

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

9. Jahrgang  
Dezember 2001  
ISSN 1434-3460

24/2001

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GBO § 28, BGB §§ 1113, 1115, 1191 ff. – Eintragung von auf DM lautenden Grundbucheintragungen nach dem 1.1.2002 in Euro

PStG § 61 Abs. 1; BGB §§ 2353, 2358 – Anforderung von Personenstandsunterlagen durch den Notar im Erbscheinsverfahren

### Gutachten im Fax-Abruf

### Rechtsprechung

AGBG §§ 1, 9; BGB §§ 320, 641; ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5 – Formulärmäßige Zwangsvollstreckungsunterwerfung für Werkvertrag auch außerhalb Anwendungsbereich der MaBV unzulässig

AGBG § 1 Abs. 1 – Vom Notar formulierte Vertragsbedingungen bei einmaliger Verwendungsabsicht keine AGB

BGB §§ 156, 459 Abs. 2 – Zusicherung durch Angaben über Mieterträge bei freiwilliger Grundstücksversteigerung

BGB §§ 93, 94 Abs. 1, 912 – Überbau auch für einzelnes Geschoss möglich

WEG § 45 Abs. 3; ZPO § 867; BGB § 1115 Abs. 1 – Zwangshypothek für Verwalter einer Wohnungseigentumsanlage

RBerG § 1; BGB §§ 134, 167 – Nichtigkeit nach Rechtsberatungsgesetz erstreckt sich auf Vollmacht

BGB §§ 1629 Abs. 2 S. 3, 1796, 1909, 2197 – Unvereinbarkeit von Testamentsvollstreckung und gesetzlicher Vertretung

BGB §§ 2084, 2303 – Anrechnung eines Vermächtnisses auf Pflichtteil nach Tod des ersten Elternteils

### Aktuelles

Länder-Ausführungsgesetze zum Lebenspartnerschaftsgesetz in allen Bundesländern (ausgenommen Thüringen) in Kraft getreten

### Literatur

### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### GBO § 28, BGB §§ 1113, 1115, 1191 ff. Eintragung von auf DM lautenden Grundbucheintragungen nach dem 1.1.2002 in Euro

#### I. Sachverhalt

Im Jahr 2001 wurden noch auf DM lautende Grundpfandrechte beurkundet, die erst im Jahr 2002 in das Grundbuch eingetragen werden.

#### II. Frage

Wie hat eine Eintragung von auf DM lautenden Grundbucheintragungen und Bewilligung ab dem 1.1.2002 zu erfolgen?

1. Ist eine Eintragung in Euro ohne zusätzliche Erklärung der Beteiligten möglich, wenn Beurkundung und **Antragstellung noch in 2001** erfolgten, die Eintragung jedoch erst im Jahr 2002?

2. Ist eine Eintragung in Euro möglich, wenn die Beurkundung noch im Jahr 2001 erfolgte, die **Antragstellung schon im Jahr 2002** – jedoch Bewilligung und Antrag beide noch auf DM lauten?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Rechtsvorschriften zur Euroeinführung im Grundbuch

a) § 26a Grundbuchmaßnahmegesetz (GBMaßnG, BGBI. 1999 I, 1642, 1646) regelt die **Währungsumstellung für bereits eingetragene, noch auf DM lautende Rechte**. Diese sind auf Antrag auf Euro umzustellen. Ab dem 1.1.2002 kann das Grundbuchamt auch eine Umstellung von Amts wegen bei der nächsten anstehenden Eintragung im Grundbuchblatt vornehmen (vgl. im einzelnen BMJ, Grundbuch-Info Nr. 5, Februar

1999, 252; Bestelmeyer, Rpfleger 1999, 368 und 524; Böhringer, DNotZ 1999, 692; ders. BWNotZ 1999, 137; v. Campe, NotBZ 2000, 2; Rellermeyer, Rpfleger 1999, 522).

b) **Neueintragung** von Grundpfandrechten können hingegen ab dem 1.1.2002 nur mehr in Euro (und verschiedenen ausländischen Währungen wie z. B. britischen Pfund, Schweizer Franken oder US-Dollar) eingetragen werden (§ 28 S. 2 GBO i. V. mit der Verordnung über Grundpfandrechte in ausländischer Währung und in Euro vom 30.10.1997, BGBl. 1997 I, S. 2683 und BGBl. 1998 I, S. 4023).

## 2. Antragstellung für DM-Grundpfandrechte vor dem 1.1.2002

a) Wird daher ein Grundpfandrecht noch vor dem 1.1.2002 auf DM lautend beurkundet und ein entsprechender Eintragungsantrag beim Grundbuchamt gestellt, wird die Eintragung aber erst ab dem 1.1.2002 vollzogen, so kann keine Eintragung mehr in DM erfolgen. Nach einhelliger Literaturmeinung sind vielmehr Anträge auf Eintragung von auf DM lautenden Grundpfandrechten **von Amts wegen in Euro umzurechnen** und als Euro-Grundpfandrechte einzutragen (Bestelmeyer, Rpfleger 1999, 368, 371 f., Böhringer, DNotZ 1999, 692, 712 f.; ders. BWNotZ 1999, 137; Demharter, GBO, 23. Aufl. 2000, § 28 GBO Rn. 24; Ottersbach, Rpfleger 1999, 51, 52; Wenzel, in: Boeddinghaus/Hanisch, Euromstellung im Miet- und Wohnungseigentumsrecht, Rn. 787; ebenso BMJ Grundbuch-Info Nr. 5, Februar 1999, MittRhNotK 1999, 252, 253).

Nach einhelliger Auffassung bedarf es **keines neuen Antrages** und **keiner neuen Bewilligung**. Vielmehr hat von Amts wegen eine Umrechnung bzw. eine Auslegung zu erfolgen.

b) Dies ergibt sich aus **Art. 14 der Euro-VO II** (Verordnung EG, 974/98 v. 3.5.1998), die als Verordnung unmittelbar geltendes Recht in allen EG-Mitgliedstaaten ist. Dort heißt es: "Wird in Rechtsinstrumenten, die am Ende der Übergangszeit bestehen, auf nationale Währungseinheiten Bezug genommen, so ist dies als Bezugnahme auf die Euroeinheit entsprechend dem jeweiligen Umrechnungskurs zu verstehen." Der Begriff des "**Rechtsinstruments**" ist in Art. 1 Euro-VO II wie folgt definiert: "Rechtsvorschriften, Verwaltungsakte, gerichtliche Entscheidungen, Verträge, einseitige Rechtsgeschäfte, Zahlungsmittel – außer Banknoten und Münzen – sowie sonstige Instrumente mit Rechtswirkung." Jedenfalls die Grundschildbestellung als einseitiges Rechtsgeschäft und u. E. auch Verfahrensbewilligung und Anträge fallen unter diesen Begriff des "Rechtsinstruments" i. S. der Verordnung.

Ein weiteres Argument ergibt sich aus **§ 26a GBMaßnG**: Es wäre wenig einleuchtend, bei bereits eingetragenen Altrechtchen eine Umstellung von Amts wegen zuzulassen, bei noch nicht vollzogenen Anträgen hingegen eine ausdrückliche Umstellung des Antrags bzw. eine neue Bewilligung zu fordern.

c) Bei der Umrechnung ist der **amtliche Umrechnungskurs** von 1,95583 DM für einen Euro zu verwenden. Nach der **zweiten Nachkommastelle** ist zu

runden, und zwar von 1 – 4 abzurunden, **ab 5 aufzurunden** (Verordnung EG Nr. 1103/97 v. 17.6.1997, Amtsblatt EG Nr. 11162/1).

## 3. Antragstellung für ein DM-Grundpfandrecht nach dem 31.12.2001

Dasselbe gilt, falls der Eintragungsantrag für ein auf DM lautendes Grundpfandrecht, dessen Bestellungsakt noch im Jahr 2001 beurkundet wurde, **erst im Jahr 2002 beim Grundbuchamt eingereicht** wird. Auch hier hat bereits von Amts wegen eine Umstellung bzw. Auslegung der Bewilligung zu erfolgen (Bestelmeyer, Rpfleger 1999, 368, 372; Ottersbach, Rpfleger 1999, 51, 52; Wenzel, in: Boeddinghaus/Hanisch, Rn. 787).

## 4. Andere Rechte und Bewilligungen

### a) Reallasten und andere Rechte

Auch wenn die Verordnung ausdrücklich nur für Grundpfandrechte gilt, sind dieselben Grundsätze auch hinsichtlich anderer Währungseintragungen im Grundbuch anzuwenden, insbesondere bei Reallasten (§§ 1105 ff. BGB) sowie bei der Eintragung der Ablösungssumme eines Rechtes.

### b) Löschungsbewilligung

Wird die **Löschung** eines noch auf DM lautenden Grundpfandrechtes bewilligt und beantragt, so empfiehlt sich, in den Erklärungen gegenüber dem Grundbuchamt noch den entsprechenden **DM-Betrag anzugeben**. Denn wenn nur der Euro-Betrag angegeben wird und bei dessen Berechnung ein Rechen- oder Rundungsfehler aufgetreten ist, so kann die Löschung nicht erfolgen, sofern das Grundbuchamt nicht anderweitig eindeutig erkennen kann, dass die Löschung des gesamten Grundpfandrechtes beantragt und bewilligt ist (vgl. Notarkammer Frankfurt/Main, Rundschreiben 4/2001, S. 4).

---

## PStG § 61 Abs. 1; BGB §§ 2353, 2358

### Anforderung von Personenstandsunterlagen durch den Notar im Erbscheinsverfahren

#### I. Sachverhalt

Für einen **Erbscheinsantrag** benötigt der Antragsteller u. a. Personenstandsunterlagen seiner Urgroßeltern. Der Urkundsnotar bittet das Standesamt um Übersendung der gewünschten Personenstandsunterlagen. Das Standesamt verlangt, vom **Notar eine Vollmacht des Antragstellers**. Dabei bezieht es sich auf den Beschluss des OLG Jena (StAZ 1994, 351).

#### II. Frage

Kann das Standesamt die Vorlage einer schriftlichen Vollmacht verlangen oder ist der Notar als "**Behörde**" i. S. v. § 61 Abs. 1 S. 1 Fall 1 PStG ohne weiteres berechtigt, die Übersendung von Personenstandsunterlagen zu verlangen?

#### III. Rechtslage

##### 1. Allgemein zum Einsichtsrecht in Personenstandsbücher

Einsicht in die Personenstandsbücher, Durchsicht dieser Bücher und Erteilung von Personenstandsunterlagen kann gem. § 61 Abs. 1 S. 1 PStG nur verlangt werden

- von **Behörden** im Rahmen ihrer Zuständigkeit,
- von Personen, auf die sich der Eintrag bezieht,
- sowie von deren **Ehegatten**, Vorfahren und **Abkömmlingen**.

**Andere Personen** haben nach § 61 Abs. 1 S. 3 PStG nur dann ein Recht auf Einsicht in die Personenstandsbücher, auf Durchsicht dieser Bücher und auf Erteilung von Personenstandsurkunden, wenn sie ein **rechtliches Interesse** glaubhaft machen.

## 2. Einsichtsrecht von Behörden und Gerichten

Unter “**Behörde**” ist gem. § 1 Abs. 4 VwVfG “jede Stelle” zu verstehen, “die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt”. Danach sind Behörden ohne Rücksicht auf die konkrete Bezeichnung alle vom Wechsel der in ihnen tätigen Personen unabhängigen, mit hinreichender organisatorischer Selbständigkeit ausgestatteten Einrichtungen, denen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung und entsprechende Zuständigkeiten zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung, d. h. zum Handeln in eigener Zuständigkeit und in eigenem Namen, übertragen sind (vgl. Hepting/Gaaz, Personenstandsrecht, Stand: 1997, § 61 PStGRn. 24 m. w. N.).

Von diesem umfassenden Behördenbegriff des VwVfG werden allerdings nicht Gerichte umfasst, und zwar auch nicht hinsichtlich der Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Dennoch wird unbestritten davon ausgegangen, dass **auch Gerichten**, z. B. dem Nachlassgericht zum Zwecke der Erbenermittlung (vgl. § 2358 BGB, § 12 FGG), Personenstandsurkunden nach den für Behörden geltenden Grundsätzen erteilt werden dürfen (Hepting/Gaaz, a. a. O.). Der Behördenbegriff des § 61 PStG ist damit weiter als der des VwVfG und orientiert sich nach Auffassung von Hepting/Gaaz (a. a. O.) mehr am Begriff der “öffentlichen Stelle” i. S. d. BDSG, wozu gem. § 2 Abs. 2 BDSG z. B. auch Organe der Rechtspflege – wie Gerichte – gehörten.

## 3. Einsichtsrecht des Notars

Ob auch der **Notar** als “unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes” (§ 1 BNotO) “Behörde” i. S. d. § 61 PStG ist, war umstritten. Denn der Notar ist Träger eines persönlichen Amtes, die Unabhängigkeit vom Wechsel der Person fehlt also.

Unabhängig davon, wie im Zusammenhang mit anderen Rechtsnormen die “Behördeneigenschaft” des Notars gesehen wird, geht die heute herrschende Auffassung zumindest **im Rahmen des § 61 PStG** davon aus, dass die Frage nicht abstrakt (und damit allgemein) **beantwortbar** sei. Vielmehr sei im Rahmen des § 61 Abs. 1 S. 1 Fall 1 PStG danach zu entscheiden, ob der **Notar im Einzelfall** im Rahmen der ihm gesetzlich übertragenen Aufgaben **für sein Amtsgeschäft** tätig werde (dann Behördeneigenschaft zu bejahen) oder ob er im Interesse eines privaten Auftraggebers handle (dann Behördeneigenschaft zu verneinen; vgl. Hepting/Gaaz, a. a. O.).

b) Was nunmehr das spezielle Problem der Urkundenanforderung durch den Notar **im Erbscheinsverfahren** angeht, so liegt hierzu mittlerweile verschiedene Rechtsprechung vor. Diese geht im Allgemeinen davon aus, dass der Notar in diesem Zusammenhang **nicht aus eigenem Recht** (und damit als

“Behörde” i. S. der Vorschrift) tätig wird, sondern ein Geschäft seines Auftraggebers besorge, da es gem. § 2356 Abs. 1 BGB Aufgabe des Antragstellers und nicht des Urkundsnotars sei, die Erbberechtigung durch öffentliche Urkunden nachzuweisen (OLG Frankfurt DNotZ 1988, 136 m. krit. Anm. Vetter = StAZ 1987, 138; vgl. im Anschluss hieran auch OLG Jena StAZ 1994, 351 m. Anm. Sachse; AG Schwerin StAZ 1998, 84; Hepting/Gaaz, Rn. 26, 52).

Der Urkundsnotar wird damit nicht bereits nach § 61 Abs. 1 S. 1 Fall 1 PStG für berechtigt gehalten, die Erteilung in Personenstandsurkunden zu verlangen, sondern allenfalls **in Vertretung** für den von der Eintragung Betroffenen bzw. dessen nächsten Angehörigen (§ 61 Abs. 1 S. 1 Fall 2 und 3 PStG) bzw. von “anderen Personen” i. S. v. § 61 Abs. 1 S. 3 PStG (wobei letztere zusätzlich ein rechtliches Interesse glaubhaft machen müssen).

Dies bedeutet, dass der Urkundsnotar bei Anforderung von Personenstandsurkunden im Erbscheinsverfahren nach herrschender Ansicht zum einen mangels einer gesetzlichen Vollmachtsvermutung (wie etwa in § 15 GBO) eine **schriftliche Vollmacht seines Auftraggebers vorzulegen** hat (OLG Hamm DNotZ 1993, 71 m. kritischer Anm. Knoche = StAZ 1992, 110; AG Schwerin StAZ 1998, 84; spezieller Sonderfall in OLG Rostock DNotZ 2000, 312).

c) Zum anderen muss der Notar zusätzlich, wenn ein Fall des § 61 Abs. 1 S. 3 PStG vorliegt (der Antragsteller also eine “**andere Person**” i. S. d. Norm ist), das **rechtliche Interesse seines Auftraggebers an der Erlangung der begehrten Personenstandsurkunde glaubhaft machen** (OLG Frankfurt DNotZ 1996, 586 = DNotI-Report 1995, 53 = StAZ 1995, 138; unklar insoweit OLG Jena, StAZ 1994, 351, das Vollmachtvorlage und Glaubhaftmachung des rechtlichen Interesses vermengt). An die Glaubhaftmachung werden allerdings keine hohen Anforderungen gestellt. Das OLG Frankfurt (DNotI-Report 1995, 53) geht vielmehr davon aus, dass die Erklärung des Notars, die näher bezeichnete Personenstandsurkunde werde zur Erlangung eines bestimmten Erbscheins benötigt, regelmäßig genüge.

## 4. Ergebnis

Es ergibt sich damit, dass das Verlangen nach Vorlage einer schriftlichen Vollmacht nach herrschender Ansicht in der Rechtsprechung berechtigt ist, wenn der Notar die Personenstandsurkunden für einen Erbscheinsantrag beschaffen will.

## Gutachten im Faxabruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** – Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2000, 8). Ein Inhaltsverzeichnis befindet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

**Bitte beachten Sie:** Unser Fax-Abruf-Dienst ist sprachmenügesteuert. Bitte benutzen Sie deshalb **nicht** die Fax-Abruf-Funktion an Ihrem Gerät, sondern wählen Sie vorstehende Telefonnummer und warten Sie dann auf die Eingabeaufforderung.

**GmbHG § 60**  
**Formbedürftigkeit eines Auflösungsbeschlusses bei der GmbH**  
Fax-Abruf-Nr.: 1385

**BGB § 164**  
**Ordnungsgemäße Vertretung der katholischen Kirche im Bistum Münster**  
Fax-Abruf-Nr.: 11234

**BGB §§ 2281, 2078, 2079, 2293**  
**Erbvertragliche Bindung; Anfechtung; Rücktritt; nichteheliche Lebensgemeinschaft**  
Fax-Abruf-Nr.: 1251

**EGBGB Art. 25, 26**  
**Österreich: "Geschiedenentestament"**  
Fax-Abruf-Nr.: 1491

**EGBGB Art. 25, 26; BGB §§ 2147 ff.**  
**Schweiz: Vermächtnisweise Zuwendung eines in der Schweiz belegenen Grundstücks durch deutschen Erblasser**  
Fax-Abruf-Nr.: 1492

## Rechtsprechung

**AGBG §§ 1, 9; BGB §§ 320, 641; ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5**  
**Formulärmäßige Zwangsvollstreckungsunterwerfung für Werkvertrag auch außerhalb Anwendungsbereich der MaBV unzulässig**

Vertragsbedingungen sind bereits dann für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert, wenn ihre dreimalige Verwendung beabsichtigt ist.

Eine in einem notariellen Vertrag enthaltene Allgemeine Geschäftsbedingung, mit der sich der Erwerber eines noch zu errichtenden Hauses der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwirft, und der Unternehmer berechtigt ist, sich ohne weitere Nachweise eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erteilen zu lassen, verstößt gegen § 9 AGBG.

BGH, Urt. v. 27.9.2001 – VII ZR 388/00  
Kz.: L II 1 – § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO  
Fax-Abruf-Nr.: 10114

### Problem

Ein Grundstückseigentümer veräußerte drei nebeneinander liegende Grundstücke und verpflichtete sich dabei jeweils, auf dem verkauften Grundstück ein Reihenhaus zu errichten. Der jeweilige Erwerber unterwarf sich der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde in sein gesamtes Vermögen. Der Verkäufer war berechtigt, sich ohne weitere Nachweise eine vollstreckbare Ausfertigung der Urteile der Urkunde erteilen zu lassen.

### Entscheidung

Der BGH hielt die Zwangsvollstreckungsunterwerfung für unwirksam. Zwar war die MaBV nicht anzuwenden, da das Berufungsgericht nicht hatte feststellen können, dass

der Beklagte gewerbsmäßig die Geschäfte eines Bauträgers betrieb (§ 1 MaBV i. V. m. § 34 c GewO).

Jedoch sei das AGBG anwendbar. Denn für die die Anwendung des AGBG erfordernde einseitige Gestaltungsmacht des Verwenders war es ein hinreichendes Indiz, dass er beabsichtigte, seine vorformulierten Bedingungen drei von ihm in Aussicht genommenen Verträgen zugrunde zu legen.

Hier liege zwar kein Verstoß gegen § 11 Nr. 15a AGBG vor, da die Zwangsvollstreckungsunterwerfung die Beweislastverteilung unberührt lasse (BGH, DNotI-Report 2000, 94 = NJW 2001, 2096 = ZNotP 2001, 285).

Jedoch verstoße die Klausel aufgrund des Nachweisverzichts gegen § 9 AGBG. Denn sie ermögliche dem Unternehmer den Zugriff auf das Vermögen des Auftragsgebers, ohne dass er nachweisen müsse, dass er seine Bauleistungen in einem der Rate entsprechenden Umfang erbracht habe. Damit setze sie den Auftraggeber der Gefahr einer Vorleistung aus, welche der gesetzlichen Regelung des Werkvertrages fremd sei (§§ 641, 320 BGB). Da der Unternehmer jederzeit und in beliebiger Höhe das Zwangsvollstreckungsverfahren einleiten könne, laufe der Erwerber Gefahr, Vermögenswerte endgültig zu verlieren, ohne dafür einen entsprechenden Gegenwert am Bauvorhaben erhalten zu haben. Für die mit einem Nachweisverzicht verbundene Unterwerfungsklausel bestehe kein berechtigtes Interesse.

### Anmerkung

Der BGH hatte bereits entschieden, dass eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit völligen Nachweisverzicht im Bauträgervertrag unwirksam sei (BGHZ 139, 387 = DNotZ 1999, 58 = NJW 1999, 51; vgl. Gutachten DNotI-Report 1999, 141). Dies erweitert der BGH nun auch auf den Fall der Zwangsvollstreckungsunterwerfung hinsichtlich des Werklohnes in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (Formularvertrag oder Verbrauchervertrag).

**AGBG § 1 Abs. 1**  
**Vom Notar formulierte Vertragsbedingungen bei einmaliger Verwendungsabsicht keine AGB**

**In Bauverträgen sind vorformulierte Vertragsbedingungen nur dann Allgemeine Geschäftsbedingungen, wenn der Verwender im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses die Absicht der Mehrfachverwendung hatte.**

BGH, Urt. v. 13.9.2001 – VII ZR 487/99  
Kz.: L I 3 – § 1 Abs. 1 AGBG  
Fax-Abruf-Nr.: 10115

### Problem

Eigentümer eines ehemaligen Fabrikgebäudes bauten dieses in sechs Gewerbeeinheiten und drei Eigentumswohnungen um. In den notariellen Kaufverträgen verpflichteten sie sich noch zur Vornahme unterschiedlicher Bauarbeiten. Nach dem Vertrag mit dem

ersten Käufer übernahmen die Verkäufer "für den Zustand der Altbausubstanz ... keine Gewähr". Verträge mit den anderen vier Käufern enthielten ähnliche Gewährleistungsbeschränkungen hinsichtlich der vorhandenen Bausubstanz. Im Prozess wurde nunmehr streitig, ob der Gewährleistungsausschluss nach § 11 Nr. 10a AGBG unwirksam sei.

#### **Entscheidung**

Der BGH sah nicht als erwiesen an, dass allgemeine Geschäftsbedingungen vorlagen. Nach dem Sachvortrag der Verkäufer wurden die Gewährleistungsausschlussklauseln von den jeweiligen **Notaren**, die **von den Käufern ausgesucht** und bestimmt worden seien, vorgeschlagen. Damit hätten nicht die Verkäufer, sondern die Käufer die Notare dazu veranlasst, die Klausel in die Verträge aufzunehmen.

Die **Beweislast** dafür, dass allgemeine Geschäftsbedingungen vorliegen, trägt grundsätzlich der Vertragspartner des Verwenders. Ausnahmesweise genügt, falls der **Verwender gewerblicher Bauträger** ist, die bloße Darlegung, dass der Vertrag Klauseln enthält, die typischerweise in Bauträgerverträgen verwandt werden (BGHZ 118 229, 238 f. = DNotZ 1993, 235 = NJW 1992, 2160). Hier waren die Verkäufer aber nicht gewerblich als Bauträger tätig.

---

#### **BGB §§ 156, 459 Abs. 2 Zusicherung durch Angaben über Mieterträge bei freiwilliger Grundstücksversteigerung**

Die Grundsätze der Rechtsprechung, nach der die in einem Kaufvertrag enthaltenen und ausdrücklich zum Gegenstand der Vereinbarung gemachten Angaben über tatsächlich erzielte Mieterträge regelmäßig für die Zusicherung einer Eigenschaft sprechen, finden auch bei freiwilliger Versteigerung eines Grundstücks Anwendung (Fortführung von zuletzt BGH, Urt. v. 30. März 2001, V ZR 461/99, NJW 2001, 2551).

BGH, Urt. v. 5.10.2001 – V ZR 275/00  
Kz.: L I 1 – § 459 Abs. 2 BGB  
Fax-Abruf-Nr.: 10116

#### **Problem**

Ein Grundstück wurde im Rahmen einer **freiwilligen Grundstücksversteigerung** veräußert. Im notariellen Kaufvertrag war eine **Jahresmiete** von brutto ca. 199.000 DM genannt. Nach Behauptung des Erwerbers handelte es sich jedoch bei dem dem Auktionator vorgelegten Mietvertrag um ein Scheingeschäft; denn dem Auktionator sei eine zu einer erheblichen Mietminderung berechtigte Zusatzvereinbarung nicht mit vorgelegt worden. Der Ersteigerer macht deshalb gegen den bisherigen Eigentümer (= Verkäufer) Minderungs- bzw. Schadensersatzansprüche geltend.

#### **Entscheidung**

Der BGH bejahte zunächst eine Zusicherung. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH sind die in einem Kaufvertrag enthaltenen und ausdrücklich zum Gegenstand der Vereinbarung gemachten **Angaben über tatsächlich erzielte Mieterträge regelmäßig als Zusicherung einer Eigenschaft** zu verstehen (BGH

DNotZ 1980, 602 = NJW 1980, 1456; DNotZ 1990, 421 = NJW 1990, 902; DNotZ 1991, 135; NJW 2001, 2551). Dasselbe gelte bei einer **freiwilligen Versteigerung**, da auch hier ein durch Vereinbarung zustande gekommener Grundstückskaufvertrag vorliege.

Das Berufungsgericht hätte daher Beweis darüber erheben müssen, ob, wie vom Käufer vorgetragen, der Mietvertrag nur ein Scheingeschäft war. Dann wäre das Minderungsverlangen des Käufers berechtigt gewesen. War der Mietvertrag nur ein Scheingeschäft, so käme auch ein Schadensersatzanspruch des Käufers nach § 463 S. 1 BGB in Betracht (Vortäuschen einer nicht bestehenden Eigenschaft) sowie ein Schadensersatzanspruch aus c.i.c. (letzterer auf das negative Interesse gerichtet).

#### **Anmerkung**

Nach der **Schuldrechtsreform** gibt es das Rechtsinstitut der zugesicherten Eigenschaft nicht mehr. An ihre Stelle tritt die **unselbstständige Garantie** (§ 443 BGB n. F.). Es bleibt abzuwarten, inwieweit die Rechtsprechung zur konkludenten Zusicherung auf die Garantie übertragen werden wird.

---

#### **BGB §§ 93, 94 Abs. 1, 912 Überbau auch für einzelnes Geschoss möglich**

a) Die Grundsätze des Eigengrenzüberbaus können auch dazu führen, dass eines von mehreren Geschossen eines Hauses als übergebauter Gebäudeteil anzusehen ist, der dem Gebäude und der darunter liegenden Grundstücksfläche zugehörig ist, von der aus übergebaut ist.

b) Veräußert in einem solchen Fall der Eigentümer des übergebauten Gebäudeteils das darunter liegende Grundstück, so kann im Regelfall nicht angenommen werden, dass sich die Übertragung auch auf den übergebauten Teil erstreckt; anderenfalls wäre die Übertragung insgesamt unwirksam.

BGH, Urt. v. 12.10.2001 – V ZR 268/00  
Kz.: L I 1 – § 93 BGB  
Fax-Abruf-Nr. 10117

#### **Problem**

Ein Grundstück war mit einer Gaststätte und angebautem Wohnbereich bebaut. Die Eigentümerin wollte die Gaststätte verkaufen, den Wohngebäudeteil aber behalten. Sie teilte daher das Grundstück. Abweichend von der Grundstücksgrenze ragten aber die Toiletten der Gaststätte in das Wohngebäudegrundstück hinein, während im ersten Obergeschoss Wohn- und Schlafzimmer **mit ca. 40 m<sup>2</sup> in das Gaststättengrundstück hineinragten**. Nach Veräußerung des Gaststättengrundstücks kam es zum Streit, wem die in das Gaststättengrundstück hineinragenden, jedoch nur vom Wohngrundstück aus zugänglichen Wohn- und Schlafzimmer gehörten.

#### **Entscheidung**

Vorliegend lag ein Fall des **nachträglichen (Eigengrenz-) Überbaus** vor, da ein bereits vorhandenes Gebäude durch eine nachträgliche Grundstücksteilung durchschnitten wurde. Handelt es sich um ein einheitliches Gebäude, so gehört es insgesamt zu dem Grundstücks, auf dem sich der

nach Umfang, Lage und wirtschaftlicher Bedeutung eindeutig maßgebende Gebäudeteil befindet (BGHZ 64, 333 = NJW 1975, 1553).

Führt die Teilung jedoch zur Trennung des Gebäudes in zwei wirtschaftlich selbstständige Einheiten, so gehört jeder Gebäudeteil zu dem Grundstück, auf dem es steht (BGHZ 102, 311, 315 = DNotZ 1988, 570 = NJW 1988, 1078). Ragt jedoch ein Teil eines Gebäudes in das Nachbargrundstück hinein, so ist dieser Teil als Überbau zu behandeln, auch wenn es **nur eines von mehreren Geschossen** betrifft. In BGHZ 102, 311 war dies nur ein geringfügiger Überbau von 1 m Tiefe und 7 m Länge (= 7 m<sup>2</sup>) gewesen. In der neuen Entscheidung erkannte dies der BGH **auch für ganze Räume** an.

---

**WEG § 45 Abs. 3; ZPO § 867; BGB § 1115 Abs. 1**  
**Zwangshypothek für Verwalter einer Wohnungseigentumsanlage**

**Eine Zwangshypothek ist für den Verwalter einer Wohnungseigentumsanlage einzutragen, wenn er in dem zugrundeliegenden Vollstreckungstitel als Gläubiger ausgewiesen ist. Hierbei ist es unerheblich, ob der Verwalter materiell-rechtlicher Forderungsinhaber ist, oder ob der Titel von ihm als gewillkürter Verfahrensstandschafter erstritten wurde.**

BGH, Beschl. v. 13.9.2001 – VZB 15/01  
Kz.: L I 4 – § 45 Abs. 3 WEG  
Fax-Abruf-Nr.: **10118**

**Problem**

Nach § 1113 BGB kann eine Hypothek nur zugunsten des Forderungsgläubigers eingetragen werden. Nach einem Beschluss des OLG Celle konnte daher der Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft keine Zwangssicherungshypothek eintragen lassen, selbst wenn er einen entsprechenden Titel im eigenen Namen erstritten hatte, **Forderungsinhaber aber die Wohnungseigentümergeinschaft war** (OLG Celle Rpfleger 1986, 484). Das KG wollte hiervon abweichen und legte deshalb die Sache durch Vorlagebeschluss dem BGH vor (KG NZM 2001, 470 = Rpfleger 2001, 340).

**Entscheidung**

Nach der Entscheidung des BGH ist die Zwangshypothek in jedem Fall für den Verwalter einzutragen, wenn er im Vollstreckungstitel als Gläubiger ausgewiesen ist – **unabhängig davon, ob die Wohnungseigentümergeinschaft materiell-rechtlich Forderungsgläubiger ist**. Der BGH begründet dies mit der **Doppelnatur der Zwangshypothek**, die zugleich eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung und ein Grundbuchgeschäft sei. Anders als eine auf einem Rechtsgeschäft beruhende Sicherungshypothek beruhe eine Zwangshypothek nicht auf einer Einigung nach §§ 873, 1113 BGB. Deshalb **gelte auch nicht § 1113 Abs. 1 BGB**, wonach der dinglich berechnigte Hypothekengläubiger mit dem Gläubiger der gesicherten Forderungen identisch sein muss. Vielmehr könne bei der Zwangshypothek als Gläubiger nur eingetragen werden,

wer im Vollstreckungstitel oder in der Vollstreckungsklausel als Inhaber der titulierten Forderung ausgewiesen sei.

---

**RBerG § 1; BGB §§ 134, 167**

**Nichtigkeit nach Rechtsberatungsgesetz erstreckt sich auf Vollmacht**

**Ist der Geschäftsbesorgungsvertrag zur Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Bauträgermodell wegen Verstoßes gegen das Rechtsberatungsgesetz nichtig (BGHZ 145, 265), so erstreckt sich die Nichtigkeit auch auf die dem Treuhänder dazu erteilte Vollmacht.**

BGH, Urteil vom 11.10.2001 – III ZR 182/00  
Kz.: L III 8 – § 1 RBerG  
Fax-Abruf-Nr.: **10119**

**Problem**

Es geht um eine weitere Folgeentscheidung zum Urteil des IX. Zivilsenat zum Rechtsberatungsgesetz (**BGHZ 145, 265 = DNotZ 2001, 49 = NJW 2001, 70**).

**Entscheidung**

Nach dem XI. Zivilsenat (DNotI-Report 2001, 190) schloss sich nun auch der III. Zivilsenat der Auffassung an, dass einer Genehmigung nach Art. 1 Abs. 1 RBerG bedürfe, wer ausschließlich oder hauptsächlich die rechtliche Abwicklung eines Grundstückserwerbs im Rahmen eines **Bauträgermodells** für den Erwerber besorge.

Das Verbot des § 1 RBerG fasse auch die **Vollmacht**, so dass auf § 139 BGB nicht abzustellen sei. Auf die weitergehende Frage, inwieweit ein Dritter, mit dem aufgrund der Vollmacht Rechtsgeschäfte abgeschlossen wurden, auf den Anschein der Vollmacht nach § 172 BGB vertrauen durfte (vgl. BGH DNotI-Report 2001, 190), musste der III. Zivilsenat im vorliegenden Fall nicht eingehen.

---

**BGB §§ 1629 Abs. 2 S. 3, 1796, 1909, 2197**

**Unvereinbarkeit von Testamentsvollstreckung und gesetzlicher Vertretung**

**Die Doppelstellung als (Mit-)Testamentsvollstrecker einerseits und als gesetzlicher Vertreter des Erben andererseits führt zu einem Interessengegensatz, der so erheblich ist, dass er die Wahrnehmung beider Ämter durch dieselbe Person ausschließt.** (Leitsatz des Bearbeiters)

OLG Nürnberg, Beschl. v. 29.6.2001 – 11 UF 1441/01  
Kz.: L I 1 – § 2197 BGB  
Fax-Abruf-Nr.: **10120**

**Problem**

Nicht selten wird es vorkommen, dass der vom Erblasser für den Erben oder Vermächtnisnehmer vorgesehene **Testamentsvollstrecker mit dem gesetzlichen Vertreter des Erben** bzw. Vermächtnisnehmers identisch ist. Dies ist z. B. der Fall, wenn der vorgesehene Testamentsvollstrecker Elternteil oder Vormund des



minderjährigen bzw. zivilrechtlicher Betreuer des volljährigen Erben i. S. der §§ 1896 ff. BGB ist.

Im vorliegenden Fall wurde die minderjährige T alleinige Erbin ihres Vaters. Die allein sorgeberechtigte Mutter M wurde aufgrund einer Anordnung im Testament des Erblassers zusammen mit O zur Mittestamentsvollstreckerin über den Nachlass des Verstorbenen ernannt. Daraufhin hatte das Familiengericht für das Kind T **Ergänzungspflegschaft** gem. § 1909 Abs. 1 BGB mit dem Wirkungsbereich der Vertretung bei den Auskunfts- und Rechnungslegungsrechten des Erben gegenüber dem Testamentsvollstrecker angeordnet. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Kindes wurde zurückgewiesen.

### Entscheidung

Zunächst schließt sich das OLG Nürnberg der wohl bislang schon h. A. in Rechtsprechung und Literatur an, wonach die Doppelstellung als Testamentsvollstrecker und als gesetzlicher Vertreter des Erben zu einem **Interessengegensatz im Sinne von § 1796 BGB** führt, der so erheblich ist, dass er die Wahrnehmung der Aufgaben der beiden Ämter durch ein und dieselbe Person ausschließt (BayObLG Rpfleger 1977, 440; OLG Hamm MittBayNot 1994, 53 m. krit. Anm. Reimann; LG Frankfurt/M. Rpfleger 1990, 207 m. Anm. Meyer-Stolte; Palandt/Edenhofer, BGB, 60. Aufl. 2001, Einf. vor § 2197 Rn. 6; einschränkend aber Damrau, ZEV 1994, 1 ff.). Es hält damit die Einrichtung einer **Dauerergänzungspflegschaft** (bzw. bei Volljährigen der Dauerergänzungsbetreuung) für erforderlich, die nicht als Fall einer unzulässigen "Beobachtungspflegschaft" angesehen werden könne (so auch OLG Hamm; LG Frankfurt/M., a. a. O.).

Nach Auffassung des OLG ändert sich an dieser rechtlichen Beurteilung nichts dadurch, dass die gesetzliche Vertreterin im vorliegenden Fall nur **Mitvollstreckerin** war und somit nur zusammen mit dem anderen Testamentsvollstrecker handeln konnte. Das OLG begründet seine Ansicht damit, dass jeder der Testamentsvollstrecker zur Auskunftserteilung und Rechnungslegung gegenüber dem Erben verpflichtet sei und hierauf auch verklagt werden könne (vgl. Haegel/Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 15. Aufl. 1999, S. 221, Rn. 463; Palandt/Edenhofer, § 2224 Rn. 1).

### BGB §§ 2084, 2303

#### Anrechnung eines Vermächtnisses auf Pflichtteil nach Tod des ersten Elternteils

**Zur Auslegung eines auf den Tod des zuletzt versterbenden Ehegatten ausgesetzten Vermächtnisses im Hinblick auf eine Anrechnung des nach dem Tod des zuerst verstorbenen Ehegatten vom Bedachten empfangenen Pflichtteils.**

BGH, Urteil vom 26.9.2001 – IV ZR 298/98

Kz.: LI 1 – § 2084 BGB

Fax-Abruf-Nr.: **10121**

### Problem

Ein Anwalt beriet die Ehegatten bei der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments. Die Ehegatten hatten sich

darin gegenseitig als Alleinerben und eine gemeinsame Tochter als Schlusserbin eingesetzt. Die Tochter des Ehemannes aus erster Ehe sollte "aus dem Erbvermögen des Letztversterbenden einen Betrag von 150.000 DM ... erhalten". Nach dem Tod des Ehemannes verlangte die Tochter aus erster Ehe den Pflichtteil; sie erhielt 100.000 DM. Nachdem im gemeinschaftlichen Testament eine Klausel zur Anrechnung dieses Pflichtteils auf das – nunmehr nach § 2271 Abs. 2 BGB bindende – Vermächtnis fehlte, erhob die Ehefrau Feststellungsklage gegen den Anwalt wegen anwaltlichen Beratungsfehlers.

### Entscheidung

Der BGH entnahm einer **Auslegung des Testamentes**, dass die Ehegatten hier einen allfälligen Pflichtteilsanspruch auf das der Tochter aus erster Ehe ausgesetzte Vermächtnis angerechnet haben wollten. Denn mit dem Vermächtnis sollte abschließend umschrieben werden, was die Tochter "aus dem Erbvermögen des Letztversterbenden" erhalten soll.

## Aktuelles

### Länder-Ausführungsgesetze zum Lebenspartnerschaftsgesetz in allen Bundesländern (ausgenommen Thüringen) in Kraft getreten

Am 26.10.2001 ist nunmehr auch in Bayern ein Ausführungsgesetz zum Lebenspartnerschaftsgesetz verabschiedet worden. Es ist zum 1. November in Kraft getreten. Seither sind in **Bayern** die **Notare** für die Begründung der Lebenspartnerschaft zuständig.

Damit verfügen **mit Ausnahme Thüringens** alle Bundesländer über Ausführungsgesetze. Eine Übersicht, in der die entsprechenden amtlichen Fundstellen aufgelistet sind, ist im Internet unter [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de) oder per **Fax-Abruf-Nr. 5015** abrufbar.

## Literaturhinweise

### Kallmeyer, Umwandlungsgesetz, 2. Aufl., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2001, 1239 Seiten, 236,- DM

Vier Jahre nach Erscheinen der ersten Auflage liegt nunmehr die zweite Auflage des "Kallmeyer" vor. Seinem Konzept nach richtet sich dieser Kommentar an den Praktiker. Wie bisher besteht deshalb das **Autorenteam ausschließlich aus Praktikern**. Dies gewährleistet eine auf die anwendungsbezogenen Bedürfnisse der Beratungspraxis abgestellte Kommentierung. Im Vordergrund steht das Ziel, **schnelle Informationen über anwendungsfertige Lösungen** zu geben. In Rechtsprechung und Literatur wurde der Kommentar auf den Stand vom März 2001 gebracht. Kommentiert werden die Vorschriften des Umwandlungsgesetzes über die Umwandlung von Handelsgesellschaften. Bedauerlicherweise enthält auch die zweite Auflage keine Kommentierung der Vorschriften über die Umwandlung unter der Beteiligung insbesondere von eingetragenen Genossenschaften und Vereinen. Dadurch wird der insgesamt gute Gesamteindruck des Werkes nicht unerheblich geschmälert.

**Notarassessor Dr. Adolf Reul**

## Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg  
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, "Entgelt bezahlt"

### Godl, Gabriele, Notarhaftung im Vergleich, Mohr Siebeck, Tübingen 2001, 191 Seiten, 78,- DM

Die als Band 85 der vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht herausgegebenen "Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht" erschienene, leicht überarbeitete Dissertation behandelt die **Haftung des Notars im deutschen und österreichischen Recht**. Bei allen Unterschieden im Einzelnen sieht die Autorin im Ergebnis in beiden Ländern einen durchaus **ähnlichen Haftungsmaßstab**. Der wesentliche Unterschied liege darin, dass das deutsche Recht ausdrücklich einen **Subsidiaritätsgrundsatz** normiere (§ 19 Abs. 1 S. 2 BNotO), während vergleichbare Ansätze zwar auch in der österreichischen Rechtsprechung und Literatur immer wieder erkennbar seien, eine diesbezügliche gesetzliche Regelung aber fehle. Insgesamt ist die Studie daher eine interessante Spezialdarstellung zu den Grundlagen der Notarhaftung.

Notar a. D. Christian Hertel

## Veranstaltungen

Termine für **Februar 2002** – Anmeldung und nähere Information bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax(0234) 70 35 07 ([www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de)).

**Grundkurs für angehende Anwaltsnotare Teil 3** (Amann/Jerschke/Rapp), 7.2. - 9.2.2002 Berlin

**Grundkurs für angehende Anwaltsnotare Teil 4** (Blank/Eue/Limmer/Schlee), 21.2. - 23.2.2002 Berlin

**Intensivkurs zu Ehegattenverträgen** (Langenfeld/Riemann), 7.2. - 9.2.2002 Lüneburg

**Vertragsgestaltung aufgrund des Steueränderungsgesetzes 2002** (Koch/Spiegelberger), 15.2.2002 Berlin, 16.2.2002 Würzburg

**Aktuelles zum Bauträgervertrag** (Basty/Thode), 22.2.2002 Mainz

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 3 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter [www.dnoti.de](http://www.dnoti.de).

#### Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19  
Telefon: 09 31/3 55 76-0    Telefax 09 31/3 55 76-2 25  
e-mail: [dnoti@dnoti.de](mailto:dnoti@dnoti.de)    internet: <http://www.dnoti.de>

#### Hinweis:

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

#### Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Christian Hertel, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

#### Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

#### Bezugspreis:

Jährlich 300,00 DM, Einzelheft 13,00 DM, inkl. Versandkosten. Für die

Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt.

Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

#### Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle  
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

#### Druck:

Druckerei Franz Scheiner  
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg