

# 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 Grundschuld von der **grundbuchlichen „Löschung“** (vgl. § 46 GBO) zu unterscheiden.

Das **materiell-rechtliche Erlöschen** der Grundschuld 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 löschenen 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 **Grundschuld 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 konsti-

tutive 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 Grundschuld 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).

### 2. Auflösend bedingte Grundschuld

Die Frage, ob auch eine Grundschuld (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 Ausnahmeverordnungen 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 Löschungsantrags 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.

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

### Abs. 2

## Gründung einer Tochter-GmbH durch unmittelbar zuvor eingetragene Mutter-GmbH; Kaskadengründung; Stafettengründung; 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 Unterbilanzaftung 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 **Unterbilanzaftung** 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 Eigentumsge setzes 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 herzuführen, 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 Verfü-  
gungen 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 „**Schenkungsvorbehalts**“ 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 „Schenkungsvorbehalt“ 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 übertrugen ihrem Sohn mit notariellem Überlassungsvertrag ein Hausgrundstück und behielten sich hierbei für den Fall des Vorsterbens 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 Auflösung 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 Löschungsunterlagen beim Notar in angemessener Frist; erfolgsbezogene Pflicht des Verkäufers; Verlust des Grundschuldbriefs durch den Grundpfandgläubiger; Vertreten müssen**

**1. Hängt die Fälligkeit des Kaufpreises in einem Grundstückskaufvertrag davon ab, dass der Verkäufer die Lastenfreistellung sichergestellt hat (sog. Direktzahlungsmodell), müssen die Löschungsunterlagen 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 Löschungsunterlagen (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 Löschungsunterlagen 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 Auflösung“ 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 *Bemühenpflicht* 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** handele (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 handele 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 verschuldensabhängige 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 Vertragschluss 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 Grundschuldbläubigerin**. 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 löschen 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](http://www.dnoti.de)

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

Telefon: (0931) 35576-0      Telefax: (0931) 35576-225  
E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

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

**Redaktion:** Notarassessorin Katharina Baunach

**Bezugsbedingungen:**

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

**Bezugspreis:**

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

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

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

**Druck:**

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