

BWNotz

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.
in Verbindung mit dem
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34
70174 Stuttgart

Schriftleitung

Notar Achim Falk,
Stuttgart

Notar Dr. Jürgen Rastätter,
Karlsruhe

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de

3/2006

Mai/Juni
Seiten 49-72

Inhalt

Abhandlungen

Ott

Niedrigere Erbschaft- und Schenkungs-
steuer durch Halten früher privaten
Grundbesitzes und Kapitalvermögens
in einer gewerblich geprägten
GmbH & Co KG 49

Berger

Fischereirechtsanträge – zügig
und rationell bearbeitet 51

Rechtsprechung 59

Buchbesprechungen 69

Einladung

zur ordentlichen Mitgliederversammlung des Württembergischen Notarverein e.V. am
Samstag, den 30. September 2006, 9.30 Uhr
in das Hotel Maritim, Alte Reithalle, Stuttgart.

Die Tagesordnung für die Mitgliederversammlung sieht folgendes vor:

1. **Bericht des Vorstands**
2. **Ansprachen der Gäste**
3. **Situation des Amtsnotariats**
4. **Aussprache**
5. **Entlastung des Vorstands und der Geschäftsführung**
6. **Wahlen**
 - a) **Vorstand**
 - b) **Beirat**
7. **Verschiedenes**

Der Vorstand:
Strobel, Kuhn, Schulz, Oelgray, Haußmann

Niedrigere Erbschaft- und Schenkungsteuer durch Halten früher privaten Grundbesitzes und Kapitalvermögens in einer gewerblich geprägten GmbH & Co KG

(von Diplom-Kaufmann Horst Ott, Wirtschaftsprüfer und Rechtsbeistand, Stuttgart)

I. Bisheriger Stand

Darüber habe ich in dieser Zeitschrift bereits früher (BWNotZ 2004, 1) berichtet. Schon dort habe ich angekündigt, dass auf diesem durch die Billionen-Welle für den Fiskus zunehmend interessanter werdenden Steuerrechtsgebiet Veränderungen beabsichtigt sind, zum Guten und zum Bösen. Der Koalitionsvertrag vom 11.11.2005 hat nun angezeigt, in welche Richtungen die Reformen gehen sollen.

Bemerkenswert in diesem Zusammenhang die Meldung der Stuttgarter Zeitung vom 25.01.06, der Rechnungshof des Landes Baden-Württemberg habe die um mindestens $\frac{1}{3}$ zu niedrige Erhebung der Erbschaftsteuer hier bei den zuständigen Finanzämtern gerügt. Es ist damit zu rechnen, dass im Finanzministerium aus dieser Feststellung Konsequenzen gezogen werden, so dass nicht nur die Steuerbürger und ihre Berater sondern auch die Notare verstärkt mit dieser komplexen Materie befasst werden.

II. Inhalt des Koalitionsvertrags zur Erbschaftsteuer

a)

Der Vorteil der bloßen GmbH & Co KG, nämlich Bewertung des Betriebsvermögens nur mit 65 % und Freibetrag von 225.000,- Euro (das ist die schlechte Nachricht) – fällt zum 01.01.2007 weg –.

b)

Vererben und Verschenken von produzierenden Betrieben oder Beteiligungen daran wird ab 01.01.2007 völlig steuerfrei gestellt. (das ist die gute Nachricht). Todesfälle 2006 können teuer werden!

Diese bevorstehende Steuererleichterung überrascht uns, weil die Linken in der SPD und anderswo die Erhöhung der Erbschaftsteuer angesichts der hohen Staatsverschuldung schon seit vielen Jahren mit großer Publikumswirkung anstreben. Folgerichtig wird die Ermäßigung mit der Sicherung

von Arbeitsplätzen und der Abwehr von Firmeninsolvenzen begründet, die auch über die Erbschaftsteuer wie folgt erreicht werden soll:

Bedingung ist die Weiterführung des Betriebs durch den Erben, wenn er die volle Befreiung anstrebt, über mindestens 10 Jahre (sonst Teilerlass in Höhe von $\frac{1}{10}$ für jedes Jahr der Fortführung)

c)

Dass die zu beachtenden Steuerrechtsänderungen mit einem Jahr Verzögerung, nämlich mit dem Karenzjahr 2006 wirksam gemacht werden sollen, wird mit dem in dieser Zeit erwarteten Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur Grundstücksbewertung begründet (statt bisher ca. 58 % des Verkehrswerts sollen künftig 85 % erfasst werden; dann wäre die völlige Befreiung des produzierenden Betriebsvermögens nur umso wirkungsvoller!).

Aus diesen Vorgaben folgt der

III. Steuerspar-Aktionsplan für 2006

a)

Einbringung von Grundstücken und sonstigem Privatvermögen in eine GmbH & Co KG (über die Neugründung s. BWNNotZ 2004, 1)

b)

Übertragung aller Anteile oder von Beteiligungen an die vorgesehenen Erben oder Rechtsnachfolger bis spätestens Ende 2006

c)

Dafür genügt ein privatschriftlicher Schenkungsvertrag für die Kommanditbeteiligungen; die Anmeldung des Gesellschaftswechsels zum Handelsregister bedarf nur der Unterschriftsbeglaubigung (sollen gleichzeitig Anteile an der Komplementär-GmbH übertragen werden, so ist dafür die notarielle Beurkundung unabdingbar).

d)

Erfolgt das nicht planbare Ableben des bisherigen Inhabers der GmbH & Co KG noch 2006, so treten als Steuervorteile ebenfalls ein: Bewertung des Betriebsvermögens nur 65 %, frei 225.000,- Euro.

IV. Steuerspar-Aktionsplan ab 01.01.2007

a)

Nach dem noch zu verabschiedenden Gesetz wird die Steuer zu 100 % erlassen, wenn der Erbe oder Beschenkte den Betrieb mehr als 10 Jahre lang weiterführt.

b)

Geringere Dauer der Fortführung führt zur Steuerbelastung von $\frac{1}{10}$ für jedes Jahr der kürzeren Dauer der Weiterführung.

c)

Bedingung der Begünstigung ist, dass das Übertragene Betriebsvermögen „produktiv“ ist. Vermietung und Vermögensverwaltung reichen nicht aus!

d)

Wegen des Gewerbebetriebs muss hier zusätzliche Gewerbesteuer kalkuliert werden, allerdings in im Vergleich zur Erbschaftsteuer geringer Höhe, zumal die Gewerbesteuer auf die Einkommensteuer anrechenbar ist.

e)

Inhalt der für eine Erbschaftsteuer-Begünstigung ausersehenen GmbH & Co KG muss somit neben

aa) dem Grundbesitz und/oder dem Kapitalvermögen ein

bb) produktives Gewerbe sein. Nach der Rechtsprechung reicht dafür ein kleiner Handelsbetrieb aus (BFH: Obstkarren!), aber auch eine Versicherungsvertretung oder die Tätigkeit als Handelsvertreter oder Makler müsste ausreichend sein, schon gar eine Produktion durch Warenverarbeitung. Wichtig wird als Nachweis werden

cc) mindestens ein versicherungspflichtiger Arbeitnehmer, weil die ganze Begünstigung ja auch mit den Arbeitsplätzen begründet wird.

f)

Grundvoraussetzung ist natürlich wieder die im früheren Aufsatz ausführlich beschriebene Gründung der GmbH & Co KG und die Übertragung von Grund- und Kapitalvermögen auf diese.

g)

Sodann kann der Senior Gesellschaftsanteile steuerfrei auf die Nachfolger übertragen, um die Begünstigung sofort zu realisieren.

h)

Wird die Sicherheit der Steuerfreiheit für den Erbgang durch Ableben angestrebt, so kann alsdann zugewartet werden. Allerdings ist das Risiko nicht auszuschließen, dass durch spätere Gesetzesverschärfung die Steuer wieder eingeführt wird. Durch vorweggenommene Erbfolge ist man da mindestens steuerlich auf der sicheren Seite.

V. Bis 31.12.2006 begünstigte GmbH & Co KG

a)

Die unter III. geschilderten Steuervorteile sollen ab 01.01.2007 wegfallen. Wir haben aber noch fast ein halbes Jahr Zeit!

b)

Was kann heute zur Erhaltung derselben getan werden?

aa) Übertragung auf die Nachfolger bis spätestens 31.12.2006.

bb) Ausstattung der Firma mit einem gewerblichen, produktiven Inhalt, vgl. dazu oben IV e) aa) – cc).

c)

Dann käme es allerdings zu einer Steuerersparnis von bis zu 100 %, während es nach altem Recht bis 2006 höchstens ca. 40 % gewesen waren. Die Gestaltung einer „produktiven“ Gesellschaft kann somit hochrentabel – im steuerlichen Sinn – sein. Steuerberatung dafür tut Not!

VI. Aktueller Ausblick

Der Deutsche Bundestag hat am 29.6.2006 die erste Stufe der Steuerreform der Großen Koalition verabschiedet. Die Unternehmenssteuerreform samt Erbschaftsteuer war noch nicht dabei. Die weiteren Reformvorhaben des Bundestags bis zur Sommerpause Ende Juli enthalten die Erbschaftssteuer ebenfalls nicht.

Wie vorne gesagt, soll die Erbschaftsteuer erst reformiert werden, wenn das lange erwartete Urteil des BVerfG zur Grundstücksbewertung vorliegt, das ist aber nach meiner Kenntnis noch nicht in Sicht.

Daher ist es nicht ausgeschlossen, dass sich alles um ein Jahr verschiebt. Erbschaftsteuerfreiheit der Betriebe demnach erst ab 1.1.2008, dafür aber der alte Freibetrag von 35 % bis 31.12.2007. Wer auf der sicheren Seite sein will, muss die GmbH & Co. KG noch 2006 gründen und auch sofort auf die Nachfolger übertragen. Er riskiert sonst, dass die alte Begünstigung nicht mehr und die neue noch nicht gilt. Das könnte für viele Betriebe eine existenzgefährdende Belastung sein.

Fischereirechtsanträge – zügig und rationell bearbeitet

(von Thilo Berger – Notaranwärter in Ellwangen/Jagst)

I. Einleitung

Auch heute noch – 24 Jahre nach In-Kraft-Treten des Fischereigesetzes (FischG) – liegen bei vielen Grundbuchämtern noch zahlreiche unerledigte Anträge auf Einbuchung von Fischereirechten.

Der Grund dafür, dass diese über einen solch langen Zeitraum hinweg noch nicht oder nur teilweise bearbeitet wurden, mag unter anderem darin liegen, dass aufgrund der ungewohnten und undurchsichtigen Materie und aufgrund des vom „normalen“ Geschäftsanfall abweichenden Verfahrensablaufs die Grundbuchämter verunsichert sind und gewissermaßen vor allem, was in irgendeiner Form mit Fischereirechten zusammenhängt, zurückschrecken. Hinzukommt, dass das Verfahren zur Einbuchung von Fischereirechten ein sehr zeitraubender, langwieriger Prozess ist. Aufgrund der Tatsache, dass das Verfahren zur Einbuchung von Fischereirechten ein Amtsverfahren ist (s.u.), wird den Grundbuchämtern ein höheres Maß an Arbeitseinsatz abgefordert, als sie es vom gewöhnlichen Antragsverfahren her gewohnt sind.

Dieser Beitrag hat zum Ziel, den Grundbuchämtern als Richtschnur zur Bearbeitung von Fischereirechten zu dienen und ein Grundlagenwissen in diesem Bereich zu vermitteln, ohne dabei zu sehr auf Spezialitäten des Einzelfalles oder auf Besonderheiten in einzelnen Landesteilen¹ einzugehen. Hierbei soll vor allem herausgestellt werden, auf welche entscheidungserheblichen Tatsachen es im Verfahren überhaupt ankommt und wie diese ermittelt werden.

II. Fischereigesetz vom 1.1.1981

Nach In-Kraft-Treten des Fischereigesetzes (FischG) am 1. Januar 1981 sind die Grundbuchämter mit Anträgen auf Einbuchung von Fischereirechten teilweise regelrecht überhäuft worden. Hintergrund ist Art. 69 EGBGB, § 6 Abs. 1, 6 FischG, wonach die bei In-Kraft-Treten des Gesetzes bestehenden selbständigen Fischereirechte zwar aufrechterhalten bleiben, jedoch erlöschen, wenn sie nicht bis zum 31.12.1988 in das Grundbuch – soweit selbständige Fischereirechte (siehe unten II.2.a) – bzw. in das Verzeichnis der Fischereirechte beim Landratsamt – soweit nicht selbständige Fischereirechte – eingetragen werden bzw. die hierzu erforderlichen Anträge gestellt werden.

Soweit solche Fischereirechte nicht bestehen bzw. wegen Fristversäumung erloschen sind, gilt die gesetzliche Regelfischereiberechtigung des § 4 FischG, wonach das Fischereirecht an Gewässern erster Ordnung dem Land, an Gewässern zweiter Ordnung innerhalb des Gemeindegebietes der Gemeinde und in allen anderen Gewässern dem Eigentümer des Gewässerbettes zusteht.

Zu beachten ist jedoch, dass auch in Fällen, in denen der Inhaber des zur Eintragung beantragten Fischereirechts mit dem Regelfischereiberechtigten nach der gesetzlichen Regelung identisch ist, die Eintragung nicht im Hinblick hierauf abgelehnt werden kann², denn die Inhaberschaft eines bestehenden selbständigen Fischereirechts ist rechtlich etwas anderes als die (nicht eintragungsfähige) gesetzliche Regelfischereiberechtigung. Das Recht besteht dann nämlich unab-

hängig von der gesetzlichen Regelung, sein Inhaber ist Änderungen der gesetzlichen Regelfischereiberechtigung nicht unterworfen.

III. Das Grundbuchverfahren

1. Amtsverfahren

Das Verfahren zur Einbuchung von Fischereirechten im Grundbuch richtet sich nach den §§ 116 ff. GBO (Anlegung von Grundbuchblättern)³. Es handelt sich hierbei um ein Amtsverfahren. Der Antrag auf Einbuchung des Fischereirechtes hat hierbei lediglich verfahrenseinleitende Wirkung; er stellt keinen Antrag i.S.d. §§ 13, 30, 31 GBO dar, sondern eine Anregung an das Grundbuchamt, von Amts wegen tätig zu werden, welche keiner besonderen Form bedarf.

Das Amtsverfahren unterscheidet sich grundlegend von dem im Grundbuchverfahren sonst üblichen Antragsverfahren nach den §§ 13 ff. GBO. In § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO heißt es: „Eine Eintragung soll, soweit nicht das Gesetz etwas anderes vorschreibt, nur auf Antrag erfolgen.“

Eine solche abweichende Anordnung enthält § 116 GBO, der besagt, dass die Anlegung von Grundbuchblättern von Amts wegen zu erfolgen hat.

Im Gegensatz zum Antragsverfahren nach §§ 13 ff. GBO ergeben sich daher folgende Besonderheiten:

a) Untersuchungsgrundsatz § 12 FGG

Im Amtsverfahren hat das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen. Dies ergibt sich aus § 12 FGG, der auch in den Amtsverfahren der GBO gilt, da das Grundbuchverfahren ebenfalls Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist und die als *lex specialis* dem § 12 FGG vorgehenden Bestimmungen der §§ 13 ff. GBO im Amtsverfahren gerade nicht zur Anwendung kommen.

Das Grundbuchamt entscheidet hiernach zum einen über die Beweisbedürftigkeit bestimmter Tatsachen und über die Verwertung der Beweise, zum anderen ist es für die Feststellung des Sachverhaltes selbst verantwortlich. Es gilt der Grundsatz der *Offizialmaxime*, d.h. der Fortgang des eingeleiteten Verfahrens liegt in den Händen des Grundbuchamts und nicht mehr in denen der Beteiligten. Ein Einverständnis derer ist nicht erforderlich⁴, andererseits darf Ihnen auch nicht die Beibringung der entscheidungserheblichen Tatsachen aufgebürdet werden, da dies dem Amtsverfahren zuwiderläufe. Jedoch sind auch im Bereich des Amtsverfahrens Mitwirkungspflichten der Beteiligten nicht ausgeschlossen.⁵ So muss der Antragsteller z.B. das Gewässer bezeichnen, an denen er ein Fischereirecht geltend macht (jedoch nicht in der Form des § 28 GBO) und er hat ggf. die Urkunden, die seine Rechtsinhaberschaft nachweisen, soweit solche vorhanden, dem Grundbuchamt auch vorzulegen.

Auf keinen Fall jedoch darf sich der Grundbuchbeamte zurücklehnen und die Beschaffung entscheidungserheblicher

³ Demharter, Grundbuchordnung, 24. Auflage, § 3 Rn. 9

⁴ Brehm, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Auflage, Rn. 251

⁵ Brehm, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Auflage, Rn. 252; Keidel/Kayser, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 14. Auflage, Rn. 88 ff.

¹ siehe hierzu Schmid, BWNNotZ 1986, 125 f.

² Böhringer, BWNNotZ 1986, 127

Informationen den Beteiligten auferlegen, schon gar nicht in der Form des § 29 GBO. Denn er hat selbst zu ermitteln.

b) Beweismittel

Das Antragsverfahren der GBO ist gem. § 29 GBO auf den Urkundenbeweis beschränkt. Diese Beschränkung fällt im Amtsverfahren weg. Dem Grundbuchamt stehen sämtliche förmlichen Beweismittel der ZPO, also Augenschein (§§ 371 ff. ZPO), Zeugenbeweis (§§ 373 ff. ZPO), Sachverständigenbeweis (§§ 402 ff. ZPO), Urkundenbeweis (§§ 415 ff. ZPO) und Parteivernehmung (§§ 445 ff. ZPO) zur Verfügung. Fraglich ist, ob auch hier – wie in sonstigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit – der gesetzlich nicht geregelte Freibeweis gilt, wonach auch andere als die förmlichen Beweismittel der ZPO nach pflichtgemäßem Ermessen des Gerichts zulässig sind. Im Hinblick auf die weitreichenden Folgen einer Grundbuchposition, v.a. im Hinblick auf gutgläubigen Erwerb, ist nach Meinung Böhringer der Freibeweis wohl im Verfahren auf Anlegung von Grundbuchblättern nicht zulässig.⁶

Dies ist sicherlich insoweit richtig, als die Ermittlungen im Wege des Strengbeweises zu einem Ergebnis führen. Wo solche Ergebnisse jedoch auf diesem Weg nicht erzielt werden können, dürften wohl auch Ermittlungen im Wege des Freibeweises möglich sein.⁷ Denn es ist auf jeden Fall der Rechtsinhaber des Fischereirechts zu ermitteln. Dies ergibt sich aus § 123 GBO, nach dessen Ziff. 3 notfalls derjenige einzutragen ist, dessen Rechtsinhaberschaft nach der Sachlage am wahrscheinlichsten erscheint. Hieraus kann man die Zulässigkeit der Verwertung von Ermittlungsergebnissen ersehen, die nicht im Wege einer förmlichen Beweisaufnahme verifiziert worden sind.

Vom Beweisverfahren strikt zu trennen ist jedoch die Sammlung des Verfahrensstoffes⁸. Hierin ist das Grundbuchamt keinesfalls beschränkt, jedoch hat es selbst tätig zu werden, und darf die Informationsbeschaffung nicht auf die Beteiligten abwälzen. Die Frage, inwieweit der gesammelte Verfahrensstoff dann einer förmlichen Beweisaufnahme zu unterziehen ist oder inwieweit das Grundbuchamt diese ohne eine solche Beweisaufnahme in seine Würdigung miteinbeziehen kann, ist dann nach dem oben Gesagten wie folgt zu beantworten:

Eine Pflicht zu einer förmlichen Beweisaufnahme ergibt sich immer dann, wenn durch formlose Ermittlungen (Freibeweis) eine hinreichende Sachaufklärung nicht möglich ist⁹, oder wenn bestimmte Tatsachen unter den Beteiligten streitig sind¹⁰. Im Hinblick auf die Rechtsinhaberschaft sind aufgrund der weitreichenden Folgen einer Grundbuchposition jedoch stets die förmlichen Beweismittel vorzuziehen. Zur Ermittlung der Rechtsinhaberschaft vgl. unten II.3.

Ist insoweit eine förmliche Beweisaufnahme angezeigt, so ist der Erlass eines Beweisbeschlusses zwar nicht notwendig, jedoch zulässig.¹¹ Es gilt dann der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme, § 355 ZPO, analog¹², d.h. die Beweisaufnahme hat vor dem Grundbuchbeamten zu erfolgen.

c) keine Zurückweisung, keine Zwischenverfügung

Da – wie oben unter III.1. dargelegt – der „Antrag“ auf Einbuchung der Fischereirechte kein Antrag i.S.d. §§ 13 ff. GBO,

sondern eine Anregung an das Grundbuchamt ist, von Amts wegen tätig zu werden, sind auch Antragszurückweisungen und Zwischenverfügungen¹³ fehl am Platz. Das Grundbuchamt hat im Verfahren von Amts wegen zu ermitteln. Eine Zwischenverfügung, welche im Antragsverfahren dazu dient, dem Antragsteller die Beibringung fehlender Eintragungsgrundlagen innerhalb einer gesetzten Frist (unter Wahrung der rechtlichen Wirkungen seines Antrages) aufzugeben, ist mit dem Wesen des Amtsverfahrens, bei dem das Grundbuchamt selbst ermitteln muss, unvereinbar.

Daher kann auch keine Antragszurückweisung im Hinblick auf nicht vorgelegte Beweismittel erfolgen.

Eine Antragszurückweisung für den Fall, dass der Antragsteller nach den Ermittlungen des Grundbuchamts nicht der Rechtsinhaber des Fischereirechts ist, ist zwar möglich¹⁴, erledigt aber das Verfahren nicht, denn die Ermittlungen nach dem wahren Rechtsinhaber sind weiterhin von Amts wegen zu betreiben.

2. Feststellung des „Objekts“

a) Erfordernis eines selbständigen Fischereirechts

Dem Rechtscharakter nach zu unterscheiden sind selbständige und unselbständige Fischereirechte, dem Inhalt nach beschränkte und nicht beschränkte Fischereirechte.

Im Grundbuch als grundstücksgleiches Recht eintragungsfähig sind lediglich die **selbständigen** Fischereirechte, nicht die unselbständigen.¹⁵ Es ist also zunächst zu klären, ob es sich um ein selbständiges Fischereirecht handelt. Selbständige Fischereirechte sind solche, welche nicht mit dem Eigentum an einem bestimmten Grundstück verbunden sind.¹⁶

Fischereirechte, welche mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden sind, können nicht durch Anlegung eines besonderen Grundbuchblattes im Grundbuch eingetragen werden. Solche unselbständigen Fischereirechte liegen vor, wenn es sich nach den Ermittlungen des Grundbuchamtes um ein Privatgewässer handelt – denn an diesen besteht ein Fischereirecht für den Eigentümer des Gewässerbettes (näheres s.u. III.3.b.) – oder im Falle von Grunddienstbarkeiten, welche dem jeweiligen Eigentümer eines anderen Grundstückes ein Fischereirecht gewähren.

Solche Grunddienstbarkeiten sind entweder schon im Grundbuch als Belastung in Abt. II eingetragen, oder sie bestehen gem. Art. 184 EGBGB auch ohne Eintragung im Grundbuch fort. Wird deren Eintragung im Grundbuch beantragt, handelt es sich um eine gewöhnliche Grundbuchberichtigung, welche nach den §§ 13 ff. GBO zu behandeln ist. Es gilt also das Antragsverfahren, nicht das Amtsverfahren.

Nur wenn das Grundbuchamt zu dem Ergebnis kommt, dass es sich um ein **selbständiges**, also nicht mit dem Eigentum am Grundstück verbundenen Fischereirecht handelt, dann ist das Anlegungsverfahren nach §§ 116 ff. GBO durchzuführen.

Solche selbständigen Fischereirechte bestehen an öffentlichen Gewässern, welche bereits vor 1900 bestanden haben (näheres s. u. III.2.c.).

Sie sind in der Regel vererblich und veräußerlich, wobei ergänzend zu bemerken ist, dass durchaus auch nicht vererbliche und nicht übertragbare Fischereirechte, nämlich als beschränkte persönliche Dienstbarkeit oder Nießbrauch, möglich sind. Sie stellen in diesem

⁶ Böhringer, BWNNotZ 1986, 129

⁷ Meikel/Ebeling, § 118, Rn. 7

⁸ Brehm, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Auflage, Rn. 286

⁹ Keidel/Kayser, Kommentar zum FGG, 14. Auflage, Rn. 42 zu § 12

¹⁰ Brehm, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Auflage, Rn. 288

¹¹ Keidel/Kayser, Kommentar zum FGG, 14. Auflage, Rn. 8 zu § 15

¹² Keidel/Kayser, Kommentar zum FGG, 14. Auflage, Rn. 10 zu § 15

¹³ Demharter, Grundbuchordnung, 24. Auflage, § 118 Rn. 3

¹⁴ OLG Stuttgart, Justiz 1990, 299

¹⁵ OLG Stuttgart, DJ 1984, 205

¹⁶ Schmid, BWNNotZ 1986, 122; Meikel/Böhringer, § 136 Rn. 34

Fall eine Belastung eines Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts dar und sind nicht mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden. Fraglich ist nun, ob hieraus die Eigenschaft als selbständiges Fischereirecht hergeleitet werden kann.¹⁷

Art. 196 EGBGB, welcher besagt, dass landesgesetzlich bestimmt werden kann, dass auf ein an einem Grundstück bestehendes vererbliches und übertragbares Nutzungsrecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften Anwendung finden, steht der Charakterisierung dieser unvererblichen und unübertragbaren Dienstbarkeiten/Nießbrauchsrechte als grundstücksgleiche Fischereirechte i.S.d. § 6 Abs. 3 FischG nicht entgegen, da Art. 69 EGBGB ausdrücklich das Fischereirecht dem Landesgesetzgeber unterstellt. Dieser hat also auch für unvererbliche und unübertragbare Fischereirechte die Möglichkeit, diese als grundstücksgleiche Rechte zu qualifizieren. Dass der Gesetzgeber bei solchen Dienstbarkeiten/Nießbrauchsrechten von Ihrem Charakter als selbständige Fischereirechte ausging, könnte sich aus § 6 Abs. 4 FischG entnehmen lassen.

Fraglich ist, ob nun diese Rechte ebenfalls als grundstücksgleiche Rechte zu werten sind, ein eigenständiges Grundbuchblatt bekommen können¹⁸ und ebenfalls dem Anlegungsverfahren nach § 116 ff. GBO unterliegen.

Wenn man wie Schmid von deren Charakter als selbständige Rechte ausgeht und dies aus § 6 Abs. 4 FischG entnimmt, dann muss man wohl konsequenterweise auch diese Rechte nach § 6 Abs. 3 FischG als grundstücksgleiche Rechte ansehen, für die man dann ein eigenes Grundbuchblatt nach § 116 ff. GBO anzulegen hat.

M.E. nach ist diesen als Dienstbarkeit oder Nießbrauch bestehenden Fischereirechten die Eigenschaft als selbständige grundstücksgleiche Rechte gänzlich abzusprechen. Sie bestehen lediglich als Belastung eines Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechtes. Somit stellt sich auch nicht die Frage, ob für diese ein eigenes Grundbuchblatt anzulegen ist oder nicht. Diese Ansicht lässt sich wohl auch aus den Ausführungen des BGH in BWNNotZ 1994, 42 herleiten: „Demgegenüber beschränkt sich die Belastung eines schon begründeten Rechts mit einer Dienstbarkeit oder einem Nießbrauch lediglich auf ein vom schon existenten Hauptrecht abhängiges mehr oder minder umfangreiches Nutzungsrecht, richtet sich aber nicht auf ein eigenständiges neues Recht“.

Nicht zu verwechseln ist die Unterscheidung von selbständigem/unselbständigem Recht mit der Unterscheidung von inhaltlich beschränkten/unbeschränkten Rechten. Beschränkte Fischereirechte geben nach § 3 Abs. 2 FischG nur die Befugnis, Fische bestimmter Fischarten, mit bestimmten Fangmitteln, zu bestimmten Zeiten, für den häuslichen Gebrauch oder in anderer Weise beschränkt zu fangen und sich anzueignen. Nach BGH III ZR 19/91¹⁹ sind solche beschränkten Fischereirechte Ausschnitte aus unbeschränkten Fischereirechten insoweit, als sie nur zur Ausübung eines Teils der dem Inhaber des unbeschränkten Rechts zustehenden Gestattungen berechtigen. Hierbei betont der BGH jedoch, dass beschränkte Fischereirechte keine dingliche Belastungen eines unbeschränkten Fischereirechts (z.B. Nießbrauch; Dienstbarkeit) sind, selbst wenn dieses vom beschränkten Recht in einzelnen Beziehungen ausgeschlossen wird, sondern dass beschränkte Fischereirechte in gleicher Weise wie unbeschränkte begründet werden. Es ist also das beschränkte selbständige Fischereirecht nicht mit der dinglichen Belastung eines (beschränkten oder unbeschränkten) selbständigen Fischereirechts zu verwechseln. Somit wurde vom BGH klargestellt, dass weiterhin die dingliche Belastung von selbständigen Fischereirechten möglich ist, auch wenn diese inhaltlich beschränkt sind, und auch wenn § 6 Abs. 1 Satz 2 FischG vorgibt, dass beschränkte Fischereirechte nicht neu begründet werden können. Untersagt wird lediglich die Schaffung neuer selbständiger beschränkter und deshalb zusätzlicher Fischereirechte.

Daran schließt sich dann zwangsläufig die Frage an, ob denn nach 1900 unbeschränkte selbständige Fischereirechte noch begründet werden konnten, oder ob dem der Typenzwang des Sachenrechts entgegensteht. Hierzu siehe unten III.2.c.

Als Ergebnis bleibt also festzuhalten: Im Anlegungsverfahren nach § 116 ff. GBO sind nur **selbständige** Fischereirechte zu berücksichtigen. Dies sind solche, welche nicht mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden sind und nach der hier vertretenen Auffassung sich auch nicht lediglich als dingliche Belastung eines Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechtes – in Form eines Nießbrauchs oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit – darstellen.

b) Feststellung des Gewässers

Zur Feststellung der Rechtsinhaberschaft, aber auch im Hinblick darauf, ob ein selbständiges Fischereirecht vorliegt oder nicht, ist eine Klassifizierung des Gewässers als öffentliches oder privates Gewässer erforderlich. Da bei der Beurteilung, ob ein selbständiges, buchungsfähiges Fischereirecht vorliegt, auf die Gegebenheiten am Stichtag 1.1.1900 abzustellen ist (siehe unten III.2.c.) ist für die Klassifizierung des Gewässers auch immer noch das Württembergische Wassergesetz von 1900 maßgeblich.

Hiernach sind öffentliche Gewässer die in natürlichen oder künstlichen Betten ständig fließenden Gewässer sowie die Seen, welche einen ständig fließenden Ablauf haben. (§ 1 Abs. 1 WürttWasserG). Alle übrigen Gewässer sind Privatgewässer. Dies gilt insbesondere für Teiche, Brunnen, Gräben oder Fischteiche. Eine Übersicht über die wichtigsten Arten öffentlicher Gewässer gibt Schmid in BWNNotZ 1986, 119 f.

Fischteiche sind dann öffentlich, wenn sie durch Aufstauen eines öffentlichen Gewässers entstehen oder von einem solchen durchflossen werden. Ist ein Teich mit einem oberirdischen öffentlichen Gewässer durch künstliche Vorrichtungen, z.B. Rohren, verbunden, dann besteht der Teich im Nebenschluss als Privatgewässer.

Das Grundbuchamt hat im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht gegebenenfalls Auskünfte beim Landratsamt – Wasserbehörde – einzuholen. Kommt das Grundbuchamt hiernach zu dem Schluss, dass ein öffentliches Gewässer vorliegt, so kommt das Bestehen eines selbständigen – und somit buchungsfähigen – Fischereirechts in Betracht. Gelangt es jedoch zu der Erkenntnis, dass ein Privatgewässer vorliegt (also z.B. geschlossene oder im Nebenschluss entstandene Teiche) so liegt in aller Regel ein mit dem Eigentum am Gewässerbett verbundenes, also nicht selbständiges – und damit auch nicht buchungsfähiges – Fischereirecht vor.

An fischereirechtlich selbständig befischbaren Zuflüssen besteht nach OLG Stuttgart ein eigenständiges Fischereirecht.²⁰ Nach dieser Entscheidung gibt es auch keinen Rechtssatz, wonach das Fischereirecht an einem Hauptfluss im Zweifel auch das Fischereirecht an einem (nicht selbständig befischbaren) Zufluss umfasst. Folglich ist das Fischereirecht an Nebenflüssen getrennt zu beurteilen. Es besteht hieran ein eigenständiges grundstücksgleiches Fischereirecht, welches dann auch im Grundbuch selbständig zu buchen ist. Es bekommt eine eigene Nummer im Bestandsverzeichnis, jedoch können die Fischereirechte am Hauptfluss und an den Zuflüssen bei gleicher Rechtsinhaberschaft auf dem selben Grundbuchblatt gebucht werden, vgl. § 4 Abs. 1 GBO.

¹⁷ so Schmid a.a.O.

¹⁸ Dies bestreitet Schmid, a.a.O. m.w.N. und Hinweis auf a.A. Karremann

¹⁹ abgedruckt in BWNNotZ 2/94, 37 ff.

²⁰ DJ 1969, 136

c) Stichtag 1.1.1900

Maßgeblicher Stichtag für die Beurteilung, ob überhaupt ein selbständiges Fischereirecht bestehen kann, ist der 1.1.1900, denn nach diesem Zeitpunkt konnten zum einen selbständige Fischereirechte nur nach den für Grundstücke geltenden Vorschriften (d.h. Einigung (Auflassung) und Eintragung) übertragen werden, zum anderen konnten nach diesem Zeitpunkt wohl auch keine neuen grundstücksgleichen Fischereirechte mehr begründet werden. Dies ergibt sich aus Art. 189 Abs. 1 Satz 3 EGBGB als Ausfluss des sachenrechtlichen Typenzwangs.²¹ Allenfalls aus Art. 69 EGBGB ließe sich entnehmen, dass auch für die Neubegründung eines Fischereirechts nach 1900 landesrechtliche abweichende Vorschriften getroffen werden können. Das Landgericht Ellwangen²² führt hierzu aus:

„Auch Art. 69 EGBGB [...] spricht nicht eindeutig dafür, dass selbständige Fischereigerechtigkeiten auch nach dem 1.1.1900 [...] noch erworben werden konnten. Diese Regelung ist nach Auffassung der Kammer so zu verstehen, dass lediglich in bestehende und noch im Entstehen begriffene Fischereirechte nicht eingegriffen werden sollte [...]. Als allgemeine Ausnahmeregelung vom Typenzwang des BGB für neu entstehende Fischereirechte ist diese Bestimmung nicht anzusehen.“

Demgegenüber stehen die Ausführungen des OLG Stuttgart²³

„Unter dem Erwerb eines Rechts ist sowohl dessen Neubegründung als auch dessen Übertragung zu verstehen. Seit dem 1.1.1900 konnte ein selbständiges Fischereirecht daher nur noch durch Auflassung und – im Regelfall – Eintragung im Grundbuch begründet oder übertragen werden.“

sowie diejenigen des BGH²⁴

„Selbständige Fischereirechte konnten seit dem 1. Januar 1900, wie ausgeführt nur nach den für Grundstücke geltenden Vorschriften durch Einigung (Auflassung) und Eintragung begründet oder übertragen werden (Art. 69, 196 EGBGB i.V.m. Art. 208/232 Württ.AGBGB).“

Egal, welcher Ansicht man folgt: auf jeden Fall kann ein selbständiges Fischereirecht nach 1900 nicht ohne Grundbucheintragung begründet oder übertragen werden.

Somit ist die Kenntnis der Gewässersituation am 1.1.1900 und der von heute unerlässlich. Im Rahmen der Amtsermittlung hat sich das Grundbuchamt diese Kenntnis selbst zu verschaffen. Es hat also beim Landratsamt – Vermessungsbehörde – Karten einzuholen, aus denen sich das in Frage stehende Gewässer zum Stichtag 1.1.1900 und Stand heute ergibt. Da keine Karten existieren, welche eine Momentaufnahme am 1.1.1900 widerspiegeln, ist ein Auszug aus der Urkarte von 1829 und eine Karte anzufordern, die den nächstmöglichen Zeitpunkt nach 1900 wiedergibt.

An diese Karten sind folgende Anforderungen zu stellen:

Der Gewässerverlauf muss sich so ergeben, dass eine spätere Beschreibung im Grundbuch mit hinreichender Bestimmtheit möglich ist. Insbesondere sollten die von dem Gewässer durchflossenen Flurstücke, sowie die Gemarkungsgrenzen ersichtlich sein.

d) Problem: Ausdehnung Gewässer

Grundsätzlich lässt sich den vorstehenden Ausführungen also die Erkenntnis entnehmen, dass das Grundbuchamt Gewässer, die nach 1.1.1900 entstanden sind, nicht zu berücksichtigen hat, da an diesen ja keine selbständigen Fischereirechte begründet sind.

Diese Aussage trifft jedoch in den Fällen nicht zu, in denen sich ein bestehendes, selbständiges Fischereirecht auf das nach 1.1.1900 entstehende Gewässer ausdehnt. Dies kommt vor allem in den Fällen in Betracht, in denen ein öffentliches Gewässer nach diesem Zeitpunkt aufgestaut wird, oder ein Teich im Nebenschluss zu diesem Gewässer entsteht. In diesen Fällen ist genau zu prüfen, ob eine Ausdehnung des selbständigen Fischereirechts auf den aufgestauten Bereich erfolgt, oder ob etwa an dem aufgestauten Bereich dann die gesetzliche Regelfischereiberechtigung nach § 4 FischG besteht. Hierzu sind folgende Fallkonstellationen zu unterscheiden:

1. Das aufgestaute Gewässer entstand nach dem 31.12.1980

Für diesen Fall ist in § 6 Abs. 1, §§ 4, 5 FischG geregelt, wann eine Ausdehnung bestehender Fischereirechte auf das neue Gewässer stattfindet. Nach § 5 Abs. 1, 3 FischG dehnen sich bestehende Fischereirechte insbesondere infolge von Gewässerbettveränderungen aus oder gehen für den Fall, dass ein Gewässer sein Bett verlässt, auf das neue Gewässer über, und zwar im Verhältnis ihrer Fläche und entsprechend ihrer räumlichen Lage. Nach der Fassung dieser Vorschrift gilt dies sowohl für den Fall, dass das Gewässer infolge natürlicher Ereignisse sein Bett verlässt, als auch für den Fall, dass dies infolge baulicher Maßnahmen (also z.B. der Fall des Nebenschlusses) geschieht.

Für den Fall, dass bei Aufstauung ein blind endendes Gewässer entsteht, erfolgt eine Ausdehnung des Fischereirechts gem. § 4 Abs. 4 FischG.

Es ist also für den Zeitraum nach dem 31.12.1980 unerheblich, ob die Aufstauung öffentliches Gewässer oder privates Gewässer (Nebenschluss) ist. In beiden Fällen findet eine Er Streckung des selbständigen Fischereirechts statt.

2. Das aufgestaute Gewässer entstand zwischen 1.1.1900 und 31.12.1980

Da das 1981 in Kraft getretene FischG nur nach dem 31.12.1980 entstandene Gewässer²⁵ oder solche erfasst bei denen der bisherige Rechtsinhaber sein Recht gem. § 6 Abs. 6 FischG verliert²⁶, sind diese Vorschriften nicht auf Gewässeraufstauungen vor dem 1.1.1981 anwendbar²⁷.

Für Gewässeraufstauungen innerhalb dieses Zeitraumes hat das OLG Stuttgart bereits entschieden²⁸, dass eine automatische Ausdehnung eines an einem öffentlichen Fluss bestehenden Fischereirechts auf ein privates Gewässer ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung unserem Recht fremd sei. Das damals geltende Recht behandelte lediglich den Fall der natürlichen, vorübergehenden Überflutung (Art. 4 Württ. FischG 1865)

Für den Fall, dass das aufgestaute Gewässer ein öffentliches ist, hat der BGH²⁹ eine Ausdehnung des selbständigen Fischereirechts bejaht, solange das Gewässer noch das ur-

²¹ s.a. LG Ellwangen, BWNNotZ 1983, 23

²² LG Ellwangen a.a.O.

²³ BWNNotZ 1984, 171

²⁴ BWNNotZ 2/94, 42

²⁵ BGH a.a.O.

²⁶ LG Ellwangen, BWNNotZ 1986, 64

²⁷ siehe auch Anmerkung Staudenmaier, BWNNotZ 1982, 11 f.

²⁸ BWNNotZ 1982, 10 ff.

²⁹ BGH a.a.O.

sprüngliche bleibt und nicht ein anderes geworden wäre, also nicht so grundlegende Veränderungen erfährt, dass es seine Identität verliert.

Innerhalb dieses Zeitraums ist es also entscheidend, ob die Ausdehnung des öffentlichen Gewässers als privates, oder ebenfalls als öffentliches Gewässer einzustufen ist.

In den Fällen, in denen ein Gewässer erst nach 1900 entstanden ist, hat also das Grundbuchamt dann, wenn es sich um eine Veränderung/Ausdehnung eines am 1.1.1900 bestehenden Gewässers handelt, nach oben genannten Grundsätzen zu ermitteln, ob eine Ausdehnung des bereits bestehenden selbständigen Fischereirechts vorliegt, oder ob hinsichtlich des aufgestauten Bereichs die gesetzliche Regelfischereiberechtigung greift.

Im übrigen kommen an nach dem 1.1.1900 entstandenen Gewässern selbständige Fischereirechte nicht in Betracht.

3. Feststellung der Rechtsinhaberschaft

Wenn nunmehr nach den Ermittlungen des Grundbuchamts feststeht, an welchen Gewässern ein selbständiges Fischereirecht besteht, ist sodann die Frage nach der Rechtsinhaberschaft zu klären.

a) Rechtsinhaberschaft bei Vorliegen eines öffentlichen Gewässers

Aufgrund der früheren landesherrlichen Regalien gilt in Württemberg seit alters her die Vermutung, dass an öffentlichen Gewässern das Fischereirecht grundsätzlich dem Staat, also dem Land Baden-Württemberg, zusteht.³⁰

Dies gilt jedoch dann nicht, wenn ein Dritter die Rechtsinhaberschaft aufgrund Verleihung oder mittels unvordenklicher Verjährung nachweisen kann.

Für den Fall der Verleihung durch den damaligen Regalherrn sind dem Grundbuchamt die betreffenden Unterlagen im Rahmen der Mitwirkungspflichten der Beteiligten³¹ vorzulegen. Für den (wahrscheinlichen) Fall, dass diese Unterlagen nicht mehr existieren, kommt auch ein Beweis der Rechtsinhaberschaft aufgrund unvordenklicher Verjährung in Betracht. Dies setzt voraus, dass der als Recht beanspruchte Zustand in einem Zeitraum von 40 Jahren als Recht besessen worden ist und weitere 40 Jahre vorher keine Erinnerung an einen anderen Zustand besteht.³² Hierbei ist die unvordenkliche Verjährung jedoch kein eigener Erwerbgrund, sondern mit ihr kann auf der Grundlage eines seit Menschengedenken bestehenden tatsächlichen Zustandes der Beweis geführt werden, dass in früherer Zeit durch die zuständige Obrigkeit eine ausdrückliche oder stillschweigende Verleihung des Rechts stattgefunden hat³³.

Die unvordenkliche Verjährung ist somit ein Beweismittel dafür, dass das Recht in früherer Zeit einmal erworben wurde. Da jedoch seit dem 1.1.1900 Fischereirechte nur noch durch Einigung (Auflassung) und Eintragung erworben werden konnten, ist für die Beweisvermutung, dass in der Zeit danach ein Erwerbsvorgang stattgefunden habe, kein Raum³⁴. Der Erwerb muss sich also vor diesem Zeitpunkt ereignet haben. Folglich muss der Beginn der Frist für die unvordenk-

liche Verjährung ebenfalls vor diesem Zeitpunkt liegen. Aus heutiger Sicht hat also derjenige, der sich auf die unvordenkliche Verjährung beruft, glaubhaft zu machen, dass der als Recht beanspruchte Zustand bereits seit 1.1.1900 besteht bzw. dass kein anderer Zustand bekannt ist (z.B. Beibringung von Zeugen, welche bestätigen, dass solange sie leben ihnen kein anderer Zustand bekannt sei und dass sie auch von ihren Vorfahren keinen anderen Zustand erfahren haben).

Ob somit nach den Ermittlungen des Grundbuchamts die Vermutung der Rechtsinhaberschaft des Landes widerlegt ist, hat das Grundbuchamt in seiner Beweiswürdigung unter Miteinbeziehung des gesamten Ermittlungsergebnisses zu entscheiden.

Da in der Praxis häufig keine Verleihungsurkunden vorgelegt werden können, ist die unvordenkliche Verjährung häufig das einzige Mittel, die zugunsten des Landes bestehende Vermutung zu widerlegen. Zu den zulässigen Beweismitteln im Rahmen des Amtsverfahrens siehe oben III.1.b.

b) Rechtsinhaberschaft bei Vorliegen eines privaten Gewässers

Hier steht das Fischereirecht grundsätzlich dem Eigentümer des Gewässerbettes zu.³⁵ Da das Fischereirecht dann aber mit dem Eigentum am Gewässerbett verbunden ist, liegt kein selbständiges Fischereirecht vor, welches im Grundbuch gebucht werden könnte.

Ein solches könnte nur für den Fall gegeben sein, dass eine Abspaltung des Fischereirechts vom Gewässerbetteigentum erfolgt ist. Solange jedoch kein anderer als der Gewässerbetteigentümer dieses Recht beansprucht, ist davon auszugehen, dass das Fischereirecht mit dem Eigentum verbunden, und somit unselbständig ist.

4. Entscheidung des Grundbuchamts

Kommt das Grundbuchamt zu dem Ergebnis, dass kein buchungsfähiges, selbständiges Fischereirecht vorliegt, dann hat es das Verfahren durch Beschluss einzustellen. Der Einstellungsbeschluss ist sämtlichen am Verfahren Beteiligten bekanntzumachen (§ 16 FGG). Materiell beteiligt – und somit auch in das Anlegungsverfahren formell miteinzubeziehen – sind all diejenigen, deren Rechte und Pflichten durch das Verfahren unmittelbar beeinflusst werden können³⁶ – bei der Anlegung von Fischereirechten somit jeder, der seine Rechtsinhaberschaft geltend macht (Land Baden-Württemberg vertreten durch die Forstbehörden und eventuell eine dem Antrag entgegretende Privatperson). Personen oder Behörden, welche lediglich zur Sachaufklärung beigezogen werden, sind nicht Beteiligte am Verfahren³⁷. Da mit der Bekanntmachung keine Frist zu laufen beginnt, ist auch keine Zustellung an die Beteiligten nach § 16 Abs. 1 Satz 1 FGG erforderlich (§ 16 Abs. 1 Satz 2 FGG). Gegen den Beschluss findet gem. § 71 Abs. 1 GBO das Rechtsmittel der Beschwerde statt.³⁸

Nur für den Fall, dass die Ermittlungen des Grundbuchamtes ergeben, dass der Antragsteller nicht der Rechtsinhaber ist, kann dessen Antrag zurückgewiesen werden³⁹, jedoch sind in diesem Fall die Ermittlungen des Grundbuchamts nach dem wahren Rechtsinhaber weiterzuführen. Das Anlegungsverfahren selbst ist dadurch nicht beendet. Für diese Zurückweisung fallen keine Kosten an, da sie im Rahmen eines

³⁰ Böhringer, BWNNotZ 1988, 130; Schmid, BWNNotZ 1978, 21; Schmid, BWNNotZ 1988, 121; BGH a.a.O.; OLG Stuttgart, Justiz 1969, 136; LG Ellwangen, Justiz 1977, 427

³¹ siehe hierzu oben unter III. 1. a)

³² LG Ellwangen, BWNNotZ 1983, 23

³³ BGHZ 16, 234, 238

³⁴ OLG Stuttgart, BWNNotZ 1984, 170

³⁵ Schmid, BWNNotZ 1988, 122

³⁶ Brehm, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Auflage, Rn. 184

³⁷ Brehm, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Auflage, Rn. 189

³⁸ Demharter, Grundbuchordnung, 24. Auflage, § 125 Rn. 2

³⁹ OLG Stuttgart, Justiz 1990, 299

Amtsverfahrens ergeht (vgl. § 130 KostO). Der Beschluss ist beschwerdefähig nach § 71 Abs. 1 GBO⁴⁰. Im Übrigen ist eine Zurückweisung im Hinblick auf das Amtsverfahren – wie oben dargelegt – nicht zulässig.

5. öffentliche Bekanntmachung und Anlegung

Liegt ein selbständiges Fischereirecht vor und ist der Rechtsinhaber ermittelt, dann hat das Grundbuchamt unter Beachtung des Verfahrens der §§ 116 ff. GBO ein Grundbuchblatt anzulegen.

§ 119 GBO bestimmt, dass zur Ermittlung des Berechtigten ein Aufgebot nach Maßgabe der §§ 120 und 121 GBO durchgeführt werden kann. Ob das Grundbuchamt hiervon Gebrauch macht, liegt in seinem Ermessen. Ein Aufgebot wird nur dann in Betracht kommen, wenn die Ermittlungen des Grundbuchamts keine ausreichende Grundlage für die Feststellung der Rechtsinhaberschaft ergeben haben.⁴¹ Aufgrund der in Württemberg geltenden (widerlegbaren) Vermutungen in Bezug auf die Rechtsinhaberschaft ist ein solcher Fall wohl nur ausnahmsweise denkbar, etwa wenn Anhaltspunkte vorliegen, die gegen die Vermutung sprechen (wenn z.B. feststeht, dass das Fischereirecht einmal verliehen wurde, das Land also als Berechtigter ausscheidet), jedoch nicht festgestellt werden kann, wer heutiger Berechtigter ist.

Sind die Ermittlungen des Grundbuchamtes jedoch zu einem Ergebnis gekommen, dann darf gem. § 122 das Grundbuchblatt erst angelegt werden, nachdem in der Gemeinde, in deren Bezirk sich das betreffende Gewässer befindet, das Bevorstehen der Anlegung und der Name des als Berechtigten Einzutragenden öffentlich bekanntgemacht und seit der Bekanntmachung ein Monat verstrichen ist. Die Art der Bekanntmachung bestimmt das Grundbuchamt.

Diese öffentliche Bekanntmachung ist in jedem Fall erforderlich, auch wenn für das Grundbuchamt zweifelsfrei feststeht, wer Eigentümer ist.⁴²

Die Bekanntmachung hat zu enthalten:

- Bezeichnung des Gewässers (so wie auch später im Grundbuch)
- Bezeichnung des einzutragenden Berechtigten (gem. § 15 GBV, d.h. wie Eigentümer in Abt. I)

In der Regel bietet es sich an, die öffentliche Bekanntmachung auch beim Grundbuchamt auszuhängen und in den betreffenden Mitteilungsblättern der Gemeinde zu veröffentlichen, damit ein möglichst großer Personenkreis von der bevorstehenden Anlegung informiert ist.

Meldet sich auf die Veröffentlichung hin jemand, der das Recht für sich beansprucht und glaubhaft macht, dann hat das Grundbuchamt seine Ermittlungen wieder aufzunehmen.⁴³

Bei der Anlegung des Grundbuchblattes ist im Bestandsverzeichnis das Gewässer hinreichend bestimmt zu beschreiben. Dies kann zum einen dadurch erfolgen, dass die Flurstücke angegeben werden, welche von dem Gewässer durchflossen werden bzw. auf welchen das Gewässer sich befindet. Ist hierdurch eine zweifelsfreie Feststellung des Gewässers nicht möglich, so ist der Gewässerverlauf ergänzend durch Angabe bestimmter Merkmale in der Natur zu beschreiben. Bei gemarkungsübergreifenden Gewässern trägt

jedes Grundbuchamt für die in seinem Bezirk liegende Gewässerstrecke ein Fischereirecht ein (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 GBO). Der Anfang/das Ende der Gemarkungsgrenze ist dann im Grundbuch auch als Beginn/Ende des Fischereirechts anzugeben.

Da es keinen Rechtssatz gibt, wonach sich das Fischereirecht am Hauptfluss auch auf die (nicht selbständig befischbaren) Zuflüsse erstreckt (siehe oben III.2.b.), sind Zuflüsse unter einer neuen Nummer zu buchen (bei vom Fischereirecht am Hauptgewässer abweichender Rechtsinhaberschaft Anlegung eines separaten Blattes).

Bsp.: lfd. Nr. 1 Fischereirecht in dem Weiher auf Flurstück 1011 der Gemarkung Ellenberg

oder: lfd. Nr. 1 Fischereirecht in dem **Gerbach** auf Gemarkung Ellenberg, mit Ursprung auf Flst. 1111 nach Südwesten durch Flst. 1112, weiter nach Süden durch Flst. 1155, Weiher auf Flst. 1142 eingeschlossen,, durch Flurstück 2211 bis zur Gemarkungsgrenze

lfd. Nr. 2 Zufluss zum Gerbach von Osten mit Ursprung auf Flurst. 4125 durch Flurst. 4122, 4123, 4124

Nicht anzugeben ist ein Messgehalt.

Der Vermerk in Spalte 6 (Bestand und Zuschreibungen) könnte z.B. lauten:

1-8 Bisher nicht gebuchte Fischereirechte von Amts wegen hier eingetragen am

oder: 1-8 Eingetragen aufgrund Amtsermittlungsverfahren am

In Abt. I des Grundbuchs ist der Berechtigte nach § 15 GBV zu bezeichnen. Als Grundlage der Eintragung ist z.B. anzugeben:

Erwerb durch unvordenkliche Verjährung

oder Erwerb durch Verleihung

oder Erwerb aufgrund landesherrlicher Regalien

Die Kosten der Eintragung richten sich nach § 67 Abs. 1 Nr. 5 KostO (ein Viertel der vollen Gebühr). Der Wert ist nach § 30 zu bestimmen (Abs. 3), ist also im Regelfall mit 3.000 Euro zu veranschlagen.

Die Anlegung des Grundbuchblattes ist schließlich entsprechend § 55 GBO dem Rechtsinhaber sowie anderen Antragstellern bekannt zu machen. Ebenfalls empfiehlt sich eine Mitteilung an die Vermessungsbehörde. Das Eigentümerregister ist zu ergänzen.

6. Zusammenfassung

Das Grundbuchamt hat sonach wie folgt vorzugehen:

1. Anforderung Karten beim LRA – Vermessungsbehörde –
Karte von 1829
Karte nächstmöglicher Zeitpunkt nach 1900
Karte heute

jeweils mit Gewässerverlauf, Flurstücksnummern und Gemarkungsgrenzen
2. Ermittlung Gewässereigenschaft durch Einholung Auskunft Wasserbehörde

⁴⁰ Demharter, Grundbuchordnung, 24. Auflage, § 125 Rn. 2
⁴¹ Demharter, Grundbuchordnung, 24. Auflage, § 121 Rn. 1
⁴² Demharter, Grundbuchordnung, 24. Auflage, § 122 Rn. 1
⁴³ Demharter, Grundbuchordnung, 24. Auflage, § 122 Rn. 4

- 3. falls Gewässer am 1.1.1900 vorhanden und öffentliches Gewässer (oder Ausdehnung des Fischereirechts nach 1900):
Ermittlung des Berechtigten. Ausgangspunkt: Vermutung für das Land Baden-Württemberg. Falls entgegenstehende Anhaltspunkte: Prüfung, ob Verleihung oder unvordenkliche Verjährung

- 4. Anlegungsverfahren: öffentliche Bekanntmachung, Anlegung Grundbuch

- Anlage 1: Beschluss Zurückweisung mangels Rechtsinhaberschaft
- Anlage 2: Beschluss Einstellung Verfahren
- Anlage 3: öffentliche Bekanntmachung nach § 122 GBO
- Anlage 4: Muster Amtshilfeersuchen Vermessungsbehörde
- Anlage 5: Muster Amtshilfeersuchen Wasserbehörde
- Anlage 6: Übersicht Gewässerermittlung

Anlage 1

Grundbuchamt ELLWANGEN (JAGST)
Notar

Beschluss vom

Der Antrag des vom, hier eingegangen am (I GR G) auf Eintragung eines selbständigen Fischereirechts für den Antragsteller an dem Weiher auf Flst. der Gemarkung wird

zurückgewiesen.

Begründung:

Der Antragsteller hat mit seinem Antrag vom begehrt, ihn als Berechtigten eines selbständigen, noch einzutragenden Fischereirechts an dem o.g. Weiher im Grundbuch einzutragen.

Die Ermittlungen des Grundbuchamtes haben ergeben, dass der Antragsteller nicht der Rechtsinhaber des bestehenden selbständigen Fischereirechts ist. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen:

.....
.....
(Darlegung der Ermittlungsergebnisse)

.....
.....
Somit war der Antrag zurückzuweisen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung findet das Rechtsmittel der Beschwerde statt. Diese kann jederzeit beim Grundbuchamt oder beim Landgericht Ellwangen eingelegt werden. Die Einlegung der Beschwerde erfolgt durch Einreichung einer Beschwerdeschrift oder durch Erklärung zur Niederschrift des Grundbuchamts oder der Geschäftsstelle des Landgerichts.

Notar

Anlage 2

Grundbuchamt ELLWANGEN (JAGST)
Notar

Beschluss vom

Das Verfahren zur Anlegung von Grundbuchblättern für selbständige Fischereirechte wird bezüglich nachfolgend genannter Gewässer eingestellt:

- 1.
- 2.
- 3.
-

Begründung:

Mit Anträgen vom haben / hat die Eintragung selbständiger Fischereirechte im Grundbuch an den o.g. Gewässern beantragt.

Eintragungsfähig durch Anlegung eines besonderen Grundbuchblattes im Grundbuch sind nur selbständige Fischereirechte. Solche können nur an Gewässern bestehen, welche am 1.1.1900 (In-Kraft-Treten des BGB) bereits bestanden. Nach diesem Zeitpunkt gelten für den Erwerb von selbständigen Fischereirechten als grundstücksgleiche Rechte die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften (Einigung in Form der Auflassung und Eintragung; vgl. Art. 196, 69 EGBGB i.V.m. Art. 208/232 Württ. AGBGB, heute § 6 Abs. 3 BW FischG, §§ 873, 925 BGB).

Nach den Ermittlungen des Grundbuchamtes bestehen an den bezeichneten Gewässern keine selbständigen Fischereirechte. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen :

.....
.....
.....

Somit war das Verfahren bezüglich dieser Gewässer einzustellen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung findet das Rechtsmittel der Beschwerde statt. Diese kann jederzeit beim Grundbuchamt oder beim Landgericht Ellwangen eingelegt werden. Die Einlegung der Beschwerde erfolgt durch Einreichung einer Beschwerdeschrift oder durch Erklärung zur Niederschrift des Grundbuchamts oder der Geschäftsstelle des Landgerichts.

Notar

Anlage 3

Grundbuchamt ELLWANGEN (JAGST)
Notar

Öffentliche Bekanntmachung gem. § 122 GBO

über die Anlegung von Grundbuchblättern

Für folgende Fischereirechte wird einen Monat nach Bekanntmachung ein Grundbuchblatt angelegt:

- 1. **Fischereirecht** an dem Weiher auf Flst. 4111/1 der Gemarkung Ellenberg
- 2. **Fischereirecht** an dem Weiher auf Flst. 4111/2 und teilweise auf Flst. 4111/3 je der Gemarkung Ellenberg
- 3. **Fischereirecht** an dem Weiher auf Flst. 4122 und teilweise auf Flst. 4123 je der Gemarkung Ellenberg

Als Berechtigter wird jeweils eingetragen:

Herr/Frau
geb. am
wohnhaft in

Datum der Bekanntmachung:

Notar

Anlage 4

Grundbuchamt ELLWANGEN (JAGST)
Ref. II

Landratsamt Ostalbkreis
Vermessung und Geoinformation
Bahnhofstr. 50

73430 Aalen

**Betreff : Amtshilfeersuchen betreff Eintragung
Fischereirechte im Grundbuch**

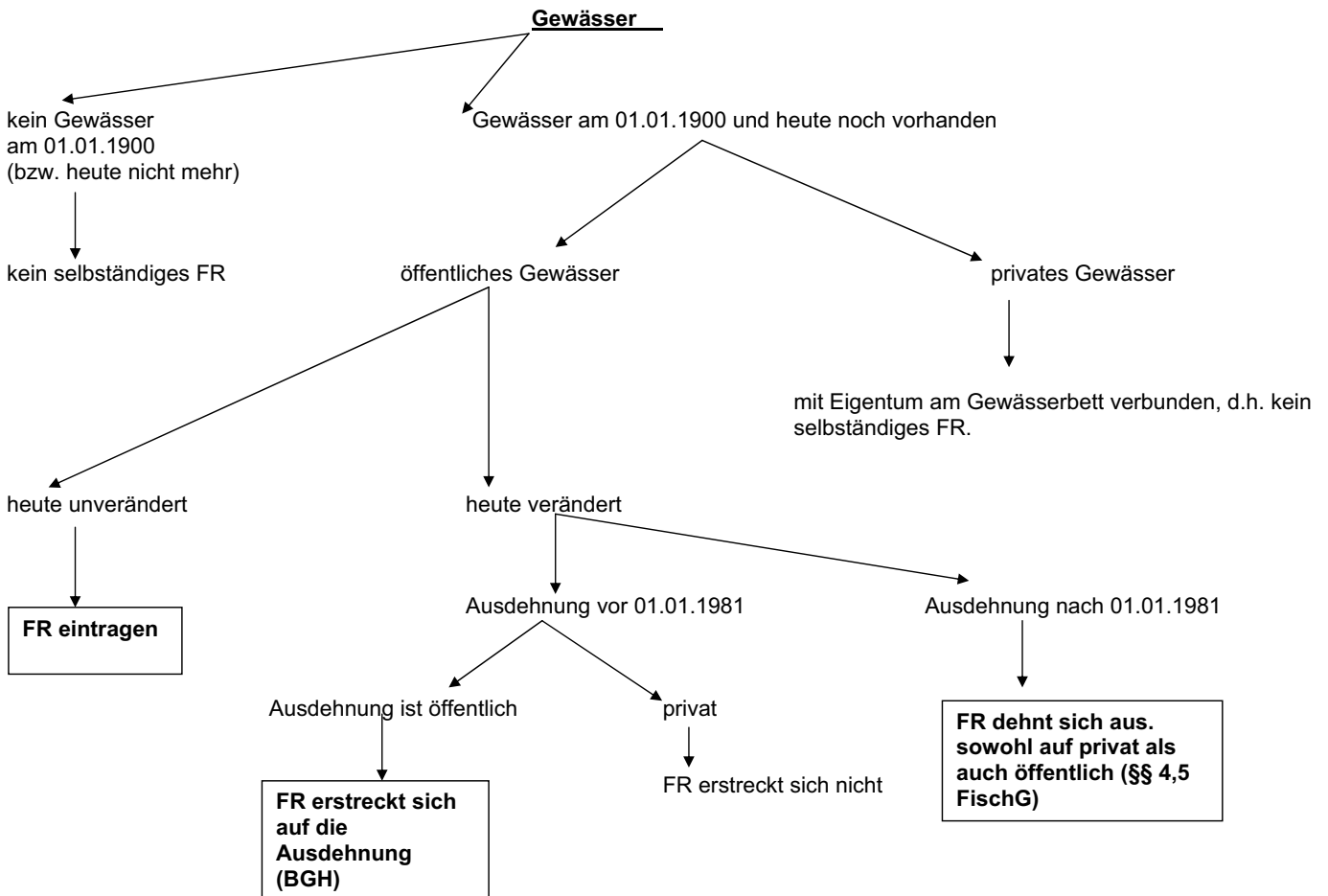
Sehr geehrte Damen und Herren,

zum Zweck der Einbuchung von Fischereirechten im Grundbuch bitten wir Sie, uns Kopien von folgendem Kartenmaterial zukommen zu lassen:

1. **aktuelle** Karten (Stand heute) der Gemarkung, aus welchen sich der Gewässerverlauf sämtlicher in der Anlage aufgeführten Gewässer ergibt
2. Karten desselben Ausschnittes, aus welchen sich die Verhältnisse zum Stand **1.1.1900** ergeben bzw. jeweils eine Karte, welche die Situation zum nächstmöglichen Zeitpunkt vor und nach dem 1.1.1900 wiedergibt.

Die Karten sollen jeweils die in der Anlage aufgeführten **Gewässer**, die von diesen durchflossenen **Flurstücke**, sowie die **Gemarkungsgrenzen** enthalten.

Anlage 6



Für Ihre Bemühungen besten Dank im Voraus.

Mit freundlichem Gruß
Notar

Anlage 5

Grundbuchamt ELLWANGEN (JAGST)
Ref. II

Regierungspräsidium Stuttgart
Dienststelle Ellwangen
– Untere Wasserbehörde –
Priestergasse 5

73479 Ellwangen/Jagst

**Betreff: Amtshilfeersuchen bezüglich
Gewässereigenschaften zum Zwecke
der Einbuchung von Fischereirechten**

Sehr geehrte Damen und Herren,

im Zuge der Eintragung von Fischereirechten bitten wir sie um Auskunft darüber, ob es sich bei den im beiliegenden Kartenmaterial markierten Gewässern zum Zeitpunkt 1.1.1900 um **öffentliche** Gewässer handelte.

Mit freundlichem Gruß
Notar

Rechtsprechung

EGBGB: Art. 200 Abs. 3 S. 3, 15, 14 Abs. 1 Nr. 2, 25; BGB § 1371 Abs. 1; Art. 28 öster. IPR-Gesetz; Art. 757 öster. ABGB

1. Ein deutsches Nachlassgericht ist nach § 73 Abs. 1 FGg für die Erteilung eines auf den im Inland befindlichen Teil des Nachlasses eines österreichischen Erblassers beschränkten Erbscheins international zuständig.

2. Nach § 28 Abs. 1 des österreichischen IPR-Gesetzes richtet sich die Erbfolge nach dem Recht des Staates, dem der Erblasser zur Zeit des Erbfalls angehörte (hier: Österreich).

3. Die güterrechtlichen Wirkungen einer Ehe, die nach dem 31.03.1953 und vor dem 08.04.1983 geschlossen wurde und die bis zum 08.04.1983 dem Recht des Staates unterlagen, dem der Ehemann bei der Eheschließung angehörte, richten sich nach Art. 220 Abs. 3 Satz 3, Satz 1 Nr. 3, Art. 15 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB nach dem Recht des Staates, in dem beide Ehegatten am 09.04.1983 ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten (hier: Deutschland).

4. Der Zugewinnausgleich des § 1371 Abs. 1 BGB ist güterrechtlicher Art.

5. Bei deutschem Güterrechtsstatut und österreichischem Erbstatut findet der pauschalierte Zugewinnausgleich des § 1371 Abs. 1 BGB nicht statt, weil das ausländische Recht eine solche Erbquote nicht kennt. Das Erbstatut bestimmt die Erbquote, Diese Erbquote ist keiner Anpassung unter Billigkeitsgesichtspunkten zugänglich.

6. Lässt das ausländische Erbstatut einen Ausgleich des Zugewinns erbrechtlich nicht zu, kann ein schuldrechtlicher Zugewinnausgleich nach den Regeln des §§ 1373 ff BGB erfolgen, §§ 1371 Abs. 3, 1372 BGB stehen nicht entgegen.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 08.03.2005 – 8 W 96/04

Aus den Gründen:

I.

Der verstorbene Erblasser war österreichischer Staatsangehöriger. Er heiratete im März 1974 in zweiter Ehe die Beteiligte 1 und lebte mit dieser zusammen in bis zu seinem Tod. Die Beteiligte 1 ist deutsche Staatsangehörige. Der Beteiligte 2 ist der gemeinsame Sohn des Erblassers und der Beteiligten 1. Der Beteiligte 3 ist das Kind des Sohns des Erblassers aus erster Ehe, und damit sein Enkel.

Mit Beschluss vom 25.10.2002 erließ das Notariat als zuständiges Nachlassgericht einen Vorbescheid, wonach es beabsichtige, entsprechend dem von den Beteiligten 1 und 2 gestellten, gegenständlich auf den in der Bundesrepublik Deutschland befindlichen Nachlass beschränkten Erbscheinantrag einen Erbschein zu erteilen, der die Beteiligte 1 zur Hälfte, die Beteiligten 2 und 3 je zu einem Viertel als Erben ausweise.

Gegen diesen Beschluss legte der Beteiligte 3 Beschwerde ein. Er begründete diese vor allem damit, dass die Erbquoten unter Einbeziehung des pauschalierten Zugewinnausgleichs nach § 1371 Abs. 1 BGB bestimmt worden seien. Das sei

falsch. § 1371 Abs. 1 BGB sei eine Norm des deutschen Güterrechts und setze voraus, dass neben deutschem Güterrecht auch deutsches Erbrecht zur Anwendung komme. Letzteres sei hier aber nicht der Fall, weil der Nachlass österreichischem Erbrecht unterliege. Das deutsche Güterrecht habe nicht die Rechtsmacht, die Regelungen eines ausländischen Erbstatuts zu unterlaufen. Nach österreichischem Erbrecht aber sei der Beteiligte 3 Erbe zu einem Drittel neben den Beteiligten 1 und 2. Auch sei ungeklärt, ob die in Ungarn geborene Beteiligte 1 nicht (auch) die ungarische Staatsangehörigkeit besitze. Damit stehe nicht fest, in welchem gesetzlichen Güterstand die Eheleute gelebt hätten.

Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Mit seiner weiteren Beschwerde verfolgt der Beteiligte 3 unter Wiederholung seiner schon im Beschwerdeverfahren dargelegten Argumente weiterhin das Ziel, die Aufhebung des Vorbescheids zu erreichen.

II.

Die weitere Beschwerde des Beteiligten 3 ist nach §§ 27, 29 FGg als Rechtsbeschwerde zulässig, sie hat auch Erfolg. Die Entscheidungen beider Vorinstanzen beruhen auf einer fehlerhaften Rechtsanwendung.

1.

Die internationale Zuständigkeit des Nachlassgerichts für die Erteilung eines auf den im Inland befindlichen Teil des Nachlasses des österreichischen Erblassers beschränkten Erbscheins ergibt sich aus § 73 Abs. 1 FGg in Verbindung mit § 2369 Abs. 1 BGB (vgl. Bassenge/Herbst/Roth, FGg, § 73 RN 3). Hiervon leitet sich auch die Zuständigkeit der Rechtsmittelgerichte ab.

2.

Das Erbstatut des Erblassers richtet sich gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB nach österreichischem Recht. Eine Rückverweisung kennt das österreichische Recht nicht. Nach § 28 Abs. 1 des österreichischen IPR-Gesetzes beurteilt sich die Rechtslage nach dem Personalstatut. Bei österreichischen Staatsangehörigen ist danach also österreichisches Recht anzuwenden (so auch BayObLGZ 1980, 276).

Nach österreichischem Recht ist die Ehefrau neben den Kindern des Erblassers Erbin zu einem Drittel des Nachlasses (§ 757 Abs. 1 ABGB). Das gesetzliche Vorausvermächtnis des § 758 ABGB (Wohnrecht u.a.) berührt die quotenmäßige Erbeinsetzung nicht.

3.

Das Güterrechtsstatut des Erblassers wiederum richtet sich nach deutschem Recht. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen im Beschluss der Vorinstanz verwiesen werden. Da der Erblasser und seine Ehefrau, die Beteiligte 1, bis zum Tod des Erblassers ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatten, ergibt sich die Anwendung deutschen Rechts aus Art. 220 Abs. 3 S. 3, 15, 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB. Ob die Beteiligte 1 neben der deutschen Staatsangehörigkeit auch noch die ungarische Staatsangehörigkeit hat, ist für das Güterrechtsstatut danach ohne Bedeutung. Das Landgericht konnte von einer Abklärung dieser Frage absehen.

Der Erblasser und die Beteiligte 1 lebten im gesetzlichen Stand der Zugewinnngemeinschaft. Nach deutschem Recht

steht der Beteiligten 1 daher nach dem Tod des Erblassers ein pauschalierter Zugewinn in Höhe eines Erbteils von einem (zusätzlichen) Viertel zu (§ 1371 Abs. 1 BGB). Der Abschluss eines vom gesetzlichen Güterstand abweichenden Ehevertrags ist weder behauptet noch ersichtlich.

Der Zugewinnausgleich des § 1371 Abs. 1 BGB ist güterrechtlicher Art (so auch Ermann/Schurig, BGB, 11. Aufl., Art. 14 EGBGB RN 37, 38; Palandt/Heldrich, BGB, 64. Aufl., Art. 15 EGBGB RN 26; Staudinger/Mankowski, BGB, Neubearbeitung 2003, Art. 15 RN 342ff, 346; zum Meinungsbild auch hinsichtlich abweichender Meinungen; Mankowski aaO RN 342, 343). Das ergibt sich nicht nur aus seiner formalen Stellung im Regelungskontext der Regelungen des Güterrechts. Vielmehr schafft er mit der pauschalen Zuordnung eines zusätzlichen Erbteils einen Ausgleich für den in der Ehe erarbeiteten und nicht ausgeglichenen Zugewinn. Das gibt ihr einen anderen Charakter als er zum Beispiel der Regelung des § 1931 Abs. 4 BGB für Ehen mit Gütertrennung zukommt. Nur letztere ist erbrechtlicher Art. Denn beim vertraglichen Güterstand der Gütertrennung besteht kein Bedarf für einen Ausgleich in der Ehe erarbeiteten Zugewinns des einen oder anderen Ehepartners. Ein Zugewinnausgleich wurde hier ausdrücklich vertraglich ausgeschlossen (§ 1414 S. 2 BGB).

4.

Erbrechtliches Drittel nach österreichischem Erbstatut und güterrechtliches Viertel nach deutschem Zugewinnrecht ergeben ein Erbteil der Beteiligten von insgesamt $\frac{7}{12}$, das ist $\frac{1}{12}$ mehr, als sich ergäbe, wenn der Erblasser Deutscher wäre und auch hinsichtlich des Erbstatuts deutschem Recht unterläge. Für die Söhne des Erblassers, die nach § 757 ABGB je zu $\frac{1}{3}$ Erben werden sollen, bliebe statt dessen nur noch je $\frac{2,5}{12}$ übrig. Hier kollidiert das österreichische Erbstatut mit dem deutschen Güterrecht.

Für die Lösung dieses – auch im Vergleich mit dem Recht anderer Staaten denkbaren – Konflikts wurden in Rechtsprechung und Literatur unterschiedliche Ansätze entwickelt:

a)

Der Zugewinnausgleich nach § 1371 Abs. 1 BGB sei aufgrund seiner pauschalen Abgeltung als Erbteil erbrechtlicher Art (vgl. Darstellung bei Mankowski aaO RN 343); er käme dann, da das Erbstatut dasjenige des ausländischen Staates ist, hier nicht zum Zug.

b)

Der Zugewinnausgleich des § 1371 Abs. 1 BGB habe sowohl güterrechtlichen als auch erbrechtlichen Charakter. Er komme deshalb nur zur Anwendung, wenn deutsches Recht sowohl Güter- als auch Erbstatut sei (vgl. Darstellung bei Mankowski RN 343; so OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 68).

c)

Der Zugewinnausgleich nach § 1371 Abs. 1 BGB sei güterrechtlicher Natur. Führe das Nebeneinander des ausländischen Erbstatuts mit dem inländischen Güterstatut zu unbilligen Ergebnissen, so sei eine Anpassung derart vorzunehmen, dass der Berechtigte mindestens bzw. höchstens das erhalte, was ihm bei vollständiger Anwendung jeder der beiden Rechte zustünde (so Mankowski RN 378; Palandt/Heldrich aaO, RN 26; Ermann/Hohloch aaO RN 37; Soergel/Schurig, BGB, 12. Aufl., § 1931 RN 39; vgl. auch OLG Hamm IPrax 1994, 49; LG Mosbach ZEV 1993, 489).

5.

Der Senat ist zwar, wie bereits dargestellt, der Auffassung, dass der Zugewinnausgleich als Ausprägung des deutschen gesetzlichen Güterstands der Zugewinnsgemeinschaft güterrechtlicher Natur ist. Doch rechtfertigt dies es nicht, den Zugewinn als Erbquote auch dann zu verwirklichen, wenn sich das Erbstatut nach ausländischem Recht richtet und dieses – wie das hier anzuwendende österreichische Recht – eine solche Erbquote nicht kennt. Denn das Erbstatut bestimmt die Erbquote (insoweit übereinstimmend mit den oben unter a) und b) wiedergegebenen Meinungen). Diese Quote ist nach Auffassung des Senats auch keiner Abänderung unter Billigkeitgesichtspunkten zugänglich; insoweit stimmt der Senat mit der unter c) genannten Meinung nicht überein.

Andererseits steht der Ehefrau nach dem deutschen Güterstatut ein Zugewinnausgleich zu. Wenn dieser, wie dargestellt, nicht erbrechtlich ausgleichbar ist, weil das ausländische Erbstatut dies nicht zulässt, kann der Ausgleich nur nach den Regeln der §§ 1373 ff. BGB erfolgen (so auch im Ergebnis OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 68). §§ 1371 Abs. 3, 1372 BGB stehen dem in einem solchen Fall nicht entgegen. Denn sie sind insoweit nur mit den deutschen erbrechtlichen Regeln abgestimmt und mit österreichischem Erbrecht nicht vereinbar.

Ob dann, wenn sich bei Anwendung des österreichischen Erbrechts und der deutschen Zugewinnausgleichsregeln der § 1373 ff. ergeben sollte, dass die Beteiligte 1 einen unverhältnismäßigen Vorteil gegenüber dem Zustand hätte, würde der Zugewinn als Quote nach § 1371 Abs. 1 BGB ermittelt, ein schuldrechtlicher Ausgleich vorzunehmen ist (vgl. hierzu Dr. Schotten MittRhNotK 1987, 18ff.), ist nicht in diesem erbrechtlichen Verfahren zu entscheiden.

6.

Eine Vorlage an den BGH nach § 28 Abs. 2 FGG kommt nicht in Betracht. Der Senat weicht mit vorliegender Entscheidung im Ergebnis nicht von der Entscheidung des OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 68 ab. Die Entscheidung des Senats steht auch nicht im Widerspruch zu den Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte. Die Entscheidung des OLG Karlsruhe NJW 1990, 1420 betrifft einen Fall mit deutschem Erbstatut. Im Fall des BayObLGZ 1980, 276 liegt kein Kollisionsfall vor, da ein Ehegattenerbausschluss gegeben war. Die Entscheidung des OLG Hamm IPrax 1994, 49 beruht auf verfahrensrechtlichen Gründen. Eine einschlägige Entscheidung des BGH ist nicht bekannt.

Mitgeteilt von Rechtsanwältin Dr. Martin Clausnitzer, LL.M., Freiburg

§ 51 BeurkG

Zum Nachweis der Rechtsnachfolge gem. § 51 BeurkG ist die Vorlage eines Erbscheins nicht erforderlich.

LG Stuttgart, Beschl. vom 02.06.2004 – 1 T 56/04

Aus den Gründen:

Die Antragsteller begehren die Erteilung von Abschriften zu Urkunden, welche vom Notar beurkundete Willenserklärungen des Verstorbenen enthalten mit der Behauptung, Erben des Verstorbenen zu sein.

Der Notar hat die beantragte Erteilung von Abschriften abgelehnt mit der Begründung, der erforderliche Erbnachweis sei nicht geführt.

Gegen diese Entscheidung haben die Antragsteller Beschwerde eingelegt, der die amtlich bestellte Vertreterin des Notars nicht abgeholfen hat.

Die Beschwerde ist gemäß § 54 BeurkG zulässig.

Sie hat auch in der Sache Erfolg.

Gemäß § 51 Abs. I, III BeurkG kann der Rechtsnachfolger einer Person, welche bei Niederschriften über Willenserklärungen eine Erklärung im eigenen Namen abgegeben hat, eine Urkundsabschrift verlangen.

Dabei ist die Rechtsnachfolge nachzuweisen, ohne dass der Antragsteller an bestimmte Beweisregeln gebunden ist. Eine Glaubhaftmachung genügt allerdings nicht (Winkler, Beurkundungsgesetz, 15. Auflage, § 51, Rdnr. 6 m.w.N.).

Die Erbenstellung der Antragsteller ist durch Vorlage der Entscheidung des zuständigen Nachlassgerichts nachgewiesen. Mit dieser Entscheidung hat das Nachlassgericht die Ausschlagungserklärung der zunächst berufenen Erbin entgegengenommen und festgestellt, dass Nächstberufene die Antragsteller sind.

Da die Erbschaft gemäß § 1942 BGB auf den berufenen Erben unbeschadet des Rechts, diese auszuschlagen, übergeht, bedarf es eines Nachweises, dass die Erbschaft angenommen oder innerhalb der Ausschlagungsfrist nicht ausgeschlagen wurde, nicht.

Auch die Vorlage eines Erbscheins oder ein Erbnachweis analog § 35 Abs. I S. 2 GBO ist – mangels entsprechender Vorschrift – nicht zwingend erforderlich.

Zutreffend weisen die Beschwerdeführer darauf hin, dass die berufenen Erben regelmäßig nicht in der Lage wären, sich durch Einsichtnahme in Urkunden des Erblassers über den Bestand und den Umfang des Nachlasses zu informieren, wenn grundsätzlich die Vorlage eines Erbscheins verlangt werden würde.

Der Beschwerde war daher im beantragten Umfang stattzugeben.

Mitgeteilt vom Vors. Richter am LG Krug, Stuttgart

Gesellschaftsteuerrichtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 i.d.F. der Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10. Juni 1985 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital

1. Nach der Neuregelung des § 11 Abs. 1 LJKG durch das Gesetz zur Änderung des Baden-Württembergischen LJKG und des LFGG vom 28.07.2005 stellt eine Gebührenerhebung, die dem Amtsnotar die eingenommenen Gebühren belässt und dem Staat nur einen geringen Teil zuweist, der dem tatsächlich entstandenen staatlichen Aufwand für die Stellung der notwendigen Infrastruktur (Notariatsgebäude, Schreibkräfte etc) entspricht, keine unzulässige Steuer im Sinne der Richtlinie dar.

2. Die Kammer teilt die Bedenken, die im Beschluss des OLG Stuttgart vom 07.02.2006 (8 W 532-534/05) und in dem Beschluss des LG Stuttgart vom 17.01.2006 (19 T 288/02) zum Ausdruck gekommen sind, nicht. Der Staatsanteil ist durch die Neuregelung auf 15 % der Gebühren und damit – pauschaliert – auf den dem Staat tatsächlich

sächlich entstehenden Aufwand begrenzt worden. Darauf, dass der Notar im Außenverhältnis eine höhere Gebühr berechnet, die den konkreten Aufwand übersteigt, kommt es deswegen nicht an, weil der Staat an diesem Gebührenanteil nicht partizipiert, dieses Gebührenaufkommen insbesondere nicht zur Deckung seiner allgemeinen Staatsaufgaben heranziehen kann.

LG Ulm, Beschl. v. 17.03.2006 – 2 T 32/04

Aus den Gründen:

I.

Die Beteiligten streiten um die Rückforderung von Notargebühren, die die Kostenschuldnerin/Beschwerdeführerin in den Jahren 2000 und 2002 an den Kostengläubiger/Beschwerdegegner, einen beamteten Notar, im Zusammenhang mit der Verschmelzung der Raiffeisenbank eG mit der Bank eG und sodann mit der Raiffeisenbank eG bezahlt hat.

Im Jahre 2000 schloss sich die Bank eG mit der Raiffeisenbank eG zusammen. Der Kostengläubiger beurkundete u.a. den Verschmelzungsvertrag vom 12.07.2000 und stellte der Beschwerdeführerin am 17.07.2000 – neben anderen, zwischenzeitlich nicht mehr streitigen Gebühren – ausgehend von einem Geschäftswert von ca. DM 5,4 Mio. Gebühren von DM 17.140,- einschließlich Schreibgebühren und Auslagen zuzüglich Mehrwertsteuer in Rechnung.

Im Juli 2002 wurde sodann auch die Raiffeisenbank eG mit der nunmehr als Raiffeisenbank eG firmierenden Kostenschuldnerin verschmolzen. Der beteiligte Amtsnotar beurkundete am 11.07.2002 den Verschmelzungsvertrag und stellte der Beschwerdeführerin am 12.07.2002 auf der Grundlage eines Geschäftswerts von ca. EUR 5,8 Mio. Gebühren einschließlich Schreibgebühren und Auslagen von EUR 16.357,37 zuzüglich Mehrwertsteuer in Rechnung. Beide Rechnungen wurden bezahlt.

Mit Schreiben vom 04.05.2004 legte die Kostenschuldnerin gegen die genannten Gebührenrechnungen Beschwerde ein. Zwischenzeitlich hat sie nach entsprechenden Hinweisen die Beschwerde auf die genannten beiden Gebührenrechnungen vom 17.07.2000 und vom 12.07.2002 beschränkt, hinsichtlich der erstgenannten Rechnung auf die Gebühren für die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags vom 12.07.2000 in Höhe von DM 17.140,- zuzüglich Mehrwertsteuer. Sie geht davon aus, dass es sich bei den jetzt noch angegriffenen Gebühren nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des OLG Stuttgart um eine nicht richtlinienkonforme Steuer handle, weshalb die Beträge zurückzuzahlen seien. Verjährung ihrer Rückerstattungsansprüche sei nicht eingetreten.

Der Notar – Beschwerdegegner – hat Zurückweisung der Kostenbeschwerde beantragt.

II.

Die Beschwerde ist zulässig, aber auch in dem jetzt noch aufrecht erhaltenen Umfang nur zum Teil begründet.

1.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ist die Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der Fassung der Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10. Juni 1985 so auszulegen, dass die Gebühren für die

notarielle Beurkundung eines unter diese Richtlinie fallenden Rechtsgeschäfts in einem Rechtssystem, in dem die Notare Beamte sind und ein Teil der Gebühren dem Staat zufließt, der der Dienstherr der Notare ist und der diese Einnahmen für die Finanzierung seiner Aufgaben verwendet, als Steuer im Sinne der Richtlinie 69/335 in der geänderten Fassung anzusehen sind. Der Umstand, dass die für die notarielle Beurkundung eines Vertrags über die Gründung einer Kapitalgesellschaft erhobenen Gebühren, die proportional zu dem gezeichneten Nennkapital steigen, eine Obergrenze nicht übersteigen dürfen, kann diese Gebühren nicht zu (erlaubten) Abgaben mit Gebührencharakter im Sinne der Richtlinie machen, wenn diese Obergrenze nicht im angemessenen Verhältnis zu den Kosten der Leistung steht, die mit diesen Gebühren abgegolten wird (EuGH Beschluss 21.03.2002, C-264/00 – Gründerzentrum – ZIP 2002, 663). Dabei ist nicht entscheidend, wer im Außenverhältnis Kostengläubiger ist, ob also der Staat selbst die Gebühren einzieht und dem Notar einen Teil zukommen lässt oder ob der Notar Kostengläubiger ist und einen Staatsanteil abzuführen hat. Entscheidend ist vielmehr, wem die Gebühren letztlich zufließen (EuGH Urteil 30.06.2005, C-165/03 – Längst; die Entscheidung bestätigt diejenige vom 21.03.2002 für beamtete Notare im OLG-Bezirk Stuttgart).

Gemäß § 6 UmwG bedurften die Verschmelzungsverträge der notariellen Beurkundung. Die an der Beurkundung beteiligten eingetragenen Genossenschaften und damit die beurkundeten Verträge fallen in den gegenständlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 69/335, da die Genossenschaften den in der Gesellschaftssteuerrichtlinie genannten Kapitalgesellschaften gleichzustellen und Verschmelzungen als Kapitalerhöhungen anzusehen sind, wenn eine oder mehrere Kapitalgesellschaften ihr gesamtes Gesellschaftsvermögen in eine oder mehrere Kapitalgesellschaften einbringen (OLG Stuttgart Beschluss 14.09.2005, 8 W 397/05, und Beschluss 07.02.2006, 8 W 532-534/05).

2.

a)

Unter Anlegung dieser Kriterien war die Gebührenrechnung vom 17.07.2000 aufzuheben, soweit für die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags vom 12.07.2000 neben den zulässigerweise erhobenen Schreibgebühren und Auslagen eine vom Geschäftswert abhängige Gebühr von insgesamt DM 17.140,- zuzüglich Mehrwertsteuer berechnet wurde. Diese Gebühr richtete sich nicht nach den tatsächlich entstandenen Kosten der erbrachten Leistungen, was eine erlaubte Abgabe mit Gebührencharakter wäre, sondern ausschließlich nach dem Geschäftswert. Damit wurde sie unabhängig von den dem Notar tatsächlich entstandenen, ersichtlich geringeren Aufwendungen berechnet. Der größere Anteil dieser Gebühr floss dem Land Baden-Württemberg zu, das damit nicht nur den Aufwand finanzierte, der für den Betrieb des staatlichen Notariats entsteht, soweit dieses im Beurkundungswesen tätig wird, sondern das diese Beträge in den allgemeinen Staatshaushalt einfließen ließ und damit zur Finanzierung seiner allgemeinen Staatsaufgaben verwandte. Damit ist die berechnete Beurkundungsgebühr dieser Kostenrechnung als eine der Richtlinie 69/335 widersprechende Steuererhebung anzusehen, der der Rechtsgrund fehlt, soweit sie mit der Richtlinie nicht vereinbar ist (vgl. OLG Stuttgart Beschluss 14.09.2005). Die Kostenrechnung war daher, soweit sie gegenstandswertbezogene Gebühren zuzüglich Mehrwertsteuer umfasst, aufzuheben.

b)

Auf die Neuregelung der Notargebühren durch das Gesetz zur Änderung des baden-württembergischen LJKG und des

LFGG vom 28.07.2005, in Kraft: getreten am 01.01.2006, kann sich der Kostengläubiger vorliegend nicht stützen. Zwar sieht die Übergangsvorschrift in Art. 4 § 2 des Änderungsgesetzes vor, dass für alle zwischen dem 01.06.2002 und dem 31.12.2005 entstandenen Beurkundungsgebühren in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten Art. 1 Nr. 6 (= § 11 Abs. 1 LJKG n.F.) insoweit gilt, als darin Gebühren den Notaren vollständig überlassen werden, wobei die Notare als pauschale Aufwandsentschädigung 15 % dieser Gebühren an die Staatskasse abzuführen haben. Im vorliegenden Fall datiert die streitige Kostenrechnung jedoch vom 17.07.2000, ist von der Neuregelung also nicht erfasst.

c)

Der Beschwerdegegner kann sich auch nicht darauf berufen, dass der Rückforderungsanspruch verjährt sei.

Der Rückerstattungsanspruch hinsichtlich überzahlter Notargebühren unterliegt der allgemeinen Verjährung nach BGB, nicht der Verjährungsfrist des § 17 Abs. 2 KostO (§ 143 Abs. 1 KostO in der Fassung bis zum 01.01.2002), weil der beamtete Notar selbst Kostengläubiger ist (vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 14.09.2005, 8 W 397/05 m.w.N.). Damit galt die allgemeine Verjährungsfrist von 30 Jahren, § 195 BGB a.F., beginnend mit der Entstehung des Anspruchs, also dem Zeitpunkt der Zahlung der Rechnung durch die Beschwerdeführerin Ende Juli 2000. Gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 1 EGBGB endete die Verjährungsfrist des Rückerstattungsanspruchs am 31.12.2004. Durch die am 05.05.2004 beim Landgericht Stuttgart und nach Abgabe am 18.05.2004 beim Landgericht Ulm eingegangene Beschwerde wurde der Lauf der Verjährung entsprechend § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB n.F. gehemmt.

3.

Die Beschwerde ist unbegründet, soweit sie sich gegen die Gebührenrechnung vom 12.07.2002 betreffend den Verschmelzungsvertrag vom 11.07.2002 über EUR 18.974,78 inklusive Schreibgebühren und Auslagen richtet.

Für die Zeit vor dem Gesetz zur Änderung des LJKG und des LFGG vom 28.07.2005 stellte die Erhebung einer Gebühr nach § 47 KostO durch einen württembergischen Amtsnotar für die Beurkundung eines Verschmelzungsbeschlusses zweier eingetragener Genossenschaften oder einer Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO für die Beurkundung eines Verschmelzungsvertrags eine richtlinienwidrige Steuererhebung dar, weil der beamtete Notar verpflichtet war, einen Teil der Gebühren an den Staat abzuführen, der diese Einnahmen zur Finanzierung seiner allgemeinen Aufgaben verwendete. Nach der Neuregelung des § 11 Abs. 1 LJKG erhält die Staatskasse – vorbehaltlich hier nicht interessierender anderer Fälle – keinen Anteil mehr an den Beurkundungsgebühren in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten, die aufgrund zwingender gesellschaftsrechtlicher Vorgaben der notariellen Beurkundung bedürfen. Als pauschale Aufwandsentschädigung haben die Notare jedoch 15 % dieser Gebühren an die Staatskasse abzuführen. Diese Regelung gilt nach der bereits genannten Übergangsvorschrift im LJKÄndG vom 28.07.2005 für alle zwischen dem 01.06.2002 und dem 31.12.2005 entstandenen Beurkundungsgebühren in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten. Damit ist sie auf die vorliegend streitige Gebührenrechnung vom 12.07.2002 anwendbar.

Abgaben mit Gebührencharakter, die einen konkreten Aufwand des Staates abdecken sollen und nicht der Finanzierung seiner sonstigen Aufgaben dienen, widersprechen der

Gesellschaftssteuerrichtlinie 69/335 nicht (Art. 12 Abs. 1 e der Richtlinie). Dass die im Einzelfall tatsächlich entstandenen Aufwendungen für die konkrete Beurkundung pauschal mit 15 % berechnet werden, begegnet keinen Bedenken (vgl. OLG Stuttgart, Beschluss 07.02.2006, 8 W 532-534/05), Damit stellt aber eine Gebührenerhebung, die dem Amtsnotar die eingenommenen Gebühren belässt und dem Staat nur einen geringen Teil zuweist, der dem tatsächlich entstandenen staatlichen Aufwand für die Stellung der notwendigen Infrastruktur (Notariatsgebäude, Schreibkräfte etc.) entspricht, keine unzulässige Steuer im Sinne der Richtlinie dar.

Die Kammer teilt die Bedenken, die in dem erwähnten Vorlagebeschluss des OLG Stuttgart vom 07.02.2006 und in dem Beschluss des LG Stuttgart vom 17.01.2006 (19 T 288/02) zum Ausdruck gekommen sind, nicht. Zwar ist richtig, dass der beurkundende Notar Beamter und damit in die Verwaltungsorganisation eingebunden ist. Richtig ist weiter, dass auch nach der Neuregelung des LJKG der Amtsnotar einen Teil der Gebühren an die Staatskasse abzuführen hat. Dieser Staatsanteil ist durch die Neuregelung jedoch auf 15 % der Gebühren und damit – pauschaliert – auf den dem Staat im Zusammenhang mit den fraglichen Beurkundungen tatsächlich entstehenden Aufwand begrenzt worden, im Anwendungsbereich des § 47 KostO gedeckelt durch die Obergrenze von EUR 5.000,00, so dass der Staatsanteil sich maximal auf EUR 750,00 beläuft. Der dem Staat zufließende Gebührenanteil hat daher nicht den Charakter einer Steuer, die sich dadurch auszeichnet, dass sie ohne Bezug auf eine konkrete staatliche Leistung zur Finanzierung der allgemeinen Staatsausgaben dient. Vielmehr stellt dieser Staatsanteil eine auch nach der Richtlinie erlaubte, zweckbezogene und an den dem Staat entstandenen Kosten der erbrachten Dienstleistung orientierte Abgabe dar. Darauf, dass der Notar im Außenverhältnis eine höhere Gebühr berechnet, die den konkreten Aufwand übersteigt, kommt es deswegen nicht an, weil der Staat an diesem Gebührenanteil nicht partizipiert, dieses Gebührenaufkommen insbesondere nicht zur Deckung seiner allgemeinen Staatsaufgaben heranziehen kann. Dieser Teil der Gebühren kann schon deswegen nicht als Steuer angesehen werden, weil er dem Staat gar nicht zufließt. Damit ist es aber auch nicht gerechtfertigt, die den Gesellschaften im Außenverhältnis in Rechnung gestellten Gebühren insgesamt als staatliche Steuer anzusehen.

Mitgeteilt von Vors. Richterin am LG Dr. Kleene

FGG § 27

1. Hat das Beschwerdegericht die vom Nachlassgericht angeordnete Nachlaßpflegschaft aufgehoben, so kann diese nicht rückwirkend wiederhergestellt werden.

2. Sprechen in einem solchen Fall bei fehlender Entscheidungsreife beachtliche Gesichtspunkte für ein Sicherungsbedürfnis, so müssen – jeweils im Wege der einstweiligen Anordnung und zeitlich begrenzt – die Nachlasspflegschaft neu angeordnet und ein Nachlasspfleger neu bestellt werden. Diese Ausführungshandlungen kann das Rechtsbeschwerdegericht nicht selbst vornehmen, es hat vielmehr das Nachlassgericht hierzu anzuweisen.

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 27.08.2004 – 14 Wx 21/04 (Einstweilige Anordnung)

Aus den Gründen:

I.

Die Erblasserin hat mit öffentlichem Testament die Beteiligte Nr. 1 zur alleinigen und unbeschränkten Erbin eingesetzt. Zwischen der Beteiligten 1 einerseits und den neben der Beteiligten Nr. 1 als gesetzliche Erben in Betracht kommenden Beteiligten Nr. 2 und Nr. 3 andererseits besteht Streit, ob die Erblasserin testierfähig war; ein Rechtsstreit ist beim Landgericht anhängig.

Das Nachlassgericht hat auf Anregung der Beteiligten Nr. 2 und Nr. 3 eine Nachlaßpflegschaft angeordnet. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Erbe sei unbekannt und es liege ein Bedürfnis für eine Sicherung des u.a. aus mehreren Grundstücken und Geldvermögen bestehenden Nachlasses vor.

Gegen die Anordnung der Nachlasspflegschaft hat die Beteiligte Nr. 1 Beschwerde eingelegt. Das Landgericht hat den Beschluss des Nachlassgerichts aufgehoben und den Antrag der Beteiligten Nr. 2 und Nr. 3 auf Anordnung der Nachlasspflegschaft zurückgewiesen. Auf die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde der Beteiligten Nr. 2 und Nr. 3 hat der Senat die landgerichtliche Entscheidung mit Beschluss vom heutigen Tag aufgehoben und die Sache zur erneuten Behandlung und Entscheidung an das Landgericht zurückverwiesen.

II.

Der Senat hält es für angemessen, im Wege der einstweiligen Anordnung zur Sicherung des Nachlasses das Nachlassgericht anzuweisen, eine – zeitlich bis zu der zu erwartenden Entscheidung des Landgerichts über die Beschwerde gegen die Anordnung der Nachlasspflegschaft durch das Nachlassgericht begrenzte – Nachlasspflegschaft anzuordnen (vgl. Sternal, in: Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl. 2003, Rdn. 27 zu § 24). Für ein Sicherungsbedürfnis sprechen beachtliche Gesichtspunkte, auf die das Nachlassgericht in seiner vom Landgericht aufgehobenen Entscheidung hingewiesen hat. Die nunmehrige Anordnung einer Nachlasspflegschaft ist deshalb erforderlich, weil die ursprünglich angeordnete Pflegschaft mit ihrer Aufhebung durch das Landgericht ihr Ende gefunden hatte. Der Beschluss des Landgericht ist nämlich mit der Bekanntgabe wirksam geworden, weil gegen ihn nicht die sofortige, sondern die einfache Beschwerde gegeben war (§§ 16, 26 FGG) und insbesondere kein Fall des § 60 FGG vorlag. Dabei kann die Nachlasspflegschaft nicht etwa – auch nicht durch eine etwaige künftige Entscheidung des Landgerichts – mit rückwirkender Kraft wiederhergestellt werden, vielmehr muß sie neu angeordnet werden und muß ein Nachlasspfleger neu bestellt werden (vgl. BayObLGZ 1965, S. 348 ff., 349; Meyer-Holz, in: Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., Rdn. 57 zu § 27). Diese Anordnungshandlung kann der Senat nicht selbst vornehmen, sie ist vielmehr dem Nachlassgericht vorzubehalten (Meyer-Holz, a.a.O., m.w.N. in Fn. 318).

Mitgeteilt von Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe
Dr. Krauß, Freiburg

BGB § 1960 Abs. 1, Abs. 2

1. Ein die Einrichtung einer Nachlasspflegschaft erforderndes Sicherungsbedürfnis im Sinne von § 1960 BGB besteht, wenn ohne Eingreifen des Nachlassgerichts der Bestand des Nachlasses gefährdet wäre.

2. Für die Annahme einer Gefährdung des Nachlasses bedarf es konkreter Anhaltspunkte, die über die bloße Unsicherheit darüber, wer Erbe geworden ist, hinausgehen.

3. Ein Sicherungsbedürfnis besteht nicht, wenn der Nachlass durch einen vertrauenswürdigen und hierzu befähigten Erbprätendenten verwaltet wird.

4. Hat der den Nachlass verwaltende Erbprätendent – mit der Folge, dass gutgläubiger Erwerb möglich geworden ist – die Umschreibung von Grundstücken auf sich erwirkt und hat sich das im Nachlass befindliche Geldvermögen wesentlich vermindert, so bedarf die Verneinung eines Sicherungsbedürfnisses der Begründung.

OLG Karlsruhe, Beschl. vom 27.08.2004 – 14 Wx 21/04

Aus den Gründen

I.

1.

Die am 21.07.2001 im Alter von 97 Jahren verstorbene Erblasserin war kinderlos, ihr Ehemann war vorverstorben. Die Eheleute hatten sich in einem notariellen Ehe- und Erbvertrag vom 02.07.1952 gegenseitig zum unbeschränkten Alleinerben eingesetzt. Unter Bezugnahme hierauf haben sie in zwei wortgleichen, vom Ehemann bzw. der Ehefrau geschriebenen und jeweils von beiden unterschriebenen eigenhändigen Testamenten vom 12.10.1983 verfügt:

„....

*Hiermit schließen wir,
unsere Brüder*

*a) G.G.,
sowie seine Adoptivtochter R.,
b) C.H.,
sowie seine Ehefrau E., geb. T.,
von der gesetzlichen Erbfolge aus.*

....“

Mit öffentlichem Testament vom 03.11.1997 hat die Erblasserin die Beteiligte Nr. 1 zur Alleinerbin eingesetzt und den Beteiligten Nr. 2 und Nr. 3 jeweils 100.000,00 DM als Vermächtnis zugewendet. Die Beteiligten Nr. 1 bis Nr. 3 sind Abkömmlinge des Bruders der Erblasserin, C. H..

2.

Anders als die Beteiligte Nr. 1 selbst halten die Beteiligten Nr. 2 und Nr. 3 die Einsetzung ihrer Schwester zur Alleinerbin mit der Begründung für unwirksam, die Erblasserin sei bei Errichtung des Testaments vom 03.11.1997 testierunfähig gewesen. Unter dem 31.01.2002 haben sie gegen die Beteiligte Nr. 1 zum Landgericht F. Klage auf Feststellung erhoben, dass sie die Erblasserin neben der Beteiligten Nr. 1 zu je 1/3 beerbt haben. In diesem Verfahren hat das Landgericht ein schriftliches psychiatrisches Gutachten des Sachverständigen Prof. Dr. S. zur Frage der Testierfähigkeit der Erblasserin eingeholt; in der mündlichen Verhandlung vom 23.01.2004 hat der Einzelrichter in Anwesenheit des Sachverständigen mehrere Zeugen gehört und die schriftliche Ergänzung des Sachverständigen Gutachtens angeordnet.

3.

Auf Anregung des Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten Nr. 2 und Nr. 3 hat das Nachlassgericht durch Beschluss vom 21.11.2003 Nachlasspflegschaft (Wirkungskreis: Besitznahme und Verwaltung des Nachlasses) angeordnet und den

Beteiligten Nr. 4 zum Nachlasspfleger bestellt. Zur Begründung hat es ausgeführt, aufgrund des im Verfahren vor dem Landgericht erstatteten psychiatrischen Gutachtens des Sachverständigen – dieses sei zum Ergebnis gekommen, dass die Erblasserin zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments am 03.11.1997 aus gerontopsychiatrischer Sicht testierunfähig gewesen sei – werde die Alleinerbenstellung der Beteiligten Nr. 1 zumindest erschüttert, so dass der Erbe unbekannt sei. Für die Sicherung des Nachlasses bestehe ein Bedürfnis, weil die Beklagte Nr. 1 den gesamten Nachlass in Besitz genommen habe und ihre Geschwister ersichtlich davon ausschließen wollte; in den Grundbüchern von S. sei sie als Alleineigentümerin des dort bezeichneten Grundbesitzes eingetragen, so dass sie hierüber verfügen könne und ein gutgläubiger Dritter Eigentum erwerben würde.

4.

Gegen den Nachlasspflegschaft anordnenden Beschluss hat die Beteiligte Nr. 1 Beschwerde eingelegt.

5.

Mit Beschluss vom 05.03.2004 hat das Landgericht den Beschluss des Nachlassgerichts vom 21.11.2003 mit der Begründung aufgehoben, der Erbe der Erblasserin sei zwar unbekannt, es fehle aber an einem Bedürfnis für eine Nachlasssicherung. Hiergegen richtet sich die mit Anwaltschriftsatz vom 08.03.2004 eingelegte weitere Beschwerde der Beteiligten Nr. 2 und Nr. 3, mit der sie die Anweisung an das Nachlassgericht erstreben, erneut Nachlasspflegschaft anzuordnen und einen Nachlasspfleger zu bestellen.

II.

Das gemäß den §§ 27 Abs. 1, 29 FGG zulässige Rechtsmittel führt zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Landgericht. Dieses hat die Voraussetzungen für die Anordnung einer Nachlasspflegschaft in rechtsfehlerhafter Weise verneint.

1.

Gemäß § 1960 Abs. 1 und Abs. 2 BGB kann das Nachlassgericht dem – wie hier – unbekanntem Erben einen Nachlasspfleger bestellen, soweit hierfür ein Bedürfnis besteht. Ob dies der Fall ist, ist vom Standpunkt des Nachlassgerichts bzw. des im Beschwerdeverfahren an dessen Stelle getretenen Beschwerdegerichts aus zu beurteilen und zwar nach dem Erkenntnisstand im Zeitpunkt der Entscheidung über die Sicherungsmaßnahme (vgl. KG, Rpfleger 1982, S. 184; OLG Karlsruhe, FGPrax 2003, S. 229 ff., 230; Palandt/Edenhofer, BGB, 63. Aufl. 2004, Rdn. 4 zu § 1960; Staudinger/Marotzke, BGB, 2000, Rdn. 13 zu § 1960). Dabei unterliegt die Beurteilung dieser Frage dem pflichtgemäßen Ermessen der Tatsacheninstanzen (Palandt/Edenhofer, a.a.O., Rdn. 4 zu § 1960; Tidow, Die Anordnung der Nachlasspflegschaft gemäß § 1960 BGB, Rpfleger 1991, S. 400 ff., 404; vgl. auch KG, OLGZ 1971, S. 210 ff., 212; OLG Köln, OLGZ 1989, S. 144 ff., 148). Sie kann im Rechtsbeschwerdeverfahren nur daraufhin überprüft werden, ob das Beschwerdegericht sein Ermessen ausgeübt oder die Notwendigkeit dazu verkannt hat, ob es die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten oder von dem Ermessen einen Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufenden Gebrauch gemacht hat, von ungenügenden oder verfahrenswidrig zustande gekommenen Tatsachenfeststellungen ausgegangen ist, wesentliche Umstände unerörtert gelassen hat oder Umstände mitberücksichtigt hat, die nicht berücksichtigt werden dürfen (Meyer-

Holz, in: Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl. 2003, Rdn. 23 zu § 27 m.w.N.).

2.

Im vorliegenden Fall ist dem Senat eine Überprüfung der angefochtenen Entscheidung dahingehend, ob das Landgericht überhaupt ein Ermessen ausgeübt hat und – wenn ja – auf welcher Tatsachengrundlage dies erfolgt ist und ob es dabei die der Ermessensausübung gezogenen Grenzen eingehalten hat, nicht möglich.

a)

Ein Sicherungsbedürfnis besteht, wenn ohne Eingreifen des Nachlassgerichts der Bestand des Nachlasses gefährdet wäre (OLG Düsseldorf, FamRZ 1995, S. 895 ff.; 896), was sich nach dem Interesse des endgültigen Erben beurteilt (Palandt/Edenhofer, a.a.O., Rdn. 6 zu § 1960). Für die Annahme einer Gefährdung des Nachlasses bedarf es konkreter Anhaltspunkte, die – was sich schon aus der gesetzlichen Regelung unmittelbar ergibt – über die bloße Unsicherheit darüber, wer Erbe ist, hinausgehen (vgl. OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, S. 583 f.). Wird der Nachlass durch eine vertrauenswürdige und hierzu befähigte Person verwaltet, so besteht kein Sicherungsbedürfnis und damit kein Anlass für die Anordnung einer Nachlasspflegschaft. Dabei kann es sich bei dem „Verwalter“ um einen vom Erblasser Bevollmächtigten (vgl. OLG Karlsruhe, FGPrax 2003, S. 229 ff., 230), aber auch um einen Erbprätendenten handeln (OLG Düsseldorf, FamRZ 1998, S. 583 f., 584; Staudinger/Marotzke, a.a.O., Rdn. 14 zu § 1960; Leipold, in: Münchener Kommentar BGB, 3. Aufl. 1997, Rdn. 20 zu § 1960; zweifelnd freilich Soergel/Stein, BGB, 13. Aufl. 2002, Rdn. 10 zu § 1960).

b)

Von diesen Grundsätzen ist das Landgericht zwar zutreffend ausgegangen. Indessen beschränkt sich die Begründung, mit der es ein Sicherungsbedürfnis verneint, auf die lapidare Feststellung, vorliegend seien „keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass das in den Nachlass fallende Grundstück“ (gemeint ist möglicherweise: „die in den Nachlass fallenden Grundstücke“) „nicht ordnungsgemäß verwaltet wird“ (werden), ferner „... ebensowenig (sei) ersichtlich, dass hinsichtlich des beweglichen Vermögens Interessen des wahren Erben gefährdet sein könnten“.

Diesen Ausführungen ist nicht zu entnehmen, ob und ggf. welche Bedeutung das Landgericht dem sich aus dem die Nachlasspflegschaft anordnenden Beschluss des Nachlassgerichts ergebenden Umstand beigelegt hat, dass die Beteiligte Nr. 1 die Umschreibung der drei Grundstücke in S. (Blätter 514, 177 und 294) auf sich beantragt und erwirkt hat mit der Folge, dass gutgläubiger Erwerb möglich geworden ist. – Hinsichtlich der Buchlage bzgl. des Grundstücks in G. hat das Landgericht – was in Hinblick auf den die Grundstücke in S. betreffenden Hinweis des Nachlassgerichts nahegelegen hätte – offenbar keine Ermittlungen angestellt, zumindest ist dem angefochtenen Beschluss selbst wie auch den Akten hierfür nichts zu entnehmen, erst recht nichts dafür, welche Bedeutung etwa gewonnenen Erkenntnissen in Hinblick auf ein Sicherungsbedürfnis beigelegt wurde. – Weiter ist nicht ersichtlich, wie das Landgericht zu seiner Beurteilung kam, für eine Gefährdung von Vermögensinteressen des wahren Erben in bezug auf das bewegliche Vermögen sei nichts ersichtlich. Im Schriftsatz des Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten Nr. 2 und Nr. 3 vom 12.02.2004 ist nämlich vorge-
tragen, dass sich nach Auskunft des Nachlasspflegers im

Nachlass, zu dem ein Geldvermögen von 550.000,- Euro gehört habe, nur noch „ein kleines Mietzinskonto und ein Kautionsspargbuch eines Mietverhältnisses“ befinde. Dass das Landgericht diesem Hinweis nachgegangen wäre, ist nicht ersichtlich. Jedenfalls ist das Ergebnis etwaiger Nachforschungen und die daraus vom Landgericht in Hinblick auf ein Sicherungsbedürfnis gezogener Schlüsse nicht mitgeteilt.

3.

Da sonach nicht auszuschließen ist, daß die angefochtene Entscheidung auf Ermessensfehlern beruht, war sie aufzuheben.

Eine eigene Entscheidung des Senats ist nicht möglich, da es noch weiterer Ermittlungen bedarf. Die Sache war daher an das Landgericht zurückzuverweisen. Dieses wird die noch erforderlichen Tatsachenfeststellungen zu treffen haben und auf deren Grundlage sein Ermessen in nachprüfbarer Weise auszuüben haben.

Mitgeteilt von Richter am Oberlandesgericht
Dr. Krauß, Freiburg

GBO § 53 Abs. 1 Satz 2

1. Die Eintragung „Nutzungsrecht an einem Teil der Grundstücksfläche für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks ... Unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom ... als Grunddienstbarkeit eingetragen am ...“ ist unzulässig, weil der Eintragungsvermerk den wesentlichen Inhalt des Rechts nicht erkennen lässt.

2. Grundbucheintragungen sind der Auslegung zugänglich. Außerhalb der Urkunde liegende Umstände dürfen dabei nur insoweit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind.

OLG Karlsruhe, Beschl. vom 15.07.2004 – 14 Wx 24/04

Aus den Gründen:

I.

Im Grundbuch, ist in Abt. II unter lfd. Nr. 3 für das Grundstück Flurstück Nr. 2657/7 eingetragen:

„Nutzungsrecht an einem Teil der Grundstücksfläche für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Flst. Nr. 26591/1. Unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 23.06.1982, als Grunddienstbarkeit am 08.07.1982.“

Die von der damaligen Eigentümerin abgegebene Eintragungsbewilligung lautet:

„Eine Grunddienstbarkeit zu Lasten des Grundstücks Flst. Nr. 2657/7 für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Flst. Nr. 2659/1 des Inhalts, dass der jeweilige Eigentümer des Grundstücks Flst. Nr. 2659/1 die gesamte Grundstücksfläche des Grundstücks Flst. Nr. 2657/7 allein nutzen darf, die in dem angesiegelten Lageplan grün markiert ist.“

II.

1.

Das Landgericht hat ausgeführt, die am 08.07.1982 erfolgte Grundbucheintragung sei mangels hinreichender Kennzeich-

nung des eingetragenen Rechts inhaltlich unzulässig und daher gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen. Hierzu sei das Grundbuchamt unter Aufhebung seiner den Antrag auf Löschung der Eintragung zurückweisenden Entscheidung vom 05.06.2003 anzuweisen.

2.

Der mit der weiteren Beschwerde angefochtene Beschluss hält der rechtlichen Nachprüfung stand: Das Landgericht hat die Zulässigkeit der Erstbeschwerde zutreffend beurteilt und in der Sache richtig entschieden.

a)

Der Sache nach handelte es sich bei der Entscheidung des Grundbuchamts vom 05.06.2003 um die Ablehnung einer Amtslöschung; dass diese Ablehnung als Zurückweisung eines in Wahrheit nicht gestellten Antrags formuliert war, ändert daran nichts. Da sie als Eigentümer des nach dem Inhalt der Eintragung dienenden Grundstücks durch die Eintragung – deren Unrichtigkeit im behaupteten Sinne unterstellt – in ihrer Rechtsstellung beeinträchtigt waren, waren die Beteiligten Nr. 1 und Nr. 2, obwohl nicht Antragsteller, zur Herbeiführung der Löschung beschwerdeberechtigt (vgl. Demharter, GBO, 24. Aufl. 2002, Rdn. 61 zu § 53 mit Rdn. 67, 58 zu § 71).

b)

Zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, dass die Voraussetzungen für die von den Beteiligten Nr. 1 und Nr. 2 angeregte Amtslöschung – dahin ist ihre Anregung auf Eintragung eines Amtswiderspruchs zu verstehen – gegeben sind. Was mit der weiteren Beschwerde dagegen vorgebracht wird, greift nicht durch.

aa)

Gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO ist eine nach ihrem Inhalt unzulässige Grundbucheintragung von Amts wegen zu löschen.

Inhaltlich unzulässig ist eine Eintragung dann, wenn ein Recht mit dem Inhalt oder in der Ausgestaltung, wie es eingetragen ist, nicht bestehen kann. Dies ist auch dann der Fall, wenn das Recht in einem wesentlichen Punkt so unklar ist, daß die Bedeutung des Eingetragenen auch bei zulässiger Auslegung nicht feststellbar ist (BayObLGZ 1990, S. 35 ff.; Demharter, a.a.O., Rdn. 49 zu § 53).

Geht es – wie hier – um die Eintragung eines Rechts, mit dem ein Grundstück belastet wird, kann gemäß § 874 BGB zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Im Eintragungsvermerk selbst genügt danach die gesetzliche Bezeichnung des Rechts, wenn diese den wesentlichen Rechtsinhalt kennzeichnet (Palandt/Bassenge, BGB, 63. Aufl. 2004, Rdn. 5 zu § 874). Bei Rechten dagegen, die – wie das bei einer Grunddienstbarkeit der Fall ist – einen verschiedenartigen Inhalt haben können, ist eine nähere, zumindest schlagwortartige Bezeichnung (z.B. als „Wegerecht“, „Wasserleitungsrecht“ o.ä.) erforderlich. Dies ist in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt (vgl. etwa BGHZ 35, S. 378 ff., 382; OLG Hamm, DNotZ 1954, S. 207 ff. m. Anm. Jansen; Palandt-Bassenge, a.a.O.; Demharter, a.a.O., Rdn. 17 zu § 44, m.w. N.; Wacker, in: Münchener Kommentar BGB, 4. Aufl. 2004, Rdn. 3 zu § 874; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rdn. 1145). Ebenso anerkannt ist, dass eine unzureichende Kennzeichnung der Dienstbarkeit im Eintragungsvermerk nicht durch Bezugnahme auf die Eintra-

gungsbewilligung ersetzt werden kann (OLG Düsseldorf, DNotZ 1958, S. 155 ff, 156; Schöner/Stöber, a.a.O., Rdn. 1148).

bb)

Diesen Anforderungen entspricht die Grundbucheintragung vom 08.07.1982 nicht. Ihr ist lediglich zu entnehmen, dass es sich bei dem eingetragenen Recht um eine Benützungsdienstbarkeit (Fallgruppe 1 des § 1018 BGB) handeln soll. Es ist aber nicht erkennbar, in **welchen einzelnen Beziehungen** dem jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks ein Benützungsrecht zustehen soll (dazu, daß die Begrenzung des Benützungsrechts auf einen realen Grundstücksteil keine das Wesen der Benützungsdienstbarkeit ausmachende Beschränkung auf einzelne Nutzungsarten darstellt, vgl. KG, Rpfleger 1991, S. 411 f.; BayObLG, MDR 2003, S. 684 f.; Demharter, a.a.O., Anh. Zu § 44, Rdn. 16; Schöner/Stöber, a.a.O., Rdn. 1130).

Entgegen der vom Beteiligten Nr. 3 vertretenen Auffassung kann die für eine Zulässigkeit der Eintragung erforderliche Klarheit über den Inhalt des eingetragenen Rechts hier auch nicht durch Auslegung gewonnen werden. Richtig ist zwar, daß auch Grundbucheintragungen der – vom Rechtsbeschwerdegericht selbst und ohne Bindung an die Beurteilung durch das Landgericht vorzunehmenden (Demharter, a.a.O., Rdn. 17 zu § 78 m.w.N.) – Auslegung zugänglich sind. Abzustellen ist dabei auf Wortlaut und Sinn der Eintragungsvermerks und der – soweit zulässig – in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung, wie er sich für den unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt; außerhalb der Urkunde liegende Umstände dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (BGHZ 92, S. 359 ff., 355; Demharter, a.a.O., Rdn. 4 zu § 53; Meikel/Streck, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 1993, Rdn. Zu § 53 GBO – jeweils m.w.N.). Indessen fehlt es hier an jeglichen Anknüpfungspunkten für eine Auslegung:

- Der Eintragungsvermerk als solcher läßt mangels Aussagekraft keine Schlüsse auf den Inhalt der Dienstbarkeit zu;
- entgegen der Auffassung des Beteiligten Nr. 3 ergibt sich aus dem Umstand, dass Berechtigter der jeweilige Eigentümer des Nachbargrundstücks sein sollte, nichts, denn anders als in den Fällen BayObLG, Rpfleger 1981, S. 479 (Elektrizitätsgesellschaft) und BayObLG, Rpfleger 1986, S. 296 f. (Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft) ist in bezug auf einen bloßen Grundstücksnachbarn, der die unterschiedlichsten Nutzungsinteressen haben kann, ein typisches Nutzungsinteresse, das den Schluss auf ein konkretes Nutzungsrecht zuließe, nicht erkennbar;
- ob zur Auslegung des unzureichenden Eintragungsvermerks auf die Eintragungsbewilligung zurückgegriffen werden darf, ist zumindest zweifelhaft (verneinend etwa OLG Düsseldorf, DNotZ 1958, S. 155 ff., 157), kann aber dahingestellt bleiben, weil hier auch die Eintragungsbewilligung das Nutzungsrecht des Berechtigten nicht konkretisiert – insbesondere ist daraus, dass der von dem Benützungsrecht betroffene Grundstücksteil im Lageplangrün markiert ist, mangels Vorschriften zur Farbgebung kein Schluss auf die Art der Nutzung ziehen;
- der vom Beteiligten Nr. 3 erst im Rechtsbeschwerdeverfahren mitgeteilte Umstand, dass im Baulastenbuch der Gemeinde Allensbach für das Grundstück der Beteiligten Nr. 1 und Nr. 2 zugunsten des Grundstücks des Beteiligten Nr. 3 eine Baulast über die Zurverfügungstellung von drei

Pkw-Stellplätzen eingetragen wurde, ist zur Qualifizierung der Grunddienstbarkeit schon deshalb nicht geeignet, weil sich im Grundbuch kein Hinweis hierauf ergibt und der Bestand der Baulast zudem nicht von dem einer Grunddienstbarkeit abhängt.

3.

Da das eingetragene Recht nicht besteht, ist es gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschen. Das nicht existierende Recht konnte der Beteiligte Nr. 3 auch nicht im Wege der Zwangsversteigerung erwerben. Dazu, daß das Vertrauen in das Bestehen des Rechts nicht geschützt ist, vgl. BayObLG, RPfleger 1995, S. 13.

Mitgeteilt von Richter am OLG Dr. Krauß, Freiburg

BGB § 2227 Abs. 1

1. Unterbreitet der Testamentsvollstrecker den Erben konkrete Vorschläge zu einer im Testament ausgeschlossenen Nachlassauseinandersetzung, so liegt darin eine seine Entlassung aus dem Amt rechtfertigende grobe Pflichtverletzung auch dann, wenn die Erben ihn zur vorzeitigen Auseinandersetzung gedrängt hatten.

2. Die Unterbreitung eines in hohem Maße eigennütigen Auseinandersetzungsvorschlags stellt eine grobe Pflichtverletzung und damit einen wichtigen Grund für die Entlassung des Testamentsvollstreckers dar.

3. Bei Vorliegen wichtiger Gründe für eine Entlassung ist nach pflichtgemäßem Ermessen zu überprüfen, ob gleichwohl überwiegende Gründe für ein Verbleiben des Testamentsvollstreckers im Amt sprechen.

4. Nimmt das Beschwerdegericht die Voraussetzungen für eine Entlassung des Testamentsvollstreckers an, so darf es die Entlassung nicht selbst aussprechen, vielmehr hat es das Nachlassgericht hierzu anzuweisen.

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 15.09.2004 – 14 Wx 73/03

Aus den Gründen:

I.

1.

Der den Beruf eines Rechtsanwalts ausübende Beteiligte Nr. 4 ist Testamentsvollstrecker über den – unter anderem aus mehreren Hausgrundstücken bestehenden – Nachlass des Erblassers O.B., der bis zu seiner Pensionierung Notariatsdirektor gewesen war. In seinem eigenhändigen Testament hatte der Erblasser seine beiden aus der Ehe mit der nach ihm verstorbenen Frau H.B. hervorgegangenen Kinder – die Beteiligte Nr. 1 und den Beteiligten Nr. 2 – zu Erben zu je 1/2 eingesetzt. Die Beteiligte Nr. 3 ist die Ehefrau des Beteiligten Nr. 2, auf die dieser seinen Erbteil übertragen hat.

Der Erblasser hatte Testamentsvollstreckung angeordnet. Die entsprechenden im Testament enthaltenen Bestimmungen lauten:

„2. Für die höchstzulässige Dauer ordne ich Testamentsvollstreckung mit Verwaltungsbefugnis an.“

und

„4. Zu gemeinschaftlichen Testamentsvollstreckern mit Verwaltungsbefugnis ernenne ich:

a) Steuerberater K.-H. N. in O.

b) Steuerberaterin H.S. in O.

wobei jeder berechtigt ist, seinen Ersatzvollstrecker selbst zu bestimmen, und wenn er dies nicht tut, dieses Recht dem Nachlassgericht zusteht.

Jedem Testamentsvollstrecker steht als jährliche Vergütung 2 % der jährlichen Mieteinnahmen und Auslagensatz zu“.

Die Testamentsvollstrecker K.-H. N. und H. S. haben gegenüber dem Nachlassgericht die Niederlegung ihres Amtes erklärt und den Beteiligten Nr. 4 zu ihrem Nachfolger bestimmt. Dieser hat das Amt angenommen.

Mit der Begründung, der Beteiligte Nr. 4 habe sich zu Unrecht eine Konstituierungsgebühr aus dem Nachlass zugeschrieben und den Nachlass in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft verwaltet, hat der Beteiligte Nr. 2 beim Nachlassgericht die Entlassung des Beteiligten Nr. 4 aus dem Amt des Testamentsvollstreckers beantragt. Diesen Antrag hat die Beteiligte Nr. 3 wieder zurückgenommen, nachdem der Beteiligte Nr. 2 seinen Erbteil auf sie übertragen hatte.

2.

Der Beteiligte Nr. 4 hat – mit Zustimmung der Beteiligten Nr. 1 – neben den unter Nr. 4 des Testaments ausgewiesenen laufenden Vergütungen am 23.12.1998 eine Konstituierungsgebühr in Höhe von 56.213,91 DM aus dem Nachlass entnommen. Diesen Betrag hat er nebst Zinsen an den Nachlass zurückgezahlt, nachdem er auf Antrag der Beteiligten Nr. 1 durch Urteil des Landgerichts hierzu verurteilt worden war und er die dagegen zunächst eingelegte Berufung zurückgenommen hatte.

Nachdem die Witwe des Erblassers im März 1999 verstorben war, sind die übrigen Beteiligten an den Beteiligten Nr. 4 herangetreten, um über eine stufenweise Auseinandersetzung des Nachlasses zu verhandeln. Diese Verhandlungen blieben ohne Erfolg und wurden im Dezember 1999 vom Beteiligten Nr. 4 abgebrochen.

Später schlug die Beteiligte Nr. 1 dem Beteiligten Nr. 4 vor, wenigstens einige Teile des Nachlasses zu verkaufen und den Erlös hälftig an die beiden Erben auszuzahlen. Die Beteiligte Nr. 3 bat den Beteiligten Nr. 4 mit Schreiben vom 05.04.2000 um einen Vorschlag für eine vorzeitige Auseinandersetzung. Daraufhin unterbreitete er einen Vorschlag, den er in einem an die Beteiligte Nr. 3 gerichteten Schreiben vom 11.04.2000 wiederholte. Danach sollte dem Beteiligten Nr. 4 die Möglichkeit eingeräumt werden, zur Einleitung der Auseinandersetzung eines der zum Nachlass gehörenden Hausgrundstücke zum Kaufpreis von 1.075.000 DM zu erwerben, auf welchen Testamentsvollstreckergebühren in Höhe von 395.000 DM für die Zeit ab 01.01.2000 bis zum vorgesehenen Ende der Dauertestamentsvollstreckung in 25 Jahren sowie eine Auseinandersetzungsggebühr von 65.000 DM – insgesamt also 460.000 DM – angerechnet werden sollten. Unter dem 14.04.2000 hat die Beteiligte Nr. 3 auch für die Beteiligte Nr. 1 mitgeteilt, man könne auf diesen Vorschlag momentan nicht eingehen .

3.

Mit Anwaltsschriftsatz vom 28.05.2001 hat die Beteiligte Nr. 1 beim Nachlassgericht die Entlassung des Beteiligten Nr. 4 aus dem Amt des Testamentsvollstreckers mit der Begründung beantragt, dieser habe seine Pflichten grob verletzt, weil er zum einen zu Unrecht aus dem Nachlass eine Konsti-

tuierungsgebühr von 56.213,91 DM entnommen habe und zum anderen sich zu einer von den übrigen Beteiligten gewünschten vorzeitigen Beendigung der Dauertestamentsvollstreckung nur unter den zu seinem – vorrangig eigennützige Interessen verfolgenden – Auseinandersetzungsangebot vom 11.04.2000 genannten Voraussetzungen bereit erklärt habe.

Das Nachlassgericht hat den Antrag mit der Begründung zurückgewiesen, nach den konkreten Umständen sei ein wichtiger Grund, der zur Abberufung des Testamentsvollstreckers zwingen würde, nicht zu erkennen.

Mit Beschluss vom 23.07.2003, hat das Landgericht den Beschluss des Nachlassgerichts dahin abgeändert, dass der Beteiligte Nr. 4 als Testamentsvollstrecker entlassen wird. Hiergegen richtet sich dessen sofortige weitere Beschwerde. Die Beteiligte Nr. 1 wendet sich mit ihrer Anschlussrechtsbeschwerde dagegen, daß das Landgericht dem Beteiligten Nr. 4 nicht die ihr im Beschwerdeverfahren entstandenen außergerichtlichen Auslagen auferlegt hat.

II.

Das gem. § 29 Abs. 2 FGG i.V.m. § 81 Abs. 2, Abs. 1 FGG statthafte und auch sonst zulässige Rechtsmittel des Beteiligten Nr. 4 hat in der Sache keinen Erfolg. Keinen Erfolg hat auch die Anschlussrechtsbeschwerde der Beteiligten Nr. 1.

1.

Das Landgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

In den vor allem im Jahr 2000 entfaltenen Bemühungen des Beteiligten Nr. 4, eine vorzeitige Auseinandersetzung des Nachlasses herbeizuführen, liege eine grobe und schuldhaft Missachtung der letztwilligen Anordnungen des Erblassers, die dahin gegangen seien, den Nachlass unter Ausschluss der Erben über den gesetzlich höchstzulässigen Zeitraum von 30 Jahren durch einen Testamentsvollstrecker verwalten zu lassen. Zudem enthalte das vom Beteiligten Nr. 4 den Erben unterbreitete Auseinandersetzungsangebot höchst eigennützige Bedingungen, so dass ein objektiv gerechtfertigtes Mißtrauen an einer neutralen und sachgerechten Ausübung der Verwaltungsbefugnis gerechtfertigt sei. Ein derartiges Mißtrauen werde ferner durch die Entnahme einer Konstituierungsgebühr von 56.213,91 DM begründet. Diese Umstände stellten – die beiden ersten schon jeder für sich, erst recht alle drei zusammen – einen wichtigen Grund für die Entlassung des Beteiligten Nr. 4 als Testamentsvollstrecker dar. Hinreichende Gründe, die im Rahmen einer Ermessensabwägung für ein Verbleiben im Amt sprächen, seien nicht vorhanden.

2.

Die Entscheidung des Landgerichts ist rechtlich nicht zu beanstanden.

a)

Das Landgericht hat die seiner Entscheidung zugrundeliegenden und von keinem der Beteiligten in Frage gestellten Tatsachenfeststellungen rechtsfehlerfrei getroffen. Das Rechtsbeschwerdegericht ist deshalb daran gebunden (§ 27 FGG i.V.m. § 559 ZPO). Die der uneingeschränkten Überprüfung durch den Senat unterliegende (vgl. BayObLG, Rpfleger 2003, S. 655 ff., 656) Rechtsfrage, ob auf Grundlage des festgestellten Sachverhalts das Vorliegen eines wichtigen Grundes für die Entlassung des Beteiligten Nr. 4 aus dem Amt des

Testamentsvollstreckers anzunehmen ist, hat das Landgericht zutreffend bejaht.

aa)

Darin, dass er den Beteiligten Nr. 1 und Nr. 3 am 10. und 11.04.2000 konkrete Vorschläge zu einer vorzeitigen Auseinandersetzung des Nachlasses unterbreitet hat, lag eine i.S.v. § 2227 Abs. 1 BGB grobe Pflichtwidrigkeit des Beteiligten Nr. 4. Die vom Erblasser „für die höchstzulässige Dauer“ und damit für 30 Jahre ab Eintritt des Erbfalls (§ 2210 BGB) angeordnete „Testamentsvollstreckung mit Verwaltungsbefugnis“ beinhaltete zugleich, wie das Landgericht den Senat bindend festgestellt hat, das Verbot einer vorzeitigen Nachlassauseinandersetzung. Mit seinem auf eine solche gerichteten Vorschlag verstieß der Beteiligte Nr. 4 somit in grober und schuldhafter Weise gegen den „die oberste Norm für die Aufgabe und die Befugnisse des Testamentsvollstreckers“ (BayObLG, FamRZ 2000, S. 1055 f., 1056 m.w.N.) bildenden Erblasserwillen. Dass darin eine seine Entlassung aus diesem Amt rechtfertigende grobe Pflichtverletzung des Testamentsvollstreckers liegt, ist in Rechtsprechung und Literatur unumstritten (vgl. etwa OLG Zweibrücken, Rpfleger 1989, S. 370 f.; Soergel/Damrau, BGB 13. Aufl. 2003, Rdn. 8 zu § 2227 – jeweils m.w.N.). Daran ändert entgegen der vom Beteiligten Nr. 4 mit der Rechtsbeschwerde vorgebrachten Auffassung auch nichts der Umstand, dass die Erben ihn damals zur vorzeitigen Auseinandersetzung gedrängt haben: Der Erblasserwillen steht zu niemandes Disposition, auch nicht zu der der Erben. Erst recht wird – wiederum entgegen seiner Auffassung – dem auf die vorzeitige Nachlassauseinandersetzung gerichteten Verhalten des Beteiligten Nr. 4 die Qualität einer groben Pflichtverletzung nicht dadurch genommen, dass das Landgericht im Beschwerdeverfahren die Möglichkeit eines Vergleichs angesprochen hat, der eine Auseinandersetzung des Nachlasses aber nicht zum Inhalt hatte. Mit der in der Begründung seiner Rechtsbeschwerde enthaltenen Formulierung, es hätten „keine Maßnahmen im Raum (ge-)standen, die dem Erblasserwillen zuwiderliefen“, will der Beteiligte Nr. 4 offenbar zum Ausdruck bringen, dass nicht vorgesehen gewesen sei, bei der Auseinandersetzung mit dem Nachlass in einer den testamentarischen Anordnungen widersprechenden Weise zu verfahren. Dieser Umstand ist indessen ohne rechtliche Bedeutung, weil bereits die vorzeitige Auseinandersetzung als solche vom Erblasser ausgeschlossen worden war.

bb)

Frei von Rechtsfehlern ist auch die Auffassung des Landgerichts, wonach der im April 2000 den Beteiligten Nr. 1 und Nr. 3 unterbreitete Vorschlag über eine Nachlassauseinandersetzung ihrem Inhalt nach einen wichtigen Grund für die Entlassung des Erblassers darstellt.

Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, war der Vorschlag – Veräußerung des Objekts L. an ihn selbst; Begleichung des Kaufpreises durch Verrechnung seiner im Falle einer Dauervollstreckung für die restlichen 25 Jahre noch anfallenden jährlichen Vergütungen – in hohem Maße eigennützig, denn danach sollten ihm Vergütungen für nicht geleistete Verwaltungstätigkeiten zufließen. Dieser Bewertung setzt der Beteiligte Nr. 4 mit der Rechtsbeschwerde auch nichts entgegen.

Eigennütziges Verhalten des Testamentsvollstreckers widerspricht dem Erblasserwillen und stellt schon deshalb eine grobe Pflichtverletzung und damit einen wichtigen Grund für die Entlassung dar (vgl. Soergel/Damrau, a.a.O., Rdn. 8 zu

§ 2227). Zudem ist es objektiv geeignet, erhebliches Misstrauen der Erben gegen den Testamentsvollstrecker und seine Amtsführung zu begründen. Dass auch objektiv begründetes – also nicht nur auf subjektiven Gefühlsmomenten, sondern auf Tatsachen beruhendes – Mißtrauen gegen die Amtsführung einen wichtigen Grund für die Entlassung darstellt, ist allgemein anerkannt (vgl. Staudinger/Reimann, a.a.O., Rdn. 12 zu § 2227; Soergel/Damrau, a.a.O., Rdn. 5 zu § 2227). Dies gilt jedenfalls in einem derart eklatanten Fall wie dem hier vorliegenden.

cc)

Die genannten Gründe stellen – wie ausgeführt – jeweils und erst recht zusammen einen wichtigen Grund für die Entlassung des Testamentsvollstreckers dar. Einer Prüfung der Frage, ob auch die Entnahme der Konstituierungsgebühr einen wichtigen Grund für die Entlassung darstellt, bedarf es daher nicht mehr.

Nach den Feststellungen des Landgerichts hatte der Beteiligte Nr. 4 den Nachlass zwar bislang sachgerecht verwaltet. Seine diesbezüglichen Verdienste können die die Entlassung begründenden Tatsachen aber nicht unwirksam machen (vgl. die Nachweise bei Staudinger/Reimann, a.a.O., Rdn. 18 zu § 2227).

b)

Das Landgericht hat bei seiner Entscheidung berücksichtigt, dass bei Vorliegen wichtiger Gründe nach pflichtgemäßem Ermessen zu überprüfen ist, ob gleichwohl überwiegende Gründe für ein Verbleiben des Testamentsvollstreckers im Amt sprechen (BayObLG, FamRZ 2001m S. 54 f., 55; Soergel/Damrau, a.a.O., Rdn. 20 zu § 222/ – jeweils m.w.N.). Seine vom Rechtsbeschwerdegericht nur auf Rechtsfehler hin überprüfbare Ermessensentscheidung hat das Landgericht unter Berücksichtigung der hierfür maßgeblichen tat-

sächlichen Umstände entgegen der Auffassung des Beteiligten Nr. 4 fehlerfrei getroffen.

Zu ergänzen ist insoweit allenfalls, dass die Entlassung des Beteiligten Nr. 4 – was dem Willen des Erblassers widersprechen würde und daher trotz wichtiger Gründe möglicherweise Anlass geben könnte, von einer Entlassung abzusehen – nicht mit einer Beendigung der Testamentsvollstreckung verbunden ist, denn Nr. 4 des Testaments enthält eine Anordnung zur Bestimmung eines Nachfolgers. Dabei spricht vieles dafür, dass – was vom Nachlassgericht zu entscheiden sein wird – die genannte testamentarische Anordnung dahin auszulegen ist, dass ein Ersatzvollstrecker zwar nicht durch den aus dem Amt des Testamentsvollstreckers entlassenen Beteiligten Nr.4, sondern durch das Nachlassgericht zu bestimmen ist. Der neue Testamentsvollstrecker muss jedenfalls die Gewähr dafür bieten, dass die Vollstreckung dem Erblasserwillen entsprechend bis zum Ablauf von 30 Jahren seit Eintritt des Erbfalls durchgeführt wird. Zur Vermeidung unsachgemäßer Einflußnahme durch die Erben und ihre Rechtsvertreter dürfte es sich empfehlen, einen außerhalb von O. ansässigen Testamentsvollstrecker auszuwählen, so dass eine der unbeeinflussten Vollstreckung förderliche räumliche und persönliche Distanz zu den Erben und ihren Anwälten gewährleistet ist.

III.

Nach allem hat das Landgericht die Voraussetzungen für eine Entlassung des Testamentsvollstreckers mit Recht angenommen. Allerdings durfte das Landgericht die Entlassung nicht selbst aussprechen, vielmehr war das Nachlassgericht hierzu anzuweisen (vgl. Soergel/Damrau, a.a.O., Rdn. 22 zu § 2227), schon damit eine nahtlose Fortführung der Vollstreckung durch einen neu zu bestimmenden Ersatzvollstrecker möglich ist. Deshalb war die Rechtsbeschwerde mit der entsprechenden Maßgabe zurückzuweisen.

Mitgeteilt von Richter am OLG Dr. Krauß, Freiburg

Buchbesprechungen

Dr. Michael Eigner, **Die Beschränkung der persönlichen Gesellschafterhaftung bei Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaft**, 2004, Verlag Dr. Otto Schmidt, Euro 59,80.

Die in der Schriftenreihe der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung erschienene Dissertation befasst sich bei umfassender Auswertung von Literatur und Rechtsprechung und in sehr scharfsinniger Weise mit den Grundlagen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, insbesondere unter den Gesichtspunkten der grundlegenden Entscheidung des BGH vom 29.1.2001 „Weisses Ross“ zur Rechtsfähigkeit und der Haftungsverfassung. Bei der Lektüre, die im Übrigen durchweg juristisches Vergnügen bereitet, verstärkt sich der Eindruck, dass der BGH der GbR durch die Zuerkennung der Rechtsfähigkeit ohne den notwendigen Hintergrund der Registerpublizität einen Bärendienst erwiesen hat. So kann man beispielsweise dem Verfasser nur zustimmen, wenn er schon die Äußerungen des BGH zum Begriff der Außengesellschaft, die Voraussetzung der Rechtsfähigkeit ist, als „orakelhaft“ bezeichnet.

Wenn der Verfasser im Ergebnis zur Gesamthand zurück will, gilt doch für die Praxis, dass der BGH seine Rechtsprechung nicht nochmals ändern wird. Dies gilt auch für die Ablehnung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit Haftungsbeschrän-

kung. Der Gesellschaftstyp wurde, was auch der Verfasser nicht wahrhaben will, in der notariellen Praxis nur bei Kleingewerbetreibenden als Alternative zur GmbH angesehen. Nachdem der BGH die Gestaltung auf dem Altar des Grundsatzes „Keine Haftungsbeschränkung ohne garantiertes Mindestkapital“ geopfert hat, bleibt angesichts des derzeitigen Runs in die Limited die ebenfalls ernüchternde Feststellung, dass eine rechtlich besonders schutzwürdige Gruppe nun von „Beratern“ hüben und drüben in eine ausländische Rechtsform getrieben wird, deren Risiken und Nebenwirkungen das Mindestkapital von einem englischen Pfund weit übersteigen.

Notar a.D. Prof. Dr. Gerrit Langenfeld

Dr. Hans Gummert/Dr. Bodo Riegger/Dr. Lutz Weipert, **Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band 1, BGB-Gesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Partenreederei, EWIV**, 2. Aufl. 2004, C.H. Beck, Euro 145,00.

Seit der Erstauflage 1995 haben sich im Bereich dieses Handbuchbandes bei Gesetzgebung und Rechtsprechung tiefgreifende Wandlungen vollzogen. So hat das Handels-

rechtsreformgesetz das Firmenrecht der OHG durch die Zulassung der Fantasiefirma revolutioniert und endlich die vermögensverwaltende OHG zugelassen. Der Bundesgerichtshof hat bei der BGB-Gesellschaft eine grundlegende Kehrtwendung hin zur Rechtsfähigkeit mit akzessorischer Haftung der Gesellschafter vorgenommen. Der kraft Gesellschaftsvertrag haftungsbeschränkten BGB-Gesellschaft hat er eine Absage erteilt.

Diesen und anderen Änderungen insbesondere auch im Bereich des Steuerrechts trägt die Neuauflage umfassend Rechnung, in weiten Teilen mit einer systematischen Umstellung und Neuformulierung. Der Praktiker des Gesellschaftsrechts wird jetzt auf über 2000 Seiten umfassend und übergreifend informiert. Er kann in einer ruhigen Stunde einen ganzen Abschnitt lesen, genauso wie ihm der schnelle Zugriff auf das Einzelproblem möglich ist.

Der Kreis der Autoren garantiert die Ausrichtung auf die Gestaltungspraxis und macht das Handbuch für diese weit wertvoller, als es ein an die Gesetzessystematik gebundener Kommentar jemals sein kann.

Notar a.D. Prof. Dr. Gerrit Langenfeld

Dr. Christof Münch, **Ehebezogene Rechtsgeschäfte. Handbuch der Vertragsgestaltung**, 2004, ZAP-Verlag, 863 Seiten, Euro 78,00.

Das Gestaltungshandbuch aus der Feder eines bayerischen Notars behandelt die Eheverträge, die Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen, die Ehegattenzuwendungen und sonstige vermögensrechtliche Ansprüche und Regelungen unter Ehegatten bis hin zum Ehegattenarbeitsverhältnis und der Vorsorgevollmacht. Die einschlägige Rechtsprechung und die kautelarjuristische Literatur sind vollständig ausgewertet. Hervorzuheben sind insbesondere die steuerlichen Teile, so etwa die ausführliche Darstellung der Auswirkungen des § 23 EStG auf die Gestaltung von Scheidungsvereinbarungen über die Auseinandersetzung von Grundstücken. Unter steuerlichen Gesichtspunkten sowie in seinen Auswirkungen auf Pflichtteilsberechtigte und Vertragserben wird auch der Güterstandswechsel durch Ehevertrag eingehend untersucht. Bei den Ehegattenzuwendungen werden die weitgehenden Bestrebungen in der Literatur und der OLG-Rechtsprechung dargestellt, das Ehegüterrecht auf einer „Zweiten Spur“ von Rückforderungs- und Ausgleichsansprüchen zu überholen.

Hier und vor allem auch bei der Darstellung der richterlichen Inhaltskontrolle nach der Kernbereichslehre bewährt sich das Bestreben des Verfassers nach vorsichtigen und ausgewogenen Bewertungen und Lösungen.

Münch bekennt sich zur Ehevertragsgestaltung nach Ehetypen. Im abschließenden Teil des Buches finden sich die anerkannten Standardlösungen unter aufgepepten Namen („Ehe ohne alles“, „Ehe mit Probezeit“, „Ehe mit Dynastie“) ausformuliert und kommentiert wieder.

Die einführenden Darstellungen des Zugewinnausgleichs, des Versorgungsausgleichs und des nahehelichen Unterhalts eignen sich zur zusammenhängenden Lektüre. Im Übrigen empfiehlt sich das Handbuch durch die Vielzahl der Beratungshinweise und Gestaltungsvorschläge zur Konsultation im Einzelfall.

Notar a. D. Prof. Dr. Gerrit Langenfeld

Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht. Herausgegeben von Dr. Matthias Schüppen und Notar Dr. Bernhard Schaub. 2005, 1623 Seiten. C.H. Beck Verlag München, 138 Euro.

Der neueste Band aus der Reihe der Münchener Anwaltshandbücher widmet sich dem Recht der Aktiengesellschaft, die durch die „kleine Aktiengesellschaft“ eine Popularität erlangt hat. Diese Entwicklung führte auch zu einer explosionsartigen Zunahme der aktienrechtlichen Literatur. Das vorliegende Handbuch durchdringt quantitativ wie qualitativ die Rechtsform der AG. Es ist ein Kompendium, das neben dem Aktienrecht Kapitalmarktrecht, Steuerrecht und wesentliche betriebswirtschaftliche Aspekte der Aktiengesellschaft ausführlich behandelt. So richtet sich dieses Handbuch nicht nur an den gesellschaftsrechtlich tätigen Anwalt, sondern auch an alle übrigen im Aktienrecht tätigen Praktiker, insbesondere Notare und Vorstände. Neben den für die rechtsgestaltende Tätigkeit wichtigen materiellen Rechtsproblemen werden auch die prozessualen Besonderheiten dieses Rechtsgebiets eingehend und praxisgerecht dargestellt. Von der Gründung bis zur Liquidation einer AG werden alle Stationen in der Rechtswirklichkeit einer Aktiengesellschaft ausführlich erläutert. Zahlreiche Checklisten, Formulierungsvorschläge, Muster und Praxistipps geben dem Rechtsanwender den notwendigen Überblick und den richtigen Fingerzeig, erleichtern die praktische Umsetzung des gebotenen Know-hows. Selbstverständlich berücksichtigt das Werk die jüngsten aktienrechtlichen Grundsatzentscheidungen des BGH. Die Informationen sind ausführlich, zuverlässig und stets praxisnah. Viele weiterführende Hinweise ermöglichen eine Vertiefung der Problematik. Satzungsänderungen, der Erwerb eigener Aktien, Umwandlungen, Corporate Governance, Squeeze-out, Going Private und Delisting sind nur einige Schlagwörter, nichts bleibt in dem gut gelungenen Buch unerwähnt. Stets wird die herrschende Meinung hervorgehoben, aber auch auf abweichende Auffassungen hingewiesen. Ein umfassendes Sachverzeichnis erschliesst den sicheren Zugang zu den gesuchten Erläuterungen. Der Praktiker findet in dem Handbuch alles, was er sucht – es ist für ihn von hohem Wert.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Handbuch der Justiz 2004. Die Träger und Organe der Recht sprechenden Gewalt in der Bundesrepublik Deutschland. Hrsg. v. Deutschen Richterbund. 27. Jahrgang 2004 XVI, 760 Seiten. Geb. 83 Euro, ISBN 3-7685-0523-5

Das im 27. Jahrgang erscheinende überarbeitete und aktualisierte Handbuch der Justiz will dazu beitragen, die Justiz für jedermann transparent zu machen. Ca. 30.000 Namen sind zusammengetragen. Namen, Dienststellung und Dienstalder von Richtern, Staatsanwälten und Beamten der Justizverwaltung sind in übersichtlicher Weise aufgeführt. Enthalten sind die aktuellen Postanschriften, Telefon- und Faxnummern. Mit Rücksicht auf den technischen Fortschritt sind auch die E-Mail-Anschriften der Ministerien, Gerichte und Staatsanwaltschaften aufgenommen. Eine Neuerung sind die Angaben über die jeweiligen Pressestellen. Aufgeführt sind nunmehr auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg und der Internationale Seegerichtshof in Hamburg.

Des weiteren finden sich detaillierte Angaben über die Anzahl der Planstellen der Gerichte und Staatsanwaltschaften sowie

die Einwohnerzahlen der Länder und der Gerichtsbezirke der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Informationen über die Verbände der Richter und Staatsanwälte sowie ein Register sämtlicher Amts- und Landgerichte mit Nennung des jeweils zuständigen höheren Instanzgerichts runden den Band ab.

Das Buch ist auf dem Stand vom 1. April 2004.

Es ist als „who is who“ in der Deutschen Justiz unentbehrlich

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Karlsruhe

WEG – Handbuch und Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz von Werner Niedenführ und Hans-Jürgen Schulze, 7. neu bearbeitete Auflage 2004. XXVII, 1.228 Seiten. C.F. Müller, Hüthig Fachverlage Heidelberg ISBN 3-8114-2031-3. Gebunden mit Diskette Euro 89.

Der Kommentar orientiert sich stets an der höchstrichterlichen Rechtsprechung und geht in hohem Maße auf die Belange der Praxis ein. Die Neuauflage bringt das Handbuch auf den Stand vom März 2004 und berücksichtigt bereits die Änderungen durch das Kostenrechtsmodernisierungsgesetz, insbesondere die Neuregelung der Rechtsanwaltsvergütung durch das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG). Abgedruckt ist im Anhang auch der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des WEG, der vom Bundesrat beschlossen und in den Bundestag eingebracht wurde und das Abgeschlossenheitserfordernis aufgibt. Eine Fülle von Rechtsprechung und Literatur wurden eingearbeitet, namentlich die Entscheidung des Bundesgerichtshofs, wonach – unter Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung – für Streitigkeiten zwischen der Wohnungseigentümergeinschaft und einem aus der Gemeinschaft ausgeschiedenem Wohnungseigentümer das WEG-Gericht zuständig ist, soweit es um Ansprüche aus dem Gemeinschaftsverhältnis gem. § 43 Abs. 1 Nr. 1 WEG geht (BGH NJM 2002, 1004). Die Muster wurden überarbeitet und an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs angepasst. Neu aufgenommen in die Erläuterungen des § 28 WEG wurde ein Kapitel über die Buchführung des Verwalters.

Die praktische Arbeit mit dem Werk wird zudem durch die auf der beiliegenden Diskette enthaltene Sammlung von Musterformularen (Teil IV des Buches) erleichtert.

Dem Praktiker eine präzise, übersichtliche und leichtverständliche Kommentierung zu bieten, diesem Anspruch werden die Autoren auch in der 7. Auflage gerecht.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Karlsruhe

Daten und Tabellen zum Familienrecht. Daten, Informationen, Beiträge zur Berechnung von Unterhalt, Versorgungsausgleich und Vermögensauseinandersetzung – Stand 01.08.2004 von Gerhard Kernade, Harald Scholz und Detlef Zieroth. 5. neu bearbeitete Auflage Gieseking Verlag Bielefeld 2204. XIII 715 S. brosch. Euro 24,00 ISBN 3-7694-0942-6.

Das Werk hat den Stand vom 01.08.2004, in einigen Teilen bereits vom 01.01.2005, da die im Dezember 2003 verabschiedete Reform der Arbeitslosen- und Sozialhilfe (Hartz IV) bereits umfassend berücksichtigt wurde. Die zum 01.01.2005 in Kraft tretenden Änderungen sind im Zusammenhang mit dem geltenden Recht vollständig eingearbeitet und optisch hervorgehoben. Auch die neuen Reformgesetze SGB II

(Grundsicherung für Arbeitssuchende) und SGBXII (Sozialhilfe) sind auszugsweise abgedruckt. Namentlich enthält die 5. Auflage:

- Einführung von Soyka zur Düsseldorfer und Berliner Tabelle
- Unterhaltstabellen (Düsseldorfer, Berliner und Bremer Tabelle)
- Leit- und Richtlinien zum Unterhalt der einzelnen Oberlandesgerichte
- Regelbetrag-Verordnung
- die gem. §§ 1 III S. 2, 32 VI S. 3, 33 a I S. 5 und II S. 3 EStG relevante Ländergruppeneinteilung mit Stand ab 2004
- Gesetzestexte zur Sozialhilfe: BSHG ab 01.01.2005; SGB XII mit Durchführungsverordnungen, Regelsätze nach § 22 BSHG und den Empfehlungen des Dt. Vereins für öffentliche und private Fürsorge für die Heranziehung Unterhaltspflichtiger in der Sozialhilfe sowie Empfehlungen für den Einsatz von Einkommen und Vermögen in der Sozialhilfe,
- in Auszügen: SGB (I, II, III, VIII, X, XI und XII)
- Unterhaltsvorschussgesetz
- Einkommensteuergesetz 2003
- Kindergeld (Einkommenssteuergesetz, Bundeskindergeldgesetz)
- Bundeserziehungsgeldgesetz
- Wohngeldgesetz
- Bundesausbildungsförderungsgesetz
- Tabellen zum Versorgungsausgleich und Sozialdaten (Barwert-Verordnung, Rechengrößen zur Durchführung des Versorgungsausgleichs in der gesetzlichen Rentenversicherung, Allgemeiner Rentenwert und allgemeiner Rentenwert (Ost) in der Alterssicherung der Landwirte, Monatliche Bezugsgrößen und Grenzwerte im Versorgungsausgleich, Beitragsbemessungsgrenzen sowie Beitragssätze zur gesetzlichen Rentenversicherung (seit 1990), etc.
- Lebenshaltungskostenindex
- Internationaler Vergleich der Verbraucherpreise ausgewählter Länder.

Das Buch ist aktuell, kompakt und wird auch weiterhin von der Praxis dankbar genutzt.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Karlsruhe

Engl, Formularbuch Umwandlungen Gesellschaftsrecht Steuerrecht. Herausgegeben von Richard L. Engl, Verlag C. H. Beck, 2004 XXII, 1051 Seiten, in Leinen Euro 138,00; ISBN: 3-406-50765-4

Die Neuerscheinung befasst sich keineswegs nur mit Umwandlungen nach den Vorschriften des Umwandlungsgesetzes sondern bezieht auch Einbringungs- und Anwachsungsmodelle sowie Einzelrechtsnachfolgen ein. Mit Blick auf die Zielgruppe der Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Notare liegt dem Formularbuch keine systematische Gliederung zugrunde. Vielmehr umfasst das Werk in fünf Kapiteln und 24 Formularen fallbezogen die im Wirtschaftsleben am häufigsten vorkommenden Arten von Umwandlungen:

Teil A Verschmelzung ist untergliedert in:

- Verschmelzung einer 100%-igen Tochter-GmbH auf ihre Mutter-GmbH

- Verschmelzung einer 100%-igen Tochter GmbH auf ihre Mutter-AG
- Verschmelzung Mutter-GmbH auf Tochter-GmbH
- Verschmelzung zweier Schwester-GmbH
- Verschmelzung zweier AG auf AG durch Neugründung
- Verschmelzung einer GmbH auf bestehende GmbH & Co. KG
- Verschmelzung einer AG auf bestehende GmbH & Co. KG
- Verschmelzung einer GmbH & Co. KG auf bestehende GmbH.

In Teil B Spaltung von Kapitalgesellschaften werden behandelt:

- Abspaltung von GmbH auf GmbH zur Neugründung
- Nicht verhältnismäßige Aufspaltung einer GmbH auf zwei GmbH & Co. KG zur Aufnahme.

Teil C Realteilung von Personengesellschaften befasst sich mit

- Realteilung einer Personenhandelsgesellschaft mit Teilbetrieben durch Einzelrechtsnachfolge
- Realteilung einer Partnerschaftsgesellschaft nach UmwG durch Aufspaltung in zwei dadurch neu gegründete Partnerschaftsgesellschaften,
- Ausscheiden eines Gesellschafters aus Personenhandelsgesellschaft unter Sachwertabfindung mit Einzelwirtschaftsgut in Betriebsvermögen.

In Teil D Ausgliederung, Einbringung, Tausch werden dargestellt:

- Ausgliederung eines Teilbetriebs von Einzelunternehmen auf GmbH
- Ausgliederung eines Teilbetriebs aus einer GmbH auf GmbH & Co. KG
- Einbringung von Einzelunternehmen in GmbH
- Einbringung von Mitunternehmeranteil in eine GmbH
- Einbringung von Teilbetrieb und Aktien in eine GmbH
- Einbringung von Einzelunternehmen und Einzelwirtschaftsgüter in eine GmbH & Co. KG
- Tausch von GmbH-Anteilen gegen Aktien

Gegenstand von Teil E Formwechsel sind:

- Formwechsel einer GmbH in eine AG
- Formwechsel einer KG in eine KGaA
- Formwechsel einer GmbH in eine GmbH & Co. KG
- Formwechsel einer GmbH & Co. KG in eine GmbH

Die Auswahl der Fallgestaltungen in den einzelnen Formularen orientiert sich an empirischen Werten und darf als gelungen bezeichnet werden.

Jedes Formular enthält alle Muster, die für die behandelte Umstrukturierungsmaßnahme in Betracht kommen, also Vertragsmuster, Entwürfe der Gesellschafterbeschlüsse, Registeranmeldungen, Schreiben an Handelsregister, Betriebsräte, Anteilsinhaber, Ladung zur Hauptversammlung, Empfangsbestätigungen u. dergleichen. An die einzelnen Muster schließen sich sodann „Grundsätzliche Anmerkungen“ an, die jeweils dem selben Gliederungsschema folgen: Sachverhalt, Ablaufplan, Wirtschaftliche (insbesondere steuerliche, gesellschaftsrechtliche, handelsbilanzrechtliche, betriebsverfassungsrechtliche) Vertragsziele, Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrecht, Handelsbilanzrecht, Ertragssteuern, Verkehrssteuern, Arbeitsrecht, – soweit angezeigt: kartellrechtliche Hinweise – und Kosten und Gebühren. Die „Grundsätzlichen Anmerkungen“ erhellen die wirtschaftlichen Ziele, zeigen Gestaltungsalternativen mit ihren zivil-, steuer- und gesellschaftsrechtlichen Implikationen auf, erläutern die zivil-, handels- und gesellschaftsrechtlichen Instrumente und Zusammenhänge und legen die steuerlichen Wirkungen offen. Sie konzentrieren sich auf praktisch Wesentliches, arbeiten die zivil-, handels- gesellschafts- und steuerrechtlichen Interdependenzen der unterschiedlichen Lösungsansätze heraus ohne Rechtsprechung und Literatur zu vernachlässigen. Den „Grundsätzlichen Anmerkungen“ folgen dann „Einzelerläuterungen“ zu den einzelnen Bestimmungen in den Mustern.

Das Werk ist auf dem Stand 01.01.2004. Die zu Beginn des Jahres 2004 in Kraft getretenen Vorschriften, wie Steueränderungsgesetz 2003, Haushaltsbegleitgesetz 2004, Korb II-Gesetz, Investmentmodernisierungsgesetz, Hartz III und IV, Gesetz zur Förderung der Steuerehrlichkeit sind berücksichtigt.

Die Neuerscheinung ist beeindruckend. Sie ist nicht ein Formularbuch im gewöhnlichen Sinn sondern vereint die dem eiligen Anwender wichtigen Formulierungsvorschläge mit erschöpfenden, die Materie nach allen Seiten durchdringenden Erläuterungen. Einzigartig ist die gelungene Verzahnung der von Umwandlungsvorgängen betroffenen Rechtsmaterien des Zivil-, Handels- und Gesellschaftsrechts, Bilanz- und Steuerrechts, aber auch des Arbeits- und Kartellrechts sowie des Kostenrechts. Randziffern und ein umfangreiches Sachregister erleichtern die Nutzung des Buchs ebenso wie die beiliegende CD-ROM, von der alle Formulare in ein Textverarbeitungsprogramm exportiert werden kann. Die Neuerscheinung eignet sich hervorragend für Syndices, mit M & A befasste Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater. Auch Notare – namentlich wenn sie sich über die zivil-, handels- und gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen hinaus über die wirtschaftlichen und steuerlichen Implikationen eines Umwandlungsvorgangs informieren wollen – werden das Buch mit großem Gewinn zur Hand nehmen.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Karlsruhe

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e.V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e.V., Karlsruhe.

Schriftleiter: Achim Falk, Notar, Kronenstraße 34, 70174 Stuttgart (Tel. 0711/2 25 86 50), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, Kaiserstraße 184, Notariat 1 Karlsruhe, 76133 Karlsruhe (Tel. 0721/926-0), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung.

Die BWNNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2 23 79 51,

Fax 07 11/2 23 79 56, E-mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31. 5. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt; Einzelhefte € 6,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Herstellung: BRÄUER GmbH Druckerei und Verlag, Otto-Hahn-Str. 19, 73235 Weilheim (Tel. 07023-90044-0, Fax 07023-90044-22).