

# BWNotZ

## 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 Achim Falk,  
Stuttgart

Notar Dr. Jürgen Rastätter,  
Karlsruhe

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)

**1/2005**

Januar  
Seiten 1-24

## Inhalt

### Abhandlungen

*Fröhler*

**Das Vorausvermächtnis zugunsten  
des Vorerben und der Erbnachweis vor  
sowie ab Eintritt des Nacherbfalls . . . . . 1**

*Zweifel*

**Ablehnung der Betreuung . . . . . 8**

**Rechtsprechung . . . . . 13**

**Buchbesprechungen . . . . . 22**

## Das Vorausvermächtnis zugunsten des Vorerben und der Erbnachweis vor sowie ab Eintritt des Nacherbfalls<sup>1</sup>

(von Notar Dr. Oliver Fröhler, Hinterzarten)

### 1. Problemstellung

Vorausvermächtnisse an den Alleinerben gelten nach Dernburg als „eine immerhin seltene Schöpfung juristischer Kunst“<sup>2</sup>. Die Anordnung von Zuwendungen durch Vorausvermächtnis an den Vorerben ist insbesondere unter Ehegatten gleichwohl ein beliebtes Gestaltungsmittel, um Nacherben lediglich beschränkt auf einen Einzelgegenstand vor Verfügungen des Vorerben bzw. vor Pflichtteilsansprüchen diesbezüglich Berechtigter auf den Tod des Vorerben zu schützen und gleichzeitig dem Vorerben das Restvermögen mit sofortiger dinglicher Wirkung frei von Verfügungsbeschränkungen und Kontrollrechten der Nacherben zukommen zu lassen. Auf diese Weise wird im Ergebnis eine gesetzlich grundsätzlich nicht vorgesehene gegenständliche Nacherbfolge erreicht.<sup>3</sup> Gleichzeitig werden die im Bürgerlichen Gesetzbuch verankerten Grundsätze der erbrechtlichen Universalsukzession bzw. des Damnationslegates für Vermächtnisse durchbrochen.<sup>4</sup> Neben diesen materiell rechtlichen Besonderheiten stellt sich die Frage, auf welche Weise insbesondere ab Eintritt des Nacherbfalls der Eigentumsübergang der dem Vorerben durch Vorausvermächtnis zugewendeten Gegenstände nach außen – etwa bei Grundbesitz gegenüber Grundbuchämtern – nachgewiesen werden kann.

Die nachfolgende Untersuchung beleuchtet daher nach einer einleitenden materiell rechtlichen Darstellung in ihrem Hauptteil die Problematik der Erbnachweiserbringung für Vorausvermächtniszugewendungen an Vorerben, insbesondere ab Eintritt des Nacherbfalls, und erarbeitet an Hand verschiedener Fallgruppen Lösungsmöglichkeiten, die durch Formulierungsvorschläge für Erbscheinanträge bzw. Erbscheine ergänzt sind. Zur weiteren Verdeutlichung wird die Abhandlung von einem Beispielfall mit entsprechenden Sachverhaltsvarianten begleitet.

### 2. Beispielfall

Die Eheleute F und M sind – beide als deutsche Staatsangehörige – in für sie jeweils zweiter Ehe miteinander verheiratet und haben keine gemeinsamen Abkömmlinge. Beide haben jeweils zwei Kinder aus erster Ehe. F und M

sind u.a. jeweils Miteigentümer zu  $\frac{1}{2}$  eines Grundstücks in A, F ist zudem u.a. Alleineigentümerin von Familiengrundbesitz in B. Zunächst verstirbt F, anschließend M. Beide haben formwirksam ein eigenhändiges gemeinschaftliches Testament errichtet. Darin setzt u.a. F den M zu ihrem alleinigen nichtbefreiten Vorerben ein, wobei der Nacherbfall mit dem Tod des M eintritt, zu Nacherben die Kinder der F aus erster Ehe zu untereinander gleichen Teilen, zu Ersatznacherben die jeweiligen Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge zum Zeitpunkt des Eintritts des Nacherbfalls berufen sind und dem M im Wege des Vorausvermächtnisses zur freien Verfügung – unbelastet durch die Nacherbschaft – mit Ausnahme des Familiengrundbesitzes in B das gesamte Vermögen der F einschließlich des o.g. Miteigentumsanteils von  $\frac{1}{2}$  am o.g. Grundbesitz in A zugeteilt wird. Das Nacherbenanwartschaftsrecht ist jeweils weder vererblich noch veräußerlich, ausgenommen Veräußerungen an den Vorerben. M hat für den Fall, dass er zeitgleich mit F oder nach F verstirbt, seine beiden Kinder aus erster Ehe zu untereinander gleichen Teilen zu Erben eingesetzt. Die Kinder des M, die in Besitz eines Erbscheins auf Ableben ihres Vaters sind, möchten wissen, ob ihnen der o.g. Grundbesitz in A bereits vollständig gehört und wie sie dies gegenüber dem Grundbuchamt nachweisen können. Ist der Fall anders zu beurteilen, wenn ein notariell beurkundetes Testament oder ein Erbvertrag vorläge?

### 3. Die materielle Rechtslage

Bei durch Vorausvermächtnis angeordneten Zuwendungen an Vorerben ist die Auslegungsrichtlinie des § 2110 Abs. 2 BGB zentrale gesetzliche Regelung. Danach erstreckt sich das Recht des Nacherben im Zweifel – soweit kein entgegenstehender Wille des Erblassers nachgewiesen und diese Vermutung dadurch nicht widerlegt wird – nicht auf ein dem Vorerben zugewendetes Vorausvermächtnis. Im Anwendungsbereich des § 2110 Abs. 2 BGB ist weiter zu unterscheiden, ob das Vorausvermächtnis – wie im hier behandelten Ausgangsfall – zugunsten eines Alleinvorerben oder eines von mehreren bzw. mehrerer, aber nicht aller Mitvorerben ausgesetzt wurde.

Ein durch Vorausvermächtnis bedachter Alleinvorerbe wird unter Anwendung des § 2110 Abs. 2 BGB mit dem Tod des Erblassers kraft Gesetzes sofort und ohne Zutun der Nacherben frei von der Nacherbfolge Eigentümer des ihm durch Vorausvermächtnis zugewendeten Gegenstandes. Das dem Alleinvorerben zugewendete Vorausvermächtnis entfaltet somit entgegen der nach § 2174 BGB zugunsten des Damnationslegates getroffenen gesetzlichen Grundentscheidung ausnahmsweise nicht lediglich schuldrechtliche, sondern unmittelbar dingliche Wirkung und ist Vindikationsvermächtnis.<sup>5</sup> Der Vorausvermächtnisgegen-

<sup>1</sup> Der Beitrag basiert auf einem während des 32. Fortbildungsseminars der südbadischen Notare am 09.10.2003 in Müllheim/Baden vorgetragenen Referat des Verfassers, der das Notariat Titisee-Neustadt leitet und Leiter der südbadischen Notarfortbildungsseminare des Badischen Notarvereins e.V. ist.

<sup>2</sup> Dernburg, Bürgerliches Recht 3. Aufl., zitiert bei Flad DGWR 1937, 233 (237).

<sup>3</sup> Vgl. Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, 2. Aufl. 2000, Rdnr. 545; ders. in: Münchener Vertragshandbuch Band 4, 2. Halbband, 4. Aufl. 1998, XVI. 14; zur Problematik einer diesbezüglichen Testamentsauslegung bei unklar formulierter letztwilliger Verfügung im Hinblick auf die allgemeine Auslegungsregel des § 2087 BGB vgl.: Natter JZ 1959, 151; Ember NJW 1982, 87 – hierzu wiederum kritisch Behrends/Avenarius in: Staudinger 13. Bearbeitung 1996, § 2100 BGB, Rdnr. 7 –; Schrader NJW 1987, 117.

<sup>4</sup> Lange/Kuchinke, Erbrecht 5. Aufl. 2001, § 29 II 1.

<sup>5</sup> Lange/Kuchinke, Erbrecht 5. Aufl. 2001, § 29 II 1 b.

stand tritt damit von selbst aus dem gebundenen Nachlass heraus und zugleich in das freie Vermögen des Vorerben ein, ohne dem in § 2139 BGB geregelten Anfallsrecht des Nacherben oder der Herausgabepflicht des Vorerben zu unterliegen.<sup>6</sup> Der durch das Vorausvermächtnis Bedachte erwirbt dabei nicht in seiner Eigenschaft als Vorerbe, sondern direkt kraft besonderen Rechtstitels gemäß §§ 2150, 2174 BGB zu seinem Eigenvermögen<sup>7</sup> und wird dadurch über die in den §§ 2136, 2137, 2138, 2130 BGB geregelten Befreiungstatbestände hinaus privilegiert. § 2110 Abs. 2 BGB fingiert dabei, dass ein dem bedachten Erben selbst zur Last fallendes und dadurch eigentlich durch Konfusion untergehendes Vorausvermächtnis gegenüber anderen Personen wie Nacherben, Mitvorerben oder übrigen Vermächtnisnehmern als wirksam anzusehen ist und direkt mit dem Ausgangserbfall von selbst in das freie Vermögen des bedachten Erben übergeht, ohne gemäß § 2143 BGB mit Eintritt des Nacherbfalls wieder aufzuleben und von den Nacherben erfüllt werden zu müssen.<sup>8</sup> Ist der Zuwendungsgegenstand z.B. in einem eigenhändigen Testament nicht ausdrücklich als Vorausvermächtnis bezeichnet, sondern wird darin ausschließlich deutlich, dass der Vorerbe ihn erhalten soll, muss zunächst durch Auslegung ermittelt werden, ob lediglich die Wichtigkeit des Gegenstandes hervorgehoben oder darüber hinaus auch dessen Bindung aus der Nacherbfolge aufgehoben werden sollte.<sup>9</sup>

Ist einer von mehreren bzw. sind mehrere, aber nicht alle Mitvorerben durch Vorausvermächtnis bedacht und wird die Auslegungsrichtlinie des § 2110 Abs. 2 BGB nicht widerlegt, erwirbt die Erbengemeinschaft einschließlich derjenigen Miterben, die nicht Vorausvermächtnisnehmer sind, den Vorausvermächtnisgegenstand kraft Gesetzes ebenso ohne Zutun der Nacherben zunächst zur gesamten Hand frei von jeglichen Nacherbenrechten.<sup>10</sup> Die Erbengemeinschaft ist sodann intern schuldrechtlich dazu verpflichtet, den Vorausvermächtnisgegenstand an die bedachten Vorausvermächtnisnehmer im Wege der Vermächtniserfüllung zu übertragen, bedarf dazu jedoch z.B. bei einem vorausvermächtnisweise zugewendeten Grundstück wegen § 2110 Abs. 2 BGB selbst dann, wenn die Vorerben nicht gemäß § 2136 BGB von den Verfügungsbeschränkungen des § 2113 Abs. 1 BGB befreit sind, keiner ansonsten nach § 2113 BGB erforderlichen und nach § 2120 BGB einklagbaren Einwilligung der Nacherben. Die dinglichen Rechtsfolgen des Vorausvermächtnisses wirken damit in derartigen Konstellationen ausschließlich zwischen der gesamten (Vor-) Erbengemeinschaft und den Nacherben, nicht jedoch auch innerhalb der (Vor-) Erbengemeinschaft zwischen (Vor-) Erbengemeinschaft und bedachten Mitvorerben. In eigenhändigen Testamenten stellt sich bei Einzelgegenstandszuweisungen mangels ausdrücklicher Bezeichnung häufig die Frage, ob eine Vorausvermächtniseinsetzung mit der vermuteten Rechtsfolge nach § 2110 Abs. 2 BGB oder eine Teilungsanordnung vorliegt. Von einem Vorausvermächtnis kann ausgegangen werden, wenn alternativ feststellbar ist, dass der Erblasser dem Bedachten die Entscheidung über die Übernahme des

Gegenstandes offenlassen wollte, die Übernahme unabhängig von der Erbenstellung möglich sein sollte, eine Erfüllung vor Erbauseinandersetzung möglich sein sollte oder der Erblasser bewusst einen unter dem Verkehrswert des Gegenstandes liegenden Übernahmepreis festgesetzt hat.<sup>11</sup> Die Auslegungsregel des § 2110 Abs. 2 BGB wird trotz Vorliegens eines Vorausvermächtnisses bei einem entsprechenden abweichenden Erblasserwillen mit der Folge durchbrochen, dass der betroffene Vorausvermächtnisgegenstand gleichwohl dem Nacherbenrecht und nicht lediglich einem Nachvermächtnisanspruch unterliegt. Ein solcher abweichender Erblasserwille wird z.B. dann angenommen, wenn das Ziel der Anordnung eines Vorausvermächtnisses ausschließlich darin liegt, einen Mitvorerben gegenüber den anderen Mitvorerben über seinen Erbteil hinaus durch Zuwendung eines Gegenstandes zu bevorzugen, ohne das Nacherbenrecht zu schmälern.

Soweit ein Grundstück bzw. ein Grundstücksrecht dem Alleinvorerben oder mehreren Mitvorerben durch Vorausvermächtnis zugewendet worden ist, darf im Grundbuch kein Nacherbenvermerk eingetragen werden, da die Nacherben aus vorstehend genannten Gründen über § 2110 Abs. 2 BGB mit sofortiger dinglicher Wirkung keine eigenen Rechte am Vorausvermächtnisgegenstand erhalten.<sup>12</sup>

Im obigen Beispielfall wurde zugunsten des Alleinvorerben M unzweifelhaft ein von Nacherbenrechten freies Vorausvermächtnis ausgesetzt. § 2110 Abs. 2 BGB findet demnach mit der Rechtsfolge Anwendung, dass u.a. der in Rede stehende Miteigentumsanteil der F an dem Grundstück in A kraft Gesetzes mit unmittelbarer dinglicher Wirkung in das freie Vermögen des M übergegangen ist.

#### 4. Der Erbnachweis

Fraglich ist, wie der Eintritt der Rechtsfolge nach § 2110 Abs. 2 BGB im Rechtsverkehr nach außen, insbesondere gegenüber Grundbuchämtern in der nach § 35 GBO vorgeschriebenen Form nachgewiesen werden kann. Hierbei ist zunächst zwischen durch eigenhändige Testamente einerseits und durch notariell beurkundete letztwillige Verfügungen andererseits ausgesetzten Vorausvermächtnissen zu unterscheiden. Des Weiteren ist danach zu differenzieren, ob der Erbnachweis vor oder ab Eintritt des Nacherbfalls erbracht werden soll.

##### a) Der Erbnachweis bei eigenhändigen Testamenten

###### (1) Vor Eintritt des Nacherbfalls

Gemäß § 35 Abs. 1 GBO kann der Nachweis der Erbfolge dann, wenn lediglich eigenhändige Testamente zugrunde liegen, ausschließlich durch einen Erbschein geführt werden. Dies gilt auch bei Vorausvermächtniszugewendungen an den Vorerben.<sup>13</sup> In § 2363 BGB ist ausdrücklich lediglich formuliert, in dem Erbschein neben der Bescheinigung des Erbrechts des Vorerben anzugeben, dass eine Nacherbfolge angeordnet ist, unter welchen Voraussetzungen sie eintritt,

<sup>6</sup> Behrends/Avenarius in: Staudinger 13. Bearbeitung 1996, § 2110 BGB, Rdnr. 4.

<sup>7</sup> Flad, DGWR 1937, 233.

<sup>8</sup> Behrends/Avenarius in: Staudinger 13. Bearbeitung 1996, § 2110 BGB, Rdnr. 7.

<sup>9</sup> BGH Z 32, 60, 62 f.

<sup>10</sup> Behrends/Avenarius in: Staudinger 13. Bearbeitung 1996, § 2110, BGB, Rdnr. 8.

<sup>11</sup> Otte in: Staudinger 13. Bearbeitung 1996, § 2150 BGB, Rdnr. 10 ff.

<sup>12</sup> OLG München JFG 23, 300 (302).

<sup>13</sup> Die Regelungen über ein nachlassgerichtliches Auseinandersetzungszeugnis nach § 36 GBO finden hier keine Anwendung, da sie nach Wortlaut und Zweck voraussetzen, dass zwei Rechtsübergänge, vom Erblasser an die Erbengemeinschaft, sodann von der Erbengemeinschaft an einen Miterben, stattfinden – vgl. Roth in: Meikel, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 1988 Band 2, § 36 GBO, Rdnr. 15 –, während der Vorausvermächtnisgegenstand hier von selbst sofort in das freie Vermögen des Vorerben übergeht

wer Nacherbe ist und – soweit der Erblasser entsprechende letztwillige Verfügungen getroffen hat – dass der Nacherbe auf dasjenige eingesetzt ist, was von der Erbschaft bei dem Eintritte der Nacherbschaft übrig sein wird, bzw. dass der Vorerbe zur freien Verfügung über die Erbschaft berechtigt ist. Dass die dem Vorerben zugewendeten Vorausvermächtnisgegenstände im Erbschein als von der Nacherbfolge nicht erfasst anzugeben sind, sieht der Wortlaut des § 2363 BGB zwar nicht vor, ist jedoch gleichwohl seit dem Beschluss des Kammergerichts vom 25.01.1940<sup>14</sup> anerkannt.<sup>15</sup> Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Erblasser setzte seine ihn überlebende Ehefrau zu seiner befreiten Alleinvorerbin ein und wendete ihr frei von der Nacherbschaft Vorausvermächtnisse zu. Das Nachlassgericht hat einen Vorerbenerbschein ohne ausdrücklichen Hinweis darauf erteilt, dass die Vorausvermächtnisgegenstände nicht dem Nacherbenrecht unterliegen, und die sodann begehrte Einziehung des Erbscheins abgelehnt. Die dagegen gerichtete Beschwerde wurde zurückgewiesen. Nach den Ausführungen des Kammergerichts auf die weitere Beschwerde der Witwe ist in einem Erbschein bei Vorausvermächtniszugewendungen an den Vorerben zwingend zu bescheinigen, dass die Vorausvermächtnisgegenstände nicht den Nacherbenrechten unterliegen.<sup>16</sup> Fehle ein entsprechender Zusatz, sei der Erbschein gemäß § 2361 BGB als unrichtig einzuziehen. Das Kammergericht schlägt dabei die Formulierung „... Vorerbin mit der Maßgabe, dass sich nach § 2110 Abs. 2 BGB das Recht der Nacherben auf die folgenden, etwa zum Nachlasse gehörigen Gegenstände nicht erstreckt: ...“ vor.<sup>17</sup> Die Entscheidung stellt klar, dass die Rechtsfolge aus § 2110 Abs. 2 BGB keine Befreiung im Sinne der in § 2363 BGB erwähnten §§ 2136 bzw. 2137 BGB, sondern vielmehr eine Beschränkung der gesamten Nacherbschaft darstelle. Da die unmittelbare dingliche Wirkung des § 2110 Abs. 2 BGB „im Ergebnisse hinsichtlich der Verfügungsmacht des Vorerben einer über den § 2136 BGB hinausgehenden Befreiung gleichkommt“ und über den Wortlaut des § 2363 BGB hinaus auch die Befreiung von einzelnen der in § 2136 BGB bezeichneten Beschränkungen im Vorerbschein anzugeben ist, müsse im Erbschein die Rechtsfolge des § 2110 Abs. 2 BGB im Wege eines Erst-recht-Schlusses und wegen des Erbscheinzweckes, die Erben im Rechtsverkehr zutreffend auszuweisen, ausdrücklich aufgeführt werden.<sup>18</sup> Ob das dort bescheinigte Erbrecht dogmatisch insgesamt als Vorerbenrecht oder gegenständlich differenziert als Vorerben- (gesamter Nachlass ohne den Vorausvermächtnisgegenstand) bzw. Vollerbenrecht (Vorausvermächtnisgegenstand) einzuordnen ist, wird sogleich im Rahmen der Untersuchung für den Zeitraum ab Eintritt des Nacherbfalls erörtert.

Hätte im oben dargestellten Beispielfall der M zu seinen Lebzeiten selbst noch einen Erbschein auf Ableben seiner Ehefrau F beantragt, hätte dieser mit folgendem Wortlaut erteilt werden müssen: „F ist von M alleine beerbt worden. Nacherbfolge ist angeordnet. Sie tritt mit dem Tod des Vorerben ein. Nacherben sind die Kinder K1 und K2 der F. Ersatznacherbfolge ist angeordnet. Ersatznacherben sind

die Abkömmlinge eines weggefallenen Nacherben. Das Nacherbenanwartschaftsrecht ist jeweils weder vererblich noch veräußerlich, ausgenommen Veräußerungen an den Vorerben. Das Recht der Nacherben erstreckt sich nicht auf das mit Ausnahme des Grundbesitzes der F in B (genauer Grundbuchbeschreibung) gesamte sonstige Vermögen, das dem M gemäß § 2110 Abs. 2 BGB als Vorausvermächtnis zugewendet worden ist.“

## (2) Ab Eintritt des Nacherbfalls

Ein Erbschein nach § 2363 BGB wird mit dem Eintritt des Nacherbfalls unrichtig und muss daher gemäß § 2361 Abs. 1 BGB durch das Nachlassgericht eingezogen werden.<sup>19</sup> Hieraus folgt zugleich, dass ein derartiger Vorerbenerbschein ab Eintritt des Nacherbfalls – zumindest ohne ausdrücklichen Hinweis auf den zwischenzeitlichen Eintritt des Nacherbfalls<sup>20</sup> – auch nicht erstmals erteilt werden darf. Gleichwohl besteht vielfach ein Bedürfnis dafür, auch nach Eintritt des Nacherbfalls durch Erbschein den Nachweis darüber führen zu können, dass der Vorerbe durch Vorausvermächtnis zugewendetes Vermögen frei von Rechten der Nacherben zu Eigentum erworben hat. Im obigen Beispielfall ist die Nacherbfolge nach F durch den Tod des M eingetreten. M hatte es zu Lebzeiten versäumt, die Erteilung eines Vorerbenerbscheins zu beantragen. Materiell rechtlich ist M gemäß § 2110 Abs. 2 BGB kraft Gesetzes frei von den Rechten der Nacherben Eigentümer u.a. des Miteigentumsanteils der F von  $\frac{1}{2}$  am Grundbesitz in A geworden, der damit ebenso wie der andere – bereits vor dem Tod der F zum Vermögen des M gehörende – Miteigentumsanteil von  $\frac{1}{2}$  daran im Wege der Erbfolge auf Ableben des M an dessen beide Kinder übergegangen ist. Während die Kinder des M hinsichtlich des dem M von Anfang an gehörenden Anteils mit Hilfe des Erbscheins auf Ableben des M unproblematisch Grundbuchberichtigung herbeiführen können, gestaltet sich der Erbnachweis hinsichtlich des aus dem ursprünglichen Vermögen der F stammenden Anteils nunmehr als problematisch.

Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass auch in derartigen Konstellationen ein Erbnachweis möglich sein muss. Andernfalls blieben u.a. zahlreiche Grundbücher, die vor Eintritt des Nacherbfalls nicht mehr durch Erbschein samt entsprechendem Vermerk nach § 2110 Abs. 2 BGB berichtigt worden sind, ab Eintritt des Nacherbfalls unrichtig.

Fraglich ist jedoch, welchen Inhalt ein derartiger Erbschein haben muss. Denkbar sind dabei zwei Varianten, bei denen wiederum jeweils nach der Perspektive des früheren Vorerben als Vorausvermächtnisnehmer einerseits bzw. der Nacherben, denen der Vorausvermächtnisgegenstand nicht mehr zufallen konnte, andererseits zu unterscheiden ist. Zugunsten des Vorausvermächtnisnehmers kommt zum Einen ein Vollerbenerbschein in Betracht, der ein Erb-recht bescheinigt, das gegenständlich auf das dem früheren Vorerben vorausvermächtnisweise zugewendete Vermögen beschränkt ist. Zum Anderen könnte ein Erbschein entsprechend § 2363 BGB erteilt werden, in dem ausdrücklich klargestellt wird, dass die Nacherbfolge bereits eingetreten ist.

<sup>14</sup> KG JFG 21, 122.

<sup>15</sup> OLG Hamm Rpfleger 1996, 504; Behrends/Avenarius in: Staudinger 13. Bearbeitung 1996, § 2110 BGB, Rdnr. 10; Grunsky in: Münchener Kommentar 3. Aufl. 1997, § 2110 BGB, Rdnr. 3; Johannsen in: RGRK 12. Aufl. 1974, § 2110 BGB, Rdnr. 4; Technau BWNNotZ 1984, 63 (65 f.).

<sup>16</sup> KG JFG 21, 122 (125).

<sup>17</sup> KG JFG 21, 122 (127).

<sup>18</sup> KG JFG 21, 122 (126).

<sup>19</sup> OLG Hamm NJW 1974, 1827 (1828).

<sup>20</sup> Zur Erteilung eines derartigen Erbscheins nach § 2363 BGB mit ausdrücklichem Hinweis auf den zwischenzeitlichen Eintritt des Nacherbfalls vgl. unten (b).

**(a) Gegenständlich beschränkter Vollerbenerbschein**

Die Zulässigkeit eines gegenständlich auf das dem früheren Vorerben zugewendete Vorausvermächtnisvermögen beschränkten Vollerbenerbscheins setzt voraus, dass der Vorerbe hinsichtlich der Vorausvermächtnisgegenstände Vollerbe geworden ist und ein gegenständlich beschränkter Erbschein zulässig ist.

Fraglich ist daher zunächst, wie der von § 2110 Abs. 2 BGB ausgelöste, unmittelbar dinglich wirkende, mit dem Tod des Erblassers kraft Gesetzes eintretende Eigentumserwerb des Vorerben frei von Nacherbenrechten dogmatisch einzustufen ist. Nach einer Ansicht handelt es sich auch hier lediglich um ein Vermächtnis des Vorerben, das jedoch ausnahmsweise in der durch das Bürgerliche Gesetzbuch ansonsten, wie aus § 2174 BGB ersichtlich ist, abgelehnten Form des römischrechtlichen Vindikationslegats auftritt.<sup>21</sup> Demgegenüber löst § 2110 Abs. 2 BGB nach einer anderen Ansicht zusätzlich eine zweigeteilte Erbinsetzung dergestalt aus, dass der Vorerbe hinsichtlich des ihm vorausvermachten Gegenstandes in Durchbrechung der bewussten Abkehr des Gesetzgebers von der gemeinrechtlichen „*institutio ex re certa*“ Vollerbe ist und im Übrigen Vorerbe bleibt.<sup>22</sup> Beide Ansätze gleichen sich zunächst darin, dass sie jeweils eine Durchbrechung eines gesetzlich vorgesehenen Grundprinzips voraussetzen, die Vermächtnistheorie durchbricht den Grundsatz des Damnationslegats durch Annahme eines Vindikationsvermächtnisses, die Vollerbentheorie arbeitet mit der Durchbrechung des grundsätzlichen Verbotes einer gegenständlich beschränkten Vor- bzw. Vollerbenstellung. Der letztgenannten Vollerbentheorie ist der Vorzug zu geben, da sie den klareren und konsequenteren Lösungsweg aufzeigt. So sind Nachlassspaltungen und deren ausdrückliche Benennung im Erbschein in verschiedenen speziellen Konstellationen anerkannt, etwa bei einer Hoffolge im Anwendungsbereich der HöfeO oder des früheren Reichserbhofrechts bzw. landesrechtlicher Anerbenbestimmungen in Form eines Erbscheins, der zusätzlich auch die Hoffolge bescheinigt, eines ausschließlichen Hoffolgezeugnisses oder eines auf das hoffreie Vermögen beschränkten Erbscheins,<sup>23</sup> wenn Nachlassteile im Ausland belegen sind und Art. 3 Abs. 3 EGBGB Anwendung findet – der Eigenrechtserbschein nach deutschem Recht schließt im Ausland belegene Nachlassteile von der Bescheinigung des Erbrechts ausdrücklich aus, wenn die „*lex rei sitae*“ für die nach deutschem IPR eigentlich dem deutschen Sachrecht unterliegende Erbfolge insoweit, nicht jedoch für den gesamten Nachlass<sup>24</sup>, die

Anwendung des eigenen Sachrechts beansprucht; ebenso im innerdeutschen Kollisionsrecht nach Art. 3 Abs. 3 EGBGB in Verbindung mit § 25 Abs. 2 RAG bei Erbfällen zwischen dem 01.01.1976 und dem 03.10.1990 hinsichtlich im Gebiet der früheren DDR belegenen Grundbesitzes, wenn der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt im alten Bundesgebiet hatte, für die das ZGB anwendbar ist<sup>25</sup> –,<sup>26</sup> wenn durch Rückverweisung nach Art. 4 EGBGB bzw. aufgrund Rechtswahl deutsches Recht für Nachlassteile (z.B. bei britischem Erblasser mit Grundbesitz und letztem Wohnsitz in Deutschland für die in Deutschland belegenen Immobilien und das gesamte bewegliche Vermögen) anwendbar ist<sup>27</sup> und ausdrücklich kraft Gesetzes nach § 2369 BGB bei Fremdrechtserscheinen für in Deutschland belegene und nach ausländischem Recht zu beurteilende Nachlassteile von Ausländern.<sup>28</sup> Darüber hinaus ist zu beachten, dass der Vorerbe bis zum Eintritt des Nacherbfalls hinsichtlich des gesamten Nachlasses – bezüglich des Vorausvermächtnisgegenstandes sogar ein nicht den Nacherbenrechten unterliegender – Erbe ist, sich die gegenständliche Beschränkung damit bis zum Eintritt des Nacherbfalls ausschließlich auf die Begrenzung durch Nacherbenrechte bezieht und das Erbrecht des früheren Vorerben an dem der Nacherbfolge unterliegenden Vermögen erst mit Eintritt des Nacherbfalls ex nunc entfällt. Da der Vorerbe bis zum Eintritt des Nacherbfalls – wenn auch differenziert nach Nachlassteilen, die den Nacherbenrechten unterliegen, und solchen, die in das freie Vermögen des Erben übergehen – Erbe ist, kann der in Rede stehende gegenständlich beschränkte Vollerbenerbschein erst ab Eintritt des Nacherbfalls erteilt werden. Vorher ist ausschließlich ein den gesamten Nachlass erfassender Erbschein zulässig, der durch den ausdrücklichen Ausschluss der Vorausvermächtnisgegenstände aus der Nacherbenbindung dogmatisch als Vor- und Vollerbenerbschein qualifiziert werden muss.

Unabhängig von der dogmatischen Einstufung der Vorausvermächtniszugewendung an den Vorerben dürfte die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins ab Eintritt des Nacherbfalls nicht ausgeschlossen sein. Fraglich ist, ob sich ein derartiger Ausschluss aus der Rechtsprechung zum Rückerstattungs- und Lastenausgleichsrecht ableiten lässt. Dabei sind insbesondere die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes vom 05.12.1950<sup>29</sup> und 03.12.1975<sup>30</sup> sowie des Oberlandesgerichts Hamm

<sup>21</sup> Behrends/Avenarius in: Staudinger 13. Bearbeitung 1996, § 2110 BGB, Rdnr. 7; ein Vindikationslegat bei § 2110 Abs. 2 BGB bejahen, ohne ausdrücklich eine gegenständlich beschränkte Vollerbschaft abzulehnen, Lange/Kuchinke, Erbrecht 5. Aufl. 2001, § 29 II 1 b.

<sup>22</sup> KG JFG 21, 122 (125 f.) „insoweit Vollerbe“; OLG München JFG 23, 300 (302) „insoweit Vollerbe“; BGH Z 32, 60 (62, Fn.1) „kraft Erbrechts“; Otte in: Staudinger 13. Bearbeitung 1996, § 2150 BGB, Rdnr. 4; Behrends in: Staudinger 12. Aufl. 1989, § 2110 BGB, Rdnr. 7; Johannsen in: RGRK 12. Aufl. 1974, § 2110 BGB, Rdnr. 3.

<sup>23</sup> Hense DNotZ 1952, 205; Promberger in: Münchener Kommentar 3. Aufl. 1997, § 2353 BGB, Rdnr. 54 ff.

<sup>24</sup> Beansprucht das Belegenheitsrecht für die Erbfolge hinsichtlich des gesamten Nachlasses und nicht nur für den bei sich belegenen Nachlassteil die Anwendung eigenen Rechts, ist Art. 3 Abs. 3 EGBGB nicht anwendbar, es liegt vielmehr ein hinkendes Rechtsverhältnis mit der Folge zugrunde, dass ein unbeschränkter Eigenrechtserbschein nach deutschem Recht zu erteilen ist, der im ausländischen Belegenheitsland nicht anerkannt wird. Um auch insoweit einen Erbnachweis zu erhalten, muss im Belegenheitsland ebenfalls ein unbeschränkter Erbschein nach dortigem Recht beantragt werden, vgl. Schotten, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 1995, Rdnr. 52.

<sup>25</sup> BGH Z 131, 22; Heldrich in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch 63. Aufl. 2004, Art. 25 EGBGB, Rdnr. 24.

<sup>26</sup> BayObLG NJW 1960, 775; KG Rpfleger 1984, 358; a.A. Edenhofer in: Palandt 63. Aufl. 2004, § 2353 BGB, Rdnr. 1; Weithase Rpfleger 1985, 267 (271).

<sup>27</sup> Promberger in: Münchener Kommentar 3. Aufl. 1997, § 2369 BGB, Rdnr. 4.

<sup>28</sup> Im Gegensatz dazu wird eine Sonderrechtsnachfolge bestimmter Miterben in Gesellschaftsanteile bei einfachen bzw. qualifizierten Nachfolgeklauseln wegen der Kollision zwischen Erbrecht (aus dem die Gesellschafterstellung der Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft resultieren müsste) und Gesellschaftsrecht (mit der bei einer Erbengemeinschaft bis zu deren Auseinandersetzung bestehenden Haftungsbegrenzung auf den Nachlass bzw. weiteren Möglichkeit der Haftungsbeschränkung durch Maßnahmen der Nachlassverwaltung bzw. der Nachlassinsolvenz ist der gesellschaftsrechtliche Grundsatz der unbeschränkten Haftung der einzelnen Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten (§ 128 HGB) nicht vereinbar) nicht ausdrücklich im Erbschein vermerkt, der Gesellschaftsanteil teilt sich vielmehr nach Maßgabe der gesellschaftsvertraglich und erbrechtlich vorgesehenen Quotierung, sonst entsprechend der Erbquote auf die Miterben auf, die dadurch einzeln Gesellschafter werden – vgl. dazu Leipold in: Münchener Kommentar 3. Aufl. 1997, § 1922 BGB, Rdnr. 37.

<sup>29</sup> BGH Z 1, 9.

<sup>30</sup> BGH NJW 1976, 480.

vom 10.05.1968<sup>31</sup> maßgebend. Die Leitentscheidung des Bundesgerichtshofes vom 05.12.1950 erging auf eine Vorlegung des in weiterer Beschwerde angerufenen zuständigen Oberlandesgerichts zur Klärung der Frage, ob in einem in der damalige Britischen Zone anhängigen Verfahren auf Rückerstattung von Vermögensgegenständen zur Erteilung eines Erbscheins auf Ableben einer erstattungsberechtigten Person, der Vermögen in der Zeit vom 30.01.1933 bis 08.05.1945 aus Gründen der Rasse, Religion, Nationalität, Weltanschauung oder politischen Gegnerschaft gegen den Nationalsozialismus entzogen worden ist, vom Nachlassgericht gemäß §§ 2253 ff. BGB zurecht die Vorlage von öffentlichen Urkunden über den Tod der berechtigten Person aufgegeben wurde oder ob die in Art. 43 des Rückerstattungsgesetzes für die Britische Zone enthaltene Todesvermutung für Rückerstattungsverfahren auch im Erbscheinverfahren gilt. In diesem Zusammenhang stellt der Bundesgerichtshof fest, dass ein Erbschein ungeachtet des Verwendungszwecks für Rückerstattungsansprüche ausschließlich nach Maßgabe der einschlägigen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches und nur in dem dort geregelten Verfahren bei dem nach §§ 72 und 73 FGg für zuständig erklärten Nachlassgericht zu erwirken ist.<sup>32</sup> Dabei heißt es hinsichtlich des in Rede stehenden Erbscheins für das Rückerstattungsverfahren wörtlich weiter: „Soweit er nur für diese Zwecke benötigt wird, genießt seine Erteilung kostenrechtliche Vorteile, ohne dass aber sonst seine Wirksamkeit beschränkt wird. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt nur Erbscheine, die sich auf das gesamte in- und ausländische Vermögen des Erblassers beziehen, oder unter bestimmten Voraussetzungen solche, die sich nur auf im Inland befindliche Gegenstände beziehen (§ 2369 aaO). Auch der für das Rückerstattungsverfahren benötigte Erbschein ist entweder ein allgemeiner oder ein für inländisches Vermögen gültiger, ohne im letzten Fall sich nur auf zurückzuerstattendes Vermögen zu beschränken.“<sup>33</sup> In dem Beschluss wird damit insbesondere zum Ausdruck gebracht, dass innerhalb derselben Erbfolge – hier auf Ableben der möglicherweise rückerstattungsberechtigten Erblasserin – nicht je nach Verwendungszweck des Erbscheins jeweils anderes Verfahrensrecht zugrunde gelegt und damit möglicherweise gegenstandsbezogen – hier für Rückerstattungsansprüche einerseits und sonstiges Nachlassvermögen andererseits – unterschiedlich entschieden werden kann. Damit wird deutlich, dass die Entscheidung lediglich solche gegenständlich beschränkten Erbscheine für unzulässig erachtet, die nur für einen Teil eines einheitlich vererbten Vermögens erstellt werden sollen. Im Gegensatz dazu betrifft § 2110 Abs. 2 BGB den davon abweichenden Fall, dass der ab Eintritt des Nacherbfalls in Rede stehende Erbschein das gesamte dem Vorerben vorausvermächtnisweise zugewendete Vermögen (und nicht nur Teile davon) erfasst, während der übrige Nachlass kraft Gesetzes auf die gegenüber den Vorerben personenverschiedenen Nacherben übergegangen ist, die ihrerseits einen eigenen Erbschein für diese gesonderte Erbfolge beantragen können. Die vorstehende Gerichtsentscheidung findet damit auf die hier behandelte Problematik der Erbscheinerteilung bei § 2110 Abs. 2 BGB ab Eintritt des Nacherbfalls keine Anwendung, da sie einen gegenständlich beschränkten Erbschein bei einer Nachlassspaltung nur

dann ausschließt, wenn die Bescheinigung lediglich einen Teil eines einheitlich vererbten Vermögens (im Beispielfall ausschließlich den Miteigentumsanteil von 1/2 am Grundbesitz in A) und nicht das gesamte einheitlich vererbte Vermögen erfasst.<sup>34</sup> Gleiches gilt für den Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 03.12.1975. Danach wurde auf eine Vorlegung des in weiterer Beschwerde angerufenen zuständigen Kammergerichts entschieden, dass das Amtsgericht Berlin-Schöneberg für die Erteilung eines Erbscheins nach einem mit letztem Wohnsitz im damaligen Gebiet der DDR verstorbenen deutschen Erblasser interlokal und örtlich zuständig ist, wenn sich im Gebiet der damaligen Bundesrepublik Deutschland keine Nachlassgegenstände befinden und der Erbschein zur Geltendmachung von Lastenausgleichsansprüchen begehrt wird. Im Rahmen der Prüfung der örtlichen Zuständigkeit wird eine Anwendung der Regelungen der Belegenheitszuständigkeit nach § 73 Abs. 3 bzw. § 74 FGg durch Gleichstellung von Lastenausgleichsansprüchen einerseits und Vorhandensein von Nachlassgegenständen andererseits verneint, um zu vermeiden, dass dadurch ein auf Lastenausgleichsansprüche gegenständlich beschränkter Erbschein unter Ausblendung eines eventuellen sonstigen, nach gleichem Erbecht vererbten Vermögens erteilt würde. Dabei wiederholt der Bundesgerichtshof seine soeben dargestellten Ausführungen zu gegenständlich beschränkten Erbscheinen, die jedoch ebenfalls lediglich Konstellationen betreffen, in denen die gegenständliche Beschränkung nur einen Teil einer einheitlich vererbten Vermögensmasse, nicht jedoch das gesamte einheitlich auf dieselben Erben übergegangene Vermögen erfasst,<sup>35</sup> und die daher auf Vorausvermächtniszugewendungen an Vorerben gemäß § 2110 Abs. 2 BGB ab Eintritt des Nacherbfalls keine Anwendung finden. Gleiches gilt für die Entscheidung des OLG Hamm vom 10.05.1968, nach der ebenfalls die Erteilung eines auf Lastenausgleichsansprüche gegenständlich beschränkten Erbscheins zumindest dann ausscheidet, wenn ein allgemeiner Erbschein derartige Ansprüche miterfassen würde.<sup>36</sup> Auch diese Entscheidung ist auf die Konstellation einer Erbscheinerteilung bei Vorausvermächtniszugewendungen an den früheren Vorerben gemäß § 2110 Abs. 2 BGB ab Eintritt des Nacherbfalls nicht anwendbar. Eine gegenständliche Beschränkung eines Erbscheines auf bestimmte Vermögensgegenstände ist vielmehr dann möglich, wenn sie nicht willkürlich, sondern auf Grund gesetzlicher oder durch Rechtsfortbildung gewonnener Annahme beruht.<sup>37</sup> § 2110 Abs. 2 BGB stellt wie soeben dargelegt eine derartige gesetzliche Ausnahme dar. Ab Eintritt des Nacherbfalls ist damit ein gegenständlich auf das gesamte durch Vorausvermächtnis zugewendete Vermögen beschränkter Vollerbenerbschein zulässig und mit folgendem Wortlaut zu beantragen: „F ist von M alleine gegenständlich beschränkt auf das mit Ausnahme des Grundbesitzes der F in B (genauer Grundbuchbeschreibung) gesamte sonstige Vermögen, das dem M gemäß § 2110

<sup>31</sup> OLG Hamm NJW 1968, 1682.

<sup>32</sup> BGH Z 1, 9 (15).

<sup>33</sup> BGH Z 1, 9 (15).

<sup>34</sup> Im Gegensatz dazu kann nach § 55 Abs. 2 Bayerische Nachlassordnung vom 20.03.1903 Erben, die einen Erbschein lediglich für einen Einzelfall als Nachweis benötigen, aus Kostengründen ein gegenständlich beschränkter Erbschein erteilt werden – dazu Beck DNotZ 1951, 504; BayObLG 18 (1918), 225.

<sup>35</sup> BGH NJW 1976, 480 (482).

<sup>36</sup> OLG Hamm NJW 1968, 1682.

<sup>37</sup> Promberger in: Münchener Kommentar 3. Aufl. 1997, § 2353 BGB, Rdnr. 48.

Abs. 2 BGB als Vorausvermächtnis zugewendet worden ist, beerbt worden.”

Soweit die Nacherben ihrerseits nach Eintritt des Nacherbfalls einen Erbschein beantragen, ist darin klarzustellen, dass sich das Erbrecht der Nacherben nicht auf die dem Vorerben gemäß § 2110 Abs. 2 BGB zugewendeten Vorausvermächtnisgegenstände erstreckt. Der Antrag ist auf Erteilung folgenden Erbscheins zu richten: „F ist von ihren Kindern K1 und K2 zu jeweils 1/2 Erbteil beerbt worden. Das Erbrecht erstreckt sich nicht auf das mit Ausnahme des Grundbesitzes der F in B (genauer Grundbuchbeschrieb) gesamte sonstige Vermögen, das durch Vorausvermächtniszugewendung gemäß § 2110 Abs. 2 BGB aus dem Nachlass ausgeschieden ist.”

Beide Erbfolgen können auch in einem gemeinsamen Erbschein – einem Doppelerbschein<sup>38</sup> – zusammengefasst werden. Dies setzt jedoch voraus, dass sowohl der Vorerbe bzw. (zumindest einer) dessen Gesamtrechtsnachfolger als auch die (bzw. zumindest einer der) Nacherben einen entsprechenden Erbscheinsantrag gestellt haben. Eine Antragstellung alleine durch den früheren Vorerben (bzw. dessen Gesamtrechtsnachfolger) oder alleine durch die Nacherben ist nicht ausreichend, da beide Gruppen in sich abgeschlossene Erbfolgen betreffen und ein Erbschein für jede Erbfolge gemäß § 2353 BGB jeweils nur aufgrund eines Antrages erteilt werden darf. Umgekehrt ist das Nachlassgericht daran gehindert, die Erteilung des gegenständlich auf die Vorausvermächtniszugewendung nach § 2110 Abs. 2 BGB beschränkten Vollerbscheins von der gleichzeitigen Mitbescheinigung der Nacherbfolge in demselben Erbschein abhängig zu machen. Wenn gemäß § 2353 2. Alt. BGB einem Miterben die Möglichkeit eröffnet ist, alleine die Erteilung eines Erbscheins über seinen bruchteilsmäßigen Erbteil zu beantragen, muss erst recht der kraft Gesetzes gemäß § 2110 Abs. 2 BGB gegenständlich beschränkte Vollerbe ohne Mitwirkung der Nacherben die Erteilung eines Alleinerbscheins beantragen können. Häufig bestehen in Fällen des § 2110 Abs. 2 BGB zwischen dem mit einem Vorausvermächtnis bedachten Vorerben und den Nacherben – insbesondere im Verhältnis zwischen Stiefelternteilen (bzw. deren Abkömmlingen) zu Stiefkindern – Interessengegensätze bzw. Spannungen, aufgrund derer Nacherben, die ihrerseits keinen Erbschein über ihr Nacherbrecht benötigen, nicht bereit sind, dem Vorausvermächtnisnehmer (bei Eintritt des Nacherbfalls zu Lebzeiten des Vorerben) bzw. dessen Rechtsnachfolgern (bei Eintritt des Nacherbfalls mit dem Tod des Vorerben) durch Stellung eines eigenen Erbscheinsantrages hinsichtlich der Nacherbfolge einen Erbnachweis für die Vorausvermächtniszugewendung zu ermöglichen.

#### **(b) Erbschein entsprechend § 2363 BGB mit Hinweis auf bereits eingetretene Nacherbfolge**

Soweit der vorstehenden Ansicht nicht gefolgt und die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Vollerben-erbscheins abgelehnt wird, muss der Nachweis des direkten Übergangs der Vorausvermächtnisgegenstände in das freie ungebundene Vermögen des Vorerben auf andere Weise nachgewiesen werden können. Andernfalls blieben etwa bei vorausvermächtnisweiser Zuwendung von Grund-

besitz zahlreiche Grundbücher dauerhaft unrichtig. Hierzu kommt hilfsweise die Erteilung eines Voll- und Vorerbenerbscheins in Betracht, in dem neben der oben dargestellten Rechtsfolge aus § 2110 Abs. 2 BGB ausdrücklich auf den zwischenzeitlichen Eintritt des Nacherbfalls hingewiesen wird. Zwar wird überwiegend angenommen, nach Eintritt des Nacherbfalls könne kein Erbschein nach § 2363 BGB mehr erteilt werden, da andernfalls ein nicht mehr bestehendes Erbrecht des Vorerben bezeugt würde.<sup>39</sup> Dabei wird jedoch nicht hinreichend bedacht, dass auch nach dem Erbfall ein Bedürfnis dafür bestehen kann, die lediglich ex nunc mit Eintritt des Nacherbfalls und nicht ex tunc weggefallene Rechtsstellung des Vorerben nach außen nachzuweisen. Auch noch nach Eintritt des Nacherbfalls ist ein derartiger Erbschein zulässig, wenn darin durch einen ausdrücklichen Zusatz klargestellt wird, dass der Vorerbe mit zwischenzeitlichem Eintritt des Nacherbfalls hinsichtlich des nicht von Vorausvermächtniszugewendungen erfassten Vermögens kein Erbe mehr ist.<sup>40</sup> Dieser Erbschein müsste folgenden Wortlaut haben: „F ist von M alleine beerbt worden. Nacherbfolge ist angeordnet. Sie tritt mit dem Tod des Vorerben ein. Nacherben sind die Kinder K1 und K2 der F. Ersatznacherbfolge ist angeordnet. Ersatznacherben sind die Abkömmlinge eines weggefallenen Nacherben nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge. Das Recht der Nacherben erstreckt sich nicht auf das mit Ausnahme des Grundbesitzes der F in B (genauer Grundbuchbeschrieb) gesamte sonstige Vermögen, das dem M gemäß § 2110 Abs. 2 BGB als Vorausvermächtnis zugewendet worden ist. Das Nacherbenanwartschaftsrecht ist jeweils weder vererblich noch veräußerlich, ausgenommen Veräußerungen an den Vorerben. Die Nacherbfolge ist mit dem Tod des Vorerben am (Datum) eingetreten.”

War dem Vorerben vor Eintritt des Nacherbfalls bereits ein Erbschein mit ausdrücklichem Vermerk nach § 2110 Abs. 2 BGB erteilt worden, könnte – in Anlehnung an die Behandlung von Erbscheinen bei nachträglichem Wegfall einer ursprünglich angeordneten Testamentsvollstreckung durch vollständige Aufgabenerledigung<sup>41</sup> – erwogen werden, den zwischenzeitlichen Eintritt des Nacherbfalls ausdrücklich auf dem Erbschein zu vermerken und dadurch eine Erbscheineinziehung samt kostenträchtiger Erbscheineinziehung zu vermeiden.

Soweit die Nacherben ihrerseits nach Eintritt des Nacherbfalls einen Erbschein beantragen, ist darin wiederum klarzustellen, dass sich das Erbrecht der Nacherben nicht auf die dem Vorerben gemäß § 2110 Abs. 2 BGB zugewendeten Vorausvermächtnisgegenstände erstreckt. Der Antrag ist auf Erteilung folgenden Erbscheins zu richten: „F ist von ihren Kindern K1 und K2 zu jeweils 1/2 Erbteil beerbt worden. Das Erbrecht erstreckt sich nicht auf das mit Ausnahme des Grundbesitzes der F in B (genauer Grundbuchbeschrieb) gesamte sonstige Vermögen, das durch Vorausvermäch-

<sup>39</sup> OLG Hamm NJW 1974, 1827 (1828).

<sup>40</sup> LG Bonn MittRhNotK 1984, 123 (124); Promberger in: Münchener Kommentar 3. Aufl. 1997, § 2353 BGB, Rdnr. 9; zu weitgehend Schmidt BWNotZ 1966, 139 Fn.3, nach dessen Ansicht der Vorerbschein gänzlich unverändert, mithin ohne Zusatz über den zwischenzeitlichen Eintritt der Nacherbfolge fortbestehen soll.

<sup>41</sup> Schilken in: Staudinger 13. Bearbeitung 1997, § 2368 BGB, Rdnr. 24, wonach in derartigen Fällen zur Kostenersparnis statt Erbscheineinziehung die Aufbringung eines Vermerkes über den zwischenzeitlichen Wegfall der Testamentsvollstreckung vorgeschlagen wird.

<sup>38</sup> Zu diesem Terminus Promberger in: Münchener Kommentar 3. Aufl. 1997, § 2353 BGB, Rdnr. 47.

niszuzwendung gemäß § 2110 Abs. 2 BGB aus dem Nachlass ausgeschieden ist.”

Bis zur Herausbildung einer gefestigten Rechtsprechung zu der abgehandelte Problematik der Erbscheinerteilung ab Eintritt des Nacherbfalls bei durch Vorausvermächtnis angeordneten Zuwendungen an den Vorerben erscheint es prozesstaktisch geboten, die beiden hier vorgeschlagenen Lösungswege gemeinsam in Form eines Haupt- (gegenständlich beschränkte Vollerbenstellung des früheren Vorerben) und Hilfsantrages (Erbschein nach § 2363 BGB mit Vermerk nach § 2110 Abs. 2 BGB und Vermerk über den zwischenzeitlichen Eintritt des Nacherbfalls) aufzugreifen.

### c) Der Erbnachweis bei notariell beurkundetem Testament oder Erbvertrag

Fraglich ist, ob für eine Grundbuchberichtigung zugunsten des mit einem Vorausvermächtnis bedachten Vorerben ein Erbschein entbehrlich ist, wenn die Erbeinsetzung bzw. die Vorausvermächtniszuzwendung an den Vorerben in einem notariell beurkundeten Testament oder einem Erbvertrag enthalten ist und die Verfügung sowie die Niederschrift über deren Eröffnung gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO vorgelegt werden. Soweit die Grundbuchberichtigung den Vorerben ohne Vorausvermächtniszuzwendung nach § 2110 Abs. 2 BGB betrifft und der Berichtigungsgegenstand von den Nacherbenrechten erfasst wird, kann auf einen Erbschein dann verzichtet werden, wenn die öffentliche Urkunde über die letztwillige Verfügung alle Nacherben namentlich benennt<sup>42</sup> oder eine derartige Benennung vor Eintritt des Nacherbfalls auch aufgrund nachlassgerichtlicher Ermittlungen in einem Erbschein – wie etwa bei einer Einsetzung der im Zeitpunkt des Todes des Vorerben vorhandenen Abkömmlinge des Vorerben zu Nacherben – nicht möglich wäre,<sup>43</sup> andernfalls ist jedoch ein Erbschein erforderlich.<sup>44</sup>

Betrifft die Grundbuchberichtigung durch Vorausvermächtnis an den Vorerben zugewendeten Grundbesitz, besteht kein Bedürfnis zur Benennung von Nacherben, da der Vorausvermächtnisgegenstand gemäß § 2110 Abs. 2 BGB aus o.g. Gründen direkt mit dem Erbfall in das ungebundene Vermögen des Vorerben frei von Nacherbenrechten übergeht, die Nacherben diesbezüglich nicht schutzbedürftig sind und daher im Grundbuch insoweit kein Nacherbenvermerk eingetragen werden darf. Vielmehr ist § 35 Abs. 1 Satz 2 1. HS GBO bei namentlicher Benennung des Vorerben in der öffentlichen Urkunde für eine Grundbuchberichtigung hinsichtlich eines Vorausvermächtnisgegenstandes nach § 2110 Abs. 2 BGB sowohl vor als auch ab Eintritt des Nacherbfalls ausreichend.

## 5. Zusammenfassung

Der Alleinvorerbe erwirbt einen ihm durch Vorausvermächtnis zugewendeten Gegenstand gemäß § 2110 Abs. 2 BGB – soweit kein abweichender Erblasserwille festgestellt wird – mit dem Erbfall im Zweifel frei von Nacherbenrechten kraft Gesetzes mit unmittelbarer dinglicher Wirkung. Ist der Vorausvermächtnisgegenstand nicht allen von mehreren Vorerben zugewendet worden, erwirbt ihn die

Vorerbengemeinschaft im Zweifel frei von Nacherbenrechten kraft Gesetzes mit unmittelbarer dinglicher Wirkung zu ihrem Gesamthandsvermögen, während die begünstigten Mitvorerben erst nach Vermächtniserfüllung durch die Mitvorerbengemeinschaft gesamthandfreies Eigentum daran erhalten.

Vor Eintritt des Nacherbfalls ist in dem gemäß § 2363 BGB zu erteilenden Erbschein ausdrücklich zu vermerken, dass sich das Recht der Nacherben nicht auf den Vorausvermächtnisgegenstand erstreckt. Da der Vorerbe insoweit Vollerbe geworden ist, handelt es sich dogmatisch um einen Vor- und Vollerbenerbschein.

Ab Eintritt des Nacherbfalls ist auf Antrag ein gegenständlich auf das Vorausvermächtnisobjekt beschränkter Vollerbenerbschein zu erteilen. Der mit der Beurkundung des Erbscheinsantrags betraute Notar sollte dabei die Erteilung des vorstehend genannten Erbscheins durch Hauptantrag anstrengen und hilfsweise einen Erbschein entsprechend § 2363 BGB beantragen lassen, in dem ausdrücklich vermerkt ist, dass sich das Recht der Nacherben nicht auf den Vorausvermächtnisgegenstand erstreckt und der Nacherbfall zwischenzeitlich eingetreten ist.

Soweit auf Antrag der Nacherben zudem ein Nacherbenerbschein erteilt wird, ist darin ausdrücklich zu vermerken, dass sich das Erbrecht der Nacherben nicht auf das dem Vorerben durch Vorausvermächtnis zugewendete Vermögen erstreckt.

Anstelle jeweils eines gegenständlich auf das Vorausvermächtnisobjekt beschränkten Vollerbscheins und eines Nacherbscheins kann ein gemeinsamer Sammelerbschein erteilt werden, wenn sowohl der frühere Vorerbe bzw. dessen Erben als auch die Nacherben Erbscheinantrag gestellt haben. Das Nachlassgericht darf die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Vollerbscheins jedoch nicht von der gleichzeitigen Mitbescheinigung des Nacherbenrechts durch Sammelerbschein abhängig machen, da jeweils in sich abgeschlossene getrennte Erbfolgen betroffen sind und die Erteilung eines Erbscheins für den Vorerben bzw. dessen Erben nicht davon abhängen kann, ob auch die Nacherben für ihr Erbrecht die Erteilung eines Erbscheins beantragen.

Wird dem Vorerben durch Vorausvermächtnis Grundbesitz zugewendet, ist zur Grundbuchberichtigung diesbezüglich vor wie ab Eintritt des Nacherbfalls dann kein Erbschein erforderlich, wenn ein notariell beurkundetes Testament, in dem der Vorerbe ausdrücklich mit Namen benannt ist, oder ein Erbvertrag jeweils mit Eröffnungsniederschrift vorliegt.

<sup>42</sup> OLG Dresden JFG 7, 267 (269).

<sup>43</sup> BayObLG Rpfleger 1983, 104.

<sup>44</sup> Demharter, Grundbuchordnung 23. Aufl. 2000, § 35 GBO, Rdnr. 42.



## Ablehnung der Betreuung

(von Notar Peter Zweifel, Notariat Bad Schussenried)

Der nachfolgende Ablehnungsbeschluss soll eine Formulierungshilfe für alle Kolleginnen und Kollegen sein, die eine angeregte Betreuung ablehnen wollen. Statt in Beitragsform wird das Thema in Beschlussform vorgetragen („Aus der Praxis für die Praxis“). Die Ausführungen sind Hinweise zur Gestaltung eines Ablehnungsbeschlusses. Je nach Sachverhalt können individuell einige Textpassagen ausgewählt und im eigenen Beschluss aufgeführt werden.

Besonderen Dank für wertvolle Hinweise an  
– Notariatsassessor Frank Bochtler,  
– Herrn Richter a. D., Dr. Coeppicus.

Notariat A  
- Vormundschaftsgericht -

GRN-Nr.

### BESCHLUSS VOM

Die Anregung einer Betreuung für B – nachstehend „d. Betroffene“ genannt – seitens/durch C wird nicht entsprochen und **a b g e l e h n t**.

#### I. Begründung:

##### (Grundsätze der Erforderlichkeit und des Nachrangs)

„Kann ein Volljähriger auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen, so bestellt das Vormundschaftsgericht ... für ihn einen Betreuer“, vergl. § 1896 I 1 BGB.

Das gesamte Betreuungsrecht wird vom Erforderlichkeitsgrundsatz beherrscht. Das Vormundschaftsgericht hat daher auch von Amtswegen dafür Sorge zu tragen, dass eine Betreuung nicht unnötig angeordnet wird.

Nach § 1896 II BGB darf ein Betreuer außerdem nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist. Das Prinzip der **Erforderlichkeit** durchzieht das gesamte Betreuungsrecht.

Die Betreuung darf Angelegenheiten nicht erfassen, die der Betreute noch selbst besorgen kann (BT-Druck 11/4528, 52).

Eine Betreuerbestellung darf also nur erfolgen, wenn eine objektive konkrete **Erforderlichkeit** der Fürsorge vorliegt und wenn der nicht damit einverständene Betroffene geschäftsunfähig ist (Damrau/Zimmermann Betreuungsrecht, 3. Auflage 2001, § 1896 Rn. 17). Die Erkrankung muss einen solchen Grad erreichen, dass die Fähigkeit des Betroffenen zur Wahrnehmung seines Selbstbestimmungsrechts ausgeschlossen oder so erheblich beeinträchtigt ist, dass er für die Aufgabenkreise der Betreuung zu eigenverantwortlichen Entscheidungen nicht in der Lage ist (OLG Hamm FamRZ 1995, 433).

Zielsetzung des Betreuungsgesetzes ist es, die **Rechtsstellung** psychisch kranker und körperlich, geistig oder seelisch behinderter Menschen zu verbessern. Im Gesetz ist ausdrücklich der **Nachrang** der Betreuung erwähnt (§ 1896 II BGB). Dies bedeutet nichts anderes, als dass zunächst das gesamte Instrumentarium sozialer Hilfen zum Tragen kommen muss.

Die Betreuung steht an letzter Stelle der möglichen Hilfen. So sind z.B. ambulante Hilfen bzw. eben alles, was den Menschen in **tatsächlicher** Hinsicht dient, vor die Betreuung zu stellen sind (auch LG Hamburg BtrPrax 93, 209). Hierzu zählen Hilfen für die Bewältigung des täglichen Lebens, z.B. der Einsatz von Haushaltshilfen oder Zivildienstleistenden, von privaten ambulanten Pflegediensten, des Hausarztes, der fahrbare Mittagstisch, die Sozialstationen, sozialer Dienst, sozial psychiatrischer Dienst, Verbände, kirchliche Einrichtungen, Gemeindefraktionen, Nachbarn und Verwandte (auch OLG Köln RPflegler 1993, 240).

Das rein tatsächliche Hilfebedürfnis beim Waschen, Kochen, Einkaufen, bei Gängen auf Behörden oder Banken, für die Körperpflege oder der ärztlichen Betreuung erfordert also keine Betreuung im **rechtstechnischen** Sinne. Solange der Betroffene mit absichtlichem Wissen und Wollen sein Handeln und seine Entscheidungen bestimmen kann, ist die Anordnung einer Betreuung nicht zulässig.

Kann jemand beispielsweise auf Grund seiner (altersbedingten) Gebrechen notwendige Behörden- oder Bankengänge nicht selbst erledigen, so kann er sich ja einer Hilfsperson (z.B. auch eines Zivildienstleistenden) bedienen, wenn der Betroffene die rechtliche Tragweite seines Handelns erkennt (er ist sich z.B. bewusst, dass er mit seiner Unterschrift auf einem Antrag nunmehr Sozialhilfe erhalten kann).

Ein Ziel vormundschaftsgerichtlichen Handelns sollte auch eine angestrebte Rehabilitation und Genesung des betroffenen Menschen sein. Diese soll so wenig wie möglich durch die unnötige Intervention einer Behörde oder Gerichts beeinträchtigt werden, da viele Menschen – auch wenn die Geschäftsfähigkeit voll erhalten bleibt – die Anordnung einer Betreuung als Einschränkung ihrer Unabhängigkeit sehen. Dadurch wird den Betroffenen oftmals die Einstellung suggeriert, man würde „zum alten Eisen gehören; auf das Abstellgleis gestellt werden“, so dass sich der Wille zur Heilung in Lethargie umwandeln könnte.

Betreuungen erzeugen auch meist noch mehr Betreuungsbedürftigkeit. Da fast „alle Wege und Probleme bzw. Problemchen“ durch den Betreuer abgenommen werden, verkümmern verbliebene Restfähigkeiten zu eigenem Handeln noch weiter. Der Betroffene wird durch die Abnahme notwendiger Mühen noch lebensuntüchtiger. Fähigkeiten gehen immer mehr verloren. Es werden keine neue Erfahrungen, Kenntnisse und Erkenntnisse erworben. Die Bestellung eines Betreuers fördert z.T. noch mehr die Unfähigkeit zu Alltagsbewältigung (Coeppicus, Sachfragen des Betreuungsrechts, Auflage 2000, Seite 72).

Betreuung erzeugen oft gerade (erst) den Betreuungsbedarf. Notwendig wäre jemand, der den/die Betreute/n nicht die Gänge zu den Behörden, Ämtern usw. abnimmt, sondern sie dazu anhält, ihre Angelegenheiten selbst zu erledigen; dies können Familienmitglieder, Bekannte, Sozialdienste etc. vornehmen.

Selbst wer pflegebedürftig ist, braucht deshalb also noch lange nicht auch betreuungsbedürftig zu sein, solange die menschenwürdige Versorgung durch die o.g. Hilfen gewährleistet ist. Kann sich der Betroffene gar noch selbst helfen, scheidet die Anordnung einer Betreuung aus.

Eine Betreuung ist erst dann geboten, wenn sie **erforderlich** und **notwendig** ist.

Dieser aus dem Rechtsstaatsprinzip (Erforderlichkeits- und Nachrangigkeitsprinzip) sich ergebende Grundsatz verlangt für die Bestellung eines Betreuers die konkrete Feststellung, dass sie notwendig ist, weil der Betroffene auf entsprechende Hilfen angewiesen ist und weniger einschneidende Maßnahmen nicht in Betracht kommen. Diese Notwendigkeit entfällt, wenn sich der angestrebte Zweck durch die vorgesehene Maßnahme nicht erreichen lässt, die Bestellung eines Betreuers etwa keinen Erfolg verspricht (vgl. Bundestagsdrucksache 11/4528, S. 147).

Vor allem ist bei einer Betreuungsanordnung die konkrete Lebenssituation zu berücksichtigen. Somit kommen nur Angelegenheiten in Betracht, die im Interesse des Betroffenen nach seiner sozialen Stellung und seiner bisherigen Lebensgestaltung erledigt werden müssen. Dies ist nicht rein abstrakt nach den verbliebenen Fähigkeiten des Betreuers zu beurteilen, sondern unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls. D.h.: die lediglich abstrakt vorhandene Unfähigkeit, bestimmte Angelegenheiten zu erledigen, kann niemals Anknüpfungspunkt für eine Betreuung sein (auch Jürgens BtPrax 1992, 49).

Die Bestellung eines Betreuers gegen den Willen des Betroffenen bedeutet einen schwerwiegenden Eingriff in dessen Rechte. Die Bestellung eines Betreuers von Amtswegen, also ohne Antrag des Volljährigen und gegen seinen Willen, setzt aber voraus, dass der Betreute aufgrund einer psychischen Erkrankung seinen Willen nicht frei bestimmen kann. Dies sagt das Gesetz zwar nicht ausdrücklich, ergibt sich aber aus einer verfassungskonformen Auslegung des Gesetzes (u.a. BayObLG FamRZ 1994, 1552).

Eingriffe in die persönliche Freiheit werden grundsätzlich nur im Falle der Beeinträchtigung von Rechten Dritter oder der Allgemeinheit für zulässig erachtet. Zu fragen ist in diesen Fällen vor allem, ob die Fähigkeit zur freien Willensbildung ausgeschlossen ist. Ist der Betroffene – obwohl psychisch erkrankt bzw. geistig oder seelisch behindert – geschäfts- bzw. einwilligungsfähig und damit rechtlich handlungsfähig, ist die Anordnung einer Betreuung abzulehnen.

Der Staat kann seine allgemeinen Zielvorstellungen nicht durch Grundrechtsbeschränkungen für die Rechtsunterworfenen verbindlich machen, um diese zu einer stärker angepassten Lebensführung zu zwingen. Der Staat hat von Verfassung wegen nicht das Recht, seine erwachsenen und zur freien Willensbestimmung fähigen Bürger zu erziehen, zu „bessern“ oder zu hindern, sich selbst zu schädigen (u. a. BVerfGE 22, 180, 219 f).

#### **(Die Betreuung und der Aufgabenkreis „Personensorge“ / persönlicher Bereich)**

Das Hauptproblem bei psychisch kranken Menschen besteht auch oft darin, dass diese – jedenfalls zeitweise – Medikamente nicht einnehmen, welche neuen Krankheitschüben entgegenwirken sollen. Die Anordnung einer Betreuung hierfür (Einnahme von Medikamenten) kann in der Regel dann nichts bewirken. Das Problem liegt hier eher auf tatsächlichem als auf rechtlichem Gebiet.

Eine Erforderlichkeit ist auch nicht gegeben, wenn sich der angestrebte Zweck durch die vorgesehenen Maßnahmen nicht erreichen lässt, wie z.B. die Tabletteneinnahme bei einer Psychose (BayObLG FamRZ 1994, 1551).

Das LG Frankfurt (FamRZ 1993, 479) hat entschieden, dass die Erforderlichkeit einer Unterbringung zu verneinen ist, wenn die beabsichtigte Heilbehandlung wegen mangelnden Einverständnisses des Betroffenen keine ausreichende Erfolgsaussicht hat. Eine Betreuung mit dem Aufgabenkreis „Zustimmung und Zuführung zur Heilbehandlung“ ist bei ablehnender Haltung des Betroffenen gegenüber jedweder Heilmaßnahme und bei Unzulässigkeit einer zwangsweisen Unterbringung ebenfalls nicht sinnvoll (so dieses Landgericht). Auch soweit ein Gutachter ausführen würde, dass bei psychisch Erkrankten gelegentlich die Behandlung begonnen werden muss bevor eine Krankheitseinsicht vorliegt, so kann dies eine Unterbringung nicht rechtfertigen. Dies hätte nämlich zur Konsequenz, dass der Betroffene zwangsweise untergebracht wird, um krankheitseinsichtig zu werden. Eine Unterbringung (somit auch die Anordnung einer Betreuung) zur Erzwingung der Krankheits- und Behandlungseinsicht ist mit den Gesetzesintentionen nicht vereinbar.

Die Bestellung eines Betreuers für die Gesundheitsfürsorge ist dann nicht erforderlich und damit unzulässig, wenn eine Behandlung nur mit Zustimmung des Betroffenen möglich ist, diese Zustimmung aber gerade verweigert wird.

Kann von vornherein kein Vertrauensverhältnis entstehen, weil der Betroffene die Bestellung des Betreuers als erniedrigend empfindet und ist dadurch der Betreuer an einer wirksamen Hilfe gehindert, so scheidet eine Betreuerbestellung aus (so Jürgens/Kröger/Marschner/ Winterstein, „Das neue Betreuungsrecht“, Rn 65 a).

Eine Betreuung mit den Aufgabenkreisen „Gesundheit und Aufenthaltsbestimmung“ ist aufzuheben (bzw. erst gar nicht anzuordnen), wenn der Betroffene sich freiwillig in ärztliche Behandlung gegeben hatte bzw. selbst seinen Hausarzt aufsuchte (mehrere Male) aber einmal gegen ärztliche Ratschläge das Krankenhaus wieder verlassen wollte (BayObLG in Rpfleger 96, 246).

Bei diesen höchstpersönlichen Bereichen (insb. Gesundheitsfürsorge, Aufenthaltsbestimmung) ist auf die „Einsichts- und Steuerungsfähigkeit“ abzustellen (allgemeine Meinung in Rechtsprechung und Literatur). Die Frage lautet also: Ist die Fähigkeit d. Betroffenen, in den Aufgabenkreisen der einzurichtenden Betreuung, eigenverantwortlich Entscheidungen zu treffen, infolge der Behinderung bzw. Krankheit nach deren konkretem Ausmaß und Verlauf ausgeschlossen?

Zur Einsichtsfähigkeit (zu unterscheiden von der Geschäftsfähigkeit) ist auszuführen:

Der Betroffene muss in der Lage sein, die Auswirkungen zu erkennen, die ein Fehlschlagen der Behandlung bzw. der ärztlichen Maßnahme für seine/ihre weitere Lebensführung hätte. Dies setzt voraus, dass er fähig ist, die vom Arzt mitgeteilten Fakten über Diagnose, Verlauf des Eingriffs, dessen Risiken und den weiteren Verlauf der Erkrankung bei Unterbleiben der Behandlung geistig zu erfassen sowie das Für und Wider gegeneinander abzuwägen. An die einzelnen Voraussetzungen der Einwilligungsfähigkeit, wie z.B. an die Fähigkeit des Betroffenen, Fakten über Diagnose, Verlauf des Eingriffs, dessen Risiken und den weiteren Verlauf der Erkrankung bei Unterbleiben der Behandlung geistig zu erfassen, dürfen nicht zu strenge Anforderungen gestellt werden. Eine gewisse „Parallelwertung in der Laiensphäre“ muss genügen. Ist eine solche Einsichtsfähigkeit vorhanden, so ist die Einrichtung einer Betreuung für diese Bereiche abzulehnen.

**(Suchtkranke)**

In der Rechtsprechung ist weiterhin anerkannt, dass Alkoholismus (Trunksucht) für sich allein betrachtet keine psychische Krankheit bzw. geistige oder seelische Behinderung im Sinne von § 1906 I BGB ist.

Das Oberlandesgericht Frankfurt in NJW 88,1527 führt ca. aus: Auch der Alkoholsüchtige hat grundsätzlich allein zu befinden, ob er geheilt werden will. Auch ihm steht das Grundrecht der persönlichen Freiheit und damit auch das Recht zu, sein Leben falsch anzulegen und zu führen.

Das Bayerische Oberste Landesgericht führt aus (Rpfleger 1991, 154): Trunksucht rechtfertigt die Anordnung einer Gebrechlichkeitspflegschaft (jetzt „Betreuung“) nur, wenn sie auf einer Erkrankung beruht oder eine solche bereits ausgelöst hat. Alkoholismus ist zwar ein Mangel, aber für sich allein betrachtet keine geistige Erkrankung. Hierauf kann die Anordnung einer Betreuung/Pflegschaft nicht gestützt werden. Etwas anderes gilt nur, wenn der Alkoholismus entweder im ursächlichen Zusammenhang mit einem geistigen Gebrechen steht oder ein darauf zurückzuführender Zustand im psychischen Bereich eingetreten ist, der dann – besonders bei hochgradigem Alkoholismus – die Annahme eines geistigen Gebrechens rechtfertigt.

Eine Unterbringung zur Verhinderung einer Selbstschädigung infolge psychischer Erkrankung setzt voraus, dass der Betreute krankheitsbedingt seinen Willen nicht frei bestimmen kann (BayObLGZ 1993, 18 = FamRZ 1993, 600 usw.). Dies gilt auch für die Anordnung einer Betreuung.

Zu einer freien Willensbestimmung nicht fähig ist, wer außer Stande ist, seine Entscheidungen von vernünftigen Erwägungen abhängig zu machen (OLG Hamm DAVorm 1997, 55). .... Bei einem Alkoholkranken kann dies angenommen werden, wenn er gegenüber seiner Erkrankung völlig unkritisch und deshalb nicht in der Lage ist, seinen Alkoholgenuss in freier Willensbildung zu steuern und so einen Rückfall in den Alkoholmissbrauch, der zu weiteren Schädigungen führen müsste, zu vermeiden (u.a. BayObLGZ 1993, 18; bzw. OLG Stuttgart in DJ 2003, 558).

Verleugnet der Betreute etwa seine Alkoholabhängigkeit und ignoriert oder vergisst selbst Rückfälle in jüngerer Zeit, so dass er die aus dem Alkoholkonsum folgende Gefahr nicht erkennen kann, fehlt ihm also insoweit jegliche Krankheitseinsicht, dann fehlt ihm die Fähigkeit, seinen Alkoholgenuss selbstverantwortlich zu steuern und einen alsbaldigen Rückfall in lebensbedrohliche Zustände zu vermeiden (u.a. BayObLG, NJWE-FER 2001, 150). Dabei kann auch die Gefahr einer akut drohenden Verwahrlosung beachtlich sein (OLG Naumburg, OLGReg 2002, 468), wobei deren Erheblichkeit mit konkret festgestellten Tatsachen belegt sein muss (OLG Hamm, BtPrax 2001, 40).

Es gilt aber immer noch der Grundsatz: Grob unvernünftiges Umgehen mit der eigenen Gesundheit indiziert allein eine Unfähigkeit zur Willensbildung (und somit den Grund einer Betreuungsanordnung) nicht.

Bereits das Preußische Oberverwaltungsgericht (PrOVGE 39, 390, 391) ging lange vor Inkrafttreten des Grundgesetzes davon aus, dass „jeder über seinen Körper verfügen und insbesondere bestimmen kann, welche Nahrungs- und Genussmittel er seinem Körper zuführen will.“ Im Anschluss daran argumentieren die Gerichte in Übereinstimmung mit dem Bundesverfassungsgericht zumeist, dass der Staat dem einzelnen nicht vorschreiben

dürfe, was er im Interesse des Eigenschutzes zu tun oder zu lassen habe.

Das grundrechtliche geschützte Selbstbestimmungsrecht schließe die Befugnis ein, selbst darüber zu entscheiden, welchen Risiken und Gefahren man sich aussetzen wolle. Jedermann habe grundsätzlich die Freiheit, sich und seine Gesundheit zu ruinieren. Es stehe daher auch jedem frei, Hilfe zurückzuweisen (BVerfGE 58, 208, 225; 65, 1, 43 ff; BVerwGE 20, 188, 192; BGH NJW 81, 569 ff).

Der Staat hat von Verfassung wegen nicht das Recht, seine erwachsenen und zur freien Willensbestimmung fähigen Bürger zu erziehen, zu „bessern“ oder zu hindern, sich selbst zu schädigen; die grundgesetzlich garantierte Freiheit der Person stellt ein so hohes Rechtsgut dar, das sie nur aus besonders wichtigem Grund angetastet werden darf (u.a. BVerfGE 22, 180, 219; 58, 208, 224; vgl. auch BGHZ 145, 297 bzgl. ambulanter Zwangsmedikation; OLG Hamm, BtPrax 2003, 42 bzgl. Zwangseinweisung in ein Altersheim).

Insbesondere im Hinblick auf Artikel 1 Absatz 1 und Artikel 2 Absatz 2 des Grundgesetzes und somit auch im Hinblick auf die Aufenthaltsbestimmung, Gesundheitsfürsorge ist vor allem die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 28.11.1957 in Band 11, S. 114 (NJW 1958, 267, 268) zu beachten:

„Niemand darf sich zum Richter in der Frage aufwerfen, unter welchen Umständen ein anderer vernünftigerweise bereit sein sollte, seine körperliche Unversehrtheit zu opfern, um dadurch wieder gesund zu werden. Diese Richtlinie ist auch für den Arzt verbindlich. Zwar ist es sein vornehmstes Recht und seine wesentlichste Pflicht, den kranken Menschen nach Möglichkeit von seinem Leiden zu heilen. Dieses Recht und diese Pflicht finden aber in dem grundsätzlich freien Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen Körper ihre Grenze.“

Diese Entscheidung verdeutlicht auch den Schutz aller Andersdenkenden, den Schutz des Grundrechts des Menschen, sein Leben nach seinem Belieben zu führen und nicht nach dem Denken und der Meinung anderer, mag dies jetzt ein Arzt, eine Behörde oder ein Familienmitglied sein. Kein anderer hat grundsätzlich Grund und Recht, über die Lebensqualität und das Lebensrecht anderer zu befinden.

Zitiert seien folgende weitere Entscheidungen des Bundesgerichtshofes, die in diese Richtung tendieren:

a. (vom 22.1.1980, NJW 1980 S. 1333, 1334): „Der Anspruch des Patienten auf eine angemessene Aufklärung über die Gefahren des Eingriffs in den er einwilligen soll, ist Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts über seine Person. Er soll ihn davor schützen, dass sich der Arzt ein ihm nicht zustehendes Bevormundungsrecht anmaßt, und auch sein Recht gewährleisten, bezüglich seines Körpers und seiner Gesundheit wissentlich sogar Entscheidungen zu treffen, die nach allgemeiner oder wenigstens herrschender ärztlicher Meinung verfehlt sind ... . Denn dadurch würde die Freiheit des Patienten, sich eben anders, vielleicht nach Meinung anderer gar unvernünftig, zu entscheiden, rechtswidrig unterlaufen.“

b. (vom 14.2.1989 in NJW 1989, 1533 ff): „... Von jeher leitet die Rechtsprechung das Erfordernis einer Einwilligung des Patienten in die Heilbehandlung zur Rechtfertigung des Eingriffs in die körperliche Integrität aus dem Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Grundgesetz) und seinem Selbstbestimmungsrecht als Ausfluss des Rechts auf Menschenwürde (Art. 1 Grundgesetz) her. Geschützt wird damit die Entscheidungsfreiheit des Patienten über

seine körperliche Integrität, über die sich der Arzt nicht selbstherrlich hinwegsetzen darf ... Er (der Patient) muss dann nach seinen Maßstäben, nicht nach denen eines „vernünftigen“ Durchschnittsmenschen entscheiden, ob er die ihm angebotenen ärztlichen Maßnahmen auf sich nehmen will oder nicht.“

#### **Einzelfälle:**

##### **A. Schuldenregulierung:**

Vorrangig sollten Schuldnerberatungsstellen in Anspruch genommen werden; mit deren Hilfe und Vermittlung kann eine Klärung der Vermögenslage herbeigeführt werden. Erst wenn dies nicht ausreichend ist, kommt eine Betreuerbestellung in Betracht.

Auch wenn diese Schuldnerberatungsstellen (in der Regel) unterbesetzt sind, ist dies kein Grund für die Anordnung einer Betreuung.

Wer fähig ist, sich in Kataloge einzulesen, schriftliche oder telefonische Bestellungen aufzugeben, ist in der Regel auch in der Lage, seine Mahnungen, Bestellungen usw. zu ordnen und diese zur Schuldnerberatung mitzubringen. Es kann nicht sein, dass ein Schuldner von dieser Beratungsstelle mit der Aufforderung nach Hause geschickt wird, für seine Person beim Vormundschaftsgericht einen Betreuer zu bestellen, der die Unterlagen ordnet und dann gemeinsam mit dem bestellten Betreuer einen neuen Termin zu vereinbaren (hier wird dann in der Regel der Gang zum Rechtsanwalt vorgeschlagen, der dann – über Prozesskostenhilfe – ein Insolvenzverfahren in die Wege leitet).

##### **B. „Sozialhilfeangelegenheiten“:**

Eine Vertretung in Sozialhilfeangelegenheiten ist weitgehend nicht erforderlich. Sozialhilfe ist von Amts wegen zu leisten. Sie ist zu leisten, sobald dem Sozialhilfeträger bekannt wird, dass die Voraussetzungen für die Gewährung objektiv vorliegen, **§ 18 I SGB XII (Anmerkung: Das Antragsverfahren gilt jedoch bei Leistungen der Grundversicherung im Alter, sh. § 41 SGB XII)**. Es muss also insbesondere kein Antrag hierfür gestellt werden. Dem Sozialhilfeträger müssen auch nicht alle Tatsachen für die Sozialhilfegewährung mitgeteilt werden, da dieser Sozialhilfeträger eine umfassende Ermittlungs- und Hinweispflicht hat, wenn er Kenntnis von einem Hilfebedarf erhält. Für die Behebung vieler Defizite ist der Sozialhilfeträger unmittelbar zuständig (Coepicus aaO, 68 – 70).

Sozialämter führen in ihrer Anregung auf Betreuung aus, dass sich aus § 60 SGB I Mitteilungs- und Mitwirkungspflichten ergäben, die in bestimmten Fällen nur der Hilfeempfänger selbst leisten könnte und die nun anstelle des Hilfeempfängers ein Betreuer vornehmen soll.

Jeder Dritte kann notwendige Informationen an den zuständigen Sozialhilfeträger weitergeben und kann somit für die Gewährung von Leistungen sorgen, ohne dass er hierzu eines gesetzlichen Vertreters bedarf (u.a. Jürgens, Betreuungsrecht 1995, § 1896 Rn. 19). Auch wenn das Sozialamt etwaige Unregelmäßigkeiten oder ein Ausbleiben von Mitteilungs- und Mitwirkungspflichten fürchtet, muss es insoweit von Amts wegen ermitteln. Solche bloße Befürchtungen (für die Zukunft) rechtfertigen nicht die Einrichtung einer Betreuung.

So hat das Landgericht Duisburg am 24.11.2003 (BtPrax 2004, 156) aus diesen genannten Gründen die Einrichtung einer Betreuung abgelehnt, da bisher die Angehörigen des

Betroffenen in der Vergangenheit bereit und in der Lage waren, sich um entsprechende Belange des Betroffenen (ohne Einrichtung einer Betreuung) zu kümmern.

In allen Fällen, in denen Sozialhilfe bezogen wird, eine soziale Notlage besteht oder droht (z.B. Mietrückstände, Wohnungsverlust, Obdachlosigkeit, Verwahrlosung, Heimpflegebedürftigkeit, Notwendigkeit ambulanter Hilfen usw.) sollten zunächst die Sozialämter eingeschaltet werden zur Prüfung, ob die von dort zu leistenden Hilfen die Defizite auffangen können. Dulden die Betroffenen diese Hilfen sind das „andere Hilfen“ gem. § 1896 II 2 BGB, die die Bestellung eines Betreuers nicht erforderlich machen.

Bei Gesamtausgaben von Milliarden von Euro sind wesentliche Lücken in der Gewährung von Sozialhilfeleistungen schwer vorstellbar. Allenfalls kann es Fehler einzelner Sachbearbeiter geben oder Fehler aufgrund der Tatsache geben, dass zu wenige Sachbearbeiter vorhanden sind. Es kann nicht Aufgabe des Betreuungsrechts sein, derartige Fehler zu korrigieren.

Auch bei dem Fall der Unfähigkeit des Betroffenen zur Geldeinteilung (die Sozialhilfe ist bereits nach wenigen Tagen verbraucht) ist zunächst zu prüfen, ob der Sozialhilfeträger die Sozialhilfe nicht in kleineren bis hin zu Kleinstraten zu entrichten hat. Nach § 9 SGB XII haben sich Art, Form und Maß der Sozialhilfe nach den Besonderheiten des Einzelfalles zu richten. Darüber hinaus ist zu beachten, dass der Umgang mit Geld auch zur Aufgabe von ambulanten Hilfen für z.B. geistig Behinderte gehören kann. Dies gilt auch, wenn ein Betroffener mit seiner Sozialhilfe nicht zurechtkommt und die Gefahr besteht, dass er diese für Unnützes, insb. in übermäßigem Maße für Alkohol ausgibt.

In der Tat kann ein Betreuer den Sozialdiensten verschiedener Einrichtungen oder der betreffenden anregenden Behörde viel Arbeit abnehmen. Gerade diese Tätigkeiten hätten aber auch von anderer Stelle vorgenommen werden können. Es handelt sich hierbei zum großen Teil auch nicht um einen rechtlichen Vertretungsbedarf, sondern eher um eine tatsächliche Hilfestellung.

In der Regel werden bei alleinstehenden mittellosen Personen dann Berufsbetreuer bestellt (da sich ehrenamtliche private Betreuerpersonen nur schwer finden lassen), die ihre umfangreichen Vergütungen und Auslagen dann über die Staatskasse erhalten. Die „Sozialkasse“ wird dann nicht geschädigt. Dies rechtfertigt natürlich erst recht nicht die Anordnung einer Betreuung.

##### **C. Eigen- und Drittgefährdung:**

Grundsätzlich steht also das Wohl des Betroffenen und nicht das Wohl von anderen Personen bei der Betreuung im Vordergrund.

Das Spektrum bei Eigen- und Drittgefährdungen reicht hierbei von einer relativ harmlosen Vermögens- oder Gesundheitsgefährdung bis hin zu existentiellen Gefährdungen der eigenen Person.

Das Vormundschaftsgericht hat hier die Verhältnismäßigkeit der Anordnung einer sog. Zwangsbetreuung im Einzelfall zu überprüfen. Es sind hierbei Gesichtspunkte oder (evtl. technische) Maßnahmen einzubeziehen, die die Anordnung einer (Aufenthalts-)Betreuung vermeiden. Beispielhaft seien hier genannt: Der Betroffene lässt im Gebäude/in der Wohnung regelmäßig die Herdplatten brennen; hier kann das Absperren von Gasanschluss und/oder Elektroherd oder der Kauf eines Herdes mit Überlastschutz oder Lie-

ferung von Essen auf Rädern ausreichend sein (so insb. Dröge in FamRZ 1999, 1212)

Grundsätzlich ist die Anordnung einer Betreuung im Interesse Dritter unzulässig (Bundestagsdrucksache 11/4528, S. 117 ff). Die Betreuungsanordnung im Interesse Dritter soll die Ausnahme sein und auf alle Fälle beschränkt sein, in denen die Geltendmachung von Rechten gegen den Betreuungsbedürftigen in Frage steht und der Dritte daran ohne die Einrichtung einer Betreuung (meist wg. zumindest partieller Geschäftsunfähigkeit) daran gehindert wäre.

Die behaupteten Fremdgefährdungen sind daher zunächst kritisch zu überprüfen. In der Praxis hat sich immer wieder gezeigt, dass die von Dritten befürchteten Unfälle und Fremdgefährdungen sich in den seltensten Fällen realisieren (Coepicus in FamRZ 1992, 741,744 oder Dröge in FamRZ 1999, 1213). Die Gefahren müssen daher akut sein und einen baldigen Schadenseintritt als wahrscheinlich erscheinen lassen. Es ist eine Güterabwägung vorzunehmen. Ergibt hierbei diese Abwägung ein überwiegendes Interesse Dritter oder der Allgemeinheit an der Anordnung einer Zwangsbetreuung, so haben der gegenteilige Wille und Wünschen des Betroffenen grundsätzlich zurückzutreten, da er der „Störer“ ist.

Nur wenn konkrete Anhaltspunkte für eine erhebliche Gefährdung des Vermögens vorliegen, könnte gegen den Willen des Betroffenen eine Betreuung angeordnet werden. Eine Gefahr für Dritte oder geringfügige Vermögensschäden rechtfertigen eine Betreuung (nebst Einwilligungsvorbehalt – nur dann hat eine Betreuung einen Sinn-) nicht, so auch das LG Regensburg in FamRZ 93, 477).

#### D. Post

Die Übertragung der Postkontrolle (§ 1896 IV BGB) kommt nur in Betracht, wenn ansonsten der Betreuer seine Aufgaben nicht erfüllen könnte. Zu fragen ist: Würde die Postkontrolle unterbleiben, wären dann die Rechtsgüter des Betroffenen gefährdet? (zu bejahen vor allem bei realitätsfremden Anzeigen, Strafanträgen und Schadensersatzklagen, so LG Regensburg FamRZ, 1993, 477 oder BayObLG BtPrax 1994, 209).

#### Einzelfälle / Beispiele weiterer Gerichtsentscheidungen / Literaturmeinungen:

– Ein Betreuungsbedürfnis besteht nicht schon dort, wo auch ein gesunder Volljähriger sich der Hilfe eines anderen (Rechtsanwalt, Steuerberater ...) bedienen würde. Nur wenn der Betroffene psychisch außerstande ist, solche Hilfe von sich aus in Anspruch zu nehmen oder die Notwendigkeit der Inanspruchnahme zu erkennen, kommt die Anordnung eines Betreuers in Betracht (BayObLG in Rpfleger 2001 S. 234):

Will auch der geschäftsfähige Behinderte ohne ausreichenden Grund keine Vollmacht erteilen (z.B. um Kosten zu sparen), obgleich ihm so die erforderliche Hilfe zuteil würde, so kann die Betreuerbestellung abgelehnt werden, weil § 1896 II BGB auch öffentlichen Interessen dient (so Damrau/Zimmermann aaO § 1896, Rn 75 bzw. OLG Köln FamRZ 1996, 249).

– Ebenso wenig ist der Umstand einer unterlassenen Rentenbeantragung (so Dodegge unter Zitierung von Gerichtsentscheidungen NJW 1995, S. 2393) Grund für die Anordnung einer Betreuung.

– Vor allem die Tatsache, dass eine fällige (Reparatur-) Rechnung nicht beglichen wurde, rechtfertigt nicht die Notwendigkeit einer Betreuung (LG Regensburg, FamRZ 93, 476, 477). Da es grundsätzlich keine Betreuung im Interesse Dritter gibt, kommt eine Betreuung, wenn also z.B. fällige Rechnungen nicht beglichen werden, nicht in Frage.

– Selbst wer sich auf Grund einer paranoiden Schizophrenie für einen bedeutenden Politiker hält, kann durchaus in der Lage sein, seine Angelegenheiten selbst zu besorgen (LG Regensburg FamRZ 1993, 477).

– Ein Betreuer kann nicht bestellt werden für die Zustimmung zu einer Organspende, weil dies nicht dem Wohl des Betroffenen sondern allenfalls dem des Organempfängers dient (AG Mölln, LG Lübeck FamRZ 1995, 1232).

– Bei einem körperlich gesunden aber psychisch kranken Betroffenen ist in der Regel eine Betreuung nur für den nervenärztlichen Bereich erforderlich, nicht aber die Sorge für die Gesundheit insgesamt (BayObLG BtPrax 95, 68).

– Jürgens/Kröger/Marschner/Winterstein (sh. Das neue Betreuungsrecht):

Nicht jede ... Behinderung, etwa eine sog. soziale Behinderung, reicht zur Bestellung eines Betreuers aus. Gesellschaftlich unangepasstes Verhalten (sogar bis hin zur Neigung von Straftaten) ist kein ausreichender Anlass für die Bestellung eines Betreuers. Diese sozialen Behinderungen (Unangepasstheit, Neigung zu Straftaten usw.) allein rechtfertigen keine Betreuung (BT-Druck 11/4528 S. 117, Damrau/Zimmermann aao, § 1896 Rn 12).

– nicht zu den von einem Betreuer zu besorgenden Angelegenheiten des Betroffenen zählen z.B. dessen elterliche Sorge über die Kinder (hier ist z.B. nach § 1666 BGB vorzugehen), religiöse Angelegenheiten wie Kirchenaustritt, Wahlrecht und Testieren.

– die Besorgung fremder Angelegenheiten fällt ebenfalls nicht unter die Vorschrift des § 1896 BGB. Der verwirrte Hausverwalter erhält keinen Betreuer mit dem Aufgabenkreis „Hausverwaltung“, ebenso wenig der geisteschwache Nachlasspfleger, Insolvenzverwalter usw.

**Schlussbemerkung:** Die Betreuung ist kein Allheilmittel für alle Probleme des Lebens. Der Gesetzgeber hat hier kein Instrumentarium geschaffen, das alle anfallenden Probleme durch ein Vormundschaftsgericht (und die Justizkasse) erledigen lässt. Tätigkeiten, die von Dritten (insb. Familienmitgliedern oder Behörden) vorzunehmen sind, sollen nicht in bequemer Weise auf das Vormundschaftsgericht abgewälzt werden.

#### Die Anordnung der Betreuung für B war daher abzulehnen.

(Rest: Kosten, Ausfertigungen, Rechtsmittelbelehrung).

## Rechtsprechung

**AdWirkG § 5 Abs. 1; FGG § 43 b Abs. 2; EGBGB Art. 22, Art. 23**

**1. Gem. § 43 b Abs. 2 Satz 2 FGG i. V. mit § 5 Abs. 1 AdWirkG gilt die Konzentration der örtlichen Zuständigkeit auf ein „zentrales“ Vormundschaftsgericht dann, wenn „ausländische Sachvorschriften zur Anwendung kommen“.**

**2. Eine Einschränkung auf die „Hauptsache“ unter Ausgrenzung von Teilaspekten enthält § 43 b Abs. 2 Satz 2 FGG nicht.**

**3. Neben dem für den Rechtsvorgang der Annahme bestimmenden Grundstatut des Art. 22 EGBGB, hier also den deutschen Sachnormen, ist über Art. 23 EGBGB kumulativ primär das Heimatrecht des Kindes und damit ausländisches materielles Recht anzuwenden (vgl. Palandt/Heldrich, BGB, 63. Aufl., EGBGB Art. 23 Rn. 1 - 3), was zu einer Konzentration aller Adoptionsverfahren mit Auslandsbezug bei einem Vormundschaftsgericht führt.**

OLG Stuttgart, Beschl. vom 02.12.2003 - 8 AR 22/03

Aus den Gründen:

### I.

Gegenstand des vormundschaftsgerichtlichen Verfahrens ist der von den Beteiligten gestellte Adoptionsantrag. Der Annehmende, der mit der Mutter des nichtehelichen Anzunehmenden verheiratet ist, möchte diesen adoptieren. Der minderjährige, zwischenzeitlich 15jährige Anzunehmende und seine Mutter sind thailändische Staatsangehörige, während der Annehmende deutscher Staatsangehöriger ist. Der leibliche thailändische Vater des Anzunehmenden ist 1991 verstorben.

Da alle Beteiligten in H. leben, haben sie den notariell beurkundeten Adoptionsantrag beim Amtsgericht - Vormundschaftsgericht - H. gestellt. Dieses hat das Verfahren durch Beschluss vom 12.5.2003 (veröffentlicht in FamRZ 2003,1573) unter Bezugnahme auf § 43 b Abs. 2 Satz 2 FGG i.V. mit § 5 Abs. 1 Satz 1 Adoptionswirkungsgesetz (AdWirkG) vom 05.11.2001 an das Amtsgericht - Vormundschaftsgericht - St. abgegeben. Dieses ist infolge der im Adoptionswirkungsgesetz vorgesehenen Zuständigkeitskonzentration auf das Vormundschaftsgericht am Sitz des Oberlandesgerichts für alle Verfahren zuständig, in denen „ausländische Sachvorschriften zur Anwendung kommen“. Das Amtsgericht H. sieht diesen Fall als gegeben an; zwar sei gem. Art. 22 EGBGB wegen der deutschen Staatsangehörigkeit des Annehmenden für die Adoption deutsches Recht maßgeblich, wegen der ausländischen Staatsangehörigkeit des minderjährigen Kindes sei aber gem. Art. 23 EGBGB zusätzlich dessen Heimatrecht, also thailändisches Recht, zu prüfen.

Das Amtsgericht - Vormundschaftsgericht - St. hat eine Übernahme abgelehnt. Damit ein Fall der Zuständigkeitskonzentration angenommen werden könne, dürfe sich die Anwendung ausländischen Rechts nicht nur – wie hier – auf Teil- oder Vorfragen beziehen; vielmehr müsse sich die Annahme insgesamt nach ausländischen Sachvorschriften richten.

### II.

a) Die Voraussetzungen einer Zuständigkeitsbestimmung durch den Senat nach § 5 FGG liegen vor, nachdem das zum Landgerichtsbezirk H. gehörende Amtsgericht H. als Gericht des gewöhnlichen Aufenthalts der Beteiligten die Sache an das zum Bezirk des Landgerichts St. gehörende Amtsgericht St. abgegeben, dieses aber die Übernahme abgelehnt hat.

b) Das Amtsgericht - Vormundschaftsgericht - St. ist zur Übernahme des Adoptionsverfahrens verpflichtet. Die Voraussetzungen für eine Zuständigkeit des „zentralen“ Vormundschaftsgerichts am Sitz des Oberlandesgerichts liegen vor.

Nach § 43 b Abs. 2 Satz 1 FGG ist für die Annahme eines Kindes das Gericht örtlich zuständig, in dessen Bezirk der Annehmende seinen Wohnsitz hat. Da alle Beteiligten in H. wohnen, wäre damit das Amtsgericht - Vormundschaftsgericht - H. zuständig.

Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn § 43 b Abs. 2 Satz 2 FGG i.V. mit § 5 Abs. 1 AdWirkG Anwendung findet. Danach verlagert sich für Adoptionsverfahren, in denen „ausländische Sachvorschriften zur Anwendung kommen“, die örtliche Zuständigkeit auf das Vormundschaftsgericht am Sitz des Oberlandesgerichts für dessen gesamten Bezirk. Das vorliegende Adoptionsverfahren unterliegt nach Art. 22 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB zwar deutschem Recht, aber über Art. 23 EGBGB findet auch thailändisches Sachrecht Anwendung, denn die Erforderlichkeit und die Erteilung der Zustimmung des Kindes und eines Angehörigen zur Annahme richten sich zusätzlich nach dem Heimatrecht des Kindes. Nur soweit es zum Wohl des Kindes erforderlich ist, ist – subsidiär – stattdessen auch insoweit deutsches Recht anzuwenden.

Zwar wird unter Berufung auf die „Entstehungsgeschichte und ratio der Vorschrift“ (Steiger DNotZ 2002, 184, 206 Fn 42) vertreten, dass es bei der „Regel“-Zuständigkeit des § 43 b Abs. 2 Satz 1 FGG verbleibe, wenn nur „Teil- oder Vorfragen“ – wie hier die Frage der Erforderlichkeit und Erteilung der Zustimmung des Kindes und Angehöriger – ausländischem Recht unterliegen. Dem sind das OLG Hamm (Beschl. v. 21.11.2002, FamRZ 2003, 1042) ohne nähere Begründung und das LG Koblenz (Beschl. v. 15.1.2003 – 2 AR 10/02 – FamRZ 2003, 1572) gefolgt; jedoch hat dieselbe Kammer des LG Koblenz im (vom AG Heilbronn beigezogenen) Beschluss vom 17.4.2002 – 2 AR 26/02) gegenteilig entschieden. Busch (IPPrax 2003, 13 (20)) hat das durch die Neuregelung entstandene Zuständigkeitsproblem klar angesprochen, aber die Lösung offengelassen, während die Kommentierung von Engelhardt (in Keidel/Kuntze, FG 15. Aufl., § 43b Rn 9) auf die hier zu beantwortende Frage nicht eingeht.

Nach Ansicht des Senats findet diese primär von Steiger vertretene Auslegung im Wortlaut des § 43 Abs. 2 Satz 2 FGG keinen Niederschlag. Danach gilt die Konzentration der örtlichen Zuständigkeit auf ein „zentrales“ Vormundschaftsgericht dann, wenn „ausländische Sachvorschriften zur Anwendung kommen“. Eine Einschränkung auf die „Hauptsache“ unter Ausgrenzung von Teilaspekten enthält § 43 b Abs. 2 Satz 2 FGG nicht. Neben dem für den Rechtsvorgang der Annahme bestimmenden Grundstatut des Art. 22 EGBGB, hier also den deutschen Sachnormen, ist über Art. 23 EGBGB kumulativ primär das Heimatrecht

des Kindes und damit ausländisches materielles Recht anzuwenden (vgl. Palandt/Heldrich, BGB, 63. Aufl., EGBGB Art. 23 Rn. 1 - 3); ohne Erfüllung dieser Zustimmungserfordernisse kann eine Adoption nicht bzw. nicht ohne weiteres ausgesprochen werden. Warum die nach ausländischem Recht vorgesehenen Zustimmungserfordernisse des Art. 23 EGBGB keine „ausländischen Sachnormen“ sein sollen, ist nicht gesagt.

Soweit sich Steiger (Referent im Bundesjustizministerium – aaO) für die einschränkende Auslegung auf die Gesetzgebungsgeschichte beruft, kann dies nach Ansicht des Senats angesichts des gesetzlichen Wortlauts nicht durchgreifen. In den Materialien zum „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Rechtsfragen auf dem Gebiet der internationalen Adoption und zur Weiterentwicklung des Adoptionsvermittlungsrechts“ wird die Änderung des § 43 b FG wie folgt begründet:

*„Der neue Satz 2 des § 43 b Abs. 2 FG normiert für Fälle, in denen das Vormundschaftsgericht bei seiner Entscheidung ausländisches Adoptionsrecht anzuwenden hat, eine Zuständigkeitskonzentration. Da in diesen Fällen zugleich die Vorschriften des Adoptionswirkungsgesetzes zu beachten sind, wird die Zuständigkeit für das gesamte Verfahren dem nach § 5 Abs. 1 Satz 1 AdWirkG zuständigen Vormundschaftsgericht am Sitz des jeweiligen Oberlandesgerichts ... übertragen.“ (Bt-Drucksache 14/6011, S. 57 zu Art. 4 Abs. 2).*

Daraus kann nicht eindeutig entnommen werden, dass der Gesetzgeber eine Einschränkung beabsichtigt hat. Jedenfalls hat eine solche mögliche Absicht des Gesetzgebers im Wortlaut des schließlich verabschiedeten Gesetzes keinen Niederschlag gefunden, obwohl dies ohne weiteres möglich gewesen wäre. Wenn dies letztlich dazu führt, dass damit praktisch alle Adoptionsverfahren mit Auslandsbezug bei einem Vormundschaftsgericht konzentriert werden, kann dies nicht als unsinniges, der Ratio des Gesetzes widersprechendes Ergebnis angesehen werden. Vielmehr erscheint dem Senat eine solche Zuständigkeitskonzentration auch im Ergebnis sinnvoll, da auch Teil- und Vorfragen, die unter Anwendung ausländischer Sachnormen zu beantworten sind, komplexe und rechtlich schwierig zu lösende Probleme aufwerfen können, die vernünftigerweise bei einem dafür personell und sachlich ausgestatteten (bzw. auszustattenden) zentralen Vormundschaftsgericht konzentriert werden. Für die vom Senat vertretene Auslegung spricht außerdem die größere Klarheit der Zuständigkeitsregelung, während eine Zuständigkeitsabgrenzung nach „Hauptsache“ und „Nebensache“ bzw. durch Ausgliederung von „Teil- und Vorfragen“ nur zu vielfältigen Zuständigkeitsstreitigkeiten führt, die tunlichst möglichst vermieden werden sollten.

Eine Vorlage an den Bundesgerichtshof wegen der Abweichung des Senats von der oben zitierten Entscheidung des OLG Hamm ist nicht veranlasst; § 5 FG sieht eine Vorlage im Gegensatz zu § 36 Abs. 3 ZPO nicht vor.

Mitgeteilt vom 8. Zivilsenat des OLG Stuttgart.

## KostO § 107; Gesellschaftssteuer-Richtlinie 69/335/EWG

### I.

**Die nach dem Nachlasswert angesetzte Gebühr eines Erbscheins verstößt auch dann nicht gegen die europäische Gesellschaftsteuerrichtlinie, wenn der Erbschein nur für die Anmeldung des erbfolgebefindenden Gesellschafters benötigt wird (Anschluss an BayObLG und OLG Köln).**

### II.

**Eine Erstreckung der Gebührenprivilegierungen des § 107 Abs. 3, 4 KostO auf einen nur für das Handelsregister benötigten Erbschein ist Sache des Gesetzgebers.**

OLG Stuttgart, Beschl. vom 16.03.2004 8 W 155/03

Aus den Gründen:

### I.

Die Kostenschuldnerinnen erstreben im Verfahren nach § 14 KostO die Herabsetzung der vom Nachlassgericht für die Erteilung eines Erbscheins in Ansatz gebrachten Gebühr von 1452 € auf (ca.) 60 €.

1. Die Kostenschuldnerinnen haben als Erben eines Nachlasses mit einem Wert von ca. 1,8 Mio DM (= ca. 920.000,- €) mit notarieller Urkunde des jetzigen Verfahrensbevollmächtigten vom 15.3.2002 beim Nachlassgericht die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins beantragt mit der Versicherung, der beantragte Erbschein werde ausschließlich zum Nachweis der Rechtsnachfolge hinsichtlich der Kommanditanteile des zum Nachlass gehörenden Handelsgeschäfts P.. GmbH & Co für die Umschreibung im Handelsregister benötigt.

Zugleich hat der den Erbscheinsantrag beurkundende Notar unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Auslegung der Richtlinie 69/335/EWG beantragt, die Gerichtsgebühren für den Erbschein in entsprechender Anwendung des § 107 Abs. 3, 4 KostO nur nach dem Geschäftswert des Kommanditanteils in Höhe von 25 000 DM (= 12 782,30 €) in Ansatz zu bringen; in seiner Kostenrechnung für den Erbscheinsantrag hat er ebenfalls nur eine 10/10 Gebühr aus dem Nennwert des Gesellschaftsanteils in Höhe von 60,- € angesetzt, mit Nebenkosten insgesamt 74,82 €. Dem Antrag war beigelegt eine Kopie des Beschlusses des Landgerichts Stuttgart (4 KfH T 19/99) vom 11.4.2000, in dem das Verlangen eines Erbscheins seitens des Registergerichts (gem. § 12 Abs. 2 HGB) für rechtmäßig beurteilt worden war; darin hatte das Gericht auf eine entsprechende Anwendung des § 107 Abs. 3, 4 KostO hingewiesen. Die dagegen gerichtete weitere Beschwerde der Kostenschuldnerinnen hatte der Senat (8 W 298/2000) durch Beschluss vom 19.3.2002 als unbegründet zurückgewiesen und dabei die Frage einer Gebührenermäßigung ausdrücklich offengelassen.

Das Notariat als Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 3.4.2002 den beantragten Erbschein mit Testamentsvollstreckervermerk erteilt und für den gleichzeitigen Kostenansatz den gesamten Nachlasswert zu Grunde gelegt. Daraus ergibt sich eine Gebühr gemäß § 107 Abs. 1 KostO in Höhe von 1.452,00 €.

Das Notariat hat der Erinnerung der Kostenschuldnerinnen nicht abgeholfen. Das Amtsgericht hat die Erinnerung zurückgewiesen.

Das Landgericht Stuttgart hat die Beschwerde zurückgewiesen und zugleich die weitere Beschwerde zugelassen.

3. Mit der weiteren Beschwerde verfolgen die Kostenschuldnerinnen ihr Anliegen auf Herabsetzung des Kostenansatzes weiter und rügen, das Landgericht habe rechtsfehlerhaft die Analogiefähigkeit der Ausnahmebestimmungen des § 107 Abs. 3, 4 KostO verneint; außerdem habe es rechtsfehlerhaft die Tragweite der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs verkannt.

## II.

Die vom Landgericht nach § 14 Abs. 3 Satz 2 KostO zugelassene weitere Beschwerde ist auch im übrigen zulässig.

Sie hat in der Sache jedoch keinen Erfolg, weil die landgerichtliche Entscheidung der rechtlichen Überprüfung standhält.

1. Ein unmittelbarer Verstoß gegen europäisches Recht in Gestalt der Richtlinie 69/335/EWG (sog. Gesellschaftssteuer-Richtlinie) und deren Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof liegt nicht vor, weil der strittige Kostenansatz nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt.

a) Die Richtlinie des Rates 69/335/EWG vom 17.7.1969 (ABl. Nr. L 249 S. 25) in der Fassung der Richtlinie des Rates 85/303/EWG vom 10.6.1985 (ABl. Nr. L 156 S. 23) betrifft die Regelung von einzelstaatlichen Steuern auf die Ansammlung von Kapital und zielt auf die Förderung des freien Kapitalverkehrs in Europa und primär auf die Begrenzung der sog. Gesellschaftssteuer, wie sie in mehreren Mitgliedstaaten bekannt war. Der deutsche Gesetzgeber hatte weder innerhalb der Umsetzungsfrist bis zum 31.12.1971 noch in den folgenden Jahren hinreichenden Anlass für eine Umsetzung dieser Richtlinie gesehen. Erst das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 2.12.1997 („Fantask“, ZIP 1998, 206 = EuZW 1998,172) hat der Richtlinie eine unerwartete Reichweite verliehen, indem die in Art. 12 Abs.1 lit. e) der Richtlinie vorgesehenen Ausnahme für „Abgaben mit Gebührencharakter“ auf aufwandsbezogene Gebühren beschränkt und die als Wertgebühren berechneten Gebühren für die Eintragung in das Handelsregister einer Steuer im Sinne der Richtlinie gleichgestellt wurden. In weiteren Entscheidungen hat der EuGH diese Auslegung der Richtlinie weiter entwickelt und präzisiert (Urteil vom 26.9.2000 – „IGI“ – ZIP 2000,1891 = RIW 2000,960 und vom 21.6.2001 – „Sonae“ – ZIP 2001,1145 = EuZW 2001,500 = RIW 2001,796 bezüglich portugiesischer Handelsregistergebühren sowie EuGH vom 29.9.1999 – „Modelo“ – ZIP 1999,1681 = EuZW 1999,724 = NJW 2000,939 bzgl portugiesischer Amtsnotare; vom 21.3.2002 – „Gründerzentrum“ – ZIP 2002,663 = EuZW 2002,368 = RIW 2002,482 bzgl. der Amtsnotare in Baden). Damit ist das herkömmliche Gebührensystem der deutschen Kostenordnung partiell als europarechtswidrig eingestuft worden.

Diese Rechtsprechung des EuGH haben die deutschen Gerichte alsbald aufgegriffen und die Bestimmungen der Kostenordnung über die Handelsregistergebühren, insbesondere § 26, einhellig für nicht mehr anwendbar erklärt bzw. die Gebühren entsprechend den europarechtlichen

Vorgaben herabgesetzt (zB BayObLGZ 1998,303 = NJW 1999,652; ZIP 1999,363; BayObLGZ 2000,256 = JurBüro 2001,104; OLG Hamm OLGRep 1999,294 = NJW-RR 1999,1229; OLG Zweibrücken OLGRep 1999,383 = NJW-RR 2000,1377; OLG Köln BB 2000,370 = NJW-RR 2000,1527; OLG Bremen OLGRep 2000,209 = NJW-RR 2000,1743; OLG Frankfurt NJW-RR 2001,1579; OLG Karlsruhe OLGRep 2001,121 = JurBüro 2001,261; KG JurBüro 2003,31 = KGRep 2003,28 = RPfl 2003,149 = FGPrax 2003,89).

Dies hat den deutschen Bundesgesetzgeber veranlasst, ein „Handelsregistergebühren-Neuordnungsgesetz“ (HReg-GebNeuOG) mit der dazugehörigen „Handelsregistergebührenverordnung“ (HRegGebVO), durch das die Rechtslage in Deutschland den Anforderungen der europäischen Richtlinie in der Auslegung des EuGH angepasst werden soll, auf den Weg zu bringen (BR-Drs 622/03; BT-Drs 15/2251 v. 17.12.2003). Entgegen mancher Erwartung (vgl. Hartmann, KostenG 33. Aufl., Einl I Rn 2 sowie zu §§ 79, 79a KostO) ist dieses Gesetz noch nicht in Kraft getreten, sondern befindet sich noch im Gesetzgebungsverfahren.

b) Die mangels fristgerechter Umsetzung unmittelbar geltende europäische Richtlinie erfasst indes keineswegs das gesamte an Wertgebühren ausgerichtete Normengefüge der Kostenordnung, das im wesentlichen auch die anderen deutschen Kostengesetze wie das Gerichtskostengesetz oder die BRAGO prägt. Der EuGH hat bislang keinen allgemeinen Grundsatz aufgestellt, dass die Mitgliedstaaten generell keine Gebühren für staatliche Leistungen erheben dürfen, die den Aufwand für die jeweilige Leistung übersteigen (so zutreffend BayObLGZ 2000,350 = MDR 2001,352 = NJW-RR 2001,880; OLG Hamm NJW-RR 2001,379). Vielmehr beschränkt sich die Reichweite der EuGH-Rechtsprechung auf die Auslegung der Gesellschaftssteuer-Richtlinie und die von dieser erfassten Sachverhalte.

Deshalb ist eine Erstreckung der EuGH-Rechtsprechung auf andere Bereiche des Kostenrechts bislang einhellig abgelehnt worden, etwa auf die Wertgebühren für eine Eintragung im Grundbuch (BayObLGZ 2000,350; unveröff. Senatsbeschluss 8 W 481/99 v. 7.5.2002) – auch wenn es sich um eine Einlage in eine Gesellschaft handelt (OLG Hamm NJW-RR 2001,379; BayObLGZ 2001,275 = ZIP 2002,302 = NJW-RR 2002,305; vgl. auch LG Freiburg BWNNotZ 2003,91) – oder für eine Eintragung in das Schiffsregister (OLG Oldenburg OLGRep 2000,334 = RPfl 2000,568). Ebenso wenig erfasst die Gesellschaftssteuer-Richtlinie die Wertgebühr für ein Verfahren auf gerichtliche Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern (BayObLGZ 2000,87 = ZIP 2000,883) oder für eine Testamentseröffnung, selbst wenn der Nachlass überwiegend aus einer Beteiligung an einer KG besteht (BayObLG ZIP 2000,186 = NJW-RR 2000,736).

c) Der vorliegende Sachverhalt – Erteilung eines Erbscheins – fällt nicht unter den Anwendungsbereich der Gesellschaftssteuer-Richtlinie, auch wenn der Erbschein primär zum Nachweis der Rechtsnachfolge in einer (Kommandit-)Gesellschaft benötigt wird. Auch dies ist inzwischen wiederholt entschieden worden (BayObLG, Beschl. v. 26.10.2001 – BayObLGZ 2001,315 = DB 2002,201 = FGPrax 2002,42 = RPfl 2002,173 = JurBüro 2002,205; OLG Köln, Beschl. v. 26.5.2003 - RPfl 2003,540 (LS); vgl. auch Rohs / Wedewer, KostO § 26 Rn 2c/e). Der Senat teilt diese Rechtsansicht in Übereinstimmung mit dem Landgericht und nimmt insbesondere auf die Ausführungen des BayObLG Bezug.



Selbst wenn die Eintragung eines Gesellschafterwechsels an sich noch dem Anwendungsbereich der Richtlinie zugeordnet wird (BayObLG aaO), gilt dies nicht mehr für den Nachweis von dessen Voraussetzungen. Dies ist – auch hinsichtlich der Kosten – Sache des einzelnen Gesellschafters und nicht Sache der Gesellschaft. „Schutzobjekt“ der Gesellschaftssteuer-Richtlinie sind die näher bezeichneten (Erwerbs-) Gesellschaften, nicht aber deren Gesellschafter (oder auch Kapitalanleger). Da nicht die Gesellschaft verpflichtet ist, einen Erbschein vorzulegen, sondern der (oder die) einzelne(n) Rechtsnachfolger in den Kommanditanteil, und da auch die Gebühren für die Erbscheinserteilung nicht von der Gesellschaft, sondern von dem (oder den) betroffenen Gesellschafter(n) als Erben zu bezahlen sind, fällt der vorliegende Kostentatbestand zweifelsfrei aus dem Anwendungsbereich der Gesellschaftssteuer-Richtlinie heraus. Außerdem steht die von einer Ermessensentscheidung des Registergerichts abhängige Verpflichtung zur Erbscheinsvorlage in keinem Zusammenhang mit der Rechtsform des Unternehmens.

Mit dieser Sicht steht im Einklang, dass das in Vorbereitung befindliche, der Umsetzung der Richtlinie dienende Handelsregistergebühren-Neuordnungsgesetz eine Neuregelung für die Erbscheinsgebühren (bisher) nicht vorsieht, obwohl die Problematik den Gesetzgebungsorganen bekannt ist. Auch soweit das Beschwerdegericht (LG Stuttgart 19 T 288/02 – Beschl. v. 7.4.2003) dem EuGH zur Vorab-Entscheidung die Frage vorgelegt hat, ob die die badischen Amtsnotare betreffende EuGH-Entscheidung „Gründerzentrum“ (aaO) auch für die württembergischen Bezirksnotare gelte, ist dies für die Entscheidung des vorliegenden Falles ohne Bedeutung, weil die Gebühren des Nachlassgerichts außerhalb des Anwendungsbereichs der Gesellschaftssteuerrichtlinie liegen.

Deshalb sieht der Senat – in Übereinstimmung mit BayObLG und OLG Köln – auch keinen Anlass, das vorliegende Verfahren dem EuGH gem. Art. 234 (früher: Art. 177) EWGV vorzulegen, obwohl der Weg zum BGH gesetzlich verschlossen ist (vgl. § 14 Abs. 3 S. 4, Abs. 5 S. 5 KostO).

2. Auch die entsprechende Anwendung von Absatz 3 und 4 des § 107 KostO hat das Landgericht im angegriffenen Beschluss rechtsfehlerfrei verneint. Insoweit kann in erster Linie ebenfalls auf die zuvor genannten Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des OLG Köln verwiesen werden.

a) Die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins, der nur die Rechtsnachfolge in den Kommanditanteil ausweist, ist rechtlich nicht möglich (vgl. als Ausnahme § 2369 BGB und § 181 BEG); auch eine Beschränkung des Verwendungszwecks des Erbscheins ist – entgegen dem zunächst gestellten Antrag der Kostenschuldnerinnen – nicht vorgesehen, so dass auch in den Fällen des § 107 Abs. 3, 4 KostO ein „Voll-Erbschein“ zu erteilen ist (Korintenberg / Lappe, KostO 15. Aufl., § 107 Rn 55; Rohs / Wedewer / Waldner, KostO (LoseblSlg) § 107 Rn 40).

Vielmehr hat sich der Gesetzgeber für bestimmte Fälle auf die Einräumung einer Kostenprivilegierung beschränkt. So wie etwa im Grundbuchverfahren § 60 Abs. 2 – 5 KostO konkrete Ermäßigungstatbestände aufführt, enthalten auch die Abs. 3 und 4 des § 107 KostO genau bezeichnete Voraussetzungen, unter denen an Stelle der nach Abs. 2 berechneten, regelmäßig anfallenden vollen Gebühr (Abs. 1) aus dem Nachlass eine Gebühr aus einem weit geringeren

Teilwert zu erheben ist. § 107a KostO enthält die ergänzende Regelung für den Fall, dass der erteilte Erbschein über den angegebenen Zweck hinaus verwendet wird.

Diese Kostenprivilegierungen sind – wie einige weitere Spezialregelungen in anderen Gesetzen (zB §§ 317 LAG, 64 SGB X) – auf ganz konkret benannte Sachverhalte beschränkt, so dass eine Erstreckung auf andere Sachverhalte sowohl gegen den Wortlaut als auch gegen den erkennbaren Sinn der Ausnahmeregelungen verstoßen würde. Dies ist bereits seit längerem die eindeutige Position der Rechtsprechung und gerade auch für die hier vorliegende Fallkonstellation entschieden worden (vgl. OLG Düsseldorf JurBüro 1988,892; MDR 1991,165 = RPfl 1991,60 = JurBüro 1991,252 (m. zust. Anm. Mümmler); Rohs / Wedewer / Waldner, aaO § 107 Rn 41; Hartmann, KostenG 33. Aufl., Rn 16 zu § 107 KostO; Göttlich / Mümmler / Assenmacher / Mathias, KostO 15. Aufl., S. 320f). Nur vereinzelt wird im Schrifttum die gesetzliche Regelung als „partiell willkürlich“ kritisiert und die von den Kostenschuldnerinnen verfochtene analoge Anwendung befürwortet (so Lappe in Korintenberg aaO § 107 Rn 59). Der Senat schließt sich der herrschenden Meinung an.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass die 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts im eingangs erwähnten registerrechtlichen Beschwerdeverfahren „im übrigen darauf hingewiesen“ hat, dass aus Kostengründen ein Erbschein „lediglich für Handelsregisterzwecke zu erteilen“ sei. Dabei handelt es sich um eine für die dortige Entscheidung nicht tragende Erwägung. Der Senat hat in seiner diesbezüglichen Rechtsbeschwerdeentscheidung vom 19.3.2002 ausgeführt, dass diese Gebührenfrage für die Entscheidung des registerrechtlichen Verfahrens nicht relevant ist, sondern dem – hier vorliegenden – Gebührenstreit vorbehalten ist.

Zwar ist den Rechtsbeschwerdeführerinnen (und der Ansicht von Lappe) zuzugeben, dass ihre Interessenlage mit derjenigen, der in § 107 Abs. 3 und 4 KostO Rechnung getragen wird, starke Ähnlichkeiten aufweist und dass an der Richtigkeit des Handelsregisters ebenso ein öffentliches Interesse besteht wie beim Grundbuch oder Schiffsregister. Gleichwohl rechtfertigt dies nach Ansicht des Senats nicht, eine weitere Kostenprivilegierung im Wege der Analogie einzuführen. Auch wenn bei der Interpretation von Gebührentatbeständen Analogien nicht grundsätzlich ausgeschlossen sein mögen, ist es jedoch aus Gründen der Rechtsklarheit geboten, diesen Weg nur unter größter Zurückhaltung zu beschreiten. Grundsätzlich ist es Aufgabe des Gesetzgebers, die Voraussetzungen der Erhebung von Gebühren und deren Höhe für die staatlichen Leistungen zu bestimmen; ein Fall eines unerträglichen – und deshalb von der Rechtsprechung behebaren – Wertungswiderspruchs ist hier nicht anzunehmen.

bb) Auch die eingangs genannte Rechtsprechung des EuGH gibt keine ausreichende Rechtfertigung dafür ab, die in Abs. 3 und 4 des § 107 KostO geregelten Ausnahmen auf den vorliegenden Fall auszudehnen.

Zwar hat die europäische Rechtsprechung schwerwiegende Brüche im Gebührensystem der Kostenordnung hervorgerufen; jedoch kann es nicht Aufgabe der Gerichte sein, über den unmittelbaren Wirkungsbereich des europäischen Rechts hinaus punktuell eine Anpassung der Gebührenregelungen zu versuchen. Ob und inwieweit die Veränderung der Gebühren im Bereich des Handelsregisters durch die Gesellschaftssteuer-Richtlinie und deren Auslegung durch den EuGH über das in Vorbereitung befindliche

Handelsregistergebühren-Neuordnungsgesetz hinaus unter dem Gesichtspunkt einer widerspruchsfreien Gesamtregelung eine Reform der Kostenordnung gebietet, hat der Gesetzgeber im Rahmen seines Regelungsermessens zu entscheiden.

Aus den gleichen Gründen verneint der Senat – ebenfalls in Übereinstimmung mit dem BayObLG (aaO) – auch eine Verletzung des grundgesetzlichen Gleichbehandlungs- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Mitgeteilt vom 08. Zivilsenat des OLG Stuttgart

## BGB §§ 2205

**Für die Wirksamkeit eines sog. 3-Zeugen-Testaments genügt es nicht, wenn der 3. Zeuge erst nach Abschluss der Erklärung des letzten Willens des Erblassers erfährt, dass er Zeuge sein soll.**

OLG Stuttgart, Beschl. vom 05.12.2003 – 8 W 208/03

### I.

1. Die Beteiligten sind sich uneins darüber, wer Erbe der am 6.1.2000 verstorbenen Erblasserin geworden ist.

Das Notariat F. hat als Nachlassgericht nach einigen Abklärungen mit Vorbescheid angekündigt, auf Grund des Nottestaments vom 26.12.1999 einen Erbschein zu Gunsten der Beteiligten 5 und 6 ausstellen zu wollen.

Das Landgericht R. hat diesen Vorbescheid auf Beschwerde der Beteiligten 1 und 2 (erneut) mit Beschluss vom 17.4.2003 aufgehoben. Es ist auf der Grundlage des von ihm ermittelten Sachverhalts zu der Überzeugung gekommen, dass das Testament der Erblasserin vom 26.12.1999 nichtig ist. Es genüge den gesetzlichen Anforderungen des § 2250 Abs. 2 BGB nicht, weil nicht drei Zeugen in der nach dem Gesetz erforderlichen Weise an der Errichtung des Testaments mitgewirkt hätten. Der Zeuge M. jedenfalls sei vor der Testamentserrichtung nicht darüber informiert worden, dass er als Testamentszeuge zugezogen werde. Es lasse sich deshalb nicht feststellen, dass er Absicht und Bewusstsein gehabt habe, an der Errichtung eines Testaments mitzuwirken. Allein das Zuhören mache einen Anwesenden nicht zum Testamentszeugen im Sinne des § 2250 BGB.

2. Mit ihren durch ihre Verfahrensbevollmächtigten eingelegten weiteren Beschwerden rügen die Beteiligten 5 und 6, die Entscheidung des Landgerichts beruhe auf der Verletzung prozessualen und materiellen Rechts. Sie erstreben die Wiederherstellung des Beschlusses des Notariats vom 19.7.2000 unter Zurückweisung der Beschwerde der Bet. 1 und 2.

### II.

Die weiteren Beschwerden der Beteiligten 5 und 6 sind gemäß §§ 19,27 FGG als Rechtsbeschwerden zulässig (vgl. zum Beschwerderecht bei Erbschein-Vorbescheiden Kahl in Keidel/Kuntze/Winkler, FG, 15. Aufl. § 19 Rn 15,15a mit Rsprnachweisen). Sie haben jedoch keinen Erfolg. Denn der angefochtene Beschluss des Landgerichts ist frei von Rechtsfehlern.

Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht die Wirksamkeit des Drei-Zeugen-Testaments vom 26.12.1999 verneint, weil höchstens zwei der drei bei der Testamentserrichtung

anwesenden Zeugen den gesetzlichen Anforderungen an einen Testamentszeugen genügen.

a. Ein Testament kann bei erheblicher Erschwerung der Erreichbarkeit eines Notars (§ 2250 Abs. 1 BGB) und bei naher Todesgefahr (§ 2250 Abs. 2 BGB) wirksam durch mündliche Erklärung vor drei Zeugen (sog. Drei-Zeugen-Testament) errichtet werden. Diese Zeugen übernehmen in einer solchen Situation eine Beurkundungsfunktion, da eine amtliche Urkundsperson (Notar, Bürgermeister) nicht zur Verfügung steht. Dem entspricht es, dass nach ständiger Rechtsprechung zufällig anwesende Zeugen nicht als Testamentszeugen im Sinne des § 2250 BGB anerkannt werden. Vielmehr müssen die drei Zeugen im Wissen um ihre Beziehung zum Zweck der Errichtung eines Testaments anwesend sein. Sie müssen Absicht und Bewusstsein ihrer gemeinsamen Mitwirkung und Verantwortung bei der Testamentserrichtung haben. Sie müssen Adressaten und Zeugen der Erklärungen des letzten Willens durch den Erblasser, Zeugen der Herstellung der Niederschrift, deren Verlesung und Genehmigung durch den Erblasser und dessen Unterschrift oder deren Ersetzung sein. Fehlt es an einer solchen Mitwirkung von drei Zeugen, ist das Testament ungültig (BGH NJW 1972, 202; BGH WM 1971,254; BGH NJW 1970,1601; Palandt/Edenhofer, BGB, 62. Aufl., § 2250 Rn 4,5; MüKo/Burkhardt, BGB, 3. Aufl., § 2250 Rn 10,11; Soergel/Mayer, BGB, 13. Aufl., § 2250 Rn 8-10; Staudinger/Baumann, BGB, Ausgabe 1996, § 2250 Rn 28).

Die Gründe des angefochtenen Beschlusses weisen aus, dass das Landgericht von diesen Rechtsgrundsätzen ausgegangen ist. Dies ist nicht zu beanstanden.

b. Aber auch die Beweiswürdigung des Landgerichts hält der Überprüfung auf Rechtsfehler stand. Im Rechtsbeschwerdeverfahren hat der Senat von den von der Vorinstanz festgestellten Tatsachen auszugehen, soweit sie fehlerfrei festgestellt sind. Ausgehend von diesen Feststellungen ist es nicht zu beanstanden, dass das Landgericht dem Zeugen M. die rechtliche Eigenschaft eines Testamentszeugen im Sinne des § 2250 BGB abgesprochen hat. Denn nach den Feststellungen des Landgerichts war dieser Zeuge nicht darüber informiert worden, dass er als Testamentszeuge bei der Errichtung eines Nottestaments mitwirken sollte, und wusste nicht, warum sein Vater ihn mit ins „Sterbezimmer“ gebracht hatte. Daher hat er den Erklärungen der Erblasserin und später dem Verlesen der Niederschrift zwar zugehört, jedoch nicht im Bewusstsein einer Mitverantwortung für die korrekte Erfassung der Erklärungen und deren Umsetzung. Der Auffassung der Bet. 5 und 6, es reiche aus, wenn die Erblasserin und die anderen Zeugen meinten, der dritte Zeuge wisse um den Grund seiner Anwesenheit und seine Aufgabe, kann nicht gefolgt werden. Da die drei Zeugen nach der Rechtsprechung „die Absicht und das Bewusstsein ihrer gemeinsamen Mitwirkung und Verantwortung...“ haben müssen (BGH NJW 1972,202), kommt es auch auf ihr eigenes „inneres“ Bewusstsein an.

Dass der Zeuge nach Abschluss der Testamentserrichtung, gefragt von seinem Vater, ob er die Niederschrift unterschreiben würde, unterzeichnet hat, ändert nichts an seinem fehlenden Bewusstsein bezüglich seiner Zeugenstellung und seiner Verantwortung während der vorrangigen Testamentserrichtung.

c. Auch die Rüge einer fehlerhaften Tatsachenfeststellung greift nicht durch. Entgegen der Beanstandung der Bet. 5 und 6 hat das Landgericht umfassend geklärt, wie es dazu

kam, dass der Zeuge M. bei der Testamentserrichtung anwesend war und welche Rolle er dabei hatte. Der Zeuge hatte schon gegenüber dem Notar am 15.6.00 geschildert, dass sein Vater auf einen Anruf des Bet. 6 zur Erblasserin gefahren sei und ihm gesagt habe, er solle mitkommen, es sei was Dringendes. Mehr erfuhr er nicht. Gegenüber der Kammer schilderte der Zeuge inhaltlich nichts Anderes. Auch nach dem Eintreten in das Schlafzimmer der Erblasserin erfuhr er nicht, warum er mitkommen sollte. Niemand sprach mit ihm; er sprach mit niemand. Daher hat er nach seiner Schilderung das Gespräch der anderen Besucher mit der Erblasserin zunächst auch nicht sonderlich beachtet, sondern erst, als die Erblasserin ein Testament aufgesetzt haben wollte. Ab da war er ersichtlich interessierter Zuhörer. Das reicht aber nicht, um Mitverantwortung als Testamentszeuge im Sinne des § 2250 BGB zu tragen. Selbst bis nach der Verlesung des inzwischen niedergeschriebenen Testaments und der Bestätigung desselben durch die Erblasserin war der Zeuge von niemand darüber aufgeklärt worden, dass er hier eine Art Beurkundungsfunktion als notwendiger dritter Zeuge habe. Erst außerhalb des Schlafraums, nach der Unterschriftsleistung der Erblasserin, wurde er von seinem Vater bzw. vom Bet. 6 mit der Aufforderung zur Unterschrift unter die Testamentsniederschrift an dem Geschehen beteiligt.

Der Verweis der Bet. 5 und 6 auf die Rspr. des OLG Zweibrücken (NJW RR 1987, 135) und des OLG Düsseldorf (FamRZ 2001, 1253) führt nicht zu einem ihnen günstigeren Ergebnis. Zwar soll es nach jenen Entscheidungen ausreichen, wenn die notwendigen drei Zeugen eines Nottestaments nach § 2250 Abs. 2 BGB bei der Verlesung des zuvor (ohne sie) erstellten Testamentsentwurfs im Beisein der Erblasserin und bei dessen Genehmigung durch die Erblasserin anwesend seien, weil in der Genehmigung durch die Erblasserin zugleich die Erklärung ihres letzten Willens liege. Doch hätte der Zeuge M. jedenfalls zu diesem Zeitpunkt über die ihm zugeordnete Aufgabe und Verantwortung als Testamentszeuge unterrichtet gewesen sein und sie übernommen haben müssen. Das war aber, wie festgestellt, nicht so.

Wie der Zeuge selbst seine Rolle bei der Testamentserrichtung beschreiben würde, brauchte nicht ergänzend erkundet zu werden. Es kommt insoweit nicht auf sein Verständnis sondern auf seine tatsächliche Einbeziehung an; diese rechtlich zu werten, oblag dem Landgericht.

Mitgeteilt vom 08. Zivilsenat des OLG Stuttgart.

#### **KostO § 17 Abs. 2 a. F.**

**Der Rückerstattungsanspruch nach § 17 Abs. 2 KostO a. F. entsteht bereits mit der Zahlung der Kosten, nicht erst mit der Aufhebung oder Änderung des Kostenansatzes. Zu diesem Zeitpunkt beginnt die Verjährung des Rückzahlungsanspruchs.**

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 02.07.2004 – 11 Wx 95/03

Aus den Gründen:

#### **I.**

Am 9. Mai 1996 beurkundete die Notarin einen Einbringungsvertrag, wonach die Gesellschafter der A-GmbH ihre Anteile an dieser Gesellschaft in die beschwerde-

führende Gesellschaft einbrachten und auf diese übertragen gegen Erhöhung des Kommanditanteils der B-GmbH & Co. an der Beschwerdeführerin. Für die Beurkundung, die Ausstellung von Vertretungsbescheinigungen und Schreibaussagen erhielt die Beschwerdeführerin eine Kostenrechnung über DM 7.256,00 mit Datum vom 15.8.1996. Die Beschwerdeführerin zahlte diesen Betrag am 5.10.1996 an die Landesoberkasse. Am 16.4.2002 hat die Beschwerdeführerin Erinnerung gegen diese Kostenrechnung eingelegt und beantragt, DM 5.310,00 zzgl. Mehrwertsteuer zurückzuerstatten, da die Gebühren europarechtswidrig seien. Gegen den geltend gemachten Rückerstattungsanspruch hat der Bezirksrevisor namens der Staatskasse mit Einwilligung des Präsidenten des Landgerichts die Einrede der Verjährung erhoben. Das Amtsgericht hat mit Beschluss vom 7.2.2003 die Erinnerung aufgrund Verjährung als unbegründet zurückgewiesen. Die Beschwerde zum Landgericht blieb ohne Erfolg. Mit der nunmehr erhobenen weiteren Beschwerde verfolgt die Beschwerdeführerin ihr ursprüngliches Rechtsbegehren weiter und macht insbesondere geltend, dass der Rückerstattungsanspruch nicht verjährt sei.

#### **II.**

Die weitere Beschwerde der Beschwerdeführerin ist aufgrund der Zulassung durch das Beschwerdegericht statthaft und auch im übrigen zulässig (§ 14 Abs. 3 KostO), sie ist jedoch nicht begründet.

1. Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht angenommen, dass mögliche Ansprüche der Kostenschuldnerin auf Rückerstattung überzahlter Gebühren gem. § 17 Abs. 2 KostO a.F. verjährt sind.

a) Es kann für diese Entscheidung dahingestellt bleiben, ob die Notarkosten für die Beurkundung des oben genannten Einbringungsvertrages dem Verbotstatbestand des Art. 10 i.V.m. Art. 4 der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (Amtsblatt Nr. L249 vom 3.10.1969 S. 25-29) in der Fassung der Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10. Juni 1985 zur Änderung der Richtlinie 69/335/EWG betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (Amtsblatt Nr. L156 vom 15.6.1985 S. 23 f.) – im folgenden Richtlinie genannt – unterfallen, da mögliche Rückerstattungsansprüche verjährt sind.

b) Nachdem der Kostenansatz und die Kostenrechnung ins Jahr 1996 datieren, hat § 17 Abs. 2 KostO a.F., d. h. in der Fassung vor der Änderung durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001 (Bundesgesetzblatt I 3138, 3181) auf mögliche Rückerstattungsansprüche Anwendung zu finden (§ 161 KostO), wonach Ansprüche auf Rückerstattung von Kosten 4 Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres verjähren, in dem der Anspruch entstanden ist.

c) Nach herrschender und vom Senat geteilter Auffassung entsteht der Rückerstattungsanspruch nach § 17 Abs. 2 KostO a.F. bereits mit der Zahlung der Kosten, nicht erst mit der Aufhebung oder Änderung des Kostenansatzes. (vgl. zuletzt OLG Stuttgart, Rechtspfleger 2004, 380 f.; Kammergericht Berlin, Rechtspfleger 2003, 149 ff.; OLG Bremen, NJW-RR 2000, 1743 f.; BayObLGZ 2000, 256 ff.; OLG Düsseldorf, MDR 1999, 256 f.; OLG Hamm, NJW-RR 1999, 1229 ff.; Hartmann, Kostengesetze, 33. Aufl., § 17 KostO Rz. 4; OLG Düsseldorf, MDR 1988, 507). Ent-

scheidend ist insbesondere, dass das Gesetz keinen Anhaltspunkt dafür enthält, dass der Rückzahlungsanspruch von der Änderung des Kostenansatzes abhängig sein soll. Der Anspruch der Staatskasse auf Zahlung der Gebühren wird mit der Beendigung des gebührenpflichtigen Geschäfts fällig (§ 7 KostO). Damit beginnt nach § 17 Abs. 1 KostO alter und neuer Fassung der Lauf der Verjährungsfrist. Entstehen und Fälligkeit sind nicht von der Erstellung und Hinausgabe einer Kostenrechnung abhängig. Der Anspruch des Kostenschuldners auf Erstattung objektiv zu unrecht erhobener Kosten hat seine Grundlage in demselben öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnis, es handelt sich um die Kehrseite des Kostenanspruchs der Staatskasse (vgl. BayObLG a.a.O.). Die Gegenauffassung, wonach der Rückzahlungsanspruch erst mit der Aufhebung des Kostenansatzes entsteht und erst dann die Verjährung in Lauf gesetzt wird (vgl. OLG Köln, Rechtspfleger 1992, 317; OLG Oldenburg, AGS 2001, 85 f.; Lappe in Korintenberg/Lappe, KostO, 15. Aufl., § 17 Rz. 17), verkennt, dass gem. § 14 Abs. 6 KostO a.F. (jetzt § 14 Abs. 8 KostO) der Kostenansatz nicht in Bestandskraft erwächst; sie hätte im übrigen zur Folge, dass die Verjährungsvorschrift des § 17 Abs. 2 KostO weitgehend leer liefe (vgl. BayObLGZ a.a.O.).

d) Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin setzt die Fälligkeit des Rückerstattungsanspruchs auch nicht eine Neuregelung im Sinne europarechtskonformer Neufestsetzung von Gebühren durch den Gesetzgeber voraus. Der Beschwerdeführerin ist zwar zuzugeben, dass eine Bezifferung des die zulässigen Abgaben mit Gebührencharakter (vgl. Art. 12 Abs. 1 e Richtlinie) übersteigenden Anteils Schwierigkeiten mit sich bringt, doch ist die problemlose Bezifferbarkeit nicht grundsätzlich Fälligkeitsvoraussetzung, denn die Befriedigung des Anspruchs kann auch ohne diese Neufestsetzung bereits jetzt rechtlich verlangt werden, sei es im Wege eines Feststellungsantrages, sei es im Wege einer aufgrund eigener Ermittlungen und Schätzungen erstellten Berechnung, wie dies vorliegend auch erfolgt ist (vgl. Peters in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2001, § 198 Rz. 2).

e) Die Verjährung ist auch nicht in entsprechender Anwendung von § 203 BGB a.F. gehemmt worden bis zur Entscheidung „Gründerzentrum“ vom 21. März 2002 (ZIP 2002, 663 ff.). Zutreffend hat das Landgericht darauf hingewiesen, dass in der Regel eine Judikatur, die die Geltendmachung des Anspruchs als nicht erfolgversprechend erscheinen lässt, eine Verjährungshemmung nicht begründet (vgl. Grothe in Münchener Kommentar, RGR, 4. Aufl., 206 Rz. 7 m.w.N.). Ein Ausnahmefall ist hier nicht erkennbar.

f) Der von der Staatskasse erhobenen Einrede der Verjährung steht auch nicht der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung gem. § 242 BGB entgegen. Der Zweck der Verjährung gebietet, strenge Maßstäbe anzulegen und diesen Einwand nur gegenüber einem wirklich groben Verstoß gegen Treu und Glauben durchgreifen zu lassen. Die Verjährungseinrede ist als unzulässige Rechtsausübung anzusehen, wenn der Verpflichtete den Berechtigten durch ein Verhalten von der rechtzeitigen Klageerhebung abgehalten hat, das dem Berechtigten bei verständiger Würdigung hinreichenden Anlass gab, die Klageerhebung aufzuschieben; der Berechtigte musste annehmen dürfen, sein Anspruch werde auch ohne Rechtsstreit erfüllt oder zumindest nur mit sachlichen Einwendungen bekämpft werden. Zu beachten ist der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung auch dann, wenn der Verpflichtete den

Berechtigten nur unabsichtlich an der rechtzeitigen Verjährungsunterbrechung gehindert hat (vgl. Grothe in Münchener Kommentar, BGB, 4. Aufl., § 194 Rz. 13 m.w.N. aus der Rechtsprechung; BGH NJW 2002, 3110 f.). Auch die Geltendmachung der Verjährung durch einen Träger der öffentlichen Hand ist nur bei Vorliegen besonderer Umstände als rechtsmissbräuchlich und daher unbeachtlich anzusehen (Grothe in Münchener Kommentar a.a.O. Rn. 12 m.w.N.; BSG NJW-RR 1988, 642). Rechtsfehlerfrei ist das Landgericht in der angegriffenen Entscheidung zu dem Ergebnis gekommen, dass die Justizverwaltung weder durch ihr Verhalten Anlass zu der Annahme gegeben hat, sie würde die Verjährungseinrede nicht erheben, noch die Beschwerdeführerin davon abgehalten hat, rechtzeitig Erinnerung gegen den Kostenansatz einzulegen. Darüber hinaus hat auch der EuGH in seiner Entscheidung vom 2. Dezember 1997 („Fantask“, Urteil des Gerichtshofs vom 2. Dezember 1997 Aktenzeichen C-188/95 (ZIP 1998, 206 ff.)) zu nationalen Verjährungsfristen festgestellt, dass mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung auf diesem Gebiet die Ausgestaltung von Verfahren bei Klagen auf Rückzahlung rechtsgrundloser Leistungen Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedsstaaten ist, sofern diese Verfahren nicht ungünstiger gestaltet werden als bei entsprechenden Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen, und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte durch sie nicht praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wird. Die Festsetzung angemessener Ausschlussfristen schütze im Interesse der Rechtssicherheit sowohl den betroffenen Abgabepflichtigen als auch die betroffene Verwaltung. Derartige Fristen könnten nicht als so geartet angesehen werden, dass sie die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich machten oder übermäßig erschwerten, selbst wenn ihr Ablauf per definitionem zur vollständigen oder teilweisen Abweisung der Klage führe. Die fünfjährige Verjährungsfrist nach dänischem Recht hat der Gerichtshof ausdrücklich als angemessen erachtet, da sie im übrigen auch unterschiedslos für die Geltendmachung auf Gemeinschaftsrecht wie auf nationales Recht gestützte Ansprüche gelte. Da auch die vierjährige Verjährungsfrist des § 17 Abs. 2 KostO a.F. unterschiedslos für beide Arten von Ansprüchen gilt und die Dauer von mindestens 4 Jahren in aller Regel ausreichend ist, um die Berechtigung der staatlichen Ansprüche zu überprüfen, ist unter Heranziehung dieser vom EuGH entwickelten Grundsätze auch die Verjährungsfrist des § 17 als angemessen zu erachten (vgl. OLG Stuttgart a.a.O. S. 381). Damit ist vorliegend Verjährung eines möglichen Rückerstattungsanspruchs am 31.12.2000 eingetreten.

Mitgeteilt von Bezirksrevisor Schwendemann, LG Baden-Baden

**EWGRL 335/69** Art. 1; Art. 4 Abs. 1 lit. a; Art. 4 Abs. 3 lit. a; Art. 10

**UmwG** §§ 190 ff.; §§ 226 ff.

**KostO** § 36 Abs. 1; § 44 Abs. 1 Satz 1; § 47

**1. Die bloße Umwandlung – Formwechsel – einer Kapitalgesellschaft in eine andere Kapitalgesellschaft (im Sinne der Gesellschaftssteuerrichtlinie) unterliegt nicht der Gesellschaftssteuer, weil sie nicht mit einer Kapitalzuführung verbunden ist (Anschluß an EuGH, Urteil vom 16.05.2002, C-508/99 – „Palais am Stadtpark“).**

**2. Die von einem badischen Amtsnotar vorgenommene Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses über die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine andere Kapitalgesellschaft (im Sinne der Richtlinie; hier: Formwechsel von GmbH in KG) wird von der Gesellschaftssteuerrichtlinie nicht erfaßt, so daß die KostO Anwendung findet.**

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 05.08.2004 – 14 Wx 33/03

Aus den Gründen:

**A.**

1. Die Notarin beim Notariat W. hat am 29.08.2000 beurkundet:

a) den in der Gesellschafterversammlung der M. GmbH nach den §§ 190 ff. i.V. m. den §§ 226 ff. UmwG gefaßten Beschluß über die Umwandlung der GmbH in eine Kommanditgesellschaft mit der Firma H. M. KG und

b) die zugleich erteilten Zustimmungen zu dem Umwandlungsbeschluß sowie die das Klagerecht, den Umwandlungsbericht und die ein Abfindungsangebot betreffenden Verzichtserklärungen.

Ferner hat die Notarin die Zeichnung der Firma der genannten KG durch deren Komplementär sowie dessen Unterschrift unter der Anmeldung des Formwechsels zum Handelsregister beglaubigt.

2. Die der formwechselnden Rechtsträgerin als Kostenschuldnerin übermittelte Kostenrechnung weist folgende in der Kostenberechnung angesetzten Gebühren und Auslagen nebst Umsatzsteuer aus:

Beurkundung einer einseitigen Erklärung (§ 36 Abs. 1 KostO)	1.610,00 DM
Unterschriftsbeglaubigung (§ 45 Abs. 1 KostO)	65,00 DM
Beurkundung Gesellschafterbeschluß (§ 47 KostO)	3.220,00 DM
Schreibauslagen (§ 136 Abs. 1, Abs. 2 KostO)	8,00 DM
16 % Umsatzsteuer aus 4.903,00 DM	<u>784,48 DM</u>
	<u>5.687,48 DM</u>

3. Die Kostenschuldnerin hat gegen die Kostenrechnung Erinnerung eingelegt. Zur Begründung hat sie auf das Urteil des EuGH vom 29.09.1999, C-56/98 – „Modelo“ – hingewiesen. Weiter hat sie die Auffassung vertreten, die am 29.08.2000 beurkundeten Verzichtserklärungen bildeten keinen gesonderten Gegenstand im Sinne von § 44 KostO.

Das Amtsgericht W. hat die Erinnerung mit der Begründung zurückgewiesen, der Kostenansatz entspreche den Vorschriften der KostO und die Gesellschaftssteuerrichtlinie finde hier keine Anwendung. Auf die dagegen gerichtete Beschwerde der Kostenschuldnerin hat das Landgericht Freiburg – unter Zurückweisung der weitergehenden Beschwerde – den Beschluß des Amtsgerichts abgeändert, die Kostenansätze des Notariats aufgehoben und den Kostenbeamten angewiesen, über den die genannte Urkunde betreffenden Kostenansatz neu zu entscheiden. Hiergegen richtet sich die – vom Landgericht zugelassene – weitere Beschwerde der Staatskasse, die die hier beurkundeten Vorgänge als nicht unter die Gesellschaftssteuerrichtlinie fallend ansieht.

**B.**

Das statthafte und auch sonst zulässige Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg.

**I.**

Der Entscheidung des Landgerichts liegen folgende Erwägungen zugrunde:

Nach der Rechtsprechung des EuGH könnten für von einem badischen Amtsnotar vorgenommene Beurkundungen, soweit sie der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17.07.1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital i. d. F. der Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10.06.1985 („Gesellschaftssteuerrichtlinie“; im folgenden auch als „Richtlinie“ oder „RL“ bezeichnet) unterfallen, lediglich Abgaben mit Gebührencharakter erhoben werden. Deren Berechnung habe nach Aufwand zu erfolgen. Bezüglich der in der Urkunde 2 UR 411/00 vorgenommenen Beurkundungen gelte dies jedenfalls für den Umwandlungsbeschluß, weil zum einen der hier vorgenommene Formenwechsel von der Richtlinie erfaßt werde und zum anderen die Beurkundung des Beschlusses nach dem Gesetz zwingend vorgeschrieben sei; der diesbezügliche Aufwand sei vom Kostenbeamten noch zu ermitteln. Ob die für die gleichfalls vorgenommene Beurkundung von Zustimmungs- und Verzichtserklärungen ausgelöste einheitliche Gebühr sich nach Aufwand oder nach § 36 Abs. 1 KostO richte, hänge gemäß § 44 Abs. 1 KostO davon ab, welche dieser Erklärungen die höhere Gebühr auslöse; auch dies sei vom Kostenbeamten noch zu ermitteln. Zu berücksichtigen sei dabei, daß die Beurkundung der Zustimmungserklärungen nach dem Gesetz zwingend gewesen sei und somit – mit der Folge, daß die ausgelöste Gebühr sich nach Aufwand berechne – von der Richtlinie erfaßt werde; demgegenüber habe für die Verzichtserklärungen kein gesetzlicher Beurkundungszwang bestanden, so daß die Beurkundung nicht der Richtlinie unterfalle und sich die dadurch ausgelöste Gebühr nach der KostO richte.

**II.**

Dem kann nicht in allen Punkten gefolgt werden.

1. Zutreffend sind freilich die Ausführungen des Landgerichts zur Reichweite der Gesellschaftssteuerrichtlinie bei Beurkundungen durch beamtete badische Notare:

Aufgrund der Rechtsprechung des EuGH (Beschluß vom 21.03.2002, C-264/00 – „Gründerzentrum“) sind die Gebühren für die notarielle Beurkundung eines unter die Gesellschaftssteuerrichtlinie fallenden Vorgangs durch einen beamteten Notar im OLG-Bezirk Karlsruhe als „Steuer“ im Sinne der Richtlinie anzusehen. Nach deren Art.1 können die Mitgliedsstaaten der EG eine als „Gesellschaftssteuer“ bezeichnete harmonisierte Abgabe auf Kapitalzuführungen an Kapitalgesellschaften im Sinne der Richtlinie (Art. 3 Abs. 1 RL) oder ihnen gemäß Art. 3 Abs. 2 RL gleichzusetzende Vereinigungen erheben. In Art. 4 RL sind die Vorgänge, die der Gesellschaftssteuer unterliegen (Abs. 1) oder ihr unterworfen werden können (Abs. 2), abschließend aufgeführt. In Art. 10 RL ist bestimmt, daß von Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristischen Personen mit Erwerbzzweck – abgesehen von der Gesellschaftssteuer – keine „Steuern oder Abgaben“ erhoben werden auf „die in Art. 4 genannten Vorgänge“ (Art. 10 lit. a), auf „die Einlagen, Darlehen oder Leistungen im Rahmen der in Art. 4 genannten Vorgänge“ (Art. 10 lit. b) sowie auf „die der Ausübung einer Tätigkeit vorangehende Eintragung oder sonstige Formalität, der eine Gesellschaft,

Personenvereinigung oder juristische Person mit Erwerb-zweck aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann" (Art. 10 lit. c). Art. 12 Abs. 1 RL normiert Ausnahmen von diesem Verbot.

Demgemäß sind – auch hiervon ist das Landgericht zu-treffend ausgegangen – die den Gegenstand des Rechts-beschwerdeverfahrens bildenden Kostenansätze mit der Gesellschaftssteuerrichtlinie unvereinbar, wenn sie, ohne unter die Ausnahmeregelung nach Art. 12 Abs. 1 RL zu fallen, vom Verbotstatbestand des Art. 10 RL erfaßt werden.

2. Für die einzelnen den Gegenstand des Rechtsbeschwerdeverfahrens bildenden Kostenansätze gilt danach folgendes:

a) Entgegen der Auffassung des Landgerichts wird die Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses über den Formwechsel nicht von der Gesellschaftssteuerrichtlinie erfaßt. Die in Anwendung von § 47 KostO angesetzte Gebühr von 3.220,00 DM unterfällt daher nicht dem Verbotstatbestand gem. Art. 10 lit. c RL.

aa) Die Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses ist gerichtet auf die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft (im Sinne der Richtlinie) in eine andersartige Kapitalgesellschaft (im Sinne der Richtlinie). Art. 4 Abs. 3 lit. a RL stellt ausdrücklich klar, daß eine derartige Umwandlung nicht als „Gründung einer Kapitalgesellschaft“ im Sinne von Art. 4 Abs. 1 lit. a RL gilt. Darin liegt nicht, wie das Landgericht meint, eine bloße „Freistellung“ – im Sinne einer Befreiung von an sich gegebener Unterworfenheit – des Formwechsels von der Gesellschaftssteuer. Vielmehr „unterliegt“ die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft anderer Art nicht der Gesellschaftssteuer (EuGH, Urteil vom 16.05.2002, C-508/99 – „Palais am Stadtpark“, Tz. 29 [EuZW 2002, Seite 479 f. = NZG 2002, S. 690 ff.]), d.h. sie erfüllt nicht deren tatbestandsmäßige Voraussetzungen. Der Grund liegt darin, daß es sich bei der Gesellschaftssteuer nach der in Art. 1 RL enthaltenen Legaldefinition um eine „Abgabe auf Kapitalzuführungen an Kapitalgesellschaften“ handelt, eine derartige Zuführung mit einem bloßen Formwechsel nach Art. 4 Abs. 3 lit. a aber nicht verbunden ist.

bb) Da der der hier in Rede stehenden Beurkundung zugrunde liegende Formwechsel somit von der Gesellschaftssteuer nicht erfaßt wird, besteht auch keine Gefahr einer Doppelbesteuerung. Die Folge ist, daß das von Art. 10 RL normierte Verbot der Erhebung von anderen Steuern als der Gesellschaftssteuer im vorliegenden Fall nicht eingreift. Dies ergibt sich schon aus dem erklärten Ziel der Richtlinie, die Erhebung anderer Steuern als der Gesellschaftssteuer auf die „Einbringungen in Gesellschaften“ zu verhindern (zweite und achte Begründungserwägung zur Richtlinie). Entgegen der Auffassung des Landgerichts wird dieses Verständnis aber auch vom Wortlaut des Art. 10 RL getragen. Danach erheben die Mitgliedsstaaten „abgesehen von der Gesellschaftssteuer“ keine anderen Steuern auf die im Art. 4 genannten Vorgänge und mit ihnen zusammenhängende Formalien. Damit ist zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht, daß das in Art. 10 normierte Besteuerungsverbot sich allein auf diejenigen der „in Art. 4 genannten Vorgänge“ bezieht, die der Gesellschaftssteuer unterliegen. Dem entspricht die Entscheidung des EuGH (Urteil vom 27.10.1998, C-152/97 – „Agas“ – , Tz. 21 [WM 1999 S. 343 ff., 345]), wonach das Besteuerungsverbot nach Art. 10 sich auf Kapitalzuführungen als solche (Art. 10 lit. a und b) sowie auf Instrumente zur Kapitalansammlung (Art. 10 lit. c) bezieht.

b) Auch die gemäß § 36 Abs. 1 KostO für die Beurkundung einseitiger Erklärungen angesetzte Gebühr von 1.610,00 DM unterfällt keinem Verbotstatbestand nach Art. 10 RL.

Die dem diesbezüglichen Kostenansatz zugrundeliegenden notariellen Leistungen betreffen Zustimmungs- und Verzichtserklärungen zu dem Beschluß über einen Formwechsel nach Art. 4 Abs. 3 lit. a RL und stellen damit eine sich auf einen solchen beziehende Formalie dar. Da dieser Formwechsel nicht mit einer Kapitalzuführung im Zusammenhang steht und damit auch nicht der Gesellschaftssteuer unterliegt (EuGH, Urteil vom 16.05.2002 – „Palais am Stadtpark“ –, Tz. 29 [a.a.O.]), stellen die beurkundeten Erklärungen kein Instrument zur Kapitalansammlung dar mit der Folge, daß sie ebenfalls nicht vom Besteuerungsverbot nach Art. 10 RL – insbesondere auch nicht von einem solchen nach dessen lit. c (vgl. wiederum Urteil des EuGH vom 27.10.1998 - „Agas“ - , Tz. 21 (a.a.O.) – erfaßt werden. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die notariellen Beurkundungen der abgegebenen Erklärungen vom Gesetz zwingend vorgeschrieben war oder freiwillig erfolgt ist.

Wie das Landgericht richtig ausgeführt hat, ist gem. § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO für die Zustimmungs- und Verzichtserklärungen nur eine Gebühr zu berechnen. Dem entspricht die von der Kostenschuldnerin angegriffene Kostenrechnung. Auf die Richtigkeit der von der Kostenschuldnerin ohne nähere Begründung vertretenen Auffassung, wonach die am 29.08.2000 beurkundeten Verzichtserklärungen keinen besonderen Gegenstand i.S.v. § 44 KostO bilden, kommt es nicht an, weil weder Zustimmungs- noch Verzichtserklärungen der Gesellschaftsrichtlinie unterfallen.

Mitgeteilt von Richter am Oberlandesgericht Dr. Ernst-Friedrich Krauß, Freiburg

## Buchbesprechungen

**Familienvermögensrecht.** Herausgegeben von Rudolf Schröder und Ludwig Bergschneider. Gieseking Verlag Bielefeld 2003. LXXXVII. 1299 S. geb. 118,- €. ISBN 3-7694-0923-X.

Der Titel der Neuerscheinung suggeriert eine Darstellung der vermögensrechtlichen Probleme, fokussiert auf familienrechtliche Strukturen. Eine solche zusammenfassende Darstellung des Familienvermögensrechts, also der einschlägigen Gesetzesnormen, ihrer Anwendung durch die Gerichte und ihre Handhabung durch die Praxis der Kautelarjurisprudenz ist ein Novum und verdient eine genauere Betrachtung.

Anspruch des Handbuchs ist, die einschlägigen Rechtsnormen im Zusammenhang zu erfassen, also nicht nur das Familienrecht des IV. Buchs des BGB, auch nicht nur das Schuldrecht, sondern ebenso Gesellschafts-, Arbeits-, Verfahrens- und Vollstreckungsrecht, IPR und Steuerrecht, die systematischen Zusammenhänge aufzuzeigen und detaillierte Informationen über die in der Praxis wichtigen Rechtsfragen zu geben.

Nach einer knappen Einführung werden folgende Themen-schwerpunkte vollständig und gründlich abgehandelt:

- Allgemeine vermögensrechtlichen Wirkungen der Ehe
- Rechtsverhältnisse an Ehwohnung und Hausrat
- Güterstände
- Sonstige Vermögensverflechtungen (Miteigentum, Ehegattengesellschaften, Mitarbeit außerhalb einer Gesellschaft, Gesamtschuldnerausgleich, rechtliches Schicksal von Zuwendungen, Bank-, Bausparguthaben, Wertpapiere)
- Versorgungsausgleich
- Vermögen in nichtehelichen Lebensgemeinschaften
- Vermögensverwaltung und -übertragung bei Kindern
- Steuern (Allgemeine steuerliche Beziehungen zwischen Ehegatten, Steuern u. Kinder, Abzug von Unterhaltsleistungen, Güterstand u. Steuern, vertragliche Beziehungen zwischen nahen Angehörigen, Versorgungsausgleich und Steuern, Immobilien, Schenkungssteuern, Verfahrensbeteiligung von Ehegatten)
- Auseinandersetzungsversteigerung
- Fälle mit Auslandberührung und DDR-/Alt-Fälle (kollisionsrechtliche Prüfung, Mehrrechtsstaaten, Anknüpfungspunkte u. a.)

Die 10 Autoren sind erfahrene Anwälte und Richter. Das Kapitel Auseinandersetzungsversteigerung wird von Hintzen, Rechtspfleger und Fachhochschullehrer, einem ausgewiesenen Kenner der Materie, bearbeitet.

Die gewählte Darstellung der vermögensrechtlichen Bezüge im familienrechtlichen Kontext ermöglicht den mit der Materie befassten Anwälten, Richtern, Notaren, Rechtspflegern und Steuerberatern eine umfassende und schnelle Information. Dabei kommt dem Nutzer die systematische, ganzheitlich-themenbezogene Darstellung sehr entgegen. Rechtsprechung und Literatur sind durchgängig bis Frühjahr 2003, manche später veröffentlichte Entscheidung bis zur Drucklegung im Juli 2003 berücksichtigt.

Der praktische Gebrauch wird dadurch erleichtert, dass der Benutzer eine detaillierte systematische Gliederung, ein ausführliches Stichwortverzeichnis und Verzeichnis der behandelten Rechtsvorschriften vorfindet. Jedem Unterabschnitt ist ein aktuelles Literaturverzeichnis vorangestellt. Übersichten, Tabellen und Checklisten unterstützen den Praktiker bei seiner täglichen Arbeit.

Verlag und Autoren darf man zu diesem überzeugenden Handbuch mit seiner neuartigen ganzheitlich-themenbezogenen Darstellung beglückwünschen.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Heidelberg

**Unternehmertestament.** Von Dr. Wolfgang Burand und Susanne Franke. Beck'sche Musterverträge Band 45. Verlag C. H. Beck, 2003 VI, 184 Seiten, Kartoniert mit CD-ROM. 23,- €. ISBN 3-406-51469-3.

Die Verf. geben in der Einführung (Teil A) einen Überblick über das gesetzliche Erbrecht, und Anforderungen an die Testamentserrichtung, befassen sich mit dem Zusammenspiel zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht, behandeln sodann das Einzeltestament, Ehegattentestament und den Erbvertrag als mögliche Verfügungen von Todes wegen sowie die Verwahrung und den Widerruf einseitiger und zweiseitiger Verfügungen von Todes wegen.

In Teil B werden sodann 4 Muster mit Erläuterungen vorgestellt:

1. Eigenhändiges Testament eines verheirateten Jungunternehmers ohne Nachkommen
2. Das Testament des Jungunternehmers mit minderjährigen Kindern
3. Das Testament ohne geeigneten Nachfolger aus der Familie
4. Das Testament des Seniorunternehmers.

Den Mustern ist jeweils der zu regelnde Sachverhalt vorangestellt. Im Anschluss an das Muster werden den recht umfangreichen Erläuterungen noch einmal Gliederungen vorangestellt, die eine rasche Orientierung des Erläuterungsapparats ermöglichen.

In den Erläuterungstexten zu den Mustern sind Alternativformulierungen und angepasste Klauseln zu Gesellschaftsverträgen enthalten. Zurecht legen die Verf. Wert auf die Abstimmung der Verfügung von Todes wegen mit dem Personengesellschaftsvertrag. In den Erläuterungen werden die Problematik der Nachfolge in Personengesellschaften, namentlich bei der OHG, BGB-Gesellschaft, der Partnerschaftsgesellschaft und die möglichen Nachfolgeklauseln verständlich und klar dargestellt und die erbschaftssteuerlichen und ertragsteuerlichen Auswirkungen aufgezeigt. Der Verf. geht, was bei einem Werk mit dem Titel „Unternehmertestament“ nicht unbedingt zu erwarten ist, auch auf die Vererbung von im Ausland – namentlich in Spanien, den USA und Frankreich – befindlichen Vermögen ein einschließlich des Kollisionsrechts mit seinen internationalprivatrechtlichen Anknüpfungstatsachen. In den Erläuterungen zum Muster II wird das Problem des Verbots der Drittbestimmung des Erben in § 2065 Abs. 2 BGB und die Reichweite dieser Vorschrift erläutert. Die in der kautelar-

juristischen Praxis gängigen Alternativen werden dargestellt, insbesondere das Zweckvermächtnis gem. § 2151 BGB und die Vor- und Nacherbschaft, kombiniert mit einem aufschiebend bedingten Vorausvermächtnis oder auflösend bedingt durch eine letztwillige Verfügung des Vorerben und die Testamentsvollstreckerlösung. In dem Muster III wird die Gründung einer GmbH bzw. einer GmbH & Co KG bzw. die Umwandlung eines Einzelkaufmännischen Unternehmers oder einer Personengesellschaft nach den Vorschriften des Umwandlungsgesetzes als Auflage erörtert, um eine Fremdgeschäftsführung mangels geeigneter leiblicher oder verwandter Nachfolger zu ermöglichen.

In den Erläuterungen zum Muster IV werden die Bedeutung des Nießbrauchsvermächtnisses, das Pflichtteilsrecht, Gestaltungen durch Pflichtteilsanrechnung und Ausgleichung von Vorempfängen aber auch die Nutzung günstiger Auslandsrechtsordnungen zur Minimierung von Pflichtteilsansprüchen sowie die Errichtung einer selbständigen Stiftung durch Verfügung von Todes wegen behandelt.

Weiterführende Hinweise zur Literatur und Rechtsprechung sind in einem eigenen Teil C am Ende des Buches enthalten, das durch ein ausführliches Sachregister abgerundet wird.

Die Ausführungen in den Erläuterungen sind sehr tiefgehend und anspruchsvoll und umfassen nahezu das gesamte Erbrecht einschließlich der erbschaftssteuerlichen und

ertragssteuerlichen Beziehungen. Sie sind jedem mit dem Erbrecht befassten Juristen eine wertvolle Hilfe.

Ärgerlich sind die bisweilen unprofessionellen Formulierungen, vor allem aber Fehler und Ungenauigkeiten in den Mustern. Sie sollten bei der nächsten Gelegenheit behoben werden:

Beim Muster I werden in § 1 die Ehefrau und die Schwester des Erblassers zu Erben eingesetzt. Erbquoten werden nicht benannt. Eine Begründung hierfür wird nicht gegeben. Für die Schwester wird auch kein Ersatzerbe bestimmt. Beides mag auf einem Versehen beruhen, zumal der Verf. unter Ziff. 8 auf S. 45 ersichtlich und irrtümlich davon ausgeht, dass in dem Muster der Ehepartner als Alleinerbe eingesetzt ist.

Beim Muster II Variante A wird in § 1 die Ehefrau zur Alleinerbin eingesetzt und werden in § 2 bezüglich der Geschäftsanteile des Erblassers an der GmbH ein Bestimmungsvermächtnis für einen vom Testamentsvollstrecker zu bestimmenden Abkömmling und Unterbeteiligungen für die anderen Abkömmlinge ausgesetzt. Bei der Bestimmung der Ersatzvermächtnisnehmer werden die Abkömmlinge dann allerdings als Erben bezeichnet und wird eine Ersatzerbenregelung getroffen.

Bei der Alternative zu § 2 auf Seite 47 wird die in § 1 zur Alleinerbin eingesetzte Ehefrau als Testamentsvollstreckerin zum Zweck der Bestimmung des Betriebsnachfolgers eingesetzt, was weder zulässig noch wegen § 2151 Abs. 1 BGB nötig ist.

Wer die Muster im übrigen kritisch betrachtet wird dennoch an dem Büchlein wegen der kompakten Erläuterungen aller wesentlichen Fragen der Unternehmensnachfolge große Freude haben.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Heidelberg

**Erbschein und Erbscheinsverfahren.** Für die gerichtliche, anwaltliche und notarielle Praxis. Von Prof. Dr. Walter Zimmermann. Erich Schmidt Verlag Berlin 2004. 440 S. kart. € 58,-. ISBN 3 503 07839 8.

Die Neuerscheinung stellt das materielle Erbscheinsrecht des BGB und das Verfahrensrecht des FGg praxisorientiert dar. Die Betonung der Praxis dokumentiert bereits die Gliederung des Buchs:

Wesen und Zweck des Erbscheins  
Wann ist eine Erbschein erforderlich bzw. entbehrlich  
Der Erbscheinsantrag  
Zuständiges Gericht  
Verfahren des Nachlassgerichts  
Der Vergleich im Erbscheinsverfahren  
Die Entscheidung des Nachlassgerichts  
Voraussetzungen und Inhalt einzelner Erbscheinsarten  
Erbschein und Hofffolgezeugnis  
Die Berichtigung und Ergänzung von Erbscheinen  
Die Einziehung und Kraftloserklärung des Erbscheins  
Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Nachlassgerichts  
Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts  
Kosten im Erbscheinsverfahren  
Ausländische Erbnachweise  
Die Wirkungen des Erbscheins im Rechtsverkehr.

Der starke Praxisbezug wird auch vielfach deutlich an den abgehandelten Fragestellungen, wie z.B.:

Verlangen Banken und Sparkassen einen Erbschein? (Rdn 20) Ersetzt eine Vollmacht über den Tod hinaus oder auf den Todesfall den Erbschein? (Rdn 22)

oder durch die Aufnahme von Checklisten:

Welche Nachweisform verlangt das Gesetz für die im Erbscheinsantrag vom Antragssteller nachzuweisenden Tatsachen? (Rdn 91)

Wann ist ein Eigenrechtserbschein und wann ein Fremdrechtserbschein zu erteilen? (Rdn 331)

Welches Recht ist Erbscheinen mit DDR-Bezug zugrunde zu legen (Rdn 397)

Wann ist ausländisches Recht vom deutschen Nachlassgericht anzuwenden? (Rdn 415)

sowie durch die zahlreichen Antrags- und Entscheidungsmuster sowie Verfügungsvorschläge.

Hervorzuheben sind die in der nachlassgerichtlichen Praxis in Deutschland zunehmend Bedeutung erlangenden Ausführungen zum Erbschein beim Tod eines Ausländers (Rdn 404 ff). Der Verf. behandelt verständlich und klar die Voraussetzungen eines Fremdrechtserbscheins, die Frage des anwendbaren Rechts und der Prüfungsreihenfolge, die Zuständigkeit deutscher Gerichte, den Inhalt des Fremdrechtserbscheins einschließlich der Angleichung sowie die überaus streitigen Fragen, inwieweit ausländische Pflichtteilsrechte, ausländische Legalnießbrauchsrechte und Vermächtnisse sowie ausländische Testamentsvollstrecker im Fremdrechtserbschein aufzuführen sind.

Besonderes Gewicht legt der Verf. schließlich auch Kostenfragen bei, denen er ein eigenes Kapitel widmet.

Rechtsprechung und Literatur werden umfassend berücksichtigt.



Das Buch trägt die Handschrift des erfahrenen Nachlassrichters, der die Fülle des Stoffes gleichwohl mit wissenschaftlicher Akribie strukturiert und dem Leser verständlich aufbereitet, aber auch praktische Hilfestellungen und Lösungen bereit hält. Dem Verlag ist mit der Neuerscheinung ein großer Wurf gelungen. Richter, Rechtsanwälte, Notare aber auch Banken und Sparkassen sowie sonstige mit dem Erbscheins- und Nachlassverfahren befasste juristische Laien werden das Buch mit Gewinn zur Hand nehmen.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Heidelberg

**Das Testament Alleinstehender.** Formulierungsmuster für Singles, Geschiedene, nichteheliche Lebenspartner mit Checkliste zur Testamenterrichtung. Von Dr. Reinhard Kössinger, Beck'sche Musterverträge. Band 19. 3. überarbeitete und ergänzte Aufl. 2004 VI 138 Seiten, kartoniert mit CD-ROM. 16,50,- €. ISBN 3-406-51151-1.

Die Darstellung folgt dem in der Reihe „Beck'sche Musterverträge“ gewohnten einheitlichen Schema:

- Einführung
- Textmuster mit Erläuterungen
- Vertiefende Hinweise zu Literatur und Rechtsprechung
- Sachregister

Der Ver. geht in der Einleitung auf die Rechtsquellen des Erb- und Erbschaftssteuerrecht ein, stellt dann knapp aber verständlich die Grundzüge des Erbschaft- und Schenkungssteuergesetz dar, freilich noch nicht die Änderungen der §§ 13a und 19a ErbStG durch das Haushaltsbegleitgesetz 2004 berücksichtigend, gibt einen Überblick über die gesetzliche und testamentarische Erbfolge unter

Erläuterung verschiedener Fachbegriffe wie Erbe, Ersatzerbe, Nacherbe, Vermächtnis, Vorausvermächtnis oder Teilungsanordnung, Auflage, Testamentsvollstreckung, erläutert sodann Begriffe wie Pflichtteilsrecht, Erbengemeinschaft, befasst sich mit den Unterschieden zwischen Lebzeitigem Rechtsgeschäft und Testament, stellt das Schicksal von Bankguthaben, Bausparverträge, Lebensversicherungen und Vollmachten im Todesfall dar, widmet sich sodann der Bestattung, Grabpflege, Form der Testamenterrichtung, Verwahrung, Kosten, Eröffnung des Testaments, Erbschein, Staatsangehörigkeit, Auslandsvermögen, Gleichgeschlechtliche Lebenspartner und schließt die Einleitung mit einer Checkliste für ein privates Einzeltestament ab. Im Teil B (Testamentsmuster) werden 4 Muster vorgestellt:

1. Testament eines Verwitweten mit erwachsenen Kindern
2. Testament eines Alleinstehenden ohne Kinder
3. Testament eines Geschiedenen mit minderjährigen Kindern, nichteheliche Lebensgemeinschaft
4. sowie neu hinzugekommen in der dritten Auflage: Testament mit Errichtung einer unselbständigen Stiftung.

Die in den Endnoten enthaltenen inzwischen 583 Erläuterungen behandeln alle in der Praxis wichtigen Fragen, freilich ohne juristische Vertiefung aber unter Hinweis auf weiterführende Literatur und mit einer Fülle von Tipps, die auch für Notare wertvoll sein können.

Das Werk wendet sich primär an Rechtsanwälte, Steuerberater und Notare. Aber auch der interessierte Nichtjurist wird Gewinn aus dem Büchlein ziehen, weil es flüssig und leicht verständlich geschrieben ist.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Heidelberg

---

## Impressum

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

Schriftleiter: Achim Falk, Notar, Kronenstraße 34, 70174 Stuttgart (Tel. 0711/2258650), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, Kaiserstraße 184, Notariat 1 Karlsruhe, 76133 Karlsruhe (Tel. 0721/926-0), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung.

Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e. V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951,

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-Straße 61-63, 71404 Korb (Tel. 07151-3 03-0, Fax 07151-3 59 68).