

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

23/1995 · Dezember 1995

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 633 ff., 638 - Bauträgervertrag - Nachzügler - Gewährleistungseinschränkung - Verjährung - Gewährleistungsart
Belgien, Erbstatut, gesetzliche Erbfolge

Rechtsprechung

GBO § 23 - Löschungserleichterung bei Rückauffassungsvormerkung
ZPO § 795; AGBG §§ 9, 11 Nr. 15 - Vollstreckungsunterwerfung in Generalunternehmervertrag mit Verzicht auf Fälligkeitssachweis
GBO §§ 19, 29; ZPO §§ 415, 418; BNotO § 24 Abs. 1 S. 1 - Grundbuchtauglicher Nachweis des Eintritts einer Bedingung durch Notarbestätigung

EGBGB 1986 Art. 3 Abs. 3; RpfAnpG § 25 Abs. 2; VermG §§ 3 ff. - Nachlaßspaltung bei Restitutionsansprüchen

BNotO §§ 15, 23; BGB §§ 164, 883; GBO § 19 - Bindung des Notars an die Auszahlungsbedingungen einer Treuhandabrede

Hinweise für die Praxis

BGB § 1643 Abs. 2 - Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einer Erbschaftsausschlagung durch den alleinsorgeberechtigten Elternteil eines minderjährigen Kindes

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 633 ff., 638

Bauträgervertrag - Nachzügler - Gewährleistungseinschränkung - Verjährung - Gewährleistungsart

I. Sachverhalt

Ein Bauträger erstellt eine Wohnanlage in zwei Bauabschnitten. Der erste Bauabschnitt ist am 30.09.1995 bezugsfertig hergestellt worden, von den Wohnungen des ersten Bauabschnitts sind etwa 3/4 verkauft und übergeben. Die Käufer haben Gemeinschafts- und Sondereigentum abgenommen. Die restlichen Wohnungen des ersten Bauabschnitts werden nun Schritt für Schritt verkauft; der zweite Bauabschnitt soll im nächsten Jahr errichtet werden, der Verkauf der Wohnungen beginnt nach Baubeginn.

II. Frage

1. Kann der Bauträger in Kaufverträgen mit „Nachzüglern“ seine Gewährleistung hinsichtlich der Verjährungszeit einschränken

- a) hinsichtlich des ggf. schon einige Zeit vorher fertiggestellten Sondereigentums der dann verkauften Einheit;
- b) hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums;
 - aa) gegenüber Käufern von Einheiten in Bauabschnitt 1;
 - bb) gegenüber Käufern von Einheiten in Bauabschnitt 2?

2. Ist eine Einschränkung der Gewährleistung in derartigen Kaufverträgen im Hinblick auf Sondereigentum und Gemein-

schaftseigentum (siehe oben) hinsichtlich der Gewährleistungsart (nur Minderung statt Nachbesserung o.ä.) möglich?

3. Kann der Bauträger im letzten abzuschließenden Vertrag durch Individualvereinbarung entsprechende Regelungen treffen?

III. Rechtslage

Der Bauträgervertrag, bei dem sich ein gewerbsmäßiger Bauträger verpflichtet, auf eigenem Grund und Boden, in eigenem Namen und auf eigene Rechnung ein Haus oder eine Eigentumswohnung zu errichten und nach Fertigstellung zu übergeben und zu übereignen, enthält werk-, werklieferungs- und kaufvertragliche Elemente sowie - je nach den Umständen des Einzelfalles - Bestandteile aus dem Auftrags- und Geschäftsbesorgungsrecht (vgl. Grziwotz, Vertragliche Gewährleistungsregelungen im Bauträgervertrag, NJW 1989, 193). Im Rahmen der Sachmängelgewährleistung wird nach ständiger Rechtsprechung zwischen dem Grundstück und den Bauleistungen differenziert: Während sich die Gewährleistung für das Grundstück nach Kaufrecht (§ 459 BGB) richtet (BGH MittBayNot 1984, 175, 176; Bast, Der Bauträgervertrag, 2. Aufl. 1995, Rz. 352 m.w.N.; Kutter, in: Beck'sches Notarhandbuch, 1992, A II Rz. 73), bestimmt sich die Gewährleistung für Baumängel nach Werkvertragsrecht (BGH NJW 1985, 1551; DNotZ 1990, 96; Kutter, a.a.O., A II Rz. 74; Grziwotz, a.a.O.; Bast, a.a.O., Rz. 351).

Frage 1:

1. Regelungen zur Verjährung im Hinblick auf das Sondereigentum

Die Anwendung des Werkvertragsrechts ergibt, daß sich die Verjährung der sich aus §§ 633 ff. BGB ergebenden Gewähr-

leistungsansprüche nach § 638 BGB richtet. Danach verjähren diese Ansprüche, soweit es sich um Arbeiten an einem Grundstück handelt, in einem Jahr, bei Bauwerken in fünf Jahren, § 638 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Verjährung beginnt mit der Abnahme des Werkes, §§ 638 Abs. 1 S. 2, 640 BGB.

Da Bauträgerverträge nach überwiegender Meinung dem Anwendungsbereich des AGBG unterfallen (vgl. Basty, a.a.O., Rz. 3; Kutter, a.a.O., A II Rz. 20; Pauker, Die Gewährleistungsfristen im Bauträgervertrag nach der Rechtsprechung des BGH, MittBayNot 1987, 121 m.w.N.; Kanzleiter, Die Sachmängelgewährleistung beim Kauf von Häusern und Eigentumswohnungen, DNotZ 1987, 651, 656), ist auf Regelungen, durch die die Verjährungsfrist im Bauträgervertrag verkürzt wird, § 11 Nr. 10 f AGBG anzuwenden. **Danach ist eine Bestimmung, durch die bei Verträgen über Lieferungen neu hergestellter Sachen und Leistungen die gesetzliche Gewährleistungsfrist verkürzt wird, unwirksam.** Vor diesem Hintergrund lehnt die überwiegende Meinung im Schrifttum (vgl. Basty, a.a.O., Rz. 397; Kutter, a.a.O., A II Rz. 77) die Möglichkeit einer Verkürzung der Gewährleistungsfristen durch allgemeine Geschäftsbedingungen ab. Unzulässig ist nach Ansicht von *Krebs* (in: Reithmann/Meichssner/von Heymann, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, O Rz. 37) **auch jede mittelbare Verschlechterung** wie die Vorverlegung des Verjährungsbeginns, die Nichtberücksichtigung von Hemmungs- und Unterbrechungstatbeständen oder die sachwidrige Vereinbarung des Kaufrechts mit der kürzeren Verjährung des § 477 BGB. Soweit es sich um eine neu errichtete Eigentumswohnung handelt, kommt somit eine Verkürzung der Verjährungsfrist des § 638 BGB nicht in Betracht. Dagegen findet § 11 Nr. 10 f AGBG keine Anwendung, wenn das Objekt nach der Verkehrsanschauung nicht mehr neu ist. Nach Ansicht des BGH (NJW 1985, 1551) gilt jedenfalls eine vor zwei Jahren fertiggestellte, aber noch leerstehende Eigentumswohnung als neu hergestellt. Nach Ansicht von *Kutter* (a.a.O., A II Rz 77) ist bei einem leerstehenden Objekt nach zwei Jahren anzunehmen, daß das Objekt nach der Verkehrsanschauung nicht mehr neu ist, bei einem bewohnten Objekt schon erheblich früher. Nach Ansicht von *Kanzleiter* (a.a.O., 659) wird ein Haus von der Verkehrsanschauung nicht mehr als neu angesehen, wenn es mehr als geringfügige Spuren von Abnutzung aufweist, was bei einem bewohnten Haus nach etwa einem Jahr, bei einem unbewohnten aber erst nach einem längeren Zeitraum der Fall sei.

2. Regelungen zur Verjährung im Hinblick auf das Gemeinschaftseigentum

a) Zunächst ist festzustellen, daß die vorstehenden Ausführungen zum Sondereigentum grundsätzlich auch für das Gemeinschaftseigentum gelten. Danach unterliegen **auch Mängel am Gemeinschaftseigentum grundsätzlich der fünfjährigen Verjährungsfrist des § 638 BGB.** Besondere Probleme stellen sich, wenn eine Wohnung verkauft wird, nachdem das Gemeinschaftseigentum schon fertiggestellt und von den früheren Käufern derselben Anlage bereits abgenommen ist. Der BGH (NJW 1985, 1551 f.) hat entschieden, **daß auch der „Nachzügler“ grundsätzlich Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums unabhängig davon geltend machen kann, ob die Gewährleistungsansprüche anderer Erwerber bereits verjährt sind.** Bei Zugrundelegung dieser Entscheidung ergibt sich, daß die Gewährleistungsfristen

auch hinsichtlich des gemeinschaftlichen Eigentums für die einzelnen Käufer unterschiedlich laufen. Jeder Erwerber kann den Gewährleistungsanspruch in voller Höhe geltend machen. **Dies hat zur Folge, daß die Gewährleistungsfrist praktisch erst zu laufen beginnt, wenn die letzte verkaufte Wohnung oder Garage abgenommen ist** (Reithmann, in: Reithmann/Meichssner/von Heymann, Kauf vom Bauträger, 7. Aufl. 1995, B Rz. 33).

b) Dies wird in der Literatur für unbefriedigend gehalten. Es werden dazu **unterschiedliche Lösungsansätze** vertreten: Zum Teil werden abweichende Regelungen bezüglich der Abnahme des Gemeinschaftseigentums vorgeschlagen, wonach die **Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch ein Abnahmegremium in einem geregelten Verfahren durchgeführt wird und für die „Nachzügler“ bindend ist** (vgl. Rapp, in: Beck'sches Notarhandbuch, 1992, A III Rz. 164; Schmidt, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 4. 1. Halbband, 3. Aufl. 1992, S. 296 f.; Brych/Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 1989, B Rz. 216 ff.; Schulze-Hagen, Aktuelle Probleme des Bauträgervertrages, BauR 1992, 320, 327 f.). Einer derartigen Vereinbarung soll die Entscheidung des BGH (NJW 1985, 1551) nicht entgegenstehen. Mit der Formulierung „Dieses Interesse des Bauträgers kann jedoch nicht dazu führen, daß Nacherwerber eine früher erfolgte Abnahme des Gemeinschaftseigentums ohne weiteres gegen sich gelten lassen müßten“ sage der BGH, daß eine Abnahme für Nacherwerber dann doch bindend werden könne, wenn dies vertraglich deutlich und gesondert geregelt sei; ohne weiteres gehe dies allerdings nicht (Brych/Pause, a.a.O., B Rz. 219). Auch § 11 Nr. 10 f AGBG wird zum Teil nicht für einschlägig gehalten: die gesetzlichen Gewährleistungsfristen für den Verkäufer würden insgesamt nicht verkürzt (Rapp, a.a.O., A III Rz. 165). Rechtsprechung des BGH zur Frage, ob eine derartige Vertragsgestaltung zulässig ist, liegt, soweit ersichtlich, bisher nicht vor. Die Rechtslage ist daher insoweit offen.

Kanzleiter hält eine Vereinbarung, wonach die frühere Abnahme durch andere Käufer auch für den Nachzüglerkäufer verbindlich und damit für den Beginn der Verjährung maßgebend ist, für eine **unzulässige Verjährungsverkürzung** nach § 11 Nr. 10 f AGBG. Er selbst geht davon aus, daß bei der Veräußerung einer unbenutzten Eigentumswohnung in einem Haus, das seit längerer Zeit bereits bewohnt sei, für das Sondereigentum und das Gemeinschaftseigentum getrennt beurteilt werden könne, ob es sich um eine noch neue Sache im Sinne von § 11 Nr. 10 f AGBG handele. Sei das Gemeinschaftseigentum nicht mehr neu, seien Einschränkungen der Gewährleistung möglich; diese seien jedoch an § 9 AGBG zu messen (*Kanzleiter* DNotZ 1987, 666 ff.).

Reithmann (a.a.O., B Rz. 36) ist der Ansicht, daß die Entscheidung des BGH vom 15.02.1990 (DNotZ 1991, 131 mit Anm. Reithmann) möglicherweise das Problem teilweise entschärfen könne. In dieser Entscheidung wurde die Gewährleistung nach Werkvertragsrecht beurteilt, das grundsätzlich jedem Erwerber - auch dem Nachzügler - den Nachbesserungsanspruch gibt. Da aber eine Nachbesserung des schadhafte Kamin praktisch ausgeschlossen war, blieb nur der sekundäre Anspruch auf Minderung. Diesen konnte der Nachzügler selbständig geltend machen, aber nur in Höhe des Minderwerts seiner Wohnung, nicht zugunsten anderer Miteigentümer.

Somit könnten die sekundären Ansprüche der anderen Miteigentümer, wenn sie verspätet seien, auch mit Hilfe eines Nachzüglers nicht durchgesetzt werden (Reithmann, a.a.O.).

c) Die vorstehenden Ausführungen gelten uneingeschränkt für den Fall, daß es sich um mehrere Wohnungen innerhalb eines Bauabschnittes handelt. Handelt es sich um **mehrere Wohnungen in verschiedenen Bauabschnitten**, so wird zu den Verjährungsfristen bezüglich des Gemeinschaftseigentums vorgetragen, hier bestehe ein besonderes Bedürfnis für die vorgenannten Gewährleistungsregelungen. Es bestünden tatsächlich keine Berührungspunkte eines Wohnungseigentümers zu dem in einem anderen Bauabschnitt erstellten Gemeinschaftseigentum; durch entsprechende Regelungen in der Teilungserklärung werde wirtschaftlich sichergestellt, daß sich die Rechte und Pflichten der Eigentümer jeweils auf die in ihrem Abschnitt errichtete Anlage beschränken. Es bleibe zwar ein gewisser rechtlicher Bezug zu dem Gemeinschaftseigentum in der gesamten Wohnanlage, dies erscheine jedoch von vornherein nicht geeignet, Gewährleistungsansprüche hinsichtlich des fremden Gemeinschaftseigentums in einem anderen Bauabschnitt zu begründen (Basty, a.a.O., Rz. 387). *Rapp* (in: Beck'sches Notarhandbuch, a.a.O., A III Rz. 166 mit Formulierungsvorschlag) ist der Ansicht, eine sachgerechte Lösung liege darin, daß die Gewährleistungsfristen bezüglich des Gemeinschaftseigentums verschieden liefen, je nachdem, ob die Erwerber aus späteren Bauabschnitten ein Interesse an der Mangelfreiheit des Gemeinschaftseigentums von früheren Bauabschnitten hätten oder nicht. Auch zu dieser Frage liegt jedoch, soweit ersichtlich, eine Entscheidung des BGH bisher nicht vor; die Rechtslage ist daher auch in dieser Hinsicht offen.

Frage 2: Regelungen zur Gewährleistungsart

a) Das Werkvertragsrecht sieht bei Mängeln in erster Linie Nachbesserung vor, § 633 BGB. Wandlung oder Minderung können erst verlangt werden, wenn die zur Nachbesserung gesetzte Frist erfolglos verstrichen ist. Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann der Besteller nach Werkvertragsrecht immer (auch ohne besondere Zusicherung) verlangen, wenn der Mangel des Werkes auf einem Umstand beruht, den der Unternehmer zu vertreten hat, § 635 BGB, also praktisch stets, wenn das Werk den Regeln der Technik nicht entspricht (Reithmann, a.a.O., B Rz. 50). Nach Ansicht von *Basty* (a.a.O., Rz. 393) **kann sich der Bauträger kein Wahlrecht vorbehalten, in welcher Weise er ggf. Gewähr leisten will**; dies sei gem. § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGBG unangemessen, da das Wahlrecht nach dem BGB dem Erwerber zustehe.

b) Nach Maßgabe des § 11 Nr. 10 b AGBG können die Gewährleistungsansprüche des Erwerbers auf ein Recht auf Nachbesserung beschränkt werden, vorausgesetzt, dem Erwerber wird ausdrücklich das Recht vorbehalten, bei Fehlschlagen der Nachbesserung die Minderung oder die Wandlung zu verlangen (vgl. Basty, a.a.O., Rz. 394; Reithmann, a.a.O., B Rz. 53). Wird das Wiederaufleben der Ansprüche auf Wandlung und Minderung nicht an den Wortlaut des Gesetzes („Fehlschlagen der Nachbesserung“) geknüpft, sondern werden statt dessen Anwendungsfälle des Fehlschlagens aufgezählt, müssen nach Ansicht des BGH (NJW 1994, 1004) sämtliche Erscheinungsformen des Fehlschlagens aufgezählt werden, ansonsten ist die Klausel insgesamt unwirksam.

c) **Streitig ist, ob in Bauträgerverträgen die Minderung gänzlich ausgeschlossen werden kann.** Nach Ansicht des OLG München (vgl. DNotI-Report 14/1994, S. 5) ist es möglich, die Minderung formularmäßig auszuschließen, wenn das Recht auf Wandlung erhalten bleibt; dem Schutzzweck der Norm könne nicht entnommen werden, dem Kunden müsse das Recht auf Wandlung und Minderung ungeschmälert eingeräumt werden. Zum Teil wird dagegen der gänzliche Ausschluß der Minderung als Verstoß gegen § 11 Nr. 10 b AGBG für unwirksam gehalten (Basty, a.a.O., Rz. 395; Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, § 11 Nr. 10 b Rz. 12; Kutter, a.a.O., A II Rz. 81).

d) **Streitig ist auch, ob in Bauträgerverträgen ein Ausschluß des Anspruchs auf Wandlung möglich ist.** Gemäß § 11 Nr. 10 b AGBG ist der Ausschluß der Wandlung ausnahmsweise statthaft, wenn eine Bauleistung Gegenstand der Gewährleistung ist. Die Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf den Bauträgervertrag wird unterschiedlich beurteilt (vgl. zum Meinungsstand auch Grziwotz, DNotI-Report 6/1994, S. 6):

Zum Teil wird vorgebracht, bei einem Vertrag mit einem Bauträger komme es nicht auf einzelne Bauleistungen eines Bauhandwerkers an, sondern Gegenstand des Vertrages sei die Verschaffung des Eigentums an einem schlüsselfertigen Haus bzw. an einer Eigentumswohnung. Der Erwerber habe hier keinerlei Interesse an der einzelnen Bauleistung, sondern er wolle das fertige Eigentum erwerben; er sei nicht Eigentümer des Grundstücks bzw. bleibe es nach Wandlung nicht. Der Zweck des § 11 Nr. 10 b AGBG, die Zerstörung der i.d.R. auf dem Grundstück des Auftraggebers geschaffenen Werte zu vermeiden, komme im Falle eines Bauträgervertrages nicht zur Geltung. § 11 Nr. 10 b AGBG sei daher nicht anwendbar, der Ausschluß der Wandlung sei unzulässig (OLG Köln NJW 1986, 330; Basty, a.a.O., Rz. 395).

Dem wird entgegengehalten, in Übereinstimmung mit dem Wortlaut des § 11 Nr. 10 b AGBG sei eine Bauleistung wesentlicher Teil des Bauträgervertrages und der konkrete Gewährleistungsanspruch gehe auf einen Mangel in der Ausführung gerade dieser Bauleistung zurück. Die Wandlung des Gesamtvertrages auch bei weniger bedeutenden Mängeln erscheine daher als unverhältnismäßig, weshalb der Ausschluß der Wandlung zulässig sei (Kutter, a.a.O., A II Rz. 82; weitere Nachweise bei Grziwotz, DNotI-Report 6/1994, S. 6).

Frage 3: Regelungen in Individualvereinbarungen

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist ein formelhafter Ausschluß der Gewährleistung für Sachmängel beim Erwerb neu errichteter oder noch zu errichtender Eigentumswohnungen und Häuser auch in einem notariellen Individualvertrag gem. § 242 BGB unwirksam, wenn die einschneidenden Rechtsfolgen einer solchen Freizeichnung nicht vorher zwischen den Vertragsparteien eingehend erörtert wurden und der Erwerber darüber nicht nachhaltig belehrt wurde (vgl. hierzu BGH DNotZ 1988, 293 m.w.N.; BGH DNotZ 1989, 299, 300; BGH DNotZ 1990, 96). Auch wenn diese Rechtsprechung in der Literatur kritisiert wird (vgl. hierzu Brambring, DNotZ 1988, 296 ff., und DNotZ 1990, 99 ff.), ist davon auszugehen, daß der BGH in dieser Frage seine Rechtsprechung in absehbarer Zeit

nicht ändern wird (vgl. hierzu auch Albrecht, in: Reithmann/Albrecht/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 7. Aufl. 1995, Rz. 318).

Der BGH (DNotZ 1990, 96, 98) hat ausgeführt, die Freizeichnung müsse - um als Individualvereinbarung wirksam zu sein - so ausgestaltet sein,

„daß Umfang und Tragweite von dem Erwerber erkannt und überblickt werden können. Die Rechtsfolgen des Gewährleistungsausschlusses müssen dem Erwerber - abgestimmt auf den Einzelfall - in einer für ihn verständlichen Sprache gewissermaßen „vor Augen geführt“ werden. Er muß auch als juristisch nicht vorgebildeter Laie erkennen können, daß ihm aufgrund der getroffenen Vereinbarung bei etwaigen Mängeln des erworbenen Hauses oder der erworbenen Eigentumswohnung keinerlei Ansprüche gegen den Veräußerer zustehen. Wird der Erwerber dagegen durch eine formelhafte, aus Formularverträgen oder AGB entnommenen Klausel „überrumpelt“, die den Anschein der Rechtmäßigkeit, Vollständigkeit und Ausgewogenheit verbreitet und deren Tragweite er nicht durchschaut, kann sie nur Bestand haben, wenn der - (...) schutzbedürftige - Erwerber über die einschneidenden Folgen einer solchen Regelung aufgeklärt wurde.“

In diesem Urteil hat der BGH weiter vorgebracht, es sei nur sachgerecht, daß diese Aufklärung jedenfalls auch der beurkundende Notar übernehme, denn dieser sei nach § 17 BeurkG und aufgrund der ihm obliegenden allgemeinen Betreuungspflicht ohnehin zur Belehrung verpflichtet, wenn er aufgrund besonderer Umstände annehmen müsse, einem Beteiligten drohe Schaden (DNotZ 1990, 96, 98). Für die Wirksamkeit eines Gewährleistungsausschlusses ist daher entscheidend, wie die Klausel zustande gekommen ist, insbesondere ob die Freizeichnung mit dem Käufer unter ausführlicher Belehrung über die einschneidenden Rechtsfolgen erörtert worden ist. Dabei kommt es nach Auffassung des BGH (DNotZ 1990, 96, 99) nicht darauf an, daß der Käufer die unzureichende Aufklärung substantiiert vorträgt. Vielmehr müsse der Verkäufer darlegen und beweisen, daß der Notar den Erwerber ordnungsgemäß belehrt und aufgeklärt habe.

Der BGH hat die Empfehlung ausgesprochen, daß der beurkundende Notar das vor und beim Vertragsschluß geführte Gespräch über den Haftungsausschluß, das Einverständnis des Erwerbers hiermit und die Belehrung des Notars beweiskräftig dokumentieren soll (DNotZ 1990, 96, 98 f.). In seiner Urteilsanmerkung hat *Brambring* (DNotZ 1990, 99, 102 f.) darauf hingewiesen, daß es nicht der Belehrungsvermerk sei, der wichtig sei, sondern die umfassende mündliche Belehrung durch den Notar vor und bei der Beurkundung. Es dürfe nicht dazu kommen, daß allein der fehlende Belehrungsvermerk einen Rückschluß auf die unterbliebene Belehrung zulasse.

Die vorstehenden Grundsätze dürften u. E. nicht nur auf Fälle des vollständigen, sondern auch des teilweisen Gewährleistungsausschlusses, insbesondere auch auf vertragliche Regelungen zur Verjährungsfrist und zur Gewährleistungsfrist, soweit in ihnen die gesetzlichen Ansprüche beschränkt werden, Anwendung finden.

Belgien, Erbstatut, gesetzliche Erbfolge

I. Sachverhalt

Ein deutscher Staatsangehöriger hat Grundbesitz in Belgien. Er ist verheiratet und hat einen Sohn. Er beabsichtigt, ein Testament zu errichten und in diesem seiner Ehefrau und deren Familie den Grundbesitz zu vermachen. Seinen Sohn will er von der Erbfolge ausschließen und, wenn möglich, Pflichtteilsansprüche insoweit begrenzen.

II. Frage

Wie ist die Rechtslage?

III. Rechtslage

1. Das auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbare Recht

Gemäß **Art. 25 Abs. 1 EGBGB** richtet sich die Rechtsnachfolge von Todes wegen grundsätzlich nach dem Heimatrecht des Erblassers. Dies gilt vorbehaltlich einer Rechtswahl gemäß **Art. 25 Abs. 2 EGBGB** für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen und vorbehaltlich einer Durchbrechung des Gesamtstatuts durch ein Einzelstatut gemäß **Art. 3 Abs. 3 EGBGB**. Da der Erblasser deutscher Staatsangehöriger ist, wird er aus hiesiger Sicht grundsätzlich nach dem Heimatrecht, mithin nach deutschem Recht beerbt. Es stellt sich aber die Frage, ob Belgien hinsichtlich des dort belegenen Immobilienvermögens besondere Vorschriften im Sinne von **Art. 3 Abs. 3 EGBGB** vorsieht. **Das belgische Erbkollisionsrecht unterscheidet ebenso wie das französische Vorbild zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen, wobei es das bewegliche Vermögen dem Recht des letzten Domizils des Erblassers unterstellt, das unbewegliche Vermögen hingegen der lex rei sitae (vgl. Art. 3 Abs. 2 c.c.).** Aufgrund der Berufung des Rechts am Belegenheitsort folgt, **daß ein deutscher Staatsangehöriger, der unbewegliches Vermögen in Belgien hinterläßt, gemäß Art. 3 Abs. 3 EGBGB unmittelbar belgischem Recht untersteht**, da die Situsregel als besondere Vorschrift im Sinne von **Art. 3 Abs. 3 EGBGB** anzusehen ist (Staudinger/Dörner, 13. Aufl. 1995, Anh. zu Art. 25 Rn. 59). Es tritt folglich eine Nachlaßspaltung ein.

2. Die gesetzliche Erbfolge im belgischen Recht

Die gesetzliche Erbfolge ist in den Art. 731 ff. c.c. geregelt. Der Code civil unterscheidet danach vier Klassen gesetzlicher Erben (Abkömmlinge; überlebender Ehegatte; Blutsverwandte in aufsteigender Linie; Seitenverwandte). Nach Art. 735 c.c. schließt ein näherer Verwandter entferntere aus. Bei gleichem Verwandtschaftsgrad ist der Nachlaß nach gleichen Teilen aufzuteilen. Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten bestimmt Art. 745 c.c.:

§ 1. Hinterläßt der Verstorbene Abkömmlinge, Adoptivkinder oder Abkömmlinge von diesen beiden, erbt der überlebende Ehegatte das Nießbrauchsrecht am gesamten Nachlaß.

Hinterläßt der Verstorbene nur andere Erben, erbt der überlebende Ehegatte in vollem Umfang das Eigentum am Anteil des Vorverstorbenen in der Gütergemeinschaft sowie das Nießbrauchsrecht an dem persönlichen Vermögen des Verstorbenen.

Hinterläßt der Verstorbene keine Erben, erbt der überlebende Ehegatte in vollem Umfang das Eigentum am gesamten Nachlaß.

§ 2. Der überlebende Ehegatte erhält außerdem den Nießbrauch an dem gemäß Art. 366 § 1, 2 Art. 746 und 766 dem Heimfall unterworfenen Vermögen, wenn nicht im Schenkungsvertrag oder im Testament etwas anderes bestimmt wurde. Danach erbt der überlebende Ehegatte bei Vorhandensein von Abkömmlingen das Nießbrauchsrecht am gesamten Nachlaß. Der Nachlaß selbst geht aber auf die Abkömmlinge über.

3. Das Pflichtteilsrecht

Den verfügbaren Vermögensteil regeln die Art. 913 ff. c.c.:

Art. 913

Freigebigkeiten durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden oder durch Testament dürfen nicht die Hälfte des Vermögens des Verfügenden übersteigen, wenn derselbe bei seinem Tod nur ein Kind zurückläßt; nicht den dritten Teil, wenn er zwei Kinder zurückläßt; nicht den vierten Teil, wenn er deren drei oder mehr zurückläßt.

Art. 915

§ 1. Ungeachtet jeder gegenteiligen Verfügung hat der überlebende Ehegatte das Nießbrauchsrecht an der Hälfte des Nachlaßvermögens.

§ 2. Freigebigkeiten durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden oder durch Testament dürfen sich nicht dahin auswirken, daß dem überlebenden Ehegatten dadurch der Nießbrauch an der Immobilie, die im Zeitpunkt des Eintritts der Erbfolge Ehemohnung am Hauptwohnsitz war, und dem darin befindlichen Hausrat entzogen wird.

Der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten besteht also in einem Nießbrauch an der Hälfte der Erbschaft. Das Pflichtteilsrecht der Kinder beträgt bei Vorhandensein eines Kindes die Hälfte des Nachlasses, die andere Hälfte ist freiverfügbare Quote, etwa zugunsten des überlebenden Ehegatten. Bei zwei Kindern verbleibt ein Drittel als verfügbare Quote, bei drei oder mehr Kindern ist nur ein Viertel frei verfügbar. Der Pflichtteil des überlebenden Ehegatten belastet sowohl den Pflichtteil der anderen Pflichtteilsberechtigten als auch den verfügbaren Teil (Art. 915 bis § 4). Das heißt, daß der verfügbare Teil gegenüber Dritten lediglich in einem Viertel Volleigentum plus ein Viertel bloßes Eigentum besteht (ausf. Pintens, Neueste Entwicklung im belgischen Erbrecht, MittRhNotK 1984, 56, 58).

4. Formstatut

Die Formgültigkeit einer letztwilligen Verfügung wird aus Sicht der Bundesrepublik Deutschland ebenso wie aus der Sicht Belgiens nach dem Haager Testamentsübereinkommen beurteilt.

5. Institution contractuelle

Zu überlegen wäre, ob die Beteiligten für ihr in Belgien belegenes Immobilienvermögen einen Ehevertrag errichten und für das dort belegene Vermögen eine sog. *clause d'attribution au survivant* vornehmen, d. h. eine ehevertragliche Vereinbarung

einer universellen Gütergemeinschaft mit Zuteilung des vollständigen Gesamtgutes an den überlebenden Ehegatten entsprechend den Art. 1452 ff. c.c. Dies hat die Folge einer weitgehenden bzw. vollständigen Nachlaßentleerung zu Lasten der gesetzlichen Erben. Aus deutscher Sicht haben die Ehegatten gemäß Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB die Möglichkeit, für unbewegliches Vermögen das Recht des Lageortes zu wählen. Da Belgien im Ehegüterrecht vom Grundsatz der Parteiautonomie ausgeht, wird man die Vereinbarung aus belgischer Sicht auch für ein einzelnes in Belgien belegenes Grundstück als möglich ansehen.

Rechtsprechung

GBO § 23

Löschungserleichterung bei Rückauffassungsvormerkung

Eine Auffassungsvormerkung kann auch dann nicht mit dem Inhalt eingetragen werden, daß zu ihrer Löschung der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt, wenn sie ohne zeitliche Begrenzung bestellt worden ist (Ergänzung zu BGHZ 117, 390).

BGH, Beschl. v. 21.09.1995 - V ZB 34/94

Kz.: L II 3 - § 23 GBO

Problem

Gegenstand der vorliegenden Entscheidung ist die Frage, ob eine Löschungserleichterungsklausel im Sinne von § 23 Abs. 2 GBO bei einer Rückauffassungsvormerkung eingetragen werden kann. Die Antwort auf diese Frage hängt von der Entscheidung ab, ob bei der Vormerkung Rückstände von Leistungen denkbar sind, so daß die Löschungserleichterung gem. § 23 Abs. 2 GBO eintragbar ist. Kommen solche Rückstände nicht in Betracht, bedarf es einer solchen, die Löschung vereinfachenden Eintragung nicht. Ist aber die Eintragung der Löschungserleichterung nach § 23 Abs. 2 GBO nicht gestattet, so muß sie unterbleiben. Es war daher in der **Rechtsprechung umstritten, ob für die Löschung einer auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Auffassungsvormerkung, bei der aber der gesicherte Anspruch selbst nicht auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt war, Leistungsrückstände im Sinne des § 23 GBO denkbar sind** und die Vorschrift deshalb entsprechend angewendet werden kann. Der BGH hat in einem Urteil aus dem Jahre 1992 diese Frage verneint (BGH DNotZ 1992, 570). Das OLG Köln hat allerdings in einschränkender Interpretation dieses BGH-Urteils die Auffassung vertreten, daß die Eintragung eines Löschungserleichterungsvermerks zulässig sei, wenn ein bedingter Rückauflassungsanspruch zwar nur zu Lebzeiten des Berechtigten voll wirksam werden könne, er dann aber vererblich und auch die zur Sicherung des Anspruchs bewilligte Auffassungsvormerkung zeitlich nicht

beschränkt sei (DNotI-Report 13/1994, S. 6 = MittBayNot 1994, 331). **Es lag also der Fall vor, daß der Auflassungsanspruch, nicht aber die Vormerkung auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt sein sollte.** Im Gegensatz zum OLG Köln hatte das dem BGH die Frage vorlegende BayObLG die Eintragung einer Löschungserleichterungsklausel generell verneint (Vorlagebeschluß des BayObLG DNotI-Report 24/1994, S. 5 = MittBayNot 1994, 539).

Lösung

Der BGH folgt dem BayObLG und lehnt generell die Löschungserleichterungsklausel bei der Auflassungsvormerkung ab. Für die Löschung einer sich auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkenden Auflassungsvormerkung habe der BGH die Zulässigkeit einer Löschungserleichterungsklausel verneint (BGH DNotZ 1992, 570). Sei nämlich die Vormerkung mit Eintritt der Bedingung erloschen, so entfielen ihre gesetzlichen Wirkungen. Rückstände seien dann nicht mehr denkbar. Soweit der gesicherte Anspruch auf Rückübertragung vererblich und damit nicht zeitlich beschränkt sei, stelle der Fortbestand dieses Anspruchs keinen Rückstand der Vormerkung dar. Im Anschluß an diese Entscheidung sei in der Rechtsprechung und Rechtslehre vielfach der Versuch unternommen worden, § 23 Abs. 2 GBO auf die Vormerkung dann analog anzuwenden, wenn nicht nur der gesicherte Rückübertragungsanspruch erblich sei, sondern auch die Vormerkung ohne zeitliche Begrenzung bestellt worden sei. In diesem Fall könne nämlich der fortbestehende schuldrechtliche Anspruch als Rückstand der ebenfalls fortbestehenden Vormerkung begriffen werden und damit die Eintragung der Löschungserleichterungsklausel rechtfertigen (vgl. auch Ertl MittBayNot 1992, 195; Lühlisdorf MittRhNotK 1994, 129, 134). Dieser Argumentation schließt sich der BGH nicht an. § 23 Abs. 2 GBO setze voraus, daß das eingetragene Recht auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt sei. Schon daran fehle es bei dem vorliegenden Rückauflassungsanspruch. Die Vormerkung, um deren Löschung es gehe, sei gerade nicht auf die Lebenszeit des Berechtigten bestellt worden. **Vielmehr solle sie fortbestehen und den Rückauflassungsanspruch, sofern er auf die Erben übergegangen sei, sichern.** Außerdem weist der BGH darauf hin, daß der Übergang des Rückübertragungsanspruchs auf die Erben, der allein in der Person des ursprünglichen Berechtigten entstanden und noch nicht erfüllt gewesen sei, keinen Rückstand im Sinne von § 23 Abs. 1 GBO darstelle. Bei nüchterner Betrachtung sei nichts anderes geschehen, als daß der ursprüngliche Anspruch auf den Rechtsnachfolger übergegangen sei. Er habe sich dabei in seinem Wesen nicht verändert. Angesichts dieser wesentlichen Unterschiede zu dem in § 23 Abs. 2 GBO geregelten Sachverhalt komme eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf die hier vorliegende Fallkonstellation nicht in Betracht.

ZPO § 795; AGBG §§ 9, 11 Nr. 15

Vollstreckungsunterwerfung in Generalunternehmervertrag mit Verzicht auf Fälligkeitssachweis

Die Klausel in einem notariellen, formularmäßigen und vom Auftragnehmer gestellten Generalunternehmervertrag, wonach sich der Auftraggeber wegen der ratenweise zu zahlenden Vergütung der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft und der Notar „jederzeit vollstreckbare

Ausfertigungen dieser Urkunde ohne besondere Fälligkeitssachweis erteilen“ kann, verstößt gegen §§ 9 und 11 Nr. 15 AGBG, da der Verzicht auf den Nachweis der Fälligkeit von der Regelung der §§ 726, 795 ZPO und von dem Grundgedanken des § 641 BGB zum Nachteil des Auftraggebers abweicht und diesen unangemessen benachteiligt.

OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.06.1995 - 21 U 18/95

Kz.: L I 1 - § 794 ZPO

Problem

Es ist seit langem umstritten, ob eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung mit Nachweisverzicht im Bauträgervertrag zulässig ist (vgl. ausführlich Gutachten in DNotI-Report 17/1995, S. 153). Das OLG hatte die Frage zu beurteilen, ob **in einem dem AGBG unterliegendem Generalunternehmervertrag eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung zulässig war, in der bestimmt war, daß der Notar „jederzeit vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde ohne besondere Fälligkeitssachweis erteilen“ kann.**

Lösung

Das OLG ist der Auffassung, daß eine derartige Klausel gegen die §§ 9 und 11 Nr. 15 AGBG verstoße. Bei dem notariellen Generalunternehmervertrag handelt es sich unstreitig um ein von der Beklagten gestelltes Formular. Der Verzicht auf den Nachweis der Fälligkeit weiche von den Vorschriften der §§ 726, 795 ZPO zum Nachteil der Schuldner ab. Mit dem Verzicht auf den Fälligkeitssachweis werde davon zu Lasten des Klägers abgesehen. Das verstoße gegen § 11 Nr. 15 AGBG. Keine Beweislaständerung bewirke im Ergebnis die formularmäßige Abgabe eines abstrakten Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses mit prozessualer Unterwerfungserklärung, die deshalb zu Unrecht hier für eine abweichende Meinung herangezogen werde. Da solche Erklärungen nämlich einen neuen Schuldgrund schafften und damit die materielle Rechtslage veränderten, würden sie vom Verbot des § 11 Nr. 15 AGBG nicht erfaßt.

GBO §§ 19, 29; ZPO §§ 415, 418; BNotO § 24 Abs. 1 S. 1 Grundbuchtauglicher Nachweis des Eintritts einer Bedingung durch Notarbestätigung

Für den im Grundbuchverfahren erforderlichen Nachweis des Eintritts einer Bedingung, die darin besteht, daß ein Grundpfandrechtsgläubiger die Arbeiten an einer Baustelle abweichend von einem mit dem Besteller des Grundpfandrechts vereinbarten Zeitplan verzögert oder gar stilllegt, ist eine Notarbestätigung im Regelfall nicht ausreichend.

OLG Frankfurt a. Main, Beschl. v. 29.08.1995 - 20 W 351/95

Kz.: L II 3 - § 29 GBO

Problem

Im Grundbuch war eine Höchstbetragssicherungshypothek eingetragen. In notarieller Urkunde beantragte und bewilligte der Gläubiger unwiderruflich, die Höchstbetragssicherungshypothek bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen löschen zu lassen (vollständige Kaufpreiszahlung, Eröffnung des Konkurs-

oder Vergleichsverfahrens über das Vermögen des Beteiligten, Verzögerung oder Stilllegung der Arbeiten an der Baustelle um mehr als drei Wochen). Unter Bezug auf diese Löschungsbewilligung beantragte der Notar die Löschung der Höchstbeitragsicherungshypothek und fügte diesem Antrag eine „notarielle Erklärung“ bei, in der der Notar bestätigte, daß die Voraussetzung entsprechend der Löschungsbewilligung vorliege. Das Grundbuchamt hat die Löschung aufgrund dieser Bewilligung mit Notarbestätigung abgelehnt.

Lösung

Auch das OLG Frankfurt ist der Auffassung, daß diese Löschungsbewilligung nicht die Löschung ermögliche. Es weist darauf hin, daß wegen der gerade im Grundbuchrecht notwendigen Klarheit der Grundsatz gelte, daß Eintragungsunterlagen mit Eintragungsantrag und die **Eintragungsbewilligung**, auf die § 16 GBO entsprechend anzuwenden sei, für das Grundbuchamt nur verwertbar seien, **wenn sie nicht an Bedingungen, Zeitbestimmungen oder sonstige Vorbehalte geknüpft seien, die das Grundbuchamt mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln nicht mit Sicherheit prüfen könne**. Allerdings ist das OLG Frankfurt der Auffassung, daß hieraus nicht generell gefolgert werden könne, daß bedingte oder befristete Bewilligungen schlechthin unwirksam seien, d. h., daß diese auch dann nicht der Eintragung zugrunde gelegt werden dürften, wenn der Eintritt der aufschiebenden oder der Auswahl der auflösenden Bedingung in grundbuchmäßiger Form gem. § 29 GBO nachgewiesen würde (Haegel/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 10. Aufl., Rz. 103, 156; OLG Frankfurt Rpfleger 1975, 177, und Rpfleger 1980, 291). **Der Eintritt einer tatsächlichen Bedingung, mit der eine Eintragungsbewilligung versehen sei, müsse als andere Voraussetzung der Eintragung in der Form einer öffentlichen Urkunde nachgewiesen werden, sofern sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sei**. Die vom Notar überreichte „notarielle Erklärung“ sei eine sog. **Notarbestätigung**, die sich aus formlosen Rechtsauskünften entwickelt habe und als ein „gesetzlich nicht vorgesehenes Rechtsinstitut“ bezeichnet werde, sich weitgehend eingebürgert habe (BayObLG DNotZ 1971, 250; OLG Zweibrücken DNotZ 1970, 183). **Hierbei handele es sich nicht um Zeugnisurkunden, sondern um gutachtliche Stellungnahmen auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege**, weil aus den festgestellten Tatsachen eine bestimmte Schlußfolgerung gezogen werden solle. Dann aber komme für diese die Wahrheitsvermutung der §§ 415, 418 ZPO nicht in Betracht. Unter diesen Umständen sei daher nicht durch eine öffentliche Urkunde nachgewiesen, daß die Bedingungen der Löschungsbewilligung eingetreten seien.

EGBGB 1986 Art. 3 Abs. 3; RpfAnpG § 25 Abs. 2; VermG §§ 3 ff.

Nachlaßspaltung bei Restitutionsansprüchen

a) Für die erbrechtlichen Verhältnisse an Grundstücken in der früheren DDR bleibt das Zivilgesetzbuch auch dann maßgebend, wenn der Erblasser (nach dessen Inkrafttreten am 01.01.1976, aber) vor der Vereinigung Deutschlands mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt im Westen verstorben ist und daher im übrigen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch beerbt wird (Nachlaßspaltung).

b) Ansprüche aus dem Vermögensgesetz sind nicht geeignet, eine Nachlaßspaltung herbeizuführen; die erbrechtlichen Verhältnisse richten sich insoweit nach dem allgemein für den Erblasser geltenden Erbstatut.

BGH, Beschl. v. 04.10.1995 - IV ZB 5/95
Kz.: L VI 6

Problem

Der BGH hatte eine Frage des innerdeutschen Kollisionsrechts zu klären. Nach § 25 Abs. 2 RAG-DDR bestimmten sich die erbrechtlichen Verhältnisse in bezug auf „Eigentum und andere Rechte an Grundstücken und Gebäuden“, die sich in der DDR befinden, nach dem Recht der DDR. Die Vorschrift ist auch weiterhin anzuwenden. Die Folge ist, daß eine Nachlaßspaltung eintritt, so daß die genannten Vermögensgegenstände nach DDR-Erbrecht zu beurteilen sind. **Umstritten war in Literatur und Rechtsprechung, ob Restitutionsansprüche in den Anwendungsbereich des § 25 Abs. 2 RAG fallen**. Die obergerichtliche Rechtsprechung hat dies weitgehend abgelehnt (vgl. zuletzt OLG Hamm DNotI-Report 9/1995, S. 79 m.w.N.). Außerdem war in der obergerichtlichen Rechtsprechung umstritten, **ob es für die Erteilung eines gegenständlich auf unbewegliches Vermögen in der ehemaligen DDR beschränkten Erbscheins genügt, „daß ein Recht möglicherweise als unbewegliches Vermögen im Sinne des § 25 Abs. 2 RAG einzuordnen ist“** (so OLG Zweibrücken FamRZ 1992, 1474; BayObLG ZEV 1995, 256 m. Anm. Limmer), oder ob das Vorhandensein von unbeweglichem Vermögen in der früheren DDR Voraussetzung für die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins ist und damit auch im Erbscheinvorverfahren nachgewiesen und geprüft werden muß (so OLG Hamm ZEV 1995, 252; OLG Celle DtZ 1992, 355).

Lösung

Der BGH folgt der Auffassung des OLG Hamm, daß die **vermögensrechtlichen Ansprüche keine „anderen Rechte an Grundstücken“ im Sinne von § 25 Abs. 2 RAG-DDR darstellten**. Bei der Auslegung dieser Norm sei auf die Rechtspraxis der DDR abzustellen. Zwar wurden neben dinglichen Grundstücken unter dem Grundstücksbegriff der Vorschrift auch mit dem Grundstück verbundene, gegen den Eigentümer gerichtete Forderungen verstanden, sowie Guthaben, die aus Haus- oder Grundstückserträgen entstanden waren. Derartigen Rechten könnten allerdings Rückübertragungs- und Entschädigungsansprüche nach dem VermG nicht gleichgestellt werden. Auch eine entsprechende Anwendung des § 25 Abs. 2 RAG kommt nach Auffassung des BGH nicht in Betracht. Dies hätte nämlich zur Folge, daß die Nachlaßspaltung erst mit der Entstehung der Rückübertragungsansprüche, und damit nachträglich, eintreten würde. Dies würde dem Sinn und Zweck von Art. 3 Abs. 3 EGBGB n.F. bzw. Art. 28 EGBGB a.F. widersprechen. Dem dort angeordneten Vorrang des Belegenheitsstatuts vor dem erbrechtlichen Gesamtstatut liege das Interesse an der Vermeidung undurchsetzbarer Rechtslagen zugrunde. Durchsetzungsschwierigkeiten seien aber nach der Vereinigung Deutschlands bei vermögensrechtlichen Ansprüchen nicht mehr zu befürchten. Mit der Wiedervereinigung habe die Nachlaßspaltung in bezug auf Grundvermögen in der ehemaligen DDR ihren Sinn verloren. Sie sei nur aus Gründen der Rechts-

sicherheit und des Vertrauensschutzes aufrechterhalten worden. Der Vertrauensschutz für vermögensrechtliche Ansprüche sei aber in diesem Sinn nicht erforderlich, da diese erst nach der Vereinigung entstanden seien.

Außerdem ist der BGH der Auffassung, **daß es im Erbscheinverfahren nicht dahinstehen könne, ob Ansprüche als unbewegliches Vermögen im Sinne von § 25 Abs. 2 RAG zu behandeln seien.** Die rechtliche Einordnung der Ansprüche nach dem VermG sei vielmehr im Erbscheinverfahren zu klären, weil von ihr das anzuwendende Sachrecht abhängt. Sie betreffe eine materiell-rechtliche Voraussetzung des durch den Erbschein bezeugten Erbrechts.

BNotO §§ 15, 23; BGB §§ 164, 883; GBO § 19

Bindung des Notars an die Auszahlungsbedingungen einer Treuhandabrede

1. Ist in einer Treuhandabrede für ein notarielles Verwahrungsgeschäft (hier: in einem gerichtliche Vergleich) die Auszahlung des hinterlegten Geldbetrages von der bis zu einem bestimmten Zeitpunkt herzustellenden Lastenfreiheit eines Grundstücks abhängig gemacht, so müssen bis zum Ablauf der Frist sämtliche grundbuchrechtlichen Voraussetzungen für die Löschung eingetragener Belastungen erfüllt sein.

2. Die in einem notariellen Kaufvertrag über ein Grundstück dem Notar erteilte Vollmacht, zu dessen Durchführung eine Aufassungsvormerkung zur Löschung zu bringen, deckt grundbuchrechtlich nur die zur Erfüllung des Vertrages, nicht aber eine aus anderen Gründen bewilligte Löschung der Vormerkung.

3. Die in einer Treuhandabrede bestimmte Frist für die Lastenfreistellung eines Grundstücks bleibt für die Amtstätigkeit des Notars auch dann bindend, wenn ein auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) gestützter Anspruch eines Hinterlegungsbeteiligten auf Anpassung der Vereinbarung wegen einer geringfügigen Fristüberschreitung ernsthaft in Betracht zu ziehen ist.

OLG Hamm, Beschl. v. 23.05.1995 - 15 W 167/95

Kz.: L III 1 - § 23 BNotO

Problem

Die vorliegende Entscheidung behandelt eine Vielzahl von Fragen aus der notariellen Praxis. Gegenstand der vorliegenden Entscheidung waren eine notarielle Kaufvertragsurkunde und ein gerichtlicher Vergleich. In der notariellen Kaufvertragsurkunde war eine **unwiderrufliche Vollzugsvollmacht an den Urkundsnotar und seine Notariatsmitarbeiter enthalten, „alle Erklärungen vor Notaren, Gerichten, Behörden und Privaten abzugeben, die zur Durchführung dieses Vertrages erforderlich sind“.** Diese Vollmacht erstreckte sich u. a. darauf, „Vormerkungen löschen zu lassen (einschließlich der Aufassungsvormerkung für Käufer)“. Es wurde im Rahmen des Vollzuges des Kaufvertrages eine Vormerkung zugunsten des Käufers eingetragen, der weitere Vollzug scheiterte aber. Im Rahmen eines Prozesses, der den Kaufgegenstand betraf, schlossen die Parteien einen gerichtlichen Vergleich, in dem

sich die Klägerin verpflichtete, den Beklagten das lastenfreie Eigentum am Grundstück zu verschaffen. Der Notar wurde angewiesen, den auf sein Anderkonto gezahlten Betrag an die Klägerin erst weiterzuleiten, wenn der Übergang des Eigentums lastenfremd sichergestellt war. Falls die Übertragung des lastenfremden Eigentums nicht bis zum 31.12.1994 sichergestellt war, sollten die Übereignungs- und Zahlungsverpflichtungen aus dem Vergleich erlöschen. Für diesen Fall wurde der Notar angewiesen, den auf das Anderkonto gezahlten Betrag an den Beklagten zurückzubezahlen. Aufgrund des ersten Kaufvertrages war im Grundbuch noch die Aufassungsvormerkung eingetragen. Der Notar ließ in notariell beglaubigter Erklärung vom 29.12.1994 seine Angestellte eine Löschungsbewilligung mit Löschantrag in bezug auf diese Vormerkung abgeben. Diese Erklärung wurde dann von dem Berechtigten aus der Vormerkung am 04.01.1995 genehmigt. Es war nun fraglich, ob die Bedingung des Vergleichs gegeben war, daß bis zum 31.12.1994 die Lastenfreistellung sichergestellt war.

Lösung

Das OLG Hamm weist zunächst darauf hin, daß nach der gefestigten Rechtsprechung des Senats der Beschwerdeweg nach § 15 Abs. 1 S. 2 BNotO auch gegen die Weigerung eines Notars eröffnet sei, in bestimmter Weise über Geld zu verfügen, das auf einem von ihm geführten Anderkonto hinterlegt sei (BGH DNotZ 1980, 496; OLG Hamm OLGZ 1984, 387; OLGZ 1987, 170; OLGZ 190, 291).

Das OLG Hamm legt sodann den gerichtlichen Vergleich aus, insbesondere im Hinblick auf den Begriff der „**Sicherstellung einer bestimmten Eintragung**“. Den Begriff der Sicherstellung einer bestimmten Eintragung im Grundbuch in einer dem Notar erteilten Hinterlegungsanweisung habe das Landgericht unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH (DNotZ 1987, 560, 561) zutreffend dahin umschrieben, daß zur **Durchführung der Grundbucheintragung nur noch das pflichtgemäße Handeln des Notars und des zuständigen Grundbuchamtes erforderlich sei.** Im vorliegenden Fall mußte also bis zum Ablauf des 31.12.1994 eine Situation geschaffen sein, in der sämtliche grundbuchrechtliche Voraussetzungen für die lastenfremde Umschreibung des Eigentums vorlagen. Der Vollzug der lastenfremden Eigentumsumschreibung durfte insbesondere nicht mehr vom Willen eines Beteiligten abhängen. Es war nun fraglich, ob diese Voraussetzungen gegeben waren.

Das OLG Hamm ist der Auffassung, daß dies nicht der Fall gewesen sei, da bis zu diesem Zeitpunkt noch eine Aufassungsvormerkung eingetragen gewesen sei, zu deren Löschung es zusätzlich der Bewilligung des Berechtigten bedürft hätte. Zunächst weist das OLG darauf hin, daß zwar die Notariatsangestellte am 29.12.1994 eine notariell beglaubigte Löschungsbewilligung erklärt habe. Es handelte sich jedoch um die im eigenen Namen abgegebene Erklärung einer zur Verfügung nicht berechtigten Person. Diese Erklärung habe zwar der Berechtigte genehmigt. **Dieser Genehmigung komme jedoch im Ansehen der Wahrung der in dem Vergleich bestimmten Frist für die Lastenfreistellung keine Rückwirkung zu.** Nach § 184 Abs. 1 BGB wirke die Genehmigung allerdings auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, soweit nicht ein anderes bestimmt sei. Eine andere Bestimmung in diesem Sinne könne auch rechtsgeschäftlich getroffen werden, und zwar auch konkludent. Ein solcher **rechtsgeschäftli-**

cher Ausschluß der Rückwirkung sei regelmäßig dann anzunehmen, wenn für die Ausübung oder Entstehung eines Rechts eine Frist bestimmt sei. Die nachträgliche Genehmigung habe dann regelmäßig auf die mit Fristablauf bereits eingetragene Rechtsfolge keine Wirkung mehr (BGH NJW 1990, 508). Außerdem ist das OLG Hamm der Auffassung, **daß der Notar nicht aufgrund seiner Vollzugsvollmacht die Vormerkung löschen konnte.** Im Grundbucheintragungsverfahren habe das Grundbuchamt zu prüfen, ob die von einem Vertreter erklärte Bewilligung innerhalb der Grenzen der Vertretungsmacht liege. Diese Prüfung sei anhand der zum Nachweis der Bevollmächtigung in der Form des § 29 Abs. 1 GBO vorgelegten Urkunde vorzunehmen. Der Umfang der Vollmacht sei, gegebenenfalls durch Auslegung, zu ermitteln, und zwar nach den besonderen Grundsätzen für die Auslegung von Grundbucheintragungen. Im Zweifel sei der geringere Umfang der Vollmacht anzunehmen, wenn sich der größere nicht mit dem erforderlichen eindeutigen Ergebnis nachweisen lasse (BayObLG NJW-RR 1987, 792). In der Kaufvertragsurkunde sei die Vollmacht als Teil der „Vollzugsvollmacht“ erteilt worden, und zwar mit der Zweckbestimmung, die Durchführung des beurkundeten Vertrages herbeizuführen. Dem Notar sei also nicht etwa eine Vollmacht erteilt worden, in beliebiger Weise eine Vormerkung zur Löschung zu bringen, sondern nur insoweit, als dies zur Durchführung des Vertrages erforderlich gewesen sei. Aus dieser Zweckbestimmung ergebe sich im Zweifel eine inhaltliche Einschränkung der Bevollmächtigung, die im Grundbuchverfahren zu beachten sei.

Das OLG prüft schließlich weiter, ob es mit dem Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) noch in Einklang steht, wenn sich der Beteiligte darauf beruft, die Lastenfreistellung des Grundstücks sei bis zum 31.12.1994 nicht sichergestellt worden, obwohl die erforderliche Löschungsbewilligung mit der Genehmigungserklärung des Berechtigten vom 04.01.1995 lediglich vier Tage nach Ablauf dieser Frist vorlag. Das OLG läßt diese Frage letztendlich dahingestellt, da es in der Rechtsprechung anerkannt sei, **daß die Bindungswirkung eines mehrseitigen Treuhandverhältnisses - wie hier - nicht dadurch berührt werde, daß ein Vertragsbeteiligter schuldrechtliche Ansprüche auf den hinterlegten Geldbetrag habe,** die sich auf Gesichtspunkte außerhalb der Auszahlungsbedingungen der Treuhandabrede gründeten, wie es beispielsweise bei einem Aufrechnungseinwand oder bei Anspruch auf Minderung der Fall sei. Die **Bindungswirkung** an die Hinterlegungsanweisung **entfalle vielmehr nur dann, wenn das Kausalgeschäft selbst hinfällig geworden sei oder der Notar bei Befolgung der Weisung an unerlaubten oder unredlichen Zwecken mitwirken würde.**

Hinweise für die Praxis

BGB § 1643 Abs. 2

Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einer Erbschaftsausschlagung durch den alleinsorgeberechtigten Elternteil eines minderjährigen Kindes

Ein minderjähriges Kind kommt durch die Erbschaftsausschlagung seiner nicht sorgeberechtigten Mutter als gesetzlicher Erbe in Betracht. Der alleinsorgeberechtigte Vater hat für sein Kind die Erbschaft ausgeschlagen, ohne selbst zur Erbschaft berufen zu sein. Ist hier die vormundschaftliche Genehmigung erforderlich?

1. Nach **§ 1945 Abs. 1 BGB** erfolgt die Erbschaftsausschlagung durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht. Ein beschränkt Geschäftsfähiger kann nach § 107 BGB nur mit Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ausschlagen. Im vorliegenden Fall kann daher das Kind nur mit Einwilligung des alleinsorgeberechtigten Vaters die Erbschaft ausschlagen, § 1629 Abs. 1 Satz 3 BGB.

2. Nach **§ 1643 Abs. 2 Satz 1 BGB** bedarf die Ausschlagungserklärung des gesetzlichen Vertreters der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, die gemäß § 1828 BGB erst mit Zugang beim gesetzlichen Vertreter wirksam wird. Vom **Grundsatz der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung** läßt § 1643 Abs. 2 S. 2 BGB Ausnahmen zu: Fällt die Erbschaft dem Kind erst infolge elterlicher Ausschlagung an, so können die Eltern auch für das Kind ohne Genehmigung ausschlagen, sofern nicht der ausschlagende Elternteil neben dem Kind berufen war. Nach dem Wortlaut des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB bedarf im vorliegenden Fall der alleinsorgeberechtigte Vater zur Erbschaftsausschlagung für das Kind der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn der Vater selbst zunächst zur Erbfolge berufen gewesen wäre; dann hätte er ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes für sich und das Kind ausschlagen können.

3. In der amtlichen Begründung zu **§ 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB** (BT-Drucksache 8/2788, S. 57) heißt es dazu, daß bei Ausschlagung beider Elternteile für das Kind davon ausgegangen werden könne, „daß eine Benachteiligung des Kindes auch dann nicht zu besorgen ist, wenn die Erbschaft dem Kind lediglich durch Ausschlagung eines Elternteils anfällt“. Dem Kindesinteresse ist regelmäßig genügt, **wenn ein (mit-) vertretungsberechtigter Elternteil die Vor- und Nachteile der Erbschaftsannahme im Eigeninteresse überprüft hat.** Bei negativem Ausgang ist dann ohne weiteres anzunehmen, daß die Übernahme des Nachlasses unwirtschaftlich wäre (Soergel/Strätz, 12. Aufl. 1987, § 1643 Rz. 7). Diesem Gesetzeszweck dürfte das Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung im vorliegenden Fall entsprechen, denn der sorgeberechtigte Vater hat, da er selbst nicht zur Erbfolge berufen war, hier die Vor- und Nachteile der Erbschaftsannahme nicht im Eigeninteresse geprüft. Daher ist u. E. nicht nur nach dem Wortlaut des Gesetzes, sondern auch

nach dem Gesetzeszweck eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich.

4. In diesem Sinne hat sich auch *Engler* (in: Staudinger, 12. Aufl. 1989, § 1643 Rz. 42) geäußert. Seiner Auffassung nach ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich,

„wenn ausnahmsweise nur ein Elternteil zur Vertretung des Kindes berechtigt ist und die Erbschaft dem Kind infolge der Ausschlagung des anderen Elternteils anfällt; Abs. 2 S. 2 greift hier schon seinem Wortlaut nach nicht ein“.

Einzigster Hinweis aus der Rechtsprechung zu vorliegender Frage ist die Entscheidung des BezG Gera vom 19.08.1993 (DtZ 1993, 374 ff.). U. E. kann den Urteilsgründen entnommen werden, daß eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nur dann entbehrlich ist, wenn der sorgeberechtigte Elternteil zugleich selbst ausschlägt.

5. Auch wenn diese Frage, soweit ersichtlich, noch nicht höchstrichterlich entschieden ist und auch nur eine Äußerung aus der Kommentarliteratur vorliegt, ist u. E. entsprechend dem Wortlaut und der Intention des Gesetzgebers davon auszugehen, daß in dem vorliegenden Fall eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist. Auch im Hinblick auf die Verpflichtung des Notars, stets den sichersten Weg zu wählen (Haug, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 1992, K Rz. 19), sollte auf jeden Fall eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts eingeholt werden.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -
97070 Würzburg, Kaiserstraße 23
Telefon: 09 31/3 55 76-0 - Telefax: 09 31/3 55 76-225

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. Dr. Peter Limmer, Kaiserstraße 23, 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.

Literaturhinweise

Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 13. Aufl. 1995, Verlag Franz Vahlen GmbH, München.

Es ist erfreulich, daß dieses Grundlagenwerk für die Notarkosten nunmehr in aktueller Auflage vorliegt. Die Neubearbeitung berücksichtigt alle Änderungen und Ergänzungen der KostO, die in den letzten Jahren sehr zahlreich waren. Das Werk stellt ohne Zweifel einen zuverlässigen und kompetenten „Berater“ in allen schwierigen Fragen des Kostenrechts dar.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer, Würzburg

Pahlke/Franz, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, München 1995, Verlag C. H. Beck, 600 Seiten, 138,- DM

Es ist erfreulich, daß nunmehr auch in der gelben Reihe der Beck'schen Kurzkommentare ein aktueller Kommentar zum Grunderwerbsteuergesetz vorliegt. Schwerpunkte der Kommentierung betreffen die für die Praxis besonders relevanten Fragen wie Mißbräuche von Gestaltungsmöglichkeiten, grunderwerbsteuerliche Behandlung von Erbbaurechtsgängen, Rückgängigmachung von Erwerbsvorgängen, Besonderheiten in den neuen Bundesländern und eine eingehende Darstellung des „einheitlichen Vertragswerks“ im Grunderwerbsteuerrecht. Auch das neue Umwandlungsrecht ist bereits enthalten. Es ist erfreulich, daß nunmehr neben dem Großkommentar auch ein Praxiskommentar erhältlich ist, der aktuell und präzise zu allen Fragen des Grunderwerbsteuerrechts informiert.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer, Würzburg

Bezugspreis:

Jährlich 300,- DM, Einzelheft 13,- DM, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

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, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Druck:

Max Schimmel Verlag GmbH + Co KG, Postfach 6560, 97015 Würzburg,
Tel.: 09 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333