

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

18. Jahrgang
Dezember 2010
ISSN 1434-3460

23/2010

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG § 12 – Verlust der Stellung als Verwalter vor Eigentums-
umschreibung; Wirksamkeit der Zustimmung

BGB § 2256 – Kein Widerruf durch bloße Einsichtnahme in
ein beim Nachlassgericht hinterlegtes öffentliches Testament;
Abgrenzung Einsichtnahme – Rücknahme

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

BGB §§ 107, 1643 Abs. 1; WEG § 10 Abs. 8 – Nicht lediglich
rechtlich vorteilhafter Erwerb einer Eigentumswohnung auch
bei nicht nachteiliger Ausgestaltung der Gemeinschaftsordnung

FamFG §§ 41 Abs. 3, 63 Abs. 3, 276, 340 Nr. 1 – Rechtskraft
nachlassgerichtlicher Genehmigung trotz fehlender for-
meller Beteiligung eines materiell Betroffenen (hier:
Verfahrenspfleger für unbekannte Erben)

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG § 12

Verlust der Stellung als Verwalter vor Eigentumsumschreibung; Wirksamkeit der Zustimmung

I. Sachverhalt

In einer Wohnungseigentumsanlage bedarf die Veräußerung eines Wohnungseigentums der Zustimmung des Verwalters nach § 12 WEG. Mit notarieller Urkunde vom 1.12. wird das Wohnungseigentum verkauft und an den Erwerber aufgelassen. Der nach § 12 WEG zustimmungsberechtigte Verwalter stimmt der Veräußerung am 8.12. zu. Mit Eingang des Antrags auf Eigentumsumschreibung beim Grundbuchamt am 27.12. liegen die Voraussetzungen des § 878 BGB vor. Laut Protokoll der Wohnungseigentümerversammlung ist der Verwalter nur bis zum 31.12. bestellt. Mit Zwischenverfügung vom 18.1. fordert das Grundbuchamt den Nachweis, dass der Zustimmende aktuell noch Verwalter ist, oder dass die Zustimmung des neuen Verwalters in öffentlich beglaubigter Form vorgelegt wird, da aufgrund des vorliegenden Verwalterprotokolls berechnete Zweifel bestünden, ob die Zustimmungsberechtigung des Verwalters derzeit noch gegeben sei.

II. Frage

Verweigert das Grundbuchamt die Eintragung des Käufers im Grundbuch zu Recht?

III. Zur Rechtslage

1. Zustimmungserfordernis nach § 12 WEG

Gem. § 12 Abs. 1 WEG kann als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden, dass ein Wohnungseigentümer zur **Veräußerung seines Wohnungseigentums** der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf. Als Dritter kommt insbesondere der Verwalter in Betracht (Riecke/Schmid/Schneider, Fachanwaltskommentar Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl. 2010, § 12 WEG Rn. 79).

Sofern ein **Zustimmungserfordernis** wirksam begründet wurde, sind das schuldrechtliche und dingliche Rechtsgeschäft schwebend unwirksam, solange die Genehmigung nicht erteilt oder versagt wurde (vgl. § 12 Abs. 3 S. 1 WEG), und zwar gegenüber jedermann (Bärmann/Klein, WEG, 11. Aufl. 2010, § 12 Rn. 36 und 43; Jennißen/Grziwotz, WEG, 2. Aufl. 2010, § 12 Rn. 36). Wird die Zustimmung endgültig versagt oder ist sie unwirksam, sind sowohl das schuldrechtliche als auch das dingliche Rechtsgeschäft nicht nur relativ gegenüber den Zustimmungsberechtigten, sondern absolut gegenüber jedermann unwirksam (OLG Hamm NJW-RR 2001, 1525).

Normzweck des § 12 WEG ist es, die Gemeinschaft vor nachteiligen Veränderungen bei der Veräußerung von Wohnungseigentum im weitesten Umfang zu schützen (Bay-OblG DNotZ 1992, 229, 230). Damit dient die Veräußerungsbeschränkung nach § 12 Abs. 1 WEG **dem Schutz der Wohnungseigentümer** vor einem persönlich oder finanziell unzuverlässigen Erwerber (Palandt/Bassenge, BGB, 69. Aufl. 2010, § 12 WEG Rn. 1).

2. Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der Verwalterstellung der Zustimmung

Für die Beurteilung des vorliegenden Falls kommt es maßgeblich auf die Frage an, **zu welchem Zeitpunkt** der Zustimmung die Verwalterstellung innehaben muss. In Betracht kommt einerseits, auf den Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung gegenüber der einen oder anderen Kaufvertragspartei abzustellen (§ 182 Abs. 1 BGB). Denkbar wäre aber auch, dass der Zeitpunkt des Eigentumswechsels (Hauptgeschäft) entscheidend ist.

a) Allgemeine Grundsätze

Auf die Zustimmung nach § 12 WEG sind die **§§ 182 ff. BGB anzuwenden** (Jennißen/Grziwotz, § 12 Rn. 34). Damit werden Zustimmungen jeweils mit Eingang bei einem der Beteiligten (§ 182 Abs. 1 BGB) bzw. mit Eingang bei dem in der Regel bevollmächtigten Notar wirksam (Jennißen/Grziwotz, § 12 Rn. 34; Staudinger/Kreutzer, BGB, Neubearb. 2005, § 12 WEG Rn. 24).

Wegen der Anwendbarkeit der §§ 182 ff. BGB kommt es für die Zustimmungsberechtigung im Grundsatz maßgeblich auf das **Wirksamwerden der Zustimmung** an (Jennißen/Grziwotz, § 12 Rn. 34; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 2904). Geht jedoch die Rechtsposition, aus der sich die Zustimmungsbefugnis des Einwilligenden ergibt, **vor der Vornahme** des Hauptgeschäfts rechtsgeschäftlich **auf eine andere Person über**, so wird die Zustimmung – anders als bei der Gesamtrechtsnachfolge – gegenstandslos (Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2009, § 183 Rn. 28; s. auch OLG Düsseldorf MittRhNotK 1996, 276 f.).

b) Dogmatik zu § 12 Abs. 1 WEG

Welche Konsequenzen sich hieraus für § 12 WEG ergeben, ist deswegen schwierig zu beantworten, weil sich die Zustimmungsbefugnis nach § 12 Abs. 1 WEG einerseits sowohl **auf das schuldrechtliche als auch auf das dingliche Rechtsgeschäft** bezieht, andererseits aber die Vollendungszeitpunkte, die bei diesen Rechtsgeschäften für deren Verwirklichung jeweils entscheidend sind, wegen des bei dinglichen Vollzugsgeschäften maßgeblichen Eintragungsgrundsatzes voneinander abweichen.

Während der schuldrechtliche Kaufvertrag bei Vorliegen aller sonstigen Voraussetzungen mit Zustimmung nach § 12 WEG wirksam wird, bedarf es zur Vollendung des dinglichen Vollzugsgeschäfts noch **der Eintragung im Grundbuch** (§ 873 Abs. 1 BGB). Dadurch wird der maßgebliche Zeitpunkt für das Vorliegen der Zustimmungsbefugnis – anders als beim schuldrechtlichen Kausalgeschäft – auf den Zeitpunkt der Eintragung des Erwerbers im Grundbuch hinausgeschoben (vgl. Palandt/Bassenge, § 873 Rn. 1).

Die unterschiedlichen Zeitpunkte, die sich nach allgemeinen Grundsätzen für den maßgeblichen Zeitpunkt der Zustimmungsbefugnis ergeben, würden eigentlich dazu führen, dass bei Verwalterwechsel vor Eigentumsumschreibung im Grundbuch (Hauptgeschäft) die schuldrechtliche Einigung wirksam und die **dingliche Einigung (schwebend) unwirksam** wäre. Dies stünde im Widerspruch zu der § 12 Abs. 3 S. 1 WEG zugrunde liegenden Wertung. Denn danach sollen Kausal- und Vollzugsgeschäft grundsätzlich einheitlich wirksam oder unwirksam sein (vgl. Kessler, RNotZ 2005, 543, 547).

3. Maßgeblicher Zeitpunkt beim dinglichen Vollzugsgeschäft

Die vorstehend beschriebene Ausgangslage hat in Bezug auf § 12 WEG eine Diskussion darüber entfacht, ob der Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Zustimmung oder der Zeitpunkt des Eigentumswechsels für die Zustimmungsbefugnis in Bezug auf das schuldrechtliche Kausalgeschäft und das dingliche Vollzugsgeschäft insgesamt maßgeblich ist.

a) Beschränkung der Verfügungsbefugnis

Die wohl herrschende Auffassung vertritt in Bezug auf § 12 WEG – ähnlich wie bei der parallelen Zustimmungspflicht nach § 5 ErbbauRG – den Standpunkt, dass es sich bei dieser Vorschrift um eine **Beschränkung der Verfügungsmacht** des jeweiligen Eigentümers handelt (Erman/Grziwotz, BGB, 12. Aufl. 2008, § 12 WEG Rn. 5; Palandt/Bassenge, § 12 WEG Rn. 7; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, Anh. zu § 3 Rn. 38; so auch noch Bärmann/Wenzel, WEG, 10. Aufl. 2008, § 12 Rn. 36; zu § 5 ErbbauRG: BGH v. 8.7.1960, BGHZ 33, 76, 85; OLG Köln v. 31.7.1995, MittRhNotK 1996, 275; OLG Düsseldorf v. 20.3.1996, MittRhNotK 1996, 276).

Die Qualifizierung des § 12 Abs. 1 WEG als Verfügungsbeschränkung führt mit Blick auf das dingliche Rechtsbeschränkung dazu, dass es für die Frage der Zustimmungsberechtigung grundsätzlich auf den **Zeitpunkt der Eintragung im Grundbuch** ankommt. Eine Zustimmung, die ein seinerzeit Zustimmungsberechtigter abgegeben hat, ist nach dieser Meinung im Grundbuchverfahren nicht mehr verwendbar, wenn der Zustimmungsberechtigte seine Berechtigung vor der Vornahme der beantragten Eintragung oder jedenfalls vor dem gem. § 878 BGB maßgeblichen Zeitpunkt verloren hat.

Auch ein **Widerruf der Zustimmung** wäre nach dieser Ansicht bis zur Eintragung grundsätzlich möglich, soweit nicht die Bewilligung bzw. die Verfügungserklärung gem. § 873 Abs. 2 BGB bindend geworden ist und die sonstigen Voraussetzungen des § 878 BGB eingetreten sind.

b) Beschränkung der Fungibilität

Abweichend von der herrschenden Dogmatik vertreten einige Stimmen in der Literatur die Auffassung, dass es sich bei den Veräußerungsbeschränkungen nach § 12 WEG und § 5 ErbbauRG nicht um Beschränkungen der Verfügungsmacht, sondern vielmehr um schlichte **Fungibilitätsbeschränkungen** handelt (Kössinger, in: Bauer/v. Oefele, GBO, 2. Aufl. 2006, § 19 Rn. 199 ff.; Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2007, § 878 Rn. 29; Schmidt, MittBayNot 1999, 366, 367; Bärmann/Klein, § 12 Rn. 33). Nicht die Rechtsmacht des Veräußerers sei durch sie betroffen, sondern die Übertragbarkeit des Gegenstands der Veräußerung sei eingeschränkt. Allein ein bestimmter Gegenstand (Wohnungseigentum) sei nach § 12 WEG wegen des Erfordernisses der Zustimmung einer dritten Person nicht frei übertragbar.

Kössinger zieht daraus die Schlussfolgerung, dass in dem Augenblick, in dem die Fungibilitätsbeschränkung im Hinblick auf das zu veräußernde Wohnungseigentum aufgehoben ist (**Wirksamkeit des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts**), die **Zustimmung endgültig wird**. Besitzt der Zustimmungsberechtigte in diesem Zeitpunkt die Zustimmungsbefugnis, wird der Veräußerungsgegenstand bildlich gesprochen entspert (Kössinger, § 19 Rn. 202). Trete nach diesem Zeit-

punkt eine Veränderung in der Person des Zustimmungsberechtigten ein (Verlust der Verwalterstellung) oder werde die Zustimmung widerrufen, sei dies (auch im Grundbuchverfahren) irrelevant.

Ähnlich hält nun auch *Klein* (Bärmann/Klein, § 12 Rn. 33) das Vorliegen der Zustimmungsberechtigung zu dem Zeitpunkt für maßgeblich, in dem die Zustimmung gegenüber den Vertragsparteien oder dem mit dem Vollzug beauftragten Notar erklärt und der schuldrechtliche Vertrag geschlossen ist. § 12 WEG stelle kein Veräußerungsverbot im Sinne einer Verfügungsbeschränkung dar, sondern eine Beschränkung des Rechtsinhalts, auf die § 878 BGB keine Anwendung finde. *Schneider* hält für das Vorliegen der Zustimmungsbefugnis sogar den Zeitpunkt der **Abgabe der Zustimmungserklärung** für maßgeblich (Riecke/Schmid/Schneider, § 12 WEG Rn. 84; so auch Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl. 2009, Anh. §§ 19, 20 Rn. 138). Er beruft sich hierbei auf eine Entscheidung des LG Mannheim (Beschl. v. 20.9.1978, BWNotZ 1979, 125), nach der es in entsprechender Anwendung von § 130 Abs. 2 BGB genügt, dass der zustimmende Verwalter im Zeitpunkt der Abgabe der Zustimmungserklärung die Verwalterstellung innehatte. *Kümmel* stellt dagegen auf den **Zugang der Verwalterzustimmung** ab (Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 9. Aufl. 2010, § 12 Rn. 38; so auch: Schöner/Stöber, Rn. 2904).

c) Weitere Literaturmeinung

Einen weiteren Ansatz schlägt *Kessler* vor. Seiner Meinung nach tritt, gleichgültig, ob man in dem Erfordernis der Veräußerungszustimmung eine Beeinträchtigung der Verfügungsmacht oder eine am Objekt anknüpfende Fungibilitätsbeschränkung sieht, die endgültige und unwiderrufliche Wirksamkeit der Zustimmung zu dem Zeitpunkt ein, in dem die Erklärung **zur Vollwirksamkeit des ersten der beiden Rechtsgeschäfte** (Veräußerung oder schuldrechtliches Kausalgeschäft) geführt hat (RNotZ 2005, 543, 547 f.) Ansonsten könnten die Wirksamkeit des schuldrechtlichen und des dinglichen Veräußerungsgeschäfts **auseinanderfallen**, was der Gesetzgeber gerade verhindern wollte (vgl. § 12 Abs. 3 WEG).

d) Beschluss des OLG Celle vom 19.1.2005

Das OLG Celle nahm zu der Frage, in welchem Zeitpunkt die Zustimmungsberechtigung zustimmender Wohnungseigentümer vorliegen muss, mit Beschluss vom 19.1.2005 Stellung (RNotZ 2005, 542 = NZM 2005, 260 f.). Dabei schloss es sich der derzeit überwiegenden Meinung an, wonach es sich bei § 12 WEG um eine Beschränkung der Verfügungsmacht handelt. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt hatte sich vor Beantragung der Eigentumsumschreibung zum Hauptgeschäft die Eigentumslage an einer anderen Wohnungseigentumseinheit geändert. Infolgedessen verlangte das Grundbuchamt die Zustimmung des neu im Grundbuch eingetragenen Erwerbers zwecks Eigentumsumschreibung hinsichtlich des Hauptgeschäfts.

In den Beschlussgründen legt das OLG Celle dar, dass es sowohl materiell- als auch verfahrensrechtlich eine erneute Zustimmung des neuen Wohnungseigentümers für erforderlich hält. Im Einklang mit der derzeit herrschenden Ansicht begründet es dies damit, dass für die Verfügungsbefugnis des Eigentümers der **Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung** (Vollendung des Rechtserwerbs) maßgeblich sei. Trete vor diesem Zeitpunkt in der Person eines Zustimmungsberechtigten ein Wechsel ein, so stehe dies der Ver-

fugungsbefugnis des veräußernden Eigentümers (Hauptgeschäft) entgegen. Eine Vorverlagerung des maßgeblichen Zeitpunkts komme nur in entsprechender Anwendung der für die Eigentumsübertragung geltenden Vorschrift des § 878 BGB in Betracht (RNotZ 2005, 542, 543).

Darüber hinaus begründet das OLG Celle (RNotZ 2005, 542, 543) die Schädlichkeit des Eigentumswechsels in der Person des Zustimmungsberechtigten noch mit zwei anderen Erwägungen:

- Zum einen diene die Veräußerungsbeschränkung des § 12 WEG **primär dem Zweck**, die Wohnungseigentümergeinschaft **vor nachteiligen Veränderungen in der Person ihrer Mitglieder zu schützen**. Da bei einem Wechsel in der Person der Zustimmungsberechtigten aber gerade der neue Berechtigte sich als Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft mit dem Erwerber der betroffenen Einheit konfrontiert sieht, erscheine es sinnvoll, diesem und nicht dem ausscheidenden ehemaligen Berechtigten die Zustimmungskompetenz zuzuweisen.
- Zum anderen sei zu berücksichtigen, dass es anderenfalls für das **Grundbuchamt nicht erkennbar** wäre, durch wessen Zustimmung der Vertrag überhaupt wirksam geworden ist. Denn stets könne in diesem Fall auch bereits ein Voreigentümer die Veräußerungszustimmung erteilt haben.

e) Beschluss des OLG Hamm vom 12.5.2010

Kürzlich hatte auch das OLG Hamm zu der Frage Stellung zu nehmen, ob die Verwalterstellung des Zustimmungsberechtigten bis zu dem nach § 878 BGB maßgeblichen Zeitpunkt fortbestehen muss (OLG Hamm v. 12.5.2010, MittBayNot 2010, 469 = RNotZ 2010, 578). Dies bejahte das OLG und folgte damit der **Auffassung des OLG Celle**, dass es sich bei § 12 WEG um eine Beschränkung der Verfügungsmacht handelt.

4. Ergebnis

Der dargestellte Meinungsstreit kann vorliegend dahinstehen, da auch unter Berücksichtigung der derzeit herrschenden Auffassung, die für die Zustimmungsberechtigung den Zeitpunkt der Eintragung im Grundbuch für maßgeblich erachtet, eine wirksame Zustimmung vorliegt. Denn nach dieser Ansicht kann eine **Vorverlagerung des maßgeblichen Zeitpunkts** für das Vorliegen der Zustimmungsberechtigung in entsprechender Anwendung der für die Eigentumsübertragung geltenden Vorschrift des § 878 BGB erfolgen. Danach wird eine von dem Berechtigten in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 BGB abgegebene Erklärung nicht dadurch unwirksam, dass der Berechtigte in der Verfügungsmacht beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamt gestellt worden ist. Entsprechend ist die vom Verwalter abgegebene Zustimmungserklärung durch den Verlust der Verwalterstellung und den damit verbundenen Verlust der Zustimmungsberechtigung nicht unwirksam geworden, nachdem die Bindungswirkung der Auflassung eingetreten und der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamt gestellt worden war. Somit verweigert das Grundbuchamt die Eintragung u.E. zu Unrecht.

BGB § 2256

Kein Widerruf durch bloße Einsichtnahme in ein beim Nachlassgericht hinterlegtes öffentliches Testament; Abgrenzung Einsichtnahme – Rücknahme

I. Sachverhalt

Es wurde ein notarielles Testament beim Nachlassgericht hinterlegt. Nach drei Jahren sind Zweifel darüber aufgekommen, welchen genauen Inhalt die verschlossene Schrift hat. Die Erblasserin ist zwischenzeitlich fortgeschrittenen Alters. Die Bestätigung des gewünschten Testamentsinhalts durch Errichtung eines neuen Testaments könnte evtl. an der nicht mehr gegebenen Testierfähigkeit scheitern. Nur wenn sich herausstellen sollte, dass das hinterlegte Testament nicht den gewünschten Inhalt hat, soll notfalls neu testiert werden. Die Wirksamkeit des hinterlegten Testaments soll bis zur Klärung dieser Frage keinesfalls beeinträchtigt werden.

Man erwägt nun, den versiegelten Umschlag nur zu Zwecken der Einsichtnahme in das Testament durch das Nachlassgericht öffnen zu lassen und dieses um Aushändigung einer beglaubigten Abschrift der Urschrift an den Erblasser oder den anfragenden Notar zu bitten, das Original des geöffneten Testaments jedoch weiter in der amtlichen Verwahrung zu lassen.

II. Frage

Ist das Aufbrechen des versiegelten Umschlags, in welchem sich ein notarielles Testament befindet, das durch Übergabe einer verschlossenen Schrift errichtet wurde, als Widerruf eines Testaments i. S. v. § 2255 bzw. § 2256 BGB anzusehen, wenn dies nur zu Zwecken der Einsichtnahme in das Testament erfolgt, das Nachlassgericht eine beglaubigte Abschrift des Testaments aushändigt, die Urschrift aber weiter in Verwahrung hält?

III. Zur Rechtslage

1. Widerruf des Testaments, § 2256 BGB

Ein vor einem Notar oder nach § 2249 BGB errichtetes Testament gilt gem. § 2256 Abs. 1 S. 1 BGB als widerrufen, wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser zurückgegeben wird. Die Rückgabe an den Erblasser muss tatsächlich erfolgen. Allein das Rückgabeverlangen genügt als Widerruf nicht (BGH NJW 1959, 2113; Staudinger/Baumann, BGB, Neubearb. 2003, § 2256 Rn. 13). Gem. § 2256 Abs. 2 S. 2 BGB darf die Urkunde dem Erblasser auch nur persönlich zurückgegeben werden. Das Rückgabeverlangen ist keine Willenserklärung, aber eine geschäftsähnliche Handlung, so dass der Erblasser im Zeitpunkt der Antragstellung testierfähig i. S. d. § 2229 BGB sein muss (Bamberger/Roth/Litzenburger, BeckOK BGB, Stand: 1.8.2010, § 2256 Rn. 1; Staudinger/Baumann, § 2256 Rn. 12; MünchKommBGB/Hagena, 5. Aufl. 2009, § 2256 Rn. 62 m. w. N.). Bei nicht vorliegender Testierfähigkeit käme eine Rücknahme des Testaments aus der amtlichen Verwahrung mit Widerrufswirkung damit ohnehin nicht in Betracht.

2. Bloße Einsichtnahme in das Testament

Von der Rücknahme des Testaments, an die sich – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen nach § 2256 BGB – die Widerrufswirkung knüpft, ist die **bloße Einsichtnahme** zu unterscheiden. Diese kann der Erblasser ebenfalls jederzeit verlangen. In diesem Fall wird das öffentliche Testa-

ment jedoch nach der Kenntnisnahme durch den Erblasser wieder versiegelt und **verbleibt so weiterhin in der besonderen amtlichen Verwahrung**. Insoweit liegt zwar, soweit ersichtlich, noch keine Rechtsprechung vor. Es entspricht jedoch einhelliger Meinung in der Literatur, dass eine solche bloße Einsichtnahme **nicht die Widerrufswirkung des § 2256 BGB zeitigt**, sondern keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit des weiter in Verwahrung bleibenden Testaments hat (Bamberger/Roth/Litzenburger, § 2256 Rn. 3; Staudinger/Baumann, § 2256 Rn. 10; Jauernig/Stürmer, BGB, 13. Aufl. 2009, § 2256 Rn. 2; MünchKommBGB/Hagena, § 2256 Rn. 8; Voit, in: Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, § 2256 BGB Rn. 7).

Der bloße Umstand des Siegelaufbruchs zu Zwecken der Einsichtnahme wirkt sich also nicht auf das materielle Recht aus. Die Pflicht des Notars, die Niederschrift über die Errichtung eines Testaments in einen Umschlag zu nehmen und diesen mit dem Prägesiegel zu verschließen, ergibt sich aus § 34 Abs. 1 BeurkG. Ein Verstoß gegen diese Soll-Vorschrift berührt die Wirksamkeit der Beurkundung nicht (Winkler, BeurkG, 16. Aufl. 2008, § 34 Rn. 27 m. w. N.). Ebenso hat das bloße Aufbrechen des Siegels, um dem Erblasser die Einsichtnahme in das Testament zu ermöglichen, ohne dass eine Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung i. S. d. § 2256 Abs. 1 BGB vorliegt, keine Auswirkungen auf das materielle Recht.

Erforderlich ist jedoch eine strenge Unterscheidung zwischen einer Rücknahme des Testaments gem. § 2256 Abs. 1 BGB, welcher Widerrufswirkung zukommt, und einer bloßen Einsichtnahme. Daher ist es u. E. **empfehlenswert**, beim Nachlassgericht **anzuregen**, den Umstand, dass eine **Öffnung nur zu Zwecken der Einsichtnahme**, also nicht zur Rückgabe des Testaments erfolgt ist, auf der Urkunde oder dem Umschlag **zu vermerken** und dies **aktenkundig zu machen**. Dieses Vorgehen ist zwar durch § 2256 Abs. 1 S. 2 BGB von Gesetzes wegen nur für eine Rückgabe mit Widerrufswirkung vorgesehen, aus **Beweisgründen** aber in gleichem Maße bei einer bloßen Einsichtnahme in das Testament zweckmäßig.

Gutachten im Abruf-Dienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abruf-Dienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

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

BGB § 2305; HGB §§ 124, 139, 161, 170

Einheitlichkeit der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft; gleichzeitige Stellung als Komplementär und Kommanditist; Testamentsvollstreckung an einem mittels Sondererbfolge auf einen anderen Gesellschafter übergehenden Komplementäranteil; Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks im Handelsregister

Abruf-Nr.: 102372

EGBGB Art. 15 Abs. 2 Ziff. 3, Art. 25
Luxemburg: Vererbung eines Grundstücks; gegenständig beschränkte Rechtswahl
Abruf-Nr.: 104522

WEG §§ 10, 15
Umdeutung von unwirksam bestellten Sondernutzungsrechten in schuldrechtliche Nutzungsvereinbarungen; Rechtsnachfolge in diese schuldrechtlichen Nutzungsvereinbarungen
Abruf-Nr.: 103986

InsO §§ 129 ff.
Gestaltung eines Grundstückskaufvertrages bei Insolvenznahe des Verkäufers; Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung eines Grundstückskaufvertrages mit Direktzahlung an Gläubiger des Verkäufers
Abruf-Nr.: 102498

HGB §§ 175, 163, 14
Unterlassen der Anmeldung der Übertragung eines Teils eines Kommanditanteils
Abruf-Nr.: 101983

Rechtsprechung

BGB §§ 107, 1643 Abs. 1; WEG § 10 Abs. 8
Nicht lediglich rechtlich vorteilhafter Erwerb einer Eigentumswohnung auch bei nicht nachteiliger Ausgestaltung der Gemeinschaftsordnung

Der (schenkweise) Erwerb einer Eigentumswohnung ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft und bedarf deshalb der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nach § 107 BGB. Auf den Inhalt der Gemeinschaftsordnung, das Bestehen eines Verwaltervertrags oder eines Mietvertrags über die Eigentumswohnung kommt es nicht an.

BGH, Beschl. v. 30.9.2010 – V ZB 206/10
Abruf-Nr.: 10953

Problem
Es geht um die Vertretung eines Minderjährigen beim Vertragsschluss über den schenkweisen Erwerb einer Eigentumswohnung. Nach Aufteilung ihres Grundstücks in Wohnungseigentum übertrug die A eine der beiden gebildeten Wohnungseigentumseinheiten im Wege der vorweggenommenen Erbfolge und unter Anrechnung auf den künftigen Pflichtteil an die Minderjährige B. Im Schenkungsvertrag behielt sich die Übergeberin ein lebenslanges Nießbrauchsrecht und ein Rücktrittsrecht für diverse Fälle vor.

Der Notar legte den Vertrag zum Grundbuchamtlichen Vollzug vor, woraufhin das Grundbuchamt die fehlende Genehmigung eines zu bestellenden Ergänzungspflegers und des Familiengerichts beanstandete. Die gegen die Zwischenverfügung erhobene Beschwerde wurde vom OLG Hamm zurückgewiesen.

Entscheidung
Der BGH bestätigte nun in seiner Entscheidung, dass der **Erwerb einer Eigentumswohnung für einen Minderjährigen stets nicht lediglich rechtlich vorteilhaft** ist, und ging damit über die bisherige Rechtsprechung des

Senats hinaus, wonach (jedenfalls) dann ein nicht lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft vorliege, wenn die Gemeinschaftsordnung zu Lasten des Erwerbers von den gesetzlichen Regelungen abweiche (Beschl. v. 9.7.1980 – V ZB 16/79, BGHZ 78, 28, 35 = DNotZ 1981, 111).

Mit seiner Entscheidung wendet sich der BGH gegen eine starke Ansicht in der Literatur, die – mit Ausnahme der Fälle des Eintritts in einen bestehenden Verwaltervertrag oder Mietvertrag sowie der Verschärfung der Pflichten der Wohnungseigentümer gegenüber der gesetzlichen Regelung – den schenkweisen Erwerb einer Eigentumswohnung im Grundsatz für lediglich rechtlich vorteilhaft hält (vgl. etwa Bamberger/Roth/Wendtland, BGB, 2. Aufl. 2007, § 107 Rn. 8; MünchKommBGB/Schmidt, 5. Aufl. 2006, § 107 Rn. 48; Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Aufl. 2010, § 107 Rn. 4; Soergel/Hefermehl, BGB, 13. Aufl. 1991, § 107 Rn. 8; Staudinger/Knothe, BGB, Neubearb. 2004, § 107 Rn. 13; Bauer/v. Oefele/Schaub, GBO, 2. Aufl. 2006, AT VII Rn. 230).

Der BGH begründet dies ausgehend von dem Grundsatz, dass ein auf den Erwerb einer Sache gerichtetes Rechtsgeschäft dann für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sei, wenn der **Minderjährige** in dessen Folge **mit Verpflichtungen belastet** werde, **für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen hafte**. Hierbei sei unerheblich, ob die weitergehenden Verpflichtungen von den Vertragsbeteiligten angestrebt oder lediglich die gesetzliche Folge des Rechtsgeschäfts seien (vgl. BGH, Beschl. 25.11.2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170, 178 = DNotZ 2005, 549). Beim Erwerb einer Eigentumswohnung werde der Minderjährige stets mit Verpflichtungen belastet, für die er auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen hafte; hierfür sei entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Senats nicht erheblich, ob die Gemeinschaftsordnung zu Lasten des Erwerbers von den gesetzlichen Regelungen abweiche (vgl. BGHZ 78, 28, 35 = DNotZ 1981, 111).

Offen ließ der BGH dabei, ob dies – wie es das OLG Hamm als Beschwerdegericht im Anschluss an das OLG München (ZEV 2008, 246, 247 = MittBayNot 2008, 389 = NotBZ 2008, 347 = RNotZ 2008, 346) angenommen hatte – schon aus den Befugnissen der Eigentümerversammlung zur Änderung der Gemeinschaftsordnung durch Beschluss nach Maßgabe von § 16 Abs. 3 und 4 WEG oder § 21 Abs. 7 WEG oder aus dem Umstand folge, dass solche Änderungen der Gemeinschaftsordnung im Grundbuch nicht eingetragen werden könnten.

Der Erwerb einer Eigentumswohnung sei vielmehr bereits deshalb für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, weil er Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft werde und damit **nach § 16 Abs. 2 WEG** nicht nur verpflichtet sei, sich entsprechend seinem Anteil an den Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums zu beteiligen, sondern **anteilig die Kosten der Instandhaltung, Instandsetzung, sonstigen Verwaltung und eines gemeinschaftlichen Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums zu tragen habe**. Ferner habe sich der Minderjährige als Wohnungseigentümer nach § 16 Abs. 2 WEG **an Wohngeldausfällen durch Sonderumlagen zu beteiligen**; unerheblich sei in diesem Zusammenhang, dass die einzige weitere Wohnungseigentumseinheit der Wohnanlage auf dem Grundstück dem Vater der Minderjährigen gehöre und dieser bemüht sei, eine Inanspruchnahme seiner minderjährigen Tochter zu verhindern.

Schließlich führe die **Haftung des Wohnungseigentümers nach § 10 Abs. 8 S. 1 Hs. 1 WEG** dazu, dass der Minderjährige nicht nur mit der ihm geschenkten Eigentumswohnung, sondern **ebenso mit seinem übrigen Vermögen** für Verbindlichkeiten der Wohnungseigentümergeinschaft **haftet**. Insofern sei die Situation mit dem Erwerb eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks vergleichbar, da auch hier der Minderjährige die den Vermieter bzw. Verpächter treffenden Verpflichtungen unter Einsatz seines übrigen Vermögens zu erfüllen habe. Der vorbehaltene Nießbrauch an der Eigentumswohnung ändere daran nichts, da die zwischen Eigentümer und Nießbrauchsberechtigtem vereinbarte Kostenverteilung die gesetzlich normierte Außenhaftung unberührt lasse.

Eine **familiengerichtliche Genehmigung** ist allerdings nach Auffassung des BGH in Abweichung zur Entscheidung der Vorinstanz **nicht erforderlich**. Das Erwerbsgeschäft sei weder eine Verfügung über das Vermögen des Minderjährigen nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB noch eine Verfügung über den Anspruch auf Übereignung nach § 1821 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Hieran änderten auch der vorbehaltene Nießbrauch und die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des bedingten Rückübereignungsanspruchs nichts; derartige Einschränkungen der Zuwendung führten schon nicht dazu, dass eine Genehmigungspflicht nach § 107 BGB durch den gesetzlichen Vertreter des Minderjährigen entstehe; als Teil des Erwerbsvorgangs seien sie auch nicht nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungspflichtig.

FamFG §§ 41 Abs. 3, 63 Abs. 3, 276, 340 Nr. 1 Rechtskraft nachlassgerichtlicher Genehmigung trotz fehlender formeller Beteiligung eines materiell Betroffenen (hier: Verfahrenspfleger für unbekannte Erben)

1. Im Verfahren zur nachlassgerichtlichen Genehmigung eines Rechtsgeschäfts des Nachlasspflegers muss den unbekanntem Erben ein Verfahrenspfleger bestellt werden.

2. Die Versäumung der ordnungsgemäßen Beteiligung der unbekanntem Erben durch Bestellung eines Verfahrenspflegers hindert den Eintritt der formellen Rechtskraft der erteilten Genehmigung im Anschluss an deren Zustellung an den Nachlasspfleger nicht.

OLG Hamm, Beschl. v. 7.9.2010 – 15 W 111/10
Abruf-Nr.: **10954**

Problem

Ein Nachlasspfleger für unbekannte Erben eines eingetragenen Grundstückseigentümers verkaufte mit notarieller Urkunde vom 8.10.2009 diesen Grundbesitz. Schon am 16.10.2009 genehmigte das Nachlassgericht die Erklärungen des Nachlasspflegers. Sodann bestellte der Käufer am 13.11.2009 unter Ausnutzung der im Kaufvertrag enthaltenen Belastungsvollmacht eine Grundschuld. Dieser Grundschuldbestellung stimmte der Nachlasspfleger mit Erklärung vom 24.11.2009 zu; sie wurde mit Beschluss vom 26.11.2009 nachlassgerichtlich genehmigt. Die Genehmigungsbeschlüsse des Nachlassgerichts sind mit Rechtskraftvermerken versehen.

Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 20.1.2010 beanstandet, dass das Nachlassgericht im Ge-

nehmigungsverfahren keinen Verfahrenspfleger für die unbekanntem Erben bestellt habe. Daher seien die nachlassgerichtlichen Genehmigungen (entgegen den erteilten Bescheinigungen) noch nicht rechtskräftig.

Entscheidung

Das OLG Hamm als Beschwerdeinstanz hob die Verfügung des Grundbuchrechtspflegers auf. Zwar müssten – in Übereinstimmung mit der Auffassung des Grundbuchamts – **für die Eintragung** der beantragten Auflassungsvormerkung und des Finanzierungsgrundpfandrecht **rechtskräftige Genehmigungsbeschlüsse** vorliegen (vgl. in materieller Hinsicht §§ 1960 Abs. 1 S. 2, 1962, 1915, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB sowie in formeller Hinsicht §§ 40 Abs. 2, 45 FamFG). Auch sei dem Grundbuchamt darin zuzustimmen, dass im Genehmigungsverfahren ein **Verfahrenspfleger für die unbekanntem Erben** hätte bestellt werden müssen. Dieses sei auf jeden Fall zutreffend, da das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 18.1.2000 (Az.: 1 BvR 321/96, NJW 2000, 1709 = DNotZ 2000, 387 = MittBay-Not 2000, 311) das Verfahren des (damals geltenden) FGG insoweit als verfassungswidrig beanstandet hatte, als eine wirksame Genehmigung eines vom Nachlasspfleger abgeschlossenen Rechtsgeschäfts ergehen konnte, ohne dass der materiell beteiligte Erbe oder zumindest ein Vertreter in diesem Verfahren gehört wurde. Das OLG verweist darauf, dass die Beteiligung des Nachlasspflegers am Genehmigungsverfahren als Vertreter der unbekanntem Erben nicht ausreichen könne, da der Nachlasspfleger die Genehmigung beantragt habe, also mit eigenem Interesse an diesem Verfahren teilnehme und daher nicht geeignet sei, unparteiisch auch die Interessen der unbekanntem Erben im Verfahren wahrzunehmen.

Trotz dieses festgestellten Verstoßes liegen nach Ansicht des OLG Hamm aber wirksame und **rechtskräftige Genehmigungsbeschlüsse** vor. Insoweit schließt sich das OLG der in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 16/9733, S. 289) zum Ausdruck kommenden und in der Kommentarliteratur mittlerweile mehrheitlich vertretenen Auffassung (vgl. Keidel/Sternal, FamFG, 16. Aufl. 2009, § 63 Rn. 44; Bumiller/Harders, FamFG, 9. Aufl. 2009, § 63 Rn. 6) an, wonach bei einem versehentlich am Verfahren nicht Beteiligten, der aber am Verfahren materiell zu beteiligen gewesen wäre, die Rechtsmittelfrist so lange läuft, bis die Frist für den letzten tatsächlich Beteiligten abgelaufen ist. Diese Begrenzung sei im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit notwendig.

Mit seiner Entscheidung nimmt das OLG Hamm als erstes Gericht zu einer nach Inkrafttreten des FamFG umstrittenen Frage Stellung. Obwohl die Entscheidung sicherlich auf dem Boden der zurzeit wohl herrschenden Auffassung in der Literatur zum FamFG steht, wäre es wünschenswert gewesen, wenn sich das Gericht eingehender mit der Gegenauffassung beschäftigt hätte (vgl. Prütting/Helms/Abramenko, FamFG, 2009, § 63 Rn. 7; Bolkart, MittBay-Not 2009, 268, 272; vgl. auch **DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2009, 145, 150** zum Problemaufriss), die aus verfassungsrechtlichen Gründen und gerade unter Hinweis auf die vorgenannte Entscheidung des BVerfG vom 18.1.2000 annimmt, dass bei einem „vergessenen Beteiligten“ eine Rechtsmittelfrist ohne Bekanntgabe der Entscheidung an ihn nicht beginnen kann.

Für die Praxis ist gleichwohl davon auszugehen, dass ein „vergessener Beteiligter“ entsprechend der Gesetzesbegründung zum FamFG sein Beschwerderecht schon dann

verliert, wenn die Beschwerdefrist für den letzten formell tatsächlich am Verfahren Beteiligten abgelaufen ist.

<p>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</p> <p>Hinweis: Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.</p> <p>Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg</p> <p>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.</p>	<p>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.</p> <p>Verlag: Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg</p> <p>Druck: Druckerei Franz Scheiner Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg</p>
---	--