

BWNNotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.
in Verbindung mit dem
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34
70174 Stuttgart

Schriftleitung

Notar a.D. Herbert Staudenmaier,
Ellwangen

Notar Dr. Jürgen Rastätter,
Heidelberg

www.notare-wuerttemberg.de

3/2003

Mai
Seiten 49–72

Inhalt

Aufsatz

Böttcher

Vertretung bei der notariellen Beurkundung
von Verbraucherverträgen 49

Mai

Die Gütergemeinschaft als vertraglicher Wahl-
güterstand und ihre Handhabung in der
notariellen Praxis 55

Buchbesprechung 71

Einladung

zur ordentlichen Mitgliederversammlung des Württembergischen Notarverein e.V. am

Samstag, den 11. Oktober 2003, 9.30 Uhr

in das Hotel Maritim, Saal Maritim, Stuttgart.

Die Tagesordnung sieht folgendes vor:

- 1. Bericht des Vorstands**
- 2. Ansprachen der Gäste**
- 3. Entlastung des Vorstands und der Geschäftsführung**
- 4. Wahlen**
 - a) Vorstand**
 - b) Beirat**
- 5. Aussprache**
- 6. Verschiedenes**

Bitte beachten Sie den Veranstaltungsort der Mitgliederversammlung!

Der Vorstand:

Strobel, Wandel, Schulz, Oelgray, Haußmann

Vertretung bei der notariellen Beurkundung von Verbraucherverträgen

von Prof. Roland Böttcher, Berlin

1. Verbrauchervertrag

a) Allgemeines

Bei der Beurkundung von Verbraucherverträgen soll der Notar darauf hinwirken, dass die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich oder durch eine Vertrauensperson abgegeben werden (§ 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG). Der Verbrauchervertrag ist in § 310 Abs. 3 BGB als Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer definiert. Die Begriffe „Verbraucher“ und „Unternehmer“ sind wiederum in § 13 und § 14 BGB näher bestimmt. Entscheidend für die Anwendung des § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG ist die Eigenschaft der Vertragsparteien, d. h. der materiell Urkundsbeteiligten, nicht die der formell Beteiligten¹. Wird ein Verbraucher bei einem Vertrag mit einem Unternehmer durch eine Person vertreten, der ebenfalls Unternehmer ist, handelt es sich dennoch um einen Verbrauchervertrag; umgekehrt handelt es sich bei einem

Vertrag zwischen zwei Verbrauchern auch dann nicht um einen Verbrauchervertrag, wenn ein Verbraucher durch einen Unternehmer vertreten wird². Ein Verbrauchervertrag liegt auch dann vor, wenn der Vertrag vom Anwalt des Verbrauchers stammt oder der Notar auf ein eigenes Vertragsmuster zurückgreift³. § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG ist auch dann zu beachten, wenn zwar kein Verbrauchervertrag beurkundet wird, sondern nur ein einseitiges, auf den Abschluss eines Verbrauchervertrages gerichtetes Rechtsgeschäft wie das Angebot oder die Annahme eines Grundstückskaufvertrages⁴. Das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Verbrauchervertrages hat der Notar aus der Pflicht zur Sachverhaltsklärung nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG zu ermitteln. Eine übereinstimmende Erklärung der Beteiligten, wonach kein Verbrauchervertrag vorliege, weil sie beide Verbraucher oder beide Unternehmer seien, genügt nicht⁵.

² SOLVEEN und BRAMBRING aaO.

³ BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 599.

⁴ SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 319.

⁵ BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 603.

¹ SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 319; BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 599.

b) Verbraucher

Verbraucher ist jede natürliche Person, die das Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder einer gewerblichen noch einer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann (§ 13 BGB). Juristische Personen des privaten und des öffentlichen Rechts sind keine Verbraucher, ebenso nicht die teilrechtsfähigen Personenhandelsgesellschaften (z. B. OHG, KG)⁶. Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist nur dann Verbraucher, wenn sie ausschließlich aus natürlichen Personen besteht und weder freiberuflich noch gewerblich ausgerichtet ist⁷. Existenzgründer sind bis zum Beginn ihrer unternehmerischen Tätigkeit Verbraucher, d. h. auch beim Kauf eines Grundstücks, das zur Ausübung einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit bestimmt ist⁸. Auch ein Kaufmann kann Verbraucher sein, wenn er zu Zwecken tätig wird, die nicht seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zuzurechnen sind⁹.

c) Unternehmer

Unternehmer ist jede natürliche oder juristische Person, die bei Abschluss des Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt (§ 14 BGB). Dazu gehören auch die als rechtsfähig behandelten Personenhandelsgesellschaften (z. B. OHG, KG)¹⁰ und die Gesellschaft bürgerlichen Rechts¹¹, wenn sie sich gewerblich betätigt, d. h. ein planmäßiger Geschäftsbetrieb wie etwa die Unterhaltung eines Büros oder einer speziellen Organisation erforderlich wird¹². Unternehmer sind auch die Angehörigen der Freien Berufe, wie z. B. Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Ärzte, Zahnärzte usw.¹³ Der Gewerblichkeitsbegriff umfasst auch handwerkliche und landwirtschaftliche Tätigkeitsbereiche, so dass die Veräußerung bisher landwirtschaftlich genutzter Flächen an einen Verbraucher aus Gründen der Betriebsumstrukturierung ein Verbrauchervertrag ist¹⁴.

Nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob juristische Personen des öffentlichen Rechts als Unternehmer i.S.v. § 14 BGB zu behandeln sind. Das Problem stellt sich beispielsweise, wenn eine natürliche Person, die ohne gewerblichen oder beruflichen Bezug handelt (= Verbraucher), einen Bauplatz kauft von einer Gemeinde, einem Land oder den Bund bzw. einer Behörde (Wasserwirtschaftsamt, Forstverwaltung, Straßenbauamt). Fraglich ist in diesen Fällen, ob die Tätigkeit der öffentlichen Hand im konkreten Einzelfall als gewerbliche Tätigkeit zu verstehen ist. Ein Gewerbe liegt dann vor, wenn eine planvolle, auf gewisse Dauer angelegte, selbstständige und wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird und dies nach Außen hervortritt¹⁵. Dies ist dann zu verneinen, wenn die öffentliche Hand ein Rechtsgeschäft abschließt, das unmittelbar einem öffentlichen Zweck dient, z. B. dem Erwerb von Grundbesitz für den öffentlichen Straßenbau oder der Sicherung naturschutzrechtliche Ausgleichs-

flächen¹⁶; in diesem Fall liegt keine wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand vor und sie ist dann nicht Unternehmer. Schließt die öffentliche Hand ein Rechtsgeschäft mit einem Verbraucher, dass ebenso auch ein privater Unternehmer schließen könnte (z. B. Baulandverkauf durch die Gemeinde), so liegt ebenfalls keine gewerbliche Tätigkeit vor, wenn man dafür eine Gewinnerzielungsabsicht für erforderlich hält¹⁷; nach dieser Ansicht wären öffentliche Unternehmen und auch die Gemeinden nicht als Gewerbetreibende und damit auch nicht als Unternehmer anzusehen, so dass auch kein Verbrauchervertrag vorliegen würde. Zu Recht wird jedoch die Meinung vertreten, dass für eine gewerbliche Tätigkeit keine Gewinnerzielungsabsicht erforderlich ist, sondern bloße Entgeltlichkeit genügt¹⁸; nach dieser Ansicht ist die öffentliche Hand beim Verkauf eines Bauplatzes oder der Bestellung eines Erbbaurechtes dann Unternehmer i.S.v. § 14 BGB¹⁹. Dies gilt vor allem bei einem serienmäßigen Verkauf von Bauplatzgrundstücken aus einem neu erschlossenen Baugebiet, weil diese Tätigkeit dann auch auf eine gewisse Dauer angelegt ist. Bei einem nur gelegentlichen Verkauf eines Gemeindegundstücks kann dies aber bezweifelt werden²⁰. Im Zweifel ist jedoch analog § 344 HGB davon auszugehen, dass alle von juristischen Personen oder rechtsfähigen Personengesellschaften abgeschlossenen Rechtsgeschäfte als in Ausübung ihrer gewerblichen Tätigkeit abgeschlossen anzusehen sind²¹.

d) Weder Verbraucher noch Unternehmer

Juristische Personen oder sonstige rechtsfähige Personengesellschaften, die weder zu eigenen gewerblichen noch zu eigenen beruflichen Zwecken handeln, sind weder Verbraucher noch Unternehmer²². Dazu gehören gemeinnützige Stiftungen, Idealvereine, aber auch Kommunen außerhalb ihrer gewerblichen Tätigkeitsbereiche

e) Einzelfälle

aa) Um einen Verbrauchervertrag handelt es sich insbesondere bei einem Kaufvertrag über eine Immobilie oder dem Bauträgervertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer²³. In diesem Fall soll der Notar bei der Beurkundung darauf hinwirken, dass der Verbraucher seine rechtsgeschäftliche Erklärung persönlich oder vertreten durch eine Vertrauensperson abgibt (§ 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG).

bb) Für den Vollzug von Verbraucherverträgen ist es nötig, dass Eintragungsanträge (§ 13 GBO), Bewilligungen (§ 19 GBO), Rangbestimmungen (§ 45 Abs. 3 GBO), Klarstellungen zum Grundbuchstand oder der Grundstücksbezeichnungen und evtl. Erklärungen zur Beseitigung von formellrechtlichen Eintragungshindernissen abgegeben werden. Dabei handelt es sich nicht um Verbraucherverträge, so dass § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG insoweit keine Anwendung fin-

⁶ BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 599; PÜTZHOVEN NotBZ 2002, 273, 276.

⁷ BGH DNotZ 2002, 528 = ZfIR 2002, 23 = NJW 2002, 368; BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 599; RIEGER MittBayNot 2002, 325, 327; SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 319.

⁸ BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 599; SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 319.

⁹ PÜTZHOVEN NotBZ 2002, 273, 276.

¹⁰ BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 599.

¹¹ Zu deren Rechtsfähigkeit vgl. BGH RNotZ 2001, 224.

¹² BGH DNotZ 2002, 528 = ZfIR 2002, 23; BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 599; SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 319.

¹³ BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 599; GRZIWOTZ ZfIR 2002, 667.

¹⁴ SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 319; BRAUNFELS DNotZ 1997, 356, 359.

¹⁵ Vgl. dazu BAUMBACH – HOPT, 30. Aufl., § 1 HGB RdNr. 12.

¹⁶ SORGE DNotZ 2002, 592, 599; RIEGER MittBayNot 2002, 325, 327.

¹⁷ BGHZ 95, 156; 53, 222, 224; 49, 258, 260; 36, 273, 276.

¹⁸ MünchKomm – MICKLITZ, BGB, 4. Aufl., § 14 RdNr. 16; PALANDT – HEINRICHS, BGB, 62. Aufl., § 14 RdNr. 2; SORGE DNotZ 2002, 593, 599; PÜTZHOVEN NotBZ 2002, 273, 276; FABER ZeuP 1998, 854, 868; K. SCHMIDT ZHR 151 (1987), 302, 305 f.

¹⁹ SORGE DNotZ 2002, 593, 599; PÜTZHOVEN NotBZ 2002, 273, 276; RIEGER MittBayNot 2002, 325, 327; GRZIWOTZ ZfIR 2002, 667.

²⁰ So auch RIEGER MittBayNot 2002, 325, 328.

²¹ PALANDT – HEINRICHS § 14 RdNr. 2; FABER ZeuP 1998, 854, 866; SORGE DNotZ 2002, 593, 599; PÜTZHOVEN NotBZ 2002, 273, 277; AA MünchKomm – MICKLITZ, BGB, § 14 RdNr. 27; PFEIFFER NJW 1999, 169, 173.

²² RIEGER MittBayNot 2002, 325, 327; SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 319.

²³ SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 319; BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 600, 603.

det und diese Erklärungen nicht vom Verbraucher selbst oder einer Vertrauensperson abgegeben werden müssen²⁴. § 17 BeurkG als magna charta der notariellen Tätigkeit regelt die vornehmste Pflicht des Notars, nämlich seine Prüfungs- und Belehrungspflicht²⁵. § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG will insbesondere sicherstellen, dass der materiell Beteiligte in der Beurkundungsverhandlung anwesend ist und ihn die Belehrungen des Notars erreichen. Dies gilt in erster Linie für die Beurkundung des schuldrechtlichen Grund- oder Hauptvertrages (z. B. Kaufvertrag); dabei muss der Verbraucher selbst zugegen sein oder sich durch eine Vertrauensperson vertreten lassen. Im Rahmen dieser Beurkundung muss der Notar die erforderlichen Belehrungen auch für den Vollzug des Grundvertrages (z. B. durch Auflassung) geben, insbesondere darüber belehren, welche Abwicklungsmaßnahmen noch vorzunehmen sind (z. B. Abgabe der Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO). Der wesentliche Inhalt des Vollzugsgeschäfts ist aber vorgegeben; letzteres muss sich im Rahmen der schuldrechtlichen Vereinbarungen des Hauptgeschäfts halten²⁶. Für Vollzugserklärungen von Verbraucherverträgen besteht dann kein Bedürfnis mehr zur Anwendung von § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG, d. h. diese Norm ist nur bei der Beurkundung des Grund- bzw. Hauptgeschäfts zu beachten. Solche Vollzugsgeschäfte braucht der Verbraucher nicht persönlich oder durch eine Vertrauensperson aufzugeben²⁷.

cc) Handelt es sich bei dem schuldrechtlichen Grundgeschäft (z. B. Kaufvertrag) für die Übereignung einer Immobilie um einen Verbrauchervertrag und wird bei dessen Beurkundung (§ 311 b Abs. 1 BGB) die Erklärung des Verbrauchers von ihm selbst oder durch eine Vertrauensperson abgegeben (§ 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG), so stellt die getrennte Beurkundung der sachenrechtlichen Auflassung nur die Erfüllung der schuldrechtlichen Verpflichtung dar. Insoweit handelt es sich dann nur um ein Vollzugsgeschäft, für das § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG nicht gilt, so dass die Auflassungserklärung des Verbrauchers nicht von ihm selbst oder einer Vertrauensperson abgegeben werden muss²⁸. Die notarielle Belehrung des Verbrauchers erfolgt bereits bei der Beurkundung des schuldrechtlichen Kaufvertrages. Einer weiteren Belehrung des Verbrauchers bei der Beurkundung der Auflassung bedarf es nicht.

dd) Bei der gleichzeitigen Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung hinsichtlich einer noch nicht vermessenen Grundstücksteilfläche muss der Verbraucher seine Erklärungen selbst oder durch eine Vertrauensperson abgeben, wenn es sich um einen Verbrauchervertrag handelt (§ 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG). Bei der danach notwendigen Identitätserklärung handelt es sich um keinen Verbrauchervertrag, sondern um eine reine Vollzugserklärung, für die § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG nicht gilt, d. h. der Verbraucher muss sie nicht selbst oder durch eine Vertrauensperson abgeben²⁹. Die notarielle Belehrung des Verbrauchers erfolgte bereits bei der notariellen Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung.

ee) Nach der notariellen Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung hinsichtlich einer Eigentumswohnung und der Eintragung einer Eigentumsvormerkung für den Käufer im Grundbuch besteht zuweilen das Bedürfnis für eine Änderung der Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung. Bei letzterem handelt es sich nicht um einen Verbrauchervertrag i.S.v. § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG, so dass der durch die Vormerkung gesicherte Verbraucher seine Erklärungen nicht selbst oder durch eine Vertrauensperson abgeben muss³⁰. Die notarielle Belehrung des Verbrauchers erfolgt bei der notariellen Beurkundung der Vollmachtserteilung des Käufers an den Verkäufer zur Abänderung der Teilungserklärung samt Gemeinschaftsordnung im Rahmen der Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung.

ff) Bei der Bestellung eines Grundpfandrechtes ist zu unterscheiden der Darlehensvertrag, der schuldrechtliche Sicherungsvertrag (mit der Verpflichtung des Eigentümers zur Bestellung eines Grundpfandrechtes), die sachenrechtliche Einigung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Gläubiger nach § 873 BGB und der vom Eigentümer abzugebenden formellen Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO; notariell beurkundet wird nur letztere Erklärung nach § 29 GBO (und die Vollstreckungsunterwerfung nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO). In dieser notariell beurkundeten formellen Eintragungsbewilligung des § 19 GBO liegt jedoch auch die materielle Einigungserklärung des Grundstückseigentümers nach § 873 BGB. Die gesamte materielle Einigung über die Grundschuldbestellung nach § 873 BGB ist ein Verbrauchervertrag, wenn er zwischen einem Verbraucher (Grundstückseigentümer) und einem Unternehmer (Kreditinstitut) abgeschlossen wird, für den § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG gilt³¹; die Einigungserklärung des Verbrauchers nach § 873 BGB (liegend in der formellen Bewilligung des § 19 GBO) muss daher grundsätzlich von ihm selbst oder einer Vertrauensperson abgeben werden. Unschädlich für die Anwendung des § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG ist dabei die Tatsache, dass von dem Vertrag des § 873 BGB nur die Einigungserklärung des Eigentümers notariell beurkundet wird; auch bei der Abgabe dieses Teils des Verbrauchervertrages durch den Verbraucher greift der Schutzzweck des § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG³².

Soll ein Grundpfandrecht im Zusammenhang mit dem Erwerb einer Immobilie von dem Verbraucherkäufer für ein Kreditinstitut bestellt werden (= Verbrauchervertrag), so soll daher nach überwiegender Ansicht der Verbraucherkäufer nicht den Unternehmerverkäufer zu seinem Vertreter bestellen können³³. Richtig ist, dass es sich insoweit nicht um die Erfüllung eines notariell beurkundeten Verpflichtungsgeschäfts handelt, da letzteres der Sicherungsvertrag ist und dieser nicht notariell beurkundet wird. Auch ein die Anwendung des § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG ausschließendes Vollzugsgeschäft eines notariell beurkundeten Grundgeschäftes liegt bei der Grundschuldbestellung nicht vor. Notariell beurkundet wird zwar der Kaufvertrag zwischen dem Unternehmerverkäufer und den Verbraucherkäufer,

²⁴ SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 321; LITZENBURGER NotBZ 2002, 280, 281; MAAß ZNotP 2002, 455, 458; BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 605.

²⁵ SCHMITZ – VALCKENBERG DNotZ 1994, 496; HERTEL ZNotP 2002, 286.

²⁶ MAAß ZNotP 2002, 455, 458.

²⁷ MAAß ZNotP 2002, 455, 459 f; RIEGER MittBayNot 2002, 325; HERTEL ZNotP 2002, 286; SOLVEEN RNotZ 2002, 318; SORGE DNotZ 2002, 593; LITZENBURGER NotBZ 2002, 280.

²⁸ SORGE DNotZ 2002, 593, 601 f; RIEGER MittBayNot 2002, 325, 330 f; HERTEL ZNotP 2002, 286, 287; LITZENBURGER NotBZ 2002, 280, 281; BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 605; MAAß ZNotP 2002, 455, 458.

²⁹ SORGE DNotZ 2002, 593, 603; RIEGER MittBayNot 2002, 325, 331; SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 321; LITZENBURGER NotBZ 2002, 280, 281; BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 605.

³⁰ BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 605; SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 321; RIEGER MittBayNot 2002, 325, 331; SORGE DNotZ 2002, 593, 601; HERTEL ZNotP 2002, 286, 287; A.A. LITZENBURGER NotBZ 2002, 280, 281.

³¹ LITZENBURGER NotBZ 2002, 280, 281; SORGE DNotZ 2002, 593, 602; HERTEL ZNotP 2002, 286, 287; SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 319; RIEGER MittBayNot 2002, 325, 331; BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 604.

³² SORGE DNotZ 2002, 593, 602; SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 319; HERTEL ZNotP 2002, 286, 287; LITZENBURGER NotBZ 2002, 280, 281; BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 600.

³³ SORGE DNotZ 2002, 593, 602; RIEGER MittBayNot 2002, 325, 331; SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 321; HERTEL ZNotP 2002, 286, 287; LITZENBURGER NotBZ 2002, 280, 281; BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 604.

aber die Grundschuldbestellung ist kein Vollzugsgeschäft dazu; sie ist vielmehr die Erfüllung des nicht notariell beurkundeten Sicherungsvertrages. Aber die notarielle Beurkundung der Vollmachtserteilung durch den Verbraucherkäufer an den Unternehmerverkäufer im Zusammenhang mit den Kaufvertrag und der damit verbundenen notariellen Belehrung des Verbraucherkäufers führt zur Unanwendbarkeit des § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG bei der Grundschuldbestellung³⁴. Ein Ausschluss des Verbraucherkäufers von der notariellen Verhandlung, Belehrungen und Beratung sowie Fragemöglichkeiten findet in einem solchen Fall nicht statt, sondern erfolgt vorgezogen anlässlich der Beurkundung der Vollmachtserteilung im Rahmen der Beurkundung des Kaufvertrages.

Einigkeit über die Nichtanwendbarkeit des § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG bei der Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld besteht allerdings dann, wenn der Verbraucherverkäufer dem Käufer eine notariell beurkundete Vollmacht dazu erteilt, eine Finanzierungsgrundschuld an dem noch dem Verbraucherverkäufer gehörenden Grundbesitz zu bestellen³⁵. Unterschiedlich sind nur die Begründungen dafür. Zum Teil wird dies daraus gefolgert, dass es sich bei der Bestellung der Finanzierungsgrundschuld nur um ein Vollzugsgeschäft handele³⁶ bzw. damit nur die Erfüllung einer Verbindlichkeit vorliege, nämlich die Pflicht des Verbraucherverkäufers aus dem Kaufvertrag zur Mitwirkung bei der Beschaffung von Kreditsicherheiten zur Kaufpreisfinanzierung³⁷. Das entscheidende Argument für die Nichtanwendbarkeit des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 1 BeurkG bei der Einigung über die Grundschuldbestellung zwischen dem Verbraucherverkäufer (und Nocheigentümer des Grundstücks) und dem Kreditinstitut besteht jedoch dahin, dass die Vollmachtserteilung des Verbraucherverkäufers an den Käufer notariell beurkundet wird und damit die notarielle Belehrung und Beratung des Verbraucherverkäufers und seine Fragemöglichkeiten vorgezogen sind.

gg) Bei einseitigen Rechtsgeschäften, die nicht auf Abschluss eines Verbrauchervertrages gerichtet sind, findet § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG keine Anwendung, so z. B. bei der Teilungserklärung nach § 8 WEG³⁸.

hh) Kein Verbrauchervertrag liegt vor bei einem Vertrag zwischen zwei Verbrauchern, z. B. bei einem Grundstückskaufvertrag zwischen natürlichen Personen zu privaten Zwecken³⁹. § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG ist dann nicht einschlägig. Gleiches gilt bei einem Vertrag zwischen zwei Unternehmern, z. B. einem Grundstückskaufvertrag zwischen juristischen Personen⁴⁰.

f) Vertrauensperson

Bei der Beurkundung eines Verbrauchervertrages soll der Notar darauf hinwirken, dass der Verbraucher seine rechtsgeschäftliche Erklärung selbst oder durch eine Vertrauensperson abgibt ab (§ 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG). Zu der Norm, die durch das „Gesetz zur Änderung des Rechts der

Vertretung durch Rechtsanwälte vor Oberlandesgerichten“ vom 23. 7. 2002 (BGBl I 2850) eingeführt wurde, heißt es in der Gesetzesbegründung nur: „Der Verbraucher soll persönlich den Beurkundungstermin wahrnehmen und sich im Verhinderungsfall von einer Vertrauensperson, also nicht von einem geschäftsmäßigen Vertreter mit unter Umständen konkurrierenden Eigeninteressen vertreten lassen“⁴¹. Die Geschäftsmäßigkeit des Vertreterhandelns ist jedoch kein taugliches Kriterium für die Zulässigkeit der Vertretung, da beispielsweise der Rechtsanwalt oder Steuerberater des Verbrauchers bedenkenlos als Vertreter zuzulassen ist⁴². Eine Person mit möglichen Eigeninteressen an der Vertretung des Verbrauchers scheidet als Vertrauensperson aus. Das ist der Fall, wenn der Vertreter vom Unternehmer vorgeschlagen wird, insbesondere der Treuhänder, selbst wenn er ein Rechtsanwalt oder Steuerberater ist⁴³; gleiches gilt für Geschäftsbesorger, die Initiatoren eines Kapitalanlagemodells sind⁴⁴. Von einer Vertrauensperson kann der Notar regelmäßig ausgehen beim Handeln des Ehegatten oder Lebenspartners einer eingetragenen oder eheähnlichen Lebensgemeinschaft, eines Verwandten oder eines Verschwägerten (Familienangehöriger) des Verbrauchers, und zwar selbst dann, wenn der Vertreter am Vertrag selbst beteiligt ist oder unmittelbar oder mittelbar Vorteile durch dessen Abschluss erwirbt⁴⁵. Als Vertrauensperson untauglich sind dagegen diejenigen, die dem Unternehmer näher stehen als den Verbraucher⁴⁶, z. B. Angestellte des Unternehmers. Um den Notar die zuweilen äußerst schwierige Beantwortung der Frage zu erleichtern, ob ein Vertreter als Vertrauensperson des Verbrauchers anzusehen ist, sollte in jeder notariell beurkundeten Vollmacht angegeben werden, ob der Vertreter als Vertrauensperson des Verbrauchers angesehen wird⁴⁷. Dann kann der Notar bei der Beurkundung des Verbrauchervertrags grundsätzlich davon ausgehen⁴⁸.

Unbestritten ist, dass ein nicht die konkrete Beurkundung vornehmender Notar eine Vertrauensperson für den Verbraucher sein kann⁴⁹. Keine Einigkeit herrscht jedoch bei der Frage, ob dies auch für Angestellte des beurkundenden Notars gilt. Überwiegend wird dies zu Recht verneint⁵⁰. Nicht nur, dass der Verbraucher den Notarangestellten regelmäßig gar nicht persönlich kennt, sondern von dem Notar und seinen Mitarbeitern ist Unparteilichkeit zu erwarten, aber eine Vertrauensperson des Verbrauchers soll einseitig dessen Interessen wahrnehmen. Soweit die Meinung vertreten wird, dass auch ein Notarangestellter Vertrauensperson i.S.v. § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG sein kann, wird dies damit begründet, dass sich das Vertrauen aufgrund der Einschätzung der Sachkenntnis und der Integrität des Notarangestellten ergeben kann⁵¹. Praktikabel erscheint dies nicht, denn wie soll der Verbraucher die Sachkompetenz des Notarangestellten einschätzen; dies wird ihm regelmäßig nicht möglich sein.

⁴¹ BT – Drucks 14/266 S 50.

⁴² RIEGER MittBayNot 2002, 325, 330; HERTEL ZNotP 2002, 286, 288; SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 321; SORGE DNotZ 2002, 593, 601.

⁴³ BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 604.

⁴⁴ SORGE DNotZ 2002, 593, 601.

⁴⁵ LITZENBURGER NotBZ 2002, 280, 281; SORGE DNotZ 2002, 593, 601; SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 321; HERTEL ZNotP 2002, 286, 288.

⁴⁶ HERTEL ZNotP 2002, 286, 288; SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 321; SORGE DNotZ 2002, 593, 601; kritisch dazu MAAß ZNotP 2002, 455, 457.

⁴⁷ BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 604; LITZENBURGER NotBZ 2002, 280, 282.

⁴⁸ SORGE DNotZ 2002, 593, 600.

⁴⁹ SORGE DNotZ 2002, 593, 602; MAAß ZNotP 2002, 455, 457; STRUNZ ZNotP 2002, 389.

⁵⁰ SORGE DNotZ 2002, 593, 602 f; HERTEL ZNotP 2002, 286, 288; RIEGER MittBayNot 2002, 325, 330; SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 321; BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 605.

⁵¹ MAAß ZNotP 2002, 455.

³⁴ STRUNZ ZNotP 2002, 389; A.A. SORGE DNotZ 2002, 593, 602.

³⁵ RIEGER MittBayNot 2002, 325, 331; BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 604; LITZENBURGER NotBZ 2002, 280, 281; MAAß ZNotP 2002, 455.

³⁶ LITZENBURGER NotBZ 2002, 280, 281.

³⁷ RIEGER MittBayNot 2002, 328, 331.

³⁸ BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 598; SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 319.

³⁹ BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 598; SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 319; RIEGER MittBayNot 2002, 325, 327; LITZENBURGER NotBZ 2002, 280; PÜTZHOVEN NotBZ 2002, 273, 276.

⁴⁰ BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 598; PÜTZHOVEN NotBZ 2002, 273, 276; LITZENBURGER NotBZ 2002, 280; RIEGER MittBayNot 2002, 325, 328; SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 319.

g) Hinwirkungspflicht

Gemäß § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG hat der Notar bei der Beurkundung von Verbraucherverträgen darauf „hinzuwirken“, dass der Verbraucher seine Erklärung persönlich oder durch eine Vertrauensperson abgibt. Der Gesetzgeber hat nicht erkennen lassen, was er unter dem „Hinwirken“ versteht. Daraus folgt eine Amtspflicht des Notars⁵², das er das Beurkundungsverfahren grundsätzlich so gestaltet, dass ein Verbraucher als materiell Beteiligter seine rechtsgeschäftlichen Erklärungen persönlich oder durch eine Vertrauensperson vor der Notar abgibt. Bei einem Verstoß gegen § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG ist der Verbrauchervertrag trotzdem wirksam, da es sich nur um eine beurkundungsrechtliche Sollvorschrift handelt⁵³. Als Amtspflicht unterliegt die Hinwirkungspflicht des Notars nicht der Disposition der Urkundsbeteiligten, d.h. der Verbraucher kann nicht auf den bezweckten Schutz, nämlich der persönlichen Anwesenheit im Termin, mit einer für den Notar entlastenden Wirkung verzichten⁵⁴. Zum Teil wird die Hinwirkungspflicht des Notars lediglich als Hinweispflicht verstanden mit den Inhalt, auf die Gefahren einer Vertretung aufmerksam zu machen⁵⁵. Dem wird zu Recht überwiegend widersprochen. Vielmehr liegt eine Handlungspflicht des Notars vor, und zwar insoweit, dass er regelmäßig bestimmte Maßnahmen ergreifen muss, um das in § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG formulierte Ziel zu erreichen, z. B. die Verschiebung des Beurkundungstermins anzubieten, damit der verhinderte Verbraucher doch persönlich teilnehmen kann⁵⁶. Handelt ein Verbraucher bei der Beurkundung eines Verbrauchervertrags nicht selbst und wird er auch nicht von einer Vertrauensperson vertreten, so hat der Notar grundsätzlich die Beurkundung abzulehnen⁵⁷. Ausnahmen von § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG sind streng zu prüfen. Nicht ausreichend dafür sind beispielsweise der Auslandsaufenthalt, die Krankheit oder ein auswärtiger Wohnort des Verbrauchers⁵⁸. Sollte eine Vertretung durch eine Nicht-Vertrauensperson unumgänglich sein, so sollte der Notar wenigstens eine fernmündliche oder fernschriftliche Belehrung des Verbrauchers sicherstellen⁵⁹.

h) Beurkundung

Die Amtspflicht des Notars, darauf hinzuwirken, dass ein Verbraucher beim Abschluss eines Verbrauchervertrags seine Erklärung selbst oder durch eine Vertrauensperson abgibt (§ 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG), gilt nur, wenn dieser Vertrag notariell beurkundet werden soll. Wird nur die Unterschrift des Verbrauchers unter den Vertrag notariell beglaubigt, so findet diese Norm keine Anwendung⁶⁰.

2. Sonstige Erklärungen

a) Allgemein

Soweit keine Beurkundung eines Verbrauchervertrags i. S. v. § 310 Abs. 3 BGB, § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG ansteht

⁵² BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 600; SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 320; HERTEL ZNotP 2002, 286, 290; LITZENBURGER NotBZ 2002, 280, 281.

⁵³ SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 320; HERTEL ZNotP 2002, 286, 290; RIEGER MittBayNot 2002, 325, 328.

⁵⁴ SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 322.

⁵⁵ LITZENBURGER NotBZ 2002, 280, 281.

⁵⁶ SOLVEEN RNotZ 200, 318, 322 f.

⁵⁷ BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 606 f.; RIEGER MittBayNot 2002, 325, 330; SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 323.

⁵⁸ RIEGER MittBayNot 2002, 325, 330; A.A. BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 603.

⁵⁹ RIEGER MittBayNot 2002, 325, 330.

⁶⁰ SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 320; BRAMBRING ZfIR 2002, 597, 598.

(z. B. Vertrag zwischen zwei Verbrauchern oder zwei Unternehmern, Vollzugsverträge wie die Auflassung, einseitige Erklärungen wie die Teilungserklärung nach § 8 WEG, die Bewilligung nach § 19 GBO usw.), müssen die Beteiligten ihre Erklärungen nicht persönlich oder durch eine Vertrauensperson abgeben, sondern eine Vertretung durch Dritte ist grundsätzlich möglich. Der Notar soll jedoch den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben (§ 17 Abs. 1 BeurkG). Diese Pflichten bestehen grundsätzlich nur gegenüber dem formell an einer Beurkundung Beteiligten, also demjenigen, dessen im eigenen oder fremden Namen abgegebene Erklärungen beurkundet werden sollen (§ 6 Abs. 2 BeurkG). Wenn alle materiell Beteiligten an der Beurkundung teilnehmen, wird der vom Gesetzgeber mit der notariellen Beurkundung verfolgte Zweck am besten erfüllt; Schutz- und Belehrungsfunktion sind dann am sichersten gewährleistet⁶¹. § 17 Abs. 2 a Satz 1 BeurkG, wonach das Beurkundungsverfahren so zu gestalten ist, dass es eine sinnvolle Belehrung ermöglicht, wird deshalb vor allem als Verbot verstanden, die Belehrung durch Einschaltung eines Vertreters zu umgehen⁶². Dies bedeutet, dass ein materiell Beteiligter durch die Erteilung einer Vollmacht grundsätzlich nicht von einer Beurkundungsverhandlung ausgeschlossen oder vollmachtlos vertreten werden soll⁶³. Die berechtigten Belehrungsinteressen des Vollmachtgebers werden insbesondere dadurch gewahrt, dass in allen Berufsrichtlinien der Notarkammern verlangt wird, dass vorher, insbesondere bei Beurkundung der Vollmacht, vom Notar sicherzustellen ist, dass der Vollmachtgeber über die Inhalt des abzuschließenden Rechtsgeschäfts ausreichend belehrt wurde⁶⁴.

b) Notar als Bevollmächtigter

Der Notar ist nicht gehindert, eine Vollmacht, die die Beteiligten ihm im Rahmen seiner Betreuungstätigkeit erteilen, selbst zu beurkunden oder zu beglaubigen⁶⁵. § 3 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG, wonach der Notar an einer Beurkundung nicht mitwirken darf, wenn es sich um eine „eigene Angelegenheit“ handelt, steht dem nicht entgegen. Bei der Vollmachtserteilung an den Notar handelt es sich nämlich um eine Angelegenheit, die der Notar im Rahmen seiner Betreuungstätigkeit für andere übernimmt⁶⁶. Auch § 7 Nr. 1 BeurkG, wonach die Beurkundung einer Willenserklärung unwirksam ist, als sie darauf gerichtet ist, dem Notar einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen, ist kein Hinderungsgrund, wenn die Vollmacht den Notar nur ermächtigt, Erklärungen beim Grundbuchamt abzugeben, zu ändern und zurückzunehmen oder Genehmigungen, Bescheinigungen, Zeugnisse und Zustimmungserklärungen einzuholen (= Vollzugsvollmacht). Die Rechte des Notars werden durch solche Vollmachten nicht erweitert, sondern es liegt nur eine Aufforderung zum Tätigwerden gem. § 24 DNotO vor⁶⁷. Zur Beglaubigung der Unterschrift des Bevollmächtigenden bei einer Vollmacht für den Notar ist letzterer selbst berechtigt,

⁶¹ SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 320.

⁶² HERTEL ZNotP 2002, 286, 287.

⁶³ BRAMBRING DNotI – Report 1998, 184, 185; HERTEL ZNotP 2002, 286, 287.

⁶⁴ MAAß ZNotP 2002, 455, 456.

⁶⁵ DIETERLE BWNNotZ 2001, 115; 1991, 172.

⁶⁶ MUNZIG in KUNTZE-ERTL-HERRMANN-EICKMANN (= KEHE), Grundbuchrecht, 5. Aufl., § 19 RdNr. 195; REITHMANN MittBayNot 2001, 226, 227; DIETERLE BWNNotZ 2001, 115; 1991, 172.

⁶⁷ LG Aschaffenburg Rpfleger 1971, 319; KEHE-MUNZIG § 19 RdNr. 195; EICKMANN, Grundbuchverfahrensrecht, 3. Aufl., RdNr. 210; DIETERLE BWNNotZ 2001, 115; 1991, 172.

da sowohl § 3 als auch § 7 BeurkG nur für Beurkundungen gilt.

Gibt der Notar aufgrund einer Vollzugsvollmacht auf sich selbst Erklärungen für die Beteiligten ab, dann kann trotz § 6 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG eine wirksame öffentliche Urkunde vorliegen, die zum Nachweis von Eintragungsvoraussetzungen nach § 29 GBO ausreicht, und zwar ohne dass die Unterschrift des Notars durch einen anderen Notar beglaubigt wird⁶⁸. Eine öffentliche Urkunde liegt nach § 415 ZPO dann vor, wenn sie von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen ist. Mit öffentlichem Glauben versehenen Personen sind solche Urkundspersonen, die durch staatliche Ermächtigung bestellt sind; zu ihnen gehört der Notar⁶⁹. Die Urkunde muss in der vorgeschriebenen Form aufgenommen werden. Insoweit wird die Meinung vertreten, dass für notarielle Eigenurkunden keine grundlegende gesetzliche Form vorgeschrieben sei, deshalb Unterschrift und Dienstsiegel des Notars entsprechend § 24 Abs. 3 BNotO als allgemeiner Formvorschrift für sonstige notarielle Tätigkeiten genügen⁷⁰. Richtigerweise wird aber die Ansicht vertreten, dass es sich bei der Eigenurkunde um ein einfaches Zeugnis handelt, für das nach § 39 BeurkG anstelle einer Niederschrift eine Urkunde genügt, die das Zeugnis, die Unterschrift und das Präge- oder Farbdruckesiegel des Notars enthalten muss und Ort und Tag der Ausstellung angeben soll⁷¹. Der Notar kann die Eigenurkunde nur innerhalb des ihm zugewiesenen Geschäftskreises errichten. Voraussetzung ist dafür daher stets ein Auftrag durch mindestens einen Beteiligten, der in der Bevollmächtigung des Notars liegt. Nach § 24 Abs. 1 BNotO gehört zu dem Amt des Notars auch die sonstige, das heißt, über Beurkundungen und Beglaubigungen sowie die weiteren in §§ 20 ff. BeurkG aufgeführten Aufgaben hinausgehende Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege⁷². Gegenstand der vorsorgenden Rechtspflege ist die Erleichterung und Sicherung des Privatrechtsverkehrs; damit ist die Zuständigkeit des Notars bestimmt⁷³. Notarielle Eigenurkunden sind daher insbesondere zulässig nach vorausgegangener Beurkundungs- und Beglaubigungstätigkeit, um eine von den Beteiligten bereits abgegebene Erklärung zu berichtigen oder zu ergänzen oder um sie den grundbuchrechtlichen Erfordernissen anzupassen⁷⁴. Dies ist aber nicht notwendige Voraussetzung für eine notarielle Eigenurkunde. Auch ohne vorausgegangene Beurkundung oder Beglaubigung einer zur Grundbucheintragen erforderlichen Erklärung kann der Notar eine Eigenurkunde (z.B. Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO) aufgrund einer Vollzugsvollmacht im Rahmen seiner Betreuungstätigkeit errichten⁷⁵. Unerheblich ist es auch, ob die notarielle Eigenurkunde ein materiell- (z. B. Mitteilung nach § 1829 BGB) oder nur formellrechtliche Erklärung (z. B. Bewilligung nach § 19 GBO) betrifft⁷⁶. Zulässige Eigenurkunden

sind beispielsweise die Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO⁷⁷, eine Rangbestimmung nach § 45 Abs. 3 GBO⁷⁸, die Identitätserklärung⁷⁹, die Mitteilung einer familien- oder vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nach § 1829 BGB aufgrund einer Doppelvollmacht⁸⁰ und eine Erklärung zur Klarstellung der Grundstücksbezeichnung⁸¹. Die notarielle Eigenurkunde kommt allerdings nur für Erklärungen in Betracht, für die materiellrechtlich eine besondere Form nicht vorgeschrieben ist⁸². Deshalb ist sie bei der Auflassung ausgeschlossen, die bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Vertragsparteien vor dem Notar erklärt werden muss (§ 925 Abs. 1 BGB)⁸³; hierfür gilt die Ausschlussvorschrift des § 6 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BeurkG⁸⁴. In diesem Fall kann dann aber ein Mitarbeiter des Notars zum Bevollmächtigten für die Vertragsparteien bestellt werden.

c) Systematische Beurkundungen

Der Notar soll das Beurkundungsverfahren so gestalten, dass die mit der Beurkundung verfolgten Zwecke erreicht werden, insbesondere die Schutz- und Belehrungsfunktion gewahrt wird (§ 17 Abs. 2 a Satz 1 BeurkG). Dies gilt insbesondere, wenn eine große Zahl gleichartiger Rechtsgeschäfte beurkundet wird, an denen jeweils dieselbe Person beteiligt ist. Für systematische Beurkundungen heißt es daher in den Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer vom 29.1.1985 in Abschn. II 1: „In der Regel sind unzulässig die systematische Beurkundung mit

- vollmachtlosen Vertretern;
- bevollmächtigten Vertretern, soweit nicht durch vorausgehende Beurkundung mit dem Vollmachtgeber sichergestellt ist, dass dieser über den Inhalt des abzuschließenden Rechtsgeschäfts ausreichend belehrt wurde;
- Mitarbeitern des Notars als Vertreter, ausgenommen Vollzugsgeschäfte.

Die Richtlinien der einzelnen Notarkammern haben diese Vorschläge der Bundesnotarkammer überwiegend übernommen. Das Tatbestandsmerkmal der Systematik ist erfüllt, wenn planmäßig der erkennbar Belehrungsbedürftige von der Beurkundung ausgeschlossen wird; die Planmäßigkeit indiziert dann auch die Missbräuchlichkeit⁸⁶.

Praktisch bedeutungsvoll ist vor allem die Unzulässigkeit der systematischen Beurkundung mit Mitarbeitern des Notars als Bevollmächtigte. Ausgenommen davon sind die sog. Vollzugsgeschäfte. Dazu gehören insbesondere die Bewilligung des Eigentumswechsels (§ 19 GBO), eine Rangbestimmung (§ 45 Abs. 3 GBO), die Identitätserklärung und die Auflassung (§ 20 GBO); für diese Vollzugsgeschäfte können daher auch die Mitarbeiter des Notars bevollmächtigt werden. Soweit es sich allerdings um die Abgabe von Verfahrenserklärungen handelt (z. B. Bewilligung nach § 19 GBO) kann dem Notar selbst eine Vollzugsvollmacht erteilt werden und dieser dann mittels notarielle Eigenurkunde die Erklärung abgeben; für die Abgabe von materiellrechtlichen

⁶⁸ BGH DNotZ 1981, 252; BayObLG DNotZ 1983, 434; Rpfleger 1988, 60; KEHE-MUNZIG § 19 RdNr. 196; MEIKEL – BRAMBRING, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 29 RdNr. 146 – 157; DIETERLE BWNotZ 1991, 172, 175 f.

⁶⁹ BGH DNotZ 1981, 118, 119; OLG Frankfurt/M MittBayNot 2001, 225.

⁷⁰ BGHZ 78, 36 = Rpfleger 1980, 465; OLG Frankfurt/M MittBayNot 2001, 225, 226.

⁷¹ REITHMANN MittBayNot 2001, 226, 227.

⁷² OLG Frankfurt/M MittBayNot 2001, 225.

⁷³ REITHMANN MittBayNot 2001, 226, 227.

⁷⁴ BGH DNotZ 1981, 118, 119; BayObLG Rpfleger 1988, 60; 1982, 416; OLG Düsseldorf Rpfleger 1989, 58.

⁷⁵ OLG Frankfurt/M MittBayNot 2001, 225; REITHMANN MittBayNot 2001, 226, 227.

⁷⁶ OLG Frankfurt/M MittBayNot 2001, 225; BEHMER Rpfleger 1984, 306; REITHMANN DNotZ 1983, 438, 440.

⁷⁷ OLG Frankfurt/M MittBayNot 2001, 225; KEHE-MUNZIG § 19 RdNr. 196; MEIKEL – BRAMBRING § 29 RdNr. 152 a.

⁷⁸ DNotl – Report 1998, 169.

⁷⁹ KEHE-MUNZIG § 19 RdNr. 196.

⁸⁰ KEHE-MUNZIG § 19 RdNr. 196.

⁸¹ BayObLG DNotZ 1988, 119.

⁸² REITHMANN MittBayNot 2001, 226, 228.

⁸³ BayObLG FGPrax 2001, 57, 59; REITHMANN MittBayNot 2001, 226, 228.

⁸⁴ BGH RNotZ 2003, 62 = MittBayNot 2003, 154; REITHMANN MittBayNot 2001, 226, 228.

⁸⁵ DNotZ 1999, 258.

⁸⁶ SOLVEEN RNotZ 2002, 318, 320.

Erklärungen, die einer bestimmten Form bedürfen (z. B. Auflassung nach § 925 BGB), scheidet eine Bevollmächtigung des Notars aus, so dass dann dafür auf die Mitarbeiter des Notars zurückgegriffen werden kann⁸⁷. Der Notariatsmitarbeiter leitet seine Vollmacht dann unmittelbar von den Vertragsparteien und nicht von dem den Kaufvertrag beurkundenden Notar ab^{87a}. Er handelt eigenverantwortlich und weisungsunabhängig vom beurkundenden Notar. Weigert er sich zur Vornahme des Rechtsgeschäfts (z. B. zur Vornahme der Auflassung wegen der Frage, ob der Kaufpreis vollständig bezahlt sei), kann der Notariatsmitarbeiter zur Vornahme dieser Handlung weder durch die Vertragsparteien dazu gerichtlich angehalten noch vom Notar hierzu angewiesen werden⁸⁸. Da

⁸⁷ ETERLE BWNNotZ 2001, 115; 1991, 172

^{87a} Vgl. dazu neuerdings BGH RNotZ 2003, 62 = MittBayNot 2003, 154.

⁸⁸ OLG Frankfurt/M. BWNNotZ 2001, 129.

es sich bei der Tätigkeit des Notariatsmitarbeiters um keine notarielle Amtstätigkeit handelt, stehen Verkäufer und Käufer der Beschwerdeweg nach § 15 BNotO nicht offen; der Käufer muss vielmehr zivilrechtliche Klage auf Auflassung gegenüber dem Verkäufer erheben⁸⁹.

Um keine Vollzugsgeschäfte handelt es sich bei der Teilungserklärung nach § 8 WEG, der Änderung der Teilungserklärung und der Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld⁹⁰; bei deren systematischen Beurkundung sollen daher die Mitarbeiter des Notars nicht zu Bevollmächtigten bestellt werden.

⁸⁹ DIETERLE BWNNotZ 2001, 115.

⁹⁰ HERTEL ZNotP 2002, 286, 287; ebenso die Richtlinien der Notarkammern Pfalz, Bayern, Mecklenburg – Vorpommern, Rheinische Notarkammer; A.A. Notarkammer Frankfurt/M und MAAß ZNotP 2002, 455; 1999, 69.

Die Gütergemeinschaft als vertraglicher Wahlgüterstand und ihre Handhabung in der notariellen Praxis

von Notaranwärter Sebastian Mai, Stuttgart

Der vertragliche Güterstand der Gütergemeinschaft nach §§ 1415 ff. BGB

A. Grundzüge dieses vertraglichen Güterstandes einschließlich der fortgesetzten Gütergemeinschaft

1. Entwicklung und ideengeschichtlicher Hintergrund

1.1 Kurzer historischer Abriss bis zum 31. 3. 1953

Aus der Überlegung heraus, dass sich die eheliche Lebensgemeinschaft auch in materieller Hinsicht in Gestalt einer gemeinsamen Vermögensmasse der Eheleute fortsetzen müsse, gemäß dem Motto „ein Leib, ein Gut“, entwickelten sich diverse Formen der Gütergemeinschaft in Deutschland. Demzufolge existierten regional unterschiedliche Ausgestaltungen dieses Güterstandes. Als Beispiel kann dafür die „Westfälische Gütergemeinschaft“ herangezogen werden. Besonders häufig anzutreffen war die Gütergemeinschaft in Nord- und Ostdeutschland².

Gleichwohl fand die Gütergemeinschaft in einer ihrer Formen keinen Eingang in das BGB als gesetzlicher Güterstand – die seinerzeit tätige Kommission gab der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung den Vorzug. Begründet wurde diese Entscheidung einerseits damit, dass sich aus dem sittlichen Wesen der Ehe nicht die notwendige Schlussfolgerung ziehen lasse, dass zu deren Verwirklichung auch eine Zusammenführung der jeweiligen Vermögensmassen der Eheleute erfolgen müsse³. Andererseits könnten sich gegebenenfalls nur noch schwer korrigierbare Nachteile für die vermögensrechtlichen Interessen der Ehefrau ergeben⁴.

Nichtsdestotrotz wurden drei Formen der Gütergemeinschaft als sogenannte Wahlgüterstände kodifiziert, nämlich die **Allgemeine Gütergemeinschaft**, die **Errungenschaftsgemeinschaft**, die im allgemeinen nur das während der Ehe erworbene Vermögen der Ehegatten gesamthänderisch in Form von Gesamtgut vereinigte⁵ und die **Fahrnisgemein-**

schaft, in deren Gesamtgut prinzipiell das voreheliche bewegliche Vermögen respektive dem beiderseitigen Vermögenserwerb nach Eheschließung fiel⁶.

Im Zusammenhang mit der Allgemeinen Gütergemeinschaft ist noch anzumerken, dass in ihrem Rahmen der Ehemann das Gesamtgut kraft Gesetzes allein verwaltete, was dem damaligen Rollenverständnis innerhalb der ehelichen Lebensgemeinschaft entsprach.

1.2 Die Situation in der BRD ab dem 1. 4. 1953

1.2.1 Auswirkungen des Gleichberechtigungsgebots in Artikel 3 Absatz 2 GG auf das Güterrecht in der BRD, Gleichberechtigungsgesetz

Gemäß Artikel 117 Absatz 1 GG wurde dem Gesetzgeber der Auftrag erteilt, das dem in Artikel 3 Absatz 2 GG niedergelegten Gleichberechtigungsgrundsatz von Männern und Frauen nicht entsprechende Recht zu modifizieren. Ab dem 1. 4. 1953 sollten diese grundgesetzwidrigen Normen automatisch außer Kraft treten.

Zu diesem Zweck verabschiedete der Bundestag in Bonn das Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, das am 21. Juni 1957 verkündet wurde⁷. In-Kraft-Treten sollte es jedoch erst am 1. Juli 1958, weswegen sich auch für das eheliche Güterrecht die Frage stellte, welche Rechtsnormen im intertemporären Zeitraum vom 1. 4. 1953 bis 30. 6. 1958 anzuwenden waren.

Die herrschende Lehre kam zu dem Ergebnis, dass der ordentliche gesetzliche Güterstand der Verwaltung und Nutznießung des Mannes keinerlei Gültigkeit mehr beanspruchen konnte und dass stattdessen die gesetzliche Lücke durch den Güterstand der Gütertrennung nach § 1426 BGB a. F. geschlossen wurde, wobei der Normgehalt dieses Paragraphen vor dem Hintergrund des Gleichberechtigungsgebots auch hinfällig war⁸.

¹ Kersten/Bühling, Formularbuch und FGG-Praxis, S. 1199

² Beck'sches Notarhandbuch, S. 614

³ BGH, NJW 1992, 558

⁴ BGH, 116, 178

⁵ BWNNotZ 1973, Keller, S. 166

⁶ Münchener Vertragshandbuch, Band 4, S. 868

⁷ Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, S. 583

⁸ wie vorstehend

Anders verhielt es sich dagegen im Grundsatz mit dem vertraglichen Güterrecht, denn das Grundgesetzgebot des Artikel 117 Absatz 1 konnte nach überwiegender Auffassung nicht in die Privatsphäre der Ehegatten eingreifen, mit anderen Worten, ihre Freiheit, die güterrechtlichen Verhältnisse aus ihrer alleinigen Entscheidung heraus zu gestalten, beschneiden⁹. Zu überdenken war jedoch der Grundsatz, dass bis dato nur der Ehemann das gemeinschaftliche Vermögen (Gesamtgut) verwaltete. Die Meinungen in der Literatur, welche Konsequenzen für dieses Verwaltungsrecht aus dem Postulat des Artikels 3 Absatz 2 GG zu ziehen waren, divergierten sehr stark. Eine Ansicht ging davon aus, dass fortan stets beide Ehegatten das Gesamtgut gemeinsam verwalten sollten¹⁰, eine andere hingegen, dass nach wie vor das Alleinverwaltungsprinzip des Ehemannes Geltung hätte, da die (allgemeine) Gütergemeinschaft ein vertraglicher Güterstand sei¹¹.

Das Gleichberechtigungsgesetz hat rückwirkend diesem Streit in der Rechtslehre ein Ende gesetzt, in dem es in Artikel 8 Absatz 1 Nr. 6 festlegte, dass für die allgemeine Gütergemeinschaft, die vor dem 1. 4. 1953 vertraglich vereinbart wurde, weiterhin das Gesamtgut vom Ehemann allein verwaltet wird.

Diese Regelung entstand vor allem aus Zweckmäßigkeitsgründen heraus, denn im Falle einer automatischen Überleitung in eine gemeinsame Gesamtgutsverwaltung der Ehegatten hätten sich immense Probleme hinsichtlich der Haftungsregeln für diesen Güterstand ergeben, da bislang die entsprechenden Paragraphen ausschließlich auf die Alleinverwaltung des Ehemannes zugeschnitten waren. Eine richterliche Rechtsfortbildung war diesbezüglich nicht möglich¹².

Des Weiteren folgt Artikel 8 Absatz 1 Nr. 6 GleichberG der sich bis dahin entwickelten herrschenden Meinung, dass seit dem 1. 4. 1953 die Ehegatten im Ehevertrag selbst bestimmen konnten, ob nur einer von ihnen oder beide gemeinsam das Gesamtgut verwalten sollte(n)¹³, maßgeblich ist also die getroffene Vereinbarung.

Falls sich in Eheverträgen, die nach dem 1. 4. 1953, aber vor dem 1. 7. 1958, notariell beurkundet wurden, keine Regelung der Gesamtgutsverwaltung findet, ist die Verwaltungsbefugnis durch die Anwendung der Grundsätze der Auslegung formbedürftiger Rechtsgeschäfte zu ermitteln, jedoch mit dem Unterschied, dass eine Andeutung der tatsächlich gewollten Verwaltungsregelung nicht im Ehevertrag selbst enthalten sein muss¹⁴.

Sollte jedoch die Auslegung zu keinerlei brauchbarem Ergebnis führen, ist subsidiär gemeinschaftliche Verwaltung anzunehmen¹⁵.

Ab dem 1. 7. 1958 ist hinsichtlich der Gesamtgutsverwaltung der § 1421 BGB einschlägig, primär gilt also die ehevertragliche Abrede, ist eine solche nicht vorhanden, ist von gemeinschaftlicher Gesamtgutsverwaltung auszugehen.

Eine zusätzliche Änderung, die allerdings nicht auf Artikel 117 Absatz 1 GG zurückzuführen war, ergab sich in Bezug auf den Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

Nach Artikel 8 Absatz 1 Nr. 6 GleichberG ist diese als vereinbart anzusehen, wenn sie in Eheverträgen vor dem 1. 7. 1958

nicht ausgeschlossen wurde, ab dem letztgenannten Stichtag verhält es sich gemäß § 1483 BGB genau umgekehrt.

Aufgrund der Tatsache, dass die Errungenschafts- und Fahrnisgemeinschaft als Sonderformen der Gütergemeinschaft ab dem 1. 7. 1958 nicht mehr vertraglich vereinbart werden konnten, ist der Zusatz „allgemeine“ Gütergemeinschaft entfallen¹⁶, so daß nunmehr das BGB nur noch von Gütergemeinschaft spricht.

1.2.2 Normanpassungen seit dem 1. 7. 1958

Weitere geringfügige Modifikationen des Güterstandes der Gütergemeinschaft in der gültigen Fassung seit dem 1. 7. 1958 brachten zum einen das Erste Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts vom 14. 6. 1976 zum anderen das Betreuungsgesetz vom 12. 9. 1990 mit sich, die aber meines Erachtens nicht im Detail ausgeführt werden müssen.

1.2.3 Situation heute in der BRD

Heutzutage ist die Gütergemeinschaft des BGB meiner Meinung nach als „Fossil aus vergangenen Tagen“ zu betrachten, das nur noch ein Schattendasein führt. Dieser vertragliche Güterstand wird kaum noch vereinbart, was unter anderem eine Folge der komplizierten Regelungen ist, wie noch an anderen Stellen dieses Aufsatzes gezeigt wird.

Verbreitet ist sie allenthalben nur noch in ländlichen Gebieten, aber selbst die Bauernverbände raten mittlerweile zu einer modifizierten Zugewinnsgemeinschaft, wie eine einschlägige Anfrage meinerseits ergab.

Genaue Aussagen lassen sich jedoch nur vage treffen, da die Gütergemeinschaft kaum ins Güterrechtsregister eingetragen wird¹⁷, eine Recherche meinerseits am Amtsgericht Stuttgart zeitigte das Ergebnis, dass nur sage und schreibe drei diesbezügliche Eintragungen im Güterrechtsregister bestehen. Zusammenfassend kann jedoch gesagt werden, dass neben Landwirten Bundesbürger mit kleinerem oder mittlerem Vermögen sich bis in die siebziger Jahre hinein für diesen vertraglichen Güterstand entschieden haben¹⁸.

1.2.4 Situation in Europa

In anderen europäischen Staaten ist eine Entwicklung mit umgekehrter Stoßrichtung zu beobachten, vor allem in Ländern des romanischen Rechtskreises wurden in den vergangenen Jahren Güterstände in Form von Gütergemeinschaft neu kodifiziert¹⁹.

2. Das System der Gütergemeinschaft in der derzeit gültigen Fassung des BGB

2.1 Vereinbarung der Gütergemeinschaft

2.1.1 Form

Da die Gütergemeinschaft kein gesetzlicher Güterstand ist, muss sie nach § 1415 BGB vertraglich vereinbart werden, und zwar mittels Ehevertrag in der Form des § 1410 BGB, was bedeutet, dass notarielle Beurkundung erforderlich ist. Jedoch müssen im Notartermin nicht beide Ehegatten persönlich anwesend sein, da die einschlägige Rechtsnorm nur

⁹ angelehnt an Münchener Vertragshandbuch, Band 4, S. 873

¹⁰ Münchener Vertragshandbuch, Band 4, S. 874

¹¹ Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, S. 585

¹² BWNotZ 1973, Keller, S. 167

¹³ wie vorstehend

¹⁴ BGH NJW 1990, 445

¹⁵ angelehnt an Beck'sches Notarhandbuch, S. 613

¹⁶ BWNotZ 1973, Keller, S. 166

¹⁷ BayObLG, NJW 68, 896

¹⁸ Palandt, Rd-Nr. 1 zu § 1421

¹⁹ Münchener Vertragshandbuch, Band 4, S. 873

die Anwesenheit beider (Vertrags-)teile vorsieht. Stellvertretung durch einen anderen ist demzufolge möglich, auch ein Abschluss des Ehevertrages auf Gütergemeinschaft durch den von der Ehefrau bevollmächtigten Ehemann ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung gesetzeskonform²⁰. Jedoch sollte meines Dafürhaltens ein Notar auch vor dem Hintergrund des § 17 BeurkG eine derartige Beurkundung von Gütergemeinschaft ablehnen, da dieser Güterstand weitreichende rechtliche Folgen nach sich zieht, die im persönlichen Gespräch mit beiden Ehegatten erläutert werden sollten.

2.1.2 Einfluss der Geschäftsfähigkeit

Unbeschränkt geschäftsfähige Ehegatten können jederzeit einen Ehevertrag auf Vereinbarung bzw. Aufhebung von Gütergemeinschaft schließen, lediglich bei geschäftsunfähigen und beschränkt geschäftsfähigen Ehegatten sind einige Besonderheiten zu beachten.

a) Geschäftsunfähiger Ehegatte

Nach § 1411 Absatz 2, Satz 1, 2. Hs. BGB kann Gütergemeinschaft für einen geschäftsunfähigen Ehegatten mit dem anderen weder vereinbart noch aufgehoben werden.

b) Beschränkt geschäftsfähiger Ehegatte

Ein beschränkt geschäftsfähiger Ehegatte ist nach § 1411 Absatz 1, Satz 1 BGB befugt, selbst einen Ehevertrag auf Gütergemeinschaft abzuschließen, jedoch bedarf er der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Selbiges trifft auf einen Betreuten zu, wenn diese familienrechtliche Angelegenheit von einem Einwilligungsvorbehalt des Betreuers erfasst wird.

Während für einen minderjährigen Ehegatten der gesetzliche Vertreter (im Regelfall beide Elternteile, denen gemeinsam die elterliche Sorge zusteht) keine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich ist, muss im Falle der Vormundschaft oder Betreuung bei Vereinbarung bzw. Aufhebung von Gütergemeinschaft zusätzlich das zuständige Vormundschaftsgericht um Genehmigung des Ehevertrages ersucht werden, was sich aus § 1411 Absatz 1, Satz 3 BGB ergibt.

Erwähnenswert ist noch die Tatsache, dass der gesetzliche Vertreter anstelle des beschränkt geschäftsfähigen Ehegatten oder geschäftsfähigen Betreuten keinen Ehevertrag auf Gütergemeinschaft bzw. Aufhebung derselben schließen kann (§ 1411 Absatz 1, Satz 4 BGB).

2.2 Allgemeine Vorschriften der Gütergemeinschaft

2.2.1 Vermögensmassen

Je nachdem, was für Vermögensgegenstände vorhanden sind bzw. was die Ehegatten vertraglich vereinbaren, ist bei Gütergemeinschaft stets zwingend eine Vermögensmasse, das gesamthänderisch gebundene Gesamtgut, und daneben bis zu vier weitere vorhanden, nämlich möglicherweise jeweils das Sonder- bzw. das Vorbehaltsgut des Ehemannes oder der Ehefrau.

a) Gesamtgut

aa) Universalsukzession

Kraft Gesetzes (§ 1416 BGB) werden bei Eintritt der Gütergemeinschaft alle vorhandenen **übertragbaren** Vermögensgegenstände der Ehegatten gemeinschaftliches Vermögen, sofern nicht ehevertraglich Vorbehaltsgut vereinbart wurde.

Auch erst während der Gütergemeinschaft von den Ehegatten erworbenes Vermögen fällt ohne Zutun in den „Gesamtgutstopf“. Es findet also eine Universalsukzession statt²¹, rechtsgeschäftliche Übertragungsakte der Ehegatten im Hinblick auf das Gesamtgut entfallen damit.

Frühestens tritt vorstehend genannte Rechtsfolge mit dem Zeitpunkt der Eheschließung ein, falls Verlobte einen Ehevertrag auf Gütergemeinschaft geschlossen haben, anderenfalls ist der Termin des Ehevertragsschlusses maßgeblich²².

bb) Zwischenerwerbs- oder Unmittelbarkeitstheorie

In der Literatur umstritten ist im Hinblick auf § 1416 Absatz 1, Satz 2 BGB, ob für Gegenstände, deren Erwerb während der Gütergemeinschaft durch einen Ehegatten erfolgt, ein Durchgangserwerb mit einer logischen Sekunde²³ oder ein unmittelbarer Erwerb zugunsten des Gesamtgutes zu bejahen ist²⁴.

Die Unmittelbarkeitstheorie²⁵ besagt, dass es nicht darauf ankommt, ob der Wille des Ehemannes oder die Ehefrau darauf gerichtet ist, einen Gegenstand für sich oder für das Gesamtgut zu erwerben bzw. der Vertragspartner davon Kenntnis hat, dass der akquirierende Ehegatte in Gütergemeinschaft lebt. Die Sache oder das Recht wird immer gemeinschaftliches Eigentum.

Die Zwischen- oder Durchgangserwerbstheorie²⁶ geht davon aus, dass zunächst der handelnde Ehegatte nach Vollendung des Erwerbstatbestandes eine „logische Sekunde“ lang Eigentum am angeschafften Vermögensgegenstand erlangt, und sodann das Gesamtgut vom Agierenden direkt erwirbt.

Praktische Bedeutung gewinnt dieser akademische Streit vor allem hinsichtlich des Erwerbes von Grundbesitz. Gesetzt den Fall²⁷, dass ein Dritter an einen Ehegatten, der in Gütergemeinschaft lebt, ein Grundstück veräußert, die Auflassungserklärung nur auf ihn als Alleinerwerber lautet und auch so im Grundbuch vollzogen wird, dann ist er bei Anwendung der Unmittelbarkeitstheorie nicht Eigentümer geworden. Dieses unbillige Ergebnis lässt sich aus dem Faktum ableiten, dass die Gesamthand direkt erworben hat und daher die Auflassung an den handelnden Ehegatten unwirksam ist. Die Ehegatten als Träger des Gesamtgutes haben ebenfalls nicht erworben, weil eine entsprechende Eintragung im Grundbuch fehlt.

Bei Zugrundelegung der Durchgangserwerbstheorie ergibt sich diese Problematik nicht, da zunächst der agierende Ehegatte für eine logische Sekunde (Allein-)Eigentum erwirbt und dann erst die Gesamthand. Lediglich das Grundbuch wird einen Augenblick später unrichtig²⁸, da in der Ersten Abteilung nicht die Ehegatten zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft verbucht sind.

cc) Anwendbarkeit von § 1362 BGB im Falle von Gütergemeinschaft

Was die einzelnen beweglichen Sachen des Gesamtgutes anbelangt, so ist hinzuzufügen, dass im Verhältnis zu Dritten, insbesondere zu Gläubigern, deren Zugehörigkeit zum Gesamtgut widerleglich vermutet wird, die Eigentumsvermu-

²¹ Palandt, Rd-Nr. 1 zu § 1413

²² Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, S. 584

²³ MüKo, Rd-Nr. 8 zu § 1425

²⁴ Palandt, Rd-Nr. 1 zu § 1423

²⁵ RG 159, 363

²⁶ Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, S. 583f.

²⁷ MüKo, Rd-Nr. 13 zu § 1478

²⁸ Münchener Vertragshandbuch, Band 4, S. 871

²⁰ BWNNotZ 1973, Keller, S. 166

tungsvorschrift des § 1362 BGB, die im Grundsatz für alle Güterstände gilt und wiederum § 1006 BGB vorgeht²⁹, wird verdrängt³⁰. Subsidiär kommt 1362 BGB auch bei diesem vertraglichen Güterstand zur Anwendung, wenn feststeht, daß die betreffende bewegliche Sache nicht zum Gesamtgut gehört³¹.

Die lediglich nachrangige Anwendung des § 1362 BGB ist auch plausibel, da in der Regel Gegenstände zum Gesamtgut gehören, die Existenz von Sonder- und Vorbehaltsgut die Ausnahme darstellt³². Im Normalfall wird sich auch so die Rechtswirklichkeit der Ehegatten gestalten³³.

dd) Rechtsnatur des Gesamtgutes

Des Weiteren ist noch die Rechtsnatur des Gesamtgutes zu klären, § 1419 BGB definiert es unstreitig als Gesamthandsgemeinschaft.

Fraglich ist, ob diese ein besonderes Rechtssubjekt im Rechtsverkehr verkörpert, das, mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet, für sich Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann, wie das beispielsweise bei der OHG und nach neuester Rechtsprechung auch bei der GbR der Fall ist³⁴. Alternativ wäre, vergleichbar mit einer Erbengemeinschaft, denkbar, dass die beiden Ehegatten Träger des Gesamtgutes sind und das Gesamtgut ihnen in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit zusteht. Letzteres ist unstreitig zu bejahen³⁵, da das Wesen der Ehe nicht mit Personengesellschaften auf eine Stufe gestellt werden kann.

Es versteht sich von selbst, dass ein Ehegatte weder über seinen Anteil am Gesamtgut noch an den einzelnen Gegenständen verfügen kann, beispielsweise durch Abtretung seiner Gesamtgutshälfte an einen Dritten, weil die Gütergemeinschaft auch im Hinblick auf die starke personale Bindung zum Ehepartner vereinbart wurde. Einseitiges Teilungsverlangen des Gesamtgutes scheidet ebenfalls aus. § 1419 BGB läßt diesbezüglich keine Umgehungsgeschäfte zu.

ee) Vergleich des Gesamtgutes als Gesamthandsgemeinschaft mit der Erbengemeinschaft und der Gesellschaft bürgerlichen Rechts

aaa) Verfügungen über Anteil

Im Gegensatz zum Gesamtgutsanteil sind Verfügungen über einen Erbteil nach § 2033 Absatz 1, Satz 1 BGB *expressis verbis* möglich, entgegen dem Wortlaut von § 719 Absatz 1 BGB hat die Rechtsprechung dies unter bestimmten Voraussetzungen für einen GbR-Anteil ebenfalls bejaht³⁶.

bbb) Verfügungen über Einzelgegenstände

Diese Option scheidet nach §§ 719 Absatz 1; 1419 Absatz 1; 2033 Absatz 2 BGB für ein Einzelmitglied der drei genannten Gesamthandsgemeinschaften jeweils aus.

ccc) Einseitiges Teilungsverlangen

Lediglich das Recht der Erbengemeinschaft läßt ein derartiges Anliegen unter bestimmten Voraussetzungen nach § 2042 Absatz 1 BGB zu.

ddd) Pfändbarkeit

Zu differenzieren ist zunächst zwischen dem Gesamthandsgutsanteil als solchem und den dazugehörigen Gegenständen.

Wohingegen ein Erb- und GbR-Anteil nach § 859 Absatz 1, Satz 1 und Absatz 2 ZPO jeweils der Pfändung unterworfen ist, trifft dies für einen Gesamtgutsanteil vor Beendigung der Gütergemeinschaft und auch im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft laut § 860 Absatz 1 ZPO nicht zu. Erst wenn die (fortgesetzte) Gütergemeinschaft beendet ist, kann gemäß § 860 Absatz 2 ZPO eine Pfändung eines Gesamtgutsanteils erfolgen.

Für alle drei Gesamthandsgemeinschaften gilt, dass der jeweilige (rechnerische) Anteil an den dazugehörigen Einzelgegenständen unpfändbar ist.

ff) Verwaltungsbefugnis

Besagter Themenkreis wird noch separat an späterer Stelle dieser Abhandlung behandelt.

gg) Immobilienvermögen des Gesamtgutes und Grundbuch

Ist Gütergemeinschaft vereinbart worden und sind Grundstücke bislang nur auf den Namen eines Ehegatten gebucht, so kann jeder Ehegatte, losgelöst von der vereinbarten Gesamtgutsverwaltung³⁷, einen entsprechenden Grundbuchberichtigungsantrag stellen. Erfolgt die Grundbuchberichtigung durch Unrichtigkeitsnachweis, ist nach § 33 GBO optimalerweise ein Zeugnis des Registergerichts vom zuständigen Amtsgericht darüber vorzulegen, dass im Güterrechtsregister die Gütergemeinschaft verzeichnet wurde.

Liegt eine solche Eintragung nicht vor, kann alternativ eine Ehevertragsaufsertigung dem Grundbuchamt eingereicht werden, sofern nichts darauf hindeutet, dass zwischenzeitlich Modifikationen stattgefunden haben³⁸. Wird dagegen der Weg der Berichtigungsbewilligung gewählt, so ist es ausreichend, wenn der im Grundbuch eingetragene Ehegatte als bisheriger Alleineigentümer diese in der Form des § 29 GBO und ohne Einzelnachweis glaubhaft darlegt, dass Gütergemeinschaft zwischen ihm und dem anderen besteht. Die nach § 22 Absatz 2 GBO vorgeschriebene Zustimmung des neu einzutragenden Ehegatten ist nach herrschender Lehre nicht erforderlich³⁹. Erwirbt ein Ehegatte allein oder beide gemeinsam in Form von Bruchteilseigentum eine Liegenschaft (es ist jeweils Gütergemeinschaft gegeben), so läßt die herrschende Meinung zu, dass entgegen dem Wortlaut des in der Auflassungsurkunde angegebenen Berechtigungsverhältnisses, sofort ein Antrag auf Eintragung der Ehegatten zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft gestellt und bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen im Grundbuch vollzogen werden kann⁴⁰. Tritt das Szenario ein, dass ein zunächst allein Verfügungsberechtigter Veräußerer einer Immobilie nach Erklärung der Auflassung mit seinem Ehegatten Gütergemeinschaft vereinbart, tendiert ein Großteil des Schrifttums, sofern nicht der Tatbestand des § 878 BGB für den Erwerber streitet, dazu, eine erneute Auflassung zu verlangen oder den anderen Ehegatten gemäß § 185 BGB zustimmen zu lassen⁴¹. Die Mindermeinung⁴² hält dagegen, dass die durch die Gütergemeinschaft bedingte Universalsukzession genauso in den Rechtsfolgen zu behandeln ist wie beim Eintritt eines Erbfallles, demzufolge müsste der andere Ehegatte als Gesamtrechtsnachfolger alle im Zusammenhang mit der Veräußerung des Grundbesitzes vorgenommenen Rechtshandlungen gegen sich gelten lassen.

²⁹ Kersten/Bühling, Formularbuch und FGG-Praxis, S.1209

³⁰ BWNNotZ 1963, Dieterle, S. 210

³¹ BWNNotZ 1963, Dieterle, S.211

³² BWNNotZ 1963, Dieterle, S. 212

³³ so auch Münchener Vertragshandbuch, Band 4, S. 869

³⁴ wie vorstehend

³⁵ wie vorstehend

³⁶ Langenfeld, Der Ehevertrag, S. 68

³⁷ wie vorstehend

³⁸ Langenfeld, Der Ehevertrag, S. 69

³⁹ Beck'sches Notarhandbuch, S. 616

⁴⁰ Beck'sches Notarhandbuch, S. 617

⁴¹ Langenfeld, Der Ehevertrag, S. 69

⁴² Langenfeld, Der Ehevertrag, S. 70

b) Sondergut

aa) Umfang

§ 1417 Absatz 2 BGB liefert dem Gesetzeskundigen eine Legaldefinition dafür, was unter diese Vermögensmasse zu subsumieren ist, nämlich alle Gegenstände, die rechtsgeschäftlich nicht übertragen werden können. Daraus lässt sich im Umkehrschluss folgern, dass Sondergut nicht mittels Ehevertrag definiert werden kann⁴³, es entzieht sich also der Disposition der Ehegatten. Dennoch können Sondergutsgegenstände kraft ehevertraglicher Abrede dem Vorbehaltsgut zugewiesen werden⁴⁴.

Beispiele für solche Vermögensgegenstände wären der Nießbrauch (§ 1059 Satz 1 BGB), nicht abtretbare und unpfändbare Forderungen nach §§ 399; 400 BGB und das Urheberrecht⁴⁵.

Ein Streit besteht in der Literatur darüber, ob rechtsgeschäftlich vinkulierte Gegenstände ins Gesamt- oder Sondergut fallen. Von Bedeutung ist diese Diskussion in der Fachwelt vor allem für Beteiligungen an Personengesellschaften.

Denkbar ist, dass bereits im Gesellschaftsvertrag einer GbR, OHG oder KG die Abtretung des jeweiligen Anteils an einen Dritten für zulässig erklärt wird, so dass eine Übertragbarkeit von Anfang an zu bejahen ist. Kanzleiter⁴⁶ rechnet in diesem Falle den Gesamthandsanteil zum Gesamtgut, anderenfalls zum Sondergut, wohingegen Diederichsen scheinbar ohne weitere Differenzierung OHG- und KG-Anteile, bei Letzterem nicht jedoch Kommandisteneinlagen, zum Sondergut zählt⁴⁷. Meiner Ansicht nach ist dem Lösungsansatz von Kanzleiter der Vorzug zu geben.

bb) Verwaltungsbefugnis

Nach dem Gesetzeswortlaut des § 1417 Absatz 3 ist jeder Ehegatte dazu selbst aufgerufen, sein Sondergut eigenständig zu verwalten, jedoch geschieht dies für Rechnung des Gesamtgutes, was bedeutet, dass sowohl die Nutzungen als auch die Lasten des Sondergutes dem Gesamtgut zufließen bzw. es beanspruchen.

c) Vorbehaltsgut

Auch der Wahlgüterstand der Gütergemeinschaft sieht eine zumindest partielle Gütertrennung vor, denn § 1418 BGB eröffnet die Möglichkeit, Vorbehaltsgut zu schaffen.

aa) Entstehung von Vorbehaltsgut

Im Absatz 2 der vorstehend zitierten Rechtsnorm sind abschließend⁴⁸ drei Tatbestände aufgeführt, wie Vorbehaltsgut entstehen kann, nämlich erstens durch eine entsprechende Abrede im Ehevertrag, zweitens bei Gegenständen, die von Todes wegen durch einen Erblasser bzw. unentgeltlich unter Lebenden durch einen Dritten jeweils mit der Bestimmung zugewendet werden, dass jene der Vorbehaltsguteigenschaft unterliegen sollen und drittens durch Surrogation.

Erwähnenswert ist im Zusammenhang mit dem § 1418 Absatz 2 Nr. 3 BGB, dass ein Rechtsgeschäft mit Wirkung für das Vorbehaltsgut sich auf dieses beziehen muss, also nicht nur Mittelsurrogation wie bei der Vor- und Nacherbfolge gegeben ist. Neben dem objektiven Tatbestand, dass das Vorbehaltsgut in seinem Bestand durch ein Rechtsgeschäft tan-

giert wird, muss die subjektive Absicht des Ehegatten hinzukommen, das Rechtsgeschäft für dasselbe abzuschließen⁴⁹.

bb) Zuordnung von versorgungsausgleichspflichtigen Anwartschaften bzw. Aussichten

Wie verhält es sich jedoch mit Anwartschaften oder Aussichten, die dem Versorgungsausgleich unterliegen? Nach § 1587 Absatz 3 BGB sind diese den güterrechtlichen Vorschriften entzogen, nach Gernhuber⁵⁰ hat jedoch eine diesbezügliche Zurechnung zum Vorbehaltsgut zu erfolgen, da keine weitere Vermögensmasse innerhalb der Gütergemeinschaft kreiert werden kann.

cc) Verwaltungsbefugnis

Aus dem Faktum, dass das Vorbehaltsgut nur jeweils einem Ehegatten zustehen soll, liegt es auf der Hand, dass es jeweils selbständig und für eigene Rechnung verwaltet wird (§ 1418 Absatz 3 BGB).

dd) Geltendmachung gegenüber Dritten

Um die widerlegliche Vermutung zugunsten von Gläubigern der Ehegatten zu zerstören, dass ein Gegenstand zum Gesamtgut gehört, sollte eine entsprechende Eintragung von Vorbehaltsgutgegenständen im Güterrechtsregister des zuständigen Amtsgerichts erfolgen, was die Verweisung des § 1418 Absatz 4 BGB ermöglicht.

2.2.2 Rechtsbeziehungen zwischen den Vermögensmassen

An dieser Stelle drängt sich die Frage regelrecht auf, inwieweit Gegenstände nach dem Willen der Ehegatten einer der vorstehend erläuterten Vermögensmassen frei zugeordnet werden können bzw. ob nach Abschluss eines Ehevertrages noch Übertragungsakte dazugehöriger Gegenstände stattfinden können. Im folgenden sollen nun folgende Fallgruppen untersucht werden:

a) Ein Gegenstand, der sich nach Begründung der Gütergemeinschaft zunächst im Gesamtgut der Ehegatten befindet, soll nachträglich zum Vorbehaltsgut eines Ehegatten erklärt werden bzw. der umgekehrte Fall, dass ein Gegenstand, der zunächst dem Vorbehaltsgut eines Ehegatten zugeordnet ist, fortan in das Gesamtgut fallen soll:

Dazu bedarf es nach allgemeiner Meinung in beiden Fällen einer Abrede in Form eines Ehevertrages, wie es § 1418 Absatz 2 Nr. 1 BGB vorsieht, und jeweils eines dazu entsprechenden dinglichen Übertragungsaktes^{51, 52}.

b) Ein Sondergutsgegenstand soll ins Gesamtgut fallen bzw. umgekehrt ein Gesamtgutsgegenstand dem Sondergut zugeschlagen werden.

Beides ist nicht möglich, da Sondergut nicht der Dispositionsfreiheit der Ehegatten unterliegt, sondern gesetzlich zwingend definiert ist⁵³.

Falls jedoch ein Sondergutsgegenstand im Nachhinein rechtsgeschäftlich übertragbar wird, beispielsweise durch Wegfall der Vinkulierung, gehört er ipso iure fortan zum Gesamtgut⁵⁴. Eine Exklusion der Übertragbarkeit eines Gesamtgutgegenstandes im Nachhinein führt nicht dazu, dass er sich zu Sondergut umwandelt⁵⁵.

⁴³ BFH-Gutachten vom 18.02.1959, BStBl. 1959 III 263 ff.

⁴⁴ BFH BStBl. 1977 II 201; BStBl. 1980 II 634

⁴⁵ BFH-Gutachten vom 18.02.1959, BStBl. 1959 III 263 ff.

⁴⁶ Münchener Vertragshandbuch, Band 4, S. 871

⁴⁷ Beck'sches Notarhandbuch, S. 617

⁴⁸ RGZ, 87, 100, 103

⁴⁹ MüKo, Rd-Nr. 11 zu § 1418

⁵⁰ Gernhuber, Familienrecht, S. 542

⁵¹ MüKo, Rd-Nr. 3 zu § 1418

⁵² MüKo, Rd-Nr. 19 zu § 1416

⁵³ MüKo, Rd-Nr. 5 zu § 1418

⁵⁴ wie vorstehend

⁵⁵ wie vorstehend

- c) Ein Sondergutsgegenstand soll vom Sondergut ins Vorbehaltsgut transferiert werden und umgekehrt.

Nur die hier erstgenannte Konstellation ist zulässig, in dem durch einen Ehevertrag einem Sondergutsgegenstand die Vorbehaltsguteigenschaft zugunsten eines Ehegatten beigelegt wird⁵⁶. Der umgekehrte Fall ist aufgrund des unter b) aufgeführten Grundes nicht möglich.

- d) Ein Gegenstand des Vorbehaltsgutes des einen Ehegatten soll dem des anderen zugeordnet werden.

Meines Erachtens bedarf es wiederum einer entsprechenden ehevertraglichen Vereinbarung und der damit konform gehenden rechtsgeschäftlichen Einzelübertragung.

- e) Ein Gegenstand des Sondergutes des einen Ehegatten soll dem des anderen zugeordnet werden.

Diese Fallgruppe ergibt meiner Meinung nach überhaupt keinen Sinn. Wenn ein Gegenstand nicht rechtsgeschäftlich übertragbar ist, so gilt dies auch für eine Transaktion im Hinblick auf den anderen Ehegatten.

Denkbar wäre vielleicht, dass eine rechtsgeschäftliche Vinkulierung im nachhinein aufgehoben wird, dann tritt jedoch die unter b) aufgezeigte Rechtsfolge ein, so dass der Gegenstand dem Gesamtgut zuzurechnen ist. Auch ein nachträglicher Ausschluss der Übertragbarkeit kann dies, wie konstatiert, nicht mehr ändern.

2.3 Verwaltungsbefugnis bezüglich Gesamtgut und Haftungsfolgen

§ 1421 BGB sieht vor, dass das Gesamtgut entweder durch einen Ehegatten allein oder gemeinsam verwaltet wird. Erfolgt diesbezüglich keine Regelung im Ehevertrag, gilt Gesamtverwaltung.

2.3.1 Alleinverwaltung des Gesamtgutes durch einen Ehegatten

- a) Umfang und Grenzen des Verwaltungsrechts

Das in § 1422 BGB näher beschriebene Alleinverwaltungsrecht zeichnet sich vor allem durch seinen sowohl fremd- als auch eigennützigen Charakter⁵⁷ aus, da nicht nur die eigene (rechnerische) Gesamtgutshälfte, sondern auch die des anderen Ehegatten von entsprechenden Maßnahmen mitumfasst wird.

Die Befugnisse des allein verwaltenden Ehegatten sind als sehr weitreichend zu bezeichnen, neben dem Recht, die zum Gesamtgut gehörigen Sachen in Besitz zu nehmen, kann er sowohl über das Gesamtgut nahezu uneingeschränkt verfügen als auch diesbezügliche Rechtsstreitigkeiten im eigenen Namen führen. Eine persönliche Mitverpflichtung des anderen Ehegatten findet jedoch nicht statt (§ 1422 Satz 2 BGB).

Jedoch setzen die §§ 1423 bis 1425 BGB seiner Verfügungsbefugnis im Hinblick auf Rechtsgeschäfte mit besonders weitgehenden (wirtschaftlichen) Konsequenzen eine Grenze, indem in derartig gelagerten Fällen das Verpflichtungs- und/oder das Verfügungsgeschäft der Zustimmung des nicht verwaltenden Ehegatten zwecks Wirksamkeit bedürfen (vinkulierte Geschäfte⁵⁸). Die Zustimmung zum Verpflichtungs- oder zum Verfügungsgeschäft schlägt jeweils auf den anderen Teil des Rechtsgeschäfts durch und führt zu

dessen gesamter Wirksamkeit⁵⁹. Ansonsten ist der Rechtszustand der schwebenden Unwirksamkeit gegeben.

Von diesen Schutznormen zugunsten des nicht verwaltenden Ehegatten erfasst werden Geschäfte über das Gesamtgut im Ganzen, Grundstücke, Schiffe oder Schiffsbauwerke und letztlich Schenkungen, die sich jedoch gemäß § 1425 Absatz 1, Satz 2 BGB nicht nur auf das Gesamtgut beziehen müssen, sondern auch auf das Vorbehalts- oder Sondergut des Alleinverwalters.

Letzteres lässt sich damit erklären, dass das Gesamtgut (und damit auch die Gesamtgutshälfte des nicht verwaltenden Ehegatten) nach § 1437 Absatz 1 BGB für Verwalterverbindlichkeiten akzessorisch haftet⁶⁰.

Der verwaltungsbefugte Ehegatte benötigt jedoch die Zustimmung des anderen Ehegatten nicht, wenn das Schenkungsversprechen sich explizit nur auf das Vorbehalts- oder Sondergut des Erstgenannten beschränkt und eine Haftung des Gesamtgutes für die Erfüllung ausgeschlossen wird⁶¹.

Nimmt der allein verwaltende Ehegatte dennoch eines der vinkulierten Rechtsgeschäfte ohne Zustimmung des nicht verwaltenden vor, so treten dieselben Rechtsfolgen wie im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft ein, § 1427 Absatz 1 verweist daher auf § 1366 BGB ohne Absatz 2 und § 1367 BGB.

Unter den Voraussetzungen des § 1426 BGB kann auf Antrag des Alleinverwalters das Vormundschaftsgericht die Zustimmung des anderen Ehegatten zu Rechtsgeschäften nach § 1423 f. BGB ersetzen, nicht jedoch für Schenkungen nach § 1425 BGB.

Fraglich ist, ob ein Dritter gutgläubig Eigentum an Sachen aus dem Gesamtgut erwerben kann, wenn ein Ehegatte vorgibt, allein verfügungsberechtigter Eigentümer zu sein.

Im Hinblick auf Grundbesitz reicht es nach der herrschenden Meinung⁶² für einen gutgläubigen Erwerb eines Dritten nach den allgemeinen Vorschriften aus, wenn der verfügende Ehegatte im Grundbuch als Alleineigentümer eingetragen ist. § 892 BGB überwindet sogar § 1412 BGB, wenn die Gütergemeinschaft im Güterrechtsregister eingetragen ist, da letzterem im Gegensatz zum Grundbuch nur negative statt positiver Publizität zukommt. Des Weiteren spielt es für das Ergebnis keine Rolle, ob der verwaltungsbefugte oder der von der Verwaltung ausgeschlossene Ehegatte über eine zum Gesamtgut gehörige Liegenschaft verfügt, sofern das Grundbuchblatt ihn als Alleineigentümer ausweist.

Anders ist die Rechtslage bei beweglichen Sachen zu beurteilen. Besteht eine Eintragung der Gütergemeinschaft im Güterrechtsregister, so scheidet nach der herrschenden Lehre regelmäßig die Gutgläubigkeit im Sinne von § 932 Absatz 1 BGB daran, dass nach Absatz 2 der vorstehenden Rechtsnorm in solch einem Fall dem Erwerber regelmäßig grobe Fahrlässigkeit unterstellt werden kann⁶³.

Weiß der Erwerber, dass sein Geschäftspartner im Güterstand der Gütergemeinschaft lebt, so sind § 892 BGB und § 932 BGB im Hinblick auf §§ 1423 – 1425 BGB nicht anwendbar⁶⁴.

§ 1423 BGB (Geschäfte über das Gesamtgut im Ganzen) kann gleichwohl nach der überwiegenden Anzahl der Stim-

⁵⁹ wie vorstehend

⁶⁰ Beitzke, Familienrecht, S. 111

⁶¹ Gernhuber, Familienrecht, S. 562

⁶² MüKo, Rd-Nr. 23 zu § 1422

⁶³ wie vorstehend

⁶⁴ MüKo, Rd-Nr. 25 zu § 1422

⁵⁶ BayObLGZ, 1953, 102

⁵⁷ Gernhuber, Familienrecht, S. 557

⁵⁸ Gernhuber, Familienrecht, S. 560

men innerhalb der einschlägigen Rechtsliteratur⁶⁵ zugunsten des Schutzes des allgemeinen Rechtsverkehrs ausgehebelt werden, wenn die Anforderungen der zu § 1365 BGB entwickelten subjektiven (Einzel-)Theorie erfüllt sind.

b) Rechte des nicht verwaltenden Ehegatten

Obwohl der nicht verwaltende Ehegatte im Regelfall freiwillig das Alleinverwaltungsrecht bezüglich des Gesamtgutes dem anderen überlassen hat, sind einschlägige Normen zum Schutz seiner Interessen im BGB vom Gesetzgeber verankert worden.

Für den Fall, dass der allein verwaltungsberechtigte Ehegatte ein vinkuliertes Rechtsgeschäft über einen Gesamtgutsgegenstand ohne die erforderliche Zustimmung des anderen vorgenommen hat und dies unwirksam ist, gibt § 1428 dem nicht verwaltenden Ehegatten ein Revokationsrecht⁶⁶ an die Hand, was bedeutet, dass er vor dem zuständigen Gericht ohne Mitwirkung des Alleinverwalters Klage im eigenen Namen auf Herausgabe einer Sache an sich selbst oder an den Verwalter erheben kann.

Als sinnvoll ist auch die Bestimmung des § 1429 BGB zu erachten, die es bei Gefahr im Verzug dem nicht verwaltenden Ehegatten ermöglicht, bei Erkrankung des Alleinverwalters oder Absenz desselben über einen Gesamtgutsgegenstand im eigenen Namen oder im Namen des anderen zu verfügen bzw. einen erforderlichen Rechtsstreit zu führen (Notverwaltungsrecht).

Die Zustimmung zu einem das Gesamtgut verpflichtenden Rechtsgeschäftes, das notwendig für die Besorgung seiner persönlichen Belange ist, kann der nicht verwaltende Ehegatte nach § 1430 BGB sogar auf Antrag vom Vormundschaftsgericht ersetzen lassen.

Auch im Güterstand der Gütergemeinschaft ist es denkbar, dass jeder Ehegatte, unabhängig vom vereinbarten Verwaltungsrecht, selbstständig ein Erwerbsgeschäft betreibt, jedoch ist dabei stets das Rücksichtsgebot des § 1356 BGB zu beachten⁶⁷. Gehört das Erwerbsgeschäft zum Gesamtgut, grenzte es für den nicht verwaltenden Ehegatten fast schon an Unmöglichkeit, ein ordnungsgemäßes Geschäftsgebaren an den Tag zu legen, da er für Rechtsgeschäfte, welche Betriebsgegenstände des Gesamtgutes tangierten, stets der Mitwirkung des Alleinverwalters bedürften.

Um diesem Missstand abzuwehren, wurde der § 1431 ins BGB aufgenommen, der die Zustimmungserfordernisse entbehrllich werden lässt, sofern der verwaltungsbefugte Ehegatte allgemein seine Einwilligung zum selbstständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts (darunter kann auch eine freiberufliche Tätigkeit fallen⁶⁸) dem anderen erteilt hat.

Dies kann auch konkludent erfolgen, wenn bei positiver Kenntnis des Alleinverwalters von diesem Sachverhalt kein Widerspruch hiergegen erfolgt.

Von der Einwilligung mitumfasst sind alle Rechtsgeschäfte und Rechtsstreitigkeiten, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt – da das Adjektiv gewöhnlich fehlt, sind auch ungewöhnliche Geschäfte abgedeckt⁶⁹, nicht jedoch Grundlagengeschäfte wie Betriebsveräußerung⁷⁰ und Auflösung einer OHG⁷¹. Wie stellen sich die Haftungsfolgen für den Alleinverwalter dar, wenn er eine solche Einwilligung erteilt hat bzw.

spielt es diesbezüglich eine Rolle, ob das Erwerbsgeschäft als Inbegriff von Gegenständen zum Gesamtgut der Ehegatten oder zum Vorbehaltsgut des nichtverwaltenden Partners gehört ?

Sobald der Alleinverwalter sein Einverständnis zum Vorhaben des anderen gegeben hat, kann der nicht verwaltungsbefugte Ehegatte das Gesamtgut wirksam verpflichten, so dass Gesamtgutsverbindlichkeiten entstehen. Nach § 1437 Absatz 2, Satz 1 BGB folgt daraus eine persönliche Haftung für den Alleinverwalter, etwaige Gläubiger haben damit Zugriff auch auf sein eigenes Vorbehalts- und Sondergut. Dieselbe Rechtsfolge ergibt sich sogar auch nach § 1440 Satz 2 BGB, wenn der Betrieb Vorbehaltsgut des anderen Ehegatten darstellt, das mit der Einwilligung verbundene Haftungsrisiko darf vom Alleinverwalter daher nicht unterschätzt werden. Zu seinem Schutze sieht § 1431 Absatz 3 BGB daher vor, dass ein Einspruch bzw. Widerruf der Einwilligung Wirkung gegen Dritte entfaltet, wenn dies im Güterrechtsregister des zuständigen Amtsgerichts eingetragen ist.

§ 1432 BGB eröffnet dem nicht verwaltenden Ehegatten die Möglichkeit, selbstständig über die Annahme und Ausschlagung einer ihm angefallenen Erbschaft bzw. Vermächtnisses zu entscheiden, auf einen etwaigen Pflichtteil oder Zugewinnausgleich zu verzichten, sowie einen Vertragsantrag oder eine Schenkung abzulehnen, wobei die separate Nennung der Schenkung keinen Sinn ergibt, da diese auch einen Vertragsantrag voraussetzt⁷².

Weiters ist in dem Kanon der allein wahrnehmbaren Rechte des nicht verwaltenden Ehegatten § 1433 BGB aufzuführen, der die Fortsetzung eines bereits beim Eintritt der Gütergemeinschaft anhängigen Rechtsstreites betrifft.

Schließlich kann der von der Verwaltung ausgeschlossene Ehegatte Aufhebungsklage in Bezug auf die Gütergemeinschaft nach § 1447 BGB erheben, wenn einer der dort genannten vier Sachverhalte zutrifft.

c) Haftungsverhältnisse

Die Haftungsverhältnisse stellen sich im Rahmen der Gütergemeinschaft bei Alleinverwaltung durch einen Ehegatten außerordentlich kompliziert dar.

Zunächst muss zwischen dem Außenverhältnis, das heißt, dem Haftungsverhältnis zwischen den Ehegatten und außenstehenden Dritten, und dem Innenverhältnis der Eheleute zueinander unterschieden werden.

aa) Außenverhältnis

Die weit reichenden Befugnisse des allein verwaltenden Ehegatten müssen sich selbstredend auch in der Haftung für Verbindlichkeiten niederschlagen, eine diesbezügliche Gleichbehandlung beider Ehegatten hinsichtlich dieser Verwaltungsregelung wäre aus allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen heraus unhaltbar.

§ 1437 Absatz 1 BGB enthält eine Legaldefinition des Terminus Gesamtgutsverbindlichkeiten, dazu zählen alle Schulden eines Ehegatten, für welche die Gläubiger Berichtigung aus dem Gesamtgut verlangen können.

Wichtig ist sich in diesem Zusammenhang vor Augen zu führen, dass das Gesamtgut als solches unter bestimmten Voraussetzungen nicht für Verbindlichkeiten selbst haftet, sondern dass es lediglich als Haftungsobjekt für (persönliche) Verpflichtungen der Ehegatten existiert⁷³. Daraus folgt, dass jeder Ehegatte zunächst für seine Schulden mit seinem

⁶⁵ wie vorstehend

⁶⁶ Palandt, Rd-Nr. 1 zu § 1428

⁶⁷ MüKo, Rd-Nr. 1 zu § 1431

⁶⁸ RGZ, 1 (2)

⁶⁹ BayObLG, ROLG 43, 356

⁷⁰ KG, KGJ 32, 197

⁷¹ RGZ, 127, 110

⁷² Gernhuber, Familienrecht, S. 558

⁷³ Palandt, Rd-Nr. 1 zu § 1437

jeweiligen Vorbehalts- und Sondergut geradestehen muss, sofern vorhanden⁷⁴.

Gleich aus welchem Schuldgrund und wann die Verbindlichkeiten entstanden sind (auch vor der Ehe) haftet den Gläubigern des Alleinverwalters das Gesamtgut, sofern nicht mit diesem Personenkreis eine (nachträgliche) Haftungsbeschränkung auf dessen persönliche Vermögensmassen (Vorbehalts- und Sondergut) erfolgt ist⁷⁵. Der nichtverwaltende Ehegatte wird in diese Haftung nicht persönlich miteinbezogen.

Umgekehrt können jedoch die Gläubiger des nicht verwaltenden Ehegatten für Verbindlichkeiten, die aufgrund der Tatbestände der §§ 1438 bis 1440 BGB zum Kreis der Gesamtgutsverbindlichkeiten zählen, den Alleinverwalter solange persönlich in Anspruch nehmen, wie die Gütergemeinschaft besteht. Das Gesamtgut haftet und damit einhergehend auch der Alleinverwalter für rechtsgeschäftlich begründete Verbindlichkeiten des nicht verwaltenden Ehegatten, wenn der verwaltungsbefugte Ehepartner für die Vornahme des Rechtsgeschäfts durch den anderen sein Einverständnis erteilt oder es auf Ansinnen des anderen gar selbst abgeschlossen hat oder es ohne seine Zustimmung Wirksamkeit zulasten des Gesamtgutes entfaltet. Für letztgenanntes Tatbestandsmerkmal sind vor allem die unter b) dieses Abschnittes teilweise näher erläuterten Paragraphen 1429 BGB, 1431 BGB, 1432 BGB, 1434 BGB und 1357 BGB anzuführen. Hinzuzufügen ist noch, dass die aus dem Rechtsgeschäft herrührende Verbindlichkeit nach Eintritt der Gütergemeinschaft begründet werden muss.

§ 1439 BGB beschränkt die Haftung des nicht verwaltenden Ehegatten auf dessen persönliche Vermögensmassen, wenn er während der Gütergemeinschaft Gegenstände von Todes wegen zum Sonder- oder Vorbehaltsgut erwirbt, nicht jedoch bei Anfall in das Gesamtgut.

Letztlich haftet das Gesamtgut nach § 1440 Satz 1 BGB nicht für Verbindlichkeiten, die auf zum Vorbehalts- oder Sondergut gehörige Vermögensgegenstände zurückzuführen sind.

Davon ausgenommen ist jedoch ein selbstständiges Erwerbsgeschäft, wenn die Anforderungen des § 1431 BGB erfüllt sind (bereits unter b) dieses Abschnittes erwähnt) und Sondergutslasten nach § 1417 Absatz 3, Satz 2 BGB, wie beispielsweise öffentliche und private Lasten und Versicherungskosten⁷⁶.

bb) Innenverhältnis

Auf der Ebene des Innenverhältnisses der Ehegatten zueinander muss eine Differenzierung zwischen Gesamtgutslasten (Verbindlichkeiten, die aus dem Gesamtgut beglichen werden) und Sonderlasten (Verbindlichkeiten, die ein Ehegatte allein zu tragen hat) erfolgen⁷⁷, das heißt, Gesamtgutsverbindlichkeiten im Verhältnis zu Dritten können intern eine unterschiedliche (Weiter-)behandlung erfahren. Die entsprechenden Regelungen dazu finden sich in den §§ 1441 bis 1444 BGB wieder.

Als Beispiel für eine Sonderlast, für die nur ein Ehegatte finanziell einstehen muss, sei eine Deliktsverbindlichkeit genannt, die auf sein Handeln zurückzuführen und die nach !!! Eintritt der Gütergemeinschaft entstanden ist (§ 1441 Nr. 1 BGB).

Gesamtgutsverbindlichkeiten bleiben Gesamtgutslasten, wenn im Falle des § 1431 BGB ein Erwerbsgeschäft, das zum Gesamtgut oder Sondergut des nichtverwaltenden

Ehegatten gehört⁷⁸ (die Nutzungen und Lasten berühren dann das Gesamtgut), was § 1442 Satz 2 BGB festschreibt. Anders verhält es sich, wenn dem Betrieb im Ehevertrag Vorbehaltsguteigenschaft beigelegt wurde.

2.3.2 Gesamt(guts-)verwaltung durch beide Ehegatten

Für eine derartige Verwaltungsregelung finden sich innerhalb der §§ 1450 – 1470 BGB viele Rechtsnormen wieder, die schon im vorgehenden Abschnitt erläutert wurden. Jedoch sind diverse Modifikationen notwendig, die dem Umstand Rechnung tragen, dass beide Ehegatten gleichermaßen das Gesamtgut verwalten, was insbesondere in der Regelung der Haftungsverhältnisse zum Tragen kommt. Auf Einzelerläuterungen wird im folgenden verzichtet.

2.4 Beendigung der Gütergemeinschaft

2.4.1 Tatbestände

Wie andere Güterstände auch endet die Gütergemeinschaft bei Auflösung der Ehe, sei es durch Tod eines Ehegatten, wenn nicht die fortgesetzte Gütergemeinschaft nach § 1483 BGB eintritt, oder sei es durch rechtskräftiges Scheidungs- oder Aufhebungsurteil bzw. bei Wiederverheiratung nach Todeserklärung, falls § 1319 BGB zutrifft.

In Betracht kommt auch noch ein rechtskräftiges richterliches Aufhebungsurteil (Gestaltungsurteil⁷⁹) nach §§ 1449; 1470 BGB. Sodann leben die Ehegatten im Güterstand der Gütertrennung.

Ferner könnte der Fall eintreten, dass die Ehegatten während bestehender Ehe die Gütergemeinschaft aufheben und in dem betreffenden Ehevertrag die Zugewinngemeinschaft oder eine Gütertrennung vereinbaren. Wird kein anderer Güterstand explizit ausbedungen, gilt nach § 1414 Satz 2 BGB fortan automatisch die Gütertrennung.

In der Praxis höchst selten vorkommend aber rechtlich zulässig ist es, einen Ehevertrag auf Gütergemeinschaft auflösend bedingt oder mit einem darin enthaltenen Endtermin abzuschließen⁸⁰. Bei Bedingungseintritt bzw. Erreichen des Endtermins endet dann die Gütergemeinschaft.

2.4.2 Rechtsfolgen

An die Beendigung der Gütergemeinschaft schließt sich eine Liquidationsphase an, die jedoch entfällt, wenn bei Tod eines Ehegatten der andere Alleinerbe wird und ihm damit das Gesamtgut vollständig zusteht. Trifft letztere Konstellation nicht zu, tritt eine Verzahnung der Erben- mit der Liquidationsgemeinschaft ein, wobei zunächst die Gütergemeinschaft auseinanderzusetzen ist, um den Nachlassumfang zu bestimmen⁸¹.

Merkmal der Liquidationsgemeinschaft ist, dass das Gesamtgut nach § 1471 Absatz 2 BGB nach wie vor gesamthänderisch gebunden bleibt.

Für den Fall, dass die Liquidation unter den lebenden Ehegatten stattfindet, sieht das Gesetz unabhängig von der vorhergehenden (ehevertraglichen) Abrede gemeinschaftliche Verwaltung vor (§ 1472 Absatz 1 BGB), wenn nicht einer der Ausnahmetatbestände der Absätze 2 oder 3 der vorstehend zitierten Vorschrift verwirklicht ist.

Wird die Gütergemeinschaft durch Tod eines Ehegatten beendet, so ist der bislang **nicht verwaltende** überlebende Ehegatte nach § 1472 Absatz 4 BGB nicht verpflichtet,

⁷⁴ Beitzke, Familienrecht, S. 113

⁷⁵ Palandt, Rd-Nr. 1 zu § 1437

⁷⁶ Palandt, Rd-Nr. 2 zu § 1440

⁷⁷ Gernhuber, Familienrecht, S. 567

⁷⁸ Palandt, Rd-Nr. 1 zu § 1442

⁷⁹ Gernhuber, Familienrecht, S. 577

⁸⁰ OLG Celle, FamRZ 1961, 446

⁸¹ Beitzke, Familienrecht, S. 115

Maßregeln zum Zwecke einer ordnungsgemäßen Verwaltung bei Gefahr im Verzug zu treffen. Das Risiko trägt daher die Erbengemeinschaft. Anders stellt sich der Fall dar, wenn der überlebende Ehegatte hingegen Allein- oder Mitverwalter am Gesamtgut war.

Mit Beginn der Liquidationsphase erwerben die Ehegatten grundsätzlich für sich allein⁸², das auseinanderzusetzende Gesamtgut soll in seinem (gegenständlichen) Umfang nicht mehr allzu starken Schwankungen unterliegen. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber mit § 1473 BGB eine Surrogationsvorschrift geschaffen, wie es sie im Güterstand der Gütergemeinschaft vor Beendigung derselben nur für das Vorbehaltsgut (§ 1418 Absatz 2 Nr. 3 BGB) gab. In ihrem tatbestandlichen Aufbau sind sie jeweils identisch, insbesondere die Möglichkeit Rechtsgeschäfte auf das Gesamtgut zu beziehen, stellt sicher, dass Sachinbegriffe wie Unternehmen fortgeführt werden können. Da die §§ 1471 ff. BGB nicht auf § 1417 Absatz 3, Satz 2 BGB verweisen, fließen Nutzungen des Sonderguts eines Ehegatten nicht mehr der Gesamthand zu.

Prinzipiell können sich die Ehegatten formfrei auseinandersetzen, es sei denn im zu liquidierenden Gesamtgut befinden sich Grundstücke, sodass Beurkundung nach § 311 b Absatz 1 BGB und Auflassung nach § 925 BGB erforderlich sind⁸³.

Nach Berichtigung der Gesamtgutsverbindlichkeiten im Sinne von § 1475 BGB ist nach § 1476 Absatz 1 BGB ein etwaiger Überschuss hälftig zu teilen (Halbteilungsgrundsatz)⁸⁴. Zu diesem Zweck werden die Vorschriften über die Gemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB herangezogen (§ 1471 Absatz 1 BGB), wenn eine Teilung in Natur nicht möglich ist, muss ein Verkauf der betreffenden Gegenstände erfolgen. § 1477 Absatz 2 BGB gesteht jedoch jedem Ehegatten ein Übernahmerecht gegen Wertersatz für ausschließlich zu seinem persönlichen Gebrauch bestimmte Sachen zu und für Gegenstände, die er in die Gütergemeinschaft eingebracht oder in Form einer der dort genannten Zuwendungen erhalten hat. Für den anzusetzenden Wert ist der Zeitpunkt der Übernahme und nicht der Einbringung in die Gütergemeinschaft entscheidend⁸⁵. Für einen landwirtschaftlichen Betrieb darf § 1376 Absatz 4 BGB (Ertragswert) nicht analog angewendet werden⁸⁶.

Da jedoch im Halbteilungsverfahren nach § 1476 Absatz 1 BGB völlig außer Ansatz bleibt, welcher Ehegatte wieviel Vermögensgegenstände in das Gesamtgut der Gütergemeinschaft eingebracht hat, kann dies im Falle der Beendigung derselben durch Scheidung zu ungerechten Ergebnissen führen, insbesondere wenn das Verhalten des bei Eintritt der Gütergemeinschaft nahezu vermögenslosen Ehegatten Anlass zu diesem Schritt gegeben hat.

Als Korrektiv hierfür bietet sich der § 1478 BGB an, der besagt, dass im Falle der Ehescheidung vor Abschluss der (Gesamtguts-)Auseinandersetzung jeder Ehegatte in Form eines Gestaltungsrechts verlangen kann, für die in § 1478 Absatz 2 BGB näher bezeichneten, in die Gütergemeinschaft eingebrachten, Gegenstände Wertersatz aus dem Gesamtgut zu verlangen, wobei sich der Wert nach dem Zeitpunkt der Einbringung bemisst. Erweist sich die Gesamtgutsmasse wertmäßig als unzulänglich, sind Ausfälle verhältnismäßig von den Ehegatten zu tragen, wobei der Quotient sich aus dem Verhältnis der jeweils eingebrachten Gegenstände bil-

det. Reale Wertsteigerungen letzterer, nicht dagegen nominale, kommen der Teilungsmasse zugute⁸⁷.

Möglich ist, dass sich Überschneidungen hinsichtlich des Übernahmrechtes aus § 1477 Absatz 2 BGB und dem Recht des beiderseitigen Valutaersatzanspruches ergeben⁸⁸. Dann ist eine Aufrechnung zulässig, da sich zwei Forderungen gegenüberstehen⁸⁹. In diesem Zusammenhang sind zwei Fallgestaltungen in Betracht zu ziehen.

Entsprechen sich Übernahme- und Einbringungswert, jeweils bezogen auf die maßgeblichen Zeitpunkte, so ist die durch die Übernahme eines Gegenstandes im Sinne von § 1477 Absatz 2 BGB entstehende Verbindlichkeit mittels Aufrechnung mit der korrespondierenden Wertersatzforderung erfüllt.

Divergieren die vorstehend erwähnten Werte, so wird der andere Ehegatte an einer realen Wertsteigerung hälftig beteiligt, anderenfalls nimmt er im selben Verhältnis an einem etwaigen Wertverlust des eingebrachten Gegenstandes teil !!!⁹⁰

Eine Besonderheit im Hinblick auf den Auseinandersetzungszeitpunkt birgt § 1479 BGB in sich.

Wird die Gütergemeinschaft durch richterliches Aufhebungsurteil nach § 1449 BGB bzw. § 1470 BGB beendet, so kann der klagende Ehegatte wählen, ob als maßgeblicher Zeitpunkt für die Auseinandersetzung die Rechtskraft des Aufhebungsurteils oder der der Klageerhebung gelten soll. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, durch den anderen Ehegatten bedingte Prozessverzögerungen zur zwischenzeitlichen Vermögensmanipulation zu vermeiden⁹¹.

Welche Konsequenzen ergeben sich für den Vermögenserwerb jeweils eines Ehegatten, der eigentlich § 1473 BGB unterliegt, wenn der wahlberechtigte Ehegatte den Zeitpunkt der Auseinandersetzung entsprechend § 1479 BGB vorverlegt?

Die herrschende Lehre sagt, dass im Hinblick auf derartige intertemporäre Eigentumsenserwerbe der einzelnen Ehegatten rückwirkend eine relative dingliche Wirkung eintritt, das heißt, dass im Innenverhältnis der Ehegatten die zwischenzeitlich akquirierten Gegenstände nicht ins Gesamtgut fallen, sondern dem jeweiligen Erwerber zuzurechnen sind, was jedoch im Verhältnis zu Dritten aus Gründen des Gläubigerschutzes zu verneinen ist⁹².

Die erheblichen Haftungsrisiken der Gütergemeinschaft zeigen sich vor allem auch im Liquidationsstadium anhand des § 1480 BGB.

Zugunsten der Gläubiger findet nach der Auseinandersetzung des Gesamtgutes eine Haftungserweiterung für bis dato immer noch offene Gesamtgutsverbindlichkeiten statt, indem der seinerzeit für diese Schulden nicht haftende Ehegatte persönlich als Gesamtschuldner in Anspruch genommen werden kann.

Folgendes Beispiel mag diese Problematik drastisch vor Augen führen:

Vor der Scheidung ihrer Ehe lebten die Ehegatten A und B in Gütergemeinschaft, wobei A das Alleinverwaltungsrecht innehatte. Während der Ehe beging A eine unerlaubte Handlung, so dass eine Deliktsforderung des Y gegen ihn wirksam begründet wurde. Im Rahmen des Scheidungsverfahrens wurde das vorhandene Gesamtgut hälftig geteilt, nicht jedoch der Anspruch des Y beglichen. Nach § 1437 Absatz 1

⁸² Gernhuber, Familienrecht, S. 579

⁸³ RGZ 57, 432

⁸⁴ Reithmann/Albrecht, Handbuch der not. Vertragsgest., S. 586

⁸⁵ wie vorstehend

⁸⁶ FamRZ 1986, 776

⁸⁷ Gernhuber, Familienrecht, S. 583

⁸⁸ BGH, NJW 1952, 1330

⁸⁹ wie vorstehend

⁹⁰ Behmer, MittBayNot 1989, 7

⁹¹ Palandt, Rd-Nr. 1 zu § 1479 BGB

⁹² Gernhuber, Familienrecht, S. 580

BGB bestand eine Gesamtgutsverbindlichkeit, B als von der Verwaltung ausgeschlossener Ehegatte haftete nicht mit seinen persönlichen Vermögensmassen. Jetzt tritt Y an B mit der Forderung heran, den noch geschuldeten Betrag anstelle von A zu begleichen. Y wird mit seinem Anliegen Erfolg haben, da nach § 1480 Satz 1 BGB zwischenzeitlich eine persönliche Mithaft von B eingetreten ist.

Für derartige Fälle gibt § 1480 Satz 2 BGB gleichwohl dem so in Anspruch genommenen Ehegatten eine Einrede an die Hand, sodass dieser entsprechend §§ 1990, 1991 BGB im Erbrecht entgegenhalten kann, dass er wertmäßig nur mit den ihm durch die Teilung zugeführten Gegenstände hafte.

Darüber hinaus hat B in unserem Fallbeispiel einen Regressanspruch nach § 1481 Absatz 3 BGB gegen A, da A nach § 1441 Nr. 1 BGB eheintern diese Verbindlichkeit als Sonderlast hätte tragen und schon bei Geltendmachung der Forderung durch Y B von der Zahlungsverpflichtung hätte freistellen müssen.

§ 1481 BGB regelt also allgemein das Haftungsverhältnis der Ehegatten untereinander für den Tatbestand des § 1480 BGB. Die ersten beiden Absätze dieser Norm geben Auskunft darüber, wie Gesamtgutslasten zu behandeln sind, dabei wird nochmals differenziert zwischen Alleinverwaltung und Gesamtverwaltung der Ehegatten. Absatz 3 hingegen widmet sich hingegen unabhängig von der Verwaltungsbefugnis der Eheleute während der Gütergemeinschaft der Problematik, wie mit Sonderlasten zu verfahren ist.

2.5 Fortgesetzte Gütergemeinschaft

2.5.1 Eintritt, Grundgedanke

Ist die Gütergemeinschaft vor dem 1. 7. 1958 ehevertraglich vereinbart worden, so gilt die fortgesetzte Gütergemeinschaft als vereinbart, wenn diese gemäß Artikel 8 Absatz 1 Nr. 6 GleichberG nicht ausgeschlossen ist.

Nach dem besagten Stichtag muss dieses Rechtsinstitut ausdrücklich im Ehevertrag ausbedungen sein, was § 1483 Absatz 1 Satz 1 BGB vorschreibt. § 1518 BGB legt fest, dass die Rechtsnormen der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht der Dispositionsfreiheit der Ehegatten unterliegen (ius cogens).

Fortgesetzte Gütergemeinschaft besagt, dass nach dem Tod eines Ehegatten der Überlebende die Gütergemeinschaft mit gemeinschaftlichen Abkömmlingen fortsetzt, somit Familienvermögen erhalten bleibt. Das ist vor allem bei landwirtschaftlichen Betrieben sinnvoll⁹³, für die keine gegenständliche Sondererfolge in Form eines landesgesetzlichen Anerbenrechts greift, um eine wirtschaftliche Zerschlagung des Hofes beispielsweise durch Pflichtteilsansprüche enterbter Kinder zu verhindern.

Die Gesamtguthälfte des Erblassers wird damit dessen Nachlass entzogen, lediglich für das Vorbehalts- und Sondergut, sofern vorhanden, tritt gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge ein (§ 1483 Absatz 1, Satz 3, 2. Hs. BGB).

Dem Grundgedanken der fortgesetzten Gütergemeinschaft in Bezug auf die Erhaltung des Gesamtgutes mit seinen dazugehörigen Gegenständen steht jedoch die Regelung des § 1483 Absatz 2 BGB entgegen, die besagt, dass die erbrechtliche Stellung einseitiger Abkömmlinge des Erblassers, die an der weitergeführten Gesamthandsgemeinschaft nicht teilnehmen, vom Eintritt derselben unberührt bleibt.

Bedeutung kommt dieser Problematik zu, wenn nicht gemeinschaftliche Abkömmlinge nicht nur schuldrechtlich in

Form eines Pflichtteils oder Vermächtnisses am Nachlass des Verstorbenen partizipieren, sondern de facto eine (dingliche) Erbenstellung erlangen⁹⁴.

Es entsteht dann folgendes Paradoxon: Einerseits sind sie aus der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossen, andererseits soll ihre erbrechtliche Position nicht tangiert werden, was bedeutete, dass eine (Gesamtguts-)Auseinandersetzung nach der Maßgabe des § 2042 Absatz 1 BGB verlangt werden könnte. Die Meinungen in der Rechtsliteratur über diesen Wertungswiderspruch gehen weit auseinander, ob dem Interesse auf Weiterbestand des Gesamthandsvermögens oder dem der einseitigen Abkömmlinge Vorzug zu geben ist. Einen Mittelweg schlägt Kanzleiter⁹⁵ vor:

Seiner Ansicht nach ist der erstgenannte Grundsatz im Hinblick auf die Konzeption der fortgesetzten Gütergemeinschaft vorrangig zu würdigen, was konkret bedeutet, dass einem einseitigen Abkömmling nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Teilauseinandersetzung zugestanden wird.

2.5.2 Vermögensmassen, Rechtsstellung der Beteiligten, Haftungsverhältnisse

a) Vermögensmassen

Innerhalb der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist im Hinblick auf die Vermögensmassen eine Trennlinie zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen zu ziehen.

aa) überlebender Ehegatte

Nach §§ 1485; 1486 BGB bleibt die bisherige Unterscheidung in Vorbehalts-, Sonder- und Gesamtgut beim länger lebenden Ehepartner erhalten, wobei sich das Gesamthandsvermögen aus bis zu drei Komponenten zusammensetzen kann: dem bisherigen ehelichen Gesamtgut, dessen Umfang eventuell nach § 1483 Absatz 2 BGB geschmälert wird, Gegenstände aus dem Nachlass des verstorbenen Ehegatten und Neuerwerb nach Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft.

In Bezug auf das Sonder- und Vorbehaltsgut ist anzufügen, dass es zum einen jeweils im bisherigen Bestand weiterexistiert, zum anderen Mehrungen desselben möglich sind.

bb) gemeinschaftliche Abkömmlinge

Neben ihrer dinglichen Beteiligung an der fortgesetzten Gesamthand ist das jeweilige Privatvermögen der gemeinschaftlichen Abkömmlinge scharf davon abzugrenzen. Es findet keine Verschmelzung dieser beiden Vermögensmassen statt, ihr rechtliches Schicksal folgt unterschiedlichen Pfaden. Gegenstände, die nach Eintritt der Gütergemeinschaft von gemeinschaftlichen Abkömmlingen erstanden werden, fallen nicht in das Gesamtgut im Sinne von § 1485 Absatz 1 BGB.

Aus vorher Gesagtem ergibt sich folgerichtig, dass die Anteile dieser Beteiligten am Gesamtgut im Falle ihres Ablebens vor Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht zu deren Nachlass gehören (§ 1490 Satz 1 BGB).

b) Rechtsstellung der Beteiligten

Über diese Frage gibt § 1487 Absatz 1 BGB hinlänglich Aufschluss, in dem teilweise auf Normen der ehelichen Gütergemeinschaft Bezug genommen wird. Durch diese Verweisteknik wird insbesondere das Gesamthandsprinzip des § 1419 BGB übernommen genauso wie die Vinkulierung von Rechtsgeschäften mit besonders weitreichender wirtschaftlicher Bedeutung. Ferner wird ein Alleinverwaltungsrecht des überlebenden Ehegatten festgeschrieben.

⁹⁴ MükKo, Kanzleiter, Rd-Nr. 14 zu § 1483

⁹⁵ wie vorstehend

⁹³ Gernhuber, Familienrecht, S. 585

c) Haftungsverhältnisse

An dieser Stelle soll nur die Haftung gegenüber Dritten (= Außenverhältnis) ohne die Ausgleichsmechanismen im Innenverhältnis der Beteiligten kurz skizziert werden.

Als Ausfluss ihrer unterschiedlichen Rechtsstellung erscheint es einleuchtend, dass die gemeinschaftlichen Abkömmlinge für die in § 1488 BGB definierten Gesamtsverbindlichkeiten der fortgesetzten Gütergemeinschaft im Gegensatz zum überlebenden Ehegatten nicht persönlich haften.

Um Letzteren vor Gläubigerforderungen zu schützen, für die er während der ehelichen Gütergemeinschaft nicht persönlich beansprucht werden konnte, kann er eine Haftungsbeschränkung⁹⁶ nach § 1489 Absatz 2 BGB geltend machen, die den diesbezüglichen Vorschriften der Erbenhaftung nachgebildet ist. Als Haftungsmasse ist jedoch der Gesamtgutsbestand zum Zeitpunkt des Todes des anderen Ehegatten maßgeblich.

Folgendes Beispiel soll die Haftungserweiterung nach § 1489 Absatz 1 BGB veranschaulichen:

A und B lebten während ihrer Ehe im Güterstand der Gütergemeinschaft, B war von der Verwaltung des Gesamtgutes ausgeschlossen. Kurz vor seinem Tode verursachte A einen Autounfall, weswegen Y eine Schadensersatzforderung in beträchtlicher Höhe zustand. Für diesen Regressanspruch haftete B während der ehelichen Gütergemeinschaft bislang nicht persönlich, nach § 1437 Absatz 1 BGB wurde jedoch eine Gesamtsverbindlichkeit begründet. Für letztere ergibt sich mit dem Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach §§ 1488; 1489 Absatz 1 BGB eine persönliche Haftung für B, jedoch steht B das in § 1489 Absatz 2 BGB niedergelegte Recht der Haftungsbeschränkung zu.

2.5.3 Personelle Änderungen innerhalb der (fortgesetzten) Gütergemeinschaft

a) Übergang von ehelicher zu fortgesetzter Gütergemeinschaft

Fraglich ist, welche rechtlichen Auswirkungen der Beginn der fortgesetzten Gütergemeinschaft im Hinblick auf die Identität der bisherigen Gesamthand mit sich bringt. Zwar treten an die Stelle des verstorbenen Ehegatten die gemeinschaftlichen Abkömmlinge, jedoch ist damit keine Rechtsnachfolge verbunden, sondern lediglich ein Austausch von Personen, weswegen die Identität der Gesamthand an sich unverändert bleibt⁹⁷.

Dem steht auch nicht entgegen⁹⁸, dass dem überlebenden Ehegatten auf dessen Antrag ein Zeugnis über die Fortsetzung der Gütergemeinschaft nach § 1507 BGB zu erteilen ist, für das die Vorschriften über den Erbschein entsprechend heranzuziehen sind.

Was geschieht jedoch, wenn innerhalb der fortgesetzten Gütergemeinschaft Beteiligte wegfallen ?

b) Wegfall des überlebenden Ehegatten

aa) Wegfall des überlebenden Ehegatten durch Tod

Im Todesfall bzw. im Falle der amtlichen Todeserklärung des überlebenden Ehegatten stellt sich die Situation völlig unproblematisch dar – die fortgesetzte Gütergemeinschaft endet, der Anteil des zuletzt verstorbenen Ehegatten fällt in dessen Nachlass⁹⁹ und die gemeinschaftlichen Abkömmlinge müssen sich gegebenenfalls mit einer Erbengemeinschaft aus-

einandersetzen. Besteht personelle Kongruenz bezüglich dieser beiden Gesamthandsgemeinschaften, sind diese dennoch voneinander zu scheiden¹⁰⁰.

bb) Wegfall des überlebenden Ehegatten durch Erb- bzw. Anteilsunwürdigkeit

Wird der überlebende Ehegatte infolge einer Gestaltungsklage¹⁰¹ nach § 2342 BGB durch einen Anfechtungsberechtigten für erbunwürdig, bezogen auf seinen verstorbenen Ehepartner erklärt, so ist nach herrschender Meinung¹⁰² eine analoge Anwendung von § 1506 BGB recht und billig, der seinem Wortlaut nach nur für die Anteilsunwürdigkeit gemeinschaftlicher Abkömmlinge konzipiert wurde. Eine derartige Anfechtungsklage kann auf den Tatbestand der Anteilsunwürdigkeit beschränkt werden¹⁰³. Rechtsfolge ist stets, dass die eheliche Gütergemeinschaft nicht fortgesetzt wird, sondern mit dem Tod des erstverstorbenen Ehegatten beendet ist¹⁰⁴.

c) Wegfall von Abkömmlingen

aa) Tod eines Abkömmlings

Fällt ein anteilsberechtigter Abkömmling während der fortgesetzten Gütergemeinschaft durch Tod weg, so sind drei Alternativen denkbar, wie diese „Lücke“ geschlossen werden kann. Sofern Abkömmlinge von ihm leben, die faktiv auch schon im Zeitpunkt des Todes des erstverstorbenen Ehegatten anteilsberechtigt gewesen wären, übernehmen diese die Rechtsstellung des Weggefallenen (§ 1490 Satz 2 BGB), der entsprechende Gesamtgutsanteil fällt also nicht in den Nachlass des Verschiedenen! Sind solche nicht vorhanden, tritt Anwachsung ein, wenn mindestens noch ein weiterer anteilsberechtigter Abkömmling existiert, anderenfalls findet eine Vereinigung der Gesamtguthälfte mit der des überlebenden Ehegatten statt, sodass die Gesamthandsgemeinschaft auf diese Weise endet und ungebundenes Vermögen entsteht¹⁰⁵ (§ 1490 Satz 3 BGB).

bb) Verzicht eines Abkömmlings

Im Rahmen der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist es möglich, dass ein Abkömmling mittels Verzicht nach § 1491 BGB aus der Gesamthandsgemeinschaft ausscheidet.

Damit kann eine Abschtichtung, die üblicherweise mit einer Entgeltzahlung verbunden ist, stattfinden, ohne dass es der Herbeiführung der Liquidationsphase zum Zwecke der Auseinandersetzung bedarf¹⁰⁶. Das Gesetz sieht zwei Varianten im Hinblick auf den Verzicht vor: Zum einen ist es zulässig, ihn einseitig in Form einer entsprechenden Erklärung vor dem zuständigen Nachlassgericht zu erklären, wozu es der Mitwirkung der anderen Abkömmlinge und des überlebenden Ehegatten nicht bedarf, zum anderen kann ein darauf gerichteter mehrseitiger Vertrag zwischen allen Gesamthandsmitgliedern vor einem Notar geschlossen werden, um die nach § 1491 Absatz 2, Satz 2 BGB vorgeschriebene Beurkundungsform einzuhalten. In der Regel wird letzteres ein Teil des Erfüllungsgeschäftes im Zuge der Abwicklung eines entsprechenden schuldrechtlichen Vertrages sein, der als weitere Verpflichtung die Zahlung einer Geldsumme an den weichen Abkömmling vorsieht. Eine derartige causa ist ebenfalls notariell zu beurkunden¹⁰⁷.

⁹⁶ Palandt, Rd-Nr. 2 zu § 1489

⁹⁷ RGZ 129, 20

⁹⁸ Beitzke, Familienrecht, S. 118

⁹⁹ BayObLG OLG 33, 341

¹⁰⁰ BGH, FamRZ, 1966, 492

¹⁰¹ h. M., Palandt, Rd-Nr. 1 zu § 2342

¹⁰² MüKo, Rd-Nr. 5 zu § 1506

¹⁰³ Palandt, Rd-Nr. 1 zu § 1506

¹⁰⁴ MüKo, Rd-Nr. 5 zu § 1506

¹⁰⁵ KG, KGJ 44, 108

¹⁰⁶ Gernhuber, Familienrecht, S. 589

¹⁰⁷ wie vorstehend

Wichtig ist die Feststellung, dass mit einem Verzicht nach § 1491 BGB dingliche Wirkungen einhergehen, nach Absatz 4 der vorstehend erwähnten Rechtsnorm tritt zunächst Anwachsung innerhalb des Kreises der anderen anteilsberechtigten Abkömmlinge ein, soweit vorhanden, ansonsten vereinigen sich alle Gesamtgutsanteile in der Person des überlebenden Ehegatten. Bei einem Verzicht aller Abkömmlinge tritt deshalb Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft ein¹⁰⁸.

Weiters sei noch die Anmerkung erlaubt, dass § 1491 BGB und § 1490 BGB sich also dadurch unterscheiden, dass etwaige anteilsberechtigten Abkömmlinge des Verzichtenden nicht an dessen Stelle treten können, was primär beim Ableben eines derartigen Beteiligten vorgesehen ist.

cc) Erb- bzw. Anteilsunwürdigkeit eines Abkömmlings

In einem solchen Falle ist im Gegensatz zum überlebenden Ehegatten § 1506 BGB direkt anwendbar, jedoch ergeben sich, eine erfolgreiche Anfechtungsklage vorausgesetzt, andere Auswirkungen auf die Gesamthand. Diese wird im Regelfall nicht beendet, sofern mindestens zwei anteilsberechtigten Abkömmlinge vorhanden sind, sondern nach § 2344 BGB wird der für erbunwürdig Erklärte und damit verbunden sein Gesamtgutsanteil rechtlich so behandelt, als ob er beim Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft nicht mehr am Leben gewesen wäre. Hinsichtlich des oder der nunmehr zum Zuge kommenden Berechtigten an der Gesamthand gilt die in § 1490 BGB festgelegte Reihenfolge für die fraglichen Beteiligten.

2.5.4 Personelle Veränderungen vor Beginn der fortgesetzten Gütergemeinschaft

Bereits zu Lebzeiten der Ehegatten lässt das zwingende Recht der fortgesetzten Gütergemeinschaft mit seinen einschlägigen Rechtsnormen zu, dass der Kreis der von Gesetzes wegen anteilsberechtigten Abkömmlingen modifiziert wird.

a) Verzichtsvertrag eines Abkömmlings mit einem Ehegatten nach § 1517 BGB

Als Pendant zu § 1491 BGB der nur für die schon bestehende fortgesetzte Gütergemeinschaft gilt, eröffnet der Gesetzgeber mit § 1517 BGB den Ehegatten die Möglichkeit, jeweils vor ihrem Tode einen Verzichtsvertrag mit gemeinschaftlichen Abkömmlingen zu schließen. Diese notariell zu beurkundende Vereinbarung (§ 1517 Absatz 2 BGB i.V. mit § 2348 BGB) stellt sicher, dass der verzichtende Abkömmling von Anfang an nicht an der weitergeführten Gesamthand beteiligt ist, sofern der vertragschließende Ehegatte zuerst verstirbt. Jedoch ist dabei zu beachten, dass eine solche notarielle Abrede zu ihrer Wirksamkeit stets der wiederum notariell beurkundeten Zustimmungserklärung des jeweils anderen Ehegatten bedarf. Im Unterschied zu § 1491 BGB müssen nicht zwingend Abkömmlinge des Verzichtenden von einer Vereinbarung nach § 1517 BGB umfasst sein, da Absatz 2 auf die Vorschriften des Erbverzichts Bezug nimmt und daher nach § 2349 BGB diese Rechtsfolge ausgeschlossen werden kann. In Bezug auf eine etwaige causa für dieses dingliche Rechtsgeschäft kann auf das zu § 1491 BGB Gesagte verwiesen werden.

b) Ausschließung eines Abkömmlings durch letztwillige Verfügung nach §§ 1511; 1516 BGB

Gesetzt den Fall, dass eine gültliche Einigung mit einem Abkömmling durch den Abschluss eines Verzichtsvertrages

nach § 1517 BGB nicht in Frage kommt, insbesondere momentan keine Abfindung für einen Verzicht gezahlt werden soll, sieht § 1511 BGB vor, dass jeder Ehegatte mittels letztwilliger Verfügung einen anteilsberechtigten Abkömmling von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausschließen kann. Zur Wirksamkeit ist wiederum die unwiderrufliche, notariell beurkundete Zustimmungserklärung des anderen Ehegatten erforderlich oder, um dieses umständliche Prozedere zu vermeiden, gleich nach § 1516 Absatz 3 BGB ein gemeinschaftliches Ehegattentestament zu errichten, das eine entsprechende Anordnung hinsichtlich eines Abkömmlings enthält. Eine derartige Exklusion kann sich sogar auf alle gemeinschaftlichen Abkömmlinge erstrecken, auch zukünftige, die weder erzeugt noch geboren sind¹⁰⁹, was zur Folge hat, dass die fortgesetzte Gütergemeinschaft gar nicht erst eintritt.

Werden nur einzelne Abkömmlinge nach § 1511 BGB ausgeschlossen, ist zu bedenken, dass die so Beeinträchtigten gleichwohl zumindest schuldrechtlich in Form einer Ausgleichszahlung an der fortgesetzten Gesamthand partizipieren, wobei jene einem Pflichtteilsanspruch nachempfunden ist.

Völlig leer geht ein anteilsberechtigter Abkömmling nur dann aus, wenn er sich eine Verfehlung zuschulden kommen lässt, die zur Pflichtteilsentziehung berechtigt, was § 1513 BGB als weitergehende Norm zu § 1511 BGB zulässt.

2.5.5 Möglichkeiten, den Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft auszuschließen

Möchten die Ehegatten vor dem Tod eines von ihnen verhindern, dass die Gesamthand fortgeführt wird, können sie nach § 1518 Satz 2 BGB einen weiteren Ehevertrag mit einer entsprechenden Aufhebungsbestimmung schließen.

Dieselbe Rechtsfolge, kann, wie unter 2.5.4 b) gezeigt, dadurch erreicht werden, dass in einem gemeinsamen Ehegattentestament nach § 1516 Absatz 3 BGB alle gemeinschaftlichen Abkömmlinge von der fortgesetzten Gütergemeinschaft ausgeschlossen werden¹¹⁰, einseitig hingegen nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 1509 BGB.

2.5.6 Beendigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft

Innerhalb der Regelfrist von sechs Wochen ab Kenntnis des Eintritts der fortgesetzten Gütergemeinschaft, nicht des Todes des erstversterbenden Ehegatten, wobei Rechtsunkennntnis nicht schadet¹¹¹, kann der überlebende Ehegatte die fortgesetzte Gütergemeinschaft ablehnen, die somit rückwirkend nicht eintritt. Liegt Fristversäumnis vor, so ist der überlebende Ehegatte befugt, gemäß § 1492 BGB jederzeit die fortgesetzte Gütergemeinschaft aufzuheben.

Ferner endet sie, falls jeweils die Tatbestände der §§ 1490; 1491 BGB vorliegen (siehe meine Ausführungen dazu), wenn sämtliche Gesamtgutsanteile in der Hand des überlebenden Ehegatten vereinigt werden. Wiederverheiratung (§ 1493 BGB) und Tod (§ 1494 BGB) des überlebenden Ehegatten bringen ebenfalls diese Rechtsfolge mit sich.

Die gemeinschaftlichen Abkömmlinge sind berechtigt, sofern eine der in § 1495 BGB genannten Voraussetzungen erfüllt ist, die Gesamthand in das Liquidationsstadium mittels einer Aufhebungsklage zu überführen.

Die sich regelmäßig anschließende Auseinandersetzung, die im Wesentlichen mit der bei der ehelichen Gütergemeinschaft vergleichbar ist, soll im Einzelnen nicht mehr erläutert werden.

¹⁰⁹ KG OLG 40, 78

¹¹⁰ RGZ, 94, 314, 317

¹¹¹ BGH 31, 209

¹⁰⁸ Palandt, Rd-Nr. 3 zu § 1491

B. (Bezirks-)Notar und Gütergemeinschaft in der Beurkundungspraxis

1. Anwendungsfälle

Aufgrund der Komplexität dieses vertraglichen Güterstandes sehen viele Notare zurecht davon ab, die ehevertragliche Vereinbarung der Gütergemeinschaft zu empfehlen.

Als halbwegs sinnvoll kann sie für Ehepaare empfohlen werden, falls ein Partner einen (landwirtschaftlichen) Betrieb in die Ehe miteinbringt, und der andere aufgrund seiner (zukünftigen) Mitarbeit adäquat daran partizipieren soll¹.

Leben die Ehegatten bislang im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft und ist ein einseitiger, voll erbrechtlicher, Abkömmling vorhanden, der so wenig wie möglich vom (umfangreichen) Nachlass seines leiblichen Elternteils nach dessen Tode erhalten soll (der andere Ehegatte besitzt bis dato nur Gegenstände von unerheblichem Wert), kann es geboten sein, einen Wechsel hin zur Gütergemeinschaft zu vollziehen². Infolge der Universalsukzession nach § 1416 Absatz 2 BGB wird das Vermögen des begüterten Ehegatten gemeinschaftlich, im Falle seines Ablebens fällt nur seine Gesamtgutshälfte daran in den Nachlass, sodass sich die Pflichtteilsansprüche des enterbten einseitigen Abkömmlings nur daraus berechnen, falls weder Sonder- noch Vorbehaltsgut vorhanden ist. Pflichtteilergänzungsansprüche nach §§ 2325 ff. BGB scheiden damit grundsätzlich aus, da als causa der Ehevertrag in Betracht kommt und damit eine Schenkung nicht gegeben ist³. In Extremfällen kann trotz des fehlenden subjektiven Tatbestandes der Einigung über die Unentgeltlichkeit eine ergänzungspflichtige Schenkung in dem Ehevertrag auf Gütergemeinschaft gesehen werden, sofern ein Schädigungswille der Ehegatten gegeben war. Dafür spricht vieles, wenn, vorstehende Prämissen zugrundegelegt, die Gütergemeinschaft erst kurz vor dem Tod des wohlhabenden Ehegatten beurkundet wurde⁴.

2. Gestaltungsmöglichkeiten

Entsprechend der individuellen (Vermögens-)Situation der Verlobten bzw. Eheleute sollte der Urkundsnotar den gewünschten Ehevertrag auf Gütergemeinschaft ausgestalten.

2.1 Notarielle Regelungen in bezug auf die allgemeinen Vorschriften der Gütergemeinschaft §§ 1415 bis 1421 BGB

2.1.1 Sondergut

Sondergut nach § 1417 BGB kann ehevertraglich nicht begründet bzw. zum Gesamtgut zugeschlagen werden (siehe auch meine Ausführungen unter A 2.2.2 b). Wird von dem betreffenden Ehegatten insbesondere eine Surrogationswirkung für Gegenstände des Sonderguts angestrebt, können diese im Ehevertrag als Vorbehaltsgut deklariert werden⁵.

Soll hingegen eine Gleichstellung derselben mit Gesamtgutgegenständen erfolgen, so können die Ehegatten intern schuldrechtlich, jedoch nicht dinglich, eine derartige Behandlung vereinbaren:

Formulierungsbeispiel⁶:

„Sondergut behandeln wir zwischen uns rechnerisch und wirtschaftlich wie Gesamtgut.“

¹ Kersten/Bühling, Formularbuch und FGG-Praxis, S. 1199

² Beck'sches Notarhandbuch, S. 614

³ BGH, NJW 1992, 558

⁴ BGH, 116, 178

⁵ BWNNotZ 1973, Keller, S. 166

⁶ Münchener Vertragshandbuch, Band 4, S. 868

Über den Umfang des Sondergutes muss der Notar nicht belehren, es sei denn, er erfährt vor oder im Beurkundungstermin, dass Gegenstände vorhanden sind, für welche diese Eigenschaft zutrifft⁷. Eigene diesbezügliche Ermittlungen hat der Notar nicht anzustellen, zwecks Beteiligtenaufklärung ist jedoch folgender (Belehrungs-)Vermerk innerhalb der Urkunde angebracht⁸:

Eigenes Formulierungsbeispiel:

„Die Beteiligten erklären, dass keiner von ihnen als (persönlich haftender) Gesellschafter an einer Personen(handels-)gesellschaft involviert ist. Sollte dieser Sachverhalt entgegen besseren Wissens dennoch zutreffen, hat der Notar darauf hingewiesen, dass derartige Beteiligungen insoweit in das Sondergut des betreffenden Ehegatten fallen, wie ihre Übertragbarkeit ausgeschlossen ist.“

2.1.2 Vorbehaltsgut – Errungenschaftsgemeinschaft

Oft ist es ein Anliegen der Verlobten, dass die Gütergemeinschaft sich nur auf das Vermögen bezieht, das während der Ehe gemeinsam erarbeitet wird, sodass im Ergebnis die frühere Errungenschaftsgemeinschaft des BGB angestrebt wird. Da dieser Güterstand nach § 1409 BGB nicht mehr vereinbart werden kann, weil er im Zuge des Gleichberechtigungsgesetzes abgeschafft wurde, besteht für den Urkundsnotar nur die Möglichkeit, die Gütergemeinschaft in ihrer heute gültigen Form durch entsprechende Abreden dahingehend zu modifizieren. Zu diesem Zweck wird dem jeweiligen vorehelichen Vermögen die Vorbehaltsguteigenschaft ehevertraglich beigelegt, des Weiteren erscheint es angebracht, den Tatbestand des § 1418 Absatz 2 Nr. 2 BGB zu erweitern, dass die darin genannten Zuwendungen auch ohne eine entsprechende Anordnung des Dritten nicht ins Gesamtgut fallen sollen. Grundgedanke dieser Weiterfassung der gesetzlichen Bestimmung ist, dass der jeweils andere Ehegatte weder durch persönliche Mitarbeit noch durch finanzielle Aufwendungen etwas zum Erwerb derartiger Vermögensgegenstände beigetragen hat.

Formulierungsbeispiel⁹:

„Bezugnehmend auf das dieser Urkunde angeschlossene Vermögensverzeichnis, das vom Urkundsnotar im Beurkundungstermin nochmals verlesen wurde, werden die darin aufgeführten Vermögensgegenstände entsprechend den bisherigen Eigentumsverhältnissen jeweils zum Vorbehaltsgut eines Ehegatten erklärt. Insbesondere wird festgestellt, dass dem unter XY firmierenden Gewerbebetrieb des Ehemannes diese Eigenschaft zukommt.“

Werden im Rahmen des laufenden Geschäftsbetriebs oder durch Unternehmenserweiterungen weitere Vermögensgegenstände hinzu erworben, sollen diese stets in das Vorbehaltsgut des Ehemannes fallen, selbst wenn zwecks Akquisition Mittel des Gesamtgutes oder des Vorbehaltsgutes des anderen Ehegatten verwendet wurden.

Ferner wird die Vorschrift des § 1418 Absatz 2 Nr. 2 BGB dahingehend erweitert, dass auch ohne eine entsprechende Bestimmung des zuwendenden Dritten alle Gegenstände, die einer von uns von Todes wegen oder unter Lebenden unentgeltlich erwirbt, sei es zum Beispiel mittels Ausstattung, im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge oder durch Schenkung, jeweils zum Vorbehaltsgut des so Bedachten gehören sollen.

Den Ehegatten bleibt es unbenommen, jederzeit in der Form des Ehevertrages vorstehende Abreden geänderten persön-

⁷ Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, S. 583

⁸ wie vorstehend

⁹ angelehnt an Münchener Vertragshandbuch, Band 4, S. 873

lichen Verhältnissen anzupassen bzw. im Einzelfall anders zu verfahren.“

Meiner Ansicht nach sollte der Urkundsnotar, insbesondere bei Existenz eines Unternehmens, die Beteiligten darüber belehren, dass im Falle der vorstehend gewählten Gestaltung eine betriebliche Substanzsteigerung, die auch auf das (persönliche) Engagement des anderen Ehegatten zurückzuführen ist, im Falle der Scheidung nicht ausgleichspflichtig ist, da Vorbehaltsgut nicht in die Gesamtsauseinandersetzung miteinzubeziehen ist¹⁰.

Fiskalisch können sich jedoch Vorteile ergeben, da steuerlich abzugsfähige Ehegattenarbeitsverträge zulässig sind, denn der andere Ehegatte wird nicht wie bei einem zum Gesamtgut gehörenden Betrieb Mitunternehmer¹¹. Auf diese Rechtsfolge sollte ebenfalls im Urkundstermin hingewiesen werden.

Ist eine Aufzählung von Einzelgegenständen, die dem Vorbehaltsgut eines Ehegatten zugerechnet werden sollen, zu mühselig oder ist unklar, was im einzelnen zu einem Sachinbegriff gehört, so ist es zulässig, einen dazu passenden Oberbegriff, der eine zweifelsfreie Subsumtion im Streitfall ermöglicht, in den Ehevertrag mitaufzunehmen, beispielsweise die gesamte Wohnungseinrichtung¹².

Als problematisch erweisen sich Abreden im Ehevertrag, die darauf abzielen, dass Vorbehaltsgut zugunsten eines Ehegatten nie entstehen darf. Erfolgt dennoch eine Zuwendung eines Dritten mit einer Anordnung nach § 1418 Absatz 2 Nr. 2 BGB, so ist es in der Rechtsliteratur streitig, ob das gesamte zugrundeliegende Rechtsgeschäft oder nur die Zuordnungsbestimmung ungültig ist¹³ und der Gegenstand entgegen dem Willen des Bedenkenden in das Gesamtgut fällt. Klauseln mit derartigem Inhalt sind daher zu vermeiden.

2.1.3 Gesamtgut – Zugewinnausgleich

Wird die Gütergemeinschaft erst während bestehender Ehe vereinbart und hat bislang der gesetzliche Güterstand gegolten, muss der Notar darauf achten, dass eine Klausel über einen etwaigen Anspruch auf Zugewinnausgleich im Ehevertrag nicht vergessen wird¹⁴.

Formulierungsbeispiel¹⁵:

„Sollte sich in der Person eines von uns infolge der heutigen Beendigung des gesetzlichen Güterstandes ein Anspruch auf Zugewinnausgleich ergeben, so wird dieser als dessen Vermögen in die Gütergemeinschaft eingebracht.“

2.1.4 Verwaltungsrecht

Verwaltungsregelungen, die nicht mit den in § 1421 BGB vorgesehenen Möglichkeiten konformgehen, sind aus Gründen des Gläubigerschutzes (nach der Verwaltungsbefugnis richtet sich auch die Schuldenhaftung wie unter A 2.3.1 c dargestellt) nicht möglich¹⁶, insbesondere können nicht nebeneinander Alleinverwaltungsrechte jedes Ehegatten für bestimmte Vermögensgegenstände vereinbart werden¹⁷, rechtlich zulässig ist jedoch eine (stillschweigende) Bevollmächtigung des nicht verwaltenden Ehegatten¹⁸. Wird Letzteres gewünscht, ohne dass gemeinschaftliche Verwaltung gelten soll, bietet es sich an, im Ehevertrag eine (widerrufliche) Voll-

macht für einen Kreis von Rechtsgeschäften zu erteilen, die der von der Verwaltung ausgeschlossene Ehegatte ohne Mitwirkung des anderen vornehmen darf. Aber auch im Falle gemeinschaftlicher Gesamtgutsverwaltung ist es meines Erachtens sinnvoll, einem Ehegatten zusätzlich eine Vollmacht zu erteilen. Falls ein nicht erwerbstätiger Ehegatte aus in seiner Person liegenden Gründen gehindert ist, an der Gesamtgutsverwaltung mitzuwirken, so können dennoch vom anderen Ehepartner aufgrund der Vollmacht Rechtshandlungen mit Wirkung für das Gesamtgut getätigt werden. Formulierungsbeispiel¹⁹:

„Wir verwalten das Gesamtgut gemeinschaftlich. Unabhängig davon bevollmächtigt jederzeit widerruflich die Ehefrau den Ehemann, sie bei der Gesamtgutsverwaltung zu vertreten. Mitumfasst von dieser Vollmacht sind Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte, die auch zum Gesamtgut gehöriges Immobilienvermögen betreffen können, prozessuale Handlungen, und Inkassi von Forderungen gegenüber Dritten. Des weiteren kann der Vertretene auch persönlich verpflichtet werden. Unentgeltliche Geschäfte darf der Vollmachtnehmer nicht tätigen. Er ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit und ist berechtigt, im Einzelfall Untervollmacht mit vorstehender Befugnis zu erteilen.“

Im Rechtsverkehr legitimiert sich der Bevollmächtigte mittels Vorlage einer auszugsweisen Ausfertigung dieses Ehevertrages, welche diesen Passus zum Gegenstand hat. Er hat nicht das Recht, selbstständig Ehevertragsausfertigungen vom Urkundsnotar zu verlangen, lediglich (beglaubigte) Abschriften sind ihm jederzeit auf Wunsch zu erteilen.

Im Falle eines Vollmachtswiderrufs, welcher der Schriftform genügen muss, durch die Ehefrau, verpflichtet sich der Ehemann, die auszugsweise Ausfertigung, deren Erteilung von der Ehefrau heute beantragt wird, an sie zurückzugeben.“

Die Verwaltungsbefugnis kann auch auflösend bedingt sein, jedoch kann eine Rückwirkung nach § 159 BGB aufgrund der Interessen Dritter nicht vereinbart werden²⁰.

Der Vollständigkeit halber sei noch hinzugefügt, dass ein Ehegatte im Falle von Gütergemeinschaft die Verwaltung seiner persönlichen Vermögensmassen (Vorbehalts- und Sondergut) auch dem anderen überlassen kann²¹, soll jedoch die jederzeitige Widerruflichkeit ausgeschlossen oder eingeschränkt werden, bedarf es nach § 1413 BGB einer Abrede in Form eines Ehevertrages.

2.2 Ehevertragliche Gestaltungsmöglichkeiten bei Alleinverwaltung durch einen Ehegatten

2.2.1 Vinkulierte Rechtsgeschäfte

Eng verbunden mit dem Alleinverwaltungsrecht eines Ehegatten ist der Themenkreis der vinkulierten Rechtsgeschäfte. Diesbezüglich hat eine Belehrung des Urkundsnotars zu erfolgen²².

Eigenes Formulierungsbeispiel:

„Der Notar hat die Beteiligten darauf hingewiesen, dass im Falle der Alleinverwaltung durch einen Ehegatten im vertraglichen Güterstand der Gütergemeinschaft für diesen gesetzliche Verfügungsbeschränkungen bestehen, wodurch auch die korrespondierenden Verpflichtungsgeschäfte erfasst werden. Nach §§ 1423 bis 1425 BGB kann der alleinverwaltende Ehegatte nur unter Mitwirkung des anderen Verfügungen

¹⁰ Münchener Vertragshandbuch, Band 4, S. 874

¹¹ Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, S. 585

¹² BWNNotZ 1973, Keller, S. 167

¹³ wie vorstehend

¹⁴ BGH NJW 1990, 445

¹⁵ angelehnt an Beck'sches Notarhandbuch, S. 613

¹⁶ BWNNotZ 1973, Keller, S. 166

¹⁷ BayObLG, NJW 68, 896

¹⁸ Palandt, Rd-Nr. 1 zu § 1421

¹⁹ Münchener Vertragshandbuch, Band 4, S. 873

²⁰ BWNNotZ 1973, Keller, S. 166

²¹ Palandt, Rd-Nr. 1 zu § 1413

²² Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, S. 584

über das Gesamtgut im Ganzen, Grundstücke, Schiffe bzw. Schiffsbauwerke und Schenkungen vornehmen, auch wenn letztere sich nicht auf das Gesamtgut beziehen. Die schuldrechtlichen Grundgeschäfte zu den vorstehend genannten Verfügungen bedürfen ebenfalls der Zustimmung des von der Verwaltung ausgeschlossenen Ehegatten, sind jene bereits mit seiner Billigung erfolgt, umfasst das Einverständnis auch die Erfüllungsgeschäfte.“

Fraglich ist, inwieweit der Kanon der zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfte der Dispositionsfreiheit der Ehegatten unterliegt.

Mit Ausnahme von § 1425 BGB, der nach herrschender Meinung eine Schutzvorschrift darstellt²³, sind sowohl § 1423 BGB²⁴ als auch § 1424 BGB²⁵ ehevertraglich abdingbar, sofern unentgeltliche Verfügungen ausgeschlossen sind.

Eigenes Formulierungsbeispiel:

„Abweichend von § 1423 BGB und § 1424 BGB ist der alleinverwaltende Ehegatte befugt, ohne Mitwirkung des anderen Rechtsgeschäfte über das Gesamtgut im Ganzen und Grundstücke, die zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft gehören, zu tätigen, sofern (objektive) Entgeltlichkeit gegeben ist. Maßstab dafür ist der Verkehrswert der betreffenden Gegenstände. Er verpflichtet sich jedoch im Innenverhältnis der Ehegatten, den anderen über diesbezügliche Vorhaben vorab zu informieren.“

2.3 Auseinandersetzung des Gesamtguts

Regelungs- und Beratungsbedarf besteht in jedem Falle im Hinblick auf die § 1477 BGB (Übernahmerecht gegen Wertersatz) und § 1478 BGB (Illatenersatz im Scheidungsfalle), welche für die Auseinandersetzung gelten.

Ein Ausschluss beider Rechte ist vertretbar, wenn ein Ehegatte ein selbstständiges Erwerbsgeschäft in die Ehe miteinbringt, der andere Ehegatte dagegen kaum Vermögenswerte besitzt, und stattdessen letzterer seine Arbeitskraft zur Mehrung des Betriebsvermögens einsetzt.

Eigenes Formulierungsbeispiel:

„Das nach § 1477 Absatz 2 BGB jedem Ehegatten zustehende Übernahmerecht für Gegenstände, die einer von uns in die Gütergemeinschaft eingebracht oder später von Todes wegen, im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge, durch Schenkung oder als Ausstattung erworben hat, wird einvernehmlich ausgeschlossen. Selbiges gilt für § 1478 BGB, was bedeutet, dass jeder Ehegatte keine Wertersatzforderung gegen das auseinanderzusetzende Gesamtgut für die von ihm eingebrachten Gegenstände hat.“

Ist eine derartige Ehevertragsklausel nicht interessengerecht, so können, gestaffelt nach Ehedauer, für die Mitarbeit des bei Eintritt der Ehe wenig begüterten Ehegatten im, durch den anderen eingebrachten, Betrieb wertgesicherte Abfindungssummen festgelegt werden. Denkbar ist auch ein fester Prozentsatz des Verkehrswertes des Unternehmens im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags oder auch der Ertragswert²⁶ selbst. Somit wird eine Zerschlagung der Betriebsstätte verhindert, die sich bei einem Ausschluss von § 1478 BGB ergeben könnte, da nach § 1476 Absatz 1 BGB das Halbteilungsprinzip gilt.

Eigenes Formulierungsbeispiel:

„Wir stellen fest, dass der Ehemann den unter der Firma XY laufenden Gewerbebetrieb in die Ehe miteinbringt. Im Falle

der Scheidung ist er berechtigt, das Übernahmerecht nach § 1477 Absatz 2 BGB in Verbindung mit § 1478 BGB auszuüben. Als Ausgleich für meine zukünftige Mitarbeit im Erwerbsgeschäft vereinbaren wir eine feste Abfindungssumme, die 20 Prozent des Unternehmensverkehrswertes im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages eines von uns beiden beträgt. Die Wertermittlung soll ein Sachverständiger der zuständigen Industrie- und Handelskammer durchführen.

Der Ausgleichsbetrag zu meinen Gunsten ist innerhalb von sechs Monaten, gerechnet ab dem Tag der Fertigstellung des Verkehrswertgutachtens, zu begleichen.“

Bei allen vorstehenden Modifikationen ist stets die Grenze der Sittenwidrigkeit zu beachten²⁷.

Verbleibt es bei der gesetzlichen Regelung, so kann der Fall eintreten, dass die Werterstattungsforderung aus § 1478 BGB und die Übernahmeverbindlichkeit aus § 1477 Absatz 2 BGB im Hinblick auf die zum Gesamtgut gehörige Unternehmung aufrechenbar gegenüberstehen, und der bei Eintritt der Gütergemeinschaft nahezu vermögenslose Ehegatte entweder hälftig an der betrieblichen Substanzsteigerung zwischen den Zeitpunkten der Einbringung (§ 1478 Absatz 3) und Übernahme (OLG Stuttgart NJW 1950, 70 zu § 1477 Absatz 2 BGB) bzw. an einer entsprechenden Wertminderung teilnimmt.

2.4 Fortsetzung der Gütergemeinschaft

Für ab dem 1. 7. 1958 vereinbarte Gütergemeinschaften muss der Notar im Ehevertrag eine separate Klausel aufnehmen, dass mit dem Tod des erstversterbenden Ehegatten fortgesetzte Gütergemeinschaft auch bezüglich dessen Gesamtgutsanteil eintreten soll.

Infolge des immer mehr zunehmenden Individualisierungsprozesses innerhalb unserer Gesellschaft, der sich auch auf die Familienbindungen auswirkt, ist von dem Rechtsinstitut der fortgesetzten Gütergemeinschaft eher abzuraten²⁸.

Soll Familienvermögen über (mehrere) Generationen hinweg erhalten werden, so kann dieses Ziel durch Vor- und Nacherfolge weniger kompliziert erreicht werden²⁹.

2.5 Gütergemeinschaft und Güterrechtsregister

Werden keine Eintragungen bezüglich der Gütergemeinschaft in das Güterrechtsregister vorgenommen, so muss ein gutgläubiger Gläubiger eines Ehegatten so gestellt werden, als ob sein Schuldner heute noch im gesetzlichen Güterstand lebte³⁰.

Als Folge einer Leistungsklage gegen einen Ehegatten, die mit einer Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung gegen den anderen Ehegatten gekoppelt wird, kann sich eine unangenehme Offenlegung der ehelichen Vermögensstruktur ergeben, um festzustellen, welche Gesamtgutsgegenstände welchem Ehegatten gehörten, falls die Zugewinnsgemeinschaft nicht ausgeschlossen worden wäre³¹.

Aus vorstehendem Beispiel ist es daher für die notarielle Praxis unerlässlich, die Eintragung (von Tatsachen) der Gütergemeinschaft im Güterrechtsregister nicht von vornherein im Ehevertrag auszuschließen³².

2.6 Vor- und Nachteile von Gütergemeinschaft

Sollten sich Roganten für diesen vertraglichen Güterstand entscheiden, besteht eine der Aufgaben des Notars darin, im

²³ MüKo, Rd-Nr. 8 zu § 1425

²⁴ Palandt, Rd-Nr. 1 zu § 1423

²⁵ RG 159, 363

²⁶ Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, S. 583f.

²⁷ MüKo, Rd-Nr. 13 zu § 1478

²⁸ Münchener Vertragshandbuch, Band 4, S. 871

²⁹ Kersten/Bühling, Formularbuch und FGG-Praxis, S. 1209

³⁰ BWNNotZ 1963, Dieterle, S. 210

³¹ BWNNotZ 1963, Dieterle, S. 211

³² BWNNotZ 1963, Dieterle, S. 212

Rahmen des Beratungsgesprächs im Vorfeld der Beurkundung Vor- und Nachteile der Gütergemeinschaft darzustellen, wobei letztere bei weitem überwiegen³³.

Es kann nicht von der Hand gewiesen werden, dass die modifizierte Gütergemeinschaft, bei der das voreheliche Vermögen der Ehegatten jeweils als Vorbehaltsgut deklariert ist, in weiten Bevölkerungskreisen mit dem vermeintlichen gesetzlichen Güterstand gleichgesetzt wird³⁴, was darauf zurückzuführen ist, dass viele Bundesbürger der Ansicht sind, dass das während der Ehe neuerworbene Vermögen immer gemeinschaftlich wird.

Dieser Irrtum juristisch nicht vorgebildeter Personen rechtfertigt gleichwohl noch lange nicht, zu dieser Variante der Gütergemeinschaft zu raten.

Weiters ist nicht zu leugnen, dass eine reale, also nicht nur nominale, Wertsteigerung von Vorbehaltsgut und Sondergut bei Beendigung des Güterstandes nicht auszugleichen ist³⁵. Dieses Faktum kommt einem Ehegatten entgegen, der ein Unternehmen in die Ehe miteingebracht hat und welches zu Vorbehaltsgut bestimmt wurde. Eine Zwangsveräußerung der Betriebseinheit im Wege der Gesamtgutsauseinandersetzung wird mit einer solchen Konstruktion umgangen, jedoch ist es auch im gesetzlichen Güterstand möglich, mittels Ehevertrag ein selbständiges Erwerbsgeschäft eines Ehegatten von der (rechnerischen) Einbeziehung in den Zuzugausgleich auszunehmen.

Als Negativum der Gütergemeinschaft ist ihre rechtlich schwierige Ausgestaltung zu werten, vor allem für den Laien erweisen sich die einzelnen Bestimmungen als nicht nachvollziehbar. Insbesondere nach Ehevertragsschließung gewünschte rechtsgeschäftliche Übertragungen von Vermögensgegenständen zwischen den diversen Vermögensmassen, speziell Immobilien, stellen sich außerordentlich kompliziert dar³⁶.

Auch die Regelung der Haftungsverhältnisse, wie zum Beispiel das Rechtsinstitut der Gesamtgutsverbindlichkeiten, ist einer Empfehlung zugunsten des Wahlgüterstandes der Gütergemeinschaft eher abträglich³⁷.

Als im Alltag nicht praxismäßig muss das in § 1421 BGB niedergelegte Leitbild der gemeinschaftlichen Gesamtgutsverwaltung angesehen werden, diesbezügliche Streitigkeiten der Ehegatten können zu weitreichenden Vermögensnachteilen führen³⁸.

2.7 Steuerliche Behandlung

Obwohl den Urkundsnotar im Grundsatz keine Aufklärungspflicht im Hinblick auf steuerliche Auswirkungen von Rechtsgeschäften trifft, sollte er diesbezügliche Grundkenntnisse hinsichtlich eines Ehevertrages auf Gütergemeinschaft haben.

Wird Gütergemeinschaft vereinbart, so kommt nach § 7 Absatz 1 Nr. 4 ErbStG der weniger begüterte Ehegatte in den Genuss einer Bereicherung, welche bei Überschreitung des Ehegattenfreibetrags gemäß § 16 Absatz 1 Nr. 1 ErbStG von derzeit 307.000,00 EUR eine Schenkungsteuerpflicht auslöst³⁹. Steht fest, dass der Vermögenserwerb eines Ehegatten oberhalb der Grenze von 307.000,00 EUR liegt, ist es zulässig, diversen Vermögensgegenständen ehevertraglich Vorbehaltsgutseigenschaft beizulegen, um die Heranziehung zur Schenkungsteuer zu vermeiden⁴⁰.

³³ so auch Münchener Vertragshandbuch, Band 4, S. 869

³⁴ wie vorstehend

³⁵ wie vorstehend

³⁶ Langenfeld, Der Ehevertrag, S. 68

³⁷ wie vorstehend

³⁸ Langenfeld, Der Ehevertrag, S. 69

³⁹ Beck'sches Notarhandbuch, S. 616

⁴⁰ Beck'sches Notarhandbuch, S. 617

Aus fiskalischer Sicht besonders ungünstig erweist sich die Gütergemeinschaft, sofern der bei Eintritt des Wahlgüterstandes wohlhabendere Ehegatte den anderen überlebt, der dann bei Nichtfortsetzung der Gesamthand mit den gemeinschaftlichen Abkömmlingen aus dem Nachlass die Gesamtgutshälfte des Erstverstorbenen erhält, die außerhalb des Freibetrages von 307.000,00 EUR der Erbschaftsteuer unterliegt. Ist diese Fallkonstellation gegeben, muss im Ergebnis der überlebende Ehegatte die Vermögensgegenstände, die ihm vor Vereinbarung der Gütergemeinschaft gehört haben, versteuern⁴¹.

Erbschaftsteuerrechtlich privilegiert⁴² ist nach wie vor die fortgesetzte Gütergemeinschaft, da § 4 ErbStG eine Zuweisung der Gesamtgutshälfte des erstverstorbenen Ehegatten an die anteilsberechtigten Abkömmlinge fingiert, sodass der Freibetrag für den Überlebenden nach § 16 Absatz 1 Nr. 1 ErbStG nicht in Anspruch genommen wird, wohingegen die ehelichen Kinder bzw. deren anteilsberechtigten Abkömmlinge auch nach dem Tode des Längerlebenden in Bezug auf die andere Gesamtgutshälfte nochmals Vermögen im Betrag bis zu 205.000,00 EUR erbschaftsteuerfrei erwerben können.

Trotz des in der Regel größtenteils in Form von Gesamtgut gebundenen Ehegattenvermögens ist für die einkommensteuerliche Veranlagung entscheidend, ob die Einkünfte eines Ehegatten durch den Einsatz persönlicher Arbeitskraft erzielt werden oder ob zwecks Einkunftserzielung Sachvermögen aus dem Gesamtgut herangezogen wird⁴³. Trifft ersteres zu, werden jene dem betreffenden Ehegatten zugerechnet, sollte letzteres der Fall sein, erfolgt eine hälftige Anrechnung im Hinblick auf beide Ehegatten, sofern die persönliche Arbeitsleistung des einzelnen eine zu vernachlässigende Größe darstellt⁴⁴.

Daraus lässt sich die Schlussfolgerung ziehen, dass die Gütergemeinschaft die Einkommensteuer nicht direkt beeinflusst⁴⁵.

2.8 Sonstiges

Geben die Verlobten bzw. Ehegatten im Notartermin an, dass Grundbesitz vorhanden ist, sollte der Notar neben dem Ehevertrag einen entsprechenden Grundbuchberichtigungsantrag aufnehmen, falls die Liegenschaften nicht zu Vorbehaltsgut erklärt werden⁴⁶.

Darüber hinaus darf der Notar seine ihm obliegenden Mitteilungs- und Anzeigepflichten nicht vergessen⁴⁷.

Insbesondere sind die Geburtsstandesämter der Beteiligten über den Ehevertrag betreffend Gütergemeinschaft zu unterrichten, da dieser Güterstand Einfluss auf die gesetzlichen Erbquoten zeitigt. Des Weiteren ist die Anzeigepflicht nach § 13 ErbStDV zu beachten, da die Vereinbarung der Gütergemeinschaft, wie unter 2.7 gezeigt, einen Tatbestand des § 7 ErbStG erfüllt. Bei vorhandenen Immobilien schreibt § 18 Absatz 1, Satz 1, Nr. 1 GrEStG eine Mitteilungspflicht fest.

Abschließend bleibt anzumerken, dass für einen Ehevertrag auf Gütergemeinschaft im Grundsatz eine doppelte Gebühr nach § 36 Absatz 2 KostO anfällt, die Wertfestsetzung richtet sich nach § 39 Absatz 3 KostO, was bedeutet, dass als Rechengröße das reine Vermögen beider Ehegatten zugrunde zu legen ist. Gegebenenfalls ist auf das Privileg des § 46 Absatz 3 KostO hinzuweisen.

⁴¹ Langenfeld, Der Ehevertrag, S. 69

⁴² Langenfeld, Der Ehevertrag, S. 70

⁴³ BFH-Gutachten vom 18.02.1959, BStBl. 1959 III 263 ff.

⁴⁴ BFH BStBl. 1977 II 201; BStBl. 1980 II 634

⁴⁵ BFH-Gutachten vom 18.02.1959, BStBl. 1959 III 263 ff.

⁴⁶ Münchener Vertragshandbuch, Band 4, S. 871

⁴⁷ Beck'sches Notarhandbuch, S. 617

Literaturverzeichnis

Vorbemerkung: Die Abkürzungen für die Fußnoten des Haupttextes sind jeweils in Klammern gesetzt.

1. Juristische Fachbücher, Lexika:

- 1.1 Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München (Gernhuber, Familienrecht)
- 1.2 Beitzke, Familienrecht, 1. Auflage, Verlag C. H. Beck, München (Beitzke, Familienrecht)
- 1.3 Beitzke, BGB Familienrecht – Prüfe Dein Wissen, 7. Auflage, Verlag C.H. Beck, München
- 1.4 Schlüter, BGB Familienrecht, 1979, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, Karlsruhe (Schlüter, Familienrecht)
- 1.5 Brambring, Jerschke, Waldner (Hg.), Beck'sches Notarhandbuch, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München (Beck'sches Notarhandbuch)
- 1.6 Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der FGG, 20. Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München (Kersten/Bühling, FGG-Formularhandbuch)
- 1.7 Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München (Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung)
- 1.8 Langenfeld, Der Ehevertrag, 8. Auflage, Beck-Rechtsberater im dtv, München (Langenfeld, Der Ehevertrag)
- 1.9 Langenfeld (Hg.), Münchener Vertragshandbuch, Band 4, Bürgerliches Recht, 1983, Verlag C. H. Beck, München (Münchener Vertragshandbuch)

- 1.10 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 12. Auflage, Verlag C. H. Beck München, (Schöner/Stöber) Creifelds, Rechtswörterbuch, 16. Auflage, Verlag C. H. Beck München (Creifelds, Rechtswörterbuch)

2. Kommentare:

- 2.1 Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Auflage, Verlag C. H. Beck, München (Palandt)
- 2.2 Rebmann/Säcker (Hg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5 – Familienrecht, 1. Auflage, Verlag C. H. Beck, München (MüKo)

3. Fachzeitschriften:

- 3.1 Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg (BWNNotZ)
- 3.2 Deutsche Notarzeitschrift (DNotZ)
- 3.3 Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern (MittBayNot)
- 3.4 Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)

4. Entscheidungssammlungen:

- 4.1 Entscheidungen des Bayerischen Oberlandesgerichts in Zivilsachen (BayObLGZ oder BayObLG)
- 4.2 Entscheidungen des BGH in Zivilsachen (BGHZ oder BGH)
- 4.3 Entscheidungen des Reichgerichts in Zivilsachen (RGZ oder RG)

Buchbesprechung

Grziwotz, Erfolgreiche Verhandlungsführung und Konfliktmanagement durch Notare: ein Praxishandbuch zur Außergerichtlichen Streitbeilegung, obligatorischen Streitschlichtung und Mediation. Köln: Centrale für Mediation GmbH & Co KG, 2001, 313 Seiten, DM 98,- = 50,11 €

In den letzten Jahren sind die Rechtspolitiker aller Parteien auf der ständigen Suche nach Möglichkeiten zur Entlastung der Justiz. Sie haben dabei die außergerichtliche Streitschlichtung durch verschiedene Einrichtungen und Berufsgruppen ins Gespräch gebracht. Das Bayerische Schlichtungsgesetz aus dem Jahre 2000 übertrug die Aufgabe der außergerichtlichen Streitschlichtung nach § 15 a EGZPO den Notaren. Aber auch außerhalb Bayerns gehört die Beilegung von Interessenskonflikten zur Alltagsarbeit des Notars. Die Aufgabe einer ausgewogenen Vertragsgestaltung verlangt vom Notar häufig, zwischen den Vertragsparteien durch Regelungs- und Gestaltungsvorschläge zu vermitteln. Schon aus diesem Grund ist ein Buch, das sich mit dieser Thematik befasst für jeden Notar von Interesse und in vielen Fällen ein Gewinn für die tägliche Arbeit.

Das von Grziwotz vorgelegte Werk besticht auf den ersten Blick durch das umfangreiche Literaturverzeichnis und zeigt, dass der Autor sich mit der Materie gründlich auseinandergesetzt hat. Er gliedert sein Buch in drei Teile: Mediation durch Notare, Obligatorische Streitschlichtung durch Notare, Schiedsrichterliche und schiedsgutachterliche Tätigkeit von Notaren.

Den größten Raum nimmt dabei naturgemäß das Kapitel über die Mediation ein. Die Darstellung der psychologischen Grundlagen der Streitschlichtung und des Interessensausgleichs folgt dabei hauptsächlich den Erkenntnissen von Haft (Verhandlung und Mediation. Die Alternative zum Rechtsstreit) und Fisher/

Ury/Patton (Das Harvard-Konzept: Sachgerecht verhandeln – erfolgreich verhandeln). Hier hätte m.E. eine vertiefende Darstellung der vielschichtigen psychologischen Ursachen von Interessengegensätzen erfolgen können und stärkerer Berücksichtigung der Erkenntnisse in dem ebenfalls vom Autor zitierten Werk des amerikanischen Psychologen Zimbardo.

Soweit es um typische Situationen bei der ausgewogenen Gestaltung notarieller Vereinbarungen geht, folgt der Autor der bewährten Methode von Langenfeld (Vertragstypen und Fallgruppen) und liefert hierzu eine Fülle von Beispielen mit denen ein Großteil der täglichen Gestaltungsarbeit bewältigt werden kann.

In dem Kapitel über die obligatorische Streitschlichtung stellt Grziwotz die rechtlichen Grundlagen und den Ablauf des Verfahrens nach den maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften dar und bietet auch eine Reihe von Formulierungsvorschlägen für das Schlichtungsverfahren an.

Aus dem dritten Kapitel, das sich mit schiedsrichterlicher und schiedsgutachterlicher Tätigkeit von Notaren befasst, verdienen insbesondere die umfangreichen Formulierungsvorschläge des Autors für die Schiedsgerichts- und Schiedsgutachtenklauseln in notariellen Verträgen hervorgehoben zu werden.

Dr. Theodor Zimmermann, Notar in Karlsruhe

Ebeling/Geck, Handbuch der Erbgemeinschaft und Erbauseinandersetzung im Zivil- und Steuerrecht, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 1998, Loseblattausgabe, 5. Auflage, Lieferung 32 (Stand Juni 2001) 504 Seiten, € 91,73.

Dieses Handbuch stellt in seinen fünf Teilen – Zivilrecht, Erbschaftsteuer, Einkommensteuer, Rentenbesteuerung, Grunderwerbsteuer – umfassend klar und verständlich das gesamte Recht der Erbengemeinschaft und der Erbaueinanderdsetzung dar. Besonders wertvoll ist die Fülle praktischer Fälle und vieler Berechnungsbeispiele, die die Autoren, die als Spezialisten des Erbrechts und des Erbschaftssteuerrechts bekannt sind, eingearbeitet haben.

In der 32. Ergänzungslieferung sind die zahlreichen Änderungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung, Verwaltungsauffassung und Literatur seit der 31. Ergänzungslieferung mit Stand April 2000 verarbeitet. Auch die bevorstehenden, allerdings eher redaktionellen Änderungen durch das *Steuereuroglättungsgesetz* sind, soweit sachlich geboten, berücksichtigt.

In Teil III liegt ein besonderer Schwerpunkt auf der Änderung der Rechtsprechung um *Abzug von Verlusten des Erblassers* bei dem Erben. Darüber hinaus sind insbesondere die durch das *Steuerbereinigungsgesetz 2001* verursachten Anpassungen im Rahmen des § 17 *EstG* berücksichtigt.

Teil IV wurde vor allem im Hinblick auf die neue Rechtsprechung des BGH aktualisiert. Erneut hat der X. Senat den Großen Senat zum Thema „*Versorgungsleistungen*“ angerufen.

Notar a.D. Keller, Stuttgart

Peter Hartmann, Kostengesetze, Beck'sche Kurzkommentare, Verlag C. H. Beck, 32. neubearbeitete Auflage. 2003, XXX, 1913 Seiten. In Leinen. € 99,00. ISBN 3-406-49833-7

Das Kostenrecht war seit der Voraufgabe vor einem Jahr wiederum Gegenstand zahlreicher Gesetzesänderungen. Weit über zwei Dutzend Gesetze und Verordnungen sind inzwischen in Kraft getreten, so namentlich das OLG-Vertretungsänderungsgesetz, das Gesetz über elektronische Register und Justizkosten für Telekommunikation, das Gesetz zur Einführung des Euro, das Gesetz zur Bereinigung von Kostenregelungen und die zahlreichen Änderungen der Kostenverfügung. Die Neuaufgabe zeigt den Stand von Anfang Oktober 2002 auch in Bezug auf Rechtsprechung und Literatur.

Hinweise zu dem in der letzten Legislaturperiode vom Deutschen Bundestag nicht mehr verabschiedete Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG), mit dessen Inkrafttreten Mitte des Jahres 2003 gerechnet wird, wurden vorsorglich bereits eingearbeitet. Die vom RVG abzulösende BRAGO wird aber wohl für alle Verträge vor Inkrafttreten des RVG anwendbar bleiben. Die Entwicklung der BRAGO wurde daher weiterhin gewissenhaft kommentiert.

Nicht nur die Aktualität sondern vor allem die problemorientierte, praxisnahe Kommentierung machen den „Hartmann“ zu einem unverzichtbaren Nachschlagewerk und Ratgeber aller mit Kostenrechtsfragen professionell befassten Richter, Notare,

Rechtsanwälte und ihrer Fachangestellten, Assessoren, Rechtspfleger, Bezirksrevisoren, Kostenbeamte, Bürovorsteher, Gerichtsvollzieher und Sachverständige.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Heidelberg

Weingärtner, Notarrecht. Bundeseinheitliche Vorschriften. Gesetze, Verordnungen, Erlasse, Merkblätter und Hinweise. Heymanns Köln, 8. aktualisierte Auflage 2003; Kunststoff. ISBN 3-452-25172-1. € 98

Zweck der Sammlung ist es, dem Notar und seinen Mitarbeitern alle bundeseinheitlichen Gesetze und Verordnungen, Erlasse und Merkblätter, wichtige Hinweise der Bundesnotarkammer, der Finanzverwaltung zusammengefasst zu Verfügung zu stellen. In dem nunmehr in 8. Auflage erschienenen Buch sind zusätzliche Merkblätter der Bundesnotarkammer und Hinweise der Ländernotarkammern sowie des Deutschen Notarinstituts abgedruckt worden, namentlich:

- Verordnung über Abschlagszahlungen bei Bauträgerverträgen vom 23. Mai 2001
- Rundschreiben Nr. 22/2001 der BNotK vom 10. 7. 2001 zur Reichweite der Mitwirkungsverbote und Dokumentationspflichten im Falle eines Sozietätswechsels
- Rundschreiben Nr. 31/2000 der BNotK vom 4. 9. 2000 zur notariellen Überwachung der Kaufpreiszahlung: Verwahrung oder Direktzahlung nach Fälligkeitsmitteilung (Bestätigung des Rundschreibens Nr. 1/96)
- Übersicht des Deutschen Notarinstituts über gesetzliche Vorkaufsrechte an Grundstücken (Bundesrecht)
- Rundschreiben Nr. 21/2000 der BNotK vom 13. 7. 2002 zur berufsrechtlichen Zulässigkeit und inhaltlicher Gestaltung von individuellen Internetseiten von Notaren
- Rundschreiben Nr. 22/2000 der BNotK vom 13. 7. 2002 zur Mediation in der beruflichen Außendarstellung
- Rundschreiben Nr. 46/2001 der BNotK vom 13. 12. 2001 zum Zugriff des Betriebsprüfers auf die EDV im Notariat.

Sehr verdienstvoll und eine wesentliche Unterstützung der notariellen Praxis ist die Literaturzusammenstellung zum notarrelevanten Internationalen Privatrecht, gegliedert nach internationales Familienrecht, Ehegüterrecht, Scheidungsrecht, eingetragene Lebenspartnerschaften, Erbrecht, Nachlassverfahrensrecht, internationales Gesellschaftsrecht. Als hilfreich erweisen sich auch die Übersichten zum Ehwirkungs- und Ehegüterrecht (Art. 14, 15 EGBGB).

Das Buch ist eine äußerst wertvolle Hilfe im notariellen Alltag und sehr zu empfehlen.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Heidelberg

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e.V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e.V., Karlsruhe.

Schriftleiter: Herbert Staudenmaier, Notar a.D., 73479 Ellwangen (Jagst), Veit-Hirschmann-Straße 10 (Tel. 0 79 61/56 08 66) und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, 69115 Heidelberg, Kurfürstenanlage 23 (Tel. 0 62 21/59 14 70).

Die BWNtZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstr. 34 (Tel. 07 11/2 23 79 51, Fax

07 11/2 23 79 56, E-mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31. 5. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt; Einzelhefte € 6,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: SCHNITZER DRUCK GmbH, Fritz-Klett-Str. 61–63, 71404 Korb (Tel. 0 71 51-3 03-0, Fax 0 71 51-3 59 68).

