

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, Filderstadt

Notar Dr. Oliver Fröhler
Notariatsdirektor, Lörrach

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de
ISSN-Nummer 1434-2979

1/2014

Januar

Seiten 1-36

Inhalt

Abhandlungen

Dieckmann
Rechtsrealismus im Betreuungsrecht
..... 2

Böhringer
Erste Erfahrungen mit dem GNotKG in Grundbuchsachen
..... 17

Rechtsprechung 28

Aktuelles aus dem IPR (Beller/Wahl) 32

Buchbesprechungen 36

BWNotZ – Inhaltsverzeichnis und Einbanddecke 2012/2013

Das Inhaltsverzeichnis für die BWNotZ-Jahrgänge 2012/2013 liegt diesem Heft bei.

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

Der Preis pro Einbanddecke beträgt 11,- EUR.

EUROPA FÜR NOTARE, NOTARE FÜR EUROPA

FORTBILDUNGSSEMINAR ZUR EU-ERBRECHTSVERORDNUNG

PRAKTISCHE HINWEISE

DATUM

13. Juni 2014

Registrierung: 8.30 – 9.00 Uhr
Seminar: 9.00 – 17.30 Uhr

TAGUNGSORT

Melia Hotel
Inselstraße 2
40479 DÜSSELDORF

ZIELGRUPPE

Niederländische und deutsche
Notare und Notarassessoren

TEILNAHME

kostenlos

ANMELDUNG

Deutsches Anwaltsinstitut e.V.
Frau Lisa Schipper
notare@anwaltsinstitut.de
Telefax: +49 234 97064 7218

ANMELDEFRIST

1. Juni 2014

MAXIMALE TEILNEHMER- ZAHL

100 Personen
Anmeldungen werden in der
Reihenfolge ihres Eingangs
berücksichtigt.

WEITERE INFORMATIONEN

www.cnue.be/formation

Die Entwicklung der ErbRVO – eine rechtspolitische Einführung

Kurt Lechner, MdEP a.D.

Einführung in die Erbrechtsverordnung

Dr. Jan-Ger Knot (Universität Groningen)

Testamente und Erbverträge unter besonderer Berücksichtigung der Rechtswahl sowie von Gestaltungen im Bereich des Pflichtteilsrechts

Notar Dr. Christoph Döbereiner (München) und Notarin Jutta Wolf (Zoetermeer)

Zusammenspiel der Erbrechtsverordnung mit dem Güterrecht unter Berücksichtigung der Kommissionsvorschläge zur Vereinheitlichung des Güterkollisionsrechts

Notar Christian Hertel (Weilheim) und Sabine Heijning (KNB)

Europäisches Nachlasszeugnis und Erbauseinandersetzung

Notar Dr. Christoph Dorsel (Bonn) und Notarin Prof. Tea Mellem-Kranenburg (Rotterdam / Universität Leiden)

Dolmetschung: Deutsch und Niederländisch
Moderation: Notar Dr. Norbert Frenz (Kempen)

Hinweis: Im Rahmen dieser Seminarreihe findet am 9. Mai 2014 ein weiteres Seminar in Riga, Lettland, statt. Hierzu lädt die lettische Notarkammer auch deutsche Notare ein. Es referieren Notar Dr. Christoph Dorsel (Bonn) und Notarin Ilze Metzule (Riga). Die Anmeldung erfolgt auch hier über das DAI. Anmeldeformulare und weitere Informationen sind auf der Website des CNUE erhältlich.

Kofinanziert von
der Europäischen Union



JUST/2011-2012/
JCIV/AG/4000003392

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

- | | |
|--|-----------|
| 1. Dr. Johann Andreas Dieckmann, Notar, Freiburg | 2 |
| Rechtsrealismus im Betreuungsrecht | |
| 2. Prof. Walter Böhringer, Notar a.D., Heidenheim/Brenz | 17 |
| Erste Erfahrungen mit dem GNotKG in Grundbuchsachen | |

Rechtsprechung

- | | |
|--|-----------|
| Grundbuchrecht | 28 |
| OLG Köln, 06.05.2013, 2 Wx 128/13 | |
| Unzulässigkeit des Nachbarerbaurechts | |

Aktuelles aus dem IPR

- | | |
|---|-----------|
| <i>Franziska Beller, Notarvertreterin, Stuttgart und Michaela Wahl, Notarin im Landesdienst, Kirchheim/Teck</i> | 32 |
|---|-----------|

Buchbesprechungen

- | | |
|--|-----------|
| <i>Schmoeckel/Schubert, Handbuch zur Geschichte des deutschen Notariats seit der Reichsnotariatsordnung von 1512 (Dieckmann)</i> | 36 |
|--|-----------|

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e.V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Stefan Mattes, Georgstraße 5, 70794 Filderstadt-Bonlanden (Tel. 0711/778960), 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 BWNNotZ 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: Druckerei Djurcic, Steinwasenstr. 6-8, 73614 Schorndorf (Tel. 07181/7069960, Fax 07181/7069961).

Rechtsrealismus im Betreuungsrecht. „Rückkehr zur alten Rechtslage“ – Zur Bedeutung von Richterrecht und Gesetzesrecht bei der Neuregelung der „ärztlichen Zwangsbehandlung“ in § 1906 BGB durch das Gesetz vom 18.02.2013

Dr. Johann Andreas Dieckmann, MSt. (Oxford); Notar in Freiburg im Breisgau.

I. Einleitung	1
§ 1 „Rückkehr zur alten Rechtslage“ und rechtsrealistische Spuren	1
1) Die Entwicklung hin zur Gesetzgebung – eine Skizze	1
2) Anklang an Gedankengänge des amerikanischen Rechtsrealismus (American Legal Realism)	3
a) Von der prediction theory of law und der decision theory of law	3
b) Rechtsrealismus im Betreuungsrecht – kein Einzelfallphänomen im deutschen Recht	3
3) Bedeutung der Gesetzgebung für die Zwangsbehandlung – im Spiegel der Judikatur	4
II. Die alte Gesetzeslage und die Auslegung durch die Gerichte im Wandel	6
§ 2 Gesetzesrecht: § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F.	6
§ 3 Richterrecht I (Bundesgerichtshof): § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. deckt Einwilligung durch Betreuer in und Durchsetzung von Zwangsmaßnahmen	7
§ 4 Richterrecht II (Bundesverfassungsgericht): Entscheidungen zur Zwangsbehandlung in Maßregelvollzug und öffentlich-rechtlicher Unterbringung (PsychKG, UnterbringungsG) und ihre Aufnahme in der betreuungsrechtlichen Praxis	8
1) Die Entscheidungen: Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 23.3.2011 – BVerfGE 128, 282 (2 BvR 882 / 09) u.a.	8
a) Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug	8
b) Zwangsbehandlung im öffentlich-rechtlichen Unterbringungsrecht	9
c) Wie verhalten sich die Entscheidungen BVerfGE 128, 282 und die Folgeentscheidungen zu § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB [a.F.] und seiner Auslegung durch den Bundesgerichtshof („Richterrecht I“)?	10
2) Die Aufnahme der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in der betreuungsgerichtlichen Rechtsprechung	11
§ 5 Richterrecht III (Bundesgerichtshof): § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. deckt Einwilligung durch Betreuer in und für Zwangsmaßnahmen doch nicht	11
1) Bundesgerichtshof (Beschluss vom 14.12.2011; XII ZB 171 /11): Keine Übertragung der verfassungsgerichtlichen Argumentation auf den Fall der Betreuung	11
2) Bundesgerichtshof (Beschlüsse vom 20.06.2012; XII ZB 99/12 und XII ZB 130/121): Doch Übertragung der verfassungsgerichtlichen Argumentation auf den Fall der Betreuung	12
3) Pressemitteilung des Bundesgerichtshofs Nr. 115/2012 vom 17. Juli 2012	13
III. Begründungsansätze im Gesetzgebungsverfahren und die mehreren Rechtslagen	13
§ 6 Gesetzgebungsziel: „Rückkehr zur alten Rechtslage“ und die mehreren Rechtslagen	13
1) Begründung in der Legislative	13
2) Echo der Exekutive zur Begründung	14
3) Stellungnahmen in der Literatur	15
4) Die mehreren verschiedenen Rechtslagen, oder: Änderung der Rechtslage ohne Änderung der Gesetzeslage (?)	15
a) Erste Rechtslage: bis zum 25.06.2012	15
b) Zweite Rechtslage: vom 25.06.2012 bis zum 26.02.2013	16
c) Dritte Rechtslage: ab dem 26.02.2013	16

IV. Die neue Gesetzeslage im Überblick 17

§ 7 Gesetzesrecht: Bundesgesetzblatt 2013 I, Seite 266 und § 1906 BGB n.F.	17
1) Gesetzgeberische Puzzle-Technik und rechtsstaatlich wünschenswerte Rechtsklarheit	17
a) Text des Gesetzes	17
b) Rechtsklarheit?	18
2) Die Textfassung	19
3) Überblick über den Inhalt der neuen Regelung	20
4) Enge Orientierung an dem vorherigen Richterrecht	21

V. Zum Rechtsrealismus im Betreuungsrecht 22

§ 8 Grundgedanken des Rechtsrealismus und ihre Bedeutung für den Fall der Zwangsbehandlung	22
1) Gedankengänge des American Legal Realism: prediction theory of law und decision theory of law.	22
a) Die sog. prediction theory of law (Prädiktionstheorie, Vorhersagelehre)	22
b) Die sog. decision theory of law (Theorie der Gerichtsentscheidung als Recht)	24
2) Anwendung der rechtsrealistischen Theorien auf unseren Fall	26
a) Die decision theory of law und das Betreuungsrecht	26
b) Die prediction theory of law und das Betreuungsrecht	27
3) Stellungnahme	28

VI. Zusammenfassung 28

§ 9 Richterrecht und Gesetzesrecht im Betreuungsrecht und der Rechtsrealismus	28
--	-----------

I. EINLEITUNG

§ 1 „Rückkehr zur alten Rechtslage“ und rechtsrealistische Spuren

1) Die Entwicklung hin zur Gesetzgebung – eine Skizze

Mit dem Gesetz zur Regelung der betreuungsrechtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme vom 18. Februar 2013¹ hat der Bundesgesetzgeber ein formelles Gesetz im Sinn von Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG erlassen, das die sogenannte „ärztliche Zwangsmaßnahme“² regelt. Das Gesetz wurde im Bundesgesetzblatt 2013 I auf Seite 266 veröffentlicht. In dem Artikelgesetz werden vor allem³ Änderungen des § 1906 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), sowie solche des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) vorgenommen⁴. Anlass der Gesetzgebung war die Änderung der Rechtsprechung des XII. Zivilsenates des Bundesgerichtshofs zur Frage der Zulässigkeit von Zwangsbehandlungen im Rahmen von rechtlichen Betreuungen. Nachdem

jahrelang in § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Zwangsbehandlung gesehen wurde, gab das Gericht mit Beschlüssen vom 20.6.2012⁵ diese Ansicht auf. Nunmehr hielt der BGH dafür, dass eine ausreichende und verfassungskonforme Gesetzesgrundlage gerade *nicht* vorliege. Dieser Rechtsprechungsänderung war vorausgegangen Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zur Frage der Verfassungsgemäßheit von gesetzlichen Grundlagen für Zwangsbehandlungen im Maßregelvollzug. Das Gericht verneinte erstmals in seiner Entscheidung BVerfGE 128, 282 die Verfassungsmäßigkeit der Regelung im Rheinland-Pfälzischen Landesrecht⁶.

Diese Änderung in der rechtlichen Beurteilung der Zulässigkeit von Zwangsmaßnahmen hatte in der Praxis gravierende Folgen. In schwersten Krankheitssituationen war es nicht mehr möglich, die Betroffenen mit den medizinisch indizierten Behandlungen zu versorgen. Wohl übereinstimmend wurde dieser Zustand als auf Dauer nicht haltbar angesehen⁷. Daher ist es nicht überraschend, dass es zügig zu einer Neuregelung kann.

Im November 2012 wurde von den Fraktionen der CDU/CSU und FDP ein *Gesetzesentwurf* vorgelegt, der auf die neue Si-

1 Bundesgesetzblatt 2013 I, Seite 266; ausgegeben am 25. Februar 2013, in Kraft getreten ist das Gesetz am Tag nach seiner Verkündung.

2 Der Begriff ist mißlungen und irreführend, da die Zwangsmaßnahme vom Betreuer (oder dem Bevollmächtigten) ausgeht, nicht vom Arzt, vgl. J.A. Dieckmann, BWNNotZ 2013, 34, 42. Da es sich um eine Legaldefinition handelt, wird der Begriff hier dennoch verwandt.

3 Die Änderung der Vorsorgeregister-Verordnung, des Erwachsenenschutz-übereinkommens-Ausführungsgesetzes und des Rechtspflegergesetzes sind weniger relevant.

4 Vgl. zu dem Gesetz u.a. Grötkopp, BtPrax 2013, 83; G. Müller, ZEV 2013, 304; Lindemann, BtPrax 2013, 44; Dodegge, NJW 2013, 1265; Moll-Vogel, FamRB 2013, 157; DNotI-Report 2013, 148; J.A. Dieckmann, BW-NotZ 2013, 34.

5 BGH, XII ZB 99/12 sowie XII ZB 130/12. Der erstgenannte Beschluss ist in der amtlichen Sammlung veröffentlicht: BGHZ 193, 337 = FamRZ 2012, 1366 = NJW 2012, 2967 = BtPrax 2012, 156 = JZ 2012, 1182. Im folgenden wird nach dem juris-Dokument zitiert.

6 Beschluss vom 23.03.2011 (2 BvR 882/09). Ähnliche Entscheidungen folgten zu anderen Vorschriften, vgl. etwa BVerfG, 12.10.2011 (2 BvR 633/11) sowie BVerfG, Beschluss vom 20.02.2013 (2 BvR 228/12) zum sächsischen Gesetz über die Hilfen und die Unterbringung bei psychischen Krankheiten (SächsPsychKG).

tuation reagiert. Im Problemaufriss wird die Änderung der Rechtsprechung als Anlass hervorgehoben, eine neue gesetzliche Regelung für die erheblichen Grundrechtseingriffe zu verabschieden (unter „A. Problem und Ziel“). Zur Lösung wird ausgeführt unter anderem:

„Der Entwurf einer Regelung der betreuungsgerichtlichen Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme bildet damit unter Achtung der verfassungsgerichtlichen Anforderungen die bis zu den jüngsten Beschlüssen des Bundesgerichtshofs bestehende Rechtslage möglichst nah ab.“⁸

Dieser Satz aus den Gesetzgebungsmaterialien ist in mehrerlei Hinsicht bemerkenswert. Zwei Punkte seien hervorgehoben. Einmal ist erstaunlich, dass als Quelle der Anforderungen nicht der Verfassungstext, also das Grundgesetz, herangezogen wird. Vielmehr werden die verfassungsgerichtlichen Anforderungen angeführt. Und es fällt auf, dass der Text davon ausgeht, dass sich die *Rechtslage ohne Veränderung im Wortlaut der Gesetzestexte* infolge der Rechtsprechungsänderung *geändert* hatte. Im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens wird dieser Aspekt und seine Hervorhebung noch mehrfach wiederkehren. Nach Verabschiedung des Gesetzes findet sich auch in der Pressemitteilung des Bundesjustizministeriums folgender Satz:

„Die Neuregelungen bilden die bis zu den jüngsten Beschlüssen des Bundesgerichtshofs bestehende Rechtslage möglichst nah ab.“⁹

Schon diese Zitate zeigen: In mehrerlei Hinsicht sind gerichtliche Erkenntnisse für das Gesetz mitverantwortlich. Der Bedeutung der richterlichen Erkenntnisse für die Beurteilung der Rechtslage soll nachgegangen werden.

2) Anklang an Gedankengänge des amerikanischen Rechtsrealismus (American Legal Realism)

a) Von der prediction theory of law und der decision theory of law

Die Argumentation erinnert frappierend an Argumentationslinien einer rechtstheoretischen Denkrichtung, die sich insbesondere in den 1920er und 30er Jahren in den USA entwickelt hat – des sogenannten US-amerikanischen Rechtsrealismus. In Deutschland hat sich der Rechtsrealismus – trotz großer Beeinflussung durch deutschsprachige Literatur¹⁰ – nicht durchgesetzt. Umso erstaunlicher ist es, dass man in Deutschland im frühen 21. Jahrhundert in Gesetzesbegründungen, Pressemitteilungen des Bundesjustizministeriums und des Bundesgerichtshofes rechtsrealistische Ideen wiederfindet.

7 Vgl. statt vieler Grotkopp BtPrax 2013, 83, 83 f.

8 Bundestagsdrucksache 17/11513 vom 19.11.2012, S. 1.

9 Pressemitteilung vom 10.02.2013: Zwangsbehandlung - Ausnahmeregelung für Notsituationen.

10 Die Rechtsrealisten haben sich vor allem bezogen auf Jhering, Kohler, Eugen Ehrlich, Max Weber, Arthur Nußbaum, Kantorowicz und die Freirechtsschule allgemein, s. etwa Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, 1921, 16 ff, 23; Llewellyn, (1930) 30 *Columbia LR* 431, 448, 454; Llewellyn, *Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika* 1933, § 3.

Der Rechtserklärungsansatz des Rechtsrealismus hat insbesondere zwei Hauptrichtungen – die *prediction theory of law* und die *decision theory of law*. Die prediction theory of law (Prädiktionstheorie, Vorhersagelehre) sieht als Recht an nicht die Regeln, nicht die im Gesetzblatt veröffentlichten Paragraphen und Artikel, sondern vielmehr die *Vorhersage* dessen, was *Gerichte* in einem Streitfall tatsächlich entscheiden und *tun* werden.

Die decision theory of law sieht als Recht gleichfalls weniger die Regel selbst, sondern das *tatsächliche Verhalten des Rechtsstabs* im Konflikt- und Streitfall an. Recht ist und entsteht insbesondere in gerichtlichen Entscheidungen. Die decision theory ist eine Theorie der Gerichtsentscheidung als Recht.

Beiden Erklärungsansätzen und ihrem Verhältnis zu der Rechtsfrage der Zwangsbehandlung in Deutschland soll nachgegangen werden.

b) Rechtsrealismus im Betreuungsrecht – kein Einzelfallphänomen im deutschen Recht

Das Phänomen der rechtsrealistischen Spuren ist im deutschen Rechtsleben der Gegenwart nicht singulär. Auch in anderen Bereichen ist der Ansatz des Rechtsrealismus fruchtbar und geeignet, Erklärungen für bestimmte Entscheidungen und Vorgänge im Rechtsleben abzugeben. So läßt sich die Fresenius-Entscheidung des Gesellschaftsrechtssenats des Bundesgerichtshofs – (BGH NJW 2012, 3235) – letztlich (wenn überhaupt) befriedigend nur mit der decision theory of law erläutern¹¹. Und auch bei der wechselnden Rechtspraxis der Titelumschreibung nach § 726 ZPO bei vollstreckbaren (Sicherungs)Grundschulden nach Abtretung bieten sich rechtsrealistische Erklärungsmuster in besonderer Weise zur Erläuterung an¹².

3) Bedeutung der Gesetzgebung für die Zwangsbehandlung – im Spiegel der Judikatur

Gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG ist ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit nur aufgrund Gesetzes zulässig. Gesetzliche Grundlage muss dabei ein förmliches Parlamentsgesetz sein¹³. Dieser Gesetzesvorbehalt hat zum Gegenstand, dass der Eingriff in das besonders wichtige Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit nur aufgrund eines vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber erlassenen allgemeinen Gesetzes erfolgt. Daher ist es nicht verwunderlich, dass ein wichtiger Punkt bei der Diskussion eben dies Erfordernis eines formellen Gesetzes war. Diese Wichtigkeit wird bei den Unterbringungsfällen vom Bundesverfassungsgericht mehrfach hervorgehoben¹⁴. Beispielhaft können die Ausführungen in BVerfGE 128, 282 in den Rn 72, 73 angeführt werden:

11 Vgl. J.A. Dieckmann, *Rechtsrealismus im Aktienrecht*, BWNtZ 2013, 2, 3 f, 16 ff, 19 f.

12 Vgl. J.A. Dieckmann, *Rechtsrealismus im Grundschuldrecht*, notar 2012, 40, insb. 41, 44 ff.

13 BVerfGE 22, 180; vgl. statt vieler Schulze-Fiesler, in: Dreier (Hg), *Grundgesetz*, Kommentar, 3. Auflage 2013, Art. 2 Rn. 53.

14 BVerfG (Fn 6) vor allem Rn 56 ff, 72 ff.

4. a) Die Zwangsbehandlung eines Untergebrachten ist, wie jeder andere Grundrechtseingriff, nur auf der Grundlage eines Gesetzes zulässig, das die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Eingriffs bestimmt. Dies gilt nicht nur für die materiellen, sondern auch für die formellen Eingriffsvoraussetzungen. Gesetzlicher Regelung bedürfen in verfahrensrechtlicher nicht anders als in materieller Hinsicht die für die Verwirklichung der Grundrechte wesentlichen Fragen (vgl. BVerfGE 57, 295 <320 f.>; 73, 280 <294, 296>; 82, 209 <224 f., 227>; 120, 378 <429>).

Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Eingriffs müssen hinreichend klar und bestimmt geregelt sein (vgl. für den Strafvollzug i.w.S. BVerfGE 116, 69 <80>, m.w.N.). Der Gesetzgeber ist gehalten, seine Vorschriften so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist (vgl. BVerfGE 49, 168 <181>; 59, 104 <114>; 78, 205 <212>; 103, 332 <384>). Die notwendige Bestimmtheit fehlt nicht schon deshalb, weil eine Norm auslegungsbedürftig ist (vgl. BVerfGE 45, 400 <420>; 117, 71 <111>; stRspr). Die Betroffenen müssen jedoch die Rechtslage erkennen und ihr Verhalten danach einrichten können (vgl. BVerfGE 103, 332 <384>; 113, 348 <375>, m.w.N.), und die gesetzesausführende Verwaltung muss für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden (vgl. BVerfGE 110, 33 <54>; 113, 348 <375>). Zur notwendigen Erkennbarkeit des Norminhalts gehört die Klarheit (vgl. BVerfGE 78, 214 <226>; 115, 166 <190>; 119, 331 <366>; stRspr) und, als deren Bestandteil, die Widerspruchsfreiheit (vgl. BVerfGE 98, 106 <118 f.>; 108, 169 <181, 183>; 119, 331 <366>; stRspr) der Norm. Die Anforderungen an den Grad der Klarheit und Bestimmtheit sind umso strenger, je intensiver der Grundrechtseingriff ist, den eine Norm vorsieht (vgl. BVerfGE 59, 104 <114>; 75, 329 <342>; 86, 288 <311>; 110, 33 <55>; 117, 71 <111>). Für die näheren Anforderungen kann, nicht zuletzt in der Frage, inwieweit Maßgaben, die sich aus dem Grundgesetz ableiten lassen, ausdrücklicher und konkretisierender Festlegung im einfachen Gesetz bedürfen, auch der jeweilige Kreis der Normanwender und Normbetroffenen von Bedeutung sein (vgl. BVerfGE 110, 33 <64>; 123, 39 <81>).

Eine ebenso prägnante Hervorhebung der Bedeutung der gesetzlichen Regelung und ihrer Klarheit findet sich bei den Fällen der Einwilligung von rechtlichen Betreuern in den Entscheidungen des Bundesgerichtshofes vom 20.06.2012. Zum einen gibt der Senat in BGHZ 193, 37 die eben zitierten tragenden Erwägungen des Verfassungsgerichts wieder¹⁵. Er führt sodann weiter an:

(2) Der vom Bundesverfassungsgericht eingeforderten Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit hat der Senat in seiner bisherigen Rechtsprechung

zwar entsprochen (so zutreffend Olzen/Metzmacher BtPrax 2011, 233, 237). Danach waren nicht nur die Unterbringung und ihre Dauer, sondern auch der mit der Zwangsbehandlung verbundene Eingriff und dessen Folgen in die gebotene Güterabwägung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einzubeziehen (BGHZ 166, 141, 146 = FamRZ 2006, 615, 616). Auch wenn sich Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in § 1906 BGB selbst finden, weil die Unterbringung nur zulässig ist, „solange sie zum Wohl des Betroffenen erforderlich ist“, kann das allerdings im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht darüber hinweghelfen, dass das Gesetz selbst keine Ausführungen zur Zwangsbehandlung, namentlich zur Auswahl der konkret anzuwendenden Maßnahmen nach Art und Dauer - einschließlich der Auswahl und Dosierung einzusetzender Medikamente und begleitender Kontrollen - enthält. Ebenso fehlen Regelungen dazu, dass die Zwangsbehandlung nicht mit Belastungen verbunden sein darf, die außer Verhältnis zu dem erwartbaren Nutzen stehen und dass die Zwangsbehandlung nur das letzte Mittel darstellen darf, also eine weniger eingreifende Behandlung aussichtslos sein muss (vgl. BVerfG FamRZ 2011, 1128 Rn. 58). Soweit der Senat hierzu bereits Leitsätze aufgestellt hat, handelt es sich um Richterrecht. Nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts kann das indes nicht genügen. Danach sind die Anforderungen an den Grad der Klarheit und Bestimmtheit umso strenger, je intensiver der Grundrechtseingriff ist, den eine Norm vorsieht. Für die näheren Anforderungen ist auch der jeweilige Kreis der Normanwender und Normbetroffenen von Bedeutung (vgl. BVerfG FamRZ 2011, 1128 Rn. 73 - s. auch LG Stuttgart Beschluss vom 16. Februar 2012 - 2 T 35/12 - juris Rn. 13).

Die Rechtsprechung hebt also die Bedeutung der gesetzlichen Regelung für die Zulässigkeit der Zwangsbehandlung hervor.

II. DIE ALTE GESETZESLAGE UND DIE AUSLEGUNG DURCH DIE GERICHTE IM WANDEL

§ 2 Gesetzesrecht: § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F.

Die alte Fassung des § 1906 BGB enthielt ebenso wenig wie das übrige Betreuungsrecht eine ausdrückliche Gesetzesregelung zur Einwilligung des Betreuers in ärztliche Zwangsmaßnahmen und ihre Durchsetzung. Der Wortlaut von § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. sprach nur von der Unterbringung selbst.

„§ 1906 BGB

Genehmigung des Betreuungsgerichts bei der Unterbringung

(1) Eine Unterbringung des Betreuten durch den Betreuer, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, ist nur

¹⁵ BGH (Fn 5) Rn 19 ff, 34.

zulässig, solange sie zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, weil

1. auf Grund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung des Betreuten die Gefahr besteht, dass er sich selbst tötet oder erheblichen gesundheitlichen Schaden zufügt, oder

2. eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff notwendig ist, ohne die Unterbringung des Betreuten nicht durchgeführt werden kann und der Betreute auf Grund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der Unterbringung nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann.

(2) Die Unterbringung ist nur mit Genehmigung des Betreuungsgerichts zulässig. Ohne die Genehmigung ist die Unterbringung nur zulässig, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist; die Genehmigung ist unverzüglich nachzuholen.

(3) Der Betreuer hat die Unterbringung zu beenden, wenn ihre Voraussetzungen wegfallen. Er hat die Beendigung der Unterbringung dem Betreuungsgericht anzuzeigen.

(4) Die Absätze 1 bis 3 gelten entsprechend, wenn dem Betreuten, der sich in einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält, ohne untergebracht zu sein, durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig die Freiheit entzogen werden soll.

(5) Die Unterbringung durch einen Bevollmächtigten und die Einwilligung eines Bevollmächtigten in Maßnahmen nach Absatz 4 setzt voraus, dass die Vollmacht schriftlich erteilt ist und die in den Absätzen 1 und 4 genannten Maßnahmen ausdrücklich umfasst. Im Übrigen gelten die Absätze 1 bis 4 entsprechend.“

Zwar hatte wohl der Gesetzgeber des Betreuungsgesetzes vom 12.09.1990 bei der Reform beabsichtigt, diese Befugnis und Rechtsmacht dem Betreuer zu gewähren. Aber eine ausdrückliche Niederlegung im Text des BGB fand sich nicht.

§ 3 Richterrecht I (Bundesgerichtshof): § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. deckt Einwilligung durch Betreuer in und Durchsetzung von Zwangsmaßnahmen

Auch wenn eine ausdrückliche gesetzliche Regelung fehlte: Dass dem Betreuer das Recht zur Einwilligung in Zwangsmaßnahmen und deren Durchsetzung eingeräumt war, wurde dennoch überwiegend für richtig gehalten. Dafür sprach sich auch der Bundesgerichtshof aus. In einem obiter dictum wird dies bereits in der Entscheidung BGHZ 145, 297¹⁶ vertreten. Diese Rechtsansicht wiederum wird im Beschluss BGHZ 166, 14¹⁷ bestätigt und ihrerseits zur Rechtfertigung und Begründung herangezogen. Eine deutliche Formulierung findet sich insbesondere in folgendem Auszug aus der Entscheidung des XII. Zivilsenates vom 23.01.2008¹⁸:

¹⁶ BGH, Beschluss vom 11.10.2000; XII ZB 69/00.

¹⁷ BGH, Beschluss vom 01.02.2006; XII ZB 236/05.

¹⁸ BGH, Beschluss vom 23.1.2008; XII ZB 185/07, FamRZ 2008, 866 (- juris -) Rn. 21 f.

„Wie der Senat dargelegt hat (Senatsbeschlüsse BGHZ 145, 297, 300 ff. = FamRZ 2001, 149 ff. und BGHZ 166, 141, 148 ff. = FamRZ 2006, 615, 616 ff.), darf der Betreuer als gesetzlicher Vertreter des Betroffenen (§ 1902 BGB) zwar für diesen in medizinische Behandlungen einwilligen, wenn der Betroffene selbst zu einer solchen Einwilligung nicht in der Lage, insbesondere nicht einsichts- oder steuerungsfähig ist. Davon zu unterscheiden ist jedoch die Frage, ob der Betreuer auch befugt ist, den einer solchen medizinischen Maßnahme entgegenstehenden Willen des Betroffenen durch Zwang zu überwinden. Allein aus den Vertretungsvorschriften der §§ 1901, 1902 BGB kann der Betreuer eine solche Zwangsbefugnis nicht herleiten, weil diese Vorschriften für sich genommen keine hinreichende Bestimmung von Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmaß der vom Betreuten unter Zwang zu duldenen Behandlung ermöglichen. Dies wäre jedoch notwendig, da der Betreuer gegenüber dem Betroffenen ein öffentliches Amt wahrnimmt und Zwangsmaßnahmen des Betreuers, mit denen der Widerstand des Betroffenen gegen Eingriffe in seine körperliche Unversehrtheit und Freiheit überwunden werden soll, einer Rechtsgrundlage durch ein formelles Gesetz bedürfen (Art. 2 Abs. 2, Art. 104 Abs. 2 GG).

Eine solche Rechtsgrundlage bietet allerdings § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB, der eine mit Freiheitsentziehung verbundene Unterbringung des Betroffenen – mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts – zulässt, solange sie zum Wohl des Betroffenen erforderlich ist, weil eine Untersuchung des Gesundheitszustandes, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff notwendig ist, diese Maßnahme ohne die freiheitsentziehende Unterbringung nicht durchgeführt werden kann und der Betroffene aufgrund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der Unterbringung - d.h. recht verstanden: der Untersuchung, der Heilbehandlung oder des ärztlichen Eingriffs – nicht zu erkennen oder nach dieser Erkenntnis zu handeln vermag. Da eine medizinische Maßnahme nur dann als im Sinne des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB notwendig angesehen werden kann, wenn sie rechtlich zulässig ist, kann der Betroffene auf dieser Rechtsgrundlage nur dann freiheitsentziehend untergebracht werden, wenn er während der Unterbringung auch behandelt werden darf. Sähe man die zwangsweise Überwindung eines der Behandlung entgegenstehenden Willens des Betroffenen auch im Rahmen einer freiheitsentziehenden Unterbringungsmaßnahme als unzulässig an, würde der Anwendungsbereich des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB von vornherein auf die – seltenen – Fälle beschränkt, in denen der Betroffene zwar die Notwendigkeit der medizinischen Maßnahme bejaht oder jedenfalls trotz fehlender Behandlungseinsicht keinen dieser Maßnahme entgegenstehenden natürlichen Willen manifestiert, in denen er aber nicht die Notwendigkeit der Unterbringung einsieht. § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB kann deshalb sinnvoll nur dahin ausgelegt werden, dass der Betroffene die notwendigen medizini-

schen Maßnahmen, in die der Betreuer zu seinem Wohl eingewilligt hat und deretwegen der Betroffene – mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts – vom Betreuer freiheitsentziehend untergebracht werden darf, unabhängig von seinem möglicherweise entgegenstehenden natürlichen Willen während der Unterbringung zu dulden hat (Senatsbeschluss BGHZ 166, 141, 151 ff. = FamRZ 2006, 615, 617 f.).“

Obwohl nicht völlig unumstritten wurde die Rechtsprechung auch in der Literatur überwiegend für richtig gehalten¹⁹. Die Praxis der Betreuungsgerichte folgte dem Bundesgerichtshof.

§ 4 Richterrecht II (Bundesverfassungsgericht): Entscheidungen zur Zwangsbehandlung in Maßregelvollzug und öffentlich-rechtlicher Unterbringung (PsychKG, UnterbringungsG) und ihre Aufnahme in der betreuungsrechtlichen Praxis

Bei der Zwangsbehandlung folgte der Rechtsstab der vom Bundesgerichtshof akzeptierten und markierten Linie, bis das Bundesverfassungsgericht in einer ähnlich gelagerten Fallgruppe die bestehenden gesetzlichen Regelungen für Zwangsbehandlungen für verfassungswidrig und nichtig erklärte. Der ähnlich gelagerte Fall war der von Zwangsbehandlungen im Rahmen des Maßregelvollzugs, die verworfenen Gesetze waren landesrechtliche Maßregelgesetze und Unterbringungsgesetze.

1) *Die Entscheidungen: Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 23.3.2011 – BVerfGE 128, 282 (2 BvR 882 / 09) u.a.*

a) Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug

Den Stein ins Rollen brachte der Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 23.3.2011, der sich mit der Vorschrift von § 6 Abs. 1 S. 2 des rheinland-pfälzischen Landesgesetzes über den Vollzug freiheitsentziehender Maßregeln befasste. Dieser sah ebenfalls die Möglichkeit von medizinischen Zwangsbehandlungen vor. Das Bundesverfassungsgericht erklärte die Vorschrift für nichtig.

Sowohl in der Entscheidungsbegründung als auch in den Leitsätzen und den sogenannten Orientierungssätzen von BVerfGE 128, 282 führt das Gericht eine Reihe von Voraussetzungen und Anforderungen an, die für die Zulässigkeit einer medizinischen Zwangsbehandlung vorliegen müssten. Dabei stellt es materielle und verfahrensmäßige Aspekte gleichermaßen in den Vordergrund.

¹⁹ Vgl. nur Münchener-Kommentar-Schwab, 6. Auflage 2012, § 1906 Rn 24 Text zu Fn 89; anders aber für die Verneinung der Berechtigung zum Zwang auch bei ambulanten Maßnahmen, aaO, Rn 24 [mit Aktualisierung vom 17.12.2012]; Erman-Roth, 13. Auflage, 2011, § 1906 Rn 23; PWW-Bauer, 8. Auflage 2013, § 1906 Rn 5; Tietze BtPrax 2006, 131, 134 und 135.

Insbesondere dürfe die Zwangsbehandlung nur eingesetzt werden, wenn sie im Hinblick auf das Behandlungsziel Erfolg verspreche. Zwangsmaßnahmen dürften nur als letztes Mittel eingesetzt werden. Der Zwangsbehandlung müsse der ernsthafte, mit dem nötigen Zeitaufwand und ohne Ausübung unzulässigen Druckes unternommene Versuch vorausgegangen sein, seine auf Vertrauen gegründete Zustimmung zu erreichen. Die Behandlung dürfe für den Betroffenen nicht mit Belastungen verbunden sein, die außer Verhältnis zu dem erwartbaren Nutzen stünden.

Zum Verfahrensrechtlichen wird angeführt, eine Ankündigung sei erforderlich, die dem Betroffenen die Möglichkeit eröffne, rechtzeitig Rechtsschutz zu suchen. Die Anordnung und Überwachung der medikamentösen Zwangsbehandlung durch einen Arzt sei erforderlich. Als Vorwirkung der grundrechtlichen Garantie gerichtlichen Rechtsschutzes ergebe sich die Notwendigkeit, Behandlungsmaßnahmen einschließlich ihres Zwangscharakters, der Durchsetzungsweise, der maßgeblichen Gründe und der Wirkungsüberwachung zu dokumentieren.

Eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit, die Rechte des Betroffenen immer durch die Bestellung eines Betreuers zu schützen, sieht das Gericht nicht.

Jedenfalls die vorerwähnte Entscheidung stellt sicher „echtes“ Richterrecht dar. Denn sie ist nach § 31 BVerfGG mit Gesetzeswirkung versehen.

b) Zwangsbehandlung im öffentlich-rechtlichen Unterbringungsrecht

In einer Reihe von weiteren Verfahren werden mit ähnlicher Begründung auch weitere Gesetze, die Zwangsmaßnahmen gestatten, für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt²⁰. Dies gilt für die öffentlich-rechtlichen Landesgesetze zum Unterbringungsrecht.

c) Wie verhalten sich die Entscheidungen BVerfGE 128, 282 und die Folgeentscheidungen zu § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB [a.F.] und seiner Auslegung durch den Bundesgerichtshof („Richterrecht I“)?

Erwähnenswert erscheint, dass im Rahmen des Verfahrens BVerfGE 128, 282 der Präsident des Bundesgerichtshofs eine Stellungnahme des XII. Zivilsenates zur Zwangsbehandlung nach Betreuungsrecht übersandt hat. Diese wurde vom Verfassungsgericht wiedergegeben und gewürdigt²¹. In der Würdigung findet sich kein Hinweis auf verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Anwendung des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB [a.F.] bei Zwangsmaßnahmen.

Auch in der Folgeentscheidung vom 20.02.2013 (2 BvR 228/12) zum sächsischen PsychKG wurde die Vereinbarkeit von § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. mit den grundgesetzlichen

²⁰ Vgl. etwa BVerfG, 12.10.2011 (2 BvR 633/11) sowie BVerfG, Beschluss vom 20.02.2013 (2 BvR 228/12) zum sächsischen Gesetz über die Hilfen und die Unterbringung bei psychischen Krankheiten (SächsPsychKG).

²¹ BVerfG (Fn 6) Rn. 30 und Rn. 64.

Vorgaben durch das Bundesverfassungsgericht jedenfalls nicht ausdrücklich verneint²². Nach dem Referat der geänderten Rechtsprechung des BGH weist das Bundesverfassungsgericht darauf hin, dass auch nach alter Lesart des Gesetzes eine medizinische Zwangsbehandlung ausschließlich im Rahmen einer nach § 1906 BGB angeordneten Unterbringung für möglich gehalten wurde. Für Zwangsbehandlungen außerhalb einer betreuungsrechtlichen Unterbringung habe auch die alte Auslegung keine Rechtsgrundlage in § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB gesehen. Die Rechtsprechungsänderung verdeutliche insofern nur, dass die Vorschriften des Betreuungsrechts als Grundlage für Zwangsbehandlungen zur Erreichung des Vollzugsziels im Maßregelvollzug von Verfassungen wegen erst recht nicht in Betracht kämen²³.

Das Gericht hat nicht einmal angedeutet, dass die alte Rechtsprechung des BGH wirklich von Verfassungen wegen problematisch gewesen sei. In den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen finden sich keine ausdrücklichen Ausführungen für oder gegen die Verfassungswidrigkeit der betreuungsrechtlichen Zwangsbehandlung nach altem Recht.

2) Die Aufnahme der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts in der betreuungsgerichtlichen Rechtsprechung

Die Argumentationslinien des Bundesverfassungsgerichts zum Maßregelvollzug wurde auch von den Betreuungsgerichten zur Kenntnis genommen. Allerdings gab es keine einheitliche Reaktion²⁴. Der eine Teil der Rechtsprechung war auch weiterhin der Auffassung, dass im Betreuungsrecht eine medizinische Zwangsmaßnahme von § 1906 BGB a.F. gedeckt sei. Beispielhaft ist hierfür die Entscheidung des Landgerichts Freiburg vom 16. Mai 2012 zu nennen²⁵. Einige Instanzgerichte wendeten sich demgegenüber von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Zulässigkeit der Zwangsmaßnahmen ab und übertrugen die Analyse der Maßregelgesetze auf das Betreuungsrecht. Beispielhaft ist hierfür die Entscheidung des Landgerichts Stuttgart vom 16.2.2012²⁶, die später vom Bundesgerichtshof bestätigt werden wird.

§ 5 Richterrecht III (Bundesgerichtshof): § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. deckt Einwilligung durch Betreuer in und für Zwangsmaßnahmen doch nicht

1) Bundesgerichtshof (Beschluss vom 14.12.2011; XII ZB 171 /11): Keine Übertragung der verfassungsgerichtlichen Argumentation auf den Fall der Betreuung

Wie wenig eindeutig die Übertragbarkeit der verfassungsgerichtlichen Argumentation auf den Fall des Betreuungsrechts

ist²⁷, zeigt die Widersprüchlichkeit der Behandlung der Frage durch den für das Familienrecht zuständigen XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs.

In einer ersten Entscheidung, die zeitlich nach der verfassungsgerichtlichen Entscheidung BVerfGE 128, 282 liegt, hält der Senat im Beschluss vom 14.12.2011 noch an seiner alten Rechtsprechung fest. Eine ausführliche Erörterung der möglichen Übertragbarkeit der Argumente findet nicht statt. Dies ist auch insoweit bemerkenswert, als – wie erwähnt – dem Verfassungsgericht zum Fall BVerfGE 128, 282 vom Bundesgerichtshof eine Stellungnahme eben des XII. Zivilsenates zur Frage der medizinischen Zwangsbehandlung vorgelegen hatte. Man hatte also Kenntnis von der Problematik und den möglichen verfassungsrechtlichen Implikationen.

2) Bundesgerichtshof (Beschlüsse vom 20.06.2012; XII ZB 99/12 und XII ZB 130/121): Doch Übertragung der verfassungsgerichtlichen Argumentation auf den Fall der Betreuung

Die ständige Rechtsprechung des BGH wurde dann aber in der Tat noch im Jahr 2012 vom XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs aufgegeben. Erst in den Beschlüssen vom 20.6.2012 allerdings erfolgt die Abkehr von der alten Rechtsprechung.

Erwähnenswert ist, dass in beiden Beschlüssen eine Auseinandersetzung mit der eben erwähnten Entscheidung vom 14.12.2011 *nicht* stattfindet.

Auch der Bundesgerichtshof schließt sich aber nun der Argumentation an, die Entscheidungsgründe des Bundesverfassungsgerichts seien auch auf den Sachverhalt der Einwilligung durch Betreuer auszudehnen.

Die Kernbegründung dieser Abkehr findet sich in BGHZ 193, 337 in den Rn. 24-26 (*Hervorhebungen* hier):

„c) Nach überwiegender Auffassung in der - nach Erlass der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23. März 2011 (FamRZ 2011, 1128) veröffentlichten - Rechtsprechung und Literatur fehlt es an einer den vorgenannten verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechenden Ermächtigungsgrundlage für eine betreuungsrechtliche Genehmigung der Zwangsbehandlung [...].

d) Der Senat teilt im Ergebnis diese Auffassung und gibt damit seine Rechtsprechung auf, wonach Zwangsbehandlungen im Rahmen des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB grundsätzlich genehmigungsfähig sind [...].

Nach Auffassung des Senats sind die *Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts* zur Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug im Wesentlichen auf die Zwangsbehandlung im Rahmen einer betreuungsrechtlichen

22 BVerfG, Beschluss vom 20.2.2013; 2 BvR 228/12 (juris), insb. Rn 63 und 47, zu § 1906 BGB. Siehe aber auch die Stellungnahmen des BGH und BMJ, welche in Rn 38 und 44 wiedergegeben sind.

23 BVerfG (Fn 6) Rn 63.

24 Vgl. Grotkopp, BtPrax 2013, 83, 83 mN.

25 LG Freiburg, 4 T 93 / 12 (juris).

26 LG Stuttgart, Beschluss vom 16.2.2012; 2 T 35/12, FamRZ 2012, 1086.

27 Zur Divergenz in den Entscheidungen der Untergerichte vgl. außer den soeben im Text erwähnten die Nachweise bei Grotkopp, BtPrax 2013, 83 Fn 11, 12, 13.

Unterbringung zu übertragen. Die materiellen Vorschriften des Betreuungsrechts und die Verfahrensvorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586 – FamFG) werden den *Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht für die Zulässigkeit einer Zwangsbehandlung aufgestellt hat*, nicht gerecht.²⁸

3) *Pressemitteilung des Bundesgerichtshofs Nr. 115/2012 vom 17. Juli 2012*

Der Bundesgerichtshof hat seine Abkehr von der ständigen Rechtsprechung durch Pressemitteilung mit der Überschrift „keine hinreichende gesetzliche Grundlage für eine betreuungsrechtliche Zwangsbehandlung“ der Öffentlichkeit zugänglich gemacht²⁹. Es wird mitgeteilt, dass in zwei Verfahren entschieden worden sei, dass es gegenwärtig an einer den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden gesetzlichen Grundlage fehle. Zunächst wird auf die verfassungsgerichtlichen Beschlüsse aus dem Jahr 2011 hingewiesen und erklärt, diese Vorgaben seien im Wesentlichen auf die Zwangsbehandlung im Rahmen einer betreuungsgerichtlichen Unterbringung zu übertragen. Sodann wird ausgeführt (*Hervorhebung hier*):

„Eine entsprechende gesetzliche Grundlage für die gebotene staatliche Kontrolle des Betreuerhandelns fehlt hingegen hinsichtlich einer Zwangsbehandlung des Betroffenen. Jene muss nach Auffassung des Bundesgerichtshofs inhaltlich den *gleichen Anforderungen* genügen, *die das Bundesverfassungsgericht im Rahmen des strafrechtlichen Maßregelvollzugs aufgestellt hat*.“

III. BEGRÜNDUNGSANSÄTZE IM GESETZGEBUNGSVERFAHREN UND DIE MEHREREN RECHTSLAGEN

§ 6 Gesetzgebungsziel: „Rückkehr zur alten Rechtslage“ und die mehreren Rechtslagen

1) *Begründung in der Legislative*

Eingangs schon sind die Ausführungen aus den Gesetzgebungsmaterialien wiedergegeben worden, die die Beachtung der verfassungsgerichtlichen Anforderungen und die Annäherung an die Rechtslage bis zu den jüngsten Beschlüssen des BGH hervorhoben³⁰. Diese Ausführungen sind dem Initiator des Gesetzes so wichtig, dass er sie nicht nur im Kurztext zur Problemlösung aufnimmt. Er wiederholt sie auf der Folgeseite in den Bundestagsdrucksachen noch dreimal (leicht gekürzt, im übrigen) *wörtlich*:

„Der Entwurf bildet damit unter Achtung der verfassungsgerichtlichen Anforderungen die bis zu den jüngsten Beschlüssen des Bundesgerichtshofs bestehende Rechtslage möglichst nah ab.“³¹

Auch in der ausführlicheren Begründung wird dieser Text *drei weitere Mal* wörtlich wiedergegeben³².

Interessant ist auch die folgende Passage aus der Begründung, die ganz ähnlich klingt:

„Mit den vorgeschlagenen Rechtsänderungen soll eine *den Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung* entsprechende Regelung geschaffen werden, mit der die *bis zu den jüngsten Beschlüssen des Bundesgerichtshofs* bestehende Rechtslage möglichst nah abgebildet wird.

[...]

Mit den vorgeschlagenen Rechtsänderungen dürfte daher ein Erfüllungsaufwand im Vergleich zur *Rechtslage bis zu den jüngsten Beschlüssen des Bundesgerichtshofs* nicht entstehen.“³³

In der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzentwurf, wird hervorgehoben, der Entwurf ziele darauf ab, unter Achtung der verfassungsgerichtlichen Anforderungen die *Fortführung* der bis zu den jüngsten Beschlüssen des Bundesgerichtshofs geübten Praxis zu ermöglichen³⁴. Diese Rückkehr zur selben sozusagen faktischen Rechtslage nach Änderung der Rechtsprechung und damit des Richterrechts ohne Änderung des Wortlauts des Gesetzes durch eine jetzt vorgenommene Änderung des Gesetzeswortlauts erscheint hier als besonders wichtig und erwähnenswert.

Soweit die *Legislative*.

2) *Echo der Exekutive zur Begründung*

Eine ähnliche Auffassung, wie sie der Stellungnahme der Legislative aus den Drucksachen des Parlaments zugrunde liegt, findet sich auch in einer Publikation der *Exekutive*.

28 BGH (Fn 5) Rn 24 ff; die vom Senat gegebenen Nachweise sind nicht wiedergegeben.

29 Pressemitteilung des Bundesgerichtshofs Nr. 115/2012 vom 17. Juli 2012.

30 Vgl. oben I. § 1 Ziffer 1 und Bundestagsdrucksache 17/11513 vom 19.11.2012, S. 1.

31 Bundestagsdrucksache 17/11513 vom 19.11.2012, S. 1 unter B, S. 2 unter D Ziffer 3.

32 Bundestagsdrucksache 17/11513 vom 19.11.2012, S. 6, linke Spalte, unter IV; ähnlich auch Seite 5, rechte Spalte.

33 Bundestagsdrucksache 17/11513 vom 19.11.2012, S. 5 unter A I, rechte Spalte (*Hervorhebung hier*).

34 Bundestagsdrucksache 17/12086 vom 16.01.2013, S. 1 unter A.

Nach Verabschiedung des Gesetzes findet sich in einer Pressemitteilung des Bundesjustizministeriums³⁵ folgender Satz:

„Die Neuregelungen bilden die bis zu den jüngsten Beschlüssen des Bundesgerichtshofs bestehende Rechtslage möglichst nah ab.“³⁶

3) Stellungnahmen in der Literatur

Auch im Schrifttum finden sich ähnliche Ausführungen. So konstatiert etwa *Grotkopp* bei Erörterung der Neuregelung, es verbliebe auch nach Inkrafttreten des neuen Gesetzes, in manchen Konstellationen bei der unbefriedigenden Rechtslage, die „seit dem Sommer 2012“ bestehe.³⁷ *Dodegge* spricht auch von der „durch die geänderte Rechtsprechung des BGH entstandene Lücke in den Befugnissen eines Betreuers“³⁸. Viele Autoren erwähnen die „Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts“³⁹. Nach *Leeb* und *Weber* „durfte“ als faktische Folge der BGH-Entscheidungen kein Betreuer mehr eine Zwangsbehandlung veranlassen⁴⁰. Auch in der Literatur geht man also von der Änderung der Rechtslage durch Änderung der Rechtsprechung aus.

4) Die mehreren verschiedenen Rechtslagen, oder: Änderung der Rechtslage ohne Änderung der Gesetzeslage (?)

Die vorzitierten Texte – vor allem die in 1 und 2 angeführten der Legislative und der Exekutive – gehen davon aus, dass sich die *Rechtslage ohne Veränderung im Wortlaut der Gesetzestexte* infolge der Rechtsprechungsänderung *geändert* hatte. Ihre gemeinsame Grundannahme ist, dass es *mehrere verschiedene Rechtslagen* gab, ehe das Gesetz vom 18.02.2013 in Kraft trat.

Zusammenfassend könnte man diese mehreren verschiedenen Rechtslagen darstellen wie folgt.

a) Erste Rechtslage: bis zum 25.06.2012

Die Stellungnahmen gehen davon aus, dass die Zwangsbehandlung mit Genehmigung des Betreuungsgerichts bis zu den Entscheidungen des XII. Zivilsenates des BGH vom 25.06.2012 *rechtlich zulässig und erlaubt* war.

35 Nebenbei sei bemerkt, dass diese Stellungnahme mit der durch das Bundesjustizministerium im Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, das mit Entscheidung vom 02.04.2013 endete, vertretenen Ansicht nicht vereinbar ist. Eine in den Jahren 2001 und 2002 trotz Vorliegens einer entgegenstehenden Patientenverfügung zwangsweise behandelte Betreute wandte sich wegen Verletzung von Art. 8 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte an den EGMR. Im Wege des Vergleichs erkannte die Bundesrepublik eine Verletzung unter Hinweis auf die beiden Entscheidungen des BGH vom 20.06.2012 an, nach der die aktuelle Gesetzeslage keine ausreichende Grundlage für die Zwangsbehandlung vorsehe, und verpflichtete sich zur Schadensersatzleistung von EUR 14.000,00. EGMR, Entscheidung vom 02.04.2013 – Nr. 3098/08, BtPrax 2013, 246, 247.

36 Pressemitteilung vom 10.02.2013: Zwangsbehandlung - Ausnahmeregelung für Notsituationen.

37 Grotkopp, SchIHA 2013, 129, 132 am Ende.

38 Dodegge, NJW 2013, 1265, 1270.

39 G. Müller, ZEV 2013, 304 und 305; Marschner, Recht & Psychiatrie 2013, 2.

40 Leeb/Weber, BtPrax 2013, 95.

Die Begründungen befassen sich nur mit dem zeitlichen *Endpunkt* der alten Rechtslage. Nicht thematisiert und daher unklar ist, seit wann das geltende Recht gewesen sein sollte. Man könnte darauf abstellen, dass dies seit Veröffentlichung des Betreuungsgesetzes (BtG) vom 12.9.1990 mit Wirkung zum 1.1.1992 der Fall gewesen sei⁴¹. Betont man den Aspekt der höchstrichterlichen Klärung der Rechtsfrage, wäre dagegen entweder auf den Beschluss des BGH vom 11. Oktober 2000 (BGHZ 145, 297) oder aber auf den Beschluss vom 01.02.2006 (BGHZ 166, 141) abzustellen. Wer sich zur Klärung der Rechtsfrage mit einem obiter dictum begnügt, würde für den Fall BGHZ 145, 297 plädieren. Wer davon ausgeht, dass eine Rechtsfrage höchstrichterlich nur wirklich geklärt ist, wenn die Antwort auf sie für den entschiedenen Fall *entscheidungsrelevant* war, würde sich für BGHZ 166, 141 aussprechen.

Auf die Bestimmung des Zeitpunkts der Beendigung der alten Rechtslage zum 25. Juni 2012 tatsächlich richtig ist, könnte man im übrigen mit guten Gründen verneinen. Alternativ könnte man auch auf den Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 23.03.2011 abstellen. Denn mit ihm geriet die bisherige Rechtsansicht ins Wanken.

b) Zweite Rechtslage: vom 25.06.2012 bis zum 26.02.2013

Ab der am 25.06.2012 vollzogenen Abkehr des Bundesgerichtshofs von der eigenen ständigen Rechtsprechung mit den Beschlüssen war die Zwangsbehandlung auch mit Genehmigung des Betreuungsgerichts *rechtlich unzulässig und nicht mehr erlaubt*. Die Genehmigung durfte nicht mehr erteilt werden. Wer auf die verfassungsgerichtliche Entscheidung abstellt, würde die zweite Rechtslage schon 2011 beginnen lassen.

c) Dritte Rechtslage: ab dem 26.02.2013

Und mit Inkrafttreten von § 1906 BGB n.F. am 26.02.2013 galt „wieder“: die Zwangsbehandlung mit Genehmigung des Betreuungsgerichts ist *rechtlich zulässig und erlaubt*.

IV. DIE NEUE GESETZESLAGE IM ÜBERBLICK

§ 7 Gesetzesrecht: Bundesgesetzblatt 2013 I, Seite 266 und § 1906 BGB n.F.

1) Gesetzgeberische Puzzle-Technik und rechtsstaatlich wünschenswerte Rechtsklarheit

a) Text des Gesetzes

Die Gesetzesänderungen sind im Bundesgesetzblatt veröffentlicht, wobei die Änderungen von § 1906 BGB in Art. 1 und

41 Auf die Frage, ob das alte Recht der Vormundschaft über Volljährige und der Gebrechlichkeitspflegschaft, das bis Ende 1991 galt, eine Zwangsbehandlung gestattete, soll hier nicht eingegangen werden.

die Änderungen im FamFG in Art. 2 enthalten sind. Art. 1 des Gesetzes vom 18. Februar 2013 lautet wie folgt:

„§ 1906 des Bürgerlichen Gesetzbuchs in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20. Dezember 2012 (BGBl. I S. 2749) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. Dem Wortlaut des Absatzes 1 Nummer 2 werden die Wörter „zur Abwendung eines drohenden erheblichen gesundheitlichen Schadens“ vorangestellt.

2. Dem Absatz 2 werden die folgenden Sätze angefügt: „Der Betreuer hat die Unterbringung zu beenden, wenn ihre Voraussetzungen wegfallen. Er hat die Beendigung der Unterbringung dem Betreuungsgericht anzuzeigen.“

3. Absatz 3 wird durch die folgenden Absätze 3 und 3a ersetzt:

„(3) Widerspricht eine ärztliche Maßnahme nach Absatz 1 Nummer 2 dem natürlichen Willen des Betreuten (ärztliche Zwangsmaßnahme), so kann der Betreuer in sie nur einwilligen, wenn

1. der Betreute auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann,

2. zuvor versucht wurde, den Betreuten von der Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme zu überzeugen,

3. die ärztliche Zwangsmaßnahme im Rahmen der Unterbringung nach Absatz 1 zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, um einen drohenden erheblichen gesundheitlichen Schaden abzuwenden,

4. der erhebliche gesundheitliche Schaden durch keine andere dem Betreuten zumutbare Maßnahme abgewendet werden kann und

5. der zu erwartende Nutzen der ärztlichen Zwangsmaßnahme die zu erwartenden Beeinträchtigungen deutlich überwiegt.

§ 1846 ist nur anwendbar, wenn der Betreuer an der Erfüllung seiner Pflichten verhindert ist.

(3a) Die Einwilligung in die ärztliche Zwangsmaßnahme bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts. Der Betreuer hat die Einwilligung in die ärztliche Zwangsmaßnahme zu widerrufen, wenn ihre Voraussetzungen wegfallen. Er hat den Widerruf dem Betreuungsgericht anzuzeigen.“

4. In Absatz 4 wird die Angabe „1 bis 3“ durch die Angabe „1 und 2“ ersetzt.

5. Absatz 5 wird wie folgt gefasst:

„(5) Die Unterbringung durch einen Bevollmächtigten und die Einwilligung eines Bevollmächtigten in Maßnahmen nach den Absätzen 3 und 4 setzen voraus, dass die Vollmacht schriftlich erteilt ist und die in den Absätzen 1, 3 und 4 genannten Maßnahmen ausdrücklich umfasst. Im Übrigen gelten die Absätze 1 bis 4 entsprechend.“

b) Rechtsklarheit?

Angesichts der Bedeutung des geschriebenen Parlamentsgesetzes für einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG), stellt sich sicher die Frage, ob der im Bundesgesetzblatt wiedergegebene Text rechtsstaatlichen Anforderungen genügt. Insbesondere wegen der verwendeten Gesetzgebungstechnik ist das zweifelhaft. Auch hier wird statt der Neufassung des geänderten Paragraphentextes des § 1906 BGB eine „Puzzle-Technik“ verwendet. Sie gibt nur die Änderungen und Einfügungen wieder, die an den bestehenden Gesetzestexten vorgenommen worden. Die Erstellung des zusammenhängend lesbaren *eigentlichen* Gesetzestextes des § 1906 BGB nimmt sie aber nicht selbst vor. Diese überlässt sie vielmehr dem Rechtssuchenden (oder Verlagen⁴²) selbst.

Nimmt man den Bestimmtheitsgrundsatz ernst, wird man verneinen können, dass die rechtsstaatlichen Vorgaben eingehalten sind. Der Betroffene (wie auch der Betreuer und Bevollmächtigte) soll die Rechtslage erkennen und sein Verhalten danach einrichten können. Es fragt sich, ob der Betroffene durch einen Blick in das Bundesgesetzblatt erkennen kann, ob die Neuregelung für seinen Fall gilt. Weiß der Betroffene, ob er die Zwangsmaßnahme dulden muss oder nicht? Und weiß der Betreuer, ob er in die Zwangsmaßnahme einwilligen darf? Beides ist eher zu verneinen. Denn Art. 1 Ziffer 3 des Gesetzes vom 18. Februar 2013 ersetzt zwar Abs. 3 von § 1906 BGB a.F. durch Abs. 3 neu und fügt Abs. 3a hinzu. Die Voraussetzungen der Zulässigkeit sind dort aufgeführt – allerdings mit Ausnahme der Definition der „ärztlichen Zwangsmaßnahme“. Diese ist gerade im Gesetzblatt nicht abgedruckt. Das *Entscheidende* fehlt also, es fehlt die Definition der Maßnahme, um die es letztlich geht.

Was muss der Betroffene tun, wenn er wissen will, ob er eine Maßnahme rechtlich dulden muss? Er muss eine alte Textfassung von § 1906 BGB zur Hand nehmen, dort in Abs. 1 Nr. 2 die Wörter „zur Abwendung eines drohenden erheblichen gesundheitlichen Schadens“ einfügen, Abs. 2 um den in Ziffer 2 des Gesetzes vom 18.02.2013 enthaltenen Text erweitern und sodann Abs. 3 n.F. und Abs. 3a anfügen. Hat er das Puzzle zusammengesetzt, kann er den Text zusammenhängend lesen. Und dann kann er den Sinngehalt der Vorschrift beurteilen – aber eben erst dann.

Rechtsklarheit sieht anders aus. Die Gesetzgebungstechnik erscheint als rechtstaatlich unzureichend. Dies gilt insbesondere, weil es eine einfache und offensichtlich sinnvolle Alternative gäbe: schlicht den Gesetztext, so wie er am Ende vollständig lauten soll, bekanntzumachen⁴³.

42 Vgl. hierzu die Glossen von D. Schwab, Schönfelder & Sartorius als Gesetzgeber, JZ 1980, 37 und J.A. Dieckmann, Jeder sein eigener Gesetzkleber?, FamRZ 1995, 855.

43 Jeder Notar weiß um den Sinngehalt der Satzungsbescheinigungen nach § 54 GmbHG und § 181 AktG für die Rechtssicherheit beim Umgang mit Kapitalgesellschaften. § 181 Abs. 1 Satz 2 AktG, der lautet: „Der Anmeldung ist der vollständige Wortlaut der Satzung beizufügen; er muß mit der Bescheinigung eines Notars versehen sein, daß die geänderten Bestimmungen der Satzung mit dem Beschluß über die Satzungsänderung und die unveränderten Bestimmungen mit dem zuletzt zum Handelsregister eingereichten vollständigen Wortlaut der Satzung übereinstimmen.“, wäre eine gute Anleitung für die Parlamentspraxis der Gesetzesänderungen.

2) Die Textfassung

Mit der Neuregelung vor allem des § 1906 BGB hat der Gesetzgeber seine Arbeit getan. Aus dem Bundesgesetzblatt ist der Text - wie dargestellt - nicht unmittelbar ersichtlich. Die zusammengesetzte Vorschrift lautet nunmehr:

§ 1906

Genehmigung des Betreuungsgerichts bei der Unterbringung

(1) Eine Unterbringung des Betreuten durch den Betreuer, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, ist nur zulässig, solange sie zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, weil

1. auf Grund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung des Betreuten die Gefahr besteht, dass er sich selbst tötet oder erheblichen gesundheitlichen Schaden zufügt, oder
2. zur Abwendung eines drohenden erheblichen gesundheitlichen Schadens eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder ein ärztlicher Eingriff notwendig ist, ohne die Unterbringung des Betreuten nicht durchgeführt werden kann und der Betreute auf Grund einer psychischen Krankheit oder geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der Unterbringung nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann.

(2) Die Unterbringung ist nur mit Genehmigung des Betreuungsgerichts zulässig. Ohne die Genehmigung ist die Unterbringung nur zulässig, wenn mit dem Aufschub Gefahr verbunden ist; die Genehmigung ist unverzüglich nachzuholen. Der Betreuer hat die Unterbringung zu beenden, wenn ihre Voraussetzungen wegfallen. Er hat die Beendigung der Unterbringung dem Betreuungsgericht anzuzeigen.

(3) Widerspricht eine ärztliche Maßnahme nach Absatz 1 Nummer 2 dem natürlichen Willen des Betreuten (ärztliche Zwangsmaßnahme), so kann der Betreuer in sie nur einwilligen, wenn

1. der Betreute auf Grund einer psychischen Krankheit oder einer geistigen oder seelischen Behinderung die Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln kann,
2. zuvor versucht wurde, den Betreuten von der Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme zu überzeugen,
3. die ärztliche Zwangsmaßnahme im Rahmen der Unterbringung nach Absatz 1 zum Wohl des Betreuten erforderlich ist, um einen drohenden erheblichen gesundheitlichen Schaden abzuwenden,
4. der erhebliche gesundheitliche Schaden durch keine andere dem Betreuten zumutbare Maßnahme abgewendet werden kann und
5. der zu erwartende Nutzen der ärztlichen Zwangsmaßnahme die zu erwartenden Beeinträchtigungen deutlich überwiegt. § 1846 ist nur anwendbar, wenn der Betreuer an der Erfüllung seiner Pflichten verhindert ist.

(3a) Die Einwilligung in die ärztliche Zwangsmaßnahme bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts. Der Betreuer hat die Einwilligung in die ärztliche Zwangs-

maßnahme zu widerrufen, wenn ihre Voraussetzungen wegfallen. Er hat den Widerruf dem Betreuungsgericht anzuzeigen.

(4) Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend, wenn dem Betreuten, der sich in einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält, ohne untergebracht zu sein, durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig die Freiheit entzogen werden soll.

(5) Die Unterbringung durch einen Bevollmächtigten und die Einwilligung eines Bevollmächtigten in Maßnahmen nach den Absätzen 3 und 4 setzen voraus, dass die Vollmacht schriftlich erteilt ist und die in den Absätzen 1, 3 und 4 genannten Maßnahmen ausdrücklich umfasst. Im Übrigen gelten die Absätze 1 bis 4 entsprechend.

3) Überblick über den Inhalt der neuen Regelung

Das Gesetz vom 18.02.2013 sieht sowohl materiellrechtliche wie auch verfahrensrechtliche Neuerungen vor⁴⁴. Die materiellrechtliche Seite der Neuregelungen sieht vor allem die Berechtigung des Betreuers zur Einwilligung in eine ärztliche Zwangsmaßnahme vor (§ 1906 Abs. 3 BGB). Eine solche Einwilligung ist nur zulässig, wenn die weiteren Voraussetzungen vorliegen, die in § 1906 Ziffern 1-5 BGB aufgeführt sind. Insbesondere muss der Betroffene aufgrund Krankheit oder Behinderung die Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme nicht erkennen oder nicht nach dieser Einsicht handeln können. Es muss ein vergeblicher Überzeugungsversuch stattgefunden haben. Die Maßnahme muss zur Abwendung eines drohenden erheblichen gesundheitlichen Schadens erforderlich sein. Der Schaden darf nicht durch eine andere zumutbare Maßnahme abwendbar sein. Und schließlich muss der zu erwartende Nutzen der Maßnahme die zu erwartenden Beeinträchtigungen deutlich überwiegen⁴⁵. Darüber hinaus wird die Genehmigung durch das Betreuungsgericht für nötig erklärt. Klargestellt ist durch die Neufassung der Regelungen ebenfalls, dass die ärztlichen Maßnahmen im Rahmen einer Unterbringung durchgeführt werden müssen. Nur bei stationärer Aufnahme sind die Maßnahmen möglich und zulässig. Insbesondere wird damit eine rein ambulante Zwangsbehandlung vom Gesetz nicht gedeckt⁴⁶. Vermutlich wird damit auch die Diskussion um die Zulässigkeit einer solchen als gesetzgeberisch entschieden (und zwar verneinend) angesehen werden.

Die verfahrensrechtlichen Regelungen sind im FamFG niedergelegt. Insbesondere ist erforderlich, dass ein Gutachten die Notwendigkeit der Maßnahme bestätigt. Dabei soll der Sachverständige nicht der „zwangsbehandelnde Arzt“ sein. Dies bedeutet, dass die Erforderlichkeit und Geeignetheit der Behandlung letztlich im Regelfall durch zwei Ärzte geprüft wird.

44 Vgl. nur Palandt-Götz, 73. Auflage 2014, § 1906 Rn 23 ff; J.A. Dieckmann, BWNotZ 2013, 34 ff.

45 Vgl. Palandt-Götz, 73. Auflage, 2014, § 1906 Rn 28.

46 Vgl. Palandt-Götz, 73. Auflage, 2014, § 1906 Rn 23.

Weiterhin ist eine vorläufige Unterbringungsmaßnahme durch einstweilige Anordnung möglich, § 331 FamFG. Auch in Bezug auf die Dauer einer einstweiligen Anordnung erfolgt eine Konkretisierung in § 332 Abs. 2 FamFG n.F. Sie darf zwei Wochen nicht überschreiten. Bei mehrfacher Verlängerung darf die Gesamtdauer sechs Wochen nicht überschreiten. Durch die Einfügung von S. 3 in § 312 FamFG ist nunmehr festgelegt, dass zwingend ein Verfahrenspfleger zu bestellen ist⁴⁷.

4) Enge Orientierung an dem vorherigen Richterrecht

Wenn in der rechtspolitischen Diskussion das Ziel der Rückkehr zur alten Rechtslage aufgeführt wurde, trifft das in gewisser Weise zu. Denn die neuen Gesetzesregelungen lehnen sich in der Tat an die Rechtsauslegung an, die zum alten Recht noch z.B. mit der Entscheidung BGHZ 166, 141 vertreten wurde. Die materiellrechtlichen und die verfahrensrechtlichen Vorschriften lassen aber auch erkennen, dass die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichtes zu Anforderungen an gesetzliche Regelungen im Bereich der Zwangsbehandlung eng beachtet wurden⁴⁸.

Besonders deutlich wird dies in der Fassung von § 1906 Abs. 3 Nr. 2 BGB. Dort ist als Voraussetzung aufgenommen, dass versucht worden sein müsse, den Betreuten von der Notwendigkeit der ärztlichen Maßnahme zu überzeugen. Dies nimmt die in Rn 58 und im Orientierungssatz 2 d zu Leitsatz 2 des Beschlusses BVerfGE 128, 282 enthaltenen Passagen auf, nach denen ein ernsthafter, mit dem nötigen Zeitaufwand und ohne Ausübung unzulässigen Drucks unternommener Versuch vorauszugehen habe, die auf Vertrauen gegründete Zustimmung des Betroffenen zu erreichen.

Gleiches gilt für die in § 1906 Abs. 3 Nr. 5 BGB aufgestellte Voraussetzung, nach der der zu erwartende Nutzen der ärztlichen Zwangsmaßnahme die zu erwartenden Beeinträchtigungen deutlich überwiegen müsse. Hier stehen unverkennbar die in Rn 61 sowie dem nämlichen Orientierungssatz des Beschlusses BVerfGE 128, 282 enthaltenen Ausführungen Pate. Danach ist Voraussetzung für die Rechtfertigungsfähigkeit einer Zwangsbehandlung, dass sie für den Betroffenen nicht mit Belastungen verbunden sein dürfe, die außer Verhältnis zu dem erwartbaren Nutzen stünden. Es sei ein deutliches Überwiegen des Nutzens gefordert.

Auch die verfahrensrechtlichen Vorschriften des FamFG sind in enger Anlehnung an die verfassungsgerichtlichen Entscheidungsgründe erlassen worden⁴⁹.

Der Gesetzgeber hat sich also eng an die verfassungsgerichtlichen Ausführungen angelehnt.

V. ZUM RECHTSREALISMUS IM BETREUUNGSRECHT

§ 8 Grundgedanken des Rechtsrealismus und ihre Bedeutung für den Fall der Zwangsbehandlung

1) Gedankengänge des American Legal Realism: prediction theory of law und decision theory of law.

Was hat das alles mit dem Rechtsrealismus amerikanischer Prägung zu tun? Die wechselnde Behandlung der Frage der Zulässigkeit der Zwangsbehandlung in der Rechtsprechung sowie die Argumentationslinien in der Gesetzgebungsbeurteilung erinnern an Kernsätze des US-amerikanischen Rechtsrealismus. Dieser Rechtserklärungsansatz hat insbesondere zwei Hauptrichtungen – die *prediction theory of law* und die *decision theory of law*⁵⁰.

a) Die sog. prediction theory of law (Prädiktionstheorie, Vorhersagelehre)

Die prediction theory of law (Prädiktionstheorie, Vorhersagelehre) sieht als Recht an *nicht die Regeln, nicht die im Gesetzblatt veröffentlichten Paragraphen und Artikel, sondern vielmehr die Vorhersage dessen, was Gerichte in einem Streitfall tatsächlich entscheiden werden*. Dieser Hauptstrang des amerikanischen Rechtsrealismus geht initial auf *Oliver Wendell Holmes iun.* zurück. In seinem Artikel *The Path of the Law* stellt er die Frage danach, was Recht sei. Dabei bemüht er die Perspektive des von ihm so genannten „bad man“, dem „schlechten Menschen“, dem es allein um die tatsächlichen Konsequenzen seines Verhaltens geht, wenn er wissen will, ob etwas erlaubt oder verboten ist. *Holmes* führt aus:

“Take the fundamental question, What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of his mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.”⁵¹

Nach *Holmes* ist aus Sicht des Rechtsunterworfenen bei Beurteilung der Frage, ob die Rechtsordnung sein beabsichtigtes Verhalten erlaubt oder nicht, von entscheidender Bedeutung, wie denn die Staatsmacht in Form der zur Entscheidung über das Verhalten berufenen Gerichte sein Verhalten

47 Vgl. Palandt-Götz, 73. Auflage, 2014, § 1906 Rn 43.

48 In den Bundestagsdrucksachen wird mehrmals auf die Judikatur des Verfassungsgerichts eingegangen: Bundestagsdrucksache 17/11513 vom 19.11.2012, S. 5 und S. 7.

49 Grotkopp, BtPrax 2013, 83, 91.

50 Die folgende Zusammenfassung zum legal realism beruht auf J.A. Dieckmann, BWNNotZ 2013, 2, 16 ff.

51 Holmes, *The Path of the Law* (1897) 10 Harvard LR 457, 461 = Holmes, *Collected Legal Papers*, 1920, 167, 172 f.

beurteilen und behandeln wird. Den „bad man“ interessiert die Frage, was tatsächlich von einem Gericht entschieden werden wird. Damit ist die *Vorhersage* eben dieses tatsächlichen Verhaltens das für ihn Entscheidende – und damit das Recht.

Die Prädiktionstheorie betrachtet als Recht die Vorhersage zukünftigen Verhaltens des Rechtstages im Konflikt- und Streitfall. Besondere Bedeutung hat dabei das Verhalten des Gerichtspersonals, der Richter und Gerichte.

Mit diesem Ansatz vom Recht als der Vorhersage gerichtlichen Verhaltens hat *Holmes* Epoche gemacht. Denn viele andere Autoren haben sich diese Argumentation und Perspektive zu eigen gemacht.

So finden sich etwa bei *Benjamin N. Cardozo* Sätze wie:

„What permits us to say that the principles are law is the force or persuasiveness of the prediction that they will or ought to be applied.“⁵²

„We shall unite in viewing as law that body of principle and dogma which with a reasonable measure of probability may be predicted as the basis for judgment in pending or in future controversies. When the prediction reaches a high degree of certainty or assurance, we speak of the law as settled, though, no matter how great the apparent settlement, the possibility of error in the prediction is always present.“⁵³

„A principle or rule of conduct so established as to justify a prediction with reasonable certainty that it will be enforced by the courts if its authority is challenged, is, then, for the purpose of our study, a principle or rule of law.“⁵⁴

Im rechtsrealistischen Schrifttum finden sich ungezählte Hinweise auf die Vorhersagefunktion des Rechts⁵⁵. In der Entscheidung des US-amerikanischen Obersten Gerichts (Supreme Court) *American Banana Co. v. United Fruit Co* findet sie sich gleichfalls wieder:

„Law is a statement of the circumstances, in which the public force will be brought to bear upon men through the courts. But the word commonly is confined to such

prophecies or threats when addressed to persons living within the power of the courts.“⁵⁶

b) Die sog. decision theory of law (Theorie der Gerichtsentcheidung als Recht)

Die decision theory of law sieht als Recht gleichfalls weniger die Regel selbst. Vielmehr erkennt sie als Recht das *tatsächliche Verhalten des Rechtsstabs* im Konflikt- und Streitfall. Insbesondere die beiden Vordenker des Rechtsrealismus *Karl Llewellyn* und *Jerome Frank* haben sie in Worte gefaßt. Im frühen Werk *The Bramble Bush* von *Llewellyn* liest sich das wie folgt:

„This doing of something about disputes, this doing of it reasonably, is the business of law. And the people who have the doing in charge, are officials of the law. *What these officials do about disputes is, to my mind, the law itself.*“⁵⁷

Bei *Jerome Frank* liest man in seinem Werk *Law and the Modern Mind*:

„Holmes’s description of law can be stated as a revision of Gray’s definition, thus: Law is made up not of rules for decision laid down by the courts but of the decisions themselves. All such decisions are law. The fact that courts render these decisions makes them law. There is no mysterious entity apart from these decisions. [...] The “law of a great nation” means the decisions of a handful of old gentlemen, and whatever they refuse to decide is not law.“⁵⁸

„The law, therefore, consists of *decisions*. [8] not of rules. If so, then *whenever a judge decides a case he is making law.*“⁵⁹

Ähnliche Betonung der Bedeutung von richterlichen Entscheidungen als Recht findet sich bereits früher bei dem (ebenfalls) US-amerikanischen Juristen *John Chipman Gray*, der zum Kreis der Vordenker diese Theorierichtung gezählt wird. In seinem grundlegenden Werk *The Nature and Sources of the Law* entwickelt *Gray* die Theorie, dass *Gesetze nicht eigentlich Recht* („law“) seien, sondern nur *Quellen des Rechtes* („sources of law“). *Recht* selber seien die Regeln aber erst durch die gerichtliche Entscheidung manifestierte konkrete Anwendung. *Gray* führt aus:

52 Benjamin N. Cardozo, *The Growth of the Law*, 1924, 43.

53 Benjamin N. Cardozo, *The Growth of the Law*, 1924, 44.

54 Benjamin N. Cardozo, *The Growth of the Law*, 1924, 52.

55 Bingham, (1912) 11 Michigan LR 1, 9 ff; Oliphant (1928) 14 American Bar Association Journal, 71, 76; Llewellyn, (1930-1931) 44 Harvard LR 1222, 1237; Llewellyn, (1940) 40 Columbia LR 581, 591; Llewellyn, in: *My Philosophy of Law. Credos of Sixteen American Scholars*, 1941, 181, 190; ausführlich (und kritisch) Llewellyn, *The Theory of Rules*, 2011, 51 ff; Benjamin N. Cardozo, *The Growth of the Law*, 1924, 37 f, 43 f, 52; Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, 1930/2009, 46 ff, 138, 297 f und öfter; John C.H. Wu, *The Juristic Philosophy of Justice Holmes*, (1923) 21 Michigan LR 523, 530; weitere Nachweise bei Green, (2005) 46 William and Mary LR 1915, 1920 Fn 18. Für ein interessantes Beispiel der Anwendung der Prognosefunktion von richterlichen Entscheidungen nach Wechsel von Richtern am US Supreme Court vgl. Glennon, *The Iconoclast as Reformer, Jerome Frank’s Impact on American Law*, 1985, S. 115 mit Endnote 72 (Text der Entscheidung auf Seite 228).

56 *American Banana Co. v. United Fruit Co*, 213 U.S. 347, 356 f (1909) per Holmes J.

57 Llewellyn, *The Bramble Bush: The Classic Lectures on the Law and Law School* [with a new introduction and Notes by Steve Sheppard, 2008] p. 5; ähnlich Llewellyn, (1930) 30 Columbia LR 431, 464. Dies stellt eine prototypisch rechtsrealistische Stellungnahme dar, auch wenn Llewellyn sich später von diesem Zitat etwas distanziert hat (vgl. die Einschränkung im Vorwort zur Ausgabe des *Bramble Bush* von 1951 (aaO, XXVIII ff); sowie Llewellyn, *The Common Law Tradition, Deciding Appeals*, 1960, Appendix B, Seite 508 ff, 511 und Llewellyn, (1940) 40 Columbia LR 581, 603 Fn. Siehe auch Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement*, 2. Auflage, 2012, S. 147 ff.

58 Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, 1930 (2009) 134.

59 Jerome Frank, *Law and the Modern Mind*, 1930 (2009) 138 mit Fn 8 „And predictions as to future decisions“.

“The Law of the State or of any organized body of men is composed of the rules which the courts, that is, the judicial organs of that body, lay down for the determination of legal rights and duties. The difference in this matter between contending schools of Jurisprudence arises largely from not distinguishing between the Law and the Sources of Law. On the one hand, to affirm the existence of *nicht positivisches Recht*, that is, of Law which the courts do not follow, is declared to be an absurdity; and on the other hand, it is declared to be an absurdity to say that the Law of a great nations means the opinions of half-a-dozen old gentlemen...”⁶⁰

Unter Bezug auf den Vortrag des Bischofs von Bangor vor dem englischen König George I., der die Rechtsgebungsfunktion des autoritativ über die Auslegung eines Gesetzestextes entscheidenden Richters interessante Ausführungen macht, führt Gray weiter an:

“Rules of conduct laid down and applied by the courts of a country are coterminous with the Law of that country, and as the first change, so does the latter along with them. Bishop Hoadly has said: “Whoever hath an *absolute authority* to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the *Law-giver* to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them”:[2] *a fortiori*, whoever hath an absolute authority not only to interpret the Law, but to say what the Law is, is truly the *Law-giver*.”⁶¹

“To determine, in actual life, what are the rights and duties of the State and of its citizens, the State needs and establishes judicial organs, the judges. To determine rights and duties, the judges settle what facts exist, and also lay down rules according to which they deduce legal consequences from facts. These rules are the *Law*.”⁶²

2) Anwendung der rechtsrealistischen Theorien auf unseren Fall

Wie verhalten sich die beiden Theorien des Rechtsrealismus zu unserem Fall? Beide Erklärungsansätze finden sich in der Diskussion wieder.

a) Die decision theory of law und das Betreuungsrecht

Zwanglos kämen Anhänger der *Theorie der Gerichtsentscheidung als Recht wie Llewellyn, Frank und Gray* zum Ergebnis, dass tatsächlich eine mehrfache Änderung der Rechtslage durch die Rechtsprechungsänderung verursacht wurde. Da das Recht das ist, was die Richter in ihren Entscheidungen

festlegen und tatsächlich tun, ist es dem Wandel unterworfen gewesen – auch ohne ausdrückliche Veröffentlichung in einem Gesetzblatt. Auch die Auffassung von der Änderung der Rechtslage bestätigt also die rechtsrealistische Grundannahme. In der Folge der Entscheidung BGHZ 193, 337 hat der Rechtstab (fast durchgehend) sein Verhalten in Bezug auf Zwangsbehandlungen geändert. Mit ganz wenigen Ausnahmen gab es keine gerichtliche Entscheidung mehr, die das alten Rechtsauffassung folgend Zwangsmaßnahmen gebilligt hätte. Ausnahmen wie die Entscheidung des AG Offenbach, FamZR 2013, 327 bestätigten die Regel. Wenn also (fast) der gesamte Rechtsstab sein Verhalten ändert, lässt es sich gut vertreten, von einer Rechtsänderung auszugehen.

Auch in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs scheint durchzuschimmern, dass das eigentlich rechtlich relevante die gerichtlichen Verlautbarungen des Bundesverfassungsgerichtes seien. Dies wird in der vorzitierten Passage⁶³ gleich zweimal deutlich. Zum einen, wenn der BGH zur Begründung darauf abstellt, die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichtes zur Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug seien auf die Zwangsbehandlung in Betreuungsrecht zu übertragen. Zum anderen wenn festgestellt wird die alten gesetzlichen Regelungen würden den Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht aufgestellt habe, nicht gerecht. Gleiches gilt für Begründungen in den Materialien, in denen das Erfordernis der „Achtung der verfassungsgerichtlichen Anforderungen“⁶⁴ bzw. die „Anforderungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung“⁶⁵ hervorgehoben werden. Nicht der Verfassungstext selbst, sondern seine autoritative Auslegung durch das hierzu berufene Verfassungsgericht wird zur Argumentation und als eigentliche Rechtsquelle herangezogen.

Wer nun die richterrechtliche Konkretisierung des § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. insbesondere in den Entscheidungen BGHZ 145, 297, BGHZ 166, 141 und BGH FamRZ 2008, 866 als wirklich geltendes Recht ansah, für den *änderte sich die Rechtslage* mit der Aufgabe dieser Rechtsprechung durch BGHZ 193, 337. Und für den *entstand* eben die (Rechts-) Lücke *neu*, als der Bundesgerichtshof erkannte, Zwangsbehandlungen seien mangels gesetzlicher Grundlage nicht genehmigungsfähig und unzulässig. Man kann das mit den Worten Grays beschreiben, nach dem die Verhaltensregeln, die von den Gerichten eines Landes niedergelegt und angewendet werden, gleichbedeutend mit dem Recht dieses Landes sind. Und wenn sich diese Verhaltensregeln ändern, ändert sich zugleich das Recht.

Insofern stützt die decision theory of law die Annahme, mit dem Rechtsprechungswechsel sei die ältere Rechtslage aufgehoben und durch eine neue ersetzt, auch wenn es im Gesetzblatt keinerlei Änderung gab. Und die decision theory of law erklärt die Verhaltensänderung des Rechtsstabes.

60 John Chipman Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 2. Auflage, 1921, S. 84. Das Buch ist erstmalig 1909 erschienen, der Autor verstarb 1915.

61 Gray, aaO, S. 102. Im Original findet sich als Nachweis in Fußnote 2 Benjamin Hoadly, *Bishop of Bangor, Sermon preached before the King*, 1717, p. 12. Das nämliche Zitat von Hoadly findet sich auch auf Seiten 125 und 172.

62 Gray, aaO, S. 105.

63 BGH (Fn 5) Rn 24 ff.

64 BT-Drucks. 17/12086; S. 1; BT-Drucks. 17/11513, S. 1, 2.

65 BT-Drucks. 17/11513, S. 5.

b) Die prediction theory of law und das Betreuungsrecht

Auch die *Vorhersagelehre* fügt sich ein in die Erklärung des Phänomens. Ausdrücklich formulieren es die Gerichte, die der alten BGH-Rechtsprechung nicht mehr folgten, nicht. Aber bei all den Entscheidungen schimmert durch: Die Spruchkörper gingen davon aus, das Verfassungsgericht würde auch eine Unvereinbarkeit von § 1906 Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. mit Art. 2 GG erkennen. Den Erkenntnissen lag die *Vorhersage* zugrunde, das *Bundesverfassungsgericht* würde die *Argumentation* aus den Entscheidungen zum Maßregelvollzug auf das betreuungsrechtliche Pendant *übertragen*. Es wurde also prophezeit, dass das Höchstgericht tatsächlich eine bestimmte Rechtsauffassung vertreten werde. Diese Prophezeiung war Grundlage der tatsächlichen Entscheidung.

3) *Stellungnahme*

Vom Standpunkt aus, dass die *gesetzliche* Regelung das Entscheidende ist, wird man den rechtsrealistischen Ausführungen zur Änderung der Rechtslage durch Änderung der Rechtsprechung nicht folgen können. Am 25.06.2012 war im Bundesgesetzblatt weder eine Änderung von § 1906 BGB noch von den grundgesetzlichen Artikeln veröffentlicht. Die Rechtslage verstanden als *Gesetzeslage* hatte sich also nicht geändert.

Entweder das Recht sah schon zuvor die Zulässigkeit der medizinischen Zwangsbehandlung vor. Dann war die Entscheidung BGHZ 193, 337 schlicht rechtsfehlerhaft. Die Genehmigungen zur Zwangsbehandlung hätten auch weiter erteilt werden müssen.

Oder das Recht verneinte in der Tat bereits zuvor die Zulässigkeit. Dann waren schon die Entscheidungen BGHZ 145, 297, BGHZ 166, 141 und BGH FamRZ 2008, 866 sowie alle Entscheidungen der Unterg Gerichte, die ihnen folgten, insoweit rechtsfehlerhaft. Die Zwangsbehandlung war dann schon immer unzulässig⁶⁶.

Wenn man darauf abstellt, die Rechtslage habe sich *erst* mit den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom Juni 2012 geändert, darf man ein Folgeproblem nicht außer Acht lassen. Denn konsequenterweise müsste man festhalten, dass die vom Bundesgerichtshof bestätigte Ausgangsentscheidung des Landgerichts Stuttgart rechtsfehlerhaft war. Denn sie erging zu der *alten noch unveränderten Rechtslage*. Wenn die Zulässigkeit der Zwangsbehandlung erst mit der BGH-Entscheidung wegfiel, hätte die Genehmigung vom Landgericht Stuttgart noch erteilt werden müssen.

VI. ZUSAMMENFASSUNG

§ 9 Richterrecht und Gesetzesrecht im Betreuungsrecht und der Rechtsrealismus

Die Umstände der Neuregelung von § 1906 BGB im Bereich der sog. „ärztlichen Zwangsbehandlung“ stellen ein interes-

santes Beispiel für die Bedeutung von Richterrecht im deutschen Rechtssystem dar. Dabei werden – wenn auch wohl unbewußt – die zwei Grundrichtungen des US-amerikanischen Rechtsrealismus bestätigt: die prediction theory of law und die decision theory of law.

Ausgehend von einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung zur Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug ändert der Bundesgerichtshof seine Auslegung der Ermächtigungsgrundlage im Betreuungsrecht - § 1906 BGB a.F. Der Änderung liegt unausgesprochen die Prophezeiung zugrunde, das Verfassungsgericht werde auch im Betreuungsrecht vom Fehlen einer gesetzlichen Grundlage ausgehen und die Zwangsbehandlung für unzulässig erklären. Der neuen Auslegung folgt (fast) der gesamte Rechtsstab. Dadurch kommt es zu einer bedenklichen Notsituation. Schwer kranke einsichts unfähige Menschen können gegen ihren Willen – zu ihrem Schaden – nicht mehr behandelt werden. Kernpunkt der Neuauslegung ist der Gesetzesvorbehalt. Nur hinreichend bestimmte Paragrafen können nach der Entscheidung des Grundgesetzes die Eingriffsgrundlage bilden, § 1906 BGB a.F. genügt dem nach gewandelter Auslegung der Gerichte nicht.

Bei der Diskussion um die gesetzliche Neuregelung wird davon ausgegangen, dass sich durch die Rechtsprechungsänderung das Recht geändert habe. Diese nur durch die decision theory of law hinreichend erklärbare Ansicht findet sich in Stellungnahmen und Begründungen aller drei Staatsgewalten wieder: Legislative, Exekutive und Judikative. Und auch in der juristischen Literatur kann man sie finden.

Der Gesetzgeber regelt den Lebenssachverhalt neu. Er hat dabei das Ziel, die „alte Auslegung“ zum Gesetz zu machen. Als Ziel wird ausgegeben die Rückkehr zur alten Rechtslage. Auch dies fußt auf Annahmen der decision theory of law. Für den Gesetzespositivisten war die „alte Rechtslage“ nie die wahre Rechtslage, sondern Produkt schlicht rechtsfehlerhafter Gesetzesanwendung.

Bei der Neuregelung orientiert sich der Gesetzgeber engstens an den verfassungsgerichtlichen Ausführungen.

Die im Gesetz vom 18.02.2013 verwandte Puzzle-Technik, die dem Normunterworfenen und Rechtsanwender den Text der einschlägigen Vorschriften nicht direkt und im Zusammenhang lesbar zur Verfügung stellt, sondern nur Bruchstücke, aus denen er sich den eigentlichen Gesetzestext zusammenstellen kann und muss, ist rechtsstaatlich bedenklich.

Die Beobachtung der rechtsrealistischen Argumentationen ist gerade in dem vorliegenden Zusammenhang wichtig. Denn die gesamte Diskussion drehte sich im Kern darum, dass kein *hinreichend bestimmtes Parlamentsgesetz* vorlag. Nur ein Eingriff („medizinische Zwangsmaßnahme“), der von einem dem Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG entsprechenden Gesetz gedeckt ist, ist verfassungsrechtlich zulässig.

Dass vor diesem Hintergrund im Rahmen der Begründung des Gesetzes nun ausgerechnet die decision theory of law

⁶⁶ So etwa Lindemann, BtPrax 2013, 44.

vertreten wird, ist verwunderlich. Denn sie negiert gerade die Wichtigkeit des schriftlichen Gesetzes und propagiert demgegenüber die Wichtigkeit der gerichtlichen Entscheidung.

Und es erscheint als gewisse Ironie, dass der Gesetzgeber sich engstens (fast ängstlich?) an die *verfassungsgerichtlichen* Ausführungen anlehnt. Denn diese Ausführungen, denen der Gesetzgeber exakt folgt, stammen eben gerade aus einer Entscheidung, die den Primat des Parlamentsgesetzes in den Mittelpunkt stellt.

Die Bedeutung des Richterrechts für die Neuregelung der „ärztlichen Zwangsbehandlung“ ist evident. Die Diskussion offenbart Nähe zu den beiden Hauptsträngen des amerikanischen Rechtsrealismus. Auch wenn diese Denkrichtung in Deutschland bei weitem nicht allgemeine Anerkennung erlangt hat, finden sich ihre Gedankengänge in Verlautbarungen aller drei Staatsgewalten wieder. Ein erstaunliches Phänomen, das – vielleicht – zur weiteren Beschäftigung mit dem Rechtsrealismus Anlaß geben mag. Und ein Phänomen, dass sicher Anlaß gibt, sich mit der *wirklichen Bedeutung* von Richterrecht und Gesetzesrecht noch einmal gründlich auseinanderzusetzen.

Erste Erfahrungen mit dem GNotKG in Grundbuchsachen

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

Das GNotKG hat in Grundbuchsachen das Kostenrecht vereinfacht. Dazu tragen auch Festgebühren anstelle umfangreicher Geschäftsermittlungen bei, ebenso die Enumeration der Gebührentatbestände einschließlich des Analogieverbots. Gleichwohl gibt es Tätigkeiten des Grundbuchamts, bei denen nicht klar ist, ob und wie sie unter einen Gebührentatbestand subsumiert werden können. Den Problemlagen wird nachgegangen und meine Abhandlung in BWNNotZ 2013, 67 fortgeführt.

I. Grundsätze bei Kosten in Grundbuchsachen

Die GBO regelt die Eintragungsgrundlagen und die Eintragung im Grundbuch, jedoch nicht Verfahrensabläufe. Deswegen wird – wie schon zu Zeiten der KostO – in Grundbuchsachen an der *Aktgebühr* festgehalten. Nur beim Übergang von der KostO zum GNotKG kam es auf den Zeitpunkt der Antragstellung an, ob altes oder neues Kostenrecht angewandt wird (§ 136 Abs. 1 Nr. 1 GNotKG).¹

Abweichend von § 35 Abs. 1 GNotKG werden die *Werte* mehrerer Eintragungen in das Grundbuch nicht zusammengerechnet, auch wenn es sich um verbundene Anträge handelt. Eine Ausnahme davon bildet § 69 GNotKG.

Nach § 55 Abs. 2 GNotKG werden für Eintragungen² in das Grundbuch die *Gebühren* für jede Eintragung gesondert er-

hoben, soweit nichts anderes bestimmt ist. Solche Ausnahmen finden sich bei KV Vorbem. 1.4 Abs. 3 bis 5. Bei diesen Ausnahmefällen kommt der ansonsten in den anderen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltende Grundsatz der Einmaligkeit der Gebührenerhebung zur Anwendung (§ 55 Abs. 1 GNotKG).

II. Eigentum

1. Einheitliche Gebühr bei taggleichen Eintragungsanträgen

Grundsätzlich ist die Eintragung eines Eigentümers bei einem Grundstück oder grundstücksgleichen Recht³ jeweils ein eigenes gerichtliches Verfahren (§ 69 Abs. 1 GNotKG i.V.m. Vorbem. 1.4 Abs. 3 Satz 1 KV). Erfolgt eine Eintragung desselben Eigentümers bei mehreren Grundstücken, die bei demselben Amtsgericht geführt werden, so handelt es sich aber als Ausnahmeregelung nicht um zwei Verfahren, sondern um ein Verfahren mit dem zusammengerechneten Wert der Grundstücke. Voraussetzung für das Gebührenprivileg ist allerdings, dass

- die Eintragungsanträge am gleichen Kalendertag beim Grundbuchamt eingehen. Es kommt also nicht mehr – wie unter dem Regime der früheren KostO – auf die gleichzeitige Antragstellung oder den Erledigungszeitpunkt der Anträge im Grundbuch an, sondern allein auf den taggleichen Einlauf der Eintragungsanträge bei demselben Gericht (*Zeitpunkt der Antragstellung*);

1 H.M., OLG Dresden NotBZ 2013, 476 = ZfIR 2013, 882; OLG Bamberg NotBZ 2013, 468 m. zust. Anm. Müller = ZfIR 2013, 882; Seifert, NotBZ 2013, 293; Wilsch, notar 2013, 308, 311; a.A. Böhringer, BWNNotZ 2013, 67, 74; Diehn, www.gnotkg.de/Tipps/Häufige Fragen/Abgrenzung KostO/GNotKG.

2 Unter den Begriff „Eintragungen“ zählen auch Löschungen.

3 Z.B. Erbbaurecht, Bergwerkseigentum, Bahneinheiten, Salzabbaugerechtigkeiten, vererbliche und veräußerliche Nutzungsrechte wie Fährerechtigkeiten, Schiffsmühlengerechtigkeiten, Fischereigerechtigkeiten, soweit sie alle ein Grundbuchblatt erhalten haben, das Gebäudeeigentum in den neuen Bundesländern.

- die dem Eigentumsübergang unterworfenen Grundstücke müssen bei demselben Grundbuchamt eingetragen sein (*gleiches Grundbuchamt*);
- bei allen Grundstücken der – oder die – gleichen Eigentümer eingetragen werden (*Personenidentität*), sei es als Alleineigentümer, Miteigentümer nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand. Fraglich ist allerdings bei mehreren Eigentümern, ob zur Personengleichheit auch das – gleiche – Gemeinschaftsverhältnis zu zählen ist, was wohl zu bejahen ist.⁴ Nicht zugestimmt werden kann der Meinung, dass das Gebührenprivileg auch dann gilt, wenn A und B am Grundstück 1 als je hälftige Miteigentümer und am Grundstück 2 in Gesellschaft bürgerlichen Rechts bestehend aus den Gesellschaftern A und B eingetragen werden sollen.⁵

Wird das eine Grundstück auf eine OHG und das andere auf eine GmbH eingetragen, so handelt es sich auch dann um verschiedene Eigentümer, wenn die Gesellschafter der OHG Inhaber sämtlicher Anteile der GmbH sind.

Für die Geltung des Gebührenprivilegs spielt es keine Rolle,

- ob die Grundstücke auf demselben Grundbuchblatt oder je auf besonderen Grundbuchblättern desselben Amtsgerichts gebucht sind bzw. werden;⁶
- ob die Grundstücke bisher demselben Eigentümer oder verschiedenen Eigentümern gehört haben;
- ob die taggleich bei demselben Grundbuchamt gestellten Anträge in einer oder in mehreren Urkunden gestellt sind;
- ob die Grundstücke in derselben Gemeinde, auf verschiedenen Gemarkungen oder Fluren desselben Amtsgerichtsbezirks liegen;
- ob eine oder mehrere Rechtspfleger nach dem Geschäftsverteilungsplan für die Bearbeitung der Eintragungsanträge zuständig sind.⁷

Sind die Eintragungsanträge bei demselben Grundbuchamt nicht taggleich gestellt, so bleibt es bei der Regel des § 69 Abs. 1 GNotKG; es wird für jede Eintragung die 1,0-Gebühr nach KV 14110 Nr. 1 gesondert ermittelt. Um dies zu vermeiden, sollte der Notar die Urkunde nur einmal zu allen betroffenen Blattstellen desselben Amtsgerichts vorlegen.⁸

Soll die Eintragung des Eigentumswechsels bei *verschiedenen* Grundbuchämtern vorgenommen werden, so bleibt es bei der Regel, dass bei jedem Grundbuchamt ein eigenes gerichtliches Verfahren abläuft und jedes Grundbuchamt für seinen Amtsbezirk eine gesonderte 1,0-Eintragungsgebühr nach KV 14110 Nr. 1 erhebt. Eine Gebührensaterhöhung wie bei KV 14122 bzw. 14141 kommt nicht in Betracht.

4 Ebenso HK-GNotKG/Drempetic, KV Vorbem. 1.4 Rn. 23; a.A. Leipziger-GNotKG/Schulz, § 69 Rn. 2, 3.

5 So aber Leipziger-GNotKG/Schulz, § 69 Rn. 3. Es wird wohl nicht berücksichtigt, dass nach § 47 Abs. 2 GBO die GbR als teilrechtsfähiges Rechtssubjekt einzutragen ist und nur bei einem Wechsel im Gesellschafterbestand die Gesellschafter fiktiv wie Rechtsinhaber zu behandeln sind.

6 BayObLG v. 27.2.2003, 3Z BR 24/03, unveröffentlicht (zitiert nach juris).

7 Ebenso Leipziger-GNotKG/Schulz, § 69 Rn. 6.

8 So auch Wilsch, notar 2013, 308.

2. Wechsel im GbR-Gesellschafterbestand

Nach § 47 Abs. 2 Satz 1 und § 82 Satz 3 GBO ist jeder Wechsel im Gesellschafterbestand im Grundbuch nachzuvollziehen. Mit einer Fiktion in § 47 Abs. 2 GBO bestimmt der Gesetzgeber, dass der Wechsel im Gesellschafterbestand einer materiell-rechtlichen Änderung im Eigentum gleichgestellt wird, was im Kostenrecht durch eine 1,0-Eintragungsgebühr nach KV 14110 Nr. 2 Berücksichtigung findet. Der Geschäftswert richtet sich gemäß § 70 Abs. 4 GNotKG nach dem Anteil des neu eingetragenen GbR-Gesellschafters.

Erfolgt das Ausscheiden durch Ableben eines Gesellschafters (reine Fortsetzungsklausel), so findet KV 14110 Nr. 1 keine Anwendung, der Anwachsungsvermerk ist mangels eines Gebührentatbestands im GNotKG gebührenfrei. Die kostenfreie Grundbucheintragung von Erben des Gesellschafters kommt nur in Betracht, wenn der Gesellschaftsvertrag eine (einfache oder qualifizierte) Nachfolgeklausel enthält. Geht das Vermögen bei einer zweigliedrigen GbR mit dem Tod des vorletzten Gesellschafters auf den letzten Gesellschafter über, so kommt es zur liquidationslosen Auflösung der GbR und Anwachsung des Vermögens beim letzten Gesellschafter als Alleineigentümer; da nicht der verstorbene Gesellschafter, sondern die Personengesellschaft als Rechtsinhaberin eingetragen war, wird sie nicht von dem letzten Gesellschafter beerbt. Dieser Wechsel des Rechtsträgers löst die 1,0-Gebühr nach KV 14110 Nr. 1 aus dem vollen Grundstückswert aus; das Geschäftswertprivileg des § 70 Abs. 4 GNotKG findet nur bei einer Änderung im Gesellschafterbestand bei fortbestehender GbR Anwendung.

3. Erbengemeinschaft

a. Temporales Gebührenprivileg für die Erben

Privilegiert nach Anm. Abs. 1 Satz 2 zu KV 14110 ist nur der Gesamtrechtsnachfolger (aufgrund gesetzlicher Erbfolge oder aufgrund Verfügung von Todes wegen) nach dem eingetragenen Erblasser. Erben sind auch Erbeserben, Nacherben (die 2-Jahres-Frist beginnt hier mit dem Eintritt der Nacherbfolge⁹) und die Beteiligten in fortgesetzter Gütergemeinschaft.¹⁰ Unerheblich ist, ob der Miterbe ein Ehegatte, ein Abkömmling oder ein Dritter ist. Ein Vermächtnisnehmer¹¹ fällt nicht unter das temporale Gebührenprivileg, wohl aber auch der unmittelbare Übergang vom Vorerben auf seinen Erben oder den Nacherben; das ergibt sich aus den Worten des Kostenverzeichnisses „Erben des eingetragenen Eigentümers“. Stirbt ein GbR-Nachfolger, so ist sein Nachfolger privilegiert, wenn die Nachfolge auf gesetzlicher oder gewillkürter Erbfolge beruht (einfache bzw. qualifizierte Nachfolgeklausel¹²), nicht jedoch bei einem schuldrechtlichen Eintrittsrecht.¹³

9 OLG Karlsruhe DNotZ 1966, 698 = Rpfleger 1966, 118 = Die Justiz 1966, 155.

10 BayObLG BWNotZ 1993, 91 = Rpfleger 1993, 464.

11 Gl.A. Schneider, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG, § 16 Rn. 41.

12 Ebenso Wilsch, FGPrax 2013, 47.

13 Ebenso Gutfried, DNotZ 2013, 804, 807.

Insbesondere bei Ehegattenmitemigentum kommt es vor, dass der eine Ehegatte längst verstorben ist und vom überlebenden Ehegatten beerbt wurde (Grundbuchberichtigung unterblieb), während die Erben des zuletztverstorbenen Ehegatten den Berichtigungsantrag rechtzeitig innerhalb der Zwei-Jahres-Frist stellen. Nach § 56 Abs. 1 GNotKG ist die 1,0-Gebühr nach KV 14110 Nr. 1 nur nach dem Grundstücksanteil des zuerstverstorbenen Ehegatten zu berechnen (weil Berichtigungsantrag außerhalb der Zwei-Jahres-Frist).

Die Frist kann nicht verlängert werden; auch dann nicht, wenn wegen ungeklärter Erbfolge der Eintragungsantrag nicht rechtzeitig gestellt werden kann. Der Antrag braucht innerhalb dieser Zeit nicht vollzugsfähig sein.¹⁴ Dafür dass der Gesetzgeber zugleich auf die Eintragsreife abgestellt hätte, gibt es keine Anhaltspunkte; der Gesetzgeber hat keine Einschränkung des Antragserfordernisses innerhalb der Zwei-Jahres-Frist vorgenommen. Es kommt nicht darauf an, ob der Erbe oder ein antragsberechtigter Gläubiger den Berichtigungsantrag stellt.

Die Gebührenfreiheit der Erbeintragung gilt aber nicht für die besonderen Gebühren nach KV 17000 bis 17003 (Erteilung von Ausdrucken oder Fertigung von Kopien aus dem Grundbuch).¹⁵

b. Auseinandersetzung

Der Nachlass kann nach der BGH-Rechtsprechung unter den Erben auf dreierlei Weise auseinandergesetzt/geteilt werden:

- durch Auseinandersetzungsvertrag/Teilungsanordnung mit Auflassung, §§ 2042, 2048, 925 BGB;
- durch Erbteilsübertragung, § 2033 BGB;
- durch formlose¹⁶ Abschlachtungsvereinbarung aller Erben (richterliche Rechtsfortbildung¹⁷). Diese Art der Auseinandersetzung ist § 738 BGB vergleichbar. Nach der BGH-Rechtsprechung wächst der Anteil den verbleibenden Miterben an. Der Unterschied zur Erbteilsübertragung besteht darin, dass bei einer Abschlachtung der Miterbe auf seine Rechte als Mitglied der Erbengemeinschaft verzichtet, während eine Erbteilsübertragung bedeutet, dass der Miterbe den Erbanteil auf einen anderen bestimmten Rechtsnachfolger überträgt.

Jede der drei Möglichkeiten kann unter den Begriff „Erbauseinandersetzung“ i.S.v. Anm. Abs. 1 Satz 2 zu KV 14110 subsumiert werden.¹⁸ Gleiches gilt, wenn alle Erbanteile vollständig auf einen Miterben übertragen werden (§ 2033 BGB).

14 OLG Köln JurBüro 1988, 1708 = Rpfleger 1988, 549; OLG Zweibrücken FamRZ 1997, 1563 = NJW-RR 1997, 575 = Rpfleger 1997, 277; a.A. OLG Karlsruhe Die Justiz 1987, 458 = JurBüro 1988, 216 = Rpfleger 1988, 20; LG Koblenz FamRZ 1996, 1563 = JurBüro 1995, 259 m. abl. Anm. Mümmler.

15 Ebenso Schneider, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG, § 16 Rn. 37.

16 Zur Berücksichtigung im Grundbuchverfahren ist jedoch zumindest eine Ausscheidensbewilligung des ausscheidenden Miterben oder die Abschlachtungsvereinbarung aller Erben jeweils in der Form des § 29 GBO erforderlich.

17 BGHZ 187, 132 = NJW 2011, 97 = Rpfleger 2011, 97; BGH DNofl-Report 2005, 24 = Rpfleger 2005, 140 = NotBZ 2005, 71 = NJW 2005, 284 = WM 2005, 1528 = ZNotP 2005, 67 = ZEV 2007, 483. Kritisch Schmidt, AcP 205 (2005), 305. Dazu Bredemeyer/Tews, ZEV 2012, 352.

18 Gl.A. Gutfried, DNotZ 2013, 804, 807

Die Grundbucheintragung eines Erben aufgrund Erbauseinandersetzung ist gebührenfrei, wenn der Eintragungsantrag innerhalb von zwei Jahren seit dem Erbfall beim Grundbuchamt eingeht. Voraussetzung ist jedoch, dass an der Auseinandersetzung ausschließlich Erben beteiligt sind.

Offen bleibt dabei, ob die Privilegierung für die Eintragung des Erben auch dann gilt, wenn die Erbengemeinschaft bereits eingetragen war. Unter der Geltung der KostO war dies bestritten. Der Bundesrat ging im Gesetzgebungsverfahren davon aus, dass nach dem GNotKG keine Gebührenfreiheit bestehen sollte und drängte auf Klarstellung. Da der Wortlaut von der „Eintragung von Erben des eingetragenen Eigentümers“ spricht, entfällt die Gebührenfreiheit, wenn die Erbengemeinschaft bereits eingetragen wurde und dann aufgrund Auseinandersetzung ein Erbe eingetragen werden soll; das Merkmal „eingetragener Eigentümer“ ist dann nicht mehr erfüllt.¹⁹ Für die Notarpraxis kann dies bedeuten, dass die Erben aus Kostenersparnisgründen das Grundbuch dann nicht berichtigen lassen, wenn sie demnächst (also innerhalb der 2-Jahres-Frist) eine Auseinandersetzung an dem Nachlassgrundstück vornehmen wollen.

4. Amtsberichtigung des Eigentümers

Die Amtsberichtigung stellt im Grundbuchverfahren eine seltene Ausnahme dar. Wenn nach § 82 GBO ein Berichtigungsverfahren nicht durchführbar oder aussichtslos ist, kann eine Eintragung des Eigentümers von Amts wegen nach § 82a GBO (z.B. bei einer Erbfolge, bei einem Gesellschafterwechsel) erfolgen. Nur in diesem Fall wird gemäß KV 14112 eine 2,0-Eintragungsgebühr erhoben. Die Amtsberichtigung bei gemeinschaftlichem Eigentum von Ehegatten in den neuen Bundesländern nach § 14 Satz 1 GBBerG ist allerdings gebührenfrei.

5. Erwerb in der Zwangsversteigerung

Stets erwirbt der Ersteher originär das Eigentum, auch wenn er bereits als Eigentümer oder Miteigentümer eingetragen war; beim Geschäftswert kommt es in solchen Fällen zu keiner Wertreduzierung nach § 70 Abs. 2 GNotKG. Fraglich ist bei der Festsetzung des Geschäftswerts, ob von dem Meistgebot oder – in der Regel wohl eher²⁰ – von dem vom Vollstreckungsgericht festgesetzten Verkehrswert auszugehen ist. Es geht um die Frage, ob eine Zwangsversteigerung heute zum „gewöhnlichen Geschäftsverkehr“ i.S.v. § 46 Abs. 1 GNotKG gehört; nur wenn dies bejaht würde, könnte das Meistgebot als Geschäftswert angenommen werden. Die Zwangsversteigerung dürfte wohl nicht zum „gewöhnlichen Geschäftsverkehr“ gezählt werden, sondern ist eher der Situation eines Notverkaufs vergleichbar.²¹ Ist das Meistge-

19 Ebenso HK-GNotKG/Drempetic, KV 14110 Rn. 23; Gutfried, DNotZ 2013, 804, 807; Wilsch, notar 2013, 308. Dazu auch Wilsch, FGPrax 2013, 47; ders., ZEV 2013, 428. Nicht differenzierend Schneider, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG, § 16 Rn. 40.

20 Ebenso Leipziger-GNotKG/Schulz, KV 14110 Rn. 8; Schneider, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG, § 16 Rn. 53; OLG Jena ZfIR 2011, 501 und BayObLG JurBüro 1978, 905 (jeweils zum alten Recht).

21 Ebenso HK-GNotKG/Fackelmann, § 46 Rn. 22.

bot (Bargebot und bestehen bleibende Rechte) höher, ist von diesem Wert auszugehen.

Erwirbt ein Gläubiger in der Zwangsversteigerung „zur Rettung seines Grundpfandrechts“ das Grundstück durch Zuschlag, um es alsdann wieder – preisgünstig – weiter zu veräußern, so fragt sich, ob der festgelegte Kaufpreis oder der damals festgesetzte Werte des § 74a Abs. 5 ZVG für die Eintragungsgebühr i.S.v. § 47 Satz 3 GNotKG maßgebend ist; zumindest bei einer zeitnahen Weiterveräußerung innerhalb eines Zeitraums von 6 bis 8 Monaten erscheint es zulässig, auf den Wert nach § 74a Abs. 5 ZVG zurück zu greifen.

6. Ausbuchung eines Eigentümers

a. Ausschluss eines Eigentümers, § 927 BGB

Mit Erlass des Ausschließungsbeschlusses gehen grundsätzlich die bisherigen Eigentumsrechte unter. Dem Eigenbesitzer, der einen Ausschließungsbeschluss erwirkt hat, steht ein gesetzliches Aneignungsrecht zu. Er erwirbt das Eigentum durch Aneignungserklärung und durch seine Eintragung im Grundbuch (§ 927 Abs. 2 BGB). Erst diese Grundbucheintragung erfüllt den Gebührentatbestand von KV 14110 Nr. 1.

b. Eigentumsaufgabe, § 928 BGB/Aneignung

Verzichtet der Eigentümer durch einseitige Erklärung gem. § 928 Abs. 1 BGB gegenüber dem Grundbuchamt auf sein Grundstückseigentum, so ist die Eintragung des Verzichts im Grundbuch mangels eines Gebührentatbestands im GNotKG gebührenfrei. Eignet sich später eine Person²² das Grundstück an, so erfüllt dies den Gebührentatbestand KV 14110 Nr. 1. Soweit der Landesfiskus sich nach § 928 Abs. 1 BGB oder Art. 233 § 15 Abs. 3 EGBGB das Grundstück aneignet, genießt er Gebührenfreiheit nach § 2 Abs. 1 GNotKG. Verzichtet ein Aneignungsberechtigter auf sein Aneignungsrecht, so ist zwar eine solche Eintragung im Grundbuch zulässig, gleichwohl löst sie mangels eines Gebührentatbestands im GNotKG keine Gebühr aus.

c. Aufhebung von ungebuchtem Gebäudeeigentum

In den neuen Bundesländern kann nach Art. 233 § 4 Abs. 4 Satz 2 EGBGB ein nicht im Grundstücksgrundbuch eingetragenes Gebäudeeigentum dadurch aufgehoben werden, dass eine notariell beurkundete Aufhebungserklärung beim Grundbuchamt eingereicht wird. Mangels eines Gebührentatbestands fällt für die Entgegennahme und Aufbewahrung der Erklärung keine Gebühr beim Grundbuchamt an.²³

d. Ausscheiden eines Miterben

Ein Miterbe kann aus einer Erbengemeinschaft dadurch ausscheiden, dass er mit allen anderen Miterben eine Ausschei-

densvereinbarung trifft (sogen. Abschichtung²⁴). In einem solchen Fall wächst der Anteil den verbleibenden Miterben an, vergleichbar § 738 BGB. Der Gebührentatbestand KV 14110 ist nicht erfüllt, da kein neuer Eigentümer eingetragen wird. Bei einer zweigliedrigen Erbengemeinschaft führt eine Abschichtungsvereinbarung zum Erlöschen der Erbengemeinschaft kraft Gesetzes.²⁵ Es kommt zu einem Rechtsträgerwechsel, der letzte Miterbe wird als materiell-rechtlicher Alleineigentümer eingetragen. Dieser Vorgang kann unter den Begriff „Erbauseinandersetzung“ i.S.v. Anm. Abs. 1 Satz 2 zu KV 14110 subsumiert werden.²⁶ Gleiches gilt, wenn alle Erbanteile vollständig auf einen Miterben übertragen werden (§ 2033 BGB).

e. Ausscheiden eines Mitglieds aus einer Personengesellschaft

Scheiden aus einer Personengesellschaft (GbR, OHG, KG) bis auf einen alle Gesellschafter gleichzeitig aus und wächst das Vermögen der Gesellschaft dem letzten Gesellschafter an (weil es eine Ein-Personen-Personengesellschaft nicht gibt), dann handelt es sich bei der Eintragung als Alleineigentümer im Grundbuch um eine Neueintragung, die die 1,0-Eintragungsgebühr nach KV 14110 Nr. 1 auslöst.²⁷

Scheidet allerdings bei einer mehrgliedrigen GbR ein Gesellschafter aus, ohne dass an seine Stelle eine andere Person in die GbR eintritt, so bleibt die Gesellschaft bestehen, lediglich der Gesellschafterbestand wird berichtigt, was aber keine Neueintragung eines Gesellschafters bewirkt und daher keine 1,0-Eintragungsgebühr nach KV 14110 Nr. 2 auslöst.²⁸ Die Wertermäßigungsverfahren des § 70 GNotKG ist anwendbar (§ 70 Abs. 2 GNotKG).

7. Richtigstellung der Eintragung des Rechtsinhabers

Die Eintragungsgebühr KV 14110 Nr. 1 setzt voraus, dass ein materiell-rechtlicher Eigentumswechsel (also Rechtssubjektwechsel) vorliegt, gleichgültig, ob die Eintragung aufgrund Rechtsgeschäfts oder aufgrund Gesetzes erfolgt, ob ein originärer (z.B. §§ 927, 928 BGB) oder ein derivativer Erwerb (z. B. §§ 925, 1922 BGB) gegeben ist. Die Richtigstellung der Bezeichnung eines Rechtsinhabers unterscheidet sich von der Grundbuchberichtigung dadurch, dass bei gleichbleibender Identität des Rechtsinhabers (dieselbe Rechtspersönlichkeit) lediglich seine Bezeichnung im Grundbuch verändert wird. Solche Fälle liegen vor:

- bei Änderung des Namens einer natürlichen Person (z.B. wegen Verheiratung oder Adoption oder Namensänderung durch Verwaltungsakt);
- bei Änderung der Bezeichnung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (nicht aber bei einem Wechsel im Ge-

24 Zur Abschichtung eines Miterben BGH DNotl-Report 2005, 24 = Rpfleger 2005, 140 = NotBZ 2005, 71 = NJW 2005, 284. Kritisch Schmidt, AcP 205 (2005), 305. Bestätigung von BGHZ 138, 8 = LM § 2042 Nr. 7 m. Anm. Wolf = DNotZ 1999, 60 m. Anm. Rieger = NJW 1998, 1557 = Rpfleger 1998, 287; kritisch Schmidt, AcP 205 (2005), 305.

25 BGHZ 187, 132 = NJW 2011, 525 = Rpfleger 2011, 97.

26 Gl.A. Gutfried, DNotZ 2013, 804, 807

27 BayObLG Rpfleger 1975, 448 (zu § 60 KostO).

28 Ebenso BT-Drucks. 17/11471, S. 316; HK-GNotKG/Drempetic, KV 14110 – 14112 Rn. 19; Gutfried, DNotZ 2013, 804, 806.

22 Vgl. z.B. die Prioritätsstufen bei Art. 233 § 15 Abs. 3 Satz 1 EGBGB.

23 So schon bei Geltung der KostO Böhlinger, JurBüro 1992, 783.

sellschafterbestand) und bei Hinzufügung der Namen der Gesellschafter zu einer bisher gesellschaftslos eingetragenen GbR;²⁹

- bei Änderung der Firma einer Personenhandelsgesellschaft oder Kapitalgesellschaft;
- bei einer formwechselnden³⁰ Umwandlung³¹ eines Rechtsträgers nach dem Umwandlungsgesetz;
- bei einer formwechselnden Umwandlung³² einer GbR in eine OHG/KG bzw. umgekehrt;
- formwechselnde Umwandlung einer OHG in eine KG oder umgekehrt unter Beibehaltung der Firma;
- Übergang von der Vor-GmbH auf die GmbH;
- Übergang von der Vor-OHG/KG auf die OHG/KG;
- Umschreibung von der Firma der Hauptniederlassung auf die Firma der Zweiniederlassung und umgekehrt, was zulässig ist, wenn die Zweiniederlassung eine von der Hauptfirma abweichende Firma führt;
- Unternehmensinterne Umorganisation bei Handelsgesellschaften (z.B. Errichtung, Verlegung, Aufhebung einer Zweigniederlassung);
- Veränderung des Klammerzusatzes bei bestimmten öffentlich-rechtlichen juristischen Personen nach § 15 Abs. 2 GBV aufgrund anderer organisatorischer oder verwaltungsmäßiger Behandlung der einzelnen Vermögensteile.

Solche Richtigstellungen im Grundbuch kommen nicht nur in Abt. I des Grundbuchs vor, vielmehr auch bei den Rechtsinhabern in Abt. II und III des Grundbuchs und sind mangels eines Gebührentatbestands im GNotKG gebührenfrei. Wegen der enumerativen Aufzählung der Gebührentatbestände in KV 14160 erfasst diese Vorschrift die Richtigstellungen nicht.

III. Ersuchen von Gerichten und Behörden

Vorbemerkung 1.4 Abs. 2 Nr. 2 und 3 KV GNotKG führt bestimmte Eintragungen auf, für die ausdrücklich keine Gebühren erhoben werden. Die Vorschrift nennt dabei ausdrücklich, aber nicht abschließend das Vollstreckungs- und Insolvenzgericht. Weiter fallen unter das Gebührenprivileg das Strafgericht, das Landwirtschaftsgericht, das Nachlassgericht, das Beschwerdegericht in Grundbuchsachen und bestimmte Ersuchen des Prozessgerichts.

Von der Gebührenprivilegierung nicht umfasst sind Eintragungen aufgrund des Ersuchens einer Behörde.³³ Meistens handelt es sich um Verfügungsbeschränkungen und Verfahrensvermerke,³⁴ die mangels eines Gebührentatbestands im

GNotKG ohnehin gebührenfrei sind. Bei anderen Eintragungen und Löschungen im Grundbuch ist dann zu prüfen, ob ein Gebührentatbestand besteht. Falls dies bejaht wird, müsste geprüft werden, ob der Kostenschuldner persönliche Gebührenbefreiung genießt. § 2 Abs. 1 GNotKG gewährt Bund und Ländern sowie den nach ihren Haushaltsplänen verwalteten öffentlichen Anstalten und Kassen persönliche Kostenfreiheit mit Einschränkungen in § 2 Abs. 4 GNotKG. Auch die Landesjustizkostengesetze gewähren bestimmten Personen Gebührenfreiheit.³⁵ Besteht keine persönliche Kostenfreiheit, könnte sich aus den für die gerichtlichen und behördlichen Eintragungsersuchen maßgeblichen Spezialgesetzen eine Gebührenfreiheit ergeben, was sehr oft der Fall ist. Kosten- und Gebührenfreiheit sind von Amts wegen zu beachten.

IV. Eintragung von und bei Gesamtrechten

1. Erst-Eintragung eines Gesamtrechts

Grundsätzlich können Rechte an Grundstücken nur als Einzelrechte begründet werden. Grundpfandrechte und Reallasten können Gesamtrechte sein. Dies gilt auch für die Zwangshypothek, wenn sie gegen Gesamtschuldner als Gesamtrecht eingetragen wird. Erbbaurechte, Nießbrauch und sonstige Dienstbarkeiten, Dauerwohn- und Dauernutzungsrechte sowie Vorkaufsrechte können Grundstücke ihrer rechtlichen Natur nach an sich nur als Einzelrechte belasten, was im Einzelnen jedoch bestritten ist.³⁶ Für das Kostenrecht kommt es aber auf diese Streitfrage nicht an. KV Vorbem. 1.4 Abs. 3 S. 2 regelt die Streitfrage mit einer *Fiktion* dahingehend, dass als Eintragung desselben Rechts auch die Eintragung eines nicht gesamtrechtsfähigen Rechts (fiktives Gesamtrecht) bei mehreren Grundstücken gilt. Ausschlaggebend ist nur, dass die Belastung einheitlich für denselben Berechtigten mit denselben Bedingungen eingetragen wird.³⁷ Ob die Grundstücke demselben Eigentümer oder verschiedenen Eigentümern gehören, ist ohne Bedeutung.

Kein Gesamtrecht liegt vor, wenn mehrere Rechtsinhaber nicht gemeinschaftlich berechtigt sind, sondern die Berechtigung nacheinander oder nebeneinander stattfinden soll. Ist eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, ein Nießbrauch oder ein Reallast mehreren Personen zur gemeinsamen Ausübung bestellt und erlischt der Anspruch mit dem Ableben des Längstlebenden, liegt nur ein Recht vor.

Weiter ist zu unterscheiden, ob die Eintragung bei demselben oder bei verschiedenen Grundbuchämtern erfolgt und wann die Eintragungsanträge gestellt wurden.

a. Dasselbe Grundbuchamt

Ist nur ein einziges Grundbuchamt betroffen, gilt KV Vorbem. 1.4 Abs. 3 Satz 2. Um diese Voraussetzung sicherzustellen,

29 Ebenso *Wilsch*, notar 2013, 308, 311.

30 Gl.A. *Gutfried*, DNotZ 2013, 804, 806.

31 Gebührempflichtig ist eine Grundbuchberichtigung aufgrund Verschmelzung, Abspaltung, Aufspaltung, Ausgliederung oder Vermögensübergang, weil das eingetragene Rechtssubjekt wechselt; ebenso *Gutfried*, DNotZ 2013, 804, 806; *Wilsch*, FGPrax 2013, 46.

32 Ebenso *Wilsch*, FGPrax 2013, 47; *Gutfried*, DNotZ 2013, 804, 806.

33 Einzelheiten *Böhringer*, Rpfleger 2014, 53.

34 Ein Sonderfall ist der Sachenrechtsbereinungsvermerk. Zur Sicherung von Ansprüchen der Nutzer ist auf Antrag ein Sachenrechtsbereinungsvermerk einzutragen, der die Wirkung einer Vormerkung hat (Art. 233 § 2c Abs. 2 EGBGB). Weil es sich um keine Vormerkung handelt, ist KV 14150 nicht anzuwenden, der Vermerk ist mangels eines Gebührentatbestands gebührenfrei einzutragen.

35 Z.B. § 7 LJKG-BW. Zusammenstellung bei *Schneider*, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG, 2013, § 7 Rn. 7.

36 Vgl. *Demharter*, GBO, § 48 Rn. 6.

37 HK-GNotKG/*Drempetic*, KV Vorbem. 1.4 Rn. 24 und KV Nr. 14120 – 14125 Rn. 16.

sollte der Notar die Urkunde nur einmal zu allen betroffenen Blattstellen desselben Amtsgerichts vorlegen. Bei verschiedenen Grundbuchämtern greift KV 14122 ein. Die **Gebühr wird nur einmal** erhoben, wenn die Anträge **am selben Tag** (gleichzeitige Antragstellung ist nicht erforderlich) bei Gericht eingegangen sind (KV Vorbem. 1.4 Abs. 3 Satz 1); auf den Zeitpunkt der Eintragung in den Grundbüchern kommt es nicht an.

Bei einem „echten“ Gesamtrecht wird die Gebühr aus dem Wert des Rechts erhoben (§§ 43, 52, 53 GNotKG), bei einem fiktiven Gesamtrecht aus der Summe der einzelnen Werte (§ 51 Abs. 1 S. 2 GNotKG) oder der Summe der Leistungen (§ 52 GNotKG).³⁸

Beispiel: Vorkaufsrecht wird an zwei Grundstücken im selben Grundbuchamtsbezirk eingetragen; als fiktives Gesamtrecht wird eine einzige Eintragungsgebühr erhoben aus der Summe der jeweils hälftigen Grundstückswerte (§ 51 Abs. 1 S. 2 GNotKG).

Gehen die Anträge *nicht am selben Tag* ein, so handelt sich um eine – nachträgliche – Eintragung eines Rechts, das bereits an einem anderen Grundstück besteht; die Eintragung löst die 0,5-Gebühr nach KV 14123 aus. Geschäftswert für die Einbeziehung eines Grundstücks in die Mithaft wegen eines Grundpfandrechts ist nach § 44 Abs. 1 S. 1 GNotKG der Wert des Rechts (Nennbetrag der Schuld oder der Ablösesumme, § 53 Abs. 1 GNotKG) oder der geringere Wert des Grundstücks (**Niedrigstwertprinzip**). Zwar gilt § 44 GNotKG augenscheinlich nur für Grundpfandrechte, da er ausschließlich auf § 53 Abs. 1 GNotKG verweist, jedoch sollte die Regelung zumindest analog auch auf die sonstigen Belastungen gemäß KV Vorbem. 1.4.1.2 anzuwenden sein.³⁹ Das aus HK-GNotKG/Drempetic⁴⁰ entnommene Beispiel soll dies verdeutlichen: Ein eingetragener Nießbrauch im Wert zum Zeitpunkt der damaligen Eintragung gem. § 52 GNotKG in Höhe von 100.000 € wird auf ein weiteres Grundstück erstreckt, welches einen Wert von 50.000 € hat. Für die Bestimmung des Geschäftswerts für die Gebühr nach KV 14123 ist unter analoger Anwendung von § 44 Abs. 1 GNotKG der Wert des nachverpfändeten Grundbesitzes mit dem aktuellen gesamten Wert des Nießbrauchs (unter Berücksichtigung des nachverpfändeten Grundbesitzes) zu vergleichen. Beträgt letzterer aufgrund des fortgeschrittenen Alters des Berechtigten z.B. nur noch 20.000 €, ist dies der Geschäftswert.

b. Verschiedene Grundbuchämter

aa. Einheitliche Gebühr ohne Einzelwertfeststellungen

Kommt das Gesamtrecht in den Grundbüchern **verschiedener Grundbuchämter** zur Eintragung, so wird eine **einheitliche**⁴¹ Gebühr für alle Eintragungen bei dem Gericht

angesetzt, bei dessen Grundbuchamt der Antrag zuerst eingegangen ist (KV 14122; § 18 Abs. 3 S. 1 GNotKG). Eine gesonderte Wertermittlung hat demnach nicht mehr stattzufinden; insbesondere hat der Wert der belasteten Grundstücke bei gleichzeitiger Antragstellung (bzw. innerhalb eines Monats) keinen Einfluss mehr auf die Gebühr.

Voraussetzung für diese Gebührenregelung ist nach Anm. zu KV 14122, dass die Anträge für mehrere Grundbuchämter

- gleichzeitig bei einem Grundbuchamt gemeinsam eingereicht sind⁴² (vgl. § 55a GBO) oder
- bei gesonderter Antragstellung, wenn die Anträge innerhalb eines Monats bei den beteiligten Grundbuchämtern eingehen.⁴³

Maßgeblich ist nur der Eingang beim Grundbuchamt, so dass es nicht auf die Vollzugsreife des Antrags oder den Eintragungszeitpunkt ankommt.⁴⁴

Im Falle des § 55a Abs. 1 GBO (Vorlage eines für mehrere Grundbuchämter bestimmten Antrags bei einem Grundbuchamt) liegt immer gleichzeitige Antragstellung vor. Ein Zwang zur Stellung des Eintragungsantrags bei den übrigen Grundbuchämtern kann nicht ausgeübt werden.⁴⁵ Bringt der Antragsteller (Notar) aber zum Ausdruck, dass er den Antrag bei den übrigen beteiligten Grundbuchämtern gesondert stellen werde, und gehen spätere Anträge binnen eines Monats bei den anderen Grundbuchämtern mit einer solchen Kennzeichnung ein, so kann jedes Grundbuchamt erkennen, ob es das zuerst angegangene Grundbuchamt ist, was ja für die Zuständigkeit zur Gebührenerhebung wichtig ist (§ 18 Abs. 3 S. 1 GNotKG). Bei einer solchen Vorgehensweise brauchen sich die verschiedenen Grundbuchämter wegen der Zuständigkeit zur Kostenerhebung nicht zu verständigen.

Gemäß § 18 Abs. 3 GNotKG erhebt dasjenige Grundbuchamt die Kosten, bei dem der Antrag zuerst eingegangen ist. Ist dies nicht feststellbar, haben sich die Grundbuchämter untereinander – wie früher schon nach altem Kostenrecht – zu verständigen. Nach § 55a Abs. 2 GBO soll ohnehin bei den anderen beteiligten Grundbuchämtern angefragt werden,⁴⁶ ob die Grundstücke in den Eintragungsunterlagen grundbuchmäßig richtig bezeichnet sind. Dies impliziert auch die Frage, ob bei dem anderen Grundbuchamt Eintragungshindernisse in Erscheinung getreten sind, wobei lediglich die Eintragung und die Antragszurückweisung bekannt zu geben sind, was auch für die Gebührensaterhöhung bzw. Stornierung bei einer Antragszurückweisung von Bedeutung ist. Da die Gebühren in den Haushalt desjenigen Bundeslandes fließen, dessen Gericht die Gebühren erhoben hat, ist es bei Beteiligung mehrerer Grundbuchämter verschiedener Bundesländer schon interessant, bei welchem Gericht der Eintragungsantrag zuerst eingegangen ist (§ 18 Abs. 3 GNotKG).⁴⁷

38 HK-GNotKG/Drempetic, KV Vorbem. 1.4 Rn. 25.

39 So HK-GNotKG/Drempetic, KV 14120 - 14125 Rn. 22; Gutfried, DNotZ 2013, 804, 810.

40 HK-GNotKG/Drempetic, KV 14120 – 14125 Rn. 24; KV Vorbem. 1.4 Rn. 27.

41 Nach § 63 Abs. 3 KostO wurde bislang eine Gebühr für jede Eintragung bei den beteiligten Grundbuchämtern erhoben.

42 Zum Eintragungsverfahren der verschiedenen Grundbuchämter Meikel/Böhringer, GBO, § 48 Rn. 74 ff.

43 Zum Eintragungsverfahren Meikel/Böhringer, GBO, § 48 Rn. 88 ff.

44 Ebenso Schneider, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG, § 16 Rn. 100.

45 Meikel/Böhringer, GBO, § 48 Rn. 88.

46 Meikel/Böhringer, GBO, § 48 Rn. 71.

47 Wilsch, FGPrax 2013, 47, 48 hofft auf eine Rechtsfortbildung.

bb. Gebührenhöhe

Die Eintragungsgebühr nach KV 14120 bzw. 14121 **erhöht sich** bei einem solchen Gesamtrecht ab dem zweiten für jedes weitere beteiligte Grundbuchamt **um 0,2**. Diese Vorschrift ist anzuwenden, wenn der Antrag für mehrere Grundbuchämter gleichzeitig bei einem Grundbuchamt gestellt wird oder bei gesonderter Antragstellung, wenn die Anträge innerhalb eines Monats bei den beteiligten Grundbuchämtern eingeht.

Berechnungsbeispiel:

Eine Briefgrundschuld soll auf Grundstücken in den Amtsgerichtsbezirken A, B und C eingetragen werden. Die Grundschuldbestellungsurkunde enthält den Eintragungsantrag für alle betroffenen Grundstücke und geht zuerst beim Grundbuchamt A ein. Dieses Gericht erhebt dann die 1,7-Gebühr (1,3 für A + 0,2 für B + 0,2 für C) nach KV 1420, 1422. Die Gebühr für die Löschung eines Gesamtrechts ist dem Gebührensystem für die Eintragung eines Gesamtrechts nachgebildet, es gilt KV 14141.

cc. Korrektur der Gebührenhöhe bei teilweiser Antragszurückweisung

Wird von einem der beteiligten Grundbuchämter der Eintragungsantrag zurückgewiesen, so sind hiervon alle übrigen beteiligten Grundbuchämter durch Übersendung einer beglaubigten Abschrift der zurückweisenden Verfügung zu verständigen (§ 55a Abs. 2 GBO). Wird bezüglich einzelner Grundstücke der Eintragungsantrag zurückgenommen, so ist ebenso zu verfahren wie bei der Zurückweisung des Antrags durch ein Grundbuchamt (§ 55a Abs. 2 GBO ist entsprechend anwendbar).⁴⁸

Das für die Kostenerhebung zuständige Grundbuchamt hat in solchen Fällen die 0,2-Erhöungsgebühr für das betroffene Grundbuchamt zurückzunehmen.

dd. Anträge außerhalb des Zeitrahmens KV 14122

Wird der Antrag für mehrere Grundbuchämter nicht gleichzeitig bei einem Grundbuchamt gestellt oder geht der Antrag bei gesonderter Antragstellung nicht innerhalb eines Monats bei den beteiligten Grundbuchämtern ein, sind Gebühren bei jedem beteiligten Grundbuchamt zu erheben. Fraglich ist, ob die 1,0-Gebühr nach KV 14121 oder – wohl eher – die 0,5-Gebühr⁴⁹ nach KV 14123 zu erheben ist; m. E. handelt es sich um eine – nachträgliche – Eintragung eines Rechts, das bereits an einem anderen Grundstück besteht (vgl. auch die Anm. zu KV 14122).

Der **Geschäftswert** für die Einbeziehung eines Grundstücks in die Mithaft wegen eines Grundpfandrechts ist nach § 44 Abs. 1 S. 1 GNotKG der Wert des Rechts (Nennbetrag der Schuld oder der Ablösesumme, § 53 Abs. 1 GNotKG) oder der geringere Wert des Grundstücks, wobei die Werte der zu demselben Grundbuchamt gehörenden Grundstücke zusammengerechnet werden (**Niedrigstwertprinzip**). Zwar gilt § 44 GNotKG augenscheinlich nur für Grundpfandrechte, da

er ausschließlich auf § 53 Abs. 1 GNotKG verweist, jedoch sollte er zumindest analog auch auf die sonstigen Belastungen gem. KV Vorbem. 1.4.1.2 anzuwenden sein.⁵⁰

V. Veränderung eines Gesamtrechts**1. Begriff**

Hinsichtlich der Eintragung von Veränderungen von Belastungen gilt KV 14130, wobei diese Vorschrift nur Belastungen im Sinne von KV Vorbem. 1.4.1.2 erfasst. Der Begriff der Veränderung ist (abgesehen von Anm. Abs. 1 zu KV 14130) nicht näher legal definiert. Er ist abzugrenzen von den anderen Eintragungen nach Teil 2 Hauptabschnitt 4 Abschnitt 1 KV, nämlich

- der Löschung des Rechts und der Eintragung der Entlassung aus der Mithaft;
- der späteren Veränderungen einer Vormerkung und der Löschung der Vormerkung (für die Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB gelten Besonderheiten);
- der Eintragung und Löschung von Widersprüchen;
- den in KV 14160 aufgeführten Eintragungen.

Unter Veränderung eines eingetragenen Rechts ist alles zu verstehen, was den Inhalt, den Rang und das Subjekt des Rechts ändert oder das Recht belastet (materiell-rechtliche Änderungen). Veränderungen sind:

- die Übertragung oder ein gesetzlicher Forderungsübergang auf einen anderen Rechtsinhaber, also Wechsel in der Person des Berechtigten durch rechtsgeschäftliche Abtretung oder gesetzlichen Übergang wie z.B. Erbfolge, übertragende Umwandlungsvorgänge wie Verschmelzung, Spaltungen und Vermögensübertragung jeweils nach dem UmwG);
- die Belastung eines beschränkten dinglichen Rechts, also die Bestellung eines Pfandrechts oder Nießbrauchs oder die Pfändung eines solchen Rechts;
- die Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld und umgekehrt;
- die Umwandlung einer Sicherungshypothek in eine gewöhnliche Hypothek oder einer Arresthypothek in eine Zwangshypothek;⁵¹
- die Teilung von Hypotheken oder Grundschulden;
- die Verteilung einer Gesamthypothek auf einzelne Grundstücke (§ 1132 BGB);
- der Total-Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek oder Grundschuld (§ 1168 BGB);⁵²
- nach h.M.⁵³ Änderung von Zinssatz, Zahlungs- und Kündigungsbestimmungen;
- die nachträgliche Eintragung eines Rangvorbehalts.

50 So HK-GNotKG/Drempetic, KV 14120 - 14125 Rn. 22.

51 OLG München JurBüro 2010, 484.

52 Verzichtet der Gläubiger eines Gesamtrechts auf das Grundpfandrecht nur an einem Grundstück, fällt die 0,3-Gebühr nach KV 14142 an; Geschäftswert ist Vergleichswert von Nennbetrag des Grundpfandrechts mit dem Grundstückswert (Niedrigstwertprinzip).

53 Dazu Meikel/Böhringer, GBO, § 48 Rn. 161; BGH Rpfleger 2010, 485 = Rpfleger 2010, 576 m. Anm. *Bestelmeyer* = DNotZ 2010, 683 m. Anm. Dietz = ZfIR 2010, 622; *Demharter*, GBO, § 48 Rn. 39; *Böhringer*, Rpfleger 2009, 124.

48 Meikel/Böhringer, GBO, § 48 Rn. 85.

49 Ebenso Leipziger-GNNotKG/Schulz, KV 14123 Rn. 1.

Nicht unter den Begriff „Veränderung von Belastungen“ fallen:

- die Eintragung von Verfügungsbeschränkungen bei dem Recht;
- die nachträgliche Eintragung einer Zwangsvollstreckungsunterwerfungsklausel nach § 800 ZPO (nur prozessrechtliche Erleichterung);
- die nachträgliche Eintragung, dass zur Löschung eines auf Lebenszeit bestellten beschränkten dinglichen Rechts der Nachweis des Todes usw. genügen soll (§ 23 GBO), weil lediglich grundbuchverfahrensrechtliche Löschungserleichterung;
- die Richtigstellung des Namens oder der Firma des eingetragenen Rechtsinhabers und formwechselnde Umwandlungsvorgänge und Umorganisation von Vermögensteilen bei Körperschaften (vgl. Einzelheiten bei Abschn. II Nr. 7).

Die Pfändung eines Erbteils oder die Pfändung eines Anwartschaftsrechts eines Nacherben ist mangels Gebührentatbestands gebührenfrei.

Fraglich ist, ob die nachträgliche Eintragung des Höchstbetrags des Ersatzrechts, der dem Berechtigten im Falle des Erlöschens des Rechts durch den Zuschlag zu ersetzen ist (§ 882 BGB), darunter fällt, oder wohl eher als Inhaltsänderung⁵⁴ zu behandeln ist, also nicht nur lediglich zwangsversteigerungsverfahrenrechtliche Erleichterung darstellt.

2. Eintragungsgebühren

Fraglich bleibt, welche Kostenrechtslage gilt, wenn ein Gesamtrecht verändert wird und die Grundbücher bei demselben oder bei verschiedenen Grundbuchämtern geführt werden und der Antrag bei allen Grundbuchämtern gleichzeitig gestellt wird.

Beispiel: Eine Buch-Gesamtgrundschuld in Höhe von 50 Millionen Euro ist deutschlandweit bei 11 verschiedenen Grundbuchämtern eingetragen und wird von X an Y abgetreten. Welche Gebühren entstehen für die Eintragung der Abtretung, wenn der Eintragungsantrag gleichzeitig bei allen Grundbuchämtern gestellt wird (§ 55a GBO)?

Auszugehen ist von § 55 Abs. 2 GNotKG. Danach werden die Gebühren für jede Eintragung im Grundbuch gesondert erhoben, soweit nichts anderes bestimmt ist. Eine ausdrückliche Bestimmung fehlt bei dem Abschnitt „Veränderung von Belastungen“ im Kostenverzeichnis. Bei diesem ersten Lösungsansatz würden 11 x 0,5-Eintragungsgebühren nach KV 14130 jeweils aus dem Nennbetrag der Gesamtgrundschuld von 50 Mio € erhoben, demnach so, als handele es sich nicht um ein Gesamtrecht an mehreren Grundstücken; insbesondere ist bei den „ferneren“ Eintragungen auch nicht etwa der geringere Grundstückswert maßgebend.

Ein zweiter Lösungsansatz wäre, bei jedem Grundbuchamt die 0,5-Eintragungsgebühr aus dem Wert des Grundstücks

anzusetzen, denn der Wert einer Sicherheit ist zwar zunächst nach dem Nennbetrag der Sicherheit zu bestimmen, dieser Wert ist aber stets durch den Wert des zur Sicherung dienenden Objekts begrenzt; das Sicherungsmittel ist nur so viel Wert wie das belastete Grundstück werthaltig ist. Diesen Gedankengang einer Niedrigwertregelung findet sich als Ausnahmevorschrift auch in § 44 Abs. 1 S. 2 GNotKG.

Ein dritter Lösungsansatz wäre eine Gebührensaterhöhung ähnlich der Regelung der Löschung eines Gesamtgrundpfandrechts in KV 14141. Einer solchen Regelung steht das Argument entgegen, dass die Gebührensaterhöhung expressis verbis nur Eingang gefunden hat bei der Ersteintragung (KV 14122) und der Löschung (KV 14141) eines Gesamtrechts, nicht aber bei Veränderungen eines solchen Rechts.

Vergleicht man die Lösungsansätze, so besteht Klärungsbedarf durch richterliche Rechtsfortbildung.⁵⁵ Beim ersten Lösungsansatz würden im Verhältnis zur Ersteintragungsgebühr bzw. Lösungsgebühr unverhältnismäßig hohe Gebühren (Kostenexplosion) entstehen, was der Systematik des GNotKG und seines Kostenverzeichnisses nicht entspricht. Beim zweiten Lösungsansatz müsste wegen der notwendigen Wertermittlungen bei den einzelnen Grundbuchämtern ein erhöhter Aufwand betrieben werden, was der Gesetzgeber bei den Gesamtrechten grundsätzlich vermeiden wollte. Der Gesetzgeber hat durch KV 14122 und 14141 die Kostenerhebung bei Gesamtrechten deutlich vereinfachen wollen⁵⁶ (Ausnahmen bei § 44 Abs. 1 S. 1 GNotKG, KV 14123 und 14142). Der Wert der belasteten Grundstücke sollte bei gleichzeitiger Antragstellung keinen Einfluss mehr auf die Gebühr haben.⁵⁷ Diese Intention des Gesetzgebers spricht für den dritten Lösungsansatz und außerdem das Argument, dass ein sachlicher Grund für eine Privilegierung nur der Ersteintragung und Löschung des Gesamtrechts nicht ersichtlich ist, zumal sich die vom Grundbuchamt in allen Fällen zu erbringende Leistung nicht unterscheidet.

Auch bei der Gebührenerhebung fragt sich, ob § 18 Abs. 3 GNotKG über seinen Wortlaut hinaus auf Veränderungen eines Gesamtrechts anwendbar sein kann.⁵⁸

Wird das Grundbuch über sämtliche Grundstücke bei demselben Grundbuchamt geführt, so ist vertretbar, die Regelung in KV Vorbem. 1.4 Abs. 3 entsprechend anzuwenden und die 0,5-Veränderungsgebühr nach KV 14130 **nur einmal** zu erheben.

3. Geschäftswert

Der Geschäftswert der Veränderung richtet sich nach Art und Umfang der Veränderung. Beispiele:

- Bei einem Übergang des Rechts ist der Wert des betroffenen Rechts zugrunde zu legen, also z.B. bei

⁵⁵ So auch *Wilsch*, FGPrax 2013, 47, 49.

⁵⁶ BT-Drucks. 17/11471 S. 207.

⁵⁷ BT-Drucks. 17/11471 S. 207.

⁵⁸ *Wilsch*, FGPrax 2013, 47, 49 hofft auf eine Klarstellung durch Rechtsprechung.

⁵⁴ NK-BGB-Krause, § 882 Rn. 5.

Grundpfandrechten der volle Nennbetrag der Schuld (§ 53 Abs. 1 GNotKG);

- bei Belastung eines Rechts durch Pfändung des Rechts/Bestellung eines Pfandrechts gilt § 53 Abs. 2 GNotKG (Betrag der Hauptforderung des Pfändungsgläubigers/Hauptforderung des Pfandrechts oder der geringere Nennbetrag des gepfändeten Grundpfandrechts); ein Nießbrauch an einem Recht wird nach § 52 GNotKG bewertet. Bei Pfändung eines Nießbrauchs oder der Pfändung einer Reallast ist für den Wertvergleich mit dem Betrag der Hauptforderung der nach § 52 Abs. 4 GNotKG berechnete Wert des Nießbrauchs bzw. der Reallast heranzuziehen;
- bei Änderung des Rangs eines eingetragenen Rechts gilt § 45 Abs. 1 GNotKG (vgl. auch Anm. Abs. 2 zu KV 14130);
- bei nachträglicher Eintragung eines Rangvorbehalts richtet sich der Geschäftswert nach § 36 Abs. 1 GNotKG nach billigem Ermessen. Ein Betrag von 10 % des Werts des zur Eintragung vorbehaltenen Rechts dürfte angemessen sein; § 45 Abs. 1 GNotKG ist nicht anzuwenden, insbesondere weil nicht bekannt ist, ob und in welchem Umfang der Rangvorbehalt überhaupt ausgenutzt werden wird;
- bei Änderung des Zinssatzes ist § 52 Abs. 2 i.V.m. § 37 Abs. 2 GNotKG anzuwenden, höchstens der zwanzigfache Jahresbetrag des Differenzbetrags aus bisherigem und geändertem Zinssatz;
- bei Änderung der Kündigungsbedingungen ist das billige Ermessen nach § 36 Abs. 1 GNotKG maßgebend, mangels Anhaltspunkte kann der Regelwert von 5 000 € nach § 36 Abs. 3 GNotKG zugrunde gelegt werden.⁵⁹

VI. Löschung eines Gesamtrechts

1. Dasselbe Grundbuchamt

a. Gesamt-Grundpfandrecht

Die **0,5-Löschungsgebühr** nach KV 14140 wird **nur einmal** aus dem Nennbetrag des Grundpfandrechts erhoben, wenn die Löschanträge **am selben Tag**⁶⁰ beim Grundbuchamt eingehen. Auf den Erledigungszeitpunkt der Anträge kommt es nicht an. Eine Erhöhung der Gebühr nach KV 14141 tritt nicht ein.⁶¹

Gehen die Löschanträge **nicht am selben Tag** beim Grundbuchamt ein, handelt es sich um die Eintragung der Entlassung eines Grundstücks aus der Mithaft, der zeitlich letzte Löschantrag ist als eine Totallöschung des Rechts zu verstehen.⁶² Für die Entlassung aus der Mithaft wird die

0,3-Gebühr nach KV 14142 aus dem Geschäftswert nach dem Niedrigstwert gemäß § 44 Abs. 1 S. 1, § 53 Abs. 1 GNotKG erhoben; für die Totallöschung des Rechts aufgrund des zeitlich letzten Antrags wird die 0,5-Gebühr nach KV 14140 aus dem Geschäftswert gemäß § 44 Abs. 1 S. 2, § 53 GNotKG angesetzt, der niedrigere Wert ist maßgebend.

b. Sonstige Gesamtrechte in Abt. II des Grundbuchs

Nach der Systematik des GNotKG ist zwischen der Löschung von Belastungen in Abt. III des Grundbuchs und „Löschung im Übrigen“ zu unterscheiden. Wird das Grundbuch über sämtliche Grundstücke bei *demselben* Grundbuchamt geführt, so ist vertretbar, die Regelung in KV Vorbem. 1.4 Abs. 3 entsprechend anzuwenden und die Festgebühr von 25 € nach KV 14143 **nur einmal** zu erheben.⁶³ Diese Regelung gilt nur für die ausdrücklich in KV Vorbem. 1.4.1.4 genannten Belastungen. Gleichgültig ist, ob es sich um eine „echte“ oder „fiktive“ Gesamtbelastung handelt.

2. Verschiedene Grundbuchämter

a. Gesamt-Grundpfandrecht

Die 0,5-Löschungsgebühr nach KV 14140 erhöht sich ab dem zweiten beteiligten Grundbuchamt um 0,1 für jedes weitere beteiligte Grundbuchamt (KV 14141). Es kommt nicht zum Ansatz von Einzelgebühren, sondern es ist nur eine einzige Eintragungsgebühr nach KV 14140 mit dem erhöhten Gebührensatz zu erheben und zwar nach § 18 Abs. 3 GNotKG bei dem Gericht, bei dessen Grundbuchamt der Antrag zuerst eingegangen ist. Sind mehrere Grundstücke bei einem der verschiedenen Grundbuchämter mit dem Gesamtrecht belastet, so bleibt es bei dem 0,1-Erhöhungssatz für dieses Grundbuchamt.

KV 14141 ist nur anzuwenden, wenn der Antrag für mehrere Grundbuchämter gleichzeitig bei einem Grundbuchamt gestellt wird oder bei gesonderter Antragstellung, wenn die Anträge innerhalb eines Monats bei allen beteiligten Grundbuchämtern eingehen (Anm. zu KV 14141). Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, so soll für sämtliche Löschungen die 0,5-Gebühr nach KV 14140 gesondert zu erheben sein.⁶⁴ Ich meine, dass es sich dann um die Eintragung der Entlassung aus der Mithaft handelt⁶⁵ (0,3-Gebühr nach KV 14142 aus Niedrigstwert nach § 44 Abs. 1 S. 1, § 53 Abs. 1 GNotKG) und nur der zeitlich letzte Antrag als eine Total-Löschung des Rechts behandelt werden kann (0,5-Gebühr nach KV 1140 aus Niedrigstwert nach § 44 Abs. 1 S. 2, § 53 Abs. 1 GNotKG).⁶⁶

59 Ebenso *Schneider*, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG, § 16 Rn. 112.

60 Analoge Anwendung der Regelung in KV Vorbem. 1.4 Abs. 3 S. 1; ebenfalls für eine Analogie HK-GNotKG/*Rempetic*, KV 14140 – 14143 Rn. 2, 17; Leipziger-GNotKG/*Schulz*, KV 14141 Rn. 2.

61 Ebenso *Schneider*, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG, § 16 Rn. 137.

62 Ebenso Leipziger-GNotKG/*Schulz*, KV 14141 Rn. 2.

63 Analoge Anwendung der Regelung in KV Vorbem. 1.4 Abs. 3 S. 1; ebenfalls für eine Analogie HK-GNotKG/*Drempetic*, KV 14140 – 14143 Rn. 17; Leipziger-GNotKG/*Schulz*, KV 14150 Rn. 2.

64 HK-GNotKG/*Drempetic*, KV 14140 – 14143 Rn. 15; *Schneider*, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG, § 16 Rn. 142.

65 Bei jedem beteiligten Grundbuchamt sind die Einzelgebühren anzusetzen.

66 So auch *Rohs/Wedewer*, KostO, § 68 Rn. 7 zum früheren Recht.

b. Sonstige Gesamtrechte

Fraglich ist, wie die Löschung eines Gesamtrechts, das nicht in Abt. III des Grundbuchs eingetragen ist, gebührenrechtlich zu behandeln ist. Einerseits legt Vorbem. 1.4.1.4 KV ausdrücklich fest, dass der (gesamte) Unterabschnitt 4 für die in der Vorbemerkung genannten Belastungen und somit auch KV 14141 für diese gilt. Andererseits verweist KV 14141 ausdrücklich auf die Gebühr KV 14140, dessen Anwendungsbereich nur für Grundpfandrechte gilt. Ersichtlich handelt es sich wohl nur um eine Privilegierung der Löschung von Gesamtgrundpfandrechten.

Folgt man dieser Lesart und lehnt eine analoge Anwendung auf nicht in Abt. III eines Grundbuchs eingetragene „echte“ und „fiktive“ Gesamtrechte ab, dann ist für die einheitlich beantragte Löschung eines solchen Gesamtrechts bei jedem Grundbuchamt jeweils die Festgebühr von 25 € nach KV 14143 zu erheben.⁶⁷ In Anbetracht der geringen Löschungsgebühr ist das Ergebnis vertretbar.

VII. Eigentumsvormerkung

1. Eintragung

Sollen auf mehreren Grundstücken desselben Eigentümers beim gleichen Grundbuchamt eine Eigentumsvormerkung (für denselben Anspruch) für einen Erwerber eingetragen werden, so fragt sich, ob Vorbem. 1.4 Abs. 3 KV entsprechend angewandt werden kann. Unter der Geltung der KostO wurde nach § 66 Abs. 1 Satz 1 KostO durch einen Rückgriff auf § 60 Abs. 5 und § 63 Abs. 2 KostO eine einzige Eintragungsgebühr erhoben und zwar aus den addierten Grundstückswerten.⁶⁸ Der Gesetzgeber des GNotKG wollte wohl keine Änderung der bisherigen Kostenpraxis herbeiführen, wenn das Grundbuch bei demselben Grundbuchamt geführt wird und die Eintragungsanträge am selben Tag beim Grundbuchamt eingehen.

Werden die Grundbücher bei verschiedenen Grundbuchämtern geführt, so erhebt jedes Grundbuchamt nach § 55 Abs. 2 GNotKG für seine Eintragungen eine gesonderte 0,5-Gebühr nach KV 14 150 GNotKG.

2. Veränderungen

Die Eintragung einer Veränderung bei einer Vormerkung fällt nicht unter KV 14130, weil schon die Vormerkung keine in KV Vorbem. 1.4.1.2 genannte Belastung darstellt. Durch die Eintragungsgebühr in KV 14150 soll auch die Eintragung von Veränderungen einer Vormerkung mitabgegolten sein.⁶⁹ Solche Veränderungen wären die Eintragung eines Rangrücktritts, eines Wirksamkeitsvermerks, die Inhaltsänderung, Abtretung/Verpfändung/Pfändung eines durch Vormerkung gesicherten Anspruchs und die Wiederverwendung einer erloschenen Vormerkung.

⁶⁷ Ebenso HK-GNotKG/*Drempetic*, KV 14140 – 14143 Rn. 15, 16.

⁶⁸ BayObLG v. 27.2.2003, 3Z BR 24/03, unveröffentlicht (zitiert nach juris).

⁶⁹ BT-Drucks. 17/11471 S. 209.

3. Löschung

Kurz vor der Gesetzesverkündung entschied sich der Gesetzgeber für die Einführung einer besonderen Löschungsgebühr von 25 € nach KV 14152, die der Löschungsgebühr für sonstige Rechte in Abt. II des Grundbuchs entspricht (KV 14143). Mit der Festgebühr kommt es nicht mehr zu der oftmals komplizierten Feststellung des Werts der zu sichernden Eintragung.

Es fragt sich, ob Vorbem. 1.4 Abs. 3 KV entsprechend angewandt werden kann bei der Löschung einer Eigentumsvormerkung, die bisher auf mehreren Grundstücken desselben Grundbuchamts denselben Anspruch abgesichert hat und der Löschantrag taggleich bei demselben Grundbuchamt gestellt wurde. Es handelt sich um die umgekehrte Falllage zur Ersteintragung der Vormerkung.

VIII. Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB

1. Erst-Eintragung einer Löschungsvormerkung

Die Eintragung einer Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB ist gebührenrechtlich als Veränderung eines Rechts zu behandeln (Anm. Abs. 1 S. 1 zu KV 14130 GNotKG).

Wird die Löschungsvormerkung **gleichzeitig** mit dem Antrag auf Eintragung des begünstigten Rechts beantragt, handelt es sich um eine gebührenfreie Eintragung der Vormerkung, nur die Eintragung des begünstigten Rechts löst die Gebühr nach KV 14120, 14121 GNotKG aus. Maßgebend ist die gleichzeitige Antragstellung, nicht der Vollzug im Grundbuch. Beispiel: Eingetragen ist in Abt. III Nr. 1 GS für A. Nun wird Eintragung eines neuen nachrangigen Rechts (Reallast) für B beantragt und gleichzeitig der Antrag gestellt, bei GS A eine Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB für B einzutragen. Nur eine einzige Gebühr nach KV 14121 GNotKG für die Eintragung der Reallast ist zu erheben.

Wird die Eintragung der Löschungsvormerkung **später** als die Eintragung des betroffenen Rechts (Reallast) beantragt, gilt sie gebührenrechtlich nicht als Vormerkung, sondern als Rechtsveränderung des zu löschenden Rechts (bei dem also die Vormerkung eingetragen wird); es entsteht die 0,5-Gebühr nach KV 14130 GNotKG.

Beispiel: Eingetragen sind Abt. III Nr. 1 GS für A mit 100.000 €, nachrangig in Abt. II Nr. 1 Reallast für B (Wert: 70.000 €). Später wird beantragt, bei III 1 eine Löschungsvormerkung gem. § 1179 BGB für B einzutragen. Gebühr nach KV 14130 GNotKG aus 70.000 € GW (Niedrigstwertprinzip).

Für die Bestimmung des Geschäftswerts ist die Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB zugunsten eines nach- oder gleichstehenden wie eine Vorrangseinräumung zu behandeln (§ 45 Abs. 2 S. 1 GNotKG). Maßgeblich ist der Wert des vortretenden, höchstens jedoch der Wert des zurücktretenden Rechts (§ 45 Abs. 1 GNotKG).

Hinweis: Unterscheide die Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB streng von der Vormerkung auf Löschung eines dinglichen Rechts (z.B. einer Grundschuld) nach § 883 BGB; für letztere Vormerkung gilt KV 14150 GNotKG.

2. Löschung der Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB

a. Löschung des begünstigten Rechts

Wird die Löschung der Löschungsvormerkung **gleichzeitig** mit dem Antrag auf Löschung des begünstigten Rechts beantragt, so ist hierfür eine besondere Gebühr neben der Gebühr für die Löschung des begünstigten Rechts **nicht** zu erheben; es handelt es sich um eine gebührenfreie Löschung der Löschungsvormerkung, nur die Löschung des begünstigten Rechts löst die Gebühr nach KV 14140, 14143 GNotKG aus. Dies ergibt sich aus dem in KV 14130 Anm. Abs. 1 S. 2 GNotKG aufgestellten Grundsatz, wonach für die gleichzeitig mit der Eintragung des zugunsten des Berechtigten dieses Rechts eingetragene Löschungsvormerkung keine besonderen Gebühren neben der Gebühr für die Eintragung des Rechts erhoben werden.

b. Löschung des mit der Vormerkung belasteten Rechts

Wird das mit der Löschungsvormerkung belastete dingliche Recht (**d.h. wo die Löschungsvormerkung eingetragen** ist, z.B. die vorrangige Grundschuld) gelöscht, so ist grundbuchrechtlich der bisherige Eintrag der Löschungsvormerkung bei dem nun zur Löschung kommenden Recht (im Beispiel die Grundschuld für A) als gegenstandslos zu rötten, wobei die Rötung keinerlei rechtliche Bedeutung hat und keine Löschung im eigentlichen und kostenrechtlichen Sinne darstellt. Es darf nur eine Lösungsgebühr (KV 14140, 14143 GNotKG) nach dem Wert des gelöschten (mit der Vormerkung belasteten) Rechts (im Beispiel die Grundschuld) berechnet werden.

Beispiel: Eingetragen ist in Abt. III Nr. 1 GS für A und dort eine Löschungsvormerkung gem. § 1179 BGB für B. Nun wird die Löschung des Rechts Abt. III Nr. 1 beantragt. Nur eine einzige Gebühr nach KV 14140 GNotKG.

c. Separate Löschung der Vormerkung beim belasteten Recht

Löschungsvormerkungen nach § 1179 BGB sind nicht von KV 14150 GNotKG erfasst, vgl. Anm. Abs. 1 S. 1 zu KV 14130. Kostenrechtlich ist ihre Ersteintragung KV 14130 zuzuordnen.

Wird die Löschung der Löschungsvormerkung bei dem mit ihr belasteten Recht (im Beispielsfall die GS für A) **zeitlich früher** als die Löschung des begünstigten Rechts (im Beispielsfalls Reallast für B) beantragt, ist fraglich, nach welcher Vorschrift eine Lösungsgebühr zu erheben ist.

Nach Anm. Abs. 1 S. 1 zu KV 14130 GNotKG gilt die Löschungsvormerkung gemäß § 1179 BGB hinsichtlich ihrer Eintragung als Veränderung eines Rechts. Aus dieser Fiktion kann aber nicht geschlossen werden, dass auch ihre Löschung als eine Inhaltsänderung zu behandeln ist. Löschungen werden im Kostenrecht stets als solche eingeordnet. Löschungen sind kostenrechtlich etwas anderes als Erst-Eintragungen oder Veränderungen.⁷⁰ Mangels aufgeführtem Tatbestand in der Vorbemerkung 1.4.1.4 kommt die Festgebühr von 25 € nach KV 14143 nicht in Betracht. Es ist anzunehmen, dass auch die Löschung der Löschungsvormerkung nach KV 14152 unter den Begriff „Löschung einer Vormerkung“ fällt.

Beispiel: Eingetragen sind Abt. III Nr. 1 GS für A mit Löschungsvormerkung nach § 1179 BGB für B, nachrangig in Abt. II Nr. 1 Reallast für B. Es wird beantragt, bei III 1 die dort eingetragene Löschungsvormerkung gem. § 1179 BGB für B zu löschen.

IX. Sonstiges

Einsicht in Grundbuch, Grundakte, Hilfsverzeichnisse u.a.

Keine Gebühren werden erhoben für den Aufruf (Einsicht) von Grundbuch, Grundakten, papierne und maschinell geführte Verzeichnisse wie Eigentümerregister, Grundstücksregister und „Markentabelle“ (vgl. Vorbem. 1.1.5 Abs. 1 S. 2 JVKostG; (§§ 12, 12a, 12b, 135 Abs. 2, § 126 Abs. 2 GBO). Mit Ausnahme des Grundbuchs unterfällt ein Ausdruck bzw. Kopie nicht KV 17000 bzw. 17001; allerdings wird die Dokumentenpauschale nach KV 31000 Nr. 1a GNotKG erhoben.⁷¹

Von Urkunden, auf die das Grundbuch Bezug nimmt (§ 874 BGB), von nicht erledigten Eintragungsanträgen sowie aus den Grundakten kann eine Kopie erteilt werden (§ 12 Abs. 2, § 46 GBV). KV 17000 und 17001 GNotKG erfasst diese Fälle nicht, vielmehr ist die Dokumentenpauschale nach KV 31000 Nr. 1a GNotKG zu erheben.

Für die nach § 12 Abs. 4 GBO i.V.m. § 46 a GBV vorzunehmende Protokollierung und Führung des Protokolls ist vom Grundbuchamt – mangels eines Gebührentatbestands im GNotKG – keine Gebühr zu erheben. Erteilt das Grundbuchamt auf Verlangen des Grundstückseigentümers Auskunft darüber, wer Einsicht in das Grundbuch genommen hat, so erfolgt dies – mangels eines Gebührentatbestands im GNotKG und JVKostG – ebenfalls kostenfrei.

⁷⁰ OLG Hamm Rpfleger 1967, 228

⁷¹ Ebenso Schneider, Gerichtskosten nach dem neuen GNotKG, § 20 Rn. 2.

Rechtsprechung

ErbbauRG § 1 Abs. 3

Ein Erbbaurecht in Bezug auf ein grenzüberschreitendes Bauwerk mit nicht selbständigen Gebäudeteilen (sog. Nachbarerbbaurecht) ist mit § 1 Abs. 3 ErbbauRG nicht zu vereinbaren.

OLG Köln, Beschluss vom 06.05.2013, 2 Wx 128/13

Gründe

1. Die Beteiligten zu 1) bis 5) sind im Grundbuch von A, als Eigentümerin des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes eingetragen, wobei die Beteiligten zu 2) und 4) noch mit ihren früheren Familiennamen „B.“ bzw. „L.“ verzeichnet sind.

Mit Schriftsatz vom 07.11.2012 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten eine auszugsweise Ausfertigung seiner Urkunde und einer beglaubigten Abschrift seiner Änderungsurkunde bei dem Grundbuchamt mit dem Antrag eingereicht, eine Vormerkung für den Erbbauberechtigten nach Maßgabe der Bewilligung in § 19 Abs. III Ziffer 1. der Urkunde einzutragen und die Familiennamen der Beteiligten zu 2) und 4) zu berichtigen.

In der Urkunde vom 05.09.2012 erklärten die Beteiligten zu 1) bis 5), der Beteiligten zu 6) an dem im Rubrum bezeichneten Grundbesitz ein Erbbaurecht zu bestellen. In der Präambel des wegen aller seiner weiteren Einzelheiten in Bezug genommen Urkundenauszuges ist ausgeführt, der Erbbauberechtigte beabsichtige, das auf dem im Rubrum bezeichneten Grundbesitz und weiteren Grundstücken der Beteiligten zu 1) bis 5) gelegene Bestandsgebäude zu erwerben, um dieses anschließend abzureißen und ein neues Geschäftshaus zu errichten; hinsichtlich der weiteren Grundstücke würden gesonderte Erbbaurechtsverträge geschlossen.

Weiter heißt es in der Präambel:

„Soweit der Erbbauberechtigte das Bestandsobjekt abgerissen und das Geschäftshaus errichtet haben sollte, soll bei Beendigung des Erbbaurechtes durch Zeitablauf oder Heimfall der Grundstückseigentümer in der Lage sein, durch Abteilung der auf seinem Grundstück befindlichen Gebäudeteile eine separat nutzbare Einheit herzustellen. Die Kosten für diese Abteilung trägt der Erbbauberechtigte. Dem soll durch entsprechende planerische Vorgaben und statische Vorkehrungen bei der zwischenzeitlichen Bebauung des Grundstücks durch den Erbbauberechtigten Rechnung getragen werden. Sollte die Wiederherstellung einer separat nutzbaren Gebäudeeinheit infolge zwischenzeitlicher Rechtsänderungen nicht so, wie von den Parteien beabsichtigt, durchführbar sein, so verpflichten sich die Parteien, auch mit Wirkung für ihre Rechtsnachfolger an einer dem Gewollten im tatsächlichen und wirtschaftlichen Sinne möglichst entsprechenden Lösung mitzuwirken.“

Unter § 2 des Vertrages heißt es:

„Gegenstand des Erbbaurechtsvertrages

2.1 Der Grundstückseigentümer bestellt zugunsten des Erbbauberechtigten an dem Grundbesitz ein Erbbaurecht.

2.1.1 Der Grundbesitz ist zurzeit mit dem Bestandsobjekt bebaut. Das Erbbaurecht erstreckt sich auch auf das über und unter der Oberfläche des Grundbesitzes befindliche Bauwerk mit der Maßgabe, dass dieses, sofern kein Abbruch und Wiederaufbau gemäß Ziffer 2.1.3. erfolgt, so umzubauen ist, dass eine körperlich-bautechnische Teilbarkeit von Nachbargebäuden i.S.v. Ziffer 2.1.3 sichergestellt ist.

2.1.2 Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigter sind darüber einig, dass das Bestandsobjekt mit Entstehung des Erbbaurechts auf den Erbbauberechtigten gemäß § 12 Abs. 1 ErbbauRG als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts übergeht.

2.1.3 Der Erbbauberechtigte hat das Recht, aber nicht die Pflicht, auf seine Kosten jetzt und in Zukunft auf dem Grundbesitz vorhandene Bauwerke (und zwar sowohl solche, die bereits bei Begründung des Erbbaurechts vorhanden sind als auch solche, die der Erbbauberechtigte erst in Ausübung des Erbbaurechts neu errichtet hat) ganz oder teilweise abzubauen („Abbruch“). Im Falle des Abbruchs ist er verpflichtet, den Grundbesitz wieder mit einem mindestens gleichwertigen Gebäude mit mindestens gleicher Nutzfläche zur gewerblichen Nutzung zu bebauen („Wiederaufbau“) vorbehaltlich der dann zu diesem Zeitpunkt geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Er ist berechtigt, das vorhandene oder neu zu errichtende Bauwerk in einen Zusammenhang mit anderen Gebäuden zu integrieren bzw. mit diesen zu verbinden, welche auf angrenzenden Grundstücken und dem hier betroffenen Grundbesitz errichtet werden können. Im Falle einer verbindenden Bebauung unter Einbeziehung des dem Grundstückseigentümer gehörenden Grundbesitzes ist jedoch der Erbbauberechtigte verpflichtet, durch entsprechende planerische Vorgaben und statische Vorkehrungen die Gestaltung des Bauwerks so vorzunehmen, dass eine Abtrennung zu einer separat nutzbaren Einheit statisch vorgesehen und tatsächlich möglich ist und das innerhalb der katastermäßigen Grenzen liegende Gebäude dergestalt über- und unterirdisch auf Kosten des Erbbauberechtigten umgebaut und abgeteilt werden kann, dass es jeweils in dimensionsgerechter Ausführung über einen eigenen Eingang, ein eigenes Treppenhaus sowie alle öffentlich-rechtlichen Versorgungseinrichtungen (z.B. Wasser, Abwasser, Strom, Gas, Telekommunikation usw.) verfügt; außerdem muss eine eigene Heizung und eigene Wasserversorgung für den Grundstückseigentümer auf Kosten des Erbbauberechtigten bei Beendigung des Erbbaurechts wieder hergestellt werden können („körperlichbautechnische Teilbarkeit von Nachbargebäuden“). Sämtliche Giebelwände und Öffnungen sind

entsprechend den dann gültigen behördlichen Bestimmungen herzustellen, zu verputzen und alle Installationsleitungen zu trennen. Der Erbbauberechtigte ist verpflichtet, auf seine Kosten alle notwendigen baulichen Maßnahmen zu einer solchen ggf. erforderlich werdenden Abteilerung vorzunehmen. Die Planung und die Bauarbeiten erledigt der Erbbauberechtigte in eigener Verantwortung. Die notwendigen Genehmigungen werden vom Erbbauberechtigten beantragt.“

In dem Änderungsvertrag vom 06.11.2012 heißt es:

„1. Die Präambel des Erbbaurechtsvertrages wird am Ende vor dem Satz „Die Parteien vereinbaren daher Folgendes:“ um folgenden Absatz ergänzt:

Es wird klargestellt, dass das Geschäftshaus – auch wenn es von seinem äußeren Erscheinungsbild her sich als ein Gebäude darstellt –, sich in seinem körperlich-bautechnischen Grundaufbau aus mehreren selbständigen Gebäuden zusammensetzen soll, die auf die jeweiligen Erbbaurechtsflächen begrenzt sind und – nach Vornahme entsprechender Umbauten, – auch als eigenständige Geschäftshäuser genutzt werden können.“

2. In Ziff. 2.1.3 des Erbbaurechtsvertrages wird vor der Klammerdefinition („körperlich-bautechnische Teilbarkeit von Nachbargebäuden“) ein Punkt gemacht und die folgenden Sätze wie folgt neu gefasst:

„Soweit sich aus § 1 Abs. (3) ErbbauRG weitergehende Anforderungen an die Wahrung der Selbständigkeit der Gebäude ergeben, sind diese bei der verbindenden Bebauung zusätzlich zu beachten („Körperlich-bautechnische Teilbarkeit von Nachbargebäuden“).

Spätestens bis zur Beendigung des Erbbaurechts muss der Rückbau der verbindenden Bebauung entsprechend dem Vorstehenden durchgeführt worden sein. Sämtliche Giebelwände und Öffnungen sind dann entsprechend den dann gültigen behördlichen Bestimmungen wieder herzustellen, zu verputzen und alle Installationsleitungen zu trennen. Die Planungen und die Bauarbeiten erledigt der Erbbauberechtigte in eigener Verantwortung. Die notwendigen Genehmigungen werden vom Erbbauberechtigten beantragt. Die Kosten trägt der Erbbauberechtigte. „

Mit Schriftsatz vom 13.02.2013 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten seine Änderungsurkunde vom 11.01.2013 eingereicht.

Darin ist unter Bezugnahme auf den Erbbaurechtsvertrag nebst Änderungsurkunde ausgeführt:

„Der Vertrag sieht vor dem Hintergrund der Tatsache, dass die Zulässigkeit eines sog. Nachbarerbbbaurechts in Rechtsprechung und Literatur noch nicht abschließend geklärt ist, vor, dass im Falle einer im Erbbaurechtsvertrag näher beschriebenen verbindenden Bebauung die körperlich-bautechnische Teilbarkeit des Gebäudes von Gebäuden auf angrenzenden Grundstücken gewahrt bleiben muss. Als Teil der dinglichen Bauverpflichtung des Erbbaurechts ist verein-

bart, dass spätestens bis zur Beendigung des Erbbaurechts die vollständige Trennung der Gebäude vollzogen sein muss.

In Konkretisierung und Ergänzung dieser Bestimmungen vereinbaren wir nunmehr Folgendes:

Eine Verbindung des Gebäudes mit angrenzenden Gebäuden auf Nachbargrundstücken hat ggf. so zu erfolgen, dass die körperlich-bautechnische Teilbarkeit des Gebäudes gewahrt bleibt. Dies bedeutet: Jedenfalls das Fundament und das unmittelbar über dem Fundament liegende Untergeschoss werden vollkommen getrennt von dem Nachbargebäude errichtet, wobei stabilisierende Verzahnungen, Öffnungen und Einbauten (wie z.B. Lüftungskanäle oder Fußbodenbekleidung) zulässig sind. Sämtliche darüber liegenden Geschosse können zwar mit Nachbargebäuden durchgehend verbunden sein. Jedoch muss der spätere Einbau einer durchgehenden Trennmauer zum Nachbargebäude entlang der Grundstücksgrenze bereits planerisch berücksichtigt und müssen entsprechende Vorrüstungen dafür vorgenommen worden sein, so dass sichergestellt ist, dass das Gebäude zu einem vollkommen getrennten, eigenständigen Gebäude ausgebaut werden kann. In Bezug auf Ver- und Entsorgungsleitungen ist für jedes Gebäude bereits eine Anschlussmöglichkeit an das öffentliche Leitungsnetz vorgesehen. Auch innerhalb des Gebäudes sind die Ver- und Entsorgungsleitungen jedenfalls in ihren Grundzügen schon vorhanden. Eine eigene Zugangsmöglichkeit zum Gebäude von der Reihstraße und der Adalbertstraße (Erdgeschoss) aus muss vorhanden oder zumindest vorgerüstet sein. Treppenhäuser in dimensionsgerechter Ausführung werden – soweit nicht bereits vorhanden – zumindest planerisch berücksichtigt und können bei einer völligen Abtrennung des Gebäudes an im Gebäude schon jetzt berücksichtigten Trennstellen eingebaut werden. Insgesamt hat sich das Gebäude im Falle einer verbindenden Bebauung so darzustellen, dass sich aus der tatsächlich vorhandenen bautechnisch-körperlichen Beschaffenheit und den Bauplänen ergibt, dass es sich von seiner Grundausrichtung her um ein selbständiges Gebäude handelt, bei dem lediglich die abschließenden, zu einer endgültigen Trennung führenden Baumaßnahmen mit einer vollkommen eigenständigen Statik, Trennmauern, Zugängen und Treppenhäusern sowie eigenständigen Versorgungssystemen in Bezug auf Wasser, Abwasser, Strom, Heizung etc. („abschließende Baumaßnahmen“) zunächst noch nicht durchgeführt wurden.

Eine verbindende Bebauung zu Nachbargebäuden ist nur zulässig, wenn diese ebenfalls körperlich – bautechnisch teilbar sind.

Teil der dinglichen Bauverpflichtung des Erbbaurechts bleibt auch im Falle einer verbindenden Bebauung, die abschließenden Baumaßnahmen durchzuführen und ein vollständig real getrenntes eigenständiges Geschäftshaus zu errichten. Diese abschließenden Baumaßnahmen müssen spätestens durchgeführt worden sein

- im Falle der Beendigung des Erbbaurechts durch Zeitablauf unmittelbar vor dem Zeitablauf

- im Falle des Heimfalls unmittelbar vor Vollzug des Heimfalls durch Rückübertragung des Erbbaurechts auf den Eigentümer
- im Falle des Abbruchs oder der Abtrennung eines angrenzenden Nachbargebäudes zeitgleich zu diesen Baumaßnahmen.

Wir stellen vorsorglich klar, dass die abschließenden Baumaßnahmen auch jederzeit früher durchgeführt werden können und der Erbbauberechtigte das Gebäude auch von Anfang an als selbständiges, vollständig abgetrenntes Gebäude errichten kann.“

Durch Beschluss vom 25.02.2013 hat die Rechtspflegerin des Grundbuchamtes den Antrag vom 07.11.2012 auf Eintragung einer Vormerkung für den Erbbauberechtigten zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss wenden sich die Beteiligten mit der Beschwerdeschrift ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 22.03.2013. Die Beschwerde macht geltend, weder handle es sich vorliegend um ein Nachbarerbaurecht noch sei ein solches unzulässig; wegen der Einzelheiten wird auf die Beschwerdebegründung vom 22.03.2013 Bezug genommen. Die Rechtspflegerin des Grundbuchamts hat durch Beschluss vom 28.03.2013 der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

2. Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Grundbuchbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg; das Grundbuchamt hat den mit Schriftsatz vom 07.11.2012 eingereichten Antrag auf Eintragung einer Vormerkung für den Erbbauberechtigten mit Recht abgelehnt, weil ein durch Vormerkung sicherbarer Anspruch der Beteiligten zu 6) nicht entstanden ist.

Die Bestellung des Erbbaurechts gemäß der Urkunde vom 05.09.2012 in Verbindung mit den Änderungsurkunden vom 06.11.2012 und vom 11.01.2013 verstößt gegen § 1 Abs. 3 ErbbauRG. Nach dieser Bestimmung ist die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes unzulässig.

a) Aus dieser Regelung folgt, dass die Bestellung eines sog. Nachbarerbaurechts, also die Einräumung des Rechts, auf dem betreffenden Einzelgrundstück den darauf befindlichen unselbständigen Teil eines sich über mehrere Grundstücke erstreckenden Gebäudes zu haben, unzulässig ist. Zwar beschränkt eine in Rechtsprechung (OLG Düsseldorf DNotZ 1974, 698; OLG Stuttgart 1975, 786) und Literatur (vgl. Staudinger/Rapp, ErbbauRG, Stand Nov. 2008, § 1 Rn. 34; Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 9. Aufl. 2010, § 1 Rn. 99 ff.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1694; Castor, Das Nachbarerbaurecht, 2005, S. 90) vertretene Ansicht das Verbot des § 1 Abs. 3 ErbbauRG auf eine horizontale Teilung. Der Senat vermag sich indes einer solchen einschränkenden Auslegung nicht anzuschließen; er folgt der Gegenansicht (von Oefele, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl. 2012, Rn. 3.84; MünchKomm/von Oefele, 5. Aufl. 2009, § 1 ErbbauRG Rn. 55 f.; Palandt/Bassenge, 72. Aufl. 2013, § 1 ErbbauRG Rn. 11; wohl auch Hügel/Otto, GBO, 2. Aufl. 2010, Stichwort „Erbbaurecht“, Rn. 76). Die Vorschrift er-

fasst auch eine mit einer grenzüberschreitenden Bebauung und der Bestellung eines Nachbarerbaurechts verbundene grenzbezogene, vertikale Teilung. Eine Beschränkung des Verbots nach der Art der Teilung ist der Vorschrift nicht zu entnehmen, bei dem dort genannten Stockwerkseigentum handelt es sich ersichtlich lediglich um ein Beispiel („insbesondere“), ohne dass sich dem eine Beschränkung auf Fälle horizontaler Teilung entnehmen ließe. Zudem zieht die Zulassung von Nachbarerbaurechten die Gefahr des Auseinanderfallens von Rechten nach sich (s. insoweit auch BGH WM 1973, 999), zu deren Abwendung die Vertreter einer einschränkenden Auslegung des § 1 Abs. 3 ErbbauRG keine geeigneten Mittel aufzeigen. Da einzelne Erbbaurechte rechtlich selbständig sind, können sie an verschiedene Erwerber veräußert sowie verschieden belastet und dann getrennt versteigert werden, ferner kann nur bezüglich einzelner Rechte der Heimfall oder eine Aufhebung erfolgen; die Folge wäre, dass unselbständige Gebäudeteile im Eigentum verschiedener Erbbauberechtigter bzw. Eigentümer stünden (von Oefele Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl. 2012, Rn. 3.76 f.; MünchKomm/von Oefele, 5. Aufl. 2009, § 1 ErbbauRG Rn. 56). Damit sind auch und gerade bei einer gedachten vertikalen Teilung eines Gebäudes durch eine Grundstücksgrenze Streitigkeiten insbesondere über die Benutzung und Instandhaltung der Gebäudeteile angelegt, die mit der Regelung des § 1 Abs. 3 ErbbauVO verhindert werden sollten (vgl. Castor a.a.O., S. 77).

Dass aufgrund der geltenden Regelung des § 1 Abs. 3 ErbbauRG sog. Nachbarerbaurechte nicht als zulässig anzusehen sind, weshalb deren Zulässigkeit einer Gesetzesänderung bedürfte, ergibt sich auch aus einem anderen Umstand: Denn der Gesetzgeber ist bei Schaffung der Sonderregelung des § 39 Abs. 3 SachenRBERG, durch welche u.a. die Zulässigkeit von Nachbarerbaurechten in den neuen Bundesländern begründet wurde, nicht davon ausgegangen, dass ein Nachbarerbaurecht unter der geltenden Regelung des § 1 Abs. 3 ErbbauRG (seinerzeit ErbbauRVO) zulässig ist, dies ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien: In der Begründung des Regierungsentwurfs zu den §§ 39 – 41 SachenRBERG (Bundestagsdrucksache 12/5992, S. 78) ist ausgeführt:

„Nach dem Entwurf können deshalb

- *mehrere Erbbaurechte an einem Grundstück im Gleichrang an erster Rangstelle bestellt werden,*
- *sog. Gesamterbaurechte bestellt werden, die sich auf mehrere Grundstücke erstrecken,*
- *unter bestimmten Voraussetzungen auch Erbbaurechte auf dem benachbarten Grundstück zur Absicherung einer sich auf dieses Grundstück erstreckenden Bebauung bestellt werden (sog. Nachbarerbaurechte).*

Die in §§ 39 ff. vorgesehenen Neuregelungen sind nicht das Ergebnis eines besonderen Drangs nach Innovationen im Bereich des Sachenrechts oder eine Vorwegnahme einer Novellierung der ErbbauVO. Sie beruhen vielmehr auf der Notwendigkeit, angesichts der vorgefundenen, vielfach verworrenen Verhältnisse an den Grundstücken im Beitrittsge-

biet und der meist noch unzureichenden Ausstattung in den Verwaltungen den Interessenausgleich zwischen den Grundstückseigentümern und den Nutzern vornehmen und dabei verkehrsfähige und beleihbare Rechte an den Grundstücken begründen zu müssen. Die Sachenrechtsbereinigung steht dazu unter einem erheblichen Zeitdruck; die gesetzlichen Grundlagen müssen, will man den Betroffenen nicht auf lange Zeit Rechtsunsicherheit zumuten und Investitionshindernisse hinnehmen, so schnell wie es eben geht geschaffen werden. Unter diesen Umständen sind auch atypische und nicht immer einfach zu begründende Vertragsgestaltungen eher zu vertreten als ein langes Zuwarten bis eine der Bebauung entsprechende Gestaltung der Grundstücksgrenzen vorliegt.“

Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber lediglich im Anwendungsbereich des SachenRBERG, der neuen Bundesländer, eine Zulässigkeit von Nachbarerbbauerechten begründen wollte, für die allgemeine Zulässigkeit dieses Rechtsinstituts indes eine „Novellierung der ErbbauRVO“ für erforderlich hielt; zu einer solchen Änderung der ErbbauRVO/des ErbbauRG, insbesondere der Bestimmung des § 1 Abs. 3, ist es bislang nicht gekommen. Zudem folgt aus der Einzelbegründung des Regierungsentwurfs zu § 39 Abs. 3 SachenRBERG (S. 137), dass mit der Vorschrift für das Beitrittsgebiet eine Sonderregelung zur Vermeidung der im Falle der nur in ein Grundstück oder Erbbaurecht betriebenen Zwangsvollstreckung oder eines nur von einem Grundstückseigentümer geltend gemachten Heimfallanspruchs zu Tage tretenden Probleme beabsichtigt war. Vor diesem Hintergrund ist de lege lata die Bestellung von Nachbarerbbauerechten außerhalb des Anwendungsbereichs gesetzlicher Sonderregelungen als unzulässig anzusehen.

Es besteht auch kein unabweisbares Bedürfnis, nach geltendem Recht die Einräumung von Nachbarerbbauerechten zuzulassen. Denn ein Erbbaurecht bei grenzüberschreitenden Bauwerken kann grundsätzlich in Gestalt eines nach allgemeiner Auffassung zulässigen Gesamterbbauerechts bestellt werden, bei dem die aufgezeigte Gefahr eines Auseinanderfallens der Rechtsinhaberschaft nicht besteht. Dass die Bestellung eines Gesamterbbauerechts in der Praxis auf Hindernisse stoßen kann, wenn einzelne Eigentümer nicht zu einer einheitlichen Erbbaurechtsbestellung bereit sind, beruht auf deren autonomer Entscheidung und bildet keinen hinreichenden Grund für eine Zulassung von Nachbarerbbauerechten auf der Grundlage des § 1 Abs. 3 ErbbauRG. Nach Auffassung des Senats ist daher eine entsprechende Regelung dem Gesetzgeber vorbehalten, wenn er hierfür, wie schon im Zusammenhang mit § 39 Abs. 3 SachenRBERG geschehen, ein Bedürfnis der Rechtspraxis sieht.

b) Entgegen der Ansicht der Beschwerde handelt es sich bei dem Erbbaurecht gemäß der Urkunde vom 05.09.2012 in Verbindung mit den Änderungsurkunden vom 06.11.2012 und vom 11.01.2013 um ein nach den aufgezeigten Maßstäben unzulässiges Nachbarerbbauerecht, weil eine Selbständigkeit der auf den jeweiligen Grundstücken gelegenen Gebäudeteile für den Fall des Auseinanderfallens der Rechtszuständigkeit nicht gewährleistet ist.

Dies folgt – unabhängig voneinander – sowohl aus der Beschaffenheit des Bestandsgebäudes und der insoweit getroffenen Vereinbarungen als auch aus den vertraglichen Regelungen betreffend das für den Fall eines Abbruchs des Bestandsgebäudes zu errichtende Geschäftsgebäude.

Das eingeräumte Erbbaurecht erstreckt sich auch auf das vorhandene Bestandsgebäude, denn ein Erbbaurecht besteht gemäß § 1 Abs. 1 ErbbauRG in dem Recht, auf oder unter der Oberfläche ein Bauwerk zu „haben“, sodass nicht nur ein noch zu errichtendes Bauwerk erfasst wird. Dass aufgrund des vorliegenden Bauzustandes eine Selbständigkeit der auf den jeweiligen Grundstücksflächen gelegenen Gebäudeteile nicht vorliegt, ergibt sich aus dem Vorbringen der Beschwerde, wonach das Gebäude zwar in Teilbereichen Elemente eines selbständigen Gebäudes, wie etwa einen eigenen Zugang von der Reichstraße, ein eigenes Treppenhaus im Hinterhaus sowie Giebeltrennwände aufweise, dies aber „in weiten Bereichen“ nicht zutrefte, weshalb nach der Darstellung der Beschwerde mehr gegen als für die Annahme eines selbständigen Gebäudes spreche. Die damit fehlende Selbständigkeit wird nicht durch die unter Ziffer 2.1.1. des Vertrages vom 05.09.2012 für den Fall des Nichtabrisses vereinbarte Umbauverpflichtung hergestellt. Denn in der Zeit bis zu einem entsprechenden Umbau des Bestandsgebäudes kann – zumal eine bestimmte Fälligkeit der Umbauverpflichtung nicht vorgesehen ist – aufgrund eines der oben unter a) aufgeführten Umstände ein Auseinanderfallen der Rechte eintreten, bevor die im Vertrag genannte „körperlich-bautechnische Teilbarkeit“ herbeigeführt ist, so dass die Gefahr des Bestehens unterschiedlicher Rechte an nicht selbständigen Bauwerkteilen nicht gebannt ist.

Im Ergebnis nichts anderes gilt für das Geschäftsgebäude. Denn nach der Regelung in dem Änderungsvertrag vom 06.11.2012 muss der Rückbau der verbindenden Bebauung „entsprechend dem Vorstehenden“ (d.h. entsprechend der unter Ziffer 2.1.3. des Vertrages vom 05.09.2012 zur Herstellung einer Trennbarkeit vorgesehenen bautechnischen Maßnahmen) „spätestens bis zur Beendigung des Erbbaurechts“ durchgeführt worden sein; die Änderungsurkunde vom 11.01.2013 sieht als Zeitpunkte, in denen die abschließenden Baumaßnahmen spätestens durchgeführt sein müssen, die Beendigung des Erbbaurechts, den Vollzug des Heimfalls sowie den Abbruch bzw. die Abtrennung eines angrenzenden Nachbargebäudes vor. Dadurch aber wiederum ist eine Selbständigkeit der auf den jeweiligen Grundstücken gelegenen Gebäudeteile für den Fall einer Änderung der Rechtsinhaberschaft vor Beendigung des Erbbaurechts aus anderen Gründen, sei es etwa durch Veräußerung oder aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, nicht gewährleistet, so dass es während des Bestehens des Erbbaurechts zu einem Auseinanderfallen der Rechtsinhaberschaft und hierdurch zu Streitigkeiten kommen kann, auf deren Vermeidung die Regelung des § 1 Abs. 3 ErbbauRG abzielt. [...]

Mitgeteilt durch Werner Sternal

Aktuelles im IPR/aus dem Ausland

von Notarvertreterin Franziska Beller, Stuttgart und Notarin im Landesdienst Michaela Wahl, Kirchheim/Teck

Internationales Scheidungsrecht – Die Umsetzung der ROM-III-Verordnung im deutschen Recht

Am 21. Juni 2012 trat die *Verordnung zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung anwendbaren Rechts* (sog. ROM III-VO) in den teilnehmenden 14 Mitgliedsstaaten in ihren wesentlichen Teilen in Kraft. Sie verdrängt seither in ihrem Anwendungsbereich das nationale Recht und gilt für alle seit 21. Juni 2012 neu eingeleiteten Verfahren in Bezug auf Scheidungen und Trennungen ohne Beseitigung des Ehebandes für alle Personen (soweit ein internationaler Vorgang vorliegt), gleichgültig aus welchem Staat diese Personen kommen. Sie regelt das anzuwendende Recht, nicht aber in welchen Fällen deutsche Gerichte für die Durchführung der Scheidung zuständig sind (dies ist weiterhin in der sog. Brüssel IIa-VO geregelt).

In Deutschland wurde die Verordnung durch das *Gesetz zur Anpassung der Vorschriften des Internationalen Privatrechts an die VO (EU) Nr. 1259/2010 und zur Änderung anderer Vorschriften des Internationalen Privatrechts*¹ umgesetzt, welches am 29. Januar 2013 in Kraft getreten ist. Der deutsche Gesetzgeber hat damit neben der Anpassung der IPR-Vorschriften an die ROM III-VO das IPR des Versorgungsausgleichs (Art. 17 Abs. 3 EGBGB n.F.) umgestaltet sowie mit Art. 17 Abs. 1 EGBGB n.F. einen neuen kollisionsrechtlichen Tatbestand für die bislang nicht geregelten Fragen der Vermögensauseinandersetzung geschaffen. Zudem erlaubt Art. 48 EGBGB n.F. nun die Wahl eines in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union erworbenen Namens bei Geltung deutschen Namensrechts.

Die neuen Regelungen sind gem. Art. 229 § 28 EGBGB in allen Verfahren anwendbar, die nach ihrem Inkrafttreten eingeleitet werden.

Rechtswahl bei der Scheidung

Ehegatten können für die Scheidung ihrer Ehe das Recht des Staates wählen

- in dem sie zum Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, oder
- in dem die Ehegatten zuletzt ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, wenn einer von ihnen zum Zeitpunkt der Rechtswahl dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder
- dessen Staatsangehörigkeit einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl besitzt (bei mehreren Staatsangehörigkeiten alle diese Rechtsordnungen) oder
- in dem sich das angerufene Gericht befindet

Die Rechtswahl muss grundsätzlich vor der Einleitung des Scheidungs- oder Trennungsverfahrens getroffen werden, es sei denn, das Recht des angerufenen Gerichts (die lex fori) lässt eine Rechtswahl noch während des Verfahrens zu. In Deutschland lässt Art. 46d Abs. 2 EGBGB n.F. die Rechtswahl „auch noch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug“ zu.

Nach Art. 7 Abs. 1 S. 1 der ROM III-VO bedarf die Rechtswahl der Schriftform und der Datierung und Unterzeichnung durch beide Ehegatten, den Mitgliedsstaaten ist es gestattet, zusätzliche Formvorschriften vorzuschreiben. Deutschland hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Gem. Art. 46 d Abs. 1 EGBGB bedarf die Rechtswahl der notariellen Beurkundung. Gleichzeitig wird festgestellt, dass § 127a BGB entsprechend gilt, somit wird die notarielle Beurkundung durch die Aufnahme der Rechtswahl in einem gerichtlichen Vergleich oder mangels gegenseitigen Nachgebens durch Aufnahme in einem gerichtlichen Protokoll ersetzt.

Haben die Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt in verschiedenen teilnehmenden Mitgliedsstaaten, welche unterschiedliche Formvorschriften vorsehen, so genügt die Einhaltung der Formvorschriften eines Mitgliedsstaates, auch wenn es schwächere Formvorschriften vorsieht. Hat einer der Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland und der andere Ehegatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in keinem der teilnehmenden Mitgliedsstaaten, so ist das deutsche strenge Formerfordernis einzuhalten (Art. 7 Abs. 4 ROM III-VO).

Versorgungsausgleich

Nach Art. 17 Abs. 3 S.1 EGBGB n.F. unterliegt der Versorgungsausgleich dem nach der ROM III-VO auf die Scheidung anzuwendenden Recht. Der Versorgungsausgleich ist jedoch von Amts wegen nur durchzuführen, wenn das auf die Scheidung anzuwendende Recht deutsches Recht ist und das Heimatrecht wenigstens eines der Ehegatten den Versorgungsausgleich kennt. Das anzuwendende Recht wird durch Art. 8 der ROM III-VO bestimmt, wodurch es zu Änderungen gegenüber dem bisherigen Recht kommen kann.

Der Versorgungsausgleich ist auf Antrag eines Ehegatten nach neuem Recht durchzuführen, wenn einer der Ehegatten in der Ehezeit ein Anrecht bei einem inländischen Versorgungsträger erworben hat, sofern dem nicht Billigkeitsgründe entgegenstehen. Somit kann ein geringes Versorgungsanrecht in Deutschland dazu führen, dass ein Versorgungsausgleich nach deutschem Recht auf Antrag stattfindet, welcher umfangreiche ausländische Anrechte umfasst (hier kommt ein schuldrechtlicher Ausgleich gem. § 19 Abs. 2 Nr. 4 VersAusglG in Betracht).

Gem. Art. 229 § 28 Abs. 2 EGBGB ist Art. 17 Abs. 3 EGBGB a.F. weiterhin anzuwenden, wenn das Verfahren auf Ehescheidung vor dem 29. Januar 2013 eingeleitet worden ist.

¹ BGBl. 2013 Teil I Nr. 3.

Vermögensrechtliche Scheidungsfolgen

Art. 17 Abs. 1 EGBGB n.F. regelt nunmehr, dass vermögensrechtliche Scheidungsfolgen, welche nicht von anderen Vorschriften des dritten Abschnitts erfasst sind, dem nach der ROM III-VO auf die Scheidung anzuwendenden Recht unterliegen (etwa die Nutzungsbefugnis an der im Ausland belegenen Ehwohnung oder dem deutschen Recht unbekannte Entschädigungs- oder Schadensersatzansprüche eines Ehegatten, der die Scheidung nicht verschuldet hat). Die Vorschrift ist anzuwenden, wenn das Verfahren auf Ehescheidung nach dem 28. Januar 2013 eingeleitet worden ist (Art. 229 § 28 Abs. 1 EGBGB).

Deutschland / Frankreich: Güterstand der Wahl-Zugewinn- gemeinschaft

Am 1. Mai 2013 trat das *Abkommen vom 4. Februar 2010 zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik über den Güterstand der Wahl-Zugewinngemeinschaft (WZGA)* sowie das entsprechende deutsche Umsetzungsgesetz in Kraft.²

Das Abkommen enthält dabei keine Kollisionsvorschriften, sondern stellt lediglich einen neuen Güterstand, nämlich die Wahl-Zugewinngemeinschaft, bereit. Dieser steht allen Ehegatten, für die deutsches oder französisches Güterrecht anwendbar ist, offen. Er muss durch Ehevertrag vereinbart werden. Inhaltlich ähnelt die Wahl-Zugewinngemeinschaft dem deutschen gesetzlichen Güterstand. Es gibt jedoch unter anderem Besonderheiten bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs. Beim Tod eines Ehegatten findet zudem keine Erhöhung des Ehegattenerbteils um ein Viertel nach § 1371 Abs. 1 BGB statt. Vielmehr wird der Zugewinnausgleich nur schuldrechtlich durchgeführt.

In der notariellen Praxis ist insbesondere auch Art. 5 WZGA zu beachten. Dieser ordnet eine absolute Verfügungsbeschränkung für Rechtsgeschäfte über Haushaltsgegenstände und über Rechte, durch welche die Familienwohnung gesichert wird, an. Darunter fällt zum Beispiel die Veräußerung oder Vermietung der Familienwohnung. Solche Rechtsgeschäfte sind nur mit Zustimmung des anderen Ehegatten wirksam. Eine Eintragung dieser Verfügungsbeschränkung im Grundbuch ist ausgeschlossen. Ein gutgläubiger Erwerb eines Dritten ist dennoch ausdrücklich nicht möglich.

Europa: Berichtigung von Art. 83 Abs. 3 EU-ErbVO

Art. 83 Abs. 3 der Europäischen Erbrechtsverordnung (EU-ErbVO), welche die Zulässigkeit sowie die materielle und formelle Wirksamkeit von vor dem 17. August 2015 errichteten Verfügungen von Todes wegen regelt, wurde berichtigt.³

Anstatt:

„(3) Eine vor dem 17. August 2015 errichtete Verfügung von Todes wegen ist zulässig sowie materiell und formell wirksam, wenn sie die Voraussetzungen des Kapitels III erfüllt oder wenn sie nach den zum Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung geltenden Vorschriften des Internationalen Privatrechts in dem Staat, in dem der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, oder in einem Staat, dessen Staatsangehörigkeit er besaß, zulässig sowie materiell und formell wirksam ist.“

Muss es heißen:

*„(3) Eine vor dem 17. August 2015 errichtete Verfügung von Todes wegen ist zulässig sowie materiell und formell wirksam, wenn sie die Voraussetzungen des Kapitels III erfüllt oder wenn sie nach den zum Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung geltenden Vorschriften des Internationalen Privatrechts in dem Staat, in dem der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, oder in einem Staat, dessen Staatsangehörigkeit er besaß, **oder in dem Mitgliedstaat, dessen Behörde mit der Erbsache befasst ist, zulässig sowie materiell und formell wirksam ist.**“*

Belgien: Entwicklungen im Familien- und Erbrecht

Betreuungsrecht / Vorsorgevollmacht

Das Gesetz vom 17.03.2013 zur Reform der Statuten der Geschäftsunfähigkeit und zur Einführung eines Schutzstatus im Einklang mit der Menschenwürde, das am 01. Juni 2014 in Kraft treten wird, führt ein Einheitsstatut für Volljährige ein, die wegen ihres Gesundheitszustandes nicht mehr in der Lage sind, ihre persönlichen und vermögensrechtlichen Belange wahrzunehmen. Es wird sowohl ein außergerichtlicher Schutz durch eine Vorsorgevollmacht als auch ein gerichtlicher Schutz in Form einer Verwaltung geregelt. Die außergerichtliche Schutzmaßnahme hat Vorrang vor der gerichtlichen. Es besteht auch die Möglichkeit, außergerichtliche und gerichtliche Schutzmaßnahmen zu ergänzen.

Die Vorsorgevollmacht kann von einem geschäftsfähigen Volljährigen oder einem für mündig erklärten Minderjährigen, der nicht von einer gerichtlichen Schutzmaßnahme betroffen ist, errichtet werden. Die Vorsorgevollmacht findet jedoch nur auf vermögensrechtliche Angelegenheiten Anwendung und ist in einem von der Königlichen Föderation des Belgischen Notariats geführten Register zu registrieren. Möglich ist sowohl die Erteilung einer Vollmacht für den Zeitraum vor und während der Geschäftsunfähigkeit als auch einer Vollmacht, die nur für den Zeitraum einer zukünftigen Geschäftsunfähigkeit erteilt wird. In diesem Fall obliegt es dem Bevollmächtigten, sich ggf. ein ärztliches Attest ausstellen zu lassen. Im Zweifelsfall kann der Friedensrichter über die Ausübung der Vollmacht entscheiden.

Die Verwaltung kennt zwei Formen, den Beistand und die Vertretung, und kann sich sowohl auf die vermögensrechtlichen als auch auf die persönlichen Angelegenheiten beziehen. Der Friedensrichter, der die Verwaltung anordnet, hat

² BGBl. II 2012, 178 ff.

³ Veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union, L 41/16, am 12. Februar 2013.

ausdrücklich festzustellen, für welche Rechtsgeschäfte der Betroffene noch geschäftsfähig ist.

Erbrecht / Erbunwürdigkeit

Die Erbunwürdigkeitsgründe aus dem französischen Code Civil, welche im belgischen Zivilgesetzbuch beibehalten wurden, wurden in Belgien nun durch Gesetz vom 10. Dezember 2012 erweitert.

Die Unwürdigkeitsgründe wurden in vergleichbarem Umfang des Weiteren im Schenkungsrecht, Testamentsrecht und in Bezug auf Ehevorteile aus dem ehelichen Güterstand erweitert.

Staatsangehörigkeitsrecht

Im Staatsangehörigkeitsrecht wurden die (insbesondere durch das sog. Schnellbelgiengesetz vom 1. März 2000 geschaffenen) Möglichkeiten, die belgische Staatsangehörigkeit zu erwerben, stark eingeschränkt. Hierbei wurde sowohl der Erwerb der belgischen Staatsangehörigkeit auf der Grundlage einer Geburt in Belgien als auch durch Erklärung und durch Einbürgerung eingeschränkt. Die Aberkennung der Staatsangehörigkeit wurde vereinfacht.

Scheinehe / Scheinpartnerschaft

Durch Gesetz vom 02. Juni 2013 zur Bekämpfung von Scheinehen und Scheinpartnerschaften wurden die Strafen wegen Scheinehe deutlich erhöht. Die Scheinpartnerschaft zur Erlangung eines aufenthaltsrechtlichen Vorteils und die erzwungene Partnerschaft wurden erstmals gesetzlich definiert und wie die Scheinehe unter Strafe gestellt. Darüber hinaus wurden neue Möglichkeiten zur Nichtigerklärung der Ehe und der Partnerschaft geschaffen.

Frankreich: Eheschließung zwischen gleichgeschlechtlichen Personen und ihre Auswirkungen auf das Familienrecht

In Frankreich wurde mit Gesetz Nr. 2013-3404 vom 17. Mai 2013 zur Eheschließung zwischen gleichgeschlechtlichen Personen die Eheschließung zwischen gleichgeschlechtlichen Partnern ermöglicht.

Das Reformgesetz hat keine neue Eheform – wie etwa die deutsche eingetragene Lebenspartnerschaft – geschaffen, sondern gleichgeschlechtlichen Partnern das Institut der Ehe eröffnet. Die IPR-Vorschriften wurden entsprechend angepasst. Ein Ausländer, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Staat hat, der die gleichgeschlechtliche Ehe untersagt, kann in Frankreich eine Ehe mit einem gleichgeschlechtlichen Partner schließen. Gleichgeschlechtliche Ehen, die im Ausland vor dem Inkrafttreten des französischen Reformgesetzes gültig geschlossen wurden, werden in Frankreich nun anerkannt.

Durch das Reformgesetz wurde für gleichgeschlechtliche Ehegatten nun auch zum einen die Möglichkeit geschaffen, zu zweit ein Kind zu adoptieren und zum anderen die Mög-

lichkeit für einen Ehegatten, das leibliche Kind des anderen Ehegatten zu adoptieren.

Österreich: Erwachsenenschutzübereinkommen in Kraft getreten

Mit Wirkung zum 1. Februar 2014 ist für Österreich das Haager Erwachsenenenschutzübereinkommen in Kraft getreten.

Österreich: Änderungen im Kindschafts- und Namensrecht

Am 1. Februar 2014 ist in Österreich das Kindschafts- und Namensrechtsänderungsgesetz 2013 in Kraft getreten. Damit soll insbesondere die Gleichstellung ehelicher und nichtehelicher Kinder vorangetrieben werden. Zudem sollen die Rechte nichtehelicher Väter gestärkt werden. Es bleibt jedoch bei dem Grundsatz, dass die Mutter die alleinige Obsorge hat, wenn die Eltern bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet sind. Neu eingeführt wurde jedoch die Möglichkeit, vor dem Standesbeamten durch eine Erklärung beider Elternteile die gemeinsame Obsorge zu vereinbaren. Sofern die Mutter einer Mitsorge des nichtehelichen Vaters aber nicht zustimmt, kann dieser nunmehr bei Gericht die Übertragung der alleinigen Obsorge oder der Mitsorge beantragen. Hauptkriterium für eine solche Entscheidung ist das Wohl des Kindes.

Im Adoptionsrecht wurden die bestehenden Altersvorschriften dahingehend geändert, dass jeder Adoptivelternteil mindestens 25 Jahre alt sein muss, und mindestens 16 Jahre älter als das zu adoptierende Kind.

Neu eingeführt wurde außerdem, dass Freistellungsvereinbarungen⁴ zwischen den Eltern in Bezug auf Kindesunterhalt nur mehr im Rahmen einer umfassenden Scheidungsfolgenvereinbarung getroffen werden können.

Das Namensrecht hat eine Liberalisierung erfahren. So können Ehegatten zum Beispiel einen aus beiden Familiennamen gebildeten Doppelnamen als gemeinsamen Familiennamen bestimmen.

Serbien: Haager Unterhaltsprotokoll von 2007 in Kraft getreten

Mit Wirkung zum 1. August 2013 ist durch die Ratifikation Serbiens das Haager Protokoll vom 23. November 2007 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht in Kraft getreten. Die Europäische Union hatte dieses bereits am 8. April 2010 ratifiziert. Gemäß Art. 25 Abs. 1 des Protokolls war

⁴ das heißt Vereinbarungen, in denen sich ein Elternteil im Innenverhältnis verpflichtet, den Kindesunterhalt allein zu tragen und den anderen Elternteil von Unterhaltsansprüchen des Kindes freizustellen.

für dessen Inkrafttreten jedoch die Hinterlegung einer zweiten Ratifikations-, Annahme-, Genehmigungs- oder Beitrittsurkunde erforderlich, was nunmehr durch Serbien erfolgt ist.

Innerhalb der Europäischen Union⁵ war das Haager Unterhaltsprotokoll von 2007 jedoch bereits seit dem 18. Juni 2011 anwendbar, da Art. 15 EU-UnterhVO⁶ für das auf Unterhaltspflichtigen anwendbare Recht auf das Protokoll verwies.

Spanien: Eintragungsfähigkeit eines von einem deutschen Notar beurkundeten Kaufvertrages im spanischen Eigentumsregister

Mit Urteil vom 19. Juni 2012⁷ entschied der *Tribunal Supremo*, der Oberste Spanische Gerichtshof, dass ein von einem deutschen Notar beurkundeter Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung in Spanien für die Eintragung des Käufers im spanischen Eigentumsregister eintragungsfähig ist. Im vorliegenden Fall war sowohl für die Übertragung des Eigentums nach spanischem Kollisionsrecht als *lex rei sitae*, als auch für den schuldrechtlichen Teil des Vertrages spanisches Recht maßgeblich.

Das spanische Recht verlangt für die Übertragung des Eigentums an Immobilien neben der Einigung der Parteien die Übergabe des Grundstücks, wobei die Errichtung einer öffentlichen Urkunde mit der Übergabe des Grundstücks gleichzusetzen ist. Das Gericht ging davon aus, dass jede Urkunde, welche die spanischen Anforderungen an eine öffentliche Urkunde erfüllt, wirksam den Besitzübergang fingiert. Dies erachtete das Gericht für die deutsche notarielle Urkunde für selbstverständlich.

Das Urteil des Tribunal Supremo hat damit eine in der Praxis schon vorherrschende Auslegung des spanischen Registerrechts bestätigt.

Ungarn: Neues BGB tritt in Kraft

In Ungarn erging am 26. Februar 2013 ein neues ungarisches BGB, welches am 15. März 2014 in Kraft treten soll. Bis dahin muss der Gesetzgeber noch ein gesondertes Gesetz mit den Übergangs- und Änderungsvorschriften erarbeiten.

OLG Koblenz: Unwirksamkeit eines gemeinschaftlichen Testaments nach italienischem Recht

Das OLG Koblenz⁸ hatte sich mit der Nachlasssache eines italienischen Staatsangehörigen zu befassen, welcher ein privatschriftliches, gemeinschaftliches Testament hinterließ. Dabei ging es unter anderem auch um die Wirksamkeit die-

ses Testaments. Das OLG Koblenz stellte fest, dass gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB auf italienisches Recht verwiesen wird, welches diese Verweisung auch annimmt. Nach italienischem Recht sind gemeinschaftliche Testamente – ebenso wie Erbverträge – unzulässig. Da es sich dabei um ein materielles Verbot und nicht nur um ein Formverbot handelt, ist das gemeinschaftliche Testament nichtig. Es ist daher gesetzliche Erbfolge eingetreten.

Das OLG Koblenz befasste sich allerdings nicht mit der Frage, ob eine Rechtswahl nach Art. 46 Abs. 2 ital. IPRG zum deutschen Recht vorliegen könnte. Im zu entscheidenden Fall kam allerdings auch nur eine konkludente Rechtswahl in Frage – eine ausdrückliche Regelung enthielt das Testament nicht. Nach der wohl überwiegenden Meinung in der italienischen Literatur ist eine Rechtswahl nach Art. 46 Abs. 2 ital. IPRG jedoch nur durch **ausdrückliche** Erklärung zulässig. Im Ergebnis bleibt es daher bei der Anwendung italienischen Erbrechts.⁹

OLG München: Fassung der Eintragung einer Eigentumsvormerkung für Ehegatten, die im gesetzlichen Güterstand nach kroatischem Recht leben

Mit Beschluss vom 24. Juni 2013 entschied das OLG München¹⁰, dass eine Auflassungsvormerkung für Ehegatten, die im gesetzlichen Güterstand nach kroatischem Recht leben, mit dem Berechtigungsverhältnis „in Errungenschaftsgemeinschaft nach kroatischem Recht“ einzutragen ist.

Das Grundbuchamt hatte die Auflassungsvormerkung für die Ehegatten „je zu 1/2 in Errungenschaftsgemeinschaft nach kroatischem Recht“ eingetragen. Mit Beschwerde wurde beanstandet, dass das Gemeinschaftsverhältnis widersprüchlich als Errungenschafts- und gleichzeitig Bruchteilsgemeinschaft angegeben und somit klarzustellen sei. Das OLG München schloss sich dieser Argumentation an.

Im kroatischen gesetzlichen Güterstand der Errungenschaft erwerben beide Ehegatten eine Miteigentümerstellung zu gleichen Teilen an den während der Ehe erworbenen Gütern, die dem Gesamtgut zugeordnet werden. In der deutschen Literatur ist umstritten, ob es sich hierbei um eine „echte“ Gesamthandsgemeinschaft handelt, oder ob auch (zum Teil) Bruchteilseigentum besteht. Dem deutschen Rechtsverständnis widerspricht eine Eintragung zugleich in Bruchteils- als auch in Gesamtgutsgemeinschaft, da diese die Verfügungsbefugnis mehrdeutig wiedergibt. Das Gemeinschaftsverhältnis ist allein durch den Hinweis auf die Errungenschaftsgemeinschaft nach kroatischem Recht anzugeben, hierdurch wird aber nicht über die umstrittene Frage entschieden, ob ein Ehegatten über seinen Anteil allein verfügen kann.

5 ausgenommen Dänemark und das Vereinigte Königreich.

6 Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen.

7 Az 489/2007.

8 OLG Koblenz, Urt. v. 21.2.2013 - 2 U 917/12, ZEV 2013, 557.

9 Die Frage, ob eine Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB vorliegen könnte, wurde wohl nicht thematisiert, da kein unbewegliches Vermögen vorhanden war.

10 OLG München, Beschl. v. 24.6.2013 - 34 Wx 117/13, FamRZ 2013, 1492.

Buchbesprechungen

Handbuch zur Geschichte des deutschen Notariats seit der Reichsnotariatsordnung von 1512

Mathias Schmoeckel/Werner Schubert (Hrsg).

Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2012, € 189,00.

In unserer schnelllebigen Zeit ist es eine Besonderheit, wenn einem Werk der Gesetzgebung, das vor 500 Jahren in Kraft trat, gedacht wird. Zum 500 jährigen Jubiläum der Reichsnotariatsordnung, die Kaiser Maximilian I erließ, ist es im Auftrag der Bundesnotarkammer herausgegeben worden. Das gut 700 Seiten umfassende Werk ist eine Sammlung gehaltvoller Aufsätze zu den drei großen Themenblöcken Das Notariat in Deutschland (I, Seiten 29-256), Das Notariat in den Territorien (II, Seiten 257-644) und Notarielle Berufspraxis (III, Seite 645 -710). Eine Reihe von Abbildungen alter Urkunden und Siegel schmückt das Werk.

In über 20 zum Teil ausführlichen Einzelabhandlungen werden so unterschiedliche Themen behandelt wie „Gescheiterte Rechtseinheit, Das Notariat im zweiten deutschen Kaiserreich und in der Weimarer Republik“ von Louis Pahlow, „Entwicklungslinien der Notariatsgeschichte in Preußen“ von Andreas Thier und „Das Notarsignet, seine Herkunft, Bedeutung und Symbolik“ von Hermann Frischen. Die Buntheit der verschiedenen Notariatssysteme, die auch das gegenwärtige deutsche Notariat auszeichnet, mit seinen Erscheinungsformen und Besonderheiten in den einzelnen Regionen wird durch ausführliche Einzeldarstellungen im zweiten Teil des Werkes klar wiedergegeben.

Auf zwei Beiträge soll kurz etwas detaillierter eingegangen werden. In einem hochinteressanten Beitrag widmet sich der Heidelberger Kollege Michael Kleensang den rechtspolitischen Diskussionen um das Notariat zwischen 1806 und 1871. Ausgehend von der Auflösung des Alten Reiches und den damit verbundenen Wegfall der Grundlage des kaiserlichen Notariats untersucht der Autor die Diskussionen zum Fortbestand bzw. zur möglichen Abschaffung des Notariats in den deutschen Teilgebieten. Insbesondere geht er auf die ausgeprägte Wirkung der Einführung des französischen Zivilrechts in Form des Code civil in verschiedenen Teilen Deutschlands und die damit verbundene Frage nach der Übernahme auch der französischen Notariatsverfassung ein. Bekanntermaßen hat der Code civil nicht nur im linksrheinischen Deutschland gegolten und war mit verantwortlich, dafür dass das französische Notariatssystem rezipiert wurde. Auch im Großherzogtum Baden wurde das französische Recht (wenn auch in deutscher Übertragung als Badisches Landrecht) eingeführt und angewandt. Detailliert wertet Kleensang die Notariatszeitschriften und weitere Publikationen aus dem Notarstand aus. Insbesondere die Diskussionen über die Veränderung des Notariatssystems nach der gescheiterten Revolution von 1848 sind höchst lesenswert wiedergegeben. Ein bisschen muss man schmunzeln, wenn man liest, dass 1848 die Generalversammlung der badischen Notare die Einführung des reinen Notariats nach französischem Muster forderte.

Auch die Ausführungen Kleensangs zur Erörterung der richtigen Notariatsordnung durch den Deutschen Juristentag, der sich schon 1863 und im Jahr der Reichsgründung 1871 erneut mit der richtigen Verfassung der vorsorgenden Rechtspflege und ihrer Organe befasst hat, sind hochinteressant. Dass z.B. der Antrag auf Trennung von Anwaltschaft und Notariat 1863 einstimmig von Juristentag angenommen wurde, ist ein interessantes historisches Datum.

Mit der Geschichte des badischen Notariats seit 1512 befasst sich der Beitrag des damals noch an der Universität Freiburg lehrenden Professors Bernd Kannowski. Insbesondere die Ausführungen zur Einführung des französischen Zivilrechts nach Auflösung des Alten Reiches und der damit verbundenen Diskussionen über die Notarordnung sind instruktiv. Sowohl bei der Einführung der Amtsrevisorate wie auch bei der Einführung des Badischen Landrechts in deutscher Übersetzung des Code civil war Johann Niklas Friedrich Brauer damals maßgeblich beteiligt. Noch heute ist die damit begründete Behördenstruktur des Staatlichen Notariats durch die gesetzgeberischen Grundentscheidungen des jungen Großherzogtums geprägt.

Instruktiv ist auch der kurze Abschnitt über die Zeit des Nationalsozialismus. Hier stellt der Verfasser zutreffend dar, dass die Durchlässigkeit der Karrieren in der Justiz Personalverschiebungen in das Notariat möglich machte. Deutlich wird dies am Beispiel des Zentrumsmitglieds Landolin Curtaz, der eigentlich bereits zum Ministerialrat ernannt war, aber den neuen Machthabern nicht genehm war. Dieser wurde als Oberjustizrat an das Notariat Mannheim versetzt. Dort war der jüdische Stelleninhaber Julius Oppenheimer in den Ruhestand versetzt werden. Auch an der Person des Justizrats Karl Kees, Notariat Freiburg, zeigt sich, dass auch im Notariat personelle Änderungen infolge des Rassenwahns der Nationalsozialisten vorkamen. Klees wurde 1938 in den Ruhestand versetzt, weil er mit einer Jüdin verheiratet war. Leider fehlt in dem kurzen Abschnitt der Hinweis auf den Notar Josef Holler, der Oberbürgermeister von Offenburg war, nach der so genannten Machtergreifung aus diesem Amt entlassen und an das Notariat Freiburg „strafversetzt“ wurde. Nach Kriegsende wurde Holler Ministerialdirektor im neuen badischen Justizministerium und half beim Wiederaufbau der Justiz mit. Trotz dieser Auslassung sind die Ausführungen Kannowskis instruktiv.

Natürlich können 500 Jahre der Geschichte einer Rechtsinstitution wie dem Notariat nicht umfassend und abschließend in einem einzigen Sammelband dargestellt werden. Dennoch erhält man als Leser des Handbuchs einen außerordentlich guten Einblick in die verschiedene Phasen der Historie der vorsorgenden Rechtspflege in Deutschland. Wie man vielleicht an dieser Rezension merken kann, verleitet das Buch dazu, sich festzulesen. Was könnte man Besseres über einen solchen Sammelband sagen?

Johann Andreas Dieckmann, Notar in Freiburg

Wir sind seit 2009 das derzeit einzige freiberufliche Nur-Notariat in Mannheim und suchen teamfähigen

(württembergischen) Notarassessor (w/m)

in Vollzeit

für die selbstständige und eigenverantwortliche juristische Sachbearbeitung in sämtlichen Fachbereichen und nach Einarbeitung zur Notarvertretung sowie

Notarfachangestellten (w/m)

in Vollzeit

für die selbstständige Sachbearbeitung sämtlicher Fachbereiche zum nächstmöglichen Termin.

Wir bieten ein leistungsgerechtes Gehalt und ein angenehmes Betriebsklima in einem modernen, großzügigen Büro in zentraler Citylage mit bester Anbindung an öffentliche Verkehrsmittel bzw. nahegelegenen Parkhäusern.

Wir freuen uns über Ihre vollständige Bewerbung per E-Mail, FAX oder Post.

Notariat Dr. Hagen Wolff

O 3, 11 + 12 (Kunststraße)

68161 Mannheim

Tel. 0621/401 757-0, FAX -29

E-Mail: mail@notar-drwolff.de

www.notar-drwolff.de



Ich suche für mein Notariat in Lörrach, kurz vor den Toren der Schweiz,

eine/n württembergischen Notarassessor/-in bzw. Bürvorsteher/-in

Sie sind in der Lage mich in allen Rechtsgebieten zu unterstützen, indem Sie Besprechungen führen, Verträge vorbereiten, Ansprechpartner für das Team sind und selbstständig und verantwortungsvoll die Entwicklung des Notariats begleiten.

Ich biete Ihnen eine interessante, abwechslungsreiche und anspruchsvolle Aufgabe in einer angenehmen Arbeitsatmosphäre, attraktives Gehalt und die Möglichkeit, an Fortbildungsmaßnahmen teilzunehmen.

Im Umgang mit Mandanten und Kollegen sind Sie souverän, gewandt und freundlich und wissen die gängigen MS Office-Programme einzusetzen.

Wenn es Sie nicht nur reizt, durch Leistung und Engagement zum geschäftlichen Erfolg beizutragen, sondern Sie auch Spaß an ihrer Arbeit haben, dann freue ich mich auf Ihre Kontaktaufnahme mit Lebenslauf, Bild, Gehaltsvorstellung und Eintrittstermin, die Sie bitte ausschließlich online an notar@notar-nardi.de übersenden.

