

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

20. Jahrgang
Mai 2012
ISSN 1434-3460

9/2012

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG § 46 Nr. 4 – Teilung eines Geschäftsanteils bei fehlender Volleinzahlung

BGB §§ 2303, 2317, 242, 362, 364, 397, 530 – Übertragung von Vermögen des Vaters an die Tochter aus dem Nachlass der Ehefrau; keine Berücksichtigung hinsichtlich des Pflichtteilsanspruchs der Tochter nach der Mutter; konkludenter Erlassvertrag über einen Pflichtteilsanspruch; Voraussetzungen der Verwirkung; Voraussetzungen einer Rückforderung wegen groben Undanks des Beschenkten

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

WEG § 13 Abs. 2 – Ermächtigung zur Zuweisung von Sondernutzungsrechten; Bestimmtheitsgrundsatz

BeurkG §§ 51, 54 – Keine Erteilung einer weiteren Ausfertigung einer Vorsorgevollmacht bei Fehlen der Aushändigungs-voraussetzungen

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG § 46 Nr. 4 Teilung eines Geschäftsanteils bei fehlender Volleinzahlung

I. Sachverhalt

Eine 2011 gegründete und inzwischen im Handelsregister eingetragene GmbH hat ein Stammkapital von 25.000,- € Einziger Gesellschafter ist Herr X, der bislang 12.500,- € eingezahlt hat. Dieser teilte ohne vorherige Volleinzahlung seinen Geschäftsanteil im Nennwert von 25.000,- € per Gesellschafterbeschluss in zwei Anteile zu 22.000,- € und 3.000,- € und verkaufte den Anteil von 3.000,- € zum Preis von 1.500,- € an Herrn Y. Die geänderte Gesellschafterliste wurde bereits in das Handelsregister aufgenommen. Dem Justitiar der GmbH kommen bei der Vorbereitung der Gesellschafterversammlung Zweifel, ob die Teilung angesichts der Teileinzahlung überhaupt erfolgen durfte bzw. konnte.

II. Frage

Ist die Teilung wirksam, obwohl der Anteil nur zur Hälfte eingezahlt ist?

III. Zur Rechtslage

1. Teilung und Volleinzahlungsgebot

Die Teilung und Abtretung nicht voll eingezahlter Geschäftsanteile ist grundsätzlich **unproblematisch möglich**; auch ein nur zur Hälfte eingezahlter Anteil kann geteilt werden (Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 17 Rn. 3; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 17 Rn. 4; vgl. auch das entsprechende Muster bei Stephan, in: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 10. Aufl. 2010, IX. 19).

Unzulässig ist bei fehlender Volleinzahlung lediglich eine **Teilung in durch Zahlung gedeckte und noch nicht gedeckte Anteile** (Scholz/Winter/Seibt, GmbHG, 10. Aufl. 2006, § 17 Rn. 2; GroßkommGmbHG/Winter/Löbbe, 2005, § 17 Rn. 4; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 46 Rn. 10; Jasper, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2009, § 24 Rn. 8). Die Rechte und Pflichten aus dem ursprünglichen Anteil, insbesondere die noch nicht bezahlten **Stammeinlagen**, verteilen sich nämlich **proportional** auf die neu gebildeten Teilanteile (Roth, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 46 Rn. 17a).

2. Exkurs: Keine Zusammenlegung nicht voll eingezahlter Anteile

Anders liegt es im umgekehrten Fall der **Zusammenlegung** von Geschäftsanteilen: Hierfür müssen die Anteile voll eingezahlt sein; es dürfen auch keine Nachschusspflichten be-

stehen (BGHZ 42, 89; nach wohl überwiegender Meinung auch nach Inkrafttreten des MoMiG, siehe nur BeckOK-GmbHG/Schindler, Stand: 1.3.2012, § 46 Rn. 37; Münch-KommGmbHG/Liebscher, 2012, § 46 Rn. 89; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 46 Rn. 20; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 46 Rn. 32; a. A. Michalski/Römermann, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 40 Rn. 180a). Der Grund liegt in den **Rechtsfolgen** einer möglichen **Kaduzierung**; der Rechtsvorgänger eines mit der Einzahlung der Stammeinlage säumigen und deshalb nach § 21 GmbHG ausgeschlossenen Gesellschafters erwirbt nämlich dessen Geschäftsanteil, wenn er den rückständigen Betrag bezahlt (§ 22 Abs. 4 GmbHG). § 22 Abs. 4 GmbHG kann aber nur dann eingehalten werden, wenn ein nicht voll einbezahlter Geschäftsanteil, der seinen Inhaber gewechselt hat, fortbesteht.

3. Ergebnis

Teilung und Abtretung konnten **vorliegend** also **wirksam** erfolgen. Insbesondere entsprechen die geschaffenen Teilgeschäftsanteile dem Gebot des § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG, lauten also auf volle Euro; auch der nach mittlerweile wohl h. M. erforderliche Teilungsbeschluss (siehe nur BeckOK-GmbHG/Schindler, § 46 Rn. 36) ist gegeben (er liegt bei einer Einpersonengesellschaft freilich zugleich in der Teilungserklärung des Alleingesellschafters). Verteilen sich die eingezahlten und nicht eingezahlten Einlagen proportional auf die neu gebildeten Teilanteile, wären auf den Anteil im Nennwert von 3.000,- € noch 1.500,- € Resteinlage zu leisten.

BGB §§ 2303, 2317, 242, 362, 364, 397, 530 Übertragung von Vermögen des Vaters an die Tochter aus dem Nachlass der Ehefrau; keine Berücksichtigung hinsichtlich des Pflichtteilsanspruchs der Tochter nach der Mutter; konkludenter Erlassvertrag über einen Pflichtteilsanspruch; Voraussetzungen der Verwirkung; Voraussetzungen einer Rückforderung wegen groben Un- danks des Beschenkten

I. Sachverhalt

Die Eheleute M und F waren ursprünglich je zur Hälfte Miteigentümer eines Hausanwesens. Die Ehefrau F verstarb am 7.7.2009 und wurde von ihrem Ehemann M als alleinigem Erben aufgrund Erbvertrags beerbt. Die Ehegatten haben eine gemeinsame Tochter T.

Im Jahr 2010 übertrug M als alleiniger Eigentümer das Hausanwesen unentgeltlich unter Vorbehalt eines lebenslangen Wohnrechts sowie eines Rückforderungsrechts für den Fall der Insolvenz von T und der unberechtigten Veräußerung oder Belastung. Im Übergabevertrag ist nicht geregelt, wie sich die Übertragung in Bezug auf den der Tochter T nach dem Tode ihrer Mutter gegen ihren Vater M zustehenden Pflichtteilsanspruch auswirkt.

Ungeachtet der Übertragung des Hausanwesens macht T nunmehr den Pflichtteil nach F gegenüber dem Alleinerben M geltend. Der Pflichtteilsanspruch bemisst sich im Wesentlichen nach dem früheren hälftigen Miteigentumsanteil

der F am vertragsgegenständlichen Grundbesitz; der sonstige Nachlass ist weitgehend wertlos. Der Wert des übertragenen Grundbesitzes übersteigt den geltend gemachten Pflichtteilsanspruch damit erheblich.

II. Fragen

1. Steht der Tochter T ein Pflichtteilsanspruch hinsichtlich des Werts des hälftigen Miteigentumsanteils an der Immobilie gegen ihren Vater zu, obwohl ihr das gesamte Hausanwesen nach dem Tod der Mutter von M als dem Schuldner des Pflichtteilsanspruchs übertragen wurde?

2. Kann M im Wege einer „nachträglichen Tilgungsbestimmung“ einseitig bestimmen, dass die Übertragung auch zur Abgeltung des der Tochter zustehenden Pflichtteilsanspruchs vorgenommen wurde?

3. Falls der Pflichtteilsanspruch vorliegend ungeachtet der lebzeitigen Überlassung besteht: Kann M den Überlassungsvertrag in irgendeiner Weise einseitig rückgängig machen?

III. Zur Rechtslage

1. Pflichtteilsanspruch der T

a) Bestehen eines Pflichtteilsanspruchs

Als Tochter der F, die durch Verfügung von Todes wegen enterbt wurde, ist T gem. § 2303 Abs. 1 S. 1 BGB pflichtteilsberechtigt. Schuldner des Pflichtteilsanspruchs ist M als Alleinerbe der F.

b) Erlöschen des Anspruchs durch Erfüllung?

Die Übertragung des Grundbesitzes von M auf T erfolgte aufgrund Schenkungsvertrags. Eine **nachträgliche Auswechslung** oder Umwidmung **des Schuldgrundes** dahingehend, dass mit der Übertragung (auch) die Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs der T gegen M bezweckt war, ist aber **grundsätzlich denkbar** (vgl. zur zulässigen nachträglichen Umwandlung einer Schenkung in ein voll entgeltliches Rechtsgeschäft BGH DNotZ 2007, 698 = DNotI-Report 2007, 79).

In dem der vorgenannten BGH-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatten die Parteien eines Schenkungsvertrags nachträglich die volle Entgeltlichkeit der zunächst unentgeltlich erbrachten Leistungen vereinbart. Nach Ansicht des BGH hat der Pflichtteilsberechtigte die nachträgliche Vereinbarung einer entgeltlichen Leistung ebenso zu akzeptieren, wie er auch die ursprüngliche Vereinbarung von Gegenleistungen hätte hinnehmen müssen. Voraussetzung sei lediglich, dass die Gegenleistungen tatsächlich erbracht werden, die Zusage der Vergütung objektiv vertretbar war und aus Sicht der Beteiligten als angemessen angesehen werden kann.

Abgesehen davon, dass die BGH-Rechtsprechung in der Literatur teilweise kritisch gesehen und im Einzelfall eine Umgehung von § 2325 BGB befürchtet wird, scheidet eine Auswechslung des Schuldgrundes vorliegend an der fehlenden Mitwirkung der T. Eine **einseitige nachträgliche Auswechslung des Schuldgrundes** ohne deren Mitwirkung ist **nicht möglich**. Ist der Schuldgrund einer Leistung – wie hier – durch Vereinbarung des Gläubigers mit dem Schuldner bestimmt, muss eine spätere hiervon abweichende Tilgungsbestimmung des Schuldners wirkungslos bleiben (MünchKommBGB/Fetzer, 6. Aufl. 2012, § 362 Rn. 11).

c) Erlöschen des Anspruchs durch Erlass?

Denkbar wäre ferner ein Erlöschen des Pflichtteilsanspruchs durch Erlass gem. § 397 BGB. Der insoweit erforderliche Erlassvertrag kann grundsätzlich auch stillschweigend durch schlüssiges Verhalten geschlossen werden (BGH FamRZ 1981, 763; NJW 2001, 2324). Dies setzt jedoch einen entsprechenden Verzichtswillen der Vertragsparteien voraus, für dessen Bejahung ein strenger Maßstab anzulegen ist (Dauner-Lieb/Langen/Gerhard, BGB, 1. Aufl. 2005, § 397 Rn. 20). Allein aus der bloßen Nichtgeltendmachung der Forderung kann generell kein Erlasswille gefolgert werden (Staudinger/Rieble, BGB, Neubearb. 2005, § 397 Rn. 116).

Dass der Erlassvertrag auch durch konkludentes Verhalten geschlossen werden kann, gilt sowohl hinsichtlich der Verzichtserklärung des Gläubigers als auch mit Blick auf deren Annahme durch den Schuldner (MünchKommBGB/Schlüter, § 397 Rn. 3). Der **Verzichtswille** ist jedoch in solchen Fällen **besonders streng zu prüfen**, er kann nur angenommen werden, wenn für eine solche Willensrichtung ein triftiger Grund ersichtlich ist. Ein Erlass durch schlüssiges Verhalten kommt daher nicht in Betracht, wenn den Vertragspartnern das Bestehen entsprechender Ansprüche nicht bekannt ist und sie auch nicht mit der Möglichkeit ihres Bestehens rechnen (MünchKommBGB/Schlüter, § 397 Rn. 3 m. w. N.).

Da die Grundbesitzübertragung nicht in Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs erfolgte (bzw. an Erfüllung statt), ist die Annahme eines Verzichtswillens **u. E. fernliegend**.

d) Keine Verjährung

Im Ergebnis kann sich M auch nicht erfolgreich auf die Einrede der Verjährung (§ 214 Abs. 1 BGB) berufen. Zum 1.1.2010 trat das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts in Kraft. Hiernach gilt für die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs nicht mehr § 2332 BGB, sondern es finden grundsätzlich die allgemeinen Regeln der §§ 195 ff. BGB Anwendung.

Die Anwendung der Vorschriften des BGB über die Verjährung in der seit dem 1.1.2010 geltenden Fassung (§§ 195 ff. BGB) setzt nach **Art. 229 § 23 Abs. 1 S. 1 EGBGB** voraus, dass der in Rede stehende Pflichtteilsanspruch an diesem Tag bestand und nicht verjährt war. War vorliegend die 3-jährige Verjährungsfrist des § 2332 Abs. 1 BGB am 1.1.2010 noch nicht abgelaufen und der Anspruch somit noch nicht verjährt, kommen die Verjährungsvorschriften in der neuen Fassung zur Anwendung. Allerdings verbleibt es gem. **Art. 229 § 23 Abs. 1 S. 2 EGBGB** bei der vormaligen Verjährungsregelung, wenn der Anspruch hiernach früher verjährt. Zur Zeit des Erbfalls verjäherte der Pflichtteilsanspruch **nach § 2332 Abs. 1 BGB a. F. in drei Jahren** von dem Zeitpunkt an, in welchem der Pflichtteilsberechtigte von dem Eintritt des Erbfalls und der ihn beeinträchtigenden Verfügung Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in 30 Jahren vom Eintritt des Erbfalls an. Unterstellt, T erlangte vom Tod der F unmittelbar Kenntnis und wusste zu diesem Zeitpunkt auch bereits von dem für die Erbfolge maßgeblichen, sie ausschließenden Erbvertrag, verjäherte ihr Pflichtteilsanspruch nach § 2332 Abs. 1 BGB a. F. mit Ablauf des 7.7.2012. Da ein früherer Eintritt der Verjährung nicht in Betracht kommt, kann M die Einrede der Verjährung im vorliegenden Fall nicht erfolgreich geltend machen.

e) Verwirkung?

aa) Der Pflichtteilsanspruch der T könnte jedoch verwirkt sein. Die Verwirkung ist eine anerkannte besondere Ausprägung des in § 242 BGB verankerten Verbotes widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*, Staudinger/Olzen, Neubearb. 2009, § 241 Rn. 219; Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 302 m. w. N.). Ein Verstoß gegen § 242 ist nach h. M. eine **Einwendung**, wäre in einem Prozess daher von Amts wegen zu berücksichtigen (st. Rspr., vgl. BGHZ 3, 94, 103 f.). Die Verwirkung bedeutet den **Verlust eines Rechts, das der Gläubiger einen gewissen Zeitraum nicht ausgeübt** hat, sodass sich der Schuldner in schutzwürdiger Weise darauf einrichten konnte, nicht mehr in Anspruch genommen zu werden (BGHZ 25, 47, 52; 105, 290, 298 = NJW 1989, 836; Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 302 m. w. N.). Das erkennbare Verhalten einer Partei kann danach bei einem Vertragspartner dahingehendes **Vertrauen** auslösen, **dass jene bestimmte Rechte nicht (mehr) geltend machen werde** (Staudinger/Olzen, § 241 Rn. 219). Voraussetzung einer Verwirkung sind ein **Zeitmoment** und ein sog. **Umstandsmoment**, die miteinander in Wechselwirkung stehen. Die Verwirkung kann also umso eher in Betracht kommen, je mehr Zeit vergangen ist, ohne dass der Gläubiger sein Recht geltend gemacht hat (Staudinger/Looschelders/Olzen, § 242 Rn. 308 m. w. N.).

bb) Vorliegend ist zwar ein großer Teil der Verjährungsfrist abgelaufen, ohne dass der Pflichtteilsanspruch geltend gemacht worden wäre. Im Ergebnis bestehen u. E. aber **keine hinreichenden Anhaltspunkte für ein schutzwürdiges Vertrauen** des M dahingehend, dass ein Pflichtteilsanspruch nach der F durch T nicht mehr geltend gemacht werden wird; es fehlt insoweit an Erkenntnissen zum Motiv der Überlassung.

Mit Blick auf die besondere Konstellation – der Pflichtteilsanspruch resultiert rechnerisch im Wesentlichen aus dem ursprünglich hälftigen Miteigentumsanteil der F – dürften u. E. an die Substantiierung des Umstandsmoments keine hohen Anforderungen zu stellen sein. Denn im konkreten Fall streitet der Zweck des Pflichtteilsrechts, dem Pflichtteilsberechtigten eine Mindestteilhabe am Vermögen des Erblassers zu gewährleisten, nicht für das Begehren der T; die wirtschaftliche Teilhabe am Nachlass der F ist schon dadurch erreicht, dass M der T den gesamten vertragsgegenständlichen Grundbesitz übertragen hat. Dadurch ist T sogar besser gestellt, als wenn sie nach der Mutter F nur den Pflichtteilsanspruch gem. § 2303 Abs. 1 S. 1 BGB gehabt hätte, da der (ideelle) hälftige Miteigentumsanteil der F am vertragsgegenständlichen Grundbesitz den wesentlichen Teil des Nachlasses nach F ausmacht.

Schließlich dürfte es auch von Relevanz sein, wie lange der T bereits bewusst war, dass ihr ein Pflichtteilsanspruch nach F zusteht.

f) Störung der Geschäftsgrundlage?

Unter Umständen könnte sich die nachfolgende Geltendmachung des Pflichtteils als Störung der Geschäftsgrundlage i. S. v. § 313 BGB darstellen, welche über den Umweg der Anpassung des Überlassungsvertrags dem M ggf. einen Anspruch auf Rückübertragung des Grundbesitzes bzw. Wertersatz gewährt, der dem Pflichtteilsverlangen entgegeng gehalten werden kann. Hierfür müsste die **Nichtgeltendmachung nach den erkennbaren Vorstellungen der Parteien Geschäftsgrundlage** des Schenkungsvertrags

geworden sein. Insoweit kommt es entscheidend darauf an, welche Vorstellungen sich die Parteien bei Abschluss des Überlassungsvertrags über das Bestehen eines Pflichtteilsanspruchs der T oder seine künftige Geltendmachung gemacht haben.

Vorliegend **fehlen aber konkrete Anhaltspunkte** für dahingehende, zum Ausdruck gebrachte Vorstellungen.

2. Möglichkeiten des M, den geschenkten Gegenstand herauszuverlangen

Andererseits stellt sich die Frage, ob M den geschenkten Gegenstand möglicherweise wieder herausverlangen kann.

a) Widerruf des Schenkungsvertrags wegen groben Undanks des Beschenkten?

Ein Rückforderungsrecht des M könnte sich zum einen infolge Widerrufs des Schenkungsvertrags wegen groben Undanks der Beschenkten nach **§ 530 Abs. 1 BGB** ergeben.

Der Vorschrift liegt der Gedanke zugrunde, dass derjenige, der einem anderen eine Schenkung gemacht hat, aufseiten des Beschenkten mit einem gewissen Maß an Dankbarkeit rechnen darf; bleibt nicht nur der Dank aus – was rechtlich nicht sanktioniert ist –, sondern verhält sich der Beschenkte in grob undankbarer Weise, dann wird diese erhebliche Abweichung von der Sozialmoral durch ein Widerrufsrecht des Schenkers hinsichtlich der Schenkung sanktioniert. Die Vermeidung grob undankbaren Verhaltens wird damit zur „Obliegenheit“ des Beschenkten (vgl. MünchKommBGB/J. Koch, 6. Aufl. 2012, § 530 Rn. 1).

aa) Als „schwere Verfehlung“ i. S. d. § 530 Abs. 1 BGB wurden bislang z. B. die Bedrohung des Lebens, schwere körperliche Misshandlungen, grundlose Strafanzeigen, grundlose Entmündigungs- oder Pflegschaftsanträge und u. U. auch schwere Beleidigungen anerkannt (vgl. MünchKommBGB/J. Koch, § 530 Rn. 9). Als „schwere Verfehlung“ gilt es auch, wenn der Beschenkte sich ernsthaft um die Veräußerung des gemeinsam mit dem Schenker bewohnten Grundstücks bemüht, obwohl er diesem Pflege und Wohnung schuldet (vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 781, 782), oder wenn bei der Schenkung eines Hausgrundstücks ein dem Schenker eingeräumtes lebenslanges Wohnungsrecht dadurch gefährdet wird, dass der Beschenkte die Zwangsversteigerung aufgrund eines dem Wohnungsrecht vorhergehenden eingetragenen Rechts androht (vgl. OLG Köln NJW-RR 2002, 1595 = RNotZ 2002, 280).

bb) Ob die **Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs des Beschenkten** gegen den Schenker, der rechnerisch primär aus dem bereits geschenkten Gegenstand resultiert, eine **schwere Verfehlung** i. S. v. § 530 BGB darstellt oder jedenfalls im Einzelfall darstellen kann, wurde in Rechtsprechung und Literatur bislang nicht ausdrücklich erörtert. Zunächst ist zu klären, ob die Ausübung von dem Beschenkten zustehenden Rechten für sich genommen überhaupt ein im Rahmen des § 530 BGB relevantes Fehlverhalten darzustellen vermag.

Im Grundsatz ist jedenfalls davon auszugehen, dass der Beschenkte aufgrund seiner „Dankesschuld“ nicht daran gehindert ist, bestehende Rechte gegenüber dem Schenker auszuüben. Der Schenker darf allerdings vom Beschenkten erwarten, dass dieser **von seinen Rechten nur** unter gebührender Berücksichtigung der Interessen des Schenkers, also

rücksichtsvoll und schonend Gebrauch macht (MünchKommBGB/J. Koch, § 530 Rn. 12). Dementsprechend wird es als grober Undank i. S. v. § 530 BGB gewertet, wenn der Beschenkte seine Eigentümerposition am geschenkten Grundbesitz rücksichtslos durchsetzt und etwa die sofortige Räumung verlangt und somit den Schenker in seiner beruflichen Existenz gefährdet (BGH NJW-RR 1993, 1410, 1411). Bei der Schenkung eines Gesellschaftsanteils ist die Mitwirkung des Beschenkten an der Abberufung des Schenkers aus der Unternehmensleitung oder dessen Ausschluss aus der Gesellschaft (ausnahmsweise) dann als grob undankbar zu werten, wenn die Mitwirkung des Beschenkten auf einer „feindseligen Gesinnung“ beruht (BGHZ 112, 44, 49 = DNotZ 1991, 819).

Diese und weitere Beispielsfälle aus der Rechtsprechung (vgl. die Darstellung bei MünchKommBGB/J. Koch, § 530 Rn. 12 f.) weisen folgende Gemeinsamkeit auf: Die Annahme eines relevanten Fehlverhaltens des Beschenkten bei der Ausübung ihm zustehender Rechte gründet jeweils auf einem (wie auch immer gearteten) **Bezug des ausgeübten Rechts des Beschenkten zum geschenkten Gegenstand**. Ein derartiger Bezug ließe sich u. E. auch im vorliegenden Fall bejahen, da T den Pflichtteilsanspruch gegen ihren Vater geltend macht, obwohl dieser rechnerisch im Wesentlichen in dem ursprünglich der F zustehenden hälftigen Miteigentumsanteil gründet, der ihr zuvor unentgeltlich übertragen worden war.

Daher erscheint es uns – freilich abhängig von der subjektiven Motivation der T, den Pflichtteilsanspruch jetzt noch geltend zu machen –, **nicht ausgeschlossen**, dass ein **Rückforderungsrecht** des M wegen groben Undanks der Beschenkten aus § 530 Abs. 1 besteht.

b) Anfechtbarkeit des Schenkungsvertrags?

M dürfte den geschenkten Gegenstand auch dann wieder herausverlangen, wenn er seine auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung erfolgreich anfechten könnte (§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB). Nach unserem Dafürhalten wäre ein etwaiger Irrtum des M, dass ein Pflichtteilsanspruch (jedenfalls nach der Übertragung des Grundbesitzes) der T hinsichtlich des Vermögens der F nicht (mehr) besteht, oder die Erwartung, dass die T ihren Pflichtteil nicht geltend machen würde, jedoch jeweils als bloßer **Motivirrtum** unbeachtlich.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

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

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

**BGB §§ 167, 168, 172; GBO §§ 35, 39, 40
Grundstücksveräußerung ohne Voreintragung der Erben und ohne Erbnachweis aufgrund transmortaler Vollmacht
Abruf-Nr.: 112811**

BeurkG §§ 9, 10, 44a Abs. 2; BNotO § 56
Berichtigung einer offensichtlichen Unrichtigkeit durch
Amtsnachfolger des Notars
Abruf-Nr.: 111124

FamFG §§ 448, 450, 467, 468; BGB §§ 1162, 1170, 1171
Aufgebot eines Grundschuldbriefes; Antragsberechtigung
des Erben des Grundstückseigentümers; Glaubhaftmachung;
Verlust des Grundschuldbriefes; unbekannter Gläubiger;
Hinterlegung
Abruf-Nr.: 114693

AktG §§ 97, 98; DrittelbG § 1
Mitbestimmung nach dem DrittelbG; Weigerung des
Vorstands zur Bildung eines Aufsichtsrats; Sanktionsmöglichkeiten
Abruf-Nr.: 112494

Rechtsprechung

WEG § 13 Abs. 2
Ermächtigung zur Zuweisung von Sondernutzungsrechten;
Bestimmtheitsgrundsatz

Eine Regelung in der Teilungserklärung, durch die sich der teilende Eigentümer vorbehält, an Flächen des Gemeinschaftseigentums nachträglich Sondernutzungsrechte zu begründen, muss dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen.

BGH, Urt. v. 20.1.2012 – V ZR 125/11
Abruf-Nr.: 11029R

Problem

Die Parteien sind Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft, welche infolge der Teilung durch den Beklagten entstanden ist. Letzterem gehören u. a. die im Erdgeschoss gelegenen Wohnungs- und Teileigentumseinheiten Nr. 1, 2, 11, 20, 21 und 34. Die Kläger sind Eigentümer einer Wohnung im zweiten Obergeschoss. Nach der am 24.7.2000 geänderten Teilungserklärung ist der Beklagte unwiderruflich befugt, „Teile der Gartenflächen als Terrassen zur Sondernutzung“ zuzuordnen. Die Befugnis erlischt für das jeweilige Sondernutzungsrecht nach dessen Eintragung in das Grundbuch des begünstigten Wohnungs- bzw. Teileigentums.

Mit notarieller Urkunde vom 10.8.2009 wies der Beklagte den Einheiten Nr. 1, 11, 20 und 34 jeweils ein Sondernutzungsrecht an näher bezeichneten, in einem Lageplan eingezeichneten Hofflächen zu. Eine weitere Zuweisung von Sondernutzungsflächen ist für die Einheiten Nr. 2 und 21 geplant. Die Kläger verlangen vom Beklagten, es zu unterlassen, künftig Sondernutzungsrechte in Bezug auf die im Gemeinschaftseigentum stehenden Freiflächen zuzuweisen, und beantragen festzustellen, dass die bereits vorgenommenen Zuweisungen unwirksam sind. Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten blieb erfolglos. Dieser verfolgt mit der zugelassenen Revision seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidung

Der V. Zivilsenat des BGH teilt im Ergebnis die Auffassung des Berufungsgerichts, wonach der Vorbehalt in der

Teilungserklärung wegen Verstoßes gegen das sachenrechtliche Bestimmtheitsgebot unwirksam sei. Zwar könne sich der teilende Eigentümer in der Teilungserklärung ermächtigen, bei Verkauf der Wohnungseigentumseinheiten dem jeweiligen Erwerber das Sondernutzungsrecht an bestimmten Flächen einzuräumen und dessen Inhalt näher zu bestimmen, sofern und solange der dadurch Begünstigte Eigentümer einer Wohnungs- oder Teileigentümereinheit ist (vgl. BGH DNotI-Report 2012, 21). Vorstehendes gelte sowohl für die Ermächtigung, bereits bestehende Sondernutzungsrechte zu konkretisieren oder zu ändern, als auch für einen Vorbehalt, der es dem teilenden Eigentümer ermöglicht, die Teile des Gemeinschaftseigentums, von deren Mitgebrauch die übrigen Wohnungseigentümer ausgeschlossen und an denen Sondernutzungsrechte begründet werden sollen, zu einem späteren Zeitpunkt festzulegen.

Allerdings müsse ein solcher **Vorbehalt dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz** genügen. Dieser sei ebenso für das als **Inhalt des Sondereigentums** i. S. v. § 10 Abs. 3 WEG in das Grundbuch einzutragende Sondernutzungsrecht zu beachten. Der verbindlichen Festlegung eines Sondernutzungsrechts stehe es gleich, wenn die Wohnungseigentümer durch die Teilungserklärung von dem Mitgebrauch einer im Gemeinschaftseigentum stehenden Fläche ausgeschlossen werden (**negative Komponente des Sondernutzungsrechts**) mit der Folge, dass ihre Mitwirkung bei der späteren Zuweisung eines Sondernutzungsrechts an dieser Fläche entbehrlich ist. Entsprechendes gelte für eine Ermächtigung des teilenden Eigentümers, zu einem späteren Zeitpunkt Sondernutzungsrechte zu begründen. Denn zum Inhalt eines dinglichen Rechts gehörten alle Regelungen der Teilungserklärung mit Vereinbarungscharakter und damit auch Ermächtigungen, durch die Entscheidungen, welche nach dem Gesetz einer Vereinbarung der Wohnungseigentümer bedürfen, auf den teilenden Eigentümer übertragen werden (Vereinbarungscharakter der Ermächtigung).

Nach Auffassung des BGH genügt der Vorbehalt in der Teilungserklärung dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz vorliegend nicht, da die Formulierung, der Beklagte sei befugt, „Teile der Gartenflächen als Terrassen zur Sondernutzung“ zuzuordnen, offenlasse, auf welche Flächen des Gemeinschaftseigentums sich die Befugnis beziehe. Diese seien weder aus einem Lageplan ersichtlich noch in anderer Form beschrieben. Infolge der Begrenzung auf „Teile“ der Gartenflächen könne der Vorbehalt zudem nicht als Befugnis verstanden werden, an sämtlichen Gartenflächen Sondernutzungsrechte zu begründen, sodass sich auch nicht im Wege der Auslegung ein bestimmter Inhalt der Ermächtigung feststellen lasse.

Schließlich sei es im vorliegenden Fall ohne Bedeutung, ob die am 24.7.2000 vorgenommene Änderung der Teilungserklärung, die den maßgeblichen Änderungsvorbehalt enthält, in das Grundbuch eingetragen wurde oder nicht. Zwar müsse der Änderungsvorbehalt nur im Falle der Eintragung dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen, da er nur dann Inhalt des Sondereigentums geworden ist. Allerdings stehe der **Wirksamkeit eines nur schuldrechtlich vereinbarten Änderungsvorbehalts** der Grundsatz entgegen, dass die Übertragung einer nach dem Gesetz den Wohnungseigentümern vorbehaltenen Kompetenz auf einzelne unter ihnen einer Ermächtigung bedarf, die Ausmaß und Umfang der daraus folgenden Belastungen für die Wohnungseigentümer zweifelsfrei erkennen lässt. Die

Festlegung des betroffenen Gemeinschaftseigentums könne zwar weit gefasst sein, da der Bestimmtheitsgrundsatz nur gewährleisten soll, dass Inhalt und Umfang der Kompetenzübertragung zweifelsfrei feststehen, und nicht auf eine Inhaltskontrolle der Klausel zielt. Unerlässlich sei aber, dass der Vorbehalt **dem unbefangenen Betrachter eine klare Vorstellung von der Reichweite** des (schuldrechtlichen) Änderungsvorbehalts **vermittelt**, woran es vorliegend aus den vorgenannten Gründen fehle.

BeurkG §§ 51, 54

Keine Erteilung einer weiteren Ausfertigung einer Vorsorgevollmacht bei Fehlen der Aushängungsvoraussetzungen

Wird der Notar im Rahmen der Beurkundung einer Vorsorgevollmacht angewiesen, dem Bevollmächtigten eine weitere Ausfertigung der Urkunde nur auf schriftliche Anweisung des Vollmachtgebers zu erteilen, darf er sich hierüber nicht allein deshalb hinwegsetzen, weil der Vollmachtgeber zwischenzeitlich dauerhaft geschäftsunfähig ist.

LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 22.12.2011 – 12 T 7607/11
Abruf-Nr.: **11030R**

Problem

§ 51 BeurkG lässt für einen Anspruch auf Erteilung einer Ausfertigung nicht genügen, dass der Antragsteller ein berechtigtes Interesse an der Erteilung der Ausfertigung geltend macht. Auch das Ermessen des Notars ist insoweit nicht maßgeblich. Der Notar hat vielmehr die Antragsberechtigung sorgfältig zu prüfen und muss die Erteilung verweigern, wenn die Voraussetzungen des § 51 BeurkG fehlen (vgl. Winkler, BeurkG, 16. Aufl. 2008, § 51 Rn. 5).

Antragsberechtigt ist nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG zunächst der **Vollmachtgeber**, nicht der Bevollmächtigte. Dem **Bevollmächtigten** wird ein **Antragsrecht nur nach Maßgabe des § 51 Abs. 2 BeurkG** zugebilligt, also dann, wenn ihm der Vollmachtgeber ein derartiges Recht eingeräumt hat.

Im vorliegenden Fall hatte Frau S eine Vorsorgevollmacht zugunsten ihres Sohnes beurkunden und sich eine Ausfertigung der Urkunde für den Bevollmächtigten übersenden lassen. In der Urkunde wurde der **Notar angewiesen, dem Bevollmächtigten weitere Ausfertigungen** der Urkunde **nur auf schriftliche Anweisung des Vollmachtgebers** zu erteilen. Die Vollmachtgeberin ist inzwischen dauerhaft geschäftsunfähig. Die Ausfertigung der Vollmachtsurkunde ist nicht auffindbar. Auf Anraten des Notars hatte der Bevollmächtigte zunächst ein Betreuungsverfahren mit dem Ziel eingeleitet, einen Betreuer bestellen zu lassen, welcher den Notar anstelle der Vollmachtgeberin anweist, eine weitere Ausfertigung der Vollmachtsurkunde an den Bevollmächtigten zu erteilen. Die Bestellung eines Betreuers wurde vom Betreuungsgericht jedoch abgelehnt. Einem erneuten Antrag auf Erteilung der weiteren Ausfertigung entsprach der Notar wiederum nicht. Gegen diese Ablehnung legte der Bevollmächtigte gem. § 54 Abs. 1 BeurkG Beschwerde ein.

Entscheidung

Das LG Nürnberg-Fürth stützt die Entscheidung des Notars. Aus Sicht des Gerichts war der Notar im Rahmen seiner Amtspflichten nicht nur berechtigt, sondern auch **verpflichtet**, die **Erteilung einer weiteren Ausfertigung** der beurkundeten Vorsorgevollmacht **zu verweigern**. Zwar sei im vorliegenden Fall der Kreis der Ausfertigungsberechtigten i. S. v. § 51 Abs. 2 BeurkG auf den Bevollmächtigten personell erweitert worden. Gleichzeitig sei die **Erteilung weiterer Ausfertigungen aber an weitere Voraussetzungen** – hier die schriftliche Anweisung des Vollmachtgebers – **geknüpft** worden, die vorliegend unstreitig nicht erfüllt waren. In diesem Zusammenhang weist das LG darauf hin, dass die Weisung u. a. den Zweck habe, den Vollmachtgeber bei einem zwischenzeitlichen Widerruf der Vollmacht zu schützen.

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache hat das LG die Rechtsbeschwerde nach § 54 Abs. 2 BeurkG, § 70 Abs. 2 Nr. 1 FamFG zugelassen.

Literaturhinweise

Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

Veranstaltungen

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 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. Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

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:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg