

BWNotz

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

Herausgeber

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

Kronenstraße 34
70174 Stuttgart

Schriftleitung

Notarvertreter Daniel Schaal,
Stuttgart

Notar Dr. Oliver Fröhler,
Titisee-Neustadt

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

2/2009

April
Seiten 49-88

Inhalt

Abhandlungen

Bachmayer

Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten bei
gemischt-nationalen Ehen unter besonderer
Berücksichtigung Gemeinschaftlicher
Testamente und Erbverträge (Teil II.) 51

Böhringer

Aktuelle Entwicklungen im Grundstücks-
und Grundbuchrecht 61

Schulz

Der Schutz des Verbrauchers vor dem
Verbraucherschutz – Die Finanzierungsvollmacht
für Notarangestellte ist zulässig! 73

Rechtsprechung..... 77

Buchbesprechungen..... 85

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einladung zur Mitgliederversammlung des Württ. Notarvereins	50
 Abhandlungen	
Christian Bachmayer, LL.B., Notar in Eppingen Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten bei gemischt-nationalen Ehen unter besonderer Berücksichtigung Gemeinschaftlicher Testamente und Erbverträge (Teil II.)	51
Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz Aktuelle Entwicklungen im Grundstücks- und Grundbuchrecht	61
Wolfgang Schulz, Notar in Heilbronn Der Schutz des Verbrauchers vor dem Verbraucherschutz – Die Finanzierungsvollmacht für Notarangestellte ist zulässig!	73
 Rechtsprechung	
1. Erbrecht	
OLG München, 18.09.2008 - 31 Wx 08/08 Zur Auslegung eines Änderungsvorbehaltes in einem Erbvertrag, der ausgeübt werden kann, wenn besondere Verhältnisse oder das Verhalten der Schlusserben hierzu Anlass geben; zur Anfechtung wegen Motivirrtums	77
2. Kostenrecht	
Bundesverfassungsgericht, 09.12.2008 – 2 BvR 889/08 Zur Vereinbarkeit der Kostenerhebung durch baden-württembergische Amtsnotare aufgrund der Kostenordnung mit dem Grundgesetz	83
 Buchbesprechungen	
Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis (Strobel)	85
Bormann/Kauka/Ockelmann, Handbuch GmbH-Recht (Böhringer)	85
Lutter/Winter, Umwandlungsgesetz (Jocher)	86
Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld (Dieckmann)	86
Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügung (Brenner)	87
Hübner, Erbschaftsteuerreform 2009 (Röhm/Schaal)	88

Einladung

zur ordentlichen Mitgliederversammlung des Württembergischen Notarverein e.V. am

Samstag, den 26. September 2009, 9.30 Uhr

in das Neckar Forum in Esslingen.

Die Tagesordnung für die Mitgliederversammlung sieht folgendes vor:

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

Der Vorstand:

Kuhn, Oelgray, Schulz, Mücke, Gaiser

Erbrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten bei gemischt-nationalen Ehen unter besonderer Berücksichtigung Gemeinschaftlicher Testamente und Erbverträge (Teil 2*)

(von Notar Christian Bachmayer, LL.B. (Hagen), Eppingen**)

*In BWNotZ 2009 S. 28ff wurde der erste Teil der nachstehenden Abhandlung veröffentlicht. Dieser enthielt Ausführungen zur allgemeinen kollisionsrechtlichen Behandlung gemeinschaftlicher Testamente und Erbverträge in Deutschland und in ausgewählten ausländischen Staaten. Im zweiten Teil der Abhandlung werden Lösungsansätze für die dargestellten Rechtsprobleme entwickelt und einzelne Gestaltungsmittel dargestellt.

A.	Weitere Gestaltungsmittel	51
I.	Überblick	51
II.	Rechtswahl	51
	1. deutsches Recht	52
	2. ausländisches Recht	53
	3. Künftiges Europäisches Recht	53
III.	Statutenwechsel durch Wechsel der Anknüpfung	53
	1. Staatsangehörigkeit	54
	2. Wohnsitz bzw. gewöhnlicher Aufenthalt	54
IV.	Eheverträge	54
	1. Bedeutung des Güterrechts für das Erbrecht	54
	2. Rechtswahl	54
	3. Einfluss der deutschen Güterstände	54
	4. Ausländisches Ehegüterrecht u.a.	56
V.	Schenkungsversprechen von Todes wegen	56
	1. Schenkungsversprechen von Todes wegen im engeren Sinne	56
	2. Verträge zu Gunsten Dritter auf den Todesfall	56
VI.	Verzichtsverträge	56
	1. Bedeutung	56
	2. Erb- und/oder Pflichtteilsverzicht	56
	3. Zuwendungsverzicht	58
VII.	Gesellschaftsrechtliche Regelungen	58
	1. Bedeutung	58
	2. Erbstatut und Gesellschaftsstatut	58
	3. Kapitalgesellschaften	58
	4. Personengesellschaften	59
B.	Zusammenfassung	60

** Für die Zeitschriftenveröffentlichung überarbeitete Fassung der Bachelor-Arbeit des Verfassers im Studiengang „Bachelor of Laws“ an der FernUniversität in Hagen - Wilhelm Peter Radt Stiftungslehrstuhl für Bürgerliches Recht und Gewerblichen Rechtsschutz (Univ.-Prof. Dr. Sebastian Kubis, LL.M.) – im WS 2007/2008. Die Prüfungsordnung sieht eine Begrenzung des Umfangs der Arbeit vor. Stand der Bearbeitung: April 2008

A. Weitere Gestaltungsmittel¹

I. Überblick²

Nachdem im ersten Teil dieser Abhandlung³ festgestellt wurde, dass – je nach Konstellation – gemeinschaftliche Testamente bzw. Erbverträge jedenfalls nicht ohne Weiteres von Ehegatten in einer gemischt-nationalen Ehe als Gestaltungsmittel eingesetzt werden können, stellt sich die Frage, welche weiteren Gestaltungsmittel zur Verfügung stehen.

Sollen – z.B. gerade wegen der Bindungswirkung – die dem deutschen Recht bekannten Instrumente des Gemeinschaftlichen Testaments bzw. Erbvertrags benutzt werden, so ist zunächst zu überlegen, wie ggf. für beide Ehegatten deutsches Erbrecht zur Anwendung gebracht werden kann. Hier kommt neben der Rechtswahl (unten II.) der Wechsel der Anknüpfung in tatsächlicher Hinsicht (unten III.) in Betracht.

Als weitere „erbrechtliche“ Gestaltungsmittel sind lebzeitige Rechtsgeschäfte mit Wirkungen auf den Tod zu betrachten. Zu nennen sind Eheverträge (unten IV.), Schenkungsversprechen von Todes wegen (unten V.) sowie Verzichtsverträge (unten VI.).

Zuletzt ist zu überlegen, ob auf der Vermögensebene Gestaltungsmöglichkeiten bestehen. Hier kommen insbesondere gesellschaftsrechtliche Gestaltungen in Frage (unten VII.).

II. Rechtswahl⁴

Soll für beide Ehegatten einer gemischt-nationalen Ehe deutsches Recht zur Anwendung gebracht werden, so liegt zunächst das Ausnützen einer Rechtswahlmöglichkeit nahe⁵. Hierbei ist wieder zu unterscheiden nach der Rechtswahl nach deutschem Recht sowie der Rechtswahl nach einem möglicherweise einschlägigen ausländischen Recht.

¹ Zu weitergehenden Gestaltungsmöglichkeiten als nachstehend aufgelistet vgl. kurz: von Oertzen (siehe Teil 1 FN 14), ZEV 1995, 170; ausführlich: Steiner, „Testamentsgestaltung bei kollisionsrechtlicher Nachlassspaltung“, Schriften der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung, Band 10, S. 93ff.

² Zur Kombination verschiedener Gestaltungsmittel als „Gestaltungsstrategie“ von Oertzen/Pawlytta in: Münchener Anwalts Handbuch Erbrecht, 2. Auflage 2007, (künftig zitiert als: MAH-Erbrecht-Bearbeiter), § 33 Rn. 152; Tabellarische Zuordnung von Gestaltungsinstrumenten zu bestimmten Gestaltungsproblemen bei Süß-Süß (siehe Teil 1 FN 4), S. 169 Rn. 28.

³ BWNotZ 2009 S. 28ff

⁴ Ausführlich: Riering, „Die Rechtswahl im internationalen Privatrecht“, ZEV 1995, 404; Lange, „Rechtswahl als Gestaltungsmittel bei der Nachlassplanung?“, DNotZ 2000, 332.

⁵ Zu den Vor- und Nachteilen einer Rechtswahl insbesondere Riering (siehe Teil 1 FN 117), S. 404.

1. deutsches Recht

a) Einschränkungen

Im deutschen Recht ermöglicht Art. 25 Abs. 2 EGBGB eine erbrechtliche Rechtswahl. Diese Rechtswahl ist allerdings in zweifacher Hinsicht beschränkt:

(1) unbewegliches Vermögen im Inland

Nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB ist die Rechtswahl nur hinsichtlich in Deutschland belegenen unbeweglichen Vermögens zulässig. Was zum unbeweglichen Vermögen zählt, ist dabei aus deutscher Sicht anzuknüpfen⁶, weil die Rechtswahl letztlich für das hier belegene unbewegliche Vermögen gelten soll. Da das deutsche Recht vom Grundsatz der Nachlassseinheit ausgeht, und die Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB zu einer Nachlassspaltung führt, soll der Anwendungsbereich der Norm eng ausgelegt werden⁷. Unbewegliches Vermögen sind daher jedenfalls Grundstücke und sog. „grundstücksgleiche Rechte“ wie Erbbaurechte oder Wohnungseigentum, aber auch dingliche Rechte an Grundstücken. Weiter zählt zum unbeweglichen Vermögen das Grundstückszubehör⁸. Eindeutig kein unbewegliches Vermögen sind schuldrechtliche Ansprüche, auch wenn sie auf Verschaffung von unbeweglichem Vermögen gerichtet sind (z.B. aus Grundstückskauf). Personengesellschaftsanteile sowie Miterbenanteile werden auch dann nicht zum unbeweglichen Vermögen gerechnet, wenn der einzige Vermögensgegenstand der Gesellschaft oder des Nachlasses ein Grundstück ist⁹.

(2) nur deutsches Recht wählbar

Nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB ist im Rahmen der Rechtswahl nur deutsches Erbrecht, nicht aber ein anderes Erbrecht wählbar. Allerdings soll es möglich sein, dass die Rechtswahl auf ein einzelnes Grundstück beschränkt wird und sich nicht zwangsläufig auf alle Grundstücke bezieht¹⁰.

b) Form

Gem. Art. 25 Abs. 2 EGBGB bedarf die Rechtswahl der Form einer Verfügung von Todes wegen. Eine ausdrückliche Rechtswahl wird vom Gesetz nicht verlangt, vielmehr kann sie auch konkludent erfolgen¹¹. Es muss sich aber wenigstens ein Anhaltspunkt in der Urkunde finden. Ob von einer konkludenten Rechtswahl bereits dann ausgegangen werden kann, wenn ein ausländischer Erblasser in Deutschland testiert, sich hierbei der hier zugelassenen Testamentsformen bedient und deutsche Begrifflichkeiten verwendet, ist streitig¹².

Im hier diskutierten Zusammenhang ist natürlich von besonderer Bedeutung, ob die Rechtswahl auch in einem gemeinschaftlichen Testament oder Erbvertrag getroffen werden kann¹³. Dies ist insofern problematisch, als die Rechtswahl ja erst die Tür zu jenen Formen letztwilliger Verfügungen öffnen soll, derer man sich in diesem Fall für die Rechtswahl selbst bedient. M.a.W.: erst durch die Rechtswahl wird ggf. die Art der Verfügung überhaupt zulässig, in welcher die Rechtswahl selbst getroffen wurde.

Zwar erlangen alle Verfügungen von Todes wegen erst mit dem Tode einer Person ihre endgültige Bedeutung. Auch ein isoliertes Testament, mit welchem die Rechtswahl getroffen wurde, wird daher nicht früher „wirksam“ als die gemeinsame Verfügung, die aufgrund der Rechtswahl erst ermöglicht werden soll. Insofern spricht nichts dagegen, die Rechtswahl auch in die gemeinsame Verfügung aufzunehmen. Allerdings ist zu bedenken, dass die gemeinsame Verfügung ggf. gegen ein in dem Heimatrecht des Erblassers enthaltenes Verbot solcher Verfügungen verstößt und damit – aus dessen Sicht – insgesamt als unwirksam angesehen wird¹⁴. Dies mag zwar nach der hier vertretenen Ansicht nicht zwangsläufig die Unwirksamkeit der Verfügungen des anderen Testators zur Folge haben. Gerade aus der Sicht des Rechts desjenigen Testators, welcher sich der Rechtswahl bedienen möchte, ist die Verfügung jedoch auf jeden Fall unwirksam und geht damit ins Leere. Aus Gründen der Vorsicht sollte daher die Rechtswahl immer in einem gesonderten Einzeltestament getroffen werden.

c) Bindung

Umstritten ist weiter, ob eine Rechtswahl „bindend“ möglich ist, so dass diese nicht mehr widerrufen werden kann¹⁵. Einerseits ist der Kreis möglicher wechselbezogener (und damit bindender) bzw. vertraglicher Verfügungen im deutschen Recht abschließend geregelt, und die Rechtswahl ist dort nicht genannt¹⁶. Andererseits muss man erkennen, dass die Regelungen im BGB sich gerade nicht mit der international-privatrechtlichen Materie befassen; die Regelungen des EGBGB sollen daher als späteres und spezielleres Recht vorgehen¹⁷. Aber auch im EGBGB ist die Rechtswahl nicht als mögliche bindende Verfügung ausgestaltet, was wiederum gegen die Bindungsmöglichkeit spricht.

Letztlich dürfte das Problem jedoch keine Rolle spielen¹⁸. Denn die Frage der Gültigkeit einer Verfügung von Todes wegen und der Bindung an sie beurteilt sich gem. Art. 26 Abs. 5 EGBGB nach dem Errichtungsstatut. Genauso wenig, wie der spätere Wechsel der Staatsangehörigkeit (oder ein sonstiger Statutenwechsel) an der Gültigkeit oder Ungültigkeit einer früheren Verfügung etwas ändert, kann der Widerruf der Rechtswahl „rückwirkend“ Einfluss auf die Gültigkeit des gemeinschaftlichen Testaments bzw. Erbvertrags haben. Bei „wirksam“ vorgenommener

⁶ Palandt-Heldrich, 67. Auflage 2008, Art. 25 EGBGB Rn. 7; Flick/Piltz-Wachter (siehe Teil 1 FN 12), Rn. 210; Lange (siehe Teil 1 FN 117), S. 337.

⁷ Bamberger/Roth-S. Lorenz (siehe Teil 1 FN 16), Art. 25 EGBGB Rn. 20.

⁸ AnwK-BGB-Kroiß (siehe Teil 1 FN 103), Art. 25 Rn. 48; Palandt-Heldrich, 67. Auflage 2008, Art. 25 EGBGB Rn. 7; RBM-Sieghörtner (siehe Teil 1 FN 3), S. 262 Rn. 30; kritisch: Riering (siehe Teil 1 FN 117), S. 405.

⁹ Sehr str., Vgl. Bamberger/Roth-S. Lorenz (siehe Teil 1 FN 16), Art. 25 EGBGB Rn. 20 m.w.N.; Palandt-Heldrich, 67. Auflage 2008, Art. 25 EGBGB Rn. 7; Flick/Piltz-Wachter (siehe Teil 1 FN 12), Rn. 211; Lange (siehe Teil 1 FN 117), S. 338; Riering (siehe Teil 1 FN 117), S. 405 mit zahlreichen Nachweisen.

¹⁰ Palandt-Heldrich, 67. Auflage 2008, Art. 25. EGBGB Rn. 7; Riering (siehe Teil 1 FN 117), S. 405 m.w.N. auch zur Gegenmeinung.

¹¹ Bamberger-Roth-S. Lorenz (siehe Teil 1 FN 16), Art. 25 EGBGB Rn. 22.

¹² Kropholler (siehe Teil 1 FN 61), S. 431; Vgl. etwa OLG Zweibrücken, Beschl. v. 28.05.2002, RNotZ 2002, 598 = MittBayNot 2003, 146 = ZEV 2003, 162; Lange (siehe Teil 1 FN 117), S. 339.

¹³ Dafür offenbar OLG Zweibrücken (vorherige Fußnote). Ebenso, ohne nähere Begründung, Kropholler (siehe Teil 1 FN 61), S. 432; RBM-Sieghörtner (siehe Teil 1 FN 3), S. 260 Rn. 29, Lange (siehe Teil 1 FN 117), S. 339.

¹⁴ Lehmann (siehe Teil 1 FN 1), S. 195.

¹⁵ Vgl. Bamberger/Roth-S. Lorenz (siehe Teil 1 FN 16), Art. 25 EGBGB Rn. 22 m.w.N.

¹⁶ Lehmann (siehe Teil 1 FN 1), S. 198.

¹⁷ Vgl. Kropholler (siehe Teil 1 FN 61), S. 432 m.w.N.; MünchKomm-Birk (siehe Teil 1 FN 16), Art. 25 EGBGB Rn. 58.

¹⁸ Wie hier RBM-Sieghörtner (siehe Teil 1 FN 3), S. 262 Rn. 29 am Ende.

Rechtswahl war die ursprüngliche Verfügung im Zeitpunkt ihrer Errichtung wirksam (und – je nach Regelung – bindend); das Vertrauen hierauf ist gem. Art. 26 Abs. 5 EGBGB geschützt¹⁹.

d) Wirkung

Die Rechtswahl nach deutschem Recht ist, wie ausgeführt, nur hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens zulässig. Sie führt daher regelmäßig zur Nachlassspaltung²⁰, wenn, was fast immer der Fall sein dürfte, der ausländische Ehegatte daneben auch noch bewegliches Vermögen besitzt²¹. Dann sind zwar bezüglich des dem deutschen Recht unterliegenden Vermögens bindende Verfügungen von Todes wegen möglich; hinsichtlich des dem anderen Recht unterliegenden Nachlasses bleibt es aber bei den ggf. eingeschränkten Möglichkeiten. Da zwei unterschiedliche Teilnachlässe vorliegen, verkompliziert sich die Rechtslage. Für beide Teilnachlässe sind evtl. gesonderte Verfügungen von Todes wegen erforderlich. Es sind möglicherweise unterschiedliche Pflichtteilsansprüche und Noterbrechte zu beachten; außerdem werden ggf. verschiedene Erbnachweise notwendig. Im deutschen Grundbuchverkehr ist gerade insoweit die Nachlassabwicklung dagegen deutlich vereinfacht, da nicht in die Prüfung ausländischen Rechts eingestiegen werden muss.

Die durch die Wahl deutschen Rechts ermöglichten bindenden Verfügungen beeinträchtigen natürlich, wie bei rein deutschen Sachverhalten, nicht die Möglichkeiten eines Erblassers, die Bindung ggf. durch lebzeitige Verfügungen zu unterlaufen²². Problematisch ist weiter, dass eine getroffene Rechtswahl vom ausländischen Recht nicht ohne Weiteres anerkannt werden wird, was vor allem bei der Feststellung und Durchsetzung von Noterb- bzw. Pflichtteilsansprüchen ausländischer Angehöriger vor deren Heimatgericht eine Rolle spielt.

2. ausländisches Recht

Schon aus diesem Grunde ist, wenn eine Rechtswahl angedacht ist, die Möglichkeit der Rechtswahl nach dem Heimatrecht des Testators vorzuziehen²³. Diese Rechtswahl wird im Heimatrecht und – im Wege des vom deutschen Recht angenommenen renvoi, Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB – auch im deutschen Recht anerkannt²⁴.

Die Zulässigkeit einer erbrechtlichen Rechtswahl ist (bisher²⁵) in den meisten Rechtsordnungen unbekannt²⁶.

In Europa ist die erbrechtliche Rechtswahl zulässig in Belgien, Bulgarien, Estland, Finnland, Italien, Lichtenstein, den Niederlanden, der Schweiz und in der Ukraine²⁷. Dabei sind die Möglichkeiten und Grenzen der Rechtswahl durchaus unterschiedlich ausgestaltet.

Unter der Prämisse, dass ein deutsch-ausländisches Ehepaar testieren und sich dabei der deutschen erbrechtlichen Instrumente bedienen möchte, sind natürlich die Rechtswahlmöglichkeiten von besonderer Bedeutung, welche die Wahl des deutschen Rechts ermöglichen. Häufig geht die Rechtswahlmöglichkeit des ausländischen Rechts (ähnlich der restriktiven Regelung in Art. 25 Abs. 2 EGBGB) hingegen dahin, dass bei grundsätzlicher Anwendbarkeit ausländischen Erbrechts (wegen Anknüpfung an den Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers im Ausland) im Wege der Rechtswahl das Heimatrecht gewählt werden kann. Knüpft aber das ausländische Recht an den Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt an, und ist dieser in Deutschland, so kommt ohnehin deutsches Erbrecht zur Anwendung.

Eine Rechtswahl hin zum Recht am Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt ermöglichen derzeit die dem Haager Erbrechtsübereinkommen vom 01. August 1989 beigetretenen Staaten²⁸, die Schweiz²⁹, Belgien³⁰ und Italien³¹. Dabei sind freilich die Voraussetzungen, Wirkungen sowie die Grenzen der Rechtswahl aus der Sicht des ausländischen Rechts zu beurteilen. Das kann Bedeutung haben z.B. für die Form der Errichtung sowie für Mindestbeteiligungen bestimmter naher Angehöriger, die durch Rechtswahl nicht umgangen werden können.

3. Künftiges Europäisches Recht³²

Durch die Schaffung eines Rechtsakts zum einheitlichen Europäischen Erbrecht (sog. „Rom IV“-Verordnung), welches derzeit in den europarechtlichen Gremien beraten wird, wird – nach dem derzeitigen Kenntnisstand – innerhalb Europas künftig einheitlich nach dem gewöhnlichen Aufenthalt oder einem damit kombinierten Anknüpfungspunkt angeknüpft werden. Zugleich soll europaweit eine einheitliche Rechtswahlmöglichkeit eingeführt werden. Im Hinblick darauf könnte bereits in heutigen Verfügungen von Todes wegen vorsorglich eine entsprechende Rechtswahl aufgenommen werden. Freilich darf dabei nicht übersehen werden, dass die entsprechende Rechtswahl erst mit Erlass der entsprechenden Verordnung greift, und bis dahin möglicherweise ins Leere geht, so dass ausschließlich auf eine solche Rechtswahl derzeit kein Gemeinschaftliches Testament bzw. kein Erbvertrag aufgebaut sein darf.

III. Statutenwechsel durch Wechsel der Anknüpfung

Soll deutsches Erbrecht zur Anwendung gebracht werden, so kann ebenfalls daran gedacht werden, einen Statutenwechsel durch Wechsel der Anknüpfung herbeizuführen. In Betracht kommen insoweit – je nach Sach-

¹⁹ Wie hier Bamberger/Roth-S. Lorenz (siehe Teil 1 FN 16), Art. 25 EGBGB Rn. 22; Palandt-Heldrich, 67. Auflage 2008, Art. 25 EGBGB Rn. 8 am Ende; Flick/Piltz-Wachter (siehe Teil 1 FN 12), Rn. 216. Ebenso Riering (siehe Teil 1 FN 117), S. 406 m.w.N. auch zur Gegenmeinung. Zur Vorsicht mahnt freilich Lehmann (siehe Teil 1 FN 1), S. 195: eine dem Art. 26 Abs. 5 EGBGB entsprechende Regelung wird wahrscheinlich in einem künftigen Europäischen Rechtsinstrument nicht (mehr) enthalten sein.

²⁰ Ausführlich zum Problem der Nachlassspaltung im Zusammenhang mit Testamenten Leible/Sommer, „Nachlassspaltung und Testamentsform: Probleme bei Nachlassspaltung wegen Grundbesitzes im Ausland“, ZEV 2006, 93ff.; Steiner, „Testamentsgestaltung“

²¹ Lange, „Neuere Entwicklungen des IPR auf den Gebieten des Erbrechts und der Vermögensnachfolge“, ZEV 2000, 469, 471; ders. (siehe Teil 1 FN 117), S. 340.

²² Mit Ausnahme „beeinträchtigender Schenkungen“, § 2287 BGB.

²³ Ausführlich Süß-Süß (siehe Teil 1 FN 4), S. 172 Rn. 34ff.

²⁴ RBM-Sieghörtner (siehe Teil 1 FN 3), S. 263 Rn. 31, Steiner (siehe Teil 1 FN 115), S. 91.

²⁵ S. aber sogleich bei 3.

²⁶ Riering (siehe Teil 1 FN 117), S. 406.

²⁷ Süß-Süß (siehe Teil 1 FN 4), S. 172 Rn. 34 m.w.N.

²⁸ Dies sind derzeit in Europa die Niederlande, vgl. RBM-Sieghörtner (siehe Teil 1 FN 3), S. 264 Rn. 31; Süß-Süß (siehe Teil 1 FN 4), S. 298 Rn. 32.

²⁹ RBM-Sieghörtner, (vorherige Fußnote).

³⁰ Süß-Hustedt (siehe Teil 1 FN 4), S. 312, Rn. 22.

³¹ Süß-Cubeddu Wiedemann/Wiedemann (siehe Teil 1 FN 4), S. 830 Rn. 8.

³² Lehmann (siehe Teil 1 FN 1), S. 196f.

verhalt – der Wechsel der Staatsangehörigkeit bzw. der Wechsel des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts³³.

1. Staatsangehörigkeit³⁴

Die in zweiter oder späterer Generation in Deutschland lebenden ausländischen Mitbürger sind häufig mit dem hiesigen Rechtssystem vertraut. Gerade dann, wenn ein ausländischer Mitbürger in Deutschland geboren und aufgewachsen ist, und nur kraft Abstammung eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzt, besteht oft weniger Kenntnis von dem im Erbfall anwendbaren „Heimat“-recht als von den deutschen Bestimmungen. Bei Ehegatten in einer gemischtnationalen Ehe, welche in Deutschland ihren Lebensmittelpunkt haben und Vermögen aufbauen, wird häufig der Wunsch bestehen, sich der deutschen erbrechtlichen Gestaltungsmittel zu bedienen.

Da das deutsche Internationale Erbrecht gem. Art. 25 Abs. 1 EGBGB an die Staatsangehörigkeit anknüpft, ist das effektivste Mittel, deutsches Erbrecht zur Anwendung zu bringen, der Erwerb der deutschen Staatsbürgerschaft durch den ausländischen Ehepartner³⁵. Der Wechsel der Staatsangehörigkeit (allgemein, nicht nur bei Verheirateten) ist dabei nicht so selten, wie man vielleicht annehmen könnte: in 2006 wurden über 124.500 Personen eingebürgert, die sich fast gleichmäßig auf Männer und Frauen verteilen; die meisten Eingebürgerten waren zuvor türkische Staatsangehörige³⁶. Für mit einem Deutschen verheiratete ausländische Ehegatten können dabei gem. § 9 StAG gewisse erleichterte Einbürgerungsvoraussetzungen zur Anwendung kommen.

Für die Gestaltung des Nachlasses mittels eines Gemeinschaftlichen Testaments bzw. Erbvertrags ist allerdings immer das hypothetische Erbstatut gem. Art. 26 Abs. 5 EGBGB zu beachten. Die Gültigkeit einer solchen Verfügung richtet sich also nach der Staatsangehörigkeit im Zeitpunkt der Errichtung. Der spätere Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit führt daher nicht „rückwirkend“ zur Gültigkeit einer früheren Verfügung³⁷, diese müsste vielmehr neu errichtet bzw. formgerecht bestätigt werden.

2. Wohnsitz bzw. gewöhnlicher Aufenthalt

Einen Statuswechsel und damit eine „mittelbare Rechtswahl“ ermöglicht auch der Wechsel des Wohnsitzes bzw. des gewöhnlichen Aufenthaltes in den Fällen, in welchen hieran angeknüpft wird. Auch für einen deutschen Erblasser kann der Wohnsitzwechsel faktisch zur Anwendung eines anderen Rechts führen, wenn der Wohnsitzstaat das Erbstatut am Wohnsitz anknüpft, und erbrechtliche Fragen von einem dortigen Gericht zu beantworten sind.

IV. Eheverträge

1. Bedeutung des Güterrechts für das Erbrecht

Das eheliche Güterrecht hat ebenfalls Einfluss auf das Erbrecht. Aus deutscher Sicht dürfte dabei § 1371 Abs. 1 BGB die bedeutendste – und umstrittenste³⁸ – Norm sein. Hiernach wird der Erbteil des länger lebenden Ehegatten zur Pauschalierung eines sonst durchzuführenden Zugewinnausgleichs um ein Viertel erhöht. Aber auch andere Regelungen wirken sich auf das Erbrecht aus, z.B. § 1931 Abs. 4 BGB. Schließlich ist an ausländische eherechtliche Institutionen wie die „institution contractuelle“³⁹ zu denken. Zunächst spielt aber eine Rolle, welches Güterrecht überhaupt anwendbar ist bzw. zur Anwendung gebracht werden soll.

2. Rechtswahl

Aus deutscher Sicht bestimmt sich das eheliche Güterrecht gem. Art. 15 Abs. 1, Art. 14 EGBGB nach dem Recht der allgemeinen Ehwirkungen im Zeitpunkt der Eheschließung. Jene richten sich zunächst nach dem gemeinsamen Heimatrecht der Ehegatten, mangels eines solchen nach dem Recht des Staates, in dem beide Ehegatten ihren gemeinsamen Wohnsitz haben, hilfsweise nach dem Recht der engsten Verbindung, Art. 14 Abs. 1 EGBGB. Das Güterrecht ist nach deutschem Recht unwandelbar, da es auf den Zeitpunkt der Eheschließung abstellt⁴⁰.

Allerdings gestattet es Art. 15 Abs. 2 EGBGB, dass die Ehegatten – in Deutschland in notariell beurkundeter Form, im Ausland ggf. in „Ehevertragsform“, Art. 15 Abs. 3 i.V.m. Art. 14 Abs. 4 EGBGB – ein Güterrecht wählen. Insbesondere können Ehegatten, wenn einer von beiden Deutscher ist oder in Deutschland seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, deutsches Güterrecht wählen.

3. Einfluss der deutschen Güterstände

Die Wahl des Güterstandes hat im deutschen Recht Einfluss insbesondere auf die Höhe der Erbquote.

a) Zugewinnngemeinschaft

Die Erbquote des überlebenden Ehegatten beträgt, wenn deutsches Erbrecht anwendbar ist und der Ehegatte neben Abkömmlingen des Erblassers berufen ist⁴¹, gem. § 1931 Abs. 1 BGB grundsätzlich ein Viertel. Bei bestehender Zugewinnngemeinschaft wird dieses Viertel allerdings gem. § 1371 Abs. 1 BGB um ein Viertel erhöht, so dass die Erbquote im Ergebnis ein Halb beträgt.

Hinsichtlich der zuletzt genannten Vorschrift ist im international-privatrechtlichen Zusammenhang freilich umstritten⁴², wie diese zu qualifizieren ist, nämlich (rein) güterrechtlich oder (auch) erbrechtlich⁴³.

³³ Ausführlich Steiner (siehe Teil 1 FN 115), S. 79ff.

³⁴ MAH-Erbrecht-von Oertzen/Pawlytta (siehe Teil 1 FN 116), § 33 Rn. 146.

³⁵ Süß-Süß (siehe Teil 1 FN 4), S. 175 Rn. 47

³⁶ Quelle: Statistisches Bundesamt Deutschland, <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Navigation/Statistiken/Bevoelkerung/AuslaendischeBevoelkerung/AuslaendischeBevoelkerung.psmi>, Aufruf vom 26. März 2008.

³⁷ Süß-Süß (siehe Teil 1 FN 4), S. 177 Rn. 52; differenzierend Palandt-Heldrich, 67. Auflage 2008, Art. 26 EGBGB Rn. 8. Vgl. auch die weiteren Nachweise siehe Teil 1 Fn. 16.

³⁸ Vgl. Süß-Süß (siehe Teil 1 FN 4), S. 129 Rn. 135 m.w.N.

³⁹ S. siehe Teil 1 Fn. 7.

⁴⁰ Palandt-Heldrich, 67. Auflage 2008, Art. 15 EGBGB Rn. 3.

⁴¹ Andere Fallgestaltungen sollen hier nicht näher betrachtet werden.

⁴² Zusammenfassung des Meinungsstandes bei OLG Stuttgart, Beschl. v. 08.03.2005, BWNotZ 2006, 59, (60)

⁴³ Die „nur erbrechtliche“ Qualifizierung wird heute praktisch nicht mehr vertreten, soll aber ggf. aus der Sicht eines ausländischen Rechts die maßgebliche sein, vgl. Flick/Piltz-Wachter (siehe Teil 1 FN 12), Rn. 173 m.w.N.

(1) güterrechtliche Qualifikation

Bei einer rein güterrechtlichen Qualifikation findet § 1371 Abs. 1 BGB immer dann Anwendung, wenn in der Ehe des Erblassers Zugewinnsgemeinschaft bestand, und zwar unabhängig davon, nach welchem Recht dieser erbt, also unabhängig vom Erbstatut⁴⁴. Dies liege darin begründet, dass die Norm gerade den rechnerischen Zugewinnausgleich im Erbfall durch Zuweisung einer pauschalen Erhöhung vermeiden wolle. Auch eine sich nach dem ausländischen Erbrecht ergebende Erbquote des überlebenden Ehegatten werde daher bei bestehender Zugewinnsgemeinschaft pauschal erhöht; ergebe sich dadurch für den Ehegatten „zu viel“, da das ausländische Recht diesen ebenfalls begünstige, erfolge eine Korrektur im Wege der Angleichung.

(2) erbrechtliche oder „Doppel“-Qualifikation⁴⁵

Wird hingegen § 1371 Abs. 1 BGB auch erbrechtlich qualifiziert, führt dies dazu, dass es zu einer Erhöhung des Ehegattenerbteils nur kommt, wenn auf den Tod des Erblassers auch deutsches Erbrecht anwendbar ist („doppelte“ Anwendbarkeit deutschen Rechts: Güterrechtstatut und Erbstatut). Dies wird damit begründet, dass die Norm in ein wohlaustariertes System aus Ehegüter- und Erbrecht eingefügt sei, das einen gerechten Ausgleich zwischen dem Ehegatten und anderen Erbberechtigten herzustellen versuche. Daher könne § 1371 Abs. 1 BGB nur anwendbar sein, wenn auch das deutsche Erbrecht gelte.

(3) Stellungnahme

Der güterrechtlichen Einordnung ist zuzustimmen⁴⁶. Grundsätzlich beträgt die Erbquote des überlebenden Ehegatten neben Abkömmlingen ein Viertel (anders nur bei Gütertrennung, dazu sogleich). Die „Begünstigung“ des Ehegatten durch pauschalierte Erbteilerhöhung findet ihre Begründung in dem deutschen System der Zugewinnsgemeinschaft. Sie dient der (vereinfachten) Auseinandersetzung der ehelichen Vermögensverhältnisse anlässlich des Todes eines Ehegatten und stellt damit quasi eine Vorstufe zur erbrechtlichen Verteilung des Nachlasses des verstorbenen Ehegatten dar. Die Pauschalierung ist daher im Kern als güterrechtlich zu qualifizieren⁴⁷. Erhält der überlebende Ehegatte allerdings aufgrund einer erbrechtlichen Begünstigung durch das ausländische Erbstatut sowie der güterrechtlichen Begünstigung durch das deutsche Güterrechtstatut letztlich „zu viel“, ist dies als Fall der Normenhäufung durch Angleichung zu lösen⁴⁸.

b) Gütertrennung

Bestand in der Ehe des Erblassers Gütertrennung, so hängt die Erbquote des überlebenden Ehegatten (bei Anwendbarkeit deutschen Erbrechts und) bei Vorhandensein von Abkömmlingen des Erblassers von deren Zahl

ab: gem. § 1931 Abs. 4 BGB erhält der länger lebende Ehegatten ebenso viel wie die Abkömmlinge, mindestens aber ein Viertel der Erbschaft.

§ 1931 Abs. 4 BGB wird erbrechtlich qualifiziert⁴⁹, d.h. er kommt zur Anwendung, wenn deutsches Erbstatut maßgebend ist. Die rein erbrechtliche Qualifizierung bewirkt, dass bei deutschem Erbstatut die Norm auch dann angewendet wird, wenn Gütertrennung nach einem ausländischen Recht bestand. Hier kommt es auf die Qualifizierung des ausländischen Güterrechts an: § 1931 Abs. 4 BGB kann nur gelten, wenn der ausländische Güterstand mit der deutschen Gütertrennung vergleichbar ist.

c) (Fortgesetzte) Gütergemeinschaft

Als deutscher Wahlgüterstand steht auch die Gütergemeinschaft (§§ 1415ff. BGB) zur Verfügung. Abgesehen davon, dass es bei dieser zu keiner Anpassung der Erbquote wie bei den anderen Güterständen kommt, lässt die deutsche Gütergemeinschaft in den §§ 1483ff. BGB über die fortgesetzte Gütergemeinschaft aber eine Sonderrechtsnachfolge zu.

Vereinbaren die Ehegatten ehevertraglich die Fortsetzung der Gütergemeinschaft, so bewirkt dies, dass die Gütergemeinschaft nach dem Tode des eines Ehegatten mit den gemeinschaftlichen(!) Abkömmlingen fortgesetzt wird, welche bei gesetzlicher Erbfolge berufen wären. Der Anteil des verstorbenen Ehegatten am Gesamtgut (§ 1416 BGB) gehört nicht zum Nachlass; (nur) hinsichtlich seines Sonderguts (die nicht durch Rechtsgeschäft übertragbaren Gegenstände, § 1417 BGB) sowie seines Vorbehaltsguts (die zum Vorbehaltsgut erklärten oder mit entsprechender Anordnung erworbenen Gegenstände sowie Surrogate, § 1418 BGB) unterliegen den erbrechtlichen Vorschriften. Beim Nachversterben eines gemeinschaftlichen Abkömmlings gehört dessen Anteil an der fortgesetzten Gütergemeinschaft wiederum nicht zu seinem Nachlass; vielmehr rücken andere gemeinschaftliche Abkömmlinge nach oder es tritt Anwachsung ein (§ 1490 BGB).

Besonders dann, wenn Ehegatten in zweiter (oder späterer) Ehe verheiratet sind, gemeinschaftliche Kinder und Kinder aus früheren Beziehungen haben, und sie die Kinder aus den früheren Beziehungen (z.B. weil diese die neue Ehe nicht dulden) „bestrafen“ wollen, kann die Vereinbarung der fortgesetzten Gütergemeinschaft in Betracht kommen. Für den länger lebenden Ehegatten ist dies insoweit „ungefährlich“, als er den Eintritt der fortgesetzten Gütergemeinschaft nach den Vorschriften über die Ausschlagung einer Erbschaft ablehnen kann, § 1484 BGB.

Dies gilt auch insoweit, als zum Gesamtgut grundsätzlich das gesamte Vermögen der Ehegatten gehört, also auch das vorehelich bereits vorhandene, § 1416 Abs. 1 BGB. Durch Vereinbarung von Vorbehaltsgut können die Ehegatten im Ergebnis jedoch das Gesamtgut auf das Vermögen beschränken, welches sie der besonderen Rechtsnachfolge unterwerfen wollen, und im Übrigen erbrechtlich andere Vorstellungen verwirklichen.

⁴⁴ Bamberger/Roth-S. Lorenz (siehe Teil 1 FN 16), Art. 15 EGBGB Rn. 67
⁴⁵ MünchKomm-Birk (siehe Teil 1 FN 16), Art. 25 EGBGB Rn. 158; differenzierter aber MünchKomm-Siehr (siehe Teil 1 FN 16), Art. 15 EGBGB Rn. 117.
⁴⁶ Palandt-Heldrich, 67. Auflage 2008, Art. 15 EGBGB Rn. 26; RBM-Sieghörtner (siehe Teil 1 FN 3), S. 286 Rn. 52.
⁴⁷ Flick/Piltz-Wachter (siehe Teil 1 FN 12), Rn. 174
⁴⁸ Palandt-Heldrich, 67. Auflage 2008, Art. 15 EGBGB Rn. 26 am Ende; Flick/Piltz-Wachter (siehe Teil 1 FN 12), Rn. 175. Im Ergebnis ebenso, aber wohl mit umgekehrtem Ansatz, OLG Stuttgart, Beschl. v. 08.03.2005, BWNotZ 2005, 59.

⁴⁹ Bamberger/Roth-S. Lorenz (oben FN 16), Art. 15 EGBGB Rn. 68; Palandt-Heldrich, 67. Auflage 2008, Art 15 EGBGB Rn. 28

Fraglich könnte allenfalls sein, ob diese deutsche Regelung einem ausländischen *ordre public* standhalten würde, wenn ausländisches Erbrecht gilt, und Pflichtteils- bzw. Noterbrechte von Angehörigen des Erblassers betroffen sind⁵⁰.

4. Ausländisches Ehegüterrecht u.a.

Ausländisches Ehegüterrecht sieht zum Teil ebenfalls eine Sonderrechtsnachfolge (zumeist zu Gunsten des Ehegatten) bei bestimmten Güterständen bzw. Gegenständen vor⁵¹. Zu nennen sind insbesondere die „institution contractuelle“⁵² in den romanischen Rechten sowie die „joint tenancy“⁵³ im anglo-amerikanischen Recht. Bei entsprechenden Sachverhalten sind daher ggf. deren Voraussetzungen und Wirkungen eingehend zu prüfen⁵⁴.

V. Schenkungsversprechen von Todes wegen⁵⁵

1. Schenkungsversprechen von Todes wegen im engeren Sinne

Im deutschen Recht sind Schenkungsversprechen auf den Todesfall in § 2301 BGB geregelt⁵⁶. Diese Norm hat allerdings einen verhältnismäßig schmalen Anwendungsbereich: entscheidendes Tatbestandsmerkmal ist die mit der Schenkung verknüpfte Bedingung, dass der Beschenkte den Schenker überlebt. Ohne diese Überlebensbedingung liegt eine „normale“ Schenkung vor, die auch wie eine solche behandelt wird.

Kollisionsrechtlich bereitet die Einordnung von § 2301 BGB Schwierigkeiten: die überwiegende Auffassung folgt der – für das deutsche Recht maßgeblichen – Unterscheidung der Norm, ob die Schenkung bereits zu Lebzeiten vollzogen wurde (dann Schenkung) oder nicht (dann erbrechtliche Qualifizierung)⁵⁷. Diese Auffassung vermag jedoch nicht ganz zu überzeugen: Zweck der deutschen Regelung ist es an sich nicht, eine materielle Unterscheidung zwischen Schenkung und erbrechtlicher Regelung zu treffen. Zweck ist vielmehr, einer möglichen Umgehung testamentarischer Formanforderungen vorzubeugen⁵⁸. Vollzieht der Schenkung dieselbe noch zu Lebzeiten, so sollen die schenkungsrechtlichen Vorschriften einzuhalten sein. Kommt es allerdings nicht mehr zu einem Vollzug, so ist für die Gültigkeit des Schenkungsversprechens die Einhaltung der Testamentsform erforderlich.

Vor dem Hintergrund dieser Zielsetzung, nämlich der Umgehung testamentarischer Formvorschriften, werden Schenkungsversprechen von Todes wegen daher von einer abweichenden Auffassung rein erbrechtlich quali-

fiziert⁵⁹. Maßgeblicher Zeitpunkt ist gem. Art. 26 Abs. 5 EGBGB der Zeitpunkt des Abschlusses des Geschäfts (Errichtungsstatut).

Ist Errichtungsstatut ein ausländisches Recht, ist zu beachten, dass viele Rechtsordnungen ein Schenkungsversprechen von Todes wegen nicht anerkennen.

2. Verträge zu Gunsten Dritter auf den Todesfall⁶⁰

Praktisch häufig sind Verträge zu Gunsten Dritter auf den Todesfall etwa im Bereich der Lebensversicherungen, wenn etwa für den Todesfall ein Bezugsrecht bspw. des Ehegatten vereinbart ist. Hierbei handelt es sich um das für den Vertrag zu Gunsten Dritter typische Dreiecksverhältnis. Für das Verhältnis zwischen dem Versprechenden (z.B. der Lebensversicherung) und dem Versprechensempfänger (also dem – späteren – Erblasser) gilt reines Schuldrecht. Ein Schenkungsversprechen von Todes wegen kann allerdings⁶¹ in dem Verhältnis zwischen dem Versprechensempfänger = Erblasser und dem Dritten = Begünstigten gesehen werden. In diesem Verhältnis entscheidet sich u.a., ob der Begünstigte ein Recht auf die Leistung hat, oder ob er sich Bereicherungsansprüchen ausgesetzt sieht. Nur in diesen, dem Valutaverhältnis, spielt die erbrechtliche Betrachtung eine Rolle⁶².

VI. Verzichtverträge

1. Bedeutung

Das genaue Gegenteil einer erbrechtlichen Zuwendung oder Bindung lässt sich mit einem entsprechenden Verzicht erreichen. Ein solcher kommt im Zusammenhang mit der erbrechtlichen Gestaltung bei Ehegatten in einer gemischt-nationalen Ehe nicht nur durch die Abkömmlinge in Betracht. Häufig ist auch an einen Verzicht unter Ehegatten zu denken, etwa wenn es sich um die zweite oder spätere Ehe handelt und beide Ehegatten „abgesichert“ sind, wenn ein Unternehmen an die nächste Generation weitergegeben werden soll, oder wenn nicht aus der Ehe stammendes „Familienvermögen“ in der Linie weitervererbt werden soll.

2. Erb- und/oder Pflichtteilsverzicht⁶³

a) Rechtsvergleichender Überblick

Im deutschen Recht ist ein Erbverzicht gem. § 2346 BGB möglich; der Verzicht kann auf das Pflichtteilsrecht beschränkt werden, § 2346 Abs. 2 BGB. Einen Erbverzicht kennen z.B. auch Österreich, die Schweiz und die Türkei, die skandinavischen Länder, Polen und Ungarn⁶⁴. Das Erbrecht der US-Bundesstaaten lässt einen Erb- oder Pflichtteilsverzicht unter bestimmten Voraussetzungen zu⁶⁵. Im romanischen Rechtskreis werden Erbverzicht

⁵⁰ Vgl. Süß-Süß (siehe Teil 1 FN 4), S. 131 Rn. 138 für den umgekehrten Fall ausländischer güterrechtlicher Sonderregelungen.

⁵¹ Vgl. Süß-Süß (siehe Teil 1 FN 4), S. 130 Rn. 137ff.

⁵² S. siehe Teil 1 FN 7.

⁵³ Dies ist eine besondere Form der Mitberechtigung an einem Gegenstand mit einem Anwachsungsrecht des überlebenden Teils; RBM-Sieghörtner (siehe Teil 1 FN 3), S. 284 Rn. 51.

⁵⁴ Dies hier zu tun, würde den Rahmen der Arbeit sprengen.

⁵⁵ Hierzu Flick/Piltz-Wachter (siehe Teil 1 FN 12), Rn. 167ff.

⁵⁶ Zur Behandlung in anderen Rechtsordnungen vgl. etwa Edenfeld (siehe Teil 1 FN 43), S. 461.

⁵⁷ Kropholler (siehe Teil 1 FN 61), S. 441; AnwK-BGB-Kroiß (siehe Teil 1 FN 103), Art. 26 EGBGB Rn. 37; Bamberger/Roth-S. Lorenz (siehe Teil 1 FN 16), Art. 25 EGBGB Rn. 39; RBM-Sieghörtner (siehe Teil 1 FN 3), S. 279 Rn. 45; vgl. auch Palandt-Heidrich, 67. Auflage 2008, Art. 25 EGBGB Rn. 15.

⁵⁸ Vgl. Süß-Süß (siehe Teil 1 FN 4), S. 119 Rn. 110.

⁵⁹ Staudinger-Dörner (siehe Teil 1 FN 16), Art. 25 EGBGB Rn. 372ff.; Süß-Süß (siehe Teil 1 FN 4), S. 119, Rn. 110.

⁶⁰ Ausführlich RBM-Sieghörtner (siehe Teil 1 FN 3), S. 280 Rn. 46.

⁶¹ Muss aber nicht, es kann sich auch um ein entgeltliches Geschäft handeln, z.B. wenn die Einräumung des Bezugsrechts für eine Lebensversicherung die Gegenleistung für eine Pflegeverpflichtung darstellt.

⁶² Süß-Süß (siehe Teil 1 FN 4), S. 120 Rn. 112.

⁶³ Ausführlich Riering, „Der Erbverzicht im internationalen Privatrecht“, ZEV 1998, 248ff.

⁶⁴ Süß-Süß (siehe Teil 1 FN 4), S. 112 Rn. 94.

⁶⁵ Böhmer, „Der Erb- und Pflichtteilsverzicht im anglo-amerikanischen Rechtskreis“, ZEV 1998, 251, 255.

gegen überwiegend nicht anerkannt; Gleiches gilt für viele Länder der ehemaligen sozialistischen Staaten⁶⁶. Manche Staaten kennen freilich die „verbindliche Ausschlagung der Erbschaft zu Lebzeiten des Erblassers“, welche faktisch die gleichen Folgen wie ein Verzicht hat.

b) Qualifikation

Beim Erbverzicht trifft der (künftige) Erblasser gerade keine letztwillige Verfügung, vielmehr verzichtet der andere Vertragsteil auf eine ihm gegen den Erblasser bei dessen Tode zustehende Rechtsposition. Dennoch sieht etwa das deutsche Recht den Erbverzicht als erbrechtliches Rechtsgeschäft an. Auf Seiten des Erblassers ist daher z.B. Höchstpersönlichkeit gefordert, § 2347 Abs. 2 S. 1 BGB, wohingegen der Verzichtende sich vertreten lassen kann.

Auch international-privatrechtlich wird der Erbverzicht als erbrechtliches Rechtsgeschäft qualifiziert, da Gegenstand des Vertrags die Verfügung über erbrechtliche Rechtspositionen nach dem Erblasser ist⁶⁷. Ob ein Erbverzicht in der jeweiligen Rechtsordnung überhaupt bekannt bzw. zulässig ist, richtet sich demnach nach dem Erbstatut des Erblassers, Art. 25 Abs. 1 EGBGB.

Bei einem „wechselseitigen“ Erbverzicht, bei welchem beide Vertragspartner auf ihr Erbrecht am Nachlass des Anderen verzichten, ist der Verzicht getrennt nach dem Recht des jeweiligen Erblassers zu beurteilen. Anders als beim Erbvertrag, der insgesamt ein Vertragswerk darstellt, liegen meines Erachtens beim „wechselseitigen“ Erbverzicht zwei Erbverzichte vor, die allenfalls in einer Urkunde zusammengefasst sind. Dies liegt daran, dass es sich beim Erbverzicht um einen verfügenden Vertrag handelt, der unmittelbar die Rechtspositionen beeinflusst. Die bei gemeinschaftlichen Testamenten bzw. bei Erbverträgen zu klärende Frage, ob beide anwendbaren Erbstatute den Abschluss eines Erbverzichtsvertrags kumulativ zulassen müssen, oder ob eine distributive Betrachtung vorzuziehen ist⁶⁸, stellt sich damit beim Erbverzicht nicht; vielmehr ist jeder Verzicht getrennt zu beurteilen. Dennoch kann sich bei festgestellter Unwirksamkeit des einen Verzichts ergeben, dass auch der andere Verzicht unwirksam sein soll, wenn beide voneinander abhängig sind, sei es durch ausdrücklich oder durch konkludente Bedingtheit⁶⁹.

c) Formstatut

Beim Erbverzicht trifft der (künftige) Erblasser selbst keine letztwilligen Verfügungen; vielmehr nimmt er nur die Verzichtserklärung des anderen Teils entgegen. Obwohl der Erbverzicht auch kollisionsrechtlich als erbrechtliches Rechtsgeschäft qualifiziert wird, findet daher – mangels Vorliegens einer letztwilliger Verfügung – Art. 26 Abs. 4 EGBGB keine Anwendung⁷⁰. Der Erbverzicht untersteht daher kollisionsrechtlich nicht den erbrechtlichen Form-

vorschriften. Einschlägig ist vielmehr Art. 11 Abs. 1 EGBGB als allgemeine Vorschrift für die Form von Rechtsgeschäften im Internationalen Privatrecht⁷¹.

Nach Art. 11 Abs. 1 EGBGB besteht die Wahl zwischen dem Errichtungsstatut und der Ortsform. Ein nach deutschem Recht zu beurteilender Erbverzicht kann daher entweder durch notarielle Beurkundung errichtet werden, § 2348 BGB, oder in der am Ort der Errichtung vorgeschriebenen Form. Letzteres ist dann problematisch, wenn am Ort der Vornahme des Rechtsgeschäfts ein Erbverzicht überhaupt nicht bekannt ist (also etwa, wenn ein deutscher Erblasser in einem sozialistischen Land einen Erbverzichtsvertrag abschließen möchte). In diesem Fall bleibt nur der Rückgriff auf § 2348 BGB, damit die notarielle Beurkundung. Es bleibt dann aber zu prüfen, ob die Beurkundung durch einen ausländischen Notar die Formerfordernisse erfüllt, die § 2348 BGB voraussetzt. Es ist mithin zu prüfen, ob die Beurkundung durch einen ausländischen Notar der deutschen Beurkundung „gleichwertig“ ist.

d) Gültigkeit und Wirkung

Für die Gültigkeit eines abgeschlossenen Erbverzichtsvertrags soll es entsprechend Art. 26 Abs. 5 EGBGB auf das Errichtungsstatut ankommen, für die Wirkung hingegen auf das effektive Erbstatut⁷². Dies wird damit begründet, dass im Verhältnis zwischen Art. 25 Abs. 1 EGBGB und Art. 26 Abs. 5 EGBGB zwischen Gültigkeit und Wirksamkeit unterschieden werde⁷³.

Auch bei einem Erbvertrag kommt es etwa wegen der Gültigkeit gem. Art. 26 Abs. 5 EGBGB auf den Zeitpunkt der Errichtung an. Welche Wirkungen der Erbvertrag hat, richtet sich aber nach dem effektiven Erbstatut, also nach dem auf Rechtsnachfolge von Todes wegen allgemein anwendbaren Recht. Hat etwa ein in Deutschland lebender Erblasser mit französischer Staatsangehörigkeit vertraglich seinen Sohn zum Vorerben eingesetzt und Nacherbfolge angeordnet, und verstirbt dieser Erblasser später mit letztem Wohnsitz in Frankreich, dann ist der Erbvertrag nach deutschem Errichtungsstatut gültig. Nach dem französischen Erbstatut wird die Nacherbfolge allerdings nicht anerkannt. Gleiches soll beim Erbverzicht auch gelten.

Mich überzeugt das nicht⁷⁴. Bei einem Erbvertrag lässt sich, wie bei jeder Verfügung von Todes wegen, die Wirkung erst nach Eintritt des Erbfalls beurteilen. Ihre rechtsgestaltende Wirkung entfaltet eine Verfügung von Todes wegen – wie es die Bezeichnung auch nahe legt – erst mit dem Tode des Testators. Beim Erbverzicht hingegen handelt es sich gerade nicht um eine Verfügung von Todes wegen, sondern um ein unmittelbar verfügendes Rechtsgeschäft, mag dieses auch erst mit dem Tode des Erblassers Bedeutung erlangen. Daher ist aus meiner Sicht wegen der Wirkung des Erbverzichts auf den Zeitpunkt der Errichtung abzustellen, und zwar gem. Art. 25 Abs. 1

⁶⁶ BDW-Süß (siehe Teil 1 FN 94), S. 1443 Rn. 77.

⁶⁷ Bamberger-Roth-S. Lorenz (siehe Teil 1 FN 16), Art. 25 EGBGB Rn. 28; MünchKomm-Birk (siehe Teil 1 FN 16), Art. 26 EGBGB Rn. 145; Palandt-Heldrich, 67. Auflage 2008, Art. 26 EGBGB Rn. 13; Riering (siehe Teil 1 FN 176), S. 248.

⁶⁸ Siehe Teil 1 B VI.

⁶⁹ Ebenso Riering, S. 251.

⁷⁰ MünchKomm-Birk (siehe Teil 1 FN 16), Art. 26 EGBGB Rn. 146.

⁷¹ AnwK-BGB-Kroiß (siehe Teil 1 FN 103), Art. 26 EGBGB Rn. 36; Riering, S. 250.

⁷² AnwK-BGB-Kroiß (siehe Teil 1 FN 103), Art. 26 EGBGB Rn. 36; einschränkend Riering, S. 250.

⁷³ ausführlich zur Abgrenzung „Gültigkeit“ und „Inhalt“ Staudinger-Dörner (siehe Teil 1 FN 16), Art. 26 EGBGB Rn. 73.

⁷⁴ Kritisch auch Süß-Süß (siehe Teil 1 FN 4), S. 115 Rn. 99ff., insbesondere Rn. 101 m.w.N.

EGBGB analog, da die Rechtswirkung in diesem Zeitpunkt eintritt⁷⁵. Dies hat Bedeutung vor allem auch im Hinblick auf eine vereinbarte Gegenleistung.

e) Verzicht mit Wirkung gegen die Abkömmlinge

Grundsätzlich hat der Erbverzicht im deutschen Recht die Wirkung, dass der Verzichtende von der Erbfolge ausgeschlossen ist, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebte, also vorverstorben wäre, § 2346 Abs. 1 S. 2 BGB. An die Stelle eines vorverstorben (resp. verzichtenden) Kindes träten daher dessen Abkömmlinge, § 1924 Abs. 3 BGB. Nach § 2349 BGB erstreckt sich die Wirkung des Erbverzichts⁷⁶ eines Abkömmlings allerdings auch auf seine Abkömmlinge, soweit nicht beim Verzicht ein anderes bestimmt wird. Es handelt sich damit um den wohl einzigen, im deutschen Recht zulässigen Vertrag zu Lasten eines Dritten, da die entfernteren Abkömmlinge ohne ihr eigenes Zutun um ein eventuelles Erbrecht gebracht werden, wenn der Verzichtende tatsächlich vorverstorbt.

Diese Regelung lässt sich nur mit der Auffassung des historischen Gesetzgebers erklären, dass ein Erbverzicht regelmäßig nur gegen Abfindung erfolgt (Auszahlung zu Lebzeiten des Erblassers, etwa bei Auswanderung des Kindes). Der Erbverzicht mit Wirkung gegen die Abkömmlinge ist allerdings auch dann wirksam, wenn er ohne Abfindung vereinbart wird⁷⁷.

Es erscheint allerdings fraglich, ob ein solcher Verzicht auch von einem ausländischen Recht anerkannt würde, insbesondere dann, wenn dieses einen Erbverzicht nicht kennt. Zwar beurteilt sich die Wirkung des Verzichts nach dem Erbstatut des Erblassers, also des Verzichtsempfängers. Auch wird der freiwillige Verzicht eines Kindes auf ein vorhandenes Erbrecht von einer ausländischen Rechtsordnung toleriert werden, da es sich ja um die eigene Entscheidung des Kindes handelt. Wenn damit aber zugleich in evtl. erbrechtliche Positionen, insbesondere Noterb- oder Pflichtteilsrechte, entfernterer Abkömmlinge eingegriffen wird, könnte dies gegen den *ordre public* des ausländischen Rechts verstoßen⁷⁸.

3. Zuwendungsverzicht

§ 2352 BGB gestattet – als Unterfall des Erbverzichts – den Verzicht auf Zuwendungen. Verzichtet werden kann auch auf Zuwendungen in einem einseitigen Testament, was wegen der freien Widerruflichkeit eines solchen allerdings nur Bedeutung hat, wenn der Testator etwa testierunfähig geworden ist, und daher seine Verfügung nicht mehr widerrufen kann.

Praktisch bedeutsamer sind Verzichte auf bindend gewordene Zuwendungen, etwa wenn nach Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments oder Erbvertrags ein Ehegatte (bzw. Vertragsbeteiligter) gestorben ist. Der Zuwendungsverzicht hat dann den Hintergrund, dem an

die Verfügung gebundenen Testator seine Testierfreiheit wieder zu verschaffen⁷⁹. International-privatrechtlich spielt dies daher nur eine Rolle, wo überhaupt eine Bindung vorliegt. Unterliegt der Testator aufgrund seiner heimatrechtlichen Regelungen schon keiner Bindung, bedarf es auch keines Zuwendungsverzichts.

Der Zuwendungsverzicht stellt eine Variante des Erbverzichts dar. Er ist daher auch kollisionsrechtlich so behandeln. Abzustellen ist demnach auf den Verzichtsempfänger, sprich: den gebundenen Testator.

VII. Gesellschaftsrechtliche Regelungen

1. Bedeutung

Wenn von den Ehegatten aufeinander abgestimmte oder gar bindende letztwillige Verfügungen gewünscht sind, stellen Gemeinschaftliche Testamente bzw. Erbverträge, wie gesehen, oft kein geeignetes Gestaltungsmittel bei gemischt-nationalen Ehen dar, weil das Recht des einen Ehegatten sie nicht kennt, gar verbietet oder jedenfalls nur eingeschränkt zulässt. Eine Rechtswahl hilft nur selten weiter, da sie entweder, wie im deutschen Recht, nicht weit genug geht oder gänzlich unbekannt ist. Aber auch dann, wenn es den Beteiligten nicht auf eine Bindung ankommt, sondern überhaupt deutsches Erbrecht gelten soll – etwa um statt mit Noterbrechten nur mit schuldrechtlichen Pflichtteilsansprüchen konfrontiert zu sein –, und dies wegen der Eigenart eines Vermögensgegenstandes nicht möglich ist⁸⁰, kommt statt einer erbrechtlichen Gestaltung eine solche auf der Vermögensebene in Betracht. Zu denken ist insoweit an gesellschaftsrechtliche Regelungen, wobei zwischen Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften zu unterscheiden ist.

2. Erbstatut und Gesellschaftsstatut

Nach dem Erbstatut richtet sich (nur), wie sich die Erbfolge gestaltet und welche sonstigen Rechte bezüglich des Nachlasses bestehen, nicht aber insbesondere, welche Rechtspositionen überhaupt in den Nachlass fallen. Über die Vererblichkeit einer Rechtsposition trifft das auf diese Rechtsposition selbst anwendbare Recht eine Aussage; es handelt sich damit um eine selbständig anzuknüpfende Vorfrage⁸¹. Ob z.B. die Anteile an einer Gesellschaft vererblich sind, oder welches Schicksal diese sonst erfahren, richtet sich nach dem Gesellschaftsstatut, also dem auf die Gesellschaft als solcher anwendbaren Recht⁸². Hiernach kann es durchaus ein, dass Gesellschaftsanteile als nicht vererblich angesehen werden.

3. Kapitalgesellschaften

Kapitalgesellschaften sind juristische Personen und damit in ihrem Bestand vom Gesellschafterbestand unabhängig. Eine Kapitalgesellschaft „kann nicht sterben“. Auf der Gesellschafterebene wiederum sind nur die Anteile

⁷⁵ Ebenso Flick/Piltz-Wachter (siehe Teil 1 FN 12), Rn. 163, welcher allerdings Art. 26 Abs. 5 EGBGB analog anwenden will. Süß in Süß-Süß (siehe Teil 1 FN 4), S. 116 Rn. 101 am Ende weist hierzu freilich darauf hin, dass insoweit die Voraussetzungen für eine Analogie fehlen.

⁷⁶ Auch die eines reinen Pflichtteilsverzichts, ganz h.M.; vgl. nur Palandt-Edenhofer, 67. Auflage 2008, § 2349 Rn. 1 am Ende.

⁷⁷ Palandt-Edenhofer, 67. Auflage 2008, § 2349 Rn. 1.

⁷⁸ RBM-Sieghörtner (siehe Teil 1 FN 3), S. 278 Rn. 44; Riering, S. 249 m.w.N.

⁷⁹ Was bisher freilich nur eingeschränkt geht, da der Zuwendungsverzicht sich, anders als der Erbverzicht, nicht auf die Abkömmlinge erstreckt. Nach der Erbrechtsreform wird dies ggf. anders sein, vgl. Schaal/Grigas, „Der Regierungsentwurf zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts“, BWNotZ 2008, 2, 23.

⁸⁰ Etwa wenn für im Ausland belegene Immobilien gem. Art. 3 Abs. 3 EGBGB die *lex rei sitae* gilt.

⁸¹ Palandt-Heldrich, 67. Auflage 2008, Art. 25 EGBGB Rn. 17.

⁸² Palandt-Heldrich, 67. Auflage 2008, Art. 25 EGBGB Rn. 15.

des einzelnen Gesellschafters an der Gesellschaft zu betrachten. Wegen der Konstruktion einer Kapitalgesellschaft als juristischer Personen und deren Unabhängigkeit vom Gesellschafterbestand sind die Anteile an einer solchen Gesellschaft grundsätzlich frei vererblich und fallen damit in den Nachlass eines Gesellschafters⁸³.

Durch die Einbringung eines ausländischen Grundstücks in eine inländische Kapitalgesellschaft kann daher die ggf. auf das Grundstück selbst anwendbare lex rei sitae „umgangen“ werden. Das Grundstück als solches ist dann – als Vermögensbestandteil der Kapitalgesellschaft – überhaupt nicht mehr vererblich. Auf der Gesellschaftsebene kann aber weiterhin ausländisches Erbrecht anwendbar sein.

4. Personengesellschaften⁸⁴

a) Sondererfolge

Interessanter sind daher – jedenfalls aus deutscher Sicht – Personengesellschaften⁸⁵, weil das deutsche Recht hinsichtlich der Beteiligung des Gesellschafters hieran eine oft als „Sondererfolge“⁸⁶ bezeichnete Nachfolgeregelung kennt⁸⁷. Nach der grundsätzlichen Regelung des § 727 Abs. 1 1. HS. BGB wird eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts aufgelöst, wenn ein Gesellschafter verstirbt⁸⁸. Durch die Auflösung verwandelt sich die Gesellschaft in eine Liquidationsgesellschaft; an dieser sind die Erben des verstorbenen Gesellschafters aufgrund der erbrechtlichen Nachfolge beteiligt⁸⁹.

§ 727 Abs. 1 2. HS. BGB lässt es freilich ausdrücklich zu, dass im Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt wird. Insbesondere kann vereinbart werden, dass die Gesellschaft als solche durch den Tod eines Gesellschafters gerade nicht aufgelöst wird, sondern unter Ausscheiden des verstorbenen Gesellschafters von den verbleibenden fortgesetzt wird, arg. ex. § 736 Abs. 1 BGB. In diesem Falle ist die Gesellschaftsbeteiligung gerade nicht vererblich. An die Stelle der Gesellschaftsbeteiligung tritt der Abfindungsanspruch des ausscheidenden Gesellschafters, § 738 BGB, welcher im Falle des Ausscheidens durch Tod an die Erben fällt.

Für diese beiden Varianten ist die kollisionsrechtliche Einordnung wohl weitgehend unproblematisch: das Gesellschaftsstatut entscheidet darüber, welche Rechtspositionen vererblich sind. Im ersteren Falle geht der Anteil des verstorbenen Gesellschafters an der (nunmehr aufgelösten = Liquidations-)Gesellschaft auf die Erben über. Über die erbrechtlichen Wirkungen entscheidet das Erb-

statut. Im zweiten Falle findet auf der Gesellschaftsebene eine Anwachsung statt. Insoweit gibt es also bereits gesellschaftsrechtlich keine Position oder Beteiligung, die auf die Erben übergehen könnte. Dies wird – entsprechend Art. 3 Abs. 2a EGBGB – kollisionsrechtlich respektiert. Dem Erbstatut unterliegt daher nur der auf die Erben übergegangene Abfindungsanspruch.

b) Problematische Einordnung

Nach allgemeiner Ansicht besteht im Rahmen der gesetzlichen Regelung nicht nur Möglichkeit, dass zwischen der Rechtsfolge der Auflösung der Gesellschaft beim Tode eines Gesellschafters und der Rechtsfolge des Ausscheidens des Gesellschafters bei Fortbestand der Gesellschaft unter den Übrigen gewählt werden kann. Denkbar sind auch sog. „einfache“ und „qualifizierte Nachfolgeklauseln“. Hierbei wird nur die aus § 727 Abs. 1 1. HS. BGB sich ergebende Rechtsnachfolge abbedungen, dass die Gesellschaft mit dem Tode eines Gesellschafters aufgelöst sein soll. Sein Tod führt allerdings nicht zu seinem Ausscheiden, sondern die Gesellschaft wird mit den Erben fortgesetzt. Dabei wird wiederum unterschieden, ob alle Erben nachrücken („einfache Nachfolgeklauseln“), oder ob nur bestimmte Personen (z.B. nur die Abkömmlinge) als Nachfolger zugelassen sind („qualifizierte Nachfolgeklauseln“).

Die rechtliche Einordnung dieser Konstruktion bereitet bereits im deutschen Recht erhebliche Schwierigkeiten⁹⁰. Nach der Rechtsprechung des BGH erfolgt der Übergang auf die Erben im Wege einer Sondererfolge, also mittels des Erbrechts. Die Besonderheit besteht freilich darin, dass mehrere Erben nicht als Erbengemeinschaft in die Gesellschaft nachrücken, sondern – im Wege einer gesetzlichen Nachlassauseinandersetzung – jeder Erbe einzeln für seinen Anteil.

Kollisionsrechtlich ist darüber hinaus fraglich, wo diese Konstruktion zuzuordnen ist: dem Gesellschaftsstatut oder dem Erbstatut⁹¹. Denn gesellschaftsrechtlich entscheidet die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung einer qualifizierten Nachfolgeklauseln nicht nur darüber, ob die Beteiligung des Gesellschafters überhaupt vererblich ist (insoweit sicher Gesellschaftsstatut), sondern auch, wer als möglicher – erbrechtlicher – Nachfolger zugelassen ist. So gesehen, hat diese Regelung auch eine erbrechtliche Komponente.

Wenn man der dogmatischen Einordnung des BGH folgt, handelt es sich allerdings nur um ein Scheinproblem. Auch bei rein deutscher Betrachtung entscheidet die gesellschaftsvertragliche Regelung (nur) darüber, wer überhaupt als Nachfolger in Betracht kommt⁹². Ob die Beteiligung dann tatsächlich auf die zugelassenen Nachfolger übergeht, ist dann eine Frage des – möglicherweise ausländischen – Erbrechts⁹³: nur, wenn die gesellschaftsver-

⁸³ Kropholler (siehe Teil 1 FN 61), S. 437; v. Hoffmann/Thorn (siehe Teil 1 FN 16), § 9 Rn. 46; MünchKomm-Birk (siehe Teil 1 FN 16), Art. 25 EGBGB Rn. 180.

⁸⁴ Anschaulich zum Qualifikationsproblem RBM-Sieghörtner (siehe Teil 1 FN 3), S. 288 Rn. 56.

⁸⁵ MAH-Erbrecht-von Oertzen/Pawlytta (siehe Teil 1 FN 116), § 33 Rn. 144.

⁸⁶ So ausdrücklich MünchKomm-Birk, Art. 25. EGBGB Rn. 181.

⁸⁷ Ausführlicher hierzu etwa Palandt-Edenhofer, 67. Auflage 2008, § 1922 Rn. 15ff.

⁸⁸ Entsprechendes galt bis zur Handelsrechtsreform für die oHG sowie beim Tode des persönlich haftenden Gesellschafters einer KG.

⁸⁹ Palandt-Sprau, 67. Auflage 2008, § 727 Rn. 1; Palandt-Edenhofer, 67. Auflage 2008, § 1922 Rn. 15. Es ist daher aus meiner Sicht zumindest missverständlich, wenn gerne davon gesprochen wird, ein GbR-Anteil sei von Gesetzes wegen nicht vererblich, sondern müsse durch Gesellschaftsvertrag vererblich gestellt werden: auch bei der gesetzlichen Regelung vererbt sich der GbR-Anteil, nur hat sich dann auch die „Qualität“ der Gesellschaft geändert.

⁹⁰ Auf die an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden kann.

⁹¹ v. Hoffmann/Thorn (siehe Teil 1 FN 16), § 9 Rn. 47; Süß-Süß (siehe Teil 1 FN 4), S. 142 Rn. 165f.. Nach Kropholler (siehe Teil 1 FN 61), S. 437, verdrängt eine im Gesellschaftsrecht vorgesehene Einzelrechtsnachfolge – wie vom BGH für die GbR angenommen – die sonst bestehende erbrechtliche Gesamthandsgemeinschaft; Regelungswidersprüche zwischen Erb- und Gesellschaftsstatut seien zu Gunsten des Gesellschaftsstatuts zu lösen.

⁹² MünchKomm-Birk (siehe Teil 1 FN 16), Art. 25 EGBGB Rn. 185; RBM-Sieghörtner (siehe Teil 1 FN 3), S. 289 Rn. 56.

⁹³ MünchKomm-Birk (siehe Teil 1 FN 16), Art. 25 EGBGB Rn. 186; Flick-Piltz-Wachter (siehe Teil 1 FN 12), Rn 137.

traglich zugelassenen Nachfolger auch Erbe des verstorbenen Gesellschafters werden, erfolgt ein Rechtsübergang. Sind etwa im Gesellschaftsvertrag nur Abkömmlinge eines Gesellschafters als Nachfolger vor gesehen, und wird der Gesellschafter (nur) von seinem Ehegatten beerbt, geht die gesellschaftsvertragliche Regelung insoweit „ins Leere“⁹⁴.

c) Gestaltungsmöglichkeiten

Die personengesellschaftsrechtlichen Besonderheiten können speziell in zwei Fallgruppen von Vorteil sein:

(1) Inländisches Vermögen ausländischer Erblasser

Besitzt ein ausländischer Erblasser Vermögen im Inland, und soll dieses „nach deutschem Recht“ weitergegeben werden, ist zu überlegen, ob das Vermögen in eine inländische Personengesellschaft eingebracht und dort eine Fortsetzungs- oder Nachfolgeklausel vereinbart wird.

Die Rechtsnachfolge richtet sich dann primär nicht mehr nach dem ausländischen Erbrecht, sondern nach dem inländischen Gesellschaftsrecht. Auf diese Weise können auch dann bindende Nachfolgeregelungen erreicht werden, wenn das ausländische Erbrecht eines Beteiligten solche eigentlich verbietet.

(2) Ausländisches Vermögen inländischer Erblasser

Ausländische Vermögensteile eines deutschen Erblassers können sich – wegen Art. 3 Abs. 2a EGBGG – evtl. nach ausländischem Recht vererben. Ist dies nicht gewünscht, kann dieses Vermögen ggf. in eine inländische Personengesellschaft eingebracht werden. Die Anwendung der *lex rei sitae* wird auf diese Weise „umgangen“, da auf die inländische Gesellschaft jedenfalls deutsches Recht anwendbar ist. Problematisch bleibt freilich die An-

erkennung einer solchen Personengesellschaft als Gesamthandsgemeinschaft in jenen Staaten, welchen diese Konstruktion fremd ist.

B. Zusammenfassung

Die erbrechtliche Gestaltung bei gemischt-nationalen Ehen bereitet – je nach Gestaltungsziel – besondere Schwierigkeiten. Gemeinschaftliche Testamente und/oder Erbverträge sind zur Gestaltung oft nicht – oder jedenfalls nicht wie bei deutschen Ehegatten gewohnt – einsetzbar. Dies liegt daran, dass viele ausländische Rechtsordnungen solche Konstruktionen nicht kennen oder gar ausdrücklich verbieten. Wenn es auch teilweise möglich scheint – oder von der ausländischen Rechtsordnung zugelassen ist – eine gemeinsamen Verfügung formgültig zu erreichen, ist dennoch häufig die Bindungswirkung im Vergleich zum rein deutschen Recht eingeschränkt oder gar nicht möglich.

Eine Rechtswahl ins deutsche Recht hilft nur bedingt weiter, da sie aus deutscher Sicht nur sehr eingeschränkt möglich ist. Eine weitergehende Rechtswahl nach ausländischem Recht ist in ihren Voraussetzungen und Folgen oft nur schwer absehbar, zudem ist fraglich, ob eine Rechtswahl „mit Bindungswirkung“ möglich ist.

Gestaltungsmöglichkeiten bieten in engen Grenzen ggf. Eheverträge, wenn durch sie auf die gesetzliche Erbfolge Einfluss genommen werden kann und soll. Eventuell kommt auch der Abschluss von Verzichtverträgen in Betracht.

Jedenfalls aus deutscher Sicht bieten sich ggf. gesellschaftsrechtliche Regelungen mit deutschen Personengesellschaften an, weil diese individuell ausgestaltet werden können und man sich auf „vertrautem Rechtsboden“ bewegt. Nicht endgültig geklärt ist freilich die Anerkennung solcher Konstruktionen durch ein ausländisches Recht.

⁹⁴ Welche gesellschaftsrechtlichen Konsequenzen aus einer gescheiterten Nachfolgeklausel zu ziehen sind, ist nicht Gegenstand dieser Arbeit.

Aktuelle Entwicklungen im Grundstücks- und Grundbuchrecht*

(Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz)

Das Liegenschaftsecht hat sich in letzter Zeit nicht unbedeutend verändert. So wurde das Risikobegrenzungs-gesetz erlassen und damit die Fälligkeit des Grundschuldkapitals von einer sechsmonatigen Kündigungsfrist abhängig gemacht sowie der gutgläubige Erwerb einer Sicherungsgrundschuld hinsichtlich der Sicherungsabreden ausgeschlossen. Mit dem Preisklauselgesetz wurde die behördliche Genehmigung abgeschafft, durch das MoMiG wurde eine grundbuchfähige Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) zugelassen, mit der WEG-Novelle 2007 kann eine teilrechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft dingliche Rechte erwerben. Anerkannt wurde jetzt vom BGH die Grundbuchfähigkeit einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Obwohl § 13 Abs. 2 FGG durch das Rechtsdienstleistungsgesetz zum 1.7.2008 verändert wurde, ändert sich an der bisher geübten Grundbuchpraxis nichts. Höchststrichterliche Entscheidungen zur Wiederverwendung bzw. Erweiterung einer Vormerkung, zur Nichtrechtsfähigkeit einer Erbengemeinschaft, zum Basiszinssatz bei Grundpfandrechten, zur Abschichtung eines Miterben, zur Nacherbfolge bei Gesamthandsanteilen brachten der Praxis Rechtsklarheit.

A. Einreden und Fälligkeit bei Sicherungsgrundschuld

I. Kein gutgläubiger Wegerwerb von Einreden

§ 1192 Abs. 1a BGB enthält eine den § 1157 BGB ergänzende Sonderregelung hinsichtlich des Fortbestehens der Einreden, die der Grundstückseigentümer auf Grund des Sicherungsvertrags gegen die Inanspruchnahme aus einer Sicherungsgrundschuld erheben kann. In Abweichung von § 1157 S. 1 BGB wird geregelt, dass der Grundstückseigentümer dem Erwerber der Sicherungsgrundschuld nicht nur diejenigen Einreden aus dem Sicherungsvertrag entgegensetzen kann, deren Tatbestand im Zeitpunkt des Übergangs bereits erfüllt war. Nach der Neuregelung können gegen die Inanspruchnahme aus der Sicherungsgrundschuld vielmehr auch diejenigen Einreden erhoben werden, die sich aus dem Sicherungsvertrag ergeben, die also im Zeitpunkt des Übergangs der Sicherungsgrundschuld im Sicherungsvertrag bereits begründet waren, deren Tatbestand aber erst später vollständig verwirklicht wurde.

Einreden, die dem Grundstückseigentümer auf Grund des Sicherungsvertrags mit dem bisherigen Gläubiger gegen die Grundschuld zustehen (im Zeitpunkt des Übergangs also bereits verwirklicht waren), sind z. B. die Einreden der Nichtvalutierung, die Einrede des vollständigen oder teilweisen Erlöschens der gesicherten Forderung vor der Übertragung der Grundschuld oder die Einrede der fehlenden Fälligkeit

der gesicherten Forderung. Eine gesonderte Regelung hinsichtlich des Anspruchs des Grundstückseigentümers auf Rückübertragung der Sicherungsgrundschuld bei Bestehen einer dauerhaften Einrede gegen deren Geltendmachung wurde nicht getroffen. Der Besteller einer Sicherungsgrundschuld hat nämlich nach dem Erlöschen der gesicherten Forderung gegenüber dem ursprünglichen Grundschuldgläubiger eine Einrede i.S. von § 1192 Abs. 1 i. V. m. § 1169 BGB, durch welche die Geltendmachung der Grundschuld dauernd ausgeschlossen ist. Diese Einrede kann nach § 1192 Abs. 1a S. 1 Hs. 1 BGB dem Erwerber entgegengesetzt werden, so dass auch diesem gegenüber der Anspruch aus § 1192 Abs. 1 i. V. m. § 1169 BGB besteht.

Durch § 1192 Abs. 1a S. 1 Hs. 2 BGB wird ein gutgläubiger einrededefreier Erwerb der Sicherungsgrundschuld hinsichtlich der in § 1192 Abs. 1a S. 1 Hs. 1 BGB genannten Einreden ausgeschlossen. Dies gilt auch dann, wenn dem Erwerber nicht positiv bekannt war, dass es sich bei der von ihm erworbenen Grundschuld um eine Sicherungsgrundschuld handelte. Es ist nunmehr nicht mehr möglich, Einreden aus dem Sicherungsvertrag, gleich ob zum Zeitpunkt der Abtretung bestehend oder nur begründet, „wegzuerwerben“. § 1192 Abs. 1a S. 2 BGB stellt klar, dass in den von § 1192 Abs. 1a S. 1 BGB nicht erfassten Fällen § 1157 BGB mit § 1192 Abs. 1 BGB - wie bisher - auch auf Grundschulden Anwendung findet.

II. Fälligkeit einer Sicherungsgrundschuld

1. Keine sofortige Fälligkeit des Grundschuldkapitals

Nach § 1193 Abs. 1 S. 1 BGB setzt die Fälligkeit der Grundschuld eine Kündigung voraus. Nach Satz 3 beträgt die Kündigungsfrist sechs Monate. In der Praxis wurde jedoch bis zum Inkrafttreten des Risikobegrenzungs-gesetzes am 19.8.2008 vielfach von Absatz 2 der Vorschrift Gebrauch gemacht, wonach die Beteiligten von Absatz 1 Abweichendes vereinbaren können, so üblicherweise, dass die Grundschuld sofort fällig sein soll bzw. wonach sie sofort und fristlos gekündigt werden kann. Nach § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB wird nun die Fälligkeit einer Sicherungs-Grundschuld¹ zwingend an die vorgängige Kündigung mit einer Frist von 6 Monaten geknüpft. Vereinbarungen über die sofortige Fälligkeit einer Sicherungsgrundschuld werden nach dem 19.8.2008² ausgeschlossen (Art. 229 § 18 Abs. 3 EGBGB räumt insoweit noch einen Tag Zusatzfrist ein, weil ja das Gesetz am 19.8.2008 in Kraft trat). Ebenso ist ausgeschlossen, dass die Grundschuld sofort und fristlos gekündigt werden kann.

Die Fälligkeit des Grundschuldkapitals ist durch eine Kündigung herbeizuführen. Dies gilt sowohl für die Zwangsversteigerung als auch für die Zwangsverwaltung. Eine besondere

* Der Veröffentlichung liegt ein Redemanuskript zugrunde, das der Verfasser bei der Fortbildungsveranstaltung der Notarakademie Baden-Württemberg am 10. November 2008 und am 21. Januar 2009 in Stuttgart verwendet hat. Die Vortragsform wurde verändert, das Skript gekürzt.

¹ Zur Bezeichnung wird an die Formulierung des § 216 Abs. 2 S. 1 BGB angeknüpft.

² Art. 229 § 18 EGBGB. Die Beschränkungen für Vereinbarungen bezüglich der Fälligkeit und der Kündigung von Sicherungsgrundschulden (§1193 Abs. 2 S. 2 BGB) gelten nicht für Altfälle bis 19.8.2008. Bis dahin sollten die Vereinbarungen der Vertragsparteien respektiert werden.

Form ist für die Kündigung des Grundschuldkapitals nicht vorgeschrieben. Aus Nachweisgründen empfiehlt sich allerdings die schriftliche Kündigung und deren Versand durch Einschreiben mit Rückschein.³ Der Angabe eines Kündigungsgrundes bedarf es nicht, gleichwohl sollte die Kündigung erst ausgesprochen werden, wenn der Schuldner das besicherte Darlehen nicht mehr regelmäßig zurückführt; Dieser Umstand kann dem Schuldner sodann durchaus zur Begründung der Kündigung aufgezeigt werden und entspricht auch den Vorstellungen des Gesetzgebers.

2. Fälligkeit von Zinsen und Nebenleistungen der Grundschuld

Die Kündigungsvorschriften sind anzuwenden bei Sicherungsgrundschulden auf das Grundschuldkapital, nicht aber für die Fälligkeit von Grundschuldzinsen.⁴ § 1193 Abs. 1 S. 1 BGB spricht ausdrücklich nur das Kapital der Grundschuld an. Vereinbarungen über die Fälligkeit von Grundschuldzinsen und sonstigen Nebenleistungen bleiben weiterhin möglich.⁵ Dafür spricht die systematische Stellung von § 1193 BGB zu § 1194 BGB. Nicht betroffen von dieser Regelung ist die Frage der Fälligkeit der durch die Grundschuld gesicherten Forderung. Möglich bleibt eine Vereinbarung, wonach sich der Gläubiger schuldrechtlich verpflichtet, mit einer längeren Frist das Grundschuldkapital zu kündigen, was aber kaum praktisch vorkommen wird.

3. Anwendungsbereich

Die Neuregelung gilt nur für Sicherungsgrundschulden. Dieser Begriff ist gesetzlich nicht definiert, weil er in der Rechtspraxis bekannt ist. Es wird an die Formulierung des § 216 Abs. 2 S. 1 BGB angeknüpft. Die Sicherungsgrundschuld ist allgemein anerkannt, wenngleich gesetzlich nicht besonders geregelter Typus einer Grundschuld. Dem Grundbuchamt ist der Sicherungscharakter der Grundschuld (und damit die Unwirksamkeit der Fälligkeitsregelung) jedenfalls dann ersichtlich, wenn die zum Grundbuchamt eingereichte Bestellsurkunde zugleich die Sicherungsabrede enthält (oder wenn in der Grundschuldbestellsurkunde die Einschränkung des Sicherungszweckes auf die Kaufpreisfinanzierung enthalten ist).

Die Eigenschaft als Sicherungsgrundschuld kann nicht in das Grundbuch eingetragen werden.⁶ Lediglich eine Sicherungshypothek muss nach § 1184 Abs. 2 BGB als solche bezeichnet werden. Es besteht jedenfalls keine gesetzliche Pflicht, die Eigenschaft als Sicherungsgrundschuld in das Grundbuch einzutragen.⁷ Wie nach altem Recht ist auch nach neuem Recht eine solche Eintragung nicht zulässig und erst recht nicht eintragungspflichtig.

4. Abstraktes Schuldanerkenntnis/ Vollstreckungsunterwerfung

Die Fälligkeit von Schuldversprechen ist durch das Risikobegrenzungs-gesetz nicht neu geregelt worden; sie beurteilt sich auch weiter unabhängig von § 1193 BGB nach § 271 BGB.⁸ Nicht verwirklicht wurde im Gesetzgebungsverfahren ein Verbot der Doppelsicherung durch Grundschuld und Schuldanerkenntnis/Schuldversprechen oder gar eine Einschränkung der Vollstreckungsunterwerfung. Weiterhin möglich ist deshalb eine Regelung, wonach die Forderung aus dem abstrakten Schuldversprechen (§ 780 BGB) oder Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB) sofort fällig sein kann.⁹

Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung als solche ist durch das Risikobegrenzungs-gesetz nicht berührt, jedoch ergeben sich Folgen für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung.¹⁰ Ist die Grundschuld erst nach Kündigung fällig, so ist für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der Nachweis des Zugangs der Kündigung durch öffentliche Urkunde erforderlich sowie der Ablauf der sechsmonatigen Kündigungsfrist. Wünschen die Beteiligten, dass eine vollstreckbare Ausfertigung sofort erteilt wird, so ist dies nur bei einem Verzicht auf den nach § 726 ZPO erforderlichen Nachweis möglich, bzw. wenn die Beteiligten vereinbaren, dass der Nachweis der Kündigung keine Vollstreckungsbedingung i. S. von § 726 ZPO darstellen soll. Die ZPO lässt einen solchen Nachweisverzicht grundsätzlich zu.

Wünschen die Parteien, dass eine vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldurkunde sofort erteilt wird, so ist ein Nachweisverzicht möglich,¹¹ der nicht gegen §§ 307, 308 Nr. 12 BGB verstößt, wobei aber auch in einem solchen Fall der Grundschuldgläubiger erst nach ordnungsmäßiger Kündigung und Ablauf der Kündigungsfrist vollstrecken kann. Der Nachweisverzicht könnte lauten:¹² „Es wird auf den Nachweis der Tatsachen verzichtet, die das Entstehen und die Fälligkeit der Grundschuld nebst Zinsen und sonstiger Nebenleistung oder ihrer schuldrechtlichen Ansprüche bedingen.“

Möglich bleibt weiterhin, dass lediglich eine bloße Nachweiserleichterung gestaltet wird, etwa dahingehend, dass zur Erteilung der Vollstreckungsklausel bereits die Vorlage eines entsprechenden Schreibens der Gläubigerin ohne Zustellungsnachweis genügen soll (oder mit bloßem Nachweis des Versandes als Einschreiben). Der BGH¹³ hat ausdrücklich anerkannt, dass auch ein teilweiser Nachweisverzicht nach § 726 ZPO dergestalt möglich ist, dass dem Gläubiger die Beweisführung lediglich erleichtert wird.

5. Regelverstoß

a. Teilunwirksamkeit

Wurde **nach** dem 19.8.2008 (Datum der Eintragungsbewilligung der Grundschuld) noch eine Grundschuld beurkundet

³ Ebenso Kalkbrenner ZNotP 2008, 401.

⁴ Ebenso Bachner DNotZ 2008, 644, 647.

⁵ A. A. Clemente ZfIR 2008, 589, 595.

⁶ BGH NJW 1986, 53 = EWIR 1985, 773 m. Anm. Clemente = JuS 1986, 158 m. Anm. K. Schmidt; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rnr. 2287, 2290.

⁷ Nach bisherigem Recht bestand jedenfalls keine Möglichkeit, die Eigenschaft als Sicherungsgrundschuld in das Grundbuch einzutragen BGH NJW 1986, 53 = EWIR 1985, 773 m. Anm. Clemente = JuS 1986, 158 m. Anm. K. Schmidt; OLG Köln OLGZ 1969, 427; OLG Celle DNotZ 1954, 473; LG Verden Rpfleger 1955, 74; OLG Düsseldorf MittRhNotK 1977, 35; OLG Hamm Rpfleger 1956, 343.

⁸ Ebenso Kalkbrenner ZNotP 2008, 401.

⁹ Ebenso Bachner DNotZ 2008, 644, 647; Kalkbrenner ZNotP 2008, 401; a.A. Clemente ZfIR 2008, 589, 596. Für die Notarpraxis ist dies wichtig, um weiterhin eine Forderung über eine bestimmte fällige Geldsumme i.S. des Art. 4 Nr. 2 EuVTVO zu generieren und damit die Bestellsurkunde als bestätigungsfähigen europäischen Vollstreckungstitel zu erhalten, Bachner DNotZ 2008, 644, 647.

¹⁰ Dazu Bachner DNotZ 2008, 644, 647; BGH NotBZ 2008, 27 = MittBayNot 2008, 204; BGH WM 1987, 228; kritisch Schimansky WM 2008, 1049; LG Hamburg WM 2008, 1450.

¹¹ Ebenso Kalkbrenner ZNotP 2008, 401.

¹² So auch Kalkbrenner ZNotP 2008, 401.

¹³ NJW-RR 2006, 567 = Rpfleger 2006, 27 = WM 2006, 329; OLG Stuttgart NJW-RR 1986, 549 = Die Justiz 1986, 14.

(„bestellt“), so ist eine darin enthaltene Regelung, wonach das Grundschuldkapital (oder „die Grundschuld“) sofort fällig ist, wegen Verstoßes gegen die zwingende Bestimmung des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB unwirksam, sofern die Grundschuld der Sicherung einer Geldforderung dient. Eine am 19.8.2008 bestellte Grundschuld (Datum der Eintragungsbewilligung) untersteht noch dem alten Recht (vgl. Art. 229 § 18 Abs. 3 EGBGB).

Die Unwirksamkeit der Fälligkeitsvereinbarung führt aber nur zu einer Teilnichtigkeit i.S. von § 139 BGB, da anzunehmen ist, dass die Vertragsparteien bei Kenntnis der Teilnichtigkeit das Rechtsgeschäft auch ohne den unwirksamen Teil vorgenommen hätten. Für den Eigentümer ist die neue gesetzliche Regelung günstiger, die Bank kann nach neuer Rechtslage ohnehin nichts anders verlangen und ihr ist eine Grundschuld mit gesetzlicher Fälligkeitsregelung lieber als überhaupt kein dingliches Recht. Eine Bestätigung oder Neubestellung der Grundschuld ist keineswegs erforderlich.

b. Beanstandung des Eintragungsantrags durch GBA

Das Grundbuchamt kann eine nach dem 19.8.2008 bestellte „sofort fällige“ Grundschuld nicht mehr eintragen, weil es sonst einen gesetzlich nicht zulässigen Rechtsinhalt dokumentieren würde. Über eine Zwischenverfügung kann das Grundbuchamt fordern, dass eine Grundschuld mit gesetzlich erlaubtem Inhalt zur Eintragung kommt. Das Eintragungshindernis kann behoben werden durch eine Ergänzung der Eintragungsbewilligung unter Weglassung der Fälligkeitsbestimmung in der Form des § 29 GBO. Aufgrund der eindeutigen gesetzlichen Unwirksamkeit der bisher formulierten Fälligkeitsregelung ist allerdings fraglich, ob das Grundbuchamt eine Ergänzung der Bewilligung fordern kann oder ob es einfach den Eintragungsantrag insoweit teilweise zurückweisen kann. Zulässig ist jedenfalls eine teilweise¹⁴ Zurücknahme (Form: § 24 Abs. 3 S. 2 BNotO) des Notar-Eintragungsantrages (§ 15 GBO) hinsichtlich der unwirksamen Fälligkeitsbestimmung, denn die Bewilligung lässt es zu, dass der Antrag im Umfang hinter ihr zurückbleibt, weil die in der Bewilligung enthaltene sofortige Fälligkeit der Grundschuld unwirksam ist und § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB gilt (Ausnahme vom Grundsatz der Kongruenz von Bewilligung und Antrag). Eine teilweise Rücknahme liegt vor, wenn der Antrag inhaltlich geändert wird, insbesondere der gestellte Antrag eingeschränkt wird (z. B. Verringerung des Hypothekensbetrages oder des Zinssatzes).¹⁵ Fraglich ist allerdings, ob der Notar die Bestellsurkunde als Schreibversehen berichtigen kann.

c. Folgen einer teilunwirksamen Eintragung

Trotz der Teilnichtigkeit der sofortigen Fälligkeitsbestimmung in der Eintragungsbewilligung dürfte eine eingetragene Grundschuld entstanden sein, weil die Ausnahmeregelung des § 139 BGB eingreift. Eine gleichwohl erfolgte Grundbucheintragung einer nach dem 19.8.2008 bestellten Grundschuld mit der nicht mehr zulässigen sofortigen Fälligkeit macht das Grundbuch unrichtig, weil ein gesetzlich nicht zulässiger Inhalt eines dinglichen Rechts eingetragen wurde.

Die Fälligkeitsbestimmung über die Grundschuld gehört nämlich zum Inhalt der Grundschuld. Es macht keinen Unterschied, ob der unzulässige Teil sich im Eintragungsvermerk oder in der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung befindet. Die nichtige Fälligkeitsbestimmung („Die Grundschuld ist sofort fällig“) ist als inhaltlich unzulässige Eintragung nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO amtswegig zu löschen. Veranlassung zur Amtslöschung der gesamten Grundschuld besteht nicht, weil der Rest für sich den Erfordernissen einer wirksamen Eintragung genügt; eine Totallöschung könnte auch zu einem nicht verantwortbaren Rangverlust führen. Im Grundbuch ist von Amts wegen ein Vermerk anzubringen etwa so: „Für die Fälligkeit des Grundschuldkapitals gilt § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB.“ Ein gutgläubiger Erwerb der Grundschuld ist bei inhaltlich unzulässigen Eintragungen nicht möglich; ein Amtswiderspruch ist nicht einzutragen.

6. Fälligkeit bei Nachverpfändung

Die Erweiterung einer bestehenden Grundschuld auf ein weiteres Grundstück stellt für das neu hinzukommende Grundstück eine Neubestellung eines Grundpfandrechts dar; erst mit der Erstreckung kommt an diesem Grundstück ein Grundpfandrecht zur Entstehung.¹⁶ Ist bisher im Grundbuch eine Sicherungsgrundschuld mit dem Inhalt sofortiger Zahlungsfälligkeit vor dem 20.8.2008 eingetragen worden und wird nach dem 19.8.2008 (1 Tag Schonfrist nach Inkrafttreten des Risikobegrenzungsgesetzes, Art. 229 § 18 Abs. 3 EGBGB) für die bestehende Grundschuld ein weiteres Grundstück zur Gesamthaft mitbelastet, so ist fraglich, ob bei dem Gesamtrecht unterschiedliche Kündigungsbedingungen bestehen dürfen, was zu bejahen ist,¹⁷ denn der Gläubiger kann nach seinem Belieben die Befriedigung aus jedem Grundstück suchen und durch Kündigung die Fälligkeit nur hinsichtlich eines Grundstücks herbeiführen.

Bei einer Nachbelastung ist § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB zu beachten, so dass am nachbelasteten Grundstück die gesetzliche Kündigungsfrist gilt. Im Grundbuch wäre ein entsprechender Klarstellungsvermerk anzubringen, etwa „... an dem mitbelasteten Grundstück Flst. ... gilt die gesetzliche Kündigungsfrist des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB.“ Ohne diesen Vermerk könnte der Eindruck erweckt werden, die Grundschuld sei an allen Grundstücken ohne Einhaltung der Kündigung sofort fällig; dazu darf das Grundbuchamt aber nicht mitwirken, weil es sonst das Grundbuch unrichtig machen würde.

Die Eintragungsbewilligung zur Nachbelastung kann nicht einfach auf den bisherigen Inhalt der Grundschuld im Grundbuch verweisen. Die Bewilligung muss darstellen, dass für die Fälligkeit der Grundschuld am nachbelasteten Grundstück die Kündigungsvorschrift des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB gilt. Die am ursprünglichen Grundstück eingetragene sofortige Fälligkeit der Grundschuld ist am nachbelasteten Grundstück nicht möglich. Fraglich ist, ob das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung erlassen muss. Wer dies wegen der

¹⁶ BGHZ 80, 119 = DNotZ 1981, 385 = Rpfleger 1981, 286.

¹⁷ Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2002, § 1132 BGB Rnr. 32; Münch-Komm/Eickmann, BGB, 4. Aufl. 2004, § 1132 BGB Rnr. 12; Rohe, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2008, § 1132 BGB Rnr. 5; Palandt/Bassenge, § 1132 BGB Rnr. 2. A. A. KG KGJ 40, 299 = RJA 11, 127; KG JW 1923, 1038; RGRK/Mattern, BGB, 12. Aufl. 1996, § 1132 Rnr. 9; Soergel/Konzen, BGB, 13. Aufl. 2001, § 1132 BGB Rnr. 9; Schöner/Stöber, 14. Aufl. 2008, Rnr. 2239. Folgt man letzterer Meinung, so wäre eine Nachverpfändung nur möglich, wenn zugleich im Wege einer Inhaltsänderung (§ 877 BGB) auch die Fälligkeitsbestimmung der bestehenden Grundschuld an die Erfordernisse des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB angepasst wird.

¹⁴ BayObLG DNotZ 1956, 206; BayObLG DNotZ 1994, 891 = DNotl-Report 1994 Nr. 15, 5 = FamRZ 1995, 108; Meikel/Brambring, § 31 GBO Rnr. 7 und Meikel/Böttcher § 15 GBO Rnr. 37; KEHE/Herrmann § 31 Rnr. 7 GBO; Demharter § 31 Rnr. 7 GBO; Hügel/Otto § 31 Rnr. 7 GBO; Bauer/von Oefele/Schaub § 31 Rnr. 6 GBO.

¹⁵ Meikel/Brambring § 31 Rnr. 7 GBO; Bauer/von Oefele/Schaub § 31 Rnr. 6 GBO.

Offenkundigkeit der unwirksamen Fälligkeitsvereinbarung verneint, muss zumindest den Vermerk „... an dem mitbelasteten Grundstück Flst. ... gilt für das Grundschuldkapital die gesetzliche Kündigungsfrist des § 1193 Abs. 2 S. 2 BGB.“ im Grundbuch bei der Nachbelastung eintragen. Dem Notar ist dringend zu empfehlen, in der Nachverpfändungserklärung die entsprechende Eintragungsbewilligung hinsichtlich der Fälligkeit der Grundschuld an dem nachverpfändeten Grundstück zu gestalten.

7. Fälligkeit bei Bestandteilszuschreibung (§ 1131 BGB)

Die Zuschreibung nach § 890 Abs. 2 BGB unterfällt als bloße Erweiterung der bisherigen (alten) Grundschuld noch den alten Vorschriften. Wird ein Grundstück oder Grundstücksteilfläche nämlich einem anderen Grundstück als Bestandteil zugeschrieben, so erstrecken sich nach § 1131 BGB die Rechte auf dem Hauptgrundstück auch auf das Bestandteilsgrundstück (verdeckte Nachverpfändung¹⁸), ohne dass es einer Einigung oder Eintragung in das Grundbuch bedürfte. Handelt es sich bei den kraft Gesetzes erstreckten Grundschulden um Alt-Grundschulden i.S. von Art. 229 § 18 Abs. 3 EGBGB), so kann die kraft Gesetzes eintretende Belastungserstreckung einer rechtsgeschäftlichen Nachverpfändung nicht gleichgesetzt werden; die Alt-Grundschuld auf dem Hauptgrundstück wird durch die gesetzliche Erstreckung auf das Bestandteilsgrundstück nicht zu einem Gesamtrecht¹⁹ gemäß § 1132 BGB an jenem und dem zugeschriebenen, sondern zu einer Einzelgrundschuld an dem vergrößerten Grundstück, weil nach der Zuschreibung weiterhin nur ein einheitliches Grundstück haftet. Wenn sich nach § 1131 BGB das auf dem Hauptgrundstück lastende Recht ausdehnt, so kann das Bestandteilsgrundstück von ihm in dem Umfang erfasst werden, in dem es besteht. Das Bestandteilsgrundstück wird von einem Grundpfandrecht nach § 1131 BGB mit seinem Rechtsinhalt so erfasst, wie es auf dem Hauptgrundstück besteht, also mit der damals vereinbarten sofortigen Fälligkeit. Eine unterschiedliche Fälligkeit des Einzelrechts an einem einheitlichen Grundstück ist rechtlich nicht zuzulassen. Die sich aus der Zuschreibung nach § 1131 BGB ergebenden Rechtsfolgen können durch entsprechende Eintragungen im Grundbuch deutlich gemacht werden.²⁰

B. Vollmacht für Notarmitarbeiter trotz § 13 FGG

Auch nach der Neufassung des § 13 Abs. 2 FGG in der ab 1.7.2008 geltenden Fassung hat sich an den Rechtsgrundlagen für die Vertretung bei dem materiellrechtlichen Grundstücksgeschäft nichts geändert. Auch beurkundungsverfahrenrechtlich ergeben sich keine Einschränkungen für die Vertretung eines Beteiligten. Fraglich ist, ob die Vollmacht zur Abgabe einer Vollstreckungsunterwerfungserklärung den Regeln der Prozessvollmacht der §§ 78, 80 ff. ZPO unterliegt²¹ und nicht der materiellrechtlichen Regelung der §§ 164 ff. BGB.²² Aus dem Beurkundungsrecht heraus gilt § 79 ZPO wohl nicht für die Zwangsvollstreckungsunterwer-

fungserklärung vor einem Notar nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO.²³ Jedenfalls aus § 13 FGG kann sich keine Beschränkung der Vertretung bei der Vollstreckungsunterwerfung ergeben.

Durch die Neufassung des § 13 FGG hat sich an der Zulässigkeit der Vertretung in Grundbuch-Eintragungsverfahren nichts geändert. Es ist eine teleologische Reduktion der Vorschrift vorzunehmen in der Weise, dass § 13 FGG für Eintragungsverfahren nicht anwendbar ist. Die allgemeine Regelung im FGG über die rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis lässt die spezielleren Regelung über die Vollmacht in der GBO (§§ 15, 30, 31 GBO) unberührt. Im Gesetzgebungsverfahren wurde nie über eine Einschränkung der möglichen Bevollmächtigten diskutiert. Eintragungsbewilligungen fallen nicht unter § 13 FGG.²⁴ Ob auf einen Eintragungsantrag (§ 13 GBO) die Vorschrift des § 13 FGG anwendbar ist, ist nicht unbestritten,²⁵ jedenfalls kann das Problem umgangen werden, wenn der Urkundsnotar nach § 15 GBO den Eintragungsantrag stellt.

Bisher konnte die Grundbucheinsicht nach § 12 GBO auch durch einen Vertreter erfolgen. Durch die Neufassung des § 13 FGG hat sich hieran nichts geändert, weil § 12 GBO eine Spezialregelung ist und tatbestandlich § 13 FGG nur auf gerichtliche Erkenntnisverfahren oder Vollstreckungsverfahren anwendbar ist. Lässt der Notar die Grundbucheinsicht durch seine Mitarbeiter vornehmen, so ergeben sich durch die Neufassung von § 13 FGG keine Änderungen an der bisher geübten Praxis.

C. Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundstücksverkehr

I. GbR als Trägerin eines Namens

Der BGH²⁶ hat der (Außen-)GbR die Rechtsfähigkeit zugebilligt. Die GbR kann jetzt jede Rechtsposition einnehmen und ist, soweit sie als Teilnehmer am Rechtsverkehr eigene vertragliche Rechte und Pflichten begründet, rechtsfähig. Im Grundstücksverkehr kann die GbR als solche demnach Partei eines Rechtsgeschäfts und Urkundsbeteiligte sein. Dabei ist die GbR nicht als juristische Person anzusehen. Die GbR ist und bleibt Gesamthand und damit Sondervermögen der Gesellschafter, lediglich mit der Fähigkeit der unbeschränkten und selbstständigen Rechtsträgerschaft ausgestattet.

II. Grundbuchfähigkeit der GbR

Wegen mangelnder Publizität und dem besonderen Sicherheitsbedürfnis im Grundstücksverkehr wurde bisher die formelle Grundbuchfähigkeit der GbR in der grundbuchrechtlichen Literatur überwiegend abgelehnt. Nunmehr entschied der BGH²⁷, dass eine GbR unter der Bezeichnung, die ihre

¹⁸ Beck NJW 1970, 1781; Ertl DNotZ 1990, 684; Böttcher RpfStud 1989, 51, 59.

¹⁹ KG JFG 22, 284, 286.

²⁰ BayObLG DNotZ 1995, 151 = Rpfleger 1995, 151 = MittBayNot 1995, 125.

²¹ So BGH DNotZ 1981, 738 = WM 1981, 89 = MDR 1981, 568 = IPrax 1982, 116 m. Anm. v. Hoffmann.

²² So aber Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rnr. 12.41 und 12.43; Stöber NotBZ 2008, 209.

²³ So auch LG Bielefeld DNotI-Report 2008, 175 = Rpfleger 2008, 636 = Rpfleger 2009, 83 m. Anm. Weber; LG Münster RNotZ 2009, 169; BNotK, Rundschreiben Nr. 24/2008 v. 5.9.2008, Ziff II.1.

²⁴ Meikel/Hertel, GBO, 10. Aufl., 2008, § 29 Rnr. 40; BNotK, Rundschreiben Nr. 26/2008 vom 12.9.2008, Teil A, Ziffer III.2; Böhringer Rpfleger 2009, 124, 136.

²⁵ So Meikel/Bestelmeyer, GBO, 10. Aufl., 2008, § 56 Rnr. 89 ff.

²⁶ BGHZ 146, 341 = Rpfleger 2001, 246 = BWNotZ 2002, 37 m. Anm. Böhringer = NJW 2001, 1056 = DNotZ 2001, 234 = ZIP 2001, 330. Die GbR kann Kommanditistin sein, BGH DNotZ 2002, 57 m. Anm. Heil = DNotI-Report 2001, 174 = Rpfleger 2001, 598 = NJW 2001, 3121.

²⁷ DB 2009, 109 = ZIP 2009, 66 = DNotZ 2009, 115 m. Anm. Hertel = Rpfleger 2009, 141 m. abl. Anm. Bestelmeyer = ZfIR 2009, 93 m. Anm. Volmer = NJW 2009, 594. Die Rechtsprechung kann wohl auch auf den nichteingetragenen Verein angewandt werden.

Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag für sie vorgesehen haben, in das Grundbuch eingetragen werden kann. Die Eintragung einer namentragenden GbR unter dem GbR-Namen kann dann ohne Nennung der Gesellschafter vorgenommen werden, so z. B. „Böhringer Grundstücksgesellschaft bürgerlichen Rechts“. Sieht der Gesellschaftsvertrag keine Bezeichnung vor, wird die GbR als „Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus den Gesellschaftern X und Y“ im Grundbuch eingetragen. Gleiches gilt für die Auflassungserklärung.

Wer zur Vertretung einer GbR befugt ist, lässt sich aus keinem öffentlichen Register ersehen. Der BGH ließ die für künftige Verfügungen über das Gesellschaftsvermögen wichtige Frage noch offen, wie der Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen dann zu erfolgen hat. Er geht wohl von der Erwartung aus, dass der Gesetzgeber initiativ werden sollte. Dies wäre ein Weg, die jetzt bestehende Rechtsunsicherheit zu beseitigen und die Grundbuchvorschriften der zwischenzeitlichen Rechtsentwicklung anzupassen.²⁸

D. Keine Rechtsfähigkeit der Erbgemeinschaft

Der BGH hatte über die Frage zu entscheiden, ob die zur Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und zur Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer entwickelten Grundsätze auf die Erbgemeinschaft übertragbar sind. Der BGH entschied, dass die Rechtsfähigkeit der Erbgemeinschaft sich nicht aus der Anerkennung der GbR²⁹ herleiten lässt. Auch die Grundsätze zur Rechtsfähigkeit des WEG-Personenverbands³⁰ können nicht auf die Erbgemeinschaft übertragen werden. Der BGH betonte, dass die Erbgemeinschaft über keine eigenen Organe verfügt, durch die sie im Rechtsverkehr handeln könnte.

Die Erbgemeinschaft ist daher nach BGH³¹ kein eigenständiges, handlungsfähiges Rechtssubjekt, sondern lediglich eine gesamthänderisch verbundene Personenmehrheit, der mit dem Nachlass ein Sondervermögen zugeordnet ist.

E. Teilrechtsfähigkeit des WEG-Personenverbands

I. WEG-Personenverband als Rechtssubjekt

Durch die WEG-Novelle 2007 wurde der Wohnungseigentümergeinschaft für bestimmte Bereiche die Teilsubjektsfähigkeit gegeben. Der Personenverband kann im Rechts-

verkehr auftreten.³² Mit der Anerkennung der (Teil-)Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann dieser Personenverband jetzt Inhaber (Zuordnungssubjekt) von dinglichen Rechten werden. Mit Ermächtigung (Mehrheitsbeschluss der Gemeinschaft oder Vereinbarung aller Gemeinschaftler) kann der Verwalter für den Personenverband dingliche Rechte erwerben.

Bejaht werden muss ein solcher Erwerb für dingliche Rechte innerhalb der Anlage und auch für externe Grundstücke, grundstücksgleiche Rechte, Wohnungs- und Teileigentum in fremder Anlage, externe Grundstücke wie z. B. reale Arrondierungsflächen,³³ gewisse Rechte in Abt. II des Grundbuchs sowie Verwertungsrechte wie Grundpfandrechte und Reallasten.³⁴ Möglicher Erwerb also: Sondereigentumseinheiten (Wohnungseigentum und/oder Teileigentum, z.B. eine Hausmeisterwohnung,³⁵ ein Teileigentum als Abstellplatz für Kraftfahrzeuge, Fahrräder oder Abfalltonnen,³⁶ ein Aufenthaltsraum für Pflegepersonal, ein Verwaltungs- oder Gerätezimmer,³⁷ ein Stellplatz³⁸) diese wiederum in der von der Verwaltung betroffenen Wohnanlage oder in einer anderen (fremden³⁹) Wohnanlage (z.B. in der Nachbarschaft). Möglich ist auch der Erwerb eines Sondernutzungsrechts zu einem Sondereigentum des Personenverbands; ein isolierter Erwerb ist dagegen nicht zulässig, da das Sondernutzungsrecht immer Annex (Inhalt) eines Sondereigentums ist. Sehr restriktiv wird das Erwerbsrecht des Personenverbands von Schöner/Stöber⁴⁰ behandelt.

Das Grundbuchamt hat die Erwerbs- und Grundbuchfähigkeit des Erwerbers nach h. M. von Amts wegen zu prüfen, wobei die Prüfungspflicht in den Fällen des § 20 GBO umfangreicher ist als im Rahmen des § 19 GBO. Das Grundbuchamt prüft zuerst, ob überhaupt schon ein Personenverband entstanden ist.⁴¹ Wird dies anhand der Grundbuchsituation bejaht, ist fraglich, ob das Grundbuchamt sodann noch in eine weitere Prüfung eintreten muss. Das Grundbuchamt hat die Ordnungsmäßigkeit eines Verwalterhandelns nicht zu prüfen.⁴² Dies ist Sache der Wohnungseigentümer. Beim Erwerb von Eigentum kann der Verwalter nur mit Vollmacht aller oder aber mit Ermächtigungs-Beschluss der Gemeinschaftler die Auflassung entgegennehmen.

²⁸ So schon Demharter FGPrax 2004, 144; Meikel/Böhringer, aaO, § 47 Rn. 182d. Zur Problematik bei Zwangsvollstreckungsmaßnahmen Gerdes NJ 2008, 366. Zur Grundbuchsituation Böhringer NotBZ 2009, 86; Lautner NotBZ 2009, 77; Hertel DNotZ 2009, 121; Reyman ZfIR 2009, 81; Zimmer MDR 2009, 237; Bestelmeyer Rpfleger 2009, 144; Abicht notar 3 - 2009, 117.
²⁹ BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = DNotZ 2001, 234 = DNotI-Report 2001, 41 = Rpfleger 2001, 246; dazu Habersack BB 2001, 477; Grunst BB 2001, 1537; Derleder BB 2001, 2485; Demuth BB 2002, 1555; List BB 2004, 1473; Meyer BB 2008, 628; Kraemer WuM 2002, 459; Hadding ZGR 2001, 712.
³⁰ BGHZ 163, 154 = NJW 2005, 2061 = DNotZ 2005, 776 = DNotI-Report 2005, 158 = Rpfleger 2005, 521; dazu Drasdo VersR 2008, 902; Neumann WuM 2006, 489.
³¹ BGH NJW 2006, 3715 = DNotZ 2007, 134 = Rpfleger 2007, 75 = WuM 2007, 60 m. Anm. Fritz.

³² Zur Problematik und Bejahung eines Erwerbs: OLG Celle DNotZ 2008, 616 = Rpfleger 2008, 296 = NotBZ 2008, 198 m. Anm. Heggen = notar 2008, 75 m. Anm. Langhein = MietRB 2008, 172 m. Anm. Grziwotz = NJW 2008, 1537; Böhringer NotBZ 2008, 179; Schneider Rpfleger 2008, 291; Hügel NotBZ 2008, 169; ablehnend LG Nürnberg-Fürth ZMR 2006, 812 m. Anm. Schneider.
³³ LG Deggendorf NotBZ 2008, 350; Wenzel ZWE 2007, 462.
³⁴ Zur Problematik und Bejahung eines Erwerbs: OLG Celle DNotZ 2008, 616 = Rpfleger 2008, 296 = NotBZ 2008, 198 m. Anm. Heggen = notar 2008, 75 m. Anm. Langhein = MietRB 2008, 172 m. Anm. Grziwotz = NJW 2008, 1537; Böhringer NotBZ 2008, 179; Schneider Rpfleger 2008, 291; Hügel NotBZ 2008, 169; Langhain notar 5-2008 S. 13; Häublein ZMR 2007, 474; Wenzel ZWE 2007, 462.
³⁵ Ebenso Schneider, Rpfleger 2007, 175, 176; Böhringer, Rpfleger 2006, 53; Hügel, DNotZ 2007, 326, 338; ders., DNotZ 2005, 753, 771; Becker MitRB 2007, 180; Sauren, ZWE 2006, 258, 263; Schwörer, NZM 2002, 423; Wilsch, RNotZ 2005, 536, 540; Häublein NotBZ 2007, 331; Abramenko ZMR 2006, 340; Jennißen, WEG, § 10 Rn. 66; Kümmel in: Niederführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, § 10 WEG Rn. 69; Rapp MittBayNot 2005, 449; Wenzel ZWE 2006, 462; ders., NZM 2006, 321, 323; Gutachten DNotI-Report 2007, 169.
³⁶ Hügel in: Hügel/Elzer, § 3 Rn. 78 WEG; Gutachten DNotI-Report 2007, 169.
³⁷ Häublein in FS Seuß (2007), PtG 77, S. 125 f; Häublein NotBZ 2007, 331.
³⁸ LG Frankenthal MittBayNot 2008, 128.
³⁹ Wenzel, ZWE 2007, 462; ders., ZWE 2006, 1, 7; ders., ZWE 2006, 462, 464, Hügel/Scheel, aaO, Rn 32; Gutachten DNotI-Report 2007, 169.
⁴⁰ Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 2838c.
⁴¹ Dazu Hügel/Scheel, aaO, Teil 4 Rn 35.
⁴² OLG Celle DNotZ 2008, 616 = Rpfleger 2008, 296 = NotBZ 2008, 198 m. Anm. Heggen = notar 2008, 75 m. Anm. Langhein = MietRB 2008, 172 m. Anm. Grziwotz = NJW 2008, 1537; LG Deggendorf NotBZ 2008, 350; Böhringer NotBZ 2008, 179.

Das Grundbuchamt hat bei einem Erwerb eines Grundstücks, Wohnungseigentums, Sondernutzungsrechts, Gebäudeeigentums, Erbbaurechts oder sonstigen grundstücksgleichen Rechts die Grundbuchsperrung des § 22 GrEStG zu beachten und die Grundbucheintragung von der Vorlage einer steuerrechtlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung abhängig zu machen.⁴³ Dies gilt auch dann, wenn der Personenverband z. B. die Hausmeisterwohnung in der eigenen Anlage erwirbt.

F. Grundbuchfähigkeit der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

I. Unterart der GmbH

Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die mit jedem beliebigen Stammkapital unterhalb des gesetzlich geforderten Mindeststammkapitals von 25.000 € gegründet werden kann. Diese GmbH ist eine besondere Art der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, eine Unterart einer GmbH nach dem GmbHG in der Variante der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft, also keine neue andere Gesellschaftsform neben der GmbH und Aktiengesellschaft, demnach keine eigenständige Rechtsform. Für diese Gesellschaft gelten das gesamte GmbH-Gesetz und alle die GmbH betreffenden Regelungen des deutschen Rechts unmittelbar.

Unterschiede zur „normalen“ GmbH ergeben sich jedoch insbesondere bei der Firmierung. Eine UG muss eine ganz deutlich andere Firma tragen, damit das Publikum gewarnt ist, dass es sich hier um eine Unterart einer GmbH nach dem GmbHG handelt. Die Firma „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ ist zwingend zu führen. Der Zusatz „haftungsbeschränkt“ muss auch in der abgekürzten Fassung der Firma ausgeschrieben werden: „UG (haftungsbeschränkt)“.

Mit der Kapitalerhöhung auf normales GmbH-Maß entfällt die Rücklagepflicht. Danach kann diese „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ umfirmieren in eine ganz normale GmbH. Einer Umwandlung nach dem UmwG bedarf es nicht, denn es handelt sich ja um ein und dieselbe Rechtsform, nämlich einer GmbH. Der Übergang von der UG zur „normalen“ GmbH ist keinesfalls eine Gesamtrechtsnachfolge und auch nicht als identitätswahrende Umwandlung zu qualifizieren, denn die UG und die „normale“ GmbH sind keine unterschiedlichen Rechtsformen. Grundbuchverfahrensrechtlich handelt es sich dann um eine Umfirmierung nach den gleichen Regeln, wie sie für eine Umfirmierung von Kapitalgesellschaften gilt. Kommt es zu einem Übergang auf eine „normale“ GmbH durch Kapitalerhöhung, so darf die UG ihre Firma beibehalten, also weiterhin als UG firmieren.⁴⁴ Es ist nicht möglich, bei einer bestehenden GmbH nachträglich das Mindeststammkapital zu unterschreiten und umzufirmieren auf eine UG (haftungsbeschränkt).⁴⁵

⁴³ Einzelheiten zu dieser Grundbuchsperrung Böhringer, Rpfleger 2000, 99.

⁴⁴ Gl. A. König/Bormann DNotZ 2008, 6 52, 657.

⁴⁵ Ebenso König/Bormann DNotZ 2008, 652, 657.

II. Erwerberin von dinglichen Rechten

Die UG ist als Variante der GmbH rechtsfähig; sie ist auch grundbuchfähig. Auch die zwischen Gründung und Eintragung der UG im Handelsregister bestehende Vor-UG ist als grundbuchfähig anzusehen. Die Eintragung einer Vormerkung für eine Vor-UG ist zu bejahen. Die Vor-UG kann auch dingliche Rechte erwerben. Für die Eintragung sind die gleichen Nachweise vorzulegen wie für eine Vor-GmbH.⁴⁶ Nach überwiegender Meinung ist insbesondere im Anwendungsbereich des § 20 GBO auch die Ermächtigung des Geschäftsführers durch alle Gründungsgesellschafter nachzuweisen, denn eine UG kann nur mit Bareinlagen gegründet werden; Sacheinlagen sind unzulässig.

G. Auflassung unter Aussetzung der Eintragungsbewilligung

I. Drei Möglichkeiten für Grundbuchvollzug

Zur Absicherung der Zug-um-Zug-Leistung des Verkäufers, d.h. dass die Auflassung nicht vor Erhalt des Kaufpreises vollzogen werden kann, gibt es 3 Methoden:

- Materielle Absicherung durch **getrennte Beurkundung** der Auflassung;⁴⁷
- Beurkundungsrechtliche Absicherung durch Mitbeurkundung der Auflassung, aber **Anweisung an den Notar**, die Eigentumsumschreibung erst nach Nachweis der vollständigen Kaufpreiszahlung zu beantragen und einstweiligen Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften nur auszugsweise ohne Auflassung zu erteilen;⁴⁸
- Erklärung der Auflassung unter ausdrücklichem **Vorbehalt der Eintragungsbewilligung**.⁴⁹

II. Vorbehalt der Eintragungsbewilligung

Der BGH⁵⁰, das BayObLG⁵¹ und das OLG Frankfurt⁵² gehen ganz selbstverständlich davon aus, dass ein Eigentumswechsel nur dann im Grundbuch vollzogen werden darf, wenn ihn auch der Verkäufer bewilligt hat; das OLG Stuttgart⁵³ hat sich dem nun angeschlossen. In diesem Fall ist keine neue Beurkundung der Auflassung nötig. Die Eintragungsbewilligung des Veräußerers bedarf nur der notariell beglaubigten Form (§ 29 GBO), die auch der bevollmächtigte Notar⁵⁴ in einer Eigenurkunde erklären kann.

⁴⁶ Einzelheiten bei Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rnr. 993a.

⁴⁷ Vgl. Kanzleiter DNotZ 1996, 242; Wolfsteiner Rpfleger 1990, 505; Recker MittRhNotK 1997, 329.

⁴⁸ OLG Hamm OLGZ 1975, 294 = DNotZ 1975, 686 = Rpfleger 1975, 250; OLG Köln OLGR 2001, 57 = MittBayNot 2001, 228; Keim MittBayNot 2003, 21, Amann MittBayNot 2001, 150.

⁴⁹ Ertl DNotZ 1975, 644; ders., MittBayNot 1992, 105; Welsler MittBayNot 1993, 243, 262; Böttcher Rpfleger 2007, 258.

⁵⁰ MDR 1993, 866 = NJW-RR 1993, 840 = Rpfleger 1993, 398; BGH DNotZ 1988, 109 = Rpfleger 1987, 452 = NJW 1988, 415; BGH Rpfleger 1973, 355; BGHZ 48, 356 = NJW 1968, 156; BGH Rpfleger 1973, 355; BGH Rpfleger 1982, 153; BGHZ 48, 356 = NJW 1968, 156.

⁵¹ DNotZ 2001, 557 m. Anm. Reithmann = DNotl-Report 2001, 42 = MittBayNot 2001, 202 m. Anm. Kanzleiter = FGPrax 2001, 13; BayObLG DNotZ 1995, 56 = Rpfleger 1994, 344; BayObLG DNotZ 1975, 685 = Rpfleger 1975, 97.

⁵² MittBayNot 2001, 225 m. Anm. Reithmann.

⁵³ DNotZ 2008, 456 = BWNotZ 2008, 55 m. Anm. Brenner = MittBayNot 2008, 122 m. Anm. Demharter.

⁵⁴ OLG Frankfurt MittBayNot 2001, 225 m. Anm. Reithmann.

III. Notarielle Eigenurkunde zur Grundbuchumschreibung

Die Eintragungsbewilligung kann der Notar durch Eigenurkunde in der Form des § 29 GBO erklären.⁵⁵

IV. Veräußerung einer unvermessenen Grundstücksteilfläche

Für die rechtsgeschäftliche und zwangsweise (§ 894 ZPO) Auflassung eines realen Grundstücksteils gelten dieselben Voraussetzungen. Eine Auflassung ist nach BGH⁵⁶ zulässig, auch wenn die grundbuchlich noch nicht abgetrennte Teilfläche hinreichend bestimmt ist. Das OLG Stuttgart⁵⁷ folgt dieser Ansicht. Materiell-rechtlich genügt es somit für die Auflassung, dass der reale Teil eines Grundstücks so beschrieben ist, dass nach diesem Beschrieb jedermann die Umgrenzung des aufgelassenen Teils so bestimmen kann, dass ein anderer nicht vertretbar zu einem anderen Ergebnis zu kommen vermag.⁵⁸ Dabei ist es grundsätzlich nötig, die Umgrenzungen nach Norden, Süden, Osten und Westen darzulegen, z. B. durch eine mit der Auflassungsurkunde durch Schnur und Siegel verbundene amtliche oder nichtamtliche Karte. Orientierungshilfen in der Natur können sein Bäume, Zäune, Gräben, Wasserläufe, Wege⁵⁹ oder Pflöcke.⁶⁰ Für die materielle Wirksamkeit der Auflassung ist es nicht notwendig, dass der betroffene aufgelassene Grundstücksteil nach § 28 GBO übereinstimmend mit dem Grundbuch bezeichnet wird.

Zum Grundbuchvollzug der materiell-rechtlich wirksamen Auflassung einer noch nicht vermessenen Grundstücksteilfläche müssen nach der Vermessung bei dem Nachweis der Auflassung (§ 20 GBO) die erforderlichen Angaben nach § 28 GBO nachgeholt werden. Gleiches gilt für eine gleichzeitig mit der Auflassung und freiwillig abgegebene formelle Eintragungsbewilligung des Veräußerers (§ 19 GBO).

H. Abschichtung von Miterben

I. Dritter Weg für Ausscheiden eines Miterben

Bilden mehrere Miterben eine Erbengemeinschaft, so kann gemäß § 2042 BGB jeder Miterbe jederzeit die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft verlangen, soweit sich nicht aus den Bestimmungen der §§ 2043 bis 2045 BGB etwas anderes ergibt. Möglich ist auch eine Erbteilsübertragung nach § 2033 BGB. Der BGH⁶¹ hat durch Urteil vom 27.10.2004 einen dritten Weg aufgezeigt: *„Anteile von Miterben, die aus einer fortbestehenden Erbengemeinschaft durch Teilausinandersetzung ausscheiden, wachsen den in der Erbengemeinschaft verbleibenden Miterben im Verhältnis ihrer bisherigen Anteile an“* (Bestätigung von BGHZ 138, 8⁶²).

⁵⁵ OLG Frankfurt MittBayNot 2001, 225 m. Anm. Reithmann; dazu auch Bay-ObLG DNotZ 1983, 434 = BWNotZ 1982, 141 = Rpfleger 1982, 416; Gutachten DNotl-Report 1998, 169 und 2005, 177. Formulierungsvorschlag bei Weser MittBayNot 1993, 253, 262.

⁵⁶ DNotZ 1988, 109 = Rpfleger 1987, 452 = NJW-RR 1988, 266.

⁵⁷ DNotZ 2008, 456 = DNotl-Report 2008, 6 = BWNotZ 2008, 55 m. Anm. Brenner = MittBayNot 2008, 122 m. Anm. Demharter = NJW-RR 2008, 828.

⁵⁸ Böttcher ZNotP 2008, 258, 262 m.w.N.

⁵⁹ BGH NJW 1969, 132.

⁶⁰ OLG München DNotZ 1971, 544.

⁶¹ DNotl-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.

Die Auffassung des BGH ist mit seinen beiden Urteilen nunmehr gesicherte Praxis, vor allem die Notare und Grundbuchämter haben sich darauf einzustellen.

II. Formfreiheit der Abschichtung

Die Abschichtungsvereinbarung⁶³ ist grundsätzlich formfrei, da die dingliche Rechtsänderung kraft Gesetzes eintritt, also keine Übertragung des ausscheidenden Erben auf einen Rechtsnachfolger i. S. des § 2033 Abs. 1 S. 2 BGB vorliegt. Diese Formfreiheit gilt selbst dann, wenn ein Grundstück zum Nachlass gehört. Ohne Bedeutung für die Formfreiheit der Abschichtungsvereinbarung ist die Herkunft der Abfindung; diese kann aus dem Nachlass oder aus dem Privatvermögen stammen. Nur wenn als Abfindung ein Grundstück aus dem sonstigen Vermögen des Erwerbers übertragen werden soll, ist dafür die Beurkundungspflicht des § 311b Abs. 1 BGB zu beachten.

III. Grundbuchberichtigung

Soweit Grundbesitz betroffen ist, erfolgt lediglich eine Grundbuchberichtigung. Bleibt noch ein Miterbe übrig, führt die Abschichtung durch die Anwendung des Anwachsungsprinzips zu seinem Alleineigentum. Auch dann ist nur noch eine Grundbuchberichtigung erforderlich. Durch das Ausscheiden eines Miterben im Wege der Abschichtung wird das Grundbuch bezüglich desjenigen Grundbesitzes, das der Erbengemeinschaft (dem verbleibenden Miterben) verbleibt, unrichtig.

Es genügt insoweit eine schlichte Grundbuchberichtigung. Die Unrichtigkeit muss aber in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden. Die - lediglich deklaratorisch wirkende - Eintragung des Miterben in das Grundbuch als nunmehriger Alleineigentümer bedarf der Berichtigungsbewilligung aller⁶⁴ Miterben (§ 19 GBO) oder des Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs (§ 22 GBO - Abschichtungsvereinbarung, ggf. mit Nachweis des Bedingungseintritts). Die der Abschichtung zu Grunde liegenden Erklärungen sind in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Eine notarielle Beurkundung ist hierzu nicht zwingend erforderlich.⁶⁵ Grundbuchtext: *„Anteilswachung infolge Ausscheidens (Abschichtung) von ...; eingetragen am ...“* oder bei Übergang des Nachlasses auf den letzten verbleibenden Erben: *„Infolge Anwachsung nach Ausscheiden von ... und ... ist ... nunmehr Alleineigentümer; eingetragen am ...“*

Durch Vollzug in Form einer so genannten Abschichtung können hierbei beträchtliche Beurkundungskosten eingespart werden.⁶⁶ Für die notarielle Beglaubigung der Erklärungen

⁶² BGHZ 138, 8 = LM § 2042 Nr. 7 m. Anm. Wolf = DNotZ 1999, 60 m. Anm. Rieger = DNotl-Report 1998, 75 = NJW 1998, 1557 = MDR 1998, 539 = MittBayNot 1998, 188 m. Anm. Reimann = NJ 1998, 423 m. Anm. Lüdecke = Rpfleger 1998, 287 = WM 1998, 1395 = ZEV 2007, 483; dazu zustimmend Weser AcP 204 (2004), 208; Klinger/Maulbetsch NJW-Spezial 2005, 397; krit. Keller ZEV 1998, 281; K. Schmidt AcP 205, 305; Hohloch JuS 1998, 760; Eberl-Borges MittRhNotK 1998, 242; Wesser/Saalfrank NJW 2003, 2937; reine Folgendiskussion bei Reimann ZEV 1998, 213. Vgl. auch LG Köln NJW 2003, 2993 = Rpfleger 2004, 95 m. Anm. Dümig = NotBZ 2004, 75 m. Anm. Spanke.

⁶³ Musterformulierung bei Reimann ZEV 1998, 213.

⁶⁴ Nach Böttcher Rpfleger 2007, 437 nur Bewilligung des Ausscheidenden. Anders Schöner/Stöber GBR RnR. 976e; Wesser/Saalfrank NJW 2003, 2937, 2940.

⁶⁵ LG Köln, NJW 2003, 2993 = Rpfleger 2004, 95 m. Anm. Dümig = NotBZ 2004, 75 m. Anm. Spanke.

⁶⁶ Statt § 36 Abs. 2 KostO genügt Unterschriftsbeglaubigung nach § 45 KostO mit Gebührendeckelung auf 130 € zuzüglich MWSt.

wird ein 5/20-Gebühr, höchstens jedoch 130 € erhoben (§§ 141, 45 KostO). Eine notarielle Beurkundung, die bei herkömmlicher Erbaueinandersetzung erforderlich ist, löst demgegenüber die 20/10-Gebühr ohne Geltung einer Gebührenobergrenze aus (§ 36 Abs. 2, §§ 38, 44 KostO).

I. Kein Nacherbenvermerk bei Gesamthandsanteil

I. Problematik bei Gesamthandsanteilen

Fraglich war bisher, ob § 2113 BGB auch dann anwendbar ist, wenn ein Grundstück Bestandteil eines Gesamthandsvermögens ist und über das Grundstück verfügt werden soll. Denn Gegenstand der Nacherbfolge ist der Gesamthandsanteil und nicht das zum Gesamthandsvermögen gehörende Grundstück.

Gehört zur Vorerbschaft ein **Anteil an einem Gesamthandsvermögen**, so ist § 2113 Abs. 1 und 2 BGB nach h. M.⁶⁷ auf Verfügungen über zum Gesamthandsvermögen gehörende Gegenstände nicht anzuwenden, wenn der Vorerbe zugleich der einzige weitere Gesamthänder ist oder wenn zur Vorerbschaft ein Anteil an einer Personengesellschaft, Partnerschaftsgesellschaft, Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft gehört. Eine direkte Anwendung des § 2113 BGB scheidet aus, die analoge Anwendung wird im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit vom BGH⁶⁸ abgelehnt. Bei Abwägung der Interessen ist den Drittmitteln Vorrang vor den Interessen der Nacherben zu gewähren.

II. Vorerbe in Gütergemeinschaft

Nach BGH⁶⁹ kann ein Ehegatte, der mit seinem verstorbenen Ehegatten in Gütergemeinschaft gelebt hat und nach der letztwilligen Verfügung als alleiniger befreiter Vorerbe des verstorbenen Ehegatten eingesetzt ist, über die zum Gesamtgut gehörenden Grundstücke unentgeltlich verfügen; er benötigt hierzu keine Zustimmung der Nacherben.⁷⁰ Dies gilt auch dann, wenn das Grundstück praktisch der einzige zum Gesamtgut gehörende Vermögenswert ist.⁷¹ Die mit der Verfügungsfreiheit des Vorerben verbundene Schmälerung der Rechtsstellung des Nacherben muss demgegenüber in Kauf genommen werden.⁷²

Eine Beschränkung der Rechte der Miterben stellt ein größeres „Übel“ dar. Die Verfügungsbeschränkungen des § 2113 BGB würden sich sonst zu Lasten der anderen Gesamthänder auswirken.⁷³ Deshalb darf auch kein Nacherbenvermerk eingetragen werden.⁷⁴ Dagegen hält Jung⁷⁵ mit guten Gründen die Eintragung eines inhaltlich auf den bisherigen Anteil des Erblassers an dem Gesamthandsvermögen beschränkten Nacherbenvermerk für erforderlich, damit der Nacherbe nach Eintritt des Nacherbfalls bei Verfügungen durch den Erben des Vorerben geschützt ist; der Nacherbenvermerk soll aber bis zum Nacherbfall keine Wirkung haben, insbesondere keine Verfügungsbeschränkung ausdrücken.

Auch in den **neuen Bundesländern** besteht nach § 8 Abs 2 S 2 EGZGB eine ähnliche Rechtslage, wenn die Testamentserrichtung vor dem 1.1.1976 erfolgte und der Erbfall zwischen dem 1.1.1976 und vor dem 3.10.1990 eintrat.⁷⁶ In diesem Fall besteht keine Verfügungsbeschränkung des § 2113 BGB; der Vorerbe kann wie ein Vollerbe uneingeschränkt verfügen, auch unentgeltliche Verfügungen vornehmen. Die Befangenheit des Grundstücks zum Nachlass wird durch einen besonderen Nacherbenvermerk verlautbart: „*Nacherbfolge ist angeordnet. Die Nacherbfolge tritt ein mit dem Tod des Vorerben. Nacherben sind ... Ersatzerben sind ... Der Vorerbe ist in seiner Verfügungsbefugnis nicht beschränkt (oder: Der Vorerbe unterliegt keinen Verfügungsbeschränkungen)*“.

Grundsätzlich hat nämlich das Grundbuch - wie auch der Erbschein - nicht nur die Funktion, die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben zu verlautbaren, vielmehr auch den Rechtsverkehr darauf hinzuweisen, dass der Nachlass ein Sondervermögen darstellt und das betreffende Grundstück Bestandteil eines solchen Sondervermögens ist.⁷⁷

III. Erbengemeinschaft und Gesellschaften

Soweit einer von zwei Miterben durch den anderen zum befreiten Vorerben eingesetzt wird und der andere verstirbt, hat der BGH⁷⁸ ebenfalls entschieden, dass der Überlebende über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück ohne die Beschränkung des § 2113 BGB verfügen kann. Der BGH⁷⁹ dürfte auch andere Gesamthandsgemeinschaften im Auge gehabt haben, so dass sich seine Begründung zwanglos auf andere Gesamthandsgemeinschaften übertragen lässt.⁸⁰

⁶⁷ BGH NJW 1978, 698 = Rpfleger 1978, 52; BGH NJW 1976, 893 = DNotZ 1976, 554 = NJW 1976, 892 = Rpfleger 1976, 205; vgl. auch OLG Hamburg NJW-RR 1994, 1231; OLG Zweibrücken FGPrax 1998, 46 = NJW-RR 1998, 666 = Rpfleger 1998, 156 = ZEV 1998, 354; BayObLGZ 1994, 177 = DNotl-Report 1994, Nr. 17, 7 = FamRZ 1995, 379 = MittBayNot 1994, 447 = NJW-RR 1994, 1360 = Rpfleger 1995, 105; BayObLG DNotl-Report 1996, 22 = MittBayNot 1996, 214 = Rpfleger 1996, 150 = ZEV 1996, 64 m. Anm. Kanzleiter; Dillmann RNotZ 2002, 1, 15; kritisch Neuschwander BWNotZ 1977, 85; auch Schmidt FamRZ 1976, 683; Ludwig DNotZ 2000, 67. A. A. Staudenmaier NJW 1965, 380. Allgemein ablehnend Schaub ZEV 1998, 372; ders., ZEV 2007, 325. Eingehend Gutachten DNotl-Report 2005, 92; Schaub ZEV 2007, 325.

⁶⁸ BGH DNotl-Report 2007, 79 = DNotZ 2007, 700 = MittBayNot 2007, 328 = NJW 2007, 2114 m. Anm. Keim = NotBZ 2007, 214 = RNotZ 2007, 414 = Rpfleger 2007, 383 m. krit. Anm. Armbruster = Rpfleger 2007, 459 m. Anm. Dümig = ZNotP 2007, 227 (Bestätigung von OLG Stuttgart FGPrax 2006, 249 = Rpfleger 2007, 136 m. Anm. Böhringer Rpfleger 2007, 260 = RNotZ 2007, 223 = ZERB 2006, 389). Ausführlich Custodis, Zur Berechtigung des Vorerben, über Gesamtgutsgegenstände zu verfügen, Jubiläums-FS des Rheinischen Notariats, 1998, S. 163; eingehend Dillmann RNotZ 2002, 1, 15.

⁶⁹ NJW 1958, 708.

⁷⁰ Gutachten DNotl-Report 2005, 92.

⁷¹ BGH NJW 1964, 768.

⁷² BGH NJW 1976, 892; Gutachten DNotl-Report 2005, 92.

⁷³ BGH NJW 1976, 893 = DNotZ 1976, 554 = Rpfleger 1976, 205; BGH NJW 1978, 698 = Rpfleger 1978, 52; OLG Köln NJW-RR 1987, 267 = Rpfleger 1987, 60 und 155 m. Anm. Ludwig = MittRhNotK 1987, 80; Staudinger/Avenarius § 2113 Rnr. 10 - 16, MünchKomm-Grunsky § 2113 Rnr. 3 u 4; Soergel-Harder/Wegmann § 2113 Rnr. 4; Haegele Rpfleger 1977, 50; BayObLG Rpfleger 1996, 150 = DNotl-Report 1996, 22 = MittBayNot 1996, 214 = ZEV 1996, 64 m. Anm. Kanzleiter; a. A. K. Schmidt FamRZ 1976, 683.

⁷⁴ OLG Köln NJW-RR 1987, 267 = Rpfleger 1987, 60 und 155 m. Anm. Ludwig = MittRhNotK 1987, 80; BayObLG DNotZ 1989, 182 = Rpfleger 1988, 525 = MittRhNotK 1989, 17; Staudinger/Avenarius § 2113 Rnr. 16; MünchKomm-Grunsky § 2113 Rnr. 3; a. A. Jung Rpfleger 1995, 9.

⁷⁵ Rpfleger 1995, 9.

⁷⁶ Böhringer Rpfleger 2007, 260.

⁷⁷ So Bestelmeyer Rpfleger 1992, 229, 233.

⁷⁸ NJW 1978, 698.

⁷⁹ BGH DNotl-Report 2007, 79 = DNotZ 2007, 700 = MittBayNot 2007, 328 = NJW 2007, 2114 m. Anm. Keim = NotBZ 2007, 214 = RNotZ 2007, 414 = Rpfleger 2007, 383 m. krit. Anm. Armbruster = Rpfleger 2007, 459 m. Anm. Dümig = ZNotP 2007, 227 (Bestätigung von OLG Stuttgart FGPrax 2006, 249 = Rpfleger 2007, 136 m. Anm. Böhringer Rpfleger 2007, 260 = NJW-RR 2007, 454 = RNotZ 2007, 223 = ZERB 2006, 389). Ausführlich Custodis, Zur Berechtigung des Vorerben, über Gesamtgutsgegenstände zu verfügen, Jubiläums-FS des Rheinischen Notariats, 1998, S. 163; eingehend Dillmann RNotZ 2002, 1, 15.

⁸⁰ Ebenso Berger LMK 2007, 225279.

Weitere Einzelfälle:⁸¹

- von zwei Miterben wird einer Vorerbe des anderen;⁸²
- ein Miterbe ist Vorerbe und Testamentsvollstrecker;⁸³
- wenn jemand einen Miterben als Vorerbe und sodann die übrigen Miterben ohne Nacherbfolge beerbt⁸⁴;
- Gesellschafter einer GbR beerbt einzigen Mitgesellschafter als Vorerbe;⁸⁵
- eine GbR wird mit dem Vorerben eines Gesellschafters fortgesetzt;⁸⁶
- eine GbR wird gegen den Willen des Nacherben auseinandergesetzt;⁸⁷
- Fraglich ist die Anwendung von § 51 GBO, wenn einer von mehreren Miterben durch einen Vorerben beerbt wird;⁸⁸
- Wird einer von zwei Miterben eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück durch den anderen Miterben, der zugleich Eigentümer der übrigen Miteigentumsanteile ist, zum Vorerben eingesetzt, so kann er als Alleinerbe ohne die Beschränkungen eines Vorerben nur über den Miteigentumsanteil verfügen, dessen Miterbe er war, nicht aber auch über die übrigen Miteigentumsanteile.⁸⁹ Bei der Übertragung des mit der Nacherbfolge belasteten Erbteils auf einen „unbelasteten“ Miterben ist die Erbengemeinschaft durch Konsolidation erloschen, so dass der Erwerber Alleineigentümer des Nachlassgrundstücks geworden ist, sind die Interessen des Vorerben auf Erwerb „freier“ Nachlassgegenstände und dem Sicherungsinteresse des Nacherben vorzunehmen.⁹⁰

Fraglich ist es, ob es bei der Anwendung von § 2113 BGB und bei der Eintragung des Nacherbenvermerks bleibt, wenn zur Vorerbschaft ein **Erbteil** gehört⁹¹ und der Vorerbe nicht zugleich der einzige weitere Miterbe ist; die anderen Miterben können hier die Aufhebung der Erbengemeinschaft betreiben und sich so den aus § 2113 BGB ergebenden Nachteilen entziehen.

⁸¹ BGH DNotI-Report 2007, 79 = MittBayNot 2007, 328 = NJW 2007, 2114 m. Anm. Keim = Rpfleger 2007, 383 m. krit. Anm. Armbruster = Rpfleger 2007, 459 m. Anm. Dümig = ZNotP 2007, 227 (Bestätigung von OLG Stuttgart FGPrax 2006, 249 = Rpfleger 2007, 136 m. Anm. Böhringer Rpfleger 2007, 260 = NJW-RR 2007, 454 = RNotZ 2007, 223 = ZErB 2006, 389); BayObLGZ 2002, 148 = FGPrax 2002, 153 = MittBayNot 2002, 405 = NJW-RR 2002, 1237 = Rpfleger 2002, 565 = DNotI-Report 2002, 110 = ZErB 2002, 332.

⁸² BGH NJW 1978, 698 = Rpfleger 1978, 52 = MittBayNot 1978, 62; BayObLGZ 2002, 148 = FGPrax 2002, 153 = MittBayNot 2002, 405 = Rpfleger 2002, 565 = NJW-RR 2002, 1237 = DNotI-Report 2002, 110 = ZErB 2002, 332; vgl. auch LG Aachen Rpfleger 1991, 301.

⁸³ OLG Zweibrücken FGPrax 1998, 46 = NJW-RR 1998, 666 = Rpfleger 1998, 156 = ZEV 1998, 354.

⁸⁴ BayObLGZ 1994, 177 = DNotI-Report 1994, Nr. 17, 7 = NJW-RR 1994, 1360 = MittBayNot 1994, 447 = Rpfleger 1995, 105.

⁸⁵ OLG Köln NJW-RR 1987, 267 = Rpfleger 1987, 60 und 155 m. Anm. Ludwig = MittRhNotK 1987, 80; a. A. Ludwig Rpfleger 1987, 155.

⁸⁶ Haegele Rpfleger 1977, 50; kritisch Ludwig Rpfleger 1987, 155.

⁸⁷ OLG Hamburg NJW-RR 1994, 1231.

⁸⁸ Verneinend: BGH DNotI-Report 2007, 79 = DNotZ 2007, 700 = MittBayNot 2007, 328 = NotBZ 2007, 214 = Rpfleger 2007, 383 m. krit. Anm. Armbruster = Rpfleger 2007, 459 m. Anm. Dümig = ZNotP 2007, 227; OLG Stuttgart FGPrax 2006, 249 = Rpfleger 2007, 136 m. Anm. Böhringer Rpfleger 2007, 260 = RNotZ 2007, 223 = ZErB 2006, 389; BayObLGZ 1994, 177 = MittBayNot 1994, 447 = NJW-RR 1994, 1360 = Rpfleger 1995, 105; bejahend OLG Hamm OLGZ 1984, 335 = MittBayNot 1984, 260 = MittRhNotK 1984, 221 = Rpfleger 1985, 21; offen gelassen von OLG Zweibrücken FGPrax 1998, 46 = NJW-RR 1998, 666 = Rpfleger 1998, 156 = ZEV 1998, 354. Dazu auch OLG Saarbrücken DNotZ 2000, 64 m. Anm. Ludwig = FamRZ 2000, 122 = Rpfleger 1999, 440 = ZEV 2000, 27 m. Anm. Schaub.

⁸⁹ BayObLGZ 2002, 148 = FGPrax 2002, 153 = MittBayNot 2002, 405 = Rpfleger 2002, 565 = NJW-RR 2002, 1237.

⁹⁰ So OLG Saarland DNotZ 2000, 64 m. Anm. Ludwig = FamRZ 2000, 122 = Rpfleger 1999, 440 = ZEV 2000, 27 m. Anm. Schaub.

J. Einsichtspflicht des Notars in Grundakten

Die Frage der Einsicht in Grundbuch und Grundakten spielt eine alltägliche Rolle, insbesondere bei der Beurkundung von Kaufverträgen über Grundstücke, die mit Dienstbarkeiten, Vorkaufsrechten u.a. belastet sind. Der BGH⁹² hatte über einen Fall zu urteilen, der für den Notar ein Alltagsfall ist, nämlich eine Löschungsbewilligung für ein vererbliches Vorkaufrecht auszustellen. Der „schadensverursachende Löschungsantrag“ hätte, wie der BGH ausführt, vermieden werden können, wenn der Notar zuvor Einblick in die Grundakten genommen hätte. Dieses Unterlassen rechtfertigte den Vorwurf der Fahrlässigkeit, die der BGH sogar „als grob“ bewertet.

Es war bis zur BGH-Entscheidung fraglich, ob stets Einsicht in die Grundakten zu nehmen ist, wenn das Grundbuch nach § 874 BGB auf die Grundakten verweist. § 17 BeurkG ist eine Vorschrift über das Beurkundungsverfahren, die der Notar in jedem Verfahren der Beurkundung von Willenserklärungen zu beachten hat. Die Ermittlung des Grundbuchstands dient der Rechtsbelehrung (§ 17 BeurkG); sie ist eine Hilfspflicht zur Belehrungspflicht. Dadurch, dass der BGH seine Entscheidung nicht auf § 14 BNotO (erweiterte Warnpflicht), sondern auf § 17 BeurkG ausdrücklich gestützt hat, hat er diese von der Praxis entwickelte Mitwirkung des Notars bei der Vertragsabwicklung in den Bereich der Notaren generell obliegenden Pflichten einbezogen und damit der Beurkundung von Grundstückskaufverträgen eine neue Qualität verliehen.

Dienstbarkeiten werden meist nicht abgelöst, sondern bleiben bestehen. § 17 BeurkG verlangt, darüber zu belehren, dass das Grundstück nach dem Grundbuch mit einer Dienstbarkeit belastet ist und diese Dienstbarkeit den Wert des Grundstücks einschränken kann. Wie weit dieser Wert eingeschränkt ist, gehört aber nicht zu den unmittelbaren Folgen des zu beurkundenden Kaufvertrags (also nicht zur rechtlichen Tragweite), sondern zur Beschaffenheit des Kaufgegenstandes. Deshalb kann eine allgemeine Belehrungspflicht über Inhalt und Ausübungsbereich von Dienstbarkeiten, die ein Kaufgrundstück belasten, nicht angenommen werden.

Die Übertragbarkeit und die Vererblichkeit von Vorkaufsrechten kommen relativ selten vor. Auch eine unabtretbare Grundschuld ist extrem selten; die Unabtretbarkeit kann Inhalt des Rechts sein, zu dessen Eintragung im Grundbuch genügt die Bezugnahme auf die Grundakte. Da das Grundbuchamt in eigener Verantwortung entscheiden kann, ob es den gesamten Inhalt des dinglichen Rechts unmittelbar im Grundbuch eintragen oder durch Bezugnahme auf die Grundakte eine Überfrachtung des Grundbuchs eindämmen will, sollte der Notar gerade auch bei einer Grundschuld die Grundakte einsehen. Dümig⁹³ empfiehlt dem Grundbuchamt, künftig von einer Eintragung durch bloße Bezugnahme Abstand zu nehmen.

⁹¹ BGH DNotI-Report 2007, 79 = MittBayNot 2007, 328 = Rpfleger 2007, 383 m. krit. Anm. Armbruster = Rpfleger 2007, 459 m. Anm. Dümig = ZNotP 2007, 227; OLG Stuttgart FGPrax 2006, 249 = Rpfleger 2007, 136 m. Anm. Böhringer Rpfleger 2007, 260 = RNotZ 2007, 223 = ZErB 2006, 389; a. A. OLG Hamm OLGZ 1984, 335 = MittBayNot 1984, 260 = MittRhNotK 1984, 221 = Rpfleger 1985, 21; dazu auch LG Aachen Rpfleger 1991, 301; OLG Zweibrücken FGPrax 1998, 46 = NJW-RR 1998, 666 = Rpfleger 1998, 156 = ZEV 1998, 354; zweifelnd BayObLGZ 1994, 177 = FamRZ 1995, 379 = MittBayNot 1994, 447 = NJW-RR 1994, 1360 = Rpfleger 1995, 105; Bauer/von Oefele/Schaub § 51 Rnr. 61 GBO.

⁹² DNotI-Report 2005, 5 = Rpfleger 2005, 135 und 185 m. Anm. Demharter = FamRZ 2005, 362 = NJW-RR 2005, 315 = NotBZ 2005, 69 = ZfIR 2005, 106 m. Anm. Dümig = ZNotP 2005 105 = MittBayNot 2005, 245; dazu Reithmann MittBayNot 2005, 207.

⁹³ ZfIR 2003, 108.

K. Höchstzins und Basiszins bei Grundpfandrechten

I. Gleitende Zinsen und Höchstzinssatzangabe

Mit Ausnahme der Höchstbetragshypothek (dazu § 1190 Abs. 2 BGB) können Grundpfandrechte als verzinsliche Belastungen bestellt werden (§ 1115 BGB). Auch schwankende Zinssätze werden für zulässig gehalten, zumal solche in Abhängigkeit vom Basiszinssatz. Auch Reallasten können nach § 1105 Abs. 1 BGB eine Wertsicherungsklausel als Inhalt des Rechts haben. In der Literatur⁹⁴ herrscht die Meinung vor, dass ein Höchstzinssatz dann nicht anzugeben ist, wenn ein gleitender Zinssatz durch Bezugnahme auf den gesetzlichen Basiszinssatz (§ 247 BGB) vereinbart wird. Der BGH⁹⁵ hat sich dieser Meinung angeschlossen. Ein vereinbarter Zinssatz in Anbindung an die zulässige Bezugsgröße (z.B. 5 Prozentpunkte⁹⁶ über dem Basiszinssatz gem. § 247 BGB) ist als Zinssatz im Sinne von § 1115 BGB wörtlich im Grundbuch einzutragen.⁹⁷ Bei allen Arten von Grundpfandrechten kann künftig ohne Angabe eines Höchstzinssatzes die Verzinsung sich nach dem Basiszinssatz richten.

L. Vormerkungen

I. Vormerkungen für künftige/bedingte Ansprüche

Zur Sicherung eines künftigen Anspruchs kann eine Vormerkung nur eingetragen werden, wenn bereits der „Rechtsboden“ für seine Entstehung vorbereitet ist. Für mehrere verschiedene Ansprüche sind ebenso viele Vormerkungen eintragbar wie Ansprüche gegeben sind.⁹⁸ In Zweifelsfällen ist dies ratsam.⁹⁹ Ein an mehrere alternative Bedingungen geknüpfter Rückübertragungsanspruch wird dagegen durch eine Vormerkung gesichert.¹⁰⁰ Werden Ansprüche zu Gunsten künftiger, bei Vertragsschluss noch nicht lebender Dritter im Grundbuch vorgemerkt,¹⁰¹ so kann das Grundstück

auf unbestimmte Zeit faktisch dem Rechtsverkehr entzogen werden. Der Beratung durch den Notar kommt eine besondere, vor allem präventive Bedeutung zu, denn eine Löschung der Vormerkung mit Löschungsbewilligung aller potenziellen Abkömmlinge ist wohl kaum noch möglich.¹⁰²

Ein Rückforderungsrecht des Schenkers, das nach den Vereinbarungen im Vertrag bei einer wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Beschenkten entstehen soll, kann durch Vormerkung gesichert werden,¹⁰³ da der Begriff durch Rechtsprechung zu §§ 321 und 490 BGB hinreichend geklärt sei. Dies liegt auf der gleichen Ebene wie die BGH-Rechtsprechung zum Rückforderungsrecht bei grobem Undank¹⁰⁴ nach § 530 BGB und bei Verarmung des Schenkers.¹⁰⁵

II. Wiederverwendung/Erweiterung von Vormerkungen

1. Akzessorietät und Wiederverwendung

Damit eine rechtsgeschäftlich begründete Eigentumsvormerkung wirksam ist, müssen nach § 885 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 883 Abs. 1 BGB drei Voraussetzungen vorliegen, nämlich Eintragung der Vormerkung im Grundbuch, materiellrechtliche Bewilligung des bisherigen Eigentümers, die formfrei ist, aber dem Vormerkungsberechtigten oder dem Grundbuchamt zugehen muss und nicht mit der zur Grundbucheintragung nötigen formbedürftigen Eintragungsbewilligung (§§ 19, 29 GBO) verwechselt werden darf, sowie Eigentumsverschaffungsanspruch, der durch die materiellrechtliche Bewilligung und die Eintragung gedeckt ist; nach § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB ist ein künftiger oder bedingter Anspruch bereits vormerkungsfähig, sobald für den Schuldner eine - wenn auch nur vorläufige - Bindung besteht, der er sich nicht ohne weiteres entziehen kann.

Nunmehr erlaubt es die Rechtsprechung des BGH¹⁰⁶, mit der anspruchleeren und daher unwirksamen Eigentumsvormerkung einen neuen Eigentumsverschaffungsanspruch zu sichern, wenn der neue Anspruch denselben Schuldner, denselben Gläubiger und dasselbe Anspruchsziel hat wie der ursprünglich nichtige oder nachträglich erloschene Anspruch sowie der Eigentümer für den neuen Anspruch eine neue materiellrechtliche Bewilligung abgibt.

⁹⁴ Volmer ZfIR 2001, 246; Wolfsteiner MittBayNot 2003, 295; Böhringer Rpfleger 2003, 157, 163; ders. Rpfleger 2004, 623; Böttcher RpfStud. 2004, 1, 11; Stavorinus Rpfleger 2004, 739; Wagner Rpfleger 2004, 668; Gutachten DNotl-Report 2003, 193; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 2002, Einl. zu § 1113 Rnr. 41; Zimmer in: Dauner-Lieb/Heidel/Ring, BGB, 2004, § 1115 Rnr. 17; Meikel/Ebeling, GBO, Vorbem. 137 zu GBV. Für die Angabe eines Höchstzinssatzes: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rnr. 1962; Demharter EWIR 2003, 365; ders., FGPrax 2004, 144, 146; Wilsch FGPrax 2003, 193, der aber überwiegend noch die Rechtsprechung vor der Novellierung von § 288 BGB zitiert.

⁹⁵ DNotZ 2006, 526 = DNotl-Report 2006, 58 = MittBayNot 2006, 501 = Rpfleger 2006, 313 mit Anm. Wagner = Rpfleger 2006, 388 m. Anm. Klawikowski = NJW 2006, 1341 = ZNotP 2006, 184 = ZfIR 2006, 372 m. Anm. Clemente; dazu Kesseler MittBayNot 2006, 468; Zimmer NJW 2006, 1325.

⁹⁶ Zum Sprachverständnis „Prozente“ und „Prozentpunkte“ Weidlich DNotZ 2004, 820. Zum Basiszinssatz Rellermeyer Rpfleger 2002, 193.

⁹⁷ Ebenso Wagner Rpfleger 2004, 668, 673. Auch bei der Vollstreckung sind z.B. Wertsicherungsklauseln hinreichend bestimmt, wenn sie auf einen Lebenshaltungskostenindex abstellen, der damit offenkundig i.S. von § 291 ZPO ist, BGH DNotZ 2004, 644 = DNotl-Report 2004, 63 = Rpfleger 2004, 296 = NJW-RR 2004, 469 = LMK 2004, 83 m. Anm. Wax.

⁹⁸ BayObLG Rpfleger 2002, 135 = DNotZ 2002, 293 = DNotl-Report 2002, 14 = NJW-RR 2002, 379 = NotBZ 2002, 30 = ZfIR 2002, 209; dazu Giehl MittBayNot 2002, 158.

⁹⁹ Ebenso Westermeier Rpfleger 2003, 347. Großzügig BayObLG Rpfleger 2003, 352 = DNotl-Report 2003, 15 = DNotZ 2003, 434 = FGPrax 2003, 55 = NotBZ 2003, 72.

¹⁰⁰ BayObLG DNotZ 2002, 784 = FamRZ 2003, 1480 = MittBayNot 2002, 396 = ZfIR 2003, 41 = ZNotP 2003, 66; LG Duisburg Rpfleger 2005, 600 m. Anm. Wicke.

¹⁰¹ Die Person des Dritten und das Anteilsverhältnis müssen eindeutig bestimmbar sein, LG Passau MittBayNot 2004, 362.

¹⁰² Metzger MittBayNot 2004, 363.

¹⁰³ OLG München DNotZ 2007, 948 = DNotl-Report 2007, 164 = Rpfleger 2007, 540 = MittBayNot 2007, 50 m. Anm. Wartenburger = NotBZ 2008, 348 = NJW-RR 2007, 1314. Das Gericht ist der Auffassung, dass der Begriff der wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse in der Rechtsprechung zu den Vorschriften der §§ 321, 490, 775 Abs. 1 Nr. 1 BGB - wenn auch nicht in gleichem Umfang wie der des groben Undanks in § 530 BGB - geklärt ist.

¹⁰⁴ BGHZ 151, 116 = BGHReport 2002, 813 m. Anm. Grziwotz = LM BGB § 883 Nr. 35 (10/2002) m. Anm. Berger = DNotZ 2002, 775 m. Anm. Schippers = DNotl-Report 2002, 117 = EWIR 2002, 1089 m. Anm. Dinstühler = FGPrax 2002, 196 m. Anm. Demharter = JR 2002, 211 m. Anm. Schubert = NJW 2002, 2461 = Rpfleger 2002, 559.

¹⁰⁵ OLG Düsseldorf DNotl-Report 2002, 133 = Rpfleger 2002, 563 = FGPrax 2002, 203.

¹⁰⁶ NJW 2000, 805 = Rpfleger 2000, 154 m. Anm. Streuer = ZfIR 2000, 121 m. Anm. Volmer ZfIR 2000, 207 = EWIR 2000, 285 m. Anm. Grunsky = MittBayNot 2000, 104 m. Anm. Demharter; BGH DNotZ 2008, 514 m. Anm. Amann = DNotl-Report 2008, 21 = MittBayNot 2008, 212 m. Anm. Demharter = Rpfleger 2008, 187 = NJW 2008, 578 = NZI 2008, 325 m. Anm. Kesseler = ZIP 2008, 893 m. Anm. Mitlehner; dazu Heggen RNotZ 2008, 213; Zimmer ZfIR 2008, 91, 94.

2. Vormerkungserstreckung auf weitere Rücktrittsgründe

Der BGH¹⁰⁷ erlaubt ferner, dass eine Eigentumsvormerkung ohne Grundbuchberichtigung und ohne Neueintragung verwendet werden kann auch für erweiterte Rückforderungsansprüche, die bisher nicht gesichert waren. Es geht bei dieser Entscheidung des BGH nicht mehr darum, einen Anspruch durch einen anderen zu ersetzen, sondern einen durch Vormerkung gesicherten Anspruch um weitere Ansprüche oder zumindest Anspruchsvoraussetzungen zu ergänzen, was bejaht wird. In diesem Fall kann von einer einheitlichen Vormerkung und damit von einem einheitlichen Rang der Vormerkung nicht mehr gesprochen werden, so dass die Publizität des Grundbuchs leidet und der Notar bei einer Rangbestätigung sorgfältig recherchieren muss. Bei der erstmaligen Begründung der Vormerkung ist es der Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung, bei der späteren Erweiterung oder Änderung des Anspruchs ist es der Zeitpunkt der Bewilligung. Ein und dieselbe Vormerkung kann nunmehr einen Anspruch sichern, und zwar mit Wirkung ab Eintragung der Vormerkung und einen weiteren Anspruch mit Wirkung ab späterer Bewilligung.

Unerheblich für die Schutzwirkungen der auf diese Weise erstarkten Vormerkung sind demnach das abweichende Entstehungsdatum des neuen Anspruchs, etwa abweichende sonstige Modalitäten des Schuldverhältnisses, auf dem der neue Anspruch beruht, wie z. B. höherer oder niedrigerer Kaufpreis, Schenkung statt Kauf, Kauf statt Schenkung, der Zugang der neuen materiellrechtlichen Bewilligung beim Grundbuchamt (Zugang beim Vormerkungsberechtigten genügt), die Angabe des neuen Bewilligungsdatums im Grundbuch, die zwar zulässig, aber nicht erforderlich ist, die fehlende Bezugnahme des Grundbuchs auf den neuen Anspruch bzw. auf das neue Anspruchsdatum.

Die so erstarkte Vormerkung entfaltet zwar keine auf den alten Eintragungszeitpunkt zurückreichende Sicherungswirkung, wohl aber Sicherungswirkung ab dem Zeitpunkt, zu welchem für den neu entstandenen Anspruch eine neue materiell-rechtliche Bewilligung abgegeben ist.

3. Einschränkungen des vorgemerkten Anspruchs

Wenn die Beteiligten den vorgemerkten Eigentumsverschaffungsanspruch nachträglich einschränken, verringert sich der Vormerkungsschutz wegen der Akzessorietät der Vormerkung ipso jure auf den eingeschränkten Anspruchsumfang. Dies gilt z. B. dann, wenn nur noch ein Teil der ursprünglich veräußerten Fläche zu übereignen ist oder wenn eine nach den ursprünglichen Vereinbarungen zu beseitigende dingliche Belastung bestehen bleiben darf. Die Einschränkung des Anspruchs kann berichtigend in das Grundbuch eingetragen werden. Der Vormerkungsschutz reduziert sich aber unabhängig davon auf den verbleibenden Restanspruch.

4. Änderung der sonstigen Anspruchsmodalitäten

Nicht selten ändern die Beteiligten sonstige Anspruchsmodalitäten oder das dem Eigentumsverschaffungsanspruch zu Grunde liegende Schuldverhältnis, z. B. dadurch, dass sie

den Kaufpreis oder sonstige Gegenleistungen herabsetzen oder erhöhen, ein entgeltliches Geschäft in ein unentgeltliches umwandeln oder umgekehrt, die Fälligkeit des Eigentumsverschaffungsanspruchs verlegen, die Bindung des Veräußerers verlängern oder verkürzen, z. B. durch Änderung der Modalitäten eines vereinbarten Rücktrittsrechts oder durch Verlängerung oder Verkürzung der Annahmefrist bei einem Verkaufsangebot.

Alle diese Einzelheiten des Schuldverhältnisses eliminiert der BGH ausdrücklich aus den Merkmalen des vorgemerkten Anspruchs. Solange die Person von Schuldner und Gläubiger sowie das Anspruchsziel und damit der vom Anspruch betroffene Grundbesitz unverändert bleiben, braucht keine der vorstehenden Änderungen bei der Vormerkung eingetragen zu werden, um deren Schutzwirkung zu erhalten. Hierzu ist infolge des Urteils des BGH nicht einmal eine ergänzende materiellrechtliche Bewilligung erforderlich.

Gursky¹⁰⁸ ist der Ansicht, die Verlängerung der Annahmefrist für ein Verkaufsangebot bedürfe keiner Eintragung im Grundbuch. Es ist aber wohl zu differenzieren: Ist die Vormerkung selbst befristet, so bedarf die Verlängerung einer erneuten Eintragung. Sichert die Vormerkung hingegen erst den künftigen, durch Angebotsannahme entstehenden Anspruch, so ist eine ändernde Eintragung im Grundbuch nicht erforderlich. Dies dürfte mit dem BGH¹⁰⁹ in Einklang stehen, denn in dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt handelte es sich ebenfalls um eine unbefristete Eigentumsvormerkung.

5. Rang einer wiederverwendeten (recyclten)/erweiterten Vormerkung

Das Wiederenstehen einer erloschenen, aber nicht gelöschten Vormerkung führt durch eine Neubegründung der Forderung nicht dazu, dass sich der Rang der Vormerkung nach der ursprünglichen Eintragung bemisst.¹¹⁰ Der Zeitpunkt der neuen Bewilligung gem. § 885 BGB ist nach BGH¹¹¹ maßgeblich für die Frage, ab welchem Zeitpunkt Drittberechtigte sich die bereits eingetragene Vormerkung entgegenhalten lassen müssen.

¹⁰⁸ DNotZ 1995, 507, 514.

¹⁰⁹ BGHZ 143, 175 = LM BGB § 883 Nr. 27 (7/2000) m. Anm. Stürner = DNotZ 2000, 639 m. Anm. Wacke = DNotI-Report 2000, 40 = EWIR 2000, 285 m. Anm. Grunsky = Rpfleger 2000, 153 m. Anm. Streuer = NJW 2000, 805 = ZfIR 2000, 206 m. Anm. Volmer; dazu Schöpflin JA 2000, 535; K. Schmidt JuS 2000, 605; Amann Mitt-BayNot 2000, 197; Zimmer NJW 2000, 2978; Heggen RNotZ 2008, 213.

¹¹⁰ BGH (bzgl. Aufhebung und Neubegründung eines Kaufvertrages) BGHZ 143, 175 = LM BGB § 883 Nr. 27 (7/2000) m. Anm. Stürner = DNotZ 2000, 639 m. Anm. Wacke = DNotI-Report 2000, 40 = EWIR 2000, 285 m. Anm. Grunsky = Rpfleger 2000, 153 m. Anm. Streuer = NJW 2000, 805 = ZfIR 2000, 206 m. Anm. Volmer; dazu Schöpflin JA 2000, 535; K. Schmidt JuS 2000, 605; Amann MittBayNot 2000, 197; Zimmer NJW 2000, 2978; Heggen RNotZ 2008, 213; LG Lübeck NJW-RR 1996, 914 bzgl. eines nach § 326 a.F. BGB erloschenen, durch erneute Eintragung neu entstandenen Anspruchs; OLG Frankfurt DNotZ 1995, 539 bzgl. eines nichtigen, aber bestätigten Rechtsgeschäfts (dazu Wacke DNotZ 1995, 507); OLG Zweibrücken DNotZ 1990, 300 = Rpfleger 1989, 495 bzgl. eines Rechtsgeschäfts, zu dem die erforderliche Genehmigung versagt wurde, und das dann neu vorgenommen wurde. Zu allem Amann MittBayNot 2000, 197, 199.

¹¹¹ BGHZ 143, 175 = LM BGB § 883 Nr. 27 (7/2000) m. Anm. Stürner = DNotZ 2000, 639 m. Anm. Wacke = DNotI-Report 2000, 40 = EWIR 2000, 285 m. Anm. Grunsky = Rpfleger 2000, 153 m. Anm. Streuer = NJW 2000, 805 = ZfIR 2000, 206 m. Anm. Volmer; dazu Schöpflin JA 2000, 535; K. Schmidt JuS 2000, 605; Amann MittBayNot 2000, 197; Zimmer NJW 2000, 2978; Heggen RNotZ 2008, 213.

¹⁰⁷ DNotZ 2008, 514 m. Anm. Amann = DNotI-Report 2008, 21 = MittBayNot 2008, 212 m. Anm. Demharter = Rpfleger 2008, 187 = NJW 2008, 578 = NZI 2008, 325 m. Anm. Kessler = ZIP 2008, 893 m. Anm. Mitlehner; dazu Heggen RNotZ 2008, 213; Zimmer ZfIR 2008, 91, 94.

6. Fazit:

Mit der BGH-Rechtsprechung wird das Grundbuch nunmehr von einer ganzen Anzahl an (bisher für zusätzlich eintragungspflichtig gehaltenen) Vormerkung „entlastet“, allerdings zu Lasten der Publizität des Grundbuchs, weil künftig der Rang einer Vormerkung nicht mehr ohne Weiteres aus dem Eintragungsdatum ersehen werden kann.

M. Wertsicherung bei Reallasten

I. Bedeutung von Wertsicherungsklauseln

1. Allgemeines

Wertsicherungsklauseln sind Vereinbarungen, die die Höhe einer Geldschuld vom Preis oder einer Menge anderer Güter oder Leistungen abhängig machen, um die Geldschuld vom Nennbetrag der gelten Währung (Nennwertprinzip) zu lösen und wertbeständig zu halten. In Deutschland ist der bekannteste und für das Grundbuchamt unproblematische Index der Verbraucherpreisindex für ganz Deutschland. Es empfiehlt sich, bei Neuabschlüssen eine solche Indexklausel zu vereinbaren.

§ 1105 Abs. 1 S. 2 BGB erlaubt ausdrücklich, die automatische Anpassung des Leistungsumfangs bei Geldrenten-Reallasten an geänderte Verhältnisse zum Inhalt der Reallast zu machen. Daher ist es wichtig zu wissen, welche Preisklauseln im Grundbuch eintragungsfähig sind und dem Indexierungsverbot unterliegen bzw. eine Legalausnahme davon besteht. Man muss nach der Art der Klausel unterscheiden: Indexklausel (Gleit- oder Preisklausel), Leistungsvorbehaltsklausel, Spannungsklausel, Kostenelementeklausel.

2. Bedeutung für den Grundbuchverkehr

Das Grundbuchamt ist mit Wertsicherungsklauseln nur bei der Eintragung wertgesicherter Reallasten, insbesondere beim Erbbauzins und beim Leibgeding befasst. Das bisherige

Genehmigungserfordernis für Ausnahmen vom gesetzlichen Verbot automatisch wirkender Wertsicherungsklausel wurde durch das Preisklauselgesetz 2007¹¹² durch unmittelbar im Gesetz geregelte Legalausnahmen ersetzt. Folgende Grundsätze gelten nun auch für das Grundbuchamt:¹¹³

- Wegfall des bisherigen § 2 PaPKG (Preisangaben- und Preisklauselgesetz) und der PrKV (Preisklauselverordnung);
- Wegfall des bisherigen behördlichen Genehmigungssystems;
- Überführung des Indexierungsverbots mit bisherigen Ausnahmen in System der Legalausnahme, jetzt §§ 2 – 7 PreisklauselG;
- Bisherige Ausnahmen vom Indexierungsverbot jetzt direkt im neuen Preisklauselgesetz;
- Für Wertsicherungsklauseln keine Genehmigung des Bundesamts für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle in Eschborn mehr erforderlich, auch nicht mehr möglich;
- Auch ein Negativattest kann von keiner Behörde mehr eingeholt werden.
- Nur ganz geringe Änderung der bisherigen Rechtslage zur Wirksamkeit und Genehmigungsfähigkeit von Wertsicherungsklauseln
- War bisher eine Klausel nach den Ausnahmeregelungen in der alten PrKV genehmigungsfähig, ist sie jetzt als Legalausnahme wirksam, nur stellt dies keine Behörde mehr fest – bei Streit über Wirksamkeit muss gerichtliche Feststellungsklage erhoben werden;
- Bei einem Verstoß tritt die Unwirksamkeit nur und erst ab deren rechtskräftiger Feststellung ein (§ 8 PreisklauselG – ex nunc-Wirkung), es sei denn, die Parteien haben etwas anderes vereinbart wie z.B. eine Rückwirkung (ex tunc-Wirkung).

¹¹² Vom 7.9.2007, in Kraft seit 14.9.2007, BGBl 2007 I, S. 2246.

¹¹³ Dazu OLG Celle DNotZ 2008, 779 = NJW-RR 2008, 896; Reuel NotBZ 2008, 453.

Der Schutz des Verbrauchers vor dem Verbraucherschutz – Die Finanzierungsvollmacht für Notarangestellte ist zulässig!

(von Wolfgang Schulz, Notar in Heilbronn)

Die Frage der Zulässigkeit der Bestellung von Finanzierungsgrundschulden durch Notarangestellte im Rahmen eines Grundstückskaufvertrags wird schon lange kontrovers diskutiert. Dabei haben sich hauptsächlich die Gegner der Zulässigkeit zu Wort gemeldet. Neuen Auftrieb hat die Diskussion durch die Einführung des § 17 Abs. 2 (a) Beurkundungsgesetz und in jüngster Zeit durch die Entscheidung des Oberlandesgerichts Schleswig-Holstein (nachfolgend OLG) vom 06.07.2007 erhalten.

Diese Entscheidung hat, obwohl sie in einem rein dienstrechtlichen Verfahren ergangen ist, große Beachtung in der notarrechtlichen Literatur gefunden. So wurde sie gleich in mehreren Zeitschriften veröffentlicht¹. In dieser Entscheidung stellt das OLG fest, dass die Beachtung der Bestimmung des § 17 Abs. 2 (a) BeurkG eine unbedingte Amtspflicht des Notars darstellt und sagt weiter, dass diese Bestimmung auch bei der Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld greift, wenn darin ein abstraktes Schuldversprechen des Verbrauchers enthalten ist und darüber hinaus Notarangestellte keine Vertrauenspersonen sein können.

Warum trotz dieser Entscheidung und der vielerorts geäußerten gegenteiligen Ansicht² die seither geübte und bewährte Praxis nicht nur eine effektive und praktische Handhabung darstellt, sondern auch rechtlich haltbar ist und die Bestellung von Finanzierungsgrundschulden durch Notarangestellte weiterhin zulässig bleibt, werde ich mit dieser Ausarbeitung nachweisen. Darüber hinaus zeigt diese Ausarbeitung, dass diese Handhabung den Mandanten als Verbraucher gegenüber dem finanzierenden Institut sogar besser stellt.

Meinungsstand

Es entspricht langer und bewährter Tradition im ganzen Bundesgebiet besonders jedoch in Baden-Württemberg, dass der Grundstückskäufer bei einer notwendigen Kaufpreisfinanzierung bei der Bestellung seiner Finanzierungsgrundschuld durch einen Notarangestellten vertreten wird. Bestätigt der Käufer die Notwendigkeit einer Fremdfinanzierung, muss im Kaufvertrag eine Mitwirkungspflicht des Verkäufers verankert werden. Der Notar weist dann darauf hin, dass bei der Bestellung der Grundpfandrechte auch der Notar unter Anwesenheit der Beteiligten mitwirken muss. Diese persönliche Anwesenheit wird in aller Regel von den Beteiligten nicht gewünscht. Sie selbst fragen dann oft nach einem anderen Weg. Der vom Notar unterbreitete Vorschlag, die Hilfe der Notarangestellten in Anspruch zu nehmen, wird oft als besonderer Service angesehen. Der Notar belehrt in diesem Fall ausführlich über den Inhalt und die Bedeutung

der Grundschuld selbst (etwa die mögliche zwangsweise Verwertung), die Bedeutung der Zwangsvollstreckungsunterwerfung und der persönlichen Haftungsübernahme aber auch über das wesentliche Element der Grundschuld nämlich der Sicherungsabrede. Weiter weist der Notar darauf hin, dass keine Pflicht besteht, die vorgesehene Vollmacht zu erteilen. Selbst auf Kostenunterschiede zwischen einfacher und vollstreckbarer Grundschuld wird hingewiesen.

Umso mehr überrascht es, dass diese Handhabung in den letzten Jahren verstärkt in der einschlägigen Literatur abgelehnt oder zumindest in Zweifel gezogen wird. Von Teilen der Literatur wird die Handhabung generell für unzulässig erklärt³, teilweise nur in Zweifel gezogen⁴. Krauß⁵ lässt die Vollmacht für den Einzelfall zu, verlangt aber überzeugende Gründe. Die einzelnen Notarkammern haben dies unterschiedlich geregelt: Während in einigen Kammerbezirken diese Handhabung ausgeschlossen wird, haben die Notarkammern Baden-Württemberg und Frankfurt die Bestellung von Finanzierungsgrundschulden aufgrund Vollmacht an die Notarangestellten für zulässig erklärt. Keller⁶ und auch Maaß⁷ halten die Handhabung für zulässig. Zuraw⁸ stimmt den Argumenten von Keller mit Recht zu, in dem sie festhält, dass Keller eine schlüssige Argumentation aufweist, der man sich nicht entziehen kann.

Die Gegendarstellung von Schmucker auf die Veröffentlichung von Keller hat aber nicht lange auf sich warten lassen.⁹ Zuraw¹⁰ bewertet diese Gegendarstellung von Schmucker zwar als sachliche Argumentation, bezweifelt jedoch zu Recht, ob Einschränkungen des Begriffs Vertrauensperson gemacht werden müssen, nachdem der Gesetzgeber diesen Begriff „extra weit gefasst habe“.

Der Bundesgerichtshof hat es in seiner Entscheidung vom 16.11.2002¹¹, die in einem Verfahren zum AGB-Recht ergangen ist, nicht beanstandet, dass die Grundschuld aufgrund der erteilten Finanzierungsvollmacht von einem Notarangestellten bestellt wurde.

Es fällt auf, dass außer dieser BGH-Entscheidung und der Entscheidung des OLG (die in einem dienstrechtlichen Verfahren erging) keine Rechtsprechung zu diesem Thema zu finden ist. Offensichtlich scheint die Handhabung bestens zu funktionieren.

³ Böttcher, BWNNotZ 2003, 49 ff.

⁴ Sorge, DNotZ 2002, 602

⁵ Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1014

⁶ ZNotP 2003, 180

⁷ ZNotP 2002, 455 und 1999, 69

⁸ LNCA (LexisNexis Zeitschriften Auswertung) 2003, 32913

⁹ Schmucker aaO

¹⁰ aaO

¹¹ ZNotP 2003, 100= ZAP EN-Nr. 108/2003 mit Zustimmung Zimmer ZNotP 2007, 409

¹ DNotZ 2008, 151, RNotZ 2007, 651, MittBayNot 2008, 149,

² so Hertel, ZNotP, Schmucker, ZNotP 2003, 243: Wobei ich davon absehe, diese als herrschende Meinung zu bezeichnen, da sie zwar tatsächlich in der Literatur vorherrscht, sicher aber nicht der schweigenden Mehrheit der meisten Notare/Notarinnen entspricht.

Die Entscheidung des OLG enthält dabei folgende bemerkenswerte Sätze:

1. *Notariatsangestellte sind im Grundsatz keine Vertrauenspersonen des Verbrauchers im Sinne der genannten Vorschrift.*
2. *Bei den Befürwortern der Zulässigkeit von Finanzierungsvollmachten an Notarangestellte handele es sich um eine **interessenorientierte** Mindermeinung.*

Damit erklärt das OLG in diskriminierender Weise eine ganze Berufsgruppe (die der Notarangestellten) als nicht geeignet und unterstellt darüber hinaus durch seine m. E. herablassende Bezeichnung als „interessenorientierte Mindermeinung“ den Meinungsgegnern nicht sachgerechte Interessen (sollen damit andere Ansichten im Keim erstickt werden?). Leider lässt die Entscheidung eine geringe Bearbeitungstiefe erkennen, in dem sie an der eigentlichen Fragestellung völlig vorbeigeht. Das OLG unterlässt es unter anderem auch, die anderslautenden Kammerrichtlinien zu erwähnen. Sind diese nun auch interessenorientiert? Das OLG lässt weiter Praxisnähe vermessen, in dem es feststellt, dass die Einzelheiten der Finanzierung bei der Kaufvertragsbeurkundung zumeist nicht besprochen würden. Diese Behauptung scheint aus der Luft gegriffen zu sein und entspricht nicht der täglichen Praxis.

Insgesamt erschöpfen sich die Argumente gegen die Zulässigkeit der Finanzierungsvollmacht an Notarangestellte auf die nach § 17 Abs. 2 (a) bestehende Hinwirkungspflicht des Notars und der Behauptung, dass Notarangestellte keine Vertrauenspersonen im Sinne dieser Vorschrift seien. Teilweise werden keine eigenen Argumente ins Feld geführt. So verweist Böttcher lediglich auf die veröffentlichten Meinungen und erklärt diese Handhabung für unzulässig.¹²

Gegen die Definition eines Notarangestellten als Vertrauensperson in diesem Sinne werden im Grunde zwei Argumente ins Feld geführt:

- **Persönliche Kenntnis:**
Eine Vertrauensperson müsse jemand sein, der dem Verbraucher bekannt ist; dies sei bei einem Notarangestellten nicht der Fall.
- **Lagertheorie:**
Die Person müsse sich im Lager des Verbrauchers befinden, somit ausschließlich dessen Interessen vertreten.

Stellungnahme

Das Beurkundungsgesetz dient als Verfahrensrecht der Durchführung des materiellen Rechts und übernimmt in Teilen auch Verbraucherschutzfunktionen. Dazu gehört besonders die Pflicht des Notars zur Sachverhaltsaufklärung und zur Belehrung über die rechtlichen Folgen nach § 17 BeurkG. Die neu geschaffene Hinwirkungspflicht des Notars ist dabei nur eine besondere Ausformung der schon nach Abs. 1 des § 17 BeurkG geltenden Belehrungspflicht. Der Gesetzgeber will erreichen, dass dem Verbraucher auch die ihm zustehende schon allgemein bestehende Belehrungspflicht zuteil wird.

Als **eine** Möglichkeit will der Gesetzgeber dies in der Weise erreichen, dass der Verbraucher bei einem Verbrauchervertrag idealerweise selbst handelt oder von einer Vertrauensperson vertreten wird.

Ausschließlicher Zweck des Gesetzgebers des Beurkundungsgesetzes (§ 17) ist damit die Erfüllung der Belehrungspflicht des Notars gegenüber dem Verbraucher¹³. Diese Belehrungspflicht kann der Notar jedoch selbstverständlich auch im Vorgriff (antizipiert), nämlich im Zuge der Kaufvertragsverhandlung erfüllen. Damit ist der Intention des Gesetzes Genüge getan¹⁴. Der vom Gesetz auch hinsichtlich der Hinwirkungspflicht nach Abs. 2 (a) dieser Vorschrift beabsichtigte Zweck=Belehrungspflicht ist erfüllt. Gründe die zusätzlich noch eine persönliche Anwesenheit oder Vertretung durch eine Vertrauensperson verlangen, sind nicht erkennbar. Die Bestimmungen der Abs. 1 und 2 des § 17 BeurkG sind damit im Kontext zu sehen. § 17 Abs. 2 (a) BeurkG erfüllt eben keinen Selbstzweck. Dies wird auch dadurch erkennbar, dass § 17 Abs. 2 (a) besagt, dass der Notar das Beurkundungsverfahren so zu gestalten hat, *dass die Einhaltung der Pflichten nach Abs. 1 und 2 gewährleistet ist.*

Demgegenüber beschäftigt sich die bisherige Diskussion und die Entscheidung des OLG Schleswig nur mit der Problematik, ob Notarangestellte Vertrauenspersonen nach § 17 Abs. 2 (a) BeurkG sein können und geht im Grunde überhaupt nicht auf Sinn und Zweck der gesamten Vorschrift, nämlich der Erfüllung der Belehrungspflicht, ein. Das OLG verfehlt deshalb das eigentliche Thema.

Es kommt deshalb gar nicht darauf an, ob Notarangestellte Vertrauenspersonen sein können; im Vordergrund steht, dass der Notar seinen Belehrungspflichten während der Kaufvertragsbeurkundung oder danach bei der Grundschuldbestellung selbst nachkommt.

Die Grundschuldbestellung stellt nichts anderes als die Erfüllung einer schuldrechtlichen Verpflichtung nämlich der Sicherungsabrede dar.

Zimmer¹⁵ bemerkt hierzu zu Recht (leider ohne daraus das richtige Fazit zu ziehen):

„Warum soll, wenn es um seine (=Käufer) Mitwirkung bei der Erfüllung (Anm. Erfüllung der Sicherungsabrede) geht, eine Anwesenheit oder zumindest die einer Vertrauensperson so wichtig sein, dass der Notar darauf hinzuwirken hat?“

Daran ändert auch nicht das vom OLG für die Anwendung des § 17 Abs. 2 (a) BeurkG zusätzlich verlangte Erfordernis des abstrakten Schuldversprechens, denn auch dieses ist als reine Erfüllung der sich aus dem Kreditvertrag ergebenden Verpflichtung anzusehen.

Wer sich dieser Ansicht nicht anschließen will, muss den Begriff der Vertrauensperson im Sinn des § 17 Abs. 2 (a) definieren.

Das Gesetz selbst hilft nicht weiter. Auch aus den Gesetzesmaterialien ist nicht viel zu erkennen. Welches ist nun das geeignete Kriterium der Vertrauensperson?

Teilweise wird die persönliche Kenntnis verlangt, Schmucker¹⁶ spricht von einem guten Freund oder einem Verwandten. Wie tief muss nun diese Kenntnis oder Freundschaft gehen, welcher Verwandtschaftsgrad genügt? Genügt das flüchtige Kennenlernen beim Empfang in der Notarkanzlei

¹³ so ähnlich auch Kutter in „Beck'sches Notarhandbuch, RdNr. 114

¹⁴ Anders Sorge aaO

¹⁵ ZNotP 2007, 407

¹⁶ aaO

¹² BWNotZ 2003, 49, 55

oder muss dieses tiefer gehen etwa durch gemeinsame Freizeitaktivitäten? Schon aus diesen Fragen wird deutlich, dass das Kennen-Müssen kein geeignetes Kriterium sein kann.

Aus diesem Grund wurde wohl auch die Lagertheorie begründet. Angeblich muss sich die Vertrauensperson im Lager des Verbrauchers befinden und ausschließlich dessen Interessen wahrnehmen. Schon die Wortwahl des Lagers mutet jedoch seltsam an.

Das OLG selbst verweist auf die Bundestagsdrucksache Nr. 14/9266 S. 50 f. Danach sollen nur Personen ferngehalten werden, die konkurrierende Fremd- und/oder eigene Interessen vertreten.

Der Notarangestellte ist aufgrund seiner Stellung sicher nicht einseitiger Interessenvertreter, sondern leitet seine Unabhängigkeit vom Notar ab¹⁷. Nach der Gesetzesbegründung genügt deshalb die Unabhängigkeit im Sinn des § 17 Abs. 2 (a) BeurkG, eine einseitige Interessenvertretung ist nicht notwendig. Als zur Neutralität verpflichtete Mitarbeiter des Notars sind sie eo ipso Vertrauenspersonen, weil sie zu keinem Lager gehören.

Selbst wenn man der Lagertheorie folgen will: Wo befinden sich bei der Grundschuldbestellung die Lager, die Vertragsbedingungen aushandeln und einseitige Interessen vertreten? Nicht nur dass die Grundschuldbestellung und das Schuldversprechen allein vom Grundschuldbesteller abgegeben wird, kann es auch zu diesem Zeitpunkt keinerlei einseitige Interessenvertretung mehr geben, denn es gibt dann schlicht nichts mehr zu verhandeln. Der Besteller ist zu dieser Grundschuldbestellung in dieser Form mit diesem Inhalt aufgrund der geschlossenen Sicherungsabrede verpflichtet! Würde der Verbraucher die Bestellung der Grundschuld verweigern oder nur mit abweichendem Inhalt akzeptieren, würde er sich der Gefahr aussetzen, den Kredit nicht ausbezahlt zu bekommen und damit mit der Kaufpreiszahlung in Verzug zu geraten.

Daraus wird auch eindeutig erkennbar, dass die Finanzierungsvollmacht an Notarangestellte den Verbraucher besser stellt:

Der Notar erfüllt dann seine Belehrungspflicht bevor sich der Käufer gegenüber der Bank verpflichtet hat – er erfährt dadurch einen Wissensvorsprung. Der dann aufgeklärte und informierte Käufer kann erst dadurch mit dem erhaltenen Wissen ganz anders in Verhandlungen mit seiner Bank treten, etwa über die Bedingungen der Grundschuld selbst oder der zugrundeliegenden Sicherungsabrede/des abstrakten Schuldversprechens. Beispielhaft sei erwähnt, dass erst dadurch der Verbraucher weiß, dass die Sicherungsabrede/das Schuldversprechen nicht immer im weitesten Umfang gestaltet werden muss oder er es durchaus erreichen kann, dass die Grundschuld nicht vollstreckbar oder in Teilen nicht vollstreckbar gestellt wird. Der Mandant wird dafür dankbar sein.

Hätte das OLG recht und würde man die Bestimmung des § 17 Abs. 2 (a) BeurkG als Selbstzweck sehen, würde dem Verbraucher diese Möglichkeit genommen – der Verbraucherschutz würde sich in sein Gegenteil verkehren. Der Käufer hat bei der Meinung der Vertreter der strengen Lehre keine Wahl mehr. Er muss sich an seinen bereits geschlossenen Vertrag mit der Bank halten.

Selbst das OLG anerkennt dies in dem es feststellt:

„Der Senat verkennt nicht, dass sich der Käufer im Zeitpunkt der Beurkundung der Finanzierungsgrundschuld schuldrechtlich in aller Regel schon bindend gegenüber der Bank

verpflichtet und deshalb aufgrund einer ihm von dem Notar erteilten Belehrung kaum eine realistische Änderungschance hat.“

Ich meine, diese Erkenntnis spricht für sich und ihr muss nichts mehr hinzugefügt werden.

Vereinzelte wird angeführt, dass im Gebrauch der erteilten Vollmacht ein Verstoß gegen das Rechtsberatungs- bzw. Rechtsdienstleistungsgesetz (RDG) liegen würde. Eine Dienstleistung im Sinn des RDG liegt jedoch nicht vor, da die Vollmachtausübung weisungsabhängig ist und sich im Bereich der zulässigen unentgeltlichen Rechtsdienstleistung nach § 6 RDG bewegt.¹⁸

Entgegen Krauß¹⁹ bestehen auch keine übermäßigen Haftungsgefahren für den Notarangestellten selbst bei der Ausübung der Vollmacht durch Schlechterfüllung des Auftrags. Zwar hat der BGH²⁰ durchaus eine Schadensersatzpflicht eines Notarangestellten beim fehlerhaften Gebrauch einer Auflassungsvollmacht bejaht. In dem besagten Fall wurde jedoch gerade kein Haftungsausschluss vereinbart; in der Entscheidung ist auch nicht erkennbar, dass ein Haftungsausschluss nicht möglich sei. Die AGB-rechtlichen Bedenken von Krauß, der Angestellte würde sich den vom Notar entworfenen Haftungsverzicht durch den Verbraucher als Verwender zunutze machen und dieser wäre deshalb wegen Verstoßes gegen §§ 307 Abs. 2 Nr. 2, 309 Nr. 7 BGB (kein Ausschluss bei Vorliegen von sogenannten Kardinalpflichten) unwirksam, verkennt, dass §§ 305 ff. BGB nicht anwendbar sind, da der Notarangestellte nicht Verwender im Sinne dieser Bestimmungen ist. Er ist sicher nicht Unternehmer. Zwar kann auch ein Verbraucher selbst Verwender im Sinn der AGB-Vorschriften sein, maßgeblich ist jedoch, dass ein Vertrag (in diesem Fall der Auftragsvertrag) vorliegt, der in Ausübung einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit abgeschlossen werden soll. Voraussetzung dafür ist, dass a) eine selbstständige Tätigkeit vorliegt und b) der Verwender wenn nicht Gewinnerzielung dann doch zumindest wirtschaftliche Interessen verfolgt. Beides liegt nicht vor: Der Notarangestellte ist nicht selbstständig, er verfolgt keinerlei eigene Interessen sondern nimmt ausschließlich und unentgeltlich die Interessen des Käufers wahr. Eine Haftungsbefreiung ist bis auf den Tatbestand des Vorsatzes deshalb möglich und verstößt nicht gegen AGB-Recht. Der Käufer ist auch nicht schlechter gestellt. In beiden Varianten verbleibt es bei der Haftung des Notars bei einer Verletzung der Belehrungspflicht.

Für die Grundbuchämter änderte sich im übrigen nichts durch die Einführung des § 17 Abs. 2 (a) BeurkG: Diese ausschließlich vom Notar zu beachtende Sollbestimmung hat keinerlei Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Vollmacht. Es besteht deshalb auch kein Anlass für das Grundbuchamt, eine Grundschuldbestellung durch den Notarangestellten aufgrund einer Finanzierungsvollmacht zu beanstanden.

Fazit

Damit lässt sich feststellen, dass die Bestellung von Finanzierungsgrundschulden durch Notarangestellte nicht nur praxisnah ist sondern auch mit § 17 des BeurkG und insbesondere der Hinwirkungspflicht des Abs. 2 (a) zu vereinbaren ist und zulässig bleibt. Voraussetzung ist jedoch, dass

¹⁸ So wohl auch Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, RdNr. 1013 und Stellungnahme der Bundesnotarkammer vom 05.09.2008 aaO

¹⁹ aaO

²⁰ RNotZ 2003, 62

¹⁷ Sorge aaO

- a) der Notar seine Pflicht zur Belehrung über die rechtlichen Folgen (der Grundschuldbestellung, der Haftungsübernahme, der Zwangsvollstreckungsunterwerfung) antizipiert im Rahmen der Kaufvertragsverhandlung erfüllt
 - b) dem Verbraucher die Vollmacht nicht aufgedrängt wird, sondern es ausschließlich ihm überlassen bleibt, ob er die Grundschuldbestellung selbst vornehmen will oder er den Service über die Notarangestellte in Anspruch nehmen will
- und
- c) die Vollmacht in der Weise eingeschränkt wird, dass sie ausschließlich vor dem Urkundsnotar oder seinem Vertreter verwendet werden darf.²¹

Gegenüber dem Notarangestellten sollte dessen Haftung auf Vorsatz beschränkt werden.

Nicht die Grundschuldbestellung an sich ist der der Hauptschauplatz, sondern der Darlehensvertrag und die Sicherungsabrede.

Die Zulässigkeit dieser Finanzierungsvollmachten wird auch nicht durch den durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechtsberatungsrechts vom 12.12.2007 (BGBl. I, S. 2840) geänderten § 13 FGG (ab 01.09.2009: § 10 FamFG) in Frage gestellt.

Hierzu hat bereits die Bundesnotarkammer mit seinen Rundschreiben vom 05.09. und 12.09.2008²² Stellung bezogen. Durch dieses Gesetz sollte die Prozessvertretungsbefugnis begrenzt werden. Die Neufassung des § 13 FGG bzw. § 10 FamFG ist einschränkend auszulegen. Nach der Gesetzesbegründung war Regelungszweck nur, die nach dem Inkrafttreten des Rechtsdienstleistungsgesetzes bestehenden Be-

grenzungen bei der Prozessvertretungsbefugnis beizubehalten, die schon bisher nach dem Rechtsberatungsgesetz bestanden haben. Eine Erweiterung war nicht vorgesehen. Die bisher geübte Praxis ist damit durch diese Änderung nicht betroffen.

Es scheint ein deutsches Phänomen zu sein, einschlägige und bereits strenge Verfahrensvorschriften auch noch möglichst eng auszulegen. Der mündige Bürger sollte selbst entscheiden können, ob er von einem Service – sofern dies vom Notar angeboten wird – Gebrauch machen will oder ob er dies selbst erledigen will. Dabei sollte der eigentliche Zweck des Gesetzes (Verbraucherschutz) beachtet werden.

Der Notar verkörpert doch auch im Hinblick auf den Immobilienkauf geradezu in idealer Weise den europaweit für die Wirtschaft angestrebten Typus des One-Stop-Shop (in diesem Fall: mit einem Gang zum Notar sind alle Schritte erledigt). Damit ist dem Recht genüge getan, der Mandant hat seine Belehrung erhalten und ist mit der Handhabung zufrieden, gerade weil er schon vor der endgültigen Unterschrift bei der Bank besser informiert ist. Nehmen wir uns die Österreicher zum Vorbild: Während in Deutschland die Möglichkeit der Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto fast auf Null reduziert wurde, gründen die Österreicher eine eigene Notartreuhandbank. Sie sind selbstbewußt genug, sich als ehrliche und verlässliche Treuhänder zu präsentieren (<http://www.notariatskammer.at>).

Die Notarkammern Baden-Württemberg und Frankfurt haben in ihren Richtlinien den Vorreiter gespielt.

Lassen wir deshalb die Vernunft siegen.

²¹ Diese Einschränkung ist standesrechtlich nicht zu beanstanden.

²² Vom DNotI veröffentlicht unter:
www.dnoti.de/Gesetzesänderungen/gesaend1.htm

Rechtsprechung

BGB §§ 2278, 2078

1. **Zur Auslegung einer Klausel in einem Erbvertrag, die dem länger lebenden Ehegatten die Abänderung der Schlusserbeneinsetzung der Kinder gestattet, wenn „deren Verhalten ihm nach seinem Ermessen Veranlassung hierzu“ gibt.**
2. **Anfechtung einer Erbeinsetzung wegen Motivirrtums kann nicht darauf gestützt werden, dass der Erblasser sich bei seiner letztwilligen Verfügung nicht von den Gesichtspunkten leiten ließ, die nach Auffassung des Anfechtenden hätten ausschlaggebend sein sollen.**

OLG München, Beschluss vom 18.09.2008 - 31 Wx 08/08

Gründe:

I.

Die Erblasserin ist am 10.7.2005 im Alter von 87 Jahren verstorben. Ihr Ehemann ist Anfang 1989 vorverstorben. Neben einer bereits als Kleinkind verstorbenen Tochter hatten die Eheleute sechs Kinder, die zwischen 1937 und 1947 geboren sind, nämlich die Töchter I. (Beteiligte zu 1), S. (Beteiligte zu 3) und B. (Beteiligte zu 4) sowie die Söhne W. (Beteiligter zu 2), H. und M. Der Sohn H. ist am 10.1.1994 verstorben; die Beteiligte zu 7 ist seine Tochter. Die Beteiligten zu 5 und 6 sind die Kinder des Sohnes M., der am 13.10.1995 verstorben ist.

Ein positiver Nachlass ist nicht vorhanden. Rückübertragungsansprüche hinsichtlich enteigneten Grundbesitzes des Ehemannes in Mecklenburg-Vorpommern hat die Erblasserin 1992 der Beteiligten zu 1 überlassen.

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die Erblasserin berechtigt war, in Abänderung der erbvertraglichen Schlusserbeneinsetzung aller Kinder (bzw. der Ersatzerbeneinsetzung der Enkel) die Beteiligte zu 1 zur Alleinerbin einzusetzen. Die übrigen Beteiligten haben die letztwillige Verfügung zugunsten der Beteiligten zu 1 angefochten wegen Irrtums der Erblasserin hinsichtlich des Verhaltens der Beteiligten zu 1 bzw. ihrer anderen Kinder und wegen Irrtums über den Wert der übertragenen Grundstücke in der früheren DDR.

1. Mit ihrem Ehemann hatte die Erblasserin am 21.8.1984 einen Erbvertrag geschlossen, der auszugsweise wie folgt lautet:

„I.

1) Gegenseitige Erbeinsetzung

Wir setzen uns hiermit gegenseitig zu alleinigen und unbeschränkten Erben (Vollerben) unseres gesamten Vermögens ein und zwar ohne Rücksicht darauf, ob und welche Pflichtteilsberechtigte wir hinterlassen werden, so dass der Überlebende von uns alleiniger Eigentümer und Berechtigter unseres Gesamtvermögens wird.

2) Bestimmung über die Beerbung des Letztversterbenden

a) Zu alleinigen und unbeschränkten Erben des Letztversterbenden von uns (Schlusserben) setzt der Überlebende von uns unsere gemeinschaftlichen Kinder M., I., H., W., S. und B., unter sich zu gleichen Teilen - also zu je einem Sechstel - ein.

b) Zu Ersatzerben des Letztversterbenden von uns - für den Fall des Vorversterbens eines unserer vorgenannten Kinder - setzt der Überlebende von uns die ehelichen Abkömmlinge dieser Kinder nach Stämmen unter sich zu gleichen Teilen ein.

c) Dem Überlebenden von uns bleibt es ausdrücklich vorbehalten, nach dem Ableben des Erstversterbenden von uns von Todeswegen noch anders zu verfügen, soweit besondere Verhältnisse (Ausbildung unserer Kinder oder Kindeskin- der, Vermögenszuwendungen oder ähnliche Umstände) oder deren Verhalten ihm nach seinem Ermessen Veranlassung hierzu geben.

Dem Überlebenden von uns soll es auch vorbehalten bleiben mit unseren vorgenannten Erben oder mit einzelnen derselben zu Lebzeiten Übergaberegungen unter Festlegung der Abfindungsansprüche für die anderen Erben zu treffen.

Hierbei sind jedoch in jedem Falle nur Verfügungen im Personenkreis unserer eingesetzten Erben möglich; Verfügungen zu Gunsten Dritter oder zu Gunsten eines etwaigen zweiten Ehegatten sollen ausgeschlossen sein.

d) Diese Erbeinsetzung nach dem Letztversterbenden von uns bleibt auch nach einer Wiederverheiratung bestehen und bindend.

3) Bestimmungen für den Fall einer Wiederverheiratung des Überlebenden

Falls der Überlebende von uns sich wieder verheiraten sollte, hat er sogleich bei der Wiederverheiratung unseren in Ziffer 2) vorstehend eingesetzten Erben im dort bestimmten Berechtigungsverhältnis, das gesamte vom Erstverstorbenen ererbte Vermögen sachvermächtnisweise bzw. quotenvermächtnisweise hinauszugeben; dabei ist für den Bestand des Vermögens der Zeitpunkt des Todes des Erstversterben- den und für den Wert der Zeitpunkt der Wiederverheiratung maßgebend.

Dem Überlebenden bleibt es auch hier vorbehalten einzelne Vermögensstücke an bestimmte Kinder oder Kindeskin- der unter Festlegung der Abfindungsregelungen für die anderen zu übertragen.

Dem Überlebenden vermachen wir jedoch für diesen Fall gegenseitig das lebenslängliche unentgeltliche und siche- rungsfreie Nießbrauchrecht an dem gesamten hinausgege- benen Vermögen.

Hinsichtlich dieses Vermögens soll außerdem die Aufhebung der durch Ausweisung der Vermächtnisse bei einer Wieder- verheiratung entstehenden Bruchteilsgemeinschaft auf Le- bensdauer des Überlebenden von uns ausgeschlossen sein.

4) Pflichtteils Klausel

Verlangt beim Tode des Erstversterbenden von uns - wenn wir mehrere Kinder oder Kindeskin- der hinterlassen sollten - eines derselben gegen den Willen des Überlebenden den Pflichtteil, dann ist dieser Abkömmling auch beim Tode des Letztversterbenden von der Erbfolge und von allen Rechten aus diesem Erbvertrag ausgeschlossen.

5) Sonstiges

Weiteres wollen wir nicht bestimmen.

II.

Die Beteiligten nehmen ihre vorstehenden Erklärungen gegenseitig zur erbvertraglichen Bindung an.

III.

Alle etwaigen früheren letztwilligen Verfügungen heben die Beteiligten hiermit auf und widerrufen sie.“

Ein am 6.11.1972 zwischen den Ehegatten geschlossener Erbvertrag hatte lediglich eine gegenseitige Erbeinsetzung und eine Wiederverheirathungsklausel enthalten, jedoch keine Schlusserbeinsetzung.

Im Oktober 1999 errichtete die Erblasserin das folgende privatschriftliche Testament:

„Testament

Ich, ..., setze meine Tochter I. (Beteiligte zu 1) zum
Alleinerben

ein.

Sollte meine Tochter vor mir versterben, so sind ihre Kinder
...

Ersatzerben zu gleichen Teilen.

Meine Tochter I. soll Alleinerbin sein, weil sie sich als einzige meiner 6 Kinder zu jeder Zeit in aufopfernder, fürsorglicher und vorbildlicher Weise um mein Wohlergehen bemüht.

Dies ist mein letzter Wille.

M. 12. Oktober 1999 (Unterschrift)

Hiermit widerrufe ich meine bisherigen notariellen Testamente (Unterschrift).

25. Oktober 1999“.

2. Beim Tod des Ehemannes im Januar 1989 bestand das Vermögen der Ehegatten im Wesentlichen aus dem Wohnhaus der Familie in R. (Rheinland-Pfalz). Einen Pflichtteilsanspruch machte keines der Kinder geltend. Das vom Ehemann der Erblasserin als Eigentümer bzw. Erbpächter bis 1953 bewirtschaftete landwirtschaftliche Anwesen in Mecklenburg-Vorpommern mit einer Fläche von insgesamt 25 Hektar war 1956 in Volkseigentum überführt worden. Im August 1991 erhielt die Erblasserin ein Schreiben der Treuhandanstalt, mit dem ihr „Gelegenheit zur Stellungnahme zur beabsichtigten Entscheidung gemäß § 3 a Vermögensgesetz“ gegeben wurde. Sie leitete dieses Schreiben zunächst ihrem Sohn M. zu, der es an die Beteiligte zu 1 weiter schickte. In der Folge beantragte die Erblasserin die Rückübertragung des Grundbesitzes. Mit Schreiben vom 19.11.1991 teilte die Stadt N. mit, das Grundstück liege in einer Altlastenverdachtsfläche. Mit notariellem Vertrag vom 24.2.1992 überließ die Erblasserin den „gesamten landwirtschaftlichen Grundbesitz“ der Beteiligten zu 1, die Gegenleistungen nicht zu erbringen hatte „mit Ausnahme der Verpflichtung, ihre Mutter von allen Rückzahlungsansprüchen, was beispielsweise den Lastenausgleich anbetrifft, freizustellen.“ Der von der Erblasserin und der Beteiligten zu 1 beauftragte Rechtsanwalt R. bot die Grundstücke mit Schreiben vom 4.5.1992 der Stadt N. zum Preis von insgesamt knapp 1,9 Mio. DM zum Kauf an; ein Vertrag kam zunächst nicht zustande. Mit notariellem Vertrag vom 22.12.1992 übertrug die Erblasserin an die Beteiligte zu 1 in Ergänzung zur Vorurkunde den nunmehr genau bezeichneten Grundbesitz einschließlich des Erbpachtgrundes, einschließlich der Rechte, „die an die Stelle der früheren Rechte getreten sind, vor allem für freies Eigentum aufgrund des Kontrollratsgesetzes und für Rückerstattungsansprüche nach dem Vermögensgesetz“. Unter Ziffer V. „Sonstige Bestimmungen“ wurden u.a. folgende Regelungen getroffen:

„1. Eine Sachmängelhaftung des Veräußerers ist ausgeschlossen.

3. Der Veräußerer will mit dem Anwesen „nichts mehr zu tun haben“.

Der Erwerber stellt den Veräußerer von allen Ansprüchen, gleich welcher Art, frei.

4. Der Veräußerer hat die Rückerstattung des Anwesens beantragt. Der Veräußerer tritt hiermit seine Restitutions-

ansprüche auf das Anwesen mit allen Rechten und Pflichten an den Erwerber mit sofortiger Wirkung ab, welcher die Abtretung hiermit annimmt ... Für die Bonität der abgetretenen Ansprüche übernimmt der Veräußerer keinerlei Haftung.“

1995 veräußerte die Beteiligte zu 1 den Grundbesitz zum Preis von 2,9 Mio. DM an die Stadt N. Von der Überlassung des Grundbesitzes an die Beteiligte zu 1 und dem erzielten Erlös erfuhren die übrigen Beteiligten erst nach dem Tod der Erblasserin.

3. Nach dem Tod ihres Ehemannes Anfang 1989 pflegte die Erblasserin vor allem Kontakt zu der in München lebenden Beteiligten zu 1 sowie zu ihrem Sohn H. . Im September 1991 veräußerte sie das Wohnhaus in R. ohne Absprache mit ihren anderen Kindern. Die Verbindung zu diesen brach weitgehend ab. Die Erblasserin wohnte zunächst weiterhin in R. und zog 1997 nach München um, wo sie bis zu ihrem Tod in einer eigenen Wohnung lebte.

Im Februar 1994 schrieben die Beteiligten zu 2 bis 4 sowie der Sohn M. der Erblasserin folgenden Brief, den sie ihr per Einschreiben mit Rückschein übermittelten:

„
Nürtingen, Dortmund
München, Mannheim

Wir wissen fast nicht, wie die Anrede sein soll, denn Mutter können wir eigentlich nicht sagen, da sich eine Mutter nicht so verhält wie Du.

Die ganze Angelegenheit nach dem Tod von unserem Vater, ist selbstverständlich Deine Sache. Wir alle haben uns anständig benommen, haben geholfen, wo wir konnten und hatten Vertrauen zu Dir, das du missbraucht und uns schön an der Nase herumgeführt hast.

Als die Grabplatte gekauft werden sollte, da hattest Du den Mut, von jedem Kind 500,- DM zu verlangen, aber als du das Haus verkauft hast, war es Dir nicht möglich, dies uns kurz mitzuteilen, sondern hast es durch andere erledigen lassen.

Jetzt bewahrheitet es sich, dass Du (auch als Papa noch lebte) es nie möglich gemacht hast, uns Kindern mit ihrem Partnern zu akzeptieren sondern das Gegenteil, es wurde einer gegen den anderen ausgespielt.

Es sind noch andere Enkelkinder da, die Dich, wie man sieht, überhaupt nicht interessieren.

Wir fragen uns, was hat Dich so verbittert gemacht? Wo sind Deine Muttergefühle?

Wahrscheinlich darfst Du mit uns nicht mehr reden. Aber bitte verlange nicht, dass wir den ersten Schritt tun sollen, denn wir sind uns keiner Schuld bewusst.

In der Hoffnung, dass Du im Alter in guten Händen bist, verbleiben wir

M. W.

S. B.

4. Die Beteiligten zu 2, 3 und 4 haben mit Schreiben vom 17./11./10.11.2005 das Testament vom Oktober 1999 angefochten. Der im Testament angegebene Verfügungsgrund, wonach sich nur die Beteiligte zu 1 um das Wohlergehen der Erblasserin gekümmert habe, treffe nicht zu, denn auch sie hätten der Erblasserin immer wieder ihre Hilfe angeboten, seien aber zurückgewiesen worden. Aus dem gleichen Grund hat der Beteiligte zu 5 mit Schreiben vom 2.7.2006 die Anfechtung erklärt. Eine weitere, mit Schreiben vom 10.04.2006 erklärte Anfechtung dieser letztwilligen Verfügung haben die Beteiligten zu 2 bis 4 darauf gestützt, dass sich die Erblasserin über den Wert der von ihrem Ehemann geerbten Grundstücke geirrt und sich bei der Beteilig-

ten zu 1 in guten Händen geglaubt habe, während sie von dieser in Wirklichkeit getäuscht worden sei. Aus diesem Grund hat auch die Beteiligte zu 6 das Testament der Erblasserin angefochten. Die Beteiligte zu 7 hat ihre Anfechtung vom 8.5.2006 außerdem darauf gestützt, dass ihr Vater und auch sie selbst stets einen guten Kontakt zur Erblasserin gehabt hätten. Mit Schreiben vom 28.6.2006 haben die Beteiligten zu 2, 3 und 4 erneut die Anfechtung der letztwilligen Verfügungen vom Oktober 1999 erklärt. Die Erblasserin habe bei deren Abfassung einem beachtlichen Irrtum erlegen über den ihr durch die Nichtausübung des Pflichtteilsrechts belassenen Vermögenswert, der sich aus dem von der Beteiligten zu 1 erzielten Kaufpreis von 2,9 Mio. DM errechne, und der ihr dadurch belassenen wirtschaftlichen Basis für ihr späteres Leben.

Die Beteiligte zu 3 hat einen notariell beurkundeten Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins entsprechend dem Erbvertrag vom 21.8.1984 beantragt; die Beteiligten zu 2, 4 und 6 haben sich diesem Antrag angeschlossen. Die Beteiligte zu 1 ist dem entgegnetreten und hat ihrerseits die Erteilung eines Alleinerbscheins beantragt. Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 19.3.2007 die Erbscheinsanträge der Beteiligten zu 2 bis 4 und 6 zurückgewiesen. Die Beschwerden der Beteiligten zu 2 bis 4 und 6 blieben ohne Erfolg. Gegen die Entscheidung des Landgerichts richteten sich ihre weiteren Beschwerden, denen die Beteiligte zu 1 entgegnetreten ist. Die Beteiligte zu 7 hat sich am Verfahren nicht mehr beteiligt und die Sache für erledigt erklärt.

Die Beteiligten zu 2, 3 und 4 haben jeweils Klage auf Feststellung des Erbrechts gegen die Beteiligte zu 1 erhoben. Rechtskräftige Entscheidungen sind in diesen Verfahren bislang nicht ergangen.

II.

Die weiteren Beschwerden sind zulässig, jedoch nicht begründet.

1. Das Landgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

Die Erblasserin sei berechtigt gewesen, mit ihrem Testament vom Oktober 1999 die im Erbvertrag von 1984 vorgenommene Erbeinsetzung der Beteiligten zu 2 bis 6 aufzuheben, denn das Verhalten der Beteiligten zu 2 bis 4 und des Vaters des Beteiligten zu 5 und 6 habe Veranlassung für eine abweichende Verfügung gegeben. Hinsichtlich der Beteiligten zu 7 sei das nicht der Fall. Nachdem der Erbvertrag keine genauere Beschreibung gebe, welches Verhalten eines Kindes zur Abänderung berechtige, sei dies durch Auslegung zu ermitteln. Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 1 könne nicht ein besonders positives Verhalten eines Kindes zu dessen Besserstellung berechtigen, da diese notwendig zugleich eine Schlechterstellung der übrigen Schlusserben nach sich ziehe. Da die Ehegatten ihre Kinder grundsätzlich gleich bedenken wollten, bedürfe die Schlechterstellung eines der Schlusserben einer Rechtfertigung. Sie könne sich aus den Verhältnissen oder seinem - negativen - Verhalten ergeben. Andererseits sei kein schwerwiegendes Fehlverhalten der Betroffenen erforderlich. Für eine derart enge Auslegung fänden sich keine Anhaltspunkte, zumal die Bewertung der Tatsachen im Hinblick auf die Abänderung in das Ermessen des Überlebenden gestellt werde. Diesem stehe ein weiter Beurteilungsspielraum zu mit der Folge, dass lediglich Tatsachen vorliegen müssten, die unter Berücksichtigung des weiten Spielraums die getroffene Abänderung als nachvollziehbar erscheinen ließen. Das sei der Fall, denn mit dem Brief vom Februar 1994 hätten die Beteiligten zu 2 bis 4 und der Vater der Beteiligten zu 5 und 6 auf ziemlich grobe Art und Weise einen Schlussstrich unter die Beziehung zu ihrer Mutter gezogen und keinen Kontakt mehr zu ihr gehalten. Es habe danach lediglich zur Beteiligten zu 1 und zur Beteiligten zu 7 ein Kontakt der Erblasserin bestanden. In ihrem Testament vom 12.10.1999 habe sie auch auf diese Umstände abgehoben, indem sie als Grund für die Alleinerbeinsetzung angegeben habe, dass sich die Beteiligte zu 1 als einzige ihrer sechs Kinder zu jeder Zeit um ihr Wohlergehen bemüht habe. Der Brief sei ein eindeutig negatives Verhalten der

Verfasser und könne auch nicht als Angebot zur Wiederaufnahme des Kontaktes gewertet werden. Der Erblasserin habe es freigestanden, im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens bei der Ererbung der Beteiligten zu 5 und 6 auch das Verhalten von deren Vater zu berücksichtigen. Demgegenüber sei ohne Belang, ob die Erblasserin vor dem Abbruch der Beziehungen Hilfsangebote abgelehnt habe und wie es zur Entfremdung zwischen der Erblasserin und diesen vier Kindern gekommen sei. Auch wenn die Kinder von dem Verhalten der Erblasserin enttäuscht gewesen seien, habe doch der Brief vom Februar 1994 von der Erblasserin als deutlich negatives Verhalten aufgefasst werden dürfen. Ein negatives Verhalten der Beteiligten zu 7 oder ihres Vaters sei jedoch nicht ersichtlich. Das Testament vom Oktober 1999 sei deshalb unwirksam, soweit es deren Erbeinsetzung aufhebe.

Der Änderungsvorbehalt sei nicht dadurch hinfällig geworden, dass alle Kinder nach dem Tod des Vaters keine Pflichtteilsansprüche geltend gemacht und damit ein positives, für die Erblasserin wirtschaftlich vorteilhaftes Verhalten gezeigt hätten. Ebenso wenig sei die Abänderungsbefugnis entfallen, weil die Erblasserin - möglicherweise erbvertragswidrig - die Ansprüche bezüglich des Grundbesitzes in der früheren DDR auf die Beteiligte zu 1 übertragen habe, ohne Abfindungsansprüche für die anderen Kinder festzulegen. Es sei auch nicht ersichtlich, dass die Erblasserin in rechtsmissbräuchlicher Weise den Kontakt zu den übrigen Kindern gerade deshalb abgebrochen habe, um sie anschließend enterben zu können. Im Übrigen wäre der bloße Kontaktabbruch kein ausreichender Anlass für den Brief vom Februar 1994, mit dem die Kinder einen Schlussstrich unter die Beziehung zur Erblasserin gesetzt hätten.

Auch nach Verjährung der Pflichtteilsansprüche sei die Erblasserin nicht gehindert gewesen, die Schlusserbeinsetzung zu ändern. Diese Möglichkeit sei ihr durch die Regelung im Erbvertrag eingeräumt. Die Ehegatten hätten es damit bewusst in Kauf genommen, dass der Überlebende auch nach der Verjährung der Pflichtteilsansprüche die Schlusserbeinsetzung abweichend regle. Der Umstand, dass die Ehegatten ihren Kindern eine Kopie des Erbvertrages ausgehändigt hätten, führe nicht zur Annahme einer Vereinbarung mit diesen, von der Abänderungsbefugnis keinen Gebrauch zu machen, wenn Pflichtteilsansprüche nicht geltend gemacht wurden.

Die Anfechtungserklärungen griffen nicht durch. Eine zur Anfechtung berechtigende irriige Vorstellung könne zwar auch der Irrtum über das Verhalten der Beteiligten sein. Ein solcher könne zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung im Jahr 1999 nicht festgestellt werden. Der Kontakt zwischen der Erblasserin zu den Beteiligten zu 2 bis 4, dem Sohn M. und auch den Beteiligten zu 5 und 6 sei jedenfalls ab dem Jahr 1994 abgebrochen, während sich die Beteiligte zu 1 um die Erblasserin gekümmert habe. Die von der Erblasserin angegebene Begründung für deren Erbeinsetzung entspreche deshalb der Wirklichkeit. Hinsichtlich des Verkehrswerts der Grundstücke in der ehemaligen DDR und der mit ihnen verbundenen Lasten könne zur Zeit der Testamenterrichtung weder ein Irrtum der Erblasserin noch dessen Kausalität für die Testamentserrichtung festgestellt werden. Zu den Vorstellungen der Erblasserin im Jahr 1999 könnten die Beteiligten zu 2 bis 6 nichts angeben, da sie keinen relevanten Kontakt zur Erblasserin gehabt hätten. Demgegenüber habe die Beteiligte zu 1 unter Vorlage einer entsprechenden eidesstattlichen Versicherung ihrer Tochter vorgetragen, dass die Erblasserin über den Wert der Grundstücke informiert gewesen sei. Das ergebe sich auch aus den vorgelegten Unterlagen, denn mit Schreiben vom 30.6.1992 habe Rechtsanwalt R. im Namen der Erblasserin und der Beteiligten zu 1 der Stadt N. die Flächen zum Preis von über 1,9 Mio. DM angeboten. Das Schreiben der Stadt N. vom 19.11.1991 hinsichtlich des Altlastenverdachts belege, dass zumindest anfänglich die Sanierung der Grundstücke und die damit verbundenen Kosten als Problem erschienen seien, was die Äußerung der Erblasserin im Überlassungsvertrag vom 22.12.1992 nachvollziehbar erscheinen lasse. Auch die behauptete Täuschung der Erblasserin durch die Beteiligte zu 1 über den Verkehrswert der Grundstücke sei nicht feststellbar. Im Übrigen sei bei Abfassung der letztwilligen Verfügung vom Oktober 1999 ausweislich der von der Erblasserin angegebenen Begrün-

dung ihr Motiv allein das Verhalten ihrer Kinder gewesen, die Vermögensverschiebungen an die Beteiligte zu 1 hätten ersichtlich keine Rolle gespielt.

Es lägen keine Anhaltspunkte für eine Testierunfähigkeit der Erblasserin bei der Testamenterrichtung im Oktober 1999 vor. Der Umstand, dass sie im Jahr 1997 einen Schlaganfall erlitten habe, reiche dafür nicht aus. Anhaltspunkte für eine durch den Schlaganfall bewirkte Beeinträchtigung der geistigen Fähigkeiten seien nicht vorgetragen, so dass insoweit keine weiteren Ermittlungen veranlasst seien.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO). Die Vorinstanzen haben zu Recht die Erbscheinsanträge der Beteiligten zu 2, 3, 4 und 6 zurückgewiesen.

a) Das Landgericht hat zutreffend zunächst geprüft, ob die letztwillige Verfügung der Erblasserin von 1999 nach § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam ist, soweit sie das Recht der im Erbvertrag von 1984 vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigt. Seine Annahme, die Erblasserin sei aufgrund des wirksamen Änderungsvorbehalts berechtigt gewesen, die Beteiligten zu 2 bis 6 zu enterben, ist aus Rechtsgründung nicht zu beanstanden. Ob hinsichtlich der Beteiligten zu 7 etwas anderes gilt, kann hier dahinstehen, denn Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind nur die vom Nachlassgericht zurückgewiesenen Erbscheinsanträge der Beteiligten zu 2 bis 4 und 6, nicht aber der Antrag der Beteiligten zu 1 auf Erteilung eines Alleinerbscheins.

aa) Ein erbvertraglicher Vorbehalt, der es dem Erblasser ermöglichen soll, in bestimmten Rahmen über die Vergabe seines Nachlasses einseitig und anders als im Erbvertrag vorgesehen zu verfügen, ist grundsätzlich zulässig. Der Vorbehalt darf allerdings nicht so weit gehen, dass damit der Erbvertrag seines eigentlichen Wesens entkleidet wurde; es muss eine erbvertragsmäßige Bindung erhalten bleiben (vgl. BGHZ 26, 204/208; BayObLG NJW-RR 1997, 1027/1028; OLG München FamRZ 2008, 547). Das ist nicht nur dann der Fall, wenn eine vertragsmäßige Verfügung ohne Änderungsvorbehalt bestehen bleibt, sondern auch, wenn die Änderung nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich oder inhaltlich beschränkt ist, da auch im letzteren Fall der Erblasser in seiner Gestaltungsfreiheit beschränkt ist (Soergel/Wolf BGB 13. Aufl. § 2278 Rn. 7; Palandt/Edenhofer BGB 67. Aufl. § 2289 Rn. 9; Reimann/Bengel/J. Mayer Testament und Erbvertrag 5. Aufl. § 2278 Rn. 26 f.).

Davon ist das Landgericht ausgegangen. Es hat zutreffend hervorgehoben, dass die Abänderung der Schlusserebene einsetzung durch den länger lebenden Ehegatten nicht nur an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, sondern dessen Verfügungsmöglichkeit auch insofern beschränkt ist, als er nur zugunsten der gemeinschaftlichen Abkömmlinge, nicht aber zugunsten Dritter oder eines etwaigen zweiten Ehegatten verfügen darf. Darüber hinaus enthält der Erbvertrag in Ziffer I 1) mit der gegenseitigen Alleinerbeneinsetzung der Ehegatten eine weitere, keinem Vorbehalt unterliegende vertragsmäßige Verfügung.

bb) Der Erbvertrag von 1984 ist vom Landgericht zu Recht als auslegungsbedürftig erachtet worden hinsichtlich der Frage, in welchen Fällen im Einzelnen eine Abänderungsbefugnis des länger lebenden Ehegatten besteht. Nach Ziffer I 2 c) des Erbvertrages bleibt es dem überlebenden Ehegatten vorbehalten, anders zu verfügen, soweit besondere Verhältnisse oder „deren“ Verhalten (gemeint ist ersichtlich das der Kinder) ihm hierzu Veranlassung geben. Als Beispiele für „besondere Verhältnisse“ werden Ausbildung der Kinder oder Kindeskinde, Vermögenszuwendungen oder „ähnliche Umstände“ genannt; das „Verhalten“ wird nicht näher erläutert.

Die Auslegung einer erbvertragsmäßigen Verfügung i. S. von § 2278 BGB, durch die zu ermitteln ist (§§ 133, 157 BGB), was die Vertragsteile im maßgebenden Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrages erklärt haben, und wie das Erklärte aus der Sicht des anderen Teils zu verstehen war (BGHZ 106, 359/361), obliegt dem Gericht der Tatsacheninstanz und unterliegt nur einer eingeschränkten rechtlichen Nachprüfung durch das Rechtsbe-

schwerdegericht (Bay-ObLGZ 1995, 120/123).

(1) Die Meinung der Vorinstanzen, nur ein negatives Verhalten eines Kindes könne den überlebenden Ehegatten berechtigten, dieses Kind schlechter zu stellen (und in Folge dessen ein anderes besser), begegnet allerdings Bedenken. Sie gründet offensichtlich auf der Vorstellung, dass die Abänderung der Schlusserebeneinsetzung durch den Überlebenden als Sanktion gedacht sein soll. Dafür findet sich im Erbvertrag aber keine hinreichende Stütze. Dass die vertragsschließenden Ehegatten ihre Kinder grundsätzlich gleich bedenken wollten, wie sich aus der Schlusserebeneinsetzung zu gleichen Teilen ergibt, reicht dafür nicht aus, denn diese steht gerade unter dem Vorbehalt der Abänderung. Diese Auffassung lässt vor allem außer Acht, dass dann das Kind, das – aus welchen Gründen auch immer – allein Betreuung und Pflege des überlebenden Ehegatten übernimmt, von diesem nicht durch letztwillige Verfügung in höherem Umfang als ursprünglich im Erbvertrag vorgesehen am Nachlass beteiligt werden könnte. Gerade das ist aber nach der Lebenserfahrung für die vertragsschließenden Ehegatten ein wichtiger Gesichtspunkt, insbesondere, wenn sie – wie hier – bei Abschluss des Erbvertrages bereits Ende 60 sind.

(2) Auf die Frage, ob neben negativem auch positives Verhalten eines Kindes die Möglichkeit zur Abänderung der Schlusserebeneinsetzung durch den überlebenden Ehegatten eröffnet, kommt es hier im Ergebnis aber nicht an. Denn das Landgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Abfassung des Briefes vom Februar 1994 ein Verhalten der Unterzeichner darstellt, das die Erblasserin dazu berechtigt, sie und ihre Abkömmlinge von der Erbfolge auszuschließen.

Das Landgericht hat dieses Schreiben dahin gewürdigt, dass die Verfasser damit einen Schlussstrich unter die Beziehung zu ihrer Mutter gezogen haben. Diese Würdigung ist nicht nur möglich, sondern naheliegend. Der Brief beginnt ohne Anrede mit einem Eingangssatz, der der Empfängerin vorwirft, sich nicht wie eine Mutter zu verhalten und deshalb diese Anrede nicht zu verdienen, und endet – nach Vorhaltungen und dem Hinweis, dass von den Verfassern nicht verlangt werden könne, den ersten Schritt zu tun – mit dem Bemerkten, die Erblasserin möge „im Alter in guten Händen“ sein. Schon aufgrund dieses Schlusssatzes musste für die Empfängerin unmissverständlich klar sein, dass sie von den Absendern Unterstützung im Alter nicht zu erwarten hatte. Insofern stellt dieses Schreiben entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer durchaus eine Zäsur in der Beziehung zwischen der Erblasserin und den vier Kindern dar. Auch wenn sich der Kontakt zwischen der Erblasserin und diesen – längst erwachsenen – Kindern und ihren Familien bereits nach dem Tod des Ehemannes Anfang 1989 und insbesondere nach dem mit ihnen nicht abgesprochenen Verkauf des Hauses in R. abgeschwächt hatte, kommt der förmlichen, per Einschreiben mitgeteilten Aufkündigung der persönlichen Beziehungen, insbesondere der Unterstützung im Alter, eine einschneidende Wirkung zu, die die Wiederaufnahme oder Verbesserung der Kontakte deutlich erschwert. Auch kann nicht außer Acht gelassen werden, dass kurz zuvor am 10.1.1994 der Sohn H. verstorben war. Die Erblasserin musste folglich nach Erhalt des Briefes vom Februar 1994 davon ausgehen, nur noch auf die Beteiligte zu 1 zurückgreifen zu können, insbesondere auch dann, wenn sie wegen altersbedingter Einschränkungen Unterstützung benötigen würde. Die von der Erblasserin im Testament vom Oktober 1999 angegebene Begründung für die Erbeninsetzung der Beteiligten zu 1 spiegelt eben diese, seit Februar 1994 bestehende Situation wieder, an der sich bis zur Testamenterrichtung und auch bis zum Tod der Erblasserin nichts geändert hat. Wie schon das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, vermag das von den Beschwerdeführern beschriebene, von ihnen als abweisend empfundene Verhalten der Erblasserin das Schreiben vom Februar 1994 nicht zu rechtfertigen, noch dazu kurz nach dem Tod eines ihrer Kinder. Von diesbezüglichen Ermittlungen konnte das Landgericht deshalb absehen.

(3) Das Landgericht hat zu Recht angenommen, dass die Abänderung der Schlusserebeneinsetzung nicht deshalb ausgeschlossen war, weil die Kinder nach dem Tod des Ehemannes den Pflichtteil nicht verlangt und damit ein positives Verhalten gegen-

über der Erblasserin gezeigt haben. Hätten sie gegen den Willen der Erblasserin den Pflichtteil verlangt, wäre ihre Einsetzung als Schlusserben nach Ziffer I 4) des Erbvertrages ohnehin entfallen, und zwar ohne deren weiteres Zutun. Denn durch die Pflichtteils-klausel wird die Schlusserbeneinsetzung der gemeinsamen Kinder unter die auflösende Bedingung eines Verlangens des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden gestellt. Verlangt ein Schlusserbe den Pflichtteil nach dem ersten Todesfall, so entfällt seine Einsetzung als Schlusserbe, und zwar regelmäßig mit Wirkung auch für seine Abkömmlinge. Die durch den Eintritt der Bedingung ausgelöste Rechtswirkung kann nicht mehr beseitigt werden (vgl. BayObLGZ 2004, 5/8f.).

(4) Ohne Erfolg machen die Beschwerdeführer geltend, die Erblasserin sei wegen ihres „erbvertragswidrigen“ Verhaltens daran gehindert gewesen, von der Abänderungsbefugnis Gebrauch zu machen. Der Verkauf des Familienanwesens ohne Zustimmung der Kinder war nicht erbvertragswidrig und stellt bei objektiver Betrachtung auch keine „Demütigung“ der Kinder dar. Der überlebende Ehegatte ist in Ziffer I 1) des Erbvertrages ausdrücklich zum „alleinigen und unbeschränkten Erben (Vollerben)“ des gesamten Vermögens eingesetzt, „so dass der Überlebende von uns alleiniger Eigentümer und Berechtigter unseres Gesamtvermögens wird“. Angesichts dieser ausdrücklichen Einsetzung zum unbeschränkten Vollerben und des zusätzlichen Hinweises auf die daraus folgende Stellung als Alleineigentümer liegt es neben der Sache, aus der Wiederverheirathungsklausel ableiten zu wollen, dass die Erblasserin nur die Stellung einer beschränkten Vorerbin haben sollte. Als unbeschränkte Alleinerbin war sie zu Verfügungen über Nachlassgegenstände berechtigt, insbesondere auch zum Verkauf des Hauses, und nicht etwa gehalten, das von ihrem Ehemann ererbte Vermögen für die Schlusserben zu erhalten.

Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, war die Abänderungsbefugnis der Erblasserin auch nicht deshalb entfallen, weil sie den Grundbesitz in der ehemaligen DDR bzw. die Restitutionsansprüche der Beteiligten zu 1 überlassen hatte, ohne Abfindungsansprüche für die anderen Kinder zu vereinbaren. Der Erbvertrag ermöglicht es dem überlebenden Ehegatten zwar, „zu Lebzeiten Übergaberegulungen unter Festlegung der Abfindungsansprüche für die anderen Erben zu treffen“, verpflichtet ihn aber nicht dazu, solche Regelungen vorzunehmen. Das Vorgehen der Erblasserin kann auch nicht als rechtsmissbräuchlich angesehen werden. Vielmehr ist es nachvollziehbar, dass sie angesichts der mit der Verfolgung der Ansprüche verbundenen Belastungen, der wegen der Altlasten möglichen Risiken und etwaiger Rückforderungen von erhaltenen Zahlungen nach dem Lastenausgleichsgesetz mit der Angelegenheit „nichts mehr zu tun haben“ wollte, wie ausdrücklich im Überlassungsvertrag festgehalten. Soweit ein „kollusives Zusammenwirken“ der Erblasserin mit der Beteiligten zu 1 zum Nachteil der „von allen Informationen abgeschnittenen“ übrigen Kinder gerügt wird, ist anzumerken, dass die Erblasserin das Schreiben der Treuhänderin vom August 1991 zunächst ihrem Sohn M. übersandte, der es an die Beteiligte zu 1 weiterleitete, und – soweit ersichtlich – keines der Kinder, die alle einen Teil ihrer Kindheit auf dem Anwesen verbracht haben, Informationen verlangt hat.

cc) Wie das Landgericht richtig angenommen hat, war die Abänderung der Schlusserbeneinsetzung nicht deshalb ausgeschlossen, weil alle Kinder nach dem Tod des Vaters den Pflichtteil nicht geltend gemacht haben und diese verjährt waren. Eine derartige Einschränkung enthalten die erbvertragliche Bestimmungen nicht. Vielmehr haben die vertragsschließenden Eheleute nicht nur dem Überlebenden die Möglichkeit eingeräumt, die Schlusserbeneinsetzung unter den genannten Voraussetzungen zu ändern, sondern mit der Pflichtteils-klausel die Schlusserbeneinsetzung zusätzlich unter die auflösende Bedingung eines Verlangens des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden gestellt (vgl. oben 3). Die von der Beteiligten zu 3 wiederholt zitierte Entscheidung des OLG Saarbrücken (NJW-RR 1994, 844) sagt für die Frage der erbvertraglich vereinbarten Abänderungsmöglichkeit nichts aus, sondern betrifft einen Fall, in dem ein Erbvertrag eine Pflichtteils-klausel, jedoch keine ausdrückliche Schlusserbeneinsetzung enthalten hatte. Die vom OLG Saarbrücken ange-stellten Erwägungen zur konkludenten Schlusserbeneinsetzung

und deren Bindungswirkung führen hier nicht weiter, denn der verfahrensgegenständliche Erbvertrag von 1984 enthält sowohl eine ausdrückliche Schlusserbeneinsetzung als auch eine ausdrückliche Bestimmung zur Bindungswirkung. Aus dem Erbvertrag von 1972, der nur eine gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten und eine Wiederverheirathungsklausel enthielt, ergeben sich für die Auslegung des Erbvertrages von 1984 keine Erkenntnisse, insbesondere nicht im Hinblick auf die darin vereinbarte Befugnis zur Abänderung der Schlusserbeneinsetzung.

dd) Zutreffend hat das Landgericht auch einen Verfügungsunterlassungsvertrag zwischen den Ehegatten und ihren Kindern verneint. Die bloße Aushändigung einer Kopie des Erbvertrags an die Kinder reicht dafür nicht aus, denn naheliegender ist, dass diese damit lediglich von dessen Inhalt unterrichtet werden sollten. Dies gilt umso mehr, als in Ziffer I 1) des Erbvertrages ausdrücklich klargestellt wird, dass der Überlebende unbeschränkter Erbe und „alleiniger Eigentümer und Berechtigter“ des Gesamtvermögens ist.

ee) Die Bestimmung in Ziffer I 2 c) des Erbvertrages behält es dem Überlebenden vor, „von Todes wegen noch anders zu verfügen“, lässt also bei Vorliegen der Voraussetzungen eine umfassende Abänderung der Erbeinsetzung einzelner Schlusserben einschließlich der vollständigen Enterbung zu. Die von der Beschwerdeführern angeführte Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 29.1.2007 (FamRZ 2007, 769; ablehnend Münch FamRZ 2007, 1445/1446; Schmucker DNotZ 2007, 777) betrifft eine Änderungsklausel, nach der eine „anderweitige Festlegung der Erbquoten“ ermöglicht werden sollte und somit eine Fallgestaltung, die mit der hier vorliegenden nicht vergleichbar ist. Auch die Auffassung der weiteren Beschwerde, der Überlebende dürfe eine Abänderung nur unter strikter Gleichbehandlung aller Kinder vornehmen, etwa um finanzielle Zuwendungen oder Ausstattungen auszugleichen, findet in den erbvertraglichen Regelungen keine Stütze, denn diese gestatten ausdrücklich, das „Verhalten“ der Kinder zum Anlass einer Änderung zu nehmen.

ff) Das Landgericht war nicht gehalten, den Urkundsnotar zur Auslegung des Erbvertrags zu hören. Es ist nicht ersichtlich, dass dieser angesichts der mehr als 20 Jahre zurückliegenden Beurkundung über die im Erbvertrag festgehaltenen Regelungen hinaus Angaben zu den damaligen Vorstellungen der vertrags-schließenden Ehegatten machen könnte.

b) Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht weiter angenommen, dass die von den Beteiligten zu 2 bis 6 erklärten Anfechtungen wegen Motivirrtums nicht durchgreifen.

aa) Dass die Erblasserin über den Inhalt ihrer letztwilligen Verfügung geirrt hat oder eine Erklärung dieses Inhalts nicht abgeben wollte (§ 2078 Abs. 1 BGB), ist nicht dargetan. In Betracht kommt allenfalls ein Motivirrtum (§ 2078 Abs. 2 BGB). Im Rahmen des § 2078 Abs. 2 BGB können nur solche Irrtümer die Anfechtung rechtfertigen, die bewegender Grund für den letzten Willen waren (BGH NJW-RR 1987, 1412/1413), d.h. ohne die der Erblasser die Verfügung mit Sicherheit nicht getroffen hätte (BayObLG FamRZ 1997, 1436/1437). Die Feststellungslast für die anfechtungsbegründenden Tatsachen (Beweggrund und Kausalität) trägt der Anfechtende (BayObLG FamRZ 1997, 772/773). An den Nachweis sind strenge Anforderungen zu stellen.

bb) Wie bereits die Vorinstanzen zu Recht hervorgehoben haben, kommt es insoweit auf den Zeitpunkt der Testamenterrichtung, also Oktober 1999, an. Dafür, dass zu diesem Zeitpunkt die Erblasserin in einem die letztwillige Verfügung bestimmenden Irrtum im Beweggrund unterlegen wäre, bieten die umfangreichen, aber im Wesentlichen auf spekulative Erwägungen gestützten Ausführungen der Beschwerdeführer keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte.

(1) Die Anfechtung wurde zunächst darauf gestützt, dass auch die Beteiligten zu 2 bis 4 und der Vater der Beteiligten zu 4 und 5 der Erblasserin ihre Hilfe angeboten bzw. gewährt hätten, es also nicht zuträfe, dass sich nur die Beteiligte zu 1 um das Wohlergehen der Erblasserin gekümmert habe. Insoweit hat das Landgericht zu Recht hervorgehoben, dass nach dem eigenen Vortrag der Anfechtenden der Kontakt zur Erblasserin, der nach dem Tod

des Ehemannes Anfang 1989 und dem Verkauf des Hauses 1991 ohnehin bereits immer mehr eingeschränkt wurde, nach dem Brief vom Februar 1994 vollständig abgebrochen war. In den fünf Jahren vor der Testamentserrichtung gab es folglich keine Hilfsangebote der Beteiligten zu 2 bis 4 und des Sohnes M. Vielmehr war es in diesem Jahren nur die Beteiligte zu 1, die sich um die Erblasserin bemühte. Ermittlungen zu den vorgetragenen Hilfsangeboten, die in den Jahren 1989 bis 1991, allenfalls bis Anfang 1994 an die Erblasserin herangetragen wurden, waren deshalb nicht veranlasst.

(2) Soweit die Anfechtung auf einen Irrtum der Erblasserin über den Verkehrswert der Grundstücke in der früheren DDR gestützt wird, hat das Landgericht ohne Rechtsfehler weder für irriige Vorstellungen der Erblasserin noch für eine Kausalität für die Testamentserrichtung im Oktober 1999 konkrete Anhaltspunkte gesehen. Das Landgericht konnte aufgrund der vorgelegten Schreiben von Rechtsanwalt R., der auch die Erblasserin als seine Mandantin benennt, und der Stadt N. annehmen, dass der Erblasserin der damals im Raum stehende Preis von 1,9 Mio. DM für den Grundbesitz bekannt war und dass sie in Kenntnis des möglicherweise hohen Wertes, aber auch möglicher Altlasten, mit diesem Grundbesitz „nichts mehr zu tun haben“ wollte, wie ausdrücklich im Überlassungsvertrag vom 22.12.1992 festgehalten. Es bestehen außer den spekulativen Erwägungen der Beschwerdeführer nicht die geringsten Anhaltspunkte dafür, dass die Erblasserin über die weitere Entwicklung der Angelegenheit einschließlich des Verkaufs der Grundstücke an die Stadt N. zum Preis von 2,9 Mio. DM im Jahr 1995 keine Kenntnis hatte oder gar von der Beteiligten zu 1 getäuscht wurde. Darüber hinaus ist auch nicht erkennbar, dass die Vorgänge hinsichtlich des Grundbesitzes, mit dem die Erblasserin ausdrücklich „nichts mehr zu tun haben“ wollte, bei der Abfassung der letztwilligen Verfügung im Oktober 1999 eine Rolle gespielt haben, zumal sie darin ausschließlich auf die persönliche Zuwendung durch die Beteiligte zu 1 abstellt.

(3) Nicht ersichtlich ist auch eine Fehlvorstellung der Erblasserin über den Umfang des Vermögenswertes, der ihr verblieben ist, weil nach dem Tod ihres Ehemannes die Kinder den Pflichtteil (bzw. eine Ausgleichsleistung entsprechend § 2313 Abs. 2 Satz 1 BGB hinsichtlich des Grundbesitzes in Mecklenburg-Vorpommern, vgl. BGHZ 123, 76) nicht verlangt haben. Es gibt schon keinerlei konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Erblasserin bei Errichtung des Testaments im Oktober 1999 diesen Gesichtspunkt überhaupt in ihre Vorstellungen aufgenommen hat, geschweige denn dafür, dass sie dabei von unzutreffenden Annahmen ausging. Ausweislich der im Testament vom Oktober 1999 angeführten Begründung hat die Erblasserin die Beteiligte zu 1 deshalb zur Alleinerbin eingesetzt, weil sich diese um ihr „Wohlergehen bemüht“ hat. Bestimmendes Motiv war somit die Zuwendung, die die Erblasserin von der Beteiligten zu 1 erfahren hat, und nicht wirtschaftliche Erwägungen. Zudem war der Erblasserin, wie die Überlassung des Grundbesitzes zeigt, ersichtlich ohnehin nicht daran gelegen, dass ihr dieser Vermögenswert erhalten blieb. Schließlich ist, wie bereits oben ausgeführt, nicht anzunehmen, dass die Erblasserin den 1995 erzielten Kaufpreis für die Grundstücke nicht kannte.

Mit den Anfechtungen wird im Kern geltend gemacht, dass die Erblasserin – hätte sie die von den Anfechtenden vorgebrachten Gesichtspunkte gebührend berücksichtigt – eine letztwillige Verfügung dieses Inhalts nicht hätte treffen dürfen. Das kann eine Anfechtung wegen Motivirrtums nicht zum Erfolg verhelfen.

bb) Das Landgericht war nicht gehalten, weitere Ermittlungen anzustellen und die von den Beschwerdeführern angebotenen Zeugen zu vernehmen. Der im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit geltende Grundsatz der Amtsermittlung (§ 12 FGG) gebietet es nicht, alle angebotenen oder erdenklichen Möglichkeiten der Sachverhaltsermittlung auszuschöpfen. Durchzuführen sind vielmehr nur die erforderlichen Ermittlungen zu entscheidungserheblichen Sachverhalten. Dem umfangreichen, jedoch nicht entscheidungserheblichen Sachvortrag der Beschwerdeführer insbesondere zur Entwicklung des Verhältnisses zwischen der Erblasserin und ihren Kindern brauchte das Landgericht deshalb nicht nachzugehen. Auch die Einzelheiten der

Grundstücksangelegenheit mussten nicht weiter aufgeklärt werden.

c) Rechtsfehlerfrei ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Erblasserin bei Errichtung der letztwilligen Verfügung im Oktober 1999 testierfähig war. Weitere Ermittlungen im Hinblick auf die behauptete Testierunfähigkeit (§ 2229 Abs. 4 BGB) waren nicht veranlasst. Die Beschwerdeführer haben sich auf den Bericht des Krankenhauses B. anlässlich der stationären Aufnahme am Tag vor dem Tod der Erblasserin gestützt. Dieser nennt unter Vorerkrankungen ohne nähere Angaben einen „Apoplex vor 8 Jahren“, mithin 1997. Das allein bietet keinen hinreichenden Anhaltspunkt für eine in der Folge vorhandene krankhafte Störung der Geistestätigkeit. Anzeichen dauerhafter geistiger Beeinträchtigung wurden weder von der Beteiligten zu 1 noch von der Beteiligten zu 7 berichtet, die regelmäßig mit der Erblasserin in Kontakt standen.

3. Zu Unrecht rügt die weitere Beschwerde, das Landgericht habe das rechtliche Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs verpflichtet das Gericht, die Anträge und Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zu berücksichtigen, d.h. zur Kenntnis zu nehmen und bei seiner Entscheidung in Erwägung zu ziehen (Keidel/Schmidt FGG 15. Aufl. § 12 Rn. 161). Es sind nicht die geringsten Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass das Landgericht den umfangreichen Sachvortrag der Beschwerdeführer in diesem Sinne nicht berücksichtigt hat. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gebietet es hingegen nicht, dass das Gericht Ermittlungen durchführt, die aus seiner Sicht nicht veranlasst sind. Ebenso wenig ist es gefordert, auf jede Einzelheit des Sachvortrags in den Entscheidungsgründen einzugehen.

4. Der Senat hält eine Aussetzung des Verfahrens im Hinblick auf die vor der streitigen Gerichtsbarkeit anhängigen Feststellungsrechtsstreite über das Erbrecht der Beteiligten zu 2, 3 und 4 nicht für angebracht.

Ein Erbscheinsverfahren kann in entsprechender Anwendung des § 148 ZPO ausgesetzt werden, wenn zwischen den Erbprätendenten ein Zivilrechtsstreit zur Feststellung des Erbrechts anhängig ist, denn das Ergebnis eines Feststellungsrechtsstreits ist für ein Erbscheinsverfahren unter denselben Beteiligten vorgegrifflich. Die Aussetzung ist auch im Rechtsbeschwerdeverfahren zulässig, ohne dass es hierfür eines Antrags oder der Zustimmung der Beteiligten bedarf. Das mit dem Erbscheinsverfahren befasste Gericht entscheidet von Amts wegen nach pflichtgemäßem Ermessen über die Aussetzung. Dabei ist insbesondere zu prüfen, ob die durch die Aussetzung eintretende Verzögerung den Beteiligten zugemutet werden kann (vgl. BayObLG NJW-RR 1999, 334/335). Das ist hier nicht der Fall: Das vor dem Senat anhängige Erbscheinsverfahren ist entscheidungsreif. Insbesondere ist die Entscheidung über die weiteren Beschwerden der Beteiligten zu 2, 3, 4 und 6 nach Auffassung des Senats nicht von der Klärung umstrittener Tatsachen abhängig. Zudem ist ein Zivilrechtsstreit über das Erbrecht der Beteiligten zu 6 nicht anhängig.

5. Die Entscheidung über die Kostenerstattung beruht auf § 13a Abs. 1 Satz 2 FGG. Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf § 30 Abs. 2 Satz 1 KostO.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

GG Art. 138, 3 Abs. 1, 101 Abs. 1 Satz 2**Zur Vereinbarkeit der Kostenerhebung durch baden-württembergische Amtsnotare aufgrund der Kostenordnung mit dem Grundgesetz**

Bundesverfassungsgericht (1. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 09.12.2008 – 2 BvR 889/08

Gründe:

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage, ob die Kostenerhebung durch baden-württembergische Amtsnotare aufgrund der Kostenordnung mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

I.

1. Mit am 7. Dezember 2001 vor einem badischen Amtsnotar erfolgter Beurkundung wurden Anteile an der beschwerdeführenden GmbH veräußert. Außerdem wurden verschiedene Gesellschaftsbeschlüsse beurkundet. Insgesamt wurden Notarkosten von 1.146,16 € einschließlich Umsatzsteuer in Rechnung gestellt.

2. a) Vor den Fachgerichten wendete sich die Beschwerdeführerin gegen diesen Kostenansatz und rügte einen Verstoß gegen Gemeinschafts- und Verlassungsrecht. Ihre weitere Beschwerde wurde vom Oberlandesgericht Karlsruhe mit Beschluss vom 10. April 2008 - 14 Wx 26/06 - als unbegründet zurückgewiesen. Von den beurkundeten Vorgängen unterfielen lediglich die Gesellschaftsbeschlüsse der Richtlinie 69/335/EWG (Gesellschaftsteuerrichtlinie). Der auf diese Beschlüsse entfallende Kostenbetrag von nicht mehr als 20 € überschreite aber nicht den tatsächlichen Aufwand und habe daher Gebührencharakter im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Buchst. e der Gesellschaftsteuerrichtlinie. Die übrigen beurkundeten Vorgänge unterfielen nicht Art. 4 der Richtlinie, womit im vorliegenden Fall auch deren Art. 10 Buchst. c nicht einschlägig sei. Dabei verneint das Oberlandesgericht in ausführlicher Auseinandersetzung mit den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs vom 15. Juni 2006 (Rs. C-264/04, NJW 2006, S. 2972) und 28. Juni 2007 (Rs. C-466/03, NJW 2007, S. 3051) die Frage, ob sich aus dieser Rechtsprechung etwas anderes ergebe. Eine Vorlage nach Art. 234 EG sei daher nicht veranlasst. Schließlich bestünden auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Erhebung der Notarkosten. Insoweit verwies das Oberlandesgericht unter anderem auf die Ausführungen in seinem Beschluss vom 20. August 2003- 14 Wx 75/02 - (JurBüro 2003, 5. 597 = FGPrax 2003, S. 287).

b) Hiergegen richtet sich die Verfassungsbeschwerde, mit der unter anderem eine Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG sowie von Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 70 Abs. 1, 105, 106 GG geltend gemacht wird. Die Gebührenfestsetzung sei nach dem Geschäftswert erfolgt, nicht nach dem „tatsächlichen Aufwand“. Dieser betrage auf der Grundlage der Verwaltungsvorschrift des Finanzministeriums Baden-Württemberg (GABI vom 18. Oktober 1995, S. 567) „zirka 200 €. Mit der Verfassungsbeschwerde werden im Wesentlichen die folgenden Rügen vorgetragen:

Das Oberlandesgericht habe die Rechtsfrage, ob die Gesellschaftsteuerrichtlinie im vorliegenden Fall zur Anwendung komme, nicht dem Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 234 Abs. 1 Buchst. a EG vorgelegt und damit Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt. Alleiniger gesetzlicher Richter für Fragen der Auslegung von Richtlinien sei ausschließlich der Europäische Gerichtshof. Die hier zu klärenden Fragen seien auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht geklärt. Insbesondere sei den vom Oberlandesgericht angeführten Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs gerade nicht zu entnehmen, dass die vorliegend erhobenen Notarkosten nicht unter Art. 10 Buchst. c der Gesellschaftsteuerrichtlinie fielen.

Es verstoße gegen Art. 3 Abs. 1 GG, dass für notarielle Dienstleistungen im Anwendungsbereich der Gesellschaftsteuerrichtlinie

aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nunmehr aufwandsbezogene Gebühren erhoben würden, außerhalb des Anwendungsbereichs der Gesellschaftsteuerrichtlinie hingegen weiter Wertgebühren. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs erzwingt mittelbar wegen Art. 3 Abs. 1 GG einen generellen Übergang zu einem aufwandsbezogenen Gebührensystem bei Amtsnotaren in Baden-Württemberg.

Der Gebührenerhebung stehe außerdem die Schutz- und Begrenzungsfunktion der Finanzverfassung entgegen, wie sie das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil vom 19. März 2003 (BVerfGE 108, 1) entwickelt habe. Die Bemessung der Gebühr sei danach nur dann gerechtfertigt, wenn ihre Höhe durch zulässige Gebührenzwecke legitimiert sei. Erkennbar verfolgter Gebührenzweck sei nur die Kostendeckung. Hierzu stünden die von den Amtsnotaren erhobenen Gebühren in einem groben Missverhältnis. Das Land Baden-Württemberg erziele nämlich erhebliche Überschüsse aus der Tätigkeit der Amtsnotare, die nicht für den Bedarf des Notariats verwendet würden. Durch die „zweckfremde Verwendung der Einnahmen“ seien die Notariate auch so dürftig ausgestattet, dass die bei freiberuflichen Notaren üblichen Leistungen nicht erbracht werden könnten. Auch der Gebührenzweck des Vorteilsausgleichs rechtfertige die Höhe der Notargebühren nicht. Die Erhebung der Notargebühren nicht. Die Erhebung der Notargebühren wirke vor diesem Hintergrund „funktional wie eine Steuer“. Der rechtsuchende Bürger werde durch sie neben seinen sonstigen Steuerpflichten doppelt zur Finanzierung allgemeiner Staatsaufgaben heran gezogen.

II.

Die Verfassungsbeschwerde wird nicht zur Entscheidung angenommen. Die Annahmeveraussetzungen liegen nicht vor. Der Verfassungsbeschwerde kommt weder grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung zu, noch ist ihre Annahme zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG genannten Rechte angezeigt (§ 93a Abs.2 BVerfGG). Die Verfassungsbeschwerde hat keine hinreichende Aussicht auf Erfolg (vgl. BVerfGE 90, 22 <24 ff.>).

1. a) Das Organisationsrecht der Notare in Deutschland kennt neben den bei den freiberuflichen Notariatsformen im Sinne von § 3 BNotO das Amtsnotariat in Baden-Württemberg nach Maßgabe der §§ 114 - 116 BNotO sowie landesrechtlicher Vorschriften. Die baden-württembergischen Amtsnotare sind Beamte im Landesdienst (vgl. § 17 Abs. 1 des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit in Baden-Württemberg - LFGG). Die Erhebung von Notarkosten wurde bereits durch die Reichskostenordnung vom 25. November 1935 (RGBl I S. 1371) für alle Notariatsformen im damaligen Reichsgebiet vereinheitlicht. Die für die Vereinheitlichung maßgebliche Vorschrift befand sich in § 143 der Reichskostenordnung und wurde durch das Gesetz zur Änderung und Ergänzung kostenrechtlicher Vorschriften vom 26. Juli 1957 (BGBl I S. 861 <960>) im Wesentlichen wortgleich in den noch heute gültigen § 140 KostO übernommen. Während den freiberuflich tätigen Notaren im Sinne von § 3 BNotO die Gebühren für ihr Tätigkeit selbst zufließen, werden die Notarkosten der im Landesdienst stehenden baden-württembergischen Amtsnotare nach Maßgabe des Landesjustizkostengesetzes des Landes Baden-Württemberg (LJKG) grundsätzlich zur Staatskasse erhoben. Den Amtsnotaren verbleiben allerdings Gebührenanteile (vgl. im Einzelnen § 10 ff. LJKG sowohl in der Fassung des LJKG vom 15. Januar 1993, GBl S. 109, als auch in der Fassung des LJKG vom 28. Juli 2005, GBl S. 580).

Der Bestand des bereits bei Inkrafttreten des Grundgesetzes bestehenden Amtsnotariats in Baden-Württemberg ist nach Maßgabe des Art. 138 GG geschützt. Gegenwärtig befindet sich ein Gesetzgebungsverfahren zur Änderung der bisherigen Rechtslage in einem fortgeschrittenen Zustand: Der Bundesrat hat auf Antrag des Landes Baden-Württemberg (BRDrucks 930/07) den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung und anderer Gesetze im Bundestag eingebracht (BTDrucks 16/8696). Reformziel des Gesetzes soll der „flächendeckende(n) Wechsel vom Amtsnotariat hin zum Notariat zur hauptberuf-

lichen Amtsausübung“ sein (BTDrucks 16/8696, S. 1). Nach § 114 BNotO in der Fassung des Entwurfs soll der Systemwechsel zum 1. Januar 2018 vollzogen und die baden-württembergischen Amtsnotare zu freiberuflichen Notaren bestellt werden. Die Gründe für die Länge der Übergangsfrist werden unter besonderer Berücksichtigung von Art. 33 Abs. 5 GG ausführlich zu der Gesetzesvorlage erläutert (BTDrucks 16/8696, S. 8 ff.). Die Bundesregierung unterstützt in ihrer Stellungnahme (Art. 76 Abs. 3 Satz 2 GG) die Vorlage des Bundesrates und schlägt lediglich kleinere Modifikationen vor, die insbesondere die Grundzüge der Reform und die Übergangsfrist unberührt lassen (BTDrucks 16/8696, Anlage 2). Der Gesetzesentwurf wurde am 25. September 2008 im vereinfachten Verfahren ohne Debatte an die zuständigen Ausschüsse überwiesen (BT, Plenarprotokoll 16/179, S. 19019 ff.).

b) Das Bundesverfassungsgericht hat sich bereits mehrfach zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Erhebung von Gebühren geäußert (vgl. BVerfGE 50, 217; 97, 332; 108, 1), darunter auch zur Erhebung von Wertgebühren im Bereich der Justizkosten (BVerfGE 80, 103; 85, 337; 115, 381; BVerfGK 3, 310). Ungeachtet dessen, dass die Gebührenatbestände des einfachen Rechts erhebliche strukturelle Unterschiede im Hinblick auf die Bemessung der Gebühren aufweisen, gilt danach Folgendes: Der Gesetzgeber hat der Belastungsgleichheit aller Abgabepflichtigen Rechnung zu tragen. Die Bemessung einer Gebühr ist verfassungsrechtlich nur gerechtfertigt, wenn ihre Höhe durch zulässige Gebührenzwecke, die der Gesetzgeber erkennbar verfolgt, legitimiert ist. Die verfassungsrechtliche Kontrolle der gesetzgeberischen Gebührenbemessung, die ihrerseits komplexe Kalkulationen, Bewertungen, Einschätzungen und Prognosen voraussetzt, darf dabei nicht überspannt werden. Eine Gebührenbemessung ist jedoch dann nicht sachlich gerechtfertigt, wenn sie in einem groben Missverhältnis zu dem verfolgten Gebührenzweck steht.

2. Nach diesen Maßstäben verletzt die Erhebung der Notarkosten weder finanzverfassungsrechtliche Vorschriften des Grundgesetzes noch Grundrechte der Beschwerdeführerin.

a) Die im Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19. März 2003 (BVerfGE 108, 1) behandelten Rückmeldegebühren unterscheiden sich wesentlich von den hier betroffenen Wertgebühren. Die Rückmeldegebühren betrafen eine Gebühr jeweils identischer Höhe für eine jeweils identische Verwaltungsleistung. Aus dem Gebührenaufkommen sollten ausweislich des Gesetzeswortlauts ausschließlich die speziellen Kosten für die Bearbeitung der Rückmeldung gedeckt werden, nicht jedoch andere Kosten. Auch wurden mit diesen Gebühren erkennbar keine sozialen Ausgleichszwecke verfolgt (vgl. BVerfGE 108, 1 <21 u. 32>).

Die Wertgebühren der Kostenordnung weisen demgegenüber eine deutlich komplexere Struktur auf. Sie dienen nach Systematik und Entstehungsgeschichte einer Vielzahl von Zielen (vgl. BVerfGK 3, 310 <312>). Sie gleichen neben den in der einschlägigen Verwaltungsvorschrift des baden-württembergischen Finanzministeriums (VwV-Kostenfestlegung vorliegend einschlägig die Fassung vom 20. Dezember 2000, GABI vom 7. Februar 2001, S. 221) bezeichneten Personal- und Sachkosten noch andere Kosten aus, unter anderem etwa das dem Land aus der notariellen Tätigkeit entstehende Haftungsrisiko. Neben der Kostendeckung bezweckt der Gesetzgeber mit dem Wertgebührensysteem auch einen sozialen Ausgleich zwischen nicht kostendeckenden Leistungen mit niedrigem Geschäftswert und kostendeckenden Leistungen mit hohem Geschäftswert innerhalb des Bereichs notarieller und gegebenenfalls anderer Leistungen aus dem Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Der Gebührenzweck des sozialen Ausgleichs wiederum findet seinen Rückhalt im Sozialstaatsprinzip gemäß Art. 20 Abs. 1 GG sowie im durch Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip gewährleisteten Justizgewährungsanspruch (vgl. BVerfGE 80, 103<107>; 115, 381 <390>; BVerfGK 3, 310 <312>).

Diese verschiedenen Ausgleichsziele berechtigen den Gesetzgeber, die Notarkosten als Wertgebühren auszugestalten, ohne

dass hierbei die Gebühr unabhängig von der Staatsleistung festgesetzt wird. Der Schutz- und Begrenzungsfunktion der Finanzverfassung wird im Wertgebührensysteem auch dadurch Rechnung getragen, dass der in § 32 KostO geregelte Gebührentarif degressiv verläuft und so bei höheren Geschäftswerten einen übermäßigen Gebührenanstieg vermeidet. Indem der Gesetzgeber die Gebührenmaßstäbe und -sätze in den Grenzen der Wirtschaftlichkeit so auswählt und staffelt, dass sie unterschiedliche Ausmaße in der erbrachten Leistung berücksichtigen, wahrt er schließlich auch die verhältnismäßige Gleichheit der Gebührenschuldner untereinander.

b) Die Prüfung der Schutz- und Begrenzungsfunktion der Finanzverfassung muss die Besonderheiten in den Blick nehmen, die sich aus dem Zusammenhang zwischen dem in Art. 138 GG dem Grunde nach für zulässig erklärten Sonderorganisationsrecht des baden-württembergischen Amtsnotariats mit dessen historischem Bestandteil der Ertragshoheit des Landeshaushalts für die Notargebühren (jetzt § 10 Abs. 1 LJKG) einerseits und dem bundesweit aufgrund einer konkurrierenden Bundesgesetzgebung vereinheitlichten Notarkostenrecht (140 KostO) andererseits ergeben. Art. 138 GG lässt sich zwar kein allgemeiner materieller Aussagegehalt dahingehend entnehmen, dass in seinem Anwendungsbereich die allgemeinen verfassungsrechtlichen Anforderungen an das notarielle Organisations- und Kostenrecht außer Acht gelassen werden könnten (vgl. auch BVerfGE 111, 191 <222 f.>). Dennoch ist die Norm vor dem Hintergrund eines vereinheitlichten Notarkostenrechts zu sehen. Der mit § 140 KostO vom Gesetzgeber verfolgte Zweck, ungeachtet der organisationsrechtlichen Besonderheiten in Baden-Württemberg die Erhebung von Notarkosten bundesweit zu vereinheitlichen, ist daher auch bei der Kontrolle der finanzverfassungsrechtlichen Anforderungen an die Gebührenerhebung zu berücksichtigen.

3. Auch soweit die Beschwerdeführerin einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur Gesellschaftsteuerrichtlinie rügt, ist eine Grundrechtsverletzung nicht feststellbar. Dabei kann offen bleiben, ob die Rüge bereits daran scheitert, dass ein Gleichheitsverstoß grundsätzlich nicht damit begründet werden kann, dass unterschiedliche Hoheitsträger innerhalb ihrer jeweiligen Rechtsetzungskompetenz unter schiedliche Sachregelungen treffen (BVerfGE 10, 354 <371>; 42, 20 <27>; 52, 42 <57 f.>; 93, 319 <351>; vgl. auch BVerfGK 3, 310 <313 f.>; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 1. Oktober 2004 - 1 BvR 2221/03 - NJW 2005, S. 737 <738>). Denn die durch die Gesellschaftsteuerrichtlinie mittelbar bewirkte Zweiteilung des Systems der Notargebühren in Baden-Württemberg führt zwar zu einer Ungleichbehandlung. Diese hat ihren Ursprung und sachlichen Grund aber jedenfalls im beschränkten Schutzzweck der Gesellschaftsteuerrichtlinie, der sich nicht ohne weiteres auf Sachverhalte außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie übertragen lässt (vgl. auch BVerfGE 116, 135 <159 f.>).

4. Schließlich verletzt die angegriffene Entscheidung auch nicht Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Der Europäische Gerichtshof ist gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG (BVerfGE 73, 339 <366>). Allerdings führt nicht jeder Verstoß gegen die in Art. 234 Abs. 3 EG statuierte Vorlagepflicht zu einer Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Das Bundesverfassungsgericht kann vielmehr erst eingreifen, wenn die Auslegung und Anwendung dieser Norm offensichtlich unhaltbar, mithin willkürlich ist (vgl. BVerfGE 29, 198 <207>; 82, 159 <194 ff.>). Eine solche Handhabung von Art. 234 Abs. 3 EG ist im vorliegenden Fall nicht feststellbar.

Das Oberlandesgericht hat bereits den Tatbestand des Art. 10 der Gesellschaftsteuerrichtlinie verneint und stützt sich dabei auch auf die jüngste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Das Bundesverfassungsgericht hat nicht zu entscheiden, ob diese Auslegung der Gesellschaftsteuerrichtlinie angesichts der zum Entscheidungszeitpunkt bekannten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (vgl. insbesondere die

Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes vom 27. Oktober 1998, Rs. C-152/97, BeckRS 2004, 74482, vom 29. September 1999, Rs. C-56/98, Slg. I 1999-8/9 , S. 6449, vom 21. März 2002, Rs. C-264/00, Slg. I 2002-3 , S. 3335, vom 30. Juni 2005, Rs. C-165/03, DStRE 2005, S. 980, vom 15. Juni 2006, Rs. C-264/04, NJW 2006, S. 2972 und vom 28. Juni 2007, Rs. C-466/03, NJW 2007, S. 3051) zu-treffend ist. Die Verneinung der Vorlagepflicht nach Art. 234 Abs. 3 EG ist aber jedenfalls nicht willkürlich.

Von einer weiteren Begründung wird abgesehen (§ 93d Abs. 1 Satz 3 BVerfGG).

Diese Entscheidung ist unanfechtbar.

Mitgeteilt durch Richter am OLG Karlsruhe (14. Zivilsenat in Freiburg) Dr. Ernst-Friedrich Krauß

Hinweis der Schriftleitung: Der durch die Verfassungsbeschwerde angefochtene Beschluss des OLG Karlsruhe vom 10.04.2008 - 14 Wx 26/06 - ist in BWNNotZ 2008, 126 ff. abgedruckt.

Buchbesprechung

**Heckschen/Heidinger,
Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis**

**Von Dr. Heribert Heckschen, Notar in Dresden, und
Dr. Andreas Heidinger, Rechtsanwalt und Diplom-Kaufmann,
Referatsleiter für Handels-, Gesellschafts- und Steuerrecht
beim Deutschen Notarinstitut in Würzburg**

**Carl Heymanns Verlag, Köln und München, 2009, 2. Auflage,
749 Seiten, gebunden, EUR 98,00.**

Die am 01.11.2008 in Kraft getretenen Änderungen des GmbH-Rechts (MoMiG) stellen für die Notare, Rechtsanwälte und die Angehörigen steuerberatender Berufe eine nicht unerhebliche Herausforderung für ihre Beratungs- und Gestaltungspflichten dar.

Die beiden Autoren Dr. Heckschen und Dr. Heidinger stellen mit der nunmehr 2. und deutlich erweiterten Auflage ihres Buches umfassend das neue GmbH-Recht dar.

Die Verfasser gehen nicht nur auf die Änderungen durch das MoMiG ein, sondern befassen sich mit der gesamten Bandbreite des GmbH-Rechts (von der Gründung bis zur „Firmenbestattung“) in insgesamt 18 systematisch gegliederten Kapiteln.

Die Autoren erhöhen dabei den Nutzen des Buches für den Leser, wenn sie beispielsweise bisherigen Gesetzesbestimmungen (mit der dazu ergangenen Rechtsprechung, auf die sie in zahlreichen Fußnoten verweisen) die Änderungen des MoMiG gegenüber stellen. Sie bieten dazu zahlreiche Formulierungshilfen an.

Erwähnenswert ist das 66 Seiten umfassende umfangreiche Stichwortregister, mit dem man sich im Buch sehr gut zurechtfindet.

Allein das Kapitel zur Kapitalaufbringung, in dem ausführlich auf den Kapitalschutz eingegangen wird, umfasst 73 Seiten. Die Autoren setzen sich in diesem Kapitel, ausgehend von der bisherigen Rechtslage, mit den verschiedenen im Gesetzgebungsverfahren diskutierten alternativen Regelungsmöglichkeiten zur verdeckten Sacheinlage und der nunmehr Gesetz gewordenen Lösung auseinander. Die Darstellung der Rechtslage wird durch zahlreiche Anwendungsfälle mit Berechnungsbeispielen ergänzt.

Ausführlich gehen die Autoren auf die Neuregelungen bei Veränderungen des Gesellschafterbestands ein. Mit der Darstellung der Verpflichtungen des Notars in Bezug auf Geschäftsanteilsübertragungen und andere Veränderungen im Gesellschafterbestand sowie die vom Notar zu erstellende Gesellschafterliste geben sie vor allem der notariellen Praxis Hilfestellungen, zeigen aber auch zugleich die seit Inkrafttreten des MoMiG bereits aufgetretenen Zweifelsfragen auf.

Das Buch überzeugt durch seine umfassende, gut strukturierte und systematische Gliederung zu den einzelnen Themenbereichen und deren stets verständliche Darstellung.

Es gibt nahezu keine Frage, auf die das Buch keine Antwort findet.

Fazit:

Mir hat das Buch angesichts der Qualität der Darstellung sehr gut gefallen. Die Autoren verstehen es, das GmbH-Recht sowohl praxisorientiert als auch wissenschaftlich in hervorragender Weise darzustellen. Dem Anwender werden wertvolle Informationen und Gestaltungsvorschläge vermittelt, was es ihm leicht macht, das neue GmbH-Recht in die tägliche Praxis umzusetzen und anzuwenden.

Für alle, die im GmbH-Recht zu beraten und zu gestalten haben, kann das Buch nur bestens empfohlen werden.

Walter Strobel, Notar, Maulbronn

**Bormann/Kauka/Ockelmann, Handbuch GmbH-Recht
Von Dr. Michael Bormann/Ralf Kauka/Jan Ockelmann (Hrsg.)
ZAP-Verlag Lexis Nexis Deutschland GmbH, Münster, 2009.
926 Seiten, EUR 88,-.**

Die weitreichenden Änderungen des GmbHG durch das MoMiG waren Anlass, mit einem neu konzipierten GmbH-Handbuch an den Markt zu treten. Das vorliegende Werk orientiert sich streng an praktischen Bedürfnissen. So beschränken sich die Autoren nicht auf das Gesellschaftsrecht, sondern gehen auch auf das Steuerrecht, das Sozialversicherungsrecht und das Arbeitsrecht ein. Das Werk enthält zahlreiche Übersichten, Checklisten, Formulierungsbeispiele und Muster. Die Muster sind dabei auf der beiliegenden CD-Rom auch in englischer Sprache enthalten. In einem Anhang ist das MoMiG mit Begründung zum RegE und Anmerkungen zur Beschlussfassung dargestellt. Trotz hoher Aktualität wird auf viele zwischenzeitlich durch das MoMiG in der Praxis auftauchende Probleme eingegangen. So wird zu Recht dargestellt, dass bei Verwendung des Musterprotokolls nach § 2 Abs. 1a GmbHG die Einzelvertretungsberechtigung nicht vorgesehen ist, vielmehr die gesetzliche Vertretungsbefugnis gelte, was bei späteren Geschäftsführerbestellungen zu beachten ist; die erste Geschäftsführerbestellung ist kein Beschluss, fraglich aber ob Satzungsbestandteil. (Kap. 2 Rn. 22, 23). Die Versicherung über die Bewirkung der Leistungen auf die Geschäftsanteile muss in dem Moment sachlich zutreffend sein, in dem sie beim Handelsregister eingereicht wird. Zu beachten ist neuerdings, dass nach der Konzeption des § 19 Abs. 2 GmbHG eine Leistung an den Gesellschafter diesen von seiner Einlageverpflichtung befreit, wenn es sich um ein sog. Hin- und Herzahlen handelt, wobei aber eine Abgrenzung zur verdeckten Sacheinlage vorzunehmen ist; in der Registeranmeldung sind entsprechende Aussagen zu machen (Kap. 4 Rn. 33 ff., 276). Eine ausführliche Behandlung erfahren auch Rechtsfragen und steuerliche Aspekte einer Gründung, die Rechtsstellung der Gesellschafter, Aufsichts- und Beirat, die Rechte und Pflichten der Geschäftsführer und vieles mehr. Das Werk ist ein guter Ratgeber in allen GmbH-Fragen.

Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

**Lutter/Winter, Umwandlungsgesetz
Kommentar, 4., Neubearb. u. erweiterte Aufl. 2009.
3707 Seiten, gebunden,
Verlag Dr. Otto Schmidt, EUR 228,-**

Unternehmensumwandlungen im weitesten Sinne gehören seit jeher zum Kernbereich der notariellen Tätigkeit. Was mit Inkrafttreten des Umwandlungsgesetzes und des Umwandlungssteuer-gesetzes zum 1.1.1995 begann, hat in jüngster Zeit nochmals besondere Dynamik entwickelt und neue Herausforderungen für den „gestaltenden Berater“ geschaffen. Insbesondere durch das 2. Änderungsgesetz zum UmwG vom 19.04.2007 und das SE-StEG 2006 hat das Umwandlungsrecht einschließlich seiner steuerrechtlichen Aspekte tiefgreifende Änderungen erfahren. Einen besonderen Schwerpunkt bilden dabei die deutlich zunehmenden Sachverhalte mit grenzüberschreitendem Hintergrund. Und ganz aktuell gewinnen Um- und Restrukturierungsvorgänge als Folge der aktuellen Finanz- und Wirtschaftskrise massiv an Bedeutung.

Der Verlag hat mit der 4. Auflage des „Lutter“ daher den idealen Zeitpunkt getroffen und ein Werk vorgelegt, das zum Umwandlungsrecht und seinen steuerrechtlichen Aspekten so gut wie keine Fragen offen lässt.

Eine mutige Behauptung? Nein, denn so, wie hier ein Autorenteam aus Wissenschaft und Praxis erläutert, kommentiert und Gestaltungsvorschläge abgibt, findet man es selten: Eine ge-lückte Verzahnung von detaillierter Erläuterung und Kritik der Rechtsnormen, Stellungnahme zu offenen Fragen und konkreten Hinweisen zur Praxis. Und das immer auf höchstem Niveau.

Beeindruckend und erfreulich auch, dass sich die Kommentie-rung der steuerrechtlichen Aspekte nahtlos in dieses Bild einfügt. Der systematische Ansatz, die steuerrechtlichen Erläuterungen zusammengefasst bei der jeweiligen Umwandlungsform vorzu-sehen, und nicht „verstreut“ bei den Kommentierungen der ein-zelnen Normen, erweist sich dabei als sehr gelungen; ebenso, wie die weitere Untergliederung in nationales und internationales Steuerrecht.

Für alle mit umwandlungsrechtlichen Fragen beschäftigten Notarinnen und Notare bleibt nur eines als Fazit:

Der „Lutter“ ist unverzichtbar, mehr denn je.

Notar Martin Jocher,
Stellv. Direktor der Notarakademie Baden-Württemberg,
Stuttgart

**Clemens Clemente, Recht der Sicherungsgrundschuld,
4. neu bearbeitete Auflage, 2008, RWS Verlag Kommunika-
tionsforum GmbH, Köln, 492 Seiten, EUR 69,-**

Grundschuldrecht ist notorisch kompliziert. Eigentlich soll die Rechtsordnung ja Komplexität reduzieren. Wenn der Gesetzge-ber allerdings keine gesetzlichen Regeln niederlegt, ist dies Ziel schwer erreichbar. Da der Gesetzgeber des deutschen Sachen-rechts die Grundschuld nur höchst rudimentär geregelt hat, fin-det man im BGB wenig Anhaltspunkte zur Reduzierung der Komplexität. Andere Mittel sind also dafür nötig. Vornehmlich wird das Recht der Sicherungsgrundschuld „faktisch“ von Rich-terrecht und AGB-Praxis geprägt. So entsteht eine komplizierte Gemengelage. Diese zu durchdringen, ist nicht leicht. Ein sehr gutes Mittel zur Durchdringung und zur Orientierung im Recht der Grundschuld ist das anzuzeigende Buch von Clemente. Es macht die komplizierte Materie verständlich, ohne das zu vereinfachen, was seinem Gegenstand nach schwierig ist. Das Buch ist auf dem Stand von Februar 2008. Die Neuerungen des Risiko-begrenzungsgesetzes sind noch nicht eingearbeitet.

Zur Struktur des Werks zunächst. Die Sicherungsgrundschuld ist in elf Teile untergliedert, in denen nach einer kurzen Einleitung die Themen Sicherheiten (Teil 2, Rn 13-286), Sicherheiten und gesi-cherter Forderung (Teil 3, Rn 287-686), Zahlung auf Forderung und Grundschuld (Teil 4, Rn 687-722), Einwendungen und Einren-den (Teil 5, Rn 723-758), Regress und Ausgleich (Teil 6, Rn 759-

788), Grundschuld in der Zwangsvollstreckung, (Teil 7, Rn 789-940), Grundschuld und Kaufvertrag (Teil 8, Rn 941-1018), Grund-schuld in der Insolvenz (Teil 9, Rn 1019-1053), Prozessuale Fra-gen (Teil 10, Rn 1054-1098) und schließlich Mitwirkungserfordernisse Dritter (Teil 11, Rn 1099-1130) behan-delt werden. Im Anhang finden sich auf über zwanzig Seiten ge-bräuchliche Formulare der Kreditwirtschaft. Das dreizehn Seiten umfassende detaillierte Inhaltsverzeichnis (S. VII – XX) macht einem das Zurechtfinden im Buch leicht. Vielleicht hätte man noch an eine kurze Inhaltsübersicht denken können. Aber ihr Fehlen stört nicht wirklich. Ein Literaturverzeichnis mit (gut) aus-gewählten Schriften und ein umfangreiches Stichwortregister runden das Buch ab.

Neben dem Haupttext werden 125 Fälle mit Lösungen dar-gestellt. Dies dient dem besseren Verständnis der zum Teil kom-plexen Rechtsprobleme. Der Verf. zitiert teilweise ausführlich Gerichtsentscheidungen im Wortlaut (Rn 293, 337, 343, 368, 376, 640 Fn 513). Dies ist angezeigt und lehrreich. Fehlt es an (ausreichenden) gesetzlichen Rechtsquellen, ist die Bedeutung des Richterrechts für die Dogmatik der Sicherungsgrundschuld besonders zu betonen. Die Lektüre der Kernpassagen wichtiger Judikate ist daher wichtig.

Verf. begleitet die Grundschuld von Anfang an bis zum Ende ihres juristischen „Lebens“. Während der Notar mit der Grund-schuld nur punktuell zu tun hat (die Abgabe der Eintragungsbe-willigung und ggf. der Zwangsvollstreckungsunterwerfung er-folgt vor ihm, er beglaubigt Abtretungserklärungen ebenso wie Löschungsbewilligungen und -anträge). Auch der Teil des dem Notar meist verborgen bleibenden Existenz der Grundschuld wird von Clemente ausgeführt. Seit die Zwangsversteigerungen von Grundbesitz im badischen Rechtsgebiet des Landes Baden-Württemberg von den Notariaten auf die Amtsgerichte übertra-gen wurden, hat der Notar hiermit nicht mehr viel zu tun. Den-noch sollte er wissen, wie das Verfahren läuft. Denn immerhin begründet er oftmals den Titel mit, der zur Einleitung des Ver-fahrens nötig ist. Wer sich einen lehrreichen, aber doch kompri-mierten Überblick über das Verfahren der Zwangsversteigerung verschaffen will, dem sei Teil 7 des Werks empfohlen.

Wenn im juristischen Sprachgebrauch von „Sicherungsgrund-schuld“ die Rede ist, ist das meist unrichtig verkürzt. Denn was wie eine reine Realsicherheit durch Verpfändung klingt, ist in Wahrheit mehr. Denn im Rahmen von Sicherungsverträgen und von Grundschuldbestellungen werden dem Sicherungsgeber meist noch weitere Sicherungsrechte eingeräumt – worauf Verf. zu recht bereits in der Einleitung Rn 11 hinweist. Die Abtretung von Rückgewähransprüchen für andere Grundschulden und die persönliche Haftungsübernahme sind dabei besonders wichtig.

Clemente unternimmt es nun nicht nur, die mehreren Kredit-sicherheiten in Teil 2 differenziert zu beschreiben (neben der eigentlichen Grundschuld in Rn 13-219, die Vollstreckbare Haftungsübernahme in Rn 223-249, die Abtretung des An-spruchs auf Rückgewähr vor- und gleichrangiger Grundschulden in Rn 250-265 und die Abtretung des Anspruchs auf Rücküber-tragung von Rückgewähransprüchen in Rn 266 f). Vielmehr zieht sich durch das gesamte Werk die Unterscheidung dieser mehre-ren Kreditsicherheiten hindurch. Diese werden immer wieder angesprochen. So finden sich etwa in Teil 3 bei Erörterung der Sicherungsabrede Einzelheiten zur Grundschuld selbst, den Grundschuldzinsen und sonstigen Nebenleistungen, der voll-streckbaren Haftungsübernahme und der Abtretung von Rück-gewähransprüchen (Rn 354-423). Mit dieser Differenzierung wird der Autor nicht nur der Rechtswirklichkeit gerecht. Er zeigt auch die Bandbreite und Problemvielfalt der Sicherungsgrund-schuld auf.

Die rechtlichen Probleme werden durchgehend verständlich ge-schildert und ausgewogen diskutiert. Auch Nuancen geht der Verf. nicht aus dem Weg, sondern nimmt sie auf. Dies zeigt sich etwa bei der Erörterung der Frage, ob eine kumulative Ausnut-zung der beiden Kreditsicherheiten Grundschuld und Haftungs-übernahme zulässig ist (Rn 386 ff). Dies ist für den Gläubiger von Bedeutung, wenn die gesicherten Forderungen höher sind als der Betrag von Grundschuld und Sicherungsschuldanerkenntnis. Zutreffend wird als Ausgangspunkt der Beantwortung die

getroffene Vereinbarung erkannt (Rn 387). Verf. zeigt die uneinheitliche und divergierende Rechtsprechung der verschiedenen Senate des Bundesgerichtshofs auf. Er kommt zum Ergebnis, dass eine formulärmäßige Verdoppelung der Haftung als überraschend unzulässig ist und nur individuell ausgehandelt werden kann (Rn 389). Verf. folgert anschließend, dies „Verbot“ der kumulativen Ausnutzung von Grundschuld und Haftungsübernahme führe dazu, dass keine von der Inhaberschaft der Grundschuld unabhängige Haftung geschaffen werden könne (Rn 391 mN auf BGH WM 1999, 1616). So sei bei einem Auseinanderklaffen zwischen Inhaber der Grundschuld und Inhaber der Haftungsübernahme infolge Abtretung dem letztgenannten Gläubiger ein Vorgehen untersagt. Denn eine von der Inhaberschaft der Grundschuld unabhängige Haftung sei nicht gewollt. Hierfür spricht sicher manches. Ob es dennoch richtig ist, darüber kann man streiten. Denn immerhin sind – anerkanntermaßen – Grundschuld und Haftungsübernahme rechtlich unabhängig voneinander. Die Haftungsübernahme ist nicht Anhängsel der Grundschuld, das bei deren Übertragung automatisch mitliefe. Die Übertragungsakzessorietät von § 401 BGB gilt gerade nicht. Das Sicherungsschuldneranerkennnis ist abstrakt von der Grundschuld (und natürlich auch von der gesicherten Hauptforderung).

Deutlich wird die gute Anordnung und Diskussion des Stoffes auch bei der Darstellung der Verwertung der Grundschuld (Teil 3 D und Teil 7). Gesetzlich geregelt ist nur der Fall der Verwertung durch Zwangsvollstreckung. Der dingliche Anspruch aus §§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB ist auf „Duldung der Zwangsvollstreckung“ gerichtet. Nicht gesetzlich geregelt ist die Frage nach der Zulässigkeit dessen, was gemeinhin als „freihändige Verwertung“ bezeichnet wird (Rn 625, 627 ff). Manchem Gläubiger ist die gesetzlich vorgesehene Verwertung zu beschwerlich, zu langsam oder aus anderen Gründen unangenehm. Er wird daran denken, seine Rechte statt dessen entgeltlich zu veräußern. Drei Alternativen kommen hierbei in Betracht: Übertragung nur der Grundschuld, Übertragung nur der Forderung und Übertragung von Grundschuld und Forderung. Bei isolierter Abtretung eines der Rechte droht dem Schuldner/Eigentümer wegen Gläubigerdivergenz eine Doppelinanspruchnahme (Rn 629, 632). Anhand der einschlägigen Rechtsprechung und der Formularpraxis (vgl. nur Rn 633 f mit Fn 507 f) erörtert Clemente die Zulässigkeit der gemeinsamen Verwertung von Grundschuld und Forderung bei Abwesenheit einer ausdrücklichen Vereinbarung hierzu. Mit guten Gründen verneint er dies wegen Unvereinbarkeit mit dem Treuhandverhältnis (Rn 639). Auch wenn durch die – nach Erscheinen des Buches verabschiedete und in Kraft getretene – Neuregelung von § 1191 Abs. 1 a BGB der Eigentümer dem Grundschuldgläubiger nunmehr immer sicherungsvertragliche Einreden entgegenhalten kann, ist das Problem nicht gelöst. Schon für andere Einreden etwa (§ 821 BGB), gilt die Norm nicht.

Überzeugend sind die Ausführungen Clementes zur Unzulässigkeit der Abtretung nicht valutierter Grundschuldteile (Rn 640 ff). Wenn bei Eintritt des Sicherungsfalls die Forderung und die Grundschuld abgetreten werden, ist das für den Eigentümer riskant, soweit die Grundschuld – wie wegen des hohen Zinsanfalls im Regelfall – die Forderung übersteigt. Hier wäre allerdings vielleicht ein Hinweis für die sich daraus ergebenden Gefahren auch für Veräußerer und Erwerber der Rechte nützlich gewesen. Nicht nur dem Eigentümer/Schuldner drohen hier Gefahren. Dies zeigt das in Fall 70, Rn 627 gebrachte Beispiel. Erwirbt etwa der Aufkäufer einer Forderung von € 70.000,00 diese samt Grundschuld über € 100.000,00 mit rückständigen Zinsen von jährlich 18 % seit 2001, so beläuft sich die Grundschuld auf ca. € 200.000,00. Fehlte es dem Käufer am guten Glauben hinsichtlich des Sicherungscharakters der Grundschuld, so konnte ihm der Eigentümer schon nach alter Rechtslage die Einrede der Rückgewähr entgegenhalten (§§ 1157, 1192 Abs. 1 BGB). Nach § 1191 Abs. 1 a BGB gilt dies nun für jede sicherungsvertragliche Einrede unabhängig von einer Kenntnis des Erwerbers. Der Neugläubiger kann also seine Darlehensforderung nur Zug-um-Zug gegen Freigabe des nicht valutierten Teils der Grundschuld geltend machen. Die Durchsetzung ist ggf. verzögert. Der Verkäufer von Forderung und Grundschuld wiederum muss sich darauf verlassen, dass sein Käufer die Grundschuld nicht in der Form verwertet, dass er mehr einnimmt, als ihm nach der Hauptforderung zusteht. Denn für den hierdurch entstehenden Schaden

haftet der ursprüngliche Darlehensgläubiger seinem Schuldner und Sicherungsgeber auf Schadensersatz.

Man merkt dem Werk an, dass der Verf. in seinem Thema „zuhaus“ ist. Er verbindet den Blick für praktische Fragen mit dogmatischer Präzision.

Dass die (wenigen) Neuerungen im Grundschuldrecht des BGB, die das Risikobegrenzungs-gesetz Ende vergangenen Jahres gebracht hat, naturgemäß nicht eingearbeitet sind, schmälert den Nutzen des Buches kaum. Dazu sind zum einen die Änderungen im Gesetzesrecht zu gering ausgefallen und zu marginal. Zum anderen ist das Buch zu umfangreich und zu gehaltvoll, als dass der geringe Bereich, der durch die neuen Vorschriften überholt sein mag, besonders ins Gewicht fiele.

Im Ergebnis muss festgehalten werden: Clementes Sicherungsgrundschuld ist mehr als rundum gelungen. Wer sich ernsthaft mit dem komplexen Bereich der Sicherungsgrundschuld beschäftigen will, kommt an diesem Buch nicht vorbei.

Dr. Johann Andreas Dieckmann, Notar, Notariat 3 Freiburg i.Br.

Müller/Renner: Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügung, 2. Auflage 2007, ZAP Verlag, ZNotP Schriften für die Notarpraxis, ca. 313 Seiten, kartoniert, mit CD-Rom, EUR 38,-

Rund zwei Jahre nach der überaus erfolgreichen 1. Auflage ist die Folgeauflage mit nennenswert gewachsenem Umfang anzusehen.

Das Buch gliedert sich in vier Teile:

Teil 1 ist dem Betreuungsrecht gewidmet, Teil 2 den Vorsorgeverfügungen, Teil 3 den Sonderfragen (IPR und Betreuung und Vorsorgevollmacht; Vorsorgevollmacht des Unternehmers), Teil 4 enthält Formulierungsmuster.

Abgerundet wird das Werk mit einem Anhang zum Vorsorgeregister (einschl. der Gebührensatzung).

Im 1. Teil sind insbesondere und anschaulich das zweite Betreuungsrechtsänderungsgesetz als auch die Person des Betreuten im Rechtsverkehr umfassend dargestellt. Das Buch schlägt hier insbesondere aus seiner Aktualität Kapital.

Aus notarieller Sicht sind im 1. Teil insbesondere die Ausführungen zur Pflichtschenkung und zur Ausstattung interessant. Darüber hinaus wird den in der notariellen Praxis immer häufiger auftretenden Fällen des Widerrufs wechselbezüglicher oder vertragsmäßiger Verfügungen gegenüber dem Betreuer im Fall der Geschäftsunfähigkeit des Betreuten breiter Raum eingeräumt.

Die Vorsorgeverfügungen werden im Teil 2 umfassend -und wiederum absolut aktuell- dargestellt. An seine Grenzen gerät das Buch im Rahmen des Patiententestaments selbstredend dort, wo der Gesetzgeber seine Arbeit bis zum heutigen Tage nicht getan hat: es fehlt bis heute eine gesetzliche Regelung zum Patiententestament. Diese für die Praxis missliche Situation wurde durch die Reformdiskussionen der vergangenen Jahre als auch die mehreren Gesetzesinitiativen sowohl in 2007 als auch in 2008 eher noch gefestigt.

Von ebenfalls ganz erheblicher praktischer Bedeutung ist die Frage, ob Patientenverfügungen von Zeit zu Zeit „erneuert“ werden müssen. Über mehrere Seiten hinweg wird völlig zu Recht dargestellt, dass das grundsätzlich nicht erforderlich ist. Zur Erreichung weitest möglicher Sicherheit wird sogar ein Formulierungsmuster zur Hand gegeben.

Im 3. Teil wird unter anderem die Bedeutung und Anerkennung der Vorsorgevollmacht als auch der Patientenverfügung für verschiedene europäische Länder dargestellt (etwa Schweiz, Österreich, Frankreich, Spanien).

Wohl den breitesten Raum eines einzelnen Abschnitts nimmt im Rahmen des 3. Teils die Vorsorgevollmacht für den Unternehmer ein. Unter strikter Trennung von Innen- und Außenverhältnis werden nahezu alle Facetten der möglichen Einsätze einer Vorsorge-

vollmacht in diesem Bereich dargelegt. Erst bei der Lektüre wird so richtig deutlich, wie wenig Beachtung diesen mit der Unternehmensvollmacht einhergehenden Besonderheiten in der Literatur bisher zu Teil wurde.

Die umfangreichen Formulierungsmuster im 4. Teil sind zur Verwendung absolut geeignet. Aber selbst denjenige Rechtsanwender, der bereits ein umfassendes Repertoire an „Mustern“ hat, wird noch einzelne Passagen finden, mit deren Übernahme der eigene Bestand jedenfalls punktuell verbessert werden kann.

Fazit: ein aktuelleres und ebenso notarspezifisches Werk dürfte in dieser Form nicht vorhanden sein. Und obwohl die Ausführungen zum Betreuungsrecht im wesentlichen dazu dienen, die Ausführungen zu den Vorsorgeverfügungen „verständlich“ zu machen, dürften selbst die Vormundschaftsgerichte aufgrund der vorzüglichen Darstellung der Themenschnittstellen ebenso primär Adressat dieses Buches sein. Die Notarschaft ist es allemal.

Achim Brenner, Notarvertreter, Aalen

Heinrich Hübner, Erbschaftsteuerreform 2009, Gesetze, Materialien, Erläuterungen, Verlag C.H. Beck, München, 2009, ISBN 978-3-406-57735-2, XX und 560 Seiten, EUR 48,-

Der Erwerb von Vermögen durch Erbfall kann dazu führen, dass die Erben Erbschaftsteuer zahlen müssen.

Ob und in welcher Höhe Erbschaftsteuer zu entrichten ist, richtet sich zum einen nach dem Verwandtschaftsverhältnis des Erben zum Erblasser und zum anderen nach der Höhe der Erbschaft. Je näher der Erbe dem Erblasser familiär steht, desto geringer ist der Steuersatz.

Zunächst wird der Nettowert des erworbenen Vermögens ermittelt. Dies gilt unabhängig davon, ob jemand als Erbe eingesetzt ist, ihm ein Vermächtnis zugewandt wurde oder er Pflichtteilsansprüche geltend macht. Wichtig ist dabei, dass vom Wert des erworbenen Vermögens Freibeträge abzuziehen sind, die den steuerpflichtigen Erwerb im Einzelfall erheblich vermindern können.

Grundsätzlich erfolgt die Bewertung der einzelnen Gegenstände nach dem gemeinen Wert (Verkehrswert). Bei der Ermittlung diesen Verkehrswerts für Grundstücke gelten Besonderheiten. Hier hat das Bundesverfassungsgericht im November 2006 (Az. 1 BvL 10/02 = NJW 2007, 573 = ZEV 2007, 76) entschieden, dass das Erbschaftsteuerrecht in seiner früheren Ausgestaltung verfassungswidrig war. Die Berechnung der Erbschaftsteuer bei Betriebsvermögen, Grundvermögen und Anteilen an Kapitalgesellschaften verstieß nach dieser Entscheidung gegen den Gleichheitssatz der Verfassung, da früher an Werte angeknüpft wurde, die teilweise erheblich unter dem gemeinen Wert dieser Vermögensgegenstände lagen. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Gesetzgeber aufgegeben, bis zum 31. Dezember 2008 eine Verfassungsgemäße Neuregelung zu treffen. Bis zu diesem Zeitpunkt galt das bisherige Gesetz weiter.

Mit dem Erbschaftsteuerreformgesetz, dem nach der Verabschiedung im Bundestag am 27. November 2008 am 5. Dezember 2008 auch der Bundesrat zugestimmt hat, ist der Gesetzgeber dieser Verpflichtung nachgekommen.

Umfänglich stellt der von Hübner unter Mitarbeit von Tremel und Wiegand bearbeitete Band den Gesetzestext und die Materialien zusammen und enthält darüber hinaus erste Erläuterungen des neuen Rechts.

In Teil 1 (Seite 1 bis 103) werden zunächst der Text des Erbschaftsteuergesetzes und des Bewertungsgesetzes vorangestellt. Teil 2 (Materialien, Seite 103 bis 378) enthält zunächst die genannte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 7. November 2006, den Allgemeinen Teil der Begründung des Regierungsentwurfs und den Bericht des Finanzausschusses. In dem mit „Besonderer Teil“ überschriebenen Abschnitt dieses Teils werden die Änderungen des Erbschafts- und Steuerschenkungsgesetzes und des Bewertungsgesetzes im Einzelnen mit den jeweiligen Begründungen dargestellt. Auch die weiteren gesetzgeberischen Änderungen sind abgedruckt.

Teil 3 des Bandes enthält sodann erste Erläuterungen der neuen Rechtslage (Seite 379 bis 580). Folgen und Probleme des neuen Rechts werden eingehend auf den Seiten 385 ff. aufgezeigt. So sprechen die Autoren auf S. 396 bspw. von einem „dramatischen Problemfeld“ bei gesellschaftsvertraglichen Abfindungsbeschränkungen und stellen die wesentlich höhere Besteuerung von im Rahmen des Ausscheidens von Gesellschaftern anwachsenden Beteiligungen dar.

Sodann werden die Änderungen des Erbschaftsteuerreformgesetzes gegenüber dem bisher geltenden Recht im einzelnen dargestellt. Hierbei liegt der Schwerpunkt auf den Verschonungsbestimmungen zum Betriebsvermögen und der Begünstigung von Wohnimmobilien. Die Neuerungen im Bewertungsgesetz werden umfassend behandelt.

Hübner, Tremel und Wiegand stellen das neue Erbschaftsteuer- und Bewertungsrecht umfassend und verständlich dar. Hierbei beschränken sich die Autoren nicht lediglich auf die Wiedergabe der Gesetzesbegründung, sondern gehen an vielen Stellen ins Detail, was für ein Buch der ersten Stunde keine Selbstverständlichkeit ist. Zweifelsfragen werden herausgestellt und einer vertretbaren Lösung zugeführt.

Zusammenfassend ist das Werk in der Praxis hervorragend geeignet, sich sowohl einen Überblick über sämtliche Neuerungen des Erbschaftsteuer- und Bewertungsrechts zu verschaffen, als auch auftretende Detailprobleme des neuen Rechts zu erkennen und einer Lösung zuzuführen. Es kann uneingeschränkt zum Kauf empfohlen werden.

Als besonders verdienstvoll wird sich sicherlich in der Praxis der Umstand erweisen, dass das Buch alle Materialien systematisch erschließt und dem Leser geordnet nach den einzelnen Vorschriften zur Verfügung stellt. Gerade vor dem Hintergrund der Tatsache, dass entsprechende Verwaltungsvorschriften derzeit erst im Entstehen sind und es voraussichtlich noch einige Zeit dauern wird, bis die höchstrichterliche Rechtsprechung Gelegenheit erhält, die in der Praxis auftauchenden Zweifelsfragen zu klären, liefert die Publikation von Hübner das nötige Rüstzeug, um selbst im Einzelfall sachgerechte Lösungen zu erarbeiten.

StA Dr. Peter M. Röhm, Justizministerium Baden-Württemberg, NV Daniel Schaal, Notarakademie Baden-Württemberg

Impressum

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

Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte € 7,- einschließlich USt zusätzlich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: Gaiser Print Media GmbH, Im Spagen 5, 73527 Schwäbisch Gmünd (Tel. 07171/9702-0, Fax 07171/9702-30).