

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

14. Jahrgang
Juli 2006
ISSN 1434-3460

14/2006

Mit Beilage BNotK-Intern

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

HGB §§ 12 Abs. 2 S. 2, 161; GBO § 35 Abs. 1 S. 2; BGB §§ 2353 ff.; HGB §§ 161, 177 – Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Handelsregister bei notariellem Testament mit Erbeinsetzung der „Kinder“ ohne deren namentliche Bezeichnung

BGB §§ 890 Abs. 2, 1131; ErbbauVO § 11 – Zuschreibung eines Grundstücks zu einem Erbbaurecht als Bestandteil, wenn das zuzuschreibende Grundstück selbst mit dem Erbbaurecht belastet ist

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB § 2039 S. 1; ZPO § 767 – Prozessführungsbefugnis eines Miterben für zum Nachlass gehörende Ansprüche gilt auch für Vollstreckungsgegenklage

GBO §§ 29, 53; BGB § 129; BeurkG §§ 39, 40; ZPO § 440 Abs. 2 – Grundbuchtaugliche Unterschriftsbeglaubigung trotz nachträglicher Ergänzung des Textes über der Unterschrift

BeurkG §§ 53, 54c Abs. 3; BNotO § 15 Abs. 2; BGB § 323 – Einseitiger Widerruf der Vollzugsanweisung bei strittigem Rücktritt unbeachtlich

Literatur

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

HGB §§ 12 Abs. 2 S. 2, 161; GBO § 35 Abs. 1 S. 2; BGB §§ 2353 ff.; HGB §§ 161, 177
Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Handelsregister bei notariellem Testament mit Erbeinsetzung der „Kinder“ ohne deren namentliche Bezeichnung

I. Sachverhalt

In einem notariell beurkundeten gemeinschaftlichen Testament setzte der Erblasser seine Ehefrau und die gemeinsamen „Kinder, ersatzweise deren Abkömmlinge“, als Erben ein, ohne die Namen der Kinder im Testament ausdrücklich zu nennen. Im Rahmen der testamentarischen Teilungsanordnungen wies der Erblasser seiner Ehefrau unter anderem einen Kommanditanteil an einer GmbH & Co. KG zu. Außerdem ordnete er Testamentsvollstreckung an.

Der Testamentsvollstrecker des Erblassers, die Komplementär-GmbH und alle Kommanditisten (letztere zugleich als Erben) meldeten beim Handelsregister zur Eintragung an, dass der Kommanditanteil auf die Ehefrau übergegangen sei. Als Nachweis wurde eine beglaubigte Abschrift des notariellen Testaments samt Eröffnungsprotokoll des Nachlassgerichtes (sowie das Testamentsvollstreckerzeugnis) vorgelegt.

Das Registergericht verlangt die Vorlage eines Erbscheins mit der Begründung, dass sich die Namen der Erben nicht aus dem notariellen Testament ergeben.

II. Frage

Genügt zum Nachweis der Erbfolge das notariell beurkundete Testament samt Eröffnungsprotokoll des Nachlassgerichtes oder ist ein Erbschein erforderlich, weil die als Miterben eingesetzten Kinder im Testament nicht namentlich bezeichnet sind?

III. Zur Rechtslage

1. „Zwischeneintragung“ der Erben im Handelsregister

a) Rechtsnachfolge in den Kommanditanteil

Nach der gesetzlichen Regelung des § 177 HGB geht der Kommanditanteil des Erblassers auf dessen Erben über, sofern der Gesellverschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft nichts anderes regelt. Der Kommanditanteil ging daher hier zunächst auf die Erben über – und zwar nicht in Erbengemeinschaft, sondern im Wege der Sondererbfolge, da die Erbengemeinschaft nach h. M. als solche nicht rechtsfähig ist (BGH DNotI-Report 2002, 166 = NJW 2002, 3389) und nicht Mitglied einer Personengesellschaft sein kann (Baumbach/Hopt, HGB, 32. Aufl. 2006, § 177 Rn. 3).

Der Erblasser hat den Kommanditanteil seiner Ehefrau durch Teilungsanordnung zugewiesen. Zur Erfüllung der Teilungsanordnung ist eine rechtsgeschäftliche Übertragung auf die Ehefrau erforderlich.

b) Zwischenerwerb der Erben muss ebenfalls eingetragen werden

Dabei kann nicht unmittelbar der Übergang des Kommanditanteils auf die Ehefrau im Handelsregister eingetragen werden, sondern es ist vielmehr zunächst die Zwischeneintragung der Erben erforderlich. Gem. §§ 107, 143 Abs. 2, 161 Abs. 2, 162 Abs. 1 und 3 HGB sind der Eintritt eines Kommanditisten in eine bestehende Gesellschaft unter Angabe des Betrages der Einlage und das Ausscheiden eines Kommanditisten anzumelden und in das Handelsregister einzutragen. Auch soweit ein Kommanditistenwechsel aufgrund einer Gesamt- oder Sonderrechtsnachfolge stattfindet, ist dieser Vorgang anzumelden und einzutragen.

Dies gilt auch bei **mehreren Gesamt- oder Sonderrechtsnachfolgen in unmittelbarer zeitlicher Abfolge**. Wenn im Handelsregister noch der Rechtsvorgänger eines Kommanditisten eingetragen ist, der seinerseits durch Tod oder durch Übertragung seines Kommanditanteils inzwischen aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, so kann der Gesamt- oder Sonderrechtsnachfolger des zuletzt Ausgeschiedenen erst nach der **Zwischeneintragung seines Rechtsvorgängers** im Handelsregister eingetragen werden (KG FGPrax 2003, 42 = KG-Report 2003, 67 = ZNotP 2003, 112; KG DNotZ 2001, 408 = NJW-RR 2000, 1704; Keidel/Krafka/Willer, Registerrecht, 6. Aufl. 2003, Rn. 751). Begründet wird dies zum einen damit, dass die vorgenannten gesetzlichen Bestimmungen – anders etwa als § 40 GBO für das Grundbuch – Ausnahmen insoweit nicht vorsehen. Zum anderen wird auf den Zweck des Handelsregisters verwiesen, die die Gesellschaft betreffenden einzutragenden Tatsachen – insbesondere ihre Haftungsverhältnisse – zuverlässig und vollständig, also insbesondere auch lückenlos, wiederzugeben (KG DNotZ 2001, 408, 409 = NJW-RR 2000, 1704; OLG Hamm NJW-RR 1993, 807, 808).

2. Nachweis der Erbfolge (§ 12 Abs. 2 S. 2 HGB)

a) Grundsätzlich Erbschein zum Nachweis der Erbfolge auch gegenüber Handelsregister erforderlich

Nach § 12 Abs. 2 S. 2 HGB haben Rechtsnachfolger „die Rechtsnachfolge soweit tunlich durch öffentliche Urkunden nachzuweisen.“

Zum Nachweis der Erbfolge führt das **Kammergericht** zusammenfassend in einer Entscheidung aus dem Jahr 2000 aus: „Die Erbfolge ist daher regelmäßig durch Erbschein (§ 2353 BGB) nachzuweisen, soweit sie auf gesetzlicher Erbfolge oder auf einer privatschriftlichen Verfügung von Todes wegen beruht. (...) Beruht die Erbfolge auf einer letztwilligen Verfügung in öffentlicher Urkunde, so kann das Registergericht (in Anlehnung an § 35 Abs. 1 GBO) diese zusammen mit der Niederschrift über deren Eröffnung nach pflichtgemäßem Ermessen als ausreichend ansehen, sofern die letztwillige Verfügung keine Auslegungsschwierigkeiten bereitet. Der Nachweis durch öffentliche Urkunden kann auch dann untunlich sein, wenn sich die Rechtsnachfolge aus den Akten des Registergerichts selbst oder aus bei demselben Gericht geführten Nachlassakten ergibt. In solchem Fall genügt die Bezugnahme des Anmeldenden auf diese Akten. Das Registergericht ist jedoch in keinem Fall verpflichtet, sich selbst ein Urteil über die Erbfolge zu bilden, sofern diese auch nur zweifelhaft ist. Denn die gerichtliche Prüfung der Erbfolge fällt in den Kompetenzbereich des Nachlassgerichts, das hierüber im Erbscheinsverfahren nach den dort geltenden Bestimmungen zu befinden hat“ (KG DNotZ 2001, 408, 410 = DNotI-Report 2000, 178 = DB

2000, 2011 = FGPrax 2000, 249 = MittRhNotK 2000, 397 = NJW-RR 2000, 1704 = ZEV 2001, 72).

Ähnlich entschied bereits die frühere **Rechtsprechung**, auf die sich das KG beruft (OLG Hamburg NJW 1966, 986; BayObLG DB 1978, 79 = Rpfleger 1977, 321; BayObLGZ 1983, 176, 179 = DB 1983, 2026 = DNotZ 1984, 44 = MittBayNot 1983, 179 = Rpfleger 1983, 442 = WM 1983, 1092; OLG Hamm MittRhNotK 1986, 128 = Rpfleger 1986, 139; OLG Frankfurt/Main NJW-RR 1994, 10 = OLG-Report 1993, 300 = Rpfleger 1994, 67), und ähnlich argumentieren auch neuere Entscheidungen (OLG Köln DNotZ 2005, 555 = FamRZ 2005, 640 = JMBI NW 2005, 47 = NZG 2005, 37 = RNotZ 2004, 590 = Rpfleger 2005, 145).

Auch die **Literatur** hält grundsätzlich einen Erbschein für erforderlich; entsprechend § 35 Abs. 1 S. 2 GBO genüge jedoch auch die Vorlage eines notariellen Testamentes samt Eröffnungsniederschrift, sofern keine Auslegungsschwierigkeiten bestünden (Baumbach/Hopt, § 12 Rn. 5; Schaub, in: Ebenroth/Boujong/Joost, HGB, 2001, § 12 HGB Rn. 159 ff., 163; Keidel/Krafka/Willer, Rn. 128; MünchKomm-Krafka, HGB, 2. Aufl. 2005, § 12 Rn. 40; Schlegelberger/Hildebrandt/Steckhahn, HGB, 5. Aufl. 1973, § 12 Rn. 18 f.; Staub/Hüffer, HGB, 4. Aufl., § 12 Rn. 25 f.).

Dabei ist das Verlangen nach Vorlage eines Erbscheins nicht wegen des damit verbundenen Zeit- und **Kostenaufwands** „untunlich“ i.S.d. § 12 Abs. 2 S. 2 HGB (KG DNotZ 2001, 408 = DNotI-Report 2000, 178 = NJW-RR 2000, 1704; OLG Köln DNotZ 2005, 555; Baumbach/Hopt, § 12 HGB Rn. 5). Nach wohl h.M. fällt für die Erteilung des Erbscheins die volle Gebühr nach § 107 Abs. 1 KostO an, auch wenn er lediglich für eine Eintragung im Handelsregister benötigt wird; § 107 Abs. 3 und 4 KostO, die eine geringere Gebühr vorsehen, wenn ein Erbschein nur für Grundbuchzwecke benötigt wird, sind nach h.M. nicht entsprechend anzuwenden (OLG Düsseldorf Rpfleger 1991, 60; Rpfleger 2004, 440; OLG Köln NJW-RR 2004, 357 = NotBZ 2004, 112 = Rpfleger 2003, 540; OLG Stuttgart BWNotZ 2005, 14 = ZEV 2004, 381 = ZIP 2004, 709 = ZNotP 2004, 247 m. Anm. Tiedtke; Assenmacher/Mathias, KostO, 15. Aufl. 2004, 320; a. A. Lappe, in: Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 16. Aufl. 2005, § 107 Rn. 59).

Der **Nachweis der Testamentsvollstreckung** (sei es durch Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, sei es durch das notarielle Testament nebst Eröffnungsprotokoll) genügt nicht. Denn hierdurch wird nur die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers bezeugt, nicht aber die eingetretene Erbfolge selbst (KG DNotZ 2001, 408, 411; KG DB 2003, 876 = MittBayNot 2003, 495 = NJW-RR 2003, 255 = NotBZ 2003, 240 = NZG 2003, 122 = Rpfleger 2003, 197 = ZNotP 2003, 112).

b) Vergleich: Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Grundbuchamt (§ 35 Abs. 1 GBO)

Rechtsprechung und Literatur zu § 12 Abs. 2 S. 2 HGB beziehen sich häufig auf die detailliertere, aber als inhaltsgleich angesehene gesetzliche Regelung des **§ 35 Abs. 1 GBO**. Nach § 35 Abs. 1 S. 1 GBO kann der Nachweis der Erbfolge grundsätzlich nur durch Erbschein geführt werden. Beruht die Erbfolge jedoch auf einer in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Verfügung von Todes wegen, so genügt nach § 35 Abs. 1 S. 2 GBO, wenn anstelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über ihre

Eröffnung vorgelegt werden (bzw. wenn auf die diese Urkunden enthaltenden Akten desselben Amtsgerichts verwiesen wird). Das Grundbuchamt kann nur dann dennoch die Vorlage eines Erbscheins verlangen, wenn es die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen erachtet (§ 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GBO).

Dabei geht die Rechtsprechung zu § 35 GBO insofern weiter als die dargestellte Entscheidung des Kammergerichts zu § 12 GBO, als sie das Grundbuchamt auch bei Auslegungszweifeln zu einer **eigenständigen Auslegung** der notariellen Verfügung von Todes wegen für verpflichtet hält – so etwa der Leitsatz einer Entscheidung des BayObLG aus dem Jahr 1994: „Das Grundbuchamt hat auch bei rechtlich schwierigen Fragen eine öffentliche Verfügung von Todes wegen selbständig auszulegen. Bei der Auslegung sind auch andere dem Grundbuchamt vorliegende öffentliche Urkunden zu berücksichtigen. Einen Erbschein darf das Grundbuchamt nur dann verlangen, wenn eine Auslegung ohne weitere Ermittlungen nicht möglich ist.“ In den Gründen heißt es: „Einen Erbschein darf das Grundbuchamt nur verlangen, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung hinsichtlich des behaupteten Erbrechts **Zweifel tatsächlicher Art** ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können“ (BayObLG DNotZ 1995, 306 = FamRZ 1995, 899 = MittBayNot 1995, 58 m. Anm. Hohmann = Rpfleger 1995, 249 = ZEV 1995, 229; unter Berufung auf KG JFG 11, 195; OLG München JFG 22, 185; BayObLGZ 1974, 1, 6 = DNotZ 1974, 233 = MittBayNot 1974, 22 = Rpfleger 1974, 435; OLG Hamm MDR 1968, 1012; OLG Hamm DNotZ 1970, 160 = NJW 1969, 798; OLG Stuttgart Rpfleger 1975, 135; Rpfleger 1992, 154; OLG Frankfurt Rpfleger 1978, 412; ähnlich OLG Hamm DNotZ 2001, 395, 397 = FamRZ 2001, 581 = FGPrax 2001, 9 = MittBayNot 2001, 75 = Rpfleger 2001, 71 = ZEV 2001, 403; zustimmend Schaub, in: Bauer/v. Oefele, GBO, 2. Aufl. 2006, § 35 GBO Rn. 137; Demharter, GBO, 25. Aufl. 2005, § 35 GBO Rn. 39; KEHE/Herrmann, Grundbuchrecht, 6. Aufl. 2006, § 35 GBO Rn. 69 f.; Meikel/Roth, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 2004, § 35 GBO Rn. 111; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rn. 787).

Hat der Erblasser nur bestimmt: „Nacherben/**Erben sind meine Kinder**/Abkömmlinge“, ohne die Kinder namentlich zu bezeichnen, so kann das Grundbuchamt, auch wenn es sich um ein notarielles Testament handelt, nicht allein durch Auslegung bestimmen, wer Erbe/Nacherbe ist. Es kann daher grundsätzlich einen Erbschein verlangen (OLG Hamm DNotZ 1966, 180 = Rpfleger 1966, 19 m. Anm. Haegele; OLG Köln MittRhNotK 1988, 44; Schöner/Stöber, Rn. 790).

Allerdings ist ein Erbschein nach der h.M. zu § 35 GBO entbehrlich, sofern der Nachweis durch zusätzlich zu dem notariellen Testament vorgelegte weitere öffentliche Urkunden geführt werden kann, insbesondere durch **Personenstands-urkunden** oder durch die eidesstattliche Versicherung eines Beteiligten (KG JFG 11, 194/197 ff.; KG JFG 20, 217/221; OLG Stuttgart BWNNotZ 1967, 154 ff.; BayObLGZ 1974, 1, 6; BayObLGZ 1989, 8, 11; BayObLG DNotZ 1995, 306, 308; OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 417; Demharter, § 35 GBO Rn. 40; KEHE/Herrmann, § 35 GBO Rn. 70; Schaub, in: Bauer/von Oefele, § 35 GBO Rn. 138; Schöner/Stöber, Rn. 790). So genügt etwa für den Nachweis, dass keine (weiteren) gemeinschaftlichen Kinder geboren wurden, eine **eidesstattliche Versicherung** des überlebenden Ehegatten

(OLG Frankfurt OLGZ 1981, 30 = Rpfleger 1980, 434; OLG Frankfurt OLGZ 1985, 411 = MittRhNotK 1986, 23 = Rpfleger 1986, 51; OLG Zweibrücken OLGZ 1985, 408 = DNotZ 1986, 240; OLG Hamm DNotI-Report 1997, 63 = FGPrax 1997, 48 = MittBayNot 1997, 105 = MittRhNotK 1997, 192 = NJW-RR 1997, 646 = Rpfleger 1997, 210 = ZEV 1997, 206) oder eines der betroffenen Abkömmlinge – auch des Antragsstellers selbst (OLG Schleswig FGPrax 1999, 206 = MittBayNot 2000, 114 = MittRhNotK 2000, 117 = NJW-RR 1999, 1530 = Rpfleger 1999, 533 = SchIHA 2000, 91 = ZEV 2000, 34; BayObLGZ 2000, 167 = DNotZ 2001, 385, 388 = DNotI-Report 2000, 144 = FamRZ 2001, 43 = NJW-RR 2000, 1545 = Rpfleger 2000, 451 = ZNotP 2000, 391), jedenfalls wenn auch das Nachlassgericht ohne weitere Ermittlungen eine solche eidesstattliche Versicherung der Erbscheinserteilung zugrunde legen würde.

3. Vorliegender Sachverhalt

Im vorliegenden Sachverhalt hat der Erblasser mit seiner Ehefrau in dem notariellen Testament „unsere Kinder“ als Miterben eingesetzt, ohne deren Namen zu nennen. Daher genügt das notarielle Testament (mit Eröffnungsniederschrift) nicht zum Nachweis der Erbfolge.

Nach der Rechtsprechung zu § 35 Abs. 1 GBO würde ein ergänzender Nachweis durch öffentliche Urkunden genügen, insbes. durch Personenstandsurkunden und eine eidesstaatliche Versicherung, dass es keine weiteren gemeinsamen Kinder gibt. U.E. spricht die Parallelität der Vorschrift des § 35 Abs. 1 GBO zu § 12 Abs. 2 HGB dafür, dies auch gegenüber dem Handelsregister genügen zu lassen. Doch finden sich diesbezüglich keine Ansätze in der Rechtsprechung oder den Kommentierungen zu § 12 Abs. 2 HGB – obwohl generell durchaus Parallelen zu § 35 GBO gezogen werden.

Hält man hingegen einen solchen ergänzenden Nachweis beim Handelsregister – anders als beim Grundbuchamt – nicht für ausreichend, so wäre ein Erbschein erforderlich.

BGB §§ 890 Abs. 2, 1131; Erbbaurecht § 11 Zuschreibung eines Grundstücks zu einem Erbbaurecht als Bestandteil, wenn das zuzuschreibende Grundstück selbst mit dem Erbbaurecht belastet ist

I. Sachverhalt

Die Ehegatten A sind Inhaber eines Erbbaurechts. Das Erbbaurecht ist mit nicht valuierten Grundschulden belastet. Die Ehegatten A haben vor einigen Jahren auch das Grundstück erworben. Nunmehr wollen sie das Grundstück (mit Erbbaurecht) an den Sohn übergeben. In der Urkunde soll beantragt werden, das Grundstück dem Erbbaurecht zuzuschreiben, um zu erreichen, dass sich die Grundpfandrechte, welche auf dem Erbbaurecht lasten, nunmehr auch auf das Grundstück erstrecken. Anschließend soll das Erbbaurecht aufgehoben und die entsprechenden erbbaurechtsbezogenen Belastungen gelöscht werden. Das Grundbuchamt zweifelt die materielle Wirksamkeit der Zuschreibung eines Grundstücks zum Erbbaurecht an.

II. Frage

Ist die Zuschreibung des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks zu dem Erbbaurecht möglich?

III. Zur Rechtslage

1. Zuschreibung (§ 890 Abs. 2 BGB) auch bei grundstücksgleichen Rechten möglich

Nach § 890 Abs. 2 BGB können verschiedene Grundstücke dergestalt miteinander verbunden werden, dass das eine Grundstück dem anderen als Bestandteil „zugeschrieben“ wird. Die besondere Bedeutung der Zuschreibung beruht namentlich auf der Vorschrift des § 1131 BGB. Wird ein Grundstück einem anderen nach § 890 Abs. 2 BGB zugeschrieben, so erstrecken sich nach § 1131 BGB die an diesem Grundstück bestehenden Hypotheken, Grund- und Rentenschulden auf das zugeschriebene Grundstück.

Nach allgemeiner Meinung gilt die Vorschrift des § 890 Abs. 2 BGB nicht nur für rechtlich selbständige Grundstücke. Vielmehr findet diese Bestimmung **auch bei sog. „grundstücksgleichen Rechten“ Anwendung**, jedenfalls soweit diese gleichartig sind, es also um eine Zuschreibung grundstücksgleicher Rechte derselben Art geht, also z. B. eines Erbbaurechts zu einem anderen Erbbaurecht (OLG Hamm 1974, 280, 281; BayObLGZ 1995, 379 = MittBayNot 1996, 34; Staudinger/Gursky, BGB, 2002, § 890 Rn. 18; Demharter, GBO, 25. Aufl. 2005, § 6 Rn. 6; Palandt/Bassenge, BGB, 65. Aufl. 2006, § 890 Rn. 2; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rn. 627; MünchKomm-Wacke, BGB, 4. Aufl. 2004, § 890 Rn. 12).

2. Zuschreibung des Grundstücks zum Erbbaurecht möglich?

a) Offengelassen in Rechtsprechung

Umstritten ist dagegen, ob eine solche Zuschreibung auch zwischen einem grundstücksgleichen Recht einerseits und einem Grundstück andererseits möglich ist. Rechtsprechung liegt diesbezüglich – soweit ersichtlich – nicht vor. Das **BayObLG** hat zu dieser Frage in seinem Beschluss vom 4.3.1999, bei dem es u. a. um das Problem ging, ob ein Grundstück, das mit einem Erbbaurecht belastet ist, dem Erbbaurecht zugeschrieben werden kann, **nicht abschließend Stellung genommen** (BayObLGZ 1999, 63 = DNotI-Report 1999, 81 = MittRhNotK 1999, 243 = MittBayNot 1999, 375 = NJW-RR 1999, 1104 = Rpfleger 1999, 327 = ZNotP 1999, 206).

b) Möglich nach h. M. in der Literatur

Die **herrschende Ansicht in der Literatur** hält eine solche Zuschreibung des mit dem Erbbaurecht belasteten Grundstücks zum Erbbaurecht jedoch für möglich (Schöner/Stöber, Rn. 1845; RGRK/Räfle, BGB, 12. Aufl. 1996, § 11 ErbbauVO Rn. 21; Staudinger/Rapp, BGB, 2002, § 11 ErbbauVO Rn. 14; Palandt/Bassenge, § 890 BGB Rn. 2; Ingenstau/Hustedt, Komm. zum Erbbaurecht, 8. Aufl. 2001, § 11 Rn. 27; Demharter, § 6 GBO Rn. 6; Meikel/Böttcher, GBO, 9. Aufl. 2004, § 6 Rn. 8; KEHE/Eickmann, Grundbuchrecht, 6. Aufl. 2006, § 6 Rn. 8).

Vergleichbar damit ist die Rechtslage bei der Zuschreibung eines Grundstücks zu einem **selbständigen Gebäudeeigentum** in den neuen Bundesländern. Auch dort wird diese Art der Zuschreibung in Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend bejaht (OLG Jena NotBZ 1998, 32 = OLG-Report 1998, 114 = Rpfleger 1998, 195, 196; LG Mühlhausen Rpfleger 1998, 196; LG Dresden Rpfleger 1999, 271; Hügel, MittBayNot 1993, 196; Demharter, § 6 GBO Rn. 6; Schöner/Stöber, Rn. 1845; Krauss, NotBZ 1997, 60, 64; KEHE/Eickmann, § 6 GBO Rn. 8, jew. m. w. N.).

c) Gegenansicht

Anderer Ansicht sind – soweit ersichtlich – lediglich v. Oefele (MünchKomm, 4. Aufl. 2004, § 11 ErbbauVO Rn. 33; ders. in: v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 3. Aufl. 2003, Rn. 5.179) sowie Gursky (Staudinger, BGB, 2002, § 890 Rn. 19). Sie begründen ihre Ansicht im Wesentlichen damit, dass Grundstückseigentum und Erbbaurecht als lediglich grundstücksgleiches Recht wesensverschieden seien und der verschiedene Sinn und Zweck dieser beiden Rechtsformen der entsprechenden Anwendung des § 890 BGB entgegenstünden. Die Vereinigung nach § 890 BGB verlange eine auf Dauer ausgerichtete Schaffung einer Rechtseinheit. Diese sei nicht möglich, wenn die Übertragung und Änderung beider Elemente verschiedenen Vorschriften folgten (MünchKomm-v. Oefele, § 11 ErbbauVO Rn. 33; v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, Rn. 5.119; Staudinger/Gursky, § 890 BGB Rn. 15). Die Vorschrift des § 39 Abs. 2 SachenRBerG sei ein nicht übertragbarer Ausnahmetatbestand für die neuen Länder zur Schaffung eines einheitlichen rechtlichen Schicksals für beide Elemente.

3. Umgekehrt keine Zuschreibung des Erbbaurechts zum Grundstück möglich

Die **Zuschreibung des Erbbaurechts zum Grundstück**, an dem es lastet, ist **nicht möglich** (Demharter, § 6 GBO Rn. 6; Meikel/Böttcher, § 6 GBO Rn. 8; Schulte, BWNotZ 1960, 137, 140 f.). Der Grund dafür liegt darin, dass in diesem Fall das Erbbaurecht als selbstständiges grundstücksgleiches Recht unterginge und nicht wesentlicher Bestandteil des Erbbaugrundstücks würde. Dies stünde jedoch im Widerspruch zum Wesen des Erbbaurechts, das während seines Bestehens gegenüber dem Erbbaugrundstück der wirtschaftlich und rechtlich dominierende Teil ist. Außerdem käme dies dem völligen grundbuchmäßigen Verschwinden des Erbbaurechts gleich, was schon im Hinblick auf etwa eingetragene Lasten der III. Abteilung misslich wäre (§ 12 ErbbauVO; Meikel/Böttcher, § 6 Rn. 8; Schulte, BWNotZ 1960, 137, 141).

Wird hingegen das **Erbbaugrundstück dem Erbbaurecht zugeschrieben**, verliert das Erbbaurecht nicht seinen **selbstständigen Charakter**. Grundbuchtechnisch wird das Erbbaugrundstück in das Erbbaugrundbuch übertragen (Schulte, BWNotZ 1960, 137, 143 f.).

4. Dingliche Belastungen des Erbbaurechts

a) Zustimmung dinglich Berechtigter entbehrlich

Einer Bestandteilszuschreibung nach § 890 Abs. 2 BGB müssen die dinglich Berechtigten nicht zustimmen (KG NJW 1969, 470; Schöner/Stöber, Rn. 655a). Dagegen kann die Aufhebung des Erbbaurechts nach § 875 BGB i. V. m. § 11 Abs. 1 ErbbauVO nur mit Zustimmung des Grundstückseigentümers (§ 26 ErbbauVO) und nach § 876 BGB i. V. m. § 11 Abs. 1 ErbbauVO der Zustimmung der am Erbbaurecht Berechtigten erfolgen (Schöner/Stöber, Rn. 1870).

Da bei Zuschreibung des Erbbaugrundstücks zum Erbbaurecht das Erbbaurecht nicht untergeht – im Gegensatz zum umgekehrten Fall der Zuschreibung des Erbbaurechts zum Erbbaugrundstück – kann nicht argumentiert werden, dass die Zustimmung dinglich Berechtigter zur Zuschreibung deshalb erforderlich sei, da es sich um eine Aufhebung des Erbbaurechts handele. Vielmehr gilt, dass bei einer Bestandteilszuschreibung Drittberechtigte nicht zustimmen müssen.

Werbung

b) Erstreckung der Grundpfandrechte (Abt. III) des Grundstücks auf das Erbbaurecht (§ 1131 BGB)

Die **Belastungen in Abt. III** erstrecken sich nach der Zuschreibung auf das zugeschriebene Grundstück (§ 1131 BGB), hier das Erbbaugrundstück. Erst im Anschluss an die Zuschreibung könnte – wie vorliegend – daran gedacht werden, das Erbbaurecht mit Zustimmung der Berechtigten gem. §§ 875, 876 BGB aufzuheben (so Kehrer, BWNNotZ 1954, 86).

Die **in Abt. II** eingetragenen **Belastungen** erstrecken sich jedoch nicht, sie bleiben vielmehr als Belastung jedes Grundstücksteils gesondert bestehen. Ähnlich wie bei der Zuschreibung eines Grundstücks zu einem anderen bleiben die jeweiligen an der Zuschreibung beteiligten Grundstücke wie bisher belastet (Palandt/Bassenge, § 890 BGB Rn. 15).

5. Ergebnis

Überträgt man die vorstehenden Ausführungen auf den vorliegenden Sachverhalt und folgt man dabei der herrschenden (aber nicht unstrittigen) Ansicht in der Literatur, so ist die Zuschreibung des mit einem Erbbaurecht belasteten Grundstücks zum Erbbaurecht zulässig. Die Zustimmung dinglich Berechtigter zur Zuschreibung ist u. E. nicht erforderlich. Jedoch bedarf die sich daran anschließende Aufhebung des Erbbaurechts der Zustimmung der dinglich (nur) am Erbbaurecht Berechtigten.

Gutachten im Fax-Abruf

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

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

BGB § 1018; ErbbauVO § 10
Eintragung einer Grunddienstbarkeit an Erbbaurecht und Erbbaugrundstück
 Fax-Abruf-Nr.: **11440**

GmbHG §§ 5 Abs. 4, 55; AktG § 27 Abs. 3
Heilung einer verdeckten Sacheinlage bei Kapitalerhöhung im Schütt-aus-hol-zurück-Verfahren
 Fax-Abruf-Nr.: **13184**

EGBGB Internat. GesR; GBO § 29
British Virgin Islands: Vertretungsnachweis für eine limited company
 Fax-Abruf-Nr.: **14229**

EGBGB Internat. GesR; GBO § 29
Hongkong: Vertretung einer limited company
 Fax-Abruf-Nr.: **14230**

EGBGB Internat. GesR
Korea: Vertretung einer Aktiengesellschaft
 Fax-Abruf-Nr.: **14231**

BGB § 2039 S. 1; ZPO § 767
Prozessführungsbefugnis eines Miterben für zum Nachlass gehörende Ansprüche gilt auch für Vollstreckungsgegenklage

Ein einzelner Miterbe ist gemäß § 2039 Satz 1 BGB prozessführungsbefugt für eine Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO gegen die Zwangsvollstreckung in ein Nachlassgrundstück, wenn damit ein zum Nachlass gehörender Anspruch durchgesetzt werden soll (im Anschluss an BGHZ 14, 251).

BGH, Urt. v. 5.4.2006 – IV ZR 139/05
 Kz.: L I 1 – § 2039 BGB
 Fax-Abruf-Nr.: **10622**

Problem

Einer Erbengemeinschaft gehörte ein Grundstück, an dem zwei Grundschulden zugunsten einer Bank bestanden. Einer der Miterben verlangte im Wege der Vollstreckungsgegenklage von der Bank Rückgewähr der Grundschulden, da er bei Grundschuldbestellung von der Bank getäuscht worden sei. Das OLG hielt die Vollstreckungsgegenklage für unzulässig, da nur alle Miterben gemeinsam prozessführungsbefugt seien.

Entscheidung

Der BGH bejahte hingegen die Prozessführungsbefugnis des einzelnen Miterben. Nach § 2039 Satz 1 BGB kann jeder Miterbe einen zum Nachlass gehörenden Anspruch auch ohne Mitwirkung der anderen Miterben klageweise geltend machen. Vorliegend steht der Rückgewähranspruch der Erbengemeinschaft gesamthänderisch zu, da sie auch als Gesamthand Schuldnerin des Grundpfandrechtes ist.

Die Prozessführungsbefugnis gelte auch, soweit der Anspruch prozessual als Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht wird. Das Bündelungsgebot des § 767 Abs. 3 ZPO bewirkt zwar eine Präklusion von Einwendungen für spätere Vollstreckungsgegenklagen, begründet aber keine prozessuale Pflicht, alle möglichen Einwendungen schon im ersten Verfahren geltend zu machen. Theoretisch könnten daher die anderen Erben danach neu klagen, da sich die Rechtskraft nicht auf die am Prozess nicht beteiligten Miterben erstreckt (RGZ 149, 193, 194; BGH MDR 1989, 443 = NJW 1989, 2133).

GBO §§ 29, 53; BGB § 129; BeurkG §§ 39, 40; ZPO § 440 Abs. 2
Grundbuchtaugliche Unterschriftsbeglaubigung trotz nachträglicher Ergänzung des Textes über der Unterschrift

Auch eine nach der Unterschriftsbeglaubigung erfolgte Textänderung erfüllt die Form der öffentlichen Beglaubigung. Jedoch unterliegt es der freien Beweiswürdigung des Grundbuchamtes, ob die Textergänzung mit dem Willen des Unterzeichnenden vorgenommen wurde. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

Problem

Eine Nießbrauchsberechtigte hatte einer Grundschuld durch unterschriftsbeglaubigte Bewilligung den Vorrang im Grundbuch eingeräumt. Nachdem das Grundbuchamt die nähere Bezeichnung der Grundschuld verlangte, ergänzte die Nießbrauchsberechtigte die beglaubigte Erklärung und unterschrieb die Ergänzung erneut. Mehrere Jahre nach Vollzug des Rangrücktritts im Grundbuch machte sie geltend, dass die Eintragung mangels Bewilligungserklärung in öffentlicher Urkunde unwirksam sei.

Entscheidung

Nach älterer Rechtsprechung lag bei Textänderungen nur dann eine öffentliche Beglaubigung i. S. d. § 29 GBO bzw. des § 129 BGB vor, wenn eine erneute Unterschrift und erneute Beglaubigung erfolgte (KG OLGE 3, 306; OLGE 7, 336; KGJ 22 A 125; KGJ 29 A 116; KGJ 35 A 227; OLG Celle MittBayNot 1984, 207 m. abl. Anm. Winkler = MittRhNotK 1985, 105 = Rpfleger 1984, 230; offen gelassen von BayObLG DNotZ 1985, 220 m. Anm. Winkler = MittBayNot 1985, 45 = Rpfleger 1985, 105). Die neuere Literatur steht hingegen nahezu einhellig auf dem Standpunkt, dass trotz der Änderung die **Form** der Unterschriftsbeglaubigung eingehalten sei. Sie verweist zur Begründung insbesondere auf § 40 Abs. 5 BeurkG, der selbst die Beurkundung einer Blankounterschrift – also auch mit nachträglicher Textergänzung – zulässt. Das OLG Frankfurt schloss sich dieser neuen Auffassung an.

Entsprechend der Literatur differenzierte das OLG aber für die **Beweiskraft** der nachträglich geänderten Urkunde. Denn für die Änderung gilt nicht die Vermutung des § 440 Abs. 2 ZPO, dass auch der über der Unterschrift stehende Text von demjenigen herrühre, dessen Unterschrift beglaubigt ist. Vielmehr unterliege es der freien Beweiswürdigung des Grundbuchamtes bzw. des an seine Stelle tretenden Erstbeschwerdegerichts, ob die Ergänzung des Textes von der bzw. mit dem Willen der Person vorgenommen worden sei, die die Unterschrift geleistet hatte.

BeurkG §§ 53, 54c Abs. 3; BNotO § 15 Abs. 2; BGB § 323

Einseitiger Widerruf der Vollzugsanweisung bei strittigem Rücktritt unbeachtlich

1. Der einseitige Widerruf einer Vollzugsanweisung einer der Vertragsparteien darf von dem Notar grundsätzlich nicht beachtet werden.

2. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz liegt nicht bereits dann vor, wenn die Vertragsparteien über die Wirksamkeit des von dem Verkäufer nach Fristsetzung gem. § 323 Abs. 1 BGB erklärten Rücktritts vom Vertrag streiten.

3. Im Falle der Unbeachtlichkeit des einseitigen Widerrufs hat der Notar den Vollzug des Vertrages weiter durchzuführen. Eine entsprechende Anwendung des § 54 c Abs. 3 BeurkG, die zu einem Stillstand der weiteren Vollziehung führen könnte, kommt im Bereich des Grundbuchvollzugs gem. § 53 BeurkG nicht in Betracht.

Problem

Ein Grundstückskaufvertrag enthielt eine übliche Vorlagesperre, wonach die Auflassung dem Grundbuchamt erst dann zum Vollzug vorzulegen war, wenn dem beurkundenden Notar „die Zahlung des Kaufpreises vom Verkäufer bestätigt oder vom Erwerber nachgewiesen wurde“. Die Käufer zahlten den Kaufpreis verspätet und in mehreren Teilbeträgen. Als noch ein Restbetrag ausstand, setzten die Verkäufer eine Nachfrist und erklärten nach deren Ablauf den Rücktritt vom Vertrag. Am letzten Tag der Nachfrist hatten die Käufer dem Rechtsanwalt der Verkäufer einen Verrechnungsscheck übergeben, den dieser aber zurückgab. Daraufhin erfolgte die Restzahlung per Überweisung.

Nachdem die Beteiligten über die Wirksamkeit des Rücktritts stritten, erklärte der Notar, er werde den Vollzug der Auflassung betreiben. Hiergegen wandten sich die Verkäufer mit der Notarbeschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO.

Entscheidung

Nach der Entscheidung des OLG Hamm lagen die in der Vollzugsanweisung formulierten Vollzugsvoraussetzungen vor, da der volle Kaufpreis zwischenzeitlich – wenn auch verspätet und möglicherweise erst nach erfolgtem Rücktritt – gezahlt war. Das Landgericht hatte die Weisung hingegen noch dahin ausgelegt, dass auch die vertragsgemäße und fristgerechte Zahlung nachgewiesen werden müsse; dies verwarf das OLG Hamm. Nach der Entscheidung des OLG Hamm war auch die Zahlung etwaiger Nebenforderungen, wie insbesondere von Verzugszinsen, mangels ausdrücklicher Regelung nicht nachzuweisen (OLG Hamm DNotI-Report 2003, 126 = DNotZ 2003, 848 = FG-Prax 2003, 186).

Einen **einseitigen Widerruf einer mehrseitigen Vollzugsanweisung** – wie vorliegend – habe der Notar nur unter besonderen Umständen zu beachten, nämlich dann, wenn ihm ein Beteiligter einen ausreichend substantiierten und glaubhaft erscheinenden Anfechtungs- oder Unwirksamkeitsgrund oder einen wirksam erklärten Rücktritt vortrage, dem der andere Beteiligte nicht oder nur mit fadenscheinigen Behauptungen zu begegnen versuche (OLG Hamm OLGZ 1994, 495 = DNotI-Report 22/1994, 12 = MittBayNot 1994, 370 = MittRhNotK 1994, 183; BayObLGZ 1998, 6 = DNotI-Report 1998, 62 = DNotZ 1998, 646 = MittBayNot 1998, 200 = ZfR 1998, 173). Hier sei aber die Wirksamkeit des Rücktritts unter mehreren Gesichtspunkten zwischen den Beteiligten streitig. Allenfalls könne möglicherweise der Notar aufgrund seiner Amtspflicht zur Unparteilichkeit den Antrag auf Eigentumsumschreibung für etwa einen Monat zurückstellen, um den Verkäufern Gelegenheit zu geben, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes ein Erwerbsverbot gegen den Käufer zu erwirken.

Literaturhinweise

C. Auktor, Praktische Probleme bei der Mehrfachvertretung von Gesellschaften, NZG 2006, 334

J. Benedict, Überrumpelung beim Realkredit – Ideologie und Wirklichkeit im deutsch-europäischen Privatrecht, AcP 206 (2006), 56

A. M. Fleckner, Das Refinanzierungsregister – Tatbestandliche Grenzen und Vorschläge zur Verbesserung, WM 2006, 697

H. Holzhauer, Patientenautonomie, Patientenverfügung und Sterbehilfe, FamRZ 2006, 518

F. Klein-Blenkers, Die Entwicklung des Unternehmenskaufrechts, NZG 2006, 245

B. Klemm/U. Neumann, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Gewerberaummietrecht im Jahr 2005, ZfIR 2006, 278

F. Leopold/B. Koland/C. Caspary, Die Gültigkeit eines Erbvertrages nach österreichischem Recht bei Beurkundung durch einen deutschen Notar, NZ 2005, 193

M. Lutter, Aktienrechtliche Aspekte der angemessenen Vorstandsvergütung, ZIP 2006, 733

J. Mimberg, Bekanntmachung der Einberufung spätestens am 31. Tag vor der Hauptversammlung?, ZIP 2006, 649

D. Schnabl, Kehrtwende der Rechtsprechung zu sittenwidrigen Bürgschaftsverträgen?, WM 2006, 706

R. Schwedhelm, Vermeidung verdeckter Gewinnausschüttungen bei der Gestaltung von GmbH-Geschäftsführer-Verträgen, GmbHR 2006, 281

K. Stöber, Lösungs-„vormerkung“ und Grundschulderlösanspruch, WM 2006, 607

B. Stürer/U. Schmalenbach, Rechtsgrundlagen der Kommunalwirtschaft, NWVB. 2006, 161

M. Stupp, Verpfändung von Aktien zur Kreditsicherung, DB 2006, 655

J. Wenzel, Rechte der Erwerber bei Mängeln am Gemeinschaftseigentum – Eine systematische Betrachtung, ZWE 2006, 109

H. Wicke, Die Euro-GmbH im „Wettbewerb der Rechtsordnungen“, GmbHG 2006, 356

H. Wicke, Prospektpflicht für öffentlich angebotene Anteile an geschlossenen Immobilienfonds und anderen Anlageformen, ZNotP 2006, 24

H. Wudy, Reaktionsmöglichkeiten des Notars im Kostenbeschwerdeverfahren nach § 156 KostO, NotBZ 2006, 69

Veranstaltungen

Termine für **September 2006** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 (www.anwaltsinstitut.de).

Intensivkurs Kostenrecht (Schmidt/Tiedtke), 1. – 2.9.2006 Berlin

4. Jahresarbeitsstagung des Notariats (Bormann/Gaier/Gottwald/Heidinger/Hertel/Kapsa/Keim/Knapp/Krüger/Kurzweily/Limmer/Mayer/Reimann/Schlee/Schlick/Spindler/Stresemann/Viskorf/Wälzholz), 14. – 16.9.2006 Potsdam

Intensivkurs Erbrecht - Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten, Grundzüge und Probleme des Pflichtteilsrechts und vorbereitende Erbfolge (Frenz/Kössinger/Nieder), 28. – 30.9.2006 Kiel

Vermögensnachfolge im Zivil- und Steuerrecht (Spiegelberger), 28. – 30.9.2006 Fischbachau

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter www.dnoti.de.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: www.dnoti.de

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

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

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

Jährlich 155,00 €, Einzelheft 6,65 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

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

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

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

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg