

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

10. Jahrgang  
November 2002  
ISSN 1434-3460

21/2002

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2278, 2289 – Zulässigkeit eines befristeten bzw. bedingten Änderungsvorbehalts im Erbvertrag

BGB §§ 888, 883 Abs. 2, 897 – Kostentragung bei Löschung einer vormerkungswidrigen Eintragung

### Gutachten im Fax-Abruf

## Rechtsprechung

BGB §§ 765, 767 Abs. 1 Satz 2; AGBG § 9 – Zulässige Sicherungsvereinbarung bei Höchstbetragsbürgschaft

BGB §§ 459, 463 a. F. – Ungesicherte Erschließung als Sachmangel

BGB §§ 1018, 428; GBO § 47 – Gesamtberechtigung bei Grunddienstbarkeit

BGB §§ 566 a.F., 2032 – Erbengemeinschaft nicht rechtsfähig  
ZPO § 803 Abs. 2; ZVG §§ 15, 146 Abs. 1 – Zwangsverwaltung bei hohen Vorbelastungen

## Literatur

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB §§ 2278, 2289

### Zulässigkeit eines befristeten bzw. bedingten Änderungsvorbehalts im Erbvertrag

#### I. Sachverhalt

Ehegatten wollen einen Erbvertrag mit bindender gegenseitiger Erbeinsetzung und bindender Berufung eines Schluss-erben beurkunden. Die Bindung der Überlebenden soll allerdings dahin gehend eingeschränkt werden, dass eine Änderung der Schluss-erbenberufung nur bis zu drei Monaten vor seinem Tod möglich ist.

#### II. Frage

Ist eine derartige Beschränkung der Bindung zulässig?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Zur Zulässigkeit eines Änderungsvorbehalts im Allgemeinen

Nach ganz herrschender Auffassung können sich die Vertragsparteien eines Erbvertrages (ausdrücklich oder stillschweigend) das Recht vorbehalten, anders als im Vertrag vorgesehen und abweichend von diesem zu testieren und sich dadurch ihre Testierfreiheit im Umfang des Vorbehalts bewahren, weil es grundsätzlich ihrem Willen unterliegt, den Umfang der erbvertraglichen Bindung festzulegen (sog. **Änderungsvorbehalt**; vgl. Palandt/Edenhofer, BGB, 61. Aufl. 2002, § 2289 Rn. 8).

a) Der Änderungsvorbehalt ist gesetzlich nicht geregelt; seine Zulässigkeit wird im Allgemeinen aber aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit hergeleitet (vgl. Motive V, S. 332; BGHZ 26, 204, 208; D. Nolting, Der Änderungsvorbehalt beim Erbvertrag, 1994, S. 51 m. w. N.).

Die Vereinbarung eines Änderungsvorbehalts ändert nach der wohl überwiegenden Auffassung grundsätzlich nichts an der Vertragsmäßigkeit der letztwilligen Verfügung (vgl. BGH NJW 1982, 441; D. Nolting, S. 144 ff.), sondern setzt diese gerade voraus (vgl. Buchholz, FamRZ 1987, 444), da sonst keine Einschränkung der dadurch eingegangenen erbrechtlichen Bindung möglich (und erforderlich) wäre, weil eine einseitige Verfügung gem. § 2299 Abs. 2 BGB jederzeit abgeändert werden könnte.

Die Aufnahme eines Änderungsvorbehalts bewirkt, dass innerhalb des vom Änderungsvorbehalt erfassten Bereichs die erbvertragliche Bindung aufgehoben wird; soweit der Vorbehalt reicht, entsteht kein Recht des vertragsmäßig Bedachten i. S. d. § 2289 Abs. 1 S. 1 BGB (D. Nolting, S. 227; MünchKomm-Musielak, BGB, 3. Aufl. 1997, § 2278 Rn. 14).

b) Nach wie vor umstritten sind allerdings die **Grenzen eines zulässigen Änderungsvorbehalts**. Bis auf wenige Ausnahmen in der Literatur besteht zumindest weitgehende Einigkeit insoweit, als der Änderungsvorbehalt **nicht als Totalvorbehalt** alle Verfügungen oder die einzige Verfügung des Erbvertrages in der Weise erfassen darf, dass der Erblasser zu ihrer uneingeschränkten Abänderung berech-

tigt wäre (vgl. Palandt/Edenhofer, § 2289 BGB Rn. 8; Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 2000, Rn. 764; Soergel/Wolf, BGB, 12. Aufl. 1992, § 2289 Rn. 12; Herlitz, MittRhNotK 1996, 153, 155 ff.). Denn ein Erbvertrag mit einer derartigen umfassenden Abänderungsbefugnis wäre nach Auffassung des BGH (BGHZ 26, 204, 208) „seines eigentlichen Wesens entkleidet“ und inhaltslos und würde zudem dem Erblasser ermöglichen, den Vertrag auf andere Weise als nach den Rücktrittsvorschriften des BGB einseitig außer Kraft zu setzen. Wo aber unterhalb des unzulässigen Totalvorbehalts die Grenzen eines zulässigen Abänderungsvorbehalts verlaufen, ist nach wie vor in gewissem Umfang **umstritten**. Im Wesentlichen werden hierzu drei verschiedene Lösungsansätze vertreten:

aa) Die **Rechtsprechung** geht von einer Gesamtbetrachtung des Erbvertrages aus und fordert (nur), dass der Änderungsvorbehalt **wenigstens eine für den Erblasser bindende Verfügung** nach § 2278 Abs. 2 BGB bestehen lässt (vgl. BGHZ 26, 204, 208).

Nach der Rechtsprechung wurde deswegen beispielsweise ein Änderungsvorbehalt in einem Ehegattenerbvertrag als zulässig angesehen, der dem zunächst als Alleinerben eingesetzten Ehegatten für den Fall seines Überlebens das Recht vorbehält, eine anderweitige Verteilung des Nachlasses unter den als Schlusserben eingesetzten Kindern vorzunehmen (vgl. LG Koblenz JurBüro 1968, 254 f.; OLG Köln RNotZ 2001, 397) oder allgemein die vertragsmäßige Regelung der Erbeinsetzung auf seinen Tod in einem bestimmten Rahmen abzuändern (OLG Stuttgart DNotZ 1986, 551) oder sogar die Erbfolge nach ihm völlig neu zu ordnen (BGH MittBayNot 1986, 265 = WM 1986, 1221, 1222; OLG Stuttgart BWNNotZ 2000, 19). Dies wird von der Rechtsprechung damit begründet, dass auch nach Ausübung des Vorbehalts wenigstens eine vertragsmäßige Verfügung (hier: die gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten) erhalten bleibt, so dass von einer Außerkräftsetzung des Erbvertrages keine Rede sein könne (BGH MittBayNot 1986, 265 = WM 1986, 1221, 1222; OLG Stuttgart DNotZ 1986, 551, 552; BWNNotZ 2000, 19; OLG Köln RNotZ 2001, 397; vgl. auch BGH NJW 1982, 441, 443).

bb) Die mittlerweile herrschende Auffassung in der **Literatur** will im Gegensatz zur Rechtsprechung auf eine Einzelbetrachtung der jeweiligen letztwilligen Verfügung abstellen (sog. **Lehre vom spezifizierten Änderungsvorbehalt**). Diese Auffassung verlangt im Gegensatz zur Rechtsprechung nur, dass die Ausübung des **Änderungsvorbehalts an bestimmte Voraussetzungen gebunden** wird und damit eine Willkür des Erblassers ausgeschlossen ist, so dass der Änderungsvorbehalt in einem solchen Fall auch eine ersatzlose Aufhebung einer Verfügung zum Gegenstand haben kann (vgl. Buchholz, FamRZ 1987, 445; Hülsmeier, NJW 1986, 3118; J. Mayer, in: Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, 3. Aufl. 2000, § 2278 Rn. 26; Palandt/Edenhofer, § 2289 BGB Rn. 8).

cc) Eine in der Literatur vertretene **Minderheitsauffassung** knüpft zwar an die Grundsätze der Rechtsprechung an, vertritt aber in Einschränkung dazu (und unter Einzelbetrachtung der jeweiligen Verfügung), ein Änderungsvorbehalt sei nur dann zulässig, wenn die vom Vorbehalt nicht erfasste und deshalb bindende Anordnung (der sog. erbvertragliche Rest) zum Inhalt einer vertragsmäßigen Verfügung gemacht werden könne, es sich dabei also um eine Erbeinsetzung, ein Vermächtnis oder eine Auflage entspre-

chend § 2278 Abs. 2 BGB handle (MünchKomm-Musielak, § 2278 BGB Rn. 18; D. Nolting, S. 185 ff.).

Dagegen wird angeführt, dass § 2278 BGB nur die Art der erbvertraglichen Verfügung, nicht aber den Umfang der Änderungsbefugnisse beschreibt (vgl. J. Mayer, DNotZ 1990, 755, 765). Auch in der übrigen Literatur wird die Auffassung von *Musielak* als zu streng, unpraktikabel und in sich un schlüssig angesehen und daher abgelehnt (vgl. Herlitz, MittRhNotK 1996, 153, 157; Weiler, DNotZ 1994, 435 f.; vgl. auch Bengel, DNotZ 1989, 156\*; Schmidt/Kessel, DNotZ 1989, 158\*; a. A. Dohr, MittRhNotK 1998, 387).

dd) Die Zulässigkeit des Änderungsvorbehalts als solche hat in jüngerer Zeit *Lehmann* (BWNNotZ 1999, 1; BWNNotZ 2000, 129 und NotBZ 2000, 85) in Frage gestellt, der darin wegen der Möglichkeit der Vereinbarung eines Rücktrittsvorbehalts ein überflüssiges und ggf. unzulässiges Gestaltungsmittel sieht. Hierbei handelt es sich allerdings um eine Sondermeinung, die sich wohl nicht durchsetzen wird. Denn bereits in den Motiven zum BGB wurde die Möglichkeit des Vorbehalts einer einseitigen Abänderung angesprochen. Mittlerweile wurde der Vorbehalt als Gestaltungsmittel nicht nur vom Bundesgerichtshof, sondern auch von zahlreichen anderen Obergerichten ausdrücklich anerkannt (vgl. oben).

## 2. Zur inhaltlichen Ausgestaltung des Änderungsvorbehalts

Werden die vorstehend dargestellten Grenzen eines Änderungsvorbehalts eingehalten, sind die Vertragsparteien frei, den Inhalt des Änderungsvorbehalts festzulegen (C. Nolting, Inhalt, Ermittlung und Grenzen der Bindung beim Erbvertrag, 1985, S. 109; Staudinger/Kanzleiter, BGB, 13. Bearb. 1998, § 2278 Rn. 14). So wird beispielsweise ein gegenständlich beschränkter Änderungsvorbehalt für zulässig gehalten (J. Mayer, § 2278 Rn. 32; ders., DNotZ 1990, 755, 764). Auch ist es möglich, einen Änderungsvorbehalt für den Fall des Eintritts bestimmter sachlicher Voraussetzungen zu vereinbaren (vgl. OLG Koblenz DNotZ 1998, 218, 219; OLGR Koblenz 2000, 363). Außerdem wird es für zulässig angesehen, einen Änderungsvorbehalt allgemein unter eine **Bedingung** zu stellen oder aber ihn zu **befristen** (J. Mayer, DNotZ 1990, 755, 762, 774; Palandt/Edenhofer, § 2289 BGB Rn. 8).

Ein Änderungsvorbehalt, der zu einem bestimmten Zeitpunkt (hier: drei Monate) vor dem Tod des Überlebenden erlischt, ist nach unserer Einschätzung zulässig. Dogmatisch gesehen handelt es sich um einen bedingten Änderungsvorbehalt: Die Abänderung durch den Überlebenden ist nur wirksam, wenn er nicht innerhalb der bestimmten Frist nach Errichtung der Verfügung von Todes wegen verstirbt (**zukünftiges ungewisses Ereignis**, vgl. Palandt/Heinrichs, Einführung vor § 158 BGB Rn. 1), wohl um unzulässige Einflussnahmen auf den Erblasser kurz vor seinem Ableben zu verhindern. Außerdem wird – insoweit ähnlich wie bei einer Befristung – ausdrücklich festgelegt, innerhalb welcher Frist eine Abänderung nicht mehr möglich sein soll. Gegen die Zulässigkeit könnte man nach unserer Einschätzung allenfalls einwenden, dass im Zeitpunkt des Gebrauchmachens von dem Änderungsvorbehalt nicht feststeht, ob ein solcher überhaupt besteht. Jedoch steht jedenfalls im Zeitpunkt des Erbfalls eindeutig fest, ob das errichtete Änderungstestament von einem entsprechenden Vorbehalt gedeckt war oder nicht. Außerdem besteht bei Bedingungen schlechthin die Problematik, dass der Eintritt der Bedingung – und damit auch das Eingreifen eines ent-

sprechenden Änderungsvorbehalts – zunächst ungewiss sein kann.

### 3. Zur Form der Ausübungserklärung

Von Teilen der Literatur wird vertreten, von einem Änderungsvorbehalt könne nur in der Form des Rücktritts vom Erbvertrag (d. h. nach § 2296 BGB durch Erklärung gegenüber dem anderen Vertragspartner in notarieller Form) Gebrauch gemacht werden (C. Nolting, S. 119; D. Nolting, S. 214 ff.; Mickisch, MittBayNot 1996, 115).

Nach ganz h. M. ist aber die Vorschrift des **§ 2296 BGB nicht anwendbar**. Vielmehr soll der Erblasser von einem Änderungsvorbehalt durch neue Verfügung von Todes wegen nach den allgemein für diese geltenden Formvorschriften Gebrauch machen können (J. Mayer, § 2278 Rn. 35; Nieder, Rn. 763; Herlitz, MittRhNotK 1996, 153, 160; Staudinger/Kanzleiter, § 2293 Rn. 4; MünchKomm-Musielak, § 2293 BGB Rn. 3; vgl. auch BayObLG NJW-RR 1997, 1027; FamRZ 1989, 1353).

---

## BGB §§ 888, 883 Abs. 2, 897 Kostentragung bei Löschung einer vormerkungswidrigen Eintragung

### I. Sachverhalt

Im Rang nach einer Auflassungsvormerkung erfolgte eine Grundstücksbelastung ohne Zustimmung des Vormerkungsberechtigten. Die Vormerkung wurde bei der Auflassung nicht gelöscht. Der Vormerkungsberechtigte verlangt nach Auflassung des Grundstücks auf sich die Löschung der vormerkungswidrigen Eintragung.

### II. Frage

Wer trägt bei einer vormerkungswidrigen Grundbucheintragung die Kosten der Löschung?

### III. Zur Rechtslage

Soweit ersichtlich war diese Frage noch nicht Gegenstand einer gerichtlichen Entscheidung. Auch in der Literatur finden sich nur vereinzelt Äußerungen.

#### 1. Keine Anwendung von § 897 BGB

In **§ 897 BGB** findet sich eine Kostentragungsregelung für den Fall einer Grundbuchberichtigung; danach hat die Kosten der Berichtigung des Grundbuchs und der dazu erforderlichen Erklärung derjenige zu tragen, der die Berichtigung verlangt (sofern sich nicht aus einem zwischen ihm und dem Verpflichteten bestehenden Rechtsverhältnis etwas anderes ergibt).

§ 897 BGB bezieht sich jedoch nur auf die Fälle der Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB (vgl. MünchKomm-Wacke, BGB, 3. Aufl. 1997, § 897 BGB Rn. 3; Palandt/Bassenge, BGB, 61. Aufl. 2002, § 897 BGB Rn. 1). Fraglich ist, ob die Vorschrift des § 897 BGB auf den Anspruch des Vormerkungsberechtigten nach § 888 BGB entsprechend angewendet werden kann. Diese Auffassung wird, soweit ersichtlich, nur von v. *Schweinitz* (in: Alternativkommentar zum BGB, 1983, § 888 BGB Rn. 5) vertreten.

Gegen die entsprechende Anwendung des § 897 BGB auf den Anspruch des Vormerkungsberechtigten spricht jedoch u. E., dass es sich bei dem aus § 888 BGB sich ergebenden Anspruch nicht um einen Grundbuchberichtigungsanspruch

im engeren Sinne handelt. § 888 BGB ist vielmehr eine Spezialvorschrift, da das Grundbuch durch die Eintragung einer vormerkungswidrigen Verfügung regelmäßig nicht unrichtig i. S. v. § 894 BGB wird (BayObLG NJW-RR 1987, 1416; OLG Hamm OLGZ 1993, 284, 286; Staudinger/Gursky, BGB, 13. Bearb. 1996, § 894 BGB Rn. 51; Palandt/Bassenge, a. a. O., § 894 BGB Rn. 2). Es erscheint daher zweifelhaft, ob die allgemeinen Vorschriften über den Grundbuchberichtigungsanspruch auf den Anspruch nach § 888 BGB entsprechend angewendet werden können.

Gegen die Anwendung des § 897 BGB auf den Anspruch des Vormerkungsberechtigten spricht sich insbesondere *Gursky* (in: Staudinger, 13. Aufl. 1996, § 888 BGB Rn. 43) aus. Seiner Ansicht nach besteht für einen solchen Schutz des zustimmungspflichtigen Dritten kein Bedürfnis, da die Vormerkung aus dem Grundbuch ersichtlich gewesen sei, der Dritte also hätte wissen müssen, dass er sich auf ein riskantes Geschäft einließ. Auch nach der Ansicht von *Schöner/Stöber* (Grundbuchrecht, 12. Aufl. 2002, Rn. 1526) hat im Verhältnis zum Vormerkungsberechtigten der zur Zustimmung bzw. Einwilligung Verpflichtete die Kosten der Zustimmung zur dinglichen Rechtsänderung oder Einwilligung zur Löschung entgegenstehender Rechte zu tragen.

#### 2. Kostentragung durch den Lösungsverpflichteten

Folge man mit der h. M. der Auffassung von *Gursky* und *Schöner/Stöber*, die sich gegen eine analoge Anwendung des § 897 BGB aussprechen, so ist es folgerichtig, die Kosten der Zustimmung bzw. Einwilligung zur Löschung dem zur Zustimmung bzw. Einwilligung Verpflichteten aufzuerlegen. Insoweit bleibt es bei dem allgemeinen Prinzip, dass der Schuldner die zur Erfüllung seiner Pflichten erforderlichen Aufwendungen zu tragen hat.

#### 3. Ergebnis

Nach h. M. hätte damit der zur Löschung Verpflichtete auch die Kosten der Löschung zu tragen.

## Gutachten im Fax-Abruf

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.

#### BGB § 1018; HessStraßenG § 14

**Dienstbarkeit an einem als öffentlicher Verkehrsraum gewidmeten Grundstück**  
Fax-Abruf-Nr.: 11266

#### BayWG Art. 11; BGB §§ 946 ff.

**Eigentumsverhältnisse abgerutschter Erdmassen bei Hang- und Ufergrundstück**  
Fax-Abruf-Nr.: 11267

BGB §§ 1742, 1768, 1772

Zur Geltung des § 1742 BGB bei der Annahme eines Volljährigen mit "starker" Wirkung (§ 1722 BGB)

Fax-Abruf-Nr.: 1281

EGBGB Art. 15, 17

Portugal: Vertragliche Auseinandersetzung einer Gütergemeinschaft nach portugiesischem Recht

Fax-Abruf-Nr.: 14116

EGBGB Art. 14, 15, 25, 26

Ukraine: Ehe- und Erbvertrag – Ausschluss güterrechtlicher Ansprüche und von Unterhaltsansprüchen; Pflichtteilsverzicht

Fax-Abruf-Nr.: 14117

## Rechtsprechung

**BGB §§ 765, 767 Abs. 1 Satz 2; AGBG § 9  
Zulässige Sicherungsvereinbarung bei Höchstbetragsbürgschaft**

a) Die formularmäßige globale Zweckerklärung in der Bürgschaft einer GmbH für Forderungen des Gläubigers gegen den Alleingesellschafter ist unwirksam.

b) Der Bürge, der eine Höchstbetragsbürgschaft erteilt hat, haftet in der Regel auch dann nicht über den vereinbarten Betrag hinaus, wenn sich die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners erhöht hat.

c) Eine Formulklausel ist unwirksam, soweit sie vorsieht, daß sich die Bürgschaft auch dann auf Zinsen, Provisionen und Kosten erstreckt, die im Zusammenhang mit den gesicherten Forderungen entstanden sind, wenn dadurch der vereinbarte Haftungshöchstbetrag überschritten wird.

BGH, Urt. v. 18.7.2002 – IX ZR 294/00

Kz.: L I 1 – § 765 BGB

Fax-Abruf-Nr.: 10225

### Problem

Eine GmbH hatte 1991 eine selbstschuldnerische Bürgschaft zur Sicherung aller bestehenden und künftigen Ansprüche einer Bank gegen den GmbH-Geschäftsführer sowie der Alleingesellschafterin abgegeben. Die Bürgschaft war der Summe nach auf 130.000 DM bzw. 215.000 DM begrenzt. Die Bürgschaft sollte zusätzlich Zinsen, Provisionen und Kosten decken, die aus den verbürgten Ansprüchen oder durch deren Geltendmachung entstehen, und zwar auch dann, wenn dadurch der vereinbarte Höchstbetrag überschritten würde.

### Entscheidung

Zunächst entschied der BGH, dass die Bürgschaft sich auf die Forderungen beschränkte, die Anlass für die Stellung der Bürgschaft waren. Die darüber hinausgehende Verbürgung für alle gegenwärtigen und künftigen Forderungen aus der Geschäftsverbindung des Gläubigers mit dem Hauptschuldner sei unwirksam (§ 9 Abs. 1 AGBG = § 307 Abs. 1 BGB n. F.). Eine derart weite formularmäßige Zweckerklärung sei zwar wirksam, wenn der **Bürge als Mehrheitsgesellschafter oder Geschäftsführer** der Hauptschuld-

nerin den Umfang der Kreditaufnahme bestimmen könne (BGHZ 142, 213, 216 = DNotZ 2000, 273 = NJW 1999, 3195; BGHZ 143, 95, 101 = DNotZ 2002, 278 = NJW 2000, 658). Dies gelte aber nicht für den hier vorliegenden umgekehrten Fall der Verbürgung der Gesellschaft für deren Alleingesellschafterin (oder für den Geschäftsführer).

In der bisherigen Rechtsprechung hatte der BGH Formulklauseln für wirksam gehalten, die bei einer Höchstbetragsbürgschaft eine Erweiterung über den vereinbarten Betrag hinaus vorsahen, wenn sich die **Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners erhöht**, da dies der Regelung des § 767 Abs. 1 S. 2 BGB entspricht (BGHZ 77, 256, 258 = NJW 1980, 2131; WM 1978, 10; WM 1984, 198; WM 1994, 1064, 1068 = NJW 1984, 2146). In den letzten Jahren war diese Auffassung sowohl im Schrifttum wie in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zunehmend auf Kritik gestoßen; deshalb enthält das neue Musterformular des Bundesverbandes Deutscher Banken seit einigen Jahren auch keine derartige Klausel mehr. Der **BGH ändert** mit dem vorliegenden Urteil seine **Rechtsprechung** und hält die Klausel jetzt als unangemessene Benachteiligung des Bürgen bei einer Höchstbetragsbürgschaft nach § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG für unwirksam. Denn sie widerspreche dem Wesen der Höchstbetragsbürgschaft, das Haftungsrisiko des Bürgen summenmäßig endgültig festzulegen. Im vorliegenden Fall machte der zusätzlich eingeklagte Zinsanspruch etwa 80 % des Höchstbetrages aus.

**BGB §§ 459, 463 a. F.**

**Ungesicherte Erschließung als Sachmangel**

a) Die ungesicherte Erschließung eines Hausgrundstücks stellt einen Mangel im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB dar.

b) Wird die Erschließung dadurch ungesichert, dass die mit einem Haus bebaute Teilfläche eines Grundstücks verkauft wird, die über die verbleibende Restfläche abwassermäßig erschlossen ist, so liegt der Mangel bereits bei Vertragsschluss vor.

OLG Hamm, Urt. v. 18.3.2002 – 22 U 86/00

Kz.: L I 1 – § 459 BGB a. F.

Fax-Abruf-Nr.: 10226

### Problem

Eine verkaufte Teilfläche hatte keinen unmittelbaren Kanalanschluss zu der unmittelbar vorbeilaufenden Straße. Vielmehr erfolgte die Entwässerung über die im Eigentum des Verkäufers verbleibende Restfläche des Grundstücks. Nachdem die Verkäufer auch diese Restfläche anderweitig verkauft und der Erwerber der Restfläche die Abwasserleitung nicht auf seinem Grundstück dulden wollte, mussten die Erwerber der Teilfläche eine anderweitige Erschließung vornehmen.

### Entscheidung

Das OLG Hamm sprach den Erwerbern der Teilfläche die für die Herstellung des neuen Kanalanschlusses erforderlichen Kosten als Schadensersatz zu, da die Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hatten (§§ 459 Abs. 1, 463 S. 1 BGB a. F.). Der grundbuchlich nicht gesicherte und nicht direkt erfolgte Anschluss der verkauften Grund-



stückteilstfläche an das Abwasserkanalnetz stelle einen Mangel des Grundstücks dar. Diesen hätten die Verkäufer von sich aus offenbaren müssen.

---

### **BGB §§ 1018, 428; GBO § 47** **Gesamtberechtigung bei Grunddienstbarkeit**

Zugunsten des jeweiligen Eigentümers jedes von mehreren hintereinanderliegenden Grundstücken kann an jedem der davorliegenden Grundstücke ein jeweils an derselben Stelle auszuübendes Geh- und Fahrrecht begründet werden. Rechtlich zulässig ist es aber auch, an jedem der Grundstücke zugunsten der jeweiligen Eigentümer aller dahinterliegenden Grundstücke als Gesamtberechtigung ein Geh- und Fahrrecht zu begründen.

BayObLG, Beschl. v. 14.8.2002 – 2Z BR 66/02  
Kz.: L I 1 – § 1018 BGB  
Fax-Abruf-Nr.: 10227

#### **Problem**

Miteigentümer teilten ein gemeinschaftliches Grundstück in mehrere hintereinander liegende Bauplätze auf. Zugunsten der hinterliegenden Bauplätze wurden Grunddienstbarkeiten begründet (Wegerecht und Ver- und Entsorgungsanlagendienstbarkeit). In der Urkunde ist nicht ausdrücklich geregelt, ob zugunsten jedes herrschenden Grundstücks eine gesonderte Dienstbarkeit begründet werden soll bzw. in welchem Gemeinschaftsverhältnis die herrschenden Grundstücke bei einer gemeinschaftlichen Dienstbarkeit stünden.

#### **Entscheidung**

Das BayObLG entnahm der Eintragungsbewilligung durch Auslegung, dass jeweils eine **gemeinschaftliche Dienstbarkeit** bestellt werden sollte. Denn hätten jeweils Einzelrechte bestellt werden sollen, so hätte dies in der Urkunde deutlicher zum Ausdruck kommen müssen. Diese Auslegung vermeide auch, dass ein einem einheitlichen wirtschaftlichen Zweck dienendes Recht grundbuchrechtlich aufgespalten werde.

Zu Recht habe das Grundbuchamt jedoch durch Zwischenverfügung beanstandet, dass die Angabe eines Gemeinschaftsverhältnisses nach § 47 GBO fehle. Zwar dürfe in erster Linie eine Gesamtberechtigung der Eigentümer der herrschenden Grundstücke entsprechend § 428 BGB in Betracht kommen. Aber auch ein anderes Beteiligungsverhältnis sei nicht völlig ausgeschlossen.

---

### **BGB §§ 566 a.F., 2032** **Erbengemeinschaft nicht rechtsfähig**

a) Ein von einem Vertreter einer Erbengemeinschaft abgeschlossener Mietvertrag kann mangels Rechtsfähigkeit derselben nicht mit der Erbengemeinschaft als solcher, sondern nur mit den einzelnen Miterben zustande kommen.

b) Zur Frage der Einhaltung der Schriftform in einem solchen Fall.

BGH, Urt. v. 11.9.2002 – XII ZR 187/00  
Kz.: L I 1 – § 2032 BGB  
Fax-Abruf-Nr.: 10228

#### **Problem**

Eine Erbengemeinschaft vermietete ihr gehörende Gewerberäume befristet auf zwei Jahre. Der Vertrag wurde seitens der Vermieter lediglich von einem Miterben unterzeichnet. Im Vertragsformular ist als Vermieter "die Erbengemeinschaft Sa.", vertreten durch den handelnden Miterben, angegeben.

#### **Entscheidung**

Nach der Entscheidung des BGH ist der Mietvertrag nicht mit der Erbengemeinschaft als solcher, sondern mit den Miterben zustande gekommen. Denn die **Erbengemeinschaft** besitze **keine eigene Rechtspersönlichkeit** und sei auch sonst nicht rechtsfähig (BGH NJW 1989, 2133). Daran sei auch nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft (BGHZ 146, 341 = DNotZ 2001, 234 = NJW 2001, 1056) festzuhalten. Insbesondere sei die Rechtsstellung der Erbengemeinschaft nicht mit der GbR vergleichbar. Denn die Erbengemeinschaft werde nicht rechtsgeschäftlich, sondern gesetzlich begründet. Auch sei sie keine werbende Gemeinschaft, sondern auf Auseinandersetzung gerichtet. Daher habe sie auch keine Elemente, die ihre Handlungsorganisation prägen – anders als die GbR aufgrund ihres Gesellschaftsvertrages.

Damit war die nach § 566 BGB a. F. (= § 550 BGB n. F.) erforderliche **Schriftform** des Mietvertrages nicht eingehalten. Hierfür wäre zum einen erforderlich gewesen, dass die **Vertragsparteien aus der Urkunde bestimmbar** waren. Hier war aber lediglich die "Erbengemeinschaft Sa." als Vermieter angegeben. Für einen Erwerber, dessen Informationsbedürfnis die in § 566 BGB a. F. vorgeschriebene Schriftform vorrangig dient, bestand damit keine Möglichkeit, anhand der Vertragsurkunde die Erben zu ermitteln (und damit festzustellen, ob Vermieter und Grundstückseigentümer identisch sind, was Voraussetzung für den Eintritt in das Mietverhältnis nach § 571 BGB a. F. = § 566 BGB n. F. ist). Ebenso wäre für die Einhaltung der Schriftform erforderlich gewesen, dass entweder sämtliche Vertragsparteien die Vertragsurkunde unterzeichnen oder wenn – wie hier – ein Vertreter den Mietvertrag unterzeichnet, das **Vertretungsverhältnis** in der Urkunde durch ein das Vertretungsverhältnis anzeigendes Zusatz hinreichend deutlich zum Ausdruck kommt (vgl. BGHZ 125, 175, 179 = NJW 1994, 1649).

---

### **ZPO § 803 Abs. 2; ZVG §§ 15, 146 Abs. 1** **Zwangsverwaltung bei hohen Vorbelastungen**

a) Das Verbot der zwecklosen Pfändung (§ 803 Abs. 2 ZPO) findet auf Zwangsverwaltungen keine Anwendung.

b) Das Rechtsschutzinteresse für die Anordnung der Zwangsverwaltung kann sich im Falle hoher Vorbelastungen, die eine Befriedigung derzeit aussichtslos erscheinen lassen, daraus ergeben, das Grundstück einer einträglicheren Nutzung zuzuführen.

### Problem

Ein Teileigentum (Gastwirtschaft) war mit mehreren Grundschulden und Sicherungshypotheken belastet, die den Wert des Teileigentums wohl überstiegen. Wegen titulierter Wohngeldrückstände wurde die Zwangsverwaltung angeordnet. Der Eigentümer hielt dies für unzulässig, da aufgrund der hohen Vorbelastungen kein Ertrag aus der Zwangsvollstreckung zu erwarten sei.

### Entscheidung

Der BGH hielt die Anordnung der Zwangsverwaltung für zulässig. § 803 Abs. 2 ZPO, wonach die Pfändung in das bewegliche Vermögen zu unterbleiben hat, wenn sich von der Verwertung der zu pfändenden Gegenstände ein Überschuss über die Kosten der Zwangsvollstreckung nicht erwarten lässt, gelte für die Immobiliervollstreckung auch nicht analog. Insbesondere greife dessen Schutzzweck bei der Zwangsverwaltung nicht ein, da die Zwangsverwaltung dem Schuldner nicht das Eigentum, sondern nur die Verwaltung und Benutzung des Grundstücks entzieht.

Auch das erforderliche allgemeine **Rechtsschutzbedürfnis** des Gläubigers für die Anordnung der Zwangsverwaltung liege vor. Dies könne in Vollstreckungsverfahren wie insbesondere im Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsverfahren nur unter Berücksichtigung der Besonderheiten des formal ausgestalteten Durchsetzungsrechts gewürdigt werden. Liegen die sonstigen Vollstreckungsvoraussetzungen vor, habe daher der Gläubiger ein Recht darauf, dass ihm das Vollstreckungsgericht Rechtsschutz gewähre, ohne dass es z. B. auf andere Befriedigungsmöglichkeiten oder die ohnehin nicht hinreichend sicher abschätzbaren Erfolgsaussichten des Zwangsvollstreckungsverfahrens ankommen könne. Für die Zwangsverwaltung ergebe sich das Rechtsschutzbedürfnis des Gläubigers regelmäßig – und auch im vorliegenden Fall – bereits aus dem Bestreben, das Teileigentum vor weiterem Verfall zu bewahren und es mit Hilfe des Zwangsverwalters in einen besseren Zustand zu bringen, um es letztendlich einer einträglicheren Nutzung zuzuführen.

## Literaturhinweise

**J. Lütcke, Fernabsatzrecht – Kommentar zu den §§ 312b – 312f BGB, Verlag C. H. Beck, München 2002, 361 Seiten, 46,- €**

Der schlanke Kommentar in der "orangenen Reihe" des Beck Verlages kommentiert das Fernabsatzrecht nach der Integration in das BGB durch die Schuldrechtsreform. Für den Notar stellt sich hier vor allem die Frage, inwieweit ein **Widerrufsrecht nach § 312d BGB** zu berücksichtigen ist. Im Immobilienrecht spielt dies keine Rolle, da Verträge über die Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sowie über die Errichtung von Bauwerken nach § 312b Abs. 3 Nr. 4 BGB von den Vorschriften über Fernabsatzverträgen ausdrücklich ausgenommen sind. Bei der Veräußerung eines GmbH-Geschäftsanteils könnte hingegen theoretisch ein Fernabsatzvertrag vorliegen. Auch bei Vertragsschluss durch Angebot und Annahme wird man hier aber wohl das (für das Vorliegen eines Fernabsatzver-

trages erforderliche) Bestehen eines eigens für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems verneinen (vgl. § 312b Rn. 71 ff.).

Mit Gewinn wird der Notar *Lütckes* Ausführung zur Abgrenzung von **Verbraucher und Unternehmer** lesen (§ 312b Rn. 7 – 35), die durch die Ergänzung des § 17 Abs. 2a BeurkG hier auch Bedeutung für das Beurkundungsrecht gewonnen haben.

**Notar a. D. Christian Hertel**

**N. Joachim, Die Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten, Erich Schmidt Verlag, Bielefeld 2002, 251 Seiten, 39,80 €**

Gegenstand der Monographie ist eine umfassende Darstellung der mit dem Erbfall eintretenden Haftungssituation sowie der Möglichkeiten des Erben, seine Haftung zu beschränken. Hierbei wird im 1. Kapitel (S. 21 – 56) zunächst dargestellt, welche Schulden überhaupt **Nachlassverbindlichkeiten** sind. Ausführlich behandelt wird insbesondere auch die Frage der Haftung bei der **Unternehmensfortführung** (Rn. 50 ff.). Im 2. Kapitel (S. 57 – 68) folgt eine knappe Darstellung des Rechts der Erbschaftsausschlagung als "*ultima ratio* der Haftungsbeschränkung".

Das 3. Kapitel (S. 68 – 77) behandelt die Rechtsstellung des vorläufigen Erben vor Annahme der Erbschaft, insbesondere die dem Erben zustehenden **Schonungseinreden**. Im ausführlichen 4. Kapitel (S. 77 – 168) geht es dann um die Haftung des **Alleinerben** nach Annahme der Erbschaft und die Möglichkeiten ihrer Beschränkung insbesondere durch Nachlassverwaltung und Nachlassinsolvenz. Die Besonderheiten der Haftung von **Miterben** werden im 5. Kapitel (S. 168 – 188) behandelt. Daran schließt sich eine Erörterung der besonderen Probleme bei Vor- und Nacherbfolge (6. Kapitel, S. 188 – 198) sowie im Falle des Erbschaftskaufes (7. Kapitel, S. 198 – 205) an. Gegenstand des 8. Kapitels (S. 205 – 212) ist schließlich die prozessuale Geltendmachung der Haftungsbeschränkungen. Im Anhang finden sich insgesamt **15 Formulierungsvorschläge** insbesondere für Erklärungen gegenüber dem Nachlassgericht einschließlich eines Nachlassinventars.

Das Verdienst des Buches ist es, das erbrechtliche Haftungssystem mit den nicht einfach überschaubaren Möglichkeiten der Haftungsbeschränkung verständlich aufzubreiten. Dem schnellen Zugriff auf einzelne Problembereiche dient ein Stichwortverzeichnis sowie das vorangestellte ausführliche Inhaltsverzeichnis (bei dem eine numerische Untergliederung bis zu sechs Ebenen allerdings nicht der Übersichtlichkeit dient). Zu empfehlen ist das Buch demjenigen, der zu den Fragen der Erbenhaftung und ihren Beschränkungsmöglichkeiten detaillierte Informationen sucht.

**Notarassessor Dr. Malte Ivo**

**A. Meyer-Landrut, Satzungen und Hauptversammlungsbeschlüsse der AG, mit CD-Rom, RWS-Vertragsmuster Band 20, RWS-Verlag, Köln 2001, 324 Seiten, 39,- €**

In der Reihe RWS-Vertragsmuster liegt nunmehr auch ein Band über Satzungen und Hauptversammlungsbeschlüsse der AG vor. Er folgt dem einheitlichen Schema der Reihe und beginnt mit einer Einführung in das Rechtsgebiet, gefolgt vom Abdruck von Vertragstexten mit Alternativen, die Formulierung von Vertragsklauseln mit Erläuterungen und weiterführenden Hinweisen auf Rechtsprechung und Literatur. Abgerundet wird das Werk mit einem Anhang für Gestaltungsmöglichkeiten in Sonderfällen.

Anhand der **Satzung einer börsennotierten Gesellschaft** werden Musterformulierungen vorgestellt über die Gründung einer Gesellschaft, die besonderen Mitteilungen und Bekanntmachungen zum AktG sowie insbesondere über Vorstand, Aufsichtsrat und die Hauptversammlung. Eingegangen wird dabei auch auf Besonderheiten bei einer kleinen AG.

Das Werk besticht durch seinen klaren Aufbau sowie durch die umfassende Darstellung von Einzelproblemen bei den jeweiligen Satzungsklauseln. Rechtsprechung und Literatur zu den jeweiligen Einzelproblemen werden dabei ausführlich dargestellt. Erläutert werden darüber hinaus verschiedene Beschlussvorschläge, wie beispielsweise Satzungsänderungen, verschiedene Varianten der Bar- und Sachkapitalerhöhung mit oder ohne Bezugsrechtsausschluss, genehmigtes Kapital, bedingtes Kapital, Umstellung von Nennbetrags- auf Stückaktien, Euroumstellung, Delisting, Verschmelzung, Formwechsel und vieles mehr.

Allein diese kurzen Ausführungen mögen zeigen, dass es *Meyer-Landrut* gelungen ist, mit diesem Buch eine **umfassende Darstellung von Satzungen und Hauptversammlungsbeschlüssen der Aktiengesellschaft** vorzulegen. Eine Anschaffung dieses Buchs kann daher nicht nur dem Neuling im Aktienrecht, sondern auch dem erfahrenen Praktiker uneingeschränkt empfohlen werden.

**Notar a. D. Dr. Adolf Reul**

**H. J. v. Dickhuth-Harrach**, Die Rückgabe eines Erbvertrages aus der notariellen Verwahrung, RNotZ 2002, 384

**M. Frank**, Die Testamentsvollstreckung über Aktien, ZEV 2002, 389

**I. Ludwig**, Internationales Adoptionsrecht in der notariellen Praxis nach dem Adoptionswirkungsgesetz, RNotZ 2002, 353

**Müdeners Thesen**, Überlegungen zum Notariat in Deutschland und Europa, ZNotP 2002, 390

**D. Olzen**, Das nichteheliche Kind als Erbe – Ende eines dornerreichen Weges, RNotZ 2002, 398

**T. Reich**, Erbschaft- und schenkungsteuerliche Rahmenbedingungen der Vermögensnachfolge eingetragener Lebenspartner, ZEV 2002, 395

**A. Reul**, Die notarielle Beurkundung einer Hauptversammlung, AG 2002, 543

**S. Schmidt**, Rückgewähransprüche, BWNotZ 2002, 97

**C. H. Seibt**, Unternehmens- und Beteiligungskauf nach der Schuldrechtsreform, DStR 2002, 1135 und 1181

**T. Wachter**, Aktuelle Entwicklungen im Erbrecht und Erbschaftsteuerrecht, NotBZ 2002, 326

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 3 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
<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 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 155,00 €, Einzelheft 6,50 €, 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