

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 878; InsO §§ 21, 80 – Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters zu einem Grundstückskaufvertrag; erneute Zustimmung des endgültigen Verwalters zum Vollzug der Eigentumsumschreibung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

WEG §§ 9a, 9b, 19 – Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum durch die Wohnungseigentümergeinschaft innerhalb der eigenen Anlage; Vertretung des Verbandes durch den Verwalter; Willensbildung im Verband

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 878; InsO §§ 21, 80

Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters zu einem Grundstückskaufvertrag; erneute Zustimmung des endgültigen Verwalters zum Vollzug der Eigentumsumschreibung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

I. Sachverhalt

Über das Vermögen eines Bauträgers wurde das vorläufige Insolvenzverfahren eröffnet. Ein vorläufiger Insolvenzverwalter wurde bestellt. Zudem wurde angeordnet, dass Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 InsO). Der Bauträger verkauft mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters weiterhin Immobilien. Das Insolvenzverfahren soll voraussichtlich in Kürze eröffnet werden.

II. Frage

Entfaltet § 878 BGB für den Fall Schutzwirkung,

dass bei beantragten Rechtsänderungen (bspw. Vormerkung/Eigentumsumschreibung) zwischen Eingang des Antrages beim Grundbuchamt und Eintragung im Grundbuch das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Bauträgers eröffnet wird?

III. Zur Rechtslage

1. Grundsatz: Berechtigung des Verfügenden bis zum Zeitpunkt der Eintragung

Für die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück ist gem. §§ 873, 925 BGB die Einigung der Beteiligten über den Rechtsübergang und die Eintragung dieses Rechtsübergangs im Grundbuch erforderlich. Dabei muss die Berechtigung des Verfügenden (hier: des Bauträgers) nicht nur zum Zeitpunkt der dinglichen Einigung, sondern grundsätzlich auch noch im Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung im Grundbuch vorhanden sein. Für die Berechtigung kommt es auf den Zeitpunkt der vorgenommenen Verfügung an, bei mehraktigen Verfügungen somit auf den letzten zur Wirksamkeit fehlenden Teilakt (Staudinger/Klumpp, BGB, 2019, § 185 Rn. 54).

Ist der Verfügende von vornherein „Nichtberechtigter“ oder verliert er die Berechtigung, bevor sich der Verfügungstatbestand vollendet hat, so ist grundsätzlich nach § 185 BGB die vorherige Einwilligung oder nachträg-

liche Genehmigung des Berechtigten zur Wirksamkeit der Verfügung erforderlich.

2. Ausnahmeregelung des § 878 BGB

Der Verfügende kann aus zwei Gründen „Nichtberechtigter“ i. S. d. § 185 BGB sein: Entweder kann dem Verfügenden das Recht, über das verfügt wird, nicht (voll) zustehen, sodass er nicht (alleiniger) **Rechtsinhaber** ist; oder es kann ihm, obwohl er Rechtsinhaber ist, die **Verfügungsbefugnis** fehlen (Staudinger/Klumpp, § 185 Rn. 38)

a) Allgemeiner Anwendungsbereich des § 878

Gem. § 878 BGB wird jedoch eine von dem *Berechtigten* in Gemäßheit der §§ 873, 875, 877 BGB abgegebene Erklärung nicht dadurch unwirksam, dass der Berechtigte in der Verfügung beschränkt wird, **nachdem die Erklärung für ihn bindend** geworden und der **Antrag auf Eintragung** bei dem Grundbuchamt gestellt worden ist. Diese Vorschrift ist entsprechend auf die Bewilligung einer Vormerkung anzuwenden (BGHZ 28, 182, 185).

Entfällt also beim Veräußerer dessen **Verfügungsbefugnis** erst nach Antragstellung gegenüber dem Grundbuchamt, so ist dies nach § 878 BGB unschädlich. Der Anwendungsbereich des § 878 ist jedoch lediglich auf *diesen* Fall des Wegfalls der Berechtigung beschränkt. **Der Verlust der Rechtsinhaberschaft** und eine daraus resultierende Nichtberechtigung ist hingegen gerade **nicht von § 878 BGB erfasst** (RGZ 89, 152, 156 f; RGZ 135, 378, 382; Staudinger/Klumpp, § 185 Rn. 54; Staudinger/C. Heinze, BGB, 2018, § 878 Rn. 5). Es ist also streng zwischen Rechtsinhaberschaft und Verfügungsbefugnis zu unterscheiden.

b) Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Veräußerers *nach* Antragstellung

Klassischer Anwendungsfall des § 878 BGB sind Insolvenzverfahren (BeckOGK-BGB/Kessler, Std.: 1.5.2023, § 878 Rn. 41; Staudinger/C. Heinze, § 878 Rn. 24). Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht nach § 80 Abs. 1 InsO das Recht des Schuldners, über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über. Verfügungen des Schuldners selbst sind nach § 81 Abs. 1 S. 1 InsO unwirksam.

Erklärt somit der Insolvenzschuldner etwa als Veräußerer selbst noch die Auffassung und wird das Insolvenzverfahren über sein Vermögen erst nach Antragstellung beim Grundbuchamt eröffnet, schützt § 878 BGB den Verfügungsempfänger (somit den Erwerber); der Wegfall der Verfügungsbefugnis nach

§ 80 Abs. 1 InsO ist unerheblich. Der Erwerb ist damit ab Antragstellung beim Grundbuchamt für den Käufer insolvenzfest (Reul, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2022, § 3 Rn. 6; zur umstrittenen Frage, ob der Eintragungsantrag des Insolvenzschuldners genügt oder jedenfalls auch der von der Eintragung begünstigte Erwerber den Antrag gestellt haben muss, vgl. BeckOGK-BGB/Kessler, § 878 Rn. 34-40; Gutachten DNotI-Report 2024, 41).

c) Meinungsstand: Anwendung des § 878 BGB bei Beendigung der Amtsstellung des Insolvenzverwalters

Strittig ist die Frage, ob § 878 BGB auch anwendbar ist, wenn die Amtsstellung einer „Partei kraft Amtes“, wie etwa eines Testamentsvollstreckers oder Insolvenzverwalters, endet, nachdem dieser eine Verfügung über ein seiner Verwaltung unterliegendes Liegenschaftsrecht eingeleitet hat. Die Amtsstellung des Insolvenzverwalters endet, wenn entweder das Insolvenzverfahren insgesamt aufgehoben wird oder wenn in der Person des Insolvenzverwalters ein Wechsel stattfindet. Die wohl herrschende Auffassung in der Literatur spricht sich heute dafür aus, zum Schutz des Rechtsverkehrs die Vorschrift des § 878 BGB auch auf den Verlust der Verfügungsmacht eines Amtsinhabers anzuwenden (ausführlich hierzu Reul, § 3 Rn. 76 ff.; Staudinger/C. Heinze, § 878 Rn. 58; BeckOGK-BGB/Kessler, § 878 Rn. 28. Die Rechtsprechung neigt hingegen dazu, eine analoge Anwendung des § 878 BGB bei Verfügungen durch Parteien kraft Amtes abzulehnen (vgl. OLG Celle NJW 1953, 945 f.; BayObLG NJW 1956, 1279 f.; OLG Köln MittRhNotK 1981, 139 f.; OLG Naumburg MittBayNot 2022, 164), da der Wegfall der Amtsstellung mit dem Verlust der *Rechtsinhaberschaft* vergleichbar sei und für diesen Fall § 878 BGB keine Anwendung finde (s. o. lit. a).

Der BGH hat sich zu dieser Frage bisher noch nicht geäußert. Die Rechtslage muss daher weiterhin als nicht abschließend geklärt bezeichnet werden.

Der BGH führt in einer Entscheidung zur Verwalterzustimmung nach § 12 WEG allerdings aus, dass es

„richtig ist, dass die Wirksamkeit der von dem Verwalter erklärten Zustimmung **nicht davon abhängt, dass er das Verwalteramt noch in dem in § 878 BGB genannten Zeitpunkt innehat.** [...] Die Zustimmung des Verwalters nach § 12 WEG ist daher in dieser Beziehung nicht anders zu behandeln als rechtsgeschäftliche Erklärungen, die Träger eines vergleichbaren privaten Amtes (wie beispielsweise Testamentsvollstrecker oder Nachlass-

verwalter [...] während ihrer Amtszeit im eigenen Namen mit Wirkung für und gegen den Rechtsinhaber abgegeben haben.“

(BGH NJW 2013, 299 Rn. 15; Hervorhebung durch DNotI)

Kessler schließt hieraus, dass der BGH sich damit für die Anwendbarkeit von § 878 BGB auf den Fall der Beendigung der Amtsstellung vor Vollzug des Eintragungsantrags festgelegt zu haben scheint (BeckOGK-BGB/Kessler, § 878 Rn. 29).

Die Vorinstanz (Beschwerdegericht i. S. v. § 72 GBO) hatte in dem vom BGH zu entscheidenden Fall angenommen, dass das Zustimmungserfordernis gem. § 12 WEG als Beschränkung der Verfügungsmacht des jeweiligen Eigentümers zu begreifen sei. Der BGH hat dies jedoch nicht bestätigt, sondern vielmehr in seiner Entscheidung ausdrücklich offengelassen (BGH NJW 2013, 299 Rn. 12). Die Einordnung als Verfügungsbeschränkung war nach Ansicht des BGH nicht weiter relevant, da *jedenfalls* die Zustimmung für und gegen den Rechtsinhaber wirke. Insofern sei die Verwalterzustimmung gleich zu behandeln wie bindende rechtsgeschäftliche Erklärungen, die der Träger eines vergleichbaren privaten Amtes (wie etwa ein Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter) abgebe (BGH NJW 2013, 299 Rn. 15).

Nach unserem Dafürhalten ist hieraus keine Entscheidung oder Tendenz des BGH zur aufgeworfenen Streitfrage der Anwendbarkeit des § 878 BGB bei einem Wegfall der Amtsstellung des Insolvenzverwalters (oder einer sonstigen Partei kraft Amtes) zu entnehmen. Der BGH hatte mit Blick auf § 12 WEG insofern „höchstens“ über eine Verfügungsbeschränkung des Sondereigentümers zu entscheiden, während im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Verfügungsbefugnis insgesamt auf den Insolvenzverwalter übergeht und bei einem Wegfall der Amtsstellung die materielle Berechtigung des Verfügenden (Insolvenzverwalters) wieder gänzlich entfällt. Auch aus der oben zitierten Aussage des BGH zur „Gleichbehandlung“ der Verwalterzustimmung mit sonstigen Erklärungen einer Partei kraft Amtes (wie des Testamentsvollstreckers) lässt sich u. E. keine Entscheidung des BGH im Hinblick auf § 878 BGB entnehmen. Insofern hat der BGH lediglich auf die vergleichbare Bindung der rechtsgeschäftlichen *Erklärung* abgestellt. Keine Stellungnahme ist dazu zu entnehmen, wie sich dies zum Wegfall der *Verfügungsbefugnis* verhält, da es hierzu im Falle des § 12 WEG schon nicht kommt (Rechtsinhaber *und* Verfügungsbefugter ist der Sondereigentümer).

d) Stellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters

Fraglich ist, welche Rechtslage sich ergibt, wenn – wie im vorliegenden Sachverhalt – zum Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstücksgeschäfts das Insolvenzverfahren noch nicht eröffnet, jedoch bereits ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt ist.

aa) Differenzierung zwischen „starkem“ und „schwachem“ vorläufigen Insolvenzverwalter

Zunächst ist danach zu differenzieren, ob die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters im Insolvenzeröffnungsverfahren mit der Auferlegung eines **allgemeinen Verfügungsverbots** (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 InsO) oder der Anordnung eines **allgemeinen Zustimmungsvorbehalts** (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 InsO) einhergeht. Während im ersten Fall ein sog. „starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt wird, auf den gem. § 22 Abs. 1 InsO bereits die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übergeht und der Schuldner im Außenverhältnis damit als Nichtberechtigter handelt, wird im zweiten Fall ein sog. „schwacher“ vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt und der Schuldner handelt weiterhin als Verwaltungs- und Verfügungsbefugter, freilich unter dem Vorbehalt der Zustimmung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter (MünchKommInsO/Haarmeyer/Schildt, 4. Aufl. 2019, § 22 Rn. 32). Verfügt der Schuldner trotz eines auferlegten allgemeinen Verfügungsverbots oder bei einem Zustimmungsvorbehalt ohne die Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters, so ist diese Verfügung in beiden Fällen nach § 24 Abs. 1, § 81 Abs. 1 InsO zwar absolut (also nicht bloß relativ), jedoch „nur“ schwebend unwirksam. Denn nach allgemeiner Meinung können solche unwirksamen Verfügungen des Schuldners durch Genehmigung des Insolvenzverwalters gem. § 185 Abs. 2 S. 1, 1. Alt. BGB analog mit Wirkung *ex tunc* wirksam werden (MünchKommInsO/Vuia, 4. Aufl. 2019, § 81 Rn. 17 m. w. N.)

bb) Folgen der zu unterscheidenden Typen eines vorläufigen Insolvenzverwalters

Da es zwei Typen eines vorläufigen Insolvenzverwalters gibt, folgt u. E., dass auch im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 878 BGB von verschiedenen Fallgruppen auszugehen ist:

(1) Verfügung des vorläufigen „starken“ Insolvenzverwalters und spätere Bestellung eines endgültigen Insolvenzverwalters

Ist bereits im Insolvenzeröffnungsverfahren nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 InsO ein allgemeines Verfügungsverbot angeordnet, geht demgemäß die Verwaltungs- und **Verfügungsbefugnis** über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen schon im Insolvenzeröffnungsverfahren **auf den vorläufigen Insolvenzverwalter**

nach § 22 Abs. 1 InsO über. Der so genannte „starke“ vorläufige Insolvenzverwalter ist für die Zeitdauer seines Tätigwerdens als Partei kraft Amtes anzusehen (MünchKommInsO/Haarmeyer/Schildt, § 22 Rn. 23). Insoweit ist also die Rechtslage – mit Blick auf die hier interessierende Frage der Anwendbarkeit des § 878 BGB – vergleichbar mit der Bestellung eines endgültigen Insolvenzverwalters. Auch dieser ist als Partei kraft Amtes anzusehen.

Wird nun bei einer Verfügung des „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalters das endgültige Insolvenzverfahren eröffnet und ein endgültiger Insolvenzverwalter bestellt, bevor der Verfügungstatbestand vollendet ist, so sind u. E. **dieselben Grundsätze anzuwenden wie für den Fall des Wegfalls der Amtsstellung beim endgültigen Insolvenzverwalter** (s. o. Ziff. 3.). Für diese Konstellation dürfte deshalb die Rechtslage als ungeklärt zu bezeichnen sein: Nach der Rechtsprechung der Instanzgerichte wäre die Anwendbarkeit des § 878 BGB abzulehnen, während mit der überwiegenden Auffassung in der Literatur § 878 BGB analog heranzuziehen wäre. Nach unserem Dafürhalten ist der Literaturmeinung zuzustimmen. Hierfür spricht zum einen der Normzweck des § 878 BGB, wonach die Dauer des grundbuchlichen Eintragungsverfahrens nicht zu Lasten des Rechtsverkehrs gehen soll (zum Normzweck vgl. MünchKommBGB/Lettmaier, 9. Aufl. 2023, § 878 Rn. 1). Zum anderen gilt es, sich Folgendes zu vergegenwärtigen: Es ist zwar zutreffend, dass die Norm davon spricht, dass „der Berechtigte in der Verfügung *beschränkt* wird“, während der starke vorläufige bzw. endgültige Insolvenzverwalter mit dem Verlust der Stellung als Partei kraft Amtes seine Verfügungsbefugnis *gänzlich verliert*. Die Formulierung „in der Verfügung *beschränkt*“ dient jedoch sprachlich dazu, den Anwendungsbereich der Norm gegenüber dem dogmatisch zu unterscheidenden Verlust der Rechtsinhaberschaft abzugrenzen. Der Verlust der Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners gem. § 80 Abs. 1 InsO ist demgegenüber in Ansehung der Insolvenzmasse (§ 35 InsO) grundsätzlich umfassend, d. h. die Verfügungsbefugnis des Schuldners geht insoweit – also in Ansehung der Insolvenzmasse – gänzlich auf den starken vorläufigen bzw. endgültigen Insolvenzverwalter über. Der Umstand, dass nicht alle Vermögens- und Rechtspositionen des Schuldners in die Insolvenzmasse fallen, ist von der Rechtsfolge des § 80 Abs. 1 InsO zu unterscheiden.

Vor diesem Hintergrund vermag es nicht zu überzeugen, wenn einerseits die Bestimmung des § 878 BGB anerkanntermaßen dann Anwendung findet, wenn gem. § 80 Abs. 1 InsO die Verfügungsbefugnis des Schuldners in Ansehung der Insolvenzmasse auf den

Insolvenzverwalter übergeht, aber der Verlust der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters von der Norm nicht umfasst sein soll.

(2) Verfügung des Schuldners mit Zustimmung des vorläufigen „schwachen“ Insolvenzverwalters und spätere Bestellung eines endgültigen Insolvenzverwalters

Liegt eine Verfügung des Schuldners vor, zu der der sog. schwache vorläufige Insolvenzverwalter (Zustimmungsvorbehalt gem. § 21 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 InsO) seine Zustimmung erklärt hat, so liegt in diesem Fall eine **Grundstücksverfügung des Schuldners**, nicht aber des vorläufigen Insolvenzverwalters vor. Wird das Insolvenzverfahren anschließend eröffnet, geht erst zu diesem Zeitpunkt gem. § 80 Abs. 1 InsO die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen auf den endgültigen Insolvenzverwalter über.

Verfügt der Schuldner (Rechtsinhaber) mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters, so ist diese Verfügung materiell rechtlich wirksam. Wird dann zeitlich *nach* der Stellung des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt das endgültige Insolvenzverfahren eröffnet, so verliert der Schuldner erst ab diesem Moment seine Verfügungsbefugnis, bleibt aber weiterhin Rechtsinhaber. Diese Konstellation ist letztlich der „klassische“ Anwendungsfall des § 878 BGB. Insofern halten wir den oben skizzierten Meinungsstreit betreffend die Verfügung einer Partei kraft Amtes und dem Wegfall der Stellung als Partei kraft Amtes für nicht einschlägig.

(3) Verfügung des Schuldners mit Zustimmung des vorläufigen „schwachen“ Insolvenzverwalters und Wechsel/Wegfall des vorläufigen Insolvenzverwalters

Verfügt der Schuldner mit Zustimmung eines „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalters und kommt es nun zu einem Wechsel in der Person des „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalters, bedarf dieser Fall u. E. einer gesonderten Betrachtung. Denn der maßgebliche Unterschied liegt darin, dass hier „nur“ ein **Wechsel in der Person des Zustimmungsberechtigten** erfolgt.

Auf diese Sachverhaltskonstellation kann u. E. die Sichtweise des BGH im Rahmen der Entscheidung zu § 12 WEG (s. o.) herangezogen werden (vgl. zur Zustimmung nach § 5 ErbbauRG auch BGH NJW 1963, 36; BGH RNotZ 2017, 654). Unter Zugrundelegung der vom BGH angestellten Überlegungen kommt es für die Wirksamkeit der Zustimmung nicht darauf an, dass der zustimmungsberechtigte vorläufige Insolvenzverwalter

seine Zustimmungsbefugnis noch in dem in § 878 BGB genannten Zeitpunkt innehat. Sobald die Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters erfolgt ist, liegen eine wirksame Auffassung bzw. eine wirksame Eintragungsbewilligung des Schuldners vor. Die Wirksamkeit des materiellen Rechtsgeschäfts (bspw. der Auffassung) oder der grundbuchverfahrensrechtlichen Bewilligung gem. § 19 GBO wird nicht dadurch beseitigt, dass die Person des vorläufigen Insolvenzverwalters wechselt. Nach unserem Dafürhalten gilt dies auch dann, wenn der Wechsel in der Person des vorläufigen Insolvenzverwalters zeitlich *vor* dem Zeitpunkt des § 878 BGB eintritt; denn der Wechsel in der Person des vorläufigen Insolvenzverwalters führt nicht dazu, dass die einmal wirksam gewordene Auffassung oder Eintragungsbewilligung nachträglich wieder schwebend unwirksam wird. Die Bestimmung des § 878 BGB spielt sodann nur eine Rolle im Hinblick darauf, wann das (endgültige) Insolvenzverfahren eröffnet wird. Wird dieses zeitlich *vor* Stellung des grundbuchlichen Eintragungsantrages eröffnet, so dürfte auch die Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters nicht weiterhelfen; vielmehr bedarf es wegen § 80 Abs. 1 InsO der Genehmigung des (endgültigen) Insolvenzverwalters. Erfolgt hingegen die Eröffnung des endgültigen Insolvenzverfahrens zeitlich *nach* der Stellung des grundbuchlichen Eintragungsantrages, so ist der nachträgliche Wegfall der Verfügungsbefugnis des Schuldners in Ansehung der – aufgrund der Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam gewordenen – Auffassung und/oder Eintragungsbewilligung unbeachtlich. Im Wege eines Erst-Recht-Schlusses kann nichts anderes gelten, wenn „nur“ der vorläufige Insolvenzverwalter ausgetauscht wird, wobei es nach unserem Dafürhalten nicht darauf ankommt, ob dieser Personenwechsel zeitlich vor oder nach dem in § 878 BGB genannten Zeitpunkt stattfindet.

3. Ergebnis

Wird im Insolvenzeröffnungsverfahren ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt, so ist im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 878 BGB eine differenzierte Betrachtung nach der konkreten Sachverhaltskonstellation angezeigt (vgl. die o. g. Fallgruppen). Wesentlich für die Beurteilung ist u. E., ob die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters im Insolvenzeröffnungsverfahren mit der Auferlegung eines **allgemeinen Verfügungsverbots** (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 InsO) verbunden ist oder lediglich ein **allgemeiner Zustimmungsvorbehalt** (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 InsO) angeordnet wird. Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung zu den hier besprochenen Konstellationen im Insolvenzeröffnungsverfahren sind bislang nicht ersichtlich.

WEG §§ 9a, 9b, 19

Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum durch die Wohnungseigentümergeinschaft innerhalb der eigenen Anlage; Vertretung des Verbandes durch den Verwalter; Willensbildung im Verband

I. Sachverhalt

Eine Gemeinde ist Eigentümerin eines Teileigentums (Fitnessraum). Das Teileigentum soll unentgeltlich in das Vermögen der Eigentümergeinschaft übergehen.

II. Fragen

1. Kann eine Wohnungseigentümergeinschaft, vertreten durch den Verwalter, aufgrund eines Ermächtigungsbeschlusses ein Teileigentum aus derselben Wohnanlage unentgeltlich erwerben?
2. Bedarf es der Zustimmung sämtlicher Sondereigentümer?
3. Welche formalen Anforderungen sind zu beachten?

III. Zur Rechtslage

1. Erwerb von Sondereigentum innerhalb der eigenen Anlage

Der mitgeteilte Sachverhalt wirft zunächst die Frage nach der Zulässigkeit des Erwerbs von Wohnungs- bzw. Teileigentum durch die Wohnungseigentümergeinschaft innerhalb der eigenen Anlage auf.

Ganz grundsätzlich ist infolge des WEMoG nunmehr gesetzlich in § 9a Abs. 1 S. 1 WEG geregelt, dass die **Wohnungseigentümergeinschaft in vollem Umfang rechtsfähig** ist. Sie ist daher insbesondere in der Lage, Eigentum zu erwerben (BeckOK-WEG/Müller, Std.: 2.4.2024, § 9a Rn. 5). Die unter der früheren Rechtslage angenommene Beschränkung der Rechtsfähigkeit durch den Verbandszweck ist damit gegenstandslos (Weber, in: Weber, Kölner Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl. 2023; Kap. 4 Rn. 291 m. w. N.). Aus der Rechtsfähigkeit folgt weiterhin auch die Grundbuchfähigkeit des Verbandes (BeckOGK-WEG/Falkner, Std.: 1.4.2024, § 9a Rn. 55).

Mit Blick auf die Frage, ob die Wohnungseigentümergeinschaft **Einheiten innerhalb der eigenen Anlage** erwerben kann, ist bedenklich, dass die Beteiligung an der Wohnungseigentümergeinschaft untrennbar mit dem Eigentum an einer Wohnungs- oder Teileigentumseinheit verbunden ist. Dieser Vorgang ist somit **vergleichbar mit dem Erwerb eigener Anteile durch eine GmbH oder AG**.

Aus dem **Fehlen einer den §§ 71 ff. AktG, § 33 GmbHG entsprechenden Regelung** für die Wohnungseigentümergeinschaft wurde vereinzelt geschlossen, der Erwerb eigener „Anteile“ durch eine Wohnungseigentümergeinschaft sei nicht zulässig (so zuletzt wohl nur noch BeckOK-WEG/Müller, Std.: 1.11.2019, § 10 Rn. 480, der allerdings selbst einräumt, der Selbsterwerb sei in der Praxis anerkannt; nunmehr wohl a. A. ders., in: BeckOK-WEG, Std.: 2.4.2024, § 9a Rn. 41 ff.).

Die **ganz h. M.** hat hingegen schon unter der vor dem WEMoG geltenden Rechtslage den **Erwerb von Einheiten innerhalb der eigenen Anlage zugelassen** (vgl. OLG München ZWE 2017, 93 Tz. 28; OLG Celle ZWE 2008, 237, 240; OLG Hamm NJW 2010, 1464, 1466; eingehend Armbrüster, NZG 2017, 441, 442 f.; Weber, Kap. 4 Rn. 292). Das Fehlen einer Parallelregelung zu den §§ 71 ff. AktG, § 33 GmbHG stehe dem Erwerb eigener Anteile nicht entgegen. Denn die Zulässigkeit des Erwerbs eigener Anteile folge auch bei einer GmbH oder AG nicht erst aus den genannten Vorschriften, sondern bereits aus der Rechtsfähigkeit selbst; die §§ 71 ff. AktG, § 33 GmbHG würden diese Möglichkeit lediglich einschränken (Armbrüster, NZG 2017, 441, 442). Die mit dem Erwerb eigener Anteile verbundenen Schwierigkeiten habe man bei einer Wohnungseigentümergeinschaft ähnlich wie im Gesellschaftsrecht zu lösen, sodass etwa das mit dem Anteil verbundene Stimmrecht zu ruhen habe, solange die Wohnungseigentümergeinschaft Inhaberin des Wohnungseigentums sei. Die für die Einheit anfallenden Kosten seien auf die restlichen Einheiten zu verteilen (Weber, Kap. 4 Rn. 293).

Angesichts dieses eindeutigen Meinungsbildes in Rechtsprechung und Literatur wird man von der Zulässigkeit des Erwerbs eigener Anteile ausgehen können. Vor diesem Hintergrund ist es im **Ergebnis** möglich, die Teileigentumseinheit in das Eigentum des Verbandes zu überführen. Die Einheit wird damit **Gemeinschaftsvermögen** i. S. d. § 9a Abs. 3 WEG (aber nicht **Gemeinschaftseigentum** i. S. d. § 1 Abs. 5 WEG, s. BeckOK-WEG/Müller, § 9a Rn. 41).

2. Praktische Umsetzung

Was die praktische Umsetzung des beabsichtigten Erwerbs betrifft, so ist zwischen dem Innenverhältnis des Verbandes und dessen Vertretung im Außenverhältnis zu unterscheiden.

a) Willensbildung innerhalb des Verbandes

Im Grundsatz obliegt die Willensbildung innerhalb des Verbandes den Eigentümern (vgl. BeckOK-WEG/Müller, § 9a Rn. 23). Näherer Betrachtung bedarf allerdings die Frage, ob zur verbandsinternen Willensbildung ein

(Mehrheits-)Beschluss genügt oder ob es eines einvernehmlichen Handelns aller Wohnungseigentümer durch Vereinbarung bedarf.

Nach **ganz h. M.** in Rechtsprechung und Literatur folgt die **Beschlusskompetenz für den Erwerb von Vermögen durch die Wohnungseigentümergeinschaft aus § 19 Abs. 1 i. V. m. § 9a Abs. 3 WEG**. § 19 Abs. 1 WEG verleiht den Wohnungseigentümern eine Beschlusskompetenz für die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums. Zwar handelt es sich bei Grundbesitz, den der Verband erwirbt, nicht um gemeinschaftliches Eigentum i. S. d. § 1 Abs. 5 WEG, sondern um Verbandsvermögen; § 9a Abs. 3 WEG ordnet aber die entsprechende Anwendung des § 19 Abs. 1 WEG auf Verbandsvermögen an. Der Begriff der „Verwaltung“ i. S. d. § 19 WEG soll weit auszulegen sein und insbesondere die interne Willensbildung in Bezug auf das gemeinschaftliche Eigentum bzw. das Verbandsvermögen umfassen. Daher sei auch die Entscheidung über den Erwerb von Vermögen durch den Verband eine **Verwaltungsmaßnahme** (Weber, Kap. 4 Rn. 294; BeckOGK-WEG/Falkner, § 9a Rn. 257; vgl. zur alten Rechtslage BGH ZWE 2016, 268 Tz. 25 ff.). Überdies setzt auch **§ 9b Abs. 1 S. 1, 2. Hs. WEG**, der die Vertretung des Verbandes im Außenverhältnis regelt, implizit voraus, dass für die interne Willensbildung hinsichtlich des Abschlusses eines Grundstückskaufvertrags ein Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümer genügt. Es wäre widersprüchlich, wenn ausschließlich zur Umsetzung, nicht aber zur Bildung des Willens des Verbandes ein Mehrheitsbeschluss erforderlich wäre (ähnl. Weber, Kap. 4 Rn. 294).

Dass dem einzelnen, ggf. überstimmten Wohnungseigentümer damit ein **Erwerb gegen seinen Willen** aufgezwängt werden kann, wird im Schrifttum hingenommen. Es sei allein eine *mittelbare* Folge der Beteiligung am Verband, dass der überstimmte Wohnungseigentümer dadurch Kosten zu tragen habe. Ferner könne es auch bei anderen Verwaltungsmaßnahmen zu einer Kostentragung gegen den Willen des überstimmten Wohnungseigentümers kommen (OLG Celle ZWE 2008, 237, 239; BeckOGK-WEG/Falkner, § 9a Rn. 260.2; kritisch Basty, ZWE 2009, 253, 257).

Die Frage, ob ein Beschluss über den Erwerb von Grundbesitz oder Wohnungseigentum einer **ordnungsmäßigen Verwaltung** i. S. d. § 19 Abs. 1 WEG entspricht, ist keine Tatbestandsvoraussetzung für die Beschlusskompetenz. Fehlt die Ordnungsmäßigkeit, kann der Beschluss auf eine **Anfechtung** hin zwar für ungültig erklärt werden, § 23 Abs. 4 S. 2 WEG; erfolgt aber keine fristgemäße Anfechtung, erwächst er in Bestands-

kraft (BeckOK-WEG/Elzer, Std.: 3.7.2023, § 19 Rn. 7 m. w. N.; BeckOGK-WEG/Falkner, § 9a Rn. 260). Ob der Beschluss über den Erwerb von Vermögen noch im Rahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung liegt, ist eine **Frage des Einzelfalls** (vgl. BeckOGK-WEG/Falkner, § 9a Rn. 260.4; Weber, Kap. 4 Rn. 295), die an dieser Stelle für den vorliegenden Fall nicht abschließend entschieden werden kann. Für die Ordnungsmäßigkeit spricht zum einen, dass eine unentgeltliche Vermögensmehrung vorliegt; zudem könnte man vorbringen, dass die Nutzbarkeit des Gemeinschaftseigentums verbessert wird, wenn der Fitnessraum zum Verbandsvermögen gehört.

Der **Beschluss** über den Erwerb von Grundbesitz **bedarf nicht gem. § 311b Abs. 1 BGB der Beurkundung**, weil er die Eigentümergemeinschaft noch nicht zum Erwerb *verpflichtet*, sondern lediglich als Ergebnis eines internen Willensbildungsprozesses auf das Eingehen einer solchen Verpflichtung abzielt (BGH ZWE 2016, 268 Rn. 29; Weber, Kap. 4 Rn. 294).

b) Vertretung des Verbands im Außenverhältnis

Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer wird **durch den Verwalter vertreten, § 9b Abs. 1 S. 1, 1. Hs. WEG**. Der Verwalter ist somit seit dem WEMoG organschaftlicher Vertreter des Verbandes, wobei seine Vertretungsmacht nicht mehr auf bestimmte Angelegenheiten beschränkt ist, sondern sämtliche Rechtsgeschäfte, geschäftsähnliche Handlungen und Verfahrenserklärungen umfasst (Grüneberg/Wicke, BGB, 83. Aufl. 2024, § 9b WEG Rn. 1).

Näherer Betrachtung bedarf die Frage, ob im vorliegenden Fall der Verwalter gem. **§ 9b Abs. 1 S. 1, 2. Hs. WEG** auch im Außenverhältnis einen Beschluss der Wohnungseigentümer benötigt. Nach dieser Vorschrift kann der Verwalter die Wohnungseigentümergemeinschaft **beim Abschluss eines Grundstückskaufvertrags nur aufgrund eines Beschlusses der Wohnungseigentümer** vertreten. Für den Abschluss eines Grundstückskaufvertrags ist die entsprechende Beschlussfassung somit nicht nur eine Frage der verbandsinternen Willensbildung, sondern auch eine Frage der Vertretungsmacht des Verwalters im Außenverhältnis (vgl. BeckOK-WEG/Leidner, Std.: 2.4.2024, § 9b Rn. 13).

Fraglich ist, ob diese Vorschrift auch für den **unentgeltlichen Erwerb von Grundbesitz** gilt. Die Reichweite des § 9b Abs. 1 S. 1, 2. Hs. WEG ist im Schrifttum im Einzelnen nicht unumstritten. Einerseits wird darauf hingewiesen, dass diese Vorschrift **als Ausnahmenvorschrift strikt zu handhaben** und einer Analogie nicht zugänglich sei (Lehmann-Richter/Wobst, NJW

2021, 662 Rn. 8 f.). Andererseits wird man den Anwendungsbereich nicht streng auf Kaufverträge i. S. d. § 433 BGB beschränken können, denn dann würden bereits Tausch- oder Bauträgerverträge aus ihrem Anwendungsbereich herausfallen (BeckOK-WEG/Leidner, § 9a Rn. 14.1; vgl. auch MünchKommBGB/Burgmair, 9. Aufl. 2023, § 9b WEG Rn. 9).

Nach einer sehr weitgehenden Ansicht sollen sogar **alle nach § 311b Abs. 1 BGB beurkundungsbedürftigen Geschäfte** – und damit auch der hier beabsichtigte Vertrag über die unentgeltliche Übertragung des Teileigentums – unter § 9b Abs. 1 S. 1, 2. Hs. WEG fallen (so Grüneberg/Wicke, § 9b WEG Rn. 1). Angesichts des Normzwecks erscheint dies bei einem unentgeltlichen Erwerb jedoch **kaum vertretbar**. Zielsetzung der Vorschrift ist unmittelbar der **Schutz der Eigentümergemeinschaft** und mittelbar der Schutz der einzelnen Wohnungseigentümer. Die regelmäßig umfangreichen Verpflichtungen im Zusammenhang mit dem Erwerb (oder der Veräußerung) von Grundbesitz wurden deshalb einem **zwingenden internen Willensbildungsprozess** der Eigentümergemeinschaft unterstellt, den der Verwalter auch nicht im Außenverhältnis durch eigenmächtiges Handeln, also einen Missbrauch seiner organschaftlichen Vertretungsmacht, umgehen kann (vgl. BeckOK-WEG/Leidner, § 9a Rn. 14 f.). Wenn die Eigentümergemeinschaft aber gar keine unmittelbaren Verpflichtungen eingeht, weil sie unentgeltlich erwirbt, ist dieser Schutzzweck nicht betroffen. Im Übrigen ist es auch mit dem **Wortlaut** des § 9b Abs. 1 S. 1, 2. Hs. WEG nicht in Einklang zu bringen, die Norm auf den unentgeltlichen Erwerb von Grundbesitz anzuwenden. Hätte der Gesetzgeber die Norm auf jeglichen Vertrag über die Veräußerung oder den Erwerb von Grundbesitz anwendbar machen wollen, so hätte er wohl kaum den deutlich engeren Begriff des „Grundstückskaufvertrages“ gewählt. Faktisch liefe eine Anwendung der Vorschrift somit auf eine Analogie hinaus, die vom Normzweck ausgehend nicht geboten erscheint und dem Charakter der Vorschrift als Ausnahmenvorschrift nicht gerecht wird.

Im **Ergebnis** kann der Verwalter hier den Verband im Außenverhältnis **auch ohne Beschluss** vertreten, § 9a Abs. 1 S. 1, 1. Hs. WEG. Gleichwohl sollte selbstverständlich ein Beschluss über den Erwerb gefasst werden, damit sich der Verwalter gar nicht erst dem Vorwurf des Missbrauchs der organschaftlichen Vertretungsmacht aussetzt.

c) Grundbuchverfahrensrechtliche Aspekte

Im **Grundbuchverfahren** ist der **Beschluss** der Eigentümergemeinschaft über den Erwerb der Teileigentums-einheit **nicht nachzuweisen**.

Die organschaftliche Vertretungsmacht des Verwalters besteht grundsätzlich unabhängig von einem Beschluss, § 9b Abs. 1 S. 1, 1. Hs. und S. 3 WEG.

Anders ist dies nur im Anwendungsbereich des **§ 9b Abs. 1 S. 1, 2. Hs. WEG**, der hier u. E nicht anwendbar ist (s. o.). Selbst wenn man aber entgegen der hier vertretenen Ansicht von der Anwendbarkeit dieser Vorschrift ausgehen möchte, bedürfte der Beschluss keines Nachweises gegenüber dem Grundbuchamt (zur Prüfung der Vertretungsmacht durch den Notar s. Breinkamp/Echternach, DNotZ 2021, 162, 167). Denn das Grundbuchamt hat gem. §§ 19, 20 GBO nur die verfahrensrechtliche Bewilligung der Eigentumsumschreibung und die Auffassung zu prüfen. Beide unterfallen nach dem insoweit eindeutigen Gesetzeswortlaut nicht § 9b Abs. 1

S. 1, 2. Hs. WEG (allg. M., BT-Drucks. 19/22634, S. 43; Grüneberg/Wicke, § 9b WEG Rn. 1; BeckOGK-WEG/Greiner, § 9b Rn. 14 m. w. N.). **Die schuldrechtliche causa, auf die sich § 9b Abs. 1 S. 1, 2. Hs. WEG allein beziehen kann, ist vom Grundbuchamt nicht zu prüfen.** Dies gilt selbst dann, wenn – wofür der Sachverhalt keinen Anlass gibt – zunächst eine Vormerkung für die Eigentümergemeinschaft eingetragen werden soll.

Nachzuweisen ist somit allein die organschaftliche Vertretungsmacht und damit **die Verwalterbestellung**, vgl. § 26 Abs. 4, § 24 Abs. 6 WEG (vgl. zum Ganzen Weber, Kap. 4 Rn. 299; BeckOK-WEG/Leidner, § 9b Rn. 15a; BeckOGK-WEG/Greiner, § 9b Rn. 14).

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

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

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. 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