Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

– BWNotZ –

Herausgeber:
Württ. Notarverein e. V., Stuttgart
in Verbindung mit dem
Bad. Notarverein e. V., Karlsruhe

Inhalt Seite

Dr. Zimmermann, Juristische und psychiatrische Aspekte der Geschäfts- und Testierfähigkeit ... 97
Dr. Linde, Gewußt wo 1999 ... 108
Dieterle, Das Notariat in Baden-Württemberg ... 110
Dr. Hezel, Badische altrechtliche Wege- und Zugangsrechte 113
App, Zur schweizerischen Erbschaftsbesteuerung ... 121
Rechtsprechung ... 122
Buchbesprechungen ... 127

5-6/2000
August/September

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg BWNotZ

Herausgeber:
Württ. Notarverein e. V. Stuttgart, in Verbindung mit dem Bad. Notarverein e. V., Karlsruhe

August/September | 66. Band | Nr. 5-6/2000

EINLADUNG

zur festlichen Mitgliederversammlung des Badischen Notarvereins e. V. aus Anlass seines 100-jährigen Bestehens am

Samstag, den 7. Oktober 2000, 10 Uhr s. t.

in das Karlsruher Schloss

Die Festansprache hält Bundesjustizministerin *Prof. Dr. Herta Däubler-Gmelin* zum Thema:

Gestaltung privater Rechtsverhältnisse unter staatlicher Obhut, ein Zukunftsmodell?

Dr. Hans Eberhard Sandweg
Vorsitzender

Juristische und psychiatrische Aspekte der Geschäfts- und Testierfähigkeit

von Justizrat Dr. Theodor Zimmermann, Notar in Karlsruhe

I.

Einleitung

Mit zunehmendem Durchschnittsalter der Gesamtbevölkerung – im Jahre 2000 wird jeder vierte Bundesbürger älter als 60 Jahre sein[1] – mehren sich auch die Fälle dementieller Erkrankungen.[2] Eine Untersuchung beim Landgericht München I im Zusammenhang mit der Begutachtung von Betroffenen im Rahmen eines Betreuungsverfahrens gemäß § 1896 Abs. 1 BGB ergab, dass das Problem geistiger Gebrechlichkeit am häufigsten bei Personen, die älter als 70 Jahre waren und besonders bei den über 80-jährigen eine Rolle spielten. Dabei standen diagnostisch dementielle Prozesse im Vordergrund. Ursächlich kann es sich dabei um zerebrovaskuläre Störungen oder um degenerative Veränderungen vom Alzheimer-Typ handeln.[3] Bei der Krankenhausaufnahme der untersuchten Patienten zeigte sich, dass einerseits häufige Erkrankungen des höheren Lebensalters, wie etwa Diabetes mellitus Typ II, arterielle Hypertonie, Herzinsuffizienz, ischämische Insulte oder transitorische ischämische Attacken eine Rolle spielten, andererseits aber auch Fälle vorkamen, in denen die stationäre Aufnahme ausschließlich aufgrund „sozialer Indikation" wegen Verwahrlosung, allgemeiner Hilflosigkeit infolge Desorientiertheit und häufigen Stürzen oder nach dem Tod wichtiger bisheriger Bezugspersonen erfolgte[4]. Nach den Erkenntnissen einer Studie der Klinik des Max-Planck-Instituts für Psychiatrie in München war die überwiegende Zahl der Untersuchten aufgrund eines dementiellen Syndroms psychisch in einem Ausmaß erkrankt, dass nicht nur Betreuungsbedürftigkeit i. S. v. § 1896 Abs. 1 BGB sondern zugleich Geschäftsunfähigkeit i. S. v. § 104 Nr. 2 BGB vorlag[5].

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass in der Rechtswirklichkeit Fragen der Geschäfts- bzw. Testierfähig- oder -unfähigkeit eine zunehmende Rolle spielen werden.

Infolge dessen sieht sich auch der Notar bzw. Nachlassrichter häufiger mit dem Problem möglicherweise fehlender Geschäfts- oder Testierfähigkeit eines Beteiligten konfrontiert: Gerade in Erbscheinsverfahren erheben durch eine letztwillige Verfügung des Erblassers enttäuschte Beteiligte den Einwand der Testierunfähigkeit des Erblassers als letzte Waffe im Kampf gegen das verhasste Testament.

Aus psychiatrischer Sicht stellen sich ähnliche Fragen wie bei der Geschäfts- und Testierfähigkeit im Zusammenhang mit der Beurteilung, ob die Voraussetzungen einer Betreuung nach § 1896 Abs. 1 Satz 1 BGB, Schuldunfähigkeit nach § 20 StGB oder Unfähigkeit zur Einwilligung in medizinische Maßnahmen vorliegt.

Gegenstand der folgenden Betrachtung ist hauptsächlich die Geschäfts- und Testierfähigkeit.

II.

Die gesetzliche Regelung der Geschäfts- und Testierunfähigkeit

Geschäftsfähigkeit ist – als Unterart der allgemeinen Handlungsfähigkeit – die Fähigkeit, durch eigenes Handeln wirksam

1 Weber/Wolf/Hiller, Das Betreuungsrecht im psychiatrischen Konsildienst, Nervenarzt 1999, S. 355

2 Wetterling/Neubauer, Psychiatrische Gesichtspunkte zur Beurteilung der Testierfähigkeit Dementer, ZEV 1995, S. 46 f; Weber/Wolf/Hiller, Das Betreuungsrecht im psychiatrischen Konsildienst, Nervenarzt 1995, S. 355

3 v. Oefele, Erfahren in der Begutachtung mit dem Betreuungsrecht aus forensisch-psychiatrischer Sicht, Das Gesundheitswesen 1994, S. 193, 194, 195; Weber/Wolf/Hiller, Das Betreuungsrecht im psychiatrischen Konsildienst, Nervenarzt 1995, S. 357

4 Weber/Wolf/Hiller, Das Betreuungsrecht im psychiatrischen Konsildienst, Nervenarzt 1995, S. 358

5 Weber/Wolf/Hiller, Das Betreuungsrecht im psychiatrischen Konsildienst, Nervenarzt 1995, S. 358

Rechtsgeschäfte abzuschließen.[6] Im Gesetz findet sich eine positive Beschreibung der Geschäftsfähigkeit nicht. Die Regelung in § 4 BGB legt – im Sinne einer negativen Umschreibung – lediglich die Kriterien der Geschäftsunfähigkeit fest. Die Geschäftsfähigkeit wird danach von der Rechtsordnung vorausgesetzt und grundsätzlich allen Personen zugebilligt, von denen angenommen werden kann, dass sie ein Mindestmaß an Urteilsvermögen besitzen, unabhängig davon, ob sie hiervon auch im Einzelfall einen zweckentsprechenden Gebrauch machen. Aus diesem Grund enthalten die §§ 104 ff BGB keine positive Umschreibung der Geschäftsfähigkeit, sondern regeln die Ausnahmefälle der Geschäftsunfähigkeit und der beschränkten Geschäftsfähigkeit. Es sind dies die Fälle, in denen eine Person wegen ihres geringen Alters oder weil sie aufgrund psychischer Gebrechen zu privatautonomem Handeln nicht in der Lage ist, zu ihrem eigenen Schutz in der Geschäftsfähigkeit eingeschränkt werden muss.[7] Der Betroffene soll vor den möglicherweise nachteiligen Folgen von Willenserklärungen, deren Wirksamkeit er infolge krankhafter Störung der Geistestätigkeit, Trunk- oder Rauschgiftsucht nicht zu erfassen vermag geschützt werden. Der Schutz des nicht voll Geschäftsfähigen genießt Vorrang vor der Verkehrssicherheit. Der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit wird nicht geschützt, selbst dann nicht, wenn ihr Fehlen für den Vertragsgegner nicht erkennbar war.[8]

Das Gesetz unterscheidet zwischen Geschäftsunfähigkeit (§ 104 f BGB) und beschränkter Geschäftsfähigkeit (§§ 106-115 BGB). § 104 BGB regelt dabei abschließend die Tatbestände der Geschäftsunfähigkeit von natürlichen Personen: Die sogenannte natürliche Geschäftsunfähigkeit ist geregelt in § 104 Nr. 2 BGB: Danach ist bei einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit geschäftsunfähig, „wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet ...", wenn die Störung die freie Willensbestimmung ausschließt und nicht nur vorübergehend besteht. Dies ist nach der Rspr. dann der Fall, wenn der Betroffene nicht mehr in der Lage ist, seine Entscheidungen von vernünftigen Erwägungen abhängig zu machen.[9]

Ergänzend bestimmt § 105 Abs. 2 BGB, dass eine einzelne Willenserklärung nichtig ist, wenn diese im Zustande der Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit abgegeben wird. Bewusstlosigkeit i. S. d. Vorschrift setzt nicht eine vollständige Ohnmacht voraus, sondern liegt z. B. bei hochgradiger Trunkenheit, Rauschzuständen anderer Art, Hypnose etc. vor.

Unter einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit i. S. dieser Vorschriften ist – unabhängig von der medizinischen Einordnung – eine irgendwie geartete geistige Anomalie zu verstehen.[10] Die geistige Störung muss zu einem völligen Ausschluss der freien Willensbestimmung führen. Willensschwäche und leichte Beeinflussbarkeit reichen nicht aus.[11]

Eine lediglich partielle Geschäftsunfähigkeit liegt vor, wenn ein gegenständlich abgegrenzter Kreis von Angelegenheiten nicht selbstständig wahrgenommen werden kann, z. B. bei Querulantenwahn. Hierher gehören häufig auch die Problemkreise der Prozessfähigkeit oder Verfahrensfähigkeit.

Der Anwendungsbereich der §§ 104 ff BGB erstreckt sich auf sämtliche relevanten Handlungen, bei denen die Rechtsfolge maßgeblich an den Willen des Betroffenen anknüpft. Realakte, die nicht an einen Willen anknüpfen, z. B. Verbindung oder Vermischung (§§ 946 ff BGB) können dagegen auch von einem Geschäftsunfähigen vorgenommen werden. Im Bereich des Arbeits- und Gesellschaftsrechts werden die Regelungen der §§ 104 ff BGB durch die Grundsätze über fehlerhafte Vertragsverhältnisse modifiziert. Sonderregelungen befinden sich für die deliktischen Handlungen in §§ 827, 828, für die Eheschließung in §§ 1303, 1304, 1314 BGB und die Testamentserrichtung in §§ 2064, 2229 f, 2247 BGB.

Die Testierfähigkeit ist die Fähigkeit, ein rechtsgültiges Testament zu errichten. Sie ist ein Unterfall der allgemeinen Geschäftsfähigkeit, hat aber in § 2229 BGB eine besondere Ausgestaltung erfahren.[12] Auch hier ist – wie bei der Regelung in § 104 BGB – eine positive Umschreibung der Testierfähigkeit nicht zu finden. Testierfähigkeit wird – wie die allgemeine Geschäftsfähigkeit – vielmehr von der Rechtsordnung solange vermutet, wie keiner der Ausnahmetatbestände des § 2229 BGB vorliegt. Auffallend ist, dass bei der Regelung des § 2229 Abs. 4 BGB nicht zwischen genereller Testierunfähigkeit entsprechend § 104 Nr. 2 BGB und vorübergehenden Störungen entsprechend § 105 Abs. 2 BGB unterschieden wird. Beide Fälle werden gleich behandelt. Außerdem führt neben der krankhaften Störung der Geistestätigkeit auch die Geistesschwäche zur Testierunfähigkeit. Auf den Ausschluss der freien Willensbestimmung als Folge der Erkrankung wird nicht abgestellt. Maßgebend ist für das Vorliegen einer Testierunfähigkeit, dass der Betroffene nicht in der Lage ist, „die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln."

Einen Erbvertrag kann demgegenüber nach § 2275 Abs. 1 BGB nur ein unbeschränkt Geschäftsfähiger abschließen, sofern nicht einer der Ausnahmefälle des § 2275 Abs. 2 oder Abs. 3 BGB vorliegt. Ebenso wie die Testierunfähigkeit, die als Unterfall der Geschäftsunfähigkeit[13] die wirksame Errichtung eines Testaments ausschließt, kann nach § 104 ff BGB einen Erbvertrag nicht schließen, wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln und damit geschäftsunfähig ist.

Testier- und Geschäftsunfähigkeit liegen also vor, wenn einem Erblasser auf Grund solcher krankhaften Erscheinungen die Einsichts- und Handlungsfähigkeit verlorengegangen ist, er mithin nicht mehr in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung zu erkennen und nach dieser Einsicht zu handeln. Dabei genügt zur Bejahung der Testier- und Geschäftsfähigkeit nicht, dass der Erblasser eine allgemeine Vorstellung von der Tatsache der Errichtung des Testaments bzw. des Erbvertrages und von dem Inhalt seiner letztwilligen Anordnung hat; er muss vielmehr auch in der Lage sein, sich über die Tragweite dieser Anordnung und ihrer Auswirkungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen sowie über die Gründe, die für und gegen ihre sittliche Berechtigung sprechen ein klares Urteil zu bilden und nach diesem Urteil frei von Einflüssen etwaiger interessierter Dritter zu handeln.[14]

Eine Testierunfähigkeit kann nicht teilweise (partiell) bestehen, sondern nur in vollem Umfang, auch wenn sich krankhafte Störungen der Geistestätigkeit nur in einzelnen Lebensbereichen auswirken.[15]

Ein Einwilligungsvorbehalt darf nach § 1903 Abs. 2 BGB für die Errichtung einer Verfügung von Todes wegen nicht angeordnet werden.

---

6 Creifelds, Rechtswörterbuch, Stichwort „Geschäftsfähigkeit"; Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, Stichwort „Geschäftsfähigkeit"
7 U. Diederichsen in: Zivilrecht: Juristische Voraussetzungen. In: Psychiatrische Begutachtung, hrsg. v. U. Venzlaff. Gustav Fischer, Stuttgart-New Yoork 1986
8 RGZ 120, 170, 174; Gitter, Ergänzbares Lexikon des Rechts, 1989, Stichwort „Geschäftsfähigkeit"
9 Palandt-Heinrichs, BGB, Rdnr. 5 zu § 104,; RGZ 130, 71; BGH NJW 1970, S. 1681; BGH NJW 1996, S. 918; BayObLG NJW 1992, S. 2101
10 Gitter, Ergänzbares Lexikon des Rechts, 1989, Stichwort „Geschäftsfähigkeit"
11 Gitter, Ergänzbares Lexikon des Rechts, 1989, Stichwort „Geschäftsfähigkeit"
12 Creifelds, Rechtswörterbuch, Stichwort „Testierfähigkeit"; Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, Stichwort „Testierfähigkeit"
13 Palandt/Edenhofer, BGB 57. Aufl., § 2229, Rdnr. 1
14 OLG Hamm, OLGZ 1989, 273
15 BayObLG MDR 1991, S. 539 f

Die Testierunfähigkeit ist gesetzlich geregelt in § 2229 Abs. 1 und 4 BGB. Testierunfähig ist danach:

- ein Minderjähriger, der das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, § 2229 Abs. 1 BGB (Testierunmündigkeit). Minderjährige, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, können nach § 2229 Abs. 2 BGB ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters testieren, jedoch nur durch mündliche Erklärung oder Übergabe einer offenen Schrift, § 2233 Abs. 1 BGB, vor einem Notar. Minderjährige können somit insbesondere ein eigenhändiges Testament nicht errichten, § 2247 Abs. 4 BGB.
- Wer Geschriebenes nicht lesen kann, darf sein Testament nur durch mündliche Erklärung vor einem Notar errichten, § 2233 Abs. 2 BGB. Ein eigenhändiges Testament kann der Leseunkundige nicht errichten, § 2247 Abs. 4 BGB.
- Wer nicht schreiben kann, ist nicht in der Lage ein Testament in der Form des § 2247 Abs. 1 BGB (eigenhändiges Testament) zu errichten.
- Kann der Erblasser nicht hinreichend sprechen aber schreiben, darf er ein eigenhändiges Testament nach § 2247 Abs. 1 1 BGB[16] oder ein öffentliches Testament durch Übergabe einer Schrift nach § 2233 Abs. 3 BGB errichten.
- Wenn der Erblasser weder sprechen noch schreiben kann[17] konnte er nach bisher herrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung weder ein eigenhändiges noch ein öffentliches Testament errichten. Es reichte danach nicht aus, dass er sich mit Gebärden und Zeichen verständigen konnte. Zur Begründung wurde darauf verwiesen, dass derartige Formen der Willensäußerung nicht die Anforderungen an eine mündliche Erklärung gegenüber dem Notar gem. § 2232 Satz 1, 1. Alt. BGB erfüllten[18]. Der Betroffene konnte auch keinen Erbvertrag abschließen, § 2276 Abs. 1 Satz 2 i. V. § 2232 Satz 1, 1. Alt. BGB. Einen Ausweg aus dieser Zwangslage bot bisher allein § 2276 Abs. 2 BGB: Wenn der Erbvertrag mit einem Ehevertrag in derselben Urkunde verbunden wurde, genügte die für den Ehevertrag vorgeschriebene Form. Damit war gem. § 24 Abs. 1 Satz 2 BeurkG die Verständigung unter Zuhilfenahme einer Vertrauensperson zulässig und ausreichend. Der dargestellten Ansicht zur Testierfähigkeit schreib- und sprechunfähiger Personen trat das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 19. 1. 1999 entgegen:[19] „Der generelle Ausschluss schreib- und sprechunfähiger Personen von der Testiermöglichkeit in den §§ 2232, 2233 BGB, 31 BeurkG verstößt gegen die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG sowie gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und das Benachteiligungsverbot für Behinderte in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG." Das Bundesverfassungsgericht ordnete an, dass die Formvorschriten der §§ 2232, 2233 BGB, 31 BeurkG fortan nicht mehr auf letztwillige Verfügungen schreib- und sprechunfähiger Personen, die geistig und körperlich zu einer Testamentserrichtung in der Lage sind, angewendet werden dürfen, soweit sie diese Personen von jeder Testierung ausschließen. Bis zu einer gesetzlichen Neuregelung können schreib- und sprechunfähige Personen künftig mit notarieller Hilfe letztwillige Verfügungen (Testamente, Erbverträge etc.) errichten. Ihr letzter Wille kann für eine Übergangszeit in der Weise notariell beurkundet werden, wie es bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen unter Lebenden nach den Vorschriften des zweiten Abschnitts des Beurkundungsgesetzes, insbesondere unter Beachtung der Vorschriften der §§ 22 bis 26 BeurkG, geregelt ist.

16 Münchener Kommentar-Burkard, Rdnr. 12 zu § 2233
17 vgl. §§ 2233 Abs. 3 BGB, 31 BeurkG
18 Nieder, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4, 2. Hlbd, S. 551, Anm. 10;[18] Münchener Kommentar-Burkard, Rdnr. 4 zu § 2232;
19 1 BvR 2161/94

Bei den in der Vergangenheit von schreib- und sprechunfähigen Personen errichteten letztwilligen Verfügungen ist diese Übergangsregelung des Bundesverfassungsgerichts allerdings nicht anzuwenden. In diesen Fällen ist es nach dem Willen des Gerichts Aufgabe der Rechtsprechung, die durch die Unvereinbarkeitserklärung entstandene Regelungslücke zu schließen und Maßstäbe für die Beurteilung der Wirksamkeit solcher Testamente zu entwickeln. Aufgrund der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Testierfähigkeit (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG) können die von schreibunfähigen Stummen in der Vergangenheit errichteten Testamente nicht allein wegen Verletzung des gesetzlichen Formzwangs als unwirksam angesehen werden.

Testierunfähig ist nach § 2229 Abs. 4 BGB auch wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln.

Testierunfähigkeit liegt danach vor, wenn die Erwägungen und Willensentschlüsse des Testierers nicht mehr auf einer der allgemeinen Verkehrsauffassung entsprechenden Würdigung der Außendinge und Lebensverhältnisse beruhen, sondern durch krankhafte Empfindungen, krankhafte Vorstellungen und Gedanken oder durch Einflüsse dritter Personen derart beeinflusst werden, dass sie tatsächlich nicht mehr frei sind, vielmehr sich den genannten regelwidrigen Einwirkungen schranken- und hemmungslos hingeben und von ihnen widerstandslos beherrscht werden.[20]

Beispiel:

Die Erblasserin ging infolge einer Psychose von der irrigen, wahnhaften Vorstellung aus, die Schwester sei an ihrem „frühen Unglückstod" schuld und habe sie wiederholt absichtlich durch ihren Sohn erschreckt.

Das Gericht sah diese Umstände als für die Testierfähigkeit und die hierfür erforderliche Einsichtsfähigkeit der Erblasserin unerheblich an. Derartige Willens- und Bewusstseinsmängel seien als irrige Annahme i. S. von § 2078 Abs. 2 BGB zu behandeln. Allein der Umstand, dass die Erblasserin mit ihrer Schwester verfeindet gewesen sei und sie zutiefst gehasst habe, hätte ihr noch nicht die Testierfähigkeit genommen, auch wenn dieser Hass in eine Psychose gesteigert gewesen sei.[21]

Ob die Erkrankung dauernd oder nur vorübergehender Natur ist, spielt keine Rolle. Entscheidend ist allein der Zeitpunkt der Testamentserrichtung: In „lichten Augenblicken" sind auch die Testamente von Geisteskranken wirksam.

Bei der Errichtung eines öffentlichen Testaments durch mündliche Erklärung gegenüber dem Notar muss die volle Testierfähigkeit nur im Zeitpunkt der Abgabe der mündlichen Erklärung über den Inhalt der letztwilligen Verfügung vorhanden sein. Im Zeitpunkt der Verlesung und mündlichen Genehmigung des vom Notar weisungsgemäß erstellten Testaments reicht es aus, wenn der Erblasser noch allgemein die Bedeutung des Testaments erkennen und sich frei entschließen kann. Seine Fähigkeit zur autonomen Inhaltsbestimmung und Formulierung kann z. B. durch einen zwischenzeitlichen Schlaganfall getrübt sein.[22]

III.

Feststellungen zur Testier- und Geschäftsfähigkeit

1. Vermerke in der notariellen Niederschrift

Wann und in welchem Umfang der Notar bei einer Beurkundung Feststellungen über die Geschäftsfähigkeit zu treffen

20 RGZ 162, 228
21 BayObLG MDR 1991, S. 539 f
22 Nieder, Testamentsgestaltung, Rdnr. 416; BGHZ 30, 294;

hat, ergibt sich grundsätzlich aus § 11 BeurkG. Nach dieser Vorschrift soll die Beurkundung abgelehnt werden, falls einem der Beteiligten nach Überzeugung des Notars die Geschäftsfähigkeit fehlt, § 11 Abs. 1 Satz 1 BeurkG. Zweifel an der Geschäftsfähigkeit soll der Notar in der Niederschrift feststellen, § 11 Abs. 1 Satz 2 BeurkG. Die Feststellungen darüber sind grundsätzlich in die Urkunde selbst aufzunehmen und nicht in davon getrennten Urkunden oder Aktenvermerken niederzulegen. Es steht also nicht im Belieben der Urkundsperson, wie und wo solche Feststellungen schriftlich niedergelegt werden. Die Tatsache, dass § 11 BeurkG nur Sollvorschriften enthält, ändert nichts daran, dass für die Beurkundungsperson eine unbedingte Amtspflicht begründet wird, so zu verfahren, und keine Möglichkeit eröffnet wird, nach eigenem Ermessen davon abzuweichen.[23] Ist ein Beteiligter schwer krank, so soll dies in der Niederschrift vermerkt und angegeben werden, welche Feststellungen der Notar über die Geschäftsfähigkeit getroffen hat, § 11 Abs. 2 BeurkG. Da grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass die Beteiligten an einer Beurkundung geschäftsfähig sind, hat der Notar zwar nach § 11 BeurkG die erforderliche Geschäftsfähigkeit zu prüfen, ist aber nicht verpflichtet, in jedem Fall das Ergebnis in der Niederschrift zu erwähnen.[24]

Bei der Beurkundung einer Verfügung von Todes wegen muss der Notar gem. § 28 BeurkG immer seine Wahrnehmungen über die erforderliche Geschäftsfähigkeit des Erblassers in der Niederschrift vermerken, also unabhängig davon, ob hierfür gem. § 11 BeurkG ein besonderer Anlass besteht. Dabei ist zu beachten: Nur die *tatsächlichen Wahrnehmungen* des Notars zur Geschäftsfähigkeit des Testierers werden von der Beweiskraft des § 415 ZPO umfasst, nicht sein Urteil über die Testierfähigkeit. Der Notar darf sich deshalb nicht darauf beschränken, in der Urkunde zu vermerken, der Testierer sei „unbedenklich voll geschäftsfähig", sondern muss auch stets niederlegen, worauf er seine Überzeugung stützt. In Frage kommt dabei der persönliche Eindruck, den der Notar durch ein längeres mit dem Erblasser geführtes Gespräch gewann, Bekundungen von dessen Angehörigen oder dem behandelnden Arzt.[25]

Unstreitig trifft der Notar seine Feststellungen zur Geschäftfähigkeit gem. §§ 11, 28 BeurkG nicht als Sachverständiger, sondern lediglich als „Zeuge des Geschehens"[26]. Seine Feststellungen dienen der Beweissicherung[27]. Denn werden in der Urkunde Feststellungen des Notars zur Geschäftsfähigkeit des Beteiligten getroffen, so stehen diese bei einem späteren Streit über die Geschäftsfähigkeit bzw. Testierfähigkeit des Beteiligten als Beweismittel zur Verfügung[28]. Allerdings muss in diesem Zusammenhang differenziert werden. An der Beweiskraft der öffentlichen Urkunde nach § 418 ZPO nehmen nur die vom Notar festgestellten Tatsachen teil, nicht aber die rechtlichen Schlussfolgerungen, die der Notar aus seinen tatsächlichen Wahrnehmungen zur Geschäftsfähigkeit getroffen hat[29]. Die Frage, ob der Beteiligte bei Vornahme des Rechtsgeschäfts tatsächlich geschäftsunfähig i. S. v. § 104 Nr. 2 BGB bzw. nach § 2229 Abs. 4 BGB testierunfähig war, ist vielmehr eine Rechtsfrage, deren Beantwortung allein den ggf. zur Entscheidung berufenen Gerichten (regelmäßig unter Heranziehung von Sachverständigengutachten) vorbehalten bleibt[30]. Da der Notar folglich trotz seiner Prüfungspflicht nach den §§ 11, 28 BeurkG nicht zur abschließenden Entscheidung über die Frage der Geschäftsfähigkeit berufen ist, gehen demzufolge die Obergerichte zu Recht auch davon aus, dass z. B. das Grundbuchamt nicht an die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit durch den Notar gebunden ist.[31]

Eine schwere Erkrankung des Erblassers ist, auch wenn keine Zweifel an dessen Geschäftsfähigkeit bestehen, gem. § 11 Abs. 2, 1. Halbs. BeurkG in der Niederschrift stets anzugeben. Eine schwere Erkrankung oder hohes Alter des Erblassers sollte den Notar regelmäßig veranlassen, mit entsprechender Einwilligung des Testierers, Erkundigungen beim behandelnden Arzt, im Krankenhaus z. B. beim Stations- oder Oberarzt, einzuholen und dessen Erklärungen mit Angabe des Namens in der Niederschrift vermerken. Der Arzt sollte ersucht werden, einen entsprechenden Vermerk in die Krankenunterlagen aufzunehmen, damit bei einem eventuellen Streit über die Geschäftsfähigkeit des Testierers ein erforderliches Fachgutachten hierauf zurückgreifen kann.

Bei seinem Urteil über die Geschäftsfähigkeit des Erblassers aufgrund des persönlichen Eindrucks sollte der Notar zurückhaltend sein: Bei älteren Menschen ist das Langzeitgedächtnis häufig selbst dann noch weitgehend intakt, wenn der geistige Abbau schon weit fortgeschritten ist. So können solche Beteiligte sich oft noch an Ereignisse erinnern, die schon Jahrzehnte zurück liegen, während es ihnen erhebliche Schwierigkeiten bereitet, sich an aktuelle Begebenheiten, z. B. tags zuvor stattgefundene Besuche von Angehörigen oder die Dauer des bisherigen Klinikaufenthalts, zu erinnern. Bei der Gesprächsführung ist deshalb darauf zu achten, dass vor allem Vorkommnisse, die erst kurz zurück liegen besprochen werden. Dabei sollte auch überprüft werden, ob der Testierer örtlich und zeitlich voll orientiert ist.

Hat der Notar danach Zweifel an der erforderlichen Geschäftsfähigkeit, muss er diese gem. § 11 Abs. 1 Satz 2 BeurkG in die Niederschrift selbst aufnehmen: Eine Ablehnung der Beurkundung nach § 11 Abs. 1 Satz 1 BeurkG wegen Geschäftsunfähigkeit kommt nur ausnahmsweise in Betracht, wenn z. B. der Erblasser bereits in Agonie liegt oder eine Verständigung mit ihm nicht mehr möglich ist. Durch die Beurkundung einer letztwilligen Verfügung, die sich später wegen Geschäftsunfähigkeit des Testierers als unwirksam erweist, kann niemand geschädigt werden, wohl aber durch eine Verweigerung der Beurkundung, wenn der Notar zu Unrecht von der Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen ausging.[32]

2. Ermittlungen im Erbscheinsverfahren

Ob Testierunfähigkeit bei Errichtung einer letztwilligen Verfügung vorlag, ist vom Nachlassgericht im Erbscheinsverfahren von Amts wegen zu prüfen (§§ 12 FGG, 2353, 2358 Abs. 1 BGB) wenn konkrete Zweifel an der Testierfähigkeit bestehen. In der Regel bedarf es dazu umfangreicher und sorgfältiger Ermittlungen.

Bei einem in öffentlicher Urkunde ordnungsgemäß errichteten Erbvertrag, bei dem der beurkundende Notar sich gemäß §§ 11, 28 BeurkG von der Geschäftsfähigkeit des Erblassers überzeugt und dies in der Urkunde niederlegt, spricht zunächst eine tatsächliche Vermutung für das Vorliegen der Geschäftsfähigkeit. Allerdings ist dabei zu beachten, dass die Beobachtungen psychischer Auffälligkeiten dem nicht psychiatrisch Geschulten in der Regel schwerfällt und deshalb die Feststellung des Urkundsnotars, der Erblasser habe kein auffälliges Verhalten an den Tag gelegt und er habe seine Meinung klar zum Ausdruck gebracht, nicht das Vorhandensein einer psychischen Erkrankung auszuschließen vermag.[33]

23 BayObLG MDR 1992, S. 906
24 BayObLG MDR 1992, S. 906
25 Palandt/Edenhofer, Anm. 2 zu § 28 BeurkG; Nieder, Testamentsgestaltung, Rdnr. 418
26 Keidel/Winkler, BeurkG, 14. Aufl., 1999, § 11 BeurkG, Rd. 14
27 vgl. nur Huhn/von Schuckmann, BeurkG, 3. Aufl. 1995; § 28 BeurkG Rn. 9
28 Keidel/Winkler, § 28 BeurkG Rn. 1
29 vgl. nur BayObLG 1974, 336, 339; Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, 3. Aufl. 2000, § 11 BeurkG Rn. 13; MünchKomm-Schreiber, ZPO, 1992, § 418 Rn. 5 m. w. N.; MünchKomm-Burkart, BGB, 3. Aufl. 1997, § 28 BeurkG Rn. 4
30 vgl. nur Dittmann/Reimann/Bengel, § 11 BeurkG Rn. 14
31 vgl. BayObLGZ 1974, 336; BayObLGZ 1989, 111, 112 f.; BayObLG Rpfleger 1992, 152; DNotI-Report 7/2000, S. 58
32 Dittmann/Reimann/Bengel, Rdnr. 15 zu § 11 BeurkG;
33 OLG Hamm MittBayNot 1997, S. 180 ff

Derjenige, der sich auf die Nichtigkeit der Verfügung von Todes wegen beruft, muss die Testierunfähigkeit beweisen.[34]

Wird Testier- oder Geschäftsunfähigkeit eines Erblassers geltend gemacht, kann aber nicht verlangt werden, dass dazu tatsächliche Umstände in der Weise vorgetragen werden, dass daraus – bei unterstellter Richtigkeit – allein schon der sichere Schluss auf deren Vorliegen möglich ist: Da die Voraussetzungen der Geschäfts- bzw. Testierunfähigkeit sehr vielschichtig und dahingehende Feststellungen sehr schwierig sind, wird derjenige, der mit dem Erblasser nicht auf das engste vertraut ist und nicht zugleich über weitreichende fachmedizinische Kenntnisse verfügt zu einem umfassenden und eine abschließende Beurteilung erlaubenden Vortrag kaum in der Lage sein. Daher wird von ihm, wenn er eine Geschäfts- oder Testierunfähigkeit des Erblassers behauptet, nicht verlangt werden können, tatsächliche Umstände in der Weise vorzutragen, dass daraus – bei unterstellter Richtigkeit – allein schon der sichere Schluss auf die Geschäfts- bzw. Testierunfähigkeit möglich ist.

Andererseits genügen pauschale Behauptungen, die nicht durch konkrete Umstände untermauert werden nicht, um das Nachlassgericht zu weiteren, erfolgversprechenden, Ermittlungen von Amts wegen zu veranlassen, da ohne Darlegung bestimmter auffälliger Verhaltensweisen oder psychischer Eigenheiten des Erblassers in der Regel kein Anlass besteht, weitere Ermittlungen im Hinblick auf die nach dem Gesetz als Ausnahme geltende Geschäfts- bzw. Testierunfähigkeit anzustellen.

Bei solchermaßen schlüssig behaupteter Testierunfähigkeit müssen im allgemeinen zunächst die konkreten einzelnen Verhaltensweisen des Erblassers aufgeklärt werden, die zu Bedenken gegen seine Geschäftsfähigkeit Anlass geben könnten. Sodann ist Klarheit über die tatsächlichen Umstände (den medizinischen Befund) zu schaffen, die die geistigen Fähigkeiten des Erblassers im Zeitpunkt des Abschlusses des Erbvertrags beeinflusst oder beeinträchtigt haben könnten. Im Anschluss daran ist zu prüfen, welche Schlüsse hieraus für die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit zu ziehen sind und ob hierfür das eigene Urteil des Gerichts ausreicht oder das Gutachten eines Sachverständigen erforderlich ist, dem das Gericht dann die notwendigen und zuvor durch Zeugenvernehmung und Beschaffung ärztlicher Unterlagen zu ermittelnden Anknüpfungstatsachen zu unterbreiten hat.[35]

Soweit das Nachlassgericht über die Testierfähigkeit des Erblassers bei Errichtung seiner Verfügung von Todes wegen zu befinden hat, ist hierzu im Regelfall die Einholung eines nervenärztlichen Fachgutachtens erforderlich. Geistig erkrankte Personen können auf Laien unter Umständen einen durchaus normalen Eindruck machen. Deshalb kann nur ein Nervenfacharzt (Psychiater oder Neurologe) den medizinischen Befund der Geistesstörung und ihre Auswirkungen auf die Einsichts- und Willensfähigkeit feststellen.[36] Zwar reicht die Schweigepflicht des Arztes, der den Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung behandelte, über solche Umstände, die auf eine Testierunfähigkeit hindeuten, grundsätzlich auch über den Tod hinaus, § 203 Abs. 4 StGB, wenn kein anderer Wille des Erblassers erkennbar ist. Hat er sich zu Lebzeiten nicht geäußert, ist sein mutmaßlicher Wille zu erforschen: Im allgemeinen geht das Interesse des Erblassers dahin, aufkommende Zweifel über seine Testierunfähigkeit nach Möglichkeit auszuräumen, auch wenn dies zur Feststellung seiner Testierunfähigkeit führen sollte.[37]

Die Tatsache, dass ein Betreuer bestellt war, beweist allein noch nicht die Testierunfähigkeit.[38]

Die Feststellung einer psychischen Erkrankung bedeutet nicht automatisch den Ausschluss der Geschäftsfähigkeit: Sie ist in jedem Einzelfall zu prüfen und hängt sowohl von der Art der zugrunde liegenden Erkrankung als auch von deren Verlaufstadium, von dem Schweregrad der hierdurch bewirkten Symptomatik, von Fluktuationen des geistigen Leistungsvermögens sowie von dem konkreten Sachverhalt ab.[39]

Ist die Testierunfähigkeit allerdings für die Zeiträume vor und nach der Testamentserrichtung nachgewiesen, trägt derjenige, der trotzdem Rechte aus dem Testament herleitet, die Beweis- bzw. Feststellungslast für das Vorliegen eines lichten Moments (lucidum intervallum) im Augenblick der Errichtung der letztwilligen Verfügung.[40]

3. Bedeutung der Geschäftsfähigkeit im Grundbuchverfahren[41]

Zur Frage der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten, die Wirksamkeitsvoraussetzung für die abgegebenen Willenserklärungen ist, hat das Grundbuchamt ohne konkreten Anlass oder ohne positives Wissen weder etwas zu veranlassen, noch hat der Antragsteller im Eintragungsverfahren für das Fehlen einer Ausnahmesituation, wie sie die Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr. 2 BGB darstellt, einen Nachweis zu erbringen[42]. Im Eintragungsverfahren obliegt den Beteiligten folglich für den Umstand, dass sie bei Abgabe ihrer Erklärungen geschäftsfähig waren, grundsätzlich auch keine Beibringungspflicht[43].

Allerdings wird in ständiger obergerichtlichter Rspr. vertreten, dass das Grundbuchamt bei Eintragung einer Auflassung die Geschäftsfähigkeit der Erklärenden zu prüfen habe[44]. Dies ist angesichts des bestehenden Regel-Ausnahme-Verhältnisses von Geschäftsfähigkeit/Geschäftsunfähigkeit bei Volljährigkeit der Beteiligten nicht ganz korrekt, da das Grundbuchamt mangels sonstiger Erkenntnisse und ohne besondere Prüfung davon ausgehen kann, dass die Beteiligten bei Abgabe ihrer Willenserklärungen geschäftsfähig waren. Andererseits ist es sicherlich zutreffend, wenn die obergerichtliche Rechtsprechung weiterhin davon ausgeht, dass das Grundbuchamt die Eintragung des beantragten Eigentumswechsels nicht vornehmen darf, wenn ernsthafte, auf konkreten Tatsachen beruhende Zweifel an der Geschäftsfähigkeit eines der Beteiligten bestehen[45]. Solche Zweifel können sich dabei aus den zur Eintragung vorgelegten Urkunden selbst ergeben, aber auch aus Umständen, die dem Grundbuchamt in anderer Weise bekannt geworden sind[46]. Die Zweifel müssen auf konkreten Tatsachen beruhen; allgemeine Zweifel ohne konkreten Anhaltspunkt genügen nicht (also etwa nicht das hohe Alter oder die körperliche Gebrechlichkeit eines Beteiligten oder bloße Gerüchte über dessen Geschäftsunfähigkeit). Gründen sich die Zweifel z. B. auf ein bei den Betreuungsakten befindliches ärztliches Gutachten, so kommt es vor allem bei einer möglicherweise nur vorübergehenden Störung der Geschäftsfähigkeit (etwa infolge eines Unfalls) auch auf das Alter des Gutachtens an. Bestehen solche ernsthaften Zweifel, ist nach h. M. dann aber weder der Eintragungsantrag sofort zurückzuweisen[47] noch die Frage der Geschäftsfähigkeit vom Grund-

34 BayObLG NJW-RR 1990, S. 202 f; BayObLG FamRZ 1986, S. 728, 730
35 OLG Hamm MittBayNot 1997, S. 180 ff
36 BGH FamRZ 1984, S. 1003; Palandt/Edenhofer, BGB, Rdnr. 13 zu § 2229;
37 BGHZ 91, 392,400; Nieder, Testamentsgestaltung, Rdnr. 417;
38 BayObLG 1982, 309
39 Zimmermann, Die Auswirkungen des Betreuungsrechts in der ärztlichen Praxis, 1997, S. 191 ff; Bayerlein in: Schmidt/Böcker, Betreuungsrecht, 1993, Rdnr. 739 ff
40 BayObLGZ 1979, 256, 266; OLG Karlsruhe, Die Justiz 1982, S. 130; BayObLGZ 1982, 309, 315; Nieder, Testamentsgestaltung, Rdnr. 417;
41 DNotI-Report 7/2000, S. 58
42 Meikel/Lichtenberger, § 20 GBO Rn. 181
43 Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 1997, Einl. F 84
44 OLG Karlsruhe DNotZ 1965, 476; BayObLGZ 1989, 111, 112; BayObLG NJW-RR 1990, 721, 722; MittBayNot 1991, 256
45 OLG München JFG 17, 187, 191; OLG Karlsruhe DNotZ 1965, 476 f.; BayObLGZ 1974, 336, 340; BayObLGZ 1989, 111
46 KG OLGE 43, 210; OLG München JFG 17, 187, 191; OLG Karlsruhe DNotZ 1965, 476, 477; BayObLGZ 1974, 336, 340; BayObLGZ 1989, 111, 112
47 vgl. BayObLG MittBayNot 1991, 256; a. A. wohl OLG Karlsruhe DNotZ 1965, 476 f.

buchamt selbst – etwa durch Einholung von Gutachten oder Vernehmung von Sachverständigen – zu ermitteln, sondern dem Antragsteller durch Zwischenverfügung gem. § 18 GBO die Behebung der Zweifel (z. B. durch ärztliches bzw. fachärztliches Gutachten oder Zeugnis, das nicht der Form des § 29 GBO bedarf) aufzugeben[48]. Dabei muss durch das ärztliche Gutachten oder Zeugnis nach h. M. nicht der volle Nachweis der Geschäftsfähigkeit geführt werden, sondern es genügt, wenn hierdurch die bestehenden Zweifel so weit ausgeräumt werden, dass wieder vom Grundsatz der Geschäftsfähigkeit ausgegangen werden kann.[49]. Wurden die Zweifel beispielsweise durch ein Gutachten eines Nervenarztes, das die Geschäftsfähigkeit verneint, begründet, können diese durch ein auf die Zwischenverfügung hin vorgelegtes neues Gutachten eines (anderen) Nervenarztes, das die Geschäftsfähigkeit bejaht, wieder ausgeräumt werden.[50]

IV.

Allgemeine psychiatrische und psychologische Betrachtungen zur Geschäfts- oder Testierunfähigkeit

Es gibt bisher kaum verlässliche allgemeingültige Kriterien, die für eine eindeutige medizinische oder rechtliche Beurteilung der Geschäftsfähigkeit herangezogen werden können. Hinzu kommt, dass die vorstehend dargestellten juristischen Umschreibungen der Geschäfts- und Testierfähigkeit in Gesetzen, Rechtsprechung und Literatur allesamt nicht geeignet sind, den Begriff der Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit so zu erläutern, dass er in der Lebenswirklichkeit von den am Rechtsverkehr beteiligten Individuen auch sicher angewandt werden kann.[51] Für eine verlässliche Aussage über das Wesen der Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit muss auf Erkenntnisse der Psychologie und der Psychiatrie zurückgegriffen werden, insbesondere um die geistigen Vorgänge im Zusammenhang mit der Willensbildung, Willensäußerung und Willensdurchsetzung des Menschen deutlich zu machen.[52]

Zunächst eine Definition des Willens aus psychologischer Sicht:[53]

„Wollen" stellt sich häufig als eine Entscheidung in einer Konfliktsituation dar, in der die zur Auswahl gestellten Alternativen verschiedene Werte verkörpern. Dem Wollen als Handlungsentschluss geht die „Einsicht" voraus: Es handelt sich dabei um die Erfassung der allgemeinen, wesentlichen und notwendigen Eigenschaften und Relationen eines Objektbereichs. Einsicht ist somit das Resultat eines analytischsynthetischen Erkenntnisprozesses. Während die Einsicht die psychologische Determinante ist, die aufgrund der Eigenschaften und Relationen eines Objektbereiches in einem Problemlöseprozess zu Zielvorstellungen führt (auch zunächst über die Entwicklung eines Problembewusstseins), ist der Wille die Verbindung einer geistigen Vorstellung von einem Ziel mit dem zur Erreichung dieses Zieles notwendigen Verhalten. Der Wille ist aktiv, überlegt und selektiv und wird zu einer Exekutivgewalt, die fähig ist, zwischen Alternativen zu wählen. Wollen ist hierbei die Antizipation von Handlungen und deren Durchsetzbarkeit und schließt daher Urteils- und Steuerungsprozesse mit ein.

Gemeinsame Elemente von Einsicht und Willensprozessen sind zunächst das Erfassen, in Beziehung-Setzen und Gewichten der Eigenschaften eines Gegenstandsbereichs, bzw. der möglichen Handlungsalternativen. Die Basisprozesse, die hierzu benötigt werden, sind zum einen die Fähigkeit, zur Informationsintegration, d. h. die Realität so anzuerkennen, wie sie ist, und nicht etwa unangenehme Tatsachen zu verdrängen, ferner die Fähigkeit, Wissen, Einsicht und Handlungsteuerung aufeinander zu beziehen, also das Für und Wider einer Entscheidung gegeneinander abzuwägen sowie Zeitperspektiven zu entwickeln (vorausschauende Planung) und schließlich die Fähigkeit, diesen Abwägungsprozess mit einem Ergebnis abzuschließen. Die Fähigkeit zur vorausschauenden Planung und damit zur angemessenen Beurteilung künftiger Entwicklungen fehlt jedenfalls dann, wenn der Betroffene an wahnhafte Zusammenhänge, etwa das Wirken von Geistern, glaubt und krankheitsbedingt stets das Schlimmste befürchtet, wie dies bei vielen Depressiven der Fall ist.[54]

Nach meinem Verständnis dieser Definition ist daraus für die Lösung der Problematik, ob ein Beteiligter zu einer selbstständigen Willensbildung und einer darauf beruhenden autonomen Handlung fähig ist, folgende Schlussfolgerung zu ziehen:

Grundvoraussetzung ist, dass der Betroffene in der Lage ist, sämtliche Informationen, die in Bezug auf ein Rechtsgeschäft an ihn herangetragen werden zu erfassen und diese in ihrer Bedeutung zu bewerten, d. h. sie in sein eigenes Wertesystem folgerichtig einzuordnen. Sodann muss er – unter Zugrundelegung seines Wertesystems – in einen Abwägungsprozess eintreten bei dem er das Für und Wider einer Entscheidung bedenkt und die Auswirkungen auf seinen Lebenskreis oder den Lebenskreis Dritter erkennt. Schließlich muss die Abwägung zu einem Ergebnis führen, das sich noch mit seinem Wertesystem in Einklang bringen lässt. Die getroffene Entscheidung darf also für den Beteiligten nicht wesensfremd sein. Sie muss ein Mindestmaß an Verstehbarkeit und Ableitbarkeit aus seiner Gesamtpersönlichkeit aufweisen, also biografische Eigenheiten und den Erfahrungshorizont des Beteiligten berücksichtigen[55] und muss sich mit den individuellen Wertmaßstäben des Betroffenen in Einklang bringen lassen. Darüber hinaus muss der Entschluss auch eine gewisse Beständigkeit haben: Die Entscheidung darf nicht nur blitzlichtartig aufgeflammt sein, sondern muss vom Betroffenen auch wieder vergegenwärtigt werden können.[56]

Für die Beurteilung, ob die Geschäfts- oder Testierfähigkeit eines Beteiligten beeinträchtigt ist, können auch die Kriterien hilfreich sein, die von der Psychiatrie für die Feststellung der Einwilligungsfähigkeit in medizinische Behandlungen erarbeitet wurden:[57]

Auf vorliegende Geschäfts- und Testierunfähigkeit deutet danach hin

- wenn wer Beteiligte sich so verhält, als könne er eine Wahlmöglichkeit nicht nutzen (z. B. bei katatonem[58] und depressivem Stupor[59], bei psychotischer Ambivalenz, katatoner oder manischer Erregung, bei schweren Zwangszuständen, bei dementiellem Antriebsverlust oder Mutismus[60] oder agitierter Unruhe);
- wenn der Beteiligte gegebene Informationen nicht wirklich versteht, sie z. B. nicht richtig wiedergeben kann (bei erheblicher geistiger Behinderung oder dementiellen Zuständen, besonders bei Störungen der Orientierung, der Auffassung, der Aufmerksamkeit oder der Merkfähigkeit);

48 BayObLGZ 1989, 111, 113; BayObLG NJW-RR 1990, 721, 722; Rpfleger 1992, 152; Demharter, § 18, GBO Rn. 3
49 BayObLGZ 1989, 111, 113; BayObLG NJW-RR 1990, 721; Rpfleger 1992, 152
50 BayObLG NJW-RR 1990, 721; Rpfleger 1992, 152, 153
51 vgl. hierzu schon Mugdan, Motive I, S. 386
52 vgl. hierzu: Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (ZG), 1890. Bd. I, S. 54 f; Weinriefer, Die Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Geistesschwäche, Berlin, 1987, S. 30 f
53 Holtz in: Bundesvereinigung Lebenshilfe für geistig Behinderte, Interdisziplinäres Colloquium am 10./11. Mai 1989 in Marburg/Lahn, S. 150 ff
54 Amelung, Über die Einwilligungsfähigkeit, ZStW 1992, S. 525, 554
55 Bruder, in: Bundesvereinigung Lebenshilfe für geistig Behinderte, Interdisziplinäres Colloquium am 10./11. Mai 1989 in Marburg/Lahn, S. 123
56 Zimmermann, Die Auswirkungen des Betreuungsrechts in der ärztlichen Praxis, 1997, s. 207, 215
57 Helmchen/Kanowski/Koch, Ethik Med. 1989, S. 86
58 Katanonie: psychische Erkrankung, bei der Störrungen der Willkürmotorik im Vordergrund stehen, vgl. Pschyrembel, a. a. O., Stichwort: Katatonie
59 Stupor: Bezeichnung für einen Zustand ohne erkennbare psychische und körperliche Aktivität, vgl. Pschyrembel, a. a. O., Stichwort: Stupor
60 Stummheit bei intakter Wahrnehmung, erhaltenem Sprachvermögen und intakten Sprechorganen, kommt z. B. bei Schizophrenie vor, vgl. Pschyrembel, a. a. O., Stichwort: Mutismus

- wenn der Beteiligte Informationen, die er verstanden hat für realitätsbezogene, vernünftige und angemessene Entscheidungen nicht nutzen kann (z. B. bei Wahn, Halluzinationen, schweren formalen Denkstörungen, ausgeprägten Affektstörungen, exzessiver Abhängigkeit oder schweren mnestischen[61] Störungen);
- wenn der Beteiligte keine wirkliche Einsicht in die persönlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen seiner Entscheidung hat (z. B. bei wahnhaften Realitätsverzerrungen im Rahmen psychotischer Erkrankungen oder bei einer die Demenz charakterisierenden Einschränkungen abstrakten Denkens und kritischen oder selbstkritischen Urteilsvermögens);
- wenn der Beteiligte sich nicht mehr in Übereinstimmung mit seinen eigenen, „charaktergebundenen" Werten, Zielen und Haltungen entscheidet (z. B. bei Manien, wahnhaften Depressionen, Schizophrenien oder beginnender dementieller Wesensveränderung).

Bestimmte Erkrankungen geben in besonderem Maße Veranlassung, der Frage der Geschäftsfähigkeit besonderes Augenmerk zu widmen. Der psychiatrische Krankheitsbegriff umfasst im wesentlichen 3 verschiedene Gruppen seelischer Störungen[62]

- Psychosen[63] und deren Residuen, verursacht durch körperliche Vorgänge (exogene = körperlich begründbare Psychosen);
- Psychosen und deren Residuen, nicht ausreichend durch körperliche Vorgänge erklärbar, jedoch mit einem Verlust der Ordnung des Erlebniszusammenhangs (endogene = körperlich nicht begründbare Psychosen);
- Reaktionen, Neurosen[64] und Psychopathien[65] mit vorübergehender Beeinträchtigung oder Zerstörung des Persönlichkeitsgefüges (Reaktionen) oder mit anhaltendem erheblichen Leidensdruck oder schweren sozialen Folgen (Neurosen, Psychopathien).

Hier möchte ich auf die eingangs getroffene Feststellung zurück kommen, dass infolge der Überalterung unserer Bevölkerung in erster Linie dementielle Erkrankungen stark zunehmen.[66] Demenzerkrankungen gehören zur Gruppe der exogenen also körperlich begründbaren Psychosen. Als wesentliches Merkmal ist ihnen gemeinsam, dass sie auf einer organischen Erkrankung des Gehirns beruhen.

Häufige Ursachen einer derartigen hirnorganischen Erkrankung sind:[67]

- Hirngefäßerkrankungen
- Degenerative Hirnprozesse
- Hirntumoren
- Mechanische Hirnschädigungen
- Infektiöse und andere entzündliche Hirnprozesse
- Exogene Intoxikationen
- Stoffwechselerkrankungen
- Entwicklungsstörungen und frühkindliche Hirnschäden

Dementielle Erkrankungen und ihre Folgezustände sollen in erster Linie im folgenden Gegenstand näherer Betrachtungen sein.

Die Bezeichnung „Demenz" wird in der Medizin als Oberbegriff verwendet für die Veränderung und Neuanpassung auf früherem Entwicklungsniveau von erworbenen intellektuellen Fähigkeiten als Folge einer Hirnschädigung mit kognitiven Störungen, Störung der Wahrnehmung, Gedächtnisstörungen, Konfabulation, Denkstörungen, Orientierungsstörungen, Apraxie, Stereotypien und Veränderungen der Persönlichkeit.[68] Im Vordergrund steht der Verlust von im Leben erworbenen intellektuellen Fähigkeiten:

- Beeinträchtigung des Gedächtnisses
- Beeinträchtigung des Denkvermögens
- Veränderung der Persönlichkeit (z. B. Verminderung der Affektkontrolle und des Antriebs, ferner Vergröberung des Sozialverhaltens)[69]

Eine dementielle Erkrankung wird häufig auch unter den umfassenderen Begriff des hirnlokalen Psychosyndroms subsumiert.[70]

Die leichte Form des organischen Psychosyndroms zeigt sich in Verhaltensweisen, die auch bei einer normalen Ermüdung beobachtet werden können: Störung des Antriebsverhaltens[71] mit Verlangsamung des Denkens[72], Gleichgültigkeit, Affektstörungen in Form von gereizt-dysphorischen Zuständen.[73] Das Konzentrationsvermögen ist gemindert. Ansonsten wirkt der Kranke im Gespräch geordnet, vor allem ist er orientiert.

Das mittelschwere organische Pschosyndrom ist meist unmittelbar zu erkennen: Minderung des Antriebs bis zur Handlungsunfähigkeit, manchmal begleitet von ängstlich-depressiven Affektstörungen. Die Kranken sind deutlich verlangsamt. Es kommt zu Ratlosigkeit und Schwerbesinnlichkeit bei noch erhaltener Orientierung. Kritikvermögen und Urteilsfähigkeit sind beeinträchtigt. Manchmal kommt es auch zu einer Antriebssteigerung[74] mit Bewegungsunruhe, oft planloser Vielgeschäftigkeit und manchmal maniformer Enthemmung. Bei einer mittelschweren Demenz ist Testierunfähigkeit anzunehmen[75], da

- bei diesem Grad des Gedächtnisverlustes bzw. der Beeinträchtigung der intellektuellen Fähigkeiten der Betroffenen in der Regel nicht mehr uneingeschränkt in der Lage ist, eigenständig einen Willen zu bilden;
- aufgrund der intellektuellen Beeinträchtigungen der Betroffene nur noch eingeschränkt die Tragweite der letztwilligen Verfügung erfassen und ihre Auswirkungen auf mögliche Erben berücksichtigen kann;
- der Betroffene auf fremde Hilfen angewiesen ist und somit häufig in seinem Urteil nicht mehr frei von Einflüssen interessierter Dritter sein dürfte aufgrund der durch die eingeschränkte Willensstärke verursachten Beeinflussbarkeit.

61 mnestisch: das Gedächtnis betreffend, vgl. Pschyrembel, a. a. O., Stichwort: mnestisch
62 Baer, Psychiatrie für Juristen, 1988, S. 13
63 Psychose: allgemeine Bezeichnung für eine psychische Störung mit strukturellem Wandel des Erlebens, vgl. Pschyrembel, a. a. O., Stichwort: Psychose
64 Neurose: veraltete Bezeichnung für eine psychische Störung, die nicht auf einer Erkrankung des Nervensystems beruht; Bezeichnung für eine psychische Störung, die infolge eines verdrängten biografischen Entwicklungskonflikts entsteht und mit funktionellen Erlebnisstörungen einhergeht, vgl. Pschyrembel, a. a. O., Stichwort: Neurose
65 Psychopathie: Bezeichnung für eine Persönlichkeitsstörung, bei der Anpassungsschwierigkeiten an die Umwelt im Vordergrund stehen, vgl. Pschyrembel, a. a. O., Stichwort: Psychopathie
66 vgl. auch Baer, Psychiatrie für Juristen, 1988, S. 20
67 Baer, Psychiatrie für Juristen, 1988, S. 15
68 Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 257. Aufl, Stichwort „Demenz"
69 Wetterling/Neubauer, H./Neubauer W. Psychiatrische Gesichtspunkte zur Beurteilung der Testierfähigkeit Dementer, ZEV 1995, S. 46
70 Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 257. Aufl., Stichwort „Psychose"
71 Antriebsmangel erkennt man daran, dass Spontanantrieb völlig fehlt oder nur mangelhaft vorhanden ist. Die Kranken sind träge, interesselos, gleichgültig, stumpf. Die psychische Eigentätigkeit erlischt.
72 Bei einem durch eine organische Hirnerkrankung bedingten Abbau des Denkvermögens kommt es zu einer Verminderung der Zahl der gleichzeitig zur Verfügung stehenden Begriffen. Denkvorgänge im Sinne des Gewohnten gehen lange weiter, neuerworbenes Erfahrungsgut kann nicht mehr ausreichend verarbeitet werden. Die Urteilsfähigkeit leidet erheblich. Bei weiterem Fortschreiten kommt es zu typischen, im Gespräch sich äußernden Störungen: Die Kranken bleiben an einem Inhalt haften, antworten auf verschiedene Fragen immer gleichförmig mit diesem Inhalt (Perseverationen) oder sie füllen intellektuelle Lücken mit irgendwelchen Einfällen (Konfabulationen) aus. In diesem Stadium sind die Kranken merklich verlangsamt und mindestens zeitlich desortientiert. Die Affektivität ist labil, oft weinen die Kranken bei objektiv unbedeutenden Anlässen.
73 Affektivität bezeichnet das Gefühls- und Gemütsleben, Stimmungen und Triebhaftigkeit. Im ausgeglichenen Zustand ist man für verschiedene Eindrücke mit unterschiedlicher Gefühlsbetonung zugänglich. Man ist nicht eindeutig beherrscht durch einzelne Vorstellungen oder einen bestimmten Affekt. Bei hirnorganischen Erkrankungen sind unterschiedliche Affektstörungen möglich: Zunächst reagiert der Kranke mit den erhaltenen Anteilen seiner Persönlichkeit auf die fortschreitende Einbuße an Fähigkeiten mit einer verständlichen motivierten Verstimmung (reaktive Depression. In der Folgezeit kommt es zu organischen Affektstörungen. Die Stimmung wird labil, der Kranke wird empfindlich, weinerlich oder situationsunangemessen oberflächlich-heiter, euphorisch. Schließlich kommt es zu einer Abstumpfung des Gefühlslebens, der Kranke wirkt apathisch.
74 Hirnorganisch bedingte Antriebssteigerungen finden sich als vorübergehende Formen in Erregungszuständen oder Verwirrtheitszuständen mit besonderer nächtlicher Umtriebigkeit.
75 Wetterling/H. Neubauer/W. Neubauer, Psychiatrische Gesichtspunkte zur Beurteilung der Testierfähigkeit Dementer, ZEV 1995, S. 46, 48

Schwere Leistungseinbußen auf den Gebieten der Wahrnehmung, des Antriebs und Denkvermögens kennzeichnen das schwere organische Psychosyndrom. Gefühlsverarmung und ausgeprägte Gedächtnisstörungen, Perseverationen, Konfabulationen und Orientierungsstörungen prägen das Bild. Es kann auch zu Sinnestäuschungen kommen.[76]

Beispiel für eine Demenz bei fortschreitendem zerebralen Gefäßprozess[77]

Ein 64-jähriger berenteter ehemaliger Ziegeleiarbeiter wurde in einer Strafsache wegen Ladendiebstahls begutachtet. Beim Diebstahl zweier Ledergeldbörsen gestellt, machte er einen „zerstreuten und abwesenden" Eindruck. In der Klinik befragt, warum er nicht an der Kasse bezahlt habe, meinte er: „An der Kasse waren ein Haufen Leute. Ich war zu faul zum Warten. Da bin ich hinten raus. Da haben sie mich kassiert." Die Ehefrau berichtete, bei ihrem Mann sei seit dem 59. Lebensjahr eine Zuckererkrankung bekannt. Eine allgemeine Arteriosklerose führte zu einer Verengung der Herzkranzgefäße. Eine Gefäßoperation am Bein wurde erforderlich, es bildeten sich „offene Zehen". Nach einem Krankenhausaufenthalt wegen eines Lungenödems wenige Monate vor dem Diebstahl sei er seelisch verändert erschienen. Er spreche mit den Leuten nicht mehr, er grüße die Nachbarn nicht mehr. Aus dem Gasthaus gehe er weg, ohne sein Bier zu bezahlen. Nach Hause finde er noch alleine, aber er verwechsle die Wochentage. Bei der Untersuchung wirkte er apathisch. Er war zeitlich nicht orientiert, nannte eine falsche Jahreszahl. Sein Geburtsdatum nannte er richtig. Zu Ort und Situation war er ausreichend orientiert. Gelegentlich stand er ohne Ankündigung auf und verließ das Zimmer. Die Ehefrau holte ihn dann zurück. Diagnose: Demenz bei fortschreitendem zerebralen Gefäßprozess mit der Folge der Schuldunfähigkeit wegen einer krankhaften seelischen Störung gem. § 20 StGB.

V.

Betrachtung einzelner ausgewählter Erkrankungen

1. Alzheimersche Krankheit

Die Alzheimer-Krankheit ist der häufigste Abbauprozess des Zentralnervensystems. Ihre Symptome werden durch einen Untergang von Nervenzellen und Nervenzellkontakten hervorgerufen. Durchblutungsstörungen aufgrund einer allgemeinen Gefäßverengung sind nicht die Ursachen der Alzheimer-Krankheit.

Durch den allmählichen Verlust von Nervenzellen und Nervenzellkontakten kommt es zu einer fortschreitenden Störung vieler psychischer Leistungen. Sie erfasst das Gedächtnis, die Sprache, das Denkvermögen und die Verarbeitung von Mustern oder räumlichen Verhältnissen.

Weil sich die Ausfälle auf mehrere psychische Funktionen gleichzeitig erstrecken, geht die Fähigkeit zur selbstständigen Lebensführung rasch verloren. Die zentralen Persönlichkeitseigenschaften, einschließlich der Grundbedürfnisse nach Nähe, Sicherheit und Wertschätzung, das Repertoire an sozialen Umgangsformen, sowie die Wahrnehmung und der Ausdruck von Gefühlen werden dagegen weniger stark geschädigt.

Jahrzehntelang galt die Alzheimer-Krankheit als ein seltenes Leiden des mittleren Lebensalters. Heute weiß man, dass die bei alten Menschen weit verbreiteten Hirnleistungsstörungen durch diesselben Veränderungen im Gehirn hervorgerufen werden. Damit ist die Alzheimer-Krankheit eine der häufigsten psychischen Störungen überhaupt.

Sie kann schon vor dem 50. Lebensjahr hereinbrechen. Mit dem Alter steigt ihre Häufigkeit steil an und erreicht bei den Achtzigjährigen 20%. In der Bundesrepublik sind mindestens 800 000 Menschen von der Alzheimer-Krankheit betroffen.

Im frühen Stadium der Krankheit stehen Störungen des Kurzzeitgedächtnisses im Vordergrund: Fragen wiederholen sich, Vereinbarungen werden vergessen. Zugleich bestehen Schwierigkeiten des Denkens. Anspruchsvolle Tätigkeiten können nicht mehr ausgeübt werden. Das Nachlassen der Leistungsfähigkeit wird unter beruflichen Anforderungen früher bemerkt als in häuslicher Umgebung. Bei den meisten Patienten verliert die Sprache an Präzision. Die Wortfindung ist erschwert, der Informationsgehalt der Mitteilungen nimmt ab. Störungen der Wahrnehmung räumlicher Verhältnisse äußern sich in Unsicherheiten beim Autofahren, beim Anziehen oder bei handwerklichen Arbeiten.

Eine Demenz vom Alzheimer-Typ kann bereits im ersten Krankheitsstadium zu Antriebsarmut mit ängstlich-ratloser Stimmung führen, wobei die in den ersten Jahren der Erkrankung noch vorhandene Krankheitseinsicht oft eine schwere depressive Stimmung, z. T. auch übersteigerte Aktivität zur Folge hat.

Die Patienten nehmen zu Beginn der Krankheit die eigenen Einschränkungen sehr bewusst wahr. Sie fühlen sich beschämt und verunsichert. Vor allem leiden sie unter dem Verlust ihrer Eigenständigkeit und ihres Handlungsvermögens. Sie bemerken ihre Leistungseinbußen besonders im Bereich des Gedächtnisses und der Sprache. Die Betroffenen reagieren hierauf mit tiefer Verunsicherung, Beschämung und mit dem Gefühl, kein vollwertiger Mensch mehr zu sein. Der Gebrauch von Ausreden, das Vermeiden der überfordernden Situationen und das Verbergen von Defiziten sind verständliche Abwehr- und Bewältigungsmechanismen. Sie können aber leicht als gezielte Provokation oder Unwillen verkannt werden. Wegen ihrer eingeschränkten Hirnleistung befinden sich die Patienten in einem Zustand fortwährender Unsicherheit und Ratlosigkeit. Der Verlust der Eigenständigkeit und Handlungsfähigkeit wird oft noch schmerzlicher empfunden als die Störungen des Gedächtnisses. Die zunehmende Hilfsbedürftigkeit steht im Widerspruch zum Selbstwertgefühl und zum Stolz eines erwachsenen Menschen. Dies ruft bei vielen Patienten das Gefühl hervor, nur noch ein nutzloser Ballast zu sein.

Im Anfangsstadium der Krankheit können die meisten Alzheimer-Patienten zu den Fragen der Verfügung über ihr Vermögen selbst Stellung nehmen. Diese Entscheidungen sind ein Kernstück der persönlichen Autonomie und müssen daher unbedingt unterstützt werden. Wenn eine rechtzeitige Klärung der Vermögensfragen versäumt wird, kann sich der Patient wegen der fortschreitenden geistigen Einschränkungen nicht mehr zu wichtigen persönlichen Fragen äußern. Aus diesen Gründen sollte auf die rechtzeitige Abfassung eines Testaments hin gewirkt werden. Zur Vermeidung späterer Erbstreitigkeiten sollte von einem Nervenfacharzt die Testierfähigkeit bescheinigt werden. Damit wird dem Notar die Beurkundung erleichtert.

Auch die Frage der Beendigung der ärztlichen Behandlung sollte mit dem Betroffenen besprochen werden, solange er hierzu noch selbst Stellung nehmen kann: Im Endstadium der Alzheimer-Kranheit wird der Patient körperlich immer schwächer. Er kann seine Körperhaltung nicht mehr kontrollieren, es bestehen Schluckstörungen. Möglicherweise wird er wegen der Folgen eines Sturzes oder wegen einer Lungenentzündung in ein Krankenhaus aufgenommen. Eines Tages wird sich die Frage stellen, ob durch lebensverlängernde ärztliche Maßnahmen nur noch die Zeit des Leidens hinausgezögert wird. Es wird beispielsweise zu entscheiden sein, ob eine Behandlung mit Antibiotika erfolgen soll oder ob die Ernährung

76 Baer, Psychiatrie für Juristen, 1988, S. 19
77 Baer, Psychiatrie für Juristen, 1998, S. 22

durch eine Magensonde weitergeführt wird. Dabei ist es hilfreich, wenn eine schriftliche Verfügung des Patienten darüber vorliegt, wie im Falle einer aussichtslosen Krankheit verfahren werden soll.

Im zweiten Stadium nach ca. 2 bis 4 Jahren treten dann u. a. auch neuropsychologische Ausfälle wie Sprach- und Sprechstörungen sowie Wahrnehmungs- und Erkennungsstörungen hinzu. Manchen Patienten geht der Bezug zur Gegenwart völlig verloren. Die Betroffenen können in dieser Phase der Erkrankung z. B. vertraute Menschen sowie Umweltsituationen nicht mehr erkennen, oder diese werden von ihnen verwechselt, oder sie befinden sich zwar zu Hause, drängen jedoch wiederholt zur Tür mit dem Wunsch, endlich nach Hause gehen zu wollen. Sie suchen z. B. auch nach ihren verstorbenen Eltern oder nach dem Zuhause, das es längst nicht mehr gibt. Dadurch gerarten sie in einen Dauerkonflikt mit ihren Bezugspersonen, den sie nicht durch Korrektur der eigenen Sichtweise auflösen können. Er vertieft das Gefühl, unverstanden und abgelehnt zu sein.

Im dritten Stadium nach längeren Jahren ist die Orientierung in allen Qualitäten völlig aufgehoben, es zeigen sich schwerste Verluste an Intelligenzleistungen, eine sprachliche Verständigung ist nicht mehr möglich, die Patienten sind vollständig pflegebedürftig. Die Patienten können nicht mehr verstehen, was um sie herum vorgeht. Ansprechbar bleibt aber die Erlebensschicht der Gefühle.

Bei Vorliegen einer Demenz vom Alzheimer-Typ geht daher die Geschäftsfähigkeit infolge Merkfähigkeits- und Orientierungsstörungen sehr früh, meist 1 bis 2 Jahre nach Diagnosestellung verloren.

Typisches Erscheinungsbild

Neben Störungen des Gedächtnisses müssen auch Beeinträchtigungen des Denkvermögens, der Sprache, oder der Wahrnehmung von Mustern vorliegen. Zum Nachweis reichen einfache Aufgaben in den meisten Fällen aus. Beispiele sind das Lernen einer Einkaufsliste, das Deuten von Sprichwörtern, das Benennen von Gegenständen, das Zeichnen einer Uhr mit bestimmter Zeigerstellung und das Nachzeichnen von geometrischen Figuren. Leichtgradige Störungen lassen sich aber nur mit aufwendigen neuropsychologischen Tests zuverlässig erkennen.

Charakteristischer Verlauf:

Die Krankheitszeichen müssen seit mindestens 6 Monaten bestehen. Sie müssen allmählich zugenommen haben und sie müssen im täglichen Leben spürbar werden. Um dies beurteilen zu können, ist der Arzt auf die Information einer gut informierten Bezugsperson angewiesen.

Das breite Spektrum und der Ausprägungsgrad der Krankheitszeichen unterscheidet die Alzheimer-Krankheit von der Vergesslichkeit, die auch bei gesunden Menschen im Alter auftreten kann.

2. Schizophrenie

Erkrankungen aus dem schizophrenen Formenkreis gehören wie die manisch-depressiven Psychosen zur Gruppe der endogenen, also der körperlich nicht begründbaren Psychosen. Sie haben nicht notwendigerweise den Verlust der Geschäfts- oder Testierfähigkeit zur Folge. Es kommt vielmehr auf das im Einzelfall vorliegende Krankheitsbild an: Bei paranoiden und halluzinatorischen Syndromen können Zweifel an der Geschäfts- oder Testierfähigkeit dann angebracht sein, wenn wahnhaft verfälschte oder vollständig auf Halluzinationen beruhende Wahrnehmungen generell oder in bestimmten Teilbereichen Grundlage der Handlungen bzw. Entscheidungen des Kranken sind. Sofern sich die beschriebene psychopathologische Symptomatik im Rahmen eines abgegrenzten Wahnsystems abspielt, der Kranke z. B. Stimmen aus einer Nachbarwohnung halluziniert und deswegen seine Wohnung aufgeben will, kann die Geschäftsfähigkeit in anderen Bereichen oder die Testierfähigkeit durchaus noch gegeben sein. Ähnlich ist die Frage der Geschäfts- und Testierfähigkeit bei psychopathologischen Syndromen zu beurteilen, bei denen eine Persönlichkeitsstörung auftritt, etwa die Einbildung einer Gedankenbeeinflussung, -eingebung, Willens- und Gefühlsmanipulationen oder die Vorstellung einer Persönlichkeitsspaltung. Eine Beeinträchtigung der Geschäftsfähigkeit liegt in der akuten Phase der Erkrankung wegen der beschriebenen Auswirkungen der psychopathologischen Syndrome auf das Seelenleben nahe.

VI.
Einzelfälle aus der Rechtsprechung

paranoide Wahnvorstellungen[78]

Testierunfähigkeit kann auch vorliegen, wenn paranoide Wahnvorstellungen eines Erblassers, die sich vor allem auf eine als (testamentarischer) Erbe in Betracht kommende Person beziehen, das freie Urteil darüber unmöglich machen, ob die Einsetzung anderer Personen als Erben sittlich gerechtfertigt ist.[79] Die Frage, ob die Voraussetzungen der Testierunfähigkeit nach § 2229 Abs. 4 BGB gegeben sind, ist im wesentlichen tatsächlicher Natur. Gleichwohl handelt es sich bei der Testierunfähigkeit nach § 2229 Abs. 4 BGB um einen Rechtsbegriff: Nach § 2229 Abs. 4 BGB kann ein Testament nicht errichten, wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Hierbei ist derjenige als wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit oder Geistesschwäche testierunfähig zu erachten, dessen Erwägungen und Willensentschlüsse nicht mehr auf einer dem allgemeinen Verständnis entsprechenden Würdigung der Außendinge und Lebensverhältnisse beruhen sondern durch krankhaftes Empfinden oder krankhafte Vorstellungen und Gedanken derart beeinflusst werden, dass sie tatsächlich nicht mehr frei sind, vielmehr von jenen krankhaften Einwirkungen beherrscht werden. Diese Unfreiheit der Erwägungen und der Willensbildung braucht nicht darin zutage zu treten, dass der Erblasser sich keine Vorstellungen von der Tatsache eines Testaments und von dessen Inhalt oder von der Tragweite seiner letztwilligen Anordnungen, insbesondere von ihrer Auswirkung auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen zu machen vermag; sie kann sich vielmehr darauf beschränken, die Motive für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung entscheidend zu beeinflussen. Testierunfähig ist daher auch derjenige, der nicht in der Lage ist, sich über die für und gegen die sittliche Berechtigung einer letztwilligen Verfügung sprechenden Gründe ein klares, von Wahnideen nicht gestörtes Urteil zu bilden und nach diesem Urteil frei von Einflüssen etwaiger interessierter Dritter zu handeln. Dabei geht es nicht darum, den Inhalt der letztwilligen Verfügung auf seine Angemessenheit zu beurteilen, sondern nur darum, ob sie frei von krankhaften Störungen zustande kommt.

Beispiel:

Die Erblasserin war unverheiratet und kinderlos. Ihre Schwester und ihr Bruder sind ohne Hinterlassung von Abkömmlingen verstorben. Sie hinterließ ein eigenhändiges Testament

78 BayObLG NJW-RR 2000, S. 6 ff
79 BayObLGZ 1962, 219; BayObLG NJW 1992, S. 248

mit folgendem Wortlaut: „Ich habe keine Verwandten, die einen Pflichtteil an meinem Erbe erhalten müssten. Auch möchte ich nicht, dass meine Schwägerin mich beerbt. Dafür treffe ich folgende letztwillige Verfügung: Als meine Erben setze ich zu gleichen Teilen A und B ein."

Der Internist, der sie bis zu ihrem Tod, insbesondere in der Zeit, in die die Errichtung des Testaments fiel, behandelte, bekundete, sie habe bei ihren ersten Besuchen über Störungen geklagt, die nach ihrer Schilderung daran hätten denken lassen, dass sie nicht unmittelbar mit einer organischen Erkrankung zusammenhingen. Sie habe sich ständig von ihrer Schwägerin bedroht und verfolgt gefühlt, und zwar in einer Form, die keinen Realitätsbezug sondern paranoide Züge getragen haben. So habe sie erklärt, die Schwägerin habe die Pest, sie „lasse Strom durchs Fensterkreuz". Deswegen wurde sie von dem Internisten einer nervenärztlichen Behandlung zugeführt, was erst nach mehreren Monaten gelungen sei. Der Neurologe stellte neben einem organischen Psychosyndrom, das aber nicht ausreichend ausgeprägt gewesen sei, um die Testierunfähigkeit beeinträchtigen zu können, eine ausgeprägte paranoide Symptomatik fest, die sich insbesondere auf die Schwägerin bezog. Die Erblasserin habe erklärt, die Schwägerin tue ihr alles an. Sie lege sich ins Bett, während sie – die Erblasserin – arbeiten müsse. Außerdem gehe sie auf den Strich. Sie sei neidisch und stehle ihr – der Erblasserin – die Unterwäsche. Äußerungen der Erblasserin, die auf Wahnvorstellungen hinweisen, bekundete auch die Nachbarin. Die Erblasserin habe sie, wenn sie einen Vorleger an einem Strommast ausgeschlagen habe, wiederholt angesprochen, sie solle ja nicht Strom abzapfen. Sie habe zur Gaube des Kinderzimmers des Nachbarhauses gezeigt und gesagt: Schauen's, da sitzen die, die mich immer beobachten und auf mich warten.

Äußerungen dieser Art lassen nach dem Urteil der vom Gericht bestellten Sachverständigen auf ein paranoides Syndrom schließen: Derartige Wahnsyndrome könnten mit einer weitgehend erhaltenen „Normalität" im übrigen koexistieren. Eine von einem derartigen Wahnsyndrom besessene Person kann in Bereichen, die mit diesem Syndrom nicht zusammenhängen, durchaus normal und vernünftig handeln und denken: So war die Erblasserin durchaus imstande, sich mit ihrer Schwägerin über die sich aus dem Zusammenleben im selben Haus ergebenen Probleme vernünftig, wenn auch in schriftlicher Form, zu verständigen. Auch die Formulierungen des Testaments lassen – für sich genommen – keine Anzeichen einer geistigen Störung erkennen.

VII.

Verfahrensfähigkeit:

Verfahrensfähigkeit ist die Fähigkeit, Verfahrenshandlungen selbst oder durch einen selbst bestellten Verfahrensvertreter wirksam vor- oder (z. B. Zustellungen) entgegen nehmen zu können. Sie bestimmt sich grundsätzlich nach §§ 104 ff BGB und ist Verfahrens- sowie Verfahrenshandlungsvoraussetzung; während ihrer Prüfung im Verfahren ist sie zu unterstellen.[80]

Geschäftsfähige sind verfahrensfähig; § 53 ZPO gilt nicht. Ein Volljähriger gilt bis zur Feststellung des Gegenteils als verfahrensfähig.[81]

Zu dem gleichgelagerten Problem der Prozessfähigkeit hat der Bundesgerichtshof am 4. 11. 1999 entschieden:[82] Es ist allgemein anerkannt, dass die Geschäftsfähigkeit und damit die Prozessfähigkeit wegen einer geistigen Störung nur für einen beschränkten Kreis von Angelegenheiten – etwa die mit einem bestimmten Streitkomplex zusammenhängenden Verfahren – ausgeschlossen sein kann.[83]

Beispiel:

Der Kläger verlangte in einem Zivilrechtsstreit erfolglos von der Beklagten die Rückzahlung eines Betrages von 100 000 DM, den er der Beklagten gegeben habe, damit sie sich aus dem Prostituiertenmilieu zurückziehe. In Zusammenhang mit diesem Verfahren wirft er den tätig gewordenen Beamten und Richtern Amtspflichtverletzungen vor und nimmt das beklagte Land teils mit Zahlungsansprüchen, teils mit Feststellungsanträgen auf Schadensersatz in Anspruch. U. a. regte er mit einem Schreiben an den Landgerichtspräsidenten an, ein Preisausschreiben zu veranstalten mit den Worten: „Ich verspreche der Richterin oder dem Richter 100 000 DM, die oder der aus schriftsätzlich ausgeschriebenem Sachverhalt logisch, juristisch, tatsächlich nach Verstand der Verständigen einwandfrei beweist, dass die von den Zeugen M, G, R als Verfasser des OLG Urteils vom 14. 1. 1992 erfolgte Unterstellung, Kl. mache fingierten Anspruch gerichtlich geltend, objektiv zutrifft.

Der Sachverständige, der den Kläger auf seine Prozessfähigkeit untersuchte, kam zu dem Ergebnis, der Kläger sei infolge einer wahnhaften Entwicklung nicht mehr in der Lage, die Realität des Gerichtsverfahrens adäquat wahrzunehmen, und infolge einer isolierten themenbezogenen Wahnerkrankung nicht mehr prozessfähig. Die Inhalte des Kampfes des Klägers gegen den Prozessgegner und später auch gegen die Gerichte hätten den Charakter einer überwertigen Idee angenommen. Alternativen zur eigenen Sicht akzeptiere der Kläger in diesem Zusammenhang nicht. Er sei sich seiner Einschätzung völlig und unkorrigierbar gewiss, ohne ansatzweise die Möglichkeit zu erwägen, dass eine der in der Folge gefällten richterlichen Entscheidungen eine gewisse Berechtigung habe. Gerade das unkorrigierbare Festhalten einer Überzeugung kennzeichne einen Wahn. Diese Wahnsymptomatik habe sich von da an entwickelt, als der Kläger, nachdem das Gericht seine Darstellung des Sachverhalts lediglich als nicht erwiesen angesehen habe, in die Extremposition gegangen sei. Die wahnhafte Entwicklung sei dann fortgeschritten, auch unter Verlassen allgemein üblicher Konventionen des Umgangs gegenüber Richtern, durch endlose Darstellungen seiner Überzeugung, ohne eine Auseinandersetzung mit der Gegenseite anzustreben, durch Einnehmen einer belehrenden Haltung und durch Intensivierung seiner Äußerungen von Vorwürfen. Das alles verdeutliche, dass nicht mehr der Wille im Vordergrund stehe, ein schwieriges Verfahren möglicherweise zu gewinnen, sondern dass es dem Kläger darum gehe, das eigene „bessere Wissen" und wohl auch den besseren Sachverstand gegenüber den Richtern deutlich zu machen, eine Art und Weise der Auseinandersetzung, die persönlichkeitsfremd (der Kläger war früher ein angesehener Rechtsanwalt) und realitätsfern sei, wobei seine Gegner nicht mehr die ursprüngliche Beklagte, sondern die Juristen seien, in erster Linie die Richter.

VIII.

Formulierungsvorschläge

1. Ärztliches Attest

Wenn bei einer notariellen Beurkundung aufgrund der Erkenntnisse des Notars spätere Unklarheiten über die Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit nicht ausgeschlossen werden

80 BGHZ 35, 1; BGH NJW-RR 86, S. 157
81 BayObLGZ 57, 224; Bassenge/Herbst, FGG/RPflG, 5. Aufl. Einl. FGG, Abschn. II, Anm. 4; BayObLG FamRZ 68, S. 95
82 BGH NJW 2000, S. 289 ff
83 BGHZ 18, 184, 186 f; BGHZ 30, 112, 117

können, insbesondere eine schwere Erkrankung eines Beteiligten vorliegt, kann von einem Arzt, vorzugsweise einem Facharzt für Neurologie und Psychiatrie die Ausstellung eines ärztlichen Attests erbeten und der Urkunde beigefügt werden. Ein solches Attest sollte mindestens den nachstehenden Inhalt aufweisen und könnte als Formular dem Arzt rechtzeitig vor der Beurkundung mit der Bitte um Verwendung zur Verfügung gestellt werden.

Ärztliches Attest betreffend die Geschäfts- und Testierfähigkeit

Der/die Patient(in) (Name, Vorname, Geburtsdatum, Anschrift) beindet sich seit ... in meiner ärztlicher Behandlung.

Aufgrund

( ) eigener Anamnese/Diagnose

( ) Fremdanamnese/Diagnose durch (Name und Anschrift des Arztes/der Klinik/der sonstigen Auskunftsperson)

stelle ich fest, dass der/die Patient(in) an

( ) keinen Erkrankungen leidet, durch die die Fähigkeit des Patienten/der Patientin, die Tragweite seiner/ihrer rechtsgeschäftlichen Erklärungen zu erfassen und nach dieser Einsicht zu handeln beeinträchtigt sein könnte. Der/die Patient(in) ist insbesondere voll zeitlich, örtlich und situationsbezogen orientiert.

( ) folgende Erkrankungen leidet, durch die die Fähigkeit des Patienten/der Patientin, die Tragweite seiner/ihrer rechtsgeschäftlichen Erklärungen zu erfassen und nach dieser Einsicht zu handeln beeinträchtigt sein könnte:

Die Auswirkungen vorstehender Krankheiten(en) auf die geistige Leistungsfähigkeit des/der Patient(in) sind folgende:

Aus ärztlicher Sicht bestehen daher (keine) Bedenken gegen die Geschäfts- und Testierfähigkeit des Patienten/der Patientin.

Datum, Unterschrift des Arztes/Facharztes

2. Beweiserhebungen im Erbscheinsverfahren

a. Auskunft des behandelnden Arztes

Wenn sich der Erblasser in dem Zeitraum, in den die Errichtung seiner letztwilligen Verfügung fällt oder zu einem späteren Zeitpunkt in ärztlicher Behandlung befand oder unter Betreuung, Pflegschaft oder Vormundschaft (nach altem Recht) stand, sind die den Erblasser behandelnden oder untersuchenden Ärzte in die Ermittlungen zur Testierfähigkeit einzubeziehen. Eine förmliche Einvernahme der beteiligten Ärzte als Zeugen nach § 15 Abs. 1 FGG dürfte sich dabei in den meisten Fällen erübrigen. Bei entsprechender Befragung durch das Gericht oder den bestellten nervenärztlichen Sachverständigen sind diese Auskunftspersonen i. d. R. in der Lage, ausreichende schriftliche Auskünfte zu erteilen. Wegen der Problematik der Verschwiegenheitspflicht der Ärzte ist es aber notwendig, den betroffenen Arzt ausdrücklich auf die Rechtslage hinzuweisen:

Zwar reicht die Schweigepflicht des Arztes, der den Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung behandelte, über solche Umstände, die auf eine Testierunfähigkeit hindeuten, grundsätzlich auch über den Tod hinaus, § 203 Abs. 4 StGB, wenn kein anderer Wille des Erblassers erkennbar ist. Hat er sich zu Lebzeiten nicht geäußert, ist sein mutmaßlicher Wille zu erforschen: Im allgemeinen geht das Interesse des Erblassers dahin, aufkommende Zweifel über seine Testierunfähigkeit nach Möglichkeit auszuräumen, auch wenn dies zur Feststellung seiner Testierunfähigkeit führen sollte.[84]

84 BGHZ 91, 392, 400; Nieder, Testamentsgestaltung, Rdnr. 417

Die Ermittlungen hinsichtlich von Erkrankungen des Erblassers sind darauf zu erstrecken, ob die vom behandelnden oder untersuchenden Arzt (Gutachter im Betreuungs-, Pflegschafts- oder Entmündigungsverfahren) festgestellten Krankheiten zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung schon oder noch bestanden.

Auskünfte beim betreffenden Arzt können z. B. mit folgendem Anschreiben erhoben werden:

„Das Nachlassgericht hat Beweis zu erheben über die Testierfähigkeit vorbezeichneten Erblassers. Es liegt eine letztwillige Verfügung vor, die am (Datum und Ort der Errichtung einsetzen) errichtet wurde. Nach den Erkenntnissen des Gerichts befand sich der Erblasser bei Ihnen in ärztlicher Behandlung (bei Gutachtern im Betreungs-, Pflegschafts- oder Entmündigungsverfahren: Nach den Erkenntnissen des Gerichts untersuchten Sie den Erblasser aus Anlass der Erstellung eines Gutachtens in einem anhängigen Betreuungs,- Pflegschafts- oder Entmündigungsverfahren). Das Gericht ersucht Sie deshalb um Übermittlung Ihrer Erkenntnisse über die Erkrankungen des Erblassers. Es sind dabei insbesondere folgende Fragen von Bedeutung:

- In welchem Zeitraum befand sich der/die Erblasser(in) bei Ihnen in Behandlung?
- Wegen welcher Erkrankung wurde er/sie behandelt?
- Bestand eine oder mehrere dieser Erkrankungen schon oder noch zum Zeitpunkt (Datum der letztwilligen Verfügung einsetzen)?
- Gewannen Sie im Rahmen Ihrer medizinischen Betreuung des/der Erblasser(in) Erkenntnisse über die Geschäftsfähigkeit des/der Betroffenen?

Hinsichtlich Ihrer ärztlichen Verschwiegenheitspflicht werden sie auf die Rechtslage wie folgt hingewiesen:

Zwar reicht die Schweigepflicht des Arztes, der den Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung behandelte, über solche Umstände, die auf eine Testierunfähigkeit hindeuten, grundsätzlich auch über den Tod hinaus, § 203 Abs. 4 StGB, wenn kein anderer Wille des Erblassers erkennbar ist. Hat er sich zu Lebzeiten nicht geäußert, ist sein mutmaßlicher Wille zu erforschen: Im allgemeinen geht das Interesse des Erblassers dahin, aufkommende Zweifel über seine Testierunfähigkeit nach Möglichkeit auszuräumen, auch wenn dies zur Feststellung seiner Testierunfähigkeit führen sollte.

Die Geschäftsfähigkeit eines Betroffenen beurteilt sich nach der Rechtsprechung wie folgt:

Geschäfts- und damit Testierunfähigkeit liegt vor, wenn die Erwägungen und Willensentschlüsse des Betroffenen nicht mehr auf einer der allgemeinen Verkehrsauffassung entsprechenden Würdigung der Außendinge und Lebensverhältnisse beruhen, sondern durch krankhafte Empfindungen, krankhafte Vorstellungen und Gedanken oder durch Einflüsse dritter Personen derart beeinflusst werden, dass sie tatsächlich nicht mehr frei sind, vielmehr sich den genannten regelwidrigen Einwirkungen schranken- und hemmungslos hingeben und von ihnen widerstandslos beherrscht werden.

Das Gericht beauftrage darüber hinaus den/die Sachverständige(n) (Name und Anschrift einsetzen) mit der Erstellung eines Gutachtens zur Testierfähigkeit des/der Erblasser/ Erblasserin. Der/die Gutachter(in) wird sich ggf. wegen weiterer Auskünfte direkt an Sie wenden und um Überlassung von Arztunterlagen bitten.

Ich möchte Sie um Unterstützung in der vorbezeichneten Nachlassangelegenheit bitten und ersuche Sie um Beantwortung der oben gestellten Fragen sowie um Hilfe für den/die Gutachter(in)."

b. Sachverständigenbeweis

Soweit das Nachlassgericht über die Testierfähigkeit des Erblassers bei Errichtung seiner Verfügung von Todes wegen zu befinden hat, ist hierzu im Regelfall die Einholung eines nervenärztlichen Fachgutachtens erforderlich. Geistig erkrankte Personen können auf Laien unter Umständen einen durchaus normalen Eindruck machen. Deshalb kann nur ein Nervenfacharzt (Psychiater oder Neurologe) den medizinischen Befund der Geistesstörung und ihre Auswirkungen auf die Einsichts- und Willensfähigkeit feststellen.[85]
Das Sachverständigengutachten wird hier im förmlichen Beweisverfahren nach § 15 Abs. 1 FGG erhoben.[86] Ein förmlicher Beweisbeschluss ist zwar nicht erforderlich, aber zulässig.[87] Das Nachlassgericht hat dabei die Tätigkeit des Sachverständigen zu leiten, § 15 Abs. 1 FGG i. V. m. § 404a ZPO. Ihm ist daher insbesondere die Beweisfrage und die Rechtsauffassung des Gerichts mitzuteilen. Soweit für die Erstattung des Gutachtens erforderlich, sind auch die vom Gericht ermittelten Anknüpfungstatsachen anzugeben. Der Beweisbeschluss kann wie folgt gefasst werden:

Beschluss

Über die Testierfähigkeit des Erblassers bei Errichtung seiner letztwilligen Verfügung vom (Datum der Verfügung einsetzen) soll Beweis erhoben werden durch Einholung eines schriftlichen Sachverständigengutachtens.

Als Sachverständiger wird ausgewählt: (Name, Bezeichnung, Anschrift einsetzen)

Der Sachverständige wird auf folgende Rechtslage zur Beurteilung der Testierfähigkeit hingewiesen:

Testierunfähigkeit liegt vor, wenn die Erwägungen und Willensentschlüsse des Betroffenen nicht mehr auf einer der allgemeinen Verkehrsauffassung entsprechenden Würdigung der Außendinge und Lebensverhältnisse beruhen, sondern durch krankhafte Empfindungen, krankhafte Vorstellungen und Gedanken oder durch Einflüsse dritter Personen derart beeinflusst werden, dass sie tatsächlich nicht mehr frei sind, vielmehr sich den genannten regelwidrigen Einwirkungen schranken- und hemmungslos hingeben und von ihnen widerstandslos beherrscht werden.

Der Sachverständige soll seinem Gutachten folgende Anknüpfungstatsachen zugrunde legen:

- schriftliche Auskunft des behandelnden Arztes der Erblasserin (Seiten ... der Nachlassakten)
- schriftliche Auskunft des Gutachters im Betreuungs-, Pflegschafts-, Entmündigungsverfahren (Seiten der Nachlassakten)
- schriftliche Auskunft der Zeugen (Namen einsetzen, Seiten ... der Nachlassakten)

Soweit zur Erstellung des Gutachtens weitere Auskünfte eingeholt oder Unterlagen erhoben werden müssen, soll der Sachverständige bei den Betroffenen die erforderlichen Erhebungen selbst durchführen und das Nachlassgericht hiervon unterrichten.

Die Einholung des Sachverständigengutachtens wird davon abhängig gemacht, dass der Beteiligte (Name des beweispflichtigen Beteiligten einsetzen) einen Kostenvorschuss in Höhe von DM ... bis spätestens ... beim Gericht einbezahlt.

85 BGH FamRZ 1984, S. 1003; Palandt/Edenhofer, BGB, Rdnr. 13 zu § 2229;
86 Firsching/Graf, Nachlassrecht, Rdnr. 4.233
87 Staudinger/Firsching, BGB, Rdnr. 17 zu § 2358

Gewusst wo

– Gesetze, Verordnungen, Erlasse in Bund und Ländern –

1999

von Notar a. D. **Dr. Trutz Linde**, Müllheim/Baden

I. Internationales Recht

Bekanntmachung über den Geltungsbereich des Europäischen Übereinkommens über die Adoption von Kindern
vom 31. 3. 1999 – BGBl II 1999, 382

Bekanntmachung über den Geltungsbereich des Haager Übereinkommens zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation
vom 27. 4. 1999 – BGBl II 1999, 420 und
vom 12. 8. 1999 – BGBl II 1999, 794

Bekanntmachung über den Geltungsbereich der Satzung der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht
vom 17. 5. 1999 – BGBl II 1999, 435

Gesetz zum internationalen Privatrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen
vom 21. 5. 1999 – BGBl I 1999, 1026
(Neufassung von Art. 38 - 46 EGBGB)

Bekanntmachung über den Geltungsbereich des Europäischen Übereinkommens zur Befreiung der von diplomatischen oder konsularischen Vertretern errichteten Urkunden von der Legalisation
vom 3. 8. 1999 – BGBl II 1999, 762

Beglaubigung und Legalisation von deutschen Urkunden, die zum Gebrauch im Ausland bestimmt sind: Erteilung von Apostillen und Bestätigungen; Befreiung von der Legalisation
Bek. d. JuM vom 23. Februar 1999 (9101/0142) – Die Justiz 1999, 129

Gesamtverzeichnis der Dolmetscher und Übersetzer in Baden-Württemberg
Die Justiz 1999 – 222

II. Bundesrecht

A. Zivilrecht

Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
vom 19. 1. 1999 – 1 BvR 2161/94 –, Veröffentlichung vom 26. 3. 1999 – BGBl I 1999, 699 (§§ 2232, 2233 BGB und § 31 BeurkG sind mit dem GG unvereinbar, soweit sie testierfähigen Personen, die weder schreiben noch sprechen können, die Möglichkeit der Testamentserrichtung verwehren.)
Überweisungsgesetz (ÜG)
vom 21. 7. 1999 – BGBl I 1999, 1642
(Änderungen insbes. zu §§ 675 - 676g BGB; Art. 228 EGBGB; §§ 13, 27, 28, 29 AGB-Ges.; § 26a GBMaßnG: Eintragungen im Zusammenhang mit der Einführung des EURO)

Zweites Eigentumsfristengesetz (2. EFG)
vom 20. 12. 1999 – BGBl I 1999, 2493
(In Art. 231 und 233 EGBGB; § 9a EGZVG und §§ 38, 111, 113, 116 SachenRBerG wird jeweils das Datum „31. Dezember 1999" durch das Datum „31. Dezember 2000" ersetzt)

B. Freiwillige Gerichtsbarkeit

Verordnung über das Vereinsregister und andere Fragen des Registerrechts vom 10. 2. 1999 – BGBl I 1999, 147
(Art. 2 ändert Vorschriften der Grundbuchverfügung)

C. Öffentliches Recht

Basiszinssatz-Bezugsgrößen-Verordnung (BazBV)
vom 10. 2. 1999 – BGBl I 1999, 139
(Gem. § 1 Diskont-Überleitungs-Ges. v. 9. 6. 1998 wird als Bezugsgröße der Zinssatz für längerfristige Refinanzierungsgeschäfte der Europäischen Zentralbank (LRG-Satz) bestimmt.)

Neufassung der Gewerbeordnung
vom 22. 2. 1999 – BGBl I 1999, 202

Verordnung über die Eintragung des Bodenschutzlastvermerks vom 18. 3. 1999 – BGBl I 1999, 497
(In die Grundbuchverfügung werden die §§ 93a und b eingefügt. Der auf Ersuchen in Abt. II einzutragende Vermerk lautet: „Bodenschutzlast. Auf dem Grundstück ruht ein Ausgleichsbetrag nach § 25 des Bundes-Bodenschutzgesetzes als öffentliche Last.")

vgl. hierzu:

Gesetz zum Schutz vor schädlichen Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten (Bundes-Bodenschutzgesetz-BBodSchG) vom 17. 3. 1998 – BGBl I 1998, 502 – sowie Bundes-Bodenschutz- und Altlastenverordnung (BBodSchV) vom 12. 7. 1999 – BGBl I 1999, 1554.

Gesetz zur Reform des Staatsangehörigkeitsrechts
vom 15. 7. 1999 – BGBl I 1999, 1618
Gesetz über die Änderung währungsrechtlicher Vorschriften infolge der Einführung des Euro-Bargeldes (Drittes Euro-Einführungsgesetz-Drittes EuroEG)
vom 16. 12. 1999 – BGBl I 1999, 2402

D. Berufsrecht

Berichtigung des Dritten Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze
vom 23. 2. 1999 – BGBl I 1999, 194
(vgl. Ges. v. 31. 8. 1998 – BGBl I 2585)

Neufassung des Beamtenversorgungsgesetzes
vom 16. 3. 1999 – BGBl I 1999, 322

Neufassung des Beamtenrechtsrahmengesetzes
vom 31. 3. 1999 – BGBl I 1999, 654

Neufassung des Bundesbeamtengesetzes
vom 31. 3. 1999 – BGBl I 1999, 675

Gesetz über die Anpassung von Dienst- und Versorgungsbezügen in Bund und Ländern 1999 (Bundesbesoldungs- und -versorgungsanpassungsgesetz 1999 – BBVAnpG 99)
vom 19. 11. 1999 – BGBl I 1999, 2198 + 2207

Gesetz zur Stärkung der Unabhängigkeit der Richter und Gerichte
vom 22. 12. 1999 – BGBl I 1999, 2598

Gesetz zur Änderung des Wohngeldgesetzes und anderer Gesetze
vom 22. 12. 1999 – BGBl I 1999, 2671

E. Steuerrecht

Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002
vom 24. 3. 1999 – BGBl I 1999, 402

Neufassung des Körperschaftssteuergesetzes 1999
vom 22. 4. 1999 – BGBl I 1999, 817
(§ 46: Bescheinigung eines Notars)

Neufassung des Gewerbesteuergesetzes
vom 19. 5. 1999 – BGBl I 1999, 1010

Neufassung des Umsatzsteuergesetzes
vom 9. 6. 1999 – BGBl I 1999, 1270

Neufassung der Umsatzsteuer-Durchführungsverordnung
vom 9. 6. 1999 – BGBl I 1999, 1308

Gesetz zur Bereinigung von steuerlichen Vorschriften (Steuerbereinigungsgesetz 1999 – StBereinG 1999)
vom 22. 12. 1999 – BGBl I 1999, 2601

III. Landesrecht

A. Freiwillige Gerichtsbarkeit

Aufbewahrung von Sterbfallsanzeigen und Sterbfallsnachweisungen
AV d. JuM vom 17. Dezember 1998 (1452-I/175) – Die Justiz 1999, 50

Versendung von Verfügungen von Todes wegen
AV d. JuM vom 11. Oktober 1999 (1420/0146) – Die Justiz 1999, 431
Gesetz zur Einführung des maschinell geführten Grundbuchs sowie zur Änderung des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit und des Landesjustizkostengesetzes
vom 20. 12. 1999 – GBl 1999, 662

B. Öffentliches Recht

Ersatz des Diskontsatzes aus Anlass der Einführung des Euro
Bek. d. JuM vom 28. Dezember 1998 (5100/0126) – Die Justiz 1999, 61

Ausführungsgesetz zum Baugesetzbuch (AGBauGB)
vom 12. 4. 1999 – GBl 1999, 148

C. Berufsrecht

Durchführung der Bundesnotarordnung
AV d. JuM vom 1. Dezember 1998 (3835/0095) – Die Justiz 1999, 8

Dienstordnung für Notare (DONot);
hier: Umstellung der Massen- und der Verwahrungsbücher (Anlagen Muster 3 bis 6, 8, 9a und 9b) auf EURO
AV d. JuM vom 3. Dezember 1998 (3831/0108) – Die Justiz 1999, 9

Verbot der Annahme von Belohnungen oder Geschenken
Bek. d. JuM vom 22. Dezember 1998 (2040/0047) – Die Justiz 1999, 50

Verordnung des Justizministeriums zur Änderung der Juristenausbildungs- und Prüfungsordnung
vom 5. 2. 1999 – GBl 1999, 95

Verordnung des Justizministeriums zur Änderung der Verordnung über die Ausbidung und Prüfung der Rechtspfleger
vom 22. 3. 1999 – GBl 1999, 165

Ausbildung der Rechtspfleger
AV d. JuM vom 5. Mai 1999 (2321/0457) – Die Justiz 1999, 200

Zulassung von Beamtinnen und Beamten des mittleren Justizdienstes zur Einführung in die Aufgaben des gehobenen Justizdienstes (Rechtspflegerlaufbahn)
AV d. JuM vom 5. Mai 1999 (2321/0394) – Die Justiz 1999, 201

Vorbereitungsdienst der Rechtsreferendare
AV d. JuM vom 28. Mai 1999 (2221 IV – PA/74) – Die Justiz 1999, 217

Ablieferung von Staatsanteilen durch die Notare im Landesdienst im württembergischen Rechtsgebiet;
hier: Zwischenablieferungen auf Sonderkürzungen (§ 14 Abs. 5 - 7 LJKG)
AV d. JuM vom 7. Juli 1999 (5226/0154) – Die Justiz 1999, 337

Besoldungs- und Versorgungsanpassung 1999
Bek. d. JuM vom 13. Juli 1999 (2100 D/0194) – Die Justiz 1999, 353

Standards des Landessystemkonzepts Baden-Württemberg
Bek. d. JuM vom 28. Oktober 1999 (1500/356) – Die Justiz, 460
Definition des Kernbereichs für die einheitliche Bürokommunikation in der Landesverwaltung Baden-Württemberg
Bek. d. JuM vom 28. Oktober 1999 (1500/356) – Die Justiz 1999, 477
(Nr. 05 Justizministerium: Kernbereiche: Ministerium, Gerichte, Staatsanwaltschaften (Dezernenten); ausgenommen insbesondere: Staatsanwaltschaften (Geschäftsstellen); Notariate, Grundbuchämter, Justizvollzugsanstalten)

Richtlinien für die Amtspflichten der Notare
Bek. d. JuM vom 28. Oktober 1999 (3833/0075) – Die Justiz 1999, 478
(Beschluss der außerordentlichen Mitgliederversammlung der Notarkammer Stuttgart vom 18. Juni 1999)
Gesetz zur Änderung besoldungsrechtlicher Vorschriften
vom 8. 11. 1999 – GBl 1999, 430
(vgl. a. Art. 1 Ziff. 11 zum Oberjustizrat)

D. Steuerrecht

Verordung des Finanzministeriums zur Übertragung von Aufgaben der Finanzverwaltung auf bestimmte Finanzämter (Finanzämter-Zuständigkeitsverordnung – FAZuVO)
vom 22. 11. 1999 – GBl 1999, 687

Anm.: Diese Zusammenstellung schließt mit dem 31. 12. 1999 ab. Sie setzt die alljährlichen Übersichten in der BWNotZ, zuletzt 1999, 93, fort.

Das Notariat in Baden-Württemberg*

von Werner Dieterle, Bezirksnotar, Betriebswirt (VWA), Tübingen

Das Besondere des südwestdeutschen Amtsnotariats, das ihm den Charakter der Einmaligkeit im Bundesgebiet verleiht, ist die Funktionskombination zwischen der Amtszuständigkeit des Notars in der freiwilligen Gerichtsbarkeit und der Beurkundungskompetenz, zum anderen der Behördencharakter des Notariats, schließlich die dezentrale Einrichtung des Grundbuchamts als staatlicher Behörde in jeder Gemeinde. Die zu diesem Ergebnis führenden Entwicklungen haben sich bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts angebahnt und sind bis heute erhalten geblieben.

I. Historische Entwicklung

Der entscheidene Wendepunkt ist das Jahr 1806. Das Deutsche Reich hatte zu Bestehen aufgehört, das Großherzogtum Baden und das Königreich Württemberg traten als souveräne Staaten in die Geschichte und setzten alles daran, ihre neu erworbenen und die angestammten Gebiete durch eine straff geführte Einheitsverwaltung zu konsolidieren. Die Fragestellung für das Notariatswesen lautete: Behördenlösung oder freies Beurkundungsnotariat. Für beides gab es Ansätze. Die wesentlichen Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit erledigten in Baden wie in Württemberg die Gemeinden. Der Gemeinderat als ein aus Ortsbürgern zusammengesetztes Stadt- und Dorfgericht besaß die jurisdictio voluntaria. Die notwendigen Niederschriften besorgten die Stadt-, Amts- oder Gerichtsschreiber. Ihnen war bereits durch das Dritte Württembergische Landrecht von 1610 eine Reihe von Aufgaben ausdrücklich übertragen. Sie führten die Vertrags-, Pfand- und Kaufbücher, erstellten die Niederschriften der Waisengerichtssitzungen, erledigten das Inventur- und Teilungswesen und fertigten Verträge und letzte Willensverordnungen.

Daneben und sozusagen überörtlich waren wie andernorts im Reich auch in Baden und Württemberg kaiserliche Notare zur Aufnahme von Urkunden bestellt.

Ihre Befugnis richtete sich nach der Reichsnotariatsordnung Kaiser Maximilians vom 8. 10. 1512. Das kaiserliche Privileg ihrer Bestellung wurde bis 1803 im kaiserlichen Namen von den Hofpfalzgrafen ausgeübt. So wie das Amt der Hofpfalzgrafen im 18. Jahrhundert durch eine inflationäre Verleihungspraxis bereits entwertet war, genossen auch die von ihnen bestellten Notare keine besondere Popularität. Insbesondere fehlte es an einem einheitlichen Standesbewußtsein dieser Notargruppe. Sie verkörperte keineswegs den Typ des rechtsgelehrten Juristen. Die Fähigkeit, Niederschriften zu fertigen, setzte kein Rechtsstudium voraus; auch Autodidakten übten das Amt aus. Die neuen Souveräne von 1806 beseitigten die Befugnisse der Hofpfalzgrafen umgehend. Sie verlangten von den kaiserlichen Notaren ein erneutes Zulassungs- und Prüfungsverfahren sowie Einschreibung in die Matrikel ihres Oberappellationstribunals.

Es war naheliegend, dass diese Berufsgruppe nicht sonderlich zum Aufbau eines reinen Beurkundungsnotariats ermutigte. Zwar machte Baden mit der neuen Notariatsordnung von 1806 einen Anfang in diese Richtung, verwarf ihn dann aber bereits im Organisationsriskript von 1809 zugunsten der Behördenlösung. Die geringe Neigung für ein reines Beurkundungsnota-

riat wird durch den Wunsch nach einem funktionstüchtigen Behördenapparat erklärlich. Die hergebrachte Verbindung zwischen Erledigung der Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Gemeinde und notwendiger Beurkundung, dazu das ausgeprägte Bedürfnis nach Rechtsvorsorge bringt die Weichenstellung zugunsten des Behördennotariats. Während im größeren Teil Deutschlands das Notariat von der freiwilligen Gerichtsbarkeit verschont blieb, entschieden sich Baden und Württemberg bewußt für die Behördenlösung. Die Entwicklung verlief zwar mit gewissen Unterschieden, jedoch zum gleichen Ziel.

1. Baden

In Baden wurde durch das Organisationsriskript von 1809 das Amtsrevisorat eingerichtet. Für jedes größere Amt ist ein besonderer Amtsrevisor bestellt. Er besorgt die Geschäfte der Amtsschreiberei. Dieser Behörde werden unter dem Einfluss des französischen Rechts mit der Einführung des Code Napoleon als badischem Landrecht am 1. 1. 1810 verschiedene Geschäfte der FFG übertragen. Die Amtsrevisoren werden Staatsschreiber mit den Befugnissen eines Notars.
Der Geschäftskreis des Amtsrevisorats reicht von der Fertigung von Verträgen und Testamenten, der Aufsicht über die Grund- und Pfandbücher, der Vornahme von Teilungen und Liquidationen bis hin zu den Tabellen über den Viehbestand. Wesentlich für das Amtsrevisorat ist die das ganze Land überspannende Bezirkseinteilung, die sich an die Organisation der badischen Bezirksämter anschließt. Der Amtsrevisor beschäftigt seine Schreiber selbst. Er erhält später zusätzliche Gehilfen in Form der „Teilungskommissäre" für Nachlasssachen. Ab 1841 werden dem Amtsrevisor zur Besorgung der rechtspolizeilichen Geschäfte sogenannte Distrikstnotare beigegeben. Die aus der Zahl der Teilungskommissäre und der Rechtspraktikanten, „welche sich für das Rechtspolizeifach besonders vorbereitet haben", ernannt werden. Sie erhalten festes Gehalt und Gebührenanteile. Trotz ihrer bescheidenen wirtschaftlichen Lage festigen sie das Bild ihres Berufsstandes. 1849 werden die Anforderungen an die Vorbildung erhöht: Als Notar kann nur aufgenommen werden, wer drei Hochschulsemester studiert und eine Prüfung bestanden hat; später folgt noch eine zweijährige Praktikantenzeit und eine weitere praktische Prüfung. 1864 kommt die Eingliederung in die Gerichtsorganisation. Den Amtsgerichten werden für die Ausübung FG-Notare beigegeben, die jeweils für ihren Distrikt auch die öffentlichen Urkunden fertigen. Schließlich folgt nach dem Erlass der Reichsjustizgesetze von 1877 unter einheitlicher Richteramtsbefähigung durch das GVG der entscheidende Schritt: Nach § 67 des neugefassten badischen FGG vom 15. 3. 1879 ist für die Ernennung zum Notar die Befähigung zum Richteramt notwendig. Seitdem besteht in Baden die Gleichstellung des Amtsnotars mit dem Richter (sogenanntes Richternotariat). Der Notar löst sich aus der Einordnung in das Amtsgericht. Die Aufsichtsbefugnisse über das Notariat erhält der Landgerichtspräsident.

2. Württemberg

In Württemberg beließ man es nach 1806 zunächst trotz der grundsätzlichen Trennung von Justiz und Verwaltung bei der Zuständigkeit der Gemeinden für die FG. Erst 1819, also deutlich später als in dem unter französischem Einfluss besonders reformfreudigen Großherzogtum Baden, folgte ein Notariatsedikt. Es trat zusammen mit der notwendigen Bezirkseinteilung durch die königlichen Notariatsverordnungen von 1826 am 1. 7. 1876 in Kraft. Bei grundsätzlicher Belassung der Zuständigkeit für die FG in der Gemeinde wurde zur Beratung und Unterstützung der Gemeinderäte und Waisengerichte „in Behandlung derjenigen Rechtsgeschäfte, welche besondere Gesetzes- oder Geschäftskenntnisse erfordern", als neue staatliche Einrichtung der „Gerichtsnotar" eingeführt. Die Stadt- und Amtsschreiber wurden abgeschafft. Der Gerichtsnotar ist nicht mehr der nachvollziehende Schriftführer, sondern selbständiger Gerichtsbeamter, der Justizverwaltung untergeordnet, rechtskundig, aber nicht rechtsgelehrt – ein Rechtsführer, der auf die Rathäuser hinauszugehen und die Geschäfte der FG zu besorgen oder beratend mitzugestalten hat – die Aufsicht für das Oberamtsgericht.
Das System wird vervollständigt durch eine ausgefeilte Bezirkseinteilung. Jedem der 65 Oberamtsgerichte wird ein Gerichtsnotar beigegeben; zusätzlich werden je nach Größe des Bezirks des Oberamtsgerichts weitere Amtsnotare eingesetzt. Sie sind jeweils für bestimmt benannte Gemeinden zuständig. Die Erstausstattung von 1826 umfaßt 64 Gerichtsnotare (entsprechend der Zahl der Oberamtsgerichte) und 100 Amtsnotare, insgesamt also 164 Notariatsbezirke. Die Notare beziehen festes Gehalt, die Gerichtsnotare in 3 Klassen nach Bedeutung ihrer Stelle 700-1000 Gulden, die Amtsnotare 600 Gulden jährlich. Daneben erhalten sie „Emolumente" für ihre Aufwendungen. Die angesetzen Sporteln (Gebühren) haben sie abzuliefern. Das Staatsdienerverhältnis ist ausgeprägt, das Amt lebenslänglich; Pensionierung gibt es nur bei Altersschwäche oder Kränklichkeit mit Reaktivierung bei Gesundung. Zur Autorität des Amtes und seiner Träger gibt die Vorschrift über die Uniform der Gerichtsnotarien ein anschauliches Zeitbild.
Der 1. 7. 1826 ist die Geburtsstunde des Württembergischen Gerichtsnotars, des späteren Bezirksnotars. Das Recht zur allgemeinen Beurkundung und Beglaubigung erhält er allerdings erst durch das Notariatsgesetz vom 14. 6. 1843. Damit ist die Funktionskombination des Amtsnotariats zwischen FG und Beurkundungswesen komplett. Die Einrichtung hat sich gerade für Württemberg mit seinem stark zersplitterten Grundbesitz aufs Beste bewährt.
Im Gegensatz zu Baden war die Befähigung zum Gerichts- und Amtsnotar einer Fachausbildung vorbehalten; die Befähigung zum Richteramt oder ein rechtswissenschaftliches Universitätsstudium waren und sind nicht Voraussetzung. Dabei ist es auch nach dem GVG von 1877 und dem Inkrafttreten des BGB geblieben.

3. Freie Notare

In Baden konnten sich nach 1806 die privilegierten ehemals kaiserlichen dann großherzoglich badischen Urkundsnotare in der Konkurrenz mit dem allzuständigen Amtsrevisorat „als Staatsschreiberei" nicht halten. Die Einkünfte aus dem reinen Beurkundungsnotariat waren zu gering, um einen größeren Bewerberkreis anzuziehen. Die Amtsinhaber starben aus, neue meldeten sich nicht mehr; der Ministerialbeschluss von 1826, wonach keine Urkundsnotare mehr ernannt wurden, war nur der äußere Schlussstrich unter die bereits erloschene Institution. Bis auf den heutigen Tag gibt es in Baden, d. h. im OLG-Bezirk Karlsruhe, keine freiberuflichen Notare als Ergänzung zum Amtsnotariat. Dabei hat es, und zwar gerade aus dem Stand der badischen Amtsnotare, nicht an leidenschaftlichen Versuchen gefehlt, von der als Fessel empfundenen FG befreit und zum reinen Beurkundungsnotar „emporgestuft" zu werden. Dies gilt insbesondere für die Wendemarke der Einführung des BGB. Doch die Bewährung der bestehenden Organisation war stärker. Versuche der Gegenwart, das Anwaltsnotariat als Ergänzung zum Amtsnotariat einzuführen, was dem württembergischen Rechtszustand entsprechen würde, sind über die Befragung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes und der Sorge und Erhaltung des Burgfriedens unter den verschiedenen Notariatsformen nicht hinausgelangt. Dagegen haben sich in Württemberg die freiberuflichen Beurkundungsnotare nach 1806 gehalten. Deshalb hat auch das

württembergische AGBGB von 1899 die Bestellung von nichtbeamteten Notaren (mit der Richteramtsbefähigung bzw. Befähigung zum württembergischen Notariatsdienst) bei Vorliegen eines Bedürfnisses aufrechterhalten.

Entwicklung seit 1900

Die Rückschau zeigt, dass das Notariat der Gegenwart in allen wesentlichen Zügen so auf uns überkommen ist, wie es im 19. Jahrhundert angelegt worden war. Bei Inkrafttreten des BGB im Jahre 1900 wurde in Baden und Württemberg von den reichsrechtlichen Vorbehalten EGBGB (insbesondere Art. 147) FGG und GBO, wonach anstelle des Amtsgerichts auch andere Behörden mit der Funktion der FG betraut werden konnten, Gebrauch gemacht. Die Aufgaben des Grundbuchamts und Nachlassgerichts, in Württemberg auch des Vormundschaftsgerichts, wurden vom Amtsnotar wahrgenommen, der in Württemberg jetzt Bezirksnotar heißt. An diesem Wesenskern hat sich auch durch die folgenden Neufassungen des Landesrechts nichts mehr geändert.

Auch der Reichs- und Bundesgesetzgeber hat die bewährten badischen und württembergischen Sondergestaltungen toleriert. Die Reichsnotarordnung von 1937 ließ das Amtsnotariat in Baden und Württemberg unberührt. Nach § 86 blieben Zeitpunkt und Umfang des Inkrafttretens für Baden vorbehalten. Für Württemberg wurde durch § 85 der Anwendungsbereich der RNotO auf die Anwaltsnotare und Nurnotare beschränkt, sie galten nicht für die Bezirksnotare. Diesen Bestimmungen nachgearbeitet sind diejenigen der Bundesnotarordnung von 1961 mit der Einschränkung, dass sich die Zuständigkeit des Bezirksnotars als öffentlicher Notar, also im Beurkundungsbereich, nach der BNotO bestimmt.

Abschließend zu diesem Komplex ist zu erwähnen, dass die bei Inkrafttreten des Grundgesetzes bestehenden Einrichtungen des Notariats in Baden und Württemberg auch im Grundgesetz anerkannt worden sind. Änderungen durch den Bundesgesetzgeber bedürfen nach Art. 138 GG der Zustimmung der Landesregierung. So ist um das Notariatswesen in Baden-Württemberg ein Schutzwall aufgerichtet, der sich allerdings auch als Hindernis für weitere Entwicklungen erweisen kann.

II. Rechtszustand seit 1975

1. Das baden-württembergische LFGG behält die Einrichtung des Amtsnotariats in seinen charakteristischen Ausprägungen in beiden Landesteilen bei, wobei grundsätzlich das badische Rechtsgebiet mit dem OLG-Bezirk Karlsruhe, das württembergische mit dem OLG-Bezirk Stuttgart gleichgesetzt werden kann. Es ordnet und vereinfacht das unübersichtliche, auf eine Vielzahl von Rechtsquellen verstreute Landesrecht. Die Ausführungsvorschriften sind zusammengefasst in einer Rechtsordnung für das Grundbuchwesen (GBVO) sowie in zwei Verwaltungsvorschriften (1. und 2. VV LFGG).

Die §§ 1 und 3 LFGG enthalten die Zuständigkeitsvorschriften durch die sich die Notariatsverfassung in Baden-Württemberg von der des übrigen Bundesgebiets unterscheidet.

Behörden der FG sind die staatlichen Notariate und die Grundbuchämter. Die farbige Palette von weiteren Institutionen, insbesondere im Gemeindebereich, wie Ortsgerichte, sogenannte ordentliche Vormundschafts- und Nachlassgerichte in Württemberg, amtliche Schätzer, Schätzungsämter, Inventurbehörden usw., sind entfallen.

Die Notariate sind im ganzen Land zuständig für Nachlass- und Teilungssachen, für die besondere amtliche Verwahrung der Verfügungen von Todes wegen, in Württemberg außerdem nach näherer Maßgabe der §§ 36, 37 LFGG für Vormundschaftssachen.

Die Sammelbezeichnung für die Amtsnotare lautet einheitlich „Notare im Landesdienst". Sie sind bei der Wahrnehmung von Aufgaben der Rechtspflege sachlich unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen (§ 2 LFGG).

§ 3 regelt die Beurkundungszuständigkeit der Notare im Landesdienst. Durch die Bezugnahme auf dei BNotO besteht eine einheitliche Regelung der sachlichen Zuständigkeit aller Notargruppen. Wie bisher können im württembergischen Rechtsgebiet – allerdings nur soweit hier für neben den Notaren im Landesdienst ein Bedürfnis besteht – Nurnotare und Anwaltsnotare bestellt werden (§ 3 Abs. 2 LFGG, §§ 114 Abs. 3, 116 Abs. 1 BNotO).

Die unmittelbare Dienstaufsicht über die Notare im Landesdienst wie die freiberuflichen Notare übt der Präsident des LG aus. Für die Überwachung der Amtsführung der Notare im Landesdienst im Beurkundungsbereich gelten §§ 93 Abs. 2, 94 BNotO entsprechend. Der Präsident des LG wird durch vom Justizministerium bestellte Richter, die sogenannten FG-Referenten, bei seiner Aufsichtstätigkeit unterstützt.

Die Verfahrensvorschriften des Bundesrechts, §§ 2-34 FGG gelten nach der Generalverweisung in § 5 LFGG entsprechend, soweit sie nicht unmittelbar Anwendung finden. Die Notare im Landesdienst sind einheitlich in den Instanzenzug eingebaut. Gegen ihre Entscheidung ist die Beschwerde an das LG gegeben.

Beibehalten bleibt der unterschiedliche Befähigungsnachweis. Im badischen Rechtsgebiet (OLG-Bezirk Karlsruhe) kann zum Notar ernannt werden, wer die Befähigung zum Richteramt besitzt, im württembergischen Rechtsgebiet (OLG-Bezirk Stuttgart), wer die Befähigung zum Amt des Bezirksnotars erworben hat. Für letztere sind die Vorschriften über die Ausbildung und Prüfung für die Laufbahn des Bezirksnotars maßgeblich (Zulassungsvoraussetzung Abitur, 5-jähriger Vorbereitungsdienst, davon praktische Ausbildung beim Notariat, Amtsgericht und Wahlstation, anschließend württembergische Notarakademie).

Neben der Sammelbezeichnung „Notar im Landesdienst" unter Funktionsbezeichnung „Notar" nach der BNotO sind die bisherigen Dienstbezeichnungen beibehalten. Im badischen Rechtsgebiet lauten sie Justizrat, Oberjustizrat und Notariatsdirektor; die besoldungsmäßige Einstufung entspricht der Richterbesoldung, bisher Besoldungsgruppe A 13-16 sowie A 16 mit Zulage für Notariatsdirektoren in Großstädten mit mehr als 175 000 Einwohnern im Bezirk. Die Dienstbezeichnung im württembergischen Rechtsgebiet lautet wie bisher Bezirksnotar. Die Bezirksnotare sind in Besoldungsgruppe A 13, 14 eingestuft. Die Notare im Landesdienst beziehen Gebührenanteile nach näherer Maßgabe des Landesjustizkostengesetzes. Für Amtspflichtverletzungen des Notars im Landesdienst auch im Beurkundungsbereich, besteht die Staatshaftung nach Art. 34 GG. Eine Ausnahme bilden im württembergischen Rechtsgebiet diejenigen Beurkundungsgeschäfte, in denen der Notar nach näherer Regelung des Landesjustizkostengesetzes §§ 10 ff selbst Gebührengläubiger ist; insoweit besteht Eigenhaftung, eine Staatshaftung tritt nicht ein. Der württembergische Bezirksnotar hat sich hier selbständig zu versichern.

Die nicht ständig angestellten Notare sind als Notarvertreter/Amtsverwalter tätig. Nachwuchs steht in ausreichendem Maße zur Verfügung. Im württembergischen Rechtsgebiet wird die Zulassung für die Ausbildung als Notaranwärter durch das JuM gesteuert. Im badischen Rechtsgebiet kommen die Interessenten für das Notariat aus dem höheren Justizdienst; die Richter, die eine Tätigkeit als Notar im Landesdienst anstreben, arbeiten sich erfahrungsgemäß rasch als Notarvertreter ein.

Notariate mit mehreren Notaren erstellen für die Amtsgeschäfte einen Geschäftsverteilungsplan, der der Zustimmung des Präsidenten des LG bedarf. Im Beurkundungsbereich besteht

für die Amtsführung der Notare im Landesdienst eine weitere Generalverweisung auf die BNotO, so dass auch hier eine Anlehnung an die bundeseinheitliche Regelung erfolgt ist. Amtsbezirk des Notars ist das badische oder württembergische Rechtsgebiet; außerhalb des Bezirks seines Notariats soll der Notar jedoch nur tätig werden, wenn hierfür ein Bedürfnis besteht.

2. Eine besondere Betrachtung erfordern noch die Grundbuchämter. Sie bestehen nicht beim Amtsgericht wie im übrigen Bundesgebiet, sondern als staatliche Behörde in jeder Gemeinde. Die Zahl der ursprünglich rund 3400 Grundbuchämter in Baden-Württemberg hat sich durch die Verringerung der Zahl der Gemeinden im Verlauf der Gemeindereform von 1974 auf ca. 1100 vermindert, eine aus Rationalisierungsgründen unerlässliche Entwicklung, die mit der geplanten Einführung des EDV-Grundbuchs zunehmen dürfte.
Grundbuchbeamter ist der Notar, für die zum Notariatsbezirk gehörenden Grundbuchämter. Entsprechend dem bisherigen Rechtszustand besteht das Amt des Ratschreibers fort. Es ist Folge der dezentralen Organisation der Grundbuchämter, denn bei mehreren zu betreuenden Ämter benötigt der Notar eine örtliche Hilfskraft, die den Eingang der Anträge, Einsicht in das Grundbuch, Fertigung von Abschriften usw. erledigt. Diese Funktion obliegt dem Ratschreiber, der in jeder Gemeinde mit Sitz eines Grundbuchamts bestellt ist. Im badischen Rechtsgebiet erledigt der Ratschreiber weitere Verrichtungen des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle und des Kanzleidienstes. Der Ratschreiber kann für die zu seinem Grundbuchamtsbezirk gehörenden Grundstücke nach näherer Maßgabe des § 32 Abs. 3 und 4 LFGG Kauf- und Tauschverträge, Auflassungen, Bewilligungen und Anträge zur Eintragung und Löschung beurkunden; er ist allgemein befugt, Unterschriften zu beglaubigen. Beurkundungen soll er nur in einfach gelagerten Fällen vornehmen.
3. Eine letzte Besonderheit ist die Zuständigkeit des Notariats in Vormundschaftssachen, beschränkt auf das württembergische Rechtsgebiet (OLG-Bezirk Stuttgart). Trotz des insoweit bestehenden Unterschieds zum badischen Rechtsgebiet wollte der Gesetzgeber auch bei dieser vom Sachzusammenhang her sich anbietenden und bisher gehandhabten Regelung bisher nicht eingreifen. Die Aufteilung der Zuständigkeit entspricht derjenigen zwischen Amtsrichter und Rechtspfleger im übrigen Bundesgebiet nach § 14 RpflG. Demgemäß sind nach näherer Maßgabe des Katalogs in § 37 LFGG für die personenrechtlichen Entscheidungen der Richter, für die vermögensrechtlichen der Notar zuständig. Auf Grund des Kindschaftsreformgesetzes ist seit 1. 7. 1998 für einige Bereiche auch das Familiengericht beim Amtsgericht zuständig.

4. Abschließend seien noch einige Zahlen über die Notariatseinrichtungen und die Besetzung in Baden-Württemberg genannt (Stand – 1. 1. 2000):

Zahl der Notariate

OLG-Bezirk Karlsruhe	ca. 69
OLG-Bezirk Stuttgart	ca. 231
Zahl der Grundbuchämter	ca. 1100
Zahl der Notare im Landesdienst	
OLG-Bezirk Karlsruhe	ca. 151
OLG-Bezirk Stuttgart	ca. 480
Notarvertreter	ca. 180

5. Ausblick

Tradition und Bewährung, aber auch Beharrungsvermögen und handfeste finanzielle Interessen treffen im Notariat Baden-Württemberg aufeinander. Eine weitere Zusammenführung der Notariatsverfassung wird deshalb Programmpunkt bleiben, wobei dann die Diskussion um Vorzüge und Nachteile der einzelnen Notariatsformen wieder voll einsetzen wird. Das Justizministerium strebt eine Strukturreform des Amtsnotariats an. Die Ziele der vorgesehenen Strukturreform sind:

– eine Verbesserung der Kundenorientierung der staatlichen Notariate,
– die Steigerung der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit der Notariate durch Einführung betriebswirtschaftlicher und freiberuflicher Elemente,
– eine stärkere Rechtsvereinheitlichung in beiden Landesteilen.

Nach Vorarbeiten einer Arbeitsgruppe mit Beteiligung der Amtsnotare im Jahr 1996 wurde zur Umsetzung der genannten Ziele vom Justizministerium eine Konzeption ausgearbeitet, die die folgenden Maßnahmen vorsieht:

– Einführung der Gebührengläubigerstellung der badischen und Erweiterung der Gebührengläubigerstellung der württembergischen Amtsnotare,
– Einführung der dezentralen Budgetverantwortung,
– Übertragung der vormundschaftsgerichtlichen Zuständigkeiten im württembergischen Rechtsgebiet von den Amtsnotariaten auf die Amtsgerichte,
– Schaffung der Rechtsgrundlagen einer Zulassung von Nur-Notaren im badischen Rechtsgebiet, falls die vorgenannten nicht ausreichen sollten,
– Änderungen im Gebührenanteilsrecht.

In einem Bericht des Justizministers vom 13. März 1998 wurde die Konzeption dem Landtag zugeleitet. Der Rechnungshof hat im Jahre 1999 die Notariate einer umfassenden Wirtschaftlichkeitsprüfung unterzogen. Die Beratende Äußerung des Rechnungshofes liegt vor. Weitere Reformschritte sollen nach Vorlage der Untersuchungsergebnisse des Rechnungshofes unternommen werden.

Unabhängig von Fragen der Gesetzgebungskompetenz dürfen die anlässlich der Einführung des EDV-Grundbuchs verbundenen Auswirkungen auf das Notariatswesen nicht unterschätzt werden. Nachdem sich die Maßnahmen zur elektronischen Speicherung des Grundbuchinhalts als durchführbar, rationell und insbesondere finanzierbar erwiesen haben, ist diese Entwicklung auch vor der dezentralen Grundbuchorganisation in Baden-Württemberg nicht fernzuhalten. Strukturveränderungen, angefangen von den Verflechtungen zwischen Staat und Gemeinden in der FG bis hin zu der Ämterkombination der Notare im Landesdienst dürften künftig daher nicht auszuschließen sein.

* Vortrag anlässlich der praktischen Studienzeit (Ferienpraxis) für Rechtsstudenten der Universität Tübingen. Die Vortragsform ist beibehalten worden.

Literaturhinweise:

Baden: A. Starck, Geschichte der Entwicklung des badischen Notariats (1897); Harrer, Urkundenwesen und Notariat in Deutschland, Badische Notarszeitschrift 1906, S. 3; Carlebach, Das badische Recht seit Großherzog Friedrich, Badische Notarszeitschrift 1906. –

Württemberg: Dehlinger, Württembergs Staatswesen, Bd. I, II (1951); H. Mayer, Württembergisches Notariatswesen (1887); Das württembergische Notariat und seine Zukunft (herausgegeben vom Württ. Notarverein 1911); Festschrift zum hundertjährigen Jubiläum des württembergischen Notariats (1926); Festakt zur Feier des hundertjährigen Jubiläums des württembergischen Notariats (herausgegeben vom Württ. Notarverein 1926); K. Bohn, Die württembergische Justizverwaltung (1906); Grube „Vogteien, Ämter und Landkreise in der Geschichte Südwestdeutschlands", 2. A. 1960, S. 26, 34; K. Rebmann, Besondere Rechtspflegeeinrichtungen des Landes Baden-Württemberg, RpflBl 1967 S. 34; Vogt, Amtsnotariat, BWNotZ 1975, S. 86; Henssler, Notariatsrecht in Baden-Württemberg, DRiZ 1976, 75; Sandweg, Die Struktur des staatlichen Notariats im Licht der neuen Haftungsrechtsprechung des BGH, BWNotZ 1997, S. 1; Bühler, Ist und Soll im Amtsnotariat, BWNotZ, 1997, S. 51; Zwischenbilanz der Verwaltungsreform in der 12. Legislaturperiode – Schriftenreihe der Stabsstelle für Verwaltungsreform, Band 21, 1999, S. 169; Notar eins 2000, S. 8 (herausgegeben vom Deutschen Notarverein).

Badische altrechtliche Wege- und Zugangsrechte und alte gemeinschaftliche Hofeinfahrten und Hofreiten

Von Rechtsanwalt Dr. Eugen Hezel, Bühl

Einleitung:

Als mit dem Inkrafttreten des BGB zum 1. 1. 1990 gleichzeitig GVG, ZPO, KO, ZVG, GBO und FGG neu gefasst worden sind (Art. 1 EGBGB), ist mit dem 1. 1. 1900 das gesamte deutsche Zivilrecht neu geregelt worden. Das alte, bis dahin in den einzelnen Ländern geltende Recht ist aufgehoben worden. Nur in Ausnahmefällen ist altes Recht, also Recht, das vor dem 1. 1. 1900 gegolten hat, in Kraft geblieben. Dies gilt beispielsweise nach Art. 187 EGBGB für Grunddienstbarkeiten, zu denen auch die hier behandelten Wegerechte und Zugangsrechte gehören.

Wegerechte in Form von Grunddienstbarkeiten bedurften zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs nicht der Eintragung, d. h. sie blieben bestehen, auch wenn sie nicht im Grundbuch eingetragen waren und gingen auch nicht unter, wenn der Eigentümer des dienenden Grundstücks das Grundstück veräußerte, und auch dann nicht, wenn der Erwerber von dem Bestehen eines das erworbene Grundstück belastenden Wegerechts nichts gewusst hat. Jedoch konnte nach Art. 187 Abs. 2 EGBGB durch Landesgesetz bestimmt werden, dass das Wegerecht als Grunddienstbarkeit zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben in das Grundbuch eingetragen werden musste. Von dieser Ermächtigung hat das frühere Land Baden keinen Gebrauch gemacht. Erst das Land Baden-Württemberg hat mit dem neuen, für das gesamte Land geltende Ausführungsgesetz zum BGB vom 26. 11. 74 in § 31 bestimmt, dass Grunddienstbarkeiten, die vor Inkrafttreten des BGB entstanden und aus dem Grundbuch oder einem dem Grundbuch gleichgestellten Buch nicht ersichtlich sind, zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs bis zum 31. 12. 77 im Grundbuch eingetragen werden müssen.

Dies bedeutet nun nicht, daß alle altrechtlichen Dienstbarkeiten mit dem 31. 12. 77 erloschen wären, wenn sie nicht eingetragen wurden. Die Eintragung ist auch jetzt noch möglich, wenn nach dem 31. 12. 77 kein rechtsgeschäftlicher gutgläubiger Eigentumswechsel stattgefunden hat (vgl. LG Baden-Baden Justiz 1982, Seite 50). Auch wenn seit dem 31. 12. 77 das Grundstück vererbt oder im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragen worden ist, besteht das Wegerecht auch heute noch, obwohl es nicht im Grundbuch eingetragen ist (vgl. LG Baden-Baden Justiz 1982, Seite 49 und OLG Karlsruhe in Justiz 1983, Seite 115 ff.). Gerichte und Anwälte müssen sich deshalb auch heute mit alten badischen Wegerechten befassen.

Soweit ersichtlich hat sich zu den badischen altrechtlichen Dienstbarkeiten bisher umfassend lediglich Justizrat Dr. Linde in einem Aufsatz in der Justiz 1962 Seite 136 ff. geäußert. Dieser Aufsatz ist umfassend. Er bedarf jedoch in mehrfacher Hinsicht der Ergänzung. Dr. Linde begnügt sich mit der Schilderung des Rechts, ohne sich mit den teilweise schwierigen Beweisfragen zu befassen. Auch beschränkt sich Dr. Linde und zwar ausdrücklich, auf die Rechtslage nach dem Badischen Landrecht, also nach dem Recht, das in der Zeit vom 1. 1. 1810 bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches 1900 gegolten hat. Er befasst sich also nicht mit Dienstbarkeiten, die schon bei Inkrafttreten des Badischen Landrechts am 1. 1. 1810 bestanden haben. Es gibt aber viele Wege- und Zugangsrechte, die schon vor dem Inkrafttreten des Badischen Landrechts bestanden haben und die nach dem Badischen Landrecht auch weiter gegolten haben.

Im folgenden soll unter

Ziff. I

die Rechtslage bezüglich der altrechtlichen Wege- und Zugangsrechte im Anschluss an den Aufsatz von Linde für die Bedürfnisse des Praktikers zusammenfassend dargestellt werden.

Unter

Ziff. II

werden die Grunddienstbarkeiten behandelt, die vor dem 1. 1. 1810 entstanden sind.

Ziff. III

behandelt Beweisfragen.

In

Ziff. IV

werden die altrechtlichen gemeinsamen Hofeinfahrten und Hofreiten behandelt.

Ziff. V

befasst sich mit Verfahrensfragen.

I.

Für Wegerechte, die in der Zeit zwischen dem 1. 1. 1810 und der Anlegung des Grundbuchs entstanden sind, gelten die Rechtsvorschriften des Badischen Landrechts. Das Badische Landrecht kennt selbstständige, unständige, offene und verborgene Dienstbarkeiten.

Auf die LRS 688 und 689 wird verwiesen, die im folgenden, wie auch die LRS 690-696 wiedergegeben werden, nachdem nicht mehr überall die alten Gesetzbücher vorhanden sind.

LRS 688
Die Dienstbarkeiten sind entweder selbstständig oder unständig. Selbstständig sind diejenigen, deren Gebrauch ohne Zutun eines Menschen fortgehet; dergleichen sind: Wasserleitungen, Dachtraufen, Aussichten und andere Gerechtigkeiten ähnlicher Art. Unständige Dienstbarkeiten sind diejenigen, die zu jeder Ausübung der Beiwirkung eines Menschen bedürfen; als: Wegegerechtigkeiten, Wasserschöpf-Gerechtigkeiten, Hutgerechtigkeiten und andere ähnliche.

LRS 689
Die Dienstbarkeiten sind offen oder verborgen. Offen sind sie, wenn sie sich durch äußere Anlagen zum Beispiel durch eine Tür, ein Fenster, eine Wasserleitung ankündigen. Verborgen sind diejenigen, deren Dasein durch kein äußeres Merkmal ins Auge fällt, wie z. B. die Pflicht, auf einem Grundstück kein Gebäude anzulegen, oder nicht über eine bestimmte Höhe zu bauen.

Wie die Dienstbarkeiten erworben werden, ergibt sich aus den LRS 690 bis 696. Auch diese Bestimmungen werden im Folgenden wiedergegeben:

LRS 690
Offene und zugleich selbstständige Dienstbarkeiten erwirbt man durch Vergünstigung oder durch dreißigjährigen Besitz.

LRS 691
Verborgene, jedoch selbstständige Dienstbarkeiten, sowie unständige Dienstbarkeiten, sie seien offen, oder verborgen, erwirbt man allein durch Vergünstigung. Sie zu erwerben ist

selbst ein unfürdenklicher Besitz nicht hinreichend; in Gegenden, wo sie jedoch vorhin auf solche Weise erworben wurden, dauert sie fort, sobald sie schon durch verjährten Besitz bei Verkündigung dieses Gesetzbuches erworben sind.

LRS 692
In Hinsicht der selbstständigen offenen Dienstbarkeiten gilt die Widmung, welche der Eigentümer seiner Sache gibt, für einen Titel.

LRS 693
Nur alsdann darf man annehmen, dass eine Widmung des Eigentümers eingetreten sei, wenn erwiesen ist, dass zwei abgeteilte Grundstücke vormals nur einen Eigentümer hatten, und dass durch diesen die Sachen in jenen Zustand versetzt worden sind, welcher Merkmal der Dienstbarkeit ist.

LRS 694
Wo auf zwei Grundstücken ein und desselben Eigentümers sich ein sichtbares Merkmal einer Dienstbarkeit befindet, und nun Eines derselben veräußert wird, ohne daß der Vertrag eine Übereinkunft über diese Dienstbarkeit enthält; da besteht sie auf dem veräußerten Grundstück, sie mögen ihm zu Last oder zu Nutz sein.

LRS 695
Bei Dienstbarkeiten, die nicht durch Verjährung zu erweben sind, ist der Mangel des ursprünglichen Titels durch nichts anderes zu ersetzen, als durch ein Anerkenntnis der Dienstbarkeit, welches von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks herrührt.

LRS 696
Wer eine Dienstbarkeit bewilligt, gestattet dadurch alles, was erforderlich ist, um sie auszuüben. So hat die Dienstbarkeit an einem fremden Brunnen Wasser zu schöpfen, das Recht über dessen Boden zu gehen, notwendig zur Folge.

Wegerechte sind gem. LRS 688 unständige Dienstbarkeiten. Sie können gem. LRS 691 Abs. 1 allein durch Vergünstigung, grundsätzlich, wie sich aus LRS 691, 2 ergibt, nicht durch Ersitzung erworben werden. Vergünstigung im Sinne von LRS 691 Abs. 1 war jedes Rechtsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen. Das Rechtsgeschäft unter Lebenden bedurfte keiner Form. Die Erklärung konnte auch einseitig und durch konkludente Handlung erfolgen (vgl. Behagel Das badische bürgerliche Recht und Code Napoleon 1891, § 104 Ziff. 2 Seite 355 und die dort zitierten Entscheidungen des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 19. 1. 87 Annalen LIII Seite 353 und vom 10. 6. 90 Annalen LVII Seite 115).

Soweit in der Rechtsprechung unter Hinweis auf Platenius Handbuch des Badischen Landrechts die Auffassung vertreten wird, eine Vergünstigung könne auch stillschweigend erfolgen, ist dies nicht richtig. Platenius wird hier unzutreffend zitiert. Er sagt nur, dass die Vergünstigung keiner Form bedarf, nicht aber, dass Stillschweigen zum Erwerb führen könnte (vergl. Platenius Handbuch des Badischen Landrechts Seite 192). Dort heißt es wie folgt:

„Alle Arten von Dienstbarkeiten werden durch Vergünstigung erworben, LRS 691, d. i. durch Rechtsgeschäft, Bestellung des Eigentümers des dienenden Grundstücks. Diese Bestellung kann durch Schenkung oder letztwillige Verfügung erfolgen oder durch entgeltlichen Vertrag unter Lebenden, der dann keiner besonderen Form bedarf. Der Besteller muss fähig sein, das dienende Grundstück zu veräußern."

Neben der Vergünstigung konnte ein Wegerecht auch durch Anerkenntnis des Eigentümers des dienenden Grundstücks erworben werden, (LRS 695). Diese Anerkenntnis konnte formlos erklärt werden. Einer Annahme bedurfte es nicht (Behagel a. a. O., Seite 356).

Die Rechtsprechung hat darüber hinaus, entgegen LRS 691, 2, die Möglichkeit der Ersitzung eines Wegerechts angenommen, wenn neben einem ausgeschiedenen als solchen erkennbaren Weg auf dem dienenden Grundstück zusätzlich eine äußere Anlage vorhanden war, die unzweideutig zu erkennen gab, dass der Weg für ein bestimmtes fremdes Grundstück bestimmt war. Dies ist so entschieden worden, wenn am Ende des Weges zwischen dem dienenden und dem herrschenden Grundstück ein Tor vorhanden war (vergl. OLG Karlsruhe in Annalen L/1II Seite 115).

Auch das Erlöschen altrechtlicher, im Grundbuch nicht eingetragener Wegerechte regelt sich seit dem 1. 1. 1900 nach altem Recht, also nach dem Recht, das bei Inkrafttreten des BGB gegolten hat (vergl. Art. 189 EGBGB). Dies ist in den LRS 703 bis 710 des Badischen Landrechts geregelt, die nachstehend zitiert werden:

LRS 703
Dienstbarkeiten erlöschen, wenn man wegen verändertem Stand der Dinge sie weiter nicht ausüben kann.

LRS 704
Sie leben wieder auf, wenn die Sachen in den Zustand zurück kommen, wo man sie ausüben kann, ehe die Zeit ihrer Erlöschung abgelaufen ist.

LRS 705
Jede Dienstbarkeit ist erloschen, so bald das hierzu berechtigte und das damit belastete Grundstück an den nemlichen Eigentümer kommen. Die offenen leben jedoch wieder auf, sobald eine Veräußerung geschieht, ohne dass das bleibende Merkmal der Dienstbarkeit weggeschafft, noch das Gegenteil ausdrücklich bedungen wird.

LRS 706
Eine Dienstbarkeit wird durch einen dreißigjährigen Nichtgebrauch versessen.

LRS 707
Nach den verschiedenen Gattungen der Dienstbarkeiten haben jene dreißig Jahre einen verschiedenen Anfang: von dem Tag, wo man aufgehört hat, sie zu benutzen, werden die unständigen Dienstbarkeiten versessen: von dem Tag, wo eine mit der Dienstbarkeit im Widerspruch stehende Handlung vorgenommen worden ist, sind die selbstständigen Dienstbarkeiten in solchem Fall.

LRS 708
Auch die Art, wie eine Dienstbarkeit ausgeübt wird, kann eben so durch Verjährung verändert werden.

LRS 709
Wo eine Dienstgerechtigkeit zu einem Grundstück gehört, das mehreren in unzerteilter Gemeinschaft zusteht, da hindert die Ausübung des Einen die Verjährung auch zum Vorteil aller übrigen Miteigentümer.

LRS 710
Ist einer unter den Miteigentümern, wider den die Verjährung nicht laufen konnte, zum Beispiel ein Minderjähriger, so werden durch ihn auch die Rechte der übrigen erhalten.

Altrechtliche Wegerechte erlöschen also, wenn Anlagen

errichtet werden, die eine Ausübung der Wegegerechtigkeit unmöglich machen. Sie leben aber wieder auf, wenn innerhalb von 30 Jahren die Anlage wieder entfernt wird. Darüber hinaus erlöschen Wegerechte auch, wenn das belastete und das herrschende Grundstück vereinigt werden, oder durch Verjährung, wenn das Recht 30 Jahre lang nicht ausgeübt wird. Diese Frist beginnt mit dem Tag, an dem das Recht letztmals ausgeübt worden ist.

Einen Ausnahmefall regelt LRS 2265. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

„Wer redlicher Weise und mit gesetzmäßiger Eigentumsurkunde ein liegendes Gut erwirbt, ersetzt das Eigentum daran in zehn Jahren, wenn der wahre Eigentümer unter dem Gerichtszwang des Obergerichts wohnt, in dessen Besitz das unbewegliche Gut gelegen ist, und in zwanzig Jahren, wenn er außer der Provinz wohnhaft ist."

Der Fall, dass ein Wegerecht durch Ersitzung des Eigentums in 10 Jahren nach LRS 2265 verloren geht, kommt selten vor. Eine solche Ersitzung war nur möglich, wenn Lastenfreiheit ausdrücklich zugesichert war und alle Beteiligten gutgläubig waren (vergl. Behagel a. a. O. § 106 Ziff. 4, Seite 360 mit Fußnote).

Letztendlich können die Wegerechte durch Verzicht des Berechtigten erlöschen. Auch für den Verzicht ist die Annahme durch den Verpflichteten nicht erforderlich (vergl. Behagel a. a. O. § 106 Ziff. 5, Seite 360).

Die Vorschriften des Landrechts gelten so lange, bis die altrechtliche Grunddienstbarkeit eingetragen ist. Sobald sie eingetragen ist, gelten auch für die altrechtliche Grunddienstbarkeit die Bestimmungen des BGB, auch für das Erlöschen (Art. 189, Abs. III EGBGB).

II.

Wegerechte aus der Zeit vor Inkrafttreten des Badischen allgemeinen Landrechts

Wegerechte sind nicht erst in der Zeit nach Inkrafttreten des Badischen Landrechts, also nach dem 1. 1. 1810 entstanden. Wegerechte sind zum Teil sehr viel älter. Das Badische Landrecht hat solche alten Rechte als bestehend ausdrücklich anerkannt.

LRS 2 bestimmt:

„Das Gesetz verfügt nur für die Zukunft, es hat keine rückwirkende Kraft."

Damit ist ausgesprochen, dass die durch frühere geltende Gesetze gewährleisteten, schon vor Inkrafttreten des Badischen Landrechts erworbenen Rechte durch dieses nicht beeinträchtigt werden, so dass auch nach dem Badischen Landrecht das alte Recht in die Zeit des neuen Rechts herüberwirkt (vergl. Behagel § 126, Seite 42). Damals hat in Baden das sog. gemeine Recht gegolten, soweit nicht Partikularrechte etwas anderes bestimmt haben. Nach dem gemeinen Recht erfolgte die rechtsgeschäftliche Bestellung einer Grunddienstbarkeit, also eines Wegerechts, durch einfachen Vertrag oder Verfügung von Todes wegen. Das ältere deutsche Recht, das regelmäßig wie bei allen dinglichen Rechten gerichtliche Fertigung und in Städten oft Eintragung in das Stadtbuch erforderte, hatte sich nur in geringen partikularrechtlichen Resten erhalten (vergl. Gierke „Deutsches Privatrecht" 2. Band = Sachenrecht 1905, § 144 Seite 642). Daneben war nach dem gemeinen Recht die Ersitzung einer Grunddienstbarkeit zulässig (vergl. Gierke a. a. O. Seite 644 oben). Das gemeine Recht hat jedoch nur subsidiär gegolten, wenn keine Partikularrechte oder Ortsrechte etwas anderes bestimmt haben. Solche Partikularrechte haben auch in Baden bestanden. Hier war die Zahl der Partikularrechte besonders groß, nachdem sich Baden aus einer Vielzahl größerer und kleinerer Territorien zusammengesetzt hat. Mayer hat in seinen Beiträgen zur Geschichte des Badischen Zivilrechts bis zur Einführung des neuen Landesrechts, erschienen 1844 im Belle-Vue-Verlag, Konstanz, alle Territorialrechte aufgeführt. In dem Buch ist auch ein Ortsregister enthalten, aus dem sich jeweils ergibt, welches Recht für diesen Ort gegolten hat. Für den, der dieses Buch heute zu Rate zieht, ist jedoch darauf hinzuweisen, dass sich das Ortsregister auf das Jahr 1844 bezieht, so dass spätere Eingemeindungen zu berücksichtigen sind. Es kommt daher vor, dass in heutigen Gemeinden, die früher zu verschiedenen Territorien gehörten, auch verschiedene Partikularrechte gegolten haben. Diese Partikularrechte haben sich jedoch weitgehend mit Ehe, Ehegüter-, Erbrecht, Kindschafts- und Vormundschaftsrecht befasst. Nur in wenigen Gebieten sind umfassende Gesetzeswerke entstanden. So für die vorderösterreichischen Gebiete, für die Markgrafschaft Baden-Durlach und die Markgrafschaft Baden-Baden. Es war mir nur möglich, in diese Partikularrechtsbücher Einsicht zu nehmen. Diese enthalten in Bezug auf die Bewilligung von Grunddienstbarkeiten bzw. Wegerechten nichts anderes, als das gemeine Recht. Jedoch sind in Bezug auf die Ersitzung abweichende Regelungen getroffen. Nach Petzek Grundzüge des österreichischen Privatrechts § 1244 konnten Grunddienstbarkeiten, also auch Wegerechte, wenn kein Titel vorlag, in 30 Jahren ersessen werden. Das Landrecht der Markgrafschaften Baden-Durchlach von 1710, neu aufgelegt 1715 und 1773, bestimmte in Titel 23 § 2, dass Wege- und Durchgangsrechte durch Verjährung, d. h. durch Ersitzung, nicht erlangt werden können, es sei denn, dass sie eine so lange geraume Zeit genutzt wurden, dass kein Mensch deren Anfang gedenken möge. Hier taucht der Begriff der sog. unfürdenklichen Verjährung auf, der ja auch im Landrecht genannt ist. Das Landrecht der Markgrafschaft Baden-Durlach von 1710 bzw. 1715 und 1773 beruht auf einer verschollenen Urschrift aus dem 16. Jahrhundert, die durch die Kriegswirren verloren gegangen ist. Aus diesem Grunde hat auch dieses Recht seit dem 16. Jahrhundert gegolten. Das Landrecht der Markgrafschaft Baden-Baden enthält zwar Vorschriften über die Grunddienstbarkeiten, aber keine Vorschriften über die Entstehung (vgl. Sammlung der Landrechte, Landesordnung der Markgrafschaft Baden-Baden wie auch der Statuten der neuaquirierten Länder von Offenburg, Gengenbach, Zell, der Lahrer und Mahlberger Erbordnung und dem in den sämtlichen Badischen Kurlanden gültigen Frankfurter Wechselrechte). Hier hat also das gemeine Recht gegolten und zwar nicht nur in dem Baden-Badener Gebiet, sondern auch in Offenburg, Gengenbach, Zell, Mahlberg.

In einer Verordnung von 1808 ist für das gesamte Großherzogtum Baden bestimmt worden, dass in den Landesteilen, in denen Grunddienstbarkeiten durch unfürdenkliche Verjährung erworben werden konnten, dies durch 3 Zeugen bewiesen werden musste, die mindestens 54 Jahre alt waren und die aus eigener Erkenntnis ab ihrem 14. Lebensjahr über das Bestehen des Wegerechts Aussagen machen konnten. Diese Verordnung, die dem Wortlaut nach nur für die Gebiete galt, in denen eine Ersitzung durch unfürdenkliche Verjährung erfolgte, ist aber von den Gerichten im ganzen Land angewandt worden, wenn es darum ging, ein ersessenes Wegerecht zu beweisen. Noch im Jahre 1844 ist im Bezirk Freiburg ein Weiderecht abgesprochen worden, weil es an diesen 3 Zeugen gefehlt hat (vergl. Hofgericht Freiburg in Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte 1844 S. 229 ff.). Zu dieser Entscheidung hat Zentner in den Annalen 1844, Seite 233-235 und Seite 366 ff. darauf hingewiesen, dass im vormals österreichischen Gebiet, zu dem der Bezirk Freiburg gehört hat, die Verjährungsfrist, also die Ersitzungszeit 30 Jahre betragen

hat. In einer späteren Entscheidung des Oberhofgerichtes Karlsruhe aus dem Jahre 1871 ist für das Gebiet des ehemaligen Bistums Speyer eine Verjährung von 30 Jahren angenommen worden (vergl. Oberhofgericht Karlsruhe Annalen 1871 5. 141 ff.). Roßhirt hat in der Besprechung zu diesem Urteil darauf hingewiesen, dass in Gebieten des Gemeinen Rechts eine Ersitzung unter Abwesenden von 20 und unter Anwesenden von 10 Jahren stattgefunden hat. Dorner/Seng vertritt im Badischen Landesprivatrecht 1906, § 103 3e S. 549 die Meinung, dass es für die vorlandrechtliche Zeit, die damals im Gemeinen Recht herrschende, vor den deutschen Reichsgerichten befolgte Meinung eine Ersitzung von Servituten durch langjährige Übung (10 oder 20 Jahre) nur beim Vorhandensein eines Titels und daneben in dessen Ermangelung den Erwerb durch unvordenkliche Verjährung zuließ. Im Gebiet des Hochstiftes Straßburg, also vor allem im Renchtal und im Gebiet von Ettenheim, hat das gemeine Recht gegolten (BGH Justiz 1982, Seite 123). Im Gebiet des ehemaligen Bistums Speyer hat ebenfalls das Recht gegolten (wie oben ausgeführt Obergerichtshof Karlsruhe Annalen 1871 Seite 141 ff.).

III.

Beweisfragen

Bis zum Ende der vierziger und zum Anfang der fünfziger Jahre des 20. Jahrhunderts haben Gerichte, wenn über altrechtliche Wegerechte gestritten worden ist, bejahrte Zeugen angehört, die noch aus eigenem Wissen über Wegeverhältnisse und Zugangsrechte in den letzten 30 Jahren des 19. Jahrhunderts Angaben machen konnten (vergl. LG Baden-Baden Justiz 82 Seite 49 ff, 50). Wenn man also solche Zeugen hatte, konnte man, wenn sie glaubhaft waren und klare Angaben machen konnten, davon ausgehen, dass das Wegerecht zugesprochen wurde. Dies, weil man annahm, dass wenn bis etwa 30 Jahre vor der Jahrhundertwende ein Wegerecht ausgeübt worden ist, wohl in älterer Zeit eine Vergünstigung stattgefunden haben müsse da sonst ja wohl über eine so lange Zeit die Ausübung des Wegerechts nicht geduldet worden wäre. Nachdem aber solche Zeugen aus Altersgründen nicht mehr vorhanden sind, nützen solche Regeln nichts mehr (vergl. LG Baden-Baden Justiz 1982, S. 49 ff, 50).

2. Die neuere Rechtsprechung orientiert sich weitgehend an den örtlichen Verhältnissen. Wenn etwa feststeht, dass ein Haus vor 1900 gebaut worden ist, und wenn weiterhin feststeht, dass dieses Haus nur einen Zugang über fremden Grund und Boden hatte, geht man davon aus, dass ein Wegerecht durch Vergünstigung bestellt worden ist, da niemand vernünftigerweise ein Haus bauen würde oder gebaut hätte, ohne sich eine Zugangsmöglichkeit zu verschaffen (vergleiche beispielsweise LG Baden-Baden Justiz 1982, Seite 49, und OLG Karlsruhe Justiz 1983, Seite 115 f.). Über das Alter von Gebäuden geben die Einschätzungsverzeichnisse der Badischen Gebäudeversicherungsanstalt Aufschluss. Wenn sich aus dem Einschätzungsverzeichnis ergibt, dass das Haus zwischen 1810 und 1900 gebaut worden ist und das Haus nur über ein anderes Grundstück einen Zugang zu einem öffentlichen Weg hatte, wird man den Beweis für das Bestehen einer Vergünstigung als geführt ansehen können.

Es ist auch zweckmäßig, in die Vermessungsunterlagen Einsicht zu nehmen. Insoweit ist die Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 7. 7. 70 (Justiz 70 S. 341 f) von besonderer Bedeutung. Diese Entscheidung bedarf jedoch der Ergänzung. Die Landesvermessung in Baden ist durch Gesetz vom 26. 3. 1852 angeordnet worden (vgl. Großherzoglich-Badisches Regierungsblatt vom 7. 4. 1852). Es erging hierzu im Jahre 1863 eine Anweisung zu der stückweisen Vermessung sämtlicher Liegenschaften des Großherzogtums Baden.

Das OLG Karlsruhe verweist in der vorerwähnten Entscheidung maßgeblich auf § 29 der Anweisung verwiesen. Diese lautet:

„Der Geometer hat außer den Eigentumsverhältnissen nur in äußeren Zeichen sich darstellenden oder durch Umsteinung gesicherten Rechte und Lasten aufzunehmen. Diese sind entweder Grundgerechtigkeiten und Grunddienstbarkeiten (LRS 637 u. f.) oder Zehntrechte. Soweit es tunlich ist, sind sie durch die Messung zu erfassen, jedenfalls aber in der Besitzliste oder in einer Beilage derselben zu beschreiben."

Das OLG Karlsruhe hat sich auf diese Bestimmung bezogen, weil im Lageplan ein Weg, der über eine Hofreite führte, ausdrücklich im Plan aufgenommen und als Weg bezeichnet wurde.

Für Wege gilt aber grundsätzlich nicht § 29, sondern §§ 30 und 32 der Anweisung. Diese Bestimmungen lauten wie folgt:

§ 30

Hinsichtlich der Nutzung sind zu unterscheiden:

1) Hofreiten mit den Grundflächen der Gebäude,
2) Hausgärten
3) andere Gärten und Gartenland
4) Ackerland (Hopfenpflanzungen),
5) Wiesen mit Grasland und Grasrainen,
6) Weinberge,
7) Kastanienpflanzungen,
8) Reutfelder,
9) Weiden,
10) unüberbaute Haus-, Arbeits- und Niederlagsplätze,
11) Fisch-Weiher und Teiche,
12) Steinbrüche, Gipsbrüche, Kies-, Sand-, Thon, (Lehm-), Mergel-, Torf-, Erzgruben, Sümpfe und sonstige Oedungen,
13) zum öffentlichen Gebrauch bestimmte Plätze, als: Märkte, Spaziergänge, Kirchhöfe und sonstige Begräbnisstätten, Festungswerke mit zugehörigem Gelände und Exerzierplätze, Staats- und andere öffentliche Straßen, Feldwege (Unterstreichung ist durch den Verfasser erfolgt), Eisenbahnen,
14) öffentliche Seen, Flüsse mit ertraglosem Vorland, Altwasser mit Kiesbänken, Bäche, Kanäle und Leinpfade, Wasserleitungen, Wasserbauten, Mühlenteiche, Brunnenteiche, Feuerweiher und Viehschwemmen,
15) Baumstücke, Baumschulen, Gebüsche, Gestrüppe werden je nach Lage und Beschaffenheit zu den Gärten, Wiesen, Äckern, Spaziergängen und Oedungen gerechnet,
16) Wald und zum Wald gehöriges Gelände, und zwar:
    a) Wald und der wechselweise der Wald- und Feldkultur gewidmete Boden, wenn er als Wald katastriert ist,
    b) die in den Waldungen befindlichen Wege und Bäche, Weiden und Holzlagerplätze, Kohlplatten, Steinbrüche, Kies-, Sand-, Thon-, (Lehm-), Mergel-, Torf- und Erzgruben, Fisch-Weiher und Teiche,

    andere nicht in Waldungen gelegene Grundstücke, welche durchaus keinen Ertrag geben können, wie kahle Felsen, Steinriegel und unbenützbare.

§ 32

Beträgt die Grundfläche einer Kulturart weniger als 1/20 des Grundstücks und auch weniger als 1/4 Morgen, so ist sie nicht auszuscheiden. Gleichmäßig sind nackte Felsen, Steinriegel und sonstige Oedungen zu behandeln. Nutzungen von kurzer Dauer, z. B. wenn von einer Wiese ein Stück zum Kraut- oder Kartoffelbau verwendet oder von einer Oedung ein Stück umgerissen ist und voraussichtlich bald wieder liegen bleibt, sind ebenfalls nicht aufzunehmen.

Flüsse, Bäche und gemeinschaftlich benutzte Wege sind in den Plänen überall anzugeben, ihr Flächeninhalt ist aber nur dann auszuscheiden, wenn sie besondere Eigentumsstücke sind, oder wenn der zu dem anstoßenden Grundstück gehörende Teil eines Flusses, Baches oder Weges nach Abs. 1 auszuscheiden ist.

Nach § 32 der Anweisung waren gemeinschaftlich benutzte Wege in den Plänen überall anzugeben. Ihr Flächeninhalt war aber nur dann auszuscheiden, wenn sie besondere Eigentumsstücke waren oder wenn sie wegen der Größe auszuscheiden waren. Nachdem Wege, die über Hofreiten führten, vom Geometer im allgemeinen nicht, wie in § 29 gefordert, durch Zeichen und Steine erkennbar waren, sind Wege über Hofreiten daher nicht gem. § 29 behandelt worden. Sie sind daher auch nicht in die dort erwähnten Besitzlisten aufgenommen worden. Wege wurden vielmehr, soweit sie über freies Gelände führten, im Plan aufgenommen worden. Wenn die Wege über ein Hofgrundstück führten war der Weg grundsätzlich bis zum Grundstück im Plan ersichtlich und hinter dem Hofgrundstück wiederum ersichtlich, so dass der Weg über das Grundstück selbst ausgespart blieb, weil im Raum einer Hofreite, über die ein Weg führte, der Weg im allgemeinen im Bereich der Hofreite nicht festgelegt und als Weg erkennbar war.

Art. 3 des Gesetzes vom 26. 3. 1852 bestimmt, dass bei der Vermessung Sorge getragen werden soll, dass überflüssige Gemarkungs- und Gewannwege abgeschafft und die notwendigen zweckmäßig angelegt werden und dass auch zersplitterter Grundbesitz zusammengelegt werden sollte. Das Gleiche steht auch in § 1 der Anweisung zur stückweisen Vermessung sämtlicher Liegenschaften des Großherzogtums Baden. Bei dem Gesetz handelt es sich insgesamt, streng genommen, um eine Art Flurbereinigungsgesetz. In der Anweisung ist genau beschrieben, wie die Vermessung zu erfolgen hat. Die Vermessung erfolgte im Einvernehmen mit den Grundstückseigentümern. Dies ergibt sich aus § 45, der wie folgt lautet:

„Da die Urkundsperson, besonders in großen Gemarkungen, nicht wohl die Eigenthumsgrenzen, Grenzstreitigkeiten, Grundgerechtigkeiten und Grunddienstbarkeiten jedes Grundstücks wissen kann, so hat der Geometer nach Erfordernis den Ortsvorstand von dem Fortschreiten seines Geschäftes in Kenntnis zu setzen, damit er die Eigenthümer einladet, der Vermessung persönlich oder durch Bevollmächtigte anzuwohnen.

Gegen diejenigen Eigenthümer, welche nicht erscheinen und dennoch nachher Anstände wegen der Grenze erheben, tritt der Nachteil ein, dass sie die mit der Untersuchung ihres Anstandes verbundenen Kosten selbst zu tragen haben, was vorher bekannt zu machen ist".

Die Eigentümer sind also benachrichtigt worden. Sie sind vor allem auch über den Zeitpunkt der Vermessung an Ort und Stelle unterrichtet worden. Sie wurden hierzu eingeladen und sollten an der Vermessung persönlich oder durch Bevollmächtigte beiwohnen. Hieraus ergibt sich, dass die Vermessung nicht am grünen Tisch, sondern im Gelände an Ort und Stelle erfolgt ist, was beweist, dass das was in die Pläne aufgenommen worden ist, auch von den Betroffenen anerkannt worden ist. Dass in ländlichen Kreisen jedermann, vor allem alle betreffenden Grundstückseigentümer, zur Vermessung erschienen sind, ist selbstverständlich, nachdem die Vermessung ja ein ganz besonders wichtiges Ereignis dargestellt hat. Wenn in § 46 der Anweisung davon gesprochen wird, dass eine Besitzliste anzufertigen war, die auch Belastungen und Rechte beinhaltet hat, so gilt diese Bestimmung für Wegeanlagen über mehrere Grundstücke nicht. Mit der Aufnahme von Rechten und Lasten waren nur Grunddienstbarkeiten gemeint, die von Nachbar zu Nachbar bestanden haben. Wege waren nicht als Belastung im Sinne von § 46 gemeint. Für Wege hat eine Sondervorschrift, nämlich § 32 Abs. 3 gegolten.

„Flüsse, Bäche und gemeinschaftlich benutzte Wege sind in den Plänen überall anzugeben, ihr Flächeninhalt ist aber nur dann auszuscheiden, wenn sie besondere Eigenthumsstücke sind, oder wenn der zu dem anstoßenden Grundstück gehörende Teil eines Flusses, Baches oder Weges nach Abs. 1 auszuscheiden ist."

Wege gehören zur Kulturart wie sich aus § 30 Ziff. 15 ergibt. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

„zum öffentlichen Gebrauch bestimmte Plätze, als: Märkt, Spaziergänge, Kirchhöfe und sonstige Begräbnisstätten, Festungswerke mit zugehörigem Gelände und Exerzierplätze, Staats- und andere öffentliche Straßen, Feldwege, Eisenbahnen."

Wie diese Kulturarten aufzunehmen sind ergibt sich aus der Anlage Muster 16 Seite 35. Dort ist aufgezeichnet, wie Kirchen, Wohngebäude, Ökonomiegebäude, Gärten und Ackerland, Wiesen und Grasland, Weinberge, Kastanienpflanzungen, Reutfeld, Weide, Wald und auch Straßen, Wege und Gewässer aufzunehmen sind.

Wege sind also im Einvernehmen aller Beteiligten in den Plan aufgenommen worden und demgemäß verbindlich, so wie dies im Urteil des OLG Karlsruhe vom 7. 7. 70 festgestellt wurde. Bemerkenswert ist, dass in jenem Urteil nicht von Besitzlisten und Güterverzeichnissen die Rede ist. Nachdem Wege zur Kulturart gehören ist hier maßgeblich § 65 Abs. 2. Dieser lautet wie folgt:

„Die Nummer des Plans, der Name der Gewann, die Nummer und Kulturart des Grundstücks werden aus dem Plane, das Flächenmaß aus der Flächenberechnung, der Name des Eigentümers und die Bemerkungen aus der Besitzliste entnommen."

Die Kulturart ergibt sich also aus den Plänen.

§ 65 Abs. 4 lautet:

„Von den Wegen und fließenden Gewässern wird zu jedem Plane das Stück verzeichnet, welches er davon enthält und zwar in der Reihenfolge der Nummern, weshalb die Wege und fließenden Gewässer, wenn sie schon in einem früheren Plane vorkamen, bei den folgenden Plänen die ersten Einträge bilden."

Die Wege, von denen im Güterverzeichnis die Rede ist, beziehen sich nur auf Waldwege. Dies ergibt sich aus § 30 Ziff. 13. Danach waren nur flächenmäßig aufzunehmen

a) Wald und zum Wald gehörendes Gelände

b) die in den Waldungen befindlichen Wege.

Zu verweisen ist besonders auf die §§ 92 ff der Anweisung. Danach war das Vermessungswerk 6 Wochen auf dem Rathaus offenzulegen. Die Offenlegung war zu verkündigen. Es hatte ein Versammlung aller Grundstückseigentümer stattzufinden. Es konnten hierbei Anstände geltend gemacht werden, die aber in der Schlussverhandlung behoben werden mussten (§§ 93, 94). Bei dieser Schlussverhandlung lag der Vorbericht zum Atlas vor. Wenn also ein Weg in den Lageplan aufgenommen worden ist, dann handelte es sich entweder um einen alten Weg, der also bei der Vermessung bereits bestanden hat, oder um die Anlegung eines neuen Weges, für den dann im Wege der Vergünstigung ein Wegerecht bestellt worden ist, nachdem eine solche Vergünstigung formlos möglich war.

Es kam auch vor, daß für Wegebenutzer eine Baulast bzw. Unterhaltungspflicht an den Wegeanlagen bzw. an Bauvorhaben die zum Weg gehörten, wie etwa einer Brücke, vereinbart war. Hierfür ist auf die Landrechtssätze 697, 698 und 699 zu verweisen. Diese lauten wie folgt:

LRS 697
Der Herr einer Dienst-Gerechtigkeit hat zugleich das Recht, alle Anlagen, die für deren Benutzung und Erhaltung nötig sind, zu machen.

LRS 698
Sie geschehen auf dessen Kosten, nicht auf Kosten des belasteten Grundstücks, wo die Rechts-Urkunde der Dienstbarkeit nicht an Anderes bestimmt.

LRS 699
Selbst in dem Fall, wo diese Urkunde dem Eigenthümer des belasteten Grundstücks die Verbindlichkeit auflegt, die zum Gebrauch oder zur Erhaltung der Dienstbarkeit erforderlichen Anlagen auf seine Kosten zu machen, kann solcher noch immer sich dieser Verbindlichkeit dadurch entledigen, dass er das belastete Grundstück dem Herrn der Dienstbarkeit für eigen heimweiset.

Es handelt sich hier um eine Vorschrift, die § 1021 BGB entspricht. Es handelt sich um eine Nebenbestimmung. Die Baulast bzw. die Unterhaltungspflicht kann auch keine persönliche Dienstbarkeit gewesen sein, weil sie bei einem Eigentumswechsel erloschen wäre. Es konnte sich auch nicht um eine Reallast handeln, da das Landrecht keine Reallast gekannt hat. Nur vorlandrechtliche Reallasten sind erhalten geblieben. Das Landrecht selbst hat die rechtsgeschäftliche Vergünstigung von Reallasten jeder Art verboten (vergl. Dorner/Seng Bad. Landesprivatrecht 1906, § 109, Seite 583).

Es empfiehlt sich auch, in die alten Grundbücher Einsicht zu nehmen. Grundbücher hat es in Deutschland immer gegeben. Die Einrichtung von Grundbüchern blieb auch nach der Rezeption des Römischen Rechtes bestehen. In Bezug auf das Bodenrecht ist das Römische Recht nicht übernommen worden. Das Römische Recht kannte keine Grundbücher. Auch der Code Napoleon kannte jedenfalls bei Einführung dieses Gesetzes in Frankreich keine Grundbücher. In Bezug auf das Bodenrecht hat das Landrecht den Code Civil nur mit Änderungen übernommen. Die Eintragung im Grundbuch war zwar für alle Grundstücksgeschäfte vorgeschrieben, jedoch nicht mit der Folge, dass mangels Eintragung das Geschäft nichtig gewesen wäre. Zwischen den Partien hatte das Rechtsgeschäft auch ohne Eintragung Bestand. Die mangelnde Eintragung bewirkte nur, dass das Geschäft gegen Dritte nicht gewirkt hat (vergl. Behagel a. a. O. § 82.111 C, Seite 251 ff.). Dies galt auch grundsätzlich für Grunddienstbarkeiten (vergl. Behagel a. a. O. § 1042a Seite 355). Obwohl ich viele alte Grundbucheinträge gesehen habe, ist mir kein Fall bekannt geworden, in dem eine durch Vergünstigung bewilligte Dienstbarkeit auch im Grundbuch eingetragen worden wäre. Die Einsicht in die Grundbücher hat deshalb eine erhebliche Bedeutung, weil manchmal in Bezug auf die Beschreibung des Grundstücks auf ein Wegerecht geschlossen werden kann. In der Zeit, bevor die Grundstücke vermessen wurden, also jedes Grundstück eine Lagerbuchnummer erhalten hat, sind die Grundstücke bei Veräußerungen nach ihrer Lage zu Nachbargrundstücken beschrieben worden. Es hieß in den Verträgen also etwa:

Verkauft werde das Grundstück eines Herrn Meier an einen Herrn Huber, wobei das Grundstück Meier wie folgt beschrieben worden ist: Einerseits Hans Weber, andererseits Max Schmitz, hinten Isidor Fritz, vorne Weg.

Auch ist in solchen Verträgen gelegentlich festgelegt, dass zum veräußerten Grundstück ein gemeinsamer Brunnen, einen gemeinsame Scheune, eine gemeinsame Trotte oder ein gemeinsamer Keller gehört. Dass zu diesen Einrichtungen rechtlich ein Wegerecht bestand, ergab sich aus Art. 696 LRS.

In alten Verträgen findet man gelegentlich Erklärungen, dass keine Unterpfand- und Vorzugsrechte vorhanden sind. Diese Vorzugsrechte haben mit Wegerechten und Grunddienstbarkeiten nichts zu tun. Es handelt sich um Rechte, die allen anderen Rechten vorgehen (vergl. Behagel a. a. O. § 254 Seite 391).

Was bisher ausgeführt wurde, gilt nicht nur für den Beweis für Wegerechte, die in der Zeit vom 1. 1. 1810 bis zum Inkrafttreten des BGB entstanden sind, sondern gilt auch grundsätzlich für vorlandrechtliche Wegerechte, die vor dem 1. 1. 1810 erworben worden sind. Der BGH hat in der Entscheidung vom 21. 5. 91 (Die Justiz 1982 S. 175) darauf hingewiesen, dass für die vorlandrechtliche Zeit auf das Gemeine Recht zurückzugreifen und demgemäß auch die Frage der Ersitzung zu prüfen sei. Dies kann jedoch nur dann gelten, wenn auf Grund des Alters des Hofes, für den ein Wegerecht in Anspruch genommen wird, feststeht, dass eine Ersitzung am 1. 1. 1810 bereits abgeschlossen ist, sei es eine unvordenkliche Ersitzung, sei es eine Ersitzung von 10, 20 oder 30 Jahren. Wenn aber keine solche Feststellung über das Alter des Hofes getroffen werden kann, wird man auch in Bezug auf die vorlandrechtliche Dienstbarkeiten die selben Grundsätze zur Beweisführung anwenden müssen, wie sie für die landrechtliche Zeit dargestellt worden sind.

In der Entscheidung vom 21. 5. 91 in Justiz 1982, S. 75 stellt der BGH fest, dass in Prozessen über altrechtliche Wegerechte die allgemein gültigen Beweisregeln gelten und dass es keine Beweiserleichterungen gebe. Es wird jedoch darauf hingewiesen, dass die Feststellungen, die vom Vordergericht getroffen worden sind, auch als voller Beweis angesehen werden kann. Das heißt, dass die vorstehend dargelegten Beweisanforderungen ausreichen, um das Bestehen eines altrechtlichen Wegerechts nachzuweisen.

Bis zum Jahre 1925 haben aufgrund der Badischen Grundbuchausführungsverordnung in der Fassung vom 21. 10. 1925 nach § 68 bis zur Anlegung der neuen Grundbücher neben den neuen Grundbüchern auch die alten Grundbücher gegolten, so dass neben den neuen Grundbüchern auch noch die alten Grundbücher einzusehen waren. Mit der Verordnung vom 3. 12. 1925 ist jedoch angeordnet worden, dass auf Grund von § 68 Abs. 2 der Grundbuchausführungsverordnung in der Fassung vom 2. Oktober 1925 als Zeitpunkt ab welchem die Vorschriften des § 68 Abs. 1 der Grundbuchausführungsverordnung in Kraft tritt, der 1. Januar 1926 festgelegt wird. Aus diesem Grunde hat ab 1. Januar 1926 nur noch das neue Grundbuch gegolten, so dass für mögliche Erwerbungen ab diesem Zeitpunkt nur noch das Grundbuch maßgeblich ist und ein Hinweis auf alte Grundbucheinträge nur noch zu Beweiszwecken herangezogen werden kann. Dies gilt sowohl für Dienstbarkeiten als auch für die unter Ziff. IV behandelten altrechtlichen gemeinsamen Hofeinfahrten und Hofreiten.

IV.

Badische altrechtliche gemeinsame Hofeinfahrten und Hofreiten

Neben den Wegerechten in Form von Dienstbarkeiten gab es im altbadischen Recht auch Wegerechte in Form von gemeinsamen Hofreiten und Hofeinfahrten. Während bei Wegerechten in Form von Grunddienstbarkeiten das belastete Grundstück nicht dem Inhaber des Wegerechtes zu Eigentum zugestanden hat, stand bei gemeinsamen Hofeinfahrten und Hofreiten Eigentum an dem gemeinsamen Grundstück allen denen zu, die an der Hofeinfahrt beteiligt waren. Dieses Miteigentum wird von Behangel (2) (vergl. das Badische Bürger-

liche Recht und Code Napoleon 2. Band 1891, § 91 Ziff. IV, S. 303 unten) wie folgt beschrieben:

„Das Mieteigentumsrecht erleidet Modifikation, wenn es eine Sache zum Gegenstand hat, welche der Benutzer getrennter und verschiedener Eigentümer gehöriger Liegenschaften dient und darum als Zugehörde derselben erscheint, zum Beispiel eine Einfahrt, Mauer, Hof, Brunnen und dergleichen. In Fällen dieser Art bleibt nämlich nicht allein das Recht, eine Teilung herbeizuführen, ausgeschlossen, sondern es kann auch der Gebrauch nur bis zum Bedürfnis der Liegenschaften, zu welchen die gemeinschaftliche Sache gehört, ausgedehnt werden."

Dieses besondere Eigentum ist und war im badischen Landrecht nicht ausdrücklich geregelt. Jedenfalls nennt Behagel insoweit keinen Landrechtssatz, also keine Bestimmung des badischen Landrechts. Vielmehr handelt es sich um sog. vorlandrechtliches Recht, also ein Recht, das bereits bestanden hat, als am 1. 1. 1810 das badische Landrecht eingeführt worden ist, wie weiter oben angeführt.

In der badischen Rechtspraxis ist alsbald nach Inkrafttreten des BGB klargestellt worden, dass die gemeinsamen Hofeinfahrten und Hofreiten kein Eigentum nach Bruchteilen im Sinne des BGB sind, sondern dass es sich um ein Miteigentum ohne Angaben von Bruchteilen handelt (vgl. Badische Rechtspraxis 1904, S. 891 unter Bezugnahme auf Behagel Band 1 § 91 Seite 303 am Ende und Zachariae-Crome Band 1 § 181 S. 536). Dies ist noch einmal in einer Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 5. 10. 1932 (vgl. Badische Rechtspraxis 1933, S. 2) bestätigt worden.

Dort heißt es:

Die bisher gemeinsamen Hofreiten sind Rechtsgebilde besonderer Art, auf die die allgemeinen Vorschriften über Miteigentum deine Anwendung finden. Sie sind Nebengrundstücke und Bestandteile der Hauptgrundstücke, denen sie zu dienen haben und sie, soll deren Benutzung überhaupt möglich sein, auch weiterhin erhalten bleiben müssen.

Wie wurden nun diese gemeinsamen Hofeinfahrten und Hofreiten grundbuchrechtlich behandelt? Nach § 83 der Reichsgrundbuchordnung vom 24. März 1897 gelten, soweit im Einführungsgesetz zum BGB zu Gunsten der Landesgesetze Vorbehalte gemacht worden sind, sind diese auch für die Vorschriften der Landesgesetze über das Grundbuchwesen (vergl. Dorner/Seng Bad. Landesprivatrecht 1906, § 46, S. 181, Fußnote 15). Die Bestimmung des § 83 Reichsgrundbuchordnung v. 24. März 1897 ist auch in allen späteren Reichs- bzw. Bundesgrundbuchordnungen übernommen worden (vgl. § 136 der Grundbuchordnung vom 24. März 1897 i. d. Fassung der Bekanntmachung vom 26. Mai 1994 Bundesgesetzblatt I, S. 1114 ff). Nach der Badischen Grundbuchausführungsverordnung vom 20. Dezember 1900 war Grundlage für die Einrichtung des Grundbuchs das Lagerbuch. Das Lagerbuch war aufgrund des Vermessungsgesetzes vom 26. März 1852 für jede Gemeinde zu erstellen. In der Grundbuchausführungsverordnung ist festgelegt, was im Lagerbuch u. a. einzutragen war, der Eigentümer eines Grundstücks. Ebenso war im Lagerbuch einzutragen, was im Bestandsverzeichnis des Grundbuches steht.

Nach § 59 der Grundbuchausführungsverordnung konnten Dienstweisungen ergehen. Am 1. 1. 1901 erging eine umfassende Dienstweisung für die Grundbuchämter. Art. 136 Abs. 1 dieser Dienstweisung bestimmt, dass wenn ein Grundstück derart im Eigentum Mehrerer steht, dass jedem einzelnen Eigentümer ein im Stück bezeichneter Teil des Grundstücks gehört, das abgeteilte Eigentum jedes einzelnen Eigentümers in dessen Grundbuchheft aufzunehmen ist.

Abs. 4 dieser Bestimmung lautet wie folgt:

Die Vorschriften der Absätze 1 und 2 finden Anwendung auch wenn von dem sonst im Stück abgeteilten Grundstück Teile in unabgeteiltem Mieteigentum der Einzeleigentümer stehen, wie z. B. ein gemeinschaftlicher Hof, der keine eigene Lagebuchnummer hat, eine Einfahrt, ferner auf die einzelnen im Stück abgeteilten Teile eines im übrigen gemeinschaftlichen Grundstücks.

In der Anmerkung dieser Bestimmung wird bezüglich der Eintragung auf Muster 9 verwiesen. Die Mustereintragung lautet wie folgt:

„Hofreite 3 a 67 65
Hausgarten 2 a 18
auf der Hofreite steht ein zweistöckiges Wohnhaus mit einem gewölbten und einem Balkenkeller, ferner eine einstöckige Scheuer mit Stallung und eine Waschküche. Hiervon hierher: Die Hofreite zur Hälfte, der untere Stock des Wohnhauses mit dem gewölbten Keller und Anteil an der Waschküche lt. Grundbuch Bd. 4 Nr. 318 S. 610, efs LB Nr. 522, adfs LB Nr. 524".

Im Lehrbuch von Dorner/Seng, Badisches Landesprivatrecht, 1906, § 46 S. 181, Fußnote 15, wurde empfohlen, im Bestandsverzeichnis der Beschreibung hinzuzufügen *„Altrechtliches Miteigentum ohne Bruchteile"*.

Wenn dieses altrechtliche Miteigentum im Grundbuch nicht eingetragen wurde, war das Grundbuch unrichtig, weil nach Art. 181 Abs. 2 EGBGB dieses Recht auch ohne Eintragung im Grundbuch bestehen blieb. Das Grundbuch konnte und kann auch jetzt noch berichtigt werden, wenn ein solches Gemeinschaftsrecht nachgewiesen werden kann und wenn mittlerweile dieses Gemeinschaftsrecht nicht durch gutgläubigen Erwerb erloschen ist. Art. 181 Abs. 2 EGBGB enthält keine Regelung, die dem Art. 187 EGBGB für Grunddienstbarkeiten entspricht. Die altrechtlichen Grunddienstbarkeiten brauchten jedenfalls bis zum Jahre 1977 nicht eingetragen werden und blieben auch bei gutgläubigem Erwerb jedenfalls bis zum Jahre 1977 bestehen, wenn sie nicht eingetragen waren. Dagegen mussten die gemeinsamen Hofeinfahrten im Grundbuch eingetragen werden, mit der Konsequenz, dass sie bei Nichteintragung bei gutgläubigem Erwerb erloschen. Es ist allgemeine Rechtsansicht, dass Art. 187 Abs. 1 EGBGB eng auszulegen ist und jedenfalls auf das Eigentum nicht anzuwenden ist (vgl. Staudinger BGB 1989 § 892, Randnr. 39).

V.

Verfahrensvorschriften

Wenn altrechtliche Grunddienstbarkeiten oder altrechtliche Hofeinfahrten geltend gemacht werden die nicht im Grundbuch eingetragen sind, ist eine Eintragung nur möglich, wenn nachgewiesen wird, dass das Grundbuch unrichtig ist, dass also ein Wegerecht bzw. eine gemeinschaftliche Hofeinfahrt besteht und dass das Recht im Grundbuch einzutragen ist, um die Richtigkeit des Grundbuches zu gewährleisten.

Für dieses Verfahren sieht die Grundbuchordnung zwei Möglichkeiten vor:

Einmal die Bewilligung des Betroffenen, die notfalls im Klagewege geltend gemacht werden muss (§ 19 GBO), oder der Nachweis der Unrichtigkeit durch öffentliche Urkunden (§ 22 GBO). Beide Verfahren stehen dem die Berichtigung Beantragenden zur Verfügung. Allerdings wird in der Rechtsprechung die Meinung vertreten, dass für eine Klage nach § 19 GBO, § 894 BGB das Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn der Berichtigungsantrag nach § 22 GBO durch Urkunden geführt werden kann (vergl. Palandt BGB 1999, § 894, Rd. Nr. 1 und die dort zitierten Entscheidungen des OLG Zweibrücken OLGZ 67,

S. 439 und OLG Frankfurt NJW 69, S. 1906 und OLG Schleswig MDR 1982, S. 143). Die letzte Entscheidung lässt jedenfalls eine Klage dann zu, wenn der Erfolg eines Grundbuchberichtigungsverfahrens nach § 22 GBO zweifelhaft ist.

Für die altrechtlichen Dienstbarkeiten vertritt Soergel/Siebert unter Berufung auf das Bayerische Oberlandesgericht den gleichen Standpunkt (vgl. Soergel/Siebert BGB 1983, Art. 187 Rd. Nr. 2). Soergel/Siebert beruft sich auf die Entscheidung des Bayerischen Oberlandesgerichts in der Deutschen Notarzeitung 1980, S. 103. Aus dieser Entscheidung ergibt sich, dass auch das Bayerische Oberlandesgericht an den Nachweis nach § 22 GBO hohe Anforderungen stellt und solche Anträge zurückweist, wenn nicht eindeutig die Unrichtigkeit des Grundbuchs durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden kann. Auch das OLG Karlsruhe (Justiz 83, S. 457) stellt hohe Anforderungen an den Nachweis durch öffentliche Urkunden. Eine Berichtigung wurde in jenem Verfahren abgelehnt, weil alles was durch Urkunden belegt worden sei ebenso für ein altrechtliches Notwegerecht wie für ein Grunddienstbarkeit sprechen könne.

Jedem der ein altrechtliches Wegerecht oder eine altrechtliche Hofeinfahrt geltend macht, ist dringen zu raten, nicht das Antragsverfahren nach § 22 GBO, sondern das Klagverfahren nach § 19 GBO zu wählen. Neben den hohen Anforderungen an den Nachweis einer altrechtlichen Dienstbarkeit in diesem Verfahren und die damit verbundene Langwierigkeit und Umständlichkeit, besteht die Gefahr, dass im Laufe des Verfahrens ein Verkauf stattfindet, um auf diese Weise über Art. 31 des Baden-Württembergischen EGBGB das Wegerecht zum Erlöschen zu bringen. Im Klagverfahren kann vorläufiger Rechtsschutz in Anspruch genommen werden. Einen vorläufigen Rechtsschutz kennt das Berichtigungsverfahren nach § 22 GBO nicht.

Allerdings ist bei einem gutgläubigen Erwerb doppelter guter Glaube erforderlich, nämlich einmal der gute Glaube an die Richtigkeit des Grundbuchs und zum anderen der gute Glaube, dass das geltend gemachte Recht nicht rechtshängig geworden ist. (vergl. Münchner Kommentar ZPO 1992, § 325 Anm. 86, 87, Thomas Putzo ZPO 97, § 325, Rd. Nr. 8, Zöller ZPO 20. Aufl. § 326, Rd. Nr. 30).

Vorläufiger Rechtsschutz ist im Klagverfahren einmal möglich im Wege eines Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, mit der ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuches gemäß § 899 BGB erwirkt werden soll. Die Gefährdung braucht zwar nicht glaubhaft gemacht zu werden, aber das Recht als solches. Nachdem Wegerechte und auch altrechtliche Hofeinfahrten nur mit großen Schwierigkeiten glaubhaft gemacht werden können, ist dieses Verfahren sehr schwierig und langwierig. Deshalb hat die Rechtsprechung außerhalb des Gesetzes die sog. Rechtshängigkeitsverfügung eingeführt (vgl. Zöller ZPO, 20. Aufl. § 326, Randn. 30, OLG Zweibrücken, OLGZ 89, 281 und die dort zitierten Entscheidungen, OLG Stuttgart, NJW 60, 1109 und OLG München, NJW 66, 1030). Eine solche einstweilige Verfügung muss alsbald erlassen werden. Der Eintrag im Grundbuch hindert einen Erwerb kraft guten Glaubens durch einen Rechtsnachfolger. Die Rechtshängigkeitsverfügung setzt nicht den Nachweis der Gefährdung voraus. Wenn eine Rechtshängigkeitsverfügung erlassen werden kann, fehlt für einen Widerspruch nach § 899 BGB das Rechtsschutzbedürfnis (Palandt BGB, § 899, Rd. Nr. 10 und OLG Stuttgart NJW 60, S. 1109).

Die Entscheidung des OLG Karlsruhe in Justiz 83, S. 115 ff. vom 12. 1. 83 bestimmt am Ende, dass die Eintragungsbewilligung zum Ausdruck bringen muss, dass die Entstehung des Wegerechts aus altem Recht stammt. Die Entscheidung beruft sich insoweit auf Soergel BGB, 10. Aufl., § 187, Randn. 2. Die Kommentarstelle bezieht sich auf eine Entscheidung des Kammergerichts vom 3. 1. 1918, abgedruckt in Das Recht 1918, S. 885 und im Jahrbuch der Entscheidugnen des Kammergerichts Band 51, 1919, S. 252 ff). Die Kammergerichtsentscheidung beruht ausschließlich auf Bestimmungen des preußischen allgemeinen Landrechts. Eine Bezugnahme auf Vorschriften des Badischen Landrechts ist nicht festzustellen, weshalb es jedenfalls nach dem Badischen Landrecht eines Hinweises, dass es sich bei dem Wegerecht um eine altrechtliche Dienstbarkeit handelt, nicht bedarf. Es ist auch in keinem Fall vorgekommen, dass von einem Grundbuchamt die Eintragung einer altrechtlichen Dienstbarkeit oder einer altrechtlichen gemeinsamen Hofeinfahrt abgelehnt worden ist mit der Begründung, dass auf Altrechtlichkeit nicht hingewiesen worden wäre.

Vielfach ist festzustellen, dass aufgrund von § 9 GBO auf dem Grundbuchblatt des Berechtigten das Bestehen einer Grunddienstbarkeit eingetragen ist, ohne dass ein Eintrag auf dem belasteten Grundstück festzustellen ist. Dies beruht darauf, dass eine Eintragung auf dem belasteten Grundstück gemäß § 187 EGBGB bis zum 31. 12. 1977 nicht erforderlich war. Gleichwohl ist aber bei der Anlegung des Grundbuchs vielfach auf dem Grundbuchblatt des Berechtigten ein Hinweis erfolgt.

Ein Eintrag gemäß § 9 GBO gibt zwar dem Berechtigten kein unmittelbares Recht, gleichwohl sind aber diese Einträge für Beweiszwecke von großer Bedeutung. Wenn nämlich ein solcher Eintrag besteht, ist der Rückschluss zwingend, dass ein altrechtliches Wegerecht besteht bzw. wenn es sich um eine gemeinschaftliche Hofeinfahrt handelt, ein solches Recht bestanden hat.

Notare lassen sich, wie ich festgestellt habe, bei Vertragsabschlüssen gelegentlich Löschungsbewilligungen für Einträge gem. § 9 GBO abgeben. Dies geschieht in aller Regel ohne Belehrung, sodass hierdurch Nachteile für alte Rechte entstehen. Es ist dringend zu empfehlen, dass in solchen Fällen entsprechende Belehrungen erfolgen.

Einige Grundstrukturen der schweizerischen Erbschaftsbesteuerung

Von Michael App, Strasbourg

Während das Erbrecht und das eheliche Güterrecht im Schweizerischen Zivilgesetzbuch geregelt sind, das im gesamten Staatsgebiet der Schweiz gilt, steht die Gesetzgebungs- und die Ertragshoheit bei der Erbschaftsteuer dem jeweiligen Kanton zu. Darum gibt es in der Schweiz 26 Erbschaftsteuergesetze. Wie in Deutschland ist die Schenkungsteuer jeweils im selben Gesetz geregelt wie die Erbschaftsteuer.

Ungeachtet ihrer Verschiedenheit weisen die 26 kantonalen Erbschafts- und Schenkungssteuergesetze der Schweiz eine Reihe von gemeinsamen Grundstrukturen auf, die hier kurz genannt werden sollen:

a) Bewertet werden die durch Erbschaft oder Schenkung übergehenden Vermögensgegenstände mit dem Verkehrswert.

b) Bewertungsstichtag ist bei der Erbschaftsteuer der Todestag des Erblassers, bei der Schenkungssteuer der Zeitpunkt der Eigentumsübertragung.

c) Die Steuersätze für Vermögenszuwächse durch Erbschaft oder Schenkung variieren von Kanton zu Kanton. Im jeweiligen Kanton gilt aber für Erbschaften und für Schenkungen derselbe Steuersatz.

d) Zur Ermittlung dieses Steuersatzes werden die von einer Person erhaltenen Erbschaften und Schenkungen zusammengerechnet; es gilt also ein Progressionsvorbehalt.

e) Maßgeblich für die Steuerberechtigung des Kantons, das anzuwendende Erbschafts- und Schenkungssteuergesetz und die Behördenzuständigkeit ist der Wohnort des Erblassers oder der des Schenkers.

f) Bei geerbten oder geschenkten Immobilien fällt die Erbschafts- oder Schenkungssteuer abweichend davon am Ort des belegenen Grundstücks an.

g) Den einzelnen Erben oder Schenkungsempfängern stehen Steuerfreibeträge zu, deren Höhe sich nach dem Verwandtschaftsgrad richtet.

h) Güterrechtliche Vermögensübergänge an den überlebenden Ehegatten sind regelmäßig steuerfrei. Solche Vermögensübergänge finden statt, wenn die Ehegatten im Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung gelebt hatten; der überlebende Ehegatte erhält dann sein Eigengut zuzüglich der halben ehelichen Errungenschaft – der zur Vererbung zur Verfügung stehende Nachlass setzt sich aus dem Eigengut des Verstorbenen und der anderen Hälfte der ehelichen Errungenschaft zusammen.

i) Der überlebende Ehegatte ist in den meisten schweizerischen Kantonen von der Erbschafts- und Schenkungssteuer befreit. Einige Kantone sehen darüber hinaus eine Steuerbefreiung für unmittelbare Abkömmlinge in gerader Linie vor.

j) Beim Vermögensübergang durch Testament oder Erbvertrag auf eine gemeinnützige Stiftung oder eine andere steuerbefreite Institution fällt keine Erbschaftsteuer an.

Rechtsprechung

BGB § 242

Bei der Bebaubarkeit eines Grundstücks handelt es sich um einen objektiv wertbildenden Faktor, der nach der Verkehrsanschauung für den anderen Vertragsteil in aller Regel von ausschlaggebender Bedeutung ist.
Bei Vertragsverhandlungen über ein Baugrundstück spricht bereits der erste Anschein dafür, dass alle die Bebaubarkeit betreffenden Umstände – soweit sie dem Veräußerer bekannt sind – zur Erreichung des Vertragszwecks wesentlich und daher zu offenbaren sind.
Die Notwendigkeit der Erteilung einer Baulast durch den Nachbarn kann für die Babaubarkeit eines Grundstücks von entscheidender Bedeutung sein.

OLG Köln – 19 U 76/99 – Urt. v. 18. 2. 2000

Tatbestand:

Die Beklagte war Eigentümerin eines Grundstücks an der F.-Straße in B. G.. Die Zufahrt zu dem Grundstück erfolgt über das im Eigentum des N. stehende Flurstück, auf welchem im Grundbuch zugunsten des Grundstücks an der F.-Straße ein Wegerecht eingetragen ist.

1996 beabsichtigte die Beklagte, das Hausgrundstück zu verkaufen und bot den vorderen, bebauten Grundstücksteil mit einer Größe von ca. 2400 qm zu einem Preis von 1,2 Mio. DM an. Hinsichtlich des hinteren, unbebauten Teils lag der Beklagten ein positiver Vorbescheid für die Errichtung zweier Einfamilienhäuser als Doppelhaus vor. In den Nebenbestimmungen zu diesem Vorbescheid wurde darauf hingewiesen, dass gemäß § 83 BauO NRW eine Baulasteintragung eines Geh-, Fahr- und Leitungsrechts erforderlich sei. Die Beklagte verklagte den Nachbarn N. vor dem Amtsgericht auf Zustimmung einer dem Wegerecht deckungsgleichen Baulast nachdem dieser die Zustimmung verweigert hatte.

Im Rahmen der Kaufverhandlungen mit dem Kläger über den vorderen Grundstückteil wurde dieser von dem durch die Beklagte eingeschalteten Makler, dem Zeugen St., auf die Babaubarkeit des hinteren Grundstückteils, das vorhandene Wegerecht und den positiven Vorbescheid hingewiesen. Von der Weigerung des Nachbarn zur Eintragung der Baulast und der in diesem Zusammenhang erhobenen Klage wurde der Kläger nicht in Kenntnis gesetzt.

Mit notariellem Vertrag vom 22. 7. 1997 erwarb der Kläger von der Beklagten das gesamte Grundstück zum Preis von 1,3 Mio. DM. Unter Ziffer III 1 heißt es hier unter anderem: „Für die Zulässigkeit einer weiteren Bebauung leistet der Veräußerer keine Gewähr. Für einen Teil des vertragsgegenständlichen Grundbesitzes wurde mit Datum des 25. September 1996 durch die Untere Aufsichtsbehörde der Stadt ein Vorbescheid über die Möglichkeit einer Bebauung erteilt. Eine Kopie dieses Bauvorbescheides hat der Käufer vor Unterzeichnung des heutigen Vertrages erhalten. Der Veräußerer tritt dem Erwerber mit Wirkung von dem Besitzübergangszeitpunkt gemäß nachstehender Ziffer 4. alle Rechte und Ansprüche aus diesem Vorbescheid ab."

Der Kläger hat erstinstanzlich behauptet, er sei zum Kauf des gesamten Grundstücks einschließlich des hinteren Teils erst auf Grund der Vorlage des Vorbescheides veranlasst worden. Bei Aufklärung über die Weigerung des Nachbarn zur Zustimmung der Eintragung der Baulast und der insoweit anhängigen Klage hätte er den hinteren Teil des Grundstücks nicht erworben. Die Beklagte habe N. ausdrücklich aufgefordert, dem Kläger gegenüber den Rechtsstreit nicht zu erwähnen. Dieser sei auch nach wie vor nicht bereit, die Zustimmung zur Eintragung der Baulast zu erteilen. Unter diesen Umständen sei der hintere Teil des Grundstücks als Gartenland zu bewerten und habe einen Minderwert von 267 196,49 DM.

Durch Grundurteil hat das Landgericht die Klage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg.

Zu Recht hat das Landgericht einen Anspruch des Klägers gegen die Beklagte aus vorvertraglicher Aufklärungspflichtverletzung gemäß § 242 (in culpa in contrahendo) bejaht, weil die Beklagte dem Kläger bewusst verschwiegen hat, dass der Nachbar N. sich weigert, die Baulast eintragen zu lassen und dieserhalb bereits einen Rechtsstreit von der Beklagten anhängig gemacht worden war. Das Verschweigen von Tatsachen begründet dann eine Haftung, wenn der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicher Weise Aufklärung erwarten durfte (Palandt/Putzo, 58. Auflage 1999, § 242 BGB Rnr. 37, § 276 BGB Rnr. 78; BGH NJW 70, 655; NJW 98, 764; NJW RR 91, 440). Zwar ist es grundsätzlich Sache jeder Partei, ihre eigenen Interessen selber wahrzunehmen, es besteht daher keine allgemeine Pflicht, alle Umstände zu offenbaren, die für die Entschließung des anderen Teils von Bedeutung sein können (BGH WM 83, 1007). Ungünstige Eigenschaften des Vertragsgegenstandes brauchen grundsätzlich nicht ungefragt offengelegt zu werden (OLG München NJW 67, 158). Entsprechende Fragen muss der Verhandelnde allerdings richtig und vollständig beantworten. Auch ohne ausdrückliche Frage besteht eine Aufklärungspflicht im Rahmen der Verkehrsanschauung, aber jedenfalls hinsichtlich solcher Umstände, die den Vertragszweck vereiteln oder erheblich gefährden können und die daher für den anderen Teil von ausschlaggebender Bedeutung sein können (BGH NJW 79, 2243; 80, 2460). Dies gilt auch,

wenn der Vertragspartner erkennbar besonderen Wert auf bestimmte Umstände legt. Bei der Bebaubarkeit eines Grundstücks als objektiv wertbildendem Faktor trifft dies in aller Regel zu, so dass bei Vertragsverhandlungen über ein Baugrundstück bereits der erste Anschein dafür spricht, dass alle die Bebaubarkeit betreffenden Umstände – soweit sie dem Veräußerer bekannt sind – zur Erreichung des Vertragszwecks wesentlich und daher zu offenbaren sind. Die Erteilung der Baulast durch den Nachbarn ist für die Bebaubarkeit des Grundstücks von entscheidender Bedeutung. Unabhängig davon, ob sie gerichtlich durchsetzbar ist, stellt allein der Umstand, dass sie auf dem Rechtsweg erstritten werden muss einen konkreten finanziellen und zeitlichen Nachteil dar und birgt das Risiko des Unterliegens in sich.

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass der nördliche Grundstücksteil dem Kläger von der Beklagten selbst, bzw. durch den von ihr beauftragen Makler, als Bauland angeboten, und auch die Verhandlungen mit dem Inhalt geführt worden sind, dass dieser Grundstücksteil unter Bezugnahme auf den Bauvorbescheid als bebaubar dargestellt wurde (wird ausgeführt).

Mitgeteilt vom Vors. Richter am OLG, Lothar Jaeger, Köln

BGB § 313 Satz 1

Werden in einem Grundstückskaufvertrag auch die Rechte an der bereits vorhandenen Baugenehmigungsplanung übertragen, müssen die entsprechenden Unterlagen nicht mit beurkundet werden.

BGH, Urt. v. 17. 7. 1998 – V ZR 191/97 –

Durch einen von dem Streithelfer am 31. Januar 1995 beurkundeten Kaufvertrag verkaufte der Beklagte an die Klägerin ein Grundstück in Dresden für 1 050 000 DM. Im Kaufpreis enthalten waren die Kosten einer vorhandenen Genehmigungsplanung gemäß den Bestimmungen der HOAI I-IV. Die Klägerin verpflichtete sich, innerhalb nach 21 Tagen nach Vorlage der dem erteilten Bauvorbescheid entsprechenden Baugenehmigung eine Bankbürgschaft zu Händen des Streithelfers beizubringen. Der Kaufpreis war innerhalb von 14 Tagen nach Absendung der Mitteilung des Notars, dass die Baugenehmigung vorliege, zur Zahlung fällig. Nach dem Vertrag waren beide Vertragsparteien zum Rücktritt berechtigt, wenn nicht bis spätestens 30. Juni 1995 eine dem Bauvorbescheid entsprechende Baugenehmigung rechtswirksam erteilt worden sein sollte. Der Bauvorbescheid, die Genehmigungsplanung und der gestellte Bauantrag wurden nicht mitbeurkundet.

Die Klägerin zahlte den Kaufpreis nicht und erklärte mit Schreiben vom 29. Mai 1995 den Rücktritt vom Vertrag, weil die erteilte Baugenehmigung nicht dem Vorbescheid entspreche. Sie hat beantragt, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Kaufvertragsurkunde für unzulässig zu erklären. Landgericht und Oberlandesgericht haben der Klage stattgegeben. Die Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I.

Das Berufungsgericht hält den Kaufvertrag für formnichtig, weil der Streithelfer den Bauvorbescheid einschließlich der Planungsunterlagen nicht beurkundet habe. Dies sei aber erforderlich gewesen, weil zu den im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Pflichten des Grundstückskaufvertrages neben der Übertragung des Grundstücks auch die Übertragung der Genehmigungsplanung gehöre. Darüber hinaus hätten die Parteien hinsichtlich der Baugenehmigung ausdrücklich auf den Bauvorbescheid verwiesen und dessen Inhalt zum Vertragsinhalt erklärt, also bewusst durch eine ausdrückliche Verweisung einen Teil der Vereinbarung aus der notariellen Urkunde heraus verlagert.

II.

Die Revision ist begründet.

Das Berufungsgericht legt den Kaufvertrag dahin aus, dass „Leistungsgegenstand" des Vertrages „die gesamte bis dahin erstellte Genehmigungsplanung" gemäß den Bestimmungen der HOAI I-IV seien und die Beklagte zur „Übertragung der Rechte an den Planungsunterlagen" verpflichtet sein sollte. Diese Auslegung ist revisionsrechtlich fehlerfrei. Danach stellt das Rechtsgeschäft einen Grundstücks- und Rechtskauf dar, der nach dem Willen der Parteien eine rechtliche Einheit bildete und beurkundungsbedürftig war. Diesem Erfordernis ist jedoch Genüge getan. Denn dem Beurkundungszwang unterliegt nach der ständigen Rechtsprechung des Senats (Senatsurt. v. 23. Februar 1979, V ZR 99/77, NJW 1979, 1495; v. 27. April 1979, V ZR 175/77, NJW 1979, 1498; v. 22. Juni 1979, V ZR 21/78, NJW 1979, 1984; Hagen/Brambring, Der Grundstückkauf, 6. Aufl. Rdn. 46) nur der eine Regelung enthaltende d. h. Rechtswirkungen erzeugende Teil der Erklärungen. Hierzu gehört vorliegend der Inhalt der Genehmigungsplanung nicht. Denn die Verpflichtung des Beklagten erschöpft sich nach den Feststellungen des Berufungsgerichts in der „Übertragung der Rechte" an den Planungsunterlagen. Diese Verpflichtung ist aber beurkundet worden. Der Inhalt der Genehmigungsplanung gehört nicht mehr zum Regelungsinhalt des Kaufvertrages, sondern dient nur der – entbehrlichen – Erläuterung des – hinreichend genau bezeichneten und bestimmbaren – Gegenstandes des Rechtskaufs – ist also nur ein nicht beurkundungsbedürftiger „Identifizierungsbehelf" (vgl. Senatsurt. v. 23. Februar 1979, V ZR 99/77, a. a. O.). Darin unterscheidet sich der Sachverhalt von den durch das Berufungsgericht herangezogenen Fällen, in denen aus den in Bezug genommenen Baubeschreibungen und Plänen (auch Teilungserklärungen) über die gesetzlich vorgeschriebene Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen hinaus noch weitergehende Verpflichtungen erwachsen sollten (BGHZ 69, 266, 268; Senatsurt. v. 23. Februar 1979, V ZR 99/77, NJW 1979, 1495; v. 27 April 1979, V ZR 175/77, NJW 1979, 1498; v. 22. Juni 1979, V ZR 21/78, NJW 1979, 1984). Die Rechtlage weist vielmehr Ähnlichkeit zur Übernahme von Verbindlichkeiten des Verkäufers aus einem anderen Schuldverhältnis auf (Senatsurt. v. 4. März 1994, V ZR 241/92, WM 1994, 1078, 1079), bei der sich die Vereinbarung der Vertragsparteien auf die Übernahme bestehender Verpflichtungen beschränkt und nicht die Begründung neuer Verpflichtungen zum Inhalt hat. Auch bei der vorliegenden Vertragsgestaltung erschöpft sich die Verpflichtung des Beklagten darin, der Klägerin die Rechte an der vorhandenen Genehmigungsplanung zu verschafften und die Pläne zu übergeben. Nur dies ist beurkundungspflichtig, tatsächlich aber auch beurkundet worden.

Entsprechendes gilt für den Bauvorbescheid, dessen Inhalt die Parteien nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ebenfalls zum Gegenstand des Vertrages gemacht haben. Auch hier unterliegt der Inhalt des Bauvorbescheids schon deshalb nicht dem für das Veräußerungsgeschäft geltenden Beurkundungszwang, weil er die im Vertrag selbst geregelten Rechtsbeziehungen nicht erweitert, also nicht einen Teil der Vereinbarung aus der notariellen Urkunde herausverlagert.

Nach alledem hat das angefochtene Urteil keinen Bestand.

Die Sache ist vielmehr zwecks weiterer Feststellungen zur Wirksamkeit des von der Klägerin mit Schreiben vom 29. Mai 1995 erklärten Rücktritts vom Vertrag zurückzuverweisen.

BGB §§ 873, 883, 1113, 1191

Bestellt der Verkäufer, dem dies im Kaufvertrag gestattet ist, zu Lasten des Kaufgrundstücks ein Grundpfandrecht, so ist die Eintragung eines Vermerks in das Grundbuch statthaft, aus dem sich ergibt, dass das Grundpfandrecht gegenüber der rangbesseren Auflassungsvormerkung des Käufers wirksam ist; der Vermerk ist sowohl bei der Auflassungsvormerkung als auch bei dem Grundpfandrecht einzutragen.

BGH, Beschl. v. 25. 3. 1999 – V ZB 34/98 –

Aus den Gründen:

I.

Die Beteiligten zu 1 sind je zur Hälfte Miteigentümer eines Grundstücks. Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 30. April 1998 verkauften sie das Grundstück an den Beteiligten zu 2. Der Vertrag

sieht eine Verpflichtung der Beteiligten zu 1 vor, zur Finanzierung des Kaufpreises durch den Beteiligten zu 2 vor Eigentumsumschreibung an der Bestellung von Grundpfandrechten mitzuwirken. Zu diesem Zweck bevollmächtigten sie den Beteiligten zu 2, das Grundstück mit Grundpfandrechten zu belasten. Am 13. Mai 1998 trug das Grundbuchamt eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Beteiligten zu 2 auf Eigentumsübertragung ein.

Der Beteiligte zu 2 bestellte mit notariellen Urkunden vom 7. Mai 1998 zwei Grundschulden. Beide Urkunden enthielten bei der Eintragungsbewilligung den Zusatz, „der Eigentumsvormerkungsberechtigte aus dem Vertrag vom 30. April 1998 stimmt der Grundschuld zu und beantragt, im Grundbuch einzutragen, dass die Grundschuld gegenüber der Eigentumsvormerkung aus dem Vertrag vom 30. April 1998 wirksam ist." Der Urkundsnotar beantragte die Eintragung der beiden Grundschulden und, zuletzt unabhängig hiervon, die jeweilige Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks. Das Grundbuchamt trug die Grundschulden am 15. Juni 1998 in das Grundbuch ein, lehnte aber die Eintragung der Wirksamkeitsvermerke ab.

Der hiergegen gerichteten Erinnerung der Beteiligten hat der Rechtspfleger nicht abgeholfen, das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss haben die Beteiligten weitere Beschwerde eingelegt. Das Oberlandesgericht möchte der weiteren Beschwerde stattgeben. Hieran sieht es sich durch die Entscheidung des Oberlandesgerichts Köln vom 24. August 1997 (DNotZ 1998, 311 = Rpfleger 1998, 106) gehindert. Es hat die Sache deshalb dem Bundesgerichtshof vorgelegt.

II.

Die Vorlage ist gemäß § 79 Abs. 2 GBO statthaft.

Das vorlegende Oberlandesgericht geht, für die Vorlagefrage bindend, davon aus, dass der Beteiligte zu 2 der Bestellung der Grundpfandrechte durch die Beteiligten zu 1 und die Pfandgläubiger (§ 873 BGB) mit der Wirkung zugestimmt hat (§ 182 Abs. 1 BGB), dass diese ohne die Einschränkung des § 883 Abs. 2 BGB Wirksamkeit erlangt haben. Es hält die Eintragung der beantragten Wirksamkeitsvermerke unbeschadet des Umstandes für zulässig, dass die Beteiligten die angestrebte Wirksamkeit der Grundpfandrechte auch durch die Einräumung eines Vorrangs (§ 880 BGB) gegenüber der Vormerkung hätten erzielen können. Das Oberlandesgericht Köln hat in der genannten, auf weitere Beschwerde ergangenen Entscheidung den Standpunkt vertreten, die Möglichkeit der Rangänderung lasse keinen Raum für einen Wirksamkeitsvermerk. Dies trägt die Vorlage.

III.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§§ 78, 80, GBO) und hat auch in der Sache Erfolg.

1. Die Erstbeschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO.

Dem steht § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO, wonach die Beschwerde gegen eine Eintragung unstatthaft ist, nicht entgegen. Die Beteiligten wenden sich nicht gegen die Eintragung der Grundschulden, sondern erstreben lediglich den klarstellenden Vermerk, dass deren Bestellung gegenüber dem Vormerkungsberechtigten, dem Beteiligten zu 2, wirksam ist. Dies kann sich auf die Rechtsprechung des Senats stützen, wonach eine Belastung des Grundstücks durch den Verkäufer, dem dies im Kaufvertrag gestattet war, in ihrer Wirksamkeit gegenüber dem vormerkungsberechtigten Käufer nicht eingeschränkt ist (Urt. v. 22. April 1959, V ZR 193/57, LM § 883 BGB Nr. 6; v. 9. Januar 1981, V ZR 50/79, NJW 1981, 980, 981, insoweit in BGHZ 79, 201 nicht abgedruckt). Ein dies klarstellender Vermerk verstößt nicht gegen den Zweck des § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO, dem gutgläubigen Erwerb eines Dritten nicht nachträglich den Ausweis durch das Grundbuch zu entziehen (Senat, BGHZ 25, 16, 22; 64, 194, 200).

2. Der Antrag auf Eintragung der Wirksamkeitsvermerke ist begründet.

a) Ein Wirksamkeitsvermerk ist im Gesetz allerdings nicht ausdrücklich vorgesehen. In der Rechtsprechung und in der Literatur ist die Eintragungsfähigkeit eines solchen Vermerkes aber für Fälle anerkannt, in denen ein Bedürfnis dafür besteht, aus dem Grundbuch die Wirksamkeit eines eingetragenen Rechtes gegenüber einer Verfügungsbeschränkung ersichtlich zu machen. So wird die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks im Grundbuch für zulässig erachtet, wenn die Verfügung über ein Grundstück, das der Nacherbfolge unterliegt, dem Nacherben gegenüber auch bei Eintritt des Nacherbfalls entgegen § 2113 BGB voll wirksam ist, da ansonsten auf Grund der Eintragung der Verfügung nach dem Nacherbenvermerk gemäß § 51 GBO deren Unwirksamkeit vermutet würde (KG, HRR 1934, Nr. 199; Meikel/Bühler, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 51 Rdn. 102; Demharter, GBO, 22. Aufl., § 51 Rdn. 25; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 4. Aufl., § 51 Rdn. 16; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl., Rdn. 296). Gleiches soll bei außerhalb des Grundbuchs wirksam werdenden nachträglichen Verfügungsbeeinträchtigungen, etwa die Eröffnung des Konkursverfahrens (§§ 6, 108 KO), gelten, wenn mit Zustimmung des nunmehr Berechtigten ein wirksamer Rechtserwerb an dem Grundstück erfolgt (OLG Köln Rpfleger 1990, 159; OLG Saarbrücken, Rpfleger 1995, 404; Meikel/Böttcher, a. a. O., § 45 Rdn. 19; Demharter, a. a. O., § 45 Rdn. 18.

Auch gegenüber einer Vormerkung auf Eigentumserwerb besteht ein Bedürfnis, die uneingeschränkte Wirksamkeit des vom Veräußerer vertragsgemäß bestellten, später eingetragenen Grundpfandrechts durch Vermerk klarzustellen. Zwar lässt die nach § 879 Abs. 1 Satz 2 BGB dem Grundpfandrecht vorgehende Vormerkung (zur Rangfähigkeit der Vormerkung vgl. RGZ 124, 200, 202; Senat, BGHZ 46, 124, 127) dessen Wirksamkeit gegenüber dem Vormerkungsberechtigten unberührt. Der Wirksamkeitsvermerk ist aber ein einfaches Mittel, für jedermann Klarheit zu schaffen und damit die Publizitätswirkung des Grundbuchs (§ 891 bis 893 BGB) zu fördern.

b) Der Auffassung des Oberlandesgerichts Köln, angesichts der Rangfähigkeit der Vormerkung bestehe für den Wirksamkeitsvermerk kein Bedürfnis, ist für Fälle der hier zu entscheidenden Art bereits deshalb nicht zu folgen, weil das Rangverhältnis der Rechte für die Wirksamkeit der Belastung ohne Bedeutung ist. Anlass für eine Rangänderung besteht nicht, diese ist mithin kein dem Wirksamkeitsvermerk vorgehender Behelf.

c) Die Wirksamkeitsvermerke sind in der Veränderungsspalte sowohl bei der Auflassungsvormerkung als auch bei den Grundschulden einzutragen (BayObLG, Rpfleger 1998, 375; Haegele/Schöner/Stöber, a. a. O., Rdn. 1523; Meikel/Ebeling, a. a. O., § 18 GBV Rdn. 14; Demharter, a. a. O., § 22 Rdn. 19; Gursky, DNotZ 1998, 273, 278; Keller, BWNotZ 1998, 25, 29; Stöber, MittBayNot 1997, 143, 147; a. A. Lehmann, NJW 1993, 1558, 1560; Bühler, BWNotZ 1995, 171, 172). In entsprechender Anwendung des § 18 GBV wird dem Gebot der Klarheit und Eindeutigkeit aller Grundbucheintragungen am ehesten entsprochen, wenn der Wirksamkeitsvermerk bei dem begünstigten Recht eingetragen und bei der Auflassungsvormerkung ein Gegenvermerk gebucht wird.

BGB § 1090

Die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in der Form eines Wohnungsbesetzungsrechts für eine juristische Person setzt nicht zwingend voraus, dass das Recht zeitlich begrenzt ist.

BayObLG, 2. Zivilsenat, Beschl. v. 22. 5. 2000 – 2 Z BR 43/00

Aus den Gründen:

I.

Die Beteiligten zu 1 sind die Eigentümer von zwei Grundstücken. Auf diesen soll ein Betriebsgebäude mit zwei Wohnungen errichtet werden.
Am 29. 9. 1999 bestellten die Beteiligten zu 1 an dem Grundbesitz zugunsten des Beteiligten zu 2, des Freistaats Bayern, eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit und bewilligten deren Eintragung im Grundbuch. Die Dienstbarkeit soll folgenden Inhalt haben:

Die Wohnungen dürfen nur von Personen genutzt werden, die durch den jeweiligen Eigentümer des dienenden Grundstücks mit Zustimmung des Freistaates Bayern, ... bestimmt werden; die Zustimmung gilt als erteilt für Personen, die entweder Inhaber des auf dem dienenden Grundstück betriebenen Gewerbebetriebes sind oder haupt-

beruflich im Gewerbebetrieb des Bestimmungsberechtigten tätig sind oder zu dessen noch nicht selbstständigen und wirtschaftlich oder durch andere Lebensumstände von ihm abhängigen Familienangehörigen gehören.
Dem Eigentümer des dienenden Grundstücks ist es infolge dessen auf unbegrenzte Zeit untersagt, die Wohnungen in dem Betriebsgebäude anders zu nutzen, als vorstehend angegeben.
Das Recht, solches zu untersagen, steht dem Freistaat Bayern zu und wird diesem eingeräumt.

Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Eintragung der Dienstbarkeit durch Zwischenverfügung vom 3. 1. 2000 beanstandet. Es hält die Bestellung des Rechts auf unbegrenzte Zeit für unzulässig und verlangt eine Beschränkung auf höchsten 25 Jahre. Das Landgericht hat die Beschwerde der Beteiligten gegen die Zwischenverfügung durch Beschluss vom 23. 2. 2000 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

II.

Das Rechtsmittel hat Erfolg. Es führt zur Aufhebung der Entscheidung des Landgerichts und der Zwischenverfügung des Grundbuchamts.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Die Unterlassungsdienstbarkeit in der Form eines Wohnungsbesetzungsrechts sei zulässig, insbesonder inhaltlich bestimmt, weil dem Berechtigten ein generelles Zustimmungsrecht zur Wohnungsbesetzung eingeräumt sei. Von der grundsätzlich anerkannten Dienstbarkeit zur Verfolgung öffentlicher Zwecke sei die Frage der Notwendigkeit einer zeitlichen Begrenzung zu trennen.

Bereits aus dem Wesen der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit und ihrer grundsätzlichen Unübertragbarkeit folge, dass sie nicht „ewig" das Eigentum belasten dürfe. Das hier verfolgte öffentliche Interesse, dass die Wohnungen nur von Personen bewohnt werden, die zu dem Betrieb in einer unmittelbaren beruflichen Beziehung stehen, dürfe nicht zu einer auf Dauer angelegten Belastung des Eigentums und damit zu dessen Aushöhlung führen. Da durch die Dienstbarkeit die Nutzung zu Wohnzwecken in einem Gewerbebetrieb beschränkt werden solle, bestehe kein öffentlich-rechtliches Bedürfnis, die Beschränkung fortbestehen zu lassen, auch wenn der bauplanungs- oder bauordnungsrechtliche Zweck wegfalle. Von selbst erlösche bei einem solchen Wegfall das Recht nicht.

2. Die Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Bei dem zur Eintragung beantragten Recht handelt es sich um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit in der Form eines Wohnungsbesetzungsrechts (§§ 1090, 1018 BGB). Nach dem Inhalt des Rechts sollen auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen, nämlich die Überlassung der Wohnungen auf dem Grundstück an beliebige Personen. Damit liegt eine Unterlassungsdienstbarkeit vor (Fall 2 des § 1018 BGB). Die grundsätzliche Zulässigkeit einer solchen Unterlassungsdienstbarkeit in der Form eines Wohnungsbesetzungsrechts, mit der öffentliche Interessen verfolgt werden, steht heute nicht mehr in Frage (BayObLGZ 1982, 184; vgl. BayObLGZ 1989, 89/94 und 347; Haegele/Schöner/Stöber GBR 11. Aufl Rn. 1205; Bayer in Bauer/v. Oefele GBO AT III Rn. 323; KEHE/Herrmann GBR 5. Aufl. Einl. N Rn. 54; Demharter GBO 23. Aufl. Anh. zu § 44 Rn. 24). Welches öffentliche Interesse verfolgt und durch die Dienstbarkeit gesichert werden soll, lässt sich der Eintragungsbewilligung im einzelnen nicht entnehmen.

b) Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist nach der gesetzlichen Ausgestaltung grundsätzlich an die Person des Berechtigten gebunden, also nicht übertragbar (§ 1092 Abs. 1 BGB) und nicht vererblich (§ 1090 Abs. 2 i. V. m. § 1061 BGB). Sie belastet ein Grundstück daher grundsätzlich nur auf eine begrenzte Zeit. Daraus folgert das Landgericht die Notwendigkeit einer zeitlichen Beschränkung auch im vorliegenden Fall, in dem Berechtigter nicht eine natürliche, sondern eine juristische Person ist, nämlich der Freistaat Bayern. Dies beruht auf einem Rechtsfehler.

c) Das Gesetz lässt es zu, dass Berechtigter einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit auch eine juristische Person ist (§ 1092 Abs. 2 BGB). Damit scheidet von vornherein schon eine Begrenzung des Rechts auf einen bestimmten Zeitraum wie die Lebensspanne eines Menschen aus. Außerdem ist in diesem Fall, da §§ 1059a ff. BGB entsprechend anwendbar sind (§ 1092 Abs. 2 BGB), das Recht grundsätzlich auch übertragbar (vgl. § 1059a Abs. 1 BGB). Aus dem Gesetz lässt sich damit nicht ableiten, dass eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu Gunsten einer juristischen Person immer zeitlich beschränkt sein muss. Die vom Grundbuchamt verlangte Beschränkung auf 25 Jahre wäre im übrigen willkürlich. Eine zeitliche Begrenzung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit als eines dinglichen Rechts wird auch bei der dinglichen Sicherung einer Getränkebezugsverpflichtung jedenfalls dann nicht verlangt, wenn sich aus der für das Grundbuchamt allein maßgebenden Eintragungsbewilligung eine Rechtfertigung hierfür nicht ableiten lässt (vgl. BGH NJW 1988, 2364; BayObLGZ 1985, 290/294).

Es trifft auch nicht zu, dass in Rechtsprechung und Schrifttum ganz überwiegend verlangt werde, die Dauer der Dienstbarkeit müsse beschränkt sein. Haegele/Schöner (Rn. 1205) halten dies für geboten, aber nicht für zwingend notwendig; Bayer (Bauer/v. Oefele III Rn. 323) empfiehlt eine zeitliche Begrenzung; Odersky (Festschrift 125 Jahre Bayerisches Notariat, S. 213/222) meint, der Grundsatz der gesetzlichen Ausgestaltung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit als nicht übertragbares und nicht vererbliches Recht solle auch bei der Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für eine juristische Person angemessen Rechnung getragen werden. In dem der Entscheidung BayObLGZ 1989, 89 zu Grunde liegenden Fall war die Dienstbarkeit auflösend bedingt bestellt und bewilligt. Der Entscheidung kann nicht entnommen werden, dass ohne eine solche Begrenzung des Rechts dieses nicht hätte eingetragen werden können; entsprechendes gilt für die Entscheidung BayObLGZ 1982, 184 (s. dazu insbesondere S. 190).
Auch wenn damit die Eintragung des zeitlich nicht begrenzten Rechts zulässig ist, schließt dies nicht aus, dass bei veränderten Umständen der Grundstückseigentümer einen Anspruch gegen den Dienstbarkeitsberechtigten auf Aufhebung und Löschung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit haben kann.

Mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG

KostO §§ 26 Abs. 4 Nr. 1, 44, § 39 GmbHG
(Geschäftswert der Anmeldung mehrerer Veränderungen bei GmbH-Geschäftführern)

1. Werden mehrere Veränderungen in den Personen der GmbH-Geschäftsführer mit einer Urkunde angemeldet, so bildet jede Veränderung als eintragungspflichtige Tatsache kostenrechtlich einen selbstständigen Gegenstand.

2. Der Gesamtgeschäftswert für die Anmeldung mehrerer Veränderungen wird auch dann durch Addition der Einzelwerte jeder Veränderung gebildet, wenn die Veränderungen (Abberufung, Bestellung) auf einem einzigen Gesellschafterbeschluss beruhen.

Kammergericht, 1. Zivilsenat, Beschl. v. 21. 3. 2000 – 1 W 8921/98 – und – 1 W 8922/98 –

Beschluss:

In der Notariatskostensache

Der 1. Zivilsenat des Kammergerichts hat auf die weiteren Beschwerden des Notars gegen den Beschluss der Zivilkammer 82 des Landgerichts Berlin vom 9. September 1998 betreffend die Kostenberechnungen des Notars vom 23. Juni 1997 zu 1. seiner UR-Nr. 269/1997 – 1 W 8921/98 (= Landgericht Berlin 82 T 36/98) – 2. seiner UR-Nr. 270/1997 – 1 W 8922/98 (= Landgericht Berlin 82 T 37/98) – in der Sitzung vom 21. März 2000 beschlossen:

1. Die weitere Beschwerde wird nach einem Wert von 253,– DM als unzulässig verworfen.

2. In Änderung des angefochtenen Beschlusses wird die Kostenberechnung des Notars vom 23. Juni 1997 zu seiner UR.-Nr. 270/97 auf 158,70 DM heraufgesetzt.

Aus den Gründen:

Die weiteren Beschwerden sind an sich statthaft und innerhalb der Frist des § 156 Abs. 2 Satz 1 KostO eingelegt.

Unrichtig und damit zu beanstanden ist die Ansicht des Landgerichts, für die Berechnung des Geschäftswertes der gleichzeitigen Anmeldung der Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers und der Bestellung eines neuen Geschäftsführers nach § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO, sei wegen § 27 Abs. 2 Satz 3 KostO a. F. – jetzt § 27 Abs. 3 Satz 3 – von nur einer Wahl und somit von einem Gegenstand auszugehen. Die Bezugnahme auf § 27 Abs. 2 Satz 3 a. F. KostO findet weder im Wortlaut des § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO eine Stütze, noch erscheint die entsprechende Anwendung auf die Registeranmeldung nach Sinn und Zweck der Vorschrift geboten. Die Unterscheidung des § 44 KostO zwischen Erklärungen, die denselben Gegenstand betreffen (Abs. 1), und solchen, die verschiedene Gegenstände betreffen (Abs. 2), ist nicht einschlägig, weil § 27 Abs. 2 Satz 3 KostO a. F. nach dem Wortlaut nur die Wahlen bzw. Beschlüsse und deren Beurkundung behandelt, § 26 Abs. 3 KostO jedoch ausdrücklich die Anmeldung der entsprechenden Tatsachen zum Handelsregister regelt. Gegenstandsgleichheit im Sinne von § 44 Abs. 1 KostO bei einer Handelsregisteranmeldung kommt nur in Betracht, wenn die mehreren Erklärungen des Anmeldenden dieselbe Tatsache im Sinne von § 15 HGB betreffen.

§ 26 Abs. 4 KostO unterscheidet nicht nach den Ursachen einer in das Handelsregister einzutragenden Änderung, weil es nach dem Zweck der Beglaubigungstätigkeit des Notars aus § 40 BeurkG nicht auf die Grundlage für die Veränderungen bei den Geschäftsführern einer GmbH ankommt. Nach § 39 Abs. 1 GmbHG unterliegt jede Veränderung in den Personen der Geschäftsführer der Anmeldepflicht. Eine Veränderung bei den Geschäftsführern kann auf einer Wahl beruhen, muss es aber nicht. Denn wie beispielsweise beim Tod eines Geschäftsführers, beim Verlust der Amtsfähigkeit nach § 6 Abs. 2 GmbHG oder bei Niederlegung des Geschäftsführeramtes endet das Amt mit dem Vorliegen von Bedingungen, die außerhalb der Einflussmöglichkeit einer Gesellschafterversammlung stehen, ohne dass es noch eines gesonderten oder bestätigenden Beschlusses bedarf (BayObLG ZIP 1993, 597; OLG Düsseldorf MDR 1994, 46).
Veränderungen bei den Geschäftsführern haben unabhängig von der Entstehungsart (Wahl oder andere Umstände) die Gemeinsamkeit, dass diese Veränderungen nicht erst mit der Eintragung in das Handelsregister wirksam werden, sondern von sich aus wirksam sind (BGH BB 1960, 880).
Mit dem Eintritt dieser Umstände wird der Inhalt des Handelsregisters automatisch unrichtig, so dass es für die Berichtigung der erzwingbaren – deklaratorischen – Anmeldung dieser Tatsachen bedarf. Dabei erfolgt die Eintragung mit Ausnahme weniger, gesetzlich abschließend aufgeführter Fälle, nur auf der Grundlage einer nach § 12 HGB öffentlich beglaubigten Anmeldung. Aufgabe des Notars ist hierbei die Prüfung der Identität und die Feststellung der Authentizität der Unterschriften der Personen, damit das Registergericht die Anmeldebefugnis dieser Personen prüfen kann. Die Tätigkeit des Notars erfolgt somit ohne Ansehung der Ursachen für die angemeldeten Veränderungen.

Der Gegenansicht kann auch nicht mit der Einschränkung gefolgt werden, dass zumindest immer dann, wenn die Veränderungen, wie hier, auf den Beschlüssen einer Gesellschafterversammlung beruhen, §§ 27 Abs. 2 Satz 3 a. F., 44 Abs. 1 KostO anzuwenden seien. Begründet wird diese Auffassung unter anderem damit, dass bei natürlicher Betrachtung ein innerer Zusammenhang zwischen den Beschlüssen und der Anmeldung bestehe und folglich eine getrennte kostenmäßige Behandlung aus sachlichen Gründen nicht gerechtfertigt sei (OLG Celle DNotZ 1967, 333; OLG Stuttgart Justiz 1979, 383; LG Kleve DG 1988, 1007). Diese Ansicht berücksichtigt nicht, dass Abberufung und Bestellung zwar auf einer Versammlung stattfinden, Grundlage für den Verlust oder Erwerb des Amtes aber getrennte Beschlüsse sind, auf die grundsätzlich § 139 BGB nicht anzuwenden ist (Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 14. Aufl., Anh. § 47 Rn. 28), und deren Wirksamkeit schon wegen § 47 Abs. 4 GmbHG und § 181 BGB einerseits und wegen § 38 Abs. 2 GmbHG im Hinblick auf etwaige Sonderrechte andererseits getrennt zu beurteilen sind. Insbesondere ist es nicht zutreffend, wie OLG Frankfurt DNotZ 1971, 610 (zur Beurkundung der Gesellschafterbeschlüsse) meint, dass die Abberufung des einzigen Geschäftsführers zwingend die Bestellung eines neuen Geschäftsführers bedinge. Soweit die o. a. Entscheidung zur Begründung auf § 6 Abs. 1 GmbHG verweisen, wird verkannt, dass diese Vorschrift im Abschnitt über die Errichtung der Gesellschaft steht und nur beschreibt, dass für eine Anmeldung zur Ersteintragung überhaupt ein Geschäftsführer erforderlich ist im Hinblick auf §§ 7, 8 und 82 GmbHG.

Für die Anwendung des § 44 Abs. 1 KostO kann auch nicht vorgebracht werden, Gegenstand im Sinne dieser Vorschrift seien nicht die Personen und ihre konkreten Vertretungsverhältnisse, sondern die Vertretung der Gesellschaft an sich, so dass einheitlicher Gegenstand der Anmeldung der Wechsel in der organschaftlichen Vertretung der Gesellschaft überhaupt sei (so OLG Düsseldorf JurBüro 1988, 1371.; OLG Köln JurBüro 1987, 89). Diese Rechtsauffassung steht im Widerspruch zum Begriff der einzutragenden Tatsache in § 15 Abs. 1 HGB. Nach dieser Vorschrift kann sich ein Gläubiger der Gesellschaft darauf berufen, dass es gegenüber dem eingetragenen Inhalt des Handelsregisters keine Veränderungen in der Vertretung gibt. Die Gesellschaft kann diese Wirkungen der negativen Publizität aber nicht mit der Anmeldung des Inhalts beseitigen, es habe generell eine Veränderung gegeben, weil es an der Eintragungsfähigkeit einer solchen abstrakten Beschreibung fehlt. Vielmehr bedarf es der Anmeldung und der Eintragung der konkreten und nur so eintragungsfähigen und -pflichtigen Vertretungsverhältnisse im Sinne des § 39 Abs. 1 GmbHG. Daraus folgt, dass Tatsache im Sinne des § 15 Abs. 1 HGB und damit Gegenstand der Anmeldung nur die konkrete, auf die Person bezogene Veränderung sein kann.

Unzutreffend ist ferner die Ansicht, §§ 27 Abs. 3, 44 Abs. 1 KostO komme zum Zuge, weil die Anmeldung über die Abberufung und die Bestellung in Ausführung der entsprechenden Gesellschafterbeschlüsse erfolgen (OLG Köln a. a. O.; OLG Celle a. a. O.). Das trifft nicht zu, weil Beschlüsse mit einem Gegenstand nach § 46 Nr. 5 GmbHG nicht der Ausführung bedürfen. Sie sind ohne weiteres Zutun mit Abschluss der Abstimmung zum Tagesordnungspunkt wirksam und beanspruchen Geltungskraft im Außenverhältnis, außer wenn sie öffentlich nichtig sind im Sinne des § 241 AktG oder ihre Wirksamkeit im Wege der Anfechtungsklage beseitigt wird.

Im Ergebnis stellt jede eintragungspflichtige Tatsache einen selbstständigen Gegenstand der Anmeldung dar, so dass der Gesamtgeschäftswert nach § 44 Abs. 2 a) KostO durch Addition der Einzelwerte zu ermitteln ist (wie hier Korintenberg/Reimann, a. a. O., § 44 Rn. 163; Göttlich/Mümmler, KostO, 13. Aufl., S. 697; OLG Karlsruhe DNotZ 1963, 500; OLG Hamm Rpfleger 1971, 156; OLG Frankfurt DNotZ 1967, 332; Tiedtke, MittBayNot 1997, 18; Gustavus, Handelsregister-Anmeldungen, 4. Aufl., A 96).

Gemäß § 156 Abs. 5 Satz 2 KostO ist daher eine weitere Erhöhung der Kostenberechnung zu UR.-Nr. 270/97 auf den Betrag von 158,70 DM zu beschließen.

Mitgeteilt von Rolin Melchior, Richter am AG, Berlin

KostO §§ 36 Abs. 2, 38 Abs. 2 Nr. 3

Die Eintragung einer Vormerkung ist noch keine Teilerfüllung des Grundgeschäfts im Sinne von § 38 Abs. 2 Nr. 3 KostO, wenn der Aufhebungsvertrag (noch) keiner notariellen Beurkundung bedarf.

OLG Stuttgart, Beschl. v. 17. 3. 2000 – 8 W 215/98

Aus den Gründen:

1. Der Notar hatte Mitte 1995 einen Kaufvertrag über ein Hausgrundstück zwischen den Verkäufern und dem Kostenschuldner als Käufer beurkundet. Die Auflassung sollte nach vollständiger Kaufpreiszahlung erfolgen, die zum Übergabezeitpunkt Mitte 1997 vorgesehen war; für die Zwischenzeit vereinbarten die Parteien ein Mietverhältnis. Zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertra-

gung war auf Grund Bewilligung der Verkäufer und Eintragungsantrag des Käufers 1995 im Grundbuch eine Auflassungsvormerkung eingetragen worden.

Der Käufer konnte den vereinbarten Kaufpreis Mitte 1997 nicht entrichten. Er hatte einen anderen Interessenten gefunden, der das Hausgrundstück zu denselben Bedingungen von den Verkäufern kaufen wollte. Der Notar beurkundete einen Aufhebungsvertrag zwischen den Verkäufern und dem Kostenschuldner. Nach dessen Ziff. 1 traten die Verkäufer mit Zustimmung des Kostenschuldners vom damaligen Kaufvertrag zurück. In Ziff. 2 bewilligte und beantragte der Kostenschuldner auf seine Kosten die Löschung der vorbezeichneten Auflassungsvormerkung im Grundbuch. Unter Ziff. 3 verpflichtete sich der Kostenschuldner für den Fall, dass ein etwaiger Nachfolgekäufer irgendwelche Gewährleistungsansprüche wegen Sachmängeln geltend machen sollte, die Verkäufer hieraus frei zu stellen bzw. Ersatz zu leisten. Die Kosten der Urkunde trug gem. Ziff. 4 der Kostenschuldner.

Für die Beurkundung des Aufhebungsvertrags hat der Kostengläubiger zunächst gem. § 38 II Nr. 3 KostO die Hälfte der vollen Gebühr aus dem Gegenstandswert (= Kaufpreis) in Rechnung gestellt. Diesen Betrag hat der Kostenschuldner auch entrichtet.

Anlässlich der Prüfung der Amtsgeschäfte hat der Bezirksrevisor diesen Gebührenansatz beanstandet und die Auffassung vertreten, dass eine doppelte Gebühr gem. § 36 II KostO aus dem Gegenstandswert zu erheben seien. Dem hat der Kostengläubiger in einer weiteren Kostenrechnung entsprochen und 1 276,50 DM brutto nacherhoben. Dagegen richtete sich die vom Kostenschuldner erhobene Erstbeschwerde, der der Präsident des Landgerichts als vorgesetzte Dienstbehörde des Notars entgegengetreten ist.

Das Landgericht hat das Rechtsmittel mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Nachberechnung geboten gewesen sei, weil ein nicht nur schuldrechtlicher Vertrag aufgehoben worden sei. Der Kaufvertrag sei wegen der Eintragung der bewilligten Auflassungsvormerkung nicht mehr unter die Gebührenprivilegierung gem. § 38 II Nr. 3 KostO falle, sondern unter § 36 II KostO. Auch wenn der Aufhebungsvertrag nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hier nicht der notariellen Form bedurft habe, so sei die Berechnung der weiteren Gebühren nicht deshalb gem. § 16 KostO wegen unrichtiger Sachbehandlung niederzuschlagen, weil der Notar den Kostenschuldner hierauf und auf die zu erwartenden höheren Gebühren nicht hingewiesen habe; unter den im vorliegenden Fall gegebenen Umständen sei davon auszugehen, dass auch bei einem entsprechenden Hinweis der Aufhebungsvertrag notariell beurkundet worden wäre. Das Landgericht hat die weitere Beschwerde gegen seine Entscheidung zugelassen, weil die Frage der Anwendbarkeit von § 38 II Nr. 3 KostO bei Eintragung einer Vormerkung obergerichtlich noch nicht entschieden sei.

Gegen die Entscheidung des Landgerichts richtet sich die innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe eingegangene weitere Beschwerde des Kostenschuldners, der keine weitere Zahlung mehr leisten will.

2. Die gem. § 156 II KostO im Umfang der Zulassung durch das Landgericht statthafte weitere Beschwerde des Schuldners ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Die Bestätigung der ergänzenden Kostenrechnung des Kostengläubigers durch das Landgericht ist rechtsfehlerhaft.

a) Nach allgemeiner Meinung greift die kostenrechtliche Privilegierung für einen Aufhebungsvertrag gem. § 38 II Nr. 3 KostO schon dann nicht mehr ein, wenn der aufzuhebende Vertrag von einer Seite auch nur teilweise bereits erfüllt worden ist (Rohs/Wedewer, KostO (Stand Dez. 1999), Rn. 17, 19; Korintenberg/Bengel, KostO, 14. Aufl., Rn. 29f; Hartmann, KostenG, 29. Aufl., Rn. 18 – je zu § 38 KostO). Streit besteht im Schrifttum, ob eine derartige Teilerfüllung bereits ab Eintragung einer Vormerkung gem. § 883 BGB ins Grundbuch vorliegt oder erst ab Entstehung eines Anwartschaftsrechts. Veröffentlichte gerichtliche Entscheidungen zu dieser Frage sind nicht ersichtlich.

Nach Rohs/Wedewer (a. a. O.) ist die Eintragung einer Vormerkung als solche als Teilerfüllung zu werten (unklar Korintenberg/Bengel, a. a. O., die nur die Bewilligung einer Auflassungsvormerkung erwähnen und hier noch keine Teilerfüllung bejahen). Dagegen ist nach Lappe (Tschischgale/Lappe, KostRspr, Stand Jan. 2000, Anm. zu Nr. 30 zu § 38 KostO) eine teilweise Erfüllung des schuldrechtlichen Grundgeschäfts im Zusammenhang mit einer Vormerkung gem. § 883 BGB erst dann anzunehmen, wenn die Aufhebung des Vertrags nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der notariellen Beurkundung bedarf.

b) Der Senat tritt der zuletzt genannten Auffassung bei.

Der Grund für die differenzierende höchstrichterliche Rechtsprechung zur Formbedürftigkeit von Aufhebungsverträgen zu Grundstückskaufverträgen bei Eintragung einer Vormerkung liegt darin, dass der Bundesgerichtshof ein als ein dingliches Recht anzuerkennendes Anwartschaftsrecht und damit eine Rückübertragungspflicht in Bezug auf ein dingliches Recht an einem Grundstück erst bejaht, wenn über die Eintragung einer Vormerkung hinaus auch die Auflassung in Bezug auf das (Voll-) Recht erfolgt ist (vgl. BGHZ 103, 179; BGH DB 1984, 713; BGHZ 83, 395, 398).

Dem entspricht die rechtliche Qualifikation der Vormerkung gem. § 883 BGB durch die herrschende Meinung. Danach ist eine Vormerkung weder ein dingliches Recht, noch ein solches, das ein dingliches Recht aufschiebend verschafft, sondern ein mit gewissen dinglichen Rechtswirkungen ausgestattetes Sicherungsmittel eigener Art für einen schuldrechtlichen Anspruch auf dingliche Rechtsänderung (Palandt/Bassenge, 59. Aufl., Rn. 2 zu § 883 BGB m. w. N.). Als Sicherungsmittel lässt eine Vormerkung allein, auch wenn sie im Grundbuch eingetragen ist, noch kein dingliches Recht entstehen. Sie fällt ggf. zusammen mit dem Grundgeschäft – etwa bei Anfechtung – von selbst wieder weg und das Grundbuch wird in derartigen Fällen unrichtig. Erst wenn die Auflassung erfolgt ist, bewirkt die Eintragung einer Vormerkung ein Anwartschaftsrecht, welches als dingliche Teilerfüllung des Grundgeschäfts anzuerkennen ist. Erst dann ist es bei sachgerechter Auslegung von § 38 II Nr. 3 KostO aber geboten, eine teilweise Erfüllung des kausalen Grundgeschäfts (Kaufvertrag zu bejahen, so dass für die Rückabwicklung eine doppelte Gebühr gem. § 36 II KostO entsteht.

Da dieses Stadium im vorliegenden Fall bei Abschluss des Aufhebungsvertrags von Mitte 1997 noch nicht erreicht war, ist hier nur eine halbe Gebühr gem. § 38 II Nr. 3 KostO aus dem Wert des Kaufvertrags entstanden, die der Notar hier schon zuvor berechnet und erhalten hatte. Die ergänzende Gebührenrechnung und die angefochtene Entscheidung des Landgerichts waren danach aufzuheben, ohne dass es noch darauf ankam, ob wegen einer nur eingeschränkten Zulassung der weiteren Beschwerde auf den weiteren Einwand des Kostenschuldners noch einzugehen gewesen wäre, bei richtiger Belehrung durch den Notar über die fehlende Beurkundungsbedürftigkeit wäre der Aufhebungsvertrag nicht beurkundet worden.

Mitgeteilt am 8. Zivilsenat des OLG Stuttgart

Buchbesprechungen

ViaVoice Pro Millennium Edition,
Spracherkennungssoftware für Windows 95, 98 und NT 4.0, 399,– DM
ProfiExtension Recht und Wirtschaft, Mende Speech Solutions, Erweiterung zu ViaVoice, 498,– DM. Information: http://www.software.ibm.com/speech.de. bzw. http://www.speech.de

Das Spracherkennungssystem von IBM wurde bereits in früheren Versionen vorgestellt. In der neuen Version wurde die Bedienerfreundlichkeit dieses elektronischen Diktiersystems deutlich verbessert, außerdem auch die Anpassung des für die Erkennungsgenauigkeit und das Erkennungstempo entscheidenden Sprachprofils auf den jeweiligen Anwender. ViaVoice stellt sich dabei auf die individuelle Sprechweise und den Dialekt des Anwenders ein.
Das Erweiterungspaket Recht und Wirtschaft stellt 12 beliebig kombinierbare Fachvokabulare aus Recht und Wirtschaft für die Spracherkennung und damit insgesamt zusätzlich 40 000 Fachwörter

bereit. U. a. enthalten ist der Bereich Notariat, sowie verschiedene Gebiete aus dem Zivilrecht. Eine automatische Dokumentanalyse hilft bei der Festlegung, welche Fachgebiete sinnvollerweise eingebunden werden sollten.
Im Praxistest war bei Verwendung des Erweiterungspaketes eine erstaunliche Steigerung der Erkennungsleistung zu verzeichnen: tatsächlich arbeitet die Software im gewählten Fachbereich nahezu fehlerfrei. Allerdings geht ViaVoice verschwenderisch mit den Systemressourcen um und stellt hohe Voraussetzungen an die Leistungsfähigkeit des Systems. Die Erkennungsgeschwindigkeit hängt erkennbar von diesen Voraussetzungen ab. Auf modernen Systemen steigert ViaVoice in Verbindung mit dem Erweiterungspaket von Mende die Produktivität erheblich, sofern individuell große Textmengen zu erfassen sind. Diktiermakros ermöglichen darüber hinaus den Aufbau eines mit der Sprache verwaltbaren Textbausteinsystems, das eine echte Alternative zu einem manuell gesteuerten Textbausystem darstellen kann.

Markus Göter, wirtsch. Notariatsassesor, Göppingen

GmbH-Praktikum. Gründung, Gestaltung, Führung, Beendigung im Gesellschafts- und Steuerrecht, 3. Auflage. Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht Prof. Dr. Bert Tillmann und Regierungsdirektor a. D. Willi Winter. Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 1999. 421 Seiten Lexikonformat, geb. 86,— DM.

Die Verfasser tragen mit ihrer gelungenen Neuauflage der Schnelllebigkeit im GmbH-Recht Rechnung. Die 3. Auflage ist angesichts eingetretener zahlreicher Gesetzesänderungen, neu geschaffener Gesetze und neuer Rechtsprechung gänzlich überarbeitet und erweitert worden. Zu nennen sind hier beispielsweise das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002, das sich zusammen mit dem vorgeschalteten Steueränderungsgesetz 1998 auch auf die Besteuerung der GmbH auswirkt. Im Bereich der neu geschaffenen Gesetze sind das Handelsrechtsreformgesetz, das Kapitalaufnahmeerleichterungsgesetz (Freistellung von Minderheitsgesellschaftern von der Kapitalersatzhaftung) sowie das KonTraG (Freistellung von beitretenden Darlehensgebern von der Kapitalersatzhaftung) und die Insolvenzordnung zu nennen. überarbeitet und den Entwicklungen angepaßt sind unter anderem folgende Gebiete: Wesentliche Beteiligung, Spekulationsgeschäfte mit GmbH-Anteilen, Haftung der Vor-GmbH, die verschleierte Sacheinlage sowie deren Heilung, verdeckte Gewinnausschüttung, usw.
Das Buch hat seinen bewährten Aufbau beibehalten. Es orientiert sich in der Darstellung am Leben der GmbH, von ihrer Gründung über den gesellschaftsrechtlichen Alltag bis zu ihrer Beendigung. Behandelt werden in insgesamt sieben Teilen: Alle Rechtsprobleme im Rahmen der Gründung der GmbH einschließlich steuerlicher †berlegungen, die Gestaltung des Gesellschaftsvertrages, die Besteuerung des Einkommens der GmbH sowie der Gesellschafter, Beschaffung und Erhaltung des Eigenkapitals, Gesellschafterdarlehen und -bürgschaften, Gestaltung des Geschäftsführervertrages, Besonderheiten der Einmann-GmbH sowie die Beendigung der Gesellschaft.
Die Vertragsgestaltung wird in allen Bereichen mehr und mehr von steuerlichen Gegebenheiten und Zwängen beeinflußt, denen sich der Rechtsberater nicht entziehen kann. Das Anliegen des Werkes ist es, die Abhängigkeiten und Verzahnungen von Gesellschaftsrecht und Steuerrecht aufzuzeigen und damit eine sachgerechte Lösung im zivil- als auch im steuerlichen Bereich zu erreichen. Die beiden Stoffgebiete sind deshalb aufeinander abgestimmt, ständige Querverweisungen stellen den inneren Bezug der beiden Rechtsgebiete her. Die Schwerpunkte des Werkes sind etwa dahingehend verteilt, dass ca.1/3 der Darstellung sich mit den zivilrechtlichen Bereichen befassen, während ca. 2/3 des Werkes von den steuerlichen Erörterungen eingenommen werden. Das Werk ist übersichtlich nach Sachgesichtspunkten gegliedert. Besondere Hinweise oder Formulierungshilfen sind optisch hervorgehoben. Das Werk enthält trotz zahlreicher wertvoller Gestaltungsempfehlungen keinen Formularteil für gesellschaftsrechtliche Klauseln. Dies stellt keinen Nachteil dar, vielmehr würden Formulierungsbeispiele den gesteckten Rahmen des Werkes sprengen und von der eigentlichen Thematik, der Verzahnung des Zivil- und Steuerrechts zu weit wegführen.
Das Werk ist auch in der 3. Auflage ein unentbehrlicher Ratgeber für jeden GmbH-Berater und kann uneingeschränkt empfohlen werden.

Notar Wolfgang Schmenger, Heidelberg

Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 3. Auflage. Von Rechtsanwalt Horst Müller. NJW – Schriftenreihe, Heft 43. C. H. Beck Verlag, München 1999. XXII, 558 Seiten kartoniert DM 86.—.

Das übersichtliche und handliche Werk liegt nunmehr in 3. völlig neu bearbeiteter Auflage vor. Der zeitliche Abstand zur letzten Auflage aus dem Jahre 1992 sowie die mittlerweile ergangene Rechtsprechungsfülle bzw. eingetretene Rechtsprechungsentwicklung machten eine umfassende Überarbeitung notwendig. Beispielhaft sind hier die Entwicklungen im Bereich der Hausgeldschuldnerschaft bei Eigentümerwechsel und bei Anordnung der Zwangsverwaltung oder der Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder der Bereich der Verwalterhaftung zu nennen. Im Zuge der baulichen Entwicklung in der BRD, insbesondere der immer kleiner und teurer werdenden Grundstücke und der damit verbundenen hohen baulichen Auslastung, hat Wohnungseigentum stetig zunehmende Bedeutung erlangt. Gerade in den Ballungsräumen ist für die tägliche Arbeit des Notars die Beurkundung von Wohnungseigentum und damit verbundener Teilungserklärungen die Regel, die Beurkundung sonstiger Immobilien fast die Ausnahme geworden. Damit korrespondiert die stetige Zunahme von Problemen und gerichtlichen Auseinandersetzungen innerhalb der Eigentümergemeinschaften. Der Verfasser behandelt in einer bewundernswert detaillierten und umfassenden Zusammenstellung alle Bereiche der Eigentümergemeinschaft, angefangen von den Begründungsformen des Wohnungseigentums und damit verbundener Probleme (z. B. Mitsondereigentum, Dienstbarkeiten, Grenzüberbau), über die Abgrenzungsfragen zwischen Gemeinschaftseigentum, Sondereigentum und Sondernutzungsrechte, Veräußerungsbeschränkungen (z. B. Zustimmungsversagungsgründe), bis hin zu den Rechten und Pflichten der Wohnungseigentümer (z. B. Gebrauchsrechte und ihre Schranken, Hausordnung, bauliche Veränderungen), den Lasten- und Kostentragungsproblemen (z.B. Hausgeld, Sonderumlagen, Kostenverteilung), den Rechtsfragen über die Einberufung und Abhaltung der Wohnungseigentümerversammlung sowie der Bestellung und Abberufung des Verwalters. Das Werk schließt mit einem verfahrensrechtlichen Teil von immerhin knapp 100 Seiten.
Man kann das Buch auch so beschreiben: Es gibt kaum ein Thema im Bereich des Wohnungseigentums, zu dem man in dem Werk nichts findet, sei es, daß man sich über die Rechtmäßigkeit einer Satellitenanlage, das Kürzen von Bäumen und Sträuchern oder das Errichten eines Springbrunnens im Garten des Sondernutzungberechtigten kundig machen will. Das Werk kann uneingeschränkt empfohlen werden; es stellt für jeden mit dem Wohnungeigentum befaßten Praktiker eine wertvolle Hilfe und Fundgrube bei der Beantwortung der mit diesem Rechtsgebiet zusammenhängenden Fragen dar.

Notar Wolfgang Schmenger, Heidelberg

Impressum:
Schriftleiter: Herbert Staudenmaier, Notar, 73525 Schwäbisch Gmünd, Uhlandstraße 3 (Tel. 0 71 71/60 25 58), und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, 69115 Heidelberg, Kurfürstenanlage 23 (Tel. 0 62 21 / 59 14 70). Mit der Annahme des Beitrags geht das alleinige Veröffentlichungsrecht auf die Herausgeber über. Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen sind zu richten an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e. V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 07 11/2 23 79 51). Bezugspreis jährlich DM 75,–. Einzelnummer DM 10,–. Anzeigenverwaltung und Gesamtherstellung: Walcher & Rees GmbH, Druckerei und Verlag, 89520 Heidenheim, In den Seewiesen 16–18 (Tel. 0 73 21 / 35 00-0, Fax 0 73 21 / 35 00 15).