

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

2/1997 · Januar 1997

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 3 Abs. 2 S. 1, 5 Abs. 2, 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 - Sondereigentum an Heizungs- und Tankraum sowie dessen Zugang

BGB § 2273 - Umfang der Eröffnung von gemeinschaftlichen Testamenten (und Erbverträgen) bei Tod des Erstversterbenden

BeurkG § 13, DNot § 30 Abs. 3 - Handschriftliche Änderungen in einer notariellen Urkunde

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB § 138; VermG § 3 - Sittenwidrigkeit eines Grundstückskaufvertrages

BNotO §§ 19, 24 - Haftung des Notars bei fehlerhafter notarieller Verwahrung

BGB §§ 2346, 130 Abs. 2, 153 - Pflichtteilsverzichtungsvertrag

GrEStG § 1; UmwG § 1 - Grunderwerbsteuer bei Umwandlungen nach neuem Umwandlungsgesetz

Aktuelles

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Baugesetzbuches und zur Neuregelung des Rechts der Raumordnung (Bau- und Raumordnungsgesetz 1998)

Zentrales Testamentsregister in der Schweiz

Literatur

Sehr geehrte Frau Kollegin, sehr geehrter Herr Kollege,

das Deutsche Notarinstitut bietet seit einigen Monaten den sog. Fax-Abruf-Dienst an. Unter der Service-Nr.: 0931/355 76 43 stellen wir Ihnen aktuelle Dokumente zum Fax-Abruf zur Verfügung. Es handelt sich dabei um Urteile, Rechtsprechung und Gesetzesentwürfe sowie um Gutachten aus der täglichen Praxis des DNotI. Sie können diese Dokumente mit Ihrem Faxgerät abrufen. Wir haben in diesem Heft für die neu beigetretenen Mitglieder der Notarkammer Hamm den automatischen Fax-Abruf-Dienst des Deutschen Notarinstituts erläutert. Sollte es Ihnen nicht gelingen, den Fax-Abruf-Dienst zu aktivieren, so steht Ihnen der technische Mitarbeiter des Deutschen Notarinstituts, Herr Rehm, jederzeit für weitere Hilfestellungen zur Verfügung.

Mit freundlichen kollegialen Grüßen

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 3 Abs. 2 S. 1, 5 Abs. 2, 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2

Sondereigentum an Heizungs- und Tankraum sowie dessen Zugang

I. Sachverhalt

Ein Wohnhaus ist derzeit in zwei Eigentumswohnungen aufgeteilt (Hauptwohnung und Einliegerwohnung). Bei der Erstellung des seinerzeitigen Aufteilungsplanes sowie der Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung war vorgesehen, beide Wohnungen über eine separate Gasetagenheizung zu beheizen. Bei Fertigstellung des Baus war das Grundstück jedoch nicht an das Gasnetz angeschlossen. Statt dessen wurde eine zentrale Ölheizung samt Tank im Keller der Einliegerwohnung errichtet. Der jetzt als Heizungs- und Tankraum genutzte Raum ist als zur Einliegerwohnung gehörendes Sondereigentum ausgewiesen. Auch ist er nur über einen ebenfalls zur Einliegerwohnung gehörenden Flur zu erreichen.

Die Beteiligten wollen nunmehr die Hauptwohnung nach Ausbau des Daches in zwei selbständige Wohnungen unterteilen. Für die anderen Wohnungseigentümer soll an der Einliegerwohnung eine Grunddienstbarkeit eingetragen werden, mit dem Recht auf jederzeitigen Zugang zum Heiz- und Tankkeller.

II. Frage

1. Ist die Heizungsanlage gemeinschaftliches Eigentum oder Sondereigentum?
2. Ist der Heizungsraum gemeinschaftliches Eigentum oder Sondereigentum? Ist der Zugang zu Heiz- und Tankkeller durch die Einliegerwohnung Sondereigentum?
3. Welche Rechtsfolgen ergeben sich für die derzeit bereits eingetragene Einliegerwohnung und die Hauptwohnung?
4. Kann die geplante Änderung der Teilungserklärung durch Aufteilung der Hauptwohnung erfolgen, wenn an der Einliegerwohnung lediglich eine Grunddienstbarkeit eingetragen wird, die Eintragung des Heiz- und Tankkellers als Sondereigentum jedoch unverändert bleibt?

III. Rechtslage

1. Gemeinschaftliches Eigentum an der Heizungsanlage

a) Nach § 5 Abs. 2 WEG sind Anlagen und Einrichtungen, die dem gemeinschaftlichen Gebrauch der Wohnungseigentümer dienen, **zwingend deren gemeinschaftliches Eigentum. Dazu zählt eine Heizungsanlage**, sofern sie wesentlicher Bestandteil des Gebäudes ist, nach ganz herrschender Meinung jedenfalls dann, wenn sie der Versorgung aller Wohnungseigentümer und nur der Wohnungseigentümer und nicht auch Dritter außerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft dient (BGH, Urt. v. 02.02.1979, BGHZ 73, 302 = NJW 1979, 2391 = Rpfleger 1979, 255; BayObLG, Beschl. 21.02.1980, Rpfleger 1980, 230 = MittBayNot 1980, 76 = ZMR 1980, 185; Bärmann/Pick, WEG, 13. Aufl. 1994, § 5 WEG Rn. 21; Henkes/Niedenführ/Schultze, WEG, 3. Aufl. 1995, § 5 WEG Rn. 19; Soergel/Stürmer, 12. Aufl. 1989, § 5 WEG Rn. 1 c; Wienicke, WEG, Stand 11. Ergänzungslieferung, Dezember 1995, § 5 WEG Anm. 2 c; Röhl, Sondereigentum an Räumen mit zentralen Versorgungsanlagen und ihren Zugangsräumen, Rpfleger 1992, 94, 95). Bereits nach dem Gesetzeswortlaut gilt dies unabhängig davon, ob die Räume, in denen sich die Heizungsanlage befindet, Sondereigentum oder gemeinschaftliches Eigentum sind.

b) Die Rechtsprechung macht von diesem zwingenden Charakter als Gemeinschaftseigentum lediglich dann eine **Ausnahme**, wenn die Anlage bestimmungsgemäß nicht durch die Gesamtheit der Wohnungseigentümer, sondern von vornherein nur durch einen Miteigentümer, der die Anlage eingerichtet hat, betrieben werden soll und die Anlage überdies dafür bestimmt und ausgelegt ist, außer den Wohnungen der betreffenden Wohnungseigentümergeinschaft eine **Anzahl von weiteren Gebäuden mit Wärme zu versorgen** (BGH, Urt. v. 08.11.1974, NJW 1975, 688 = Rpfleger 1975, 124 = DNotZ 1975, 553 = MittBayNot 1975, 103 = WuM 1975, 179). Teile der Literatur halten die Heizungsanlage selbst dann zwingend für gemeinschaftliches Eigentum (Bärmann/Pick, a.a.O., § 5 WEG Rn. 21; Konitz, Rpfleger 1973, 390; Bärmann/Pick, a.a.O., zitiert dabei auch das OLG Zweibrücken, ZMR 1984, 33, dessen Entscheidung jedoch u. E. zu dieser Frage nichts hergibt). *Weitnauer* möchte eine weitere Ausnahme auch für den Fall zulassen, daß ein Teileigentümer die Heizungsanlage selbst errichtet und damit Erzeugung und Belieferung der Wohnungseigentümergeinschaft wie ein Außenstehender übernimmt (Weitnauer, WEG, 8. Aufl. 1995, § 5 WEG Rn. 24). Dies hat die Rechtsprechung jedoch ausdrücklich abgelehnt (BGH, Urt. v. 02.02.1979, BGHZ 73, 302 = NJW 1979, 2391 = Rpfleger 1979, 255; BayObLG, Beschl. v. 21.02.1980, Rpfleger 1980, 230 = MittBayNot 1980, 76 = MittRhNotK 1980, 204).

c) Keine der beiden Ausnahmen kommt im vorliegenden Fall in Frage, so daß die Heizungsanlage selbst unzweifelhaft zwingend im gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungseigentümergeinschaft steht.

2. Eigentum am Heizungs- und Tankraum sowie am Zugang

a) **Ebenso wie die Heizungsanlage selbst ist auch der Heizkeller oder der sonstige Raum, der der Heizungsanlage dient, grundsätzlich zwingend Gemeinschaftseigentum** (BGH NJW 1979, 2393; BGH, Urt. v. 05.07.1991, Rpfleger 1991, 454 = DNotZ 1992, 224 = WuM 1991, 606; BayObLG,

Beschl. v. 25.03.1992, WuM 1992, 323 = WEigt 1992, 76; Soergel/Stürmer, a.a.O., § 5 WEG Rn. 1 c; Weitnauer, a.a.O., § 5 WEG Rn. 24; Wienicke, a.a.O., § 5 WEG Anm. 2 c). Unter den von § 5 Abs. 2 WEG erwähnten „Anlagen und Einrichtungen“ müssen jedenfalls nach dem Sinn dieser Bestimmung auch Räume verstanden werden. **Dasselbe gilt grundsätzlich für den Zugang zum Heizungskeller.**

Auch insoweit hat die Rechtsprechung entschieden, daß der Zugang zum gemeinschaftlichen Eigentum grundsätzlich ebenfalls nicht sondereigentumsfähig ist (BGH Rpfleger 1991, 454 = DNotZ 1992, 224; BayObLG WuM 1992, 323; BayObLG, Beschl. v. 06.02.1986, BayObLGZ 1986, 26; Bärmann/Pick, a.a.O., § 5 WEG Rn. 21; Henkes/Niedenführ/Schultze, a.a.O., § 5 WEG Rn. 18; Soergel/Stürmer, a.a.O., § 5 WEG Rn. 1 c; Weitnauer, a.a.O., § 5 WEG Rn. 24; Wienicke, a.a.O., § 5 WEG Anm. 2 c).

b) **Dies gilt jedoch nicht ausnahmslos.** Wird ein Raum für eine gemeinschaftliche Anlage genutzt, so kann daran dennoch Sondereigentum begründet werden, **wenn der Raum nicht ausschließlich demselben Zweck wie die Anlage dient** (BGH NJW 1979, 2393; BGH Rpfleger 1991, 454 = DNotZ 1992, 224; BayObLG WuM 1992, 323; LG Bonn, Beschl. v. 06.10.1983, Rpfleger 1984, 14). In den einzigen beiden Fällen, in denen Obergerichte sich bisher mit der Begründung von Sondereigentum an einem Heizungsraum bzw. dessen Zugang zu befassen hatten, haben sie die Sondereigentumsfähigkeit verneint. So entschied der **BGH**, daß ein Stellplatz und ein Verbindungsflur, die den einzigen Zugang zur gemeinschaftlichen Heizanlage und zu den zentralen Versorgungseinrichtungen des Hauses darstellen und in denen sich auch sämtliche Versorgungsanschlüsse des Hauses mit den zugehörigen Zähl-, Schalt- und Sicherungseinrichtungen befinden, nicht Gegenstand des Sondereigentums sein können (BGH Rpfleger 1991, 454 = DNotZ 1992, 224). Denn nicht jeder denkbare Sondervorteil des Verbindungsflures und des Stellplatzes ermögliche bereits die Begründung von Sondereigentum. Der gemeinschaftliche Gebrauch der Heizungsanlage und des Heizungskellers erfordere einen ständigen Bedienungs-, Kontroll- und Wartungsaufwand. § 5 Abs. 2 WEG wolle die Störung des gemeinschaftlichen Gebrauchs durch eigenmächtige Verfügung des Sondereigentümers im Rahmen seiner Raumherrschaft verhindern. Bloße Benutzungs- und Betretungsrechte genügten nicht, auch wenn sie dinglich abgesichert seien. § 5 Abs. 2 WEG strebe gerade Sicherung durch Eigentumsverschaffung, nicht bloß durch dingliche Rechte an. Unklare Rechtsverhältnisse bei einem Zusammentreffen von Sondereigentum und Gemeinnutzungsrecht würden Mißstände wie beim früheren Stockwerkseigentum schaffen und damit dem Zweck des WEG widersprechen (BGH, a.a.O.). Ähnlich entschied das **BayObLG** in einem anderen Fall, wobei es sich vor allem darauf stützte, daß der Raum, in dem sich die gemeinschaftliche Heizung befand, nach den Eintragungsunterlagen lediglich Heizzwecken diene. Denn er war in der Teilungserklärung als „Heizungsraum“ bezeichnet und im Aufteilungsplan als „Heizung“ angegeben (BayObLG WuM 1992, 323, 324).

Das **OLG Zweibrücken** hatte einen Fall zu entscheiden, in dem sich eine Heizungsanlage, die der Versorgung eines Doppelhauses diene, in dem der einen Wohnung als Son-

dereigentum zugewiesenen Kellerraum befand. Streitgegenständlich war hier lediglich das Eigentum an der Heizungsanlage als solcher, nicht das Eigentum am Kellerraum. Jedoch nahm das OLG Zweibrücken keinen Anstoß an der Ausweisung des Kellerraumes als Sondereigentum (OLG Zweibrücken, Urt. v. 21.09.1983, ZMR 1984, 33).

Für die Möglichkeit der Begründung von Sondereigentum an Heizungsräumen hat sich in der Literatur Röhl ausgesprochen (Sondereigentum an Räumen mit zentralen Versorgungsanlagen und ihren Zugangsräumen, Rpfleger 1992, 94 - ähnlich bereits Röhl, DNotZ 1986, 706). Neben dem zitierten Beschluß des BGH vom 05.07.1991 stützt er sich auf einen Beschluß des BayObLG v. 08.05.1991, wonach der Zugang zu einem im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden, nicht ausgebauten Dachspeicher, der nach seiner Beschaffenheit nicht dem ständigen Mitgebrauch aller Wohnungseigentümer diene, auch im Sondereigentum eines Miteigentümers stehen könne (BayObLG, Beschl. v. 08.05.1991, BayObLGZ 1991, 165 = WuM 1991, 607). Aus diesen beiden Entscheidungen liest Röhl zwei Grundsätze heraus, die er als „Störungsproblem“ und als „Belästigungsproblem“ bezeichnet. Sondereigentumsfähigkeit nimmt er dann an, wenn die Befürchtung nicht allzu groß ist, daß bei einer Störung an der gemeinschaftlichen Anlage durch das Verhalten des Sondereigentümers des Raumes, in dem sich die Anlage befindet, ein sofortiges Eingreifen unmöglich gemacht werde - und wenn andererseits der Sondereigentümer in seiner privaten Sphäre durch den Zugang zur Anlage nur unwesentlich belästigt werde. Zur Absicherung des Zugangs zur Anlage für die Wohnungseigentümergeinschaft weist Röhl auf die gesetzliche Duldungspflicht des Sondereigentümers nach § 14 Nr. 4 WEG hin. Außerdem liege es im Eigeninteresse des Sondereigentümers, daß die Heizung laufe und er nicht friere. Bei modernen Heizungen träten Störungen ohnehin nur selten auf. Von daher sei auf der anderen Seite auch die Belästigung des Sondereigentümers nur gering. Die Belästigung der privaten Sphäre sei geringer, wenn der Zugang durch einen Kellerraum erfolge und nicht durch einen Wohnraum. Röhl läßt daher die Begründung von Sondereigentum auch am Heizkeller zu, sofern der Raum zugleich noch anderen Zwecken dient, z. B. als Abstellraum für nicht brennbare Gegenstände.

c) Nach der dargestellten Rechtsprechung läßt sich **am Heizungskeller selbst kaum Sondereigentum** begründen. Allenfalls in **Ausnahmefällen** kann dies zugelassen werden, insbesondere **bei einem Zweifamilien- oder Doppelhaus, wenn eine kleinere Heizungsanlage in einen anderen Kellerraum mit eingebaut ist** - etwa einen Abstellkeller oder auch einen Waschkeller. Allerdings wird man in diesen Fällen verlangen müssen, daß die Nutzung für die Heizung auch der Fläche nach lediglich einen untergeordneten Anteil dieses Kellerraums in Anspruch nimmt. Dies dürfte für einen Tankkeller von vornherein ausscheiden.

Häufiger dagegen dürfte eine **Sondereigentumsfähigkeit des Zugangs** zu einem Heizungskeller zu bejahen sein. Auch dies wird jedoch wohl nur für Doppelhäuser oder kleinere Mehrfamilienhäuser in Betracht kommen. In Anlehnung an Röhl dürfte maßgebend sein, ob der Zugang der Wohnungseigentümergeinschaft zu der Anlage noch als gesichert betrachtet

werden kann und ob die Möglichkeit dieses Zugangs keine den Gesetzeszweck des § 5 Abs. 2 WEG widersprechende Beeinträchtigung des Sondereigentums darstellt. Dient die Heizung **lediglich der Versorgung von bis zu drei oder vier Wohneinheiten** und führt der **Zugang lediglich durch den Flur einer Wohnung, nicht hingegen durch Wohnräume selbst** hindurch, stellt dies u. E. noch keine mit dem Gesetzeszweck des WEG unvereinbare Beeinträchtigung dar. Ist der Zugang zusätzlich über die gesetzliche Verpflichtung des § 14 Nr. 4 WEG hinaus noch durch eine Grunddienstbarkeit zugunsten der jeweiligen Eigentümer der anderen Wohnungseinheiten abgesichert, so besteht u. E. auch eine hinreichende Absicherung des Zugangs. Dann kann u. E. Sondereigentum am Zugang zum Heizungskeller begründet werden. Soweit ersichtlich, hat bislang allerdings nur Röhl diese Auffassung vertreten, so daß die Rechtslage insofern als äußerst unsicher zu bezeichnen ist.

d) Der Zugang zu einem gemeinschaftlichen Eigentum muß auch dann nicht zwingend gemeinschaftliches Eigentum sein, wenn aus jeder der Sondereigentumseinheiten ein gesonderter Zugang möglich ist. So hielt das LG Landau zwei Wohnungen für abgeschlossen, die beide einen Zugang zu dem gemeinsamen Heizraum und Vorräum besaßen, obwohl es keinen Zugang zu diesem Heizraum durch gemeinschaftliches Eigentum oder von außen gab (LG Landau, Beschl. v. 25.06.1985, Rpfleger 1985, 437). Dies ist jedoch auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar, da der Heizkeller hier lediglich über die Einliegerwohnung erreichbar ist, nicht aber über die Hauptwohnung.

3. Konsequenzen für die bereits eingetragene Aufteilung

a) Im Ergebnis konnte somit u. E. am Heizungs- und Tankkeller selbst wohl kein Sondereigentum begründet werden. Die Begründung des Sondereigentums am Zugang zum Heizungskeller halten wir jedenfalls dann für wirksam, wenn zur Absicherung des Zugangs noch eine Grunddienstbarkeit zugunsten der anderen Wohnungseigentümer bestellt wird. Die bisherige Aufteilung ist somit wohl hinsichtlich des Heizungs- und Tankkellers, je nach vertretener Rechtsansicht möglicherweise auch hinsichtlich des Zugangs zum Heizungskeller, unwirksam. Jedenfalls der Heizungskeller und der Tankkeller dürften gemeinschaftliches Eigentum sein. Damit entfällt auch die Abgeschlossenheit hinsichtlich der Einliegerwohnung.

Nach einhelliger Meinung schadet es jedoch nicht, wenn sich nach der Eintragung der Aufteilung in Wohnungseigentum herausstellt, daß hinsichtlich einer der Sondereigentumseinheiten keine Abgeschlossenheit vorliegt. **Denn bei § 3 Abs. 2 WEG handelt es sich um eine bloße Sollvorschrift, deren Verletzung nicht die Unwirksamkeit der Aufteilung nach sich zieht** (vgl. BayObLG Rpfleger 1980, 295; BayObLG, Beschl. v. 10.11.1983, BayObLGZ 1983, 266, 270 = MittBayNot 1984, 184; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.6.1969, DNotZ 1970, 42; OLG Hamm, Beschl. v. 20.5.1976, NJW 1976, 1752 = Rpfleger 1976, 317; KG, Beschl. v. 3.7.1984, MittBayNot 1985, 35, 36; OLG Köln, Beschl. v. 10.1.1994, NJW-RR 1994, 717; Bärmann/Pick, a.a.O., § 7 WEG Rn. 39; Soergel/Stürner, a.a.O., § 3 WEG Rn. 33, Anm. 1; Weitnauer, a.a.O., § 3 WEG Rn. 64). Auch wenn die Aufteilung

hinsichtlich des Heizungs- und Tankkellers - und möglicherweise auch des Flures - unwirksam ist, ist jedenfalls an den übrigen Räumen der Einliegerwohnung wirksam Sondereigentum entstanden.

b) Soweit das Grundbuchamt jedoch einen Verstoß gegen § 5 Abs. 2 WEG feststellt, hat es nach Meinung des LG Köln einen Amtswiderspruch nach § 53 Abs. 1 S. 1 GBO einzutragen (LG Köln, Beschl. v. 03.10.1980, MittRhNotK 1980, 209, 210).

4. Konsequenzen für die geplante Aufteilung der Hauptwohnung

a) Erfolgt die Aufteilung der Hauptwohnung lediglich durch **Unterteilung von Wohnungseigentum**, ohne daß Teilungserklärung und Aufteilungsplan hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums und hinsichtlich der Einliegerwohnung geändert werden, so hat das Grundbuchamt u. E. keine rechtliche Handhabe, eine Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich des Heizungskellers zu erzwingen. Denn die aufzuteilende Hauptwohnung ist im Grundbuch und in der Teilungserklärung richtig ausgewiesen.

b) Wird hingegen die **Teilungserklärung insgesamt neu erstellt** (unter Einbeziehung der Einliegerwohnung), so hat das Grundbuchamt einen Aufteilungsplan zurückzuweisen, der den Heizungs- und Tankkeller als Sondereigentum ausweist. Eine Ausweisung des dazu führenden Flures als Sondereigentum hat es hingegen u. E. jedenfalls dann anzuerkennen, wenn der Zugang zum Heizungs- und Tankkeller durch eine Grunddienstbarkeit für die anderen Wohnungseigentümer abgesichert wird.

Nicht gebunden wäre das Grundbuchamt hingegen an eine von der Baubehörde nach § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 WEG erteilte Abgeschlossenheitsbescheinigung. Denn zum einen würde es die Ablehnung der Eintragung nicht auf die mangelnde Abgeschlossenheit stützen (§ 3 Abs. 2 S. 1 WEG), sondern auf die fehlende Sondereigentumsfähigkeit des Heizungs- und Tankkellers (§ 5 Abs. 2 WEG). Zum anderen ist nach der Entscheidung des Gemeinsamen Senates der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 30.06.1992 (BGHZ 119, 42 = NJW 1992, 2320 = DWE 1992, 145) heute allgemein anerkannt, daß die Abgeschlossenheitsbescheinigung eine bloße Wissenserklärung der Baubehörde darstellt und das Grundbuchamt daher zur erneuten Prüfung der Abgeschlossenheit berechtigt, aber nicht verpflichtet ist - jedenfalls soweit sich die fehlende Abgeschlossenheit aus Widersprüchen zwischen Aufteilungsplan und Teilungserklärung ergibt bzw. soweit es sich um bloße Rechtsfragen handelt (vgl. auch BayObLG, Beschl. v. 19.6.1984, BayObLGZ 1984, 136 = WuM 1985, 29; BayObLG, Beschl. v. 23.11.1989, BayObLGZ 1989, 447 = NJW-RR 1989, 142 = WuM 1990, 39; OLG Frankfurt, Beschl. v. 26.4.1977, Rpfleger 1977, 312; Bärrmann/Pick, a.a.O., § 7 WEG Rn. 39; Henkes/Niedenführ/Schultze, a.a.O., § 7 WEG Rn. 29-30; Soergel/Stürner, a.a.O., § 7 WEG Rn. 11; Weitnauer, a.a.O., § 7 WEG Rn. 21-22; Wienicke, a.a.O., § 7 WEG Rn. 8).

BGB § 2273

Umfang der Eröffnung von gemeinschaftlichen Testamenten (und Erbverträgen) bei Tod des Erstversterbenden

I. Sachverhalt

Ein Ehepaar hatte sich in einem gemeinschaftlichen privatschriftlichen Testament gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt (Satz 1 des Testaments). Satz 2 des Testaments begann mit den Worten „Erben des Längstlebenden sollen“, endete mit dem Wort „sein“ und enthielt dazwischen Quotenangaben, Verwandtschaftsverhältnisse und Personennamen. Nachdem der Ehemann verstorben ist, beantragte der Notar im Zusammenhang mit einem Erbscheinsantrag ausdrücklich beim Nachlaßgericht, das Testament nur nach dem verstorbenen Ehemann zu öffnen. Das Testament wurde dennoch vollständig auch mit dem zweiten Satz eröffnet.

II. Frage

Ist die seit einigen Jahren zu beobachtende Praxis der Nachlaßgerichte, bereits beim Tod des erstversterbenden Ehegatten gemeinschaftliche Testamente vollständig zu eröffnen, zu beanstanden? Wie kann man diesem Problem bei der Abfassung gemeinschaftlicher Testamente begegnen?

III. Rechtslage

Auch für die **Eröffnung gemeinschaftlicher Testamente gelten grundsätzlich die §§ 2260 ff. BGB, die durch die Vorschrift des § 2273 BGB ergänzt werden** (vgl. für den Erbvertrag § 2300 BGB). Im Zusammenhang mit der Eröffnung gemeinschaftlicher Testamente stellen sich häufig zwei Fragen, die im allgemeinen nicht klar genug voneinander unterschieden werden: Zum einen stellt sich die Frage, wer im Sinne der §§ 2260, 2262 BGB als „Beteiligter“ anzusehen ist, wem also das Testament zu verkünden ist, bzw. wer von dessen Inhalt zu benachrichtigen ist. Zum anderen ist fraglich, in welchem Umfang das gemeinschaftliche Testament beim Tode des erstversterbenden Ehegatten zu eröffnen ist. Es ist also zu prüfen, **wer** nach dem Tod des Erstversterbenden **in welchem Umfang** vom Inhalt des gemeinschaftlichen Testamentes Kenntnis erlangen soll.

1. Umfang der Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testaments

§ 2273 Abs. 1 BGB betrifft zunächst nur die Frage nach dem Umfang der Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testamentes. Diese Vorschrift, die gem. § 2300 BGB auf den Erbvertrag entsprechend anwendbar ist, stellt eine Ausnahme zu dem in § 2260 Abs. 2 BGB enthaltenen Grundsatz dar, daß grundsätzlich das gesamte Testament zu eröffnen ist. Anders als bei einem Einzeltestament besteht bei einem gemeinschaftlichen Testament das Problem, daß darin sogleich die letztwilligen Verfügungen des überlebenden Ehegatten enthalten sind, dieser aber zu Lebzeiten regelmäßig ein erhöhtes Interesse an der Geheimhaltung dieser Verfügungen haben wird. Dieses Geheimhaltungsinteresse des überlebenden Ehegatten wird durch § 2273 Abs. 1 BGB dahin gehend geschützt, daß seine Verfügungen weder zu verkünden noch sonst zur Kenntnis der Beteiligten zu bringen sind, **soweit sie sich von denen des anderen Testierenden sondern lassen.** Im allgemeinen ist davon auszugehen, daß sich Verfügungen des Überlebenden nicht von solchen des Verstorbenen sondern lassen, wenn sie in ein und demselben Satz oder Satzteil ihren sprachlichen Ausdruck gefunden haben (z. B. „Wir bestimmen für den Tod des Längstlebenden von uns...“), wenn eine Verfügung des verstorbenen Ehegatten zur Ergänzung ihres

Inhalts auf die des Überlebenden verweist oder wenn sie ohne deren Kenntnis nicht verständlich ist (vgl. Staudinger/Kanzleiter, BGB, 12. Aufl. 1983, § 2273 Rn. 7).

Untrennbar und nicht sonderungsfähig ist damit auch die nach der gegenseitigen Erbeinsetzung aufgenommene Bestimmung der Ehegatten, daß nach dem Tode des Überlebenden der beiderseitige Nachlaß an ihre Kinder fallen soll (§ 2269 BGB). Die häufig so oder ähnlich gewählte Formulierung „der Überlebende setzt zu seinen Erben ein...“ führt daher dazu, daß die für den Fall des Überlebens des Erstverstorbenen getroffene Verfügung nicht von der des Überlebenden für seinen Überlebensfall getrennt werden kann, so daß diese Verfügung nach dem Tode des Erstverstorbenen mangels Eingreifens des § 2273 Abs. 1 BGB mit zu eröffnen und zu verkünden ist (vgl. Staudinger/Kanzleiter, a.a.O., § 2273 Rn. 8; Bühler, BWNZ 1994, 66). Es ist allerdings unverkennbar, daß mit dem Vorversterben des einen Ehegatten nicht nur seine Erbeinsetzung durch den Überlebenden wegen § 1923 Abs. 1 BGB gegenstandslos geworden ist, sondern auch die durch den Erstverstorbenen für den Überlebensfall zugunsten der Schlußerben und -vermächtnisnehmer vorgesehenen Verfügungen (vgl. Lange/Kuchinke, Lehrbuch des Erbrechts, 4. Aufl. 1995, § 38 III 4 b). Fraglich erscheint nun, ob sich aus der Tatsache der **Gegenstandslosigkeit** dieser Verfügungen des Verstorbenen etwas anderes für die Frage der Verkündung der alleine für den überlebenden Ehegatten noch wirksamen Verfügungen auf den Überlebensfall gem. § 2273 Abs. 1 BGB ergibt.

In diesem Zusammenhang wurde von *Langenfeld* (NJW 1987, 1582) vertreten, durch den Tod des Erstverstorbenen seien die von den Ehegatten für ihren jeweiligen Überlebensfall getroffenen Bestimmungen endgültig und allein zu Bestimmungen auf den Tod des anderen Ehegatten geworden und damit die von § 2273 BGB geforderte Sonderung eingetreten, da diese Verfügungen nur noch dem überlebenden Ehegatten zuzuordnen seien.

Im Gegensatz dazu hat sich aber in der **herrschenden Rechtsprechung** seit längerem die Auffassung durchgesetzt, daß sich die **Eröffnung und Verkündung des gemeinschaftlichen Testaments nach dem Tod des erstverstorbenen Ehegatten auf alle von ihm (mit-)herrührenden Verfügungen erstrecken muß, gleichviel ob diese als gültig oder ungültig oder als durch den Tod dieses Teils gegenstandslos geworden anzusehen sind, und zwar auch, wenn sie zugleich nicht sonderungsfähige Verfügungen des Überlebenden enthalten** (RGZ 150, 315, 318; BGHZ 91, 105, 108 f. mit zust. Anm. von Bökelmann, JR 1984, 501; BayObLG Rpfleger 1982, 424 f.; OLG Hamm OLGZ 1982, 136 f.; OLG Köln DNotZ 1988, 721 f. mit zust. Anm. von Cypionka; LG Stuttgart MittRhNotK 1994, 292 f.). Gleiches gilt für die Frage der Miteröffnung nicht trennbarer Verfügungen bei einem Erbvertrag im Falle des Vorversterbens des einen Verfügenden (vgl. RGZ 150, 315, 320; OLG Köln DNotZ 1988, 721 f.; BayObLG NJW-RR 1990, 135 f.). Als Grund dafür wird in erster Linie vorgebracht, daß das formalisierte Eröffnungsverfahren weder dazu bestimmt noch dazu geeignet wäre, über die Wirksamkeit oder Gegenstandslosigkeit letztwilliger Verfügungen zu befinden (vgl. BGHZ 91, 105, 110; BayObLG

NJW-RR 1990, 135). § 2273 Abs. 1 BGB wird also als rein formale Vorschrift verstanden, die auch die Verkündung gegenstandsloser Verfügungen des Erblassers erfordert, da dem Eröffnungsgericht eine sachliche Prüfung, welche Verfügungen (noch) bedeutsam sind, weder zugemutet noch übertragen sein soll (so Staudinger/Kanzleiter, a.a.O., § 2273 Rn. 6).

Diese Rechtsprechung ist unter dem Aspekt der Interessen des Überlebenden an der Geheimhaltung seiner Verfügungen und an der Erhaltung des Familienfriedens kritisch zu sehen und dürfte den Testierenden in der Praxis auch schwer verständlich zu machen sein. Der BGH (BGHZ 90, 105, 109) ist aber davon ausgegangen, daß das Geheimhaltungsinteresse des Überlebenden keine von § 2273 Abs. 1 BGB abweichende Beurteilung rechtfertige, da der Gesetzgeber den Konflikt zwischen dem Unterrichtsbedürfnis der Erben und dem Geheimhaltungsinteresse des Überlebenden in § 2273 Abs. 1 BGB dahin gehend entschieden habe, daß nur die sonderungsfähigen Anordnungen des Überlebenden geheimzuhalten seien.

Diese durch die Rechtsprechung erfolgte Auslegung des Gesetzes, wonach auch die gegenstandslosen Verfügungen des Verstorbenen zu verkünden sind, ist schließlich **auch durch das BVerfG als grundrechtskonform gebilligt worden** (NJW 1994, 2535), wobei es zuvor schon die Vereinbarkeit des § 2273 Abs. 1 BGB mit Art. 14 Abs. 1 GG (Erbrechtsgarantie) und Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG (allgemeines Persönlichkeitsrecht) bejaht hatte.

Auch wenn diese Rechtsprechung in ihrer praktischen Auswirkung Kritik hervorrufen kann, so ist ihr (entgegen der von Langenfeld, a.a.O., vertretenen Auffassung) zuzubilligen, daß es bei § 2273 Abs. 1 BGB nicht darauf ankommt, ob sich die Anordnungen für den Erlebensfall von denen für den Fall des eingetretenen Vorversterbensfalls trennen lassen, sondern darauf, ob eine sprachliche und sonstige Sonderungsmöglichkeit von denen des überlebenden Ehegatten gegeben ist; ansonsten würde die Schnittstelle nicht, wie es § 2273 Abs. 1 BGB erfordert, zwischen den Verfügungen der Ehegatten bzw. Vertragschließenden, sondern zwischen den in der Verfügung geregelten Fallkonstellationen gelegt (so zu Recht Cypionka, DNotZ 1988, 723).

Wie schon vorher der BGH (BGHZ 91, 105, 110), so hat auch das BVerfG (NJW 1994, 2535) darauf hingewiesen, daß kein Zwang bestünde, in nicht sonderungsfähigen Verfügungen zu testieren, sondern daß es in den Händen der Testierenden läge, das Geheimhaltungsinteresse zu wahren, zumal sich jede angestrebte Regelung sowohl im gemeinschaftlichen Testament als auch im Erbvertrag durch getrennte und sonderungsfähige Erklärungen verfügen ließe.

Letztlich können dies die Ehegatten aber nur dadurch erreichen, daß sie statt der gemeinsamen Formulierung „der Überlebende setzt zu seinen Erben ein...“ **ihre jeweiligen Verfügungen trennen** und statt dessen Formulierungen wie: „Ich, die Ehefrau, setze für den Fall meines Überlebens zu Erben ein...“ und: „Ich, der Ehemann, setze für den Fall meines Überlebens zu Erben ein...“ wählen (Staudinger/Kanzleiter, a.a.O., § 2273 Rn. 8; vgl. dazu auch Bühler, BWNZ 1994, 66 f.).

Zwischenergebnis:

Die vollständige Eröffnung und Verkündung der (wenn auch zum Teil möglicherweise gegenstandslosen) letztwilligen Verfügung des erstverstorbenen Ehegatten bezieht bei einem gemeinschaftlichen Testament nur dann nicht die für seinen Überlebensfall getroffenen Verfügungen des anderen Ehegatten ein, wenn beide sprachlich getrennt formuliert wurden, die Verfügung des erstverstorbenen Ehegatten ohne Verweis auf die des anderen gestaltet wurde und auch ohne deren Kenntnis aus sich heraus verständlich ist. Da die Verfügungen der Ehegatten für ihren Überlebensfall im vorliegenden Fall nicht sprachlich voneinander getrennt waren, mußte das Testament nach dem Tod des vorverstorbenen Mannes vollständig eröffnet und verkündet werden, auch wenn seine für den Überlebensfall getroffene Verfügung mit seinem Tod hinfällig wurde.

2. Der Beteiligtenbegriff

Die weitere Frage ist, wer als „Beteiligter“ i. S. der §§ 2260, 2262 BGB über den Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments zu informieren ist.

„Beteiligte“ i. S. der §§ 2260, 2262 BGB sind neben den gesetzlichen Erben auch die „sonstigen Beteiligten“ (vgl. § 2260 Abs. 1 S. 2 BGB). Das sind Personen, denen durch die letztwillige Verfügung des Erblassers ein (wenn auch aufschiebend bedingtes oder befristetes) Recht gewährt oder genommen wird oder deren Rechtslage in sonstiger Weise unmittelbar durch die Verfügung beeinflusst wird (wie z. B. die Erben und Vermächtnisnehmer, der Testamentsvollstrecker, Empfänger von Auflagen, usw.; vgl. Palandt/Edenhofer, BGB, 56. Aufl. 1997, § 2260 Rn. 6).

Während diese sonstigen Beteiligten naturgemäß (insbesondere beim verschlossenen Testament) bis zur Eröffnung des Testaments nur schwer ermittelbar sind, so stellt sich doch regelmäßig nach Eröffnung des Testaments die Frage, welchen Personen gem. § 2262 BGB Kenntnis von dem sie betreffenden Inhalt des Testaments zu geben ist. Zunächst bleibt festzuhalten, daß absonderungsfähige Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten oder Erbverträgen nach § 2273 Abs. 1 BGB weder zu verkünden noch mitzuteilen sind (Staudinger/Kanzleiter, a.a.O., § 2262 Rn. 10). Wer durch eine solche Verfügung bedacht wurde, kann folglich alleine deswegen nicht zu den benachrichtigungspflichtigen Beteiligten gehören. Beteiligte bei einem gemeinschaftlichen Testament sind aber **auf jeden Fall die gesetzlichen Erben des Erstverstorbenen**. Der BGH (BGHZ 91, 105, 108) hat darauf hingewiesen, daß diesen (soweit sie bei Eröffnung des gemeinschaftlichen Testaments nicht anwesend gewesen seien) sämtliche Verfügungen des Verstorbenen mitzuteilen seien, da nur eine lückenlose Bekanntgabe der ganzen Verfügung des Erblassers sie in die Lage versetze, ihre Rechte wahrzunehmen (wie z. B. Prüfung eines Anfechtungsgrundes, Klärung der Testierfähigkeit des Erblassers oder Entscheidung, den Pflichtteil zu fordern).

Die von den gesetzlichen Erben des Erstverstorbenen ggf. abweichenden gesetzlichen Erben des Überlebenden sind grundsätzlich nicht von dem Inhalt der letztwilligen Verfügung des vorverstorbenen Ehegatten zu benachrichtigen. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn diese durch eine nicht

absonderungsfähige Verfügung zu Schlußerben des Längstlebenden eingesetzt wurden. Denn auch wenn ein sonstiger Dritter durch eine nicht sonderungsfähige Verfügung zum Schlußerben eingesetzt wurde, ist das gemeinschaftliche Testament nicht nur nach den oben genannten Grundsätzen auch insoweit zu eröffnen, sondern auch dem Schlußerben schon nach dem Tod des Erstverstorbenen bekanntzumachen, damit dieser seine Rechte wahrnehmen kann, soweit es nach der Formulierung des Testaments möglich erscheint, daß der Dritte nicht nur als Schlußerbe, sondern bereits als Nacherbe eingesetzt sein soll (dies wurde vom OLG Hamm OLGZ 1982, 136, 138, bejaht für die Formulierung: „Nach dem Tode des Letztlebenden sollen ... Erben ... sein“; anders aber in dem vom LG Stuttgart MittRhNotK 1994, 292 f. entschiedenen Fall, in dem ein gegenseitiger notarieller Erbvertrag die Formulierung: „Erbe des überlebenden Ehegatten...“ enthielt).

Der BGH hat in der Entscheidung vom 21.12.1977 (BGHZ 70, 173 ff.) ausgeführt, daß die in einem gegenseitigen Erbvertrag durch nicht sonderungsfähige Verfügungen der Vertragsparteien bestimmten **Schlußvermächtnisnehmer** nach dem Tod des zuerst verstorbenen Vertragsbeteiligten nicht über den sie betreffenden Teil des Erbvertrages zu unterrichten seien. Denn Zweck des § 2262 BGB sei es, den Personen, deren Rechtslage durch die von dem Erblasser in der Verfügung von Todes wegen getroffenen Bestimmungen **unmittelbar** beeinflusst wird, von dem sie betreffenden Inhalt zu informieren, um sie in den Stand zu setzen, das zur Wahrnehmung ihrer Interessen Zweckdienliche zu veranlassen. Da das Vermächtnis aber nur durch den Längstlebenden zugewandt sei, sei diese von dem erstverstorbenen Erblasser getroffene Anordnung gegenstandslos geworden, berühre die Rechtslage der genannten Personen also nicht, so daß diese folglich auch nicht als „Beteiligte“ i. S. des § 2262 BGB anzusehen seien.

Bei der Frage der Benachrichtigung wird also das Geheimhaltungsinteresse des überlebenden Ehegatten stärker geschützt als bei der Frage der Eröffnung des Testaments / Erbvertrages, da bei der Frage der Beteiligtenstellung die Gegenstandslosigkeit der Verfügung eine Rolle spielen kann. Dies muß auch als sachgerecht erachtet werden, da bei der Prüfung der Beteiligtenstellung nach § 2262 BGB anders als bei der Frage nach dem Umfang der zu verkündenden Verfügungen keine Bedenken gegen eine sachliche Prüfung durch das Gericht bestehen (vgl. Staudinger/Kanzleiter, a.a.O., § 2273 Rn. 6).

Ergebnis:

Da es sich im vorliegenden Fall um eine nicht sonderungsfähige Verfügung des überlebenden Ehegatten handelt, war das Testament in vollem Umfang zu eröffnen. Sind die eingesetzten Schlußerben gesetzliche Erben des erstverstorbenen Ehegatten, dann sind sie bereits nach dessen Tod über den Inhalt

des Testamentes und ihre Schlußerbeneinsetzung für den Fall des Todes des überlebenden Ehegatten zu informieren, auch wenn dadurch das Geheimhaltungsinteresse des überlebenden Ehegatten (und ggf. der Familienfrieden) gestört wird. Sind die Schlußerben nicht gesetzliche Erben des Erstverstorbenen, dann kann eine Benachrichtigung unterbleiben, wenn ausgeschlossen ist, daß die Endbedachten bereits als Nacherben berufen sein sollten.

BeurkG § 13; DONot § 30 Abs. 3 Handschriftliche Änderungen in einer notariellen Urkunde

I. Sachverhalt

Eine notariell beurkundete Teilungserklärung enthält handschriftliche Streichungen und Zusätze. Die Zusätze und Streichungen befinden sich mitten im Urkundstext und wurden vom Notar nicht besonders unterzeichnet. Der zuständige Grundbuchrechtspfleger hat die Teilungserklärung im Wege der Zwischenverfügung wegen der fehlenden Unterzeichnung der Zusätze beanstandet.

II. Frage

Müssen handschriftliche Streichungen und Zusätze in einer notariellen Urkunde gesondert unterzeichnet werden?

Kann das Grundbuchamt Verstöße gegen § 30 DONot beanstanden?

III. Rechtslage

1. Das Verfahren bei der Beurkundung von Willenserklärungen bestimmt sich grundsätzlich nach den §§ 8 ff. BeurkG. Das BeurkG regelt jedoch selbst nicht, wie Änderungen während der Beurkundung zu dokumentieren sind. Dieses bestimmt sich vielmehr nach **§ 30 Abs. 3 DONot**. § 30 DONot gilt für nicht geringfügige Änderungen vor Abschluß einer Niederschrift in einer notariellen Urkunde. Im Umkehrschluß zu § 30 Abs. 3 DONot ergibt sich, daß **geringfügige Änderungen, die während der Beurkundung in der notariellen Urkunde vorgenommen werden, nicht besonders zu kennzeichnen sind. Ob eine Änderung geringfügig ist, entscheidet nicht ihr Umfang, sondern ihre Bedeutung im konkreten Fall** (Huhn/v. Schuckmann, BeurkG, 3. Aufl. 1995, § 30 DONot Rn. 6; Seybold/Schippel, BNotO, 6. Aufl. 1995, § 30 DONot Rn. 10; Weingärtner, DONot, 7. Aufl. 1995, § 30 Rn. 460). **Geringfügige Änderungen** sind insbesondere die Verbesserung einer falschen Schreibweise, die Streichung eines doppelt geschriebenen Wortes oder die nachträgliche Berichtigung der falschen Schreibweise eines Mädchennamens (HansOLG DNotZ 1951, 422). **Nicht geringfügig** sind alle Änderungen, die sich auf den Inhalt der Urkunde auswirken oder auswirken können (Weingärtner, a.a.O., § 30 Rn. 460). In der beanstandeten Urkunde war das Wort „vier“ handschriftlich durchgestrichen und durch das Wort „drei“ ersetzt sowie der Teilsatz „und Sondernutzung ...“ handschriftlich ergänzt. Nach den vorstehend dargestellten Grundsätzen waren diese Änderungen nicht geringfügige Ergänzungen bzw. Streichungen, für die § 30 Abs. 3 DONot gilt. Da sich die Streichungen bzw. Ergänzungen inmitten des Urkundstextes befinden, handelt es sich um einen **Randvermerk im Sinne des § 30**

Abs. 3 DONot, der vom beurkundenden Notar besonders zu unterzeichnen ist (Seybold/Schippel, a.a.O., § 30 DONot Rn. 11; Huhn/v. Schuckmann, a.a.O., § 30 DONot Rn. 7). Gegen die Anwendung des § 30 Abs. 3 DONot kann u. E. auch nicht eingewandt werden, daß der Urkundstext vor Abschluß der Beurkundung durch einen neuen Computer-Ausdruck ohne unterschriftlichen Zusatz hätte geändert werden können. Sinn des § 30 Abs. 3 DONot ist es, die Zweifel an der Urheberschaft des Ausstellers auszuräumen, die sich daraus ergeben, daß der handschriftliche Zusatz im Schriftbild vom übrigen Urkundstext abweicht. Daher ist § 30 Abs. 3 S. 1, 2. Alternative DONot gerade auf den Fall anwendbar, daß zwischen die Zeilen des fortlaufenden maschinengeschriebenen Textes handschriftliche Änderungen angebracht werden (vgl. Weingärtner, a.a.O., § 30 DONot Rn. 461). Im vorliegenden Fall fehlt die erforderliche besondere Unterzeichnung.

2. Fraglich ist, **welche Rechtsfolge der Verstoß gegen die Sollvorschrift des § 30 Abs. 3 DONot** hat und inwieweit der zuständige Grundbuchrechtspfleger diesen Verstoß beanstanden kann. Der BGH hat in den Entscheidungen vom 22.02.1956 (Rpfler 1956, 110 ff. = BB 1956, 542 ff.) und vom 15.04.1994 (NJW 1994, 2768 f.) festgestellt, daß der Verstoß gegen die Sollvorschrift des § 30 Abs. 3 DONot die volle Beweiskraft der notariellen Urkunde (§ 415 ZPO) gem. § 419 ZPO einschränkt. Der Verstoß gegen § 30 Abs. 3 DONot begründet Zweifel an der Echtheit der Ausstellerschaft und der Wahrheit der Erklärung (Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 4. Aufl. 1991, § 29 GBO Rn. 82; OLG Hamm Rpfler 1957, 113). Im zivilprozessualen Bereich führt dieser Urkundsmangel gem. § 419 ZPO dazu, daß der Inhalt der Urkunde gem. § 419 ZPO der freien Beweiswürdigung durch das Prozeßgericht unterliegt (MünchKomm-Schreiber, ZPO, 1992, § 419 Rn. 4; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 54. Aufl. 1996, § 419 Rn. 3). Dem Grundbuchrichter bzw. -rechtspfleger steht jedoch die Möglichkeit einer richterlichen Beweisermittlung nicht zur Verfügung. **In der Literatur wird daher vertreten, daß der Rechtspfleger jede Urkunde beanstanden müsse, die nicht den gesetzlichen Formvorschriften entspricht** (Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, a.a.O., § 29 Rn. 82). Demgegenüber vertritt das OLG Hamm in einer Entscheidung vom 31.10.1956 (Rpfler 1957, 113, 114) die Auffassung, daß das Grundbuchamt die nicht formgerechte Urkundenänderung nur dann beanstanden dürfe, wenn begründete Zweifel vorlägen, ob die Änderung nachträglich vorgenommen worden sei.

3. Nach dem vorstehend Gesagten war der Grundbuchrechtspfleger im vorliegenden Fall jedenfalls dann zur Beanstandung der nicht formgerechten Änderungen in der Teilungserklärung befugt, wenn er begründete Zweifel hatte, ob die Änderungen nachträglich vorgenommen wurden. Unseres Erachtens könnten Zweifel an der Authentizität der handschriftlichen Änderungen durch eine Eigenurkunde (Feststellung) beseitigt werden. Zur Vermeidung von Beanstandungen empfiehlt es sich, handschriftliche Änderungen gem. § 30 Abs. 3 DONot stets besonders zu unterzeichnen.

Gutachten im Fax-Abruf

Zur Funktionsweise des Fax-Abruf-Pools dürfen wir auf die beiliegende Gebrauchsanweisung verweisen.

BGB § 313

Beurkundungsbedürftigkeit eines Gesellschaftsvertrages, bei dem Gegenstand des Unternehmens der Erwerb einer bestimmten Immobilie ist, aber keine ausdrückliche Erwerbsverpflichtung im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist.

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1316

BGB § 1090

Beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten der Europäischen Union

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1118

Internationales Privatrecht:

EGBGB Art. 25

Italien, Testamenterrichtung, Pflichtteilsrecht

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1412

Internationales Privatrecht:

Übertragung eines Miteigentumsanteils an spanischem Grundbesitz auf den Ehepartner

Dokumentennr. Fax-Abruf: 1413

Rechtsprechung

BGB § 138; VermG § 3

Sittenwidrigkeit eines Grundstückskaufvertrages

Von einem besonders groben Mißverhältnis, das zur Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes nach § 138 BGB führt, kann dann ausgegangen werden, wenn der Verkehrswert eines Grundstücks annähernd doppelt so hoch ist wie der Kaufpreis. Erreicht die Überhöhung dieses Maß nicht ganz, treten aber weitere nachteilige Vertragsbedingungen hinzu, kann ein besonders grobes Mißverhältnis ebenfalls bejaht werden.

(Leitsatz der Redaktion)

BGH, Urt. v. 09.10.1996 - VIII ZR 233/95

Kz.: L I 1 - § 138 BGB

Dokumentennr. Fax-Abruf: 528

Problem

Der BGH hat bekanntlich in ständiger Rechtsprechung entschieden, daß ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, wenn ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht und der begünstigte Teil aus verwerflicher Gesinnung handelt (BGH WM 1980, 597). Ob ein derartiges Mißverhältnis vorliegt, bestimmt sich nach dem objektiven Wert von Leistung und Gegenleistung (BGH WM 1987, 1224; BGH WM 1985, 948). Ist das Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besonders kraß, so kann der Schluß auf die bewußte oder grob fahrlässige Ausnutzung eines den Vertragspartner hemmenden Tatumstandes und damit DNotI-Report 2/1997 · Januar 1997

auch auf eine verwerfliche Gesinnung gerechtfertigt sein. In diesen Fällen kann bereits bei Vorliegen des objektiven Tatbestandes im Sinne einer tatsächlichen Vermutung auf das Vorliegen des subjektiven Tatbestandes geschlossen werden (BGH WM 1992, 441). Nach der ständigen Rechtsprechung kann von einem **besonders groben Mißverhältnis im Bereich des Grundstücksverkehrs und damit von der Sittenwidrigkeit ausgegangen werden, wenn der Verkehrswert eines Grundstücks annähernd doppelt so hoch ist wie der Kaufpreis.**

Im vorliegenden Fall ging es um die Frage der Sittenwidrigkeit **der Abtretung eines Rückübertragungsanspruchs** nach dem VermG. Das Berufungsgericht hatte es dahingestellt sein lassen, welchen Wert das Grundstück hatte. Das zur Sittenwidrigkeit führende krasse Mißverhältnis ergebe sich aus der konkreten Ausgestaltung des Kaufvertrages, der die Beklagten durch eine Vielzahl von Vertragsbestimmungen zu Lasten der Klägerin im höchsten Maße einseitig begünstige.

Entscheidung

Der BGH hat die Entscheidung des OLG Dresden aufgehoben. Die Feststellung des Berufungsgerichts trage die Annahme eines wucherähnlichen Geschäftes nicht. Ohne die Feststellung eines besonders groben Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung, das allein nach dem objektiven Wert der Leistung zu beurteilen sei, greife nach Auffassung des BGH die tatsächliche Vermutung in bezug auf die subjektiven Tatbestandsmerkmale des § 138 BGB nicht ein. Lagen lediglich eine Vielzahl von Vertragsbedingungen vor, die einen Vertragspartner benachteiligten, gelte diese Vermutung entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht. Der BGH weist darauf hin, daß, wenn ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung nicht gegeben sei, ein wucherähnliches Geschäft nur dann in Betracht komme, wenn zu der Ausnutzung einer Zwangslage, der Unerfahrenheit, des mangelnden Urteilsvermögens oder einer erheblichen Willensschwäche weitere sittenwidrige Umstände hinzutreten würden. **Allein aus den Vertragsbestimmungen könne man nicht auf eine verwerfliche Gesinnung der Beklagten und damit auf die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäftes schließen.** Der BGH hat deshalb die Sache an das Berufungsgericht zur weiteren Aufklärung (insbesondere des Verkehrswertes) zurückverwiesen.

BNotO §§ 19, 24

Haftung des Notars bei fehlerhafter notarieller Verwahrung

Ist das an Kapitalanleger gerichtete Schreiben eines Notars dahin zu verstehen, bei ihm seien ausreichende Sicherheiten hinterlegt, darf der Empfänger regelmäßig davon ausgehen, daß die Hinterlegung den Anforderungen entspricht, die an ein ordnungsgemäßes notarielles Verwahrungsgeschäft zu stellen sind.

Wendet sich ein Notar auf Ersuchen einer Kapitalanlagegesellschaft mit einer Erklärung über hinterlegte Sicherheiten gezielt an potentielle Anleger, um diesen eine Grundlage für bedeutsame Vermögensentscheidungen zu

geben, so können auch die Empfänger der Erklärung Auftraggeber im Sinn von § 19 Abs. 1 S. 2 Halbs. 2 BNotO sein.

BGH, Urt. v. 21.11.1996 - IX ZR 182/95
Kz.: L III 1 - § 24 BNotO

Dokumentennr. Fax-Abruf: 529

Problem

Gegenstand der vorliegenden Entscheidung war die Beteiligung eines Notars an einem **fehlgeschlagenen Kapitalanlagegeschäft**. Der Anleger schloß mit einer Kapitalanlagegesellschaft einen Treuhandvertrag, in dem u. a. bestimmt war, daß „zusätzlich durch einen deutschen Rechtsanwalt und Notar eine Erklärung zu den hinterlegten Sicherheiten abgegeben wird“. Daraufhin zahlte der klagende Anleger einen Betrag von 255.000,- DM auf das Konto der Gesellschaft. Vor der Zahlung erhielt er eine Kopie der vom Notar unterzeichneten „Erklärung der hinterlegten Sicherheiten“. In dieser Erklärung bestätigte der beklagte Notar, „daß zur Absicherung der übergebenen Anlagegelder ausreichende Sicherheiten hinterlegt wurden“. Die „Hinterlegung“ bestand darin, daß die eingezahlten Anlagebeträge in Schließfächern von Banken hinterlegt wurden. Der beklagte Notar sollte bis zum Ablauf einer Anlauffrist von einem Jahr nur gemeinsam mit dem Hinterleger und einem Rechtsanwalt und Notar T. aus G., nach Ablauf des Anlagejahres allein, Zugang zu dem Schließfach haben. Nach Eröffnung des Konkursverfahrens über die Anlagegesellschaft stellte sich heraus, daß die Schließfächer leer waren. Nach dem Hauptgesellschafter der Anlagegesellschaft wird von Interpol gefahndet. Es war nun fraglich, ob der Notar den Anlegern auf Schadensersatz haftet.

Entscheidung

Der BGH weist zunächst darauf hin, daß **die abgegebene Erklärung eine notarielle Amtshandlung** und nicht eine Handlung des Beklagten in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt darstelle. Zwar habe der Beklagte seiner Erklärung keine Notarsiegel beigefügt, hieraus könne allerdings nicht der Schluß gezogen werden, der Anwaltsnotar sei in dieser Sache als Anwalt tätig geworden. **Ein Anwaltsnotar handele in seiner Eigenschaft als Notar, wenn nach den objektiven Umständen, insbesondere der Art der Tätigkeit, eine Aufgabe zu erfüllen sei, die in den Bereich notarieller Amtstätigkeit falle** (BGH WM 1996, 30; OLG Hamm DNotZ 1977, 49). Der BGH weist weiter darauf hin, daß der beklagte Notar den Eindruck erweckt habe, er habe ein notarielles Verwahrungsgeschäft übernommen. Nach Auffassung des BGH hat der Beklagte gegen seine Amtspflichten verstoßen, da die Durchführung des Verwahrungsgeschäftes den Bestimmungen der DONot deshalb widersprach, weil der Beklagte nicht Alleinbesitz an dem Banksafe erworben hatte, in welchem die Sicherheiten deponiert wurden. § 12 Abs. 2 S. 8 DONot erlaube die gesonderte Aufbewahrung von Geldbeträgen in besonderen Hüllen, falls der Hinterleger die gesonderte Aufbewahrung schriftlich verlange. Der Notar habe das Geld mithin in einem eigenen Schließfach der Bank oder in seinem Büro feuer- und diebstahlsicher aufzubewahren. Verwahre er die Gegenstände in einem Bankschließfach, habe er dieses auf seinen Namen zu mieten und unmittelbaren Alleinbesitz zu erwerben. Alles andere ist nach Auffassung des BGH mit dem auch in § 12 Abs. 2 S. 2 DONot zum Ausdruck kommenden

Grundsatz der persönlichen Amtsausübung nicht vereinbar. Diesen Anforderungen hat die Verwahrung durch den beklagten Notar nicht genügt, so daß der BGH eine Amtspflichtverletzung bejahte. Er ließ dahingestellt, ob der Beklagte mit seiner Erklärung nicht auch gegen die sich aus § 14 Abs. 2 BNotO ergebende Amtspflicht verstoßen habe, „dem Unrecht zu wehren“. Das Berufungsgericht war der Auffassung, daß die mangelnde Seriosität des Geschäftes bereits aus der wirtschaftlichen Unsinnigkeit, der erkennbaren Unklarheit der Gewinnrealisierung und der dubiosen Erklärung zur Herkunft der hinterlegten Gelder sowie der nicht erkennbar gewährleisteten Sicherheit dieser Gelder offenbar war.

BGB §§ 2346, 130 Abs. 2, 153 Pflichtteilsverzichtsvertrag

Ein Pflichtteilsverzichtsvertrag kann nur zu Lebzeiten des Erblassers wirksam geschlossen werden.

BGH, Urt. v. 13.11.1996 - IV ZR 62/96
Kz.: L I 1 - § 2346 BGB

Dokumentennr. Fax-Abruf: 530

Problem

Mit notarieller Urkunde vom 19.12.1990 bot die Erblasserin der Klägerin den Abschluß eines Pflichtteilsverzichtsvertrages an. Am 04.01.1991 unterschrieb die Klägerin den ihr angebotenen Pflichtteilsverzichtsvertrag, um damit ihre Annahme auszudrücken; ihre Unterschrift wurde von einem österreichischem Notar beglaubigt. Nachdem der Erbfall eingetreten war, erklärte die Klägerin noch am 21.02.1991 zu Protokoll eines österreichischen Notars die Annahme des Pflichtteilsverzichtsvertrages.

Entscheidung

Der BGH weist zunächst darauf hin, daß die Erblasserin als österreichische Staatsangehörige nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB nach ihrem Heimatrecht beerbt werde. Da sie aber in ihrem Testament nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB für das im Inland belegene unbewegliche Vermögen eine Rechtswahl getroffen habe, gelte insofern deutsches Erbrecht. Obwohl es aufgrund dieser Rechtswahl zu einer Nachlaßspaltung komme, schließe dies eine materiell-rechtliche einheitliche Beurteilung des Pflichtteilsrechtes hier nicht aus, weil es um die gleichen Personen gehe und die Erblasserin über ihr gesamtes Vermögen letztwillig verfügt habe. Das Erbstatut sei auch für die hier streitigen Fragen zum Zustandekommen eines Pflichtteilsverzichtsvertrages heranzuziehen. Der BGH entscheidet sodann, daß ein Pflichtteilsverzichtsvertrag ein Rechtsgeschäft betreffe, das seinem Gegenstand und seiner Eigenart nach nur mit dem Erblasser **zu dessen Lebzeiten** abgeschlossen werden könne, aber nicht mehr nach seinem Tode. Mit dem Tod der Erblasserin bestehe nämlich ein Pflichtteilsrecht, auf das die Klägerin hätte verzichten können, nicht mehr. Vielmehr habe die Klägerin bereits einen Anspruch auf ihren Pflichtteil. Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsanspruch seien in verschiedener Hinsicht voneinander zu unterscheiden. Der BGH lehnt auch eine ergänzende Auslegung oder Umdeutung des Angebotes der Erblasserin als Angebot auf Abschluß eines Erlaßvertrages bezüglich des mit dem Erbfall entstandenen Pflichtteilsanspruchs ab.

GrEStG § 1; UmwG § 1 Grunderwerbsteuer bei Umwandlungen nach neuem Umwandlungsgesetz

Es bestehen keine ernstlichen Zweifel daran, daß die formwechselnde Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft mangels Rechtsträgerwechsels nicht der Grunderwerbsteuer unterliegt.

BFH, Beschl. v. 04.12.1996 - II B 116/96

Kz.: L IX 3 - § 1 GrEStG

Dokumentennr. Fax-Abruf: 531

Problem

Das neue UmwG hat bekanntlich die zum alten Umwandlungsrecht geltende Unterscheidung zwischen sog. formwechselnder und übertragender Umwandlung aufgegeben und einheitlich in § 202 Abs. 1 Ziff. 1 UmwG geregelt, daß der formwechselnde Rechtsträger in der im Umwandlungsbeschluß bestimmten Rechtsform weiterbesteht. Das UmwG geht also von der Kontinuität des Rechtsträgers aus, der nur seine Identität ändert. Eine Übertragung, wie etwa bei der früheren übertragenden Umwandlung von einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft, findet nach neuer Dogmatik nicht mehr statt (vgl. Neye/Limmer/Frenz/Harnacke, Handbuch der Unternehmensumwandlung, 1996, S. 478 f.). Trotz dieser zivilrechtlichen Vorgabe ging die **Finanzverwaltung weiterhin davon aus, daß die formwechselnde Umwandlung von einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft und umgekehrt der Grunderwerbsteuer unterliege** (vgl. Finanzministerium Baden-Württemberg, BB 1995, 82; Bayerisches Staatsministerium der Finanzen, DB 1995, 1685; ähnlich Thiel, DB 1995, 1196). Die Finanzverwaltung folgerte aus den Vorschriften der §§ 5-7 GrEStG, daß wegen der Veränderung der Eigentumsform (Alleineigentum der Kapitalgesellschaft, Gesamthandseigentum der Mitglieder einer Personenhandels-gesellschaft) eine formwechselnde Umwandlung von einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft der Grunderwerbsteuer unterliege. Die Literatur ist dieser Auffassung weitgehend entgegengetreten und hat die Grunderwerbsteuerpflicht abgelehnt (vgl. Pahlke/Franz, GrEStG, 1996, § 1 Rn. 22 f.; Neye/Limmer/Frenz/Harnacke, a.a.O., S. 713 f.).

Entscheidung

In einem Verfahren eines Antrages auf Aussetzung der Vollziehung hat der **BFH** entschieden, daß **wegen der zivilrechtlichen Vorgaben die formwechselnde Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft mangels Rechtsträgerwechsels nicht der Grunderwerbsteuer unterliege**. Es komme nach dem neuen Konzept des Formwechsels weder zu einer Gesamtrechtsnachfolge eines Rechtsträgers in das Vermögen eines anderen noch zur Übertragung der einzelnen Vermögensgegenstände. Die formwechselnde Umwandlung werde durch das Prinzip der Identität des Rechtsträgers, der Kontinuität seines Vermögens und der Diskontinuität seiner Verfassung bestimmt. An dieser zivilrechtlichen Kontinuität des Rechtsträgers ändere sich auch nicht etwa dadurch etwas, daß der neue Rechtsträger, wie im Falle des Wechsels einer Kapitalgesellschaft in eine Personenhandels-

gesellschaft, nicht selbst Träger des Unternehmensvermögens sei, dieses vielmehr seinen Gesellschaftern zur gesamten Hand zustehe. Es bestünden daher keine ernstlichen Zweifel daran, daß das Grunderwerbsteuerrecht den zivilrechtlichen Vorgaben des Umwandlungsrechts mangels ausdrücklich anders lautender Vorschriften folgen müsse. Der Auffassung der Finanzverwaltung sei insofern nicht zu folgen.

Aktuelles

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Baugesetzbuches und zur Neuregelung des Rechts der Raumordnung (Bau- und Raumordnungsgesetz 1998; BT-Drs. 13/6392)

Dokumentennr. Fax-Abruf: 120

Das BauGBMaßG und § 246 a BauGB sind bis 31.12.1997 befristet. Zum 01.01.1998 soll deshalb ein überarbeitetes BauGB in Kraft treten. Nach umfangreichen Vorarbeiten durch eine Expertenkommission (vgl. hierzu Dolde, NVwZ 1996, 209; Stuehr, DVBl 1996, 177; Wagner, DVBl 1996, 704) liegt nun ein Regierungsentwurf vor. Ziel dieses neuen BauGB sind die Integration des Maßnahmengesetzes in das BauGB und die strukturelle Vereinfachung des Bauplanungsrechts. Für die notarielle Praxis von Bedeutung sind die Übernahme des städtebaulichen Vertrages (bislang § 6 BauGBMaßG) in das BauGB und die Zusammenführung der Vorkaufsrechte. Die bisherigen unterschiedlichen Regelungen für die beim Kauf von Grundstücken den Gemeinden zustehenden Vorkaufsrechte in den §§ 24-28 BauGB einerseits und dem § 3 BauGBMaßG andererseits sollen zusammengefaßt und soweit wie möglich vereinheitlicht werden. Ebenso sollen die unterschiedlichen Regelungen für die Bemessung der Entschädigung bei Ausübung des Vorkaufsrechts (insbesondere Verkehrswert) vereinheitlicht werden. Für die Praxis von großer Bedeutung ist der Vorschlag, daß **die Teilungsgenehmigung nach §§ 19 ff. BauGB nach dem Entwurf vollständig entfallen soll**. Lediglich für besondere Veranstaltungsgebiete (Umlegung, Sanierung, Entwicklung) soll die gemeindliche Kontrolle von Teilungsvorgängen beibehalten werden.

Zentrales Testamentsregister in der Schweiz

Der schweizerische Notarverband unterhält seit wenigen Jahren ein zentrales Testamentsregister, in dem die Errichtung von letztwilligen Verfügungen u. a. registriert wird. Die Adresse lautet:

Thunstraße 73
3000 Bern 16

Neben allgemeinen personenbezogenen Daten wie Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit, Name, Vorname, Name des Vaters und Adresse sind dem Testamentsregister die Testamentsform (Erbvertrag, gemeinschaftliches Testament, Testament), das Verfügungsdatum und die Aufbewahrungsstelle mitzuteilen. Für die Registrierung der Errichtung einer letztwilligen Verfügung erhebt das Register eine Gebühr von Sfr 60,-. Auskunft erteilt das Register über die Errichtung einer letztwilligen Verfügung gegen Vorlage einer amtlichen Todesbescheinigung.

Literaturhinweise

Lutter, Markus (Hrsg.), UmwG, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1996, 2573 Seiten, DM 295,-

Neben den „Praktikerkommentaren“ liegt nunmehr mit dem „Lutter“ der erste Kommentar zum UmwG vor, der eine wissenschaftlich vertiefte Behandlung der zahlreichen Fragen liefert. Eine Vielzahl von bekannten Gesellschaftsrechtlern aus Wissenschaft und Praxis haben an diesem Werk mitgearbeitet, das durch seine Informationsvielfalt und dogmatische Durchdringung der Materie besticht. Trotz der hohen Reglungsdichte - dies zeigen die Erfahrungen mit dem neuen Umwandlungsrecht - bleiben eine Vielzahl von Fragen offen, häufig sind die dogmatischen Grundstrukturen zweifelhaft. Hier schafft der „Lutter“ Abhilfe. Er gehört daher in jede Bibliothek eines mit Umwandlungsfragen befaßten Praktikers.

Notar a. D. Dr. Peter Limmer

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
e-mail: dnoi@t-online.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. 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.

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 9444, 97094 Würzburg,
Tel.: 09 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333