befreiung. Für die Bestellung des Vorstands ist ein Stiftungsrat zuständig.

Die A-Stiftung will nun ihren Gesellschaftsanteil an der C-GbR auf die B-Stiftung übertragen. Ziel ist es, die GbR zum liquidationslosen Erlöschen zu bringen (vgl. § 712a Abs. 1 BGB).

II. Fragen

1. Kann V bei der A-Stiftung durch Beschluss des Stiftungsrats generell von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit werden?

2. Falls nein: Ist es wenigstens möglich, den V für die Gesellschaftsanteilsübertragung von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien?

III. Zur Rechtslage

1. Befreiungsmöglichkeit

a) Grundsatz: keine „stiftungsinterne“ Befreiung ohne Satzungsvorsorge

Die **Vorstände der Stiftung unterliegen** nach allgemeinen Grundsätzen den Beschränkungen des **§ 181 BGB**, soweit sie nicht in der Stiftungssatzung

davon befreit sind oder soweit ihnen nicht vom statutarisch dafür vorgesehenen Organ Befreiung erteilt wird (vgl. BochumKommStiftR/Uffmann, 2023, § 84 BGB Rn. 51; Staudinger/Hüttemann/Rawert, BGB, 2017, § 86 Rn. 20; Richter/Godron/Gollan, Stiftungsrecht, 2. Aufl. 2023, § 6 Rn. 20, 33; Schwake, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 79 Rn. 314; BeckOK-BGB/Stürner, Std.: 1.11.2025, § 84 Rn. 10). Die zum 1.7.2023 weitgehend in Kraft getretene Reform des Stiftungszivilrechts (BGBl. I 2021, S. 2947) hat insoweit nichts geändert.

Einschränkungen des § 181 BGB im Hinblick auf den Alleinvorstand werden wohl nur von einer Mindermeinung befürwortet (s. Kamp, ZfPW 2019, 408, 412 ff.). Dass eine Einschränkung gerade bei der mitgliederlosen Rechtsperson angezeigt sei, erscheint aber fraglich. Dagegen lässt sich einwenden, dass die mitgliederlose Stiftung – gerade bei fehlendem Aufsichtsorgan – besonders vor Interessenkonflikten des Vorstands zu schützen ist (so MünchKommGmbHG/Weitemeyer, 10. Aufl. 2025, § 84 Rn. 26).

Enthält demnach die Satzung keinerlei Gestattung und lässt sich ihr eine solche auch durch Auslegung (s. noch unten) nicht entnehmen, so kommt eine Befreiung grundsätzlich nicht in Betracht. Fraglich ist aber, ob ein etwa installiertes **Bestellungs- oder Kontrollorgan** den Vorstand **ad hoc für den Einzelfall** befreien kann. Unseres Erachtens ist dies **nicht ohne Weiteres** anzunehmen. Letztlich müsste sich eine solche Befreiung vom Stifterwillen herleiten lassen, ebenso wie sie bei anderen Rechtsträgern auf das Willensbildungsorgan zurückzuführen ist.

Ein **Bestellungs- oder Kontrollorgan** ist hingegen **kein Willensbildungsorgan**. Über ein solches verfügt die Stiftung als Rechtsträger ohne personales Substrat nicht. Das Organ lässt sich zwar auf den Stifterwillen zurückführen, da der Stifter es in der Satzung installiert haben wird. Wenn er ihm aber die Befreiungsbefugnis nicht zugewiesen hat, ist es gerade zweifelhaft, ob man sie dem betreffenden Organ zugestehen kann. Anderer Ansicht ist *Burgard* (in: Burgard, Stiftungsrecht, 2023, § 84 BGB Rn. 38): Seines Erachtens soll ein ggf. existentes Vorstandskontrollorgan den Vorstand „im Zweifel“ für den Einzelfall befreien können. Die von ihm als Beleg in Bezug genommenen Autoren verhalten sich

zu dieser Frage aber nicht (s. Staudinger/Hüttemann/Rawert, § 86 Rn. 20; MünchKommBGB/Weitemeyer, § 84 Rn. 26 bzw. MünchKommBGB/Weitemeyer, 9. Aufl. 2021, § 86 Rn. 16).

Freilich ist es denkbar, dass sich ein **Stifterwille**, gerichtet auf eine Befreiungsmöglichkeit, **per Auslegung** ermitteln lässt; selbst ein mutmaßlicher Wille ist zu berücksichtigen (§ 83 Abs. 2 BGB). Auch Stiftungsgeschäft und Satzung sind nur deshalb „verfassungsprägend“ (vgl. § 83 Abs. 1 BGB), weil sich in ihnen der Stifterwille ausspricht (vgl. BochumKommStiftR/Heuel, § 83 BGB Rn. 12). Dass in diesem Fall eine Befreiung ohne ausdrückliche Satzungsermächtigung möglich ist, soll nicht geleugnet werden. In der Praxis wird sich jedoch ein solcher – auf den Zeitpunkt des Stiftungsgeschäfts bezogener – Wille ohne Satzungsgrundlage **nur selten mit Gewissheit** ermitteln lassen.

b) Andere Auswege

Als Ausweg bei fehlender Satzungsvorsorge schlägt die Literatur die Bestellung eines **Notvorstands** vor (Schwabe, § 79 Rn. 315; Staudinger/Hüttemann/Rawert, § 86 Rn. 11; MünchKommBGB/Weitemeyer, § 84 Rn. 26; vgl. auch OLG Frankfurt NJW 1966, 504). Insoweit dürfte seit Inkrafttreten der Reform des Stiftungsrechts zum 1.7.2023 **§ 84c BGB** heranzuziehen sein (MünchKommBGB/Weitemeyer, § 84 Rn. 26; Burgard, § 84 BGB Rn. 38). Im Unterschied zur Zeit vor der Reform, in der § 29 BGB analog angewandt wurde, ist für die Notvorstandsbestellung also nicht mehr das Gericht, sondern die sachnähere Stiftungsbehörde zuständig (vgl. BT-Drucks. 19/28173, S. 62 f.). Für Bayern etwa bestimmt **Art. 17 BayStG**, dass die Stiftungsbehörde für Fälle des § 181 BGB einen besonderen Vertreter zu bestellen hat. Diese Bestimmung gilt allerdings nur für **Stiftungen des öffentlichen Rechts** (s. Überschrift Teil 3 BayStG), da die Stiftungsaufsicht sich nur auf solche Stiftungen bezieht (Art. 10 Abs. 1 BayStG).

Unter Umständen ließe sich eine **Satzungsänderung** erwägen, mit der eine Befreiung des Vorstands oder eine Befreiungsermächtigung eingeführt wird. Nach dem reformierten Stiftungsrecht sind Änderungen „einfacher“ Bestimmungen grds. möglich, wenn dies der Erfüllung des Stiftungszwecks dient (§ 85 Abs. 3 BGB n. F.). Letztlich entscheidet über die Möglichkeit der Satzungsänderung aber die Satzung selbst

(§ 85 Abs. 4 S. 1 BGB). Für das Verfahren gilt § 85a BGB. Eine Änderung durch den Vorstand bei Fehlen eines statutarisch zuständigen Organs (§ 85a Abs. 1 S. 1 BGB) wird ausscheiden, denn hierbei wäre der Vorstand in gleicher Weise in einem Interessenkonflikt befangen wie bei einem Insichgeschäft (vgl. auch den Rechtsgedanken des § 84b S. 2 BGB). Nach Maßgabe des § 85a Abs. 2 BGB kann auch die Stiftungsbehörde handeln.

Denkbar ist schließlich die **Bestellung eines weiteren** (einzelvertretungsberechtigten) **Vorstandsmitglieds** nach allgemeinen Grundsätzen. Hier ist es wiederum Tatfrage, ob und inwieweit die Satzung dies zulässt. Die Einschaltung eines **rechtsgeschäftlichen Vertreters** aufseiten einer Stiftung dürfte keinen Erfolg versprechen. Zwar ist es denkbar, dass der jeweils alleinvertretungsberechtigte Vorstand einen rechtsgeschäftlichen Direktvertreter der Stiftung bestellt (also nicht einen Vertreter seiner selbst als Vertreter des Vertreters). Es erscheint aber **nicht gewiss**, dass die formale Vermeidung einer Untervollmacht bereits genügt, um § 181 BGB auszuschließen (vgl. Gutachten DNotI-Report 2012, 189, 191 f.; zur Einschaltung eines Prokuristen s. allerdings BGH NJW 1984, 2085).

2. Alternative Gestaltungen zur Anteilsabtretung

An die Stelle der Übertragung des Gesellschaftsanteils könnte eine Ausscheidensvereinbarung oder die Kündigung der Gesellschaft durch die A-Stiftung treten. Dann würde das liquidationslose Erlöschen mit Gesamtrechtsnachfolge bei der B-Stiftung bereits durch das Ausscheiden der A-Stiftung bewirkt (§ 712a Abs. 1 BGB). Bei einer **Ausscheidensvereinbarung** (auch: Austrittsvereinbarung) stünde die A-Stiftung ebenso wie bei einer Übertragung unmittelbar der vom Vorstand vertretenen B-Stiftung gegenüber (vgl. Schulte, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 1, 6. Aufl. 2024, § 37 Rn. 2; Reichert/Schlitt/Dolzer, GmbH & Co. KG, 9. Aufl. 2024, § 30 Rn. 54). § 181 BGB wäre in gleicher Weise betroffen.

Die **Kündigung** der Mitgliedschaft (§ 725 BGB) wäre zwar eine einseitige Erklärung, sie müsste als empfangsbedürftige Erklärung jedoch allen Mitgesellschaftern (so MünchKommBGB/Schäfer, 9. Aufl. 2024, § 725 Rn. 14) oder zumindest einem vertretungsbefugten Mitgesellschafter zugehen (so BeckOGK-BGB/Lübke, Std.:

1.9.2025, § 725 Rn. 50; BeckOK-BGB/Schöne, Std.: 1.11.2025, § 725 Rn. 12). Im vorliegenden Fall kann Empfänger nur die B-Stiftung sein, die wiederum vom Vorstand vertreten wird. Die Vertretung beim Zugang fällt ebenfalls unter § 181 BGB (MünchKommBGB/Schubert, 10. Aufl. 2025, § 181 Rn. 16).

3. Ergebnis

Ohne Satzungsgrundlage dürfte eine Befreiung des Stiftungsvorstands ausscheiden; jedenfalls erscheint die Gestattung – etwa durch ein Bestellungsorgan – in diesem Fall nicht praxissicher. Soweit kein anderer Vorstand vorhanden ist oder bestellt werden kann, kommt die Bestellung eines Notvorstands in Betracht.

FamFG §§ 352, 352a; BGB §§ 1882, 1960, 2353

Erbscheinsantrag bei gesetzlicher Erbfolge und unbekanntem Erben; quotenloser Erbschein; Mindestteilerbschein; Bestellung eines (Nachlass-)Pfleger

I. Sachverhalt

Erblasserin E ist unverheiratet und kinderlos verstorben. Zum Nachlass gehören Immobilien und ein Aktiendepot. Ein Testament hat E nicht hinterlassen. Ihre Eltern und Großeltern sind verstorben. Ob das Großelternpaar väterlicherseits (Geburtsjahr ca. 1870) weitere Abkömmlinge hinterlassen hat, ist nicht bekannt. Nach dem Großelternpaar mütterlicherseits lässt sich der Stammbaum ermitteln. Bei einem vorverstorbenen Cousin der E ist allerdings unbekannt, ob dieser Abkömmlinge hinterlassen hat.

II. Fragen

1. Kann den bekannten Erben ein quotenloser Erbschein erteilt werden?
2. Kann den bekannten Erben ein Mindestteilerbschein erteilt werden?
3. Kann für die unbekanntem Erben ein Pfleger bestellt werden?

III. Zur Rechtslage

1. Unbekannte Erben im Erbschein

In einem Erbschein ist der Ausweis unbekannter Erben als solcher ebenso wie der Ausweis einer bestimmten Quote für unbekanntem, noch zu ermittelnde Erben unzulässig. Zweck eines Erbscheins

ist es gerade, **bestimmte Personen als Erben des Erblassers auszuweisen** (OLG Hamm ZErB 2013, 68 f.). Dazu gehört insbesondere die Feststellung, dass diese Personen den Erblasser überlebt haben (§ 1923 Abs. 1 BGB). Diese Feststellung lässt sich bei unbekanntem Personen nicht treffen.

2. Quotenloser Erbschein gem. § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG

In Betracht kommt, dass die bekannten Erben einen (gemeinschaftlichen) quotenlosen Erbschein beantragen. Nach § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG ist die von S. 1 der Vorschrift geforderte Angabe der Erbteile der Erben im Erbschein nicht erforderlich, wenn **alle Antragsteller** im Antrag auf die Aufnahme der Erbteile in den Erbschein **verzichten**. Liegen die Voraussetzungen des § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG vor, kann sich der Erbschein auf die **Wiedergabe der Erbfolge ohne Ausweisung der Erbteile** beschränken.

a) Verzicht auf Aufnahme von Erbquoten; Person des Verzichtenden

In Rechtsprechung und Literatur ist nach wie vor umstritten, **welche Personen einen Verzicht** auf die Aufnahme der Erbteile in den Erbschein erklären müssen (hierzu bereits Gutachten DNotI-Report 2020, 115). Nach einer Ansicht genügt es, wenn **der oder die antragstellenden Miterben** den Verzicht erklären (OLG Hamm FGPrax 2023, 37; OLG Düsseldorf ZEV 2020, 167 m. Anm. Zimmermann; Harders, in: Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, 13. Aufl. 2022, § 352a Rn. 5 m. w. N.; Rohr, DNotZ 2023, 179, 187 ff.; Rottmann, ZEV 2024, 286, 287 f.; abw. zur Vorauflage nun auch Sternal/Lamberz, FamFG, 22. Aufl. 2025, § 352a Rn. 14). Die Gegenansicht verlangt in Anbetracht der Tragweite des Verzichts eine ausdrückliche – nicht notwendigerweise gleichzeitige – Erklärung **aller Miterben** (OLG Frankfurt a. M. FGPrax 2022, 133; OLG Bremen RNotZ 2021, 109; OLG München ZEV 2020, 166; BeckOK-FamFG/Schlögel, Std.: 1.9.2025, § 352a Rn. 3 m. w. N.; Sternal/Zimmermann, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 352a Rn. 14).

Auch wenn sich für die erste Auffassung insbesondere der Wortlaut des § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG anführen lässt, sollten zumindest vorsorglich **sämtliche Miterben** mitwirken. Dies würde derzeit unbekanntem Miterben einschließen.

b) Keine Anwendung des § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG im vorliegenden Fall?

Unabhängig von dieser Streitfrage ist allerdings

fraglich, ob der **Anwendungsbereich des § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG** überhaupt eröffnet ist.

Die Regelung zum quotenlosen Erbschein wurde im Jahr 2015 in das Gesetz eingefügt (BGBl. I, S. 1042). Der Gesetzgeber hatte dabei Fälle vor Augen, in denen die **Miterben unproblematisch feststehen, die Größe der Erbteile aber erst aufwendig geklärt** werden müsste, etwa wenn ein Erblasser allein Anordnungen über die gegenständliche Verteilung des Nachlasses getroffen hat (BT-Drucks. 18/4201, S. 60; OLG Düsseldorf NJW-RR 2020, 388, 390). Mit dem quotenlosen Erbschein lassen sich in derartigen Fällen **zeitliche Verzögerungen** bei der Erteilung des Erbscheins vermeiden. Die Regelung soll ausdrücklich Fälle betreffen, „in denen die **Miterben unproblematisch feststehen**“ (BT-Drucks. 18/4201, S. 60; zum Ganzen auch Rohr, DNotZ 2023, 179, 181 ff.). Ein quotenloser Erbschein kommt somit nicht in Betracht, wenn **Unklarheit oder Streit bereits über den Kreis der Erben** herrscht (Eckelskemper/Schmitz, in: Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 5. Aufl. 2023, Form. J.V.1. Anm. 6; Krätzschel, in: Krätzschel/Falkner/Döbereiner, Nachlassrecht, 12. Aufl. 2022, § 38 Rn. 9).

Vorliegend rühren die Unsicherheiten bei der Quotenermittlung daher, dass der **Kreis der Miterben noch nicht abschließend geklärt** ist. Ein Cousin und dessen etwaige Abkömmlinge sind noch nicht abschließend ermittelt. Der vom Gesetzgeber für den quotenlosen Erbschein gem. § 352a Abs. 2 S. 2 BGB vorgesehene Anwendungsbereich ist hierfür nicht eröffnet. Die Erteilung eines quotenlosen Erbscheins scheidet daher aus.

3. Mindestteilerbschein

Bereits vor Einführung des § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG war in Ausnahmefällen die Beantragung eines Erbscheins anerkannt, der die quotenmäßige Beteiligung der Miterben offenließ (sog. **vorläufiger gemeinschaftlicher Erbschein**) oder der einen Mindestbruchteil am Nachlass bezeugte, wenn die Größe des Erbteils noch ungewiss war (sog. **Mindestteilerbschein**). Ein solcher Mindestteilerbschein kam etwa als „**Nasciturus-Erbschein**“ dann in Betracht, wenn ein Erblasser neben einem Abkömmling eine schwangere Witwe hinterlassen hatte und aufgrund gesetzlicher Erbfolge beerbt worden war (KG KGJ 42, 128; ausf. zum Ganzen Rohr, DNotZ 2023, 179, 182 m. w. N.).

Fraglich ist, ob diese in der Vergangenheit etablierten „Behelfslösungen“ nach der Einführung des § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG weiterhin anzuerkennen sind. Im Schrifttum wird angedeutet, dass die **neue Regelung abschließend** ist (MünchKommFamFG/Grziwotz, 4. Aufl. 2026, § 352a Rn. 19 m. w. N.; Staudinger/Herzog, BGB, 2016, § 2353 Rn. 102: „lex specialis“). Demgegenüber meint etwa *Sieghörtner* (in: BeckOGK-BGB, Std.: 1.10.2025, § 2353 Rn. 134), dass die vor dem Inkrafttreten des § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG **von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze unverändert** fortgelten.

In Fällen, in denen die Erbquoten aufgrund von Bewertungsschwierigkeiten noch nicht feststehen, aber der **Kreis der Miterben bekannt** ist, erscheint es sachgerecht, von einer **abschließenden Regelung durch den neuen § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG** auszugehen. Zweifelhaft ist jedoch, ob dies auch für solche Konstellationen gilt, in denen sich die Unsicherheit bei der Ermittlung der Erbquoten aus Unklarheiten über die **Identität oder die Existenz von Miterben** ergibt. Auf entsprechende Sachverhalte geht die Gesetzesbegründung nicht ein (dazu oben Ziff. 2 lit. b). Man wird daher nicht unterstellen können, dass der Gesetzgeber eine Neuregelung auch dieser Sachverhalte beabsichtigte. Wenn Unsicherheit über die Existenz oder Identität der Miterben und damit deren Anzahl besteht, sind u. E. auch **weiterhin die bestehenden Institute** des Nasciturus- oder Mindestteilerbscheins anzuerkennen (zum Ganzen Rohr, DNotZ 2023, 179, 182 f.). Rechtsprechung, die diese Sichtweise bestätigt, ist uns allerdings nicht bekannt.

Somit kommt u. E. die Beantragung eines Mindestteilerbscheins in Betracht. Darin wird der **Erbteil mit einer Mindestgröße** festgestellt, die sich aber noch erhöhen kann (Krätzschel, § 38 Rn. 10). Ferner ist der **Grund** anzugeben, weshalb der Erbteil insoweit noch unbestimmt ist (MünchKommBGB/Grziwotz, 9. Aufl. 2022, § 2353 Rn. 10). Ein gemeinschaftlicher Erbschein für den ganzen Nachlass ist nicht möglich, weil der Kreis der Erben noch nicht abschließend feststeht. Zulässig ist aber eine **Zusammenfassung mehrerer solcher Teilerbscheine** als Gruppenerbschein oder gemeinschaftlicher Teilerbschein (Krätzschel, § 38 Rn. 10 Fn. 30; MünchKommBGB/Grziwotz, § 2353 Rn. 10).

4. Bestellung eines Pflegers

Zudem kommt die Bestellung eines **Nachlass-**

pflegers (§ 1960 BGB) oder eines **Pflegers für unbekannte Beteiligte** (§ 1882 BGB) in Betracht. Die Nachlasspflegschaft stellt einen Sonderfall der Pflegschaft für einen unbekanntem Beteiligten dar, nämlich für einen unbekanntem Erben. Ein Nachlasspfleger ist zu bestellen, wenn die Voraussetzungen der §§ 1960, 1961 BGB vorliegen, andernfalls kann die Bestellung eines Pflegers nach § 1882 BGB in Betracht kommen (zur Abgrenzung s. BeckOGK-BGB/Heinemann, Std.: 1.10.2025, § 1960 Rn. 68 ff.).

Im Fall des Mindestteilerbscheins kann ein dadurch ausgewiesener Erbe **gemeinsam mit einem Pfleger** für den vielleicht hinzukommenden Miterben Verfügungen vornehmen (Krätzschele, § 38 Rn. 10 Fn. 30; MünchKommBGB/Grziwotz, § 2353 Rn. 10). Da die Erben über einzelne Nachlassgegenstände **gem. § 2040 Abs. 1 BGB nur gemeinschaftlich** verfügen können, hätte für die unbekanntem Miterben bei der Veräußerung von einzelnen Nachlassgegenständen ein Pfleger zu handeln. Auf dessen Handeln sind gem. § 1888 Abs. 1 BGB (ggf. i. V. m. § 1962 BGB) die gerichtlichen Genehmigungstatbestände gem. §§ 1850 ff. BGB anzuwenden. Vorliegend befinden sich im Nachlass Aktien und Immobilien, die Wertschwankungen unterliegen und eine aufwendige Verwaltung erfordern können. Je nach Marktsituation mag deren Veräußerung geboten sein (Tatfrage). Dies könnte die Bestellung eines Pflegers erforderlich machen.

Ein Nachlasspfleger ist dazu befugt, **Verfügungen über Nachlassgegenstände** zu treffen und u. U. sogar Nachlassgrundstücke zu veräußern (vgl. BGH NJW 1968, 353, 354; Krug, in: Krug/Daragan/Bernauer, Die Immobilie im Erbrecht, 2. Aufl. 2023, § 13 Rn. 38; nur ausnahmsweise für zulässig haltend, wenn dies zur ordnungsgemäßen Verwaltung und Erhaltung des Nachlasses oder zur Schadensabwendung erforderlich ist: OLG Köln FGPrax 2018, 83, 84). Nach allgemeiner Meinung gehört aber die **Durchführung und Überwachung der Erbauseinandersetzung nicht zu den Aufgaben des Nachlasspflegers**, selbst wenn die ermittelten Miterben ihn darum ersuchen (RGZ 154, 110, 114; BayObLGZ 1951, 346, 349; OLG Düsseldorf ZEV 2012, 364; BeckOGK-BGB/Heinemann, § 1960 Rn. 155; MünchKommBGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 1960 Rn. 75). Sofern mit der Übertragung von Nachlassgegenständen also eine (Teil-)Erbauseinandersetzung einhergehen sollte, fele diese nicht in den Aufgabenbereich eines Nachlasspflegers.

Der Wirkungskreis eines Nachlasspflegers umfasst allgemein die Sicherung und Verwaltung des Nachlasses sowie die Ermittlung der Erben (MünchKommBGB/Leipold, § 1960 Rn. 51). Zumindest unter diesem Gesichtspunkt könnte vorliegend die Bestellung eines Nachlasspflegers in Betracht kommen. Neben der **Unklarheit über die endgültigen Erben** muss gem. § 1960 BGB ein **Fürsorgebedürfnis** bestehen. Dieses wird vom Nachlassgericht nach pflichtgemäßem Ermessen beurteilt, kann jedoch zu verneinen sein, soweit Miterben vorhanden sind, die den Nachlass zuverlässig verwalten (MünchKommBGB/Leipold, § 1960 Rn. 26). Da es sich um eine **Tatfrage** handelt, ist uns eine abschließende Beurteilung nicht möglich.

Rechtsprechung

BGB § 138 Abs. 1 u. 2, § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1, § 894

Wucherähnliches Geschäft; Nichtigkeit eines Kaufvertrags; Berechnung des Verkehrswerts eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück

1. Der Kondiktionsanspruch des Verkäufers ist bei einer Nichtigkeit allein des Kaufvertrages nach § 138 Abs. 1 BGB auf Rückübertragung des Eigentums gerichtet, während bei einer Nichtigkeit auch des Erfüllungsgeschäfts nach § 138 Abs. 2 BGB Grundbuchberichtigung verlangt werden kann.

2. Grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass der Verkehrswert eines Miteigentumsanteils dessen rechnerischem Anteil an dem Verkehrswert des gesamten Grundstücks entspricht; das gilt auch bei einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung eines Grundstückskaufvertrages. Derjenige, der sich auf die Nichtigkeit eines Kaufvertrages über einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück als wucherähnliches Geschäft nach § 138 Abs. 1 BGB beruft, kann sich daher darauf beschränken, Angaben zum Verkehrswert des Grundstücks zu machen; einer gesonderten Darlegung des Werts des Miteigentumsanteils bedarf es nicht.

BGH, Urt. v. 7.11.2025 – V ZR 155/24

Problem

Ehefrau und Ehemann waren zu je 1/2 Miteigen-

tümer eines Grundstücks. Im Zuge der Trennung veräußerte die Ehefrau an zwei Erwerber jeweils einen Miteigentumsanteil in Höhe von 1/5. Die Erwerber verpflichteten sich gegenüber der Ehefrau, diese im Innenverhältnis zu ihrem Ehemann von bestimmten Darlehensverbindlichkeiten bei einer Bank freizustellen. Der Wert des gesamten Grundstücks betrug im Zeitpunkt des Vertragschlusses ca. 690.000 €, rechnerisch entfielen auf die veräußerten 2/5 somit 276.000 €. Dem gegenüber standen auf die Ehefrau entfallende Verbindlichkeiten i. H. v. ca. 55.000 €. Die Erwerber beantragten schließlich die Zwangsversteigerung des Grundstücks zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft.

Die Ehefrau verklagte die Erwerber zunächst vor dem Landgericht auf Rückübertragung der Miteigentumsanteile wegen eines krassen Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung nach § 138 Abs. 1 BGB. Hilfsweise beantragte sie, die Erwerber zu verurteilen, die Berichtigung des Grundbuchs dahingehend zu bewilligen, dass sie Inhaberin der auf die Beklagten gebuchten Miteigentumsanteile sei. Das Landgericht wies die Klage ab.

Während des Berufungsverfahrens vor dem Kammergericht erging sodann im Teilungsversteigerungsverfahren der Zuschlag des Grundstücks an einen Dritten. Die Ehefrau beantragte in der Berufungsinstanz daher zuletzt die Feststellung, dass sich der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt habe. Das Kammergericht wies die Berufung zurück.

Entscheidung

Die vom Senat zugelassene Revision führte zur Zurückweisung an eine andere Kammer des Berufungsgerichts.

Für das Revisionsverfahren unterstellt der BGH aufgrund der Ausführungen des Berufungsgerichts, dass die **Rückübertragung** der Miteigentumsanteile **mit dem Zuschlag objektiv unmöglich** (§ 275 Abs. 1 BGB) wurde (Rn. 8). Entscheidend für den Erfolg der Revision sei somit, ob die Klage bis zu diesem Zeitpunkt zulässig und begründet gewesen sei.

Zum Sittenwidrigkeitsvorwurf führt der BGH sodann zunächst allgemein aus, dass ein gegenseitiger **Vertrag als wucherähnliches Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig** sei, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein

auffälliges Missverhältnis bestehe und außerdem mindestens ein weiterer Umstand hinzukomme, der den Vertrag bei Zusammenfassung der subjektiven und der objektiven Merkmale als sittenwidrig erscheinen lasse. Dies sei insbesondere der Fall, wenn eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten hervorgetreten sei, wobei wiederum ein besonders grobes Missverhältnis den Schluss auf eine solche verwerfliche Gesinnung zulasse. Von einem besonders groben Missverhältnis sei bei Grundstücksgeschäften wiederum auszugehen, wenn der Wert der Leistung „*knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung*“ (Rn. 11).

Der BGH geht **im konkreten Fall** von einem solchen **besonders groben Missverhältnis** aus. Ausgehend von der Nichtigkeit des Kaufvertrags nimmt der BGH an, der Rechtsgrund für die Leistung der Ehefrau sei entfallen und es habe demnach **ein Anspruch auf Rückübertragung nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB** bestanden (Rn. 15). Das Kammergericht hatte offenbar angenommen, der Rechtsgrund für den Eigentumserwerb der Erwerber sei die Auflassung selbst, die ihrerseits als wertneutrales abstraktes Verfügungsgeschäft von einer etwaigen Sittenwidrigkeit des Verpflichtungsgeschäfts nicht erfasst werde.

Dem widerspricht der BGH. Er betont, dass sich bei einem **wucherähnlichen sittenwidrigen Geschäft** nach § 138 Abs. 1 BGB die **Nichtigkeit nur auf das schuldrechtliche Grundgeschäft** beziehe. Die abstrakten Erfüllungsleistungen blieben hingegen wirksam. Rechtsgrund für den Eigentumserwerb sei der Kaufvertrag als schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft und nicht die Auflassung selbst. Die Auflassung sei Teil des Erfüllungsgeschäfts. Das Erfüllungsgeschäft könne lediglich nach § 138 Abs. 2 BGB nichtig sein. In diesem Fall könne Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB verlangt werden (Rn. 15).

Das Landgericht hatte die Klage wohl mit der Begründung abgewiesen, das besonders grobe Missverhältnis sei nicht nachgewiesen, da nicht hinreichend substantiiert zum Verkehrswert der veräußerten Miteigentumsanteile vorgetragen worden wäre. Die Ehefrau hatte sich hinsichtlich des Verkehrswerts auf ein Privatgutachten sowie auf das im Teilungsversteigerungsverfahren eingeholte Verkehrswertgutachten bezogen. Das **Landgericht** hatte jedoch gemeint, es könne **nicht einfach der Verkehrswert des gesamten Grundstücks entsprechend dividiert** werden, um den Verkehrswert eines Miteigentumsanteils

zu ermitteln. Dies sei unplausibel, da der Ehemann Miteigentümer zu 1/2 sei und die Immobilie allein bewohne.

Der **BGH** hält die Anforderungen des Landgerichts für überspannt. Der Vortrag der Klägerin zum Wert der veräußerten Miteigentumsanteile sei als ausreichend anzusehen (Rn. 17 ff.). Derjenige, der sich auf die Nichtigkeit eines Kaufvertrags über einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück als wucherähnliches Geschäft nach § 138 Abs. 1 BGB berufe, brauche **nur Angaben zum Verkehrswert des Grundstücks** zu machen. Er sei nicht gehalten, von sich aus zu etwaigen Abschlägen vorzutragen. Hierüber sei ggf. Beweis zu erheben.

EStG § 24 Nr. 1 lit. a; BGB § 1030 Abs. 1 Entgeltliche Aufgabe eines Nießbrauchsrechts an einem Grundstück; ertragsteuerliche Behandlung; steuerbare Entschädigung

1. Das Entgelt für den Verzicht auf die Ausübung eines Nießbrauchsrechts an einem dem Privatvermögen zugehörigen Grundstück ist eine steuerbare Entschädigung gemäß § 24 Nr. 1 Buchst. a des Einkommensteuergesetzes (EStG), wenn der Nießbraucher das Grundstück zum Zeitpunkt des Verzichts tatsächlich vermietet und hieraus Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt (entgegen Urteil des Bundesfinanzhofs – BFH – vom 25.11.1992 - X R 34/89, BFHE 170, 76, BStBl II 1996, 663, unter 1.b).

2. Der Tatbestand des § 24 Nr. 1 Buchst. a EStG setzt nicht voraus, dass der Steuerpflichtige, dem eine Entschädigung als Ersatz für entgangene oder entgehende Einnahmen zufließt, bei Abschluss einer entsprechenden Vereinbarung unter rechtlichem, wirtschaftlichem oder tatsächlichem Druck stand (unter anderem entgegen BFH-Urteil vom 24.10.1990 - X R 161/88, BFHE 162, 329, BStBl II 1991, 337, unter 3).

BFH, Urt. v. 10.10.2025 – IX R 4/24

Problem

Eigentümer eines Grundstücks waren mehrere Personen in Erbengemeinschaft. Die Immobilie war belastet mit einem lebenslangen Nießbrauchsrecht.

Die Nießbraucherin (i.F. „Klägerin“) vermietete das Grundstück zunächst an fremde Dritte und erzielte deshalb Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Ab 2012 vermietete sie das Grundstück an eine Kommanditgesellschaft (KG), deren persönlich haftende Gesellschafterin sie war. Das Nießbrauchsrecht wurde dadurch Sonderbetriebsvermögen der Klägerin bei der KG und die Klägerin erzielte aus der Vermietung fortan gewerbliche Einkünfte. Als die Klägerin 2018 aus der Gesellschaft ausschied, fiel das Nießbrauchsrecht wieder in ihr Privatvermögen. Die Mieteinnahmen führten hiernach wieder zu Einkünften aus Vermietung und Verpachtung.

Im Jahr 2019 verzichtete die Klägerin vertraglich gegen Zahlung einer Entschädigung auf ihr Nießbrauchsrecht. Der Abfindungsbetrag überstieg dabei – wohl unstreitig – den Wert des Nießbrauchsrechts. Das Finanzamt erfasste den Vorgang daher als privates Veräußerungsgeschäft nach § 23 EStG. Hiergegen wandte sich die Klägerin erfolgreich vor dem FG Münster (DStRE 2024, 922). Ein entgeltlicher Verzicht auf ein Nießbrauchsrecht stelle keine Veräußerung, sondern einen veräußerungsähnlichen Vorgang dar. Ein solcher falle nicht unter § 23 EStG.

Entscheidung

Die Revision des Finanzamts führte zur Aufhebung und Zurückverweisung an die Vorinstanz.

Nach dem BFH ist in dem entgeltlichen **Verzicht auf das Nießbrauchsrecht an einer vom Nießbraucher vermieteten Immobilie** eine **steuerbare** und steuerpflichtige **Entschädigung** für entgehende Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung nach § 24 Nr. 1 lit. a EStG zu sehen.

Die Norm lautet:

„Zu den Einkünften im Sinne des § 2 Absatz 1 gehören auch

1. Entschädigungen, die gewährt worden sind

a) als Ersatz für entgangene oder entgehende Einnahmen [...].“

Der entgeltliche Teil des Verzichts sei den nach § 24 Nr. 1 lit. a i. V. m. § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG steuerbaren Einnahmen zuzuordnen. § 24 EStG stelle die Reichweite der einzelnen Einkunftsarten klar. Der Norm sei zu entnehmen, zu welcher Einkunftsart eine Entschädigung gehöre. Es könne der Norm aber auch entnommen werden, dass solche Entschädigungen nicht zu den in

§ 2 Abs. 1 EStG genannten Einkünften zählten, die für entgangene oder entgehende Einnahmen gewährt würden, die ihrerseits nicht zu den Einkünften i. S. v. § 2 Abs. 1 EStG zählten (Rn. 17). Entscheidend für die Anwendung des § 24 Nr. 1 lit. a EStG sei, dass die **Entschädigung für den Wegfall steuerbarer Einnahmen** gewährt werde. Der Tatbestand sei hingegen nicht erfüllt, wenn die Entschädigung für den Vermögensverlust an einem Wirtschaftsgut geleistet werde (Rn. 18).

Nach dem BFH ist jedenfalls dann von einer Entschädigung im Sinne des § 24 Nr. 1 lit. a EStG auszugehen, wenn der Nießbraucher das Grundstück **zum Zeitpunkt des Verzichts tatsächlich vermietet** und folglich daraus Einkünfte gem. § 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG erzielt habe. Die Entschädigung werde dann für den Wegfall *der Einnahmen* und nicht für den Wegfall des Nießbrauchs selbst bezahlt. Der BFH stellt insoweit eine wirtschaftliche Betrachtung an (Rn. 24). Die tatsächliche Einkünfteerzielung sei der wirtschaftliche Kerngehalt des aufgegebenen Rechts. Das Nießbrauchsrecht habe losgelöst von seiner Nutzung zur Einkünfteerzielung keinen eigenständigen wirtschaftlichen Wert.

Für **unerheblich** hält es der BFH entgegen anderslautender früherer Rechtsprechung, dass der **Verzicht hier freiwillig** erfolgte, nicht von dritter Seite veranlasst wurde und die Verzichtende auch nicht unter rechtlichem, wirtschaftlichem oder tatsächlichem Druck stand (Rn. 30 ff.). Dafür, dass freiwillige Verzichte vom Anwendungsbereich auszunehmen seien, biete der Wortlaut des § 24 Nr. 1 lit. a EStG keine Stütze. Auch der Normzweck gebiete die Annahme einer derartigen ungeschriebenen Voraussetzung nicht (Rn. 35). Wie die Entschädigung zustande komme, habe für den Steuertatbestand keine Bedeutung.

Praxishinweis

Herrler hat in der Vergangenheit bereits umfassend auf die „Risiken und Nebenwirkungen der Aufgabe von Nutzungsrechten (Nießbrauch, Wohnungsrecht etc.)“ hingewiesen (DNotZ 2019, 493). Die aktuelle BFH-Entscheidung fügt eine u. U. ganz erhebliche Nebenwirkung hinzu. **Bislang** wurden entgeltliche Verzichte auf Nießbrauchsrechte von der Finanzverwaltung, soweit ersichtlich, überwiegend als **nicht steuerbare Vermögensumschichtungen** qualifiziert (vgl. sog. „Nießbrauchserlass“, BMF-Schreiben v. 30.9.2013, BStBl. I 2013, 1184 Rn. 58, 60 ff. für verschiedene Arten des Nießbrauchs). Ausdrü-

cklich offengelassen hat der BFH, ob er ebenso entschieden hätte, wenn das Grundstück zum Zeitpunkt des Verzichts nicht vermietet gewesen wäre (Rn. 25 a.E.).

WEG § 10; BGB § 343; HGB § 348 Vertragsstrafe wegen einer Bauzeitüberschreitung; Ausbaugestattung in der Gemeinschaftsordnung

In einer Gemeinschaftsordnung können für den Fall einer Bauzeitüberschreitung bei der Ausübung eines Ausbaurechts Regelungen über Strafzahlungen getroffen werden, für die §§ 339 ff. BGB gelten. Hiernach verwirkte Strafen unterliegen der Herabsetzungsmöglichkeit nach § 343 BGB; § 348 HGB ist nicht anwendbar.

BGH, Urt. v. 24.10.2025 – V ZR 129/24

Problem

Die beklagte Gesellschaft war Mitglied der klagenden Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE). Die Gemeinschaftsordnung (GemO) gestattete es der Beklagten, den Dachbereich auszubauen und das Dach aufzustocken. Die GemO enthielt hierzu folgende Regelung:

„[...] Die Baumaßnahmen von Beginn bis zur Beendigung der Arbeiten müssen innerhalb von maximal 15 Monaten abgeschlossen werden. Der Beginn ist dem Verwalter anzuzeigen. Bei einer Bauzeitüberschreitung von 15 Monaten ist eine Konventionalstrafe an die Wohnungseigentümergeinschaft in Höhe von 1 % der Bausumme des Dachgeschosses pro Monat der Bauzeitüberschreitung zu zahlen. Als Bausumme wird ein Betrag von 1.500 € pro Quadratmeter Wohnfläche für die Bemessung der Vertragsstrafe verbindlich festgelegt. [...]“

Die Beklagte machte von dieser Gestattung Gebrauch. Betroffen war eine Wohnfläche von über 1000 m². Die Bauzeit betrug mindestens 33 Monate. Die GdWE verlangte von der Beklagten daher eine Zahlung von ca. 230.000 € wegen der Bauzeitüberschreitung.

Die Vorinstanzen gaben der Klage der GdWE statt: Die Gemeinschaftsordnung unterliege nicht der AGB-Kontrolle; auch sei kein Missbrauch einseitiger Gestaltungsmacht gegeben (§ 242 BGB). Damit sei die Wirksamkeit der

Vertragsstrafenklausel allein an §§ 134, 138 BGB zu messen, deren Voraussetzungen jedoch nicht erfüllt seien. Die einzelnen Wohnungseigentümer hätten zwar nach § 10 Abs. 2 WEG u. U. einen Anspruch auf Anpassung einer Regelung in der GemO, müssten sich an den Regelungen aber festhalten lassen, solange eine solche Anpassung nicht erfolgt sei. Eine Anpassung der Höhe der verwirkten Vertragsstrafe nach § 313 BGB oder § 343 BGB komme nicht in Betracht.

Entscheidung

Der BGH hob das Urteil der Berufungsinanz auf und verwies die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurück.

Zutreffend habe das Berufungsgericht angenommen, dass die **Regelungen der §§ 339 ff. BGB** auf das hier betroffene Strafversprechen **anwendbar** seien. Die **für Vereins- und Verbandsstrafen entwickelten Grundsätze** seien **nicht heranzuziehen**. Um eine solche Strafe, die nicht auf Vertrag, sondern auf einer Unterwerfung unter die Mitgliedschaft (in dem Verein/Verband) beruhe, gehe es vorliegend nicht. Eine richterliche Herabsetzung der Vertragsstrafe nach § 343 BGB komme daher grundsätzlich in Betracht.

Der BGH deutet an (Rn. 13), dass es für die Abgrenzung zwischen der Anwendbarkeit der §§ 339 ff. BGB von der Anwendbarkeit der Grundsätze über Vereins- und Verbandsstrafen darauf ankommen könnte, ob zusätzlich zur Verwirkung des inkriminierten Verhaltens ein **gesondertes Verfahren zur Festsetzung der Strafe und deren Höhe** eingehalten werden muss. Im vorliegenden Fall konnte der BGH die Frage jedoch **offenlassen**, da hier das inkriminierte Verhalten (Überschreiten der Bauzeit) unmittelbar zur Vertragsstrafe führen sollte, es also keiner zusätzlichen Beschlussfassung der GdWE bedurfte. Zudem hält der BGH es im Hinblick auf die Abgrenzung auch für entscheidend, dass diese Vertragsstrafe nur den Beklagten und nicht auch jeden anderen Wohnungseigentümer treffen konnte.

Der BGH bestätigt zudem, dass in einer GemO für den Fall der Bauzeitüberschreitung bei Ausübung eines Ausbaurechts Regelungen über Strafzahlungen getroffen werden können, für die die §§ 339 ff. BGB gelten (Rn. 16). Offenlassen kann der BGH die Frage, ob eine Vertragsstrafenregelung auch nachträglich durch Beschluss eingeführt werden kann. Richtig habe die Vor-

instanz des Weiteren entschieden, dass **die AGB-Kontrolle nicht stattfindet** und die Regelung auch nicht unter dem Aspekt der Missbrauchskontrolle nach § 242 BGB nichtig sei; ebenso wenig lägen die Voraussetzungen der §§ 134, 138 BGB vor (Rn. 17).

Auch eine **Anpassung der Strafhöhe nach § 313 Abs. 1 BGB** komme **nicht in Betracht**, da jedenfalls § 10 Abs. 2 WEG insoweit als *lex specialis* vorrangig sei (Rn. 20). **Nicht anwendbar sei zudem § 348 HGB** (Rn. 26 ff.), da die Beklagte das Strafversprechen nicht im Sinne von § 348 HGB durch Rechtsgeschäft abgegeben habe; sie sei vielmehr kraft Gesetzes in die GemO eingetreten, die ihrerseits ein Strafversprechen enthalten habe.

Entgegen dem Berufungsgericht komme **allerdings eine Herabsetzung nach § 343 BGB** in Betracht (Rn. 21 ff.). Nach § 343 Abs. 1 S. 1 BGB könne eine aufgrund einer Vertragsstrafenvereinbarung verwirkte Strafe auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf einen angemessenen Betrag herabgesetzt werden, wenn sie unverhältnismäßig hoch sei.

§ 10 Abs. 2 WEG sei insoweit nicht vorrangig, denn es gehe vorliegend nicht um ein Verlangen nach Anpassung der GemO. Beantragt sei vielmehr die Herabsetzung einer Strafe, deren Grundlage sich lediglich in der GemO finde, und gerade nicht die Änderung der GemO selbst. Die Herabsetzung einer im Einzelfall unverhältnismäßig hohen Strafe **betreffe nicht die bestehenden Verwaltungs- und Benutzungsregelungen der Gemeinschaft** und greife nicht unmittelbar in das durch Vereinbarungen geschaffene Gefüge der Wohnungseigentümer ein. Das Berufungsgericht habe daher die Möglichkeit der Herabsetzung der Strafe gem. § 343 BGB zu prüfen.

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. Sebastian Steuer

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

Jahresabonnement 170,00 € zzgl. 7 % MwSt. inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem 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