

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2353 – Erbscheinsverfahren; Vorlage einer Sterbeurkunde „nur für Rentenzwecke“; Beweiswert der Urkunde

FamFG § 352a; HGB §§ 12, 177; BGB § 2048 – Eintragung des Übergangs einer Kommanditbeteiligung im Erbfall; quotenloser Erbschein

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Rechtsprechung

BGB §§ 138, 2209, 2211, 2216 – Keine Sittenwidrigkeit eines Behindertentestaments bei Fehlen von Verwaltungsanordnungen an den Testamentsvollstrecker

##### Literaturhinweise

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB § 2353

#### Erbscheinsverfahren; Vorlage einer Sterbeurkunde „nur für Rentenzwecke“; Beweiswert der Urkunde

##### I. Sachverhalt

Dem Nachlassgericht muss zum Nachweis des Versterbens im Rahmen eines Erbscheinsverfahrens eine Sterbeurkunde vorgelegt werden. Die Beteiligten legen eine Sterbeurkunde vor, die allerdings den Vermerk „nur für Rentenzwecke“ beinhaltet. Das Nachlassgericht verlangt die Vorlage einer Sterbeurkunde ohne einen solchen Zusatz.

##### II. Fragen

Was ist die Rechtsgrundlage für das Aufbringen des Vermerks „nur für Rentenzwecke“? Schränkt dieser Vermerk die Beweiskraft der Urkunde ein?

##### III. Zur Rechtslage

###### 1. Kostenrechtlicher Hintergrund

Das Aufbringen des Vermerks „nur für Rentenzwecke“ hat einen **kostenrechtlichen Hintergrund**. Die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Personenstandsgesetz (PStG-VwV) vom 29.3.2010 (GMBL. S. 498), die von der Bundesregierung nach Art. 84 Abs. 2 GG erlassen wurde, enthält Regelungen zur Kostenfreiheit der Ausstellung von Personenstandsurkunden.

In Punkt A 9 der PStG-VwV ist folgende Regelung enthalten:

###### „Kostenfreiheit

###### A 9.1 Kostenfreiheit nach Bundes- oder Landesrecht

*Kostenfrei sind Personenstandsurkunden, für die auf Grund von Bundes- oder Landesrecht Kostenfreiheit vorgeschrieben ist (z.B. für Zwecke der gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Unfall- und Rentenversicherung, für Zwecke der Kriegsopferversorgung, der Wiedergutmachung, der Sozialhilfe, der Gewährung von Kindergeld, von Elterngeld, von Ausbildungszulagen oder von Altershilfe für Landwirte).“*

Nach **§ 64 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 SGB X** sind solche Urkunden von Beurkundungs- und Beglaubigungskosten befreit, die in der Sozialversicherung bei den Versicherungsträgern und Versicherungsbehörden erforderlich werden, um die Rechtsverhältnisse zwischen den Versicherungsträgern einerseits und den Arbeitgebern, Versicherten oder ihren Hinterbliebenen andererseits abzuwickeln. Diese Regelung ordnet auch die **Gebührenfreiheit der Erteilung von Sterbeurkunden u. a. für Rentenzwecke** an.

## 2. Keine Beschränkung des Verwendungszwecks

Hierdurch wird aber nicht die Verwendung der auf dieser Grundlage als Nachweis für den Tod der bezeichneten Person erteilten Sterbeurkunde beschränkt. Unabhängig vom konkreten Verwendungszweck und dem Umstand, ob sie kostenfrei erteilt wurde, beweist die Urkunde dieselbe Tatsache, nämlich den Tod der darin bezeichneten Person.

Demzufolge hat unlängst das **OLG Nürnberg** (BeckRS 2019, 17470) entschieden, dass die einer Personensstandsurkunde i. S. d. § 55 Abs. 1 PStG zukommende Beweiskraft nicht dadurch eingeschränkt wird, dass sie gem. § 64 Abs. 2 S. 3 SGB X gebührenfrei erteilt wurde. Im konkreten Fall ging es um die Vorlage einer Sterbeurkunde beim Grundbuchamt (zum Nachweis des Erlöschens eines Nießbrauchs gem. § 1061 S. 1 BGB wegen Versterbens des Berechtigten), wobei die Urkunde vom Standesamt mit dem Vermerk „Nur für Rente – gebührenfrei –“ versehen worden war. Im Ergebnis ging das OLG Nürnberg folglich davon aus, dass die nur für Rentenzwecke (gebührenfrei) erteilte Sterbeurkunde **tauglicher Urkundennachweis i. S. v. § 29 GBO** sei und bemerkte in diesem Zusammenhang ergänzend, dass sich aus der Grundbuchordnung nicht ergebe, dass das Grundbuchamt die Gebühreninteressen des Standesamts zu wahren hätte und deshalb gebührenfrei erteilte Sterbeurkunden zurückweisen dürfte.

Die vom OLG Nürnberg entschiedene Problematik ist u. E. mit der vorliegenden (Vorlage der Sterbeurkunde im Erbscheinsverfahren beim Nachlassgericht) vergleichbar und kann im Ergebnis rechtlich betrachtet wohl nicht abweichend gewürdigt werden.

## 3. Vergleich mit Vorlage eines kostenrechtlich privilegierten Erbscheins

Vergleichbar ist die Problematik ferner mit der **Vorlage eines kostenrechtlich privilegierten Erbscheins nach § 107 Abs. 3 KostO a. F.** Auch diesbezüglich wurde von der h. M. vertreten, dass auch ein „beschränkter“ Erbschein (mit dem Vermerk „nur für Grundbuchzwecke“) die volle Beweiswirkung hinsichtlich der Erbfolge entfalte (vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 1994, 10; BeckOK-

GBO/Wilsch, Std.: 15.12.2019, § 35 Rn. 34; Schaub, in: Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 35 Rn. 110; abweichend KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2019, § 35 GBO Rn. 53). Das OLG Frankfurt (NJW-RR 1994, 10) führte explizit aus, dass der kostenrechtlich privilegiert erteilte Erbschein ungeachtet des auf ihm angebrachten Vermerks, wonach er nur für Grundbuchzwecke erteilt worden ist und verwendet werden darf, einen Vollerbschein i. S. d. § 2353 BGB darstelle.

Die Möglichkeit eines kostenrechtlich privilegierten Erbscheins für Grundbuchzwecke nach § 107 Abs. 3 KostO a. F. bestand bis zum 1.8.2013 (Inkrafttreten des GNotKG). Die Streichung der Möglichkeit, einen kostenrechtlich privilegierten Erbschein nur für Grundbuchzwecke zu erteilen, wurde vom Gesetzgeber u. a. mit der „Vereinfachung des Kostenrechts“, aber auch damit begründet, dass die Wertprivilegierung „missbrauchsanfällig“ sei (vgl. BT-Drucks. 17/11471, S. 165; BeckOK-GBO/Wilsch, § 35 Rn. 34). Hieraus lässt sich rückschließen, dass auch der Gesetzgeber offensichtlich davon ausging, dass der Beweiswert der Urkunde nicht durch den aus Kostengründen angebrachten einschränkenden Verwendungsvermerk beeinträchtigt wird, sondern die Urkunde auch zu anderen Zwecken verwendet werden kann.

## 4. Ergebnis

Im Ergebnis gehen wir daher davon aus, dass der aus Kostengründen angebrachte eingeschränkte Geltungsvermerk die Beweiswirkung der Sterbeurkunde als öffentliche Urkunde nicht beeinträchtigt, sodass eine solche Sterbeurkunde zum Todesnachweis beispielsweise im Grundbuchverfahren oder – wie hier – im Erbscheinsverfahren vorgelegt werden kann.

---

## FamFG § 352a; HGB §§ 12, 177; BGB § 2048 Eintragung des Übergangs einer Kommanditbeteiligung im Erbfall; quotenloser Erbschein

---

### I. Sachverhalt

Der Erblasser war Kommanditist einer GmbH & Co. KG. Seine Kommanditbeteiligung wollte er im Rahmen eines privatschriftlichen Testaments letztlich seinen beiden Söhnen „vererben“. Die Formulierung im Testament lautete dahin, dass er seine Kommanditbeteiligung jeweils zur Hälfte seinen beiden Söhnen „vererbe“ und sein restliches Vermögen seiner Ehefrau (hier – unterstellt – auszulegen als Erbeinsetzung der Söhne und der Ehefrau mit entsprechender Teilungsanordnung). Aufgrund nur mit hohem Kostenaufwand und unter erheblichen Schwierigkeiten möglicher Ermittlung der Erbquoten der aus der Mutter und ihren

beiden Söhnen bestehenden Erbengemeinschaft wurde ein gemeinschaftlicher Erbschein unter Verzicht auf die Aufnahme der Erbteile (§ 352 Abs. 2 FamFG) beantragt und erteilt. Anschließend wurde die Kommanditbeteiligung im Rahmen einer Auseinandersetzungsvereinbarung von der Erbengemeinschaft hälftig auf die beiden Söhne übertragen und der Eintritt der Söhne als Kommanditisten zum Handelsregister angemeldet.

Das Registergericht ist der Auffassung, dass eine Zwischeneintragung sämtlicher Erben erforderlich sei. Hierfür sei der vorliegende Erbschein mangels Angaben der Quoten nicht geeignet.

## II. Fragen

Ist eine Zwischeneintragung sämtlicher Erben erforderlich? Genügt für eine solche Zwischeneintragung die Vorlage eines quotenlosen Erbscheins?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Tod eines Kommanditisten

#### a) Eintritt der Erben im Wege der (quotenentsprechenden) Sondererbfolge

Gemäß § 177 HGB wird beim Tod eines Kommanditisten die Gesellschaft mangels abweichender vertraglicher Bestimmung mit den Erben fortgesetzt. Liegt eine Erbenmehrheit (und damit eine Erbengemeinschaft) vor, rückt aber nicht die Erbengemeinschaft als solche in die Kommanditistenstellung des Erblassers ein; vielmehr geht die Mitgliedschaft auf die einzelnen Erben entsprechend ihren Erbquoten über, womit es im Ergebnis zu jenem Zustand kommt, der nach hypothetischer Erbauseinandersetzung in Bezug auf den Kommanditanteil bestünde („Sondererbfolge“, also „Direktanfall“ bei den jeweiligen Erben, vgl. Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 38. Aufl. 2018, § 177 Rn. 3 f.; MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2019, § 177 Rn. 16).

Der Eintritt eines Kommanditisten in eine bestehende Gesellschaft und das „Ausscheiden“ eines Kommanditisten, und damit auch die Sondererbfolge in den Kommanditanteil, sind gem. §§ 107, 143 Abs. 2 u. 3, 161 Abs. 2, 162 Abs. 1 u. 2 HGB anzumelden und in das Handelsregister einzutragen. Der Vorgang ist daher als **Ausscheiden des Erblassers** und **Eintritt der einzelnen Erben** zur Eintragung im **Handelsregister** anzumelden (MünchKommHGB/K. Schmidt, § 177 Rn. 16).

#### b) Erforderlichkeit der Zwischeneintragung bei Vorliegen einer Teilungsanordnung

##### aa) Voreintragung allgemein

In unserer Gutachtenpraxis gehen wir zunächst allgemein davon aus, dass dieser Grundsatz auch bei

**mehreren Gesamt- oder Sonderrechtsnachfolgen in unmittelbarer zeitlicher Abfolge** gilt. Wenn im Handelsregister noch der Rechtsvorgänger eines Kommanditisten eingetragen ist, der seinerseits durch Tod oder Übertragung seines Kommanditanteils inzwischen aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, so kann der Gesamt- oder Sonderrechtsnachfolger des zuletzt Ausgeschiedenen erst nach der **Zwischeneintragung** seines Rechtsvorgängers im Handelsregister eingetragen werden (vgl. OLG Köln DNotZ 2005, 555; KG MittBayNot 2003, 495; KG DNotZ 2001, 408; OLG Hamm NJW-RR 1993, 807; zustimmend die h. L., vgl. Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 751, 756).

Begründet wird dies zum einen damit, dass die vorgenannten gesetzlichen Bestimmungen – anders etwa als § 40 GBO für das Grundbuch – Ausnahmen insoweit nicht vorsehen. Zum anderen wird auf den **Zweck des Handelsregisters** verwiesen, der darin besteht, die die Gesellschaft betreffenden einzutragenden Tatsachen – insbesondere ihre **Haftungsverhältnisse** – zuverlässig und vollständig, also vor allem auch lückenlos, wiederzugeben (KG DNotZ 2001, 408, 409; OLG Hamm NJW-RR 1993, 807, 808 f.).

In einem Sonderfall hat das LG Frankenthal (Rpflger 1995, 74; zustimmend Krafka, Rn. 756) zwar entschieden, dass bei unbekanntem Erben der Übergang der Kommanditanteile in Erfüllung eines angeordneten Vermächtnisses im Handelsregister eingetragen werden könne. Das LG Frankenthal hält aber eine Eintragung in das Handelsregister für erforderlich, dass die Erblasserin verstorben ist, ihre unbekanntem Erben von dem Nachlasspfleger vertreten wurden und ihr Kommanditanteil auf die Vermächtnisnehmer im Wege der Sonderrechtsnachfolge übergegangen sei. Über den entschiedenen Einzelfall hinaus dürfte diese eher pragmatische Lösung jedoch keine Geltung beanspruchen, zumal die flankierenden Feststellungen des Gerichts zum notwendigen Inhalt der Eintragung die Bedeutung der Zwischeneintragung und deren besondere Dokumentationsfunktion eher unterstreichen als abschwächen. Sind die Erben bekannt, kann die erforderliche Zwischeneintragung – ungeachtet etwaiger praktischer Probleme bei der Ermittlung der maßgeblichen Erbquote – auch in der Praxis herbeigeführt werden.

##### bb) Voreintragung trotz Teilungsanordnung

Im Erbfall ist also grundsätzlich zunächst eine Eintragung sämtlicher Miterben entsprechend ihrer jeweiligen Erbquote erforderlich. Fraglich ist, ob eine **Teilungsanordnung** des Erblassers, die den Kommanditanteil an die Erben in einem bestimmten, **ggf. von der Erbquote abweichenden Beteiligungsverhältnis** zuweist, eine solche Voreintragung entbehrlich macht.

Dies wäre dann der Fall, wenn der **Teilungsanordnung (ausnahmsweise) dingliche Wirkung** zukäme und diese – wie eine qualifizierte Nachfolgeklausel – eine (unmittelbare) Sonderrechtsnachfolge des durch die Teilungsanordnung bestimmten Erben zur Folge hätte. Diese Frage ist **umstritten**.

Die Befürworter der vorgenannten Auffassung beziehen sich auf ein – nicht eindeutiges – *obiter dictum* des BGH (DNotZ 1977, 550 m. Anm. Priester) bzw. auf den Gedanken, dass auch die qualifizierte Nachfolgeklausel als eine dinglich wirkende Teilungsanordnung anzusehen sei (vgl. etwa Kindler, in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, HGB, 9. Aufl. 2019, § 139 Rn. 6).

Die wohl **h. M.** geht jedoch davon aus, dass eine Teilungsanordnung **keine unmittelbare dingliche Zuordnung des Gesellschaftsanteils** im Erbfall zur Folge hat: Sie wirke nicht wie eine qualifizierte Nachfolgeklausel (BFH MittBayNot 1999, 212 zur Verbindung von einfacher Nachfolgeklausel und Teilungsanordnung; KG DNotZ 2001, 408; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 139 Rn. 15; MünchKommBGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, § 727 Rn. 30; Krafka, Rn. 756). *Krafka* (Rn. 756) weist insoweit ausdrücklich darauf hin, dass im Falle einer Teilungsanordnung **zunächst sämtliche Miterben** und in einem zweiten Schritt in Ausführung der Teilungsanordnung die endgültigen Erwerber der Kommanditbeteiligung **im Handelsregister einzutragen** sind; mit Blick auf die erforderliche **lückenlose Darstellung der Haftungslage** bezüglich der Kommanditbeteiligung gilt dies auch dann, wenn der **dingliche Vollzug bereits erfolgt** ist.

Der wohl **h. M.** dürfte u. E. zu folgen sein, denn sie steht letztlich im Einklang mit dem ansonsten nicht bezweiferten Grundsatz der nur schuldrechtlichen Wirkung einer Teilungsanordnung (MünchKommBGB/Ann, § 2048 Rn. 8; Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, § 15 Rn. 199). Dem Gedanken, auch eine qualifizierte Nachfolgeklausel wirke im Ergebnis „wie eine dinglich wirkende Teilungsanordnung“, lässt sich u. E. kein Gegenargument im Umkehrschluss entnehmen. Will man diese dingliche Wirkung erreichen, ist eben gerade eine qualifizierte Nachfolgeklausel erforderlich und eine Teilungsanordnung unzureichend. Insgesamt ist die vorgelegte Frage wegen einer noch ausstehenden Entscheidung des BGH freilich nicht abschließend geklärt. Die Gegenstimmen zeigen, dass eine abweichende Auffassung jedenfalls nicht unvertretbar ist.

Im Sinne der auch hier zugrunde gelegten **h. M.** hat in jüngerer Zeit das OLG Düsseldorf (FGPrax 2017, 255) entschieden, dass es bei einer Teilungsanordnung zunächst

der Eintragung sämtlicher Miterben und hiernach der Eintragung des letztendlichen Erwerbers der Beteiligung bedürfe; bei der Zuwendung eines Kommanditanteils im Wege des Vermächtnisses (§ 2147 BGB) sei zunächst wiederum der Erbe und erst hiernach der Vermächtnisnehmer als Sonderrechtsnachfolger anzumelden.

## 2. Nachweis der Erbfolge

Für den Übergang des Kommanditanteils auf die gesetzlichen Erben des Erblassers ist gem. § 12 Abs. 1 S. 4 HGB die Rechtsnachfolge „soweit tunlich durch **öffentliche Urkunden** nachzuweisen.“ Die Erbfolge muss regelmäßig durch Erbschein nachgewiesen werden, soweit sie auf dem Gesetz oder einer privatschriftlichen Verfügung von Todes wegen beruht (OLG Köln DNotZ 2005, 555; KG DNotZ 2001, 408, 410; OLG FGPrax 2014, 219, 220; Krafka, Rn. 128). Dies ist, soweit ersichtlich, unstrittig. Insoweit stimmt die Rechtslage mit jener im Grundbuchverfahrensrecht überein, ungeachtet dessen, dass im Grundbuchverfahrensrecht nach § 35 Abs. 1 GBO der Nachweis der Erbfolge nur durch einen Erbschein und nur dann, wenn die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen in öffentlicher Urkunde beruht, auch durch Vorlage der Verfügung und der Niederschrift über deren Eröffnung geführt werden kann, wohingegen das Registergericht im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens entscheiden kann, welche öffentlichen Urkunden es für erforderlich hält.

Ob für den Nachweise der Sondererbfolge in den Kommanditanteil auch ein **quotenloser Erbschein** ausreichend ist, wird, soweit ersichtlich, nicht thematisiert. Den quotenlosen Erbschein genügen zu lassen, erscheint jedoch **zweifelhaft**.

Mit der Neuregelung des § 352a Abs. 2 FamFG ist es den Erben ermöglicht worden, einen quotenlosen gemeinschaftlichen Erbschein zu beantragen, wenn alle Antragsteller in dem Antrag auf die Aufnahme der Erbteile in den Erbschein verzichten. Dies ist insbesondere deswegen praxisgerecht, da die genaue **Erbquote vor allem interne Bedeutung** innerhalb der Erbengemeinschaft hat (Keidel/Zimmermann, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 352a Rn. 17; Zimmermann, ZEV 2015, 520 522). Etwas **anderes** gilt aber im **Verfahren des Handelsregisters**. Hier kommt es aufgrund der **Sondererbfolge** der Erben gerade **entscheidend auf die Erbquote** an. Dem Handelsregister dürfte es nicht zuzumuten sein, die Erbquoten selbstständig zu ermitteln. Eine andere Ansicht vertritt womöglich *Grziwotz* (in: MünchKommFamFG, 3. Aufl. 2019, § 352a Rn. 19), wenn dieser ausführt, dass im Falle eines quotenlosen Erbscheins die Behörden, die diesen benötigten, die Quoten künftig selbst zu ermitteln hätten; als Beispiel führt er Finanz- und Sozialbehörden auf. Auf den Nachweis einer

Sondererbfolge gegenüber dem Handelsregister geht er nicht ausdrücklich ein. Wenn aber § 12 Abs. 1 S. 4 HGB bestimmt, dass die anzumeldende Rechtsnachfolge durch öffentliche Urkunden nachzuweisen ist, geht u. E. das Gesetz davon aus, dass dem Handelsregister die konkret einzutragende Rechtsnachfolge nachzuweisen ist, und damit: die konkreten Erbquoten, mit denen im Fall der Sondererbfolge die Kommanditisten den Kommanditanteil erwerben.

Für die Zwischeneintragung der einzelnen Erben ohne die Zuweisung eines bestimmten Kommanditanteils findet sich im Gesetz keine Grundlage. Jedenfalls dürfte die nur **tatsächlich bestehende Schwierigkeit, konkrete Erbquoten zu ermitteln, keine Sonderbehandlung** in diesem Fall rechtfertigen. Der quotenlose Erbschein dürfte daher in Fällen, in denen eine Kommanditbeteiligung zum Nachlass gehört, nicht geeignet sein, die Erbfolge auch dem Handelsregister gegenüber ausreichend nachzuweisen.

Ergänzend sei folgender Hinweis gestattet: In der Literatur (BeckOK-FamFG/Schlögel, Std.: 1.10.2019, § 352a Rn. 4; Keidel/Zimmermann, § 352a Rn. 17; Zimmermann, ZEV 2015, 520, 522) wird jedenfalls die Ergänzung des bisherigen quotenlosen Erbscheins um im Nachhinein ermittelte Erbquoten für zulässig gehalten. Hierfür soll über die für den quotenlosen Erbschein bereits angefallene Verfahrensgebühr (Nr. 12210 KV GNotKG) hinaus auch keine neue Gerichtsgebühr anfallen.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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.

### MaBV § 3

**Freigabeversprechen durch Privatgläubiger einer Briefgrundschuld; Notwendigkeit einer Sicherung durch Löschungsvormerkung trotz treuhänderischer Verwahrung des Briefs durch den Notar**  
Abruf-Nr.:

### GrEStG §§ 8, 9

**Grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage; „symbolischer Kaufpreis“**  
Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

### BGB §§ 138, 2209, 2211, 2216

**Keine Sittenwidrigkeit eines Behindertentestaments bei Fehlen von Verwaltungsanordnungen an den Testamentsvollstrecker**

**Ein Behindertentestament ist nicht allein deshalb sittenwidrig, weil in der letztwilligen Verfügung konkrete Verwaltungsanweisungen an den Testamentsvollstrecker fehlen, aus denen sich ergibt, in welchem Umfang und zu welchen Zwecken der Betroffene Vorteile aus dem Nachlass erhalten soll.**

BGH, Beschl. v. 24.7.2019 – XII ZB 560/18

### Problem

Für den unter einer psychischen Erkrankung leidenden Betroffenen ist seit 1998 ein Berufsbetreuer u. a. mit dem Aufgabenkreis Vermögenssorge bestellt. Sein 2014 verstorbener Vater hatte in einem notariellen Testament den Betroffenen sowie dessen zu 100 % behinderte Schwester zu je 18 % zu seinen Erben (Vorerben) eingesetzt. Miterbe des restlichen Nachlasses (64 %) wurde ein weiterer Sohn des Erblassers, der zugleich Nacherbe nach dem Betroffenen und seiner Schwester werden sollte. Hinsichtlich der beiden Vorerben wurde Dauervollstreckung nach § 2209 BGB bis zu deren jeweiligem Tod angeordnet. Als Aufgabe wurde dem Testamentsvollstrecker die Ausübung der den Vorerben zustehenden Verwaltungsrechte zugewiesen. Der Wert des Erbteils des Betroffenen beträgt etwa 32.000 €. Der Nacherbe gestattete dem Testamentsvollstrecker, für den Betroffenen aus der Vermögenssubstanz jährlich „bis zu 2.500 €“ zur Steigerung von dessen Lebensqualität zu entnehmen.

Das Amtsgericht entschied, dass der Betroffene wegen der zunächst aus der Landeskasse gezahlten Betreuervergütung für den unverjährten Zeitraum vom 1.1.2015 bis 31.3.2018 einen Betrag von 3.432 € an die Landeskasse zu erstatten habe. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Betroffenen wies das Landgericht zurück, da der Betroffene nicht mittellos sei; vielmehr sei sein Erbteil Bestandteil seines Vermögens geworden und vom Testamentsvollstrecker zur Entrichtung der Betreuervergütung freizugeben. Ein Zugriff auf die Erbschaft sei nicht nach den §§ 2211, 2214 BGB ausgeschlossen, da es im Gegensatz zu herkömmlichen Behindertentestamenten im Testament an konkreten Verwaltungsanweisungen an den Testamentsvollstrecker hinsichtlich der Mittelverwendung für den Betroffenen fehle, dieses damit ausschließlich der einseitigen Bevorzugung und Sicherung des gesamten Nachlasses zugunsten des nicht behinder-

ten Sohnes diene und daher deswegen sittenwidrig sei. Gegen diesen Beschluss legte der Betroffene die zugelassene Rechtsbeschwerde ein.

### Entscheidung

Der BGH hebt die Beschlüsse der Vorinstanzen auf. Aus Sicht des BGH verfügt der Betroffene im Hinblick auf die – wirksam angeordnete – Testamentsvollstreckung wegen Eingreifens der §§ 2211, 2214 BGB **nicht über verwertbares Vermögen** (vgl. § 1836c Nr. 2 BGB, § 90 SGB XII). Eine Erstattung der gezahlten Betreuervergütung könne daher nicht verlangt werden. Der BGH knüpft in seiner Begründung an die bisherige höchstgerichtliche Rspr. zur fehlenden Sittenwidrigkeit von Behindertentestamenten an und **schließt eine Sittenwidrigkeit** selbst dann **aus**, wenn, wie hier, konkrete Verwaltungsanordnungen an den Testamentsvollstrecker zur Mittelverwendung zugunsten des Behinderten fehlen. Der BGH betont, dass eine Einschränkung der grundgesetzlich geschützten Testierfreiheit durch Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB nur in Betracht komme, wenn sich das Verdikt der Sittenwidrigkeit auf eine klare, deutlich umrissene Wertung des Gesetzgebers oder allgemeine Rechtsauffassung stützen könne. Beides lasse sich hier nicht feststellen.

Ferner weist der BGH die Annahme des Landgerichts zurück, dem Betroffenen würden aus der Vorerbschaft keinerlei Vorteile zufließen. Hierauf hatte das Landgericht maßgeblich die Annahme der Sittenwidrigkeit gestützt. Zwar könne der nicht befreite Vorerbe nicht auf die Nachlasssubstanz zugreifen, sondern ihm stünden allenfalls die Erträge zu. Da im vorliegenden Fall der Erblasser nicht die ausschließliche Thesaurierung der aus der Vorerbschaft fließenden Erträge angeordnet habe, könne aber nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass der Betroffene im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB) vom Testamentsvollstrecker die Auszahlung von Erträgen zur Bestreitung seines Unterhalts verlangen könne.



**Postvertriebsstück: B 08129**

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

---

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**[www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)**

---

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

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

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)                      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Johannes Cziupka

**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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 27 Abs. 2, 40 – Eingetragener Verein: Widerruf der Bestellung des Vorstands; Widerruf aus wichtigem Grund; statutarische Erschwerung des Widerrufs durch qualifizierte Mehrheit

BGB §§ 2368, 2366, 892 – Gutgläubiger Grundstückserwerb aufgrund Verfügung des Testamentsvollstreckers; Streit über Testierfähigkeit des Erblassers

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Rechtsprechung

BGB § 1899 Abs. 4 – Voraussetzungen für die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers in Bezug auf abzuschließendes Rechtsgeschäft

##### Literaturhinweise

##### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB §§ 27 Abs. 2, 40

#### Eingetragener Verein: Widerruf der Bestellung des Vorstands; Widerruf aus wichtigem Grund; statutarische Erschwerung des Widerrufs durch qualifizierte Mehrheit

##### I. Sachverhalt

Die Satzung eines eingetragenen Vereins sieht vor:

„Die Mitglieder des Vorstands und des erweiterten Vorstands können durch einen Beschluss der Mitgliederversammlung mit 2/3-Mehrheit abgewählt werden.“

Am 21.9.2019 fasste die Mitgliederversammlung einen Beschluss über die Abberufung des geschäftsführenden Vorstands aus wichtigem Grund. Dabei wurden 60 % der Stimmen für die Abberufung abgegeben, 40 % dagegen. Der Wahlleiter stellte fest, dass der geschäftsfüh-

rende Vorstand abgewählt worden sei. Die Abberufung wurde zur Eintragung ins Vereinsregister angemeldet.

Das Registergericht hat die Eintragung mit der Begründung verweigert, dass die statutarisch geforderte Mehrheit von 2/3 nicht erreicht worden sei. Die Satzungsbestimmung sei wirksam; abweichende Entscheidungen zum GmbH-Recht ließen sich auf das strukturell unterschiedliche Vereinsrecht nicht übertragen.

##### II. Frage

Ist die statutarisch vorgeschriebene 2/3-Mehrheit bei einer Abberufung des Vorstands aus wichtigem Grund zu beachten?

##### III. Zur Rechtslage

###### 1. Problem: Dispositivität des § 27 Abs. 2 BGB

Gem. § 27 Abs. 2 BGB ist die Vorstandsbestellung jederzeit widerruflich (S. 1), die Widerruflichkeit kann durch die Satzung jedoch auf den Fall beschränkt werden, dass ein wichtiger Grund für den Widerruf vorliegt, insbesondere eine grobe Pflichtverletzung oder die Unfähigkeit zur ordentlichen Geschäftsführung (S. 2). Diese Widerrufsregelung wird von § 40 S. 1 BGB nicht

in den Kreis der dispositiven Bestimmungen aufgenommen, sodass eine abwandelnde statutarische Regelung nur in den immanenten Grenzen der gesetzlichen Regelung möglich ist (Staudinger/Schwennicke, BGB, 2019, § 40 Rn. 1: nicht aufgenommene Bestimmungen könnten satzungsd dispositiv sein, wenn dies in der Bestimmung vorgesehen sei, etwa in § 27 Abs. 2 S. 2 BGB). Fraglich ist daher, ob § 27 Abs. 2 BGB die **freie Widerruflichkeit** für **grundsätzlich dispositiv** erklärt und lediglich den Widerruf aus wichtigem Grund gesichert sehen will **oder** ob die Vorschrift **nur** eine einzige statutarische Abweichung gestattet, nämlich die **Beschränkung auf den außerordentlichen Widerruf**. Im ersten Fall wären sämtliche statutarischen Abweichungen zulässig, solange sie nur den Widerruf aus wichtigem Grund nicht antasteten, im zweiten Fall könnte auch der einfache Widerruf nicht statutarisch erschwert werden. Dem Gesetzeswortlaut dürfte sich eine klare Antwort nicht entnehmen lassen und auch der Gesetzgeber schien den (grundsätzlich) dispositiven oder absoluten Charakter der Norm offenhalten zu wollen (vgl. Protokolle, in: Mugdan, Bd. 1, 1899, S. 611).

## 2. Meinungsstand

Die vereinsrechtliche Literatur äußert sich zu dieser Frage **uneinheitlich**:

Nach großzügiger (Minder-)Meinung kann die Satzung sogar die Abberufung aus wichtigem Grund erschweren, insbesondere durch ein höheres Mehrheitserfordernis (Reichert/Wagner, Vereins- und Verbandsrecht, 14. Aufl. 2018, Kap. 2 Rn. 2230). Die abweichende Rechtsprechung zum GmbH-Recht (§ 38 Abs. 2 GmbHG) gelte im Vereinsrecht nicht, allerdings dürfe die Abberufung „nicht zu sehr“ erschwert werden. Dem steht die strenge Ansicht gegenüber, dass sämtliche Erschwerungen über das Erfordernis des wichtigen Grundes hinaus (etwa ein qualifiziertes Mehrheitserfordernis) unwirksam seien (so offenbar Baumann, in: Baumann/Sikora, Hand- und Formularbuch des Vereinsrechts, 2. Aufl. 2017, § 8 Rn. 115).

Die **wohl überwiegende Meinung** lässt statutarische Abweichungen zu, solange sie nicht die außerordentliche Abberufung weiter einschränken. Ein **qualifiziertes Mehrheitserfordernis** wird also dann **abgelehnt, wenn** es (auch) den **Widerruf aus wichtigem Grund** betreffen soll (Staudinger/Schwennicke, § 27 Rn. 54; BeckOGK-BGB/Segna, Std.: 1.10.2019, § 27 Rn. 42; BeckOK-BGB/Schöpflin, Std.: 1.11.2019, § 27 Rn. 14; Wagner, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 4. Aufl. 2016, § 21 Rn. 8; Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, 20. Aufl. 2016, Rn. 269; wohl auch Soergel/Hadding, BGB, 13. Aufl. 2000, § 27 Rn. 19; zumindest tendenziell

Stöber/Otto, Handbuch zum Vereinsrecht, 11. Aufl. 2016, Rn. 428 m. Fn. 6).

Im Hintergrund der vereinsrechtlichen Hauptmeinung steht die Rechtsprechung zum fast gleichlautenden **§ 38 Abs. 2 GmbHG**. Hier hat der BGH bereits ausdrücklich entschieden, dass der Widerruf aus wichtigem Grund nicht an eine höhere als die einfache Mehrheit gebunden werden könne (NJW 1983, 938 f.; vgl. dazu auch GroßkommGmbHG/Paefgen, 2. Aufl. 2014, § 38 Rn. 20).

## 3. Stellungnahme

Unseres Erachtens sollte der **überwiegenden Meinung zu folgen** sein: Teleologisch betrachtet kann § 27 Abs. 2 BGB schwerlich einen anderen **Schutz** intendieren als den der **Vorstandsabberufung aus wichtigem Grund**. Es dürfte daher zulässig sein, einen Umkehrschluss aus der Grenze des § 27 Abs. 2 S. 2 BGB zu ziehen und Erschwerungen der Widerruflichkeit bis zur Grenze des wichtigen Grundes als gestattet zu betrachten (vgl. auch BeckOGK-BGB/Segna, § 27 Rn. 42, der *a maiore ad minus* Widerrufsgründe unterhalb des wichtigen Grundes zulässt; das heißt wohl zugleich, dass sonstige Erschwerungen der Widerruflichkeit bis zur Grenze des wichtigen Grundes erlaubt sind, denn auch einfache Widerrufsgründe sind Erschwerungen der Widerruflichkeit). Erschwerungen über diese Grenze hinaus erscheinen angesichts des Schutzzwecks und des Gesetzeswortlauts zumindest problematisch. Insoweit lässt sich die vorhandene **Rechtsprechung zu § 38 Abs. 2 GmbHG** durchaus auf das Vereinsrecht übertragen. Der pauschale Verweis auf die strukturelle Unterschiedlichkeit von Verein und Kapitalgesellschaft ist kein Argument. Pauschal genommen ist diese Behauptung sogar falsch, denn das Vereinsrecht ist dogmatisch und systematisch betrachtet die Grundlage des Körperschaftsrechts. Dies rechtfertigt es von Fall zu Fall, sowohl Normen des Vereinsrechts auf die GmbH anzuwenden (vgl. Gutachten DNotI-Report 2019, 113, 115) als auch Normen des Vereinsrechts mithilfe der Rechtsprechung zu GmbH-rechtlichen Parallelnormen auszulegen. Das konkretere Argument, dass der GmbH-Geschäftsführer im Unterschied zum Vereinsvorstand keinerlei Beschränkung in der Vertretungsmacht unterliegen könne (§ 37 Abs. 2 GmbHG) und sich daher leichter müsse abberufen lassen (vgl. Reichert/Wagner, Kap. 2 Rn. 2230), überzeugt ebenso wenig: Der Gesetzgeber zeigt mit der Bestimmung des § 27 Abs. 2 S. 2 BGB doch gerade, dass er auch im Vereinsrecht die Abberufung aus wichtigem Grund gesichert sehen will. *Prima facie* laufen die Regelungen parallel und es bedürfte u. E. gewichtigerer Gründe, den Wortlaut je nach Rechtsträger unterschiedlich auszulegen.

#### 4. Fazit

Da es laut Sachverhalt um eine Abberufung aus wichtigem Grund ging, konnte die Satzung **für den Beschluss** der Mitgliederversammlung **keine erhöhte Mehrheit** vorschreiben. Die zitierte Klausel dürfte nach oben Gesagtem insoweit nichtig sein (wenn sich nicht bereits durch Auslegung ergeben sollte, dass sie lediglich die Abberufung ohne wichtigen Grund betrifft). Eine Gesamtnichtigkeit der Klausel ist damit nicht notwendigerweise verbunden; vielmehr kommt eine geltungserhaltende Reduktion in Betracht (vgl. GroßkommGmbHG/Paefgen, § 38 Rn. 21; Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 38 Rn. 5). Bei einer Abberufung ohne wichtigen Grund wäre daher die erhöhte Mehrheit zu beachten. Dem Verein mag dennoch zu empfehlen sein, den Anwendungsbereich des Mehrheitserfordernisses durch Satzungsänderung klarzustellen.

Das Registergericht freilich kann die Eintragung der Abberufung nach alledem nicht verweigern; die erforderliche Beschlussmehrheit wurde erreicht.

---

### BGB §§ 2368, 2366, 892

#### Gutgläubiger Grundstückserwerb aufgrund Verfügung des Testamentsvollstreckers; Streit über Testierfähigkeit des Erblassers

---

##### I. Sachverhalt

Der Erblasser setzte durch notarielles Testament verschiedene Erben ein und ordnete Testamentsvollstreckung zur Abwicklung an. Sein einziger Sohn wurde testamentarisch nicht berücksichtigt.

Zum Nachlass gehört ein Grundstück. Der Testamentsvollstrecker verkaufte dieses auf Basis und unter Vorlage des Testaments und der Eröffnungsniederschrift. Nach Abschluss des notariellen Kaufvertrags drohte der (enterbte) Sohn die Anfechtung des Testaments wegen angeblicher Geschäftsunfähigkeit des Erblassers an und behielt sich gerichtliche Schritte vor.

Dem Käufer des Grundstücks ist dies bekannt. Eine Klage ist allerdings bisher nicht erhoben worden. Das Nachlassgericht sieht keine Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit des Testaments. Der Testamentsvollstrecker und die testamentarisch eingesetzten Erben haben nunmehr einen Erbschein und ein Testamentsvollstreckerzeugnis beantragt, um einen gutgläubigen Erwerb des Grundstückserwerbers zu ermöglichen. Dessen Rechtsanwalt wendet allerdings ein, dass auch in diesem Fall kein gutgläubiger Erwerb möglich sei, da dem Käufer bekannt sei, dass der enterbte Sohn möglicherweise die Unwirk-

samkeit des Testaments herbeiführen könne (selbst wenn dafür derzeit keine Anhaltspunkte bestünden).

##### II. Fragen

1. Wie lässt sich ein rechtssicherer Erwerb des Käufers sicherstellen, auch wenn ein Rechtsstreit über die Wirksamkeit des Testaments im Raum steht?

2. Wie weit reicht allgemein der Gutgläubenschutz beim Testamentsvollstreckerzeugnis?

##### III. Zur Rechtslage

###### 1. Positive Reichweite des Schutzes durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis

Auf das Testamentsvollstreckerzeugnis sind gem. § 2368 S. 2 Hs. 1 BGB die Vorschriften über den Erbschein (insbesondere §§ 2365, 2366 BGB) entsprechend anzuwenden.

Sollte das Testamentsvollstreckerzeugnis unrichtig sein, so geht die Fiktionswirkung gem. **§§ 2368 S. 2 Hs. 1, 2365 BGB** dahin, dass der **Testamentsvollstrecker das darin bezeugte Amt** einschließlich evtl. angegebener Erweiterungen **erlangt hat und durch keine anderen als die angegebenen Anordnungen beschränkt** ist. Fehlt es tatsächlich an der Rechtsmacht, so wird sie dem gutgläubigen Dritten gegenüber durch das Zeugnis fingiert. Geschäfte des Scheintestamentsvollstreckers sind daher hinsichtlich ihrer Wirksamkeit gegenüber einem gutgläubigen Dritten denjenigen des wirklichen Testamentsvollstreckers gleichgestellt. Das Zeugnis **legitimiert** den Testamentsvollstrecker **bei allen Rechtsgeschäften, die er kraft seiner Amtsstellung vorzunehmen hat** (s. nur MünchKommBGB/Grziwotz, 8. Aufl. 2020, § 2368 Rn. 45, 47; Staudinger/Herzog, BGB, 2016, § 2368 Rn. 25; Palandt/Weidlich, BGB, 79. Aufl. 2020, § 2368 Rn. 8). Der Schutz des öffentlichen Glaubens aufgrund des Testamentsvollstreckerzeugnisses erstreckt sich auch auf Verpflichtungsgeschäfte: Der Scheintestamentsvollstrecker kann daher den Nachlass und somit den wirklichen Erben nach **§§ 2206, 2207 BGB** wirksam verpflichten (NK-BGB/Kroiß, 5. Aufl. 2018, § 2368 Rn. 21; MünchKommBGB/Grziwotz, § 2368 Rn. 48; Palandt/Weidlich, § 2368 Rn. 8). Der Gutgläubenschutz greift selbst dann ein, wenn der Testamentsvollstrecker dem Käufer das Testamentsvollstreckerzeugnis nicht vorgelegt hat (s. nur BGH NJW 1963, 1972, 1974 zum Erbschein).

Insgesamt werden über die §§ 2365 ff. BGB also Geschäfte des Scheintestamentsvollstreckers denjenigen eines tatsächlichen Testamentsvollstreckers gleichgestellt. *Zimmermann* (Die Testamentsvollstreckung, 5. Aufl. 2020, Rn. 276) bringt dafür folgendes anschau-

liche Beispiel: Veräußert ein Testamentsvollstrecker aus dem Nachlass ein Bild an D, dann wird D geschützt (und hat wirksam erworben), wenn sich später herausstellt, dass der Erblasser geisteskrank war, also nicht wirksam testieren und auch nicht wirksam einen Testamentsvollstrecker ernennen konnte.

Der Anwendungsbereich des Gutgläubensschutzes nach Maßgabe der §§ 2368 S. 2 Hs. 1, 2366 BGB ist folglich grundsätzlich eröffnet, wenn – wie im geschilderten Sachverhalt – die Testierfähigkeit des Erblassers zweifelhaft ist und möglicherweise fehlt. Allerdings ist der Gutgläubensschutz in mehrfacher Hinsicht beschränkt.

## 2. Begrenzung des Schutzes

### a) Nachlasszugehörigkeit

Das Testamentsvollstreckerzeugnis begründet nach § 2368 BGB **keine Fiktion** des Inhalts, dass der veräußerte Gegenstand zum Nachlass gehört. Diese Begrenzung gilt gem. § 2366 BGB auch für den Erbschein, der den gutgläubigen Geschäftspartner „nur“ ebenso stellt wie beim Erwerb vom wahren Erben. Insoweit ist in beiden Fällen ein gutgläubiger Erwerb lediglich nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 892 f., 932 ff. BGB möglich, falls die jeweils geforderte objektive Rechtscheinsbasis (Grundbucheintragung, Besitzstand) im Einzelnen gegeben ist (MünchKommBGB/Grziwotz, § 2368 Rn. 47; Palandt/Weidlich, § 2368 Rn. 8, § 2366 Rn. 4 ff.).

Sollte mithin bereits die Grundbucheintragung auf den Erblasser unrichtig gewesen sein und das veräußerte Grundstück folglich nicht zu seinem Nachlass gehören, so würde das erteilte Testamentsvollstreckerzeugnis über §§ 2368 S. 2 Hs. 1, 2366 BGB nicht über diesen Mangel hinweghelfen. Deswegen ist in der Tat nachdrücklich anzuraten, dass die Erben die Grundbuchberichtigung auf die Erbengemeinschaft aufgrund des zu erteilenden Erbscheins durchführen lassen. Sind sodann die Erben in Erbengemeinschaft samt Testamentsvollstreckervermerk gem. § 52 GBO im Grundbuch eingetragen, so könnte ein evtl. bereits in der Person des Erblassers fehlendes Grundstückseigentum über § 892 Abs. 1 BGB überwunden werden. Es ist in dieser Hinsicht ausreichend, wenn das Grundbuch spätestens gleichzeitig mit der Eigentumsumschreibung berichtigt wird. Die noch ausstehende Grundbuchberichtigung zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags hindert nach der neueren Rechtsprechung einen gutgläubigen Erwerb gem. § 892 BGB nicht (BGH NJW 2003, 202, 203; NJW 1980, 2413, 2414; BayObLG NJW 2003, 3785; zu § 892 BGB s. näher Gutachten DNotI-Report 2019, 37).

### b) Kraftloswerden des Zeugnisses

Der durch das Testamentsvollstreckerzeugnis vermit-

telte Gutgläubensschutz entfällt, wenn das Zeugnis kraftlos wird. Dies ist gem. § 2368 S. 2 Hs. 2 BGB mit der **Beendigung des Amtes** des konkret amtierenden Testamentsvollstreckers der Fall. Als Beendigungsgrund in Betracht kommen etwa Erledigung der Aufgabe, Zeitablauf, Bedingungseintritt, Kündigung oder Entlassung. Die Beendigung nach § 2368 S. 2 Hs. 2 BGB lässt das Zeugnis – im Gegensatz zum Erbschein – **von selbst kraftlos** werden. Ein förmliches **Einziehungsverfahren nach § 2361 BGB** ist dazu **keine Voraussetzung** (s. nur MünchKommBGB/Grziwotz, § 2368 Rn. 50; Staudinger/Herzog, § 2368 Rn. 30). Kraft Gesetzes erlischt das Testamentsvollstreckeramt auch nach §§ 2225, 2201 BGB, wenn der Testamentsvollstrecker geschäftsunfähig wird oder nach § 1896 BGB zur Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten einen Betreuer erhält (Fallbeispiel: BayObLG DNotZ 1996, 102; s. auch Staudinger/Herzog, § 2368 Rn. 30; allg. MünchKommBGB/Grziwotz, § 2368 Rn. 50). Der eingeschränkte Gutgläubensschutz durch das Testamentsvollstreckerzeugnis hilft über eine solche gesetzliche Amtsbeendigung also nicht hinweg.

Die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers muss grundsätzlich bis zur Vollendung des Rechtsenerwerbs durch Eigentumsumschreibung vorliegen (vgl. BeckOGK-BGB/Kessler, Std.: 1.1.2019, § 878 Rn. 2; Palandt/Herrler, § 878 Rn. 1). Eine **Vorverlagerung** des insoweit maßgeblichen Zeitpunkts auf die Antragstellung beim Grundbuchamt **analog § 878 BGB** wird für den Testamentsvollstrecker von der immer noch überwiegenden obergerichtlichen Rechtsprechung **abgelehnt**: Der nachträgliche Fortfall der Verfügungsbefugnis sei systematisch etwas anderes als der in § 878 BGB geregelte nachträgliche Eintritt einer Verfügungsbeschränkung (in diesem Sinne etwa BayObLG MittBayNot 1999, 82, 84 = DNotI-Report 1998, 221; OLG Brandenburg VIZ 1995, 365, 366; OLG Celle NJW 1953, 945; Gegenansicht mit Überblick bei Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 124; MünchKommBGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, § 878 Rn. 11; Palandt/Herrler, § 878 Rn. 11).

Bei Anhaltspunkten für eine Amtsbeendigung dürfte es sich daher als sicherster Weg (dazu allg. Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn. 210) empfehlen, die Urkunde von den testamentarisch berufenen Erben zusätzlich genehmigen zu lassen. Dann läge – wenn keine Ersatztestamentsvollstreckung angeordnet ist – zusätzlich die Zustimmung der in diesem Fall Verfügungsberechtigten vor; eine vorzeitige Beendigung des Amtes des konkreten Testamentsvollstreckers wäre insoweit unschädlich (ausf. zum Problem Zahn, MittRhNotK 2000, 90, 103 ff., 108 f.). Im vorliegenden

Fall steht allerdings nicht die Beendigung des Amts im Raum, sondern eine mögliche Unwirksamkeit der Anordnung der Testamentsvollstreckung. Letztere erfasst § 2368 S. 2 Hs. 2 BGB aber gerade nicht.

### c) Positive Kenntnis von der Unrichtigkeit des Zeugnisses

Ausgeschlossen ist der Schutz des guten Glaubens des Erwerbers hinsichtlich des Testamentsvollstreckerzeugnisses darüber hinaus gem. §§ 2368 S. 2 Hs. 1, 2366 Hs. 2 BGB, wenn der Erwerber die Unrichtigkeit des Testamentsvollstreckerzeugnisses kennt. Ebenso entfällt der durch das Grundbuch nach Grundbuchberichtigung auf die Erben vermittelte Gutgläubensschutz gem. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB, wenn der Erwerber die Unrichtigkeit kennt. Erforderlich ist insoweit positive Kenntnis der Unrichtigkeit des Inhalts von Erbschein bzw. Testamentsvollstreckerzeugnis. Eine auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis zerstört den Gutgläubensschutz nach der klaren gesetzlichen Anordnung dagegen noch nicht (vgl. Staudinger/Herzog, § 2366 Rn. 10; MünchKommBGB/Grziwotz, § 2366 Rn. 27 ff.; Palandt/Weidlich, § 2366 Rn. 2 m. w. N.). Auch die bloße Kenntnis von der Anhängigkeit eines Rechtsstreits über das Erbrecht entzieht den Gutgläubensschutz nicht (Staudinger/Herzog, § 2366 Rn. 12). Eine Testamentsanfechtung im technischen Sinne nach den §§ 2078 ff. BGB, für die hinsichtlich des Gutgläubenschutzes weiter einschränkend § 142 Abs. 2 BGB von Bedeutung wäre (Staudinger/Herzog, § 2366 Rn. 12), steht bei einem Streit um die Testierfähigkeit des Erblassers nicht im Raum.

Die Kenntnis davon, dass die Testierfähigkeit des Erblassers möglicherweise zweifelhaft war und der enterbte Sohn daher möglicherweise einen Rechtsstreit einleiten will, genügt mithin nicht, um dem Käufer den Gutgläubensschutz gem. §§ 2368 S. 2 Hs. 1, 2366 BGB sowie – nach Grundbuchberichtigung – gem. § 892 BGB zu entziehen.

### 3. Fazit für den vorliegenden Fall

Im Ergebnis dürfte es u. E. anzuraten sein, aufgrund des noch zu erteilenden Erbscheins spätestens bis zur Eigentumsumschreibung auf den Käufer zugleich das **Grundbuch auf die Erben berichtigen zu lassen**. Bei Anhaltspunkten für eine Amtsbeendigung sollten die **Testamentserben zusätzlich die Urkunde genehmigen**, damit die Schwächen des Gutgläubenschutzes nach § 2368 S. 2 Hs. 2 BGB überwunden werden.

Schaden würde dem Käufer aufgrund des weiterreichenden Gutgläubenschutzes gem. § 892 Abs. 1 S. 1 BGB dann nur die noch eintretende **positive Kenntnis**,

dass die eingetragenen Erben nicht die Eigentümer sind, oder die Eintragung eines Widerspruchs. Allein die Ankündigung eines enterbten Kindes, es werde das Testament anfechten, dürfte eine solche positive Kenntnis nicht vermitteln. Falls – wie üblich – zur Absicherung des Eigentumsverschaffungsanspruchs des Käufers zunächst eine Vormerkung (§ 883 BGB) eingetragen wird, ist nach h. M. der maßgebliche Zeitpunkt für die Voraussetzungen des § 892 BGB (die die Rechtszuständigkeit des Vormerkungsschuldners ersetzen) bereits der Zeitpunkt des Entstehens der Vormerkung (s. etwa BGH NJW 1981, 446, 447; Urt. v. 20.7.2007, BeckRS 2007, 13424, Tz. 20; Staudinger/Picker, 2019, § 892 Rn. 187). Späteres Bösgläubigwerden des Käufers oder die spätere Eintragung eines Widerspruchs würden diesem dann nicht mehr schaden.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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.

**ZPO §§ 727, 882a, 780**

**Umschreibung einer Vollstreckungsklausel gegen den Fiskus als Erben des Schuldners**

Abruf-Nr.:

**InsO § 19; UmwG §§ 189, 191, 220, 228 ff.**

**Formwechsel einer überschuldeten GmbH in eine KG**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BGB § 1899 Abs. 4**

**Voraussetzungen für die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers in Bezug auf abzuschließendes Rechtsgeschäft**

**Die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers nach § 1899 Abs. 4 BGB ist veranlasst, wenn eine Verhinderung des Betreuers konkret zu besorgen und daher zu erwarten ist, dass der Ergänzungsbetreuer von seiner Entscheidungsverantwortung Gebrauch machen muss.**

BGH, Beschl. v. 25.9.2019 – XII ZB 251/19

## Problem

M ist zur Betreuerin ihrer behinderten Tochter T (geboren 1973) bestellt, u. a. mit dem Aufgabenkreis Vermögenssorge.

Beide Eltern der T errichteten 2001 ein privatschriftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu alleinigen Vorerben und ihre zwei Töchter zu Schlussbedachten einsetzten. Der T wurde zusätzlich ein Wohnungsrechtsvermächtnis bzgl. einer Dachgeschosswohnung ausgesetzt (mit Wertersatzanspruch im Falle der Nichtausübung). Der Vater der T verstarb im Mai 2004. Anschließend bestellte die Mutter der behinderten Tochter an der Dachgeschosswohnung ein lebenslanges Wohnungsrecht i. S. d. § 1093 BGB.

Im September 2018 beantragte die Betreuerin die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers (zwecks Löschung des Wohnungsrechts und Neuregelung der Erbfolge), da das Wohnungsrecht nach dem bestehenden Testament nur dem öffentlichen Kostenträger, nicht aber der Behinderten zugutekomme. Das Amtsgericht lehnte die Ergänzungsbetreuerbestellung ab, weil die erwogene vertragliche Regelung sittenwidrig sei. Dem schloss sich das Landgericht an.

## Entscheidung

Der BGH hat den angefochtenen Beschluss aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen. Aus Sicht des BGH lässt sich die Notwendigkeit der Ergänzungsbetreuung mit der Begründung des Landgerichts nicht verneinen. Gem. **§ 1899 Abs. 4 BGB** kann das Gericht einen weiteren Betreuer (Ergänzungs- bzw. Ersatzbetreuer) bestellen, soweit der andere Betreuer verhindert ist. Die **Verhinderung** könne dabei auf dessen tatsächlicher Abwesenheit oder auf rechtlichen Auschlussstatbeständen beruhen; letzteres sei der Fall, wenn der Hauptbetreuer von der **Vertretung des Betreuten kraft Gesetzes ausgeschlossen** sei, etwa wegen § 181 BGB (In-sich-Geschäft) oder der §§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1795 BGB oder wenn das Gericht dem Betreuer die Vertretungsmacht gem. §§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1796 BGB entzogen habe. Dabei müsse eine derartige Verhinderung des Betreuers **konkret zu besorgen** sein.

Laut BGH hat das Landgericht die Voraussetzungen für die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers gem. § 1899 Abs. 4 BGB im vorliegenden Fall zu Unrecht verneint. Daran würde es nämlich nur dann fehlen, wenn **feststünde**, dass es entweder zum Wohl der Betroffenen schon aus objektiver Sicht keiner vermögens- und erbrechtlichen Regelung bedürfe oder wenn man einem solchen Bedarf eindeutig nicht mit einer zulässigen Regelung begegnen könne – beides sei vorliegend nicht der Fall. Der BGH bejaht einen **objektiven Bedarf** für die

Neuregelung der vermögens- und erbrechtlichen Lage der Betroffenen, wobei die Betreuerin auch wegen § 181 BGB oder wegen Interessenkollision an der Vertretung der Betroffenen gehindert sein könne. Ferner sieht der BGH jedenfalls die **Möglichkeit, dass** das von den Eltern mit dem gemeinschaftlichen Testament ausdrücklich verfolgte **Ziel** – sicherzustellen, dass die Betroffene vom elterlichen Vermögen unter Ausschluss des Sozialleistungsträgers profitiert – **verfehlt** wird. Schließlich scheidet aus Sicht des BGH eine rechtsgeschäftliche Regelung mit dem Ziel, die künftige wirtschaftliche Situation der Betroffenen zu verbessern, nicht von vornherein aus. Denn in Bezug auf das der Behinderten – evtl. zu frühzeitig bestellte – Wohnungsrecht erwachse möglicherweise ein Anspruch auf Rückgewähr aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB. Im Ergebnis weist der BGH daher an das Landgericht zurück; dieses hat unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu über die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers zu entscheiden.



**Postvertriebsstück: B 08129**

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

---

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**[www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)**

---

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

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

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)                      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1908i, 1828 – Tod des Betreuten nach Abschluss des Kaufvertrags und vor Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung; Vertragsvollzug; Maklerprovision

BGB § 880; GBO § 19 – Rangrücktritt einer Vormerkung; Erfordernis der Mitwirkung eines sukzessiv Berechtigten

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Rechtsprechung

AO § 42 – Gestaltungsmissbrauch (§ 42 AO) bei Grundstücksübertragungen zwischen Ehegatten

##### Aktuelles

##### Literaturhinweise

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB §§ 1908i, 1828

#### Tod des Betreuten nach Abschluss des Kaufvertrags und vor Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung; Vertragsvollzug; Maklerprovision

##### I. Sachverhalt

Es wurde – nach Vermittlung durch einen Makler – ein Grundstückskaufvertrag geschlossen. Der Verkäufer, der unter Betreuung stand, wurde bei Vertragsabschluss durch den Käufer vertreten. Die Genehmigung des Betreuers wurde drei Wochen nach dem Kaufvertragsabschluss erteilt, im Anschluss wurde die betreuungsgerichtliche Genehmigung beantragt. Der Grundstückseigentümer verstarb vor Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung. Die Auflassung ist im Kaufvertrag erklärt, die Eintragung einer Auflassungsvormerkung bewilligt. Kaufpreisfälligkeitsvor-

aussetzung ist unter anderem das Vorliegen der Genehmigungserklärung durch das Betreuungsgericht in der erforderlichen Form. Der Käufer ist womöglich nicht bereit, an einer weiteren Vereinbarung mitzuwirken.

##### II. Fragen

1. Kann der Erbe des Verkäufers den Kaufvertrag genehmigen oder muss der Kaufvertrag erneut geschlossen werden?
2. Muss die Auflassung durch den Erben sowie durch den Erwerber nochmals erklärt werden?
3. Muss die Vormerkung erneut bewilligt werden?
4. Muss die im Kaufvertrag vereinbarte Kaufpreisfälligkeit abgeändert werden oder ersetzt die Genehmigung durch den Erben die erforderliche Genehmigung durch das Betreuungsgericht?
5. Steht im Fall der Genehmigung dem Makler nach den gesetzlichen Bestimmungen eine Provision zu oder ist durch die Genehmigung ein neuer Vertrag zustande gekommen?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Genehmigungsbedürftigkeit des Vertrags

Nach ständiger Rechtsprechung ist nach dem Tod des Betreuten kein Raum mehr für die Erteilung oder Verweigerung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung (KG OLGE 4, 416, 417; KG JW 1938, 2142; BayObLGZ 1964, 350, 351 = NJW 1965, 397; OLG Frankfurt Rpfleger 1978, 99). Dies gilt selbst für genehmigungsbedürftige Verträge, die ein gutgläubiger Betreuer kraft Fortbestand seiner Befugnisse (gem. §§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1893, 1698a, 1698b BGB) abgeschlossen hat (BayObLGZ 1964, 350, 351 = NJW 1965, 397; G. Müller, in: G. Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 212). In diesen Fällen tritt vielmehr **in entsprechender Anwendung des § 1829 Abs. 3 BGB die Genehmigung der Erben** des Betreuten an die Stelle der Genehmigung des Betreuungsgerichts (KG OLGE 4, 416, 417; KG JW 1938, 2142; BayObLGZ 1964, 350, 351 = NJW 1965, 397; G. Müller, Rn. 216; Staudinger/Veit, BGB, 2014, § 1829 Rn. 51; Weber, DNotZ 2015, 498, 520). Ausnahmen hat die Rechtsprechung bislang nicht zugelassen.

Zur Übertragung der bisherigen Rechtsprechung auf das reformierte Genehmigungsverfahren nach FamFG fehlen bislang Äußerungen in der Rechtsprechung. In der Literatur besteht allerdings Einigkeit, dass es hinsichtlich der Notwendigkeit der Genehmigung der Erben des Betreuten bei Tod des Betreuten vor Eintritt der Wirksamkeit des Vertrages keine Rolle spielt, ob der Betreute

- vor Erlass des Genehmigungsbeschlusses,
- nach Erlass des Genehmigungsbeschlusses, aber vor Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses, oder
- nach Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses, aber vor Mitteilung der Genehmigung an den anderen Vertragsteil nach § 1829 BGB

verstorben ist. In den beiden erstgenannten Fällen kann die Genehmigung nicht mehr wirksam werden, im letztgenannten Fall kann die wirksam gewordene Genehmigung nicht mehr zum Wirksamwerden des Vertrages führen (Schaal, notar 2010, 268, 277). Selbst wenn der Notar nach dem Tod des Betreuten in Unkenntnis des Todesfalls von der ihm erteilten Doppelvollmacht Gebrauch machen würde, würde dies nicht zur Wirksamkeit des Vertrages führen.

Stirbt nach alledem der Betreute – wie im vorliegenden Fall – vor Wirksamwerden des Vertrages, führt dies zum Erlöschen des Betreueramtes und die Befugnis zur Erteilung der **Genehmigung** des Vertrages geht entsprechend § 1829 Abs. 3 BGB auf die **Erben des Be-**

**treuten** über (BayObLGZ 1964, 350, 351 = NJW 1965, 397; Heggen, NotBZ 2010, 393, 399; Schaal, notar 2010, 268, 276; Weber, DNotZ 2015, 498, 520). Um den weiterhin fortbestehenden Schwebezustand zu beenden, kann der Vertragsgegner entsprechend § 1829 Abs. 2 BGB die Erben (sofern diese feststehen) **zur Erklärung** über die Genehmigung innerhalb einer Frist von vier Wochen **auffordern** (BeckOGK-BGB/Kilian, Std.: 1.11.2019, § 1829 Rn. 38). Wird die Genehmigung versagt oder innerhalb der Frist nicht erteilt, so gilt sie nach § 1829 Abs. 2 Hs. 2 BGB als verweigert. Der Vertrag wäre sodann endgültig unwirksam.

Demzufolge können die **Erben des Verkäufers den Vertrag genehmigen**. Die Genehmigung hat nach § 184 Abs. 1 BGB **Rückwirkung**, der Vertrag wird somit mit Wirkung *ex tunc* wirksam (Staudinger/Veit, § 1828 Rn. 54; Staudinger/Gursky, BGB, 2014, § 184 Rn. 35). Demzufolge ist eine **neue Auflassungserklärung nicht erforderlich** (vgl. Heggen, NotBZ 2010, 393, 400 f.).

Die **Eintragung der Vormerkung** setzt eine Bewilligung voraus (§ 885 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Bewilligung einer Auflassungsvormerkung bedarf nach h. M. der betreuungsgerichtlichen Genehmigung gem. §§ 1821 Abs. 1 Nr. 1, 1908i Abs. 1 BGB (vgl. nur OLG Frankfurt NJW-RR 1997, 719; Heggen, NotBZ 2010, 393, 399; a. A. Staudinger/Gursky, BGB, 2013, § 885 Rn. 9). Wenn die Erben sämtliche für den Erblasser abgegebene Erklärungen genehmigen (§ 1829 Abs. 3 BGB analog), würde auch die **Bewilligung** der Vormerkung **rückwirkend wirksam**. Eine erneute Bewilligung der Vormerkung halten wir nicht für nötig, wenn auch nicht für schädlich.

#### 2. Grundbuchvollzug

Zum Grundbuchvollzug ist allerdings ein **Erbnachweis in öffentlicher Form des § 35 GBO** erforderlich. Eine **Voreintragung** der Erben (§ 39 Abs. 1 GBO) ist nach § 40 Abs. 1 GBO entbehrlich. Soll noch eine Finanzierungsgrundschuld eingetragen werden, ist zu beachten, dass die Frage nach der Entbehrlichkeit der Voreintragung und einer analogen Anwendung von § 40 Abs. 1 GBO höchst umstritten ist (für analoge Anwendung OLG Frankfurt MittBayNot 2018, 247; OLG Köln FGPrax 2018, 106; OLG Stuttgart ZErB 2018, 337; hiergegen KG FGPrax 2011, 270). Unabhängig hiervon ist die Eintragung der Erben insbesondere im Hinblick auf den weiteren Vollzug und die anstehende Fälligkeit des Kaufpreises unbedingt empfehlenswert. Denn anderenfalls besteht die Gefahr, dass die Erben den Kaufvertrag genehmigen, das Grundbuchamt aber den Vollzug der Auflassung unter Hinweis auf eine ggf. aus seiner Sicht nicht ausreichende Legitimation der Erben verweigert (etwa nach einer späteren Einziehung des Erbscheins).

### 3. Anpassung der Fälligkeitsvoraussetzungen

Fraglich ist, inwieweit einem Vollzug des Kaufvertrages die im Kaufvertrag enthaltenen **Fälligkeitsvoraussetzungen** entgegenstehen. Dabei ist insbesondere festzustellen, dass die Einholung einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung nicht mehr möglich ist, sondern die Genehmigung der Erben an die Stelle der betreuungsgerichtlichen Genehmigung tritt.

Die Fälligkeitsvoraussetzung könnte evtl. im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) dahingehend ausgelegt werden, dass eine betreuungsgerichtliche Genehmigung nicht mehr Voraussetzung für die Fälligkeit ist, sondern die Genehmigung durch die Erben. Ergänzend würde man auch die Voreintragung der Erben verlangen müssen, da das oben beschriebene Risiko der Einziehung eines Erbscheins besteht und keine gesicherte Grundlage für die Kaufpreiszahlung besteht, bis die Erben im Grundbuch eingetragen sind.

Die **ergänzende Auslegung** setzt voraus, dass der Vertrag eine Regelungslücke enthält; diese kann sich auch aus nachträglichen Änderungen der rechtlichen Verhältnisse ergeben (Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl. 2020, § 157 Rn. 3). Nach allgemeiner Meinung ist in diesen Fällen darauf abzustellen, was die Parteien vereinbart hätten, wenn sie die neuen Verhältnisse gekannt hätten. Im vorliegenden Fall wird man wohl nur zu dem Ergebnis kommen können, dass die Parteien nicht die betreuungsgerichtliche Genehmigung, sondern eine Genehmigung der Erben und deren Eintragung im Grundbuch als Fälligkeitsvoraussetzung vereinbart hätten; denn die Fälligkeitsvoraussetzung wurde lediglich aufgenommen, um die Wirksamkeit des Vertrags vor der Kaufpreiszahlung sicherzustellen. Ist der Vertrag durch die Genehmigung der Erben wirksam und ist aufgrund der Voreintragung der Erben der grundbuchmäßige Vollzug sichergestellt, bedarf es dieser Voraussetzung nicht mehr.

Fraglich ist allerdings, ob der Notar bei seiner Fälligkeitsmitteilung von sich aus diese ergänzende Vertragsauslegung vornehmen darf oder ob es hierzu z. B. eines Nachtrages der Beteiligten bedarf. Der Notar ist bei der Fälligkeitsmitteilung zur gewissenhaften Ausführung nach den Regeln der Praxis verpflichtet und darf insbesondere nicht nach eigenem Ermessen über die Fälligkeit entscheiden, wenn ihm die Beteiligten keinen Ermessensspielraum eingeräumt haben (BGH DNotZ 1986, 406, 409; Albrecht, in: Reithmann/Albrecht/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 7. Aufl. 1995, Rn. 544). Es ist grundsätzlich nicht Aufgabe des Notars, den Inhalt des Vertrags auszulegen (BGH DNotZ 2016, 151 Tz. 15). Insbesondere für Weisungen im Zusammenhang mit den Auszahlungsbedingungen

beim Notaranderkonto oder Treuhandaufträgen bei der Löschung abzulösender Rechte ist anerkannt, dass der Notar die Weisungen grds. strikt zu befolgen hat. Der Notar darf dabei keine Umstände außerhalb des Treuhandauftrags berücksichtigen, sondern muss sich **streng an den Wortlaut der Weisung** halten (BGH NJW 2000, 1644; RNotZ 2003, 402, 403; BGH, Beschl. v. 20.1.2011 – V ZB 219/10, BeckRS 2011, 04095. Tz. 7; BGH, Beschl. v. 28.10.2010 – V ZB 70/10, BeckRS 2010, 2918 Tz. 33; DNotZ 2015, 545 Tz. 17).

Es ist jedoch zu erwägen, bei einer Fälligkeitsmitteilung einen **weiteren Maßstab** anzulegen, weil die Fälligkeitsmitteilung ein Rechtsgutachten verbunden mit einer Tatsachenfeststellung darstellt (BGH DNotZ 1985, 48; DNotZ 1985, 147; DNotZ 2003, 122). Anders als bei der Auszahlung von Geldbeträgen vom Anderkonto oder der Löschung von Rechten ist es möglich, in der Fälligkeitsmitteilung eine Differenzierung vorzunehmen und in der Formulierung deutlich zu machen, dass man insoweit nicht mehr auf den Text des Vertrages selbst abstellt, sondern auf eine darüber hinausgehende Vertragsauslegung. Wir halten es daher für zulässig, dass der Notar in einer **eingeschränkten Fälligkeitsmitteilung** an die Beteiligten darauf hinweist, dass die Fälligkeitsvoraussetzungen mit Ausnahme der vereinbarten betreuungsgerichtlichen Genehmigung eingetreten sind und die Genehmigung der Erben vorliegt und der Wirksamkeit und dem Vollzug des Vertrags nach dem Kenntnisstand des Notars nichts mehr entgegensteht. Dies könnte man mit einem Hinweis auf die denkbare Möglichkeit einer ergänzenden Vertragsauslegung verbinden, dass die eingeschränkte Fälligkeitsmitteilung für die Fälligkeit des Kaufpreises ausreicht.

Möglich, wenn u. E. auch nicht zwingend erforderlich, wäre es auch, dass die Parteien durch einen **klarstellenden Nachtrag** zum Vertrag die Fälligkeitsvoraussetzungen modifizieren. Eine Vertragsänderung ist (vor bindend gewordener Auffassung, vgl. BGH NJW 2018, 3523) nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB beurkundungspflichtig. Änderungen zur Behebung von Abwicklungsschwierigkeiten bedürfen jedoch nicht der notariellen Form (BGH NJW 2001, 1932, 1933; zum Ganzen BeckOGK-BGB/Schreindorfer, Std.: 1.12.2019, § 311b Rn. 236). Unter diese Fallgruppe dürfte auch der vorliegende Fall zu subsumieren sein. Es geht bei der Änderung der Vertragsänderung um die Beseitigung einer überflüssigen Abwicklungsmodalität. Demzufolge dürfte eine privatschriftliche Änderung des Vertrags ausreichend sein.

In diesem Zusammenhang dürfte auch zu würdigen sein, dass dem Verkäufer zumindest aus Treu und Glauben ein entsprechender Anspruch gegen den Käufer auf

entsprechende Abänderung der Fälligkeitsvoraussetzungen zustehen dürfte, sodass eine Abänderungsurkunde lediglich die Erfüllung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit enthalten dürfte.

#### 4. Anspruch auf Maklerprovision

Fraglich ist, ob dem Makler auch im Falle der Genehmigung des Vertrages durch die Erben ein **Provisionsanspruch** zusteht.

Ein Anspruch auf eine Maklerprovision aus einem geschlossenen Maklervertrag besteht nach § 652 BGB nur, wenn der nachgewiesene Hauptvertrag dem nach dem Maklervertrag beabsichtigten Vertrag bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise dem Inhalt, der Geschäftsart und der Personen nach im Wesentlichen entspricht (BGH NJW-RR 2014, 1272 Rn. 18; NJW 2014, 2352 Rn. 10; MünchKommBGB/Roth, 8. Aufl. 2020, § 652 Rn. 155). An der erforderlichen Gleichwertigkeit fehlt es, wenn der abgeschlossene Vertrag bereits rechtlich ein völlig anderes Gepräge als der ursprünglich avisierte Vertrag hat (BeckOGK-BGB/Meier, Std.: 1.11.2019, § 652 Rn. 263).

Dass Vertragspartner auf der Verkäuferseite nunmehr die Erben werden, dürfte dem Vertrag nicht ein anderes Gepräge verleihen. Als Gesamtrechtsnachfolger (§§ 1922, 1967 Abs. 1 BGB) treten die Erben gerade an die Stelle des Vertragspartners. Dass der Vertrag mit den Erben zustande kommt, ist unmaßgeblich (vgl. MünchKommBGB/Roth, § 652 Rn. 165). Der Tod des Auftraggebers beendet den Maklervertrag nicht. Er geht auf die Erben über (§ 672 S. 1 BGB analog; MünchKommBGB/Roth, § 652 Rn. 98). Auch an der wirtschaftlichen Kongruenz haben wir keine Zweifel, da der Inhalt des Vertrags gleich bleibt und die Einholung einer Genehmigung der Erben anstelle einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung für die wirtschaftliche Bedeutung des Vertrags unerheblich ist.

Demzufolge gehen wir davon aus, dass dem Makler nach der Genehmigung ein Provisionsanspruch zusteht, sofern die übrigen Voraussetzungen für sein Entstehen vorliegen.

---

## BGB § 880; GBO § 19

### Rangrücktritt einer Vormerkung; Erfordernis der Mitwirkung eines sukzessiv Berechtigten

---

#### I. Sachverhalt

Im Grundbuch ist eine Eigentumsübertragungsvormerkung (bedingter und befristeter Rückübertragungsanspruch) für den Ehemann eingetragen.

In der Veränderungsspalte ist eingetragen, dass die durch die Vormerkung gesicherten Ansprüche aufschiebend bedingt an die Ehefrau abgetreten sind. Nun soll ein Rangrücktritt der Vormerkung gegenüber einer neu zu bestellenden Grundschuld erklärt werden.

#### II. Frage

Muss sich die Ehefrau gegenüber dem Grundbuchamt ebenfalls mit dem Rangrücktritt der Vormerkung einverstanden erklären?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Rangfähigkeit von Vormerkungen

Dass auch **Vormerkungen rangfähig** sind und daher in Anwendung von § 880 BGB hinter anderen Grundstücksbelastungen im Rang zurücktreten können, dürfte der heute **h. M.** entsprechen (vgl. RGZ 124, 200, 202; BGH NJW 1986, 576; Staudinger/S. Heinze, BGB, 2018, § 880 Rn. 2, § 879 Rn. 8 m. w. N.; zur Rangfähigkeit speziell der Auflassungsvormerkung vgl. BGH NJW 1967, 566, 567; NJW 1999, 2275, 2276). Soweit die **Mindermeinung** eine Rangfähigkeit der Vormerkung generell (so wohl BeckOGK-BGB/Kessler, Std.: 1.1.2020, § 880 Rn. 11) oder nur für solche Vormerkungen, die einen Anspruch auf Eigentumsverschaffung sichern (so etwa MünchKommBGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, § 880 Rn. 4, § 879 Rn. 9 m. w. N.), ablehnt, wird jedenfalls die Eintragung eines **Wirksamkeitsvermerks** für möglich gehalten (vgl. zur Alternativität dieser Mittel BGH NJW 1999, 2275). Hinsichtlich der Mitwirkungserfordernisse der „zurücktretenden“ Berechtigten dürfte hier im Ergebnis das Gleiche wie beim Rangrücktritt gelten – jedenfalls, soweit man vergleichsweise einen umfassenden Wirksamkeitsvermerk betrachtet, bei dem die Wirksamkeit auch gegenüber dem sukzessiv Berechtigten verlautbart wird (vgl. dazu noch unter Ziff. 3). Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich daher, der h. M. folgend, zunächst auf Ausführungen zum Rangrücktritt.

##### 2. Voraussetzungen des Rangrücktritts

Gem. **§ 880 Abs. 2 S. 1 BGB** ist für die Rangänderung in **materiell-rechtlicher Hinsicht** die Einigung zwischen zurücktretendem und vortretendem Berechtigtem und die Eintragung der Änderung ins Grundbuch erforderlich. Nach **§ 19 GBO** erfolgt eine Eintragung im Grundbuch grundsätzlich aufgrund der Bewilligung desjenigen, dessen Recht von ihr betroffen ist. „**Betroffener**“ i. d. S. ist derjenige, „dessen grundbuchmäßiges Recht durch die vorzunehmende Eintragung nicht nur wirtschaftlich, sondern rechtlich beeinträchtigt wird oder zumindest rechtlich nachteilig berührt werden kann“ (BGH NJW-RR 2006, 888, 889). Die Person des Betroffenen ist hierbei zunächst

**anhand der nach § 891 BGB maßgeblichen Buchrechtslage** zu ermitteln (vgl. BeckOK-GBO/Holzer, Std.: 15.12.2019, § 19 Rn. 61 m. w. N.). Da vorliegend keine Differenz zwischen formeller Buchrechtslage und materieller Rechtslage besteht, dürfte sich auch hinsichtlich der Person des Bewilligungsberechtigten und der Person des nach materiellem Recht notwendigerweise mitwirkenden Berechtigten kein Unterschied ergeben.

Gibt es bzgl. eines Rechts mehrere Berechtigte, ist nach materieller Rechtslage für den Rangrücktritt die Zustimmung sämtlicher Berechtigter erforderlich (BeckOGK-BGB/Kessler, § 880 Rn. 20; Staudinger/S. Heinze, § 880 Rn. 13, je m. w. N.). Gleiches gilt in grundbuchverfahrensrechtlicher Hinsicht bei mehreren nach dem Grundbuchstand „Betroffenen“ (BeckOK-GBO/Holzer, § 19 Rn. 66 m. w. N.) und insb. auch für den Fall, dass nur eine mögliche rechtliche Beeinträchtigung in Rede steht (BeckOK-GBO/Holzer, § 19 Rn. 70 m. w. N.).

### 3. Rangrücktritt bei Mehrfachberechtigungen

Obwohl die maßgeblichen Kommentierungen zu den Mehrfachberechtigungen diesbezüglich vor allem die Fälle in den Blick zu nehmen scheinen, bei denen ein Recht mehreren gemeinschaftlich zur selben Zeit zusteht, dürfte für den vorliegenden Fall der **Sukzessivberechtigung** an dem vormerkungsgesicherten Recht nichts anderes gelten.

Es entspricht hier auch jedenfalls der verfügbaren **obergerichtlichen Rechtsprechung**, dass die Bewilligungsberechtigung hinsichtlich einer Vormerkung, die ein aufschiebend bedingt abgetretenes Recht sichert, sowohl dem Zedenten wie auch dem Zessionar zukommt (OLG München RNotZ 2011, 420; OLG Hamm, Beschl. v. 1.7.2016 – 15 W 112/16, BeckRS 2016, 116877, Tz. 5).

Dieser Ansicht schließen wir uns an. Die aufschiebend bedingte Abtretung über den vormerkungsgesicherten Anspruch stellt eine Verfügung über diesen Anspruch und damit auch über das akzessorische Sicherungsrecht „Vormerkung“ dar (§ 401 Abs. 1 BGB). In Anwendung von **§ 161 Abs. 1 S. 1 BGB** ist jede weitere in der Schwebezeit getroffene Verfügung im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde. Die Vereinbarung eines Rangrücktritts stellt, ebenso wie die Aufgabe der Vormerkung, eine Verfügung über das zurücktretende Recht dar. Mit hin wäre also auch ein durch den Zedenten (hier: den Ehemann) vereinbarter und bewilligter Rangrücktritt beim Eintritt der Bedingung dem Zessionar (hier: der Ehefrau) gegenüber unwirksam, sofern der Zessio-

nar hieran nicht mitgewirkt hat. Der **Zedent** ist folglich **nicht mehr vollständig Verfügungsberechtig**; vielmehr ist seine Berechtigung bereits aufschiebend bedingt auf den Zessionar übergegangen (vgl. auch Reymann, MittBayNot 2018, 146, 148). Ein „vollständiger“ Rangrücktritt der Vormerkung hätte aber gerade zur Folge, dass dieser auch gegenüber dem Zessionar für den Fall eines späteren Bedingungs eintritts Wirkung entfalten würde. Dessen Mitwirkung dürfte also hierfür sowohl in materiell-rechtlicher als auch in grundbuchverfahrensrechtlicher Hinsicht notwendig sein.

Soweit die **Mitwirkung auf den Zedenten beschränkt** würde, käme u. E. **allenfalls die Vereinbarung eines Wirksamkeitsverhältnisses zwischen Zedent und Grundschuldgläubiger** und die Eintragung eines dahingehend beschränkten **Wirksamkeitsvermerks** bei der Vormerkung in Betracht (vgl. zum Wirksamkeitsvermerk bei der Vormerkung insb. BeckOGK-BGB/Kessler, § 880 Rn. 11; Kessler, RNotZ 2014, 155). Hierdurch könnte aber allenfalls erreicht werden, dass die Grundschuld wirksam gegenüber dem Zedenten, nicht jedoch gegenüber dem Zessionar wäre. Für den Fall des Eintritts der Bedingung wäre dieser Vermerk für den Grundschuldgläubiger wertlos, da sich der Zessionar diesen nicht entgegenhalten lassen müsste. Auch im Falle der Verwertung des Grundstücks dürfte der Grundschuldgläubiger nicht im gleichen Umfang abgesichert sein, wie bei einem wirksamen Rangrücktritt.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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.

### WEG §§ 7 Abs. 4, 8

#### **Erfordernis einer neuen Abgeschlossenheitsbescheinigung bei Realteilung**

Abruf-Nr.:

#### **BeurkG § 9, 10; DONot § 26 Abs. 2; HRV § 43 Nr. 4 Eintragung im Handelsregister unter einem Künstlernamen; Ablehnung der Beurkundung**

Abruf-Nr.:

# Rechtsprechung

## AO § 42

### Gestaltungsmisbrauch (§ 42 AO) bei Grundstücksübertragungen zwischen Ehegatten

**1. Die Zwischenschaltung einer nahe stehenden Person im Rahmen von Grundstücksaktivitäten des Steuerpflichtigen kann im Falle der beabsichtigten Vermeidung eines gewerblichen Grundstückshandels nach der Rechtsprechung des BFH einen Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO begründen.**

**2. Die von dem erwerbenden Ehegatten selbst durch die Erschließung ins Werk gesetzte Wertsteigerung der Grundstücke steht einer abweichenden steuerrechtlichen Zurechnung der Einkunftsquelle grundsätzlich entgegen.**

BFH, Urt. v. 10.7.2019 – X R 21-22/17

#### Problem

Zum Sonderbetriebsvermögen eines Landwirts, der gemeinsam mit seiner Ehefrau einen landwirtschaftlichen Milchviehbetrieb in der Rechtsform einer GbR bewirtschaftete, gehörten landwirtschaftliche Flächen, die zu Baugrundstücken erschlossen werden sollten. Bereits im Jahr 1996 hatte die Gemeinde für diese landwirtschaftlichen Flächen, die dem Sonderbetriebsvermögen des Ehemanns zugeordnet waren, einen Bebauungsplan aufgestellt. In einem städtebaulichen Vertrag im Jahr 1996 mit der Gemeinde verpflichtete sich der Ehemann, die innere Erschließung auf seine Kosten vorzunehmen. Bis zum Jahr 2006 wurden keine Maßnahmen zur Erschließung getroffen und die Baulandgrundstücke wurden unverändert von der landwirtschaftlichen GbR bewirtschaftet. Im Oktober 2006 schloss der Ehemann mit seiner Ehefrau einen notariellen Grundstückskaufvertrag und veräußerte diesen Grund und Boden aus seinem Sonderbetriebsvermögen. Nach dem Kaufvertrag war die Ehefrau verpflichtet, die Grundstücke zu erschließen und sodann weiter zu verkaufen. Zur Fälligkeit des vereinbarten Kaufpreises war vereinbart, dass ab Verkauf des sechsten Bauplatzes der jeweils erzielte Erlös in voller Höhe bis zur vollständigen Tilgung des Kaufpreises an den Verkäufer zu zahlen sei, spätestens aber insgesamt bis zum 31.12.2011. Eine Besicherung der Kaufpreisforderung wurde nicht vereinbart. Regelungen über die Verzinsung bei Verzug wurden ausdrücklich nicht getroffen. Die Ehefrau schloss sodann mit der Gemeinde als Erschließungsträgerin einen Vertrag über die Durchführung der Erschließung des Baugebiets und nahm zur Finanzierung der Erschließung einen Kredit bei der Bank auf. Als Absicherung wurde eine Grund-

schuld auf die im Eigentum des Ehemanns stehenden landwirtschaftlich genutzten Grundstücke bestellt.

Die Finanzverwaltung und auch das Niedersächsische Finanzgericht (Urt. v. 7.7.2016 – 6 K 11029/14, juris) vertraten die Auffassung, dass der notarielle Grundstückskaufvertrag zwischen den Eheleuten steuerrechtlich nicht anzuerkennen sei, vielmehr die Baulandvermarktung dem Ehemann als gewerblichen Grundstückshandel zuzurechnen sei. Durch die Zwischenschaltung der Ehefrau sei ein Gesamtplan beider Ehegatten zur Steuerminimierung verfolgt worden. Denn die Veräußerung des Grund und Bodens an die Ehefrau sollte dem Ehemann die Bildung einer Rücklage gem. § 6b EStG im Bereich eines landwirtschaftlichen Betriebs ermöglichen, um so die stillen Reserven auf Reinvestitionsobjekte übertragen zu können. Die Bildung der Rücklage sei demgegenüber bei gewerblichen Einkünften aus einem Grundstückshandel nicht möglich, da in diesem Fall die Grundstücke dann Umlaufvermögen darstellen.

#### Entscheidung

Der BFH hat im Grundsatz bestätigt, dass die Zwischenschaltung einer nahestehenden Person im Rahmen von Grundstücksaktivitäten eines Steuerpflichtigen im Falle der beabsichtigten Vermeidung eines gewerblichen Grundstückshandels einen Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten gem. § 42 AO begründen könne und hat insoweit auch Fallgruppen genannt, bei denen dies angenommen wurde (ausführlich dargestellt unter III. Ziff. 1 b, cc).

Nach dem BFH sind diese Fälle dadurch gekennzeichnet, dass durch eine wirtschaftlich sinnlose Zwischenschaltung steuerpflichtige Einkünfte aus einem gewerblichen Grundstückshandel vermieden werden, d. h. die Gewinne aus der Wertschöpfung des Grundbesitzes in der nicht steuerbaren Vermögenssphäre des Steuerpflichtigen vereinnahmt werden sollen. Wird daher eine nahestehende natürliche Person in die Grundstücksaktivitäten einbezogen, und sind für die Gestaltung keine außersteuerlichen Gründe erkennbar, sind die Veräußerungen durch diese nahestehende Person (Ehefrau) dem Ehemann über § 42 AO zuzurechnen, wenn aufgrund einer Würdigung des Gesamtbilds der Verhältnisse der Ehemann „das Geschehen beherrscht und steuert“ bzw. die Zwischenschaltung wirtschaftlich sinnlos ist.

Der BFH hielt im vorliegenden Sachverhalt die Begründung des Finanzgerichts für eine missbräuchliche Gestaltung nach § 42 AO nicht für ausreichend. Denn das Finanzgericht hätte unberücksichtigt gelassen, dass der Wertschöpfungsprozess im vorgenannten Fall – anders als in den aufgezeigten Konstellationen einer Zwischenschaltung – zum Zeitpunkt der Übertragung der

Grundstücke auf die Ehefrau im Jahre 2006 noch nicht abgeschlossen war. Erst durch deren Erschließung entwickelten sich die Grundstücke vom Rohbauland zu baureifem Land und erst dadurch seien Objekte andere Marktgängigkeit geschaffen worden, die einen gewerblichen Grundstückshandel begründen könnten. Nach dem BFH wurde der Ehefrau somit keine bereits fertig ausgehandelte, sondern erst eine von ihr selbst umzusetzende Erwerbschance übertragen. Der BFH wies ferner darauf hin, dass differenziert werden müsse zwischen einerseits der Übertragung der Grundstücke und deren anschließender wertsteigernder Nutzung als Einkunftsquelle und andererseits der Frage, ob der Kaufvertrag über die Grundstücke einem Fremdvergleich standhielte. Denn selbst wenn man zu dem Ergebnis käme, dass der Kaufvertrag über die Grundstücke einem Fremdvergleich nicht standhielte, lasse sich daraus kein Grundsatz und keine Rückschlüsse darauf ziehen, dass die Verwendung dieses Wirtschaftsguts für die Einkünfterzielung über die Grundsätze des § 42 AO weiterhin dem vorherigen Rechtsträger zuzurechnen sind. Ist der Kaufvertrag nicht fremdüblich ausgestaltet, so hat dies Auswirkungen darauf, ob für die Grundstücke ein Anschaffungsvorgang der Ehefrau angenommen würde (mit der Folge, dass Anschaffungskosten in Ansatz gebracht werden) oder ob hier die Grundstücke zum Teilwert in das Betriebsvermögen der Ehefrau eingelegt würden.

Der BFH wies daher die Sachen an das Finanzgericht zurück, zur weiteren Sachaufklärung, ob sich die Tätigkeit des Ehemanns im Wesentlichen in der Übertragung der Grundstücke auf die Ehefrau erschöpfte oder ob er darüber hinaus die Entscheidungsprozesse hinsichtlich der Erschließung, Parzellierung und Veräußerung der einzelnen Baugrundstücke sowohl im Außenverhältnis zu dem jeweiligen Vertragspartnern als auch im Innenverhältnis zur Ehefrau derart intensiv steuerte und verantwortete, dass abweichend von der zivilrechtlichen Vertragslage der Gewerbebetrieb „Baulandvermarktung“ steuerrechtlich nur ihm zugerechnet werden kann. Im Weiteren weist der BFH auch daraufhin, dass es nicht gänzlich ausgeschlossen sei, dass der Ehemann bereits im Jahr 2006 durch seine im Gang gesetzten grundstücksbezogenen Aktivitäten für ihn selbst den Beginn eines gewerblichen Grundstückshandels ausgelöst haben könnte. Sollte ein gewerblicher Grundstückshandel bereits vom Ehemann eröffnet worden sein, wären die betroffenen Grundstücke zunächst aus dem Sonderbetriebsvermögen bei der GbR zum Buchwert ins Umlaufvermögen des neugegründeten Gewerbebetriebs überführt gewesen.

### Hinweis

An der Entscheidung des BFH zeigt sich, dass in Grenzbereichen der Gestaltung die Gesamtumstände im je-

weiligen Einzelfall genau geprüft werden. Gerade bei Grundstücksgeschäften besteht auch immer die Gefahr, dass ein gewerblicher Grundstückshandel angenommen wird.

## Aktuelles

### 30. Deutscher Notartag in Hamburg

Unter dem Leitthema „Das Notariat der Zukunft – digital und rechtssicher“ richtet die Bundesnotarkammer vom 28. bis 30. Mai 2020 in Hamburg den 30. Deutschen Notartag aus.

Das Fachprogramm des Notartags findet am 29. Mai 2020 in der Handelskammer Hamburg statt. Dabei geht es vor allem um die Digitalisierung im Gesellschaftsrecht. Außerdem werden wegweisende Zukunftsprojekte der Bundesnotarkammer wie die vollständige digitale Abwicklung von Grundstückskaufverträgen und die Nutzung der Blockchain-Technologie für notarielle Vollmachten vorgestellt. Als Referenten und Teilnehmer der Podiumsdiskussionen konnten neben fachlich besonders ausgewiesenen Notarkollegen erneut hochrangige Vertreter aus Politik, Justiz, Wissenschaft und Wirtschaft gewonnen werden.

Der Notartag beginnt am Donnerstag, den 28. Mai 2020 mit dem Begrüßungsabend in der Altonaer Fischauktionshalle. Am Freitag, den 29. Mai 2020 wird zum festlichen Ballabend auf den Süllberg geladen. Tagsüber sieht das Rahmenprogramm verschiedene Führungen und Ausflüge in Hamburg vor. Der Notartag endet am Samstag, den 30. Mai 2020 mit einer Führung durch die Elbphilharmonie.

Anmeldungen sind ausschließlich online unter [www.notartag.de](http://www.notartag.de) möglich. Detaillierte Informationen zum Fach- und Rahmenprogramm sind dort ebenfalls abrufbar. Das Präsidium der Bundesnotarkammer lädt bereits heute herzlich zur Teilnahme am 30. Deutschen Notartag in Hamburg ein.

**Postvertriebsstück: B 08129**

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

---

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**[www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)**

---

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

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

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)                      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Johannes Cziupka

**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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2352 – Abänderung der Schlusserbeneinsetzung eines gemeinschaftlichen Testaments durch nachträgliche Anordnung der Nacherbfolge; Zuwendungsverzichtsvertrag mit dem Schlusserben

FamFG § 344 Abs. 7 – Zuständigkeit am gewöhnlichen Aufenthalt des Ausschlagenden bei Abgabe der Ausschlagungserklärung durch den gesetzlichen Vertreter

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Rechtsprechung

BeurkG § 53; BNotO §§ 14 Abs. 1 S. 2 u. Abs. 3 S. 2, 15 Abs. 2; BGB § 308 Nr. 4 – Bauträgervollmacht; Vollzugspflicht des Notars; Vorbescheid

##### Literaturhinweise

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### BGB § 2352

#### Abänderung der Schlusserbeneinsetzung eines gemeinschaftlichen Testaments durch nachträgliche Anordnung der Nacherbfolge; Zuwendungsverzichtsvertrag mit dem Schlusserben

##### I. Sachverhalt

Ehegatten haben sich in einem handschriftlichen Testament gegenseitig und ihren Sohn, ersatzweise eine karitative Einrichtung, als Schlusserben eingesetzt. Die Wechselbezüglichkeit der Einsetzung der karitativen Einrichtung ist im Testament nicht ausdrücklich bestimmt. Auch ein Näheverhältnis des Erstverstorbenen zur karitativen Einrichtung ist nicht ersichtlich.

##### II. Frage

Kann der Längstlebende nach Zuwendungsverzicht des

Schlusserben den bisherigen Schlusserben als Vorerben und eine weitere Person als Nacherben einsetzen?

##### III. Zur Rechtslage

###### 1. Wahl der Einheitslösung und Bindung

Im vorliegenden Fall haben die Ehegatten in ihrem privatschriftlichen Testament offensichtlich die sog. Einheitslösung gewählt (vgl. § 2269 Abs. 1 BGB), in dem sie sich zunächst gegenseitig zu Vollerben und zum Schlusserben den gemeinsamen Sohn (ersatzweise die karitative Einrichtung) eingesetzt haben.

An die Schlusserbeneinsetzung des Sohnes ist der überlebende Ehegatte nach dem Tod des Erstversterbenden und Annahme der Erbschaft erbrechtlich gebunden (vgl. § 2271 Abs. 2 BGB), wenn es sich hierbei um eine wechselbezügliche Verfügung i. S. v. § 2270 BGB handelt. Dies dürfte anzunehmen sein (vgl. § 2270 Abs. 2 Var. 2 BGB).

Die erbrechtliche Bindungswirkung äußert sich dahingehend, dass eine neue letztwillige Verfügung des überlebenden Ehegatten in entsprechender Anwendung des § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB insoweit unwirksam ist, als

hierdurch ein bindend Bedachter beeinträchtigt wird. Eine derartige Beeinträchtigung liegt bspw. in den nachträglichen Beschränkungen durch Testamentsvollstreckung oder Nacherbfolge (wie im vorliegenden Fall).

## 2. Beseitigung der Bindung durch Zuwendungsverzicht des Schlusserben

Damit die Nacherbfolge wirksam angeordnet werden kann, ist erforderlich, dass sich der hierdurch potentiell Beeinträchtigte mit der Belastung einverstanden erklärt. Insoweit bedarf es des Abschlusses eines Zuwendungsverzichtsvertrages i. S. v. § 2352 BGB zwischen dem Erblasser und dem (potentiell beeinträchtigten) Schlusserben.

Ein Zuwendungsverzicht bewirkt nicht die Unwirksamkeit der Verfügung, auf die verzichtet wird. Durch den Zuwendungsverzicht als abstraktes Verfügungsgeschäft wird vielmehr die betreffende Verfügung von Todes wegen im Umfang des Verzichts „ihrer Wirkung entkleidet“. Aufgrund des Zuwendungsverzichts unterbleibt der Anfall der Zuwendung, wie wenn der Bedachte den Erbfall nicht erlebt hätte (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 79. Aufl. 2020, § 2352 Rn. 4).

Dabei ist anerkannt, dass sich ein Zuwendungsverzicht nicht auf die Zuwendung insgesamt beziehen muss. Möglich ist nach herrschender Ansicht vielmehr auch ein **teilweiser (eingeschränkter) Zuwendungsverzicht**, insbesondere dahingehend, dass durch ihn Beschränkungen und Beschwerungen des Bedachten, etwa durch Vermächtnisse, Auflagen, die Anordnung der Testamentsvollstreckung oder der Vor- und Nacherbfolge, zugelassen werden (vgl. BGH DNotZ 1978, 300; NJW 1982, 1100, 1102; OLG Köln FamRZ 1983, 837 m. Anm. Brems, FamRZ 1983, 1278; Palandt/Weidlich, § 2352 Rn. 4; BeckOGK-BGB/Everts, Std.: 1.12.2019, § 2352 Rn. 19 m. w. N.). Es ist also nicht erforderlich, durch einen umfassenden Zuwendungsverzicht erst die bindende Verfügung komplett zu beseitigen, um anschließend neu in modifizierter Form testieren zu können.

## 3. Frage der Beeinträchtigung des Ersatzerben

Im vorliegenden Fall ist geplant, dass der zum Schlusserben eingesetzte Sohn den Zuwendungsverzichtsvertrag mit dem Erblasser abschließt. Im gemeinschaftlichen Testament war aber des Weiteren **ersatzweise eine karitative Einrichtung als Schlusserbe** eingesetzt. Diese karitative Einrichtung soll offensichtlich nicht am Zuwendungsverzichtsvertrag mitwirken.

Fraglich ist, ob diese durch die neue, geplante Verfügung **beeinträchtigt** werden kann. Ist jemand erbrechtlich bindend zum Schlusserben eingesetzt und wird

eine neue Verfügung getroffen, in der bspw. ein anderer Ersatzschlusserbe bestimmt wird oder die Ersatzschlusserbeneinsetzung von bestimmten Bedingungen abhängig gemacht wird, so kann hierin eine Beeinträchtigung des Ersatzschlusserben i. S. v. § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB liegen, da sich hierdurch die Rechtsstellung des bindend Bedachten verschlechtert. Auch im vorliegenden Fall tritt in Folge der geplanten neuen Verfügung (Beschränkung des eingesetzten Schlusserben durch Nacherbfolge) eine Verschlechterung im Hinblick auf die Ersatzschlusserbenposition ein, denn gem. § 2102 Abs. 1 BGB ist der Nacherbe zugleich Ersatzerbe (sofern der Erblasser nichts anderes bestimmt hat). Sollte der Ersatzfall (Vorversterben des Vorerben oder Ausschlagung) eintreten, dann wäre folglich nicht die karitative Einrichtung, sondern primär der nun eingesetzte Nacherbe zur Schlusserbfolge berufen.

Im vorliegenden Fall kann die Frage, ob hierin eine Beeinträchtigung gesehen werden kann, aber dahinstehen. Denn infolge einer etwaigen Beeinträchtigungswirkung wäre die neue Verfügung nur dann unwirksam, wenn die Ersatzschlusserbeneinsetzung **erbrechtlich bindend** erfolgt ist. Es müsste sich daher um eine wechselbezügliche Verfügung i. S. v. § 2270 BGB handeln. Ausweislich des mitgeteilten Sachverhalts enthielt das privatschriftliche Testament der Ehegatten keine Ausführungen zur Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeinsetzung. Folglich ist die Wechselbezüglichkeit für jede Verfügung gesondert **durch Auslegung** nach den allgemeinen Grundsätzen **zu ermitteln**. Erst wenn die individuelle Auslegung kein eindeutiges Ergebnis ergibt, könnte auf die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden.

Handelt es sich beim eingesetzten Schlusserben um eine familienfremde Person, bspw. eine karitative Einrichtung, **fehlt es regelmäßig an der Wechselbezüglichkeit**, da das besondere Näheverhältnis des § 2270 Abs. 2 Var. 2 BGB in der Regel nicht gegeben sein wird (vgl. dazu BayObLG FamRZ 1986, 604; OLG Düsseldorf ZErB 2001, 29 [Ls.]). Lediglich im Einzelfall kann dies anders sein, wenn eine besondere Nähebeziehung zur Organisation bzw. Einrichtung vorliegt, bspw. weil es sich um eine von den Ehegatten gemeinsam errichtete Stiftung (quasi ihr Lebenswerk) handelt (vgl. dazu OLG München ZEV 2000, 104).

Ausweislich des mitgeteilten Sachverhalts ist hier keine besondere Nähebeziehung gegeben. Dies spricht dafür, dass im vorliegenden Fall **keine wechselbezügliche Ersatzschlusserbeneinsetzung** der karitativen Organisation erfolgt ist, sodass die Ersatzschlusserbeneinsetzung auch jederzeit einseitig widerrufen oder zum Nachteil des Ersatzschlusserben abgeändert werden kann.

## 4. Ergebnis

Im vorliegenden Fall dürfte der Längstlebende nach (ggf. eingeschränktem) Zuwendungsverzicht des Schluss-erben eine weitere Person als Nacherben einsetzen können. Die Verfügung wäre nicht in entsprechender Anwendung des § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB wegen Beeinträchtigung des Ersatzschluss-erben unwirksam, wenn die Ersatzschluss-erbeneinsetzung nicht wechselbezüglich erfolgt ist. Für Letzteres bestehen nach dem mitgeteilten Sachverhalt keine Anhaltspunkte.

---

## FamFG § 344 Abs. 7

### Zuständigkeit am gewöhnlichen Aufenthalt des Ausschlagenden bei Abgabe der Ausschlagungserklärung durch den gesetzlichen Vertreter

---

#### I. Sachverhalt

Die Mutter hat für sich selbst und für ihre minderjährigen Kinder an deren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsort gegenüber dem für diesen Bezirk zuständigen Nachlassgericht die Ausschlagung erklärt. Aufgrund der gemeinsamen elterlichen Sorge muss auch noch der Vater für die minderjährigen Kinder die Ausschlagung erklären. Der Vater hat jedoch einen anderen gewöhnlichen Aufenthaltsort und möchte zur Fristwahrung nunmehr die Ausschlagung gegenüber dem für seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort zuständigen Nachlassgericht erklären.

#### II. Frage

Kann ein gesetzlicher Vertreter (z. B. Eltern) als „erklärende Person“ die Ausschlagungserklärung gegenüber dem Nachlassgericht i. S. v. § 344 Abs. 7 FamFG erklären, in dessen Bezirk der gesetzliche Vertreter seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder kommt es auf den gewöhnlichen Aufenthalt desjenigen an, in dessen Namen die Erklärungen abgegeben werden sollen? Macht es einen Unterschied, ob es sich um einen gesetzlichen Vertreter oder einen gewillkürten Vertreter handelt?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Örtliche Zuständigkeit für Entgegennahme von Ausschlagungserklärung

Nach § 344 Abs. 7 S. 1 FamFG ist für die Entgegennahme einer Erklärung, mit der eine Erbschaft ausgeschlagen oder mit der die Versäumung der Ausschlagungsfrist, die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft oder eine Anfechtungserklärung ihrerseits angefochten wird, auch das Nachlassgericht zuständig, in dessen Bezirk die **erklärende Person** ihren **gewöhnlichen Aufenthalt** hat. Die Zuständigkeitsvorschrift gilt auch

für eine notariell beglaubigte Ausschlagungserklärung (BeckOK-FamFG/Schlögel, Std.: 1.1.2020, § 344 Rn. 14; Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 344 Rn. 48; Harders, in: Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 344 Rn. 16; MünchKommFamFG/Grziwotz, 3. Aufl. 2019, § 344 Rn. 46; BT-Drucks. 18/4201, S. 59; ausf. Heinemann, DNotZ 2011, 498, 499).

#### 2. Maßgeblicher Aufenthaltsort in Vertretungsfällen

Fraglich ist, auf den Aufenthalt welcher Person es ankommt, wenn ein **gesetzlicher Vertreter** für den Ausschlagenden die Erklärung abgibt. Der Wortlaut der Vorschrift ist insoweit nicht eindeutig, wenn er von dem gewöhnlichen Aufenthalt der „erklärenden Person“ spricht. Auf die Problematik der Vertretung des Erklärenden ist die Vorschrift nicht abgestimmt. Denkbar wäre es, unter der erklärenden Person die Person zu verstehen, die die **Erklärung tatsächlich abgibt** und somit auf den **Vertreter** abzustellen. Auf dieses Verständnis deutet der Wortlaut der Vorschrift hin, der auf den Erklärenden und nicht auf die Person abhebt, in deren Namen die Erklärung abgegeben wurde. Die Gesetzesmaterialien geben insoweit keinen Aufschluss über die Frage (BT-Drucks. 16/6308, S. 390). Die Literatur geht häufig auf die Frage nicht näher ein, sondern spricht ohne nähere Problematisierung von dem gewöhnlichen Aufenthalt des Ausschlagenden. Letztlich wird die Frage in den meisten Veröffentlichungen nicht näher erörtert (Keidel/Zimmermann, § 344 Rn. 45; MünchKommFamFG/Grziwotz, § 344 Rn. 48; Harders, § 344 Rn. 16; Heinemann, ZErB 2008, 293, 294).

Gleichwohl finden sich auch in der Literatur nähere Ausführungen zu der Problematik, soweit es um die Vertretung **Minderjähriger** geht. Teilweise wird die Ansicht vertreten, dass der Minderjährige in analoger Anwendung von § 11 BGB den gewöhnlichen Aufenthalt beider sorgeberechtigter Elternteile teilt und das Kind somit **mehrere gewöhnlichen Aufenthalte** hat. Beide Gerichte seien dann alternativ zuständig (Bahrenfuss/Schaal, FamFG, 3. Aufl. 2017, § 344 Rn. 43; wohl auch Prütting/Helms/Fröhler, FamFG, 4. Aufl. 2018, § 344 Rn. 72c – doppelter Wohnsitz des Kindes). Damit geht diese Auffassung implizit davon aus, dass auf die **vertretene Person** abzustellen ist, deren gewöhnlicher Aufenthalt sich aber akzessorisch nach dem gewöhnlichen Aufenthalt des Vertreters bestimmt.

a) Die Auffassung überzeugt zunächst insoweit, als sie zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts auf die **Person des Ausschlagenden** und nicht auf diejenige des Vertreters abstellt. Der Wortlaut des § 344 Abs. 7

FamFG („erklärende Person“) spricht zwar für die Maßgeblichkeit des Aufenthalts des Vertreters. Eindeutig ist der Wortlaut aber nicht. Dass die Vorschrift nicht vom Ausschlagenden, sondern von der erklärenden Person spricht, dürfte dem Umstand geschuldet sein, dass unter § 344 Abs. 7 FamFG mehrere Erklärungen fallen (z. B. auch die Anfechtung) und der Gesetzgeber einen Oberbegriff für die verschiedenen Erklärungen wählen wollte. Auch der Normzweck gebietet es nicht, auf den Vertreter abzustellen. Die Norm möchte zum einen Rechtssicherheit schaffen, indem sie dem Ausschlagenden bei Unklarheiten über das primär zuständige Nachlassgericht eine Ausschlagungsmöglichkeit bei dem Gericht seines Aufenthalts ermöglicht (BT-Drucks. 16/6308, S. 390). Zum anderen dürfte der Aspekt der räumlichen Nähe zwischen dem Aufenthalt des Ausschlagenden und dem Nachlassgericht vor Ort ein weiterer Normzweck sein. Daraus folgt indessen nicht, dass man nicht auch auf den Vertretenen abstellen kann. Der Vertreter nimmt für den Vertretenen eine Rechtshandlung in dessen Rechtskreis vor. Es erscheint nicht unzumutbar, wenn der Vertreter die Aufgabe dort wahrzunehmen hat, wo der Vertretene seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Dies gilt etwa bei einer betreuten Person (vgl. § 1896 BGB). Hier erscheint es uns naheliegend, dass die Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht abzugeben ist, in dessen Bezirk der Betreute seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Würde man auf den Vertreter abstellen, erschiene es uns außerdem konsequent, gesetzliche und rechtsgeschäftliche Vertreter gleich zu behandeln, also insbesondere auch zwischen Betreuern und Vorsorgevollmächtigten nicht zu differenzieren. Käme es aber auf den gewöhnlichen Aufenthalt des rechtsgeschäftlichen Vertreters an, käme man zu einer zufälligen, wenn nicht sogar willkürlichen Bestimmung des zuständigen Nachlassgerichts. Weitere Probleme können sich bei Gesamtvertretern ergeben. Hier könnten die Erklärungen nach § 344 Abs. 7 FamFG nicht gegenüber ein und demselben Gericht abgegeben werden, wenn die Gesamtvertreter ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Bezirk verschiedener Nachlassgerichte hätten. Anderes würde nur gelten, wenn man entgegen dem Wortlaut der Norm zu einem Wahlrecht des gesetzlichen Vertreters käme, dass er als die Ausschlagung erklärende Person immer auch bei dem für den anderen Vertreter zuständigen Nachlassgericht die Erklärung abgeben könnte. Außerdem würde ein deutsches Nachlassgericht gar nicht zur Entgegennahme der Ausschlagungserklärung des Minderjährigen zuständig sein, wenn der gesetzliche Vertreter seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat hat, der Vertretene hingegen schon. Würde man auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Vertreters abstellen, könnte das Nachlassgericht am gewöhnlichen Aufenthalt des Vertretenen die Erklärung nicht entgegennehmen.

b) An der Richtigkeit der vorgenannten Literaturlauffassung sind u. E. allenfalls Zweifel angebracht, weil sie einen gewöhnlichen Aufenthalt in akzessorischer Bestimmung des Aufenthalts des Vertreters befürwortet. § 344 Abs. 7 FamFG stellt nicht mehr auf den Wohnsitz, sondern auf den gewöhnlichen Aufenthalt ab. Der deutsche Gesetzgeber wollte den gewöhnlichen Aufenthalt im Einklang mit der Begriffsbestimmung in Art. 4 u. 21 EuErbVO verstanden wissen (BT-Drs. 18/4201, S. 43, 59). Hier ist man sich weitgehend einig, dass der Erblasser grundsätzlich **nur einen gewöhnlichen Aufenthalt** haben kann (MünchKommBGB/Dutta, 7. Aufl. 2018, Art. 4 EuErbVO Rn. 7 m. w. N.). Dies wird man etwa auch für die Bestimmung des zuständigen Nachlassgerichts nach § 343 FamFG annehmen müssen, um eine konkurrierende Zuständigkeit mehrerer Nachlassgerichte zu vermeiden.

Mit Blick auf den Normzweck des § 344 Abs. 7 FamFG erscheint es uns jedoch geboten, bei Minderjährigen von einem weiteren Aufenthaltsbegriff auszugehen. Im Zusammenhang mit der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts eines Kindes im Rahmen von Art. 8 Brüssel IIa-VO ist man sich zwar weitgehend einig, dass sich der gewöhnliche Aufenthalt eines Kindes nicht akzessorisch nach dem gewöhnlichen Aufenthalt seines Vertreters bestimmt (OLG Karlsruhe NJW-RR 2015, 1415 Tz. 31; MünchKommFamFG/Gottwald, 3. Aufl. 2019 Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 4). In Betracht soll ein mehrfacher gewöhnlicher Aufenthalt nach bestrittener Auffassung jedoch bei einem echten Wechselmodell kommen (MünchKommBGB/Heiderhoff, 7. Aufl. 2018, Art. 8 Brüssel IIa-VO Rn. 22 m. w. N.), wobei wiederum die Einschränkung gemacht wird, dass beide Aufenthalte nach ihrer Bedeutung für den Minderjährigen gleichwertig sein müssen (MünchKommFamFG/Grziwotz, § 343 Rn. 19).

Bei den von § 344 Abs. 7 FamFG erfassten **zeitkritischen Erklärungen** halten wir es unter Berücksichtigung des Normzwecks der **Rechtsklarheit** für geboten, zu einem **doppelten gewöhnlichen Aufenthalt des Minderjährigen** zu gelangen. Insbesondere bei den häufig praktizierten Wechselmodellen wäre eine rechtssichere Bestimmung des Empfangsgerichts kaum möglich, wenn die Beteiligten in einen ungewissen Gesamtabwägungsvorgang eintreten müssten, ob sich der gewöhnliche Aufenthalt des Minderjährigen bei dem einen oder den anderen Elternteil befindet. Man wird den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes nach beiden Aufenthaltsorten der Eltern bestimmen und zu einem **doppelten gewöhnlichen Aufenthalt** gelangen können. Wir halten daher einen auf § 344 Abs. 7 FamFG abgestimmten und normzweckspezifischen weiteren Aufenthaltsbegriff für überzeugend. Im

Ergebnis halten wir die oben referierte Literaturlaufassung daher für richtig.

### 3. Ergebnis

Wir gehen im Ergebnis davon aus, dass es für die Zuständigkeit nach § 344 Abs. 7 FamFG bei der Erklärung durch einen Vertreter auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Vertretenen ankommt, bei Minderjährigen aber ein doppelter gewöhnlicher Aufenthalt beider sorgeberechtigter Elternteile in Betracht kommt und jedes der beiden Nachlassgerichte nach § 344 Abs. 7 FamFG alternativ dafür zuständig ist, die Ausschlagungserklärung entgegenzunehmen. Aufgrund fehlender Rechtsprechung zur Thematik sei abschließend jedoch auf die verbleibende Rechtsunsicherheit hingewiesen.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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 § 1018; GBO § 19**

**Schicksal des Herrschvermerks bei Grundstücksteilung**

Abruf-Nr.: 174325

**EuErbVO Art. 21, 62**

**Frankreich: Pflichtteilsrecht; Europäisches Nachlasszeugnis**

Abruf-Nr.: 173019

## Rechtsprechung

**BeurkG § 53; BNotO §§ 14 Abs. 1 S. 2 u. Abs. 3 S. 2, 15 Abs. 2; BGB § 308 Nr. 4**

**Bauträgervollmacht; Vollzugspflicht des Notars; Vorbescheid**

**1. Der Notar hat die Amtspflicht, vor der Vollziehung einer Erklärung, die ein Urkundsbeteiligter als Vertreter eines anderen abgegeben hat, die Vertretungsmacht zu prüfen.**

**2. Hinsichtlich der materiell-rechtlichen Wirksamkeit einer Vollmacht (hier: Änderungsvollmacht des Bauträgers) und der Wirksamkeit eines Widerrufs**

**der Vollmacht ist der Prüfungsmaßstab des Notars eingeschränkt. Er hat die Vollziehung eines unter § 53 BeurkG fallenden Vertretergeschäfts nur dann zu unterlassen, wenn für ihn ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar und damit offensichtlich ist, dass eine wirksame Vollmacht nicht (mehr) vorliegt. Ebenso liegt es, wenn ein evidenter Missbrauch einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht aufgrund von Verstößen gegen im Innenverhältnis bestehende Beschränkungen gegeben ist.**

**3. Der Notar, der seiner Amtspflicht zur Einreichung vollzugsreifer Urkunden gemäß § 53 BeurkG nachkommt, verstößt auch dann nicht gegen seine Pflicht zu unabhängiger und unparteiischer Betreuung aus § 14 I 2, III 2 BNotO, wenn ein Beteiligter die Wirksamkeit der zu vollziehenden Erklärung mit beachtlichen Gründen bestreitet (insoweit Aufgabe von BGH DNotZ 2016, 151 Rn. 25).**

**4. Den beabsichtigten Vollzug einer Urkunde i. S. d. § 53 BeurkG muss der Notar regelmäßig in einem Vorbescheid ankündigen, wenn einer der Urkundsbeteiligten dem Vollzug widerspricht.**

BGH, Beschl. v. 19.9.2019 – V ZB 119/18

### Problem

Die Entscheidung erging im Notarbeschwerdeverfahren. Der Notar beurkundete zunächst einen Bauträgervertrag. Wie üblich wurde dem Bauträger im Kaufvertrag von den Käufern eine nur aus wichtigem Grund widerrufliche Vollmacht dahingehend erteilt, dass der Bauträger die Teilungserklärung nach Beurkundung des Kaufvertrags ändern darf. Die Vollmacht war im Außenverhältnis unbeschränkt. Im Innenverhältnis wurde die Vollmacht dahingehend eingeschränkt, dass „der Kostenverteilungsschlüssel nicht zum Nachteil des Käufers verändert werden darf sowie die Miteigentumsanteile und das Sondereigentum samt Sondernutzungsrechten des Käufers unberührt bleiben müssen und das zu dessen Gebrauch dienende Gemeinschaftseigentum nicht wesentlich beeinträchtigt werden darf; zulässig sind insbesondere bauliche Änderungen an anderen Einheiten oder der Außengestaltung des Gebäudes einschließlich des Bauausmaßes, und des Grundstücks.“

Basierend auf dieser Vollmacht beurkundete der Notar mit dem Bauträger einen Nachtrag zur Teilungserklärung, in dem u. a. im Bereich der Einfahrt der Tiefgarage sechs weitere (oberirdische) Stellplätze geschaffen werden sollten.

Nach Beurkundung des Nachtrags zur Teilungserklärung, aber vor Antrag auf Vollzug beim Grundbuchamt,

widerrief einer der Käufer die Vollmacht gegenüber dem Bauträger und verlangte vom Notar, die beurkundete Änderung nicht im Grundbuch zu vollziehen. Als Begründung trug der Käufer vor, dass die Vollmacht in der vorliegenden Gestalt unwirksam, hilfsweise wirksam widerrufen sei. Der Notar erließ daraufhin einen Vorbescheid, in dem er ankündigte, den Nachtrag zu vollziehen.

### Entscheidung

Der BGH geht zunächst darauf ein, welchen **Prüfungsmaßstab der Notar vor Beurkundung und vor Vollzug einer Urkunde** an die Wirksamkeit einer Urkunde im Allgemeinen und **an die wirksame Vertretung der Beteiligten** im Besonderen anzulegen habe. Hinsichtlich der materiell-rechtlichen Wirksamkeit einer Vollmacht und der Wirksamkeit eines Widerrufs der Vollmacht sei der Prüfungsmaßstab des Notars eingeschränkt. Er habe die Vollziehung eines unter § 53 BeurkG fallenden Vertretergeschäfts nur dann zu unterlassen, wenn für ihn ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar und damit offensichtlich sei, dass eine wirksame Vollmacht nicht (mehr) vorliege. Den gleichen Prüfungsmaßstab habe auch das Beschwerdegericht im Rahmen der Beschwerde gem. § 15 Abs. 2 BNotO zu beachten. Der Prüfungsmaßstab ist also sowohl für den Notar als auch für das Beschwerdegericht **auf eine Evidenzkontrolle beschränkt**. Die endgültige Frage der zivilrechtlichen Wirksamkeit ist ggf. im Rahmen eines streitigen Zivilverfahrens zwischen den Beteiligten zu klären.

Ausgehend von diesem Prüfungsmaßstab kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass die verwendete Vollmacht nicht offensichtlich unwirksam sei. Es sei im Grundsatz nicht zu beanstanden, wenn die Erwerber dem teilenden Eigentümer (Bauträger) eine Vollmacht erteilen, um die Teilungserklärung zu ändern. Die Vollmacht müsse sich jedoch an § 308 Nr. 4 BGB messen lassen. Die Vereinbarkeit mit § 308 Nr. 4 BGB setze voraus, dass für den anderen Vertragsteil zumindest ein gewisses Maß an Kalkulierbarkeit der möglichen Leistungsänderung bestehe. Es sei deshalb erforderlich, dass für die Änderung ein triftiger Grund bestehe.

In Rechtsprechung und Literatur sind die Anforderungen an das Bestehen und das Benennen des triftigen Grundes in der Vollmacht nicht abschließend geklärt. Der Senat hält eine Vollmacht, in der der triftige Grund für die Änderung nicht ausdrücklich genannt ist, für „nicht unbedenklich“ (Rn. 34 der Entscheidung). Eine offensichtliche Unwirksamkeit liege aber deshalb nicht vor. Da die Frage in der Literatur nicht abschließend geklärt sei und die Vollmacht vorliegend immerhin dahingehend beschränkt sei, dass es zu keinen nachteiligen Änderungen zu Lasten des Erwerbers kommen dürfe

(keine Änderung des Kostenverteilungsschlüssels, keine Änderung der Miteigentumsanteile, kein Eingriff in das Sondereigentum des Erwerbers etc.), liege keine offensichtliche Unwirksamkeit vor.

Anschließend befasst sich das Gericht noch mit der Frage, wie sich der Notar in der Situation zu verhalten habe, dass die Beteiligten mit **sich widersprechenden Anweisungen** bzgl. des Vollzugs an ihn herantreten. Die Neutralitätspflicht gebiete es hier, dass der Notar gem. § 53 BeurkG der Pflicht zur Einreichung vollzugsreifer Urkunden auch dann nachkomme, wenn ein Beteiligter die Wirksamkeit der zu vollziehenden Erklärung bestreite. Selbst wenn der Beteiligte beachtliche Gründe vorbringe, genüge dies nicht. Der BGH gibt insofern seine Entscheidung vom 1. Oktober 2015 (Beschl. v. 1.10.2015 – V ZB 171/14, DNotZ 2016, 151 = DNotI-Report 2015, 181) ausdrücklich auf. Lediglich in Fällen, in denen ein Rechtsgeschäft offensichtlich unwirksam sei, dürfe der Notar den Vollzug einstellen. Ansonsten sei der Notar zur Unparteilichkeit verpflichtet.

Zu guter Letzt gibt der BGH noch einen wertvollen Hinweis, wie sich der Notar in einer solchen Konfliktsituation zu verhalten habe. Er habe den beabsichtigten Vollzug regelmäßig den Beteiligten mittels Vorbescheides anzuzeigen, wenn einer der Beteiligten dem Vollzug der Urkunde widerspreche. So werde dem Betroffenen die Möglichkeit eingeräumt, Rechtsschutz im Rahmen der Beschwerde zu suchen.

### Weiterführende Literaturhinweise

Vgl. zur Gestaltung einer Bauträgervollmacht: Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 2, Kap. 3 Rn. 2 (Gesamtmuster, Gliederungspunkt X.); Esbjörnsson, in: Beck'sches Notarhandbuch, 7. Aufl. 2019, § 2 Rn. 294; Basty, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2017, Rn. 178; BeckOF-Vertrag/Barbers, Std.: 1.9.2019, Form. 8.2.2 § 16; Holthausen-Dux, in: Schröder (Hrsg.), Drei Jahre nach der WEG-Reform, S. 81 ff.; Wolfsteiner, in: Kersten/Bühling, 26. Aufl. 2019, § 33 Rn. 113 M, Ziffer 8.1.

Vgl. zur Formulierung eines Vorbescheids BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 1.3.2019, § 54 Rn. 37; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rn. 2492 ff.

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GBO § 22; HGB § 161 – Grundbuchliche Richtigstellung nach identitätswahrendem Formwechsel einer grundstückshaltenden GbR in eine GmbH & Co. KG; Umgründung

BGB §§ 1757 Abs. 1, 1767 Abs. 2 – Namensführung bei Volljährigenadoption; Adoption einer geschiedenen Person, die den bisherigen Ehenamen fortführt

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BeurkG § 17 Abs. 1; BNotO §§ 14 Abs. 1 S. 2, 19 Abs. 1 S. 2; BGB §§ 146, 150 Abs. 1, 308 Nr. 1; ZPO § 287 – Notarhaftung; Angebot zum Abschluss eines Wohnungskaufvertrags; unbefristete Fortgeltungsklausel; haftungsausfüllende Kausalität

#### Aktuelles

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### GBO § 22; HGB § 161

#### Grundbuchliche Richtigstellung nach identitätswahrendem Formwechsel einer grundstückshaltenden GbR in eine GmbH & Co. KG; Umgründung

##### I. Sachverhalt

Im Erbbaugrundbuch war entsprechend der alten Rechtslage als Inhaber eines Erbbaurechts eine dreistellige Zahl natürlicher Personen als Gesellschafter bürgerlichen Rechts eingetragen. Die GbR trat im Rechtsverkehr unter dem Namen X-GbR auf.

2011 beschlossen die Gesellschafter der X-GbR deren Umwandlung in eine GmbH & Co. KG. Vor dem Beschluss hatten indes einige Gesellschafter ihre Beteiligung an Dritte abgetreten. Die Veränderung im Ge-

sellschafterbestand war im Erbbaugrundbuch nicht eingetragen worden.

In Abteilung I des Erbbaugrundbuchs soll nun die KG als Inhaberin des Erbbaurechts eingetragen werden.

##### II. Fragen

1. Wer kann die Richtigstellung des Grundbuchs beantragen? Ist dazu die im Handelsregister eingetragene KG, vertreten durch ihre Komplementärin, allein berechtigt? Bedarf der Nachweis der Identität von GbR und GmbH & Co. KG der Form des § 29 GBO?

2. Müssen die bisherigen Gesellschafter der GbR mitwirken? Wenn ja, in welcher Form? Ist es erforderlich, zuvor die bis zur Umwandlung der GbR durch Abtretung neu eingetretenen Gesellschafter in das Grundbuch eintragen zu lassen, obwohl die GbR nicht mehr existiert?

##### III. Zur Rechtslage

###### 1. Identitätswahrender Formwechsel

Die untechnisch so bezeichnete „Umwandlung“ einer

GbR in eine GmbH & Co. KG – etwa durch Gesellschaftsvertragsänderung, Beitritt einer neu gegründeten GmbH in Komplementärfunktion und Handelsregistereintragung – ist rechtlich als identitätswahrender Formwechsel zu verstehen. Dieser vollzieht sich außerhalb des insoweit nicht abschließenden UmwG nach allgemeinen handels- und gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen. Denn die GbR kann nicht formwechselnder Rechtsträger i. S. d. § 191 Abs. 1 UmwG sein. Ein **Vermögensübergang** ist mit dem identitätswahrenden Formwechsel **nicht** verbunden, es ändert sich allein das „Rechtskleid“ (vgl. MünchKommHGB/Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 105 Rn. 109; Limmer, DStR 2000, 1230 f.; Simon, DStR 2000, 578, 580). War die GbR – wie im vorliegenden Fall – Eigentümerin von Grundbesitz, so steht dieser Grundbesitz (wie das gesamte Vermögen der GbR) nun der KG zu, aber nicht kraft einer Singular- oder Universalsukzession, sondern wegen Rechtsträgeridentität. Eine Auffassung ist mangels Rechtsträgerwechsels mithin nicht erforderlich.

## 2. Grundbuchliche Richtigstellung

### a) Bloße Richtigstellung

Aus dem Ausgeführten folgt zwanglos, dass der grundbuchrechtliche Nachvollzug des identitätswahrenden Formwechsels **keine Berichtigung i. S. v. § 894 BGB, § 22 GBO** verlangt, sondern lediglich eine Richtigstellung (oder „Klarstellung“) des Grundbuchs (OLG München RNotZ 2016, 195 zum Formwechsel einer GbR in eine GmbH & Co. KG; Böhringer, BWNotZ 2016, 154, 162; zum Ganzen monographisch Holzer, Die Richtigstellung des Grundbuchs, 2005, passim). Denn es geht allein um eine Änderung der Bezeichnung des Eigentümers (vgl. BeckOK-GBO/Holzer, Std.: 1.3.2020, § 22 Rn. 92, 95; ders., Die Richtigstellung des Grundbuchs, S. 167 f.).

### b) Prüfungsumfang beim Grundbuchamt

Während das Registergericht (des Handelsregisters) im Rahmen der Anmeldung der neu einzutragenden GmbH & Co. KG nicht zu überprüfen hat, ob diese KG mit der „umgewandelten“ GbR identisch ist, wird der Rechtspfleger beim Grundbuchamt nach Eintragung der GmbH & Co. KG im Handelsregister eine entsprechende Richtigstellung in Abteilung I des Grundbuchs nur vornehmen, wenn er sich von der Kontinuität des Rechtsträgers überzeugen konnte. Im Gegensatz zum Grundbuchberichtigungsverfahren nach § 22 GBO gilt allerdings im Richtigstellungsverfahren (als speziellem Amtsverfahren mit Ermittlung nach Maßgabe des § 26 FamFG; OLG München RNotZ 2016, 665, 666; OLG Düsseldorf FGPrax 2018, 146, 147) der Grundsatz des **Freibeweises nach § 29 Abs. 1 FamFG** (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.1.2019, BeckRS 2019, 2874; OLG Brandenburg FGPrax 2017, 245, 246; OLG

München RNotZ 2016, 665, 666; OLG Frankfurt FGPrax 2011, 221, 222; OLG Zweibrücken RNotZ 2011, 421, 423), sodass die Beweismittelbeschränkungen des § 29 GBO nicht greifen (vgl. Böhringer, BWNotZ 2016, 154, 162; Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 22 Rn. 22; a. A. aber Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 4281: Nachweis in der Form des § 29 GBO sei erforderlich, um Richtigstellung auf sichere Verfahrensgrundlage zu stellen). Das Grundbuchamt, das nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden hat (BeckOK-GBO/Holzer, § 22 Rn. 97), muss von der Richtigkeit der vorzunehmenden Eintragung jedoch überzeugt sein (vgl. Reymann, in: DAI-Skript „Aktuelle Gesetzesänderungen in der notariellen Praxis“, 14.11.2009, S. 350, 372).

### c) Voreintragungsgrundsatz

Bei alledem ist der Voreintragungsgrundsatz aus **§ 39 GBO nicht einschlägig**. Soll mithin richtigstellend die (nun korrekt bezeichnete) KG als Eigentümerin des Grundstücks eingetragen werden, so ist eine Voreintragung nicht erforderlich, denn der Rechtsträger ist beim identitätswahrenden Formwechsel derselbe geblieben (OLG München RNotZ 2016, 195, 197). Daraus folgt insbesondere, dass der Beitritt der Komplementär-GmbH nicht zuvor grundbuchrechtlich abgebildet sein muss (vgl. auch BeckOK-GBO/BGB/Hertel, Std.: 1.10.2019, § 899a Rn. 54). Dies gilt grundsätzlich gleichermaßen für einen sonstigen Gesellschafterwechsel bei der GbR vor dem formwechselnden Änderungsbeschluss, wie er auch im konkreten Fall zu unterstellen ist. Auswirkungen könnte der Gesellschafterwechsel aber auf die nachfolgend zu beleuchtende Frage haben, wie die Identität des Rechtsträgers für die Zwecke der Richtigstellung nachzuweisen ist.

## 3. Nachweis der Identität

Fraglich ist, wie sich der Nachweis der Identität zwischen vormaliger GbR und GmbH & Co. KG erbringen lässt.

### a) Bescheinigung des Handelsregisters

Bis zum Inkrafttreten des ERVGBG konnte das Handelsregister gem. **§ 15 Abs. 3 GBV a. F.** eine Bescheinigung für das Grundbuchverfahren ausstellen, aus der hervorging, dass die Handelsgesellschaft mit der umgewandelten GbR rechtsidentisch war. Die Vorschrift lautete wie folgt:

*„Steht das Eigentum oder ein beschränktes dingliches Recht nach dem Inhalt des Grundbuchs den Mitgliedern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur gesamten Hand zu und wird diese Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine Handels- oder Partnerschaftsgesellschaft, so ist das Grundbuch auf Antrag zu berichtigen, indem die Handelsgesellschaft*

*oder die Partnerschaft als Eigentümerin oder Inhaberin des Rechts eingetragen wird. Zum Nachweis genügt eine Bescheinigung des Registergerichts über die Eintragung und darüber, daß die Handelsgesellschaft oder die Partnerschaft nach dem eingereichten Vertrag aus der Gesellschaft bürgerlichen Rechts hervorgegangen ist. Die Sätze 1 und 2 gelten für Vormerkungen und Widersprüche zugunsten der Gesellschaft bürgerlichen Rechts sinngemäß.“*

Gerade diese Vorschrift wurde allerdings durch das ERVGBG mit Wirkung zum 18.8.2009 ersatzlos aufgehoben, weil der Gesetzgeber sie für dogmatisch überholt und überflüssig erachtete (BT-Drucks. 16/13437, S. 25). Daraus wird zu Recht der Schluss gezogen, dass nach der Streichung des § 15 Abs. 3 GBV a. F. eine entsprechende **registergerichtliche Bescheinigung** als Nachweis für die Identität des Rechtsträgers **nicht mehr** in Betracht kommt (Schöner/Stöber, Rn. 4281, zu weitgehend aber die weitere Konsequenz, Nachweise müssten in der Form des § 29 GBO erbracht werden). Dagegen wird vereinzelt unter Verweis auf § 32 GBO vertreten, der Nachweis sei nach wie vor durch eine „Bescheinigung des Handelsregisters“ möglich, wie sie vormals § 15 Abs. 3 GBV a. F. vorsah (BeckOK-GBO/Reetz, Std.: 1.3.2020, § 47 Rn. 111, allerdings zu der ohne ihre Gesellschafter eingetragenen GbR). Dieser letztgenannten Ansicht ist aber zu widersprechen.

#### **b) Notarbescheinigung oder beglaubigte Registerabschrift**

Ein **Identitätsnachweis über § 32 GBO** dürfte u. E. **nicht** in Betracht kommen. Über § 32 Abs. 1 S. 2 GBO (oder auch über eine Notarbescheinigung nach § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BNotO) lassen sich nämlich stets nur solche „sonstigen“ rechtserheblichen Umstände nachweisen, die sich aus Eintragungen im Register ergeben. Die Nachweiskraft des § 32 GBO beschränkt sich also auf Tatsachen, die im entsprechenden Register eingetragen oder logisch zwingend aus einer Eintragung abzuleiten sind (BeckOK-GBO/Otto, Std.: 1.3.2020, § 32 Rn. 33). Die Identität zwischen umgewandelter (im Grundbuch stehender) GbR und entstandener GmbH & Co. KG geht aus dem Handelsregister aber gerade nicht hervor und dürfte daher auch vom Notar nicht auf der Grundlage des § 21 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BNotO bescheinigt werden können. Mit dem gleichen Argument müsste u. E. eine Bezugnahme auf das Registergericht und das Registerblatt (vgl. § 32 Abs. 2 S. 2 GBO) ausscheiden. Zwar zählen zu den rechtserheblichen Tatsachen i. S. d. § 32 Abs. 1 S. 2 GBO auch Umwandlungen nach dem UmwG (Begr. Regierungsentwurf zum ERVGBG, BT-Drucks. 16/12319, S. 21). Ungeachtet dessen, dass eine solche Umwandlung nicht in Rede steht und gar nicht möglich wäre (s. Ziff. 1), kann die GbR aber nicht in das Handelsregister eingetragen wer-

den und kann sich folglich aus dem Registerblatt der KG kein Formwechsel ergeben.

#### **c) Berichtigungsbewilligung**

Hilfsweise muss der Identitätsnachweis damit gegenüber dem Grundbuchamt anderweitig geführt werden. Obwohl es sich bei der Korrektur des Grundbuchs – wie ausgeführt – (nur) um eine Richtigstellung der Bezeichnung des eingetragenen Rechtsträgers und nicht um eine Grundbuchberichtigung i. S. d. § 22 GBO handelt, wird in der Begründung zum ERVGBG auf den Nachweis durch Berichtigungsbewilligung aller Gesellschafter gem. §§ 22, 19 GBO verwiesen (BT-Drucks. 16/13437, S. 25). Gleichsinnig formuliert etwa *Böttcher* (in: Meikel, GBO, 11. Aufl. 2015, § 22 Rn. 88), dass die Identität der Gesamthand (d. h. hier die Identität zwischen GbR und KG) durch übereinstimmende Erklärung der Berechtigten in der Form des § 29 GBO nachzuweisen sei. Sofern die Gesellschafter – wie im vorliegenden Fall – persönlich im Grundbuch eingetragen sind, ist dies wegen der damit einhergehenden Vermutungswirkung (§ 899a BGB) ein denkbarer Weg. Allerdings haben dann wegen des Mediatisierungseffekts, den § 899a BGB auslöst, jene Gesellschafter diese Erklärungen abzugeben, die auch im Grundbuch als Gesellschafter der GbR eingetragen sind. Ohne vorherige Grundbuchberichtigung, die die zwischenzeitlichen Beteiligungsübertragungen widerspiegelt, müssten mithin die formell legitimierten Gesellschafter die entsprechenden Erklärungen abgeben.

#### **d) Nachweis durch Handelsregisteranmeldung**

Teilweise wird – deutlich großzügiger – zum plausiblen Nachweis der Rechtsträgeridentität für ausreichend erachtet, dass sich der formwechselnde Umwandlungsvorgang aus der Anmeldung zum Handelsregister ergibt (so BeckOK-GBO/Reetz, § 47 Rn. 111) – zumindest wenn dazu noch ein „Ausdruck aus dem Register“ vorgelegt wird (Böhringer, BWNotZ 2016, 154, 162 m. Fn. 72). Sollte das Grundbuchamt dies für ausreichend erachten, hielten wir dies für eine **pflichtgemäße Ermessensausübung im Freibeweisverfahren**. Allerdings wäre zu beachten, dass die Registeranmeldung (in der Form des § 12 Abs. 1 HGB) gem. §§ 161 Abs. 2, 108 HGB von sämtlichen Gesellschaftern vorzunehmen wäre. Aufgrund des zwischenzeitlichen Wechsels im Gesellschafterbestand wären dies aber nicht jene Gesellschafter, die auch im Grundbuch als Gesellschafter der GbR eingetragen sind.

#### **e) Nachweis eines eventuellen Gesellschafterwechsels**

Unabhängig davon, dass der Voreintragungsgrundsatz nicht eingreift, müssten dem Grundbuchamt dennoch diese Gesellschafterwechsel nachgewiesen werden (rich-

tig OLG Saarbrücken, Beschl. v. 22.3.2010, BeckRS 2010, 30230: die beantragte Eintragung setzt – ungeachtet der Notwendigkeit einer Voreintragung – den Nachweis des Gesellschafterwechsels voraus). Wurden die Gesellschaftsanteile nicht in mindestens öffentlich beglaubigter Form übertragen, dann können (notariell beglaubigte) „Bestätigungs- oder Geständniserklärungen“ (in denen die vorgelagerte Erklärung oder das vorgelagerte Rechtsgeschäft vom Erklärenden bzw. Vornehmenden selbst bestätigt wird) zum grundbuchrechtlichen Nachweis erstellt werden (vgl. OLG Saarbrücken BeckRS 2010, 30230). Weil daran freilich wiederum die mittlerweile ausgeschiedenen Gesellschafter mitwirken müssten, erscheint dieser Weg nicht praktikabler als die Bewilligung durch eben jene Gesellschafter.

#### 4. Ergebnis

Im Ergebnis erfordert die Richtigstellung des Grundbuchs mithin zwei Schritte: Zunächst sind dem Grundbuchamt die Anteilsabtretungen nachzuweisen und anschließend ist es die Gründung der KG durch die (wahren) GbR-Gesellschafter. Für den Nachweis gilt jedoch nicht der strenge Maßstab des § 29 GBO, sondern vielmehr das Freibeweisverfahren.

---

### BGB §§ 1757 Abs. 1, 1767 Abs. 2 Namensführung bei Volljährigenadoption; Adoption einer geschiedenen Person, die den bisherigen Ehenamen fortführt

---

#### I. Sachverhalt

Die Ehegatten Maier möchten eine Volljährige adoptieren. Die Anzunehmende ist geschieden. Als Familiennamen führt sie den vormaligen Ehenamen „Schmidt“ (also den Familiennamen ihres geschiedenen Ehemanns), nicht ihren Geburtsnamen „Huber“.

#### II. Fragen

1. Ändert sich infolge der Adoption von Frau Schmidt, geb. Huber, nur deren Geburtsname („Maier“ statt „Huber“) oder auch deren aktuell geführter Familienname („Maier“ statt „Schmidt“)?
2. Falls Letzteres zutrifft: Gibt es eine Möglichkeit, dass die Anzunehmende ihren vormaligen Ehenamen „Schmidt“ behält?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Änderung des Geburtsnamens infolge Adoption

Für die Annahme Volljähriger gelten nach § 1767 Abs. 2 S. 1 BGB die Vorschriften über die Annahme Minderjähriger sinngemäß, soweit nicht das BGB Son-

dervorschriften zur Annahme Volljähriger enthält. Dies ist hinsichtlich der Namensführung nicht der Fall. Daher ist auch für volljährige Adoptierte (unabhängig davon, ob es sich um eine normale Volljährigenadoption oder eine solche mit starken Wirkungen gem. § 1772 BGB handelt) **§ 1757 Abs. 1 S. 1 BGB** maßgeblich, wonach der Adoptierte **als Geburtsnamen den Familiennamen des Annehmenden** erhält. Die Vorschrift ist nach h. M. **zwingend** (OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.8.2019, BeckRS 2019, 20072 Tz. 14 ff. = NZFam 2019, 888 m. Anm. Kienemund; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 10.6.2015, BeckRS 2016, 3269 Tz. 7 = StAZ 2016, 52; OLG Hamm, Beschl. v. 30.6.2011, BeckRS 2011, 20399 = MittBayNot 2011, 501; a. A. nur AG Leverkusen, Beschl. v. 17.12.2007, BeckRS 2008, 23800 = FamRZ 2008, 2058 m. abl. Anm. Maurer, FamRZ 2009, 439; Beschl. v. 16.4.2009, BeckRS 2009, 28994 = RNotZ 2009, 544).

##### 2. Sonderfall verheirateter Anzunehmender

Die Änderung des Geburtsnamens des Anzunehmenden erstreckt sich regelmäßig auf seinen aktuell geführten Familiennamen. Etwas anderes gilt nach § 1767 Abs. 2 S. 3 BGB (entspricht § 1757 Abs. 3 BGB a. F.) nur dann, wenn der Anzunehmende verheiratet ist, sein **bisheriger Geburtsname zum Ehenamen** der Ehegatten bestimmt wurde und sich sein Ehegatte der Namensänderung *nicht* durch Erklärung gegenüber dem Familiengericht angeschlossen hat. In diesem Fall ändert sich nur der Geburtsname des Anzunehmenden, nicht auch der aktuell geführte Eheename (vgl. Palandt/Götz, BGB, 79. Aufl. 2020, § 1757 Rn. 5).

War – wie im vorliegenden Fall – der **Eheename der Geburtsname des Ehegatten**, so **ändert die Adoption** diesen ohnehin **nicht** (vgl. nur MünchKommBGB/Maurer, 8. Aufl. 2020, § 1767 Rn. 87). Wäre die Anzunehmende zum Zeitpunkt der Adoption noch mit Herrn Schmidt verheiratet, dann würde sich also durch die Adoption nur ihr Geburtsname, nicht der Eheename ändern (die Anzunehmende hieße nach der Adoption „Schmidt, geb. Maier“).

##### 3. Sonderfall geschiedener Anzunehmender

Fraglich ist, wie sich eine vor der Adoption erfolgte Scheidung auf die Namensführung des Angenommenen nach Adoption auswirkt.

##### a) Literaturmeinung

In der Literatur wird diese Frage **uneinheitlich** beurteilt:

**Nach einer Ansicht ändert sich der Familienname** infolge der Annahme **nicht**, wenn die Ehegatten der aufgelösten Ehe einen Ehenamen bestimmt haben und

der Angenommene nach Auflösung der Ehe weiterhin diesen Ehenamen führt; dann werde nämlich der Ehename auch nach Auflösung der Ehe **weiterhin als Ehename geführt** (BeckOGK-BGB/Löhnig, Std.: 1.5.2019, § 1767 Rn. 55; Staudinger/Helms, BGB, 2019, § 1757 Rn. 13; unklar MünchKommBGB/Maurer, § 1757 Rn. 18, der dies wohl nur für den Fall annimmt, dass der geschiedene Anzunehmende den Geburtsnamen seines ehemaligen Ehegatten als Ehenamen angenommen und fortgeführt hat). Falls der Angenommene den neuen Geburtsnamen auch als Familiennamen führen wollte, müsste der Angenommene nach dieser Literaturansicht eine Erklärung gem. § 1355 Abs. 5 S. 2 BGB abgeben.

**Nach anderer Ansicht ändert sich** infolge der Adoption eines geschiedenen Ehegatten auch der **Familiennamen** des Angenommenen (BeckOK-BGB/Pöcker, Std.: 1.2.2020, § 1767 Rn. 17; Soergel/Liermann, BGB, 13. Aufl. 2000, § 1757 Rn. 15). Dies wird damit begründet, dass sich unabhängig vom rechtlichen Charakter des Namens nach der Scheidung die in **§ 1757 Abs. 1 BGB** vorgesehene Änderung des bis zur Adoption geführten Namens durchsetze (BeckOK-BGB/Pöcker, § 1767 Rn. 17). Ergänzend macht man geltend, dass die Einschränkung in § 1767 Abs. 2 S. 3 BGB (§ 1757 Abs. 3 BGB a. F.) eine bestehende Ehe voraussetze; die Möglichkeit, den Ehenamen fortzuführen, trage dem individuellen Interesse an einer Namenskontinuität bei Eheauflösung Rechnung, nicht aber dem Interesse, auf eine frühere Ehe hinzuweisen (BeckOK-BGB/Pöcker, § 1767 Rn. 17.1).

#### b) Rechtsprechung

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich – soweit ersichtlich – zum Problem der Namensführung bei geschiedenen Angenommenen bisher **nicht geäußert**. Geklärt hat der BGH inzwischen nur die früher ebenfalls äußerst umstrittene Frage, ob sich der Begleitname des Angenommenen, der auf seinen Geburtsnamen zurückgeht, mit der Adoption ändert; dies hat der BGH bejaht (DNotZ 2012, 207).

Mangels konkret einschlägiger Rechtsprechung ist die **Rechtslage daher nicht abschließend geklärt**.

#### 4. Weiteres Vorgehen

Angesichts der ungeklärten Rechtslage dürfte es sich in der Praxis empfehlen, vor Einreichung des Adoptionsantrags mit dem zuständigen Familiengericht Rücksprache zu nehmen und die Frage der Namensführung nach Adoption zu erörtern. Möglicherweise schließt sich das Familiengericht der zuerst genannten Literaturansicht (oben 3. a) an, sodass die Anzunehmende ihren bisherigen Familiennamen – trotz Änderung des

Geburtsnamens – beibehalten könnte („Schmidt, geb. Maier“).

Wenn das Gericht von einer Änderung des Familiennamens und nicht nur des Geburtsnamens ausginge (vgl. zweite Ansicht unter 3. a)), könnte die Anzunehmende zusätzlich einen **Namensänderungsantrag** gem. § 1757 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB stellen. Würde das Familiengericht diesem Antrag stattgeben, so könnte die Anzunehmende nach der Adoption zumindest einen Doppelnamen („Maier-Schmidt“ oder „Schmidt-Maier“) führen.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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.

#### GmbHG § 15; BGB §§ 1030, 1068

#### Nießbrauch an einem Geschäftsanteil; Begrenzung auf bestimmte Höhe des Gewinns

Abruf-Nr.:

#### ERVV §§ 1, 4 Abs. 1; ERVLVO Rh-Pf § 1; GBO §§ 135 ff.; BeurkG § 39a

#### Anwendbarkeit der ERVV im Grundbuchverfahren; elektronische Beglaubigung der Übereinstimmung mehrerer Abschriften mit den jeweiligen Haupturkunden in einem einzigen einfachen elektronischen Zeugnis

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

#### BeurkG § 17 Abs. 1; BNotO §§ 14 Abs. 1 S. 2, 19 Abs. 1 S. 2; BGB §§ 146, 150 Abs. 1, 308 Nr. 1; ZPO § 287 Notarhaftung; Angebot zum Abschluss eines Wohnungsvertrags; unbefristete Fortgeltungsklausel; haftungsausfüllende Kausalität

a) Bei Verwendung einer (unwirksamen) unbefristeten Fortgeltungsklausel in einem von ihm vorformulierten Angebot zum Kauf einer Immobilie handelt der Zentral- beziehungsweise Vollzugsnotar amtspflichtwidrig, wenn er ohne vorherige Abklärung des Willens der Käufer in Bezug auf das weitere Vorge-

hen im Rahmen der ihm obliegenden „betreuenden“ Belehrung die Annahme der Verkäuferin beurkundet und den Kaufvertrag vollzieht, insbesondere, indem er die Fälligkeit des Kaufpreises gegenüber den Käufern bestätigt.

b) Da die haftungsausfüllende Kausalität dieser Pflichtverletzung für den eingetretenen Kaufpreisschaden feststeht, betrifft die hypothetische Frage, ob dieser auch bei pflichtgemäßem Verhalten des beklagten Notars entstanden wäre, weil die Urkundsbeteiligten ungeachtet der ihnen gegenüber offengelegten Zweifel an der fortbestehenden Wirksamkeit ihres Angebots an dem Abschluss des Kaufvertrags festgehalten hätten, eine im Rahmen des haftungsausfüllenden Zusammenhangs zu beachtende Reserveursache, für die der Notar nachweislich ist.

BGH, Urt. v. 23.1.2020 – III ZR 28/19

### Problem

Im Fall des BGH beurkundete der beklagte Notar ein Angebot der Kläger zum Kauf einer Eigentumswohnung. Der Angebotstext war vom Beklagten als Muster zur Verwendung in einer Vielzahl von Fällen vorformuliert worden. Er enthielt u. a. eine Klausel, wonach das für ca. sechs Wochen bindende Angebot nach Ablauf der Frist nicht erlöschen sollte; vielmehr sollte lediglich die Bindung entfallen und das Angebot bis zum Widerruf durch die Kläger gegenüber dem beklagten Notar unbefristet fortgelten.

Nach Beurkundung der Annahme und Vollzug des Kaufvertrags verlangten die Kläger die Erstattung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übertragung des Eigentums an der Eigentumswohnung. Sie führten dazu an, der beklagte Notar habe sie pflichtwidrig nicht darauf hingewiesen, dass sie zum Zeitpunkt der Beurkundung der Annahme nicht mehr an ihr Angebot gebunden gewesen seien.

### Entscheidung

Der BGH sieht in der unterlassenen Belehrung über die fehlende Bindung an das abgegebene Angebot eine pflichtwidrige **Amtspflichtverletzung**. Das Kaufangebot der Kläger sei ungeachtet der Frage der Angemessenheit seiner Bindungsdauer spätestens mit deren Ablauf und damit vor Beurkundung der Annahme nach § 146 BGB erloschen. Die unbefristete Fortgeltungsklausel sei trotz der Widerrufsmöglichkeit unwirksam gem. § 308 Nr. 1 BGB gewesen.

Obwohl dies zum Zeitpunkt der Beurkundung noch nicht höchstrichterlich geklärt war, hätte der Urkunds-

notar laut BGH in Anbetracht des damaligen breiten **Meinungsspektrums zur Wirksamkeit von Fortgeltungsklauseln** erkennen müssen, dass die **Wirksamkeit** der verwendeten Klausel „jedenfalls angesichts ihrer mangelnden Befristung **zweifelhaft**“ gewesen sei. Hierüber hätte er gem. § 17 Abs. 1 BeurkG und § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO belehren müssen.

Darüber hinaus hätte er ohne vorherige Rücksprache mit den Klägern, die das Angebot abgegeben hatten, die Annahmen nicht beurkunden, jedenfalls aber den Kaufvertrag nicht vollziehen dürfen. Insbesondere hätte er nicht den Eintritt der (Grund-)Voraussetzungen für den Eintritt der Kaufpreisfälligkeit bestätigen dürfen.

Nach Ansicht des BGH hat der Notar dadurch den Schaden kausal verursacht; einen weiteren Nachweis mussten die Kläger nicht erbringen. Der Einwand, die Kläger hätten auch bei Kenntnis der Unwirksamkeit des Angebots am Vertrag festhalten und diesen vollziehen wollen, sei keine Frage des haftungsausfüllenden Ursachenzusammenhangs, sondern – wie auch beim Unterlassen einer bloßen Aufklärungspflicht – eine solche des Bestehens einer beachtlichen **Reserveursache**. Dafür sei der **Notar darlegungs- und beweisbelastet**, wobei § 287 ZPO zur Anwendung komme.

Der beklagte Notar könne sich schließlich nicht auf § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO berufen, soweit er auf einen Anspruch gegen die Verkäuferin verweise. Diese sei nämlich ebenso in den Schutzbereich der verletzten Notarpflichten einbezogen. Hätten die Kläger vorrangig die Verkäuferin in Anspruch nehmen müssen, so wäre der beklagte Notar aufgrund derselben Amtspflichtverletzung gleichfalls – dann gegenüber der Verkäuferin – zum Schadensersatz verpflichtet gewesen.

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Editorial

##### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2231; BeurkG § 30 – Beurkundung eines Testaments oder Erbvertrags durch Übergabe einer offenen Schrift; Beurkundungsverfahren; notwendige Unterzeichnung des Erblassers

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Aktuelles

Auswirkungen des COVID-19-G auf das Gesellschaftsrecht (Teil 1)

Aktueller Hinweis zu Beglaubigungen im Ausland

### Editorial

Wenn wir vor einem Monat die Frage gestellt hätten, ob der Gang zum Notar ein „triftiger Grund“ ist, das Haus zu verlassen, hätte das vermutlich unverständliche Blicke der Leser zur Folge gehabt. Inzwischen scheint die Frage alles andere als absurd. In verschiedenen Rechtsverordnungen der Länder hat der Notarbesuch ausdrücklich Niederschlag gefunden (bspw. in Baden-Württemberg und Sachsen). In anderen Bundesländern lässt sich der Notarbesuch auch ohne ausdrückliche Nennung unter den Begriff des „triftigen Grundes“ subsumieren (so bspw. in Bayern).

Im Zusammenhang mit der Corona-Ausbreitung stellen sich auch für die Notare zahlreiche berufsrechtliche und beurkundungsrechtliche Fragen. Aber auch im materiellen Recht sind die Auswirkungen zu spüren. Am 25. März 2020 hat der Bundestag ein umfangreiches Maßnahmenpaket beschlossen, das sich vor allem im Gesellschaftsrecht auswirken wird.

Wir möchten diesen Report nutzen, Ihnen u. a. diese Gesetzesänderungen vorzustellen und auf einige beurkundungsrechtliche Fragen einzugehen, die in den

letzten Wochen an uns herangetragen wurden. Die jetzige Situation fordert vor allem pragmatische Lösungen innerhalb des geltenden Rechts. Das Beurkundungsverfahren bietet insofern bereits jetzt die notwendige Flexibilität, die aktuelle Krisensituation unter Mitwirkung der Notare zu bewältigen.

Insbesondere enthält das geltende Recht eine Reihe von Sondervorschriften, die in der Krise genutzt werden können, um Präsenzkontakte in den Notariaten auf ein Minimum zu beschränken und die Versorgung der Unternehmen mit notariellen Leistungen auch unter Geltung der kontaktreduzierenden Vorgaben von Bund und Ländern aufrechtzuerhalten. Wir werden Ihnen in Kürze – ergänzend zu diesem Report – auf der Homepage des DNotI unter „Arbeitshilfen/Corona“ verschiedene FAQs und Hinweise bereitstellen, u. a. zur virtuellen Hauptversammlung bei der AG und zur Verringerung von Präsenzkontakten im Gesellschaftsrecht z. B. durch den Einsatz von Vollmachten und Nachgenehmigungen sowie Anmeldungen durch den Notar gem. § 378 Abs. 2 FamFG. Diese Hinweise werden wir laufend aktualisieren.

# Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

## BGB § 2231; BeurkG § 30

### Beurkundung eines Testaments oder Erbvertrags durch Übergabe einer offenen Schrift; Beurkundungsverfahren; notwendige Unterzeichnung des Erblassers

#### I. Sachverhalt

Der Notar soll in einem Pflegeheim vor Ort das Testament eines betagten Heimbewohners beurkunden. Es besteht beim Erblasser der Verdacht auf eine Infektion mit dem Corona-Virus. Die Beurkundung des Testaments soll durch Übergabe einer offenen Schrift erfolgen. Dem liegt ein notarieller Entwurf zugrunde, den der Notar im Vorfeld mit dem Heimbewohner ausführlich telefonisch erörtert hat.

#### II. Frage

Was hat der Notar verfahrensrechtlich bei der Beurkundung des Testaments zu beachten? Speziell: Handelt es sich bei der vom Notar anzufertigenden Urkunde um eine Tatsachenbescheinigung oder um eine Niederschrift i. S. d. §§ 8 ff. BeurkG, die auch vom Erblasser zu unterzeichnen ist?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Errichtung eines öffentlichen Testaments/Erbvertrags durch Übergabe einer Schrift

Ein öffentliches Testament kann grundsätzlich nur durch den Notar errichtet werden. Üblicherweise geschieht dies durch mündliche Erklärung gegenüber dem Notar und Anfertigung einer Niederschrift hierüber (§ 2232 S. 1 Alt. 1 BGB). Als alternative Errichtungsform sieht § 2232 S. 1 Alt. 2 BGB die Übergabe einer Schrift des Erblassers mit der Erklärung vor, dass diese seinen letzten Willen enthalte. Dabei kann die Schrift nach § 2232 S. 2 BGB **offen** oder **verschlossen** übergeben werden. § 2232 BGB gilt über den Verweis in § 2276 Abs. 1 S. 2 BGB gleichermaßen für die Errichtung eines Erbvertrags. Beim Erbvertrag ist es sogar möglich, dass nur die Willenserklärung des einen Teils durch Übergabe einer Schrift erfolgt, während der andere Vertragsteil seine Willenserklärung mündlich gegenüber dem Notar abgibt (BeckOGK-BGB/Röhl, Std.: 1.3.2020, § 2276 Rn. 4; Staudinger/Kanzleiter, BGB, 2019, § 2276 Rn. 5).

Die **Schrift** braucht vom Erblasser nicht selbst (eigentlich oder sonst) geschrieben oder unterschrieben sein

(vgl. § 2232 S. 2 Hs. 2 BGB). Sie muss auch nicht mit Orts- oder Datumsangabe versehen sein. Die Schrift kann auch von einem Dritten, beispielsweise dem Urkundsnotar, entworfen sein (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 79. Aufl. 2020, § 2232 Rn. 3 m. w. N.). Die Schrift kann ferner in Maschinen-, Kurz-, oder Blindenschrift oder in fremden Schriftzeichen in jeder lebenden oder toten Sprache verfasst sein, sofern nur der Erblasser die Schrift kennt und entziffern kann (Keim, in: Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 4. Aufl. 2019, B II 3 Anm. 5; Palandt/Weidlich, § 2232 Rn. 3). Keine „Schrift“ liegt dagegen vor, wenn der Wille in einem anderen Speichermedium, wie z. B. gesprochen auf einem Tonträger oder gespeichert auf einem elektronischen Datenträger (USB-Stick, CD-Rom, usw.) enthalten ist (Burandt/Rojahn/Egerland, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 30 BeurkG Rn. 8; BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.2.2020, § 2232 Rn. 13).

Bislang hat die Beurkundung eines öffentlichen Testaments durch Übergabe einer Schrift **in der Praxis keine bedeutende Rolle** erlangt (vgl. nur BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, Std.: 1.1.2020, § 30 Rn. 1). Dieses Beurkundungsverfahren kann sich aber beispielsweise anbieten, wenn die Verfügung von Todes wegen von einem anderen Berater als dem Notar verfasst wurde, sie sehr umfangreich ist oder der Testator schwerkrank (aber noch testierfähig) ist, und er sich einer Vertrauensperson bedient, die die Schrift entweder selbst verfasst hat oder ihm dabei behilflich war (Keim, B II 3 Anm. 1). In Frage kommt diese Beurkundungsform auch bei sprachunkundigen Ausländern oder in Fällen, in denen etwa die als Zeuge hinzugezogene Person vom Inhalt der Verfügung von Todes wegen keine Kenntnis erhalten soll (Keim, B II 3 Anm. 1; BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 1, 12). Dies ergibt sich daraus, dass bei dieser Beurkundungsform eine Verlesung der vom Erblasser offen übergebenen Schrift nicht erforderlich ist (vgl. § 30 Abs. 5 Hs. 2 BeurkG).

Auch im Zusammenhang mit der aktuellen Corona-Krise wird von Seiten der Notarkammern z. T. wegen des Infektionsrisikos auf die Möglichkeit der Beurkundung von Testamenten durch Übergabe einer offenen Schrift hingewiesen, die der Notar formuliert und dem Beteiligten vorab (z. B. elektronisch) übermittelt haben kann. Hierdurch könnte ggf. eine Verkürzung des Kontakts des Notars mit dem Beteiligten während der anschließenden Beurkundung und die Gefahr einer Ansteckung des Notars verringert werden.

##### 2. Beurkundungsverfahren

Das Beurkundungsverfahren regelt § 30 BeurkG (i. V. m. den allgemeinen Vorschriften).

Bei der offen übergebenen Schrift soll der Notar vom Inhalt Kenntnis nehmen, sofern er der Sprache, in der die Schrift verfasst ist, hinreichend kundig ist (§ 30 S. 4 BeurkG). Aus der dort enthaltenen Verweisung auf § 17 BeurkG folgt ferner, dass der Notar die ihm offen übergebene Schrift nicht nur lesen soll, sondern er diese auch auf ihre **Rechtswirksamkeit prüfen** und wie bei einer selbst verfassten Verfügung **belehren** muss (BGH DNotZ 1974, 296, 297; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 30 Rn. 8; Keim, B II 3 Anm. 4; BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 6, 10). Damit bestehen bei der Errichtung eines Testaments durch eine offene Schrift, abgesehen von der Formulierungspflicht des Notars, die **gleichen Pflichten des Notars wie bei der Testamenterrichtung durch Erklärung** (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 6; anders wäre dies nur beim Verfahren der Testamenterrichtung durch Übergabe einer verschlossenen Schrift, bei der den Notar keine Prüfungs- und Belehrungspflicht hinsichtlich des Inhalts trifft, die fehlende sachkundige Betreuung durch den Notar aber wiederum auch zahlreiche Risiken birgt).

Bei Errichtung des öffentlichen Testaments durch Übergabe einer offenen Schrift bedarf es – wie oben bereits erwähnt – keiner Verlesung der Schrift (§ 30 S. 5 BeurkG). Insoweit unterscheidet sich diese Form der Errichtung eines öffentlichen Testaments von der Beurkundung durch Niederschrift einer mündlichen Erklärung (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 12), wo der Testamentsinhalt selbst beurkundet wird. Wird die offen übergebene Schrift gleichwohl verlesen (was im Hinblick auf die erforderliche Kenntnisnahme des Notars vom Inhalt und seine Belehrungspflicht zweckmäßig sein kann), ist dies jedoch unschädlich (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 12, der darauf hinweist, dass der Erblasser die Verlesung jedoch untersagen kann).

Bei Übergabe einer Schrift durch den Erblasser soll diese der **Niederschrift beigefügt** werden mit einer **Kennzeichnung**, die eine Verwechslung ausschließt. Die Art und Weise der Kennzeichnung steht im pflichtgemäßen Ermessen des Notars (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 16; MünchKommBGB/Sticherling, 8. Aufl. 2020, § 30 BeurkG Rn. 14). Eine Kennzeichnung kann handschriftlich, maschinenschriftlich oder mittels eines Stempels erfolgen (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 16). Die Kennzeichnung kann beispielsweise dadurch erfolgen, dass die übergebene Schrift genau beschrieben oder ihr Inhalt ganz oder teilweise wiedergegeben wird (vgl. Keim, B II 3: „Der Erschienene übergab eine offene Schrift, die mit den Worten ... beginnt und mit den Worten ... endet.“).

Eine Verwechslungsgefahr dürfte jedoch am weitestgehenden vermieden sein, wenn man die Kennzeichnung – wie bei Anlagen zu Urkunden – mithilfe der Urkundsnummer des konkreten Urkundsvorgangs vornimmt (vgl. Winkler, Rn. 7 Fn. 13 m. w. N.: „Zur UR-Nr. ... übergebene Schrift“; Burandt/Rojahn/Egerland, § 30 BeurkG Rn. 9; BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 16 mit Formulierungsvorschlag in Rn. 18.1: „Die offen übergebene Schrift wurde von mir durch folgenden Vermerk gekennzeichnet: „Offen übergebene Schrift zu URNr. ... des Notars ... in ... URNr. .../Jahr...““). Dabei wird die Kennzeichnung am besten unmittelbar nach der Übergabe der Schrift während der Urkundsverhandlung vorgenommen (Burandt/Rojahn/Egerland, § 30 BeurkG Rn. 9; Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 8. Aufl. 2020, § 30 BeurkG Rn. 9).

Die übergebene Schrift ist nach § 30 S. 5 BeurkG der Niederschrift beizufügen.

### 3. Anfertigung der Niederschrift

Bei der Testamenterrichtung durch Übergabe einer (offenen oder verschlossenen) Schrift handelt es sich um einen **beurkundungsverfahrensrechtlichen Sonderfall** (Burandt/Rojahn/Egerland, § 30 BeurkG Rn. 1; vgl. auch Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, § 30 BeurkG Rn. 2: „einzigartige Beurkundungsform“).

Denn zum einen muss die Niederschrift die **Feststellung** des Notars enthalten, dass die **Schrift übergeben** worden ist (§ 30 S. 1 BeurkG). Diese **Tatsachenfeststellung** des Notars ist Amtspflicht des Notars und unverzichtbar (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 13). Die zwingend erforderliche Feststellung kann nicht durch die tatsächliche Übergabe ersetzt werden (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 18). Das Fehlen der Feststellung würde vielmehr zur **Unwirksamkeit** der Niederschrift führen (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 18). Zu vermerken ist dabei auch, ob die Schrift offen oder geschlossen übergeben worden ist (§ 30 S. 3 BeurkG).

Zum anderen muss eine **Protokollierung der Erklärung des oder der Beteiligten** durch den Notar erfolgen, dass ihm eine Schrift mit der Bestimmung übergeben wurde, es handle sich dabei um ein Testament (oder eine Willenserklärung im Rahmen eines Erbvertrags) (vgl. §§ 2232 S. 1, 2276 Abs. 1 BGB; BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 4).

Die Urkunde besteht daher aus zwei wesentlichen Bestandteilen: der Feststellung der Übergabe der Schrift

des Erblassers (als eigene Wahrnehmung des Notars) sowie der **Testiererklärung** des Erblassers i. S. v. § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BeurkG (vgl. BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.2.2020, § 30 BeurkG Rn. 1; Armbrüster/Preuß/Renner/Seger, § 30 BeurkG Rn. 8; MünchKommBGB/Sticherling, § 30 BeurkG Rn. 5). Hierbei handelt es sich um eine **Willenserklärung**, die darauf gerichtet ist, aus dem bloßen Entwurf (der offenen Schrift) ein wirksames Testament zu machen.

Hierüber ist nach einhelliger Ansicht vom Notar eine **Niederschrift** anzufertigen, für die die §§ 8 ff. BeurkG gelten (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 4; Burandt/Rojahn/Egerland, § 30 BeurkG Rn. 4; Winkler, § 30 Rn. 12). Dies bedeutet, dass die Niederschrift vom Notar dem Erblasser gem. § 13 BeurkG vorzulesen und von ihm zu genehmigen ist; außerdem muss die Niederschrift **vom Notar und dem Erblasser** (sowie dem ggf. beigezogenen Dolmetscher, Zeugen, einem zweiten Notar oder einer Verständigungsperson) **eigenhändig unterschrieben** werden (vgl. Winkler, § 30 Rn. 15; Keim, B II 3 (Formulierungsmuster); Otto, in: Münchener Vertragshandbuch, Band 6, Bürgerliches Recht II, 8. Aufl. 2020, XI 2 (Formulierungsmuster)). Etwas anderes gilt nur, wenn ausnahmsweise § 25 BeurkG (Schreibunfähigkeit des Erblassers) eingreifen würde (vgl. auch Winkler, § 30 Rn. 15).

#### 4. Ergebnis

Die Errichtung eines öffentlichen Testaments durch Übergabe einer offenen Schrift ist zulässig und insbesondere im Rahmen der COVID-19-Pandemie ein geeignetes Verfahren, um beiderseitige Ansteckungsgefahren zu reduzieren. Über die Übergabe der Schrift hat der Notar eine Niederschrift nach den §§ 8 ff. BeurkG zu errichten, die dem Erblasser zu verlesen und von ihm auch eigenhändig zu unterschreiben ist. Insbesondere bei umfangreichen Testamenten oder Erbverträgen kann sich das Verfahren anbieten. Wurde den Prüfungs- und Belehrungspflichten (wie im vorliegenden Fall) bereits im Rahmen der Entwurfsfertigung nachgekommen, kann der persönliche Kontakt zwischen Notar und Beteiligten und damit das Ansteckungsrisiko verringert werden.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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.

**ErbStG §§ 13 Abs. 1 Nr. 10; 29**

**Vorversterben der Tochter; Vater wird Alleinerbe nach der Tochter; Rückforderungsrecht nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG; Konfusion; Vermögensrückfall an den schenkenden Elternteil**

Abruf-Nr.:

**ZPO § 727; BGB § 1964**

**Erbvermutung für den Fiskus durch gerichtliche Feststellung; Anforderungen an den Nachweis bei beherrschter Klauselumschreibung aufgrund behaupteter Rechtsnachfolge auf Schuldnerseite**

Abruf-Nr.:

## Aktuelles

**Auswirkungen des COVID-19-G auf das Gesellschaftsrecht (Teil 1)**

### I. Einleitung

Am 25.3.2020 hat der Bundestag ein umfangreiches Maßnahmenpaket beschlossen, um die Folgen der COVID-19-Pandemie abzumildern. Am 27.3.2020 wurden die entsprechenden Gesetze nach Zustimmung durch den Bundesrat im Bundesgesetzblatt verkündet. Ziel des gesamten Maßnahmenpakets ist es, die Handlungsfähigkeit der Gesellschaften zu erhalten, auch wenn die Möglichkeiten zur Durchführung von Präsenzversammlungen eingeschränkt sind. Von Interesse für die notarielle Praxis sind vor allem das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht (COVID-19-G, BGBl. I vom 27.3.2020, S. 569) und das Gesetz zur Errichtung eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds (WStFG, BGBl. I vom 27.3.2020, S. 543). Das COVID-19-G enthält in Art. 2 das für die notarielle Praxis besonders relevante Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (im Folgenden kurz: MaßnG-GesR).

In zeitlicher Hinsicht ist der Anwendungsbereich des MaßnG-GesR auf Hauptversammlungen und Gesellschafterversammlungen und -beschlüsse anzuwenden, die im Jahr 2020 stattfinden (§ 7 Abs. 1, 2 MaßnG-GesR). Das BMJV ist ermächtigt, den zeitlichen Anwendungsbereich durch Rechtsverordnung bis zum 31.12.2021 zu verlängern (§ 8 MaßnG-GesR).

In sachlicher Hinsicht findet das COVID-19-G auf **sämtliche Gesellschaften** Anwendung. Das WStFG

hingegen hat einen begrenzten Anwendungsbereich. Das Gesetz findet nur Anwendung auf Unternehmen des Finanzsektors (Art. 2 § 1 Nr. 4 WStFG) und Unternehmen der Realwirtschaft, denen Stabilisierungsmaßnahmen gewährt werden. Letzteres kommt in der Regel nur in Betracht, wenn das Unternehmen in den letzten beiden bereits bilanziell abgeschlossenen Geschäftsjahren vor dem 1. Januar 2020 mindestens **zwei der drei** folgenden Kriterien erfüllt: a) eine Bilanzsumme von mehr als 43 Millionen Euro, b) mehr als 50 Millionen Euro Umsatzerlöse sowie c) mehr als 249 Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt (Art. 2 § 1 Nr. 5 i. V. m. Art. 1 § 16 Abs. 2 WStFG).

Im Folgenden stellen wir Ihnen zunächst die wesentlichen Änderungen im Recht der GmbH dar, geben einige Hinweise zum Umwandlungs- und Insolvenzrecht. Im nächsten Heft folgen die Darstellung für die sonstigen betroffenen Rechtsformen (Aktiengesellschaft, Genossenschaft, eingetragener Verein).

## II. GmbH

### 1. Beschlussfassung im Umlaufverfahren nach § 48 Abs. 2 GmbHG

Nach § 48 Abs. 1 GmbHG werden Beschlüsse der Gesellschafter **in Versammlungen** gefasst. Abweichend von diesem Grundsatz ermöglicht das GmbHG zwei Wege der Abstimmung im **Umlaufverfahren**. Ein Beschluss kann nach § 48 Abs. 2 Alt. 1 GmbHG zunächst zu Stande kommen, wenn alle Gesellschafter *in der Sache* einem Beschlussvorschlag in Textform (§ 126b BGB) zustimmen (**einstufiges Verfahren**). Demgegenüber fordert § 48 Abs. 2 Alt. 2 GmbHG das allseitige (formlose) Einverständnis nur zur Festlegung der *Abstimmungsmodalität* (schriftliche Stimmabgabe). Im Rahmen der daraufhin folgenden Abstimmung in der Sache genügt dagegen grundsätzlich eine Mehrheitsentscheidung (**zweistufiges Verfahren**; zum Ganzen MünchKommGmbHG/Liebscher, 3. Aufl. 2019, § 48 Rn. 161; Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 342; Geißler, GmbHR 2010, 457, 458). Für die Stimmabgabe selbst ist nach dem Wortlaut des Gesetzes die *Schriftform* des § 126 BGB erforderlich (so auch Scholz/Seibt, GmbHG, 12. Aufl. 2020, § 48 Rn. 63; GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, 2. Aufl. 2014, § 48 Rn. 51; Blasche, GmbHR 2011, 232, 233), während nach einer im Vordringen befindlichen Auffassung auch hierfür die *Textform* ausreicht (so Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 48 Rn. 26; MünchKommGmbHG/Liebscher, § 48 Rn. 165; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 48 Rn. 37).

### 2. Erleichterungen durch § 2 MaßnG-GesR

Nach § 2 **MaßnG-GesR** wird die Durchführung der Beschlussfassung außerhalb von Gesellschafterversammlungen nach § 48 Abs. 2 GmbHG erleichtert. Es ist nun möglich, Beschlüsse im Umlaufverfahren zu fassen, **ohne dass sämtliche Gesellschafter damit einverstanden sind**. Nicht ganz klar ist, wie sich die Neuregelung zu den beiden Alternativen des § 48 Abs. 2 GmbHG verhält, und worauf sich die Ausnahme vom Einverständnis sämtlicher Gesellschafter bezieht – auf die *zu treffende Bestimmung* oder auf die *Abstimmungsmodalität*. Mit Rücksicht auf den **Sinn und Zweck der Neuregelung**, der darin liegt, die Zahl der Präsenzversammlungen mit einem erhöhten Infektionsrisiko zu verringern, indem ein Umlaufverfahren auch ohne Einverständnis sämtlicher Gesellschafter ermöglicht wird, dürfte es grundsätzlich **genügen**, wenn *im Rahmen des zweistufigen Verfahrens* die Mehrheit der sich äußernden Gesellschafter sich formlos mit der schriftlichen Stimmabgabe einverstanden erklärt und sodann die Mehrheit der in Textform (oder Schriftform – s. o.) abgegebenen Stimmen ihre Zustimmung zu dem betreffenden Beschlussvorschlag erteilt. Damit kann der einzelne Gesellschafter weder durch ein ausdrückliches Veto noch durch eine Stimmenthaltung eine Abstimmung im Umlaufverfahren verhindern und eine Präsenzversammlung erzwingen. Wenn man die Neuregelung auch *im Rahmen des einstufigen Verfahrens* für anwendbar hält, dürfte eine Zustimmung mit der für den Gesellschafterbeschluss nach Gesetz oder Satzung erforderlichen Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich sein. Wie sich die Neuregelung zum einstufigen Verfahren verhält, erscheint nicht ganz klar. Eines Rückgriffs auf das einstufige Verfahren bedarf es unter praktischen Gesichtspunkten aber auch nicht, da das zweistufige Verfahren ebenso schnelle und effiziente Beschlussfassungen ermöglicht.

In jedem Fall ist dafür Sorge zu tragen, dass alle Gesellschafter zur Teilnahme am Verfahren nach § 48 Abs. 2 GmbHG aufgefordert werden und jedem Gesellschafter die Möglichkeit zur Einverständniserklärung bzw. zur Verweigerung des Einverständnisses gewährt wird. Anderenfalls sind die im Umlaufverfahren gefassten Beschlüsse nach st. Rspr. des BGH entsprechend § 241 Nr. 1 AktG nichtig (BGH NJW 2019, 3155 Tz. 33 m. w. N.). Daran ändert sich mit Rücksicht auf den besonderen Rang des Teilnamerechts des einzelnen Gesellschafters auch durch die Neuregelung in § 2 MaßnG-GesR nichts. Weiterhin dürfte es zur Wahrung der Partizipationsinteressen der Gesellschafter notwendig sein, diesen eine *Mindestfrist* für ihre Entscheidung (im Fall des einstufigen Verfahrens bezogen auf die Entscheidung selbst, im Fall des zweistufigen Verfahrens bezogen auf das Einverständnis zur Abstimmung im Um-

laufverfahren) zu gewähren, wenn ein Umlaufbeschluss ohne Einverständnis sämtlicher Gesellschafter gefasst werden soll. Zur Vermeidung von Anfechtungsrisiken sollte die Wochenfrist des § 51 Abs. 1 S. 2 GmbHG oder eine in der Satzung enthaltene längere Einberufungsfrist eingehalten werden.

Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass die **Satzung** die Beschlussfassung im Umlaufverfahren erleichtern und eine kombinierte Beschlussfassung, aber auch Telefon- oder Videokonferenzen, Stimmabgabe per E-Mail oder virtuelle Versammlungen vorsehen kann (Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 48 Rn. 29 m. w. N.). Schon bisher ist anerkannt, dass § 48 Abs. 2 GmbHG auch dann greift, wenn die Satzung lediglich die Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung regelt und **keine Bestimmungen zur Beschlussfassung im Umlaufverfahren** enthält (BGHZ 15, 324, 328; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 48 Rn. 44, 45). Darüber hinaus dürfen Beschlüsse im Umlaufverfahren nach dem Sinn und Zweck von § 2 MaßnG-GesR auch dann möglich sein, wenn die Satzung für das Umlaufverfahren die **Zustimmung sämtlicher Gesellschafter** verlangt. Der Gesetzgeber wollte mit der Neuregelung erreichen, dass Umlaufbeschlüsse ohne Zustimmung sämtlicher Gesellschafter – mit der nach Gesetz oder Satzung erforderlichen Mehrheit – gefasst werden können. Soweit die Satzung – wie heute üblich – **gemischte Beschlussfassungen in Textform oder durch schriftliche Stimmabgabe** oder durch **gemischte Verfahren** (z. T. in Präsenzversammlung, z. T. in Textform) vorsieht, dürften diese bei einer teleologischen Auslegung der Neuregelung immer dann zulässig sein, wenn die Gesellschafter mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen einer solchen Beschlussfassung zustimmen.

Die Neuregelung bietet mithin **bei Uneinigkeit der Gesellschafter** eine **zusätzliche Möglichkeit** zur Fassung von Gesellschafterbeschlüssen **im Umlaufverfahren**. Sind – wie im Regelfall – **alle Gesellschafter** mit dem zu fassenden Beschluss **einverstanden**, empfiehlt es sich gleichwohl, eine **Präsenzversammlung** abzuhalten. Bei dieser können die Gesellschafter auf die Einhaltung aller Form und- Fristenfordernisse für die Einberufung und Durchführung von Gesellschafterversammlungen verzichten und sich durch in Textform erteilte **Vollmachten** vertreten lassen, wie dies in der Praxis schon bisher üblich ist. Auf diese Weise können Gesellschafterbeschlüsse sofort gefasst werden. Auch bei **streitigen Gesellschafterbeschlüssen** bleibt es den Beteiligten natürlich unbenommen, unter Wahrung der Fristen eine **Präsenzversammlung** einzuberufen, bei der sich dann alle zustimmungswilligen Gesellschafter durch Stimmrechtsvollmachten in Textform vertreten lassen. Soweit die Satzung schriftliche Bevollmäch-

tigung vorsieht, ist die Vollmacht in Schriftform zu erteilen.

### 3. Beurkundungsbedürftige Beschlüsse im Umlaufverfahren

**Notariell beurkundungsbedürftige Gesellschafterbeschlüsse** (z. B. § 53 Abs. 2 GmbHG, §§ 13 Abs. 1 S. 3, 193 Abs. 3 S. 1 UmwG) werden in der Praxis in der Regel in **Präsenzversammlungen** beurkundet.

Allerdings kann nach heute h. M. ein gem. § 53 Abs. 2 GmbHG **beurkundungsbedürftiger Satzungsänderungsbeschluss** auch im Verfahren nach § 48 Abs. 2 GmbHG gefasst werden (MünchKommGmbHG/Liebscher, § 48 Rn. 145, 147; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 48 Rn. 21; GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, § 48 Rn. 56; Scholz/Seibt, § 48 Rn. 55; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 48 Rn. 28; Wolff, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 5. Aufl. 2018, § 39 Rn. 95; Zöllner, in: Festschrift Fischer, 1979, 905, 911 f.; die Anwendung von § 48 Abs. 2 GmbHG voraussetzend auch Begr. RegE, BT Drucks. 14/4987, S. 30 r. Sp.; a. A. BGHZ 15, 324, 328 (*obiter dictum*); OLG Hamm NJW 1974, 1057; Heckschen/Heidinger/Heckschen, Kap. 4 Rn. 344; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 53 Rn. 56). § 2 **MaßnG-GesR** verhält sich hierzu *nicht*. Nach dem **Sinn und Zweck des Gesetzes** ist jedoch davon auszugehen, dass die durch die Neuregelung eingeführten Erleichterungen für das Umlaufverfahren nach § 48 Abs. 2 GmbHG auch für beurkundungsbedürftige Beschlüsse gelten mit der Maßgabe, dass eine **Beschlussfassung durch Beurkundung der Einzelstimmen auch ohne Einverständnis sämtlicher Gesellschafter erfolgen kann**. In diesem Fall geben die Gesellschafter einzeln und ggf. nacheinander ihre Stimmen zu Protokoll eines Notars ab (einzelne Gesellschafter können dabei verschiedene Notare aufsuchen). Sämtliche beurkundeten Stimmabgaben sind sodann in Ausfertigung an den Notar zu übermitteln, der mit der Entgegennahme der Stimmabgaben und mit der Beurkundung des Beschlussergebnisses beauftragt ist (Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 53 Rn. 7; Scholz/Priester/Tebben, GmbHG, 12. Aufl. 2020, § 53 Rn. 66; MünchKommGmbHG/Harbarth, 3. Aufl. 2018, § 53 Rn. 61; GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 46). Jeder Gesellschafter kann also zu seinem Notar vor Ort gehen.

In Zeiten der Corona-Pandemie lässt sich eine **zusätzliche Vereinfachung des Umlaufverfahrens** nach § 48 Abs. 2 GmbHG dadurch erreichen, dass die zustimmungswilligen Gesellschafter einen von ihnen zur Stimmabgabe **bevollmächtigen**. Diese Bevollmächtigung zur Stimmabgabe im Umlaufverfahren ist

schriftlich oder in Textform möglich (MünchKomm-GmbHG/Harbarth, § 53 Rn. 61). Im Fall einer Kapitalerhöhung können somit diejenigen Gesellschafter, die dem Kapitalerhöhungsbeschluss zustimmen wollen, den Übernehmern neuer Geschäftsanteile eine Stimmrechtsvollmacht in Textform erteilen. Im Ergebnis müssen dann grds. nur diejenigen Personen vor dem Notar erscheinen, die eine Übernahmeerklärung für neue Geschäftsanteile abgeben möchten (§ 55 Abs. 1 GmbHG). Alle anderen Gesellschafter können sich – wie dargestellt – durch Stimmrechtsvollmacht vertreten lassen. Neben der Stimmabgabe ist bei der Fassung beurkundungsbedürftiger Beschlüsse im Umlaufverfahren – wie dargestellt – auch das Beschlussergebnis notariell zu protokollieren. Dies wird zweckmäßigerweise durch den Notar erfolgen, der auch die Stimmabgaben durch den hierzu bevollmächtigten Gesellschafter oder sonstigen Beteiligten beurkundet.

Daneben können **Satzungsänderungsbeschlüsse** weiterhin im Wege der **Präsenzversammlung** gefasst werden. Für **notariell beurkundungsbedürftige Beschlüsse nach dem Umwandlungsgesetz** ist die Durchführung einer Präsenzversammlung sogar zwingend, vgl. §§ 13 Abs. 1 S. 2, 193 Abs. 1 S. 2 UmwG (MünchKomm-GmbHG/Liebscher, § 48 Rn. 144; Blasche, GmbHR 2011, 232). Hier herrscht **Versammlungszwang**. Den im Rahmen der Pandemie mit einer Präsenzversammlung typischerweise verbundenen Schwierigkeiten kann aber auch hier mit **Stimmrechtsvollmachten** begegnet werden, für deren Erteilung grds. wiederum **Textform** genügt (vgl. ausf. mit Musterformulierung Heckschen/Heidinger/Heckschen, Kap. 9 Rn. 60 ff.).

Bei der Erteilung von Stimmrechtsvollmachten ist insbesondere auf die **Befreiung von § 181 BGB** zu achten (dazu ausführlich Heckschen/Heidinger/Heckschen, Kap. 9 Rn. 147). Bei ausländischen Gesellschaften als Gesellschaftern der GmbH sind für die Zulässigkeit von Insichgeschäften und Mehrfachvertretung die entsprechenden Regelungen des jeweiligen nationalen Gesellschaftsstatuts maßgeblich (vgl. bspw. zu Frankreich DNotI-Internetgutachten Nr. 165542; zu England Nr. 174022; zur Schweiz Nr. 163993 sowie zahlreiche weitere Gutachten zu dieser Thematik unter <https://www.dnoti-online-plus.de/>). Von den Beschränkungen des § 181 BGB kann, sofern die Satzung der betreffenden Gesellschaft dies – wie im Regelfall – zulässt, wiederum durch einen im Umlaufverfahren oder in einer Präsenzversammlung aufgrund von in Textform erteilten Vollmachten gefassten Beschluss befreit werden.

#### 4. Strukturmaßnahmen nach Art. 2 § 9a WStFG

Die Neuerungen des WStFG werden aufgrund ihres sehr engen Anwendungsbereichs für die GmbH voraussicht-

lich nur eine geringe Bedeutung haben. In Art. 2 § 9a WStFG sind Erleichterungen für Beschlüsse im Rahmen von **Refinanzierungsmaßnahmen unter Beteiligung des Bundes** nach Art. 2 §§ 7, 7b WStFG vorgesehen. Es genügt nach Art. 2 § 9a Abs. 1 WStFG ausnahmsweise für den Kapitalerhöhungsbeschluss in dieser Sondersituation die **einfache Mehrheit der „anwesenden“ Stimmen**. Art. 2 § 9a Abs. 2 WStFG verweist für das Verfahren auf § 2 MaßnG-GesR und stellt klar, dass Beschlüsse auch im – nach Maßgabe der Neuregelung erleichterten – Umlaufverfahren gefasst werden können. Da Art. 2 § 9a Abs. 1 WStFG auf die Kapitalmaßnahmen gem. Art. 2 §§ 7, 7b WStFG verweist, die nach § 53 Abs. 2 GmbHG beurkundungsbedürftig sind, bietet sich hierfür das oben (unter II. 3.) dargestellte Verfahren an, wenn von einem Beschluss im Umlaufverfahren Gebrauch gemacht werden soll. Weiterhin möglich ist freilich auch das Verfahren mit Präsenzversammlung – ggf. unter Bevollmächtigung eines Gesellschafters, der aufgrund in Textform erteilter Vollmacht beim Notar für alle anderen zustimmungswilligen Gesellschafter handelt. Mit beiden Verfahren kann mithin durch den Einsatz von Stimmrechtsvollmachten erreicht werden, dass diejenigen Gesellschafter, die lediglich dem Kapitalerhöhungsbeschluss zustimmen möchten und nicht auch eine Übernahmeerklärung für neue Geschäftsanteile abgeben wollen, nicht vor dem Notar erscheinen müssen. Diejenigen Gesellschafter, die eine Übernahmeerklärung für neue Geschäftsanteile abgeben wollen, müssen sich wegen des Beurkundungserfordernisses aus § 55 Abs. 1 GmbHG ohnehin grds. zum Notar begeben. Soll auch die Übernahmeerklärung aufgrund Vollmacht erklärt werden, ist die Vollmacht notariell zu beurkunden oder zu beglaubigen (Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 48 Rn. 37). Vgl. zur Möglichkeit der Beglaubigung im Ausland in dringenden Fällen unten S. 56 („Aktueller Hinweis zu Beglaubigungen im Ausland“).

### III. Änderungen im Umwandlungsrecht

Nach § 4 MaßnG-GesR genügt es abweichend von § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG für die Zulässigkeit der Eintragung, wenn die Bilanz auf einen höchstens **zwölf Monate vor Anmeldung liegenden Stichtag** ausgestellt worden ist. Damit wird die Achtmonatsfrist des § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG für Umwandlungsmaßnahmen auf zwölf Monate verlängert. Diese Erweiterung gilt für alle Handelsregisteranmeldungen, die im Jahr 2020 vorgenommen werden, § 7 Abs. 4 MaßnG-GesR.

### IV. Insolvenzrecht

Gem. § 15a InsO muss bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ohne schuldhaftes Zögern, spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ein Insolvenzantrag gestellt werden. Für Vereine gilt gem. § 42 Abs. 2 BGB

## Postvertriebsstück: B 08129

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

---

eine ähnliche Regelung. Diese Pflichten sind bis zum 30. September 2020 ausgesetzt. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus (COVID-19-Pandemie) beruht oder wenn keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Bestand die Zahlungsunfähigkeit noch nicht bereits am 31. Dezember 2019 so wird vermutet, dass die Zahlungsunfähigkeit auf der COVID-19-Pandemie beruht und eine Aussicht darauf besteht, die Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. (*Wird in DNotI-Report 8/2020 fortgesetzt.*)

### Aktueller Hinweis zu Beglaubigungen im Ausland

Aus der Praxis wird berichtet, dass in verschiedenen

Ländern die Beschaffung von Beglaubigungen, Legalisationen und/oder Apostillen aufgrund der Schließung der zuständigen öffentlichen Stellen Schwierigkeiten bereitet. Das Auswärtige Amt hat mitgeteilt, dass die deutschen Auslandsvertretungen grundsätzlich in dringenden Fällen weiterhin für Beglaubigungen zur Verfügung stehen. In dringenden Fällen empfiehlt es sich daher, mit dem Konsulat oder der Botschaft vor Ort per E-Mail Kontakt aufzunehmen und die Dringlichkeit der Angelegenheit kurz darzulegen. Um die Abläufe der Beglaubigung im Ausland möglichst effizient zu gestalten, empfiehlt sich zudem eine bestmögliche Vorbereitung durch den Notar, etwa durch Entwurf der zu beglaubigenden Dokumente oder durch Vornahme erforderlicher Belehrungen.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

---

#### Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

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

#### Hinweis:

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessor Matthias Miller

#### 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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BauGB §§ 24 ff.; BGB § 463; GmbHG § 29 – Vorkaufsfall bei Sachdividende in der GmbH

BGB § 1896; RDG §§ 2, 3, 5, 6 – Generalvollmacht zugunsten des örtlichen Kreditinstituts

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB § 1896 Abs. 3 – Bestellung eines Kontrollbetreuers mit Befugnis zum Widerruf der Vorsorgevollmacht

#### Aktuelles

Auswirkungen des COVID-19-G auf das Gesellschaftsrecht (Teil 2)

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BauGB §§ 24 ff.; BGB § 463; GmbHG § 29 Vorkaufsfall bei Sachdividende in der GmbH

#### I. Sachverhalt

Ein Grundstück im Eigentum einer GmbH soll auf den Alleingesellschafter übertragen werden. Rechtsgrund soll die Gewinnausschüttung in Form einer Sachdividende sein. Die Satzung der GmbH enthält eine entsprechende Grundlage, auch ein korrespondierender Gesellschafterbeschluss ist gegeben.

#### II. Fragen

Hat die Gemeinde ein Vorkaufsrecht? Liegt evtl. ein Umgehungsgeschäft vor?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Voraussetzungen eines Vorkaufsfalls

Gem. § 28 Abs. 1 S. 2 BauGB darf das Grundbuchamt bei Kaufverträgen den Käufer erst dann als Eigentümer in das Grundbuch eintragen, wenn dem Amt die Nichtausübung oder das Nichtbestehen des gemeindlichen Vorkaufsrechts nachgewiesen wird. Voraussetzung eines solchen Vorkaufsrechts ist der Eintritt des Vorkaufsfalls, d. h. gem. § 24 Abs. 1 S. 1 BauGB der „Kauf eines Grundstücks“. Nach unbestrittener Auffassung ist die Entstehung des gemeindlichen Vorkaufsrechts also an den **Abschluss eines (wirksamen) Kaufvertrags** i. S. d. § 433 BGB gekoppelt; andere Verträge als Kaufverträge lösen dagegen das Vorkaufsrecht grundsätzlich nicht aus. So tritt etwa bei Tauschverträgen, Schenkungen und Einbringungsvorgängen der Vorkaufsfall nicht ein (Reidt, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 24 Rn. 16; Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, Std.: 8/2019, § 24 Rn. 50; Staudinger/Schermaier, BGB, 2013, § 463 Rn. 12 ff.).

Vorliegend wird der grundsätzlich auf Geld gerichtete Gewinnaussahlungsanspruch entsprechend dem Gewinnverwendungsbeschluss durch Übereignung des Grundstücks erfüllt (vgl. Baumbach/Hueck/Kersting, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 29 Rn. 55; speziell zur Ausschüttung von Sachwerten MünchKommGmbHG/Ekenga, 3. Aufl. 2018, § 29 Rn. 127). Der Verpflichtung der Gesellschaft, das Grundstück zu übereignen, steht **keine Kaufpreiszahlungspflicht** i. S. v. § 433 Abs. 2 BGB gegenüber. Dem Alleingesellschafter steht vielmehr ein **Anspruch auf Gewinnausschüttung** zu, den die Gesellschaft – auf entsprechender Satzungs- und Beschlussgrundlage – durch Übertragung von Sachwerten erfüllt. Damit stellt die Ausschüttung von Sachwerten grundsätzlich keinen vorkaufsfallauslösenden Vertrag dar.

## 2. Umgehungsgeschäft

Wenn – wie im konkreten Fall – formal betrachtet kein Kaufvertrag gem. § 433 BGB vorliegt, dann lässt sich ein Vorkaufsfall i. S. v. § 24 Abs. 1 S. 1 BauGB, § 463 BGB u. U. gleichwohl unter dem Aspekt des Umgehungsgeschäfts annehmen. Ein Umgehungsgeschäft ist zu bejahen, wenn einem Geschäft, das normalerweise einen Vorkaufsfall darstellen würde, eine Gestalt gegeben wird, die eine Ausübung des Vorkaufsrechts verhindert (Staudinger/Schermaier, § 463 Rn. 27; MünchKommBGB/Westermann, 8. Aufl. 2019, § 463 Rn. 20). Derartige Verträge **kommen wirtschaftlich einem Kauf** i. S. d. § 463 BGB und § 24 BauGB so **nahe**, dass sie unter Berücksichtigung der Interessen des Vorkaufsberechtigten und des Vorkaufsverpflichteten einem Vorkaufsfall gleichgestellt werden können (Stock, § 24 Rn. 53). Als klassisches Beispiel wird in diesem Zusammenhang häufig der Fall genannt, dass die Verkaufssache nicht verkauft, sondern gegen Wertpapiere eingetauscht wird, die sogleich zu Geld gemacht werden können (Stock, § 24 Rn. 53). Allein die theoretische Möglichkeit, dass die Gesellschaft das Grundstück an ihren Alleingesellschafter im Wege eines Kaufvertrags überträgt, dürfte jedoch für ein Umgehungsgeschäft nicht genügen. Folglich kommt die Grundstücksübertragung einem Verkauf an Dritte auch nicht wirtschaftlich nahe. Im Ergebnis **fehlt es daher an Anhaltspunkten** für ein Umgehungsgeschäft.

## 3. Verkauf an einen Dritten

Davon abgesehen nimmt man bei konzerninternen Veräußerungen und **Veräußerungen an den Alleingesellschafter** grundsätzlich keinen Verkauf an einen „Dritten“ an (Soergel/Wertenbruch, BGB, 13. Aufl. 2009, § 463 Rn. 53 ff.; BeckOK-BGB/Faust, Std.: 1.2.2020, § 463 Rn. 25). Im konkreten Fall erwirbt der Alleingesellschafter der Veräußerin, sodass das gemeindliche Vorkaufsrecht bereits aus diesem Grund nicht entstehen dürfte.

## 4. Ergebnis

Unseres Erachtens kommt ein gemeindliches Vorkaufsrecht mangels Kaufvertrags nicht in Betracht. Es fehlt sowohl an einem synallagmatischen Austauschverhältnis zwischen Gesellschaft und Erwerber (Gesellschafter) als auch an einem Verkauf an einen Dritten.

---

## BGB § 1896; RDG §§ 2, 3, 5, 6

### Generalvollmacht zugunsten des örtlichen Kreditinstituts

---

#### I. Sachverhalt

Der Notar wird beauftragt, eine Generalvollmacht zu beurkunden, die die Vertretung des Vollmachtgebers in allen Angelegenheiten mit Ausnahme der Gesundheitsfürsorge umfasst. Bevollmächtigter soll ein örtliches Kreditinstitut sein. Der Vollmacht würde ein Geschäftsbesorgungsvertrag zugrunde liegen, der insbesondere auch die Vergütung des Bevollmächtigten regelt.

#### II. Frage

Ist die Vollmacht mit dem Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) zu vereinbaren?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Juristische Person als Vorsorgebevollmächtigte

Derzeit ist **noch nicht abschließend geklärt**, ob einer juristischen Person im Allgemeinen (und einem anerkannten Betreuungsverein im Besonderen) eine Vorsorgevollmacht erteilt werden kann (vgl. dazu schon Gutachten DNotI-Report 2012, 183).

Dies gilt insbesondere für eine Vorsorgevollmacht, die weitreichende Befugnisse **in Angelegenheiten der Personensorge** enthält, bspw. die Befugnis zur freiheitsentziehenden Unterbringung des Vollmachtgebers oder zur Entscheidung über die Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen. Gerade insoweit wird ein **besonderes Vertrauensverhältnis** zu der bevollmächtigten Person vorauszusetzen sein (vgl. dazu nur Bühler, FamRZ 2001, 1585, 1592), das sich in der Regel zu natürlichen Personen herstellen lässt (so auch Zimmermann, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung, 3. Aufl. 2017, Rn. 135a, mit Verweis auf die fehlende Gleichwertigkeit einer solchen Vollmacht mit der Betreuung).

In der neueren Literatur ist jedoch zunehmend zu lesen, dass die Bevollmächtigung einer juristischen Person nicht auf den vermögensrechtlichen Bereich beschränkt sein dürfe, denn dies sei mit dem Grundsatz der Privatautonomie nicht vereinbar (so Dodeghe/Roth, Sys-

tematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht, 5. Aufl. 2018, C Rn. 17; Lipp/Spalckhaver, Handbuch der Vorsorgeverfügungen, 2009, § 11 Rn. 32). Man macht eine Art „**Risikoübernahme**“ geltend: Der Vollmachtgeber übernehme bei Bevollmächtigung einer juristischen Person in Unkenntnis der konkreten natürlichen Person des später Handelnden die damit verbundenen Risiken bewusst (Dodegge/Roth, C Rn. 17).

## 2. Verstoß gegen das RDG?

### a) Verbotene Rechtsdienstleistung i. S. d. § 3 RDG

Auch diejenigen Literaturstimmen, die die Bevollmächtigung einer juristischen Person allgemein für zulässig erachten, weisen allerdings auf einen möglichen Verstoß der Vollmacht gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) hin (vgl. Zimmermann, Rn. 137, 143; Lipp/Spalckhaver, § 11 Rn. 33).

Das am 1.7.2008 in Kraft getretene RDG dient dem Schutz vor unqualifizierter Rechtsdienstleistung (vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 RDG). **§ 3 RDG** enthält ein **gesetzliches Verbot** i. S. d. § 134 BGB (vgl. statt vieler BeckOGK-BGB/Binder, Std.: 15.2.2020, § 488 Rn. 133 m. w. N.). Verstieße die Vollmacht gegen die Vorschriften des RDG, so könnte sie daher nichtig sein.

Eine nach dem RDG erlaubnispflichtige Rechtsdienstleistung ist in § 2 Abs. 1 RDG legal definiert als „Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, sobald sie eine **rechtliche Prüfung des Einzelfalls** erfordert“. Nach der Regierungsbegründung zum RDG (BT-Drucks. 16/3655 v. 30.11.2006, S. 46) sollten durch die Neudefinition der Rechtsdienstleistung insbesondere die „Fälle bloßer Stellvertretung im Rechtsverkehr“ aus der Genehmigungspflicht herausgenommen werden, soweit nicht „*der Rechtsuchende eine besondere rechtliche Betreuung einer Aufklärung erkennbar erwartet [...] Dies gilt auch in den ‚Treuhandfällen‘ bei Bauträger- oder sonstigen Anlagemodellen [...]*“.

Es fragt sich allerdings, ob Vollmachten, die allgemein zur Vertretung „in allen persönlichen und/oder vermögensrechtlichen Angelegenheiten“ ermächtigen, noch unter „bloße Stellvertretung“ im Sinne der Gesetzesbegründung subsumieren sind. Vollmachten etwa, die allein zum Verkauf und Erwerb von Immobilien berechtigen, unterfallen nach wohl h. M. nicht mehr dem RDG (so wohl Kleine-Cosack, RDG, 3. Aufl. 2014, § 2 Rn. 80 f.).

### b) Vorsorgevollmacht: erlaubte Rechtsdienstleistung?

Wann im Bereich der Vorsorgebevollmächtigung eine problematische Tätigkeit in konkreten fremden An-

gelegenheiten vorliegt, die eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert (§ 2 Abs. 1 RDG), ist noch weitgehend ungeklärt. In der Praxis dürfte sich bei Vorsorgevollmachten eine **Erlaubnis wohl häufig aus den §§ 5, 6 RDG** ergeben. Insbesondere § 6 RDG gestattet allgemein Rechtsdienstleistungen zugunsten von Familienmitgliedern, Nachbarn, Freunden und sonstigen Vertrauenspersonen – jedoch nur, wenn und solange sie **unentgeltlich** vorgenommen werden (vgl. dazu auch Sauer, RNotZ 2009, 79, 95). Dies sind die typischen Fälle der Vorsorgevollmacht.

Gerade bei entgeltlicher Rechtsdienstleistung außerhalb des Kreises der nächsten Familienangehörigen („untypische Fälle“) kann das RDG aber problematisch werden, sofern der Rechtsdienstleister nicht Rechtsanwalt oder Notar ist. So dürfte anzunehmen sein, dass die **entgeltliche umfassende Vertretung** im Rahmen von Vorsorgevollmachten (oder Generalvollmachten) **grundsätzlich dem Anwendungsbereich des RDG unterfällt** (vgl. Gutachten DNotI-Report 2012, 183, 184). Etnsprechend formulieren etwa *Lipp/Schrader* (in: Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 5. Aufl. 2018, § 44 Rn. 37):

*„Das Vorsorgeverhältnis verstößt beim entgeltlich tätigen Bevollmächtigten in der Regel gegen das Rechtsdienstleistungsgesetz. Die Tätigkeit des Vorsorgebevollmächtigten ist Rechtsfürsorge für einen Dritten. Sie umfasst auch eine rechtliche Prüfung fremder Angelegenheiten im Einzelfall und ist daher eine Rechtsdienstleistung iSd RDG.“*

Ist wie im vorliegenden Fall eine entgeltliche Geschäftsbesorgung durch das Kreditinstitut als Generalbevollmächtigte vorgesehen, kann allenfalls fraglich sein, ob die Tätigkeit als **Nebentätigkeit i. S. d. § 5 Abs. 1 RDG** erlaubt ist. Bei einer umfassenden Bevollmächtigung der Bank dürfte dies kaum anzunehmen sein, da die umfassende Wahrnehmung der Interessen des Vollmachtgebers (insbesondere in Angelegenheiten der Personensorge) keine Nebentätigkeit zur Haupttätigkeit einer Bank darstellt. Wird die Tätigkeit auf die vermögensrechtlichen Angelegenheiten beschränkt, dürfte dies zumindest fraglich sein. In der Literatur findet sich u. a. folgende Stellungnahme von *Kurze* (in: Kurze, Vorsorgerecht, 2017, § 675 BGB Rn. 26):

*„Die Nutzung der Vorsorgevollmacht ist keine nach § 5 RDG erlaubte Nebenleistung. Die rechtliche Interessenwahrnehmung ist bei der Vorsorgebevollmächtigung Hauptbestandteil und kein Nebeneffekt wie [bei] einer Haus- und Wohnungsverwaltung (§ 5 Abs. 2 Nr. 2 RDG).“*

Die Rechtsprechung hat die Frage unseres Wissens bisher nicht behandelt. Es existiert allerdings eine Entscheidung des **OLG Karlsruhe** aus dem Jahr 2010 (BeckRS 2011, 22997). Im zugrunde liegenden Fall hatte eine Bank rechtsberatende Tätigkeit im Hinblick auf die **Erstellung von Vorsorgevollmachten** angeboten. Das OLG Karlsruhe bejahte insoweit einen **Verstoß gegen das RDG**, da die Beratung über und das Erstellen von Vorsorgevollmachten nicht in sachlichem Zusammenhang mit der Haupttätigkeit der Bank stehe und es an einer inneren inhaltlichen Verbindung fehle.

In der Literatur findet sich für Zweifelsfälle die Empfehlung, eine Klausel in die Vollmacht aufzunehmen, wonach der Bevollmächtigte angewiesen wird, einen Rechtsanwalt zu beauftragen, soweit bei der Wahrnehmung von Fürsorgeaufgaben in einer konkreten Angelegenheit eine rechtliche Einzelfallprüfung erforderlich wird (Lipp/Spalckhaver, § 15 Rn. 95; vgl. dazu auch Gutachten DNotI-Report 2012, 183, 184). Ob eine derartige Vollmachtserteilung sinnvoll oder zweckmäßig ist, sei dahingestellt. Gleiches gilt für die Frage, ob durch eine solchermaßen „eingeschränkte“ Vollmacht die Angelegenheiten des Betroffenen „ebenso gut“ wie durch einen Betreuer besorgt werden können (vgl. § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB).

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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.

### **GBO § 15 Abs. 3**

**Notarieller Prüfvermerk des Vollzugsnotars bei bereits vorhandenem Prüfvermerk eines anderen Notars; Prüfvermerk bei Löschungsbewilligung einer Sparkasse, Prüfvermerk bei Löschungsbewilligung aus dem Jahr 1992**

Abruf-Nr.:

### **GmbHG § 40**

**Angabe der Prozentsätze in der Gesellschafterliste nach Einziehung eines Geschäftsanteils ohne Aufstockung der Nennbeträge**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

### **BGB § 1896 Abs. 3**

**Bestellung eines Kontrollbetreuers mit Befugnis zum Widerruf der Vorsorgevollmacht**

**Zu den Voraussetzungen einer Kontrollbetreuung und der Übertragung des Aufgabenkreises des Widerrufs einer Vorsorgevollmacht.**

BGH, Beschl. v. 8.1.2020 – XII ZB 368/19

### **Problem**

Die inzwischen an einer mittelschweren Demenz leidende Vollmachtgeberin erteilte der einen ihrer Töchter (T1) im Jahr 2013 eine umfassende Vorsorgevollmacht. Diese umfasste die Berechtigung der Bevollmächtigten, Schenkungen in dem Rahmen vorzunehmen, wie sie auch einem Betreuer gestattet sind.

Die andere Tochter (T2) monierte Unregelmäßigkeiten bei der Ausübung der Vollmacht und beantragte beim Betreuungsgericht die Bestellung eines Kontrollbetreuers (§ 1896 Abs. 3 BGB) zur Überwachung der Bevollmächtigten in Vermögensangelegenheiten. Das Betreuungsgericht lehnte den Antrag ab. Auf Beschwerde der T2 hob das LG die amtsgerichtliche Entscheidung auf und bestellte eine Berufsbetreuerin zur Kontrollbetreuerin für den Bereich Vermögenssorge mit dem Aufgabenkreis Überwachung der Bevollmächtigten, Geltendmachung von Rechten der Betreuten gegenüber ihrer Bevollmächtigten und ggf. Widerruf der Vollmacht. Das LG begründete dies damit, dass die Vollmachtgeberin krankheitsbedingt nicht mehr zur Überwachung der Vollmächtausübung in der Lage sei. Eine Überwachung sei aber erforderlich, da die – nicht vom Verbot des § 181 BGB befreite – Bevollmächtigte mehrere Geldzuwendungen aus dem Vermögen der Vollmachtgeberin getätigt habe, die (jedenfalls teilweise) ihr und ihrer Familie zugutegekommen seien. Der Kontrolle bedürfe auch die Gewährung eines vergleichsweise hohen Taschengelds (500 € monatlich) an die Vollmachtgeberin. Zudem habe sich das Barvermögen in einem Zeitraum von etwa anderthalb Jahren auf ca. 45.000 € halbiert. Gegen diesen Beschluss des LG legte die Vollmachtgeberin Rechtsbeschwerde ein.

### **Entscheidung**

Der BGH hält die Beschwerde für begründet. Aus seiner Sicht ist der **Kontrollbetreuer zu Unrecht bestellt worden**. Die Erforderlichkeit einer Kontrollbetreuung i. S. v. § 1896 Abs. 3 BGB lasse sich nicht allein damit begründen, dass der Vollmachtgeber krankheitsbedingt nicht in der Lage sei, den Bevollmächtigten hinreichend

zu überwachen. Vielmehr müsse der konkrete, d. h. durch hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte untermauerte Verdacht bestehen, dass mit der Vollmacht dem Betreuungsbedarf nicht Genüge getan werde (BGH NJW-RR 2018, 1025; NJW 2015, 3657). Insoweit sei kein Missbrauch der Vollmacht oder ein entsprechender Verdacht erforderlich; es genüge, wenn Anzeichen dafür sprächen, dass der **Bevollmächtigte mit dem Umfang und der Schwierigkeit der vorzunehmenden Geschäfte überfordert** sei oder dass **Bedenken gegen die Redlichkeit oder Tauglichkeit** des Bevollmächtigten bestünden. Ausreichend seien konkrete Anhaltspunkte dafür, dass der Bevollmächtigte **nicht mehr entsprechend der Vereinbarung und dem Interesse des Vollmachtgebers** handle (BGH NJW-RR 2018, 1025 Tz. 25). Dies kann der BGH für den vorliegenden Fall nicht feststellen, zumal der Bevollmächtigte in der Vollmacht Schenkungen im getätigten Umfang gestattet worden waren. Außerdem seien die Schenkungen auf Wunsch und mit Einverständnis der Vollmachtgeberin erfolgt und hätten der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und hinsichtlich des Umfangs der in gesunden Zeiten geübten **Praxis der Vollmachtgeberin** und ihres Ehemanns (**Kontinuitätsgrundsatz**) entsprochen.

**Zu Unrecht** ist aus Sicht des BGH auch der **Aufgabenkreis „Vollmachtswiderruf“ übertragen** worden. Denn dafür muss nach inzwischen ständiger Rechtsprechung des BGH zusätzlich festgestellt sein, dass das Festhalten an der erteilten Vorsorgevollmacht eine künftige Verletzung des Wohls des Betroffenen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in erheblicher Schwere befürchten lässt. Auch dies konnte mit den bisherigen Feststellungen des LG nicht belegt werden.

Im Ergebnis verweist der BGH daher die Sache an das LG zurück; dieses hat weitere Feststellungen zur Erforderlichkeit einer Kontrollbetreuung zu treffen, insbesondere im Hinblick auf den vorgetragenen „Schwund“ an Geldvermögen.

## Aktuelles

### Auswirkungen des COVID-19-G auf das Gesellschaftsrecht (Teil 2)

(Fortsetzung des Beitrags aus DNotI-Report 7/2020, 52)

#### V. Aktiengesellschaft

##### 1. Virtuelle Hauptversammlung auch ohne entsprechende Satzungsermächtigung

§ 118 Abs. 1 S. 2 AktG erlaubt bereits bisher die Teil-

nahme an einer Hauptversammlung im Wege elektronischer Kommunikation. Voraussetzung ist allerdings eine **Satzungsregelung**. Abweichend von dieser gesetzlichen Grundkonzeption ist der Vorstand **nunmehr** mit Zustimmung des Aufsichtsrats befugt, auch **ohne Satzungsermächtigung** die Abhaltung einer „virtuellen Hauptversammlung“ anzuordnen (§ 1 Abs. 1 u. 2 i. V. m. Abs. 6 MaßnG-GesR). Entschieden sich der Vorstand für eine rein virtuelle Hauptversammlung ohne physische Präsenz der Aktionäre, so ist Folgendes zu beachten (§ 1 Abs. 2 Nr. 1-4 MaßnG-GesR): Es muss eine **Bild- und Tonübertragung der gesamten Versammlung** erfolgen; die Stimmrechtsausübung der Aktionäre sowie die Vollmachtserteilung müssen über **elektronische Kommunikation** möglich sein; **Frage-recht und Widerspruchsrecht** der Aktionäre müssen gewährleistet sein. Der Vorstand kann gem. § 1 Abs. 2 S. 2 MaßnG-GesR nach pflichtgemäßem, freiem Ermessen entscheiden, welche Fragen der Aktionäre er beantwortet, den Aktionären steht also kein Recht auf Antwort zu (vgl. BT-Drucks. 19/18110, S. 26). Zur Erleichterung und besseren Vorbereitung kann der Vorstand vorgeben, dass Fragen bis spätestens zwei Tage vor der Versammlung im Wege elektronischer Kommunikation einzureichen sind (§ 1 Abs. 2 S. 2 MaßnG-GesR).

##### 2. Der Notar in der virtuellen Hauptversammlung

Gem. § 130 Abs. 1 S. 1 AktG ist (abgesehen von der Ausnahme in § 130 Abs. 1 S. 3 AktG) grundsätzlich jeder **Beschluss der Hauptversammlung zu beurkunden**. Das MaßnG-GesR hält trotz Erleichterung der virtuellen Hauptversammlung an diesem Prinzip fest. Die Niederschrift soll am Aufenthaltsort des Versammlungsleiters unter Anwesenheit des Notars aufgenommen werden (BT-Drucks. 19/18110, S. 26). Ein potentieller Widerspruch kann in Abweichung von § 245 Nr. 1 AktG elektronisch bis zum Ende der Versammlung erklärt werden. Die technischen Voraussetzungen dafür hat der Vorstand der Gesellschaft zu gewährleisten (BT-Drucks. 19/18110, S. 26).

##### 3. Verkürzung der Einberufungsfrist für die Hauptversammlung

Nach bisherigem Recht (§ 123 Abs. 1 AktG) ist die Hauptversammlung mindestens dreißig Tage vor dem Tage der Versammlung einzuberufen. Nunmehr kann der Vorstand mit Zustimmung des Aufsichtsrats entscheiden, dass die Hauptversammlung **spätestens am 21. Tag** vor dem Tag der Versammlung einberufen wird. § 1 Abs. 3 MaßnG-GesR enthält weitere Erleichterungen der Einberufung und erklärt abweichende Satzungsbestimmungen für unbeachtlich.

#### 4. Einschränkung von Anfechtungsmöglichkeiten

Des Weiteren sieht § 1 Abs. 7 **MaßnG-GesR** Einschränkungen des Anfechtungsrechts der Aktionäre vor. Das Anfechtungsrecht wegen eines Verstoßes gegen § 118 Abs. 1 S. 3-5, Abs. 2 S. 2 oder Abs. 4 AktG und § 125 AktG wird ausgeschlossen. Auch wenn eine Verletzung der Vorschriften des § 1 Abs. 2 über die virtuelle Hauptversammlung im Raum steht, ist eine Anfechtung ausgeschlossen, sofern der Verstoß nicht vorsätzlich war. Ebenso wenig sollen Verletzungen der eingeschränkten Auskunftspflicht in § 1 Abs. 2 S. 2 eine Anfechtungsmöglichkeit begründen (BT-Drucks. 19/18110, S. 27).

#### 5. Besondere Vorschriften über Kapitalmaßnahmen nach dem WStFG

Das WStFG enthält in Art. 2 §§ 7-7f Regelungen zur Beschleunigung von Kapitalmaßnahmen nach dem WStFG. Für solche Kapitalmaßnahmen (Erhöhung des Kapitals gegen Einlagen, Herabsetzung, bedingtes Kapital, genehmigtes Kapital) nach dem Gesetz genügt die **einfache Mehrheit** der Aktionäre. Wirksam wird der Beschluss über die Kapitalmaßnahme bereits mit Veröffentlichung auf der Internetseite der Gesellschaft oder (so das Gesetz wörtlich!) spätestens mit der Veröffentlichung im Bundesanzeiger (Art. 2 § 7c WStFG). Die **Eintragung** ins Handelsregister ist **keine Voraussetzung für die Wirksamkeit**, sehr wohl aber die vorherige Handelsregisteranmeldung. In der Praxis wird der Notar dem Unternehmen den Eingang der Handelsregisteranmeldung beim Registergericht bestätigen müssen, bevor das Unternehmen durch die Veröffentlichung auf seiner Internetseite die Wirksamkeit der Maßnahme herbeiführt. Der Beschluss und – wenn erforderlich – die Durchführung der entsprechenden Kapitalmaßnahme sind, sofern sie nicht offensichtlich nichtig sind, unverzüglich in das Handelsregister einzutragen (Art. 2 § 7c S. 4 WStFG).

#### VI. Eingetragene Genossenschaften

Die Generalversammlung (vgl. § 43 Abs. 1 GenG) ist wie bei anderen Rechtsträgern grundsätzlich eine Präsenzversammlung. Beschlüsse werden nur dann schriftlich oder elektronisch gefasst, wenn die Satzung es vorsieht (§ 43 Abs. 7 S. 1 GenG). § 3 Abs. 1 MaßnG-GesR (vgl. auch Begr. BT-Drucks. 19/18110, S. 19, 28) gestattet dies nun unabhängig von einer ausdrücklichen statutarischen Zulassung, erlaubt also u. a. die „**virtuelle**“ **General- oder Vertreterversammlung** (Begr. BT-Drucks. 19/18110, S. 28; zu Erleichterungen für Vorstands- und Aufsichtsratssitzungen vgl. im Übrigen § 3 Abs. 6 MaßnG-GesR); die Art der Stimmabgabe ist bei jedem beschlussfassenden Mitglied zu vermerken. Der Vorstand hat bei schriftlicher oder elektronischer Beschlussfassung dafür zu sorgen, dass der Nieder-

schrift (§ 47 GenG) ein Verzeichnis der beschlussfassenden Mitglieder beigefügt ist. Wegen technischer Störungen bei diesem Beschlussverfahren ist das Anfechtungsrecht (wie bei der Aktiengesellschaft) ausgeschlossen.

Erleichtert wird auch die **Einberufung** der Generalversammlung: Einberufen werden kann unabhängig von der statutarisch bestimmten Weise (§ 46 Abs. 1 S. 1 GenG) über die Internetseite der Genossenschaft oder durch unmittelbare Benachrichtigung in Textform (§ 3 Abs. 2 MaßnG-GesR).

Gem. § 3 Abs. 5 MaßnG-GesR bleibt ein **Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied** nach Ablauf seiner **Amtszeit** bis zur Bestellung eines Nachfolgers im Amt. Darüber hinaus darf die Anzahl der Organmitglieder die gesetzliche oder statutarische Mindestzahl (§ 24 Abs. 2 GenG) unterschreiten (vgl. auch Begr. BT-Drucks. 19/18110, S. 29).

#### VII. Eingetragener Verein

##### 1. Beschlussfassung

Der Verein fasst Beschlüsse grundsätzlich in einer Mitgliederversammlung mit physisch anwesenden Mitgliedern (vgl. § 32 Abs. 1 S. 1 BGB). Sowohl die virtuelle Versammlung als auch die schriftliche Stimmabgabe außerhalb der Versammlung bedürfen (vorbehaltlich des § 32 Abs. 2 BGB) einer Satzungsgrundlage (vgl. BeckOK-BGB/Schöpflin, Std.: 1.2.2020, § 32 Rn. 45; BeckOGK-BGB/Notz, Std.: 15.9.2018, § 32 Rn. 200). Davon abweichend darf gem. § 5 Abs. 2 MaßnG-GesR der Vorstand ohne statutarische Ermächtigung die **virtuelle Teilnahme**, die **elektronische Stimmabgabe** und die **schriftliche Stimmabgabe** vor der Versammlung erlauben (vgl. auch BT-Drucks. 19/18110, S. 19, 30).

Gem. § 32 Abs. 2 BGB sind ausnahmsweise Beschlüsse ohne Mitgliederversammlung möglich, wenn alle Mitglieder ihre Zustimmung zum Beschluss schriftlich erklären. § 5 Abs. 3 MaßnG-GesR erklärt einen **versammlungslosen Beschluss** auch dann für gültig, „wenn alle Mitglieder beteiligt wurden, bis zu dem vom Verein gesetzten Termin mindestens die Hälfte der Mitglieder ihre Stimmen in Textform abgegeben haben und der Beschluss mit der erforderlichen Mehrheit gefasst wurde.“ Keine Änderungen ergeben sich (im Gegensatz zu anderen Rechtsformen) bei den gesetzlich oder statutarisch erforderlichen Beschlussmehrheiten (vgl. §§ 32 Abs. 1 S. 3, 33 Abs. 1 S. 1 u. 2 BGB).

##### 2. Dauer der Bestellung von Vorstandsmitgliedern

Gem. § 5 Abs. 1 MaßnG-GesR bleibt ein Vorstandsmitglied nach Ablauf seiner Amtszeit bis zu seiner Ab-

berufung oder bis zur Bestellung seines Nachfolgers im Amt (vgl. Begr. BT-Drucks. 19/18110, S. 19, 30). Dies gilt gem. § 7 Abs. 5 MaßnG-GesR nur für im Jahr 2020 ablaufende Bestellungen.

### **VIII. Stiftungen**

§ 5 **MaßnG-GesR** gilt gemäß seiner Überschrift für **Vereine und Stiftungen**. In § 5 Abs. 1 MaßnG-GesR kommt das im Gesetzestext deutlich zum Ausdruck. In § 5 Abs. 2 und Abs. 3 MaßnG-GesR ist hingegen nur von „Vereinsmitgliedern“, „Mitgliederversammlung“ und „Versammlung der Mitglieder“ die Rede. Es ist jedoch aufgrund der Gesetzssystematik davon auszugehen, dass diese Absätze gleichermaßen für die Stiftungsgremien gelten. § 86 BGB verweist schon nach geltendem Recht weitgehend auf das Recht des eingetragenen Vereins, namentlich über § 28 BGB auch auf § 32 BGB, die zentrale Norm für die Willensbildung im Verein.

### **IX. Wohnungseigentümergeinschaft**

Gem. § 6 **MaßnG-GesR** bleibt der zuletzt bestellte Verwalter im Sinne des WEG bis zu seiner Abberufung oder bis zur Bestellung eines neuen Verwalters im Amt. Der zuletzt von den Wohnungseigentümern beschlossene Wirtschaftsplan gilt bis zum Beschluss eines neuen Wirtschaftsplans fort.

**Postvertriebsstück: B 08129**

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

---

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**[www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)**

---

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

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

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)                      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2346, 138 – Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzehrs eines Sozialhilfeempfängers

GmbHG §§ 3, 5, 30, 9c; AktG § 26 Abs. 2 – Gründungskosten; Gründungsaufwand; Bezifferung „ins Blaue hinein“; Heilung einer unzulässigen Bestimmung zum Gründungsaufwand vor Eintragung der Gesellschaft

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB §§ 311b Abs. 1 S. 1, 433 Abs. 1 S. 1 – Formfreie Änderung eines Grundstückskaufvertrags nach Erklärung der Auffassung

BGB §§ 2269, 133, 2084 – Auslegung der Erbeinsetzung für „gemeinsamen Tod“ im gemeinschaftlichen Testament als Schlusserbeneinsetzung

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB §§ 2346, 138

#### Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzehrs eines Sozialhilfeempfängers

##### I. Sachverhalt

Ein Ehepaar hat zwei volljährige Söhne. Diese Söhne wollen einen Pflichtteilsverzehrsvertrag mit den Eltern abschließen, in welchem sie jeweils auf den Pflichtteil gegenüber dem erstversterbenden Elternteil verzichten. Einer der beiden Söhne bezieht jedoch Sozialhilfe.

##### II. Fragen

Ist der Pflichtteilsverzicht eines Sozialhilfeempfängers sittenwidrig bzw. sind etwaige Anspruchskürzungen zu befürchten?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Zur Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzehrs

Lange Zeit war umstritten und nicht höchstrichterlich geklärt, inwieweit der Pflichtteilsverzicht eines (potentiellen) Sozialhilfeempfängers gem. § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und damit nichtig ist. Die **früher h. M.** stellte für die Frage der Sittenwidrigkeit eines Pflichtteilsverzehrsvertrages auf die für die Sittenwidrigkeit eines Unterhaltsverzehrsvertrages zwischen Ehegatten entwickelten Grundsätze ab (vgl. VGH Mannheim NJW 1992, 2953, 2955; Bengel, ZEV 1994, 29; Schumacher, Rechtsgeschäfte zu Lasten des Sozialhilfeempfängers im Familien- und Erbrecht, 2002, S. 172). Danach wurde davon ausgegangen, dass ein Pflichtteilsverzicht sittenwidrig sei, wenn der Verzichtende sowohl im Zeitpunkt des Rechtsgeschäfts als auch im Zeitpunkt des Erbfalls hilfsbedürftig und dies den Beteiligten bekannt gewesen sei (Schumacher, S. 142; Lambrecht, Der Zugriff des Sozialhilfetragers auf den erbrechtlichen Erwerb, 2001, S. 172).

Mittlerweile hat der **BGH** zur Frage Stellung genommen und den **Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialleistungsbeziehers für grundsätzlich nicht sittenwidrig erklärt** (DNotZ 2011, 381 ff.). Begründet hat er seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt: Für eine Einschränkung des dem Pflichtteilsberechtigten aus § 2346 Abs. 2 BGB zustehenden Rechts auf Verzicht auf einen möglichen Pflichtteil bedürfe es guter Gründe, die im Regelfall nicht vorlägen. Insbesondere könne das **sozialrechtliche Nachrangigkeits- oder Subsidiaritätsprinzip** insoweit nicht angeführt werden, weil dieses vom Gesetzgeber – gerade bei behinderten Leistungsbeziehern – an zahlreichen Stellen eingeschränkt und durchbrochen werde. Die Verneinung der Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts behinderter Sozialleistungsbezieher sei bereits in der Senatsrechtsprechung zum „**Behindertentestament**“ angelegt. Auch die **Ausschlagung** einer angefallenen und nicht überschuldeten Erbschaft durch einen Sozialhilfeempfänger sei nicht sittenwidrig, da es der privatautonomen Entscheidung jedes Einzelnen unterliege, ob er Erbe werden wolle oder nicht („**negative Erbfreiheit**“, die unter den Schutz des Art. 14 GG falle). Beim Pflichtteilsverzicht eines Leistungsbeziehers handele es sich auch schon deswegen nicht um einen unzulässigen „Vertrag zu Lasten Dritter“, weil dem Sozialleistungsträger durch den Verzicht keinerlei vertragliche Pflichten auferlegt würden. Der Nachteil der öffentlichen Hand entstehe vielmehr nur als **Reflex** durch Aufrechterhaltung der Bedürftigkeit. Lediglich mittelbar durch das Rechtsgeschäft verursachte nachteilige Drittwirkungen seien von diesen Dritten jedoch grundsätzlich hinzunehmen und berührten die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts im Regelfall nicht. Weiter sei anzuerkennen, dass Behinderte mit dem Pflichtteilsverzicht üblicherweise einer **Erwartungshaltung der Eltern** nachkämen, die sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt hätten und sicherstellen wollten, dass die Nachkommen nicht bereits mit dem Tode des Erstversterbenden Nachlasswerte für sich beanspruchten.

In der **Literatur** wurde die Entscheidung des BGH teilweise kritisch aufgenommen (vgl. nur Staudinger/Sack/Fischinger, BGB, 2017, § 138 Rn. 527 ff., aus deren Sicht sowohl das sozialrechtliche Nachrangigkeits- oder Subsidiaritätsprinzip als auch die fehlende Vergleichbarkeit eines Pflichtteilsverzichts mit der Ausschlagung einer Erbschaft für die Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts eines Sozialhilfeempfängers sprächen). **Überwiegend** hat die Entscheidung aber – vor allem im notariellen Schrifttum – **Zustimmung** erhalten (vgl. Spall, MittBayNot 2012, 141 ff.; Ivo, DNotZ 2011, 387 ff.; Kleensang, BWNotZ 2011, 162 ff.; Zimmer, ZEV 2011, 262 f.; Dreher/Görner, NJW

2011, 1761; Staudinger/Schotten, BGB, 2016, § 2346 Rn. 70b).

Im Anschluss an die genannte Entscheidung des BGH kann daher grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialhilfebeziehers nicht sittenwidrig ist. Hierbei macht es u. E. keinen Unterschied, ob der Pflichtteilsverzicht **nur gegenüber dem Erstversterbenden** der Eltern oder **gegenüber beiden Elternteilen** erklärt wird. Beide Varianten dürften von der Entschließungsfreiheit der Beteiligten gedeckt sein, auch wenn im ersten Fall eher mit dem für notwendig erachteten Vermögensschutz des überlebenden Ehegatten argumentiert werden kann.

## 2. Übertragbarkeit auf den nicht behinderten Sozialhilfebezieher

Als ungeklärt ist allerdings noch die Frage anzusehen, inwieweit die Ausführungen des BGH auch auf den **nicht behinderten Sozialhilfebezieher** Anwendung finden. Der BGH hat diese Frage offengelassen. In der Literatur wird die Frage der Übertragbarkeit auf den nicht behinderten Sozialhilfebezieher z. B. von *Ivo* (DNotZ 2011, 381, 389), *Dreher/Görner* (NJW 2011, 1761, 1766), *Kleensang* (ZErb 2011, 121, 124) und *Leipold* (ZEV 2011, 528, 529) bejaht.

Nach unserer Einschätzung dürfte die Zulässigkeit eines Pflichtteilsverzichts eines nicht behinderten Sozialhilfeempfängers (insbesondere im Falle des Bezuges von Arbeitslosengeld II) stets nach den **Umständen des Einzelfalls** zu beurteilen sein (vgl. dazu auch Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 BGB Rn. 529: Maßgeblich seien u. a. die Motivation des Verzichtenden, die Absehbarkeit seiner Sozialhilfebedürftigkeit und eine etwaige Entgeltlichkeit des Verzichts). So ist es zwar durchaus zutreffend, dass sich die Argumente des BGH für die Rechtswirksamkeit von Behindertentestamenten und Pflichtteilsverzichtenden Behindertener nicht ohne Weiteres auf die Bedürftigenkonstellation übertragen lassen. Insbesondere greift das vom BGH hervorgehobene Prinzip des **Familienlastenausgleichs** nicht in gleicher Weise, weil volljährige Erwerbsfähige anders als Behinderte typischerweise nicht der Fürsorge ihrer Familienangehörigen bedürfen. Zudem werden Behinderte im Sozialrecht in vielfältiger Weise gegenüber anderen Hilfebeziehern, insbesondere erwerbsfähigen Arbeitslosen, privilegiert (vgl. v. Proff, RNotZ 2012, 272, 280).

Andererseits steht die vom BGH anerkannte „negative Erbfreiheit“ auch einem bedürftigen Erben bzw. Pflichtteilsberechtigten zu (v. Proff, RNotZ 2012, 272, 280). Die vorzitierte Argumentation des BGH mit der „ne-

gativen Erbfreiheit“ des Bedachten spricht u. E. daher eher dafür, dass der BGH auch insoweit einen Pflichtteilsverzicht als wirksam ansehen würde. Im zu begutachtenden Fall spricht für die Zulässigkeit zudem, dass es nur um einen Pflichtteilsverzicht nach dem erstversterbenden Elternteil geht, der lediglich die Erbfolge des längerlebenden Erbenteils sichern soll, und die Erbfolge nach dem längerlebenden Elternteil unberührt bleibt.

**Zusammenfassend** betrachtet ist damit festzustellen, dass es hinsichtlich der Zulässigkeit des Pflichtteilsverzichts eines nicht behinderten Sozialhilfeempfängers noch **keine endgültige Rechtssicherheit** gibt (so auch die Einschätzung von Keim, RNotZ 2013, 411, 420). In der Literatur wird daher empfohlen, eine Kombination aus „Bedürftigentestament“ und flankierendem Pflichtteilsverzicht nur mit entsprechendem Hinweis auf Wirksamkeitszweifel und unter Aufnahme einer salvatorischen Klausel zu verwenden (vgl. v. Proff, RNotZ 2012, 272, 281; Klühs, ZEV 2011, 15, 18).

### 3. Sonstige Folgen

Auch dann, wenn der Pflichtteilsverzicht des Abkömmlings grundsätzlich nicht sittenwidrig sein sollte und dadurch der Zugriff des Sozialhilfeträgers auf den Pflichtteilsanspruch ausgeschlossen werden könnte, bliebe zu berücksichtigen, dass sich der Abschluss des Pflichtteilsverzichtsvertrages sozialrechtlich möglicherweise als Obliegenheitsverletzung darstellen und zu **Kürzungen des Leistungsanspruchs** gem. §§ 31a, 31b SGB II (bei Bezug von Arbeitslosengeld II) bzw. § 26 SGB XII (bei Sozialhilfeempfängern) führen könnte. Präzedenzfälle zu derartigen Minderungen in Fällen wie dem vorliegenden sind uns allerdings nicht bekannt.

---

## GmbHG §§ 3, 5, 30, 9c; AktG § 26 Abs. 2 Gründungskosten; Gründungsaufwand; Bezifferung „ins Blaue hinein“; Heilung einer unzulässigen Bestimmung zum Gründungsaufwand vor Eintragung der Gesellschaft

---

### I. Sachverhalt

Zum Handelsregister wurde eine Ein-Personen-GmbH mit einem Stammkapital von 25.000 Euro angemeldet. In § 6 der Satzung heißt es zum Gründungsaufwand:

*„Die Gesellschaft trägt die mit ihrer Errichtung und mit der Erbringung und Bewertung der Einlagen verbundenen Kosten und Gebühren für Notare, Gerichte, Eintragungen und Bekanntmachungen, Entgelte für Leistungen von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern*

*sowie Verkehrssteuern (Gründungsaufwand) bis zu einem Betrag von EUR 2.500.“*

Das Handelsregister erlässt eine Zwischenverfügung und verlangt eine Übersicht der bezifferten Gründungsaufwendungen und – sofern bereits vorhanden – Rechnungskopien. Der Notar teilt dem Registergericht daraufhin mit, dass für die Gründung Notarkosten in Höhe von ca. 630 Euro entstanden seien und belegt dies mit einer Rechnungskopie. Des Weiteren werde der Steuerberater seinen Beratungsaufwand mit ca. 500 Euro veranschlagen. Sonstiger Aufwand werde voraussichtlich nicht entstehen.

Das Handelsregister lehnt daraufhin die Eintragung mit der Begründung ab, der Gründungsaufwand sei „aus der Luft gegriffen“ und deutlich zu hoch angesetzt. § 6 der Satzung verstoße gegen gläubigerschützende Vorschriften der Kapitalaufbringung und -erhaltung (§ 9c Abs. 2 Nr. 2 GmbHG) und sei entsprechend § 241 Nr. 3 AktG nichtig. Die Eintragung der Gesellschaft sei deshalb zu versagen. Eine Heilung des Errichtungsmangels durch satzungsändernden Beschluss komme nicht in Betracht.

### II. Fragen

1. Verstößt die in der Gründungssatzung in § 6 enthaltene Formulierung, durch die der Gründungsaufwand bis zu einem Gesamtbetrag in Höhe von 2.500 Euro von der Gesellschaft zu tragen ist, gegen gläubigerschützende Vorschriften der Kapitalaufbringung und -erhaltung?

2. Durfte oder musste gegebenenfalls das Registergericht die Eintragung der Gesellschaft nach § 9c Abs. 2 Nr. 2 GmbHG versagen? Geht man von einem Eintragungshindernis aus, kann dieses durch Satzungsänderung beseitigt werden oder ist die Gründung – wie vom Registergericht angenommen – nichtig?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Wirksamkeit der Klausel über die Gründungskosten

##### a) Analoge Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften

Das GmbHG enthält zu der Übernahme der Gründungskosten durch die Gesellschaft keine Regelung. Schweigt auch die Satzung, sind die **Kosten**, die im Zusammenhang mit der Gründung der GmbH entstehen, durch die **Gründer** zu tragen (vgl. BGH MittBay-Not 1989, 168, 169 f.; Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, 6. Aufl. 2017, § 5 Rn. 68, Cramer, NZG 2015, 373 m. w. N.). Trotz fehlender gesetzlicher Regelung ist anerkannt, dass die Gründer die Kosten

allerdings aufgrund einer Festsetzung in der Satzung **auf die Gesellschaft abwälzen** können. Gestützt wird diese Ansicht auf eine **analoge Anwendung des § 26 Abs. 2 AktG**. Diese Analogie wurde im Rahmen der GmbH-Novelle 1980 vom Gesetzgeber dadurch legitimiert, dass er mit Verweis auf die bestehende Rechtslage bewusst von einer Neuregelung abgesehen hat (vgl. GroßKommGmbHG/Ulmer/Casper, 3. Aufl. 2019, § 5 Rn. 197 mit Verweis auf BT-Drucks. 8/3908, S. 70).

Der **Gesamtbetrag** muss in der Satzung **ziffernmäßig ausgewiesen** werden, wobei Beträge, die noch nicht genau beziffert werden können, zu **schätzen** sind (BGH MittBayNot 1989, 168). Ob auch die **einzelnen Kostenpositionen benannt** werden müssen, ist im Einzelnen **umstritten** (dafür OLG Hamburg DNotZ 2011, 457, 459 mit Verweis auf BGH MittBayNot 1989, 168; dagegen mit guten Argumenten Cramer, NZG 2015, 373, 375 m. w. N.). Überzeugend dürfte sein, eine solche Aufschlüsselung nicht als notwendig zu erachten. Die Regelung im vom Gesetzgeber vorgesehenen **Musterprotokoll** sieht eine solche Aufschlüsselung nicht vor (Musterprotokoll, Anlage zum GmbHG, BGBl. I vom 23.10.2008, S. 2026). Damit hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass er eine Aufschlüsselung bei der GmbH nicht für erforderlich hält. Da das Musterprotokoll erst im Jahre 2008 eingeführt wurde, muss die frühere BGH-Rechtsprechung (MittBayNot 1989, 168) insoweit als überholt angesehen werden, falls man sie mit dem OLG Hamburg (DNotZ 2011, 457, 458 f.) – u. E. keinesfalls zwingend – dahingehend liest, dass sie neben der Offenlegung des Gesamtbetrages auch die Aufführung der einzelnen Kostenpositionen verlangt.

Nicht weiter diskutiert wird in der Literatur die Frage, ob auch **§ 37 Abs. 4 Nr. 2 AktG analog** anzuwenden ist, wonach der Handelsregisteranmeldung eine Berechnung des der Gesellschaft zur Last fallenden Gründungsaufwands unter Angabe von Art und Höhe der Vergütung sowie der Empfänger der jeweiligen Leistungen beizufügen ist. Dies wird man im Ergebnis verneinen können. § 37 Abs. 4 AktG regelt die der Anmeldung beizufügenden Unterlagen. Hierfür enthält § 8 Abs. 1 GmbHG jedoch eine eigenständige Regelung, sodass es an einer für die Analogie erforderlichen Regelungslücke fehlen dürfte.

#### **b) Obergrenze für den Gründungsaufwand**

Umstritten ist, ob es für die Höhe der (zulässigen) Abwälzung von Gründungsaufwand eine **Obergrenze** gibt. Teilweise wird dies mit Verweis auf **§ 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG** und dem darin verankerten Prinzip der Kapitalerhaltung bejaht (OLG Celle BeckRS 2014,

20464 Tz. 11). Die Aufzehrung von wesentlichen Teilen des Stammkapitals, das den Gläubigern als Mindesthaftungsmasse zur Verfügung stehen soll, sei nicht mit dem Prinzip der **Kapitalbindung** zu vereinbaren. Der Entscheidung lag allerdings ein Extremfall zugrunde. Die Gesellschafter hatten vorgesehen, dass bei einem Stammkapital von 25.000 Euro Gründungskosten in Höhe von bis zu 15.000 Euro von der Gesellschaft zu tragen seien (OLG Celle BeckRS 2014, 20464).

Demgegenüber wurde von anderen Gerichten sogar die **vollständige Aufzehrung** des Stammkapitals für zulässig erachtet (KG NJW 2015, 3175 für eine UG [haftungsbeschränkt] mit Stammkapital von 1.000 Euro). Der **Gläubigerschutz** sei ausreichend dadurch gesichert, dass sich die Höhe der zu übernehmenden Gründungskosten aus der – für jeden im Handelsregister einsehbaren – Satzung ergebe. Gläubiger könnten sich so über die Vorbelastung des Stammkapitals hinreichend **informieren** (KG NJW 2015, 3175 Tz. 13). Dass eine vollständige Aufzehrung des Stammkapitals durch die Gründungskosten zulässig sei, zeige sich auch an dem gesetzlich vorgesehenen Musterprotokoll, das eine Übernahme der Gründungskosten bis zur Höhe des Stammkapitals zulasse (KG NJW 2015, 3175 Tz. 13).

**Differenzierend** geht das OLG Hamburg davon aus, dass es zwar keine starre prozentuale Obergrenze für den Gründungsaufwand gebe, eine **Überschreitung der üblicherweise akzeptierten 10 % des Stammkapitals** aber eine weitergehende Prüfung rechtfertige, ob es sich um einen zulässigen Gründungsaufwand handle (OLG Hamburg DNotZ 2011, 457, 459).

#### **c) Zu hohe Schätzung des Gründungsaufwands**

Im zu begutachtenden Fall bemängelt das Registergericht hingegen nicht die absolute Höhe der Gründungskosten und stellt damit nicht auf eine Aufzehrung des Stammkapitals ab. Vielmehr wird in Zweifel gezogen, dass die **Gründungskosten** in Höhe von 10 Prozent des Stammkapitals (bei einem Stammkapital von 25.000 Euro) **tatsächlich angefallen** seien. Die Gründungskosten seien also nicht im Verhältnis zum Stammkapital zu hoch gegriffen, sondern im Verhältnis zu den tatsächlich angefallenen Kosten. Dabei stellt sich die Frage, ob es überhaupt unzulässig sein kann, die Gründungskosten mit einem „**Bis zu**“-Wert anzugeben und im Übrigen (ggf. auch zu hoch) zu **schätzen** (widersprüchlich insofern OLG Zweibrücken RNotZ 2014, 326, das eine Schätzung für zulässig, die Angabe eines „Bis zu“-Betrags jedoch für unzulässig hält). Es liegt in der Natur der Sache, dass zum Zeitpunkt der Errichtung der Satzung eine abschließende Beurteilung der

Höhe der Gründungskosten noch nicht möglich ist. Mögen die Notar- und Gerichtskosten zwar gesetzlich vorgegeben und damit absehbar sein, ist es doch nicht unüblich, dass Steuerberater und Rechtsanwälte auf Stundenbasis abrechnen und sich die **tatsächliche Höhe** der Gründungskosten **erst nach Errichtung abschätzen** lässt. Auch **Gläubigerschutzgesichtspunkte** (OLG Celle BeckRS 2014, 20464 Tz. 11) sprechen nicht gegen eine Angabe eines „Bis zu“-Betrags auf Basis einer Schätzung. Eine „Bis zu“-Angabe bzw. ein zu hoch gegriffener Wert ist für die Gläubiger insofern **günstiger**, als ihnen nach Abzug der tatsächlich angefallenen Gründungskosten eine **größere Haftungsmasse** zur Verfügung steht, als sie es auf Grundlage der Satzungsbestimmung **erwarten** konnten. In der Regel werden in der Praxis durch die Registergerichte deshalb Kosten in Höhe von bis zu 10 % des Stammkapitals ohne weiteren Nachweis akzeptiert (Mayer/Weiler, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 22 Rn. 188; Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 941; Langenfeld/Miras, GmbH-Vertragspraxis, 8. Aufl. 2019, Rn. 798; Heckschen, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 757; s. aber Seibt, in: Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, § 2 Rn. 511, der bei einem höheren Stammkapital geringere Quoten ansetzt). Diese praktische Handhabung ist freilich kein juristisches Argument für dessen uneingeschränkte Zulässigkeit.

Die **Schätzung noch nicht feststehender Beträge** ist hingegen höchstrichterlich **anerkannt** (BGH MittBay-Not 1989, 168, 170; BGH NJW 1998, 233). Hierbei soll es nach Konkretisierung durch Instanzgerichte und Literatur allerdings unzulässig sein, eine fiktive Obergrenze ohne Bezug zu den tatsächlich anfallenden Kosten anzugeben (LG Essen BeckRS 2002, 13017 Tz. 17; MünchKommGmbHG/Schwandtner, 3. Aufl. 2019, § 5 Rn. 275; GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2013, § 5 Rn. 209 m. Fn. 408; Wachter, NZG 2010, 734, 736; zur AG Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 26 Rn. 6 a. E.). Geboten ist dementsprechend eine Schätzung, die sich am **tatsächlich zu erwartenden Aufwand** orientiert. Prinzipiell dürfte dem Registergericht hierbei zwar eine Prüfung nach pflichtgemäßem Ermessen gem. **§ 26 FamFG** zuzubilligen sein (vgl. Haußleiter/Gomille, FamFG, 2. Aufl. 2017, § 26 Rn. 6). Halten sich die Gründungskosten jedoch in einem **üblichen Rahmen** – wovon u. E. bei 2.500 € auszugehen sein dürfte – kann das Registergericht die Eintragung der Gesellschaft nicht mit der Begründung verweigern, die Klausel in der Satzung sei unwirksam. Die Gründer haben die Schätzung naturgemäß zum Zeitpunkt der Errichtung der Satzung vorzunehmen. Stellt sich nach-

träglich heraus, dass der Gründungsaufwand hinter der Schätzung zurückbleibt, kann dies u. E. nicht zur Unwirksamkeit der Klausel und einer Verweigerung der Eintragung führen. Einer (vom BGH ausdrücklich anerkannten) Schätzung ist immanent, dass sie mit einer **Zukunftsprognose** verbunden ist. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass im Rahmen der Gründungsphase unerwarteter Beratungsaufwand entstehen kann, der sich zum Zeitpunkt der Errichtung der Satzung noch nicht abzeichnet. Den Gründern wird deshalb ein gewisser Spielraum bei der Schätzung zuzubilligen sein. Zu streng dürfte insbesondere die Auffassung sein, dass bereits ab einer Überschreitung der angegebenen Kosten um 50 % eine unzutreffende und damit unzulässige Schätzung vorliegt (Krafka, Rn. 941). Gerade bei Gründungskosten im niedrigen vierstelligen Bereich würden dann nur wenige zusätzlich anfallende Beraterstunden schon zu einer Unzulässigkeit führen. Unzulässig sind u. E. nur völlig realitätsferne Schätzungen „ins Blaue hinein“, wovon bei einem Ansatz mit 2.500 € kaum ausgegangen werden kann.

## 2. Folgen einer unwirksamen Klausel, Heilung

Geht man hilfsweise davon aus, dass die Festsetzung des Gründungsaufwands in der Satzung unzulässig ist, stellt sich die Folgefrage, welche Rechtsfolge diese unzulässige Regelung zeitigt. Diese Frage wird nicht einheitlich beurteilt: Teilweise wird bei zu hoher Festsetzung ein **Eintragungshindernis** gem. § 9c Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 GmbHG angenommen (MünchKommGmbHG/Schwandtner, § 5 Rn. 282; Wachter, NZG 2010, 734, 736; Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 9c Rn. 5b, und Baumbach/Hueck/Fastrich § 5 Rn. 57). Dagegen werten etwa *Ulmer/Casper* (§ 5 Rn. 209 m. Fn. 408) explizit den Fall „einer übertriebenen Schätzung ins Blaue hinein“ nicht als Eintragungshindernis (ähnlich zur AG: Spindler/Stilz/Limmer, AktG, 4. Aufl. 2019, § 26 Rn. 9: kein Eintragungshindernis, soweit nicht „völlig unsinnige“ Schätzung vorliegt). Soweit ersichtlich wird hingegen nirgends in der Literatur die Errichtung der GmbH für nichtig gehalten. Bis zur Eintragung der Gesellschaft (vgl. auch § 26 Abs. 3 S. 2 AktG) spricht u. E. nichts dagegen, die Satzung durch allseitige Änderung in der Form des § 2 Abs. 1 GmbHG (vgl. Blath, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 11 Rn. 50) zu korrigieren (so auch MünchKommGmbHG/Schwandtner, § 5 Rn. 288; Scholz/Veil, § 5 Rn. 113; zur AG: GroßkommAktG/Röhrich/Schall, 5. Aufl. 2016, § 26 Rn. 49). Dementsprechend wäre eine Eintragung der GmbH mit geänderter Satzung weiterhin möglich. Die Einschätzung des Registergerichts ist u. E. daher im vorliegenden Fall unzutreffend.

# Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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.

## InsO § 35; BGB § 516

### Schenkungsangebot bei Insolvenz des Angebots-empfängers

Abruf-Nr.:

## GmbHG § 73

### Sperrjahr bei einer aufgelösten GmbH & Co. KG ohne Auflösung der Komplementär-GmbH

Abruf-Nr.:

# Rechtsprechung

## BGB §§ 311b Abs. 1 S. 1, 433 Abs. 1 S. 1

### Formfreie Änderung eines Grundstückskaufvertrags nach Erklärung der Auflassung

**Eine Vereinbarung, mit der die Parteien eines Grundstückskaufvertrags die Möglichkeit zur Nutzung des Grundstücks beschränken (hier: Verbot der Milchverarbeitung), führt nicht zu einer Änderung oder Neubegründung von Erwerbs- oder Veräußerungspflichten und ist daher nach bindend erklärter Auflassung formlos möglich.**

BGH, Urt. v. 11.10.2019 – V ZR 7/19

## Problem

Nach dem Abschluss eines Kaufvertrags mit bindend erklärter Auflassung schlossen die Vertragsparteien eine nicht notariell beurkundete Vereinbarung, wonach der Käufer, seine Mieter, Pächter und Rechtsnachfolger auf dem Grundstück keine Milch verarbeiten durften. Der Käufer veräußerte das Grundstück weiter. Später erklärte der Erstverkäufer den Rücktritt vom Vertrag, da der Erstkäufer das Milchverarbeitungsverbot nicht an seinen Rechtsnachfolger weitergegeben hatte, und klagte auf Übergabe des Grundstücks. Der Erstkäufer argumentierte u. a. damit, dass die Vereinbarung des Milchverarbeitungsverbots formnichtig sei. Das erstinstanzliche Gericht verwarf diese Argumentation, während das Berufungsgericht ihr folgte.

## Entscheidung

Der BGH entschied, dass das Milchverarbeitungsverbot formwirksam vereinbart worden war. Die Revision hatte jedoch aus anderen Gründen keinen Erfolg. Der BGH ist nämlich der Ansicht, dass allein in der Nichtweitergabe des Milchverarbeitungsverbots im zweiten Kaufvertrag keine hinreichende Pflichtverletzung des Erstkäufers zu sehen sei. Es stehe dem Erstkäufer frei, auf welche Weise er die Pflicht gegenüber dem Rechtsnachfolger durchsetze.

Aus notarieller Perspektive ist vor allem folgender Aspekt relevant: Der BGH wiederholt zunächst die Rechtsansicht aus seinem Urteil vom 14.9.2018 zur formfreien Änderung eines Grundstückskaufvertrags (V ZR 213/17, DNotZ 2019, 183). Hiernach können **Vertragsänderungen** grundsätzlich **formlos** vereinbart werden, wenn die **Auflassung bindend** geworden ist. Dies gilt jedoch nicht für Änderungen, durch die die Erwerbs- und Veräußerungspflichten geändert oder neu begründet werden.

Im vorliegenden Fall erkannte der BGH **keine Änderung oder Neubegründung von Erwerbs- oder Veräußerungspflichten**. Vielmehr sei lediglich eine Nutzungsbeschränkung vereinbart worden. Dies sei auch nicht deswegen anders zu beurteilen, weil mit der Nutzungsbeschränkung eine Minderung des Grundstückswerts einhergehe. Denn auch eine Erhöhung oder Ermäßigung des Kaufpreises sei nach bindend erklärter Auflassung formfrei möglich. Im Ergebnis konnte daher das Milchverarbeitungsverbot formfrei vereinbart werden.

---

## BGB §§ 2269, 133, 2084

### Auslegung der Erbeinsetzung für „gemeinsamen Tod“ im gemeinschaftlichen Testament als Schlusserbeneinsetzung

**In der Erbeinsetzung „im Falle eines gemeinsamen Todes“ kann im Wege der Auslegung eine Schlusserbeneinsetzung nach dem Tod des letztversterbenden Ehepartners gesehen werden, da nach allgemeinem Sprachgebrauch bei dieser Formulierung – anders als bei der Formulierung „bei gleichzeitigem Tod“ – nicht unbedingt ein identischer Todeszeitpunkt oder enger zeitlicher Zusammenhang bestehen muss (Leitsatz der DNotI-Redaktion).**

KG, Beschl. v. 15.1.2020 – 6 W 45/19

## Problem

Die kinderlosen Ehegatten errichteten im Jahr 1992 handschriftlich ein gemeinsames Testament, worin

sie sich gegenseitig zu alleinigen und ausschließlichen Erben einsetzten. Ferner bestimmten sie dort:

*„Im Falle eines gemeinsamen Todes setzen wir unser Patenkind C. H. als unseren Alleinerben ein.“*

Zunächst verstarb der Ehemann, später die Ehefrau. Nach dem Tod der Ehefrau beantragte der im Testament erwähnte (und mit den Ehegatten nicht verwandte) Patensohn die Erteilung eines Erbscheins, der ihn als testamentarischen Alleinerben der Erblasserin ausweist. Dem traten die Verwandten der Erblasserin entgegen; sie machten geltend, dass die auf den Fall des gemeinsamen Todes der Eheleute beschränkte testamentarische Erbinsetzung nicht eingreife, da die Eheleute im Abstand von vielen Jahren verstorben seien. Da keine Schlusserbeneinsetzung im Testament enthalten sei, sei nach der Ehefrau gesetzliche Erbfolge eingetreten.

Das Nachlassgericht beschloss, dem Erbscheinsantrag des Patensohnes stattzugeben und den Erbscheinsantrag der Verwandten der Erblasserin zurückzuweisen. Hiergegen reichten die Verwandten Beschwerde ein.

### **Entscheidung**

Das KG hält die zulässige Beschwerde der Beteiligten für unbegründet. Aus seiner Sicht hat das Nachlassgericht mit Recht die zur Erteilung des vom Patensohn beantragten Erbscheins erforderlichen Tatsachen festgestellt und den Antrag der Verwandten zurückgewiesen. Der Patensohn ist nach Ansicht des KG aufgrund des privatschriftlichen Testaments Schlusserbe der Ehegatten geworden. Dies schließt das KG aus der Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments. Der für die Auslegung maßgebliche gemeinsame Wille der Ehegatten ging – nach den umfangreichen Ermittlungen des Nachlassgerichts – dahin, dem Patensohn die Erbschaft auch für den Fall zukommen zu lassen, dass die Ehegatten in einem größeren zeitlichen Abstand versterben. In diesem Zusammenhang weist das KG darauf hin, dass bereits der Wortlaut des Testaments auf diesen Willen hindeute, da die Verwendung des Begriffes „gemeinsamer Tod“ nach allgemeinem Sprachverständnis – anders als der Begriff „gleichzeitiger Tod“ – **nicht notwendig auf einen identischen Todesfall oder einen engen zeitlichen Zusammenhang beschränkt** sei. Mithin könne vielmehr auch der **Tod beider Ehegatten** nach dem Versterben des längerlebenden Ehegatten als „gemeinsamer“ Zustand verstanden werden (gleichbedeutend mit dem Zustand, in dem beide Ehegatten „gemeinsam“ tot sind).

Der gegenüber dem Begriff „gleichzeitig“ offenere Begriff des „gemeinsamen“ Todes genügt aus Sicht des KG nach den Grundsätzen der sog. Andeutungstheorie auch als **formgerecht niedergelegte Grundlage** für den

durch umfangreiche Auslegung ermittelten Erblasserwillen zur Schlusserbeneinsetzung des Patensohnes.

**Postvertriebsstück: B 08129**

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

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**[www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)**

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

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

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Johannes Cziupka

**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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

UmwG § 13 Abs. 1 S. 2; BGB §§ 32 Abs. 1 u. 2, 40 S. 1; MaßnG-GesR § 5 Abs. 2 u. 3 – Verschmelzung zweier Vereine; Verschmelzungsbeschluss; virtuelle Mitgliederversammlung; präsenzlose Mitgliederversammlung; Beurkundungserfordernis; Versammlungszwang nach UmwG

BeurkG § 30; GBO § 35 – Nachweis der Erbfolge bei Testamentserrichtung durch Übergabe einer Schrift

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB §§ 164 Abs. 1 S. 2, 611, 675, 2314 – Nachlassverzeichnis; Beauftragung eines Rechtsanwalts im Ausland; Kostenerstattung

BNotO § 15 Abs. 2; BGB § 469 – Rechtsmissbräuchliche Ausübung eines Vorkaufsrechts

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**UmwG § 13 Abs. 1 S. 2; BGB §§ 32 Abs. 1 u. 2, 40 S. 1; MaßnG-GesR § 5 Abs. 2 u. 3**  
**Verschmelzung zweier Vereine; Verschmelzungsbeschluss; virtuelle Mitgliederversammlung; präsenzlose Mitgliederversammlung; Beurkundungserfordernis; Versammlungszwang nach UmwG**

### I. Sachverhalt

Zwei Vereine sollen verschmolzen werden. Für die Stimmabgabe in der Mitgliederversammlung sollen die Möglichkeiten des § 5 Abs. 2 oder Abs. 3 MaßnG-GesR genutzt werden.

### II. Fragen

1. Bedarf die Stimmabgabe gem. § 5 Abs. 2 Nr. 2 MaßnG-GesR der notariellen Form, wenn der Beschluss der Mitgliederversammlung die Zustimmung zu einem Verschmelzungsvertrag betrifft?

2. Genügt eine Beschlussfassung nach § 5 Abs. 2 MaßnG-GesR den Anforderungen des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Modifizierung des Versammlungs- und Beschlussrechts durch das MaßnG-GesR

Durch das Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (BGBl. I 2020, S. 570; im Folgenden MaßnG-GesR) sind die präsenzlose Mitgliederversammlung und der versammlungslose Beschluss zeitweilig erleichtert worden (vgl. auch Rubrik

„Aktuelles“ in DNotI-Report 7/2020, 52 und DNotI-Report 8/2020, 61). Gem. **§ 5 Abs. 2 MaßnG-GesR** kann es der Vorstand den Vereinsmitgliedern abweichend von § 32 Abs. 1 S. 1 BGB auch **ohne statutarische Ermächtigung** ermöglichen, an der Mitgliederversammlung ohne Anwesenheit am Versammlungsort teilzunehmen und **Mitgliederrechte im Wege der elektronischen Kommunikation** auszuüben (Nr. 1) oder ohne Teilnahme an der Mitgliederversammlung ihre **Stimmen vor der Versammlung schriftlich** abzugeben (Nr. 2). Gem. § 5 Abs. 3 MaßnG-GesR ist abweichend von § 32 Abs. 2 BGB (der das schriftliche Umlaufverfahren regelt) ein Beschluss ohne Mitgliederversammlung gültig, „wenn alle Mitglieder beteiligt wurden, bis zu dem vom Verein gesetzten Termin mindestens die Hälfte der Mitglieder ihre Stimmen in Textform abgegeben haben und der Beschluss mit der erforderlichen Mehrheit gefasst wurde“.

## 2. Beurkundung der präsenzlosen Mitgliederversammlung

§ 5 Abs. 2 MaßnG-GesR gestattet also die präsenzlose Mitgliederversammlung: Es findet zwar eine Versammlung an einem bestimmten Ort statt, physisch gegenwärtig sind dort jedoch nur diejenigen Personen, die zur (technischen) Durchführung der Versammlung notwendig sind (Versammlungsleiter, ggf. auch Vorstand und Urkundsnotar), nicht zwingend gegenwärtig sind die Vereinsmitglieder (differenzierend zwischen virtueller Versammlung und Online-Teilnahme an realer Versammlung mit physischem Versammlungsraum BeckOGK-BGB/Notz, Std.: 15.9.2018, § 32 Rn. 289). Diese üben ihr Stimmrecht elektronisch während der Versammlung oder durch Briefwahl vor der Versammlung aus. Die Präsenz des Notars am Versammlungsort ermöglicht es, dass er ein **Wahrnehmungsprotokoll über die Handlungen des ebenfalls präsenten Versammlungsleiters** erstellt. So kann der Notar etwa der Auszählung der schriftlich abgegebenen Stimmen und der Ergebnisfeststellung in einer solchen Versammlung genauso beiwohnen wie in einer Mitgliederpräsenzversammlung. Aber auch die Entgegennahme der elektronisch abgegebenen Stimmen durch den Versammlungsleiter ist denkbar (wenn z. B. der Notar die Auswertung elektronisch abgegebener Stimmen begleitet und die Handlungen des Versammlungsleiters protokolliert).

§ 5 Abs. 2 MaßnG-GesR stellt letztlich eine an **§ 118 Abs. 1 S. 2 AktG** angelehnte Regelung dar. Auch im Aktienrecht ist anerkannt, dass der Notar die Protokollierung gem. § 130 Abs. 1 S. 1 AktG vornehmen kann, wenn einzelne oder alle Aktionäre elektronisch an der Versammlung teilnehmen und lediglich der Versammlungsleiter vor Ort das Beschlussergebnis feststellt (zum Ablauf und zur Prüfungspflicht des Notars bzgl.

der technischen Voraussetzungen der Versammlung vgl. Reul, notar 2012, 76 und Noack, NJW 2018, 1345). Daher kann die Protokollierung u. E. **analog zu einer aktienrechtlichen Hauptversammlung** erfolgen, bei der Aktionäre ihr Stimmrecht im Wege der elektronischen Kommunikation wahrnehmen. Gegenstand der Beurkundung ist dementsprechend **nicht die einzelne Stimmabgabe**, sondern (regelmäßig) die Feststellung des Versammlungsleiters über das Beschlussergebnis (zum Wirksamwerden des Beschlusses vgl. MünchKommBGB/Leuschner, 8. Aufl. 2018, § 32 Rn. 49).

Beide Varianten von § 5 Abs. 2 MaßnG-GesR unterscheiden sich wiederum von **§ 5 Abs. 3 MaßnG-GesR** darin, dass sie eine ortsgebundene Versammlung (und sei es ohne physische Präsenz aller Vereinsmitglieder) voraussetzen. § 5 Abs. 3 MaßnG-GesR knüpft dagegen an das bereits gesetzlich geregelte **versammlungslose Umlaufverfahren** (§ 32 Abs. 2 BGB) an und erleichtert dessen Voraussetzungen. Hier wäre Gegenstand der Beurkundung zwar die einzelne abgegebene Stimme. Ein Vorgehen nach dieser Norm wird im vorliegenden Fall allerdings schon wegen § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG ausscheiden (vgl. Widmann/Mayer/Heckschen, Umwandlungsrecht, Std.: 4/2013, § 13 UmwG Rn. 2).

**§ 5 Abs. 2 Nr. 2 MaßnG-GesR** regelt hingegen nicht die schriftliche Beschlussfassung im Umlaufverfahren (diese ist wie gesagt in § 5 Abs. 3 MaßnG-GesR geregelt), sondern soll parallel zu § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 MaßnG-GesR die schriftliche Stimmabgabe im Sinne einer **Briefwahl** ermöglichen. Eine solche schriftliche Stimmabgabe im Vorfeld einer Versammlung, bei der die Stimme in der Versammlung gezählt und durch den Versammlungsleiter festgestellt wird, ist bei der AG bereits vor dem MaßnG-GesR möglich gewesen. Ebenso wenig wie im Fall der Nr. 1 wird dabei die einzelne Stimme beurkundet; vielmehr wird die Stimme bei der Beurkundung des Beschlusses (Tatsachenprotokoll) in der Versammlung berücksichtigt. Um dem Formerfordernis des § 13 Abs. 3 S. 1 UmwG zu genügen, müsste also jedenfalls – analog zur Protokollierung der Versammlung einer Aktiengesellschaft – ein notarielles Protokoll *über die Versammlung* erstellt werden (vgl. Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 37 Rn. 22).

## 3. Präsenzlose Versammlung und § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG

Bei alledem ist zu bedenken, dass der Beschluss gem. § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG unabdingbar in einer Versammlung der Anteilsinhaber oder Mitglieder der umwandlungsbeteiligten Rechtsträger gefasst werden muss (sog. **Versammlungszwang**, s. nur BeckOGK-UmwG/Rieckers/Cloppenburg, Std.: 1.7.2019, § 13 Rn. 40). Eine Beschlussfassung im Umlaufverfahren durch Be-

urkundung sämtlicher Einzelstimmen gem. § 5 Abs. 3 MaßnG-GesR scheidet schon aus diesem Grund aus.

Ob ein **Vorgehen gem. § 5 Abs. 2 MaßnG-GesR** den Erfordernissen des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG genügt, kann **nicht** als **abschließend geklärt** gelten. Dies liegt insbesondere daran, dass bereits vor Inkrafttreten des MaßnG-GesR umstritten war, ob eine physische Präsenz der Mitglieder in der Versammlung erforderlich ist (so *obiter dictum* das OLG Hamm NJW 2012, 940, 941; Lutter/Hoger, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 193 Rn. 3) oder lediglich eine technische Möglichkeit zum Austausch mit der Verwaltung und den übrigen Mitgliedern geschaffen werden muss (Lutter/Drygala, § 13 Rn. 10; Semler/Stengel/Gehling, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 13 Rn. 14; wohl auch Henssler/Strohn/Heidinger, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 13 UmwG Rn. 11). Die letztere Ansicht würde wohl eine Versammlung für genügend halten, die – über eine einseitige elektronische Übertragung für die Mitglieder hinaus – eine Teilnahme im Sinne einer Zwei-Wege-Kommunikation ermöglicht.

Der Wortlaut des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG fordert lediglich die Beschlussfassung „in einer Versammlung“. Die Möglichkeit der direkten Kommunikation mit der Verwaltung und den übrigen Mitgliedern wird nur (wenn gleich durchaus zutreffend) aus dem Sinn und Zweck der Norm hergeleitet (Lutter/Drygala, § 13 Rn. 10). Der Wortlaut des § 5 Abs. 2 MaßnG-GesR bringt aber gerade zum Ausdruck, dass eine solche Mitgliederversammlung stattfindet. Dass die **Stimmen elektronisch oder per Briefwahl** abgegeben werden, ändert u. E. nichts daran, dass der Beschluss **in einer Versammlung** gefasst wird.

Eine Intention des Gesetzgebers, § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG durch das MaßnG-GesR suspendieren zu wollen, ist zwar nicht ersichtlich. Allerdings hat der Gesetzgeber in den Gesetzgebungsmaterialien betont, dass auch **Umwandlungsmaßnahmen erleichtert werden sollen** (RegE BT-Drucks. 19/18110, S. 29). So vereint eine Auslegung des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG dahingehend, dass auch die Beschlussfassung in einer Versammlung ohne körperliche Präsenz möglich ist, den Wortlaut des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG ohne logischen Bruch mit dem Sinn und Zweck des MaßnG-GesR. Die teilweise vertretene Auffassung, dass § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG eine physische Präsenz fordere (OLG Hamm NJW 2012, 940, 941), ist u. E. angesichts der aktuellen gesetzgeberischen Maßnahmen (jedenfalls für die Geltungsdauer des MaßnG-GesR) nicht aufrechtzuerhalten. Das OLG Hamm hat sie ohnehin nur *obiter dictum* postuliert und konnte denknötwendig zum Zeitpunkt der Entscheidung kein öffentlich-rechtliches Verbot der physischen Zusammenkunft in Erwägung ziehen. Ebenso aber, wie

für die AG anerkannt ist, dass die Abstimmung mittels Briefwahl bei gleichzeitiger Durchführung einer Versammlung nicht gegen § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG verstößt (vgl. BeckOGK-UmwG/Rieckers/Cloppenburg, § 13 Rn. 42; Semler/Stengel/Gehling, § 13 Rn. 14; Ghassemi-Tabar, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 8, 5. Aufl. 2018, § 11 Rn. 13; Schöne/Arens, WM 2012, 381, 387), muss dies bei entsprechender gesetzlicher Grundlage auch beim Verein gelten. Den Mitgliedern muss lediglich die Möglichkeit der Partizipation eingeräumt werden, ob sie hiervon Gebrauch machen, ist unerheblich (Semler/Stengel/Gehling, § 13 Rn. 14). Unstrittig ist dies aufgrund entsprechender europarechtlicher Vorgaben allerdings nur für die börsennotierte AG (insofern einschränkend Lutter/Drygala, § 13 Rn. 12 f.).

#### 4. Ergebnis

Eine **Beurkundung der einzelnen Stimmen** der Vereinsmitglieder im Umlaufverfahren gem. § 5 Abs. 3 MaßnG-GesR würde **nicht** den Anforderungen des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG genügen. Anhaltspunkte, dass der Gesetzgeber durch § 5 MaßnG-GesR den Versammlungszwang im UmwG durchbrechen wollte, fehlen in den Gesetzgebungsmaterialien. Ein Vorgehen gem. **§ 5 Abs. 2 MaßnG-GesR** dürfte hingegen die Anforderungen des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG erfüllen – jedenfalls sofern den Mitgliedern eine elektronische Teilnahme ermöglicht wird. In diesem Fall findet gerade eine Beschlussfassung **in der Versammlung** statt. Mit dem Wortlaut des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG ist dies zu vereinbaren. Im Übrigen kann man den Normzweck im Lichte des MaßnG-GesR interpretieren. Bei Schaffung des § 13 Abs. 1 S. 2 UmwG ließ sich die künftige Tatsachen- und Rechtsentwicklung noch nicht absehen.

Wir möchten jedoch darauf hinweisen, dass zu dieser Frage weder Rechtsprechung noch ausführliche Literatur existiert. Man sollte also nach dem Prinzip des sichersten Weges abgewägen, ob man die Versammlung nach vorgenannten Grundsätzen abhält oder nach Möglichkeit verschiebt (ausdrücklich von der elektronischen Versammlung bei Umwandlungsbeschlüssen abratend Lieder, ZIP 2020 837, 842 f.). Soweit möglich und öffentlich-rechtlich zulässig, kann es sich empfehlen, mit einer Präsenzversammlung zu arbeiten – ggf. unter großzügiger Verwendung von Vollmachten (wenn dies die Satzung zulässt, vgl. dazu BeckOGK-BGB/Notz, § 32 Rn. 141; MünchKommBGB/Leuschner, § 32 Rn. 29 ff.). Ratsam ist zumindest eine vorherige Abstimmung mit dem Registergericht dahingehend, ob es die hier vertretene Rechtsauffassung teilt. Diese Abstimmung kann zwar nicht zu einer rechtlich verbindlichen Klärung führen, sie hilft jedoch, das praktische Risiko abzuschätzen (vgl. § 20 Abs. 2 UmwG).

---

## BeurkG § 30; GBO § 35

### Nachweis der Erbfolge bei Testamentserrichtung durch Übergabe einer Schrift

---

#### I. Sachverhalt

Es wurde entsprechend den Ausführungen in DNotI-Report 7/2020, 50 ein Testament durch Übergabe einer offenen Schrift beurkundet.

#### II. Fragen

1. Hat ein durch Übergabe einer Schrift errichtetes öffentliches Testament erbscheinersetzende Wirkung i. S. d. § 35 Abs. 1 S. 2 GBO?

2. Macht es für den Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt einen Unterschied, ob die Schrift offen oder geschlossen übergeben wird?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren

Gem. § 35 Abs. 1 S. 1 GBO kann im Grundbuchverfahren der Nachweis der Erbfolge nur durch einen Erbschein oder ein Europäisches Nachlasszeugnis (ENZ) geführt werden. Beruht die Erbfolge jedoch auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, dann genügt es nach **§ 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GBO**, wenn anstelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden. Nur für den Fall, dass das Grundbuchamt die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen erachtet, kann es die Vorlage eines Erbscheins verlangen (§ 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GBO).

Soll die Erbfolge durch ein notarielles Testament (Erbvertrag) samt Eröffnungsniederschrift des Nachlassgerichts nachgewiesen werden, so hat das **Grundbuchamt** zunächst die **Formgültigkeit** und anschließend den **Inhalt des Testaments zu prüfen** (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 787). Dabei erstreckt sich die inhaltliche Prüfung auf die Erbeinsetzung und deren Beschränkung durch Vor- und Nacherbfolge oder durch Testamentsvollstreckung sowie auf die Frage, ob eine spätere Verfügung von Todes wegen infolge entgegenstehender Bindungswirkung unwirksam ist (vgl. BayObLG ZEV 2000, 233 = DNotI-Report 2000, 77; OLG Schleswig RNotZ 2007, 37, 38). Das Grundbuchamt hat dabei die Verfügung von Todes wegen **selbständig** – ggf. unter Heranziehung der gesetzlichen Auslegungsregeln – **auszulegen** und rechtlich zu würdigen, auch wenn es sich um rechtlich schwierige Fragen handelt (vgl. Schöner/Stöber, Rn. 787 m. w. N.; BeckOK-GBO/Wilsch, Std.: 1.3.2020, § 35 Rn. 104).

Das Grundbuchamt ist jedoch nicht berechtigt und verpflichtet, eigene Ermittlungen anzustellen (Schöner/Stöber, Rn. 788). Es kann daher zum Nachweis des Erbrechts einen Erbschein (bzw. ein ENZ) verlangen, wenn sich bei der Prüfung des Erbrechts begründete **konkrete Zweifel** ergeben, die sich **nur durch weitere Ermittlungen** über den tatsächlichen Willen des Erblassers oder sonstige tatsächliche Verhältnisse klären lassen (Schöner/Stöber, Rn. 788 m. w. N.; Meikel/Krause, GBO, 11. Aufl. 2015, § 35 Rn. 117 m. w. N.; vgl. dazu auch Böhringer, ZEV 2001, 387).

##### 2. Verfügung von Todes wegen durch Übergabe einer Schrift: Eignung als Erbnachweis

Bei dem durch Übergabe einer offenen oder verschlossenen Schrift beurkundeten Testament (§ 30 BeurkG) handelt es sich um ein öffentliches Testament (vgl. § 2232 BGB) oder einen Erbvertrag (vgl. § 2276 Abs. 1 S. 2 BGB), also um eine **öffentliche Verfügung von Todes wegen**. Ein solches Testament bzw. ein solcher Erbvertrag ist daher grundsätzlich auch ein geeigneter Erbnachweis i. S. v. § 35 Abs. 1 S. 2 GBO (vgl. Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 35 Rn. 33, 35; Meikel/Krause, § 35 Rn. 105 – jeweils bezogen auf alle zur Niederschrift eines Notars errichteten Testamente oder Erbverträge). Hierbei spielt es **nach dem Gesetz keine Rolle, ob** die Schrift, die der Errichtung der öffentlichen Verfügung von Todes wegen zugrunde liegt, dem Notar **offen oder verschlossen übergeben** worden ist.

Wie oben bereits ausgeführt, genügt die Vorlage einer öffentlichen Verfügung von Todes wegen (nebst Eröffnungsniederschrift) jedoch nicht zwangsläufig und in allen Fällen als Erbnachweis im Grundbuchverfahren. Aus den vorgelegten Urkunden muss sich vielmehr auch einigermaßen klar und eindeutig die jeweilige Erbfolge ergeben. Das **Grundbuchamt** kann ausnahmsweise die Vorlage eines Erbscheins oder eines ENZ verlangen, wenn es die **Erbfolge** durch die vorgelegten Urkunden **nicht für nachgewiesen erachtet** (§ 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GBO). „Nicht nachgewiesen“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass tatsächliche Ermittlungen über Umstände angestellt werden müssen, die sich außerhalb der Urkunde befinden (vgl. BeckOK-GBO/Wilsch, § 35 Rn. 113 m. w. N.). Insoweit sind u. E. – was die Eignung als Erbnachweis anbelangt – bei offen oder verschlossenen übergebenen Schriften Unterschiede denkbar, denn bei Übergabe einer **verschlossenen Schrift** prüft der Notar den Inhalt nicht und berät nicht hinsichtlich der Formulierung und des Inhalts (vgl. nur BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, Std.: 1.4.2020, § 30 Rn. 11).

Tatsächlich mag es daher gerade bei Errichtung einer öffentlichen Verfügung von Todes wegen durch Über-

gabe einer geschlossenen Schrift häufiger der Fall sein, dass das Testament bzw. der Erbvertrag keinen klaren Nachweis der Erbfolge ermöglicht und daher wegen der vorzunehmenden tatsächlichen Ermittlungen – wofür ausschließlich das Nachlassgericht zuständig ist – doch die Einholung und Vorlage eines Erbscheins erforderlich wird. Klassischer Beispielfall wäre die in der verschlossenen Schrift enthaltene Einzelzuweisung von Nachlassgegenständen ohne eigentliche Bestimmung der Erbfolge (hier lässt sich auch unter Heranziehung der gesetzlichen Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB die Erbfolge nicht ermitteln, wenn erst die Werte der einzelnen Nachlassgegenstände ermittelt werden müssen). Zu denken wäre aber auch an eine unbestimmte Bezeichnung der Erben (wie z. B. „meine nächsten Verwandten“, unsere „herzensguten Nachbarn“ usw.), bei der die Erben erst aufgrund Ermittlungen tatsächlicher Art konkretisiert werden müssen.

Bei offen übergebenen Schriften, namentlich solchen, die vom Notar entworfen wurden, dürften diese Probleme angesichts der notariellen Beratungspflicht (§ 17 BeurkG) nicht in gleichem Maße auftreten. Allerdings ist es auch hier nicht ganz ausgeschlossen, dass das Testament (bzw. der Erbvertrag) im Einzelfall nicht als Erbnachweis genügt, etwa weil es in einer fremden Sprache oder unter Verwendung besonderer Schriftzeichen errichtet wurde (vgl. Gutachten DNotI-Report 2020, 50) oder weil ein später errichtetes privatschriftliches Testament vorliegt, das nicht offenbar ungültig, widerrufen oder für die Erbfolge ohne Bedeutung ist (vgl. OLG Frankfurt NJW-RR 2005, 380; Meikel/Krause, § 35 Rn. 150).

Diese Sonderkonstellationen ändern aber nichts an der grundsätzlichen Feststellung, dass auch ein durch Übergabe einer offenen oder verschlossenen Schrift errichtetes öffentliches Testament (oder ein solchermaßen errichteter Erbvertrag) nebst Eröffnungsniederschrift im Grundsatz einen geeigneten Erbnachweis i. S. v. § 35 Abs. 1 S. 2 GBO darstellt.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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.

**GenG § 43; MaßnG-GesR § 3; UmwG § 13 Abs. 1 S. 2**

**Elektronische Teilnahme an einer Generalversammlung; virtuelle Generalversammlung; Präsenzgebot**

Abruf-Nr.:

**GBO §§ 22, 29, 52**

**Löschung eines Testamentsvollstreckervermerks; Anforderungen an den Nachweis der Grundbuchrichtigkeit bei Wegfall des Testamentsvollstreckers; Anordnung der Testamentsvollstreckung durch privatschriftliches Testament**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BGB §§ 164 Abs. 1 S. 2, 611, 675, 2314**

**Nachlassverzeichnis; Beauftragung eines Rechtsanwalts im Ausland; Kostenerstattung**

**1. Beauftragt der Notar bei Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses einen Rechtsanwalt im Ausland mit Ermittlungen, so ist in der Regel davon auszugehen, dass er dies im Namen des Beteiligten und nicht im eigenen Namen tut.**

**2. Der Rechtsanwalt hat gegen den Notar in diesem Fall keinen Anspruch aus einem Geschäftsbesorgungsvertrag auf Erstattung von Rechtsanwaltskosten.** (Leitsätze der DNotI-Redaktion)

AG Aachen, Urt. v. 13.2.2020 – 107 C 301/19

### Problem

Der Notar wurde mit der Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses beauftragt. Aus diesem Grund kontaktierte er einen Rechtsanwalt, der im Ausland Ermittlungen durchführen sollte. Der Rechtsanwalt forderte daraufhin beim Verzeichnisverpflichteten (im Folgenden: Beteiligten) einen Kostenvorschuss an; der

Notar leitete diesen im Namen des Beteiligten an den Rechtsanwalt weiter. Nach Durchführung der Ermittlungen (die dem Umfang nach im Einzelnen streitig waren) verlangte der Rechtsanwalt ausstehendes Honorar vom Notar.

### Entscheidung

Nach Ansicht des AG Aachen ist zwischen dem Notar und dem Rechtsanwalt kein Geschäftsbesorgungsvertrag zustande gekommen. Es ergebe sich aus den Umständen, dass die Beauftragung im Namen des Beteiligten erfolgt sei (§ 164 Abs. 1 S. 2 BGB). Dem stehe nicht entgegen, dass den Notar eigene Ermittlungspflichten träfen. Für den Vergütungsanspruch komme es nämlich darauf an, wer den Rechtsanwalt tatsächlich beauftragt habe, und das sei vorliegend der Notar im Namen des Beteiligten gewesen. Dies ergebe sich schon daraus, dass der Rechtsanwalt den Kostenvorschuss vom Beteiligten und nicht vom Notar angefordert habe.

### Weiterführender Literaturhinweis

Vgl. zu den Ermittlungspflichten außerhalb des Amtsbereichs und Amtsbezirks *Schönenberg-Wessel*, Das notarielle Nachlassverzeichnis, 2020, § 13 Rn. 100 ff. und zu Ermittlungen im Ausland § 13 Rn. 119.

---

### BNotO § 15 Abs. 2; BGB § 469

#### Rechtsmissbräuchliche Ausübung eines Vorkaufsrechts

**Die Ausübung eines Vorkaufsrechts ist rechtsmissbräuchlich, wenn der Vorkaufsberechtigte zum Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts finanziell offensichtlich nicht in der Lage ist, die im Vertrag vereinbarte Anzahlung zu leisten.** (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

LG Frankfurt a. M., Beschl. v. 15.1.2020 – 2-17 T 47/19

### Problem

Die Entscheidung betrifft eine Notarbeschwerde gem. § 15 Abs. 2 BNotO. Mit der Beschwerde richtete sich die Beschwerdeführerin gegen einen Vorbescheid des Notars, in dem dieser den Vollzug eines Kaufvertrags ankündigte.

Die Beschwerdeführerin ist dinglich Vorkaufsberechtigte. Der Notar übersandte ihr am 12.8.2019 eine auszugsweise Ausfertigung des Kaufvertrags mit der Bitte um Mitteilung, ob sie von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch machen werde. Daraufhin erklärte die Beschwerdeführerin dem Notar gegenüber in einem Schreiben vom 4.10.2019, dass sie von ihrem Vorkaufsrecht „Gebrauch

machen werde“. Die Verkäuferin übersandte der Vorkaufsberechtigten am 17.10.2019 den Entwurf einer Abwicklungsvereinbarung bzgl. des Zweitkaufvertrags. Verbunden damit war die Aufforderung zur umgehenden Anzahlung eines Kaufpreisteils (entsprechend der Vereinbarung im ursprünglichen Kaufvertrag). Die Vorkaufsberechtigte zahlte jedoch nicht, da sie dazu nach den Feststellungen des Landgerichts zum Zeitpunkt der Ausübung finanziell nicht in der Lage war. Nach Ablauf der Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts erließ der Notar den angegriffenen Vorbescheid: Er kündigte an, den Erstkaufvertrag nunmehr zu vollziehen, da das Vorkaufsrecht nicht wirksam ausgeübt worden sei.

Im Einzelnen ist zwischen den Beteiligten streitig, ob das Vorkaufsrecht durch die Erklärung gegenüber dem Notar, dass von dem Vorkaufsrecht „Gebrauch gemacht werde“, wirksam und rechtzeitig ausgeübt wurde.

### Entscheidung

Das LG Frankfurt geht davon aus, dass das Vorkaufsrecht zwar grundsätzlich gegenüber dem Notar wirksam ausgeübt werden könne. Verlange der Urkundsnotar des Kaufvertrags mit dem Dritten Mitteilung darüber, ob der Berechtigte sein Vorkaufsrecht ausübe, dann gelte der Notar als zur Entgegennahme der Ausübungserklärung ermächtigt (m. Verw. auf OLG Frankfurt NotBZ 2006, 210 = BeckRS 2004, 08267; Staudinger/Schermaier, BGB, 2013, § 464 Rn. 1).

Im Ergebnis komme es darauf jedoch nicht an, denn die Wirksamkeit der Ausübungserklärung scheide bereits deshalb aus, weil sie **rechtsmissbräuchlich** erfolgt sei. Die Vorkaufsberechtigte sei offensichtlich zum Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts finanziell nicht in der Lage gewesen, den Kaufpreis unverzüglich bei Nennung eines Notaranderkontos (wie in § 3 Ziff. 1 des Kaufvertrags vorgesehen) zu bezahlen. Die **Leistungsfähigkeit im Zeitpunkt der Vorkaufsrechtsausübung** sei jedoch erforderlich.

Dem stehe nicht entgegen, dass eine Klausel im Kaufvertrag, wonach die Fälligkeit bereits mit Ausübung des Vorkaufsrechts eintrete, die Ausübung des Vorkaufsrechts erschweren könnte. Der Vorkaufsberechtigte sei ausreichend dadurch geschützt, dass ihm eine **zwei-monatige Ausübungsfrist nach § 469 BGB** zustehe. § 469 BGB solle gerade die divergierenden Interessen von Vorkaufsberechtigtem und Vorkaufsverpflichtetem zum Ausgleich bringen. Der Vorkaufsverpflichtete setze durch Mitteilung an den Vorkaufsberechtigten eine Frist in Gang, nach deren Ablauf er Gewissheit darüber haben möchte, mit welchem Vertragspartner der

Kaufvertrag durchzuführen sei. Der Vorkaufsberechtigte habe innerhalb dieser Frist festzustellen, ob er den Kaufvertrag erfüllen wolle und könne. Erkläre der Vorkaufsberechtigte kurz vor Fristablauf die Ausübung des Vorkaufsrechts, ohne zu wissen, ob er die sofort fällige Zahlungspflicht aus dem Kaufvertrag werde erfüllen können, so verhalte er sich dem Verkäufer gegenüber treuwidrig.

Die Entscheidung ist rechtskräftig.

**Postvertriebsstück: B 08129**

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

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**[www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)**

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

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

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AktG §§ 130, 241 Nr. 2; BeurkG §§ 8 ff. – Anforderungen an die Protokollierung einer Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft; Beurkundung von Willenserklärungen; Feststellung des Beschlussergebnisses

WEG § 26; MaßnG-GesR § 6 – Wiederaufleben der Verwalterbestellung; Rückwirkung; COVID-19-Gesetz

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB § 917 – Kein gewohnheitsrechtliches Wegerecht aufgrund Duldung durch den Nachbarn

#### Aktuelles

Legalisation / Apostille im Vereinigten Königreich

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### AktG §§ 130, 241 Nr. 2; BeurkG §§ 8 ff. Anforderungen an die Protokollierung einer Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft; Beurkundung von Willenserklärungen; Feststellung des Beschlussergebnisses

#### I. Sachverhalt

Ein Notar hatte die Hauptversammlung einer (nicht börsennotierten) Mehrpersonen-AG nach den Vorschriften der §§ 8 ff. BeurkG beurkundet und in der Niederschrift weder die Art der Stimmabgabe noch die Feststellung des (jeweils einstimmigen) Abstimmungsergebnisses ausgewiesen.

#### II. Frage

Müssen bei der Beurkundung einer Hauptversammlung die Vorgaben des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG zwingend im

Protokoll verlaubar werden, wenn eine Vollversammlung mit einstimmigen Beschlüssen im Verfahren nach den §§ 8 ff. BeurkG beurkundet wird?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Zulässige Beurkundungsformen für die Niederschrift über die Hauptversammlung

Nach § 130 Abs. 1 AktG sind die Beschlüsse der Hauptversammlung regelmäßig durch eine „notariell aufgenommene Niederschrift“ zu beurkunden.

##### a) Tatsachenprotokoll oder Niederschrift über Willenserklärungen

Die ganz **h. M.** (OLG München DNotZ 2011, 142, 146; LG Stuttgart, Beschl. v. 11.10.2007 – 34 T 5/07 – abrufbar über <https://www.dnoti-online-plus.de>; Wicke, in: Spindler/Stilz/Wicke, AktG, 4. Aufl. 2019, § 130 Rn. 15; Grigoleit/Herrler, AktG, 1. Aufl. 2013, § 130 Rn. 14; Heidel/Terbrack/Lohr, Aktienrecht, 5. Aufl. 2019, § 130 Rn. 15; Röhl, DNotZ 1979, 644, 650; aus der beurkundungsrechtlichen Literatur Limmer, in: Eylmann/Vaasen, 4. Aufl. 2016, § 130 Rn. 1; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, Vorb. § 36

Rn. 15) geht davon aus, dass die Niederschrift auch nach den Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen (§ 8 ff. BeurkG) errichtet werden kann, mithin nicht nur die Errichtung eines Tatsachenprotokolls nach den §§ 36 f. BeurkG den Formvorgaben des § 130 Abs. 1 AktG entspricht.

Einzig *Ziemons* (in: K. Schmidt/Lutter AktG, 3. Aufl. 2015, § 130 Rn. 57) ist der Auffassung, eine Beurkundung nach Maßgabe der §§ 8 ff. BeurkG scheidet aus praktischen Gründen aus. „Theoretisch“ sei zwar eine Beurkundung nach den Vorschriften über Willenserklärungen zulässig, jedoch setze dies voraus, dass der bzw. die Erschienenen exakt jene Erklärungen zur Niederschrift abgeben, die im Falle einer Tatsachenbeurkundung gem. § 130 AktG protokolliert werden. Nach der Auffassung *Ziemons* „gleiche das Protokoll dann mehr einem Drehbuch“. Unklar ist jedoch, welche Konsequenzen die Autorin im Einzelnen daraus ziehen will.

#### b) Stellungnahme

Insbesondere vor dem Hintergrund der überzeugenden Entscheidung des OLG München (DNotZ 2011, 142, 146) ist nach unserer Auffassung von der **Zulässigkeit einer Beurkundung nach Maßgabe der §§ 8 ff. BeurkG** auszugehen (vgl. bereits Gutachten DNotI-Report 1997, 228, 229). Zutreffend ist die Aussage des Gerichts, der Notar habe die **Wahl**, ob er über die Hauptversammlung eine Niederschrift nach den §§ 36 f. BeurkG oder nach den Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen (§ 8 ff. BeurkG) aufnehmen wolle. § 130 AktG schließt vom Wortlaut her, aber auch nach Sinn und Zweck ein Vorgehen nach den §§ 8 ff. BeurkG nicht aus. Ein solches Vorgehen wird sich zwar nur bei der **Einpersonen-AG** oder einer Gesellschaft mit wenigen Aktionären und (zu erwartender) **Einstimmigkeit** anbieten, kommt in diesen Fällen aber in der Praxis durchaus vor. Auch steht aus unserer Sicht diesem Ergebnis nicht die BGH-Entscheidung zur Berichtigung des notariellen Protokolls einer Hauptversammlung entgegen (DNotZ 2018, 382). Dort führt der BGH zwar aus, dass „das notarielle Hauptversammlungsprotokoll gem. § 130 Abs. 1 AktG den Charakter eines Berichts des Notars über seine Wahrnehmungen habe und damit eine Tatsachenurkunde sei“ (BGH DNotZ 2018, 382, 384 Rz. 26). Aus dieser Entscheidung lässt sich jedoch nicht entnehmen, dass die Niederschrift nach § 130 Abs. 1 AktG zwingend stets nach den § 36 f. BeurkG zu errichten sei. Vielmehr befasst sich die BGH-Entscheidung mit Feststellungen für den Fall, dass eine Niederschrift nach § 130 Abs. 1 AktG gerade in der Form der §§ 36 f. BeurkG errichtet wurde (aufgrund dieser Entscheidung empfehlen bspw. Heckschen/Kreußlein, NZG 2018,

401, 416, dass der Notar eine Niederschrift grundsätzlich nur als Tatsachenprotokoll errichten solle, um auf die Möglichkeiten des § 44 a BeurkG ohne Weiteres und ohne Wiederholung der Versammlung zurückgreifen zu können).

#### 2. Notwendigkeit der Einhaltung der Anforderungen des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG bei Beurkundung der Hauptversammlung nach den Vorschriften über Willenserklärungen

Gelangt man mit der h. M. zur Zulässigkeit der Beurkundung einer Hauptversammlung nach den Vorschriften über Willenserklärungen, so stellt sich weiter die Frage, ob die Vorgaben des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG zwingend (im Sinne einer ausdrücklichen Angabe) in der Niederschrift enthalten sein müssen.

##### a) Regelung zu Förmlichkeiten der Niederschrift

Nach § 130 Abs. 2 S. 1 AktG sind in der Hauptversammlungsprotokoll u. a. auch die **Feststellungen des Vorsitzenden über die Beschlussfassung** anzugeben. Enthält ein notarielles Hauptversammlungsprotokoll diese Feststellungen nicht, ist grundsätzlich die **Nichtigkeit** der in der Hauptversammlung gefassten Beschlüsse die Folge (§ 241 Nr. 2 AktG). Die h. L. geht in diesem Zusammenhang davon aus, dass selbst bei einer Vollversammlung nur im Falle einer Einpersonengesellschaft auf einen Hauptversammlungsleiter verzichtet werden könne (vgl. MünchKommAktG/Kubis, 4. Aufl. 2018, § 119 Rn. 105 m. w. N.; Wicke, in: Spindler/Stilz, Anhang zu § 118-120 Rn. 1), weil es (nur) dort keine Beschlüsse, sondern lediglich Willenserklärungen des Alleinaktionärs gebe, die den Beschluss als solchen zustande bringen. Nur wenige Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung setzen sich allerdings mit der Frage auseinander, ob auch bei einer Niederschrift nach den §§ 8 ff. BeurkG die Förmlichkeiten des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG in dem Sinne zwingend zu beachten sind, dass die Nichtbeachtung zur Nichtigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses führt.

##### b) Keine Differenzierung im Wortlaut des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG

Vertreten wird, dass der Notar auch bei einer Beurkundung der Hauptversammlung nach Maßgabe der §§ 8 ff. BeurkG **zwingend (als Wirksamkeitsvoraussetzung) die Förmlichkeiten des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG** in seiner Niederschrift **einzuhalten** habe (Heidel/Terbrack/Lohr, § 130 Rn. 15; so auch *Ziemons*, § 130 Rn. 57 für den „theoretischen Fall“ einer Beurkundung nach den Vorschriften über Willenserklärungen; in diesem Sinne [wohl auch, allerdings ohne auf die Spezifika des gewählten Beurkundungsverfahrens einzugehen] LG München I NZG 2012, 1310, 1311 f. in Bezug auf die durch § 130 Abs. 2 S. 1 AktG ge-

forderte Angabe der Verfahrensart [Additions- oder Substraktionsmethode]; Winkler, § 37 Rn. 25 unter Verweis auf Röhl, DNotZ 1979, 644, 650, der aber zu der Frage des § 130 Abs. 2 AktG keine Stellung bezieht; ähnlich auch noch DNotI-Report 1997, 228, 229). Eine Gestaltung der Niederschrift bspw. nach dem Vorbild typischer Formulierungen bei GmbH-Gesellschafterversammlungen wäre danach unzulässig (Heidel/Terbrack/Lohr, § 130 Rn. 15). Dafür spricht in der Tat der **Wortlaut** des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG, der **keine Einschränkungen** je nach Art des Beurkundungsverfahrens vorsieht.

### c) Teleologische Reduktion des § 130 Abs. 2 AktG

#### aa) LG Stuttgart

Das LG Stuttgart (Az.: 34 T 5/07 – abrufbar über <https://www.dnoti-online-plus.de>) sieht dagegen die **fehlende Einhaltung der Vorgaben des § 130 Abs. 2 AktG** bei Wahl der Beurkundungsform der §§ 8 ff. BeurkG im Ergebnis als **unschädlich** an. In dem dort zu entscheidenden Fall fehlten in der Niederschrift Angaben über den Versammlungsleiter sowie über Art und Ergebnis der Abstimmung. Das Registergericht erachtete die Beschlussfassung wegen Verstoßes gegen § 241 Abs. 1 Nr. 2 AktG i. V. m. § 130 Abs. 2 AktG für nichtig. Der von der Gesellschaft eingelegte Beschwerde gab das Landgericht statt. Nach Ansicht des Beschwerdegerichts solle die Feststellung des Hauptversammlungsleiters über den Inhalt eines Beschlusses und die dafür notwendige Mehrheit die Rechtslage klarstellen und den Beteiligten damit eine sichere Unterlage für eine etwaige Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage geben. Wenn jedoch diese Feststellung zu einer **bloßen Formalität** herabsinke, nämlich dann, wenn nach den Umständen durch die sich aus der Urkunde ergebenden Stimmverhältnisse allein schon die **Annahme des Beschlusses „unzweifelhaft klar“** sei, könne auf diese Feststellung verzichtet werden.

#### bb) Literatur

Gewichtige Stimmen in der Literatur (teilweise unter Bezugnahme auf die referierte Entscheidung des LG Stuttgart) sprechen sich für eine **teleologische Reduktion** des konstitutiven Beschlussfeststellungserfordernisses und der sonstigen Formalitäten des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG im Fall der Beurkundung einer Hauptversammlung nach den §§ 8 ff. BeurkG aus (Grigoleit/Herrler, § 130 Rn. 14 u. Rn. 39; zweifelnd auch Wicke, § 130 Rn. 15; KölnKommAktG/Noack/Zetzsche, 3. Aufl. 2011, § 130 Rn. 220 [Eigenfeststellung durch teilnehmende Aktionäre entspricht funktional der Feststellung durch Vorsitzenden]; Noack, FS für Happ (2006), 201, 207 [für privatschriftliches Protokoll]). Der Verzicht auf die Feststellungen des § 130 Abs. 2 AktG wird unter Hinweis auf die genaue Proto-

kollierung der jeweiligen Erklärungen, die verlesen und durch Unterschrift aller Beteiligten genehmigt würden, begründet. Vor diesem Hintergrund sei in diesem Fall eine Feststellung i. S. v. § 130 Abs. 2 S. 1 AktG obsolet. Gleichwohl rät Herrler (in: Grigoleit, § 130 Rn. 29) angesichts der insoweit umstrittenen Rechtslage und der im Raum stehenden Nichtigkeitssanktion (§ 241 Nr. 2 AktG) zur Beachtung aller Vorgaben des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG.

#### d) Stellungnahme

Nach unserer Auffassung ist eine Einhaltung der Vorgaben des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG bei der Protokollierung einer Hauptversammlung nach den Vorschriften über Willenserklärungen jedenfalls bei einstimmiger Beschlussfassung **keine Wirksamkeitsvoraussetzung**. Vielmehr ist in diesem Fall die Vorschrift teleologisch zu reduzieren.

Zwar unterscheidet der **Wortlaut** des § 130 Abs. 1 AktG nicht zwischen den beiden Arten der möglichen Niederschriftsformen des notariellen Protokolls. Daher ist bei entsprechender Wortlautanwendung auch der Abs. 2 S. 1 AktG bei Niederschriften nach den §§ 8 ff. BeurkG zu beachten. Eine Anwendung ist aber in diesem Fall nach **Sinn und Zweck der Norm** nicht geboten. Die Vorschrift verfolgt vor allem den Zweck, die für etwaige Nichtigkeits- und Anfechtungsklagen rechtserheblichen Tatsachen der Beschlussfassung in einer mit Beweiskraft (§ 415 ZPO) ausgestatteten Urkunde festzuhalten und Klarheit darüber zu schaffen, ob Beschlussanträge abgelehnt oder angenommen wurden. Es soll aus Gründen der **Rechtssicherheit und Transparenz** – im Interesse der (künftigen) Aktionäre, der Gesellschaftsgläubiger und der Öffentlichkeit – klar sein, ob und welche Beschlüsse – ungeachtet der Frage nach ihrer Wirksamkeit und Rechtmäßigkeit – zu Stande gekommen sind (BGH DNotZ 2018, 382).

Auch der BGH (DNotZ 2018, 382, 394 Rz. 62) lässt die Tendenz erkennen, dass bei Erkennbarkeit des Ergebnisses der Hauptversammlung eine zu strenge Förmerei nicht dem Zweck des Beurkundungsverfahrens entspricht:

*„[...] ist der mit der Beurkundung verfolgte Zweck, die Willensbildung der Gesellschaft zweifelsfrei und in streitausschließender Weise zu dokumentieren, trotz der Mängel der Niederschrift erreicht. Wegen der Eindeutigkeit des Ergebnisses, das in der Niederschrift nachvollziehbar festgehalten ist, wäre es bloßer Formalismus, trotz der Zweckerreichung an der strengen Nichtigkeitsfolge festzuhalten. Zu einer Abschwächung des Beurkundungserfordernisses führt die Berücksichtigung der Zweckerreichung nicht, weil nicht die Beurkundungspflicht eingeschränkt*

wird, sondern die Rechtsfolgen einer fehlerhaften Beurkundung beschränkt werden, wenn der Beurkundungszweck erreicht worden ist. Die Rechtssicherheit ist davon nicht berührt.“

(BGH DNotZ 2018, 382, 394 Rz. 62)

Die von § 130 Abs. 2 S. 1 AktG geforderten Merkmale (Ort und der Tag der Verhandlung, der Name des Notars sowie die Art und das Ergebnis der Abstimmung und die Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlussfassung) lassen sich auch zweifelsfrei für den Rechtsverkehr aus einer Niederschrift über Willenserklärungen entnehmen. So sind Ort und der Tag der Verhandlung sowie der Name des Notars bereits im Rubrum der Niederschrift enthalten (vgl. § 9 Abs. 2 BeurkG).

Des Weiteren wird auch den Anforderungen des BGH Genüge getan, der für die **Art der Abstimmung** verlangt, dass erkennbar ist, in welcher Weise (ob mündlich, schriftlich, durch Handerheben oder mittels welcher sonstigen Betätigung) abgestimmt wurde (BGH DNotZ 2018, 382, 384 Rz. 22). Denn dem Rubrum einer Niederschrift nach den §§ 8 ff. BeurkG lässt sich durch **Auslegung der notariellen Eingangsformel** entnehmen, dass Erklärungen der Erschienenen „mündlich“ abgegeben werden. Diese Erklärungen werden durch den Notar verlesen. Das **Ergebnis der Abstimmung** lässt sich auch unproblematisch aus der Niederschrift entnehmen, nämlich indem die einzelnen Erklärungen der Beteiligten betrachtet werden. Üblicherweise erfolgt dies bei einstimmigen Abstimmungsergebnissen durch Formulierungen wie: „beschließen einstimmig, x“. Allein die **Feststellung des Vorsitzenden** über die Beschlussfassung fehlt dann aber im zu begutachtenden Fall. Prinzipiell werden den Aktionären aber die Fassung des Beschlusses sowie dessen Inhalt durch Verlesen des Protokolls seitens des Notars nochmals mitgeteilt; ihre **Kenntnisnahme und Zustimmung** dokumentieren sie durch ihre **Unterschrift**. Daher würde eine Beschlussfeststellung durch den zu bestimmenden Versammlungsleiter keine darüber hinausgehende Funktion erfüllen und sich somit als bloße Förmerei erweisen (Grigoleit/Herrler, § 130 Rn. 39). Auch das BayObLG ließ die Tendenz erkennen, dass, wenn den Umständen nach durch die Feststellung des Stimmverhältnisses allein schon die Annahme unzweifelhaft klar ist (z. B. bei der Einpersonengesellschaft oder bei Einstimmigkeit), eine besondere Feststellung des Vorsitzenden entbehrlich sein kann und diese Feststellung dann zu einer bloßen Formalität herabsinke (BayObLG NJW 1973, 250, 251). Folglich kann man auch im zu begutachtenden Fall eine Feststellung des Vorsitzenden als entbehrlich betrachten, denn Sinn und Zweck einer anfechtungssicheren Ergebnisfeststellung werden durch die Wahl

des Beurkundungsverfahrens (Niederschrift über die Willenserklärungen) erreicht. Ungeachtet dessen ist aber nach dem Gebot des sichersten Weges und der umstrittenen Rechtslage eine Beschlussfeststellung in der Niederschrift jedenfalls anzuraten.

### 3. Ergebnis

Wir gehen davon aus, dass bei einer Beurkundung eines **einstimmig gefassten Hauptversammlungsbeschlusses** im Wege der Beurkundung von Willenserklärungen die **Angaben des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG** für die Beschlusswirksamkeit **nicht erforderlich** sind. Nichtsdestotrotz ist es – schon im Lichte einer fehlenden höchstrichterlichen Klärung – jedenfalls empfehlenswert, auch in diesem Fall diese Vorgaben zu beachten. Erst recht gilt dies, falls sich eine fehlende Einstimmigkeit der Beschlussfassung abzeichnen sollte, zumal in diesem Fall die Argumente für die aufgezeigte teleologische Reduktion zumindest an Überzeugungskraft verlieren.

---

## WEG § 26; MaßnG-GesR § 6 Wiederaufleben der Verwalterbestellung; Rückwirkung; COVID-19-Gesetz

---

### I. Sachverhalt

Der Notar soll in der Fälligkeitmitteilung der Kaufpreiszahlung eines am 11.3.2020 beurkundeten Wohnungsverkaufvertrags u. a. bestätigen, dass der Verwalter dem Vertrag zugestimmt hat. Es liegt nun eine am 19.3.2020 in notariell beglaubigter Form erteilte Verwalterzustimmung vor. Zusammen mit dieser wurde ein formgerechtes Versammlungsprotokoll vom 6.5.2014 vorgelegt, wonach der Verwalter, der die Zustimmungserklärung unterzeichnet hat, wie folgt bestellt wurde:

„Wiederbestellung der Hausverwaltung. Konditionen x € mtl.... Vertragslaufzeit: 1.3.2015 bis 28.2.2020. Die Verwaltung wird einstimmig wiederbestellt.“

### II. Fragen

1. Kann der Verwalter trotz der am 28.2.2020 abgelaufenen Verwalterbestellung dem Vertrag zustimmen oder greift § 6 Abs. 1 MaßnG-GesR (Art. 2 COVID-19-Gesetz) nur, wenn die Verwalterbestellung nach Inkrafttreten des Gesetzes ausläuft?
2. Für den Fall, dass Frage 1.) zu bejahen ist: Müsste die am 19.3.2020, also vor Inkrafttreten des MaßnG-GesR, erteilte Zustimmung nochmals wiederholt werden?
3. Würde die Verwalterbestellung gem. § 6 Abs. 1 MaßnG-GesR auch wieder aufleben, wenn die Eigen-

tümergeinschaft den Verwalter am 31.1.2020 abberufen hätte?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Auswirkungen des § 6 MaßnG-GesR auf die Verwalterbestellung

Der Verwalter wird gem. § 26 Abs. 1 S. 1 WEG durch Beschluss der Wohnungseigentümer mit Stimmenmehrheit bestellt. Die Bestellung darf höchstens auf fünf Jahre vorgenommen werden, vgl. § 26 Abs. 1 S. 2 WEG. Im vorliegenden Protokoll ist davon die Rede, dass „die Vertragslaufzeit“ vom 1.3.2015 bis 28.2.2020 läuft. Dies ist insofern nicht ganz präzise, als die Bestellung zum Verwalter vom Abschluss des Verwaltervertrages zu unterscheiden ist. Man wird aber durch Auslegung zu dem Ergebnis kommen, dass auch die Verwalterbestellung für den Zeitraum vom 1.3.2015 bis 28.2.2020 bestehen sollte. Die Bestellung endete dementsprechend mit dem Ablauf des 28.2.2020, sodass zum Zeitpunkt der Erteilung der Verwalterzustimmung der Verwalter nicht mehr im Amt war. In der Praxis wird zwar häufig eine Bestellung mit „Rückwirkung“ beschlossen (vgl. BeckOGK-WEG/Greiner, Std.: 1.12.2019, § 26 Rn. 77). Eine solche Bestellung mit Rückwirkung hat allerdings nur Wirkung im Innenverhältnis. Im Außenverhältnis kann eine Bestellung mit Rückwirkung nicht eintreten, da eine Organstellung nicht rückwirkend verliehen werden kann. Handlungen, die der Verwalter in seiner Eigenschaft in dieser Zeit abgegeben hat, sind unwirksam und können auch nicht nachträglich geheilt werden (vgl. DNotI-Report 2006, 26).

Es stellt sich allerdings die Frage, ob dies auch unter dem MaßnG-GesR gilt. § 6 MaßnG-GesR regelt, dass der zuletzt bestellte Verwalter i. S. d. Wohnungseigentumsgesetzes bis zu seiner Abberufung oder bis zur Bestellung eines neuen Verwalters im Amt bleibt. Aus der Gesetzesbegründung geht u.a. Folgendes hervor:

*„Die Vorschrift gilt sowohl für den Fall, dass die Amtszeit des Verwalters zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Vorschrift bereits abgelaufen ist, als auch für den Fall, dass sie erst danach abläuft.“*

(BT-Drucks. 19/18110, S. 31)

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich also verhältnismäßig eindeutig, dass die Vorschrift auch den vorliegenden Fall erfasst, sodass der Verwalter, dessen Bestellung am 28.2.2020 ablief, wieder im Amt ist. Auch wenn der Wortlaut der Vorschrift „bleibt im Amt“ diese in den Gesetzgebungsmaterialien wiedergegebene Auffassung nicht eindeutig abbildet, wird man jedoch jedenfalls durch teleologische Extension zu keinem anderen Ergebnis kommen können (MünchKomm-BGB/Cziupka,

§ 26 WEG Rn. 23b – beck-online Aktualisierung vom 4.5.2020). Noch nicht beantwortet ist damit allerdings die Frage der Rückwirkung. Zur Rückwirkung äußert sich die Gesetzesbegründung nicht.

Grundsätzlich ist das Gesetz am 28.3.2020 in Kraft getreten (vgl. Art. 6 COVID-19-G). Es dürfte davon auszugehen sein, dass Gesetze erst ab dem Zeitpunkt ihres Inkrafttretens Wirkung entfalten und eine Rückwirkung gesondert anzuordnen wäre. Wir würden deshalb davon ausgehen, dass die Verwalterbestellung mit dem Inkrafttreten des Gesetzes wieder auflebt und nicht rückwirkend ab dem 1.3.2020 fortbesteht. Das widerspricht auch nicht dem Sinn und Zweck des Gesetzes, der nicht darin liegt, sämtlichen Wohnungseigentümergeinschaften eine lückenlose Verwalterbestellung zu gewährleisten, sondern vielmehr darin, dem Umstand Rechnung zu tragen, dass in der aktuellen Situation WEG-Versammlungen mit Neuwahlen des Verwalters nicht durchführbar sind.

#### 2. Wiederholung der entsprechenden Verwalterzustimmung

Es ist anerkannt, dass die Berechtigung des Verwalters im Zeitpunkt der Abgabe der Zustimmungserklärung gem. § 12 WEG vorliegen muss (MünchKommBGB/Commichau, 8. Aufl. 2020, § 12 WEG Rn. 14; BeckOK-WEG/Hogenschurz, Std.: 1.2.2020, § 12 Rn. 45). Wie oben dargestellt, sieht das MaßnG-GesR eine Rückwirkung nicht vor (so auch Schmidt/Zscheschack, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 2020, § 4 Rn. 81; ders. ZWE 2020, 165, 166; Staudinger/Jacoby, BGB, Neubearb. 2018, § 26 WEG, Rn. 114.2 – juris), sodass die Verwaltereigenschaft *nicht* rückwirkend wieder auflebt, sondern vielmehr erst **ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes**. Es dürfte deshalb erforderlich sein, die Verwalterzustimmung erneut zu erklären.

#### 3. Rechtslage bei vorheriger Abberufung des Verwalters

Wurde der Verwalter vor Inkrafttreten des § 6 Abs. 1 MaßnG-GesR abberufen, so spricht vieles dafür, dass die Norm kein Wiederaufleben der Verwalterbestellung herbeiführen kann. Der Wortlaut besagt, dass der Verwalter „bis zu seiner Abberufung“ im Amt bleibt. Dies dürfte sich zwar nach dem Wortlaut unmittelbar nur auf eine Abberufung des Verwalters nach Inkrafttreten des Gesetzes beziehen. Der Gesetzgeber bringt damit jedoch zum Ausdruck, dass er den Willen der Wohnungseigentümer, der sich in der Abberufung niedergeschlagen hat, höher bewertet als das Interesse der Eigentümergemeinschaft, überhaupt einen Verwalter zu haben (und in der aktuellen Situation möglicherweise keinen neuen bestellen zu können). § 6 Abs. 1 MaßnG-GesR will insofern nur einer **Verwalterlosigkeit durch Ablauf der**

**Bestellungszeit** vorbeugen (Staudinger/Jacoby, § 26 WEG, Rn. 114.1). Die bislang vorliegenden Literaturstimmen gehen deshalb unisono davon aus, dass der bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes abberufene Verwalter nicht wieder ins Amt eingesetzt wird (Staudinger/Jacoby, § 26 WEG, Rn. 114.4; MünchKommBGB/Cziupka, § 26 WEG Rn. 23b; wohl auch Schmidt/Zscheschack, § 4 Rn. 81 „[...] dass es auf die Gründe, warum es keinen *bestellten* Verwalter gibt nicht ankommt“). Diese Auffassung verdient u. E. Zustimmung.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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 Abruf-Gutachten.

**BGB §§ 21, 22; AO § 52**

**Abgrenzung zwischen ideellem und wirtschaftlichem Vereinszweck; eingetragener Idealverein, dessen Tätigkeit sich tatsächlich auf Erbringung von Dienstleistung gegen Aufwandsentschädigung beschränkt; Konsequenzen einer Rechtsformverfehlung**

Abruf-Nr.:

**EuGüVO Art. 22 ff.; HUP Art. 8; EuErbVO Art. 21 f. Dänemark: Vorsorgender Ehevertrag deutscher Ehegatten bei gewöhnlichem Aufenthalt des Ehemannes in Dänemark (modifizierter Zugewinnausgleich; Unterhaltsverzicht); Beibehaltung getrennter gewöhnlicher Aufenthalte; Testamentserrichtung; Rechtswahlmöglichkeiten**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BGB § 917**

**Kein gewohnheitsrechtliches Wegerecht aufgrund Duldung durch den Nachbarn**

**1. Gewohnheitsrecht kann als dem Gesetz gleichwertige Rechtsquelle allgemeiner Art nur zwischen einer Vielzahl von Rechtsindividuen und in Bezug auf eine Vielzahl von Rechtsverhältnissen entstehen, nicht aber beschränkt auf ein konkretes**

**Rechtsverhältnis zwischen einzelnen Grundstücksnachbarn.**

**2. In einem konkreten Rechtsverhältnis zwischen einzelnen Grundstücksnachbarn kann ein Wegerecht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch außerhalb des Grundbuchs nur aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarung oder als Notwegerecht unter den Voraussetzungen des § 917 BGB entstehen.**

**3. Die i. S. v. § 917 Abs. 1 Satz 1 BGB ordnungsmäßige Benutzung eines Gewerbegrundstücks kann es nach den Umständen des Einzelfalls erfordern, dass auf dem verbindungslosen Grundstücksteil Kraftfahrzeuge be- und entladen sowie gegebenenfalls auch abgestellt werden, so dass eine Zufahrt erforderlich ist; dies setzt aber in der Regel voraus, dass das Grundstück nach seinen konkreten Verhältnissen eine gewerbliche Nutzung größeren Umfangs erlaubt.**

BGH, Urt. v. 24.1.2020 – V ZR 155/18

### Problem

Geklagt hatten im vorliegenden Fall die Eigentümer dreier nebeneinander an einer öffentlichen Straße liegender Grundstücke gegen die Eigentümerin eines Grundstücks mit einem Weg, über den die Kläger die Garagen und die rückwärtigen Bereiche ihrer (allerdings über die Straße erschlossenen) Grundstücke erreichen. Eine entsprechende Nutzung des Weges wurde seit Jahrzehnten durch frühere Eigentümer und nach dem Eigentumsübergang auf die Beklagte durch diese selbst geduldet.

Mit Wirkung zum 31.12.2016 erklärte die Beklagte gegenüber den Klägern die „Kündigung des Leihvertrags über das zu Ihren Gunsten vor über 30 Jahren bestellte, schuldrechtliche Wegerecht“, kündigte an, den Weg mit Wirkung zum 1.1.2017 zu sperren, und begann im Dezember 2016 mit dem Bau einer Toranlage. Die Kläger berufen sich auf ein zu ihren Gunsten bestehendes Wegerecht, hilfsweise auf ein Notwegerecht und verlangen von der Beklagten, die Sperrung des Weges zu unterlassen.

Das LG Aachen hatte der Klage zum großen Teil stattgegeben und das OLG Köln die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.

### Entscheidung

Die vom V. Senat zugelassene Revision der Beklagten hatte Erfolg und führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Der Senat führt hierzu aus, dass in der Rechtsprechung zwar vereinzelt vertreten werde, dass ein **gewohnheitsrechtliches Wegerecht** auch im Verhältnis zwischen einzelnen Grundstücksnachbarn durch eine jahrelange Übung in der Annahme einer entsprechenden rechtlichen Berechtigung bzw. Verpflichtung entstehen könne. Diese Annahme gehe jedoch fehl.

Voraussetzung von Gewohnheitsrecht sei eine **längere tatsächliche Übung**, die eine dauernde, ständige, gleichmäßige und allgemeine ist und von den Beteiligten als **verbindliche Rechtsnorm anerkannt** werde. Gewohnheitsrecht könne sich aber nur auf viele und nicht lediglich einzelne Rechtsverhältnisse beziehen. Außerhalb dinglicher Wegerechte kämen nur schuldrechtliche Regelungen oder das gesetzliche Notwegerecht i. S. d. § 917 BGB in Betracht.

Zwar gebe es etwa in Österreich eine ersitzbare Dienstbarkeit (§ 480 ABGB) und auch das preußische ALR kannte die Möglichkeit zur Ersitzung der Dienstbarkeit (Teil I Titel 22 § 13). Der BGB-Gesetzgeber wollte diese **Ersitzungsmöglichkeit durch Einführung** des Eintragungserfordernisses gem. § 873 Abs. 1 BGB aber gerade ausschalten. Ein anderes Gesetzesverständnis widerspräche diesem gesetzgeberischen Willen.

Auch aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis ließe sich – soweit es wie hier an einer schuldrechtlichen Vereinbarung fehlt – ein solches Recht nicht herleiten, weil insoweit das **Notwegrecht des § 917 BGB** abschließend sei.

Im Rahmen der Zurückverweisung führt der V. Senat aus, dass für ein solches Notwegrecht dem betreffenden Grundstück die zur ordnungsmäßigen Benutzung **notwendige Verbindung mit einem öffentlichen Weg** fehlen müsse. Diese ordnungsgemäße Benutzung richte sich danach, was nach objektiven Gesichtspunkten für das Grundstück angemessen ist und dessen wirtschaftlichen Verhältnissen entspricht.

Bei einer **Wohnnutzung** scheidet ein Notwegrecht dann aus, wenn die Nutzung **baurechtlich unzulässig (bspw. mangels Erschließungsmöglichkeit)** sei. Vorliegend komme hinzu, dass die Grundstücke unmittelbar an der öffentlichen Straße anliegen und auch insoweit nicht aus Gründen der Bequemlichkeit oder Zweckmäßigkeit ein Notwegrecht geltend gemacht werden könne. Bei einer **gewerblichen Nutzung** scheidet ein Notwegrecht jedenfalls **bei einem kleineren Gewerbebetrieb** aus, wenn die Grundstücke an einem öffentlichen Weg gelegen sind, die für kleinere Gewerbebetriebe erforderlichen Waren dort angeliefert und durch die Geschäfts-

bzw. Ladenräume auf den hinteren Grundstücksteil verbracht werden können.

**Postvertriebsstück: B 08129**

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

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**[www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)**

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

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

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Johannes Cziupka

**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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 32 Abs. 2, 126b; MaßnG-GesR § 5 Abs. 3 – Eingetragener Verein; Beschlussfassung im Rahmen einer sog. Doodle-Umfrage; Anforderungen an Textform

BGB § 577a Abs. 1, Abs. 1a S. 1 Nr. 1, S. 2 – Voraussetzungen der Kündigungssperre bei Wohnungsumwandlung

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

WEG §§ 12 Abs. 1, 16 Abs. 2, 43; BGB §§ 670, 675 Abs. 1 – Zustimmung des Verwalters zur Veräußerung des Wohnungseigentums; Kosten eines Rechtsstreits; Entnahme aus dem Gemeinschaftsvermögen

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB §§ 32 Abs. 2, 126b; MaßnG-GesR § 5 Abs. 3

#### Eingetragener Verein; Beschlussfassung im Rahmen einer sog. Doodle-Umfrage; Anforderungen an Textform

##### I. Sachverhalt

Ein eingetragener Verein kann wegen der Corona-Pandemie aktuell keine Mitgliederversammlung abhalten. Die anstehenden Beschlüsse sollen daher gem. § 5 Abs. 3 des Gesetzes über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (BGBl. I 2020, S. 570, dort Art. 2; im Folgenden kurz: MaßnG-GesR) gefasst werden. Konkret ist geplant, die Beschlüsse über die Internet-Plattform „Doodle“ abzuwickeln.

„Doodle“ ist eine Internetseite, auf der die Benutzer Umfragen und Abstimmungen einrichten und die Teilnehmer dazu per E-Mail einladen können. Dafür wird den Teilnehmern ein Link zu einer Internetseite bereitgestellt, auf der diese ihre Stimmen unter Nennung ihres Namens abgeben können. Die Identität der Teilnehmer wird nicht überprüft. Es können aber nur diejenigen ihre Stimme abgeben, denen der Einladungslink bekannt ist. Das Ergebnis der Umfrage lässt sich auf der Internetseite unter dem bereitgestellten Link dauerhaft abrufen. Der Initiator (= Administrator der jeweiligen Umfrage) kann die Abstimmungsmodalitäten festlegen. Je nachdem, ob eine kostenlose Basisversion oder eine kostenpflichtige Version verwendet wird, stehen verschiedene Einstellungsmöglichkeiten zur Verfügung (Stimmen veränderbar, Abstimmungsfristen, „versteckte Umfrage“, anonyme Abstimmung etc.). Unter anderem lässt sich bestimmen, dass nur die eigene Stimme sichtbar ist und dass die Stimme nur unter bestimmten Voraussetzungen bis zu einem bestimmten Zeitpunkt geändert werden kann. Ab dem festgelegten Zeitpunkt ist die eigene Stimme unveränderlich.

## II. Frage

Genügt diese Art der Abstimmung den Anforderungen des § 5 Abs. 3 MaßnG-GesR?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Modifikation des § 32 Abs. 2 BGB durch § 5 Abs. 3 MaßnG-GesR

Gem. § 32 Abs. 1 BGB werden die Angelegenheiten des Vereins grundsätzlich durch Beschlussfassung in einer Versammlung der Mitglieder geordnet. Davon macht § 32 Abs. 2 BGB eine Ausnahme für den Fall, dass alle Mitglieder ihre Zustimmung zum Beschluss schriftlich erklären. Geschieht dies, so ist die Abhaltung einer Versammlung entbehrlich. Bisher konnte aber selbst eine einzige Nein-Stimme den Beschluss im schriftlichen Verfahren verhindern (vgl. BeckOGK-BGB/Notz, Std.: 15.9.2018, § 32 Rn. 196).

§ 5 Abs. 3 MaßnG-GesR modifiziert § 32 Abs. 2 BGB dahingehend, dass ein **versammlungsloser Beschluss** auch dann gültig ist, „wenn alle Mitglieder beteiligt wurden, bis zu dem vom Verein gesetzten Termin mindestens die Hälfte der Mitglieder ihre Stimmen in Textform abgegeben haben und der Beschluss mit der erforderlichen Mehrheit gefasst wurde“. Für eine wirksame Beschlussfassung ist demnach erforderlich, dass die **Stimmen mindestens in Textform** abgegeben wurden. Es stellt sich also die Frage, ob die Stimmabgabe im Rahmen einer sog. Doodle-Umfrage den Anforderungen des **§ 126b BGB** genügt. Die Gesetzesbegründung nennt beispielhaft eine Abstimmung per E-Mail und Telefax (vgl. BT-Drucks. 19/18110, S. 30), schließt aber andere Methoden der Stimmabgabe in Textform nicht aus. Das Gesetz ist insofern medienoffen gestaltet. Es dürfte daher grundsätzlich möglich sein, auf andere Verfahren zurückzugreifen, solange diese den Anforderungen des § 126b BGB genügen.

### 2. Anforderungen an die Textform i. S. d. § 126b BGB

#### a) Dauerhafter Datenträger

Gem. § 126b S. 1 BGB verlangt „Textform“ eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger. Dauerhafter Datenträger ist gem. § 126b S. 2 BGB jedes Medium, das es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm **während** eines für ihren Zweck **angemessenen Zeitraums zugänglich** ist und **geeignet** ist, die **Erklärung unverändert wiederzugeben**. Weitere Anforderungen, bspw. an die Feststellung der Identität oder die Identifizierbarkeit mittels Unterschrift, stellt das Gesetz an die Textform nicht. Die Textform bietet demnach keinen Schutz der Authentizität oder Integrität

der Erklärung und erfüllt keine Identifizierungs- oder Beweisfunktion. Ihr Sinn und Zweck erschöpft sich darin, dass die Beteiligten den Inhalt der Erklärung in Ruhe durchlesen und später ggf. noch einmal nachlesen können (BeckOGK-BGB/Primaczenko/Frohn, Std.: 1.5.2020, § 126b Rn. 5; Staudinger/Hertel, BGB, 2017, § 126b Rn. 10). Vor diesem Hintergrund reicht etwa die dauerhafte Speicherung auf Festplatte, USB-Stick, CD-ROM, DVD oder E-Mail.

Die Frage, ob eine sog. **Doodle-Umfrage** (oder eine sonstige „Abstimmungswebsite“) den genannten Anforderungen genügt, haben wir nicht unmittelbar erörtert gefunden. Auch sind uns die technischen Hintergründe des Ablaufs und der Speicherung der Umfrageergebnisse nicht vollumfänglich bekannt. Geht man – wie im Sachverhalt – davon aus, dass die Ergebnisse dauerhaft gespeichert und jedenfalls dem Administrator der Umfrage dauerhaft zugänglich sind, so wird letztlich vom Initiator eine Plattform bei einem Drittanbieter bereitgestellt, auf der die einzelnen Vereinsmitglieder ihre Stimme dauerhaft „hinterlegen“ können. Im Hinblick auf die Mindestanforderungen der Textform ist jedenfalls auf einen Abstimmungsmodus zu achten, in dem die Stimmen nicht von anderen Benutzern oder noch nach Abstimmungsende vom Abstimmenden selbst geändert werden können.

#### b) Zugang der Erklärung

Erforderlich ist zudem der formgerechte Zugang der Erklärung i. S. d. § 130 BGB (vgl. BeckOGK-BGB/Primaczenko/Frohn, § 126b Rn. 20). Während Fax, PDF-Scan oder E-Mail beim Empfänger unproblematisch zugehen können, ist bei digitalisierten Inhalten auf einer Internetseite zu differenzieren. Die Literatur geht überwiegend davon aus, dass das **Einstellen von Informationen auf einer Website** nur dann dem Textformerfordernis genügt, wenn der Empfänger die im Internet bereitgehaltene **Erklärung tatsächlich abspeichert** oder ausdruckt (vgl. BeckOGK-BGB/Primaczenko/Frohn, § 126b Rn. 18; Münch-KommBGB/Einsele, 8. Aufl. 2018, § 126b Rn. 11; für das Bereitstellen einer Widerrufsbelehrung auf einer Website BGH NJW 2014, 2857). Die vorhandene Rechtsprechung betraf allerdings Fälle, in denen die Erklärung (dort: Widerrufsbelehrung) auf einem Server *des Erklärenden* gespeichert war. Dies ist mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar. Darin eröffnet nämlich der *Erklärungsempfänger* eine technische Möglichkeit, die abgegebene Erklärung auf einer Homepage zu hinterlegen. Die Homepage wird zwar von einem Drittanbieter betrieben, die konkrete Umfrage unterliegt jedoch der Herrschaftsmacht des Erklärungsempfängers (über die Administrationsseite der konkreten Umfrage). Es dürfte also schon mit der Stimmabgabe auf der bereitgestellten

Homepage ein „Abspeichern“ der Erklärung im vorgenannten Sinne zu bejahen sein, denn es kann keinen Unterschied machen, ob dem Empfänger eine E-Mail zugeht, die auf dem Server des E-Mail-Providers gespeichert wird, oder für ihn eine Ja/Nein-Erklärung auf einer sonstigen Website, die der Empfänger zum Empfang bereitstellt, hinterlegt wird (ähnlich jurisPK-BGB/Junker, 9. Aufl. 2020, § 126b Rn. 40).

Die Erklärung muss dem Empfänger dabei **dauerhaft und unveränderlich zur Verfügung** stehen (BeckOK-BGB/Wendtland, Std.: 1.5.2020, § 126b Rn. 9). Inwieweit dieses Merkmal bei einer sog. Doodle-Umfrage erfüllt ist, vermögen wir nicht abschließend zu beurteilen. Es erscheint uns jedoch naheliegend, dass man über entsprechende Einstellungen – jedenfalls ab einem bestimmten Zeitpunkt – eine Bearbeitung der Erklärung durch den Erklärenden verhindern kann.

Für das gewählte Verfahren spricht zudem, dass letztlich auch Erklärungen, die über die Doodle-Website an den Initiator gerichtet werden, dauerhaft auf einer Festplatte gespeichert sind – wengleich nicht auf der Festplatte des Empfängers. Der Empfänger kann jedoch über den Link dauerhaft auf diese Erklärung zugreifen. Ein Erfordernis, dass der Empfänger selbst „Herr über das Speichermedium“ sein muss, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen.

### c) Lesbarkeit der Erklärung / Person des Erklärenden

Die Erklärung muss schließlich **lesbar** sein und die Person des Erklärenden erkennen lassen, wobei genügt, dass die elektronische Erklärung über ein Anzeigeprogramm lesbar ist (Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl. 2020, § 126b Rn. 3). Der Wahrung der Textform dürfte also nicht entgegenstehen, dass die einzelnen Stimmen als Code der Website für den Empfänger nur insofern lesbar sind, als die Website die „Übersetzung“ des Quellcodes für den Empfänger übernimmt.

Darüber hinaus muss die **Person des Erklärenden** genannt werden (Palandt/Ellenberger, § 126b Rn. 4; MünchKommBGB/Einsele, § 126b Rn. 7). Ausreichend dürfte sein, dass die Mitglieder im Abstimmungs-feld ihren Namen angeben, soweit dieser dann auch für den Empfänger (Initiator der Anfrage) lesbar ist. Eine irgendwie geartete Identifizierung des Erklärenden ist gerade nicht erforderlich (vgl. lit. a).

### d) Abschluss der Erklärung

Einen „Abschluss der Erklärung“ verlangt die Neufassung des § 126b BGB zwar nicht mehr ausdrücklich; in der Literatur besteht jedoch weitgehend Einigkeit, dass eine inhaltliche Änderung der bisherigen Rechts-

lage nicht beabsichtigt war (Palandt/Ellenberger, § 126b Rn. 5; BeckOGK-BGB/Primaczenko/Frohn, § 126b Rn. 23; vgl. auch BT-Drucks. 17/12637, S. 44). Der Sinn und Zweck des Erfordernisses liegt darin, dass für den Empfänger ersichtlich ist, ob die **Erklärung rechtlich bindend** sein soll und vollständig ist (BeckOGK-BGB/Primaczenko/Frohn, § 126b Rn. 23; MünchKommBGB/Einsele, § 126b Rn. 8). Die Erklärung soll sich damit von bloßen Entwürfen ohne rechtliche Bindung abgrenzen lassen (MünchKommBGB/Einsele, § 126b Rn. 8).

Bei der Stimmabgabe im Rahmen einer sog. Doodle-Umfrage gibt es regelmäßig überhaupt nur die Option, seinen Namen einzugeben und mit „Ja“ oder „Nein“ zu stimmen. Für den Empfänger ist also ohne Weiteres ersichtlich, wo die Erklärung beginnt und endet. Abgrenzungsschwierigkeiten zu einem bloßen Entwurf dürften sich hier von vornherein nicht einstellen. Die Erklärung ist vielmehr ihrer Natur nach mit dem Abschicken der Stimme vollständig und „abgeschlossen“. Nach dem Normzweck wird man dieses Erfordernis deshalb vorliegend als erfüllt ansehen können.

### 3. Fazit

Im Ergebnis würden wir davon ausgehen, dass bei entsprechender Gestaltung des Verfahrens auch die Abstimmung mittels einer sog. Doodle-Umfrage den Anforderungen der Textform genügen kann. Voraussetzung dafür ist, dass die Ergebnisse – jedenfalls ab einem bestimmten Zeitpunkt (dem „Abstimmungsende“) – unveränderlich auf der vom Administrator eingerichteten Abstimmungsseite gespeichert werden.

---

## BGB § 577a Abs. 1, Abs. 1a S. 1 Nr. 1, S. 2 Voraussetzungen der Kündigungssperre bei Wohnungsumwandlung

---

### I. Sachverhalt

Frau A ist Eigentümerin eines Zweifamilienhauses. Derzeit wird die eine der beiden Wohnungen von ihrem Sohn bewohnt, die andere ist an einen Dritten vermietet. Nun soll die Immobilie auf den Sohn und die Tochter der A übertragen werden. Diese beabsichtigen, das Grundstück in Wohnungseigentum aufzuteilen. Dabei soll der Sohn die von ihm bereits bewohnte Wohnung erhalten, die Tochter möchte die andere Wohnung ausbauen und selbst nutzen (Eigenbedarfskündigung vorgesehen).

### II. Fragen

1. Sind die Regelungen des § 577a BGB dahingehend zu verstehen, dass

a) keine Kündigungssperre eingreift, wenn Frau A zugunsten ihrer Tochter wegen Eigenbedarfs kündigt und der Mieter auszieht und wenn sodann übertragen und aufgeteilt wird,

b) die Kündigungssperre eingreift, wenn Frau A (um Notargebühren einzusparen) selbst in Wohnungseigentum aufteilt und danach überträgt und wenn daraufhin die Tochter wegen Eigenbedarfs kündigt,

c) keine Kündigungssperre eingreift, wenn Frau A an Sohn und Tochter zu Miteigentumsanteilen oder in GbR überträgt, diese die Kündigung aussprechen und dann in Wohnungseigentum aufteilen?

2. Zu Frage 1 c): Ist es unerheblich, ob der Mieter zum Zeitpunkt der Aufteilung in Wohnungseigentum die Wohnung noch bewohnt, weil die Aufteilung für die Kündigungsbeschränkung gem. § 577a Abs. 1a BGB irrelevant ist?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Kündigungsbeschränkung gem. § 577a Abs. 1 BGB (Veräußerung von in Wohnungseigentum umgewandelten und vermieteten Wohnräumen)

Gem. § 577a Abs. 1 BGB kann sich der Erwerber erst nach Ablauf einer bestimmten Frist auf die Kündigungsgründe des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB (Eigenbedarf) oder des § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB (wirtschaftliche Verwertung) berufen, wenn der Wohnraum einem Mieter überlassen und danach an der Wohnung Wohnungseigentum begründet und das Wohnungseigentum veräußert wird. Die Kündigungssperrfrist beträgt drei Jahre ab Veräußerung des Wohnungseigentums, sofern nicht durch eine Kündigungssperrfristverordnung (erlassen aufgrund von § 577a Abs. 2 BGB) eine längere Frist bestimmt ist.

Die Sperrfrist nach § 577a Abs. 1 BGB setzt nach dem Wortlaut eine **bestimmte zeitliche Reihenfolge** von Mietvertragsschluss, Überlassung der Mieträume an den Mieter, Umwandlung der Wohnräume in Wohnungseigentum und Veräußerung voraus. § 577a Abs. 1 BGB schützt den Mieter nur, wenn an Wohnräumen **nach Mietvertragsschluss** und Überlassung der Wohnräume an den Mieter **Wohnungseigentum begründet und dieses anschließend** – d. h. nach Begründung des Wohnungseigentums gem. §§ 2, 3, 4 Abs. 1, 8 WEG (Eintragung im Grundbuch bzw. Anlegen der Grundbuchblätter, vgl. BGH DNotZ 2016, 847) – **veräußert wird** (vgl. BGH NJW 2009, 2738 Tz. 17; jew. m. w. N.: MünchKommBGB/Häublein, 8. Aufl. 2020, § 577a Rn. 4, 6; BeckOGK-BGB/Klühs, Std.: 1.4.2020, § 577a Rn. 18, 22, 26; Staudinger/Rolfs, BGB, 2018, § 577a Rn. 12 f.).

§ 577a Abs. 1 BGB knüpft dabei an die **Eigentumsumschreibung** an; die schuldrechtliche Grundlage ist nicht relevant (MünchKommBGB/Häublein, § 577a Rn. 6; Staudinger/Rolfs, § 577a Rn. 13 – jew. m. w. N.). Ebenso ist für die Norm die Person des Erwerbers ohne Bedeutung; ein **Angehörigenprivileg** sieht das Gesetz im Unterschied zu § 577a Abs. 1a S. 2 BGB **nicht** vor (BeckOGK-BGB/Klühs, § 577a Rn. 42). Allerdings wirkt eine vor Veräußerung zugunsten eines Familienangehörigen ausgesprochene (wirksame) Kündigung fort, sofern sie nicht rechtsmissbräuchlich ist (OLG Hamm NJW-RR 1992, 1164; BeckOGK-BGB/Klühs, § 577a Rn. 43).

Dies bedeutet für den Sachverhalt, dass die **Kündigungssperrfrist** nach § 577a Abs. 1 BGB **nicht eingreift**, wenn

– Frau A selbst zugunsten ihrer Tochter wegen Eigenbedarfs kündigt (vorbehaltlich eines Rechtsmissbrauchs), sodann der Mieter auszieht und Frau A anschließend Wohnungseigentum begründet und die Wohnungen an ihre Kinder veräußert; in diesem Fall wirkt die Kündigung zugunsten der Tochter fort, sodass diese nicht erneut wegen Eigenbedarfs kündigen muss;

– Wohnungseigentum erst nach der Veräußerung (d. h. nach Eigentumsumschreibung) durch Frau A an ihre Kinder (ggf. in GbR) von den Kindern begründet wird (zur ggf. möglichen Kündigungssperrfrist nach § 577a Abs. 1a BGB s. Ziff. 2).

Die Kündigungssperrfrist nach § 577a Abs. 1 BGB **greift jedoch ein**, wenn Frau A ohne vorherige Kündigung wegen Eigenbedarfs zugunsten ihrer Tochter und ohne Auszug des Mieters Wohnungseigentum begründet, die beiden Wohnungen anschließend an ihre Kinder (ggf. in GbR) veräußert und die Tochter von Frau A sodann wegen Eigenbedarfs kündigen möchte.

#### 2. Kündigungsbeschränkung gem. § 577a Abs. 1a S. 1 Nr. 1 BGB (Erwerb von vermieteten Wohnräumen durch Personengesellschaft oder mehrere Erwerber)

Gem. § 577a Abs. 1a S. 1 Nr. 1 BGB gilt die Kündigungsbeschränkung nach Abs. 1 entsprechend, wenn vermieteter Wohnraum nach der Überlassung an den Mieter einer Personengesellschaft oder mehreren Erwerbern veräußert worden ist.

§ 577a Abs. 1a BGB knüpft die Kündigungssperrfrist nicht an eine Umwandlung in Wohnungseigentum vor Veräußerung (BeckOGK-BGB/Klühs, § 577a Rn. 47). § 577a Abs. 1a BGB **setzt also keine Umwandlung in Wohnungseigentum oder eine Umwandlungsabsicht**

**voraus;** er ist vielmehr auch dann anzuwenden, wenn das Grundstück nach Begründung des Mietverhältnisses und Überlassung der Mieträume an den Mieter unaufgeteilt an eine Personengesellschaft veräußert wird (BGH DNotZ 2018, 774; Staudinger/Rolfs, § 577a Rn. 23). Das zeigt im systematischen Zusammenhang ebenso der § 577a Abs. 2a BGB. Diese Norm stellt klar, dass die Umwandlung in Wohnungseigentum nach Erwerb durch eine Erwerbermehrheit i. S. v. § 577a Abs. 1a S. 1 Nr. 1 BGB keinen neuerlichen Anlauf der Kündigungssperrfrist bewirkt, sondern dass auch in diesem Fall für den Fristbeginn auf die Veräußerung abzustellen ist. Im Umkehrschluss ist damit zugleich gesagt, dass § 577a Abs. 1 und § 577a Abs. 1a BGB zwei voneinander tatbestandlich unabhängige Kündigungsbeschränkungen regeln und § 577a Abs. 1a BGB keine Umwandlung oder Umwandlungsabsicht voraussetzt. Daraus folgt zugleich, dass eine **Umwandlung in Wohnungseigentum nach Veräußerung** – anders als bei § 577a Abs. 1 BGB (s. o.) – die Anwendung des **§ 577a Abs. 1a S. 1 Nr. 1 BGB von vornherein nicht ausschließen kann.**

Allerdings greift die Kündigungsbeschränkung nach § 577a Abs. 1a S. 1 Nr. 1 BGB gem. S. 2 Hs. 1 Var. 1 nicht ein, wenn die Gesellschafter oder Erwerber derselben Familie oder demselben Hausstand angehören. Es gilt der Maßstab des § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB (MünchKommBGB/Häublein, § 577a Rn. 17; BeckOGK-BGB/Klühs, § 577a Rn. 50; Staudinger/Rolfs, § 577a Rn. 31). Soweit die **Gesellschafter der erwerbenden GbR oder mehrere Erwerber als natürliche Personen Geschwister** sind, ist der **Ausnahmetatbestand gem. § 577a Abs. 1a S. 2 Hs. 1 Var. 1 BGB** erfüllt (vgl. BGH NJW 2003, 2604; MünchKommBGB/Häublein, § 577a Rn. 17, § 573 Rn. 97 m. w. N.; Staudinger/Rolfs, § 577a Rn. 31, § 573 Rn. 83).

Für den konkreten Sachverhalt bedeutet dies, dass die **Kündigungssperrfrist** gem. § 577a Abs. 1a S. 1 Nr. 1 BGB bei einer Veräußerung der vermieteten Wohnräume an die beiden Kinder der Veräußerin (ggf. in GbR) wegen § 577a Abs. 1a S. 2 Hs. 1 Var. 1 BGB **nicht eingreift.**

### 3. Ergebnis

Im konkreten Fall **greift weder nach § 577a Abs. 1 BGB noch nach § 577a Abs. 1a BGB eine Kündigungsbeschränkung ein,** wenn

– Frau A selbst zugunsten ihrer Tochter wegen Eigenbedarfs kündigt (vorbehaltlich eines Rechtsmissbrauchs), sodann der Mieter auszieht und Frau A anschließend Wohnungseigentum begründet und die Wohnungen an ihre Kinder veräußert; in diesem Fall wirkt die Eigenbedarfskündigung zugunsten der erwerbenden Kinder

der Frau A fort, sodass es keiner erneuten Kündigung bedarf;

– Wohnungseigentum erst nach der Veräußerung (d. h. nach Eigentumsumschreibung) durch Frau A an ihre Kinder (ggf. in GbR) von den Kindern begründet wird.

Die **Kündigungssperrfrist** nach § 577a Abs. 1 BGB ist **jedoch zu beachten,** wenn Frau A ohne vorherige Kündigung wegen Eigenbedarfs zugunsten ihrer Tochter und ohne Auszug des Mieters Wohnungseigentum begründet, die beiden Wohnungen anschließend an ihre Kinder (ggf. in GbR) veräußert und die Tochter von Frau A sodann wegen Eigenbedarfs kündigen möchte.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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 Abruf-Gutachten.

**BGB §§ 1018, 428, 432; GBO § 44**

**Grunddienstbarkeit zugunsten mehrerer herrschender Grundstücke; Einzelrechte; Gesamtberechtigung; Sammelbuchungen; Klarstellungsvermerk; Richtigstellung**

Abruf-Nr.:

**HGB § 161**

**Nachfolge in Kommanditbeteiligung; Zwischeneintragung; Nachweis im Handelsregisterverkehr**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**WEG §§ 12 Abs. 1, 16 Abs. 2, 43; BGB §§ 670, 675 Abs. 1**

**Zustimmung des Verwalters zur Veräußerung des Wohnungseigentums; Kosten eines Rechtsstreits; Entnahme aus dem Gemeinschaftsvermögen**

a) **Der Verwalter, der verurteilt worden ist, einem Wohnungseigentümer die Zustimmung zur Veräußerung seines Wohnungseigentums gemäß § 12 Abs. 1 WEG zu erteilen, muss die Kosten des Rechtsstreits im Innenverhältnis zu den übrigen Wohnungseigentümern nicht selber tragen.**

**b) Der Verwalter darf die Kosten eines Verfahrens nach § 12 Abs. 1 WEG jedenfalls dann aus dem Gemeinschaftsvermögen entnehmen, wenn der Verwaltervertrag ihn dazu ermächtigt.**

BGH im konkreten Fall nicht abschließend entschieden. Darüber wird das Berufungsgericht nach weiteren eigenen Feststellungen zu befinden haben.

BGH, Urt. v. 18.10.2019 – V ZR 188/18

### **Problem**

Der Beklagte war Verwalter der klagenden Wohnungseigentümergeinschaft. Er verweigerte die nach der Teilungserklärung erforderliche Zustimmung zur Veräußerung eines Wohnungseigentums in drei Fällen. Auf die Klagen der betroffenen Eigentümer hin wurde er zur Erteilung der Zustimmungen verurteilt. Die Kosten der Verfahren wurden ihm auferlegt. Zum Ausgleich dieser Kosten entnahm der Beklagte entsprechende Geldbeträge aus dem Gemeinschaftsvermögen. Daraufhin verklagte ihn die Klägerin auf Rückzahlung.

### **Entscheidung**

Laut BGH ist die Entnahme des Gelds aus dem Gemeinschaftsvermögen nicht schon deshalb eine Pflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 S. 1 BGB, weil der Verwalter von vornherein keine Erstattung der Kosten eines solchen Verfahrens verlangen könnte.

Sei der Verwalter die zustimmungsberechtigte Person, so werde er vielmehr in aller Regel bei der Entscheidung über die Zustimmung zur Veräußerung als Treuhänder und mittelbarer Stellvertreter der Wohnungseigentümer tätig. Dies gelte insbesondere dann, wenn die Wohnungseigentümer nach der Teilungserklärung die Entscheidung über die Zustimmung nicht an sich ziehen könnten. Weil der Verwalter für und im Interesse der übrigen Wohnungseigentümer tätig geworden sei, habe er jedenfalls einen **Ersatzanspruch gem. §§ 675 Abs. 1, 670 BGB**.

§ 16 Abs. 8 WEG schließe einen solchen Anspruch nicht aus. Die Norm solle nämlich lediglich verhindern, „dass Binnenstreitigkeiten zwischen den Wohnungseigentümern untereinander auf Kosten aller Wohnungseigentümer ohne Rücksicht auf die jeweilige Parteistellung und die gerichtliche Kostenentscheidung ausgetragen werden“. Sei der Verwalter – wie im entschiedenen Fall – **durch den Verwaltervertrag dazu ermächtigt**, die Kosten eines Verfahrens nach § 12 Abs. 1 WEG aus dem Gemeinschaftsvermögen zu entnehmen, so könne er jedenfalls seinen Ersatzanspruch auf diesem Weg befriedigen.

Davon unberührt bleibt ein etwaiger Anspruch der Wohnungseigentümergeinschaft aus **§ 280 Abs. 1 BGB**, weil der Verwalter die **Zustimmung** womöglich **pflichtwidrig verweigert** hat. Über diese Frage hat der



**Postvertriebsstück: B 08129**

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

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**[www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)**

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

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

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 650u, 650m Abs. 2; MaBV § 3 Abs. 2 – Notwendigkeit einer Vertragserfüllungssicherheit, wenn ein Bauträger insgesamt nur zwei Teilbeträge (erste Rate i. H. v. 96,5% des Erwerbspreises) anfordern möchte

BGB §§ 2032, 2041 – Voraussetzungen für Grundstückserwerb in Erbengemeinschaft; Bedeutung der erbrechtlichen Surrogation

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB §§ 164, 177, 1922; GBO § 19; EuErbVO Art. 20, 21, 34 – Vollmachtloses Handeln für einen verstorbenen Grundstückseigentümer; Geltung deutschen Erbrechts für ein in Deutschland belegenes Nachlassgrundstück eines britischen Staatsangehörigen

#### Aktuelles

Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser

#### Literaturhinweise

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### **BGB §§ 650u, 650m Abs. 2; MaBV § 3 Abs. 2 Notwendigkeit einer Vertragserfüllungssicherheit, wenn ein Bauträger insgesamt nur zwei Teilbeträge (erste Rate i. H. v. 96,5% des Erwerbspreises) anfordern möchte**

#### I. Sachverhalt

Ein Bauträger veräußert neu errichtete Eigentumswohnungen. Der jeweilige Erwerber soll insgesamt nur zwei Teilbeträge zahlen, und zwar 96,5 % nach Bezugsfertigkeit (Zug-um-Zug gegen Besitzübergabe) sowie 3,5 % nach vollständiger Fertigstellung. Der Bauträger ist der Ansicht, dass in dieser Konstellation eine Sicherheit gem. § 650m Abs. 2 BGB nicht erforderlich sei.

#### II. Frage

Ist die Sicherheit gem. § 650m Abs. 2 BGB bei der Vertragsgestaltung zu berücksichtigen?

#### III. Zur Rechtslage

##### **1. Sinn und Zweck der Sicherheit gem. § 650m Abs. 2 BGB**

Nach § 650m Abs. 2 BGB (vormals § 632a Abs. 3 BGB a. F.) muss ein Unternehmer (Bauträger) bei der ersten Abschlagszahlung eine *Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel* in Höhe von fünf Prozent seines Vergütungsanspruchs stellen, wenn der Besteller (Erwerber) ein Verbraucher ist und der Vertrag die Errichtung oder den Umbau eines Hauses oder eines vergleichbaren Bauwerks zum Gegenstand hat. Es handelt sich hierbei nicht um eine Gewährleistungs-, sondern um eine Vertragserfüllungssicherheit (woraus vor allem folgt, dass sie die fristgerechte und abnahmefähige Herstellung des versprochenen Werkes sichert, nicht aber Mängelansprüche nach Abnahme;

vgl. etwa BeckOGK-BGB/Mundt, Std.: 1.4.2020, § 650 Rn. 44 f. sowie insbesondere [zur Vertragserfüllungsbürgschaft] BeckOGK-BGB/Madaus, Std.: 1.6.2020, § 765 Rn. 321 ff.). Zum Sicherungszweck führt der Gesetzgeber in der Begründung zum Forderungssicherungsgesetz aus:

*„Der Sicherungszweck der dem Besteller zu stellenden Sicherheit ist dahingehend konkretisiert, dass Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werkes ohne wesentliche Mängel zu leisten ist. Das setzt die **Abnahmereife**, somit **ein vollständiges, von unwesentlichen Mängeln abgesehen mangelfreies Werk** voraus. Die Sicherheit soll somit alle Ansprüche abdecken, die darauf beruhen, dass die Unternehmerleistung hinter der vertraglich vorausgesetzten Tauglichkeit oder Werthaltigkeit zurückbleibt. Erfasst sein sollen darüber hinaus aber auch die durch Überschreitung der Bauzeit entstehenden Ansprüche, da dem Verbraucher gerade bei Krisen von Bauunternehmern und Bauträgern Schäden häufig dadurch entstehen, dass das Bauwerk nicht rechtzeitig bezogen werden kann. Die Bürgschaft als Vertragserfüllungsbürgschaft sichert **die bis zur Abnahme entstandenen Ansprüche**. Nach der Abnahme ist die Bürgschaft zurückzugeben, es sei denn, die bei Abnahme vorbehaltenen Mängel sind noch nicht beseitigt (vgl. OLG Düsseldorf, BauR 1998, 554).“*

(BT-Drs. 16/511, S. 15; Hervorhebung durch DNotI)

Die Notwendigkeit der Stellung einer solchen Sicherheit besteht u. E. so lange, wie der Sicherungszweck noch nicht entfallen ist (s. auch zur Rückgabe der Sicherheit BeckOGK-BGB/Mundt, § 650m Rn. 49; Lenkeit, in: Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 3. Aufl. 2018, § 650m Rn. 35). Die Antwort auf die Frage, ob und wie lange eine Sicherheit gem. § 650m Abs. 2 BGB zu stellen ist, kann hierbei nur aus jenem Anspruch hergeleitet werden, der besichert werden soll. Dies ist vorliegend der werkvertragliche Herstellungsanspruch des Erwerbers. Demgegenüber ist die Zusammenfassung von mehreren in § 3 Abs. 2 S. 2 MaBV genannten Bauabschnitten zu einer großen Abschlagszahlung nicht von Belang, da sie einen gänzlich anderen Anspruch, nämlich den Vergütungsanspruch des Bauträgers betrifft.

## 2. Würdigung des mitgeteilten Sachverhalts

Nach § 640 Abs. 1 S. 1 BGB besteht der **werkvertragliche Herstellungsanspruch** bis zur Abnahme des Werkes durch den Besteller fort (vgl. statt aller MünchKommBGB/Busche, 8. Aufl. 2020, § 640 Rn. 51). Nach unserem Dafürhalten gilt dies entsprechend für den zuvor beschriebenen **Sicherungszweck**, sodass die Sicherheit bis zur vollständigen Fertigstellung und vollumfäng-

lichen Abnahme des Bauvorhabens aufrechtzuerhalten ist (s. auch Lenkeit, § 650 Rn. 28: Sicherheit betrifft Erfüllungsinteresse, das i. d. R. mit der abnahmereifen Erbringung der geschuldeten Werkleistung endet). Hieran vermag auch eine in Bauträgerverträgen üblicherweise vereinbarte **Teilabnahme** des nach Bezugsfertigkeit erreichten Bautenstands nichts zu ändern, da das zu sichernde Erfüllungsinteresse des Erwerbers auch nach einer teilweisen Abnahme des Bauvorhabens noch nicht vollständig befriedigt ist. In tatsächlicher Hinsicht mag es zwar sein, dass nach einer erfolgten Teilabnahme keine „größeren“ Leistungsstörungen mehr zu erwarten sind. Das **Gesetz sieht** allerdings ein **sukzessives Abschmelzen der Höhe der Sicherheit** mit fortschreitendem Bauvorhaben und dessen Teilabnahme **nicht vor**. In dem Fehlen einer gesetzlichen Abschmelzungsregelung kommt zum Ausdruck, dass die Sicherheit gem. § 650m Abs. 2 BGB nicht an eine bestimmte Wahrscheinlichkeit der Schadensverwirklichung und -höhe anknüpft (vgl. Monreal, DNotZ 2015, 173, 184). Außerdem kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Teilabnahme zu einem Zeitpunkt stattfindet, zu dem der Erwerber die Bezugsfertigkeitsrate bereits gezahlt hat, denn der Ratenzahlungsplan gem. § 3 Abs. 2 S. 2 MaBV knüpft nicht an das rechtsgeschäftliche Ereignis der Abnahme, sondern an den tatsächlichen Bautenstand an (vgl. auch OLG München MittBayNot 2019, 137, das annimmt, der Bauträger dürfe die Besitzverschaffung nicht davon abhängig machen, dass der Erwerber die [Teil-]Abnahme erklärt; a.A. KG MittBayNot 2020, 240, wonach der Bauträger die Besitzübergabe von der Abnahme des Sondereigentums abhängig machen dürfe).

*Basty* (in: Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2017, Rn. 456) weist mit Blick auf die Dauer der gem. § 650m Abs. 2 BGB zu gewährenden Sicherheit darauf hin, dass die in Bauträgerverträgen häufig anzutreffende Differenzierung zwischen *bezugsfertiger* und *vollständiger* Fertigstellung keine Rolle bezüglich des Erfüllungsinteresses des Erwerbers spiele und deshalb die **Sicherheit bis zur vollständigen Fertigstellung** zu gewähren sei (a. A. wohl Schiffner, in: Reithmann/Terbrack, Kauf vom Bauträger, 8. Aufl. 2018, Teil C Kap. VI Rn. 495 mit nicht überzeugendem Hinweis darauf, dass der Sicherungszweck bereits mit bezugsfertiger Fertigstellung entfalle, weil der Erwerber bei Mängeln hinsichtlich der Restarbeiten einen Einbehalt gem. §§ 320, 641 Abs. 3 BGB in Ansehung der letzten Abschlagszahlung [Fertigstellungsrate i. H. v. 3,5 %] geltend machen könne).

Nach unserem Dafürhalten entfällt die Notwendigkeit einer Sicherheit gem. § 650m Abs. 2 BGB nur dann, wenn eine **Endfälligkeit** des Erwerbspreises dergestalt

vereinbart wird, dass der gesamte Vergütungsanspruch erst nach vollständiger Fertigstellung *und* Abnahme zu entrichten ist. Sofern die Beteiligten keine Endfälligkeit des Erwerbspreises gem. §§ 641 Abs. 1 S. 1, 650g Abs. 4 Nr. 1 BGB vereinbaren, handelt es sich um „Abschlagszahlungen“ i. S. v. § 650v BGB mit der Konsequenz, dass sowohl § 3 MaBV als auch § 650m Abs. 2 BGB zu berücksichtigen sind.

### 3. Ergebnis

Bei der Gestaltung eines Bauträgervertrages ist die Sicherheit gem. § 650m Abs. 2 BGB auch dann zu berücksichtigen, wenn die bis zur Bezugsfertigkeitsrate vorgesehenen Bauabschnitte gem. § 3 Abs. 2 S. 2 MaBV zu einer „großen“ Abschlagszahlung zusammengefasst werden. Die Sicherheit gem. § 650m Abs. 2 BGB dient dem Erfüllungsinteresse des Erwerbers und hat somit eine andere Schutzrichtung als der Ratenzahlungsplan des § 3 Abs. 2 MaBV, der gewährleisten soll, dass der jeweiligen Abschlagszahlung des Erwerbers eine adäquate Leistung des Bauträgers gegenübersteht (zum Ganzen sowie insbesondere auch zur unterschiedlichen Wirkungsweise der beiden Sicherungssysteme auch Monreal, DNotZ 2015, 173).

---

## BGB §§ 2032, 2041

### Voraussetzungen für Grundstückserwerb in Erbengemeinschaft; Bedeutung der erbrechtlichen Surrogation

---

#### I. Sachverhalt

a) Herr und Frau G sind in Erbengemeinschaft im Grundbuch eingetragen. Sie wollen von ihrem Nachbarn ein Flurstück (22 m<sup>2</sup>) hinzuerwerben. Im entsprechenden Grundbuch ist ebenfalls eine Erbengemeinschaft (nach Herrn N) eingetragen.

b) Im Grundbuch sind als Eigentümer eingetragen Herr W als Miteigentümer zu 1/2 und die Erbengemeinschaft nach dem Bruder von Herrn W, bestehend aus vier Erben (Frau BW und ihre drei Kinder K1 bis K3), ebenfalls zu 1/2. Herr W und die Erbengemeinschaft sind sich einig, dass sie das Grundstück real teilen wollen. Die Vermessung ist erfolgt. Es sind zwei Flurstücke gebildet worden. Das kleinere soll Herr W bekommen; das größere Grundstück soll an die Erbengemeinschaft übertragen werden. Dafür sollen ihm die Erben aus dem Nachlass einen Ausgleich zahlen.

#### II. Fragen

1. Kann in Sachverhalt a) das Flurstück durch die Erbengemeinschaft (also durch „Herrn G und Frau G in Erbengemeinschaft“) erworben werden?

2. Kann in Sachverhalt b) die Erbengemeinschaft, bestehend aus Frau BW und K1 bis K3 das nach Realteilung entstandene Grundstück erwerben?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Erwerb des Grundstücks (Sachverhalt a)

##### a) Einführung; gesetzliche Begrenzung der erbrechtlichen Surrogationstatbestände

Hinterlässt der Erblasser mehrere Erben, so wird der Nachlass gemeinschaftliches Vermögen der Erben (§ 2032 Abs. 1 BGB). Zur Erbengemeinschaft hat die höchstrichterliche Rechtsprechung geklärt (BGH NJW 2002, 3389 ff.; BGH NJW 2006, 3715 f.; hierzu etwa BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, Std.: 1.10.2019, § 2032 Rn. 12.2), dass die Erbengemeinschaft als solche nicht rechtsfähig ist. Das Gegenteil folgt aus Sicht des BGH nicht aus der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR durch das Grundsatzurteil BGHZ 146, 341 ff. Denn kennzeichnend für die Erbengemeinschaft ist ihre Begründung mit dem Erbfall *ipso iure*, wohingegen die GbR rechtsgeschäftlich begründet wird. Ferner ist die Erbengemeinschaft keine werbende Gemeinschaft, sondern auf Auseinandersetzung gerichtet (vgl. BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, § 2032 Rn. 12.2.). Dementsprechend kommt als Erwerber von Grundbesitz in einem Kauf- oder Tauschvertrag nicht die Erbengemeinschaft als solche in Betracht, sondern nur die konkreten natürlichen Personen, die unter den gesetzlichen Voraussetzungen im Berechtigungsverhältnis der Erbengemeinschaft gem. §§ 2032 ff. BGB, 47 GBO erwerben.

Wie bereits angedeutet, ist die Erbengemeinschaft eine unabhängig vom Willen der Erben kraft Gesetzes entstehende Zufallsgemeinschaft, die auf der vom Erblasser angeordneten gesetzlichen oder testamentarischen Erbfolge beruht. Sie ist auf Auseinandersetzung und anschließende Auflösung angelegt. Die Erbengemeinschaft kann daher weder vertraglich begründet noch nach erfolgter Auflösung wieder hergestellt werden. Dass ein nicht bereits beim Erbfall im Nachlass vorhandener Vermögenswert den Erben im Berechtigungsverhältnis der gesamthänderischen Erbengemeinschaft zusteht, kann mangels Zulassung einer dahingehenden rechtsgeschäftlichen Gestaltung daher nur auf einem gesetzlichen Tatbestand beruhen, also gem. § 2032 Abs. 2 BGB bis zur Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft auf § 2041 BGB (s. zum Ganzen etwa MünchKommBGB/Gergen, 8. Aufl. 2020, § 2032 Rn. 4, 8; Palandt/Weidlich, BGB, 79. Aufl. 2020, § 2032 Rn. 1; BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, § 2032 Rn. 2). Daraus ergibt sich, dass **Miterben nach dem Erbfall in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit nur im Rahmen von § 2041 BGB Eigentum für den Nachlass erwerben können**; dies gilt auch für Grundeigentum (BGH

DNotZ 2018, 52 Rn. 10; OLG Köln OLGZ 1965, 117; Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 20 Rn. 33).

#### **b) Exkurs: Bedeutung dieser Begrenzung beim Behindertentestament**

Bedeutung erlangt diese Beschränkung beispielhaft bei Vermögenserwerben und Nachlassumschichtungen, wenn der Erblasser ein **klassisches Behindertentestament** errichtet hatte. Hier besteht an der Fortdauer der Schutzinstrumente der Testamentsvollstreckung (vgl. § 2214 BGB) und der Nacherbenbindung (§§ 2100, 2139 BGB) auch nach derartigen Transaktionen besonderes Interesse (s. G. Müller, NotBZ 2017, 81 ff.). Die entsprechende Anwendung des § 2041 BGB auf die der Testamentsvollstreckung unterliegende Vermögensmasse ist allgemein anerkannt (BGH ZEV 2012, 103; Bengel/Reimann/Schaub, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 6. Aufl. 2017, 4. Kap. Rn 67 ff; Meikel/Böhringer, GBO, 11. Aufl. 2015, § 52 Rn 4, 22). Über die Surrogationsvorschriften hinaus ist aber für die rechtsgeschäftliche Erstreckung der Testamentsvollstreckung durch gemeinsamen Willensakt von Erben und Testamentsvollstrecker kein Raum, da die Eigenanordnung der Testamentsvollstreckung durch den Erblasser zwingend ist (vgl. §§ 2197, 2198, 2200 BGB). § 2065 Abs. 1 BGB verbietet insoweit eine „Vertretung im Willen“ (vgl. KG OLGE 44, 100, 102; BeckOGK-BGB/Grotheer, Std.: 1.3.2020, § 2197 Rn 64 f., 207 ff; Reimann/Klinger, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 6. Aufl. 2017, § 7 Rn 131). Dieselbe Begrenzung gilt auch für die Nacherbenbindung nach §§ 2100 ff. BGB: Diese kann – über den hier einschlägigen Surrogationsstatbestand des § 2111 BGB, insbesondere auch die Inventareinverleibung nach § 2111 Abs. 2 BGB hinaus – ebenfalls nicht durch einseitige Zuweisungserklärung des Vorerben begründet werden, selbst nicht bei zusätzlicher Zustimmung des Nacherben hierzu, da die beteiligten Erben nicht beliebig privatautonom eine *res extra commercium* schaffen können (vgl. im Detail BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, Std.: 15.1.2020, § 2111 Rn. 100 f.; KGJ 40, 183, 185 ff.; OLG Stuttgart DNotZ 1974, 365; Staudinger/Avenarius, BGB, 2019, § 2111 Rn 6 f.; umfassend, aber im Ergebnis ebenso ablehnend zur Ausweitung dinglicher Surrogationswirkung kraft Parteiwillens: Stiebitz, Die Surrogation im Erbrecht, 2007, S. 248 ff.).

#### **c) Rechtsfolgen der Surrogation nach § 2041 BGB**

Die von § 2041 BGB angeordnete Surrogation bezweckt den Schutz des Nachlasswertes und seiner wirtschaftlichen Einheit als Gesamthandsvermögen. Die Norm dient so allen Miterben und Nachlassgläubigern (s. etwa BGH NJW 1987, 434 f.). Sind die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 2041 BGB im konkreten Fall erfüllt, so ist die als Rechtsfolge kraft Gesetzes an-

geordnete dingliche Surrogation nicht dispositiv, weder für den Erblasser noch für die Erben (BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, § 2041 Rn. 1; umfassend und kritisch: Stiebitz, S. 48 ff.). Surrogation nach § 2041 BGB tritt also bei Nachlassverwaltungsmaßnahmen gesetzlich auch dann ein, wenn der einzeln auftretende Miterbe unter Einsatz von Nachlassmitteln dennoch lediglich eigenen Namens erwerben will (vgl. BGH NJW 1968, 1824; zuvor bereits OLG München NJW 1956, 1880). Wünschen die erwerbenden Personen bei Eingreifen des § 2041 BGB ein anderes Rechtsverhältnis, so könnte dies also nur nachfolgend durch gesonderte einvernehmliche rechtsgeschäftliche Erklärungen aller Miterben erreicht werden, die den gewünschten Berechtigungszustand herstellen. Der Erwerb des „Mini-Flurstückes“ erfolgt durch Herrn und Frau G im Berechtigungsverhältnis der Erbengemeinschaft, also gesetzlich zwingend dann, wenn das Erwerbsgeschäft ein **Rechtsgeschäft** ist, **das sich auf den Nachlass bezieht** (§ 2041 S. 1 Var. 3 BGB; sog. Beziehungssurrogation). Die weiteren Tatbestände der dinglichen Surrogation nach § 2041 S. 1 BGB (Rechtssurrogation nach § 2041 S. 1 Var. 1 BGB, Ersatzsurrogation nach § 2041 S. 1 Var. 2 BGB) kommen hier offensichtlich nicht in Betracht.

#### **d) Würdigung des Sachverhalts a); Einsatz von Nachlassmitteln als notwendige Voraussetzung der Surrogation nach § 2041 BGB?**

Dementsprechend erwerben Herr und Frau G das betreffende Flurstück gem. § 2041 S. 1 Var. 3 BGB jedenfalls dann in Erbengemeinschaft, wenn sie für die Bezahlung des Kaufpreises **Nachlassmittel** aufwenden. Ein solcher Erwerb durch Rechtsgeschäft mit Mitteln des Nachlasses genügt nach ganz herrschender Auffassung, um den Tatbestand der Beziehungssurrogation nach § 2041 S. 1 Var. 3 BGB zu erfüllen (so etwa BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, § 2041 Rn 10.2 ff.; Staudinger/Löhnig, BGB, 2016, § 2041 Rn 8; BeckOK-BGB/Lohmann, Std.: 1.2.2020, § 2041 Rn 3; Palandt/Weidlich, § 2041 BGB Rn 2; ebenso aber auch Münch-KommBGB/Gergen, § 2041 Rn. 20 ff., der im Übrigen eine restriktive Position zur Surrogation vertritt).

Es stellt sich die Frage, ob dieser Einsatz von Nachlassmitteln zur Begleichung des Kaufpreises notwendige Voraussetzung für den Eintritt der Surrogationsfolge des § 2041 S. 1 Var. 3 BGB ist oder ob die Surrogation auch bei einem **Erwerb mit nachlassfremden Mitteln** eingreift. Diese Frage wird von *Gergen* (in Münch-KommBGB, § 2041 Rn. 25) verneint: In diesem Fall stünden einer Surrogationswirkung allgemeine erbrechtliche Prinzipien entgegen. Die Erbengemeinschaft sei ihrer Funktion nach eine Abwicklungsgemeinschaft, die in der Regel nur für eine gewisse Übergangszeit bestehe und deren natürliches Ziel es sei, sich aufzulösen.

Diesem typischen Zweck würde es zuwiderlaufen, durch Zulassung von unter Umständen erheblichem Vermögenserwerb zum Gesamthandseigentum den Fortbestand der Erbengemeinschaft auf längere Dauer in besonderer Weise zu fördern. Sachgerechte Formen einer gemeinschaftlichen Zweckverfolgung mittels gesamthänderisch gebundenen Sondervermögens seien durch die Gesellschaft des BGB und des HGB bereitgestellt.

Demgegenüber hält die h. M., insbesondere auch der BGH (DNotZ 2018, 52 Rn. 12), das Eingreifen der Beziehungssurrogation auch bei Einsatz nachlassfremder Mittel für möglich (Staudinger/Löhnig, BGB, 2016, § 2041 Rn. 7; Palandt/Weidlich, § 2041 Rn. 2; Erman/Bayer, BGB, 15. Aufl. 2017, § 2041 Rn. 4b). Für die Zulassung der Surrogation auch beim Einsatz nachlassfremder Mittel spricht bereits der vom historischen Gesetzgeber mit Bedacht abweichend von §§ 2019, 2111 BGB formulierte Wortlaut des § 2041 BGB, der den Erwerb „mit Mitteln der Erbschaft“ gerade nicht zur Voraussetzung für die Surrogationswirkung erhebt (ausführlich BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, § 2041 Rn. 10.13 unter Rückgriff auf Ann, Die Erbengemeinschaft, 2001, S. 208). Wir halten diese Auffassung bei grammatischer Gesetzesauslegung für zutreffend. Vom Standpunkt der h. M. aus sind die Voraussetzungen der Beziehungssurrogation gem. § 2041 S. 1 Var. 3 BGB bei Einsatz nachlassfremder Mittel also ebenfalls erfüllbar, nämlich wenn der Erwerb nach der **Willensrichtung** des rechtsgeschäftlich Handelnden dem Nachlass zugutekommen soll (**subjektive Komponente**) und weiter ein **innerer Zusammenhang mit dem Nachlass** besteht (**objektive Komponente**), der auch in einer wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit begründet sein kann (BGH DNotZ 2018, 52 Rn. 12; OLG Düsseldorf OLGR 1998, 121, 122 f.).

Die geforderte subjektive Komponente geht im unterbreiteten Sachverhalt schon daraus hervor, dass Herr und Frau G in Erbengemeinschaft erwerben wollen. Die weiter erforderliche wirtschaftliche Zweckmäßigkeit für den Nachlass wird man hier darin erkennen können, dass der Erwerb des Nachbargrundstücks räumlich der Abrundung des Nachlassgrundbesitzes dient und auf diese Weise der Werterhöhung des im räumlichen Zusammenhang stehenden Nachlassgrundvermögens dient.

#### e) Ergebnis im Sachverhalt a)

Im Ergebnis erwerben Herr und Frau G deswegen im Sachverhalt a) nach unserer Einschätzung das Nachbargrundstück im Berechtigungsverhältnis der Erbengemeinschaft unabhängig davon, ob der Kaufpreis hierfür aus Nachlassmitteln oder aus Eigenvermögen des Herrn und der Frau G stammt. Da der Erwerb in Erbengemeinschaft unter den hier erfüllten gesetzlichen

Voraussetzungen zwingend ist, wäre ein abweichendes Berechtigungsverhältnis nur durch nachfolgende rechtsgeschäftliche Erklärungen der Erwerber denkbar.

#### 2. Realteilung; Ergebnis im Sachverhalt lit. b)

Auch im Fall der **Realteilung** werden Frau BW und K1 bis K3 im Berechtigungsverhältnis der Erbengemeinschaft (nur) dann erwerben, wenn die **Voraussetzungen des § 2041 S. 1 Var. 3 BGB hierbei erfüllt** sind. Diese sind im Sachverhalt b) aber nach unserer Einschätzung zu bejahen, da Frau BW und K1 bis K3 für den Erwerb des nach der Realteilung auf sie entfallenden selbständigen Grundstückes im Nachlass vorhandene Mittel aufwenden, nämlich den hälftigen Miteigentumsanteil an dem Stammgrundstück, der ihnen in Erbengemeinschaft zusteht. Diesen hälftigen Miteigentumsanteil an dem Stammgrundstück geben sie auf und erhalten dafür im Wege der Auseinandersetzung nach Realteilung zu Alleineigentum ein rechtlich selbständiges (kleineres) Grundstück. Durch diesen objektiven Einsatz von Nachlassmitteln sind die **Voraussetzungen des § 2041 S. 1 Var. 3 BGB nach einhelliger Auffassung erfüllt** (s. als Parallellfall OLG Köln BeckRS 1987, 2469 = Rpfleger 1987, 409 f. zu einem Tauschvertrag). Die Bildung von Bruchteilseigentum gemäß den Erbquoten im Wege einer **Teilerbauseinandersetzung** ist im Sachverhalt b) also **nicht erforderlich**, um den geplanten Erwerb von Frau BW und K1 bis K3 zu gestalten.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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 Abruf-Gutachten.

#### ZPO §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 800

**Teilunterwerfung unter die Zwangsvollstreckung; beglaubigte Grundschuldbestellung und beurkundete Teilvervollstreckungsunterwerfung; Erfordernis der Bezugnahme auf Grundschuldbestellungsurkunde**

Abruf-Nr.:

#### EGBGB a. F. Art. 15

**Volksrepublik China: Rückverweisung aufgrund Inkrafttretens des Rechtsanwendungsgesetzes nach der Heirat in China**

Abruf-Nr.:

# Rechtsprechung

BGB §§ 164, 177, 1922; GBO § 19; EuErbVO Art. 20, 21, 34

**Vollmachtloses Handeln für einen verstorbenen Grundstückseigentümer; Geltung deutschen Erbrechts für ein in Deutschland belegenes Nachlassgrundstück eines britischen Staatsangehörigen**

**1. Handelt ein vollmachtloser Vertreter im Namen eines verstorbenen Grundstückseigentümers, gibt er also eine Willenserklärung oder Verfahrenserklärung im Namen einer nicht mehr existierenden Person ab, so ist das Rechtsgeschäft einer Genehmigung durch die Erben nicht zugänglich. § 177 BGB findet auf einen derartigen Sachverhalt weder direkt oder analog Anwendung.**

**2. War der Erblasser britischer Staatsangehöriger, so gilt für die Erbfolge in sein in Deutschland belegenes Nachlassgrundstück kraft Rückverweisung das deutsche Recht mit der Folge, dass nicht der in England bestellte „*administrator*“, sondern die nach BGB zu bestimmenden Erben des Verstorbenen verfügungsbefugt sind.** (Leitsätze der DNotI-Redaktion)

OLG Bremen, Beschl. v. 16.4.2020 – 3 W 9/20

## Problem

Mit notariellem Kaufvertrag erwarben mehrere Beteiligte in Bremerhaven belegenen Grundbesitz. Eine weitere Beteiligte (im Folgenden: „Erblasserin“) wurde beim Kaufvertragsabschluss vollmachtlos vertreten. Wie sich später herausstellte, war sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits verstorben. Sie war britische Staatsangehörige (England und Wales) und hatte dort auch ihren letzten gewöhnlichen Aufenthalt. Für sie war durch den High Court of Justice England and Wales ein *administrator* des Nachlasses bestellt worden. Dieser hat mit notariell beglaubigter Erklärung den Kaufvertragsabschluss durch die Erblasserin genehmigt.

Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung der Vormerkung ab und führte zur Begründung aus, dass angesichts der in England geltenden Nachlassspaltung für das in Deutschland befindliche unbewegliche Vermögen deutsches Recht gelte und der *administrator* deswegen die Genehmigungserklärung nicht abgeben könne. Erforderlich sei vielmehr die Zustimmung der Erben der Erblasserin unter Vorlage eines gegenständlich beschränkten Erbescheins.

## Entscheidung

Die gegen die Zwischenverfügung eingelegte Beschwer-

de blieb ohne Erfolg. Das OLG Bremen stützt seine ablehnende Entscheidung ausschließlich darauf, dass die bereits verstorbene Erblasserin keine Willenserklärung abgeben könne. Auch ein vollmachtloser Vertreter könne für eine nicht mehr existente Person nicht auftreten. § 177 BGB finde auf eine derartige Konstellation weder direkt noch analog Anwendung. Ein Bedürfnis für eine analoge Anwendung des § 177 BGB bestehe nicht, da es an einer planwidrigen Regelungslücke fehle. Das Vermögen gehe im Zeitpunkt des Todes auf die Erben über, sodass diese über die Nachlassgegenstände verfügungsbefugt seien. Allerdings hätten dann auch die Erben vertreten werden müssen – was das Gericht offenbar nicht als gegeben ansah. In Betracht käme allenfalls eine Anwendung des § 179 BGB und eine Haftung des vollmachtlosen Vertreters, worauf es vorliegend allerdings nicht ankomme.

## Anmerkung

Es ist anerkannt ist, dass auch die Genehmigungsbefugnis i. S. d. § 177 BGB gem. § 1922 BGB auf die Erben übergeht (BGH NJW 1954, 145; OLG Hamm NJW-RR 1987, 1170). Der **Übergang der Genehmigungsbefugnis** kam vorliegend allerdings nicht in Betracht, da die Erblasserin schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht mehr lebte und somit auch nicht vertreten werden konnte. In diesem Teil der Begründung ist dem OLG noch zuzustimmen.

Die entscheidende Frage ist jedoch eine andere: Ist der Vertretene zum Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung bereits verstorben, so muss geprüft werden, ob der Vertreter hilfsweise für die Erben handeln wollte. Das ist eine **Tatfrage**, die im Einzelfall beleuchtet werden muss. In aller Regel wird man durch **Umdeutung gem. § 140 BGB** zu dem Ergebnis kommen, dass der Vertreter (hypothetisch) auch für die Erben gehandelt hätte. Das muss jedenfalls gelten, solange Anhaltspunkte dafür fehlen, dass der Vertreter den Erblasser nur persönlich verpflichten wollte und nicht auch dessen Erben. Bei einem Grundstückskaufvertrag ist nicht ersichtlich, warum der Vertreter nicht auch implizit hilfsweise für die Erben handeln möchte. Diese sind ausreichend dadurch geschützt, dass sie die Genehmigung verweigern können. Zudem liegt eine solche Umdeutung auch im Interesse der anderen Vertragspartei. Zu all diesen Problemkreisen verliert das Gericht kein Wort. Und das, obwohl der BGH in der Vergangenheit *obiter dictum* im Ergebnis zutreffend davon ausging, dass es für die Anwendung des § 177 BGB gerade nicht darauf ankomme, ob der Vertretene zum Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung noch lebte (so ausdrücklich BGH NJW 1954, 145.). Prägnant formuliert der BGH im amtlichen Leitsatz:

*„Ein Vertrag, der von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht im Namen eines Vermissten geschlossen wurde, kann durch Genehmigung der Erben des Vermissten wirksam werden, wenn sich später ergibt, daß der Vertretene zur Zeit des Abschlusses des Vertrags nicht mehr lebte.“*

Bzgl. der IPR-Fragestellungen ist die Entscheidung des OLG – ebenso wie bereits die Zwischenverfügung des Grundbuchamts – zutreffend. Vom Gericht nicht angesprochen wird zwar die Frage des **anwendbaren Rechts** bzgl. der Vertretung ohne Vertretungsmacht, im Ergebnis aber zutreffend gelöst. Diese richtet sich nach dem **Geschäftsstatut** (strittig, vgl. ausführlich BeckOGK-BGB/Ulrici, Std.: 1.5.2020, § 177 Rn. 231), also vorliegend nach dem deutschen Recht.

Für die Frage, wer zur Genehmigung befugt ist, ist schließlich das auf die Erbfolge anwendbare Recht zu bestimmen. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO verweist hierzu auf das Recht des Staates, in dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, im konkreten Fall das Vereinigte Königreich. Gem. Art. 34 Abs. 1 EuErbVO ist auch das im Vereinigten Königreich geltende internationale Privatrecht anzuwenden. Insbesondere wäre gem. Art. 34 Abs. 1 EuErbVO eine **Rückverweisung** auf das deutsche Recht zu beachten. Zwar ist das Zivilrecht, einschließlich des internationalen Privatrechts in den einzelnen britischen Landesteilen unterschiedlich geregelt. Über Art. 36 Abs. 2 lit. a EuErbVO ist daher – da es auch kein einheitliches Kollisionsrecht gibt – das Recht der Teilrechtsordnung anzuwenden, in der der Erblasser zum Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Der konkrete Landesteil, in dem sich die Erblasserin zum Zeitpunkt des Todes gewöhnlich aufhielt, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen. Da in sämtlichen britischen Landesteilen der Grundsatz des *common law* gilt, dass die Erbfolge des unbeweglichen Vermögens nach der jeweiligen *lex rei sitae* zu beurteilen ist, während für die Vererbung des beweglichen Vermögens das Erbstatut an das *domicile* des Erblassers anzuknüpfen ist (s. insoweit nur NK-BGB/Odersky, Bd. 5: Erbrecht, 5. Aufl. 2018, Länderbericht Großbritannien, Rn. 5 ff.), kommt es darauf letztlich nicht an. Die Erbfolge in das unbewegliche Vermögen richtet sich demnach nach deutschem Recht, welches vorsieht, dass der Nachlass unmittelbar auf die Erben übergeht, so dass diese die Genehmigung erteilen konnten. Von der Genehmigungsfähigkeit durch die Erben ging im Ergebnis zutreffend offenbar noch das Grundbuchamt in seiner Zwischenverfügung aus – anders als im Ergebnis das OLG.

**Postvertriebsstück: B 08129**

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

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**[www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)**

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

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

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Johannes Cziupka

**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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BeurkG § 34a Abs. 3; FamFG § 343; EuErbVO Artt. 4, 10 – Ablieferung eines Erbvertrags; zuständiges Nachlassgericht bei letztem gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland

InsO §§ 270, 270c, 277 – Eigenverwaltung; Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners; Auswirkung auf nicht vorgelegte Eintragungsbewilligung

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Rechtsprechung

BGB § 2314 Abs. 1 S. 3 – Anspruch auf Ergänzung eines notariellen Nachlassverzeichnisses

Rechtsprechung in Leitsätzen

##### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BeurkG § 34a Abs. 3; FamFG § 343; EuErbVO Artt. 4, 10

#### Ablieferung eines Erbvertrags; zuständiges Nachlassgericht bei letztem gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland

##### I. Sachverhalt

Der Notar beurkundete 2011 einen Erbvertrag zweier Ehegatten. Der Erbvertrag wurde vom Notar verwahrt und im Zentralen Testamentsregister (ZTR) registriert. Der Ehemann verstarb 2019 mit letztem Wohnsitz und gewöhnlichem Aufenthalt auf den Philippinen. Es ist Nachlassvermögen in Deutschland vorhanden. Wo der Erblasser vorher seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte, ist dem Notar nicht bekannt.

Das ZTR teilte gem. § 7 Abs. 1 ZTRV mit, dass laut Sterbefallmitteilung das Amtsgericht Schöneberg in

Berlin das zu benachrichtigende Nachlassgericht gem. § 7 Abs. 3 ZTRV sei und die erbfolgerrelevanten Urkunden dorthin abzuliefern seien. Das AG Schöneberg erklärte sich durch Beschluss für unzuständig und schickte die Urkunde an den Notar zurück. Der letzte gewöhnliche Aufenthalt im Ausland begründe die Zuständigkeit des AG Schöneberg nicht. Der Notar müsse vielmehr die gem. § 34a Abs. 3 S. 1 BeurkG zuständige Verwahrstelle selbständig ermitteln.

**Abwandlung:** Die Ehegatten ließen nicht einen Erbvertrag beurkunden, sondern einen Ehevertrag, in dem Gütertrennung vereinbart wurde.

##### II. Fragen

1. Hat das Gericht seine Zuständigkeit zu Recht verneint?
2. Falls ja: An welches Gericht ist die Urkunde abzuliefern?
3. Muss der Notar ggf. den letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Inland ermitteln?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Grundsätzliche Pflicht zur Ablieferung der Urkunde

Gem. § 34a Abs. 3 S. 1 BeurkG muss der **Notar**, in dessen Verwahrung sich ein **Erbvertrag** befindet (**Verwahrstelle**), diesen nach Eintritt des Erbfalls an das Nachlassgericht abliefern, „in dessen Verwahrung er danach verbleibt“. Gleiches gilt (betreffend die Abwandlung) gem. § 34a Abs. 3 S. 2 BeurkG für „**sonstige**“ **Urkunden** (die also kein Erbvertrag sind), die Erklärungen enthalten, nach deren Inhalt sich die Erbfolge ändern kann. Diese Erklärungen müssen dem Nachlassgericht aber lediglich in beglaubigter Abschrift mitgeteilt werden. Was eine erbfolgerrelevante Urkunde ist, regelt § 34a Abs. 3 S. 2 BeurkG nicht ausdrücklich. Nach naheliegender h. M. in der Literatur fällt darunter jede erbfolgerrelevante Urkunde i. S. v. § 78d Abs. 2 S. 1 BNotO (MünchKommBGB/Sticherling, 8. Aufl. 2020, § 34a BeurkG Rn. 23) und damit auch ein **Ehevertrag**, mit dem die Ehepartner **Gütertrennung** vereinbaren oder aufheben.

Folglich ist der vorliegende Erbvertrag abzuliefern (Ausgangsfall) und der Ehevertrag, in dem Gütertrennung vereinbart worden ist (Abwandlung), in beglaubigter Abschrift mitzuteilen. **Umstritten** ist, ob der Notar die **gesamte Urkunde** in beglaubigter Abschrift abliefern darf (so Burandt/Rojahn/Egerland, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 34a BeurkG Rn. 10; Heinemann, in: Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 34a Rn. 19), wenn diese auch andere als erbfolgerrelevante Erklärungen enthält, oder ob er sich wegen der Verschwiegenheitspflicht gem. § 18 BNotO auf eine auszugsweise beglaubigte Abschrift beschränken muss. Die h. M. im Schrifttum geht davon aus, dass insoweit die notarielle Verschwiegenheitspflicht und datenschutzrechtliche Bestimmungen eingreifen. **Nach überwiegender Auffassung** gestattet und verlangt § 34a Abs. 3 S. 2 BeurkG daher nur die **Übersendung der erbfolgerrechtlich relevanten Teile** der Urkunde in beglaubigter Ablichtung (Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 34a Rn. 34; BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.5.2020, § 34a BeurkG Rn. 7; BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, Std.: 1.4.2020, § 34a Rn. 26). Dies kann jedoch nur dann gelten, wenn eine Abtrennung einzelner Teile möglich ist (MünchKommBGB/Sticherling, § 34a BeurkG Rn. 24). Eine solche Trennbarkeit wird bspw. nicht gegeben sein, wenn sich die eigentlich nicht erbfolgerrelevanten Teile der Urkunde auf die erbfolgerrelevanten Teile der Urkunde auswirken können – etwa bei einer potentiellen Gesamtnichtigkeit. Die Prüfung einer etwaigen Gesamtnichtigkeit muss dem Nachlassgericht durch Übersendung des gesamten Vertrags ermöglicht werden. Bei der Frage, welche Teile ohne Auswirkung

abtrennbar sind, wird man dem Notar einen gewissen Ermessensspielraum einzuräumen haben. Bleiben Zweifel, so ist der Notar berechtigt, den gesamten Urkundeninhalt mitzuteilen (Heinemann, § 34a Rn. 19).

#### 2. Zuständiges Gericht für die Ablieferung

Nach § 34a Abs. 3 S. 1 BeurkG hat der Notar an dasjenige Nachlassgericht abzuliefern, „in dessen Verwahrung er [der Erbvertrag] danach verbleibt“. Die Zuständigkeit dafür bestimmt sich grundsätzlich nach den Vorschriften des **FamFG** (BeckOK-BeurkG/Seebach, Std.: 1.5.2020, § 34a Rn. 83). Die internationale Zuständigkeit dürfte sich **nicht nach der Europäischen Erbrechtsverordnung** (EuErbVO) richten (obwohl sie in zeitlicher Hinsicht anwendbar ist, da der Erbfall nach dem 17.8.2015 eingetreten ist, vgl. Art. 83 Abs. 1 EuErbVO), denn vorliegend steht keine „Entscheidung“ (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. g EuErbVO) eines Gerichts i. S. v. Art. 4 EuErbVO in Rede. Zwar hat der EuGH in der Rechtssache Oberle (NJW 2018, 2309 Tz. 42) entschieden, dass die Zuständigkeitsregel des Art. 4 EuErbVO auch solche Verfahren erfasse, die nicht zum Erlass einer judiziellen Entscheidung (im engeren Sinne) führten. Daher sei auch die Zuständigkeit der Gerichte in Erbscheinssachen unmittelbar dem Art. 4 EuErbVO zu entnehmen. Daraus darf man aber u. E. nicht den Schluss ziehen, dass sich die Ablieferung von Erbverträgen oder anderen erbfolgerrelevanten Urkunden ebenfalls nach der EuErbVO richtet – dafür sieht die EuErbVO gerade keine Spezialzuständigkeit vor. Betroffen ist vielmehr allein die Verwahrzuständigkeit für erbfolgerrelevante Urkunden. Diese Verwahrzuständigkeit wird von der EuErbVO nicht adressiert (MünchKommFamFG/Rauscher, 3. Aufl. 2019, Art. 1 EuErbVO Rn. 28; Süß/Meyer, Erbrecht in Europa, 4. Aufl. 2020, § 7 Rn. 6; Weber, RNotZ 2018, 454, 462; ders./Schall, NJW 2016, 3564; NK-BGB/Makowsky, 3. Aufl. 2019, Art. 4 EuErbVO Rn. 14 für die Verwahrung zu Lebzeiten; a. A. MünchKommBGB/Dutta, 8. Aufl. 2020, Vor Art. 4 EuErbVO Rn. 11).

Selbst wenn man den Anwendungsbereich der EuErbVO für eröffnet hielte, wäre der Fall nicht anders zu beurteilen: Da der Erblasser vorliegend nicht mit gewöhnlichem Aufenthalt in einem Mitgliedstaat (sondern auf den Philippinen) verstorben ist, wäre Art. 4 EuErbVO nicht einschlägig. Stattdessen käme man über Art. 10 Abs. 1 lit. a EuErbVO zu einer subsidiären internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte, wenn und weil der Erblasser deutscher Staatsangehöriger war und Nachlassvermögen in Deutschland hatte. Nur wenn letzteres nicht der Fall gewesen wäre, gelangte man über Art. 10 Abs. 2 EuErbVO zur Zuständigkeit der Gerichte eines anderen Mitgliedstaats, wenn der Erblasser in die-

sem Mitgliedstaat Nachlassvermögen hinterlassen hätte. Hat der Erblasser dagegen keinerlei Nachlassvermögen in einem Mitgliedstaat hinterlassen, so dürfte sich die internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte – mangels Einschlägigkeit der EuErbVO für diesen Fall – direkt nach § 105 FamFG richten (Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 343 Rn. 17; Fröhler, BWNotZ 2015, 47; Lange, ErbR 2016, 58).

Unterstellt man – u. E. zu Unrecht (s. o.) – die grundsätzliche Anwendbarkeit der EuErbVO und wären die Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 10 Abs. 1 lit. a EuErbVO erfüllt, so richtete sich die örtliche Zuständigkeit der (international zuständigen) deutschen Gerichte nach § 47 Nr. 2 IntErbRVG. Hiernach gelten aber die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit im FamFG entsprechend. Daraus folgt, dass sich das zuständige Gericht, an das abzuliefern ist, **in jedem Fall nach den §§ 343 f. FamFG** (ggf. in entsprechender Anwendung) bestimmt.

### 3. Örtliche Zuständigkeit bei letztem gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland

Die örtliche Zuständigkeit des Nachlassgerichts i. S. v. § 34a Abs. 3 S. 2 BeurkG ist nach **§ 343 FamFG** zu ermitteln (Burandt/Rojahn/Egerland, § 34a BeurkG Rn. 10; BeckOK-BeurkG/Seebach, § 34a Rn. 83). Da der Erblasser nach dem mitgeteilten Sachverhalt zwar nicht im Zeitpunkt seines Todes, wohl aber davor einen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hatte, ist nach § 343 Abs. 2 FamFG das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Erblasser seinen **letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Inland** hatte. Der Wortlaut enthält keine zeitliche Grenze, somit ist es unerheblich, wie lang dieser Aufenthalt zurückliegt (KG FGPrax 2017, 264 zum 50 Jahre zurückliegenden Aufenthalt; ebenso Harders, in: Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 343 Rn. 8). Lässt sich ein früherer gewöhnlicher Aufenthaltsort im Inland **nicht feststellen**, so ist gem. § 343 Abs. 3 S. 1 FamFG das **Amtsgericht Schöneberg** in Berlin zuständig, sofern der Erblasser Deutscher ist oder Nachlassgegenstände im Inland besitzt (Burandt/Rojahn/Gierl, § 343 FamFG Rn. 17; BeckOK-FamFG/Schlögel, Std.: 1.7.2020, § 343 Rn. 11). Die im Sachverhalt angesprochene Ansicht des Gerichts, der letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers im Ausland begründe keine Zuständigkeit, trifft insoweit nicht zu. Erforderlich ist zudem, dass sich ein letzter gewöhnlicher Aufenthalt im Inland nicht ermitteln lässt.

### 4. Verfahren bei unklarem letztem Aufenthaltsort und Ermittlungspflichten

Ist dem Notar der letzte gewöhnliche Aufenthalt unbekannt, so stellt sich die Frage nach dem Verfahren

der Ablieferung und dem Umfang der notariellen Ermittlungspflichten hinsichtlich des zuständigen Amtsgerichts. Gem. § 343 Abs. 3 S. 1 FamFG ist das Amtsgericht Schöneberg in Berlin nur dann zuständig, wenn eine Zuständigkeit nach § 343 Abs. 1 und Abs. 2 FamFG ausscheidet. Das ist insbesondere der Fall, wenn ein gem. § 343 Abs. 2 FamFG entscheidender letzter gewöhnlicher Aufenthalt im Inland nicht festgestellt werden kann (BeckOK-FamFG/Schlögel § 343 Rn. 11).

Für den Notar ergeben sich gewöhnlich (abgesehen von der Wohnanschrift zum Zeitpunkt der Beurkundung, wie sie in der Urkunde vermerkt ist) keine Ermittlungsansätze für einen letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Inland. Dieses Problem hat der Gesetzgeber erkannt und einer Regelung zugeführt. Ist die erbfolgerrelevante Urkunde im ZTR registriert, so bestimmt sich das Verfahren zur Ablieferung und Benachrichtigung des Nachlassgerichts durch die Verordnung zur Errichtung und Führung des Zentralen Testamentsregisters (Testamentsregister-Verordnung – ZTRV – v. 11.7.2011, BGBl. I, S. 1386). Im Sterbefall erhält die Registerbehörde (ZTR) vom zuständigen Standesamt eine Sterbefallmitteilung. Der Inhalt der Sterbefallmitteilung richtet sich nach § 6 ZTRV. Dort ist unter anderem gem. § 6 Abs. 1 Nr. 10 ZTRV der letzte Wohnsitz des Verstorbenen anzugeben. Gem. § 7 Abs. 3 S. 2 ZTRV wird vermutet, dass das zu benachrichtigende Nachlassgericht dasjenige ist, das für den letzten inländischen Wohnsitz des Erblassers örtlich zuständig ist. Enthält die Sterbefallmitteilung keinen inländischen Wohnsitz, so wird als zu benachrichtigendes Nachlassgericht das AG Schöneberg in Berlin vermutet (§ 7 Abs. 3 S. 3 ZTRV). Nach dem mitgeteilten Sachverhalt würden wir davon ausgehen, dass die Mitteilung des zuständigen Nachlassgerichts durch das ZTR auf **§ 7 Abs. 3 S. 3 ZTRV** beruht und damit nach der dem ZTR vorliegenden Sterbefallmitteilung zutreffend war.

§ 7 Abs. 3 S. 3 ZTRV bestimmt allerdings nur das zu benachrichtigende Nachlassgericht und enthält u. E. kein Präjudiz für die Frage der Zuständigkeit nach dem FamFG. Dies geht auch aus der Begründung zur ZTRV hervor. Dort heißt es wörtlich (BR-Drucks. 220/15, S. 5 der Begr. – Hervorhebungen i. F. durch die DNtI-Redaktion):

*„Die Vermutung gilt jedoch nur für den Zweck der Benachrichtigung nach § 7 Absatz 3 ZTRV. Das **Nachlassgericht hat** – wie auch bisher – seine Zuständigkeit grundsätzlich von Amts wegen zu prüfen und **gegebenenfalls Ermittlungen über die Tatsachen, die die Zuständigkeit begründen, anzustellen.**“*

Allerdings ist in der ZTRV das Verfahren über die Benachrichtigung und Ermittlung des zu benachrichtigenden Nachlassgerichts abschließend geregelt (jedenfalls wenn die erbfolgerrelevante Urkunde im ZTR registriert ist), sodass sich u. E. darüber hinaus für den **Notar keine weitergehenden Ermittlungspflichten** ergeben dürften (so auch BeckOK-BeurkG/Seebach, § 34a Rn. 84; NK-NachfolgeR/Gutfried, 2. Aufl. 2019, § 34a BeurkG Rn. 20). Der Notar wird seiner Amtspflicht zur Ablieferung vielmehr bereits durch Ablieferung an das vom ZTR benannte Gericht Genüge getan haben. Die Ermittlung des zuständigen Gerichts obliegt dann dem mit der Sache befassten Gericht (vgl. BR-Drucks. 220/15, S. 5 der Begr.; MünchKommFamFG/Pabst, 3. Aufl. 2018, § 3 Rn. 12).

Hält sich das Gericht, bei dem die Urkunde abgeliefert wird, für unzuständig, so muss es die Sache an das (seiner Ansicht nach) zuständige Nachlassgericht verweisen (§ 3 Abs. 1 FamFG; vgl. MünchKommFamFG/Grziwotz, § 343 Rn. 57; Harders, § 343 Rn. 20). Für das AG Schöneberg besteht zusätzlich die Möglichkeit, die Sache gem. **§ 343 Abs. 3 S. 2 FamFG aus wichtigem Grund** an ein anderes Nachlassgericht zu verweisen (einzelfallbezogene Zweckmäßigkeitprüfung). Ein solcher wichtiger Grund liegt bspw. vor, wenn Anhörungen von Beteiligten im Bezirk eines anderen Nachlassgerichts notwendig sind (Keidel/Zimmermann, § 343 Rn. 80; MünchKommFamFG/Grziwotz, § 343 Rn. 41). Das bloße Vorhandensein von Nachlassgegenständen im Bezirk eines anderen Nachlassgerichts genügt nicht (OLG Köln FGPrax 2016, 136). Unabhängig davon, ob das Gericht sich für unzuständig oder einen wichtigen Grund i. S. d. § 343 Abs. 3 S. 2 FamFG für gegeben hält, ist die Rechtsfolge die Verweisung an das zuständige Gericht. Eine bloße **Zurückweisung** wegen Unzuständigkeit **ohne Verweisung sieht das FamFG** hingegen **nicht vor**. Kann das (vermeintlich) unzuständige Gericht das tatsächlich zuständige Gericht nicht ermitteln, so hat eine Verweisung zu unterbleiben (BeckOK-FamFG/Burschel, Std.: 1.7.2020, § 3 Rn. 3).

Wir würden im Ergebnis deshalb davon ausgehen, dass die Zurückweisung zu Unrecht erfolgte. Sollte das Gericht keinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Inland ermitteln können, so ist das Amtsgericht Schöneberg in Berlin gem. § 343 Abs. 3 S. 1 FamFG zuständig. Lässt sich ein solcher Aufenthalt jedoch ermitteln, dann ist die Sache an das zuständige Gericht zu verweisen.

---

## InsO §§ 270, 270c, 277

### Eigenverwaltung: Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners; Auswirkung auf nicht vorgelegte Eintragungsbewilligung

---

#### I. Sachverhalt

In einem Kaufvertrag zwischen einer Kommune und einem Bauträger hat sich die Kommune ein Wiederkaufsrecht zur Absicherung einer Bauverpflichtung vorbehalten. Zur Sicherung dieses Wiederkaufsrechts wurde eine Auflassungsvormerkung bewilligt und beantragt. Bei der Eigentumsumschreibung auf den Bauträger hat die Kommune auf die Eintragung dieser Vormerkung zunächst verzichtet und den in der Urkunde gestellten Antrag zurückgenommen.

Nach Eigentumsumschreibung auf den Bauträger ist das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Die Insolvenz findet in Eigenverwaltung statt. Die Kommune beantragt nunmehr doch die Eintragung der Vormerkung zur Sicherung des Wiederkaufsrechts.

#### II. Frage

Ist die Bewilligung des insolventen Bauträgers (in Eigenverwaltung) aus der Kaufvertragsurkunde weiterhin wirksam, sodass die Vormerkung allein infolge des Antrags der Kommune im Grundbuch eingetragen werden kann?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Verfügungsbefugnis des Schuldners in der Eigenverwaltung

Das Insolvenzgericht kann im Eröffnungsbeschluss unter den Voraussetzungen des § 270 Abs. 2 InsO die Eigenverwaltung durch den Insolvenzschuldner anordnen (**§ 270 Abs. 1 S. 1 InsO**). Geschieht dies bereits im Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, so wird nach § 270c S. 3 InsO kein Insolvenzvermerk im Grundbuch eingetragen, denn die Anwendbarkeit der §§ 32, 33 InsO ist gerade ausgeschlossen. Regelmäßig **behält** der Schuldner bei angeordneter Eigenverwaltung seine **Verfügungsmacht**. Er bleibt nach § 270 Abs. 1 S. 1 InsO grundsätzlich berechtigt, die Insolvenzmasse zu verwalten und über sie zu verfügen. Entgegen § 80 Abs. 1 InsO kommt es also **nicht zum Insolvenzbeschluss** (Foerste, Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2018, Rn. 611; in diesem Sinn aus der Rechtsprechung: BGH NZI 2017, 345 Tz. 8 = NJW-RR 2017, 553; BGH NJW 2018, 2125 Tz. 51; s. auch Uhlenbruck/Zipperer, InsO, 15. Aufl. 2019, § 270 Rn. 35; Uhlenbruck/Zipperer, § 270c Rn. 6).

Demgegenüber wird insbesondere im **Schrifttum** vielfach ein abweichendes Verständnis zur Verfügungsbefugnis des Schuldners bei Eigenverwaltung vertreten (z. B. MünchKommInsO/Kern, 4. Aufl. 2020, § 270 Rn. 141; Jaeger/Meller-Hannich, InsO, 2019, § 270 Rn. 16), wonach der Schuldner – wie der Insolvenzverwalter – als **Amtswalter in eigener Sache** tätig werde. Diese (neue) Befugnis sei originär aus der Anordnung des Insolvenzgerichts abzuleiten. Der Schuldner behalte also nicht seine „alte“, vor Verfahrenseröffnung bestehende Verfügungsmacht über sein Vermögen. Nur über diese Konstruktion lasse sich erklären, dass der Schuldner nach Verfahrenseröffnung bestimmte dem Insolvenzverwalter zugewiesene Rechte wahrnehmen und sich z. B. über § 103 InsO aus Vertragsverhältnissen lösen könne (vgl. § 279 S. 1 u. 2 InsO), dass der Schuldner für bestimmte Handlungen das Einvernehmen mit dem Sachwalter oder der Gläubigerversammlung herstellen müsse und dass bestimmte Handlungen des Schuldners wegen Insolvenzzweckwidrigkeit unwirksam seien. Im Sinne dieses Verständnisses lässt sich möglicherweise auch die knappe Formulierung in einem neuen Urteil des BGH (NZI 2019, 236 Tz. 11) deuten: Ordnet das Insolvenzgericht mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Eigenverwaltung an, *erlangt* aus Sicht des BGH der Schuldner das Recht, die Insolvenzmasse zu verwalten und über sie „gleichsam als Amtswalter in eigenen Angelegenheiten“ zu verfügen.

## 2. Schicksal der Eintragungsbewilligung

Auch die Befürworter der dem Schuldner durch Anordnung neu verliehenen Verfügungsbefugnis haben **bisher nicht** weiter **erörtert**, ob zufolge ihrer Ansicht die vom Insolvenzschuldner vor Insolvenzeröffnung abgegebene Eintragungsbewilligung bzgl. der Vormerkung nur unter den Voraussetzungen des **§ 878 BGB** für den Grundbuchvollzug verwertbar bleibt – weil eben die vormalige Verfügungsmacht des Schuldners erlischt und mit Anordnung der Eigenverwaltung durch eine qualitativ neue ersetzt wird (s. allg. zur anerkannten entsprechenden Anwendung des § 878 BGB auf Vormerkungen nur BGH NZI 2005, 331, 332 = DNotI-Report 2005, 94; NJW 1996, 461, 463; ausf. BeckOGK-BGB/Kessler, Std.: 1.4.2020, § 878 Rn. 49 f. m. w. N.). Dann wäre, da der Antrag zur Eintragung der Vormerkung beim Grundbuchamt bisher nicht gestellt wurde, aus diesem Grund die bereits vom Bauträger abgegebene Erklärung unverwertbar. Unseres Erachtens scheint angesichts der ausdrücklich angeordneten Nichteintragung eines Insolvenzvermerks bei der Eigenverwaltung (§ 270c S. 3 InsO) zwar die Auffassung von der „Fortdauer der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Schuldners“ (so die Formulierung bei BGH NJW 2018, 2125 Tz. 51) eher dem Gesetzessinn zu entspre-

chen. Lässt sich die Mitwirkung des Bauträgers noch erreichen, könnte es sich jedoch wegen der nicht abschließend geklärten Rechtslage nach dem **Grundsatz des sichersten Weges** (dazu nur Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn. 210 m. w. N.) empfehlen, dass der – unstreitig verfügungsbefugte – Bauträger **nochmals die Bewilligung zur Eintragung der Vormerkung** abgibt.

## 3. Zustimmungsvorbehalt gem. § 277 InsO

Differenzierter würde sich die Rechtslage im Rahmen der Eigenverwaltung dann darstellen, wenn das Insolvenzgericht angeordnet hätte, dass Verfügungen des Insolvenzschuldners (Bauträgers) bzgl. des mit der Vormerkung zu belastenden Grundbesitzes nur mit Zustimmung des Sachwalters wirksam sind (§ 277 Abs. 1 S. 1 InsO). Bei einer derartigen Fallgestaltung wäre auch – wie sonst im regulären Insolvenzverfahren – ein entsprechender **Insolvenzvermerk** im Grundbuch einzutragen (§§ 277 Abs. 3 S. 3, 32 InsO). Allerdings wird dem Insolvenzschuldner die **Verfügungsbefugnis** unabhängig von der Eintragung des Insolvenzvermerks im Grundbuch allein **durch den Erlass des Beschlusses** über die Anordnung der Zustimmungsbefugnis **entzogen** (s. nur MünchKommInsO/Kern, § 277 Rn. 29). Die nachfolgende Eintragung des Insolvenzvermerks im Grundbuch gem. §§ 277 Abs. 3 S. 3, 32 InsO hat dann lediglich deklaratorische (kundmachende) Bedeutung (vgl. Uhlenbruck/Zipperer, § 32 Rn. 5).

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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 Abruf-Gutachten.

**BGB §§ 1821, 1094, 463 f.**

**Dingliches Vorkaufsrecht; betreuungsgerichtliche Genehmigung für Zweitkaufvertrag und dingliches Rechtsgeschäft; Tod des Betreuten**

Abruf-Nr.:

**HGB § 161**

**Grundbuchtauglicher Nachweis des liquidationslosen Erlöschens einer KG**

Abruf-Nr.:

# Rechtsprechung

BGB § 2314 Abs. 1 S. 3

**Anspruch auf Ergänzung eines notariellen Nachlassverzeichnisses**

**Der Pflichtteilsberechtigte kann die Ergänzung bzw. Berichtigung eines notariellen Nachlassverzeichnisses auch dann verlangen, wenn dieses wegen unterbliebener Mitwirkung des Erben teilweise unvollständig ist (hier: verweigerter Zustimmung des Erben zu einem Kontendatenabruf des Notars bei einem ausländischen Kreditinstitut).**

BGH, Urt. v. 20.5.2020 – IV ZR 193/19

## Problem

Es geht um einen Pflichtteilsstreit zwischen der zur Alleinerbin eingesetzten Tochter (T) der 2010 verstorbenen Erblasserin und den beiden Enkelinnen (Töchter einer weiteren verstorbenen Tochter der Erblasserin). Die Enkelinnen nahmen ihre Tante in einem Verfahren vor dem AG Bonn im Wege der Stufenklage auf Zahlung des Pflichtteils in Anspruch. Durch Teilurteil des AG Bonn vom 23.11.2017 wurde die Tante verurteilt, gegenüber den Enkelinnen Auskunft gem. § 2314 BGB über den Bestand des Nachlasses der Erblasserin durch Vorlage eines notariell aufgenommenen und vollständigen Verzeichnisses zu erteilen und die Pflichtteilsberechtigten bei der Aufnahme des Verzeichnisses zuzuziehen.

Die Erbin legte am 4.5.2018 ein notarielles Verzeichnis vor und meint – im Gegensatz zu den die Vollstreckung betreibenden Enkelinnen –, sie habe den titulierten Auskunftsanspruch erfüllt. Daher beantragte sie im Wege der Vollstreckungsabwehrklage (§ 767 ZPO), die Zwangsvollstreckung aus dem genannten Urteil des AG Bonn für unzulässig zu erklären.

In der Sache betrifft der Streit das Gemeinschaftskonto der Erblasserin bei der Raiffeisenbank M in Österreich, zu dem der Notar keine Ermittlungen angestellt und keine Angaben in das Nachlassverzeichnis aufgenommen hat. Die Erbin hatte dem Notar zwar nach Auftragserteilung eine Vollmacht dazu erteilt, Kontenauskünfte zur Errichtung des Nachlassverzeichnisses bei deutschen Kreditinstituten zu beantragen. Einen Kontendatenabruf des Notars für Kontenverbindungen in Österreich hatte die Erbin jedoch nicht ermöglicht.

## Entscheidung

Der BGH entscheidet in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht, dass die Vollstreckungsabwehrklage der Klägerin (Erbin) gem. § 767 Abs. 1 ZPO un-

begründet ist. Nach Ansicht des BGH ist der titulierte Anspruch der Beklagten auf Auskunft über den Bestand des Nachlasses gem. § 2314 Abs. 1 S. 1 u. 3 BGB **nicht durch Vorlage des notariellen Nachlassverzeichnisses vom 4.5.2018 gem. § 362 Abs. 1 BGB erfüllt** worden.

Der BGH bekräftigt zunächst die mittlerweile ganz h. A., dass der Notar im Falle des notariellen Nachlassverzeichnisses den Bestand des Nachlasses selbst und eigenständig zu ermitteln habe und durch Bestätigung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck zu bringen habe, dass er den Inhalt verantwortet. Der BGH betont auch die grundsätzliche **Mitwirkungsverpflichtung des Erben** (vgl. dazu auch BGH DNotZ 2019, 204 = FamRZ 2019, 141 m. Anm. Müller-Engels). Diese konkretisiert sich u. a. darin, dass der Erbe eigene Auskunftsansprüche gegenüber Geldinstituten oder sonstigen Dritten durchzusetzen oder die Dritten zu ermächtigen habe, die benötigten Auskünfte unmittelbar dem Notar zu erteilen (vgl. OLG Bamberg ZEV 2016, 580 Tz. 5 = MittBayNot 2017, 169 m. Anm. Braun). Ist das Nachlassverzeichnis dennoch unvollständig oder unrichtig, so kann der **Pflichtteilsberechtigte** grundsätzlich **nicht Ergänzung oder Berichtigung des Verzeichnisses verlangen**. In diesem Fall ist der Pflichtteilsberechtigte nach dem Gesetz vielmehr – soweit die Voraussetzungen des § 260 Abs. 2 BGB vorliegen – auf den Weg der **eidesstattlichen Versicherung** verwiesen (ganz h. M.; vgl. nur Staudinger/Herzog, BGB, 2015, § 2314 Rn. 84).

Der BGH schließt sich allerdings der h. A. in Rechtsprechung und Literatur an, die von diesem Grundsatz verschiedene **Ausnahmen** anerkennt: So kann ein Anspruch auf Ergänzung oder Berichtigung eines Nachlassverzeichnisses bestehen, wenn darin eine unbestimmte Mehrheit von Nachlassgegenständen (etwa aufgrund eines **Rechtsirrtums des Pflichtigen**) nicht aufgeführt ist (vgl. BGH BeckRS 1952, 103508; OLG Düsseldorf BeckRS 2019, 33229, Tz. 11 ff.), wenn Angaben über den fiktiven Nachlass oder Schenkungen fehlen (vgl. OLG Oldenburg NJW-RR 1992, 777), wenn die Auskunft zwar dem Wissensstand des Verpflichteten entspricht, dieser sich jedoch **fremdes Wissen trotz Zumutbarkeit nicht verschafft** hat (vgl. OLG Saarbrücken ZEV 2011, 373, 375), oder wenn sich der Notar auf die Wiedergabe der Bekundungen des Erben ohne eigene Ermittlungstätigkeit beschränkt (vgl. OLG Koblenz ZEV 2018, 413 Tz. 17).

Nach diesen Grundsätzen ist das notarielle **Nachlassverzeichnis** nach Ansicht des BGH im vorliegenden Fall **unvollständig** gewesen, weil es keine umfassenden Angaben über die Geschäftsbeziehungen der Erblasserin zur Raiffeisenbank M in Österreich enthält. Die

vom Notar in Bezug genommenen Vermögenserklärungen im österreichischen Verlassenschaftsverfahren, die rein private Erklärungen des Erben darstellten, erachtet der BGH nicht für ausreichend oder gleichwertig. Der Anspruch der Pflichtteilsberechtigten gegen die Erbin besteht dementsprechend fort.

---

## Rechtsprechung in Leitsätzen – Volltext abrufbar unter [www.dnoti.de/Entscheidungen](http://www.dnoti.de/Entscheidungen)

BGB § 2325 Abs. 1

GbR; Pflichtteilergänzungsanspruch bei Anwachsung unter Ausschluss des Abfindungsanspruchs

Die bei einer zweigliedrigen, vermögensverwaltenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts für den Fall des Todes eines Gesellschafters vereinbarte Anwachsung seines Gesellschaftersanteils beim überlebenden Gesellschafter unter Ausschluss eines Abfindungsanspruchs kann eine Schenkung im Sinne von § 2325 Abs. 1 BGB sein.

BGH, Urt. v. 3.6.2020 – IV ZR 16/19

---

WEG §§ 3, 8

Teilung eines Miteigentumsanteils

Ein Miteigentumsanteil an einem Grundstück kann nicht im Wege eines Teilungsvertrags nach § 3 WEG zerlegt und mit Sondereigentum verbunden werden, wenn die dadurch neu gebildeten Einheiten sämtlich in der Hand des ursprünglichen Miteigentümers verbleiben sollen; hierfür bedarf es zusätzlich einer Teilungserklärung nach § 8 WEG.

OLG München, Beschl. v. 15.6.2020 – 34 Wx 144/20

---

Erbbaurecht § 5

Zustimmung nach § 5 ErbbauRG; maßgeblicher Zeitpunkt

Die Wirksamkeit der durch den Eigentümer erklärten Zustimmung nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG dauert auch dann fort, wenn nachträglich die Berechtigung hierzu durch den Verlust der Eigentümerstellung entfällt, bevor der Eintragungsantrag gestellt worden ist.

OLG München, Beschl. v. 15.6.2020 – 34 Wx 131/20

BGB §§ 139, 167, 311b, 925

Herbeiführung der Heilung bei formnichtiger Auflassungsvollmacht

Die in einem notariell beurkundeten Angebot auf Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück erteilte Auflassungsvollmacht ist im Fall der Formnichtigkeit des Angebots im Zweifel ebenfalls unwirksam. Anders liegt es, wenn eine Partei die andere unwiderruflich zur Auflassung bevollmächtigt hat, um so die Vollziehung des Vertrags – und damit die Heilung der Formnichtigkeit des gesamten Vertrags – zu sichern (im Anschluss an BGH Urteile vom 19. Dezember 1963 – V ZR 121/62 – WM 1964, 182; vom 30. Oktober 1987 – V ZR 144/86 – NJW-RR 1988, 348 und vom 17. März 1989 – V ZR 233/87 – NJW-RR 1989, 1099).

BGH, Urt. v. 27.5.2020 – XII ZR 107/17

**Postvertriebsstück: B 08129**

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

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**[www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)**

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

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

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 129, 1945; BeurkG §§ 39, 39a, 40; FamFG § 14b n. F. – Elektronische Übermittlung einer Ausschlagungserklärung

FamFG § 352a – Erteilung eines quotenlosen Erbscheins bei (teilweiser) Anordnung der Nacherbfolge

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

UmwG §§ 190, 191 Abs. 1 Nr. 3, 202 Abs. 1 Nr. 1, 258 ff.; GenG §§ 77a, 30 Abs. 2 S. 1 – Kein Ende der Genossenschaftsmitgliedschaft durch Formwechsel des Mitglieds; Identitätswahrung beim Formwechsel

Rechtsprechung in Leitsätzen

#### Literaturhinweise

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**BGB §§ 129, 1945; BeurkG §§ 39, 39a, 40; FamFG § 14b n. F.**

### **Elektronische Übermittlung einer Ausschlagungserklärung**

#### I. Sachverhalt

Das Amtsgericht H. hat den Notar dazu aufgefordert, zukünftig sämtliche Ausschlagungserklärungen ausschließlich über das Programm XNotar elektronisch an das Nachlassgericht zu übermitteln.

#### II. Frage

Ist die Form des § 1945 Abs. 1 BGB gewahrt, wenn die öffentlich beglaubigte Ausschlagungserklärung ausschließlich über das Programm XNotar elektronisch an das Nachlassgericht übermittelt wird, oder muss das Original dem Nachlassgericht übersandt werden?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Form der Ausschlagungserklärung

Die Ausschlagung erfolgt gem. § 1945 Abs. 1 BGB durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht. Die Erklärung ist zur Niederschrift des Nachlassgerichts oder in **öffentlich beglaubigter Form** abzugeben. Ist durch Gesetz für eine Erklärung öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben, so muss die Erklärung **schriftlich abgefasst** und die Unterschrift des Erklärenden von einem Notar beglaubigt werden, § 129 Abs. 1 BGB. Es handelt sich hierbei um eine amtsempfangsbedürftige Willenserklärung, die gegenüber dem Nachlassgericht abzugeben ist und Wirksamkeit erst mit deren Zugang beim Nachlassgericht entfaltet (Palandt/Weidlich, BGB, 79. Aufl. 2020, § 1945 Rn. 1; Staudinger/Otte, BGB, 2017, § 1945 Rn. 19).

Es besteht in Literatur und Rechtsprechung Einigkeit, dass bei dem Nachlassgericht die schriftliche, beglaubigte Erklärung **in Urschrift** zugehen muss (OLG Oldenburg ZEV 2011, 430; Palandt/Weidlich, § 1945 Rn. 3; Ivo, in: Keim/Lehmann, Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 4. Aufl. 2019, J.IV.3. Rn. 3; Wegerhoff, in:

Dorsel, Kölner Formularbuch Erbrecht, 3. Aufl. 2020, Kap. 14 Rn. 35; implizit auch OLG Hamm BeckRS 2011, 7156, allerdings zur Übersendung des Originals der Erklärung zu Niederschrift eines Nachlassgerichts). Eine Übermittlung in einfacher Kopie bspw. per Telefax genügt nicht (OLG Zweibrücken NJW-RR 2008, 239; BeckOGK-BGB/Heinemann, Std.: 15.4.2020, § 1945 Rn. 50; Hönninger, in: jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, § 1945 Rn. 7). Im Falle der überobligatorischen Beurkundung der Erklärung durch den Notar muss eine **Ausfertigung** vorgelegt werden (OLG Saarbrücken BeckRS 2011, 18369; Burandt/Rojahn/Najdecki, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 1945 BGB Rn. 3), die die Urschrift gem. § 47 BeurkG im Rechtsverkehr vertritt. Das ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut des § 1945 Abs. 1 Hs. 2 BGB („die Erklärung“), zum anderen aus der Bestimmung zu den Anforderungen an eine öffentliche Beglaubigung gem. § 129 Abs. 1 S. 2 BGB. Die Norm fordert eine **schriftlich abgefasste Erklärung**. Eine schriftlich abgefasste Erklärung setzt voraus, dass eine dauerhafte Verkörperung der Erklärung in Schriftzeichen auf einer Urkunde vorliegt (BeckOGK-BGB/Cziupka, Std.: 1.5.2020, § 129 Rn. 18; Ludwig, in: jurisPK-BGB, § 129 Rn. 8). Eine **beglaubigte Abschrift** genügt der Form des § 129 BGB nicht (BayObLG Mitt-BayNot 1992, 281, 283; Palandt/Ellenberger, § 129 Rn. 1).

## 2. Erfüllung des Formerfordernisses durch elektronische Beglaubigung einer schriftlich verkörperten Unterschrift

Kommt man zu dem Ergebnis, dass eine beglaubigte Abschrift den Anforderungen des § 129 BGB nicht genügt, stellt sich die Frage, ob die Anforderungen des § 129 BGB dadurch erfüllt werden können, dass eine elektronische Vermerkurkunde über die Anerkennung erstellt wird, in der der Notar – originär elektronisch – bestätigt, dass die Unterschrift auf dem Original vollzogen bzw. anerkannt wurde.

§ 39a Abs. 1 BeurkG sieht vor, dass Beglaubigungen und sonstige Zeugnisse i. S. d. § 39 BeurkG auch elektronisch errichtet werden können. Es ist umstritten, ob dies auch für Unterschriftsbeglaubigungen i. S. d. § 40 BeurkG gilt. Hierbei würde die Unterschrift des Beteiligten auf einem Papierdokument erbracht, eingescannt und mit einem elektronischen Vermerk des Notars mit qualifizierter elektronischer Signatur verbunden. Diese Variante enthält demnach gleichsam (bzgl. des unterschriebenen Dokuments) Elemente der Abschriftsbeglaubigung (BeckOGK-BeurkG/Theilig, Std.: 1.4.2020, § 39a Rn. 11). Teilweise wird vertreten, dass die Beglaubigung einer Unterschrift i. S. d. § 40 BeurkG im Sinne der Einheitlichkeit der Urkunde die Erstellung einer verkörperten Urkunde

dergestalt voraussetzt, dass die Unterschrift im Original geleistet und der Beglaubigungsvermerk im verschriftlichten, mit Siegel versehenen Original beigelegt wird (BeckOK-BeurkG/Frohn, Std.: 1.5.2020, § 39a Rn. 14; Kruse, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 39a Rn. 25; Büttner/Frohn, in: Büttner/Frohn/Seebach, Elektronischer Rechtsverkehr und Informationstechnologie im Notariat, 2019, Kap. 1 Rn. 49; Apfelbaum/Bettendorf, RNotZ 2007, 89, 92). Als maßgebliches Argument wird vorgetragen, dass § 40 BeurkG für die Unterschriftsbeglaubigung ein Papierverfahren verlange (BeckOK-BeurkG/Frohn, § 39a Rn. 14; Apfelbaum/Bettendorf, RNotZ 2007, 89, 92). Nach anderer Auffassung ist die Kombination aus papiergebundener Leistung der Unterschrift und elektronischem Beglaubigungsvermerk zulässig (BeckOGK-BGB/Cziupka, § 129 Rn. 28; Staudinger/Hertel, BGB, 2017, § 129 Rn. 137; Frenz/Miermeister/Limmer, Bundesnotarordnung, 5. Aufl. 2020, § 39a BeurkG Rn. 12; BeckOGK-BeurkG/Theilig, § 39a Rn. 11; Jeep/Wiedmann, NJW 2007, 2439, 2442). Dies hätte allerdings zur Konsequenz, dass kein papierförmiges Original vorhanden wäre, sondern lediglich ein elektronisches Abbild (Kruse, in: Armbrüster/Preuß/Renner, § 39a Rn. 25).

Für die vorliegend zu begutachtende Frage kann die Auflösung dieser Kontroverse jedoch offenbleiben. Denn selbst wenn man die elektronische Abfassung des Beglaubigungsvermerks auch bei einer Unterschriftsbeglaubigung gem. § 40 BeurkG für zulässig hält, ändert dies nichts daran, dass damit den materiell-rechtlichen Formerfordernissen allenfalls dann genügt werden kann, wenn das materielle Recht die Übersendung einer beglaubigten Abschrift genügen lässt (BeckOGK-BGB/Cziupka, § 129 Rn. 28). Da sich eine originär elektronisch erstellte Datei (auch mit Signatur versehen) beliebig vervielfältigen lässt, gibt es keine Urschrift und keine Ausfertigungen. Erfordert das materielle Recht (wie bspw. § 1945 BGB) die Übersendung einer Urschrift, so ist – unabhängig von den beurkundungsrechtlichen Möglichkeiten – stets ein papierförmiges Original zu fertigen und zu übersenden.

## 3. Verfahrensrechtliche Anforderungen

An anderer Stelle hat der Gesetzgeber ausdrücklich geregelt, dass eine elektronische Übermittlung des Originaldokuments genügt. Für Handelsregisteranmeldungen ist die elektronische Einreichung der öffentlich-beglaubigten Dokumente sogar zwingend (§ 12 Abs. 1 HGB). Gleiches gilt gem. § 137 Abs. 1 GBO für das Grundbuchverfahren sofern im jeweiligen Bundesland die elektronische Übersendung bereits vorgesehen ist (§ 135 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GBO). Hierbei handelt es sich um verfahrensrechtliche Erleichterungen, die die Übersendung

beglaubigter Abschriften ausdrücklich genügen lassen, hingegen nicht um materiell-rechtliche Formerfordernisse. Im Gegensatz zu § 1945 Abs. 1 S. 1 BGB sieht das materielle Recht im Grundbuch- oder Handelsregisterverfahren jedoch nicht den Zugang von Erklärungen im Original vor. § 311b Abs. 1 BGB fordert für die Wirksamkeit des Kausalgeschäfts materiell-rechtlich die Beurkundung des Grundstückskaufvertrags und auf dinglicher Ebene die Erklärung der Auflassung vor einem Notar (§ 925 Abs. 1 BGB). § 29 GBO fordert verfahrensrechtlich zur Herbeiführung der Grundbucheintragung der dinglichen Rechtsänderung eine öffentlich beglaubigte Bewilligungserklärung. § 137 Abs. 1 GBO erleichtert das Verfahren dahingehend, dass die Übermittlung einer elektronisch beglaubigten Abschrift genügt.

Eine vergleichbare Regelung fehlt für die Ausschlagungserklärung. Mehr noch: Der Gesetzgeber hat bzgl. des neu geschaffenen § 14b FamFG (eingefügt durch das Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 10.10.2013, BGBl. I S. 3786; Inkrafttreten zum 1.1.2022), der eine zwingend elektronische Übermittlung gegenüber den Gerichten der freiwilligen Gerichtsbarkeit einführt, sofern diese durch einen Notar übermittelt werden, bekräftigt, dass materiell-rechtliche Formerfordernisse gerade nicht berührt werden sollen und Erklärungen, deren Zugang in Urschrift erforderlich ist, weiterhin auf analogem Wege zu übermitteln sind (BT-Drucks. 818/12, S. 36).

#### 4. Ergebnis

Im Ergebnis würden wir deshalb davon ausgehen, dass eine elektronische Übermittlung der Ausschlagungserklärung nicht der Form des § 129 BGB genügt und damit auch nicht die Anforderungen des § 1945 Abs. 1 BGB erfüllen kann. Eine so übermittelte Ausschlagungserklärung wäre wohl sogar nach Auffassung derer unwirksam, die eine Kombination der Beglaubigungen nach §§ 39a, 40 BeurkG beurkundungsrechtlich für zulässig erachten. *De lege ferenda* wäre eine solche Übermittlungsmöglichkeit durchaus erwägenswert, da es bei der Ausschlagungserklärung – im Gegensatz bspw. zu einer Vollmacht oder einem Erbschein – nicht auf den Besitz der Urkunde selbst ankommt. Hierzu bedarf es aber zuvor einer Änderung der materiell-rechtlichen Anforderungen an die Ausschlagungserklärung oder zumindest der ausdrücklichen Übermittlungsmöglichkeit einer solchen Erklärung im FamFG.

---

## FamFG § 352a

### Erteilung eines quotenlosen Erbscheins bei (teilweiser) Anordnung der Nacherbfolge

---

#### I. Sachverhalt

A, B und C sind zu Miterben berufen. A ist lediglich Vorerbe. Für B und C ist keine Vor- und Nacherbschaft angeordnet.

#### II. Frage

Kann ein quotenloser Erbschein nach § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG auch erteilt werden, wenn einer der Miterben nur als Vorerbe eingesetzt ist?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Neueinführung eines „Erbscheins ohne Quoten“

Nach § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG ist die von S. 1 der Vorschrift geforderte Angabe der Erbteile der Erben im Erbschein nicht erforderlich, wenn alle Antragsteller in dem Antrag auf die Aufnahme der Erbteile in den Erbschein verzichten. Die Neuregelung zu einem solchen „**quotenlosen gemeinschaftlichen Erbschein**“ geht zurück auf das „Gesetz zum internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften“ vom 29.6.2015 (BGBl. I S. 1042). Gesetzgeberischer Hintergrund für die Neuregelung waren die aus der Praxis bekannt gewordenen Fälle, in denen die Miterben unproblematisch feststanden, die Größe der Erbteile aber erst aufwändig geklärt werden musste – beispielsweise wegen einer Verteilung des Erblasservermögens nach Gegenständen und nicht nach Quoten (vgl. BT-Drucks. 18/4201, 60; OLG Düsseldorf NJW-RR 2020, 388 = ZEV 2020, 167 m. Anm. Zimmermann). Durch die Neuregelung sollen die hierdurch verursachten (erheblichen) zeitlichen Verzögerungen bei der Erteilung des Erbscheins vermieden werden (vgl. BT-Drucks. 18/4201, 60).

Liegen die Voraussetzungen des § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG vor, kann sich der Erbschein auf die Wiedergabe der Erbfolge – ohne Ausweisung der Erbteile – beschränken (beispielsweise wie folgt: „Es wird bezeugt, dass der Erblasser ... durch A, B und C beerbt worden ist.“). Die Quoten der Miterben werden nicht genannt.

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der Angabe von Erbquoten im Erbschein vorwiegend interne Bedeutung zukommt, z. B. für die Auseinandersetzung, Stimmrechte, Anteile am Ertrag und an den Lasten sowie die Haftung für Nachlassverbindlichkeiten (vgl. Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 352a Rn. 7). Im Außenverhältnis ist die Bedeutung der Quote demgegenüber eher gering, da die Miterben bspw. ohnehin nur gemeinschaftlich (§ 2040 Abs. 1 BGB) über

die Nachlassgegenstände verfügen können (Keidel/Zimmermann, § 352a Rn. 17).

Aber auch intern ist die Angabe der Quote nicht unerlässlich, bspw. in Bezug auf die Auseinandersetzung des Nachlasses. Denn hierfür bedarf es nicht zwangsläufig einer rechnerischen Bestimmung der Erbteile. Handelt es sich bei der Miterbeneinsetzung bspw. um den praxishäufigen Fall einer gegenständlichen Verteilung des Nachlasses („Verteilungstestament“), so können hierin Teilungsanordnungen des Erblassers i. S. v. § 2048 BGB gesehen werden (vgl. nur MünchKommBGB/Rudy, 8. Aufl. 2020, § 2087 Rn. 10 m. w. N.), die bei der Erbauseinandersetzung nur noch vollzogen werden müssen.

Ein Verzicht auf die Angabe der Quoten kann aber u. U. für Dritte mit einem bestimmten Mehraufwand verbunden sein. So wird davon ausgegangen, dass im Falle eines quotenlosen Erbscheins beispielsweise Behörden, die die Quoten benötigten (wie z. B. Finanz- und Sozialbehörden), diese künftig selbst ermitteln müssten (vgl. MünchKommFamFG/Grziwotz, 3. Aufl. 2019, § 352a Rn. 19).

## 2. Anwendungsbereich der Neuregelung

Die Neuregelung findet Anwendung auf alle **Erbfälle**, die **nach dem 17.8.2015 eingetreten** sind (vgl. Art. 229 § 36 EGBGB). Auf die Antragstellung kommt es daher nicht an.

Die neu geschaffene Möglichkeit der Erteilung eines quotenlosen Erbscheins gilt auch nur für den **gemeinschaftlichen Erbschein**. Bei Teilerbscheinen und gemeinschaftlichen Teilerbscheinen ist die Angabe des Erbteils nach wie vor verpflichtend (BT-Drucks. 18/4201, 60).

Der „Verzicht“ auf die Aufnahme der Erbquoten in den Erbschein muss gegenüber dem Gericht, nicht gegenüber den Miterben, erfolgen. Umstritten ist in Rspr. und Lit. nach wie vor, ob der Verzicht auf die Angabe der Erbquoten von **allen Miterben** erklärt werden muss. Nach einer in der Rspr. und Lit. vertretenen Ansicht genügt es, dass der **antragstellende Miterbe** (bzw. die antragstellenden Miterben) den Verzicht auf die quotenmäßige Feststellung der Erbteile erklärt hat (haben); es ist daneben nicht auch der Verzicht aller weiteren (potentiellen) Miterben erforderlich (OLG Düsseldorf NJW-RR 2020, 388 = ZEV 2020, 167 m. Anm. Zimmermann; Prütting/Helms/Fröhler, FamFG, 4. Aufl. 2018, § 352a Rn. 26; Barenfuss/Schaal, FamFG, 3. Aufl. 2017, § 352a Rn. 11-13; Rellermeyer, in: Bork/Jacoby/Schwab, FamFG, 3. Aufl. 2018, § 352a Rn. 3).

Ein anderer Teil der Rspr. und Lit. vertritt demgegenüber, dass in Anbetracht der Tragweite des Verzichts alle Miterben den Verzicht ausdrücklich selbst – aber nicht notwendigerweise auch gleichzeitig – erklären müssten (OLG München ZEV 2020, 166; Keidel/Zimmermann, § 352a Rn. 14; Zimmermann, ZEV 2015, 520, 521; Haußleiter/Schemmann, FamFG, 2. Aufl. 2017, § 352a Rn. 5; BeckOK-FamFG/Schlögel, Std.: 1.7.2020, § 352a Rn. 3).

## 3. Besonderheiten des Erbscheins des Vorerben

Hat der Erblasser Vor- und Nacherbfolge (§§ 2100 ff. BGB) angeordnet, dann ist dies auch für das Erbscheinsverfahren und die Erteilung des Erbscheins von Bedeutung. Entsprechend der zeitlichen Staffelung der Erbfolge (§ 2100 BGB) kommt bis zum Eintritt des Nacherbfalls eine Erbscheinserteilung nur für den Vorerben und erst nach diesem Zeitpunkt (vgl. § 2139 BGB) für den Nacherben in Betracht.

In dem Erbschein, der einem **Vorerben** erteilt wird, ist nach § 352b Abs. 1 S. 1 FamFG anzugeben, **dass** eine Nacherbfolge angeordnet ist, **unter welchen Voraussetzungen** sie eintritt und **wer** der Nacherbe ist. Zu den in den Erbschein des Vorerben aufzunehmenden Angaben gehört demnach nicht nur die Anordnung der Nacherbfolge durch den Erblasser, sowie die Bedingung des Eintritts der Nacherbfolge, sondern auch der Name des bzw. der Nacherben, eine etwaige Befreiung des Vorerben sowie Angaben zu weiterer Nacherbfolge bzw. Ersatznacherbfolge (vgl. Staudinger/Herzog, BGB, 2016, § 2353 Rn. 455 ff.).

Die Notwendigkeit der Angabe der Nacherbfolge beruht auf der negativen Vermutung des § 2365 Alt. 2 BGB, dass der Erbscheinserbe nicht durch andere als die angegebenen Anordnungen beschränkt ist. Die Angabe der Nacherbfolge im Erbschein des Vorerben dient damit nicht dem – positiven – Nachweis des Erbrechts des Nacherben (BGH NJW 1982, 2499, 2500; OLG München DNotZ 2013, 153, 154; OLG Frankfurt FGPrax 2010, 175, 176), sondern der Verlautbarung der Verfügungsbeschränkungen, denen der bzw. die Vorerben unterliegen (vgl. §§ 2112 ff. BGB).

## 4. Erbschein des Vorerben auch quotenlos?

Zur speziellen Frage, ob entsprechend den obigen Ausführungen (vgl. 1.) im Erbschein des Vorerben auf die Angabe der Erbquoten verzichtet werden kann, wenn einer der Miterben nur als Vorerbe eingesetzt ist, ließ sich leider weder einschlägige Rspr. noch Literatur ermitteln. Die Rechtslage ist daher in gewissem Maße **unsicher**.

Der Umstand, dass sich eine angeordnete Nacherbfolge nicht auf den ganzen Nachlass, sondern nur einen Teil des Nachlasses – speziell den **Erbeil eines Miterben** – bezieht, ist nach Meinung der Kommentarliteratur im Erbschein des Vorerben zu vermerken (Keidel/Zimmermann, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 352b Rn. 7; vgl. auch BeckOK-FamFG/Schlögel, Std.: 1.7.2020, § 352b Rn. 2; Burandt/Rojahn/Gierl, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 352b FamFG Rn. 9; MünchKommFamFG/Grziwotz, 3. Aufl. 2019, § 352 b Rn. 9; Staudinger/Herzog, § 2353 Rn. 467). Ist die Nacherbfolge also – wie im vorliegenden Fall – nur hinsichtlich eines Erbteils angeordnet, ist dies im gemeinschaftlichen Erbschein entsprechend zu kennzeichnen (vgl. Hausleiter/Schemmann, FamFG, 2. Aufl. 2017, § 352 Rn. 4). Sind also beispielsweise A, B und C zu Miterben berufen und ist lediglich hinsichtlich des Erbteils von A Nacherbfolge angeordnet, dann muss in dem gemeinschaftlichen Erbschein, der für A, B und C erteilt wird, gem. § 352b Abs. 1 S. 1 FamFG u. a. angegeben werden, dass hinsichtlich des Erbteils des A Nacherbfolge angeordnet ist (etwa mit dem Wortlaut: „Hinsichtlich des Erbteils von A ist Nacherbfolge angeordnet...“).

Dies bedingt u. E. jedoch nicht, dass in dem Erbschein zwingend auch die Erbquoten der Miterben anzugeben sind. Denn – wie oben unter 3. bereits ausgeführt wurde – bezeugt der „Nacherbenvermerk“ nicht den Nachweis des Erbrechts der Nacherben, sondern verlautbart nur die **Verfügungsbeschränkungen des bzw. der Vorerben**. Hierfür kommt es aber nicht auf die Größe des von der Nacherbfolge betroffenen Erbteils an.

## 5. Ergebnis

Im Ergebnis gehen wir daher davon aus, dass ein quotenloser gemeinschaftlicher Erbschein auch dann erteilt werden kann, wenn hinsichtlich des Erbteils eines oder einzelner Miterben Nacherbfolge angeordnet worden ist. Zur Verlautbarung der Verfügungsbeschränkung, der der Vorerbe unterliegt, genügt es, wenn sich die nach § 352b Abs. 1 FamFG notwendigen Angaben zur Nacherbfolge auf den betroffenen Erbteil beziehen, ohne dass dessen Größe festgestellt werden müsste.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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 Abruf-Gutachten.

### BGB §§ 928, 1094

#### Vorkaufsrechtsverzichtserklärung bei herrenlosem Grundstück

Abruf-Nr.:

### GrEStG § 1 Abs. 3, Abs. 3a

#### Übertragung von Anteilen an einer grundbesitzhaltenden GmbH; grunderwerbsteuerliche Beurteilung; geplante Änderung des Grunderwerbsteuergesetzes

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

### UmwG §§ 190, 191 Abs. 1 Nr. 3, 202 Abs. 1 Nr. 1, 258 ff.; GenG §§ 77a, 30 Abs. 2 S. 1

#### Kein Ende der Genossenschaftsmitgliedschaft durch Formwechsel des Mitglieds; Identitätswahrung beim Formwechsel

**1. Die Genossenschaftsmitgliedschaft einer eingetragenen Genossenschaft endet nicht nach oder analog § 77a GenG mit ihrer Umwandlung durch Formwechsel in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Eine solche Umwandlung hat weder die Auflösung noch das Erlöschen der eingetragenen Genossenschaft zur Folge. Ebenso wenig tritt eine Rechtsnachfolge ein.**

**2. Wird in der Mitgliederliste dennoch die Beendigung der Mitgliedschaft vermerkt, hat die Gesellschaft gegen die Genossenschaft einen auf Berichtigung gerichteten Anspruch.**

OLG Naumburg, Urt. v. 12.12.2019 – 1 U 125/19

### Problem

Die K-GmbH (Klägerin) ist 2018 durch Formwechsel aus einer eingetragenen Genossenschaft entstanden. Diese Genossenschaft war ihrerseits Mitglied einer e. G., nämlich der beklagten Genossenschaft. Die Beklagte teilte der Klägerin unter Hinweis auf § 77a GenG und die Satzung mit, dass die Mitgliedschaft bei Gesamtrechtsnachfolge bis zum Schluss des Geschäftsjahres fortgesetzt werde und dann ende. Man werde daher in die Mitgliederliste die Beendigung der Mitgliedschaft der K-GmbH zum Schluss des Geschäftsjahres (30.6.2018) eintragen. Die K-GmbH hat sich gegen die Löschung aus der Mitgliederliste gewandt: Zwischen ihr und der vormaligen Genossen-

schaft bestehe vollkommene Identität; die K-GmbH sei nicht Rechtsnachfolgerin der Genossenschaft. Diesen Einwänden ist das Urteil der ersten Instanz nicht gefolgt.

### Entscheidung

Das OLG Naumburg hat das Urteil in der Berufungsinstanz abgeändert und damit der Klägerin Recht gegeben. Seiner Ansicht nach besteht die Mitgliedschaft der Klägerin bei der Beklagten fort, die Streichung aus der Mitgliederliste (§ 30 GenG) ist daher zu berichtigen.

Das OLG begründet seine Entscheidung im Wesentlichen damit, dass der formwechselnde Rechtsträger durch den Formwechsel hindurch fortbesteht: Die Rechtsträger seien identisch, eine Gesamtrechtsnachfolge finde nicht statt (Grundsatz der Identität der Rechtsträger, s. auch Lutter/Hoger, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 202 Rn. 7; Meister/Klöcker/Berger, in: Kallmeyer, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 202 Rn. 13; Semler/Stengel/Leonard, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 202 Rn. 7). Folglich wirke sich der Formwechsel auf die Rechtsbeziehungen des Rechtsträgers im Außenverhältnis nicht aus. § 77a GenG, der die Beendigung der Mitgliedschaft einer juristischen Person bei deren Erlöschen vorsieht (im Falle der Gesamtrechtsnachfolge zum Schluss des Geschäftsjahres), sei aus diesem Grund nicht anwendbar.

Auch eine analoge Anwendung des § 77a GenG lehnt das OLG Naumburg ab: Es handele sich um eine eng auszulegende Ausnahmvorschrift mit offensichtlichem Systembezug zu § 77 GenG (Tod des Mitglieds). Dem Tod entspreche der identitätswahrende Formwechsel nicht, sodass es an dem für die Analogie erforderlichen vergleichbaren Sachverhalt fehle.

---

### Rechtsprechung in Leitsätzen – Volltext abrufbar unter [www.dnoti.de/Entscheidungen](http://www.dnoti.de/Entscheidungen)

**BGB §§ 428, 749 Abs. 1, 752, 753 Abs. 1, 1059 S. 1 Nießbrauch für Gesamtberechtigte; Kein Aufhebungsanspruch analog §§ 749 ff. BGB**

**Ist für mehrere Personen als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB ein Nießbrauch an einem Grundstück bestellt, kann die Aufhebung der Gesamtberechtigung entsprechend § 749 Abs. 1 BGB nicht verlangt werden.**

BGH, Urt. v. 6.3.2020 – V ZR 329/18

**BGB §§ 138, 139, 242; VersAusglG § 9 Abs. 1 Inhaltskontrolle einer Scheidungsfolgenvereinbarung; Ausübungskontrolle; Salvatorische Klausel**

**1. Die Wirksamkeitskontrolle gem. § 138 Abs. 1 BGB findet auch auf Scheidungsfolgenvereinbarungen Anwendung, ist aber selbst im Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts keine „Halbteilungskontrolle“ (Tz. 24).**

**2. Ein unausgewogener Vertragsinhalt kann zwar ein Indiz für eine unterlegene Verhandlungsposition des belasteten Ehegatten darstellen, rechtfertigt die Feststellung der Sittenwidrigkeit aber nicht, wenn es an außerhalb der Vertragsurkunde liegenden Umständen fehlt, die auf eine subjektive Imparität schließen lassen (Tz. 29).**

**3. Eine Erhaltungsabrede („salvatorische Klausel“) kann bei einem teilweise nichtigen Ehevertrag zu einer Aufrechterhaltung wirksamer Vertragsbestandteile führen, vorausgesetzt die Sittenwidrigkeit ergibt sich nicht aus einer Gesamtwürdigung des Vertrages (Tz. 38).**

**4. Fallen Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe und Vertragsschluss zusammen, ist für eine Ausübungskontrolle kein Raum (Tz. 41).** (Leitsätze der DNotI-Redaktion)

BGH, Beschl. v. 27.5.2020 – XII ZB 447/19

---

**BGB §§ 727 Abs. 1, 857, 1922; GBO §§ 19, 22, 29 Abs. 1, 47 Abs. 2**

**Rechtsnachfolge in eine GbR-Gesellschafterstellung; Buchposition; Berichtigungsbewilligung**

**1. Nach dem Tod eines GbR-Gesellschafters kann das Grundbuch auf Bewilligung seines Erben nebst Tatsachenangaben berichtigt werden, aus denen sich ergibt, dass es durch die bewilligte Eintragung richtig wird („schlüssige Darlegung der Unrichtigkeit“). Die Buchposition des verstorbenen GbR-Gesellschafters geht immer auf den Erben über (Fortführung von Senat, NZG 2016, 555). Soll der Verstorbene ersatzlos gelöscht werden, bedarf es keiner Bewilligung der weiteren eingetragenen Gesellschafter (Fortführung von Senat FGPrax 2011, 217; 2015, 153).**

**2. Das Grundbuch kann nicht auf Grund privatschriftlicher Erklärungen berichtigt werden, wenn diese ohne weiteres in der Form des § 29 Abs. 1**

**GBO abgegeben werden könnten (entgegen OLG München, NZG 2020, 191).**

KG, Beschl. v. 8.7.2020 – 1 W 35/20

---

**GBO §§ 19, 47; BGB § 883**

**Eintragung einer Auflassungsvormerkung für einen Ehegatten allein bei Gütergemeinschaft ausländischen Rechts**

**Eine Auflassungsvormerkung für einen erwerbenden Ehegatten allein kann auch dann in das Grundbuch eingetragen werden, wenn das Grundbuchamt weiß, dass das Grundstück in eheliches Gesamtgut fällt. Dies gilt für Ehegatten, die Miteigentumsanteile erwerben, entsprechend. Bei einer korrespondierenden vertraglichen Verpflichtung kann eine Auflassungsvormerkung zugunsten beider Ehegatten als Miteigentümer eingetragen werden.**

OLG Nürnberg, Beschl. v. 2.7.2020 – 15 W 985/20

**Postvertriebsstück: B 08129**

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

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**[www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)**

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

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

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessor Matthias Miller

**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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GBO § 29; BeurkG § 40; BGB § 129 – Großbritannien:  
Keine Gleichwertigkeit einer im Ausland vorgenom-  
menen Fernbeglaubigung per Video-Verfahren

BGB §§ 2034, 470 – Vorkaufsrecht der Miterben bei  
Verkauf an rechtsgeschäftlichen Erbeiterwerb

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Rechtsprechung

Rechtsprechung in Leitsätzen

##### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### GBO § 29; BeurkG § 40; BGB § 129 Großbritannien: Keine Gleichwertigkeit einer im Ausland vorgenommenen Fernbeglaubigung per Video-Verfahren

#### I. Sachverhalt

Im Wege eines Kaufvertrages wurde ein Wohnungseigentum veräußert. Zur Rechtswirksamkeit bedarf es der Zustimmung der Miteigentümer. Ein Verwalter wurde nicht bestellt. Ein Miteigentümer wohnt in Großbritannien. Seine Zustimmung wurde durch einen britischen „notary public“ beglaubigt und mit Apostille versehen. Der Beglaubigungsvermerk lässt erkennen, dass die Unterschrift in nur virtueller Anwesenheit des Notars („by videoconference“) vollzogen wurde. Eine weitergehende Identifizierung, bspw. mittels Auslesung eines elektronischen Personalausweises o. ä., erfolgte nicht.

#### II. Frage

Handelt es sich bei einer so beschriebenen Urkunde um einen im Grundbuchverkehr tauglichen Zustimmungsnachweis?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Ausgangspunkt: Maßgeblichkeit des britischen Beglaubigungsverfahrens

Gem. § 29 Abs. 1 S. 1 GBO ist eine Eintragung in das Grundbuch nur dann vorzunehmen, wenn die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Öffentliche Beglaubigung ist dabei gem. § 129 Abs. 1 BGB die schriftliche Abfassung der Erklärung und die Beglaubigung der Unterschrift durch den Notar. Die Beglaubigung begründet den vollen Beweis, dass die im Vermerk bezeichnete Person die Unterschrift vor dem Notar geleistet oder anerkannt hat, also die Echtheit der Unterschrift (vgl. insoweit Meikel/Hertel, GBO, 11. Aufl. 2015, § 29 Rn. 452).

Insoweit ist allgemein anerkannt, dass die Beglaubigung nicht zwingend durch eine deutsche Urkundsperson erfolgen muss, sondern auch die Beglaubigung

durch eine ausländische Urkundsperson möglich ist (statt aller OLG Zweibrücken MittBayNot 1999, 480; Meikel/Hertel, Einl. G Rn. 290), sofern hierdurch eine öffentliche Urkunde entsteht, die einer deutschen Unterschriftsbeglaubigung gleichwertig ist (OLG Zweibrücken MittBayNot 1999, 480; Meikel/Hertel, Einl. G Rn. 290). Auf welche Weise die öffentliche Beglaubigung vorgenommen wird, ist aber zunächst eine Frage des für die jeweilige Urkundsperson geltenden Verfahrensrechts (Meikel/Hertel, § 29 Rn. 290, 452; Schaub, in: Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, AT K Rn. 596).

Insoweit gilt daher für einen britischen *notary public* das Beurkundungsrecht Großbritanniens. Dieses gilt insbesondere dafür, welche Person zur Beurkundung bzw. Beglaubigung berufen ist und in welcher Weise die Feststellung der Identität der Person erfolgen muss. Insoweit geht die uns vorliegende Sekundärliteratur davon aus, dass die **sog. Fernbeglaubigung jedenfalls nach dem englischen notariellen Berufsrecht möglich** ist (vgl. nur Langhein, NZG 2001, 1123, 1126 m. w. N.). Daher gehen wir im Folgenden von der Zulässigkeit der Beglaubigung nach britischem Recht aus, zumal nach dem Urteil des OLG Zweibrücken (MittBayNot 1999, 480 ff.) das Grundbuchamt bei der Beurteilung von ausländischen öffentlichen Beglaubigungen von dem Erfahrungssatz auszugehen hat, dass ein ausländischer Notar die für ihn maßgeblichen Verfahrensvorschriften beachtet hat. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Echtheit der Urkunde mittels Apostille (oder Legalisation) nachgewiesen ist (Meikel/Hertel, § 29 Rn. 370). Nur wenn „gewichtige Gründe“ für die Annahme sprechen, dass eine vorgelegte ausländische Urkunde (verfahrens-) fehlerhaft oder kompetenzwidrig aufgenommen wurde, ist das Grundbuchamt berechtigt, eine entsprechende Bestätigung zu verlangen.

## 2. Keine Gleichwertigkeit der Fernbeglaubigung für Zwecke des deutschen Grundbuchverfahrens (§ 29 GBO)

Fraglich ist allerdings, ob eine derartige Beglaubigung eine „öffentliche Urkunde“ i. S. v. § 29 GBO darstellt. Hierzu ist – neben dem Nachweis der Echtheit der ausländischen Urkunde, der in der Regel mittels Legalisation (§ 438 Abs. 2 ZPO) oder (wie etwa bei britischen notariellen Urkunden) Apostille erbracht wird – erforderlich, dass die ausländische Beglaubigung einer deutschen Beglaubigung **gleichwertig** ist (Meikel/Hertel, Einl. G Rn. 375 ff.; Schaub, AT K Rn. 600). Insoweit ließe sich wie folgt differenzieren:

### a) Beglaubigungsvermerk bestätigt nur die Übereinstimmung der Unterschrift

Beschränkt sich der **Beglaubigungsvermerk** des *notary*

*public* darauf, die Übereinstimmung der Unterschrift unter der Zustimmung mit einer ihm etwa aus einer früheren Beurkundung (oder Beglaubigung) vorliegenden Unterschrift festzustellen, so wäre aus deutscher Sicht schon zweifelhaft, ob damit überhaupt die Echtheit der Unterschrift nachgewiesen ist. Die Gleichheit des Namenszuges kann nämlich allenfalls ein Indiz dafür sein, dass beide Unterschriften von derselben Person geleistet worden sind. Eine Feststellung der Echtheit der Unterschrift wäre in diesem Fall nicht einmal vom „Tenor“ des Beglaubigungsvermerks erfasst. Eine Beglaubigung i. S. v. § 129 BGB, § 29 Abs. 1 S. 1 GBO läge damit u. E. nach nicht vor.

### b) Bestätigung der Echtheit der Unterschrift auf Grund Unterschriftenvergleichs

Schwieriger ist die Situation zu beurteilen, wenn der *notary public* ausdrücklich die Echtheit der Unterschrift bestätigt hat und nur in einem Zusatz erwähnt hat, dass er diese Echtheit ausschließlich aufgrund eines Unterschriftenvergleichs festgestellt hat. In diesem Fall hat der Notar nicht nur die Gleichheit, sondern auch die Echtheit bestätigt. Vom Tenor her läge dann eine Beglaubigung i. S. v. § 129 BGB, § 29 Abs. 1 S. 1 GBO vor.

Bei einer derartigen Abweichung des ausländischen Beglaubigungsverfahrens von wesentlichen Grundsätzen des deutschen Beglaubigungsverfahrens könnte aber die ausländische Beglaubigung nach unserer Ansicht das deutsche Beglaubigungserfordernis nicht substituieren (ebenso Staudinger/Hertel, BGB, 2017, § 129 Rn. 158; Meikel/Hertel, § 29 Rn. 378). Hierfür spricht insbesondere, dass § 40 Abs. 1 BeurkG das Vollziehen oder die Anerkennung der Unterschrift verlangt und einen bloßen Unterschriftenvergleich nicht zulässt (Staudinger/Hertel, § 129 Rn. 69; OLG Köln RNotZ 2009, 240, 242; Meikel/Hertel, § 29 Rn. 447).

### c) Anerkennung der Unterschrift nicht in Anwesenheit des Notars (mittels Videoschaltung)

Schließlich ist noch der – hier vorliegende – Fall zu betrachten, in dem die Beglaubigung der Unterschrift erfolgt ist (ggf. in Kombination mit einem Unterschriftenvergleich), nachdem der (angebliche) Aussteller zuvor gegenüber dem *notary public* mittels Videoschaltung (oder auf andere Weise fernmündlich) **bestätigt („anerkannt“)** hat, dass es sich hierbei um eine von ihm stammende Unterschrift handelte. Es würde dann also eine sog. Fernbeglaubigung vorliegen.

Die h. M. (Staudinger/Hertel, § 129 Rn. 158; Meikel/Hertel, § 29 Rn. 378; Schäuble, § 7 Rn. 51) hält eine solche Vorgehensweise zu Recht **nicht mit dem deutschen Recht gleichwertig**, weil § 40 Abs. 1 BeurkG

die Beglaubigung nur zulässt, wenn die Unterschrift **in Gegenwart des Notars** vollzogen oder anerkannt wird (großzügiger aber BeckOGK-BGB/Cziupka, Std.: 1.5.2020, § 129 Rn. 30). Erforderlich ist also, dass der Notar den Vollzug oder das Anerkenntnis der Unterschrift durch den Beteiligten **unmittelbar wahrnimmt**. Unzulässig ist damit nach deutschem Recht jede Form der Fernbeglaubigung, beispielsweise ein schriftliches oder telefonisches Anerkenntnis, ein Anerkenntnis durch einen Vertreter oder mittels eines Videomediums (BeckOGK-BeurkG/Theilig, Std.: 1.4.2020, § 40 Rn. 24; Limmer, in: Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 40 BeurkG Rn. 10 f.; BeckOGK-BGB/Cziupka, § 129 Rn. 15). Denn die bloß durch technische Hilfsmittel hergestellte „Gegenwart“ – sei sie visuell mittels Videoschleife oder akustisch mittels Telefon – bietet gerade nicht die gleiche täuschungs- und damit rechtssichere Grundlage für eine Identifizierung des Beteiligten, wie dessen räumliche Gegenwart (Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 40 Rn. 20; Limmer, § 40 BeurkG Rn. 10 f.). Die sichere Identifizierung der die Unterschrift leistenden Person durch körperliches Erscheinen vor dem Notar stellt aber gerade den **Wesenskern der Beglaubigung** dar (ähnlich OLG Köln RNotZ 2009, 240, 242). Denn die öffentliche Beglaubigung nach § 40 BeurkG ist nichts anderes als die öffentliche Beurkundung der Tatsache, dass die **Unterschrift von einer bestimmten Person herrührt**, §§ 40 Abs. 4 i. V. m. 10 Abs. 1 BeurkG (BGH NJW 1962, 1149, 1150; OLG Karlsruhe FGPrax 2003, 41, 41; Limmer, § 40 BeurkG Rn. 2; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 40 Rn. 2), und dass der **Aussteller persönlich seine Unterschrift oder sein Handzeichen vor der Urkundsperson vollzogen oder anerkannt hat** (OLG Karlsruhe FGPrax 2003, 41, 41; Limmer, § 40 BeurkG Rn. 2; Winkler, § 40 Rn. 2). Damit spielt es für den Fall der Fernbeglaubigung auch keine Rolle, dass an die Gleichwertigkeit der ausländischen Beglaubigung in der Regel relativ geringe Anforderungen zu stellen sind (Schaub, AT K Rn. 600).

Hiergegen lässt sich auch **nicht einwenden**, dass eine derartige Fernbeglaubigung nach deutschem Recht zwar („nur“) amtspflichtwidrig und ggf. sogar strafbar wäre (BGH DNotZ 1977, 762; BGH DNotZ 1988, 259; BGH DNotZ 1969, 178; BGH DNotZ 1969, 178; BGHSt 22, 32; OLG Frankfurt DNotZ 1986, 421 = NStZ 1986, 121; OLG Köln DNotZ 1977, 763; OLG Stuttgart DNotZ 1950, 166; RG HRR 1934, Nr. 1242), sie aber der Wirksamkeit der Beglaubigung nicht im Wege stünde (Staudinger/Hertel, § 129 Rn. 69; Winkler, § 40 Rn. 86; BeckOGK-BeurkG/Theilig, § 40 Rn. 22), und das Grundbuchamt – trotz Minderung des Beweiswerts der Urkunde (Staudinger/Hertel, § 129 Rn. 69) – wohl nur bei konkreten Zweifeln daran, dass die in der

Urkunde getroffene Identitätsfeststellung falsch ist, zur Zurückweisung der Urkunde berechtigt ist (OLG Celle DNotZ 2006, 297 zum Beweiswert der notariellen Urkunde bei ungenügendem Identitätsnachweis; dazu auch Meikel/Hertel, § 29 Rn. 453).

Denn das Erfordernis der **Gleichwertigkeit**, das Voraussetzung dafür ist, dass eine im Ausland vorgenommene Beglaubigung auch im Rahmen des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO Anerkennung finden kann, bezieht sich auf ein nach deutschem Recht – jedenfalls im Wesentlichen – **korrekt durchgeführtes Beglaubigungsverfahren i. S. v. § 40 BeurkG**. Es bezieht sich dagegen gerade **nicht bloß auf die Rechtsfolge** einer amtspflichtwidrigen inländischen Beglaubigung, die – im Falle des erfolgten Verstoßes gegen den Grundsatz der Gegenwärtigkeit gem. § 40 Abs. 1 BeurkG – im Sinne der Sicherheit des Rechtsverkehrs die grundsätzliche Wirksamkeit der öffentlich beglaubigten Urkunde erhalten will. Es bleibt dabei, dass die Vorgabe aus § 40 Abs. 1 BeurkG, dass der Notar die Unterschrift nur beglaubigen „soll“, wenn sie in seiner Gegenwart vollzogen oder anerkannt wurde, eine **unbedingte** – und in Verbindung mit der Identitätsfeststellung eine im Rahmen des § 40 BeurkG wesentliche – **Amtspflicht** des Notars ist (BeckOGK-BeurkG/Theilig, § 40 Rn. 22). Diese zentrale Regelvorgabe des Gesetzgebers würde ausgehöhlt, wäre die im Ausland vorgenommene – und nach ausländischem Recht zulässige – Fernbeglaubigung der deutschen Beglaubigung als gleichwertig zu betrachten.

Das Grundbuchamt kann daher vorliegend die nach ausländischem Recht verfahrensmäßig vorgenommene Unterschriftsbeglaubigung als nicht den deutschen Formerfordernissen des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO entsprechend zurückweisen (Staudinger/Hertel, § 129 Rn. 158).

### 3. Ergebnis

Unabhängig davon, ob eine sog. Fernbeglaubigung nach ausländischem Recht (verfahrens-)rechtlich zulässig ist, ist eine derartige Beglaubigung derjenigen des deutschen Rechts nicht gleichwertig, weil sie gegen die wesentlichen Grundsätze des § 40 BeurkG verstößt. Das Grundbuchamt kann daher eine solche Unterschriftsbeglaubigung als nicht den deutschen Formerfordernissen des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO entsprechend zurückweisen.

---

## BGB §§ 2034, 470

### Vorkaufsrecht der Miterben bei Verkauf an rechtsgeschäftlichen Erbteilerwerber

---

#### I. Sachverhalt

Es geht um einen Erbteilskaufvertrag. Die Erbengemeinschaft besteht aus sechs Erben. Von vier Erben möchte ein Dritter die Erbteile erwerben. Dieser Dritte ist der Sohn einer der vier Miterben. Die weiteren Miterben haben ein Vorkaufsrecht, welches ggf. auch ausgeübt werden wird.

Da eine Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder einer auflösenden Bedingung für den Vorkaufsfall dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam ist, möchte der Erwerber zunächst den Erbteil von seiner Mutter im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, ohne Gegenleistungen zu erbringen, erwerben und dann von den anderen drei Miterben deren Erbteile kaufen.

#### II. Fragen

1. Zählt der Erwerber in diesem Fall zu den Miterben, wenn er bereits einen Erbteil im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erhalten hat und dann einen weiteren Erbteil kauft?

2. Besteht für diesen Fall dennoch ein Vorkaufsrecht für die weiteren Miterben?

#### III. Zur Rechtslage

1. Verkauft ein Miterbe seinen Anteil an einen Dritten, so sind die übrigen Miterben zum Vorkauf berechtigt (§ 2034 Abs. 1 BGB). Durch dieses gesetzliche Vorkaufsrecht soll den Miterben die Möglichkeit eingeräumt werden, das Eindringen unerwünschter Dritter sowie eine Veränderung der quotenmäßigen Beteiligung an dem Nachlass zu verhindern, um insbesondere den Fortbestand oder die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft nicht vom Willen eines Nichterben abhängig zu machen (BGH NJW 1983, 1555; BGH NJW 1971, 1264; BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, Std.: 1.7.2020, § 2034 Rn. 2). Auf das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miterben nach § 2034 BGB finden, soweit sich nicht aus den vorrangigen §§ 2034 ff. BGB etwas anderes ergibt, die allgemeinen Vorschriften über das Vorkaufsrecht nach §§ 463 ff. BGB Anwendung (s. nur Palandt/Weidlich, BGB, 79. Aufl. 2020, § 2034 Rn. 1). Das Entstehen des Vorkaufsrechts hängt im Einzelnen von folgenden **Voraussetzungen** ab (s. hierzu insbes. Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2034 Rn. 2 ff.; BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, § 2034 Rn. 4 ff.):

a) Es muss ein **gültiger Kaufvertrag** abgeschlossen worden sein. Prinzipiell werden hierbei auch **Umge-**

**hungsgeschäfte** von § 2034 BGB erfasst. Diese Voraussetzung des Vorkaufsrechts ist hier unproblematisch erfüllt, wenn der Sohn die Erbteile der weiteren drei Miterben käuflich erwirbt.

b) **Gegenstand des Verkaufs** muss ein **Miterbenanteil** sein. Das Vorkaufsrecht erlischt deswegen nach vollständiger Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft. Das Vorkaufsrecht besteht auch nicht mehr, wenn die Miterben die Erbengemeinschaft zwischenzeitlich in eine Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB umgewandelt haben (OLG Hamm RdL 1953, 52; Soergel/Wolf, § 2034 Rn. 5). Auch diese Voraussetzung ist im Fall des Erwerbs der Erbteile durch den Sohn ohne Weiteres zu bejahen.

c) Der **Verkauf** muss ferner **durch einen Miterben** erfolgen. Hier ist anerkannt, dass auch der Erbe eines verstorbenen Miterben (sog. Erbeserbe) in Bezug auf das Vorkaufsrecht dem verstorbenen Miterben beim Verkauf des ererbten Miterbenanteils gleichsteht (BGH NJW 1966, 2207). Dies lässt sich damit begründen, dass der Erbe des verstorbenen Miterben (Erbeserbe) völlig in die Rechte und Pflichten des von ihm beerbten Miterben eintritt, somit auch Mitglied der ursprünglichen Erbengemeinschaft wird.

Dagegen besteht grundsätzlich kein Vorkaufsrecht, wenn ein rechtsgeschäftlicher Erwerber eines Erbteils den Anteil weiterveräußert, da er durch den Erwerb des Miterbenanteils nicht Miterbe geworden ist, sondern lediglich an Stelle des veräußernden Miterben in dessen vermögensrechtliche Stellung am Nachlass eintritt (MünchKommBGB/Gergen, 8. Aufl. 2020, § 2034 Rn. 18; Staudinger/Löhnig, BGB, 2016, § 2034 Rn. 9).

Der Umstand, dass der rechtsgeschäftliche Erwerber eines Erbteils im Wege der vorweggenommenen Erbfolge im Rahmen des Miterbenvorkaufsrechts zum Teil eine Sonderstellung gegenüber einem allgemeinen rechtsgeschäftlichen Erbteilerwerber einnehmen soll, beruht maßgeblich auf der Sonderregelung des § 470 BGB. Insoweit sind allerdings viele Einzelfragen noch ungeklärt, insbesondere diejenige, ob der präsumtive gesetzliche Erbe auf der Tatbestandsseite – als Verkäufer – einem Miterben gleichzustellen ist (vgl. dazu Herrler, ZEV 2010, 72, 73 – zunächst bejahend; a. A. dann Herrler, ZEV 2011, 250 f.).

Die eingangs genannte Voraussetzung (Verkauf durch Miterben) ist **im unterbreiteten Sachverhalt** wiederum **ohne Weiteres zu bejahen**, da der Verkauf vorliegend nicht durch einen Erbteilerwerber, sondern durch die ursprünglich berufenen drei Miterben erfolgt.

Von der Problematik, ob der Verkauf durch einen rechtsgeschäftlichen Erwerber des Erbteils das Vorkaufsrecht nach § 2034 BGB auslöst, ist die Fallgestaltung zu unterscheiden, dass das gegenüber dem ursprünglichen Erbteilsverkäufer nicht ausgeübte Vorkaufsrecht aus Anlass des Verkaufs durch den ursprünglichen Miterben nunmehr kraft Gesetzes noch gegenüber dem ersten Erbteilkäufer oder weiteren nachfolgenden Erbteilerwerbern nachträglich ausgeübt werden kann (vgl. hierzu §§ 2035, 2037 BGB; Soergel/Wolf, § 2034 Rn. 6).

d) Weiter muss der **Verkauf** gem. § 2034 Abs. 1 BGB **an einen Dritten** erfolgen. Dritter in diesem Sinne ist grundsätzlich jeder, der **nicht Miterbe desselben Erbfalls** ist (BGH WM 1972, 503, 505; BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, § 2034 Rn. 20; Palandt/Weidlich, § 2034 Rn. 4; MünchKommBGB/Gergen, § 2034 Rn. 20). Nach jedenfalls überwiegender Ansicht folgt daraus auch, dass kein Vorkaufsrecht entsteht, wenn der wieder erwerbende Miterbe zuvor durch Veräußerung seines Anteils schon aus der Erbengemeinschaft ausgeschieden war. Denn zum einen bleibt er auch nach der Übertragung seines Erbteils Miterbe. Zum anderen wird durch die Rückkehr in die Miterbengemeinschaft nur deren vom Erblasser vorgesehene Zusammensetzung wieder hergestellt. Dies gilt insbesondere für den Fall, dass Miterben ihre früheren Anteile, die sie zuvor veräußert hatten, selbst zurückerwerben (MünchKommBGB/Gergen, § 2034 Rn. 20; BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, § 2034 Rn. 20; für einen Sonderfall ebenso schon RGZ 170, 203, 207; a. A. dagegen LG Heilbronn BWNNotZ 1998, 95).

Die hier interessierende Problematik der **Behandlung des rechtsgeschäftlichen Erbteilerwerbers auf der Käuferseite** (also als „Dritter“ i. S. v. § 2034 Abs. 1 BGB) ist in der Rechtsprechung bereits einer weitgehenden Klärung zugeführt worden: **Dritter** in diesem Sinne ist **grundsätzlich auch ein Erbteilerwerber, der noch weitere Erbteile aufkauft** (BGH NJW 1971, 1264, 1265; BGH NJW 1972, 202; BGH NJW 1993, 726; zustimmend BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, § 2034 Rn. 20; MünchKommBGB/Gergen, § 2034 Rn. 20). Zur Begründung rekurriert der BGH (NJW 1971, 1264) vor allem auf den Schutzzweck des Miterbenvorkaufsrechts: Das Gesetz verstehe in § 2034 Abs. 1 BGB unter „Miterben“ grundsätzlich die Mitglieder der in der Regel „durch familiäre Bande“ gebildeten Erbengemeinschaft und wolle diese gegen das Eindringen außenstehender, regelmäßig nicht dem Familienverband zugehöriger Personen schützen. Die zweckbedingte Einengung des Schutzgedankens nur auf Verkaufsgeschäfte rechtfertige i. Ü. dagegen eine ausdehnende, die Schutzfunktion betonende Auslegung des § 2034 BGB. Dieser Auslegungsgrundsatz gebie-

te es, den Miterben das Vorkaufsrecht auch gegenüber einem Erbteilerwerber zu gewähren, dessen Beteiligung am Gesamthandsvermögen der Erbengemeinschaft sich allein auf einen früheren Erbteilerwerb gründet, ohne dass in seiner Person Umstände vorliegen, die ihn einem Miterben vergleichbar erscheinen lassen.

Eine **Ausnahme** von dieser Bejahung des Miterbenvorkaufsrechtes gegenüber dem rechtsgeschäftlichen Erbteilerwerber hat die Rechtsprechung jedoch unter Berufung auf § 511 BGB a. F. (= § 470 BGB n. F.) **für den künftigen gesetzlichen Erben eines Miterben gemacht, der im Wege der vorweggenommenen Erbfolge in die Erbengemeinschaft eingetreten ist**. Erwirbt dieser nunmehr von einem anderen Miterben einen weiteren Anteil, so entsteht in diesem Fall den übrigen Miterben kein Vorkaufsrecht (BGH, Urt. v. 31.5.1965 – III ZR 1/64 = MDR 1965, 891 f.; ebenso für eine angrenzende Fallgestaltung: BGH WM 1971, 457, 459).

Begründend hat der BGH im zuerst genannten Urteil im Kern ausgeführt (Rn. 24 f. der Entscheidungsgründe [juris]): Der Schutzzweck des § 2034 BGB geht im Wesentlichen dahin, die durch familiäre Bande gebildete Erbengemeinschaft vor dem Eindringen familienfremder Personen zu schützen. Deshalb ist aus Sicht des BGH jedenfalls dann, wenn jemand an Stelle eines Miterben im Wege der vorweggenommenen gesetzlichen Erbfolge nach diesem und noch dazu als engster Familienangehöriger in die hier lediglich durch die familiären Bande gebildete Erbengemeinschaft eingetreten ist, nirgends ein innerlich und sachlich gerechtfertigter Grund ersichtlich, den auf diese Weise in die Gesamthandsgemeinschaft der Miterben eingetretenen neuen Teilhaber im internen Verhältnis, also der Gesamthandsteilhaber untereinander, wirtschaftlich und rechtlich anders oder schlechter zu stellen als die Miterben selbst. Dieser Erwerber ist überhaupt nicht als „Fremder“ zu betrachten, vor dessen Eindringen und ggf. auch vor der Erweiterung seiner Machtposition innerhalb der Gemeinschaft durch Erwerb weiterer Nachlassanteile die Erbengemeinschaft nach § 2034 BGB geschützt werden soll. Deswegen kann der im Wege der vorweggenommenen Erbfolge als Teilhaber in die Erbengemeinschaft neu eingetretene gesetzliche und präsumtive Erbe desjenigen Erbteilsverkäufers, der bisher als Miterbe Teilhaber der Gesamthandsgemeinschaft war, **nicht als „Dritter“ i. S. d. § 2034 BGB** angesehen werden, ähnlich wie der Miterbe selbst.

Dieser Standpunkt des BGH hat auch in der Literatur überwiegend referierende Zustimmung gefunden (MünchKommBGB/Gergen, § 2034 Rn. 21; Soergel/Wolf, § 2034 Rn. 7; Palandt/Weidlich, § 2034 Rn. 3). Die Gegenansicht vertritt in der Literatur ins-

besondere *Löhnig* (in: Staudinger/Löhnig, BGB, 2016, § 2034 Rn. 11a): Er beruft sich hierfür auf den Wortlaut des § 2034 Abs. 1 BGB, wonach Dritter in diesem Sinne jede nicht durch Erbfolge kraft Todesfall als Miterbe bedachte Person sei. Der begünstigte Erbteilerwerber gehöre wie jeder andere Dritte aus freiem Entschluss der Gemeinschaft an. § 470 BGB könne nicht herangezogen werden, da diese Norm lediglich Auslegungsregel bei einem vertraglichen Vorkaufsrecht sei. Eine Vertragsauslegung sei beim gesetzlichen Vorkaufsrecht des § 2034 BGB aber nicht möglich.

Demgegenüber halten wir die zuvor wiedergegebene, schutzzweckorientierte Argumentation des BGH im Urt. v. 31.5.1965 (III ZR 1/64) für durchaus überzeugend. In Ermangelung anders lautender Stellungnahmen in der obergerichtlichen Rechtsprechung wird der genannte Standpunkt des BGH nach unserer Einschätzung der Vertragsgestaltung weiterhin zugrunde gelegt werden können.

2. Daraus ergibt sich **im Ergebnis** für die Beantwortung der gestellten Rechtsfragen:

Der **rechtsgeschäftliche Erbteilerwerber wird zwar auch in dem unterbreiteten Sachverhalt nicht** dadurch „Miterbe“, dass er einen Erbteil von seiner Mutter im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erwirbt. Da er wegen des familiären Zusammenhangs auf der Grundlage der genannten BGH-Rechtsprechung jedoch nicht als „Fremder“ anzusehen ist, gegen dessen Eintritt in die Erbengemeinschaft die weiteren Miterben bei weiteren Erwerben durch Gewährung des Vorkaufsrechts nach § 2034 BGB geschützt werden müssten, ist dieser Erbteilerwerber **dennoch nicht als „Dritter“ i. S. v. § 2034 Abs. 1 BGB anzusehen.**

Die genannte Entscheidung des BGH hat diesen Standpunkt für den Fall vertreten, dass der Erwerb im Wege der vorweggenommenen Erbfolge seitens des Erbteilerwerbers durch Kauf erfolgte (vgl. Rn. 24 der Entscheidungsgründe). Da die schutzzweckbezogene Argumentation des BGH jedoch nicht entscheidungserheblich auf den Kauf abstellt, sondern allgemein auf den Erbteilerwerb durch den präsumtiven, nicht familienfremden gesetzlichen Erben im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, dürfte nach unserer Einschätzung ein Vorkaufsrecht der weiteren Miterben auch in der Fallgestaltung ausgeschlossen sein, dass der Sohn den Erbteil der Mutter erwirbt, ohne seinerseits Gegenleistungen zu erbringen. Da der BGH andererseits zumindest unterstützend für den Ausschluss des Vorkaufsrechts der übrigen Miterben § 511 BGB a. F. (= § 470 BGB n. F.) heranzieht, der seinerseits einen Kauf voraussetzt, könnte es sich aber

nach dem **Grundsatz des sichersten Weges** (s. hierzu nur Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rn. 210 m. w. N.) dennoch empfehlen, den **Erwerb des Erbteils** durch den Sohn von der Mutter als entgeltlichen und damit **aus dem Rechtsgrund des Kaufs erfolgenden zu gestalten**. Nach unserer persönlichen Einschätzung ist dies angesichts der eben wiedergegebenen entscheidungstragenden Argumentation des BGH gleichwohl **nicht zwingend erforderlich**, um das Bestehen eines Miterbenvorkaufsrechts verneinen zu können.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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 Abruf-Gutachten.

**BeurkG § 57; ZPO §§ 794 Abs. 1 Nr. 1, 894; BGB § 779**

**Zustimmung zur Auszahlung des auf einem Notaranderkonto hinterlegten Kaufpreises in einem Prozessvergleich**

Abruf-Nr.:

**ErbStG § 9; BewG § 179**

**Maßgebender Zeitpunkt für die Wertermittlung bei einer Schenkung; maßgebender Bodenrichtwert**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BGB § 1018**

**Umfang einer Grunddienstbarkeit; Bedarfssteigerung**

**1. Der Umfang einer Grunddienstbarkeit ist wandelbar; er kann bei einer Bedarfssteigerung wachsen. Voraussetzung ist, dass sich die Bedarfssteigerung in den Grenzen einer der Art nach gleichbleibenden Benutzung des herrschenden Grundstücks hält und nicht auf eine zur Zeit der Dienstbarkeitsbestellung nicht voraussehbare und willkürliche Benutzungsänderung zurückzuführen ist (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 18.07.2014 – V ZR 151/13).**

**2. Eine willkürliche Bedarfssteigerung kann vorliegen, wenn das herrschende Grundstück ursprüng-**

lich – bei Bestellung der Grunddienstbarkeit – auch von öffentlichen Wegen aus zugänglich war und erst später durch bauliche Maßnahmen ein rückwärtiger Gebäudeteil so abgetrennt wurde, dass er ausschließlich über das dienende Grundstück zugänglich ist, und dieser rückwärtige Gebäudeteil an einen Tanzschulbetreiber vermietet wurde.

OLG Karlsruhe, Urt. v. 21.7.2020 – 12 U 34/20

---

**BGB §§ 93, 1030 Abs. 1; GBO §§ 7 Abs. 2, 15 Abs. 2, 71 Abs. 1**

**Bestellung des Nießbrauchs an einem bebauten Teil eines Grundstücks**

Ein Nießbrauch kann an einem real abgegrenzten, bebauten Teil eines Grundstücks bestellt werden, soweit das vom Nießbrauch erfasste Gebäude vollständig auf dem belasteten Grundstücksteil errichtet ist, wenn nicht durch die entsprechende Eintragung Verwirrung zu besorgen ist.

OLG München, Beschl. v. 30.7.2020 – 34 Wx 93/20

---

**BGB § 2217; GBO §§ 22, 52**

**Grundbuchtauglicher Nachweis über die Beendigung der Testamentsvollstreckung**

1. Der Nachweis über die Beendigung der Testamentsvollstreckung kann in der Form des § 29 GBO nicht nur durch Vorlage eines Erbscheins, der die Testamentsvollstreckung nicht mehr verlautbart, sondern auch eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, das mit einem Vermerk des Nachlassgerichts über die Beendigung der Testamentsvollstreckung versehen ist, geführt werden.

2. Die Beendigung der Testamentsvollstreckung ist für das Grundbuchamt nicht durch Bezugnahme auf Nachlassakten eines anderen Amtsgerichts offenkundig.

OLG München, Beschl. v. 16.7.2020 – 34 Wx 463/19

---

**BGB §§ 2353, 2365; GBO § 35**

**(Keine) Grundbuchberichtigung auf Grundlage von Teilerbscheinen**

Das Grundbuch kann nicht allein auf Grundlage von Teilerbscheinen, die die Erbteile nicht vollständig erfassen, berichtigt werden. Gleichwohl ist das

Verlangen des Grundbuchamts nach Vorlage eines weiteren Teilerbscheins nicht gerechtfertigt, wenn eine Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, vorliegt, aus der sich die Beteiligung der weiteren, nicht bereits von den Teilerbscheinen erfassten Miterben am Nachlass ergibt und die ohne weiteres mit den Teilerbscheinen in Übereinstimmung zu bringen ist.

KG, Beschl. v. 23.6.2020 – 1 W 1276/20

---

**BGB § 1960 Abs. 2; FamFG §§ 433 ff.; GBO §§ 41 Abs. 2, 42**

**Aufgebotsverfahren durch einen Nachlasspfleger zum Zwecke der Kraftloserklärung eines Grundschuldbriefs**

Zu den Voraussetzungen für die Durchführung des Aufgebotsverfahrens durch einen Nachlasspfleger zum Zwecke der Kraftloserklärung eines Grundschuldbriefs.

OLG München, Beschl. v. 27.7.2020 – 34 Wx 212/20

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter **[www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)**

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

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

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Johannes Cziupka

**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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 912 ff.; ErbbauRG § 1 Abs. 3 – Überbau: Überbauung eines Erbbaurechts bzw. eines Erbbaugrundstücks von einem Nachbargrundstück aus; Abgrenzung von sog. Nachbarerbbaurecht und einfachem Überbau

BGB § 2325 – Grundstücksschenkung von Vater an Tochter; Pflichtteilergänzungsansprüche eines später vom Schenker adoptierten Sohns

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Rechtsprechung

BGB § 167; GBO §§ 19, 29 – Unbeschränkte Vollmacht im Außenverhältnis; Missbrauch der Vertretungsmacht; Prüfungskompetenz des Grundbuchamts

##### Literaturhinweise

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### BGB §§ 912 ff.; ErbbauRG § 1 Abs. 3 Überbau: Überbauung eines Erbbaurechts bzw. eines Erbbaugrundstücks von einem Nachbargrundstück aus; Abgrenzung von sog. Nachbarerbbaurecht und einfachem Überbau

##### I. Sachverhalt

Es soll ein Gebäude (Halle) auf ein erbbaurechtsbelastetes Grundstück überbaut werden. Das Grundstück, von dem aus die Überbauung erfolgt, gehört weder dem Erbbauberechtigten noch dem Eigentümer des Erbbaugrundstücks. Das Eigentum am Gebäude soll einheitlich dem Eigentümer des Grundstücks zustehen, von dem aus überbaut wird.

##### II. Fragen

1. Ist die gewünschte Eigentumszuordnung durch Eintragung einer Grunddienstbarkeit zulasten des überbauten Erbbaurechts und/oder Grundstücks möglich?

2. Besteht die Gefahr, dass das Erbbaurecht wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 3 ErbbauRG unwirksam ist?

##### III. Zur Rechtslage

##### 1. Eigentumszuordnung nach Maßgabe der Überbaugrundsätze

Die Rechtsprechung unterscheidet verschiedene Fallgruppen des Überbaus, namentlich den entschuldigten unrechtmäßigen Überbau, den rechtmäßigen Überbau, den unentschuldigten unrechtmäßigen Überbau (vgl. dazu ausf. m. w. N. Staudinger/Roth, BGB, 2016, § 912 Rn. 66 ff.).

In dem zu begutachtenden Sachverhalt soll eine „vorsätzliche“ Verletzung der Grundstücksgrenze durch Überbauung stattfinden. Eine eigentumsrechtliche **Zuordnung** der gesamten Halle **zum überbauenden (Stamm-)Grundstück** kommt folglich nur dann in Betracht, wenn ein sog. **rechtmäßiger Überbau** herbeigeführt werden kann. Der sicherste Weg dahin dürfte im vorliegenden Fall darin bestehen, dass sowohl der benachbarte Erbbauberechtigte als auch der Eigentümer des benachbarten Erbbaugrundstücks der Überbauung zustimmen und dass die jeweilige Zustimmung durch Begründung von Überbau-

dienstbarkeiten grundbuchlich dokumentiert wird (s. Ziff. 2 lit. c).

## 2. Verstoß gegen § 1 Abs. 3 ErbbauRG: (Un-)Zulässigkeit von sog. Nachbarerbbaurechten?

Wenn ein Überbau im Zusammenhang mit einem Erbbaurecht auftritt, besteht regelmäßig die Sorge, dass ein sog. Nachbarerbbaurecht entstehen könnte. Dessen Zulässigkeit ist mit Blick auf § 1 Abs. 3 ErbbauRG umstritten. Allerdings gilt es, **verschiedene Fallgruppen** zu unterscheiden:

### a) Gesamterbbaurecht

Ein Gesamterbbaurecht ist dadurch gekennzeichnet, dass einem oder mehreren Bauwerken ein *einziges* Erbbaurecht zugrunde liegt, wobei sich allerdings dieses einheitliche Erbbaurecht über mehrere rechtlich selbständige Grundstücke erstreckt (vgl. Winkler/Schlögel, in: v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl. 2016, § 3 Rn. 37 ff.). Diese Fallgruppe ist vorliegend nicht einschlägig.

### b) Nachbarerbbaurecht

Bei einem sog. Nachbarerbbaurecht wird ebenfalls ein einheitliches Bauwerk auf mehreren rechtlich selbständigen Grundstücken errichtet; an diesen besteht allerdings kein Gesamterbbaurecht (vgl. zum Begriff im Wiedervereinigungsrecht § 39 Abs. 3 SachenRBerG). Vielmehr bestehen an den benachbarten Grundstücken entweder jeweils selbständige *Einzelerbbaurechte* oder es ist nur eines der benachbarten Grundstücke mit einem Erbbaurecht belastet. In einer solchen Situation fragt sich, ob das (jeweilige) *Einzelerbbaurecht* das **Recht i. S. v. § 1 Abs. 1 ErbbauRG** zu vermitteln vermag, einen unselbständigen Teil eines einheitlichen Bauwerks zu haben (vgl. Winkler/Schlögel, § 3 Rn. 70-86; Heckscher, RNotZ 2016, 1, 6 ff.).

Diese Frage ist sehr umstritten und bislang noch nicht höchstrichterlich entschieden. Rechtsdogmatisch entzündet sich der Streit an der Bestimmung des **§ 1 Abs. 3 ErbbauRG**, wonach eine „*Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk unzulässig*“ ist. Es ist insoweit unklar, ob die gesetzliche Bestimmung lediglich eine horizontale oder auch eine vertikale Beschränkung des Erbbaurechts verbietet (Heckscher, RNotZ 2016, 1, 6 ff.; BeckOK-BGB/Maaß, Std.: 1.8.2020, § 1 ErbbauRG Rn. 22 m. w. N). Präzise formuliert stellt sich die Frage demnach wie folgt: Ist es mit § 1 Abs. 3 ErbbauRG vereinbar, wenn **nach dem dinglichen Inhalt des Erbbaurechts** dieses darauf gerichtet ist, das Recht zu vermitteln, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks **einen unselbständigen Teil eines einheitlichen Bauwerks zu haben?**

Durch diese Formulierung wird deutlich, dass der **Umstand, dass sich das einheitliche Gebäude über eine Grundstücksgrenze erstreckt, irrelevant** ist. Die Frage nach der rechtlichen Vereinbarkeit mit § 1 Abs. 3 ErbbauRG würde sich nämlich auch dann stellen, wenn sich das Bauwerk insgesamt auf dem Erbbaurecht (-sgrundstück) befände, nach dem Inhalt des Erbbaurechts allerdings nicht das gesamte Gebäude vom Recht des Erbbauberechtigten umfasst sein sollte. Dass die Frage zumeist im Kontext einer grenzüberschreitenden Bebauung diskutiert wird und infolgedessen vom sog. „Nachbarerbbaurecht“ die Rede ist, zeugt eher von einer „phänomenologischen“ Umschreibung, denn in der Lebenswirklichkeit stellt sich die Frage zumeist im Zusammenhang mit einer grenzüberschreitenden Bebauung (vgl. BGH NJW 1973, 1656 = BeckRS 1973, 31123666). Dem Grunde nach ist diese tatsächliche Erscheinungsform (Überschreitung einer Grundstücksgrenze) für die rechtliche Beurteilung indes unbeachtlich, denn im Kern geht es um die Frage, ob der *dingliche Inhalt* eines Erbbaurechts darauf gerichtet sein kann, das Recht zu vermitteln, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks einen unselbständigen Teil eines einheitlichen Bauwerks zu haben.

Der dingliche Inhalt des Erbbaurechts richtet sich dabei nicht nach den tatsächlichen Gegebenheiten (z. B. nach dem tatsächlichen Vorliegen eines Überbaus; so völlig zutreffend BGH NJW 1973, 1656 = BeckRS 1973, 31123666, vgl. 2. Ls.), sondern nach dem Wortlaut und dem Sinn der grundbuchrechtlichen Erklärungen, wie sie sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergeben (sog. objektivierte Auslegung bei Grundbucheklärungen, vgl. Reuber, BWNotZ 2018, 2; KEHE/Keller, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2019, Teil 1 § 2 Rn. 79).

Nach dem vorliegenden Sachverhalt ist nicht davon auszugehen, dass das überbaute Erbbaurecht seinem Inhalt nach darauf gerichtet ist, an dem überbauten Teil der Halle ein Recht i. S. v. § 1 Abs. 1 ErbbauRG zu begründen. Demzufolge stellt sich das Problem des sog. Nachbarerbbaurechts u. E. gar nicht.

### c) Schlichter Überbau des Erbbaurechts bzw. Erbbaugrundstücks

Von einem sog. Nachbarerbbaurecht ist der schlichte Überbau zu unterscheiden. Diese Fallgruppe ist vorliegend einschlägig, indem von einem (Stamm-) Grundstück aus ein einheitliches Gebäude (Halle) auf das benachbarte Erbbaurecht bzw. Erbbaugrundstück überbaut werden soll. Die **eigentumsrechtliche Zuordnung** des Überbaus erfolgt in einer solchen Konstellation **nach den allgemeinen Überbaugrundsätzen**

(Winkler/Schlögel, § 3 Rn. 86-95; Zander, BWNotZ 2017, 87).

Im geschilderten Sachverhalt wird demzufolge die Halle eigentumsrechtlich insgesamt dem überbauenden (Stamm-)Grundstück zugeordnet, sofern ein **rechtmäßiger Überbau** vorliegt, sofern also der **Erbbauberechtigte und der Eigentümer des Erbbaugrundstücks dem Überbau zustimmen** (vgl. Heckscher, RNotZ 2016, 1, 19; Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, Erbbaurecht, 11. Aufl. 2018, Rn. 22 f.; Heller, in: Ring/Grziwotz/Keukenschrijver, BGB, 4. Aufl. 2016, § 12 Erbbaurecht Rn. 7; BeckOK-BGB/Maaß, § 12 Erbbaurecht Rn. 3-4; Staudinger/Rapp, 2017, § 1 Erbbaurecht Rn. 34).

Die Frage, ob für einen rechtmäßigen Überbau die Zustimmung des Erbbaurechtsinhabers genügt, ist von der Rechtsprechung – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden worden. Dagegen dürfte u. E. sprechen, dass sich die rechtlichen Befugnisse des Erbbaurechtsinhabers nach dem Inhalt des Erbbaurechts richten. Das Erbbaurecht ist seinem Inhalt nach „nur“ darauf gerichtet, dem Erbbauberechtigten das Recht einzuräumen, ein *eigenes* Bauwerk auf dem Erbbaugrundstück zu errichten und/oder zu haben. Es umfasst jedoch nicht die Befugnis, ohne Mitwirkung des Grundstückseigentümers einem Dritten den Überbau zu gestatten. Dies spricht dafür, dass für einen rechtmäßigen Überbau der Eigentümer des Erbbaugrundstücks der Überbauung zustimmen muss. Wollte man hingegen die alleinige Zustimmung des Erbbauberechtigten genügen lassen, würde sich die Frage stellen, was mit dem Überbau beim Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf oder rechtsgeschäftliche Aufhebung geschähe: Fortbestehen eines rechtmäßigen Überbaus unter Aufleben einer Überbaurente zugunsten des Eigentümers des überbauten (Erbbau-)Grundstücks? Oder nachträgliche lotrechte „Teilung“ des Eigentums am überbauten Gebäude an der Grundstücksgrenze? Andererseits könnte auch die alleinige Zustimmung des Eigentümers des Erbbaugrundstücks unzureichend sein, sofern sich der Ausübungsbereich des Erbbaurechts gem. § 1 Abs. 2 Erbbaurecht auf jene Fläche erstreckt, die nunmehr überbaut werden soll (vgl. § 916 BGB).

Mit Blick auf den sichersten Weg sollte mithin die Zustimmung sowohl des Erbbauberechtigten als auch des Eigentümers des Erbbaugrundstücks eingeholt und der Überbau durch Bestellung von Überbaudienstbarkeiten auf beiden „Ebenen“ (Erbbaurecht und Erbbaugrundstück) dinglich gesichert werden. Die Zustimmung des Erbbauberechtigten erscheint uns indes dann entbehrlich, wenn sich der Ausübungsbereich des Erbbaurechts nicht auf die zu überbauende Fläche erstreckt.

### 3. Ergebnis

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass im konkreten Fall kein sog. Nachbarerbbaurecht, sondern ein schlichter Überbau vorliegt. Beim schlichten Überbau richtet sich die eigentumsrechtliche Zuordnung nach den allgemeinen Überbaugrundsätzen. Vor dem Hintergrund, dass eine vorsätzliche Grenzverletzung stattfinden soll, kann eine eigentumsrechtliche „Teilung“ des Gebäudes an der Grundstücksgrenze nur bei einem rechtmäßigen Überbau verhindert werden. Dazu sollte sowohl die Zustimmung des Erbbauberechtigten als auch des Eigentümers des Erbbaugrundstücks eingeholt und der Überbau durch entsprechende Überbaudienstbarkeiten am Erbbaurecht und am Erbbaugrundstück dinglich gesichert werden. Sofern die Überbauung mit Zustimmung des Erbbauberechtigten und des Erbbaugrundstückseigentümers geschieht, haben die Überbaudienstbarkeiten hinsichtlich der Eigentumszuordnung zwar nur deklaratorische Bedeutung (Dokumentation der erteilten Zustimmung). Konstitutive Wirkung entfalten die Dienstbarkeiten indes in Ansehung des Ausschlusses einer Überbaurente, wenn bei dem Erbbaurecht oder dem Erbbaugrundstück eine Sonderrechtsnachfolge eintreten sollte.

---

## BGB § 2325

### Grundstücksschenkung von Vater an Tochter; Pflichtteilergänzungsansprüche eines später vom Schenker adoptierten Sohns

---

#### I. Sachverhalt

Im Oktober 2007 wurde ein Übergabevertrag zur Vorwegnahme der Erbfolge beurkundet. In diesem Vertrag übertrug ein Vater seiner Tochter ein bebautes Grundstück unter Vorbehalt des Nießbrauchs sowie der „klassischen“ Rückübertragungsansprüche. Nunmehr beabsichtigt der Vater, einen Volljährigen zu adoptieren. Die Tochter ist besorgt, dass das neue „Familienmitglied“ nach dem Tod des Vaters Pflichtteilergänzungsansprüche gegen sie geltend machen könnte.

#### II. Frage

Ist die Sorge der Tochter begründet?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Theorie von der Doppelberechtigung im Rahmen der Pflichtteilergänzung

Nach **lange Zeit** gefestigter **Rechtsprechung des BGH** erfasste der **Schutzzweck der §§ 2325 ff. BGB** nur denjenigen **Pflichtteilsberechtigten**, der **im Zeitpunkt der Schenkung bereits pflichtteilsberechtigt** war (BGH NJW 1973, 40; bestätigt in BGH NJW 1997, 2676 =

DNotZ 1998, 135). Der BGH begründete dies damit, dass dem Gesetz in § 2325 Abs. 1 BGB die rückwärtsge- wandte Betrachtung derjenigen tatsächlichen Verhältnisse zugrunde liege, die im Zeitpunkt der Schenkung maßgeblich gewesen seien (NJW 1997, 2676 f.). Der kennzeichnende Sachverhalt für den Pflichtteilsergänzungsanspruch, nämlich die Beeinträchtigung des Nachlasses durch die Schenkung, beziehe sich nur auf den im Zeitpunkt der Schenkung Pflichtteilsberechtigten. Durch den Pflichtteilsergänzungsanspruch werde er in seinen Stand vor der Schenkung wiedereingesetzt. Zudem müsse sich auch derjenige, der im Zeitpunkt der Schenkung als Kind oder Ehegatte des Erblassers pflichtteilsberechtigt sei, trotz der grundsätzlichen Anerkennung seines Interesses am Bestandsschutz mit der im Erbfall zehn Jahre zurückliegenden Schenkung abfinden. Wenn dies sogar dem bei Schenkung vorhandenen Pflichtteilsberechtigten zugemutet werde, könne der bei der Schenkung überhaupt noch nicht vorhandene Pflichtteilsberechtigte erst recht keinen Bestandsschutz erwarten.

Die skizzierte Rechtsprechung des BGH war äußerst **umstritten**, zumal Wortlaut und Entstehungsgeschichte der Norm nicht unbedingt für ein derartiges Gesetzesverständnis sprachen. In der Literatur hatten sich daher nur wenige Autoren der Argumentation des BGH angeschlossen (abl. etwa Otte, ZEV 1997, 375; Schmidt-Kessel, ZNotP 1998, 2; Tiedtke, DNotZ 1998, 85).

Ansatzweise überzeugend war die Argumentation des BGH ohnehin nur für den Konflikt zwischen Kindern aus früheren Ehen und der Ehefrau späterer Ehe, da die zweite Ehefrau nicht zwingend schutzwürdig im Hinblick auf Schenkungen an die erstehelichen Kinder vor der Eheschließung erscheint. Vor allem hinsichtlich der nachgeborenen Abkömmlinge war die Argumentation des BGH aber – schon allein wegen der dadurch bewirkten Ungleichbehandlung der Abkömmlinge – äußerst fragwürdig. In der Literatur wurde daher die Anwendung der Rechtsprechungsgrundsätze des BGH auf Abkömmlinge allgemein abgelehnt oder zumindest vertreten, dass eine abstrakte Pflichtteilsberechtigung der Abkömmlinge ausreichend sein müsse (vgl. Keller, ZEV 2000, 268; Bestelmeyer, FamRZ 1998, 1152; dazu krit. Pentz, FamRZ 1999, 489).

## 2. Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung 2012

Mit **Urteil vom 23.5.2012** hat der **BGH** (DNotZ 2012, 860 m. Anm. Lange = ZEV 2012, 478 m. Anm. Otte = MittBayNot 2013, 143 m. Anm. Röhl) seine Rechtsprechung zur „**Doppelberechtigung**“ in Abkehr von den beiden Entscheidungen aus 1972 und 1997 ausdrücklich **aufgeben**. Nach der neueren Entscheidung

setzt der Pflichtteilsergänzungsanspruch (§ 2325 Abs. 1 BGB) von Enkeln des Erblassers, die zum Zeitpunkt der ergänzungspflichtigen Zuwendung des Großvaters noch nicht geboren waren, keine Pflichtteilsberechtigung bereits im Zeitpunkt der Schenkung voraus. Der BGH begründet seinen neuen Standpunkt mit dem Wortlaut, aus dem sich das Erfordernis einer Doppelberechtigung nicht ergibt, mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und dem Sinn und Zweck des Pflichtteilsergänzungsanspruchs.

Im Anschluss an diese Entscheidung kommt es damit bzgl. der Gläubigereigenschaft nicht auf die **Pflichtteilsberechtigung** im Zeitpunkt der Schenkung an, sondern **im Zeitpunkt des Erbfalls**.

Die Rechtsprechungsänderung ist in der Literatur einhellig begrüßt worden (vgl. nur Reimann, FamRZ 2012, 1386; Röhl, MittBayNot 2013, 146; Keim, NJW 2012, 3484; Otte, ZEV 2012, 481). Allerdings ist man sich hinsichtlich der Folgen nicht ganz einig. **Uneinheitlich** beurteilt wird insbesondere die Frage, ob die nur zu Abkömmlingen ergangene Entscheidung **auch auf den „nachrückenden“ Ehegatten anzuwenden** ist. Dies wird in der Literatur teilweise verneint (vgl. Bonefeld, ZErB 2012, 225), von der überwiegenden Literatur und der bislang veröffentlichten Rechtsprechung jedoch bejaht – vor allem im Hinblick auf die allgemein gehaltene Begründung des BGH (vgl. OLG Hamm BeckRS 2016, 117427, Rn. 160); Lange, DNotZ 2012, 865; Otte, ZEV 2012, 481; Reimann, FamRZ 2012, 1386; Keim, NJW 2012, 3484, 3485). Für den vorliegenden Fall kann die Frage dahinstehen.

Bei **Abkömmlingen** differenziert man – soweit ersichtlich – nicht danach, aus welchem Grund (Geburt, Anerkennung, Adoption usw.) diese erst nachträglich pflichtteilsberechtigt geworden sind; explizit bejaht wird der Pflichtteilsergänzungsanspruch namentlich für eine spätere Vaterschaftsanerkennung (Münch-KommBGB/Lange, 8. Aufl. 2020, § 2325 Rn. 9) sowie für eine spätere Adoption (BeckOGK-BGB/Schindler, Std.: 1.6.2020, § 2325 Rn. 14). Dass es sich vorliegend um eine Volljährigen- und nicht um eine Minderjährigenadoption handelt, ist für die Frage der Pflichtteilsberechtigung nach dem Erblasser ebenfalls ohne rechtliche Bedeutung, da in beiden Fällen ein Kindschaftsverhältnis zum Adoptierenden begründet wird (vgl. §§ 1754 Abs. 1, 1767 Abs. 2 S. 1 BGB).

## 3. Ergebnis

Schließt man sich der aktuellen Rechtsprechung und herrschenden Ansicht in der Literatur an, so kommt es für den Pflichtteilsergänzungsanspruch auf die Pflichtteilsberechtigung **im Zeitpunkt des Erbfalls** an. Folg-

lich kann auch ein nachgeheirateter Ehegatte oder ein nach der Schenkung als Pflichtteilsberechtigter hinzutretener Abkömmling Pflichtteilsergänzungsansprüche geltend machen, sofern er nur im Zeitpunkt des Erbfalls vorhanden ist.

Es kann sich daher ein **Pflichtteilsverzichtsvertrag** empfehlen (der auch im Hinblick auf den übertragenen Grundbesitz gegenständlich beschränkt sein kann), um der Geltendmachung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen durch das hinzukommende „Familienmitglied“ vorzubeugen. Dazu müssten Erblasser und Anzunehmender freilich willens und in der Lage sein.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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 Abruf-Gutachten.

**BGB §§ 705, 709, 725, 728, 736**

**GbR: Gesellschafterstellung ohne Kapitalbeteiligung; Sonderstimmrechte; Pfändung eines Gesellschaftsanteils; Insolvenz eines GbR-Gesellschafters**  
Abruf-Nr.:

**BGB § 1371 Abs. 1**

**Kroatien: Bemessung der Erbquoten bei gesetzlicher Gütergemeinschaft kroatischen Rechts**  
Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BGB § 167; GBO §§ 19, 29**

**Unbeschränkte Vollmacht im Außenverhältnis; Missbrauch der Vertretungsmacht; Prüfungskompetenz des Grundbuchamts**

**1. Bei einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vorsorgevollmacht, die im Innenverhältnis zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten auf den Eintritt des Vorsorgefalls (Geschäftsunfähigkeit und Betreuungsbedürftigkeit) beschränkt ist, kann und darf das Grundbuch eine Grundbucheintragung nur dann ausnahmsweise ablehnen, wenn es sichere Kenntnis von einem Missbrauch der Vollmacht hat.**

**2. Sichere Kenntnis von einem Missbrauch besteht bei einer Beschränkung im Innenverhältnis auf die Geschäftsunfähigkeit und Betreuungsbedürftigkeit nur dann, wenn für das Grundbuchamt aufgrund von vorgelegten Urkunden oder freier Beweiswürdigung zur vollen Überzeugung die Geschäftsfähigkeit bzw. die fehlende Betreuungsbedürftigkeit feststeht.**

**3. Die erst nach Eingang eines Eintragungsantrages beim Grundbuch von diesem erlangte Kenntnis eines von dem Vollmachtgeber erklärten Widerrufs einer Vorsorgevollmacht hindert nicht mehr die Grundbucheintragung.**

OLG Köln, Beschl. v. 18.5.2020 – 2 Wx 61/20

### Problem

Eine Grundstückseigentümerin hatte ihrem Ehemann und ihrer Tochter eine notariell beurkundete General- und Vorsorgevollmacht erteilt. Die Vollmacht war im Außenverhältnis unbeschränkt und sollte über den Tod hinaus gelten; die Bevollmächtigten waren von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Im Innenverhältnis war die Vollmacht dahingehend beschränkt, dass die Tochter von ihr nur Gebrauch machen sollte, wenn der Ehemann der Grundstückseigentümerin verstorben oder aus sonstigen Gründen dauerhaft oder vorübergehend nicht in der Lage sei, die Vollmacht auszuüben. Des Weiteren sollte von der Vollmacht nur dann Gebrauch gemacht werden, „wenn der Vorsorgefall (Geschäftsunfähigkeit, Betreuungsbedürftigkeit) eingetreten ist“. Es wurde ausdrücklich klargestellt, dass die Beschränkungen nur das Auftragsverhältnis zwischen Vollmachtgeberin und Bevollmächtigten betreffen und keinen Einfluss auf die Gültigkeit und Wirkung der Vollmacht nach außen hätten.

Mit notariell beurkundetem Übertragungsvertrag vom 7.11.2019 übertrug die Tochter in Vertretung der Grundstückseigentümerin das Grundstück auf sich selbst unter Vorbehalt eines – so der Sachverhalt ausdrücklich – „Wohnungsrechts sowie Nießbrauchrechts“ für die Grundstückseigentümerin.

Der Notar legte den Vertrag am gleichen Tag dem Grundbuchamt zur Eigentumsumschreibung vor. Am 18.11.2019 ging beim Grundbuchamt ein Schreiben der Verfahrensbevollmächtigten der Grundstückseigentümerin ein, in dem der Eintragung der Eigentumsumschreibung widersprochen wurde. Die Verfahrensbevollmächtigten trugen vor, dass die Grundstückseigentümerin voll geschäftsfähig sei und die Vollmacht gegenüber der Tochter am 8.11.2019 widerrufen habe. Das Grundbuchamt wies daraufhin den Eintragungsantrag mit

dem Argument zurück, es habe sichere Kenntnis vom Missbrauch der Vertretungsmacht aufgrund eines Verstoßes gegen die Beschränkungen im Innenverhältnis.

### **Entscheidung**

Die von der Tochter eingelegte Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Laut OLG Köln geht aus der Vollmacht eindeutig hervor, dass die Beschränkungen nur im Innenverhältnis bestehen sollten. Das Grundbuchamt könne eine Eintragung aufgrund einer im Außenverhältnis unbeschränkten Vollmacht nur dann ablehnen, wenn es sichere Kenntnis vom Missbrauch der Vollmacht habe. Wegen des Legalitätsprinzips dürfe das Grundbuchamt nicht bewusst daran mitwirken, dass das Grundbuch unrichtig werde.

Eine sichere Kenntnis des von der Grundstückseigentü-  
merin behaupteten Missbrauchs der Vertretungsmacht sei jedoch nicht gegeben. An die **sichere Kenntnis des Missbrauchs** seien **hohe Anforderungen** zu stellen. Im konkreten Fall sei zwischen Vollmachtgeberin und Vollmachtnehmerin gerade streitig, ob die Vollmachtgeberin noch geschäftsfähig oder betreuungsbedürftig sei. Das Grundbuchverfahren lasse keinen Raum für eine umfassende Aufklärung dieser streitigen Tatsachen.

Auch der von der Vollmachtgeberin vorgetragene **Widerruf** der Vollmacht sei **unbeachtlich**. Es sei zwar umstritten, bis zu welchem Zeitpunkt bei Abgabe einer Bewilligung durch einen Vertreter der Widerruf der Vollmacht noch beachtlich sei (vgl. ausf. Gutachten DNotI-Report 2019, 153). Im vorliegenden Fall sei der Widerruf der Vollmacht jedoch nach allen in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassungen zu spät zugegangen, um die Eintragung zu hindern. Der Eintragungsantrag sei zum Zeitpunkt des Widerrufs der Vollmacht bereits beim Grundbuchamt eingegangen gewesen; der Widerruf habe damit keine Auswirkung auf die Wirksamkeit der Vertretung der Bevollmächtigten bei der notariellen Beurkundung, denn ihm komme keine rückwirkende Kraft zu.

Die von der Vollmachtgeberin vorgetragenen Tatsachen seien deshalb im Grundbuchverfahren nicht zu berücksichtigen. Im Übrigen sei die Vollmachtgeberin auch nicht schutzlos gestellt, denn sie könne um einstweiligen Rechtsschutz vor dem Prozessgericht nachsuchen.



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](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1094, 1098, 473, 877, 876 – Übertragung eines nicht übertragbaren subjektiv-persönlichen Vorkaufsrechts; Erfordernis der vorhergehenden Inhaltsänderung und der Zustimmung des Inhabers eines nachrangigen Vorkaufsrechts

BGB §§ 2100, 2113, 2115; ZVG §§ 180 ff. – Übertragung der Nacherbenanwartschaftsrechte auf den Vorerben; Einsetzung von Ersatznacherben; Teilungsversteigerung auf Betreiben des Mitvorerben

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Rechtsprechung

GBO § 19; BGB §§ 133, 140; UmwG § 20 Abs. 1 Nr. 1 – Bewilligung einer Grundschuld zugunsten eines infolge Verschmelzung erloschenen Rechtsträgers

##### Literaturhinweise

##### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB §§ 1094, 1098, 473, 877, 876

#### Übertragung eines nicht übertragbaren subjektiv-persönlichen Vorkaufsrechts; Erfordernis der vorhergehenden Inhaltsänderung und der Zustimmung des Inhabers eines nachrangigen Vorkaufsrechts

##### I. Sachverhalt

Im Grundbuch ist unter den lfd. Nrn. 1 und 2 in Abt. II jeweils ein Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle eingetragen. Unter Nr. 1 steht das Vorkaufsrecht für die Firma A GmbH & Co. KG verzeichnet, unter Nr. 2 für die B-KG.

Der Eigentümer des mit den Vorkaufsrechten belasteten Grundstücks sowie die Berechtigte zur lfd. Nr. 1 in Abt. II beabsichtigen nun, dieses Vorkaufsrecht an

einen Dritten abzutreten. Die Abtretung soll aber nur erfolgen, wenn dadurch der Rang gewahrt bleibt, wenn also nicht durch die Abtretung das Vorkaufsrecht unter Nr. 2 plötzlich vorrangig wird. Hintergrund der Gestaltung ist, dass über das Vermögen der Berechtigten zu Nr. 1 ein Insolvenzverfahren eröffnet ist und sie das Vorkaufsrecht deshalb nicht ausüben möchte.

Ein Fall der „Universalsukzession“ i. S. v. § 1098 Abs. 3 BGB liegt nicht vor. Eine Regelung zur Übertragbarkeit haben die Beteiligten bei Bestellung des Vorkaufsrechts nicht getroffen.

##### II. Frage

Lässt sich ein Vorkaufsrecht rangwährend an einen Dritten abtreten, wenn sich Grundstückseigentümer, Inhaber des Vorkaufsrechts und Abtretungsempfänger einig sind und an der Urkunde mitwirken?

##### III. Zur Rechtslage

#### 1. (Un-)Übertragbarkeit eines subjektiv-persönlichen Vorkaufsrechts

Gem. § 1094 Abs. 1 BGB kann ein Grundstück in der

Weise belastet werden, dass derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, dem Eigentümer gegenüber zum Vorkauf berechtigt ist. Dieses sog. subjektiv-persönliche Vorkaufsrecht ist **grundsätzlich weder vererblich noch übertragbar**, sofern nicht etwas anderes vereinbart ist, **§§ 1098 Abs. 1 S. 1, 473 S. 1 BGB** (vgl. statt aller BeckOGK-BGB/Omlor, Std.: 1.6.2020, § 1098 Rn. 29). Wenn das Vorkaufsrecht übertragbar und/oder vererblich sein soll, bedarf diese Vereinbarung einer Verlautbarung im Grundbuch, wofür allerdings eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung i. S. v. § 874 BGB genügt (BeckOGK-BGB/Omlor, Std.: 1.6.2020, § 1094 Rn. 61; BeckOK-BGB/Reischl, Std.: 1.8.2020, § 1098 Rn. 16; BeckOK-GBO/Kral, Std.: 1.6.2020, § 44 Rn. 78; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1428).

Gem. **§§ 1098 Abs. 3, 1059a BGB** ist ein nicht übertragbar ausgestaltetes dingliches Vorkaufsrecht **ausnahmsweise** in bestimmten Fällen der Universalsukzession (z. B. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) und Unternehmensübernahme übertragbar (vgl. BeckOGK-BGB/Omlor, § 1094 Rn. 62, § 1098 Rn. 29 ff.; MünchKommBGB/Westermann, 8. Aufl. 2020, § 1098 Rn. 13; Staudinger/Schermaier, BGB, 2017, § 1098 Rn. 21).

Nach dem vorliegenden Sachverhalt ist indes von einem grundsätzlich nicht übertragbaren Vorkaufsrecht auszugehen. Ein Fall des § 1098 Abs. 3 BGB ist nicht gegeben.

## 2. Übertragung des Vorkaufsrechts unter alleiniger Zustimmung des Grundstückseigentümers?

Die Übertragung eines dinglichen Vorkaufsrechts erfolgt gem. § 873 BGB durch Einigung zwischen dem bisherigen Vorkaufsberechtigten und dem künftigen Vorkaufsberechtigten sowie Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch. Das heißt, das Vorkaufsrecht geht erst dann auf den künftigen Vorkaufsberechtigten über, wenn dieser als neuer Rechtsinhaber im Grundbuch verlautbart wird (vgl. BGH NJW-RR 2010, 23 Rn. 7; Erman/Grziwotz, BGB, 15. Aufl. 2017, § 1094 Rn. 6; BeckOGK-BGB/Omlor, § 1094 Rn. 61).

Es stellt sich die Frage, ob sich die bisher fehlende Übertragbarkeit des Vorkaufsrechts (allein) durch die Zustimmung des Grundstückseigentümers – entsprechend dem Rechtsgedanken des § 185 BGB – überwinden lässt. Die umstrittene Frage, ob *ohne* Zustimmung des vorkaufsverpflichteten Grundstückseigentümers die rechtsgeschäftliche Übertragung eines nicht übertragbar ausgestalteten Vorkaufsrechts *absolut* oder nur *relativ* im Verhältnis zum Grundstückseigentümer unwirksam ist (vgl. zum Streitstand MünchKommBGB/Armbrüster, 8. Aufl. 2018, § 135 Rn. 17 m. w. N.), darf

im vorliegenden Fall dahinstehen, da nach dem mitgeteilten Sachverhalt der Grundstückseigentümer mitwirkungsbereit ist. Entscheidend ist also nur, ob das Vorkaufsrecht **ohne Mitwirkung von nachrangig eingetragenen Berechtigten**, insbesondere ohne Mitwirkung der B-KG übertragen werden kann.

Nach Ansicht des OLG Hamm kann ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht nicht bereits dadurch wirksam übertragen werden, dass der Eigentümer des belasteten Grundstücks der rechtsgeschäftlichen Übertragung vom bisherigen auf den neuen Rechtsinhaber zustimmt (OLG Hamm FGPrax 2017, 156 – im Leitsatz dort wohl irrtümlich als subjektiv-dinglich bezeichnet). Erforderlich sei vielmehr (zunächst) eine **grundbuchlich zu vollziehende Inhaltsänderung (§ 877 BGB)** des Vorkaufsrechts dahingehend, dass das Vorkaufsrecht nunmehr übertragbar sein solle (vgl. auch MünchKommBGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, § 877 Rn. 6; BeckOK-BGB/Reischl, § 1098 Rn. 16; Staudinger/C. Heinze, 2018, § 877 Rn. 21).

Obgleich wir keine weitere Rechtsprechung ausfindig machen konnten, die sich mit dieser dogmatischen Sichtweise auseinandersetzt, halten wir die Ansicht des OLG Hamm im Grundsatz für überzeugend. Die Übertragung eines bislang nicht übertragbar ausgestalteten Vorkaufsrechts setzt denotwendig zunächst die Änderung von dessen Inhalt voraus (vgl. auch OLG Hamm BeckRS 2014, 19793 = notar 2015, 93, wonach es sich bei der „Übertragung“ dinglicher Rechte, die gesetzlich zwingend unübertragbar sind, nicht um eine Inhaltsänderung, sondern um eine Neubestellung handelt). Unseres Erachtens ist zwar ein zweistufiger grundbuchlicher Vollzug (erst Inhaltsänderung und sodann Übertragung) nicht erforderlich. Plausibel erscheint indes die dogmatische Grundannahme, dass es sich nicht um die Verfügung eines „Nichtberechtigten“ (= derzeitiger Vorkaufsberechtigter) handelt, die allein durch eine Zustimmung des „Berechtigten“ (= Grundstückseigentümer) wirksam werden kann, sondern dass ein Rechtsvorgang im Anwendungsbereich des § 877 BGB gegeben ist.

Ausgehend davon, dass die Übertragung eines nicht übertragbaren Vorkaufsrechts zunächst eine inhaltliche Änderung des Rechts gem. § 877 BGB voraussetzt, könnte vorliegend die Mitwirkung der nachrangig Vorkaufsberechtigten (B-KG) gem. **§ 876 BGB** erforderlich sein. Die rangwahrende Inhaltsänderung eines dinglichen Rechts bedarf grundsätzlich der Zustimmung gleich- und nachrangig Berechtigter, es sei denn, dass eine **rechtlich nachteilige Betroffenheit** dieser Berechtigten ausgeschlossen werden kann. Eine Zustimmung von gleich- oder nachrangigen Berechtigten ist

also (nur ausnahmsweise) dann entbehrlich, wenn diese in ihrer dinglichen Rechtsstellung durch die Inhaltsänderung nicht berührt werden (vgl. BGH NJW 1984, 2409, 2410; BeckOGK-BGB/Enders, Std.: 1.7.2020, § 877 Rn. 41 m. w. N.). Unseres Erachtens handelt es sich bei der „Umwandlung“ eines nicht übertragbaren Vorkaufsrechts in ein (einmalig) übertragbares Recht um einen Rechtsvorgang, der einen nachrangigen Vorkaufsberechtigten in rechtlich nachteiliger Weise tangiert. Dies verdeutlicht der vorliegende Sachverhalt: Denn ist der vorrangig Vorkaufsberechtigte nicht wilens oder in der Lage, das Vorkaufsrecht auszuüben, so kommt der nachrangig Berechtigte zum Zuge (vgl. BeckOGK-BGB/Omlor, § 1094 Rn. 56; Staudinger/Schermaier, § 1094 Rn. 11; jurisPK-BGB/Heintz, 9. Aufl. 2020, § 1094 Rn. 37). Dies soll nun durch die Übertragung des vorrangigen Vorkaufsrechts verhindert werden.

### 3. Ergebnis

Im Ergebnis gehen wir daher davon aus, dass die Übertragung des Vorkaufsrechts neben der Mitwirkung des Grundstückseigentümers auch einer Zustimmung des nachrangigen Vorkaufsrechtsberechtigten gem. §§ 877, 876 BGB bedarf.

---

## BGB §§ 2100, 2113, 2115; ZVG §§ 180 ff. Übertragung der Nacherbenanwartschaftsrechte auf den Vorerben; Einsetzung von Ersatznacherben; Teilungsversteigerung auf Betreiben des Mitvorerben

---

### I. Sachverhalt

E war Alleineigentümer eines Grundstücks. Er ist verstorben und von seinen Töchtern X und Y zu gleichen Erbteilen von je  $\frac{1}{2}$  beerbt worden.

X ist allerdings nicht befreite Vorerbin. Nacherben sind ihre beiden volljährigen Kinder A und B. Y ist ebenfalls nicht befreite Vorerbin. Nacherben sind ihre beiden volljährigen Kinder C und D. Ersatznacherben sind die Abkömmlinge des jeweiligen Nacherben. Sind solche nicht vorhanden, so tritt Anwachsung ein. Die Nacherbenstellung ist auf den Vorerben übertragbar, aber im Übrigen weder vererblich noch veräußerlich.

Diese Regelungen finden sich in einem notariellen Erbvertrag.

Die Kinder A und B möchten nun ihre Nacherbenanwartschaftsrechte auf X übertragen. X möchte anschließend die Teilungsversteigerung hinsichtlich des Grundstücks betreiben.

### II. Fragen

1. Können A und B ihre Nacherbenanwartschaftsrechte auf X übertragen, sodass die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft betreffend X entfällt und sie „normale“ Erbin wird? Müssen etwaige Kinder von A und B als Ersatznacherben zustimmen oder Erklärungen abgeben?

2. Kann X anschließend erfolgreich die Teilungsversteigerung hinsichtlich des Grundstücks betreiben oder begegnet dies rechtlichen Bedenken?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Rechtsstellung des Nacherben nach dem Erbfall

Mit Eintritt des Erbfalls erwirbt der Nacherbe die gesicherte Erwartung, mit dem Nacherbfall die Erbschaft zu erlangen. Diese Erwartung wird als **Nacherbenanwartschaftsrecht** bezeichnet. Das Nacherbenanwartschaftsrecht stellt bereits einen gegenwärtigen Vermögenswert dar und ist grundsätzlich abtretbar und vererblich (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 79. Aufl. 2020, § 2100 Rn. 12).

Nach h. M. kann der Erblasser die **Übertragbarkeit** des Nacherbenanwartschaftsrechts allerdings **ausschließen** (vgl. RGZ 170, 163, 168; Palandt/Weidlich, § 2101 Rn. 13; Wübben, Anwartschaftsrechte im Erbrecht, 2001, S. 70 ff.; a. A. Staudinger/Avenarius, BGB, 2019, § 2100 Rn. 76 mit dem – u. E. nicht überzeugenden – Argument, der Ausschluss der Veräußerlichkeit des Anwartschaftsrechts sei – anders als bei der Vererblichkeit – gesetzlich nicht vorgesehen und außerdem wegen § 137 S. 1 BGB nicht mit dinglicher Wirkung möglich).

Wenn ein Ausschluss der Übertragbarkeit des Nacherbenanwartschaftsrechts nach h. M. zulässig ist, dann muss Gleiches für die **Beschränkung** der Übertragbarkeit gelten, vorliegend also in Bezug auf die Übertragung auf den Vorerben.

#### 2. Rechtsfolgen der Übertragung der Nacherbenanwartschaftsrechte von A und B

Die Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts durch den Nacherben **auf den Vorerben** kann dazu führen, dass die Anwartschaft in der Hand des Vorerben durch Konsolidation untergeht, der erwerbende Vorerbe somit **unbeschränkter Vollerbe** wird und sowohl unter Lebenden als auch von Todes wegen frei über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände verfügen kann (vgl. OLG Köln DNotZ 2019, 364 Rn. 22).

Dies gilt jedoch nur, **soweit alle vorhandenen Nacherben** ihre Anwartschaftsrechte auf den Vorerben übertragen **und keine Ersatznacherben** eingesetzt sind (vgl. nur Staudinger/Avenarius, § 2100 Rn. 85; BeckOGK-BGB/Küpper, Std.: 1.7.2020, § 2100

Rn. 144 m. w. N.). Bei Einsetzung von Ersatznacherben bedürfte der Nacherbe zwar nicht ihrer Zustimmung zur Übertragung seines Anwartschaftsrechts; durch die Übertragung würde nämlich ihre Rechtsstellung nicht berührt, weil der Nacherbe nicht mehr Rechte übertragen kann, als er selbst besitzt. Die **Rechte der Ersatznacherben** blieben von der Übertragung aber **grundsätzlich unberührt**, sofern nicht die Ersatznacherbfolge unter der auflösenden Bedingung der Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts durch den Nacherben auf den Vorerben angeordnet worden wäre (vgl. OLG Schleswig ZEV 2010, 574 m. Anm. Hartmann). Im Ersatzfall (insbesondere Tod des vorgesehenen Nacherben) würde die auflösend bedingte Vereinigung der beiden Rechtsstellungen in der Person des Vorerben enden und es würden die Nacherbenanwartschaftsrechte für die bisherigen Ersatznacherben zur Entstehung gelangen (vgl. BayObLG NJW 1970, 1794; BeckOGK-BGB/Küpper, 1.7.2020, § 2100 Rn. 144, 162 m. w. N.). Etwas anderes würde nur gelten, wenn es sich um ein vererbliches Nacherbenanwartschaftsrecht handelte (vgl. dazu bereits Gutachten DNotI-Report 2010, 85).

Aus dem mitgeteilten Sachverhalt ergibt sich, dass zu Ersatznacherben die Abkömmlinge des jeweiligen Nacherben eingesetzt sind. Dies dürfte sich nicht nur auf den Stamm Y, sondern auch auf den Stamm X beziehen (der mitgeteilte Sachverhalt ist insoweit nicht ganz eindeutig). Die Vererblichkeit des Nacherbenanwartschaftsrechts ist ausdrücklich ausgeschlossen worden.

Sind im vorliegenden Fall auch in Bezug auf den Stamm X ausdrücklich Ersatznacherben bestimmt, dann führt die Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts durch A und B auf X folglich **nicht dazu, dass X Vollerbin** würde. Die Übertragung hätte nur zur Folge, dass die Vorerbin **bis** zum etwaigen **Eintritt des Ersatzfalls** die Rechtsstellung als **Vorerbe und Nacherbe in einer Person** vereinigen würde, sodass etwa zu Verfügungen i. S. d. § 2113 BGB nicht die Zustimmung dieses Nacherben erforderlich wäre (dass also X die Zustimmung quasi selbst erklären könnte). Denn die dem Nacherben zustehenden Kontroll-, Sicherungs- und Mitwirkungsrechte kann nach der Übertragung des Anwartschaftsrechts nur noch der Erwerber ausüben (RGZ 80, 377; 83, 437; Staudinger/Avenarius, § 2100 Rn. 83).

### 3. Nacherbenbindung und Teilungsversteigerung

Der Wirksamkeit der **Teilungsversteigerung** nach den §§ 180 ff. ZVG stehen nicht die Vorschriften der §§ 2113, 2115 BGB zum Schutz der Nacherben entgegen (BGH DNotZ 2005, 123, 124; Staudinger/Avenarius, § 2115 Rn. 14). Denn die Teilungsversteigerung wird überwiegend **weder als Verfügung des Vorerben** (vgl. § 2113 BGB) **noch als Zwangsvollstreckung we-**

**gen einer Geldforderung** (vgl. § 2115 BGB) angesehen (BGH DNotZ 2005, 123, 124; Böttcher, in: Böttcher, ZVG, 6. Aufl. 2016, § 180 Rn. 43; BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, Std.: 15.6.2020, § 2115 Rn. 14; Klawikowski, Rpfleger 1998, 100, 102; für entsprechende Anwendung des § 2113 BGB dagegen Najdecki, DNotZ 2007, 643, 645 ff.). Zur Begründung führt man an, dass das Verfahren lediglich die Betätigung des nach den Regeln der Erbengemeinschaft (§ 2042 Abs. 1 BGB) oder der Bruchteilsgemeinschaft (§ 749 Abs. 1 BGB) bestehenden Rechts auf Auseinandersetzung sei (Staudinger/Avenarius, § 2115 Rn. 14; BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, § 2115 Rn. 14).

Der oder die Nacherben müssen nach h. A. daher die Teilungsversteigerung gegen sich gelten lassen und die Nichtberücksichtigung eines im Grundbuch eingetragenen Nacherbenvermerks im geringsten Gebot sowie dessen Löschung nach dem Zuschlag hinnehmen (OLG Hamm NJW 1969, 516; vgl. auch BayObLGZ 1965, 212, 216 = NJW 1965, 1966). Denn der **Erwerber** eines Nachlassgrundstücks **erwirbt** aufgrund des Zuschlagsbeschlusses bei einer Teilungsversteigerung wirksam **auch gegenüber dem Nacherben** (BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, § 2115 Rn. 14).

Nach Durchführung der Teilungsversteigerung fällt der an den Vorerben ausgekehrte **Versteigerungserlös** gem. § 2111 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB (**rechtsgeschäftliche Mittelsurrogation**) in den Nachlass und tritt an die Stelle des versteigerten Grundstücks (BGH DNotZ 1995, 699; DNotZ 2005, 123, 125; Staudinger/Avenarius, § 2115 Rn. 15; vgl. auch BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, Std.: 15.6.2020, § 2111 Rn. 25). Die Teilungsversteigerung führt dazu, dass nunmehr der Veräußerungserlös von der Nacherbschaft erfasst wird (vgl. BGH DNotZ 1995, 699; BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, § 2115 Rn. 15). Auf diese Weise wird dem Schutzbedürfnis des oder der Nacherben Rechnung getragen.

Nach der Durchführung der Teilungsversteigerung würde **hinsichtlich des Erlöses** auch der Schutz des **§ 2115 BGB** eingreifen: Der Nacherbe könnte einen Eigengläubiger des Vorerben an der Pfändung und Verwertung des Erlöses (§ 815 ZPO) durch Erhebung der Drittwiderspruchsklage des Nacherben (§ 773 ZPO) hindern (vgl. Staudinger/Avenarius, § 2115 Rn. 15).

### 4. Ergebnis

Die (zulässige) Übertragung der Nacherbenanwartschaftsrechte von A und B auf X führt vorliegend nicht dazu, dass X Vollerbin wird. Es sind nämlich Ersatznacherben eingesetzt und es handelt sich um nicht vererbliche Nacherbenanwartschaftsrechte.

Nach h. A. steht die Anordnung der Nacherbfolge mangels Anwendbarkeit der §§ 2113, 2115 BGB einer Teilungsversteigerung auf Antrag eines Mitvorerben nicht entgegen. Die Nacherben werden dadurch geschützt, dass der Versteigerungserlös gem. § 2111 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB als Surrogat an die Stelle des versteigerten Grundstücks tritt.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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 Abruf-Gutachten.

### BGB § 1365

**England: Verfügungsbeschränkungen bei Geltung englischen Güterrechts**

Abruf-Nr.:

### BGB §§ 705, 1408

**Ehegatten-Innengesellschaft; Ausschluss Versorgungsausgleich; Inhaltskontrolle**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**GBO § 19; BGB §§ 133, 140; UmwG § 20 Abs. 1 Nr. 1 Bewilligung einer Grundschuld zugunsten eines infolge Verschmelzung erloschenen Rechtsträgers**

**Den auf die Eintragung einer Buchgrundschuld gerichteten Antrag hat das Grundbuchamt zurückzuweisen, wenn die in der Eintragungsbewilligung – wie auch in der Bestellung – als Gläubigerin der Grundschuld bezeichnete Gesellschaft zur Zeit der Abgabe dieser Erklärungen nicht mehr existierte (hier weil sie kurz zuvor infolge Verschmelzung erloschen und ihr Vermögen auf eine andere Gesellschaft übergegangen war) und weder eine Auslegung der Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO noch deren Umdeutung zu dem im Grundbuchrecht erforderlichen zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt, dass Gläubiger des Grundpfandrechts der übernehmende Rechtsträger (AG) sein solle.**

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.8.2020 – 3 Wx 125/20

### Problem

Am 15.5.2020 wurde die Verschmelzung der „DB Privat- und Firmenkundenbank AG“ (um die es in der Entscheidung ersichtlich geht) auf die Deutsche Bank AG im Handelsregister eingetragen. Am 27.5.2020 bestellten die Beteiligten zugunsten der „DB Privat- und Firmenkundenbank AG“ eine Grundschuld. Am 29.5.2020 beantragte der Notar die Eintragung der Grundschuld im Grundbuch. Das Grundbuchamt wies den Eintragungsantrag am 5.6.2020 mit der Begründung zurück, dass die Grundschuldgläubigerin nicht mehr existiere.

### Entscheidung

Nach Ansicht des OLG Düsseldorf kann die Eintragungsbewilligung nicht dahingehend ausgelegt werden, dass die Grundschuldbestellung zugunsten der Rechtsnachfolgerin erfolgen sollte. Eine **Auslegung** von Grundbucheklärungen komme nur dann in Betracht, wenn sie zu einem **zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis** führe. Dies sei vorliegend **nicht der Fall**. Die Gesamtrechtsnachfolge gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG führe zu keinem anderen Ergebnis. Es verstehe sich *nicht* von selbst, dass Finanzierungskunden einer Bank, wären sie sich bei der Bestellung bewusst gewesen, dass der von ihnen in Aussicht genommene Vertragspartner rechtlich nicht mehr existiere, den Vertragsschluss mit dem übernehmenden Rechtsträger gewünscht hätten. Ein entsprechender Wunsch stelle einen außerhalb der Bewilligung liegenden Umstand dar, der nicht für jedermann (und damit auch nicht für das Grundbuchamt) ohne Weiteres erkennbar sei. Dies gelte in besonderem Maße, weil der übernehmende Rechtsträger im vorliegenden Fall drei Zweigniederlassungen unterhalte, die Immobilienkredite vergäben. Es sei nicht auszuschließen, dass die Beteiligten die Grundschuld für eine dieser Zweigniederlassungen hätten bestellen wollen. Aus diesen Gründen komme auch **keine Umdeutung** in Betracht.

### Anmerkung

Die Entscheidung wird viele Beteiligte betreffen, die – nimmt man die tatsächlich verwendeten Grundschuldbestellungsformulare beim Wort – kurz nach dem 15.5.2020 eine Grundschuld zugunsten der verschmolzenen Gläubigerin bestellt haben. Beim Versand der Grundschuldformulare durch die Gläubigerin kam es zu Überschneidungen mit der Eintragung der Verschmelzung ins Handelsregister.

Dem OLG Düsseldorf ist zuzugeben, dass sich der Übergang nicht aus § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG herleiten lässt. Denn die Grundschuld wurde nach dem Stichtag der Gesamtrechtsnachfolge (Eintragung in das Handelsregister) bestellt. Allerdings fragt sich, ob sich die

Erklärung der Beteiligten analog § 140 BGB dahingehend umdeuten lässt, dass eine Bestellung zugunsten der Rechtsnachfolgerin gewünscht war. Die Eintragungsbewilligung ist als verfahrensrechtliche Erklärung auslegungsfähig und grundsätzlich auch der Umdeutung zugänglich. Jedoch unterliegen Auslegung und Umdeutung den Schranken des Grundbuchverfahrens, da Eintragungsunterlagen grundsätzlich in der Form des § 29 GBO vorliegen müssen (Demharter, GBO, 31. Auflage 2018, § 19 Rn. 28 u. 30). Ist aber eine Auslegung möglich, so ist das Grundbuchamt zu ihr verpflichtet (OLG Zweibrücken DNotZ 1997, 325, 326). Der Umdeutung sind im Grundbuchverfahren freilich enge Grenzen durch die grundbuchrechtlichen Verfahrensgrundsätze gesetzt (BayObLG MittBayNot 1990, 249, 250). Das BayObLG hat die Voraussetzungen für eine Umdeutung prägnant wie folgt zusammengefasst (DNotZ 1998, 295, 298):

*„Eine Umdeutung ist bei Grundbucheintragungen, anders als bei Grundbucheintragungen, unter gewissen engen Voraussetzungen möglich [...]. Sie kommt dann in Betracht, wenn die Auslegung zu keinem Ergebnis führt, wenn aber eine ihrem Wortlaut nach nicht eintragungsfähige Grundbucheintragung objektiv und nach dem mit ihr Gewollten den Erfordernissen eines eintragungsfähigen Rechts entspricht, und sofern dies aufgrund der Eintragungsunterlagen vom Grundbuchamt abschließend gewürdigt werden kann [...].“*

Die Möglichkeit einer solchen abschließenden Würdigung bleibt eine Tatfrage, die in einer Entscheidungsanmerkung nicht beantwortet werden kann (zu den dogmatischen Grundlagen ausf. Gutachten DNotI-Report 1998, 177). Man sollte jedoch bedenken, dass der mutmaßliche Wille der Beteiligten (deren Darlehensvertrag häufig womöglich bereits gem. § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG übergegangen ist) in aller Regel auf Bestellung einer wirksamen Grundschuld gerichtet sein dürfte. Voraussetzung der Umdeutung gem. § 140 BGB ist (auch) im Grundbuchverfahren, dass die unwirksame Erklärung den Erfordernissen einer anderen wirksamen Erklärung entspricht, deren ersatzweise Geltung dem **subjektiven hypothetischen Parteiwillen** entsprechen muss (OLG Hamm FGPrax 2014, 238, 239). Die Anforderungen an die Feststellung des hypothetischen Parteiwillens sollten auch im Grundbuchverfahren nicht überspannt werden.

Fehl geht jedenfalls das Argument, es sei nicht ersichtlich, für welche Zweigniederlassung gehandelt werden solle. Eine Zweigniederlassung ist selbst nicht rechtsfähig (vgl. statt aller Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 13 Rn. 4) und damit weder Vertragspartner noch Grundschuldgläubigerin. Die dahinterstehende juristische Person kann lediglich unter

der Firma der Zweigniederlassung im Grundbuch eingetragen werden. Der Berechtigte ist sowohl unter der Firma der Hauptniederlassung als auch unter der Firma der Zweigniederlassung korrekt bezeichnet (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 243). Für die Beteiligten dürfte die Frage der Eintragung unter der Firma einer Zweigniederlassung ohne Belang sein. Die Beteiligten sind auch nicht verpflichtet, in der Eintragungsbewilligung die Zweigniederlassung anzugeben (Meikel/Schneider, GBV, 11. Aufl. 2019, § 15 Rn. 43). Dann sollte auch eine theoretisch mögliche Eintragung unter einer Zweigniederlassung nicht die Umdeutung hindern, solange sich nur der hypothetische Parteiwille ermitteln lässt, dass Grundschuldgläubigerin der übernehmende Rechtsträger – vorliegend also die Deutsche Bank AG – werden sollte. Es bleibt abzuwarten, ob sich andere Gerichte dem OLG Düsseldorf anschließen.

Klar dürfte die Rechtslage hingegen sein, wenn die Eintragungsbewilligung bereits vor Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister wirksam geworden ist. In diesem Fall bindet die Eintragungsbewilligung auch den Rechtsnachfolger (Schöner/Stöber, Rn. 107c).



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](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

FamFG §§ 21 Abs. 1, 381, 26; AktG §§ 181, 202 ff., 243 ff., 245 Nr. 1 – Aussetzung der Eintragung eines Hauptversammlungsbeschlusses; Anfechtbarkeit; Widerspruch des Aktionärs; Fristsetzung zur Klageerhebung; Einforderung einer gesetzlich nicht vorgesehenen Negativerklärung; Überschreitung der Anfechtungsfrist

BGB § 2327 – Anrechnung von Eigengeschenken; maßgeblicher Wert eines Landgutes; Ertragswertprivilegierung

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BNotO § 18 Abs. 2 Hs. 2 – Befreiung von der notariellen Verschwiegenheitspflicht im Falle des Versterbens eines Beteiligten

GrdstVG § 2; BNotO § 14 Abs. 2; BeurkG § 4 – Genehmigung nach GrdstVG; Umgehungsgeschäft; Amtspflichtverletzung

#### Aktuelles

#### Literaturhinweise

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**FamFG §§ 21 Abs. 1, 381, 26; AktG §§ 181, 202 ff., 243 ff., 245 Nr. 1**

**Aussetzung der Eintragung eines Hauptversammlungsbeschlusses; Anfechtbarkeit; Widerspruch des Aktionärs; Fristsetzung zur Klageerhebung; Einforderung einer gesetzlich nicht vorgesehenen Negativerklärung; Überschreitung der Anfechtungsfrist**

#### I. Sachverhalt

In der ordentlichen Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft wurden Beschlüsse u. a. zur Schaffung eines genehmigten Kapitals (Satzungsänderung) gefasst. Es

handelte sich um eine „virtuelle“ Hauptversammlung i. S. v. § 1 Abs. 2 MaßnG-GesR. Im Wege der elektronischen Kommunikation erklärte ein Aktionär Widerspruch mit der Begründung, die Videoübertragung des nicht öffentlichen Teils der Hauptversammlung habe nicht funktioniert. Der Widerspruch wurde der notariellen Niederschrift beigelegt.

Im Eintragungsverfahren forderte das Registergericht die Vorlage einer Versicherung des Vorstands, dass keine Klage gegen die Beschlüsse der Hauptversammlung eingereicht worden sei. Die Versicherung sei frühestens sechs Wochen nach der Beschlussfassung vorzulegen.

#### II. Fragen

1. Ist das Registergericht berechtigt oder sogar verpflichtet, die Eintragung der Hauptversammlungsbeschlüsse in das Handelsregister zurückzustellen, obwohl lediglich ein Widerspruch eingelegt und keine Anfechtungsklage erhoben worden ist?

2. Falls das Registergericht insoweit eine Ermessensentscheidung zu treffen hat: Was sind die ermessensleitenden Erwägungen?

3. Wenn das Registergericht die Eintragung zurückstellen darf oder muss: Bis zu welchem Zeitpunkt darf es dies, ohne dass eine Anfechtungsklage erhoben worden ist? Nur bis zum Ablauf der Monatsfrist oder sogar darüber hinaus?

4. Kann das Registergericht im beschriebenen Fall eine Negativklärung des Vorstands oder sonstige Nachweise über die Nichterhebung einer Anfechtungsklage verlangen?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Widerspruch und Anfechtbarkeit

Gem. § 245 Nr. 1 AktG setzt die Anfechtungsbefugnis des Aktionärs dessen Widerspruch gegen den Hauptversammlungsbeschluss voraus (vgl. auch BeckOGK-AktG/Wicke, Std.: 1.7.2020, § 130 Rn. 13). In der virtuellen Hauptversammlung nach § 1 Abs. 2 MaßnG-GesR (so im Folgenden abgekürzt das Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie, BGBl. I 2020, S. 570, dort Art. 2) tritt an die Stelle des Widerspruchs zur Niederschrift die vom Vorstand eingeräumte Möglichkeit zum Widerspruch gem. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 MaßnG-GesR.

Materiell wäre freilich ein **Anfechtungsgrund** erforderlich. Soweit sich der „substantiiert“ widersprechende Aktionär auf einen **technischen Mangel** der Videoübertragung beruft, sind die Anfechtungsausschlüsse in § 243 Abs. 3 Nr. 1 AktG und § 1 Abs. 7 MaßnG-GesR zu beachten. Starke Stimmen in der Literatur gehen davon aus, dass die Anfechtung letztlich nur auf vorsätzlich verursachte technische Störungen gestützt werden kann (Mayer/Jenne/Müller, BB 2020, 1282, 1286; Schäfer, NZG 2020, 481, 486; Stelmaszczyk/Forschner, Der Konzern 2020, 221, 235; tw. abw. Noack/Zetzsche, AG 2020, 265 Rn. 105 f.).

#### 2. Anfechtbarkeit und Aussetzung der Eintragung

Die gestellten Fragen zur registergerichtlichen Handhabung im Prüfungsverfahren werden nur dann relevant, wenn die Eintragung – ungeachtet der Anfechtung – nicht bereits im Rahmen des Freigabeverfahrens (§ 246a AktG, § 16 Abs. 3 UmwG) durchgesetzt wurde (vgl. Krafska, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 171b; MünchKommFamFG/ders., 3. Aufl. 2019, § 381 Rn. 4). Dafür enthält der Sachverhalt keine Anhaltspunkte.

#### a) Grds.: anfechtbare Beschlüsse eintragungsfähig

Im Grundsatz gilt, dass anfechtbare Beschlüsse in das Handelsregister eingetragen werden können, wenn das Gesetz nicht ausnahmsweise eine Registersperre anordnet (BeckOGK-AktG/Drescher, Std.: 1.7.2020, § 241 Rn. 141).

#### b) Aussetzung gem. § 21 FamFG

Gem. § 21 Abs. 1 S. 1 FamFG kann das Gericht das Eintragungsverfahren jedoch aus wichtigem Grund aussetzen, insbesondere wenn die Entscheidung ganz oder teilweise vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das den Gegenstand eines anderen anhängigen Verfahrens bildet oder von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist. Einen solchen Aussetzungsgrund bildet die erhobene **Anfechtungsklage**, wenn sie nicht offensichtlich unbegründet ist (Krafska, Rn. 1375).

#### c) Aussetzung gem. § 381 FamFG

Auch **bei nicht erhobener Klage** kann das Registergericht das Verfahren aussetzen, wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 FamFG vorliegen, § 381 S. 1 FamFG. Es hat in diesem Fall gem. § 381 S. 2 FamFG einem der Beteiligten eine Frist zur Klageerhebung zu bestimmen.

Das Registergericht prüft die Aussetzung **nach pflichtgemäßem Ermessen**, § 26 FamFG. Dabei hat es das Für und Wider der Aussetzung abzuwägen, insbesondere die erkennbaren **Erfolgsaussichten im Streitverfahren** zu berücksichtigen (Krafska, Rn. 170a). Bei erkennbar aussichtslosen Klagen wird der Registerrichter eintragen müssen (Grigoleit/Ehmann, AktG, 2. Aufl. 2020, § 181 Rn. 8; BeckOGK-AktG/Drescher, § 241 Rn. 142; vgl. auch BGH NJW 1990, 2747, 2750). Grundsätzlich dürfte die Einlegung eines Widerspruchs wenigstens ein Anhaltspunkt für die Anfechtbarkeit (vgl. Grigoleit/Ehmann, § 243 Rn. 36) sein und als solcher für die Aussetzung sprechen. Das Abwarten der einmonatigen **Anfechtungsfrist (§ 246 Abs. 1 AktG)** wird meist nicht zu beanstanden sein (Grigoleit/Ehmann, § 181 Rn. 8). *Hüffer/Koch* (AktG, 14. Aufl. 2020, § 243 Rn. 52) halten das Abwarten sogar für regelmäßig empfehlenswert, weil es in aller Regel keine wesentliche Benachteiligung der Gesellschaft bedeute. Jedenfalls bei Anhaltspunkten für die Anfechtbarkeit sollte das Abwarten daher ermessensgerecht sein.

Hingegen erscheint ein **längeres Zuwarten problematisch**, weil der anfechtungsbegründende Mangel nach Ablauf der Monatsfrist nicht mehr geltend gemacht werden kann. Allein dies könnte schon dazu führen, dass der Beschluss nunmehr eingetragen wer-

den muss. So sieht es tendenziell wohl die Rechtsprechung (OLG München DNotZ 2012, 874 zur GmbH; vgl. die weitere Nachweise bei Hüffer/Koch, § 243 Rn. 56). Die Literatur betrachtet die Frage differenzierter: Sie gibt dem Registergericht dennoch ein Zurückweisungsrecht, wenn Interessen der Gläubiger, der künftigen Aktionäre oder der öffentlichen Ordnung des Aktienwesens „auch nur mitbetroffen sind“ (Hüffer/Koch, § 243 Rn. 56; MünchKommAktG/Hüffer/Schäfer, 4. Aufl. 2016, § 243 Rn. 138 f.; wohl auch BeckOGK-AktG/Drescher, § 243 Rn. 13). Selbst wenn man dieser Ansicht folgt, ist deshalb jedoch nicht ohne Weiteres ein längeres Zuwarten gerechtfertigt. Die von der Literatur benannten übergreifenden Zurückweisungsgründe dürften sich nämlich nur in seltenen Fällen durch einen Fristaufschlag erledigen.

Fraglich und wohl umstritten ist die Bedeutung der **Fristsetzung** nach § 381 S. 2 FamFG im Hinblick auf § 246 Abs. 1 AktG. Einerseits wird eine Fristsetzung auch dann für erforderlich gehalten, wenn das Gesetz eine Klagefrist vorsieht, wobei sogar eine kürzere Frist als die Klagefrist denkbar sei (BeckOK-FamFG/Otto, Std.: 1.7.2020, § 381 Rn. 28; MünchKommFamFG/Krafka, § 381 Rn. 7: kürzere Frist als in § 246 Abs. 1 AktG allerdings nur in seltenen Ausnahmefällen). Andererseits wird vertreten, dass eine Fristsetzung entbehrlich sei und dass es genüge, das Eintragungsverfahren auf Intervention des Aktionärs hin bis zum Ablauf der Frist des § 246 Abs. 1 AktG auszusetzen oder schlicht ruhen zu lassen (Nedden-Boeger, in: Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, 6. Aufl. 2020, § 381 Rn. 18).

#### d) Negativerklärung

Die Erklärung des Vorstands über die Nichtanfechtung des angemeldeten Beschlusses (sog. Negativerklärung) ist in einigen – vorliegend nicht einschlägigen – Fällen gesetzlich vorgesehen (vgl. Hüffer/Koch, § 243 Rn. 57). Ob das Registergericht die Erklärung auch **unabhängig von einer gesetzlichen Anordnung** einfordern kann, scheint umstritten zu sein. *Heinemann* (in: Keidel, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 374 Rn. 49b mit Verw. auf OLG Frankfurt RNotZ 2011, 49, 52) billigt dies dem Registergericht nicht zu. Dagegen ist es laut *Wicke* (in: Semler/Volhard/Reichert, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 4. Aufl. 2018, § 42 Rn. 25) nicht zu beanstanden, wenn das Registergericht auf förmliche Aussetzung und gleichzeitige Fristsetzung gem. § 381 S. 2 FamFG verzichtet und dem Vorstand stattdessen per Zwischenverfügung auferlegt, nach Ablauf der Frist des § 246 Abs. 1 AktG eine Negativerklärung abzugeben („Praxislösung“).

Auch u. E. bestehen keine kategorischen Bedenken gegen die Negativerklärung. Das Registergericht ermittelt im Eintragungsverfahren nach pflichtgemäßem Ermessen (vgl. § 26 FamFG). Welche Nachweise es im Einzelnen einholt, ist vom Gesetz nicht vorgegeben. Je nach Lage des Falls mag daher eine Negativerklärung durchaus angemessen sein.

#### e) Vorliegender Fall

Folgt man der unter lit. d vertretenen Ansicht, so kann das Registergericht auch in gesetzlich unregelmäßig Fällen eine Negativerklärung über die Beschlussanfechtung verlangen. Damit ist dem Registergericht freilich kein Mittel an die Hand gegeben, die Eintragung über Gebühr hinauszuzögern. Evtl. darf es auf die Monatsfrist gem. § 246 Abs. 1 AktG eine kleine Sicherheitsfrist aufschlagen, damit der Vorstand die Erklärung in sicherer Kenntnis der tatsächlichen Umstände abgeben kann. Ob es allerdings vom pflichtgemäßen Ermessen gedeckt ist, die Frist um 50 % oder mehr zu überschreiten, erscheint zweifelhaft.

Auch im Übrigen ist zu bedenken, dass das **Registergericht sein Ermessen ausüben muss** und dass nicht einmal die Erhebung der Anfechtungsklage für sich allein die Aussetzung rechtfertigt (vgl. KG FGPrax 2013, 32 f.; Grigoleit/Ehmann, § 243 Rn. 36; Wochner, in: Fleischhauer/Wochner, Handelsregisterrecht, 4. Aufl. 2019, A Rn. 175). Mithin müsste das Registergericht seine Zwischenverfügung u. E. zumindest auf eine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten einer etwaigen Anfechtungsklage gestützt haben. Dabei wären im konkreten Fall die eingeschränkten Möglichkeiten einer Anfechtung wegen technischer Störungen zu berücksichtigen (s. Ziff. 1).

---

## BGB § 2327

### Anrechnung von Eigengeschenken; maßgeblicher Wert eines Landgutes; Ertragswertprivilegierung

---

#### I. Sachverhalt

Eltern haben ihrem Sohn ein landwirtschaftliches Anwesen übertragen. Der Übergabevertrag enthält eine Ertragswertklausel gem. § 2312 Abs. 2 BGB und eine Pflichtteilsanrechnungsklausel (§ 2315 Abs. 1 BGB). Später übertragen sie ihrer Tochter ein Haus.

#### II. Frage

Wird das landwirtschaftliche Anwesen nach § 2327 BGB zum Verkehrswert oder zum (niedrigeren) Ertragswert angerechnet, wenn der Sohn wegen der Hausüber-

tragung auf die Tochter Pflichtteilergänzungsansprüche (§§ 2325 ff. BGB) oder Pflichtteilsrestansprüche (§ 2305 BGB) geltend macht?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Anrechnung von Eigengeschenken im Rahmen der Pflichtteilergänzung

Hat der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht, kann der Pflichtteilsberechtigte nach § 2325 Abs. 1 BGB vom Erben als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird.

In diesem Zusammenhang muss sich der Pflichtteilsberechtigte nach § 2327 Abs. 1 BGB auch sog. **Eigengeschenke** anrechnen lassen. Nach § 2327 Abs. 1 BGB ist dann, wenn der Pflichtteilsberechtigte selbst ein Geschenk vom Erblasser erhalten hat, dieses Geschenk in gleicher Weise wie das dem Dritten gemachte Geschenk dem Nachlass hinzuzurechnen und zugleich dem Pflichtteilsberechtigten auf die Ergänzung anzurechnen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Zeitschranke des § 2325 Abs. 3 BGB für diese sog. Eigengeschenke nicht gilt (vgl. nur Soergel/Dieckmann, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2327 Rn. 5 m. w. N.). Es ist also gleichgültig, ob die Schenkung innerhalb der Frist von zehn Jahren vor dem Erbfall oder früher erfolgte.

Im Rahmen des § 2327 BGB bedarf es – anders als beim ordentlichen Pflichtteil nach § 2315 BGB – auch keiner Anrechnungsbestimmung des Erblassers. Liegt ein i. S. v. § 2315 BGB anrechnungspflichtiges Geschenk vor (so auch im vorliegenden Fall), muss sich der Zuwendungsempfänger allerdings nach § 2327 Abs. 1 S. 2 BGB die Zuwendung auf den **Gesamtbetrag** von ordentlichem Pflichtteil und Ergänzung anrechnen lassen.

#### 2. Anrechnungspflichtiger Wert des Eigengeschenke

Für die Berechnung unterscheiden § 2327 Abs. 1 S. 1 und S. 2 BGB danach, ob das Eigengeschenk anrechnungspflichtig i. S. v. § 2315 BGB ist oder nicht.

Spielen Anrechnung und Ausgleichung **keine** Rolle, ist nach h. M. so zu verfahren, dass sämtliche Geschenke (also Dritt- und Eigengeschenke) dem Nachlass hinzugerechnet werden, und zwar mit den sich aus § 2325 Abs. 2 BGB ergebenden Wertansätzen (Niederstwertprinzip) und inflationsbereinigt (vgl. BeckOK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.8.2020, § 2327 Rn. 7). Von dem hiernach ermittelten Ergänzungspflichtteil wird das Eigengeschenk abgezogen.

Hat der Erblasser wie im vorliegenden Fall eine Anrechnung der Zuwendung auf den Pflichtteil i. S. v.

§ 2315 Abs. 1 BGB angeordnet, ist das Geschenk nach § 2327 Abs. 1 S. 2 BGB auf den **Gesamtbetrag des Pflichtteils und der Ergänzung** anzurechnen. **Wie** (d. h. mit welchem Wert) die Anrechnung konkret zu erfolgen hat, regelt das Gesetz allerdings nicht. Demzufolge werden in der Literatur auch verschiedene **Berechnungsmethoden** vertreten. Nach wohl h. M. wird der Ergänzungspflichtteil nicht aus der Differenz zwischen dem nach § 2327 Abs. 1 S. 1 BGB um den Wert des Eigengeschenke bereinigten Gesamtpflichtteil und dem nach den §§ 2303, 2311 BGB ermittelten ordentlichen Pflichtteil errechnet, sondern wegen des nunmehr anzurechnenden Eigengeschenke aus der Differenz zwischen dem gem. § 2327 Abs. 1 S. 1 BGB bereinigten Gesamtpflichtteil und dem jetzt nach § 2315 BGB zu berechnenden (verkürzten) Pflichtteil (vgl. BeckOGK-BGB/A. Schindler, Std.: 1.6.2020, § 2327 Rn. 32).

Dabei ist umstritten, **welcher Bewertungszeitpunkt** im Rahmen von § 2327 Abs. 1 S. 2 BGB maßgeblich ist. Die überwiegende Ansicht vertritt, dass das Eigengeschenke mit dem sich aus § 2315 Abs. 2 S. 2 BGB ergebenden Wert zum Zeitpunkt der Schenkung anzusetzen ist, während die Gegenansicht § 2325 Abs. 2 BGB mit dem Niederstwertprinzip anwendet (vgl. BeckOGK-BGB/A. Schindler, § 2327 Rn. 33 m. w. N.).

Neben der Berechnungsmethode und dem Bewertungszeitpunkt wird in der Literatur – soweit ersichtlich – nicht explizit erörtert, **mit welchem Wert** das Eigengeschenke angerechnet wird, ob also eine etwaige Wertprivilegierung i. S. v. § 2312 BGB insoweit eine Rolle spielen kann oder nicht. Die **Rechtslage** ist daher insoweit **unsicher**.

Aus unserer Sicht dürfte sich die Lösung der aufgeworfenen Frage aus dem Schutzzweck des § 2312 BGB herleiten lassen. § 2312 BGB ist nach h. M. eine agrarpolitische Schutzvorschrift und enthält für landwirtschaftliche Anwesen eine Privilegierung hinsichtlich der Pflichtteilsbewertung, indem für die Pflichtteilsberechnung der weichen Erben nicht der Verkehrswert des Landguts, sondern (nur) der Ertragswert herangezogen wird, sofern der Erblasser dies angeordnet hat (vgl. nur BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2312 Rn. 1 m. w. N.).

Rechtsfolge einer entsprechenden Anordnung des Erblassers und des Eingreifens des Tatbestands des § 2312 BGB ist, dass „für die Berechnung des Pflichtteils“ die Ertragswertprivilegierung eingreift. Dabei ist an die Berechnung der **gegen den Landgutübernehmer/Erben gerichteten Pflichtteilsansprüche** der weichen-

den Erben gedacht (vgl. nur MünchKommBGB/Lange, 8. Aufl. 2020, § 2312 Rn. 1; Burandt/Rojahn/Horn, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 2312 BGB Rn. 2). Die Vorschrift dient u. E. jedoch nicht dazu, dem Erben bzw. Landgutübernehmer einen Vorteil ggü. dem Erben bzw. den anderen Pflichtteilsberechtigten dadurch zu verschaffen, dass seine eigenen Pflichtteilsansprüche bzw. Pflichtteilsergänzungsansprüche nur auf Basis des niedrigeren Ertragswertes statt des echten Verkehrswertes des Landgutes errechnet werden.

Unter Berücksichtigung des Schutzzwecks von § 2312 BGB als agrarpolitischer Schutzvorschrift gehen wir daher davon aus, dass die Privilegierung nur im Rahmen der Berechnung von **gegen den Erben bzw. Übernehmer** gerichteten Pflichtteilsansprüchen eingreift, nicht aber im Rahmen der Berechnung eigener Pflichtteilsansprüche des Erben/Übernehmers. Aus unserer Sicht dürfte daher auch im Rahmen des § 2327 BGB davon auszugehen sein, dass das Landgut, das das anzurechnende Eigengeschenk darstellt, mit seinem **Verkehrswert** und nicht nur mit seinem Ertragswert in die Berechnung einzustellen wäre.

Eine explizite Stellungnahme in Rechtsprechung und Literatur ließ sich zur Frage allerdings leider nicht ermitteln, sodass eine gewisse **Rechtsunsicherheit** bestehen bleibt.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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 Abruf-Gutachten.

### **BGB § 1601**

**Schonvermögen im Rahmen des Elternunterhalts; selbst genutzte Immobilie; angemessener Wohnbedarf**

Abruf-Nr.:

### **UStG § 10**

**Weiterberechnung von Negativzinsen für Notaranderkonten; Abgrenzung durchlaufender Posten (nicht umsatzsteuerbar) und umsatzsteuerpflichtigem Auslagenersatz**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

### **BNotO § 18 Abs. 2 Hs. 2**

**Befreiung von der notariellen Verschwiegenheitspflicht im Falle des Versterbens eines Beteiligten**

a) **Im Rahmen des § 18 Abs. 2, 2. Halbs. BNotO hat die Aufsichtsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob der verstorbene Beteiligte, wenn er noch lebte, bei verständiger Würdigung der Sachlage die Befreiung erteilen würde oder ob unabhängig hiervon durch den Todesfall das Interesse an einer weiteren Geheimhaltung entfallen ist (Fortführung von Senatsbeschluss vom 10. März 2003 NotZ 23/02, DNotZ 2003, 780, 781, juris Rn. 22).**

b) **Dabei ist nur über die auf einen bestimmten tatsächlichen Vorgang bezogene Befreiung des Notars von der Verschwiegenheitspflicht zu entscheiden, aber nicht (auch nicht nur mittelbar) darüber, ob überhaupt und wie der bei einer stattgebenden Entscheidung von seiner Verschwiegenheitspflicht entbundene Notar dem Antragsteller die erstrebte Information zu verschaffen hat.**

c) **Mit dem Tod entfällt das Interesse des Erblassers an der Geheimhaltung seines letzten Willens den gesetzlichen Erben gegenüber insoweit, als der letzte Wille diese betrifft. Denn um die Verwirklichung des letzten Willens sicherzustellen, müssen insbesondere über die Erbeinsetzung der testamentarischen Erben und die damit verbundene Enterbung der gesetzlichen Erben auch letztere informiert werden.**

BGH, Urt. v. 20.7.2020 – NotZ(Brfg) 1/19

### **Problem**

Die Entscheidung betrifft eine nicht ganz gewöhnliche Situation, namentlich die Klage eines „enterbten“ Sohnes gegen den Präsidenten des Landgerichts als Aufsichtsbehörde gem. § 92 Nr. 1 BNotO. Ziel ist die Entbindung des Notars von der Verschwiegenheitspflicht gem. § 18 Abs. 2 Hs. 2 BNotO. Der Kläger ist der ersteheliche Sohn des am 7.1.2016 verstorbenen A. Dieser (der A) setzte in einem notariellen Testament mit seiner zweiten Ehefrau die Kinder aus zweiter Ehe zu Erben des Letztverstorbenen ein. Die Ehefrau verstarb bereits im Jahr 2015. Nun verstarb auch A. Das Nachlassgericht eröffnete das Testament und informierte den Kläger, der dadurch von seiner Enterbung erfuhr. Der Kläger vermutet eine Manipulation des im beim Nachlassgericht befindlichen Originals des Testaments und verlangt Einsicht in die beim Notar zurückbehaltene beglaubigte Abschrift. Der beklagte Landgerichtspräsident lehnte den Antrag mit der Begründung ab, es sei

nicht erkennbar, dass es im mutmaßlichen Willen des Erblassers gelegen habe, rein spekulativen Manipulationsvermutungen durch Einsicht in die Unterlagen des Notars nachzugehen. Hiergegen erhob der Kläger Verpflichtungsklage mit dem Ziel, dass der Präsident des Landgerichts angewiesen werde, die Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht zu erteilen.

Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen. Die Klage sei unbegründet, da der Kläger keinen Anspruch auf Erteilung der Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht habe. Der Kläger habe keine überzeugende Begründung für die Vermutung der Manipulation vorgebracht. Selbst bei entsprechender Befreiung durch den Landgerichtspräsidenten bestünde kein Anspruch gegen den Notar auf Einsicht in die Akten.

### Entscheidung

Der Kläger hatte beim Bundesgerichtshof mit seiner Berufung weitgehend Erfolg. Der Beklagte müsse die Befreiung erteilen. Insofern bestehe eine Ermessensreduzierung auf Null. Zwar lasse nicht allein das Versterben eines Beteiligten dessen Geheimhaltungsinteresse an der notariellen Urkunde entfallen, mit dem Tod des Erblassers entfalle aber das Geheimhaltungsinteresse bzgl. seines letzten Willens gegenüber den gesetzlichen Erben – soweit die letztwillige Verfügung den gesetzlichen Erben betreffe. Um die Verwirklichung des letzten Willens sicherzustellen, müsse insbesondere auch der gesetzliche Erbe über seine Enterbung entsprechend informiert werden. Dementsprechend müsse auch das Nachlassgericht – wie vorliegend geschehen – die gesetzlichen Erben über den Inhalt der Verfügung von Todes wegen informieren und sie diesen gegenüber bekannt geben (vgl. § 348 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 S. 1 FamFG).

Das Geheimhaltungsinteresse des Erblassers sei insofern auch nicht nur bezüglich des eröffneten Originaltestaments entfallen, sondern auch in Bezug auf die beim Notar verbliebene Abschrift. Aus Sicht des Erblassers sei der Inhalt beider Dokumente notwendig identisch, sodass kein Grund ersichtlich sei, den Inhalt der Abschrift anders als den des Originals geheim zu halten. Dies gelte jedoch nicht für die Teile der letztwilligen Verfügung, die den Kläger nicht betreffen. Insofern sei weder das Geheimhaltungsinteresse entfallen, noch könne davon ausgegangen werden, dass der Erblasser – wenn er noch lebte – bei verständiger Würdigung der Sachlage die Befreiung erteilen würde.

### GrdstVG § 2; BNotO § 14 Abs. 2; BeurkG § 4 Genehmigung nach GrdstVG; Umgehungsgeschäft; Amtspflichtverletzung

**a) Genehmigungsbedürftig nach § 2 GrdstVG ist unter dem Gesichtspunkt des Umgehungsgeschäfts auch der Verkauf kleinerer, die Freigrenze nicht überschreitender, Flächen, wenn Trennstücke eines die Freigrenze übersteigenden Grundstücks gleichzeitig oder nacheinander veräußert werden, die einzelnen Rechtsgeschäfte in einem inneren Zusammenhang stehen und nach einem einheitlichen Plan durchgeführt werden (Anschluss an BGH, Urteil vom 15. Oktober 1992 – IX ZR 43/92, NJW 1993, 648).**

**b) Der Notar verletzt seine Amtspflichten nach § 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG, wenn er an einem derartigen Umgehungsgeschäft mitwirkt, und kann sich deswegen eines Dienstvergehens schuldig machen.**

BGH, Beschl. v. 20.7.2020 – NotSt(Brfg) 2/20

### Problem

Der klagende Notar begehrt die Aufhebung einer Disziplinarverfügung betreffend des folgenden Falles: Im Jahr 2016 übersandte der Kläger der für die Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz zuständigen Behörde einen Kaufvertragsentwurf über die Veräußerung eines landwirtschaftlichen Grundstücks mit einer Größe von 21.132 qm<sup>2</sup> und beantragte die entsprechende Genehmigung gem. § 2 GrdstVG. Die zuständige Behörde versagte die Genehmigung mit der Begründung, dass der Kaufinteressent kein Landwirt sei. Hierüber informierte der Kläger die Beteiligten. Ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung wurde nicht gestellt.

In der Folgezeit unterteilte der Eigentümer das Flurstück in zwei neugebildete Flurstücke zu 9.411 qm<sup>2</sup> und 11.721 qm<sup>2</sup>. Anschließend verkaufte der Eigentümer zu Urkunde des Klägers ein neu gebildetes Flurstück an den ursprünglichen Kaufinteressenten und das andere Flurstück an die Ehefrau des ursprünglichen Kaufinteressenten. Die Erteilung einer Grundstücksverkehrsgenehmigung wurde für diese Verträge nicht beantragt. Wegen des Verdachts der unerlaubten Umgehung des Genehmigungserfordernisses wandte sich die zuständige Landwirtschaftsbehörde an die Notarkammer, die daraufhin eine Disziplinarverfahrensverfügung erließ. Die hiergegen erhobene Klage des Notars blieb beim Oberlandesgericht ohne Erfolg.

### Entscheidung

Der Antrag auf Zulassung der Berufung blieb beim Bundesgerichtshof ebenfalls erfolglos. Die Zerlegung

des Grundstücks in zwei Teile, die jeweils unter der im entsprechenden Bundesland geltenden Freigrenze (hier 20.000 qm<sup>2</sup>) liegen und die Veräußerung des einen Grundstücks an den Ehegatten des ursprünglichen Erwerbs, stelle ersichtlich ein Umgehungsgeschäft dar. Ein solches liege vor, wenn kleinere, die Freigrenze nicht überschreitende Flächen gleichzeitig oder nacheinander veräußert werden und die einzelnen Rechtsgeschäfte in einem inneren Zusammenhang stehen und nach einem einheitlichen Plan durchgeführt werden. Der enge zeitliche Zusammenhang und die eheliche Verbindung der Käufer genügen für einen entsprechenden Zusammenhang und damit einem einheitlichen Plan im Sinne der BGH-Rechtsprechung zum Umgehungsgeschäft.

Mit der Umgehung des Genehmigungserfordernisses gem. § 2 Abs. 1 S. 1 GrdstVG würden unerlaubte Zwecke i. S. d. § 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG verfolgt. Dem stehe auch nicht der Urkundsgewähranspruch gem. § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO entgegen, denn dieser verbiete die Verweigerung der Urkundstätigkeit nur dann, wenn kein ausreichender Grund vorläge. Ein solcher ausreichender Grund liege aber im Falle der Verfolgung unredlicher oder unerlaubter Zwecke gerade vor. Der Notar habe von dem Geschehensablauf Kenntnis gehabt, da er sowohl am ursprünglichen Kaufvertrag, als auch an den darauffolgenden Einzelkaufverträgen beteiligt war.

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](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Johannes Cziupka

**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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

InsO §§ 80, 106, 315; BGB §§ 883, 888, 1936 – Rückabwicklung eines Überlassungsvertrags aufgrund vormerkungsgesicherten Rückforderungsrechts bei Insolvenz und nachfolgendem Vorversterben des Übernehmers

GBO §§ 13, 15 Abs. 2 – Antragsrecht des Käufers bzgl. Löschung einer Belastung, die der Verkäufer zu löschen hat

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Rechtsprechung

BGB §§ 912, 985 – Zu dulddender Überbau: Eigentumszuordnung bzgl. Gebäudeteil auf Nachbargrundstück, wenn Gebäude auf Stammgrundstück vollständig abgebrochen wird

##### Literaturhinweise

##### Veranstaltungen

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### **InsO §§ 80, 106, 315; BGB §§ 883, 888, 1936 Rückabwicklung eines Überlassungsvertrags aufgrund vormerkungsgesicherten Rückforderungsrechts bei Insolvenz und nachfolgendem Vorversterben des Übernehmers**

##### I. Sachverhalt

2012 übertrugen die Eheleute M und F ihrem Sohn (S) ein Einfamilienhaus im Wege der vorweggenommenen Erbfolge. Im Gegenzug behielten sich M und F einen Nießbrauch als Gesamtgläubiger i. S. d. § 428 BGB vor, des Weiteren ein Rückübertragungsrecht in den üblichen Fällen. Als Rücktrittsgründe wurden u. a. vereinbart: Verstoß des Sohnes gegen die übernommene Verpflichtung, über den erworbenen Grundbesitz nicht zu verfügen, Verfügung im Zwangswege inbegriffen; Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Ver-

mögen des Sohnes; Vorversterben des Sohnes vor den Eltern.

Der Nießbrauch wurde 2012 im Grundbuch erstrangig eingetragen, zweitrangig wurde noch im selben Jahr das Rückübertragungsrecht der Eltern durch eine Rückübertragungsvormerkung im Grundbuch abgesichert. Im März 2018 wurde im Grundbuch hinter den beiden vorgenannten Rechten eine Zwangssicherungshypothek für das Bundesland Nordrhein-Westfalen wegen rückständiger Steuerschulden des Sohnes in Abt. III des Grundbuchs eingetragen, im November 2019 in Abt. II des Grundbuchs nach den vorgenannten Rechten ein Insolvenzvermerk („Über das Vermögen des S wurde das Insolvenzverfahren eröffnet.“). Im Juni 2020 verstarb S unerwartet.

M und F möchten das Rücktrittsrecht aus dem vorgenannten Übertragungsvertrag geltend machen und die Rückübertragung der Immobilie sowie die Löschung der Rechte (Zwangshypothek und Insolvenzvermerk) im Grundbuch erreichen. Der Wert der Immobilie beträgt heute ca. 250.000 €.

Der Nachlass des S ist mit weit über 300.000 € verschuldet, sodass alle Erben des S die Erbschaft ausschlagen werden. Da S keine Verfügung von Todes wegen errichtet hat, tritt gesetzliche Erbfolge ein. Gesetzliche Erben sind die Ehefrau und die beiden Kinder des S aus einer vorangegangenen, inzwischen geschiedenen Ehe.

## II. Fragen

1. Wem gegenüber müssen M und F den Rücktritt erklären und wer muss mit M und F nach Ausübung des Rücktrittsrechts an der Rückauflassung der Immobilie mitwirken? Der Insolvenzverwalter oder die Erben?
2. Ist der Insolvenzverwalter als Adressat der Rücktrittserklärung zur Mitwirkung an der Rückauflassung verpflichtet oder könnte er die Mitwirkung berechtigterweise kraft Insolvenzrechts verweigern?
3. Was wäre, wenn alle Erben die Erbschaft ausschlugen und letztlich der Staat zum Erben würde?
4. Könnte das Land Nordrhein-Westfalen aus irgendeinem Grund die Löschung der Zwangssicherungshypothek auf Antrag der Eltern gem. § 888 BGB verweigern?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Übergang des Regelinsolvenzverfahrens ins Nachlassinsolvenzverfahren

Infolge des Versterbens des Insolvenzschuldners (S) ging das zuvor bereits eröffnete Regelinsolvenzverfahren in ein Nachlassinsolvenzverfahren gem. §§ 315 ff. InsO über (allg. Ansicht; s. BGH NJW 2017, 3521 Rn. 42; NJW 2014, 389 Rn. 12; MünchKommInsO/Siegmann/Scheuing, 4. Aufl. 2020, Vor §§ 315 ff. Rn. 3 m. w. N.). Soweit nicht die §§ 315 ff. InsO abweichende Vorschriften enthalten, gelten im Nachlassinsolvenzverfahren die **allgemeinen Vorschriften** über das Regelinsolvenzverfahren (Uhlenbruck/Lüer/Weidmüller, InsO, 15. Aufl. 2019, § 315 Rn. 1), insbesondere die §§ 80 ff. InsO. Der im konkreten Fall zurückzuübertragende Grundbesitz ist im Nachlassinsolvenzverfahren also weiterhin gem. § 35 Abs. 1 Var. 1 InsO Bestandteil der Insolvenzmasse. Über diese Insolvenzmasse **kann gem. § 80 Abs. 1 InsO nur der Nachlassinsolvenzverwalter verfügen**. Die Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners bzw. seiner Erben ist hinsichtlich dieser Insolvenzmasse ausgeschlossen.

Daraus folgt u. E., dass die Eltern M und F den **Rücktritt gegenüber dem Nachlassinsolvenzverwalter** zu erklären haben. Denn nur der Nachlassinsolvenzverwalter kann die durch die Rücktrittserklärung aktualisierte Rückübertragungsverpflichtung aus der Insolvenzmasse erfüllen. Den Erben des S wäre dies hingegen nicht möglich, da ihnen bzgl. der Insolvenzmasse des

Nachlassinsolvenzverfahrens die Verfügungsbefugnis entzogen ist (s. nur Uhlenbruck/Mock, § 80 Rn. 14 f.). Begrifflich ist von der Insolvenzmasse des Nachlassinsolvenzverfahrens das Eigenvermögen der Erben zu unterscheiden, das an sich – also ohne gesonderte Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Eigenvermögen des Erben – selbstverständlich nicht dem Insolvenzbeschlagn unterliegt (vgl. § 331 InsO). Der zurückzuübertragende Grundbesitz fällt jedoch in die Insolvenzmasse des Nachlassinsolvenzverfahrens.

Dementsprechend muss der **Insolvenzverwalter** des Nachlassinsolvenzverfahrens auch auf Veräußererseite an der **Rückauflassung** der Immobilie mitwirken. Die Mitwirkung der Erben des S wäre dagegen unbehelflich, da ihnen gem. §§ 315 ff., 80 Abs. 1, 35 Abs. 1 Var. 1 InsO die Verfügungsbefugnis entzogen ist.

### 2. Verpflichtung des Nachlassinsolvenzverwalters zur Rückübereignung

Durch Ausübung des Rücktrittsrechts wegen Insolvenz oder Vorversterbens des S entsteht für die Übergeber ein Anspruch auf Änderung der dinglichen Rechtslage in Form der Rückübereignung des Grundbesitzes. Wäre dieser Anspruch nicht durch Eintragung einer **Vormerkung gem. § 883 BGB** gesichert worden, so könnte dessen Erfüllung in der Tat kraft Insolvenzrechts verweigert werden: Die Übergeber wären in diesem Fall gewöhnliche, ungesicherte Insolvenzgläubiger i. S. v. § 38 InsO. Sie könnten ihre Forderung nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen (§ 87 InsO). Dies würde bedeuten, dass ihre vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandene Rückübertragungsforderung nicht mehr in voller Höhe, sondern nur aus der Insolvenzmasse gemeinschaftlich mit den anderen Insolvenzforderungen in Höhe der Insolvenzquote befriedigt werden könnte. Zu diesem Zweck wäre die Rückübertragungsforderung zur Insolvenztabelle anzumelden (vgl. §§ 1, 38 f., 174 ff. InsO). Der Rückübereignungsanspruch müsste bei Anmeldung zur Insolvenztabelle in Geld umgerechnet und mit dem Schätzwert geltend gemacht werden (§ 45 S. 1 InsO; s. Assmann, Die Vormerkung, 1998, S. 238; Uhlenbruck/Wegener, § 106 Rn. 27).

Im konkreten Fall stellt sich die Rechtslage für die Übergeber aber grundsätzlich anders und günstiger dar, da ihr Rückforderungsanspruch bereits längere Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch eine Rückübertragungsvormerkung gem. § 883 BGB im Grundbuch gesichert worden ist. Deswegen können die Übergeber (Eltern) vom Nachlassinsolvenzverwalter für ihren Rückforderungsanspruch **Befriedigung aus der Insolvenzmasse** verlangen (§ 106 Abs. 1 S. 1 InsO). Im Umfang der Sicherungswirkung der Vormerkung

gem. § 883 BGB schließt § 106 Abs. 1 S. 1 InsO auch die Ausübung des Insolvenzverwalterwahlrechts nach § 103 InsO mit dem dort normierten Recht zur Erfüllungsablehnung (§ 103 Abs. 2 InsO) aus (s. etwa BGH NJW 1998, 2134, 2136; NZI 2006, 350 Rn. 14; Uhlenbruck/Wegener, § 106 Rn. 33).

Dementsprechend ist der Insolvenzverwalter im vorliegenden Fall gem. § 106 Abs. 1 S. 1 InsO verpflichtet, den vorgemerkten Anspruch gegenüber dem Vormerkungsberechtigten so zu erfüllen, wie es außerhalb des Insolvenzverfahrens der Schuldner tun müsste. Folglich hat er den Übergeber das Eigentum am Grundstück zu verschaffen, indem er die **Auflassung** erklärt (§§ 873 Abs. 1, 925 BGB) und die erforderliche Eigentumsumschreibung bewilligt (§ 19 GBO; s. etwa OLG Frankfurt BeckRS 2006, 00146).

### 3. Insolvenzanfechtung?

Schließlich scheidet u. E. im vorliegenden Fall auch eine Insolvenzanfechtung gem. §§ 129 ff. InsO aus, die dem Erfüllungsverlangen der Übergeber etwa einredeweise entgegengehalten werden könnte (vgl. § 146 Abs. 2 InsO). Zwar ist im Grundsatz anerkannt, dass eine zugunsten des Gläubigers eingetragene Vormerkung nicht aufgrund des § 106 InsO zur Verstärkung des schuldrechtlichen Anspruchs selbst führt. Ist der vormerkungsgesicherte Anspruch in insolvenzrechtlich anfechtbarer Weise erlangt worden, so kann also der Insolvenzverwalter gleichzeitig auch die zum gesicherten Anspruch akzessorische Vormerkung durch eine Anfechtung beseitigen (BGH DNotZ 1989, 86, 87; NJW 1978, 1437, 1438; RGZ 68, 150 – jew. noch zum inhaltsgleichen § 24 KO a. F.; umfassend BeckOGK-BGB/Assmann, Std.: 1.8.2020, § 883 Rn. 282 ff. mit weiteren Einzelheiten). Für eine durchgreifende Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO **fehlt** es jedoch an der allgemeinen **Voraussetzung der objektiven Gläubigerbenachteiligung**. Diese ist gegeben, wenn entweder die Schuldenmasse vermehrt oder die Aktivmasse verkürzt und dadurch der Gläubigerzugriff auf das Schuldnervermögen vereitelt, erschwert, gefährdet oder verzögert wird. Die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger müssen also ohne die angefochtene Rechtshandlung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise günstiger sein (s. etwa BGH NZI 2019, 392 Rn. 9 ff.; NJW 2008, 655 Rn. 18; MünchKommInsO/Kayser/Freudenberg, 4. Aufl. 2019, § 129 Rn. 77 m. w. N.). Eine objektive Gläubigerbenachteiligung kann jedoch nicht damit begründet werden, dass dem Schuldner (S) mehr hätte geschenkt oder ein Geschenk ohne Belastung (vormerkungsgesichertes Rückforderungsrecht) hätte überlassen werden müssen (BGH DNotZ 2008, 518 Rn. 18 m. Anm. Amann; s. bereits Gutachten DNotI-Report 2017, 57, 59 f.).

Im Ergebnis muss deswegen der Insolvenzverwalter u. E. ohne Verweigerungsmöglichkeit an der Rückauflassung des Grundstücks auf die Übergeber mitwirken.

### 4. Rechtslage im Fall des Fiskuserbrechts (§ 1936 BGB)

Ist zur Zeit des Erbfalls kein Verwandter, Ehegatte oder Lebenspartner des Erblassers vorhanden, so erbt gem. § 1936 S. 1 BGB das Land, in dem der Erblasser zur Zeit des Erbfalls seinen letzten Wohnsitz oder, wenn ein solcher nicht feststellbar ist, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Im Übrigen erbt der Bund (§ 1936 S. 2 BGB). Das Fiskuserbrecht findet insbesondere in dem Fall Anwendung, dass sämtliche vorhandenen, zum Zeitpunkt des Erbfalls lebenden Verwandten oder Ehegatten ausschlagen und damit als vorverstorben gelten (vgl. § 1953 Abs. 1, 2 BGB; MünchKommBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 1936 Rn. 6). Es bleibt allerdings zu beachten, dass das im unterbreiteten Sachverhalt als Nachlassinsolvenzverfahren gem. §§ 315 ff. InsO fortzuführende Regelinsolvenzverfahren unabhängig von der Tatsache abzuwickeln ist, wer der konkrete Erbe des S wird. Sollte dies letztlich der Fiskus sein, dann gilt insoweit keine Sonderregelung. Auch der Fiskus als letzter gesetzlicher Zwangserbe könnte übrigens – falls hier noch kein Insolvenzverfahren eröffnet worden wäre – die Eröffnung eines Nachlassinsolvenzverfahrens gem. §§ 315 ff. InsO unter den gesetzlichen Voraussetzungen beantragen (vgl. die Sachverhaltsgestaltung bei AG Freiburg NZI 2019, 566).

Mithin wären u. E. auch dann, wenn infolge der Ausschlagung aller vorrangigen Erben der Fiskus erbt, **das bereits laufende Nachlassinsolvenzverfahren gem. §§ 315 ff. InsO fortzuführen** und die Stellung des Nachlassinsolvenzverwalters durch eine Erbenstellung des Landes nicht beeinträchtigt. Es bliebe also in diesem Fall dabei, dass der **Nachlassinsolvenzverwalter** wegen seiner erbenverdrängenden Verfügungsbefugnis richtiger **Adressat der Rücktrittserklärung** wäre und seinerseits an der **Rückauflassung** mitzuwirken hätte.

Eine etwa einschlägige vertragliche Ausschlussfrist für die Ausübung des Rückforderungsrechts ist jedenfalls zu beachten. Unter Umständen dürfte es sich schon deswegen nicht empfehlen, die Ausübung des Rückforderungsrechts bis zur endgültigen Klärung der Erbfolge nach S zu verzögern.

### 5. Löschung der vormerkungswidrigen Zwangssicherungshypothek; denkbare Einwendungen und Einreden

Im Grundsatz setzt sich eine bereits eingetragene Rückauflassungsvormerkung gegenüber einer nachrangigen (§ 883 Abs. 3 BGB) und als Maßnahme der Zwangs-

vollstreckung vormerkungswidrigen (§ 883 Abs. 2 S. 2 BGB) Zwangssicherungshypothek i. S. v. § 867 ZPO durch (OLG Koblenz NotBZ 2011, 56 = BeckRS 2010, 24276; Staudinger/Kessler, BGB, 2020, § 883 Rn. 250 m. w. N.). Der Vormerkungsgläubiger kann also gem. **§ 888 Abs. 1 BGB** vom nachrangigen Grundpfandrechtsgläubiger die Löschung der Zwangssicherungshypothek verlangen.

Dem Zustimmungsanspruch gem. § 888 Abs. 1 BGB können in unterschiedlicher Weise **Einwendungen und Einreden des Anspruchsgegners** entgegengesetzt werden (Überblick bei Staudinger/Kessler, § 888 Rn. 60 ff.):

- Das Land Nordrhein-Westfalen als Grundpfandrechtsgläubiger könnte selbstverständlich alle Einwendungen gegen die Wirksamkeit der Vormerkung als solche geltend machen. Es könnte sich also bspw. damit verteidigen, dass der Vormerkung kein sicherungsfähiger Anspruch zugrunde liege.

- Weiter stünden dem Land die Einreden zu, die ggf. aus einem persönlichen Rechtsverhältnis zwischen ihm und den vormerkungsberechtigten Übergebern resultieren.

- Ferner könnte das Land in Analogie zu §§ 768, 1137, 1211 BGB dem Anspruch aus § 888 Abs. 1 BGB grundsätzlich alle Einreden entgegensetzen, die dem Schuldner (S) gegenüber dem gesicherten Anspruch zugestanden hätten (BGH DNotZ 2016, 285 Rn. 12; NJW 2000, 3496).

- Schließlich stünde dem Land in Analogie zu §§ 770 Abs. 1, 1137, 1211 BGB eine dilatorische Einrede zu, wenn und solange der persönliche Schuldner (S bzw. dessen Erben) berechtigt wäre, das dem vorgemerkten Anspruch zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten oder davon zurückzutreten.

**Aus dem Sachverhalt** ist für uns **nicht ersichtlich**, dass eine dieser denkbaren Einreden durchgreifen würde. Freilich müsste eine entsprechende Prüfung sämtliche Umstände des Einzelfalls einbeziehen.

**Ungünstiger** würde sich die Rechtslage für die Übergeber lediglich dann darstellen, wenn es sich bei der durch Zwangssicherungshypothek gesicherten Steuerschuld um eine **Grundsteuerschuld** handelte: Der durch Vormerkung gesicherte Rückübertragungsanspruch fällt nämlich über § 48 ZVG in die Rangklasse des § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG (Böttcher, in: Böttcher, ZVG, 6. Aufl. 2016, § 10 Rn. 49). Demgegenüber handelt es sich bei der Grundsteuer gem. § 12 GrStG, § 54 GBO um eine öffentliche Last, die in dem durch § 10 Abs. 1 Nr. 3

ZVG festgelegten Umfang ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück mit Vorrang vor der Vormerkung verschaffen würde. Da allerdings nach dem Sachverhalt der Steuergläubiger das Bundesland ist, das Aufkommen der Grundsteuer jedoch den Gemeinden zusteht (§ 1 GrStG), gehen wir von einer andersartigen Steuerschuld aus. Ist diese keine öffentliche Last i. S. v. § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG, so greift die vorgenannte Beeinträchtigung des Vormerkungsschutzes nicht. Dann könnte auch aus diesem Grund – etwa wegen eines geltend gemachten Zurückbehaltungsrechts – die Löschung der Zwangssicherungshypothek gem. § 888 BGB nicht verweigert werden.

---

## **GBO §§ 13, 15 Abs. 2**

### **Antragsrecht des Käufers bzgl. Löschung einer Belastung, die der Verkäufer zu löschen hat**

---

#### **I. Sachverhalt**

Im Rahmen der Kaufvertragsabwicklung stellte der Urkundsnotar gem. § 15 GBO einen Antrag auf Eigentumsumschreibung und auf Löschung von Vorlasten in Abt. III, ohne zusätzlich anzugeben, für wen die einzelnen Anträge gestellt wurden. Im notariellen Kaufvertrag ist der Löschantrag des Verkäufers enthalten. Das Grundbuchamt stellte die Löschkosten dem Käufer und nicht dem Verkäufer in Rechnung. Aufgrund der Antragstellung ohne zusätzliche Angabe, für wen die einzelnen Anträge gestellt werden, betrachtet das Grundbuchamt sämtliche Beteiligten der Kaufvertragsurkunde für sämtliche Anträge als Antragsteller i. S. d. § 22 Abs. 1 GNotKG und damit als Kostenschuldner.

Gem. § 15 Abs. 2 GBO gilt der beurkundende Notar als ermächtigt, im Namen eines Antragsberechtigten die Eintragung zu beantragen. Antragsberechtigt für Löschanträge zu Vorlasten sind jedoch nur der Eigentümer und der jeweilige Gläubiger.

#### **II. Fragen**

Wie ist der Antrag des Notars gem. § 15 GBO auszuwerten, wenn er keine zusätzlichen Angaben darüber enthält, für wen der Antrag gestellt ist? Stellt der Notar den Löschantrag zu Vorlasten in Abt. III nur für den antragsberechtigten und an der Urkunde beteiligten Verkäufer (Eigentümer) oder auch für die berechtigten Gläubiger bzw. den Käufer?

#### **III. Zur Rechtslage**

##### **1. Allgemeines zu § 15 Abs. 2 GBO**

Gem. § 15 Abs. 2 GBO gilt ein Notar als ermächtigt, im Namen eines Antragsberechtigten Eintragungen im Grundbuch zu beantragen, wenn die zur Eintragung er-

forderliche Erklärung von diesem Notar beglaubigt oder beurkundet worden ist. Daraus folgt kein eigenes Antragsrecht des Notars, sondern vielmehr eine **vermutete Vertretungsmacht des Notars** (statt aller BeckOK-GBO/Reetz, Std.: 1.6.2020, § 15 Rn. 37; Schönler/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 176 – jew. m. w. N.)

Verfährt der antragstellende Notar nach § 15 Abs. 2 GBO und überbringt er nicht lediglich fremde Anträge der Beteiligten als Bote, so hat er gegenüber dem Grundbuchamt ausdrücklich anzugeben, für wen er einen Antrag stellt (vgl. etwa BayObLGZ 1952, 271, 272; BeckOK-GBO/Reetz, § 15 Rn. 40 m. w. N.). Versäumt der Notar dies und ergibt sich auch sonst **kein hinreichender Anhaltspunkt**, für wen der Antrag gestellt werden sollte, so gilt die Auslegungsregel, dass der eingereichte Antrag als Antrag **im Namen aller Antragsberechtigten** zu behandeln ist (vgl. OLG München FGPrax 2012, 222; BeckOK-GBO/Reetz, § 15 Rn. 40 m. w. N.).

## 2. Antragsberechtigung als Voraussetzung

Bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift ergibt sich, dass die Fiktion des § 15 Abs. 2 GBO **nur die Antragstellung im Namen eines** überhaupt **Antragsberechtigten i. S. d. §§ 13 Abs. 1 S. 2, 14 GBO** (vgl. BeckOK-GBO/Reetz, § 15 Rn. 37) erfasst.

Ein – auch vormerkungsgesicherter – **Käufer** ist jedoch für die Löschung einer Grundschuld zulasten des veräußernden Eigentums in Abt. III des Grundbuchs **nicht antragsberechtigt** i. S. d. § 13 Abs. 1 S. 2 GBO. Antragsberechtigt ist nur derjenige Beteiligte, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird („verlierender Teil“) oder zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll („gewinnender Teil“, vgl. BeckOK-GBO/Reetz, Std.: 1.6.2020, § 13 Rn. 56).

Erforderlich ist dabei nach wohl allgemeiner Meinung, dass die begehrte Eintragung **unmittelbar** und nicht nur mittelbar **zugunsten des Antragstellers** wirkt (Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl. 2015, § 13 Rn. 37 m. w. N.; BeckOK-GBO/Reetz, § 13 Rn. 64). Unmittelbar begünstigt in diesem Sinne ist aber bei einem Kaufvertrag, in dessen Rahmen vom **veräußernden Eigentümer** Belastungen wegzufertigen sind, nur dieser selbst (OLG Frankfurt NJW-RR 1996, 1482, 1483; Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 13 Rn. 47). Das OLG Frankfurt führt im Einzelnen aus (NJW-RR 1996, 1482, 1483):

*„Als gewinnender Teil antragsberechtigt kann somit nur der eingetragene Eigentümer sein, dessen Begünstigung die Eintragung unmittelbar bezweckt. Er allein erlangt im*

*abstraktrechtlichen Sinn durch die Löschung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil. Der Umstand, daß sie sich in wirtschaftlichem Sinn auch für den Vormerkungsberechtigten günstig auswirkt, macht den Vormerkungsberechtigten nur mittelbar betroffen und gibt ihm deshalb kein Antragsrecht.“*

Im Einzelnen ließe sich weiter differenzieren: Die **konstitutive Eintragung der Löschung** eines Rechts, das gem. § 875 BGB rechtsgeschäftlich aufgehoben werden soll, kann ein durch die Löschung aufrückender **Berechtigter eines nachrangig eingetragenen Rechts** oder einer nachrangigen Rechtsposition – wie vorliegend der vormerkungsgesicherte Käufer – nicht beantragen, da er **nur mittelbar begünstigt** wird; dem steht nicht entgegen, dass die materiell-rechtliche Aufhebungserklärung gem. § 875 Abs. 1 S. 2 BGB auch ihm gegenüber wirksam abgegeben werden kann (Meikel/Böttcher, § 13 Rn. 49; BeckOK-GBO/Reetz, § 13 Rn. 70).

**Anders** verhält es sich nur **bei der deklaratorischen**, bloß berichtigen **Eintragung** der Löschung eines Rechts, das außerhalb des Grundbuchs entweder nicht entstanden oder bereits erloschen ist, denn diesbezüglich ist der scheinbar **nachrangig Berechtigte** aufgrund seines Grundbuchberichtigungsanspruchs **gem. § 894 BGB unmittelbarer Begünstigter** der vorzunehmenden Eintragung (OLG Stuttgart NJOZ 2012, 1307; BayObLG BWNotZ 1988, 165, 166 = MittRhNotK 1989, 52; Meikel/Böttcher, § 13 Rn. 55; BeckOK-GBO/Reetz, § 13 Rn. 70). Demnach kommt der Antrag auf Löschung eines vorrangigen Rechts durch einen nachrangig eingetragenen Berechtigten in erster Linie in solchen Fällen in Betracht, in denen die **Unrichtigkeit** der zu löschenden Eintragung **gem. § 22 Abs. 1 GBO nachgewiesen** werden kann – was vorliegend nicht der Fall ist.

Ein Antragsrecht lässt sich auch nicht damit begründen, dass der vormerkungsberechtigte Käufer nach Eigentumsumschreibung im Grundbuch als Eigentümer unstreitig antragsberechtigt wäre, § 13 Abs. 1 S. 2 GBO. Denn in dem **Zeitpunkt**, in dem der Notar gem. § 15 Abs. 2 GBO den **Antrag** stellte, war der Käufer gerade **noch nicht Eigentümer**.

## 3. Fazit

**Mangels Antragsberechtigung** des Käufers im Zeitpunkt des Löschantrags wurde der Löschantrag **nicht** (auch) gem. § 15 Abs. 2 GBO **im Namen des Käufers** gestellt.

Da der Notar bei der Antragstellung nicht präzisiert hat, dass der Löschantrag (nur) im Namen des Verkäufers gestellt wurde, gilt der Antrag als im Namen aller

Antragsberechtigten gestellt – also auch im Namen der Gläubiger der wegzufertigenden Belastungen (vgl. OLG München FGPrax 2012, 222), nicht jedoch im Namen des Käufers. Für die Einordnung als Kostenschuldner i. S. d. § 22 Abs. 1 GNotKG ist zwar nicht erforderlich, dass der Antrag zulässig ist (Sommerfeldt, in: Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 3. Aufl. 2019, § 22 Rn. 7; Korintenberg/Wilsch, GNotKG, 21. Aufl. 2020, § 22 Rn. 6). Wenn jedoch die Auslegung ergibt, dass der Antrag nicht im Namen des Käufers gestellt wurde, dürfte eine Verpflichtung als Antragsteller gem. § 22 Abs. 1 GNotKG ausscheiden.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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 Abruf-Gutachten.

**BGB §§ 13, 14; BeurkG § 17 Abs. 2a**  
**Unternehmereigenschaft bei Geschäftsaufgabe; Verkauf des Betriebsgrundstücks**  
Abruf-Nr.:

**BGB § 1587**  
**Rückgängigmachung des Versorgungsausgleichs nach Rechtskraft der Scheidung**  
Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BGB §§ 912, 985**  
**Zu dulddender Überbau: Eigentumszuordnung bzgl. Gebäudeteil auf Nachbargrundstück, wenn Gebäude auf Stammgrundstück vollständig abgebrochen wird**

**Bei einem zu dulddenden Überbau führt der vollständige Abbruch des Gebäudes auf dem Stammgrundstück „nur“ dazu, dass die Duldungspflicht des Nachbarn entfällt. Dagegen bleibt die eigentumsrechtliche Zuordnung des auf dem Nachbargrundstück befindlichen Gebäudeteils zum Stammgrundstück unverändert (Bestätigung von Senat, Urteil vom 17. Januar 2014 – V ZR 292/12, NJW-RR 2014, 973 Rn. 24 und Urteil vom 16. Januar 2004 – V ZR 243/03, BGHZ 157, 301, 305 f.).**

BGH, Urt. v. 10.7.2020 – V ZR 156/19

### Problem

Die Klägerin macht gegen die Beklagte einen Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB bzgl. einer Wohnung geltend, die in einem Überbau belegen ist. Die Grundstückssituation stellte sich wie folgt dar: Die Klägerin war ursprünglich Eigentümerin eines ungeteilten Grundstücks, auf dem (noch unter Geltung des DDR-Rechts) ein Plattenbau errichtet wurde. Von zehn Plattenbausegmenten standen sechs auf dem Grundstück der Klägerin und drei auf dem benachbarten Grundstück; ein Segment stand auf beiden Grundstücken. Das Nachbargrundstück gehört einer GbR. Der Überbau war von der GbR gem. § 320 ZGB (der inhaltlich weitgehend § 912 BGB entspricht) zu dulden.

In der Folge teilte die Klägerin ihr Grundstück in Wohnungseigentum auf und veräußerte die Wohnungen; diese befanden sich in einem neu errichteten Gebäude, also nicht im Plattenbau. Die auf ihrem Grundstück befindlichen Plattenbausegmente ließ die Klägerin abreißen, sodass nur noch die Plattenbaureste auf dem Grundstück der GbR verblieben sind. In den verbliebenen Segmenten beansprucht die Beklagte eine Wohnung für sich, und zwar aufgrund eines Mietvertrags mit der GbR. Die Klägerin verlangt Herausgabe der Wohnung.

### Entscheidung

Das Amtsgericht gab der Klage statt. Die dagegen von der Beklagten eingelegte Berufung blieb ohne Erfolg. Auch die Revision beim BGH war nicht erfolgreich.

Nach Ansicht des BGH steht der Klägerin ein **Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB** zu, da sie auch nach Abbruch der Plattenbausegmente auf ihrem Grundstück Eigentümerin der verbleibenden Plattenbausegmente auf dem Nachbargrundstück geblieben ist. Ursprünglich habe es sich dabei um einen zu dulddenden Überbau gehandelt, sodass die Klägerin bis zum Abbruch der auf ihrem Grundstück befindlichen Segmente auch Eigentümerin des Gebäudes auf dem Nachbargrundstück gewesen sei. Der Abbruch des Gebäudes auf dem Stammgrundstück führe lediglich dazu, dass die Duldungspflicht des Nachbarn ende, weil mit dem Abbruch der Sinn des § 912 Abs. 1 BGB (und des inhaltsgleichen § 320 ZGB) nicht mehr erfüllt werden könne. Sinn und Zweck der Normen sei es, den im Gebäude verkörperten wirtschaftlichen Wert zu erhalten. Werde der Gebäudeteil auf dem Stammgrundstück abgerissen, so entfalle dieser Zweck.

**An den Eigentumsverhältnissen** bzgl. des verbliebenen Gebäudeteils auf dem Nachbargrundstück **ändere**

**sich** indes **nichts**. Nur so lasse sich sicherstellen, dass der Eigentümer des Stammgrundstücks für den erforderlichen Abbruch des Überbaus auf dem überbauten Grundstück weiterhin verantwortlich sei und sich dieser Verantwortung nicht durch den Abbruch allein des Gebäudes auf dem Stammgrundstück entziehen könne. Zugleich sei nur so gewährleistet, dass der Eigentümer des Stammgrundstücks sein Interesse an der Beseitigung der Überbaureste auf dem Nachbargrundstück verwirklichen könne. § 903 BGB erfasse auch die Befugnis des Eigentümers, einen Überbau auf dem Nachbargrundstück zu beseitigen, der zum wesentlichen Bestandteil des eigenen Grundstücks geworden sei.

An der Beurteilung der Rechtslage ändere die **Aufteilung** des Stammgrundstücks **in Wohnungseigentum** ebenso wenig. Grundsätzlich umfasse diese Aufteilung zwar das gesamte Grundstück einschließlich seiner wesentlichen Bestandteile (inkl. möglicher Überbauten). Der aufteilende Eigentümer sei jedoch nicht gezwungen, einen verbleibenden Gebäuderest auf dem Nachbargrundstück in die Aufteilung miteinzubeziehen und so zu Gemeinschaftseigentum werden zu lassen. Im vorliegenden Fall habe die Klägerin entsprechend ihrer Befugnis gehandelt, indem sie sich in der Teilungserklärung den Abriss des verbleibenden Gebäudeteils auf dem Nachbargrundstück vorbehalten habe.

Die Beklagte habe schließlich kein Recht zum Besitz aus dem mit der GbR abgeschlossenen **Mietvertrag**. Die GbR selbst sei nicht zum Besitz des Gebäudes berechtigt gewesen und habe somit der Beklagten auch kein entsprechendes abgeleitetes Besitzrecht verschaffen können.

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](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2314 – Notarielles Nachlassverzeichnis; Ermittlungen des Notars hinsichtlich des fiktiven Nachlasses; Überlassung von Kopien der Kontoauszüge an den Pflichtteilsberechtigten

BGB §§ 260 Abs. 1, 2314 Abs. 1; BeurkG § 37 – Nachlassverzeichnis; Verweis auf Fotos/Lichtbilder als Anlage

#### Gutachten im Abrufdienst

##### Rechtsprechung

EuErbVO Art. 4 Abs. 1 – Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts eines Erblassers; gerichtliche Funktion litauischer Notare bei Ausstellung eines nationalen Erbscheins

##### Literaturhinweise

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### BGB § 2314

#### Notarielles Nachlassverzeichnis; Ermittlungen des Notars hinsichtlich des fiktiven Nachlasses; Überlassung von Kopien der Kontoauszüge an den Pflichtteilsberechtigten

##### I. Sachverhalt

Der Notar wurde mit der Erstellung eines Nachlassverzeichnisses beauftragt. Der Erbe legte dem Notar die Kontoauszüge der letzten zehn Jahre vor. Die Kontoauszüge wurden vom Notar gesichtet. Es ergaben sich daraus verschiedene Zahlungen, die auf pflichtteilsergänzungspflichtige Zuwendungen hindeuten könnten. Diese wurden im Nachlassverzeichnis aufgeführt. Es wurde dem anwaltlichen Vertreter des Pflichtteilsberechtigten angeboten, die Kontoauszüge in den Räumen des Notars einzusehen. Der anwaltliche Vertreter des Pflichtteilsberechtigten bittet um Übersendung von Kopien der Kontoauszüge gegen Übernahme

der Kopierkosten. Der anwaltliche Vertreter des Erben widerspricht diesem Begehren.

##### II. Frage

Hat der Pflichtteilsberechtigte Anspruch auf Kopien der Kontoauszüge der letzten zehn Jahre bzw. ist der Notar berechtigt, dem Pflichtteilsberechtigten Kopien der Kontoauszüge der letzten zehn Jahre zu übersenden?

##### III. Zur Rechtslage

###### 1. Umfang der Auskunftspflicht

Das notarielle Nachlassverzeichnis dient der Erfüllung des Auskunftsanspruchs nach § 2314 Abs. 1 S. 1 BGB. Dieser soll den Pflichtteilsberechtigten in die Lage versetzen, über die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs dem Grunde und der Höhe nach zu entscheiden. Daher sind im Nachlassverzeichnis alle Positionen aufzuführen, die bei der Berechnung des Pflichtteils von Bedeutung sein können. Neben den Aktiva und Passiva des Nachlasses hat das Nachlassverzeichnis – falls vom Pflichtteilsberechtigten gefordert – auch die fiktiven Nachlassaktiva zu enthalten, einschließlich ergänzungspflichtiger Zuwendungen und Schenkungen innerhalb der letzten zehn Jahre vor dem Tod des Erblassers. Ggf. muss im Hinblick auf § 2325 Abs. 3 S. 3 BGB

auf Verlangen überdies Auskunft gegeben werden über sämtliche Ehegattenschenkungen und unbenannte Zuwendungen, die wie Schenkungen behandelt werden, auch über den Zeitraum von zehn Jahren hinaus (vgl. Kuhn/Trappe, ZEV 2011, 347, 349 f.). Letztlich sind daher im Nachlassverzeichnis **alle tatsächlichen und fiktiven Nachlassgegenstände**, die sich auf etwaige Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche **auswirken können**, einzeln und übersichtlich aufzuführen (G. Müller, in: Schlitt/Müller, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2017, § 10 Rn. 172; vgl. auch Lange, ZEV 2020, 253, 256).

Da sich das Nachlassverzeichnis hinsichtlich **fiktiver Nachlassgegenstände** nur äußern muss, soweit dies vom Auskunftsberechtigten **geltend gemacht** wird, ist der Inhalt des Nachlassverzeichnisses mit dem geltend gemachten Auskunftsanspruch in Einklang zu bringen. Dies bedeutet, dass sich das Nachlassverzeichnis nicht zu solchen Nachlassgegenständen äußern muss, hinsichtlich derer der Auskunftsberechtigte keinen Auskunftsanspruch geltend gemacht hat bzw. seinen geltend gemachten Auskunftsanspruch eingeschränkt hat. Wird aber Auskunft hinsichtlich **aller pflichtteilsergänzungsrelevanter Zuwendungen** verlangt, so muss sich das Nachlassverzeichnis u. E. nicht nur auf die ergänzungspflichtigen Schenkungen innerhalb der zehn Jahre vor Eintritt des Erbfalls erstrecken, sondern auch ehebedingte Zuwendungen erfassen, selbst wenn diese länger als zehn Jahre vor Eintritt des Erbfalls erfolgt sind. Wird Auskunft dagegen nur hinsichtlich der ergänzungsrelevanten Zuwendungen innerhalb der letzten zehn Jahre vor Eintritt des Erbfalls verlangt, so können sich u. E. die Ermittlungen des Notars, wie auch der Inhalt des Nachlassverzeichnisses, auf den 10-Jahreszeitraum beschränken.

## 2. Ermittlungen hinsichtlich des fiktiven Nachlasses; Durchsicht der Kontoauszüge

Im Hinblick auf den sog. **fiktiven Nachlass** ist des Weiteren zu berücksichtigen, dass nicht Voraussetzung für den Auskunftsanspruch ist, dass das Vorliegen einer ergänzungs- oder ausgleichungspflichtigen Schenkung **feststeht**. Zur Vermeidung einer unzulässigen Ausforschung ist aber erforderlich, dass Umstände vorliegen, die die Annahme nahelegen, es handle sich in Wirklichkeit – wenigstens zum Teil – um eine Schenkung (BGH NJW 1984, 487, 488 m. w. N.). Die Schenkung muss nicht zweifelsfrei erwiesen sein; vielmehr genügt es, wenn **greifbare Anhaltspunkte** hierfür vorliegen (vgl. OLG Düsseldorf BeckRS 1994, 11269; vgl. auch Lange, ZEV 2020, 253, 258 m. w. N.). Bei Verdacht von verschleierte Schenkungen oder bei solchen Zuwendungen, deren Einordnung zweifelhaft ist, muss der Auskunftsverpflichtete über alle Vertragsbedingungen

Auskunft leisten, deren Kenntnis für die Beurteilung des Bestehens eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs bedeutsam ist (BGH NJW 1962, 245, 246; 1984, 987, 488).

Wenn die neuere Rechtsprechung, wie bspw. das OLG Stuttgart (RNotZ 2016, 470) oder das OLG Koblenz (NJW 2014, 1972, 1973), eine **umfassende Einsichtnahme in die Kontenunterlagen der letzten zehn Jahre vor dem Erbfall fordert**, so widerspricht dies eigentlich der bisherigen h. L., wonach die Ermittlungspflichten des Notars und die damit einhergehende Dokumentation bei der Erstellung des Nachlassverzeichnisses über die des Erben nicht hinausgehen, da dieser Maßnahme „Ausforschungscharakter“ zukommt (vgl. dazu Zimmer, NJW 2015, 1 ff.).

Es dürfte daher übertrieben sein, in jedem Fall (unabhängig davon, welche und wie viele Konten des Erblassers vorhanden waren und wie sich die finanziellen Verhältnisse des Erblassers darstellten) eine Durchsicht aller Kontoauszüge der letzten zehn Jahre durch den Notar zu verlangen (vgl. dazu auch Hennig in seiner Anmerkung zur Entscheidung des OLG Stuttgart RNotZ 2016, 470; krit. auch Weidlich, ZEV 2017, 241, 245). **Auf keinen Fall ist es aber Aufgabe des Notars, alle Vermögensabflüsse der letzten zehn Jahre lückenlos aufzudecken und zu dokumentieren.** Nach unserer Einschätzung sind tiefergehende Nachforschungen bzw. ist die Aufnahme von Vermögensabflüssen in das Nachlassverzeichnis nicht geboten, wenn unentgeltliche Zuwendungen lediglich pauschal und ohne objektiv belegbare Hinweise behauptet werden.

Dieser einschränkende Standpunkt hat auch in der neueren Rechtsprechung wieder mehr Gewicht bekommen. So urteilt etwa das **OLG Jena** (BeckRS 2016, 134872 = NotBZ 2016, 186) knapp, es sei nicht ersichtlich, aus welchem Grunde im zu entscheidenden Fall Bankunterlagen für einen 10-Jahreszeitraum einzusehen sein sollten. Für etwaige Ansprüche des Pflichtteilsberechtigten, die sich aus den Kontobewegungen der letzten zehn Jahre ergeben könnten, sei weder etwas ersichtlich noch vorgetragen (Besprechung der Entscheidung durch Peters, NotBZ 2016, 186 ff.).

Weiter hat das **OLG Düsseldorf** (ZEV 2019, 90 ff. m. Anm. Lange, 92) in einer aktuellen Entscheidung geurteilt, der Erbe sei nicht verpflichtet, gem. § 2314 BGB über alle lebzeitigen Vermögensdispositionen des Erblassers zu informieren. Es bestehe auch kein Ermittlungsrecht des Pflichtteilsberechtigten, alle Kontoauszüge des Erblassers systematisch nach etwaigen Ansprüchen zu durchsuchen. Eine derartige Verpflichtung wäre eine Rechenschaftslegung nach § 259 BGB, die

wegen des Verweises auf § 260 BGB in § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB gerade **nicht geschuldet** sei. Der auskunftspflichtige Erbe müsse im Rahmen des § 2314 BGB dem Pflichtteilsberechtigten „bei Vorliegen gewisser Anhaltspunkte für eine unentgeltliche Zuwendung“ die näheren Umstände der Zuwendung offen legen, damit dieser prüfen kann, ob es sich dabei um eine Schenkung im Rechtssinne handle. Darum sei es der Klägerin hier aber nicht gegangen.

*Lange* (ZEV 2019, 92) hebt in seiner Entscheidungsanmerkung konkretisierend nochmals ausdrücklich hervor, dass dem Notar ein **Ermessensspielraum** bei seinen Ermittlungen zustehe, weshalb eine allgemeine Pflicht, stets sämtliche Bankunterlagen der letzten zehn Jahre durchzusehen, schwerlich existieren könne (ähnlich ders. in: MünchKommBGB/Lange, 8. Aufl. 2020, § 2314 Rn. 39 sowie ZEV 2020, 253, 258). Im ersten Schritt werden im Anschluss an die genannten Judikate also zunächst konkrete Umstände durch den Pflichtteilsberechtigten vorgetragen werden müssen, aufgrund deren sich bestimmte ergänzungspflichtige Zuwendungen ergeben könnten.

Wenn man den Notar im Einzelfall als verpflichtet ansieht, die Kontoauszüge der letzten zehn Jahre durchzusehen, dann wird man u. E. allenfalls erwarten können, dass er bei „verdächtigen“ Bewegungen wie bspw. Überweisungen, bei denen der Verwendungszweck auf eine Schenkung hindeutet, durch Befragen des Erben bzw. des Empfängers oder Durchsicht der sonstigen Unterlagen der Frage nach dem Vorliegen einer Schenkung näher nachgeht. Gleiches könnte evtl. hinsichtlich Barabhebungen gelten, die über den Rahmen des Üblichen (weit) hinaus gehen (vgl. zu den Ermittlungspflichten des Notars hinsichtlich eines vom Erblasser erzielten Verkaufserlöses LG Berlin BeckRS 2018, 36937).

In das Nachlassverzeichnis aufzunehmen wäre eine solche „verdächtige“ Überweisung (bzw. sonstige Transaktion) u. E. auch nur dann, wenn sich bei der näheren Nachforschung tatsächlich Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Schenkung ergeben. Abschließend klären wird der Notar das Vorliegen einer Schenkung als Rechtsfrage ohnehin häufig nicht können; insoweit sollte die Position im Zweifel ins Nachlassverzeichnis aufgenommen und klagestellt werden, dass insoweit eine **Schenkungen vorliegen könnte**. Aus unserer Sicht sollte daher mit solchen Positionen verfahren werden wie mit zwischen den Beteiligten strittigen Positionen, die ebenfalls im Zweifel aufzunehmen (und als strittig auszuzeichnen) wären.

### 3. Pflicht zur Vorlage der Belege?

Sehr umstritten ist, ob der Auskunftsanspruch des

Pflichtteilsberechtigten darüber hinaus die **Vorlage von Belegen** (wie etwa Kontoauszügen) umfasst. Dies wird überwiegend **abgelehnt**, da dies mit der Natur des Anspruchs (vgl. § 260 Abs. 1 BGB) nicht vereinbar sei. Es gehe nicht darum, Rechenschaft i. S. v. § 259 BGB abzulegen, sondern die Geltendmachung eines Zahlungsanspruchs vorzubereiten (vgl. dazu bereits die o. a. Entscheidung des OLG Düsseldorf, ZEV 2019, 90 ff.). Ausnahmen sollen daher nur dort gelten, wo die Vorlage von Unterlagen erforderlich ist, damit der Pflichtteilsberechtigte seinen Anspruch berechnen kann. Der Wahrheitsgehalt der Auskunft wird demgegenüber nicht über die Vorlage von Belegen, sondern ggf. über die eidesstattliche Versicherung gewährleistet (vgl. BeckOK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.8.2020, § 2314 Rn. 19 m. w. N.).

Kann der Erbe selbst damit im Regelfall im Rahmen der Auskunftserteilung nicht zur Vorlage der Kontoauszüge verpflichtet werden, so dürfte eine entsprechende Verpflichtung des Notars wohl erst Recht nicht anzunehmen sein. Vielmehr dürfte es hier bei der Geheimhaltungsverpflichtung des § 18 BNotO verbleiben, sodass eine Einsichtnahme des Pflichtteilsberechtigten (bzw. seines Rechtsvertreters) in die Auszüge u. E. **nur mit Einverständnis des Erben** erfolgen darf. Dies gilt erst recht dann, wenn es sich beispielsweise – wie häufig – um Gemeinschaftskonten handelt, da hierin auch Kontobewegungen verzeichnet sind, die nicht den Erblasser, sondern den Mitinhaber des Kontos, betreffen.

Eine Befugnis des Pflichtteilsberechtigten, im Falle der amtlichen Aufnahme des Nachlassverzeichnisses dem Notar bei der Überprüfung der Angaben und Erstellung des Verzeichnisses „über die Schulter zu schauen“ und damit – indirekt – eine Einsicht in die Belege (wie z. B. Kontoauszüge) zu erhalten, lässt sich nach ganz h. A. auch nicht aus dem **Hinzuziehungsrecht des Pflichtteilsberechtigten** (vgl. § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB), das relativ schwach ausgestaltet ist, herleiten (vgl. BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2314 Rn. 20; Kind, ZErB 2018, 139, 141; ausf. dazu Heinze, DNotZ 2019, 413 ff.; a. A. Horn, NJW 2016, 2150, 2151).

---

## BGB §§ 260 Abs. 1, 2314 Abs. 1; BeurkG § 37 Nachlassverzeichnis; Verweis auf Fotos/Lichtbilder als Anlage

---

### I. Sachverhalt

Der Notar hat ein Nachlassverzeichnis erstellt. Hierbei wurden Teile des Hausrats in Form einer Fotodokumentation in Bezug genommen, ohne diese im Nachlassverzeichnis einzeln zu benennen. Der Pflichtteilsberechtigte rügt diese Darstellung und verlangt die einzelne

Aufstellung aller Hausratsgegenstände im Nachlassverzeichnis.

## II. Frage

Ist eine solche Fotodokumentation grundsätzlich zulässig oder ist hierfür die Zustimmung des Pflichtteilsberechtigten erforderlich?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Grundsätzliches zum Inhalt des Nachlassverzeichnisses

Gem. § 2314 Abs. 1 BGB hat der Erbe den Pflichtteilsberechtigten auf Verlangen über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen. Der Pflichtteilsberechtigte kann hierbei verlangen, dass ein Verzeichnis i. S. d. § 260 Abs. 1 BGB vorgelegt wird, in dem die Nachlassgegenstände aufgeführt sind. Gem. § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB kann verlangt werden, dass das Verzeichnis durch einen Notar oder eine Behörde aufgenommen wird. Privatverzeichnis und notarielles Nachlassverzeichnis unterscheiden sich hierbei grundsätzlich vom Umfang her nicht (vgl. BGHZ 33, 373 ff.). Durch das Nachlassverzeichnis soll der Pflichtteilsberechtigte in die Lage versetzt werden, seinen Pflichtteilsanspruch gegen den Erben spezifiziert geltend machen zu können (Schlitt/Müller/G. Müller, Handbuch Pflichtteilsrecht. 2. Aufl. 2017, § 10 Rn. 170; Braun, MittBayNot 2008, 351).

### 2. Aufführung einzelner Gegenstände

Im Ausgangspunkt ist anerkannt, dass **alle Nachlassgegenstände einzeln in einem übersichtlichen Verzeichnis zusammenzustellen sind** (BGH, Beschl. v. 21.2.1996 – IV ZB 27/95, Rn. 4 [juris]; LG Bielefeld, Teilurt. v. 16.1.2019 – 3 O 138/18 [juris]; Groll/Steiner/Rösler, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 5. Aufl. 2019, Rn. 26.158; Staudinger/Herzog, BGB, Neubearb. 2015, § 2314 Rn. 13). Grundsätzlich unzulässig ist daher eine saldierende Zusammenfassung bestimmter Gruppen von Nachlassgegenständen und Schulden (BGH, Beschl. v. 21.2.1996 – IV ZB 27/95, Rn. 4 [juris]; Staudinger/Herzog, § 2314 Rn. 13), bspw. „Guthaben auf allen Konten insg. [...] EUR“.

Eine Ausnahme hiervon gilt nach h. M. bei weniger wertvollen Gegenständen, wie persönlichen Gegenständen und dem üblichen Hausrat. Diese dürfen nach überwiegender Auffassung in **Sachgruppen** zusammengefasst werden (vgl. ausführlich DNotI-Report 2003, 137, 139; Staudinger/Herzog, § 2314 Rn. 13; Groll/Steiner/Rösler, Rn. 26.158; Schlitt/Müller/G. Müller, § 10 Rn. 169; LG Bielefeld, Teilurt. v. 16.1.2019 – 3 O 138/18, Rn. 34 [juris]). Wo genau die Grenze zwischen „wertvollen“ und „weniger wertvollen“ Gegenständen und damit zulässiger und unzulässiger

Gruppierung verläuft, lässt sich abstrakt nicht bestimmen. So wird bspw. in der Literatur – u. E. zutreffend – davon ausgegangen, dass eine schlagwortartige Bezeichnung mit „Bilder“ oder „Antiquitäten“ nicht ausreichend ist (BeckOGK-BGB/Blum, Std.: 1.5.2020, § 2314 Rn. 7.1). Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass die Erstellung des Verzeichnisses nach h. M. dem Erben (und damit auch dem Notar) mit Blick auf Arbeits- und Zeitaufwand zumutbar sein muss (Münch-KommBGB/Lange, 8. Aufl. 2020, § 2314 Rn. 6; Kurth, ZErB 2018, 225, 227; Sagmeister, MittBayNot 2013, 519, 520).

Der IX. Zivilsenat des BGH hat eine Gruppierung von Gegenständen des persönlichen Bedarfs und von Haushaltsgegenständen (allerdings für die Auskunftspflicht gem. § 1379 Abs. 1 S. 1 BGB) anerkannt. Wörtlich führt er aus:

*„Bei der Angabe von Gegenständen des persönlichen Bedarfs und von Haushaltsgegenständen können Sachgesamtheiten und Inbegriffe von Gegenständen im Vermögensverzeichnis als solche aufgeführt werden, wenn und soweit der Verzicht auf eine detaillierte Aufschlüsselung im Verkehr üblich ist und eine ausreichende Orientierung des Auskunftsberechtigten nicht verhindert. Wertvolle Gegenstände sind in jedem Fall einzeln anzugeben.“*

(BGH, Urt. v. 1.12.1983 – IX ZR 41/83 [juris])

Dem würden wir uns anschließen. Eine Klärung durch den für das Erbrecht zuständigen IV. Zivilsenat steht gleichwohl aus. Letztlich muss bei der genauen Bestimmung des Auskunftsanspruchs nach § 2314 Abs. 1 BGB zum einen das Interesse des Pflichtteilsberechtigten berücksichtigt werden, seinen Pflichtteilsanspruch hinreichend bestimmt geltend machen zu können, zum anderen muss sich die Erstellung für den Erben respektive den Notar **im Rahmen des Möglichen bzw. Zumutbaren** halten. Für die genaue Abgrenzung ist u. E. der Zweck des Auskunftsanspruchs in den Blick zu nehmen. Der Pflichtteilsberechtigte soll in die Lage versetzt werden, mithilfe des Verzeichnisses die Ermittlung des Wertes durch einen Sachverständigen zu veranlassen. Danach genügt eine Auskunft dann den Ansprüchen des § 2314 Abs. 1 BGB, wenn der Pflichtteilsberechtigte hierzu in die Lage versetzt wird (so ausdrücklich auch BGH, Beschl. 21.2.1996 – IV ZB 27/95, Rn. 4 [juris]). Vor diesem Hintergrund muss der Pflichtteilsberechtigte die Gegenstände nur **hinreichend individualisieren** können. Die teilweise in der Literatur zu findenden Formulierungsvorschläge für wertlose Gegenstände (bspw. „Teigschüssel, 2,75 Liter, Marke Tupperware“ – vgl. Schönenberg-Wessel, Das notarielle Nachlassverzeichnis, 1. Aufl. 2020, § 28 Rn. 25) erscheinen hierbei eher

zu detailliert. Denn auch dem Pflichtteilsberechtigten hilft die genaue Umschreibung eines wertlosen Gegenstands nicht weiter, da sein Pflichtteilsanspruch sich hierdurch nicht erhöht.

Argumentativ lässt sich dieses Ergebnis durch einen Vergleich mit dem **Bestimmtheitserfordernis gem. § 253 Abs. 1 ZPO** absichern. Da die Geltendmachung des Anspruchs auf Verzeichniserstellung in der Regel dazu dient, in der Folge den Wertermittlungsanspruch gem. § 2314 Abs. 1 S. 2 HS. 2 BGB (ggf. gerichtlich) durchzusetzen. Auch bei der Individualisierung von Gegenständen im Rahmen der Klageerhebung werden an die Umschreibung der Gegenstände keine überzogenen Anforderungen gestellt – die Gegenstände müssen nur dergestalt bezeichnet werden, dass sie hinreichend bestimmt sind, um nicht das Vollstreckungsverfahren mit der Individualisierung zu belasten. Nicht vermeidbare Unsicherheiten sind hinzunehmen (BeckOK-ZPO/Bacher, Std.: 1.7.2020, § 253 Rn. 65). Bei Klagen bspw. auf „Herausgabe des Hausrats“ lässt die Praxis eine möglichst genaue Beschreibung nach Sachgruppen, ggf. mit Aufbewahrungsort zu (MünchKommZPO/Becker-Eberhard, 6. Aufl. 2020, § 253 Rn. 148). Auch im Rahmen der Erstellung eines Nachlassverzeichnisses muss also eine Umschreibung dergestalt genügen, dass der Pflichtteilsberechtigte anhand des Nachlassverzeichnisses seinen Wertermittlungsanspruch bzgl. konkreter Gegenstände durchsetzen kann – insbes. vor dem Hintergrund, dass persönliche Gegenstände und Hausrat häufig ohnehin nur einen ideellen Wert aufweisen.

**Zusammenfassend** lässt sich sagen, dass es nach h. M. ausreicht, wenn **weniger wertvolle Gegenstände in Gruppen** zusammengefasst werden und nicht einzeln bezeichnet werden. Wertvollere Gegenstände (Gemälde, wertvoller Schmuck etc.) sind hingegen einzeln mit ihren wertbildenden Faktoren anzugeben.

### 3. Ersatz bzw. Ergänzung der Textdokumentation durch eine Fotodokumentation

Damit noch nicht beantwortet ist die Frage, ob die Umschreibung bestimmter Gegenstände in Gruppen in der Urkunde auch durch beigefügte Fotografien ergänzt oder gar ersetzt werden kann. Diese Frage wird in der Literatur nur selten diskutiert. Teilweise wird nur festgestellt, dass es „sinnvoll“ sein kann, Gegenstände abzufotografieren und das Foto als Anlage zum Nachlassverzeichnis zu nehmen (Sagmeister, MittBayNot 2013, 519, 521, Fn. 20). U. E. muss strikt zwischen den beiden Fragen getrennt werden, ob die Auflistung durch die Fotos ergänzt wird oder diese vielmehr ersetzen soll. Welche Variante genau gewählt wurde, lässt sich dem vorliegenden Sachverhalt nicht entnehmen.

Zunächst ist festzustellen, dass **beurkundungsrechtlich** gegen die Beifügung von Fotos keine Bedenken bestehen. Es gibt hierbei zwei Möglichkeiten, das Nachlassverzeichnis zu erstellen (gem. §§ 8 ff. BeurkG als Beurkundung von Willenserklärungen oder – wie üblich – gem. den §§ 36, 37 BeurkG als Tatsachenprotokoll). In beiden Fällen ist die Beifügung von Abbildungen zulässig. Bei der Beurkundung von Willenserklärungen gem. § 9 Abs. 1 S. 3 BeurkG und bei der Beurkundung als Tatsachenprotokoll gem. § 37 Abs. 1 S. 3 BeurkG (vgl. zum Verfahren bei der Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses ausführlich Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 36 Rn. 6; Braun, MittBayNot 2008, 351).

Daran schließt die Frage an, ob die beigefügte Ablichtung zur Erfüllung des Anspruchs des Pflichtteilsberechtigten genügt. Für das Nachlassverzeichnis gilt grundsätzlich § 260 Abs. 1 BGB, sodass ein **„Verzeichnis des Bestandes“** vorzulegen ist. Das Wort „Verzeichnis“ suggeriert, dass dies schriftlich als verkörperte Erklärung – nicht jedoch zwingend in Schriftform i. S. d. § 126 BGB – zu erfolgen habe (BeckOGK-BGB/Röver, Std.: 1.5.2020, § 260 Rn. 73; MünchKommBGB/Krüger, § 260 Rn. 42). Ob dies auch die Darstellung anhand von Lichtbildern umfasst, ließ sich anhand der uns zur Verfügung stehenden Literatur und Rechtsprechung nicht verifizieren.

Soweit die Literatur die Zulässigkeit des Verweises auf Fotografien im Anhang überhaupt diskutiert, wird sie überwiegend bejaht (vgl. Damm, notar 2016, 219, Fn. 168; Damm, Notarielle Verzeichnisse in der Praxis, 1. Aufl. 2017, Rn. 204; Klingelhöffer, Pflichtteilsrecht, 4. Aufl. 2014, Rn. 307; Sagmeister, MittBayNot 2013, 519, 521 Fn. 20; Weidlich, ErbR 2013, 134, 137/138; vgl. auch Zimmermann, ZEV 2019, 197, 200, für das Nachlassverzeichnis des Testamentsvollstreckers), jedenfalls zur **Konkretisierung** des schriftlichen Verzeichnisses. Dies erscheint u. E. konsequent. Denn wo schon eine Gruppierung nach oben genannten Kriterien zulässig ist, so muss es erst Recht zulässig sein, die gruppierten Gegenstände mit Lichtbildern als Anlage zu konkretisieren (bspw.: „1 Briefmarkenalbum – Lichtbilder der einzelnen Seiten sind als Anlage beigefügt“ oder „Verschiedene Bücher im Regal im Wohnzimmer – Lichtbilder anbei“). Nicht zulässig dürfte hingegen sein, das Verzeichnis insgesamt lediglich unter der Verwendung von Lichtbildern statt der schriftlichen Auflistung zu erstellen (bspw. „Für die Haushaltsgegenstände wird auf die beigefügten Fotos verwiesen“). Rechtsprechung zu dieser Fragestellung konnten wir nicht ausfindig machen, sodass für die Praxis eine gewisse Rechtsunsicherheit verbleibt.

#### 4. Zusammenfassung

Nach dem Zweck des notariellen Nachlassverzeichnisses erscheint es uns grundsätzlich zulässig, nicht besonders werthaltige Gegenstände in Gruppen zusammenzufassen und ggf. dem Nachlassverzeichnis ergänzend Lichtbilder als Anlage, auf die gem. § 37 Abs. 1 S. 3 BeurkG verwiesen wird, beizufügen. Konkretisierende Lichtbilder dürften auch bei wertvollen Gegenständen zulässig sein, solange diese Gegenstände auch einzeln im Textteil des Verzeichnisses genannt sind. Der Notar ist in der Ausgestaltung des Verfahrens weitgehend frei (BGH, Beschl. v. 13.9.2018 – I ZB 109/17, Rn. 32 [juris]), wobei am Ende des Verfahrens freilich ein Verzeichnis vorliegen muss, das den Erfordernissen des § 2314 Abs. 1 S. 1 BGB genügt.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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 Abruf-Gutachten.

#### WEG §§ 23, 24

**Wohnungseigentümersversammlung als Ein-Personen-Versammlung; Bevollmächtigung des Verwalters bei Unmöglichkeit Präsenzversammlung auf Grund der Corona-Pandemie**

Abruf-Nr.:

#### GmbHG § 15

**Form der Aufhebung eines Treuhandvertrags mit aufschiebend bedingter Abtretung eines Geschäftsanteils an Treugeber; Bestimmtheitsgrundsatzes nach Teilung bereits bedingt abgetretener Geschäftsanteile**

Abruf-Nr.:

---

## Rechtsprechung

#### EuErbVO Art. 4 Abs. 1

**Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts eines Erblassers; gerichtliche Funktion litauischer Notare bei Ausstellung eines nationalen Erbscheins**

1. Die Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses ist dahin auszulegen, dass ein „Erbfall mit grenzüberschreitendem Bezug“ vorliegt, wenn der Erblasser die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats und im Zeitpunkt seines Todes seinen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat hatte, aber seine Verbindung zu dem erstgenannten Mitgliedstaat – in dem sich das Nachlassvermögen befindet, während die Erbberechtigten ihren Aufenthalt in diesen beiden Mitgliedstaaten haben – nicht abgebrochen hatte. Der letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers im Sinne dieser Verordnung ist von der mit der Erbsache befassten Behörde in nur einem dieser Mitgliedstaaten festzulegen.

2. Art. 3 Abs. 2 der Verordnung Nr. 650/2012 ist dahin auszulegen, dass die litauischen Notare – vorbehaltlich einer Überprüfung durch das vorliegende Gericht – keine gerichtlichen Funktionen ausüben, wenn sie ein nationales Nachlasszeugnis ausstellen. Es ist jedoch Sache des vorlegenden Gerichts, festzustellen, ob die Notare in Ausübung einer Befugnisübertragung oder unter der Aufsicht eines Gerichts handeln und folglich als „Gerichte“ im Sinne dieser Bestimmung eingestuft werden können.

3. Art. 3 Abs. 1 Buchst. g der Verordnung Nr. 650/2012 ist dahin auszulegen, dass für den Fall, dass das vorliegende Gericht der Auffassung sein sollte, dass die litauischen Notare als „Gerichte“ im Sinne dieser Verordnung eingestuft werden können, von ihnen ausgestellte Nachlasszeugnisse als „Entscheidungen“ im Sinne dieser Bestimmung angesehen werden können, so dass die Notare für die Ausstellung der Nachlasszeugnisse die Zuständigkeitsregeln des Kapitels II dieser Verordnung anwenden können.

4. Die Art. 4 und 59 der Verordnung Nr. 650/2012 sind dahin auszulegen, dass Notare eines Mitgliedstaats, die nicht als „Gerichte“ im Sinne dieser Verordnung eingestuft werden, berechtigt sind, na-

**tionale Nachlasszeugnisse ohne die Befolgung der allgemeinen Zuständigkeitsregeln dieser Verordnung auszustellen. Wenn das vorliegende Gericht der Auffassung ist, dass die nationalen Nachlasszeugnisse die Voraussetzungen nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. i dieser Verordnung erfüllen und daher als „öffentliche Urkunden“ im Sinne dieser Bestimmung angesehen werden können, entfalten diese Nachlasszeugnisse in den anderen Mitgliedstaaten die Wirkungen, die Art. 59 Abs. 1 und Art. 60 Abs. 1 der Verordnung Nr. 650/2012 den öffentlichen Urkunden verleihen.**

**5. Die Art. 4, 5, 7 und 22 sowie Art. 83 Abs. 2 und 4 der Verordnung Nr. 650/2012 sind dahin ausulegen, dass aufgrund des Willens des Erblassers und der Vereinbarung zwischen seinen Erbberechtigten ein in Erbsachen zuständiges Gericht bestimmt und ein Erbrecht eines Mitgliedstaats angewandt werden kann, die sich von denjenigen unterscheiden, die sich aus der Anwendung der in dieser Verordnung aufgestellten Kriterien ergeben würden.**

EuGH, Urt. v. 16.7.2020 – C-80/19 (E. E.)

### **Problem**

Die Erblasserin war litauische Staatsangehörige. Sie war einige Jahre vor ihrem Tod mit ihrem Sohn zu ihrem deutschen Ehemann nach Deutschland umgezogen. Im Jahre 2013 ließ sie von einer Notarin in Litauen ein Testament beurkunden, in dem sie ihren Sohn zum Alleinerben einsetzte. Nach dem Tod der Erblasserin beantragte der Sohn in Litauen einen Erbschein, um eine im Nachlass befindliche in Litauen belegene Wohnung auf sich umzuschreiben. Die Notarin lehnte die Ausstellung des Erbscheins mit der Begründung ab, der gewöhnliche Aufenthalt der Erblasserin i. S. v. Art. 4 EuErbVO hätte in Deutschland gelegen. Auf Klage des Sohnes entschied das Bezirksgericht, die Erblasserin habe ihre Verbindungen nach Litauen nie abgebrochen und gab der Klage des Sohnes statt. Auf Berufung der Notarin wurde der Antrag des Sohnes vom Regionalgericht abgewiesen. Dieser erhob daraufhin Kassationsbeschwerde zum Obersten Gericht, welches diverse Fragen dem Europäischen Gerichtshof vorlegte. Im Wesentlichen ging es dem Kassationshof offenbar um die Frage, ob die EuErbVO im vorliegenden Fall überhaupt aufgrund eines grenzüberschreitenden Bezuges anzuwenden sei.

### **Entscheidung**

Das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezuges ergibt sich nicht unmittelbar aus der EuErbVO, wohl aber aus Art. 81 Abs. 2 AEUV, der die Legislativkompetenz der Union für den Erlass der EuErbVO begründet hat. Er ist immer dann gegeben, wenn sich der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers in dem einen Mitglieds-

staat befindet, sich aber Bezugspunkte zu anderen Mitgliedsstaaten ergeben. Insoweit war im vorliegenden Fall also der gewöhnliche Aufenthalt der Erblasserin zu ermitteln.

Der EuGH ließ insoweit im vorliegenden Fall interessanterweise die Beantwortung dieser Frage offen, obwohl die Erblasserin offenbar bereits mehrere Jahre lang mit ihrem Ehemann in Deutschland gelebt hatte. Dabei wies der EuGH auf die Erwägungsgründe 23 und 24 EuErbVO hin – nicht aber auf seine umfangreiche Rechtsprechung zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts, wie sie z. B. zur Brüssel IIa-VO ergangen ist. Damit bestätigt der Europäische Gerichtshof seine Rechtsprechung (Mrecredi etc.), dass der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts im Rahmen jeder Verordnung autonom auszulegen sei. Somit ergibt sich ein erbrechtsspezifischer Begriff gewöhnlichen Aufenthalts. Dabei stellt der EuGH heraus, dass ein gewöhnlicher Aufenthalt nur in einem einzigen Staat liegen könne, ein mehrfacher gewöhnlicher Aufenthalt im Erbrecht also ausgeschlossen sei. Hierbei bezieht er sich auf spezifische Zwecke des Erbrechts (Vermeidung einer Nachlassspaltung).

Der Gerichtshof nahm auch zur Frage Stellung, ob die Ausstellung eines nationalen Erbscheins durch den litauischen Notar eine Tätigkeit als „Gericht“ i. S. d. Zuständigkeitsregeln der EuErbVO begründe. Zwar hat der EuGH bereits in der Rechtssache WB (Urt. v. 23.5.2019) festgestellt, dass auch Notare gerichtliche Funktionen ausüben können. Sei der Notar aber nicht befugt, Streitige Tatsachen zu entscheiden oder den Sachverhalt zu ermitteln, so übe er keine gerichtliche Funktion aus, sodass er auch nicht an die Regeln der EuErbVO über die gerichtliche Zuständigkeit gebunden sei. Insoweit ergibt sich also eine Abgrenzung zur Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache Oberle (Urt. v. 21.6.2018, DNotI-Report 2018, 110). Dabei ließ der EuGH allerdings die konkrete Entscheidung, ob litauische Notare hier als „Gerichte“ einzuordnen sind, im Ergebnis offen.

In der deutschen Praxis mag für die Entscheidung in den Fällen von Bedeutung sein, in denen die Erbfolge auf einer notariell beurkundeten Verfügung von Todes wegen beruht. In diesen Fällen wird nach Eröffnung der Verfügung im Inland kein Erbschein oder ENZ benötigt. Befinden sich aber Nachlassanteile in einem anderen Mitgliedsstaat i. S. d. EuErbVO, so ist für die Kosten des ENZ auch der Wert der im Inland belegenen Vermögensgegenstände zu berücksichtigen. Eine Beschränkung des ENZ auf das in anderen Mitgliedsstaaten belegene Vermögen sieht die Verordnung nicht vor. Hier könnte sich nun eine Erleichterung ergeben, wenn in

dem anderen Mitgliedsstaat ein nationales Zertifikat beschränkt für den dort belegenen Nachlass beantragt werden könnte (also beispielsweise ein *acte de notoriété* für das an der Côte d'Azur belegene Hausgrundstück, ausgestellt durch den französischen Notar).

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter **[www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)**

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

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

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Johannes Scheller

**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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit

# DNotI-Report

## WEG-Reform-Spezial

### Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

#### Inhaltsübersicht

##### Aktuelles

WEMoG 2020

##### Gutachten im Abrufdienst

WEG §§ 3 Abs. 1, 47, 48 n. F. – Reform des Wohnungseigentumsgesetzes; Vollzug von Teilungserklärungen, die Stellplätze ohne Maßangaben enthalten

WEG §§ 5 Abs. 2, Abs. 3, 10 Abs. 6 a. F. – Beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu Gunsten einer Wohnungseigentümergeinschaft; zwingendes Gemeinschaftseigentum; Sondereigentum

##### Literaturhinweis

#### Aktuelles – WEMoG 2020

##### I. Einleitung

Am 22.10.2020 wurde das Gesetz zur Förderung der Elektromobilität und zur Modernisierung des Wohnungseigentumsgesetzes und zur Änderung von kosten- und grundbuchrechtlichen Vorschriften (Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz – WEMoG) im Bundesgesetzblatt verkündet (BGBl. Teil I vom 22.10.2020, S. 2187). Das Gesetz tritt zum 1.12.2020 in Kraft.

Für die notarielle Praxis ergeben sich zahlreiche Veränderungen und Anpassungsbedarf bzgl. der verwendeten Muster. Die wichtigsten Neuerungen stellen wir im Folgenden dar. Detailfragen bleiben künftigen Reportausgaben in Gutachtenform vorbehalten.

Die im Folgenden mit „WEG“ zitierten Paragraphen beziehen sich auf die ab dem 1.12.2020 geltende Fassung. Soweit sie sich auf die bis zum 30.11.2020 geltende Fassung beziehen, sind sie mit „a. F.“ gekennzeichnet. Eine ausführliche Synopse ist bspw. abgedruckt im Anhang zu Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020. Das Wohnungseigentumsrecht nach dem WEMoG

(Rezension in diesem Heft) und Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021.

##### II. Änderung des Verbandsrechts

##### 1. Uneingeschränkte Rechts- und Prozessfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft

Nach § 9a Abs. 1 S. 1 WEG kann die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer sowohl Rechte erwerben als auch Verbindlichkeiten eingehen sowie vor Gericht klagen und verklagt werden. Hiermit stellt der Gesetzgeber klar, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer uneingeschränkt rechts- und prozessfähig ist. Der bisherige Wortlaut des Gesetzes legte demgegenüber das Verständnis nahe, dass die Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft auf den Verbandszweck beschränkt war, was in der Praxis zu Abgrenzungsschwierigkeiten und Rechtsunsicherheiten führte (vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 45).

##### 2. Entstehung der Wohnungseigentümergeinschaft

Die Wohnungseigentümergeinschaft entsteht gem. § 9a Abs. 1 S. 2 WEG mit dem Anlegen der Wohnungsbzw. Teileigentumsgrundbücher. Dies gilt nunmehr auch für jene Fälle, in denen der alleinige Eigentümer eines Grundstücks eine Aufteilung gem. § 8 WEG

vornimmt. Der Gesetzgeber führt damit die sog. Ein-Personen-Gemeinschaft ein.

Die von der Rechtsprechung entwickelte Rechtsfigur der „werdenden Wohnungseigentümergeinschaft“ wird hierdurch obsolet. Stattdessen kommen die Vorschriften über die Wohnungseigentümergeinschaft bereits mit dem Anlegen der Wohnungs- bzw. Teileigentumsgrundbücher uneingeschränkt zur Anwendung. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll die Wohnungseigentümergeinschaft hierdurch insbesondere in die Lage versetzt werden, frühzeitig Verträge mit Dritten (z. B. Versorgungsunternehmen) abschließen zu können, ohne dass es – wie bisher – einer späteren Überleitung solcher Verträge vom aufteilenden Eigentümer auf die Gemeinschaft bedarf (vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 45).

Ab diesem Zeitpunkt können in der Ein-Personen-Gemeinschaft Beschlüsse gefasst werden, insbesondere auch zur Bestellung des Verwalters (Palandt/Wicke, 80. Aufl. 2021, § 9a WEG Rn. 2). Durch die Anerkennung der Ein-Personen-Gemeinschaft entfällt das Bedürfnis des aufteilenden Eigentümers, die erste Verwalterbestellung bereits in der Teilungserklärung vorzunehmen. Deshalb wird teilweise davon ausgegangen, dass eine Bestellung des ersten Verwalters in der Gemeinschaftsordnung nicht mehr möglich ist (Hügel/Elzer, § 26 Rn. 115; Schneider/Becker, ZfIR 2020, 281, 302). Teilweise wird vertreten, dass auch unter Geltung des neuen Rechts schon im Teilungsvertrag Angelegenheiten geregelt werden können, die eigentlich eines Mehrheitsbeschlusses bedürfen (Palandt/Wicke, § 9a WEG Rn. 2). Nach dem Prinzip des sichersten Weges wird in der Literatur dazu geraten, diesbezüglich nach Anlegung der Wohnungsgrundbücher einen Beschluss zu fassen (Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 460).

Die Rechtsfigur des „werdenden Wohnungseigentümers“ wurde in § 8 Abs. 3 WEG kodifiziert. Ein Wohnungseigentümer gilt gegenüber der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und den anderen Wohnungseigentümern anstelle des teilenden Eigentümers als Wohnungseigentümer, sobald er einen Anspruch auf Übertragung von Wohnungseigentum hat und ihm der Besitz an den zum Sondereigentum gehörenden Räumen übergeben wurde.

### 3. Vertretung der Gemeinschaft im Rechtsverkehr

Nach § 9b Abs. 1 S. 1 WEG vertritt der Verwalter die Wohnungseigentümergeinschaft gerichtlich und außergerichtlich. Diese Vertretungsmacht ist grundsätzlich unbeschränkt und kann Dritten gegenüber weder durch Beschluss noch durch Vereinbarung beschränkt werden, § 9b Abs. 1 S. 3 WEG (vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 48). Es ist allerdings folgende

Ausnahme zu beachten: Beim Abschluss eines Grundstückskauf- oder Darlehensvertrags kann der Verwalter die Gemeinschaft nur aufgrund eines Beschlusses der Wohnungseigentümer vertreten, § 9b Abs. 1 S. 1, letzter Hs. WEG; diese Einschränkung gilt jedoch nicht für Auffassungen und andere dingliche Erklärungen (vgl. BT-Drucks. 19/22634, S. 43).

Hat die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer keinen Verwalter, so wird sie durch die Wohnungseigentümer gemeinschaftlich vertreten, § 9b Abs. 1 S. 2 WEG.

Mit der umfassenden und im Grundsatz unbeschränkten Vertretungsmacht des Verwalters möchte der Gesetzgeber u. a. bewirken, dass vom Verwalter vorgenommene einseitige Rechtsgeschäfte vom Erklärungsadressaten nicht mehr nach § 174 S. 1 BGB zurückgewiesen werden können (BT-Drucks. 19/18791, S. 49; vgl. zur bisherigen Rechtslage BGH, Urt. v. 20.2.2014 – III ZR 443/13, DNotZ 2014, 444).

### 4. Wahrnehmung von Rechten und Pflichten durch die Gemeinschaft

Nach § 9a Abs. 2 WEG übt die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebenden Rechte (Var. 1) sowie solche Rechte der Wohnungseigentümer aus, die eine einheitliche Rechtsverfolgung erfordern (Var. 2), und nimmt die entsprechenden Pflichten der Wohnungseigentümer wahr. Die Regelung tritt somit an die Stelle des bisherigen § 10 Abs. 6 S. 3 WEG a. F. (vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 49).

Die gesetzliche Befugnis der Gemeinschaft zur Wahrnehmung von Rechten bezieht sich nach der Vorstellung des Gesetzgebers auf alle gesetzlichen Rechte der Wohnungseigentümer, die sich aus deren Miteigentum am gemeinschaftlichen Eigentum ergeben können. Mit dem Wortlaut „Rechte aus dem Eigentum“ orientiert sich der Gesetzgeber an § 1011 BGB (Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 127). Das hat den Vorteil, dass sich die Praxis an der Rechtsprechung und Literatur zu § 1011 BGB orientieren kann. Unter § 9a Abs. 2 Var. 1 WEG fallen deshalb nicht nur sämtliche Abwehransprüche gem. § 1004 BGB wegen Beeinträchtigung des Gemeinschaftseigentums, sondern auch die Ansprüche aus den §§ 894, 907–909, 919, 985 BGB sowie sämtliche auf einer Eigentumsverletzung beruhenden schuldrechtlichen Ansprüche (z. B. §§ 823, 906 Abs. 2, 987 BGB (vgl. die vollständige Liste bei Palandt/Herrler, BGB, 79. Aufl. 2020, § 1011 Rn. 2)).

Daneben übt die Wohnungseigentümergeinschaft auch jene Rechte der Wohnungseigentümer aus, die eine einheitliche Rechtsverfolgung erfordern (§ 9b Abs. 2

Var. 2 WEG). Das bisherige Kriterium der „Gemeinschaftsbezogenheit“ wird durch das Erfordernis der einheitlichen Rechtsverfolgung ersetzt. Der Gesetzgeber greift die Rechtsprechung des BGH auf, der die Erforderlichkeit einer Rechtsausübung durch die Gemeinschaft dann angenommen hat, wenn schutzwürdige Belange der Wohnungseigentümer oder des Schuldners an einer einheitlichen Rechtsverfolgung das grundsätzlich vorrangige Interesse des Wohnungseigentümers, seine Rechte selbst und eigenverantwortlich auszuüben und prozessual durchzusetzen, deutlich überwiegen (vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 46 unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 24.7.2014 – V ZR 167/14).

Ausweislich der Gesetzesbegründung soll die Rechtslage bezüglich der Mängelrechte aus Bauträgerverträgen, wonach die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer nach Beschlussfassung bestimmte Mängelrechte ausüben kann, unverändert bleiben (BT-Drucks. 19/18791, S. 47 mit Verweis auf BGH, Urt. v. 12.4.2007 – VII ZR 236/05, Rn. 15; ausführlich zur Rechtsprechung und zur dogmatischen Begründung Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 137 ff.).

### **5. Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander und zur Gemeinschaft**

Das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander und zur Gemeinschaft der Wohnungseigentümer bestimmt sich – wie bislang – vorrangig nach den Vorschriften des WEG und, soweit dieses keine besonderen Bestimmungen enthält, nach den Vorschriften des BGB. Die Wohnungseigentümer können auch weiterhin ihr Zusammenleben innerhalb der gesetzlichen Schranken durch Vereinbarungen regeln, § 10 Abs. 1 WEG.

### **III. Änderungen bzgl. des sachenrechtlichen Grundverhältnisses**

Nicht nur hinsichtlich des Verbandsrechts, sondern auch mit Blick auf das sachenrechtliche Grundverhältnis bringt das WEMoG für die notarielle Praxis höchst relevante Änderungen mit sich. Diese betreffen die Sondereigentumsfähigkeit von Stellplätzen nach § 3 Abs. 1 S. 2 WEG (vgl. III. 1), welche sich auch unmittelbar auf zukünftige Regelungen zu Duplex- und Mehrfachparkern auswirkt (vgl. III. 2). Eine weitere Neuerung stellt die Erstreckungsmöglichkeit des Sondereigentums auf Freiflächen nach § 3 Abs. 2 WEG dar (vgl. III. 3). Die mit der Sondereigentumsfähigkeit von Stellplätzen und der Erstreckungsmöglichkeit auf Freiflächen zusammenhängende Frage der Abgeschlossenheit beantwortet der neue § 3 Abs. 3 WEG, da für diese besonderen Formen von Sondereigentum nunmehr Maßangaben in den Aufteilungsplänen erforderlich werden (vgl. III. 4). Besonders die Sondereigentumsfähigkeit von Stellplätzen vergrößert den gestalterischen Spielraum der

Beteiligten, dürfte aber nicht zum vollständigen Ende der bisher in diesem Zusammenhang häufig verwendeten Sondernutzungsrechte führen (vgl. III. 5).

### **1. Sondereigentumsfähigkeit von Stellplätzen**

Das neue Recht ermöglicht es, isoliert Stellplätze zu Sondereigentum zu erklären, vgl. § 3 Abs. 1 S. 2 WEG, wonach deren Raumeigenschaft fingiert wird. Das bedeutet, dass Stellplätze unabhängig davon, ob sie sich außerhalb oder innerhalb eines Gebäudes befinden, Gegenstand von selbständigem (= verkehrsfähigem) Sondereigentum sein können (BT-Drucks. 19/18791, S. 38). Vor diesem Hintergrund kann anders als früher auch ein Stellplatz im Freien zu selbständigem Sondereigentum erklärt und für ihn ein eigenes Teileigentumsgrundbuch angelegt werden. Das erleichtert die Zuteilung an einzelne Erwerber beim Abverkauf. Stellplätze können freilich auch als unselbstständiges Sondereigentum (= unselbstständiges Teileigentum) Teil eines Wohnungseigentums sein. Dogmatisch stellt die Sondereigentumsfähigkeit von Stellplätzen (ebenso wie § 3 Abs. 2 WEG) eine Abkehr von der früheren Dogmatik in mehrerlei Hinsicht dar: Einerseits ist Wesensmerkmal der Sondereigentumsfähigkeit nun nicht mehr ein unmittelbarer Gebäudebezug. Andererseits wird der auch im Gesetz nicht normierte, aber dogmatisch herrschende Raumbegriff für Stellplätze um die Fiktion des § 3 Abs. 1 S. 2 WEG erweitert. Nach bisheriger Rechtslage war umstritten, ob sich die Fiktion auch auf die Raumeigenschaft oder nur auf die Abgeschlossenheit bezieht (gegen eine Raumfiktion BeckOGK-WEG/Müller, Std.: 1.3.2020, § 1 Rn. 88; BeckOK-WEG/Geroni/Leidner, Std.: 1.8.2020, § 3 Rn. 63.1 ff; Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1669; für eine Raumfiktion Staudinger/Rapp, Neubearb. 2018, § 3 Rn. 20; Hügel, ZWE 2001, 42, 48 jeweils m. w. N.). Nach der Gesetzesbegründung bezieht sich die Fiktion nunmehr „nur noch auf die Raumeigenschaft“ (BT-Drucks. 19/18791, S. 38). Dieser Streit hat sich mit der Reform erledigt.

### **2. Mehrfachparker**

Die praktische Relevanz der Änderung zeigt sich, wenn man die Konsequenzen für Mehrfachparker (Duplex-, Quadruplex- und Multiparker) betrachtet. Bisher kommt für diese als Gestaltungsoption entweder das Belassen in Gemeinschaftseigentum mit der Begründung von Sondernutzungsrechten, die Begründung von Sondereigentum am gesamten Mehrfachparker mit Stellplatzregelung über § 1010 BGB oder schließlich eine Kombination aus § 10 Abs. 1 S. 2 WEG und § 1010 BGB in Betracht. Durch die Fiktion des Raums über § 3 Abs. 1 S. 2 WEG kommt eine weitere Möglichkeit hinzu, nämlich den einzelnen Stellplatz des Mehrfachparkers zu Sondereigentum zu erklären.

Dies scheiterte nach alter Rechtslage an der fehlenden Raumeigenschaft, weil die verschiebbaren Stellplätze stets zusammen einen Raum nutzten und daher jeder für sich nicht sondereigentumsfähig war (Weber, in: Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 4 Rn. 23). Diese für die Gestaltungspraxis missliche Lage bereinigt das WEMoG mit § 3 Abs. 1 S. 2 WEG. Somit ist nun jeder einzelne Stellplatz eines Mehrfachparkers sondereigentumsfähig.

Offen ist unseres Erachtens, wie bei den Mehrfachparker-Stellplätzen die Maßangaben zu realisieren sind, die das Gesetz fordert. Dies gestaltet sich deshalb schwierig, weil beim Mehrfachparker die Stellplätze gerade im Raum beweglich ausgestaltet sind. Die noch anstehende Reform der AVA Abgeschlossenheit wird diesbezüglich voraussichtlich Abhilfe schaffen.

### **3. Erstrecken des Sondereigentums auf Freiflächen nach § 3 Abs. 2 WEG**

Ein weiteres Novum im Hinblick auf die Reichweite der Sondereigentumsfähigkeit hält § 3 Abs. 2 WEG parat: Nunmehr können auch Freiflächen auf dem Grundstück unselbstständiger Teil eines Sondereigentums sein. Um Missverständnissen vorzubeugen: Abgesehen von Stellplätzen, die auch im Freien ein selbstständiges Sondereigentum mit der Zweckbestimmung Teileigentum bilden können, können andere Freiflächen (Terrassen, Gartenflächen etc.) nach der neuen Rechtslage nicht allein mit einem Miteigentumsanteil verbunden werden (BT-Drucks. 19/18791, S. 39). Für solche Freiflächen kann also kein eigenes Grundbuch angelegt werden, sondern sie können nur Teil eines übergeordneten Wohnungs- bzw. Teileigentums sein (sog. Annex-Sondereigentum).

Weitere Voraussetzung der Sondereigentumsfähigkeit von Freiflächen ist allerdings, dass das übergeordnete Sondereigentum wirtschaftlich die Hauptsache bildet. Der Begriff der wirtschaftlichen Hauptsache orientiert sich an § 1 Abs. 2 ErbbauRG und § 31 Abs. 2 WEG (zum Dauerwohnrecht), wobei insbesondere im Rahmen von § 1 Abs. 2 ErbbauRG der Nutzungsschwerpunkt (in diese Richtung: BayObLG 1992, 45, 47; BeckOK-BGB/Maaß, Std.: 1.8.2020, § 1 Rn. 19) und nicht der Wert der betroffenen Fläche (so aber wohl für § 3 Abs. 2 WEG: Wilsch, FGPrax 2020, 1, 5; Indizwirkung: Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1693) ausschlaggebend ist. So dürfte ähnlich wie im Fall des BayObLG zu § 1 Abs. 2 ErbbauRG (BayObLG MittBayNot 1992, 45, 47) nicht mehr von einer wirtschaftlichen Hauptsache auszugehen sein, wenn das „übergeordnete“ Sondereigentum eine Einzelgarage ist und die dazugehörige Freifläche eine Gartenfläche von 1.700 m<sup>2</sup> Umfang hat. Eine gewisse Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe lässt sich in diesem Zusammenhang freilich nicht vermeiden,

insbesondere da man hier – ähnlich wie bei § 1 Abs. 2 ErbbauRG – auf die Verkehrsanschauung als Maßstab wird abstellen müssen (zu § 1 Abs. 2 ErbbauRG: v. Oefele, MittBayNot 1992, 29, 30).

Eine in der notariellen Praxis in Zukunft sicher häufig auftretende Konstellation betrifft die eigentumsrechtliche Qualifikation von fest mit dem Grund und Boden verbundenen Sachen, insbesondere Gebäude, die *auf* sondereigentumsfähigen Freiflächen errichtet werden. Dies regelt § 5 Abs. 1 S. 2 WEG: Für die außerhalb des (Haupt-)Gebäudes liegenden Flächen gilt § 94 BGB entsprechend. Daraus folgt unmittelbar, dass die *auf dieser* Fläche errichteten Sachen zum Gegenstand des Sondereigentums gehören, soweit sie mit dem Grundstück fest verbunden sind. Ein Gebäude, das also *auf* einer sondereigentumsfähigen (allerdings wirtschaftlich nur untergeordneten) Freifläche errichtet wird, gehört *ipso iure* vollständig zum Sondereigentum (Palandt/Wicke, § 3 WEG Rn. 10). § 5 Abs. 2 WEG greift daher nicht für Gebäudebestandteile solcher auf Annex-Sondereigentum errichteten Gebäude (Palandt/Wicke, § 5 WEG Rn. 10).

### **4. Abgeschlossenheit und Erfordernis von Maßangaben, § 3 Abs. 3 WEG**

Nach § 3 Abs. 3 WEG soll Sondereigentum nur im Falle der Abgeschlossenheit der Wohnungen und sonstigen Räume begründet werden können; Hs. 2 des § 3 Abs. 3 WEG stellt für Stellplätze und Freiflächen stattdessen das Erfordernis von Maßangaben im Aufteilungsplan auf. Die Maßangaben treten also für die Stellplätze und die Freiflächen an die Stelle des Abgeschlossenheitserfordernisses. Sie sollen so genau sein, dass mit ihrer Hilfe im Streitfall der räumliche Bereich des Sondereigentums eindeutig bestimmt werden kann. Nach der Gesetzesbegründung sind dafür „in der Regel“ Länge, Breite und Abstand von den Grundstücksgrenzen anzugeben (BT-Drucks. 19/18791, S. 39).

Zu begrüßen ist die in diesem Zuge erfolgte Bereinigung des Gesetzes von § 3 Abs. 2 S. 2 WEG a. F., wonach es für die Sondereigentumsfähigkeit von Garagenstellplätzen auf die realiter erfolgten Markierungen ankommen sollte. Wenn es für den sachenrechtlichen Umfang des Sondereigentums auf den Aufteilungsplan ankommt (BGH DNotI-Report 2008, 141; DNotI-Report 2016, 5), ergibt es wenig Sinn, für die Abgeschlossenheit auf die tatsächliche Markierung respektive Bauausführung abzustellen. Eine Markierung auf dem Grundstück ist daher möglich und sicherlich empfehlenswert, jedoch nicht zwingend (BT-Drucks. 19/18791, S. 39).

### **5. Exkurs: Sondernutzungsrechte nach der Reform**

Auch nach Inkrafttreten der Reform können Sonder-

nutzungsrechte begründet werden und bereits begründete Sondernutzungsrechte verlieren nicht ihre Wirkung (Becker/Schneider, ZfIR 2020, 281, 285; mehr für das Sondernutzungsrecht plädierend: Heinemann, ZWE 2020, 333, 336). Dies ergibt sich schon aus der Beibehaltung des § 5 Abs. 4 S. 2 WEG. Die neuen Regelungen geben den Beteiligten und dem Notar eine weitere Gestaltungsmöglichkeit an die Hand. An dieser Stelle können nur einige wenige Aspekte skizziert werden, die bei der Wahl zwischen diesen Möglichkeiten zu beachten sind: Sondernutzungsrechte können grundsätzlich nach Belieben ausgestaltet werden. Das ist Vor- und Nachteil zugleich: Die Gestaltungsfreiheit ermöglicht es einerseits, spezifische Gebrauchsregelungen zu treffen, insbesondere dort, wo mehrere Wohnungseigentümer zugleich berechtigt sein sollen. Andererseits sind die mit einem Sondernutzungsrecht verbundenen Rechte und Pflichten mit besonderer Sorgfalt zu regeln (z. B. inwieweit Gartenflächen bebaut werden dürfen), weil es an gesetzlichen Vorschriften für Sondernutzungsrechte fehlt. Für Flächen im Sondereigentum hält das WEG dagegen Regelungen bereit, insbesondere den neuen § 13 Abs. 2 WEG zu baulichen Veränderungen (näher Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1728 ff.). Diese gesetzliche Regelung entbindet den Kautelarjuristen freilich nicht davon, zur Streitvermeidung auch für Sondereigentum Regelungen des Gebrauchs und der Zulässigkeit von baulichen Veränderungen zutreffen (Palandt/Wicke, § 3 WEG Rn. 12).

Auch bei der Veräußerung gibt es Unterschiede: Während Sondernutzungsrechte materiell-rechtlich formfrei veräußert werden können, gelten für Sondereigentum die Vorschriften des § 4 Abs. 3 WEG i. V. m. § 311b Abs. 1 BGB, sodass die Beteiligten stets den Schutz der notariellen Beurkundung genießen. Die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs eines Sondernutzungsrechts wird zwar weit überwiegend bejaht, ist aber nicht unbestritten und durch den BGH bisher nicht entschieden (bejahend etwa OLG Hamm ZWE 2009, 169, 171; jüngst LG München I ZWE 2019, 316; Bärmann/Suilmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 10 Rn. 128; wohl in diese Richtung tendenziell auch BGH ZWE 2017, 169 Rn. 19; ablehnend etwa Weitnauer/Lüke, § 15 Rn. 35; offen gelassen von OLG Zweibrücken ZWE 2013, 85, 85; vgl. ausführlich auch DNotI-Abfugutachten Nr. 160293 v. 7.12.2017). Die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Sondereigentum steht dagegen von vornherein außer Frage.

#### **IV. Wohnungseigentümerversammlung**

Auch wenn die Versammlung der Wohnungseigentümer nicht den Kern der notariellen Tätigkeit betrifft, so sind doch häufig diesbezüglich Regelungen in den

Gemeinschaftsordnungen enthalten, die gegebenenfalls überdacht und angepasst werden müssen.

#### **1. Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung**

Durch die Streichung des § 25 Abs. 3 WEG a. F. ist die Eigentümerversammlung nun unabhängig von der Anzahl der anwesenden Wohnungseigentümer beschlussfähig. Bei der Beschlussfassung entscheidet die Mehrheit der abgegebenen Stimmen, § 25 Abs. 1 WEG. Erhöhte Quoren sieht das WEG nicht mehr vor (Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 603; Palandt/Wicke, § 25 WEG Rn. 1). Diese Regelung setzt sich gemäß § 47 S. 1 WEG auch gegenüber einer Regelung in einer Gemeinschaftsordnung durch, die vor dem 1.12.2020 beurkundet wurde oder wird. Ist etwas anderes gewünscht, muss die Gemeinschaftsordnung diesen Willen zum Ausdruck bringen.

#### **2. Einberufung**

Einige Neuerungen ergeben sich auch bezüglich der Einberufung zur Wohnungseigentümerversammlung. Die Einberufungsfrist wird von zwei auf drei Wochen verlängert (§ 24 Abs. 4 S. 2 WEG), für das Einberufungsverlangen einer Minderheit ist lediglich Textform erforderlich (§ 24 Abs. 2 WEG) und die Wohnungseigentümer können einen Wohnungseigentümer durch Beschluss zur Einberufung einer Versammlung ermächtigen für den Fall, dass kein Verwalter bestellt ist oder dieser pflichtwidrig eine Versammlung nicht einberuft (§ 24 Abs. 3 WEG).

#### **3. Vertretung in der Versammlung**

Bislang konnten Stimmrechtsvollmachten grundsätzlich formfrei erteilt werden. Nach neuem Recht ist gemäß § 25 Abs. 3 WEG (in Anlehnung an § 47 Abs. 3 GmbHG) die Textform erforderlich (Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 629). Für die Praxis ist dies allerdings eher eine Erleichterung, da wegen der Gefahr der Zurückweisung gemäß § 174 S. 1 BGB schon bislang faktisch nur schriftlich erteilte Vollmachten brauchbar waren. § 25 Abs. 3 WEG soll verhindern, dass eine in Textform vorgelegte Vollmacht gemäß § 174 S. 1 BGB zurückgewiesen werden kann (Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 630; BT-Drucks. 19/18791, S. 73).

#### **4. Online-Teilnahme**

Gemäß § 23 Abs. 1 S. 2 WEG können die Wohnungseigentümer beschließen, dass einzelne Wohnungseigentümer an der Versammlung auch ohne Anwesenheit an deren Ort teilnehmen und sämtliche oder einzelne ihrer Rechte ganz oder teilweise im Wege elektronischer Kommunikation ausüben können. Die Norm enthält also eine Beschlusskompetenz, die Versammlung für eine elektronische Teilnahme zu öffnen. Nach der Regelung besteht allerdings nur die Möglichkeit, die

Online-Teilnahme als zusätzliche Option anzubieten. Das Recht auf physische Teilnahme an der Präsenzversammlung steht nicht zur Disposition der Mehrheit durch Beschluss (Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 607).

## V. Änderung der Grundbuchvorschriften und Eintragung von Beschlüssen

§ 10 Abs. 3 WEG sieht vor, dass nach neuem Recht Beschlüsse, die „aufgrund einer Vereinbarung“ gefasst werden (sog. Öffnungsklausel), in das Grundbuch eingetragen werden können. Nur dann entfalten sie Wirkung gegen den Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers.

### 1. Eintragungsfähigkeit von Beschlüssen

Eintragungsfähig sind nur solche Beschlüsse, die „aufgrund einer Vereinbarung gefasst werden“, vgl. §§ 10 Abs. 3 S. 1, 5 Abs. 4 S. 1 WEG. Beschlüsse, die aufgrund einer gesetzlichen Beschlusskompetenz gefasst werden, wirken gemäß § 10 Abs. 3 S. 2 WEG auch ohne Eintragung in das Grundbuch gegenüber Sondernachfolgern eines Wohnungseigentümers. Solche Beschlüsse müssen und können auch nicht in das Grundbuch eingetragen werden (Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1757). Es kommt nicht darauf an, auf welche Grundlage die Wohnungseigentümer den Beschluss subjektiv stützen wollen. Die Testfrage lautet allein: Könnte der Beschluss bei fehlender Regelung in der Gemeinschaftsordnung auf Grundlage des Gesetzes *in der nach dem WEMoG geltenden Fassung* gefasst werden? Wird in einer Gemeinschaftsordnung also nur eine gesetzliche Beschlusskompetenz inhaltlich wiederholt, ist dieser Beschluss nicht eintragungsfähig (BeckOGK-WEG/Falkner, Stand: 1.3.2020, § 10 Rn. 617; Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1758).

### 2. Eintragungsverfahren

Die meisten Berührungspunkte mit der Eintragung von Beschlüssen wird der Notar im Rahmen des Eintragungsverfahrens haben. Die Eintragung erfolgt gemäß § 7 Abs. 2 S. 2 WEG aufgrund eines Antrags der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, vertreten durch den Verwalter, oder des einzelnen Wohnungseigentümers (vgl. Wortlaut: „auch“ und Wortlaut des § 48 Abs. 3 WEG; Palandt/Wicke, § 7 WEG Rn. 14). Gemäß § 7 Abs. 2 S. 1 WEG genügt zum Nachweis des Beschlusses die Vorlage einer Niederschrift, bei der die Unterschriften der in § 24 Abs. 6 WEG bezeichneten Personen (Versammlungsvorsitzender, ein Eigentümer und gegebenenfalls Vorsitzender des Verwaltungsbeirats) öffentlich beglaubigt sind. Dies stellt insofern eine verfahrensrechtliche Erleichterung dar als nach allgemeinen Grundsätzen der Grundbuchordnung jeder Wohnungseigentümer die Eintragung des Beschlusses in notariell beglaubigter Form bewilligen müsste

(Lehmann-Richter/Wobst, Rn. 1769). Die Rechtsprechung, die zu Fällen des Nachweises der Verwaltereigenschaft ergangen ist, dürfte sich auf dieses Eintragungsverfahren übertragen lassen (Hertel, in: Herrler/Hertel/Kessler, Aktuelles Immobilienrecht 2020 in der Gestaltungspraxis, E.VIII, S. 265). Für die Zustimmung Drittberechtigter gilt auch für die Eintragung von Beschlüssen § 5 Abs. 4 S. 1 WEG.

§ 5 Abs. 4 S. 3 WEG wurde hingegen vollständig aufgehoben. Für Vereinbarungen und Beschlüsse, die vor dem 1. Dezember 2020 getroffen oder gefasst wurden und zu den vor dem 1. Dezember 2020 alle Zustimmungen erteilt wurden, die nach dem vor diesem Zeitpunkt geltenden Recht erforderlich waren, gilt § 5 Abs. 4 S. 3 WEG in seiner bisherigen Fassung fort.

### 3. Änderung des § 7 Abs. 3 WEG

Gem. § 7 Abs. 3 S. 2 WEG müssen Veräußerungsbeschränkungen (bisher lediglich in § 3 Abs. 2 WGV geregelt) und die Haftung von Sondernachfolgern für Geldschulden ausdrücklich in das Grundbuch eingetragen werden. Unterbleibt eine Eintragung, entfaltet die Veräußerungsbeschränkung respektive die Erwerberhaftung gegenüber Sondernachfolgern keine Wirkung (Dötsch/Schultzky/Zscheschack, WEG-Recht 2021, Kap. 1 Rn. 77; Hügel/Elzer, § 7 Rn. 13; Palandt/Wicke, § 7 WEG Rn. 8). Eine entsprechende Übergangsregelung enthält § 48 Abs. 3 WEG.

## VI. Bauliche Veränderungen

Umfassend reformiert wurde auch die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Anspruch auf Zustimmung zur baulichen Veränderung besteht und wer die Kosten für diese bauliche Veränderung zu tragen hat. Bisher in den Gemeinschaftsordnungen enthaltene Regelungen hierzu sind zu überdenken. Nach neuem Recht gilt – ohne eine entsprechende Regelung in der Gemeinschaftsordnung – Folgendes:

Für eine bauliche Änderung ist stets ein Beschluss erforderlich. Dass auf einen solchen Beschluss gegebenenfalls ein Anspruch besteht, ändert nichts daran, dass ein Bauen ohne Beschluss unzulässig ist. Bestimmte privilegierte Maßnahmen (Gebrauch durch Menschen mit Behinderungen, das Laden elektrisch betriebener Fahrzeuge, Einbruchschutz, Anschluss an ein Telekommunikationsnetz mit sehr hoher Kapazität) kann der einzelne Wohnungseigentümer auch gegen den Willen der Mehrheit *verlangen*, vgl. § 20 Abs. 2 S. 1 WEG. Nicht privilegierte Maßnahmen kann ein einzelner Wohnungseigentümer zudem gemäß § 20 Abs. 3 WEG verlangen, wenn kein Wohnungseigentümer über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus beeinträchtigt ist oder alle Beeinträchtigten

zugestimmt haben (Palandt/Wicke, § 20 WEG Rn. 14). Gemäß § 20 Abs. 1 WEG kann jede bauliche Änderung mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden. Die hierdurch verursachten Kosten (einschließlich etwaiger Folgekosten) sind gemäß § 21 Abs. 3 S. 1 WEG grundsätzlich nur von der beschließenden Mehrheit zu tragen. Eine Pflicht der überstimmten Minderheit, die Veränderungen zu finanzieren, besteht nur, wenn die bauliche Änderung mit mehr als zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen und der Hälfte der Miteigentumsanteile beschlossen wurde oder sich die Kosten der baulichen Veränderung amortisieren (vgl. § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 WEG).

Für bauliche Veränderungen des Sondereigentums gilt § 13 Abs. 2 WEG. Dieser verweist seinerseits auf § 20 WEG mit der Maßgabe, dass es keiner Gestattung bedarf, soweit keinem der anderen Wohnungseigentümer über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus ein Nachteil entsteht.

### VII. Auslegung von Altvereinbarungen

§ 47 S. 1 WEG bestimmt, dass sich die geänderten Normen auch gegenüber Vereinbarungen durchsetzen, die von ihnen abweichen. Etwas anderes gilt nur, soweit sich aus der Vereinbarung ein anderer Wille ergibt, wobei ein solcher Wille gem. § 47 S. 2 WEG in der Regel nicht anzunehmen ist. Für ab dem 1.12.2020 getroffene Vereinbarung gilt diese Regelung *nicht*. Wird also die gleiche Vereinbarung ab dem 1.12.2020 getroffen, so ist darin eine (bewusste) Abweichung von der Neuregelung zu sehen. Ob dies wirklich gewünscht ist, muss mit den Beteiligten vorab besprochen werden.

#### Beispiel:

Eine Gemeinschaftsordnung enthält eine Regelung, wonach die Ladungsfrist für die Versammlung der Wohnungseigentümer vier Wochen beträgt. Nach § 24 Abs. 4 WEG a. F. betrug die Frist für die Einberufung zwei Wochen, nach neuem Recht beträgt die Frist drei Wochen. Die Regelung in der Gemeinschaftsordnung weicht zwar von der neuen Rechtslage i. S. d. § 47 S. 1 WEG ab. Es ist jedoch anzunehmen, dass die Wohnungseigentümer eine vierwöchige Ladungsfrist auch dann gewollt hätten, wenn sich der gesetzliche Bezugspunkt von zwei auf drei Wochen verlängert. In diesem Fall ist anzunehmen, dass die Vermutung des § 47 S. 2 WEG widerlegt ist und die Regelung in der Gemeinschaftsordnung weiter Gültigkeit beansprucht.

Nicht widerlegt ist die Vermutung freilich in den häufigen Fällen, in denen in der Gemeinschaftsordnung die alte Rechtslage sinngemäß wiedergegeben, also eine Einberufungsfrist von zwei Wochen vereinbart wurde. In diesen Fällen setzt sich das neue Recht durch, sodass

zukünftig gemäß § 24 Abs. 4 WEG die gesetzliche Einberufungsfrist von drei Wochen gilt (Palandt/Wicke, § 47 WEG Rn. 1).

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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 Abruf-Gutachten.

**WEG §§ 3 Abs. 1, 47, 48 n. F.**

**Reform des Wohnungseigentumsgesetzes; Vollzug von Teilungserklärungen, die Stellplätze ohne Maßangaben enthalten**

Abruf-Nr.:

**WEG §§ 5 Abs. 2, Abs. 3, 10 Abs. 6 a. F.**

**Beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu Gunsten einer Wohnungseigentümergeinschaft; zwingendes Gemeinschaftseigentum; Sondereigentum**

Abruf-Nr.:

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](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Johannes Scheller

**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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

HGB § 161 – Liquidation der Einheits-GmbHG & Co. KG

BGB §§ 1901a, 1902 – Widerruf einer Patientenverfügung; Adressat und Nachweis der Patientenverfügung

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

ErbbauRG § 5 Abs. 1 – Zustimmung gem. § 5 Abs. 1 ErbbauRG; Wechsel in der Person des Zustimmungsberechtigten; maßgeblicher Zeitpunkt

GBO § 35 Abs. 1 – Kein Nachweis der Erbfolge durch eingezogenen Erbschein

UmwG §§ 120, 152 – Verschmelzung auf den Alleingesellschafter; Überschuldung des Alleingesellschafters; Erklärung gegenüber dem Registergericht

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### HGB § 161

#### Liquidation der Einheits-GmbHG & Co. KG

##### I. Sachverhalt

Ein Notar ist mit der Liquidation einer Einheits-GmbH & Co. KG beauftragt worden. Die Geschäftsanteile der Komplementär-GmbH werden also von der GmbH & Co. KG selbst gehalten. Der Notar weist darauf hin, dass ein üblicher Weg für die Liquidation einer GmbH & Co. KG und deren Komplementär-GmbH darin liege, dass zunächst die Übertragung des Kommanditanteils im Wege der Sonderrechtsnachfolge auf

die Komplementär-GmbH vorgenommen wird. Dies führe zum Ausscheiden des Kommanditisten und zur Vollbeendigung der GmbH & Co. KG. Anschließend würde die Liquidation der GmbH erfolgen. Diese Vorgehensweise könne nach Ansicht des beauftragten Notars bei der Einheits-GmbH & Co. KG allerdings nicht in Betracht kommen, da durch Beendigung der GmbH & Co. KG deren Vermögen auf die Komplementär-GmbH überginge. Dann würden aber die Geschäftsanteile an der GmbH von der GmbH selbst gehalten. Insofern erwägt der Notar, ob es ein gangbarer Weg wäre, zunächst die GmbH zu liquidieren und nach Beendigung der Liquidation im Handelsregister löschen zu lassen, sodass nach Erlöschen der GmbH diese gem. § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB aus der GmbH & Co. KG ausscheidet. Auf diese Weise würde das Vermögen der GmbH & Co. KG den Kommanditisten anwachsen.

## II. Frage

Wie erfolgt die Liquidation einer Einheits-GmbH & Co. KG bzw. wie ist deren Vollbeendigung zu erreichen?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Problemstellung

Zunächst könnte man erwägen, die Einheitsgesellschaft wie jede andere GmbH & Co. KG zu liquidieren. Eine nähere Befassung mit der Liquidation in der Einheits-GmbH & Co. KG zeigt allerdings, dass dieses Vorhaben in der Praxis regelmäßig scheitern dürfte.

#### a) Liquidation der GmbH und Liquidation der KG

Üblicherweise würde man bei der GmbH & Co. KG eine Liquidation der KG nach den §§ 145 ff. HGB und eine Liquidation der Komplementär-GmbH nach den §§ 66 ff. GmbHG vornehmen. Die Liquidation der KG und der Komplementär-GmbH würde also in zwei voneinander getrennten Verfahren stattfinden (vgl. etwa Scholz/Scheller, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 60 Rn. 123 ff.). Bei der Einheits-GmbH & Co. KG muss eine derartige Liquidation in zwei getrennten Verfahren allerdings scheitern.

Zunächst setzt die Vollbeendigung der KG voraus, dass bei dieser kein Vermögen mehr vorhanden ist bzw. das vorhandene Gesellschaftsvermögen im Rahmen der Schlussverteilung nach § 155 HGB nach dem Verhältnis der Kapitalanteile unter die Gesellschafter verteilt wurde (vgl. etwa MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 155 Rn. 52). Die KG hält bei der Einheits-GmbH & Co. KG die Geschäftsanteile an der Komplementär-GmbH. Sofern die Komplementär-GmbH (wie üblich) nicht am Vermögen der KG beteiligt ist, müssten also die Geschäftsanteile unter den Kommanditisten im Verhältnis der Kapitalanteile verteilt werden. D. h.: Die Geschäftsanteile an der GmbH, die ihrerseits ebenfalls liquidiert werden soll, müssten zunächst auf die Kommanditisten übertragen werden. Dies löst unnötige Kosten für die Übertragung aus und könnte auch steuerlich ungünstig sein.

Bei der Liquidation der GmbH stellen sich entsprechende Probleme. Ist die Komplementär-GmbH ausnahmsweise am Vermögen der KG beteiligt, so steht dieser Vermögenswert bereits der Vollbeendigung entgegen. Darüber hinaus ist die Komplementär-GmbH in jedem Fall noch Geschäftsführerin bzw. (Mit-)Liquidatorin der KG. Allein diese Geschäftsführer- bzw. Liquidatorenstellung könnte der Vollbeendigung der GmbH entgegen (dazu sogleich unter Ziff. 2).

Insofern entsteht sowohl bei der Liquidation der GmbH als auch bei der Liquidation der KG sozusagen ein „Schwebezustand“, der darin begründet ist, dass diese

wechselseitig aneinander beteiligt sind bzw. dass die Komplementär-GmbH Geschäftsführungs- bzw. Liquidationsaufgaben bei der KG wahrnimmt.

#### b) Übertragung der Kommanditanteile auf die Komplementär-GmbH

Hinsichtlich der Liquidation einer „regulären“ GmbH & Co. KG besteht ein weiterer Weg darin, zunächst die Kommanditanteile auf die GmbH zu übertragen. Scheiden dadurch sämtliche Kommanditisten aus der GmbH & Co. KG aus, so führt dies zur Vollbeendigung der KG mit der Folge, dass das Vermögen der KG im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Komplementär-GmbH übergeht. Im zweiten Schritt könnte sodann die GmbH liquidiert werden. Bei der Einheits-GmbH & Co. KG muss dieses Vorgehen allerdings wiederum ausscheiden, da es im Ergebnis dazu führen würde, dass sämtliche Geschäftsanteile an der GmbH von dieser selbst gehalten werden. Damit wäre eine „Keinmann-GmbH“ geschaffen (zu dieser DNotI-Report 2013, 13).

#### 2. Ausscheiden der GmbH aus der KG

Als Lösungsmöglichkeit könnte erwogen werden, zunächst die GmbH zu liquidieren und diese nach Beendigung der Liquidation im Handelsregister löschen zu lassen, damit sie mit ihrem Erlöschen gem. § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB aus der GmbH & Co. KG ausscheidet.

Es stellt sich aber bereits die Frage, ob die Löschung der GmbH hierzu dazu führt, dass diese aus der KG ausscheidet. Dies wäre nur dann der Fall, wenn hierdurch tatsächlich eine Vollbeendigung der GmbH einträte. Nach der heute ganz überwiegend vertretenen Ansicht hat die Handelsregistereintragung über die Löschung einer GmbH allerdings keine rechtsgestaltende Wirkung (vgl. etwa Scholz/K. Schmidt/Scheller, § 74 Rn. 14 f.). Neben der Handelsregistereintragung ist für die Vollbeendigung der Gesellschaft erforderlich, dass die Gesellschaft tatsächlich keinerlei Vermögen mehr besitzt. Ist die Komplementärin am Vermögen der KG beteiligt, besteht noch ein Vermögenswert der GmbH. Ist die Komplementärin (wie in der Praxis regelmäßig) nicht am Vermögen der KG beteiligt, wird die Rechtslage unterschiedlich beurteilt. Nach überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur verhindert allein schon die Stellung als persönlich haftende Gesellschafterin in einer KG die Vollbeendigung der Komplementär-GmbH.

Nach dieser Auffassung kommt es auch bei Löschung im Handelsregister nicht zur Vollbeendigung der Komplementär-GmbH, da diese noch Geschäftsführungsaufgaben gegenüber der KG zu erfüllen habe. Auch der BGH

vertritt in einem *obiter dictum* diese Auffassung (BGHZ 75, 178 = MittBayNot 1980, 31; anders aber womöglich BGH, GmbHR 2011, 83). In dieselbe Richtung geht zudem eine Entscheidung des OLG Düsseldorf (DNotZ 1995, 977) und eine des OLG Frankfurt (DNotZ 1976, 619, 621), wonach eine „Vollbeendigung der juristischen Person gerade so lange nicht eintreten kann, als sie an einer Personengesellschaft beteiligt ist. Denn damit hat sie noch personenrechtliche und vermögensrechtliche Rechte und Pflichten an der Personengesellschaft, die ihrer Vollbeendigung entgegenstehen.“ Soweit in der Literatur zu diesem Problem Stellung genommen wird, wird überwiegend diese Ansicht der Rechtsprechung befürwortet (vgl. etwa MünchKommGmbHG/Berner, 3. Aufl. 2018, § 60 Rn. 316; Scholz/Scheller, § 60 Rn. 135, je m. w. N.; a. A. aber OLG Hamm NZI 2007, 584, 587; Herchen, EWiR 2007, 538). Da die GmbH hier noch die Stellung als Komplementärin innehat, wäre damit wohl nach h. M. noch keine Vollbeendigung der GmbH eingetreten, sodass es auch nicht zum Ausscheiden der GmbH analog § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB kommt. Damit ist aber der genannte Weg zur Liquidation der Einheitsgesellschaft nicht gangbar.

### 3. Lösungsansätze

Wie bereits erwähnt, liegen zur Liquidation einer Einheits-GmbH & Co. KG, soweit für uns ersichtlich, keine expliziten Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur vor. Insofern kann hier nur versucht werden, Lösungsansätze zu entwickeln. Dabei ist u. E. danach zu unterscheiden, ob die KG einen oder mehrere Kommanditisten hat.

#### a) Liquidation einer Einheits-GmbH & Co. KG, die mehrere Kommanditisten hat

Um die Vollbeendigung der Komplementär-GmbH zu ermöglichen, der nach der aufgezeigten h. M. bei fortbestehender Beteiligung an der KG der fortwirkende Abwicklungsbedarf entgegensteht, sollte nach unserem Dafürhalten die GmbH nach § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 6 HGB oder aufgrund einer Austrittsvereinbarung aus der KG ausscheiden. Sinnvoll wäre es insoweit, die Liquidation der GmbH und der KG so weit zu betreiben, bis sämtliche Verbindlichkeiten erfüllt und das Vermögen weitgehend verteilt ist. Die Liquidation der KG müsste so weit durchgeführt werden, bis nur noch die Anteile an der GmbH zum Vermögen der KG gehören. Sodann sollte es zum Austritt der Komplementär-GmbH kommen. Umstritten ist zwar, ob der ausscheidende Komplementär noch an der Liquidationsgesellschaft beteiligt ist. Dies wird zum Teil zumindest dann bejaht, wenn die KG nur über einen Kommanditisten verfügt (Frey/von Bredow, ZIP 1998, 1621, 1624). Überwiegend wird aber angenommen, dass die aufgelöste Kommanditge-

sellschaft in diesen Fällen allein von den Kommanditisten zu liquidieren ist (Habersack/Schäfer/Schäfer, Das Recht der OHG, 2. Aufl. 2018, § 131 Rn. 46 m. w. N.). Sofern die verbleibenden Gesellschafter weder die Liquidation nachhaltig betreiben noch einen neuen Komplementär aufnehmen, wandelt sich die Gesellschaft allerdings in eine OHG mit der Folge der zwingenden und unbeschränkbaren Haftung nach §§ 128, 130 HGB für alle entstandenen und neu entstehenden Gesellschaftsverbindlichkeiten (BGH NJW 1979, 1705, 1706; Frey, ZGR 1988, 281, 285; Habersack/Schäfer/Schäfer, Das Recht der OHG, 2. Aufl. 2018, § 131 Rn. 46; Scholz/Scheller, § 60 Rn. 133). Dass infolge des Ausscheidens eine Kommanditgesellschaft in Liquidation ohne persönlich haftenden Gesellschafter entsteht, ist aufgrund der regelmäßig kurzen Dauer der Liquidation hinzunehmen. Infolge des Austritts bleibt die aufgelöste KG zwar weiterhin Inhaberin der Geschäftsanteile an der GmbH; diese kann sodann aber bis zur Vollbeendigung liquidiert werden, weil sie nach ihrem Ausscheiden aus der KG dort keine weiteren Abwicklungsaufgaben mehr zu erledigen hat bzw. keine formale Vermögensposition mehr innehat, die ihrer Vollbeendigung entgegenstehen könnte. Kommt es mit ihrer Vollbeendigung zu ihrem Erlöschen als Rechtsträger, hält die an ihr beteiligte KG insoweit auch keinen Vermögenswert mehr in der Hand und kann ebenfalls vollbeendet werden.

#### b) Liquidation bei nur einem Kommanditisten

Gibt es nur einen einzigen Kommanditisten, so kann grundsätzlich ebenso vorgegangen werden. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass es mit dem Ausscheiden der GmbH zur liquidationslosen Vollbeendigung der KG unter Gesamtrechtsnachfolge des verbleibenden Kommanditisten kommt. Eine Liquidationsgesellschaft kann hier nicht mehr entstehen.

---

## BGB §§ 1901a, 1902

### Widerruf einer Patientenverfügung; Adressat und Nachweis der Patientenverfügung

---

#### I. Sachverhalt

Die Vollmachtgeberin V hat der Bevollmächtigten B eine Vorsorgevollmacht erteilt. Die Urkunde enthält zudem eine Patientenverfügung sowie eine Bestimmung dahingehend, dass die Bevollmächtigte aufgrund der Vollmacht nur handeln kann, wenn sie eine Ausfertigung vorlegt. Nach Beurkundung der Vollmacht wurde für die Vollmachtgeberin Betreuung angeordnet. Zur Betreuerin wurde R bestellt und zwar für die Kreise „Sorge für die Gesundheit“, „Vermögenssorge“ und „Widerruf von Vollmachten“.

R hat die Vorsorgevollmacht widerrufen. Die Patientenverfügung hingegen hat sie nicht widerrufen, da die Vollmachtgeberin nicht mehr geschäftsfähig sein dürfte und keine neue Patientenverfügung mehr errichten kann. Nach Zustellung des Widerrufs der Vorsorgevollmacht teilt der Anwalt der B mit, dass der Widerruf der Vorsorgevollmacht akzeptiert werde, dass aber die Patientenverfügung weiterhin wirksam sei. Er erbitte eine Ausfertigung der Patientenverfügung für seine Mandantin, damit diese ihre Pflichten aus der Patientenverfügung erfüllen könne.

## II. Fragen

1. Wenn ein Betreuer eine Vorsorgevollmacht widerruft, eine Patientenverfügung hingegen nicht, obliegen dann dem Betreuer allein die Verpflichtungen des § 1901a Abs. 1 S. 1, 2 BGB?

2. Falls ja: Wenn in der Vorsorgevollmacht vom Vollmachtgeber (ohne Bezug auf die in der Vorsorgevollmacht enthaltene Patientenverfügung) erklärt worden ist, dass jeder Bevollmächtigte eine Ausfertigung zum Handeln vorlegen muss, benötigt dann der Betreuer auch eine auf ihn lautende Ausfertigung?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Widerrufsmöglichkeit und Adressat einer Patientenverfügung

Die Errichtung einer **Patientenverfügung** gem. § 1901a Abs. 1 BGB ist nach einhelliger Auffassung **höchstpersönlicher Natur**. Eine Stellvertretung gem. §§ 164 ff. BGB kommt hierbei nicht in Betracht (s. nur Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 1901a BGB Rn. 4; NK-BGB/R. Kemper, 10. Aufl. 2019, § 1901a Rn. 13). Folglich wird dasselbe für den Widerruf einer Patientenverfügung gem. § 1901a Abs. 1 S. 3 BGB zu gelten haben.

Dies heißt aber zugleich, dass sich der Aufgabenkreis eines Betreuers gem. § 1902 BGB weder auf die Errichtung noch auf den Widerruf einer Patientenverfügung in Stellvertretung für den Betreuten erstrecken kann. Allgemein scheidet ein Handeln des Betreuers nach § 1902 BGB für den Betreuten dort aus, wo – auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung – die höchstpersönliche Natur des betreffenden Aktes eine Stellvertretung verbietet (s. nur BeckOK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.5.2020, § 1902 Rn. 10 f.; Staudinger/Bienwald, BGB, 2017, § 1902 Rn. 53 f.). Ein Widerruf der durch V errichteten Patientenverfügung durch R als ihre Betreuerin wäre also von vornherein rechtlich nicht möglich gewesen.

Vor dem dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetz ging die h. M. davon aus, dass unmittelbarer Adressat einer Patientenverfügung der behandelnde Arzt bzw.

das sonstige ärztliche Personal sei. Eine darüber hinausgehende Mitwirkung eines Vertreters sollte es demnach nicht bedürfen (s. nur BGH DNotZ 2005, 924 m. Anm. G. Müller; BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 1901a Rn. 27). Seit der Neuregelung des Rechts der Patientenverfügung mit Wirkung zum 1.9.2009 durch die §§ 1901a ff. BGB nimmt demgegenüber die h. M. an, dass zur Umsetzung eines vorab verfügteten Patientenwillens regelmäßig die Mitwirkung eines Vertreters erforderlich ist (Staudinger/Bienwald, §§ 1901a, 1901b Rn. 55; BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 1901a Rn. 28; E. Albrecht/A. Albrecht, MittBayNot 2015, 110; Spickhoff, FamRZ 2009, 1949, 1953 f.; Gegenansicht: Palandt/Götz, BGB, 79. Aufl. 2020, § 1901a Rn. 16; differenzierend MünchKommBGB/Schneider, 8. Aufl. 2020, § 1901a Rn. 36 m. w. N.). Nach Widerruf der Vorsorgevollmacht durch die Betreuerin kommt der Bevollmächtigte als Adressat der Patientenverfügung (vgl. § 1901a Abs. 6 BGB) konsequenterweise nicht mehr in Betracht. Da die Betreuerin auch für den Aufgabenkreis „Sorge für die Gesundheit“ bestellt worden ist, ist folglich nunmehr sie als berufene Vertreterin zur Umsetzung des Willens der Vollmachtgeberin gem. § 1901a BGB anzusehen. Die frühere Vorsorgebevollmächtigte scheidet hierfür hingegen auch im Regelungsbereich der Patientenverfügung aus.

### 2. Notwendigkeit der Vorlage einer Ausfertigung der Patientenverfügung?

Was den Nachweis des Patientenwillens angeht, ist zunächst zu beachten, dass die Betreuerin nicht aufgrund der Vorsorgevollmacht handelt, sondern als gerichtlich bestellte Betreuerin. Wo gesetzlich der Besitz bzw. die Vorlage der Ausfertigung einer Urkunde verlangt wird und die Vorlage einfacher oder beglaubigter Abschriften nicht genügen soll, erklärt sich diese Notwendigkeit daraus, dass mit der Vorlage der Ausfertigung besondere Rechtscheinwirkungen verbunden sind, die durch Rückgabe bzw. Einziehung der Ausfertigung erlöschen. Eine Rückgabe bzw. Einziehung einfacher oder beglaubigter Abschriften muss hierfür nicht stattfinden. Dies gilt exemplarisch etwa für die Vorlage einer Vollmacht gem. §§ 172 BGB, 47 BeurkG (hierzu Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3583 ff.), also auch einer Vorsorgevollmacht. Ebenso wird hinsichtlich eines Erbscheines für die Grundbuchberichtigung gem. § 35 Abs. 1 S. 1 GBO die Vorlage einer Ausfertigung verlangt, da nur diese und nicht etwa im Umlauf befindliche einfache oder beglaubigte Abschriften der Einziehung nach § 2361 BGB unterliegen (hierzu Schöner/Stöber, Rn. 782; Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 35 Rn. 23 f.).

Für die Bestellungsurkunde des Betreuers (§ 290 FamFG), deren Vorlage im Original seitens Frau R hier

in Betracht käme, existieren dagegen keine vergleichbaren Vorschriften. Insbesondere ist der Originalausweis keine Vollmachtsurkunde i. S. v. § 172 BGB, sodass auch § 174 BGB nicht anwendbar ist; denn die Vertretungsmacht des Betreuers beruht auf dem Gesetz, nicht auf einer rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht (s. BGH FamRZ 2010, 968 f.; BayObLG FamRZ 1994, 1059; G. Müller, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn 120). Für eine Patientenverfügung nach § 1901a BGB enthält das Gesetz ebenfalls keine Vorschriften, die bei Vorlage des Originals oder einer Ausfertigung eine Rechtscheinwirkung für den Fortbestand einer Patientenverfügung anordnen würden. Vielmehr kann eine Patientenverfügung im Interesse einer vollständigen Umsetzung des Patientenwillens jederzeit formlos widerrufen werden (§ 1901a Abs. 1 S. 3 BGB). Bei einer notariellen Beurkundung von **Patientenverfügungen** kommt also der **Vorlage einer Ausfertigung dieser Urkunde kein nach materiellem Recht gesteigerter Beweis- oder Rechtscheinwert zu**. Freilich ist der Wille des Patienten für den Inhalt einer Patientenverfügung gem. § 1901a Abs. 1 BGB die oberste Richtschnur. Dass die Vollmachtgeberin aber hätte anordnen wollen, ihre Festlegungen zur ärztlichen Behandlung sollten nur dann inhaltlich gelten, wenn der Bevollmächtigte oder Betreuer gerade eine Ausfertigung dieser Urkunde vorlegen könnte, ist nach unserer Einschätzung fernliegend. Es ist deswegen keine Notwendigkeit zu erkennen, dass der Betreuerin für den Nachweis und die Umsetzung des Patientenwillens gerade eine Ausfertigung der Urkunde vorliegen müsste. **Ein Nachweis durch einfache Kopie würde ebenfalls genügen**. Ein jederzeit formlos möglicher Widerruf der Patientenverfügung durch Frau B gem. § 1901a Abs. 1 S. 3 BGB wäre dessen ungeachtet selbstverständlich jederzeit zu beachten.

### 3. Ergebnis

Nach Widerruf einer Vorsorgevollmacht durch den hierzu berechtigten Betreuer ist dieser zur Umsetzung des in einer Patientenverfügung niedergelegten Willens des Patienten gem. § 1901a BGB berufen, nicht mehr der vormals Bevollmächtigte. Zum Nachweis des Patientenwillens bedarf es nicht notwendigerweise der Vorlage einer Ausfertigung der Patientenverfügung; eine einfache Kopie genügt ebenfalls.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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 Abruf-Gutachten.

### BGB §§ 2194, 2196

**Testamentarische Nichtveräußerungs-Auflage an Vermächtnisnehmer: Reichweite; Folgen eines AufLAGENVERSTOßES; Bestellung eines Erbbaurechts**

Abruf-Nr.:

### EuGüVO Art. 22

**Südafrika: Formwirksamkeit eines Ehevertrags nach der EuGüVO**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

### ErbbauRG § 5 Abs. 1

**Zustimmung gem. § 5 Abs. 1 ErbbauRG; Wechsel in der Person des Zustimmungsberechtigten; maßgeblicher Zeitpunkt**

**1. Die Zustimmung gem. § 5 Abs. 1 ErbbauRG ist unwiderruflich, sobald das Verpflichtungsgeschäft wirksam geworden ist.**

**2. Ein nach Wirksamwerden des Verpflichtungsgeschäfts erfolgter Wechsel in der Person des Zustimmungsberechtigten ist unerheblich.**

(Leitsätze der DNotI-Redaktion)

OLG München, Beschl. v. 15.6.2020 – 34 Wx 131/20

### Problem

In einem Erbbaugrundbuch sind die Beteiligten zu 1 und 2 als Erbbauberechtigte eingetragen. Die Veräußerung des Erbbaurechts unterliegt dem Vorbehalt der Zustimmung des Grundstückseigentümers. Als Grundstückseigentümer waren vorliegend vier Miteigentümer eingetragen. Mit notariellem Vertrag vom 10.12.2018 verkauften die Erbbauberechtigten das Erbbaurecht an die Beteiligte zu 3. Die zum Zeitpunkt der notariellen Beurkundung eingetragenen Miteigentümer erteilten ihre Zustimmung zum Kaufvertrag und der Auflassung. Nach Eingang der Zustimmung beim Notar (zu deren

Entgegennahme der Notar bevollmächtigt war) kam es zu einem Wechsel in der Person eines Miteigentümers. Nach diesem Wechsel in der Eigentümerstellung bzgl. des Grundstücks stellte der Notar beim Grundbuchamt unter Vorlage der Zustimmungserklärung den Antrag auf Eigentumsumschreibung.

Das Grundbuchamt monierte mit Zwischenverfügung, der Eintragung stehe das Fehlen der Zustimmung des neuen Miteigentümers entgegen.

### Entscheidung

Die vom Notar hiergegen im Namen der Beteiligten eingelegte Beschwerde war erfolgreich. Das OLG führt aus, dass umstritten sei, ob ein Wechsel in der Zustimmungsberechtigung noch vor Stellung des Eintragungsantrags dazu führe, dass nunmehr die Zustimmung des neuen Grundstücks(mit)eigentümers erforderlich sei. Die ältere obergerichtliche Rechtsprechung habe die Zustimmungsbedürftigkeit als Beschränkung in der Verfügungsmacht über das Erbbaurecht gesehen. Nach neuerer, im Vordringen befindlicher Auffassung, handle es sich beim Zustimmungserfordernis nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG um eine Beschränkung der Übertragbarkeit, d. h. um eine auf Ebene des Rechts selbst eintretende sog. Fungibilitätseinschränkung.

Das OLG schließt sich der letztgenannten Auffassung mit der Konsequenz an, dass ein Wechsel in der Person des Eigentümers nach Erteilung der Zustimmung zur Veräußerung unerheblich ist. Das Gesetz gehe insofern von einem Gleichlauf des rechtlichen Schicksals von schuldrechtlichem Kausalgeschäft und dinglichem Verfügungsgeschäft aus. Würde sich ein Wechsel in der Eigentümerstellung nach Wirksamwerden des Verpflichtungsgeschäfts noch relevant auswirken, würde dies dazu führen, dass der Verkäufer zwar schuldrechtlich verpflichtet sei das Erbbaurecht zu übertragen, dieser Verpflichtung aber auf dinglicher Ebene nicht mehr nachkommen könne. Diesem Regelungsziel liefe es zuwider, wenn der Widerruf der Zustimmung zu dem Verfügungsgeschäft zu einem Zeitpunkt möglich wäre, in dem das Verpflichtungsgeschäft bereits wirksam und bindend geworden sei. Der Veräußerer, der auf die Wirksamkeit einer erteilten Zustimmung vertraue, sei schutzwürdiger als der neue Eigentümer, der diesbezüglich schlicht genauso bestellt werde, wie sein Rechtsvorgänger. Dieses Ergebnis lasse sich auch durch einen Vergleich mit § 12 Abs. 1 WEG absichern, bzgl. dessen der BGH in ständiger Rechtsprechung davon ausgehe, dass ein Wechsel in der Person des Verwalters nach erteilter Zustimmung für die Wirksamkeit der erteilten Zustimmung unerheblich sei. Als einseitige Willenserklärung, die gegenüber dem Erbbauberechtigten abzugeben sei, werde die Zustimmung bereits mit Zugang bei selbigen (oder dem bevollmäch-

tigten Notar) wirksam. Ein nach Wirksamwerden des Verpflichtungsgeschäfts erfolgter Wechsel in der Person des Zustimmungsberechtigten ist dementsprechend unerheblich.

---

### GBO § 35 Abs. 1

#### Kein Nachweis der Erbfolge durch eingezogenen Erbschein

**Mit einem eingezogenen Erbschein kann der Nachweis der Erbfolge gemäß § 35 Abs. 1 GBO nicht geführt werden.**

BGH, Beschl. v. 17.9.2020 – V ZB 8/20

### Problem

Der Beschluss des BGH v. 17.9.2020 befasst sich mit den Anforderungen an den Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Grundbuchamt nach § 35 Abs. 1 GBO. Für die Nachweisführung bedarf es grundsätzlich der Vorlage eines Erbscheins oder eines Europäischen Nachlasszeugnisses.

Aufgrund der funktionellen Aufgabenverteilung zwischen Nachlassgericht und Grundbuchamt prüft das Grundbuchamt lediglich, ob ein Erbschein von der sachlich zuständigen Stelle ausgestellt wurde und er das Erbrecht unzweideutig bezeugt (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 784). Die Richtigkeit des Erbscheins fällt dagegen nicht in seine Prüfungskompetenz. Die Beweiskraft des Erbscheins gilt vielmehr auch im Grundbuchverfahren (Schöner/Stöber, Rn. 784; BeckOGK-BGB/Wall, 1.10.2020, § 2365 Rn. 28 m. w. N.).

Die Beweiskraft des Erbscheins entfällt, wenn er gem. § 2361 BGB eingezogen oder für kraftlos erklärt wurde (Schöner/Stöber, Rn. 781). In der vorliegenden Entscheidung beschäftigt der BGH sich mit der Frage, ob mit einem eingezogenen Erbschein unter bestimmten Umständen dennoch der Nachweis der Erbfolge gem. § 35 Abs. 1 GBO geführt werden kann.

Im zugrundeliegenden Sachverhalt war zugunsten des Erblassers eine Grundschuld im Grundbuch eingetragen. Der Erblasser war ausweislich des verfahrensgegenständlichen Erbscheins von seiner Ehefrau beerbt worden und es war Testamentsvollstreckung angeordnet. Nachdem die Ehefrau ebenfalls verstorben war, wurde der Erbschein eingezogen, weil er infolge des Todes der Ehefrau im Hinblick auf die Testamentsvollstreckung unrichtig geworden war.

Die Erben der Ehefrau wollten nunmehr die zugunsten des Erblassers eingetragene Grundschuld löschen lassen. Als Nachweis der Erbfolge nach dem Erblasser legten sie eine Kopie des mittlerweile eingezogenen Erbscheins vor. Das Grundbuchamt erließ eine Zwischenverfügung mit dem Inhalt, dass ein Erbnachweis nach dem Erblasser erforderlich sei. Die hiergegen gerichtete Beschwerde wies das OLG Düsseldorf zurück. Die Erben legten Rechtsbeschwerde ein und argumentierten, dass der Erbschein lediglich deswegen eingezogen worden sei, weil er hinsichtlich der Testamentsvollstreckung unrichtig geworden sei. Die Alleinerbenstellung der Ehefrau könne dagegen auch noch mit dem eingezogenen Erbschein nachgewiesen werden.

### Entscheidung

Die Argumentation der Antragsteller hat der BGH unter dem Verweis auf das formalisierte Grundbuchverfahren zurückgewiesen. Die funktionelle Aufgabenverteilung zwischen Nachlassgericht und Grundbuchamt bedeute, dass das Grundbuchamt die inhaltliche Richtigkeit eines Erbscheins nicht prüfe. Daher habe es auch nicht zu prüfen, warum ein eingezogener Erbschein eingezogen wurde und ob er im Übrigen richtig sei. Der Grund für die Einziehung sei im Grundbuchverfahren ohne Bedeutung. Mit einem eingezogenen Erbschein könne der Nachweis der Erbfolge gemäß § 35 Abs. 1 GBO dementsprechend nicht geführt werden.

Die Antragsteller könnten sich auch nicht die Entscheidung des OLG München (FamRZ 2014, 2027) berufen. Sollte diese Entscheidung so zu verstehen sein, dass ein dem Vorerben erteilter, nach dessen Ableben eingezogener Erbschein im Grundbuchverfahren über den Berichtigungsantrag des Nacherben herangezogen werden kann, wäre dies nicht richtig. Dies folge zum einen aus der erwähnten funktionellen Aufgabenverteilung zwischen Nachlassgericht und Grundbuchamt. Zum anderen seien die Angaben über die Nacherbfolge in dem Vorerben erteilten Erbschein nur für die Verfügungsbefugnis des Vorerben von Bedeutung und daher zur bindenden Feststellung des Nacherben nicht geeignet.

---

### UmwG §§ 120, 152

#### **Verschmelzung auf den Alleingesellschafter; Überschuldung des Alleingeschafters; Erklärung gegenüber dem Registergericht**

#### **Bei einer Verschmelzung des Vermögens einer Kapitalgesellschaft auf ihren Alleingeschafter ist eine Erklärung, wonach die Verbindlichkeiten des Ge-**

#### **sellschafters sein Vermögen nicht übersteigen, nicht erforderlich.**

#### **(Leitsatz der DNotI-Redaktion)**

OLG Hamm, Beschl. v. 3.11.2020 – 27 W 98/20

### Problem

Das Vermögen einer Kapitalgesellschaft (die genaue Rechtsform ist dem Beschluss nicht zu entnehmen) wurde auf ihren Alleingeschafter verschmolzen. Das Registergericht forderte eine Erklärung des Gesellschafters dahingehend, dass seine Verbindlichkeiten sein Vermögen nicht übersteigen – er also nicht „überschuldet“ sei.

In der Literatur wird teilweise befürwortet, den Rechtsgedanken des § 152 S. 2 UmwG auch auf die Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf ihren Alleingeschafter zu übertragen. Die Gläubiger der Kapitalgesellschaft seien ansonsten gefährdet, weil das Vermögen der Gesellschaft nunmehr auch dem unmittelbaren Zugriff der Gläubiger des Gesellschafters unterliege (so bspw. Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz, 4. Aufl. 2017, § 120 Rn. 26; a. A. Widmann/Mayer/Heckschen, Stand: April 2011, § 120 UmwG Rn. 8.17.1.; BeckOGK-UmwG/Leitzen, Stand: 1.10.2020, § 120 Rn. 24 jeweils m. w. N.).

### Entscheidung

Dieser Auffassung folgt das OLG Hamm nicht. Es schließt sich vielmehr der h. M. an, wonach eine solche Erklärung nicht erforderlich ist. Der Gesetzgeber habe den wirtschaftlichen Zustand des Zielrechtsträgers – anders als beim Fall der Ausgliederung vom Einzelunternehmen gemäß § 154 UmwG – gerade nicht dem Handelsregister zur Prüfung übertragen. Die ausdrückliche Regelung in § 152 S. 2 UmwG zeige vielmehr, dass der Gesetzgeber eine derartige Erklärung in Verschmelzungsfällen für entbehrlich hielt. Mangels einer unbewussten Regelungslücke verbiete sich eine entsprechende analoge Anwendung. Der Alleingeschafter als natürliche Person sei zudem nicht Adressat des Überschuldungstatbestandes. Soweit er sich nicht durch ein Restschuldbefreiungsverfahren entschulde, hafte er mit seinem persönlichen Vermögen unbeschränkt.

Im Einzelfall könne eine Verschmelzung zwar gemäß § 138 BGB sittenwidrig sein (bspw. wenn die Verschmelzung auf eine Gläubigerbenachteiligung abzielt, vgl. dazu Widmann/Mayer/Heckschen, Stand: April 2011, § 120 UmwG Rn. 8.17.1). Selbst wenn man das annähme, unterliege allerdings diese materiell-rechtliche Frage nicht der Prüfungskompetenz des Registergerichts.

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](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Johannes Scheller

**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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 462, 883; GBO § 22 – Wiederkaufsrecht; Beginn der Ausübungsfrist bei aufschiebend befristetem Wiederkaufsrecht; Löschung einer Auflassungsvormerkung durch Unrichtigkeitsnachweis

BGB § 2289 – Erbvertrag; abweichendes späteres Testament; Ausschlagung der vertragsmäßigen Erbeinsetzung

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

GrEStG §§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 2 Abs. 1; BGB §§ 94, 95 – Grunderwerbsteuer bei Verkauf eines Grundstücks samt Aufwuchs (hier: Weihnachtsbaumkulturen)

#### Aktuelles

#### Literaturhinweis

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB §§ 462, 883; GBO § 22

#### Wiederkaufsrecht; Beginn der Ausübungsfrist bei aufschiebend befristetem Wiederkaufsrecht; Löschung einer Auflassungsvormerkung durch Unrichtigkeitsnachweis

##### I. Sachverhalt

Im Grundbuch ist in Abt. II eine Vormerkung zur Sicherung eines Wiederkaufsrechts für den (damaligen) Verkäufer oder seine Rechtsnachfolger eingetragen. Die Ausübung des Wiederkaufsrechts ist vor Ablauf von 25 Jahren, gerechnet ab dem 12.4.1975, nur möglich, wenn das Grundstück nicht in einer bestimmten Weise genutzt wird, nach Ablauf von 25 Jahren kann das Wiederkaufsrecht ohne weitere Bedingung ausgeübt werden. Die Zweckbestimmung hat sich nicht geändert.

Der jetzige Eigentümer hat die Grundstücke verkauft und die Löschung des Rechts von dem Erben des Vormerkungsberechtigten verlangt. Die Erben weigern sich und gehen davon aus, dass das Wiederkaufsrecht noch ausgeübt werden könne.

Es soll nun unter Berufung auf § 462 S. 1 BGB ein Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs wegen Unrichtigkeit gestellt werden mit der Begründung, dass der Anspruch auf Übertragung verfristet und daher die Vormerkung zu löschen sei.

##### II. Fragen

1. Wann verfristet eine Wiederkaufsrecht, wenn die Ausübung erst nach Ablauf von 25 Jahren erstmals (bedingungslos) möglich ist?

2. Kann nach Verstreichen der Frist die Vormerkung mittels Unrichtigkeitsnachweises gem. § 22 GBO gelöscht werden?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Ausschlussfrist des § 462 BGB

Nach § 462 S. 1 BGB kann das Wiederkaufsrecht bei Grundstücken nur bis zum Ablauf von 30 Jahren **nach der Vereinbarung des Vorbehalts** ausgeübt werden. Nach der ausdrücklichen Regelung des § 462 S. 2 BGB kann anstelle der gesetzlichen Frist eine andere Frist bestimmt werden. Hiermit ist sowohl eine **kürzere als auch eine längere als die 30-jährige Frist** gemeint (BGH NJW 1967, 1605, 1607; BeckOGK-BGB/Daum, Std.: 1.10.2020, § 462 Rn. 10). Der Zweck der Vorschrift des § 462 BGB besteht darin, die Möglichkeit einer Rückübereignung der Sache mit den durch sie ausgelösten Wert- und Verwendungsersatzansprüchen, Beseitigungspflichten und Wegnahmerechten nicht zu lange in der Schwebe zu lassen (vgl. Klühs, ZfIR 2010, 265, 266).

Durch vertragliche Vereinbarung kann aber **auch der Beginn der gesetzlichen Frist abweichend von § 462 S. 1 BGB auf einen anderen Zeitpunkt verschoben werden** (BeckOK-BGB/Faust, Std.: 1.11.2020, § 462 Rn. 3; BeckOGK-BGB/Daum, § 462 Rn. 13; Klühs, ZfIR 2010, 265, 266 f.). Insbesondere für den Fall des aufschiebend **befristeten** Wiederkaufsrechts entspricht es der h. M., dass der Zeitpunkt eines **gewiss eintretenden künftigen Ereignisses** sogar ohne (ausdrückliche) Vereinbarung regelmäßig **erst den Beginn der 30-Jahres-Frist bestimmt** (BGH NJW-RR 2011, 1582 Rz. 10; BayObLG DNotZ 1970, 150, 152; OLG Hamburg MDR 1982, 668, 669 BeckOGK-BGB/Daum, § 462 Rn. 13; Klühs, ZfIR 2010, 265, 266 f.).

Der Fristbeginn kann nach h. M. auch – als aufschiebende **Bedingung** – an ein **zeitlich ungewisses Ereignis** anknüpfen, etwa den Tod einer natürlichen Person oder den Bestand einer juristischen Person (vgl. BayObLG MDR 1970, 139, 140 ; OLG Hamburg MDR 1982, 668; OLG Schleswig NJW-RR 1999, 283, 284; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1609; Soergel/Wertenbruch, § 462 Rn. 3). Ist allerdings ungewiss, ob die Bedingung eintritt, so muss nach h. M. **ein fester Endtermin vereinbart** werden (ganz h. M. vgl. nur OLG Schleswig OLGR 2000, 157; Palandt/Weidenkaff, BGB, 80. Aufl. 2021, § 462 Rn. 4; Staudinger/Schermaier, BGB, 2013, § 462 Rn. 2; RGRK-BGB/Metzger, 2. Aufl. 1978, § 503 Rn. 1). Andernfalls gelte die gesetzliche Fristbestimmung des § 462 S. 1 BGB, sodass das Wiederkaufsrecht erlischt, wenn innerhalb der Frist die Bestimmung nicht

eingetreten ist (OLG Schleswig OLGR 2000, 157; OLG Düsseldorf Rpfleger 1986, 255, 256; Hertel, in: Lambert-Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, 2. Aufl. 2005, Teil 2 Rn. 695; Soergel/Wertenbruch, § 462 Rn. 4; a. A. Heinzmann, BWNotZ 2003, 159: ergänzende Vertragsauslegung; differenzierend Klühs, ZfIR 2010, 265, 267).

Die sich danach ergebende Frist kann sich durch eine sog. Ausübungs- oder Entschließungsfrist bei Eintritt des Wiederkaufsfalles noch verlängern. Ist eine Ausübungsfrist nicht vereinbart, wird dem Wiederkaufsberechtigten je nach Auffassung „eine angemessene Frist“ oder gar die Frist „bis zur Grenze der unzulässigen Rechtsausübung“ eingeräumt (vgl. zum Problem der Ausübungsfrist die Ausführungen von Klühs, ZfIR 2010, 265, 269 f.). In der Literatur wird vertreten, dass eine **sehr lange Frist im Einzelfall nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam** sein kann (vgl. Staudinger/Schermaier, § 462 Rn. 1; Erman/Grunewald, BGB, 16. Aufl. 2020, § 462 Rn. 2; vgl. auch Gutachten DNotI-Report 2001, 61). Dies wird man sicherlich **nicht für jeden Fall der Überschreitung der 30-jährigen Ausübungsfrist** des § 462 Abs. 1 BGB annehmen können (so aber Erman/Grunewald, § 462 Rn. 2; großzügiger OLG Hamburg MDR 1972, 668; Hertel, Teil 2 Rn. 695; Klühs, ZfIR 2010, 265, 266). Vielmehr wird es hierfür entscheidend darauf ankommen, ob die vereinbarte Frist wegen ihrer Besonderheiten länger einen **praktisch nicht mehr überschaubaren Schwebezustand** schafft, wobei auch die im Einzelfall zu der Vereinbarung einer langen Frist führenden Motive der Parteien zu berücksichtigen sind (Klühs, ZfIR 2010, 265, 266; vgl. auch MünchKommBGB/Westermann, 8. Aufl. 2019, § 462 Rn. 1).

#### 2. Vorliegender Fall

Der vorliegende Fall ähnelt der Konstellation, die der BGH in seinem Urteil MittBayNot 2012, 123 zu entscheiden hatte. Dort war im Ursprungskaufvertrag ein Wiederkaufsrecht des Verkäufers vereinbart, welches bis zum 31.12.2027 nur unter näher bestimmten Voraussetzungen, in der Zeit vom 1.1.2028 bis zum 31.12.2028 jedoch unbedingt ausgeübt werden konnte.

Der Sache nach handelt es sich sowohl im vom BGH entschiedenen als auch im vorliegenden Fall um eine Kombination von **aufschiebend bedingtem** (etwaig zweckwidrige Nutzung des Grundstücks) und **aufschiebend befristetem** (freie Ausübung nach Ablauf von 25 Jahren, gerechnet ab dem 12.4.1975) Wiederkaufsrecht.

#### a) Aufschiebende Bedingung

Enthält, wie nach dem mitgeteilten Sachverhalt zu ver-

muten ist, die Vereinbarung des aufschiebend bedingten Wiederkaufsrechts **keine ausdrückliche Regelung über einen festen Endtermin**, so dürfte – vorbehaltlich eines anderen Auslegungsergebnisses – mit der oben dargestellten h. M. von einem Fristbeginn nicht mit Bedingungseintritt, sondern mit Vereinbarung des Wiederkaufsrechts auszugehen sein. Ist weiter keine vom Gesetz abweichende – längere – Ausübungsfrist i. S. v. § 462 S. 2 BGB vereinbart, so gilt insoweit die 30-jährige Frist des § 462 S. 1 BGB, sodass der aufschiebend bedingte Teil des Wiederkaufsrechts nach 30 Jahren, gerechnet ab Vertragsschluss, erloschen sein dürfte (genauer zum Fristbeginn beim aufschiebend bedingten Wiederkaufsrecht Klühs, ZfIR 2010, 265, 266 f.).

### b) Aufschiebende Befristung

Anders dürfte sich die Rechtslage hinsichtlich des aufschiebend befristeten Wiederkaufsrechts darstellen, also dem freien Wiederkaufsrecht, das frühestens ab dem 12.4.2000 ausgeübt werden konnte.

Zwar fehlen auch insoweit nach dem mitgeteilten Sachverhalt ausdrückliche Vereinbarungen zu Beginn und Dauer der Ausübungsfrist. Anders als bei den aufschiebend bedingten Rechten steht, wie unter 1. oben dargestellt, die h. M. hier jedoch auf dem Standpunkt, dass die **Ausübungsfrist – auch wenn dies nicht ausdrücklich vereinbart worden sein sollte – regelmäßig erst mit dem Eintritt des künftigen Ereignisses beginnt**. Da auch hinsichtlich des aufschiebend befristeten Wiederkaufsrechts keine konkrete Dauer der Ausübungsfrist vereinbart worden ist (insofern unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt von BGH MittBayNot 2012, 123), dürfte insoweit abermals § 462 S. 1 BGB zur Anwendung gelangen, sodass dieses **Wiederkaufsrecht erst im Jahr 2030 erlöschen dürfte**.

Entsprechendes hat auch der BGH (NJW-RR 2011, 1582 Rn. 8 ff.) zu einem Wiederkaufsrecht entschieden, das in einem Kaufvertrag aus dem Jahr 1925 vereinbart wurde und das – ohne Vereinbarung eines festen Endtermins – erstmals ab dem 1.4.2024 ausgeübt werden konnte. Der BGH führt insoweit aus:

„1. a) Zu Recht nimmt das BerGer. an, dass das im Jahr 1925 vereinbarte Wiederkaufsrecht wirksam ist, so dass die zu Gunsten der Bekl. eingetragene Rückkauflassungsvormerkung im Zeitpunkt der Ablösevereinbarung nicht erloschen war.

aa) Dass das Wiederkaufsrecht über die in § 462 S. 1 BGB (§ 503 BGB a. F.) genannte Höchstfrist von 30 Jahren hinaus ausgeübt werden konnte, steht seiner Wirksamkeit nicht entgegen. Diese Frist begrenzt die Ausübung eines

Wiederkaufsrechts nur in Fällen, in denen eine Frist nicht vereinbart worden ist. Sie hindert die Vertragsparteien nicht, längere Ausübungsfristen festzulegen (Senat, BGHZ 47, 387 [392] = NJW 1967, 1605) diese treten dann an die Stelle der gesetzlichen Frist (§ 462 S. 2 BGB).

*Eine solche, die gesetzliche Regelung verdrängende Ausübungsfrist ist hier vereinbart worden. Zwar sieht der Kaufvertrag von 1925 für die Ausübung des Wiederkaufsrechts nur ein Anfangsdatum (1. 4. 2024), nicht aber – abgesehen von der Möglichkeit, nach dem 1. 4. 2027 eine schriftliche Anfrage an die Bekl. zu richten und die Ausübungsfrist dadurch auf ein Jahr zu verkürzen – ein Enddatum vor. Entgegen der Auffassung der Revision folgt daraus aber nicht, dass mangels Befristung des Wiederkaufsrechts die gesetzliche Regelung Platz greift und das Wiederkaufsrecht deshalb nur bis zum Jahr 1955 hätte ausgeübt werden können. Eine andere als die gesetzliche Ausübungsfrist ist nämlich auch dann vereinbart, wenn – wie hier – der Zeitpunkt, zu dem das Wiederkaufsrecht erstmals ausgeübt werden kann, abweichend von § 462 BGB festgelegt worden ist. Fehlt es in einem solchen Fall an einem Endtermin, beginnt die in § 462 BGB bestimmte 30-jährige Frist erst zu dem Zeitpunkt, zu dem das Wiederkaufsrecht vereinbarungsgemäß erstmals ausgeübt werden kann (vgl. OLG Hamburg, MDR 1982, 668 = BeckRS 1981, 31179895; OLG Schleswig, OLG-Report 2000, 157 [158]; Staudinger/Mader, BGB, 2004, § 462 Rdnr. 4; Westermann, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl., § 462 Rdnr. 2).“*

(BGH NJW-RR 2011, 1582 Rz. 8 ff., Hervorhebung durch das DNotI)

Auch die Tatsache, dass ein Wiederkaufsrecht damit (vorliegend) nach knapp 55 Jahren noch ausgeübt werden kann, führt für sich betrachtet noch nicht zu dessen Unwirksamkeit, weder als Verstoß gegen die Wertung des § 462 S. 1 BGB noch als Verstoß gegen § 138 BGB (vgl. BGH NJW-RR 2011, 1582 Rz. 8 ff.; BGH MittBayNot 2012, 123 ff.). Anderes könnte aber dann gelten, wenn die Vereinbarung an §§ 307 ff. BGB zu messen wäre.

### 3. Kein Unrichtigkeitsnachweis gem. § 22 GBO

Sollte – entgegen der hier vertretenen Ansicht – das Wiederkaufsrecht aufgrund Fristablaufs erloschen sein, weil man bspw. durch Vertragsauslegung zu einem anderen Ergebnis gekommen ist, wäre damit ggf. auch die **streng akzessorische Vormerkung** untergegangen. Dies setzt allerdings weiter voraus, dass das Wiederkaufsrecht nicht innerhalb der Ausübungsfrist tatsächlich ausgeübt worden ist, da die Vormerkung den

bedingten Rückübertragungsanspruch sichert. Nur in diesem Fall stünde dem Eigentümer ein Grundbuchberichtigungsanspruch gegen den Vormerkungsberechtigten gem. § 894 BGB zu.

Unabhängig davon könnte die Löschung der Vormerkung – theoretisch – auch mittels **Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 GBO** erfolgen. Nach allgemeiner Meinung sind hierbei an die Führung des Unrichtigkeitsnachweises aber strenge Anforderungen zu stellen. Ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit genügt nicht. Der Antragsteller muss für die Löschung einer Vormerkung im Wege der Berichtigung in der **Form des § 29 GBO** nachweisen, dass jede Möglichkeit des **Bestehens oder Entstehens des zu sichernden Anspruchs ausgeschlossen** ist (BayObLG MittBayNot 1997, 100).

Vorliegend könnte das Grundbuchamt ein Erlöschen des Wiederkaufsrechts nicht allein anhand der Vereinbarung aus dem Jahr 1975 feststellen. Offen bleibt nämlich – jedenfalls in der Form des § 29 GBO –, ob der vormerkungsgesicherte Erfüllungsanspruch aus § 457 BGB (§ 462 BGB gilt für diesen nicht, vgl. Palandt/Weidenkaff, § 462 Rn. 4) durch **fristgerechte Ausübung des Wiederkaufsrechts** entstanden ist. Das LG München I hilft für diese Fälle zwar insofern, als es nach den Grundsätzen der allgemeinen Lebenserfahrung annimmt, dass der Erfüllungsanspruch des § 457 BGB im Falle der Ausübung des Wiederkaufsrechts innerhalb der Frist des § 462 BGB, spätestens jedoch eine angemessene Zeit danach, verfolgt wird. Werde eine entsprechende Verfolgung des Anspruchs innerhalb von 64 Jahren seit Begründung des Rückübertragungsrechts (bzw. 44 Jahre nach Ende der Ausübungsfrist) nicht bekannt, könne von einer Anspruchsvernichtung durch Nichtgeltendmachung (Verwirkung gem. § 242 BGB) ausgegangen werden (LG München I MittBayNot 1988, 43).

Unabhängig davon, dass die zeitlichen Dimensionen, die das LG München I von einer Anspruchsvernichtung durch Nichtgeltendmachung ausgingen ließen, hier schon nicht vorliegen, ist die Tragfähigkeit der Rechtsprechung des LG München I zweifelhaft. Denn die für den Untergang eines Anspruchs erforderlichen Zeit- und Umstandsmomente sind weder aus der zitierten Entscheidung noch aus dem hier mitgeteilten Sachverhalt ersichtlich. Ein bloßer Zeitablauf reicht für das Rechtsinstitut der Verwirkung grundsätzlich nicht aus (BeckOGK-BGB/Kähler, Std.: 15.7.2020, § 242 Rn. 1645). Zu berücksichtigen ist *nach unserer Auffassung* insoweit insbesondere, dass alleine die Verjährung des zu sichernden Eigentumsverschaffungsanspruchs nicht automatisch zu einer Gegenstandslosigkeit nach §§ 87, 84 GBO führt, da die Sicherungsfunktion der

Vormerkung **nicht allein durch den Eintritt der Verjährung** entfällt (vgl. auch OLG Köln Rpfleger 1986, 374), vgl. § 886 BGB.

---

## BGB § 2289

### Erbvertrag; abweichendes späteres Testament; Ausschlagung der vertragsmäßigen Erbeinsetzung

---

#### I. Sachverhalt

Der Erblasser E hat zunächst einen Erbvertrag errichtet, in dem er die T (die Tochter der zum Zeitpunkt des Todes des E bereits vorverstorbenen Ehefrau) zur Alleinerbin eingesetzt hat. Eine ausdrückliche Anordnung einer Ersatzerbfolge hat E in dem Erbvertrag nicht vorgenommen.

In einem späteren eigenhändigen Testament hat E seine Lebensgefährtin F zu seiner Alleinerbin bestimmt.

T hat die Erbschaft nach dem E wirksam durch Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht ausgeschlagen. F will nun einen Erbschein beantragen, der sie als Alleinerbin ausweist.

#### II. Frage

Unterstellt, T habe keine Abkömmlinge: Ist die Erbeinsetzung der F im späteren Testament gem. § 2289 BGB unwirksam, oder steht der Erbvertrag dem Testament nicht mehr entgegen, da infolge der Ausschlagung der einzigen Vertragserbin diese durch das spätere Testament nicht mehr beeinträchtigt ist?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Erbvertrag und Bindung

Der Abschluss eines Erbvertrages bewirkt, dass der Erblasser mit Vertragsabschluss an die hierin von ihm getroffenen vertragsmäßigen Verfügungen i. S. v. § 2278 BGB **erbrechtlich gebunden** ist. Dies betrifft im vorliegenden Fall die Erbeinsetzung der Tochter der vorverstorbenen Ehefrau (T).

##### 2. Wirkung auf spätere Verfügungen von Todes wegen

Die erbrechtliche Bindung wirkt sich dahingehend aus, dass eine neue letztwillige Verfügung, die der Erblasser nach Abschluss des Erbvertrages errichtet, **gem. § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam** ist, soweit hierdurch das Recht des vertragsmäßig Bedachten **beeinträchtigt** ist. Eine Beeinträchtigung des Rechts des Bedachten liegt nach h. M. vor, wenn die anderweitige Verfügung die vertragsmäßige Zuwendung mindern, beschränken, belasten oder gegenstandslos machen würde (vgl.

OLG Hamm OLGZ 74, 378; Palandt/Weidlich, BGB, 80. Aufl. 2021, § 2289 Rn. 2). Eine Beeinträchtigung liegt beispielsweise in der Auswechslung des Vertrags-erben, in der nachträglichen Einsetzung von Miterben, in der Zurückstufung des Vertragserben zum Vorerben oder Nacherben oder in seiner späteren Beschwerung mit Vermächtnissen oder Auflagen (vgl. BeckOGK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.10.2020, § 2289 Rn. 54 ff.).

Dabei kommt es für die Frage der Beeinträchtigung auf den **Zeitpunkt des Erbfalls, nicht auf den der Errichtung der Verfügung** an (vgl. BeckOGK-BGB/Müller-Engels, § 2289 Rn. 43). Daraus folgt, dass eine spätere Verfügung wirksam werden kann, wenn die vorrangige, erbrechtlich bindende Verfügung bis zum Eintritt des Erbfalls **unwirksam oder gegenstandslos geworden** ist (BeckOGK-BGB/Müller-Engels, § 2289 Rn. 43).

Um also eine Bindungswirkung zu entfalten und späteren Verfügungen von Todes wegen in ihrer Wirksamkeit entgegenzustehen, muss der **Erbvertrag zum Zeitpunkt des Erbfalls noch wirksam sein** (vgl. auch Burandt, in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 2289 BGB Rn. 12). Insoweit führen beispielsweise *J. Mayer/Röhl* (in: Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, 7. Aufl. 2020, § 2289 Rn. 27) Folgendes aus:

*„Die spätere Verfügung von Todes wegen ist also trotz der Kollision mit dem Erbvertrag wirksam, wenn dieser oder die in Frage stehende vertragsmäßige frühere Verfügung nichtig oder erfolgreich angefochten ist, wenn sie durch Aufhebung oder Rücktritt beseitigt oder wenn sie wegen Vorablebens des Bedachten, Ausschlagung, Erbverzichts oder Erbunwürdigkeit oder Eingreifens einer Verwirkungsklausel gegenstandslos ist, ohne dass eine Ersatzberufung oder Anwachsung eingreift.“*

### 3. Ergebnis

Da im vorliegenden Fall keine Ersatzberufung oder Anwachsung eingreift, ist die vertragsmäßige Erbeinsetzung der T infolge ihrer wirksamen **Ausschlagung, die gem. § 1953 Abs. 2 BGB auf den Erbfall zurückwirkt, gegenstandslos** geworden und entfaltet **keine Bindungswirkung** mehr. Das später zugunsten der Lebensgefährtin F errichtete Testament hat damit nachträglich Wirksamkeit erlangt.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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 Abruf-Gutachten.

**BGB §§ 463, 469, 1094, 1098; ErbbauRG § 11  
Umfang der Mitteilung bei Kaufvertrag über ein Erbbaurecht; Fristbeginn bei zusätzlicher Übersendung auch des Erbbaurechtsvertrages**  
Abruf-Nr.:

**AktG §§ 133, 135  
Abgabe und Zugang von Stimmen in der Hauptversammlung; Stimmabgabe vor Eröffnung des Abstimmungsorgans**  
Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**GrEStG §§ 1 Abs. 1 Nr.2, 2 Abs. 1; BGB §§ 94, 95  
Grunderwerbsteuer bei Verkauf eines Grundstücks samt Aufwuchs (hier: Weihnachtsbaumkulturen)**

1. **Weihnachtsbaumkulturen sind keine wesentlichen Bestandteile eines Grundstücks.**
2. **Werden zusammen mit einem Grundstück dort eingepflanzte Weihnachtsbaumkulturen veräußert, so unterliegt der Kaufpreis bezüglich dieser Weihnachtsbaumkulturen nicht der Grunderwerbsteuer.**

(Leitsätze der DNotI-Redaktion).

FG Münster, Urt. v. 14.11.2019 – 8 K 168/19 GrE

### Problem

Der Kläger kaufte durch verschiedene notarielle Urkunden mehrere Grundstücke samt Aufwuchs. Der Aufwuchs bestand sämtlich aus „Weihnachtsbaumkulturen“. In den Kaufverträgen wurde der Kaufpreis für Grund und Boden sowie für den Aufwuchs separat ausgewiesen. Das Finanzamt setzte Grunderwerbsteuer für den gesamten Kaufpreis, also sowohl für den auf Grund und Boden entfallenden Kaufpreisanteil als auch für den auf den Aufwuchs entfallenden Kaufpreisanteil, fest.

Der Kläger ist der Auffassung, dass die Weihnachtsbaumkulturen nicht zur Bemessungsgrundlage gehören, da sie lediglich für einen vorübergehenden Zeitraum gepflanzt seien. Das Finanzamt ist der Auffassung, aufgrund der festen Verwurzelung mit dem Grundstück sei auf den gesamten Kaufpreis Grunderwerbsteuer festzusetzen.

### Entscheidung

Das Finanzgericht gab dem Kläger recht. § 2 Abs. 1 GrEStG lege fest, dass Grundstücke im Sinne des Grunderwerbsteuergesetzes solche im Sinne des bürgerlichen Rechts seien. Es komme deshalb darauf an, ob die Weihnachtsbaumkulturen wesentlicher Bestandteil des Grundstücks im Sinne der §§ 94, 95 BGB seien.

Nach Auffassung des Gerichts ist dies nicht der Fall. Zwar lägen mit dem Aussäen oder mit dem Einpflanzen der Weihnachtsbäume grundsätzlich die Voraussetzungen des § 94 Abs. 1 S. 2 BGB vor, der festlege, dass Samen mit dem Aussäen und eine Pflanze mit dem Einpflanzen wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks werden. Die Bäume seien aber nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grundstück verbunden, sodass sie gemäß § 95 Abs. 1 S. 1 BGB nicht zu wesentlichen Bestandteilen würden. Eine Sache sei dann nur zu einem vorübergehenden Zweck verbunden, wenn die Verbindung zeitlich begrenzt sei, wobei das Ende auch erst nach Jahren oder nach Jahrzehnten eintreten könne. Deswegen seien auch bspw. Baumbestände in Baumschulen oder allein zur Holzproduktion gepflanzte Bäume keine wesentlichen Grundstücksbestandteile (mit Verweis auf BGH, Urt. v. 4.11.2010 – III ZR 45/10, NJW 2011, 852 Rz. 15).

Zuletzt prüfte das Gericht, ob die Zuordnung der Einzelpreise angemessen sei und steuerlich unter dem Gesichtspunkt des Gestaltungsmissbrauchs anerkannt werden könne. Im Ergebnis sah das Gericht keine Anhaltspunkte für eine unangemessene Aufteilung des Kaufpreises.

## Aktuelles

### **Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser tritt am 23.12.2020 in Kraft**

Das Gesetz über die Verteilung der Maklerkosten bei der Vermittlung von Kaufverträgen über Wohnungen und Einfamilienhäuser (BGBl. I, vom 23.6.2020, S. 1245) gilt gemäß Art. 229 § 53 EGBGB für Maklerverträge, die ab dem **23. Dezember 2020** geschlossen werden. Bei Beurkundung von Maklerklauseln ist also ab diesem Zeitpunkt ggf. zu prüfen, ob der Maklervertrag vor oder nach dem Stichtag geschlossen wurde. Dann gilt unter

anderem ein Formerfordernis (Textform) für den Maklervertrag, der sich auf den Abschluss eines Kaufvertrags über eine Wohnung oder ein Einfamilienhaus bezieht (§ 656a BGB n.F.). Zudem ist bzgl. des Lohnanspruchs bei Tätigkeit für beide Parteien nur eine Verteilung in gleicher Höhe zulässig. Wird der Makler für eine Partei unentgeltlich tätig, kann er sich auch von der anderen Partei keinen Maklerlohn versprechen lassen (§ 656c BGB n. F.). Eine Abwälzung der Maklerkosten auf die andere Vertragspartei ist nur möglich, wenn die Partei, die den Maklervertrag abgeschlossen hat, zur Zahlung des Maklerlohns mindestens in gleicher Höhe verpflichtet bleibt (§ 656d BGB n. F.).

Eine ausführliche Zusammenfassung der Neuregelung findet sich u. a. bei Meier, ZfIR 2020, 765, sowie im Rundschreiben der BNotK 05/2020 vom 4.12.2020.



Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter **[www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)**

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

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

E-Mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)      Internet: [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de)

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notar a. D. Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessor Matthias Miller

**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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit