

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

Notarvertreter Daniel Schaal,
Stuttgart

Notar Dr. Oliver Fröhler,
Titisee-Neustadt

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

5/2008

Oktober
Seiten 133-164

Inhalt

Abhandlungen

Dieckmann

Die Sicherung des Verkäufers vor vorzeitigem
Eigentumsverlust – Varianten der notariellen
Vertragsgestaltung im Vergleich..... 134

Majer

Zur Bestimmung der Zubehörerschaft –
Begriff und Funktion der Verkehrsauffassung
nach § 97 I 2 BGB..... 144

Epple

Betreuungsverfügung und Testament 147

Rechtsprechung.....150

Buchbesprechungen..... 160



Stiftung des Fördervereins für krebskranke Kinder Tübingen



Ein soziales Vermächtnis

Die Stiftung des Fördervereins für krebskranke Kinder Tübingen hat konkrete soziale Ziele. Sie will einen nachhaltigen Beitrag zur Intensivierung der Krebsbekämpfung im Kindes- und Jugendalter leisten. Hier in unserer Region sollen Krebsforschung und -behandlung verstärkt, psychische und physische Belastungen von Kindern und deren Familien vermindert und Rehabilitationsmaßnahmen verbessert werden.

Wichtige Ziele, die wir nur erreichen können,
wenn Sie uns helfen.

Wir wollen allen engagierten Menschen, die sich für die Gesellschaft verantwortlich fühlen und sich der Bedeutung eines sozialen Bekenntnisses bewusst sind, beim Gestalten Ihres Nachlasses eine Heimat geben. Zuwendungen an die Stiftung werden ausschließlich für die Stiftungsziele verwendet.

Wenn Sie mehr über die Stiftung wissen wollen, rufen Sie mich persönlich an,
oder wenden Sie sich an unsere Geschäftsstelle.

Prof. Dr. Hans-Werner Stahl
Vorsitzender

Rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts

Geschäftsstelle: Mildred-Scheel-Haus, Justinus-Kerner-Straße 5, 72070 Tübingen . Tel. 070 71/94 68 11 . Fax 070 71/94 68 13

Vorsitzender: Prof. Dr. Hans-Werner Stahl . Magdeburger Straße 10/2 . 72108 Rottenburg . Tel. 074 72/2 52 75 . Fax 074 72/2 71 86

Im Beirat: Prof. Dr. Michael Bamberg . Prof. Dr. Dietrich Niethammer . Universitätsklinik Tübingen

Bankverbindung: Volksbank Rottenburg . Konto 415 900 000 . BLZ 603 913 10

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abhandlungen	
Dr. Johann Andreas Dieckmann, MSt (Oxford), Notar in Lörrach Die Sicherung des Verkäufers vor vorzeitigem Eigentumsverlust – Varianten der notariellen Vertragsgestaltung im Vergleich	134
Christian Friedrich Majer, Rechtsanwalt und Wiss. Angestellter in Tübingen Zur Bestimmung der Zubehörereigenschaft – Begriff und Funktion der Verkehrsauffassung nach § 97 I 2 BGB	144
Dieter Epple, Notar i. R., Asperg Betreuungsverfügung und Testament	147
Rechtsprechung	
1. Gesellschaftsrecht/Registerrecht	
OLG München, 22.07.2008 - 31 Wx 088/07 Keine Firmenfortführung nach Beendigung einer vermögensverwaltenden Besitzgesellschaft durch Ausscheiden des letzten Mitgesellschafters	150
2. Erbrecht	
OLG München, 23.07.2008 - 31 Wx 034/08 Zu den Anforderungen an ein gemeinschaftliches Testament in getrennten Urkunden	154
OLG München, 24.07.2008 - 31 Wx 027/08 Zuständigkeit zur Aufnahme eines amtlichen Nachlassinventars; Inventarfristsetzung auch nach Antrag auf Aufnahme eines Nachlassinventars möglich	156
3. Kostenrecht	
OLG Stuttgart, 03.06.2008, 8 W 180/08 Zum Geschäftswert bei Beurkundung eines Unternehmensvertrages	158
Buchbesprechungen	
Spiegelberger/Spindler/Wälzholz: Die Immobilie im Zivil- und Steuer-Recht (Brenner)	160
Wurm/Wagner/Zartmann. Das Rechtsformularbuch (Böhringer)	162
von Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts (Böhringer)	163
Assenmacher/Mathias, Kostenordnung (Böhringer)	163
Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung (Schaal)	164

Die Sicherung des Verkäufers vor vorzeitigem Eigentumsverlust – Varianten der notariellen Vertragsgestaltung im Vergleich*

von Dr. Johann Andreas Dieckmann, MSt (Oxford), Freiburg i. Br., Notar in Lörrach

I. EINLEITUNG

1. Gegenstand des Aufsatzes

a) Das Problem

Der Kaufvertrag über Grundeigentum ist ein Austauschvertrag. Der Verkäufer will den versprochenen Kaufpreis erhalten, der Käufer will Besitzer und vor allem Eigentümer des Grundbesitzes werden. Diese beiden Hauptinteressen liegen soz. auf der Hand. Sie sind auch als „vertragstypische Pflichten“ in § 433 BGB im Gesetz formuliert. Die Hauptinteressen sind beim Grundstückskauf die gleichen wie beim Kauf beweglicher Sachen.

Der Austausch von Leistung und Gegenleistung aber ist nun beim Grundstückskauf¹ - anders als beim Kauf beweglicher Sachen - kompliziert. Der Hauptgrund hierfür liegt in der sachenrechtlichen Seite der Vertragserfüllung. Beim Kauf eines Buches oder eines Blumenstraußes werden Besitz und Eigentum in dem Moment übertragen, in dem auch das Geld bezahlt wird. Die Erfüllung der Käuferpflicht zur Zahlung und der beiden Verkäuferpflichten sind einfach zu bewerkstelligen. Man kann sie auch gleichzeitig Zug-um-Zug durchführen.

Die Erfüllung der Hauptpflicht des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung bei Grundbesitz ist dagegen nicht so einfach. Denn die Übereignung von Grundbesitz kommt nur durch einen zweiaktigen Tatbestand zum Erfolg: Einigung der Beteiligten über den Eigentumswechsel und Eintragung desselben im Grundbuch. Den zweiten Teil können die Beteiligten nicht selbst bewirken. Der Verkäufer hat die seinerseitige Vertragserfüllung nicht alleine in der Hand.

Wann nun der Wechsel des Eigentums auf den Käufer erfolgt, ist ungewiß. Der Zeitpunkt des Eigentumswechsel steht bei Vertragsschluß nicht fest und kann auch nicht bestimmt werden.

Diese Ungewissheit ist für den einfachen Leistungsaustausch hinderlich: Es ist nicht möglich, Zahlung des Kaufprei-

ses einerseits und Besitzübergabe und Übereignung andererseits auf den gleichen Zeitpunkt zu legen. Eine Erfüllung Zug-um-Zug, wie sie § 320 BGB für gegenseitige Verträge grundsätzlich vorsieht, scheidet aus.

Damit beginnen die Probleme. Denn der Käufer will eigentlich sein Geld nicht bezahlen, bevor er nicht Eigentümer geworden ist. Und der Verkäufer will sein Eigentum nicht verlieren, bevor er nicht „sein“ Geld erhalten hat. Anders formuliert: Keiner der beiden Vertragspartner will „vorleisten“, keiner will die von ihm geschuldete Leistung vor Erhalt der Gegenleistung erbringen. Diese Zwickmühle ist aufzulösen.

Die naheliegende Regelung, die Eigentumsumschreibung unter die Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung zu stellen, steht nicht zur Verfügung: Die Auflassung kann nicht bedingt werden, § 925 Abs. 2 BGB.

Eine Lösung für diese Problemlage anzubieten, ist Aufgabe sachgerechter notarieller Vertragsgestaltung. Insbesondere ist dabei zu beachten, dass die ungesicherte Vorleistung eines Beteiligten vermieden wird.

b) Eingrenzung des Themas

Gegenstand der Darstellung ist allein die Frage der Absicherung des Verkäuferinteresses daran, sein Eigentum am Kaufgegenstand erst zu verlieren, wenn der Kaufpreis eingegangen ist. Die Befriedigung seines Hauptinteresses am Erhalt des Kaufpreises soll hier nicht erörtert werden².

Behandelt werden soll nur die Absicherung des Nebeninteresses, welches gegenüber der Hauptleistungspflicht untergeordnet ist.

Ebensowenig soll die Frage erörtert werden, unter welchen Voraussetzungen im einzelnen der Notar die Umschreibung des Eigentums veranlassen soll. Dies hängt zwar mit dem Thema eng zusammen, ist jedoch bei allen hier erörterten Varianten nur Vorfrage. Sie ist bei allen Gestaltungen gleich zu beantworten.

c) Überblick

Wie regelt das bürgerliche Gesetzbuch die Lösung des beschriebenen Austauschproblems? Ein Blick in das Kaufrecht des BGB zeigt: Das Gesetz gibt für das Problem keine ausdrückliche Lösung vor.

Ich widme diesen Beitrag dem ehemaligen Notariatsdirektor in Freiburg i.Br. Herrn Notar a.D. Dr. Trutz Linde in herzlicher Verbundenheit - J.A.D.

* Der Beitrag basiert auf Referaten bei Fortbildungsveranstaltungen des Badischen Notarvereins (in Hinterzarten im Herbst 2006 und in Gernsbach-Lautenbach im Frühjahr 2008).

¹ Gleiches gilt für den Kauf von Wohnungs- oder Teileigentum, Erbbaurecht, Wohnungs- oder Teilerbbaurecht (für die Einigung nach §§ 873 BGB, 11 ErbbaurVO gilt § 925 BGB nicht entsprechend, aber § 20 GBO). Im Text wird der Einfachheit halber nur vom dem „Grundstück“ gesprochen.

² Stellung einer Bankbürgschaft (ggf. auf erstes Anfordern), Hinterlegung des Kaufpreises vor Beurkundung, Vollstreckungsunterwerfung des Käufers wegen des Kaufpreises in der Urkunde oa.

Die kautelarjuristische Praxis hat diese Lücke geschlossen und mehrere Regelungsvarianten zur Problemlösung ausgearbeitet. Die wichtigsten sollen hier verglichen werden³.

Es werden vor allem vier Varianten unterschieden: Die Mitbeurkundung von Auflassung und Bewilligung mit dem Kaufvertrag, die mit einer Vorlagesperre verbunden wird (unten II 1), die Aussetzung der Auflassungserklärung bis nach Zahlung des Kaufpreises (unten II 2), die Mitbeurkundung der Auflassung ohne Bewilligung und Nachholung (nur) der Bewilligung (unten II 3) und das sog. Karlsruher Modell, nach dem die Auflassung von dem Käufer (auch) als Vertreter ohne Vertretungsmacht des Verkäufers mit erklärt wird, der Verkäufer dies gesondert genehmigt, die Genehmigung aber vom Notar solange zurückgehalten wird, bis der Kaufpreis beglichen ist (unten II 4). Zur Erläuterung der Varianten wird dabei jeweils kurz Struktur und Technik der Beurkundung beschrieben und auf Fehlerquellen hingewiesen.

Ein jeweils kurzer Blick soll – soz. nebenbei – auch auf weitere materiellrechtliche Konsequenzen der gewählten Gestaltung gerichtet werden. Dies gilt zum einen für die Frage, ob und wann ein (veräußerliches) Anwartschaftsrecht des Käufers entsteht (wenn man denn die Rechtsfigur anerkennen mag); zum anderen für die Feststellung der Beurkundungsbedürftigkeit von Änderungen oder Aufhebung des schuldrechtlichen Vertrags.

Nach diesem Bericht folgt eine vergleichende Bewertung der vier Methoden (unten III). Im Mittelpunkt stehen dabei Praktikabilität (III 1) und Fehlerrisiko (III 2). Vor allem aber wird die Geeignetheit der Methode zur Verkäufersicherung bewertet: Er soll sein Eigentum nicht vor Kaufpreiszahlung verlieren (III 3).

Abschließend werden Detailvorschläge zur Urkundsgestaltung und „Büroorganisation“ angesprochen⁴ (unten IV).

Ehe die vier Modelle im Detail erläutert werden, werden – in der gebotenen Kürze – die Voraussetzungen des Eigentumswechsels rekapituliert.

2. Die Voraussetzungen der Übertragung des Eigentums an einem Grundstück

Welche Voraussetzungen hat der Eigentumswechsel an einem Grundstück? Zu unterscheiden sind die Voraussetzungen nach bürgerlichem Recht und die nach Grundbuchverfahrensrecht.

a) Materiellrechtliche Voraussetzungen

Die gesetzlichen Regeln finden sich in § 873 BGB und § 925 BGB: Danach sind für den Eigentumswechsel erforderlich die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den

Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch.

aa) Einigung des Berechtigten und des anderen Teils („Auflassung“)

Die Anforderungen an die Einigung sind in § 925 BGB konkretisiert. Die Einigung ist dinglicher Vertrag; sie ist Verfügungsgeschäft, das zwischen Erwerber und Berechtigtem geschlossen wird. Sie muß darauf gerichtet sein, dass der Erwerber das Eigentum an dem Grundstück von dem Veräußerer (abgeleitet) erwirbt. Deutschrechtlicher Tradition folgend wird sie bei Eigentum „Auflassung“ genannt⁵ (§§ 925 BGB, 4, 12 WEG).

Der dingliche Vertrag kann nicht nach §§ 145 ff BGB durch Angebot und Annahme zustande kommen. Erforderlich ist vielmehr die gleichzeitige Anwesenheit beider Seiten. Vertretung ist aber zulässig: Die Auflassung ist ein wichtiges Rechtsgeschäft, sie ist aber natürlich kein höchstpersönliches.

Inhaltlich muß die Erklärung den Willen der Beteiligten enthalten, dass das Eigentum vom Veräußerer auf den Erwerber übertragen werden soll⁶. Das Grundstück muß hinreichend bestimmt sein (§ 28 GBO). Eine bestimmte Formulierung der Erklärung ist jedoch nicht erforderlich⁷, nach RGZ 141, 374, 378 ist die Wahl der Worte gar „an sich belanglos“.

Eine Auflassung kann lauten wie folgt:

„Die Beteiligten sind sich einig über den vertragsgemäßen Eigentumsübergang an dem Grundstück der Gemarkung Salem Flurstücknummer 31 Schwarzacker mit 17 ar 79 Größe nach § 2 der Urkunde. Der Verkäufer bewilligt und der Erwerber beantragt Grundbuchvollzug.“

oder kürzer:

„Einig über den vertragsgemäßen Eigentumsübergang nach § 2 der Urkunde bewilligt der Verkäufer und beantragt der Erwerber Grundbuchvollzug.“

Aber auch folgende Variante ist hinreichend bestimmt⁸:

„Der Verkäufer bewilligt, dass der Käufer als Eigentümer in dem Grundbuch eingetragen wird, der Käufer beantragt seine Eintragung nach dieser Bewilligung.“

Zu den in § 925 BGB niedergelegten Anforderungen an die Form der Auflassung gehört nicht die Form der Beurkundung⁹. Sie folgt auch nicht aus § 311 b BGB. Danach

³ Als Alternativen zu Absicherung des Verkäufers sind erwogen worden: die rein schuldrechtliche Verpflichtung des Käufers, vor Zahlung keinen Antrag auf Eigentumswechsel zu stellen, und keine Eintragungsunterlagen einzureichen. Diese bietet keine echte Sicherheit. Früher wurde der Verzicht des Käufers auf das Antragsrecht nach § 13 Abs. 2 GBO zur Eigentumsumschreibung verbunden mit einer „verdrängenden“ Vollmacht an den Notar zur Antragstellung als Sicherungsmittel erörtert. Mittlerweile ist man sich in der Literatur (fast) einig, dass ein solcher Verzicht nicht wirksam ist (Brambring, FS Hagen, 1999, 251, 269 f; vgl. auch Ertl, DNotZ 1975, 644, 649 ff, siehe aber Piehler, GS Arens, 1993, 323).

⁴ Zwar wird das Kostenargument immer wieder angeführt – insbesondere gegen die Aussetzung der Auflassung wegen höherer Kosten für den Käufer. Dieser Aspekt soll hier außen vor bleiben (siehe hierzu Kanzleiter, DNotZ 1996, 242 Fn 10). Die sachgerechte Gestaltung hängt nicht von Kostenargumenten ab. Siehe aber unten Fn 59.

⁵ Vgl. zur deutschrechtlichen Auflassung insb. Achilles, Gruchot 21 (1877) 1, 3 ff (Synonyma in den Partikularrechten sind etwa „Lassung“ (Bremen), „Uplate“ und „Verlassung“ (Hamburg), bei Achilles S. 10 mN); Stobbe, JhJb 12 (1872) 137 ff.

⁶ Soergel-Stürner, ¹³2002, § 925 Rn 34; RGZ 54, 378, 381; RGZ 141, 374, 378.

⁷ Soergel-Stürner, ¹³2002, § 925 Rn 34; RGZ 54, 378, 381.

⁸ Vgl. RGZ 54, 378, (Text der Auflassung auf Seite 379). Dass diese Frage zu einer Entscheidung des Reichsgerichts führen sollte, verwundert. Der Beschluß in einer Grundbuchsache des Grundbuchamtes Sachbachried erging auf Divergenzvorlage des OLG Karlsruhe am 16. Mai 1903 (V 111 / 1903). Das Grundbuchamt hatte die Eintragung der von einem badischen Notar beurkundeten Auflassung abgelehnt. LG Offenburg und OLG Karlsruhe folgten dem Grundbuchamt. Das RG führt aus, die Erklärung sei ausdrücklich genug, was vernünftigerweise nicht bezweifelt werden könne (aaO, S. 382). Die Formulierung folgte dem preussischrechtlichen Gesetzeswortlaut zur Auflassung (siehe Fn 13). Aus heutiger Sicht kann an der Bestimmtheit, dass der Eintritt der Rechtsänderung gewollt war, kein Zweifel bestehen.

⁹ MK-Kanzleiter, ⁴2004, § 925 Rn 16; Fuchs-Wissemann, Rpfleger 1977, 9; BGHZ 22, 312, 315 ff; RGZ 141, 406, 408; RGZ 99, 65, 67 (1920); a.A. noch RGZ 54, 195 (obiter), KGJ 51, 142, 145 ff (1918); mN für beide Ansichten S. 144 f; Schlegelberger, FGG, ⁶1952, Rn 2 vor § 167.

ist nur ein „Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben“ beurkundungsbedürftig – nicht auch ein Vertrag, durch den eine solche Übertragungsverpflichtung erfüllt wird (genauer formuliert: durch welchen das für den Übertragungserfolg erforderliche, aber nicht ausreichende Tatbestandsmerkmal der Einigung erfüllt wird). Allerdings ist nur durch eine nach §§ 6 ff BeurkG erfolgte Beurkundung der nach §§ 20, 29 GBO erforderliche Nachweis der Einigung durch öffentliche Urkunde möglich (h.M.¹⁰). Mündlichkeit der Erklärung ist nicht erforderlich¹¹.

Die Einigung muß vor einer „zuständigen“ Stelle erklärt werden. Welche Stelle zur Entgegennahme der Auflassung kompetent ist, unterlag im Laufe der Rechtsentwicklung seit Einführung des BGB im Jahr 1900 einem Wandel. Ursprünglich war nach Reichsrecht grundsätzlich *nur* das Grundbuchamt der Belegenheit zuständig. Weder Notar noch Gericht wurde die Kompetenz zur Aufnahme der Auflassung allgemein gewährt.

Die Frage der Zuständigkeit zur Entgegennahme der Auflassung wurde dabei schon bei den Beratungen zum BGB kontrovers diskutiert. Der Erste Entwurf sah vor, dass die Auflassung „vor dem Grundbuchamte“ geschlossen werde (E I § 868¹² mit E I § 828). Er folgte hierin dem preußischen Eigentumserwerbsgesetz von 1872¹³. Der Zweite Entwurf wandte sich hiervon ab und erklärte neben dem Grundbuchamt auch Gericht und Notar für zuständig (E II § 838 mit E II § 794¹⁴). Das BGB kehrte jedoch zum Ersten Entwurf zurück. Gesetz wurde allerdings ein Kompromiss. Reichsrechtlich galt ab 1900 die ausschließliche Zuständigkeit des Grundbuchamtes. Es gab aber einen Vorbehalt für die Landesgesetzgebung. Diese konnte andere Behörden und Beamte zur Auflassung zulassen (Art. 143 Abs. 1 EGBGB¹⁵).

¹⁰ Vgl. nur Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, ¹⁴2008, Rn 3324.; MK-Kanzleiter, ⁴2004, § 925 Rn 16.

¹¹ MK-Kanzleiter, ⁴2004, § 925 Rn 20; Ertl, MittBayNot 1992, 102, 108; a.A. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, ¹⁴2008, Rn 3324. Anders das preussische Recht § 2 EEG (Fn 13; Achilles, Die preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872, 31881, S. 85). Die Mündlichkeit der Erklärung mag bei Auflassung vor dem Grundbuchamt zur Feststellung der Ernsthaftigkeit des Beteiligtenwillens ihre Berechtigung gehabt haben (auch wenn sie richtiger Ansicht nach auch dort nicht erforderlich war). Mit Zuweisung der Auflassungskompetenz an den Notar, der die Erklärungen beurkundet und damit sicheren Beweis über die Einigung erstellt, sowie Ausschluß der Kompetenz der Grundbuchamtes gibt es keinen Grund mehr, Mündlichkeit zu folgen. Mit § 925 BGB ist anderes auch nicht vereinbar.

¹² Text bei Mugdan, III. S. XIX; Motive, ebenda, S. 173 ff.

¹³ Gesetz über den Eigentumswerb und die dingliche Belastung der Grundstücke, Bergwerke und selbständigen Gerechtigkeiten vom 5. Mai 1872. § 2 Eigentumserwerbsgesetz lautete: „Die Auflassung eines Grundstücks erfolgt durch die mündlich und gleichzeitig vor dem zuständigen Grundbuchamt abzugebenden Erklärungen des eingetragenen Eigentümers, daß er die Eintragung des neuen Erwerbers bewilligt und des Letzteren, daß er diese Eintragung beantrage.“ Das Eigentumserwerbsgesetz führte in das preussische Recht die Auflassung als Erwerbsgeschäft (wieder) ein. Es kehrte von der Regelung im Allgemeinen Landrecht ab, die von der römischrechtlichen Traditionstheorie geprägt war. Zunächst trat das EEG nur in dem bisherigen Geltungsgebiet der allgemeinen Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783 und des allgemeinen Landrechts vom 5. Februar 1794 in Kraft. Die Erstreckung auf weitere Teile Preußens erfolgte 1873 (das Jadegebiet, Neuvorpommern und Rügen, Schleswig-Holstein u.a.) und beseitigte so den innerpreussischen Rechtspartikularismus (siehe zum vorstehenden Achilles, Die preußischen Gesetze über Grundeigentum und Hypothekenrecht vom 5. Mai 1872, 31881, S. 49 ff, 67).

¹⁴ Entwurf II § 838, Text bei Mugdan, S. XIX; Protokolle S. 607 ff; Denkschrift S. 975.

¹⁵ Zu Ausnahmen siehe Soergel-Hartmann, ¹⁰1970, Art. 143 EGBGB Rn 2, Soergel-Baur, ¹⁰1969, § 925 Rn 18.

Der BGB-Gesetzgeber sah also grundsätzlich das Auseinanderfallen von schuldrechtlichem Kausalgeschäft und dinglichem Verfügungsgeschäft *zwingend* vor. Jenes war nach § 313 Satz 1 BGB (1900) von einem Gericht oder einem Notar zu beurkunden; dieses war vor dem Grundbuchamt abzuschließen. Dieser obligatorischen Trennung liegt auch § 313 Satz 2 BGB (1900) zugrunde, der von einer dem schuldrechtlichen Vereinbarung zeitlich nachfolgenden dinglichen Einigung ausgeht¹⁶.

Vor dem hier untersuchten Gegenstand ist vornehmlich einer der bei den Beratungen der Entwürfe zum BGB angeführten Gründe für die ausschließliche Zuständigkeit des Grundbuchamts relevant: Für sie wurde die Sicherheit des Austauschs der vertraglich geschuldeten Leistungen betont. Nur durch die Auflassung vor dem Grundbuchamt sei eine sichere Zug-um-Zug-Leistung möglich¹⁷. Neben dem Übereilungsschutz und der Verhinderung des Widerspruchs der Auflassung mit dem Inhalt des Grundbuchs¹⁸ wurden also auch Gründe der Absicherung bei gegenseitigen Verträgen für die Trennung von causa und Erfüllungsgeschäft angeführt.

Der durch das Zusammenspiel von § 925 BGB (1900) mit bundesstaatlichen Ausführungsregeln verursachte „buntscheckige“¹⁹ Rechtszustand²⁰ hinsichtlich der Auflassungen wurde erst im Jahr 1934²¹ beseitigt. Seither sind im gesamten Geltungsbereich des BGB – neben anderen Stellen – auch die Notare zur Entgegennahme der Auflassung kompetent (vgl. neben § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB auch § 20 Abs. 2 BNotO, § 64 BeurkG)

bb) Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch

Die zweite Voraussetzung des Eigentumswechsels ist die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch. Mit der Eintragung im Grundbuch als öffentlichem Register wird die Funktion verbunden, den Erwerbsvorgang nach außen kundbar zu machen. Die Wichtigkeit der genauen Bestimmbarkeit, wer Eigentümer ist und wann das Eigentum erworben wurde, liegt nicht nur im Parteiinteresse. Auch dem Rechtsverkehr muß ein sicheres Nachweismittel gegeben werden.

Über die Reihenfolge von Einigung und Eintragung sagt das Gesetz nichts aus. In aller Regel wird der Eigentumswechsel erst nach Auflassung eingetragen. Erfolgt die Eintragung vor

¹⁶ Ebenso jetzt § 311 b Satz 2 BGB.

¹⁷ Protokolle bei Mugdan, 609; Denkschrift bei Mugdan, 975.

¹⁸ Mugdan, Denkschrift, 975.

¹⁹ Weißler, ZNotV 1914, 2.

²⁰ In manchen Bundesstaaten gab es den Vorbehalt für Notare des Bundesstaates der Belegenheit, wie etwa im Großherzogtum Baden (§ 15 bad. AGGBO, vgl. Dorner/Seng, Badisches Landesprivatrecht, 1906, § 55, S. 306 ff), Elsaß-Lothringen (vgl. Molitor, Das Gesetz betreffend die Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuches in Elsaß-Lothringen, 1900, S. 143 f) und Bayern (Art. 81 BayAGBGB). Manche Bundesstaaten sahen die unbeschränkte Zuständigkeit aller deutschen Notare und Gerichte vor (Sachsen, Anhalt, Schwarzburg-Rudolstadt), manche nur die des örtlichen Grundbuchamtes (Hamburg, Sachsen-Coburg-Gotha), vgl. Oberneck JW 1918, 478, 479. In manchen Bundesstaaten wurden auch „fremde“ Notare und Amtsgerichte als zuständig angesehen, vorausgesetzt es bestand Gegenseitigkeit in dem Sinn, dass in dem fremden Land auch preußische Auflassungen anerkannt waren (vgl. etwa die Verordnung über die Auflassung in Preußen belegener Grundstücke vor Amtsgerichten und Notaren anderer Länder vom 29. Oktober 1928, prGS S. 205; abgedruckt bei Oberneck, Das Notariatsrecht der deutschen Länder, insbesondere Preußens, ⁸⁻¹⁰1929, S. 568). Siehe i.ü. die Übersicht bei Hesse, DR 1940, 1032, 1033.

²¹ Verordnung über Auflassungen, landesrechtliche Gebühren und Mündelsicherheit vom 11. Mai 1934, RGBl I, 302. Die Zuständigkeit auch aller Amtsgerichte wurde durch die Zweite Verordnung über Auflassungen vom 9. Januar 1940 (RGBl. I, 46) eingeführt, vgl. Hesse, DR 1940, 1032, 1034.

der Einigung, so wird der Eigentumswechsel dennoch wirksam, wenn die Auflassung nachgeholt wird²².

Interessanter fast als die positiven Voraussetzungen des Eigentumswechsels ist eigentlich der Blick darauf, was nach BGB *nicht* vorliegen muss, um das Eigentum übergehen zu lassen. Für den Eigentumswechsel ist zivilrechtlich eine *Bewilligung* des Verkäufers als Veräußerer nicht erforderlich. Sie wird von §§ 873, 925 BGB nicht gefordert²³.

Mit dem zweiten Teil des gestreckten Erwerbstatbestandes – der Eintragung in das Grundbuch – verweist das BGB zwar in das Grundbuchrecht mit seinen Verfahrensvorschriften. Wichtig ist aber festzuhalten: Die Einhaltung des grundbuchmäßigen Verfahrens ist *nicht* Voraussetzung des Eigentumswechsels. Ebenso wenig ist für den Eigentumswechsel zivilrechtlich erforderlich, dass dem Grundbuchamt die Einigung in der gehörigen Form nachgewiesen ist (§ 20 GBO).

b) Verfahrensvoraussetzungen-, insbesondere solche des Grundbuchrechts

Nach allgemeinem Grundbuchrecht soll die Eintragung der Auflassung nur auf Antrag hin vorgenommen werden, § 13 GBO. Antragsberechtigt sind Verkäufer (als Betroffener) und Käufer (als Begünstigter). Auch der Notar kann auf Grund der Vollmachtsvermutung des § 15 GBO den Antrag für einen der Beteiligten stellen.

Grundsätzlich genügt im Grundbuchverfahren zur Vornahme der Eintragung durch das Grundbuchamt die einseitige Bewilligung desjenigen, dessen Recht von ihr betroffen ist, § 19 GBO. Der Nachweis der materiellrechtlich nötigen Einigung, § 873 BGB, wird nicht gefordert. Das Gesetz geht davon aus, dass eine solche Erklärung nur abgegeben wird, wenn die Einigung wirklich erfolgt ist²⁴ (oder doch erfolgen wird).

Hierzu findet sich bei besonders weitreichenden und wichtigen Rechtsänderungen eine Ausnahme. Nach § 20 GBO darf die Eintragung der Auflassung nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung erklärt ist (sog. „materielles Konsensprinzip“). Nach § 29 GBO ist die Erklärung – also die Einigung – durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen.

Eine vieldiskutierte Frage ist, ob außer der nachgewiesenen Einigung aus grundbuchrechtlicher Sicht auch noch eine gesonderte Bewilligung gefordert ist.

Das Reichsgericht ging in gefestigter Rechtsprechung²⁵ davon aus, neben der Auflassung sei eine Bewilligung nicht nötig („Einigung statt Bewilligung“). So wird in der Entscheidung des VII. Zivilsenates vom 19. September 1933 (VII 116/33) – RGZ 141, 374 – die erste Leitfrage gestellt:

„Ist zur Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch neben der Auflassung die Beurkundung einer förmlichen Eintragungsbewilligung notwendig?“²⁶

Das Gericht beantwortet diese Frage wie folgt:

„Die Mitbeurkundung der Eintragungsbewilligung als rechtlicher Voraussetzung der Rechtsänderung ist aber nicht erforderlich.“²⁷

„Die Eintragungsbewilligung ist also das geringere Erfordernis gegenüber dem der Auflassung. Mit Recht ist deshalb in der Rechtslehre wie in der Rechtsprechung angenommen worden, das Grundbuchamt dürfe, wenn ihm eine förmliche Auflassungsverhandlung unterbreitet werde, die Eintragung nicht davon abhängig machen, daß ihm neben der Auflassung noch eine „Eintragungsbewilligung“ vorgelegt werde.“²⁸

und schließlich:

„Insbesondere bedarf es keiner förmlichen Erklärung der Eintragungsbewilligung neben der der Einigung, um die Vornahme der Eintragung zu sichern.“²⁹

Im übrigen wird argumentiert, § 20 GBO verfüge, dass die Eintragung nur erfolgen dürfe, wenn die erforderliche Einigung erklärt sei. Schon dass die Notwendigkeit einer einseitigen Eintragungsbewilligung – anders als in § 19 GBO – nicht mehr erwähnt sei, spreche dafür, dass eine förmliche Eintragungsbewilligung nicht erfordert werde. Heutiger Neigung zur Leitsatzgebung – die dem Reichsgericht noch nicht eigen war – könnte ein Leitsatz zu RGZ 141, 374 lauten:

„Zur Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch ist neben der Auflassung die Beurkundung einer förmlichen Eintragungsbewilligung nicht notwendig.“

Demgegenüber gibt es in der neueren Rechtsprechung obiter dicta, nach denen eine Bewilligung doch gefordert sein soll³⁰. Mehr als „Nebenbemerkungen“ liegen in den gerichtlichen Ausführungen indes nicht. In keiner der Entscheidungen war die Frage letztlich entscheidungserheblich³¹.

Eine in der Literatur verbreitete Auffassung³² hält dafür, eine Bewilligung sei zum Grundbuchvollzug erforderlich, auch wenn die Einigung gemäß §§ 20, 29 GBO vorliege. In der Regel sei sie in der Auflassung auch enthalten³³.

Die unterschiedlichen Auffassungen mögen sich erklären (auch) aus einem gewandelten Verständnis des „Wesens“ der

²⁷ RGZ 141, 374, 375.

²⁸ RGZ 141, 374, 376.

²⁹ RGZ 141, 374, 378.

³⁰ BayObLG NJW 1956, 1279; BGH Rpfleger 1973, 355; BHG Rpfleger 1982, 153 f. Offen gelassen in BayObLG MittBayNot 1994, 319, 320; BGHZ 90, 323, 327 f.

³¹ Dies führt Kessler, ZNotP 2005, 176, 177 (mit Nw in Fn 13), 178 zutreffend aus. Das Erkenntnis des BayObLG vom 24.10.1974 (BReg. 2 Z 34/1974) DNotZ 1975, 685 = Rpfleger 1975, 27 etwa, auf das sich Ertl (Rpfleger 1980, 49 Text zu Fn 140), Wulf (MittRhNotK 1996, 41, 44 zu Fn 55) und Behmer (Rpfleger 1984, 306 Text zu Fn 8) berufen, ist zur Eintragung eines Vorkaufrechts nach §§ 873, 1094 BGB ergangen. Das Gericht führt iü aus: § 19 GBO wolle das Eintragungsverfahren bei Grundstücksbelastung erleichtern, nicht durch zusätzliche Erfordernisse neben der dinglichen Einigung erschweren und zitiert RGZ 141, 374, 376.

³² Ertl, DNotZ 1975, 644 ff; Ertl, Rpfleger 1980, 41, 45 ff; Behmer, Rpfleger 1984, 306, 307; Weser MittBayNot 1993, 253 ff; Kössinger, in: Bauer/von Oefele (Hg), Grundbuchordnung, ²2006, § 19 Rn 40 ff; Munzig, in: Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, ²2005, § 20 Rn 5 ff; Meikel-Lichtenberger, ¹1998, § 20 Rn 6, 20 und § 19 Rn 14 ff, insb. 26; Demharter, Grundbuchordnung, ²⁵2005, § 20 Rn 2; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, ¹²2008, Rn 97; jurisPK-BGB-Benning, ³2007, § 925 Rn 43; so bereits Strübe, BadRpr 1903, 136, 137 f; Strübe, ZBlFG 1905, 526, 529 ff, 533; und Triebel, Güthes Grundbuchordnung, Band 1, ¹1936, § 20 Rn 50 (S. 519) und § 19 Rn 11 (S. 368) mit Nachweisen.

³³ Demharter, Grundbuchordnung, ²⁵2005, § 20 Rn 2.

²² RGZ 131, 97; KGJ 51, 142, 144; Soergel-Stürner, ¹³2002, § 873 Rn 16, Rn 17 vor § 873 und § 925 Rn 46; Staudinger-Gursky, ¹⁴2007, § 873 Rn 9, 186; Meikel-Lichtenberger, ¹1998, § 20 Rn 43; Triebel, Güthes Grundbuchordnung, Band 1, ¹1936, § 20 Rn 2 (S. 484) mN auch auf abweichende Auffassungen.

²³ Behmer, Rpfleger 1984, 306, 307.

²⁴ Bauer/Stürner, Sachenrecht, ¹⁷1999, § 16 Rn 20.

²⁵ RGZ 54, 374, 376; RGZ 62, 375, 378 f (obiter); RGZ 141, 376. Ihm folgend etwa OLG Colmar, Notariats-Zeitschrift für Elsass-Lothringen, 1916, 224, 225

²⁶ RGZ 141, 374.

Bewilligung³⁴. Nach Inkrafttreten des BGB hielt man sie überwiegend für eine rein rechtsgeschäftliche Willenserklärung³⁵. Später wurde der Bewilligung eine Doppelnatur von verfahrensrechtlicher Willenserklärung mit materiellen Verfügungswirkungen zugeschrieben³⁶. Nunmehr sehen in ihr viele eine rein verfahrensrechtliche Grundbucheintragung, die dem Grundbuchamt die Eintragung gestattet³⁷.

Vor dem Wortlaut der §§ 873, 925 BGB und der Entstehungsgeschichte der Vorschriften sind Zweifel angebracht, ob eine „Bewilligung“ wirklich zu fordern ist.

Der vorerwähnte § 828 Abs. 2 E I (auf die Auflassung nach § 868 E I anwendbar) formuliert zum Vertrag über die Einigung (Auflassung) noch wie folgt:

„Der Vertrag erfordert die Erklärung des Berechtigten, daß er die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bewilligt, und die Annahme der Bewilligung von Seiten des anderen Theiles“³⁸.

Das BGB wählte in § 873 Abs. 1 BGB dagegen die Fassung:

„Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte sowie zur Übertragung oder Belastung eines solchen Rechts ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt.“

Das Tatbestandsmerkmal der Bewilligung wird also nicht mehr gefordert. Keine der (zum Teil) mehreren Änderungen des Wortlauts von §§ 873 und 925 BGB seit Inkrafttreten des BGB hat die Bewilligung nun wieder in den Text aufgenommen³⁹.

Die Zweifel werden bestätigt durch die Auslegung der Grundbuchordnung. § 20 GBO fordert mit dem Nachweis der Einigung gegenüber dem Grundbuchamt ein *Mehr* gegenüber dem allgemeinen Grundsatz des § 19 GBO, nach dem die Bewilligung des Betroffenen genügt. Warum nun bei Vorliegen des Nachweises des Mehr noch Rekurs auf die weniger fordernde Regelung zu nehmen ist, versteht sich nicht von selbst. Sieht man mit Heck die Bewilligung als Surrogat der nach § 873 BGB erforderlichen Einigung an⁴⁰, wird es deutlicher, dass die Bewilligung nicht gefordert ist. Das Surrogat zusätzlich zum zu Surrogierenden zu verlangen, ist überflüssig.

Der Zweck der Bewilligung stützt dies. Sie dient der Erleichterung der Führung des Grundbuchs⁴¹ und der Vermeidung der öffentlichen Beglaubigung oder Beurkundung der Einigung⁴².

³⁴ Vgl. die Nachweise bei Ertl, Rpfleger 1980, 41, 46. Münzig, in: Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, ⁶2005, § 19 Rn 14 ff; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, ¹⁴2008, Rn 97.

³⁵ RGZ 54, 374; Eschbach, BadRpr 1903, 24; Nachweise bei Ertl, Rpfleger 1980, 41, 46.

³⁶ Nachweise bei Ertl, in: Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, ⁴1991, § 19 Rn 16.

³⁷ Kössinger, in: Bauer/von Oefele (Hg), Grundbuchordnung, ²2006, § 19 Rn 29; Münzig, in: Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, ⁶2005, § 19 Rn 17 ff; Nieder, NJW 1984, 331 und Nachweise bei Ertl, Rpfleger 1980, 41, 46.

³⁸ Text bei Mugdan, III. S. VIII.

³⁹ Vgl. die Texte bei Staudinger, BGB-Synopse 1896-2005, 2006, § 925 BGB (S. 519 f) und § 873 BGB (S. 500 f).

⁴⁰ Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930, S. 150 f, 155.

⁴¹ Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, ¹⁴2008, Rn 95; Demharter, Grundbuchordnung, ²⁵2005, § 19 Rn 1; Dümig, in: Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, ⁶2005, Einleitung Rn C 4; Münzig, ebenda, § 19 Rn 6.

⁴² Triebel, Güthes Grundbuchordnung, Band 1, ⁶1936, § 19 Rn 10 (S. 366).

Bestätigt wird diese Auffassung durch die von Kessler aufgearbeitete Entstehungsgeschichte zur Grundbuchordnung⁴³. Danach sahen auch die Kommissionen in der Bewilligung den verfahrenstechnischen Ersatz zur Einigung. Und daraus, dass die Bewilligung eine Erklärung des Verfahrensrechts – und nicht Willenserklärung – ist, folgt nicht, dass diese Verfahrenserklärung auch erforderlich wäre⁴⁴.

Es bleibt also zweifelhaft, ob es das Erfordernis der Bewilligung neben der Auflassung wirklich gibt⁴⁵.

Ob wirklich hinreichend Gründe vorliegen, von der gefestigten und gut begründeten höchststrichterlichen Rechtsprechung des Reichsgerichts im Hinblick auf das Bewilligungserfordernis abzuweichen, ist zweifelhaft. Auch wenn die Bindung an Präjudizien in Deutschland weniger stark ist als in ausgeprägten Fallrechtssystemen, und der Grundsatz des stare decisis nicht allgemeine Geltung hat, spricht hier viel dafür, aus Gründen der Rechtssicherheit an der Rechtsprechung festzuhalten.

Verfahrensfehler beim Grundbuchamt hindern den Eigentumswechsel nicht, wenn nur die Voraussetzungen nach bürgerlichem Recht vorliegen. Wird also etwa das Eigentum umgeschrieben, ohne dass dem Grundbuchamt die Einigung in gehöriger Form (§ 29 GBO) vorliegt, geht das Eigentum über⁴⁶. Gleiches gilt bei Vollzug ohne vorherige Antragsstellung.

II. DIE REGELUNGSVARIANTEN

1. Auflassung mit Vorlagesperre – die beurkundungsverfahrensrechtliche Lösung

a) Struktur und Technik

Eine weit verbreitete Methode der Sicherung⁴⁷ funktioniert wie folgt: In die Kaufvertragsurkunde wird zwar auch die Auflassung mit aufgenommen. Der Notar darf aber zunächst keine vollständigen Ausfertigungen und beglaubigte Ablichtungen mitsamt der Auflassung herausgeben. Grundsätzlich soll gemäß § 53 BeurkG der Notar die Einreichung der Urkunde beim Grundbuchamt veranlassen, sobald die Urkunde eingereicht werden kann. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn alle Beteiligten etwas anderes verlangen.

Die Vorlage der Auflassung an das Grundbuchamt erfolgt erst nach Kaufpreiszahlung. Diese hat ihm der Verkäufer zu bestätigen oder der Käufer nachzuweisen. Die Verpflichtung des Notars beruht dabei auf der gemeinsamen Anweisung aller Beteiligten an ihn. Damit soll verhindert werden, dass dem Grundbuchamt unter Erfüllung der Anforderungen des § 29 GBO die Einigung nachgewiesen und ein Eintragungsantrag gestellt wird. Technisch wird die Auflassung entweder zu den Grundbucheintragungen – nach Löschanträgen und Vormerkung – genommen. Alternativ kann sie als Anlage zur Urkunde an deren Schluß gesetzt werden⁴⁸.

⁴³ Kessler, ZNotP 2005, 176, 180 ff.

⁴⁴ Kessler, ZNotP 2005, 176, 179.

⁴⁵ Hiergegen Kessler, ZNotP 2005, 176, 179; Habersack, JuS 2000, 1145, 1146 f; mN A. Dieckmann, FS Schiedermaier, 1976, 93, 98 Fn 14; so schon Eschbach, BadRpr 1903, 24; Stöber, ABR 26 (1905) 149, 189 f; Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht, Band 1, ⁴1909, § 21, S. 218 f.

⁴⁶ Staudinger-Pfeifer, ¹³2004, § 925 Rn 101.

⁴⁷ Brambring, FS Hagen, 1999, 251, 274; Brambring, in: Beck'sches Notarhandbuch, ⁴2006, A I Rn 181 ff; Bast, in: Kersten/Bühling (Hg), Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, ²¹2001, § 36 Rn 11 M.

⁴⁸ Vgl. die Ausführungen von Koller, in: Grziwotz/Everts/Heinemann/Koller, Grundstückskaufverträge, 2005, Rn 1017.

Obgleich die Auflassung bereits „in der Welt“ ist, wird von den Beteiligten praktisch auf den Nachweis verzichtet, dass sie erklärt ist. Beurkundungsrechtliche Grundlage hierzu ist § 51 Abs. 2 BeurkG. Der Ausfertigungsvermerk lautet dann in etwa „Vorstehende Ausfertigung - ohne den Text der Auflassung - wird dem Grundbuchamt Lörrach erteilt“.

Eine vollständige Ausfertigung samt Auflassung oder eine auszugsweise, die nur die Auflassung in der „Anlage“ enthält, wenn dem Grundbuchamt bereits die restliche Urkunde vorliegt⁴⁹, wird dem Grundbuchamt erst zugeleitet, wenn der Kaufpreis eingegangen ist. Dann ist das Sicherungsinteresse des Verkäufers erloschen. Nach Kaufpreiseingang ist der Arbeitsaufwand im Notariat also relativ gering.

b) *Materiellrechtliche Wirkungen*

Die Mitbeurkundung der Auflassung hat materiellrechtliche Auswirkungen. Der Verkäufer hat grundsätzlich alles getan, was er tun muss, um seiner Übereignungsverpflichtung aus § 433 Abs. 1 BGB nachzukommen. Er hat den Teil des zweiköpfigen Übertragungstatbestandes erfüllt, den er in der Hand hat. Insoweit liegt in der mitbeurkundeten Auflassung eine Vorleistung des Verkäufers⁵⁰. Da die Auflassung beurkundet ist, ist der Veräußerer an sie gebunden, § 873 Abs. 2 BGB, er kann sie nicht mehr einseitig widerrufen⁵¹.

Die Vorleistung des Verkäufers ist erheblich. Er gibt sein Zurückbehaltungsrecht am Eigentum nach § 320 BGB letztlich aus der Hand. Diese Form der Vorleistung ist als Folge der Vertragsgestaltung nur dann vertretbar, wenn eine hierzu adäquate Absicherung erfolgt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ergeben sich zwei weitere rechtliche Folgen. Mit erklärter Auflassung und eingetragener Vormerkung soll für den Käufer ein Anwartschaftsrecht entstehen⁵². Dieses ist veräußerlich und pfändbar.

Eine Änderung des Vertrags soll formfrei möglich sein, da die nach § 311 b Abs. 1 BGB erforderliche Verpflichtung zur Eigentumsübertragung bereits erfüllt sei⁵³. Die Aufhebung des Vertrags hingegen ist formbedürftig. Denn es ist schon ein Anwartschaftsrecht entstanden, auf das § 311 b BGB entsprechende Anwendung findet⁵⁴.

c) *Mögliche Fehlerquellen*

aa) Fehler des Notars und des Büros

Die Ausfertigungssperre setzt – wie dies in der Literatur zu Recht hervorgehoben wird – ein „gut organisiertes und mit geschultem Personal ausgestattetes Notariatsbüro voraus“⁵⁵. Fehler können geschehen sowohl beim Herstellen der Ausfertigungen durch die Kanzlei wie auch beim Unterschreiben durch den Notar. Leicht können die für die aus-

zugsweise erteilten Ablichtungen gedachten Seiten vertauscht und falsch eingesiegelt werden. Bei der Unterschriftsleistung fällt dies nicht immer auf. Vorzeitige Vorlage der Auflassung an das Grundbuchamt kann dann die Folge sein.

Wird die vollständige Ausfertigung bei der Urkunde aufbewahrt, kann es ebenfalls leicht geschehen, dass sie „versehentlich“ zu früh an das Grundbuchamt vorgelegt wird.

Weniger fehlerträchtig scheint die Beurkundungstechnik, nach der die Auflassung als echte Anlage „räumlich“ vom Rest der Urkunde getrennt ist. Sie macht das Erstellen der auszugsweisen Ablichtungen leichter.

bb) Fehler des Grundbuchamtes

Auch im Bereich des Grundbuchamtes können weitreichende Fehler passieren. Übersieht der Grundbuchbeamte die Nichtvorlage der Auflassung und trägt er den Eigentumswechsel ein, obgleich ihm die Auflassung nicht direkt in Form des § 29 GBO vorliegt, verliert der Verkäufer unweigerlich sein Eigentum.

Es beruhigt nur wenig, wenn in einem solchen Fall die „Schuld“ beim Grundbuchamt liegt. Für den Verkäufer sind Schaden und Ärger groß. Selbst wenn er einen Amtshaftungsanspruch hat, wird er den Notar fragen, ob dieser Schaden nicht vermeidbar gewesen sei.

In der Praxis wird die Nichtvorlage der Auflassung akzeptiert. Die Frage, ob nicht dennoch eigentlich der Nachweis, dass die Auflassung erklärt ist, geführt werden kann, darf allerdings gestellt werden⁵⁶. Dass in einem Zivilprozeß ein Gericht die Frage, ob die Auflassung erklärt sei auch bei Vorlage nur einer auszugsweisen Ablichtung der Urkunde („ohne Auflassung“) bejahen würde, kann kaum bezweifelt werden.

2. Aussetzung der Auflassung – die materiellrechtliche Lösung

a) *Struktur und Technik*

Die zweite Variante zur Absicherung des Verkäufers setzt bei dem Tatbestandsmerkmal der „Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung“ an, § 873 Abs. 1 BGB. Um zu verhindern, dass der Kaufgegenstand zu früh den Eigentümer wechselt, wird die Auflassung *nicht* gemeinsam mit dem Kaufvertrag beurkundet, sondern erst nach Kaufpreiszahlung. Das Erfüllungsgeschäft zur Übereignungsverpflichtung wird dem Abstraktionsprinzip folgend gesondert von der schuldrechtlichen Verpflichtung erklärt. Diese Form der Absicherung wird u.a. von *Kanzleier*⁵⁷ und *Wolfsteiner*⁵⁸ favorisiert. Sie schwebte auch dem BGB-Gesetzgeber grundsätzlich vor⁵⁹.

⁴⁹ Siehe zutreffend *Kanzleier*, DNotZ 1996, 242, 251.

⁵⁰ *Kanzleier*, DNotZ 1996, 242, 245 ff; *MK-Kanzleier*, 42004, § 925 Rn 30 aE.

⁵¹ *Wolfsteiner*, Rpfleger 1990, 505; *Wolfsteiner*, in: Kersten/Bühling (Hg), Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 212001, § 37 Fn 68.

⁵² Warum eine Gestaltung, die vom Gesetzgeber als Regelfall vorgesehen war, eine „unrichtige Sachbehandlung“ nach § 16 KostO darstellen sollte, ist schwerlich nachvollziehbar. Die Änderungen des § 925 BGB zielten nicht darauf ab, eine verbundene Beurkundung von Kausalgeschäft und Auflassung zwingend vorzusehen.

Vor diesem Hintergrund ist es also nicht erfindlich, wie der von der Rechtsprechung ausgearbeitete Maßstab von § 16 KostO, erfüllt sein sollte (so jedoch OLG Düsseldorf DNotZ 1990, 674; anders BayObLG MittBayNot 2000, 575). Eine unrichtige Sachbehandlung liegt vor, wenn ein offen zu Tage tretender Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen vorliegt (BGH NJW 1962, 2107; Korintenberg-Bengel/Tiedtke, KostO, 162005, § 16 Rn 2). Eine Rechtsnorm, die die gemeinsame Beurkundung von Kauf und Auflassung zwingend vorsähe, ist dem deutschen Recht nicht bekannt.

Die Frage sollte durch die Entscheidung BayObLG, MittBayNot 2000, 575 geklärt sein (anders entschied noch OLG Düsseldorf Rpfleger 1990, 392 mit abl. Anmerkung *Wolfsteiner*, Rpfleger 1990, 505).

⁴⁹ Nach Koller, in: Grziwotz/Everts/Heinemann/Koller, Grundstückskaufverträge, 2005, Rn 1017, genügt die Vorlage der Auflassung in der „Anlage“, wenn dem Grundbuchamt bereits die restliche Urkunde vorliegt.

⁵⁰ Keim, MittBayNot 2003, 21, 24.

⁵¹ *MK-Kanzleier*, 42004, § 925 Rn 32.

⁵² BGHZ 83, 395, 396, 399; Staudinger-Pfeifer, 132004, § 925 Rn 123; Palandt-Bassenge, 672008, § 925 Rn 25; *MK-Kanzleier*, 42004, § 925 Rn 36 f; a.A. *MK-Wacke*, 42004, § 873 Rn 43 mN in Fn 183; A. Dieckmann, FS Schiedermaier, 1976, 93 ff; *Medicus*, DNotZ 1990, 275; *Habersack*, JuS 2000, 1145 ff.

⁵³ Palandt-Grüneberg, 672008, § 311 b Rn 44; *MK-Kanzleier*, 42004, § 311 b Rn 59 (kritisch); Hagen, FS Schippel, 1996, 173, 176 f.

⁵⁴ BGHZ 83, 395, 399 ff (zu § 313 BGB); Palandt-Grüneberg, 672008, § 311 b Rn 40; *Soergel-Stürmer*, 132002, § 873 Rn 14 f; Hagen, FS Schippel, 1996, 173, 175.

⁵⁵ Ertl, DNotZ 1975, 644, 647.

In der „Urfassung“ des BGB war zwar der Kausalvertrag vor Gericht oder Notar zu beurkunden (§ 313 BGB a.F.). Nach § 925 BGB a.F. mußte die Auflassung vor dem *Grundbuchamt* erklärt werden. Der Notar war hierfür grundsätzlich nicht zuständig. So fielen schuldrechtliches Geschäft – beim Notar – und dessen dingliche Erfüllungshandlung – beim Grundbuchamt – zwangsläufig auseinander. Dies ist oben näher dargelegt worden (siehe I 2. a) aa)).

Zur technisch einfacheren Durchführung wird meist eine Vollmacht zur Erklärung der Auflassung in den Kaufvertrag mitaufgenommen. Die Beteiligten erteilen diese den Mitarbeitern des Notars⁶⁰. Man wird dies als Vollzugstätigkeit im Sinne von § 17 a Abs. 2 BeurkG qualifizieren müssen. Dass eine Eigenhaftung nicht völlig außer Betracht bleibt, darf man nicht aus dem Blick verlieren⁶¹.

Alternativ kann sie auch der Käufer dem Verkäufer erteilen (so beim Bauträgervertrag⁶²), nach manchen Autoren auch der Verkäufer dem Käufer⁶³.

Bei Vertretern von Beteiligten, die nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sind, sollte bei der Formulierung und später der Beurkundung der Auflassung darauf geachtet werden, dass nicht nur *ein* Bevollmächtigter handelt. Manche Grundbuchämter sehen in der Auflassung kein reines Erfüllungsgeschäft im Sinn von § 181 BGB. Auch wenn man dies anders sehen mag, wird der vorsichtige Notar sich hierauf einstellen.

Insbesondere bei der Beteiligung von Kapitalgesellschaften oder Gemeinden⁶⁴ ist dies zu bedenken. Der Bürgermeister ist in der Regel vom Gemeinderat nicht von § 181 BGB befreit. Der bevollmächtigte Vertreter muss zur Untervollmacht berechtigt sein. Dies zu prüfen, ist Aufgabe des Notars.

b) *Materiellrechtliche Wirkungen*

Wird die Auflassung nicht gemeinsam mit dem Kaufvertrag erklärt, so entsteht in keinem Fall – also auch nicht bei Eintragung der Auflassungsvormerkung – ein Anwartschaftsrecht des Käufers. Änderungen des Vertrags sind beurkundungsbedürftig⁶⁵. Der Verkäufer bleibt verpflichtet zur Auflassung. Seine Vorleistung ist vermieden. Die Aufhebung ist formfrei möglich. Denn durch sie wird weder eine Erwerbs- noch eine Übertragungspflicht begründet⁶⁶.

Der Kaufvertragsurkunde folgt nach Kaufpreiseingang eine zweite Urkunde, die die Auflassung enthält. In der Regel haben die Beteiligten nun kein Interesse an einer persönlichen Abgabe der Auflassungserklärung. So wird meist von der Vollmacht Gebrauch gemacht.

c) *Mögliche Fehlerquellen*

aa) **Fehler des Notars und des Büros**

Ein Fehler von Notar oder Mitarbeitern bei Bearbeitung der Kaufurkunde, der dazu führt, dass das Eigentum zu früh übergeht, ist hier nicht denkbar. Alle Ausfertigungen und Ablichtungen können jeweils vollständig erteilt werden. Es entsteht insoweit weniger Kontrollaufwand.

⁶⁰ Für Anwesenheit von Verkäufer und Käufer jedoch Brambring, FS Hagen, 1999, 251, 268.

⁶¹ Im Bereich des Amtsnotariats, wo der Grundsatz der Staatshaftung gilt, sollte dies weniger ins Gewicht fallen.

⁶² Kutter, in: Beck'sches Notarhandbuch, 42006, A II Rn 54.

⁶³ Basty, DNotZ 2002, 44, 46 (zweifelhaft).

⁶⁴ Anders Schneeweiß, MittBayNot 2001, 341, 343.

⁶⁵ Palandt-Grüneberg, 672008, § 311 b Rn 41.

⁶⁶ BGHZ 83, 395, 398; Palandt-Grüneberg, 672008, § 311 b Rn 39.

Nach dem Eingang der Kaufpreismitteilung ist allerdings der Arbeitsaufwand höher. Man muß nicht nur einfach die vollständige Ausfertigung an das Grundbuchamt unterschreiben und absenden. Es ist vielmehr die weitere Urkunde aufzunehmen und auszufertigen. Auch wenn dies eigentlich eine Routineangelegenheit ist (oder sein sollte), darf man den Aufwand nicht unterschätzen. Dies gilt insbesondere im personell schwach ausgestatteten Notariats Südwestdeutschlands. Regelmäßig vergeht längere Zeit zwischen Eingang der Mitteilung und Absendung der Urkunde an das Grundbuchamt. Jedenfalls dauert es im Vergleich zur Lösung der „Vorlagesperre“ länger.

bb) **Fehler des Grundbuchamtes**

Auch etwaige Fehler beim Grundbuchamt sind weniger wahrscheinlich und weniger gefährlich. Selbst wenn das Grundbuchamt fehlerhaft den Eigentumswechsel vollziehen sollte, bleibt der Verkäufer Eigentümer. Das Grundbuch ist „nur“ unrichtig geworden, wenn die Eintragung erfolgt. Dies wäre durch einen Amtswiderspruch nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu vermerken. Es besteht allerdings die Gefahr der Veräußerung an einen gutgläubigen Erwerber oder die Belastung mit einem sonstigen Recht – etwa einer Hypothek.

3. **Auflassung ohne Bewilligung – die grundbuchverfahrensrechtliche Lösung**

a) *Struktur und Technik*

Eine dritte Alternative der Verkäufersicherung findet immer mehr Verbreitung⁶⁷: Sie besteht darin, in der Kaufvertragsurkunde zwar die Auflassung als Einigung über den Eigentumswechsel zu erklären. Die *Bewilligung* des Verkäufers zur Eigentumsänderung wird aber ausdrücklich nicht aufgenommen. Auch der Eintragungsantrag wird noch nicht gestellt. Die Bewilligung wird sozusagen zurückgehalten und gesondert erklärt. Die Bewilligung wird erst an das Grundbuchamt gegeben, sobald die Kaufpreiszahlung nachgewiesen ist. Hier gibt es nun zwei Alternativen: entweder der Notar verwahrt die getrennte Bewilligung des Verkäufers mit Unterschriftsbeglaubigung („Schubladenbewilligung“, „Vorratsbewilligung“) und legt sie dem Grundbuchamt erst später vor. Oder der Notar erklärt in Vertretung des Verkäufers die Bewilligung in einer Eigenurkunde (bzw. ein Mitarbeiter in Urkunde mit Unterschriftsbeglaubigung). Hierzu muß der Notar im Vertrag bevollmächtigt werden, § 15 GBO gilt nur für Anträge. Erst wenn Bewilligung und Antrag vorliegen, erfolgt der Eigentumswechsel.

Bei *Weser* wird etwa die bewilligungslose Auflassung mit Vollmacht wie folgt formuliert⁶⁸:

Auflassung

Die Vertragsteile sind über den Eigentumsübergang auf den Erwerber einig, auf mehrere im angegebenen Anteilsverhältnis. Eine Bewilligung der Eigentumsumschreibung wird heute jedoch nicht erklärt; sie ist in der Erklärung der Auflassung auch nicht enthalten. Eine selbständige verkehrsfähige Rechtsposition, kraft derer der Erwerber bereits vor Eigentumsumschreibung auf ihn den heutigen Vertragsgegenstand aus eigenem Recht an Dritte weiterveräußern könnte, soll daher nicht entstehen. Der Erwerber bedarf vielmehr zur

⁶⁷ Ertl, DNotZ 1975, 644, 645 f; *Weser*, MittBayNot 1993, 253, 262; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 3. Auflage 2005, Rn 500; Kössinger, in: Bauer/von Oefele (Hg), Grundbuchordnung, 2006, § 20 Rn 42 ff.

⁶⁸ *Weser*, MittBayNot 1993, 253, 262.

Weiterveräußerung der ausdrücklichen Zustimmung des Veräußerers.

Der amtierende Notar wird von den Vertragsteilen bevollmächtigt, die Eigentumsumschreibung namens des Veräußerers zu bewilligen und die Eintragung der Rechtsänderung namens eines oder aller Beteiligten in das Grundbuch zu beantragen. Von dieser Ermächtigung darf der Notar jedoch nur Gebrauch machen, wenn ihm die vollständige Erbringung der Gegenleistung durch eine schriftliche Bestätigung des Veräußerers nachgewiesen ist.

Die Bewilligungsurkunde kann nach Weser lauten:

Bewilligung der Eigentumsumschreibung

Mit Urkunde des Notars N. in X-Stadt vom ... UR.Nr. ... ist die Auflassung folgenden Grundbesitzes erklärt, aber ihre Eintragung im Grundbuch nicht bewilligt worden. (Folgt Grundbesitzbezeichnung)

Ich, der unterfertigte Notar, stelle hiermit fest, dass der Veräußerer mir die vollständige Erbringung der Gegenleistung bestätigt hat.

Ich bewillige daher aufgrund der mir in der vorgenannten Urkunde erteilten Vollmacht namens des Veräußerers und beantrage daher namens des Erwerbers/Veräußerers (je nach Kostentragungspflicht für die Grundbuchkosten laut Erwerbsvertrag) den Vollzug der Auflassung im Grundbuch.

Diese u.a. von Ertl⁶⁹ und Weser⁷⁰ vorgeschlagene Lösung geht davon aus, dass aus grundbuchrechtlicher Sicht die Bewilligung eine zwingende Voraussetzung der Eigentumsumschreibung durch das Grundbuchamt darstellt. Ob dies richtig ist, wurde oben (I 2 6) in Frage gestellt. Jedenfalls solange eine höchstrichterliche Abkehr von der entgegengesetzten reichsgerichtlichen Rechtsprechung nicht erfolgt ist, gilt der Hinweis Lindes weiterhin, dass Vorsicht geboten scheint⁷¹.

Der Trennung von Einigung und Bewilligung kann vorgehalten werden, sie umgehe durch die Konstruktion die Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung, § 925 Abs. 2 BGB⁷². Es wäre in der Tat nicht von vorneherein abwegig, die Auflassung als durch die spätere Bewilligung bedingt anzusehen. Ein Einwand ist auch denkbar, zum Abgabezeitpunkt der Einigung fehle es noch am Willen der Beteiligten zur Rechtsübertragung⁷³. Jedenfalls für den Veräußerer stimmt dies wohl.

In der Bearbeitung ist die Urkunde relativ einfach handhabbar. Es werden nur „vollständige“ Urkunden ausgehändigt. Auch das Grundbuchamt erhält zur Eintragung der Vormerkung eine Ausfertigung mit bewilligungsloser Auflassung und natürlich ohne Antrag für den Eigentumswechsel.

b) Materiellrechtliche Wirkungen

Die Frage, ob und wann bei dieser Technik ein Anwartschaftsrecht für den Käufer entsteht, ist unklar⁷⁴. Jedenfalls ist sie höchstrichterlich nicht geklärt. Möglicherweise entsteht es mit Eintragung der Vormerkung, vielleicht aber auch

erst mit Vorlage der Bewilligung und Stellung des Eintragsantrags. Der Grundsatz ist, dass ein Anwartschaftsrecht entsteht, wenn der Verkäufer alles getan hat, um den Eigentumswechsel auf den Käufer zu ermöglichen, insbesondere alle Erklärungen hierzu abgegeben hat, so dass er den Eigentumserwerb nicht mehr einseitig verhindern kann⁷⁵. Konsequenterweise hieße das für die Bewilligungslösung, die vom Erfordernis einer Bewilligung ausgeht, dass erst mit ihrer Abgabe ein Anwartschaftsrecht entsteht⁷⁶. Ehe diese – wichtige – Frage mit der nötigen Sicherheit geklärt ist, wird noch einige Zeit vergehen.

Ebenso unklar ist, ob Vertragsänderungen der Form des § 311 b BGB bedürfen. Nach dem Grundsatz der Rechtsprechung wird man von der Beurkundungsbedürftigkeit von Änderungen ausgehen müssen. Der Verkäufer hat noch nicht alle nötigen Erfüllungshandlungen vorgenommen, braucht also weiter den Schutz des § 311 b BGB. Die Aufhebung des Kaufvertrags müßte mangels Entstehens eines Anwartschaftsrechts allerdings formlos möglich sein. Dies jedenfalls wenn man den Wertungen der Rechtsprechung folgt⁷⁷.

c) Mögliche Fehlerquellen

aa) Fehler des Notars und des Büros

Da nur vollständige Abschriften des Kaufvertrags erteilt werden, können Kanzleifehler minimiert werden. Ist der Notar bevollmächtigt, kann die Eigenurkunde vorbereitet werden, mit der die Bewilligung des Verkäufers erklärt und der Antrag des Käufers gestellt wird. Sie wird erst unterschrieben und gesiegelt, sobald die Voraussetzungen vorliegen. Das Fehlerrisiko beschränkt sich darauf, den Nachweis der Zahlung irrtümlich anzunehmen – dies ist aber nicht der Regelung immanent, sondern das kann bei jeder Alternative passieren.

Bei der Variante der auf „Vorrat“ erteilten Bewilligung des Verkäufers liegt es etwas anders. Hier kann es leichter geschehen, dass die Bewilligung „aus Versehen“ zu früh an das Grundbuchamt gegeben wird. Hierin gleicht die Konstellation der bei der Vorlagesperre. Hier wird (nur) die Bewilligung gesperrt, dort die ganze Auflassung. Das Risiko ist gleich. Geht die Verkäuferbewilligung allerdings verloren, hat man das Problem, das von ihr nicht eine neue Ausfertigung erteilt werden kann. Die Vertragsdurchführung stockt und der Verkäufer (oder sein Erbe) muß erneut eine Bewilligung in grundbuchtauglicher Form abgeben.

bb) Fehler des Grundbuchamtes

Nimmt das Grundbuch die Eintragung des Eigentumswechsels zu früh vor, also ehe die Bewilligung bei ihm eingekommen ist, ist das für den Verkäufer schädlich⁷⁸. In diesem Fall verliert er nämlich sein Eigentum - unweigerlich. Die beiden vom BGB aufgestellten (einzigen) Voraussetzungen sind erfüllt: Einigung vor einer zuständigen Stelle und Eintragung in das Grundbuch. Dies Ergebnis gilt unabhängig von der Frage, ob die Bewilligung wirklich verfahrensrechtlich Eintragungsvoraussetzung ist oder nicht. Wenn das Grundbuchamt – regelwidrig - umschreibt, geht das Eigentum über. Auch Platz für einen Amtswiderspruch gibt es keinen. Das Grundbuch ist nicht unrichtig.

⁶⁹ Ertl, DNotZ 1975, 644, 645 f.

⁷⁰ Weser, MittBayNot 1993, 253.

⁷¹ Linde, in: Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht, 6. Auflage 1995, IV. 6 Rn 11, S. 457; ähnlich Brambring, in: Beck'sches Notarhandbuch, 42006, A I Rn 181.

⁷² Wolfsteiner, in: Kersten/Bühling (Hg), Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 212001, § 61 Rn 18 f.

⁷³ Kessler, ZNotP 2005, 176, 179 f.

⁷⁴ Staudinger-Pfeifer, 132004, § 925 Rn 134 ff; Staudinger-Ertl, 121989, § 925 Rn 134 ff; Weser, MittBayNot 1993, 253, 259.

⁷⁵ BGHZ 45, 186, 188 f.

⁷⁶ Weser, MittBayNot 1993, 253, 259.

⁷⁷ BGHZ 83, 397; BGHZ 45, 186, 188 f.

⁷⁸ Ertl, DNotZ 1975, 645, 647; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 142008, Rn 97.

4. Auflassung ohne Genehmigung des Verkäufers – das „Karlsruher Modell“

a) Struktur und Technik

Der letzte hier vorzustellende Weg⁷⁹ ist technisch ein wenig komplizierter als die anderen. Er ist in Baden als „Karlsruher Modell“, außerhalb Badens als „Badisches Modell“ bekannt⁸⁰.

Auch hier wird die Auflassung in die Kaufvertragsurkunde inkorporiert. Die Auflassung wird aber noch nicht mit ihrer Beurkundung wirksam. Denn bei Erklärung des „Einigseins“ über den Eigentumswechsel handelt der Käufer nicht nur in eigenem Namen, sondern auch insoweit als *Vertreter ohne Vertretungsmacht* für den Verkäufer. Der Verkäufer wiederum genehmigt das vollmachtlos geschlossene Rechtsgeschäft in gesonderter mit Unterschriftsbeglaubigung versehener Erklärung. Diese gesonderte Genehmigung wird dem Notar überlassen, der die Auflage erhält, sie erst dann an das Grundbuchamt weiterzuleiten, wenn der Kaufpreis beglichen ist. Mit Eingang beim Grundbuchamt wird die Erklärung dann wirksam. Dem Grundbuchamt wird insoweit eine Empfangsvollmacht erteilt. Aus Notarssicht ist problematisch, dass sich aus seinen Unterlagen bei der Urkunde die Wirksamkeit der Auflassung nicht hinreichend sicher ergibt. Denn der Nachweis des Zugangs beim Grundbuchamt wird nicht aktenkundig.

b) Materielle rechtliche Wirkungen

Die zivilrechtlichen Wirkungen der Konstruktion sind nicht einfach zu ermitteln. Ob etwa ein Anwartschaftsrecht entsteht, wenn die Vormerkung eingetragen ist, ist unklar. Eigentlich ist die Auflassung ja „erklärt“, aber eben noch nicht wirksam. Da aber die Genehmigung nach allgemeinen Grundsätzen Rückwirkung entfaltet, § 184 Abs. 1 BGB, müßte man konsequenterweise davon ausgehen, dass eben mit Rückwirkung ein Anwartschaftsrecht entstanden ist.

Inwieweit § 311 b BGB für eine etwaige Änderung gilt, ist ebenfalls unklar. Das soll hier nur angedeutet werden. Nach der Rechtsprechung des BGH soll mit der letzten Erfüllungshandlung des Verkäufers die Pflicht zur Übertragung des Eigentums erfüllt sein⁸¹.

So müßte man davon ausgehen, dass eine vor Eingang der Genehmigung beim Grundbuchamt erfolgte privatschriftliche oder auch nur mündliche Änderung im Zeitpunkt ihrer Vornahme unwirksam ist. Sie erlangt aber nachträglich wegen der Rückwirkung der Genehmigung Wirksamkeit.

Ein wenig problematisch scheint, dass beim Karlsruher Modell bewußt die - vorübergehende - Teilunwirksamkeit einer Vertragsvereinbarung als Mittel notarieller Gestaltung eingesetzt wird.

c) Mögliche Fehlerquellen

aa) Fehler des Notars und des Büros

Wie auch bei der Lösung mittels Vorlagesperre besteht die Gefahr, dass die Genehmigungserklärung versehentlich zu früh an das Grundbuchamt versendet wird. Auch bei ihrem Verlust - auf dem Weg zum Grundbuchamt oder in der Kanzlei - entstehen Schwierigkeiten.

bb) Fehler des Grundbuchamtes

Bei versehentlicher Umschreibung auf den Käufer ohne Vorliegen der Genehmigungserklärung fehlt es an einem Eigentumswechsel. Die Einigung liegt nicht vor. Insoweit wird der Verkäufer abgesichert.

III. VERGLEICHENDE BEWERTUNG

Welches System ist nun das „richtige“? Die Beantwortung dieser Frage hängt naturgemäß davon ab, auf welchen Gesichtspunkt und auf welchen Interessen man stärker abstellt. Hier soll die Frage nach der „richtigen“ Lösung vergleichend nach den Kriterien der *Praktikabilität*, dem *Fehlerrisiko* und der Geeignetheit zur *Verkäufersicherung* untersucht werden.

1. Praktikabilität

Für die Bearbeitung des Kaufvertrags im Notariat ist sicher die Variante der getrennten Bewilligung die einfachste. Ausfertigungsfehler sind nicht denkbar oder unschädlich. Der Entwurf der nachträglichen Bewilligung kann vorbereitet zur Akte genommen werden (ununterschrieben und nicht gesiegelt). Nach Prüfung der Voraussetzungen für den Eigentumswechsel muß er nur datiert, gesiegelt und vom Notar unterschrieben werden. Man spart die für die gesonderte Beurkundung der Auflassung benötigte Zeit gänzlich ein. Zu den Grundakten gelangen nicht zwei (dicke) Ausfertigungen, sondern letztlich nur eine - samt einem Antragsblatt mit der Bewilligung.

Die Variante der Vorlagesperre erspart gegenüber der Aussetzung der Auflassung die weitere Beurkundung. Insgesamt ist sie dadurch schneller. Ein erheblicher Bearbeitungsnachteil der herkömmlichen Vorlagesperre ist der viel größere Überprüfungsaufwand beim Ausfertigen der Urkunde. Die Prüfung ist wegen der Gefahrgeneignetheit angezeigt. Die Lösung, die Auflassung als Anlage an den Schluß der Urkunde zu setzen, ist hier sicher vorzugswürdig.

Nachteil der Aussetzung sind Zeitverzögerungen wegen des Erstellens der zweiten Urkunde, der Ausfertigungsdauer und der Kostenberechnung etc. Insbesondere gilt dies, wenn von einer Auflassungsvollmacht für Mitarbeiter kein Gebrauch gemacht wird. Ehe man Verkäufer und Käufer - oder auch nur Verkäufer allein - wieder zu einem Termin beisammen hat, vergeht einige Zeit. Bei Bauträgerverträgen sieht man dies in der Praxis häufig. Etwas Zeitgewinn bedeutet es, wenn mit Ausfertigen der Haupturkunde die Auflassung schon vorbereitend geschrieben ist und als Entwurf zur Urkunde gehängt wird. Allerdings ist der Wegfall der Überprüfungsaufwands nicht zu unterschätzen. Die Ausfertigungen des Vertrags gehen schneller aus dem Haus, wenn man sie ohne weitere Prüfung ablassen kann.

Bei Banktreuhand ist die Aussetzung der Auflassung nicht praktikabel, bei der Notartreuhand ebensowenig. Die Auflassung erst zu beurkunden, wenn der Kaufvertrag „abwicklungsreif“ ist, scheint zeitlich kaum vernünftig und zügig genug vornehmbar zu sein.

Die Aufwand der Kostenberechnung und Beitreibung ist bei der ausgesetzten Auflassung ebenso größer als bei der Bewilligungslösung.

2. Fehlerrisiko aus der Sphäre des Notariats und Grundbuchamts

Das Fehlerrisiko beim Bearbeiten im Notariat ist bei der beurkundungsverfahrensrechtlichen Lösung am größten. Für die Mitarbeiter ist die Ausfertigung schwieriger zu erstellen, der

⁷⁹ Zuerst wohl Greiner, BWNotZ 1969, 241, 243 ff; Nieder, in: Münchener Vertragshandbuch, Band 5. Bürgerliches Recht I, ⁵2003, I 1 a) aa), S. 26; I. 2 § 4 Abs. 4, § 13 Abs. 3 des Vertragsmusters (S. 71, 74).

⁸⁰ Brambring, FS Hagen, 1999, 251, 253 Fn 6.

⁸¹ BGH NJW 1985, 266; Palandt-Grüneberg, ⁶⁷2008, § 311 b Rn 44.

Überprüfungsaufwand birgt Fehlerquellen. Reduziert wird das Risiko durch Verlagerung der Auflassung in die Anlage.

Die Lösung der ausgesetzten Bewilligung ist für Fehler im Notariat relativ unanfällig. Dies gilt aber nur für die Untervariante der Bewilligung durch den Notar oder Mitarbeiter. Nimmt man eine „Schubladen“-Bewilligung des Verkäufers zur Urkunde, hat man dasselbe Problem wie bei Vorlagesperre und Karlsruher Modell. Es kann passieren, dass die Erklärung verschwindet oder – noch schlimmer – dass sie zu früh beim Grundbuchamt vorgelegt wird.

Zur Fehleranfälligkeit im Grundbuchbereich nur soviel. Die Überprüfung der gesonderten Auflassung wie auch der nachgereichten Bewilligung ist relativ einfach. Beim Prüfen der auszugsweisen Ausfertigung (Vorlagesperre) können sich in der Tageshektik Fehler einschleichen.

3. Absicherung des Verkäufers

Welche der vorgestellten Varianten nun sichert den Verkäufer am besten ab? Und welche Schlußfolgerungen sind hieraus im Hinblick auf die Reduzierung der Risiken einer *ungesicherten* Vorleistung zu ziehen? Noch einmal sei daran erinnert, dass es Aufgabe sachgerechter Vertragsgestaltung ist, Vorleistungsrisiken beider Seiten zu egalisieren bzw. zu minimieren.

In der Vornahme aller *materiellrechtlichen* Übereignungshandlungen, die mit Abschluß des schuldrechtlichen Verpflichtungsvertrags erfolgt, liegt eine *Vorleistung* des Verkäufers. Dies gilt auch, wenn man die Bewilligung aussondert. Denn sie ist – wenn überhaupt – nur verfahrensrechtlich nötig.

Der *sicherste* Weg ist der, die Auflassung erst zu beurkunden, wenn der Kaufpreis gezahlt ist. Dies wird in der Literatur einhellig so gesehen – auch von den Befürwortern anderer Lösungen⁸².

Nur die Aussetzung der Auflassung verhindert, dass Fehler aus dem *nicht* dem Notar unterliegenden Verantwortungsbereich – dem Grundbuchamt – den Verkäufer schädigen. Sagte man dem Verkäufer, dass es nicht nur von der eigenen Sorgfalt des Notars abhängt, dass er sein Eigentum nicht zu früh verliert, würde der die Gestaltung wohl ablehnen. Die Aussetzung kommt m.E. auch dem Parteiwillen des Verkäufers am nächsten. Er will Eigentum nur verlieren, wenn er den Kaufpreis einnimmt. Die „willenskonforme“ Lösung der bedingten Übereignung scheidet aus. Am nächsten kommt dem Willen die Nachholung der Übereignungshandlung. Am Tag der Beurkundung „will“ der Verkäufer noch nicht alles tun, um sein Eigentum zu verlieren. Wird keine weitere Absicherung des Verkäufers vorgenommen – etwa durch Einschaltung eines Treuhänders – so ist die richtige Gestaltung, die Vorleistung des Verkäufers von vorneherein zu vermeiden und die Auflassung auszusetzen.

Dies Sicherungsbedürfnis des Verkäufers ist weniger hoch, wenn ein Treuhänder in die Vertragsdurchführung miteinbezogen ist, der den Austausch von Leistung und Gegenleistung unparteiisch betreut und bewirkt. Diese weitere Absicherung des Verkäufers macht die Aussetzung der Auflassung auch weniger dringlich.

Wird bei der Treuhandabwicklung des Austauschs von Leistung und Gegenleistung die Auflassung mit dem Kaufvertrag verbunden, scheint die Bewilligungslösung vorzugswürdig.

Sie kombiniert bürotechnisch einfache Handhabbarkeit mit weiterer Absicherung. Wenn es richtig ist, dass die Bewilligung des Veräußerers neben der Auflassung erforderlich ist, ist der Verkäufer besser gesichert, wenn man die Bewilligung nachträglich erteilt. Aber auch hier gilt: fehlerhaft zu früh erfolgte Umschreibung führt unweigerlich zum Eigentumswechsel.

Das Karlsruher Modell sichert den Verkäufer gegen vorzeitigen Eigentumsverlust, wenn im Notariat kein Büroversehen erfolgt. Das Risiko zu früh vorgelegter Genehmigungserklärung teilt dies Modell aber mit der Vorlagesperre.

IV. PRAXISFRAGEN FÜR DIE NOTARIELLE TÄTIGKEIT

Den Königsweg zur Verkäuferabsicherung gibt es nicht. Jede der vorgestellten Regelungsvarianten hat ihre Vor- und Nachteile. Je nach Gewichtung der Kriterien von Praktikabilität, Beherrschbarkeit von Fehlerrisiken und Verkäuferabsicherung mag man das eine oder das andere Modell bevorzugen. Die Wahl sollte immer auf den Einzelfall abgestimmt sein. Kurz sollen zu allen Modellen Anregungen zur Urkundsgestaltung und Büroablauf gegeben werden.

1. Auflassung mit Vorlagesperre – die beurkundungsverfahrensrechtliche Lösung

Bei Mitbeurkundung der Auflassung bietet es sich zur Vereinfachung an, die Auflassung als echte Anlage an das Ende der Urkunde zu setzen. Die für das Grundbuchamt bestimmte Ausfertigung der Auflassung darf nicht unterschrieben werden, ehe sie nicht vorgelegt wird.

2. Aussetzung der Auflassung – die materiellrechtliche Lösung

Bei Trennung von Kaufvertrag und Auflassung kann vorbereitend mit dem Ausfertigen der Kaufvertragskopien der Text der Auflassung vorgeschrieben werden. Sein Entwurf kann zur Urkunde gehängt werden, so dass er nach Kaufpreismitteilung sogleich verwendbar ist. Es muss beachtet werden, dass bei fehlender Befreiung von § 181 BGB beim Vertreter einer Kaufpartei die Auflassung von mehreren Bevollmächtigten zu erklären ist. Handelt bei Abschluß des Kaufvertrags für einen Beteiligten ein Bevollmächtigter, so muss er berechtigt sein, Untervollmacht zu erteilen.

3. Auflassung ohne Bewilligung – die grundbuchverfahrensrechtliche Lösung

Der Notar sollte bevollmächtigt werden, die Bewilligung abzugeben. Diese Bewilligungserklärung samt Umschreibungsantrag kann soweit vorbereitet werden, dass sie nach Vorliegen der Voraussetzungen nur datiert, unterschrieben und gesiegelt wird. Die Schubladenbewilligung des Verkäufers kann verloren gehen. Sie ist daher zu vermeiden.

4. Auflassung ohne Genehmigung des Verkäufers – das „Karlsruher Modell“

Bei dieser Variante ist besonders darauf zu achten, dass die Genehmigung nicht zu früh vorgelegt wird.

V. ZUSAMMENFASSUNG

Austausch von Leistung und Gegenleistung kann beim Grundstückskauf nicht Zug-um-Zug erfolgen. Denn Zahlung und Übereignung können nicht zeitgleich stattfinden. Der Verkäufer erwartet von sachgerechter notarieller Vertragsgestaltung, dass er gegen vorzeitigen Eigentumsverlust ge-

⁸² Ertl, DNotZ 1975, 644, 646; Brambring, FS Hagen, 1999, 251, 254.

schützt wird. Übertragen will er das Eigentum erst mit Wirkung nach Eingang des Kaufpreises.

Die notarielle Praxis hat mehrere alternative Vertragsgestaltungen ausgearbeitet. Den einen Weg, der für alle Fallkonstellationen der einzig richtige wäre, gibt es nicht. Von den Varianten der Gestaltung ist die für den Verkäufer sicherste die der gesonderten Erklärung der Auflassung nach Kaufpreiszahlung. Sie sichert umfänglich gegen Bearbeitungsfehler im Notariat und im Grundbuchamt. Für das materiellrechtliche Problem der Absicherung des Aus-

tausches der Leistungen scheint es angezeigt, eine materiellrechtliche Lösung zu wählen. Die Ansätze im Verfahrensrecht – sei es nach BeurkG oder GBO – sind nur die zweitbeste Wahl.

Im Regelfall also ist die Vorleistung des Verkäufers zu vermeiden, die Auflassung auszusetzen. Wird das Risiko des Verkäufers, sein Eigentum zu früh zu verlieren, durch das Dazwischentreten eines Treuhänders weiter minimiert, kann die Auflassung mitbeurkundet werden und die Bewilligung getrennt erfolgen.

Zur Bestimmung der Zubehöreigenschaft – Begriff und Funktion der Verkehrsauffassung nach § 97 I 2 BGB

(von Christian Friedrich Majer*, Rechtsanwalt, Tübingen)

I. Einleitung: Bedeutung und Voraussetzungen des Zubehörbegriffs

Die Qualifikation einer Sache als Zubehör hat in privatrechtlicher Hinsicht Bedeutung für die Frage, ob eine Sache das Schicksal derjenigen Sache, als deren Zubehör sie angesehen wird, teilt. So bestimmt § 311c BGB, dass sich im Zweifel die Verpflichtung zur Veräußerung oder Belastung auch auf das Zubehör bezieht. Korrespondierend dazu bestimmt § 926 I 2 BGB, dass die Veräußerung (gemeint ist die Übereignung¹) im Zweifel auch das Zubehör umfasst sowie § 1120 BGB, dass sich die Hypothek auch auf das Zubehör erstreckt². Die Erstreckung der Hypothek auf das Zubehör hat insbesondere Bedeutung für die Zwangsversteigerung; in diesem Fall gilt auch das Zubehör als mitversteigert, §§ 90, 55, 20 ZVG. Außerdem unterliegt das Zubehör gemäß § 865 II ZPO nicht der Mobilienvollstreckung. Ferner erstreckt sich ein Vermächtnis einer Sache gemäß § 2164 I BGB im Zweifel auch auf das Zubehör; dasselbe gilt für den Nießbrauch (§ 1031 I BGB verweist auch auf § 926 I 2 BGB) und seine Aufhebung, § 1062 BGB, sowie für das (dingliche) Vorkaufsrecht, § 1096 S. 2 BGB.

Relevant wird die Zubehöreigenschaft auch im Versicherungsrecht; beispielsweise sind bei der Wohngebäudeversicherung Bestandteile mitversichert, nicht jedoch das Zubehör³.

Auch im öffentlichen Recht hat die Zubehöreigenschaft in vielerlei Hinsicht Bedeutung: Beispielsweise ist Gegenstand einer Grundstücksenteignung nach §§ 85 ff. BauGB zwar gemäß § 86 II BauGB grundsätzlich nicht das Zubehör, gemäß § 92 IV BauGB kann die Enteignung jedoch auf Verlangen des Eigentümers auf das Zubehör ausgedehnt wer-

den, wenn er dies infolge der Enteignung nicht mehr angemessen nutzen oder verwerten kann⁴.

In welchen Fällen eine Sache als Zubehör anzusehen ist, bestimmen §§ 97, 98 BGB. Danach muss es sich zunächst um eine bewegliche Sache handeln; diese muss ferner dem wirtschaftlichen Zweck einer anderen Sache (Hauptsache) dauerhaft zu dienen bestimmt sein und zu dieser in einem entsprechenden räumlichen Verhältnis stehen. Außerdem darf der Einordnung der Sache als Zubehör nicht die Verkehrsauffassung entgegenstehen (§ 97 I 2 BGB). Eine Sache kann gemäß § 97 I 1 BGB außerdem nur dann Zubehör sein, wenn sie nicht Bestandteil der Hauptsache ist. Dass die vorübergehende Benutzung die Zubehöreigenschaft nicht begründet und die vorübergehende Trennung sie nicht beendet, stellt § 97 II BGB klar. § 98 BGB nennt schließlich einige Fälle – von der Zeit des Erlasses der Vorschriften geprägt –, in denen eine wirtschaftliche Zweckbestimmung angenommen werden soll. Es besteht außerdem weitgehend Einigkeit, dass der Begriff des wirtschaftlichen Zwecks nicht auf erwerbsbezogene Vorgänge beschränkt werden darf; vielmehr ist jeder Zweck ausreichend. So ist die Orgel Zubehör eines Kirchengebäudes⁵ oder ein Navigationssystem Zubehör eines Kraftfahrzeugs⁶.

II. Die Zubehöreigenschaft und die Verkehrsauffassung in der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung zur Zubehöreigenschaft ist unübersichtlich und zum Teil geradezu widersprüchlich. Das zeigt sich insbesondere an der Bestimmung der Zubehöreigenschaft von Einbauküchen: diese wird vom OLG Köln⁷ und vom OLG Celle⁸ bejaht. Verneint wurde sie hingegen vom OLG Karlsruhe⁹, vom OLG Frankfurt a. M.¹⁰, vom OLG Hamm¹¹ und vom

* Der Autor ist Wiss. Angestellter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Internationales Privat- und Verfahrensrecht (Prof. Dr. Stamm) der juristischen Fakultät der Universität Tübingen und selbständiger Rechtsanwalt in Tübingen

¹ vgl. etwa Kanzleiter, in: MünchKomm-BGB, 4. Aufl. (2004), § 926 Rdnr. 4.

² vergleichbare Regelungen enthalten z. B. § 31 LuftRG für das Registerpfandrecht an einem Luftfahrzeug sowie § 31 SchiffsRG für die Schiffshypothek.

³ VBG 62 § 2, vgl. dazu Kolhossler, in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 27. Aufl. (2004), VBG 62 § 2 Rdnr. 3.

⁴ vgl. dazu etwa Runkel, in: Ernst/Zinkhan/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 85. Ergänzungslieferung (2007), § 92 Rdnrn. 51 ff.

⁵ RG JW 1910, 466; Wieser, NJW 1990, 1971.

⁶ OLG Karlsruhe NVZ 2002, 132.

⁷ VersR 1980, 51 (52).

⁸ NJW-RR 1989, 913 (914).

⁹ NJW-RR 1986, 19 (20); 1988, 459 (460).

¹⁰ ZMR 1988, 136.

¹¹ NJW-RR 1989, 333; FamRZ 1998, 1028.

¹² NJW-RR 1994, 1039 (1040).

OLG Düsseldorf¹². Maßgeblich für die die Zubehöreigenschaft verneinende Rechtsprechung soll eine entgegenstehende regionale Verkehrsauffassung sein; das ist vom BGH ausdrücklich gebilligt worden¹³. Die angeblich unterschiedliche Verkehrsauffassung führt zu einer unüberschaubaren Lage; besonders leuchtet es nicht ein, warum die Verkehrsauffassung in den OLG-Bezirken Köln und Düsseldorf voneinander abweichen soll¹⁴.

Unterschiedlich beurteilt wird auch aufgrund der Verkehrsauffassung die Frage, ob Gaststätteninventar Zubehör des Grundstücks sein soll; während es früher für Hamburg bejaht wurde¹⁵ und für Bremen verneint wurde¹⁶, ist es für Schleswig-Holstein heute umstritten¹⁷.

Linoleum soll in München Zubehör sein¹⁸, in Hamburg dagegen nicht¹⁹. Die Zubehöreigenschaft einer Kaffeehaaeinrichtung wurde in Thüringen bejaht²⁰, in Frankfurt a. M. hingegen verneint²¹.

In vielen Fällen wird die Verkehrsauffassung auch zur Verneinung der Zubehöreigenschaft angeführt, ohne dass die Voraussetzungen des § 97 I 1 BGB überhaupt geprüft wurden. Beispielsweise sollen wegen einer abweichenden Verkehrsauffassung auch Lattenrost und Matratzen nicht als Zubehör eines Schlafzimmers anzusehen sein²². Dasselbe soll für die Telefonanlage eines Privathauses gelten²³, wohingegen bei der Telefonanlage eines Hotels die Zubehöreigenschaft bejaht wurde²⁴.

Eine entgegenstehende Verkehrsauffassung besteht auch angeblich hinsichtlich einer Nebenfernsehvorrichtung²⁵ sowie eines Waschungsschranks und eines Spiegels in einem Badezimmer²⁶. Dasselbe soll gelten für eine aus serienmäßigen Teilen hergestellte Schranktrennwand²⁷.

III. Funktion der Verkehrsauffassung

Probleme bereitet im Rahmen des Zubehörbegriffs insbesondere die nähere Bestimmung der Verkehrsauffassung, welche der Einordnung als Zubehör gemäß § 97 I 2 BGB entgegenstehen kann. Die Kriterien sind dafür anders als bei § 97 I 1 BGB nicht näher bestimmt. Die h. M. bestimmt diese anhand der Auslegungsregel des § 311c BGB: was im Zweifel nicht mitverkauft sei, sei nicht als Zubehör anzusehen²⁸. Eine entgegenstehende Verkehrsauffassung wird zudem häufig lediglich behauptet, aber nicht genauer belegt.

1. Problematisch ist bereits der Ansatz der h. M., welcher sich auf die Auslegungsregel des § 311c BGB stützt. Die Aus-

legungsregel wird hier umgekehrt: es wird nicht, wie das Gesetz es anordnet, von der Zubehöreigenschaft auf den Mitverkauf geschlossen, sondern umgekehrt vom Mitverkauf auf die Zubehöreigenschaft. Das ergibt sich so aber nicht aus § 311c BGB. Diesem Ansatz steht außerdem entgegen, dass nach § 97 BGB die Zubehöreigenschaft objektiv zu bestimmen ist, wohingegen § 311c BGB lediglich die Ermittlung des Parteiwillens betrifft²⁹. Aus einer Regel zur Ermittlung des Parteiwillens kann eine objektive Bestimmung nicht getroffen werden. Anerkannt ist im Rahmen des § 97 BGB, dass die Bestimmung als Zubehör nicht von den Parteien abbedungen werden kann³⁰ und dass die Verkehrsauffassung nach objektiven Kriterien zu bestimmen ist.

2. Überhaupt stellt sich die Frage, ob der Verkehrsauffassung heute noch eine Funktion zukommt. Schon nach dem Wortlaut ist es zweifelhaft, welche Funktion die Verkehrsauffassung haben soll. Der Begriff des Zubehörs ist in § 97 I 1 BGB legaldefiniert; wenn eine entgegenstehende Verkehrsauffassung die Zubehöreigenschaft wieder ausschließen soll, wird auf den ersten Blick die Legaldefinition obsolet. Aus diesem Grund wurde auch bei den Beratungen zum BGB der Vorschlag gemacht, das Merkmal der Verkehrsauffassung zu streichen; die überwiegende Auffassung hielt aber daran fest; es seien Fälle denkbar, in denen die Zubehöreigenschaft nach der Verkehrsauffassung zu verneinen sei, obwohl eine Zweckbestimmung zu bejahen sei³¹. Wenn jedoch eine einheitliche Verkehrsauffassung existiert, wäre die Verneinung der Zubehöreigenschaft deswegen widersprüchlich: das Gesetz definiert in § 97 I 1 BGB die Zubehöreigenschaft einer Sache. Für die Auslegung dieses Merkmals kommt es auf die Verkehrsauffassung an; wenn diese ergibt, dass die Sache danach als Zubehör anzusehen ist, ist unklar, wie sie gleichzeitig der Einordnung als Zubehör gemäß § 97 I 2 BGB entgegenstehen soll. Besondere Kriterien stellt das Gesetz bei § 97 I 2 BGB nicht auf; die einzig maßgeblichen Kriterien können also nur diese des § 97 I 1 BGB sein. Einen Sinn kann diese Anordnung des Gesetzes daher nur ergeben, wenn eine einheitliche Verkehrsanschauung nicht existiert, d.h. wenn es im Hinblick auf diese tatsächlich regionale Unterschiede gibt. In diesem Fall könnte nach der allgemeinen Verkehrsanschauung die Zubehöreigenschaft nach § 97 I 1 BGB zu bejahen sein, wohingegen sie nach einer besonderen regionalen Verkehrsanschauung gemäß § 97 I 2 BGB zu verneinen sei.

Für den BGB-Gesetzgeber war es Faktum, dass regionale Unterschiede bestanden; beispielhaft genannt wurden Öfen, welche in einigen Regionen Deutschlands nicht als der Wohnung zugehörig und daher nicht als Zubehör angesehen werden dürften³². Die regionalen Unterschiede galten geradezu als Rechtfertigung des § 97 I 2 BGB.

Angesichts der weitgehenden Vereinheitlichung der Lebensverhältnisse innerhalb Deutschlands sind diese regionalen Unterschiede aber weitgehend zurückgegangen³³. Eine entgegenstehende Verkehrsauffassung kann daher nur noch in Ausnahmefällen angenommen werden.

3. Auch die Ermittlung der Verkehrsauffassung im Einzelfall bereitet erhebliche Schwierigkeiten. Häufig wird dabei auf die

¹³ BGH NJW 1990, 914 (915).

¹⁴ So OLG Nürnberg, MDR 2002, 815 (816); kritisch auch Schulte-Thoma, RNotZ 2004, 61 (64); Stöber/Zeller, ZVG, 18. Aufl. (2006), § 20 Rdnr. 3.

¹⁵ OLG Hamburg OLGE 38, 30.

¹⁶ OLG Hamburg OLGE 31, 192 (193).

¹⁷ Dafür: LG Kiel, Rpfleger 1983, 167; Fritzsche, in: Bamberger/Roth-BGB, 2007, § 97 Rdnr. 17; dagegen: OLG Schleswig, SchIHA 1988, 8.

¹⁸ OLG München SeuffA 74 Nr. 157.

¹⁹ OLG Hamburg OLGE 45, 110.

²⁰ OLG Jena JW 1933, 924.

²¹ OLG Frankfurt a. M. HRR 1932 Nr. 2235.

²² AG Esslingen, NJW-RR 1987, 750.

²³ AG Menden, VersR 2003, 241.

²⁴ LG Flensburg, Rechtspfl. 2000, 345.

²⁵ OLG Köln, NJW 1961, 461 (463).

²⁶ OLG Hamm, MDR 2005, 1220 (1221).

²⁷ OLG Düsseldorf, DNotZ 1987, 108 (109).

²⁸ OLG Hamm, MDR 2005, 1220 (1221); Staudinger/Jickeli/Stieper, 2004, § 97 Rdnr. 24; Wieser, NJW 1990, 1971.

²⁹ vgl. Staudinger/Wufka, 2006, § 311c Rdnr. 5.

³⁰ Staudinger/Jickeli/Stieper, 2004, § 97 Rdnr. 12.

³¹ Prot. III., S. 19.

³² Mot. III, S. 61.

³³ Ebenso OLG Nürnberg, MDR 2002, 815 (816); Stöber/Zeller (o. Fußn. 14), § 20 Rdnr. 3.

Frage abgestellt, ob die Gegenstände in notariellen Kaufverträgen getrennt ausgewiesen werden (dann kein Zubehör) oder nicht (dann Zubehör). Die Ausweisung in Kaufverträgen kann jedoch auch steuerliche Bedeutung haben und ist daher zur Ermittlung der Zubehöreigenschaft ungeeignet³⁴. Ebenso kann nicht auf den Erwartungshorizont eines Käufers abgestellt werden: dieser hängt von der Vertragspraxis ab, wohingegen die Zubehöreigenschaft die rechtliche Zuordnung einer Sache zu einer anderen betrifft³⁵.

Die Schwierigkeiten, die Verkehrsauffassung zu ermitteln, werden beispielweise deutlich in der Entscheidung des OLG Köln zur Zubehöreigenschaft einer Fernsprechanlage³⁶. Hier war die Maßgeblichkeit der Vorstellung in weiten Teilen der Bevölkerung problematisch, da sie von der Vorstellung der Posthoheit mitbestimmt war. Außerdem mussten einige der eingeholten Stellungnahmen insbesondere von Banken und Konkursverwaltern außer Betracht bleiben, da sie wiederum nur auf dem Gesetzeswortlaut und der Rechtsprechung beruhten.

Außerdem stellt das Gesetz zur Begründung der Zubehöreigenschaft nicht auf die Verkehrsauffassung ab; vielmehr diese ist zu verneinen, falls der Zubehöreigenschaft die Verkehrsauffassung entgegensteht. Ob eine besondere affektive Beziehung zu einer Sache die Zubehöreigenschaft ausschließt, beispielsweise ob die Einbauküche nicht als Zubehör anzusehen ist, weil angeblich „viele Hausfrauen an „ihrer“ Küche hängen“³⁷ und sie daher mitzunehmen pflegen, ist im Hinblick darauf, dass es auf die rechtliche Zuordnung einer Sache zu einer anderen ankommt, ebenfalls zweifelhaft.

IV. Bestimmung der Zubehöreigenschaft bei Wohngrundstücken

Auffällig ist, dass in der überwiegenden Zahl der Fälle, in denen die Zubehöreigenschaft wegen entgegenstehender Verkehrsauffassung verneint wurde, Gegenstände in Wohnungen betroffen sind. Ein – wie gezeigt methodisch fragwürdiger – Rückgriff auf die Verkehrsanschauung ist in diesen Fällen aber nicht erforderlich; durch Auslegung des § 97 I 1 BGB kommt man häufig zu denselben Ergebnissen: Zu unterscheiden sind nämlich Sachen, die dem Zweck des Grundstücks bzw. der Wohnung dienen von den Sachen, die allein persönlichen Zwecken des Inhabers dienen; das wiederum bestimmt sich nach der Verkehrsauffassung. So

sind beispielsweise Gegenstände, welche lediglich ästhetische Zwecke verfolgen wie ein Bildstock in einem Garten³⁸, nicht dem Zweck, die Wohntauglichkeit eines Grundstücks zu sichern, bestimmt, sondern dem persönlichen Wohnbedürfnis des Eigentümers. Dasselbe dürfte für Möbel gelten, bei denen die Ästhetik eine bedeutende Rolle spielt. Sachen, bei denen es lediglich auf die Funktion ankommt wie Alarmanlagen³⁹ oder Waschmaschinen, sind hingegen als Zubehör anzusehen, unabhängig davon, inwieweit die Vertragspraxis sie gesondert als Kaufgegenstand ausweist oder nicht.

Diese Lösung vermeidet insbesondere die Probleme, welche durch die Anwendung des § 97 I 2 BGB entstehen, nämlich die unterschiedliche Beurteilung innerhalb der OLG-Bezirke, welche zur Rechtszersplitterung und Rechtsunsicherheit führt.

V. Ergebnis

Die Verkehrsauffassung nach § 97 I 2 BGB hat also nach dem Willen des Gesetzgebers lediglich die Funktion, regionale Unterschiede in der Bestimmung der Zubehöreigenschaft zu berücksichtigen. Da diese regionalen Unterschiede heute weitgehend verschwunden sind, ist das Merkmal der entgegenstehenden Verkehrsauffassung heute nahezu funktionslos geworden. Die Annahme einer entgegenstehenden Verkehrsanschauung kommt nur noch dann in Betracht, wenn tatsächlich regionale Abweichungen dargelegt werden, d. h. nur in denjenigen Fällen, in denen die allgemeine, im Bundesgebiet vorherrschende Verkehrsauffassung eine Zubehöreigenschaft nach § 97 I 1 BGB bejaht und eine besondere regionale dies abweichend beurteilt. Andernfalls wären bereits die Voraussetzungen des § 97 I 1 BGB zu verneinen. Die Bedeutung der Verkehrsauffassung nach § 97 I 2 BGB beschränkt sich daher auf Ausnahmefälle. Zweifelsfälle insbesondere bei Wohnungen sollten nicht durch einen vorschnellen Rückgriff auf § 97 I 2 BGB, sondern durch Auslegung des § 97 I 1 BGB geklärt werden. Die Ermittlung der Zubehöreigenschaft anhand von § 97 I 1 BGB bringt den Vorteil mit sich, dass auch auf Entscheidungen anderer Gerichte zurückgegriffen werden kann und nicht stets unter erheblichen Schwierigkeiten die im eigenen Bezirk vorherrschende Verkehrsauffassung ermittelt werden muss; das ist nur dann veranlasst, wenn dargelegt wurde, dass regionale Besonderheiten bestehen, die sich von der allgemeinen Verkehrsauffassung unterscheiden.

³⁴ Jäger, NJW 1995, 432.

³⁵ zutreffend OLG Nürnberg, MDR 2002, 815 (816).

³⁶ vgl. OLG Köln, NJW 1961, 461 (463); bejahte allerdings dennoch eine entgegenstehende Verkehrsauffassung.

³⁷ So wörtlich OLG Düsseldorf NJW 1994, 1039.

³⁸ OLG Frankfurt a. M., NJW 1982, 653 (654).

³⁹ vgl. den Fall des OLG München, MDR 1979, 934.

Betreuungsverfügung und Testament

(von Dieter Epple, Notar i. R., Asperg)

I. Grundlagen

Die **Betreuungsverfügung** ist eine Willensäußerung, durch die eine Person für den Fall ihrer Betreuungsbedürftigkeit Bestimmungen hinsichtlich der Auswahl des zu bestellenden Betreuers oder der Ausgestaltung des Betreuungsverhältnisses trifft.¹ Für sie ist vom Gesetzgeber keine Form gesetzlich vorgeschrieben.² Ein Widerruf ist möglich, auch wenn der Betroffene³ die Geschäftsfähigkeit eingebüßt hat, soweit es sich nicht um bloße Stimmungsschwankungen oder um Beeinflussungen durch Dritte handelt.⁴ Durch noch bestehende Wünsche des Betreuten ist der Betreuer⁵ gebunden und hat im Rahmen des Konflikts zwischen Wille und Wohl des Betroffenen eine Handlungsanweisung. Hat der Betreute Wünsche, die sich auf seine wirtschaftlichen Verhältnisse nachteilig auswirken, stellt dies allein noch keinen Grund dar, den Wünschen nicht zu entsprechen.⁶

Die **Verfügung von Todeswegen** (Testament, gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag) ist ein formalisiertes Rechtsgeschäft, in der der Erblasser Anordnungen über das Schicksal seines Vermögens nach seinem Tod trifft.⁷ Auch der Widerruf/die Aufhebung sind formalisiert und erfordern Testier- bzw. Geschäftsfähigkeit.⁸ Sie sind höchstpersönlich. Weder der Betreuer noch ein Bevollmächtigter können Verfügungen von Todes wegen für den Betroffenen anordnen, ändern oder widerrufen. Würde ein Vormundschaftsgericht eine Betreuung mit diesem Aufgabenkreis anordnen, wäre sie unwirksam.⁹

II. These und Problemstellung:

Ohne genaue Begründung habe ich früher geäußert¹⁰, auch Verfügungen von Todeswegen könnten Betreuungsverfügungen enthalten oder Auskunft über Wünsche des nicht mehr ansprechbaren Betroffenen geben. Vielfach höre ich, das

eine habe mit dem anderen nichts zu tun. Das Gutachten des Deutschen Notarinstituts vom Juli 2004¹¹ meint, ein Betreuer dürfte nicht berechtigt sein, ohne Zustimmung des betreuten Testators eine Testamentsabschrift zu verlangen, geht also, ohne sich mit dem Problem auseinander zu setzen, auch von der strikten Trennung beider Willenserklärungen aus. Als ehemaliger Notar, Nachlass- und Vormundschaftsrichter habe ich selbst schon schwierige Entscheidungen mit Betreuern oder Bevollmächtigten mitgetragen oder gar selbst als Betreuer verantwortet. Die Schnittstelle zwischen Erb- und Betreuungsrecht birgt komplizierte und haftungsträchtige Problemkreise in beiden Rechtsgebieten.¹² Bei der Zunahme der Zahl der Fälle von völligem Verlust der Entscheidungsfähigkeit und der Verlängerung des Zeitraums zwischen Verlust der Selbstentscheidung und Tod, lohnt eine nähere Untersuchung meiner These.

Drei Beispiele sollen verdeutlichen, wie schwer auch bei vermögensrechtlichen Entscheidungen es für den Bevollmächtigten oder den Betreuer und das Vormundschaftsgericht ist, den mutmaßlichen Willen des Betroffenen festzustellen¹³:

1. Ein Handwerksmeister hatte im gemeinschaftlichen Testament mit seiner Frau festgelegt, dass sein Sohn A nach seinem Tod seinen Handwerksbetrieb mit Betriebsgrundstücken und allem Betriebsvermögen gegen Zahlung einer lebenslänglichen, näher festgelegten Rente an seine überlebende Ehefrau übernehmen darf, wenn er die Meisterprüfung/erforderliche Qualifikation erfolgreich erlangt hat. Den beiden anderen Kindern sind andere Immobilien belastet mit Nießbrauch für die Ehefrau zgedacht. Eine Ausgleichszahlung ist insbesondere wegen der langjährigen Mitarbeit des Sohnes A im Betrieb ausgeschlossen. Betreuerin ist die Ehefrau. Kann sie den Betrieb zu den im Testament festgelegten Bedingungen auf den mit Meisterbrief versehenen Sohn zu Lebzeiten des Betroffenen übertragen?

2. Eine Alleinstehende hat ihre 3 Immobilien unterschiedlichen Wertes im Testament drei verschiedenen entfernteren Verwandten vermacht. Der nicht pflichtteilsberechtigten Erbin soll neben der ihr ausdrücklich vermachten Hauptimmobilie auch das übrige Vermögen verbleiben. Betreuerin ist die Erbin. Das übrige Vermögen ist aufgebraucht. Um die Heimkosten zahlen zu können, muss eine Immobilie verkauft werden, da Banken eine Beleihung der Immobilien ablehnen. Welche?

3. Eine kinderlose Oberpostratswitwe hat neben einem guten laufenden Einkommen mehrere Immobilien. Eine davon liegt in der Innenstadt und steht wegen schlechter Bausubstanz und altem Nutzungszuschnitt leer. Ein Investor reißt zwei Nachbargebäude ab; er plant eine Neubebauung der Nachbargrundstücke und bietet für die angrenzende Innenstadtimmobilie trotz geringer Grundfläche einen sehr attraktiven Preis, aber nur jetzt vor Abschluss seiner Planung. Der familienfremde Berufsbetreuer fürchtet vage, dass die Betreute

¹ § 1901 a) BGB, Dodegge/Roth, *Betreuungsrecht*, 2. Aufl., C 123; Andrea Langenfeld, *Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung...*, 1994, S. 156

² BT-Drucks. 11/4528 S. 208

³ Der besseren Lesbarkeit halber habe ich bei Begriffen wie Betreuer, Bevollmächtigter, Vollmachtgeber nicht die weibliche Form hinzugefügt und auch nicht zwischen beiden Formen abgewechselt. Ich meine jeweils auch die weibliche Form. Die Kolleginnen und Betreuerinnen mögen mir glauben, dass ich gerade ihre Arbeit auf dem Gebiet des Betreuungsrechts sehr schätze.

⁴ § 1901 Abs. 2, Jürgens, *Betreuungsrecht*, 3. Aufl., Anm. 2 – 8 zu § 1901 a BGB.

⁵ Für Bevollmächtigte gilt nach §§ 662, 665 BGB. und weil vielfach kein oder nur ein allgemeiner Geschäftsbesorgungsvertrag besteht, nach §§ 677 – 679 BGB in der Regel dasselbe. In manchen professionellen Geschäftsbesorgungsverträgen wird ausdrücklich auf das Betreuungsrecht Bezug genommen. Daher gelten m. E. die Ausführungen hier auch für den Generalbevollmächtigten, der für einen entscheidungsunfähigen Vollmachtgeber handelt, entsprechend mit der besonderen Verantwortung, dass er kein beratendes oder genehmigendes Vormundschaftsgericht zur Seite hat.

⁶ Jurgeleit, *Betreuungsrecht*, Anm. 44 ff, insbes. 47 zu § 1901.III.2; Jürgens, *BtPrax* 1998, 212

⁷ Staudinger-Otte, *Vorbem. Zu §§ 1937-41 BGB*, Rn. 2 und andere Kommentare; §§ 2231, 2247, 2249, 2250, 2266, 2267, 2276 BGB.

⁸ §§ 2254, auch bei 2255, 2290 BGB.

⁹ MünchKomm-Schwab, BGB, § 1902 Rn. 42; Palandt/Diederichsen, BGB, § 1896 BGB Rn. 23

¹⁰ BWNtZ 1992, 27; Bt-Prax 93, 156

¹¹ veröffentlicht im DNotI-Report 13/2004, S. 112/113

¹² Roth, *Erbrecht und Betreuungsfall*, 2005, Einleitung

¹³ vgl. BGH, NJW 1995, 204 bei Entscheidungen über medizinische Maßnahmen.

über die Immobilien testamentarisch unterschiedlich verfügt hat. Wie soll er entscheiden?

Zu 1. bis 3.: Alle drei Betreuten sind nicht ansprechbar und haben für die aufgeworfenen Fragen keine klassische Betreuungsverfügung hinterlassen. Nach Auskunft der Ärzte gibt es keine Anhaltspunkte für einen raschen Tod.

III. Konflikt:

Auch bei Erblässern, die bis zu ihrem Tode ein selbstbestimmtes Leben führen können, gibt es immer wieder Konflikte dadurch, dass der Umfang des Nachlasses im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung von Todes wegen ein anderer ist, als im Zeitpunkt des Todes. Ein Vermögenszuwachs wird in aller Regel von den erbrechtlich Bedachten vorbehaltlos begrüßt¹⁴. Dadurch, dass der künftige Erblasser durch die Verfügung von Todes wegen in seiner rechtsgeschäftlichen Verfügungsmacht unter Lebenden nicht beschränkt ist, oder Vermögensteile verbraucht/solche untergehen, werden faktisch Änderungen seines erbrechtlich festgelegten Willens bewirkt¹⁵. Durch Schenkungen unter Lebenden oder durch Vertrag zu Gunsten Dritter mit Wirkung auf den Todesfall¹⁶ und damit faktischen Änderungen der Verfügung von Todes wegen wurde schon manche Familien- oder Beziehungskrise herbeigeführt. §§ 2287, 2288 BGB gelten nur bei Erbverträgen zugunsten des Vertragserben und bei bindenden Verfügungen im gemeinschaftlichen Erbvertrag und analog im gemeinschaftlichen Testament ab Eintritt der Bindungswirkung; Lösungen solcher Fälle sind meist nur durch mühsam zustande gekommene Vergleiche oder heftig erstrittene Urteile zu erlangen.

Dem Betreuer sind Schenkungen, die über Pflicht- und Anstandsgeschenke hinausgehen, nach §§ 1804, 1908 i BGB untersagt und wären nichtig. Allenfalls im Rahmen des § 1908 BGB kann der Betreuer mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung Ausstattungen¹⁷ gewähren. Viele Generalbevollmächtigte haben nach außen diese Einschränkungen jedoch nicht und können Vermögen des Vollmachtgebers aus unterschiedlichen Motiven auch unentgeltlich wirksam veräußern. Beide haften für Pflichtverletzungen dem Betreuten/Vollmachtgeber, gegebenenfalls den Erben.¹⁸

IV. Lösungsansätze:

Es ist legitim und dringend anzuraten, dass ein Betreuer/Generalbevollmächtigter vor anstehenden Vermögensumschichtungen oder -veräußerungen sehr sorgfältig den mutmaßlichen Willen des Entscheidungsunfähigen ermittelt. Das

gebietet der Zweck des Betreuungsgesetzes, der Autonomie des Betroffenen so weit wie möglich Rechnung zu tragen¹⁹. Zur Beweissicherung sollten derartige Ermittlungen dokumentiert werden. Maßgebender Zeitpunkt für den Willen des Betroffenen ist der Handlungs- bzw. Entscheidungszeitpunkt. Der Rückgriff auf früher Geäußertes ist notwendig, wenn eine aktuelle Äußerung des Wunsches trotz Besprechungsversuch nicht erreicht werden kann²⁰. Ist eine Verständigung mit dem Betroffenen nicht möglich, zählt eine schriftliche Betreuungsverfügung mehr, als unbestätigte Zeugenaussagen Dritter zumal, wenn sie zu Interessenkreisen gehören.²¹ Die Diskussion über die Bindung an eine Patientenverfügung²² bestätigt dies. Deshalb sind auch andere, nicht ausdrücklich als Betreuungsverfügung bezeichnete schriftliche Willensäußerungen des Betroffenen bei der Ermittlung seines heutigen mutmaßlichen Willens bedeutsam. Hat der Betreuer/Bevollmächtigte keine Anhaltspunkte für eine/keinen Zugang zu einer klassische/n schriftliche/n Betreuungsverfügung²³ und auch nicht zur maßgeblichen Verfügung von Todes wegen des Betroffenen²⁴, so ist zu prüfen, ob er/sie beim Geburtsstandesamt, beim verwahrenden Notar oder bei der Verwahrungsstelle für Verfügungen von Todeswegen Einsicht erhält.

§ 61 I 1 PersStG gibt dem Betreuten das Einsichtsrecht in das Geburtenbuch und somit auch in die Vermerke über die Verwahrung seiner Verfügungen von Todes wegen als derjenige, den die Eintragung betrifft (Benutzungsrecht). § 34 FGG berechtigt ihn z. B. als überlebenden Ehegatten²⁵, die Nachlassakten seines verstorbenen Erbvertragspartners einzusehen. § 51 I 1 BeurkG gibt ihm ein Recht auf Einsicht in die notarielle Urkunde, die beim Notar, der einen Erbvertrag beurkundet hat, verwahrt ist; er hat die Willenserklärung in eigenem Namen abgegeben. Ein Auskunftsrecht hat der Betreute bei der Verwahrungsstelle für Verfügungen von Todes wegen, ob dort eine Verfügung von Todeswegen von ihm verwahrt ist; ist das der Fall, kann er die Öffnung des verschlossenen Umschlags der Verfügung von Todes wegen und die Fertigung einer Abschrift verlangen. Dies ist unbestritten.

Anders als beim Testamentswiderruf und damit auch bei der Testamentsrückgabe²⁶, ist für die Einsicht/das Recht auf Abschrift nicht höchstpersönliches Handeln vorgeschrieben. M. E. gilt somit der allgemeine Grundsatz, dass Stellvertretung nicht ausgeschlossen ist²⁷.

¹⁴ Möglicherweise führt ein erheblicher Vermögenszuwachs dazu, dass die verfügte erbrechtliche Regelung eine erhöhte Erbschaftssteuer gegenüber einer den neuen Vermögensverhältnissen angepassten anderen Regelung auslöst. Das wird aber hingenommen, soweit es nicht durch tatsächlich durchgeführte, einvernehmliche Regelungen (z.B. Ausschlagung mit Abfindung, Zahlung für die Nichtgeltendmachung oder Stundung eines Pflichtteils, § 3 Abs. 2 Ziff. 3 - 6) zwischen den erbrechtlich Beteiligten abgemildert werden kann.

¹⁵ Bei der Erbfolge erfolgt rechtlich keine Änderung, weil sie sich auf das jeweilige Vermögen im Zeitpunkt des Erbfalls erstreckt, § 1922 Abs. 1 BGB. Bei Vermächtnissen (§ 2169 BGB) oder bedingten Auflagen haben solche Vermögensänderungen gravierende rechtliche Folgen bis zum Verlust jeglichen/r Anspruchs/Verpflichtung.

¹⁶ §§ 328, 331, 2301 BGB, u. a. Palandt Anm. 6+7 Einf. vor § 1922 und Anm. 38, 39 zu § 1922; sowie Anm. 12 ff. zu § 2301 wegen der Abgrenzung, was nicht mehr zum Nachlass gehört.

¹⁷ Wegen der Abgrenzung siehe Schmid BWNNotZ 71, 29/30

¹⁸ §§ 1908 i, 1833 BGB bzw. §§ 276, 249 ff, 678 ff. BGB

¹⁹ vgl. Palandt, Einf. vor § 1896, Rn 4 und speziell BayObLG in FamRZ 1998, 455 zum Verkauf eines Grundstücks; darin ist ausdrücklich festgehalten, dass hierbei die Wünsche d. Betroffenen auch vom VG im Genehmigungsverfahren zu berücksichtigen sind.

²⁰ Vgl. Münchener Kommentar Rn 13 zu § 1901 BGB

²¹ Goethe: „Das Wahre ist gottähnlich, erscheint nicht unmittelbar, wir müssen es aus seinen Manifestationen erraten (Wilhelm Meisters Wanderjahre III, Kap. 18). Im Faust I rät der Schüler dann: „Denn was man schwarz auf weiß besitzt, kann man getrost nach Hause tragen.“

²² Vgl. Roth JZ 2004, 494 (Änderung der eigenen Einstellung sei im wesentl. Risiko des Verfassers), auch Berger JZ 2000, 802, Uhlenbruck ZAP 1999, 223; aber streitig. Fehlt Patientenverfügung, kann auch auf Grund mehrfach geäußelter Sterbewünsche künstl. Ernährung abgebrochen werden, so LG Waldshut-Thiengen, NJW 2006, 2270.

²³ trotz § 1901a BGB. und auch nicht mit Hilfe des Vormundschaftsgerichts, das nach §§ 69 e II, 33 FGG Zwangsgeld zur Herausgabe der Betreuungsverfügung androhen und durchsetzen kann.

²⁴ Vielfach wird er bei den Unterlagen des Betroffenen eine Abschrift des Testaments oder den Hinterlegungsschein finden.

²⁵ Gleiches gilt für eine/n eingetragene/n ne. Lebenspartner/in oder andere Erbvertragspartner.

²⁶ §§ 2254, 2256 BGB

²⁷ vgl. Palandt, Einf. v. § 164 BGB Anm. 4

Auf Grund der Pflicht zur Amtsverschwiegenheit (§ 18 BNotO) darf der Notar dritten Personen keine Ausfertigungen oder Abschriften erteilen²⁸. Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter handelt jedoch für den Betreuten²⁹ und ist somit nicht Dritter.

Winkler (s. Anm. 28) meint, bei höchstpersönlichen Rechtsgeschäften (z.B. Testament) könnten sich Einschränkungen ergeben und verweist auf die - auch formlos oft nicht mehr zu erlangende - Zustimmung des Betroffenen nach § 51 Abs. 2 BeurkG³⁰. Auch das Deutsche Notarinstitut³¹ meint, der Betreuer wäre weder in der Lage noch berechtigt, aus der Kenntnis des Testamentsinhalts Konsequenzen zu ziehen. Dabei wird verkannt, dass diese Betrachtungsweise zu kurz greift, weil sie nur die nicht mögliche Änderung der Verfügung von Todes wegen durch den Betreuer im Blick hat. Nach Winkler hat nur der Erblasser zu seinen Lebzeiten ein Recht auf Einsicht und Abschrift für noch nicht eröffnete und in besonderer amtlicher Verwahrung befindliche Testamente³². Die Frage der Vertretung wird nicht bedacht. Bei eröffneten gemeinschaftlichen Verfügungen von Todes wegen genügt rechtliches Interesse³³ und das hat, wie dargelegt, der Betreuer/Bevollmächtigte. Die Kommentierungen zu § 61 PStG³⁴ gewähren dem Bevollmächtigten/gesetzlichen Vertreter ein „abgeleitetes“ Benutzungsrecht, obwohl er ja lediglich das Recht des Berechtigten wahrnimmt.

Dem Betreuer/ Bevollmächtigten ist m. E. diese Einsicht bei allen drei Stellen zu gewähren. Er nimmt das Recht des Betroffenen stellvertretend wahr. Weil dies nicht alltäglich ist, tut er gut daran, seine Gründe dafür detailliert darzulegen und sein Bewusstsein zur Verschwiegenheit auszudrücken. Das Vormundschaftsgericht soll den Aufgabenkreis, für den ein Betreuer bestellt ist, so konkret wie möglich angeben³⁵. Deshalb kann daran gedacht werden, dass der Aufgabenkreis des Betreuers in einem von mir geschilderten Ausnahmefall im Rahmen seiner rechtlichen Beratungs- und Unterstützungsspflicht nach § 1837 I 1 BGB. um die Einsichtsrechte bei den genannten Stellen vom Vormundschaftsgericht erweitert wird³⁶. Das kann hilfreich sein. Wenn das Vormundschaftsgericht darin aber ein Verfahren zur Erweiterung des Aufgabenkreises sieht und nicht eine Berichtigung und Konkretisierung des bestehenden Aufgabenkreises ist dies nicht nur umständlich aufwendig sondern im Hinblick auf die Verschwiegenheit (Einschaltung eines Verfahrenspflegers) auch kontraproduktiv.

Kennt der Betreuer/Bevollmächtigte die maßgebende erbrechtliche Regelung, hat er eine Grundlage für seine Ent-

scheidungsüberlegungen, Argumente gegenüber dem Vormundschaftsgericht³⁷ und Anhaltspunkte, mit wem er gegebenenfalls ermittelnde Gespräche führen kann.

Dem Einwand, dass es eventuell gar nicht mehr um den mutmaßlichen Willen des Betroffenen geht, weil diese Situation in seiner Wahrnehmung nicht vorkam, möchte ich wie folgt begegnen: Manch ein Entscheidungsfähiger wird immer wieder vor Situationen gestellt, die er seither nicht bedacht hat. Aus Beratungsgesprächen weiß ich, dass solche Menschen oft zunächst einmal überlegen, ob und wie ihre getroffenen erbrechtlichen Regelungen trotzdem, evtl. abgespeckt oder mit unterschiedlichen Prioritäten durchgeführt werden können. Die gemeinsame Suche nach den Motiven³⁸ für die früher getroffene Regelung, half in einzelnen Fällen weiter. Die Fortführung des Betriebs durch einen Familienangehörigen, die Rückführung eines Vermögenswertes in einen Familienzweig oder die Erhaltung eines Traditionsguts der Familie oder eine soziale Unterstützung können solche Motive sein. Derartige Erfahrungen kann sich der Betreuer zu Nutzen machen. Als Außenstehender hat er gute Voraussetzungen für einen „Ermittler“. Er muss sich aber bewusst sein, dass er über sein Wissen um den Betroffenen zur Vertraulichkeit und Verschwiegenheit verpflichtet ist³⁹. Das erfordert viel Geschick, Sachkunde und Menschenkenntnis. Der Betreuer soll und will ja nicht seine Kenntnisse über die Verfügung von Todes wegen ausplaudern. Oft ist ein erbrechtlich Bedachter bis zu einem gewissen Grad auch Vertrauter des Betroffenen. Die Willensermittlung mit dem Hinweis abzutun, der Betreuer wolle sich nur vor möglichen künftigen Haftungsstreitigkeiten mit dem Begünstigten absichern, halte ich nicht für stichhaltig. Sie kann durch Anhörung von anderen erbrechtlich Bedachten und Vertrauten hinterfragt werden.

Wie wurden die in Abschnitt II beschriebenen Fälle gelöst?

1. Der Handwerksmeister hatte seinen Sohn bei der Berufswahl gedrängt, die Berufswahlqualität für die Betriebsführung zu erlernen. Sein großer Wunsch war, seine Lebensleistung in dem Sohn fortgeführt zu sehen. Die im Testament vorgesehene Witwenrente wurde auf die Höhe des rentenberechtigten Betroffenen für seine Lebenszeit erhöht und so der Betrieb dem inzwischen qualifizierten Sohn im übrigen entsprechend den testamentarischen Bestimmungen übertragen. Das Vormundschaftsgericht hat den Vertrag nach § 1908 BGB genehmigt und dies auch damit begründet, die Übertragung jetzt erfolge nicht nur entsprechend dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen, sondern auch zu dessen Wohl, weil dadurch die Gefahr, dass der Sohn das Interesse an der späteren Betriebsübernahme verliere, ausgeschaltet sei.
2. Leider hat die Betroffene in ihrem Testament keine Zweck- oder Vor- oder Nachrangbestimmung analog § 2189 BGB getroffen. Die Betreuerin fand im Gespräch mit den beiden anderen Bedachten keine Unterschiede in Vertraulichkeit, zuwendungsverpflichtenden, unterstützenswerten Motiven aus der Sicht der Betreuten. Sie veräußerte die Immobilie, die ge-

²⁸ Winkler, § 51 BeurkG Rn. 28; Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, 2004, § 51 BeurkG Rn.1

²⁹ vgl. Huhn/v.Stuckmann § 51 Rn5 gesteht einem als Bevollmächtigten, der in einer notariellen Urkunde handelt, ein Recht auf Abschrift regelmäßig zu, da er entsprechend vom Vollmachtgeber dazu ermächtigt ist. Dies gilt nicht für den vollmachtslosen Vertreter, LG Stuttgart, RnotZ 2002, S. 417. Winkler § 51 BeurkG Rn. 10 gesteht dem Betreuer als gesetzlichem Vertreter nach § 1902 BGB im Rahmen seines Aufgabenkreises die Erteilung einer Ausfertigung oder Abschrift zu.

³⁰ Winkler, § 51 BeurkG Rn. 21

³¹ DNotI-Report 13/2004, S. 113

³² Keidel/Kuntze/Winkler § 34 FGG, Rn. 3

³³ Palandt, § 2264 BGB, Rn. 1 und die Abgrenzung ggf. zu den nicht eröffneten Teilen. Eylmann/Vaasen § 34 FGG meint pauschal, Akteneinsicht durch Bevollmächtigte sei möglich, wenn nicht besondere Gründe entgegenstehen.

³⁴ z. B. Massfeller-Hoffmann, § 61 Rn. 33: „Besteht kein rechtliches Interesse kann dem Asst. Einsicht gewährt werden, wenn er die Vollmacht eines Berechtigten vorlegt.“ So auch LG. Aurich, StAZ 1986 S. 322

³⁵ Bienwald, Betreuungsrecht, § 1896 BGB Rn. 212

³⁶ Allerdings sollte der Aufgabenkreis nicht missverständlich mit „Testamentsangelegenheiten“ bezeichnet werden, wie dies im Sachverhalt des DNotI-Report 13/2004 S. 112 der Fall war.

³⁷ Nach § 1837.I BGB hat dieses im Rahmen seiner beratenden Fürsorgepflicht dem Betreuer Hinweise, wie dieser den mutmaßlichen Willen ermitteln kann, zu geben. Die Bewertung der Ermittlungen obliegt dem Betreuer und das Vormundschaftsgericht kann nur bei Pflichtwidrigkeiten (§ 1837.II BGB) oder im Rahmen des Genehmigungsverfahrens nach §§ 1908, 1821, 1822 Nr. 1 – 4, 6 – 13 einschreiten.

³⁸ die zu Recht in fachkundigen Testamenten nicht angegeben werden, um keine Motivanfechtung zu provozieren, § 2078 II BGB

³⁹ Nebenpflicht eines Bevollmächtigten §§ 662, 276 BGB und BGHZ 27, 241. Dies gilt auch für den Betreuer als staatl. eingesetzten Vertreter/Treuhänder.

rade nicht vermietet war und ordentlich verkauft werden konnte mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.

3. Die Ermittlungen des Betreuers ergaben, dass die Immobilie einem Verwandten ihres Mannes vermacht ist. Eine Generation vorher hat sie einmal der Familie des im Testament Bedachten gehört. Es gab keine Anhaltspunkte dafür, dass der Oberpostrat oder seine Frau ein Interesse an der Restaurierung und Erhaltung der Immobilie hatte. Nachdem auch der Bedachte keinerlei Interesse an dem Bau oder seiner Restaurierung äußerte, nahm der Betreuer das Kaufangebot des Investors mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts an und hat den Erlös getrennt in seinen Vermögensübersichten ausgewiesen, weil durch ergänzende Auslegung des Testaments der Erlös dem Vermächtnisberechtigten zugewendet sein könnte⁴⁰.

V. Ergebnis:

1. In Ausnahmefällen kann eine Verfügung von Todes wegen im Sinne einer Betreuungsverfügung Wünsche und Willen des Betreuten/Vollmachtgebers enthalten und dem Betreuer/Vormundschaftsgericht oder Bevollmächtigten Entscheidungsanleitung für sein Handeln geben.

⁴⁰ Zwar gilt kein allgemeiner Surrogationsgrundsatz für den Erlös. Im Wege der ergänzenden Auslegung kann aber doch der Erlös als vermacht angesehen werden (BGH 22,357).

2. Ein Betreuer/Bevollmächtigter kann Einsicht in das Geburtenbuch über Einträge des Betroffenen, in einen beim Notar verwahrten Erbvertrag und in das Verzeichnis der Testamentsverwahrungsstelle und ggf. in eine dort amtlich verwahrte oder beim Nachlassgericht abgelegte Verfügung von Todes wegen verlangen. Dass der Aufgabenkreis eines Betreuers/Bevollmächtigten für alle Vermögensangelegenheiten ausdrücklich zur Einsicht in die Verfügungen des Betroffenen enthalten muss, ist m. E. nicht zwingend. Es ergibt sich aus der allgemeinen Ermächtigung zur Vertretung in Verfahren im Zusammenhang mit Vermögensentscheidungen.
3. Verfügungen von Todes wegen sollen gewiss nicht mit Elementen der Betreuungsverfügung überfrachtet werden. Gegebenenfalls sollten einzelne relevante Testamentsbestimmungen in eine besondere Betreuungsverfügung aufgenommen werden. Unser Erbrecht hat aber vielerlei Auslegungsregeln, wenn kein anderer Wille erkennbar ist. Im Hinblick auf §§ 2169 III, 2173 BGB sollte ein Testamentsverfasser Ersatzlösungen oder die Anordnung einer „Rangfolge“ bei mehreren Vermächtnissen bedenken und vorhersehbare Vermögensveränderungen wenn irgend möglich berücksichtigen. Bis zu einer Entscheidung kann eine Ermächtigung in der notariell beurkundeten Verfügung von Todes wegen nach § 51 Abs. 3 BeurkG hilfreich sein, dass der Vermögensbetreuer/Bevollmächtigte eine Abschrift verlangen kann.

Rechtsprechung

HGB §§ 105 Abs. 2, 24 Abs. 1

Die Firma einer im Handelsregister eingetragenen Besitzgesellschaft kann nicht von dem nach Ausscheiden aller Mitgesellschafter verbleibenden Alleininhaber auf eine neu gegründete Gesellschaft übertragen werden.

OLG München, Beschluss vom 22.07.2008 - 31 Wx 088/07

Gründe:

I. Gegenstand des Verfahrens ist die Amtslöschung der R. & H. H. Dental Gesellschaft mbH & Co. KG (Beteiligte zu 1), die nach Verlegung des Sitzes von Berlin nach P. seit 25.11.2004 im Handelsregister des Amtsgerichts T. eingetragen ist.

Im Handelsregister des AG Charlottenburg war seit 1935 die „R. & H. H. Dental Gesellschaft“, zunächst eine offene Handelsgesellschaft, später eine Kommanditgesellschaft, mit Sitz in Berlin eingetragen. Gegenstand des 1892 gegründeten Unternehmens war die Herstellung zahnmedizinischer Produkte. Nach einer Betriebsaufspaltung verblieb das Eigentum an Produktionsmitteln und das Markenportfolio bei der „R. & H. H. Dental Gesellschaft“, die am 1.4.1983 einen Betriebsüberlassungsvertrag mit der Betriebsgesellschaft „Herstellungs- und Vertriebsgesellschaft R. & H. H. Dental GmbH“ abschloss, der bis zum 30.6.2006 bestand.

Ab 1994 setzte sich diese Gesellschaft zusammen aus den Komplementären D. H. und R. R. sowie der Kommanditistin H.

H. (Beteiligte zu 3). Die Kommanditistin kündigte ihre Beteiligung mit Erklärung vom 8.12.1998 zum 31.12.1999. Ihr Ausscheiden wurde am 17.2.2000 von den beiden Komplementären zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, nicht jedoch – trotz mehrfacher gerichtlicher Aufforderungen – von der Kommanditistin. Mit Schreiben vom 12.3.2001 focht die Beteiligte zu 3 die Kündigung wegen arglistiger Täuschung an und erhob Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung. Diese hatte vor dem Landgericht Erfolg, wurde aber durch Urteil des Kammergerichts vom 29.1.2004 rechtskräftig abgewiesen. Im Hinblick auf das anhängige Verfahren wurde die Anmeldung des Ausscheidens der Beteiligten zu 3 aus der Gesellschaft zunächst nicht weiter betrieben und schließlich durch Schreiben des Notars vom 5.3.2003 zurückgenommen. Eine Eintragung ihres Ausscheidens im Handelsregister unterblieb deshalb.

Der Komplementär D. H. verstarb am 9.12.2000 und wurde vom Beteiligten zu 5 allein beerbt. Der Komplementär R. R. verstarb am 28.3.2002 und wurde vom Beteiligten zu 2 sowie von S. S. beerbt. Letztere schied im Wege der Erbauseinandersetzung am 29.8.2002 aus der Gesellschaft aus. Der Beteiligte zu 5 schied durch Kündigung zum 31.12.2002 aus der Gesellschaft aus. Am 20.3.2003 wurde in das Handelsregister eingetragen:

„Die persönlich haftenden Gesellschafter R.R. und D.H. sind aus der Gesellschaft ausgeschieden. S.S. und (der Beteiligte zu 5) waren persönlich haftende Gesellschafter. (Der Beteiligte zu 2) ist als persönlich haftender Gesellschafter eingetreten. Der persönlich haftende Gesellschafter ... hat Einzelvertretungsbefugnis.“ Aufgrund der Anmeldung durch die Beteiligten zu 2 und 3 vom

25.3.2004 wurde am 13.5.2004 neben der Änderung der Firma durch den Zusatz „mbH & Co. KG“ eingetragen:

„Die L.-R. Dental Verwaltungs GmbH ist als persönlich haftende Gesellschafterin eingetreten. Sie hat Einzelvertretungsbefugnis. Der bisherige persönlich haftende Gesellschafter (Beteiligter zu 2) ist nun Kommanditist mit folgender Einlage ... 115.000 €“.

Nach Verlegung des Sitzes in den Bezirk des Amtsgerichts T. wurde die Beteiligte zu 1 entsprechend im dortigen Handelsregister eingetragen. Am 1.8.2005 wurde die Erhöhung der Kommanditeinlage des Beteiligten zu 2 auf 125.000 € und die Herabsetzung der Kommanditeinlage der Beteiligten zu 3 auf 625 € eingetragen.

Der Beteiligte zu 5 und die von ihm geführte „Herstellungs- und Vertriebsgesellschaft R. & H. H. Dental GmbH“, nun „H. Dental Manufaktur GmbH“ (Beteiligte zu 4; Betriebspächterin bis 30.6.2006) regten mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 8.2.2005 an, die Beteiligte zu 1 von Amts wegen zu löschen, da sie mit dem Ausscheiden des Beteiligten zu 5 zum 31.12.2002 erloschen sei. Die Beteiligte zu 1 legte Widerspruch gegen die vom Registergericht angekündigte Löschung ein. Zur Begründung führte sie aus, der Registerzustand sei zutreffend, weil sie – wie eingetragen – aus drei Gesellschaftern bestehe. Der Rechtsverkehr erleide keine Nachteile, da sie Inhaberin sämtlicher Rechte und Pflichten sei, die unter der Firma „R. & H. H. Dental Gesellschaft“ begründet worden seien. Die Beteiligte zu 3 sei zudem nach dem erstinstanzlichen Urteil im Anfechtungsverfahren auf faktischer Basis wieder in die Gesellschaft aufgenommen worden und zum Zeitpunkt des Ausscheidens des Beteiligten zu 5 Kommanditistin gewesen.

Von der Beteiligten zu 1 wurde der notarielle Vertrag vom 14.4.2005 zwischen dem Beteiligten zu 2 und der Beteiligten zu 1 vorgelegt über die „Einbringung des Betriebs eines Einzelunternehmens in eine GmbH & Co. KG nach § 24 UmwStG“. Der Vertrag lautet auszugsweise wie folgt:

„1. Einzubringender Betrieb

Aufgrund Ausscheidens aller übrigen Gesellschafter ist (der Beteiligte zu 2) Alleininhaber des Unternehmens „R. & H. H. Dental Gesellschaft“ in

2. Aufnehmende Personengesellschaft

Im Handelsregister des AG T. ist (die Gesellschaft) mit Sitz in P. (vormals AG C.) eingetragen. Die dort eingetragene Kommanditistin Dr. H.H. ist bereits vor Eintritt der persönlich haftenden L.-R. Dentalverwaltungs GmbH aus der Gesellschaft ausgeschieden. Zum derzeitigen Zeitpunkt sind somit nur die genannte GmbH als Komplementär und (der Beteiligte zu 2) als Kommanditist Gesellschafter der Kommanditgesellschaft. ...

3. Einbringung

(Der Beteiligte zu 2) bringt das in Ziffer 1 bezeichnete Einzelunternehmen mit allen Aktiva und Passiva und den damit verbundenen Rechten und Pflichten in die in Ziffer 2 bezeichnete (Gesellschaft) ein. ... „

Ferner wurde der Gesellschaftsvertrag vorgelegt, der unter dem 13.5.2004 vom Beteiligten zu 2 auch für die L.-R. Dentalverwaltungs GmbH i.Gr. und unter dem 20.4.2005 von der Beteiligten zu 3 unterzeichnet ist und unter anderen folgenden Bestimmungen enthält:

„§ 1 Firma

1. Die Gesellschaft führt die Firma R. & H. H. Dental Gesellschaft mbH & Co. KG.

...

§ 2 Gegenstand des Unternehmens

1. Gegenstand des Unternehmens ist die Herstellung und der Vertrieb zahnärztlicher und zahn technischer Erzeugnisse sowie die Beteiligung an Unternehmen gleicher oder ähnlicher Art. Die Parteien sind sich darüber einig, dass der Geschäftsbetrieb derzeit verpachtet ist und dass dieser Pachtvertrag zum 31.12.2005 gekündigt worden ist.

2. Die Parteien sind sich weiterhin darüber einig, dass die Gesellschaft den Geschäftsbetrieb nur vorübergehend selbst führen wird. (Die Beteiligte zu 3) und (der Beteiligte zu 2) beabsichtigen, das Unternehmen noch im Jahr 2004 im Wege der Betriebsaufspaltung in eine Betriebsgesellschaft und in diese Besitzgesellschaft aufzuteilen. Mit der Rückgabe des verpachteten Betriebes wird diese Betriebsgesellschaft den Gewerbebetrieb eigenverantwortlich führen.

§ 3 Sitz, Geschäftsjahr

...

§ 4 Gesellschafter und Kapitalbeteiligung

1. Persönlich haftende Gesellschafterin ist die L.-R. Dentalverwaltungs GmbH mit Sitz in Berlin. Sie erbringt keine Einlage und hat keinen Kapitalanteil.

2. Kommanditisten sind

- (der Beteiligte zu 2) mit einem Kapitalanteil von EUR 115.000
 - (die Beteiligte zu 3) mit einem Kapitalanteil von EUR 625,00.
3. Der Gesellschafter (Beteiligter zu 2) hat seine Einlage erbracht. Die Einlage der Gesellschafterin (Beteiligte zu 3) ist bis zum 15.5.2005 in bar zu erbringen. ...“

Den Widerspruch der Beteiligten zu 1 gegen die Ankündigung der Löschung wies das Registergericht mit Beschluss vom 15.2.2006 zurück. Dagegen legte die Beteiligte zu 1 sofortige Beschwerde ein, die das Landgericht nach persönlicher Anhörung der Beteiligten zu 2 und 3 zurückwies. Hiergegen richtet sich die sofortige weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1. Die von den Beteiligten zu 2 und 3 eingelegten sofortigen weiteren Beschwerden wurden zurückgenommen.

Seit 20.2.2008 ist im Handelsregister des Amtsgerichts Frankfurt (Oder) eine mit der Beteiligten zu 1 gleichnamige Gesellschaft, bestehend aus denselben Gesellschaftern mit den gleichen Einlagen eingetragen, die ausweislich der dortigen Anmeldung ebenfalls mit Gesellschaftsvertrag vom 13.5.2004 errichtet wurde.

II.

Das zulässige Rechtsmittel der Beteiligten zu 1 ist nicht begründet.

1. Das Landgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

Die L.-R. Dental Verwaltungs GmbH habe nicht mit Wirkung vom 16.2.2004 als Gesellschafterin in die R. und H. Dentalgesellschaft eintreten können, weil letztere zu die- sem Zeitpunkt nicht mehr bestanden habe. Die Beteiligte zu 3 sei aufgrund ihrer wirksamen Kündigung zum 31.12.1999 ausgeschieden. Danach habe die Gesellschaft als OHG fortbestanden, Ende 2002 seien nur noch die Beteiligten zu 2 und 5 persönlich haftende Gesellschafter gewesen. Nach dem Ausscheiden des Beteiligten zu 5 sei ab dem 1.1.2003 nur noch der Beteiligte zu 2 als Gesellschaf-

ter verblieben. Damit sei die Gesellschaft von Gesetzes wegen aufgelöst und voll beendet. Die Beteiligte zu 3 sei weder vor noch mit dem Ausscheiden des Beteiligten zu 5 wieder in die Gesellschaft eingetreten. Eine entsprechende stillschweigende Vereinbarung aller Gesellschafter könne nicht festgestellt werden, ebenso wenig eine langjährige Übung. Auch die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft griffen nicht ein. Ein Wiederaufleben der Gesellschafterstellung der Beteiligten zu 3 zeitgleich mit dem Ausscheiden des Beteiligten zu 5 sei auch nicht durch die vorgelegten und durch eidesstattliche Versicherungen wahrscheinlich gemachten Abreden zwischen den Beteiligten zu 2 und 3 sowie R. R. im Jahr 2001 bewirkt worden. Auch wenn zwischen diesen eine Einigung dahingehend erfolgt sei, dass die Beteiligte zu 2 wieder Gesellschafterin sein werde, wenn die Zustimmungen der übrigen Gesellschafter vorlägen bzw. es auf weitere Zustimmungen nicht mehr ankomme, ändere dies nichts daran, dass eine Vereinbarung über den Beitritt eines weiteren Gesellschafters nur durch alle bisherigen Gesellschafter getroffen werden könne. Nicht ausreichend sei, dass ein Teil der Gesellschafter mit dem Beitrittswilligen vereinbare, dass dieser nach dem Ausscheiden des den Beitritt ablehnenden Gesellschafters beitrete.

Die Beendigung der Gesellschaft führe zwar nicht notwendig zum Erlöschen der im Handelsregister eingetragenen Firma. Die Voraussetzungen für eine Fortführung des Firmennamens auch bei Änderung der Gesellschaftsverhältnisse seien jedoch nicht gegeben. § 24 Abs. 1 HGB setze ein bestehendes Handelsgeschäft voraus. Um ein solches handle es sich bei der R. & H. H. Dentalgesellschaft jedoch nicht. Diese sei eine Besitzgesellschaft, der zwei Grundstücke in Berlin gehörten. Beide seien an die Betriebs GmbH verpachtet bzw. an Dritte vermietet gewesen, ebenso seien die Markenrechte an die Betriebs GmbH verpachtet gewesen. § 105 Abs. 2 HGB gelte nur für eine Gesellschaft; eine solche habe aber nach dem Ausscheiden der Beteiligten zu 5 nicht mehr bestanden. Der Beteiligte zu 2 als Rechtsnachfolger der aufgelösten Gesellschaft könne sich auf diese Vorschrift nicht berufen. Eine Fortführung des Firmennamens mit dem Rechtsformzusatz mbH & Co. KG komme auch nach § 22 HGB nicht in Betracht. Eine Einbringung des Einzelunternehmens, wie im Vertrag vom 14.4.2005 vorgesehen, in die Gesellschaft komme nicht in Betracht, da letztere bereits voll beendet gewesen sei. Die Eintragung der R. & H. H. Dental Gesellschaft mbH & Co. KG im Handelsregister habe keine rechtsbegründende Wirkung. Die Eintragung der R. & H. H. Dental Gesellschaft mbH & Co. KG sei aus sachlichen Gründen unzulässig gewesen. Der Mangel sei wesentlich, da die Eintragung nicht den Vorschriften über die Firmenbildung entspreche.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

a) Nach § 142 Abs. 1 FGG kann eine Eintragung in das Handelsregister von Amts wegen gelöscht werden, wenn sie wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war. Das ist der Fall, wenn die Eintragung inhaltlich unzulässig ist, weil das Gesetz eine Eintragung dieser Art oder dieses Inhalts nicht gestattet oder verbietet, oder wenn sie zwar zulässig, aber sachlich unrichtig ist oder wenn gesetzliche Erfordernisse der Eintragung fehlen, deren Mangel die Beseitigung der Eintragung im öffentlichen Interesse oder im Interesse Beteiligter geboten erscheinen lässt (Jansen/ Steder FGG 3. Aufl. § 142 Rn. 15). Grundsätzlich ist die Frage, ob eine Eintragung unzulässig ist,

nach dem Zeitpunkt ihrer Vornahme zu beurteilen. Eine Löschung ist aber ausgeschlossen, wenn die Eintragung zwar ursprünglich unzulässig war, der Mangel aber durch Umstände, die erst nach der Eintragung eingetreten sind und nunmehr die Zulässigkeit der Eintragung begründen, bis zur Löschung behoben worden ist. Es geht nicht an, dass durch Löschung einer – nach Behebung des Mangels – ordnungsgemäßen Eintragung nicht ein wahrer, sondern ein fehlerhafter Registerzustand geschaffen wird (BayObLGZ 1956, 303/312; BayObLG Rpfleger 1995, 465 zum Vereinsregister; Keidel/Winkler FGG 15. Aufl. § 142 Rn. 11).

b) Die Eintragung der Beteiligten zu 1 im Handelsregister ist sachlich unrichtig, denn die ursprünglich eingetragene R. & H. H. Dentalgesellschaft ist beendet und eine Fortführung der Firma nicht zulässig. Dieser Mangel ist nicht dadurch behoben, dass nunmehr eine neu gegründete Gesellschaft mit weitgehend gleicher Firma besteht, denn diese ist bisher nicht zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet und könnte bei Vorliegen einer Anmeldung auch nicht auf dem Registerblatt der „R. & H. H. Dentalgesellschaft“ eingetragen werden.

aa) Zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass die R. & H. H. Dentalgesellschaft mit dem Ausscheiden des Beteiligten zu 5 zum 31.12.2002 beendet wurde. Denn die Beteiligte zu 3 hat weder vor noch in diesem Zeitpunkt die durch ihre Kündigung beendete Gesellschafterstellung wieder erlangt.

(1) Der Eintritt eines Gesellschafters in eine OHG bzw. KG erfolgt durch einen Aufnahmevertrag zwischen dem Eintretenden und allen Gesellschaftern; der Aufnahmevertrag ist eine Änderung des bestehenden Gesellschaftsvertrags (vgl. BGHZ 76, 160/164; BGH NJW 1998, 1225/1226; Eben-roth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch HGB 2. Aufl. § 105 Rn. 153). Nach den aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Feststellungen des Landgerichts ist eine solche Einigung aller Gesellschafter im Zeitraum 2001/2002 nicht erfolgt, denn der Beteiligte zu 5 hat der (Wieder)Aufnahme der Beteiligten zu 3 nicht zugestimmt. Wie vom Landgericht aufgrund des Sachvortrags der Beteiligten, der vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen und der Angaben der Beteiligten zu 2, 3 und 5 in der mündlichen Verhandlung festgestellt, wurden in den Jahren 2001 und 2002 Gespräche geführt und Absichtserklärungen abgegeben, die die Wiederaufnahme der Beteiligten zu 3 in die Gesellschaft zum Gegenstand hatten, an denen der Beteiligte zu 5 nicht beteiligt war. Wie vom Landgericht eingehend begründet, ist weder ausdrücklich noch konkludent ein Vertrag über die Aufnahme der Beteiligten zu 3 als Gesellschafterin geschlossen worden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der die Aufnahme der Beteiligten zu 3 ablehnende Gesellschafter später ausgeschieden ist. Der Beitritt eines zusätzlichen Gesellschafters kann zwar auch befristet oder bedingt erfolgen (Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch § 105 Rn. 153), also etwa für den Fall oder ab dem Zeitpunkt, zu dem ein anderer ausscheidet. Auch das erfordert jedoch eine Einigung aller Gesellschafter, die zum Zeitpunkt der Vertragsänderung die Gesellschaft bilden. Eine Einigung nur eines Teils der Gesellschafter kann keine Vertragsänderung bewirken, vielmehr bleibt der Gesellschaftsvertrag in der bisherigen Ausgestaltung weiter bestehen.

(2) Ohne Erfolg macht die weitere Beschwerde geltend, es habe eine „identitätswahrende Konvaleszenz“ stattgefunden, indem

die Beteiligte zu 3 in der logischen Sekunde des Ausscheidens des Beteiligten zu 5 wieder Gesellschafterin geworden sei.

Durch Konvaleszenz (vgl. § 185 BGB) kann die Verfügung eines Nichtberechtigten über einen Gegenstand Wirksamkeit erlangen. Ein wegen Fehlens einer erforderlichen Zustimmung schwebend unwirksames Rechtsgeschäft kann durch Genehmigung rückwirkend wirksam werden (§ 184 BGB). Soweit die Beschwerdeführerin meint, auf diese Weise könnten die – für eine Vertragsänderung nicht ausreichenden – Absprachen der änderungswilligen Gesellschafter mit dem späteren Ausscheiden des ablehnenden Gesellschafter rückwirkend zu einem wirksamen Beitrittsvertrag werden, ist diese Auffassung verfehlt. Wird die erforderliche Einigung aller Gesellschafter nicht erreicht, kommt ein Vertrag nicht zustande; es liegt nicht etwa ein Rechtsgeschäft vor, das schwebend unwirksam wäre.

Etwas anderes kann zwar für die Übertragung eines Gesellschaftsanteils gelten, mit der die Mitgliedschaft in einer Gesellschaft gemäß §§ 413, 398 BGB erworben werden kann. Die Anteilsübertragung stellt ein Verfügungsgeschäft zwischen dem Altgesellschafter und dem Neugesellschafter dar (vgl. MünchKommHGB/ K.Schmidt 2. Aufl. § 105 Rn. 210). Die Übertragung von Anteilen an einer OHG oder KG ist zulässig, wenn sie im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist oder alle Gesellschafter zustimmen (BGHZ 81, 82; MünchKommHGB/ K.Schmidt § 105 Rn. 213). Fehlt die Zustimmung, ist die Anteilsübertragung schwebend unwirksam; sie kann durch nachträgliche Genehmigung auch rückwirkend geheilt werden (§ 184 BGB). Nachdem es sich um ein dingliches Verfügungsgeschäft handelt, ist – sofern ein Nichtberechtigter verfügt – auch Konvaleszenz nach § 185 BGB möglich.

Voraussetzung ist aber zunächst, dass eine Einigung zwischen Gesellschafter und Erwerber über die Übertragung des Gesellschaftsanteils (oder eines Teils davon) erfolgt. Auch eine solche Fallgestaltung hat das Landgericht zu Recht nicht angenommen, denn nach seinen rechtsfehlerfrei getroffenen Tatsachenfeststellungen, die für den Senat bindend sind, hat eine dingliche Einigung zwischen dem Beteiligten zu 2 und der Beteiligten zu 3 über die Übertragung eines Gesellschaftsanteils nicht stattgefunden. Eine dingliche Einigung über die Übertragung eines bestimmten Gesellschaftsanteils kann in den vorgetragenen und durch eidesstattliche Versicherungen belegten Absichtserklärungen nicht gesehen werden. Das entspricht auch der Sachverhaltsdarstellung im Einbringungsvertrag vom 14.4.2005 und im Gesellschaftsvertrag vom 13.5.2004/20.4.2005. Der Einbringungsvertrag hält in Ziffer 2 ausdrücklich fest, dass die Kommanditistin „bereits vor Eintritt der persönlich haftenden L.-R. Dental-verwaltungsGmbH ... aus der Gesellschaft ausgeschieden“ ist. In § 4 Ziffer 3 des Gesellschaftsvertrags wird festgelegt, dass sie ihre Einlage noch zu erbringen hat. Zudem schildert auch die Beteiligte zu 3 in ihrer eidesstattlichen Versicherung vom 11.3.2006, dass ihr „formeller Wiedereintritt“ mit zeitlicher Verzögerung erfolgt sei, weil die Art und Weise der „erneuten Beteiligung“ optimal gestaltet werden sollte und sich die Verhandlungen wegen eines Unfalls des Beteiligten zu 2 im Jahr 2004 verzögert hätten.

Die offene Handelsgesellschaft „R. & H. H. Dental Gesellschaft“ war folglich durch das Ausscheiden des Beteiligten zu 5 mit Ablauf des 31.12.2002 ohne Liquidation voll beendet, denn eine Personengesellschaft muss aus mindestens zwei Personen be-

stehen. Das Gesellschaftsvermögen ist im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den Beteiligten zu 2 als einzigen verbleibenden Gesellschafter übergegangen (vgl. BGHZ 113, 132/133; Bay-ObLG NJW-RR 2002, 246; BayObLG NJW-RR 2000, 1700; OLG Schleswig ZIP 2006, 615 zur GbR; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lorz § 131 Rn. 10; MünchKommHGB/ K.Schmidt § 105 Rn. 24; Ensthaler HGB 7. Aufl. § 131 Rn. 18; Baumbach/Hopt HGB 33. Aufl. Einl. vor § 105 Rn. 22).

bb) Zutreffend hat das Landgericht angenommen, dass die Voraussetzungen für die Fortführung der Firma der „R. & H. H. Dental Gesellschaft“ durch die jetzt im Handelsregister eingetragene Gesellschaft nicht gegeben sind.

(1) Die Vollbeendigung einer Gesellschaft führt nicht zugleich zum Erlöschen der Firma. Diese erlischt erst dann, wenn der Geschäftsbetrieb nicht nur vorübergehend, sondern endgültig eingestellt wird. Wird der Geschäftsbetrieb weitergeführt, kann die Firma nach Maßgabe der §§ 22 ff. HGB fortgeführt werden. Wenn aus einer zweigliedrigen Handelsgesellschaft einer der beiden Gesellschafter ohne Liquidation ausscheidet, richtet sich Fortführung der Firma nach § 24 HGB (BGH NJW 1989, 1798/1799). Danach kann ungeachtet der Veränderung im Gesellschafterbestand die bisherige Firma fortgeführt werden, auch wenn sie den Namen des bisherigen Geschäftsinhabers oder Namen von Gesellschaftern enthält. Fraglich ist, ob dies auch dann gilt, wenn die Gesellschaft kein Handelsgeschäft betreibt.

Die „R. & H. H. Dental Gesellschaft“ war seit der Betriebsaufspaltung eine bloße Besitzgesellschaft und hat nach den Feststellungen des Landgerichts kein Handelsgeschäft betrieben, da sich ihr Geschäftsbetrieb beschränkte auf die Verpachtung zweier Grundstücke und der Markenrechte, wofür außer einem Hausmeister keine Mitarbeiter beschäftigt wurden. Sie war aber aufgrund der Eintragung im Handelsregister seit Inkrafttreten des Handelsrechtsreformgesetzes vom 22.6.1998 Handelsgesellschaft nach § 105 Abs. 2 Satz 1 2. Alternative HGB und als solche berechtigt, eine Firma zu führen. Die Regelung des § 105 Abs. 2 Satz 1 2. Alternative HGB gilt jedoch nur für Handelsgesellschaften, nicht aber für Einzelpersonen, die nur eigenes Vermögen verwalten, denn der Gesetzgeber hat die Öffnung des Handelsrechts für diese nicht für erforderlich gehalten (BT-Drucksache 13/8444 S. 41). Der nach Auflösung der Gesellschaft verbleibende alleinige Inhaber des Gesellschaftsvermögens einer Besitzgesellschaft betreibt kein Handelsgeschäft. Er kann auch nicht durch Eintragung im Handelsregister zum Einzelkaufmann werden, denn § 2 HGB setzt voraus, dass ein gewerbliches Unternehmen betrieben wird. Damit wird Kleingewerbetreibenden der Erwerb der Kaufmannsstellung ermöglicht, nicht aber Einzelpersonen, die nur eigenes Vermögen verwalten (a. A. Bay-ObLG NJW-RR 2000, 1700/1701; ablehnend Frey E-WiR 2000, 677/678).

(2) Auf diese Frage kommt es hier jedoch im Ergebnis nicht an. Denn selbst wenn der Beteiligte zu 2 als Einzelperson nach Beendigung der offenen Handelsgesellschaft zur Weiterführung von deren Firma berechtigt gewesen wäre, hätte er sie nicht auf die jetzt bestehende GmbH & Co KG übertragen können. Keine der vom Beteiligten zu 2 vorgetragenen Sachverhaltsgestaltungen betreffend die Gründung der jetzigen Gesellschaft erfüllt die Voraussetzungen der §§ 22 ff. HGB für die Firmenfortführung,

auch wenn man unterstellt, dass er in seiner Eigenschaft als Rechtsnachfolger der im Handelsregister eingetragenen OHG auch als Nichtkaufmann die Firma nach § 24 Abs. 1 HGB fortführen konnte.

Im Fall der Gründung einer Gesellschaft setzt § 24 Abs. 1 HGB nämlich voraus, dass „jemand in ein bestehendes Handelsgeschäft als Gesellschafter aufgenommen“ wird. Die bloße Verpachtung der Grundstücke und Markenrechte an die Betriebsgesellschaft, die zunächst von der OHG und nach deren Beendigung unverändert vom Beteiligten zu 2 allein vorgenommen wurde, stellt aber kein Handelsgeschäft dar (vgl. BGH NJW 2006, 3486/ 3487; OLG Hamm NJW 1994, 392/393). Ebenso setzt § 22 HGB voraus, dass ein Handelsgeschäft erworben wird.

cc) Unzutreffend ist die Auffassung der weiteren Beschwerde, die Eintragung könne bestehen bleiben, weil jedenfalls nunmehr eine Gesellschaft mit den im Handelsregister eingetragenen Gesellschaftern bestehe und zu Recht die eingetragene Firma führe. Zum einen fehlt es nämlich bereits an der erforderlichen Anmeldung, diese neu gegründete Gesellschaft in das Handelsregister einzutragen (§ 162 Abs. 1 i.V.m. § 106 Abs. 2 HGB). Zum anderen kann auch bei Vorliegen einer ordnungsgemäßen Anmeldung die Eintragung der jetzt bestehenden Gesellschaft nicht auf dem ursprünglich für die „R. & H. H. Dental Gesellschaft“ angelegten Registerblatt bestehen bleiben. Vielmehr ist die neue Gesellschaft auf einem neuen Registerblatt einzutragen.

c) Die Vorinstanzen sind zutreffend davon ausgegangen, dass dem Registergericht ein Ermessen zusteht bei der Entscheidung, ob eine Löschung vorzunehmen ist. Ermessensentscheidungen sind auf weitere Beschwerde nur begrenzt nachprüfbar; das Ergebnis der Ermessensausübung ist der Nachprüfung entzogen. Zu überprüfen ist lediglich, ob das Gericht sein Ermessen ausgeübt, die gesetzlichen Grenzen nicht überschritten und nicht einen Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufenden Gebrauch davon gemacht hat (Keidel/Meyer-Holz § 27 Rn. 23). Die Löschung ist unter pflichtgemäßer Abwägung aller Umstände grundsätzlich dann angebracht, wenn das Fortbestehen der unzulässigen Eintragung dem öffentlichen Interesse an der Richtigkeit und Vollständigkeit des Handelsregisters oder dem Interesse der Beteiligten widerspräche oder die unzulässige Eintragung die Schädigung berechtigter Dritter zur Folge hätte (BayObLG Rpfleger 2001, 599).

Ohne Ermessensfehler sind die Vorinstanzen davon ausgegangen, dass das öffentliche Interesse an der Richtigkeit und Vollständigkeit des Handelsregisters die Löschung angebracht erscheinen lässt. Die derzeit bestehende Eintragung der Beteiligten zu 1 im Handelsregister verlautbart einen Rechtszustand, der tatsächlich nicht besteht, nämlich dass es sich bei ihr um die „R. & H. H. Dental Gesellschaft“ handelt, die die Firma geändert und neue Gesellschafter aufgenommen hat. Das widerspricht dem Zweck, der mit der Führung des Handelsregisters verbunden ist. Dieser besteht darin, dass bestimmte tatsächliche und rechtliche Verhältnisse, die für den Verkehr von besonderer Bedeutung sind, in einer zuverlässigen und vollständigen Weise beurkundet werden und jederzeit vom Publikum durch Einsichtnahme in die Register und seine Unterlagen bequem festgestellt werden können. Ziel des Handelsregisters ist es, die einzutragenden Tatsachen zuverlässig, vollständig und lückenlos wiederzugeben (vgl. OLG Köln FGPrax 2004,

88/91; OLG Hamm NJW-RR 1993, 807/809).

Dass noch weitere Eintragungen von Amts wegen zu löschen und Anmeldungen vorzunehmen und gegebenenfalls zu erzwingen sind, hindert nicht die Löschung der Eintragung, die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist.

3. Die Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten beruht auf § 13 a Abs. 1 Satz 2 FGG.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

BGB § 2265

1. Für ein gemeinschaftliches Testament ist es nicht ausreichend, dass Ehegatten in getrennten Urkunden am selben Tag und Ort im Wesentlichen inhaltsgleiche Verfügungen getroffen haben.

2. Ein gemeinschaftliches Testament kann im Einzelfall vorliegen, wenn die Ehegatten sich in getrennten Urkunden jeweils zu Alleinerben einsetzen und in gemeinschaftlich abgefassten, mit „Zusatz zum Testament“ und „Nachtrag zum Testament“ bezeichneten Urkunden weitere Verfügungen treffen.

OLG München, Beschluss vom 23.07.2008 - 31 Wx 034/08

Gründe:

I.

Die Erblasserin ist am 25.1.2006 im Alter von 90 Jahren verstorben. Sie war in zweiter Ehe seit 1952 mit dem Beteiligten zu 1 verheiratet. Aus ihrer geschiedenen ersten Ehe hatte sie eine Tochter, die 1962 tödlich verunglückt ist. Der Beteiligte zu 2 war mit dieser eng befreundet und stand mit der Erblasserin bis zu ihrem Tod in Kontakt.

Die Erblasserin errichtete am 28.10.1995 ein privatschriftliches Testament, das im Wesentlichen wie folgt lautet:

„Hiermit setze ich (den Beteiligten zu 2) als Erbe mit meinen gesamten Wertpapieren ein, die sich in meinem Schließfach 83 zur Zeit bei der ...- Bank befinden.“

Ferner liegen Kopien zweier privatschriftlicher Testamente vom 29.1.1983 vor, in denen die Erblasserin und ihr Ehemann gleichlautend jeweils den anderen Ehegatten zum „alleinigen Erben (Universalerben)“ einsetzten. Mit einem undatierten „Zusatz zum Testament vom 29.1.1983“ bestimmten die Ehegatten, dass „im Falle unseres gemeinsamen Todes“ weder die Nichte der Erblasserin noch zwei Brüder des Ehemannes aus dem Nachlass etwas erhalten sollen. Mit „Nachtrag zum Testament“ vom 23.2.1984 wandten die Ehegatten für den Fall, dass ihnen „zusammen etwas zustoßen“ solle, ihr Vermögen einem Dritten zu. Diese letztwilligen Verfügungen, die ebenfalls nur in Kopie vorliegen, wurden von der Erblasserin geschrieben und von beiden Ehegatten unterschrieben. Die von der Erblasserin aufbewahrten Originale sind nicht auffindbar, es konnten nur die vom Beteiligten zu 1 aufbewahrten Kopien vorgelegt werden.

Der Nachlass besteht im Wesentlichen aus dem Hälfteanteil der Erblasserin an dem Hausgrundstück, das die Ehegatten 1969

erworben und seither gemeinsam bewohnt haben. Ihre Wertpapiere, deren Wert zum Zeitpunkt des Erbfalls rund 230.000 € betrug, überließ die Erblasserin bereits Anfang 1996 dem Beteiligten zu 2. Der Reinnachlasswert beträgt nach Angaben des Beteiligten zu 1 im Erbscheinsantrag rund 400.000 €.

Der Beteiligte zu 1 hat die Erteilung eines Alleinerbscheins aufgrund des Testaments vom 29.1.1983 gestellt mit der Begründung, die in getrennten Urkunden vorgenommene Erbeinsetzung der Ehegatten sei wechselbezüglich; die Erblasserin sei daran gebunden gewesen. Das Testament zugunsten des Beteiligten zu 2 vom 28.10.1995 enthalte im Übrigen nur ein Vermächtnis. Der Beteiligte zu 2 hat hingegen die Auffassung vertreten, er sei Alleinerbe aufgrund des Testaments vom 28.10.1995, denn diese letztwillige Verfügung enthalte eine umfassende Erbeinsetzung.

Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 5.10.2006 den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen und dem Beteiligten zu 2 antragsgemäß am 23.10.2006 einen Alleinerbschein erteilt. Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 1 hat das Landgericht die Beteiligten zu 1 und 2 sowie die Verfahrensbevollmächtigte des Beteiligten zu 2, der die Erblasserin kurz vor ihrem Tod Generalvollmacht erteilt hatte, persönlich angehört und die Zeugin K. vernommen. Mit Beschluss vom 28.1.2008 hat das Landgericht den Beschluss des Nachlassgerichts vom 5.10.2006 aufgehoben und das Nachlassgericht angewiesen, den vom Beteiligten zu 1 beantragten Erbschein zu erteilen und den dem Beteiligten zu 2 bereits erteilten Erbschein einzuziehen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 2.

II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet.

1. Das Landgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

Es stehe zur Überzeugung der Kammer fest, dass die nur in Kopie vorliegenden Testamente vom 29.1.1983 ebenso wie der gemeinsam unterschriebene undatierte Zusatz und der Nachtrag vom 23.1.1984 von den Eheleuten errichtet worden seien. Die Auslegung der Testamentsschriften nebst Ergänzungen ergebe, dass es sich um ein gemeinschaftliches Testament mit wechselbezüglichen Verfügungen handele, das nur nach Maßgabe des § 2271 BGB hätte widerrufen werden können. Für ein gemeinschaftliches Testament sei die Errichtung zweier sich inhaltlich im Wesentlichen entsprechenden Testamente am gleichen Ort und zur gleichen Zeit nicht ausreichend. Hier seien jedoch die Einzeltestamente der beiden Ehegatten vom 29.1.1983 in ihrer Formulierung bis hin zu dem in Klammern gestellten Begriff „Universalerbe“ identisch. Zwar nehme keines der beiden Testamente ausdrücklich auf das jeweilige Testament des anderen Ehegatten Bezug, die exakt übereinstimmende Wahl der Gestaltung zeige jedoch, dass sie in Absprache und in Kenntnis des Testierwillens des jeweils anderen gehandelt hätten. Eine Klammer um die beiden Testamente bildeten der undatierte „Zusatz zum Testament vom 29. Januar 1983“ sowie der unter dem 23.2.1984 errichtete „Nachtrag zum Testament“. Der Zusatz beziehe sich auf „das“ Testament vom 29.1.1983 und schließe sowohl eine Nichte der Erblasserin als auch zwei Brüder des Ehemannes von der Erbfolge aus. Handelte es sich bei den Schriftstücken vom 29.1.1983 um zwei gesonderte Testamente, so wäre nicht zu erwarten, dass in einem gemeinsamen, von bei-

den Testierenden unterschriebenen Zusatz Ergänzungen aufgeführt würden, die jeweils nur eines der beiden Testamente beträfen. Auch die Überschrift, mit der auf ein Testament und nicht etwa auf deren zwei Bezug genommen werde, zeige, dass die Eheleute von einem gemeinschaftlichen Testament ausgegangen seien. Das gleiche gelte für den „Nachtrag“. Der Umstand, dass die Erblasserin möglicherweise über ein höheres Vermögen verfügt habe als der Beteiligte zu 1, stehe dem nicht entgegen. Dasselbe gelte für die außereheliche Verbindung des Beteiligten zu 1 zu der Zeugin K., denn die Beweisaufnahme habe ergeben, dass die Erblasserin deutlich vor 1983 von der 1972 begonnenen Liaison erfahren habe. Die Erblasserin habe folglich die Originaltestamente vom 29.1.1983 nebst den beiden Ergänzungen nicht rechtswirksam vernichten können. Ein formgerechter Widerruf sei nicht erfolgt. Die Verfügung der Erblasserin vom 28.10.1995 zugunsten des Beteiligten zu 2 sei deshalb unwirksam, so dass es dahinstehen könne, ob diese eine Erbeinsetzung oder ein Vermächtnis enthielten.

2. Diese Ausführungen halten der allein möglichen rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

a) Das Landgericht ist aufgrund der vorliegenden Kopien und der weiteren von ihm erhobenen Beweise zu der Überzeugung gelangt, dass Originaltestamente mit den aus den Fotokopien ersichtlichen Inhalten formgültig errichtet worden sind. Die diesbezüglichen Feststellungen sind rechtsfehlerfrei und werden von der weiteren Beschwerde auch nicht in Zweifel gezogen.

b) Das Landgericht hat weiter zutreffend angenommen, dass die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments auch in getrennten Urkunden erfolgen kann (allgemeine Meinung; vgl. Palandt/Edenhofer BGB 67. Aufl. vor § 2265 Rn. 9). In diesem Fall muss zur Einhaltung der Form für ein Einzeltestament hinzukommen, dass der Wille beider Ehegatten zum gemeinschaftlichen Testieren sich wenigstens andeutungsweise aus der Urkunde ergibt. Ob ein gemeinschaftliches Testament vorliegt, ist durch Auslegung zu ermitteln.

Die Testamentsauslegung ist Sache des Tatrichters. Die Überprüfung im Wege der weiteren Beschwerde ist auf Rechtsfehler beschränkt. Dabei kommt es insbesondere darauf an, ob die Auslegung der Tatsacheninstanz gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denk- und Erfahrungsgrundsätze oder Verfahrensvorschriften verstößt, ob in Betracht kommende andere Auslegungsmöglichkeiten nicht in Erwägung gezogen oder wesentliche Umstände übersehen wurden (vgl. BGHZ 121, 357/363; BayObLG FamRZ 2002, 269/270; OLG München FamRZ 2008, 728; Keidel/Meyer-Holz FGG 15. Aufl. § 27 Rn. 42; MünchKommBGB/Leipold 4. Aufl. § 2087 Rn. 47 ff.). Dabei muss die Auslegung des Tatrichters nicht zwingend sein. Es genügt, wenn sie nur möglich ist (BGH FamRZ 1972, 561/562; BayObLG FamRZ 2005, 1933/1934).

c) Diesen Anforderungen wird die Entscheidung des Landgerichts gerecht.

aa) Allein der Umstand, dass die Testamente von den Ehegatten am selben Tag und am selben Ort errichtet worden sind und sich im Wortlaut im Wesentlichen gleichen, reicht für sich allein nicht aus, um ein gemeinschaftliches Testament anzunehmen (st. Rspr., vgl. BGHZ 9, 113/116 f.). Davon ist das Landgericht ausgegangen. Es hat zutreffend berücksichtigt, dass die Überein-

stimmung der beiden Urkunden sowohl hinsichtlich der äußeren Form (Niederschrift unter dem Briefkopf des jeweiligen Ehegatten) als auch hinsichtlich des Inhalts (einschließlich Klammerzusatz „Universalerben“) dafür spricht, dass sich die Ehegatten hinsichtlich der Errichtung und des Inhalts der letztwilligen Verfügung abgesprochen haben. Dass die Ehegatten darüber hinaus den Willen hatten, mit der Abfassung der beiden einzelnen Urkunden gemeinschaftlich zu testieren, hat das Landgericht aus den beiden weiteren gemeinschaftlich formgültig errichteten letztwilligen Verfügungen geschlossen, die mit „Zusatz zum Testament vom 29.1.1983“ bzw. „Nachtrag zum Testament“ überschrieben sind. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Ehegatten haben in diesen gemeinschaftlich abgefassten Urkunden nicht nur, wie die weitere Beschwerde meint, unter Nutzung der Formerleichterung des § 2267 BGB Regelungen getroffen, die die vorangegangene Erbeinsetzung des jeweils anderen Ehegatten insofern inhaltlich ergänzen, als sie für den Fall des gemeinsamen Todes getroffen sind. Vielmehr haben die Testierenden darüber hinaus durch die Überschrift „Zusatz zum Testament vom 29.1.1983“ bzw. „Nachtrag zum Testament“ eine Verbindung zu den beiden gesondert errichteten Einzelurkunden hergestellt und formgerecht zum Ausdruck gebracht, dass die vier einzelnen Urkunden nicht voneinander unabhängig unterschiedliche Fallgestaltungen regeln – einerseits die Erbfolge nach dem Erstversterbenden, andererseits die Schlusserbfolge -, sondern nach ihrer Vorstellung eine Einheit bilden sollen. Die so vorgenommene Verknüpfung der einzelnen Urkunden rechtfertigt die Annahme, dass die Ehegatten insgesamt gemeinschaftlich eine einheitliche Regelung sowohl für den Tod eines Ehegatten als auch für den Schlusserbfall treffen wollten. Die Vorstellung der Testierenden, mit den Urkunden vom 29.1.1983 eine einheitliche letztwillige Verfügung getroffen zu haben, wird auch dadurch deutlich, dass sie diese im Zusatz bzw. Nachtrag als „Testament“ und nicht „Testamente“ bezeichnen. Dass die für den Schlusserbfall getroffenen Regelungen keine Bindungswirkung für den länger lebenden Ehegatten entfalten, ist ohne Belang für die Frage, ob die Ehegatten eine gemeinschaftliche Regelung auch im Hinblick auf die gegenseitige Erbeinsetzung treffen wollten.

bb) Entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde musste sich das Landgericht nicht wegen der Vermögensverhältnisse der Ehegatten oder der außerehelichen Beziehung des Beteiligten zu 1 gehindert sehen, einen Willen auch der Erblasserin zum gemeinschaftlichen und bindenden Testieren anzunehmen. Zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung war jedenfalls der Beteiligte zu 1 Miteigentümer zu ½ des gemeinsam bewohnten Hauses, so dass schon deshalb auch die Erblasserin ein wirtschaftliches Interesse an einer gemeinschaftlichen Regelung der Erbfolge mit einer bindenden gegenseitigen Alleinerbeneinsetzung haben konnte. Dasselbe gilt für die langjährige außereheliche Beziehung des Beteiligten zu 1 zu der Zeugin K.. Dieses Verhältnis hatte nach den Feststellungen des Landgerichts bereits 1972 begonnen und war der Erblasserin alsbald bekannt geworden, was sie ersichtlich nicht gehindert hat, ihren Ehemann zum Alleinerben einzusetzen. Zudem konnte sie gerade im Hinblick auf die außereheliche Beziehung ihres Mannes Interesse daran haben, eine bindende gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten herbeizuführen.

cc) Ohne Erfolg rügt die weitere Beschwerde, das Landgericht

habe die Äußerungen des Beteiligten zu 1 fehlerhaft gewürdigt. Zunächst ist anzumerken, dass das Landgericht seine Entscheidung hinsichtlich der Frage des gemeinschaftlichen Testierens nicht auf die Angaben des Beteiligten zu 1 gestützt hat. Die Beanstandungen der Beschwerde gehen deshalb ins Leere, soweit sie dessen Äußerungen hinsichtlich der „gegenseitigen“ Erbeinsetzung, an die er sich „gehalten“ habe, als laienhaften Sprachgebrauch und rechtlich unerheblich eingestuft wissen will. Zu den näheren Umständen der Testamentserrichtungen konnte der Beteiligte zu 1 nichts angeben, weil er sich daran nicht erinnerte. Daraus musste das Landgericht nicht den Schluss ziehen, ein gemeinschaftlicher Testierwille der Eheleute habe nicht vorgelegen. Der Beschwerdeführer will seine eigene Tatsachen- und Beweiswürdigung an die Stelle derjenigen des Landgerichts setzen. Damit kann er im Verfahren der weiteren Beschwerde keinen Erfolg haben.

d) Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht angenommen, dass die gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten wechselbezüglich ist (§ 2270 Abs. 2 1. Halbsatz BGB) und nicht einseitig von der Erblasserin durch die Vernichtung der Originalurkunden bzw. Errichtung einer inhaltlich abweichenden letztwilligen Verfügung widerrufen werden konnte (§ 2271 Abs. 1 BGB). Für die von der weiteren Beschwerde angeführte Möglichkeit einer gemeinschaftlichen oder unter den Ehegatten abgesprochenen Vernichtung der Originalurkunden, für die der Beteiligte zu 2 die Feststellungslast trägt, bestehen keine konkreten Anhaltspunkte.

3. Nach § 13 a Abs. 1 Satz 2 FGG hat der Beteiligte zu 2 die dem Beteiligten zu 1 im Verfahren der weiteren Beschwerde entstandenen Kosten zu erstatten. Die der Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 2 von der Erblasserin erteilte Generalvollmacht über den Tod hinaus führt nicht dazu, dass die Bevollmächtigte neben den Erbprätendenten selbst Beteiligte des Erbscheinsverfahrens ist.

Für die Festsetzung des Geschäftswert (§ 30 Abs. 1 Satz 1 KostO) ist das wirtschaftliche Interesse des Beschwerdeführers am Erfolg seines Rechtsmittels maßgeblich. Dieses schätzt der Senat auf die Hälfte des Nachlasswertes, denn der Beteiligte zu 2 hätte als Alleinerbe die Pflichtteilsansprüche des Beteiligten zu 1 zu erfüllen. Der Reinnachlasswert beträgt nach Angaben des Beteiligten zu 1 im Erbscheinsantrag rund 400.000 €, der Geschäftswert des Verfahrens der weiteren Beschwerde mithin 200.000 €

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

BGB §§ 1994, 2003; EGBGB Art. 148; (Bayerisches) AGGVG Art. 8

1. Hat der Landesgesetzgeber (hier: Bayern) die Zuständigkeit des Nachlassgerichts zur Aufnahme des Inventars ausgeschlossen, so lässt das die Zuständigkeit zur Entgegennahme des Antrags auf amtliche Inventaraufnahme unberührt.

2. Die Bestimmung der Inventarfrist auf Antrag eines Nachlassgläubigers wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass

der Erbe bereits zuvor Antrag auf amtliche Inventaraufnahme gestellt hat.

OLG München, Beschluss vom 24.07.2008 - 31 Wx 027/08

G r ü n d e :

I.

Der Beteiligte zu 1 ist gesetzlicher Alleinerbe der 2005 verstorbenen Erblasserin. Er beantragte die amtliche Aufnahme eines Inventars nach § 2003 BGB. Das Nachlassgericht reagierte zunächst nur mit dem Hinweis, dass in Bayern für die Erstellung eines Inventars die Notare zuständig sind.

Auf Antrag eines Nachlassgläubigers, des Beteiligten zu 2, bestimmte das Nachlassgericht dem Beteiligten zu 1 eine Inventarfrist von einem Monat. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde wies das Landgericht zurück. Nach Hinweis des Landgerichts, dass der Antrag des Erben auf amtliche Inventaraufnahme noch nicht abschließend bearbeitet sei, beauftragte das Amtsgericht einen Notar mit der Errichtung des Inventars. Mit der sofortigen weiteren Beschwerde verfolgt der Beteiligte zu 1 sein Ziel weiter, dass die auf Antrag des Beteiligten zu 2 bestimmte Inventarfrist aufgehoben wird. Er ist der Meinung, dass die Bestimmung der Inventarfrist unzulässig gewesen sei, da er bereits zuvor die amtliche Aufnahme des Inventars beantragt hatte.

II.

Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Das Landgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

Die Voraussetzungen für die Bestimmung einer Inventarfrist seien erfüllt. Der Beteiligte zu 2 habe die ihm als Nachlassgläubiger zustehende Forderung glaubhaft gemacht. Der Umstand, dass der Beteiligte zu 1 schon zuvor einen Antrag auf amtliche Inventaraufnahme gestellt habe, stehe einer Fristsetzung auf Antrag des Gläubigers nicht entgegen. Ziel der vom Gläubiger beantragten Fristsetzung nach § 1994 BGB sei es, die unbeschränkbare Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten herbeizuführen. Das Rechtsschutzbedürfnis für einen Fristsetzungsantrag des Gläubigers könne nicht schon dann verneint werden, wenn der Erbe Antrag auf amtliche Inventaraufnahme gestellt habe, dieses aber noch nicht errichtet sei. Andernfalls hätte es der Erbe in der Hand, etwa durch Rücknahme seines Antrags auf amtliche Inventaraufnahme - wodurch ein Antrag des Gläubigers wieder zulässig würde -, die Herbeiführung der unbeschränkbaren Erbenhaftung hinauszuzögern.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO). Das Landgericht hat das Verhältnis zwischen der amtlichen Inventaraufnahme (§ 2003 BGB) und der dem Erben auf Antrag eines Nachlassgläubigers gesetzten Inventarfrist (§ 1994 BGB) richtig dahin bestimmt, dass der Antrag des Erben auf amtliche Inventaraufnahme eine nachfolgende Fristsetzung auf Gläubigerantrag nicht ausschließt, solange das Inventar noch nicht errichtet ist.

a) Der Antrag des Erben auf amtliche Inventaraufnahme ist wirksam gestellt. Wie das Landgericht richtig ausführt, sind für die

Entgegennahme dieses Antrags auch in Bayern die Nachlassgerichte zuständig. Zwar hat der Landesgesetzgeber durch Art. 8 AGGVG von der durch Art. 148 EGBGB eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Zuständigkeit des Nachlassgerichts zur Aufnahme des Inventars auszuschließen. Das betrifft jedoch nur die Inventaraufnahme als solche und lässt die Zuständigkeit des Nachlassgerichts zur Entgegennahme des Antrags unberührt (vgl. Staudinger/-Mayer BGB Bearb. 2005 Art. 148 EGBGB Rn. 3). Geht ein solcher Antrag ein, so hat das Nachlassgericht einen Notar mit der Errichtung des Inventars zu beauftragen (vgl. Sprau/Vill Justizgesetze in Bayern Art. 8 AGGVG Rn. 3).

Der Antrag auf amtliche Inventaraufnahme war noch wirksam und das Inventar noch nicht errichtet, als der Beteiligte zu 2 seinerseits Antrag auf Inventarfrist stellte. Seine Stellung als Nachlassgläubiger und das Bestehen der Forderung hat der Beteiligte zu 2 glaubhaft gemacht (§ 1994 Abs. 2 Satz 1 BGB).

b) Der Lauf des Verfahrens zur amtlichen Inventaraufnahme stand der Bestimmung einer Inventarfrist auf Antrag des Nachlassgläubigers nicht entgegen.

Mit dem Antrag nach § 1994 BGB verfolgt der Nachlassgläubiger in erster Linie das Ziel, im Falle der Fristversäumung durch den Erben die unbeschränkbare Erbenhaftung zu erreichen (§ 1994 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Bestimmung der Inventarfrist hat zu unterbleiben, wenn bereits ein den §§ 2002, 2003 BGB entsprechendes Inventar errichtet ist, ein gesetzlicher Ausschlussgrund - vgl. insb. § 2000 S. 2 und 3, §§ 2011, 2012 BGB - vorliegt oder der Antrag aus sonstigen Gründen völlig zwecklos ist, etwa weil der Erbe bereits unbeschränkbare haftend geworden ist (vgl. Staudinger/Marotzke BGB Bearb. 2002 § 1994 Rn. 17 f.; Soergel/Stein BGB 13. Aufl. § 1994 Rn. 6). Keiner dieser Versagungsgründe greift hier ein.

Der Umstand, dass bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung durch den Nachlassgläubiger ein Verfahren zur amtlichen Inventaraufnahme anhängig ist, macht die Bestimmung der Inventarfrist nicht zwecklos und lässt für den Antrag des Gläubigers nicht das Rechtsschutzbedürfnis entfallen. Beide Verfahren - die Inventarfristsetzung nach § 1994 BGB und die amtliche Inventaraufnahme nach § 2003 BGB - stehen selbständig nebeneinander. Das ergibt sich schon aus § 2003 Satz 2 BGB, wonach die Stellung des Antrags nach § 2003 Satz 1 BGB die Inventarfrist (d.h. jene nach § 1994 BGB) wahrt. Es ist kein plausibler Grund erkennbar, dass zwar der Erbe auch noch nach Antragstellung durch den Nachlassgläubiger einen (Frist wahrenden) Antrag auf amtliche Inventaraufnahme stellen dürfen, nicht aber der Nachlassgläubiger nach (potentiell Frist wahrendem) Beginn des Verfahrens auf amtliche Inventaraufnahme noch einen Antrag nach § 1994 BGB.

Der Senat teilt allerdings die Auffassung des Landgerichts, dass auch im letzten Fall § 2003 Satz 2 BGB greift, so dass die Fristsetzung auf Antrag des Gläubigers jedenfalls solange nicht zu einer Fristversäumung mit der Rechtsfolge der unbeschränkbaren Erbenhaftung führen kann, als die amtliche Inventaraufnahme läuft (und mit der Errichtung des amtlich aufgenommenen Inventars gegenstandslos wird). Es wäre widersinnig, den Erben, der den Antrag auf amtliche Inventaraufnahme vorher gestellt hat, hinsichtlich der Frist wahrenden Wirkung schlechter zu stel-

len als den Erben, der diesen Antrag erst nach dem Fristsetzungsantrag des Gläubigers stellt. Wollte man die Frist wahrende Wirkung eines vorher gestellten Erbantrags verneinen, so müsste man dem Erben konsequenterweise, um ihn nicht schutzlos zu lassen, das Recht zubilligen, nach Antragstellung durch den Gläubiger erneut einen – diesmal Frist wahren – Antrag auf amtliche Inventaraufnahme zu stellen, was im Hinblick auf das bereits anhängige Verfahren ein unsinniges Ergebnis wäre.

Letztlich kann dies jedoch offen bleiben, zumal hierüber im Streitfall die Prozessgerichte zu befinden haben werden. Entscheidend ist, dass selbst bei Annahme einer Frist wahren Wirkung in der hier gegebenen Fallkonstellation gleichwohl ein Rechtsschutzbedürfnis für den Antrag des Gläubigers zu bejahen ist. Dieses kann schon deshalb nicht verneint werden, wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, weil der Erbe den Antrag auf amtliche Inventaraufnahme jederzeit zurücknehmen kann, wodurch die Frist wahrende Wirkung selbstverständlich entfiel. Die gegen die Möglichkeit der Antragsrücknahme von der weiteren Beschwerde vorgebrachten Gründe greifen nicht durch. Es ist zwar richtig, dass das Nachlassgericht im Falle eines Verstoßes des Erben gegen die Auskunftspflicht (§ 2003 Abs. 2 BGB) die Inventarerrichtung weder erzwingen kann noch den Antrag zurückweisen darf, vielmehr eine Untätigkeit des Erben insoweit die Folgen der Inventaruntreue nach § 2005 Abs. 1 BGB hervorrufen kann. Ein Verbot der Antragsrücknahme begründet das aber für den Erben nicht. Wird der Antrag zurückgenommen, ist für eine Fortführung des Verfahrens zur amtlichen Inventaraufnahme kein Raum mehr und entfallen dessen Wirkungen. Dem Antrag des Nachlassgläubigers können in diesem Fall ohne weiteres die Rechtsfolgen einer unbeschränkbaren Erbenhaftung nach Maßgabe des § 1994 Abs. 1 Satz 2 BGB zu kommen.

Die vom Amtsgericht auf Antrag des Beteiligten zu 2 vorgenommene Fristbestimmung war somit rechtmäßig. Zutreffend hat das Landgericht die Beschwerde des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen und war auch die weitere Beschwerde zurückzuweisen.

3. Dass der Beschwerdeführer die Gerichtskosten seiner erfolglosen Beschwerde zu tragen hat, ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz. Die Anordnung der Kostenerstattung beruht auf § 13a Abs. 1 Satz 2 FGG. Den Geschäftswert setzt der Senat auf 1.500 € fest (§ 131 Abs. 2, § 30 KostO). Das wirtschaftliche Interesse des Beschwerdeführers wird maßgeblich durch das Ziel bestimmt, eine Inventarfrist nach § 1994 BGB und eine dadurch möglicherweise eintretende unbeschränkbare Erbenhaftung für die vom Gläubiger geltend gemachte Forderung in Höhe von 1.656 € zu verhindern. Dieser Betrag ist mit dem hier festzusetzenden Geschäftswert nicht identisch, kann aber als Orientierung dienen und bildet jedenfalls dessen Obergrenze. Während der Senat bei hohen Forderungen nur einen Bruchteil hiervon als Geschäftswert festsetzt, kann bei einer verhältnismäßig geringen Forderung, die noch unter dem Regelgeschäftswert von 3.000 € liegt, ein dem Forderungsbetrag nahe kommender Wert angenommen werden. Im Ergebnis hält der Senat 1.500 € für angemessen.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

KostO §§ 24, 30 Abs. 1, 41a Abs. 4 Nr. 1, 41c Abs. 1

Bei der Beurkundung eines Unternehmensvertrages, der im wesentlichen durch die Ergebnisabführungsvereinbarung bestimmt wird, ist vom Vorliegen eines Geschäftes mit unbestimmtem Geldwert auszugehen. Bei der Wertberechnung ist nicht die Vorschrift des § 30 Abs. 1 i.V.m. § 24 KostO zugrunde zu legen, sondern der Geschäftswert nach §§ 41c Abs. 1, 41a Abs. 4 Nr. 1 KostO anzusetzen.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 03.06.2008 – 8 W 180/08

Aus den Gründen:

I.
Durch notarielle Niederschrift vom 7.3.2006 (Urkundenrolle-Nr. ...) beurkundete der Beteiligte Ziff. 1 einen zwischen der Beteiligten Ziff. 2 als Untergesellschaft und der Beteiligten Ziff. 3 als Obergesellschaft abgeschlossenen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag. Mit Rechnung vom 8.3.2006 (Kostenrechnung ...) brachte er für seine Tätigkeit einen Gesamtbetrag von netto 13.652,45 € zzgl. MwSt., brutto 15.802,04 Euro in Ansatz. Der Kostennote lag ein Geschäftswert von 4.500.000 € zugrunde. Der Geschäftswert wurde anhand des auf fünf Jahre hochgerechneten Gewinns für das abgelaufene Jahr 2005 nach Maßgabe der §§ 30 Abs. 1, 24 KostO bestimmt.

Der Bezirksrevisor des Landgerichts hat im Rahmen der Prüfung der Amtstätigkeit des Notars die Festsetzung des Geschäftswerts unter Bezugnahme auf den Beschluss des OLG Stuttgart vom 24.8.1993 (8 WF 94 /91) beanstandet. Der notariell beurkundete Vertrag habe für die beherrschte Gesellschaft satzungsgleiche Wirkung, so dass nicht von einer vermögensrechtlichen Angelegenheit ausgegangen werden könne. Die Bewertung habe deswegen auf der Grundlage des §§ 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO mit einem Wertansatz von 25.000 € zu erfolgen. Dem trat der Beteiligte Ziff. 1 unter Bezugnahme auf die Literatur entgegen, wo überwiegend die Meinung vertreten werde, dass die Beurkundung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages eine vermögensrechtliche Angelegenheit darstelle.

Mit Schreiben vom 13.7.2007 hat der Präsident des Landgerichts den Beteiligten Ziff. 1 gem. § 156 Abs. 6 KostO angewiesen, die Entscheidung der Beschwerdekammer des Landgerichts Stuttgart zu dem beanstandeten Kostenansatz betreffend die Urkunde UR-Nr.163/2006 herbeizuführen. Entsprechend dieser Weisung hat der Beteiligte Ziff. 1 mit Schreiben vom 24.1.2008 die Entscheidung der Beschwerdekammer des Landgerichts Stuttgart beantragt.

Das Landgericht hat mit Beschluss vom 14.3.2008 die Kostenrechnung des Beteiligten Ziff. 1 vom 8.3.2006 zu der Urkunde vom 7.3.2006 (Urkundenrolle Nr. 163/2006) abgeändert und den von der Kostenschuldnerin zu entrichtenden Betrag auf insgesamt 204,68 € inkl. Mehrwertsteuer festgesetzt. Die weitere Beschwerde wurde zugelassen.

Das Landgericht ist der Ansicht, dass der vom Beschwerdeführer eingesetzte Geschäftswert für den beurkundeten Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag nicht nach § 30 KostO i. V. m. § 24 KostO, sondern gem. § 41 c Abs. 1, § 41 a Abs. 4 Nr.

1 KostO zu bestimmen sei. Entscheidend sei, ob dem Vertrag insgesamt ein bestimmter Geldwert beigemessen werden könne. Dies setze voraus, dass mit der Ergebnisabführungsvereinbarung wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen i. S. des § 24 Abs. 1 KostO vorlägen. Das seien solche, die sich in gleichen oder nahezu gleichen Zwischenräumen aus demselben Rechtsgrund wiederholen. Im Rahmen eines Gewinnabführungsvertrages hänge der abzuführende wirtschaftliche Ertrag jedoch von einer Vielzahl von unvorhersehbaren und dem Einfluss der Vertragsschließenden weitgehend entzogenen Umständen ab, was bei den typischerweise § 24 Abs. 1 KostO unterfallenden wiederkehrenden Nutzungen oder Leistungen wie Renten, Nießbrauch und rentenähnlichen Rechten nicht der Fall sei. Die Abführungsvereinbarung sei in die Zukunft gerichtet. Ihr fehle unter Berücksichtigung der wechselnden wirtschaftlichen Verhältnisse, Änderungen in der eigenen geschäftlichen Ausrichtung und dem Einfluss anderer Marktteilnehmer eine hinreichend sichere Grundlage, um eine einigermaßen brauchbare Entwicklungsprognose erstellen zu können. Dies könne auch nicht dadurch kompensiert werden, dass im Rahmen freien Ermessens nach § 30 Abs. 1 KostO Zu- und Abschläge gemacht werden können. Zudem handle es sich bei der kostenrechtlichen Generalklausel des §§ 30 Abs. 1 KostO, über den § 24 KostO allein anwendbar sei, um eine lediglich subsidiär anzuwendende Hilfsregelung zur Bestimmung des Geschäftswerts in vermögensrechtlichen Angelegenheiten. Sie komme dann nicht zur Anwendung, wenn eine vorrangige Vorschrift der Kostenordnung existiere. Als solche seien die Vorschriften der §§ 41c Abs. 1, 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO anzusehen. Wegen der Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss Bezug genommen. Gegen den ihm am 19.3.2008 zugestellten Beschluss hat der Beteiligte Ziff. 1 am 16.4.2008 weitere Beschwerde eingelegt. Er ist weiterhin der Auffassung, dass im vorliegenden Fall der Geschäftswert nach § 30 i. V. m. § 24 KostO zu berechnen sei. Die Rechtsauffassung des Landgerichts widerspreche den gesetzlichen Vorgaben der §§ 19 ff, 30 KostO und sei mit der Systematik der Kostenordnung nicht in Einklang zu bringen. Wegen der Einzelheiten des Beschwerdevorbringens wird auf die Beschwerdebegründung Bezug genommen.

II.

Die vom Landgericht wegen grundsätzlicher Bedeutung der zu entscheidenden Frage zugelassene weitere Beschwerde ist als Rechtsbeschwerde gem. § 156 Abs. 2 KostO statthaft und auch sonst zulässig. Die weitere Beschwerde wurde insbesondere form- und fristgerecht eingelegt. Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg, da die Entscheidung des Landgerichts nicht auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 156 Abs. 2 Satz 4 KostO i. V. m §§ 546,547 ZPO).

Das Landgericht ist in seinem angefochtenen Beschluss, auf den vollumfänglich Bezug genommen wird, zu Recht für die Berechnung des Geschäftswerts des vom Notar beurkundeten Unternehmensvertrages, der im wesentlichen durch die Ergebnisabführungsvereinbarung bestimmt wird, vom Vorliegen eines Geschäftes mit unbestimmtem Geldwert ausgegangen und hat der Wertberechnung daher nicht die Vorschrift des § 30 Abs. 1 in Verbindung mit § 24 KostO zugrunde gelegt, sondern hat den Geschäftswert nach § 41 c Abs. 1, § 41 a Abs. 4 Nr. 1 KostO angesetzt. Es folgt damit der überwiegend in der obergerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Auffassung (OLG Hamm JurBüro

1994,355=DNNotZ 1994,126; OLG Karlsruhe BWNNotZ 1995,69; OLG Stuttgart Justiz 1997,216; unveröffentlichter Beschluss des Senats vom 24.8.1993, 8 W 94/91; OLG Celle NZG 2007,154; im Grundsatz ebenso, allerdings abweichend für Altfälle BayObIG JurBüro 1990,1495=DNNotZ 1991,401; ebenso Rohs/Wedewer, KostO, § 41 c Rdnr. 34; Reuter BB 1989,714; a. A. Korintenberg-Bengel/Tiedtke, KostO 16. Aufl., § 41 c Rdnr. 30; Hartmann, Kostengesetze 38. Auflage, § 41 c KostO Rdnr. 4; Heckschen DB 1989,29; Lappe NJW 1989,3254; H.Schmidt BB 1989,1290; Janke MittRhNotK 1989,1233; Bund NotBZ 2004,303).

Der Senat sieht im vorliegenden Verfahren keine Veranlassung, von seiner bisher in Übereinstimmung mit den zitierten Oberlandesgerichten vertretenen Ansicht abzuweichen.

Zutreffend führt der Beschwerdeführer aus, dass es sich bei einem Gewinnabführungsvertrag um eine vermögensrechtliche Angelegenheit handelt, da auf Geld gerichtete Ansprüche geregelt werden. Entscheidend ist aber, ob die vermögensrechtliche Angelegenheit einen bestimmten oder einen unbestimmten Geldwert hat.

Wann eine vermögensrechtliche Angelegenheit mit unbestimmtem Geldwert und wann eine solche mit bestimmtem Geldwert vorliegt, wird von der Kostenordnung nicht definiert und ist insbesondere der Regelung des §§ 41 c KostO nicht zu entnehmen.

Maßgebend für die Bestimmung des Geldwertes einer vermögensrechtlichen Angelegenheit sind in erster Linie die besonderen Wertvorschriften der Kostenordnung. Wenn solche fehlen und ein bestimmter Geldwert der Angelegenheit ansonsten feststeht, so ist dieser der Wertberechnung zugrunde zu legen. Ansonsten greift die in § 30 Abs. 1 KostO getroffene Regelung (Bestimmung des Geldwertes nach freiem Ermessen) oder beim Fehlen hinreichender tatsächlicher Anhaltspunkte die Bewertung nach § 30 Abs. 2 KostO (Regelwert) ein.

Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Landgericht hier unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH NJW 89,295 = BGHZ 105,324 = DNNotZ 89,102) ausführt, dass gegen einen bestimmten Geldwert des Ergebnisabführungsvertrages spreche, dass nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der zwischen zwei Gesellschaften geschlossene Unternehmensvertrag betreffend die Beherrschung und die Gewinnabführung ein gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag sei, der satzungsgleich in den rechtlichen Status der Gesellschaft eingreife, indem er - unbeschadet der Ergebnisabführungspflicht - den Gesellschaftszweck am Konzerninteresse ausrichte. Auch der Senat ist in seinem Beschluss vom 24.8.1993 (8 W 94/91) von der satzungsgleichen Wirkung des Unternehmensvertrages als gesellschaftsrechtlichem Organisationsvertrag für die beherrschte Gesellschaft ausgegangen. Für derartige Organisationsakte sind aber in erster Linie die §§ 41c, 41 a KostO (früher §§ 26,27 KostO) einschlägig. Zwar ist beim Vorliegen derartiger Unternehmensverträge jeweils aufgrund der einzelnen Umstände des konkreten Falles deren Geschäftswert zu bestimmen. Im Regelfall ist aber davon auszugehen, dass der Vertrag, sofern sich im Einzelfall nichts Gegenteiliges ergibt, ein Geschäft mit unbestimmtem Geldwert zum Gegenstand hat.

Zutreffend hat das Landgericht dazu ausgeführt, dass Voraussetzung für die Annahme eines bestimmten Geldwertes des vor-

liegenden Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages sei, dass mit der Ergebnisabführungsvereinbarung wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen im Sinne des § 24 Abs. 1 KostO vorliegen. Voraussetzung für die Anwendung des § 24 KostO wäre, dass gleiche oder zumindest ungefähr gleiche Nutzungen oder Leistungen in bestimmten Zeitabschnitten vorliegen. Ob dies der Fall ist, ist jeweils nach den Umständen des konkreten Einzelfalles zu beurteilen. Wenn das Landgericht hier die Auffassung vertritt, es sei völlig ungewiss, welchen Gewinn oder Verlust das beherrschte Unternehmen in den nächsten Jahren erwirtschaften werde, so ist diese tatsächliche Feststellung des Landgerichts im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht zu beanstanden. Im Rahmen eines Gewinnabführungsvertrags hängt der abzuführende wirtschaftliche Ertrag ersichtlich von einer Vielzahl von unvorhersehbaren und dem Einfluss der Vertragsschließenden weitgehend entzogenen Umständen ab, was bei den typischerweise § 24 Abs. 1 KostO unterfallenden wiederkehrenden Nutzungen und Leistungen wie Renten, Nießbrauch und rentenähnlichen Rechten nicht der Fall ist. Der Geschäftswert ist damit auch nicht „bestimmbar“, worauf in der Literatur abgestellt wird.

Obwohl die oben zitierte Rechtsprechung überwiegend zur Bemessung des Geschäftswertes der Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses und nicht zur Beurkundung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages selbst ergangen ist,

findet die dortige Argumentation auch hier Anwendung. Der Geschäftswert von Zustimmungsbeschlüssen zu Rechtsgeschäften der Vertretungsorgane entspricht dem Wert des Rechtsverhältnisses, zu dem die Zustimmung erteilt wird. § 41 c KostO stellt darauf ab, ob der Gegenstand der Beschlussfassung einen bestimmten Geldwert hat. Gegenstand des Zustimmungsbeschlusses ist der Unternehmensvertrag (Korintenberg-Bengel/Tiedtke a.a.O.), so dass es letztlich auf dessen bestimmten oder unbestimmten Geldwert ankommt. Die zum Geschäftswert der Zustimmungsbeschlüsse ergangene Rechtsprechung gilt in ihrer Argumentation damit auch für den zustimmungsbedürftigen Vertrag.

III.

Da die weitere Beschwerde vom Notar nicht auf Anweisung seiner vorgesetzten Dienstbehörde eingelegt wurde, findet hinsichtlich der Kosten und Auslagen des Rechtsbeschwerdeverfahrens § 156 Abs. 6 Satz 3 KostO keine Anwendung. Für eine Entscheidung über die Erstattung außergerichtlicher Auslagen nach § 13 a Abs. 1 FGG besteht im vorliegenden Fall kein Anlass. Hinsichtlich der Gerichtskosten des Rechtsbeschwerdeverfahrens gilt § 131 Abs. 1 Nr. 1 KostO.

Mitgeteilt durch die Veröffentlichungsstelle des OLG Stuttgart

Buchbesprechungen

Spiegelberger/Spindler/Wälzholz: Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht, 1. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2008, gbd. mit CD, 861 Seiten, 119 Euro

Es ist ein im eigentlichen Wortsinn besonderes Werk anzudeuten. Ein Werk, das in bislang einzigartiger Weise eine Brücke zwischen dem Zivil- und den Steuerrecht schlägt. Ein Werk, das die zivil- und steuerrechtliche Betrachtung vielfältiger Rechtsgeschäfte als echte Einheit darstellt.

Das Buch ist in 16 Kapitel unterteilt. Jedes Kapitel behandelt grundsätzlich die zivil- als auch die einschlägigen steuerrechtlichen Aspekte des konkreten Themenbereichs umfassend. Die Literaturangaben, die jedem Kapitel beigelegt sind, sind vielfältig und ausnahmslos aktuell. Die Inhaltsübersicht, mit der jedes Kapitel beginnt, ist übersichtlich und auch absolut notwendig; beispielsweise von Seite 95 bis Seite 99, demnach über fünf Seiten hinweg, wird etwa allein der umfangreiche Inhalt des 2. Kapitels (Steuerorientierte Kaufvertragsgestaltung) dargestellt. Doch soll diese Rezension keine Lobhudelei sein, sondern eine kritische Betrachtung eines ehrgeizigen Werkes.

Konkret und hierbei das Wesentliche zuerst:

Bekanntlich hat das BVerfG mit Beschluss vom 7.11.2006 entschieden, dass die durch § 19 Abs. 1 ErbStG angeordnete Erhebung der Erbschaftsteuer den Anforderungen des Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG nicht genügt. Ab 1.1.2009 muss, um weiterhin eine Rechtsgrundlage für die Erhebung der Steuer zu

haben, eine Neuregelung geschaffen sein. Die Landtagswahlen in Bayern jedoch machten eine Neuregelung etwa schon mit Wirkung ab 1.4.2008 unmöglich.

Durch das Erscheinen des Buches im Sommer 2008 konnte folglich die Reform nicht berücksichtigt werden. Das ist sehr bedauerlich. Doch überraschend ist, dass das Buch eine Minderung seiner Qualität dadurch nicht erfährt. Ob jedoch die Darstellung der Eckpunkte der Erbschaftsteuerreform von Bundesminister Steinbrück und Ministerpräsident Koch im Rahmen der Bund-Länder-Arbeitsgruppe, die in Kapitel 2 ab Randnummer 445 über mehrere Seiten hinweg aufgezeigt sind, tatsächlich erforderlich war, kann offen bleiben, interessant sind die dortigen Ausführungen allemal.

Kapitel 1 (Grundstückskaufvertrag im Zivilrecht):

In Randnummer 28 wird unter anderem der Haftungsausschluss im Falle der Arglist behandelt. Die Feststellung dort, dass der Käufer in diesem Fall Nachbesserung und ersatzweise Rücktritt, Minderung und Schadensersatz verlangen könne, ist zumindest missverständlich.

Bekanntlich hat der BGH am 9.1.2008 entschieden (BGH, NJW 2008, 1371), dass bei Arglist eine Haftungsverschärfung dergestalt eintritt, dass der Käufer sofort Sekundärrechte geltend machen kann. Grund hierfür ist insbesondere die fehlende Schutzwürdigkeit des Verkäufers. Ein ausdrücklicher Hinweis auf die grundsätzlich sofort zur Verfügung stehenden Sekundärrechte wäre deshalb angezeigt gewesen.

Die Ausführungen zum Verbrauchsgüterkauf ab Randnummer 48 sind sehr knapp. Auch ist die Feststellung, dass für den Verbrauchsgüterkauf, soweit die notarielle Praxis berührt ist, Sonderregelungen gelten, wiederum missverständlich. Denn die notarielle Praxis ist stets und schlicht dann berührt, wenn der Tatbestand des § 474 BGB erfüllt ist. Soweit in der dortigen Fußnote 1 auf den Aufsatz von Wälzholz/Bülow in MittBayNot 2001, 509 ff. Bezug genommen wird, ist darauf hinzuweisen, dass die dortige Ausführung, wonach die Vorschriften der §§ 474 ff. BGB auf mit Grundbesitz mitverkauftem Zubehör nicht anzuwenden sind, soweit ersichtlich, nirgends sonst vertreten wird. Auch in dem zitierten Aufsatz raten ohnehin die Autoren, und das völlig zu Recht, von der Anwendung der §§ 474 ff. BGB auszugehen. Interessant ist der Gedanke der vorgenannten Autoren gleichwohl. Dass jedoch auch beim Verbrauchsgüterkaufvertrag trotz der engen Grenzen im Rahmen der Rechtsfolgenseite Gestaltungsspielraum auf der Seite des Tatbestands besteht, hätte mit wenigen Sätzen ausgeführt werden können.

Im ersten Satz in Randnummer 106 ist der Sinn entstellt: der Verkäufer hätte nach der gesetzlichen Regelung nicht auch Erschließungskosten zu tragen, die im Zeitpunkt des Verkaufs begonnen wurden (nicht die Erschließungskosten beginnen), sondern solche von Maßnahmen zu tragen, die bis zum Tag des Vertragsschlusses bautechnisch begonnen sind.

Am 1. 10. 2005 sind die §§ 33 ff. des Kommunalabgabengesetzes Baden-Württemberg vom 17. 3. 2005 (GBl S. 206) in Kraft getreten, mit denen erstmals ein Bundesland von der ihm durch Gesetz vom 27. 10. 1994 (BGBl I, 3146) eingeräumten Befugnis Gebrauch gemacht hat, das Erschließungsbeitragsrecht umfassend landesrechtlich zu regeln. Folglich sind die Ausführungen hinsichtlich der Definitionen von Aufwendungen im Rahmen von Erschließungen bei Randnummer 108 erster Spiegelstrich insoweit nicht zutreffend, als für Baden-Württemberg ein Rückgriff auf das BauGB nicht (mehr) erfolgen kann. Auf das in Fußnote 1 verwiesene Würzburger Notarhandbuch/Hertel, Teil 2 Rdn. 337, hätte deshalb nicht zurückgegriffen werden sollen, da die Drucklegung dieses Buches vor der Änderung des Kommunalabgabengesetzes durch den baden-württembergischen Landesgesetzgeber erfolgt war und folglich auch dort dieser Umstand nicht eingearbeitet ist.

Absolut geglückt ist die Darstellung über die Verfügungsbefugnis des Treuhänders gem. 313 Abs. 3 InsO, mithin die Frage, wer über den Gegenstand Verfügungsbefugter ist (siehe hierzu die vorzügliche Darstellung von Kessler in MittBayNot 2007, 22, auf die vor Randnummer 149 verwiesen ist). Die Autoren schlagen hier zwei für den Notar sichere Wege vor, um dem Streit über die Auslegung der Norm zu entgehen.

Die Ausführungen über den Energieausweis und die Energieeinsparverordnung sind komprimiert und als Arbeitsgrundlage wohl ausreichend. Bei Randnummer 248 hätte jedoch, wenn schon untersucht wird, ob auf die Vorlage des Energieausweises verzichtet werden kann, auch die Frage aufgeworfen und beantwortet werden sollen, ob möglicherweise der Anspruch auf Vorlage des Energieausweises mit Abschluss des Kaufvertrags erlischt. Jedenfalls spricht deshalb manches dafür, weil der Ausweis ja den künftigen Erwerber informieren, mithin auch Grundlage seiner Kaufentscheidung werden soll. Dieses gesetzgeberische beziehungsweise richtliniengeberische Motiv greift jedoch nach Vertragsschluss denknotwendig nicht mehr. Die

Rechtslage muss jedoch als unsicher angesehen werden.

Kapitel 5 (Mehrere Erwerber):

Ob, wie in Randnummer 9 bis 11 dargestellt, wirtschaftliches Eigentum im Sinne von § 39 AO durch eine Regelung gem. § 1010 BGB begründet werden kann, erscheint mir fraglich. Die in Bezug genommene Entscheidung des FG München vom 19.7.2007 (MittBayNot 2008, 77) zeigt die gegenteilige Rechtsauffassung des Finanzamts auf, der, was ausdrücklich festzuhalten ist, das Gericht gerade nicht gefolgt ist.

Kapitel 6 (Wohnungs- und Teileigentum):

In der Inhaltsübersicht ist unter lit. A) II Nr. 3 im Rahmen der Begründung von Wohnungseigentum nach § 3 WEG von der Auflassung die Rede. Das überrascht.

Eine Auflassung ist gerade nicht erforderlich, sondern eine Einigung, die lediglich der Form der Auflassung bedarf. Konsequenterweise wird bei der Anlegung der Wohnungsgrundbücher in Abteilung 1 als Grundlage des Erwerbs auch nicht die Auflassung, sondern die Einigung eingetragen. Auch resultiert gerade aus der fehlenden „echten“ Auflassung der Streit über die Anwendung des § 20 GBO im Falle der vertraglichen Einräumung von Sondereigentum.

In Randnummer 22 ist ausgeführt, dass, wenn sich auf eigenen Flurnummern Anlagen befinden, eine Vereinigung vorzunehmen sei, um zu verhindern, dass gesondertes Bruchteilseigentum entstehe.

Diese Auffassung trifft nicht zu. Gemeint sein dürfte vielmehr, und dann wären die Ausführungen korrekt, dass ein Flurstück als eigenständiges Grundstück (Idealgrundstück im Gegensatz zum zusammengesetzten Grundstück) gebucht ist. Auch ist mir nicht ersichtlich, warum nicht auch die Zuschreibung zielführend sein könnte – neben der selbstredend möglichen Vereinigung. Denn die Zuschreibung stellt bei Belastungen des Hauptgrundstücks im Hinblick auf die Wirkung des § 1131 BGB geradezu die ideale Gestaltungsmöglichkeit dar.

Die Feststellung in Randnummer 25, dass unter freiem Himmel liegende Flächen kein Raum im Sinne von § 1 WEG seien, überrascht in dieser pauschalen Form.

Hieran ändert auch der Verweis auf Bärmann, WEG, in Fußnote 3 nichts.

Ist der unter freiem Himmel liegende oberste Balkon nicht sondereigentumsfähig?

Sind die einzelnen PKW-Stellplätze mit dauerhafter Markierung des oberen und nicht überdachten Parkdecks nicht sondereigentumsfähig?

Kapitel 7 (Nießbrauch)

Ab Randnummer 71 wird die Frage untersucht, ob das wirtschaftliche Eigentum gem. § 39 AO durch den Nießbrauch begründet werden kann.

Unter Verweis auf die Rechtsprechung des BFH ist ausgeführt, dass das allenfalls dann der Fall ist, wenn der Nießbraucher sich den Substanzwert des Grundstücks zu eigen machen, er nach Belieben mit der Sache verfahren könne, er das wirtschaftliche Risiko der Wertminderung trage und an Wertsteigerungen teilnehme.

Ich halte die Schaffung eines solchen Nießbrauchsrechts für na-

hezu unmöglich, trotz flankierender –auch dinglicher– Vereinbarungen. Oder anders formuliert: die Eigentumsübertragung würde nach meiner Auffassung geradezu sinnentstellend, wenn der Gegenstand über das Nießbrauchsrecht wieder „zurückgeholt“ werden würde.

Gehofft hatte ich gleichwohl auf ein Muster einer Vereinbarung, die über ein Nießbrauchsrecht wirtschaftliches Eigentum zu begründen vermag. Vielleicht in der 2. Auflage.

Kapitel 9 (Dauerwohn- und Dauernutzungsrecht)

In Randnummer 15 sind die Voraussetzungen für die Begründung eines eigentumsähnlichen Dauerwohnrechts absolut zutreffend aufgeführt.

Die Laufzeit von 50 Jahren ist nach meiner Erfahrung mit der Finanzverwaltung aber das absolute Minimum.

Ein Hinweis wäre aber –unbedingt– angezeigt gewesen, dass die Finanzverwaltung teilweise und völlig uneinheitlich zusätzlich noch die Verpflichtung (gesichert durch Vormerkung) verlangt, dass bei Beendigung des Dauerwohnrechts Wohnungseigentum begründet wird. Diese Auffassung der Finanzverwaltung ist selbstredend schlicht falsch. Das Dauerwohnrecht ist nämlich Alternative zum Wohnungseigentum und nicht bloße Vorstufe.

Auch hätte der Hinweis gegeben werden können, dass die Finanzverwaltung teilweise –wenn auch rechtswidrig– lediglich dann (und nicht auch) ein eigentumsähnliches Dauerwohnrecht annimmt, wenn der völlig überholte und abzulehnende Mustervertrag des damaligen Bundesministeriums für Wohnungsbau, auf den in Fußnote 2 verwiesen ist, zugrunde gelegt wird. Ich habe selbst durch die Urkundsbeteiligten einschlägige Erfahrungen machen müssen. Erst das finanzgerichtliche Verfahren vermochte dem Recht zur Geltung verhelfen.

Bei der Aufzählung der vielfältigen weiteren Steuerarten im Zusammenhang mit dem Dauerwohnrecht ab Randnummer 22 vermisste ich die Feststellung, dass der eigentumsähnlich Dauerwohnberechtigte zur Grundsteuer herangezogen wird.

Kapitel 14 (Mietverträge unter Angehörigen):

In Randnummer 4 ist eine mit umfangreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung versehene Auflistung, wer „nahe Angehöriger“ ist. Die in der Praxis dahingehend aufgeworfenen Fragen können aufgrund dieser Übersicht ohne weiteres einer soliden Lösung zugeführt werden, da die einschlägige Rechtsprechung des BFH zuverlässig wiedergegeben ist.

Viele weitere prägnante Ausführungen, etwa zu privaten Veräußerungsgeschäften oder zum gewerblichen Grundstückshandel, runden das Werk ab.

Mein Fazit: den Autoren Spiegelberger und Wälzholz, Notare, und Spindler, Präsident des Bundesfinanzhofs, ist trotz der Kritikpunkte ein vorzügliches Werk gelungen. Hätte ich es nicht, ich müsste es erwerben.

Einen solchen Ratgeber durch die schwierige, weil verzahnte Materie des Zivil- und Steuerrechts an der Seite zu haben, ist schon beruhigend.

Achim Brenner, Notarvertreter, Aalen

Wurm/Wagner/Zartmann. Das Rechtsformularbuch, 15., völlig neu bearbeitete Auflage 2007, 2537 Seiten. Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 129 €.

Mit der vorliegenden Auflage feiert das Rechtsformularbuch ein für ein Fachbuch eher seltenes Jubiläum: Denn bereits vor nunmehr 70 Jahren erschien erstmals dieses zum „Klassiker“ gewordene Formularbuch. Es bietet erprobte Vorschläge für die rechtliche und wirtschaftliche Gestaltung einer Vielzahl typischer Fallkonstellationen. Über 1000 Muster befreien von der mühevollen Suche nach den passenden Formulierungen, denen stets einführende Erläuterungen mit Checklisten und Praxistipps vorangestellt werden. Das Rechtsformularbuch behandelt nicht nur alle Arbeitsgebiete eines Notars. Neu aufgenommen wurden Sozietätsverträge und Mediation, das Recht der englischen Limited, das Marken- und Urheberrecht.

Bedauert werden muss, dass so wichtige Gesetzesänderungen wie die WEG-Novelle zum 1.7.2007 oder das EHUG zum 1.1.2007 nicht berücksichtigt werden konnten. So finden sich in allen Mustern der Handelsregisteranmeldungen (z. B. bei Kap. 101, 104, 107, 112, 121) noch die Textpassagen über die Zeichnung der Unterschrift durch das Vertretungsorgan zur Aufbewahrung beim Registergericht, was seit Inkrafttreten des EHUG obsolet ist. Die Muster zu gesellschaftsrechtlichen Vorgängen sind eine wahre Fundgrube für den Praktiker, ebenso die Darstellungen zum Liegenschafts-, Familien- und Erbrecht. Prägnant und mit der nötigen Ausführlichkeit, aber auch Kürze werden zu den einzelnen Falllagen Musterformulierungen geboten. Auch nicht alltägliche Sachverhalte finden Berücksichtigung, so z. B. bei Kapitel 48 die Muster über die Eintragung des Verzichts auf die Überbaurente im Grundbuch des überbauenden und damit rentenpflichtigen Grundstücks (ausführlich Böhringer Rpfleger 2008, 177). Das Werk warnt zu Recht vor der Bewilligung einer Vormerkung zugunsten noch unbestimmter Berechtigter („Abkömmlinge von ...“), weil eine spätere Löschung der Vormerkung erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann (zur Löschung von dinglichen Rechten wegen anfänglicher Nichtexistenz des Berechtigten Böhringer NotBZ 2007, 189). Das Buch vertritt in Kapitel 45 zur Grundbuchfähigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts die in der Grundbuchliteratur verbreitete Ansicht, dass der Ein-/Austritt eines Gesellschafters sowie die Übertragung eines Anteils als Grundbuchberichtigung anzusehen ist, obwohl die Außen-GbR als Rechtssubjekt gleich geblieben ist und dann die genannten Vorgänge als Richtigstellung des Grundbuchs zu behandeln wären (dazu Böttcher Rpfleger 2007, 437; Bielicke Rpfleger 2007, 441). Trotz wiederholter Rechtsprechung des BGH (zuletzt NotBZ 2005, 306) erfreut sich die Abschichtungsvereinbarung unter Miterben in der Notarpraxis keiner Beliebtheit, gleichwohl bietet das Buch in Kapitel 85 dem Rechtsanwender ein ausführliches Formulierungsmuster und fordert, dass die Berichtigungsbewilligung von allen Miterben zu erklären ist (anders Böttcher Rpfleger 2007, 437). Auch komplexe Beurkundungen wie Umwandlungsvorgänge, Beurkundung der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft und Poolverträge fanden Aufnahme ebenso wie Vorsorgevollmachten, Betreuungs- und Patientenverfügungen sowie Scheidungsvereinbarungen. Das Werk ist eine wahre Fundgrube für den Notar. Es unterstützt die Rechtspraxis in kompetenter Weise.

Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

Handbuch des Erbbaurechts. Von Helmut Freiherr von Oefele und Prof. Dr. Karl Winkler. Verlag C. H. Beck, München. 4. überarbeitete Aufl., 2008. 566 Seiten. 69,50 €.

Das Erbbaurecht verlangt dem Praktiker ein spezielles Verständnis der sachenrechtlichen Besonderheit des Erbbaurechts und umfangreiche Detailkenntnisse ab. Das bewährte Handbuch behandelt sämtliche Rechtsfragen, die sich in der Praxis rund um das Erbbaurecht ergeben. Neu sind die Ausführungen zum Preisklauselgesetz 2007, insbesondere zur Abschaffung des behördlichen Genehmigungssystems für Wertsicherungsklauseln. Auch „Stillhalteerklärungen“ bei Kapitalisierung des Erbbauzinses nach § 92 ZVG werden erläutert, ebenso zum Heimfallrecht bei der Eröffnung der Insolvenz Stellung genommen. Zahlreiche aktualisierte Formularmuster helfen dem Praktiker bei der Umsetzung der schwierigen Materie in die Vertragsgestaltung. In einem Korrekturdurchgang haben die Autoren die „kosmetische“ Umbenennung der Gesetzesbezeichnung in „Erbbaurechtsgesetz“ berücksichtigt und die Aktualität des Handbuchs bewiesen. Die bisher vorhandenen Abschnitte zum Gebäudeeigentum in den neuen Bundesländern sowie zum Erbbaurecht in der Sachenrechtsbereinigung wurden wegen des angeblichen Rückgangs an praktischer Bedeutung aus dem Handbuch herausgenommen; dies ist zu bedauern, denn es gibt tatsächlich noch viele Gebäudegrundbuchblätter in den neuen Bundesländern. Das Handbuch ist zu einem echten Klassiker geworden. Jeder, der mit dem Erbbaurecht zu tun, kommt an dem vorzüglichen Werk nicht vorbei. Es ist Lehrbuch und Kommentar zugleich und erfüllt alle Wünsche der Wissenschaft wie auch der Praxis. Das Handbuch führt zuverlässig durch die komplizierte Rechtslage, es ist ein 128undiertes Auskunfts- und Nachschlagewerk.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Assenmacher/Mathias (vormals Göttlich/Mümmeler). Kostenordnung. Kommentar. Begründet von Walter Göttlich. Fortgesetzt von Alfred Mümmeler. 16. Auflage bearbeitet von Hans-Jörg Assenmacher, Notar in Koblenz und Dipl.-Rechtspfleger Wolfgang Mathias, Oberregierungsrat in Koblenz. Luchterhand-Verlag Neuwied. 1323 Seiten, 2008. 149 €.

Dem begrifflich orientierten Kostenrechtler gewährt das Werk durch die einzigartige lexikalische Form der Kommentierung einen schnellen Zugriff auf einen bestimmten Gebührentatbestand. Neben der KostO sind auch die Handelsregistergebührenverordnung und die Verordnung über Grundbuchabrufver-

fahrengebühren abgedruckt. Alle aktuellen Fragen und Probleme des Kostenrechts sind kompakt dargestellt und praxisgerechte Lösungswege aufgezeigt. Die durch die wirtschaftliche Entwicklung in der Vergangenheit bedingte schlechte Zahlungsmoral auch hinsichtlich Notar- und Gerichtskosten ließ die Kostengläubiger verstärkt zum Sicherungsmittel des Zurückbehaltungsrechts greifen, weshalb es streitig ist, ob der Notar die Vorlage der gefertigten Urkunde auch dort zurückbehalten kann, wo er zur Vorlage an das Grundbuchamt oder Registergericht verpflichtet ist, was der Kommentar bejaht (S. 1181; ebenso Tiedtke ZNotP 2004, 335). Bewertungsfragen zu Wertsicherungsklauseln beschäftigen immer wieder den Praktiker. So entschied das OLG München (FGPrax 2006, 134 = RNotZ 2006, 198), dass eine solche Klausel mit einem Zuschlag von 10% zum 25fachen Erbbauzins zu bewerten ist; auch das Werk befürwortet eine solche Orientierung (S. 321, 1136). Ausführlich wird auf den Grundbesitzwert bei land- und forstwirtschaftlichen Betriebsübergaben eingegangen (S. 504; OLG München ZNotP 2006, 119 m. Anm. Tiedtke). Zum Dauerbrenner der unrichtigen Sachbehandlung bei den Notarkosten und der bürgerfreundlicher werdenden Rechtsprechung nimmt das Werk Stellung (S. 150, 1184), auch wird der Meinung des BGH (DNotZ 2007, 546; DNotZ 2006, 223) zum Zitiergebot des § 154 Abs. 2 KostO zugestimmt (S. 628). Nicht Stellung genommen ist zu einer Barkapitalerhöhung (S. 596) bei einer GmbH mit dazu erforderlicher Euro-Umstellung; nach OLG Naumburg ZNotP 2006, 479 m. Anm. Tiedtke ist derselbe Gegenstand anzunehmen, wenn der Erhöhungsbetrag über die reine Glättung hinausgeht.

Die sich großer Beliebtheit erfreuende Vorsorgevollmacht wirft auch kostenrechtliche Probleme auf, z. B. wie hoch der Abschlag auf das Aktivvermögen zu berücksichtigen ist (S. 1123; Tiedtke MittBayNot 2006, 398; OLG Oldenburg RNotZ 2005, 558 m. Anm. Bund und Klein = ZNotP 2006, 320 m. Anm. Tiedtke). Selbstverständlich sind die Konsequenzen der Divergenzentscheidung des BGH (BWNNotZ 2007, 161; Tiedtke ZNotP 2007, 363; Schmidt JurBüro 2007, 510; Waldner BGHR 2007, 1107) zur Beschaffung von Lösungsunterlagen beim Grundstückskauf dargestellt (S. 1093). Auch auf die in der Praxis häufige Identitätserklärung wird eingegangen und die Gebühr nach §§ 42, 26 Abs. 2 KostO befürwortet (S. 587; anders OLG Hamm ZNotP 2007, 319 m. Anm. Tiedtke = MittBayNot 2008, 72 m. Anm. Prüfungsabteilung der Notarkasse München: lediglich eine dem Grundbuchamt gegenüber abzugebende Verfahrenshandlung, für die eine 5/10-Gebühr anfällt). Im Wohnungseigentumsrecht gibt es seit langem Streit darüber, aus welchem Wert die Gebühr für die Löschung eines bisherigen Gesamtgrundpfandrechts bei der letzten Einheit angesetzt werden muss, ob aus dem Wert der letzten Einheit bei höherem Nennbetrag des

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Daniel Schaal, Archivstraße 15A/B, 70031 Stuttgart (Tel. 0711/2123856), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Franz-Schubert-Weg 3, 79822 Titisee-Neustadt (Tel. 07651/203214), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNNotZ erscheint jährlich sechsmal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951, Fax 0711/2237956, E-Mail:

wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. 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.

Gesamtherstellung: Gaiser Print Media GmbH, Im Spagen 5, 73527 Schwäbisch Gmünd (Tel. 07171/9702-0, Fax 07171/9702-30).

Grundpfandrechts (so OLG Dresden NotBZ 2006, 324, vgl. S. 688). Die Zusatzgebühr des § 58 KostO fällt mehrmals an, wenn rechtsgeschäftliche Erklärungen und Beschlüsse in einer Urkunde beurkundet werden, z. B. Kapitalerhöhungsbeschluss einer GmbH und Übernahmeerklärung der Gesellschafter (S. 115, 758; OLG Frankfurt MittBayNot 2006, 171 = ZNotP 2005, 399 m. Anm. Tiedtke). Auch den Auswirkungen des elektronischen Abrufverfahrens von Daten aus dem Grundbuch und Handelsregister auf das Gebührenrecht des Notars widmet sich das Werk (S. 24), ebenso den elektronischen Dokumenten (S. 291). Auch auf die eingetragene Lebenspartnerschaft wird eingegangen (S. 675). Der Geschäftswert eines Rechts zur Absicherung einer Windenergieanlage bemisst sich nach § 24 Abs. 1 lit. b KostO (S. 1155; OLG Oldenburg Rpfleger 1998, 171; dazu auch OLG Brandenburg ZNotP 2005, 76). Die wenigen Beispiele sollen als Hinweis genügen, dass der Kommentar auf viele Probleme eine praxisnahe Antwort gibt – das Werk vermittelt jedem Orientierung und Sicherheit.

Notar Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

**Handbuch der Testamentsgestaltung, von Dr. Heinrich Nieder, Dr. Reinhard Kössinger und Dr. Winfried Kössinger
Verlag C.H. Beck, 3. Auflage 2008, 1066 Seiten, 98,- Euro**

Das Handbuch der Testamentsgestaltung erscheint acht Jahre nach der 2. Auflage des Werkes nunmehr in dritter Auflage und mit neuen Autoren, den Herren Dr. Reinhard und Dr. Winfried Kössinger, beide Notare in Bayern.

Der grundlegende Aufbau des Werkes wird auch in der 3. Auflage aufrecht erhalten. In einem ersten Teil des Handbuches werden die „allgemeinen Überlegungen vor der Gestaltung von Verfügungen von Todes wegen“ vorangestellt. In diesem Teil werden u.a. die gesetzliche Erbfolge, die Schranken der Testierfreiheit, Grundzüge des Internationalen Erbrechtes, Grundzüge des Erbschaftsteuerrechts und das Pflichtteilsrecht ausführlich behandelt.

Im ersten Abschnitt werden insbesondere die gesetzliche Erbfolge im Zusammenspiel mit den verschiedenen Güterständen und das Pflichtteilsrecht behandelt. So wird bspw. in Rdnr. 60 die weitgehend in Vergessenheit geratene Vereinbarung der fortgesetzten Gütergemeinschaft bei ausschließlich gemeinschaftlichen Kindern der Ehegatten als probates Mittel vorgestellt, Pflichtteilsansprüche auf den Tod des Erststerbenden auszu-schließen und den „ungeliebten“ Abkömmling auf den Tod des zweiten Ehegatten dennoch auf den Pflichtteil zu setzen.

Ferner werden die Besonderheiten des Nichtehelechererbrechtes in Alt- und Neufällen, auch die in Art. 12 § 10a NichtEheG vorgesehene Möglichkeit der Herstellung eines gesetzlichen Erbrechts für vor dem 01.07.1949 geborene Kinder und die Besonderheiten der gesetzlichen Erbfolge bei Adoptionen unter besonderer Berücksichtigung von Altadoptionen behandelt. Der Leser findet hier auch zu exotischen Ausnahmefällen Lösungsvorschläge und weiterführende Literaturhinweise.

Es folgt eine umfassende Darstellung der vererblichen Rechtspositionen. In RNr. 169 wird bspw. die Vererblichkeit des Ausschlagungsrechtes mit Streitstand bei der Ausschlagung durch

einen von mehreren Erbeserben dargestellt. Ferner findet man hier auch einen guten Überblick über sozialhilferechtliche Regressansprüche nach dem Tod des Hilfeempfängers.

Die Ausführungen zum Pflichtteilsrecht sind umfassend, insbesondere sind auch die Probleme der Nachlassbewertung sehr ausführlich dargestellt. Der Regierungsentwurf zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechtes konnte nicht mehr eingearbeitet werden, es finden sich bei den einzelnen Darstellungen zum Pflichtteilsrecht Hinweise auf die geplanten Änderungen auf der Grundlage des Referentenentwurfes.

Lediglich einen kurzen Überblick geben die Autoren zur Behandlung von Fällen mit Auslandsberührung. Abgerundet wird die Darstellung des internationalen Erbrechts in § 4 RNr. 49 durch einen Überblick zum Erbrecht der ehemaligen DDR und seiner Überleitung, in dem die auch noch heute aktuellen Probleme, insbesondere von Nachlassfällen zwischen 1976 und der Wiedervereinigung im Wesentlichen dargestellt sind.

Nach einer kurzen Darstellung der Grundsätze des Erbschaftsteuerrechts folgen in Teil 2 des Handbuchs die einzelnen erbrechtlichen Gestaltungsinstrumente. Deren Darstellung lässt kaum Wünsche offen. Wie in den Voraufgaben findet man bei den einzelnen erbrechtlichen Instrumenten auch Ausführungen zu nur mittelbar mit der Testamentsgestaltung zusammenhängenden Fragen, wie bspw. der Übertragung des Anwartschaftsrechts des Nacherben. In RNr. 94 wird diskutiert, wie man gestalterisch dem Vorerben freies Eigentum an einzelnen der Nacherbfolge unterliegenden Nachlassgegenständen verschaffen kann.

Bei der Darstellung des Nießbrauchsvermögens werden grundsätzliche Fragen des Nießbrauchsrechtes, insbesondere auch der Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen oder GmbH-Anteilen beantwortet.

Diese Beispiele mögen genügen, um zu zeigen, dass das Handbuch der Testamentsgestaltung in seiner 3. Auflage wieder auf dem neuesten Stand der Rechtsentwicklung ist. Die in der 2. Auflage teilweise veralteten Verweise auf Rspr. und Literatur wurden weitgehend aktualisiert.

Das Handbuch stellt die in der notariellen Praxis gängigen erbrechtlichen Probleme, aber auch Ausnahmefälle, den Streitstand und Lösungsmöglichkeiten dar. Teilweise findet man gut verwertbare Formulierungsvorschläge.

Wie die Voraufgaben leidet das Werk aber ein wenig an der eigenwilligen Aufteilung und der mangelnden Gliederung. Wie bisher findet man die Darstellung im Fließtext, wesentliche Aussagen werden selten durch besondere Hervorhebung herausgestellt. Die Darstellung erschwert daher die Arbeit mit dem Handbuch in der täglichen Praxis, man benötigt etwas Zeit, um das eigentlich Gesuchte zu finden.

Dennoch sollte das Handbuch in keinem Notariat fehlen. Gerade bei nicht alltäglichen erbrechtlichen Problemen setzen Nieder/Kössinger dort an, wo die erbrechtliche Standardliteratur zu Ende ist. Alternativen zum Nieder/Kössinger, die eine so umfassende Darstellung der erbrechtlichen Testamentsgestaltung bieten, gibt es meines Wissens bisher keine.

Daniel Schaal, Notarvertreter, Stuttgart

Württ. Notariatsassessor
mit langjähriger Berufserfahrung
übernimmt gerne

Urlaubsvertretungen für Notar

oder auch freiberufliche Mitarbeit.

Zuschriften an den Verlag unter Chiffre Nr. 0908001

Wir suchen

Notariatsassessor/-in oder Notar/-in a.D.

für eine Halbtags­tätigkeit in Stuttgart-Mitte

Ihr Profil:

- mehrjährige Berufserfahrung in einem Anwalts- oder Nurnotariat
- fundierte Kenntnisse in der Gestaltung von Immobilienkaufverträgen
- (Bauträger etc.), Gesellschafts-, Erb- und Eheverträgen
- gute EDV-Kenntnisse (Windows und MS-Office)
- Teamfähigkeit und freundliches Auftreten
- fundierte Kenntnisse im Kostenrecht

Unser Angebot:

- leistungsgerechte Bezahlung
- moderne Kanzlei in der Königstraße
- selbstständiges und eigenverantwortliches Arbeiten
- interessante Möglichkeiten zur fachlichen und persönlichen Entwicklung

Haben wir Ihr Interesse geweckt? Wir freuen uns auf Ihre aussagekräftige Bewerbung mit Gehaltsvorstellung und frühestmöglichem Einstellungstermin.

Rechtsanwälte Löffler-Wenzel-Sedelmeier
z.Hd. Herrn Rechtsanwalt und Notar Hübner
Königstraße 1 A, 70173 Stuttgart
Telefon: 0711/22274-60
E-Mail: notar.huebner@rac-loeffler.de

