

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

21. Jahrgang
Oktober 2013
ISSN 1434-3460

19/2013

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO §§ 733, 797 Abs. 3 – Entscheidung über Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung

GmbHG §§ 15, 17 a. F., 46 Nr. 4 – Teilgeschäftsanteilsabtretung; vorherige Teilung durch Gesellschafterbeschluss; schwebende Unwirksamkeit; aufschiebend bedingte Abtretung zukünftiger Teilgeschäftsanteile

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 307 Abs. 1 S. 1; AGBG § 9 Abs. 1 – Bauträgervertrag: Unzulässigkeit einer formularmäßig erteilten Abnahmevollmacht an den vom Bauträger zu bestimmenden Erstverwalter

BGB §§ 181, 2205 S. 3, 2368; GBO § 29 – Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers bei In-sich-Geschäft

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO §§ 733, 797 Abs. 3 Entscheidung über Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung

I. Sachverhalt

Der Gläubiger einer Grundschuld stellt einen Antrag auf Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde.

II. Frage

Welches Verfahren ist nach dem ab 1.9.2013 geltenden § 797 Abs. 3 ZPO einzuhalten, wenn der Notar ersucht wird, eine weitere vollstreckbare Ausfertigung einer Urkunde zu erteilen?

III. Zur Rechtslage

1. Erteilung weiterer vollstreckbarer Ausfertigung einer notariellen Urkunde

Durch das Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare vom 26.6.2013 (BGBl. I 2013, S. 1800) wurde § 797 Abs. 3 ZPO mit Wirkung zum 1.9.2013 (Art. 12 Abs. 2, BGBl. I 2013, S. 1800, 1804) in seinem S. 2 dahingehend neu gefasst, dass die **Entscheidung** über die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung bei einer notariellen Urkunde **von dem die Urkunde verwahrenden Notar getroffen wird**. Infolge dieser **Zuständigkeitsverlagerung** ist nun der Notar für die Entscheidung nicht nur über die erstmalige, sondern auch über die Erteilung weiterer vollstreckbarer

Ausfertigungen zuständig. Gem. § 52 BeurkG hat also er selbst – ohne Einschaltung des Amtsgerichts – nach Maßgabe des § 733 ZPO die weiteren vollstreckbaren Ausfertigungen zu erteilen.

a) Begriffsbestimmung

Eine **weitere vollstreckbare Ausfertigung** ist nur dann gegeben, wenn über ein und denselben Titel, also über denselben prozessualen Anspruch, **mehrere vollstreckbare Ausfertigungen zugleich im Umlauf sind**. Sie liegt hingegen nicht vor, wenn der alte Titel zurückgegeben wird (insbesondere bei einer Klauselumschreibung nach § 727 ZPO oder bei einer Berichtigung der Klausel) oder wenn mehrere vollstreckbare Ausfertigungen jeweils nur über einen Teil des titulierten Anspruchs erteilt werden.

b) „Zweifelsfallregelung“

Die zusätzlichen Anforderungen des § 733 ZPO dienen dem **Schutz des Schuldners** und sollen gewährleisten, dass der Gläubiger nicht aus demselben Titel **mehrfach gegen ihn vollstreckt**. Die gleiche Schutzrichtung – Verhinderung einer Doppelvollstreckung – weisen § 734 ZPO (Vermerk auf der Urschrift) und § 757 ZPO (Quittierung auf der vollstreckbaren Ausfertigung und Ablieferung beim Schuldner) auf. Dessen ungeachtet ist bzgl. der weiteren vollstreckbaren Ausfertigung stets zu berücksichtigen, dass der Gläubiger einen Vollstreckungstitel erwirkt hat und diesen grundsätzlich auch vollsetzen kann. **Im Zweifel** ist daher die **weitere vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen**. **Dem Schuldner steht ausreichender Rechtsschutz** – insbesondere in Gestalt der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO – **zur Verfügung**. Es obliegt ihm, sich ggf. mit den prozessual vorgesehenen Möglichkeiten gegen den existen-

ten Titel zur Wehr zu setzen und etwa die Erledigung des Titels (durch Erfüllung o. Ä.) darzulegen und zu beweisen (OLG Saarbrücken Rpfleger 2007, 673, 674; OLG Düsseldorf Rpfleger 2013, 283; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl. 2011, Rn. 41.22 m. w. N.).

2. Verfahrensfragen

a) Verfahren

aa) Antrag und Zuständigkeit

Das Verfahren wird durch den Antrag des Gläubigers auf Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung eingeleitet, für den kein Anwaltszwang besteht und der auch formlos gestellt werden kann (Saenger/Kindl, ZPO, 5. Aufl. 2013, § 733 Rn. 5; Musielak/Lackmann, ZPO, 10. Aufl. 2013, § 733 Rn. 7). Die Zuständigkeit des Notars ist nach dem neu gefassten § 797 Abs. 3 S. 2 ZPO für vollstreckbare Urkunden nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO gegeben, die sich in der Verwahrung des Notars befinden.

bb) Grds. obligatorische Anhörung

Nach dem Wortlaut des § 733 Abs. 1 ZPO kann der Schuldner gehört werden. Im Interesse eines effektiven Schuldnerschutzes ist er jedoch stets anzuhören, wenn nicht ausnahmsweise eine besondere Dringlichkeit besteht oder Zweifel an der Berechtigung des Gläubigers ausgeschlossen sind (OLG Schleswig, Beschl. v. 17.12.2009 – 16 W 142/09, Tz. 3; Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 733 Rn. 11). Da allgemein ein **generelles Anhörungserfordernis im Rahmen von § 733 ZPO** bejaht wird, hat der Gesetzgeber auf die Normierung einer Anhörungspflicht verzichtet (BT-Drs. 17/1469, S. 19).

Die Anhörung kann **formlos – schriftlich oder mündlich**, ggf. auch telefonisch – erfolgen (BeckOK-ZPO/Ulrici, Std.: 15.7.2013, § 730 Rn. 5; Musielak/Lackmann, § 730 Rn. 2). **Strittig** ist, **ob** die Anhörung ausdrücklich **durch einen Beschluss angeordnet werden muss**, der auch dem Gläubiger zustellen ist (so Wolfsteiner, Rn. 41.38 u. 35.38; a. A. Giers, in: Kindl/Meller-Hannich/Wolf, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 2. Aufl. 2013, § 730 ZPO Rn. 5). U. E. dürfte ein förmlicher Beschluss nicht erforderlich sein, zumal die Anhörung gerade formlos möglich ist und die Entscheidung über die Anhörung keine rechtlichen Auswirkungen zeitigt. Die **Entscheidung über eine Anhörung ist nicht mit Rechtsbehelfen angreifbar**; für den Schuldner besteht keine Pflicht oder Obliegenheit, von der Anhörungsmöglichkeit Gebrauch zu machen (BeckOK-ZPO/Ulrici, § 730 Rn. 5, 8; Giers, § 730 ZPO Rn. 5). Spätestens die tatsächliche Erteilung der Ausfertigung wird auch einem bislang nicht gehörten Schuldner nach § 733 Abs. 2 ZPO mitgeteilt. Hierdurch wird eine bislang etwa unterbliebene Anhörung „nachgeholt“; der Schuldner erhält (ggf. ein weiteres Mal) Gelegenheit, sich gegen die bevorstehende Vollstreckung zu wehren. Die Klauselerinnerung nach § 732 ZPO lässt sich folglich nicht darauf stützen, dass eine u. U. gebotene Anhörung des Schuldners unterblieben ist.

cc) Form des Vorbringens des Gläubigers

Der Gläubiger hat die Voraussetzungen für die Erteilung der weiteren vollstreckbaren Ausfertigung **glaubhaft zu machen**. Ob im Einzelfall ein **voller Beweis** zu verlangen ist, sofern der Schuldner substantiierte Einwendungen vorbringt, ist **umstritten** (dafür Musielak/Lackmann, § 733 Rn. 8; Giers, § 733 ZPO Rn. 9; Saenger/Kindl, § 733 Rn. 5; a. A. MünchKommZPO/Wolfsteiner, 4. Aufl. 2012, § 733 Rn. 17).

Nach Ansicht der **Rechtsprechung** sind die Voraussetzungen grundsätzlich „mindestens glaubhaft zu machen“,

wobei die Anforderungen nicht überspannt werden dürfen (exemplarisch OLG Saarbrücken Rpfleger 2007, 673, 674). Das OLG Stuttgart (Rpfleger 1976, 144) forderte einen Vollbeweis für den Fall, dass der Vollstreckungsgläubiger dem Schuldner die erste Ausfertigung freiwillig ausgehändigt hat. Im Einklang mit § 757 ZPO sei nämlich davon auszugehen, dass dies aufgrund der Tilgung der titulierten Forderung geschehen sei. Wenn der Gläubiger die erste Ausfertigung verloren oder gar nie erhalten hat, soll dagegen eine anwaltliche Versicherung zur Glaubhaftmachung genügen (OLG München FamRZ 2013, 485; OLG Saarbrücken Rpfleger 2007, 673, 674).

In den häufigen **Fällen des Verlusts und der Unauffindbarkeit** der vollstreckbaren Ausfertigung sind demnach unstreitig keine hohen Anforderungen zu stellen und bleibt ein **„Beweisverfahren“ entbehrlich**. Auch im Übrigen dürfte mit *Wolfsteiner* (MünchKommZPO, § 733 Rn. 17) eine Beweisaufnahme im Klauselverfahren ausgeschlossen und allein dem Gericht nach § 767 ZPO vorbehalten sein (a. A. Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 733 Rn. 14). Entsprechend der Wertung des § 775 Nr. 4 ZPO ist somit zunächst die weitere Vollstreckung durch den Gläubiger zu gestatten. Denn nach §§ 775 Nr. 4 u. 5, 776 ZPO ist die Zwangsvollstreckung trotz Vorlage einer Quittung nicht unzulässig, sondern nur vorübergehend einzustellen und auf Betreiben des Gläubigers fortzusetzen. Der Schuldner muss nach § 767 ZPO vorgehen, um die Vollstreckbarkeit des Titels „endgültig“ zu beseitigen. Im Verfahren nach § 767 ZPO obliegt die Beweislast für die Erfüllung der Forderung grundsätzlich dem Schuldner.

Mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die Rechtslage insoweit allerdings noch nicht abschließend geklärt. Somit erscheint **bei substantiierten Einwendungen des Schuldners** ohne Gegenbeweis des Gläubigers die **Verweigerung** der Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung ebenfalls **vertretbar**.

b) Entscheidung

aa) Erteilung der weiteren vollstreckbaren Ausfertigung

Liegen die Voraussetzungen für die Erteilung der weiteren vollstreckbaren Ausfertigung vor, hat der Notar diese zu erteilen. Eines gesonderten begründeten Beschlusses über die positive Antragsverbescheidung bedarf es allenfalls dann, wenn der Schuldner im Anhörungsverfahren Einwendungen erhoben hat (so Musielak/Lackmann, § 733 Rn. 6; BeckOK-ZPO/Ulrici, § 733 Rn. 10; a. A. Giers, § 733 ZPO Rn. 9, der einen Beschluss stets für entbehrlich hält). Nach § 733 Abs. 2 ZPO ist der Schuldner von der Erteilung der weiteren Ausfertigung in Kenntnis zu setzen. Die erneute Erteilung ist gem. § 734 S. 1 ZPO **auf der Urschrift zu vermerken**. Ferner muss die weitere Ausfertigung nach § 733 Abs. 3 ZPO **ausdrücklich als solche bezeichnet** werden. Insoweit genügt es, wenn die Ausfertigung in der Überschrift als „weitere“ bezeichnet wird; zusätzlich könnte man die Klausel wie folgt fassen: „*Vorstehende zweite Ausfertigung wird dem ... erteilt*“ (Saenger/Kindl, § 733 Rn. 5; Zöller/Stöber, § 733 Rn. 13). Diese **formellen Anforderungen** an die Erteilung der Ausfertigung sind **keine Wirksamkeitsvoraussetzungen für die Vollstreckbarkeit** (Wolfsteiner, Rn. 41.40 ff.).

Der Grund für die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung muss in der Vollstreckungsklausel nicht angegeben werden. Gleichwohl mag es sich im Interesse größerer Transparenz empfehlen, den Grund schlagwortartig

zu kennzeichnen (etwa „Verlust der ersten vollstreckbaren Ausfertigung“ o. Ä.).

bb) Zurückweisung des Antrags

Wenn die Voraussetzungen für die Erteilung der weiteren vollstreckbaren Ausfertigung nicht vorliegen, ist der Antrag des Gläubigers zurückzuweisen. Für diese notarielle Entscheidung gilt grundsätzlich nichts anderes als für die Ablehnung der Erteilung der ersten vollstreckbaren Ausfertigung. Die **ablehnende Entscheidung ist** nach § 54 Abs. 2 BeurkG und §§ 58 ff. FamFG **beschwerdefähig**. Daher **dürften sich** wohl eine **Begründung und eine Rechtsbehelfsbelehrung** nach § 39 FamFG **empfehlen** (Winkler, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 54 Rn. 12; vgl. Wolfsteiner, Rn. M 41.32 und M 35.50 als mögliche Mustervorlagen; LG Bielefeld BKR 2011, 333, 334, verlangt eine Rechtsbehelfsbelehrung nach § 39 FamFG).

Die **förmliche Zustellung** wird überwiegend für **entbehrlich** gehalten, sodass nach §§ 63 Abs. 3, 15 Abs. 1 FamFG die einfache postalische Übermittlung genügt (Winkler, § 54 Rn. 13; Heinemann, DNotZ 2009, 6, 37; DNotI-Abrufgutachten Nr. 112367; a. A. Soutier, MittBayNot 2011, 181, 183; Wolfsteiner, Rn. 35.51). Nach § 63 Abs. 3 S. 1 FamFG kann die Beschwerdefrist grundsätzlich auch mit einer nur schriftlichen Bekanntgabe beginnen. Dem könnte man entgegenhalten, dass § 41 Abs. 1 S. 2 FamFG eine förmliche Zustellung verlangt. Allerdings gilt diese Vorschrift nur für gerichtliche Endentscheidungen gem. § 38 Abs. 1 FamFG, nicht für „erstinstanzliche“ Entscheidungen des Notars (Heinemann, DNotZ 2009, 6, 37). Nicht konsistent mit diesem Argument ist freilich die Anwendung des § 39 FamFG (Rechtsbehelfsbelehrung), der systematisch ebenfalls unter den §§ 38 ff. FamFG zu gerichtlichen Beschlüssen verortet ist.

Inwieweit die Verweisung in § 54 Abs. 2 BeurkG auf das Beschwerdeverfahren nach FamFG ausreicht, ob von dieser gemäß dem Wortlaut also allein die §§ 58 ff. FamFG oder auch die §§ 38 ff. FamFG – zumindest teilweise – umfasst sind, ist derzeit noch ungeklärt. Der Notar könnte als „erste Instanz“ an die Verfahrensnormen der §§ 38 ff. FamFG gebunden oder erst im Beschwerdeverfahren als „erste Instanz“ einzuordnen sein mit der Folge, dass die §§ 38 ff. FamFG keine Anwendung finden. **Streitig** ist ebenfalls, **ob die Entscheidung des Notars als „Beschluss“ zu ergehen hat** und in formelle Rechtskraft erwachsen kann (so Wolfsteiner, Rn. 35.52 u. 13.50; a. A. Preuß, DNotZ 2010, 265, 278, die auch die Beschwerdefrist nach § 63 FamFG nicht für anwendbar hält; vgl. noch Regler, MittBayNot 2010, 261).

c) Rechtsbehelfsmöglichkeiten

Dem **Schuldner** steht gegen die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung der Rechtsbehelf der **Klauselerinnerung nach § 732 ZPO** zur Verfügung (OLG Naumburg FamRZ 2003, 695; Musielak/Lackmann, § 733 Rn. 9; BeckOK-ZPO/Ulrici, § 733 Rn. 11). Zudem ist es ihm unbenommen, sich nach § 768 bzw. § 767 ZPO mit jeglichen materiellen Einwendungen gegen die Klausel und den Titel zu wenden.

Der **Gläubiger** kann nach § 54 Abs. 2 BeurkG i. V. m. §§ 58 ff. FamFG **Beschwerde** gegen die Ablehnung der Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung einlegen (BT-Drs. 17/1469, S. 19). Für das Beschwerdeverfahren ist der Notar als das „erstinstanzliche Amtsgericht“ anzusehen (BVerfG NJW 2013, 1588; Eylmann/Vaasen/

Limmer, BNotO/BeurkG, 3. Aufl. 2011, § 54 BeurkG Rn. 4; Wolfsteiner, Rn. 41.26). Das Verfahren richtet sich nach dem FamFG, sodass die Beschwerde nach § 64 Abs. 1 S. 1 FamFG beim Notar einzulegen ist, der entweder abhelfen kann oder die Beschwerde nach einem Nichtabhilfebeschluss an das Beschwerdegericht nach § 54 Abs. 2 S. 2 BeurkG weiterleitet (Winkler, § 54 Rn. 15 f.). Es gelten dieselben Grundsätze wie bei der Ablehnung der Erteilung einer erstmaligen vollstreckbaren Ausfertigung.

Zu beachten ist, dass dem Vollstreckungsgläubiger der Rechtsbehelf der **Klauselerteilungsklage** (§ 731 ZPO) **nicht** zusteht (Saenger/Kindl, § 733 Rn. 5). Der Gläubiger kann im Rahmen der Beschwerde somit ausschließlich die Voraussetzungen nach § 733 ZPO für die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung überprüfen lassen (außer es handelt sich zugleich um eine Klauselerteilung nach § 727 ZPO, dann kann im Hinblick auf dessen Voraussetzungen die Klauselerteilungsklage statthaft sein). Soweit die Voraussetzungen des § 733 ZPO verneint werden und dem Gläubiger der Titel nicht mehr zur Verfügung steht, muss er zur Anspruchsdurchsetzung einen neuen Titel schaffen – sei es durch erneute Forderungsklage, sei es durch Klage auf Herausgabe der vollstreckbaren Erstaufsertigung gegen den Schuldner oder einen Dritten.

d) Kosten

Die **Gesetzesbegründung** geht nur auf § 133 KostO a. F. ein und führt aus, dass die *Entscheidung* über die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung von der Gebühr nach § 133 KostO für die *Erteilung* der Ausfertigung mitabgedeckt ist. Eine weitere Gebühr entstünde danach nicht, wie es bereits den bislang bei den Amtsgerichten gebührenfrei geführten Verfahren entspricht (BT-Drs. 17/1469, S. 19).

Nach **neuem Kostenrecht** ist für die Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit in **Nr. 18001 Kostenverzeichnis GNotKG** explizit eine **Gebühr i. H. v. 20,00 Euro** für die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung vorgesehen. **Für den notariellen Bereich** legt **Nr. 23803 KV GNotKG** eine 0,5 Gebühr für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung fest, wenn der Eintritt einer Tatsache oder einer Rechtsnachfolge zu prüfen ist (§§ 726 bis 729 ZPO). **Ob** der Gebührentatbestand nach Nr. 23803 KV GNotKG **bei Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung nach § 733 ZPO anwendbar** ist (so Heinemann, FGPrax 2013, 139, 141), erscheint nach dessen Wortlaut **zweifelhaft**. Der Gesetzgeber des GNotKG hat die Neuregelung des § 797 Abs. 3 S. 2 ZPO offenbar übersehen (vgl. Diehn, Berechnungen zum neuen Notarkostenrecht, Rn. 578d, 578e, der eine Gebührenvereinbarung nach § 126 Abs. 1 S. 2 GNotKG für möglich erachtet). Trotz des nicht unerheblichen Aufwands, zumal mit Blick auf das Anhörungserfordernis, ist zu konstatieren, dass eine dem § 147 Abs. 2 KostO a. F. vergleichbare Auffangnorm im GNotKG fehlt. Wegen des Enumerationsprinzips entsteht aber eine Gebühr grundsätzlich nur, wenn dies im Gesetz – namentlich im Kostenverzeichnis – ausdrücklich vorgesehen ist. Vorliegend fehlt ein unmittelbar einschlägiger Gebührentatbestand (vgl. Leipziger Kostenspiegel, 2013, Teil 6 Rn. 62).

3. Entscheidung über den Antrag

a) Materielle Voraussetzungen

Im Rahmen der Entscheidung über die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung sind zunächst erneut und ohne Bindung an die Erstentscheidung die **allgemeinen Voraussetzungen der Klauselerteilung** zu prüfen (OLG

Rostock NotBZ 2002, 33). § 733 ZPO normiert lediglich zusätzliche Anforderungen. Somit muss zunächst eine Klausel nach § 724 ZPO – ggf. nach § 726 ZPO – erteilt werden können (Giers, § 733 ZPO Rn. 5).

Ferner muss das **Gläubigerinteresse an der Erteilung einer weiteren Ausfertigung das Interesse des Schuldners am Schutz vor einer doppelten Inanspruchnahme überwiegen** (OLG Saarbrücken Rpfleger 2007, 673, 674; Wolfsteiner, Rn. 41.17; BeckOK-ZPO/Ulrici, § 733 Rn. 5). Diese ungeschriebene materielle Voraussetzung wird aus der Anhörungspflicht des Schuldners gefolgert; diese wäre sinnlos, wenn seine Interessen für die Entscheidung ohnehin nicht zu berücksichtigenden wären (OLG Celle MDR 2009, 827, 828; MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 733 Rn. 12).

Ein **berechtigtes Gläubigerinteresse** besteht immer dann, wenn der Gläubiger die **vollstreckbare Ausfertigung verloren** hat oder **nicht feststellbar** ist, **ob er die erste Ausfertigung überhaupt erhalten hat**. Unbeachtlich bleibt, ob den Gläubiger am Verlust ein Verschulden trifft (OLG Saarbrücken Rpfleger 2007, 673, 674; Musielak/Lackmann, § 733 Rn. 6; MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 733 Rn. 13). Anzuerkennen ist daneben das Interesse, **gleichzeitig in verschiedene Vermögensgegenstände** des Schuldners (z. B. Sachpfändung durch Gerichtsvollzieher und zugleich Forderungspfändung durch das Vollstreckungsgericht) zu **vollstrecken** (KG Rpfleger 2011, 622; OLG Koblenz NJW-RR 2013, 1019; Musielak/Lackmann, § 733 Rn. 6). Ebenso kann eine Gläubiger- oder **Schuldnermehrheit** das Interesse an mehreren vollstreckbaren Ausfertigungen rechtfertigen (OLG Schleswig, Beschl. v. 17.12.2009 – 16 W 142/09, Tz. 4).

b) Problemfälle

aa) Rechtsnachfolge

Besondere **Zurückhaltung ist geboten, wenn** ein Rechtsnachfolger die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung begehrt und die **Rechtsnachfolge streitig** ist, der Rechtsnachfolger also keine Ausfertigung vom Rechtsvorgänger erlangt (OLG München FamRZ 2005, 1102; OLG Frankfurt NJW-RR 1988, 512; Musielak/Lackmann, § 733 Rn. 6; Giers, § 733 ZPO Rn. 7; MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 733 Rn. 14). In diesem Fall liegt die Gefahr einer doppelten Inanspruchnahme des Schuldners stets nahe. Grundsätzlich dürfte hier die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung nicht in Betracht kommen (vgl. KG FamRZ 1985, 627; OLG Frankfurt NJW-RR 1988, 512).

Ist die **Rechtsnachfolge** dagegen **unstreitig, darf** eine weitere vollstreckbare **Ausfertigung erteilt werden** (OLG Jena Rpfleger 2000, 76, 77). Dies gilt umso mehr bei einem **dinglichen Titel**, denn bei einer Vollstreckung im Wege der Zwangsversteigerung droht grundsätzlich keine doppelte Inanspruchnahme des Schuldners (OLG Jena Rpfleger 2000, 76, 77; MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 733 Rn. 14).

bb) Verlust der „Verfügungsbefugnis“ des Gläubigers Streitig werden zudem Fälle beurteilt, in denen der **Gläubiger nicht mehr über die vollstreckbare Ausfertigung verfügen kann**, so z. B., wenn sich die erste vollstreckbare Ausfertigung beim Prozessbevollmächtigten des Vollstreckungsgläubigers befindet und dieser die Übergabe an den Gläubiger aufgrund eines **Zurückbehaltungsrechts** verweigert (für Erteilung: OLG Schleswig, Beschl. v. 17.12.2009 – 16 W 142/09, Tz. 5 ff. m. w. N.; BeckOK-ZPO/Ulrici, § 733 Rn. 5.1; dagegen: Musielak/Lackmann, § 733 Rn. 6; Zöller/Stöber, § 733 Rn. 9).

Gleichermaßen **ungeklärt ist die Rechtslage, wenn der Schuldner im Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung** ist. Hier reicht das Meinungsspektrum von einer pauschalen Bejahung der Erteilungsmöglichkeit (MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 733 Rn. 13) über strengere Beweisanforderungen bzgl. der fortbestehenden Vollstreckungsberechtigung (OLG Stuttgart Rpfleger 1976, 144) bis hin zu Differenzierungen dahingehend, ob der Gläubiger selbst oder ein Dritter die Aushändigung veranlasst hat (OLG Düsseldorf Rpfleger 2013, 283 bejaht § 733 bei Übergabe durch Anwalt; OLG Koblenz NJW-RR 2013, 1019 verneint § 733 bei Übergabe durch Gläubiger selbst) oder ob die Aushändigung nur „versehentlich“ (Musiellak/Lackmann, § 733 Rn. 6; Giers, § 733 ZPO Rn. 6) bzw. vor vollständiger Befriedigung der Forderung (OLG Rostock NotBZ 2002, 33) oder „zu Unrecht“ (OLG Hamm Rpfleger 1979, 431, 432) erfolgt ist. Einerseits darf die Schuldnerschutzvorschrift des § 757 ZPO nicht entwertet werden; andererseits hindert gem. § 775 Nr. 4 u. 5 ZPO eine Quittung des Gläubigers weder die Klauselerteilung noch den Fortgang des Verfahrens auf Antrag des Gläubigers (MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 733 Rn. 1, § 724 Rn. 45).

c) Schuldnerinteressen

Der **Einwand des Schuldners, es drohe eine doppelte Inanspruchnahme**, ist ohne nähere Substantiierung einer konkreten Gefährdung unbeachtlich, weil diese Gefahr abstrakt bei jeder weiteren Ausfertigung besteht (OLG Saarbrücken Rpfleger 2007, 673, 674; BeckOK-ZPO/Ulrici, § 733 Rn. 5.2). Nur wenn **konkrete Tatsachen** die Annahme rechtfertigen, dass die mehreren vollstreckbaren Ausfertigungen dazu benutzt werden sollen, den Anspruch missbräuchlich mehrmals zu vollstrecken, darf die Klauselerteilung verweigert werden (Wolfsteiner, Rn. 41.21). Der Erfüllungseinwand kann ausschließlich im Klageweg nach § 767 ZPO geltend gemacht werden, wobei der Schuldner beweispflichtig ist. **Materielle Einwendungen** sind – wie generell bei der Klauselerteilung – **allenfalls dann zu berücksichtigen, wenn sie „absolut liquide“** feststehen (vgl. BayObLG DNotZ 1998, 194; DNotI-Ab-rufgutachten Nr. 74036; MünchKommZPO/Wolfsteiner, § 724 Rn. 45 ff.; a. A. BeckOK-ZPO/Ulrici, § 724 Rn. 29 m. w. N. zum Streitstand). Grundsätzlich hat der Notar bei der Klauselerteilung nur eine formelle und keine materielle Prüfungspflicht (BayObLG MittBayNot 2005, 63 = RNotZ 2004, 414; OLG München DNotZ 2006, 204).

d) Exemplarische Darstellung der (aktuellen) Rechtsprechung zu § 733 ZPO

Abschließend soll die aktuelle Rechtsprechung zu § 733 ZPO noch einmal schlagwortartig dargestellt werden:

- **OLG Saarbrücken** (Rpfleger 2007, 673): Der Gläubiger, der den Verlust der vollstreckbaren Ausfertigung schlüssig darlegen könne, besitze im Regelfall ein überwiegendes Interesse, solange der Schuldner nicht mit konkreten Tatsachen belege, dass die weitere Ausfertigung zur Doppelvollstreckung benutzt werde. Zur Glaubhaftmachung genüge im Falle des Verlusts eine anwaltliche Versicherung.

- **OLG Düsseldorf** (Rpfleger 2013, 283): Obwohl der Gläubiger dem Schuldner die erste vollstreckbare Ausfertigung zurückgegeben hatte, war dem Gläubiger nach Ansicht des OLG eine zweite vollstreckbare Ausfertigung zu erteilen und der Schuldner auf den Rechtsschutz nach § 767 ZPO zu verweisen, denn der Gläubiger konnte die weitere Berechtigung zur Zwangsvollstreckung glaubhaft machen.

Der Schuldner hatte an den Prozessbevollmächtigten des Gläubigers gezahlt, der dem Schuldner auch die Ausfertigung übergeben hatte. Da der Gläubiger eine entsprechende Vollmacht des Prozessbevollmächtigten bestritten habe, sei nicht auszuschließen, dass die erste Ausfertigung ohne den Willen des Gläubigers an den Schuldner gelangt sei. Der Erfüllungseinwand sei in einer Klage nach § 767 ZPO zu klären. Demgegenüber könne der Gläubiger mangels Möglichkeit einer Klauselerteilungsklage nicht auf eine erneute Hauptsacheklage verwiesen werden.

- **OLG Koblenz** (NJW-RR 2013, 1019): Ein der Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung entgegenstehendes Schuldnerinteresse bestehe bei Gefahr einer Doppellvollstreckung sowie dann, wenn der Gläubiger im Rahmen einer vergleichsweisen Einigung dem Schuldner den Titel herausgegeben habe, selbst wenn die Herausgabe durch Vorspiegelung falscher Tatsachen veranlasst worden sei.

- **BGH** (DNotZ 1994, 471, 473): Hinterlege der Gläubiger die Erstausfertigung einer vollstreckbaren Urkunde unter Verzicht auf die Rückgabe beim Notar, komme die Erteilung einer weiteren vollstreckbaren Ausfertigung nicht in Betracht.

GmbHG §§ 15, 17 a. F., 46 Nr. 4 Teilgeschäftsanteilsabtretung; vorherige Teilung durch Gesellschafterbeschluss; schwebende Unwirksamkeit; aufschiebend bedingte Abtretung zukünftiger Teilge- schäftsanteile

I. Sachverhalt

Ein GmbH-Gesellschafter hat von seinem Geschäftsanteil einen Teilgeschäftsanteil an einen Dritten übertragen. Im Gesellschaftsvertrag ist für die Abtretung von Teilgeschäftsanteilen kein Zustimmungserfordernis vorgesehen, sodass weder die Gesellschafterversammlung noch der Geschäftsführer der Abtretung zugestimmt hat.

Nach Einreichung der neuen Gesellschafterliste beim Handelsregister und deren Übersendung an die Gesellschaft teilte die Geschäftsführung mit, dass der neue Gesellschafterbestand nicht zutreffend wiedergegeben sei. Zwar verlange die Satzung für die Übertragung eines Teilgeschäftsanteils keine Zustimmung. Jedoch bedürfe die zuvor durchzuführende Teilung des Geschäftsanteils eines zustimmenden Beschlusses der Gesellschafterversammlung gem. § 46 Nr. 4 GmbHG.

II. Fragen

1. Wird nur die isolierte Teilung eines Geschäftsanteils vom Zustimmungserfordernis gem. § 46 Nr. 4 GmbHG erfasst oder fällt hierunter auch die mit einer Veräußerung einhergehende Teilung?

2. Falls § 46 Nr. 4 GmbHG für die Teilveräußerung einschlägig ist: Wirkt diese Bestimmung nur im Innenverhältnis der Gesellschafter oder ist sie materielle Wirksamkeitsvoraussetzung der Teilung?

III. Zur Rechtslage

1. Neue Grundsätze der Teilung

Durch das MoMiG wurde die teilungsspezifische Vorschrift des § 17 GmbHG aufgehoben. Allerdings ordnet **§ 46 Nr. 4**

GmbHG nach wie vor die (dispositive) Befugnis zur Teilung von Geschäftsanteilen der Gesellschafterversammlung zu (Görner, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 15 Rn. 10). Konstruktiv ist damit nunmehr der **Gesellschafterbeschluss der entscheidende Akt zur Teilung eines Geschäftsanteils** (MünchKommGmbHG/Liebscher, 2012, § 46 Rn. 86 m. w. N. der h. M. in Fn. 199; Görner, § 15 Rn. 11 m. Verw. auf die Begr. zum Regierungsentwurf des MoMiG, BR-Drs. 354/07, S. 102, wonach die Teilung nicht der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters bedarf). Nicht mehr erforderlich ist dagegen nach Aufhebung des § 17 GmbHG, dass die Gesellschaft, vertreten durch den Geschäftsführer, der Teilung zustimmt.

Der Gesellschafterbeschluss gem. § 46 Nr. 4 GmbHG hat folglich **unmittelbare Außenwirkung** (Görner, § 15 Rn. 12; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 46 Rn. 9; Henssler/Strohn/Mollenkopf, Gesellschaftsrecht, 2011, § 46 GmbHG Rn. 17; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 46 Rn. 18; a. A. Greitemann/Bergjan, FS Pöllath, 2008, S. 271, 292: erst wenn Beschluss dem Anteilsinhaber mitgeteilt wird). Er selbst führt die Teilung des jeweiligen Anteils herbei (MünchKommGmbHG/Liebscher, § 46 Rn. 86; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 46 Rn. 18; Förl, RNotZ 2008, 409, 411 ff.) und kann nach Aufhebung des § 17 GmbHG auch unabhängig von Veräußerungsvorgängen gefasst werden; **Vorratsteilungen** sind damit jetzt **zulässig** (Görner, § 15 Rn. 12; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 426; Tebben, RNotZ 2008, 441, 458).

2. Abtretung von Teilgeschäftsanteilen

a) Abtretung nicht existenter Teilgeschäftsanteile

Die vorstehend beschriebenen Teilungsgrundsätze gelten nach allgemeiner Meinung gleichermaßen, wenn unmittelbar anschließend ein Teilgeschäftsanteil abgetreten werden soll. Fehlt der Teilungsbeschluss oder ist er unwirksam, kommt es – entgegen der früheren Rechtslage – nicht zur Anteilsteilung (Scholz/Seibt, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 17 a. F. Rn. 8; GroßkommGmbHG/Löbke, ErgBd. MoMiG, 2010, § 17 Rn. 10; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 425; Förl, RNotZ 2008, 409, 412). Dies folgt aus der gestiegenen Bedeutung des Gesellschafterbeschlusses, der nunmehr (satzungsdispositive) Wirksamkeitsvoraussetzung im Außenverhältnis ist (Scholz/Seibt, § 17 a. F. Rn. 8). Konsequenz der fehlenden oder unwirksamen Anteilsteilung ist, dass keine entsprechenden Teilgeschäftsanteile entstehen (Scholz/Seibt, § 17 a. F. Rn. 8; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 425; vgl. auch schon BGH NJW-RR 2005, 1619, 1620 = MittBayNot 2006, 254). Ein **nicht existenter Teilgeschäftsanteil kann** aber jedenfalls **nicht mit sofortiger Wirkung abgetreten werden**. Auch vorliegend wurde die Abtretung daher nicht wirksam.

b) „Heilung“

Ein Teil der Literatur sieht die Veräußerung eines Teilgeschäftsanteils ohne vorherigen Teilungsbeschluss allerdings als lediglich **schwebend unwirksam** an (Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 46 Rn. 19; Wicke, § 46 Rn. 9). Konsequenz wäre, dass die Abtretung durch Genehmigungsbeschluss bzw. nachgeholtenteilungsbeschluss wirksam werden könnte. Erwogen wird zudem ein **konkludenter Teilungsbeschluss**, wenn alle Gesellschafter an der Abtretung mitwirken bzw. im Falle einer satzungsmäßig vorgesehenen Vinkulierung der Abtretung zustimmen (Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 46 Rn. 19; Scholz/Seibt, § 17 a. F. Rn. 7; Wicke, § 46 Rn. 9; zum früheren Recht auch schon BGH BB 1968, 1053). Auch bei der Einpersonen-GmbH

soll in einer Teilveräußerung zugleich ein Teilungsbeschluss liegen (Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 46 Rn. 19; Wicke, § 46 Rn. 9 m. Verw. auf BGH NJW 1989, 168, 170 = DNotz 1989, 26 und KG GmbHR 1996, 921 zu § 17 a. F.). Keine dieser Varianten ist vorliegend allerdings einschlägig.

Ein anderer Ansatz ließe sich darauf stützen, dass auch eine Abtretung zukünftiger Geschäftsanteile grundsätzlich zulässig ist. Voraussetzung wäre jedoch, dass die Abtretung eines nicht existenten Teilgeschäftsanteils **als aufschiebend bedingte Abtretung eines zukünftigen Teilgeschäftsanteils ausgelegt** werden könnte, die mit der späteren Bildung des entsprechend spezifizierten Teilgeschäftsanteils durch Gesellschafterbeschluss Wirksamkeit erlangt. Dieser Ansatz ist jedoch bisher von der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch nicht aufgegriffen worden.

3. Ergebnis

Die **Abtretung eines Teilgeschäftsanteils ohne** (ggf. konkludenten) **Teilungsbeschluss i. S. v. § 46 Nr. 4 GmbHG** ist nach neuem Recht **unwirksam**. Evtl. besteht die Möglichkeit, den fehlenden Teilungsbeschluss noch nachzuholen, wenn man mit einer großzügigen Ansicht in der Literatur die Teilgeschäftsanteilsabtretung als lediglich schwebend unwirksam ansieht. Da diese Annahme aber noch nicht höchstrichterlich bestätigt ist, dürfte es sich vorliegend empfehlen, zunächst einen Teilungsbeschluss zu fassen und die Teilgeschäftsanteilsabtretung danach zu wiederholen.

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 §§ 164, 130

Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der Vertretungsmacht; Erlöschen einer Vollmacht vor Zugang, aber nach Abgabe der Willenserklärung durch den Vertreter

Abruf-Nr.: 127794

BGB § 181; GmbHG § 35; HGB §§ 48, 49, 125 Abs. 3; AktG § 78 Abs. 3

Unechte/gemischte Gesamtvertretung durch Geschäftsführer und Prokuristen; Erteilung einer Vollmacht unter Befreiung von § 181 BGB, wenn Prokurist selbst nicht befreit ist

Abruf-Nr.: 126694

InsO § 119

Zulässigkeit insolvenzabhängiger Lösungsklauseln in Übergabeverträgen

Abruf-Nr.: 126920

BGB § 307 Abs. 1 S. 1; AGBG § 9 Abs. 1 **Bauträgervertrag: Unzulässigkeit einer formularmäßig erteilten Abnahmevollmacht an den vom Bauträger zu bestimmenden Erstverwalter**

Eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erwerbsvertrages verwendete Klausel, die die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen vom Bauträger bestimmbaren Erstverwalter ermöglicht, ist gemäß § 9 Abs. 1 AGBG (jetzt: § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) unwirksam.

BGH, Beschl. v. 12.9.2013 – VII ZR 308/12
Abruf-Nr.: 11098R

Problem

Die Klägerin, eine Wohnungseigentümergeinschaft, macht gegen die Bauträgerin Gewährleistungsansprüche geltend. Ferner begehrt sie die Feststellung der weitergehenden Ersatzpflicht der Beklagten. Letztere verteidigt sich u. a. mit der Einrede der Verjährung, da die notariellen Erwerbsverträge bereits im Jahre 2001 geschlossen wurden.

Hinsichtlich der Abnahme des Gemeinschaftseigentums enthalten die Erwerbsverträge folgende Regelungen:

„Für das Gemeinschaftseigentum findet im Regelfall eine gesonderte Abnahme statt. Der Käufer bevollmächtigt unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, und zwar jeden für sich allein, den nachgenannten vereidigten Sachverständigen, den nach dem Wohnungseigentumsgesetz für das Kaufobjekt bestellten Verwalter sowie den Verwaltungsbeirat mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Das Gemeinschaftseigentum ist somit abgenommen, wenn entweder alle Käufer oder anstelle von Käufern der Sachverständige oder der Verwalter oder der Verwaltungsbeirat das Gemeinschaftseigentum abnimmt.“

Ob und wenn ja, wann das Gemeinschaftseigentum abgenommen wurde, ist streitig. Die Beklagte behauptet eine Abnahme durch die Erstverwalterin am 14.12.2001.

Das Landgericht hatte der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht den Zahlungsanspruch um die Umsatzsteuer reduziert und das Rechtsmittel im Übrigen zurückgewiesen. Die Revision wurde nicht zugelassen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beklagten.

Entscheidung

Die Nichtzulassungsbeschwerde bleibt ohne Erfolg, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 S. 1 ZPO).

Nach Auffassung des VII. Zivilsenats des BGH hat das Berufungsgericht die von der Beklagten behauptete Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch die Erstverwalterin zu Recht als unwirksam angesehen, weil jene in den notariellen Erwerbsverträgen nicht wirksam zu einer solchen Abnahme bevollmächtigt worden war. Eine Verjährung der mit der Klage geltend gemachten Ansprüche sei daher zu verneinen.

Bei der **Regelung betreffend die Abnahme des Gemeinschaftseigentums** handele es sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts um **Allgemeine Geschäftsbedingungen** i. S. v. § 305 Abs. 1 BGB. Diese halten nach Ansicht des BGH einer Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB (vormals § 9 Abs. 1 AGBG) nicht stand, weil sie die **Erwerber** entgegen den Geboten von Treu und Glauben **unangemessen benachteiligen**. Denn der jeweilige Erwerber bevollmächtigt u. a. „den nach dem Wohnungseigentumsgesetz für das Kaufobjekt bestellten Verwalter“ mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Als teilender Eigentümer habe der Bauträger die **Möglichkeit**, den ersten Verwalter bereits in der Teilungserklärung zu bestellen und somit **einen ihm wirtschaftlich oder rechtlich verbundenen Erstverwalter auszuwählen**. Dies begründe im Hinblick auf die Abnahme für den Erwerber die Gefahr, dass ein solcher Verwalter die Voraussetzungen der Abnahmefähigkeit des Gemeinschaftseigentums nicht neutral prüfe, sondern zugunsten des Bauträgers verfare, wodurch dieser entscheidenden Einfluss auf die Abnahme nehmen könnte.

Daher halte eine vom Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erwerbsvertrags verwendete Klausel, welche die **Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen mit dem Bauträger wirtschaftlich oder rechtlich verbundenen Erstverwalter** ermögliche, nach nahezu einhelliger Auffassung der Inhaltskontrolle am Maßstab des **§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB** nicht stand (vgl. die umfangreichen Nachweise in Tz. 9). Nur ganz vereinzelt werde die Auffassung vertreten, dass eine den Interessen des Bauträgers Rechnung tragende Abnahme des Gemeinschaftseigentums trotz Verflechtung unschädlich sei, sofern sie gewissenhaft vorgenommen werde. Diese Auffassung gebiete die Zulassung der Revision jedoch nicht, da sie verkenne, dass es keine den Interessen des Erwerbers gerecht werdende Vertragsgestaltung sei, wenn jener auf den von ihm zu beweisenden Einwand des Missbrauchs der Vertretungsmacht verwiesen werde. Die **unangemessene Benachteiligung** werde auch **nicht durch die gesetzliche Möglichkeit des Widerrufs der formularmäßig erteilten Vollmacht (§ 168 S. 3 BGB) kompensiert**, denn die Widerrufsmöglichkeit könne schon deshalb praktisch leerlaufen, weil vorliegend nicht sichergestellt sei, dass der Erwerber vom Abnahmeterrin Kenntnis erlange.

Ob die von der Beklagten verwendete Formularbestimmung die Anforderungen des **Transparenzgebots** missachte, weil sie keinen Hinweis auf die Widerruflichkeit der Vollmacht enthalte, bedürfe daher keiner Entscheidung.

BGB §§ 181, 2205 S. 3, 2368; GBO § 29 Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers bei In-sich-Geschäft

1. Der Testamentsvollstrecker kann zur Erfüllung einer wirksamen Nachlassverbindlichkeit ein Grundstück an sich selbst auflassen, wenn ein entsprechendes Vermächtnis, eine Teilungsanordnung oder eine Auflage zu seinen Gunsten besteht.

2. Zur Frage, welche Nachweise das Grundbuchamt zum Beleg der Wirksamkeitsvoraussetzungen einer vom Testamentsvollstrecker nach Maßgabe des § 181 BGB zu seinen Gunsten vorgenommenen Grundstücksverfügung für die Eigentumsumschreibung (im Wege der Zwischenverfügung) verlangen kann.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.8.2013 – I-3 Wx 41/13
Abruf-Nr.: **11099R**

Problem

Der Erblasser errichtete im Jahr 2003 ein privatschriftliches Testament, in dem er seine drei Kinder zu Erben einsetzte und der Tochter T zusätzlich sein Haus vermachte. Ferner ordnete er Testamentsvollstreckung an und ernannte T zur Testamentsvollstreckerin.

Nach dem Tod des Erblassers nahm T das Amt des Testamentsvollstreckers an und erhielt ein Testamentsvollstreckerzeugnis. Im Jahr 2012 erklärte T als Testamentsvollstreckerin zu notarieller Urkunde „in Erfüllung des Vermächtnisses“ die Übertragung des Grundstücks auf sich selbst sowie die korrespondierende Auflassung.

Daraufhin erließ das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung: Gem. § 29 GBO seien alle zur Eintragung erforderlichen Unterlagen in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form beizubringen. Vorliegend fehle es an einem formgerechten Nachweis, dass der T ein Selbstkontrahieren mit Wirkung für die Erben gestattet sei. Insoweit kommt nach Auffassung des Grundbuchamts ein ergänzender Zusatz im Testamentsvollstreckerzeugnis in Betracht, dass die Testamentsvollstreckerin von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist, oder alternativ die Vorlage eines Erbscheins als Nachweis der Erbfolge sowie die Zustimmung aller Miterben zu der von der Testamentsvollstreckerin erklärten Auflassung in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form gem. §§ 35, 29 GBO.

Die Beschwerde der T stützte sich zum einen darauf, dass die Erfüllung einer Verbindlichkeit in Gestalt des zu ihren Gunsten ausgesetzten Vermächtnisses in Rede stehe – was vorliegend nicht in der Form des § 29 GBO nachzuweisen sei – und § 181 BGB daher bereits tatbestandlich nicht einschlägig sei. Zum anderen machte T geltend, dass der Testamentsvollstrecker im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung vom Verbot des In-sich-Geschäfts befreit sei. Das Gericht half der Beschwerde nicht ab.

Entscheidung

Durch Beschluss des OLG wurde die Zwischenverfügung des Amtsgerichts aufgehoben. Nach Ansicht des Senats durfte das Grundbuchamt die nachgesuchte Eigentumsumschreibung im Wege der Zwischenverfügung weder von der Einreichung eines ergänzten Testamentsvollstreckerzeugnisses abhängig machen noch von der Vorlage eines Erbscheins sowie der Zustimmung aller Miterben zu der von der Testamentsvollstreckerin erklärten Auflassung in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form gem. §§ 35, 29 GBO.

Zwar sei der Testamentsvollstrecker in entsprechender Anwendung von § 181 BGB grundsätzlich daran gehindert, In-sich-Geschäfte abzuschließen. Er dürfe jedoch mit sich selbst kontrahieren, wenn er dabei in **Erfüllung einer Verbindlichkeit** handele. Diese Verbindlichkeit könne auf einem **Vermächtnis**, einer **Teilungsanordnung** oder einer **Auflage** zu seinen Gunsten beruhen. Gleiches gelte dann, wenn eine ausdrückliche oder konkludente **Gestattung seitens des Erblassers** vorliege. Letzteres sei anzunehmen, wenn das abgeschlossene Rechtsgeschäft **ordnungsgemäßer Nachlassverwaltung** entspreche, wobei hieran jedoch strenge Anforderungen zu stellen seien.

Die **Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB** müsse bei Vorliegen lediglich eines privatschriftlichen Tes-

taments **nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden**; vielmehr sei sie – wie der Nachweis der Entgeltlichkeit einer Grundstücksverfügung – vom Grundbuchamt im Wege freier Beweiswürdigung festzustellen. Vorliegend genüge daher die Vorlage einer beglaubigten Abschrift des privatschriftlichen Testaments mit Eröffnungsvermerk. In diesem Zusammenhang weist das OLG darauf hin, dass ein **Nachweis mithilfe eines Testamentsvollstreckerzeugnisses gem. § 2368 BGB gar nicht möglich** ist. Die Befreiung des Testamentsvollstreckers von den Beschränkungen des § 181 BGB werde nämlich regelmäßig nicht in das Testamentsvollstreckerzeugnis aufgenommen (vgl. OLG Hamm DNotZ 2004, 808), weil das Zeugnis dem Ausweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers im Rechtsverkehr mit Dritten diene, für Rechtsgeschäfte des Testamentsvollstreckers mit sich selbst hingegen keinerlei Wirkung entfalten könne. Im Übrigen müsse die Frage, ob das jeweilige Geschäft sich in den Grenzen ordnungsgemäßer Verwaltung halte, ohnehin der Prüfung im Einzelfall vorbehalten bleiben (vgl. OLG Köln FGPrax 2013, 105 = RNotZ 2013, 103; OLG Hamm DNotZ 2004, 808).

Schließlich hält das OLG (insoweit u. E. nicht ganz nachvollziehbar) weder die Vorlage eines Erbscheins noch die Beibringung der Zustimmung aller Miterben zu der von der Testamentsvollstreckerin erklärten Auflassung in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form gem. §§ 35, 29 GBO für geeignet. Hierdurch werde nämlich nicht das vom Grundbuchamt angenommene Defizit einer Auflassung durch ein verbotenes In-sich-Geschäft der Testamentsvollstreckerin ausgeräumt, sondern der auf Eigentumsumschreibung gerichtete Eintragungsantrag auf eine neue Grundlage gestellt.

Veranstaltungen

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Sebastian Herrler

Redaktion: Dr. Simon Blath

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