

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

25. Jahrgang  
April 2017  
ISSN 1434-3460

8/2017

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

InsO §§ 119, 133, 134, 140; AnfG §§ 3, 4, 7, 8 – Entschädigungsloses Rückforderungsrecht in Überlassungsvertrag; Anfechtung nach InsO oder AnfG; Beginn der Anfechtungsfrist; gesonderte Anfechtung der Erfüllung des Anspruchs auf entschädigungslose Rückübertragung; Unwirksamkeit entschädigungsloser Rückforderungsrechte nach § 119 InsO; Lösungsklausel

BGB § 1365; WEG §§ 8, 3 – Aufteilung eines Grundstücks durch einen Ehegatten, der im gesetzlichen Güterstand verheiratet ist; Erfordernis der Zustimmung gem. § 1365 BGB

### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

AEUV Art. 56; EWGRL 77/249 Art. 1 – Notarvorbehalt für Unterschriftenbeglaubigungen europarechtskonform

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**InsO §§ 119, 133, 134, 140; AnfG §§ 3, 4, 7, 8 – Entschädigungsloses Rückforderungsrecht in Überlassungsvertrag; Anfechtung nach InsO oder AnfG; Beginn der Anfechtungsfrist; gesonderte Anfechtung der Erfüllung des Anspruchs auf entschädigungslose Rückübertragung; Unwirksamkeit entschädigungsloser Rückforderungsrechte nach § 119 InsO; Lösungsklausel**

### I. Sachverhalt

Im Dezember 1995 wurde durch einen notariellen Überlassungsvertrag Grundbesitz von den Eltern auf ihren Sohn übertragen. Die Eltern behielten sich ein Rückforderungsrecht u. a. für den Fall vor, dass über das Vermögen des Erwerbers ein Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet wird oder die Zwangsversteigerung in den übertragenen Grundbesitz eingeleitet und die Maßnahme nicht innerhalb von drei Monaten nach ihrem Beginn wieder aufgehoben wird. Laut Vertrag sind bei der Rückübertragung Verwendungen nicht zu erstatten, die der Erwerber auf den erworbenen Grundbesitz gemacht

hat. Das Rückforderungsrecht ist durch eine Vormerkung gesichert, die am 28.5.1996 eingetragen wurde. Im Jahr 2016, möglicherweise nach dem 28.5.2016, wurde das Privatinsolvenzverfahren über das Vermögen des Erwerbers eröffnet. Am 12.8.2016 wurde die Anordnung der Zwangsversteigerung in das Grundbuch eingetragen. Bereits am 24.6.2015 war eine Zwangssicherungshypothek für den die Zwangsversteigerung betreibenden Gläubiger eingetragen worden.

### II. Fragen

1. Kann das Rückforderungsrecht noch nach der Insolvenzordnung oder dem Anfechtungsgesetz angefochten werden?
2. Wann beginnt die Zehnjahresfrist gem. § 133 InsO bzw. § 3 AnfG bei einem durch Vormerkung gesicherten Rückforderungsrecht zu laufen?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Anfechtbarkeit des entschädigungslosen Rückforderungsrechts und der Vormerkung nach InsO/ AnfG

##### a) Allgemeines

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich mit entschädigungslosen Rückforderungsrechten, die für den Fall der Insolvenz des Erwerbers in einem Überlassungsvertrag vereinbart sind, vorrangig unter dem Gesichtspunkt der **Anfechtbarkeit wegen vorsätzlicher Gläu-**

**bigerbenbeteiligung gem. § 133 Abs. 1 InsO** befasst. Daraus folgert die Literatur teilweise, dass Maßstab für die Beurteilung solcher Rückforderungsrechte nicht (mehr) die **Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB**, sondern allein die Anfechtbarkeit sei (so Reul, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2012, B Rn. 139 ff., zur Entwicklung der Rechtsprechung B Rn. 130 ff.). Andererseits hält man die Nichtigkeit gem. § 138 BGB zumindest dann für möglich, wenn der Erwerber mit Zustimmung des Veräußerers in den erworbenen Grundbesitz investiert und dadurch nachweislich eine Werterhöhung herbeigeführt hat (so Amann, in: Schröder, Notarielle Gestaltungspraxis im Insolvenzrecht, 2008, S. 1, 9). Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kommt jedoch i. d. R. eine Vorsatzanfechtung gem. § 133 InsO und § 3 AnfG in Betracht, wenn die Rückforderung nachträglich vereinbart wurde oder wenn sie entschädigungslos verlangt werden kann und der Erwerber damit keinen Ausgleich für von ihm geleistete Aufwendungen und Verwendungen erhält. Von vornherein ausscheiden dürfte eine Vorsatzanfechtung allein dann, wenn das entschädigungslose Rückforderungsrecht zur Erreichung des Vertragszwecks geboten ist. Das wird bei Überlassungsverträgen aber zumeist nicht der Fall sein (Reul, B Rn. 150 f.), ohne dass es darauf ankommt, ob eine Anfechtung nach der InsO oder dem AnfG in Rede steht. Dem grundlegenden Urteil des BGH zu Rückforderungsrechten in Überlassungsverträgen vom 13.3.2008 lag ein Rückforderungsrecht zugrunde, das im Hinblick auf Insolvenz und Vermögensverfall des Erwerbers vereinbart und vom BGH einheitlichen Grundsätzen unterworfen wurde (DNotZ 2008, 518 f. Tz. 15).

Befasst hat sich der BGH zumeist nur mit der Anfechtbarkeit des (entschädigungslosen) Rückforderungsrechts. In Betracht kommt daneben aber die **gesonderte Anfechtung der Vormerkung**. Die Vormerkung ist als „Rechtshandlung“ i. S. v. § 129 Abs. 1 InsO und § 1 Abs. 1 AnfG eigenständig anfechtbar (s. Reul, B Rn. 162 und K Rn. 166).

### b) Fristbeginn bei der Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO/§ 3 AnfG

Für den Beginn der in § 133 InsO und § 3 AnfG vorgesehenen zehnjährigen Anfechtungsfrist ist zwischen der Anfechtung des entschädigungslosen Rückforderungsrechts und der Anfechtung der zur Absicherung eingetragenen Vormerkung zu unterscheiden. Rückforderungsrecht und Vormerkung können einer gesonderten Anfechtung nach InsO bzw. AnfG unterliegen. Denkbar ist dies insbesondere dann, wenn für das Rückforderungsrecht die Anfechtungsfrist bereits abgelaufen ist, für die Vormerkung dagegen noch nicht. Für den Beginn der Anfechtungsfrist stellen § 133 InsO und § 3 AnfG grundsätzlich auf den Zeitpunkt der **Vornahme der Rechtshandlung** ab, die angefochten werden soll. Nach § 140 Abs. 1 InsO bzw. § 8 Abs. 1 AnfG gilt eine Rechtshandlung als in dem Zeitpunkt vorgenommen, in dem ihre rechtlichen Wirkungen eintreten. Bei bedingten oder befristeten Rechtshandlungen bleibt nach § 140 Abs. 3 InsO und § 8 Abs. 3 AnfG der Eintritt der Bedingung oder des Termins außer Betracht.

#### aa) Rückforderungsrecht

Maßgeblich für den Beginn der Frist zur Anfechtung des entschädigungslosen Rückforderungsrechts ist nach § 140 Abs. 1 InsO/§ 8 Abs. 1 AnfG zunächst der **Zeitpunkt des Abschlusses des notariellen Überlassungsvertrages**, in dem sich der Veräußerer das entschädigungslose Rückfor-

derungsrecht vorbehalten hat (vgl. BGH DNotZ 2008, 518, 519 Tz. 16, wonach bei einem insolvenzbedingten Rückübertragungsanspruch nur der Übertragungsvertrag anfechtbar sein kann). Das Rückforderungsrecht entsteht als schuldrechtlicher Anspruch mit notarieller Beurkundung des Überlassungsvertrags, dessen Bestandteil es ist. Einer Eintragung im Grundbuch bedarf es nicht. Insbesondere entsteht das Rückforderungsrecht unabhängig von der Eintragung der Vormerkung, die zu seiner Absicherung bestellt wird. Auf die Geltendmachung des entschädigungslosen Rückforderungsrechts kommt es zunächst nicht an. Die früher vertretene Auffassung, ein Grundgeschäft könne trotz Fristablaufs stets zusammen mit dem Erfüllungsgeschäft angefochten werden, ist überholt (vgl. BGH NJW-RR 2007, 1275, 1277 Tz. 27; MünchKommInsO/Kayser, 3. Aufl. 2013, § 129 Rn. 57 f.).

Das im Rahmen eines Überlassungsvertrags regelmäßig nur unter bestimmten Voraussetzungen vorgesehene und insofern bedingte Rückforderungsrecht ändert gem. § 140 Abs. 3 InsO/§ 8 Abs. 3 AnfG den Zeitpunkt des Beginns der Anfechtungsfrist nicht. Allerdings hält man **§ 140 Abs. 3 InsO** teilweise für nicht anwendbar, wenn als **Bedingung der Eintritt der Insolvenz** vereinbart wird. Die Anfechtungsfrist soll dann erst mit Eintritt der Bedingung anlaufen (vgl. BAG NZI 2007, 58, 61; OLG Frankfurt NZI 2006, 241, 243; MünchKommInsO/Kirchhof, § 140 Rn. 52c; bzgl. der Anwendbarkeit von § 140 Abs. 3 InsO bei Übergabeverträgen mit insolvenzbedingtem Rückforderungsvorbehalt Mayer, in: Mayer/Geck, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 13 Rn. 63: „str.“). Zur Begründung wird auf den Regierungsentwurf zur Vorläufernform des § 140 Abs. 3 InsO verwiesen; diese nennt als Beispiele für die Anwendbarkeit nur „sachgerechte Verknüpfungen der Abtretung mit andersartigen Umständen“. Die Anerkennung des Insolvenzfalls als Bedingung i. S. v. § 140 Abs. 3 InsO ermöglicht es demgegenüber, jede Anfechtbarkeit gezielt zu vermeiden (MünchKommInsO/Kirchhof, § 140 Rn. 52c). Da Rückforderungsrechte in Überlassungsverträgen i. d. R. durch den Eintritt des Rückforderungsgrunds und das Rückübertragungsverlangen doppelt bedingt sind, würde der Lauf der Anfechtungsfrist regelmäßig erst dann beginnen, wenn beide Bedingungen eingetreten wären. Nach a. A. ist § 140 Abs. 3 InsO auch auf insolvenzbedingte Rechte anzuwenden. Die Unanfechtbarkeit insolvenzbedingter Rechte nach Ablauf der Anfechtungsfrist stelle keine Umgehung des Anfechtungsrechts dar, sondern sei gerade Ausdruck der gesetzgeberischen Konzeption (allg. Huhn/Bayer, ZIP 2003, 1965, 1967 ff.; zu Lösungsklauseln für den Insolvenzfall v. Wilmowsky, ZIP 2007, 553, 562 m. Fn. 31). Bei **vormerkungsgesicherten Rückforderungsrechten** hält ein Teil der Literatur die Kontroverse jedoch für letztlich irrelevant, denn die Anfechtungsfrist beginne nach § 140 Abs. 2 InsO jedenfalls mit Eintragung der das Rückerwerbsrecht sichernden Vormerkung im Grundbuch (so Reul, B Rn. 166; ihm folgend Mayer, § 13 Rn. 63). Diese Ansicht führt zur Begründung an, dass das schuldrechtliche und das dingliche Rechtsgeschäft jeweils selbstständig der Anfechtung unterliegen und dass deshalb die Eintragung der Vormerkung nach § 140 Abs. 2 S. 2 InsO auch wegen des dinglichen Rechtsgeschäfts sofort die Anfechtungsfrist in Gang setze (Reul, B Rn. 166). Zwingend erscheint das freilich nicht, da die Anfechtung des Rückforderungsrechts die schuldrechtliche Ebene betrifft, die Vorwirkung der Vormerkung nach dem Wortlaut von § 140 Abs. 2 S. 2 InsO hingegen auf registerlich einzutragende Rechte und damit auf die dingliche Ebene zielt.

Zumindest bei insolvenzbedingten Rückforderungsrechten in Überlassungsverträgen sprechen u. E. aber die besseren Gründe für eine **wortlautgetreue Anwendung des § 140 Abs. 3 InsO** und § 8 Abs. 3 AnfG. Die vorgenannten Entscheidungen des BAG und des OLG Frankfurt sind zu entgeltlichen Verträgen und nicht zu unentgeltlichen Überlassungsverträgen ergangen. Die Begründung für die Unanwendbarkeit von § 140 Abs. 3 InsO erschöpft sich in beiden Entscheidungen in einer Bezugnahme auf die oben zitierte Kommentierung von *Kirchhof* im Münchener Kommentar zur InsO (§ 140 Rn. 52c) sowie die Kommentierung von *Kreft* im Heidelberger Kommentar zur InsO (3. Aufl. 2003, § 140 Rn. 13). *Kirchhof*'s zentrales Argument gegen die Anerkennung des Insolvenzeintritts als Bedingung i. S. d. § 140 Abs. 3 InsO ist die Gefährdung der Gläubigergleichbehandlung. Er verweist auf die Gefahr der gezielten Vermeidung jeder Anfechtbarkeit, wenn der – spätere – Insolvenzschuldner und sein Vertragspartner wenig mehr als zehn Jahre vor der Insolvenz die Rechtsübertragung unter dieser Bedingung vereinbaren und damit ausschließlich die künftigen Insolvenzgläubiger belasten könnten (MünchKommInsO/ *Kirchhof*, § 140 Rn. 52c). Damit ist der insolvenzbedingte Rückforderungsvorbehalt bei Überlassungen aber nicht vergleichbar. Der **BGH** hat anerkannt, dass die **Überlassung unter Rückforderungsvorbehalt allein für den Fall des Vermögensverfalls oder der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Erwerbers mangels objektiver Gläubigerbenachteiligung nicht anfechtbar** ist, da der Grundbesitz dann niemals einem unbeschränkten Zugriff der Gläubiger des Erwerbers ausgesetzt gewesen ist (DNotZ 2008, 518 f. Tz. 15, 18). Die von *Kirchhof* befürchtete Gläubigerbenachteiligung ist damit von vornherein ausgeschlossen. Auch die mit Blick auf die Regierungsgrundierung zu § 140 Abs. 3 InsO von *Kirchhof* geforderte sachgerechte Verknüpfung von Anspruch und Bedingung ist bei einer Überlassung unter insolvenzbedingtem Rückforderungsvorbehalt zu bejahen. Denn ohne insolvenzbedingten Rückforderungsvorbehalt wäre die Überlassung an den Erwerber regelmäßig gar nicht erst erfolgt. Der Rückforderungsvorbehalt sichert somit den Zweck der Überlassung, nämlich dem Erwerber – und nicht dessen Gläubigern – den überlassenen Grundbesitz zukommen zu lassen. Die Anwendbarkeit von § 140 Abs. 3 InsO und § 8 Abs. 3 AnfG auf insolvenzbedingte Rückforderungsrechte dürfte denn auch der überwiegenden Meinung in der Literatur entsprechen. *Amann* (S. 1, 10) geht ohne Weiteres von der Anwendbarkeit des § 140 Abs. 3 InsO auf insolvenzbedingte Rückforderungsrechte und damit vom Beginn der Anfechtungsfrist mit Beurkundung des Überlassungsvertrags aus. Abschließend geklärt ist die Rechtslage allerdings nicht.

### bb) Vormerkung

Für die Anfechtung der Vormerkung kommt es auf den Zeitpunkt an, zu dem die Vormerkungsbewilligung für den Bewilligenden bindend geworden und der Antrag auf Eintragung der Vormerkung beim Grundbuchamt gestellt ist. Zwar entsteht die Vormerkung erst mit Eintragung (BeckOK-BGB/H.-W. Eckert, Std.: 1.11.2016, § 883 Rn. 36) und entfaltet so grundsätzlich erst ab diesem Zeitpunkt rechtliche Wirkungen. **§ 140 Abs. 2 S. 2 InsO und § 8 Abs. 2 S. 2 AnfG** sehen aber eine **Vorwirkung** der Vormerkung vor. Diese Vorwirkung tritt allerdings nur dann sicher ein, wenn der Anfechtungsgegner selbst den Antrag beim Grundbuchamt stellt. Ob die Rechtsprechung insoweit auch die Antragstellung durch den Notar als ausreichend erachtet, ist nicht klar (vgl. Reul, K Rn. 170, der

eine Antragstellung durch den Notar für nicht ausreichend hält; ebenso Mayer, § 13 Rn. 67; andere Einschätzung bei Amann, DNotZ 2010, 246, 254 ff.). Selbst wenn eine Vorwirkung nach § 140 Abs. 2 S. 2 InsO und § 8 Abs. 2 S. 2 AnfG bei Antragstellung des Notars ausscheiden sollte, läuft die Frist für die Anfechtung der Vormerkung jedenfalls ab Eintragung der Vormerkung im Grundbuch.

### cc) Zwischenergebnis

Im vorliegenden Fall gehen wir daher davon aus, dass eine Anfechtung des entschädigungslosen Rückforderungsrechts und der zu dessen Absicherung bestellten Vormerkung nicht mehr in Betracht kommt; die längstmöglichen Anfechtungsfristen nach § 133 InsO und § 3 AnfG sind nämlich bereits abgelaufen.

## 2. Anfechtung der Erfüllung des Rückforderungsanspruchs nach § 134 InsO und § 4 AnfG als unentgeltliche Leistung

### a) Allgemeines

Von der Anfechtung des entschädigungslosen Rückforderungsrechts und der dafür bestellten Vormerkung ist die **Anfechtung der entschädigungslosen Rückübertragung zu unterscheiden**, die der Erwerber in Erfüllung des durch Ausübung des Rückforderungsrechts entstandenen Rückübertragungsanspruchs des Veräußerers vornimmt. Teilweise wird die Erfüllung des geltend gemachten Rückforderungsanspruchs ohne Ersatz der Aufwendungen und Verwendungen des Rückforderungsverpflichteten als unentgeltliche Leistung eingestuft (für § 39 Abs. 1 Nr. 4 InsO und die Erfüllung nachträglich vereinbarter Rückforderungsansprüche Amann, S. 1, 10; zu § 39 Abs. 1 Nr. 4 InsO Reul, B Rn. 164; zur Anwendung des § 1375 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB auf Ausschluss des Investitionsausgleichs bei Rückforderung wegen Scheidung des Erwerbers Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Rn. 2015, 2052). Dann erscheint auch eine Schenkungsanfechtung hinsichtlich der Erfüllung des entschädigungslosen Rückforderungsrechts nach § 134 InsO und § 4 AnfG zumindest denkbar (s. dazu – allerdings im Zusammenhang mit dem Vormerkungsschutz bei unentgeltlicher Leistung – Reul, B Rn. 88). Die zur Absicherung bestellte **Vormerkung** schließt die Schenkungsanfechtung nicht von vornherein aus, da man auch vormerkungsgesicherte unentgeltliche Ansprüche als anfechtbar ansieht (BGH DNotZ 1989, 86, 87; Uhlenbrück/Ede/Hirte, InsO, 14. Aufl. 2015, § 134 Rn. 50; MünchKommInsO/ Kayser, § 134 Rn. 26). Entscheidend bleibt daher, dass die entschädigungslose Rückübertragung in Erfüllung des Rückforderungsrechts „unentgeltliche Leistung“ i. S. v. § 134 Abs. 1 InsO/§ 4 Abs. 1 AnfG ist und als solche gesondert angefochten werden kann. Aufgrund des vertraglich vorgesehenen Rückforderungsrechts des Veräußerers besteht mit Eintritt des Rückforderungsgrunds zwar eine Rechtspflicht des Erwerbers, die durch die entschädigungslose Rückübertragung erfüllt wird. **Leistungen in Erfüllung einer Rechtspflicht** sind allerdings nur dann nicht als unentgeltliche Leistungen nach § 134 Abs. 1 InsO/§ 4 Abs. 1 AnfG zu bewerten, wenn auch die zu erfüllende Rechtspflicht durch einen entgeltlichen Vertrag rechtswirksam begründet wurde. Jede Befriedigung einer unentgeltlich begründeten Verpflichtung ist selbst wieder unentgeltlich i. S. v. § 134 Abs. 1 InsO und § 4 Abs. 1 AnfG (vgl. BGH DNotZ 1991, 384; MünchKommInsO/Kayser, § 134 Rn. 26).

### b) Meinungsstand

In Rechtsprechung und Literatur ist die Schenkungsan-

fechtung bei entschädigungsloser Rückübertragung in Erfüllung eines anfechtungsfesten Rückübertragungsanspruchs – soweit ersichtlich – noch **nicht explizit behandelt** worden (vgl. auch den Befund von Reul, B Rn. 161). Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich bisher vorrangig mit der Anfechtung des im Rahmen des Überlassungsvertrags vereinbarten Rückforderungsrechts befasst, nicht mit dessen späterer Geltendmachung samt Rückübertragung in Erfüllung des Rückübertragungsanspruchs. Zu § 1 AnfG hat der BGH allerdings entschieden, dass die **Ausübung des vormerkungsgesicherten Rückübertragungsanspruchs** für den Fall des Vermögensverfalls oder der Insolvenz des Begünstigten **keine Rechtshandlung des Schuldners** darstelle und daher nicht anfechtbar sei (BeckRS 2008, 14193, Tz. 2). Wie die *Erfüllung* des ausgeübten Rückübertragungsanspruchs durch den Insolvenzschuldner zu beurteilen ist, war nicht Gegenstand der Entscheidung.

Eine Aussage zur Rechtslage bei Unanfechtbarkeit (nach Ablauf der längstmöglichen Anfechtungsfrist) des entschädigungslosen Rückforderungsrechts und der zur Absicherung eingetragenen Vormerkung trifft jedoch *Reul*. Er äußert sich zwar nicht ausdrücklich zur Anfechtung der Rückübertragung wegen Schenkung nach Ausübung des Rückforderungsrechts. Allerdings führt er aus, dass nach Ablauf der Frist zur Anfechtung des entschädigungslosen Rückforderungsrechts und der zugehörigen Vormerkung die **Erfüllung** des Rückforderungsanspruchs durch den Insolvenzschuldner **rechtsbeständig** sei. Eine Insolvenzverwalteranfechtung komme nicht in Betracht. Werde der Rückforderungsanspruch gegenüber dem Insolvenzverwalter geltend gemacht, könne dieser wegen Ablauf der Anfechtungsfrist die Anfechtbarkeit des Rückforderungsanspruchs auch nicht mehr einredeweise geltend machen. Damit hält *Reul* eine Schenkungsanfechtung hinsichtlich der Erfüllung des entschädigungslosen Rückforderungsanspruchs offenbar für ausgeschlossen.

Zumindest für Rückforderungsvorbehalte, die von vornherein mit der Übertragung verbunden sind, scheint diese Ansicht auch *Amann* (S. 1, 10) zu vertreten. Er erörtert die Anfechtung der späteren Erfüllung des Rückübereignungsanspruchs allein für nachträglich vereinbarte Rückforderungsansprüche und hält deren Befriedigung durch Rückübertragung für anfechtbar. Er stützt dies darauf, dass der nachträglich vereinbarte Rückforderungsvorbehalt ungeachtet des Entschädigungsausschlusses per se gläubigerbenachteilig und deshalb anfechtbar sei. Dies schläge auf die Anspruchserfüllung durch, sodass auch diese anfechtbar sei. Demgegenüber ist der mit der Überlassung **anfänglich vereinbarte Rückforderungsvorbehalt** nach dem BGH nicht gläubigerbenachteilig und folglich nicht anfechtbar (DNotZ 2008, 518, 519 Tz. 18). In diesem Zusammenhang wird die Anfechtbarkeit der Erfüllung des Rückübereignungsanspruchs von *Amann* (S. 1, 8) nicht angesprochen, obwohl er auch zu den Rechtsfolgen der Vereinbarung eines Entschädigungsausschlusses bei anfänglich vereinbartem Rückforderungsvorbehalt Stellung nimmt.

### c) Stellungnahme

Für die von *Reul* und *Amann* offenbar vertretene Ansicht sprechen u. E. die überzeugenderen Gründe. Das **anfänglich vereinbarte Rückforderungsrecht** für den Fall der Insolvenz des Erwerbers oder der Zwangsvollstreckung in den übertragenen Grundbesitz ist als solches **mangels objektiver Gläubigerbenachteiligung nicht anfechtbar**,

denn im Rahmen der Insolvenzanfechtung kann man nicht geltend machen, dass dem Schuldner mehr hätte geschenkt oder ein Geschenk ohne Belastung – und damit ohne Rückforderungsrecht – hätte überlassen werden müssen (vgl. BGH DNotZ 2008, 518, 519 Tz. 18). Anstoß nimmt die höchstrichterliche Rechtsprechung bei insolvenzbedingten Rückforderungsrechten in Überlassungsverträgen **allein an Klauseln, die gezielt** für den Fall der späteren Insolvenz den späteren Schuldner bzw. dessen Gläubiger **benachteiligen** (BGH DNotZ 2008, 518, 519 Tz. 16). Zur Anfechtbarkeit des anfänglich vereinbarten Rückforderungsrecht führt also erst dessen **entschädigungslose Ausgestaltung** abweichend von den gesetzlichen Vorgaben des Rücktrittsrechts. Anfechtbar ist dann allerdings **nicht nur der Entschädigungsausschluss, sondern das gesamte Rückforderungsrecht** (Reul, B Rn. 163).

Daraus lässt sich u. E. aber nicht folgern, dass das entschädigungslose Rückforderungsrecht insgesamt als unentgeltlich begründete Verpflichtung des Erwerbers anzusehen ist, deren Befriedigung selbst wieder unentgeltlich und damit anfechtbar nach § 134 InsO und § 4 AnfG ist. Eine Leistung ist **unentgeltlich** i. S. v. § 134 InsO und § 4 AnfG, wenn ihr nach dem Inhalt des zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts **keine Gegenleistung** gegenübersteht (BGH DNotZ 2014, 441, 442 Tz. 14). Die Rückforderung beruht auf dem Rückforderungsrecht, das sich der Veräußerer im Überlassungsvertrag vorbehalten hat. Die **Überlassung** an den Erwerber **und der Rückforderungsvorbehalt** stehen damit zwar nicht in einem Synallagma, sie sind aber **eng verknüpft**. Eine Verpflichtung, die über die Rückübertragung bei Eintritt eines Rückforderungsgrundes hinausgeht, übernimmt der Erwerber nicht. Insbesondere trifft ihn **keine Pflicht zu werterhöhenden Aufwendungen** oder Verwendungen bzgl. des überlassenen Grundbesitzes. Der Entschädigungsausschluss gestaltet das Rückforderungsrecht in Abweichung von § 347 BGB näher aus, begründet aber keine unmittelbaren Verpflichtungen des Erwerbers, als deren unentgeltliche Befriedigung die spätere Rückübertragung des überlassenen Grundbesitzes angesehen werden könnte. Überdies beruht der Wertverlust nicht allein auf dem Überlassungsvertrag, sondern in erster Linie auf dem Umstand, dass der Erwerber unter Vernachlässigung des Entschädigungsausschlusses in den erworbenen Grundbesitz investiert hat (vgl. Amann, S. 1, 8). Die Investition des Erwerbers selbst ist aber kein anfechtbarer Vorgang, da nur Vermögen umgeschichtet (Krauß, Rn. 2051) und die Anfechtungsfrist für unmittelbar gläubigerbenachteiligte Realakte nach § 132 Abs. 2 InsO regelmäßig bereits abgelaufen sein wird (vgl. Amann, S. 1, 8).

### d) Zwischenergebnis

Eine Schenkungsanfechtung hinsichtlich der entschädigungslosen Rückübertragung in Erfüllung des anfänglich vereinbarten, anfechtungsfesten Rückforderungsanspruchs scheidet u. E. aus. Man muss die Rechtslage jedoch als noch ungeklärt bezeichnen.

## 3. Unwirksamkeit des insolvenzabhängigen Rückforderungsrechts nach § 119 InsO?

Mit Urteil v. 15.11.2012 (NJW 2013, 1159) hat der BGH **Lösungsklauseln** in Verträgen über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie, die an den Insolvenzantrag oder die Insolvenzeröffnung anknüpfen, für unwirksam gem. § 119 InsO erklärt. Insolvenzabhängige

Rückforderungsklauseln in Überlassungsverträgen waren nicht unmittelbar Gegenstand der Entscheidung. Die Entscheidung hat dennoch zu Zweifeln darüber geführt, ob die Zulässigkeit von insolvenzabhängigen Rückforderungsklauseln in Überlassungsverträgen neu zu bewerten ist. Die **überwiegende Meinung** in der Literatur geht indes davon aus, dass sich durch das Urteil nichts an der Zulässigkeit insolvenzabhängiger Klauseln in Überlassungsverträgen geändert hat; insbesondere **fehle** bei Überlassungen der von § 103 InsO und damit auch von § 119 InsO vorausgesetzte **gegenseitige Vertrag** (Krauß, Rn. 2004; Mayer, § 13 Rn. 64 f.; vgl. auch Amann, S. 1, 2; Berringer, DNotZ 2004, 245, 257). Allerdings finden sich auch Stimmen, die eine Anwendung von § 119 InsO auf Überlassungsverträge zumindest nicht für ausgeschlossen halten (MünchKommInsO/Huber, § 119 Rn. 37c f.; ders., ZIP 2013, 493, 499). Selbst wenn u. E. die besseren Gründe gegen die Anwendung von § 119 InsO auf insolvenzabhängige Rückforderungsrechte in Überlassungsverträgen sprechen, ist diese Frage noch nicht abschließend geklärt. Laut *Huber* (in: MünchKommInsO, § 119 Rn. 37d) ist daher bei der Beurkundung von insolvenzabhängigen Rückforderungsrechten eine Belehrung über die möglicherweise neuen Risiken bzgl. des Bestands des Rechtsgeschäfts infolge des BGH-Urteils vom 15.11.2012 zu erwägen.

---

## **BGB § 1365; WEG §§ 8, 3 Aufteilung eines Grundstücks durch einen Ehegatten, der im gesetzlichen Güterstand verheiratet ist; Erfordernis der Zustimmung gem. § 1365 BGB**

### **I. Sachverhalt**

Ein Grundstückseigentümer, der im gesetzlichen Güterstand lebt, möchte sein Grundstück gem. § 8 WEG in Wohnungseigentum aufteilen. Das Grundstück ist nahezu sein gesamtes Vermögen.

### **II. Frage**

Bedarf der Eigentümer eines Grundstücks, der im gesetzlichen Güterstand lebt, zu einer Aufteilung nach § 8 WEG der Zustimmung seines Ehegatten, wenn es sich bei dem Grundstück um sein Gesamtvermögen i. S. d. § 1365 BGB handelt?

### **III. Zur Rechtslage**

#### **1. Allgemeines**

Gem. § 1365 Abs. 1 BGB kann ein Ehegatte sich nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen. Hat er sich ohne Zustimmung des anderen Ehegatten verpflichtet, so kann er die Verpflichtung nur erfüllen, wenn der andere Ehegatte einwilligt. Die Bestimmung statuiert ein **absolutes Verfügungsverbot, das sowohl auf schuldrechtlicher als auch dinglicher Ebene** wirkt (vgl. statt aller Soergel/Czeguhn, BGB, 13. Aufl. 2013, § 1365 Rn. 2, 4; Palandt/Brudermüller, BGB, 76. Aufl. 2017, § 1365 Rn. 1).

#### **2. Aufteilung als Verfügung i. S. d. § 1365 BGB**

Die hier interessierende Frage, ob eine Aufteilung gem. § 8 WEG eine Verfügung im vorstehenden Sinne darstellt, war – soweit ersichtlich – **noch nicht Gegenstand einer Gerichtsentscheidung**. In der Literatur finden sich nur einzelne (teils ältere) Stellungnahmen.

Namentlich *Stürner* (in: Soergel, BGB, 12. Aufl. 1990, § 8 WEG Rn. 12) hält die Zustimmung des anderen Ehegatten gem. § 1365 BGB nicht für erforderlich; eine Verfügung über das Vermögen im Ganzen sei nicht gegeben. Erst die spätere Veräußerung der letzten Wohnungs- bzw. Teileigentumseinheit an einen Dritten bedürfe ggf. der Zustimmung des anderen Ehegatten.

Ebenso verneint *Armbriüster* (in: Bärmann, WEG, 13. Aufl. 2015, § 2 Rn. 36; zust. BeckOGK-WEG/Müller, Std.: 1.3.2017, § 2 Rn. 180) eine Zustimmungserfordernis. Der Sinn und Zweck des § 1365 BGB werde nicht berührt, da das aufzuteilende Grundstück im Vermögen des Ehegatten verbleibe und dieses durch die Teilung auch nicht in sonstiger Weise geschmälert oder gefährdet werde.

### **3. Stellungnahme**

Unseres Erachtens ist der vorstehend skizzierten Literaturansicht beizupflichten. Für deren Richtigkeit dürfte sich die Entscheidung des **BGH vom 9.2.2012** (V ZB 95/11, DNotZ 2012, 531) ins Feld führen lassen. Darin hat das Gericht geurteilt, dass auch nach Einführung des Rangklassenprivilegs für Wohngeldansprüche (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG) die Begründung von Wohnungseigentum nicht der Zustimmung jener Gläubiger bedarf, deren Grundpfandrechte auf dem *ganzen* Grundstück lasten. Zu der Frage, ob die Aufteilung gem. § 8 WEG eine Inhaltsänderung gem. §§ 877, 876 BGB darstelle und somit die Zustimmung der am Grundstück dinglich Berechtigten erfordere, hat der BGH in seinen Entscheidungsgründen ausgeführt (DNotZ 2012, 531, 533 Tz. 8 ff.; Hervorhebung i. F. durch die DNotI-Redaktion):

*„Nach zutreffender, allerdings nicht unumstrittener Auffassung ist auch die Aufteilung eines Grundstücks nach § 8 WEG ebenso wie die Begründung von Wohnungseigentum nach § 3 WEG als **Teilung des Vollrechts** anzusehen, auf welche die Vorschriften über die Änderungen eines belasteten Rechts weder unmittelbar noch entsprechend anzuwenden sind (...). Der **Schutz der Grundpfandgläubiger** wird auch hier dadurch bewirkt, dass sich **ihr Recht** kraft Gesetzes in ein Gesamtgrundpfandrecht an den entstehenden Wohnungseigentumseinheiten umwandelt und damit **an dem gesamten, in seiner Substanz unveränderten Haftungsobjekt** fortbesteht (...).*

*Die Gegenauffassung, die eine entsprechende Anwendung der §§ 876, 877 BGB befürwortet (...), vermag nicht zu überzeugen. ....*

*Anders verhält es sich nur, wenn selbstständig belastete Miteigentumsanteile nach § 3 WEG umgewandelt werden. Hier hat die Begründung von Wohnungseigentum zur Folge, dass sich das Belastungsobjekt von einem Miteigentumsanteil i. S. von § 1008 BGB in einen Anteil am Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an einer bestimmten Raumeinheit wandelt, welcher durch das zugunsten der übrigen Miteigentümer begründete Sondereigentum beschränkt ist.“*

Obgleich einzuräumen ist, dass sich diese Entscheidung nicht ohne Weiteres auf die vorliegende Fragestellung übertragen lässt (dem Zustimmungserfordernis gem. §§ 877, 876 BGB kommt nämlich eine andere Funktion zu als dem familienrechtlichen Verfügungsverbot des § 1365 BGB), erscheint es dennoch gerechtfertigt, auf die Argumentation des Gerichts zurückzugreifen: Wenn

schon die Zustimmung der am Grundstück dinglich berechtigten Grundpfandrechtsgläubiger für die Aufteilung des Grundstücks nicht erforderlich ist, weil das Haftungssubstrat unverändert fortbesteht, muss dies **erst recht im Rahmen des § 1365 BGB** gelten. Denn auch diesbezüglich werden die Interessen des anderen Ehegatten am Fortbestand der wirtschaftlichen Existenzgrundlage der Familie (entsprechend dem „Haftungssubstrat“ der Grundpfandrechtsgläubiger) nicht gefährdet. Vielmehr steht das Grundstück nach einer Aufteilung gem. § 8 WEG weiterhin im Eigentum des Ehegatten, d. h., das „**Familienvermögen**“ **existiert fort**. Verfügung i. S. v. § 1365 BGB ist u. E. daher nicht die Begründung von Sondereigentum, sondern allenfalls dessen spätere Veräußerung an einen Dritten.

#### 4. Fazit

Im Ergebnis gehen wir daher davon aus, dass die **Aufteilung eines Grundstücks gem. § 8 WEG nicht der Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf**. Wir weisen allerdings vorsorglich noch einmal darauf hin, dass unmittelbar einschlägige Rechtsprechung nicht ausfindig zu machen ist. Überdies sei angemerkt: Ob das vorstehende Ergebnis auch für eine **Teilung gem. § 3 WEG** gilt, erscheint **zweifelhaft**. Dagegen ließe sich einwenden, dass durch die Beschränkung des Miteigentumsanteils i. S. v. § 3 WEG ein Wertverlust bzgl. des Miteigentumsanteils des verfügenden Ehegatten nicht ausgeschlossen ist (vgl. insoweit auch BGH DNotZ 2012, 531, 533 f. Tz. 10). Nach Müller hängt daher die Wirksamkeit des Teilungsvertrags von der Zustimmung des anderen Ehegatten ab, wenn es sich beim Grundstück (bzw. Miteigentumsanteil) um den einzigen Vermögensgegenstand i. S. v. § 1365 Abs. 1 BGB handelt (BeckOGK-WEG/Müller, Std: 1.3.2017, § 2 Rn. 179).

### 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 Titel-schlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

**BGB §§ 883, 888; ZPO §§ 866, 867  
Verlängerung eines vormerkungsgesicherten  
Vertragsangebots; Verhältnis zu einer vor der  
Verlängerung eingetragenen Zwangssicherungs-  
hypothek**  
Abruf-Nr.: **153086**

**BGB §§ 2113, 2205, 890; GBO §§ 5 f., 51  
Bestandteilszuschreibung bei Grundstück mit Nach-  
erbenbindung**  
Abruf-Nr.: **154059**

### Rechtsprechung

#### AEUV Art. 56; EWGRL 77/249 Art. 1 Notarvorbehalt für Unterschriftenbeglaubigungen europarechtskonform

1. Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22. März 1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte ist dahin auszulegen, dass er auf eine Regelung eines Mitgliedstaats wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, die den Notaren die Vornahme von Beglaubigungen der Echtheit von Unterschriften auf Urkunden, die für die Schaffung oder Übertragung von Rechten an Liegenschaften erforderlich sind, vorbehält und dadurch die Möglichkeit ausschließt, in diesem Mitgliedstaat eine solche, von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalt vorgenommene Beglaubigung anzuerkennen, keine Anwendung findet.

2. Art. 56 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nicht entgegensteht, die den Notaren die Vornahme von Beglaubigungen der Echtheit von Unterschriften auf Urkunden, die für die Schaffung oder Übertragung von Rechten an Liegenschaften erforderlich sind, vorbehält und dadurch die Möglichkeit ausschließt, in diesem Mitgliedstaat eine solche, von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalt im Einklang mit seinem nationalen Recht vorgenommene Beglaubigung anzuerkennen.

EuGH, Urt. v. 9.3.2017 – C-342/15 – Piringer

#### Ausgangspunkt

Die Entscheidung des EuGH befasst sich mit der Frage, ob ein Mitgliedstaat die Unterschriftenbeglaubigung für Grundbucheintragungen Notaren vorbehalten darf. Das Vorabentscheidungsverfahren betrifft das österreichische Recht. Hiernach kann eine Anmerkung (Pendant zur Vormerkung) nur dann in das Grundbuch eingetragen werden, wenn eine gerichtliche oder **notarielle Unterschriftenbeglaubigung** vorliegt (§ 53 Abs. 3 des österreichischen Grundbuchgesetzes [GBG]). Die Beglaubigung ausländischer Urkunden wird durch Staatsverträge geregelt (§ 31 Abs. 3 GBG).

Im Fall des EuGH ließ Frau Piringer ihre Unterschrift zur Eintragung einer Anmerkung im österreichischen Grundbuch nicht durch einen Notar, sondern **durch einen tschechischen Rechtsanwalt** beglaubigen. Nach österreichischem Recht ist eine solche Beglaubigung keine taugliche Grundlage für die Grundbucheintragung. Es besteht auch kein Staatsvertrag zwischen Österreich und Tschechien, der eine Anerkennung der Anwaltsbeglaubigung für Grundbuchzwecke vorschreiben würde. Der österreichische OGH legte dem EuGH die Frage nach der Vereinbarkeit des österreichischen Rechts mit dem Europarecht zur Vorabentscheidung vor.

Im **Vorabentscheidungsverfahren** ging es um **zwei verschiedene Fragen**:

Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 der **Anwaltsdienstleistungsrichtlinie** 77/249/EWG bestimmt, dass die Richtlinie in-

nerhalb der darin festgelegten Grenzen für die in Form der Dienstleistung ausgeübten Tätigkeiten der Rechtsanwälte gilt. Gem. Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie können die Mitgliedstaaten die **Abfassung förmlicher Urkunden**, mit denen u. a. ein **Recht an Grundstücken** geschaffen oder übertragen wird, **bestimmten Gruppen von Rechtsanwälten vorbehalten**. Gem. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie ist „Rechtsanwalt“ jede Person, die ihre beruflichen Tätigkeiten unter einer Bezeichnung ausübt, die in einem Katalog der Richtlinie aufgeführt ist. Der österreichische OGH legte dem EuGH die Frage vor, ob diese Ausnahmebestimmung auch für den Notarvorbehalt nach österreichischem Recht gilt.

Die zweite Vorlagefrage des OGH betraf die Vereinbarkeit der Bestimmungen des österreichischen GBG mit der **primärrechtlichen Dienstleistungsfreiheit** (Art. 56 AEUV).

#### Entscheidung

##### 1. Anwaltsdienstleistungsrichtlinie

Im ersten Teil der Entscheidung prüft der EuGH zunächst den **Anwendungsbereich** der Anwaltsdienstleistungsrichtlinie. Nach Ansicht des EuGH kann die Unterschriftsbeglaubigung durch den Rechtsanwalt eine **anwaltliche Tätigkeit** i. S. d. Richtlinie sein (Tz. 30 f. der Entscheidung). Was anwaltliche Tätigkeit ist, ergibt sich nicht aus dem Unionsrecht, sondern aus dem Recht der Mitgliedstaaten (vgl. Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie). Bei der Beglaubigung der Unterschrift handele es sich auch um eine „**Form der Dienstleistung**“ i. S. d. Richtlinie. Die Dienstleistungsfreiheit gewähre dem Empfänger einer Leistung das Recht, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben (sog. passive Dienstleistungsfreiheit, vgl. Tz. 36).

Die Ausnahme nach Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie sei nicht einschlägig. Denn hiernach können die Mitgliedstaaten die Abfassung förmlicher Urkunden im Grundstücksbereich **lediglich bestimmten Gruppen von Rechtsanwälten** vorbehalten. Der EuGH bezieht sich dabei insbesondere auf die Entstehungsgeschichte der Richtlinie. Es sei darum gegangen, den Sonderfall Großbritanniens zu erfassen: Nach dessen Recht ist nur den *solicitors* die Abfassung von Urkunden im Grundstücksbereich gestattet. Die Bereichsausnahme gelte daher nicht für andere Berufsgruppen als Rechtsanwälte (vgl. Tz. 43-45) und somit auch nicht für den **Notarvorbehalt** nach österreichischem Recht (Tz. 46). Soweit es den Vorbehalt der Unterschriftsbeglaubigung für Notare betrifft, war es bei Erlass der Richtlinie **unstreitig**, dass der **Anwendungsbereich der Richtlinie** von vornherein **nicht eröffnet** ist (vgl. Tz. 43). Mit anderen Worten: Behält ein Mitgliedstaat die Unterschriftsbeglaubigung Notaren vor, ist die Anwaltsdienstleistungsrichtlinie insoweit überhaupt nicht einschlägig. Demzufolge kommt es auf die Bereichsausnahme in Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 2 der Richtlinie nicht mehr an.

##### 2. Dienstleistungsfreiheit

Da es das Sekundärrecht nicht verlangt, eine Grundbucheintragung aufgrund einer Anwaltsbeglaubigung vorzunehmen, prüft der EuGH im zweiten Teil der Entscheidung, ob die primärrechtliche Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) die Annahme einer Anwaltsbeglaubigung für Grundbuchzwecke fordert.

Nach Ansicht des EuGH stellt die Bestimmung des § 53 Abs. 3 GBG eine **Beschränkung** der Dienstleistungsfreiheit des ausländischen Rechtsanwalts dar. Sie hindert einen Anwalt daran, seine Tätigkeit Mandanten in

Österreich anzubieten und schränkt außerdem deren passive Dienstleistungsfreiheit ein (vgl. Tz. 51). Die Bereichsausnahme für die Ausübung öffentlicher Gewalt (Art. 51 AEUV) ist nicht einschlägig (vgl. Tz. 54; s. bereits EuGH DNotZ 2011, 462 zum Staatsangehörigkeitsvorbehalt).

Die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ist jedoch **wegen zwingender Gründe des Allgemeinwohls gerechtifertigt**. Als zwingende Gründe erkennt der EuGH die **Funktionsfähigkeit des Grundbuchsystems** sowie die **Rechtmäßigkeit und die Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen** an (Tz. 57). „*Die Führung des Grundbuchs stellt ... insofern einen wesentlichen Bestandteil der vorsorgenden Rechtspflege dar, als sie die ordnungsgemäße Rechtsanwendung und die Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen gewährleisten soll, was zu den Aufgaben und Zuständigkeiten des Staates gehört*“ (Tz. 58, Hervorhebungen durch das DNotI).

Der **Notarvorbehalt** ist **geeignet**, dieses Ziel zu fördern: Die Überprüfung der Richtigkeit durch vereidigte Berufsangehörige wie Notare trage zur Rechtssicherheit von Grundstückstransaktionen bei und stehe mit dem Schutz der ordnungsgemäßen Rechtspflege in Zusammenhang (Tz. 59). Der EuGH bekräftigt dabei seine Rechtsprechung zum Staatsangehörigkeitsvorbehalt (Tz. 60 f.; vgl. DNotZ 2011, 462, 472 Tz. 98): Die Grundfreiheiten lassen Raum für mitgliedstaatliche Verfahren zur Bestellung der Notare, die Beschränkung ihrer Zahl, ihre örtliche Zuständigkeit, die Regelung ihrer Bezüge, ihre Unabhängigkeit, die Unvereinbarkeit von Ämtern und ihre Unversetbarkeit.

Die Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ist auch **verhältnismäßig** (Tz. 64): Das Tätigwerden des Notars sei für die Eintragung im Grundbuch wichtig und notwendig, da sich seine Beteiligung nicht darin erschöpfe, die Identität einer Person, die ein Dokument unterzeichnet habe, zu bestätigen, sondern auch impliziere, dass der Notar Kenntnis vom Inhalt des fraglichen Rechtsakts erhalte, damit er sich der Ordnungsmäßigkeit der geplanten Transaktion vergewissere. Es sei daher zulässig, wenn ein Mitgliedstaat die Unterschriftsbeglaubigung einer bestimmten **Berufsgruppe** vorbehalte, „*die öffentliches Vertrauen genießt und über die der betreffende Mitgliedstaat eine besondere Kontrolle ausübt*“ (Tz. 65; Hervorhebung durch das DNotI).

Zuletzt verweist der EuGH darauf, dass die Unterschriftsbeglaubigung durch den tschechischen Anwalt nicht mit der Notarbeglaubigung vergleichbar ist. Denn nach tschechischem Recht handelt es sich bei der Anwaltsbeglaubigung um keine öffentliche Urkunde (Tz. 67).

#### Fazit

Das Ergebnis der Piringer-Entscheidung: Der Notarvorbehalt ist europarechtskonform (vgl. auch die Pressemitteilung des EuGH Nr. 28/17 v. 9.3.2017). Der EuGH erklärt die Dienstleistungsfreiheit des ausländischen Rechtsanwalts zwar für anwendbar, sieht aber in den Strukturprinzipien der vorsorgenden Rechtspflege zwingende Belange des Allgemeinwohls, die die Grundfreiheiten beschränken. Dies gilt insbesondere für die Beweis- und Rechtssicherheit, die präventive Rechtmäßigkeitskontrolle (materielle Richtigkeitsgewähr) und die Funktionsfähigkeit des Grundbuchsystems. Bei diesen Belangen handelt es sich – so der EuGH – um Staatsaufgaben. Diese Aufgaben kann der Staat Notaren vorbehalten, die seiner Kontrolle unterstehen.

## Postvertriebsstück: B 08129

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

## Veranstaltungen

Weitere Termine für **Juni 2017** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 ([www.anwalts-institut.de](http://www.anwalts-institut.de)).

**Wohnungseigentumsrecht und Erbbaurecht für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat** (Tondorf), 9.6.2017 Heusenstamm

**Das Landwirtschaftsrecht in der notariellen Praxis** (Hartmann/Piltz), 10.6.2017 Köln

**Vorbereitung und Abwicklung nachlassgerichtlicher Erklärungen und Urkunden** (Tondorf), 21.6.2017 Bochum

**Ältere Menschen als Urkundsbeeteiligte** (Renner/Wetterling), 24.6.2017 Köln

**Aktuelles aus dem Handelsregister – Update 2017** (Melchior), 30.6.2017 Kiel

## Rheinisches Institut für Notarrecht

**„Die Reform des Erbschaftsteuerrechts in der notariellen Praxis“**

**Veranstaltungsort:**

Hörsaal G des Bonner Juridicums, Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn

**Datum:**

Donnerstag, 8. Juni 2017, 17-19:30 Uhr

**Referenten:**

Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Bonn  
RA/StB Dr. Jörg Stalleken Dipl.-Finw. (FH)  
Notar Dr. Jörg Ihle, Bergisch-Gladbach Bensberg

**Teilnahmegebühr:**

keine

**Anmeldeformular und Veranstaltungsdaten:**

[www.jura.uni-bonn.de/rheinisches-institut-fuer-notarrecht](http://www.jura.uni-bonn.de/rheinisches-institut-fuer-notarrecht)  
oder per E-Mail [notarrecht@uni-bonn.de](mailto:notarrecht@uni-bonn.de) sowie per Fax 0228/73-4041

**Kontaktdaten:**

Rheinisches Institut für Notarrecht, Adenauerallee 46a, 53113 Bonn, Tel.: 0228/73-4432, Fax: 0228/73-4041, E-Mail: [notarrecht@uni-bonn.de](mailto:notarrecht@uni-bonn.de)

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. Johannes Weber

**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 vierjährlicher 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 Erscheinungsstermin 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  
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg