

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

12. Jahrgang
November 2004
ISSN 1434-3460

21/2004

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BauGB §§ 19, 20, 244 Abs. 5; Landesbauordnungen (LBO) – Wegfall der bauplanungsrechtlichen Teilungsgenehmigung – Folgen für Teilflächenveräußerungen

BGB §§ 472, 2034 – Miterbenvorkaufsrecht; Ausübung durch einen Erbeserben

Gutachten im Fax-Abwurf

Rechtsprechung

BGB §§ 923, 254, 823 Abs. 1 – Haftungsteilung bei mangelnder Pflege eines Grenzbaumes

GBO § 47; BGB § 705 – Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) trotz auf sie lautenden Titels einer Zwangssicherungshypothek nicht grundbuchfähig

WEG § 5 Abs. 2; GBO § 53; WGV § 3 Abs. 1 lit. c; BGB §§ 133, 157 – Kein Sondereigentum an ganzer Doppelhaushälfte

GBO §§ 19, 29; BGB §§ 164, 172, 892 – Prüfung des Fortbestands einer Vollmacht durch Grundbuchamt

WEG § 16 Abs. 2; BGB § 242 – Anspruch der anderen Wohnungseigentümer auf Änderung des Kostenverteilungsschlüssels bei nachträglicher Vergrößerung einer Wohnung

ZVG § 180 Abs. 1; BGB §§ 471, 2100, 2113, 2115; GBO § 51 – Teilungsversteigerung trotz Vereinigung aller Bruchteile, wenn (nur) ein Bruchteil einer Nacherbfolge unterliegt

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BauGB §§ 19, 20, 244 Abs. 5; Landesbauordnungen (LBO) Wegfall der bauplanungsrechtlichen Teilungsgenehmigung – Folgen für Teilflächenveräußerungen

I. Sachverhalt

Durch das Europarechtsanpassungsgesetz Bau (EAG Bau) wurde die Teilungsgenehmigung nach § 19 BauGB abgeschafft.

II. Fragen

1. In welchen Bundesländern ist die (Real-) Teilung eines Grundstücks nach der Landesbauordnung genehmigungspflichtig?
2. Welche Gefahren birgt eine dem Bauplanungs- oder Bauordnungsrecht widersprechende Teilung für den Grundstückseigentümer?
3. Welche Gefahren drohen dem Erwerber (oder dem Veräußerer) bei einem Teilflächenverkauf?

4. Muss der Notar bei Beurkundung der Teilungserklärung oder eines Teilflächenverkaufs über mögliche Gefahren einer baurechtswidrigen Teilung belehren?

III. Zur Rechtslage

1. Abschaffung der bauplanungsrechtlichen Teilungsgenehmigung (§ 19 BauGB)

a) BauROG 1998

Das **Bundesbaugesetz von 1960** enthielt eine Genehmigungspflicht für die Grundstücksteilung. Das **Baugesetzbuch 1987** übernahm diese Genehmigungspflicht in § 19 BauGB a.F. § 20 Abs. 2 S. 2 BauGB a.F. sah eine Grundbuchsperrung vor, nach der die Teilung erst in das Grundbuch eingetragen werden durfte, wenn der Genehmigungsbescheid oder ein Negativzeugnis vorgelegt wurde.

Durch das **Bau- und Raumordnungsgesetz 1998** (BauROG, BGBl. 1997 I, 2081 und 2141) wurde das gesetzliche Erfordernis einer Teilungsgenehmigung abgeschafft; zugleich wurde aber den Gemeinden die Kompetenz verliehen, ein Genehmigungserfordernis durch Satzung einzuführen (§ 19 Abs. 1 BauGB i.d.F. durch das BauROG 1998). Ebenfalls abgeschafft wurde die Bindungswirkung der Teilungsgenehmigung nach § 21 BauGB a.F. (wonach eine binnen drei Jahren nach der Teilungsgenehmigung beantragte Baugenehmigung nicht aus Gründen versagt werden konnte, die bereits für die Teilungsgenehmigung zu prüfen waren).

b) EAG Bau 2004

Mit dem Europarechtsanpassungsgesetz Bau (EAG Bau, BGBl. 2004 I, 1359 – vgl. DNotI-Report 2004, 115) entfiel das Genehmigungserfordernis nach § 19 BauGB gänzlich (vgl. allg. zum EAG Bau: Battis, AnwBl. 2004, 42; Finkelnburg, NVwZ 2004, 897; Grziwotz, ZfIR 2003, 929; ders., DNotZ 2004, 674; Krautzberger, UPR 2004, 41; Krautzberger/Stüer, BauR 2003, 1301; dies., DVBl. 2004, 781; Schliepkorte, ZfBR 2004, 128; Scholz, BTR 2004, 119).

§ 19 BauGB lautet nunmehr:

„§ 19 – Teilung von Grundstücken

(1) Die Teilung eines Grundstücks ist die dem Grundbuchamt gegenüber abgegebene oder sonstwie erkennbar gemachte Erklärung des Eigentümers, dass ein Grundstücksteil grundbuchmäßig beschrieben und als selbständiges Grundstück oder als ein Grundstück zusammen mit anderen Grundstücken oder mit Teilen anderer Grundstücke eingetragen werden soll.

(2) Durch die Teilung eines Grundstücks im Geltungsbereich eines Bebauungsplans dürfen keine Verhältnisse entstehen, die den Festsetzungen des Bebauungsplans widersprechen.“

Das EAG Bau trat zum 20.7.2004 in Kraft. Nach der **Übergangsregelung** des § 244 Abs. 5 S. 3 BauGB sind aufgrund des § 19 Abs. 5 BauGB a.F. erlassene gemeindliche Satzungen ab dem 20.7.2004 nicht mehr anzuwenden. Dies ist eine Ausnahme zur sonstigen Grundregel, wonach untergesetzliche Regelungen i.d.R. auch dann Bestand haben, wenn ihre Rechtsgrundlage nachträglich entfällt (sofern sich eben aus der die Rechtsgrundlage aufhebenden Norm nichts anderes ergibt). Damit entfiel das Genehmigungserfordernis auch für bereits vor dem 20.7.2004 erklärte Grundstücksteilungen (sofern die Genehmigung nicht bereits bestandskräftig verweigert war).

Unberührt bleiben städtebauliche Teilungsgenehmigungen, die für **besondere Gebiete** erforderlich sind (wie z. B. für Umlegungsgebiete, im Enteignungsverfahren sowie für städtebauliche Sanierungs- und Entwicklungsgebiete, §§ 51 Abs. 1 Nr. 1, 109, 144 Abs. 2 Nr. 5 und 169 Abs. 1 Nr. 3 BauGB).

c) Landesrechtliche Genehmigungserfordernisse (Bauordnungsrecht)

Im Bauordnungsrecht bestehen landesrechtliche Genehmigungserfordernisse für die Grundstücksteilung nur noch in **Hamburg, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen**, sofern das **Grundstück bebaut** ist oder eine Bebauung genehmigt ist (in Nordrhein-Westfalen nur für bebaute Grundstücke) (§ 8 HbgBauO; § 94 NBauO; § 8 BauO NRW).

Die Landesbauordnungen der **übrigen Länder** enthalten teilweise eine (deklaratorische) Regelung, dass eine Grundstücksteilung keine baurechtswidrigen Zustände schaffen darf (§ 4 Abs. 3 BbgBO; § 11 Abs. 1 BremLBO; § 9 Abs. 1 LBO Saar; § 8 BauO LSA; § 8 Abs. 1 ThürBO; ähnlich § 7 BauO Bln; § 8 LBO SH – sog. „Eingriffslösung“). Die meisten Bundesländer haben die Teilungsgenehmigung erst in den letzten Jahren abgeschafft (Bayern bereits im Jahr 1994, Sachsen 1999, Baden-Württemberg und Sachsen-Anhalt im Jahr 2001, Hessen im Jahr 2002, Brandenburg und Berlin im Jahr 2003, das Saarland und Thüringen im Jahr 2004 – vgl. die aktualisierte Übersicht des DNotI im **Internet**: www.dnoti.de – unter der Rubrik: Arbeitshilfen/Immobilienrecht; speziell zu Thüringen vgl. Watoro, NotBZ Heft 11/2004).

Für **Waldgrundstücke** ist eine Teilungsgenehmigung in Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Schleswig-Holstein und Thüringen erforderlich (in Schleswig-Holstein nur, wenn ein entstehendes Teilgrundstück kleiner als 3,5 Hektar ist; in Mecklenburg-Vorpommern nur, wenn ein entstehendes Teilgrundstück kleiner als 1 Hektar ist; in den anderen Ländern sind Teilgrundstücke unter 1 Hektar i.d.R. nicht genehmigungsfähig) (§ 15 ForstG Hessen; § 27 LWaldG MV; § 18 LWaldG SH; § 16 ThürWaldG) (Gesetzestexte ebenfalls im Internet: www.dnoti.de – unter Arbeitshilfen).

2. Risiken bei baurechtswidriger Grundstücksteilung

a) Sachenrechtliche Realteilung und Grundbuchvollzug
Sachenrechtlich erfolgt die Realteilung eines Grundstückes durch Willenserklärung des Grundstückseigentümers und Grundbucheintragung der Teilung. Die Grundbucheintragung setzt die vorherige Vermessung der Teilfläche im Liegenschaftskataster voraus (§ 2 Abs. 3 GBO).

Bedarf die Grundstücksteilung zu ihrer Wirksamkeit einer Genehmigung – wie früher beim Bestand einer entsprechenden Satzung nach § 19 Abs. 5 BauGB bzw. heute noch in den Bundesländern Hamburg, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen nach dem dortigen Bauordnungsrecht –, so kann das Grundbuchamt die Teilung nur eintragen, wenn ihm auch die **Genehmigung als Wirksamkeitsvoraussetzung in der Form des § 29 GBO nachgewiesen** ist (oder die Genehmigungsfreiheit durch ein Negativattest der zuständigen Genehmigungsbehörde nachgewiesen ist). Für die Teilungsgenehmigung des § 19 BauGB a.F. war dies in § 20 Abs. 2 S. 2 BauGB a.F. ausdrücklich geregelt; diese Regelung wurde durch das EAG Bau aufgehoben. Dasselbe gilt aber auch, soweit nach Landesrecht eine Genehmigung erforderlich ist (bzw. das Grundbuchamt nicht eindeutig feststellen kann, ob möglicherweise eine Genehmigung erforderlich ist). (Teilweise sahen auch die Landesbauordnungen früher eine Grundbuchsperrung vor, solange die Teilungsgenehmigung oder das Negativattest nach der Landesbauordnung nicht vorlagen, so z. B. § 9 Abs. 3 S. 1 LBO Saar a.F.).

Ist die Grundstücksteilung aber **genehmigungsfrei** (so in den übrigen Bundesländern jedenfalls für andere als Waldgrundstücke), so kann und darf das **Grundbuchamt aufgrund seiner rein formalen Prüfungscompetenz nicht prüfen**, ob die Teilung dem Baurecht widerspricht. Selbst wenn dem Grundbuchamt positiv bekannt ist, dass die Teilung baurechtswidrige Zustände schafft, kann es den Grundbuchvollzug nicht ablehnen. Denn eine Eintragung, deren Eintragungsvoraussetzungen vorliegen (Antrag und Bewilligung, §§ 13, 19 GBO – beides in der Form des § 29 GBO, sowie die Voreintragung des Betroffenen, § 39 GBO) kann das Grundbuchamt nur ablehnen, wenn ihm positiv bekannt ist, dass das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig würde (vgl. statt aller Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rn. 209). Eine baurechtswidrige Teilung macht aber das Grundbuch nicht unrichtig, da die Teilung gleichwohl wirksam ist (Dümig, Rpfleger 2004, 461, 462 f.; Eckert/Höfinghoff, NotBZ Heft 11/2004; Grziwotz, DNotZ 2004, 674, 681; Gelzer/Bracher/Reidt, Bauplanungsrecht, 7. Aufl. 2004, Rn. 2446; Voß/Steinkemper, ZfIR 2004, 797, 799; offen lediglich Finkelnburg, NVwZ 2004, 897, 902).

Denn die Teilung ist **sachenrechtlich wirksam**, auch wenn sie gegen Baurecht verstößt. Dies geht ausdrücklich aus den Gesetzesmaterialien hervor. So heißt es in der Stellungnahme des Bundesrates zum Regierungsentwurf: „Der Bundes-

rat geht davon aus, dass die Regelung in § 19 Abs. 2 [BauGB-RegE] nicht als gesetzliches Verbot i. S. v. § 134 BGB zu verstehen ist. Insofern unterscheidet sich § 19 Abs. 2 von der Zielsetzung der in vielem vergleichbaren Regelung in § 172 Abs. 1 BauGB; dort wird das städtebauliche Gebot auch ausdrücklich als gesetzliches Verbot im Sinne von § 135 BGB bezeichnet. Die Regelung in § 19 Abs. 2 BauGB stellt damit kein Hindernis für Grundbuchverfügungen dar. Das Verbot ist allein durch die Bauaufsichtsbehörden im Bereich des präventiven oder repressiven Handelns durchzusetzen.“ (BT-Drucks. 15/2250 vom 17.12.2003, S. 80). Die Bundesregierung stimmte in ihrer Stellungnahme dieser Auslegung zu: „Die Bundesregierung stimmt der Auffassung des Bundesrates zu, dass es sich bei § 19 Abs. 2 BauGB in der Fassung des Regierungsentwurfes nicht um ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB handelt.“ (BT-Drucks. 15/2250, S. 92). Auch im Bundestag wurde keine abweichende Auffassung geäußert.

b) Eingriffsmöglichkeiten der Bauaufsicht nach baurechtswidriger Grundstücksteilung

Die Teilung kann jedoch zu **baurechtswidrigen Zuständen** führen, etwa wenn die auf einem Teilgrundstück vorhandene Bebauung das (nach dem Bebauungsplan oder nach § 34 BauGB) zulässige Maß überschreitet (Verstoß gegen Bauplanungsrecht) oder wenn erforderliche Abstandsflächen nicht mehr eingehalten werden (Verstoß gegen Bauordnungsrecht).

Dann kann ggf. die **Bauaufsichtsbehörde einschreiten**. Die Bauordnungen von Berlin und Schleswig-Holstein regeln dies ausdrücklich: „Werden durch Veränderungen der Grenzen bebauter Grundstücke Verhältnisse geschaffen, die öffentlich-rechtlichen Vorschriften zuwiderlaufen, so kann die Bauaufsichtsbehörde verlangen, dass ein baurechtmäßiger Zustand hergestellt wird.“ (§ 7 S. 1 BauO Bln; fast wortgleich § 8 S. 1 LBO SH). Dies kann – als äußerste Maßnahme – bis zur Anordnung der Nutzungsuntersagung oder der Beseitigung einer bestehenden baulichen Anlage gehen (Wilke/Dageförde/Knuth/Meyer, Bauordnung für Berlin, § 7 Rn. 7; Dormning/Möller/Suttikus, Bauordnungsrecht Schleswig-Holstein, Stand November 2002, § 8 Rn. 19).

Die Bauordnungen der anderen Bundesländer enthalten keine spezielle Eingriffsnorm für durch die Teilung entstehende baurechtswidrige Zustände. Ist eines der Teilgrundstücke jedoch bebaut, so greifen die **allgemeinen repressiven Eingriffsnormen** ein, die der Bauaufsicht bei baurechtswidriger Bebauung zustehen (unabhängig davon, ob ein Verstoß gegen Bauplanungsrecht oder gegen Bauordnungsrecht vorliegt).

In der Regel sind aber die Eingriffsgrundlagen (sowohl die speziellen Eingriffsgrundlagen für Abbruch und Nutzungsuntersagung wie die Generalmächtigung) auf ein Einschreiten gegen baurechtswidrige (bauliche) „Anlagen“ beschränkt – oder noch enger auf die Errichtung, Änderung, dem Abbruch oder der Beseitigung baulicher Anlagen oder deren Nutzung. Zugeschnitten sind die Eingriffsnormen damit auf tatsächliche Änderungen. Daher ist fraglich, inwieweit die Baubehörde auch bei einer durch die Grundstücksteilung als Rechtsakt entstandenen baurechtswidrigen Lage einschreiten kann (bejahend Voß/Steinkemper, ZfIR 2004, 797, 799; verneinend Eckert/Höfinghoff, NotBZ Heft 11/2004, Upmeier, BauR 2004, 1382, 1386 f.).

Soweit die Ermächtigungsgrundlage jedoch auch ein Vorgehen gegen bloße Rechtsänderungen abdeckt, könnte die Bauaufsichtsbehörde die Herstellung eines baurechtmäßigen Zustandes etwa durch Bestellung von Grunddienstbarkeiten oder Baulasten an der abgetrennten Teilfläche verlangen, durch die z. B. die erforderlichen Abstandsflächen gesichert werden bzw. aufgrund derer die vorhandene Grund- oder Geschossfläche auch der abgetrennten Teilfläche zugerechnet werden kann.

Jedenfalls könnten die Bauaufsichtsbehörden Neu- oder Ausbauten bzw. eine Nutzungsänderung untersagen, wenn diese nach der Teilung baurechtswidrig sind.

c) Keine Haftung der für sich baurechtsmäßigen Teilfläche

Einschreiten kann die Baubehörde allerdings nur hinsichtlich des Teilgrundstückes, für das baurechtswidrige Zustände bestehen: Ist etwa nach einer Grundstücksteilung der vordere Teil zu dicht bebaut, während der hintere Teil nur als Garten genutzt wird, so besteht nur auf dem vorderen Teil ein baurechtswidriger Zustand; gegen den Eigentümer des hinteren Teils kann die Bauaufsicht keinesfalls vorgehen (Voß/Steinkemper, ZfIR 2004, 697, 802).

Auch die Frage, inwieweit eine neue oder **erweiterte Bebauung** zulässig ist, beurteilt sich **für jedes der entstandenen Teilgrundstücke getrennt** (soweit nicht etwa der Eigentümer eine Vereinigungsbaukast begründet hat).

§ 19 Abs. 3 des Regierungsentwurfes hatte demgegenüber noch eine Art fortwirkender Haftung der Teilgrundstücke vorgesehen: „Wird durch die Teilung eines Grundstücks eine vorhandene bauliche Anlage auf einem abgetrennten Grundstücksteil mit den Festsetzungen des Bebauungsplanes unvereinbar, beurteilt sich die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens auf dem neu entstandenen Grundstück nach den Grundstücksverhältnissen vor der Teilung.“ (BT-Drucks. 15/2250, S. 15). Dies war in einem „Planspiel“ des Entwurfs mit Praktikern auf einhellige Kritik gestoßen und wurde daher nicht in die endgültige Gesetzesfassung übernommen (Bunzel, ZfBR 2004, 328, 336; Beschlussempfehlung BT-Verkehrs- und Bauausschuss, BT-Drucks. 15/2996, S. 27, 66).

3. Folgen für den Teilflächenverkauf

a) Keine Genehmigung oder Negativattest als Fälligkeitvoraussetzung

Soweit nach dem Landesrecht für die Grundstücksteilung eine Genehmigung erforderlich ist (**Hamburg, Niedersachsen, NRW**), kann der Kaufpreis nicht vor Genehmigungserteilung bzw. vor Vorlage eines Negativattestes fällig gestellt werden; andernfalls würde der Käufer eine ungesicherte Vorleistung erbringen. (Denkbar wäre auch, den Kaufvertrag – in seinem schuldrechtlichen Teil – aufschiebend bedingt auf die Genehmigungserteilung abzuschließen.).

Ist jedoch **keine Teilungsgenehmigung erforderlich**, so sind die Baubehörden auch nicht zur Erteilung eines Negativattestes verpflichtet, dass die Teilung nicht gegen Baurecht verstößt (Eckert/Höfinghoff, NotBZ Heft 11/2004; Voß/Steinkemper, ZfIR 2004, 797, 799) da die Pflicht zur Erteilung einer Bescheinigung nicht gesetzlich besteht (wie z. B. in § 8 Abs. 3 ThürBO – vgl. Watoro, NotBZ Heft 11/2004). Auch dem Grundbuchamt gegenüber ist keinerlei Nachweis der Genehmigungsfreiheit erforderlich, da sich die Genehmigungsfreiheit schon aus dem Gesetz ergibt (ge-

nauer: da das Gesetz kein Genehmigungserfordernis vorsieht). Es ist daher weder erforderlich noch i.d.R. sinnvoll, die Kaufpreisfälligkeit von der Erteilung einer Bestätigung der Baubehörde abhängig zu machen.

b) Risiken des Grundstückserwerbers

Bei jedem Bauplatzverkauf und bei jedem Verkauf eines bebauten Grundstückes wird vereinbart, ob und inwieweit der Verkäufer für die Bebaubarkeit bzw. die Zulässigkeit der vorhandenen Bebauung einzustehen hat. Beim Verkauf zwischen zwei Verbrauchern werden typischerweise alle diesbezüglichen Mängelrechte des Käufers hinsichtlich der bestehenden Bebauung abbedungen (vorbehaltlich arglistig verschwiegener Mängel). Die Frage der Bebaubarkeit wird häufig durch ein vertragliches Rücktrittsrecht (unter Ausschluss von Schadensersatz und anderen Mängelrechten) oder über eine aufschiebende Bedingung geregelt (vgl. etwa Amann/Brambring/Hertel, Vertragspraxis nach neuem Schuldrecht, 2. Aufl. 2003, S. 487 ff.; Grziwotz, ZfIR 2002, 246 Litzenburger, NotBZ 2002, 193).

Rechtlich gesehen besteht bei einem Teilflächenverkauf hierzu kein Unterschied. Tatsächlich ist allerdings das Risiko baurechtswidriger Zustände einer bereits bebauten Teilfläche mit dem Wegfall der Teilungsgenehmigung gestiegen. Daher sollte der Erwerber stärker noch als bei einem normalen Altbaukauf darauf achten, vorab die Baurechtmäßigkeit zu prüfen.

c) Risiken des Veräußerers

Höher als früher sind die Risiken des Verkäufers, der eine unbebaute Teilfläche veräußert und den bebauten Grundstücksrest behält. Denn hier prüft keine Behörde mehr die Zulässigkeit der Teilung. Solange dem Eigentümer noch beide Teilflächen gehören, können durch Dienstbarkeiten oder Baulasten relativ einfach wieder baurechtmäßige Zustände hergestellt werden. Ist aber die unbebaute Teilfläche bereits veräußert, könnte ggf. ein Teilabriss verfügt werden.

I.d.R. wird der Verkäufer aber doch einen Bausachverständigen einschalten, etwa um zu prüfen, wie groß die zu veräußernde Teilfläche sein darf, so dass der Verkäufer i.d.R. doch gewarnt wird.

4. Notarielle Belehrungspflicht?

a) Keine Rechtsbelehrungspflicht (§ 17 Abs. 1 BeurkG)
Die Belehrungspflicht des Notars (§ 17 Abs. 1 BeurkG) umfasst insbesondere die Wirksamkeitsvoraussetzungen sowie besondere Haftungsrisiken, die unmittelbare Rechtsfolge des beurkundeten Rechtsgeschäftes sind. Möglicherweise baurechtswidrige Zustände des verkauften Teilgrundstückes sind von der Pflicht zur Rechtsbelehrung nicht umfasst.

b) Ausnahmsweise Warnpflicht (analog § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO)

Sind dem Notar jedoch baurechtswidrige Zustände bekannt, so kann er aufgrund seiner erweiterten oder betreuenden Belehrungspflicht im Einzelfall ausnahmsweise zu einem Warnhinweis an die Beteiligten verpflichtet sein (Eckert/Höfinghoff, NotBZ Heft 11/2004; Grziwotz, DNotZ 2004, 674, 681; ders., ZfIR 2003, 929, 933; weitergehend Voß/Steinkemper, ZfIR 2004, 797, 799, 804; a.A. – für generelle Hinweispflicht bei Teilung oder Teilflächenveräußerung: Groth/Schmitz, Grundeigentum 1998, 22, 31).

Aufgrund der erweiterten oder betreuenden Belehrungspflicht – treffender als **Schutz- oder Warnpflicht** bezeichnet (Ganter, in: Zugehör/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 2004, Rn. 1198 ff.) – die sich aus § 14 Abs. 1 S. 2 BNotO sowie aus § 17 Abs. 1 S. 2 BeurkG ableite, erwachsen dem Notar besondere Schutzpflichten, wenn er aufgrund besonderer Umstände des Falles, d.h. wegen der rechtlichen Anlage oder der Art der Durchführung des konkreten Geschäftes, Anlass zu der Besorgnis haben muss, einem Beteiligten entstehe ein Schaden, weil er sich wegen mangelnder Kenntnis der Rechtslage oder von Sachumständen, die die Bedeutung des beurkundeten Rechtsgeschäftes für seine Vermögensinteressen beeinflussen, einer Gefährdung dieser Interessen nicht bewusst ist (BGH DNotZ 1989, 452 = NJW 1989, 586 = WM 1853, 1854; DNotZ 1991, 759 = NJW 1991, 1346 = WM 1991, 1046; DNotZ 1992, 813 = NJW-RR 1992, 1178, 1180 = WM 1992, 1533; DNotZ 1994, 485 = NJW 1993, 2744 = WM 1993, 1513; DNotZ 1996, 118 = NJW 1995, 2713 m. Anm. Reithmann NJW 1995, 3370 = WM 1995, 1883; Ganter, in: Zugehör/Ganter/Hertel Rn. 1199).

In zwei Fällen entschied der BGH bisher über eine Warnpflicht des Notars bei Sach- oder Rechtsmängeln des verkauften Grundstückes: Im **Wochenendhausfall** beurkundete der Notar zunächst den Grundstückskaufvertrag; daher wusste der Notar, dass die verkaufte Teilfläche zur dauernden Wohnnutzung verkauft war. Danach holte er die Teilungsgenehmigung für die Beteiligten ein; die Teilungsgenehmigung wurde mit dem Hinweis erteilt, dass eine dauerhafte Wohnnutzung unzulässig sei. Auf diese Einschränkung wies der Notar bei der nachfolgenden Beurkundung der Auflassung nicht hin. Der BGH bejahte deshalb eine Amtshaftung (BGH DNotZ 1996, 118 = NJW 1995, 2713 m. Anm. Reithmann, NJW 1995, 3370 = WM 1995, 1883). In dem vom Sachverhalt her ähnlichen **Jagdhausfall** verneinte der BGH eine Warnpflicht, weil der Notar nicht wusste, wofür der Erwerber das Grundstück nutzen wollte und weil dem Erwerber bekannt war, dass die Gebäude möglicherweise (teilweise) baurechtswidrig errichtet waren (BGH DNotZ 1991, 759 = NJW 1991, 1346 = WM 1991, 1046).

Die Warnpflicht setzt daher (1) objektiv eine besondere Gefahrenlage für einen Beteiligten voraus, (2) deren sich der Beteiligte nicht bewusst ist, (3) und erfordert, dass der Notar sowohl die Gefahr wie die Unkenntnis des Gefährdeten kennt oder hätte kennen müssen.

Der Notar muss daher nicht generell prüfen, ob die Teilung baurechtlich zulässig ist. Erkennt der Notar allerdings einen Verstoß und droht einem Urkundsbeteiligten deshalb eine besondere Gefahr – etwa wenn dem Verkäufer aufgrund zu dichter Bebauung des verbleibenden Restgrundstückes eine Abrissverfügung droht – so muss der Notar den Beteiligten warnen.

BGB §§ 472, 2034

Miterbenvorkaufsrecht; Ausübung durch einen Erbeserben

I. Sachverhalt

A, B und C sind Miterben am Nachlass ihres verstorbenen Vaters V. C ist nachverstorben und wurde von X, Y und Z beerbt. Die Miterben A und B wollen ihre Erbanteile am Nachlass an den Dritten D verkaufen und übertragen.

II. Frage

Können die Miterben X, Y und Z ihr Vorkaufsrecht gem. § 2034 BGB nur gemeinsam ausüben oder steht dieses Recht, wenn die Miterben X und Y das Vorkaufsrecht nicht ausüben, auch dem Miterben Z alleine zu?

III. Zur Rechtslage

1. Erbteilsübertragung bei Bestehen einer Untererbengemeinschaft

Gem. § 2033 Abs. 1 S. 1 BGB kann jeder Miterbe über seinen **Anteil am Nachlass** verfügen. Demgegenüber ist eine Verfügung über den Anteil an **den einzelnen Nachlassgegenständen nicht möglich** (§ 2033 Abs. 2 BGB). Über einzelne Nachlassgegenstände können die Erben vielmehr nur gemeinschaftlich verfügen (§ 2040 Abs. 1 BGB).

Verstirbt nach Entstehen der Miterbengemeinschaft ein Miterbe, so tritt hinsichtlich seines Anteils gem. § 1922 Abs. 1 BGB sein Erbe an seine Stelle. Mehrere Erben treten in gesonderter Miterbengemeinschaft ein (sog. **Untererbengemeinschaft** bzw. **Erbeserbengemeinschaft**; vgl. MünchKomm-Dütz, BGB, 3. Aufl. 1997, § 2032 Rn. 3; Staudinger/Werner, BGB, 2002, § 2032 Rn. 2). Mehrere Erben eines Miterben bilden also eine gesamthänderische Gruppierung innerhalb der betreffenden Erbengemeinschaft und können über den ererbten Anteil an der Gemeinschaft (Erstnachlass) gem. § 2040 Abs. 1 BGB nur gemeinsam verfügen. Eine Verfügung des einzelnen Erbeserben über seinen Anteil an diesem Erbteil (ererbter Anteil an der Miterbengemeinschaft) ist dagegen nicht möglich (RGZ 162, 397, 401; MünchKomm-Dütz, § 2033 Rn. 5; Staudinger/Werner, § 2033 BGB Rn. 8).

2. Vorkaufsrecht der Erbeserben

Verkauft ein Miterbe seinen Anteil an einen Dritten, so sind die übrigen Miterben gem. § 2034 Abs. 1 BGB zum **Vorkauf berechtigt**. Für mehrere Vorkaufsberechtigte gilt § 472 BGB (= § 513 BGB a. F.). Damit kann das Vorkaufsrecht gem. § 472 S. 1 BGB von mehreren vorkaufberechtigten Miterben „nur im Ganzen“ ausgeübt werden. Ist es allerdings für einen der Berechtigten erloschen oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus, so sind die übrigen gem. § 472 S. 2 BGB berechtigt, das Vorkaufsrecht im Ganzen auszuüben. Sind also von mehreren vorkaufsberechtigten Miterben nicht alle an der Ausübung des Vorkaufsrechts interessiert, können es die Vorkaufswilligen in gesamthänderischer Verbundenheit ausüben, § 472 S. 2 BGB; handelt es sich nur um einen Interessenten, ist dieser auch allein ausübungsbezug, gleichgültig in welchem Größenverhältnis sein Anteil zu dem des Käufers steht (MünchKomm-Dütz, § 2034 Rn. 25 m. w. N.).

Das Vorkaufsrecht des Miterben ist gem. § 2034 Abs. 2 S. 2 BGB vererblich. Ist durch den Tod eines Miterben dessen Miterbenanteil samt Vorkaufsrecht auf eine „Untererbengemeinschaft“ übergegangen, stellt sich die Frage, ob auch für diese „Untererbengemeinschaft“ § 472 S. 2 BGB Anwendung findet. Rechtsprechung hierzu liegt – soweit ersichtlich – nicht vor. Die Literatur geht nahezu einhellig davon aus, dass § 472 S. 2 BGB in einer solchen Konstellation keine Anwendung findet, es sich vielmehr bei der Ausübung des Vorkaufsrechts um eine Verwaltungsmaßnahme i. S. d. § 2038 BGB handelt (Staudinger/Werner, BGB, 2002, § 2034 BGB Rn. 14; Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2034 Rn. 16; Lohmann, in: Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 2034 Rn. 8; Sieveking, MDR 1989, 224, 225; a. A. – soweit ersichtlich – nur Diederhufen, Das Vorkaufsrecht der Miterben, 1990, S. 133 f.). Dies lässt sich in erster Li-

nie damit begründen, dass es sich bei dem ererbten Vorkaufsrecht ebenso wie bei dem Erbteil, aus dem es fließt, lediglich um einen Nachlassgegenstand der Untererbengemeinschaft handelt, also um ein Recht, das dieser Untererbengemeinschaft in Erbengemeinschaft zusteht und nicht in der Gemeinschaft des § 472 BGB (Sieveking, MDR 1989, 225). Ließe man die Anwendung des § 472 S. 2 BGB im Übrigen auch in einem solchen Fall zu, hätte dies zur Folge, dass zwar der ererbte Erbteil den Mitgliedern der Untererbengemeinschaft zur gesamten Hand zustünde, das daraus fließende Vorkaufsrecht aber u. U. nur einem einzelnen Miterben, was dem Grundsatz widerspräche, dass der Erbteil und das daraus fließende Vorkaufsrecht nicht von einander getrennt werden können (Sieveking, a. a. O.).

3. Ausübung eines ererbten Miterbenvorkaufsrechts als Verwaltungsmaßnahme

Geht man mit der ganz h. M. in der Literatur davon aus, dass für die Ausübung eines ererbten Miterbenvorkaufsrechts (§ 2034 Abs. 2 S. 2 BGB) § 472 BGB nicht einschlägig ist, sondern es sich um eine **Verwaltungsmaßnahme i. S. d. § 2038 BGB** handelt, bedeutet dies, dass sich die Erbeserben gem. § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB **einstimmig zur Ausübung des Vorkaufsrechts entschließen müssen**.

Etwas anderes könnte sich allenfalls aus § 2038 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB ergeben. Nach dieser Vorschrift ist jeder Miterbe dem anderen gegenüber verpflichtet, an Maßregeln mitzuwirken, die zur **ordnungsgemäßen Verwaltung** erforderlich sind. Innerhalb dieser Grenzen ordnungsgemäßer Verwaltung können die Miterben mit Stimmenmehrheit entscheiden (§§ 2038 Abs. 2, 745 Abs. 1 S. 1 BGB). In diesem Umfang kann daher, unter Überwindung der aus dem Gesamthandprinzip folgenden Schwerfälligkeit, eine funktionsfähige Verwaltung auch gegen widersprechende oder quertreibende Miterben stattfinden (vgl. MünchKomm-Dütz, § 2038 BGB Rn. 34). Eine ordnungsgemäße Verwaltung, die mit Stimmenmehrheit beschlossen werden kann, liegt vor, wenn neben der Beschaffenheit des jeweils betroffenen Gegenstandes auch das Interesse aller Miterben nach billigem Ermessen eine bestimmte Maßnahme rechtfertigt, § 745 Abs. 2 BGB (Soergel/Wolf, § 2038 BGB Rn. 9). Maßgebend ist insoweit, was eine verständige Person in dieser Lage machen würde. Dabei ist eine wirtschaftliche Beurteilung anzustellen. Hierbei ist zwischen den Forderungen einer vernünftigen Praktikabilität abzuwägen, die eine nicht zu enge Auslegung nahe legen, und dem Grundprinzip des § 2038 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach jede Mehrheitsentscheidung eine Einschränkung des grundsätzlich maßgebenden übereinstimmenden Willens aller Miterben darstellt (MünchKomm-Dütz, § 2038 Rn. 30 f.). Als Fälle ordnungsgemäßer Verwaltung, die mit Mehrheit beschlossen werden, werden etwa genannt: Die Erhebung einer Klage zum Schutz eines verpfändeten Grundstücks vor ungerechtfertigter Vollstreckung, der Abschluss oder die Kündigung eines Mietvertrages über einen Nachlassgegenstand, die Regelung der Benutzung von Nachlassgegenständen durch einzelne Miterben oder Dritte sowie die Mitwirkung an Erfüllungshandlungen, um einer Schadensersatzpflicht bei Nichterfüllung zu entgehen (Staudinger/Werner, § 2038 BGB Rn. 17; MünchKomm-Dütz, § 2038 BGB Rn. 32, jeweils m. w. N.).

Ob nun die **Ausübung eines ererbten Miterbenvorkaufsrechts** als eine Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung i. S. d. § 2038 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB angesehen werden kann, wird nach unseren Recherchen in Rechtsprechung und Literatur nicht ausdrücklich erörtert. Nach unserer Einschätzung dürfte dies im Regelfall zu verneinen sein, wenn man

An das
Deutsche Notarinstitut
Gerberstraße 19

97070 Würzburg

Fax-Nr. 0931/35576225

Einbanddecke für den DNotI-Report 2003/2004
(in weißem Offsetgewebe (Leinen) mit blauem Siebdruck)

Sie erhalten
die Einbanddecke zum Preis von 13,00 €

Wir mussten unseren Preis leider erhöhen. Denn aufgrund der geänderten Preisstruktur der Deutschen Post AG ist der Versand der Einbanddecken seit 1.7.2004 nicht mehr als „Büchersendung“ möglich (0,77 €/Stck), sondern nur als „Päckchen“ (4,10 €).

Die Einbanddecken sind ab **März 2005** verfügbar.

Das dazugehörige **Inhaltsverzeichnis** erscheint voraussichtlich – wie üblich – in der fünften Ausgabe des **DNotI-Report 2005**.

Sie haben die Möglichkeit, Ihre schriftliche Bestellung bereits heute mit diesem Formblatt zu erledigen.

Hiermit bestelle/n ich/wir Stck. Einbanddecken.

Name, Vorname

Straße/Postfach

PLZ, Ort

Ort, Datum

Unterschrift/Stempel

Werbeseite

BGB §§ 923, 254, 823 Abs. 1 Haftungsteilung bei mangelnder Pflege eines Grenzbaumes

a) Ein Baum ist ein Grenzbaum im Sinne von § 923 BGB, wenn sein Stamm dort, wo er aus dem Boden heraustritt, von der Grundstücksgrenze durchschnitten wird.

b) Jedem Grundstückseigentümer gehört der Teil des Grenzbaumes, der sich auf seinem Grundstück befindet (vertikal geteiltes Eigentum).

c) Jeder Grundstückseigentümer ist für den ihm gehörenden Teil eines Grenzbaumes in demselben Umfang verkehrssicherungspflichtig wie für einen vollständig auf seinem Grundstück stehenden Baum.

d) Verletzt jeder Eigentümer die ihm hinsichtlich des ihm gehörenden Teils eines Grenzbaumes obliegende Verkehrssicherungspflicht, ist für den ihnen daraus entstandenen Schaden eine Haftungsverteilung nach § 254 BGB vorzunehmen.

BGH, Urt. v. 2. Juli 2004 – V ZR 33/04
Kz.: L I 1 – § 923 BGB
Fax-Abruf-Nr.: 10444

Problem

Ein alter Baum, der auf der Grenze zwischen zwei Grundstücken gestanden hatte, fiel um und beschädigte dabei ein Haus auf einem der beiden Grundstücke. Der Eigentümer klagte gegen seinen Nachbarn wegen unterlassener Verkehrssicherungspflicht auf Schadensersatz.

Entscheidung

Der BGH stellte zunächst fest, dass es sich um einen Grenzbaum i. S. d. § 923 BGB handelte, da der Stamm des Baumes (und zwar dort, wo er aus dem Boden heraustrat) von der Grenze durchschnitten wurde (BGHZ 143, 1, 4 = NJW 2000, 512; OLG München NJW-RR 1992, 1369). Nach der gesetzlichen Regelung gebühren die Früchte und bei der Fällung auch der Grenzbaum den Nachbarn zu gleichen Teilen; jeder der Nachbarn kann jederzeit die Beseitigung des Grenzbaumes verlangen (anders als bei zu duldenen Anpflanzungen auf dem Nachbargrundstück). Zugleich entschied der BGH die Streitfrage, ob an einem Grenzbaum Miteigentum oder vertikal getrenntes Teileigentum bestünde, zugunsten des Teileigentums.

Aufgrund des jeweiligen Alleineigentums an seiner Baumhälfte war jeder der Grundstückseigentümer für seine Hälfte ebenso verkehrssicherungspflichtig wie für einen vollständig auf seinem Grundstück stehenden Baum. Der Nachbar konnte daher wegen des Umfallens der auf dem anderen Grundstück stehenden Baumhälfte Schadensersatz verlangen – musste sich allerdings nach § 254 BGB als hälftiges Mitverschulden anrechnen lassen, dass er sich selbst auch nicht um den Baum gekümmert hatte.

bedenkt, dass es bei der Ausübung des Miterbenvorkaufsrechts nicht um eine Maßnahme geht, welche der Erhaltung des ererbten Nachlasses dient, sondern die auf eine Erweiterung der Rechtsposition abzielt und die mit persönlichen Verpflichtungen (Kaufpreiszahlung) verbunden ist. Eine andere Bewertung dürfte u. E. allenfalls in ganz besonders gelagerten Konstellationen möglich sein (z. B. bei besonderem Interesse am Erhalt des Nachlasses bei sehr geringem Kaufpreis). Aber auch wenn man die Ausübung des ererbten Miterbenvorkaufsrechts im Einzelfall als Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung ansehen sollte, wäre insofern jedenfalls eine Stimmenmehrheit erforderlich, die vorliegend der Miterbe Z nicht hat, sofern X, Y und Z den C zu gleichen Teilen beerbt haben.

Der Vollständigkeit halber sei noch auf § 2038 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB hingewiesen. Hiernach kann jeder Miterbe die notwendigen Erhaltungsmaßnahmen allein treffen. Diese Vorschrift räumt dem einzelnen Miterben unter Durchbrechung des Prinzips der gemeinsamen Verwaltung ein Notverwaltungsrecht ein. Dieses Notverwaltungsrecht kann u. E. allerdings nicht die Ausübung eines ererbten Miterbenvorkaufsrechts rechtfertigen.

Gutachten im Fax-Abruf

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

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

**BGB §§ 906, 1004
Beseitigungsanspruch trotz Duldung von Leitungen durch den bisherigen Grundstückseigentümer**
Fax-Abruf-Nr.: 11365

**BeurkG § 53; BGB § 311b Abs. 1 S. 2
Vollzugspflicht des Notars bei Bestätigung der Kaufpreiszahlung durch die Bank des Käufers**
Fax-Abruf-Nr.: 11366

**ZPO § 727; BGB §§ 1154, 1160, 1162, 1191, 1192
Klauselumschreibung bei Briefgrundschuld nach Verlust des Grundschuldbriefes und Geständnis des Zedenten (Bezugnahme auf DNotI-Report 2004, 117 ff.)**
Fax-Abruf-Nr.: 11367

**AktG §§ 121, 130, 241 Nr. 1 und Nr. 2; BeurkG § 44a
Angaben des Sitzes der Gesellschaft in der Einberufung einer Hauptversammlung; Nichtigkeit oder bloße Anfechtbarkeit**
Fax-Abruf-Nr.: 13148

**BBergG §§ 163 ff.; Allgemeines Berggesetz für das Land Rheinland-Pfalz §§ 94 ff.
Abwicklung einer aufgelösten bergrechtlichen Gewerkschaft**
Fax-Abruf-Nr.: 13149

GBO § 47; BGB § 705

Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) trotz auf sie lautenden Titels einer Zwangssicherungshypothek nicht grundbuchfähig

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist nicht grundbuchfähig; sie kann nicht unter ihrem Namen als Berechtigter eines beschränkten dinglichen Rechts in das Grundbuch eingetragen werden. Dies gilt auch dann, wenn der in einem Vollstreckungstitel ausgewiesene Vollstreckungsgläubiger eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist (Ergänzung zu BayObLGZ 2002, 330/334).

BayObLG, Beschl. v. 8.9.2004 – 2Z BR 139/04
Kz.: L II 3 – § 47 GBO
Fax-Abruf-Nr.: **10445**

Problem

Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) wollte aufgrund eines auf sie lautenden Titels eine Zwangssicherungshypothek in das Grundbuch eintragen lassen.

Entscheidung

Nach der Entscheidung des BayObLG ist die – bereits eingetragene – Zwangssicherungshypothek wieder zu löschen. Das BayObLG hält an seiner Rechtsprechung fest, wonach eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht grundbuchfähig ist (BayObLGZ 2002, 330 = DNotI-Report 2002, 180 = DNotZ 2003, 52 = NJW 2003, 70; BayObLG DNotI-Report 2003, 183 = DNotZ 2004, 378 = NJW-RR 2004, 810 = ZNotP 2004, 25). Auch wenn die BGB-Gesellschaft unter ihrem Namen einen Vollstreckungstitel erwirkt habe, könne eine Zwangssicherungshypothek nur für die einzelnen Gesellschafter als Gläubiger eingetragen werden. Dafür genüge aber der auf die Gesellschaft als solche lautende Titel nicht.

WEG § 5 Abs. 2; GBO § 53; WGV § 3 Abs. 1 lit. c; BGB §§ 133, 157

Kein Sondereigentum an ganzer Doppelhaushälfte

An einer Doppelhaushälfte insgesamt – also unter Einbeziehung ihrer konstruktiven Teile – kann Sondereigentum nicht wirksam begründet werden.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 2.7.2004 – I-3 Wx 318/03
Kz.: L I 4 – § 5 Abs. 2 WEG
Fax-Abruf-Nr.: **10446**

Problem

Ein Grundstück wurde mit einem Doppelhaus bebaut. Da eine Realteilung des Grundstücks nicht zulässig war, wurde das Grundstück in zwei Wohnungseigentumsrechte nach WEG aufgeteilt. In der Teilungserklärung wurde das Sondereigentum der beiden Einheiten jeweils wie folgt beschrieben: „... verbunden mit dem Sondereigentum an der aus Räumen im Erd- und Dachgeschoss des Hauses Nr. 1 [bzw.: Nr. 2] bestehenden Doppelhaushälfte nebst allen Räumen im Kellergeschoss und mit zugeordneter Garage, sämtlich Nr. 1 [bzw.: Nr. 2] des Aufteilungsplanes“. Im Bestandsverzeichnis der Wohnungseigentumsgrundbuchblätter der beiden Einheiten wurde das Sondereigentum dagegen jeweils wie folgt angegeben: „Sondereigentum an allen Räumen der Doppelhaushälfte und der Garage, jeweils Aufteilungsplan Nr. 1 [bzw.: Nr. 2]“.

DNotI-Report 21/2004 November 2004

Später beantragten die Erwerber einer Wohnungseigentumseinheit, einen Amtswiderspruch einzutragen, da das Sondereigentum nicht die Teile erfassen könne, die für den Bestand oder Sicherheit des Gebäudes erforderlich sind.

Entscheidung

Materiell-rechtlich gilt: Nach § 5 Abs. 2 WEG kann an den Teilen des Gebäudes, die für dessen Bestand oder Sicherheit erforderlich sind, kein Sondereigentum begründet werden. Bei einer Mehrhausanlage kann Sondereigentum zwar an sämtlichen Räumen eines von mehreren auf demselben Grundstück befindlichen Gebäuden bestellt werden; seine Erstreckung auf die **konstruktiven Teile** des Gebäudes ist jedoch ausgeschlossen (BGHZ 50, 56, 57 ff. = DNotZ 1968, 420 = NJW 1968, 1230 = LM § 5 WEG Nr. 2; BGH MittBay-Not 2001, 479 = NJW-RR 2001, 800 = NZM 2001, 435).

Dennoch lehnte das OLG Düsseldorf die Eintragung eines Amtswiderspruchs ab, denn das Grundbuch war nicht unrichtig: Die Beschreibung des Sondereigentums im Bestandsverzeichnis entspricht den Vorgaben des § 3 Abs. 1 lit. c WGV. Fraglich war allein die in Bezug genommene Teilungserklärung. Grundbucheintragungen sowie die darin in zulässiger Weise in Bezug genommenen Eintragsbewilligungen nebst Anlagen sind jedoch entsprechend §§ 133, 157 BGB so auszulegen, wie es sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Eintragung ergibt. Als nächstliegende Auslegung ergab sich nach Ansicht des OLG Düsseldorf, dass ein Abweichen von § 5 Abs. 2 WEG nicht gewollt, sondern die Teilungserklärung nur ungenau formuliert war.

GBO §§ 19, 29; BGB §§ 164, 172, 892

Prüfung des Fortbestands einer Vollmacht durch Grundbuchamt

Hat das Grundbuchamt – hier durch Beiziehung der Betreuungsakten – sichere Kenntnis davon, dass die Bevollmächtigung, die der von der Eintragung Betroffene erteilt hat, bereits zum Zeitpunkt der Abgabe der Eintragungsbewilligung erloschen war, kann und muss es einen weiteren Vertretungsnachweis auch dann verlangen, wenn die materiell-rechtlichen Erklärungen aufgrund des Rechtsscheinstatbestandes des § 172 Abs. 1 und 2 BGB gegenüber dem Vertretenen bindend geworden sind.

OLG Hamm, Beschl. v. 11.5.2004 – 15 W 163/04
Kz.: L II 3 – § 19 GBO
Fax-Abruf-Nr.: **10447**

Problem

Obwohl die Vorsorgevollmacht bereits erloschen war, erklärte der Bevollmächtigte unter Vorlage einer Ausfertigung der Vollmachtsurkunde einen Rangrücktritt hinsichtlich eines für die Vollmachtgeberin eingetragenen Wohnungsrechtes. Die hierdurch begünstigte Grundschuldgläubigerin nahm den Rangrücktritt an. Dem Grundbuchamt wurde das Erlöschen der Vollmacht nach Stellung des Eintragungsantrags aufgrund einer Mitteilung der Berufsbetreuerin bekannt. Es versagte darauf die Eintragung des Rangrücktritts.

Entscheidung

Auf die weitere Beschwerde der Grundschuldgläubigerin bestätigte das OLG Hamm die Entscheidung. Sei dem

Grundbuchamt bekannt, dass eine Vollmacht erloschen sei, so sei es verpflichtet, einen Nachweis des Fortbestandes der Vollmacht zu verlangen. Dem stehe auch nicht entgegen, dass nach materiellem Recht aufgrund des Rechtsscheinstatbestandes des § 172 BGB das Rechtsgeschäft für die Vertretene wohl bindend sei (vgl. §§ 880 Abs. 2, 873 Abs. 2 BGB).

Das OLG verweist insoweit auch auf die für den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten (§ 892 BGB) geltenden Grundsätze. Insoweit sei in der Rechtsprechung anerkannt, dass das Grundbuchamt nicht dabei mitwirken dürfe, durch seine Eintragung einen Rechtserwerb herbeizuführen, der nur kraft guten Glaubens stattfinde (in der Literatur bestritten – vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rn. 352 ff.). Nichts anderes könne im Rahmen des § 172 BGB gelten: Auch dort sei es mit der Aufgabenstellung des Grundbuchamtes unvereinbar, durch seine Eintragungstätigkeit den Rechtserwerb eines Dritten zu ermöglichen, von dem es weiß, dass ihm eine hinreichende Legitimation nicht mehr zugrundeliegt.

WEG § 16 Abs. 2; BGB § 242 **Anspruch der anderen Wohnungseigentümer auf Änderung des Kostenverteilungsschlüssel bei nachträglicher Vergrößerung einer Wohnung**

Verändert ein Wohnungseigentümer die ihm zustehende Wohn- oder Nutzfläche durch Ausbau und Unterteilung seiner Wohnungseinheit in erheblichem Umfang (hier: auf das dreifache), besteht bei einer ursprünglich auf die bisherige Nutzfläche bezogenen Kostenbeteiligung regelmäßig ein Anspruch der anderen Wohnungseigentümer auf Änderung des Kostenverteilungsschlüssels, auch wenn die Voraussetzungen für die Veränderung der effektiven Nutzfläche durch das Sondereigentum an Dachflächen und Kellerraum bereits angelegt waren (Vorlage an den BGH wegen Abweichung von OLG Frankfurt NZM 2001, 140). (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

KG, Vorlagebeschl. v. 14.6.2004 – 24 W 32/04
Kz.: L I 4 – § 16 Abs. 2 WEG
Fax-Abruf-Nr.: **10448**

Problem

Bei einer Aufteilung in Wohnungseigentum wurde den Eigentümern von zwei Einheiten in der Teilungserklärung gestattet, die zu ihren Einheiten gehörenden und bisher nicht ausgebauten Keller- bzw. Dachgeschossräume zu Wohnzwecken auszubauen. Nachdem der Ausbau erfolgt war, verlangten die Inhaber der beiden anderen Einheiten eine Änderung der Kosten- und Lastenverteilung.

Entscheidung

Das KG bejahte einen Anspruch auf Änderung der Teilungserklärung. Eine Änderung des Kostenverteilungsschlüssels komme auch in Betracht, wenn sich die Regelung in der Teilungserklärung als von Anfang an verfehlt oder unzweckmäßig erweise oder wenn – wie im vorliegenden Fall – die Voraussetzungen für die Veränderung der effektiven Nutzfläche bereits in der Teilungserklärung angelegt waren.

Das BayObLG hatte einen Änderungsanspruch bejaht, wenn gegenüber der anteiligen Wohnfläche eine dreifache Kostenbelastung vorlag (BayObLGZ 1991, 396 = NJW-RR 1992, 342; BayObLG NZM 2001, 290 = ZMR 2001, 473 =

ZWE 2001, 320). Das OLG Frankfurt versagte hingegen einen Änderungsanspruch bei einer Mehrbelastung von 31 % bzw. 59 % (OLG Frankfurt NZM 2001, 140). Davon will das KG abweichen (bei einer Mehrbelastung von ebenfalls knapp 59 % im vorliegenden Fall). Deshalb legte es die Frage durch Vorlagebeschluss dem BGH vor.

ZVG § 180 Abs. 1; BGB §§ 471, 2100, 2113, 2115; GBO § 51 **Teilungsversteigerung trotz Vereinigung aller Bruchteile, wenn (nur) ein Bruchteil einer Nachfolge unterliegt**

Vereinigen sich die Bruchteile eines Erbbaurechts in der Hand eines Inhabers, ist die Teilungsversteigerung zulässig, wenn ein Bruchteil dem Inhaber als Vorerben zusteht.

BGH, Beschl. v. 16.7.2004 – IXa ZB 330/03
Kz.: L II 4 – § 180 ZVG
Fax-Abruf-Nr.: **10449**

Problem

Ein Erbbaurecht gehörte Ehegatten je zur Hälfte. Nach dem Tod des Ehemannes wurde die Ehefrau nicht befreite Vorerbin der ideellen Hälfte ihres Ehemannes. Sie wollte eine Teilungsversteigerung des Erbbaurechts nach § 180 ZVG durchführen lassen.

Entscheidung

Der BGH hielt die Teilungsversteigerung für zulässig. Zunächst lag eine **Gemeinschaft** im Sinne des § 180 Abs. 1 ZVG vor. Zwar sei die Ehefrau durch den Erbfall Inhaberin des gesamten Erbbaurechts geworden. Hinsichtlich einer Hälfte sei sie aber lediglich nicht befreite Vorerbin. Damit setze sich die bisher geteilte Rechtszuordnung fort, weil die **Verfügbarmacht hinsichtlich einzelner Bruchteile verschieden ausgestaltet** sei.

Auch die Verfügungsbeschränkungen der Vorerbin nach §§ 2113, 2115 BGB ständen der Wirksamkeit der Teilungsversteigerung gegenüber dem Nacherben nicht entgegen – ebenso wenig sonstige schutzwürdige Interessen des Nacherben. Zwar werde der Nacherbe durch die Teilungsversteigerung beeinträchtigt. Würde man aber die Teilungsversteigerung versagen, so würde dem Miteigentümer hinsichtlich seines unbelasteten Anteils ein Recht genommen werden, das er zuvor hatte.

Literaturhinweise

D. Schwab/M.-M. Hahne (Hrsg.), Familienrecht im Brennpunkt (FamRZ-Buch 20), Gieseking Verlag, Bielefeld 2004, 285 Seiten, 38,- €

Die **FamRZ**, nach wie vor das zentrale Periodikum des deutschen Familienrechts, feierte im Jahr 2004 ihr **50-jähriges Bestehen**. Vor diesem Hintergrund richteten Verlag und Herausbergerschaft einen Fachkongress mit hochrangiger Besetzung aus, zu dem das hier anzuzeigende Werk als Tagungsband erschienen ist. Behandelt werden Problemstellungen, die – von hoher Aktualität – bisher bei allen Be-

mühungen noch keine endgültige Lösung gefunden haben, darunter Fragen aus dem Güterrecht und zum Versorgungsausgleich sowie steuerrechtliche Themen und nicht zuletzt das besonders der Notarpraxis auf den Nägeln brennende Problem der Vertragsfreiheit im Familienrecht.

Für den Notar besonders interessant dürfte dabei der gelungene, aktuelle Kompaktüberblick von *Wagenitz* zur vermögensrechtlichen Auseinandersetzung unter Ehegatten außerhalb des Güterrechts sein. Der interessierte Kollege kann sich sodann mit der thematisch hieran anknüpfenden Darstellung von *Engels* zu den steuerlichen Fragen bei Unterhalt und Vermögensauseinandersetzung befassen. Hier sind vor allem die Ausführungen zur – selten näher untersuchten – steuerlichen Behandlung der Ehegatteninnengesellschaft hervorzuheben. *Koch* befasst sich mit aktuellen Problemen zur Zugewinnsgemeinschaft, insbesondere der Feststellung des ausgleichspflichtigen Vermögens. Sie setzt sich hier mit der Frage auseinander, ob wirklich unterschiedslos sämtliche, nach dem Wortlaut der gesetzlichen Vorgaben ermittelten Vermögenspositionen in die Teilungsmasse fallen oder nicht der Sinn und Zweck des Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft es vielmehr gebietet, bestimmte Vermögensposten von der Verteilung auszunehmen und dem Ehegatten zu belassen, der sie erworben hat.

Von *Hahne*, als der vorsitzenden Richterin des XII. (Familien-)Senats des BGH, erfährt der Leser schließlich aus „erster Hand“, wie es um die Vertragsfreiheit im Familienrecht derzeit rechtlich bestellt ist, garniert mit literarischen Anleihen beim Kollegen *J. W. v. Goethe* (dessen bekennender „Fan“ die Referentin ist).

Fazit: Ein Tagungsband, aber nicht nur ein solcher. Wer sich als Notar einen schlaglichtartigen, aber dennoch gehaltvollen Überblick darüber verschaffen möchte, **was derzeit im Familienrecht wirklich im Fokus des Interesses steht**, kommt an diesem FamRZ-Buch nicht vorbei.

Notarassessor Dr. Arne Everts

N. Joachim, Pflichtteilsrecht, Erich Schmidt Verlag, Berlin 2004, 404 Seiten, 58,- €

Das Pflichtteilsrecht spielt in der gerichtlichen, anwaltlichen und notariellen Praxis eine erhebliche Rolle. Diese Bedeutung zeigt sich u. a. auch in der zunehmenden Zahl umfangreicher Abhandlungen zu diesem Rechtsgebiet (vgl. etwa *J. Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz*, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2003; *Kerscher/Riedl/Lenz*, Pflichtteilsrecht, 3. Aufl. 2002; *Klingelhöffer*, Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2003). Mit dem hier vorgestellten Buch von *Joachim* liegt nunmehr eine weitere monographische Abhandlung vor.

Die Gliederung des Buches orientiert sich im Wesentlichen an den verschiedenen **Anspruchsgrundlagen** des Pflichtteilsrechts, nämlich dem ordentlichen Pflichtteilsanspruch, dem Pflichtteilsrest- und dem Pflichtteilsergänzungsanspruch sowie den in § 2314 BGB geregelten Auskunfts- und Wertermittlungsansprüchen. Den **Beschränkungen des Pflichtteilsrechts** (durch Pflichtteilsentziehung oder Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht) sowie den Vereinbarungen über das Pflichtteilsrecht sind eigene Abschnitte gewidmet. Auch das Pflichtteilsrecht im **Internationalen Privatrecht** und im (früheren) deutsch-deutschen Verhältnis wird erörtert. Im Anhang finden sich Musterfor-

mulierungen u. a. für eine Pflichtteilsstrafklausel und Ausschlagungserklärungen in pflichtteilsrechtlichem Zusammenhang.

Das Buch von *Joachim* will dem Leser einen **Leitfaden** an die Hand geben, der es ihm ermöglicht, sich schnell einen Überblick über die verschiedenen Anspruchsgrundlagen im Pflichtteilsrecht zu verschaffen. Hierdurch bedingt fallen naturgemäß die Ausführungen zu Einzelproblemen manchmal recht knapp aus, so beispielweise zu der Frage des Fristbeginns im Rahmen des § 2325 Abs. 3 BGB bei vorbehaltenen Nutzungsrechten (Rn. 351 ff.). Insgesamt ist das Buch aber eine gelungene Darstellung der materiell-rechtlichen und prozessualen Fragestellungen aus dem Bereich des Pflichtteilsrechts.

Notarassessor Dr. Malte Ivo

R. Schwedhelm, Die Unternehmensumwandlung, 4. Aufl., Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln 2003, 451 Seiten, 89,80 €(mit CD-Rom)

In bewährter Form liegt nunmehr die vierte Auflage vor, die sich als Führer zwischen Gesetzen und der Detaillast der Großkommentare sieht. Anhand einer vorzüglichen Inhaltsübersicht finden sich die für den jeweiligen **Umwandlungsvorgang** maßgeblichen Ausführungen leicht. Diese befinden sich auf dem aktuellen Stand der Diskussion. Die Änderungen der Unternehmenssteuerreform 2000/2001 und das Unternehmenssteuerfortentwicklungsgesetz vom 20. Dezember 2001 sind überdies eingearbeitet worden.

Schwedhelm gelingt es wieder einmal, in gebotem Umfang das Umwandlungsrecht darzustellen und die ggf. vorhandene Scheu vor dem Rechtsgebiet abzubauen. Die mitgelieferte CD-Rom enthält den gesamten Text des Werkes und verschafft über eine Suchfunktion eine leichte Handhabung, die durch die Hinterlegung des jeweiligen Gesetzestextes bereichert ist. Insgesamt handelt es sich bei dieser Neuauflage wiederum um ein **anschaffungswertes Buch**.

Notar Dr. Edgar Küperkoch

R. Süß/U. Haas (Hrsg.), Erbrecht in Europa, Zerb Verlag, Angelbachtal 2004, 1173 Seiten, 139,- €

Dem erbrechtlichen Praktiker wird heute angesichts des wachsenden Anteils der ausländischen Bevölkerung in Deutschland und des Vermögens deutscher Staatsangehöriger im Ausland zunehmend die Berücksichtigung und Kenntnis ausländischen Rechts abverlangt – sowohl in zivilrechtlicher wie auch in steuerlicher Hinsicht. Mit der hier anzuzeigenden Neuerscheinung geben die als Kenner der Materie ausgewiesenen Herausgeber und die 26 Koautoren dem Berater ein vorzügliches, äußerst praxisbezogenes Werkzeug an die Hand. In Form von Länderberichten werden das **Erb-, Erbkollisions-, Erbverfahrens- und zumeist auch das Erbschaftsteuerrecht in 40 europäischen Staaten** dargestellt. Das Handbuch beschränkt sich damit nicht auf die Mitgliedstaaten der (erweiterten) Europäischen Union, sondern bezieht vor allem auch weitere Rechtsordnungen Ost- und Südosteuropas mit ein, die gerade aus deutscher Sicht relevant sind. Der Umfang der einzelnen Berichte orientiert sich an der Bedeutung der jewei-

ligen Rechtsordnung für die Rechtspraxis. Hervorzuheben ist, dass im Rahmen der Darstellung des fremden Rechts immer wieder auch die Perspektive des deutschen Rechtsanwenders berücksichtigt wird, etwa bei der Frage der Anerkennung deutscher Erbscheine im Ausland, der Nachlassabwicklung von Auslandsvermögen deutscher Erblasser oder der Besonderheiten im deutschen Erbscheinsverfahren bei ausländischem Erblasser. Neben den Länderberichten wird freilich auch das **deutsche Internationale Erb- und Erbschaftsteuerrecht** ausführlich behandelt und souverän dargestellt. Aus kautelarjuristischer Sicht verdient dabei der Abschnitt „**Hinweise für die internationale Nachlassgestaltung**“ besondere Aufmerksamkeit, in dem sich *Süß* anschaulich und anhand zahlreicher Beispiele und Praxishinweise den typischen Beratungssituationen und Gestaltungsmitteln widmet. Wer diese Hinweise verinnerlicht hat, dürfte bei Erbfällen mit Auslandsbezug nicht mehr so leicht „ins Schwimmen“ geraten.

Fazit: Aktuell, kompetent, praxisbezogen – Anschaffung für jeden Erbrechtler, der über die Grenzen der eigenen Rechtsordnung hinaus blicken will oder muss, wärmstens empfohlen!

Notarassessor Dr. Markus Voltz

V. Besch/L. H. Kiene, Zur Verjährung von Ansprüchen fehlerhaft beratener Immobilienfondsanleger, ZfIR 2004, 624

E. Bungeroth, Die Rückabwicklung nach dem HWiG widerrechtlicher Immobiliarkredite, WM 2004, 1505

J.-A. Dieckmann, Die Patientenverfügung nach der Entscheidung des Bundesgerichtshofs v. 17.3.2003 (XII ZB 2/03), BWNotZ 2004, 49

M. Habersack/J. Schürnbrand, Cash Management und Sicherheitenbestellung bei AG und GmbH im Lichte des richterrechtlichen Verbots der Kreditvergabe an Gesellschafter, NZG 2004, 689

E. Koch, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Zugewinnausgleich, FamRZ 2004, 993

A. Kuhn, Der Versorgungsausgleich in der notariellen Praxis, BWNotZ 2004, 78

F. Lederle, Die Begründung der echten Betriebsaufspaltung durch Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern, GmbHR 2004, 985

F. Maurer, Vorrechte in der vertragsrechtlichen Praxis, BWNotZ 2004, 57

E. Micheler, Gläubigerschutz im englischen Gesellschaftsrecht – Reformvorschläge mit Implikation für Europa, ZGR 2004, 324

S. Motzer, Die Entwicklung des Rechts der elterlichen Sorge und des Umgangs seit 2002, FamRZ 2004, 1145

T. Ritter, Auslegungsbedürftigkeit von Urkunden und Notarhaftung, NJW 2004, 2137

A. Schindler, Eidesstattliche Versicherung im notariellen Nachlassbestandsverzeichnis? – Zugleich einige allgemeine Bemerkungen zum Verzeichnis nach § 2314 BGB, BWNotZ 2004, 73

S. Ulrich, Gewinnabführungsverträge im GmbH-Konzern. Abschluss und Beendigung, insbesondere im Veräußerungsfall, GmbHR 2004, 1000

A. Wahl, Die Haftung für „existenzvernichtende Eingriffe“ in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung, GmbHR 2004, 994

N. Weinmann, Die Last mit Nutzungs- und Duldungslasten beim Nachweis des gemeinen Werts eines Grundstücks, ZErB 2004, 250

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 3 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter
<http://www.dnoti.de>.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)
- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: 09 31/3 55 76-0 Telefax: 09 31/3 55 76-2 25
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: <http://www.dnoti.de>

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

Verantwortlicher Schriftleiter:
Notar a.D. Christian Hertel, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

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

Bezugspreis:
Jährlich 155,00 €, Einzelheft 6,65 €, 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