

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

AktG §§ 129, 130 Abs. 2 S. 1 – Feststellungen i. S. v. § 130 Abs. 2 S. 1 AktG bei der Einpersonengesellschaft; Erfordernis eines Versammlungsleiters bei der Ein-Personen-AG

BeurkG §§ 44, 44a Abs. 2 – Verlust einer Seite der Urschrift; Ersetzung durch reproduzierte Seite

#### Rechtsprechung

BGB §§ 107, 1629 Abs. 2 S. 1, 1824 Abs. 1 Nr. 1, 1824 Abs. 2, 181 – Grundstücksüberlassung an Minderjährige zu Miteigentum; rechtliche Vorteilhaftigkeit

BGB §§ 2302, 2301 Abs. 1 – Wirksamkeit der Auflage zur Weiterschenkung eines Schenkungsgegenstandes

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### AktG §§ 129, 130 Abs. 2 S. 1

#### Feststellungen i. S. v. § 130 Abs. 2 S. 1 AktG bei der Einpersonengesellschaft; Erfordernis eines Versammlungsleiters bei der Ein-Personen-AG

##### I. Sachverhalt

Eine Ein-Personen-AG hält eine außerordentliche Hauptversammlung ab, die der Notar in Form einer Niederschrift beurkundet. Einen Versammlungsleiter gibt es nicht. Nach Anmeldung der in der Hauptversammlung beschlossenen Kapitalerhöhung äußert das Handelsregister Bedenken an der Wirksamkeit des Beschlusses, weil dem Protokoll eine Feststellung des Vorsitzenden i. S. v. § 130 Abs. 2 S. 1 AktG nicht zu entnehmen sei. Es verweist auf das Urteil des OLG Köln v. 28.2.2008 – 18 U 3/08.

##### II. Fragen

1. Sind Feststellungen des Vorsitzenden nach § 130 Abs. 2 S. 1 AktG bei einer Ein-Personen-AG konstitutiv für das Zustandekommen eines Beschlusses, insbesondere wenn es überhaupt keinen Versammlungsleiter gibt?

2. Ergibt sich aus dem genannten Urteil des OLG Köln etwas anderes?

##### III. Zur Rechtslage

###### 1. Erfordernis eines Versammlungsleiters

Die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft wird grundsätzlich von einem Versammlungsleiter geleitet. Das AktG regelt zwar die Stellung und die Befugnisse des „Versammlungsleiters“ oder „Vorsitzenden“ nicht ausdrücklich, setzt aber seine Position in einer Reihe von Vorschriften voraus (siehe etwa § 118 Abs. 4, § 118a Abs. 2 S. 3, § 122 Abs. 3 S. 2, § 130 Abs. 2, § 131 Abs. 1f, Abs. 2 S. 2 AktG). **Die Bestellung eines Versammlungsleiters ist bei jeder beschließenden Hauptversammlung zwingend erforderlich** (BeckOGK-AktG/Wicke, Std.: 1.2.2024, § 129 Rn. 42).

Die ganz überwiegende Meinung im Schrifttum geht daher davon aus, dass ein Versammlungsleiter selbst bei einer Vollversammlung der Aktiengesellschaft vorhanden sein muss. Eine **Ausnahme** wird nur im Falle einer **Ein-Personen-AG** anerkannt (MünchKommAktG/Kubis, 5. Aufl. 2022, § 119 Rn. 108; BeckOGK-AktG/Wicke, § 129 Rn. 42; Wicke, NZG 2007, 771; Stützle/Walgenbach, ZHR 155 (1991), 516, 519; GroßkommAktG/Mülbert, 5. Aufl. 2017, § 129 Rn. 107; KölnKommAktG/Noack/Zetsche, 4. Aufl. 2023, Anh. § 129 Rn. 3; Koch, AktG, 18. Aufl. 2024, § 129 Rn. 18; Grigoleit/Herrler, AktG, 2. Aufl. 2020, § 129 Rn. 35; a. A. aber Ziemons, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 5. Aufl. 2024, § 129 Rn. 62; einschränkend Ott, RNotZ 2014, 423, 425 f.: Versammlungsleiter jedenfalls dann erforderlich, wenn die Satzung der Gesellschaft dies vorschreibt; siehe auch Blasche, AG 2017, 16; Terbrack, RNotZ 2012, 221), weil es dort keine Beschlüsse, sondern lediglich **Willenserklärungen des Alleinaktionärs** gebe, die den Beschluss als solchen zustande bringen.

Das OLG Köln (Urt. v. 28.2.2008 – 18 U 3/08, DNotZ 2008, 789 m. Anm. Wicke) führt hierzu grundsätzlich aus:

*„Die Auffassung der Beklagten, bei einer Ein-Personen-AG trete der Alleinaktionär an die Stelle des Aufsichtsratsvorsitzenden, da es keinen Sinn mache, bei dieser einen Versammlungsleiter der Hauptversammlung zu bestimmen und der Aufsichtsratsvorsitzende und sein Stellvertreter nicht notwendigerweise an der Hauptversammlung teilnehmen müssten (...), hat grundsätzlich einiges für sich. Die Niederschrift soll die Beschlussfassung für alle Beteiligten verbindlich dokumentieren. Dies kann am zuverlässigsten dadurch geschehen, dass der Alleinaktionär seinen Willen schriftlich niederlegt.“*

Für den **konkreten Fall**, in dem eine Satzungsregelung über den Vorsitz in der Hauptversammlung bestand, führt das OLG weiter aus:

*„Trotzdem kann im konkreten Fall der Auffassung, der Alleinaktionär trete an die Stelle des Aufsichtsratsvorsitzenden, nicht gefolgt werden, weil sie mit der Satzung der Antragsgegnerin unvereinbar ist. Diese sieht in § 20 vor, dass der Aufsichtsratsvorsitzende den Vorsitz in der Hauptversammlung führt. Wenn die Satzung aber eine so klare Regelung trifft, kann auch der Alleinaktionär nicht hiervon abweichen.“*

Die Entscheidung des OLG Köln orientiert sich damit an einer Satzungsregelung über den Vorsitz in der Hauptversammlung und kann gerade nicht dahin verallgemeinert werden, dass bei einer Ein-Personen-AG

stets ein Versammlungsleiter erforderlich wäre. Ferner weist *Wicke* (DNotZ 2008, 789, 793) u. E. zu Recht darauf hin, dass das OLG Köln in dieser Argumentation die Frage des organschaftlichen Teilnahmerechts von Aufsichtsratsmitgliedern an der Hauptversammlung und die Bedeutung der Versammlungsleitung unzulässig vermischt.

## **2. Erfordernis der Angabe der Feststellungen des Vorsitzenden gem. § 130 Abs. 2 S. 1 AktG**

Neben dem Abstimmungsergebnis muss in der Niederschrift nach § 130 Abs. 2 AktG die **Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlussfassung** wiedergegeben werden, also die Verlautbarung des Versammlungsleiters, dass der Antrag angenommen oder abgelehnt wurde oder (gleichbedeutend), dass ein Beschluss bestimmten Inhalts gefasst worden oder nicht zustande gekommen ist (BeckOGK-AktG/Wicke, § 130 Rn. 82). Grundsätzlich sind Feststellung und Verlautbarung des Vorsitzenden ein konstitutives Merkmal für die Beschlussfassung. Im Fall des Unterbleibens ist der Beschluss nicht wirksam zustande gekommen (BeckOGK-AktG/Wicke, § 130 Rn. 82 m. w. N.).

**Ausnahmen** von diesem ausdrücklichen Feststellungserfordernis werden (im Wege einer teleologischen Reduktion) dann erwogen, wenn es sich um eine **Förmlichkeit ohne Sinn** handeln würde. Dies wird von der überwiegenden Meinung im Schrifttum im Falle einer Vollversammlung bei einer **Ein-Personen-AG** angenommen (BeckOGK-AktG/Wicke, § 130 Rn. 82; MünchKommAktG/Kubis, § 130 Rn. 67; KölnKommAktG/Tröger, § 133 Rn. 181; GroßkommAktG/Mülbert, § 130 Rn. 106; KölnKommAktG/Noack/Zetsche, § 130 Rn. 203; Koch, § 130 Rn. 22; Grigoleit/Herrler, § 130 Rn. 44; a. A. Ziemons, in: K. Schmidt/Lutter, § 130 Rn. 23; Blasche, AG 2017, 16). In diesen Fällen genügt die Erklärung des einzigen Aktionärs sowie deren Aufnahme in die Niederschrift (MünchKommAktG/Kubis, § 130 Rn. 67).

Ist nach Maßgabe der überwiegenden Ansicht in der Literatur (Ziff. 1) ein Versammlungsleiter nicht erforderlich, sind denklogisch auch die Feststellungen über die Beschlussfassung nach § 130 Abs. 2 S. 1 AktG bei der Vollversammlung der Ein-Personen-AG entbehrlich. Das Feststellungserfordernis dient der Rechtsklarheit und soll den Beteiligten eine sichere Grundlage für etwaige Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklagen bieten (Grigoleit/Herrler, § 130 Rn. 44). Dies erübrigt sich bei der Vollversammlung einer Ein-Personen-AG aus der Natur der Sache heraus.

Indes führt *Ziemons* (in: K. Schmidt/Lutter, § 130 Rn. 23 a. E.) aus:

„Sie [die Feststellung] muss auch dann erfolgen, wenn ein Beschluss einstimmig gefasst wurde (z.B. bei Einpersonengesellschaft). Eine teleologische Reduktion kann nicht mit dem Hinweis auf bloße Förmelerei begründet werden, dann könnte auch in anderen Fällen eindeutiger Abstimmungsergebnisse (90, 95 oder 99 %?) auf eine Feststellung verzichtet werden.“

Dies überzeugt angesichts dessen, dass bei einer Vollversammlung der Ein-Personen-AG keine Beschlüsse, sondern lediglich Willenserklärungen des Alleinaktionärs existieren, die den Beschluss als solchen zustande bringen (Ziff. 1), nicht.

Blasche (AG 2017, 16, 22) kommt zu folgendem Ergebnis:

„Die vorstehende Analyse hat dabei gezeigt, dass entgegen der ganz herrschenden Meinung auch bei der Einpersonengesellschaft die Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlussfassung erforderlich ist, weil diese ein konstitutives Element des Beschlusses der Hauptversammlung darstellt. Ebenso entfällt bei der Hauptversammlung der Einpersonengesellschaft nicht die ungeschriebene Kompetenz und Aufgabe des Versammlungsleiters, in Zweifelsfällen über die Zulassung von Aktionären zur Hauptversammlung zu entscheiden, wobei hierzu die Prüfung der Identität der Aktionäre, des Bestehens von Vertretungsverhältnissen sowie der Einhaltung von Anmelde- und Hinterlegungserfordernissen gehört. Auch diese Aufgabe des Versammlungsleiters wird in der Hauptversammlung der Einpersonengesellschaft nicht entbehrlich.“

Angesichts dessen, dass es sich um eine Vollversammlung einer Ein-Personen-AG handelt, wirken die angeführten Funktionen allerdings in der Argumentation zirkulär. Dass die Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlussfassung erforderlich ist, weil diese ein konstitutives Element des Beschlusses der Hauptversammlung darstellt, ist bei näherer Betrachtung eine *petitio principii* und durch die vorzunehmende teleologische Reduktion des § 130 Abs. 2 S. 1 AktG gerade widerlegt. Die Aufgabe des Versammlungsleiters, in Zweifelsfällen über die Zulassung von Aktionären zur Hauptversammlung zu entscheiden, wobei hierzu die Prüfung der Identität der Aktionäre, des Bestehens von Vertretungsverhältnissen sowie der Einhaltung von Anmelde- und Hinterlegungserfordernissen gehört, wird bei der Vollversammlung einer Ein-Personen-AG u. E. nicht relevant.

### 3. Ergebnis

Zusammenfassend wird von der ganz überwiegenden Meinung anerkannt, dass bei einer Vollversammlung

einer Ein-Personen-AG ein Versammlungsleiter entbehrlich ist. Die Entscheidung des OLG Köln (Urt. v. 28.2.2008 – 18 U 3/08, DNotZ 2008, 789 m. Anm. Wicke) widerspricht dieser Ansicht nicht, sondern neigt ihr u. E. eher zu, orientiert sich aber an einer Satzungsregelung über den Vorsitz in der Hauptversammlung und kann nicht dahin verallgemeinert werden, dass bei einer Ein-Personen-AG stets ein Versammlungsleiter erforderlich wäre. Folgerichtig wird von der überwiegenden Meinung im Schrifttum im Falle einer Vollversammlung bei einer Ein-Personen-AG das ausdrückliche Feststellungserfordernis nach § 130 Abs. 2 S. 1 AktG (im Wege einer teleologischen Reduktion) für entbehrlich erklärt, da es sich um eine Förmlichkeit ohne Sinn handeln würde. In diesen Fällen genügt die Erklärung des einzigen Aktionärs sowie deren Aufnahme in die Niederschrift.

---

## BeurkG §§ 44, 44a Abs. 2

### Verlust einer Seite der Urschrift; Ersetzung durch reproduzierte Seite

---

#### I. Sachverhalt

Bei der Verbindung eines beurkundeten Vertrages ist beim Herstellen der Urschrift und der beglaubigten Abschriften (Ausfertigungen wurden nicht erteilt) der Fehler passiert, dass ein Blatt der Urkunde nicht mit eingebunden wurde. Dies blieb zunächst unbemerkt. Die Urkunde ist durchnummeriert, die Seite 5 fehlt, sie ist aber anhand des gespeicherten Entwurfs zweifelsfrei reproduzierbar.

#### II. Fragen

1. Muss die Urschrift entheftet und mit der bisher fehlenden Seite 5 neu zusammengeheftet werden oder kann die bisher bei der Urschrift fehlende Seite an die Urschrift angesiegelt werden? Ist ein entsprechender Vermerk anzubringen?

2. Wenn das fehlende Blatt angesiegelt wird, können dann trotzdem beglaubigte Abschriften in der Weise hergestellt werden, dass die Seiten fortlaufend nummeriert zusammengeheftet werden?

#### III. Zur Rechtslage

Ist die Urkunde *vollständig*, d. h. auch mit der nunmehr fehlenden Seite 5, gem. § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG in Gegenwart des Notars den Beteiligten vorgelesen, von diesen genehmigt und von den Beteiligten und wegen § 13 Abs. 3 BeurkG auch vom Notar eigenhändig unterschrieben worden, so ist diese **ursprünglich wirksam errichtet** worden.

Eine fehlerhafte Siegelung oder Heftung der einzelnen Seiten der Niederschrift macht diese nicht unwirksam; „lediglich“ der Beweiswert der Urkunde wird beeinträchtigt (BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 1.3.2024, § 44 Rn. 22; Grziwotz/Heinemann, in: Grziwotz/Sauer/Heinemann, BeurkG, 4. Aufl. 2024, § 44 Rn. 14). Dabei ist der Notar – ebenso wie sein Amtsnachfolger – berechtigt und verpflichtet, eine nachträglich festgestellte fehlende bzw. fehlerhafte Heftung und Siegelung nachzuholen (BeckOGK-BeurkG/Regler, § 44 Rn. 23 f.). Ein solches **Nachholen der fehlerhaften Heftung** ist jedoch nur möglich, wenn tatsächlich die in der Beurkundung verlesene Seite 5 noch auffindbar ist. Ist die Originalseite nicht auffindbar, so ist eine nachträgliche korrekte Heftung bereits nicht mehr möglich.

Existiert – wie vorliegend – auch keine vollständige beglaubigte Abschrift oder Ausfertigung, scheidet auch das **Verfahren der Ersetzung nach § 46 Abs. 1 BeurkG** aus.

In Betracht kommt jedoch eine **Berichtigung nach § 44a Abs. 2 S. 1 BeurkG**. Nach dieser Vorschrift kann der Notar offensichtliche Unrichtigkeiten auch nach Abschluss der Niederschrift durch einen von ihm zu unterschreibenden Nachtragsvermerk richtigstellen. Nach Auffassung der Literatur ist § 44a Abs. 2 BeurkG – gerade im Unterschied zum früheren Wortlaut des § 30 Abs. 4 DNot a. F. – nicht nur auf Schreibfehler, sondern auch auf andere offensichtliche „Unrichtigkeiten“ anwendbar, sodass auch Versehen aufgrund anderer Fehlerquellen berichtigt werden können (Winkler, BeurkG, 21. Aufl. 2023, § 44a Rn. 18). Erfasst sind danach auch Auslassungen und Unvollständigkeiten, wenn sie versehentlich erfolgt sind und sich dies aus dem Gesamtzusammenhang der Beurkundung ergibt, wobei die Umstände auch außerhalb der Urkunde liegen können (Winkler, § 44a Rn. 18; Limmer, in: Frenz/Miermeister, BNotO, 5. Aufl. 2020, § 44a BeurkG Rn. 14; OLG München NJOZ 2018, 1046 Tz. 15). Dies wird etwa angenommen, wenn ein Teil der verlesenen Urkunde nicht vollständig abgedruckt wurde oder wenn eine Einfügung zwar vorgelesen, aber nicht schriftlich fixiert wurde (Winkler, § 44a Rn. 18; BayObLG MittBayNot 2001, 202, 203; Grziwotz/Heinemann, § 44a Rn. 25; BeckOGK-BeurkG/Regler, § 44a Rn. 35).

In diesem Sinne hat sich auch der BGH geäußert (DNotZ 2018, 382 Tz. 29; nachfolgende Hervorh. durch DNotI), wenn er feststellt:

*„Gemäß § 44a Abs. 2 BeurkG können auch Auslassungen und Unvollständigkeiten berichtigt werden.*

*Wahrnehmungen des Notars, die nicht in die Urkunde aufgenommen worden sind, können im Wege der Berichtigung als offensichtliche Unrichtigkeit i. S. des § 44a Abs. 2 Satz 1 BeurkG aufgenommen oder ergänzt werden (...).“*

Die Entscheidung des BGH ist zwar zur Berichtigung eines Hauptversammlungsprotokolls i. S. v. § 130 AktG, also zu einem Beurkundungsvorgang i. S. v. §§ 36 ff. BeurkG ergangen. Die Möglichkeit zur Berichtigung (Ergänzung) des Inhalts der Niederschrift ist vorliegend dennoch zu bejahen, denn auch der Inhalt einer Niederschrift über die Beurkundung von Willenserklärungen gem. §§ 6 ff. BeurkG beruht auf der **amtlichen Wahrnehmung des Notars**. Sie unterscheidet sich von einer sog. Tatsachenbeurkundung gem. §§ 36 ff. BeurkG lediglich durch den Gegenstand der amtlichen Wahrnehmung. Im Falle einer Niederschrift gem. §§ 6 ff. BeurkG ist Gegenstand der amtlichen Wahrnehmung das von den Beteiligten vor ihm Erklärte (ausgenommen bspw. das Rubrum der Urkunde sowie der Schlussvermerk, die genau genommen eine Wahrnehmung von sonstigen Tatsachen i. S. v. §§ 36 ff. BeurkG darstellen).

Der BGH weist in seinen Entscheidungsgründen überdies auf Folgendes hin (Tz. 26):

*„§ 44a BeurkG ist schon aufgrund seiner systematischen Stellung eine **Verfahrensnorm für alle Urkundenarten** und beschränkt die Zulässigkeit einer Berichtigung nicht auf die Beurkundung von Willenserklärungen. Auch aus dem Zweck der Vorschrift, der **Herstellung inhaltlich richtiger Urkunden** (...), folgt keine Beschränkung auf bestimmte Urkundenarten. Der Notar ist von Amts wegen verpflichtet, eine Berichtigung vorzunehmen, damit unrichtige Urkunden vermieden werden (...).“*

Mit Blick auf den vorliegenden Sachverhalt dürfte sich bereits aus der Nummerierung der Seiten sowie ggf. auch aus dem Fließtext ergeben, dass offensichtlich eine Textpassage bzw. Seite fehlt. Auf die Frage, ob die Auslassung für jedermann und nicht nur für die Urkundsperson erkennbar sein muss (in diesem Sinne OLG München MittBayNot 2012, 502), kommt es daher nicht an. Sofern der Notar den Inhalt der vorgelesenen, aber nunmehr in der Niederschrift nicht enthaltenen Textpassage bzw. fehlenden Seite zu seiner Gewissheit rekonstruieren kann, ist u. E. eine Berichtigung gem. § 44a Abs. 2 BeurkG nicht nur zulässig, sondern auch von Amts wegen vorzunehmen. Der fehlerhafte (weil unvollständige) Inhalt der derzeitigen Niederschrift ist durch einen Vermerk gem. § 44a Abs. 2 BeurkG zu berichtigen, um auf diese Weise den Verlautbarungsmangel zu beheben und den Zweck der Errichtung einer öffentlichen Urkunde zu wahren.

Formulierungsvorschläge für einen Vermerk in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation finden sich in der Literatur – soweit ersichtlich – nicht. Der Nachtragsvermerk ist jedenfalls mit dem Datum der Richtigstellung zu versehen sowie am Schluss nach den Unterschriften oder auf einem besonderen, mit der Urschrift zu verbindenden Blatt niederzulegen, § 44a Abs. 2 S. 2 u. 3 BeurkG. Wird die elektronische Fassung der Urschrift zum Zeitpunkt der Richtigstellung bereits in der elektronischen Urkundensammlung verwahrt, darf der Nachtragsvermerk nur noch auf einem gesonderten, mit der Urkunde zu verbindenden Blatt niedergelegt werden, § 44a Abs. 2 S. 4 BeurkG.

**Beglaubigte Abschriften sowie Ausfertigungen** können für die Beteiligten oder den Rechtsverkehr (z.B. Grundbuchamt) auch **als sog. „Reinschriften“** – also mit dem berichtigten Inhalt, hier also mit dem Inhalt der derzeit fehlenden Seite 5, und zwar in nunmehr fortlaufender Nummerierung – erstellt werden. Dies ergibt sich bereits daraus, dass beglaubigte Abschriften und Ausfertigungen die **inhaltliche**, nicht aber die optische **Übereinstimmung** mit der Urschrift bezeugen (DNotI-Report 2015, 1; BeckOGK-BeurkG/Meier, Std.: 1.5.2024, § 42 Rn. 10).

## Rechtsprechung

**BGB §§ 107, 1629 Abs. 2 S. 1, 1824 Abs. 1 Nr. 1, 1824 Abs. 2, 181**

**Grundstücksüberlassung an Minderjährige zu Miteigentum; rechtliche Vorteilhaftigkeit**

**1. Der Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem nicht vermieteten oder verpachteten Grundstück durch einen Minderjährigen ist lediglich rechtlich vorteilhaft i. S. v. § 107 BGB.**

**2. Möchte ein Elternteil einen Miteigentumsanteil an einem ihm gehörenden - weder vermieteten noch verpachteten - Grundstück auf sein minderjähriges Kind übertragen, muss die von den Eltern des Minderjährigen in dessen Namen erklärte Auflassung nicht durch einen Ergänzungspfleger genehmigt werden (Bestätigung von Senat, Beschluss vom 25. November 2004 – V ZB 13/04, BGHZ 161, 170).**

BGH, Beschl. v. 18.4.2024 – V ZB 51/23

### Problem

Der Vater zweier minderjähriger Kinder übertrug an diese mit Urkunde vom 20.12.2022 schenkweise ein nicht vermietetes bzw. verpachtetes Grundstück zu je hälftigem Miteigentum. Die Kinder wurden dabei durch die

beiden Eltern vertreten, zu deren Gunsten zugleich die Eintragung eines lebenslangen Nießbrauchs bewilligt wurde. Nach dem Inhalt des Nießbrauchs sollten die Nießbraucher sämtliche privaten Lasten in Bezug auf das Grundstück tragen, insbesondere auch die außergewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen.

Das Grundbuchamt machte durch Zwischenverfügung vom 2.1.2023 die Eintragung der Rechtsänderung von der Genehmigung der Auflassung an die Kinder durch einen für jedes Kind noch zu bestellenden Ergänzungspfleger abhängig. Das KG wies die dagegen gerichtete Beschwerde zurück (ebenso jüngst auch KG ZEV 2024, 185; OLG München DNotI-Report 2024, 21). Der Erwerb eines Miteigentumsanteils sei für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, da er in eine Bruchteilsgemeinschaft eintrete und die in § 748 BGB genannten Lasten zu tragen habe. Die Regelungen im Nießbrauch über die Lastentragung entlasteten die Kinder nicht im Außenverhältnis zu Gläubigern.

### Entscheidung

Der BGH gab der zugelassenen Rechtsbeschwerde statt. Bei der Erklärung der nach § 20 GBO zu prüfenden Auflassung sei der Kindsvater und Grundstückseigentümer zwar grundsätzlich nach § 1629 Abs. 2 S. 1, § 1824 Abs. 2, § 181 BGB von der Vertretung seiner Kinder ausgeschlossen. Für seine Ehefrau ergebe sich dies aus § 1629 Abs. 2 S. 1, § 1824 Abs. 1 Nr. 1 BGB, da es sich für die Ehefrau um ein Rechtsgeschäft zwischen ihrem Ehegatten einerseits und dem jeweiligen Kind andererseits handele. Die Wirksamkeit der Verfügung setze daher grundsätzlich die **Genehmigung durch einen Ergänzungspfleger** voraus (§ 1809 Abs. 1 BGB). Übergangsrechtlich legt der BGH seiner Entscheidung explizit bereits die einschlägigen Vorschriften in der Neufassung durch das zum 1.1.2023 in Kraft getretene Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zugrunde, obwohl die Auflassung bereits vor diesem Zeitpunkt erklärt worden ist. Da es an einer Übergangsvorschrift fehle und es sich im Hinblick auf die noch ausstehende Eintragung nicht um einen abgeschlossenen Sachverhalt handele, fänden – so der BGH – die neuen Vorschriften bereits Anwendung.

Der BGH bestätigt auch für die Rechtslage ab dem 1.1.2023 den anerkannten Grundsatz der ständigen Rechtsprechung (s. z. B. BGH NJW 1975, 1885, 1886 zu § 1795 BGB a. F.), dass der sich aus § 1824 BGB ergebende Vertretungsausschluss nicht eingreift, wenn sich das Rechtsgeschäft für die vertretenen Minderjährigen als **lediglich rechtlich vorteilhaft i. S. v. § 107 BGB** darstellt. Für ein Vertretungsverbot bestehe in diesem Fall kein Bedürfnis, da nach der Natur des Rechtsgeschäfts eine Gefährdung der Vermögensinteressen des

Vertretenen abstrakt-generell ausgeschlossen sei. Hieran wollte der Reformgesetzgeber nichts ändern (vgl. BeckOK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.5.2024, § 1824 Rn. 7).

Die hiernach zentrale Frage, ob der Erwerb der Miteigentumsanteile für die Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft sei, bejaht der BGH im Gegensatz zum KG; aus seiner Sicht **bedarf es daher nicht der Bestellung von Ergänzungspflegern**. Der BGH bestätigt zunächst seine Entscheidung aus dem Jahre 2004 (BGHZ 161, 170), wonach auf öffentlichem Recht beruhende Abgabeverpflichtungen trotz der dadurch ausgelösten persönlichen Haftung keinen beachtlichen Rechtsnachteil begründen. Diese Verpflichtungen bringen typischerweise keine Gefährdung des Minderjährigen mit sich. Auch dort wurde ein jeweils hälftiger Miteigentumsanteil an zwei Minderjährige übertragen, ohne dass für den BGH dieser Unterschied gegenüber der Überlassung von Alleineigentum entscheidungserheblich ins Gewicht fiel (in diesem Sinn bereits zuvor BayObLGZ 1998, 139, 143 f.). **Nur bei einer Vermietung oder Verpachtung** sei ein erheblicher Rechtsnachteil aufgrund des Eintritts des Erwerbers in die Vermieter- bzw. Verpächterstellung gem. §§ 566, 581 Abs. 2, 593b BGB zu bejahen.

Der BGH bestätigt diesen Standpunkt in der vorliegenden Entscheidung ausdrücklich. Für den Rechtsnachteil sei die Auflassung isoliert zu betrachten und auf den Eigentumserwerb als solchen abzustellen. Mittelbare Folgen hätten außer Betracht zu bleiben. Die in § 748 BGB angesprochenen Lasten träfen den Minderjährigen zwar unmittelbar mit dem Eigentumserwerb, aber ohne dass insoweit ein Unterschied zum Erwerb von Alleineigentum bestehe. Der Anfall von Erhaltungs-, Verwaltungs- und Benutzungskosten trete hingegen nicht bereits mit dem Erwerb des Miteigentumsanteils ein. Notwendige Erhaltungsmaßnahmen i. S. v. § 744 Abs. 2 BGB müssten vielmehr zunächst vorgenommen werden. Ansprüche aus §§ 748, 745 BGB setzten einen Beschluss der Miteigentümer voraus.

Ganz **anders** sei die Sachlage beim **Erwerb einer Eigentumswohnung** durch den Minderjährigen, wo § 16 Abs. 2 S. 1, § 9a Abs. 4 WEG relevante Haftungsfolgen im Sinne eines beachtlichen Rechtsnachteils statuierten. Demgegenüber würden Miteigentumsanteile typischerweise innerhalb einer Familie übertragen, sodass eine Inanspruchnahme zwischen den Miteigentümern in aller Regel fernliegend sei. Dass die derart vom BGH hinsichtlich eines Rechtsnachteils bestätigte Unterscheidung zwischen dem Erwerb unaufgeteilten Miteigentums einerseits und einer Eigentumswohnung gem. dem WEG andererseits dem Willen des Gesetz-

gebers entspreche, folge mittelbar auch aus der (neuen) Regelung in § 1850 Nr. 4 BGB. Dort wird seit dem 1.1.2023 nur der unentgeltliche Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum im Hinblick auf die umfangreichen Haftungsfolgen unter den Genehmigungsvorbehalt gestellt. Zwischen Allein- und Miteigentum ist dabei nicht unterschieden.

#### **Praxishinweis**

Für die Praxis bringt die Entscheidung in der Frage des rechtlichen Vorteils und des Vertretungsausschlusses nach § 1629 Abs. 2 S. 1, §§ 1824, 181 BGB in Bezug auf den unentgeltlichen Erwerb von Miteigentumsanteilen eine erfreuliche Rückkehr von Rechtssicherheit, die durch die abweichenden Judikate des KG und des OLG München verloren zu gehen drohte. Dass die dadurch wieder bestätigte Verfahrensvereinfachung den Minderjährigenschutz nicht substantiell preisgibt, hat der BGH ausführlich begründet.

---

#### **BGB §§ 2302, 2301 Abs. 1**

#### **Wirksamkeit der Auflage zur Weiterschenkung eines Schenkungsgegenstandes**

**1. Eine Auflage, die den Beschenkten verpflichtet, den geschenkten Gegenstand spätestens mit seinem Ableben unentgeltlich auf einen Dritten zu übertragen, fällt nicht ohne weiteres unter den Tatbestand des § 2302 BGB.**

**2. Eine Auflage, die den Beschenkten verpflichtet, zugunsten eines Dritten ein Schenkungsversprechen abzugeben, das unter der Bedingung steht, dass der Dritte den Beschenkten überlebt, ist nach § 2302 BGB nichtig.**

**3. Wirksam ist eine Auflage, wenn die Parteien des Schenkungsvertrags bereits einen – wenn auch bedingten – Anspruch des Dritten auf Übereignung des geschenkten Gegenstands begründen.**

BGH, Urt. v. 28.11.2023 – X ZR 11/21

#### **Problem**

Die zwei Kläger (ersteheliche Kinder des Erblassers) begehren von den zwei Beklagten (zweite Ehefrau und Kind aus zweiter Ehe) aus einem Schenkungsvertrag die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück. Der Erblasser E ist im September 2017 verstorben. Seine erste Ehe wurde im März 1995 geschieden. In der zweiten im September 1995 geschlossenen Ehe war in einem notariellen Ehevertrag vom Juli 1995 Gütertrennung vereinbart worden.

Über das in Streit stehende Grundstück schloss der Vater des Erblassers mit diesem im Dezember 1995 eine mit „Hausübergabe“ überschriebene notarielle Vereinbarung, worin sich der Erblasser für bestimmte Konstellationen zur (Rück-)Übereignung des Grundstücks an seinen Vater bzw. an seine leiblichen Kinder verpflichtete. In einem notariellen Nachtrag vom Mai 2003 vereinbarten die Parteien des Übergabevertrags ergänzend, dass die beiden Kläger das Grundstück spätestens beim Ableben des Erblassers je zur Hälfte erhalten sollten. In einem weiteren notariellen Nachtrag vom Juni 2008 verpflichtete sich der Erblasser, das Grundstück spätestens bei seinem Ableben an die beiden erstehelichen Kinder und das Kind aus der zweiten Ehe als Miteigentümer zu je einem Drittel zu übereignen. Bis zum Tod des Erblassers kam es nicht zu einer Übereignung des Grundstücks. Derzeit sind Eigentümer desselben die vier Parteien als Miterben.

Das Landgericht hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt, der Übertragung des Grundstücks auf die beiden Kläger und den Beklagten zu 2 (das Kind aus zweiter Ehe) als Miteigentümer zu je einem Drittel zuzustimmen und die entsprechende Grundbucheintragung zu bewilligen. Das Berufungsgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision begehren die Beklagten weiterhin die Abweisung der Klage.

### **Entscheidung**

Die zulässige Revision hat Erfolg und führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Aus Sicht des BGH hält die Beurteilung des Berufungsgerichts einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Für rechtsfehlerhaft hält der BGH die Erwägungen des Berufungsgerichts, mit dem dieses zum Ergebnis gelangt ist, dass bereits im Vertrag vom Dezember 1995 eine wirksame Weiterübertragungsverpflichtung begründet worden sei.

Eine wirksame Weiterübergabeverpflichtung kann aus Sicht des BGH aber insbesondere dem Vertrag von Juni 2008 (voraussichtlich) entnommen werden. Der BGH schließt sich insoweit der wohl h. A. der Literatur (vgl. Jülicher, ZEV 1998, 285, 288; ders., ZEV 2003, 350, 353) an, wonach eine Auflage, die den Beschenkten verpflichtet, den geschenkten Gegenstand spätestens mit seinem Ableben unentgeltlich auf einen Dritten zu übertragen, wirksam vereinbart werden kann. Dem steht aus Sicht des BGH nicht das Verbot des § 2302 BGB entgegen, das nur Verpflichtungen im Hinblick auf Verfügungen von Todes wegen, nicht aber in Bezug auf Rechtsgeschäfte unter Lebenden, erfasse.

Dagegen ist aus Sicht des BGH eine Auflage, die den Beschenkten verpflichtet, zugunsten eines Dritten ein Schenkungsversprechen abzugeben, das unter der Bedingung steht, dass der Dritte den Beschenkten überlebt, nach § 2302 BGB nichtig. Dies ergibt sich aus der Anwendbarkeit des § 2301 Abs. 1 BGB auf diese Konstellation, die zur Anwendung der Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen und damit auch des § 2302 BGB führt. In dieser Konstellation wird dem Beschenkten entgegen § 2302 BGB die Pflicht auferlegt, ein Rechtsgeschäft vorzunehmen, das nach § 2301 Abs. 1 BGB als Verfügung von Todes wegen zu behandeln ist. Nach Ansicht des BGH gilt dies entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht auch für Klauseln, die nur zu einer einmaligen Weitergabe des geschenkten Gegenstands verpflichten.

Wirksam ist nach Ansicht des BGH dagegen eine Auflage, wenn die Parteien eines Schenkungsvertrages bereits einen – wenn auch bedingten – Anspruch des Dritten auf Übereignung des geschenkten Gegenstands begründen. Dies wird damit begründet, dass von § 2302 BGB nur die Verpflichtung, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten, nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, verboten wird, nicht aber die Vornahme solcher Rechtshandlungen selbst (wie beispielsweise durch Abschluss eines Erbvertrages, durch ein gemeinschaftliches Testament oder ein formgerecht abgegebenes Schenkungsversprechen i. S. v. § 2301 Abs. 1 BGB).

### **Praxishinweis**

Die ausführlich begründete Entscheidung des BGH zu den verschiedenen Gestaltungsvarianten zeigt, dass Weiterleitungsklauseln mit Bedacht formuliert werden müssen (vgl. dazu auch M. K. Thelen, LMK 2024, 807144; zur zugrunde liegenden Konstruktion eines Vertrages zugunsten Dritter nach § 328 BGB vgl. auch Becker, NJW 2024, 1117 f.).

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. Andreas Bernert

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Philipp Theuersbacher

**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:**

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice  
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn