

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

13. Jahrgang
März 2005
ISSN 1434-3460

6/2005

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2279, 2268, 2077 – Erbvertrag: Fortbestand vertragsmäßiger Verfügungen trotz Scheidung der vertragsschließenden Ehegatten

LuftfzRG §§ 16, 56, 80, 86, 90, 98 Abs. 1; SchRegO § 37; BNotO § 23; BeurkG § 54a Abs. 2 Nr. 1 – Lastenfreistellung bei Verkauf eines Flugzeugs

Gutachten im Fax-Abwurf

Rechtsprechung

BGB §§ 328, 331 – Verfügungsbefugnis des Großvaters über von ihm für Enkel angelegte und weiter in seiner Hand befindliche Sparbücher

MaBV § 3 Abs. 1; BGB §§ 272, 813 Abs. 2, 817 – Kein Zinsanspruch des Erwerbers bei bewusster Zahlung an Bauträger vor Fälligkeit

MaBV §§ 7, 3; BGB §§ 307 Abs. 2, 344, 641 – Unwirksamkeit einer formularvertraglichen Vorleistungspflicht trotz Stellung einer MaBV-Bürgschaft

BGB § 2197 – Alleinerbe als Testamentsvollstrecker

HGB § 230; HaustürWG § 3; AktG § 294 Abs. 2 – "Bestandskraft" der stillen Gesellschaft trotz Widerruf nach HaustürWG als fehlerhafte Gesellschaft

ZPO §§ 291, 794 Abs. 1 Nr. 5 – Wertsicherungsklausel mit Bezugnahme auf amtlichen Lebenshaltungskostenindex ist hinreichend bestimmt für Vollstreckung

Aktuelles

BImAG § 2 Abs. 2 und 6; GBO §§ 29, 40 – Bundesanstalt für Immobilienaufgaben

Literatur

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2279, 2268, 2077

Erbvertrag: Fortbestand vertragsmäßiger Verfügungen trotz Scheidung der vertragsschließenden Ehegatten

I. Sachverhalt

Zwei miteinander jeweils in zweiter Ehe verheiratete Ehegatten haben sich in einem 1990 geschlossenen Erbvertrag gegenseitig zu Erben eingesetzt und die Kinder aus den jeweils ersten Ehen gleichanteilig i. W. einer vertragsmäßigen Verfügung zu Schlusserben eingesetzt. Ein Rücktrittsrecht vom Erbvertrag wurde nicht vorbehalten. Die Ehe ist zwischenzeitlich rechtskräftig geschieden. Der Erbvertrag enthält keine Regelung für den Fall der Scheidung.

Der Ehemann möchte neu testieren.

II. Fragen

1. Nach einem Urteil des BGH vom 7.7.2004 (DNotI-Report 2004, 146 = NJW 2004, 3113) zum gemeinschaftlichen

Testament behalten wechselbezügliche Verfügungen, die nach § 2268 Abs. 2 BGB trotz Scheidung der Ehe ausnahmsweise fortgelten, auch nach der Scheidung ihre Wechselbezüglichkeit und können nicht durch einseitiges Testament, sondern nur durch Zustellung des Widerrufs an den anderen Ehegatten aufgehoben werden. Gilt dies auch für den Erbvertrag, so dass fortbestehende Verfügungen des Erbvertrages weiterhin auch als vertragsmäßige Zuwendungen fortbestehen?

2. Wie kann sich ein Ehegatte dann von dem Erbvertrag lösen, wenn er sich kein Rücktrittsrecht vorbehalten hatte?

III. Zur Rechtslage

1. Unwirksamkeit testamentarischer Verfügungen zugunsten des Ehegatten bei Auflösung der Ehe (§ 2077 BGB)

a) Regel

Hat der Erblasser seinen Ehegatten in einem **einseitigen Testament** bedacht, so ist die Erbeinsetzung oder das Vermächtnis zugunsten des Ehegatten gem. § 2077 Abs. 1 BGB unwirksam, wenn die **Ehe geschieden** ist (oder auf andere Weise vor dem Tod aufgelöst wurde). Es genügt aber auch, wenn der Erblasser die Scheidung beantragt oder ihr

zugestimmt hatte und im Todeszeitpunkt die Scheidungsvoraussetzungen vorlagen. Nach § 10 Abs. 5 LPartG gilt dies für eingetragene Lebenspartner entsprechend.

§ 2077 Abs. 1 BGB beruht auf dem Gedanken, dass Verfügungen von Todes wegen, in denen der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat, gleichsam als selbstverständliche Voraussetzung die Annahme enthalten, dass die Ehe zur Zeit des Erbfalls noch besteht. Statt einer Anfechtbarkeit hat der Gesetzgeber insoweit aber auf den mutmaßlichen Willen des Erblassers abgestellt und sich für die automatische Unwirksamkeit der Verfügungen zugunsten des Ehegatten entschieden (Dieterle, BWNöZ 1970, 170).

b) Ausnahme

Ist hingegen anzunehmen, dass der Erblasser die Verfügung **auch für den Fall der Scheidung getroffen** hätte, so bleibt sie **wirksam (§ 2077 Abs. 3 BGB)**. Entscheidend ist der tatsächliche (bzw. **hypothetische**) **Wille des Erblassers im Zeitpunkt der Testamenterrichtung** (BGH FamRZ 1961, 366 = JZ 1961, 119 = MDR 1961, 841; BayObLG DNotZ 1993, 129 = FamRZ 1993, 362 = NJW-RR 1993, 12; BayObLG FGPRax 1995, 114 = FamRZ 1995, 1088). Die Beweislast hierfür trägt, wer sich auf den Fortbestand der Verfügung trotz Ehescheidung beruft.

2. Unwirksamkeit des gemeinschaftlichen Testamentes nach Scheidung (§ 2268 BGB)

a) Grundsatz

Für das gemeinschaftliche Testament erweitert § 2268 Abs. 1 BGB die Unwirksamkeitsregel des § 2077 Abs. 1 BGB dahingehend, dass bei Eheauflösung vor dem Tode nicht nur die Verfügung zugunsten des anderen Ehegatten, sondern das **gesamte gemeinschaftliche Testament unwirksam** ist.

b) Ausnahmsweise fortbestehende Verfügungen

§ 2268 Abs. 2 BGB nimmt als Parallelvorschrift zu § 2077 Abs. 3 BGB diejenigen Verfügungen des gemeinschaftlichen Testamentes von der Unwirksamkeit aus, die nach dem tatsächlichen oder hypothetischen Willen des Erblassers (bzw. bei wechselbezüglichen Verfügungen nach dem Willen beider Eheleute) **auch im Fall der Scheidung etc. fortbestehen sollten**. Maßgeblich ist auch hier allein der Wille zur Zeit der Testamenterrichtung.

c) Wechselbezüglichkeit ausnahmsweise fortbestehender Verfügungen

Bei einem gemeinschaftlichen Testament ist bekanntlich zwischen wechselbezüglichen und nicht wechselbezüglichen Verfügungen zu unterscheiden. Wechselbezüglich sind die Verfügungen, von denen anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde (§ 2270 Abs. 1 BGB). **Wechselbezügliche Verfügungen** stehen und fallen miteinander: Die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen Verfügung hat auch die Unwirksamkeit der anderen zur Folge (§ 2270 Abs. 1 BGB). Andererseits können wechselbezügliche Verfügungen nicht einseitig durch ein neues Testament widerrufen werden, sondern nur durch Zustellung des Widerrufs an den anderen Ehegatten bzw. nach dessen Tod durch Ausschlagung des dem überlebenden Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament Zugewandten (§ 2271 BGB).

Die früher herrschende Literaturmeinung ging davon aus, dass die Wechselbezüglichkeit einer gem. § 2268 Abs. 2 BGB nach der Scheidung ausnahmsweise fortbestehenden Verfügung mit der Scheidung erlischt. Dem trat der BGH

entgegen und entschied, dass eine wechselbezügliche Verfügung **wechselbezüglich bleibe**, wenn sie **ausnahmsweise nach § 2268 Abs. 2 BGB trotz Scheidung fortbesteht** (BGH DNotI-Report 2004, 146 = NJW 2004, 3113; anders noch das Kammergericht als Vorinstanz, KG FamRB 2004, 16 = KG-Report 2003, 303).

Die fortbestehende wechselbezügliche Verfügung kann daher von dem Ehegatten, der sich hiervon lösen will, nur durch notariell beurkundete Widerrufserklärung gegenüber dem anderen Ehegatten beseitigt werden (§ 2271 Abs. 1 S. 1, § 2296 BGB).

3. Unwirksamkeit von Verfügungen im Erbvertrag nach Scheidung (§ 2279 BGB)

a) Unwirksamkeit von Verfügungen zugunsten des geschiedenen Ehegatten

Hat ein Erblasser im Erbvertrag Verfügungen zugunsten seines Ehegatten getroffen, so werden diese Verfügungen mit der Scheidung (oder sonstigen Eheauflösung) unwirksam. Für einseitige Verfügungen im Erbvertrag ergibt sich dies unmittelbar aus § 2077 Abs. 1 BGB (aufgrund der Verweisung in § 2299 Abs. 1 S. 1 BGB), für vertragsmäßige Zuwendungen aufgrund der Verweisung in § 2279 Abs. 1 BGB, die u. a. auch § 2077 BGB umfasst.

b) Unwirksamkeit aller vertragsmäßigen Zuwendungen bei Vertragsschluss zwischen Ehegatten

Ist der **Erbvertrag zwischen Ehegatten** (oder eingetragenen Lebenspartnern) abgeschlossen, so sind nicht nur Zuwendungen an den Ehegatten unwirksam, sondern auch **vertragsmäßige Zuwendungen an Dritte**. Denn insoweit erweitert § 2279 Abs. 2 BGB den Anwendungsbereich des § 2077 BGB auf den Erbvertrag.

c) Ausnahmsweises Fortbestehen der Verfügungen

In beiden Fällen bleibt die Verfügung jedoch **ausnahmsweise wirksam**, wenn sich ein entsprechender Erblasserwille bereits zur Zeit des Erbvertragsschlusses feststellen lässt (§ 2077 Abs. 3 BGB in direkter oder entsprechender Anwendung).

Ein derartiger **Aufrechterhaltungswille nach § 2077 Abs. 3 BGB** wird von der Rechtsprechung beispielsweise angenommen, wenn die Kinder bereits nach dem Tod des erstversterbenden Elternteils zu Erben eingesetzt worden sind (vgl. OLG Stuttgart OLGZ 1976, 17). Ein entsprechender Aufrechterhaltungswille wurde von der Rspr. bislang aber auch dann angenommen, wenn **die Kinder** nicht unmittelbar zu Erben berufen waren, sondern lediglich **zu Schluss-erben** nach dem Tod beider Ehegatten und sie daher nur eine vom Längerlebenden abhängige Rechtsposition erhalten sollten (vgl. J. Mayer, in: Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, 4. Aufl. 2003, § 2279 BGB Rn. 19; AnwK-BGB/Kornexl, 2003, § 2279 Rn. 53; beide unter Berufung auf die u. E. dogmatisch wenig überzeugende Entscheidung des OLG Hamm FamRZ 1994, 994 = ZEV 1994, 367 m. krit. Anm. J. Mayer). In dem vom OLG Hamm entschiedenen Fall handelte es sich nicht um ein einseitiges, sondern um ein gemeinsames Kind der Ehegatten. Es kann eher von einem Aufrechterhaltungswillen ausgegangen werden.

Im vorliegenden Fall wurden aber nicht (nur) die eigenen, sondern **auch die erstehelichen Kinder des anderen – geschiedenen – Ehegatten** zu Schluss-erben eingesetzt. Diesbezüglich dürfte u. E. schon die Annahme eines Fortgel-

tungswillens nach § 2279 BGB i. V. m. § 2077 Abs. 3 BGB regelmäßig ausscheiden, da davon auszugehen ist, dass die Erbeinsetzung der erstehelichen Kinder des anderen Ehegatten ebenso wie die Einsetzung des Ehegatten selbst vom **Bestand der Ehe** abhängig sein sollen.

d) Unwirksamkeit des gesamten Erbvertrages bei gegenseitigem Erbvertrag (§ 2298 BGB)

Ergänzend bleibt anzumerken, dass sich eine Gesamtwirksamkeit des Erbvertrages ggf. auch aus § 2298 BGB herleiten ließe. Denn ist eine vertragsmäßige Verfügung unwirksam, so führt dies zur **Unwirksamkeit des gesamten Erbvertrages**, wenn ein **gegenseitiger Erbvertrag** vorliegt, d. h. ein Erbvertrag, in dem beide Vertragsteile vertragsmäßige Verfügungen getroffen haben (§ 2298 Abs. 1 BGB) – aber unabhängig davon, ob die vertragsmäßigen Verfügungen zugunsten des anderen Vertragsteils oder zugunsten eines Dritten erfolgten.

Allerdings ist in der Literatur nach wie vor **umstritten**, ob der Fall der (nachträglichen) Unwirksamkeit nach §§ 2077, 2079 Abs. 2 BGB in den Anwendungsbereich des § 2298 Abs. 1 BGB fällt (bejahend beispielsweise MünchKommMusielak, BGB, 4. Aufl., § 2298 Rn. 3; Bamberger/Roth/Litzenburger, BGB, 2003, § 2298 Rn. 2) oder ob die Vorschrift nur die Fälle der anfänglichen Unwirksamkeit erfasst (so beispielsweise Staudinger/Kanzleiter, § 2298 Rn. 7).

Außerdem gilt auch diese Bestimmung nur **vorbehaltlich eines abweichenden Willens beider Vertragsschließender** zum Zeitpunkt des Erbvertragsschlusses (§ 2298 Abs. 3 BGB), der hier gerade für die gemeinsamen Kinder angenommen werden könnte (vgl. die Argumentation des OLG Hamm OLGZ 1994, 326 = FamRZ 1994, 994 = MittRhNotK 1995, 28 = Rpfleger 1994, 297 = ZEV 1994, 367 m. Anm. J. Mayer, das die hier erörterte Problematik des Fortbestands der Drittzuwendungen u. E. zu Unrecht nur unter dem Gesichtspunkt des § 2298 BGB erörtert hat; vgl. dazu auch die Kritik von J. Mayer, ZEV 1994, 369).

4. Fortbestand der erbvertraglichen Bindung trotz Scheidung?

Sofern die vertragsmäßigen Verfügungen zugunsten des Ehegatten bzw. der Kinder trotz Scheidung der Ehe fortbestehen sollten, stellt sich die Frage, ob auch die erbvertragliche Bindung hieran fortbesteht. Hierzu liegt bislang keine höchstrichterliche Rechtsprechung vor.

Das **OLG Hamm** (OLGZ 1994, 326 = FamRZ 1994, 994 = MittRhNotK 1995, 28 = Rpfleger 1994, 297 = ZEV 1994 m. Anm. J. Mayer) hatte in der bereits mehrfach erwähnten Entscheidung angenommen, dass die erbvertragliche Bindung **im Zweifel nach der Scheidung nicht fortbesteht**. Allerdings unterschied das OLG Hamm dabei nicht dogmatisch „sauber“ zwischen dem Fortbestand der Verfügung und dem Fortbestand der Bindungswirkung (vgl. auch die Kritik von J. Mayer, ZEV 1994, 369).

Diese Rechtsansicht ist u. E. aber wenig überzeugend. Denn die §§ 2279, 2077 BGB betreffen (ebenso wie die §§ 2268, 2077 BGB) **nur die Frage des Fortbestandes der Verfügung** und nicht die Frage des Charakters der Verfügung als erbrechtlich bindende oder einseitige. Es ist daher nicht ohne weiteres nachvollziehbar, wieso die Verfügung, die vertragsmäßig getroffen worden ist, allein aufgrund der Scheidung der Ehe ihren Charakter als vertragsmäßige Verfügung verlieren sollte.

Außerdem kann bei Erbverträgen anders als bei Ehegattentestamenten auch **nicht mit einer „strukturellen Bestandsabhängigkeit“** der Verfügungen von einem (**nur von Ehegatten während der Ehe errichtbaren**) gemeinschaftlichen Testament argumentiert werden (so KG FamRB 2004, 16 = KG-Report 2003, 303 als Vorinstanz zu der oben unter Ziffer 2 c) dargestellten BGH-Entscheidung), da ein Erbvertrag nicht nur von Ehegatten abgeschlossen werden kann (J. Mayer, in: Dittmann/Reimann/Bengel, § 2279 Rn. 15).

Die oben unter 2c dargestellte BGH-Entscheidung zum gemeinschaftlichen Testament (BGH DNotI-Report 2004, 146 = NJW 2004, 3113) ist also **zwar nicht unmittelbar auf Erbverträge übertragbar**. Denn die BGH-Entscheidung erging ausschließlich zu § 2268 Abs. 2 BGB, der nur für das gemeinschaftliche Testament gilt, während das Erbvertragsrecht in § 2279 BGB eine eigenständige Regelung zu den Folgen einer Eheauflösung enthält. **Mittelbar** können aber die Argumente des BGH im Rahmen des § 2279 BGB u. E. **entsprechend herangezogen** werden und gelten hier sogar **erst recht**.

Zusammenfassend betrachtet ist u. E. daher davon auszugehen, dass auch vertragsmäßige Zuwendungen, sofern diese ausnahmsweise gem. §§ 2279 Abs. 2, 2077 Abs. 3, 2298 Abs. 3 BGB trotz Scheidung der Ehe fortbestehen, ihren Charakter als **vertragsmäßige Verfügungen** beibehalten.

5. Beseitigung der erbvertraglichen Bindung

Handelt es sich bei den ausnahmsweise trotz Scheidung fortgeltenden Verfügungen um vertragsmäßige, die ihre Bindungswirkung trotz Scheidung beibehalten haben, so kommt eine Lösung hiervon nur nach allgemeinen Grundsätzen in Betracht, beispielsweise aufgrund eines vorbehaltenen Rücktrittsrechts i. S. v. § 2293 BGB oder aufgrund wirksamer Anfechtung der Verfügung gem. §§ 2281 ff. BGB, sofern Anfechtungsgründe i. S. der §§ 2078, 2079 BGB vorliegen. Ein – jederzeitiges – Widerrufsrecht gegenüber dem anderen Ehegatten existiert beim Ehegattenerbvertrag – anders als beim gemeinschaftlichen Testament – nicht. Dies ist aber gerade Ausfluss der erbrechtlichen **Bindung, die beim Ehegattenerbvertrag bereits durch den Vertragschluss** und nicht (wie beim gemeinschaftlichen Testament) erst durch Ableben des anderen Ehegatten bewirkt wird.

6. Ergebnis

Sollten die vertragsmäßigen Verfügungen zugunsten der Kinder hier ausnahmsweise über den Zeitpunkt der Scheidung der Ehe hinaus wirksam geblieben sein, würden sie im Zweifel auch als vertragsmäßige Verfügungen fortgelten. Da ein Rücktrittsrecht im Erbvertrag nicht vorbehalten war, käme eine Beseitigung der erbrechtlichen Bindung beispielsweise nur aufgrund Anfechtung oder Abschluss von Zuwendungsverzichtsverträgen mit den Abkömmlingen i. S. v. § 2352 BGB in Frage.

Sofern man sich der wohl im Vordringen befindlichen Auffassung anschließt, die § 2298 Abs. 1 BGB auch auf das Unwirksamwerden einer Verfügung infolge §§ 2077, 2279 Abs. 2 BGB anwendet, so könnte der Erbvertrag seinem ganzen Inhalt nach unwirksam sein, ohne dass weitere Maßnahmen eingeleitet werden müssten. Allerdings gilt auch die Unwirksamkeitsfolge des § 2298 Abs. 1 nicht zwingend, sondern nur vorbehaltlich eines abweichenden Erblasserwillens (§ 2298 Abs. 3 BGB).

LuftfzRG §§ 16, 56, 80, 86, 90, 98 Abs. 1; SchRegO § 37; BNotO § 23; BeurkG § 54 a Abs. 2 Nr. 1

Lastenfreistellung bei Verkauf eines Flugzeugs

I. Sachverhalt

Ein in die Luftfahrzeugrolle eingetragenes Flugzeug soll verkauft werden. Im Register für Pfandrechte an Luftfahrzeugen ist hieran ein Registerpfandrecht eingetragen, das im Zuge der Veräußerung abgelöst werden soll.

Die Beteiligten haben bereits privatschriftlich einen Kaufvertrag abgeschlossen. Der Kaufpreis soll über Notaranderkonto abgewickelt werden. Die Auszahlung soll insbesondere vom Vorliegen einer dem Notar treuhänderisch übersandten Löschungsbewilligung für das Registerpfandrecht abhängen.

II. Zur Rechtslage

1. Literatur

An Literatur dürfen wir verweisen auf:

- Dobberahn, Rechte an Schiffen und Luftfahrzeugen, MittRhNotK 1998, 145;
- Schölermann/Schmid-Burgk, Flugzeuge als Kreditsicherheit, WM 1990, 1137;
- Wolfsteiner, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 21. Aufl. 2001, § 87 Rn. 20 ff.

Die einschlägigen Gesetze, insbesondere das **Gesetz über Rechte an Luftfahrzeugen** vom 26.02.1959 (LuftfzRG BGBl. 1959 I, S. 57, zuletzt geändert durch Art. 5 Abs. 13 des Gesetzes vom 26.11.2001, BGBl. 2001 I, S. 3138) finden sich im Internet in aktualisierter Form (von einem gewerblichen Anbieter zusammengestellt) unter: www.luftrecht-online.de (mit kostenloser Nur-Leseversion, aber Gebühren für den Ausdruck).

2. Register für Rechte an Luftfahrzeugen

a) Luftfahrzeugrolle und Pfandrechtsregister

Für Luftfahrzeuge gibt es zwei verschiedene Register, zum einen die **Luftfahrzeugrolle**, die vom Luftfahrt-Bundesamt in Braunschweig zentral für das ganze Bundesgebiet geführt wird (§ 3 Luftverkehrsgesetz = LuftVG; § 14 Luftverkehrszulassungsordnung = LuftVZO). Die Luftfahrzeugrolle dient ausschließlich öffentlich-rechtlichen Zwecken, so dass die dort enthaltenen Angaben keinen öffentlichen Glauben begründen.

Für den privatrechtlichen Rechtsverkehr von Bedeutung ist hingegen nur das **Pfandrechtsregister** für Luftfahrzeuge, das vom **Amtsgericht Braunschweig** geführt wird (§ 78 LuftfzRG). Das Pfandrechtsregister ist gewissermaßen das Grundbuch für Pfandrechte an Luftfahrzeugen. Registerpfandrechte an Flugzeugen und anderen Luftfahrzeugen entstehen erst mit der Eintragung in das Register für Pfandrechte an Luftfahrzeugen (§ 5 Abs. 1 LuftfzRG).

b) Eigentumserwerb an Luftfahrzeugen

Luftfahrzeuge werden nach den Regeln für **bewegliche Sachen** übereignet (§ 98 Abs. 1 S. 1 LuftfzRG i. V. m. § 929 ff. BGB). Zur Übereignung ist damit lediglich die Einigung und die Übergabe oder ein Übergabesurrogat erforderlich. Eine Registereintragung ist für den Eigentumserwerb hingegen nicht erforderlich.

Dennoch wird der Eigentümer in der Luftfahrzeugrolle eingetragen und kann auch im Pfandrechtsregister eingetragen werden.

c) Eintragung des Eigentümers

aa) Luftfahrzeugrolle

Die Änderung der Luftfahrzeugrolle bei Anzeige eines Halterwechsels bestimmt sich nach § 64 Abs. 5 LuftVG i. V. m. § 11 Abs. 2 LuftVZO. Zur Eintragung genügt die schriftliche Erklärung des bisher eingetragenen Eigentümers und des Erwerbers über den Eigentumsübergang. Das Luftfahrt-Bundesamt in Braunschweig gibt entsprechende Formulare heraus.

bb) Pfandrechtsregister

Eine Eintragung in das beim Amtsgericht Braunschweig geführte Pfandrechtsregister für Luftfahrzeuge ist nur erforderlich, wenn ein Registerpfandrecht an dem Luftfahrzeug bestellt werden soll. Deshalb sind keineswegs alle Luftfahrzeuge im Pfandrechtsregister registriert.

Bei der (Erst-) Anmeldung des Eigentümers für das Pfandrechtsregister hat der Anmeldende **glaubhaft zu machen**, dass er Eigentümer des Luftfahrzeugs ist (§ 80 Abs. 2 S. 2 LuftfzRG). Dies erfordert neben der Vorlage etwa des Kaufvertrages insbesondere eine **eidesstattliche Versicherung** des Eigentümers, die nach § 38 BeurkG zu beurkunden ist (vgl. Formulierungsbeispiel bei Wolfsteiner, in: Kersten/Bühling, § 87 Rn. 24 m).

Soll nach einer Veräußerung des Luftfahrzeuges der neue Eigentümer eines bereits im Pfandrechtsregister eingetragenen Luftfahrzeuges dort eingetragen werden (**Umschreibung**), so ist zum einen der Nachweis der Umschreibung in der Luftfahrzeugrolle erforderlich, zum anderen die **Zustimmung** des bisher als Eigentümer im Register Eingetragenen; andernfalls ist auch hier eine Glaubhaftmachung erforderlich (§ 90 Abs. 2 LuftfzRG).

Die Eintragung des Eigentümers im Pfandrechtsregister begründet **öffentlichen Glauben für die Bestellung von Pfandrechten**: Bestellt daher ein im Pfandrechtsregister eingetragener Nichteigentümer ein Registerpfandrecht, so kann dies gutgläubig erworben werden (§ 16 LuftfzRG).

Kein guter Glaube besteht hingegen für die Übereignung selbst. Insoweit ist ein gutgläubiger Erwerb nur nach §§ 932 ff. BGB möglich, wobei der gute Glaube in jeweiligen Übergabezeitpunkt entscheidend ist. Der gute Glaube wird allerdings durch eine anders lautende Eintragung im Pfandrechtsregister in der Regel zerstört (Dobberahn, MittRhNotK 1998, 145, 162). Für den Antrag auf Eintragung des Eigentumswechsels im Pfandrechtsregister des Amtsgerichts gibt es einen in NFL II – 76/95 veröffentlichten Vordruck.

d) Registerpfandrecht

Das Registerpfandrecht an Luftfahrzeugen ist im Wesentlichen der **Schiffshypothek** nachgebildet (vgl. ausführlich Krohn, Die Pfandrechte an registrierten Schiffen, 2004). Insbesondere ist das Registerpfandrecht **akzessorisch** (§ 1 LuftfzRG).

Ein Pfandrecht an Luftfahrzeugen entsteht durch **Einigung** des Eigentümers und des Gläubigers sowie **Eintragung** des Registerpfandrechts in das Register für Pfandrechte an Luftfahrzeugen (§ 5 Abs. 1 LuftfzRG). Die Eintragungsbe-

willigung bedarf der **Unterschriftsbeglaubigung** (§ 86 LuftfzRG i. V. m. § 37 Schiffsregisterordnung, SchRegO). Vor der Eintragung sind die Beteiligten an die Einigung nur gebunden, wenn die Erklärung notariell beurkundet oder vor dem Registergericht abgegeben oder bei diesem eingereicht sind oder wenn der Eigentümer dem Gläubiger eine Eintragungsbewilligung ausgehändigt hat, die öffentlich beurkundet oder öffentlich beglaubigt worden ist (§ 5 Abs. 2 LuftfzRG). Die Vorschrift ist damit § 873 BGB nachgebildet. Die einzutragenden Angaben (Gläubiger, Geldbetrag der Forderung, ggf. Zinssatz und Nebenleistung) bestimmt § 24 Abs. 1 LuftfzRG entsprechend der Regelung des § 1115 BGB.

Zur **Aufhebung** des Registerpfandrechtes ist nach § 56 Abs. 1 LuftfzRG (der inhaltlich § 875 BGB entspricht) die **Erklärung** des Gläubigers, dass er das Registerpfandrecht aufgibt, und die **Löschung** des Registerpfandrechts im Register erforderlich.

Hinsichtlich der eingetragenen Registerpfandrechte begründet das Pfandregister **guten Glauben** (§ 16 LuftfzRG). Ein gutgläubig lastenfreier Erwerb nach § 936 BGB ist hingegen ausdrücklich ausgeschlossen (vgl. § 98 Abs. 1 S. 2 LuftfzRG).

3. Vertragsgestaltung im vorliegenden Fall

Im vorliegenden Fall haben die Beteiligten den Kaufvertrag bereits privatschriftlich abgeschlossen. Insoweit besteht auch kein Formerfordernis – ebenso wenig wie für die Einigung über die Übereignung.

Die Beteiligten wollen nun durch Kaufpreisabwicklung über **Notaranderkonto** sicherstellen, dass die Besitzübergabe sowie die Löschung des bestehenden Registerpfandrechts (und die Eigentumsumschreibung) erst nach Einzahlung auf das Notaranderkonto erfolgen.

Die Beteiligten wollen den Vertrag zeitlich gestaffelt in folgenden **Schritten** abwickeln:

- Kaufvertragsschluss mit dinglicher Einigung (bereits erfolgt),
- Einzahlung auf Notaranderkonto,
- Besitzübergabe nach Einzahlung (= Eigentumsübergang),
- Pfandrechtslöschung (= Lastenfreistellung) und (deklaratorische) Eintragung des Eigentumsübergangs,
- Auszahlung nach Besitzübergabe und Vorliegen der Unterlagen zur Pfandrechtslöschung.

a) Einigung

Die Übereignung erfolgt nach §§ 929 ff. BGB durch Einigung und Besitzübergabe. Dabei kann (anders als bei Grundstücken) die Übereignung auch **aufschiebend bedingt** durch die Kaufpreiszahlung erklärt werden. Insofern wäre der Veräußerer geschützt.

Hingegen wäre der Erwerber gegenüber einer vertragswidrigen Veräußerung an einen gutgläubigen Dritten nur geschützt, wenn er auch den **Besitz** bereits erhält; darin läge aber eine ungesicherte Vorleistung des Veräußerers. Insofern dürfte daher ein berechtigtes Sicherungsinteresse nach § 54a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG zur Abwicklung über Notaranderkonto bestehen (BNotK, Rundschreiben Nr. 1/1996 vom 11.1.1996, Ziffer III. 1. d – im Internet unter: www.bnotk.de; Sandkühler, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 5. Aufl. 2003, § 23 BNotO Rn. 44; Hertel, in: Eyl-

mann/Vaasen, BNotO/BeurkG, 2. Aufl. 2004, § 54a BeurkG Rn. 11; Renner, in: Huhn/von Schuckmann, BeurkG, 4. Aufl. 2004, § 54a BeurkG Rn. 20; Winkler, BeurkG, 15. Aufl. 2003, § 54a BeurkG Rn. 17 f.).

b) Besitzübergabe

Bei Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto kann eine Besitzübergabe bereits nach Einzahlung auf das Notaranderkonto erfolgen, ohne dass der Verkäufer damit eine ungesicherte Vorleistung eingeht, obwohl mit der Besitzübergabe auch das Eigentum übergeht (sofern die Einigung bereits erklärt wurde).

c) Eintragung

Die **Eintragung** des Eigentumswechsels in Luftfahrzeugrolle und Pfandregister ist **nicht konstitutiv**. Die Beteiligten wollen jedoch sicherstellen, dass nach erfolgter Zahlung die Eintragung jedenfalls vorgenommen werden kann. Dies kann dadurch erreicht werden, dass die entsprechenden Eintragungsunterlagen bereits vorab von beiden Beteiligten unterzeichnet und treuhänderisch dem Notar übergeben werden, der sie erst nach Kaufpreiszahlung weiterleitet. Für die Eintragungsanträge können die amtlichen Vordrucke des Luftfahrzeugbundesamtes bzw. des Amtsgerichts Braunschweig verwendet werden.

Eine rangwahrende Wirkung nach Art einer **Vormerkung gibt es für die Eigentumsumschreibung nicht**, da diese auch im Pfandregister eine bloße Berichtigung darstellt (und nicht konstitutiv ist). Der Erwerber ist hier dadurch abgesichert, dass die Einigung über die Eigentumsübertragung bereits erklärt wurde; der Veräußerer kann abgesichert werden, indem diese Einigung aufschiebend bedingt durch die Kaufpreiszahlung erfolgt (wobei beim Anderkonto als Bedingungseintritt bereits die Auszahlungsreife vereinbart werden kann).

d) Pfandrechtslöschung

Schließlich soll die **Löschung** des bestehenden Registerpfandrechts abgesichert werden. Da hier die Löschung nach § 56 LuftfzRG (ebenso wie nach § 875 BGB) **konstitutiv** wirkt, kann eine Absicherung ebenso wie bei der Grundstücksveräußerung dadurch erfolgen, dass die Löschungsbewilligung des Kreditinstituts dem Notar zu treuen Händen erteilt und erst nach Bestätigung des Erhalts des Ablösebetrages vom Notar beim Register eingereicht wird. Dies ist selbstverständlich bei Direktzahlung ebenso wie bei Anderkontenabwicklung möglich.

Übernimmt der Notar die Feststellung der bestehenden Belastungen, so kann er diese durch Einsicht in das Pfandregister feststellen. Da theoretisch zwischenzeitlich weitere Registerpfandrechte eingetragen sein könnten, empfiehlt sich eine nochmalige Einsichtnahme vor der Auszahlung.

e) Verwahrungsanweisung

In der Verwahrungsanweisung an den Notar sind die Auszahlungsvoraussetzungen genau und entsprechend dem Sicherungsinteresse der Beteiligten zu regeln. Für die Verwahrungsanweisung genügt Schriftform (§ 54a Abs. 4 BeurkG); auch das zugrundeliegende Schuldverhältnis der Kaufvertragsparteien unterliegt keinem materiell-rechtlichen Formerfordernis.

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 €.

Die Einbanddecken sind ab sofort lieferbar.

Das dazugehörige **Inhaltsverzeichnis** erschien im
DNotI-Report 5/2005.

Ein Abonnement der Einbanddecken ist leider nicht möglich.

Hiermit bestelle/n ich/wir Stck. Einbanddecken à 13,- €.

Name, Vorname

Straße/Postfach

PLZ, Ort

Ort, Datum

Unterschrift/Stempel

**Einladung
zur 8. Mitgliederversammlung in Jena 2005**

Sehr geehrtes Mitglied,

der Gesamtvorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung lädt alle Mitglieder zur

8. ordentlichen Mitgliederversammlung
am **Freitag, dem 6. Mai 2005**,
in die **Friedrich-Schiller-Universität Jena**,
Carl-Zeiß-Straße 3, 07743 Jena, Senatssaal, herzlich ein.

Die Veranstaltung beginnt um **16.00 Uhr** mit folgender **Tagesordnung**:

1. Begrüßung
2. Bericht des Vorsitzenden
3. Bericht des Schatzmeisters
4. Bericht der Rechnungsprüfer
5. Aussprache
6. Entlastung des Gesamtvorstandes
7. Neuwahl von drei Gesamtvorstandsmitgliedern (§ 8 Abs. 3 der Satzung)
8. Wahl der Rechnungsprüfer (§ 7 Abs. 6 der Satzung)
9. Verschiedenes

Ab 17.00 Uhr

**Öffentliche Veranstaltung
Verleihung des Helmut-Schippel-Preises 2004**

Grußwort des Rektors der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Herrn **Prof. Dr. Klaus Dicke**

Vortrag **Prof. Dr. Stefan Leible**, Friedrich-Schiller-Universität Jena,
"Nachlassspaltung und Testamentsform"

Preisverleihung

Laudatio Rechtsanwalt und Notar **Axel Adamietz**, Bremen, Mitglied des Vorstands der
Notarrechtlichen Vereinigung und Beiratsvorsitzender des Deutschen Notarinstitutes

Vorstellung der ausgezeichneten Arbeit

"Das italienische internationale Erbrecht. Eine Untersuchung der Art. 46-50 des Gesetzes 218 vom
31.05.1995 unter besonderer Berücksichtigung deutsch-italienischer Erbfälle"
durch den Preisträger **Dr. Ferdinand Kruis**, München

Diskussion

Anschließend bitten wir Sie zu einem kleinen Empfang

Bitte teilen Sie durch **Rückfax** oder **Brief** mit, ob Sie teilnehmen werden. Wir freuen uns über ein zahlrei-
ches Erscheinen unserer Mitglieder und wünschen Ihnen eine angenehme Anreise.

Mit freundlichen kollegialen Grüßen

gez. Prof. Dr. Rainer Kanzleiter
(Vorsitzender)

gez. Paul Wagner
(stellv. Vorsitzender)

Bitte zurück an die NotRV, Gerberstr. 19, 97070 Würzburg, **Fax-Nr. 0931/35576225**

Ich nehme am Freitag, 6.5.2005, an der Mitgliederversammlung mit Preisverleihung in Jena teil.

Name, Vorname (ggf. Stempel)

Unterschrift

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 §§ 434, 443, 444
„Versicherung“ des Verkäufers, dass bestimmte Mängel nicht vorliegen
Fax-Abruf-Nr.: **11383**

BGB §§ 912, 95 Abs. 1 S. 2; ErbbauVO § 1 Abs. 3
Aufstockung bei nachträglichem Eigengrenzüberbau
Fax-Abruf-Nr.: **11384**

BauGB § 51; BGB §§ 463 ff., 925
Genehmigungserfordernis im Umlegungsgebiet bei Verkaufsausübung
Fax-Abruf-Nr.: **11385**

GmbHG §§ 35, 38; InsO §§ 97, 101
Unwirksame Amtsniederlegung des alleinigen Gesellschafter-Geschäftsführers; Auswirkungen der Insolvenz der GmbH
Fax-Abruf-Nr.: **13154**

BeurkG § 15; BNotO § 20 Abs. 3; BGB § 1277
Versteigerung von Aktien einer nicht börsennotierten Aktiengesellschaft (AG) durch einen Notar
Fax-Abruf-Nr.: **13155**

Rechtsprechung

BGB §§ 328, 331
Verfügungsbefugnis des Großvaters über von ihm für Enkel angelegte und weiter in seiner Hand befindliche Sparbücher

Legt ein naher Angehöriger ein Sparbuch auf den Namen eines Kindes an, ohne das Sparbuch aus der Hand zu geben, so ist aus diesem Verhalten in der Regel zu schließen, dass der Zuwendende sich die Verfügung über das Sparguthaben bis zu seinem Tode vorbehalten will.

BGH, Urt. v. 18.1.2005 – X ZR 264/02
Kz.: L I 1 – § 328 BGB
Fax-Abruf-Nr.: **10491**

Problem

Auf Veranlassung des Großvaters legten die Eltern Sparbücher für ihre beiden minderjährigen Kinder an. Der Großvater zahlte auf jedes der Sparbücher 50.000 DM ein. Die Sparbücher erhielt er. Außerdem erteilten ihm die Eltern im Namen ihrer Kinder Vollmacht zur Verfügung über die Sparkonten. Später löste der Großvater die Sparkonten wieder auf und behielt das Geld für sich.

Mehr als zehn Jahre später, nachdem die Kinder volljährig geworden waren und von den Sparguthaben erfahren hatten, verklagten sie ihren Großvater auf Rückzahlung des Geldes.

Entscheidung

Der BGH gab dem Großvater Recht. Die Einrichtung eines Sparkontos auf den Namen eines anderen lasse für sich allein noch nicht den Schluss auf einen Vertrag zugunsten Dritter zu. Entscheidend sei, wer gemäß der Vereinbarung mit der Bank Kontoinhaber werden sollte; dafür sei wesentliches Indiz, wer das Sparbuch in Besitz nehme (BGH FamRZ 1994, 625 = NJW 1994, 931). Lege ein naher Angehöriger ein Sparbuch auf den Namen eines Kindes an, ohne das Sparbuch aus der Hand zu geben, so sei daraus typischerweise zu schließen, dass der Zuwendende sich die Verfügung über das Sparguthaben bis zu seinem Tod vorbehalte (BGHZ 66, 8, 11 = NJW 1966, 749). Entsprechend hätte sich der Großvater auch im vorliegenden Fall die Verfügungsbefugnis vorbehalten.

MaBV § 3 Abs. 1; BGB §§ 272, 813 Abs. 2, 817
Kein Zinsanspruch des Erwerbers bei bewusster Zahlung an Bauträger vor Fälligkeit

Zahlt der Erwerber an den Bauträger bewusst vor Fälligkeit (etwa um eine vorzeitige Übergabe und Übereignung der Wohnung zu erhalten), kann er keine Zwischenzinsen nach Bereicherungsrecht verlangen (Leitsatz der DNotI-Redaktion).

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.6.2004 – I-23 U 29/04
Kz.: L I 2 – § 3 MaBV
Fax-Abruf-Nr.: **10492**

Problem

Eine Erwerberin zahlte an den Bauträger, obwohl die erworbene Wohnung nach ihrer Ansicht noch nicht fertig gestellt war. Sie wollte damit die Übergabe und die Übereignung der Wohnung vor Fertigstellung erreichen. Später verlangte sie vom Bauträger wegen der vorzeitigen Zahlung Zinsen.

Nach der Rechtsprechung des BGH muss der Bauträger auch von ihm ersparte Zinszahlungen als Bereicherung erstatten, wenn er aufgrund Formnichtigkeit des Vertrages zur Rückzahlung verpflichtet ist (BGHZ 138, 160 = NJW 1998, 2354 = WM 1998, 1398 = ZIP 1998, 1110). Auch wenn der Bauträger Zahlungen entgegen §§ 3, 7 MaBV zu früh anfordert, ist er daher nicht nur zur Rückzahlung dieses Betrages verpflichtet (OLG Koblenz NJW-RR 1999, 671), sondern auch zur Herausgabe der ersparten Zinsaufwendungen (OLG München DNotI-Report 2001, 25 = MittBayNot 2000, 542 = NJW-RR 2001, 13 = NZBau 2000, 565 m. Anm. Kniffka NZBau 2000, 552).

Entscheidung

Das OLG Düsseldorf verneinte einen Zinsanspruch. Im Unterschied zu dem vom OLG München entschiedenen Fall habe die Erwerberin hier bewusst vor Fälligkeit gezahlt, um die Wohnung bereits übergeben und übereignet zu erhalten.

MaBV §§ 7, 3; BGB §§ 307 Abs. 2, 344, 641 Unwirksamkeit einer formularvertraglichen Vorleistungspflicht trotz Stellung einer MaBV-Bürgschaft

Nachtrag zu BGH, Vorlagebeschluss v. 2.5.2002 – VII ZR 178/02, DNotI-Report 2002, 102

Problem

In seinem Vorlagebeschluss vom 2.5.2002 (VII ZR 178/01, **DNotI-Report 2002, 102** = DNotZ 2002, 652), hatte der VII. Zivilsenat des BGH die Auffassung vertreten, dass eine formularvertragliche Vorleistungspflicht des Erwerbers im Bauträgervertrag nicht gegen § 9 AGBG (= § 307 BGB) verstoße, wenn sie an die Stellung einer Bürgschaft nach § 7 MaBV geknüpft sei. Denn die MaBV-Bürgschaft sichere alle Geldansprüche des Erwerbers aus mangelhafter oder unterlassener Erfüllung des Vertrages, also insbesondere auch den Rückzahlungsanspruch des Erwerbers.

Der EuGH hat die vorgelegte Frage, ob eine derartige Klausel missbräuchlich im Sinne der EG-Klauselrichtlinie sei, nicht beantwortet. Vielmehr entschied er, dies falle in die Entscheidungskompetenz der nationalen Gerichte (**EuGH DNotI-Report 2004, 81** – Freiburger Kommunalbauten).

Neue Rechtsauffassung des BGH

Nunmehr hätte der BGH in der Sache entscheiden können. Die Revision wurde jedoch zurückgenommen, nachdem der VII. Zivilsenat die Streitparteien in einem Schreiben vom 22.12.2004 darauf hingewiesen hatte, dass der Senat nach einer Vorberatung unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich veröffentlichten Stellungnahmen und ergangenen Entscheidungen erwäge, die streitige Klausel in Abweichung von der im Vorlagebeschluss mitgeteilten vorläufigen Auffassung nach §§ 24a, 9 AGBG für unwirksam zu erachten. Erste Literaturstellungen gehen davon aus, dass es gleichwohl bei dem mittlerweile auch durch andere BGH-Entscheidungen entwickelten weiten Sicherungsumfang der Bürgschaft verbleibt (Basty, DNotZ 2005, 94).

BGB § 2197

Alleinerbe als Testamentsvollstrecker

Ein Alleinerbe oder alleiniger Vorerbe kann zugleich Erbentestamentsvollstrecker sein, wenn sich die Testamentsvollstreckung auf die sofortige Erfüllung eines Vermächnisses beschränkt und das Nachlassgericht bei groben Pflichtverstößen einen anderen Testamentsvollstrecker bestimmen kann.

BGH, Urt. v. 26.1.2005 – IV ZR 296/03

Kz.: L I 1 – § 2197 BGB

Fax-Abruf-Nr.: **10493**

Problem

Der Erblasser hatte seinen Sohn zum alleinigen Vorerben eingesetzt und seiner minderjährigen Enkeltochter vermächtnisweise ein Zweifamilienhaus sowie Wertpapiere zugewandt. Ferner hatte er Testamentsvollstreckung angeordnet, seinen Sohn zum – von § 181 BGB befreiten – Testamentsvollstrecker bestimmt und Ersatztestamentsvollstrecker benannt. Aufgabe des Testamentsvollstreckers war es, das angeordnete Vermächnis zu erfüllen und die der Enkeltochter zugewandten Nachlasswerte zu verwalten, bis diese das 25. Lebensjahr vollendet hat.

Nach dem Erbfall veranlasste der Sohn des Erblassers die beklagte Bank, u. a. die der Enkeltochter zugedachten Wertpapiere auf sein eigenes Depot zu übertragen. In der Folgezeit wurde er aus anderen Gründen aus dem Amt des Testamentsvollstreckers entlassen; das Nachlassgericht ernannte die Klägerin zur Testamentsvollstreckerin. Sie nahm nunmehr die Bank auf Zahlung des dem Wertpapiervermächtis entsprechenden Betrags in Anspruch.

Entscheidung

Der BGH bestätigte die klageabweisenden Entscheidungen der Vorinstanzen. Der Sohn des Erblassers sei als Testamentsvollstrecker berechtigt gewesen, die Leistung der beklagten Bank mit Erfüllungswirkung anzunehmen (§ 362 BGB).

Im Mittelpunkt der Entscheidung stand die Frage, ob der Sohn als alleiniger Vorerbe überhaupt wirksam zum Testamentsvollstrecker mit der Aufgabe der Vermächtniserfüllung eingesetzt werden konnte. Nach gefestigter Ansicht in Rechtsprechung und Literatur **kann der Alleinerbe** (außer im Fall des § 2223 BGB) **nicht alleiniger Testamentsvollstrecker sein**, weil er zur schrankenlosen Verfügung über den Nachlass ohnehin berechtigt ist und es sinnlos sei, ihm in der Eigenschaft eines Testamentsvollstreckers an demselben Nachlass Verwaltungsrechte einzuräumen (RGZ 77, 177; BayObLG ZEV 2002, 24, 25; NJW-RR 2005, 232, 233; MünchKomm-Zimmermann, BGB, 4. Aufl. 2004, § 2197 Rn. 11; Palandt/Edenhofer, BGB, 64. Aufl. 2005, § 2197 Rn. 8; a. A. Adams, ZEV 1998, 321). Das Gleiche gilt für den **alleinigen Vorerben** (OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 323).

Der BGH entschied nun, dass die Bestimmung eines alleinigen Erben oder Vorerben zum Testamentsvollstrecker auch dann wirksam sei, wenn sich dessen Aufgabe auf den sofortigen Vollzug bestimmter Vermächnisse zu Lasten der Erbschaft und im Interesse des Begünstigten beschränke und bei groben Pflichtverstößen des Erben ein anderer als Testamentsvollstrecker an seine Stelle trete. In diesem Fall fehle es gerade nicht an der für die Testamentsvollstreckung charakteristischen Beschränkung der Erbenrechte. Der BGH verweist insoweit auf den Entzug der dinglichen Verfügungsbefugnis (§§ 2208 Abs. 1 S. 2, 2211 BGB), den Vollstreckungsschutz des § 2214 BGB und auf die nachlassgerichtliche Kontrolle.

HGB § 230; HaustürWG § 3; AktG § 294 Abs. 2 "Bestandkraft" der stillen Gesellschaft trotz Widerruf nach HaustürWG als fehlerhafte Gesellschaft

a) Auf einen nichtigen oder anfechtbaren Vertrag über die Gründung einer stillen Gesellschaft sind die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft anwendbar. Das gilt auch bei einem Widerruf nach dem Haustürwiderrufgesetz.

b) Ein mit einer Aktiengesellschaft als Unternehmensträger geschlossener Vertrag über eine stille Gesellschaft ist bereits dann vollzogen im Sinne der Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft, wenn der stille Gesellschafter seine Einlageschuld erfüllt hat. Die Eintragung des Vertrages in das Handelsregister nach §§ 292 ff. AktG ist dafür nicht erforderlich.

c) Die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft stehen einem Anspruch des stillen Gesellschafters auf Rückgewähr der Einlage dann nicht entgegen, wenn der Vertragspartner des stillen Gesellschafters - der Inhaber des Handelsgeschäfts im Sinne des § 230 HGB - verpflichtet ist, den stillen Gesellschafter im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, als hätte er den Gesellschaftsvertrag nicht geschlossen.

BGH, Urt. v. 29.11.2004 – II ZR 6/03
Kz.: L V 1c – § 230 HGB
Fax-Abruf-Nr.: 10494

Problem

Die beklagte Aktiengesellschaft beschäftigt sich u. a. mit dem Erwerb, der Verwaltung und der Verwertung von Immobilien, Wertpapieren und Unternehmensbeteiligungen. Das erforderliche Kapital brachte sie auf, indem sie mit zahlreichen Kleinanliegern stille Gesellschaften gründete, bezogen jeweils auf ein bestimmtes "Unternehmenssegment". Die Gesellschafter sind am Gewinn und Verlust des jeweiligen Segments beteiligt und haben ggf. eine Nachschusspflicht bis zur Höhe ihrer Entnahmen. Einer der stillen Gesellschafter hat gut zwei Jahre nach Abgabe seines „Zeichnungsscheins“ sein diesbezügliches Vertragsangebot nach dem HaustürWG widerrufen und Rückzahlung der geleisteten Einlagen verlangt.

Entscheidung

Der BGH bestätigt seine bisherige Rechtsprechung (vgl. nur BGH ZIP 1992, 1552, 1554; NJW 1993, 2107), wonach **auch auf die stille Gesellschaft die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft anwendbar** sind, wenn sie in Vollzug gesetzt wurde. Auch wenn ein stiller Gesellschaftsvertrag mit einer Aktiengesellschaft als Teilgewinnabführungsvertrag gem. §§ 293 Abs. 1 S. 1, 294 Abs. 2, 292 Abs. 2 Nr. 2 AktG zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung der Hauptversammlung und der Eintragung in das Handelsregister bedarf, ist nach Ansicht des BGH die stille Gesellschaft schon mit den Zahlungen des Klägers auf seine Einlageschuld in Vollzug gesetzt. Daher hat der BGH im hier vorliegenden Fall auch bei einem wirksamen Widerruf nach § 1 Abs. 1 HaustürWG entschieden, dass die betreffende stille Gesellschaft grundsätzlich als wirksam zu behandeln sei. Der Gesellschafter, der sich auf die Unwirksamkeit berufe, könne sich lediglich jederzeit auf dem Wege der außerordentlichen Kündigung von seiner Beteiligung für die Zukunft lösen. An die Stelle des ihm nach allgemeinen Grundsätzen zustehenden Anspruchs auf Rückzahlung der geleisteten Einlage trete ein Anspruch auf das nach den Grundsätzen gesellschaftsrechtlicher Abwicklung zu ermittelnde Abfindungsguthaben.

ZPO §§ 291, 794 Abs. 1 Nr. 5

Wertsicherungsklausel mit Bezugnahme auf amtlichen Lebenshaltungskostenindex ist hinreichend bestimmt für Vollstreckung

Ein Vollstreckungstitel ist regelmäßig als hinreichend bestimmt anzusehen, wenn er eine Wertsicherungsklausel enthält, die einen vom Statistischen Bundesamt erstellten Preisindex für die Lebenshaltungskosten in Bezug nimmt.

BGH, Beschl. v. 10.12.2004 – IXa ZB 73/04
Kz.: L II 1 – § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO
Fax-Abruf-Nr.: 10495

Problem

Bei einem Verkauf gegen Zahlung einer Leibrente hatte sich der Schuldner auch hinsichtlich des wertgesicherten Betrages der Zwangsvollstreckung unterworfen. Die Wertsicherungsklausel knüpfte an den vom Statistischen Bundesamt festgestellten Lebenshaltungskostenindex aller privaten Haushalte an.

Entscheidung

Eine auf Zahlung gerichtete notarielle Urkunde ist vollstreckbar, wenn darin der geschuldete Geldbetrag bestimmt angegeben ist oder sich jedenfalls aus für Vollstreckungsorgane allgemein zugänglichen Quellen bestimmen lässt (z. B. aus dem Grundbuch). Auch eine Wertsicherungsklausel sei für die Vollstreckung hinreichend bestimmt, wenn sie auf einen amtlichen Lebenshaltungskostenindex abstelle (ebenso bereits BGH DNotI-Report 2004, 63 = DB 2004, 373 = NJW-RR 2004, 472 = WM 2004, 329 = ZIP 2004, 356). Die Höhe der nunmehr geschuldeten Zahlung hatte das Vollstreckungsgericht als Vollstreckungsorgan selbst berechnet.

Aktuelles

BImAG § 2 Abs. 2 und 6; GBO §§ 29, 40 Bundesanstalt für Immobilienaufgaben

Durch das „Gesetz zur Gründung einer Bundesanstalt für Immobilienaufgaben“ (**BImA-Errichtungsgesetz**, BGBl. 2004 I, S. 3235 – vgl. DNotZ 2005, 1) gingen mit Wirkung zum 1.1.2005 alle bis dahin in den Geschäftsbereich des Bundesfinanzministeriums fallenden Grundstücke oder beschränkten dinglichen Rechte an Grundstücken des Bundes in das **Eigentum der neugegründeten Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (BImA)** mit Sitz in Bonn über (§ 2 Abs. 2 BImAG). Andere Dienstimmobilien des Bundes sind der BImA schrittweise ab 2006 bis 2010 durch schriftliche Vereinbarung mit den obersten Bundesbehörden zu übertragen; kommt keine Vereinbarung zustande (die auch Immobilien von der Übertragung ausnehmen kann), fallen die Immobilien zum 1.1.2012 an die BImA (§ 2 Abs. 3 BImAG).

Liegenschaften des Bundesfinanzministeriums kann daher ab 1.1.2005 nur mehr die BImA verkaufen. (Eine Voreintragung der BImA durch Grundbuchberichtigung ist wohl entsprechend § 40 GBO entbehrlich.) Ist ein zuvor abgeschlossener Verkauf durch das BMF noch nicht vollzogen, ist eine erneute Auflassung oder eine Nachgenehmigung durch die BImA erforderlich (wobei i.d.R. weiterhin der bisherige Sachbearbeiter zuständig ist).

Nach § 2 Abs. 6 BImA ist die BImA "bevollmächtigt, die Bundesrepublik im Rechtsverkehr zu vertreten. Sie übt diese Vollmacht nur im Rahmen der ihr übertragenen Aufgaben aus. Diese Einschränkung ist aber vom Grundbuchamt nicht zu prüfen." Aufgrund dieser Vertretungsmacht kann die BImA Bundesimmobilien unabhängig davon veräußern bzw. Grundbucheintragungen unabhängig davon abgeben, ob die betreffenden Grundstücke bisher in den Geschäftsbereich des Bundesfinanzministeriums fielen oder **anderen obersten Bundesbehörden** zustehen.

Als bundesunmittelbare rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts (§ 1 BImAG) ist die BImA **siegelführend i.S.d. § 29 GBO**. Für Löschungsbewilligungen nach § 105 GBO (= in den neuen Bundesländern) ist nunmehr einheitlich die BImA Chemnitz, Glockenstr. 1, 09130 Chemnitz, zuständig.

Literaturhinweise

G. Langenfeld, Vertragsgestaltung, 3. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2004, 144 Seiten, 29,- €

Der Praktiker verschwendet selten einen Gedanken auf die theoretischen Grundlagen seines Tuns. Um so verdienstvoller ist das nun in 3. Auflage erschienene Werk von *Langenfeld*, mit dem er die täglich von Notaren praktizierte Vertragsgestaltung theoretisch durchleuchtet. Die von *Langenfeld* entwickelte **Vertragstypenlehre** erklärt, warum und wie der in Form von Musterformulierungen gewonnene Erfahrungsschatz von Generationen vertragsgestaltender Notare bei richtiger Anwendung für die verschiedenen Fallgruppen eingesetzt werden kann. Die eigentliche Aufgabe des Notars ist die ausgewogene Vertragsgestaltung – oder wie Langenfeld es formuliert „Zweckverwirklichung“ und „Störfallvorsorge“ – auch wenn in den Kommentierungen zu den Beurkundungsvorschriften als Beurkundungszweck meist vor allem die Warnfunktion und die Belehrungsfunktion erwähnt werden.

Notar a. D. Christian Hertel

M. Lutter (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, 3. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2004, 2 Bände, 3381 Seiten, 198,- €

Der „Lutter“ zum Umwandlungsrecht ist schon in der 3. Auflage ein **Standardkommentar**. Einerseits Praxiskommentar unter sorgfältiger Auswertung der wichtigen Rechtsprechung und Literatur, andererseits wissenschaftlich fundierter Vordenker hinsichtlich vieler offener Fragen hilft er bei der Lösung der meisten umwandlungsrechtlichen Probleme. Die Autoren sind ausgewiesene Fachleute aus anwaltlicher sowie notarieller Beratungspraxis und Wissenschaft, deren Kommentierungen seit In-Kraft-Treten des Umwandlungsgesetzes meinungsbildend in Rechtsprechung und Literatur wirken. Eine umfassende Erörterung des Spruchverfahrensgesetzes ist bereits enthalten. Abgerundet wird der Kommentar durch ausführliche Darstellungen der umwandlungssteuerrechtlichen Folgen für jede Umwandlungsart. Daher ist er für jedes Notariat, das nicht nur vereinzelt mit Umwandlungsfällen zu tun hat, bestens geeignet.

Dr. Andreas Heidinger

L. Engl (Hrsg.), Formularbuch Umwandlungen, Verlag C. H. Beck, München 2004, 1051 Seiten, 138,- €

Dieses neue Formularbuch zeichnet sich durch seine **fallbezogene Konzeption** ohne systematische Gliederung aus. Dem jeweiligen vollständigen Formulartext mit allen Mustern, die für die jeweilige Umstrukturierung in Betracht kommen (Verträge, Gesellschafterbeschlüsse, Registeran-

meldungen, Kosten usw.), schließen sich zunächst "grund-sätzliche Anmerkungen" an, bevor dann in "Einzelerläuterungen" auf jede einzelne Klausel des jeweiligen Formulars detailliert eingegangen wird. Die fünf Kapitel umfassen anhand von insgesamt 24 Formularen die im Wirtschaftsleben am häufigsten vorkommenden Arten von Umwandlungen – auch über die im UmwG verankerten Umwandlungsvorgänge hinausgehende (Verschmelzung, Spaltung, Realteilung, Ausgliederung/Einbringung/Tausch und Formwechsel) – jeweils für die gängigen Rechtsformen (AG, AG & Co. KG, GmbH, GmbH & Co. KG, OHG, PartG). Durch seine handliche Form einerseits, andererseits aber auch fächerübergreifende Erfassung des Gesellschaftsrechts und des Steuerrechts stellt das vorliegende Handbuch für Notare, die des öfteren mit Umstrukturierungsvorgängen beschäftigt sind, ein sehr nützliches Hilfsmittel dar.

Dr. Andreas Heidinger

E. Braun (Hrsg.), Insolvenzordnung, Verlag C. H. Beck, 2. Auflage, München 2004, 1510 Seiten, 98,- €

Gut zwei Jahre nach Erscheinen des Kommentars von *Braun* zur Insolvenzordnung gilt nunmehr die 2. Auflage dieses Werkes anzuzeigen. Rechtsprechung und Literatur wurden auf den Stand von August 2003 gebracht. Laut Angabe im Vorwort gewährleistet allerdings das Redaktionsteam des Kommentars eine völlige Aktualität im Internet. *Braun* liegt mit seinem Werk einen Kurzkommentar zur Insolvenzordnung vor. Die Darstellungen sind **kurz und prägnant**, gleichwohl immer leicht verständlich. Auf weiterführende Literatur wird in den Fußnoten umfänglich verwiesen. Für die notarielle Praxis, in der in der Regel insolvenzrechtliche Fragestellungen nur am Rande bestehen, stellt dieser Kommentar eine gute Alternative zu der bereits vorliegenden Literatur dar. Die Alltagsprobleme dürften sich mit diesem Kommentar in aller Regel lösen lassen.

Notar a. D. Dr. Adolf Reul

W. Weiss, Auch das ist Bayern ... wie ich wurde, was ich bin – ein Notar, 2003, 86 Seiten, 12,50 €

Nach zwei Bänden mit humorigen Geschichten aus seiner Zeit als Notar im Fichtelgebirge und in München (vgl. DNotI-Report 1999, 200) hat der Münchener Notar *Wolf Weiss* diesmal auch seine **Studien- und Assessorenzeit** literarisch in einigen humorvoll erzählten Geschichten verarbeitet. Der Band ist im Buchhandel oder beim Autor erhältlich (Notar Wolf Weiss, Marienplatz 16, 80331 München).

Notar a. D. Christian Hertel

A. Arnold, Die eigenmächtige Mängelbeseitigung durch den Käufer, ZIP 2004, 2412

J. C. Dammann, Amerikanische Gesellschaft mit Sitz in Deutschland, RabelsZ 2004, 607

A. Everts, Wohnungsrecht und Heimaufnahme, ZEV 2004, 495

R. Freitag/M. Riemenschneider, Vollstreckbare Schuldanerkenntnisse in der deutschen und europäischen Klauselkontrolle, WM 2004, 2470

A. Heidinger, Haftung wegen Darlehensgewährung an Gesellschafter, NotBZ 2004, 463

G. Jennißen, Die Entwicklung des Wohnungseigentumsrecht in den Jahren 2002 und 2003, NJW 2004, 3527

C. Kessler, Übergabe gegen Versorgungsleistungen, ZNotP 2004, 469

E. Kießling, Die Kautions im Miet- und Pachtrecht, JZ 2004, 1146

J. Lang/M. Korsten, Geschäftsbesorgung bei Steuersparmodellen, Rechtsberatung und das Grundgesetz, ZfIR 2004, 932

S. Leible/M. Lehmann, Die Verordnung über den Europäischen Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen und ihre Auswirkungen auf die notarielle Praxis, NotBZ 2004, 453

E. C. Mittenzwei, Die Aufhebung des Zuwendungsverzichts, ZEV 2004, 488

M. Nitz, Unternehmensnachfolge im Wege der vorweggenommenen Erbfolge bzw. von Todes wegen unter besonderer Berücksichtigung steuerlicher Aspekte, BWNZ 2004, 153

W. Reetz, Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 13. Juli 2004 zur Abgabenerhebung durch die Ländernotarkasse, NotBZ 2004, 449

S. Schuck, Vollzug der Grundstücksschenkung und Zwischeneintragung, DSStR 2004, 1948

U. Schumacher-Hey, Anfechtung nach Anfechtungsgesetz und Insolvenzordnung in Auswirkung auf die notarielle Praxis, RNotZ 2004, 543

W. Schur, Eigenschaftsirrhum und Neuregelung des Kaufrechts, AcP 2004, 883

U. Temme/E. Küperkoch, Heilung und „Reparatur“ fehlerhafter Kapitalerhöhungsbeschlüsse, GmbHR 2004, 1556

D. A. Verse/W. Wurmnest, Zur Nichtigkeit von Verträgen bei Verstößen gegen das EG-Beihilferecht, AcP 2004, 855

H.-J. Wachsmuth, Die kommunalrechtliche Genehmigung von Geschäften des bürgerlichen Rechts, ThürVBl. 2004, 181

H. Watoro, Das Positivzeugnis des § 8 Abs. 3 ThürBO 2004, NotBZ 2004, 416

F. Weber/R. Kesselring, Die Entwicklung des BGB-Werkvertrags- und Bauträgerrecht in den Jahren 2001 bis 2004, NJW 2004, 3469

H. Weidenmann, Neuere Rechtsprechung des BGH zur Haftung und Vollstreckung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, BWNZ 2004, 130

Veranstaltungen

Termine für **Mai 2005** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 (www.anwaltsinstitut.de).

Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht (Spiegelberger/Spindler/Wälzholz), 5.5. – 7.5.2005 Fischbachau

Internationales Privatrecht in der Kautelarpraxis (Rieping/Wandel), 21.5.2005 Kiel

Update Kostenrecht (Schmidt/Tiedtke), 28.5.2005 Oldenburg

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 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