

# 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 im Landesdienst  
Stefan Mattes, Vaihingen/Enz

Notar Dr. Oliver Fröhler,  
Notariatsdirektor, Lörrach

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)  
ISSN-Nummer 1434-2979

# 1/2012

Februar

Seiten 1-24

## Inhalt

### Abhandlungen

#### *Theilacker*

Ist die Steuerverschonung nach §§ 13 a, 13 b ErbStG  
ganz oder teilweise verfassungswidrig?

.....2

#### *Böhringer*

Die Neuregelung des § 11 LJKG

.....7

**Rechtsprechung**.....10

**Buchbesprechungen**.....17

### Aktuelles aus dem IPR

(Schaal).....18

#### **BWNotZ - Inhaltsverzeichnis und Einbanddecke 2010/2011**

Das Inhaltsverzeichnis für die BWNotZ-Jahrgänge 2010/2011 liegt diesem Heft bei.

Einbanddecken können bei der Geschäftsstelle des Württembergischen Notarverein e.V. bestellt werden.

Der Preis pro Einbanddecke beträgt 11,- EUR.

Weitere Informationen können den diesem Heft beigefügten Bestellhinweisen entnommen oder bei der Geschäftsstelle erfragt werden.

## **Notar Alfons Veit in Emmendingen**

Ich suche eine(n)

### **Württ. Notariatsassessor bzw. Württ. Notariatsassessorin.**

Ich biete ein modern ausgestattetes Büro, eine abwechslungsreiche und verantwortliche Tätigkeit, die den gesamten Bereich der notariellen Tätigkeit bei überdurchschnittlichem Gehalt umfasst.

Bitte richten Sie Ihre schriftliche Bewerbung an:

Notar Alfons Veit  
Im Hausgrün 10  
79312 Emmendingen  
[www.veit-notar.de](http://www.veit-notar.de)

Weitere Fragen beantworte ich Ihnen gerne unter  
07641/93474-0

## **Notarakademie Baden-Württemberg / Prüfungsjahr 2012**

Nach fünfjährigem, praxisintegriertem Studium erwerben wir als letzter Jahrgang der Notarakademie die Qualifikation für das Amt des Notars im Landesdienst (Bezirksnotar). Als

### **Württembergische Notariatsassessoren/ - assessorinnen**

sind wir junge, **praxiserfahrene Kautelarjuristen** mit **Schwerpunkt Vertragsgestaltung** in den Bereichen:

- Grundstücksrecht einschließlich Wohnungseigentum und Bauträgergeschäfte
- Handels- und Gesellschaftsrecht
- Familien- und Erbrecht
- Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht.

Wir sind interessiert an Tätigkeiten in Notar- und Anwaltskanzleien, bei Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, Unternehmensberatungen, Banken, Bausparkassen und Versicherungen, in Rechts- und Liegenschaftsabteilungen, Unternehmen des Immobiliensektors und anderen einschlägigen Bereichen.

Frühester Einstellungstermin ist der **01. Oktober 2012**.

Wir freuen uns auf Ihr Angebot an:

Bewerbungsausschuss Notarakademie Baden-Württemberg  
c/o Helen Weng  
E-Mail: [helen.weng@web.de](mailto:helen.weng@web.de)

*Weitere Informationen auch im Internet unter <http://www.notarakademie.de>*

# Inhaltsverzeichnis

## Abhandlungen

**Dr. Gerhard Theilacker, LRD a.D., Steuerberater, Aspach**

Ist die Steuerverschonung nach §§ 13a, 13b ErbStG verfassungswidrig? **2**

**Prof. Walter Böhringer, Notar a.D., Heidenheim**

Die Neuregelung des § 11 LJKG **7**

## Rechtsprechung

### 1. Erbrecht

**OLG Köln, 26. Oktober 2011, 2 U 53/11**

Unwirksamkeit des Erbrechtausschlusses bei nach altem  
Recht an Kindes statt angenommenen Pflichtteilsberechtigten **10**

**OLG Karlsruhe, 24. Juli 2011, 11 Wx 17/11**

Kein Kostenvorschuss durch Gläubiger bei Nachlasspflegschaft **12**

### 2. Grundbuchrecht

**OLG Frankfurt, 29.6.2011 - 20 W 168/11**

Reichweite einer transmortalen Generalvollmacht mit **Anmerkung Sebastian Mensch,**  
**Notarvertreter, Diplom Finanzwirt (FH), Stuttgart** **13**

## Buchbesprechungen

Erbrecht, Lehrbuch für Studium und Praxis (Uricher) **17**

Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht (Mattes) **17**

**Aktuelles aus dem IPR (Schaal)** **18**

---

### Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Stefan Mattes, Franckstraße 20, 71665 Vaihingen/Enz (Tel. 07042/9742122), verantwortlich für den Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Tumringer Str. 186, 79539 Lörrach (Tel. 07621/9867711), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNtZ 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 € 50,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte € 8,- 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).

## Ist die Steuerverschonung nach §§ 13 a, 13 b ErbStG ganz oder teilweise verfassungswidrig?

### – Der BFH prüft gegenwärtig, ob er diese Fragen dem BVerfG vorlegen soll –

Dr. Gerhard Theilacker, LRD a. D., Steuerberater, Aspach

#### Inhaltsverzeichnis

1. Der Beschluss des BFH vom 5.10.2011 (DStR 2011, 2192 ff)
2. Die Anforderungen des Gleichheitssatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG speziell im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht
3. Die nach BFH verfassungsrechtlich bedenklichen Gestaltungen
  3. 1. Die Möglichkeit der Steuervermeidung durch Einschaltung einer gewerblich geprägten Personengesellschaft
  3. 2. Die Steuervermeidung durch Einschaltung einer Kapitalgesellschaft
  3. 3. Die Steuervermeidung durch Wahl einer Betriebsaufspaltung
4. Die grundgesetzlich bedenkliche Ausgestaltung der Arbeitsplatzklausel
5. Folgen der Richtervorlage an das BVerfG

#### 1. Der Beschluss des BFH vom 5.10.2011

Mit Beschluss vom 5.10.2011, II R 9/11 (DStR 2011, 2191 ff.) fordert der BFH das BMF auf, diesem Verfahren beizutreten. Im Streitfall geht es neben dem Problem der Gleichbehandlung der Personen der StKI II und III bei der Erbschafts- und Schenkungsteuer bzgl. Freibetrag und Steuersatz (nur) in 2009 um die Frage, „ob § 19 Abs. 1 iVm. §§ 13 a und 13 b ErbStG deshalb gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstößt, weil die §§ 13 a und 13 b ErbStG es ermöglichen, durch bloße Wahl bestimmter Gestaltungen die Steuerfreiheit des Erwerbs von Vermögen gleich welcher Art und unabhängig von dessen Zusammensetzung und Bedeutung für das Gemeinwohl zu erreichen.“

Im Streitfall ist der Kläger, ein Neffe des Erblassers, bei einem Erbfall im Jahr 2009 als Miterbe an einem Nachlass beteiligt, der sich nur aus einem Guthaben bei Kreditinstituten und einem Steuererstattungsanspruch zusammensetzt. Im Jahr

2009 war der Erwerb eines Neffen, der zur StKI II rechnet, nach Überschreiten des Freibetrags von 20 000 € sofort, wie bei StKI. III, mit 30 % steuerpflichtig. Der Kläger beantragte, entsprechend der Besteuerung in den Folgejahren, eine Reduzierung des Steuersatzes auf 15%, und beanstandete nur insoweit die Verfassungsmäßigkeit. Nach h.M. in der Literatur bestehen gegen diese Gleichsetzung der Verwandten der StKI II mit den Nichtverwandten der StKI III beim Steuersatz, allerdings nur im Jahr 2009, erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken. Es wäre also dem BFH ein Leichtes gewesen, insoweit lediglich die Verfassungsmäßigkeit des § 19 Abs. 1 ErbStG zu prüfen und ggf. dem BVerfG zur Entscheidung vorzulegen. Der Erbschaftsteuersenat hat diesen Allerweltsfall jedoch zum Anlass genommen, zu untersuchen, ob diese Vorschrift nur deshalb oder zusätzlich iVm. §§ 13 a, 13 b ErbStG gegen den allgemeinen Gleichheitssatz verstößt, weil diese Bestimmungen es ermöglichen, durch reine Wahl bestimmter Rechtsformen die (volle oder weitgehende) Steuerfreiheit des Erwerbs von Vermögen gleich welcher Art und Zusammensetzung zu erreichen. Es ist also bezeichnend das der BFH beim ersten Fall die Möglichkeit am Schopfe ergreift, die Verfassungsmäßigkeit dieser extremen Begünstigungen zu prüfen, obwohl der Streitfall solches steuerverschontes Vermögen gar nicht betrifft.

Das BMF wird vom Senat um Mitteilung gebeten, ob und ggf. welche praktischen Erfahrungen im Besteuerungsverfahren oder bei Anträgen auf verbindliche Auskunft zu den zweifelhaften Gestaltungsmöglichkeiten es bisher gibt. Er weist noch darauf hin, dass dies dazu dient, die Möglichkeit einer Richtervorlage an das BVerfG zu prüfen.

#### 2. Die Anforderungen des Gleichheitsgrundsatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG speziell im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht

Bedenken hat der BFH vor allem im Hinblick auf die Besteuerungsgleichheit nach diesem Grundgesetz-Artikel. Er betont, dass sich vor allem die Steuerlast an den Prinzipien der finanziellen Leistungsfähigkeit und der Folgerichtigkeit, der Gewährung von Steuerentlastungen nur bei Vorliegen entsprechender gewichtiger Gründe des Gemeinwohls, der vollständigen Verschonung bestimmter Steuergegenstände von der Besteuerung nur im Ausnahmefall, der gleichheits- und zweckgerechten Ausgestaltung von Vergünstigungstatbeständen und der besonderen Schranken für gesetzliche Typisierungen ausrichten muss.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG hat zwar der Gesetzgeber auch im Erbschafts- und Schenkungsteuerrecht eine erhebliche Gestaltungsfreiheit. Diese wird aber durch 2 Aspekte eingeschränkt. Bei gleicher Leistungsfähigkeit muss der Steuerbürger grds. gleich hoch besteuert werden. Wer genau so leistungsfähig ist wie der andere, darf nicht nur, sondern muss zu der gleichen Steuer herangezogen werden. Ungerechtfertigte Begünstigungen (Verschonungen) sind verboten. Andererseits muss die Besteuerung die finanzielle Leistungsfähigkeit des Bürgers berücksichtigen. Der Erwerb von Todes wegen oder bei Schenkungen unter Lebenden muss bei höheren Verkehrswerten höher besteuert werden als bei geringeren Verkehrswerten. Diese vertikale Steuergerechtigkeit setzt der Gesetzgeber vor allem durch entsprechende Freibeträge und den progressiven Steuersatz um. Zudem muss nach dem Beschluss des BVerfG vom 7.11. 2006 (1 BvL 10/02, BFH NV 2007, Beilage 4, 237 = BStB1 II 2007, 192) die Bewertung des anfallenden Vermögens sich einheitlich am gemeinen Wert als dem maßgeblichen Bewertungsziel ausrichten. Auf der Bewertungsebene müssen die Werte zumindest realitätsnah sein. Es spielt hier keine Rolle, ob der Steuerbürger viel oder wenig erbt oder geschenkt bekommt. Die vertikale Steuergerechtigkeit muss erst auf der Besteuerungsebene berücksichtigt werden.

In seinem Beschluss vom 17.4. 2008 (BvL 4/05, BVerfGE 121, 108) hat das BVerfG seine Position zu Erbschaftsteuer wie folgt (gekürzt) zusammengefasst:

„Der Gesetzgeber ist im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht ebenso wie in anderen Bereichen des Steuerrechts grundsätzlich nicht gehindert, bestimmte Personen, Gruppen oder Sachverhalte aus Gründen des Gemeinwohls zu begünstigen. Der Gesetzgeber darf nicht nur durch Gebote oder Verbote, sondern ebenso durch mittelbare Verhaltenssteuerung auf Wirtschaft oder Gesellschaft gestaltend Einfluss nehmen. Steuerliche Begünstigungen müssen aber besonderen Anforderungen genügen. Führt ein Steuergesetz zu einer steuerlichen Verschönerung, die einer gleichmäßigen Belastung der Steuergegenstände innerhalb einer Steuerart widerspricht, so kann eine solche Steuerentlastung vor dem Gleichheitssatz gerechtfertigt sein, wenn der Gesetzgeber das Verhalten des Steuerpflichtigen aus Gründen des Gemeinwohls lenken will. Neben der Orientierung der steuerlichen Förderung am Gemeinwohl muss der Lenkungszweck von einer erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung getragen und gleichheitsgerecht ausgestaltet sein.“

Die Steuerverschonung nach §§ 13 a, 13 b ErbStG ist im Vergleich zu anderen Steuerbegünstigungen eine außerordentlich extreme Steuerbefreiung. Begünstigt sind mindestens 85 % des betreffenden Vermögens. Bei Option wird sogar volle Steuerfreiheit gewährt. Höchstbeträge sind nicht vorgesehen. Es können daher Werte in Milliardenhöhe steuerbefreit sein. Nach § 13 a Abs. 2 und 3 ErbStG a.F. war das nach Abzug eines Freibetrags von 225 000 € verbleibende begünstigte Betriebsvermögen noch mit 65 % anzusetzen. Bei unentgeltlichen Vermögensübergängen von ganzen betrieblichen Einheiten im Einkommensteuerrecht gem. § 6 Abs. 3 EStG wird die Besteuerung durch die Buchwertfortführung nur aufgeschoben.

Die Steuerverschonung nach §§ 13 a und 13 b EStG führt dagegen grds. zu einem endgültigen Steuerverlust, auch wenn

durch Nichteinhaltung der Behaltefrist oder der Arbeitsplatzklausel eine gewisse Nachbesteuerung möglich ist. Diese Begünstigungsnormen müssen also dem Grunde und der Höhe nach entsprechend der Rechtspr. des BVerfG besonderen Anforderungen genügen. Wie nachfolgend dargelegt, bezweifelt zwar der BFH die Verfassungsmäßigkeit der §§ 13 a, 13 b ErbStG zunächst nur bei bestimmten Gestaltungen, aber grundsätzlich auch die Ausgestaltung der Arbeitsplatzklausel. Jedoch könnte das BVerfG bei einer Vorlage diese Steuerverschonung insgesamt, zumindest aber der Höhe nach, als nicht verfassungsgemäß erachten.

### 3 Die nach dem BFH verfassungsrechtlich bedenklichen Gestaltungen

#### 3.1. Die Möglichkeit der Steuervermeidung durch Einschaltung einer gewerblich geprägten Personengesellschaft

Nach § 13 b Abs. 2 Nr. 2 ErbStG ist begünstigt der Erwerb ganzer Gewerbebetriebe, ganzer Teilbetriebe und von Anteilen an einer Gesellschaft iSv § 15 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 EStG. Im Ertragsteuerrecht hat der Gesetzgeber ein Interesse, den betrieblichen Bereich möglichst weit auszuweiten, um die angesammelten stillen Reserven bei Veräußerungen, Entnahmen oder der Aufgabe des Betriebs zu realisieren. Deshalb haben die Gesellschafter der (nur) gewerblich geprägten Personengesellschaft gem. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Infolge der Bindung des § 13 b Abs. 2 Nr. 2 ErbStG an die ertragsteuerliche Regelung genießt auch der Erwerber eines Anteils einer nur gewerblich geprägten Personengesellschaft, diese Steuerbefreiung, obwohl dies dem eigentlichen Gesetzeszweck nicht entspricht.

Eine gewerblich geprägte Personengesellschaft liegt vor, wenn nur Kapitalgesellschaften oder Personen, die nicht Gesellschafter sind, zur Geschäftsführung der Gesellschaft befugt sind. Die Gesellschaft kann auch nur vermietend oder vermögensverwaltend tätig sein. Sie hat schon allein aufgrund ihrer Rechtsform einen Gewerbebetrieb. Typisch für diese Gesellschaftsform ist die GmbH & Co KG, sofern nur die GmbH zur Geschäftsführung berufen ist. Zwar hat der Gesetzgeber in § 13 b Abs. 2 ErbStG eine gewisse Sperre für die Begünstigung von Vermögen eingebaut, das nicht unmittelbar der gewerblichen Tätigkeit dient. Nach dieser Bestimmung ist dieses Vermögen sogen. *Verwaltungsvermögen*. Der Betrieb, Teilbetrieb oder Anteil an der betrieblichen Gesellschaft ist überhaupt nicht begünstigt, wenn deren Vermögen zu mehr als 50 % aus Verwaltungsvermögen besteht. Enthält jedoch das an sich begünstigte Vermögen der betrieblichen Einheit nur 49 % Verwaltungsvermögen ist diese Einheit zu 100 % nach § 13 a ErbStG begünstigt. Dieser abrupte Übergang von voller oder weitgehender Steuerbefreiung zur vollen Steuerpflicht ist m. E. gleichfalls verfassungsrechtlich bedenklich, zumal diese Grenze vom Steuerbürger nur grob geschätzt werden kann.

Zum Verwaltungsvermögen zählen unter anderem die Grundstücke, die an Dritte vermietet oder sonst überlassen sind, Anteile an Kapitalgesellschaften, wenn sie am Nennbetrag zu nicht mehr als 25 % beteiligt sind, und Wertpapiere

und die den Wertpapieren vergleichbare Forderungen. Der Katalog des Verwaltungsvermögens nach § 13 b Abs. 2 ist abschließend, hat jedoch erhebliche Lücken. So sind Forderungen, die den Wertpapieren nicht vergleichbar sind, kein schädliches Verwaltungsvermögen. Vielmehr zählen sie zum begünstigten Produktivvermögen und erhöhen sogar dessen Anteil beim Verwaltungsvermögenstest. Der Begriff „der den Wertpapieren vergleichbaren bzw. nicht vergleichbaren Forderungen“ ist zwar noch weitgehend ungeklärt. Nach dem gemeinsamen Ländererlass zur Umsetzung des Gesetzes zur Reform des Erbschaftsteuer- und Bewertungsgesetzes vom 25.6.2009 (BStB1 I 2009, 713) zählen aber Geld, Sicht- und Spareinlagen, Festgeldkonten, Forderungen aus Lieferung und Leistungen und Forderungen aus verbundenen Unternehmen zu den nicht den Wertpapieren vergleichbaren Forderungen. Dies gilt grds. für diese Forderungen in Geld, unabhängig von Art, Höhe, Fälligkeit, Laufzeit oder Verzinsung. Danach verfügt eine nur vermögensverwaltende gewerblich geprägte Personengesellschaft, deren Vermögen ausschließlich z.B. aus Bankguthaben, Festgeldern oder Kaufpreis- und Werkvertragsansprüchen aus Lieferungen oder Leistungen besteht, über keinerlei Verwaltungsvermögen. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Beteiligungen an nur gewerblich geprägten Personengesellschaften nicht begünstigt sind, wenn sich das Vermögen des Anteils (Gesamthandsanteil einschließlich Sonderbetriebsvermögen) nur oder überwiegend aus Grundstücken zusammensetzt, die vermietet sind. In diesem Fall wird der Verwaltungsvermögenstest nicht bestanden. Insoweit sind die goldenen Zeiten der nur gewerblich geprägten GmbH & Co. KG, die nur vermietet oder verpachtet, vorbei. Der BFH sieht die Zweifel an den nur begünstigtes Kapitalvermögen verwaltenden gewerblich geprägten Personengesellschaften noch dadurch verstärkt, dass diese nur wenig Personal beschäftigen, da sie nur ihr Vermögen verwalten. Sie haben deshalb fast ausschließlich weniger als 20 Beschäftigte und unterliegen nicht der Arbeitsplatzklausel.

Der BFH verdeutlicht seine verfassungsrechtlichen Bedenken am folgenden (von mir etwas abgeänderten) Beispiel 1.

#### Beispiel 1

V schenkt seinem Sohn S seine Beteiligung von 50 % an einer (nur) gewerblich geprägten Personengesellschaft, deren Vermögen aus 100 Mio. € Festgeldguthaben besteht. Die Gesellschaft beschäftigt nur 1 Buchhaltungskraft. S beantragt Optionsverschöpfung.

#### Lösung

Die Gesellschaft ist allein aufgrund ihrer Rechtsform gem. § 13 b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG nach § 13 a ErbStG an sich begünstigt. Sie erfüllt auch den Verwaltungsvermögenstest, da sie zu 100 % Produktivvermögen hat. Der Erwerb des S ist in vollem Umfang von der Schenkungsteuer befreit.

Im Ertragsteuerrecht kann gerade das nach § 13 b Abs. 2 Nr. 4 ErbStG ausnahmsweise begünstigte Kapitalvermögen in großem Umfang als gewillkürtes Betriebsvermögen in gewerbliche Einzelunternehmen und bei gewerblich tätigen Personengesellschaften in das Gesamthands- und das Sonderbetriebsvermögen eingelegt werden. Dies dient zur Stärkung des Kapitals und fördert damit den Betrieb. Diese Möglichkeit, die Erbschafts- oder Schenkungsteuer zu

sparen, dürfte häufig in Anspruch genommen werden. Der BFH nimmt auf diesen Fall nicht Bezug. Aber auch bei dieser Gestaltung dürfte es verfassungsrechtlich bedenklich sein, wenn der Wert dieses Kapitalvermögens zum Gesamtwert der aktiven Wirtschaftsgüter der betrieblichen Einheit bestimmte Grenzen überschreitet.

### 3.2. Die Möglichkeit der Steuervermeidung durch Einschaltung einer Kapitalgesellschaft

Zu den nach § 13 b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG begünstigten Vermögen gehören auch Anteile an Kapitalgesellschaften (im Privatvermögen), wenn der Erblasser oder Schenker am Nennbetrag dieser Gesellschaft zu mehr als 25 % unmittelbar beteiligt war (Mindestbeteiligung). Begünstigt sind ferner Beteiligungen zu einem geringeren Prozentsatz, wenn eine entsprechende Poolvereinbarung zwischen den Gesellschaftern vorliegt bzw. abgeschlossen wird. Auf die Art der Zusammensetzung des Vermögens der Kapitalgesellschaft kommt es nicht an. Es kann sich um echtes betriebliches Vermögen handeln, das ausschließlich oder überwiegend einer gewerblichen Tätigkeit iSv. § 15 Abs. 1 EStG dient. Das Vermögen kann aber auch ausschließlich oder überwiegend vermietet oder verpachtet werden oder für einen Betrieb nicht notwendiges Kapitalvermögen sein, das sonst nicht nach § 13 b ErbStG begünstigtes privates Kapitalvermögen wäre. Der Begriff der Kapitalgesellschaften umfasst insbes. Aktiengesellschaften, GmbHs (einschließlich der Unternehmungsgesellschaft gem. § 5 a GmbHG) und Kommanditgesellschaften auf Aktien. Bei Aktiengesellschaften dürfte eine Mindestbeteiligung oder ein Poolabschluss selten vorliegen. Bei der Familien-GmbH ist dies aber häufig der Fall. Die Anteile an Kapitalgesellschaft von weniger als 25 % im Betriebsvermögen sind schon im Rahmen dieser Betriebseinheit nach § 13 b Abs. 1 Ziff. 2 begünstigt. Sie zählen aber dann gem. § 13 b Abs. 2 Nr. 2 ErbStG zum Verwaltungsvermögen dieser Einheit.

Bei der GmbH, die nur begünstigtes Geldvermögen besitzt, kann deshalb häufig dieselbe Steuerverschonung erreicht werden, wie bei der nur gewerblich geprägten Personengesellschaft. Zudem werden die Kapitalgesellschaften, die nur Vermögen verwalten, selten mehr als 20 Arbeitnehmer beschäftigen. Eine Mindestlohnsumme muss also von diesen Gesellschaften nicht eingehalten werden. Der BFH hält auch bei der Kapitalgesellschaft die Kombination reine Vermögensverwaltung verbunden mit Nichteinhaltung der Lohnsummenklausel für verfassungsrechtlich äußerst zweifelhaft. Er erläutert dies an einem Beispiel, das bislang sehr selten sein wird, das aber geradezu ein grandioses Rezept für die Steuervermeidung von Privatvermögen jeglicher Art darstellt, und das ich (etwas verändert) als Beispiel 2 darlege.

#### Beispiel 2

V hat ein erhebliches Privatvermögen, das sich aus Grundvermögen, Wertpapieren, Beteiligungen an Kapitalgesellschaften bis 25 % (bei denen auch diese Anteile nicht gepoolt sind) und Edelmetallen zusammensetzt. V beabsichtigt, dieses Vermögen seinen beiden Kindern zu schenken. In Anbetracht der vollen Steuerpflicht dieses Vermögens als freigebige Zuwendung gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG bei der Schenkungsteuer kauft er 2 GmbH-Mäntel. In die GmbH A legt er das zu schenkende Privatvermögen ein. Die GmbH A



verkauft dieses Vermögen zum Verkehrswert von 100 Mio. € an die GmbH B. Der Kaufpreis wird für längere Zeit gestundet. Anschließend schenkt V seinen beiden Kindern jeweils einen Anteil von 50 % an der GmbH A und an der GmbH B. Die GmbH A hat nur 2 Beschäftigte, die GmbH B dagegen 50. Die Kinder beantragen gem. § 13 a Abs. 8 ErbStG Optionsverschönerung zu 100 %.

### Lösung (nach BFH)

Die Schenkung der Anteile von je 50 % an der GmbH A wird in vollem Umfang nach §§ 13 a, 13 b ErbSt von der Schenkungsteuer verschont. Das Vermögen der GmbH A besteht nur aus dem Kaufpreisanspruch. Dieser Kaufpreisanspruch stellt keine einem Wertpapier vergleichbare Forderung i.S. des § 13 b Abs. 2 S. 2 Nr. 4 ErbStG dar, und ist somit kein Verwaltungsvermögen. Es scheidet damit auch nicht der Verwaltungsvermögenstest. Bei der GmbH A muss in der Behaltezeit von 7 Jahren auch die Mindestlohnsumme nicht eingehalten werden, da sie nicht mehr als 20 Personen beschäftigt. Die Beschäftigten der Schwesterkapitalgesellschaft B dürften der GmbH nicht zuzurechnen sein. Im Übrigen müssen aber die Behaltensregelungen nach § 13 a Abs. 5 iVm. Abs. 8 Nr. 2 ErbStG beachtet werden. Noch nicht geklärt ist die Frage, was bei solchen nur vermögensverwaltenden Kapitalgesellschaften, bei der Veräußerung von wesentlichen Betriebsgrundlagen und Verteilung des Erlöses hieraus an die Gesellschafter, als wesentliche Grundlage behandelt wird. Der GmbH B kommt im Schenkungsfall kein Wert zu; denn dem auf sie übertragenen Aktivvermögen steht die gleichwertige Kaufpreisverbindlichkeit gegenüber.

M.E. ist dies aber ein typischer Fall des Missbrauchs der rechtlichen Gestaltungen gem. § 42 AO, mit der Folge, dass erbschaftsteuerlich Privatvermögen geschenkt wird. Es ist eine Kombination von Mantelkauf zum Zwecke der Zwischenschaltung einer Kapitalgesellschaft, um ein Ziel zu erreichen, das dem Gesetzeszweck widerspricht und zudem verfassungsrechtlich äußerst bedenklich ist.

### 3.3. Steuervermeidung durch Wahl der Betriebsaufspaltung.

Zum begünstigten Betriebsvermögen iSv. § 13 b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG gehört grds. auch die Besitzgesellschaft bei der Betriebsaufspaltung. Dies gilt uneingeschränkt aber nur, wenn die Besitzgesellschaft als Einzelunternehmen oder Personengesellschaft geführt wird. Ist die Besitzgesellschaft eine Kapitalgesellschaft, muss, wie erwähnt, gem. § 13 b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG der Erblasser oder Schenker zu mehr als 25 % unmittelbar beteiligt gewesen sein bzw. eine entsprechende Poolvereinbarung vorliegen. Außerdem muss der Verwaltungsvermögenstest bestanden werden. Hierbei ist zu beachten, dass die Überlassung des Vermögens an die Betriebsgesellschaft für sich noch nicht zu Verwaltungsvermögen führt. Das gilt auch für die an die Betriebsgesellschaft vermieteten Grundstücke, Grundstücksteile und Bauten, sofern sie nicht an Dritte weiter vermietet werden. Auf die nachfolgend dargelegten Ausführungen des BFH darf ich hinweisen.

Normalerweise führt die Vermietung oder Verpachtung einzelner Wirtschaftsgüter an einen Gewerbebetrieb zu Ein-

künften aus Vermietung und Verpachtung. Handelt es sich aber bei diesen Wirtschaftsgütern um wesentliche Betriebsgrundlagen für den Gewerbebetrieb, liegt eine Betriebsaufspaltung vor, wenn die beiden Unternehmen auch personell verflochten sind. Eine sachliche Verflechtung ist also erfüllt, wenn die miet- oder pachtweise an das Betriebsunternehmen überlassenen Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen der Betriebsgesellschaft gehören, weil sie für den Betriebsablauf unerlässlich sind. Dazu rechnen vor allem Grundstücke, ferner bedeutungsvolle Maschinen und auch immaterielle Wirtschaftsgüter. Die notwendige personelle Verflechtung liegt vor, wenn die hinter beiden Unternehmen stehenden Personen einen einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen haben. Hierzu genügt es, dass die Person oder Personengruppe, die das Besitzunternehmen beherrscht, in der Lage ist, auch im Betriebsunternehmen ihren Willen durchzusetzen. Das ist grds. der Fall, wenn der Person oder Personengruppe in beiden Unternehmen die Mehrheit der Stimmrechte zusteht.

Die Besitzgesellschaft kann ein Einzelunternehmer, eine Personengesellschaft und seltener eine Kapitalgesellschaft sein. Die Betriebsgesellschaft wird dagegen öfters als Kapitalgesellschaft geführt.

Sehr häufig entsteht diese Rechtsform dadurch, dass ein bisher einheitliches Unternehmen in 2 Unternehmen aufgespalten wird (Echte Betriebsaufspaltung). In der Regel behält sich der bisherige Unternehmer das Anlagevermögen oder einen Teil davon zurück (Besitzunternehmen), während das andere Unternehmen dieses Anlagevermögen mietet oder pachtet, und sich mit Produktion und Vertrieb befasst. Eine sogen. unechte Betriebsaufspaltung ist gegeben, wenn zwei Betriebe, wie bei der echten Betriebsaufspaltung, sachlich und personell miteinander verbunden werden, ohne dass sie zuvor aus einem einheitlichen Unternehmen hervorgegangen sind. Auch bei der unechten Betriebsaufspaltung erzielt das Besitzunternehmen mit der Miete oder Pacht Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Dies ist auch Grundlage für die Begünstigung nach §§ 13 a, 13 b ErbStG.

Zu verfassungsrechtlich bedenklichen Gestaltungsmöglichkeiten bei dieser Rechtsform führt der BFH unter anderem Folgendes aus:

Als zweifelhafte Gestaltung komme dabei insbesondere in Betracht, das ein Betrieb vor der Verwirklichung des Steuerstatbestands bei gleichen Beteiligungsverhältnissen in eine Besitzgesellschaft, die nicht mehr als 20 Beschäftigte hat und bei der das Betriebsvermögen konzentriert wird, und eine Betriebsgesellschaft, deren Betriebsvermögen nach Berücksichtigung der Verbindlichkeiten keinen oder nur einen geringen Steuerwert hat und die (deshalb) eine beliebige Zahl von Beschäftigten haben kann, aufgespalten wird. Die Anforderungen an die Entwicklung der Lohnsumme spielen dann bei der Besitzgesellschaft keine Rolle. Die Beschäftigten der Betriebsgesellschaft seien der Besitzgesellschaft nicht zuzurechnen; denn allenfalls die Beschäftigten einer nachgeordneten Gesellschaft könnten hinsichtlich der Frage, ob die in § 13 a Abs. 1 S. 4 ErbStG vorgesehene Grenze überschritten ist, der übergeordneten Gesellschaft zugerechnet werden (so Abschn. 8 Abs. 2 S. 8 AEErbSt; in der Literatur allerdings umstritten). Bei Schwwesterngesellschaften

sei die Zusammenrechnung der Beschäftigtenzahlen demgegenüber nicht vorgesehen. Handele es sich bei der Besitzgesellschaft um eine Personengesellschaft, spiele die Höhe der Beteiligung des Erblassers oder des Schenkers, anders als bei Kapitalgesellschaften (§ 13 b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG), keine Rolle.

Der Gewährung der Steuervergünstigungen nach §§ 13 a und 13 b ErbStG hinsichtlich der Besitzgesellschaft stehe die Überlassung der in ihrem Eigentum befindlichen Wirtschaftsgüter an die Betriebsgesellschaft zur Nutzung nicht entgegen. Die Nutzungsüberlassung als solche führe nicht zum Vorliegen von Verwaltungsvermögen iSv. § 13 b Abs. 2 ErbStG. Ob Verwaltungsvermögen vorliege, sei vielmehr für die einzelnen im Betriebsvermögen der Besitzgesellschaft befindlichen Wirtschaftsgüter gesondert nach den in § 13 b Abs. 2 S. 2 ErbStG bestimmten Merkmalen zu prüfen. Danach gehöre das Grundvermögen nicht zum Verwaltungsvermögen, soweit keine Nutzungsüberlassung an Dritte erfolge. Auch das sonstige der Betriebsgesellschaft überlassene Vermögen, wie Betriebsvorrichtungen, Fahrzeuge, gewerbliche Schutzrechte und die Forderungen gegenüber der Betriebsgesellschaft aus der Nutzungsüberlassung und aus Darlehen, würden nicht zum Verwaltungsvermögen der Besitzgesellschaft zählen. Diese Forderungen seien nämlich mit Wertpapieren nicht vergleichbar.

Der BFH beurteilt auch bei dieser Rechtsform die dargelegten Gestaltungen vor allem in ihrem Zusammenwirken als grundgesetzlich sehr bedenklich.

#### **4. Die grundgesetzlich bedenkliche Ausgestaltung der sogen. Arbeitsplatzklausel (§ 13 a Abs. 1 Sätze 2 . 5 und. Abs. 4 ErbStG)**

Der Verschonungsabschlag von 85 % bei der Regelverschonung wird auf Dauer und insgesamt nur gewährt, wenn die Summe der jährlichen Lohnsummen des Betriebs des Einzelunternehmens, der Personen- oder Kapitalgesellschaft innerhalb von 5 Jahren nach dem Erwerb (Lohnsummenfrist) insgesamt 400 % der Ausgangslohnsumme nicht unterschreitet (Ausgangslohnsumme). Ausgangslohnsumme ist die durchschnittliche Lohnsumme der letzten 5 vor dem Zeitpunkt der Entstehung der Steuer endenden Wirtschaftsjahre. Die Mindestlohnsumme muss aber nicht eingehalten werden, wenn der Betrieb nicht mehr als 20 Beschäftigte hat oder die Ausgangslohnsumme 0 beträgt. Wird die Mindestlohnsumme nach Ablauf der 5-jährigen Lohnsummenfrist nicht erreicht, vermindert sich der Verschonungsabschlag mit Wirkung für die Vergangenheit anteilig. Entscheidet sich der Steuerpflichtige für die vollständige Steuerbefreiung von 100 %, beträgt die Lohnsummenfrist bei dieser Optionsverschonung 7 Jahre und die Mindestlohnsumme 700 % der Ausgangslohnsumme. Auf die Lohnsummen der einzelnen Jahre kommt es also nicht an. Jahre mit geringer Beschäftigung können durch Jahre mit hoher Beschäftigung innerhalb der Lohnsummenfrist ausgeglichen werden. Dieses Erfordernis der Einhaltung der Mindestlohnsumme binnen der Fristen von 5 oder 7 Jahren ist sicher die Hauptstütze der verfassungsrechtlichen Berechtigung eines außersteuerlichen Grundes für diese außerordentliche Steuerverschonung.

Der BFH macht in seinem Beschluss deutlich, dass er diese Regelung für problematisch hält, wenn einerseits das Gesetz anordnet, dass es für die Verschonung erforderlich ist, die Lohnsummen über 5 bzw. 7 Jahre nach der Schenkung oder dem Erbfall zu kontrollieren; wenn er zugleich bestimmt, dass die Überwachung dann nicht durchzuführen ist, wenn man in dem geschenkten oder vererbten Betrieb nicht mehr als 20 Personen beschäftigt. Offensichtlich ist dies nach Ansicht des BFH im Hinblick auf die notwendige steuerliche Gleichbehandlung nicht gerechtfertigt. Die Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Arbeitsplatzklausel werden noch dadurch verstärkt, dass diese Ausnahme vom Erfordernis der Erhaltung der Arbeitsplätze gerade bei der nur gewerblich geprägten Personengesellschaft, der Betriebsaufspaltung und den Kapitalgesellschaften weidlich ausgenutzt werden kann.

#### **5. Folgen einer Richtervorlage beim BVerfG**

Es ist mit großer Wahrscheinlichkeit zu erwarten, dass der Erbschaftsteuersenat des BFH die Frage der Verfassungsmäßigkeit der §§ 13 a und 13 b ErbStG n. F. dem BVerfG vorlegen wird. Dies ergibt sich schon daraus, dass er einen Fall zum Anlass der Prüfung nimmt, der diese Steuerverschonung gar nicht betrifft. Es ist gut möglich, dass das Gericht diese Steuerbefreiung wegen Verstoßes gegen Art. 3 GG in Ansehung des nicht begünstigten sonstigen Vermögens teilweise oder ganz für verfassungswidrig erklärt. Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit kann rückwirkend auf den Jahresanfang 2009 oder nur für die Zukunft erfolgen. Es ist fast ausgeschlossen, dass das BVerfG nur die Verfassungswidrigkeit der §§ 13 a, 13 b ErbStG feststellt und dem Gesetzgeber wiederum eine Frist zu einer Neuregelung gewährt. An die vom BFH in seinem Beschluss vom 5.10.2011 vertretene Auffassung ist das BVerfG selbstverständlich nicht gebunden.

Diese mögliche Rückwirkung bedeutet aber nicht, dass die entsprechenden Steuerbescheide schon jetzt von den Finanzämtern für vorläufig erklärt werden. Die Entscheidung darüber liegt gem. § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 iVm. § 165 Abs. 1 S. 1 AO im Ermessen des Finanzamts. Nach Nr. 6 Satz 2 AEAO dürfen die Finanzämter von der Möglichkeit der vorläufigen Steuerfestsetzung nur Gebrauch machen, wenn sie hierzu durch das BFM oder gemeinsame Ländererlasse angewiesen sind. Es muss aber damit gerechnet werden, dass die Festsetzung der Erbschaft- und Schenkungssteuer insoweit bald wieder nur noch gem. § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AO vorläufig erfolgt. Jedoch dürfen Steuerbescheide nach § 176 Abs. 1 Nr. 1 AO nicht zuungunsten des Steuerpflichtigen aufgehoben oder geändert werden, wenn das BVerfG die Nichtigkeit eines Gesetzes feststellt, auf dem die bisherige Steuerfestsetzung beruht. Dieser Vorschrift liegt wie bei § 79 Abs. 2 Nr. 1 BVerfGG der Rechtsgedanke zugrunde, wonach nicht mehr anfechtbare Entscheidungen von der Nichtigkeitsfeststellung des BVerfG unberührt bleiben und nicht mehr geändert werden können. Dies gilt auch für Steuerbescheide, die gem. § 164 unter dem Vorbehalt der Nachprüfung oder gem. § 165 AO vorläufig ergangen sind. Der Schutz in das Vertrauen auf das derzeit geltende Steuergesetz hat Vorrang.

Für den Fall der Vorlage beim BVerfG, kann es bekanntlich längere Zeit dauern, bis es zu einer Entscheidung des



Gerichts kommt. Zeitlich näher kann die nächste Bundestagswahl im September 2013 liegen. Es ist durchaus möglich, dass dann vor allem diese Steuerverschonung durch den Gesetzgeber zumindest erheblich eingeschränkt wird. Dies ergibt sich auch aus den Parteitagebeschlüssen der SPD und der Grünen. Wenn auch aus anderen Gründen geboten und möglich, sollten diese Steuerverschonungen noch durch baldige Schenkungen von betrieblichen Einheiten genutzt werden. Das gegenwärtige Erbschaftsteuersystem ist für Übergaben solcher betrieblichen Einheiten im Wege der vorweggenommenen Erbfolge so günstig wie noch nie.

Aus Gründen der Vorsicht ist es aber erforderlich, die Schenkungsverträge mit solchen Steuerklauseln zu versehen, die

in der Endphase des alten Erbschaftsteuerrechtes entwickelt wurden, um gegen die möglichen Entscheidungsvarianten des BFH und des BVerfG gewappnet zu sein. Es sollte deshalb geprüft werden, ob in Schenkungsverträgen nicht eine Steuerklausel für den Fall aufgenommen wird, dass das geltende Erbschaftsteuergesetz – insbesondere die §§ 13 a und 13 b ErbStG – rückwirkend für grundgesetzwidrig erklärt wird und / oder sich die steuerlichen Rahmenbedingungen in sonstiger für den Übergabevertrag bedeutsamer Weise ändern. Eventuell besteht dann die Möglichkeit, bereits erfolgte Schenkungen steuerneutral gem. §§ 29 Abs. 1 Nr. 1, 37 Abs. 3 ErbStG rückabzuwickeln, um sich dann ggf. für eine erneute Vermögensübergabe zu entscheiden.

## Die Neuregelung des § 11 LJKG

Notar a. D. Professor Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Europarechtliche Vorgaben reichen immer stärker in unser alltägliches Recht hinein. Zur Herstellung einer Konformität zwischen Landesrecht und Europarecht hat der Gesetzgeber des Landes Baden-Württemberg mit dem Gesetz zur Änderung des Landesjustizkostengesetzes und anderer Gesetze vom 13. Dezember 2011<sup>1</sup> auch § 11 LJKG geändert sowie veränderte Überleitungsvorschriften erlassen. Es bleibt zu hoffen, dass die Gesetzesnovelle endlich Rechtssicherheit schafft.<sup>2</sup> Die Neufassung von § 11 LJKG hat temporale Gültigkeit, da der gesamte Dritte Abschnitt des LJKG mit Wirkung zum 1.1.2018 entfallen wird.<sup>3</sup> Die Abhandlung stellt die Veränderungen dar und aktualisiert meine Erläuterungen zu § 11 LJKG a. F. in BWNNotZ 2005, 163.

### I. Neuregelung von § 11 LJKG

#### 1. Wegfall der Entrichtung einer Aufwandsentschädigung

§ 11 Abs. 1 LJKG a. F. legte bisher fest, dass in den von einem Verbotstatbestand der Gesellschaftssteuerrichtlinie tangierten Geschäften als pauschale Aufwandsentschädigung 15 vom Hundert dieser Gebühren vom Notar an die Staatskasse abzuführen sind. Diese pauschale Abführung von Gebühren stand nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 28.6.2007<sup>4</sup> mit den europarechtlichen Vorgaben nicht mehr in Einklang. Entsprechend sieht § 11 LJKG n. F. nunmehr vor, dass die Abführung der Aufwandsentschädigung an die Staatskasse ersatzlos wegfällt,

den Notaren im Landesdienst die dort bezeichneten Gebühren künftig in vollem Umfang verbleiben und auch nicht auf die Beteiligungsgrenzbeträge nach §§ 12 und 13 LJKG (Sonderkürzung) anzurechnen sind.

#### 2. Aufhebung bisheriger Ausnahmenvorschriften

Durch die Gesetzesnovelle werden die Regelungen in den bisherigen Absätzen 1 und 2 von § 11 LJKG ab 17.12.2011 zusammengelegt. Damit sind insbesondere die bisher mitunter schwierig einzuordnenden Sonderfälle bei bestimmten Umwandlungsvorgängen<sup>5</sup> obsolet. Den Notaren im Landesdienst verbleiben nunmehr auch die dort bezeichneten Gebühren in vollem Umfang und unterliegen auch nicht der Sonderkürzung nach §§ 12 und 13 LJKG.

### II. Reichweite von § 11 LJKG n. F.

#### 1. Notarrelevante Tätigkeiten i. S. von § 11 LJKG n. F.

Im Bereich des Handels- und Gesellschaftsrechts übt der Notar verschiedenartige Tätigkeiten,<sup>6</sup> so **Beurkundungen**,<sup>7</sup> **Beglaubigungen**,<sup>8</sup> **Bescheinigungen** über die Vertretungsberechtigung und das Bestehen von juristischen Personen,<sup>9</sup> Ausstellung der **Satzungsbescheinigung** nach § 181 Abs. 1 S. 2 AktG, § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG, § 39 BeurkG, § 20 Abs. 1 BNotO, Ausstellung von **Teilhypotheken- und Teilgrundschuldbriefen** anlässlich von umwandlungsrechtlichen Spaltungsvorgängen<sup>10</sup> sowie **Betreuung** der Beteiligten.<sup>11</sup>

1 GBl. S. 545.

2 Dazu Böhringer/Falk, Landesjustizkostengesetz Baden-Württemberg, 8. Aufl. 2007, § 11 Rn. 97.

3 Vgl. Gesetz zur Reform des Notariats- und Grundbuchwesens in Baden-Württemberg vom 29.7.2010, GBl. S. 555. Der Badische Notarverein vertritt die Auffassung, dass die bisherige Regelung des § 11 Absatz 2 LJKG nicht erst gegen die neue Gesellschaftssteuerrichtlinie 2008/7/EG, sondern bereits gegen die Ausgangsrichtlinie 69/335/EWG verstoße, zitiert nach LT-Drucks. 15/688 S. 25.

4 EuGH, Urt. v. 28.6.2007 - C-466/03, ABI EU 2007 Nr. C 199, 2 = EuZW 2007, 477 = NJW 2007, 3051 = BWNNotZ 2007, 146.

5 Böhringer/Falk (Fn. 2), § 11 Rn. 65 ff.

6 Ausführlich Böhringer, BWNNotZ 2005, 153, 164 Abschn. IV.

7 § 128 BGB, §§ 8, 36 BeurkG, § 20 Abs. 1 BNotO, §§ 36, 47 KostO.

8 Insbesondere von Handelsregisteranmeldungen, § 129 BGB, §§ 39 ff. BeurkG, § 20 Abs. 1 BNotO, § 45 KostO.

9 § 39 BeurkG, § 21 Abs. 1 BNotO, § 150 KostO.

10 § 1152 BGB, § 61 GBO, § 20 Abs. 2 BNotO, §§ 71, 141 KostO.

11 Z. B. Fertigung von Urkundenentwürfen, Beschlüssen, Verschmelzungsbericht, Prüfungsbericht, Sachgründungsbericht, Gesellschafterlisten, Grundbuchberichtigungsanträgen, Einholung der Genehmigung bei vinkulierten Anteilen.

## 2. Geltung nur für zwingende Beurkundungen

Nach § 11 LJKG n. F. muss das jeweilige materielle Gesellschaftsrecht für den gesellschaftsrechtlichen Vorgang untersucht werden, ob zwingende Formvorschriften bestehen, aufgrund deren man durch andere Gestaltung des Vorgangs der Beurkundungspflicht und der hierdurch entstehenden Gebühr nicht entgehen kann, und wo fakultatives Handeln möglich ist, eine notarielle Mitwirkung also keine zwingende gesellschaftsrechtliche Vorgabe darstellt.

Unter dem in § 11 LJKG n.F. aufgeführten Begriff „Beurkundung“ versteht der Landesgesetzgeber<sup>12</sup> die notarielle Beurkundung nach § 128 BGB, also Beurkundung von Willenserklärungen nach §§ 8, 9 BeurkG und sonstige Beurkundungen nach §§ 36, 37 BeurkG, nicht jedoch Unterschriftsbeglaubigungen.<sup>13</sup>

## 3. Fakultatives Handeln

Schreibt das Gesetz für die entsprechende Rechtsform der Gesellschaft keine Form für ein Geschäft vor oder wählt die Gesellschaft freiwillig eine „höherwertige“ Form, etwa statt der Unterschriftsbeglaubigung die Beurkundung (z.B. bei der Übernahmeerklärung nach § 55 GmbHG), so handelt es sich insoweit nicht um eine zwingende gesellschaftsrechtliche Vorgabe i. S. von § 11 LJKG n. F. bzw. Art. 10 § 2 Abs. 1 S. 1 des Änderungsgesetzes vom 13.12.2011.<sup>14</sup> Die anfallende Notargebühr stellt eine freiwillig in Anspruch genommene Leistung des Notars dar, die keinen obligatorischen Charakter hat.<sup>15</sup> Für die Entwürfe von Urkunden gelten die allgemeinen Regeln der §§ 12 und 13 LJKG.

## 4. Zwingende Beurkundungsvorgänge

Zu den zwingenden notariellen Beurkundungen in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten nach § 11 LJKG n. F. sind nachfolgend aufgeführte Geschäfte zu zählen:<sup>16</sup>

- **Bei Aktiengesellschaften:**<sup>17</sup> der Gründungsakt (Feststellung der Satzung, Erklärung der sonstigen Gründungsangaben, § 23 AktG);<sup>18</sup> Protokoll über Bestellung des ersten Aufsichtsrats durch die Gründer (§ 30 Abs. 1 AktG); Protokoll über Bestellung des Abschlussprüfers für das erste Voll- oder Rumpfgeschäftsjahr (§ 30 Abs. 1 AktG); bei beherrschter Gesellschaft: Zustimmung zu Unternehmensverträgen, zu deren Änderung und Aufhebung (§§ 293, 295, 296 AktG); Protokoll über die Beschlüsse einer Hauptversammlung (§ 130 Abs. 1 AktG).<sup>19</sup>

- **Bei einer GmbH:**<sup>20</sup> Gründungsakt (Feststellung der Satzung, Erklärung der sonstigen Gründungsangaben, §§ 2, 3 GmbHG); bestimmte Beschlüsse in einer Gesellschafterversammlung wie z. B. jede Satzungsänderung (§ 53 GmbHG), Maßnahmen der Kapitalbeschaffung (Kapitalerhöhungen) und zur Kapitalherabsetzung; bei beherrschter Gesellschaft Zustimmungsbeschluss zu Unternehmensverträgen einschließlich deren Änderung und Aufhebung (analog §§ 293, 295, 296 AktG). Unter § 11 LJKG n. F. fallen nunmehr (wegen der Aufhebung von § 11 Abs. 2 LJKG a. F.) auch die Beurkundungsgebühren für den dinglichen Abtretungsvertrag eines GmbH-Geschäftsanteils nach § 15 Abs. 3 GmbHG einschließlich des Verpflichtungsgeschäfts für eine solche Verfügung (§ 15 Abs. 4 GmbHG) sowie die dingliche Bestellung<sup>21</sup> eines Pfandrechts oder Nießbrauchs am GmbH-Geschäftsanteil nach § 15 Abs. 3 GmbHG, § 1274 Abs. 1, § 1069 Abs. 1 BGB.

- **Umwandlungsvorgänge:**

Bei den Umwandlungsvorgängen nach dem Umwandlungsgesetz ist vielfach materiell-rechtlich die Beurkundung der Rechtsgeschäfte oder Beschlüsse erforderlich.<sup>22</sup> Unter gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten i. S. von § 11 LJKG n. F. versteht der Landesgesetzgeber auch die nach § 1 des Umwandlungsgesetzes geschaffenen Möglichkeiten, nämlich Verschmelzung, Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung, Ausgliederung), Vermögensübertragung (Vollübertragung, Teilübertragung) und Formwechsel.<sup>23</sup> An Umwandlungsvorgängen können Kapitalgesellschaften (Aktiengesellschaft, GmbH, KGaA), andere Gesellschaften wie OHG, KG, Partnerschaftsgesellschaften<sup>24</sup>, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, eingetragene Genossenschaften<sup>25</sup>, EWIV<sup>26</sup>, juristische Personen und der Einzelkaufmann beteiligt sein.

Zwingend beurkundungspflichtig sind und unter § 11 LJKG n. F. fallen: Umwandlungsverträge wie Verschmelzungsvertrag, Spaltungs- oder Übernahmevertrag, Vertrag über die Vermögensübertragung (total oder parziell sowie ein Spaltungsplan; Zustimmungsbeschlüsse der an einer Umwandlung beteiligten Rechtsträger (z. B. § 13 Abs. 3, § 36 Abs. 1, § 125, §§ 176, 177, § 193 Abs. 3 UmwG; Zustimmungserklärungen einzelner Anteilshaber bzw. nicht erschienener Gesellschafter (§ 13 Abs. 3 S. 1, § 13 Abs. 2, § 43 Abs. 1 Hs. 2, § 50 Abs. 2, § 51 Abs. 1 und 2 UmwG).<sup>27</sup>

12 LT-Drucks. 15/688, S. 26.

13 Ebenso Böhringer/Falk (Fn. 2), § 11 Rn. 25, 44.

14 GBl. 2011, S. 545.

15 Ebenso Görk, DNotZ 1999, 851, 869; LG Stuttgart, Die Justiz 2001, 213 = BWNotZ 2001, 135 = NJW-RR 2002, 682.

16 Eingehend Böhringer, BWNotZ 2005, 163, 165 Abschn. V Nr. 1 und 2.

17 Böhringer/Falk (Fn. 2), § 11 Rn. 26 - 31.

18 Die Bestellung der Mitglieder bedarf keiner beurkundungspflichtigen Annahmeerklärung der Mitglieder des Aufsichtsrats.

19 Eine Ausnahme gilt lediglich für Beschlüsse einer nicht börsennotierten Aktiengesellschaft, in der keine Beschlüsse gefasst werden, die einer Dreiviertel- oder größeren Mehrheit bedürfen (§ 130 Abs. 1 S. 3 AktG). Einzelheiten bei Böhringer, BWNotZ 2005, 163, 165 Abschn. V 1.

20 Böhringer/Falk (Fn. 2), § 11 Rn. 32 ff.

21 Das der Bestellung des Nießbrauchs/Pfandrechts zugrunde liegende schuldrechtliche Rechtsgeschäft bedarf keiner notariellen Beurkundung, Palandt/Bassenge, BGB, § 1274 Rn. 2; Michalski/Ebbing, GmbHG, § 15 Rn. 222.

22 Einzelheiten Böhringer, BWNotZ 1995, 97.

23 Einzelheiten Böhringer, BWNotZ 1995, 97.

24 Zum Rechtscharakter Böhringer, BWNotZ 1995, 1.

25 Dazu OLG Stuttgart, BWNotZ 2006, 171 = Die Justiz 2006, 229 = NotBZ 2005, 373 = Rpfleger 2006, 46.

26 Zum Rechtscharakter Böhringer, BWNotZ 1990, 129.

27 Man kann auf Grund des zwingenden Erfordernisses der Beurkundungspflicht diese nicht durch andere Gestaltung des Geschäfts umgehen, LG Stuttgart, Die Justiz 2001, 216 = BWNotZ 2001, 137 = GmbHR 2001, 977 m. Anm. Stieb.

Ebenfalls der Regelung in § 11 LJKG n. F. unterfallen die zwingend notariell zu beurkundenden Erklärungen<sup>28</sup> für den Verzicht auf den Umwandlungsbericht (z. B. §§ 8, 127, 135, 142, 162 UmwG), auf Prüfung des Umwandlungsberichts (§§ 9, 12, 30, 44, 45e, 48, 60, 78, 100, 125, 176, 177, 197 UmwG), auf Anfechtung des Umwandlungsbeschlusses (z. B. §§ 14, 16 UmwG) und auf ein Abfindungsangebot (z. B. §§ 30, 207 UmwG).

Die bisher in § 11 Abs. 2 Buchst. b und c) LJKG a. F. bestehende Gebührenablieferungspflicht ist nunmehr aufgehoben; die Gebühr steht dem Notar uneingeschränkt zu.

## 5. Fallbeispiele

### Beispiel 1:

Beim Gründungsakt einer GmbH fallen lediglich die Beurkundungsgebühren für den Gründungsvertrag (§ 36 Abs. 1 bzw. 2 KostO) unter § 11 LJKG n. F. Der Beschluss über die Bestellung der Geschäftsführung (§ 47 KostO mit Gebührendeckelung), die Handelsregisteranmeldung (§ 38 KostO mit Geschäftswertdeckelung), die Auswärts- und Unzeitgebühren (§ 58 KostO), die Betreuungsgebühr für die Erstellung der Gesellschafterliste (§ 147 KostO), die Gebühr für Vertretungsbescheinigungen (§ 150 KostO), eine etwaige Gebühr für die Zusammenstellung des Satzungswortlauts (§ 147 KostO), die Gebühren für den zweiten Notar nach § 151 Abs. 2 KostO und die Gebühren nach § 59 KostO fallen unter die Regelungen über den Staatsanteil in §§ 12 und 13 LJKG.

### Beispiel 2:

Bei einer GmbH-Kapitalerhöhung fällt nur der Beschluss der Gesellschaft über die Erhöhung des Stammkapitals (§ 47 KostO mit Gebührendeckelung) unter § 11 LJKG n. F. Die Übernahmeerklärungen der Gesellschafter (§ 45 oder § 36 Abs. 1 KostO), die Handelsregisteranmeldung (§ 38 KostO), die Auswärts- und Unzeitgebühren (§ 58 KostO), die Betreuungsgebühr (§ 147 KostO) für die Erstellung der Gesellschafterliste (Übernahmeliste), die Gebühr nach § 50 KostO für die berichtigte Liste nach § 40 Abs. 2 GmbHG (Komplettliste), die Gebühr für Vertretungsbescheinigungen (§ 150 KostO), die Gebühren für den zweiten Notar nach § 151 Abs. 2 KostO und die Gebühren nach § 59 KostO fallen unter die Regelungen über den Staatsanteil in §§ 12 und 13 LJKG.

### Beispiel 3:

Zu notariellem Protokoll beschließen die Gesellschafter einer GmbH die Änderung der Satzung (angenommener Geschäftswert 25.000 €) und die Bestellung eines neuen Geschäftsführers (angenommener Geschäftswert 25.000 €; Beschluss ist nicht beurkundungspflichtig). Aus dem kumulierten Geschäftswert (§ 44 KostO) von 50.000 € wird eine Gebühr nach § 47 KostO erhoben und beträgt 264 €. Aus dieser Gebühr wird die Gebühr nach § 11 LJKG n. F. für die Satzungsänderung herausgerechnet und zwar aus 25.000 € Geschäftswert ergibt die 20/10-Gebühr 168 € und steht nunmehr dem Notar vollständig zu. Aus dem Unterschiedsbetrag

von 168 € zur Gesamtgebühr von 264 €, also 96 €, ist der Staatsanteil nach §§ 12 und 13 LJKG zu berechnen.

### Beispiel 4:

Zu notariellem Protokoll beschließen die Gesellschafter einer GmbH die Zusammenlegung aller Geschäftsanteile eines Gesellschafters zu einem einzigen Anteil (angenommener Geschäftswert 25.000 €, genauer 1% des Stammkapitals, mindestens 25.000 €; Beschluss ist nicht beurkundungspflichtig), eine Änderung der Satzung (angenommener Geschäftswert 25.000 €; z.B. Änderung Bekanntmachungsblatt, Sitzverlegung, Umstellung des Stammkapitals von DM auf Euro<sup>29</sup> bei anschließender Kapitalglättung) und eine Erhöhung des Stammkapitals um 1.000 € (z.B. Glättungsmaßnahme wegen Umstellung des Stammkapitals von DM auf Euro). Aus dem kumulierten Geschäftswert<sup>30</sup> (§ 44 KostO) von 51.000 € wird eine Gebühr nach § 47 KostO erhoben und beträgt 294 €. Aus dieser Gebühr wird die Gebühr nach § 11 LJKG n. F. für die Satzungsänderung samt Kapitalerhöhung herausgerechnet und zwar aus 26.000 € Geschäftswert ergibt die 20/10-Gebühr 168 € und steht dem Notar nunmehr zu. Aus dem Unterschiedsbetrag von 168 € zur Gesamtgebühr von 294 €, also 126 €, ist der Staatsanteil nach §§ 12 und 13 LJKG zu berechnen.

Nicht unter die Geschäfte nach § 11 LJKG n. F. zählt ein Vertrag zur Einbringung von Sacheinlagen mit einem Grundstück (§§ 311b, 873, 925 BGB, später erklärte Auflassung eines Grundstücks zur Erfüllung der im Gründungsakt oder bei der Kapitalerhöhung vereinbarten Einlagepflicht, §§ 873, 925 BGB).<sup>31</sup> Die Beurkundung erfolgt nicht auf Grund gesellschaftsrechtlicher Vorgaben, vielmehr aufgrund der zivilrechtlichen Norm des § 311b BGB.<sup>32</sup> Wird allerdings ein GmbH-Anteil als Sacheinlage eingebracht, so gilt jetzt (wegen Aufhebung des § 11 Abs. 2 LJKG a. F.) § 11 LJKG n. F.

## 6. Keine Sonderkürzung

Die dem Notar nach § 11 LJKG n. F. überlassenen Gebühren sind nicht auf die Beteiligungsgrenzbeträge nach § 12 und § 13 Abs. 4 LJKG anzurechnen, weil die aus Geschäften nach § 11 LJKG stammenden Gebühren nach den europarechtlichen Vorgaben nicht angetastet werden dürfen.

## III. Übergangsrecht

### 1. Zeitlich gestufte Rückwirkung

Durch die europarechtlichen Vorgaben musste auch klargestellt werden, dass die Übergangsvorschrift in Art. 4 § des

29 Trifft der Beschluss über die Umstellung des Stammkapitals auf Euro mit weiteren Satzungsänderungen zusammen, so liegt Gegenstandsgleichheit vor; OLG Hamm, FGPrax 2004, 304 = MittBayNot 2005, 79 = RNotZ 2004, 512 = ZNotP 2005, 78 m. zust. Anm. Tiedtke. Zur Euro-Umstellung auch Tiedtke, MittBayNot 1999, 166; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 18. Aufl., § 41c Rn. 105; Rohs/Wedewer, KostO, 89. Erg. Lief. zur 2. Aufl., 2004, § 41c Rn. 17

30 OLG Hamm, FGPrax 2004, 304 = MittBayNot 2005, 79 = RNotZ 2004, 512 = ZNotP 2005, 78 m. zust. Anm. Tiedtke. Zur Euro-Umstellung auch Tiedtke, MittBayNot 1999, 166.

31 So Böhringer/Falk, aaO, § 11 Rn. 36, 85.

32 OLG Hamm, FGPrax 2001, 90 = JurBüro 2001, 102 = NJW-RR 2001, 1440 = Rpfleger 2001, 99.

28 Je nach Falllage des Umwandlungsvorgangs, vgl. §§ 41, 44 UmwG, § 164 HGB.

Gesetzes zur Änderung der Landesjustizkostengesetzes und des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 28.7.2005<sup>33</sup> nicht mehr Geltung hat. Dafür wurden neue Übergangsvorschriften in Art. 10 § 2 Abs. 1 und 2 des Änderungsgesetzes vom 13.12.2011 mit zeitlich gestufter Rückwirkung geschaffen.

## 2. Wegfall der Aufwandsentschädigung ab 1.6.2002

Die Regelung in § 11 Abs. 1 LJKG a. F. mit damaliger Überleitungsbestimmung in Art. 4 § 2 des Gesetzes vom 28.7.2005, wonach 15 % des Gebührenaufkommens als pauschale Aufwandsentschädigung an das Land abzuführen sind, bestand mit Wirkung zum 1.6.2002. Nach der Entscheidung des EuGH<sup>34</sup> musste der Landesgesetzgeber auch das bisherige Übergangsrecht rückwirkend europarechtskonform modifizieren. Alle seit dem 1.6.2002 entstandenen Beurkundungsgebühren in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten, die aufgrund zwingender gesellschaftsrechtlicher Vorgaben der notariellen Beurkundung bedurften, werden – da gemeinschaftsrechtswidrig – ab 1.1.2002 (also rückwirkend) den Notaren vollständig überlassen. Dies entspricht den Vorgaben des EuGH, den Gesamtzeitraum einheitlich zu erfassen.

Die nunmehr dem Notar nach der Überleitungsbestimmung des Art. 10 § 2 Abs. 1 des Gesetzes vom 13.12.2011 ab dem

33 GBl. S. 580.

34 EuGH, Urt. v. 28.6.2007 - C-466/03, ABI EU 2007 Nr. C 199, 2 = EuZW 2007, 477 = NJW 2007, 3051 = BWNNotZ 2007, 146.

1.6.2002 vollständig überlassenen Gebühren (einschließlich 15 % des Gebührenaufkommens als pauschale Aufwandsentschädigung) sind nicht auf die Beteiligungsgrenzbeträge nach § 12 und § 13 Abs. 4 LJKG anzurechnen, weil die aus diesen Geschäften stammenden Gebühren nach den europarechtlichen Vorgaben nicht angetastet werden dürfen.

## 3. Beibehaltung der Ausnahmenvorschriften bis 31.12.2008

Die Gesellschaftssteuerrihtlinie 2008/7/EG des Rates vom 12.2.2008<sup>35</sup> hat den Anwendungsbereich der Richtlinie gegenüber der Ausgangsrichtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17.7.1969<sup>36</sup> erweitert. Dem musste durch die Streichung der bisherigen Ausnahmenvorschrift in § 11 Abs. 2 LJKG Rechnung getragen werden. Die Aufhebung von § 11 Abs. 2 LJKG a. F. gilt rückwirkend aber erst ab 1.1.2009, da ab diesem Zeitpunkt die Umsetzungsfrist für die neue Gesellschaftssteuerrihtlinie 2008/7/EG abgelaufen ist. Die bis zum 31.12.2008 von den Notaren nach §§ 12 und 13 LJKG bezogenen Gebührenanteile aus den Geschäften nach § 11 Abs. 2 LJKG a. F. sind deshalb auf die Beteiligungsgrenzbeträge anzurechnen, ab dem 1.1.2009 jedoch dann nicht mehr. Eine Rückwirkung zum 1.6.2002 hat der Landesgesetzgeber nicht angeordnet.<sup>37</sup>

35 ABI. L 46, S. 11.

36 ABI. L 249, S. 25.

37 Die Landesregierung hält die Rechtauffassung des Badischen Notarvereins, § 11 Abs. 2 LJKG a. F. verstoße bereits gegen die Ausgangsrichtlinie 69/335/EWG und müsse ebenfalls mit Rückwirkung zum 1.6.2002 aufgehoben werden, für vertretbar, jedoch nicht zwingend und weist darauf hin, dass bisher keine Entscheidung des EuGH vorliege, die in einem Fall des § 11 Abs. 2 LJKG einen Verstoß gegen die Richtlinie 69/335/EWG angenommen hätte., vgl. LT-Drucks. 15/688 S. 26.

# Rechtsprechung

OLG Köln, 26. Oktober 2011, 2 U 53/11

**AdoptG Art. 12 §§ 1, 2**

**BGB § 2314**

**BGB a.F. § 1767**

**ZPO § 253 Abs. 1 Nr. 2**

1. **Eine in einem Adoptionsvertrag aufgenommene Vereinbarung über den Ausschluss des Pflichtteilsrechts des am 1. Januar 1977 noch minderjährigen Adoptivkindes verlor mit Ablauf des 31. Dezember 1977 seine rechtliche Wirkung, sofern kein entsprechender Widerspruch nach Art. 12 § 2 Abs. 2 S. 2 AdoptG erklärt worden ist.**
2. **Der Pflichtteilsberechtigte hat keinen Anspruch auf Wertermittlung durch einen öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen.**
3. **Im Rahmen des Auskunftsanspruchs müssen die Belege, die der Auskunftspflichtige vorlegen soll, im Klageantrag genau bezeichnet werden.**

I.

Die Klägerin ist die im Jahre 1968 geborene Tochter der Beklagten aus deren erster – geschiedener – Ehe. Der erste Ehemann der Beklagten verstarb im Jahre 1971. Die Beklagte war seit dem Jahre 1970 in zweiter Ehe mit dem am 16. April 2009 verstorbenen Erblasser verheiratet. Dieser adoptierte die Klägerin mit notariell beurkundetem Adoptionsvertrag vom 2. November 1972 (...). In dem Vertrag heißt es u. a.

*„Die Beteiligten sind sich darüber einig, dass der Klägerin beim Tod des Ehemannes keinerlei Pflichtteilsrechte zustehen sollen.“*

Mit Beschluss vom 15. Dezember 1972 genehmigte das Amtsgericht Aachen den Vertrag vom 2. November 1972 vormundschaftsgerichtlich (§ 1751 Abs. 1 BGB a.F.) und bestätigte diesen (§ 1741 BGB a.F.). Eine Erklärung nach Art. 12 § 2 Abs. 2 S. 2 AdoptG wurde vor dem Amtsgericht Schöneberg nicht abgegeben. Die Eheleute errichteten am 17. Dezember 2008 vor dem Notar (...) einen Erbvertrag, in dem sich die Eheleute wechselseitig zum alleinigen Erben einsetzten.



Mit der vorliegenden Stufenklage macht die Klägerin Pflichtteilsansprüche geltend.

Sie hat die Ansicht vertreten, ihr stehe ein Pflichtteilsanspruch zu, da sie nicht wirksam auf einen solchen Anspruch verzichtet habe. Die in der notariellen Urkunde enthaltene Erklärung erfülle nicht die notwendigen Voraussetzungen für einen Verzichtsvertrag; das Vormundschaftsgericht habe nur die Adoption, nicht indes den Pflichtteilsverzicht genehmigt. Zudem sei aufgrund der gesetzlichen Regelungen in dem „Adoptionsgesetz 1977“ der Ausschluss des Pflichtteilsrechts unwirksam.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, der Klägerin stehe kein Pflichtteilsanspruch zu. In der die Adoption betreffenden notariellen Urkunde sei gleichzeitig der Verzicht auf das Pflichtteilsrecht erklärt worden. Dies sei nach dem damaligen Recht wirksam gewesen. Das „Adoptionsgesetz 1977“ sei insoweit nicht anwendbar. [...]

## II.

1. Zutreffend hat das Landgericht die Klägerin als gesetzliche Erbin und Pflichtteilsberechtigte angesehen. Ihr Pflichtteilsrecht ist nicht durch die in der notariellen Urkunde vom 2. November 1972 enthaltene Regelung ausgeschlossen.

Die Klägerin ist nach den bis zum 31. Dezember 1977 geltenden Vorschriften im Wege eines Vertrages (sog. Vertragssystem; vgl. RGRK/Dickescheid, 12. Auflage 1999, vor § 1741 Rn. 30) adoptiert worden. Mit dem Inkrafttreten des neuen Adoptionsrechts im Jahr 1977 hat sich ihr Status aufgrund der Regelungen in Art. 12 § 2 AdoptG geändert. Nach dieser Bestimmung wurden bei einem zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der gesetzlichen Neuregelung zum 1. Januar 1977 noch minderjährigen Adoptivkind bis zum 31. Dezember 1977 auf das Annahmeverhältnis die bisher geltenden Vorschriften über die Annahme an Kindes statt angewandt (Art. 12 § 2 Abs. 1 AdoptG). Ab dem 1. Januar 1978 unterliegt ein – bereits begründetes – Annahmeverhältnis ausschließlich den Vorschriften des neuen Rechts, wenn nicht ein entsprechender Widerspruch ausdrücklich erklärt worden ist (vgl. Soergel/Liermann, BGB, 13. Auflage 2000, Vor § 1741 Rn. 54, 57). Soweit in einem Annahmevertrag das Erbrecht des Kindes dem Annehmenden gegenüber ausgeschlossen war, verlor dieser Ausschluss mit Ablauf des 31. Dezember 1977 seine Wirksamkeit. Art. 12 § 2 Abs. 2 S. 1 AdoptG verweist nicht auf Art. 12 § 1 Abs. 5 AdoptG, der den Ausschluss des Erbrechts bei der Volljährigenadoption von der Gesetzesänderung unberührt lässt (vgl. auch Staudinger/Frank, BGB, Bearb. 2007, Vorbem zu §§ 1741 ff. Rn. 66; Staudinger/Frank, BGB, 12. Auflage 1992, Vorbem zu §§ 1741 ff. Rn. 60.).

Diese Grundsätze gelten auch für das streitbefangene Statusverhältnis der Klägerin. Diese war beim Inkrafttreten des Gesetzes noch minderjährig, und zudem ist keine entsprechende Erklärung gegenüber dem Amtsgericht Schöneberg abgegeben worden. Entgegen der Ansicht der Beklagten verlor mit der gesetzlichen Neuregelung ebenfalls die in dem Adoptionsvertrag aufgenommene Regelung, dass der Klägerin beim Tod des annehmenden Ehemannes keinerlei Pflichtteilsrechte zustehen sollten, ihre rechtliche Wirkung.

Denn nach dem zum 1. Januar 1977 aufgehobenen § 1767 BGB a.F. waren im Rahmen einer vor dem Stichtag erfolgten Adoption grundsätzlich Vereinbarungen über den Ausschluss des Erbrechts sowie des Pflichtteilsrecht des Kindes möglich (vgl. dazu RGRK/Meyer/Scheffler, 10./11. Auflage 1964, § 1767 Anm. 2; vgl. auch Wetzel, ZEV 2011, 401 [402]). Seit dem Inkrafttreten des neuen Adoptionsrechts besteht diese Möglichkeit nicht mehr. Hintergrund der gesetzlichen Neuregelung sowie der Übergangsvorschrift war die Intention des Gesetzgebers, ein noch minderjähriges Adoptivkind durch eine erbrechtlich vollständige Gleichstellung mit den leiblichen Kindern in eine harmonische und lebensstüchtige Familie zu integrieren (BVerfG, NJW 2003, 2600; BT-Drucks. 7/3061, S. 19). Mit dieser neu geschaffenen zwingenden Erbenstellung des Adoptivkindes ist zugleich eine entsprechende Pflichtteilsberechtigung verbunden (vgl. §§ 1924 ff., 2303 BGB; vgl. Palandt/Diederichsen, BGB, 70. Auflage 2011, § 1754 Rn. 3; Palandt/Weidlich, aaO, § 1924 Rn. 10). Nur so lässt sich die von dem Gesetzgeber erstrebte (vgl. § 1754 BGB) vollständige Gleichstellung des Adoptivkindes mit den leiblichen Kindern erzielen.

Diese gesetzliche Regelung, die die vertraglichen Vereinbarungen überwindet, ist nach einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (NJW 2003, 2600; vgl. auch OLG Hamm, FGPrax 2002, 227) nicht verfassungswidrig. Der Eingriff in die erbrechtliche Vermögensdispositionen des Annehmenden wiegt nicht allzu schwer. Zudem kommt bei der gebotenen Abwägung zwischen dem Ausmaß des Vertrauensschadens für den Annehmenden und der Bedeutung des gesetzlichen Anliegens für das Wohl des adoptierten Kindes und seiner neuen Familie ersterem keine überwiegende Bedeutung zu.

2. Der somit nach § 2314 BGB bestehende Auskunftsanspruch der Klägerin umfasst indes keinen Anspruch auf Vorlage eines Gutachtens eines „öffentlich bestellten und vereidigten“ Sachverständigen. Ein Pflichtteilsberechtigter kann allerdings neben der Auskunft über den Bestand des Nachlasses auch vom Erben als Anspruchverpflichteten verlangen, dass der Wert der dazu geeigneten Nachlassgegenstände durch einen unparteiischen Sachverständigen auf Kosten des Nachlasses ermittelt wird (vgl. nur BGHZ 89, 24 [29] = NJW 1984, 487; BGHZ 107, 200 ff. = NJW 1989, 2887). Die Qualifikation des Sachverständigen ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Der Senat teilt die in der Rechtsprechung (OLG Düsseldorf, NJW-RR 1997, 454) und Literatur (Burandt/Rojahn, Erbrecht, 2011, § 2314 BGB Rn. 42) vertretene Auffassung, dass der Pflichtteilsberechtigte keinen Anspruch auf Vorlage eines Gutachtens eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen hat, denn eine Allgemeinvereidigung des Sachverständigen ist ohne Einfluss auf Qualifikation und Unabhängigkeit des Sachverständigen. Insoweit hat das Oberlandesgericht Düsseldorf in seinem Urteil vom 17. Mai 1996 überzeugend ausgeführt (NJW-RR 1997, 454 [455]):

„Die öffentlichen Vereidigung erfolgt aus Gründen der Praktikabilität vornehmlich bei Sachverständigen, die häufig als Gutachter tätig werden. Eine solche Allgemeinvereidigung hat den Vorteil, dass der Sachverständige sich im Einzelfall aufgrund entsprechender Anordnung des Gerichts auf den geleisteten Eid berufen kann. Auch bei Erstattung eines schriftlichen Gutachtens kann sich der Sachverständige



schriftlich auf seinen allgemein geleistete Eid beziehen. Eine solche Bezugnahme ist allerdings nur erforderlich, wenn das Gericht im Einzelfall eine Vereidigung für notwendig hält. Der Sachverständige ist nämlich grundsätzlich uneidlich zu vernehmen (vgl. OLG München, VersR 1984, 590). Eine Vereidigung ist regelmäßig nur geboten, wo eine subjektive falsche Begutachtung bzw. die Begünstigung einer Partei zu besorgen ist (vgl. Zöller/Greger, ZPO, 18. Aufl., § 410 Rn. 1; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 51. Aufl., § 410 Rn. 1). Dazu wird selten Anlass bestehen. Mithin kommt der Allgemeinvereidigung des Sachverständigen letztlich nur eine geringe Bedeutung zu. Die von Sachverständigen gewohnheitsmäßig spontan abgegebenen eidesstattlichen Versicherungen sind ohnehin ohne Belang (vgl. hierzu Zöller/Greger, § 411 Rn. 4; Peters, NJW 1990, 832). Vorstehende Ausführungen verdeutlichen, dass die öffentliche Vereidigung eines Sachverständigen über dessen Qualifikation und Unparteilichkeit nichts aussagt. Dementsprechend kann der Pflichtteilsberechtigte, dem ohnehin nur ein Wertermittlungsanspruch zugebilligt wird, damit er in die Lage versetzt wird, sich ein verlässliches Bild über den Wert eines Gegenstandes vorliegender Art zu machen (vgl. nur BGH, NJW 1975, 258 [259]), die Vorlage eines Gutachtens eines „öffentlich vereidigten“ Sachverständigen nicht verlangen.“

Diesen Ausführungen stimmt der Senat umfänglich zu und nimmt auf sie zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen Bezug.

**3.** Soweit das Landgericht die Beklagte zusätzlich verurteilt hat, die erteilten Auskünfte zu belegen, hat die Berufung ebenfalls Erfolg. Die Klägerin hat entgegen § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO die von ihr verlangten Belege nicht hinreichend bestimmt.

Gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO muss die Klageschrift bestimmte Angaben bezüglich des Gegenstandes und des Grundes des erhobenen Anspruchs sowie einen bestimmten Antrag enthalten. Daraus ergibt sich verfahrensrechtlich die Pflicht zur genügenden Konkretisierung des Leistungsinhalts. Die Geltendmachung des Anspruchs auf Vorlage von Belegen erfolgt im Wege der Leistungsklage. Bei einer solchen muss u.a. mit Rücksicht auf eine mögliche Zwangsvollstreckung genau bezeichnet werden, welche Leistung der Beklagte erbringen soll; der Klageantrag muss einen vollstreckungsfähigen Inhalt haben (BGH, NJW 1983, 1056; NJW-RR 1988, 693; OLG Köln [7. Zivilsenat], MDR 1993, 83; LG Saarbrücken, JurBüro 1988, 1591; Musielak/Foerste, ZPO, 8. Auflage 2011, § 253 Rn. 32; Zöller/Greger, ZPO, 28. Auflage 2010, § 253 Rn. 13c). Die Beklagte muss dem Klageantrag auch entnehmen können, welches Risiko für sie besteht, und sie muss sich umfassend verteidigen können (BGH, NJW 1978, 1584; NJW 1983, 1056). Nur eine genaue Bezeichnung der von ihr erwarteten Leistung eröffnet der Beklagten die Möglichkeit zu prüfen, ob sie den Anspruch anerkennen oder sich gegen ihn zur Wehr setzen will. Die klagende Partei kann dem Risiko, mit ihrer Auffassung im Prozess (ganz oder teilweise) mit entsprechender Kostenlast zu unterliegen, durch einen unbestimmten Rahmenantrag entgehen. Hierdurch wird der Streit über die Erfüllung der Verpflichtung in das Vollstreckungsverfahren verlagert. Dieses ist indes auf die Entscheidung solcher Streitfragen nicht zugeschnitten und bietet dafür nicht die nötigen Rechtsgarantien (BGH, NJW 1983, 1056).

Diesen von gefestigter Rechtsprechung und Literatur aufgestellten Grundsätzen genügt der von der Klägerin gestellte Klageantrag, die Beklagte zu verurteilen, „die dazugehörigen Belege“ vorzulegen, nicht, so dass der Klageantrag insoweit mangels hinreichender Bestimmtheit unzulässig ist. [...]

**OLG Karlsruhe, 14.07.2011, 11 Wx 17/11**

**§§ 8, 6 KostO**

**Die Anordnung einer Nachlasspflegschaft gem. §§ 1961, 1960 BGB darf nicht von der Zahlung eines Kostenvorschusses durch einen antragstellenden Gläubiger abhängig gemacht werden.**

**I.**

Der Erblasser ist am 21.08.2010 ohne Hinterlassung einer letztwilligen Verfügung in Mannheim verstorben. Die möglichen gesetzlichen Erben (...) haben mit Erklärungen vom (...) für sich und ihre minderjährigen Kinder die Erbschaft ausgeschlagen, da ihnen der Nachlass überschuldet erschien. Das Nachlassgericht hat die Ausschlagungserklärungen entgegen genommen.

Ein Erbe ist nicht ermittelt worden.

Die Beteiligte hat gegen den Erblasser noch zu dessen Lebzeiten zwei vollstreckbare Titel erwirkt, ein Versäumnisurteil des Amtsgerichts Mannheim vom 23.04.2009 (...), wonach der Erblasser verurteilt wird, an die Klägerin 4.560,00 € nebst Zinsen zu bezahlen, darüber hinaus einen Kostenfestsetzungsbeschluss in diesem Verfahren vom 30.07.2009 über zu erstattende Kosten in Höhe von 1.055,34 € nebst Zinsen. Die Beteiligte hat mit Schriftsatz vom 19. Oktober 2010 dem Nachlassgericht mitgeteilt, dass sie beabsichtige, nunmehr in den Nachlass zu vollstrecken und daher beantrage, für die ihr unbekanntesten nächsten Erben einen Nachlasspfleger zu bestellen. Mit Verfügung vom 26.10.2010 hat das Nachlassgericht der Beteiligten mitgeteilt, dass eine Nachlasspflegschaft nur angeordnet werden könne, wenn sie binnen 14 Tagen einen Kostenvorschuss i. H. v. 200,00 € einzahle, der der Vergütung des Nachlasspflegers, dessen Auslagen sowie den Gerichtskosten diene.

Die Beteiligte ist dieser Verfügung entgegengetreten und hat einen Vorschuss nicht eingezahlt.

Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 22.12.2010 den Antrag auf Anordnung einer Nachlasspflegschaft zurückgewiesen, weil bei einem bedürftigen Nachlass die Anordnung der Nachlasspflegschaft von einer Vorschusszahlung abhängig gemacht werden könne.

Der gegen diesen Beschluss erhobenen Beschwerde vom 27.01.2011 hat das Nachlassgericht mit Beschluss vom 23.02.2011 nicht abgeholfen.

**II.**

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

1. Die Beschwerde ist gemäß § 58 Abs. 1 FamFG statthaft sowie frist- und formgerecht nach §§ 63, 64 FamFG eingelegt. Der Beschwerdewert des § 61 Abs. 1 FamFG ist erreicht, denn er bestimmt sich nach dem vermögenswerten Interesse der Beteiligten, welches sich nach der Höhe ihrer Forderung bestimmt. Die Beteiligte ist gem. § 59 Abs. 2 FamFG als Antragstellerin gem. § 1961. BGB beschwerdeberechtigt.

2. Die Beschwerde ist begründet. Das Nachlassgericht hat die Anordnung der Nachlasspflegschaft zu Unrecht von der Zahlung eines Vorschusses für die Gerichtskosten, die Vergütung und die Auslagen des Nachlasspflegers abhängig gemacht.

a) Die Voraussetzungen der § 1961, 1960 Abs. 1 BGB sind gegeben. Die Erben sind unbekannt, nachdem alle bekannten Erben die Erbschaft ausgeschlagen haben. Die antragstellende Gläubigerin hat ein berechtigtes Interesse an der Nachlasspflegschaft. Sie hat ihre bereits titulierten Ansprüche aufgezeigt. Zur bezweckten gerichtlichen Geltendmachung eines Anspruchs, der sich gegen den Nachlass richtet, i. S. v. § 1961 BGB gehört auch die Durchführung der Zwangsvollstreckung (vgl. OLG Brandenburg, B. v. 02.12.2005 - 1 AR 70/05, Juris; Zöller-Stöber, ZPO, 28. Aufl., § 778 ZPO Rn. 6). Eines Sicherungsbedürfnisses wie in § 1960 Abs. 1 BGB bedarf es nicht, das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis (vgl. Erman-Westermann, BGB, 12. Aufl., § 1961 Rn. 2 m. w. N.) ist gegeben, nachdem die Beteiligte die ernsthafte Absicht der Einleitung der Zwangsvollstreckung bekundet hat, ihr Vorgehen nicht mutwillig erscheint und sie auf die Bestellung eines Nachlasspflegers angewiesen ist, nachdem ein Testamentsvollstrecker nicht vorhanden ist.

b) Die Bestellung eines Nachlasspflegers darf nach einem Antrag nach § 1961 BGB nicht von der Einzahlung eines Vorschusses des Gläubigers abhängig gemacht werden. Der Senat schließt sich der herrschenden Meinung an, wonach die Anordnung einer Nachlasspflegschaft auch bei einem bedürftigen Nachlass nicht davon abhängig gemacht werden kann, dass der antragstellende Gläubiger die Gerichtskosten vorschießt (vgl. Palandt-Weidlich, BGB, 70. Aufl. 2011, § 1961 Rn. 3; Siegmann/Höger in Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand 01.03.2011, § 1961 Rn. 4; Wildemann in jurisPK-BGB, 5. Aufl. 2010, § 1961 Rn. 9; Waldner in Rohs/Wedewer, KostO, 18. Aufl., 2010, § 6 Rn. 3; Lappe, KostO 18. Aufl. 2010, § 6 Rn. 10; OLG Frankfurt, OLGZ 1993, 259 ff., OLG Düsseldorf, OLGR 2002, 376; OLG Hamm, ZEV 2011, 190 f.; NJW-RR, 2010, 1594 f.; FGPrax 2010, 80; OLG Dresden, FamRZ 2010, 1114 ff.; differenzierend für den bedürftigen Nachlass Leopold in Münchener Kommentar, BGB, 5. Aufl., 2010, § 1961 Rn. 12).

Für die Kosten einer Nachlasspflegschaft haften gem. § 6 KostO nämlich nur die Erben und zwar ebenso wie für sonstige Nachlassverbindlichkeiten. § 6 KostO stellt eine Erweiterung und eine Beschränkung der allgemeinen Vorschriften über die Kostenschuldner dar: Andere Personen als der Erbe können weder als Antragsschuldner (vgl. § 2 Nr. 1 KostO) noch als Interessenschuldner (vgl. § 2 Nr. 5 KostO) haften, der Erbe haftet aber stets, also auch wenn er keinen Antrag gestellt hat und auch nicht seine Interessen wahrgenommen werden (vgl. Waldner a. a. O.).

Da die Erben für die Kosten haften, braucht der antragstellende Gläubiger auch keinen Vorschuss nach § 8 KostO zu leisten (vgl. OLG Hamm, FGPrax 2010, 80). Dies gilt auch, wenn ein die Kosten der Nachlasspflegschaft deckender Nachlass nicht vorhanden ist, da für eine Vorschusspflicht der Gläubiger die erforderliche gesetzliche Grundlage fehlt.

Es bedarf keiner Entscheidung darüber, ob zu den Kosten, die durch die Anordnung der Nachlasspflicht entstehen, auch die Vergütung und die Auslagen des Nachlasspflegers und nicht nur die Gerichtskosten und gerichtlichen Auslagen zählen, denn auch wenn diese nicht dem kostenrechtlichen Begriff der Gebühren und Auslagen gem. §§ 1 Abs. 1 S. 1, 136 ff. KostO unterfallen, fehlt es für sie ebenso an einer gesetzlichen Grundlage für die Vorschussanforderung (vgl. OLG Hamm a. a. O.; vgl. auch die ausführliche Begründung des Oberlandesgerichts Dresden, FamRZ 2010, 1114 ff.).

#### **OLG Frankfurt, 29.6.2011 - 20 W 168/11**

##### **Reichweite der transmortalen Vollmacht**

##### **GBO § 18, GBO § 20, BGB § 168**

- 1. Durch Zwischenverfügung kann nicht die Vorlage einer erneuten Auflassung verlangt werden.**
- 2. Aufgrund einer transmortalen Vollmacht kann der Bevollmächtigte auch nach dem Tod des Vollmachtgebers dessen Erben hinsichtlich des Nachlasses vertreten.**

##### **Die Zwischenverfügungen werden aufgehoben.**

##### **Das Grundbuchamt wird angewiesen, den Antrag vom 16.12.2010 nicht aus den Gründen der angefochtenen Zwischenverfügungen zurückzuweisen.**

#### **I.**

Mit am 20.12.2010 beim Grundbuchamt eingegangenen Antrag hat der Verfahrensbevollmächtigte neben der Löschung der unter Abt. II, lfde. Nr. 3 und 5 in dem betroffenen Grundbuchblatt eingetragenen Rechte die Wahrung der Eigentumsumschreibungen gemäß § 1 Ziff. 3 und 4 seiner Urkunde vom ... 2010 - UR-Nr. .../2010- beantragt.

Die Urkunde von ... 2010 hat einen Grundstücksschenkungsvertrag mit Auflassung zum Gegenstand. Dabei handelte der Antragsteller zu 2) aufgrund von Generalvollmachten aus den Jahren 1998 und 1999 sowohl für die Antragstellerin zu 2), seine Mutter, als auch für seinen am ... 2010 verstorbenen Vater A. wie auch für seine am ... 2009 verstorbene Schwester B., die Eigentümerin des betroffenen Grundbesitzes. Die öffentlich beglaubigten Generalvollmachten ermächtigten jeweils zu jeder Rechtshandlung, welche der Vollmachtgeber selbst vornehmen könnte und bei welcher Stellvertretung gesetzlich zugelassen ist, enthalten die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB und

erlöschen kraft ausdrücklicher Bestimmung nicht durch den Tod des Vollmachtgebers.

Namens seiner Schwester erklärte der Antragsteller zu 2) in der Urkunde vom ... 2010 die Auflassung hinsichtlich des Eigentums an dem betroffenen Grundstück auf seine Eltern je zur ideellen Hälfte und anschließend hinsichtlich der ideellen Hälfte seines Vaters auf sich selbst. Ferner be-willigte und beantragte der Antragsteller zu 2) namens der Vertretenen und im eigenen Namen die Löschung der Rechte Abt. II Nr. 3) und 5).

Mit Zwischenverfügungen vom 19.01.2011 hat die Grundbuchrechtspflegerin den Nachweis der Erbfolge nach B. und A. verlangt sowie eine neue Auflassung zwischen den Erben und dem Antragsteller zu 2). Durch den Tod von B. sei deren Verfügungsberechtigung erloschen, auch könne auf den verstorbenen A. mangels Rechtsfähigkeit kein Eigentum übertragen werden. Daran ändere auch die Geltung der Vollmachten über den Tod hinaus nichts. Schließlich sei die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts vorzulegen.

Nachdem der Verfahrensbevollmächtigte zur Frage von Vollmachten über den Tod hinaus auf die Kommentarliteratur verwiesen und erklärt hat, hinsichtlich der Übertragung auf Herrn A. halte er eine Abänderung der Urkunde für denkbar, hat die Grundbuchrechtspflegerin mit Zwischenverfügung vom 18.02.2011 ihre Beanstandungen vom 19.01.2011 bestätigt. Zur Begründung hat sie ausgeführt, ein Auftreten des Antragstellers zu 2) für die Erben sei in der Urkunde vom ... 2010 nicht erwähnt, auch sei die Bindungswirkung der Auflassung nicht vor dem Tod der Eigentümerin eingetreten. Aufgrund des außerhalb des Grundbuchs eingetretenen Eigentumswechsels könne auch ein Bevollmächtigter nicht für die Eigentümerin den Grundbesitz veräußern. Der verstorbene A. könne kein Eigentum mehr erwerben. Die vorgelegte Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts vom 31.01.2001, die die Eheleute C. und A. betrifft, sei nicht ausreichend, da sie sich nicht wie erforderlich auf den Antragsteller zu 2) als letzten Erwerber beziehe.

Gegen die Zwischenverfügungen vom 19.01.2011 und 18.02.2011 richten sich die Beschwerden vom 22. und 24.02.2011, die entgegen der Ankündigungen gegenüber dem Grundbuchamt und im Beschwerdeverfahren nicht begründet worden sind.

Die Grundbuchrechtspflegerin hat mit Beschluss vom 31.03.2011 den Beschwerden mit der den Zwischenverfügungen zugrunde liegenden Begründung nicht abgeholfen, mit Ausnahme der am 01.03.2011 neu eingereichten Unbedenklichkeitsbescheinigungen des Finanzamts.

## II.

Die Beschwerde der Antragsteller, über die nach Art. 111 Satz 1 FGG-RG i. V. m. § 72 GBO n. F. nach der hier erfolgten Nichtabhilfe gemäß § 75 GBO das Oberlandesgericht zu entscheiden hat, ist zulässig (§§ 71 Abs. 1, 73 GBO).

Dabei wird mangels näherer Angaben in der Beschwerdeschrift davon ausgegangen, dass Beschwerdeführer die

Antragsteller als Antragsberechtigte sind und die Beschwerdeeinlegung durch den Notar auf der Grundlage von § 15 Abs. 2 GBO erfolgt ist (Demharter: GBO, 27. Aufl., § 15, Rdnr. 20).

Die Beschwerde hat in der Sache auch Erfolg, da die angefochtenen Zwischenverfügungen schon aus formellen Gründen zu beanstanden sind.

Es entspricht herrschender Auffassung im Grundbuchrecht, der sich auch der Senat bereits mehrfach angeschlossen hat (vgl. z. B. Beschlüsse vom 07.12.2010 – 20 W 505/10 –, vom 05.01.2011 – 20 W 542/10 – und vom 15.03.2011 – 20 W 435/10), dass es unzulässig ist, den Antragstellern im Weg einer Zwischenverfügung die Nachholung einer fehlenden oder als zu unbestimmt angesehenen Auflassung aufzugeben. Dies findet seine Rechtsgrundlage darin, dass nach herrschender Auffassung eine Zwischenverfügung nur dann in Betracht kommt, wenn das festgestellte oder mögliche Eintragungshindernis rückwirkend auf den Zeitpunkt der Antragstellung und damit rangwährend beseitigt werden kann. Dies folgt daraus, dass nicht Inhalt einer Zwischenverfügung sein kann, auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts hinzuwirken, das erst die Grundlage einer einzutragenden Rechtsänderung sein soll, weil sonst die beantragte Eintragung einen ihr nicht gebührenden Rang erhalte (BayObLG Rpfleger 1986, 176; FGPrax 2001, 13; Senat Rpfleger 1990, 292 und Beschluss vom 14.10.2005 – 20 W 405/04 – dok. bei juris; Demharter: GBO, 27. Aufl., § 18, Rdnr. 8, 9, 12, 32; Meikel/Böttcher: Grundbuchrecht, 10. Aufl., § 18, Rdnr. 37; differenzierend Schöner/Stöber: Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 442a).

Für die weitere Bearbeitung des Antrags vom 16.12.2010, der im vorliegenden Verfahren dem Senat allerdings nicht zur Entscheidung angefallen ist, wird auf Folgendes hingewiesen:

Bei den dem Antragsteller zu 2) 1998 und 1999 durch seine Schwester und seine Eltern erteilten Generalvollmachten handelt es sich um sog. transmortale Vollmachten. Abgesehen davon, dass eine Vollmacht, wenn ihr ein Auftrag oder Geschäftsbesorgungsvertrag zugrund lag, gemäß §§ 168, 672, 675 BGB ohnedies über den Tod hinaus gilt, ist vorliegend in den jeweiligen Vollmachten die Fortgeltung über den Tod der Vollmachtgeber hinaus ausdrücklich angeordnet. Mit dem Erbfall erwirbt der Bevollmächtigte aufgrund der Ermächtigung des Erblassers die Befugnis, innerhalb der ihm eingeräumten Vertretungsmacht über das zum Nachlass gehörende Vermögen in Vertretung des bzw. der Erben zu verfügen (BGH NJW 1983, 1487, 1489= 19; KG Urteil v. 13.06.2003 -25 U 214/02- zitiert nach juris; Palandt/Weidlich: BGB, 70. Aufl., Einf. vor § 2197, Rdnr. 10). Dazu muss der Bevollmächtigte auch nicht die Erben namhaft machen, für die er handelt (Landgericht Stuttgart, Beschl. v. 20.07.2007 – 1 T 37/2007 – BWNNot 2007, 119 = ZEV 2008, 198; Bestelmeyer Rpfleger 2008, 552 ff., 563).

In dem hier gegebenen Fall, dass die Eigentumsübertragung an einem Nachlassgrundstück eingetragen werden soll, ist gemäß § 40 GBO keine Voreintragung der Erben der B. erforderlich und deshalb muss der kraft transmortalen Vollmacht handelnde Antragsteller zu 2) auch insoweit keinen Erbnachweis vorlegen (Landgericht Neuruppin MittBayNot 2004, 46; Landgericht Stuttgart, a. a. O.; Palandt/Weidlich, a. a. O.;

Bauer/von Oefele/Schaub: GBO, 2. Aufl. § 35, Rdnr. 47; Hügel/Wilsch: GBO, 2. Aufl., § 35, Rdnr. 71; Schöner/Stöber: Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 3571; Bestelmeyer, a. a. O.; Böhringer Rpfleger 2009, 124 ff., 136).

Da die Vertretungsbefugnis aufgrund der transmortalen Vollmacht nach A. ebenfalls auf dessen Nachlass beschränkt ist, kann der Antragsteller zu 2) allerdings für diesen - ganz abgesehen von der fehlenden Rechtsfähigkeit- als Vertreter kein Eigentum erwerben, so dass deshalb im Ergebnis auch die Übertragung der von B. auf ihren Vater A. übertragenden ideellen Hälfteanteil auf den Antragsteller zu 2) scheitert. In seinem Schriftsatz vom 16.02.2011 hat der Verfahrensbevollmächtigte insoweit schon die Bereitschaft zu einer Änderung der Urkunde erkennen lassen.

Da die Beschwerde bereits aus verfahrensrechtlichen Gründen erfolgreich war, kam es auf die bis zum 15.06.2011 angekündigte Beschwerdebegründung nicht an.

Es bedurfte auch weder einer Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren, § 3 KostO, noch einer Entscheidung über die Zulassung einer Rechtsbeschwerde gemäß § 78 GBO.

#### Anmerkung:

In der Urteilsbegründung bringt das Oberlandesgericht Frankfurt a.M. recht schnell zum Ausdruck, dass die Zwischenverfügung, allein schon wegen des Mangels der angemahnten Auffassung, zu verwerfen ist. Die erneute Erklärung der Auffassung kann nach ganz überwiegender Ansicht nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein.

Der Sachverhalt birgt darüber hinaus weitere juristische Aspekte, die Gegenstand dieser Urteilsbesprechung sein sollen. Da ist zum einen die Frage der Verwendung einer trans- oder auch postmortalen Vollmacht im Grundbuchverkehr. In der näheren Betrachtung sind die Grenzen der Verwendung zu hinterfragen. Des Weiteren ist die Gestaltung der notariellen Urkunde zu beleuchten, soweit es den Eigentumserwerb für einen Toten bzw. für die Erbengemeinschaft betrifft.

In der nur als Hilfsgutachten ausgestalteten kurzen Urteilsbegründung führt das OLG zur Frage der Verwendung der Vollmacht an, dass es auf die Bestimmung innerhalb der Vollmachtsurkunde bezüglich der Fortdauer über den Tod des Vollmachtgebers hinaus nicht zwingend ankommt. Vielmehr sei bereits die gesetzliche Ausgestaltung des denkbaren Rechtsverhältnisses so, dass die Vollmacht über den Tod hinaus wirkt.

In diesem Zusammenhang wird nicht ausgeführt, dass der General- und Vorsorgevollmacht gar kein Rechtsverhältnis wie ein Auftrags- oder ein Geschäftsbesorgungsvertrag zu Grunde liegen muss. Eine General- und Vorsorgevollmacht ist in ihrem Bestand auch nicht zwingend vom Bestand eines bestehenden Rechtsverhältnisses abhängig. Vielmehr kann die General- und Vorsorgevollmacht auch isoliert bestehen. Die einseitig erteilte Vollmacht ist hier vom zugrundeliegenden Rechtsverhältnis zu trennen.

Ein mögliches Auftragsverhältnis zwischen Vollmachtgeber und Vollmachtnehmer berührt nur das Innenverhältnis. Die

Vollmacht wirkt hingegen nach außen. Bei einer klassischen notariellen General- und Vorsorgevollmacht wird ein Geschäftsbesorgungsvertrag regelmäßig als Rechtsgrundlage ausscheiden. Ein Geschäftsbesorgungsvertrag ist im Gegensatz zum Auftragsverhältnis mit Entgeltlichkeit verknüpft. Selbst ein Auftragsverhältnis kann nicht ohne weiteres angenommen werden.

Es stellt sich weiter die Frage der Annahme des Vertragsverhältnisses. Die Ausfertigungen der General- und Vorsorgevollmachten werden nach der Errichtung regelmäßig in den Unterlagen des Vollmachtgebers verwahrt. Eine Anwesenheit der Bevollmächtigten bei der Beurkundung ist nicht notwendig. Von scheidet ebenso eine unmittelbare Übergabe der Vollmacht an den Bevollmächtigten aus.

Der Auftrag stellt in der Rechtsnatur einen unvollkommenen zweiseitigen Vertrag dar. Ein Auftragsverhältnis begründet sich mit zwei korrelierenden Willenserklärungen. Diese können auch konkludent erfolgen, z.B. durch Aushändigung der Ausfertigung und Annahme durch den Bevollmächtigten oder durch Vornahme von Handlungen für den Vollmachtgeber. Fraglich ist die Annahme eines Auftragsverhältnisses, sofern die notarielle General- und Vorsorgevollmacht in den Unterlagen des Vollmachtgebers verwahrt ist und erst nach dessen Geschäftsunfähigkeit bzw. Tod vom Bevollmächtigten an sich genommen wird. Soweit es die das Auftragsverhältnis begründende Willenserklärung des Vollmachtgebers betrifft, könnte es in diesem Fall an einer wirksamen Abgabe fehlen. Insbesondere an der mit Willen des Erklärenden erfolgten Verlautbarung an den Empfänger kann hier gezweifelt werden. Denkbar wäre die Annahme, dass mit der Erteilung dieser Vollmacht konkludent auch die Abgabe der Willenserklärung an den Bevollmächtigten erfolgt und die Annahme durch eigene Aufbewahrung hinausgezögert ist. Diese Annahme wird wohl der Lebenswirklichkeit nahe kommen und findet auch eine Basis in der Vollmachtserteilung und der damit einhergehenden Zielsetzung.

Je eingeschränkter die Vollmacht ist, desto eher könnte indes auch ein Gefälligkeitsverhältnis der Vollmachtausübung zu Grunde liegen. Hier kann es inzident auf die wirtschaftliche Tragweite der Vollmacht ankommen.

Insgesamt lässt sich resümieren, dass ein Hinweis über die Wirkung der Vollmacht über den Tod hinaus in einer notariellen Urkunde nicht fehlen darf. Dies gilt umso mehr, als ein zugrundeliegendes Rechtsverhältnis nicht immer eindeutig erkennbar ist. Dies gilt umso mehr, als ein solches Rechtsverhältnis nicht zwingend bestehen muss.

Im entschiedenen Sachverhalt erwarb der Bevollmächtigte unter Befreiung von § 181 BGB einen „ideellen Anteil“, den er als Vertreter seiner verstorbenen Schwester zuvor auf den bereits verstorbenen Vater übertragen hat. Hier bemängelt das Grundbuchamt einerseits die Verfügungsbefugnis für die Schwester und andererseits die fehlende Erwerbsfähigkeit des Vaters. Bezüglich des letztgenannten Einwands verweist das OLG Frankfurt a.M. kurz auf die auf den Nachlass des Vaters beschränkte Vertretungsmacht des Generalbevollmächtigten und führt weiter aus, dass ein Erwerb insoweit unabhängig von der Rechtsfähigkeit des verstorbenen Vaters scheidet.



Unzweifelhaft besitzt der bereits verstorbene Vater als Rechtsobjekt keine Rechtsfähigkeit, um vertreten durch den Generalbevollmächtigten Eigentum zu erwerben. Dennoch erscheint die zweite Darstellung, dass dies auch gelte im Hinblick auf die auf den Nachlass eingeschränkte Vertretungsmacht, problematisch kurz.

Hier stellt sich einerseits die Frage nach der automatischen Vertretung der Erben, ggf. ohne die Erbfolge in die notarielle Urkunde explizit aufzunehmen. Die Darstellung der Erbfolge unter Aufnahme der Erben wurde hier vom Grundbuchamt gefordert. Andererseits ergibt sich die Problematik der Erwerbsfähigkeit einer Erbengemeinschaft.

Der Generalbevollmächtigte vertritt nach dem Tod des Vollmachtgebers dessen Rechtsnachfolger. Einen unbestimmten Zeitraum in dem objektiv unklar ist, wer vertreten wird, kann es im Rahmen der Universalsukzession im deutschen Recht nicht geben. Von daher wird hier auch die Ansicht des OLG Frankfurt a.M. geteilt, dass es nicht darauf ankommen kann die Erben in die Urkunde aufzunehmen. Insoweit reicht es aus, den Vollmachtgeber anzugeben.

Fraglich ist, ob der Generalbevollmächtigte nach dem Tod des Vollmachtgebers den Nachlass vertritt oder vielmehr die Erben. Das OLG scheint ohne näher auf die Frage einzugehen von einer Vertretung des Nachlasses auszugehen. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Nachlass kein eigenes Rechtssubjekt darstellt. Die Erbengemeinschaft ist als Gesamthandsgemeinschaft nicht rechtsfähig.

Der Nachlass ist die Gesamtheit der Rechtsverhältnisse des Erblassers, soweit sie nicht höchstpersönlich sind, die beim Erbfall als Ganzes auf den Erben übergeht. Der Generalbevollmächtigte vertritt die Erben, welche wiederum den Nachlass vertreten. Es ist den Miterben folgerichtig nicht möglich, mit Mehrheitsbeschluss die Vertretung für den Nachlass als Ganzes zu beenden. Jeder Miterbe kann eigenständig die Vollmacht für ihn selbst widerrufen.

Hiervon zu trennen ist die Frage, von wem der Generalbevollmächtigte seine Verfügungsbefugnis nach außen herleitet. Bei einer transmortalen oder postmortalen Vollmacht leitet der Generalbevollmächtigte seine Vertretungsbefugnis vom Erblasser ab. Dies kann im Rahmen des Grundbuchverfahrens, insbesondere im Zusammenhang mit § 40 GBO, Bedeutung erlangen.

In der weiteren Folge stellt sich die Frage der generellen Möglichkeit des Erwerbs eines Grundstücks durch die Miterben zu Gunsten des Nachlassvermögens. Die Erbengemeinschaft ist vom Gesetzgeber nicht als „werbende“, sondern als Abwicklungs- bzw. Verwaltungsgemeinschaft konzipiert. Ein Erwerb zu Gunsten des Nachlasses kommt daher regelmäßig nur aus sog. Surrogationserwerb im Sinne von § 2041 BGB in Betracht. Ein Surrogationserwerb liegt vor, wenn mit Mitteln der Erbschaft ein Grundstück erworben wird. Soweit alle Miterben an einem entsprechenden Erwerb mitwirken, unabhängig ob sie dabei vom Generalbevollmächtigten vertreten werden, liegt ein entsprechender Wille der Nachlasszuordnung vor.

Inwieweit es subjektiv auf diesen Handlungswillen ankommt ist umstritten. Meines Erachtens ist im Rahmen des § 2041 BGB eine objektive Zurechnung durch Verwendung von Nachlassmitteln ausreichend. Der subjektive Wille, den erworbenen Gegenstand nicht als Nachlass zu behandeln, sondern im Wege der Teilerbauseinsetzung den Miterben als Miteigentum zuzurechnen, ist nachzuweisen.

In § 2041 BGB gibt es eine gesetzliche Vermutung für die Zuordnung zum Nachlass. Diese wird durch gemeinschaftliches Mitwirken der Miterben gestützt. Nach der hier vertretenen Ansicht wird dadurch regelmäßig die in einer Beziehungssurrogation notwendige subjektive Willensdarlegung des Erwerbers ersetzt.

Die in dem entschiedenen Fall gewollte Übertragung der „ideellen Miteigentumshälfte“ scheitert an der fehlenden Rechtsfähigkeit des vorverstorbenen Vaters. Die Übertragung scheitert indes nicht daran, dass die Miterben kein Grundstück durch Surrogation dem Nachlass hinzufügen können. Die Darstellung in der notariellen Urkunde war ungenau bis fehlerhaft, soweit der Vollmachtgeber als Erwerber ausgewiesen wurde.

Das Grundbuchamt hat im Rahmen des §§ 2041 BGB keine besonderen Prüfungspflichten. Der für die Erbengemeinschaft, vertreten durch den Generalbevollmächtigten, zum Ausdruck gebrachte Erwerb hätte im Grundbuch vollzogen werden können. Der Generalbevollmächtigte konnte nur die Erben wirksam verpflichten. Es ist daher anzunehmen, dass – soweit die Auflassung grundsätzlich wirksam ist – der Erwerb zum Nachlass möglich ist.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das Oberlandesgericht Frankfurt a. M. richtigerweise die grundsätzliche Vertretungsbefugnis über den Tod hinaus herausgestellt hat. In diesem Zusammenhang wird der Ansicht des Grundbuchamts widersprochen, wonach die Schwester nach ihrem Tod nicht mehr wirksam verpflichtet werden konnte. Ebenfalls richtig erkennt das Gericht, dass beim Handeln des Generalbevollmächtigten die Voreintragung im Grundbuch als auch eine Namhaftmachung der Erben in der notariellen Urkunde unterbleiben kann. Dies gilt nicht, sofern die Erben Erwerber sind und in das Grundbuch eingetragen werden müssen.

Die Kürze des Urteils im Bezug auf die eindeutig fehlerhafte Zwischenverfügung führt bei näherer Betrachtung zu unscharfen Formulierungen in der Urteilsbegründung. Ergänzend festzuhalten bleibt, dass ein Erwerb durch die Miterben in Erbengemeinschaft vertreten durch den Generalbevollmächtigten grundsätzlich möglich ist. In diesem Zusammenhang vertritt der Generalbevollmächtigte nicht den Nachlass als eigenes Rechtssubjekt, sondern die Miterben als Berechtigte am Nachlass.

Abschließend muss zwischen der Vollmacht im Außenverhältnis und dem nur möglicherweise zugrunde liegenden Rechtsverhältnis differenziert werden.

**von Sebastian Mensch, Notarvertreter,  
Diplom Finanzwirt (FH), Stuttgart**



## Buchbesprechungen

**Erbrecht, Lehrbuch für Studium und Praxis**, Professor Dr. Knut Werner Lange, CH Beck Verlag 2011, ISBN: 978 3 406 62752 1, 1128 Seiten, Preis: 128 Euro

„Endlich“, möchte man sagen, hat sich wieder einmal ein Hochschullehrer daran gemacht für Studium und Praxis ein verständliches Lehrbuch zu verfassen. Wie der Autor Professor Dr. Knut Werner Lange selbst in seinem Vorwort zu diesem Werk schreibt, „gilt das Erbrecht gemein hin als schwierige Materie“. Das Erbrecht ist eben nicht ein abgegrenztes Rechtsgebiet, sondern, verzahnt mit dem Gesellschaftsrecht und dem Steuerrecht, ein komplexes Gebilde. Leider wird dies an den Hochschulen viel zu wenig wahrgenommen, was zur Folge hat, dass der universitäre Unterricht heute auf wenige Grundlagen des Erbrechts beschränkt ist. Dieses Lehrbuch entgegnet dieser universitären Entwicklung, indem es alle Aspekte behandelt und insbesondere auch die steuerrechtlichen Bezüge an vielen Stellen des Werkes herstellt. Das Buch ist nicht nach dem Aufbau des Erbrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch gegliedert, sondern nach „Perspektiven“. Es beginnt mit einer kurzen Einführung und widmet sich dann den „Perspektiven des Erblassers“. Der Autor behandelt in diesem Abschnitt die einzelnen Gestaltungsformen unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung und erläutert an Hand verständlicher Beispiele auch komplexe Fallsituationen wie die des Behindertentestaments. Er versteht es dabei die Grundlagen anschaulich darzustellen, so dass sowohl der Student, der sich dieser Materie aus der Sicht des Lernenden nähert, als auch der Praktiker, der sein Wissen vertiefen oder eine bestimmte Fallsituation nachschlagen möchte, einen Lerneffekt erzielt. Ebenso versteht es der Autor die Besonderheiten des Berliner Testaments an Hand von einfachen Beispielen darzustellen, insbesondere auch die Auslegungsregelungen. Gerade auch die Ausführungen, wie das Berliner Testament heute zu betrachten ist, sind lesenswert. In dem Abschnitt „Perspektiven des Erblassers“ werden auch das Pflichtteilsrecht und die möglichen Gestaltungen (oder Gestaltungsformen) zur Minimierung dieser Ansprüche erläutert. Dabei verknüpft der Autor in hervorragender Weise auch die steuerrechtlichen Bezüge. Da diese doch erhebliche Kenntnisse des Erbschaftsteuerrechts voraussetzen, ist insbesondere dieser Teile des Buches insbesondere für den Praktiker von Nutzen. In dem Abschnitt „Perspektiven des Nachlassberechtigten“ widmet sich der Autor in Kapitel 9 ausführlich der für die Praxis häufig sehr wichtigen Fragestellung der Ermittlung des wahren Erblasserwillens. Er führt dabei den Studenten in diese Materie ein, versteht es aber auch für den Praktiker wichtige Fragestellungen aufzuwerfen. Gerade auch die Hinweise auf die Bindungswirkung der Finanzbehörden an die zivilrechtlichen Feststellungen des Erbrechts sind dabei für die Praxis von Bedeutung. Hervorzuheben sind dabei auch die sehr anschaulichen Schaubilder, so etwa in Kapitel 9 zu den gesetzlichen Auslegungsregelungen. Damit erreicht der Autor, dass das sehr umfassende Werk, immer wieder Zusammenfassungen enthält, die dem Leser Übersichtlichkeit gewährleisten. Sehr hilfreich ist auch, wieder sowohl für den Studenten als auch für den Praktiker, dass vor jedes Kapitel eine umfassende Zusammenfassung der einschlägigen Literatur gestellt wird. Dies erleichtert die Recherche sehr. Erwähnenswert ist auch die ausführliche Darstellung der Erbengemeinschaft in all ihren Facetten. Dabei wird auch auf die in der Praxis immer wieder anzutreffende Fragestellung eingegangen, inwieweit Miterben zur Auskunft verpflichtet sind. Die auch in diesem Kapitel angefügten Fallbeispiele sind gerade für den Studenten eine hilfreiche Grundlage um die schwierige Materie der Erbengemeinschaft erlernen zu können. Aber auch der Berater findet in diesem Kapitel

wichtige Hinweise auf die Praxis der Erbengemeinschaft. In Kapitel 15 widmet sich der Autor sehr ausführlich der Testamentsvollstreckung. Dabei stellt er für den Lernenden wie für den Praktiker die einzelnen Problemfelder, so auch die steuerrechtlichen Pflichten des Testamentsvollstreckers, sehr verständlich dar. Erfreulich ist auch die ausführliche Darstellung des Prozesses des Testamentsvollstreckers. Gerade für den Praktiker enthalten diese Passagen viele wichtige Hinweise, so auch auf die Tücken der Prozessführung als Testamentsvollstrecker. Wirklich innovativ mutet die Darstellung des Erbscheinverfahrens an. Die gut gestalteten Schaubilder und eine Vielzahl von Fallbeispielen ermöglichen ein rasches Verständnis des Verfahrens, aber auch der Praktiker kann sich rasch in spezifische Fragestellungen einlesen und praktische Fundstellen erhalten. Auch die Erläuterung von Einziehung, Kraftloserklärung und Herausgabe des unrichtigen Erbscheins, was für die Praxis von großer Bedeutung ist, stellt der Autor praxisnahe dar. Lesenswert ist auch der Ausblick auf das künftige europäische Nachlasszeugnis. Da es dazu noch nicht allzu viel aktuelle Literatur gibt, enthält das Buch auch an dieser Stelle viele wichtige Hinweise. Für die letzten Kapitel des Werkes, die sich mit der Rechtsnachfolge bei den Personen- und Kapitalgesellschaften beschäftigen, ist die große Übersichtlichkeit der Darstellung zu erwähnen. Vielleicht könnte man in einer nächsten Auflage, die diesem Werk sicherlich beschieden ist, noch ein wenig mehr Praxisbeispiele einfügen.

Sehr hilfreich gerade auch für den Praktiker ist eines der letzten Kapitel dieses umfassenden Werkes, welches den Erbfall mit Auslandsbezug enthält.

Das Buch geht mit seinem Verlassen der klassischen Gliederung eines Lehrbuches einen neuen Weg, indem es die verschiedenen Perspektiven von Erblasser und Erbberechtigten gegenüberstellt. Es besticht dabei mit einer großen Übersichtlichkeit und einer Fülle von Literaturangaben, sowie vielen hilfreichen Praxishinweisen. Dabei bleibt das Werk aber auch ein Lehrbuch, welches dem Studenten, der sich in die komplexe Materie des Erbrechts und seinen verwandten Gebieten einarbeiten möchte, hilfreich zur Seite steht. Bleibt zu hoffen, dass mit diesem Werk auch andere Hochschullehrer angespornt werden, das Erbrecht wieder mehr in den Fokus der Lehre zu stellen.

Auf jeden Fall macht dieses Buch Freude beim Lesen. Denn es ist sowohl für denjenigen, der sich neu mit dem Erbrecht beschäftigen möchte, wie auch für den Erbrechtspraktiker ein hervorragendes Buch, was man sich auf jeden Fall auf den Schreibtisch stellen sollte.

*Elmar Uricher, Rechtsanwalt, Konstanz*

**Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht.** Herausgegeben von Dr. Dirk Eckhardt und Dr. Marc Hermanns. Carl Heymanns Verlag. 1068 Seiten gebunden mit CD. € 129,-. ISBN 978-3-452-27277-5

Das Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht hat es sich ausweislich des Vorworts der Herausgeber vorgenommen, in einer „umfassenden und hinreichend tiefgängigen Gesamtdarstellung“ die „für den Notar wichtigen gesellschaftsrechtlichen Fragen“ zu erörtern. Die Autoren möchten hierbei „sowohl ein strukturiertes Verständnis der Materie ermöglichen, als auch konkrete Arbeitshilfen durch Formulierungsvorschläge und Praxistipps an die Hand zu geben“. Eine

umfangreiche Aufgabe, die zu einem Gesamtumfang des Werkes von über 1000 Seiten geführt hat. Glücklicherweise wurde hierbei trotz des Umfangs nicht auf eine gut lesbare Schriftart und Schriftgröße verzichtet und kein Dünndruckpapier verwendet, wie es bei Büchern dieser Größenordnung durchaus vorkommt.

Das Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht ist zunächst in die 6 "Großkapitel" Personengesellschaftsrecht, Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Aktiengesellschaft, Umwandlungen, Vertragskonzern und Internationales Gesellschaftsrecht eingeteilt. Der Schwerpunkt des Buches liegt dabei eindeutig auf den Kapiteln über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, welches 300 Seiten vereinnahmt, und dem Kapitel Umwandlungen, welchem sogar etwa 400 Seiten im Buch reserviert sind. In den einzelnen Kapiteln sind zahlreiche Formulierungsbeispiele enthalten, die sich auch auf der beigefügten CD finden lassen und somit der zügigen Verwendung in der Praxis grundsätzlich nichts entgegensteht. Eine willkommene Arbeitshilfe für den Praktiker sind auch die in vielen Kapiteln vorhandenen Praxistipps und Checklisten.

Inhaltlich kann das Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht im vollen Umfang überzeugen. Das Buch beschränkt sich nicht nur auf die bereits angesprochenen Praxistipps bzw. die Herangehensweise an Problemfälle in der täglichen Praxis, sondern erläutert stets auch die rechtswissenschaftlich dahinterstehenden Probleme unter Angabe weiterführender Fundstellen. Als Beispiel kann hier die Darstellung zur Firmierung der GmbH auf den Seiten 180-185 des Buches genannt werden. Auch in nicht alltäglichen Bereichen des Gesellschaftsrechts wie z.B. der rechtsgeschäftlichen Verpfändung von GmbH-Anteilen dient das Buch als Nachschlagewerk.

Eine hilfreiche Darstellung enthält das Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht auch zum internationalen Gesellschaftsrecht, das in der Praxis wertvolle Ausführungen für die Be-

rührungspunkte des deutschen Rechts mit ausländischen Gesellschaften enthält. Insbesondere werden auch die Vertretungsproblematiken ausländischer Gesellschaften und vorhandene Praxisprobleme ausführlich dargestellt (Seite 983ff).

Auf der mitgelieferten CD sind die Formulierungsbeispiele des Buches und die Praxistipps enthalten. Hier wurde jedoch leider viel Potential verschenkt. Zunächst ist festzustellen, dass eine Installation vorgenommen werden muss, damit die Formulierungen abgerufen werden können. Auf den ersten Blick erfreut man sich dann jedoch an einer benutzerfreundlichen Navigation - findet sich doch der Aufbau des Buches nach Großkapiteln dort wieder. Hat man sich jedoch zu dem gewünschten Bereich durchgeklickt, stellt man leider fest, dass anstelle einer benutzerfreundlichen schlagwortartigen Umschreibung der Formulierung, die Fundstelle im Buch zitiert wird (z.B. "Kapitel 2 Rz 271). Dies hat zur Folge, dass eine zuverlässige Navigation auf der CD nur unter Zuhilfenahme des Buches möglich ist. Zwar bietet das Programm die Möglichkeit über eine Suchfunktion nach Schlagworten zu suchen, allerdings kann dies natürlich zu frustrierendem "Suchen nach dem richtigen Suchwort" führen. Umso mehr erstaunt es dann den Benutzer, wenn bei der Suchfunktion dann doch schlagwortartige Umschreibungen des Formulierungsbeispiels auftauchen. Weiterhin stellt man überrascht fest, dass Beispielfälle des Buches ihren Weg auf die CD gefunden haben (z.B. unter Kapitel 4 Rz. 64). Hier hat sich offensichtlich der Fehler teufel eingeschlichen. Bei der mitgelieferten CD bleibt also zu wünschen, dass hier bei einem künftigen Druck bzw. einer Neuauflage nachgebessert wird.

Als Fazit lässt sich zusammenfassen, dass ein starkes Buch mit einer verbesserungsfähigen CD vorgelegt wird. Maßgeblich für den Erwerb des Buches ist jedoch eindeutig dessen Inhalt, der überzeugend gelungen ist.

*Notarvertreter Stefan Mattes, Vaihingen/Enz*

## Aktuelles im IPR/aus dem Ausland

### Europa:

#### Anwendbarkeit der Rom III-Verordnung ab 21.06.2012

Die Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 „zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts“ wird ab dem 21.06.2012 in 15 Mitgliedsstaaten<sup>1</sup> anwendbar sein (Art. 21 VO). Die Verordnung enthält Kollisionsnormen für die Bestimmung des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anwendbaren Rechts. Zuständigkeitsregeln enthält die Verordnung nicht, insoweit bleibt es bei den Regeln der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 (Brüssel-IIa-VO). Auch die ursprünglich im Kommissionsvorschlag<sup>2</sup> vorgesehenen Gerichtsstandsvereinbarungen sind nicht in den angenommenen Verordnungstext aufgenommen worden.

Die Ehegatten können nach der VO das auf die Scheidung anwendbare Recht wählen (Art. 5 VO). Wählbar sind folgende Rechte:

- a) das Recht des Staates, in dem die Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, oder
- b) das Recht des Staates, in dem die Ehegatten zuletzt ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern einer von ihnen zum Zeitpunkt der Rechtswahl dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder
- c) das Recht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl besitzt, oder
- d) das Recht des Staates des angerufenen Gerichts.

Die Rechtswahlvereinbarung kann grds. jederzeit, muss jedoch spätestens bis zur Anrufung des Gerichts geschlossen werden (Art. 5 Abs. 2 VO), sofern das nationale Gericht eine Rechtswahlvereinbarung nicht noch im anhängigen

<sup>1</sup> Belgien, Bulgarien, Deutschland, Griechenland, Spanien, Frankreich, Italien, Lettland, Luxemburg, Ungarn, Malta, Österreich, Portugal, Rumänien und Slowenien.

<sup>2</sup> KOM (2006), 399.

Verfahren zulässt (Art. 5 Abs. 3 VO). Die Rechtswahlvereinbarung bedarf mindestens der Schriftform (Art. 7 VO). Durch nationale Gesetze können jedoch weitere Formerfordernisse vorgesehen werden, die einzuhalten sind, wenn beide Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Staat haben (Art. 7 Abs. 2 VO). Haben die Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt der Rechtswahl in verschiedenen Mitgliedsstaaten und sieht das Recht beider Staaten unterschiedliche Formvorschriften vor, ist die Rechtswahl formgültig, wenn sie den Vorschriften eines der Staaten genügt (Art. 7 Abs. 3 VO). Ein deutsches Durchführungsgesetz ist in Vorbereitung. Die notarielle Beurkundung der Rechtswahlvereinbarung sollte in diesem vorgesehen werden.<sup>3</sup>

Mangels Rechtswahl unterliegt die Scheidung nach Art. 8 VO:

- a) dem Recht des Staates, in dem die Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, oder anderenfalls
- b) dem Recht des Staates, in dem die Ehegatten zuletzt ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern dieser nicht vor mehr als einem Jahr vor Anrufung des Gerichts endete und einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder anderenfalls
- c) dem Recht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit beide Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts besitzen, oder anderenfalls
- d) dem Recht des Staates des angerufenen Gerichts.

## Brasilien:

### Verfassungsgericht bestätigt Gleichstellung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft im Erbrecht

Das brasilianische Oberste Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungsmäßigkeit der weitgehenden erbrechtlichen, unterhaltsrechtlichen und güterrechtlichen Gleichstellung nichtehelicher Lebenspartner und gleichgeschlechtlicher Lebenspartner mit Ehegatten festgestellt.<sup>4</sup> Die Rechtsfolgen einer sog. festen Lebenspartnerschaft treten nach brasilianischem Recht ohne weitere Rechtsakte ein, wenn die Beteiligten auf Dauer und nach aussen wie Eheleute zusammenleben.<sup>5</sup>

## China, Volksrepublik:

### Neues Gesetz über das Internationale Privatrecht

Am 01.04.2011 ist das Gesetz der Volksrepublik China über die Rechtsanwendung auf Zivilbeziehungen mit Auslandsberührung in Kraft getreten, das das Kollisionsrecht der Volks-

republik China zusammenhängend regelt.<sup>6</sup> Für die notarielle Praxis relevante Änderungen zum bisher geltenden Recht ergeben sich insbesondere für die Ermittlung des Güterstatutes. Art. 24 des genannten Gesetzes lautet (Übersetzung von Xue Tong, IPrax 2011, 199ff):

„Auf die Vermögensbeziehungen zwischen Ehegatten können die Parteien das Recht des Ortes, an dem eine der Parteien ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, das Recht des Staates, dem einer der Parteien angehört oder das Recht des Ortes wählen, an dem sich das Vermögen überwiegend befindet. Treffen die Parteien keine Rechtswahl, ist das Recht des Ortes anzuwenden, an dem sie ihren gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt haben. Mangels eines gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltsortes ist das Recht des Staates anzuwenden, dem sie gemeinsam angehören.“

Hiernach können die Ehegatten insbesondere eine güterrechtliche Rechtswahl für ihr gesamtes Vermögen treffen. Wählbar sind das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes eines Ehegatten, das Heimatrecht eines Ehegatten oder das Recht des Ortes, in dem sich das Vermögen der Ehegatten überwiegend befindet. Mangels Rechtswahl richtet sich das Güterstatut wandelbar nach dem jeweiligen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten, mangels eines solchen nach dem gemeinsamen Heimatrecht. Die Bestimmung des Güterstatutes nach dem bis 31.03.2011 geltenden Recht war umstritten.

Für in Deutschland lebende chinesische Staatsangehörige, die auch bei Eheschließung chinesische Staatsangehörige waren, führen Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB zwar zunächst ins chinesische Recht. Da das chinesische Kollisionsrecht das Güterstatut allerdings in erster Linie wandelbar an den jeweiligen gewöhnlichen Aufenthalt anknüpft, kommt –mangels Rechtswahl– nach richtiger Ansicht kraft Rückverweisung ab dem Zeitpunkt der Verlegung des gewöhnlichen Aufenthaltes deutsches Güterrecht zur Anwendung.<sup>7</sup>

Die Regelungen zur Bestimmung des Erb-, Testaments-, Testamentsform- und Erbabwicklungsstatuts sind in Art. 31ff des genannten Gesetzes geregelt (Übersetzung von Xue Tong, IPrax 2011, 199ff):

„Art. 31 Gesetzliche Erbfolge

Die gesetzliche Erbfolge unterliegt dem Recht des Ortes, an dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Auf die gesetzliche Erbfolge für unbewegliches Vermögen ist jedoch das Recht des Ortes anzuwenden, an dem sich das unbewegliche Vermögen befindet.

Art. 32 Testamentsform

Die Form des Testaments ist gültig, wenn sie dem Recht des Ortes, an dem der Testator im Zeitpunkt der Testamentserrichtung oder im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, dem Recht des Staates, dem der Testator im Zeitpunkt der Testamentserrichtung oder im Zeitpunkt seines Todes angehörte,

<sup>3</sup> Becker, NJW 2011, 1543, 1544.

<sup>4</sup> Schäfer, ZEV 2011, 462; zu Voraussetzungen und Wirkungen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft im brasilianischen Recht vgl. Schaal, ZNotP 2009, 290ff und 2010, 270ff.

<sup>5</sup> zur Qualifikation der nichtehelichen Lebensgemeinschaft im deutschen Kollisionsrecht ausführlich Schaal, ZNotP 2009, 290ff und 2010, 270ff.

<sup>6</sup> das gesamte Gesetz ist in deutscher Übersetzung veröffentlicht in IPrax 2011, 199ff.

<sup>7</sup> zum Ganzen DNotI-Report 2011, 67ff.

oder dem Recht des Ortes entspricht, an dem das Testament errichtet worden ist.

#### Art. 33 Testamentswirkungen

Die Wirkungen des Testaments unterliegen dem Recht des Ortes, an dem der Testator im Zeitpunkt der Testamentserrichtung oder im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, oder dem Recht des Staates, dem der Testator im Zeitpunkt der Testamentserrichtung oder im Zeitpunkt seines Todes angehörte.

#### Art. 34 Nachlassverwaltung

Auf die Verwaltung des Nachlasses und andere Angelegenheiten ist das Recht des Ortes anzuwenden, an dem sich der Nachlass befindet.

#### Art. 35 Erbenloser Nachlass

Erbenloser Nachlass unterliegt dem Recht des Ortes, an dem sich der Nachlass im Zeitpunkt des Todes des Erblassers befindet.“

## Dänemark:

### Änderung des Nachlassauseinandersetzungsgesetzes

Zum 01.07.2011 wurde das dänische Nachlassauseinandersetzungsgesetz geändert.<sup>8</sup> Neu ist insbesondere, dass das Nachlassgericht nun entscheiden kann, statt des bisher mangels anderweitiger testamentarischer Anordnung obligatorischen amtlich bestellten Nachlassverwalters einen nicht amtlich bestellten Nachlassverwalter zu ernennen, wenn sämtliche Erben zustimmen und besondere Gründe für die Bestellung sprechen (§§ 37 und 38 des Gesetzes). Dem überlebenden Ehegatten hingegen ist anders als im bisherigen Recht die Einsetzung eines solchen Nachlassverwalters verwehrt. Ferner werden die Informationspflichten für Nachlassverwalter verschärft.

## England:

### Zur Verbindlichkeit von Eheverträgen in England und Wales

Eheverträge und Scheidungsfolgenvereinbarungen sind im englischen Recht für Gerichte in Scheidungs- und Scheidungsfolgeverfahren bekanntermaßen nicht bindend.<sup>9</sup> Im englischen Recht sind die vermögensrechtlichen Scheidungsfolgen weitgehend in das Ermessen des Gerichts gestellt. Eine grundsätzliche Bindungswirkung von Vereinbarungen würde diesem System widersprechen.

Ehegatten können zwar vermögensrechtliche Vereinbarungen für den Fall der Scheidung treffen - wird jedoch ein Gericht angerufen, entfalten die Vereinbarungen für dieses grds. keine Bindungswirkung. Problematisch ist dies insbesondere in Fällen, in denen Ehegatten bspw. in Deutschland einen Ehevertrag/eine Scheidungsvereinbarung schließen,

während der Ehe nach England ziehen und sich vor einem dortigen Gericht scheiden lassen. Die englischen Gerichte wenden bei eigener Zuständigkeit englisches Recht an, die Vereinbarung, die vor deutschen Gerichten Bestand hätte, verliert dann ihre Bindung vor dem englischen Gericht.

Der Supreme Court hat am 20.10.2010<sup>10</sup> allerdings die Bedeutung von Vereinbarungen der Ehegatten für die Ermessensausübung des Gerichts deutlich herausgestellt und die Vereinbarungen damit deutlich aufgewertet. Das Gericht soll nach dieser Entscheidung die Vereinbarung gelten lassen, wenn die Ehegatten zum einen bei Abschluss derselben frei und in Kenntnis der rechtlichen Folgen gehandelt haben und zum anderen zu dem Zeitpunkt, zu dem sich ein Ehegatte auf die Vereinbarung beruft, es unter Berücksichtigung der Umstände zu diesem Zeitpunkt nicht unfair wäre, die Vereinbarung gelten zu lassen. Der Supreme Court eröffnet damit ein zweistufiges Verfahren, das der deutschen Inhalts- und Ausübungskontrolle ähnelt, mit dieser allerdings nicht verwechselt werden darf.<sup>11</sup>

Der Supreme Court verlangt zum einen, dass die Ehegatten bei Abschluss der Vereinbarung frei und in voller Kenntnis und Würdigung der rechtlichen Folgen gehandelt haben. Dabei wird zwar nicht pauschal die Einholung unabhängigen Rechtsrats gefordert, die Vereinbarung ist aber dann als „unfair“ anzusehen, wenn die mangelnde Information und Beratung erheblich für den Vertragsschluss gewesen ist.<sup>12</sup> Besteht die Möglichkeit, dass ein in Deutschland abgeschlossener Ehevertrag oder eine Scheidungsvereinbarung vor englischen Gerichten verhandelt wird, sollte der Vertragsgestalter auf einer unabhängigen rechtlichen Beratung jedes Ehegatten und einer entsprechenden Dokumentation derselben bestehen, die Beratung beider Parteien durch einen Notar wird wohl nach englischer Sichtweise nicht ausreichen.<sup>13</sup>

Die Vereinbarung bleibt ferner nur dann bindend, wenn sie unter Berücksichtigung der Umstände zum Zeitpunkt der Berufung auf dieselbe nicht „unfair“ ist.

In diesem Bereich wirkt sich das Ermessen der englischen Gerichte in erheblichem Maße aus. In erster Linie sind hier die Bedürfnisse der gemeinschaftlichen Kinder zu berücksichtigen, aber auch die Bedürfnisse der Parteien. Ehebedingte Nachteile sind grds. auszugleichen, es gilt der Grundsatz der gleichen Teilhabe des vorhandenen Vermögens<sup>14</sup>. Letzterer Grundsatz kann durch eine Vereinbarung weitestgehend eingeschränkt werden.

## Frankreich:

### Verfassungswidrigkeit des droit de prélèvement (Vorwegentnahmerecht zugunsten französischer Erben an in Frankreich belegenem Nachlass)

Am 05.08.2011 hat der französische Verfassungsrat das nach Art. 2 des Gesetzes vom 14.07.1819 geltende Vorweg-

8 Gesetz Nr. 221 v. 21.3.2011; ausführlich Ring/Olsen-Ring, ZEV 2011, 463.

9 Radmacher v. Granatino (2010) UKSC 42; Karsten, FamRZ 2011, 1474; Scherpe, FamRZ 2011, 1471.

10 Radmacher v. Granatino (2010), UKSC 42.

11 Scherpe, FamRZ 2011, 1471ff.

12 Scherpe, FamRZ 2011, 1471, 1473.

13 Scherpe, FamRZ 2011, 1471, 1472.

14 Scherpe, FamRZ 2011, 1471, 1474.



entnahmerecht zugunsten französischer Miterben (bei Auseinandersetzung zwischen ausländischen und französischen Erben) hinsichtlich des in Frankreich belegen Nachlasses für verfassungswidrig erklärt.

## Frankreich:

### Änderung der Vermögen- und Erbschaftsteuer

Zum 01.07.2011 hat der französische Gesetzgeber das Gesetz über die Vermögen- und Erbschaftsteuer geändert. Die Änderungen betreffen insbesondere die Freibeträge und Steuersätze.<sup>15</sup>

## Irland:

### Einführung des Civil Partnership und der nichtehelichen Lebensgemeinschaft

Zum 01.01.2011 wurde der „Civil Partnership and Certain Rights and Obligation of Cohabitants Act 2010“ in Kraft gesetzt.

Nunmehr kann eine civil partnership von zwei Personen gleichen Geschlechts registriert werden.<sup>16</sup> Im Erbrecht werden die „civil partners“ mit Einschränkungen wie Ehegatten behandelt.

Die nichteheliche Lebensgemeinschaft wird gesetzlich geregelt. Cohabitants sind zwei erwachsene Personen, die als Paar in einer intimen Beziehung zusammenleben, die nicht miteinander verheiratet oder in einer civil partnership registriert sind und die keinem Ehe- oder Partnerschaftsverbot unterliegen. Vermögensrechtliche Ansprüche haben Cohabitants nur dann, wenn sie in einer qualifizierten nichtehelichen Lebensgemeinschaft leben, die Lebensgemeinschaft somit mindestens seit 5 Jahren oder bei Vorhandensein von minderjährigen oder sonst abhängigen Kindern mindestens 2 Jahre besteht. Unter diesen Voraussetzungen können auch erbrechtliche Ansprüche gegen den Nachlass bestehen.<sup>17</sup>

## Österreich:

### Haager Kindesschutzübereinkommen zum 01.04.2011 in Kraft getreten

Zum 01.04.2011 ist das Haager Kindesschutzübereinkommen für Österreich in Kraft getreten.<sup>18</sup>

## Polen:

### Neues Gesetz über das Internationale Privatrecht

Am 16.05.2011 ist das Gesetz der Republik Polen über das Internationale Privatrecht vom 04.02.2011 (nachstehend „IPRG“) in Kraft getreten (Art. 81 IPRG).<sup>19</sup> Dieses löst das bisherige Gesetz über das Internationale Privatrecht vom 12.11.1965 ab.

Nachfolgend sollen kurz die für die notarielle Praxis besonders wichtigen güter- und erbrechtlichen Kollisionsregeln dargestellt werden.

### Güterrecht:

Nach bisher geltendem Recht (Art. 17 des Gesetzes vom 12.11.1965) bestimmte sich das Güterstatut wandelbar in erster Linie nach dem gemeinsamen Heimatrecht der Ehegatten, hilfsweise nach dem Recht des Staates, in dem beide Ehegatten ihren Wohnsitz haben, hilfsweise nach polnischem Recht. Eine güterrechtliche Rechtswahl war nicht zugelassen.

Die neuen güterrechtlichen Regelungen sind in Art. 51 des Gesetzes vom 04.02.2011 enthalten (Übersetzung Wowerka, IPrax 2011, 609ff):

#### „Art. 51

1. Die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse zwischen den Ehegatten unterliegen ihrem gemeinsamen Heimatrecht.
2. Mangels eines gemeinsamen Heimatrechts ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem beide Ehegatten ihren Wohnsitz haben, und mangels eines Wohnsitzes in demselben Staat, das Recht des Staates, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Falls die Ehegatten keinen gewöhnlichen Aufenthalt in demselben Staat haben, ist das Recht des Staates anzuwenden, mit dem die Ehegatten auf andere Weise gemeinsam am engsten verbunden sind.

#### Art. 52

1. Die Ehegatten können ihre vermögensrechtlichen Verhältnisse dem Heimatrecht eines Ehegatten oder dem Recht des Staates, in dem einer von ihnen seinen Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat, unterwerfen. Die Rechtswahl kann auch vor der Eheschließung getroffen werden.
2. Ein Ehevertrag unterliegt dem von den Parteien nach Abs. 1 gewählten Recht. Mangels einer Rechtswahl ist auf den Ehevertrag das für die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse zwischen den Ehegatten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebende Recht anzuwenden.

19 Das gesamte Gesetz ist in deutscher Übersetzung veröffentlicht in IPrax 2011, 609ff.

15 Näheres Gottschalk, ZEV 2011, 464.

16 zu den Wirkungen des Rechtsinstituts Sloan/Scherpe, FamRZ 2011, 1451ff.

17 zum Ganzen Sloan/Scherpe, FamRZ 2011, 1451ff; zur Qualifikation nichtehelicher Lebensgemeinschaften im deutschen IPR Schaal, ZNotP 2009, 290 und 2010, 270 und Buschbaum, RNotZ 2010, 73ff.

18 BGBl. III 2011/49.



3. Bei der Wahl des Rechts für die vermögensrechtlichen Verhältnisse oder für den Ehevertrag genügt es, die Form zu wahren, die für die Eheverträge nach dem gewählten Recht oder dem Recht des Staates, in dem die Rechtswahl getroffen worden ist, vorgeschrieben ist.“

Art. 53 regelt die Wirksamkeit des Güterstandes gegenüber Dritten

Wie bisher wird das Güterstatut wandelbar in erster Linie an das gemeinsame Heimatrecht der Ehegatten angeknüpft. Neu gegenüber dem bisher geltenden Recht ist die **Möglichkeit einer güterrechtlichen Rechtswahl** für das gesamte Vermögen nach Art. 52 Abs. 1 IPRG. Wählbar sind das Heimatrecht eines Ehegatten, das Recht des Wohnsitzes oder das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes eines Ehegatten. Die Rechtswahl kann auch schon vor Eheschließung getroffen werden. Nach Art. 4 Abs. 2 IPRG muss die Rechtswahl ausdrücklich getroffen sein oder sich eindeutig aus den Umständen des Einzelfalles ergeben. Die Form eines Ehevertrages des zulässigerweise gewählten Rechts ist für die Formwirksamkeit der Rechtswahl ausreichend.

Die Wirkungen eines Ehevertrages unterliegen dem nach Art. 52 Abs. 1 IPRG gewählten Recht, mangels Rechtswahl dem objektiv anwendbaren Recht bei Vertragsschluss.

#### Erbrecht:

Nach bisher geltendem Recht wurde das Erbstatut nach dem Heimatrecht des Erblassers bestimmt (Art. 34 IPRG vom 12.11.1965). Eine Rechtswahl war nicht zulässig.

Die neuen erbrechtlichen Kollisionsnormen sind in Art. 64ff des Gesetzes vom 04.02.2011 enthalten (Übersetzung Wowerka, IPrax 2011, 609ff):

„Art. 64

1. Der Erblasser kann in einem Testament oder in einer anderen Verfügung von Todes wegen die Erbschaftssache seinem Heimatrecht, dem Recht seines Wohnsitzes oder seines gewöhnlichen Aufenthaltes zum Zeitpunkt der Vornahme dieses Rechtsgeschäfts oder zum Zeitpunkt seines Todes unterwerfen.
2. Mangels einer Rechtswahl ist in der Erbschaftssache das Heimatrecht des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes anzuwenden.

Art. 65

Vorbehaltlich des Art. 66 entscheidet über die Wirksamkeit eines Testaments oder einer anderen Verfügung von Todes wegen das Heimatrecht des Erblassers zum Zeitpunkt der Vornahme dieser Rechtsgeschäfte.

Art. 66

1. Das für die Form eines Testaments und seinen Widerruf anwendbare Recht bestimmt das Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht, abgeschlossen in Den Haag am 5.10.1961 (GBl. 1969, Nr. 34, Pos. 284).

2. Das nach Abs. 1 bestimmte Recht gilt für die Form anderer Verfügungen von Todes wegen entsprechend.“

Mangels Rechtswahl bestimmt sich das Erbstatut wie bisher nach dem Heimatrecht des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes. Eine **erbrechtliche Rechtswahl** nach Art. 64 Abs. 1 IPRG ist nunmehr allerdings zulässig. Wählbar sind das Heimatrecht, das Recht des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthaltes jeweils zum Zeitpunkt der Rechtswahl oder des Todes des Erblassers. Die Rechtswahl erfolgt durch Testament oder Verfügung von Todes wegen.

Die Formwirksamkeit eines Testaments oder einer anderen Verfügung von Todes wegen bestimmt sich nach dem Haager Testamentsformabkommen (Art. 66 IPRG).

Zweifelhaft ist die Regelung des Art. 65 IPRG. Zwar ist nach Art. 64 Abs. 1 IPRG eine erbrechtliche Rechtswahl für das gesamte Vermögen zulässig, über die Wirksamkeit eines Testaments oder einer anderen Verfügung von Todes wegen entscheidet aber das Heimatrecht des Erblassers zum Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts. Maßgebend für die Wirksamkeit des Testaments ist nach dem Wortlaut der Vorschrift somit nicht das nach Art. 64 Abs. 1 IPRG gewählte Recht, sondern das Heimatrecht im Zeitpunkt der Testamentserrichtung.

#### **Polen:**

##### **Haager Kindesschutzübereinkommen zum 01.11.2010 in Kraft getreten**

Das Haager Kindesschutzübereinkommen ist am 01.11.2010 für Polen in Kraft getreten. Vorbehalte bezüglich der Zuständigkeit der polnischen Behörden und die Anerkennung von Sorgebefugnissen wurden für in Polen belegenes unbewegliches Vermögen erklärt.

#### **Spanien:**

##### **Entscheidung des Obersten Gerichtshofes: Gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge deutscher Staatsangehöriger zulässig**

Das gemeinspanische materielle Recht verbietet in Art. 669 código civil (CC) das gemeinschaftliche Testieren. Art. 737 CC ordnet an, dass alle testamentarischen Verfügungen widerruflich sind. Gemeinschaftlich errichtete Verfügungen, etwa in Form des gemeinschaftlichen Testaments oder Erbvertrages sind daher nach gemeinspanischem Recht (anders in einigen Foralrechten) grds. unwirksam. Das Verbot ist nicht lediglich ein Formverbot, sondern ein Inhaltsverbot.

In der notariellen Praxis stellt sich für deutsche Staatsangehörige mit Vermögen in Spanien die Frage, ob die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments oder Erbvertrages bzw. die darin regelmäßig liegende Bindungswirkung gegen den spanischen ordre public verstößt bzw. ob die Verfügung in Spanien anerkannt wird. Der spanische Oberste Gerichtshof hat mit seiner Entscheidung vom 08.10.2010<sup>20</sup> klarge-

stellt, dass ein gemeinschaftliches wechselbezügliches Testament ausschließlich deutscher Staatsangehöriger mit dem spanischen *ordre public* vereinbar ist. Zur Begründung führt der Gerichtshof aus, dass zum einen einigen Foralrechten die erbrechtliche Bindung durchaus bekannt sei, zum anderen die in Art. 737 CC angeordnete freie Widerruflichkeit kein tragender Grundsatz des spanischen Rechtes sei.

Der Oberste Gerichtshof hat mit dem genannten Urteil Rechtssicherheit für deutsche Staatsangehörige mit Vermögen in Spanien geschaffen. Nach dem Erbstatut zulässige Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente verstoßen nicht gegen den spanischen *ordre public* und sind daher grds. auch für das in Spanien belegene Vermögen wirksam.

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass bei Geltung gemein-spanischen materiellen Rechtes, also bei spanischer Staatsangehörigkeit eines Erblassers und fehlender Foralrechts-gebietszugehörigkeit, weiterhin ein Erbvertrag oder gemeinschaftliches Testament nicht errichtet werden können.

Ferner ist darauf hinzuweisen, dass sich die Bestimmung des Erbstatuts nach Inkrafttreten der EU-ErbrechtsVO durch Aufgabe des Staatsangehörigkeitsprinzips ändern wird.

## Spanien/Katalonien:

### Neues Familienrecht seit 2010

2010 wurde in Katalonien ein neues Familiengesetz in Kraft gesetzt. Die Gütertrennung ist weiterhin gesetzlicher Güterstand, allerdings erweitert das neue Recht die Möglichkeit der Wahlgüterstände. Wählbar sind die Gütergemeinschaft, die Zugewinngemeinschaft und verschiedene lokale Güterstände.

Das neue Gesetz lässt nun im Gegensatz zum bisher geltenden Recht vertragliche Vereinbarungen zwischen Ehegatten und zukünftigen Ehegatten über die Folgen einer künftigen Scheidung oder Trennung zu. Die Vereinbarungen sind allerdings nur unter strengen Abschlussvoraussetzungen zulässig (insbesondere Vertragsschluss mindestens 30 Tage vor Eheschließung, individuelle Rechtsberatung für jeden Vertragspartner).

### BGH:

#### Wirksamkeit der Erklärung der Gütertrennung gegenüber dem Standesbeamten auf Mauritius von im deutschen Güterrecht lebenden Ehegatten

Der BGH<sup>21</sup> hatte einen Sachverhalt zu entscheiden, in dem ein deutscher und eine mauritische Staatsangehörige, die allerdings beide ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatten, auf Mauritius die Ehe geschlossen haben. Sie haben vor dem dortigen Standesbeamten erklärt, im Güterstand der Gütertrennung leben zu wollen.

Der BGH stellt zunächst klar, dass Güterstatut nach Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB das deutsche Recht ist.

Die Erklärung gegenüber dem mauritischen Standesbeamten enthalte ohne weitere Anhaltspunkte keine Rechtswahl im Sinne des Art. 15 Abs. 2 EGBGB. Allerdings hätten die Ehegatten durch die Erklärung vor dem Standesbeamten den Güterstand der Zugewinngemeinschaft wirksam abgeschlossen und Gütertrennung vereinbart. Nach mauritischem Güterrecht können Ehegatten die güterrechtlichen Wirkungen entweder der Gütergemeinschaft oder Gütertrennung unterstellen. Entscheiden sich die Ehegatten für den Güterstand der Gütertrennung, genügt eine Erklärung gegenüber dem Standesbeamten. Der BGH legt diese Erklärung der Ehegatten als zwei übereinstimmende Willenserklärungen, die auf den Abschluss eines Ehevertrages gerichtet sind, aus. Sie hätten sich für einen Güterstand entschieden, den auch das deutsche Güterrecht kennt. Die Vereinbarung sei auch formwirksam zustande gekommen, da für die Formwirksamkeit die Ortsform ausreichend ist, Art. 11 Abs. 1 EGBGB.

Der Entscheidung kann nicht zugestimmt werden. Nach Ansicht des BGH können auch ausschließlich deutsche Ehegatten bei einer Eheschließung im Ausland entsprechende rechtsverbindliche ehevertragliche Erklärungen wirksam abgeben, wenn das dortige Recht dies vorsieht.

In Rechtsordnungen, in denen güterrechtliche Erklärungen vor dem Standesbeamten vorgesehen sind, ist die Frage nach dem Güterstand bei der Eheschließung obligatorisch, mglw. sogar Bedingung für die Durchführung der Eheschließung. Den Ehegatten den Willen zu rechtsverbindlichen Willenserklärungen zum Abschluss eines Ehevertrages auch nach deutschem Recht zu unterstellen, geht zu weit. Vielmehr dürfte es sich i.d.R. nur um eine unverbindliche Absichtserklärung handeln<sup>22</sup>.

## OLG Nürnberg:

### keine wandelbare Rückverweisung des Güterstatuts durch ausländisches Kollisionsrecht

Das OLG Nürnberg legt in seiner Entscheidung<sup>23</sup> den geltenden Art. 15 Abs. 1 EGBGB dahingehend aus, dass der Unwandelbarkeitsgrundsatz einer sog. beweglichen Rückverweisung durch ausländisches Kollisionsrecht entgegen stehe. Die Verweisung des Art. 15 Abs. 1 EGBGB beziehe sich damit nicht auf die Wandelbarkeit des ausländischen Güterrechtsstatutes, wie sie etwa im Recht Kroatiens und Sloweniens normiert ist. Im konkreten Fall hat das Gericht bei einem kroatischen und einer slowenischen Staatsangehörigen, die zwar bei Eheschließung beide jugoslawische Staatsangehörige, bei Scheidung aber beide ausschließlich deutsche Staatsangehörige waren, eine Rückverweisung des kroatischen bzw. slowenischen Rechts auf das gemeinsame Heimatrecht bei Scheidung verneint.

Die Entscheidung widerspricht der h.M. in der Literatur und Rechtsprechung.<sup>24</sup> Sie ist daher abzulehnen. Führt eine sog. wandelbare Anknüpfung des ausländischen Güterkollisionsrechts zu einer Rückverweisung auf deutsches

20 Urteil des Tribunal Supremo v. 08.10.2010, 313/2007.

21 FamRZ 2011, 1495 mit ablehnender Anmerkung Wachter.

22 so auch Wachter, FamRZ 2011, 1497.

23 FamRZ 2011, 1509f.

24 OLG München, ZEV 2011, 471; OLG Düsseldorf, FamRZ 2011, 1510.

Recht, wird diese Rückverweisung vom deutschen Recht angenommen.<sup>25</sup>

## **OLG Celle/OLG Zweibrücken/OLG München:**

### **Qualifikation einer im Ausland geschlossenen gleichgeschlechtlichen Ehe**

In immer mehr Rechtsordnungen ist die Eheschließung von gleichgeschlechtlichen Personen zugelassen, so unter anderem in den Niederlanden, in Kalifornien und in Spanien.

Aus deutscher Sicht stellt sich die Frage der Qualifikation der im Ausland geschlossenen gleichgeschlechtlichen Ehe und damit verbunden die Frage der Rechtswirkungen in Deutschland.

Die Oberlandesgerichte Celle, München und Zweibrücken haben entschieden, dass eine im Ausland geschlossene gleichgeschlechtliche Ehe als eingetragene Lebenspartnerschaft im Sinne von Art. 17b EGBGB zu qualifizieren und in das Lebenspartnerschaftsregister einzutragen ist.<sup>26</sup>

Somit kann auch ein deutscher Staatsangehöriger im Ausland eine gleichgeschlechtliche Ehe schließen, die in Deutschland als eingetragene Lebenspartnerschaft im Sinne des Art. 17b EGBGB zu qualifizieren ist. Die im Ausland geschlossene gleichgeschlechtliche Ehe ist nicht nach Art. 13 EGBGB in Verbindung mit dem deutschen Sachrecht unwirksam, weil das deutsche Recht keine gleichgeschlechtliche Ehe kennt. Zu beachten ist, dass die allgemeinen und güterrechtlichen Wirkungen sowie die Auflösung dieser „Lebenspartnerschaften“ – solange keine eingetragene Lebenspartnerschaft nach deutschem Recht neu begründet wird – nach ausländischem Recht zu beurteilen sind, Art. 17b Abs. 1 S. 1 EGBGB. Die erbrechtlichen Wirkungen unterliegen dem nach Art. 25 EGBGB zu bestimmenden Recht, Art. 17b Abs. 1 S. 2 EGBGB. Nur wenn dieses keinerlei erbrechtliche Ansprüche vorsieht, ist das Recht des registerführenden Staates anzuwenden.

Zu beachten ist auch, dass die Wirkungen der gleichgeschlechtlichen Ehe nicht weiter gehen können als für eine Lebenspartnerschaft nach BGB und LPartG vorgesehen, Art. 17b Abs. 4 EGBGB.<sup>27</sup>

## **OLG Karlsruhe:**

### **keine Wirkung der vorgeburtlichen Sorgeerklärung bei Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes in die Schweiz vor der Geburt des Kindes**

Das OLG Karlsruhe<sup>28</sup> hatte über die Frage der elterlichen Sorge für ein Kind zu entscheiden, dessen nicht miteinander

verheiratete Eltern in Deutschland eine vorgeburtliche Sorgeerklärung abgegeben hatten, dann aber vor der Geburt des Kindes in die Schweiz verzogen sind und dort ihren gewöhnlichen Aufenthalt begründet haben. Nach der Trennung der Eltern stellte sich die Frage der elterlichen Sorge. Das OLG Karlsruhe kommt zu dem Ergebnis, dass dem nichtehelichen Vater keine elterliche Sorge zusteht. Das schweizer Recht sehe eine Übertragung der elterlichen Sorge auf unverheiratete Eltern nur auf gemeinsamen Antrag derselben durch Verfügung der Vormundschaftsbehörde vor (Art. 298 ZGB). Da das Kind in der Schweiz seinen ersten gewöhnlichen Aufenthalt hatte, wurde das schweizer Recht nach Maßgabe des Art. 16 Haager Kindesschutzübereinkommen (KSÜ) angewendet. Das Gericht führt dann weiter aus, dass die vorgeburtlich in Deutschland abgegebene Sorgeerklärung keine Wirkungen entfalte. Nach Art. 16 Abs. 2 KSÜ komme es für die Begründung der elterlichen Sorge durch Vereinbarung auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Vereinbarung an. Wirksam in diesem Sinne werde die Sorgeerklärung erst mit Geburt des Kindes. Hinzu komme, dass das Kind vor seiner Geburt noch keinen gewöhnlichen Aufenthalt habe und es daher auf den ersten gewöhnlichen Aufenthalt nach Geburt ankommen müsse. Das schweizer Recht kenne keine Sorgeerklärung, daher sei die Sorgeerklärung wirkungslos. Auch ein Fall des Art. 16 Abs. 3 KSÜ liege nicht vor, weil der Aufenthaltswechsel vor der Geburt des Kindes erfolgt sei und daher eine gemeinschaftliche elterliche Sorge nie begründet war.

Die Entscheidung des OLG Karlsruhe ist abzulehnen. Sie beruht hauptsächlich auf der Erwägung, die Sorgeerklärung werde erst mit der Geburt des Kindes wirksam, daher bestand im entschiedenen Fall vor dem Aufenthaltswechsel nach Ansicht des Gerichts keine elterliche Sorge, die nach Art. 16 Abs. 3 KSÜ fortbestehen konnte. Das Gericht übersieht allerdings, dass bereits vor Geburt des Kindes Rechtsakte im Namen desselben vorgenommen werden können, die dann für und gegen das später geborene Kind wirken (§ 1912 Abs. 2 BGB).<sup>29</sup> Ist bereits eine vorgeburtliche Sorgeerklärung abgegeben, ist diese auch im Rahmen des § 1912 Abs. 2 BGB zu beachten.<sup>30</sup> Die Sorgeerklärung entfaltet daher bereits vor der Geburt Wirkungen. Auch die Aussage, das Kind habe vor der Geburt keinen gewöhnlichen Aufenthalt, ist pauschal falsch. Wenn dem Kind als nasciturus bereits Rechte zustehen und es bereits vor Geburt vertreten werden kann, muss es auch eine Kollisionsnorm zur Bestimmung des Sorgestates geben. Das Kind leitet seinen gewöhnlichen Aufenthalt vor Geburt daher von dem seiner Mutter ab.

Das Gericht hätte Art. 16 Abs. 3 KSÜ anwenden müssen, wonach die gemeinschaftliche Sorge auch bei einem Aufenthaltswechsel fortbesteht.

**von Daniel Schaal, Notar im Landesdienst, Stuttgart**

<sup>25</sup> so explizit auch OLG Düsseldorf, FamRZ 2011, 1510ff; Staudinger/Mankowski, BGB, Art. 15 EGBGB Rn. 39 m.w.N..

<sup>26</sup> OLG Celle, FamRZ 2011, 1525; OLG München, FamRZ 2011, 1526; OLG Zweibrücken, FamRZ 2011, 1526.

<sup>27</sup> OLG Celle, FamRZ 2011, 1525.

<sup>28</sup> FamRZ 2011, 1516.

<sup>29</sup> MünchKomm-BGB/Schwab, 5. Aufl., § 1912 Rn. 13.

<sup>30</sup> MünchKomm-BGB/Schwab, 5. Aufl., § 1912 Rn. 13

## **Notar Werner Dieterle in Ludwigsburg**

Wir suchen eine(n)

### **Württ. Notariatsassessor bzw. Württ. Notariatsassessorin.**

Wir bieten ein modern ausgestattetes Büro, flexible Arbeitszeiten, eine abwechslungsreiche und verantwortungsvolle Tätigkeit, die den gesamten Bereich der Tätigkeit eines Notars umfasst.

Sie sollten über eine gute Qualifikation verfügen und Freude am Beruf haben, freundlich, kollegial und einsatzbereit sein.

Für Fragen steht Ihnen gerne Notar Dieterle vorab zur Verfügung.

Ihre schriftlichen Bewerbungsunterlagen senden Sie bitte an:

Persönlich/Vertraulich  
Notar Werner Dieterle  
Mathildenstraße 12,  
71638 Ludwigsburg  
Tel. 07141/9370-11

oder per E-Mail: [notar.dieterle@web.de](mailto:notar.dieterle@web.de)

## **Ich suche**

baldmöglichst in Teilzeit oder Vollzeit eine/n

### **Notarassessor/in**

mit der Fähigkeit zum selbstständigen Arbeiten für meine Notarkanzlei in Schwäbisch Gmünd. Gerne geben wir auch qualifizierten Berufsanfängern eine Chance.

Bitte richten Sie Ihre aussagekräftige Bewerbung mit den üblichen Unterlagen und dem nächstmöglichen Einstiegstermin an:

Notar Dr. Eberhard Kienzle  
Josefstraße 9, 73525 Schwäbisch Gmünd  
[RAe.Kienzle@t-online.de](mailto:RAe.Kienzle@t-online.de)

Tel.: 07171/60515-0  
Fax: 07171/60515-22



Wir sind eine Rechtsanwalts- und Notarkanzlei mit 60 Berufsträgern und Sitz in Stuttgart. Für unser Anwaltsnotariat suchen wir zum baldmöglichsten Eintritt eine(n)

# Württembergische/n Notariatsassessor/in

gerne mit Berufserfahrung.

Zu Ihren Aufgaben gehören die selbständige Vorbereitung und Abwicklung von Urkunden, vornehmlich auf den Gebieten des Gesellschafts- und Immobilienrechts.

Wir erwarten eine überdurchschnittliche Qualifikation, Verständnis für komplexe wirtschaftliche Zusammenhänge und Teamgeist. Wir bieten Ihnen eine verantwortungsvolle und abwechslungsreiche Tätigkeit, einen Arbeitsplatz mit gutem Betriebsklima, eine überdurchschnittliche Vergütung und umfangreiche Fortbildungsmöglichkeiten. In unserer täglichen Arbeit legen wir großen Wert auf ein angenehmes persönliches Miteinander.

Eine umfassende Einarbeitung und Ausbildung ist sichergestellt. Für Rückfragen stehen Ihnen Herr Rudolf Bezler oder Frau Christiane Stoye-Benk unter der Telefonnummer 0711 86040-200 gerne zur Verfügung. Ihre Bewerbungsunterlagen senden Sie bitte an: Menold Bezler Rechtsanwälte z. Hd. Herrn Rechtsanwalt und Notar Rudolf Bezler.



# MENOLD BEZLER

RECHTSANWÄLTE

Mittelstand im Mittelpunkt

Rheinstahlstraße 3, 70469 Stuttgart, Telefon +49 711 86040-00  
sandra.vollmann@menoldbezler.de, www.menoldbezler.de