

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

6/1996 · März 1996

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BeurkG § 39; BNotO § 23 - Prioritätsfeststellung; notarielle Verwahrung  
BGB §§ 2136, 2216 - Einsetzung des Behinderten im Behinderten-Testament als befreiten Vorerben, Verwaltungsanordnungen gem. § 2216 Abs. 2 BGB

#### Rechtsprechung

ZPO § 256; BNotO § 19; BGB § 147 - Notarhaftung bei unwirksamem Erbverzichtsvertrag  
BGB § 138 Abs. 1 - Sittenwidrigkeit eines Grundstückskaufvertrages  
BGB § 95; SachRBerG §§ 7, 2; SchuldRAnpG § 43 - Scheinbestandteil und Gebäudeeigentum

EGBGB Art. 27, 28, 31; BGB § 313 - Formstatut und Schuldstatut bei Grundstückskaufvertrag

EGBGB Art. 27, 28, 31; BGB §§ 108 ff. - Wirksamkeit eines Grundstückskaufvertrages

#### Aktuelles

Verlust von Gebäudeeigentum und Nutzungsrechten aufgrund gutgläubigen Erwerbs  
Gesetzesentwurf über die Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden

#### Literatur

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### BeurkG § 39; BNotO § 23 Prioritätsfeststellung; notarielle Verwahrung

##### I. Sachverhalt

Ein Rockmusiker hat ein Musikwerk erstellt, das er für schutzwürdig hält. Er will sicherstellen, daß festgestellt werden kann, wann er dieses Musikwerk komponiert hat.

##### II. Frage

In welcher Weise kann die Feststellung des Zeitpunkts, in dem ein geistiges Werk im Sinne des Urhebergesetzes von einer bestimmten Person vorgelegt wird, am zweckmäßigsten erfolgen?

##### III. Rechtslage

#### I. Urheberrechtliche Bedeutung der Prioritätsverhandlung

Im Rahmen des Urheberrechtes spielt die zeitliche Priorität für den Urheber eines Werkes eine bedeutende Rolle. § 10 Abs. 1 UrhG bestimmt, daß derjenige, der auf den vervielfältigten Stücken eines erschienenen Werkes oder auf dem Original eines Werkes der bildenden Künste in der üblichen Weise als Urheber bezeichnet ist, bis zum Beweis des Gegenteils als Urheber des Werkes angesehen wird. Für den Urheber eines Werkes besteht die Gefahr, daß sein Werk anderweitig veröffentlicht wird, wenn er dieses bei einem Verlag oder einer Sendeanstalt zur Prüfung einreicht. Im Prozeß ist der Urheber in Beweisnot, da die Urhebervermutung des § 10 UrhG nur für Werke gilt, die bereits erschienen sind (vgl.

Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 8. Aufl. 1994, § 10 Rz. 1 ff.; ders., in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 1992, S. 802). **Die Prioritätsverhandlung beim Notar sichert den Beweis, daß der Urheber das Werk mit der mit der Urkunde verbundenen Fassung an einem bestimmten Tag als von ihm stammend dem Notar vorgelegt hat.** Sie entkräftet damit - falls sie vor der Veröffentlichung durch einen Dritten aufgenommen wurde - in der Regel die Einwände des Verwerfers, die Übereinstimmungen seien rein zufällig, oder gar, der Urheber habe sein Manuskript erst nach Veröffentlichung des anderen Werkes niedergelegt, um auf diese Weise Ansprüche geltend machen zu können.

Aus notarieller Sicht kommen verschiedene Verfahren für den Nachweis der Priorität je nach den Umständen des Einzelfalls in Betracht.

#### II. Notarielle Prioritätsverhandlung

Der Rockmusiker könnte erklären, er habe ein bestimmtes geistiges Werk im Sinne des Urhebergesetzes zu einem bestimmten Zeitpunkt geschaffen. Über diese Erklärung könnte der Notar eine Urkunde errichten.

1. Nach § 20 BNotO ist der Notar für alle öffentlichen Beurkundungen grundsätzlich ausschließlich zuständig, und zwar nicht nur für die Beurkundung von Willenserklärungen, sondern auch sonstiger tatsächlicher Vorgänge. Während der II. Abschnitt des BeurkG (§§ 6 ff.) die Beurkundung von Willenserklärungen regelt, behandelt der III. Abschnitt (§§ 36 ff.) die Beurkundung sonstiger tatsächlicher Vorgänge (vgl. Keidel/Kuntze/Winkler, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Teil B BeurkG, 12. Aufl. 1986, § 36 Vorb. Rz. 1). Andere Erklärungen als Willenserklärungen und sonstige Tatsachen oder Vorgänge

sind gem. § 36 BeurkG grundsätzlich in der Form der **Niederschrift** zu beurkunden, soweit nicht § 39 BeurkG einen **Vermerk** zuläßt. Nach § 39 BeurkG ist eine Niederschrift nicht erforderlich, wenn es sich um die Erteilung eines einfachen Zeugnisses handelt. § 39 BeurkG nennt einige Beispiele dazu. Auch wenn die Urkunde nach § 39 BeurkG in Vermerkform abgefaßt werden darf, ist es zulässig, eine Niederschrift nach § 36 BeurkG aufzunehmen (vgl. Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., § 39 Rz. 8). Ist eine Niederschrift nach § 36 BeurkG erforderlich, weil die Voraussetzungen des § 39 BeurkG nicht vorliegen, so macht ein Verstoß die Beurkundung unwirksam (vgl. Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., § 36 Rz. 4). Die Literatur scheint es der Beurteilung des Notars zu überlassen, ob im jeweiligen Fall ein "einfaches Zeugnis" vorliegt, ob also der zu beurkundende Vorgang so einfach ist, daß zur Beurkundung die Form des Vermerks genügt (vgl. Mecke/Lerch, BeurkG, 2. Aufl. 1991, § 36 Rz. 6).

**2. Die erste Möglichkeit des Prioritätsnachweises besteht darin, daß der Notar gem. § 40 BeurkG eine Unterschriftsbeglaubigung** durch einfaches Zeugnis im Sinne des § 39 BeurkG vornimmt. Da die Unterschriftsbeglaubigung keine Beglaubigung des Inhalts der Erklärung ist, kann die Feststellung ohne Rücksicht auf Form und Inhalt des Textes getroffen werden, unter dem die Unterschrift steht (vgl. Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., § 40 Rz. 12). Der Rockmusiker kann danach etwa schriftlich erklären, er sei Urheber eines bestimmten Werkes. Dabei kann er das Werk näher verbal beschreiben, aber auch (zur Erläuterung bzw. im Wege der Verweisung; vgl. Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., § 40 Rz. 17 ff.) Karten, Zeichnungen oder Abbildungen in Bezug nehmen, welche die Existenz und Beschaffenheit des Werkes dokumentieren. Diese Dokumente sollen gemäß § 44 BeurkG mit der Urkunde verbunden werden, wenn in dem beglaubigten Text auf sie Bezug genommen wird (vgl. Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., § 40 Rz. 21, § 44 Rz. 4; Huhn/von Schuckmann, BeurkG, 3. Aufl. 1995, § 40 Rz. 33).

Vermag der Notar den Text über der zu beglaubigenden Unterschrift bzw. ihm vorgelegte Pläne etc. inhaltlich nicht zu überprüfen, so ist zwischen den Pflichten aus § 4 BeurkG und § 15 BNotO abzuwägen. Die *Bundesnotarkammer* (vgl. Tätigkeitsbericht 1981, DNotZ 1982, 273 f.) ist der Auffassung, eine Pflicht zur Ablehnung der Amtstätigkeit obliege dem Notar in diesen Fällen nur, wenn er angesichts der Urkunde ernsthafte Zweifel an der Redlichkeit des Geschäftes haben muß. Ist er mangels Sachkunde nicht in der Lage, Zweifel zu bekommen, und deuten auch die Umstände des Geschäftes nicht auf eine Unredlichkeit hin, bestehe keine Ablehnungspflicht gemäß § 4 BeurkG. Es könne dem Notar aber auch nicht zur Pflicht gemacht werden, solche seiner Prüfungspflicht nicht voll zugänglichen Amtsgeschäfte zu übernehmen. Nach *Huhn/von Schuckmann* (a.a.O., § 42 Rz. 20) hat der Notar die Beurkundung abzulehnen, wenn er den ihm vorgelegten Text bzw. Plan etc. überhaupt nicht versteht; andernfalls habe er zu prüfen, ob seine Kenntnisse ausreichen, um unter Berücksichtigung der gesamten Umstände die Überzeugung zu bilden, daß Ablehnungsgründe nach §§ 3 f. BeurkG nicht vorliegen.

**Beglaubigt der Notar die Unterschrift des Rockmusikers, so ist der Beglaubigungsvermerk gemäß § 415 ZPO als öffentliche Urkunde** (vgl. Seybold/Schippel, BNotO, 6. Aufl. 1995, § 20, Rz. 12), **der darüber stehende Text als Privaturkunde gemäß § 416 ZPO zu würdigen.**

3. Eine zweite Möglichkeit eröffnet § 43 BeurkG. **§ 43 BeurkG ermöglicht den Beweis, daß eine private Urkunde im Zeitpunkt der Vorlegung bereits errichtet war.** Nach *Mecke/Lerch* (a.a.O., § 43 Rz. 3; so auch Huhn/von Schuckmann, a.a.O., § 43 Rz. 2) wird von der Vorschrift auch die Vorlage von musikalischen Kompositionen, Computerprogrammen und mathematischen Formeln erfaßt. Offen bleibt hier allerdings, **in welcher Form diese Werke vorgelegt werden sollen.** Der Wortlaut der Norm spricht für das Erfordernis der Vorlage einer Urkunde im zivilprozessualen Sinn. *Winkler* (Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., § 43 Rz. 1) verweist auf den Zweck des § 43 BeurkG, auch für private Urkunden - die im Gegensatz zu öffentlichen Urkunden keinen Beweis für den Zeitpunkt ihrer Ausstellung erbringen - durch eine notarielle Vermerkurkunde eben diesen Nachweis führen zu können. Hierfür spricht auch der Verweis des § 43 S. 2 auf § 42 Abs. 2 BeurkG. Dies legt aber ein Verständnis des Urkundenbegriffs nahe, das die von *Mecke/Lerch* aufgeführten Gegenstände nicht umfaßt. In Anlehnung an die zu § 42 BeurkG vertretene Meinung (vgl. *Mecke/Lerch*, a.a.O., § 42 Rz. 9 und 12) dürfte man aber wohl auch für § 43 BeurkG die in § 9 Abs. 1 Satz 3 BeurkG genannten Pläne etc. genügen lassen.

Will man im Rahmen von § 43 BeurkG am Urkundsbegriff im Sinne der §§ 415 ff. ZPO festhalten, so stellt sich die Frage, ob der Notar zur Feststellung des Zeitpunktes der Vorlage musikalischer Kompositionen, Computerprogramme, mathematischer Formeln etc. ein einfaches Zeugnis gemäß § 39 BeurkG errichten kann, wenn diese etwa auf einer Diskette oder ähnlichem dokumentiert sind. **Für § 43 BeurkG scheint anerkannt zu sein, daß die Bescheinigung über den Zeitpunkt der Vorlage der Urkunde nicht mit der Urkunde selbst verbunden werden muß** (vgl. Huhn/von Schuckmann, a.a.O., § 43 Rz. 3; Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., § 43 Rz. 1). Übernimmt man dies für die Beurkundung gemäß § 39 BeurkG, **so vermag allein die "Dreidimensionalität" der Verkörperung des geistigen Werkes wohl die Ausstellung des Zeugnisses nicht hindern** (vgl. auch die von Keidel/Kuntze/Winkler zitierten Beispiele einfacher Zeugnisse, a.a.O., § 39 Rz. 14). Beurkundet wird gemäß § 39 BeurkG die Wahrnehmung des Notars bezüglich eines bestimmten Geschehens oder Gegenstands. Voraussetzung ist dann aber, daß der Notar zu einer solchen Wahrnehmung überhaupt in der Lage ist (vgl. oben zu § 40 BeurkG) und daß er diese Wahrnehmung in schriftlicher Form wiedergeben vermag. Dies erscheint bei nonverbalen Darstellungen jedoch mit erheblichem Aufwand verbunden oder schlicht unmöglich.

4. **Als dritte Möglichkeit kommt nach § 38 BeurkG die Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen** in allen Fällen in Betracht, in denen eine tatsächliche Behauptung einer Behörde oder sonstigen Dienststelle gegenüber glaubhaft gemacht werden soll. § 38 Abs. 1 BeurkG verweist auf den II. Abschnitt des BeurkG, so daß gemäß § 9 Abs. 1 Satz 3 BeurkG auch Karten etc. in die Niederschrift einbezogen werden können. Der Rockmusiker könnte deshalb an Eides Statt versichern, daß er

der Urheber eines bestimmten, verbal oder durch Abbildung näher bezeichneten Werks ist (so auch das Vertragsmuster von Nordemann, Münchener Vertragshandbuch, a.a.O., Ziff. IX 1.).

Als Adressat im Sinn des § 22 Abs. 2 BNotO käme für die Prioritätsfeststellung durch eidesstattliche Versicherung wohl grundsätzlich die ordentliche Gerichtsbarkeit in Betracht, vor der über den Zeitpunkt, in dem ein geistiges Werk im Sinne des Urhebergesetzes vorliegt, gestritten wird. Gerade im Hinblick auf den Adressaten bzw. auf das Verfahren, innerhalb dessen von der eidesstattlichen Versicherung durch den Rockmusiker Gebrauch gemacht werden soll, könnten bezüglich der Zuständigkeit des Notars Bedenken bestehen. Nach *Keidel/Kuntze/Winkler* (a.a.O., § 38 Rz. 8 und § 1 Rz. 31) sind Zeugnisurkunden, die typischerweise in einem gerichtlichen Verfahren errichtet werden, mit dem sie in einem inneren Zusammenhang stehen, derart in das Verfahren eingebettet, daß sie ihrem Wesen nach nicht von einem Notar, sondern nur von der jeweils zuständigen Stelle wahrgenommen werden können. Das Amtsgericht bzw. der Rechtspfleger seien deshalb allein zuständig in den Fällen, in denen die eidesstattliche Versicherung im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens abgegeben wird. Ob der Notar deshalb zur Aufnahme einer eidesstattlichen Versicherung "für den Prozeßfall" (so Nordemann, a.a.O.) zuständig ist, könnte zweifelhaft erscheinen. Weitere Stellungnahmen zu dieser Frage waren der hier zur Verfügung stehenden Literatur (*Huhn/von Schuckmann*, a.a.O., *Mecke/Lerch*, a.a.O., *Seybold/Schippel*, a.a.O.) nicht zu entnehmen. Lediglich *Mecke* (DNotZ 1968, 584 ff., 594) verweist auf die Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs, der unmittelbar den Rechtsstreit beendet und deshalb in einem so engen Zusammenhang mit dem gerichtlichen Verfahren steht, daß er seinem Wesen nach nicht von einem Notar, sondern nur vom Gericht protokolliert werden könne. Wo dagegen nur äußerlicher Zusammenhang bestehe, sei auch der Notar zur Errichtung von Zeugnisurkunden zuständig (*Mecke*, a.a.O.). Hier dürfte eher ein solcher äußerer Zusammenhang gegeben sein, da die eidesstattliche Versicherung lediglich im Rahmen der gerichtlichen Beweiswürdigung von Bedeutung ist.

**5. Als vierte Möglichkeit besteht die Tatsachenbescheinigung nach §§ 36 ff. BeurkG in der Form der Niederschrift.** Der Notar ist auch in den vom Tatbestand des § 39 BeurkG erfaßten Fällen zur Aufnahme einer Niederschrift gem. § 37 BeurkG berechtigt. Die Niederschrift enthält gemäß § 37 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG den **Bericht des Notars über seine Wahrnehmungen, also etwa die Erklärung des Beteiligten, Urheber eines bestimmt bezeichneten Werkes zu sein.** In der Niederschrift kann gem. § 37 Abs. 1 S. 2 und 3 BeurkG auf Schriftstücke, aber auch Karten etc. verwiesen und damit eine nonverbale Beschreibung des Werkes zur Urkunde genommen werden. Insoweit wird auf die Ausführungen zu § 40 BeurkG hingewiesen.

6. Der Rockmusiker wünscht vom Notar eine Bestätigung des Inhalts, daß ein bestimmtes Werk zu einem bestimmten Zeitpunkt existent war und sich im Besitz des Rockmusikers befunden hat. Diese Bestätigung wird bei den Beurkundungen gemäß §§ 40, 38 und 37 BeurkG nur mittelbar erreicht; unmittelbar wird in diesen Fällen die Identität einer Unterschrift oder

Urkunde, oder die Tatsache, daß eine bestimmte Person bestimmte Erklärungen abgegeben hat, bezeugt.

Wie die einzelnen Beurkundungen in einem etwaigen Prozeß, in dem um die Priorität eines Werkes gestritten wird, als **Be-weismittel** gewürdigt werden, kann nur unvollkommen vorhergesagt werden. Der Urkundenbeweis ist in den §§ 415 ff. ZPO geregelt. Die öffentliche Urkunde erbringt unter Ausschluß der richterlichen Beweiswürdigung vollen Beweis für die Abgabe der beurkundeten Erklärung, nicht jedoch für ihren Inhalt. Bewiesen ist also, daß die in der Urkunde bezeichnete Person zur angegebenen Zeit, am angegebenen Ort vor dem Notar eine Erklärung des wiedergegebenen Inhalts abgegeben hat.

Als öffentliche Urkunde im Sinn des § 415 ZPO ist nur die in der Form der Niederschrift gemäß § 37 BeurkG errichtete Urkunde zu qualifizieren (vgl. *Huhn/von Schuckmann*, a.a.O., § 37 Rz. 3), nicht jedoch die lediglich öffentlich beglaubigten Urkunden gemäß §§ 39 ff. BeurkG. Gegenstand der öffentlichen Beurkundung sind dabei die Wahrnehmungen des Notars etwa über die (Wissens-)Erklärungen des Beteiligten, Urheber eines bestimmten Werkes zu sein, aber auch über das Werk selbst. *Huhn/von Schuckmann* (a.a.O., § 37 Rz. 6) differenzieren für die Beweisqualität eines der Niederschrift beigefügten Schriftstücks oder Plans etc. wie folgt: Der Bericht über die Wahrnehmung des Notars könne in dem Schriftstück, Plan etc. enthalten sein, auf das der Notar in der Niederschrift verweist; kraft gesetzlicher Vermutungen seien diese dann als Inhalt der Niederschrift selbst anzusehen. Füge der Notar seinem Bericht dagegen ein Schriftstück etc. bei, das nicht Teil seines eigenen Berichts ist, wie z. B. eine vom Erben erstellte und als solche bezeichnete Inventarliste, erstrecke sich die Wahrheitsvermutung der §§ 415, 418 ZPO jedoch nur auf den Bericht des Notars selbst. Den erstgenannten Fall illustrieren *Huhn/von Schuckmann* leider nicht an einem Beispielfall, so daß auch nicht ermittelt werden kann, inwieweit nach ihrer Meinung der Notar auf diesem Wege einen urheberrechtlich relevanten Plan etc. zum Inhalt der Niederschrift machen könnte. Nach Ansicht von *Mecke/Lerch* (a.a.O., § 37 Rz. 3) ist es dem Notar zwar nicht verwehrt, bildliche Darstellungen der Niederschrift beizufügen, doch werde ihr Inhalt nicht Bestandteil des notariellen Zeugnisses, sondern nur dessen Gegenstand; eine Abbildung, auf die in der Niederschrift verwiesen werde, werde dadurch nicht Teil der öffentlichen Urkunde bzw. des Zeugnisses, auch wenn sie eine Beschreibung in der Niederschrift entbehrlich mache. Es erscheint auch fraglich, ob sich die Rechtsfolgen des § 415 ZPO im Hinblick auf den zivilprozessualen Urkundsbegriff (schriftlich verkörperte Gedankenerklärung) auf Pläne etc. im Sinn des § 9 Abs. 1 Satz 3 BeurkG erstrecken. Dies wird von *Huhn/von Schuckmann* (a.a.O., § 9 Rz. 41) - jedoch ohne Begründung - bejaht. *Geimer* (in: *Zöller*, ZPO, 19. Aufl. 1995, a.a.O., Vor § 415 Rz. 2) lehnt etwa die Urkundenqualität der Fotografie, die unter die in § 9 Abs. 1 Satz 3 BeurkG aufgeführten Dokumente fällt, ab. Der oben zitierten Stellungnahme von *Mecke/Lerch* könnte ebenfalls die Vorstellung zugrunde liegen, nonverbale Gedankenäußerungen seien begrifflich nicht als Urkunden im Sinn der ZPO zu fassen. Weitere Stellungnahmen zu dieser Frage konnten auf der Grundlage der zur Verfügung stehenden Literatur jedoch nicht ermittelt werden.

Für die eidesstattliche Versicherung sei daneben noch der Hinweis erlaubt, daß sie grundsätzlich nur in den vom Gesetz ausdrücklich genannten Fällen als Mittel der Glaubhaftmachung zugelassen ist (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 53. Aufl. 1995, § 294 Rz. 2) und sich deshalb grundsätzlich nur für Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes eignet (vgl. § 920 Abs. 2 i.V.m. § 294 ZPO).

Im Bereich der §§ 39 ff. BeurkG ist lediglich der Beglaubigungsvermerk des Notars über die Anerkennung einer Unterschrift eine öffentliche Urkunde im Sinn des § 415 ZPO (vgl. MünchKomm-Schreiber, ZPO, 1992, § 415 Rz. 19; Stein/Jonas, ZPO, 20. Aufl. 1989, § 415 Rz. 8). Vom Beteiligten unterschriebene Erklärungen sind im übrigen gemäß § 416 ZPO zu behandeln; auch hier erscheint fraglich, ob Karten etc. nicht bereits aus dem zivilprozessualen Urkundsbegriff fallen und nur im Wege des Augenscheinbeweises gemäß §§ 371 ff. ZPO verwendbar sind (vgl. MünchKomm-Schreiber, a.a.O., § 371 Rz. 4).

Die notarielle Bescheinigung über die Beglaubigung von Abschriften oder (vor dem Notar geleisteten) Unterschriften unterfällt dem Tatbestand des § 418 ZPO. Die sogenannte Zeugnisurkunde erbringt danach vollen Beweis über die vom Notar selbst wahrgenommenen und bezeugten Tatsachen, also über Ort und Zeit der Ausstellung der Urkunde und - bei entsprechender Feststellung - auch über die Identität erschienener Personen (vgl. Zöller/Geimer, a.a.O., § 418 Rz. 3). Die Vermerkkunden gemäß §§ 42 f. BeurkG erscheinen deshalb als geeignet, über den Zeitpunkt der Vorlage von Urkunden, aber auch Plänen etc., beim Notar gemäß § 418 ZPO Beweis zu erbringen. Die Errichtung einer Zeugnisurkunde über den Zeitpunkt der Ausstellung einer Urkunde etc. setzt dagegen voraus, daß die Urkunde in Gegenwart des Notars ausgestellt wurde (vgl. Huhn/von Schuckmann, a.a.O., § 43 Rz. 5). Der Rockmusiker könnte sich deshalb in einem Erkenntnisverfahren wohl gemäß § 418 ZPO darauf berufen, der beurkundende Notar habe zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort ein bestimmtes Werk wahrgenommen. Welchen Schluß das Gericht daraus im Einzelfall ziehen wird, vermag abstrakt nicht vorausgesagt zu werden.

### III. Notarielle Verwahrung

**An Stelle bzw. in Verbindung mit der Beurkundung gem. §§ 36 ff. BeurkG kommt auch eine Verwahrungstätigkeit des Notars gem. § 23 BNotO in Betracht.** Die Verwahrung gehört zwar zur Amts-, nicht aber zur Urkundstätigkeit des Notars. Die Übernahme einer Verwahrungstätigkeit steht daher stets im Ermessen des Notars, eine Pflicht zur Amtsausübung besteht nicht (vgl. Seybold/Schippel, a.a.O., § 23 Rz. 1 f.). § 23 BNotO nennt nur die Verwahrung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten. Der Vorschrift kommt jedoch kein abschließender Charakter zu (Seybold/Schippel, a.a.O., § 23 Rz. 3). Nach anfänglichen Überlegungen, wie die Verwahrung insbesondere elektronischer Datenträger durch den Notar zu handhaben sei, da die Begriffe Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten z. T. als davon wesensverschieden verstanden wurden, **ist heute unstreitig, daß die Verwahrung auch elektronischer Datenträger jedenfalls im Rahmen der sonstigen Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege möglich ist** (vgl. hierzu Erber-Faller, Perspektiven des elektronischen Rechtsverkehrs, MittBayNot 1995, 182 ff., 188). Die

Verwahrung durch den Notar setzt stets einen Treuhandauftrag einer oder mehrerer Personen voraus. Grundlage der Amtsausübung des Notars ist dabei die - in der Regel von ihm formulierte - Verwahrungsanweisung. Die DONot enthält für die Verwahrung von Geld, Wertpapieren und Kostbarkeiten besondere Vorschriften, vgl. §§ 11 ff., nicht aber für die Verwahrung sonstiger Gegenstände. **Sie wird in der Regel so praktiziert, daß der Notar ein Protokoll aufnimmt, aus dem sich die tatsächlichen Umstände wie Inverwahrungsgabe des Datenträgers, Vorgaben für die sichere Lagerung, genaue Treuhandanweisungen an den Notar und insbesondere eindeutige Maßgaben für die Herausgabe der Datenträger detailliert ergeben** (vgl. hierzu Sheffield/Leeven, CR 1995, 306). Sodann veranlaßt der Notar das Erforderliche, um den Auflagen der Beteiligten nachzukommen.

**Hinweis:** Ein Muster einer Prioritätsverhandlung durch eidesstattliche Versicherung findet sich bei Nordemann, Münchener Vertragshandbuch, Bd. 3, 3. Aufl. 1992, Formular IX 1. (S. 801).

## BGB §§ 2136, 2216

### Einsetzung des Behinderten im Behinderten-Testament als befreiten Vorerben, Verwaltungsanordnungen gem. § 2216 Abs. 2 BGB

#### I. Sachverhalt

Das einzige Kind eines Ehepaares ist behindert. Für den Fall des Versterbens des ersten Ehegatten ist geplant, daß das Kind zu 1/3 als Vorerbe und der überlebende Teil zu 2/3 als Vollerbe eingesetzt werden sollen. Nacherbe soll eine dritte Person werden, die jahrelang das behinderte Kind betreut hat. Außerdem soll eine Dauertestamentsvollstreckung vorgesehen werden. Nach dem Tod des zweiten Elternteils soll wiederum das behinderte Kind als Vorerbe eingesetzt werden und als Nacherbe die vorgenannte dritte Person.

#### II. Frage

Ist ein Zugriff des Sozialhilfeträgers auf den Nachlaß zu befürchten, wenn bei einem Behindertentestament der Behinderte zum befreiten Vorerben eingesetzt wird und es dem billigen Ermessen des Testamentsvollstreckers überlassen wird, welche Mittel er für den Unterhalt des Behinderten zur Verfügung stellt?

Weshalb wird in der Literatur zum Behindertentestament allgemein empfohlen, den Behinderten nur zum nicht befreiten Vorerben einzusetzen, obwohl doch die „üblichen“ Behindertentestamente ohnehin genau festlegen, was der Testamentsvollstrecker dem Behinderten zuwenden darf?

#### III. Rechtslage

##### 1. Zugriffsmöglichkeiten des Sozialhilfeträgers bei Einsetzung des Behinderten als befreiten Vorerben

Die Einsetzung des Behinderten im Testament als befreiten Vorerben ist sehr problematisch unter dem Gesichtspunkt der Zugriffsmöglichkeiten des Sozialhilfeträgers. Der befreite Vorerbe kann frei über das Nachlaßvermögen verfügen, ausgenommen sind nur Verfügungen gem. § 2113 Abs. 2 BGB. Er darf Übermaßfrüchte gem. § 2133 BGB ziehen und Nachlaßgegenstände für sich verwenden, ohne gem. § 2134 BGB dem

Nacherben Ersatz leisten zu müssen. Allerdings sind Zwangsverfügungen in den Nachlaß durch Dritte wegen Verbindlichkeiten des Vorerben gem. § 2115 BGB auch bei der befreiten Vorerbschaft ausgeschlossen. **Die isolierte Einsetzung des Behinderten als befreiten Vorerben eröffnet damit dem Sozialhilfeträger eine mittelbare Zugriffsmöglichkeit.** Zwar kann er wegen der Regelung des § 2115 BGB nicht in den Nachlaß vollstrecken, wohl aber kann er unter Hinweis auf das Nachlaßvermögen, das bei der befreiten Vorerbschaft dem Behinderten zum Verbrauch zur Verfügung steht, gem. § 88 Abs. 1 BSHG die Gewährung von Sozialhilfe verweigern (vgl. van de Loo NJW 1990, 2852; Nieder NJW 1994, 1264, 1265; van de Loo MittRhNotK 1989, 233, 241).

## **2. Einsetzung eines Testamentsvollstreckers, dessen billigem Ermessen es überlassen wird, welche Mittel er für den Unterhalt des Behinderten zur Verfügung stellt**

Während durch die Einsetzung des Behinderten zum nicht befreiten Vorerben der Zugriff des Sozialhilfeträgers auf die Substanz des Nachlasses verhindert werden soll, **dient die Testamentsvollstreckung in einem Behindertentestament kombiniert mit einer entsprechenden Verwaltungsanordnung gem. § 2216 Abs. 2 BGB dem Ziel, die Früchte des zugewandten Erbteils dem Zugriff des Sozialhilfeträgers zu entziehen.** Die Früchte des dem Behinderten zugewandten Erbteils stehen nämlich stets ihm als Vorerben zu. Wird keine Verwaltungsanordnung getroffen, gilt für die Verwaltung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker das Gesetz. Gleiches dürfte unserer Meinung nach auch für den Fall gelten, daß Zuwendungen aus dem Nachlaß an den Behinderten ins Ermessen des Testamentsvollstreckers gestellt werden. Denn gem. § 2220 BGB kann der Testamentsvollstrecker nicht von der Verpflichtung zur **ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses gem. § 2216 Abs. 1 BGB entbunden werden. In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß es zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker gehört, daß er für einen angemessenen Unterhalt des Erben zu sorgen hat,** soweit dieser aus den Einkünften des Nachlasses getragen werden kann (vgl. RG LZ 1918, Sp. 1268, 1269; RG Recht 1922 Nr. 615; Staudinger/Reimann, Kommentar zum BGB, 12. Aufl., § 2216 Rn. 6). Dieser Anspruch aus § 2216 Abs. 1 BGB des Behinderten gegen den Testamentsvollstrecker auf ordnungsgemäße Verwaltung des Nachlasses und Auskehrung der für seinen Unterhalt erforderlichen Erträge kann vom Sozialhilfeträger gem. § 90 BSHG übergeleitet werden.

Um den Zugriff des Sozialhilfeträgers auf die Erträge des an den Behinderten zugewandten Erbteils zu verhindern, sehen daher die gängigen Muster eines Behindertentestamentes Verwaltungsanordnungen gem. § 2216 Abs. 2 BGB vor. Diese Verwaltungsanordnungen betreffen die Verwendung der Erträge des dem Behinderten zugewandten Erbteils. In der Regel wird vorgesehen, daß der Testamentsvollstrecker Zuwendungen an den Behinderten ausschließlich in solchen Formen vornehmen darf, auf die der Sozialhilfeträger nicht gem. den §§ 88, 89, 90 BSHG Zugriff nehmen kann. Hierzu gehören insbesondere höchstpersönliche Zuwendungen an den Behinderten.

Der BGH hat - soweit ersichtlich - bislang noch nicht zur Frage Stellung genommen, ob und in welchem Umfange derartige

Verwaltungsanordnungen, durch die der Zugriff des Sozialhilfeträgers auf die Erträge des dem Behinderten zugewandten Erbteils verhindert wird, zulässig sind. Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum werden in diesem Zusammenhang folgende Grenzen für derartige Verwaltungsanordnungen diskutiert:

a) Als unzulässig wird allgemein ein völliger Ausschluß der Auskehrung der Erträge des dem Behinderten zugewandten Erbteils angesehen. Durch eine vollständige Thesaurierung der Früchte des Erbteils würde nämlich die Erbeinsetzung völlig ihres wirtschaftlichen Inhalts beraubt (Nieder NJW 1994, 1264, 1265 unter Hinweis auf Haegeler/Winkler, Testamentsvollstrecker, 11. Aufl. 1991, Rn. 178).

### **b) Früchtethese**

Nach der sog. Früchtethese von *Krampe* (AcP 191 [1991], 527, 544 ff.; ders., in: Testamente zugunsten von Menschen mit geistiger Behinderung, 1994, S. 76 f.; ähnlich Nieder NJW 1994, 1264, 1265) gehört es zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker, daß dieser dem pflichtteilsberechtigten Erben Nachlaßfrüchte soweit auskehrt, soweit diese für den angemessenen Unterhalt des Erben im Sinne der §§ 1601 ff. BGB bzw. zur Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltspflichten des Erben erforderlich sind. Auch durch Verwaltungsanordnungen gem. § 2216 Abs. 2 BGB könne der Erblasser den Testamentsvollstrecker von dieser Pflicht nicht befreien, da die im vorgenannten Sinne definierte Pflicht zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses gem. § 2220 BGB zwingendes Recht sei. Es sei lediglich möglich, durch Verwaltungsanordnung in Mangelfällen zu bestimmen, wie die Erträge zu verwenden seien. Als Mangelfälle werden dabei diejenigen Fälle angesehen, in denen die Erträge nicht zur Deckung des angemessenen Unterhalts im Sinne der §§ 1601 ff. BGB ausreichen. Hier wird differenziert zwischen dem notwendigen täglichen Unterhalt und dem darüber hinausgehenden angemessenen Unterhalt im Sinne der §§ 1601 ff. BGB. Nach *Nieder* und *Krampe* (a.a.O.) soll eine Verwaltungsanordnung zulässig sein, wonach die Erträge des dem Behinderten zugewandten Erbteils ausschließlich für den über den notwendigen, von dem Sozialhilfeträger zu tragenden Unterhalt hinausgehenden angemessenen Unterhalt im Sinne der §§ 1601 ff. BGB zu verwenden sind. *Mayer* (DNotZ 1994, 347, 357) dagegen hält eine derartige Verwaltungsanordnung für unzulässig, da diese gegen das sozialhilferechtliche Nachrangprinzip verstoße.

### **c) Besonders große Erbschaft**

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 20.10.1993 (BGH NJW 1994, 248) ausdrücklich offengelassen, wie er zu entscheiden gedenkt, wenn die Erbschaft des Behinderten so groß ist, daß seine Versorgung auf Lebenszeit sichergestellt ist. *Nieder*, *Krampe* und *Mayer* (Nieder NJW 1994, 1264, 1266; *Krampe*, in: Testamente zugunsten für Menschen mit geistiger





Behinderung, S. 90; ders. AcP 191 [1991], S. 527, 560; Mayer DNotZ 1994, S. 347, 357) schließen daraus u. E. zu Recht, daß Verwaltungsanordnungen im obengenannten Sinne jedenfalls dann gem. § 138 BGB unbeachtlich sind, wenn der Nachlaß so groß ist, daß aus den Erträgen des Pflichtteils die Versorgung des Behinderten sichergestellt ist.

**d) Aufhebung einer Verwaltungsanordnung gem. § 2216 Abs. 2 S. 2 BGB**

*Otte* (JZ 1990, 1027, 1028) ist der Auffassung, daß Verwaltungsanordnungen des Erblassers beim Behindertentestament gem. § 2216 Abs. 2 S. 2 BGB aufgehoben werden können. Er verweist insoweit darauf, daß in der Rspr. anerkannt sei, daß, auch wenn § 2216 Abs. 2 S. 2 BGB auf die Gefährdung des Nachlasses abstellt, über den Wortlaut der Vorschrift hinaus eine Verwaltungsanordnung des Erblassers auch bei Gefährdung einer am Nachlaß interessierten Person - insbesondere des Erben - außer Kraft gesetzt werden könne. Er empfiehlt daher Sozialhilfeträgern, den Anspruch des Behinderten aus § 2216 Abs. 1 BGB auf Auskehrung eines angemessenen Unterhalts im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker gem. § 90 BSHG auf sich überzuleiten.

U. E. nach kann der Auffassung von *Otte* nicht gefolgt werden. Die extensive Auslegung des § 2216 Abs. 2 BGB beruht auf der Erwägung der Rechtsprechung, daß in den von ihr entschiedenen Fällen die Aufhebung der Verwaltungsanordnung dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entsprach. Denn die Verwaltungsanordnung stellt im Regelfall keinen Selbstzweck dar, sondern der Erblasser verfolgt mit ihr den Zweck, langfristig die Versorgung des Erben sicherzustellen. Es entsprach daher dem mutmaßlichen Willen des Erblassers, wenn die Rechtsprechung in den von *Otte* zitierten Fällen zur Behebung einer vom Erblasser nicht vorhergesehenen Notlage des Erben die Verwaltungsanordnung des Erblassers aufhob (vgl. hierzu auch *Krampe*, a.a.O., 1994, S. 66 f.). Beim Behindertentestament stellt sich dagegen die Interessenlage anders dar. Hier entspricht es gerade nicht dem mutmaßlichen Willen des Erblassers, wenn seine Verwaltungsanordnung mit dem Ziel aufgehoben wird, dem Sozialhilfeträger mittelbar über die Überleitung des Anspruchs des Behinderten aus § 2216 Abs. 1 BGB den Zugriff auf den Nachlaß zu eröffnen. Auch ist der Sozialhilfeträger selbst nicht Beteiligter im Sinne von § 2216 Abs. 2 BGB. Er kann daher nicht selbst den Antrag auf Aufhebung der entsprechenden Verwaltungsanordnung stellen. Völlig ungeklärt ist ferner, ob der Sozialhilfeträger das Antragsrecht des Minderjährigen gem. § 2216 Abs. 2 BGB auf sich überleiten kann.

Abschließend ist festzuhalten, **daß die Testamentsvollstreckung mit einer Verwaltungsanordnung gem. §§ 2216 Abs. 2 BGB zu kombinieren ist, wenn der Zugriff des Sozialhilfeträgers auf die Erträge des dem Behinderten zugewandten Erbteils verhindert werden soll.** Wegen der bislang ungeklärten Rechtslage ist dabei bei der Formulierung der Verwaltungsanordnung besondere Vorsicht geboten.

**3. Kombination von befreiter Vorerbschaft und der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers, der nach billigem Ermessen über die Zuwendungen an den Behinderten entscheidet**

Bei einer Kombination der Einsetzung des Behinderten zum befreiten Vorerben und der Bestellung eines Testamentsvollstreckers, der nach billigem Ermessen über die Zuwendung an den Behinderten entscheidet, ist sowohl ein Zugriff des Sozialhilfeträgers auf die Erträge des dem Behinderten zugewandten Erbteils als auch auf dessen Substanz zu befürchten.

Denn gem. § 2216 Abs. 1 BGB hat der Behinderte entsprechend den Ausführungen unter Ziffer 2) einen Anspruch bei dieser Fallkonstellation auf ordnungsgemäße Verwaltung seines Erbteils durch den Testamentsvollstrecker und auf Auskehrung derjenigen Erträge seines Erbteils, die er zur Sicherung seines angemessenen Unterhalts benötigt. Diesen Anspruch kann der Sozialhilfeträger gem. § 90 BSHG auf sich überleiten. Hierdurch kann der Sozialhilfeträger auf die Erträge des Erbteils des Behinderten Zugriff nehmen.

Auch ist bei dieser Testamentsgestaltung zu befürchten, daß der Sozialhilfeträger mittelbar Zugriff auf die Nachlaßsubstanz nimmt. Zwar kann der Sozialhilfeträger - anders als im Fall Ziffer 1) - nicht den Behinderten auf die Verwertung seines Erbteils gem. § 88 Abs. 1 BSHG verweisen, da dieser mangels Verfügungsbefugnis des Behinderten über seinen Erbteil kein verwertbares Vermögen darstellt (*Otte* JZ 1990, 1027, 1028; *Kapen MittRhNotK* 1988, 131, 149; *van de Loo MittRhNotK* 1989, 233, 246). Jedoch besteht die Gefahr, daß der Sozialhilfeträger mittelbar über den Anspruch des Behinderten aus § 2216 Abs. 1 BGB auf ordnungsgemäße Verwaltung und auf Auskehrung eines angemessenen Unterhalts Zugriff auf die Nachlaßsubstanz nimmt. Wie zuvor ausgeführt, gehört nämlich zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses durch den Testamentsvollstrecker die Versorgung des Erben mit angemessenem Unterhalt. Reichen hierzu die Erträge des Erbteils nicht aus, darf der Testamentsvollstrecker beim befreiten Vorerben auch die Substanz des Nachlasses angreifen. U. E. wird man sogar eine Pflicht des Testamentsvollstreckers hierzu annehmen müssen, soweit die Verwertung der Erträge des Erbteils zur Zahlung eines angemessenen Unterhalts des Behinderten nicht ausreicht. Der Sozialhilfeträger kann diesen Anspruch des Behinderten aus § 2216 Abs. 1 BGB auf Auszahlung eines angemessenen Unterhalts wiederum gem. § 90 BSHG auf sich überleiten und somit Zugriff auf die Substanz des Nachlasses nehmen.

**4. Kombination der Einsetzung des Behinderten zum befreiten Vorerben und Einsetzung eines Testamentsvollstreckers mit Verwaltungsanordnung**

Auch bei einer derartigen Testamentsgestaltung ist u. E. nicht vollständig sichergestellt, daß der Sozialhilfeträger nicht doch auf die Erträge des dem Behinderten zugewandten Erbteils oder aber sogar auf dessen Substanz zugreifen kann. Dies ergibt sich u. E. daraus, daß bislang noch nicht durch den BGH geklärt ist, ob derartige Verwaltungsanordnungen einer gerichtlichen Überprüfung standhalten. Würde eine Verwaltungsanordnung danach nicht von den Gerichten anerkannt, würde dies dem Sozialhilfeträger bei einer derartigen Testamentsgestaltung den Zugriff sowohl auf die Erträge des Nachlasses als auch auf



dessen Substanz eröffnen. Da der Notar verpflichtet ist, seinem Mandanten stets den sichersten von mehreren Wegen zu empfehlen, sollte von einer Einsetzung des Behinderten als befreiten Vorerben abgesehen werden und statt dessen der Behinderte als nicht befreiter Vorerbe eingesetzt werden. Hierdurch kann nämlich ein Zugriff des Sozialhilfeträgers auf die Substanz des dem Behinderten zugewandten Erbteils verhindert werden, wenn von der Rspr. die Verwaltungsanordnung des Testaments nicht anerkannt wird.

## 5. Sonstige Gefahren

Ergänzend erlauben wir uns, darauf aufmerksam zu machen, daß noch folgende Gefahren im Zusammenhang mit Behindertentestamenten im Schrifttum diskutiert werden:

### a) „Übergangs-These“ von van de Loo

Bislang ist noch nicht höchstrichterlich geklärt, ob beim Behindertentestament der Sozialhilfeträger das Ausschlagungsrecht des Behinderten gem. § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB auf sich überleiten kann. Die h. M. im Schrifttum geht insoweit davon aus, daß der Pflichtteilsanspruch des Behinderten erst mit Ausübung des Ausschlagungsrechtes entstehe. Vorher könne er nicht gem. § 90 BSHG vom Sozialhilfeträger übergeleitet werden (vgl. Nieder NJW 1994, 1264, 1266; Mayer DNotZ 1994, 347, 354). Eine Mindermeinung (vor allem van de Loo MittRhNotK 1989, 233, 249; ders. NJW 1990, 2846) geht dagegen davon aus, daß auch in den Fällen des § 2306 Abs. 1 S. 2 BGB der Pflichtteilsanspruch bereits mit dem Erbfall entstehe. Der Sozialhilfeträger könne daher mit Eintritt des Erbfalls den Pflichtteilsanspruch des Behinderten auf sich überleiten. Dies solle zur Folge haben, daß analog § 401 BGB das Ausschlagungsrecht des Minderjährigen auf den Sozialhilfeträger übergehe. U. E. kann der „Übergangs-These“ von van de Loo nicht gefolgt werden. Er verkennt, daß das Ausschlagungsrecht höchstpersönlicher Natur ist. Es obliegt allein dem Erben zu entscheiden, ob er die belastete Erbeinsetzung annimmt oder nicht. Das Ausschlagungsrecht ist daher nicht übertragbar (ebenso Nieder NJW 1994, 1264, 1266; Mayer DNotZ 1994, S. 347, 355).

b) Auch noch nicht durch den BGH entschieden ist die Frage, ob der Sozialhilfeträger seine Hilfe gem. §§ 25 Abs. 2 Nr. 1, 29 a BSHG auf das zum Lebensunterhalt Unerläßliche einschränken kann, wenn der Behinderte trotz Aufforderung die durch die Nacherbfolge beschränkte Erbschaft nicht ausschlägt und den Pflichtteil verlangt (vgl. hierzu auch VGH Baden-Württemberg vom 08.06.1993, Justiz 1994, 100). Solange der Behinderte immer noch das Ausschlagungsrecht habe, verfüge er nämlich immer noch über einen realisierbaren Anspruch. Es bestehe damit die Möglichkeit zur Selbsthilfe i.S.v. § 2 BSHG durch Ausübung der Ausschlagungsrechte. Hiergegen wird von *Nieder* (NJW 1994, 1264, 1266) zu Recht eingewandt, daß dem Behinderten nur ein Vorwurf gemacht werden könne, wenn er voll geschäftsfähig sei; anderenfalls habe sein Pfleger oder Betreuer über die Ausschlagung zu entscheiden. Dieser habe sich dabei allein an den Interessen des Behinderten, nicht jedoch an denen der Allgemeinheit zu orientieren. Auch ist zu berücksichtigen, daß die Entscheidung über die Ausschlagung der Erbschaft nicht mit der über die Durchsetzung eines sonstigen Anspruchs vergleichbar ist. Der Pflichtteilsanspruch ist ein bloßer schuldrechtlicher Wertausgleichsanspruch. Durch die Ausschlagung verliert der Behinderte seine Erbenstellung und

damit seine Beteiligung am Nachlaß. Letzteres wiegt besonders schwer, wenn der Behinderte ein immaterielles Interesse an einzelnen Nachlaßgegenständen hat. In diesen Fällen würde daher der Zwang zur Ausübung des Ausschlagungsrechts für den Behinderten eine besondere Härte i.S.v. § 88 Abs. 3 BSHG bedeuten.

## Rechtsprechung

### ZPO § 256; BNotO § 19; BGB § 147

#### Notarhaftung bei unwirksamem Erbverzichtsvertrag

**Ist ein Erbverzichtsvertrag infolge eines Notarfehlers unwirksam, kann die Klage eines anderen gesetzlichen Erben auf Feststellung der Notarhaftung bereits vor dem Tode des Erblassers zulässig sein.**

**Erhält jemand den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil, weil ein zuvor von ihm erklärter Erbverzicht infolge eines Notarfehlers unwirksam ist, wird derjenige, der durch den Erbverzicht begünstigt werden sollte, durch den Notarfehler nur dann geschädigt, wenn der andere wegen der Unwirksamkeit seines Verzichts mehr aus dem Nachlaß erhält, als ihm der Erblasser bei wirksamem Verzicht letztwillig zugewandt hätte.**

**Das einem vollmachtlosen Vertreter mündlich oder fernmündlich unterbreitete Angebot ist unter Anwesenden abzugeben.**

BGH, Urt. v. 14.12.1995 - IX ZR 242/94

Kz.: L III 1 - § 19 BNotO

#### Problem

Die vorliegende Entscheidung enthält eine Reihe von Ausführungen zur Notarhaftung und auch zur Dogmatik von Angebot und Annahme unter Anwesenden. Der beklagte Notar beurkundete einen Vertrag, in dem die Schwester des Klägers auf die gesetzlichen Erb- und Pflichtteilsrechte nach ihren Eltern verzichtete. Für die nicht persönlich anwesenden Erblasser erklärte der Bürovorsteher des beklagten Notars die Annahme des Verzichts. Die Erblasser genehmigten später die in ihrem Namen abgegebenen Erklärungen. Der Bruder der Beklagten hält den Erb- und Pflichtteilsverzicht für unwirksam und begehrt Feststellung, daß der Notar den Schaden zu ersetzen habe.

#### Lösung

Der Notar hat hier § 2347 Abs. 2 BGB (keine Vertretung des Erblassers) übersehen und infolgedessen keinen wirksamen Erb- und Pflichtteilsverzicht beurkundet. Der BGH stellt daher in der vorliegenden Entscheidung fest, daß diese Amtspflicht, einen wirksamen Verzichtsvertrag zu beurkunden, auch gegenüber dem nicht am Geschäft beteiligten Bruder der Verzichtenden bestand. Zehn Jahre später erklärte der Erblasser zur notariellen Urkunde des Beklagten nochmals - nunmehr unmittelbar - die Annahme des von seiner Tochter 1981 abgegebenen Angebots. Hier führt der BGH unter dogmatischen Ausführungen zu Fragen des Angebots und der Annahme bei Anwesenden

aus, daß diese Annahme nicht zu einem wirksamen Erbvertragsvertrag führen konnte.

### **BGB § 138 Abs. 1 Sittenwidrigkeit eines Grundstückskaufvertrages**

**Macht der Käufer eines Hausgrundstücks geltend, der Verkäufer habe ihn sittenwidrig übervorteilt, und hält er gleichwohl an dem wegen Sittenwidrigkeit nichtigen Vertrag fest, so hat er nur Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens; er kann seinen Schaden dann nicht nach dem Erfüllungsinteresse berechnen und Ersatz des Betrages verlangen, um den er das Haus infolge der Übervorteilung zu teuer erworben hat.**

BGH, Urt. v. 12.01.1996 - V ZR 289/94  
Kz.: L I 1 - § 138 BGB

#### **Problem**

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens war die Frage der Sittenwidrigkeit eines Grundstückskaufvertrages. Mit notariellem Vertrag wurde für 480.000,- DM ein Miteigentumsanteil an einem bebauten Grundstück, verbunden mit dem Sondereigentum an einer etwa 1940 errichteten „Doppelhaushälfte“, veräußert. Die Klägerin machte geltend, der Wert des Hauses habe bei Vertragsschluß nur 270.000,- DM betragen. Sie verlangt von dem Verkäufer wegen des überhöhten Kaufpreises die Zahlung von 209.000,- DM.

#### **Lösung**

Der BGH entscheidet in ständiger Rechtsprechung, daß auch ein Grundstückskaufvertrag nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig sein kann, wenn das Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung so kraß ist, daß allein schon daraus auf eine verwerfliche Gesinnung des begünstigten Vertragspartners zu schließen ist. Für das Vorliegen eines auffälligen Mißverhältnisses und die daran anknüpfende Vermutung der verwerflichen Gesinnung komme es allein auf die objektiven Werte dieser Leistungen an (BGH NJW-RR 1990, 950). Ein solches Mißverhältnis liegt nach Auffassung des BGH bei der hier in Rede stehenden Höhe des Kaufpreises vor (BGH NJW-RR 1991, 589). Im vorliegenden Fall hat der BGH allerdings entschieden, daß dem Verkäufer, wenn er an dem Vertrag festhält, nur ein Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens und nicht des Erfüllungsinteresses zusteht.

### **BGB § 95; SachRBerG §§ 7, 2; SchulRAnpG § 43 Scheinbestandteil und Gebäudeeigentum**

**Ist ein Gebäude vor Entstehung der DDR als Scheinbestandteil auf fremdem Grund und Boden errichtet worden, so hat sich das rechtliche Schicksal des Gebäudes weder mit Inkrafttreten des Zivilgesetzbuchs der DDR noch mit Wiederinkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs geändert.**

**Der Erwerb von gewerblich genutzten, auf fremdem Grund und Boden stehenden Gebäuden durch eine natürliche Person wird von § 7 SachRBerG nicht erfaßt, wenn die Inanspruchnahme des Grundstücks aufgrund eines Miet-, Pacht- oder sonstigen Nutzungsvertrages geschieht.**

**Wird ein Grundstück aufgrund eines Miet-, Pacht- oder sonstigen Nutzungsvertrages genutzt und hat der Nutzer ein gewerblichen Zwecken dienendes Bauwerk vom bisherigen Nutzer übernommen, so kann eine entsprechende Anwendung des § 43 SchulRAnpG geboten sein, wenn dieses Bauwerk zwar nicht mit Billigung staatlicher Stellen der DDR errichtet wurde (hier: 1936 gebaut), wenn aber die Nutzung des Grundstücks mit Billigung staatlicher Stellen der DDR erfolgt (hier: Zuweisung aufgrund der Verordnung über die staatliche Geweberaumlenkung).**

BGH, Urt. v. 22.12.1995 - V ZR 334/94  
Kz.: L VI 10 - § 7 SachRBerG

#### **Problem**

Das vorliegende Urteil befaßt sich mit diffizilen Fragen des Gebäudeeigentums in den neuen Bundesländern. Der Rechtsvorgänger der Klägerin hatte im Jahre 1936 einen Teil dieses Grundstücks einem Ehepaar entgeltlich zum Gebrauch überlassen und den Nutzern gestattet, dort zum Betrieb eines Ladengeschäfts ein Gebäude zu errichten. In der Folgezeit haben die Nutzer mehrfach gewechselt. Dabei wurde jeweils ein neuer Nutzungsvertrag geschlossen. Das Gebäude wurde vom ausscheidenden an den neuen Nutzer veräußert. 1988 wurde erneut ein Pachtvertrag über das Grundstück geschlossen. Es war nun fraglich, ob hier selbständiges Gebäudeeigentum entstanden war, obwohl kein Tatbestand des DDR-Rechts gegeben war, nach dem selbständiges Gebäudeeigentum entsteht.

#### **Lösung**

Der BGH stellt fest, daß das im Jahre 1936 errichtete Gebäude **nicht wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (§ 94 Abs. 1 S. 1 BGB) geworden sei, sondern als Scheinbestandteil im Sinne von § 95 Abs. 1 S. 1 BGB im Eigentum der damaligen Nutzer gestanden habe.** Nach § 95 Abs. 1 S. 1 BGB gehörten solche Sachen nicht zu den Bestandteilen eines Grundstücks, die nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden seien. Ob dies der Fall sei, beurteile sich in erster Linie nach dem Willen des Erbauers, sofern dieser mit dem nach außen in Erscheinung tretenden Sachverhalt in Einklang zu bringen sei. Verbinde ein Mieter, Pächter oder in ähnlicher Weise schuldrechtlich Berechtigter Sachen mit dem Grund und Boden, so spreche nach feststehender Rechtsprechung regelmäßig eine Vermutung dafür, daß dies mangels besonderer Vereinbarung nur seinem Interesse für die Dauer des Vertragsverhältnisses entspreche und damit zu einem vorübergehenden Zweck geschehe (BGHZ 8, 1). Diese Vermutung wird nicht schon bei einer massiven Bauart des Bauwerkes oder bei langer Dauer des Vertrages entkräftet (BGHZ 92, 70). Diese Ausführungen zeigen, **daß auch nach dem BGB selbständiges Gebäudeeigentum als Scheinbestandteil entstehen kann.**

Dem auf § 985 BGB gestützten Herausgabeanspruch bezüglich des Grundstücks steht nach Auffassung des BGH ein Recht der Beklagten zum Besitz entgegen. Der BGH leitet dieses Besitzrecht allerdings nicht aus dem SachRBerG ab, da dieses im vorliegenden Fall nicht anwendbar sei. § 7 SachRBerG sei nicht einschlägig, da das Ziel der Sachenrechtsbereinigung darin bestehe, die vorgefundenen Rechtsstrukturen des Bodenrechts der DDR an die marktwirtschaftlichen Gegebenheiten

des BGB anzupassen. Diese Strukturen zeichneten sich dadurch aus, daß die Bodennutzung im Regelfall nicht privatrechtlich, sondern öffentlich-rechtlich ausgestaltet gewesen sei. Eine solche Konstellation der Wiedereinordnung dieser spezifischen DDR-Rechtsverhältnisse in das Zivilrechtssystem bestehe hier nicht. Die Beklagten nutzten das Gebäude aufgrund eines Kaufvertrages mit den früheren Nutzern. Die Inanspruchnahme des Grundstücks habe eine schuldrechtliche Grundlage, die nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 SachRBerG ausdrücklich vom Gesetz nicht erfaßt werde.

Im vorliegenden Fall bejaht allerdings der BGH ein **Besitzrecht aufgrund der Regelungen des SchuldRAnpG**. Der BGH wendet hier § 43 SchuldRAnpG analog auf den vorliegenden Fall an, da die Beklagten durch den Ankauf des Gebäudes im Vertrauen auf eine längerfristige Nutzungsmöglichkeit investiert haben.

### **EGBGB Art. 27, 28, 31; BGB § 313** **Formstatut und Schuldstatut bei Grundstückskaufvertrag**

**Eine Rechtswahl, daß bezüglich des Formstatuts eines Grundstückskaufvertrages spanisches (formfreies) Recht, im übrigen deutsches Recht gelten soll, ist gem. Art. 27 Abs. 1 S. 3 EGBGB möglich.**

OLG Hamm, Urte. v. 13.11.1995 - 22 U 170/94  
Kz.: R IV 1 - Art. 27 EGBGB

#### **Problem**

Das OLG Hamm hatte über die Wirksamkeit eines Kaufvertrages zu befinden, der ein in Spanien belegenes Grundstück zum Gegenstand hatte, wofür die Parteien aber hinsichtlich des auf die Form anwendbaren Rechts spanisches Recht für anwendbar erklärten, es im übrigen aber bei der Anwendung deutschen Rechts beließen.

#### **Lösung**

Das OLG Hamm erklärt eine teilweise Rechtswahl mit der Folge, daß die Formvorschrift des § 313 BGB auf den Kaufvertrag keine Anwendung findet, gem. Art. 27 Abs. 1 S. 3 EGBGB für wirksam. Danach haben die Parteien ausdrücklich die Möglichkeit, die Rechtswahl für den ganzen Vertrag oder nur für ein Teil zu treffen. Diese Möglichkeit gelte auch für verschiedene Teile des Vertrages, und insbesondere könne bezüglich des formellen Zustandekommens des Vertrages ein anderes Recht gewählt werden als hinsichtlich der materiellen Wirksamkeit. Diese Frage hatte der BGH bislang offengelassen (vgl. BGHZ 52, 239; NJW-RR 1990, 248).

Die Aufspaltung zwischen Form- und Schuldstatut haben die Parteien nicht ausdrücklich getroffen. Vielmehr hat das OLG Hamm die Vereinbarung der Anwendbarkeit deutschen Rechts u. a. in der verwandten Sprache, der vereinbarten Währung, der Kontoverbindung gesehen. Es sah die Vermutung des Art. 28 Abs. 3 EGBGB als widerlegt, wonach das Recht am Belegenheitsort bei Grundstücksgeschäften zu vermuten sei. Für Formvorschriften hingegen sah das OLG deutsches Recht als abbe-

dingungen an, so daß die Formvorschrift des § 313 BGB nicht zur Anwendung gelange.

### **EGBGB Art. 27, 28, 31; BGB §§ 108 ff.** **Wirksamkeit eines Grundstückskaufvertrages**

**Die Wirksamkeit und die Rechtswirkungen eines Vertrages, der zwischen in Deutschland wohnhaft oder ansässigen Partnern in einem anderen Land abgeschlossen worden ist und der die Pflicht einer Partei begründen soll, der Gegenpartei ein am Ort des Vertragsschlusses gelegenes Grundstück zu übereignen und es mit einem Ferienhaus zu bebauen, ist, wenn eine Rechtswahl im Sinne des Art. 27 EGBGB nicht oder nicht wirksam getroffen worden ist, gem. Art. 28 Abs. 2 EGBGB nach deutschem Recht zu beurteilen.**

OLG Hamm, Urte. v. 23.11.1995 - 22 U 227/94  
Kz.: R IV 1 - Art. 27 EGBGB

#### **Problem**

Das OLG Hamm hatte in diesem Urteil über die Wirksamkeit eines Grundstückskaufvertrages über ein in Spanien belegenes Grundstück zu entscheiden, welches von einem minderjährigen Deutschen erworben wurde, da der Kaufvertrag „spanischem Recht unterliegen“ sollte. Gleichwohl sah das Gericht den Kaufvertrag entsprechend den §§ 108, 139 BGB als unwirksam an.

#### **Lösung**

Die Rechtswahl zur Geltung spanischen Rechts sei unwirksam, denn sie bedürfe der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters. Diese wurde aber aus Sicht des Gerichts nicht wirksam abgegeben. Die Geschäftsfähigkeit einer Person und damit auch die Folgen mangelnder Geschäftsfähigkeit müßten gem. Art. 7 EGBGB nach dem Heimatrecht der betroffenen Person beurteilt werden. Art. 7 EGBGB sei nicht etwa deswegen unanwendbar, weil die Geltung spanischen Rechts vereinbart wurde. Da die Rechtswahl nicht wirksam getroffen wurde, kommt das Gericht zur Anwendbarkeit deutschen Rechts aufgrund der vertragscharakteristischen Leistung. Nach deutschem Recht aber ist der Vertrag gem. § 108 BGB unwirksam.

## **Aktuelles**

### **Verlust von Gebäudeeigentum und Nutzungsrechten aufgrund gutgläubigen Erwerbs**

Der Gesetzgeber hat mit dem RegVBG zum 01.01.1997 einheitlich den guten Glauben an das Grundbuch wiederhergestellt. Während vor diesem Zeitpunkt der Erwerber eines

Grundstücks damit rechnen muß, daß dieses mit Nutzungsrechten oder selbständigem Gebäudeeigentum belastet ist, das sich nicht aus dem Grundbuch ergibt (Art. 233 § 4 Abs. 2 EGBGB), besteht ab dem 01.01.1997 das Risiko, daß das Nutzungsrecht oder Gebäudeeigentum, das nicht im Grundbuch vermerkt ist, von einem gutgläubigen Erwerber wegerworben werden kann (vgl. Art. 231 § 5 Abs. 3 EGBGB). Der Gebäudeeigentümer kann allerdings diesen gutgläubigen Wegerwerb dadurch verhindern, daß er vor dem 01.01.1997 Antrag auf Anlegung eines Gebäudegrundbuchblattes und Eintragung des dinglichen Nutzungsrechtes bzw. selbständigen Gebäudeeigentums im Grundstücksgrundbuch stellt. Die Möglichkeit des gutgläubigen, lastenfreien Erwerbs besteht gem. § 111 SachRBerG auch im Hinblick auf die Ansprüche des Nutzers nach dem SachRBerG. Auch hier kann durch Grundbucheintragung dem gutgläubigen Wegerwerb vorgebeugt werden (vgl. zu dieser Problematik ausführlich Böhringer, Sicherung von Rechtspositionen an ostdeutschen Grundstücken vor Rechtsverlust, DtZ 1996, 34; ders., Auswirkungen des RegVerfBeschlG auf den Grundstücksverkehr in den neuen Bundesländern, DtZ 1994, 50; ders., Checkliste zu Stichtagen und Fristen im Liegenschaftsrecht, VIZ 1994, 122).

**Hinweis:** Das BMJ hat ein Merkblatt über die Eintragung von dinglichen Nutzungsrechten, Gebäudeeigentumsrechten und Mitbenutzungsrechten im Grundbuch herausgegeben, das beim DNotI unter **Kz.: L VI 15 - Art. 233 - Gebäudeeigentum** bestellt werden kann.

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

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

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:**

Notar a.D. Dr. Peter Limmer, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

**Bezugsbedingungen:**

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

**Gesetzesentwurf über die Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden (Teilzeit-Wohnrechtsgesetz - TzWrG)**

Die **Bundesrat-Drucksache 887/95** vom **29.12.1995** über die Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden kann beim DNotI unter **Kz.: L I 14** angefordert werden.

**Literaturhinweise**

**Lutter (Hrsg.): Holding-Handbuch, Recht, Management, Steuern, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 1995, 800 Seiten, 238,- DM**

Das vorliegende Querschnittswerk befaßt sich mit der in der Unternehmenspraxis an erheblicher Bedeutung gewinnenden Holding als moderne Form der Unternehmensorganisation. Es behandelt äußerst instruktiv betriebswirtschaftliche, gesellschafts-, arbeits-, steuer- und bilanzrechtliche Fragen dieser besonderen Organisationsform. Auf diese Weise werden alle praktischen Fragen instruktiv behandelt.

**Notar a. D. Dr. Peter Limmer, Würzburg**

**Bezugspreis:**

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

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

**Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

**Druck:**

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