

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

Notarvertreter Daniel Schaal,
Stuttgart

Notar Dr. Oliver Fröhler,
Titisee-Neustadt

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de

2/2008

April
Seiten 37-68

Inhalt

Abhandlungen

Fröhler

Die erbrechtliche Stellung des längstlebenden
Ehegatten in deutsch-schweizerischen Erbfällen..... 38

Falk

Familienrechtliche Probleme im Grundbuch-
verfahren..... 48

Rechtsprechung..... 54

Buchbesprechungen..... 64

Aktuelles im IPR/aus dem Ausland..... 68

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abhandlungen	
Dr. Oliver Fröhler, Notar in Titisee-Neustadt Die erbrechtliche Stellung des längstlebenden Ehegatten in deutsch-schweizerischen Erbfällen	38
Achim Falk, Notar in Stuttgart Familienrechtliche Probleme im Grundbuchverfahren	48
Rechtsprechung	
1. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht	
OLG Stuttgart, 11.10.2007, 8W 353/07 Auslegung einer Auflassungserklärung über wegzumessende Teilfläche - Anmerkung Achim Brenner, Notarvertreter in Aalen	55
2. Erbrecht/Familienrecht	
OLG Stuttgart, 29.06.2007, 8W 245/07 Tod des Betreuten im Regressverfahren nach § 1836e BGB; Rangverhältnis zu Rückforderungsansprüchen des Sozialhilfeträgers	57
OLG Stuttgart, 13.12.2007, 19U 140/07 Pflichtteilsergänzung bei Schenkung einer Lebensversicherung	59
3. Kostenrecht	
VG Freiburg, 17.10.2007 – 3 K 855/06 Einbringung eines Grundstücks in eine Kommanditgesellschaft aufgrund Änderung des Gesellschaftsvertrages als Geschäft i.S. § 11 Abs. 6 LJKG	60
Buchbesprechungen	
Waldner, Beurkundungsrecht für die notarielle Praxis (Strobel)	64
Storz, Praxis der Teilungsversteigerung (Weidenmann)	64
Groll, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung (Dieckmann)	65
Borth, Unterhaltsrechtsänderungsgesetz (Schaal)	67
Aktuelles im Internationalen Privatrecht/aus dem Ausland	68

Hinweis der Herausgeber

Veränderung der im Kalenderjahr erscheinenden Heftanzahl der BWNNotZ

Sehr geehrte Leserin,
sehr geehrter Leser,

die Herausgeber und die Schriftleitung der BWNNotZ haben entschieden, ab dem Kalenderjahr 2008 die Anzahl der pro Jahr erscheinenden Hefte der BWNNotZ von derzeit acht auf sechs Hefte im Kalenderjahr zu senken.

Die BWNNotZ erscheint somit ab 2008 alle zwei Monate, jeweils im Februar, April, Juni, August, Oktober und Dezember.

Gleichzeitig wird die Seitenzahl der einzelnen Ausgaben von derzeit 24 Seiten auf 28-32 Seiten je Heft erhöht. Der Bezugspreis bleibt unverändert, ebenso die bestehenden Abonnements.

Die Herausgeber und die Schriftleitung.

Die erbrechtliche Stellung des längstlebenden Ehegatten in deutsch-schweizerischen Erbfällen¹

(von Dr. Oliver Fröhler, Notar, Hinterzarten)

1. Problemstellung

a) Ausgangsüberlegung

Deutsch-schweizerische Erbfälle können dann auftreten, wenn in einem Todesfall sowohl die deutsche als auch die schweizerische Rechtsordnung berührt wird. Dies kommt nach dem Ableben eines verheirateten Erblassers insbesondere bei gemischt nationalen Ehen, in denen ein Ehegatte deutscher und der andere schweizerischer Staatsangehöriger ist, oder bei Ehen in Betracht, in denen beide Ehegatten zwar dieselbe Staatsangehörigkeit, ihren gemeinsamen letzten Wohnsitz jedoch außerhalb des Hoheitsgebiets dieses Staates haben, wie etwa bei einem deutschen Ehepaar mit Wohnsitz in der Schweiz oder einem schweizerischen Ehepaar mit Wohnsitz in Deutschland.

b) Steueranreize und tatsächliche Entwicklung

Deutschen Staatsangehörigen - dies gilt keineswegs alleine für prominente ehemalige Spitzensportler - kann eine Verlagerung des Wohnsitzes in die Schweiz erhebliche steuerrechtliche Vorteile eröffnen.

Nach schweizerischem Steuerrecht wird die Erbschaft- und Schenkungsteuer grundsätzlich vom jeweiligen Wohnsitzkanton erhoben. In den meisten Kantonen sind Ehegatten und Abkömmlinge gänzlich von Erbschafts- und Schenkungssteuern befreit. Ausnahmen, die häufig gleichwohl noch gegenüber dem deutschen Steuerrecht vorteilhaft sein können, gelten insbesondere in den Kantonen Luzern, Solothurn, Appenzell Innerrhoden, Graubünden, Waadt, Wallis, Neuenburg, Genf und Jura.² Grundbesitz und bewegliches Betriebsvermögen unterstehen jedoch nur dann dem schweizerischen Steuerrecht, wenn sie in der Schweiz belegen sind. Fällt etwa eine in Deutschland befindliche Immobilie eines deutschen Erblassers mit letztem Wohnsitz in der Schweiz in dessen Nachlass, gilt hierfür das regelmäßig ungünstigere deutsche Steuerrecht. Einzelheiten ergeben sich aus dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Bundesrepublik Deutschland zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Nachlass- und Erbschaftssachen vom 30.11.1978, insbesondere aus dessen Art. 5.³ Zur Vermeidung daraus resultierender

Steuernachteile, sollte sich das Immobilienvermögen von in der Schweiz lebenden deutschen Staatsangehörigen möglichst auf in der Schweiz belegenen Grundbesitz beschränken. Zwar unterliegt der Erwerb schweizerischen Grundbesitzes durch Nichtschweizer nach dem schweizerischen Bundesgesetz über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland⁴ grundsätzlich der staatlichen Bewilligungspflicht. EU-Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz sind nach Art. 5a BewG jedoch neuerdings von derartigen Beschränkungen befreit⁵, können daher schweizerischen Grundbesitz erwerben und auch dafür steuerliche Vorteile in Anspruch nehmen.

Darüber hinaus bestehen für nichtschweizerische Staatsangehörige, die in der Schweiz ihren Wohnsitz haben, ohne dort erwerbstätig zu sein, einkommensteuerrechtliche Vorteile. Sie können anstelle einer ordentlichen Besteuerung eine Besteuerung nach dem Aufwand wählen, die sich nach den jährlichen Kosten der eigenen Lebenshaltung und derjenigen der von ihnen zu unterhaltenden, in der Schweiz lebenden Personen bemisst, mindestens nach der Höhe des fünffachen Mietzinses bzw. Mietwertes der Wohnung im eigenen Haus.⁶

Umgekehrt leben viele schweizerische Staatsangehörige in Deutschland, um sich mit Hilfe von Einsparungen aus den gegenüber dem schweizerischen Preisniveau niedrigeren Lebenshaltungskosten einen höheren Lebensstandard zu ermöglichen.

Aufgrund dieser Entwicklungen wird die Zahl der deutsch-schweizerischen Erbfälle und der damit einhergehende Gestaltungsbedarf weiter zunehmen.

c) Fragestellung

In diesen Fällen stellt sich regelmäßig die Frage, das Recht welches der beiden betroffenen Staaten - ob mithin deutsches oder schweizerisches Recht - kraft Gesetzes auf den Tod des erstversterbenden Ehegatten Anwendung findet, welche Rechtsordnung die Realisierung der erbrechtlichen Zielsetzungen der Ehegatten am besten ermöglicht und durch welche rechtsgestaltenden Maßnahmen dies erreicht werden kann.

¹ Der Beitrag basiert auf zwei Referaten des Verfassers anlässlich der südbadischen Notarfortbildung am 06.10.2005 in Hinterzarten und der nordbadischen Notarfortbildung am 09.04.2008 in Lautenbach. Der Verfasser ist Notar in Titisee-Neustadt, Lehrbeauftragter an der Notarakademie Baden-Württemberg in Stuttgart und leitet die südbadischen Notarfortbildungsseminare des Badischen Notarvereins e.V. Er studierte während des deutschen rechtswissenschaftlichen Studiums ergänzend an den Universitäten Basel, Bern und Lausanne schweizerisches Recht.

² Schömmer/Bürgli, Internationales Erbrecht Schweiz, 2. Aufl. 2006, Rz. 1076 ff. und Anhang, S. 289 ff.

³ BGBl. II 1980, 594; AS 198, 1417.

⁴ Nachstehend nur noch BewG genannt.

⁵ Zu der Entwicklung von den Anfängen der gesetzlichen Grundstücksverwerbsbeschränkungen für Ausländer in der Schweiz über die „lex Friedrich“ 1985 zur „lex Koller“ 1997 und den anschließenden Öffnungen vgl. Wachter RNotZ 2001, 65, 78.

⁶ Plewka/Watrin, ZEV 2002, 253, 256.

Die nachfolgende Abhandlung erarbeitet Lösungsansätze, um dem längstlebenden Ehegatten in deutsch-schweizerischen Erbfällen möglichst viel Vermögen aus dem Nachlass des erstversterbenden Ehegatten frei von Pflichtteilsrechten Dritter zukommen zu lassen. Dabei werden zunächst die wichtigsten materiell rechtlichen Besonderheiten des schweizerischen Erb- und Pflichtteilsrechts dargestellt, sodann Gestaltungsvarianten des schweizerischen Güterrechts unter Berücksichtigung des Pflichtteilsrechts skizziert und schließlich die international privatrechtlichen Regelungen beider Staaten einschließlich der Voraussetzungen einer Rechtswahl aufgezeigt.

2. Die Besonderheiten des schweizerischen Erb- und Pflichtteilsrechts

a) Pflichtteil als Erbrecht

Art. 470 ZGB gewährt dem Pflichtteilsberechtigten im Gegensatz zum deutschen Recht an Stelle eines lediglich schuldrechtlichen, gegen den Erben gerichteten Zahlungsanspruchs ein echtes materielles Noterbrecht, das jedoch nach Art. 522 ZGB erst durch ein auf entsprechende Klage ergehendes rechtsgestaltendes gerichtliches Herabsetzungsurteil ausgelöst wird. Folgerichtig unterscheidet Art. 470 ZGB zwischen einem gebundenen Teil des Nachlasses im Umfange der Gesamtpflichtteilsquote aller Pflichtteilsberechtigten einerseits und dem restlichen Nachlassteil, über den der Erblasser frei verfügen kann, andererseits.

b) Pflichtteilsberechtigung und Bestimmung der Pflichtteilsquote

Der Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen ist nach Art. 470 ZGB auf Nachkommen⁷, Eltern und den längstlebenden Ehegatten des Erblassers beschränkt. Das frühere Pflichtteilsrecht von Geschwistern wurde durch Gesetzesänderung mit Wirkung zum 01.01.1988 aufgehoben.⁸ Die Pflichtteilsquote ergibt sich aus einer bestimmten Quote des jeweiligen gesetzlichen Erbteils des Pflichtteilsberechtigten, die je nach familienrechtlichem Näheverhältnis des Pflichtteilsberechtigten zum Erblasser variiert. Nachkommen sind dabei zu drei Vierteln des gesetzlichen Erbteils, jeder Elternteil zur Hälfte des gesetzlichen Erbteils, der längstlebende Ehegatte ist ebenfalls zur Hälfte des gesetzlichen Erbteils pflichtteilsberechtigt. Hieraus ergibt sich zugleich, dass nur derjenige pflichtteilsberechtigt sein kann, der gesetzlicher Erbe ist. Da das gesetzliche Verwandtenerbrecht gemäß den Artt. 457 bis 459 ZGB Personen der nachfolgenden Parentel gegenüber einer vorrangigen Parentel bzw. innerhalb derselben Parentel eine jüngere Generation gegenüber der älteren Generation ausschließt, sind die Eltern des Erblassers nur dann pflichtteilsberechtigt, wenn der Erblasser keine Nachkommen hinterlässt bzw. verdrängen innerhalb des Kreises der Nachkommen Kinder ihre eigenen Nachkommen als Pflichtteilsberechtigten.⁹

c) Gesetzliches Erbrecht

Das Pflichtteilsrecht hängt daher maßgebend vom gesetzlichen Erbrecht ab. Nach Art. 462 ZGB beträgt die gesetzliche Erbquote des längstlebenden Ehegatten unabhängig von dem für die Ehe maßgebenden Güterstand neben den Nachkommen des erstversterbenden Ehegatten die Hälfte, bei Nichtvorhandensein von Nachkommen neben Eltern und deren Nachkommen drei Viertel, in allen sonstigen Fällen ist der längstlebende Ehegatte gesetzlicher Alleinerbe.

d) Pflichtteilsquoten Dritter gegenüber dem längstlebenden Ehegatten

aa) Der Nachkommen

Hinterlässt der erstversterbende Ehegatte Nachkommen, beträgt deren Pflichtteilsquote insgesamt drei Achtel (nach Art. 471 Nr. 1 ZGB drei Viertel von der sich aus Art. 457 i.V.m. Art. 462 Nr. 1 ZGB ergebenden gesetzlichen Erbquote von ein Halb) bzw. die zugunsten des längstlebenden Ehegatten frei verfügbare Erbquote fünf Achtel. Nach deutschem Recht könnte der erstversterbende Ehegatte hingegen insgesamt frei verfügen, der längstlebende Ehegatte wäre als Alleinerbe bei gesetzlichem Güterstand der Zugewinnngemeinschaft jedoch schuldrechtlichen Pflichtteilsansprüchen aus einem Viertel (nach § 2303 Abs. 1 BGB die Hälfte von der sich aus § 1924 BGB i.V.m. §§ 1931 Abs. 1 und 3, 1371 Abs. 1 BGB ergebenden gesetzlichen Erbquote von ein Halb) des Nettowertes ausgesetzt.

bb) Beider Eltern (bei Nichtvorhandensein von Nachkommen)

Sind keine Nachkommen, aber noch beide Eltern vorhanden, so haben diese eine Pflichtteilsquote in Höhe von insgesamt einem Achtel (für jeden der beiden Elternteile nach Art. 471 Nr. 2 ZGB jeweils ein Halb von der sich aus Art. 458 ZGB ergebenden gesetzlichen Erbquote von jeweils einem Achtel), so dass die zugunsten des längstlebenden Ehegatten frei verfügbare Erbquote sieben Achtel beträgt. Nach deutschem Recht könnte der erstversterbende Ehegatte insgesamt frei verfügen, der längstlebende Ehegatte wäre als Alleinerbe bei gesetzlichem Güterstand der Zugewinnngemeinschaft jedoch schuldrechtlichen Pflichtteilsansprüchen aus ebenfalls insgesamt einem Achtel (nach § 2303 Abs. 2 BGB die Hälfte von der sich aus § 1925 BGB i.V.m. §§ 1931 Abs. 1 und 3, 1371 Abs. 1 BGB ergebenden gesetzlichen Erbquote von insgesamt einem Viertel) des Nettowertes ausgesetzt.

cc) Des längstlebenden Elternteils

(1) Der erstversterbende Elternteil hat keine Nachkommen hinterlassen

Gleiches gilt, wenn keine Nachkommen, aber noch ein Elternteil vorhanden ist, ohne dass der vorverstorbenen andere Elternteil Nachkommen hinterlassen hat (für den noch lebenden Elternteil nach Art. 471 Nr. 2 ZGB ein Halb von der sich aus Art. 458 ZGB durch Anwachsung auf ein Viertel vergrößernden gesetzlichen Erbquote). Nach deutschem Recht könnte der erstversterbende Ehegatte insgesamt frei verfügen, der längstlebende Ehegatte wäre als Alleinerbe bei gesetzlichem Güterstand der Zugewinnngemeinschaft jedoch schuldrechtlichen Pflichtteilsansprüchen aus ebenfalls einem Achtel (nach § 2303 Abs. 2 BGB die Hälfte von der sich aus § 1925 BGB i.V.m. §§ 1931 Abs. 1 und 3, 1371 Abs. 1

⁷ Das schweizerische ZGB verwendet im Gegensatz zum deutschen BGB den Terminus „Nachkommen“ statt „Abkömmlinge“.

⁸ Basler Kommentar/Staehelin, 2. Aufl. 2003, Art. 471 ZGB, Rz. 4.

⁹ Schömmer/Bürgi, aaO, Rz. 251.

BGB durch Anwachsung auf ein Viertel vergrößernden gesetzlichen Erbquote) des Nettonachlasswertes ausgesetzt.

(2) Der erstversterbende Elternteil hat Nachkommen hinterlassen

Sind keine Nachkommen, aber noch ein Elternteil und Nachkommen des anderen Elternteils vorhanden, beträgt die Pflichtteilsquote des Elternteils ein Sechzehntel (nach Art. 471 Nr. 2 ZGB ein Halb von der sich aus Art. 458 ZGB ergebenden gesetzlichen Erbquote von einem Achtel) bzw. die zugunsten des längstlebenden Ehegatten frei verfügbare Erbquote fünfzehn Sechzehntel. Nach deutschem Recht könnte der erstversterbende Ehegatte wiederum insgesamt frei verfügen, der längstlebende Ehegatte wäre als Alleinerbe bei gesetzlichem Güterstand der Zugewinnngemeinschaft jedoch schuldrechtlichen Pflichtteilsansprüchen aus ebenfalls einem Sechzehntel (nach § 2303 Abs. 2 BGB die Hälfte der sich aus § 1925 BGB i.V.m. §§ 1931 Abs. 1 und 3, 1371 Abs. 1 BGB ergebenden gesetzlichen Erbquote von einem Achtel) des Nettonachlasswertes ausgesetzt.

dd) Vergleichendes Zwischenergebnis

Das schweizerische ist gegenüber dem deutschen Pflichtteilsrecht aus Sicht des längstlebenden Ehegatten insoweit nachteilig, als es zum einen ein echtes Erbrecht der Pflichtteilsberechtigten begründet und zum anderen die Pflichtteilsquote bei Vorhandensein von Nachkommen die schuldrechtliche Pflichtteilsquote nach deutschem Recht - soweit dort Zugewinnngemeinschaft vereinbart ist - um ein Achtel (drei Achtel statt ein Viertel) übersteigt. Soweit nach deutschem Recht der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft ausgeschlossen wird, geht dieser Pflichtteilsvorteil jedoch teilweise bzw. ganz insoweit verloren, als die Pflichtteilsquote von Abkömmlingen bei Gütertrennung und zwei Kindern ein Drittel bzw. bei Gütertrennung und mehr als zwei Kindern oder bei Gütergemeinschaft drei Achtel beträgt.

e) Ansprüche des längstlebenden Ehegatten aus dem gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung

aa) Keine Erbteilerhöhung

Obwohl der gesetzliche schweizerische Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung nach Art. 181 ZGB dem gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft nach deutschem Recht sehr ähnlich ist,¹⁰ sieht das schweizerische Recht beim Tod des erstversterbenden Ehegatten keine dem § 1371 Abs. 1 BGB entsprechende Erbteilerhöhung, sondern ausschließlich eine güterrechtliche Auseinandersetzung vor.¹¹

bb) Güterrechtliche Auseinandersetzung

(1) Vorschlagsteilung

Sind die Eheleute im gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung nach schweizerischem Recht verheiratet gewesen, erfolgt beim Tod des erstversterbenden Ehegatten zunächst vorab die güterrechtliche Auseinandersetzung, nach deren Abschluss sich erstmals der tatsächliche Bestand des Nachlasses ergibt, der anschließend erbrechtlich auseinanderzusetzen ist.¹²

Die Errungenschaftsbeteiligung nach Art. 204 ZGB entspricht der Zugewinnngemeinschaft nach deutschem Recht in vielen Bereichen. Während des Bestehens der Ehe sind die Vermögensbestände der Ehegatten dinglich von einander getrennt. Wird die Ehe durch Tod oder Scheidung beendet, sind die jeweiligen in der Ehezeit eingetretenen Zuwächse, die nach Art. 197 ZGB Errungenschaft genannt werden, auseinanderzusetzen. Hierbei ist die Vermögensentwicklung jedes Ehegatten getrennt zu bewerten. Für jeden Ehegatten wird daher vorab das streng von der jeweiligen Errungenschaft zu trennende, in Art. 198 ZGB definierte Eigengut, das insbesondere aus dem Ehegatten bereits zu Beginn des Güterstandes gehörenden oder ihm später durch Erbgang bzw. anderweitig unentgeltlich zufallenden Vermögen besteht, nach Art. 207 ZGB ausgeschieden. Nach Hinzurechnungen eventueller gemäß Art. 208 ZGB relevanter Vermögensentäußerungen bzw. Abzug eventueller gemäß Art. 209 ZGB relevanter Schulden ergibt sich für jeden Ehegatten gemäß Art. 210 ZGB ein Vorschlag. Nach Art. 215 ZGB steht jedem Ehegatten, soweit ehevertraglich nichts anderes vereinbart ist,¹³ die Hälfte des Vorschlags des anderen Ehegatten zu, wobei die Forderungen gegeneinander zu verrechnen sind. Letztlich verbleibt damit nur dem Ehegatten mit dem geringeren Vorschlag eine saldierte Ausgleichsforderung. Steht diese Forderung dem längstlebenden Ehegatten zu, richtet sie sich gegen den Nachlass. Hatte der erstversterbende Ehegatte den geringeren Vorschlag, dann schuldet der längstlebende Ehegatte den güterrechtlichen Ausgleich den Erben.¹⁴

(2) Ehwohnung und Hausrat

Steht die Ausgleichsforderung dem längstlebenden Ehegatten zu, kann er unter Anrechnung darauf nach Art. 219 ZGB im Rahmen der vorab durchzuführenden güterrechtlichen Auseinandersetzung zur Beibehaltung seiner bisherigen Lebensweise die Zuteilung der „Nutzniessung“ oder eines „Wohnrechts“¹⁵ an der bisher von den Eheleuten bewohnten, in den Nachlass des erstversterbenden Ehegatten fallenden Immobilie und des Eigentums am Hausrat, unter Umständen sogar statt Nutzniessung bzw. Wohnrecht die anzurechnende Zuteilung des Eigentums an der betroffenen Immobilie verlangen.

f) Güterstandsunabhängige pflichtteilsfreie „Nutzniessung“ samt Miterbeinsetzung zugunsten des längstlebenden Ehegatten

Art. 473 ZGB eröffnet dem verheirateten Erblasser unabhängig von dem für die Ehe maßgebenden Güterstand die Möglichkeit, durch letztwillige Verfügung dem längstlebenden Ehegatten jeweils frei von Pflichtteilsansprüchen der gemeinsamen Nachkommen die „Nutzniessung“ am gesamten Nachlass zu gewähren und zusätzlich¹⁶ einen Erbteil von einem Viertel des gesamten Nachlasses zuzuwenden. Ohne dieses Privileg könnte der nicht verfügbare Erbteil der ge-

¹³ Dazu sogleich unten 3.

¹⁴ Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann/Lorenz, Internationales Erbrecht, Band V, Länderbericht Schweiz, Stand 01.12.2002, Rz. 58.

¹⁵ Das schweizerische ZGB verwendet im Gegensatz zum deutschen BGB den Terminus „Nutzniessung“ statt „Nießbrauch“ bzw. den Terminus „Wohnrecht“ statt „Wohnungsrecht“.

¹⁶ Die pflichtteilsfreie Zuwendung nach Art. 473 Abs. 2 Satz 2 ZGB ist nicht nur als Zusatz zur vermächtnisweisen Nutzniessung zugunsten des längstlebenden Ehegatten, sondern auch isoliert zugunsten Dritter möglich, vgl. Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann/Lorenz, aaO, Rz. 85.

¹⁰ Dazu sogleich unten bb) (1).

¹¹ Zu den güterrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten sogleich unten 3.

¹² Wachter ZEV 2002, 268, 269.

meinsamen pflichtteilsberechtigten Nachkommen nur insoweit durch Nutzniessung belastet werden, als er nach Abzug des kapitalisierten Wertes der Nutzniessung mindestens den Wert der Pflichtteilsquote aufweist.¹⁷

Nach Art. 473 Abs. 2 Satz 1 ZGB tritt die Nutzniessung kraft Gesetzes an die Stelle des gesetzlichen Erbrechts. Die Zuwendung der Nutzniessung ist Vermächtnis und kann durch den längstlebenden Ehegatten zwecks Geltendmachung seines Pflichtteils - soweit er diesen nicht bereits durch Zuteilung des Nachlassviertels über Art. 473 Abs. 2 Satz 2 ZGB erhalten hat - ausgeschlagen werden. Die gegenüber gemeinsamen Nachkommen pflichtteilsfreie Nutzniessung entfällt nach Art. 473 Abs. 3 ZGB mit Wiederverheiratung des längstlebenden Ehegatten insoweit, als ohne dieses Privileg Pflichtteilsrechte gemeinsamer Nachkommen beeinträchtigt würden. Der Wegfall tritt dann jedoch nicht von selbst, sondern erst nach Erwirkung eines Herabsetzungsurteils ein.¹⁸

Gegenüber einseitigen Abkömmlingen des erstversterbenden Ehegatten entfaltet Art. 473 ZGB hingegen nach der Streichung des früheren diesbezüglichen Zusatzes¹⁹ durch die u.g. Neuregelung keinen Schutz vor Pflichtteilsrechten. In gleicher Weise dürfte Art. 473 ZGB wegen des eindeutigen auf gemeinsame Nachkommen beschränkten Wortlauts in Abs. 1 und 3 einerseits und im Umkehrschluss zu dem Regelung in Art. 216 Abs. 2 ZGB, durch die der Gesetzgeber zeigt, dass Schutzbegrenzungen auf Pflichtteilsrechte von nicht gemeinsamen Abkömmlingen ausdrücklich regelt werden, andererseits bei Nichtvorhandensein von Abkömmlingen auch die Pflichtteilsrechte von Eltern nicht beschränken.

Bis zur gesetzlichen Neuregelung des Art. 473 ZGB zum 01.01.2002²⁰ war aufgrund der früheren Gesetzesfassung sehr umstritten, über welche Erbquote der erstversterbende Ehegatte neben der Nutzniessung pflichtteilsfrei verfügen konnte.²¹

g) Pflichtteilsverzicht

Nach Art. 495 ZGB kann ein Pflichtteilsberechtigter durch negativen Erbvertrag²² mit dem Erblasser entgeltlich oder unentgeltlich auf sein gesamtes gesetzliches Erbrecht oder beschränkt²³ auf seinen Noterbrechtspflichtteil verzichten. Ein derartiger Verzicht wirkt im Zweifel auch gegenüber den Nachkommen des Verzichtenden. Durch den Erbverzicht erhöht sich dann die frei verfügbare Quote des Erblassers, da der weggefallene Pflichtteil den übrigen Pflichtteilsberechtigten nicht anfällt, sondern der Verzichtende diesbezüglich so behandelt wird, als hätte er nicht verzichtet.²⁴ Tritt abweichend von der gesetzlichen Vermutung keine Wirkungserstreckung zulasten der Nachkommen ein, sind diese selbst pflichtteilsberechtigt.²⁵

¹⁷ Basler Kommentar/Staehelin, aaO, Art. 470 ZGB, Rz. 9.

¹⁸ Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann/Lorenz, aaO, Rz. 85 Fn 396.

¹⁹ Nach Art. 473 ZGB a.F. war die Zuwendung der Nutzniessung auch gegenüber „den während der Ehe gezeugten nicht gemeinsamen Kindern und deren Nachkommen“ möglich, vgl. Synopse bei Wachter ZEV 2002, 268, 270.

²⁰ Zu Übergangsregelungen Wachter, ZEV 2002, 268, 270.

²¹ Zum diesbezüglichen früheren Achtelstreit, insbesondere ob nach alter Gesetzeslage ein Achtel, zwei Achtel oder drei Achtel pflichtteilsfrei waren, Sandoz, SJZ 97 (2001), 287.

²² Mangels gesonderter gesetzlicher Regelung gilt der Erbverzichtsvertrag als Unterform des Erbvertrages (negativer Erbvertrag), vgl. Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann/Lorenz, aaO, Rz. 137.

²³ Ebenso Wachter, RNotZ 2001, 65, 95.

²⁴ BGE 50 II 458.

²⁵ Basler Kommentar/Staehelin, aaO, Art. 470 ZGB, Rz. 17.

h) Einzeltestament und Erbvertrag

Das schweizerische Erbrecht sieht in Art. 498 ZGB das Testament, das nach Art. 505 ZGB vom Erblasser eigenhändig ge- und unterschrieben bzw. nach Art. 499 ZGB öffentlich vor dem Beamten, Notar oder einer anderen Beurkundungsperson unter Mitwirkung von zwei Zeugen errichtet wird, und in Art. 512 ZGB den Erbvertrag als erbrechtliche Verfügungsformen vor. Gemeinschaftliche Testamente sind im schweizerischen Erbrecht nicht vorgesehen, sie werden jedoch nach Art. 4 Haager Übereinkommen i.V.m. Art. 93 Abs. 2 IPRG anerkannt.

Enthält ein gemeinschaftliches Testament wechselbezügliche Verfügungen oder liegt ein zweiseitiger Erbvertrag vor, untersteht die Bindungswirkung nach Art. 95 Abs. 3 IPRG materiell-rechtlich dem gewählten gemeinsamen Heimatrecht bzw. kumulativ dem Wohnsitzrecht jedes Verfügenden.²⁶ Danach kann ein deutsches Ehepaar mit gemeinsamem Wohnsitz in der Schweiz nur dann durch gemeinschaftliches Testament wirksam wechselbezüglich bindend verfügen, wenn es für den Nachlass deutsches Erbrecht gewählt hat, da dieses Rechtsinstitut nach Art. 95 Abs. 3 IPRG nicht dem gemeinsamen schweizerischen Wohnsitzrecht, jedoch dem gewählten gemeinsamen deutschen Heimatrecht entspricht. Ein schweizerisches Ehepaar mit gemeinsamem Wohnsitz in Deutschland kann hingegen ohne Rechtswahl durch gemeinschaftliches Testament wirksam wechselbezüglich bindend verfügen, da dies dem gemeinsamem deutschen Wohnsitzrecht entspricht.²⁷

3. Ehevertragliche Modifizierung des gesetzlichen schweizerischen Güterstands der Errungenschaftsbeteiligung

a) Alleinige güterrechtliche Vorschlagszuteilung bei Tod des erstversterbenden Ehegatten an den längstlebenden Ehegatten

Nach Art. 216 Abs. 1 ZGB kann durch Ehevertrag der gesetzliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung dahingehend modifiziert werden, dass abweichend von der gesetzlich vorgesehenen hälftigen Teilung eine andere Vorschlagsbeteiligung vereinbart wird. Insbesondere kann geregelt werden, dass der längstlebende Ehegatte auf den Tod des erstversterbenden Ehegatten den gesamten Vorschlag erhält, und zugleich die gesetzliche Regelung für den Fall der Beendigung der Ehe anders als durch Tod beibehalten werden.

b) Entgegenstehende Pflichtteilsrechte Dritter

aa) Allgemeines

Fraglich ist, ob einer derartigen Vereinbarung Pflichtteilsrechte Dritter entgegenstehen. Das Pflichtteilsrecht untersteht nach internationalem Privatrecht dem für den Erblasser maßgebenden Erbstatut. In deutsch-schweizerischen Erbfällen ist daher hinsichtlich der Pflichtteilsbetroffenheit einer güterrechtlichen Vorschlagszuteilung danach zu differenzieren, ob gemäß dem Erbstatut auf den Tod des erstversterbenden Ehegatten schweizerisches oder deutsches Recht Anwendung findet.

²⁶ Schömmer/Bürgi, aaO, Rz. 860.

²⁷ Schömmer/Bürgi, aaO, Rz. 864.

bb) Bei Anwendung schweizerischen Pflichtteilsrechts

Soweit schweizerisches Pflichtteilsrecht anwendbar ist, dürfen nach Art. 216 Abs. 2 ZGB Pflichtteilsansprüche der nichtgemeinsamen Kinder und deren Nachkommen durch die Vorschlagsvereinbarung nicht beeinträchtigt werden. Gemäß Art. 527 ZGB unterliegen in Erweiterung der pflichtteilsbezogenen Verfügungsbeschränkungen des Art. 470 ZGB auch bestimmte Verfügungen unter Lebenden, insbesondere Umgehungsgeschäfte und frei widerrufbare oder während der letzten fünf Jahre vor dem Tod des Erblassers vorgenommene Schenkungen, wie Verfügungen von Todes wegen der Herabsetzung. Hierzu kann auch eine ehevertragliche Modifizierung der Vorschlagszuteilung zählen.²⁸ Im Hinblick auf Art. 216 Abs. 2 ZGB können derartige Vorschlagsregelungen nach schweizerischem Recht jedoch lediglich wegen Pflichtteilsrechten nichtgemeinsamer Kinder des erstversterbenden Ehegatten und deren Nachkommen scheitern, während sie gegenüber den Rechten der gemeinsamen Nachkommen und der Eltern pflichtteilsfest sind.²⁹

cc) Bei Anwendung deutschen Pflichtteilsrechts

Soweit deutsches Pflichtteilsrecht anwendbar ist, misst sich die Pflichtteilsbeständigkeit der ehevertraglichen Vorschlagsregelung daran, ob diese eine pflichtteilsrelevante Schenkung verkörpert. Wegen der besonderen Rechtsnatur dieser güterrechtlichen Vereinbarung ist dabei fraglich, ob sie als Schenkungsversprechen auf den Todesfall im Sinne des § 2301 BGB, das nach deutschem Rechtsverständnis den Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen unterliegt und als dem ordentlichen Pflichtteilsrecht nachrangiges Vermächtnis³⁰ unter Berücksichtigung der Pflichtteilslast aus § 2318 BGB zu erfüllen wäre (für eine derartige Einstufung spricht die Abhängigkeit der Berechtigung des einen Ehegatten vom Tod des anderen Ehegatten³¹, wobei wegen der nach schweizerischem Recht vorgesehenen güterrechtlichen Vorabauseinandersetzung³² Restzweifel bleiben), als sonstiges noch nicht erfülltes Schenkungsversprechen, das den Nachlasswert als Verbindlichkeit im Sinne des § 2325 BGB reduzieren³³ würde (hiergegen spricht der Umstand, dass die Zuteilung des vollständigen Vorschlags durch das Überleben des einen Ehegatten durch den anderen Ehegatten bedingt und daher die Personalifizierung des Berechtigten zu Lebzeiten beider Ehegatten ungewiss ist) oder als durch die Vereinbarung der Güterstandsmodifizierung bereits erbrachte Schenkung im Sinne des § 2325 BGB (hiergegen spricht der nach schweizerischem Recht noch ausstehende Vollzug der güterrechtlichen Auseinandersetzung) zu werten ist. Zur Vermeidung jeglichen Risikos sollte daher im Rahmen der nach Art. 184 ZGB erfolgenden öffentlichen Beurkundung die Erbvertragsform gewahrt werden.

Ehevertragliche Vereinbarungen über den Güterstand verkörpern grundsätzlich keine pflichtteilsrelevante Schenkung, da wegen ihrer familienrechtlichen Ausrichtung unabhängig vom Vorliegen einer objektiven Bereicherung regelmäßig die notwendige Einigung über die Unentgeltlichkeit des Rechtsgeschäfts fehlt.³⁴ Ausnahmsweise kann ein Pflichtteilsrecht jedoch auch in derartigen Konstellationen ausgelöst werden, wenn die Eheleute mit ihrer Vereinbarung ehefremde Zwecke verfolgen, das beiderseitige Vermögen gerade nicht zwecks Verwirklichung der Ehe ordnen wollen, sondern vielmehr ein Umgehungsgeschäft tätigen.³⁵ Da die güterrechtliche Vereinbarung einer vollständigen Vorschlagszuteilung an den jeweils längstlebenden Ehegatten weder auf die Phase des Bestehens der Ehe noch auf eine Beendigung der Ehe durch Scheidung, sondern ausschließlich auf eine Beendigung durch Tod des erstversterbenden Ehegatten ausgerichtet ist und zudem der Zuwendungsempfänger nicht namentlich, sondern unabhängig von seiner Person alleine durch die Stellung als längstlebender Ehegatte bestimmt wird, steht zu befürchten, dass hier von einem Umgehungsgeschäft auszugehen ist und schuldrechtliche Pflichtteilsansprüche nach deutschem Recht ausgelöst werden.

c) Eigengut als nichtpflichtteilsfestes Vermögen

Der güterrechtliche Schutz vor den dem schweizerischen Recht unterliegenden Pflichtteilsansprüchen gemeinsamer Nachkommen bzw. Eltern wegen der Vereinbarung der vollständigen Vorschlagszuteilung an den längstlebenden Ehegatten erfasst jedoch ausschließlich die Errungenschaft, nicht jedoch das Eigengut des erstversterbenden Ehegatten. Nach Art. 198 ZGB ist von Gesetzes wegen insbesondere das dem Ehegatten bereits zu Beginn des Güterstandes gehörende oder ihm später durch Erbgang bzw. anderweitig unentgeltlich zufallende Vermögen Eigengut. Das Gesetz sieht durch Art. 199 ZGB lediglich eine Überführung von Errungenschaftsvermögen in Eigengut nicht jedoch umgekehrt von Eigengut in Errungenschaftsvermögen vor. Die gesetzliche Zuordnung ist insoweit zwingend und unabdingbar.³⁶ Die Errungenschaftsvermutung nach Art. 200 Abs. 3 ZGB führt lediglich in Zweifelsfällen zu einer Zuordnung zum privilegierten Errungenschaftsvermögen.

Das Eigengutvermögen des erstversterbenden Ehegatten unterliegt damit ausschließlich erbrechtlichen Regelungen, kann daher selbst unter Anwendung schweizerischen Pflichtteilsrechts nicht durch güterrechtliche Vereinbarung einer Vorschlagsgesamtzuweisung im Sinne des Art. 216 ZGB pflichtteilsfest auf den längstlebenden Ehegatten übergehen und wird nach Abschluss der güterrechtlichen Auseinandersetzung des Errungenschaftsvermögens gesondert erbrechtlich auseinandergesetzt.

4. Die international-privatrechtlichen Regelungen**a) Allgemeines**

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass sowohl im Erb- und Pflichtteilsrecht als auch im Güterrecht je nach Anwendung schweizerischen oder deutschen Rechts unterschiedliche Rechtsfolgen eintreten. Es ist daher von schwer-

²⁸ BGE 116 II 243.

²⁹ Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann/Lorenz, aaO, Rz. 89.

³⁰ Staudinger/Olshausen, 13. Bearbeitung 1998, § 2325 BGB, Rz. 4.

³¹ Daher hat das schweizerische Bundesgericht in der Entscheidung BGE 102 II 313, 322 ff. für den früheren gesetzlichen Güterstand der Güterbindung in der ehevertraglichen Vereinbarung der Vorschlagserhöhung für den längstlebenden Ehegatten eine Schenkung auf den Todesfall gesehen, die nach Art. 245 Abs. 2 OR den Vorschriften über die Verfügungen von Todes wegen und damit im Falle eines Herabsetzungsurteils Pflichtteilsrechten unterliegt.

³² Vgl. dazu oben 2 e) bb) (1).

³³ BGH NJW 1983, 1485 ff.

³⁴ Palandt/Edenhofer, 67. Aufl. 2008, § 2325 BGB, Rz. 11; Staudinger/Olshausen, 13. Bearbeitung 1998, § 2325 BGB, Rz. 22 ff.

³⁵ RGZ 87, 301, 303 ff.; BGHZ 116, 167, 170 ff.

³⁶ Schwenger, DNotZ 1991, 419, 422.

wiegender Bedeutung, die Regelungen welcher Rechtsordnung in deutsch-schweizerischen Erbfällen im jeweiligen Einzelfall von selbst zur Anwendung kommen bzw. ob und inwieweit durch Rechtswahl Einfluss auf die Anwendbarkeit des jeweiligen Rechts genommen werden kann, um das jeweils gewünschte Ergebnis zu erzielen. Hierzu sind nachstehend die Regelungen des internationalen Privatrechts in deutsch-schweizerischen Erbfällen zu untersuchen.

b) Nachlassspaltung aufgrund schweizerisch-badischen Staatsvertrages

Durch Staatsvertrag zwischen der schweizerischen Eidgenossenschaft und seiner königlichen Hoheit dem Großherzog von Baden betreffend die gegenseitigen Bedingungen über Freizügigkeit und weitere nachbarliche Verhältnisse vom 06.12.1856 wurden für schweizerische Erblasser einerseits bzw. deutsche Erblasser mit badischem Bürgerrecht andererseits kollisionsrechtliche Regelungen für das jeweilige Erbstatut getroffen. Trotz Vertragskündigung zum 28.02.1979 hat sich die Schweiz einseitig die weitere Anwendung des dortigen Art. 6 auf Erbschaften vorbehalten, deren Teilung aufgrund einer vor dem 28.02.1979 errichteten letztwilligen Verfügung zu erfolgen hat³⁷, während der Staatsvertrag in Baden vollumfänglich außer Kraft trat³⁸. Wörtlich heißt es in dieser Regelung: „Sollte unter denjenigen, welche auf die gleiche Verlassenschaft Anspruch machen, über die Erbsberechtigung Streit entstehen, so wird nach den Gesetzen und durch die Gerichte desjenigen Landes entschieden werden, in welchem das Eigentum sich befindet. Liegt der Nachlass in beiden Staaten, so sind die Behörden desjenigen Staates kompetent, dem der Erblasser bürgerrechtlich angehört, oder in welchem er zur Zeit des Todes wohnte, wenn er nicht Bürger eines der kontrahierenden Staaten war.“³⁹ Diese Vorschrift wird dahingehend ausgelegt, dass der unbewegliche Nachlass des Erblassers dem Recht des Belegenheitsortes, beweglicher Nachlass hingegen dem Recht des letzten Wohnsitzes des Erblassers unterliegt⁴⁰.

c) Entscheidungseinklang, hinkende Rechtsverhältnisse und Nachlassspaltung aufgrund nationaler Kollisionsregelungen

aa) Allgemeines

Außerhalb des begrenzten Anwendungsbereichs des vorstehend behandelten Staatsvertrages, somit in der überwiegenden Anzahl deutsch-schweizerischer Erbfälle, bestimmt sich das maßgebende Erbstatut nach den einschlägigen nationalen Kollisionsnormen. Gleiches gilt für entsprechende Vorfragen, insbesondere zum Güterstand verheirateter Erblasser. Da die jeweilige Anknüpfung zur Bestimmung des Erbstatuts nach schweizerischem bzw. deutschem internationalen Privatrecht unterschiedlich erfolgt und jeweils eine vollumfängliche Anwendung der so ermittelten Rechtsordnung vorgesehen ist, drohen, soweit die jeweiligen Ergebnisse nicht im Entscheidungseinklang zu einander stehen, entsprechende Nachlasskonflikte.

bb) Das Erbstatut nach deutschem Kollisionsrecht

(1) Gesetzliche Regelung

(1.1) Allgemeines

Wird ein deutsches Nachlassgericht mit einem deutsch-schweizerischen Erbfall anlässlich der Erteilung eines Erbscheins oder eines Testamentsvollstreckerzeugnisses befasst, ist das Erbstatut in Ermangelung vorrangiger völkerrechtlicher Staatsverträge anhand deutschen Kollisionsrechts zu ermitteln.

Nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB wird die Rechtsnachfolge von Todes wegen von dem Recht desjenigen Staates bestimmt, dem der Erblasser im Zeitpunkt des Todes angehört. Ein deutscher Staatsangehöriger wird somit nach deutschem Recht beerbt, auch wenn er seinen Wohnsitz im Ausland hatte, ein ausländischer Staatsangehöriger nach dem Recht desjenigen Staates, dem er zur Zeit seines Todes angehörte, auch wenn er seinen Wohnsitz im Zeitpunkt des Todes in Deutschland hatte. Im letztgenannten Fall entscheidet jedoch die im Wege der Gesamtverweisung nach Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB berufene Rechtsordnung, ob es die Verweisung annimmt oder auf deutsches Recht zurück- bzw. auf eine andere Rechtsordnung weiterverweist. Gehört der Erblasser mehreren Staaten an, ist das Recht desjenigen Staates anzuwenden, mit dem der Erblasser am engsten verbunden war, insbesondere durch den gewöhnlichen Aufenthalt oder durch den Verlauf seines Lebens. Ist er auch Deutscher, so geht diese Rechtsstellung vor (Art. 5 Abs. 1 EGBGB).

(1.2) Deutscher Erblasser mit letztem Wohnsitz in der Schweiz

War der Erblasser deutscher Staatsangehöriger, unterliegt sein Nachlass aus deutscher Sicht ausschließlich deutschem Recht. Dies gilt unabhängig davon, ob er seinen letzten Wohnsitz in Deutschland oder der Schweiz hatte. Da das schweizerische Recht kein nach Art. 3 Abs. 3 EGBGB zu beachtendes Einzelstatut für bestimmte einzelne Nachlassgegenstände kennt, kann es aus deutscher Sicht in dieser Konstellation - im Gegensatz zur Situation eines deutschen Erblassers mit letztem Wohnsitz in Deutschland und Grundbesitz in Frankreich, für den die französische Rechtsordnung das (in diesem Fall eigene) Belegenheitsrecht statuiert - grundsätzlich zu keiner Nachlassspaltung kommen. Eine Ausnahme ist nur in den wenigen Fällen der o.g. einseitigen Anwendung von Art. 6 des schweizerisch-badischen Staatsvertrages durch die Schweiz möglich, die dem Charakter eines Einzelstatuts im Sinne des Art. 3 Abs. 3 EGBGB zumindest entsprechen dürfte. Hiervon ist die weitere Problematik streng zu trennen, dass das schweizerische Kollisionsrecht aufgrund seiner vom deutschen Staatsangehörigkeitsprinzip abweichenden Anknüpfung an den letzten Wohnsitz des Erblassers hier zu einem anderen erbrechtlichen Gesamtstatut führen und daher ein hinkendes Rechtsverhältnis entstehen kann.⁴¹

(1.3) Schweizerischer Erblasser mit letztem Wohnsitz in Deutschland

Ist der Erblasser schweizerischer Staatsangehöriger und wird - etwa zur Grundbuchberichtigung für in Deutschland

³⁷ AS 1978, 1858.

³⁸ GBl.BW 1979, 79.

³⁹ BadRegBl 1857, 431=BBl 1857 I, 110; Ferid/Firsching/Dörner/ Hausmann/Lorenz, aaO, Texte I Nr. 2.

⁴⁰ Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann/Lorenz, aaO, Rz. 40 mwN.

⁴¹ Dazu sogleich unten cc) (1) (1.2).

belegenen Grundbesitz - ein Erbschein bzw. ein Testamentsvollstreckerzeugnis eines deutschen Nachlassgerichts benötigt, verweist Art. 25 Abs. 1 EGBGB über Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB auf die gesamte Rechtsordnung der Schweiz einschließlich schweizerischem Kollisionsrecht. Art. 90 Abs. 1 IPRG stellt im Gegensatz zu Art. 25 Abs. 1 EGBGB nicht auf die Staatsangehörigkeit, sondern auf den letzten Wohnsitz des Erblassers ab. Auf Erblasser mit letztem Wohnsitz in der Schweiz findet daher schweizerisches Recht Anwendung, ohne dass die Staatsangehörigkeit relevant wird. Art. 91 Abs. 1 IPRG unterstellt den Nachlass eines Erblassers mit letztem Wohnsitz außerhalb der Schweiz, beispielsweise in Deutschland, demjenigen Recht, auf das das Kollisionsrecht des Wohnsitzstaates verweist. Nach deutscher Rechtsauffassung wird die Rückverweisung aus Art. 91 Abs. 1 IPRG bei schweizerischen Staatsangehörigen mit letztem Wohnsitz in Deutschland als Gesamtverweisung auf deutsches Recht gewertet und daher gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB mit der Folge abgebrochen, dass letztlich deutsches Erbrecht Anwendung findet und ein dauerhaftes „Hin- und Herdriften“ vermieden wird.⁴² In der schweizerischen Literatur ist die dogmatische Einstufung des Art. 91 Abs. 1 IPRG umstritten. Zum einen wird vertreten, diese Norm verkörpere im Wege der „foreign court theory“ keine Gesamt-, sondern eine Sachnormverweisung, die anders als eine Kollisionsnorm nicht an deutsche Gerichte adressiert sei und daher von diesen nicht angewendet werden dürfe, so dass schweizerisches Erbrecht maßgebend wäre.⁴³ Andererseits wird darauf hingewiesen, nach Art. 91 Abs. 1 IPRG habe ein schweizerisches Gericht wie ein deutsches Wohnsitzgericht zu entscheiden, das von einer Gesamtverweisung, die in Deutschland abzubrechen sei, auszugehen und daher deutsches Erbrecht anzuwenden habe.⁴⁴ Eine Entscheidung des Bundesgerichts liegt zu dieser Problematik bislang nicht vor. Mit Ausnahme der einem schweizerischen Erblasser eröffneten beiden Rechtswahlstatbestände nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB zugunsten deutschen Rechts für in Deutschland belegenen Grundbesitz einerseits und nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB i.V.m. Art. 91 Abs. 2 IPRG zugunsten schweizerischen Rechts für den in der Schweiz belegenen Nachlass andererseits sowie dem sehr begrenzten Anwendungsbereich des schweizerisch-badischen Staatsvertrages kommt es zu keiner Nachlassspaltung.

(1.4) Schweizerischer Erblasser mit letztem Wohnsitz in der Schweiz und Nachlassvermögen in Deutschland

Verstirbt ein schweizerischer Erblasser mit letztem Wohnsitz in der Schweiz und hinterlässt in Deutschland Nachlassvermögen, wird die aus Sicht eines deutschen Nachlassgerichts nach Art. 25 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 EGBGB vorzunehmende Gesamtverweisung auf schweizerisches Recht dort angenommen. Auch aus schweizerischer Perspektive wäre nach Art. 90 Abs. 1 IPRG schweizerisches Recht anwendbar. Auf entsprechenden Antrag wäre durch das deutsche Nachlassgericht ein Fremdrechtserschein bzw. Fremdrechstestamentsvollstreckerzeugnis auf der Grundlage schweizerischen Rechts zu erteilen.

In Ausnahmefällen bewirkt Art. 3 Abs. 3 EGBGB gegenüber einem nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB berufenen ausländischen Gesamtstatut den Vorrang des Einzelstatuts nach dem Recht des Belegenheitsortes, soweit die dort befindlichen Einzelgegenstände nach dortigem Recht besonderen Vorschriften unterliegen.⁴⁵ In Deutschland gilt für Höfe im Sinne der Höfeordnung⁴⁶ und Anteile an Personengesellschaften⁴⁷ als Einzelstatut deutsches Recht. Ebenfalls nach Art. 3 Abs. 3 EGBGB findet beispielsweise für in Frankreich oder England belegenen Grundbesitz eines schweizerischen Erblassers wegen des nach dortigem Kollisionsrecht insoweit begründeten Einzelstatuts das jeweilige Belegenheitsrecht Anwendung. Soweit ausnahmsweise der schweizerisch-badische Staatsvertrag einschlägig ist⁴⁸, tritt ein weiterer Fall von Nachlassspaltung ein.

(2) Rechtswahl deutschen Rechts für Grundbesitz in Deutschland durch schweizerischen Erblasser

Nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB kann eine Rechtswahl nur für im Inland (Deutschland) belegenes, unbewegliches Vermögen getroffen werden. In diesem Zusammenhang ist ausschließlich deutsches Erbrecht wählbar. Regelungszweck ist dabei die Anwendbarkeit deutschen Erbrechts auf in Deutschland belegenen Grundbesitz ausländischer Erblasser. Hieraus folgt zugleich, dass ein deutscher Staatsangehöriger seinen Nachlass nach deutschem Kollisionsrecht nicht wirksam schweizerischem Recht, umgekehrt aber ein schweizerischer Erblasser mit letztem Wohnsitz in der Schweiz, dessen Nachlass gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB iVm Art. 90 Abs. 1 IPRG grundsätzlich schweizerischem Recht unterliegt, seinen in Deutschland belegenen Grundbesitz dem deutschen Recht unterstellen kann.⁴⁹

cc) Das Erbstatut nach schweizerischem Kollisionsrecht

(1) Gesetzliche Regelung

(1.1) Allgemeines

Wird ein schweizerisches Nachlassgericht mit einem deutsch-schweizerischen Erbfall befasst, ist das Erbstatut in Ermangelung vorrangiger völkerrechtlicher Staatsverträge anhand schweizerischen Kollisionsrechts zu ermitteln. Ungeachtet der Staatsangehörigkeit des Erblassers richtet sich das Erbstatut gemäß schweizerischem IPRG nach dem letzten Erblasserwohnsitz. Wohnsitz ist gemäß Art. 20 Abs. 1 IPRG - abweichend von der materiell-rechtlichen Legaldefinition nach Art. 23 ZGB - derjenige Ort, an dem sich der Mittelpunkt der Lebensbeziehungen des Erblassers befindet, somit der Ort mit den stärksten familiären Bindungen und Interessen,⁵⁰ hilfsweise der gewöhnliche Aufenthaltsort, an dem der Erblasser zuletzt längere Zeit gelebt hat. Hierbei kann es sich nach Art. 20 Abs. 2 IPRG nur um einen einzigen Ort handeln.

⁴² BayObLG ZEV 2001, 483; LG Kempten, NJW-RR 2002, 1588; DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2001, 153 mwN; Lorenz, DNotZ 1993, 148, 152.

⁴³ Zürcher Kommentar/Heini, 2. Aufl. 2004, Art. 14 IPRG, Rz. 12; Sturm, Mélanges en l'honneur de Henri-Robert Schüpbach 2000, S. 337 ff.

⁴⁴ Siehr, Das Internationale Privatrecht der Schweiz, 2002, S. 165.

⁴⁵ Wurm/Wagner/Zartmann/Fröhler, Das Rechtsformularbuch, 15. Aufl. 2007, Kap. 73 Rz. 27.

⁴⁶ Erman/Hohloch, 11. Aufl. 2004, Art. 3 EGBGB, Rz. 16; Schotten/Schmellenkamp, Rz. 21.

⁴⁷ Palandt/Heldrich, aaO, Art. 3 EGBGB, Rz. 13; Erman/Hohloch, aaO, Art. 3 EGBGB, Rz. 16; Münch.Komm./Birk, 4. Aufl. 2006, Art. 25 EGBGB, Rz. 102; aA Münch.Komm./Sonnenberger, aaO, Art. 3 EGBGB, Rz. 36.

⁴⁸ Dazu oben b).

⁴⁹ Zu weiteren Rechtswahlmöglichkeiten nach schweizerischem Kollisionsrecht sogleich unten cc) (2).

⁵⁰ Wachter, RNotZ 2001, 65, 88.

(1.2) Deutscher Erblasser mit letztem Wohnsitz in der Schweiz

Verstirbt ein Erblasser mit letztem Wohnsitz in der Schweiz, ist auf seinen Nachlass gemäß Art. 90 Abs. 1 IPRG grundsätzlich schweizerisches Recht, dem das Prinzip der Nachlassseinheit innewohnt, anzuwenden. Dies gilt aus schweizerischer Sicht somit auch für einen deutschen Erblasser, wenn er seinen letzten Wohnsitz in der Schweiz hatte. Es entsteht insoweit ein hinkendes Rechtsverhältnis, da aus Sicht deutscher Gerichte für derartige Konstellationen nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB deutsches Recht gilt.⁵¹ Wünscht ein deutscher Erblasser davon abweichend die Anwendung deutschen Rechts, sollte er eine entsprechende Rechtswahl treffen.⁵²

(1.3) Schweizerischer Staatsangehöriger mit letztem Wohnsitz in Deutschland

Hinterlässt ein Erblasser mit schweizerischer Staatsangehörigkeit und letztem Wohnsitz in Deutschland Nachlassvermögen in der Schweiz, ist die dogmatische Einstufung der maßgebenden Regelung des Art. 91 Abs. 1 IPRG aus schweizerischer Sicht umstritten. Überwiegend wird derzeit vertreten, nach dieser Norm sei im Wege der „foreign court theory“ das von der ausländischen Wohnsitzbehörde anzuwendende Recht, hier demnach das aus deutscher Sicht maßgebende deutsche Recht, anzuwenden, um eine Nachlassseinheit zu ermöglichen.⁵³ Demgegenüber vertritt eine Mindermeinung die Ansicht, Art. 91 Abs. 1 IPRG führe zunächst zu einer Verweisung auf deutsches Recht einschließlich dessen Kollisionsrecht, das jedoch nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB auf schweizerisches Recht zurückverweist, von dem diese Verweisung sodann mit der Folge abgebrochen wird, dass auf den Nachlass schweizerisches Recht Anwendung findet.⁵⁴ Eine Entscheidung des Bundesgerichts liegt zu dieser Problematik bislang nicht vor. Zur Vermeidung ungewollter Ergebnisse kann eine Rechtswahl⁵⁵ getroffen werden.

(1.4) Deutscher Staatsangehöriger mit letztem Wohnsitz in Deutschland

Hinterlässt ein deutscher Erblasser mit letztem Wohnsitz in Deutschland Nachlassvermögen in der Schweiz, ist aus Sicht schweizerischer Gerichte - deckungsgleich mit der Perspektive deutscher Gerichte nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB - gemäß Art. 90 Abs. 1 IPRG deutsches Recht anwendbar. Eine Unterstellung des Nachlasses unter schweizerisches Recht gemäß Art. 91 Abs. 2, 87 Abs. 1 IPRG kommt nicht in Betracht, da sich das deutsche Nachlassgericht mit dem Nachlass des deutschen Erblassers stets vollumfänglich befassen wird.⁵⁶

(2) Rechtswahl

(1.1) Allgemeines

Das schweizerische IPRG eröffnet eine gemessen an den restriktiven Tatbestandsmerkmalen des Art. 25 Abs. 2 EGBGB vergleichsweise großzügige Möglichkeit zur Rechtswahl.

(1.2) Für schweizerisches Recht durch schweizerischen Erblasser

Möchte ein schweizerischer Erblasser mit letztem Wohnsitz in Deutschland vermeiden, dass aus Sicht eines zuständigen deutschen Nachlassgerichts über Art. 91 Abs. 1 IPRG i.V.m. Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB letztlich deutsches Recht auf seinen Nachlass angewendet wird, kann er diesen durch letztwillige Verfügung oder Erbvertrag gemäß Art. 91 Abs. 2, 87 Abs. 2 IPRG wahlweise vollständig oder auf die in der Schweiz belegenen Vermögensbestandteile beschränkt schweizerischem Erbrecht unterstellen. Soweit die Rechtswahl auf den in der Schweiz belegenen Nachlass beschränkt wird, kann eine Nachlassspaltung eintreten, da die durch Art. 91 Abs. 1 IPRG ausgelöste Rückverweisung auf deutsches Recht um das von der Rechtswahl, die von der Gesamtverweisung nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB anerkannt wird, erfasste Nachlassvermögen reduziert ist.⁵⁷

(1.3) Für deutsches Recht durch deutschen Erblasser

Nach Art. 90 Abs. 2 Satz 1 IPRG kann ein deutscher Staatsangehöriger mit letztem Wohnsitz in der Schweiz durch letztwillige Verfügung oder Erbvertrag seinen Nachlass schweizerischen Gerichten gegenüber - aus deutscher Sicht ist nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB ohnehin deutsches Recht anwendbar - deutschem Recht unterstellen, wenn er auch zum Zeitpunkt seines Todes noch (ausschließlich) die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt. Hierdurch wird vermieden, dass die Erbfolge in der Schweiz aufgrund des dort maßgeblichen Wohnsitzprinzips nach schweizerischem Erbrecht bescheinigt wird. Aus dem Umkehrschluss zu Art. 87 Abs. 2 IPRG ergibt sich, dass eine derartige Rechtswahl anders als bei einem schweizerischen Staatsangehörigen mit letztem Wohnsitz in Deutschland nur einheitlich hinsichtlich des gesamten Nachlass und nicht beschränkt auf das Belegenheitsrecht zulässig ist. Wer sowohl die deutsche als auch die schweizerische Staatsangehörigkeit besitzt, kann nach Art. 90 Abs. 2 Satz 2 IPRG eine Rechtswahl gemäß Art. 90 Abs. 2 Satz 1 IPRG nicht wirksam treffen.⁵⁸ Obwohl eine derartige Rechtswahl das zwingende schweizerische Pflichtteilsrecht ausschaltet, verstößt sie weder gegen den ordre public, noch ist sie rechtsmissbräuchlich.⁵⁹

d) Die Bestimmung des Güterrechtsstatuts

aa) Nach deutschem Kollisionsrecht

(1) Gesetzliche Regelung

(1.1) Allgemeines

Wird ein deutsches Nachlassgericht mit einem deutsch-schweizerischen Erbfall auf den Tod des erstversterbenden Ehegatten befasst, ist das Güterrechtsstatut als Vorfrage selbständig anzuknüpfen.⁶⁰ In Ermangelung diesbezüglicher

⁵¹ Wurm/Wagner/Zartmann/Fröhler, aaO, Kap. 73 Rz. 29. Dazu oben bb) (1) (1.2).

⁵² Dazu sogleich unten (2).

⁵³ Zürcher Kommentar/Heini, aaO, Art. 91 IPRG, Rz. 3 u. 5; Kuhn, Der Renvoi im internationalen Erbrecht der Schweiz, 1998, S. 87; Schömmer/Bürgi, aaO, Rz. 831.

⁵⁴ Von Oertzen ZEV 2000, 495.

⁵⁵ Dazu sogleich unten (2).

⁵⁶ Wachter, RNotZ 2001, 65, 98 Fn. 141.

⁵⁷ Siehr, Festschrift für Piotet, S. 541.

⁵⁸ Zürcher Kommentar/Heini, aaO, Art. 90 IPRG, Rz. 8.

⁵⁹ BGE 102 II 136 (140 f.).

⁶⁰ Schotten/Schmellenkamp, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, Rz. 310.

völkerrechtlicher Staatsverträge ist auf die gesetzliche Regelung des Art. 15 EGBGB abzustellen, wonach die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe unwandelbar dem bei der Eheschließung für die allgemeinen Wirkungen der Ehe nach Art. 14 EGBGB maßgebenden Recht unterliegen.

(1.2) Beide Eheleute sind bei Eheschließung deutsche Staatsangehörige

Hatten beide Eheleute bei Eheschließung die deutsche Staatsangehörigkeit, sind sie nach Art. 15 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft verheiratet. Das Güterrechtsstatut erfasst dabei als Gesamtstatut grundsätzlich das gesamte Vermögen der Ehegatten, soweit nicht nach Art. 3 Abs. 3 EGBGB ausnahmsweise durch ausländisches Belegenheitsrecht ein vorrangiges Einzelstatut begründet wird. Eine derartige Sonderanknüpfung ist nach schweizerischem Recht nicht vorgesehen, kommt jedoch für im anglo-amerikanischen Ausland belegenen Grundbesitz in Betracht.⁶¹ Spätere Änderungen der Staatsangehörigkeit wirken sich auf den einmal begründeten Güterstand nicht aus.

(1.3) Ein Ehegatte ist bei Eheschließung deutscher, der andere schweizerischer Staatsangehöriger

(1.1.1) Gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt bei Eheschließung in Deutschland

War ein Ehegatte bei Eheschließung deutscher, der andere schweizerischer Staatsangehöriger und hatten beide Ehegatten zu diesem Zeitpunkt den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, ist nach Art. 15 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft nach deutschem Recht maßgebend. Spätere Änderungen der Staatsangehörigkeit oder des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts wirken sich - soweit die Ehe nicht nach dem 31.03.1953, aber vor dem 09.04.1983 geschlossen wurde und sich aus der Übergangsregelung des Art. 220 Abs. 3 EGBGB nicht etwas anderes ergibt - auf den einmal begründeten Güterstand wegen dessen Unwandelbarkeit nicht aus.

(1.1.2) Gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt bei Eheschließung in der Schweiz

War ein Ehegatte bei Eheschließung deutscher, der andere schweizerischer Staatsangehöriger und hatten beide Ehegatten zu diesem Zeitpunkt den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz, ist nach Art. 15 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB schweizerisches Recht maßgebend. Hierin liegt aufgrund Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB eine Gesamtverweisung auch auf das schweizerische Kollisionsrecht. Nach Art. 54 Abs. 1 bzw. 2 IPRG ist das Recht desjenigen Staates relevant, in dem beide Ehegatten gleichzeitig ihren Wohnsitz haben, hilfsweise das Recht des letzten gemeinsamen Wohnsitzes, wiederum hilfsweise das Recht der gemeinsamen Staatsangehörigkeit. Hatten die Ehegatten nie gleichzeitig Wohnsitz im gleichen Staat und haben sie auch keine gemeinsame Staatsangehörigkeit, gilt nach Art. 54 Abs. 3 IPRG die Gütertrennung des schweizerischen

Rechts. Gemäß Art. 55 IPRG ist das Güterrechtsstatut, soweit dies nicht schriftlich ausgeschlossen wird, bei Wohnsitzwechsel wandelbar. Nach einem Wohnsitzwechsel gilt rückwirkend das Recht des neuen Wohnsitzstaates, soweit keine schriftliche Ausschlussvereinbarung erfolgt. Solange die Ehegatten ihren gemeinsamen Wohnsitz in der Schweiz haben und keinen Ehevertrag schließen, sind sie gemäß Art. 181 ZGB im gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung nach schweizerischem Recht verheiratet. Bei Wohnsitzwechsel erfolgt eine Rück- bzw. Weiterverweisung auf das Recht des aktuellen Wohnsitzstaates.

(1.1.3) Gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt bei Eheschließung in einem Drittstaat

War ein Ehegatte bei Eheschließung deutscher, der andere schweizerischer Staatsangehöriger und hatten beide Ehegatten zu diesem Zeitpunkt den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Drittstaat, ist nach Art. 15 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB das Recht dieses Drittstaates maßgebend, auf dessen Recht einschließlich Kollisionsrecht sodann verwiesen wird.

(2) Rechtswahl

Nach Art. 15 Abs. 2 EGBGB können die Ehegatten für die güterrechtlichen Wirkungen ihrer Ehe das Recht des Staates, dem einer von ihnen angehört, das Recht des Staates, in dem einer von ihnen seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder für unbewegliches Vermögen das Recht des Lagertes wählen. Die Rechtswahl muss notariell beurkundet werden, es sei denn, sie wird außerhalb von Deutschland vorgenommen und entspricht den Formerfordernissen für einen Ehevertrag nach dem gewählten Recht oder am Ort der Rechtswahl.

bb) Nach schweizerischem Kollisionsrecht

(1) Gesetzliche Regelung

Wird ein schweizerisches Nachlassgericht mit einem deutsch-schweizerischen Erbfall auf den Tod des erstversterbenden Ehegatten befasst, ist auf die gesetzliche Regelung nach Art. 54 i.V.m. Art. 55 IPRG abzustellen, wonach die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe, soweit dies nicht ausgeschlossen wird, wandelbar dem Recht des aktuellen gemeinsamen Wohnsitzstaates unterliegen, ohne dass es auf die Staatsangehörigkeit der Ehegatten ankäme. Danach untersteht aus schweizerischer Sicht ein deutsches Ehepaar mit Wohnsitz in der Schweiz dem schweizerischen Ehegüterrecht und damit vorbehaltlich ehevertraglicher Wahl eines anderen Güterstandes dem gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung nach Art. 181 ZGB, während für ein schweizerisches Ehepaar mit Wohnsitz in Deutschland zwar zunächst auf deutsches Kollisionsrecht verwiesen, von dort jedoch über Art. 15 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 auf schweizerisches Recht zurückverwiesen würde, sofern es nicht aus Gründen der Nachlassseinheit doch bei der Anwendung deutschen Rechts bleibt (vgl. c) cc) 1.3.)

(2) Rechtswahl

Nach Art. 52 IPRG können Ehegatten zwischen dem Recht des Staates, in dem beide ihren Wohnsitz haben oder nach der Eheschließung haben werden, und dem Recht eines ihrer Heimatstaaten wählen. Umstritten ist, ob eine Teilrechtswahl

⁶¹ Schotten/Schmellenkamp, aaO, Rz. 150 mwN.

für außerhalb der Schweiz belegene Vermögenswerte trotz Fehlens einer ausdrücklichen Erwähnung in Art. 52 IPRG zulässig ist.⁶² Wirksamkeitsvoraussetzung einer Rechtswahl ist nach Art. 53 IPRG lediglich einfache Schriftform. Eine nach Art. 184 ZGB für Eheverträge vorgeschriebene öffentliche Beurkundung ist nicht erforderlich.

e) Die Problematik der Erbteilserhöhung nach § 1371 BGB

Schwierig gestaltet sich die Bestimmung der Erbquote in deutsch-schweizerischen Erbfällen auf den Tod des erstversterbenden Ehegatten, wenn unter Anwendung deutschen Güterrechtsstatutes der deutsche Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft maßgebend ist, obwohl sich das Erbstatut nach schweizerischem Recht richtet. Fraglich ist hierbei insbesondere, ob sich das gesetzliche Erbrecht des längstlebenden Ehegatten gemäß § 1371 Abs. 1 BGB auch dann um ein Viertel erhöht, wenn die hinsichtlich des Erbstatuts berufene ausländische Rechtsordnung eine derartige Erhöhung nicht kennt. Die herrschende Meinung vertritt diesbezüglich eine rein güterrechtliche Qualifikation und hält in derartigen Fällen § 1371 Abs. 1 BGB mit der Folge einer Erhöhung des durch ausländisches Erbstatut bemessenen Erbteils für anwendbar, da die Erbteilserhöhung ausschließliche Folge des Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft und nicht der Ehe als solcher sei und das Güterrecht systematisch nicht zum Erbrecht gehöre.⁶³ Nach einer Minderansicht ist § 1371 Abs. 1 BGB ausschließlich erbrechtlich zu qualifizieren, da Folge der Regelung die Erhöhung des Erbteils sei, der nicht güterrechtlich anfallt, so dass im Falle eines entgegenstehenden ausländischen Erbstatuts keine Erbteilserhöhung stattfindet.⁶⁴ Nach einer weiteren an Bedeutung gewinnenden vermittelnden Ansicht ist eine Erbteilserhöhung in derartigen Fällen lediglich dann zulässig, wenn dies sowohl nach güterrechtlicher als auch erbrechtlicher Qualifikation vorgesehen ist.⁶⁵

Folgt man der herrschenden rein güterrechtlich anknüpfenden Ansicht, wäre eine Erbteilserhöhung nach § 1371 Abs. 1 BGB zunächst grundsätzlich möglich, obwohl schweizerisches Erbstatut maßgebend ist und das schweizerische Recht eine derartige Rechtsfigur nicht kennt. Diese Erbteilserhöhung ist letztlich aber nur dann zulässig, wenn die Voraussetzungen für eine Substitution erfüllt sind, mithin die güterrechtlich ausgelöste deutsche Erbteilserhöhung grundsätzlich einem gesetzlichen Erbteil nach schweizerischem Erbrecht entspricht und einem schweizerischen Erbteil funktionell gleichwertig ist.⁶⁶ Beides ist hier zu bejahen. Nach Art. 462 ZGB sieht auch das schweizerische Erbrecht zugunsten des längstlebenden Ehegatten eine echte Erbquote und nicht lediglich ein nicht substituierbares anderes Rechtsinstitut, wie etwa ein bloßes Vermächtnis, vor. Darüber hinaus erfolgt nach dem gesetzlichen schweizerischen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung gemäß Art. 204 ZGB nicht nur bei Beendigung der Ehe zu Lebzeiten beider

Ehegatten, sondern auch beim Tod des Erstversterbenden von ihnen in gleichem Maße ein güterrechtlicher Ausgleich durch Vorschlagsteilung. Daher kompensiert das schweizerische Erbrecht durch die Höhe der gesetzlichen Erbquote des längstlebenden Ehegatten keinen Ausfall eines güterrechtlichen Ausgleichs, sondern darf nach § 1371 BGB erhöht werden.

Sowohl nach der erb- und güterrechtlichen Doppelqualifikation als auch nach der rein erbrechtlichen Qualifikation scheidet bei Anwendung schweizerischen Erbrechts eine Erbteilserhöhung nach § 1371 Abs. 1 BGB aus. Stattdessen kann der längstlebende Ehegatte gemäß §§ 1373 bis 1383, 1390 BGB Zugewinnausgleich verlangen. § 1371 Abs. 2 BGB ist dabei dahingehend anzupassen, dass die ausländische Erbquote nicht ausgeschlagen werden muss.⁶⁷

Sind in einem deutsch-schweizerischen Erbfall ein deutsches Erbstatut und ein schweizerisches Ehegüterstatut maßgebend, kommt eine Erbteilserhöhung nach § 1371 Abs. 1 BGB weder nach der rein güterrechtlichen Qualifikation noch nach der erb- und güterrechtlichen Doppelqualifikation in Betracht. Sie wäre lediglich im Wege der von einer Mindermeinung⁶⁸ vertretenen rein erbrechtlichen Qualifikation möglich. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass der längstlebende Ehegatte neben dem erhöhten gesetzlichen Erbteil zusätzlich den güterrechtlichen Vorschlag nach schweizerischem Recht erhalten würde. Dieses Ergebnis erscheint unbillig, da der güterrechtliche Ausgleich nach beiden Rechtsordnungen nur einmal und nicht doppelt erfolgen soll, nach deutschem Recht entweder pauschaliert durch Erbteilserhöhung oder durch konkreten güterrechtlichen Zugewinnausgleich, nach schweizerischem Recht stets durch konkrete güterrechtliche Vorschlagsteilung. Eine derartige Gleichgewichtsstörung ist durch Anpassung auf der Ebene des Sachrechts aufzulösen.⁶⁹ Dies dürfte hier dadurch geschehen, dass vorrangig die schweizerische Vorschlagsteilung mit dem Ziel der Vermeidung zusätzlicher Eingriffe in das Pflichtteilsrecht und nur hilfsweise die Erbrechtserhöhung entfällt.

⁶² Bejahend Schwenger, DNotZ 1991, 419, 429; Wachter, RNotZ 2001, 65, 74; Volken, Der Bernische Notar 1989, 433, 448; verneinend Bucher, Lausanner Kolloquium, S. 115, 119, 123.

⁶³ OLG Hamm JMBI NW 1992, 261; LG Bonn MittRhNotK 1985, 106; LG Mosbach ZEV 1998, 489; Palandt/Heldrich, aaO, Art. 25 EGBGB, Rz. 26; Erman/Hohloch, aaO, Art. 15 Rz. 37; Ludwig, DNotZ 2005, 586, 588.

⁶⁴ Rittner, DNotZ 1958, 181, 189 ff.

⁶⁵ OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 69; Schotten/Schmellenkamp, aaO, Rz. 288; im Ergebnis ähnlich OLG Stuttgart DNotZ 2005, 632, 633 f.

⁶⁶ Schotten/Schmellenkamp, aaO, Rz. 49a.

⁶⁷ Münch.Komm./Siehr, aaO, Art. 15 EGBGB, Rz. 118; Schotten, MittRhNotK 1987, 19.

⁶⁸ Rittner, DNotZ 1958, 181, 189 ff.

⁶⁹ Schotten/Schmellenkamp, aaO, Rz. 50.

Familienrechtliche Probleme im Grundbuchverfahren¹

(von Achim Falk, Notar in Stuttgart)

Vorbemerkung

Als praktische Hilfe für die Arbeit des Grundbuchamts gedacht, beschränkt sich der Beitrag bewusst auf die grundbuchverfahrensrechtliche Sicht unter besonderer Berücksichtigung der obergerichtlichen Rechtsprechung und aktueller Probleme und geht an Hand der grundbuchamtlichen Prüfungsreihenfolge vor. Materielles Recht wird daher nur behandelt, soweit es für das Verfahrensrecht von Belang ist.

I. Eheliches Güterrecht

1. Vorfragen

1.1 Vorliegen eines Bezugs zum Grundbuchverfahren

Güterrechtliche Bezüge zum Grundbuchverfahren sind bei der Eintragung von verheirateten Beteiligten im Grundbuch hinsichtlich des **Berechtigungsverhältnisses** und bei Verfügungen hinsichtlich der **Verfügungsbefugnis** über Grundstücksrechte gegeben. Außer durch das Berechtigungsverhältnis kann der Güterstand oder die Zugehörigkeit eines Gegenstandes zu einer Vermögensmasse (z.B. Vorbehalts- oder Sondergut) oder eine güterrechtliche Verfügungsbeschränkung im Grundbuch nicht eingetragen werden². Ob güterrechtliche Besonderheiten vorliegen, hat das Grundbuchamt trotz seiner grundsätzlichen Verantwortlichkeit für die Richtigkeit des Grundbuchs nur bei **Kenntnis oder auf konkrete Tatsachen gestützter Vermutung** (in dem Grundbuchamt vorliegenden Urkunden enthaltene Tatsachen und Erklärungen der Beteiligten) zu prüfen³. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, braucht das Grundbuchamt weder zu prüfen, ob eine Person etwa verheiratet ist, noch, ob bei bestehender Ehe ein anderer als der gesetzliche Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft besteht. Das Grundbuchamt kann vom Fortbestehen eines im Grundbuch durch das Berechtigungsverhältnis verlautbarten Güterstandes ausgehen (§ 891 BGB)⁴.

1.2 Auslandsberührung⁵

1. Während das **deutsche Grundbuchverfahrensrecht** auch bei Auslandsberührung uneingeschränkt anwendbar ist⁶ und wegen Art. 43 EGBGB auch das **deutsche Sachenrechtsstatut** gilt⁷, ist für das Berechtigungsverhältnis und die

Verfügungsbefugnis ein **ausländisches Güterrechtsstatut** auch vom Grundbuchamt gemäß Art. 3, 15 EGBGB zu beachten⁸. Die zur Beurteilung eines dem Grundbuchamt vorgelegten Sachverhalts erforderlichen Rechtskenntnisse hat sich das Grundbuchamt selbst zu verschaffen (gegebenenfalls über Gutachten, vgl. § 4 1. VV LFGG)⁹. Verfahrenserklärungen (insbesondere Anträge) müssen in deutscher **Sprache** abgefasst sein, §§ 9 FGG, 184 GVG. Für Urkunden zur Führung eines Nachweises gilt dies nicht. Solche Urkunden müssen aber übersetzt werden, die Unterschrift des Übersetzers muss öffentlich beglaubigt sein und die Übersetzung muss von einem Notar oder Amtsgericht beweissicher durch Schnur und Siegel mit der fremdsprachigen Urkunde verbunden sein¹⁰. Bei ausländischen Urkunden ist im Hinblick auf § 29 GBO noch die Erforderlichkeit und Art einer **Legalisation** zu prüfen¹¹.

2. Für die Frage der Prüfungspflicht des Grundbuchamts, ob überhaupt ein **Auslandsbezug** vorliegt, kann auf die Ausführungen unter 1.1 verwiesen werden, das heißt, das Grundbuchamt kann grundsätzlich davon ausgehen, dass kein Auslandsbezug vorliegt, wenn nicht konkrete Anhaltspunkte (z.B. die Erklärungen der Beteiligten oder die Feststellung des Notars, dass sich Beteiligte mit ausländischen Ausweispapieren identifiziert haben) vorliegen¹². Ein fremdländischer Name eines Beteiligten allein genügt danach jedenfalls nicht.

2. Berechtigungsverhältnis, Grundbuchberichtigung

1. Güterrechtliche Besonderheiten beim Berechtigungsverhältnis von Ehegatten ergeben sich, wenn nach dem Güterstand eine besondere Vermögensmasse, in der Regel eine **Gesamthandsgemeinschaft**, entsteht. Dies kann beim aktuellen vertraglichen Güterstand der Gütergemeinschaft gemäß § 1416 BGB bzw. der fortgesetzten Gütergemeinschaft gemäß § 1483 BGB, bei nicht mehr neu begründbaren, aber fortbestehenden Güterständen nach deutschem Recht (Errungenschaftsgemeinschaft nach §§ 1519ff. BGB a.F., Eigentums- und Vermögensgemeinschaft nach FGB-DDR) oder bei ausländischen Güterständen¹³ der Fall sein. Die verfahrensrechtliche Behandlung ist in allen diesen Fällen gleich.

¹ Es handelt sich um ein aktualisiertes und leicht überarbeitetes Vortragsmanuskript anlässlich der überregionalen Fachtagung für Rechtspflegerinnen und Rechtspfleger in Grundbuchsachen vom 26. Februar bis 02. März 2007 in Trier

² Demharter, GBO, 25. Aufl., § 33 RNr. 23

³ Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. RNr. 3394

⁴ Palandt-Bassenge, BGB, 68. Aufl., § 891 RNr. 5

⁵ Zum Thema Auslandsberührung im Grundbuchrecht (mit Länderübersichten) vgl. Süß, Ausländer im Grundbuch und im Registerverfahren, Rpfleger 2003, 53

⁶ „lex fori“ Palandt-Heldrich, BGB 68. Aufl., EGBGB Einl. v. Art. 3 RNr. 33

⁷ „lex rei sitae“ und zwar unabdingbar, Palandt-Heldrich, 68. Aufl., EGBGB Vorbem. 1, 2 vor Art. 43; vorrangige Staatsverträge (Art. 3 Abs. 2 EGBGB) sind mir nicht bekannt

⁸ Wobei Art. 3 Abs. 3 EGBGB nicht einschlägig ist, vgl. Süß, Rpfleger 2003, 53 (57f.)

⁹ Einen guten Überblick gibt Bauer/von Oefele, GBO, 2. Aufl. im Abschnitt „Internationale Bezüge im Grundbuchrecht“ ab S. 1641

¹⁰ Demharter, GBO, 25. Aufl., § 1 RNr. 34

¹¹ Näheres siehe z. B. Bauer/von Oefele, GBO, 2. Aufl., Abschnitt „Internationale Bezüge im Grundbuchrecht“, RNr. 623 ff.

¹² Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. RNr. 3421

¹³ Auch bei Vertriebenen und Flüchtlingen, dazu Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. RNr. 3403ff.

2. **Erwerben Ehegatten** einzeln oder gemeinschaftlich ein Grundstücksrecht (Verfahren nach § 19 bzw. 20 GBO), so hat die **Eintragung in dem gemäß § 47 GBO** bewilligten bzw. in der Auflassung **angegebenen Berechtigungsverhältnis** zu erfolgen. Die Art des Gesamthandsverhältnisses muss allerdings genau angegeben werden, da diese verschieden geregelt sind. Das Bestehen eines Güterstandes braucht nicht nachgewiesen zu werden, auch nicht, wenn die Ehegatten in Gütergemeinschaft eingetragen werden sollen¹⁴ und selbst wenn ein Ehegatte ein Grundstück allein erwirbt, aber die Eintragung in Gütergemeinschaft beantragt¹⁵ oder Ehegatten je zur Hälfte erworben haben bzw. an sie je zur Hälfte aufgelassen war und sie ihre Eintragung in Gütergemeinschaft beantragen¹⁶. Weicht das beantragte Berechtigungsverhältnis von dem bewilligten bzw. dem in der Auflassung angegebenen ab, so genügt die das Berechtigungsverhältnis berichtigende Bewilligung des erwerbenden Teils, der Veräußerer braucht nicht mitzuwirken¹⁷. Etwas Anderes kann nur gelten, wenn das Grundbuchamt die Auflassung mit Sicherheit für unwirksam hält, z.B. weil die Erklärungen der Beteiligten auf Grund weiterer Umstände dem beantragten Erwerbsverhältnis entgegen stehen¹⁸. Dieser Fall wird jedoch äußerst selten sein¹⁹.

3. **Ändert sich der Güterstand** oder sind Ehegatten nach dem vorstehend Gesagten nicht übereinstimmend mit der wahren Rechtslage im Grundbuch eingetragen, so ist das Grundbuch unrichtig. Ein solcher Fall liegt auch vor, wenn die Ehegatten in Gütergemeinschaft eingetragen sind, obwohl nie Gütergemeinschaft bestand. In diesem Fall wird Erwerb zu Miteigentum je zur Hälfte angenommen²⁰. Die Grundbuchberichtigung kann auf Antrag eines oder beider Ehegatten gemäß § 22 GBO entweder durch Unrichtigkeitsnachweis oder Berichtigungsbewilligung des eingetragenen Eigentümers je in der Form des § 29 GBO erfolgen²¹. Hat das Grundbuchamt ausreichende Kenntnis von einer unrichtig gewordenen Eigentümereintragung, so hat es von Amts wegen den Berichtigungszwang nach § 82, 82a GBO durchzusetzen, wenn nicht berechtigte Gründe entgegenstehen²². Da eine Mitteilungspflicht entsprechend § 83 GBO nicht existiert, dürfte die praktische Bedeutung eher gering sein. Tritt bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft der Fall des § 1483 Abs. 2 BGB ein, so sollen der überlebende Ehegatte, die gemeinschaftlichen Abkömmlinge und die einseitigen Abkömmlinge „in Gesamthandsgemeinschaft nach § 1483 Abs. 2 BGB“ einzutragen sein. Es soll sich nicht um eine Erbengemeinschaft handeln²³.

4. Als **Unrichtigkeitsnachweis** kommen in Betracht:

- Zeugnis bzw. Auszug oder beglaubigte Abschrift aus dem **Güterrechtsregister** des (deutschen²⁴) Registergerichts gemäß § 33 GBO
- **Ehevertrag** in Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift. Bei Auslandsberührung bestimmen sich Zulässigkeit, Gültigkeitsvoraussetzungen und möglicher Inhalt nach dem Güterrechtsstatut²⁵, die Form nach Art. 11, 14 Abs. 4, 15 Abs. 3 EGBGB. Unabhängig davon muss § 29 GBO eingehalten sein. Möglich ist aber auch eine Rechtswahl nach Art. 15 Abs. 2 EGBGB²⁶.
- **Zeugnisse des Nachlassgerichts** gemäß §§ 35-37 GBO, insbesondere über den Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft (Ehevertrag reicht als Nachweis nicht aus).

Ist ein Güterstand so nachgewiesen, kann das Grundbuchamt mangels anderer Anhaltspunkte vom Fortbestehen dieses Güterstandes ausgehen.

5. Vom Fall der Grundbuchunrichtigkeit zu unterscheiden ist der Fall **der nachträglichen Überführung von Gegenständen** vom Gesamtgut der Gütergemeinschaft in Vorbehaltsgut und umgekehrt. Hierzu wird bei Grundstücken Auflassung verlangt²⁷.

3. Verfügungsbefugnis

1. Das Grundbuchamt hat bei der Eintragung von Verfügungen über Grundstücksrechte sowohl deutsche als auch ausländische **güterrechtliche Verfügungsbeschränkungen von Amts wegen zu beachten**. Ein guter Glaube des Erwerbers wird nur gemäß §§ 892, 1412 BGB, Art. 16 EGBGB und im Rahmen der subjektiven Theorie des § 1365 BGB geschützt. Es gibt aber keinen guten Glauben hinsichtlich der Tatsache, ob jemand verheiratet ist.

2. Hat das Grundbuchamt keine positive Kenntnis vom Vorliegen eines anderen Güterstandes (z.B. durch das eingetragene Berechtigungsverhältnis, § 891 BGB), kann es vom deutschen gesetzlichen Güterstand der **Zugewinnngemeinschaft** ausgehen. Bei diesem Güterstand kann ein Ehegatte über seine Grundstücksrechte alleine verfügen, wenn nicht ein Fall des § 1365 BGB vorliegt. Das Grundbuchamt hat grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Gesamtvermögensgeschäft gemäß § 1365 BGB nicht vorliegt. Es darf einen Fall des § 1365 BGB deshalb nur annehmen, wenn sich im Zeitpunkt der Entscheidung über den Eintragungsantrag aus den Eintragungsunterlagen oder sonst bekannten bzw. nach der Lebenserfahrung nahe liegenden Umständen bestimmte konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben²⁸. Dies dürfte eher selten der Fall sein: Der betroffene Gegenstand muss das **wesentliche Vermögen** des Ehegatten darstellen bzw. bei Belastung den Verkehrswert nahezu erschöpfen. Dies ist der Fall, wenn dem Verfügenden weniger als 15%, bei größeren Vermögen (im Jahr 1980 500.000,— DM) 10% und bei be-

¹⁴ OLG Düsseldorf Rpfleger 2000, 107 (sowohl nach deutschem als auch –hier einschlägig– niederländischem Recht); vgl. Schöner/Stöber Grundbuchrecht, 13. Aufl. RNR. 3421b

¹⁵ BayObLG Rpfleger 1975, 302; trotz § 22 Abs. 2 GBO soll die Bewilligung des anderen erwerbenden Ehegatten entbehrlich sein, vgl. Demharter, GBO, 25. Aufl., § 33 RNR. 24, Schöner/Stöber Grundbuchrecht, 13. Aufl. RNR. 760 je m.w.N.

¹⁶ BGH, Rpfleger 1982, 135; BayObLG Rpfleger 1992, 341

¹⁷ OLG Köln, Rpfleger 1980, 16

¹⁸ BayObLG, FamRZ 1998, 443: keine Alleineintragung eines Bosniers bei verschollener Ehefrau ohne Todeserklärung

¹⁹ Vgl. die äußerst aufschlussreiche Bemerkung bei Süß, Rpfleger 2003, 53 (62 f.)

²⁰ BayObLG, Rpfleger 1983, 346

²¹ Zum Ganzen, insbesondere zur Problematik des § 22 Abs. 2 GBO siehe Anm. 15

²² Schöner/Stöber Grundbuchrecht, 13. Aufl. RNR. 378

²³ Planck-Kettnaker, Die Führung des Grundbuchs, 4. Aufl., 368, TBl. 9

²⁴ Entsprechend der Lage beim Erbschein im Falle des § 35 GBO

²⁵ Palandt-Heldrich, 68. Aufl., EGBGB Art. 15 RNR. 30

²⁶ Die h. M. lässt die Rechtswahl auch für einzelne Grundstücke des Lageorts zu, Palandt-Heldrich, 68. Aufl., EGBGB Art. 15 RNR. 22; Schöner/Stöber Grundbuchrecht, 13. Aufl. RNR. 3413

²⁷ Schöner/Stöber Grundbuchrecht, 13. Aufl. RNR. 764

²⁸ Zuletzt OLG München, Rpfleger 2007, 259, PfälzOLG Zweibrücken, Rpfleger 2004, 38 SchlHolstOLG, Rpfleger 2005, 356 (je m.w.N.)

sonders großen Vermögen sogar weniger verbleiben. Bestehende dingliche Belastungen sind vom Grundstückswert abzuziehen. Behält sich der Verfügende einen durch Vormerkung gesicherten Anspruch auf Rückübertragung einer genau bezeichneten, aber noch nicht vermessenen Teilfläche vor, ist dies als verbleibendes Vermögen zu berücksichtigen²⁹. Gegenleistungen für die Verfügung bleiben außer Betracht. Schließlich muss nach der **subjektiven Theorie** bei der Verfügung über Einzelgegenstände der Erwerber zum maßgeblichen Zeitpunkt, nämlich der Eingehung des Verpflichtungsgeschäfts, mindestens die Verhältnisse kennen, aus denen sich ergibt, dass der Gegenstand das wesentliche Vermögen des verfügenden Ehegatten darstellt³⁰. Da die Beweislast hierfür beim anderen Ehegatten liegt³¹, müssen sich für das Grundbuchamt auch für die Erfüllung dieser Voraussetzungen mindestens konkrete Anhaltspunkte ergeben. Danach kann das Grundbuchamt wohl bestenfalls noch bei Verfügungen über den gesamten Grundbesitz unter Verwandten oder nahestehenden Personen (z.B. Hofübergabe) von einem Fall des § 1365 ausgehen, wenn sonst keine Anhaltspunkte vorliegen. So ein Anhaltspunkt für ein Gesamtvermögensgeschäft kann das Vorliegen eines dinglichen Arrests wegen einer Zugewinnausgleichsforderung sein³².

3. Kann das Grundbuchamt danach von einem **Fall des § 1365 BGB** ausgehen, so ist ihm

- die wirksam gewordene Zustimmung des anderen Ehegatten³³ oder deren **gerichtliche Ersetzung** gemäß § 1365 Abs. 2 BGB (auf den Zeitpunkt und die Voraussetzungen des § 1366 Abs. 3 BGB kommt es wegen des formellen Konsensprinzips auch bei einseitigen Rechtsgeschäften im Grundbuchverfahren nicht an) oder
- das **Nichtbestehen eines Zustimmungserfordernisses** (z.B. wegen eines zustimmungsfreien Güterstandes wie Gütertrennung oder des Ausschlusses des Zustimmungserfordernisses je durch Ehevertrag oder wegen Vorhandenseins weiteren Vermögens)
- den **Wegfall des Zustimmungserfordernisses** (Tod des Ehegatten, der zustimmen muss³⁴ bzw. Neuvornahme des Rechtsgeschäfts nach rechtskräftiger Scheidung³⁵) (grundsätzlich in der Form des § 29 GBO) nachzuweisen.

4. Hat das Grundbuchamt vom Vorliegen eines **anderen Güterstandes** auszugehen, sind dessen Verfügungsbeschränkungen zu beachten. Während bei der Gütertrennung keinerlei Verfügungsbeschränkungen bestehen, ist bei Verfügungen über Grundstücke des Gesamtguts der **Gütergemeinschaft** (Güter-, Errungenschaftsgemeinschaft, optierter

FGB-Güterstand der ehemaligen DDR³⁶) die Mitwirkung beider Ehegatten bzw. des Ehegatten und der anteilsberechtigten Abkömmlinge bei fortgesetzter Gütergemeinschaft unabhängig von einer Verwaltungsregelung erforderlich, § 1424 BGB³⁷. Es gilt daher für die Nachweise gegenüber dem Grundbuchamt das vorstehend unter Ziffer 3. Ausgeführte entsprechend (mit Ausnahme der Heilungsgründe). Jedoch kann bei der Gütergemeinschaft der alleinverwaltende Ehegatte über Rechte an Grundstücken sowie über schuldrechtliche Ansprüche auf Eigentumserwerb von Grundeigentum (auch vorgemerkte) alleine verfügen, so lange kein Anwartschaftsrecht entstanden ist³⁸ und Belastungen beim Erwerb von Grundstücken auch nachträglich alleine vornehmen³⁹. Hier dürften sich aber Nachweisprobleme im Hinblick auf § 29 GBO ergeben. Schließlich sei noch darauf hingewiesen, dass kein Ehegatte über seinen **Anteil am Gesamtgut** oder an einzelnen Gesamtgutsgegenständen verfügen kann.

5. Im Hinblick auf den gemäß § 39 GBO zu beachtenden **Voreintragungsgrundsatz** sei noch darauf hingewiesen, dass bei der Übertragung und Löschung von Grundstücksrechten in entsprechender Anwendung von § 40 GBO bei eingetretener, aber nicht eingetragener Gütergemeinschaft (und damit bei anderen Güterständen mit gesetzlichem Eigentumswechsel) eine Voreintragung nicht erforderlich ist, auch wenn bisher ein Ehegatte als Alleineigentümer eingetragen ist⁴⁰. Die Mitwirkung des anderen Ehegatten bei der Verfügung ist aber erforderlich, wenn die Vermutung des § 891 BGB widerlegt ist.

II. Eingetragene Lebenspartnerschaft

1. Seit dem 1. August 2001 können zwei Personen gleichen Geschlechts in Deutschland eine **eingetragene Lebenspartnerschaft** nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG) eingehen. Das Gesetz ist verfassungsgemäß⁴¹. Die Regelungen entsprechen in dem uns interessierenden Bereich seit dem 1. Januar 2005 denen der Ehe⁴². Statt eines Ehevertrages können die eingetragenen Lebenspartner einen Lebenspartnerschaftsvertrag abschließen. Inhaltlich bestehen **keine Unterschiede mehr zum ehelichen Güterrecht**, §§ 6, 7 LPartG. Für das Grundbuchverfahrensrecht und die Verfügungsbefugnis kann daher grundsätzlich auf die Ausführungen über das eheliche Güterrecht verwiesen werden, allerdings mit nachfolgenden **Besonderheiten**:

2. Bei **eingetragenen Lebenspartnerschaften, die vor dem 1. Januar 2005 begründet wurden**, galt für Vereinbarungen das Vertragsprinzip, was zur Folge hat, dass § 1365 BGB in jedem Fall zu beachten ist, bei dem keine Ausgleichsgemeinschaft bestand, es sei denn, diese Verfügungsbeschränkung wurde durch Lebenspartnerschaftsvertrag ausdrücklich ausgeschlossen⁴³ oder es ist durch eine Erklärung nach § 21 Abs. 2 LPartG Gütertrennung eingetreten. Bei solchen Alt-

²⁹ OLG München, FamRZ 2005, 272

³⁰ OLG Hamm, FamRZ 2004, 1648

³¹ Schöner/Stöber Grundbuchrecht, 13. Aufl. RNR. 3363

³² OLG Hamm, Rpfleger 2004, 1648

³³ Demharter, GBO, 25. Aufl., § 19 RNR. 69-71

³⁴ Hatte dieser die Zustimmung bereits verweigert, so muss vor dessen Tod die schwebende Unwirksamkeit der Verfügung wieder hergestellt worden sein, insbesondere durch Aufforderung des Dritten oder Anrufung des Vormundschaftsgerichts, BGH DNotZ 1995, 148. Stirbt der vertragschließende Ehegatte, so bleibt es bei der Zustimmungsbedürftigkeit; das Antragsrecht auf Ersetzung der Zustimmung ist vererblich, ein bereits begonnenes Verfahren kann vom Erben fortgeführt werden oder er kann den Antrag zurücknehmen, Palandt-Brüdermüller, 68. Aufl. § 1365 RNR. 25. Dagegen will das OLG Celle das Geschäft wirksam werden lassen, wenn der zustimmungsberechtigte Ehegatte Alleinerbe des vertragschließenden wird, NJW-RR 1994, 646

³⁵ Str. ist hierbei, ob dies auch dann gilt, wenn ein Zugewinnausgleichsverfahren noch nicht abgeschlossen ist, Schöner/Stöber Grundbuchrecht, 13. Aufl. RNR. 3362 mit Nachweisen

³⁶ Hierzu Art. 234 §§ 4, 4a EGBGB; Schöner/Stöber Grundbuchrecht, 13. Aufl. RNR. 3400 ff.

³⁷ Sind nicht anteilsberechtigende (einseitige) Abkömmlinge des Erblassers vorhanden, erben diese so, als ob die fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht eingetreten wäre. Sie müssen bei einer Verfügung auch mitwirken, wenn das Grundstück nicht nach dem Erbfall vom überlebenden Ehegatten gemäß § 1485 Abs. 3 BGB zum Gesamtgut erworben wurde.

³⁸ BGH, Rpfleger 1971, 349

³⁹ Schöner/Stöber Grundbuchrecht, 13. Aufl. RNR. 3377

⁴⁰ Demharter, GBO, 25. Aufl., § 40 RNR. 10

⁴¹ BVerfG v. 17.07.2002 – 1 BvF 1/01, 2/01, NJW 2002, 2543

⁴² Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts vom 15.12.2004, BGBl. I, 3396; dazu Grziwotz, DNotZ 2005, 13

⁴³ Die Vereinbarung der Vermögenstrennung nach altem Recht ist nicht ausreichend, Grziwotz DNotZ 2005, 17

partnerschaften konnte durch Lebenspartnerschaftsvertrag bei Vereinbarung einer so genannten Vermögensgemeinschaft auch kein Gesamtgut entstehen⁴⁴.

3. Bei **Auslandsbezug** gilt hier: Maßgebliches Statut für güterrechtliche Wirkungen einer eingetragenen Lebenspartnerschaft sind nach Art. 17b Abs. 1 EGBGB die Sachvorschriften des Register führenden Staates⁴⁵. Damit ist eine Rück- oder Weiterverweisung ausgeschlossen. Eine Rechtswahl ist ebenso nicht vorgesehen. Nach Absatz 3 und der Gesetzesbegründung können die Lebenspartner einer ausländischen eingetragenen Lebenspartnerschaft sich in Deutschland nochmals registrieren lassen und so jedenfalls die Geltung des deutschen Rechts erreichen. Tun sie dies nicht, so führt Absatz 4 eine gewisse Rechtsunsicherheit ein, da die Wirkungen der ausländischen Lebenspartnerschaft nicht weiter gehen dürfen als die deutschen. Was „weiter gehend“ heißt, ist unklar. Für den hier interessierenden Bereich dürfte nunmehr ausländisches Güterrecht, insbesondere ein ausländisches Gesamthandsverhältnis (z.B. nach dänischem oder niederländischem Recht) als nicht weiter gehend eintragbar sein, da auch nach deutschem Recht ein Gesamtgut der Gütergemeinschaft jetzt unzweifelhaft möglich ist⁴⁶. Auch insoweit kann daher auf die Ausführungen zum ehelichen Güterrecht verwiesen werden.

III. Kindschafts-, Vormundschafts-, Pflegschafts- und Betreuungsrecht

1. Verfahrensfähigkeit

1. Das Grundbuchamt hat von Amts wegen die Verfahrensfähigkeit der Beteiligten zu prüfen. Es erhebt sich einmal die Frage, ob ein Beteiligter verfahrensfähig ist, also Verfahrenshandlungen wirksam vornehmen kann. Zum Anderen erhebt sich die Frage, wer diese Verfahrenshandlungen dann unter welchen Umständen vornehmen kann, also ein Fall der Stellvertretung des Beteiligten. Für die Frage der Verfahrensfähigkeit sind §§ 104ff. BGB über die **Geschäftsfähigkeit** maßgebend⁴⁷.

2. Grundsätzlich kann das Grundbuchamt von der Verfahrensfähigkeit eines Beteiligten ausgehen, bei Zweifeln muss das Grundbuchamt die Beseitigung dieser **Zweifel** durch Zwischenverfügung aufgeben⁴⁸. Offensichtlich ist die fehlende Verfahrensfähigkeit bei **Minderjährigen**; bei beschränkt Geschäftsfähigen ist im Verfahren nach § 20 GBO jedoch § 107 BGB zu beachten (dazu unten 2.1). Bei Ausländern (zur Frage der Auslandsberührung allgemein siehe oben) ist nach Art. 7 EGBGB grundsätzlich das Heimatrecht maßgeblich, das vom deutschen abweichen kann und vom Grundbuchamt zu prüfen ist⁴⁹. Das Bestehen einer **Betreuung** gemäß

§ 1896 BGB dürfte für die Ablehnung der Verfahrensfähigkeit alleine nicht ausreichen, da die Geschäftsfähigkeit hier gerade nicht geprüft wird. Es kann so zu widersprüchlichen Verfahrenshandlungen kommen⁵⁰. Die Anordnung eines **Einwilligungsvorbehalts** gemäß § 1903 BGB führt jedenfalls dazu, dass für den betroffenen Kreis der Beteiligte nicht ohne Betreuer handeln kann. Wird der Einwilligungsvorbehalt wegen späteren Wegfalls der Voraussetzungen aufgehoben, tritt die Genehmigung des Betreuten an die Stelle von der des Betreuers⁵¹. Ist Verfahrensfähigkeit nicht gegeben, ist ein **gesetzlicher Vertreter** vorgesehen, der für den Beteiligten handeln kann, aber in seiner Vertretungsmacht nicht uneingeschränkt ist. Bei **Ausländern** richtet sich die elterliche Sorge gemäß Art. 21 EGBGB nach dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Vormundschaften, Betreuungen und Pflegschaften richten sich nach dem Heimatrecht des Betroffenen, der Inhalt angeordneter (nicht gesetzlicher) Vormundschaften, Betreuungen und Pflegschaften sowie vorläufige Maßregeln richten sich gemäß Art. 24 EGBGB nach dem Recht des anordnenden Staates. Bei Minderjährigen ist jedoch das Minderjährigenschutzabkommen (MSA) zu beachten. Für einen betreuungsbedürftigen Ausländer kann ein Betreuer nach deutschem Recht bestellt werden. Probleme können sich demnach insbesondere bei Minderjährigen mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland ergeben.

2. Gesetzliche Vertreter, Vertretungsnachweis, Umfang der Vertretungsmacht

2.1 Eltern

1. Minderjährige werden nach §§ 1626, 1629 BGB von ihren **Eltern gemeinschaftlich** vertreten. Ein Nachweis über die Vertretungsmacht ist nicht vorgesehen. Handeln beide Eltern gemeinschaftlich, so kann das Grundbuchamt mangels anderer Anhaltspunkte (Bestehen einer Pflegschaft, § 1930 BGB; Entzug der elterlichen Sorge § 1666 BGB) von der Vertretungsmacht ausgehen. Handelt ein Elternteil allein, so ist die alleinige Vertretungsmacht nachzuweisen (gerichtliche Entscheidung, Todesnachweis bei bisher gemeinschaftlicher elterlicher Sorge, Bescheinigung des Jugendamts nach § 58 a SGB VIII, dass keine Sorgerechterklärung nach § 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB abgegeben ist⁵²).

2. Die **Vertretungsmacht der Eltern ist nicht unbeschränkt**:

- Sie können grundsätzlich für das Kind **keine Schenkungen** vornehmen, § 1641 BGB⁵³.
- Weiter ist die Vertretungsmacht der Eltern durch die **Genehmigungsbedürftigkeit** für bestimmte Rechtsgeschäfte gemäß §§ 1643 BGB eingeschränkt (dazu unten 3).
- Die Vertretungsmacht besteht nicht für Vermögen, das dem Kind mit einer entsprechenden **Bestimmung gemäß § 1638 Abs. 1 BGB zugewendet** worden ist.
- Schließlich ist die Vertretungsmacht der Eltern einge-

⁴⁴ Dies war einer der umstrittensten Punkte des alten Rechts, vgl. Schöner/Stöber Grundbuchrecht, 13. Aufl. RNR. 3423a; zum Meinungsstand mit Nachweisen ausführlich Krause, Der Lebenspartnerschaftsvertrag in der anwaltlichen und notariellen Praxis, Neuwied, Krißel S. 10ff.; anhand der Nachweisliste ist zu ersehen, dass von einer herrschenden Meinung nicht gesprochen werden kann, auch wenn in der Literatur die Gegenmeinung bei den Nachweisen oft wenig Beachtung findet (so Schöner/Stöber, wie eingangs: „a.A. nur Grziwotz...“, was nicht zutrifft)

⁴⁵ Dieser und nicht Art. 13-17a EGBGB soll auch dann anwendbar sein, wenn der ausländische Staat die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet hat, VG Karlsruhe IPRax 2006, 284 (287), BFH IPRax 2006, 287; str. a.A. wohl Palandt-Heldrich, 68. Aufl., EGBGB Art. 17b RNR. 1

⁴⁶ Dies wurde schon für das alte Recht mit beachtlichen Gründen vertreten; vgl. hierzu Süß, DNotZ 2001, 170, Henrich, FamRZ 2002, 140

⁴⁷ Demharter, GBO, 25. Aufl., § 1 RNR. 32

⁴⁸ Demharter, GBO, 25. Aufl., § 1 RNR. 33

⁴⁹ Dazu Süß, Rpfleger 2003, 53 mit Länderliste, Bauer/von Oefele, GBO, 2. Aufl., Abschnitt „Internationale Bezüge im Grundbuchrecht“, RNR. 48 ff.

⁵⁰ Palandt-Diederichsen, 68. Aufl., BGB § 1902 RNR. 5

⁵¹ §§ 1908d, 108 Abs. 3 BGB. Anders wegen § 69 h FGG bei Aufhebung, wenn Anordnung gar nicht hätte erfolgen dürfen (Palandt-Diederichsen, 68. Aufl., BGB § 1903 RNR. 12)

⁵² Palandt-Diederichsen, 68. Aufl., BGB § 1626 a RNR. 12

⁵³ Übergabeverträge (auch Hofübergaben) im Rahmen von Ausstattungen nach § 1624 BGB sind keine Schenkungen in diesem Sinne, OLG Stuttgart, Rpfleger 2004, 695, wohl aber „Übermaßausstattungen“ und gemischte Schenkungen

schränkt durch §§ 181, 1795 BGB (**Selbstkontrahierungsverbot, Interessenkollision**). Diese Einschränkung besteht nicht, wenn **parallele Willenserklärungen** abgegeben werden, also z.B. Eltern und Kind zusammen verkaufen und keinerlei Abreden miteinander treffen. Der Ausschluss der Vertretungsmacht besteht gemäß § 107 BGB ferner nicht, wenn das Geschäft für das mindestens siebenjährige Kind **lediglich** einen **rechtlichen Vorteil** bringt. Dabei hat der BGH die bisher angenommene Gesamtbetrachtungstheorie von schuldrechtlichem und dinglichem Geschäft aufgegeben. Vielmehr gilt das **Trennungsprinzip**⁵⁴: Ist der Eigentumserwerb selbst (also die Auflassung) lediglich rechtlich vorteilhaft, besteht die Vertretungsmacht der Eltern für die Auflassung, und zwar auch dann, wenn der zu Grunde liegende schuldrechtliche Vertrag nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist⁵⁵. Ist der Eigentumserwerb (und damit die Auflassung) nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, ist die Vertretungsmacht der Eltern für die Auflassung ausgeschlossen und zwar auch dann, wenn der schuldrechtliche Vertrag lediglich rechtlich vorteilhaft ist⁵⁶. Nach BGH gilt der Ausschluss der Vertretungsmacht trotz der Ausnahme des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 letzter Hs. BGB („Erfüllung einer Verbindlichkeit“), weil dieser Ausnahme die (hier ausnahmsweise nicht zutreffende) Annahme zu Grunde liegt, dass die Erfüllung der Verbindlichkeit zu keinem über den Erfüllungserfolg hinaus gehenden rechtlichen Nachteil für den Vertretenen und damit zu keiner Interessenkollision führt. **Entscheidend für die Frage des lediglich rechtlichen Vorteils** ist danach, dass das Kind aus seinem Vermögen zum Zeitpunkt der Auflassung nichts aufgibt und nicht mit Verpflichtungen belastet wird, für die es nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet. **Unschädlich** für den rechtlichen Vorteil bei der Auflassung sind nach BGH die laufenden öffentlichen **Grundstückslasten**, insbesondere die Grundsteuer (trotz persönlicher Haftung; offen gelassen für außerordentliche Grundstückslasten wie Erschließungs- und Anliegerbeiträge), bereits eingetragene vollstreckbare **Grundschulden** (offen gelassen für nicht vollstreckbare wegen Kostenrisiko für Titel), **Auflassungsvormerkungen** (die Vormerkung als solche führt nicht zu persönlichen Verpflichtungen), **Nießbrauch** (jedenfalls dann, wenn der Nießbraucher alle Ausbesserungs-, Erneuerungskosten und alle Grundstückslasten trägt und den Eigentümer kein Aufwendungs- oder Verwendungsersatz trifft, vgl. §§ 1042, 1047, 1049, 667 BGB), schuldrechtliche Verpflichtungen sowie ein **Rücktrittsrecht** in dem schwebend unwirksamen –weil nicht lediglich rechtlich vorteilhaften– zu Grunde liegenden Vertrag sowie die bereicherungsrechtlichen Ansprüche gegen den Minderjährigen, falls die Causa nicht genehmigt wird (da nur Bereicherungsrecht, wonach § 818 Abs. 3 BGB gilt). Unschädlich dürften danach auch dingliche **Vorkaufsrechte** (zu schuldrechtlichen vgl. oben zur Auflassungsvormerkung) und **Dienstbarkeiten** (sofern eine etwaige persönliche Unterhaltungspflicht nach §§ 1021 Abs. 1, 1090 Abs. 2 BGB vertraglich ausgeschlossen ist) sein⁵⁷. In diesen Fällen können die Eltern also die Auflassung wirksam erklären und die vorgenannten Rechte, wenn sie im Vertrag vorbehalten sind, gleichzeitig bestellen. **Nicht lediglich rechtlich vorteilhaft** ist der Erwerb, wenn der Minderjährige mit dem Eigentumsübergang persönliche Verpflichtungen übernimmt, so bei **vermietetem/verpachtetem Grundstück** (auch wenn ein Nießbrauch besteht wegen der Ein-

trittsverpflichtung bei Nießbrauchsende), bestehender **Reallast**, persönlicher Haftungsübernahme für **Erbbauzins**, Eintritt in den **WEG-Verwaltervertrag** oder Übernahme persönlicher Verpflichtungen in der WEG-Gemeinschaft schon durch gegenüber dem Gesetz verschärfter Eigentümerpflichten in der **WEG-Gemeinschaftsordnung**. In diesen Fällen fehlt daher den Eltern die Vertretungsberechtigung. Für das **Verfahren beim Grundbuchamt** ist hier noch interessant, wie zu entscheiden ist, wenn der notarielle Vertrag über die entscheidenden Fragen (Vermietung/Verpachtung, außerordentliche öffentliche Grundstückslasten) schweigt. Das Grundbuchamt ist im Antragsverfahren zu eigenen Ermittlungen weder berechtigt noch verpflichtet. Es entscheidet anhand der ihm vorliegenden Eintragungunterlagen und konkret bekannten Umstände. Eine gesetzliche Vermutung, dass außerordentliche öffentliche Lasten bestehen oder das Grundstück vermietet oder verpachtet ist, besteht nicht. Zudem müsste der Urkundsnotar Zweifel an der Wirksamkeit der Auflassung in der Urkunde nach § 17 Absatz 2 BeurkG vermerken. Daher hat das Grundbuchamt die Auflassung ohne konkrete Anhaltspunkte zu vollziehen. Im **schuldrechtlichen Vertrag** (der für das Grundbuchamt nur ausnahmsweise – siehe nachfolgend zur Eintragung einer Rückauflassungsvormerkung – von Interesse sein kann) ist nach der Rechtsprechung eine Grundstücksschenkung unter Ausgleichspflicht nach §§ 2050ff. BGB vorteilhaft. Dies sollte man auch für eine Anordnung zur Anrechnung auf den Pflichtteil annehmen. Nicht lediglich rechtlich vorteilhaft im schuldrechtlichen Vertrag sind: Persönliche, **nicht nur bereicherungsrechtliche Haftung** des Minderjährigen für vereinbarte Rückforderungs-/Rücktrittsrechte (insbesondere aus § 346 Abs. 2 bis 4 BGB⁵⁸) oder **Belastungsvorbehalte**, die erst nach dem Erwerb des Minderjährigen eingetragen werden sollen. Außer Betracht bleiben hier jedoch Nachteile, die nicht durch den Vertrag, sondern durch den Eigentumsübergang entstehen. So sieht der BGH den Schenkungsvertrag eines verpachteten Grundstücks unter Nießbrauchsvorbehalt als lediglich rechtlich vorteilhaft an (nicht aber die Auflassung zur Erfüllung)⁵⁹. Nicht geäußert hat sich der BGH zu der Frage, ob eine Auflassung vollzogen werden kann, obwohl gleichzeitig eine Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs eines schwebend unwirksamen Rückübertragungsanspruchs eingetragen werden soll; ebenso wenig hat er sich zu der Frage geäußert, ob diese Vormerkung ohne Mitwirkung des Pflegers eingetragen werden kann, obwohl dazu Anlass bestand⁶⁰. Der BGH hat zwar festgestellt, dass der Rückübertragungsanspruch aus einem Rücktrittsrecht wegen bestehender persönlicher Pflichten des Kindes aus § 346 BGB schwebend unwirksam war. Richtigerweise folgt aber daraus, dass die Vormerkung mangels ausreichendem Rechtsboden des Anspruchs nicht eintragungsfähig war, da der Erwerber einseitig die Verpflichtung endgültig nicht entstehen lassen kann⁶¹ (Ablehnung des Pflegers, Nichtmitteilung der erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung). Wenn aber zumindest stillschweigend von einer Verbindung im Sinne von § 16 GBO von Bewilligung und Antrag auf Eigentumsänderung und Eintragung der vorbehaltenen Rechte auszugehen ist⁶², so hätte auch die Eigentumsänderung nicht vollzogen werden dürfen⁶³. Lösen ließe sich diese Diskrepanz, wenn man annimmt, dass bei der Eintra-

⁵⁴ Zu dem Themenbereich Böttcher, Rpfleger 2006, 293

⁵⁵ BGH, Rpfleger 2005, 189

⁵⁶ BGH, Rpfleger 2005, 354

⁵⁷ Siehe hierzu Schönher/Stöber Grundbuchrecht, 13. Aufl. RNr. 3606ff. und Rastätter, BWNNotZ 2006, 1

⁵⁸ BGH Rpfleger 2005, 189 (190)

⁵⁹ BGH, Rpfleger 2005, 354 (356)

⁶⁰ In dem Fall Rpfleger 2005, 189

⁶¹ BGH, DNotZ 2002, 775

⁶² BayObLG, Rpfleger 1975, 94

⁶³ Ebenso m. w. N. Böttcher, Rpfleger 2006, 293 (297)

gung einer Vormerkung das Grundbuchamt eine Einschränkung der Verfügungsbefugnis der Eltern nicht zu prüfen hat⁶⁴ und das Grundbuchamt nicht mit Sicherheit beurteilen kann, ob der Anspruch nicht noch entstehen kann oder bereits entstanden ist (z. B. weil bereits ein Pfleger bestellt wurde und genehmigt hat). Bleibt das Problem einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung der Eintragung der Vormerkung, falls das Kind/Mündel nicht nur bereicherungsrechtlich haftet⁶⁵. Hält man eine solche nicht für erforderlich, könnte auch die Vormerkung eingetragen werden. Ansonsten können vorbehalten Belastungen, die zugleich mit dem Eigentumswechsel im Grundbuch eingetragen werden, jedenfalls dann von den Eltern in Vertretung der Kinder bewilligt werden, wenn sie nicht rechtlich nachteilig in obigem Sinne sind.

Der **Erwerb in BGB-Gesellschaft** ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, da mit der Beteiligung an einer BGB-Gesellschaft immer ein Bündel von Rechten und Pflichten verbunden ist⁶⁶. Ist ein Elternteil von der Vertretung ausgeschlossen, kann der andere nicht alleine vertreten, § 1629 Abs. 2 Satz 1. Ist danach die Vertretungsmacht der Eltern ausgeschlossen, bedarf es eines **Ergänzungspflegers** nach § 1909 BGB. Die Vertretungsmacht der Eltern besteht nicht, soweit ein Pfleger bestellt ist, § 1630 BGB.

2.2 Vormund

Ist ein **Vormund** bestellt, was nach deutschem Recht nur noch für **Minderjährige** möglich ist, kann dieser das Mündel grundsätzlich wie die Eltern vertreten. Seine Vertretungsmacht ist wie die der Eltern beschränkt (§§ 181, 1794 bis 1796, 1804 BGB⁶⁷), wobei die Genehmigungstatbestände gemäß §§ 1812f., 1821f. BGB weiter gehen als bei den Eltern (dazu unten 3). Der Vormund bzw. die Vormünder weisen ihre Vertretungsmacht und gegebenenfalls eine Befreiung von Beschränkungen gemäß §§ 1817, 1852 bis 1856 BGB durch ihre **Bestellungsurkunde bzw. Amtsbescheinigung** gemäß §§ 1791, 1791c BGB nach.

2.3 Pfleger, Betreuer

Für diese gelten die Ausführungen über den Vormund über §§ 1908i, 1915 BGB entsprechend. Weitergehende Genehmigungserfordernisse beim Betreuer sind für das Grundbuchverfahren nicht von Belang. Der Betreuer weist seine Vertretungsmacht durch seine **Bestellungsurkunde** nach (§ 69b Abs. 2 FGG). Betreuer und Pfleger haben noch die Besonderheit, dass ihre Vertretungsmacht auf bestimmte Wirkungskreise, die sich aus der Urkunde ergeben, beschränkt sind. Ist dieser **Wirkungskreis** überschritten, so besteht keine Vertretungsmacht. Die Unwirksamkeit wird auch nicht durch die Erteilung einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für das betreffende Geschäft geheilt⁶⁸.

3. Genehmigungserfordernisse

1. Bei den vorstehend erwähnten Genehmigungserfordernissen handelt es sich um **eine Beschränkung der Vertretungsmacht**. So bedarf der Betreuer, wenn er als gesetzlicher Vertreter auftritt, auch dann der gerichtlichen Genehmigung, wenn der Betreute das Rechtsgeschäft genehmigt⁶⁹. Der **Kreis der Genehmigungserfordernisse ist abschließend**. Ist ein Geschäft lediglich rechtlich vorteilhaft (siehe oben 2.1), so ist eine Genehmigung nicht erforderlich. Daher ist die Eintragung von vorbehaltenen Belastungen, jedenfalls von solchen, die nicht zu einer persönlichen Verpflichtung des Kindes/Mündels über den zugleich erworbenen Gegenstand hinaus führen, nicht nach § 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB genehmigungsbedürftig⁷⁰. Für das Grundbuchverfahren sind insbesondere §§ 1821, 1822 Nr. 1, 8 und 10 für alle gesetzlichen Vertreter (Eltern über § 1643 BGB) sowie zusätzlich §§ 1822 Nr. 2 und 13 und 1812 für Vormund, Pfleger und Betreuer einschlägig⁷¹. Grundsätzlich macht es keinen Unterschied, ob der Minderjährige/Mündel Allein- oder Mitberechtigter ist. Wird jedoch über Grundbesitz einer GbR⁷² (durch den geschäftsführenden Gesellschafter oder Personenhandels-gesellschaft oder vom Testamentsvollstrecker über ein Nachlassgrundstück verfügt, bei dem ein **Minderjähriger als Mitgesellschafter oder Erbe** beteiligt ist, ist dies kein Fall des § 1821 Abs. 1 BGB, da der Entzug der Verwaltungsbefugnis hier ihren Grund nicht in der Minderjährigkeit des Mitberechtigten hat. Nach herrschender Meinung ist die Belastung mit einer **Auflassungsvormerkung** genehmigungspflichtig⁷³. Eine **Finanzierungsgrundschuld** ist gesondert zu genehmigen, auch wenn die Belastungsvollmacht im Kaufvertrag genehmigt ist⁷⁴. Zu beachten ist, dass trotz § 1821 Abs. 2 BGB Vormünder, Pfleger und Betreuer zur **Verfügung über Grundpfandrechte** die Genehmigung wegen §§ 1822 Nr. 13, 1812 benötigen. Eine **Berichtigungsbewilligung** ist dann genehmigungspflichtig, wenn die Verfügung über das betroffene Recht genehmigungspflichtig wäre⁷⁵. Die Frage, ob eine GbR ein **Erwerbsgeschäft** im Sinne von § 1822 Nr. 3 BGB darstellt, ist sehr differenziert zu betrachten⁷⁶. Eine Genehmigungspflicht nach § 1812 BGB besteht nicht bei einer allgemeinen Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts nach § 1825 BGB oder bei **Befreiung** des Vormunds gemäß §§ 1852, 1855, 1856, 1857a BGB (gilt entsprechend für Pfleger, §§ 1915, 1917 BGB und Betreuer, § 1908 i BGB). Unterschiede bei Eltern und den übrigen gesetzlichen Vertretern ergeben sich daraus, dass die Genehmigung bei den Eltern vom **Familiengericht**, ansonsten vom **Vormundschaftsgericht**⁷⁷ (bzw. vom Gegenvormund, falls vorhanden) erteilt wird.

⁶⁴ So für den Testamentsvollstrecker im Hinblick auf eine unentgeltliche Verfügung OLG Zweibrücken, ZNotP 2006, 432 m. w. N., ebenso für den Fall des § 1804 BGB BayObLG Rpfleger 2003, 573 (auf die Frage einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung wird dort nicht eingegangen)

⁶⁵ Dazu unten 3. Ziff. 1

⁶⁶ Palandt-Heinrichs/Ellenberger, 68. Aufl., BGB § 107 RNr. 4 m. w. N.

⁶⁷ Bei Eintragung einer Auflassungsvormerkung soll das Grundbuchamt nicht zu prüfen haben, ob ein Verstoß gegen § 1804 BGB vorliegt, BayObLG, Rpfleger 2003, 573

⁶⁸ BayObLG, Rpfleger 1986, 471

⁶⁹ OLG Frankfurt a.M., Rpfleger 1997, 111; Palandt-Diederichsen, BGB 65. Aufl., § 1902 RNr. 2: auch keine entsprechende Vollmacht an den Betreuer als solchen möglich (str.)

⁷⁰ OLG Köln, Rpfleger 1998, 159, LG München II, MittBayNot 2005, 234

⁷¹ Siehe hierzu Schöner/Stöber Grundbuchrecht, 13. Aufl. RNr. 3680ff.

⁷² Anders, wenn es sich um eine rein verwaltende und nicht auf Erwerbstätigkeit gerichtete GbR handelt; hier Genehmigungspflicht nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4 erforderlich und zwar auch dann, wenn der Beitritt zur Gesellschaft genehmigt worden war, OLG Koblenz FamRZ 2003, 249

⁷³ Z. B. OLG Frankfurt a.M., Rpfleger 1997, 255; siehe hierzu Schöner/Stöber Grundbuchrecht, 13. Aufl. RNr. 1508 mit der richtigen Auffassung, es komme auf das Vorhandensein eines vormerkungsfähigen, d.h. für den Bewilligenden bindenden, Anspruchs an

⁷⁴ Pfälz OLG Zweibrücken, Rpfleger 2005, 193

⁷⁵ Schöner/Stöber Grundbuchrecht, 13. Aufl. RNr. 3727

⁷⁶ Vgl. Palandt-Diederichsen, 68. Aufl., BGB § 1822 RNr. 8-10

⁷⁷ Str. bei Geschäften des Ergänzungspflegers; das BayObLG hatte die Frage dem BGH zur Entscheidung vorgelegt, Rpfleger 2004, 482. Dieser hat sich der Frage durch die „bahnbrechende“ Wiederherstellung des Abstraktionsprinzips (Rpfleger 2005, 189) entzogen.

2. Gegenüber dem Grundbuchamt sind im **Verfahren nach § 19 GBO die Genehmigung und der Zugang** gemäß § 1828 BGB, wegen des formellen Konsensprinzips jedoch nicht der Zeitpunkt der Zustimmung in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. § 1831 BGB ist für das Grundbuchamt ohne Belang. Im **Verfahren nach § 20 GBO ist zusätzlich das Wirksamwerden** gemäß § 1829 BGB nachzuweisen⁷⁸. Das Grundbuchamt kann davon ausgehen, dass das Genehmigungsverfahren korrekt durchgeführt wurde, daher ist nicht nachzuweisen, ob ein erforderlicher Vorbescheid ergangen ist. Dies gilt auch bei der **Doppelbevollmächtigung** des Urkundsnotars zur Entgegennahme von Bescheiden durch beide Vertragsparteien. Ist der Notar der Doppelbevollmächtigte, ist also ausreichend, wenn dieser die Auflassungsurkunde und die Genehmigung zum Vollzug einreicht⁷⁹. Bei der Doppelbevollmächtigung von Angestellten ist die Mitteilung der Genehmigung und deren Entgegennahme in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Unzulässig ist eine Be-

stimmung, wonach die Genehmigung automatisch durch Zugang beim Doppelbevollmächtigten wirksam werden soll, da § 1829 BGB den Zweck hat, dem gesetzlichen Vertreter die Möglichkeit zu geben, die Genehmigung eben nicht wirksam werden zu lassen⁸⁰. Ein Zeugnis des Vormundschaftsgerichts, dass ein Geschäft nicht der Genehmigung bedürfe, ersetzt die Genehmigung nicht⁸¹. **Nach Volljährigkeit oder Tod** des Mündels kann keine gerichtliche Genehmigung mehr erteilt werden; die Genehmigung ist Sache des Mündels, § 1829 Abs. 3 BGB (gleiches muss über § 1908 i BGB bei Aufhebung einer Betreuung gelten) bzw. der Erben⁸².

⁷⁸ Schöner/Stöber Grundbuchrecht, 13. Aufl. RNR. 3743ff., Demharter, GBO, 25. Aufl., § 19 RNR. 69f.

⁷⁹ H. M., Demharter, GBO, 25. Aufl., § 20 RNR. 41; Bauer/von Oefele-Knothe, GBO, 2. Aufl., § 29 RNR. 52 m. w. N.; aA LG München II, MittBayNot 1975, 22f. (teilweise überholt durch BayObLG DNotZ 1983, 369)

⁸⁰ BGHZ 7, 208; BGHZ 15, 97

⁸¹ BGHZ 44, 325

⁸² Schöner/Stöber Grundbuchrecht, 13. Aufl. RNR. 3682, 3734

Rechtsprechung

Hinweis zu BVerfG BWNotZ 2007, 114ff samt Anmerkung:

Das Landesjustizministerium Baden-Württemberg weist unter Bezugnahme auf die Entscheidung des BVerfG samt Anmerkung in BWNotZ 2007, 114 – 116 (Heft 5-6/2007) auf folgendes hin:

„Wir möchten darauf hinweisen, dass der Bundesgesetzgeber dem Auftrag des BVerfG nach einer Neuregelung bereits nachgekommen ist. § 92 KostO wurde mit Wirkung vom 31. Dezember 2006 durch Art. 17 Nr. 6 des 2. Justizmodernisierungsgesetzes vom 22. Dezember 2006 (BGBl I S. 3416) geändert. Diese Änderung betrifft die Kostenerhebung bei Vormundschaftssachen sowie bei Betreuungen und Pflgschaften für Minderjährige, die nicht auf einzelne Rechtshandlungen beschränkt sind. Sie geht in zwei Richtungen: Einmal wurde eine Mindestgebühr für jedes angefangene Kalenderjahr in Höhe von 50 € eingeführt. Zugleich wurde die Gebühr in den Fällen, in denen vom Aufgabenkreis nicht unmittelbar das Vermögen erfasst ist, auf 200 € begrenzt. Die zuletzt genannte Änderung in dem neu eingefügten Satz 4 des § 92 Abs. 1 KostO trägt den Anforderungen des BVerfG Rechnung. Wegen der näheren Einzelheiten nehmen wir Bezug auf die amtliche Begründung zum 2. Justizmodernisierungsgesetz (BT-Drs. 16/3038, S. 53).“

BGB § 894; GBO §§ 19, 28, 29

Aufgrund Auslegung enthält die sachlich-rechtliche Einigung über einen Grundstückserwerb in der Regel auch die verfahrensrechtliche Eintragungsbewilligung. Handelt es sich nach dem Wortlaut der - hier gem. § 894 Abs. 1 BGB fingierten - Auflassungserklärung bei dem zu übertragenden Grundstück um eine noch wegzuvermessende Teilfläche, die nicht übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt bezeichnet wurde (§ 28 GBO), dann verbietet sich eine solche Auslegung, selbst wenn ein vom Schuldner genehmigter Veränderungsnachweis des Staatlichen Vermessungsamts existiert. Eine Auslegung dahin, dass die Auflassungserklärung auch die Eintragungsbewilligung enthält, erfordert die ausdrückliche Bezugnahme auf den Veränderungsnachweis in der Auflassungserklärung, um dem Zweck des § 28 GBO, die Eintragung bei dem richtigen Grundstück zu sichern, zu genügen.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 11.10.2007 – 8 W 353/07

Aus den Gründen:**1.**

Mit notariellem Vertrag vom 21. August 2003 (Urkundenrolle Nr. ... des Notars ...) kaufte der Antragsteller vom Antragsgegner eine noch wegzumessende Teilfläche des Grundstücks Flurstück Nr. ..., ..., Gebäude- und Freifläche, 1430 qm, eingetragen im Grundbuch von ... , Blatt Durch Veränderungsnachweis des Staatlichen Vermessungsamts für ... 1999 Nr. 19 (richtig: Nr. 18) wurde das Grundstück zerlegt in Flurstück ... mit 1281 qm und Flurstück ... mit 149 qm. Die Vermessung sollte geändert werden entsprechend der Beschreibung in der notariellen Urkunde und dem beigefügten Lageplan. In einer weiteren notariellen Urkunde vom 15. September 2003 (Urkundenrolle Nr. ... des Notars ...) wurde festgestellt, dass das Vertragsgrundstück nunmehr durch den Veränderungsnachweis Nr. ... vom 5. September 2003 neu gebildet worden sei als Flurstück ... mit 1209 qm. Auf den Inhalt der genannten Urkunden wird im Einzelnen verwiesen. Der Veränderungsnachweis Nr. ... wurde später auf Veranlassung des Antragsgegners aufgehoben, worauf der erforderliche neue Veränderungsnachweis erst wieder am 20. Juni 2005 ausgestellt wurde. Danach wurde die Identitätserklärung vom 15. September 2003 durch die in der Urkunde des Notars ... vom 5. September 2005 ersetzt.

Der Antragsteller erwirkte am 25. November 2004 gegen den Antragsgegner ein rechtskräftig gewordenes Urteil des Landgerichts ..., Az. 9 O 1768/04, mit folgendem Tenor:

„Der Beklagte wird verurteilt, Zug um Zug gegen Zahlung von 415.000 € an den Kläger folgendes Grundstück aufzulassen:

Von dem im Grundbuch von ..., Gemarkung ..., Blatt ..., BV Nr. ..., eingetragenen Grundstück Flurstück ..., ..., eine noch wegzumessende Teilfläche dieses Grundstücks, dessen nördliche, südliche und östliche Grenzen mit dem Flurstück ... übereinstimmen und dessen westliche Grenze in dem als Anlage beigefügten Lageplan - Anlage zum Kaufvertrag des Notars ..., ..., Urk. Nr. ... vom 21. August 2003 - durch die Buchstaben A, B, C und D gekennzeichnet ist.“

Weiterhin ist in dem Urteil festgestellt, dass sich der Beklagte wegen der Kaufpreiszahlung im Annahmeverzug befindet. Die vollstreckbare Ausfertigung des Urteils wurde am 5. August 2005 erteilt. Mit notarieller Urkunde vom 8. Dezember 2006 nahm der Antragsteller die sich aus dem Urteil des Landgerichts ... vom 25. November 2004 in Verbindung mit der Feststellung und dem Nachtrag zum Teilflächenverkauf vom 5. September 2005 ergebende Auflassung an und beantragte, ihn als Eigentümer des genannten Grundstücks einzutragen.

Das Grundbuchamt ... hat mit Beschluss vom 11. März 2007 den Eintragungsantrag zurückgewiesen, weil eine wirksame Eintragungsbewilligung des Antragsgegners fehle. Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde des Antragstellers hat das Landgericht ... am 10. Juli 2007 den Zurückweisungsbeschluss des Grund-

buchamtes aufgehoben und dieses angewiesen, die Umschreibung des Eigentums an dem Grundstück der Gemarkung ..., Flur ..., Flurstück Nr. ..., ..., Gebäude- und Freifläche, 12 ar 9 qm, auf den Antragsteller vorzunehmen. Es vertritt die Auffassung, dass die Verurteilung zur Auflassungserklärung gleichzeitig die Eintragungsbewilligung beinhaltet. Hierüber wird zwischen den Beteiligten gestritten. Der Antragsgegner hat gegen den Beschluss des Landgerichts ... vom 10. Juli 2007 am 13. August 2007 weitere Beschwerde eingelegt, die das Landgericht dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt hat.

2.

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 80 Abs. 1 GBO i. V. m. § 80 Abs. 3, 73, 18 GBO) und in der Sache auch begründet.

Das Rechtsmittel ist als Rechtsbeschwerde ausgestaltet (§ 78 GBO). Dabei ist das Recht entsprechend § 546 ZPO verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewandt worden ist. Die Auslegung von Urkunden ist darauf zu überprüfen, ob gegen den klaren Sinn der Urkunde, gegen gesetzliche Auslegungsregeln und allgemein anerkannte Erfahrungssätze (z. B. den allgemeinen Sprachgebrauch) oder gegen Denkgesetze verstoßen wurde und ob alle für die Auslegung in Betracht kommenden Gesichtspunkte gewürdigt wurden. Es genügt, dass die Auslegung möglich ist. Zwingend braucht sie nicht zu sein (Demharter, GBO, 25. Aufl. 2005, § 78 Rdnr. 13 m. w. N.).

Die Entscheidung des Landgerichts hält insoweit der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Das Beschwerdegericht hat die durch das Landgericht ... in seinem Urteil vom 25. November 2004 fingierte Auflassungserklärung des Antragsgegners (§ 894 Abs. 1 BGB) dahin ausgelegt, dass diese zugleich auch dessen Eintragungsbewilligung (§§ 19, 28, 29 GBO) beinhaltet.

Zwar wird in aller Regel die Auslegung ergeben, dass die sachlich-rechtliche Einigung auch die verfahrensrechtliche Eintragungsbewilligung enthält (Demharter, a. a. O., § 20 Rdnr. 2; Stöber in Zöller, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 894 Rdnr. 7; Kanzleiter in Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 925 Rdnr. 47; je m. w. N.). Hier besteht die Besonderheit aber darin, dass es sich entsprechend dem Wortlaut der fingierten Auflassungserklärung bei dem zu übertragenden Grundstück um eine noch wegzumessende Teilfläche handelt, die nicht übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt bezeichnet wurde (§ 28 GBO).

Der BGH hat teilweise in Abweichung von seiner früheren Rechtsprechung (BGH NJW 1962, 1715; NJW 1982, 441) in der Entscheidung vom 16. März 1984 (NJW 1984, 1959) dargelegt, dass die Verurteilung des Veräußerers einer Grundstücksteilfläche zur Auflassung und Eintragungsbewilligung vor grundbuchlich vollzogener Teilung jedenfalls dann möglich ist, wenn bereits ein Veränderungsnachweis vorliegt, auf den im Urteil Bezug genommen werden kann. Er hat diese Rechtsprechung bestätigt durch seine Urteile vom 21. Februar 1986 (NJW 1986, 1867) und vom 24. April 1987 (NJW 1988, 415). In seiner zuletzt genannten Entscheidung hat der BGH bezüglich der Auflassung - zu der der Antragsgegner hier in dem Urteil des Landgerichts ... verurteilt wurde - die Auffassung vertreten, dass eine noch nicht abbeschriebene Teilfläche rechtsgeschäftlich wirksam aufgelassen werden könne, wenn sie dabei hinreichend bestimmt werde. Unter der Voraussetzung, dass die Teilfläche zweifelsfrei bestimmt und festgelegt sei, hält er auch eine Verurteilung zur Auflassung für möglich. Etwas anderes gilt aber bei dem Anspruch auf Eintragungsbewilligung. Ist eine Bezeichnung nach Maßgabe des § 28 GBO nicht möglich, so ist eine Klage auf Abgabe einer Eintragungsbewilligung mangels Rechtsschutzinteresses grundsätzlich unzulässig, solange nicht wenigstens ein vom Schuldner genehmigter Veränderungsnachweis vorliegt, auf den Bezug genommen werden kann. Denn das Grundbuchamt darf sonst den jeweiligen Kläger trotz obsiegenden Urteils nicht als Eigentümer eintragen. Der Veränderungsnachweis hingegen bildet die Grundlage der Grundstücksabschreibung (§ 2 Abs. 3 GBO) und ermöglicht es, durch entsprechende Bezugnahme, das noch nicht abbeschriebene Grundstück übereinstimmend

mit dem (künftigen) Inhalt des Grundbuchs festzulegen, weil das Grundbuchamt bei der Abschreibung die Angaben im Veränderungsnachweis übernimmt. Auch in solchen Fällen wird daher dem Zweck des § 28 GBO genügt, die Eintragung bei dem richtigen Grundstück zu sichern.

Vorliegend existierte zwar ein Veränderungsnachweis, auf diesen nimmt aber das Urteil des Landgerichts ... nicht Bezug, sondern auf den Kaufvertrag vom 21. August 2003 sowie den beigefügten Lageplan und bezeichnet das Erwerbsgrundstück in der fingierten Auflassungserklärung als eine noch wegzumessende Teilfläche des Grundstücks des Antragsgegners. Zwar mag diese Bestimmung des zu übertragenden Teilgrundstücks nach der zuvor zitierten Rechtsprechung des BGH ausreichend sein für die Auflassung, nicht aber für die Eintragungsbewilligung (BGH NJW 1986, 1867), die wenigstens die Bezugnahme auf den Veränderungsnachweis erfordert hätte. Wenn in den Entscheidungen des BGH vom 16. März 1984 (NJW 1984, 1959) und vom 24. April 1987 (NJW 1988, 415) festgestellt wird, dass die Klage auf Bewilligung der Eintragung vor grundbuchlich vollzogener Teilung jedenfalls dann möglich ist, wenn bereits ein Veränderungsnachweis vorliegt, "auf den im Urteil Bezug genommen werden kann", so bedeutet dies nicht, dass die Bezugnahme entbehrlich ist, soweit nur ein Veränderungsnachweis existiert. Diese Urteile stellen klar, dass eine Klage auf Bewilligung der Eintragung der Auflassung trotz fehlender grundbuchlich vollzogener Teilung dann zulässig ist, wenn ein Veränderungsnachweis vorliegt, der das Erwerbsgrundstück im Sinne des § 28 GBO hinreichend identifiziert und dem entscheidenden Richter diese Identifikation durch Bezugnahme ermöglicht. Hier von hat aber das Landgericht ... keinen Gebrauch gemacht, sondern den Inhalt der Auflassungserklärung dem Kaufvertrag vom 23. August 2003 entnommen, der gerade keine hinreichende Bestimmung des Erwerbsgrundstücks im Sinne des § 28 GBO enthält (BGH NJW 1986, 1867). Das Grundbuchamt muss aber bei der Überprüfung der Eintragungsvoraussetzungen vom Wortlaut der Auflassungserklärung entsprechend dem Urteil vom 25. November 2004 ausgehen, der vielleicht noch für eine wirksam erklärte Auflassung ausreicht, nicht aber für den Inhalt einer Eintragungsbewilligung.

Eine Auslegung der fingierten Auflassungserklärung dahin, dass sie sich tatsächlich auf den Veränderungsnachweis Nr. ... beziehe und damit ausreichend sei, um auch die Eintragungsbewilligung zu beinhalten, ist nicht möglich, da sie dem ausdrücklichen Wortlaut der Auflassungsfiktion widersprechen und auch ihren rechtskräftig festgestellten Inhalt verändern würde. Denn sie bezieht sich lediglich auf eine noch wegzumessende Teilfläche, während die spätere Vermessung festgestellt wurde durch den Veränderungsnachweis Nr. ... vom 5. September 2003, und zwar den Anforderungen für eine Erfassung im Grundbuch entsprechend. Demgemäß befasst sich das Urteil des Landgerichts ... auch nicht mit der Eintragungsbewilligung. Soweit diese mit dem im Tatbestand wiedergegebenen Klageantrag beansprucht wurde, wurde dem Antrag in diesem Umfang durch die Klageabweisung im übrigen gerade nicht stattgegeben.

Die Entscheidung des Landgerichts beruht deshalb auf einer rechtsfehlerhaften Auslegung der fingierten Auflassungserklärung im Urteil vom 25. November 2004, so dass die Beschwerdeentscheidung vom 10. Juli 2007 aufzuheben und das Rechtsmittel des Antragstellers gegen den Beschluss des Grundbuchamts vom 11. März 2007 zurückzuweisen war.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 131 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KostO. Danach hat der Antragsteller die Gerichtsgebühr in dem Verfahren vor dem Landgericht in Folge der Zurückweisung seiner Beschwerde zu tragen. Nachdem der Antragsgegner in der Rechtsbeschwerdeinstanz mit seiner weiteren Beschwerde erfolgreich ist, ist die Entscheidung des Senats gebührenfrei (§ 131 Abs. 1 Satz 2 KostO). Ein Ausspruch über eine Kostenerstattungspflicht gem. § 13a Abs. 1 Satz 1 FGG entspricht unter Berücksichtigung der verschiedenen Rechtsauffassungen der Instanzen nicht der Billigkeit. Die Festsetzung des Beschwerdewertes folgt aus §§ 131 Abs. 2, 30 Abs. 2 KostO. Hierbei wurden mit dem Landgericht 25.000 € zugrundegelegt.

Mitgeteilt von der Veröffentlichungsstelle des OLG Stuttgart

Anmerkung zum Beschluss des OLG Stuttgart vom 11.10.2007, 8 W 353/07:

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Doch soll sie als Anlass genommen werden, sowohl die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung bis hin zu dieser Entscheidung als auch nicht oder nur teilweise untersuchte Punkte näher zu betrachten:

1. Zur Entwicklung:

a) Auflassung

In seiner früheren Rechtsprechung (Rechtsprechung vor BGH, DNotZ 1988, 109= NJW 1988, 415) hat der BGH-Senat noch den Standpunkt vertreten, dass zur Auflassung erst verurteilt werden könne, wenn der geschuldete Teil eines Grundstücks von diesem abgetrennt und als selbständiges Grundstück eingetragen sei (BGHZ 37, 233/242; BGH, Urteile v. 11. 11. 1977 — V ZR 235/74, WM 1978, 192; v. 27. 4. 1979 — V ZR 218/77, WM 1979, 861; v. 10. 7. 1981 — V ZR 79/80, NJW 1981, 2687 = WM 1981, 1081); die Frage, ob eine rechtsgeschäftliche Auflassung an geringere Voraussetzungen gebunden ist, hat er offengelassen. In seinem Urteil vom 16. 3. 1984 (BGHZ 90, 323/ 325ff.) ist der Senat hiervon jedoch abgerückt. In Übereinstimmung mit der einhelligen Meinung in Rechtsprechung und Literatur vertritt er seit der eingangs aufgeführten Entscheidung vom 24.4.1987 die Auffassung, dass auch eine noch nicht abgeschriebene Teilfläche rechtsgeschäftlich wirksam aufgelassen werden kann, wenn sie dabei hinreichend bestimmt wird. Unter der Voraussetzung, dass die Teilfläche zweifelsfrei bestimmt und festgelegt ist, hält er auch –insoweit wohl nur konsequent– eine Verurteilung zur Auflassung für möglich (vgl. auch schon BGH, Urteil vom 2. 12. 1981 — R 252/80, WM 1982, 211/213).

b) Eintragungsbewilligung

In DNotZ 1988, 109, ist ferner ausgeführt, dass nach § 28 GBO in der Eintragungsbewilligung das Grundstück übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen ist. Gesichert werden soll damit, worauf das OLG Stuttgart ebenfalls hingewiesen hat, die Eintragung bei dem richtigen Grundstück (BGHZ 90, 323/327). § 28 GBO ist zwar nur eine Ordnungsvorschrift, bestimmt aber zugleich den Inhalt eines nach § 894 ZPO (auf Seite 3 des Urteils des OLG Stuttgart versehentlich als § 894 BGB bezeichnet) zu vollstreckenden Urteils, weil dieses nach Eintritt der Rechtskraft die Erklärung des Auflassungsschuldners ersetzt (Senatsurteil vom 21. 2. 1986 — V ZR 246/84, WM 1986, 678/679; vgl. auch BGH, Urteil vom 2. 2. 1981 — IV a ZR 252/80, NJW 1982, 441/443). Ist eine Bezeichnung nach Maßgabe des § 28 GBO nicht möglich, so ist eine Klage auf Abgabe einer Eintragungsbewilligung mangels Rechtsschutzinteresses grundsätzlich unzulässig, solange nicht wenigstens ein vom Schuldner genehmigter Veränderungsnachweis vorliegt, auf den Bezug genommen werden kann; denn das Grundbuchamt dürfte sonst den jeweiligen Kläger trotz obsiegenden Urteils nicht als Eigentümer eintragen (Senatsurteile vom 18. 4. 1986 — V ZR 32/85, WM 1986, 1155/1156, und v. 21. 2. 1986, aaO; vgl. auch BGHZ 90, 323/327f.).

Im Ergebnis bekäme der Kläger Steine statt Brot, denn trotz der entsprechenden Tenorierung könnte der grundbuchliche Vollzug aus den vorgenannten Gründen nicht vorgenommen werden. Für einen juristisch unbefangenen Betrachter ist bereits befremdlich genug, dass trotz obsiegendem Urteil (noch) nichts gewonnen ist. Das Verfahrensrecht bremst das materielle Recht!

Der Veränderungsnachweis selbst bildet die Grundlage der Grundstücksabschreibung (§ 2 Abs. 3 GBO) und ermöglicht es, durch entsprechende Bezugnahme, das noch nicht abgeschriebene Grundstück übereinstimmend mit dem (künftigen) Inhalt des Grundbuchs festzulegen, weil das Grundbuchamt bei der Abschreibung die Angaben im Veränderungsnachweis übernimmt. Auch in solchen Fällen wird daher dem Zweck des § 28 GBO genügt, die Eintragung bei dem richtigen Grundstück zu sichern.

2. § 894 ZPO

a)

Nach dem eindeutigen Wortlaut von § 894 ZPO ist Regelungsinhalt lediglich die zwangsweise Durchsetzung des Anspruchs bei Verurteilung zur Abgabe einer Willenserklärung. Dass die Grundbuchverfahrensrechtliche Eintragungsbewilligung keine Willenserklärung ist, ist längst unbestritten und allgemeine Meinung (umfassend Meikel/Böttcher, 9. Auflage, § 19 Rn. 29: reine Verfahrenserklärung).

Jedoch ist nach ebenfalls allgemeiner Meinung die Norm auch auf Verfahrenshandlungen anzuwenden (statt aller Zöller/Stöber, ZPO, 23. Auflage, § 894 Rn. 2). Einen erwähnenswerten Umstand hat das OLG Stuttgart hierin nicht gesehen.

b)

Mit rechtskräftiger Verurteilung zur Abgabe der Bewilligung gilt diese als abgegeben. Für eine Grundbucheintragung muss dem Grundbuchamt bei lediglich fehlender Bewilligung eine Ausfertigung des Urteils vorgelegt werden; eine Vollstreckungsklausel und der Zustellnachweis sind in der Regel nicht erforderlich (Meikel/Böttcher, 9. Auflage, § 19 Rn. 28 m. w. N.).

Vorliegend war jedoch deshalb eine vollstreckbare Ausfertigung hinsichtlich der Auflassungserklärung des Auflassungsschuldners erforderlich (zum Ganzen Gutachten in DNotI-Report 2007, 49), weil die Willenserklärung gem. § 894 Abs. 1 Satz 2 ZPO von einer Gegenleistung, nämlich der Kaufpreiszahlung, abhängig war.

c)

Höchst fraglich erscheint mir jedoch, ob vorliegend tatsächlich im Rahmen der zivilprozessualen Abgabefiktion überhaupt erwogen werden kann, in der materiellen Auflassungserklärung zugleich die verfahrensrechtliche Eintragungsbewilligung zu sehen:

Die Willenserklärung gilt (mit der Rechtskraft) als abgegeben. Das rechtskräftige Urteil ersetzt die Erklärung in der für sie erforderlichen Form (Stöber, aaO, Rn. 5 m. w. N.).

Die Verurteilung ersetzt lediglich die Willenserklärung des Schuldners, nicht aber weitere zur Vollendung des Rechtsgeschäfts erforderliche Voraussetzungen (Stöber, aaO, unter Hinweis auf BGHZ 82, 292).

Welche Erklärung hatte denn der Auflassungsschuldner –im Rahmen der Erfüllung seiner vertraglichen Verpflichtungen- bislang freiwillig abgegeben?

Keine!

Er wurde vielmehr zur Auflassung verurteilt.

Zwar sind auch gerichtliche Entscheidungen einer Auslegung zugänglich, doch ist zum einen grundsätzlich am Wortlaut der Tenorierung festzuhalten und zum anderen sind die Umstände des Einzelfalls objektiv zu würdigen.

Wenn aber der Schuldner schon nicht einmal die materielle Erklärung –freiwillig- abzugeben bereit ist, mutet es seltsam an, in der mittels Fiktion erklärten Auflassung des Schuldners (der Erwerber hatte selbstredend seine Auflassungserklärung, wie erfolgt, noch abzugeben) zugleich auch die verfahrensrechtliche Eintragungsbewilligung zu sehen.

In der Weigerung bzw. im Schweigen des Auflassungsschuldners hinsichtlich der nicht erklärten Auflassung ist auch die Weigerung zu sehen, die verfahrensrechtliche Eintragungsbewilligung abzugeben. Jede andere Auslegung erscheint mir höchst fraglich.

Dem Schweigen des Auflassungsschuldners ist mithin eine ganz klare Aussage zu entnehmen, nämlich die, keine Erklärung abgeben zu wollen.

Das OLG Stuttgart hat deshalb zu Recht die Feststellung getroffen, dass für den Grundbuchvollzug auch eine Eintragungsbewilligung erforderlich ist.

Dass jedoch die Bewilligung als mit der Auflassung vorliegend deshalb nicht erklärt anzusehen ist, scheitert nach meiner Auffassung nicht daran, dass die Bezeichnung nach § 28 GBO noch nicht möglich ist, sondern am beharrlichen Schweigen des Auflassungsschuldners, der nicht mehr erklärt als im Rahmen von § 894 ZPO fingiert wird.

Hier gibt es schlicht nichts auszulegen.

Dass die Rechtslage im Falle der rechtsgeschäftlich und damit freiwillig erklärten Auflassung anders zu bewerten ist, bedarf einer Erwähnung nicht.

Zutreffend stellt schließlich das OLG Stuttgart auch noch fest, dass eine Auslegung der fingierten Auflassungserklärung dahin, dass sie sich tatsächlich auf den Veränderungsnachweis beziehe und damit ausreichend sei, um auch die Eintragungsbewilligung zu beinhalten, so nämlich noch das Landgericht, nicht möglich sei, da sie dem ausdrücklichen Wortlaut der Auflassungsfiktion widersprechen und auch deren rechtskräftigen Inhalt verändern würde.

Zum Schluss:

Was wäre denn geschehen, wenn das Prozessgericht tatsächlich die Eintragungsbewilligung –neben der Auflassung- tenoriert hätte, ohne dass die Bezeichnung nach Maßgabe nach § 28 GBO vorgelegen hätte.

Wiederum nichts!

Die Bewilligung wäre wirksam, jedoch bestünde ein verfahrensrechtlicher Mangel (§ 28 GBO ist nicht Teil der materiellen Auflassung) im Fehlen eben der Bezeichnung nach § 28 GBO.

Die Beseitigung dieses Mangels hätte das Grundbuchamt durch Zwischenverfügung aufzugeben gehabt.

Achim Brenner, Notarvertreter, Aalen

BGB § 1836e Abs. 1 Satz 1; FGG §§ 56g Abs. 5 Satz 2, 69e Abs. 1 Satz 1, 29, 22 Abs. 1, 27 Abs. 1

1. Der Tod des Betreuten im Regressverfahren gem. § 1836e BGB führt nicht zur förmlichen Unterbrechung, sondern zur Fortsetzung des Verfahrens gegen die Rechtsnachfolger von Amts wegen. Die unbekanntenen Erben werden dabei durch den Nachlasspfleger gesetzlich vertreten. Beim Eintritt des Todes des Betreuten im Rechtsbeschwerdeverfahren ist eine Titelumschreibung auf die Erben ohne Vorbehalt möglich. Zur Beschränkung ihrer Haftung müssen sie eine Vollstreckungsabwehrklage nach §§ 781, 785, 767 ZPO erheben.

2. Rückforderungsansprüche des Trägers der Sozialhilfe sind gegenüber dem Regressanspruch gem. § 1836e Abs. 1 Satz 1 BGB nicht vorrangig. Das haftende Aktivvermögen wird nicht bereits durch das Bestehen und die Titulierung eines Anspruchs geschmälert, sondern erst mit dessen Durchsetzung.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.06.2007 – 8 W 245/07

Aus den Gründen:

1.

Mit Beschluss des Notariats Stuttgart vom 19. September 2006 wurde die Aufwandsentschädigung der Betreuerin für die Zeit vom 1. Juni 2005 bis 31. Mai 2006 in Höhe von 323 € festgesetzt und auf Grund der Mittellosigkeit der Betroffenen die Auszahlung aus der Staatskasse angeordnet. Ebenfalls mit Beschluss vom 19. September 2006 stellte das Notariat den Forderungsübergang auf die Staatskasse fest und setzte gleichzeitig den Regressanspruch der Staatskasse gegen die Betreute

in Höhe von 323 € fest. Ihre sofortige Beschwerde hiergegen wurde durch Beschluss des Landgerichts Stuttgart vom 25. Mai 2007 zurückgewiesen und die weitere Beschwerde zugelassen. Gegen die am 31. Mai 2007 der Betroffenen und ihrer Betreuerin zugestellte Entscheidung hat letztere zu Protokoll der Geschäftsstelle des Landgerichts Stuttgart (Rechtspflegerin) am 5. Juni 2007 im Interesse der Betreuten sofortige weitere Beschwerde eingelegt und diese mit Schreiben des selben Tages begründet. Am 6. Juni 2007 ist die Betreute verstorben. Über ihren Nachlass wurde Nachlasspflegschaft zur Sicherung und Verwaltung des Nachlasses angeordnet und die Betreuerin am 13. Juni 2007 zur Nachlasspflegerin bestellt. Das Landgericht hat die Akte dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

2.

Die sofortige weitere Beschwerde ist gem. §§ 56g Abs. 5 Satz 2, 69e Abs. 1 Satz 1, 29, 22 Abs. 1 FGG statthaft und auch im übrigen zulässig.

a)

Das Rechtsbeschwerdeverfahren (§ 27 Abs. 1 FGG) hat sich durch den Tod der Betreuten nicht erledigt.

Der Tod eines Beteiligten führt im Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht zur Unterbrechung mit den gesetzlichen Folgen des § 249 ZPO. Er zieht auch rechtlich nicht notwendig den Stillstand des Verfahrens nach sich. Der Tod ist zwar häufig ein Tatbestand, der die Beendigung des Verfahrens zur Folge haben kann (Baronin von König/von Schuckmann in Jansen, FGG, Bd. 1, 3. Aufl. 2006, Rdnr. 35 bis 37 vor §§ 8-18, m. w. N.). Hiervon ist aber vorliegend nicht auszugehen, da der Tod der Betreuten nicht zu einem Fortfall des Verfahrensgegenstandes geführt hat (§ 1836e Abs. 1 Satz 3 BGB). Das Verfahren ist deshalb ohne förmliche Unterbrechung für und gegen die Rechtsnachfolger der verstorbenen Betreuten von Amts wegen fortzusetzen. Soweit die Erben nicht bekannt sind, werden sie durch die Nachlasspflegerin vertreten (§§ 1960, 1961 BGB; Thüringer OLG FamRZ 2006, 645), die nunmehr statt der Betreuten als gesetzliche Vertreterin der unbekanntenen Erben für diese das Rechtsbeschwerdeverfahren durchführt. Damit ist zugleich auch die Titelumschreibung auf die unbekanntenen Erben im vorliegenden Verfahren der weiteren Beschwerde möglich (Stöber in Zöllner, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 727 Rdnr. 18 und § 778 Rdnr. 6, je m. w. N.).

b)

Nachdem im vorliegenden Verfahren der weiteren Beschwerde die Entscheidung der Vorinstanz lediglich auf Rechtsfehler (§ 27 Abs. 1 FGG) überprüft werden darf, kann der Tod der Betreuten nicht zu einer geänderten Prüfungsgrundlage gem. § 1836e Abs. 1 Satz 3 BGB führen, sondern die Rechtsprüfung ist nach wie vor an § 1836e Abs. 1 Satz 1 BGB durchzuführen.

Sofern die Erben die Beschränkung ihrer Haftung auf den Wert des im Zeitpunkt des Erbfalls vorhandenen Nachlasses (§ 1836e Abs. 1 Satz 3 BGB) geltend machen wollen, müssen sie eine Vollstreckungsabwehrklage nach §§ 781, 785, 767 ZPO erheben. Da der Erbe für die Ansprüche aus § 1836e Abs. 1 Satz 1 BGB und § 92c Abs. 1, 2 BSHG (jetzt: § 102 Abs. 1, 2 SGB XII) kraft Gesetzes nur beschränkt haftet, bedarf es eines Vorbehalts im Vollstreckungstitel, wie in § 780 ZPO vorgesehen, nicht (Bay-ObLG NJW-RR 2005, 1315). Soweit das Thüringer Oberlandesgericht (Rpflerger 2006, 323) von einer entsprechenden Anwendung des Rechtsgedankens der §§ 305, 780 ZPO ausgeht und deshalb zur Klarstellung die Aufnahme des Vorbehalts der beschränkten Erbenhaftung im Tenor des Festsetzungsbeschlusses für erforderlich erachtet, gibt diese Entscheidung keinen Anlass für eine Divergenzvorlage gem. § 28 Abs. 2 FGG. Denn im hier zu entscheidenden Fall geht es lediglich um eine Umschreibung des Titels auf die unbekanntenen Erben als Rechtsnachfolger, bei der kein Vorbehalt erforderlich ist (Stöber, a. a. O., § 780 Rdnr. 9 10, m. w. N.). Im übrigen verweist auch das Thüringer Oberlandesgericht in seinem Beschluss vom 9. Januar 2006 darauf, dass die nach § 56g FGG festgesetzten Ansprüche gem.

§ 1 Abs. 1 Nr. 4b JBeitrO nach den Bestimmungen der Justizbeitragsordnung beigetrieben werden und nach § 8 Abs. 2 Satz 1 JBeitrO für die Einwendungen einer beschränkten Erbenhaftung (§§ 781 ff ZPO) die Vorschriften der §§ 767, 769, 770 ZPO sinngemäß gelten, so dass die Einwendungen nach §§ 781 ff ZPO ggf. im Wege der Vollstreckungsgegenklage zu erheben sind.

c)

Abgesehen von diesen durch den Tod der Betreuten veranlassten Erwägungen hält die angefochtene Entscheidung des Landgerichts der an § 1836e Abs. 1 Satz 1 BGB vorzunehmenden rechtlichen Nachprüfung stand.

Der Regressanspruch in Höhe von 323 € gem. § 1836e Abs. 1 Satz 1 BGB setzt die in § 1836c BGB bestimmte Leistungsfähigkeit der Betreuten voraus. Diese ist unter Berücksichtigung des Schonbetrages von 2.600 € und des danach verbleibenden Vermögens von 1.526,32 € gegeben. Rückforderungsansprüche des Trägers der Sozialhilfe sind gegenüber diesem Regressanspruch nicht vorrangig und stehen ihm deshalb nicht entgegen.

Zu Recht hat das Landgericht sich mit dem Bayerischen Obersten Landesgericht (FGPrax 2004, 25) auf den Standpunkt gestellt, dass bei der Prüfung, ob der Betroffene mittellos ist, hinsichtlich des einzusetzenden Vermögens des Betroffenen nur das verfügbare Aktivvermögen zu berücksichtigen ist und Verbindlichkeiten selbst dann außer Betracht bleiben, wenn sie bereits tituliert sind. Dies gilt unabhängig davon, ob die Verbindlichkeit des Betroffenen durch öffentlich-rechtlichen Leistungsbescheid oder durch einen zivilrechtlichen Titel festgelegt und damit durchsetzbar ist. Solange ein dem Betroffenen zustehender Gegenstand nicht aus seinem Vermögen abgeflossen ist, muss er dem Aktivvermögen zugerechnet werden, auch wenn insoweit möglicherweise Vollstreckungsmaßnahmen Dritter drohen könnten. Im Einzelnen wird verwiesen auf die Ausführungen in der Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 8. Oktober 2003, auch soweit dieses die Erforderlichkeit einer Divergenzvorlage nach § 28 Abs. 2 FGG im Hinblick auf die Entscheidung des Oberlandesgerichts Zweibrücken (BtPrax 1999, 32) verneint, da diese noch zur Rechtslage vor dem 1. Januar 1999 ergangen ist.

Im übrigen besteht auch kein Vorrang des Rückforderungsanspruches des Sozialhilfeträgers, der noch nicht einmal durch Verwaltungsakt gem. §§ 44 ff SGB X gegenüber der Betreuten geltend gemacht worden ist, im Verhältnis zum Regressanspruch der Staatskasse. Beiden Ansprüchen kommt allenfalls der gleiche Rang zu, denn es handelt sich um eine Fürsorgeleistung des Staates, die gegenüber der Leistungsfähigkeit des Betroffenen subsidiär ist (vgl. insoweit Bay-ObLG NJW-RR 2005, 1315 zur Frage des Vorrangs des Kostenersatzanspruches des Sozialhilfeträgers nach § 92c BSHG bzw. § 102 SGB XII gegenüber dem Regressanspruch der Staatskasse: auch hier wird von einem gleichen Rang ausgegangen). Damit kann dem Regressanspruch der Staatskasse nicht der Rückforderungsanspruch des Sozialhilfeträgers entgegengehalten werden. Zu befriedigen ist die Forderung, die als erste durchgesetzt wird. Das haftende Aktivvermögen wird nicht bereits durch das Bestehen und die Titulierung eines Anspruches geschmälert, sondern erst mit dessen Durchsetzung.

Der angefochtene Beschluss des Landgerichts Stuttgart hält deshalb der rechtlichen Nachprüfung stand und die sofortige weitere Beschwerde der Nachlasspflegerin war als unbegründet zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 131 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KostO. Die Gebührenfreiheit gem. § 131 Abs. 3 KostO greift nicht ein, weil die Nachlasspflegerin das Rechtsbeschwerdeverfahren nicht mehr im Interesse der Betreuten durchführt, sondern für die Erben. Ein Anlass zur Erstattung außergerichtlicher Kosten gem. § 13a Abs. 1 FGG besteht nicht, weil solche nicht angefallen sind. Im übrigen liegen die Voraussetzungen des § 13a Abs. 2 FGG nicht vor.

Die Festsetzung des Geschäftswertes folgt aus §§ 131 Abs. 2, 30 Abs. 1 KostO.

3.

Auf ihren Antrag war den unbekanntem Erben, gesetzlich vertreten durch die Nachlasspflegerin, Prozesskostenhilfe für das Rechtsbeschwerdeverfahren gem. §§ 14 FGG, 114 ff ZPO ohne Zahlungspflichten zu bewilligen.

Auch wenn die sofortige weitere Beschwerde keine Aussicht auf Erfolg hat, handelt es sich doch um eine streitige Rechtsfrage, deretwegen das Rechtsmittel durch die Vorinstanz zugelassen wurde. Prozesskostenhilfe darf nicht versagt werden, wenn entscheidungserhebliche schwierige Rechtsfragen bislang nicht hinreichend geklärt sind (Reichold in Thomas/Putzo, ZPO, 28. Aufl. 2007, § 114 Rdnr. 5 m. w. N.).

Die erforderliche Bedürftigkeit ist anzunehmen. Denn dem Aktivvermögen des Nachlasses (BGH NJW 1964, 1418) steht nicht nur der Streitgegenständliche Regressanspruch der Staatskasse und der Rückforderungsanspruch des Sozialhilfeträgers entgegen, sondern ebenfalls die Beerdigungskosten für die Betreute als Nachlassverbindlichkeit (OLG Zweibrücken Pflieger 2004, 488), auch wenn andererseits nach dem Tod der Betreuten das „Schonvermögen“ nicht mehr berücksichtigt werden kann (OLG Köln FamRZ 1998, 1617).

Mitgeteilt von der Veröffentlichungsstelle des OLG Stuttgart

BGB § 2325

Bei einer Lebensversicherung zu Gunsten eines Dritten sind im Rahmen der Pflichtteilsergänzung nicht die Versicherungssumme, sondern die gezahlten Prämien als Gegenstand der Schenkung anzusehen; dem steht nicht entgegen, dass bei der Anfechtung unentgeltlicher Leistungen nach der InsO etwas anderes gilt (Abgrenzung zu BGHZ 156, 360).

OLG Stuttgart, Urteil vom 13.12.2007 – 19 U 140/07

Aus den Gründen:

I.

Der Kläger, einziger Abkömmling des Erblassers, macht gegenüber der Beklagten, der zweiten Ehefrau und Alleinerbin des Erblassers, Pflichtteilsergänzungsansprüche geltend. Die Beklagte wurde in erster Instanz zur Zahlung von 32.121.46 € verurteilt.

....

Die Beklagte wendet sich mit ihrer Berufung dagegen, dass seitens des Landgerichts im Rahmen der ergänzungspflichtigen Zuwendungen die Lebensversicherungen des Erblassers jeweils mit der Versicherungsleistung auf den Todesfall eingestellt wurden. Maßgebend seien vielmehr die geleisteten Prämien.

.... Ferner sei zu berücksichtigen, dass sie bezüglich einer Lebensversicherung ... von ihrem Rentenwahlrecht Gebrauch gemacht habe, mit der Folge, dass sie Beiträge zur Kranken- und Rentenversicherung zu entrichten habe.

....

II.

Die zulässige Berufung ist in Höhe von 20.374,83 € begründet.

Dem Kläger steht lediglich ein Anspruch auf Pflichtteilsergänzung in Höhe von 11.746,63 € zu.

1.

Nach § 2325 Abs. 1 BGB kann der Pflichtteilsberechtigte unter der Voraussetzung, dass der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht hat, als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Nachlass erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird.

2.

Dass der Erblasser der Beklagten die Lebensversicherungen zugewandt hat und diese Zuwendungen jedenfalls hier wie Schenkungen zu behandeln sind (vgl. BGH, Urt. v. 27. November 1991 – IV ZR 164/90 BGHR BGB § 2287 Abs. 1 Schenkung 1; vgl. auch OLG Koblenz FamRZ 2006, 1789), zieht die Berufung zu Recht nicht in Zweifel. Der Anspruch auf die Lebensversicherungssumme entsteht mit dem Tod des Versicherungsnehmers unmittelbar in der Person des Dritten kraft seines Bezugsrechts (§§ 330 Satz 1, 331 Abs. 1 BGB) und fällt somit nicht in den Nachlass des Versicherungsnehmers.

3.

Mit Recht wendet sich das Rechtsmittel jedoch gegen die Auffassung der ersten Instanz, hinzuzurechnen sei im Rahmen einer Pflichtteilsergänzung die Lebensversicherungssumme. Die Auszahlung der Lebensversicherungsleistung an die bezugsberechtigte Beklagte stellt keine Schenkung im Sinne des § 516 Abs. 1 BGB dar. Für eine Schenkung ist erforderlich, dass der Zuwendende und der Zuwendungsempfänger über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind und dass der Empfänger aus dem Vermögen des Zuwendenden bereichert wird. An Letzterem fehlt es. Bei einem Lebensversicherungsvertrag, den der Versicherungsnehmer mit einem Versicherer für den Fall des Todes zugunsten eines bezugsberechtigten Dritten abschließt, erwirbt dieser gem. §§ 328, 330, 331 BGB unmittelbar das Recht, die Leistung zu fordern. Die Versicherungssumme selbst hat niemals zum Vermögen des Versicherungsnehmers gehört, sondern fällt dem Dritten direkt aus dem Vermögen des Versicherers zu. Gleichfalls ist der von dem Kläger hilfsweise herangezogene Rückkaufswert nicht Gegenstand der Zuwendung, weil dieser mit dem Todesfall hinfällig geworden ist (Staudinger/Olshausen BGB [2006] § 2325 Rdnr. 38). Lediglich die vom Versicherungsnehmer gezahlten Prämien stammen aus seinem Vermögen und nur um diese ist der Dritte unmittelbar bereichert. Gegenstand der Schenkung sind im Falle einer Bezugsberechtigung aus einem Lebensversicherungsvertrag daher nur die Prämien, nicht aber die Lebensversicherungssumme selbst (RGZ 128, 187, 190; BGHZ 7, 134, 142 f.; BGH, Urt. v. 4. Februar 1976 – IV ZR 156/73 FamRZ 1976, 616 m. krit. Anm. Harder; BGH, Urteil v. 1. April 1987 - IVa ZR 26/86, NJW 1987, 3131; BGHZ 133, 377, 380).

a) Daran ist auch nach der Entscheidung des u. a. für Rechtsstreitigkeiten über Insolvenz zuständigen IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofes vom 23. Oktober 2003 – IX ZR 252/01 (BGHZ 156, 350), die die erste Instanz für ihre gegenteilige Auffassung heranzieht, festzuhalten. Allerdings gelangt der IX. Zivilsenat bei der Anfechtung unentgeltlicher Leistungen nach §§ 134, 143 InsO zu dem Ergebnis, dass dann, wenn der Schuldner für eine von ihm abgeschlossene Lebensversicherung einem Dritten ein widerrufliches Bezugsrecht eingeräumt hat, sich nach Eintritt des Versicherungsfalles der Anfechtungsanspruch gegen den Dritten auf Auszahlung der vom Versicherer geschuldeten Versicherungssumme und nicht auf Rückgewähr der vom Schuldner geleisteten Prämien richtet. Dabei hat der IX. Senat des Bundesgerichtshofes zur Begründung ausgeführt, wenn der Schuldner während der kritischen Zeit dem Anfechtungsgegner etwas im Wege eines Vertrages zugunsten Dritter zuwende und es sich dabei im Valutaverhältnis um eine unentgeltliche Leistung handele, sei der Verwalter in der Insolvenz des Schuldners als Versprechensempfänger gemäß §§ 134, 143 InsO berechtigt, den Gegenstand, den der Dritte erhalten habe, zur Masse zurückzufordern. Dabei stehe die dem Dritten durch die Zwischenschaltung des Versprechenden mittelbar gewährte Leistung anfechtungsrechtlich der unmittelbaren gleich. Mittelbare Zuwendungen seien so zu behandeln, als habe die zwischengeschaltete Person an den Schuldner geleistet. Folglich komme es anfechtungsrechtlich grundsätzlich nicht darauf an, welche Mittel der Versprechensempfänger (Schuldner) aufgebracht habe.

b) Diese mehr wirtschaftliche als rechtliche Wertung (vgl. statt aller BGHZ 72, 41 f.), dass auch bei einem Vertrag zugunsten Dritter, wenn es sich im Valutaverhältnis um eine unentgelt-

liche Leistung handelt, mittelbare Zuwendungen anfechtungsrechtlich so zu betrachten sind, als ob der Dritte unmittelbar vom Schuldner erworben hätte, ist nicht auf den Pflichtteilergänzungsanspruch zu übertragen (a. A. Elfring ZEV 2004, 305 ff.; Hasse Lebensversicherung und erbrechtliche Ausgleichsansprüche 2005 S. 10 ff.). Allerdings liegen sowohl der Bestimmung des § 134 InsO als auch jener des § 2325 BGB der Rechtsgedanke zugrunde, dass derjenige, der eine Leistung ohne Gegenleistung erhalten hat, weniger darauf vertrauen darf, die Leistung behalten zu dürfen, als derjenige, der eine entgeltliche Leistung erbracht hat (MünchKomm/Kirchhof InsO § 134 Rdnr. 1). Jedoch soll die Insolvenzanfechtung durch die damit zu erreichende Anreicherung der Masse dem Grundsatz der „par conditio creditorum“, also dass alle Gläubiger des Schuldners gleichmäßig befriedigt werden sollen, dienen. Die Besserstellung Einzelner soll vermieden werden, um das den Gläubigern haftende Vermögen gegenüber Sondervorteilen Einzelner zu schützen (vgl. statt aller Münch-Komm/Kirchhof InsO § 129 Rdnrn. 2, 3, 51). Dagegen ist es der Grundgedanke des Pflichtteilsrechts, dem Pflichtteilsberechtigten einen Ausgleich für jene Werte zu gewähren, die zu Lasten des Nachlasses weggegeben wurden. Es geht also nicht darum, Sondervorteile Einzelner zu verhindern. Die Vorschriften der §§ 2325 ff. BGB sollen den Pflichtteilsberechtigten dagegen schützen, dass der Erblasser sein Recht durch Schenkungen unter Lebenden bezogen auf den Erbfall vereitelt (vgl. BGH, Urt. v. 9. November 1960 – V ZR 96/59 LM BGB § 2325 Nr. 1). Ist im Rahmen des Pflichtteilsrecht anders als im Insolvenzrecht nicht auf die Bereicherung des Dritten, sondern auf die Entreicherung des Vermögens des Erblassers abzustellen, ist allein die Summe der Prämien und nicht die diese übersteigende Versicherungsleistung auf den Todesfall ergänzungserheblich (Staudinger/Olshausen BGB [2006] § 2325 Rdnr. 38, MünchKomm/Lange BGB 4. Aufl. § 2325 Rdnr. 22 jew. m.w.N.; Lan-ge/Kuchinke Erbrecht 5. Aufl. § 37 X 2 e; vgl. auch BGH, Urt. v. 9. November 1960 – V ZR 96/59 LM BGB § 2325 Nr. 1). Die Unterscheidung zwischen Entreicherung des Zuwendenden und Bereicherung des Zuwendungsempfängers tritt im Übrigen auch im Vergleich zwischen den Rechtsinstituten des Pflichtteils und der ungerechtfertigten Bereicherung hervor, weshalb der Schuldner einer ungerechtfertigten Bereicherung anders als der Pflichtteilergänzungspflichtete die gesamten Leistungen des Versicherers zurückzugewähren hat (vgl. BGH, Urt. v. 1. April 1987 – IVa ZR 26/86 BGHR BGB § 818 Abs. 1 Lebensversicherung 1). Dem Schutzzweck des Pflichtteilsrechts entspricht es also nicht, den Pflichtteilsberechtigten so zu stellen, wie er stehen würde, wenn der Erblasser die Zuwendung nicht vorgenommen hätte, mit der Folge, dass die Versicherungssumme in den Nachlass gefallen wäre. Der Pflichtteilsberechtigte ist vielmehr so zu stellen, als sei die zu Lebzeiten erfolgte unmittelbare Vermögensminderung, und zwar bezogen auf den Erbfall, durch den Erblasser nicht vorgenommen worden (a. A.: Harder FamRZ 1976, 617 ff.; Elfring a.a.O., Hasse a.a.O.).

4.

Auch das Schenkungs- und Erbschaftssteuerrecht vermögen keine andere Beurteilung zu rechtfertigen. Ist nicht ersichtlich, welche Gemeinsamkeit das Schenkungs- und Erbschaftssteuerrecht mit den Bestimmungen der Pflichtteilergänzung aufweisen könnten, kann der Schluss, im Fall der Pflichtteilergänzung sei die volle Versicherungsleistung zurückzugewähren, weil der Bezugsberechtigten die erhaltene Versicherungsleistung ganz zu versteuern hat, nicht gezogen werden (vgl. aber Elfring NJW 2004, 483, 485). Es geht vielmehr auch hier um die vorrangige Frage, von welchen Grundlagen die Besteuerung ausgeht, nämlich dem Zufluss von Vermögen, und worauf die Pflichtteilergänzung beruht, nämlich dem unmittelbaren Abfluss von Vermögen zu Lebzeiten.

5.

....

6.

Soweit die Berufung schließlich geltend macht, die Beklagte habe hinsichtlich der Todesfallleistung ... von dem Rentenwahl-

recht Gebrauch gemacht, muss ihr der Erfolg gleichfalls versagt bleiben. Im Rahmen des Pflichtteilergänzungsanspruchs kommt es ausschließlich auf die vom Erblasser geleisteten Prämien und nicht auf die vom Versicherer gewährte Leistung an. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Leistungen des Versicherers hinter den Prämien zurückbleiben (RGZ 128, 187, 190; BGHZ 7, 134, 138; BGH, Urt. v. 4. Februar 1976 a.a.O.). Dass das der Fall sei, macht das Rechtsmittel nicht geltend. Dass die Beklagte, wie sie vorträgt, aus dieser Versicherung Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung zu entrichten hat, vermag gleichfalls keine andere Beurteilung zu rechtfertigen. Der ausgleichende Abfluss aus dem Vermögen des Erblassers ist lediglich durch den Zufluss des Vermögens an den Zuwendungsempfänger begrenzt. An dem Zufluss der Versicherungsleistung aber vermögen aus dieser zu entrichtende Beiträge zur Kranken- und Rentenversicherung nichts zu ändern. Deshalb kann dahin stehen, ob auf Grund der Auskunft des Lebensversicherers davon ausgegangen werden könnte, dass die Kapitalleistung an die Beklagte ausbezahlt wurde.

....

Mitgeteilt durch die Veröffentlichungsstelle des OLG Stuttgart

LJKG BW a.F. § 11 Abs. 6 Satz 1a

Übernimmt ein Kommanditist in einem notariellen Vertrag erstmals wirksam die Verpflichtung, in die Kommanditgesellschaft ein Grundstück einzubringen, liegt darin eine Veränderung einer Gesellschaft i.S.v. § 11 Abs. 6 Satz 1a LJKG a.F.

VG Freiburg, Urteil vom 17.10.2007 – 3 K 855/06

Tatbestand

Der Kläger ist beamteter Notar im Dienst des Beklagten. Er begehrt die Gewährung eines Gebührenanteils nach § 11 Abs. 6 des Landesjustizkostengesetzes (LJKG) a.F. in der Beurkundungssache 9 UR 1878/02 des Notariats XXXXXXXX. In dieser Sache beurkundete er am 26.11.2002 einen „Einbringungsvertrag“: Herr Thomas M., handelnd als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Komplementär-GmbH und zugleich handelnd für sich selbst, brachte das in seinem Eigentum stehende Grundstück Flst.Nr. 6122/8, das mit einem Gewerbegebäude überbaut ist, in die XXXX - XXXXXXXX GmbH & Co. KG ein. Die XXXX - XXXXXXXX GmbH & Co.KG war mit Gesellschaftsvertrag vom 28.12.2001 gegründet worden. Nr. III., 2. dieses Vertrages sieht u. a. vor, dass Thomas M. zum 01.01.2002 neben seiner Einlage und Haftsumme von 10.000,- € zum 01.01.2002 als Einlage alle wesentlichen Betriebsgrundlagen und Verbindlichkeiten des bisher als Teilbetrieb geführten XXXXXXXXbetriebes XXXXX XXXX, Inhaber Thomas M., einbringe. Einziger Kommanditist der Gesellschaft ist Herr Thomas M., der zugleich auch alleiniger Gesellschafter der persönlich haftenden Gesellschafterin ist. § 1 der mit „Einbringungsvertrag“ überschriebenen Urkunde vom 26.11.2002 enthält Vorbemerkungen mit folgendem (auszugsweisen) Inhalt:

„... Die Kommanditgesellschaft hat am 01. Januar 2002 begonnen.

Sie wurde am 08. April 2002 im Handelsregister des Amtsgerichts XXXXXXXX eingetragen. Die Eröffnungsbilanz zum 01.01.2002 wurde am 30. August 2002 aufgestellt. Ausweislich der Eröffnungsbilanz gehört das nachstehend näher bezeichnete Grundstück einschließlich der aufstehenden Gebäude zum Sachanlagevermögen der Kommanditgesellschaft.

Die für den Erwerb des Grundstücks und die Finanzierung des aufstehenden Gebäudes eingegangenen Darlehensver-

bindlichkeiten sind ebenfalls in der vorbezeichneten Bilanz unter Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten ausgewiesen.

Die formgerechte Einbringung des nachfolgend näher beschriebenen Grundbesitzes in die Gesellschaft ist noch nicht erfolgt.

Die soll heute nachgeholt werden.“

In § 2 des Vertrages wurde unter der Überschrift „Einbringung“ das eingebrachte Grundstück näher bezeichnet, auch wurden die Belastungen im Einzelnen aufgeführt. Darüber hinaus heißt es dort:

„Nunmehr bringt Herr MXXXXX mit ausdrücklicher Zustimmung der weiteren Gesellschafterin, der XXXX - XXXXXXX GmbH, das vorbeschriebene Grundstück mit allen Bestandteilen und dem gesetzlichen Zubehör in die Kommanditgesellschaft ein. Die Einbringung wird angenommen.“

§ 2 des Vertrages enthält schließlich folgenden mit „Auflassung“ überschriebenen Absatz:

„Herr MXXXXX und die XXXX - XXXXXXX GmbH & Co. KG sind darüber einig, dass das Eigentum an dem vorbeschriebenen Grundbesitz auf die genannte Kommanditgesellschaft übergeht. Entsprechender Grundbuchvollzug wird von Herrn MXXXXX bewilligt und von der Gesellschaft beantragt.“

In § 4 („Besitzübergang u.a.“) wurde als Zeitpunkt des Übergangs von Besitz, Nutzungen, Steuern, Lasten und Gefahr der 01. Januar 2002 vereinbart, außerdem wurde bestimmt, dass Herr M. das Grundstück mit Gebäuden so einbringe, wie er es besitzen habe, und dass Gewährleistungsansprüche, soweit gesetzlich zulässig, ausgeschlossen seien. Soweit Herrn M. noch Gewährleistungsansprüche wegen der Errichtung des Gebäudes gegenüber den am Bau beteiligten Personen und Gesellschaften zustünden, würden diese Ansprüche an die annehmende Kommanditgesellschaft abgetreten. Unter § 5 („Gegenleistungen“) heißt es, Gegenleistungen in Geld seien Herrn M. wegen der Einbringung des Grundstücks nicht geschuldet. Soweit jedoch eine persönliche Haftung wegen eingegangener Darlehensverpflichtung bestehe, sei die Kommanditgesellschaft verpflichtet, Herrn M. von jeglicher Inanspruchnahme für Verzinsung und Tilgung solcher Darlehensverpflichtungen freizustellen.

Unter dem 07.03.2003 fertigte die Kostenbeamtin des Notariats X in XXXXXXXX den Kostenansatz in der oben genannten Beurkundungssache. Dabei unterblieb zunächst die Eintragung des dem Notar zustehenden Gebührenanteils, weil aus Sicht der Kostenbeamtin Unklarheit darüber bestand, ob dem Notar nur ein Gebührenanteil gem. § 11 Abs. 1 bis 4 LJKG a.F. zustehe oder ob die Beurkundung die Errichtung einer Handelsgesellschaft zum Gegenstand habe und deshalb ein privilegierter Gebührenanteil gem. § 11 Abs. 6a LJKG a.F. anzuweisen sei. Erst im Mai 2004 wurde in das Gebührenanteilsverzeichnis ein nichtprivilegierter Gebührenanteil nach § 11 Abs. 1 bis 4 LJKG a.F. eingetragen, der nur 2,60 € betrug. Die Kostenbeamtin löschte diese Eintragung noch im Gebührenanteilsverzeichnisses des selben Monats und trug stattdessen einen privilegierten Gebührenanteil in Höhe von 1.078,80 € ein, nachdem sie zwischenzeitlich davon ausgegangen war, Gegenstand der Beurkundung sei die Gründung einer Handelsgesellschaft gewesen. Diese Eintragung wurde nach einer weiteren Prüfung der Sach- und Rechtslage erneut gelöscht und stattdessen wurde im Gebührenanteilsverzeichnis für Juni 2004 nunmehr endgültig ein nichtprivilegierter Gebührenanteil von 2,60 € eingetragen.

Der Kläger wandte sich gegen die Berechnung des Gebührenanteils und trug zur Begründung im Wesentlichen vor, die Festsetzung eines Gebührenanteils und dessen Eintragung in das Gebührenanteilsverzeichnis des Notars könne als begünstigender Verwaltungsakt angesehen werden. Es erstaune, dass die Aufhebung eines begünstigenden Verwaltungsaktes ohne Ge-

währung rechtlichen Gehörs aufgrund eines Hinweises einer möglicherweise nicht zuständigen Stelle erfolgen solle. Die Formvorschriften seien bei der im Jahr 2002 erfolgten Gründung der XXXX - XXXXXXX GmbH & Co. KG nicht beachtet worden. Die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister sei unbeschadet der Tatsache erfolgt, dass ein wirksamer Gesellschaftsvertrag im Zeitpunkt der Eintragung offenbar nicht vorgelegen habe. Ein solcher wirksamer Gesellschaftsvertrag habe auch nicht bei der am 26.11.2002 erfolgten Beurkundung vorgelegen. Dies ergebe sich aus den Vorbemerkungen unter § 1 der Urkunde. Erstmals seien mit der Beurkundung die für die Errichtung der Gesellschaft vorgeschriebenen Formvorschriften beachtet worden. Die Beurkundung habe damit offensichtlich sowohl der Errichtung einer Handelsgesellschaft, nämlich der formwirksamen Errichtung einer GmbH & Co. KG wie auch der Beurkundung der erforderlichen Auflassung (Einbringung) gedient. Nachdem neben den - möglicherweise unvollständig beurkundeten - gesellschaftsrechtlichen Vereinbarungen auch die Auflassung des nach diesen Vereinbarungen auf die Gesellschaft zu übertragenden Grundstücks mit beurkundet und aufgrund der Auflassung das Grundstückseigentum auf die Gesellschaft umgeschrieben worden sei, dürfte zumindest heute die Heilungswirkung des § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB eingetreten sein. Bei der Erhebung der Kosten seien die Kostenbeamten auch jeweils davon ausgegangen, dass nicht nur eine Auflassung beurkundet worden sei; es sei auch berücksichtigt worden, dass auch Erklärungen beurkundet worden seien, die die Errichtung bzw. die Veränderung einer Handelsgesellschaft betrafen. Hätte bereits ein vollständiger formwirksamer Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG mit einer formwirksam begründeten Einbringungsverpflichtung bestanden, die nach den Angaben der Vertragsbeteiligten bereits von Anfang an hätte bestehen sollen, wäre es ausreichend gewesen, am 26.11.2002 lediglich die Auflassung zu beurkunden mit der dann die Gesellschaft begünstigenden Kostenfolge. Sollte für die Beurkundung zu Recht eine doppelte Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO angefordert worden sein, so könne dies nur daraus herrühren, dass auch Erklärungen beurkundet worden seien, deren materieller Inhalt die Errichtung bzw. Veränderung einer Handelsgesellschaft betreffe. Der Kläger bitte um Zuweisung eines Gebührenanteils nach § 11 Abs. 6 Satz 1a LJKG a.F. in der Höhe, die sich bei richtiger Bearbeitung des Vorgangs am Tag der Erstellung der Kostenrechnung am 07.03.2003 ergeben hätte. Der Beklagte habe keinen Anspruch auf Rückerstattung des zunächst gewährten Gebührenanteils in Höhe von 539,40 €. Die Gesellschafter der Kommanditgesellschaft hätten ausweislich der abgegebenen Erklärung in § 1 der Urkunde vom 26.11.2002 die Kommanditgesellschaft mit dem gesetzlich notwendigen Mindestinhalt formgerecht nachgündet. In § 2 der Urkunde sei erstmals formwirksam die gesellschaftsrechtliche Vereinbarung über die Verpflichtung des Herrn Thomas M. zur Einbringung eines Grundstückes getroffen worden. Die Einbringungsverpflichtung sei Inhalt der gesellschaftsrechtlichen Beziehungen der Gesellschafter miteinander. Es komme nicht darauf an, ob es sich um eine schwierige oder zeitaufwendige Beurkundung gehandelt habe. Der privilegierte Gebührenanteil sei auch dann fällig, wenn z.B. die Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einer Satzung mit dem gesetzlichen Mindestinhalt unter Verwendung eines von einem Rechtsanwalt vorbereiteten Entwurfs eines Gesellschaftsvertrages beurkundet werde.

Mit Bescheid vom 02.06.2005 teilte die Kostenbeamtin des Notariats X XXXXXXXX dem Kläger mit, es verbleibe bei dem nichtprivilegierten Gebührenanteil nach § 11 Abs. 1 bis 4 LJKG a.F.. Zur Begründung wurde Bezug genommen auf ein Schreiben der Präsidentin des Landgerichts XXXXXXXX und auf einen Erlass des Justizministeriums Baden-Württemberg vom 14.09.2004.

Auf den dagegen erhobenen Widerspruch änderte das Oberlandesgericht Karlsruhe den Bescheid der Kostenbeamtin des Notariats X XXXXXXXX vom 02.06.2005 mit Widerspruchsbescheid vom 29.03.2006 dahingehend ab, dass festgestellt werde, dass die dem Kläger für das Jahr 2003 zustehenden nichtprivilegierten Gebührenanteile gem. § 11 Abs. 1 bis 4 LJKG a.F. so zu berechnen seien, als hätte die Kostenbeamtin den dem Kläger für seine Tätigkeit in der Beurkundungssache 9 UR 1878/02 zuste-

henden nichtprivilegierten Gebührenanteil im März 2003 in das Gebührenanteilsverzeichnis A eingetragen. Dem Kläger stehe ein Betrag von weiteren 1,91 € zu. Die Absetzung dieses Betrages in dem für den Kläger geführten Gebührenanteilsverzeichnis A für 2004 sei rückgängig zu machen. Im Übrigen wies das Oberlandesgericht Karlsruhe den Widerspruch zurück. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, der Einbringungsvertrag vom 26.11.2002 habe nicht die Errichtung einer Handelsgesellschaft zum Gegenstand. Die Beurkundung dieses Vertrages stehe auch nicht deshalb einer Beurkundung über die Errichtung einer Handelsgesellschaft gleich, weil die formwirksame Auflassung in § 2 des Vertrages eine Voraussetzung für die Heilung des formnichtigen Gesellschaftsvertrages gewesen sei. Zwar hätte der Gesellschaftsvertrag nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB der notariellen Beurkundung bedurft, weil er die Verpflichtung des Kommanditisten zur Einlage eines Grundstückes enthalten habe. Die Vereinbarung über die Grundstückseinbringung sei deshalb gem. § 125 Satz 1 BGB formnichtig gewesen, wobei die Teilnichtigkeit im Zweifel die Nichtigkeit des gesamten Gesellschaftsvertrages zur Folge habe (§ 139 BGB). Hieran habe die Beurkundung des Einbringungsvertrages für sich genommen nichts geändert; vielmehr sei die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages erst mit der Eintragung der Kommanditgesellschaft als neue Eigentümerin im Grundbuch geheilt worden. Eine (formwirksame) Vereinbarung über die Nachgründung der Kommanditgesellschaft lasse sich weder dem Wortlaut des Vertrages entnehmen noch ergebe sie sich im Wege der Auslegung. § 1 des Einbringungsvertrages enthalte lediglich eine Beschreibung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse der Kommanditgesellschaft. Die Beschreibung setze die Kommanditgesellschaft ersichtlich als bestehend voraus und enthalte keine Vereinbarung über deren erneute Gründung. Einziges Ziel der Parteien sei es nach § 1 des Vertrages gewesen, die formgerechte Einbringung des Grundstückes in die Gesellschaft nachzuholen. Dementsprechend enthalte § 2 auch die hierfür erforderliche Willenserklärungen. Dies sei zum einen die schuldrechtliche Einigung über die Einbringung zwischen dem Veräußerer des Grundstückes und der erwerbenden Kommanditgesellschaft, vertreten durch die Komplementär-GmbH. Diese Einigung sei erforderlich gewesen, weil der Notar gem. § 925a BGB die Erklärung einer Auflassung nur entgegen nehmen dürfe, wenn die nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB erforderliche Urkunde über den Vertrag vorgelegt oder gleichzeitig errichtet werde. In Ermangelung einer durch den Gesellschaftsvertrag formwirksam begründeten Verpflichtung zur Einbringung des Grundstückes in die Gesellschaft habe deshalb eine entsprechende Vereinbarung zwischen dem Veräußerer und der Erwerblerin formwirksam getroffen werden müssen. Zum anderen habe als rechtsgeschäftlicher Teil der Übereignung die Auflassung gem. § 925 Abs. 1 BGB erklärt und beurkundet werden müssen. Die Abgabe weiterer Willenserklärungen, insbesondere solcher, die auf die Gründung einer Kommanditgesellschaft gerichtet gewesen wären, indem sie die Gesellschafter bestimmt, Art und Zweck der Gesellschaft festlegt oder die Rechte und Pflichten der Gesellschaft im Einzelnen geregelt hätten, sei dagegen für die wirksame Einbringung des Grundstückes nicht erforderlich gewesen. § 11 Abs. 6a LJKG a.F. sei auch nicht analog anzuwenden. Zwar sei durch die notarielle Beurkundung und die anschließende Eintragung der Eigentumsänderung im Grundbuch der formnichtige Gesellschaftsvertrag geheilt worden. Auch wenn die Beurkundung damit notwendige Voraussetzung für den Eintritt der gesetzlichen Rechtsfolge gewesen sei, führe dies aber nicht dazu, dass der Vertrag, was die Gebührenbeteiligung des Notars angehe, den in § 11 Abs. 6a LJKG a.F. genannten Verträgen über die Errichtung oder Änderung einer Handelsgesellschaft gleichzustellen wäre. Dem stehe die ratio legis der Vorschrift entgegen. Aus den gesetzlichen Materialien ergebe sich, dass mit der Gewährung eines privilegierten Gebührenanteiles besondere Kenntnisse aus dem Recht der Handelsgesellschaften honoriert und der mit solchen Beurkundungen regelmäßig verbundene höhere Zeitaufwand abgegolten werden solle. Diese Voraussetzungen seien hier nicht gegeben, da der Einbringungsvertrag nach Regelungsgehalt, Komplexität und Aufwand mit den in der Gesetzesbegründung genannten Fällen nicht vergleichbar sei. Die Beurkundung des Vertrages habe

weder besondere Kenntnisse auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts vorausgesetzt noch habe sie sich in besonderer Weise zeitaufwendig gestaltet. Seinen Arbeitsaufwand habe der Kläger mit 2 Stunden angegeben. Die Löschung des eingetragenen Gebührenanteiles sei zu Recht erfolgt. § 48 Abs. 4 LVwVfG stehe hier nicht entgegen. Die Bestimmung sei nicht anwendbar, da die Eintragung des Gebührenanteiles keinen begünstigenden Verwaltungsakt darstelle. Der zulässige Widerspruch sei hier insoweit begründet, als der Widerspruchsführer geltend mache, dass die ihm für das Jahr 2003 zustehenden Gebührenanteile so zu berechnen seien, als hätte die Kostenbeamtin den - allerdings nicht privilegierten - Gebührenanteil in der Beurkundungssache 9 UR 1878/02 bei Erstellung des Kostenansatzes im März 2003 in das Gebührenanteilsverzeichnis eingetragen.

Der Kläger hat am 27.04.2006 Klage erhoben. Zur Begründung führt er ergänzend aus, die Vereinbarung, dass Herr M. als Kommanditist eine - weitere - Einlage erbringe, nämlich das Grundstück in der XXXXXXXXstraße X, sei eine Vereinbarung auf Gesellschafterebene. Wäre die Vereinbarung nicht zwischen den Gesellschaftern einer Personengesellschaft, sondern von solchen einer GmbH getroffen worden, wären ebenfalls die Vereinbarungen über die Kapitalerhöhung durch Leistung einer Sacheinlage (Grundstück) als solche der Gesellschafter zu beurkunden gewesen. Nur das Erfüllungsgeschäft (Auflassung) sei Vertrag zwischen dem Grundstückseigentümer als solchem und der Gesellschaft (hier der KG). Daher komme es letztlich nicht darauf an, ob durch die Beurkundung die XXXX - XXXXXXX GmbH & Co. KG formwirksam nachgegründet worden sei. Es seien Vereinbarungen zwischen Gesellschaftern einer Kommanditgesellschaft getroffen worden, die sich zumindest als solche über die Veränderung einer Handelsgesellschaft darstellten. Wenn der Gesellschafter einer Handelsgesellschaft mit dem/den übrigen Gesellschafter(n) vereinbare, dass er einen bestimmten Gegenstand als Einlage in das Gesellschaftsvermögen zu erbringen habe, sei Inhalt dieser Vereinbarung stets - zumindest - die Veränderung des Gesellschaftsvertrages der Handelsgesellschaft. Die schuldrechtliche Vereinbarung sei eine des Gesellschaftsrechtes; nur die dingliche Übertragung (Auflassung) erfolge zwischen dem einbringenden Gesellschafter und der Gesellschaft als solche. Ob der der Handelsregisteranmeldung und Eintragung zugrundeliegende Gesellschaftsvertrag tatsächlich nichtig gewesen sei, sei am Tage der Beurkundung nicht abschließend zu entscheiden gewesen. Die Gesellschafter - alle repräsentiert durch Herrn M. - der aufgrund Eintragung im Handelsregister zumindest anscheinend wirksam gegründeten Kommanditgesellschaft hätten nämlich am 26.11.2002 nicht die Beurkundung eines ausführlichen Kommanditgesellschaftsvertrages verlangt. Sie hätten aber auf sofortiger Beurkundung der getroffenen Vereinbarung bestanden, insbesondere um die Vereinigung der Grundstücke Flst.Nrn. XXXX/X und XXXX/X und deren einheitliche Belastung vorzubereiten. Im Übrigen habe die Vereinbarung vom 26.11.2002 den Inhalt, dass eine Kommanditgesellschaft unter Festlegung der Gesellschafter und mit der Verpflichtung des Kommanditisten, ein näher beschriebenes Grundstück in die Gesellschaft einzubringen, (nach) gegründet worden sei. Dies sei Anliegen und Auftrag des Herrn M. gewesen, dem der Kläger zu entsprechen gehabt habe. Da nicht die Grenze des § 16 KostO erreicht oder überschritten sei, sei keine Bewertung darüber vorzunehmen, ob der Kläger richtig oder falsch, sachgerecht oder weniger sachgerecht beurkundet habe. Wenn in § 5 der Urkunde vom 26.11.2002 zwischen den Gesellschaftern der Kommanditgesellschaft vereinbart sei, dass Gegenleistungen in Geld von Herrn M. wegen der Einbringung des Grundstückes nicht geschuldet seien und vorsorgliche Vereinbarungen über bereits bestehende Darlehensverbindlichkeiten getroffen seien, für die die Kommanditgesellschaft ausweislich der Eröffnungsbilanz zum 01.01.2002 offenbar bereits persönlich haftet habe, handele es sich hierbei um solche Vereinbarungen, die als Inhalt des Gesellschaftsvertrages die Rechte und Pflichten der einzelnen Gesellschafter ausgestalteten und regelten. Inhalt des Gesellschaftsvertrages seien alle Bestimmungen und Regelungen, die die Gesellschafter durch ihre Vereinbarung zum Inhalt des Gesellschaftsvertrages machten. Solche Vereinbarungen hätten die XXXX - XXXXXXX GmbH

als Komplementärin der KG und Herr M. als Kommanditist am 26.11.2002 beschlossen. Es komme nicht darauf an, ob der Kläger am 26.11.2002 eine schwierige und/oder zeitaufwendige Beurkundung vorgenommen habe. Es stehe etwa völlig außer Frage, dass der Notar im Landesdienst auch für die Beurkundung der Sitzverlegung einer Handelsgesellschaft eine privilegierte Gebührenbeteiligung erhalte (eine einfache schnell zu erledigende Beurkundung), während die Beurkundung eines Hofübergabevertrages, die in jeder Hinsicht sehr aufwendig sein könne, nicht privilegiert sei. Es komme auch nicht darauf an, ob spezifisch gesellschaftsvertragliche oder unspezifische Vereinbarungen Inhalt des Gesellschaftsvertrages oder Gegenstand seiner Veränderung seien. Im Übrigen sei nicht ersichtlich, was nach Auffassung des Beklagten spezifisch gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen in einem Gesellschaftsvertrag seien. Dass es sich bei Vereinbarungen eines Gesellschafters einer Handelsgesellschaft mit den übrigen Gesellschaftern über die Einbringung von Einlagen in das Gesellschaftsvermögen, insbesondere von Sacheinlagen, um besondere gesellschaftsrechtliche handele, sei in Rechtsprechung und Literatur zu § 27 Abs. 1 AktG anerkannt, in dem Sacheinlagen von Sachübernahmen unterschieden würden. Wenn schon für die Kapitalgesellschaft gelte, dass es sich bei dem Einbringungsvertrag um ein körperschaftsrechtliches Rechtsgeschäft eigener Art handle, sei nicht ersichtlich, weshalb die Einbringungsvereinbarung des Gesellschafters einer Personengesellschaft nicht gesellschaftsrechtlicher Natur sein solle.

Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung seine Klage in Höhe von 1,91 € zurückgenommen. Er beantragt nunmehr,

den Bescheid der Kostenbeamtin des Notariats X XXXXXXXX vom 02.06.2005 in Gestalt des Widerspruchsbescheids des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 29.03.2006 aufzuheben und den Beklagten zu verurteilen, ihm einen weiteren Betrag von 1.074,29 € in Ergänzung zu dem bislang angewiesenen Gebührenanteil für den Beurkundungsvorgang 9 UR 1878/02 zu zahlen.

Der Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

Zur Begründung führt er ergänzend aus, Ziel der Parteien des notariellen Vertrages vom 26.11.2002 sei es gewesen, die Übertragung des Grundstücks an die Gesellschaft vorzunehmen, wie es in dem formunwirksamen Gesellschaftsvertrag aus dem Jahr 2001 vorgegeben gewesen sei, und als weitere Rechtsfolge die Heilung des gesamten Vertrages gem. § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB zu bewirken. Willenserklärungen, die auf eine Nachgründung der Kommanditgesellschaft gerichtet gewesen wären, ließen sich der Urkunde nicht entnehmen. Es liege auch keine Beurkundung über die Veränderung einer Handelsgesellschaft vor. Wie sich aus den beiden anderen Fallgestaltungen in § 11 Abs. 6a LJKG a.F. -Errichtung bzw. Auflösung einer Handelsgesellschaft - ergebe, werde auch mit der Formulierung „Beurkundung über die Veränderung einer Handelsgesellschaft“ auf spezifisch gesellschaftsrechtliche Gestaltungen Bezug genommen, die das Gesellschaftsverhältnis als solches betreffen, indem sie die im Gesellschaftsvertrag niedergelegten Rechte und Pflichten der einzelnen Gesellschafter ausgestalteten oder modifizierten. Hierzu zähle gerade nicht die vorliegende Beurkundung. § 11 Abs. 6a LJKG a.F. privilegiere die Beurkundung bestimmter gesellschaftsrechtlicher Vereinbarungen, weil in diesen Fällen regelmäßig eine besondere Beanspruchung des Notars gegeben sei, die durch den normalen Gebührenanteil nicht hinreichend abgegolten erscheine. Dieser Vorschrift liege eine typisierende Betrachtung zugrunde, bei der es selbstverständlich nicht darauf ankomme, ob die Beurkundung im Einzelfall besonders schwierig sei oder nicht. Entscheidend sei aber, dass es sich um eine spezifisch gesellschaftsrechtliche Gestaltung handeln müsse.

Dem Gericht liegen die einschlägigen Akten des Beklagten (Sonderband des Landgerichts Freiburg und Widerspruchsakte des Oberlandesgerichts Karlsruhe) vor.

Entscheidungsgründe :

Soweit der Kläger in der mündlichen Verhandlung die Klage hinsichtlich des mit Widerspruchsbescheid gewährten weiteren Betrages von 1,91 € zurückgenommen hat, wird das Verfahren eingestellt (§ 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO).

Die Klage ist als kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage nach §§ 126 BRRG, 40, 42, 43 Abs. 2 VwGO zulässig und begründet. Der Kläger kann für die Beurkundungssache 9 UR 1878/02 des Notariats XXXXXXXX einen privilegierten Gebührenanteil nach § 11 Abs. 6 Satz 1a LJKG a.F. beanspruchen. Der Bescheid der Kostenbeamtin des Notariats X XXXXXXXX vom 02.06.2005 in Gestalt des Widerspruchsbescheids des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 29.03.2006 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Nach § 11 Abs. 6 Satz 1a LJKG a. F. werden u.a. die Gebühren für Beurkundungen und Entwürfe einschließlich der Gebühr nach § 58 der Kostenordnung über die Errichtung, Veränderung oder Auflösung einer Handelsgesellschaft dem Notar zur Hälfte überlassen. Im Fall des Klägers ist - nach übereinstimmender Auffassung der Beteiligten - § 11 Abs. 6 Satz 2 LJKG a.F. einschlägig, so dass sich der Gebührenanteil am Mehrbetrag auf zwei Zehntel - hier von 5.394,-- € - reduziert.

Offen bleiben kann, ob der „Einbringungsvertrag“ vom 26.11.2002 die Errichtung einer Handelsgesellschaft zum Inhalt hatte. Jedenfalls liegt eine Vereinbarung über die Veränderung einer Handelsgesellschaft vor. Von einer solchen Veränderung ist auszugehen, wenn der Gesellschaftsvertrag geändert wird. Dies war hier der Fall. Denn der alleinige Kommanditist der XXXX-XXXXXX GmbH & Co. KG Thomas M. hat in § 2 des notariellen Vertrages die Verpflichtung zur Einbringung des Grundstücks Flst.Nr. XXXX/X mit allen Bestandteilen und dem gesetzlichen Zubehör in die Kommanditgesellschaft übernommen. Die Erklärung zur Einbringung des Grundstückes wurde in § 2 des notariellen Vertrages durch die XXXX-XXXXXX GmbH & Co. KG angenommen. Damit beinhaltet der notarielle Vertrag nicht lediglich die Übereignung des Grundstückes und ist daher auch nicht als bloßes Vollziehungsgeschäft anzusehen. Es liegt vielmehr eine Vereinbarung auf Gesellschafterebene vor, da (erstmalig) formwirksam die Verpflichtung zur Einbringung des Grundstückes durch den alleinigen Kommanditisten Thomas M. begründet wurde. Entgegen der Annahme des Beklagten hatte Thomas M. im Gesellschaftsvertrag vom 28.12.2001 - abgesehen davon, dass eine solche Verpflichtung nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB der Beurkundung bedurft hätte - nicht die Verpflichtung zur Einbringung des Grundstücks Flst. Nr. XXXX/X übernommen. In III., 2. des Vertrages ist zwar vorgesehen, dass er zum 01.01.2002 weiterhin als Einlage alle wesentlichen Betriebsgrundlagen und Verbindlichkeiten des bisher als Teilbetrieb geführten XXXXXXXXbetriebes einbringe. Die Klausel bezieht sich aber nicht - wie dies für die Begründung einer Verpflichtung erforderlich gewesen wäre - ausdrücklich auf das Betriebsgrundstück Flst.Nr. XXXX/X.

Hinzu kommt, dass unter § 5 („Gegenleistungen“) des notariellen Vertrages erstmals vereinbart wurde, dass Herrn M. Gegenleistungen in Geld wegen der Erbringung des Grundstückes nicht geschuldet seien und die Kommanditgesellschaft verpflichtet sei, Herrn M., soweit eine persönliche Haftung wegen eingegangener Darlehensverpflichtungen bestehe, von jeglicher Inanspruchnahme für Verzinsung und Tilgung solcher Darlehensverpflichtungen freizustellen. Der Gesellschaftsvertrag vom 28.12.2001 enthält keine Regelungen über Gegenleistungen und die Freistellung von Darlehensverpflichtungen.

Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass sich Thomas M. unter III., 2. des Gesellschaftsvertrages zur Einbringung des Grundstückes Flst. Nr. XXXX/X verpflichtet haben sollte, wäre diese Vereinbarung wegen Verstoßes gegen § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam gewesen mit der Folge, dass Thomas M. im notariellen „Einbringungsvertrag“ vom 26.11.2002 erstmalig formwirksam die Verpflichtung zur Einbringung des Grundstückes übernommen hätte. Darin liegt eine Regelung hinsichtlich seiner Pflichten als Kommanditist der KG und damit auch eine Veränderung der Gesellschaft. Die Einbringung des Grundstück-

kes sowie die Vereinbarung über „Gegenleistungen“ stellt sich als Erhöhung der Einlage dar bzw. als Einigung über die Leistung von Beiträgen, die zum Mindestinhalt eines Gesellschaftsvertrages gehört (vgl. Ebenroth, Boujong, Joos, HGB, 1. Aufl. 2001, § 105 Rn. 41, 11). Durch die nachträglich getroffenen Regelungen zu den Rechten und Pflichten der an der Gesellschaft Beteiligten, insbesondere durch die von Thomas M. erstmals wirksam übernommene Verpflichtung zur Einbringung eines Grundstückes erfolgte eine - nach § 11 Abs. 6 Satz 1a LJKG a.F. privilegierte - Änderung des Gesellschaftsvertrages der KG (vgl. Böhringer/Falk, Landesjustizkostengesetz Bad.-Württ., 8. Aufl. § 12 LJKG Rn. 10).

Dass mit der im „Einbringungsvertrag“ übernommenen Einbringungsverpflichtung eine Änderung des Gesellschaftsvertrages verbunden war, ist selbst dann anzunehmen, falls der Vertrag vom 28.12.2001 unter III., 2. eine Verpflichtung des Thomas M. zur Einbringung des Grundstückes beinhalten sollte. Auch in diesem Fall hätte ein wirksamer, einer Veränderung zugänglicher Gesellschaftsvertrag vorgelegen. Zwar wäre die Klausel wegen fehlender notarieller Beurkundung unwirksam gewesen. Die Teilnichtigkeit des Gesellschaftsvertrages hätte aber nicht des-

sen Gesamtnichtigkeit zur Folge gehabt. Denn es greifen die Sonderregeln über die fehlerhafte Gesellschaft ein, sofern Nichtigkeitsgründe bezüglich des Gesellschaftsvertrages vorliegen. Bei der Nichtigkeit von Einzelbestimmungen gilt § 139 BGB, soweit die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft eingreifen, nicht. Die Nichtigkeit von Einzelbestimmungen hat daher in diesen Fällen nicht die Nichtigkeit des Gesamtgesellschaftsvertrages zur Folge (vgl. Baumbach/Hopt, HGB, 30. Auflage, § 105 Rn. 50, 57 unter Hinweis auf BGHZ 49, 365). Gerade davon ist hier auszugehen, nachdem die XXXXXXX - XXXX GmbH & Co.KG zum 01.01.2002 begonnen hat und im April 2002 im Handelsregister eingetragen wurde.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 154 Abs. 1, 155 Abs. 1 Satz 3 entsprechend VwGO.

Soweit das Verfahren nach teilweiser Klagerücknahme eingestellt wurde, ist die Entscheidung unanfechtbar (§ 92 Abs. 3 Satz 2 VwGO).

Mitgeteilt durch Notar Dieter Ekkernkamp, Freiburg

Buchbesprechungen

Waldner, Beurkundungsrecht für die notarielle Praxis.

Von Dr. Wolfram Waldner, Notar in Bayreuth, Lehrbeauftragter an der Universität Erlangen-Nürnberg.

Erich Schmidt Verlag, Berlin, 2007, 1. Auflage, 170 Seiten, kartoniert/broschiert, € 24,80

Ziel des Autors ist es, dem Praktiker im Notariat kurz und prägnant Antworten auf Fragestellungen zu geben, mit denen er in der täglichen Praxis konfrontiert wird und die er auch unter Zuhilfenahme von Kommentaren zum Beurkundungsrecht oftmals nicht oder nur schwer findet.

Um es vorwegzunehmen: Der Inhalt des Buches wird diesem Ziel gerecht.

Das Buch überzeugt durch seine gut strukturierte und systematische Gliederung zu einzelnen Themen und deren kompakte und stets verständliche Darstellung.

In zahlreichen Fußnoten verweist der Autor auf die aktuellste im Zeitpunkt der Herausgabe des Buches bekannte Rechtsprechung zum Beurkundungsrecht und auf Kommentar-Fundstellen. Mit Hilfe dieser Verweise kann der Anwender vertieft Fragen nachgehen; er wird jedoch in der Regel bereits in diesem Buch eine Antwort finden.

Das Stichwortverzeichnis lässt keine Wünsche offen; es verweist sowohl auf die Buchseiten als auf die zahlreichen zusätzlich angebrachten Randnummern in den einzelnen Kapiteln.

Über seine Ausführungen zu den Funktionen der notariellen Tätigkeit, zu den Grenzen der Beurkundungsbefugnis und zu den Kardinalpflichten im Beurkundungsverfahren kommt der Autor zum Schwerpunkt des Buches, der Beurkundung von Willenserklärungen.

Gefallen hat mir in diesem Kapitel insbesondere die detaillierte Darstellung zur Beurkundung von Verbraucherverträgen und zu § 17 II a BeurkG. Der Autor beschränkt sich dabei nicht nur auf die Darstellung der bestehenden Rechtslage, sondern bringt auch seine Kritik an der aus seiner Sicht „insgesamt wenig durchdachten Regelung“ des Nebeneinanders von § 17 II a 1 und § 17 II a 2 Nr. 2 BeurkG zum Ausdruck. In übersichtlicher Weise folgt im Anschluss daran die Zusammenstellung der allgemein anwendbaren bzw. der heute überwiegend anerkannten

Grundsätze über die Gestaltung des Beurkundungsverfahrens bei Verbraucherverträgen.

Mit seinen weiteren Ausführungen in den Kapiteln („Andere Beurkundungen“, „Mitwirkungsverbote“, „Original, Ausfertigung, Abschrift“, „vollstreckbare Urkunden“, „Pflicht zum Vollzug“ und „Behandlung der Urkunden“) lässt der Autor keine Wünsche an eine Darstellung aller für die Beurkundungspraxis notwendigen Themenbereiche offen.

Erwähnt sei, dass der Autor in seiner Darstellung über die Berichtigung einer notariellen Urkunde (§ 44 a BeurkG) auch erwähnt, wann beispielsweise eine offensichtliche Unrichtigkeit der Urkunde vorliegt, die über § 44 a BeurkG bereinigt werden kann (so u.a. die Verwechslung der Bezeichnung „Verkäufer/Käufer“ in der Kaufurkunde).

Schließlich befasst sich der Autor in Kapitel 12 noch mit besonderen Fällen (Eigenurkunde des Notars, behinderte Beteiligte, Zeugenbeziehung, Testamente und Erbverträge, u.a.m.)

Fazit:

Mir hat das Buch angesichts seiner kompakten Form und der Qualität der Darstellung gut gefallen. Es ist spürbar, dass der Autor ein erfahrener Praktiker ist. Ihm gelingt es mit diesem Werk, der notariellen Praxis eine gut gegliederte Arbeitshilfe zur Verfügung zu stellen. Das Buch sollte deshalb in keinem Notariat fehlen.

Walter Strobel, Notar, Maulbronn

Storz, Praxis der Teilungsversteigerung, von Karl-Alfred Storz, C.H. Beck Verlag, 3. Auflage, 444 Seiten, 48 €

Die Teilungsversteigerung ist in den §§ 180-185 ZVG geregelt, wobei die Regeln über die Forderungszwangsversteigerung entsprechend anzuwenden sind jedoch mit einigen Besonderheiten, insbesondere bei den Einstellungsmöglichkeiten (§ 180 Abs. 2 bis 4 ZVG), Antragsvoraussetzungen (§ 181 ZVG), Regeln für das geringste Gebot (§ 182 ZVG), Mietern und Pächtern (§ 183 ZVG) und Fragen der Sicherheitsleistung (§ 184 ZVG) sowie der Zuweisung eines landwirtschaftlichen Betriebes (§ 185 ZVG).

Das vorliegende Buch ergänzt das Parallelwerk des Autors zur Forderungszwangsvollstreckung. Erfreulicherweise spart der Autor jedoch mit Querverweisen auf das Parallelwerk, sodaß das Buch aus sich heraus verständlich und gut lesbar ist. Obwohl das Buch von einem Praktiker für Praktiker geschrieben ist, werden die dogmatischen und rechtlichen Grundlagen eingehend erörtert. Beim Meinungsstreit, ob die Teilungsversteigerung eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung sei, bejaht dies der Autor – einer im Vordringen befindlichen Mindermeinung folgend – mit der Begründung, daß der Anteil des Antragsgegners diesem gegen seinen Willen mit Hilfe staatlicher Gewalt weggenommen würde. Konsequenterweise bejaht er deswegen auch die Anwendbarkeit der Vollstreckungsschutzvorschriften des § 765 a ZPO wegen Vorliegen einer Härte, die mit den guten Sitten nicht vereinbar ist. Brüche innerhalb dieser Meinung zeigen sich jedoch, wenn der Autor mit der herrschenden Meinung die Möglichkeit verneint, daß Vollstreckungsgläubiger der Teilungsversteigerung beitreten. Gelegentlich ist die Auffassung des Autors an verschiedenen Stellen des Buches nicht einheitlich, so wenn der Autor zwar auf S. 191 mit der herrschenden Meinung die Ausübbarkeit des gesetzlichen Vorkaufsrechtes der Gemeinde nach § 24 BauGB in der Teilungsversteigerung verneint, andererseits aber in den Taktischen Hinweisen auf S. 139 dem Rechtspfleger empfiehlt, rechtzeitig vor dem Versteigerungstermin mit der Gemeinde die Ausübung des Vorkaufsrechtes abzuklären.

Zielgruppe des Buches sind in erster Linie die mit der Zwangsvollstreckung befassten Rechtspfleger sowie die auf der Gegenseite damit betrauten Rechtsanwälte und Mitarbeiter in den Vollstreckungsabteilungen der Kreditinstitute. Diese finden in dem Werk eine verlässliche Beschreibung aller einschlägiger Probleme der Teilungsversteigerung. Hilfreich sind insoweit auch die am Ende jedes Kapitels angefügten taktischen Hinweise. Wenngleich der Notar sich für die tägliche Arbeit nicht mit allen Details der Teilungsversteigerung beschäftigen wird – wie etwa bei der Feststellung des geringsten Gebots oder den Folgen des Beitritts usw. –, sind einige Besonderheiten für die Vertragsgestaltung gleichwohl von grundlegender Bedeutung:

Durch die Teilungsversteigerung wird zwar die Gemeinschaft am Grundstück aufgehoben nicht jedoch die Gemeinschaft als solche, die sich am Erlös fortsetzt. Unterbleibt eine übereinstimmende Erklärung der Miteigentümer über die Erlösverteilung, hinterlegt das Versteigerungsgericht deswegen den Erlös unverteilt für die Gemeinschaft.

Der Ausschluss des Rechts, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen bringt den Miteigentümern nicht die erhoffte Sicherheit vor einer zwangsweisen Auseinandersetzung: zum einen kann die Auseinandersetzung dennoch verlangt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 749 Abs. 2 Satz 1 BGB), zum anderen wirkt die Vereinbarung nicht gegenüber Pfändungsgläubigern eines Miteigentümers (§ 751 Satz 2 BGB): der Anspruch jedes Miteigentümers auf Aufhebung der Gemeinschaft, Mitwirkung bei der Teilung und Auszahlung des Erlösanteils ist von den Gläubigern des Miteigentümers pfändbar. Wenngleich entgegen der Auffassung des Autors (S. 127) die Pfändung dieser Ansprüche im Grundbuch nicht eintragbar ist (Böttcher, Zwangsvollstreckung im Grundbuch, 2. Auflage, Randnummer 365 m.w.N.), so ist der Pfändungsgläubiger in jedem Fall anschließend befugt, die Teilungsversteigerung zu betreiben. Gerade hier zeigt sich der entscheidende Unterschied zur unauflösbaren Wohnungseigentümergeinschaft.

Ein Vollstreckungstitel ist zur Antragstellung bei der Teilungsversteigerung nur erforderlich, wenn im Grundbuch vermerkt ist, daß das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ausgeschlossen ist. Schließlich kann die Frage, ob ein wichtiger Grund vorliegt, die Aufhebung trotz dieser Vereinbarung zu betreiben, nur vor dem Prozessgericht und nicht vom Versteigerungsgericht geklärt werden.

Belastungen eines Bruchteils fallen nicht in das geringste Gebot, wenn ein anderer Miteigentümer die Teilungsversteigerung betreibt (§ 182 Abs. 1 ZVG) und erlöschen deswegen mit dem Zuschlag (§ 91 Abs. 1 ZVG). Den Kreditinstituten ist

diese Folge wohl bekannt, weswegen Grundpfandrechte an Bruchteilen nur ganz ausnahmsweise zur Kreditsicherung akzeptiert werden. Schutz gegen das ungewollte Erlöschen bietet ein nachrangiges alle Anteile belastendes Recht.

Die durch die Anordnung der Teilungsversteigerung eintretende Beschlagnahme hindert die Eigentümer nicht, gemeinsam über das ganze ungeteilte Grundstück zu verfügen.

Eingehend beschäftigt sich der Autor an verschiedenen Stellen des Buches mit der früher weit verbreiteten Praxis, die Teilungsversteigerung dadurch zu verhindern, daß der veräußerungswillige Miteigentümer seinen Anteil übermäßig belastet und später der Teilungsversteigerung beitrifft. Da die Belastung dann ins geringste Gebot fällt und zusätzlich ein hoher Ausgleichsbetrag für die nicht belasteten Anteile bar zu entrichten ist, werden Bietinteressenten von vorneherein abgeschreckt. Dieser Vorgehensweise hat die Rechtsprechung schon seit längerem eine Absage erteilt. Hierbei wurden im wesentlichen vier Theorien entwickelt, um das Problem in den Griff zu bekommen, von denen sich offensichtlich die sogenannte „Niedrigstwert-Theorie“ als überwiegende Ansicht durchgesetzt hat: Betreiben mehrere Antragsteller die Teilungsversteigerung, so bestimmt das Versteigerungsgericht in Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben des § 182 ZVG das geringste Gebot nach demjenigen Bruchteil, für den es am niedrigsten wäre, wenn er allein betreiben würde. Der Forderung des Autors, daß solche gravierenden Abweichungen von den gesetzlichen Bestimmungen besser durch eine Gesetzesänderung geregelt würden, als durch die nicht ganz einheitliche Rechtsprechung, ist zuzustimmen.

Holger Weidenmann, Notar, Filderstadt

Groll, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, von Klaus-Michael Groll (Hg), Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, 2. neubearbeitete Auflage 2005, € 149,00.

Auf ca. 2180 Druckseiten stellen 21 Autoren aus Wissenschaft und Praxis umfassend das Rechtsgebiet Erbrecht mit angrenzenden Gebieten dar. Zielgruppe des Werks dürfte überwiegend die anwaltliche Beratungs- und Gestaltungspraxis sein.

Das Buch ist in sechs große Teile untergliedert:

- A. Grundüberlegungen zur Vermögens- und Nachlassplanung in der Beratung (S. 2 – 41)
- B. Das Mandat vor dem Erbfall – Gestaltung letztwilliger Verfügungen (S. 43 – 1039)
- C. Das Mandat nach dem Erbfall (S. 1041 – 1916)
- D. Das Schenkungs- und Erbschaftssteuerrecht (S. 1917 – 2045)
- E. Neue Bundesländer und Erbrecht (S. 2047 – 2107)
- F. Der Erbfall mit Auslandsberührung (S. 2109 – 2181)

Die Inhaltsübersicht (S. VII – XXXVII) erschließt zusammen mit dem Sachregister (S. 2183 – 2262) den Band. Vor jedem Kapitel ist ein detailliertes Inhaltsverzeichnis abgedruckt. Im Text sind eine Reihe von Musterformularen angeführt, die aber leider nicht auf CD-Rom verfügbar sind.

Anordnung und Einteilung der Unterkapitel des Werks kann nicht richtig überzeugen.

Das beginnt schon formal damit, daß die Kapitelzählungen mit römischen Ziffern doppelt belegt sind. So wird unter C I. IV. das gesetzliche Erbrecht des nichtehelichen Kindes geführt. Diese Zählung dient nicht der Klarheit.

Aber auch materiell ist die Anordnung des Stoffes nicht wirklich geglückt. Warum die gesetzliche Erbfolge – deren Feststellung bei erbrechtlicher Beratung und Gestaltung (mit) am Anfang der Stoffsammlung stehen muß (Pflichtteilsrecht!) – erst beim „Man-

dat nach dem Erbfall“ (C I., S. 1042 ff) behandelt wird, ist unklar.

Deutlich wird dies auch im Detail in dem zentralen Kapitel B (Das Mandat vor dem Erbfall – Gestaltung letztwilliger Verfügungen). Schon der erste Unterabschnitt zur lebzeitigen Vermögensübertragung (B. I.) ist ebenso wenig wie der zu den sog. Patientenverfügungen (B. XVI.) bei den letztwilligen Verfügungen richtig aufgehoben. Unter der Rubrik „Formen letztwilliger Verfügungen“ (B. II.) findet sich zunächst etwas über die Testierfähigkeit des Erblassers (B II. I.). Die verschiedenen Formen von Verfügungen von Todes wegen wiederum werden dann verstreut behandelt: So trennen das Testament (B. II. II.) und den Erbvertrag (B II. V.) Abschnitte über Änderung, Widerruf und Anfechtung der Verfügung von Todes wegen, (B. II. III.) sowie über die Hinterlegung, Ablieferung und Eröffnung (!) des Testaments (B. II. IV.).

Das gemeinschaftliche Testament wiederum findet sich bei den Formen letztwilliger Verfügungen überhaupt nicht – ihm ist vielmehr ein eigenes gesondertes Unterkapitel gewidmet (B. VII.).

Dieser Aufbau ist leider sehr unübersichtlich. Die Nutzbarkeit des Werkes würde durch eine stringenter Anordnung des Stoffes deutlich erhöht.

Zum sachlichen Inhalt stichprobenartig:

Das einleitende Kapitel von *Steiner* (Grundüberlegungen zur Vermögens- und Nachlassplanung) ist informativ. Zu Recht weist der Verfasser auf die Erwartungen des ratsuchenden Mandanten hin, auf die sich der Berater einzustellen hat sowie darauf, daß die Planung des Nachlasses nicht isoliert von sonstiger Finanz- und Vermögensplanung gesehen werden kann. Erwägungen zur Honorarfrage und der Gefahr der Haftung sowie Möglichkeiten für den Rechtsanwalt, diese zu beschränken, schliessen sich an. Unter dem Stichwort der Methodik der Nachlassplanung (A Rn 102 ff) werden Arbeitsschritte und Checklisten zur Strukturierung des Arbeitsganges aufgezeigt.

Dieser Abschnitt ist sehr gedankenreich. Er vergegenwärtigt die verschiedenen Blickwinkel auf die Situation erbrechtlicher Beratung.

Die Darstellung des Rechts des Gemeinschaftlichen Testaments von *Edenfeld* ist ausführlich und verständlich geschrieben (B VII., S. 438 ff). Die Beratungshinweise sind durchweg hilfreich. Sie beschreiben typische Beratungssituationen, die die praktische Relevanz der rechtlichen Probleme aufzeigen. Dies gilt etwa für die Änderung eines privatschriftlichen Ehegattentestaments durch Streichungen von Passagen mit anschließender Unterschrift beider Erblasser (B VII. Rn 14). Zu recht weist der Autor darauf hin, daß dies unterbleiben solle. Denn durch eine solche Änderung der Testamentsurkunde wird zuviel Unsicherheit verursacht.

Nicht immer sind Textstellen aufeinander abgestimmt. Im Hinblick auf die Frage, welche Verfügungen bei Ableben des Erstversterbende vom Nachlaßgericht zu eröffnen sind, weist *Edenfeld* zutreffend auf das berechtigte Interesse des Überlebenden hin, seine Verfügungen geheim zu halten (B VII Rn 19). Dies führt zu dem – richtigen - Ratschlag, die Verfügungen möglichst *getrennt* zu formulieren. Dennoch formuliert *Edenfeld* zur gegenseitigen Erbeinsetzung wie folgt:

„Wir setzen uns gegenseitig zu Erben ein“ (B. VII. Rn 12; ähnlich unter B VII. Rn 55, 61, 70, 109, 112 u.ö.).

Im Hinblick auf eine gesonderte Eröffnung wäre die getrennte Variante vorzugswürdig, sie etwa so lauten könnte:

„1. Verfügung der Ehefrau

Für den Fall des Vorversterbens setze ich, Verena V., meinen Ehemann Bruno B. zum Alleinerben ein.

2. Verfügung des Ehemannes:

Für den Fall des Vorversterbens setze ich, Bruno B., meine Ehefrau Verena V. zur Alleinerbin ein.“

Die Mängel bei der Stoffgliederung zeigen sich auch im Kapitel B VII. So wird die Eröffnung des gemeinschaftlichen Testaments in Rn 19 ebenso wie die Rücknahme aus der besonderen amt-

lichen Verwahrung in Rn 18 unter „Errichtung als ordentliches öffentliches Testament“ (B VII. I. 2. B, S. 445 f) behandelt. Beide Punkte haben mit der Errichtung nur mittelbar zu tun. Im übrigen gilt für die Eröffnung eines privatschriftlichen gemeinschaftlichen Testaments nichts anderes als für die eines notariellen. Zur Rücknahme ist zu bemerken: Auch das privatschriftliche Ehegattentestament kann nur von beiden Ehegatten gemeinsam aus der Verwahrung zurückgenommen werden. Der Unterschied liegt allein darin, dass bei der Rücknahme des beurkundeten Testaments die Widerrufsfiktion eintritt (§ 2256 Abs. 1 Satz 1 BGB), beim privatschriftlichen Ehegattentestament gilt das nicht.

Bei Gestaltung von Ehegattentestamenten stellt sich immer die Frage nach der möglichen Störungsquelle von Pflichtteilsrechten der Abkömmlinge. Dies wird bei *Edenfeld* in B VII. Rn 59 f und Rn 72 ff behandelt. Die Problematik entsteht, wenn der überlebende Ehegatte Alleinerbe wird und die Kinder Schlußerben. Dann sind die Kinder auf den ersten Erbfall enterbt und pflichtteilsberechtigt (§ 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Problematik entsteht auch, wenn der Überlebende alleiniger Vorerbe wird und die Kinder Nacherben, soweit die Voraussetzungen von § 2306 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 BGB vorliegen (wenn dem Nacherben mehr als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils zugedacht ist und er ausschlägt).

Den Ehegatten ist es in beiden Fällen in der Regel unlieb, wenn beim Tod des ersten von ihnen ein Pflichtteilsanspruch geltend gemacht wird.

Zutreffend arbeitet *Edenfeld* ungünstige Regelungen heraus (Rn 72 ff), die es zu vermeiden gilt. Zur Reaktion auf unliebsame Pflichtteilsforderungen werden von ihm die folgenden Varianten vorgeschlagen: eine Verwirkungsklausel, d.h. Pflichtteils Klausel mit Enterbung des Pflichtteils gläubigers (Rn 60 und 75), die Jastrow'sche Klausel (Enterbung mit Vermächtnissen zugunsten der „braven“ Abkömmlinge, Rn 77) und der Pflichtteilsverzicht (Rn 79).

Die Verwirkungsklausel wird wie folgt formuliert (Rn 75):

„Schlusserben nach dem Tod des letztversterbenden Ehegatten sind unsere gemeinsamen Kinder zu gleichen Teilen. Verlangt eines unserer Kinder nach dem Tod des erstversterbenden Elternteils den Pflichtteil, erhält es ebenso wie seine Abkömmlinge auch nach dem Tod des Letztversterbenden nur den Pflichtteil.“

In der Sache wird so eine bedingte Enterbung ausgesprochen. Diese Klausel hat den Vorteil der Klarheit für sich (auch wenn man statt „eines unserer Kinder“ besser „einer unserer Abkömmlinge“ formulierte, um auch den pflichtteilsbegehrenden Enkel zu erfassen). Indes birgt sie m.E. Probleme. Mit dem Automatismus der Enterbung ist nicht immer allen gedient. Gerade bei größeren Vermögen kann es wirtschaftlich sinnvoll sein, daß ein Pflichtteilsanspruch geltend gemacht wird, um die Erbschaftssteuerbelastung des Alleinerben zu senken. Auch an eine „einvernehmliche“ Pflichtteilsdurchsetzung die Enterbung zu knüpfen, wird oftmals nicht gewollt sein.

Als weniger einschneidende Alternative bietet sich an, auf die Geltendmachung des Pflichtteils gegen den Willen des Alleinerben abzustellen. Im übrigen ist auf die bei *Edenfeld* nicht behandelte Variante zu verweisen, statt einer zwingenden Enterbung dem überlebenden Ehegatten eine Änderungsmöglichkeit zu gewähren. Dies wird etwa von *Langenfeld* vorgeschlagen (Testamentsgestaltung, 3. Auflage, 2002, Rn 343, Muster 106). Diese Alternative ist weniger einschneidend und ermöglicht dem Überlebenden mehr Flexibilität. Jedenfalls sehr häufig, wenn nicht gar zumeist, ist sie interessensgerecht.

Im Abschnitt B. XVI. „Die sog. Patientenverfügungen“ stellt *Spikhoff* den Problembereich der Willensdurchsetzung bei schwerer Erkrankung dar. Insbesondere die Möglichkeit, durch eigene Erklärung verbindliche Vorsorge für Behandlungssituationen zu treffen („Patiententestament“, B. XVI. Rn 22 ff, Muster Rn 37), oder durch Bevollmächtigung einen anderen hierzu zu ermächtigen („Vorsorgevollmacht“, B. XVI. Rn 27 ff, Muster Rn 38) werden hier behandelt.

Instruktiv sind die medizinrechtlichen Ausführungen über den Hintergrund von Intensivbehandlung, Sterbehilfe, sowie die Fähigkeit von Patienten zu Einwilligung und Äußerung (B. XVI. II. und III.) Gleiches gilt für die Ausführungen und Hinweise zu Sektion und Organtransplantation (B. XVI. Rn 9 – 11). Die Darstellung und Stellungnahme zum geplanten Entwurf einer Änderung des Betreuungsrechts (B. XVI. VII.) zeigen die Vorläufigkeit und Unsicherheit der gegenwärtigen Gesetzeslage.

Den juristischen Gestalter interessiert auch und vor allem die Praktikabilität der vorgeschlagenen Formulierungen. Das „Patiententestament“ (B. XVI. Rn 37) ist präzise und knapp, aber doch hinreichend genau formuliert. Nicht wirklich geglückt ist dagegen der Formulierungsvorschlag zur „Vorsorgevollmacht“ (B. XVI. Rn 38). Ob dies Muster den Praxistest besteht, darf bezweifelt werden.

Spickhoff schlägt folgenden Text vor:

„Für den Fall, dass ich die Geschäftsfähigkeit oder meine Einsichts- und Steuerungsfähigkeit verloren habe, so dass ich nicht mehr im Stande bin, mein Selbstbestimmungsrecht in Gesundheits- und Vermögensangelegenheiten wirksam auszuüben, und für den Fall, dass verbindliche Anordnungen in meinem Patiententestament vom ... nicht getroffen worden sind, bevollmächtige ich

Frau/Herrn ...“

Die mehrfachen Bedingungen, unter die die Wirksamkeit der Vollmacht gestellt ist, macht diese unbrauchbar. Zweifel an der Wirksamkeit wird der, dem die Vollmacht vorgelegt wird, in aller Regel haben. Denn wie soll er den Eintritt der Bedingungen kontrollieren? Auch der Verweis auf das – gesonderte – Patiententestament schadet. Nach dem Wortlaut gilt die Vollmacht nicht, wenn dies Patiententestament verbindliche Anordnungen trifft. Streng genommen würde der Bevollmächtigte also gerade nicht berechtigt sein, diese Anordnungen begleitend durchzusetzen. Das dürfte kaum gewollt sein.

Auch im Katalog der Vermögensangelegenheiten, die der Bevollmächtigte vornehmen können soll, bleiben Fragen offen. Wenn bei der Auflösung der Wohnung infolge Unterbringung die Befugnis die Wohnungseinrichtung zu verschenken, aufgenommen ist, klingt das vernünftig. Dies aber durch den Zusatz einzuschränken „soweit nicht testamentarisch entgegenstehende Anordnungen getroffen worden sind“ (B. XVI. Rn 38, S. 1037 am Ende), ist gänzlich verfehlt. Soll wirklich bei einer Wohnungsauflösung zur Auslegung der Vollmacht und Bestimmung ihres Inhaltes das Testament des Vollmachtgebers mit herangezogen werden?

Resümee: Das Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung ist ein inhaltsreiches Werk, das viele Fragen der erbrechtlichen Beratung und der angrenzenden Sachgebiete umfaßt und behandelt. Die Qualität der Beiträge ist zufriedenstellend. Die vorgeschlagenen Texte zur Gestaltung sind z.T. ungenau und überprüfungswürdig. Der wenig glücklich strukturierte Aufbau des Werkes beeinträchtigt die Nutzbarkeit in der täglichen Praxis.

Johann Andreas Dieckmann, Notar, Lörrach

Borth, Unterhaltsrechtsänderungsgesetz, von Helmut Borth, Präsident des AG Stuttgart, FamRZ-Buch 24, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2007, 331 Seiten, € 39,--

Am 1.1.2008 ist das neue Unterhaltsrecht in Kraft getreten, das weitreichende Änderungen auch für die vertragsgestaltende Praxis mit sich bringt.

Borth stellt in seinem Werk systematisch die einzelnen Neuerungen des UÄndG dar. Ausführlich behandelt werden die Änderungen im Recht des nachehelichen Ehegattenunterhalts und die Änderungen im Recht des Kindesunterhalts. Eine eigenes Ka-

pitel ist dem neuen Rangfolgesystem bei Vorhandensein mehrerer Unterhaltsberechtigter gewidmet. Abgerundet wird das Buch durch eine Darstellung der Überleitungsbestimmungen und der prozessualen Änderungen sowie durch eine Gesetzessynopse.

Borth stellt bei den einzelnen geänderten Unterhaltstatbeständen jeweils die bisher geltende Rechtslage voran und erläutert dann die neue Rechtslage in einer Gegenüberstellung. So wird bspw. ab RnR. 39 das bisher geltende Altersphasenmodell beim Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB ausführlich dargestellt. Im Anschluss daran erläutert der Autor § 1570 I S. 1 BGB n.F. und die grundsätzliche Begrenzung des Betreuungsunterhaltes auf 3 Jahre, wobei ausführlich auf die Erwerbsobliegenheit des betreuenden Ehegatten, die Frage, wann Belange des Kindes berührt sind und darauf eingegangen wird, was „bestehende Möglichkeiten der Betreuung“ sind (siehe RnR. 60). RnR. 96ff behandeln die Frage, was nach neuem Recht eine angemessene Erwerbstätigkeit ist.

Ausführlich geht der Autor auf RnR. 89ff auch auf die Frage ein, wie das Konkurrenzverhältnis eines Betreuungsunterhaltsanspruches nach § 1570 BGB gegen den früheren Ehemann bei Betreuung eines gemeinschaftlichen Kindes zu einem Unterhaltsanspruch gegen einen nichtehelichen Vater nach § 1615I BGB wegen eines weiteren Kindes aus einer neuen Verbindung nach neuem Recht zu lösen ist. Borth geht mit dem BGH zum alten Recht weiterhin von einer Gleichrangigkeit der Unterhaltsverpflichtungen aus.

Auch der Abschnitt des Buches, der sich mit dem Kindesunterhalt befasst, lässt kaum Fragen offen. Die Neuregelung der Unterhaltsbestimmung durch den Unterhaltspflichtigen sowie die Abschaffung des gesonderten Abänderungsverfahrens nach § 1612 II S. 2 BGB a.F. werden ebenso behandelt wie die vollständige Neukonzeption des § 1612a BGB, der neue Begriff des Mindestunterhalts und die damit verbundenen Auswirkungen auf die Praxis. Veranschaulicht wird die Darstellung durch zahlreiche Berechnungsbeispiele, auch zur neuen Regelung der Kindergeldanrechnung. Die systematische Darstellung und die Berechnungsbeispiele ermöglichen es dem mit der Beurkundung einer Scheidungsvereinbarung oder eines Schuldanerkenntnis über Kindesunterhalt beauftragten Notar, sich schnell und einfach in das neue Recht einzuarbeiten.

Zu guter Letzt werden die Überleitungsbestimmungen und die Auswirkungen des neuen Rechtes auf bestehende Unterhaltstitel erläutert. Hierbei geht der Autor in RnR. 394 leider nur kurz auf die Auswirkungen der Überleitungsregelungen auf notarielle Urkunden mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung ein.

Obwohl das Buch eher auf die tägliche Praxis der Gerichte und Anwälte abgestimmt ist, ist die Anschaffung auch für den vertragsgestaltenden Notar lohnend, der sich eingehender mit dem neuen Unterhaltsrecht befassen muss.

Daniel Schaal, Notarvertreter, Stuttgart

Aktuelles im IPR/aus dem Ausland

Referentenentwurf zum Internationalen Gesellschaftsrecht

Das BMJ hat am 07.01.2008 den Referentenentwurf zu einem Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen bekannt gemacht. Kernstück des Referentenentwurfes ist die Einführung der „Gründungstheorie“ für alle Gesellschaften und Vereine.

Das Internationale Gesellschaftsrecht ist derzeit in Deutschland nicht kodifiziert. Die herrschende Rspr. und die h.M. in der Literatur gingen bis zu den einschlägigen Entscheidungen des EuGH zur Niederlassungsfreiheit bei Gesellschaften allgemein von der Geltung der sog. Sitztheorie aus. Nach dieser wurden alle gesellschaftsrechtlichen Fragen grds. nach dem Recht beurteilt, an dem die Gesellschaft ihren allgemeinen Verwaltungssitz hatte. Die uneingeschränkte Anwendung des Rechts am tatsächlichen Verwaltungssitz einer Gesellschaft hat der EuGH in einer Reihe von Entscheidungen (vgl. insb. Urteil vom 5. November 2002, Rs. C-208/00, EuGHE I 2002, S. 9919 ff. („Überseering“) und Urteil vom 30. September 2003, Rs. C-167/01, EuGHE I 2003, S. 10155 ff. („Inspire Art“)) zumindest in Zuzugsfällen als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit aus Artikel 43, 48 EG-Vertrag angesehen.

Die Judikatur des EuGH führte dazu, dass für Gesellschaften, die in EU-Mitgliedsstaaten gegründet wurden, die Gründungstheorie angewandt wird, während für Gesellschaften aus Drittstaaten nach noch h.M. weiterhin die Sitztheorie gilt.

Der Referentenentwurf sieht vor, zukünftig für alle Gesellschaften und Vereine, unabhängig davon, ob in EU-Mitgliedstaaten oder Drittstaaten gegründet und unabhängig vom tatsächlichen Verwaltungssitz, im internationalen Privatrecht an das Recht des Staates anzuknüpfen, in dem die Gesellschaften gegründet wurden. Gründungsstaat ist nach dem Entwurf der Staat, in dem die Gesellschaften in ein öffentliches Register eingetragen sind (maßgebend ist die Ersteintragung, die Eintragung einer unselbständigen Zweigniederlassung ist unerheblich), bei fehlender Eintragung der Staat, nach dessen Recht die Gesellschaften organisiert sind.

Ferner sollen besondere Vorschriften für Umwandlungen, Sitzverlegungen und die Form von Rechtsgeschäften, die die Verfassung einer Gesellschaft betreffen, geschaffen werden, siehe hierzu ausführlich: Wagner/Timm, Der Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen, IPRax 2008, 81ff.

Dänemark: Seit 01.01.2008 neues Erbgesetz

Zum 01.01.2008 hat in Dänemark das neue Erbgesetz vom 06.06.2007 das bisher geltende Erbgesetz von 1963 abgelöst. Das neue Erbgesetz ist für alle Erbfälle seit 01.01.2008 anwendbar, für Erbfälle vor diesem Zeitpunkt gilt weiterhin das bisher geltende Recht fort. Wesentliche Eckpunkte des neuen Erbgesetzes sind eine Stärkung der Stellung des überlebenden Ehegatten und der Testierfreiheit des Erblassers. Der gesetzliche

Erbeil des Ehegatten neben Abkömmlingen wird von 1/3 auf 1/2 erhöht, zudem wird das Recht des Ehegatten, vorab Vermögenswerte aus dem Nachlass auszusondern, bis zum Wert von 600.000,- dkr erhöht, wobei jedoch insbesondere an den Ehegatten auf den Tod des Erblassers ausbezahlte Lebensversicherungen einzurechnen sind.

Ferner kann der Erblasser nach dem neuen Erbrecht das Pflichtteilsrecht der Leibeserben und des Ehegatten durch Testament auf 1/4 des gesetzlichen Erbrechts herabsetzen.

Das neue Erbgesetz sieht zwar von der Begründung eines gesetzlichen Erbrechtes zugunsten von sog. nichtehelich Zusammenlebenden ab, führt jedoch ein erweitertes Testierrecht für solche nichtehelich Zusammenlebende ein. Bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen können sich nichtehelich Zusammenlebende durch Testament so stellen, als wären sie in vollständiger Gütertrennung verheiratet, die Regeln über die fortgesetzte Gütergemeinschaft können allerdings nicht für anwendbar erklärt werden. Ein solches Testament führt dazu, dass der nichtehelich Zusammenlebende ein Erbrecht (allerdings kein Pflichtteilsrecht) wie ein Ehegatte erhält.

Weitere wichtige Änderungen ergeben sich im Recht der fortgesetzten Gütergemeinschaft, dem Verschwägertererbrecht und der Möglichkeit des Erblassers, das Pflichtteilsrecht der Leibeserben „einzufrieren“.

Österreich: Bekanntmachung einer Mustervorsorgevollmacht

Zum 01.07.2007 wurden im österreichischen ABGB in §§ 284ff ABGB Regelungen zur Vorsorgevollmacht eingeführt. Das österreichische Bundesjustizministerium hat nun eine Mustervorsorgevollmacht veröffentlicht, abrufbar unter www.bmj.gv.at.

Deutschland/Österreich: Kündigung des Doppelbesteuerungsabkommens

Österreich hat sich aufgrund einer Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes zur Abschaffung der Erbschafts- und Schenkungssteuer zum 01.07.2008 entschieden. Deutschland hat daraufhin zum 31.12.2007 das bisher geltende Doppelbesteuerungsabkommen gekündigt. Diese Kündigung führt bspw. dazu, dass in Deutschland unbeschränkt Steuerpflichtige künftig auch wegen ihres Grundvermögens in Österreich in Deutschland besteuert werden. Ferner führt die Begründung eines (Haupt)Wohnsitzes in Österreich nicht mehr automatisch dazu, dass eine Besteuerung in Deutschland nicht stattfindet. Vielmehr müssen nunmehr die allgemeinen Voraussetzungen für den Wegfall der Steuerpflicht eingehalten werden. In dem Zeitraum zwischen 01.01.2008 und 30.06.2008 droht eine Doppelbesteuerung.

Zusammengestellt von Daniel Schaal, Notarvertreter, Stuttgart

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Daniel Schaal, Archivstraße 15A/B, 70031 Stuttgart (Tel. 0711/2123856), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Franz-Schubert-Weg 3, 79822 Titisee-Neustadt (Tel. 07651/203214), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNotZ erscheint jährlich sechsmal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951, Fax 0711/2237956, E-Mail:

wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. 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: Gaiser Print Media GmbH, Im Spagen 5, 73527 Schwäbisch Gmünd (Tel. 07171/9702-0, Fax 07171/9702-30).