

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

1/2010

Februar
Seiten 1-44

Inhalt

Abhandlungen

Böhringer
Auswirkungen des FamFG auf das
Grundbuchverfahren.....2

Fröhler
Der Interessenausgleich zwischen Verfügungsfreiheit
und Schutz der Apothekeninhabererbren12

Lutz
Hinweise für den Vertragsgestalter bei einer grenz-
überschreitenden Verschmelzung unter dem be-
sonderen Gesichtspunkt der Hinausverschmelzung..23

Rechtsprechung..... 36

Buchbesprechung..... 37

Aktuelles im IPR/aus dem Ausland40

BWNotZ-Inhaltsverzeichnis und Einbanddecke 2008/2009

Das Inhaltsverzeichnis für die BWNotZ-Jahr-
gänge 2008/2009 liegt diesem Heft bei.

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

Der Preis pro Einbanddecke beträgt 11,- EUR.

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

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abhandlungen	
Prof. Walter Böhringer, Notar a.D., Heidenheim Auswirkungen des FamFG auf das Grundbuchverfahren	2
Dr. Oliver Fröhler, Notar, Titisee-Neustadt Der Interessenausgleich zwischen Verfügungsfreiheit und Schutz der Apothekeninhabererbten	12
Timo Lutz, Württ. Notariatsassessor, Stuttgart Hinweise für den Vertragsgestalter bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung unter dem besonderen Gesichtspunkt der sog. Hinausverschmelzung	23
Rechtsprechung	
Erbrecht	
OLG München, 28.07.2009 – 31 Wx 28/09 Zur Richtigkeitsvermutung der Orts- und Zeitangaben in einem privatschriftlichen Testament	36
Buchbesprechungen	
Müller/Rödter: Beck'sches Handbuch der AG (Böhringer)	37
Prütting/Helms (Hrsg): FamFG mit FamGKG (Sandweg)	38
Norbert Gross, Josef Kohler. Lebenspfade eines badischen Universaljuristen (Dieckmann)	38
Spiegelberger, Unternehmensnachfolge (Brenner)	39
Kroiß/Everts/Poller: GmbH-Registerrecht (Böhringer)	39
Aktuelles im IPR/aus dem Ausland (Schaal)	40

Auswirkungen des FamFG auf das Grundbuchverfahren

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

Das Zusammenspiel zwischen dem FamFG und der GBO ist nicht frei von Reibungspunkten und bedarf noch mancher Klärung in Wissenschaft und Rechtsprechung, auch wenn die Grundbuchmaterie im Kern unverändert geblieben ist. Die Bestimmungen des allgemeinen Teils des FamFG werden dem Grundbuchverfahren in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht. Zunächst sind die Regelungen zur Form der Gerichtsentscheidung und zum Wirksamwerden (§§ 38, 40 FamFG) auf das Grundbuchverfahren nicht übertragbar, weswegen die Grundbuchordnung Sondervorschriften zur Entscheidung und zum Wirksamwerden enthält. Zwischenverfügungen in Grundbuchsachen bleiben nach wie vor gemäß § 18 GBO zulässig. § 18 GBO enthält eine Ausnahme vom Grundsatz des § 58 FamFG, wonach nur Endentscheidungen anfechtbar sind. Das Rechtsmittelrecht wurde etwas modifiziert. Festzustellen bleibt, dass die GBO als weitgehend geschlossene Verfahrensordnung neben dem ab 1.9.2009 geltenden FamFG bestehen bleibt. Einige Kollisionspotentiale sollen dargestellt werden.

I. Zuständigkeiten

Die örtliche Zuständigkeit regelt die Zuweisung der Aufgaben in Grundbuchsachen für ein bestimmtes Grundstück an das Amtsgericht eines bestimmten Ortes und bestimmt sich nach § 1 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 GBO. Ergänzend kommt § 2 FamFG in Betracht. Für die Wirkung der Handlungen durch ein örtlich unzuständiges Grundbuchamt ist § 2 Abs. 3 FamFG maßgebend, wonach gerichtliche Handlungen (z. B. Eintragungen, Entscheidungen wie Zurückweisung oder Zwischenverfügung, Erteilung von Grundpfandrechtsbriefen) nicht aus dem Grund unwirksam sind, weil sie von einem örtlich unzuständigen Gericht vorgenommen sind.

Liegt ein Grundstück im Bezirk mehrerer Grundbuchämter, so wird das zuständige Amtsgericht nach § 5 Abs. 1 FamFG durch das nächsthöhere gemeinsame Gericht bestimmt (§ 1 Abs. 2 GBO). Sind die Grundbuchämter in verschiedenen Oberlandesgerichtsbezirken, so ist nicht der Bundesgerichtshof zuständig, sondern dasjenige OLG, in dessen Bezirk das zuerst mit der Sache befasste Grundbuchamt liegt (§ 5 Abs. 2 FamFG). Mit der Sache befasst ist das Grundbuchamt in Antragsverfahren mit Stellung eines Antrags, im Amtsverfahren mit dem Eingang einer Mitteilung oder Kenntnisnahme von Umständen, die ergeben, dass das Gericht von Amts wegen tätig werden muss.

II. Beteiligte in GB-Sachen und Vertretungsbeschränkungen

Problematisch erscheint die Anwendung des § 7 FamFG im Grundbuchverfahren. Das Grundbuchverfahren ist nämlich

geteilt in das Antrags- und das Amtsverfahren. In dem auf eine Rechtsänderung gerichteten Antragsverfahren nach §§ 13 ff. GBO kommt es nun zu Konfliktsituationen mit § 7 FamFG.

1. Antragsverfahren

a. Verlierender Teil als Antragsteller

Stellt der **verlierende** Teil den Eintragungsantrag, so wäre er auch nach § 7 Abs. 1 FamFG am Eintragsverfahren beteiligt. Der gewinnende Teil ist durch den Vollzug des Eintragungsantrags materiell-rechtlich betroffen, sodass auch er gem. § 7 Abs. 1 Nr. 2 FamFG am Verfahren zu beteiligen wäre.¹ Dies kollidiert mit der bedeutsamsten Bestimmung des Grundbuchsrechts, nämlich der Regelung des § 19 GBO. Eine Hinzuziehung des gewinnenden Teils ist abzulehnen.² Eine solche Hinzuziehung wäre ein Rückfall in die Zeit vor dem Inkrafttreten des BGB und der GBO, denn die Erfahrung mit der Preußischen Hypothekenordnung von 1783 hatte gezeigt, dass die umfassende Prüfung des der Eintragung zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts zu einem langwierigen und schwerfälligen Eintragsverfahren führte.³ § 19 GBO will Erleichterungen für den Grundbuchverkehr schaffen. Durch die Regelung in § 19 GBO erleidet nur der verlierende Teil (die bewilligende Person) materiell-rechtliche Nachteile. Es ist deshalb gerechtfertigt, lediglich ihn am Eintragsverfahren mitwirken zu lassen. Die wenigen Fälle, in denen eine verfahrensrechtliche Mitwirkung auch des gewinnenden Teils erforderlich ist, deckt die Zustimmung nach § 22 Abs. 2, § 27 S. 1 GBO ab.⁴ In den besonders bedeutsamen Fällen des § 20 GBO hat das Grundbuchamt den Nachweis der Einigungserklärungen zu verlangen.

b. Gewinnender Teil als Antragsteller

In Grundbuchsachen kommt es auch vor, dass nur der gewinnende Teil den Antrag stellt, eine Bewilligung des verlierenden Teils zu vollziehen. Praxisfremd wäre hier zu fordern, dass das Grundbuchamt erst eintragen darf, wenn es zuvor den verlierenden Teil angehört oder sonstwie förmlich zum Verfahren „hinzugezogen“ hat. Eine Anwendung des § 7 FamFG entspricht nicht den Eigenarten des grundbuchrechtlichen Antragsverfahrens und sollte daher unterbleiben.⁵ In der Bewilligung ist der Wille des Betroffenen auf die Gestattung der Grundbucheintragung gerichtet. In der Regel wird man die Eintragungsbewilligung dahingehend auslegen können, dass sie zugleich einen Verzicht auf förmliche Beteiligung am Verfahren bis zur Eintragung enthält. Bei Bewilligung

¹ Holzer, ZNotP 2009, 122, 131.

² So auch Wilsch, NotBZ 2009, 313, 314; Holzer, ZNotP 2009, 122, 130.

³ Wilsch, NotBZ 2009, 313, 314; Hügel/Holzer § 19 Rn. 1 GBO.

⁴ Ebenso Hügel/Holzer § 19 Rn. 3 GBO.

⁵ Ebenso Holzer, ZNotP 2009, 122, 131.

gen, die gemäß § 894 Abs. 1 ZPO fingiert werden, fällt das allerdings schwer. Gleiches gilt für die Vornahme von Zwangseintragungen, bei denen der Vollstreckungstitel die Eintragungsbewilligung ersetzt. Es ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn die Gewährung rechtlichen Gehörs nachträglich erfolgt. Bei einer Zwangsvollstreckungsmaßnahme kann dies sogar geboten sein, um den Erfolg der Zwangsvollstreckung nicht zu gefährden; es muss allerdings auch gewährleistet sein, dass dem Vollstreckungsschuldner effektiver Rechtsschutz gegen die ohne rechtliches Gehör erfolgte Zwangsvollstreckungsmaßnahme zuteil wird.⁶

Nur bei einem schwerwiegenden Mangel ist nach dem für nichtige Staatsakte geltenden Grundsatz (§ 44 VwVfG) eine Eintragung im Grundbuch unwirksam. Zieht das Grundbuchamt einen Muss-Beteiligten⁷ fehlerhafterweise nicht zum Verfahren hinzu, so gefährdet dies eine dennoch erfolgte Eintragung jedenfalls nicht, auch wenn formelles Recht verletzt worden ist. Die Eintragung ist wirksam und sie ist trotz des Verfahrensfehlers nicht angreifbar.⁸

2. Amtsverfahren

Bestimmte Verfahrensarten sind in der GBO als Amtsverfahren ausgestaltet, so z. B. das Verfahren auf Durchführung einer Amtslöschung oder auf Eintragung eines Amtswiderspruchs (§ 53 GBO) sowie das Verfahren zur Löschung einer Eintragung wegen Gegenstandslosigkeit (§§ 84 ff. GBO) und das sogen. Rangklarstellungsverfahren (§ 90 GBO). In den Amtsverfahren muss als Beteiligter mit einbezogen werden, wer durch das Verfahren in seiner materiellen Rechtsstellung betroffen werden könnte. Im Amtslöschungsverfahren sind Beteiligte der Berechtigte des zu löschenden Rechts und jeder, der ein Recht an dem zu löschenden Recht hat sowie der Grundstückseigentümer. Beim Amtswiderspruch sind Beteiligte der eingetragene Buchberechtigte, diejenigen Personen, denen ein Recht an dem unrichtig eingetragenen Recht zusteht und derjenige, zu dessen Gunsten der Amtswiderspruch einzutragen ist, z. B. der Grundstückseigentümer.⁹ Da die Gefahr zwischenzeitlicher Verfügungen des zu Unrecht Eingetragenen droht und deshalb das Verfahren der Beschleunigung bedarf, ist das rechtliche Gehör in der Regel nicht vor der Eintragung des Amtswiderspruches zu gewähren,¹⁰ insoweit ist der Beteiligtenbegriff des FamFG in diesem Amtsverfahren nicht uneingeschränkt zu verwenden. Im Rangklarstellungsverfahren enthält § 92 GBO in Abweichung vom Amtsermittlungsgrundsatz des § 26 FamFG eine gewisse Erleichterung für das Grundbuchamt; die Beteiligten sind in § 92 GBO direkt genannt, die Vorschrift ist *lex specialis* zum FamFG.

Soweit materiell nicht am Grundbuchverfahren beteiligte Personen „Anträge“ stellen, z.B. auf Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 S. 1 GBO, sind sie nicht als Antragsteller i. S. von § 7 Abs. 1 FamFG anzusehen, weil ihrer Anregung keine verfahrensleitende Wirkung zukommt. In der GBO ist auch nicht vorgesehen, dass sie zum Verfahren hinzugezogen werden, sodass sie auch nach § 7 Abs. 3 FamFG

nicht zu beteiligen wären, selbst wenn das Grundbuchamt dies für notwendig hält. Dem Grundbuchamt bleibt aber die Möglichkeit, die Anhörung nach Art. 103 Abs. 1 GG vorzunehmen. Festzuhalten bleibt die Erkenntnis, dass der Beteiligtenbegriff auch in den Amtsverfahren des Grundbuchrechts nicht ohne weiteres anwendbar sein kann.¹¹

III. Gesetzgeberische Klarstellungen bei Vertretungsbefugnis

1. Rechtssituation

Nach § 10 Abs. 2 FamFG (früher § 13 Abs. 2 FGG) können sich die Beteiligten im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur durch bestimmte Personen, die vertretungsbefugt sind, wie z. B. Rechtsanwälte, Beschäftigte und Familienangehörige, durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen. Darüber hinaus sind als Bevollmächtigte auch Notare vertretungsbefugt. Auch Beschäftigte der Prozesspartei sowie eines mit ihr verbundenen Unternehmens, unentgeltlich tätige Familienangehörige, unentgeltlich tätige Volljuristen und unentgeltlich tätige Beteiligte und Streitgenossen gehören zum Kreis der privilegierten Vertreterpersonen. Angestellte der Notare gehören nicht zum Kreis der in § 10 Abs. 2 FamFG genannten Personen. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, nur solche Personen als Vertreter vor Gericht zuzulassen, die aufgrund ihres Berufs, ihrer Qualifikation oder Amtsstellung Gewähr bieten, den Sach- und Streitstand sachgerecht darzustellen.

Seit 2008 sind Zweifel an den Rechtsgrundlagen für die Vertretung bei dem materiell-rechtlichen und grundbuchverfahrensrechtlichen Rechtsgeschäft durch die Neufassung von § 13 FGG aufgetaucht. Die Praxis ignorierte überwiegend die unklare Fassung von § 13 FamFG. Auch beurkundungsverfahrensrechtlich ergaben sich Zweifelsfragen, auch wenn überwiegend keine Einschränkungen für die Vertretung eines Beteiligten angenommen wurden.

Stets ist zu unterscheiden zwischen der Vertretung bei der materiell-rechtlichen Gestaltung (§§ 164 ff. BGB) und dem verfahrensrechtlichen Vertreter-Handeln gegenüber dem Grundbuchamt, Registergericht und sonstigen gerichtlichen Abteilungen. Nur das verfahrensrechtliche Handeln unterliegt dem Vertretungsverbot.

2. Klarstellung in § 15 Abs. 1 GBO für Grundbuchverfahren

a. Erweiterung des vertretungsberechtigten Personenkreises

Der Gesetzgeber hat im Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht vom 30. Juli 2009¹² die erforderliche Klarstellung vorgenommen und in § 15 Abs. 1 GBO eindeutig festgelegt, dass die Vertragsbeteiligten sich gegenseitig bevollmächtigen können (z.B. Vollmacht für Auflassung, Vertragsergänzungen, Finanzierungsgrundpfandrechte). Auch für vor dem 1.9.2009 eingereichte Grundbuchbewilligungen kommt es nicht zu einer Vertretungsbeschränkung (Art. 111 Abs. 1 FGG-Reformgesetz).¹³

⁶ Dazu Mensch, Rpfleger 2009, 609.

⁷ Zum Beteiligten-Begriff Holzer, ZNotP 2009, 122.

⁸ Ebenso Bolkart, MittBayNot 2009, 275.

⁹ Meikel/Streck § 53 Rn. 38 GBO.

¹⁰ BVerfG 24.7.1957 BVerfGE 7, 95, 99; BVerfG 8.1959 BVerfGE 9, 89, 98; BGH NJW 1984, 2166 = Rpfleger 1984, 363 = WM 1984, 1032; Meikel/Streck § 53 Rn. 39 GBO.

¹¹ Ebenso Holzer, ZNotP 2009, 122, 131.

¹² Art. 9 Abs. 4 (BGBl. 2009 I, 2449, 2472).

¹³ Meyer/Bormann, RNotZ 2009, 470, 473.

Der neue § 15 Abs. 1 GBO stellt klar, dass öffentlich beglaubigte und unmittelbar eintragungsrelevante Erklärungen auch von solchen Personen abgegeben werden können, die nicht zum vertretungsberechtigten Personenkreis des § 10 Abs. 2 FamFG gehören. Die Klarstellung ist erfolgt, weil bisher zu § 13 Abs. 2 FGG (wortgleich mit § 10 Abs. 2 FamFG) normzweckorientierte Auslegungszweifel bestanden, ob Grundbucheintragungen und Registeranmeldungen vom sachlichen Anwendungsbereich der Norm umfasst sind. Durch die Klarstellung soll erheblichen praktischen Bedürfnissen Rechnung getragen werden.

Für die Zulassung anderer als der in § 10 Abs. 2 FamFG genannten Personen bei der Abgabe von Grundbucheintragungen besteht ein erhebliches praktisches Bedürfnis, denn in vielen Fällen findet in der Notarpraxis eine Vertretung durch Personen statt, die gem. § 10 Abs. 2 FamFG nicht vertretungsberechtigt wären. Durch die neutrale Formulierung im neuen § 15 Abs. 1 GBO „können sich ... vertreten lassen“ kommt zum Ausdruck, dass sowohl Vertretung durch Bevollmächtigte als auch – praktisch noch relevanter – vollmachtlose Vertretung zulässig ist.

b. Anwendungsbereich

aa. Eintragungsrelevante Erklärungen

Durch die Neufassung des § 15 GBO hat sich an der Zulässigkeit der Vertretung in Eintragungsverfahren grundsätzlich nichts geändert. Die allgemeine Regelung in § 10 FamFG über die rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis lässt die spezielleren Regelungen über die Vollmacht in der GBO (§§ 15, 30, 31 GBO) unberührt. Jedoch ist zu beachten: die Beschränkungen des § 10 Abs. 2 FamFG dienen der Qualitätssicherung und damit auch den Interessen des vertretenen Beteiligten. Dieser Schutzzweck wird dadurch erreicht, dass die Vertretung durch weitere Personen nur zugelassen wird, wenn die Erklärung in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form abgegeben wird.

Die Formulierung in § 15 Abs. 1 S. 1 GBO lehnt sich an den Wortlaut des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO an. Damit wird deutlich, dass vom sachlichen Anwendungsbereich der Norm nur unmittelbar eintragungsrelevante Erklärungen, also insbesondere Eintragungsbewilligungen und Anträge, ebenso deren Rücknahme (Arg.: actus contrarius), erfasst werden. Nach § 15 Abs. 1 GBO wird die Vertretung durch weitere Personen über § 10 FamFG hinaus aber nur zugelassen, wenn die Erklärung in öffentlicher (notarielle Beurkundung oder gerichtlicher Vergleich) oder öffentlich beglaubigter Form (§§ 128, 127a, 129 BGB) abgegeben wird. Dabei spielt es keine Rolle, ob der Notar den Entwurf der Erklärungen gefertigt und unterschriftsbeglaubigt oder nur eine reine Unterschriftsbeglaubigung vorgenommen hat. Damit können künftig Erwerbs-, Veräußerungs- und Finanzierungsvollmachten sowie andere Arten von Vollmachten (Vollzugsvollmachten) im traditionellen Umfang verwendet werden.

Anwendungsfall:

Erben des noch im Grundbuch eingetragenen Eigentümers verkaufen das Grundstück und erteilen dem Notarmitarbeiter umfassende Vollzugsvollmacht, auch zur Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten. Ehe die Grundschuld eingetragen werden kann, muss noch die Voreintragung der Erben veranlasst werden, was der Notarmitarbeiter mit einer Antragstellung nach § 13 GBO und Vorlage des Erbscheins gesondert in einer privatschriftlichen Urkunde erledigt. Kann er dies, weil er ja keine beurkundete oder beglaubigte Erklärungen abgibt?

Wäre der Fall anders, wenn er in der Grundschuldbestellungsurkunde die Voreintragung und die Eintragung der Grundschuld beantragt - jetzt würde er ja den Antrag in einer Urkunde nach §§ 128, 129 BGB stellen. Aus den Gesetzesmotiven kann nur beiläufig entnommen werden, dass der Bevollmächtigte auch Anträge stellen darf, muss dafür dann die Form §§ 128, 129 BGB eingehalten werden?

Auch ein bloßer (Berichtigungs-) Antrag ist eine „sonstige Erklärung, die zu der Eintragung erforderlich ist“ im Sinne von § 15 Abs. 1 GBO. Zu § 29 GBO und dessen Verhältnis zu § 30 GBO ist dies ja umstritten. Zu § 15 Abs. 1 GBO stellt die Gesetzesbegründung¹⁴ einigermaßen klar, dass im Rahmen von § 15 Abs. 1 GBO auch Anträge unter die Tatbestandsmerkmale „sonstige Erklärungen, die zu der Eintragung erforderlich sind“, zu subsumieren sind. Im Übrigen unterstellt die Neuregelung in § 15 Abs. 1 GBO teleologisch bei unterschriftsbeglaubigten und beurkundeten Erklärungen ausreichend eine bestimmte Qualitätssicherung und macht deswegen eine Ausnahme von § 10 Abs. 2 FamFG. Ausgehend von diesem Normzweck kommt es - wie auch im Wortlaut ausgedrückt - nur darauf an, ob die Vertreterklärung tatsächlich beglaubigt oder beurkundet ist, nicht aber auch darauf, ob sie rechtlich beglaubigungs- oder beurkundungsbedürftig ist.

Im Ausgangsfall (formloser Berichtigungsantrag) ist daher die Stellvertretung vertretungsrechtlich eigentlich nach Wortlaut und Zweck des § 15 Abs. 1 GBO unzulässig, im zweiten Fall (beurkundeter Berichtigungsantrag in der Grundschuldbestellungsurkunde) vertretungsrechtlich zulässig. Beurkundungsrechtlich ist sie jedenfalls bei Verbraucherbeteiligung immer bedenklich (§ 17 Abs. 2a BeurkG). Nach Bolkart¹⁵ ergibt sich aus dem Normzweck des § 13 Abs. 2 Nr. 3 FGG (jetzt § 10 Abs. 2 FamFG) darüber hinaus, dass die Beschränkungen des § 10 Abs. 2 FamFG insgesamt nicht gelten, wenn die Vertreterklärung vom Notar entworfen wurde. Denn § 10 Abs. 2 Nr. 3 FamFG unterstellt, dass bei notariellem Handeln ausreichende Qualität gewährleistet ist. Dass die vom Notar typisiert mit ausreichender Qualität entworfene Erklärung von einer weiteren Person abgegeben wurde, ist normativ unerheblich, da Fälle „bloßer Stellvertretung im Rechtsverkehr“, rechtsberatungsrechtlich irrelevant sind (BR-Drucks 623/06, 93). Dies heißt: Am Normzweck des § 10 Abs. 2 FamFG zu messen ist die Entwurfserstellung¹⁶ durch den Notar, nicht die Abgabe der Erklärung durch den Vertreter. Da es sich bei dem geschilderten Fall um ein Problem der Antragsberechtigung handelt und hierfür § 29 GBO nicht gilt, kann die Tatsache, dass die Erklärung (hier: der Berichtigungsantrag) des Notarmitarbeiters vom Notar entworfen wurde, dem Grundbuchamt im Freibeweisverfahren dargelegt und festgestellt werden. Entscheidend wäre demnach, ob der Notar an der Erklärung mitgewirkt hat. Stellt dagegen z. B. ein Generalbevollmächtigter einen Grundbuchberichtigungsantrag aufgrund Erbfolge, so zieht er in der Regel keinen Notar hinzu, also kann er auch nicht den Berichtigungsantrag stellen (lese Wortlaut von § 15 Abs. 1 GBO).¹⁷

¹⁴ BT-Drs 16/12717, S. 77.

¹⁵ MittBayNot 2009, 268, 270.

¹⁶ Diese weitgehende Ansicht findet im Gesetz keine Stütze, entspricht aber der Intention des Gesetzgebers, nämlich das Vertretungsverbot zu überwinden, wenn der Notar mit seinem sachkundigen Rat eingeschaltet ist. Die vom Gesetzgeber geforderte Qualitätssicherung ist jedenfalls gewährleistet.

¹⁷ Zur früheren Rechtslage LG Bielefeld DNotI-Report 2008, 175 = Rpfleger 2008, 636 = Rpfleger 2009, 83 m. zust. Anm. Weber = RNotZ 2008, 609; LG Münster NJW-RR 2009, 665 = RNotZ 2009, 169; Stöber, NotBZ 2008, 209.

bb. Eintragungsnachricht, Verfügungen des Grundbuchamts

§ 15 Abs. 1 S. 2 GBO stellt weiter klar, dass Eintragungsmitteln und Verfügungen gem. § 18 GBO (Zurückweisungsbeschluss und Zwischenverfügungen) auch an Personen bekannt gegeben werden dürfen (§§ 15, 40 FamFG), die nicht gem. § 10 Abs. 2 FamFG vertretungsberechtigt sind.

cc. Sonstige verfahrensrechtliche Erklärungen

Bei sonstigen verfahrensrechtlichen Erklärungen, mit denen ein Rechtsbehelfsverfahren eingeleitet wird oder die in einem Rechtsbehelfsverfahren abgegeben werden, verbleibt es bei § 10 FamFG, so dass diese Erklärungen durch die in § 10 FamFG genannten Personen erfolgen müssen. Zum Beispiel kann der Notarmitarbeiter kein Rechtsmittel einlegen. Erfolgt dies trotzdem, weist das Grundbuchamt den Vertreter durch unanfechtbaren Beschluss zurück, § 10 Abs. 3 S. 1 FamFG. Das Grundbuchamt kann aufgrund eines solchen unzulässig eingelegten Rechtsbehelfs nicht nach § 68 Abs. 1 S. 1 FamFG abhelfen, weil die Abhilfe bereits ein vom Grundbuchamt durchgeführter Teil des Beschwerdeverfahrens darstellt.

Da § 10 FamFG nur eine Beschränkung in verfahrensrechtlicher Hinsicht darstellt, bleibt die materiell-rechtliche Befugnis unberührt, den Vertreter (z. B. Notarmitarbeiter) auch zu Erklärungen in Rechtsbehelfsachen zu bevollmächtigen. Sonst würde das Rechtsinstitut der Vollmacht entgegen dem Zweck der Norm bereits bei der Anfechtung einer Zwischenverfügung ins Leere laufen. Der Vertreter muss dann aber zur verfahrensrechtlichen Umsetzung eine entsprechende Untervollmacht an gemäß § 10 FamFG vertretungsberechtigte Personen erteilen. Bei dem bevollmächtigten Notarmitarbeiter wird der Notar den Rechtsbehelf einlegen - § 15 Abs. 2 GBO gibt dem Notar auch das Recht, gegen eine Zwischenverfügung oder eine Zurückweisung Erinnerung und Beschwerde einzulegen, und zwar im Namen des Antragsberechtigten, nicht im eigenen Namen.¹⁸

Reagiert der Bevollmächtigte auf eine Zwischenverfügung und sorgt so für die Behebung des Eintragungshindernisses durch Erklärungen, so handelt es sich nicht um Erklärungen im Rechtsbehelfsverfahren, sondern um das Ausgangsverfahren. Wird die Erklärung allerdings nicht beurkundet oder beglaubigt, so greift die Ausnahme vom Vertretungsverbot (§ 15 Abs. 1 S. 1 GBO) nicht ein, der Bevollmächtigte kann im Verfahren nicht auftreten.¹⁹

dd. Grundbucheinsicht

Bisher konnte die GB-Einsicht nach § 12 GBO auch durch einen Vertreter erfolgen. Durch die Neufassung des § 10 FamFG hat sich hieran nichts geändert, weil § 12 GBO eine Spezialregelung ist und tatbestandlich § 10 FamFG nur auf gerichtliche Erkenntnisverfahren oder Vollstreckungsverfahren anwendbar ist. Im Ergebnis gilt § 10 Abs. 2 FamFG für die Grundbucheinsicht nicht.²⁰ Lässt der Notar die GB-Einsicht durch seine Mitarbeiter vornehmen, so ergeben sich keine Änderungen an der bisher geübten Praxis.

3. Vollstreckungserklärungen

Die Unterwerfungsvollmacht ist wie die Zwangsvollstreckungsunterwerfung eine Prozesshandlung²¹. Fraglich ist aber, ob die Vollmacht zur Abgabe einer Vollstreckungsunterwerfungserklärung den Regeln der Prozessvollmacht der §§ 78, 80 ff. ZPO unterliegt²² und nicht den materiell-rechtlichen Regelung der §§ 164 ff. BGB.²³ Aus dem Beurkundungsrecht heraus gilt § 79 ZPO wohl nicht für die Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung vor einem Notar nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO.²⁴ Jedenfalls aus § 10 FamFG (früher: § 13 FGG) kann sich keine Beschränkung der Vertretung bei der Vollstreckungsunterwerfung ergeben.²⁵

§ 10 FamFG ist auf Fälle der Prozessvertretung beschränkt, die im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur für die kontradiktorischen Verfahren gelten. Bei § 79 ZPO gilt gleiches - schon § 79 Abs. 1 S. 1 ZPO stellt dies klar, wenn er niederlegt, dass Parteien den Rechtsstreit selbst führen können, soweit eine Vertretung durch Rechtsanwälte nicht geboten ist. Da die Unterwerfungserklärung außerhalb eines Zivilprozesses abgegeben wird und nicht an das Zivilgericht adressiert ist, geht die Anwendung von § 79 ZPO fehl.²⁶ Der Gesetzgeber hat in der Gesetzesbegründung zur Änderung des § 378 FamFG ausdrücklich erklärt, dass er für die Zwangsvollstreckungsunterwerfung keinen Klarstellungsbedarf sieht, „da die Vertretungsregelung in § 79 ZPO ihrem Schutzzweck nach auf die Errichtung notarieller Urkunden nicht anwendbar ist“.²⁷ Der Erteilung einer Belastungsvollmacht im Grundstückskaufvertrag steht weder § 79 ZPO in Ansehung der Unterwerfungserklärung noch § 10 FamFG in Ansehung der Eintragungsbewilligung oder des Eintragungsantrags entgegen. Auch eine Vollmacht auf Seiten des Käufers, auch zur Abgabe der Unterwerfungserklärung in Ansehung der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises, ist im bisher gewohnten Rahmen zulässig. Dies gilt auch für eine von dem Käufer erteilte Vollmacht zur Belastung des Kaufobjektes mit Grundpfandrechten.²⁸

IV. Beweismittelbeschränkung des § 29 GBO

Das Grundbuchverfahren ist im Regelfall nicht als Amtsverfahren ausgestaltet. Bei Geltung des Antragsgrundsatzes gilt zugleich der Beibringungsgrundsatz; der Antragsteller hat die zur Prüfung und zum Vollzug seines Antrags durch das Grundbuchamt erforderlichen Eintragungsunterlagen beizubringen. Das Grundbuchamt ist im Antragsverfahren nicht berechtigt und nicht verpflichtet, eigene Ermittlungen anzustellen, Unterlagen zu beschaffen oder sonst Beweis zu erhe-

¹⁸ Meikel/Böttcher § 15 Rn. 35 GBO.

¹⁹ Meyer/Bormann, RNotZ 2009, 470, 473.

²⁰ Ebenso Meyer/Bormann, RNotZ 2009, 470, 474.

²¹ BGH DNotZ 2004, 360 = NJW 2004, 844 = NotBZ 2004, 158 = EWIR 2004, 151 m. Anm. Joswig.

²² So BGH DNotZ 1981, 738 = WM 1981, 189 = MDR 1981, 568 = Iprax 1982, 116 m. Anm. von Hoffmann.

²³ So aber Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rn. 12.41 und 12.43; Stöber, NotBZ 2008, 209.

²⁴ So auch LG Bielefeld DNotI-Report 2008, 175 = RNotZ 2008, 609 = Rpfleger 2008, 636 = Rpfleger 2009, 83 m. Anm. Weber; BNotK, Rundschreiben Nr. 24/2008 v. 5.9.2008, Ziff II.1.

²⁵ LG Bielefeld DNotI-Report 2008, 175 = RNotZ 2008, 609 = Rpfleger 2008, 636 = Rpfleger 2009, 83 m. Anm. Weber.

²⁶ So zu Recht Lindemeier, RNotZ 2009, 37; a. A. allerdings LG Münster RNotZ 2009, 169 = NJW-RR 2009, 665.

²⁷ BT-Drucks. 16/12717 v. 22.04.2009, S. 74.

²⁸ Ausführlich dazu Lindemeier, RNotZ 2009, 37, 46.

ben. Hat das Grundbuchamt Zweifel an der Richtigkeit der beantragten Eintragung oder der Vollständigkeit der erforderlichen Eintragungsunterlagen, kann es sich ergänzende Erklärungen oder Urkunden vorlegen lassen (durch Zwischenverfügung nach § 18 GBO). Die erforderlichen Kenntnisse, auch über ausländisches Recht, hat sich das Grundbuchamt selbst zu beschaffen.

§ 26 FamFG (Inquisitionsmaxime) gilt im grundbuchrechtlichen Antragsverfahren nicht, § 29 GBO ist die Spezialregelung. § 13 GBO ist gegenüber § 23 FamFG *lex specialis*. Im Grundbuchverfahrensrecht ist für das Antragsverfahren selbstverständlich, dass der Antragsteller alle Eintragungsunterlagen beizubringen hat und der Antrag begründet ist. Im Grundbuchrecht ist auch der Verfahrensablauf mit den Regelungen in §§ 17 und 18 GBO geregelt, so dass auch § 23 Abs. 2 FamFG nicht anwendbar ist.²⁹ Lediglich bei den diversen Amtsverfahren des Grundbuchrechts hat das Grundbuchamt die Eintragungsvoraussetzungen von Amtswegen zu ermitteln, insoweit ist § 26 FamFG anzuwenden.

V. Behandlung von Erbscheinen

1. Erbscheinserteilung

Das Nachlassgericht kann gleichzeitig mit der Beschlussfassung den Erbschein erteilen, wenn der Beschluss nicht dem erklärten Willen eines Beteiligten widerspricht. Nach § 352 Abs. 2 FamFG hat das Nachlassgericht zu verfahren, wenn der Beschluss dem erklärten Willen eines Beteiligten widerspricht. In einem solchen Fall hat das Nachlassgericht die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses auszusetzen und die Erteilung eines Erbscheins bis zur Rechtskraft des Beschlusses (§ 45 FamFG) zurückzustellen. Es liegt dann noch kein Erbschein vor, der im Rechtsverkehr verwendet werden kann. Auch eine Verweisung auf die Nachlassakten des gleichen Gerichts ändert daran nichts. Nach fruchtlosem Ablauf der Beschwerdefrist ist der Beschluss durch die Geschäftsstelle des Nachlassgerichts mit einem Rechtskraftzeugnis (hier: gerichtsinthener Rechtskraftvermerk) zu versehen und zu vollziehen, d. h. der beantragte Erbschein ist zu erteilen.

Ein Rechtskraftzeugnis i.S. von § 46 FamFG ist nicht erforderlich (auch nicht für das Grundbuchamt), da der rechtskräftige Beschluss lediglich gerichtsinthene Wirkung entfaltet³⁰ und ein gem. §§ 2365 bis 2367 BGB mit Gutgläubenswirkung ausgestatteter Erbschein den Erben zur Verfügung steht. Anders als bei der gerichtlichen Genehmigung von Rechtsgeschäften beeinträchtigt die Suspensivlösung im Erbscheinsverfahren die Rechtssicherheit nicht.³¹ Wird der Erbschein im streitigen Erbscheinsverfahren fehlerhaft vor Eintritt der Rechtskraft erteilt, ist der Erbschein wirksam und kann gem. § 352 Abs. 3 FamFG nur noch mit Wirkung *ex nunc* eingezogen werden (§ 2361 Abs. 1 S. 2 BGB).

2. Vermeintlich unrichtiger Erbschein

Der wirksam ausgestellte Erbschein hat nach § 35 GBO im Grundbuchverfahren volle Beweiskraft.³² Das Grundbuchamt hat den Erbschein nachzuprüfen, wenn es Tatsachen kennt, die der Richtigkeit des Erbscheins entgegenstehen. Sofern

das Grundbuchamt positiv weiß, dass der Erbschein für kraftlos erklärt oder eingezogen worden ist, kommt der Erbschein als Grundlage einer Eintragung nicht mehr in Betracht.³³ Fraglich ist, wie ein gestellter Eintragungsantrag dann zu behandeln ist.³⁴ Wenn nicht die Einziehung des Erbscheins durch das Nachlassgericht sicher ist, muss das Grundbuchamt beim Nachlassgericht wegen einer Überprüfung des Erbscheins nachfragen. Der Umstand allein, dass die Einziehung des Erbscheins beantragt ist, ist für sich nicht geeignet, dem Erbschein seine gesetzliche Bedeutung für das Grundbuchamt zu nehmen.³⁵ Eine vorläufige Einziehung des Erbscheins durch das Nachlassgericht ist nicht zulässig.³⁶ Eine einstweilige Anordnung des Nachlassgerichts auf Rückgabe des Erbscheins zu den Nachlassakten ist zulässig.³⁷ Hat das Nachlassgericht im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 49 FamFG die Rückgabe oder Hinterlegung des Erbscheins angeordnet, beseitigt diese Anordnung nicht den öffentlichen Glauben des Erbscheins, die Wirkung einer Erbscheins-Einziehung tritt nicht ein.³⁸ Kann der Erbschein nicht sofort erlangt werden, so hat ihn das Nachlassgericht durch Beschluss für kraftlos zu erklären, § 2361 Abs. 2 S. 1 BGB.

3. Erbschein für ausländische Beteiligte u.a.

Die internationale Zuständigkeit in Nachlasssachen ist entsprechend dem Zeitgeist erweitert worden. Der bisher von der Rechtsprechung angewandte Gleichlaufgrundsatz wurde vom FamFG aufgegeben.³⁹ Jetzt besagt § 105 FamFG, dass die deutschen Nachlassgerichte, wenn sie nach §§ 343, 344 FamFG örtlich zuständig sind, auch international zuständig sind. Die internationale Zuständigkeit bedeutet nun, dass die deutschen Nachlassgerichte mit einer Vielzahl von Verfahren konfrontiert sein werden, in denen ausländisches Erbrecht zur Anwendung kommt. Die Zuständigkeit des deutschen Nachlassgerichts ist gegeben unabhängig davon, ob sich die Erbrechtslage nach deutschem oder ausländischem Recht beurteilt und unabhängig davon, wo sich das übrige Nachlassvermögen befindet. Die Frage, welches materielle Erbrecht anwendbar ist (Art. 25 EGBGB), spielt keine Rolle bei der Zuständigkeit für die Erteilung eines Erbscheins. Die Erben haben die Möglichkeit, ihren Erbscheinsantrag auf das in Deutschland belegene Vermögen (bewegliches wie unbewegliches Vermögen) zu beschränken, § 2369 BGB; die Gerichtsgebühr wird dann nur aus dem hiesigen Nachlasswert berechnet, § 107 Abs. 2 S. 3 KostO. Für die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Erbfolge nach Ausländern ist in der Regel ein deutscher Erbschein nach § 2353 BGB nötig. Der Erbschein nach § 2353 BGB kann ein Eigenrechtserbschein (Anwendung deutschen Rechts⁴⁰) oder ein

²⁹ Ebenso Wilsch, NotBZ 2009, 313, 316.

³⁰ Weber, RpfStud. 2009, 129.

³¹ Ebenso Bolkart, MittBayNot 2009, 268, 274.

³² Schaub, in: Bauer/von Oefele § 35 Rn. 103 GBO; Demharter § 35 Rn. 27 GBO; nuanciert Meikel/Roth § 35 Rn. 10 GBO.

³³ BayObLGZ 1990, 51, 57 = DNotZ 1991, 546 = NJW-RR 1990, 906 = Rpfleger 1990, 363; dazu Roth IPrax 1991, 322; BayObLG Rpfleger 1997, 156 = DNotZ 1998, 138 = FamRZ 1997, 710; KEHE/Herrmann § 35 Rn. 49 GBO.

³⁴ Einzelheiten KEHE/Herrmann § 35 Rn. 50 ff. GBO; Hügel/Wilsch § 35 Rn. ff. GBO.

³⁵ Meikel/Roth § 35 Rn. 84 GBO.

³⁶ BGHZ 40, 54, 60 = WM 1963, 1010.

³⁷ OLG Köln OLGZ 1990, 303 (Beim Erbschein kann wegen seiner Rechtsnatur die Vollziehung nicht ausgesetzt werden. Es kommt aber eine einstweilige Anordnung auf Rückgabe zu den Akten in Betracht.).

³⁸ Staudinger/Schilken § 2361 Rn. 15 BGB; Hügel/Wilsch § 35 Rn. 55 GBO; Bu-miller/Harders § 353 Rn. 2 FamFG..

³⁹ So ausdrücklich BT-Drucks. 16/6308 S. 221.

⁴⁰ Auf Grund Art. 25 Abs. 2 EGBGB, Rechtswahl für unbewegliches Vermögen, Staatsvertrag oder Rückverweisung, letzterer auch beschränkt auf einzelne Nachlassstücke wie z. B. unbewegliches Vermögen.

Fremdrechtserbschein (Anwendung ausländischen Rechts) sein. Der Erbschein nach § 2369 BGB enthält nur die Variante, dass er sich auf im Inland befindliche Gegenstände beschränkt, also Herausstellung der territorialen und gegenständlichen Beschränkung.

VI. Entscheidungen des Grundbuchamts

1. Form der Entscheidung

Die GBO enthält mit Ausnahme von § 87 Buchstabe c) und § 108 GBO keine Bestimmung darüber, in welcher Form beschwerdefähige Endentscheidungen ergehen, sondern regelt nur die Form der Grundbucheintragung (§ 44 GBO), die jedoch weiterhin nicht selbstständig mit der Beschwerde anfechtbar ist, sondern nur mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs oder einer Amtslöschung nach § 53 GBO gegen die Eintragung verfolgt werden kann, § 71 Abs. 2 GBO.

Jeder Beschluss muss enthalten (§ 39 FamFG): eine **Belehrung** über das statthafte Rechtsmittel; die Belehrung muss für einen Laien verständlich sein und durch die Unterschrift des Rechtspflegers abgedeckt sein, also oberhalb stehen und nicht nur als angeklammertes Formblatt existieren. Die Rechtsbehelfsbelehrung muss nämlich alle wesentlichen Informationen enthalten, die den Beteiligten in die Lage versetzen, ohne die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes den zulässigen Rechtsbehelf gegen die ergangene Entscheidung einzulegen. Die Rechtsbehelfsbelehrung hat den Hinweis zu enthalten, dass die Rechtsmitteleinlegung in deutscher Sprache erfolgen muss. Ist die Belehrung mangelhaft oder fehlt sie gar vollständig, wird die Rechtsmittelfrist (für die Einlegung der weiteren Beschwerde) trotzdem in Gang gesetzt, sodass die Entscheidung in Rechtskraft erwachsen kann, vgl. aber § 17 Abs. 2 FamFG. Weiter muss der Beschluss das Gericht angeben, bei dem das Rechtsmittel einzulegen ist (Oberlandesgericht bzw. KG) sowie die Form des Rechtsmittels bezeichnen (bei Entscheidungen des Grundbuchamts I. Instanz ist die Beschwerde unbefristet, die Rechtsbeschwerde zum BGH dagegen befristet).

2. Entscheidungen im Antragsverfahren

a. Erledigungsmöglichkeiten

Das Antragsverfahren beim Grundbuchamt endet mit Eintragung (§§ 44, 129 GBO), durch Rücknahme des Antrags (§ 31 GBO) oder Zurückweisungsbeschluss (§ 18 GBO). Die Aussetzung des Verfahrens ist unstatthaft.⁴¹ Die Eigenart des Grundbuchverfahrens steht einer Anwendung des § 21 FamFG entgegen, vgl. §§ 18, 17, 45 GBO.⁴²

Einen besonderen Fall bildet die Frage, wie ein späterer Antrag auf Löschung eines beschränkten dinglichen Rechts zu behandeln ist, wenn der früher gestellte Antrag durch Schutzvermerk gem. § 18 Abs. 2 GBO gesichert wurde. Überwiegend wird die Meinung vertreten, es gebe keine vorläufige Löschung eines Rechts,⁴³ deshalb könne der das gleiche Recht betreffende Löschantrag erst vollzogen

werden, wenn das Schicksal des ersten Antrages endgültig geklärt ist. Die Regelungen in § 21 FamFG, §§ 567 bis 572 ZPO sind auf diesen besonderen Grundbuchfall nicht anwendbar; das Grundbuchamt hat keinen Ermessensspielraum, das Verfahren ist auch nicht für längere Zeit ausgesetzt; das Grundbuchamt lehnt nur kurzfristig und vorläufig die Erledigung des (zweiten) Eintragungsantrags ab. Es handelt sich um keine Aussetzung eines Verfahrens. Eine weitere Ausnahme gilt, wenn ein Fall des § 130 Abs. 3 ZVG vorliegt.⁴⁴ In all diesen Fällen muss der Antrag, nachdem er mit dem Eingangsvermerk versehen ist, bei den Grundakten verwahrt (zurückbehalten) und im unmittelbaren Anschluss an die Erledigung des ersten Antrags vollzogen werden. Einen Rechtsbehelf gegen das „Liegenlassen“ kennt die GBO nicht.

b. Antragserledigung durch Grundbucheintragung

Gibt das Grundbuchamt dem Eintragungsantrag durch Eintragung statt, so entscheidet es abweichend von § 38 Abs. 1 S. 1 FamFG nicht durch Beschluss⁴⁵, sondern durch Vornahme der Eintragung (§§ 44, 129 GBO).⁴⁶ Die Grundbuchordnung ist die Sondervorschrift zu § 40 FamFG, so wie §§ 381 und 382 FamFG auch die Spezialregelung zu § 40 FamFG darstellt. Abweichend von § 40 Abs. 1 i. V. mit § 41 FamFG wird die Grundbucheintragung nicht erst mit der Bekanntgabe an die Beteiligten wirksam, sondern schon mit ihrem Vollzug, d. h. mit Unterzeichnung durch die zuständigen Rechtspflegeorgane⁴⁷ vollendet sich der hoheitliche Eintragungsakt. Die Wirksamkeit der Eintragung tritt also unabhängig von der Bekanntgabe ein. Die Bekanntmachung der Eintragung an die Beteiligten ist zwar nach der Sollvorschrift des § 55 GBO eine Amtspflicht des Grundbuchamts, jedoch für die Wirksamkeit der Eintragung nicht erforderlich und richtet sich nach den Maßgaben der §§ 55 bis 55b GBO. § 44 GBO ist insofern *lex specialis*⁴⁸ gegenüber den allgemeinen Verfahrensregeln der §§ 38, 40, 41 FamFG.

Die Grundbucheintragung ist nicht anfechtbar; es gilt der Grundsatz der Erhaltung der Eintragung. Eintragungen im Grundbuch unterliegen nicht der Beschwerde; ihre Wirkung tritt so endgültig ein, dass sie nicht durch Aufhebung im Beschwerdeverfahren rückgängig gemacht werden können. Aus § 71 Abs. 2 GBO folgt, dass gegen Eintragungen nur die beschränkte und unbefristete Beschwerde nach der GBO statthaft ist mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs oder einer Amtslöschung. Abweichend zur Regelung in § 64 Abs. 1 FamFG kann die Beschwerde auch weiterhin beim Grundbuchamt oder dem Oberlandesgericht eingelegt werden (§ 73 GBO).

Fassungsvorschläge der Beteiligten sind für das Grundbuchamt nicht verbindlich. Es besteht eine Ermessensfreiheit des Grundbuchamts bei der Abfassung der Eintragungstexte. Die unbeschränkte Beschwerde gegen eine Eintragung ist - unverändert - statthaft, wenn sie nicht auf eine Berichtigung, sondern nur auf eine Klarstellung der Fassung gerichtet ist,

⁴¹ Meikel/Böttcher § 18 Rn. 20 GBO; Demharter § 18 Rn. 1 GBO.

⁴² Ebenso Wilsch, NotBZ 2009, 313, 315.

⁴³ So in der Literatur Wilke, in: Bauer/von Oefele, § 17 Rn. 21 GBO; KEHE-Herrmann § 17 Rn. 28 GBO; Demharter § 17 Rn. 10 GBO; OLG Hamburg ZMR 2004, 772 = Rpfleger 2004, 617 m. Anm. Hintzen und Alff = Rpfleger 2005, 80. Kritisch mit guten Gründen Meikel/Bestelmeyer § 17 Rn. 34.

⁴⁴ LG Lahn-Gießen Rpfleger 1979, 352 m. zust. Anm. Schiffhauer; Demharter § 38 Rn. 41 GBO; Meyer-Stolte, Rpfleger 1983, 241; Demharter § 18 Rn. 1 GBO.

⁴⁵ Ausnahmen in § 87 Buchst. c und § 108 GBO.

⁴⁶ Vgl. auch die Ausnahme für Registersachen in § 38 Abs. 1 S. 2 FamFG.

⁴⁷ Z. B. Rechtspfleger, Urkundsbeamter der Geschäftsstelle, vgl. Meikel/Böttcher § 1 Rn. 31 bis 43 GBO.

⁴⁸ Ebenso Meikel/Böttcher § 44 Rn. 26 GBO; Knothe, in: Bauer/von Oefele § 44 Rn. 27 GBO (jeweils zum Recht vor Inkrafttreten des FamFG).

also nur eine andere Formulierung des Eintragungstextes verlangt wird, sog. Fassungsbeschwerde.⁴⁹

c. Zurückweisungsbeschluss

Der Antrag wird zurückgewiesen, wenn die Beanstandung nicht behoben werden kann oder wenn eine behebbare Beanstandung nicht innerhalb der gesetzten Frist behoben worden ist. Wird die Eintragung abgelehnt, so entscheidet das Gericht durch Beschluss nach § 38 FamFG, § 18 GBO. Es gelten die allgemeinen Grundsätze, der Beschluss ist also zu begründen, mit einer Rechtsbehelfsbelehrung (§ 39 FamFG) zu versehen und wird erst mit seiner Bekanntgabe an den Antragsteller wirksam, §§ 40, 41, 15 FamFG. Bekanntgabe des Beschlusses erfolgt durch Zustellung, die zwingend ist, weil der Zurückweisungsbeschluss dem erklärten Willen des Antragstellers nicht entspricht, § 41 Abs. 1 S. 2 FamFG.

Der Zurückweisungsbeschluss ist anfechtbar mit der einfachen, unbefristeten Beschwerde an das Grundbuchamt oder das Oberlandesgericht. Beschwerdeberechtigt ist nur der Antragsteller, § 59 Abs. 2 FamFG. Der Vertretung durch einen Rechtsanwalt bedarf es nicht (anders bei der Rechtsbeschwerde, § 10 Abs. 4 S. 1 FamFG). Wird Beschwerde eingelegt, kann das Grundbuchamt der Beschwerde abhelfen, § 68 Abs. 1 FamFG. Ansonsten legt das Grundbuchamt dem Beschwerdegericht (OLG/KG nach § 119 Abs. 1 GVG) die Beschwerde vor. Das Beschwerdegericht prüft Zulässigkeit und Begründetheit der Beschwerde und entscheidet dann selbst oder verweist zurück, § 69 FamFG. Das Grundbuchamt ist dann an die Rechtsauffassung des Beschwerdegerichts gebunden.

d. Zwischenentscheidung durch Zwischenverfügung

aa. Grundbuchrecht *lex specialis*

Zwischenverfügungen in Grundbuchsachen bleiben nach wie vor gemäß § 18 GBO zulässig.⁵⁰ Die Zwischenverfügung des Grundbuchamts führt zwar nicht zu einer abschließenden Erledigung des Eintragungsantrages, sie ist jedoch nach § 18 Abs. 2 GBO mit besonderen Wirkungen ausgestattet. Abweichend von dem Grundsatz, dass das Gericht keine Zwischenentscheidungen treffen darf (§ 38 Abs. 1 S. 1 FamFG), ermöglicht § 18 GBO bei einem unvollständigen oder mit einem behebbaren Hindernis behafteten Antrag anstelle der Zurückweisung eine Zwischenverfügung zu erlassen. § 18 GBO ist die speziellere Vorschrift, die § 58 Abs. 1 FamFG vorgeht.

bb. Anforderungen an eine Zwischenverfügung

Nach der allgemeinen Bestimmung des § 39 FamFG, die nicht nur für Endentscheidungen gilt, muss der Inhalt der Zwischenverfügung bestimmte Anforderungen erfüllen. Die Zwischenverfügung ergeht durch Beschluss (§ 38 FamFG), sie ist also wie eine endgültige Eintragungsablehnung zu begründen (§ 18 Abs. 1 GBO i.V. mit § 38 Abs. 3 S. 1 FamFG) und mit einer Rechtsmittelbelehrung (§ 39 FamFG) zu versehen und dem Antragsteller förmlich⁵¹ bekannt zu geben, § 41

Abs. 1 S. 2 i. V. mit § 15 Abs. 2 FamFG. Die Zustellung ist zwingend, weil die Zwischenverfügung dem erklärten Willen des Beteiligten nicht entspricht, dieser ja sofort seinen vermeintlich vollzugsreif eingereichten Antrag erledigt haben will.⁵² Man kann jedoch die Meinung vertreten, dass die Zwischenverfügung dem erklärten Willen des Antragstellers entspricht, da dadurch Hindernisse für die Eintragung (die ja angestrebt wird) beseitigt werden;⁵³ dann wäre auch Übergabe an die Post mit Zugangsfiktion von drei Tagen nach Aufgabe zur Post (§ 15 Abs. 2 FamFG) zulässig.

Das Grundbuchamt hat das Eintragungshindernis zu bezeichnen sowie den Weg, wie dieses behoben werden kann. Das Grundbuchamt hat dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Ergänzung bzw. Behebung des Hindernisses zu setzen; für die Fristenberechnung gilt § 16 FamFG. Diese Frist sollte mindestens einen Monat betragen, um angemessen zu sein und kann auf Antrag verlängert werden, § 16 Abs. 2 FamFG i. V. m. § 225 ZPO. Die Fristsetzung rechtfertigt sich aus dem Prioritätsprinzip des § 17 GBO sowie aus den materiellen Wirkungen, die an den Eingang des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt geknüpft sind (§§ 878, 892 Abs. 2 BGB).

cc. Beschwerderecht

Mit der Beschwerde kann auch nur eine Verlängerung der Frist verlangt werden.⁵⁴ Nach § 16 Abs. 2 FamFG kann – formlos – Antrag auf Verlängerung der Frist gestellt werden; die Fristverlängerung wird nur gewährt, wenn erhebliche Gründe glaubhaft gemacht sind (§ 224 Abs. 2 ZPO). Der Beschluss, durch den ein Gesuch um Verlängerung der Frist zurückgewiesen wird, ist unanfechtbar, § 16 Abs. 2 FamFG i.V. mit § 225 Abs. 3 ZPO. Die Zwischenverfügung ist anfechtbar mit der einfachen, unbefristeten Beschwerde an das Grundbuchamt oder das Oberlandesgericht (§ 73 Abs. 1 GBO). Beschwerdeberechtigt ist der Antragsteller, dessen Eintragungsantrag beanstandet worden ist, § 59 Abs. 2 FamFG. Wird Beschwerde eingelegt, kann das Grundbuchamt der Beschwerde abhelfen, § 68 Abs. 1 FamFG, § 75 GBO. Ansonsten legt das Grundbuchamt dem Beschwerdegericht die Beschwerde vor.

e. Bloße Äußerung einer Rechtsansicht

Die Zwischenverfügung ist abzugrenzen von der formlosen Beanstandung eines Eintragungsantrages, etwa in Form eines Hinweises auf die Rechtsauffassung des Grundbuchamts, die dem Antragsteller Gelegenheit geben soll, zur Vermeidung einer ablehnenden Entscheidung den Antrag zu ändern oder zu ergänzen. Ein solches Schreiben enthält in der Regel keine Fristsetzung und ist nicht anfechtbar. Die Problematik der Abgrenzung der Zwischenverfügung zur bloßen Äußerung einer Rechtsansicht, die dem Grundbuchamt auch nach dem neuen Recht des FamFG nicht untersagt werden kann, stellt sich allerdings wie bisher.

f. Aufklärungs-(Hinweis-)Verfügung nach § 139 ZPO

Bei Zwangseintragungen (z.B. Zwangshypothek) hat das Grundbuchamt sowohl die vollstreckungsrechtlichen Anforderungen als auch die grundbuchrechtlichen Eintragungs-

⁴⁹ BayObLGZ 2002, 30 = DNotI-Report 2002, 53 = DNotZ 2002, 731 = Rpfleger 2002, 303 = FGPrax 2002, 99; OLG Zweibrücken FGPrax 2007, 161 = Rpfleger 2007, 460 = NotBZ 2007, 300 = ZfIR 2008, 118; OLG Stuttgart Rpfleger 1981, 355 = MDR 1981, 680 = BWNotZ 1981, 121; Meikel/Streck § 71 Rn. 48; Holzer, ZNotP 2008, 138; ders., NotBZ 2006, 333.

⁵⁰ Bolkart, MittBayNot 2009, 268, 275; Wilsch, NotBZ 2009, 313, 316.

⁵¹ Ebenso Heinemann, DNotZ 2009, 6, 32 für Zwischenverfügungen zu Registeranmeldungen.

⁵² Ebenso Heinemann, FamFG für Notare, Rn. 578.

⁵³ So Ries, Rpfleger 2009, 441 zur Zwischenverfügung bei Registeranmeldungen.

⁵⁴ Demharter § 71 Rn. 35 GBO.

voraussetzungen zu beachten.⁵⁵ Nach h. M. kommt der Erlass einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO bei vollstreckungsrechtlichen Mängeln nicht in Betracht und ist der Antrag auf Eintragung der Zwangshypothek – unter Umständen nach rechtlichen Hinweisen gem. § 139 ZPO – zurückzuweisen.⁵⁶ Die Hinweisverfügung gem. § 139 ZPO des Grundbuchamts setzt einen auf Vornahme einer Vollstreckungsmaßnahme gerichteten Eintragungsantrag voraus, dessen Vollzug das Fehlen einer Vollstreckungsvoraussetzung entgegensteht.⁵⁷ Auch Hinweisverfügungen setzen einen in absehbarer Zeit behebbaren Mangel voraus. Die Hinweisverfügung ist wegen der Fristsetzung zuzustellen. Eine Verstoß gegen § 139 ZPO ist ein Verfahrensmangel.

Überwiegend wurde nach bisherigem Recht die Anfechtbarkeit einer derartigen Hinweisverfügung als Zwischenentscheidung des Grundbuchamts und verfahrensleitende Maßnahme verneint.⁵⁸ Anders als nach bisheriger Rechtslage sind Zwischenentscheidungen nicht mehr mit der Beschwerde anfechtbar. § 58 Abs. 1 FamFG stellt ausschließlich Endentscheidungen anfechtbar und erlaubt Ausnahmen nur durch Gesetz. Weder die GBO noch das FamFG enthalten für die Aufklärungsverfügung Ausnahmen. Würde allerdings eine Anfechtbarkeit bejaht, wäre Rechtsmittel die Grundbuchbeschwerde und nicht die Vollstreckungserinnerung.⁵⁹

g. Antragsrücknahme

Eine Rücknahme eines Antrags ist nach § 22 FamFG möglich. Danach bedarf die Rücknahme keiner besonderen Form. Durch die Rücknahme wird das Verfahren beendet; eine bereits ergangene Zwischenverfügung wird automatisch wirkungslos. Im Grundbuchverfahren gilt allerdings hinsichtlich der Form der Zurücknahme von Eintragungsanträgen die Spezialvorschrift des § 31 GBO, denn es soll dem Grundbuchamt die zweifelsfreie Feststellung ermöglicht werden, ob ein einmal gestellter Antrag noch gilt.⁶⁰ Der Eintragungsantrag ist im Sinn des § 17 GBO erledigt. Eine Anfechtung der Zurücknahme ist unzulässig; der Antrag kann jedoch jederzeit neu gestellt werden. Bei formloser Zurücknahme bleibt der Grundbucheintragungsantrag wirksam. Nach § 22 Abs. 1 S. 1 FamFG kann der Antrag in jeder Lage des Verfahrens bis zur Rechtskraft der Entscheidung zurückgenommen werden. Die Zurücknahme eines Grundbucheintragungsantrages ist bis zur Vollendung der Eintragung, d.h. bis zu ihrer Unterzeichnung (§ 44 GBO), beim maschinell geführten Grundbuch mit Aufnahme in den Datenspeicher (§ 129 GBO) oder

endgültigen Zurückweisung zulässig; ob die Eintragung bereits verfügt wurde, ist unerheblich.⁶¹ Anders als in § 22 Abs. 2 S. 2 FamFG stellt das Grundbuchamt nicht durch Beschluss die Wirkungen der Antragsrücknahme fest.

Im amtswegigen Grundbucheintragungsverfahren gilt die Regelung des § 22 Abs. 4 FamFG. Das Grundbuchamt ist daher an Erklärungen der Beteiligten, das Verfahren beenden zu wollen, nicht gebunden. Das Grundbuchamt hat von Amts wegen zu ermitteln, ob die Erledigung der Hauptsache eingetreten ist.

§§ 30 und 31 GBO gelten nicht für sonstige an das Grundbuchamt gerichtete Anträge, z. B. auf Gestattung der Grundbucheinsicht (§ 12 GBO), für die Anträge nach § 44 GBV auf Erteilung einer beglaubigten Grundbuchabschrift, nach § 46 GBV auf Erteilung von Abschriften aus den Grundakten oder für den Antrag auf Erteilung von Grundpfandrechtsbriefen. Die Rücknahme des Antrags ist wegen der Dispositionsbefugnis des Antragstellers jederzeit möglich. § 22 Abs. 1 S. 1 FamFG kann entsprechend angewandt werden.

3. Amtsverfahren

Die Grundbuchordnung kennt das Antragsverfahren als Regelverfahren (§§ 13 ff. GBO). Das Grundbuchamt wird grundsätzlich nicht von Amts wegen tätig. Bestimmte Verfahrensarten jedoch sind in der GBO als Amtsverfahren ausgestaltet, vgl. z. B. §§ 53, 84, 90 und 116 GBO. Im Amtsverfahren muss als Beteiligter jeder mit einbezogen werden, dessen materielle Rechtsstellung durch das Verfahren betroffen werden könnte.

Angriffe gegen Grundbucheintragungen können auch als Anregung auf Löschung nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO ausgelegt werden. Die Anlegung eines Grundbuchblattes stellt noch keine Eintragung i.S. von § 71 Abs. 1 GBO dar. § 125 S. 1 GBO schließt die nach § 71 Abs. 1 GBO an sich zulässig Beschwerde gegen die Anlegung aus. Lediglich die beschränkte Beschwerde nach § 125 S. 2 GBO ist möglich. Die unbeschränkte Beschwerde ist zulässig gegen die Ablehnung eines Antrags bzw. einer Anregung auf Anlegung eines Grundbuchblattes.⁶² Weiter gelten §§ 71 ff. GBO.

4. Sonstige anfechtbare Entscheidungen

Anfechtbare Endentscheidungen, die keine Eintragungen darstellen, sind beispielsweise: die Ablehnung der Grundbucheinsicht nach § 12 GBO;⁶³ vgl. unten; die Auferlegung eines Berichtigungszwangs nach § 82 GBO;⁶⁴ der Feststellungsbeschluss nach § 87 c) GBO; der Feststellungsbeschluss mit dem über einen Widerspruch nach § 104 GBO entschieden wird, § 108 GBO.

5. Grundbucheinsicht, Grundakten

Nach § 12 GBO ist jedem die Einsicht in das Grundbuch zu gestatten, der ein berechtigtes Interesse darlegt. Die Vorschriften in den §§ 12 bis 12c GBO und §§ 43 – 46 GBV gehen als Sondervorschriften den Regelungen in § 13 FamFG vor. Dies gilt auch für die Herausgabe von Grundak-

⁵⁵ BGHZ 148, 392 = DNotI-Report 2001, 198 = NJW 2001, 3627 = Rpfleger 2002, 17 = Rpfleger 2002, 194 m. Anm. Sauren = EWIR 2002, 41 m. Anm. Schuschke = JZ 2002, 359 m. Anm. Münzberg; Demharter ZfR 2001, 957.

⁵⁶ BGHZ 27, 310 = DNotZ 1958, 480 = Rpfleger 1958, 216 = NJW 1958, 1090 und 1526; BayObLG Rpfleger 2005, 250; OLG München FGPrax 2009, 103 = NJW 2009, 1358 = NotBZ 2009, 419.

⁵⁷ OLG Jena FGPrax 2002, 100 = Rpfleger 2002, 355; BayObLGZ 2004, 382 = DNotZ 2005, 614 = FGPrax 2005, 57 = Rpfleger 2005, 250; OLG Köln NJW-RR 1991, 85 = Rpfleger 1990, 353; Meikel/Streck § 71 Rn. 26 GBO.

⁵⁸ BayObLGZ 2004, 382 = DNotZ 2005, 614 = FGPrax 2005, 57 = Rpfleger 2005, 250; LG Mainz Rpfleger 1991, 302; Meikel/Streck § 71 Rn. 26; Budde, in: Bauer/von Oefele § 71 Rn. 9 GBO; KEHE-Briesemeister § 71 Rn. 40a, 57 GBO. Bejahend: Wilke, in: Bauer/von Oefele § 18 Rn. 34 GBO; Deimann, RpfStud 2006, 1, 7; Wilsch, NotBZ 2009, 313, 316 (zur Rechtslage nach Inkrafttreten des FamFG).

⁵⁹ H. M., OLG Stuttgart BWNNotZ 1986, 89; BayObLG Rpfleger 1993, 397, vgl. Meikel/Streck § 71 Rn. 7 GBO; Wilke, in: Bauer/von Oefele § 18 Rn. 34 GBO; Stein/Jonas § 867 Rn. 28 ZPO.

⁶⁰ OLG Hamm Rpfleger 1985, 231 = MittRhNotK 1985, 76; Meikel/Hertel § 31 Rn. 1 GBO.

⁶¹ BayObLGZ 1954, 146; Meikel/Hertel § 31 Rn. 10 GBO; Demharter § 31 Rn. 3 GBO.

⁶² Vgl. BayObLGZ 1980, 185 = Rpfleger 1980, 390 = MittBayNot 1980, 206; OLG Stuttgart BWNNotZ 1990, 120 = DJ 1990, 299; Meikel/Böttcher § 125 Rn. 3 GBO.

⁶³ KG NJW-RR 2004, 1316 = Rpfleger 2004, 346 = RNotZ 2004, 464.

⁶⁴ Schöner/Stöber, GBR, Rn. 381.

ten, so dass § 13 Abs. 4 FamFG unanwendbar ist.⁶⁵ Während § 13 Abs. 2 S. 1 FamFG „Glaubhaftmachung“ vorschreibt, verlangen § 12 GBO und § 46 GBV eine „Darlegung“ des berechtigten Interesses. Keine Änderungen ergaben sich bei den Rechtsmitteln gegen die Versagung der Einsicht bzw. gegen die Gestattung der Einsicht.⁶⁶

VII. Rechtsmittelverfahren

1. Beschwerde

Das Rechtsmittelverfahren in Grundbuchsachen ist eine eigenartige Mixtur der Vorschriften der GBO und des FamFG. Gegen die Entscheidung des Grundbuchamts ist die Beschwerde zulässig. Beschwerdegericht ist das Oberlandesgericht/Kammergericht (§ 119 Abs. 1 Nr. 1b GVG), nicht mehr - wie unter der Geltung des FGG - das Landgericht. Abweichend vom allgemeinen Rechtsmittelrecht ist die Beschwerde in Grundbuchsachen allerdings auch künftig unbefristet (§ 71 GBO) und kann gem. § 73 Abs. 1 GBO (Spezialregelung in Abweichung zu § 64 Abs. 1 FamFG) weiterhin bei dem Grundbuchamt oder bei dem Beschwerdegericht eingelegt werden.⁶⁷ Die einmonatige Rechtsmittelfrist gem. § 63 FamFG gilt im Grundbuchverfahren nicht.

2. Befristete Rechtsbeschwerde

Gegen den Beschwerdebeschluss des OLG/KG ist die befristete Rechtsbeschwerde zum BGH statthaft. Die Rechtsbeschwerde ist in enger Anlehnung an die Rechtsbeschwerde nach §§ 70 ff. FamFG ausgestaltet, vgl. § 78 Abs. 3 GBO. Vor dem BGH müssen sich die Beteiligten durch einen beim BGH zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen, § 10 Abs. 4 S. 1 FamFG. Durch die Aufhebung von § 80 GBO (Art. 36 FGG-RG) ist das Vertretungsrecht eines Notars bei einer Rechtsbeschwerde entfallen.

3. Form der Beschwerde

Nach § 64 Abs. 2 S. 2 FamFG muss der angefochtene Beschluss in der Beschwerdefrist bezeichnet sein und zum Ausdruck kommen, dass hiergegen ein Rechtsmittel eingelegt wird. Ein bestimmter Antrag ist nicht erforderlich. Die Beschwerdeschrift ist zu unterzeichnen. Nach § 65 Abs. 1 FamFG soll die Beschwerde begründet werden. Unterbleibt die Begründung, so führt dies nicht zur Unzulässigkeit des Rechtsmittels. Eine Begründung empfiehlt sich, um dem Gericht Ziel und Angriffspunkte der Beschwerde deutlich zu machen. Nach § 65 Abs. 2 FamFG hat das Beschwerdegericht die Möglichkeit, dem Beschwerdeführer eine Begründungsfrist zu setzen. Lässt der Beschwerdeführer die Frist verstreichen, ohne eine Begründung bei Gericht einzureichen, führt dies aber nicht zur Unzulässigkeit des Rechtsmittels.⁶⁸

4. Abhilfemöglichkeit des Grundbuchamts

Das Grundbuchamt hat die Möglichkeit, der Beschwerde gem. § 68 Abs. 1 S. 1 FamFG abzuwehren, so auch § 75 GBO. Erst wenn das Grundbuchamt von der Abhilfemöglichkeit keinen Gebrauch macht, hat es die Beschwerde dem Beschwerdegericht vorzulegen; eine Abhilfe ist dann ausgeschlossen. Eine selbstständige Anfechtung der Nichtabhil-

feentscheidung ist nicht zulässig. Die Abhilfe ist ein Teil des Beschwerdeverfahrens.⁶⁹ Das Grundbuchamt ist an die rechtliche Beurteilung des Beschwerdegerichts nach § 69 Abs. 1 Satz 4 FamFG gebunden.

VIII. Aufgebot von dinglichen Rechten und Grundbuchamt

Das bisher in der ZPO eingestellte Aufgebotsverfahren ist in das Verfahrensrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit eingestellt (§ 23a GVG) und die Regelungen in das 8. Buch des FamFG, §§ 433 ff. FamFG übernommen. Inhaltlich bleiben die Regelungen weitgehend unverändert. Das bisherige Urteilsverfahren wird durch ein Beschlussverfahren ersetzt. Der Notar kann im Verfahren als Bevollmächtigter auftreten, § 10 Abs. 2 Nr. 3 FamFG, ratsam ist die Aufnahme einer Verfahrens- und Vollzugsvollmacht in die notarielle Urkunde.

Das Amtsgericht entscheidet durch Ausschließungsbeschluss, der öffentlich zugestellt wird. Gegen den Beschluss ist die Beschwerde nach § 58 FamFG statthafter Rechtsbehelf. Erst mit Eintritt der formellen Rechtskraft (§ 45 FamFG) wird der Ausschließungsbeschluss wirksam, § 439 Abs. 2 FamFG.

Dem Grundbuchamt gegenüber ist für neue Aufgebotsverfahren ein Rechtskraftzeugnis nach § 46 FamFG vorzulegen. Ggf. kann das Gericht dem Grundbuchamt eine Bestätigung erteilen, dass es sich noch um ein „altes“ Aufgebotsverfahren (nach dem bis 31.8.2009 geltenden Recht) handelt, ähnlich der Rechtslage im Bereich der familien-, betreuungs- und nachlassgerichtlichen Genehmigung nach §§ 1821, 1822, 1962 BGB. Die Formulierung „Ausschlussurteil“ weist auf eine Entscheidung in einem Altverfahren hin, bei einem „Ausschließungsbeschluss“ ist dem Grundbuchamt ein Rechtskraftnachweis zu erbringen.

IX. Gerichtliche Genehmigung zu Grundstücksgeschäften

1. Allgemeines

Eine der wichtigsten familienrechtlichen Neuerungen für die notarielle Praxis und das Grundbuchamt ist das Verfahren zur Genehmigung von Grundstücksgeschäften bei Verfügungen von Minderjährigen, Betreuten und für unbekannte Erben.⁷⁰ Bis zum 1.9.2009 konnte sich der Rechtsverkehr auf den Bestand einer gerichtlichen Genehmigung verlassen. Die nun in den §§ 40 und 41 FamFG vorgesehene Regelung bietet diesen Verkehrsschutz nicht. Bei Beschlüssen über die Erteilung einer Genehmigung oder Versagung zu einem Grundstücksgeschäft wird die Wirksamkeit der Entscheidung nun an die formelle Rechtskraft geknüpft.

2. Rechtskraftzeugnis

Bei dem Genehmigungsbeschluss des Gerichts handelt es sich um eine Endentscheidung i.S. des § 58 FamFG, wobei die Beschwerdefrist zur Verfahrensbeschleunigung auf 2 Wochen verkürzt ist, § 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG. Ein solcher Genehmigungsbeschluss wie auch der Versagungsbe-

⁶⁵ Ebenso Wilsch, NotBZ 2009, 313, 315. Zur Behandlung von Grundakten Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rn. 62.

⁶⁶ Einzelheiten Demharter § 12 Rn. 31 ff. GBO.

⁶⁷ Ebenso Bolkart, MittBayNot 2009, 269; Wilsch, NotBZ 2009, 316.

⁶⁸ Ebenso Netzer, ZNotP 2009, 303, 306.

⁶⁹ Bumiller/Harders § 68 Rn. 2 FamFG.

⁷⁰ Ausführlich zum Genehmigungsverfahren: Gutachten DNotI-Report 2009, 145 – dort zu allen Problemen.

schluss wird erst mit Rechtskraft wirksam, § 40 Abs. 2 FamFG (Grundsatz der aufgeschobenen Wirksamkeit).

Das Rechtskraftzeugnis dient als Nachweis des Eintritts der formellen Rechtskraft. Die formelle Rechtskraft tritt ein, wenn eine Entscheidung mit Rechtsmittel nicht mehr angefochten werden kann. Das Rechtskraftzeugnis in § 46 FamFG ist nach allgemeiner Auffassung – und auch nach der Gesetzesbegründung – § 706 ZPO nachgebildet. Für diese Vorschrift ist anerkannt, dass ein Rechtskraftzeugnis i. S. v. § 706 ZPO die Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde i. S. v. § 418 ZPO besitzt.⁷¹ Es erbringt gem. § 418 Abs. 1 ZPO den vollen Beweis der in dem Zeugnis festgehaltenen Tatsachen. Andererseits sieht § 418 Abs. 2 ZPO ausdrücklich vor, dass der Beweis der Unrichtigkeit der bezeugten Tatsachen weiterhin zulässig bleibt. Hieraus wird zutreffend geschlossen, dass mit der Erteilung des Rechtskraftzeugnisses kein „guter Glaube“ an die wirksame Genehmigung des Rechtsgeschäftes durch das Gericht verbunden ist.⁷² Daher ist für die Frage der Wirksamkeit der gerichtlichen Genehmigung nicht das Rechtskraftzeugnis nach § 46 FamFG maßgebend, sondern vielmehr die „tatsächliche Rechtslage“. Das Rechtskraftzeugnis wirkt weder konstitutiv noch knüpft sich an dessen Existenz der unwiderlegliche Beweis der Rechtswirksamkeit.⁷³

Der Notar (auch im Hinblick auf die Vorschrift des § 53 BeurkG) darf im Regelfall darauf vertrauen, dass die im Rechtskraftzeugnis wiedergegebenen Tatsachen richtig sind (vgl. eben auch § 418 Abs. 1 ZPO). Die Prüfung des Eintritts der Rechtskraft der Genehmigungsentscheidung ist – wie die textliche Verortung von § 46 FamFG zeigt – gerade Aufgabe des befassten Gerichts. Eine standardisierte Kontrolle des Gerichts durch den Notar bzw. das Grundbuchamt ist nicht geboten.

Zuständig für die Erteilung des Zeugnisses ist der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle des Gerichts der ersten Instanz, der die zur Feststellung der Rechtskraft erforderlichen Ermittlungen von Amts wegen vorzunehmen hat, § 46 S. 1 FamFG. Solange das Verfahren in einem höheren Rechtszug anhängig ist, erteilt die Geschäftsstelle dieses Rechtszugs das Zeugnis, § 46 S. 2 FamFG. Der Urkundsbeamte darf weder den Zweck noch die Notwendigkeit des Rechtskraftzeugnisses prüfen.

Sollte das Zeugnis falsch und die Beschwerdefrist für einen oder mehrere Beteiligte noch nicht abgelaufen sein, so ist das zu genehmigende Rechtsgeschäft weiterhin schwebend unwirksam und die Grundbucheintragung unrichtig.⁷⁴ Das Rechtskraftzeugnis allein bewirkt noch keinen Vertrauenstatbestand darauf, dass der Beschluss auch tatsächlich in Rechtskraft erwachsen ist.⁷⁵

Hat der Notar bzw. das Grundbuchamt keine anderen Anhaltspunkte, muss davon ausgegangen werden, dass das Rechtskraftzeugnis zurecht erteilt wurde und die Genehmigungsentscheidung nach § 40 Abs. 2 FamFG wirksam geworden ist. Etwas anderes dürfte nur dann gelten, wenn der Notar positive Kenntnis davon hat, dass das Rechtskraftzeugnis nicht korrekt ist, weil er beispielsweise weiß, dass die

Entscheidung einem materiell Beteiligten nicht zugestellt wurde. Gleiches gilt für das Grundbuchamt – bei positiver Kenntnis ist eine Zwischenverfügung zu erlassen. Bloße Zweifel des Grundbuchamts genügen nicht.

3. Wirksamkeit des vorgenommenen Rechtsgeschäfts

Das Genehmigungsverfahren nach dem FamFG führt zu einer Änderung der bisher vom Notar geübten Praxis. Die Mitteilung der Genehmigung nach § 1829 BGB an den anderen Vertragspartner kann erst nach Rechtskraft erfolgen, weil die gerichtliche Genehmigung erst dann wirksam ist. Die Mitteilung einer noch nicht rechtskräftigen und daher noch nicht wirksamen gerichtlichen Genehmigung an den anderen Vertragspartner löst nicht die Wirkung des § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB aus. Der einen Kaufvertrag beurkundende Notar wird daher darauf zu achten haben, dass die Mitteilung erst nach Vorliegen eines Rechtskraftzeugnisses erfolgt. Bei einseitigen Rechtsgeschäften darf das Rechtsgeschäft erst nach Vorliegen des Rechtskraftzeugnisses vorgenommen werden, § 1831 BGB. Die Eintragung einer Eigentumsvormerkung zur Sicherung des Eigentumsverschaffungsanspruchs aus einem Grundstücksveräußerungsvertrag kann erst nach Vorliegen einer rechtskräftigen Genehmigung erfolgen.

Empfangnahme und Mitteilung der Genehmigung müssen nach außen erkennbar, dem Grundbuchamt gegenüber zuzüglich in der Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO erfolgt sein. Diesem Erfordernis ist jedoch – wie bisher – genügt, wenn der Notar in einer Eigenurkunde erklärt, dass er die Genehmigung für den gesetzlichen Vertreter in Empfang genommen, diese dem anderen Vertragsteil mitgeteilt und dieser die Mitteilung entgegen genommen hat. § 10 FamFG und § 15 Abs. 1 GBO lassen die bisher bewährte Doppelvollmacht an den Urkundsnotar weiterhin zu.

4. Grundbuchverfahren

Zur Vornahme der Grundstücksverfügung benötigt das Grundbuchamt neben dem bisher schon notwendigen Nachweis der Genehmigung und ihres Zugangs – bei Verträgen auch die Mitteilung an den anderen Vertragspartner und dortiger Zugang – auch noch das Rechtskraftzeugnis des Gerichts.

5. Überleitungsrecht

Die grundlegende Übergangsvorschrift des Art. 111 FGG-RG gilt für Genehmigungsverfahren der Familiengerichte, Betreuungengerichte und Nachlassgerichte und sieht vor, dass der 1.9.2009, also der Tag des Inkrafttretens des FamFG, insoweit eine Zäsur bedeutet. Ist der Genehmigungsantrag vor dem 1.9.2009 gestellt worden, so sind für dieses Verfahren weiterhin die bis zum Inkrafttreten des FGG-RG geltenden Vorschriften anzuwenden⁷⁶. Folglich kann es vorkommen, dass noch lange nach dem Inkrafttreten des FamFG – insbesondere bei Durchführung eines Rechtsmittelverfahrens – familiengerichtliche, vormundschaftsgerichtliche und nachlassgerichtliche Genehmigungen ergehen, bei denen das Verfahren noch nach den Vorschriften des FGG durchgeführt wurde.

Insoweit stellt sich die Frage, wie beispielsweise dem Grundbuchamt nachgewiesen werden kann, dass die diesem vorgelegte Genehmigung nicht im FamFG-Verfahren ergangen ist, sondern im FGG-Verfahren. Es könnte das Gericht veran-

⁷¹ H. M., Kessler, ZNotP 2009, 422.

⁷² Ebenso Heinemann, DNotZ 2009, 6, 17; Sonnenfeld, NotBZ 2009, 295, 298; Klömel NotDZ 2010, 2.11. Dazu auch Bolkart, MittBayNot 2009, 268, 272.

⁷³ Kessler, ZNotP 2009, 422.

⁷⁴ Heinemann, DNotZ 2009, 6, 17; Sonnenfeld, NotBZ 2009, 295, 298; Brambring, NotBZ 2009, 394, 395.

⁷⁵ Heinemann, FamFG für Notare, Rn. 138. Klömel NotDZ 2010, 2.11.

⁷⁶ Dazu OLG München FGPrax 2009, 283 = RPflegler 2010, 67 m. Anm. Demharther.

lasst werden, im Genehmigungsbeschluss festzuhalten, wann der Genehmigungsantrag das Gericht erreicht hat. Es dürfte die im Genehmigungsbeschluss enthaltene Angabe „ergangen aufgrund Antrages vom ... August 2009“ auch für das Grundbuchamt ausreichend sein, um einen Nachweis dafür zu liefern, dass dieses Verfahren noch den Vorschriften des FGg und nicht des FamFG unterliegt. Eine weitere Nachweismöglichkeit bestünde darin, das Gericht in diesen Fällen zu bitten, den Eingang des Genehmigungsantrages in gesiegelter Erklärung zu bescheinigen. Insofern läge dem Notar

dann ein Nachweis vor, mit dem er in der Form des § 29 GBO dem Grundbuchamt nachweisen könnte, welchen Rechtsvorschriften das Genehmigungsverfahren unterlegen hat. Schließlich dürfte in diesem Zusammenhang auch eine Eigenurkunde des Notars ausreichend sein. Dies gilt zumindest, falls der Notar als eigene Wahrnehmung die Einreichung des Genehmigungsantrages bei Gericht selbst schildern kann. Insofern dürfte diese Eigenurkunde als dienstliche Äußerung des Notars einen ausreichenden Nachweis i. S. von § 29 GBO darstellen.

Der Interessenausgleich zwischen Verfügungsfreiheit und Schutz der Apothekeninhaberinnen¹

(von Dr. Oliver Fröhler, Notar, Hinterzarten)

1. Problemstellung

Gehört eine Apotheke zum Nachlass eines Erblassers, unterliegt ihre Verwertbarkeit verschiedenen schwerwiegenden apothekenrechtlichen Beschränkungen, die bei der Gestaltung von letztwilligen Verfügungen zu berücksichtigen sind. Dies gilt insbesondere für die Erteilung einer Betriebserlaubnis und die Zulässigkeit einer Verpachtung durch einen am Eigenbetrieb gehinderten Inhaber einer Apotheke. Insofern kann es auch in letztwilligen Verfügungen eines verheirateten Apothekers mit Kindern erforderlich sein, eine im Grundsatz vollumfänglich gewünschte Verfügungsfreiheit der Erben einzuschränken. Die nachstehende Abhandlung zeigt die diesbezüglichen gesetzlichen Rahmenvorgaben auf und skizziert mögliche letztwillige Gestaltungsansätze unter besonderer Berücksichtigung des Interessenausgleichs zwischen Verfügungsfreiheit und Schutz der Erben.

2. Normative Vorgaben nach dem Apothekengesetz

a) Erfordernis einer Betriebserlaubnis

Der Betrieb einer Apotheke setzt gemäß § 1 Abs. 2 ApoG² eine entsprechende behördliche Erlaubnis voraus. Sie kann nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ApoG ausschließlich einem nach deutschem Recht approbierten Apotheker erteilt werden. Die weiteren Erlaubnisvoraussetzungen ergeben sich aus den übrigen Regelungen des § 2 ApoG. Hierzu gehört insbesondere die gesundheitliche Eignung des Apothekers zur Leitung einer Apotheke. Nach § 1 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 5 ApoG darf ein Apotheker höchstens eine (von ihm persönlich zu leitende) Hauptapotheke und (jeweils über einen anderen verantwortlichen Apotheker) drei Filialapotheken betreiben. Eine

apothekenrechtliche Betriebserlaubnis hat zudem nach § 1 Abs. 3 ApoG höchstpersönlichen Charakter und ist auf die in der Erlaubnisurkunde benannten Räume beschränkt.

b) Nichtvererblichkeit der Betriebserlaubnis

Aus dem vorstehend beschriebenen Höchstpersönlichkeitsgrundsatz folgt zugleich die Nichtvererblichkeit der Apothekenbetriebserlaubnis, die gemäß § 3 Nr. 1 ApoG mit dem Tod des Erlaubnisinhabers erlischt, während der Gewerbe- und Handelsbetrieb der Apotheke gleichwohl vererbt werden kann. Ein Erbe des bisherigen Betriebserlaubnisinhabers bedarf vielmehr seinerseits einer eigenen Betriebserlaubnis, um die Apotheke leiten zu dürfen. Hierzu muss er die diesbezüglichen Voraussetzungen selbst in seiner Person erfüllen. Ist dies der Fall, kann er die Apotheke unabhängig davon betreiben, ob er sie als Erbe, Vermächtnisnehmer oder durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erworben hat.³

c) Apothekenverwaltung nach dem Tod des Erlaubnisinhabers

Solange der Erbe (noch) keine Betriebserlaubnis besitzt, eröffnet ihm § 13 Abs. 1 ApoG die Möglichkeit, die Apotheke für höchstens zwölf Monate durch einen approbierten Apotheker in seinem (des Erben) Namen verwalten zu lassen. Dieses Verwaltungsrecht ist ausdrücklich nur Erben eröffnet. Ein Vermächtnisnehmer hat dieses Privileg somit nicht.

d) Apothekenverpachtung nach dem Tod des Erlaubnisinhabers

aa) Allgemeines

Kommt eine derartige vorübergehende Verwaltung nicht in Betracht oder wurde dem Erben auch nach Ablauf einer Übergangsweisen Verwaltung keine Betriebserlaubnis erteilt und soll die Apotheke gleichwohl wirtschaftlich genutzt werden, bleibt regelmäßig - zumal ein Verkauf zumindest dann, wenn ein erbendes Kind die spätere Approbation als Apotheker anstrebt, häufig aus wirtschaftlichen Gründen zumeist nicht gewünscht sein wird⁴ - ausschließlich deren Verpachtung. Das

¹ Der Beitrag basiert auf einem Referat des Verfassers anlässlich der südbadischen Notarfortbildung am 11.10.2007 in Hinterzarten. Der Verfasser ist Notar in Titisee-Neustadt, Lehrbeauftragter an der Notarakademie Baden-Württemberg in Stuttgart und leitet die südbadischen Notarfortbildungsseminare des Badischen Notarvereins e.V.

² Gesetz über das Apothekenwesen in Deutschland, neu gefasst durch Bek. vom 15.10.1980, BGBl. 1980 I, S. 1993, zuletzt geändert durch Art. 16a des Gesetzes vom 28.5.2008, BGBl. 2008 I, S.874.

³ Eine diesbezügliche Differenzierung ist ausschließlich für die strengen Voraussetzungen einer Verpachtungsberechtigung eines am Eigenbetrieb gehinderten Inhabers relevant, dazu sogleich unten d bb aaa.

⁴ Maier, Das Testament des Apothekers, 1983, S. 50.

gesetzliche Leitbild geht hingegen vom Prinzip des „Apothekers in seiner Apotheke“⁵ aus und verbietet daher grundsätzlich eine Verpachtung mit der Folge der Nichtigkeit entsprechender Rechtsgeschäfte nach § 12 ApoG.

Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1, 2 und 3 ApoG kann eine Apothekenverpachtung jedoch ausnahmsweise durch einen aus besonderen persönlichen Gründen am Weiterbetreiben der Apotheke gehinderten (anderen) Erlaubnisinhaber, die erbberechtigten Kinder und/oder den erbberechtigten Ehegatten bzw. Lebensgefährten des verstorbenen Apothekers zulässig sein. In diesen Fällen gebietet der durch das verfassungsrechtlich in Art. 20 Abs. 1 GG verankerte Sozialstaatsprinzip gesicherte Versorgungscharakter einer Apothekenverpachtung zugunsten dieser betroffenen Personen eine Durchbrechung des grundsätzlichen Verpachtungsverbotes.⁶ Der Pächter bedarf nach § 9 Abs. 2 Satz 1 ApoG seinerseits einer Betriebserlaubnis iSd § 1 ApoG. Stirbt der Verpächter vor Ablauf der vereinbarten Pachtzeit, ohne dass der Erbe verpachtungsberechtigt ist, kann das Pachtverhältnis nach § 9 Abs. 1a ApoG zugunsten des Pächters zur Vermeidung unbilliger Härten aus der Nichtigkeitsfolge des § 12 ApoG zwischen dem Pächter und dem Erben für die Dauer von höchstens zwölf Monaten fortgesetzt werden.

Ein bloßer Gesellschaftsanteil an einer Apotheke iSd § 8 Satz 1 ApoG ist hingegen nicht verpachtbar.⁷ Umgekehrt begründet aber regelmäßig das Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person bereits eines Gesellschafters iSd § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ApoG ein Verpachtungsrecht an der durch die Gesellschaft geführten Apotheke.⁸

bb) Verpachtungsberechtigter Personenkreis

aaa) Anderer Erlaubnisinhaber

Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ApoG iVm § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BApO darf derjenige, der seinerseits Erlaubnisinhaber ist, eine Apotheke nur dann verpachten, wenn und solange er seine Apotheke aus einem in seiner Person liegenden wichtigen Grund nicht weiter betreiben kann oder mangels gesundheitlicher Eignung seine Erlaubnis widerrufen bzw. durch Widerruf der Approbation erloschen ist. Als in der Person des Erlaubnisinhabers liegender wichtiger Grund gelten ausschließlich zeitlich beschränkte und solche Verhinderungen, die erst nach einem bereits aufgenommenen Betreiben der Apotheke eintreten,⁹ insbesondere ein längerer Forschungs- oder Lehrauftrag¹⁰, ein nach den Ruhestandsaltergrenzen des Beamtenrechts hohes Alter des Apothekers¹¹ bzw. die vorübergehende Wahl in ein Amt der Berufsorganisation der Apotheker.¹² Wird beispielsweise ein approbierter Apotheker als Alleinerbe, Vermächtnisnehmer¹³

oder durch rechtsgeschäftlichen Erwerb von einem Erben bzw. Vermächtnisnehmer Eigentümer einer Apotheke eines verstorbenen Erlaubnisinhabers, kann er diese, soweit er nicht bereits eine andere Apotheke besitzt und beibehält,¹⁴ auch ohne Kind oder Ehegatte bzw. Lebenspartner des verstorbenen Erlaubnisinhabers zu sein, verpachten, sobald er nach Aufnahme des Betriebes das Ruhestandsalter eines Beamten erreicht hat. Kann der Erwerber den Apothekenbetrieb etwa aus gesundheitlichen Gründen von vorneherein nicht aufnehmen, kommt ihm das Privileg des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ApoG hingegen nicht zu Gute.¹⁵

bbb) Nichterlaubnisinhaber

(1) Kinder des Erlaubnisinhabers

Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ApoG sind erbberechtigte¹⁶ Kinder eines Erlaubnisinhabers hinsichtlich einer zum Nachlass gehörenden Apotheke bis zu dem Zeitpunkt verpachtungsberechtigt, in dem das jüngste Kind das 23. Lebensjahr vollendet. Trotz des primären Gesetzeszwecks der Erhaltung der Apotheke innerhalb der Familie aus Versorgungsgründen bis zum durchschnittlich zu erwartenden Berufsausbildungsabschluss des jüngsten Kindes verkürzt sich die Verpachtungsberechtigungsdauer auch dann nicht, wenn alle erbenberechtigten Kinder noch vor Vollendung des 23. Lebensjahr des jüngsten von ihnen einen anderen als den Apothekerberuf ergriffen haben.¹⁷

Darüber hinaus kann diese Frist auf Antrag zugunsten aller Kinder bis zu dem Zeitpunkt verlängert werden, in dem dasjenige Kind, das vor Vollendung des 23. Lebensjahres den Apothekerberuf ergreift, in seiner Person die Voraussetzungen für die Erteilung der Erlaubnis erfüllen kann. Diese Regelung verfolgt das am Sozialstaatsprinzip¹⁸ aus Art. 20 Abs. 1 GG und am Grundrecht auf Schutz der Familie aus Art. 6 Abs. 1 GG ausgerichtete gesetzgeberische Ziel, die Kinder eines verstorbenen Apothekeninhabers durch gesetzliche Einschränkung der Verpachtbarkeit einer geerbten Apotheke nicht unverhältnismäßig zu beschränken, sondern diesen daraus vielmehr eine hinreichende Versorgung zuteil werden zu lassen und zugleich eine Erhaltung des Apothekenbetriebes in der Familie zu ermöglichen. Für diese zusätzliche Fristverlängerungsoption gilt der Apothekerberuf dabei im Sinne des o.g. Gesetzes als ergriffen, wenn das Kind die Berufsausbildung zum Apotheker beginnt. Insofern wird einerseits teilweise auf den Zeitpunkt, in dem die Zuteilung eines Studienplatzes für das diesbezügliche Hochschulstudium beantragt und dadurch die Berufswahl dokumentiert wird,¹⁹ andererseits teilweise auf den tatsächlichen Studienbeginn²⁰ abgestellt. Angesichts des Schutzzwecks, die Versorgung und den Apothekenerhalt in der Familie möglichst bis zum Abschluss der Berufsausbildung der Kinder zu gewährleisten, erscheint die erstgenannte Ansicht vorzugswürdig.

Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen vor und wurde ein entsprechender Antrag, zu dem nicht nur das den Apothekerberuf ergreifende, sondern jedes verpachtungsberechtigte Kind berechtigt ist,²¹ gestellt, dürfte im Hinblick auf die dies-

⁵ BVerfG, NJW 1964, 1067 (1070).

⁶ Schiedermaier/Pieck, Apothekengesetz, 3. Aufl. 1981, § 9 ApoG Rz. 37.

⁷ Berberich/Köster, Pachten und Verpachten von Apotheken, 3. Aufl. 1994, S. 34; Holland, DNotI-Report 1998, 151; Schiedermaier/Pieck, aaO, § 8 ApoG Rz. 62 bzw. § 9 ApoG Rz. 77.

⁸ Hoffmann, Gesetz über das Apothekenwesen, 1961, § 9 ApoG Rz. 36; aA Berberich/Köster, aaO, S. 34: Der wichtige Grund müsse bei allen Gesellschaftern vorliegen.

⁹ Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 38 bzw. 44.

¹⁰ Hoffmann, aaO, § 9 ApoG Rz. 37.

¹¹ Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 39.

¹² Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 44.

¹³ Das Verpachtungsprivileg folgt hier alleine aus der eigenen Betriebserlaubnis des Erwerbers nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ApoG, so dass eine konkrete Erbberechtigung iSd § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG nicht erforderlich ist.

¹⁴ Zum Verbot des Apothekenmehrbesitzes BVerfG, NJW 1964, 1067 (1069 ff.).

¹⁵ Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 38.

¹⁶ Zu den Voraussetzungen der Erbberechtigung sogleich unten (3).

¹⁷ Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 57.

¹⁸ Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 37.

¹⁹ Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 58.

²⁰ Holland, DNotI-Report 1997, 222; Berberich/Köster, aaO, S. 29.

²¹ Hoffmann, aaO, § 9 ApoG Rz. 44.

bezügliche Sozialstaatsprinzips- und Grundrechtsbindung eine behördliche Ermessensreduzierung dergestalt anzunehmen sein, dass die Fristverlängerung regelmäßig zu gewähren ist.²²

Im Rahmen dieses Ausnahmetatbestandes nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 ApoG ist von ganz entscheidender Bedeutung, dass die Verpachtung insoweit ausschließlich Kindern, - aufgrund Ablehnung einer entsprechend beantragten Aufnahme in den hiesigen Tatbestand während des Gesetzgebungsverfahrens zum ApoG²³ - nicht jedoch Enkeln des Erlaubnisinhabers eröffnet ist und unter dem Begriff „Kinder“ damit insoweit nicht auch weitere Abkömmlinge zu verstehen sind.²⁴ Dies dürfte auch dann gelten, wenn beispielsweise Enkel anstelle von - insbesondere durch Vorversterben bzw. Ausschlagung - weggefallenen Kindern als (Ersatz-) Erben berufen sind. Insofern sind ggfs. im Rahmen der Gestaltung letztwilliger Verfügungen eines Apothekenerlaubnisinhabers entsprechende Vorsichtsmaßnahmen zu treffen, damit das Verpachtungsrecht weder bei Vorversterben eines Kindes und damit verbundener Ersatzerbenberufung noch bei dessen Nachversterben durch den Eintritt der Erben des Kindes in die Erbengemeinschaft erlischt.²⁵

Aus dem Umkehrschluss zur gesetzlichen Regelung des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ApoG²⁶ und aus dem Versorgungszweck des § 9 Abs. 1 ApoG ergibt sich, dass die erbberechtigten²⁷ Kinder iSd § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ApoG anders als der längstlebende Ehegatte bzw. Lebenspartner des verstorbenen Erlaubnisinhabers das Verpachtungsrecht mangels entsprechender ausdrücklicher Anordnung im Gesetzestext nicht durch das Erhalten einer eigenen konkreten Betriebserlaubnis iSv § 1 ApoG auf Seiten eines oder mehrerer von ihnen verlieren, aufgrund derer sie nur unter den Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ApoG verpachtungsberechtigt wären. Durch die Altergrenze des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ApoG ist faktisch zugleich der gesetzgeberisch ungewollte²⁸ dauerhafte Mehrbesitz von Apotheken ausgeschlossen.²⁹

(2) Ehegatte bzw. Lebenspartner des Erlaubnisinhabers

Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ApoG ist der erbberechtigte³⁰ Ehegatte bzw. Lebenspartner bis zum Zeitpunkt seiner erneuten Heirat bzw. Begründung einer Lebenspartnerschaft verpachtungsberechtigt, sofern bzw. bis er nicht selbst konkret eine Erlaubnis gemäß § 1 ApoG erhält, kraft derer er dann jedoch nur bei Vorliegen eines in seiner Person liegenden wichtigen Grundes nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ApoG verpachtungsberechtigt ist. Dabei ist der Tatbestand des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ApoG bereits dann nicht erfüllt, wenn der erbberechtigte Ehegatte bzw. Lebenspartner eine Betriebserlaubnis für eine andere - sei es eigene oder gepachtete - Apotheke besitzt bzw. seit Eintritt des Erbfalls wenigstens zwischenzeitlich besessen hat.³¹ Auch ein späterer Verzicht auf eine erteilte Betriebserlaubnis lässt das Verpachtungsprivileg

aus § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ApoG mangels erbfallbedingter sozialer Notlage selbst dann nicht wieder aufleben, wenn der erbberechtigte Ehegatte oder Lebenspartner durch den Verzicht zusätzlich auch das Verpachtungsprivileg nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ApoG verliert.³²

Damit das Verpachtungsprivileg in Anspruch genommen werden kann, muss die Ehe bzw. Lebenspartnerschaft iSd LPartG zum Zeitpunkt des Erbfalls noch bestehen. Dabei ist insoweit zwar ein rein formeller Bestand ausreichend. Die Regelungen der §§ 1933, 2077, 2268, 2279 Abs. 2 BGB iVm § 10 LPartG über den Ausschluss des gesetzlichen Ehegattenerbrechts bzw. (die Auslegungsregel) zur Unwirksamkeit letztwilliger Verfügungen insbesondere ab Rechtshängigkeit eines Scheidungs- bzw. Aufhebungsverfahrens sind darüber hinaus jedoch im Hinblick auf die zusätzliche Verpachtungsvoraussetzung der Erbberechtigung³³ mittelbar anzuwenden.

Ist die Berechtigung zur Apothekenverpachtung durch erneute Heirat bzw. Begründung einer Lebenspartnerschaft weggefallen, vermag eine spätere Beendigung dieser neuen Ehe bzw. Lebenspartnerschaft das Verpachtungsrecht nicht wieder aufleben zu lassen, es bleibt vielmehr endgültig erloschen.³⁴

(3) Erbberechtigung

(3.1) Konkrete Erbenstellung

Trotz des insoweit scheinbar weiten und dadurch missverständlichen Wortlauts setzt der in § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 und 3 ApoG verwendete Begriff der „Erbberechtigung“ für beide vorstehenden Tatbestandsvarianten eine konkrete tatsächliche Erbenstellung des Kindes, längstlebenden Ehegatten bzw. Lebenspartners voraus, die ihrerseits auf gesetzlicher Erbfolge, Einzeltestament, gemeinschaftlichem Testament oder Erbvertrag beruhen kann. Dagegen begründet insbesondere eine bloße vermächtnisweise Zuteilung der Apotheke an einen Nichterben keine Verpachtungsbefugnis³⁵ und kommt daher nur dann als sinnvolles Gestaltungsmittel in Betracht, wenn der nicht erbende Vermächtnisnehmer die Apotheke aufgrund eigener Erlaubnis iSv § 1 ApoG selbst betreiben kann, ausnahmsweise wegen eines wichtigen Grundes nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ApoG verpachten darf oder sofort gezielt veräußern können soll.

Im Rahmen der konkreten Erbenstellung des Ehegatten bzw. Lebenspartners nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ApoG sind insbesondere die Regelungen der §§ 1933, 2077, 2268, 2279 Abs. 2 BGB iVm § 10 LPartG über den Ausschluss des gesetzlichen Ehegattenerbrechts bzw. (die Auslegungsregel) zur Unwirksamkeit letztwilliger Verfügungen zu berücksichtigen. Obschon für das Tatbestandsmerkmal der „Ehe“ bzw. „Lebenspartnerschaft“ deren formeller Bestand zum Zeitpunkt des Erbfalls ausreicht, steht hingegen der erforderlichen konkreten Erbberechtigung - bei letztwilligen Verfügungen je nach Auslegungsergebnis - insbesondere die Rechtshängigkeit eines Scheidungs- bzw. Aufhebungsverfahrens entgegen.

²² Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 59 unter Hinweis auf BVerwGE 11, 95.

²³ Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 51.

²⁴ Hoffmann, aaO, § 9 ApoG Rz. 43, Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 51.

²⁵ Vgl. dazu sogleich unten 3 a aa bbb (2.3).

²⁶ Vgl. dazu sogleich unten (2).

²⁷ Vgl. dazu sogleich unten (3).

²⁸ BVerfG, NJW 1964, 1067 (1069 ff.).

²⁹ Berberich/Köster, aaO, S. 32.

³⁰ Zur Erbberechtigung sogleich unten (4).

³¹ Hoffmann, aaO, § 9 ApoG Rz. 45.

³² Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 73 iVm Rz. 74.

³³ Zur Erbberechtigung sogleich unten (3).

³⁴ Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 70.

³⁵ Hoffmann, aaO, § 9 ApoG Rz. 42; Maier/Maier, Erben und Vererben einer Apotheke, 2000, S. 102; Maier, aaO, S. 64; Holland, DNotI-Report 1997, 222; Holland, DNotI-Report 1998, 151; aA Schreiber, MittBayNot 1983, 107 (108). Vgl. dazu auch (4) bzw. (6.7).

(3.2) Unmittelbare Erbenstellung

Die Ausnahmetatbestände nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 und 3 ApoG setzen weiter voraus, dass die dort genannten verpachtungsberechtigten Personen jeweils unmittelbar Erben des Erlaubnisinhabers sind. Danach ist es insbesondere zur Begründung eines späteren Apothekenverpachtungsrechts der Kinder nicht ausreichend, wenn aufgrund gemeinschaftlichen Testaments bzw. Erbvertrages nach dem Tod des Erlaubnisinhabers zunächst dessen Ehegatte Vollerbe und nach dessen Tod die Kinder Schlusserben würden, da diese dann Erben des Ehegatten und nicht - was jedoch erforderlich ist - Erben des Erlaubnisinhabers wären.³⁶

(3.3) Besonderheiten bei Erbengemeinschaft

Sind mehrere Erben in ungeteilter Erbengemeinschaft auf Ableben des Erlaubnisinhabers als Eigentümer an der Apotheke berechtigt, steht unter den Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG auch das Verpachtungsrecht nach §§ 2038, 741 ff. BGB allen Miterben gemeinschaftlich zu. Die grundsätzliche Zulässigkeit der Verpachtung in Erbengemeinschaft ergibt sich ausdrücklich bereits aus der Verwendung des Plurals auf der Berechtigtenseite im Wortlaut des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ApoG, der die Verpachtung durch die „erbberechtigten Kinder“ vorsieht. Aus § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG folgt jedoch, dass das Apothekenverpachtungsrecht während Bestehens einer Erbengemeinschaft zu Lasten aller Miterben entfällt, sobald auch nur Einer der Miterben keinen der dort genannten Ausnahmetatbestände erfüllt.³⁷ Dies ist etwa dann der Fall, wenn eine (Vollerben-) Erbengemeinschaft zwar ausschließlich aus privilegierten Personen wie dem erbberechtigten längstlebenden Ehegatten und den erbberechtigten Kindern besteht, der Ehegatte jedoch entgegen § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ApoG wieder heiratet und dadurch neben dem Ehegatten auch die Kinder ihr Verpachtungsrecht verlieren. Letzteres kann insbesondere dadurch verhindert werden, dass der längstlebende Ehegatte hinsichtlich seines Erbteils lediglich als Vorerbe eingesetzt wird und der Nacherbfall mit dessen Wiederverheiratung eintritt.³⁸ Entsprechende Risiken bestehen für den Fall, dass eines der erbberechtigten Kinder vorversterbt und an dessen Stelle dessen Kinder als Ersatzerben in die Erbengemeinschaft eintreten bzw. ein solches Kind nach dem Erbfall nachversterbt, von seinen Kindern beerbt wird und diese damit auch in die Erbengemeinschaft auf den Tod des Apothekenerlaubnisinhabers eintreten. Hier verlieren neben den nicht verpachtungsberechtigten Enkeln³⁹ zusätzlich sowohl die übrigen Kinder als auch der längstlebende Ehegatte insgesamt jegliche Verpachtungsmöglichkeit. Dem könnte der Erlaubnisinhaber letztwillig nach Abwägung sonstiger diesbezüglicher Vor- und Nachteile ggfs. dadurch vorbeugen, dass seine Kinder untereinander jeweils als Ersatz- und Nacherben bzw. Ersatznach- und Nachnacherben eingesetzt sind.⁴⁰ Besteht die Erbengemeinschaft aus einem Erlaubnisinhaber, der nicht zugleich nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG privilegiert ist, und aus nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG privilegierten Miterben, kann die Apotheke nur dann verpachtet werden, wenn und solange für den Erlaub-

nisinhaber die Voraussetzungen nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ApoG erfüllt sind.

Ist eine Erbengemeinschaft danach insgesamt an der Apothekenverpachtung gehindert, weil nicht alle Erben die Voraussetzungen aus § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1, 2 bzw. 3 ApoG erfüllen und nicht ausreichend letztwillig vorgesorgt wurde, kann das Verpachtungsrecht durch Zuteilung der Apotheke bzw. des Gesamtnachlasses ausschließlich an die privilegierten Miterben im Wege der (Teil-) Erbaueinandersetzung, Erbteilsübertragung an Miterben oder Abschichtung bzw. durch Ausschlagung ermöglicht werden.⁴¹

§ 8 Satz 1 und 2 ApoG sieht zwar ein gemeinsames Betreiben einer Apotheke durch mehrere Personen ausschließlich in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer offenen Handelsgesellschaft vor und schließt darüber hinaus gehende Vereinbarungen, die eine Beteiligung am Gewinn oder am Umsatz der Apotheke beinhalten, insbesondere eine Beteiligung mittels stiller Gesellschaft, aus. Anweichend davon ist die bloße Verpachtung einer Apotheke durch mehrere Personen jedoch auch aufgrund anderer Erwerbsverhältnisse, insbesondere durch eine Erbengemeinschaft zulässig. Nach § 8 Satz 3 ApoG sind derartige Pachtverträge ausdrücklich zudem selbst dann zulässig, wenn die Pacht von Umsatz oder Gewinn der Apotheke abhängt.

(4) Nachlasszugehörigkeit der Apotheke

Die Apotheke darf durch nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG privilegierte Erben des Erlaubnisinhabers nur dann verpachtet werden, wenn und solange sie zum Nachlass des Erlaubnisinhabers gehört. Sobald die Apotheke insbesondere im Wege der Vermächtniserfüllung oder durch sonstige Veräußerung an nichtprivilegierte Dritte⁴² übertragen wird, erlischt dieses Verpachtungsrecht.

Verstirbt ein Apothekenpächter, kommt eine Verpachtung durch dessen erbberechtigte Kinder bzw. erbberechtigten Ehegatten bzw. Lebenspartner nicht in Betracht, da die Apotheke nicht im Eigentum des Pächters stand und daher nicht in dessen Nachlass fällt.⁴³ Derartigen Erben steht auch kein Unterverpachtungsrecht zu, da die abschließenden Ausnahmetatbestände des § 9 Abs. 1 Satz 1 ApoG ein derartiges Institut nicht zulassen.⁴⁴ Mit dem Tod des Apothekenpächters erlischt zudem nach § 3 Nr. 1 ApoG dessen nichtvererbliche Betriebserlaubnis mit der Folge, dass ein Erbe nur dann Pächter sein kann, wenn er selbst eine eigene Betriebserlaubnis iSd § 9 Abs. 2 Satz 1 ApoG für die betroffene Apotheke hat.

(5) Betriebserlaubnis der Erblässers

Das Verpachtungsprivileg nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bzw. Nr. 3 ApoG setzt zudem voraus, dass der Erblasser im Zeitpunkt des Erbfalls eine Betriebserlaubnis für die betroffene Apotheke hatte.

Dies ergibt sich für § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ApoG ausdrücklich aus dem Gesetzeswortlaut. Daher besteht für die Kinder bei-

³⁶ Holland, DNotI-Report 1997, 222 (223); Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 52.

³⁷ Berberich/Köster, aaO, S. 33; Holland, DNotI-Report 1997, 222; Maier, aaO, S. 64; Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 14.

³⁸ Vgl. dazu sogleich unten 3 a aa bbb (2).

³⁹ Vgl. dazu oben (2).

⁴⁰ Vgl. dazu sogleich unten 3 a aa bbb (2.3) bzw. (4).

⁴¹ Vgl. dazu sogleich unten (6.2) bis (6.5).

⁴² Vgl. dazu oben (3.1). Etwas anderes gilt jedoch für die Erfüllung eines Vorausvermächtnisses zugunsten eines nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG privilegierten Miterben, der bereits aufgrund seiner Miterbenstellung im Wege eines erbrechtlichen Vorgangs erworben hat, vgl. dazu unten (6.7). Erwirbt ein anderer Erlaubnisinhaber, kann er unter den strengen Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ApoG privilegiert sein, vgl. dazu oben aaa.

⁴³ OVG Lüneburg, NJW 1966, 419 (421).

⁴⁴ Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 28.

spielsweise dann kein Verpachtungsprivileg als Erben auf den Tod des längstlebenden Elternteils, wenn dieser als Erblasser ohne eigene Approbation und Betriebserlaubnis verpachtungsberechtigter Alleinerbe seines vorverstorbenen approbierten Ehegatten geworden ist.⁴⁵

Ebenso setzt das Verpachtungsrecht auch für den längstlebenden Ehegatten bzw. Lebenspartner voraus, dass der erstversterbende Apothekeninhaber zur Zeit seines Todes eine Betriebserlaubnis für die Apotheke hatte. Zwar beinhaltet der Wortlaut des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ApoG keine ausdrückliche entsprechende Anordnung. Indem aber auch die Person des Erstverstorbenen gänzlich unerwähnt bleibt, wird deutlich, dass die Formulierung „nach dem Tode eines Erlaubnisinhabers“ aus § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ApoG zusätzlich für den Tatbestand nach Nr. 3 gilt. Daher besteht für Ehegatten bzw. Lebenspartner beispielsweise dann kein Verpachtungsrecht, wenn die ursprüngliche Betriebserlaubnis nach § 3 Nr. 4 ApoG dadurch erloschen ist, dass der Erblasser von ihr ohne behördliche Fristverlängerung mindestens ein Jahr lang keinen Gebrauch gemacht hat.

Soweit dem Erblasser in der Vergangenheit eine Betriebserlaubnis erteilt worden war, sind insoweit vor allem die Tatbestände für deren Erlöschen, Zurücknahme bzw. Widerruf nach den §§ 3 und 4 ApoG zu beachten.

(6) Veränderungen in der Erbengemeinschaft nach Eintritt des Erbfalls

(6.1) Allgemeines

In der Erbengemeinschaft können nach Eintritt des Erbfalls diverse Veränderungen eintreten. Hierzu gehören insbesondere ein Ausscheiden nicht verpachtungsberechtigten Miterben aus der Erbengemeinschaft und eine gegenständlich auf die Apotheke beschränkte Erbaueinandersetzung. Fraglich sind dabei die Auswirkungen derartiger Veränderungen auf die o.g. Verpachtungsprivilegien nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG. In der Literaturmeinung ist man sich zwar ganz überwiegend darüber einig, dass ein Verpachtungsrecht nur dann bestehen kann, wenn trotz entsprechender nachträglicher Veränderung an die Rechtsstellung des Privilegierten als Erbe angeknüpft wird.⁴⁶ Im Einzelnen ist jedoch Vieles unklar und umstritten.⁴⁷

Nach hier vertretener Ansicht ist für ein Verpachtungsprivileg iSd § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG im Falle des Ausscheidens von nicht verpachtungsberechtigten Miterben aus der Erbengemeinschaft nach dem Erbfall erforderlich und zugleich ausreichend, dass die Apotheke unverändert zum Nachlass des Erlaubnisinhabers gehört, alle Mitglieder der nunmehr bestehenden Erbengemeinschaft kraft gesetzlichen Erbrechts oder letztwilliger Verfügung bereits seit dem Erbfall originäre Erben des Erlaubnisinhabers sind und sie zudem alle weiteren Voraussetzungen für ein Privileg nach § 9 Abs. 1

Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG erfüllen. Da Wortlaut und Regelungszweck des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG alleine auf eine konkrete originäre Erbenposition des Privilegierten abstellen, ist es insbesondere unschädlich, wenn andere Miterben aus der Erbengemeinschaft ausscheiden und sich dadurch die Erbquote der verbliebenen originären privilegierten Erben erhöht.⁴⁸

Weiter ist nach hier vertretener Ansicht für ein Verpachtungsprivileg iSd § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG im Falle einer Erbaueinandersetzung erforderlich und zugleich ausreichend, dass das Eigentum an der Apotheke bis zum Vollzug der Erbaueinandersetzung unverändert zum Nachlass gehörte, alle durch den Vollzug der Erbaueinandersetzung zu gesamthandsfreien Eigentümern der Apotheke gewordenen Personen kraft gesetzlichen Erbrechts oder letztwilliger Verfügung bereits seit dem Erbfall originäre Erben des Erlaubnisinhabers sind und sie zudem alle weiteren Voraussetzungen für ein Privileg nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG erfüllen. Da Wortlaut und Regelungszweck des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG alleine auf eine konkrete originäre Erbenposition des Privilegierten abstellen, ist es insbesondere unschädlich, wenn die Erbaueinandersetzung nicht letztwillig durch den Erblasser angeordnet war, sondern auf freier Vereinbarung der Miterben beruht, der Wert der Apotheke nicht dem Erbteil des Apothekenübernehmers entspricht bzw. ausgleichende Gegenleistungen außerhalb des Nachlasses aus dem sonstigen Vermögen des die Apotheke übernehmenden Erben geleistet werden.⁴⁹

Mangels diesbezüglicher höchstrichterlicher Rechtsprechung sollten derartige nachträgliche Maßnahmen unter den Erben jedoch möglichst durch vorbeugende letztwillige Gestaltung seitens des Erblassers vermieden werden.

(6.2) Erbaueinandersetzung

Wird eine zum Nachlass gehörende Apotheke - sei es in Vollzug einer letztwillig verfügten Teilungsanordnung⁵⁰ oder ohne eine solche aufgrund freier rechtsgeschäftlicher Vereinbarung⁵¹ - im Wege einer (Teil-) Erbaueinandersetzung an einen Miterben übertragen, ist dieser Erwerber unter den Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG alleine verpachtungsberechtigt, da die (Teil-) Erbaueinandersetzung insoweit einen erbrechtlichen Vorgang verkörpert, als sie sich aus einer originären, bereits zuvor vorhandenen Erbenstellung des Erwerbers ableitet. Gleiches gilt, wenn mehrere oder gar alle Miterben die Apotheke im Weg der (Teil-) Erbaueinandersetzung zu Bruchteilseigentum erwerben. Aus

⁴⁵ Insoweit wäre eine letztwillige Gestaltung durch Vor- und Nacherbfolge erforderlich gewesen, um sowohl dem längstlebenden Ehegatten als auch den Kindern als jeweilige Erben des Erlaubnisinhabers ein Verpachtungsrecht zuteil werden zu lassen, vgl. dazu unten 3 a aa bbb (2).

⁴⁶ Berberich/Köster, aaO, S. 34; Dittrich, NJW 1964, 1049 (1052); Hoffmann, aaO, § 9 ApoG Rz. 42; Holland, DNotI-Report 1997, 222 f.; Maier/Maier, aaO, S. 102; Maier, aaO, S. 64; Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 64; aA Schreiber, MittBayNot 1983, 107 (108) und Rohner, ZEV 2003, 15 (16), die einen Erwerb durch bloßes Vermächtnis ohne Miterbenstellung genügen lassen.

⁴⁷ Vgl. dazu sogleich unten (6.2) bis (6.7).

⁴⁸ Im Ergebnis ebenso Berberich/Köster, aaO, S. 34; Dittrich, NJW 1964, 1049 (1052); Hoffmann, aaO, § 9 ApoG Rz. 42; Rohner, ZEV 2003, 15 (16); Schreiber, MittBayNot 1983, 107 (109); aA Holland, DNotI-Report 1997, 222 (223).

⁴⁹ Im Ergebnis ebenso Dittrich, NJW 1964, 1049 (1052); Rohner, ZEV 2003, 15 (16); Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 64; Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 65; Schreiber, MittBay-Not 1983, 107 (109); aA Holland, DNotI-Report 1997, 222 (nur bei Teilungsanordnung); Mair/Mair, aaO, S. 103 f. (aufgrund freier Vereinbarung nur bei ausschließlicher Verteilung von Nachlass ohne Leistung aus Eigenvermögen des übernehmenden Miterben, aufgrund letztwilliger Teilungsanordnung auch bei Leistung aus Eigenvermögen der übernehmenden Miterben).

⁵⁰ Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 64; Holland, DNotI-Report 1997, 222 f.; Schreiber, MittBay-Not 1983, 107 (109); Rohner, ZEV 2003, 15 f.; Dittrich, NJW 1964, 1049 (1052); Maier/Maier, aaO, S. 104; Maier, aaO, S. 64.

⁵¹ Hoffmann, aaO, § 9 ApoG Rz. 42; Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 64; Schreiber, MittBayNot 1983, 107 (109); Dittrich, NJW 1964, 1049 (1052); aA Maier/Maier, aaO, S. 103, wonach ein erbrechtlicher Vorgang und damit ein Verpachtungsprivileg ausschließlich bei einer Realteilung ohne Ausgleich aus dem eigenen Vermögen des Erwerbers vorliege.

o.g. Gründen ist die Beschränkung der Betriebsberechtigung bei einer Mehrzahl von Betreibern auf die Rechtsformen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer offenen Handelsgesellschaft aus § 8 Satz 1 ApoG nicht für die Apothekenverpachtung anwendbar.⁵²

(6.3) Erbteilsabtretung

Wird ein Erbteil von einem Miterben an einen anderen Miterben veräußert und vollzugsweise abgetreten, ist der Abtretungsempfänger hinsichtlich der zum Nachlass gehörenden Apotheke, soweit er die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG erfüllt, gemeinsam mit den übrigen verpachtungsberechtigten Miterben verpachtungsberechtigt, da auch die Erbteilsabtretung insoweit einen erbrechtlichen Vorgang darstellt, als sie sich aus einer originären, bereits zuvor vorhandenen Erbenstellung des Erwerbers ableitet.⁵³ Im Gegensatz dazu kann der Vollzug einer Erbteilsabtretung jedoch dann keine Verpachtungsberechtigung begründen, wenn diese Abtretung an eine andere Person als einen Miterben erfolgt,⁵⁴ da hierdurch auf Seiten des Abtretungsempfängers keine von § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG vorausgesetzte Erbenstellung, sondern ausschließlich die vermögensrechtliche gesamthänderische Berechtigung an den Nachlassgegenständen begründet wird.⁵⁵

(6.4) Abschichtungsvereinbarung

Durch formlos wirksame Abschichtungsvereinbarung können einzelne Miterben hinsichtlich des gesamten Nachlasses aus der Erbgemeinschaft mit der Folge ausscheiden, dass deren Erbteile allen in der Erbgemeinschaft verbleibenden Miterben analog § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB gleichmäßig anwachsen.⁵⁶ Trotz diesbezüglicher grundsätzlicher Formfreiheit ist zu berücksichtigen, dass eine Abschichtung bei Nachlasszugehörigkeit von Grundbesitz zum Zwecke der Grundbuchberichtigung gegenüber dem Grundbuchamt bzw. von GmbH-Anteilen zum Nachweis des Gesellschafterbestandes gegenüber dem Registergericht in öffentlich beglaubigter Form nachgewiesen werden muss. Hierzu ist eine Unterschriftsbeglaubigung ausreichend.⁵⁷ Da auch die Abschichtungsvereinbarung - ähnlich einer Erbteilsabtretung⁵⁸ - insoweit einen erbrechtlichen Vorgang darstellt, als sie sich aus einer originären, bereits zuvor vorhandenen Erbenstellung des Erwerbers ableitet, sind die verbleibenden Miterben, soweit sie iSd § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG privilegiert sind, verpachtungsberechtigt.

(6.5) Ausschlagung

Schlägt einer der Erben die Erbschaft form- und fristgerecht aus, gilt der Anfall der Erbschaft nach § 1953 Abs. 1 BGB mit der Konsequenz als nicht erfolgt, dass der Ausschlagende niemals Erbe war, sondern nach § 1953 Abs. 2 BGB als beim Erbfall nicht lebend betrachtet und von Anfang an durch diejenigen Personen als Erbe ersetzt wird, die berufen wären,

wenn der Ausschlagende tatsächlich beim Erbfall nicht gelebt hätte. Hierdurch wird das Tatbestandsmerkmal der konkreten Erbberechtigung als Verpachtungsvoraussetzung für den anstelle des Ausschlagenden berufenen Erben uneingeschränkt erfüllt.

(6.6) Verpachtungsermächtigung

Eine bloße Verpachtungsermächtigung zugunsten der nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG privilegierten Miterben durch einen nichtverpachtungsberechtigten Miterben, der seine Miterbenstellung seinerseits beibehält, kann hingegen keine Verpachtungsberechtigung begründen.⁵⁹ Im Gegensatz zu einer (Teil-) Erbaseinandersetzung behält der ermächtigende nichtprivilegierte Miterbe mit seinem Erbteil auch die gesamthänderisch gebundenen Eigentümerrechte an der Apotheke bei sich, unterstellt die Apotheke somit nicht vollständig der zivilrechtlichen Verfügungsgewalt der privilegierten Miterben und löst daher keinen dem Erbrecht eigenen Vorgang aus. Ähnlich der Gewinnbeteiligung an einer Apotheke durch Nießbrauch⁶⁰ dürfte nach § 8 Satz 2 ApoG auch eine Verpachtungsermächtigung unzulässig sein.

(6.7) Vorausvermächtnis

Wird die Apotheke vorausvermächtnisweise an einen oder mehrere privilegierte(n) Miterben übertragen, entsteht auf Vorausvermächtnisnehmerseite eine Verpachtungsberechtigung nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG bei gleichzeitigem Wegfall des Apothekeneigentümerrechts der übrigen Miterben.⁶¹ Anders als bei einem Vermächtnis an nichtprivilegierte Dritte ist der Vorausvermächtnisnehmer privilegierter Erbe und ununterbrochen seit dem Erbfall - wenn auch zunächst gesamthänderisch gebundener - Eigentümer der Apotheke.

cc) Vertretung

Die in § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1, 2 und 3 ApoG zugunsten des aus besonderen persönlichen Gründen am Weiterbetreiben der Apotheke gehinderten Erlaubnisinhabers, der erbberechtigten Kinder bzw. des erbberechtigten Ehegatten oder Lebenspartners des verstorbenen Apothekeninhabers vorgesehenen Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot einer Apothekenverpachtung sind ausschließlich durch ihren jeweiligen Versorgungscharakter gerechtfertigt, der seinerseits über das in Art. 20 Abs. 1 GG verankerte Sozialstaatsprinzip verfassungsrechtlich legitimiert wird. Das Gesetz beschränkt dieses Verpachtungsrecht dabei nicht auf solche Rechtsnachfolger, die den Pachtvertrag persönlich abschließen. Insbesondere muss auch ein gesetzlich oder durch Vollmacht tretender Privilegierter in den wirtschaftlichen Genuss des Verpachtungsrechts gelangen können.⁶² Andernfalls bliebe insbesondere geschäftsunfähigen bzw. beschränkt geschäftsfähigen Privilegierten eine Verpachtung vorenthalten, obschon gerade dieser Personenkreis nach dem Gesetzeszweck in ganz besonderem Maß versorgungsbedürftig ist. Vielmehr ist alleine maßgebend, dass ein Pacht-

⁵² Vgl. dazu oben (3.3).

⁵³ Hoffmann, aaO, § 9 ApoG Rz. 42; Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 65; Rohner, ZEV 2003, 15 (16); Schreiber, MittBayNot 1983, 107 (109); aA Holland, DNotI-Report 1997, 222 (223); unklar Maier, aaO, S. 64, und Maier/Maier, aaO, S. 102, die insoweit von „Miteigentumsanteilen“ der Erben sprechen.

⁵⁴ Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 66.

⁵⁵ Palandt/Edenhofer, 69. Aufl. 2010, § 2033 BGB Rz. 6.

⁵⁶ BGH, ZEV 1998, 141.

⁵⁷ Dazu Wurm/Wagner/Zartmann/Fröhler, Das Rechtsformularbuch, 15. Aufl. 2007, Kap. 85 Rz. 3 mit Formulierungsmuster M 85.1.

⁵⁸ Vgl. dazu oben (6.3).

⁵⁹ Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 64; aA Rohner, ZEV 2003, 15 (16).

⁶⁰ Dazu sogleich unten 3 a a bbb (3).

⁶¹ Ebenso Holland, DNotI-Report 1998, 151; missverständlich hingegen Holland, DNotI-Report 1997, 222.

⁶² Missverständlich insoweit Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 37, wonach das Verpachtungsrecht höchstpersönlicher Natur sei, dort darunter jedoch offenbar ausschließlich ein Verbot der Übertragbarkeit verstanden wird.

vertrag über eine Apotheke ausschließlich im Namen eines nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 1, 2 und 3 ApoG privilegierten Berechtigten abgeschlossen wird.

3. Letztwillige Gestaltung

a) Verheirateter Apothekeninhaber mit Kindern

aa) Ehegatte und Kinder jeweils ohne Apothekerapprobation

aaa) Allgemeine Erwägungen

Ein Apothekeninhaber, der eine entsprechende Betriebserlaubnis besitzt, wird aufgrund der o.g. fachgesetzlichen Vorgaben bei der Gestaltung letztwilliger Verfügungen regelmäßig darauf zu achten haben, dass seinen Erben, solange keiner von ihnen eine Apothekerapprobation besitzt, die Möglichkeit eröffnet ist, die Apotheke sofort durch Verpachtung wirtschaftlich zu nutzen, wenn keine unmittelbare Veräußerung gewünscht ist. Dies gilt vor allem für eine Übergangszeit zwischen Erbfall und Erlangung einer eventuell angestrebten Betriebserlaubnis durch eines der Kinder. Äußerst praxisrelevant erscheint dabei die Konstellation, in der der Betriebserlaubnisinhaber verheiratet ist, mehrere Kinder hat und der längstlebende Ehegatte dauerhaft bzw. die Kinderseite vorerst insbesondere bei einem frühen Eintritt des Erbfalls keine Erlaubnis zur Leitung einer Apotheke besitzen wird. Hier besteht jedoch oftmals die Erwartung bzw. der Wunsch, dass zumindest eines der Kinder den Beruf des Apothekers ergreifen wird, die Apotheke bis dahin in der Familie erhalten bleibt und sie gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG zunächst dem Ehegatten bzw. nach dessen Tod oder erneuter Eheschließung bis zur Erlangung der Apothekerapprobation durch eines der Kinder ggfs. noch vorübergehend allen Kindern durch Verpachtung als Einkommensquelle dient.

Je nach Zielsetzung des Erblassers sind verschiedenartige Lösungsansätze denkbar, in denen die Verfügungsfreiheit des längstlebenden Ehegatten einerseits und der Schutz der Kinder andererseits miteinander konkurrieren und gegenseitig abzuwägen sind.

Da die letztwilligen Verfügungen beider Ehegatten im Regelfall miteinander korrespondieren sollen, bietet sich eine Gestaltung durch gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag an, wobei ein Erbvertrag im Hinblick auf seine unmittelbare Kombinierbarkeit mit ergänzenden Regelungen durch Pflichtteilsverzichts- bzw. Ehevertrag samt gebührenrechtlichem Privileg nach § 46 Abs. 3 KostO⁶³ vorzugswürdig erscheint. Nachstehend wird daher von einer Gestaltung durch gemeinschaftliches Testament bzw. Erbvertrag ausgegangen. Wird ein Erbvertrag jedoch in dieser Weise mit anderen Vertragsregelungen in derselben Urkunde verbunden, kann er gemäß § 2300 Abs. 2 BGB selbst nach seiner Aufhebung nicht mehr aus der besonderen amtlichen oder einfachen notariellen (sondern nur aus einer etwaigen bisherigen besonderen amtlichen in die einfache notarielle) Verwahrung zurückgenommen werden und muss daher nach § 348 FamFG trotz Unwirksamkeit nachlassgerichtlich eröffnet und bekanntgegeben werden.⁶⁴

bbb) Weitestgehende lebzeitige Verfügungsfreiheit des Ehegatten

(1) Grundüberlegungen

Beabsichtigt der Apothekeninhaber, seinen Ehegatten als Nichterlaubnisinhaber unter Sicherstellung der ausschließlichen Erbberechtigung der Kinder nach dessen Tod einerseits und Wahrung der o.g. Verpachtungsprivilegien andererseits lebzeitig möglichst weitgehend frei über den ihm vererbten Nachlass verfügen zu lassen, ohne die gemeinsamen Kinder vor eventuellen Pflichtteilsansprüchen Dritter (insbesondere späterer nicht gemeinsamer Kinder bzw. eines weiteren Ehegatten im Falle einer erneuten Eheschließung des längstlebenden Ehegatten) oder lebzeitigen Verfügungen (insbesondere Schenkungen) an derartige Dritte schützen zu wollen, müssen verschiedene Gestaltungsinstrumentarien miteinander verbunden werden.

Dabei kommt jedoch eine zunächst naheliegende Einheitslösung durch Vollerbeneinsetzung des längstlebenden Ehegatten und Schlusserbenberufung der gemeinsamen Kinder, eventuell ergänzt durch Vermächtniszugewendungen zugunsten der Kinder bereits beim Tod des erstversterbenden Ehegatten nicht in Betracht, da § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG aus o.g. Gründen für eine Verpachtungsberechtigung voraussetzt, dass alle zu schützenden Verpächter, hier somit sowohl der längstlebende Ehegatte als auch jedes Kind, unmittelbare Erben des Erlaubnisinhabers sind. Danach entfiel das Verpachtungsprivileg für die Kinder, wenn sie als Schlusserben lediglich Erben des die Apotheke mit dem sonstigen Nachlass des Erlaubnisinhabers erbenden und daher verpachtungsberechtigten längstlebenden Ehegatten wären, der seinerseits keine Betriebserlaubnis besitzt.⁶⁵ Darüberhinaus wären weder der längstlebende Ehegatte noch die Kinder verpachtungsberechtigt, wenn zwar der längstlebende Ehegatte Alleinerbe des Erlaubnisinhabers würde, die Apotheke jedoch vermächtnisweise sofort auf die Kinder zu übertragen wäre, da die Apotheke dann weder nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ApoG vom Erbrecht des Ehegatten erfasst noch nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ApoG den verpachtungsberechtigten Kindern als Erben zugefallen ist.⁶⁶

Der längstlebende Ehegatte und die Kinder können daher nur dann verpachtungsberechtigt sein, wenn sie jeweils Erbe des Erlaubnisinhabers werden und die Apotheke Nachlassbestandteil ist. Durch Berufung des längstlebenden Ehegatten zum Vorerben und der Kinder zu Nacherben ergibt sich ein sukzessives Verpachtungsrecht. Fraglich ist, ob dieses Ergebnis alternativ auch durch Nießbrauchs- bzw. Rentenvermächtnis zugunsten des längstlebenden Ehegatten bei sofortiger Erbeinsetzung der Kinder erreicht werden kann. Eine kumulative Verpachtungsberechtigung wäre gewährleistet, wenn der längstlebende Ehegatte und die Kinder nebeneinander Erben würden.

(2) Vor- und Nacherbenlösung

(2.1) Ausgangsüberlegung

Indem sich die Eheleute die Besonderheiten einer Trennungslösung zu eigen machen und sowohl der längstlebende Ehegatte als Vorerbe als auch die Kinder als Nacherben (bzw. bei Vorversterben des Vorerben ersatzweise als Vollerben) unmittelbar Erbe des Erlaubnisinhabers werden, kann das

⁶³ Vgl. Wurm/Wagner/Zartmann/Fröhler, aaO, Kap. 77 Rz. 13.

⁶⁴ Dazu Prütting/Helms/Fröhler, 2009, § 348 FamFG Rz. 12 ff.

⁶⁵ Vgl. dazu oben 2 d bb bbb (3.2).

⁶⁶ Vgl. dazu oben 2 d bb bbb (3.2) und (4).

Verpachtungsrecht sukzessive durch alle Privilegierten wahrgenommen werden. Umgekehrt würde die insoweit nicht in Betracht kommende Einheitslösung durch Berufung des längstlebenden Ehegatten zum Vollerben des Erlaubnisinhabers und der Kinder zu Schlusserben (bzw. bei Vorversterben des Ehegatten zu Ersatzerben) - gäbe es die Problematik der eingeschränkten Verpachtbarkeit nach Apothekenrecht nicht - der o.g. Vorgabe einer weitestgehender Verfügungsfreiheit des längstlebenden Ehegatten am besten gerecht. Fraglich erscheint es daher, wie diese beiden gegensätzlichen Gestaltungsanforderungen - Vor- und Nacherbfolge bezüglich der apothekenrechtlichen Verpachtbarkeitsvorgaben einerseits und Vollerbeneinsetzung des längstlebenden Ehegatten mit Schlusserbenberufung der Kinder andererseits zur Erzielung möglichst weitreichender Freiheiten des Ehegatten andererseits - miteinander vereinbart werden können.

(2.2) Grundkonstruktion

Im Rahmen der hier in Rede stehenden Interessenlage (Ermöglichung einer Apothekenverpachtung gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 Nrn. 2 bzw. 3 ApoG zunächst durch den Ehegatten und anschließend nach dessen Tod oder erneuter Eheschließung durch die gemeinsamen Kinder jeweils bei gleichzeitiger Wahrung größtmöglicher Verfügungsfreiheit des Ehegatten) wird mittels üblicher Gestaltung einer Vor- und Nacherbfolge⁶⁷ der Ehegatte zum befreiten alleinigen Vorerben und werden die Kinder zu untereinander gleichen Teilen zu Nacherben bzw. bei Vorversterben des Ehegatten zu Ersatzerben des Erlaubnisinhabers eingesetzt. Der Eintritt des Nacherbfalls darf im Hinblick auf die Verpachtungsvoraussetzungen nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ApoG nicht auf den Tod des Vorerben beschränkt sein, sondern muss auch im Falle dessen erneuter Eheschließung ausgelöst werden.

Umgekehrt setzt der Ehegatte den Erlaubnisinhaber als alleinigen Vollerben und die Kinder zu untereinander gleichen Teilen als Ersatzerben ein.

(2.3) Ersatznacherbe bzw. Ersatzerbe

Im Hinblick auf die besonderen Anforderungen aus § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ApoG, wonach ausschließlich Kinder des Erlaubnisinhabers, nicht jedoch Enkel oder Erben der Kinder privilegiert sind, muss bei Gestaltung der letztwilligen Verfügungen weiter berücksichtigt werden, dass bei einem Wegfall eines Kindes als Nacherbe der Eintritt dessen Kinder (nichtprivilegierte Enkel des Erlaubnisinhabers) als Ersatznacherben sowie bei einem Versterben eines Kindes als Nacherbe nach dem Nacherbfall der Eintritt dessen Erben (nichtprivilegierte Enkel des Erlaubnisinhabers oder Dritte) in die bestehende (Nach-) Erbengemeinschaft ein Verpachtungsrecht nicht nur für diese nichtprivilegierten Personen, sondern auch für alle übrigen eigentlich privilegierten Nacherben verhindert.⁶⁸ Daher sollte auch insoweit dringend Vorsorge getroffen werden.

Dies kann hinsichtlich der Ersatznacherben dadurch geschehen, dass diese alternativ benannt werden, und zwar danach differenziert, ob zum Zeitpunkt des Eintritts des Ersatznacherbfalls die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Verpachtung vorliegen oder nicht: Für den Fall, dass sich zum Zeitpunkt des Nacherbfalls eine Apotheke im Nachlass befindet,

der Erblasser bei seinem Tod dafür eine Betriebserlaubnis besaß und eine Verpachtung auch im Übrigen nach den gesetzlichen Regelungen möglich ist (die Altersmindestgrenze iSd § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ApoG wird nicht überschritten), werden als Ersatznacherben zur Aufrechterhaltung der Verpachtbarkeit der Apotheke ausschließlich die übrigen Kinder des verstorbenen Erlaubnisinhabers und nur hilfsweise die eigenen Abkömmlinge eines wegfallenden Nacherben als Ersatznacherben bestimmt. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die somit ausgeschlossenen Ersatznacherben pflichtteilsberechtigt sind. Es ist daher sorgfältig abzuwägen, ob entweder die zeitlich ohnehin begrenzte Verpachtbarkeit der Apotheke oder die Vermeidung von Pflichtteilsansprüchen Vorrang haben soll. Für den Fall jedoch, dass eine Verpachtbarkeit der Apotheke durch die Nacherben ausgeschlossen ist, weil entweder gar keine Apotheke in den Nachlass fällt, der Erblasser zur Zeit seines Todes dafür keine Betriebserlaubnis besaß oder die gesetzlichen Ausnahmetatbestände – insbesondere wegen Überschreitens der Altersgrenze der Kinder – nicht (mehr) erfüllt werden können, sind als Ersatznacherben die Abkömmlinge eines wegfallenden Nacherben nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge erster Ordnung und nur noch hilfsweise die übrigen Nacherben bestimmt.

Zur Vermeidung von Risiken im Falle eines Nachversterbens eines zum Nacherben eingesetzten Kindes sollte zur Ausschließung der Erben der Kinder aus der Erbengemeinschaft weitere Nacherbfolge (Nachnacherbfolge) dergestalt vorgesehen werden, dass die übrigen Kinder (Nacherben) Nachnacherben sind. Dabei ist zugleich klarzustellen, ob die eingesetzten Nacherben befreite oder nichtbefreite Vorerben gegenüber den weiteren Nacherben (Nachnacherben) sein sollen.⁶⁹ Weiter ist in derartigen Fällen eine etwaige Testamentsvollstreckung⁷⁰ auf die angeordnete weitere Nacherbfolge (Nachnacherbfolge) auszudehnen.⁷¹ Die Nachnacherbfolge ist jedoch dadurch auflösend bedingt zu gestalten, dass die Voraussetzungen für eine Verpachtbarkeit der Apotheke durch die Nacherben nicht mehr vorliegen, insbesondere wenn sich keine Apotheke (mehr) im Nachlass befindet, der Erblasser zur Zeit seines Todes dafür keine Betriebserlaubnis besaß bzw. die Altersgrenze bei allen Kindern überschritten ist.

(2.4) Auflösend bedingte Nacherbfolge

Zur Erzielung des hier angestrebten Kompromisses zwischen einer möglichst freien und unbeschränkten Erbeinsetzung des Ehegatten durch den Erlaubnisinhaber einerseits und der Ermöglichung einer Verpachtung der Apotheke durch die Kinder nach dem Tod des Ehegatten andererseits kann die angeordnete Nacherbfolge, die ausschließlich eine Verpachtung durch die Kinder ermöglichen soll, entfallen, sobald nach der aktuellen jeweils geltenden Gesetzeslage aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten eine Verpachtung durch die Kinder nicht (mehr) möglich ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Erblasser bei seinem Tod keine Betriebserlaubnis für die Apotheke besitzt, sich keine Apotheke (mehr) im Nachlass befindet bzw. (nach dem aktuellen Gesetzesstand) das jüngste Kind das 23. Lebensjahr vollendet und

⁶⁷ Vgl. Formulierungsvorschläge dazu bei Wurm/Wagner/Zartmann/Fröhler, aaO, M 75.12.

⁶⁸ Vgl. dazu oben 2 d bb bbb (3.3).

⁶⁹ Vgl. dazu Wurm/Wagner/Zartmann/Fröhler, aaO, Kap. 75 Rz 15 ff. mit Formulierungsvorschlag M 75.2.

⁷⁰ Vgl. dazu unten (2.5).

⁷¹ Vgl. Formulierungsvorschlag zur Nachnacherbentestamentsvollstreckung bei Wurm/Wagner/Zartmann/Fröhler, aaO, M 76.8.

keines der Kinder mit der Berufsausbildung zum Apotheker begonnen hat. Die Nacherbfolge kann daher um den Eintritt der vorstehenden Umstände nach § 159 BGB mit Wirkung für die Zukunft auflösend bedingt angeordnet werden.⁷² Hierbei ist klarzustellen, ob die auflösende Bedingung ausschließlich für den Fall, dass die Verpachtungsvoraussetzungen vor Eintritt des Nacherbfalles wegfallen, oder darüber hinaus auch dann gelten soll, wenn eine Verpachtung erstmals nach Eintritt des Nacherbfalles unzulässig wird. Eine derartige auflösende Bedingung verstößt insbesondere nicht gegen das Verbot einer fremden Gültigkeitsbestimmung iSd § 2065 Abs. 1 BGB, da die Wirksamkeit der Nacherbfolgeanordnung primär von dem Eintritt eines äußeren Ereignisses (hier dem Überschreiten einer bestimmten Altersgrenze bzw. Nichterreichen einer spezifischen Berufsqualifikation bzw. eines sonstigen nach Änderung des maßgebenden Fachgesetzes erforderlichen objektiven Kriteriums), nicht jedoch von einer Vertretung im Willen durch den begünstigten Nacherben oder Dritten abhängt.⁷³

Eine derartige auflösende Bedingung erfasst darüber hinaus auch die o.g. Varianten der Ersatznacherben- bzw. Nachnacherbeneinsetzung. Fällt die Nacherbfolgeanordnung mit Bedingungseintritt weg, erlöschen zugleich die entsprechenden Ersatznacherben- bzw. Nachnacherbeneinsetzungen, die bis dahin jedoch wirksam bleiben.

Für diesen Fall setzt der Erlaubnisinhaber seinen Ehegatten ebenso wie umgekehrt der Ehegatte den Erlaubnisinhaber zu seinem alleinigen Vollerben und die Kinder zu gleichen Teilen zu Ersatzerben, wiederum ersatzweise die Abkömmlinge eines wegfallenden Kindes nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge erster Ordnung ein, so dass letztlich die Vorteile einer Einheitslösung aufleben können.

(2.5) Testamentsvollstreckung und Verpachtungsrecht

Ergänzend sollte Testamentsvollstreckung zum einen bis zum Eintritt des Nacherbfalles als Nacherbenvollstreckung gemäß § 2222 BGB zur Ausübung der Rechte und Erfüllung der Pflichten der Nacherben, zum anderen ab Eintritt des Nacherbfalles zur Abwicklung und je nach Alter der Nacherben zur vorübergehenden Verwaltung des Nachlasses angeordnet werden. Hinsichtlich der Nachlassabwicklung nach Eintritt des Nacherbfalles könnte der Testamentsvollstrecker beauftragt werden, im Rahmen einer Teilungsanordnung nach § 2048 Satz 2 BGB dasjenige Kind auszuwählen, das zur Übernahme der Apotheke nach seinem billigem Ermessen am besten geeignet ist. Da der Ehegatte alleiniger Vorerbe ist, kommt er nicht als alleiniger Nacherbenvollstrecker in Betracht.⁷⁴ Daher ist eine andere fachlich geeignete Vertrauensperson zum Testamentsvollstrecker zu ernennen.

Da eine Apothekenverpachtung nur in den von § 9 Abs. 1 Satz 1 ApoG erfassten Ausnahmefällen zulässig ist, könnte fraglich sein, ob ein Testamentsvollstrecker anstelle der privi-

legierten Nacherben die in den Nachlass fallende Apotheke verpachten darf. Diese Frage stellt sich um so mehr, als den Nacherben gemäß § 2211 Abs. 1 BGB bereits aufgrund bloßer Anordnung der Testamentsvollstreckung unabhängig von einer Testamentsvollstreckernennung bzw. Amtsannahme anders als bei einer Vollmacht⁷⁵ ab dem (Nach-) Erbfall das Verfügungsrecht an der zum Nachlass gehörenden Apotheke entzogen ist⁷⁶ und der Testamentsvollstrecker im eigenen Namen als Partei kraft Amtes auftritt.⁷⁷ Soweit ersichtlich ist diese Problematik in der veröffentlichten Literatur bzw. Rechtsprechung noch nicht behandelt worden. Da der Testamentsvollstrecker ungeachtet seiner formalen Amtsstellung letztlich ausschließlich auf Rechnung der betroffenen Nacherben handelt, Verpachtungseinnahmen daher alleine den nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ApoG verpachtungsberechtigten Nacherben zugute kommen und damit gerade keine nach § 8 Satz 2 ApoG unzulässige Gewinnbeteiligung einer nichtverpachtungsberechtigten Person an der Apotheke erfolgt, dürfte eine Verpachtung durch den Testamentsvollstrecker zulässig sein. Um jedoch eventuelle Restrisiken aus einer derartigen Anordnung zu vermeiden, könnte hilfsweise zusätzlich eine postmortale, durch die Nacherben unwiderrufliche Vollmacht⁷⁸ an die als Testamentsvollstrecker ernannte Person zum alleinigen Zweck der Verpachtung der Apotheke erteilt werden.

(2.6) Berechtigung des Ehegatten zur lebzeitigen Übertragung der Apotheke an einen der Nacherben

Häufig besteht ein Bedürfnis dafür, dass der Ehegatte als Vorerbe die ihm überlassene Apotheke noch zu seinen Lebzeiten vor Eintritt des Nacherbfalles einem der Nacherben, der zwischenzeitlich approbierter Apotheker geworden ist und eine Betriebserlaubnis für die in Rede stehende Apotheke erhalten kann, gegen Einräumung entsprechender Gegenrechte insbesondere gegen Rentenzahlung überträgt, deren Höhe jedoch im Hinblick auf § 8 Satz 2 ApoG sicherheitshalber nicht an den Umsatz der Apotheke gekoppelt werden sollte.⁷⁹ Grundsätzlich könnte eine derartige Übertragung durch vertragliche Auseinandersetzungsvereinbarung zwischen Vorerbe und allen Nacherben einschließlich eventueller Nachnacherben, jedoch ohne Mitwirkungserfordernis seitens der Ersatznacherben⁸⁰ realisiert werden.⁸¹

Scheitert eine derartige Übertragung mangels Einvernehmens aller Beteiligten oder Nichtrealisierbarkeit einer ggfs. erforderlichen familien- bzw. betreuungsgerichtlichen Genehmigung, kann dem Vorerben gleichwohl aufgrund letztwilliger Verfügung die Möglichkeit eröffnet sein, die Apotheke bereits vor Eintritt des Nacherbfalles zu Lebzeiten einem der

⁷² Ähnlich Rohner, ZEV 2003, 15 (16).

⁷³ Palandt/Edenhofer, aaO, § 2065 BGB Rz. 5 und 6: dort wird als zulässige Bedingung ausdrücklich der Abschluss einer Ausbildung anerkannt; Staudinger/Behrends/Avenarius, 13. Bearbeitung 1996, § 2100 BGB, Rz. 28, wonach ein zu erbringendes Verhalten des Nacherben, insbesondere das Ablegen einer Prüfung zulässige Bedingung sein kann.

⁷⁴ OLG Zweibrücken, FamRZ 2002, 323. Etwas anderes könnte nach BGH DNotI-Report 2005, 53 nur dann gelten, wenn sich - anders als hier - die Testamentsvollstreckung auf die sofortige Erfüllung eines Vermächnisses beschränkt und das Nachlassgericht bei groben Pflichtverstößen einen anderen Testamentsvollstrecker bestimmen kann.

⁷⁵ Zur Zulässigkeit der Apothekenverpachtung durch Bevollmächtigte oder gesetzliche Vertreter oben 2 d cc.

⁷⁶ Vgl. dazu Palandt/Edenhofer, aaO, § 2211 BGB Rz. 2.

⁷⁷ BGHZ 13, 203 (205).

⁷⁸ Vgl. allgemein zu einem Nebeneinander von Testamentsvollstreckung und postmortaler Vollmacht Langenfeld, Testamentsgestaltung, 4. Aufl. 2010, Rz. 527 mit Formulierungsvorschlag M 84.

⁷⁹ Vgl. dazu unten (3).

⁸⁰ BayObLG RNotZ 2005, 366 f.: kein Erfordernis einer Ersatznacherbenzustimmung zur Übertragung von Grundbesitz in das freie Vermögen des Vorerben ohne Nacherbenbindung durch Ausscheidungsvereinbarung zwischen Vor- und Nacherben.

⁸¹ Reimann, DNotZ 2007, 579 ff., dort auch zur Problematik der Mitwirkung eines Testamentsvollstreckers bei nicht vollgeltlicher Übertragung. Zur Zulässigkeit einer Auseinandersetzungsvereinbarung zwischen Vor- und Nacherben analog § 2042 BGB BGH DNotZ 2001, 392 (394); Palandt/Edenhofer, aaO, § 2100 BGB Rz. 18.

Nacherben zukommen zu lassen. Dies könnte durch ein aufschiebend bedingtes Vorausvermächtnis zugunsten des Vorerben nach § 2110 Abs. 2 BGB dergestalt erfolgen, dass der Vorerbe dazu berechtigt wird, die Apotheke vor Eintritt des Nacherbfalls an einen der gemeinschaftlichen Abkömmlinge zu übertragen und aufgrund dieser Berechtigung auf dem Weg dorthin durchgangsweise für eine logische Sekunde mit sofortiger dinglicher Wirkung frei von der Nacherbfolge vorab in sein ungebundenes Vermögen zwischenzuerwerben.⁸² Hierdurch würde der übernehmende Nacherbe zwar sein Verpachtungsrecht an der Apotheke verlieren, da er die Apotheke nicht von dem Erlaubnisinhaber (Erblasser), sondern dem zwischenzeitlich insoweit zum Vollerben erstarkten Vorerben erhält. Dies wäre jedoch unschädlich, da die Übertragung nur und erst dann erfolgen wird, wenn der übernehmende Nacherbe seinerseits approbierter Apotheker ist, eine entsprechende Betriebserlaubnis zur Führung der Apotheke erhalten wird und daher auf eine Verpachtung derselben nicht mehr angewiesen ist.

Anders als der Ehegatte des Erlaubnisinhabers verlieren dessen Kinder als Nacherben ihr Recht auf Verpachtung nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ApoG nicht alleine dadurch, dass eines von ihnen eine Apothekenbetriebserlaubnis erlangt.⁸³ Daher würde durch eine derartige Betriebserlaubnis auch keine für den Fall der Nichtverpachtbarkeit der Apotheke vorgesehene auflösende Bedingung der Nacherbeneinsetzung⁸⁴ ausgelöst werden. Da es für die Altersgrenze iSd § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ApoG primär auf das jüngste Kind ankommt, ist durchaus vorstellbar, dass insbesondere das älteste Kind bereits eine Apothekerapprobation besitzt, bevor das jüngste Kind das 23. Lebensjahr vollendet hat. In derartigen Fällen dürfte daher (mangels Eintritts einer auflösenden Bedingung für die Nacherbfolge) das o.g. leibzeitige Übertragungsrecht in Gestalt eines aufschiebend bedingten Vorausvermächtnisses äußerst praxisrelevant sein.

(2.7) Gegenständlich beschränkte Nacherbfolge

Zur Verwirklichung einer der Vollerbeneinsetzung des Ehegatten möglichst nahekommenden Gestaltung bei gleichzeitiger Verpachtbarkeit der Apotheke durch die gemeinschaftlichen Kinder nach dem Tod des Ehegatten könnte zudem erwogen werden, die Nacherbfolge gegenständlich auf die Apotheke zu beschränken. Dies könnte im Ergebnis dadurch erreicht werden, dass alle über die Apotheke hinausgehenden weiteren Nachlassgegenstände dem Vorerben gemäß § 2110 Abs. 2 BGB im Wege des Vorausvermächtnisses kraft unmittelbarer dinglicher Wirkung frei von Nacherbenrechten in dessen Eigenvermögen übertragen werden.⁸⁵ Soweit jedoch mehrere Nacherben vorhanden sind, wäre bei einer Übertragung der Apotheke als dem dann einzigen Nachlassbestandteil der Nacherbengemeinschaft auf einen der Nacherben mangels anderweitiger Ausgleichsmasse keine Realteilung möglich, sondern müsste statt dessen eine Abfindungszahlung aus Eigenmitteln des übernehmenden Nacherben geleistet werden, die ggfs. eine vermeidbare steuerliche Zusatzbelastung auslösen könnte. Je nach steuerrechtlicher Vorgabe und Zusammensetzung des Vermögens des vorsorgenden Erlaubnisinhabers könnten im Wege einer Kompromisslö-

sung neben der Apotheke bestimmte einzelne weitere Nachlassgegenstände von der vorausvermächtnisweisen Zuteilung an den Vorerben ausgenommen werden und als Ausgleichsmasse für eine Apothekenübernahme im Nacherben-nachlass verbleiben.

(3) Nießbrauchs- bzw. Rentenvermächtnisvermächtnislösung

Zur Vermeidung der Beschränkungen aus einer Nacherbfolge könnte erwogen werden, dass der Erlaubnisinhaber die Kinder sofort zu gleichen Teilen zu seinen Erben einsetzt, die durch ein Vermächtnis zugunsten des Ehegatten auf Eigentumsübertragung am gesamten Nachlass mit Ausnahme der Apotheke samt etwaigen weiteren Nachlassgegenständen als Ausgleichsmasse für eine spätere Apothekenzuteilung, ein Nießbrauchsvermächtnis an der Apotheke und die Einsetzung des Ehegatten als dauerhaft verwaltenden Testamentsvollstrecker beschwert sind, wobei der Ehegatte seinerseits die gemeinsamen Kinder zu gleichen Teilen zu seinen Erben einsetzen würde. Die Erbeinsetzungen und Vermächtnisanordnungen würden wechselbezüglich bzw. vertragsmäßig bindend vereinbart. Durch diese Gestaltung wäre zunächst gewährleistet, dass der Ehegatte (Nichterlaubnisinhaber) bezüglich aller Nachlassgegenstände mit Ausnahme der Apotheke samt Ausgleichsmasse als Vermächtnisnehmer zu seinen Lebzeiten ohne Beschränkungen aus einer Nacherbfolgeanordnung, jedoch in den Grenzen der Schlusserbenbindung frei verfügen könnte. Zugleich würden die Kinder die Apotheke unmittelbar vom Erlaubnisinhaber erben und wären – zumindest später nach Wegfall des Nießbrauchsvermächtnisses – diesbezüglich gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ApoG verpachtungsberechtigt.

Fraglich ist jedoch, ob der Ehegatte aufgrund des Nießbrauchsvermächtnisses an der Apotheke verpachtungsberechtigt wird. Letzteres ergibt sich zunächst scheinbar unproblematisch aus dem Wesen des Nießbrauchs, der auch an einem Gewerbebetrieb bestellt werden kann. Aus der o.g. Regelung des § 8 Satz 2 ApoG, wonach jegliche Vereinbarung über eine Gewinnbeteiligung an einer Apotheke unzulässig ist, wird jedoch auch eine Unzulässigkeit eines Nießbrauchs an einer Apotheke abgeleitet.⁸⁶ Aus demselben Grund erscheint an Stelle des Nießbrauchs an der Apotheke auch ein zugunsten des Ehegatten angeordnetes Rentenvermächtnis als unzulässig, soweit es sich an den tatsächlich erzielbaren bzw. durchschnittlichen Pachteinahmen der betroffenen Apotheke orientiert.⁸⁷ Sicherheitshalber sollte daher von einer Gestaltung durch Nießbrauchs- oder an den konkreten Apothekenumsätzen orientiertes Rentenvermächtnis abgesehen werden. Soweit der Ehegatte seiner-

⁸² Nieder/Kössinger, Testamentsgestaltung, 3. Aufl. 2008, § 10 Rz. 43 mit Formulierungsvorschlag.

⁸³ Vgl. dazu oben 2 d bb bbb (1).

⁸⁴ Vgl. dazu oben (2.4).

⁸⁵ Zum Vorausvermächtnis an den Vorerben Fröhler, BWNotZ 2005, 1 ff.

⁸⁶ Holland, DNotI-Report 1997, 222 (223); ähnlich Maier/Maier, aaO, S. 104 f. und Maier, aaO, S. 66, nach denen das Verbot des § 8 ApoG hingegen ausschließlich für erbvertragliche Vereinbarungen, nicht jedoch für testamentarische Anordnungen gelten soll; nach Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 32 kommt ein Nießbrauch zwecks Verpachtung zugunsten eines Verpachtungsberechtigten in Betracht, womit möglicherweise ein entsprechendes Vorausvermächtnis an einen Miterben gemeint ist; ein ähnlicher Fall dürfte dem nichtveröffentlichten Beschluss des BFH vom 26.07.2006, Az. X R 10/05 zugrundeliegen, wonach eine Apothekenverpachtung durch denjenigen, der an der Apotheke vermächtnisweise einen Nießbrauch erworben hat, alleine noch nicht zur Betriebsaufgabe führe - in dieser Entscheidung hatte sich der BFH jedoch nicht mit der Zulässigkeit eines Nießbrauchsvermächtnisses auseinander zu setzen.

⁸⁷ Maier/Maier, aaO, S. 104 f. und Maier, aaO, S. 66, nach denen das Verbot des § 8 ApoG hingegen ausschließlich für erbvertragliche Vereinbarungen, nicht jedoch für testamentarische Anordnungen gelten soll.

seits zumindest mittelbar auf Lebenszeit von den Pachteinnahmen der Apotheke profitieren möchte und die Kinder keine umsatzunabhängigen Rentenzahlungen an den längstlebenden Elternteil (Nichterlaubnisinhaber) leisten müssen sollen, kommt letztlich doch nur eine Vor- und Nacherbenlösung in Betracht.

(4) Erbengemeinschaftslösung

Alternativ könnte erwogen werden, die Kinder sofort neben dem Ehegatten als Miterben des Erlaubnisinhabers einzusetzen und den Ehegatten hinsichtlich der Erbteile der Kinder zum Testamentvollstrecker zu ernennen. Zur Sicherstellung der Verpachtungsberechtigung der Kinder nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ApoG wäre dann jedoch bezüglich des Erbteils des Ehegatten wiederum eine Nacherbfolge zugunsten der Kinder einschließlich entsprechender Regelungen zur Ersatznacherb- bzw. Nachnacherbfolge⁸⁸ erforderlich, wobei der Ehegatte wiederum nicht⁸⁹ Nacherbenvollstrecker sein könnte. Zudem wäre bezüglich der (Voll-) Erbteile der Kinder zur Vermeidung eines Verlustes ihres Verpachtungsrechts durch entsprechende Ersatzerbenbenennung bzw. Nacherbfolgeanordnung sicherzustellen, dass das Verpachtungsrecht auch insoweit nicht durch Eintritt anderer Personen als der Kinder oder des nicht erneut verheirateten Ehegatten des Erlaubnisinhabers entfällt.⁹⁰ Auch eine sofortige Beteiligung der Kinder als Miterben könnte daher die Beeinträchtigung des Ehegatten durch eine zur Wahrung des Apothekenverpachtungsrechts der Kinder erforderliche Nacherbfolge nicht vermeiden. Vielmehr wird der Ehegatte selbst bei vorausvermächtnisweiser Zuwendung sonstigen Nachlassvermögens dadurch schlechter gestellt, dass er aufgrund seiner reduzierten Erbrechtsquote nur einen Teil der Einnahmen aus der Apothekenverpachtung erhält.

ccc) Weitestgehender Schutz der Kinder

Beabsichtigt der Apothekeninhaber, seinem Ehegatten die Verpachtung an Apotheke zu ermöglichen, aber seine Kinder nicht nur durch Sicherstellung ihrer Erbberechtigung auf den Tod seines längstlebenden Ehegatten einerseits und Wahrung ihrer Verpachtungsrechte andererseits, sondern auch vor eventuellen Pflichtteilsansprüchen Dritter (insbesondere späterer nicht gemeinsamer Kinder bzw. eines weiteren Ehegatten im Falle einer erneuten Eheschließung seines längstlebenden Ehegatten) oder lebzeitigen Verfügungen (insbesondere Schenkungen) an derartige Dritte zu schützen, kommt insbesondere eine Trennungslösung durch Nacherbeneinsetzung der Kinder ohne Befreiung des zum Vorerben bestimmten längstlebenden Ehegatten, ohne Vorausvermächtnisse zu dessen Gunsten und ohne auflösende Bedingung für die Nacherbfolge in Betracht.

bb) Ehegatte mit Apothekerapprobation

Besitzt der Ehegatte des erstversterbenden Erlaubnisinhabers eine Apothekerapprobation, verliert er nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ApoG sein Verpachtungsprivileg an der geerbten Apotheke, wenn er für diese oder eine andere eigene oder gepachtete Apotheke eine Betriebserlaubnis erhält.⁹¹ In derartigen Fällen ist daher vorab zu klären, ob und in welcher

Weise der approbierte längstlebende Ehegatte die Apotheke des Erlaubnisinhabers wirtschaftlich selbst nutzen können soll.

Soll sich die Nutzung auf einen Eigenbetrieb der Apotheke des Erblassers durch den Ehegatten beschränken, könnte zunächst eine Einheitslösung durch Vollerbeneinsetzung des längstlebenden Ehegatten und Schlusserbenberufung der gemeinsamen Kinder in Betracht gezogen werden. Der längstlebende Ehegatte würde die Apotheke dann nach Eintritt des Erbfalls selbst betreiben und im Falle späterer gesundheitlicher Verhinderung unter den Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ApoG ggfs. auch verpachten können, während die Kinder als seine Erben ihrerseits unter den Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ApoG verpachtungsberechtigt wären, wenn er Betriebserlaubnisinhaber geworden und bis zu seinem Tod geblieben ist. Alternativ könnten die Ehegatten jeweils sofort die Kinder zu Erben einsetzen und diese mit weitreichenden Vermächtnissen samt Testamentvollstreckung zugunsten des längstlebenden Ehegatten beschweren, zu denen auch ein Übernahmerecht an der Apotheke gehören würde. Als weitere Alternative kommt auch insoweit die o.g. Trennungslösung unter Vor- und Nacherbfolge in Betracht, die ein künftiges Verpachtungsrecht der Kinder am sichersten gewährleisten würde.

cc) Kind mit Apothekerapprobation

Ist eines der Kinder approbierter Apotheker, muss abgewogen werden, ob dieses Kind eine zum Nachlass des Erlaubnisinhabers gehörende Apotheke, soweit diese nicht bereits zu Lebzeiten des Erlaubnisinhabers übergeben wird, schnellstmöglich nach dem Tod des Erlaubnisinhabers noch zu Lebzeiten des längstlebenden Ehegatten vermächtnisweise oder im Wege der lebzeitigen Übertragung durch den Ehegatten - beispielsweise gegen Bezahlung einer bestimmten nicht am Umsatz der Apotheke ausgerichteten Rente⁹², bei angeordneter Nacherbfolge im Rahmen einer Trennungslösung aufgrund vorausvermächtnisweiser Berechtigung des Ehegatten⁹³ - zum Zwecke des Eigenbetriebes zu Eigentum erhalten oder zunächst der längstlebende Ehegatte die Apotheke als (Vor-) Erbe des Erlaubnisinhabers unter den Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ApoG durch Verpachtung wirtschaftlich nutzen können soll. Soweit das Eigentum an der Apotheke an das approbierte Kind erst nach dem Tod des Ehegatten aus der Erbengemeinschaft der Kinder vorausvermächtnisweise oder aufgrund Teilungsanordnung übergehen soll, könnte der Ehegatte die Apotheke zu Lebzeiten vorab an das approbierte Kind verpachten.

b) Alleinstehender Apothekeninhaber mit Kindern

Hat der Erlaubnisinhaber zwar Kinder, aber keinen Ehegatten oder Lebenspartner, sind bei der Gestaltung letztwilliger Verfügungen aus apothekenrechtlicher Sicht ausschließlich die Verpachtungsvoraussetzungen nach § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ApoG zu berücksichtigen. Danach wäre zur Vermeidung eines Verlustes des Verpachtungsrechts aller Kinder, die zu Erben eingesetzt werden, durch entsprechende Ersatzerbenbenennung bzw. Nacherbfolgeanordnung sicherzustellen, dass keine anderen Personen als Kinder Erben des Erlaubnisinhabers werden.⁹⁴

⁸⁸ Vgl. dazu oben (2.3).

⁸⁹ Vgl. dazu oben (2.5).

⁹⁰ Vgl. dazu oben zum Parallelproblem bei Nacherbeneinsetzung der Kinder (2.3).

⁹¹ Schiedermaier/Pieck, aaO, § 9 ApoG Rz. 74.

⁹² Vgl. dazu oben aa bbb (3).

⁹³ Vgl. dazu oben aa bbb (2.6).

⁹⁴ Vgl. dazu oben aa bbb (2.3).

⁹⁵ Vgl. dazu oben 2 d bb bbb (2).

c) Kinderloser Apothekeninhaber mit Ehegatte bzw. Lebenspartner

Hat der Erlaubnisinhaber keine Kinder, ist der Ehegatte oder Lebenspartner nur unter den o.g. Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 ApoG verpachtungsberechtigt und daher als Alleinerbe einzusetzen.⁹⁵

d) Apothekenkammeranfrage

Allgemein gilt, dass bei verbleibenden Zweifeln an der Vereinbarkeit von letztwilligen Gestaltungsvarianten mit den spezifischen apothekenrechtlichen Vorgaben vorab eine diesbezügliche verbindliche Stellungnahme der zuständigen Apothekenkammer eingeholt werden sollte.

Hinweise für den Vertragsgestalter bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung unter dem besonderen Gesichtspunkt der Hinausverschmelzung

(von Timo Lutz, Württ. Notariatsassessor, Stuttgart¹)

I. PROBLEMAUFRISS

II. ÜBERBLICK

1. HINAUSVERSCHMELZUNG EINER DEUTSCHEN KAPITALGESELLSCHAFT
2. ZWISCHENERGEBNIS
3. VERFAHREN EINER GRENZÜBERSCHREITENDEN VERSCHMELZUNG/SPALTUNG AUFGRUND DER SEVIC-ENTSCHEIDUNG
4. VERSCHMELZUNGSFÄHIGE RECHTSTRÄGER

III. VERSCHMELZUNGSPLAN § 122C UMWG

1. INHALT DES VERSCHMELZUNGSPLANS
 - a) Rechtsform, Firma und Sitz der übertragenden und übernehmenden oder neuen Gesellschaft
 - b) keine Angabe entsprechend § 5 Abs.1 Nr.2 UmwG
 - c) Umtauschverhältnis der Gesellschaftsanteile und Höhe der Ausgleichszahlung
 - d) Einzelheiten der Übertragung der Gesellschaftsanteile der übernehmenden oder neuen Gesellschaft
 - e) Auswirkungen der Verschmelzung auf die Beschäftigung
 - f) keine Zuleitung an den Betriebsrat
 - g) Zeitpunkt der Gewinnberechtigung
 - h) Verschmelzungsstichtag
 - i) Sonderrechte
 - j) Vorteile für bestimmte Personengruppen

- k) Satzung der übernehmenden oder neuen Gesellschaft
- l) Verfahren zur Bestimmung des Mitbestimmungsmodells
- m) Angaben zur Bewertung des übertragenen Aktiv- und Passivvermögens
- n) Stichtag der Bilanzen
- o) Barabfindungsangebot

2. FORM DES VERSCHMELZUNGSPLANS

IV. BEKANNTMACHUNG DES VERSCHMELZUNGSPLANS § 122D

V. VERSCHMELZUNGSBERICHT § 122E

VI. VERSCHMELZUNGSBESCHLUSS § 122 G

VII. VERSCHMELZUNGSPRÜFUNG § 122F

VIII. HANDELSREGISTEREINTRAGUNG UND WIRKSAMWERDEN DER VERSCHMELZUNG

IX. ABLAUF UND CHECKLISTE EINER GRENZÜBERSCHREITENDEN VERSCHMELZUNG

X. FAZIT

¹ Notarkanzlei Dr. Zagst, Bauer und Kuhn in Stuttgart

I. Problemaufriss

Vorstehende Abhandlung behandelt den Fall einer grenzüberschreitenden Verschmelzung gemäß §§ 122a ff. mit Gestaltungshinweisen für die notarielle Praxis und der Frage der Zulässigkeit einer Hinausverschmelzung aus Deutschland².

Beispielsweise könnte an den beurkundenden Notar herangetragen werden, dass eine deutsche Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einer österreichischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung verschmolzen werden soll. In diesem Fall soll die deutsche GmbH übertragender und die österreichische GmbH übernehmender Rechtsträger sein. Das heißt, dass die deutsche GmbH hinausverschmolzen werden soll. Mit Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Verschmelzung wird die deutsche GmbH untergehen, somit erlöschen.

Der Ablauf, die Zulässigkeit und die Besonderheiten einer solchen grenzüberschreitenden Verschmelzung stellen den Kautelarjuristen vor Probleme, weil unterschiedliche Rechtsordnungen zusammen kommen müssen und jeweils deren Bestimmungen zu beachten sind.

II. Überblick

Gemäß § 122a UmwG liegt eine grenzüberschreitende Verschmelzung vor, wenn mindestens eine der beteiligten Gesellschaften dem Recht eines anderen Mitgliedstaats der EU (oder eines anderen Vertragsstaats des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum)³ unterliegt. In § 122a wird der **sachliche Anwendungsbereich**⁴ der grenzüberschreitenden Verschmelzung festgelegt.

Zwei beteiligte Gesellschaften müssen somit einem anderen Gesellschaftsstatut unterliegen⁵.

Strittig ist, ob auch in dem nachfolgenden Fall eine grenzüberschreitende Verschmelzung zulässig ist:

Fall 1 Verschmelzung zur Neugründung

GmbH 1 (Deutsche Gesellschaft)

—————> GmbH (EU/EWR-Gesellschaft)

GmbH 2 (Deutsche Gesellschaft)

Strittig ist in dem vorliegenden Beispiel, ob die Auslegung des Wortlauts des Art 1 der Verschmelzungsrichtlinie diesen Fall noch abdeckt. Meines Erachtens spricht für die Zulässigkeit der vorgenannten Verschmelzung von mehreren deutschen Gesellschaften auf eine europäische Gesellschaft, dass in Artikel 1 der Verschmelzungsrichtlinie formuliert wird „*sofern mindestens zwei der Gesellschaften dem Recht verschiedener Mitgliedsstaaten unterliegen.*“ Des Weiteren wird in Art.2 Nr.2 b) ausdrücklich der Fall genannt, dass zwei oder mehrere Gesellschaften zum Zeitpunkt ihrer Auflösung ohne Abwicklung ihr gesamtes Aktiv- und Passivvermögen auf eine von ihnen gegründete Gesellschaft – „neue Gesellschaft“ – gegen Gewährung von Aktien oder sonstigen Anteil-

len am Gesellschaftskapital der neuen Gesellschaft an ihre eigenen Gesellschafter und gegebenenfalls bare Zuzahlungen übertragen⁶.

Der EUGH hatte in seinem Urteil in Sachen SEVIC⁷ festgestellt, dass eine grenzüberschreitende Umwandlung möglich sein muss. Aufgrund der Verschmelzungsrichtlinie 2005/56/EG über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften hat der deutsche Gesetzgeber diese Richtlinie in nationales Recht, § 122a ff. UmwG, umgesetzt. Nicht umgesetzt worden ist die Umwandlung unter Beteiligung von Personengesellschaften und die ausdrückliche Regelung einer grenzüberschreitenden Spaltung.

1. Hinausverschmelzung einer deutschen Kapitalgesellschaft

Das Urteil des EUGH in Sachen SEVIC bezieht sich nur auf die so genannte Hineinverschmelzung, somit die Verschmelzung einer ausländischen Kapitalgesellschaft nach Deutschland mit einer deutschen Kapitalgesellschaft. Ob auch eine Hinausverschmelzung möglich sein soll, ist strittig. Hierbei könnte das Urteil in Sachen Cartesio einen Anhaltspunkt geben.

In der Rechtssache Cartesio ist zu entscheiden gewesen, ob eine deutsche Gesellschaft ihren Verwaltungssitz in das Ausland verlegen kann, ohne dass sie ihre Rechtsfähigkeit verliert. Zu fragen ist somit, ob der deutsche Gesetzgeber Wegzugsbeschränkungen gesetzlich aufstellen kann, ohne dass diese einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit aus §§ 43, 48 EG-Vertrag darstellen.

„Die **EU-Niederlassungsfreiheit** (Art. 43 EG und 48 EG) steht Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats nicht entgegen, die es einer nach dem nationalen Recht dieses Mitgliedstaats gegründeten **Gesellschaft verwehren**, ihren **Sitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen** und dabei ihre **Eigenschaft als Gesellschaft nach dem Recht ihres Herkunftsstaates zu behalten.**“ Dies stellte der **Europäische Gerichtshof (EuGH)** in seiner Entscheidung vom 16.12.2008 in der **Rechtssache C 210/06 – Cartesio** fest. Es bleibt damit weiterhin kritisch abzuwarten, ob dies nun auch für die so genannte Hinausverschmelzung möglich ist, somit der deutsche Gesetzgeber eine Hinausverschmelzung unterbinden kann. In der Entscheidung des EUGH in Sachen SEVIC hatte der Generalanwalt Tizzano in seinem Schlussantrag angemerkt, dass auch eine Hinausverschmelzung zulässig sei.

Es stellt sich damit auch die Frage des Verhältnisses der beiden Entscheidungen zueinander. Meines Erachtens ist hier die Entscheidung in Sachen SEVIC als maßgeblich für die Frage der Hinausverschmelzung anzusehen. In der Literatur wird angemerkt, dass gegen deren Zulässigkeit sprechen würde, dass der EUGH die Aussage des Generalstaatsanwalts in seinem Schlussantrag nicht in einem obiter dictum aufgegriffen hat. Meines Erachtens ist eher umgekehrt davon auszugehen, dass es der EUGH als selbstverständlich angesehen hat, dass eine Hinausverschmelzung möglich sein muss. Wie Heckschen in Widmann/Mayer⁸ zu Recht anmerkt

² Alle §§ ohne Angaben sind solche des UmwG

³ EWR

⁴ Eine Übersicht der Länder, deren Gesellschaften an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung teilnehmen können, ist Schmitt/Hörtnagl/Stratz Kommentar zum Umwandlungsgesetz § 1 UmwStG Rd. 68. zu entnehmen.

⁵ Kommentar zum Umwandlungsgesetz Schmitt/Hörtnagl/Stratz 15. Auflage, § 122a Rd. 8-10.

⁶ Amtsblatt der Europäischen Union vom 25.11.2005 L 310/3, Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedsstaaten.

⁷ EuGH, Rs. C-411/03 v. 13.12.2005 - Sevic Systems AG

⁸ Heckschen in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122a Rd. 92 ff.

ist hier auch unter dem Blick des Zielrechtsträgers die Niederlassungsfreiheit zu berücksichtigen. Im Gegensatz zur reinen Frage der Zulässigkeit der Beschränkung der Wegzugsmöglichkeit durch den nationalen Gesetzgeber im Rahmen der Verlegung des Verwaltungssitzes betrifft die Hinausverschmelzung auch immer noch einen Rechtsträger anderer Rechtsordnung. Auch die Verschmelzungsrichtlinie spricht allgemein von der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedsstaaten⁹. Des Weiteren spricht meines Erachtens auch die Systematik der Verschmelzungsrichtlinie für eine Zulässigkeit der Hinausverschmelzung. In Artikel 3 Ziff. (2) wurde bezüglich Genossenschaften eine ausdrückliche Optionsklausel für den nationalen Gesetzgeber aufgenommen. Eine solche hätte sich auch für den Fall der Hinausverschmelzung angeboten, falls der europäische Gesetzgeber diesen Fall der Regelung des nationalen Gesetzgebers hätte unterwerfen wollen. Dies hat er nicht getan. Auch spricht Art. 4 Ziff. (1) a. der Richtlinie nicht dagegen. Hierunter ist allein die abstrakte Kombinationsmöglichkeit der Verschmelzung der beteiligten Rechtsträger zu verstehen, von welcher der deutsche Gesetzgeber im Allgemeinen ausgeht.

Hinweis für die notarielle Gestaltung

Derzeit gibt es zu der Frage der Hinausverschmelzung weder eine klare Regelung durch den deutschen Gesetzgeber noch eine hierzu vorliegende Entscheidung eines deutschen Gerichts¹⁰. Allerdings spricht die Änderung von § 4 GmbHG und § 5 AktG im Rahmen des MoMiG für deren Zulässigkeit. Durch diese Änderungen sollte es deutschen Kapitalgesellschaften ermöglicht werden ihren Verwaltungssitz auch im Ausland zu haben¹¹. Des Weiteren macht die Regelung des § 122 i auch nur Sinn, wenn der deutsche Gesetzgeber von der Zulässigkeit einer Hinausverschmelzung ausgeht. Der beurkundende Notar sollte in der Gestaltung des Verschmelzungsplans meines Erachtens zumindest einen Hinweis hierzu aufnehmen, der wie folgt lauten kann:

„Die Beteiligten wurden durch den beurkundenden Notar darauf hingewiesen, dass die Frage der Zulässigkeit einer Hinausverschmelzung einer deutschen Kapitalgesellschaft mit einer EU- oder EWR-Kapitalgesellschaft derzeit gesetzlich nicht geregelt ist. Der beurkundende Notar hat die Beteiligten damit auf die mögliche Unwirksamkeit der grenzüberschreitenden Hinausverschmelzung hingewiesen.

Nach Belehrung über die mögliche Unwirksamkeitsfolge der heutigen Beurkundung, bestehen die Beteiligten dennoch auf die sofortige Beurkundung des heutigen Verschmelzungsplans.“

Wichtig ist, dass neben den §§ 122a ff. UmwG – sekundäres Verschmelzungsrecht – auch weiterhin die Feststellungen aus dem Sevic-Urteil und der daraus resultierenden Umwandlungsmöglichkeiten aufgrund primär-rechtlicher Niederlassungsfreiheit Anwendung finden.

2. Zwischenergebnis

Die Verschmelzungsrichtlinie regelt nur die Umwandlung von Kapitalgesellschaften. Für Personengesellschaften gilt daher nur die primäre Niederlassungsfreiheit. Die grenzüberschreitende Spaltung ist durch die Umsetzung der Verschmelzungsrichtlinie nicht geregelt worden.

Ein grenzüberschreitender Formwechsel ist derzeit nach wohl hM nicht möglich. Begründet wird dies damit, dass nur ein Rechtssubjekt betroffen ist und damit die Niederlassungsfreiheit nicht berührt sei. Es würde daher ein reiner Inlandsbezug bestehen und ein grenzüberschreitender Formwechsel rein Vereinfachungsgründen dienen.

Es zeigt sich somit, dass im Rahmen der grenzüberschreitenden Verschmelzung, insbesondere bei der Hinausverschmelzung, noch vieles im Dunkel liegt und erst durch die Rechtsprechung und/oder den Gesetzgeber aufgeheilt werden kann.

3. Verfahren einer grenzüberschreitenden Verschmelzung/Spaltung aufgrund der Sevic-Entscheidung

Zunächst ist festzustellen, dass für eine grenzüberschreitende Verschmelzung die **Vereinigungstheorie** gilt¹². Es findet sowohl das Sachrecht des übertragenden als auch des übernehmenden Rechtsträgers Anwendung. Das bedeutet, dass sich Sachverhalte, die sich nur auf einen der beteiligten Rechtsträger beziehen, nach dessen Sachenrecht bestimmen. Betrifft dagegen ein Sachverhalt beide Rechtsträger gleichermaßen, so sind die Fragen kumulativ nach allen betroffenen Gesellschaftsstatuten anzuknüpfen. Die strengere Sachnorm setzt sich dabei durch. Soweit Normwidersprüche auftreten, sind diese im Wege der Anpassung aufzulösen.

Für die ausländische Gesellschaft sind deren Verfahrensregeln grundsätzlich einzuhalten, die sich nach deren Rechtsordnung richten. In der Regel sollte der Vertrag zweisprachig sein. Fordert eine Rechtsordnung die notarielle Beurkundung, so ist der gesamte Vertrag notariell zu beurkunden. Fraglich ist, ob auch eine Beurkundung eines ausländischen Notars ausreichend ist. Dies ist eine Frage der Vergleichbarkeit der ausländischen mit der deutschen Beurkundung¹³.

Hinweis für die notarielle Praxis

Der beurkundende Notar hat daher auch die ausländische Rechtsordnung bei der Beurkundung des Verschmelzungsplans zu beachten. Häufig bedarf es einer Doppelbeurkundung in Deutschland und dem Staat des anderen an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgers. Für die Gestaltung empfiehlt es sich – sofern eine Urkunde durch einen ausländischen Notar errichtet wird – diese mitzuverlesen oder zu Informationszwecken als Anlage zum Verschmelzungsplan zu nehmen¹⁴. Eine Verweisung nach § 13a BeurkG ist nicht möglich, da die Niederschrift des ausländischen Notars nach anderen Vorschriften als dem BeurkG errichtet worden ist.

⁹ Vor Artikel 1 Ziff. (1) der RL 2005/56/EG

¹⁰ Allein eine Entscheidung des AG Amsterdam DB 2007,677 ist hierzu ergangen. Nach niederländischer Sicht ist auch die Hinausverschmelzung von der Verschmelzungsrichtlinie erfasst. Zu beachten ist hierbei jedoch, dass die Niederlande der Gründungstheorie folgen.

¹¹ teilweise wird in der Literatur bereits von einer Aufgabe der Sitztheorie gesprochen. Ob dem gefolgt werden kann, bleibt abzuwarten.

¹² OLG München ZIP 2006, 1049 = NZG 2006,513.

¹³ eingehend zu dieser Frage Klein RNotZ 2007, 565 ff.

¹⁴ Winkler Kommentar zum Beurkundungsgesetz, 16. Auflage zu § 13a Rd. 35.

4. Verschmelzungsfähige Rechtsträger

§ 122 b regelt den **persönlichen Anwendungsbereich** der Vorschriften des Zehnten Abschnitts¹⁵. Hier ist geregelt, welche Kapitalgesellschaften an einer grenzüberschreitenden Gesellschaft beteiligt sein können. Dabei wird auf die Verschmelzungsrichtlinie Bezug genommen, damit ein möglichst weiter Anwendungsbereich gegeben ist. Ergänzend findet über §§ 122a Abs.2, 122b auch § 3 Abs.2, 3 Anwendung. Damit kann **auch eine aufgelöste Gesellschaft – als übertragende Gesellschaft** – an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligt sein.

Hinweis für die notarielle Praxis

In § 122 b sind **Personengesellschaften** als verschmelzungsfähige Rechtsträger nicht genannt. Es bestehen daher im Zusammenhang mit der Verschmelzung solcher Gesellschaften erhebliche Rechtsunsicherheiten. In der Verschmelzungsrichtlinie des Europäischen Rats ist ausdrücklich nur von Kapitalgesellschaften die Rede. Allerdings lässt sich aus der Formulierung in der SEVIC-Entscheidung des EUGH eine Einschränkung auf Kapitalgesellschaften nicht entnehmen. Dennoch sollte der vorsichtige Vertragsgestalter derzeit von einer grenzüberschreitenden Verschmelzung unter Beteiligung von Personengesellschaften Abstand nehmen¹⁶.

Nach § 122b ist eine Verschmelzung zur Aufnahme und zu Neugründung möglich.

Es gibt auch hier eine Vorbereitungs-, eine Beschluss- und eine Vollzugsphase.

Hinweis für die notarielle Vertragsgestaltung

Bei der Prüfung der anwendbaren Vorschriften nach dem UmwG ist bei der Vorbereitung der Verschmelzung wie folgt vorzugehen:

1. Besteht eine Regelung in den §§ 122a ff.
2. Besteht eine rechtsformspezifische Regelung in den §§ 46-78
3. Enthalten die §§ 2-38 eine spezifische Norm

Ggf ist rechtsformspezifisch auf das für die beteiligten Rechtsträger allgemein geltende Gesellschaftsrecht zurückzugreifen¹⁷.

Es können an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung – wie sich aus dem Verweis in § 122a Abs.2 ergibt – folgende inländische Kapitalgesellschaften beteiligt sein:

- GmbH
- AG
- KGaA
- SE mit Sitz im Inland¹⁸

¹⁵ Bayer in Lutter Kommentar zum UmwG 4. Auflage, Seite 1334 Rd. 1; Kommentar zum Umwandlungsgesetz Schmitt/Hörtnagl/Stratz, 5. Auflage, § 122b Rd. 1.

¹⁶ meines Erachtens stellt die Beschränkung der Verschmelzungsfähigkeit auf Kapitalgesellschaften einen Verstoß gegen die Art. 43,48 EGV dar. Es muss auch möglich sein, dass eine ausländische Personengesellschaft sich mit einer deutschen Personen- oder Kapitalgesellschaft verschmelzen kann. Ob dies in gleichem Maß auch für die Hinausverschmelzung einer deutschen Personengesellschaft gilt, ist meines Erachtens derzeit kritisch zu betrachten.

¹⁷ Entnommen aus Schmitt/Hörtnagl/Stratz Kommentar zum Umwandlungsgesetz

Fall 2

Aufgelöste Gesellschaft als übertragender Rechtsträger

Eine deutsche GmbH (UG) wurde durch Gesellschafterbeschluss aufgelöst. Die GmbH (UG) soll nun auf eine ausländische EU/EWR-Kapitalgesellschaft verschmolzen werden.

Aufgelöste GmbH (UG) \longrightarrow EU/EWR-GmbH
(deutsche Gesellschaft)

Eine Verschmelzung ist nach §§ 122b, 3 Abs.2, 3 UmwG nach deutschem Recht möglich. Es ist jedoch auch die ausländische Rechtsordnung zu überprüfen, da die vorstehenden Bestimmungen nationales Recht sind. In dem vorliegenden Fall ist meines Erachtens auch die Verschmelzungsrichtlinie, beziehungsweise die Sevic-Entscheidung, heranzuziehen. Zu Fragen ist daher, ob auch die Rechtsordnung des übernehmenden Rechtsträgers die Verschmelzung unter der Beteiligung eines aufgelösten Rechtsträgers zulässt.

Hinweise für die notarielle Vertragsgestaltung

Für die notarielle Gestaltung ist zu beachten, dass auch eine **SE** mit Sitz im Inland an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligt sein kann.

Einzige Ausnahme ist eine grenzüberschreitende Verschmelzung, die zur Neugründung einer SE führt, da insoweit die SE-VO dies abschließend regelt¹⁹.

Zu beachten ist die Einschränkung in § 122b Abs.1 hinsichtlich des Sitzes der Gesellschaft. Allerdings muss die beteiligte ausländische Gesellschaft ihren Verwaltungssitz nicht mehr in ihrem Gründungsstaat haben. Soweit sie nach der ausländischen Rechtsordnung wirksam gegründet worden ist, gilt sie als auch in Deutschland als rechtsfähig²⁰.

Fall 3 Ausländische Gesellschaft mit Verwaltungssitz in Deutschland

Eine Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland – übertragender Rechtsträger – soll auf eine deutsche GmbH – übernehmender Rechtsträger – verschmolzen werden.

Limited \longrightarrow GmbH (deutsch)

Eine Verschmelzung ist möglich. Nach einer Entescheidung des OLG München²¹ kann diese jedoch nicht beim Handelsregister der Zweigniederlassung für die Limited eingetragen werden, da das Hauptregister vorrangig zuständig ist. Dies ist zu beachten.

Erforderlich ist weiter, dass die beteiligten Gesellschaften nach § 122 b Abs.1 entweder ihren Satzungssitz oder ihre Hauptverwaltung/Hauptniederlassung in einem Mitgliedsstaat haben. Es muss somit jeder der beteiligten Gesellschaften nach dem Recht eines EU- bzw. EWR-Mitgliedstaats wirksam gegründet worden sein²². Unter **Hauptverwaltung**

¹⁸ diese ist gemäß Art. 10 SE-VO einer Aktiengesellschaft inländischen Rechts gleichgestellt.

¹⁹ Schmitt/Hörtnagl/Stratz Kommentar zum Umwandlungsgesetz, 5. Auflage, § 122b Rd. 7; Bayer in Lutter Kommentar zum UmwG 4. Auflage Seite 1336 zu § 122b Rd. 19.

²⁰ Gründungstheorie.

²¹ OLG München vom 2.5.2006 - 31 Wx 9/06.

²² Bayer in Lutter Kommentar zum UmwG 4. Auflage zu § 122b Rd. 9.

ist der Ort zu verstehen, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden²³. Der Begriff Hauptniederlassung entspricht bei Kapitalgesellschaften dem Satzungssitz.

In § 122b Abs.2 sind – nicht abschließend – die nicht verschmelzungsfähigen Gesellschaftsformen beurteilt²⁴.

Fall 4 Beteiligungsfähigkeit einer Vorgesellschaft

Fraglich ist, ob einer Vorgesellschaft an einer grenzüberschreitenden Verschmelzung beteiligt sein kann. In der Literatur wird dies sehr unterschiedlich gesehen²⁵.

EU/EWR-Gesellschaft → Vor-GmbH

Meines Erachtens ist die Beteiligtenfähigkeit zu verneinen. Zunächst spricht der Wortlaut des § 122 b Abs.1 dagegen. Dieser stellt auf die wirksame Gründung der Kapitalgesellschaft ab. Damit ist das Entstehen dieser als juristische Person gemeint. Erst ab diesem Zeitpunkt ist eine wirksame Gründung erfolgt.

Des Weiteren spricht auch das Analogieverbot des § 1 Abs.2 hiergegen²⁶. Der Kreis der beteiligungsfähigen Rechtsträger ist im Umwandlungsgesetz abschließend geregelt, so dass eine Ausdehnung auf eine Vorgesellschaft dem Analogieverbot widersprechen würde. Für eine Beteiligtenfähigkeit spricht auch nicht die Tatsache, dass die Vorgesellschaft der juristischen Person in weiten Teilen gleichgestellt wird. Denn auch hier erfolgt eine Gleichstellung nur insoweit als nicht die Eintragung im Handelsregister Voraussetzung für die Anwendbarkeit einer Vorschrift, zum Beispiel nach dem GmbHG oder UmwG, ist. Hier schließt sich der Kreis. Denn wie vorstehend dargestellt ist gerade die Eintragung der Gesellschaft Voraussetzung für die Anwendbarkeit der §§ 122 a ff.

III. Verschmelzungsplan § 122c UmwG

Diese Vorschrift setzt Art. 5 S.1 der Verschmelzungsrichtlinie um. Der Verschmelzungsplan tritt bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung an die Stelle des Verschmelzungsvertrages. § 122c ist weitestgehend an § 5 angelehnt. Bei Auslegungsfragen und Problemstellungen, die in § 122c nicht geregelt sind, wird man auf die Grundsätze zu § 5 zurückgreifen können.

In welcher Sprache der Verschmelzungsplan errichtet werden soll ist gesetzlich nicht geregelt. Zumindest muss er auch in deutscher Sprache errichtet werden (§ 5 BeurkG). Zu beachten ist, dass der Verschmelzungsplan keine **schuldrecht-**

lichen Wirkungen entfaltet, da der Verschmelzungsplan²⁷ in anderen Mitgliedsstaaten als reiner Organisationsakt aufgefasst wird.²⁸ Es empfiehlt sich daher ergänzend in der notariellen Urkunde schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen den beteiligten Gesellschaften zu treffen.

Hinweis für die notarielle Gestaltung

Für die notarielle Gestaltung ist zu beachten, dass die beteiligten Rechtsträger in der Urkunde über den Verschmelzungsplan oder in separater Urkunde zusätzliche schuldrechtliche Abreden treffen sollten²⁹. Wichtig ist, dass die Vertretungsorgane aller beteiligten Rechtsträger eine Einigung über den genauen Inhalt des Verschmelzungsplans erzielen müssen³⁰. Ein separat abgeschlossener Zusammenschlussvertrag bedarf auch der Zustimmung der Anteilshaber der an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger.

Bei der Aufstellung des Verschmelzungsplans müssen die Vertretungsorgane in **vertretungsberechtigter Zahl** handeln.

Hinweis für die notarielle Gestaltung

Für die Änderung des Verschmelzungsplans gelten die gleichen Voraussetzungen und Bestimmungen wie bei seiner Aufstellung.

1. Inhalt des Verschmelzungsplans

Aus dem Verschmelzungsplan geht der gemeinsame Wille der beteiligten Rechtsträger hervor eine Verschmelzung durchzuführen. Wesentlicher Inhalt dessen muss sein, dass eine Anteilsgewährung an die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers an dem übernehmenden Rechtsträger als Ausgleich für den Verlust ihrer Anteile an dem übertragenden Rechtsträger erfolgt. Des Weiteren muss deutlich werden, dass eine Gesamtrechtsnachfolge eintritt und der übertragende Rechtsträger aufgelöst wird³¹.

Für alle beteiligten Rechtsträger ist ein **inhaltlich gleich lautender Verschmelzungsplan** zu erstellen³².

²³ Schmitt/Hörtnagl/Stratz Kommentar zum Umwandlungsgesetz, 5. Auflage, § 122b Rd. 13.

²⁴ Hierzu Klein, RNotZ 2007, 575, der dies sehr übersichtlich darstellt.

²⁵ Bayer in Lutter Kommentar zum UmwG 4. Auflage Seite 1350 zu § 122b Rd. 9 verneint dies. Heckschen in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122b Rd. 42 bejaht dies, indem er hier die Zulässigkeit aufgrund der zum nationalen Umwandlungsrecht entwickelten Grundsätze heranzieht.

²⁶ Schmitt/Hörtnagl/Stratz Kommentar zum Umwandlungsgesetz, 5. Auflage, UmwG § 1 Rd. 68 ff.

²⁷ bei diesem handelt es sich nach deutschem Recht um eine einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung. Damit können die Vertretungsorgane diesen auch grundsätzlich frei widerrufen bzw. aufheben. Dies gilt nach Mayer jedoch nur bis zum Zeitpunkt des Zustimmungsbeschlusses durch die Anteilshaber; Mayer in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122c Rd. 167.

²⁸ Schmitt/Hörtnagl/Stratz Kommentar zum Umwandlungsgesetz, 5. Auflage, § 122c Rd. 5; Mayer in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122c Rd. 17.

²⁹ Business Combination Agreement; diese Zusammenschlussverträge sind jedoch nicht mit dem Verschmelzungsvertrag nach § 5 UmwG nach deutschem Recht gleichzusetzen. Sie haben keine gesellschaftsvertragliche Wirkung; Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122c Rd. 18

³⁰ Schmitt/Hörtnagl/Stratz Kommentar zum Umwandlungsgesetz, 5. Auflage, § 122c Rd. 10.

³¹ eine dem § 5 Abs.1 Nr.2 vergleichbare Regelung fehlt in § 122 c UmwG. Dies ist damit zu begründen, dass die Verschmelzungsrichtlinie ganz selbstverständlich von einer Anteilsgewährungspflicht ausgeht und der nationale Gesetzgeber § 5 Abs.1 Nr.2 UmwG nur zur Klarstellung in das Gesetz aufgenommen hat. Dies war bei § 122c nicht erforderlich.

³² damit ist nicht die wörtliche Übereinstimmung der gegebenenfalls mehreren Pläne zu verstehen, da dies aufgrund der verschiedenen Sprachen in der Regel auch nicht möglich ist.

Hinweis für die notarielle Vertragsgestaltung

In aller Regel wird nach jeder der beteiligten Rechtsordnungen ein Verschmelzungsplan errichtet³³.

Zu beachten ist für den Vertragsvollzug, dass der Verschmelzungsplan auch in deutscher Sprache vorliegen muss, da er zum deutschen Handelsregister einzureichen ist³⁴.

Der Verschmelzungsplan ist zwingend **notariell zu beurkunden**, wie sich aus § 122 c Abs.4 ergibt. Dies gilt selbst dann, wenn sich ein Beurkundungserfordernis nach der ausländischen Rechtsordnung nicht ergibt. Nach der Vereinigungstheorie setzt sich bei einem gleich gelagerten Sachverhalt, der beide Rechtsträger betrifft, die strengere Rechtsordnung durch.

In § 122c ist der Katalog³⁵ enthalten, welcher Inhalt des Verschmelzungsplans sein muss. Auch die grenzüberschreitende Verschmelzung ist eine solche **gegen Anteilsgewährung**. Auch hier kann diese Angabe im Verschmelzungsplan entfallen, wenn sich alle Anteile einer übertragenden Gesellschaft in der Hand der übernehmenden Gesellschaft befinden. Eine Anteilsgewährungspflicht besteht nicht im Fall der Verschmelzung der Tochter- auf die Muttergesellschaft³⁶, der Verschmelzung der Mutter- auf die Tochtergesellschaft³⁷ und gegebenenfalls im Fall des Verzichts auf die Anteilsgewährung³⁸.

Hinweis für die notarielle Vertragsgestaltung

Im Fall einer Mutter-Tochter-Verschmelzung oder Tochter-Mutter-Verschmelzung bedarf es nicht der Angaben nach § 122c Abs.2 Nr.2, 3 und 5 gemäß § 122c Abs.3.

Daneben ist auch ein Verschmelzungsbeschluss der Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft nach § 122g Abs.2 nicht erforderlich, wenn sich alle Anteile der übertragenden Gesellschaft in der Hand der übernehmenden Gesellschaft befinden. Zu beachten sind auch die §§ 62, 78 UmwG.

Hinweis für die notarielle Vertragsgestaltung

Bei einer Hinausverschmelzung gelten die §§ 122 a Abs.2, 54 I S.3, 68 Abs.1 S.3, 78 für den übernehmenden Rechtsträger nicht unmittelbar, da es sich um deutsche Sachvorschriften handelt. Vielmehr ergibt sich zunächst die Anteilsgewährungspflicht aus der Verschmelzungsrichtlinie und deren Artikel 2 Abs. 2a und b. Somit könnte man zu dem Ergebnis kommen, dass die nachfolgende von dem deutschen Gesetzgeber an die Hand gegebene Möglichkeit des Anteilsverzichts nicht für den übernehmenden Rechtsträger gilt.

§ 122 a Abs.2 verweist auf § 54 Abs.1 S.3, 68 Abs.1 S.3, 78. Damit ermöglicht der deutsche Gesetzgeber auch den notariell beurkundeten Verzicht auf die Gewährung von Anteilen an dem übernehmenden Rechtsträger. Zuerst ist jedoch festzustellen, dass auch hier die Vereinigungstheorie zu beach-

ten ist. Die Frage der Anteilsgewährung ist ein Sachverhalt, welcher beide Rechtsordnungen betrifft, so dass hier auch beide Rechtsordnungen zu beachten sind. Dies gilt auch für den übernehmenden Rechtsträger. Mayer in Widmann/Mayer³⁹ stellt hierzu fest, dass es an der Konformität zwischen Richtlinie und deutschem Gesetzestext fehlt, da der Richtlinie die Möglichkeit des Verzichts auf die Anteilsgewährungspflicht nicht zu entnehmen ist. Damit ist nach seiner Ansicht bei einer grenzüberschreitenden Hineinverschmelzung eine Verzichtsmöglichkeit zu verneinen. Es kann daher meines Erachtens nichts anderes bei einer Hinausverschmelzung gelten. Auch hierzu enthält die Verschmelzungsrichtlinie keine Ausnahmeregelung. Dies bedeutet, dass in allen Fällen mit Ausnahme des Up-Stream-Merger und Down-Stream-Merger eine Anteilsgewährung zwingend ist. Gegebenenfalls könnte eine EG-autonome Auslegung bei der Beteiligung von Schwestergesellschaften eine andere Sichtweise gebieten. Der Grundsatz der Anteilsgewährungspflicht gilt auch hier. Allerdings hat dieser den Zweck die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers an dem übernehmenden Rechtsträger zu beteiligen. Im Fall der Verschmelzung von Schwestergesellschaften besteht daher eine planwidrige Lücke, die im Wege einer EU- autonomen Auslegung zu schließen ist.

Die Richtlinie selbst lässt in Artikel 15 bei der Mutter-Tochter und Tochter-Mutter-Verschmelzung eine Ausnahme von der Anteilsgewährungspflicht zu. In beiden Fällen erfolgt kein Beteiligungsverlust der Gesellschafter. Gleiches gilt auch bei der Verschmelzung von Schwestergesellschaften, wenn beide die gleichen Gesellschafter mit der gleichen Beteiligungsquote haben. Damit ist meines Erachtens ein Verzicht auf die Anteilsgewährung bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung zwischen Schwestergesellschaften zu bejahen.

Dennoch ist der sicherste Weg zu wählen, so dass auf einen Verzicht auf die Anteilsgewährung möglichst nicht hingewirkt werden sollte, da derzeit die Rechtslage als ungeklärt zu betrachten ist.

a) Nr.1 Rechtsform, Firma und Sitz der übertragenden und übernehmenden oder neuen Gesellschaft

Die Angabe der Rechtsform soll die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Verschmelzung erleichtern⁴⁰.

Hinweis für die notarielle Vertragsgestaltung

Für die notarielle Gestaltung ist zu beachten, dass neben der Angabe der Firma der beteiligten Rechtsträger separat in dem notariellen Verschmelzungsplan auch deren **Rechtsform anzugeben** ist⁴¹.

Im Rahmen der Firmierung gelten die allgemeinen Firmenrechtsgrundsätze.

³³ beispielsweise wird dieser in Österreich als Umgründungsplan bezeichnet.

³⁴ § 63 FamG i.V.m. § 184 GVG

³⁵ abschließende Aufzählung

³⁶ Mayer in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122c Rd. 54

³⁷ Mayer in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122c Rd. 62

³⁸ Mayer in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122c Rd. 64

³⁹ Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122c Rd. 71

⁴⁰ Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122c Rd. 40

⁴¹ Schmitt/Hörtnagl/Stratz Kommentar zum Umwandlungsgesetz, 5. Auflage, § 122c Rd. 12; Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122c Rd. 41

Hinweis für die notarielle Vertragsgestaltung

Bei der Angabe des Sitzes nach § 122 c Abs.1 Nr.1 ist der Satzungssitz der beteiligten Rechtsträger⁴² maßgebend.

b) keine Angabe entsprechend § 5 Abs.1 Nr.2 UmwG

§ 122 c verlangt als Inhalt des Verschmelzungsplans keine Angabe über die Übertragung des Vermögens jeder übertragenden Gesellschaft als Ganzes⁴³.

Hinweis für die notarielle Vertragsgestaltung

Es empfiehlt sich dennoch den Wortlaut des § 5 Abs.1 Nr.2 UmwG in die notarielle Urkunde zum Zweck der Information der Beteiligten und der Klarstellung aufzunehmen.

c) Umtauschverhältnis der Gesellschaftsanteile und Höhe der Ausgleichszahlung

Der Verschmelzungsplan muss das Umtauschverhältnis angeben, aber nicht erläutern bzw. begründen⁴⁴.

Für eine inländische GmbH ist ergänzend § 46 UmwG zu beachten. Das Umtauschverhältnis wird im Verschmelzungsbericht⁴⁵ erläutert und im Verschmelzungsprüfungsbericht auf seine Angemessenheit hin geprüft.

Hinweis für die notarielle Vertragsgestaltung

Es bedarf daher der Angabe der Nennbeträge der zu gewährenden Geschäftsanteile und Angaben über deren unterschiedliche Ausgestaltung bei dem neuen Rechtsträger. Für die übernehmende EU/EWG-Gesellschaft bedeutet dies mE auch, dass anzugeben ist, ob diese Anteile mit unterschiedlichen Rechten und Pflichten als die sonstigen Anteile der übernehmenden Gesellschaft ausgestattet sind.

Bei den baren Zuzahlungen ist zu beachten, dass somit **keine Sachleistungen** möglich sind⁴⁶. Der beurkundende Notar hat im Verschmelzungsplan den genauen Geldbetrag samt Währung zu beziffern. Strittig ist, ob eine bare Zuzahlung über 10 % des Nennwerts der gewährten Aktien oder sonstigen Anteile zulässig ist⁴⁷. Meines Erachtens ist die Argumentation von Bayer im Fall der Hinausverschmelzung interessant und wie folgt zu ergänzen. Die Frage der baren Zuzahlung über 10 % betrifft wie Bayer richtig feststellt sowohl den übertragenden als auch den übernehmenden Rechtsträger. Daher ist nach der Vereinigungstheorie das Sachrecht beider beteiligter Rechtsträger anwendbar mit der Folge, dass sich das strengere Recht durchsetzt. Daher verbleibt es bei der Grenze von 10 %. Im Fall der Hineinverschmelzung ist die Ausgangsfrage meines Erachtens erst Recht zu verneinen, da gemäß Art. 4 Abs.1 lit. b) S.1 der Verschmelzungsrichtlinie deutsches Recht zur Anwendung gelangt.

⁴² Dies soll der rechtssicheren Identifizierung der beteiligten Rechtsträger dienen.

⁴³ siehe hierzu Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122c Rd. 51.

⁴⁴ Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122c Rd.87.

⁴⁵ § 122 e S.1 i.V.m. § 8 Abs.1 S.1.

⁴⁶ Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122c Rd. 88.

⁴⁷ bejahend Bayer in Bayer in Lutter Kommentar zum UmwG 4. Auflage § 122 c Rd. 16.

d) Einzelheiten der Übertragung der Gesellschaftsanteile der übernehmenden oder neuen GesellschaftHinweis für die notarielle Vertragsgestaltung

Im Fall der Hineinverschmelzung ist in dem Spaltungsplan ausdrücklich aufzunehmen, wenn Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger durch Gewährung⁴⁸ eigener Anteile oder Anteile von Dritten gewährt werden sollen beziehungsweise, wenn überhaupt keine Anteile gewährt werden.

Nach Mayer in Widmann/Mayer ist nicht die Kostentragungspflicht und die Höhe der Kosten, die durch den Verschmelzungsvorgang entstehen im Verschmelzungsplan anzugeben.

§ 122c verlangt abweichend von § 5 Nr.2 **keine Vereinbarung über die Übertragung des Vermögens**⁴⁹.

e) Auswirkungen der Verschmelzung auf die Beschäftigung

Die Auswirkungen auf die Beschäftigung nach § 122c Abs.2 Nr.4 hat gewisse Ähnlichkeiten mit § 5 Abs.1 Nr.9. Im Gegensatz zu § 5 Abs.1 Nr.9 verlangt § 122c Abs.2 Nr.4 jedoch nur die Angaben zu den „voraussichtlichen Auswirkungen auf die Beschäftigung“, nicht dagegen zu den Folgen für die Arbeitnehmervertretungen. Insoweit ist § 122c Abs.2 Nr.10 lex specialis⁵⁰. Die Information der Arbeitnehmer und des Betriebsrats erfolgt nicht durch Zuleitung des Verschmelzungsplans wie bei der nationalen Verschmelzung, sondern durch den Verschmelzungsbericht⁵¹. Es bedarf daher nur der Angabe zu den voraussichtlichen Auswirkungen auf die Beschäftigung, die für die Gesellschafter selbst relevant sind (Mitarbeiterzahlen und insofern ggf zu erwartende Änderungen, Kosten etwaiger Reduktionen der Beschäftigtenzahl, Mitbestimmungsregelungen)⁵².

Hinweis für die notarielle Gestaltung

Aus Sicherheitsgründen ist dem Vorschlag von Mayer zu folgen Angaben in dem Verschmelzungsplan zu machen, die § 5 Abs.1 Nr.9 entsprechen.

f) keine Zuleitung an den Betriebsrat

Im Gegensatz zu § 5 erfolgt keine Zuleitung an einen Betriebsrat. Stattdessen erfolgt bei grenzüberschreitender Verschmelzung eine Zuleitung des Verschmelzungsberichts nach § 122e S.2⁵³. Wegen der abweichenden Formulierung wird in der Literatur vertreten, dass der Verschmelzungsplan keine Angaben mehr zu den Auswirkungen der Verschmelzung auf die Arbeitnehmervertretung zu enthalten hat⁵⁴.

g) Zeitpunkt der Gewinnberechtigung

Diese Regelung entspricht § 5 Abs.1 Nr.5.

⁴⁸ Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122c Rd. 90.

⁴⁹ hier kann und wird in der Praxis eine zusätzliche schuldrechtliche Vereinbarung getroffen. § 122c sieht eine entsprechende Regelung deshalb nicht vor, weil es sich bei dem Verschmelzungsplan um einen reinen Organisationsakt handelt, ohne jegliche schuldrechtliche Wirkungen.

⁵⁰ Bayer in Lutter Kommentar zum UmwG 4. Auflage § 122 c Rd. 19.

⁵¹ deshalb sind auch andere Anforderungen an den Verschmelzungsplan zu stellen.

⁵² Bayer in Lutter Kommentar zum UmwG 4. Auflage § 122 c Rd. 19.

⁵³ die Angaben des im Verschmelzungsplan dienen damit ausschließlich der Information der Anteilsinhaber.

⁵⁴ Heckschen, DNotZ 2007, 444,456.

Der Zeitpunkt von dem an die Gesellschaftsanteile das Recht auf Beteiligung am Gewinn gewähren, kann von den Parteien frei festgelegt werden. Er kann auch vom Verschmelzungstichtag abweichen⁵⁵.

Hinweis für die notarielle Gestaltung

In dem Spaltungsplan sollte eine **variable Regelung** zur Gewinnberechtigung aufgenommen werden, da besonderes bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung mit Verzögerungen und Komplikationen zu rechnen ist.

h) Verschmelzungstichtag

Diese Regelung entspricht weitestgehend § 5 Abs.1 Nr.6. Nach Bayer in Widmann/Mayer ist eine unterschiedliche Festlegung der Verschmelzungstichtage hinsichtlich der beteiligten Rechtsträger zulässig und zweckmäßig⁵⁶.

Hinweis für die notarielle Gestaltung

In dem Spaltungsplan sollte eine variable Regelung zum Verschmelzungstichtag aufgenommen werden, da besonders bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung mit Verzögerungen und Komplikationen zu rechnen ist.

j) Sonderrechte⁵⁷

Im Gegensatz zu § 5 UmwG erfasst § 122 c Nr.7 nur die Sonderrechte, die als Ersatz für bereits bestehende Sonderrechte⁵⁸ eingeräumt werden, das heißt nicht auch die neu erstmalig eingeräumten Rechte. Es müssen jedoch auch solche Rechte angegeben werden, die allen mit Sonderrechten ausgestatteten Gesellschaftern im gleichen Umfang gewährt werden.

Hinweis für die notarielle Gestaltung

Bei Gesellschaften, die Schuldverschreibungen oder/und Genussrechte ausgegeben haben, muss dies in dem Spaltungsplan aufgenommen werden, da hier eine Sonderregelung im Rahmen der Verschmelzung erforderlich ist⁵⁹.

Im Spaltungsplan sind auch die Sonderrechte aufzunehmen, die dem EU/EWR-Rechtsträger gewährt werden⁶⁰.

Trotz des Wortlauts von § 122 c Abs.2 Nr.7 ist zu empfehlen auch die neu zu gewährenden Sonderrechte in den Verschmelzungsplan aufzunehmen.

j) Vorteile⁶¹ für bestimmte Personengruppen

Die Regelung des § 122 c Abs.2 entspricht weitestgehend § 5 Abs.1 Nr.8.

Hinweis für die notarielle Gestaltung

Wegen der weiten Formulierung betrifft die vorstehende Vorschrift auch fakultative Gesellschaftsorgane. Dies ist bei der Errichtung des Spaltungsplans zu beachten.

⁵⁵ Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122c Rd. 100.

⁵⁶ in Lutter Kommentar zum UmwG 4. Auflage § 122 c Rd. 22.

⁵⁷ § 122 c Abs.2 Nr.7.

⁵⁸ dies sind Rechte, die nicht allen Anteilshabern im gleichen Maß zustehen.

⁵⁹ Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122c Rd. 112.

⁶⁰ Es ist hierbei nach der für diesen maßgebliche Rechtsordnung zu überprüfen, ob es sich um Sonderrechte handelt.

⁶¹ Vergünstigungen jeder Art vermögensrechtlicher und/oder gesellschaftsrechtlicher Natur.

k) Satzung der übernehmenden oder neuen Gesellschaft⁶²

Hinweis für die notarielle Gestaltung

Für die notarielle Gestaltung ist zu beachten, dass die **Satzung der übernehmenden oder neuen Gesellschaft als Anlage zum Verschmelzungsplan** genommen wird, § 122c Abs.2 Nr.9. Diese ist im Gegensatz zu der nationalen Verschmelzung Bestandteil des Verschmelzungsplans⁶³. Dies gilt auch bei einer Verschmelzung zur Aufnahme⁶⁴. Maßgeblich ist der mit **Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Verschmelzung geltende Satzungstext⁶⁵**. Bei einer Hineinverschmelzung auf eine deutsche Kapitalgesellschaft muss deren Satzung mitbeurkundet werden. Im Fall der Hinausverschmelzung kann meines Erachtens nicht anderes gelten, da insoweit sich auch das strengere Recht durchsetzt.⁶⁶

Zu beachten ist vor allem § 57 UmwG bei einer Verschmelzung zur Neugründung auf eine deutsche GmbH.

l) Verfahren zur Bestimmung des Mitbestimmungsmodells

Grundsätzlich finden die Mitbestimmungsregelungen des Staates Anwendung, in dem die übernehmende bzw. neu gegründete Gesellschaft ihren Satzungssitz hat.

Hierbei sind die Ausnahmen nach § 5 MgVG zu beachten⁶⁷.

Hinweis für die notarielle Gestaltung

Im Verschmelzungsplan müssen Angaben über das Verfahren der Mitbestimmung enthalten sein⁶⁸, wenn die Bestimmungen nach § 5 MgVG zur Anwendung gelangen.

m) Angaben zur Bewertung des übertragenen Aktiv- und Passivvermögens⁶⁹

Zu beachten sind auch die **Angaben zur Bewertung des Aktiv- und Passivvermögens⁷⁰ nach § 122c Nr.11**. Dies hat nichts mit der Unternehmensbewertung zu tun, da diese sich in der Regelung zum Umtauschverhältnis widerspiegelt. Es muss nach der Literatur eine Aussage darüber getroffen werden, wie das übertragene Vermögen im Rechnungswesen des übernehmenden Rechtsträgers fortgeführt wird, also zu Buch-, Teil- oder Zwischenwerten⁷¹. Es wird auch vertreten, dass erst später außerhalb des Verschmelzungsplans eine Wahl des Wertansatzes erfolgen kann.

⁶² § 122 c Abs.2 Nr.9.

⁶³ Schmitt/Hörtnagl/Stratz Kommentar zum Umwandlungsgesetz, 5. Auflage, § 122c Rd. 26.

⁶⁴ anders bei einer nationalen Verschmelzung, bei welcher dies nur im Fall der Neugründung gilt.

⁶⁵ Schmitt/Hörtnagl/Stratz Kommentar zum Umwandlungsgesetz, 5. Auflage, § 122c Rd. 26; Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122c Rd. 120.

⁶⁶ auch dem Gesellschaftsvertrag des übernehmenden Rechtsträgers haben die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers zuzustimmen.

⁶⁷ zu dem praktischen Ablauf der Verhandlungen der Arbeitnehmer mit den Gesellschaften siehe Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122c Rd. 127,128.

⁶⁸ zu näheren Einzelheiten siehe Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122c Rd. 135.

⁶⁹ § 122 c Abs.2 Nr.11.

⁷⁰ Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122c Rd. 136-138; Bayer in Lutter Kommentar zum UmwG 4. Auflage § 122 c Rd. 26; Schmitt/Hörtnagl/Stratz Kommentar zum Umwandlungsgesetz, 5. Auflage, § 122c Rd. 29.

⁷¹ anders nach dem deutschen Recht, bei welchem das Wahlrecht nach § 94 UmwG erst bei der Aufstellung des Jahresabschlusses ausgeübt werden muss.

Hierfür bietet sich die nachfolgende Vertragsformulierung an:

„Eine Entscheidung und Festlegung über die Fortführung des übertragenen Vermögens der # GmbH in der Bilanz des übernehmenden Rechtsträgers zu Buch-, Teil- oder Zwischenwerten, erfolgt erst im Zusammenhang mit der Aufstellung des Jahresabschlusses des übernehmenden Rechtsträgers.“

Hinweis für die notarielle Gestaltung

Zu beachten ist, dass beide Rechtsordnungen hinsichtlich der Zulässigkeit einer solchen Regelung zu überprüfen sind⁷².

n) Stichtag der Bilanzen⁷³

Eine weitere Besonderheit ergibt sich aus Nr.12. Die Bilanzen sind für die Unternehmensbewertung und das Umtauschverhältnis nicht maßgeblich. Vielmehr spielen sie nur eine Rolle für die Frage der Eröffnungsbilanz bei der aufnehmenden oder neuen Gesellschaft.

Hinweis für die notarielle Gestaltung

Für die notarielle Gestaltung ist zu beachten, dass die Literatur die Meinung vertritt, dass **nur die Stichtage der Bilanzen der übertragenden Rechtsträger vor bzw. am Verschmelzungsstichtag anzugeben sind**⁷⁴. Somit werden die Bilanzen selbst nicht Bestandteil des Verschmelzungsplans.

In dem vorgenannten Sachverhalt (Ausgangssachverhalt) sollte daher bei der übertragenden Gesellschaft der letzte Stichtag vor der Aufstellung des Verschmelzungsplans angegeben werden. Daneben ist auch die Angabe des Stichtags der übernehmenden Gesellschaft, in dem voraussichtlich die Verschmelzung bei der übernehmenden Gesellschaft abgebildet wird, erforderlich.

Dies verlangt insbesondere die Angabe des Geschäftsjahres der übernehmenden Gesellschaft⁷⁵.

o) Barabfindungsangebot⁷⁶

§ 122i deckt sich weitestgehend mit § 29. Gemäß § 122 i haben alle Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers ein außerordentliches Austrittsrecht gegen eine angemessene⁷⁷ Barabfindung. Voraussetzung ist, dass ein Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers gegen den Verschmelzungsplan Widerspruch zur Niederschrift des Notars bei Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses der Anteilshaber erklärt⁷⁸. Zur Ermittlung der Angemessenheit der Barabfindung ist die Bewertungsmethode zur Ermittlung heranzuziehen, die nach objektiven Gesichtspunkten zu einem für alle Gesellschafter gleichen Verfahren führt⁷⁹. Maßgeblicher Stichtag für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Beschluss-

fassung über die Zustimmung zur Verschmelzung⁸⁰. Allgemeine Grundlage für die Ermittlung ist der Ertragswert mit Auf- und Abschlägen des Unternehmens.

Dieses Barabfindungsangebot ist bei einer Hinausverschmelzung immer zu gewähren. Die Zulässigkeit dieser nationalen Regelung ergibt sich aus Art. 4 Abs.2 S.2 der Verschmelzungsrichtlinie⁸¹.

Das Barabfindungsangebot ist hier **von der übertragenden Gesellschaft** abzugeben⁸². Die übertragende Gesellschaft muss dem Widersprechenden den Erwerb der Anteile anbieten⁸³. Im Rahmen der Bekanntmachung des Verschmelzungsplans ist auch der Wortlaut des Barabfindungsangebots aufzunehmen. Das Abfindungsangebot ist aufschiebend bedingt durch das Wirksamwerden der Verschmelzung abgeben.

Zu beachten ist, dass das Verbot des Erwerbs eigener Anteile gemäß § 33 Abs.2 GmbHG **nicht** gilt.

Hinweis für die notarielle Gestaltung

Der Widerspruch gegen den Verschmelzungsplan sollte nach Mayer zur Rechtsklarheit in der notariellen Niederschrift über den Verschmelzungsbeschluss insoweit vermerkt werden, als dass der Name des Widersprechenden aufgenommen wird⁸⁴. Das Barabfindungsangebot ist im Verschmelzungsplan genau zu bestimmen und muss angemessen sein⁸⁵. Es ist ausdrücklich im Verschmelzungsplan aufzunehmen. § 122 i gilt nur für die Hinausverschmelzung und ist insoweit lex specialis zu § 29 Abs.1 S. 1 und 2⁸⁶. Für die Hineinverschmelzung gilt § 29 gemäß § 122 a Abs.2. Wichtig ist auch, die Pflicht das Abfindungsangebot gemäß § 122 d S. 2 Nr.4 bekannt zu machen. Daneben kann auf die **Prüfung der Angemessenheit** des Abfindungsangebots in **notariell beurkundeter Form verzichtet** werden § 122 i Abs.1 S.3 i.V.m. § 30 Abs.2⁸⁷. Des Weiteren kann auch auf das Barabfindungsangebot an sich in notariell beurkundeter Form **verzichtet** werden.⁸⁸

Zu beachten ist für die notarielle Gestaltung, dass die Zulassung des Spruchverfahrens hinsichtlich der **Höhe der Abfindung** davon abhängt, ob die Anteilseigner der ausländischen Gesellschaft ausdrücklich **zustimmen**⁸⁹ oder das ausländi-

⁷² Limmer Unternehmensumwandlung Seite 998, Rd. 3103.

⁷³ § 122 c Abs.2 Nr.12.

⁷⁴ Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122c Rd. 139-141.

⁷⁵ Kommentar zum Umwandlungsgesetz Schmitt/Hörtnagl/Stratz, 5. Auflage, § 122c Rd. 34.

⁷⁶ § 122 i.

⁷⁷ es handelt sich um eine volle Abfindung und nicht etwa um eine Mindestsumme.

⁷⁸ dieser Widerspruch kann auch konkludent erklärt werden.

⁷⁹ Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 30 Rd. 7.

⁸⁰ Wälzholz in Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 30 Rd. 12 stellt zurecht auf den zuletzt gefassten Zustimmungsbeschluss ab, da erst zu diesem Zeitpunkt feststeht, ob die Verschmelzung durchgeführt wird.

⁸¹ Lutter Kommentar zum UmwG 4. Auflage § 122 c Rd. 29.

⁸² Somit unterscheidet sich die Regelung von § 29 UmwG, da die übernehmende Gesellschaft nicht der deutschen Rechtsordnung unterliegt und damit auch nicht hinsichtlich des Abfindungsangebots für diese deutsches Recht gilt. Vielmehr geht die Verpflichtung zur Zahlung des Abfindungsangebots von der deutschen Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft über; siehe hierzu auch Klein, RNotZ 2007, 600.

⁸³ Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122i Rd. 17.

⁸⁴ Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122i Rd. 15.

⁸⁵ Stoye-Benk, Handbuch des Umwandlungsrechts 2. Auflage Rd. 145.

⁸⁶ Bayer in Lutter Kommentar zum UmwG 4. Auflage § 122 i Rd. 7.

⁸⁷ Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122c Rd. 150; Kommentar zum Umwandlungsgesetz Schmitt/Hörtnagl/Stratz, 5. Auflage, § 122i Rd. 12.

⁸⁸ §§ 9 Abs.3, 8 Abs.3 S.2 analog; Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122i Rd. 41.

⁸⁹ bei der Zustimmung handelt es sich um keine rechtsgeschäftliche Erklärung, sondern vielmehr um einen Gesellschafterbeschluss der Anteilseigner. Als Teil des Zustimmungsbeschlusses bedarf es hier auch der notariellen Beurkundung.

sche Recht ein solches Prüfungsverfahren vorsieht. Ist dies nicht der Fall, dann kann auch deswegen eine **Anfechtung** des Verschmelzungsplans erfolgen⁹⁰.

Der Beschluss über die Zustimmung bedarf der Mehrheit, die nach der jeweiligen Rechtsordnung der betreffenden Gesellschaft vorgesehen ist; grundsätzlich bedarf es daher derselben Mehrheit wie bei dem Zustimmungsbeschluss zur Verschmelzung⁹¹. Wurde das Abfindungsangebot vergessen, so bedarf es einer Nachtragsbeurkundung.

Hinweis für die notarielle Gestaltung

Damit eine angemessene Bewertung gesichert ist, empfiehlt es sich zunächst den Entwurf des Verschmelzungsplans samt dem Verschmelzungsbericht mit dem Abfindungsangebot zum Handelsregister einzureichen. Anschließend kann dann der Verschmelzungsbericht geprüft werden und damit auch die Angemessenheit der Barabfindung.

2. Form des Verschmelzungsplans

Der Verschmelzungsplan bedarf gemäß § 122 c Abs.4 der notariellen Beurkundung.

Fall 5 Beurkundung

Ein deutscher Notar beurkundet einen Verschmelzungsplan zwischen einer deutschen Kapitalgesellschaft und einer EU/EWG-Kapitalgesellschaft. Hierbei sind die beteiligten Vertretungsorgane beider Gesellschaften zu beteiligen. Eine Bevollmächtigung ist jedoch möglich. Ferner ist eine Beurkundung bei gleichzeitiger Anwesenheit der Beteiligten nicht notwendig⁹².

Es ist also ggf auch eine doppelte Beurkundung notwendig, das heißt zusätzlich durch einen Notar der EU/EWG-Gesellschaft, wenn deren Rechtsordnung die Beurkundung durch einen deutschen Notar als nicht der durch einen Notar ihrer Rechtsordnung gleichwertig ansieht.

IV. Bekanntmachung des Verschmelzungsplans § 122d

§ 122d sieht eine besondere Bekanntmachungspflicht vor. Der Verschmelzungsplan oder sein Entwurf ist spätestens **einen Monat** vor der Versammlung der Anteilhaber, die nach § 13 über die Zustimmung zum Verschmelzungsplan beschließen soll, zum Register einzureichen. Die bekannt zu machenden Angaben sind dem Register bei Einreichung des Verschmelzungsplans oder seines Entwurfs mitzuteilen. § 122d gilt für die beteiligte inländische Kapitalgesellschaft. Erfolgt die Einreichung nicht oder nicht vollständig oder verspätet, ist der Zustimmungsbeschluss anfechtbar⁹³. Der Verschmelzungsplan selbst oder sein Entwurf sind hingegen nicht bekannt zu machen.

⁹⁰ Limmer, Unternehmensumwandlung Auflage 2007, Seite 1000 Rd. 3116.

⁹¹ Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122i Rd. 32.

⁹² Schmitt/Hörtnagl/Stratz Kommentar zum Umwandlungsgesetz, 5. Auflage, § 122c Rd.41.

⁹³ Anteilhaberversammlung 15.12, Fristende 14.11 = 1 Monat vor dem Tag der Versammlung. Tag der Versammlung 15.12 und damit zurückgerechnet 1 Monat und 1 Tag Fristende, es sei denn es handelt sich hierbei um einen Sonn- oder Feiertag.

Die Bekanntmachungspflicht nach § 122 d S. 2 Nr.4 bezieht sich auf die Gläubiger und Minderheitsaktionäre aller am grenzüberschreitenden Verschmelzungsvorgang beteiligten Gesellschaften⁹⁴.

Hinweis für die notarielle Gestaltung

Strittig ist, ob durch **Verzicht** der Anteilhaber **auf die Monatsfrist** verzichtet werden kann und eine kürzere Frist gewählt werden kann⁹⁵. Daher sollte in der notariellen Praxis davon abgesehen werden.

V. Verschmelzungsbericht § 122e

Der Verschmelzungsbericht hat den Zweck, die Zahlen und Fakten aus dem Verschmelzungsplan rechtlich und wirtschaftlich zu erläutern und zu begründen⁹⁶.

Der Verschmelzungsbericht hat im Gegensatz zu § 8 bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung auch den Schutz der Arbeitnehmer zum Gegenstand. Damit können auch die Anteilhaber der beteiligten Rechtsträger **nicht auf ihn verzichten**⁹⁷. Er muss von den Geschäftsführern in **vertretungsberechtigter Zahl** unterschrieben werden⁹⁸. Dieser ist schriftlich zu erstellen und durch alle Organmitglieder zu unterzeichnen.

Strittig ist, ob auch ein gemeinsamer Verschmelzungsbericht der beteiligten Rechtsträger möglich ist. Hier ist dies nur zu bejahen, wenn auch die ausländische Rechtsordnung einen solchen zulässt⁹⁹. Der **Inhalt** des Verschmelzungsberichts richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften § 8 und dem § 122e. Der Verschmelzungsbericht ist **einen Monat vor dem Zustimmungsbeschluss** der Anteilhaber diesen und dem Betriebsrat, oder falls keiner vorhanden ist, den Arbeitnehmern zugänglich zu machen¹⁰⁰. Es ist ausreichend, wenn Abschriften des Verschmelzungsberichts ausgelegt werden.

Hinweis für die notarielle Gestaltung

Bei der Frage, ob ein gemeinsamer Verschmelzungsbericht zulässig ist, ist immer die Rechtsordnung des beteiligten ausländischen Rechtsträgers zu beachten. Nur, wenn dessen Rechtsordnung einen solchen zulässt, ist dieser Weg gangbar.

Zusätzlich zu § 8 sind hier auch die Auswirkungen auf die Arbeitnehmer und die Gläubiger zu erläutern. Limmer schreibt, dass der Verschmelzungsbericht bei einer grenzüberschrei-

⁹⁴ Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122 d Rd. 13.

⁹⁵ Schmitt/Hörtnagl/Stratz Kommentar zum Umwandlungsgesetz § 122d Rd. 10.

⁹⁶ Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122 e Rd. 4.

⁹⁷ Schmitt/Hörtnagl/Stratz Kommentar zum Umwandlungsgesetz, 5. Auflage, § 122e Rd. 2; Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122 e Rd. 37,38; Nach Limmer kann auf den Verschmelzungsbericht nicht verzichtet werden, da der deutsche Gesetzgeber eine entsprechende Regelung nicht getroffen hat.

⁹⁸ es ist auch ein gemeinsamer Bericht der beteiligten Rechtsträger möglich, wenn die ausländische Rechtsordnung dies zulässt. Dieser muss dann inhaltlich alle Anforderungen aller betroffenen Rechtsträger erfüllen.

⁹⁹ Limmer Unternehmensumwandlungen, Auflage 2007, Seite 1002 Rd. 3122.

¹⁰⁰ Auslage in den Geschäftsräumen gemäß § 63 Abs.1 Nr.4; Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122 e Rd. 11.

tenden Verschmelzung die Aufgabe und Funktion des Verschmelzungsvertrages hinsichtlich der Angaben zu den Arbeitnehmern bei einer innerstaatlichen Verschmelzung wahrnimmt. Nach Limmer kann damit auf die Rechtsprechung und Auslegung zu § 5 Abs.1 Nr.9 zurückgegriffen werden.

Nach Schmitt/Hörtnagl/Stratz¹⁰¹ sind die Besonderheiten bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung in rechtlicher Hinsicht in besonderem Maße zu erläutern. In diesen Fällen sind die rechtlichen Rahmenbedingungen der künftigen Beteiligung der Anteilhaber der übertragenden Gesellschaft an der ausländischen übernehmenden Gesellschaft und die dadurch eintretenden Veränderungen ausführlich zu erläutern¹⁰².

Hinweis für die notarielle Gestaltung

Bei einem fehlerhaften oder überhaupt nicht erstellten Verschmelzungsbericht, sind die gefassten Zustimmungsbeschlüsse der Anteilhaber grundsätzlich nach § 243 Abs.1 AktG für die AG und analog für die GmbH i.V.m. § 122 a Abs.2, 14 Abs.1 nur anfechtbar und nicht nichtig¹⁰³.

VI. Verschmelzungsbeschluss § 122 g

Der Zustimmungsbeschluss zur Verschmelzung wird in einer Gesellschafterversammlung der Anteilseigner gefasst. Die Zustimmungsbeschlüsse sind notariell zu **beurkunden**¹⁰⁴. Es gelten hierbei die allgemeinen Bestimmungen zur Einberufung der jeweiligen Rechtsform¹⁰⁵. Er bedarf bei der GmbH einer qualifizierten Mehrheit von 3/4 der abgegebenen Stimmen und bei der AG erstens der einfachen Stimmenmehrheit gemäß § 133 Abs.1 AktG und zweitens einer Mehrheit von mindestens 3/4 des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals gemäß § 65 Abs. 1 S.1. Auch hier sind die besonderen Zustimmungsvorbehalte, die dem Minderheitschutz dienen, zu beachten. Daneben bedarf es auch der Zustimmung von Sonderrechtsinhabern¹⁰⁶.

§ 122g Abs.1 regelt eine Besonderheit, die bei einer nationalen Verschmelzung nicht eintreten kann. Daneben gelten für den Zustimmungsbeschluss § 13¹⁰⁷ und die Vorschriften der §§ 46-78. Für die beteiligten ausländischen Rechtsträger sind die Anforderungen der jeweiligen Rechtsordnung zu beachten.

¹⁰¹ Kommentar zum Umwandlungsgesetz Schmitt/Hörtnagl/Stratz, 5. Auflage, § 122e Rd. 6.

¹⁰² Kommentar zum Umwandlungsgesetz Schmitt/Hörtnagl/Stratz, 5. Auflage, § 122e Rd. 6.

¹⁰³ Widmann/Mayer Kommentar zum Umwandlungsrecht § 122 e Rd. 39.

¹⁰⁴ zu beachten ist auch im Rahmen der Arbeitnehmermitbestimmung der Bestätigungsvorbehalt. Wird der Vorbehalt erklärt, muss nach Feststehen der anzuwendenden Mitbestimmungsregelung eine weitere Versammlung durchgeführt werden. Erst der Bestätigungsbeschluss führt dann zur endgültigen Wirksamkeit des Zustimmungsbeschlusses. Er bedarf der selben Mehrheit wie der Zustimmungsbeschluss.

¹⁰⁵ in den §§ 122 a ff. ist hierzu keine Regelung enthalten. Für die AG gelten die §§ 121 ff. AktG und bei der GmbH die §§ 49,51 GmbHG.

¹⁰⁶ bei der AG somit insbesondere Sonderbeschlüsse bei mehreren Aktiengattungen.

¹⁰⁷ § 122a Abs.2.

Hinweis für die notarielle Gestaltung

Zur Zeit der Beschlussfassung muss folgendes bereits erfolgt sein:

- Einreichung des Verschmelzungsplans oder Entwurfs 1 Monat vor der Gesellschafterversammlung gemäß § 122d,
- Zuleitung des Verschmelzungsberichts an die Anteilhaber gemäß § 122 e S.2 einen Monat vor der Gesellschafterversammlung.

Wichtig ist auch, dass die Unterlagen der beteiligten ausländischen Rechtsträger (Verschmelzungs- und Prüfungsberichte) in deutscher Sprache vorliegen müssen.

Hinweis für die notarielle Gestaltung

Zu beachten ist, dass zwingend die Anteilhaber über den Verschmelzungsplan abstimmen müssen. Durch die Satzung kann somit keine Kompetenz eines anderen Gesellschaftsorgans¹⁰⁸ begründet werden. Wichtig ist, dass wegen Art. 11 Abs.1 der Verschmelzungsrichtlinie bei der AG und SE in richtlinienkonformer Auslegung von § 123 Abs.1 AktG eine Mindesteinberufungsfrist von einem Monat zu wahren ist¹⁰⁹.

Hinweis für die notarielle Gestaltung bei Beteiligung einer deutschen AG

Bei einer deutschen AG sind vor der Hauptversammlung gemäß § 122a Abs.2, 63 Abs.1 folgende Unterlagen in den Geschäftsräumen auszulegen:

- Verschmelzungsplan bzw. sein Entwurf,
- Jahresabschlüsse und Lageberichte der sich verschmelzenden Gesellschaften für die letzten drei Geschäftsjahre,
- Gegebenenfalls Zwischenbilanzen,
- Verschmelzungsbericht
- Verschmelzungsprüfungsberichte

Wichtig ist, dass § 122 e S.2 nicht in der Weise zu verstehen ist, dass bei mehreren Verschmelzungsberichten nur derjenige der inländischen deutschen Gesellschaft in den Geschäftsräumen auszulegen ist. Es sind immer alle Verschmelzungsberichte auszulegen¹¹⁰.

Unter Umständen sind auch die Nachgründungsvorschriften bei einer deutschen AG im Fall der Hineinverschmelzung zu beachten¹¹¹.

Hinweis für die notarielle Gestaltung bei Beteiligung einer deutschen GmbH

Es bedarf hier teilweise einer Auslegung der Unterlagen in den Geschäftsräumen und teilweise einer Übersendung der Unterlagen.

¹⁰⁸ zum Beispiel eines fakultativen Aufsichtsrats oder Beirats.

¹⁰⁹ Lutter Kommentar zum UmwG 4. Auflage § 122 g Rd. 5.

¹¹⁰ Lutter Kommentar zum UmwG 4. Auflage § 122 g Rd. 8.

¹¹¹ § 122 a Abs.2, 67.

- Der Verschmelzungsbericht ist 1 Monat vor der Versammlung, die über den Verschmelzungsplan beschließen soll, in den Geschäftsräumen der GmbH auszulegen,
- Ab Einberufung der Versammlung¹¹² sind die Jahresabschlüsse und die Lageberichte der beteiligten Rechtsträger für die letzten drei Geschäftsjahre in den Geschäftsräumen auszulegen¹¹³.
- Spätestens mit der Einberufung ist den Gesellschaftern der Verschmelzungsplan oder der Entwurf und der Verschmelzungsbericht zu übersenden¹¹⁴.

Bei der GmbH ist zu beachten, dass gemäß §§ 122 a Abs. 2, 51 Abs. 1 S.1, 3 unter Umständen die Zustimmung aller Anteilshaber erforderlich ist. Daneben kann auch die Zustimmung einzelner Anteilshaber nach § 122 a Abs.2, 13 Abs.2 oder § 50 Abs.2 erforderlich sein.

Abschließend soll darauf hingewiesen werden, dass die Anteilshaber gemäß § 122 g Abs.1 ihre Zustimmung nach § 13 davon abhängig machen können, dass die Art und Weise der Mitbestimmung der Arbeitnehmer der übertragenden und der übernehmenden Gesellschaft ausdrücklich von ihnen bestätigt wird¹¹⁵. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es ein Mitentscheidungsrecht der Anteilshaber zu gewährleisten. Das somit aufgestellte Genehmigungserfordernis hinsichtlich der Art und Weise der Mitbestimmung¹¹⁶ ist wiederum Voraussetzung für die Erteilung der Verschmelzungsbescheinigung.

Hinweis für die notarielle Gestaltung

Eine Regelung zur Mitbestimmung in der Satzung des übernehmenden Rechtsträgers hilft nicht weiter, da die Mitbestimmungsregelungen gemäß § 24 Abs. 3 MgVG vorgehen¹¹⁷.

Teilweise wird in der Literatur jedoch vertreten, dass in der Satzung eine Regelung über die Mitbestimmung aufgenommen werden kann und die Vertretungsorgane der beteiligten Rechtsträger durch die Anteilshaber ermächtigt werden, diese Regelung entsprechend anzupassen. Meines Erachtens sollte hiervon in der notariellen Praxis keinen Gebrauch gemacht werden, da es zu einer durch das Gesetz nicht zugelassenen Kompetenzverlagerung kommt.

Zu beachten ist auch die Entbehrlichkeit bei Konzernverschmelzungen nach § 122 g Abs.2.

VII. Verschmelzungsprüfung § 122f

Es muss durch einen (gemeinsamen) unabhängigen Sachverständigen eine Verschmelzungsprüfung erfolgen. Der Bericht muss mindestens einen Monat vor der Gesellschafterversammlung den Gesellschaftern vorliegen.

Auf die Verschmelzungsprüfung kann durch alle Gesellschafter in notariell beurkundeter Form verzichtet¹¹⁸ werden. § 48 ist nicht anwendbar, so dass hier auch der Verschmelzungsvertrag für eine GmbH zu prüfen ist. Ob dies

¹¹² somit mindestens 2 Wochen vor der Versammlung § 51 Abs.1 S.2 GmbHG.

¹¹³ § 122 a Abs. 2, 49 Abs. 2.

¹¹⁴ § 122 a Abs. 2, 47.

¹¹⁵ Für die Erklärung des Vorbehalts genügt die einfache Mehrheit der Stimmen bei der GmbH und AG.

¹¹⁶ Es ist ein Mitbestimmungsmodell aufzustellen.

¹¹⁷ Lutter Kommentar zum UmwG 4. Auflage § 122 g Rd. 29.

¹¹⁸ § 9 Abs.3 UmwG.

auch für die übernehmende Gesellschaft gilt, richtet sich nach deren Rechtsordnung.

VIII. Handelsregistereintragung und Wirksamwerden der Verschmelzung

Die Eintragung der grenzüberschreitenden Verschmelzung im Handelsregister der deutschen GmbH – als übertragender Rechtsträger – gilt als Verschmelzungsbescheinigung. Wirksam wird die Verschmelzung erst nach den Bestimmungen des übernehmenden Rechtsträgers. Das deutsche Handelsregister bekommt von dem zuständigen Registergericht des übernehmenden Rechtsträgers eine Nachricht über den Eintritt der Wirksamkeit und vermerkt dies im Register der übertragenden deutschen Gesellschaft nach § 122i Abs.4.

Wichtig ist, dass die Verschmelzungsbescheinigung nicht von Amts wegen übermittelt wird. Wichtig ist vielmehr, dass die Geschäftsführer der deutschen GmbH diese innerhalb von 6 Monaten nach ihrer Ausstellung zusammen mit dem Verschmelzungsplan vorzulegen haben.

Verschmelzungsbescheinigung¹¹⁹

§ 122k (Eintragungsverfahren im HR)

§ 122k regelt das Verfahren für eine inländische übertragende Gesellschaft und gilt nicht für eine inländische übernehmende oder neue Gesellschaft. Das Registerverfahren für diese Gesellschaft bestimmt sich nach § 122i¹²⁰. Die Anmeldung ist durch das Vertretungsorgan einer übertragenden Gesellschaft vorzunehmen. Es reicht ein Handeln in vertretungsberechtigter Zahl.

Die Ersatzzuständigkeit nach § 16 Abs.1 S.2 des Vertretungsorgans der übernehmenden Gesellschaft besteht bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung nicht.

Als Anlagen zur Anmeldung sind nur die die inländische Gesellschaft betreffenden Unterlagen einzureichen. Die Einhaltung der Voraussetzungen bei der anderen Gesellschaft wird durch deren Verschmelzungsbescheinigung dokumentiert.

Folgende Unterlagen sind bei dem deutschen Handelsregister einzureichen:

1. der gemeinsame Verschmelzungsplan
2. die Niederschrift des Verschmelzungsbeschlusses der übertragenden deutschen Gesellschaft
3. die notwendigen Zustimmungserklärungen einzelner Anteilshaber der übertragenden deutschen Gesellschaft
4. in den Fällen des § 122g Abs.1 der Bestätigungsbeschluss
5. der (ggf. gemeinsame) Verschmelzungsbericht der übertragenden deutschen Gesellschaft,
6. der (ggf. gemeinsame) Verschmelzungsprüfungsbericht der übertragenden deutschen Gesellschaft oder die notariell beurkundete Verzichtserklärung aller Anteilshaber aller an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger

¹¹⁹ diese wird durch das Registergericht am Sitz der Gesellschaft erteilt; ggf. besteht auch hier ein Anspruch auf eine gesonderte Bescheinigung, somit nicht nur den Handelsregisterauszug, der als solche fungiert.

¹²⁰ Kommentar zum Umwandlungsgesetz Schmitt/Hörtnagl/Stratz, 5. Auflage, § 122k Rd. 4.

7. die Genehmigungsurkunde, falls ausnahmsweise eine staatliche Genehmigung erforderlich ist
8. Schlussbilanz der übertragenden deutschen Gesellschaft iSv § 17 Abs.2

Weiter haben die Vertretungsorgane in der Anmeldung zu erklären, dass:

- eine Klage gegen die Wirksamkeit eines Verschmelzungsbeschlusses nicht oder nicht fristgemäß erhoben oder eine solche Klage rechtskräftig abgewiesen oder zurückgenommen worden ist,¹²¹
- allen Gläubigern eine angemessene Sicherheit nach § 122j geleistet worden ist¹²².
- der Verschmelzungsbericht den Anteilshabern, dem zuständigen Betriebsrat oder hilfsweise den Arbeitnehmern rechtzeitig zugänglich gemacht worden ist. Wenn die Gesellschaft keinen Betriebsrat oder Arbeitnehmer hat, sollte dies ebenfalls erklärt werden.
- kein Spruchverfahren anhängig ist.

IX. Ablauf und Checkliste einer grenzüberschreitenden Verschmelzung¹²³

Abschließend soll eine für die Praxis sinnvolle Übersicht zur grenzüberschreitenden Verschmelzung an die Hand gegeben werden.

1. Verschmelzungsplan § 122c
2. Verschmelzungsbericht §§ 8,122e
3. Verschmelzungsprüfung §§ 10, 122 f
4. Bekanntmachung des Verschmelzungsplans, Informationen der Arbeitnehmervertretungen zB Betriebsrat § 6 MgVG, Unternehmensbewertungen zur Ermittlung des Umtauschverhältnisses und der Barabfindung § 122i
5. **Auslage des Verschmelzungsberichts für die Anteilshaber § 122e**
6. Zugänglichmachung des Verschmelzungsberichts zum Betriebsrat bzw. Arbeitnehmern §122 e
7. Abschluss einer Mitbestimmungsvereinbarung § 22 MgVG
8. Ladung der Gesellschafter, Anteilshaber
9. Verschmelzungsbeschlüsse der Anteilshaber der übertragenden Gesellschaft und der Anteilshaber der übernehmenden Gesellschaft §§ 13,122g UmwG, notwendigen Zustimmungserklärung §§ 13 Abs.2, 50 Abs.2, 51 UmwG.
10. Kapitalerhöhung, soweit erforderlich §§ 54,55 UmwG für GmbH, §§ 68,69 UmwG für AG
11. **Verschmelzungsbescheinigung § 122 k Abs.2**
12. Anmeldung zum Handelsregister bei der übertragenden Gesellschaft und bei der übernehmenden Gesellschaft:

Unter der Vorlage der notwendigen Unterlagen und Abgabe einer **Negativklärung** nach § 16 Abs.2 sowie einer **Erklärung zum Gläubigerschutz** § 122k Abs.1 S.2. Vorlage der Verschmelzungsbescheinigung durch das Vertretungsorgan der übertragenden Gesellschaft innerhalb von sechs Monaten zusammen mit dem Verschmelzungsplan bei der zuständigen Stelle des Staats, bei dem die übernehmende oder die neue Gesellschaft eingetragen wird § 122 k Abs.3

13. Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes jeder der übertragenden Gesellschaften, Eintragung mit Vorbehalt und Verschmelzungsbescheinigung §§ 16 Abs.2,3,17,122k
14. Eintragung zum Register der übernehmenden Gesellschaft, Mitteilung an Register der übertragenden Gesellschaft § 122l
15. Ad-hoc-Publizitätspflichten § 15 WPHG

X. Fazit

Als Ergebnis lässt sich somit festhalten, dass bereits aufgrund der Verschmelzungsrichtlinie eine Hinausverschmelzung als zulässig anzusehen ist. Die Regelung des § 122 j UmwG würde im Übrigen unnötig sein, wenn der deutsche Gesetzgeber nicht den Fall der Hinausverschmelzung als zulässig angesehen hat. Es bestätigt sich, dass ein Blick ins Gesetz hilfreich sein kann. Insoweit spielt meines Erachtens die Sevic-Entscheidung auch nur eine untergeordnete Rolle.

Auch die Streitfrage, ob mehrere deutsche Kapitalgesellschaften auf einen übernehmenden Rechtsträger ausländischer Rechtsform hinausverschmolzen werden können, ist meines Erachtens aufgrund des Wortlauts der Verschmelzungsrichtlinie eindeutig zu bejahen.

Weiter ist kritischer als bisher die Frage zu betrachten, ob auch ein aufgelöster Rechtsträger als übertragender Rechtsträger hinausverschmolzen werden kann. Meines Erachtens ist hier die Verschmelzungsrichtlinie und aufgrund der geltenden Vereinigungstheorie vor allem die Rechtsordnung des übernehmenden Rechtsträgers hierauf zu prüfen.

Ebenso halte ich die Verschmelzung unter Beteiligung einer Vorgesellschaft für unzulässig. Hierüber kann natürlich trefflich gestritten werden. Die Gleichstellung der Vorgesellschaft mit der juristischen Person nach Handelsregistereintragung mag dafür sprechen, die Mehrzahl der oben dargestellten Argumente jedoch dagegen.

Letztlich bleibt zu erwähnen, dass eine grenzüberschreitende Verschmelzung unter Beteiligung von Personengesellschaften derzeit gesetzlich nicht geregelt ist und damit aus der Sicht des Kautelarjuristen auch nicht in Betracht kommt.

Die grenzüberschreitende Hinausverschmelzung ist ein in der notariellen Praxis nicht all zu häufig vorkommender Fall. Die Kunst besteht darin, dass zwei unterschiedliche Rechtsordnungen aufeinander abgestimmt werden. Im Übrigen ist der Inhalt des Verschmelzungsplans in vielen Bereichen mit dem Verschmelzungsvertrag bei einer rein nationalen Verschmelzung identisch.

¹²¹Negativklärung nur hinsichtlich des Verschmelzungsbeschlusses der deutschen übertragenden Gesellschaft.

¹²²Erklärung ist strafbewehrt § 314a; Die Versicherung kann erst nach Ablauf der in § 122j genannten Frist abgegeben werden.

¹²³Folgende Übersicht ist entnommen aus Limmer Handbuch der Unternehmensumwandlung, Auflage 2007.

Rechtsprechung

BGB § 2247

Die eigenhändigen Zeit- und Ortsangaben in einem privatschriftlichen Testament haben bis zum Beweis des Gegenteils die Vermutung der Richtigkeit für sich.

OLG München, Beschluss vom 28.7.2009 – 31 Wx 28/09, rechtskräftig

Aus den Gründen:

I.

Der kinderlose Erblasser (geb. 1936) ist am 25.12.2007 im Alter von 71 Jahren verstorben. Er war seit 1985 mit der Beteiligten zu 1 (geb. 1962) verheiratet. Er hatte drei Geschwister; der Beteiligte zu 2 ist ein Sohn des Bruders Karl. Der Nachlass besteht im Wesentlichen aus landwirtschaftlichem Grundbesitz am Heimatort des Erblassers und dem gemeinsam mit einem Dritten im Jahr 1989 erworbenen Landgut in Frankreich; es bestehen erhebliche Verbindlichkeiten. Es liegt ein handschriftlich abgefasstes Testament vor, bei dem Ort und Datum – „P. den 20.10.1997“ in der ersten Zeile neben „Mein Testament“ ersichtlich mit einem anderen Kugelschreiber eingefügt sind. Darin wird die Beteiligte zu 1 zur alleinigen Erbin eingesetzt, der Bruder Johann soll das Wohnrecht auf Lebenszeit erhalten und auf Verlangen vom Erben einen Geldbetrag von 200.000 DM. Mit Testament vom 29.4.1989 hatte der Erblasser ebenfalls die Beteiligte zu 1 zur Alleinerbin eingesetzt. Mit Testament vom 3.10.1989 bestimmte er den Beteiligte zu 2 zum Erben seines landwirtschaftlichen Anwesens und seines Besitzes in Frankreich; seinem Bruder Johann wandte er freie Kost und Wohnung, monatliches Taschengeld und einen Betrag von 100.000 DM zu. Seine Ehefrau solle keine weiteren Zahlungen erhalten, weil sie ihn mutwillig verlassen habe. Die Beteiligte zu 1 hat einen Erbschein als Alleinerbin aufgrund Testaments beantragt. Der Beteiligte zu 2 ist dem entgegengetreten und hat die Echtheit des auf den 20.10.1997 datierten Testaments bestritten. Das vom Nachlassgericht eingeholte handschriftvergleichende Gutachten der öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen Dipl.-Psych. F. vom 20.8.2008 kommt zu dem Ergebnis, dass das fragliche Testament mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit vom Erblasser eigenhändig geschrieben und unterschrieben wurde und keine Zweifel daran bestünden, dass auch die mit einem anderen Kugelschreiber eingefügte Niederschrift von Ort und Datum vom Erblasser gefertigt worden sei. Mit Vorbescheid vom 24.9.2008 stellte das Nachlassgericht fest, das Testament sei wirksam. Die Beschwerde des Beteiligten zu 2 wies das Landgericht mit Beschluss vom 22.12.2008 zurück. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde des Beteiligten zu 2.

II.

Die weitere Beschwerde ist zulässig, jedoch nicht begründet. Die Entscheidung des Landgerichts ist aus Rechtsgründen (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) nicht zu beanstanden. Das Landgericht ist rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass sich die Erbfolge nach dem auf den 20.10.1997 datierten Testament richtet, wonach der Erblasser von der Beteiligten zu 1 allein erbt worden ist.

1. Die Vorinstanzen konnten aufgrund der durchgeführten Ermittlungen von der Echtheit des Testaments (§ 2247 Abs. 1 BGB) ausgehen.

a) Die Frage, ob ein handschriftliches Testament vom Erblasser geschrieben und unterschrieben wurde, liegt im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. Das Gericht der weiteren Beschwerde

kann die Beweiswürdigung nur daraufhin überprüfen, ob der maßgebliche Sachverhalt ausreichend erforscht wurde (§§ 12 FGG, 2358 Abs. 1 BGB), ob die Beweiswürdigung alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat, widerspruchsfrei ist und nicht den Denkgesetzen oder allgemeinen Erfahrungssätzen zuwiderläuft, ferner ob die Beweisanforderungen vernachlässigt oder überspannt worden sind (vgl. BayObLG FamRZ 2002, 704). Diesen Anforderungen wird die Entscheidung des Landgerichts gerecht.

b) Die Vorinstanzen konnten sich auf das Gutachten der öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen für Handschriftenvergleichung vom 20.8.2008 stützen, die eine urkundentechnische Prüfung vorgenommen und sowohl die Textschrift als auch die Unterschrift sowie die Angabe von Ort und Datum einer eingehenden schriftvergleichenden Untersuchung unterzogen hat. Aufgrund der festgestellten Entsprechungen zwischen dem fraglichen Testament und den Vergleichsschriften ist sie zu dem Ergebnis gelangt, das fragliche Testament sei mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit vom Erblasser eigenhändig geschrieben und unterschrieben. Im Bereich jener Merkmale, denen im Rahmen der Echtheitsprüfung besondere Bedeutung zukomme, nämlich Strichbeschaffenheit, Druckgebung und Bewegungsfluss, ergäben sich überzeugende Übereinstimmungen von zum Teil hochwertigem Charakter. Auch die Gestaltungsweise der einzelnen Schriftzeichen sei anhand des vorgelegten Vergleichsmaterials weitgehend zu belegen. Ebenso seien bei den graphischen Grundkomponenten zahlreiche Entsprechungen zu verzeichnen. Die höchstmögliche Einstufung „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ nahm die Sachverständige nicht vor, weil wegen der fehlenden schönschriftlichen Vergleichsschriftproben „einige wenige Befundlücken“ verblieben und bestimmte Schriftmerkmale – die geringe Herstellungsgeschwindigkeit und die Beeinträchtigungen des Bewegungsflusses – grundsätzlich auch Nachahmungsbemühungen entgegenkämen. Hinsichtlich der mit einem anderen Kugelschreiber gefertigten Niederschrift von Ort und Datum nahm die Sachverständige eine gesonderte Untersuchung vor und kam zu dem Ergebnis, dass „keine Zweifel“ daran bestünden, dass diese Angaben vom Erblasser nachträglich eingefügt worden seien. Ob das Testament zum angegebenen Zeitpunkt entstanden sei, lasse sich an Hand der vorliegenden Vergleichsschriftproben nicht klären.

c) Angesichts der ausführlichen, schlüssigen und nachvollziehbaren Darlegungen der erfahrenen Sachverständigen ist die von den Vorinstanzen vorgenommene Beweiswürdigung, das auf den 20.10.1997 datierte Testament stamme vom Erblasser, überzeugend und naheliegend. Soweit die weitere Beschwerde meint, das vorliegende Gutachten sei „nicht brauchbar“ und deshalb ein weiterer Gutachter hinzuzuziehen, kann dem nicht gefolgt werden. Es ist nicht ersichtlich und wird auch von der weiteren Beschwerde nicht dargetan, dass ein anderer Sachverständiger über weitergehende Erkenntnismöglichkeiten verfügen würde. Dass für die Sachverständige „einige wenige Befundlücken“ geblieben sind, ist auf das Fehlen schönschriftlich gefertigter Textschriftproben zurückzuführen, die auch einem anderen Gutachter nicht zur Verfügung stünden. Dasselbe gilt für die zeitliche Einordnung des Testaments.

2. Das Landgericht hat weiter angenommen, dass das auf den 20.10.1997 datierte Testament an diesem Tag errichtet wurde und das vorhergehende Testament vom 3.10.1989, auf das der Beteiligte zu 2 sein Erbrecht stützt, insoweit aufhebt (§ 2258 Abs. 1 BGB).

a) Die Feststellung, wann eine letztwillige Verfügung verfasst wurde, liegt ebenfalls auf tatsächlichem Gebiet. Auch insoweit ist die Tatsachen- und Beweiswürdigung des Landgerichts nicht zu beanstanden. Die Zeit- und Ortsangaben im Testament haben nach herrschender Meinung die Bedeutung eines Zeugnisses des Erblassers über Zeit und Ort der Testamentserrichtung. Die

eigenhändigen Zeit- und Ortsangaben des Erblassers haben bis zum Beweis des Gegenteils die Vermutung der Richtigkeit für sich (BayObLG FamRZ 2001, 1329; 1991, 237; Staudinger/Baumann BGB Bearbeitungsstand 2003 § 2247 Rn. 112; Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag 5. Aufl. § 2247 Rn. 30; zu weitgehend MünchKommBGB/Hagen 4. Aufl. § 2247 Rn. 40, der auch maschinenschriftliche und gestempelte Angaben genügen lassen will).

b) Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das Landgericht ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Vermutung, das vorliegende Testament sei tatsächlich am 20.10.1997 errichtet worden, nicht widerlegt ist. Konkrete Tatsachen, die zum Beweis eines anderen Errichtungszeitpunkts als des vom Erblasser angegebenen dienen könnten, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. Der Umstand allein, dass die Orts- und Datumsangabe vom Erblasser ersichtlich nachträglich, nämlich nach dem Schreiben des Textteils, in der ersten Zeile eingefügt wurde, reicht dafür nicht aus, denn ob das Datum vor dem Text oder danach auf der Urkunde angebracht wird, ändert nichts an seiner Bedeutung als Zeugnis des Erblassers über den Zeitpunkt der Testamentserrichtung. Die gerichtliche Sachverständige konnte im Rahmen ihrer schriftvergleichenden Begutachtung keine Aussage zum Errichtungszeitpunkt treffen. Mutmaßungen darüber, ob der Erblasser im Jahr 1997 Anlass hatte, ein Testament zugunsten seiner Ehefrau zu errichten, reichen nicht aus, um die Vermutung der Richtigkeit des vom Erblasser selbst angegebenen Datums zu widerlegen. Denn selbst wenn die Darstellung des Beteiligten zu 2 zuträfe, wonach der Erblasser von Oktober 1989 bis 2001 keinen Kontakt zu seiner Ehefrau gehabt haben soll, schliesse das einen Sinneswandel in der Zwischenzeit hinsichtlich der Regelung der Erbfolge nicht aus. Das Landgericht

hatte deshalb keinen Anlass, hierzu Ermittlungen anzustellen. Im Übrigen hat der Erblasser ausweislich der vorliegenden Vergleichsschriften Anfang 1997 auf eine Verfolgung angeblicher Übergriffe seines Teilhabers gegen die Beteiligten zu 1 gedrun-gen; ferner ist im Urteil des Landgerichts Augsburg vom 31.8.1998 festgestellt, dass am 5.9.1990 unter Mitwirkung der Beteiligten zu 1 eine Vereinbarung bezüglich des Landgutes in Frankreich getroffen wurde. Auf die Einwände des Beschwerdeführers gegen die Glaubwürdigkeit der Beteiligten zu 1 und der von ihr für die Errichtung am 20.10.1997 benannten Zeugen kommt es nicht an, nachdem es schon an tauglichen Beweismitteln für die Unrichtigkeit der vom Erblasser eigenhändig angebrachten Zeitangabe fehlt.

3. Prozesskostenhilfe kann nicht gewährt werden, weil das Rechtsmittel keine Aussicht auf Erfolg hat (§ 14 FGG i.V.m. § 114 S. 1 ZPO). Die Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten beruht auf § 13a Abs. 1 Satz 2 FGG. Für die Schätzung des Geschäftswerts (§§ 131 Abs. 2, 30 Abs. 1 KostO) geht der Senat wie das Landgericht davon aus, dass der Wert des Nachlasses angesichts der erheblichen Verbindlichkeiten im Wesentlichen durch den Wert des Grundbesitzes in Frankreich bestimmt wird, der 1989 vom Erblasser und einem Dritten für knapp 300.000 € erworben wurde. Der Hälftanteil des Erblassers beträgt damit rechnerisch etwa 150.000 €. Ferner ist zu berücksichtigen, dass sich aus dem Testament vom 3.10.1989 auch erhebliche Belastungen durch die Vermächtnisse zugunsten des Bruders des Erblassers ergeben und Pflichtteilsansprüche der Ehefrau zu erfüllen wären. Der Senat schätzt deshalb den für den Geschäftswert maßgeblichen reinen Nachlasswert auf 50.000 €.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

Buchbesprechungen

Beck'sches Handbuch der AG. Gesellschaftsrecht – Steuerrecht – Börsengang. Herausgegeben von Dr. Welf Müller und Prof. Dr. Thomas Rödder. Verlag C. H. Beck, München, 2. vollständig überarbeitete und ergänzte Auflage, 2009, 2123 Seiten, 148,- €.

Die Aktiengesellschaft hat als Rechtsform in den letzten Jahren in der deutschen Wirtschaft zunehmend Bedeutung erlangt. Das Beck'sche Handbuch der AG bietet eine integrierte Darstellung der wesentlichen gesellschafts- und steuerrechtlichen Fragestellungen des Aktienrechts. Von der Gründung bis zur Liquidation erläutert es eingehend alle praxisrelevanten Themen. Auch die Societas Europea (SE) und die REIT-AG finden Berücksichtigung. Eingearbeitet sind das MoMiG, die Erbschaftsteuerreform, das BilMoG sowie das ARUG. Alle notarrelevanten Problemkreise werden angesprochen und praxisnahe Lösungen angeboten, denn bei der AG gilt ganz besonderes das Sprichwort „Von der Wiege bis zur Bahre braucht man die Notare“. Der Intention dieser Buchreihe entsprechend enthält das Werk keine Mustertexte und Formulare. Es wird sehr ausführlich auf zu beurkundende Grundlageneinscheidungen (z. B. Satzungsänderungen, Kapitalveränderungen und Umwandlungsvorgänge eingegangen (§§ 5, 9 und 14). Großen Raum nimmt zu Recht die Hauptversammlung ein: von der Vorbereitung über die teilnahmeberechtigten Personen und die Durchführung der Versammlung bis hin zur Beschlussfassung und deren Dokumentation sowie zu missbräuchlichen Anfechtungsklagen und der Novellierung des Freigabeverfahrens durch das UMAG und das ARUG. Dabei wird nicht nur der rechtliche Rahmen für eine Hauptversammlung erläutert, sondern auch organisatorische Fragen behandelt (§ 5). Selbst auf Beurkundungsmängel wird hingewiesen (§ 5 Rn. 251). Häufig wird der Notar mit Kapitalmaßnahmen bei der AG konfrontiert; hierzu beschreibt das Buch detailliert den Ablauf der verschiedenen Möglichkeiten der Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung und geht auch auf

Sonderformen wie Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen, Genussrechte sowie auf die Besonderheiten bei der KGaA ein (§ 9). Auch auf eine bei Notar und Grundbuchamt bestehende Stolperfalle wird beim Vertretungsrecht der AG gegenüber dem Vorstand hingewiesen, nämlich dass das Selbstkontrahierungsverbot des § 112 AktG auch bei ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedern besteht (§ 6 Rn. 12, § 7 Rn. 76). Sogar Notarkosten werden berücksichtigt. Allerdings etwas unscharf ist die Feststellung (§ 2 Rn. 123), dass für den Entwurf einer Gründungsvollmacht mit anschließender Unterschriftsbeglaubigung eine volle Gebühr nach § 145 Abs. 1 i. V. mit § 36 Abs. 1 KostO zu erheben sei; richtig ist vielmehr ein Verweis auf § 38 Abs. 2 Nr. 4 KostO, also Anfall einer 5/10-Gebühr. In einem besonderen Abschnitt wird der Börsengang referiert. Bei nicht börsennotierten Gesellschaften besteht eine Protokollierungspflicht durch einen Notar nur für Beschlüsse, für die das Gesetz eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit verlangt (so z. B. für eine Satzungsänderung). In diesem Bereich empfehlen die Autoren vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit, die Hauptversammlung keinesfalls in beurkundungsbedürftige und nicht beurkundungsbedürftige Beschlüsse aufzuteilen und nur über den einen Teil eine Niederschrift anfertigen zu lassen (§ 5 Rn. 244; ebenso Happ, Aktienrecht, 3. Aufl. 2007, Abschnitt 10.17 Rn. 2; Hüffer, AktG, § 130 Rz. 14c; Döbereiner in Beck'sches Formularbuch Aktienrecht, 1. Aufl. 2005, Abschn. I.VII.1 Anm. 5; Böhnet in Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht, 1. Aufl. 2005, § 27 Rn. 114; Hügel NotBZ 2006, 68); diese Meinung ist für baden-württembergische Amtsnotare wegen der Gebührenanteile nach § 11 Abs. 1 LJKG von besonderer Bedeutung. Sollen zwei Protokolle gefertigt werden, so müssen auch zwei Hauptversammlungen abgehalten werden. Die Neuauflage hat eine beeindruckende Tiefe in der Darstellung und den Nachweisen. Wer im Berufsalltag schnell und zuverlässig Antworten auf aktienrechtliche Fragestellungen sucht, hat in das Handbuch gut investiert. Basie-

rend auf reichen Kenntnissen und Erfahrungen wird der Praktiker bei der Bewältigung der neuen Herausforderungen im Aktienrecht hervorragend unterstützt. Der Rechtsberater nimmt das Buch mit großem Gewinn in die Hand.

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

Prütting/Helms (Hrsg): FamFG Kommentar mit FamGKG, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2009, 2750 Seiten, EURO 129,00

Zeitnah zu dem am 1.9.2009 in Kraft getretenen Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) sowie zu dem Gesetz über Gerichtskosten in Familiensachen (FamGKG) hat der Verlag Dr. Otto Schmidt in Erstauflage zu beiden Gesetzen eine umfangreiche Kommentierung vorgelegt. Nach der Zielrichtung des Verlags orientiert sich das Werk vornehmlich an den Informationsbedürfnissen und Handlungsanforderungen der anwaltlichen, notariellen und gerichtlichen Praxis.

Das Verfahrensrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit und das hierzu einschlägige Gerichtskostenrecht werden ausführlich und kompetent dargestellt, wobei trotz der primären Hinwendung zur Praxis rechtsdogmatische Grundsatzfragen nicht unerörtert bleiben. Eingearbeitet sind bereits sämtliche vor dem Inkrafttreten des FamFG und des FamGKG erfolgten Gesetzesänderungen, wie z.B. das Gesetz zur Modernisierung von Verfahren im anwaltlichen und notariellen Berufsrecht und das Dritte Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts (Regelung betr. die Patientenverfügungen). Diejenigen Bestimmungen der ZPO, auf die in dem neuen FamFG verwiesen wird, sind bei der entsprechenden Norm des FamFG ausführlich dargestellt und kommentiert, sodass arbeitserleichternd weiteres Nachschlagen vermieden werden kann.

Von besonderer Bedeutung für das baden-württembergische Notariat sind die §§ 342 – 373 FamFG, die das Verfahren in Nachlass- und Teilungssachen regeln. *Fröhler*, der diesen Teil des Werks auf über 200 Druckseiten bearbeitet hat, setzt sich mit den gesetzlichen Neuregelungen basierend auf der umfassend recherchierten und zitierten Rechtstradition wissenschaftlich fundiert auseinander, wobei er den Bezug zur Praxis nicht aus den Augen verliert und so zu einer detaillierten und übersichtlich gegliederten Darstellung kommt. Die Besonderheiten des Landes Baden-Württemberg sind kenntnisreich in den jeweiligen Sachzusammenhang eingearbeitet.

In den rechtlich umstrittenen Fragen sind die Lösungsvorschläge durchweg überzeugend. So wird z.B. die Sonderzuständigkeit für im Ausland als Exterritoriale lebende Deutsche unter Ablehnung der analogen Anwendung des § 15 ZPO zutreffend verneint (§ 343 FamFG Rdnr. 27-30), und die vorgeschlagene Behandlung der Noterbrechte in Erbscheinen mit Auslandsberührung (§ 343 FamFG Rdnr. 150) entspricht sowohl dem Gebot materieller Gerechtigkeit als auch den Bedürfnissen der nachlassgerichtlichen Praxis.

Insgesamt kann die Anschaffung des Werks uneingeschränkt empfohlen werden. Es ist auf gutem Wege, zu einem unverzichtbaren Arbeitsmittel zu werden. Der jüngst im C.H. Beck-Verlag in neuer Auflage erschienene altbewährte Standardkommentar der freiwilligen Gerichtsbarkeit „*Keidel*“ hat mit dem *Prütting/Helms* eine gleichwertige ernste Konkurrenz erhalten.

Notar a. D. Dr. Hans Eberhard Sandweg, Müllheim/Baden

Norbert Gross, Josef Kohler. Lebenspfade eines badischen Universaljuristen, 2009

Heft 17 der Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Karlsruhe, 63 Seiten, € 11,00

Dies Buch anzeigen zu dürfen, ist eine Freude. In seiner Skizze des Lebens des Juristen Josef Kohler stellt Norbert Gross, Rechtsanwalt am Bundesgerichtshof, einen der einflussreichsten Juristen vor, dessen breit angelegten juristischen wie nicht-juristischen Interessen sich in einem denkbar produktiven literarischen Lebenswerk niedergeschlagen haben.

Kurz zu den Daten: Kohler wird im Jahr 1849 in Offenburg geboren, studiert in Freiburg und Heidelberg Jura, ehe er 1871 die erste und 1873 die zweite Staatsprüfung absolviert. Zunächst orientiert er sich in die Anwaltschaft und wird Referendär (also Anwaltsassessor) bei einem Mannheimer Rechtsanwalt, ehe er in die badische Justiz eintritt und Kreisgerichtsrat (die große Justizreform von 1879 war noch nicht erfolgt) in Mannheim wird. Mit 28 Jahren legt er das Werk „Deutsches Patentrecht“ vor, das positiv aufgenommen wird. 1878 wird er auf einen Lehrstuhl an die Universität Würzburg berufen, wo er gut zehn Jahre lebt, forscht und publiziert. Nachdem er sich schon früh mit ausgefallenen Veröffentlichungen einen Namen gemacht hat, wird ihm 1886 eine Professur für römisches und deutsches Recht an der Universität Tokio in Japan angetragen. Keine geringeren Gewährleute als Windscheid und Wach hatten ihn empfohlen (S. 17). Kohler lehnt den Ruf ab und geht stattdessen mit 40 Jahren nach Berlin, wo er den Rest seines Berufslebens verbringt. Kurz nach Ende des ersten Weltkriegs stirbt Kohler 70jährig in Berlin.

Kohlers Produktivität ist erstaunlich. Zutreffend hebt Gross hervor: „Das Schaffen *Josef Kohlers* in Berlin sprengte alle Grenzen.“ (S. 21). Die Bibliographie umfaßt ca. 2.500 Titel (!). Dabei spannt sich das juristische Werk vom Patentrecht, Urheberrecht und prozess- sowie konkursrechtlichen Arbeiten zu rechtsgeschichtlichen und rechtsvergleichenden Beiträgen. Dabei sind sicher das *Recht als Kulturerscheinung, Einleitung in die vergleichende Rechtswissenschaft* (1885) ebenso hervorzuheben wie das berühmteste Werk Kohlers: *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz* aus dem Jahr 1883, in dem er ausgehend von der Verpfändung eines Pfundes Fleisches durch Antonio im *Kaufmann von Venedig* die Geschichte der Haftung des Schuldners mit seinem Leib untersucht (S. 32 ff).

Die Beschäftigung Kohlers mit der Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung ist weder rückwärtsgewandt konservatorisch noch museal. Ihre Ergebnisse fließen vielmehr auch in die Werke zum geltenden Recht häufig ein. So macht der Autor den Leser in seinem *Leitfaden des Deutschen Konkursrechts* (2. Auflage 1903) zunächst mit der Geschichte des Konkurses mit Ausflügen in das römische Recht, das italienische, französische und holländische Recht vertraut. Sodann zeigt er Regelungen in ausländischen Rechtsordnungen auf, bei denen er weder skandinavisches Recht ausläßt noch das ägyptische oder japanische.

Auch zu – dem Leser dieser Zeitschrift vielleicht noch näher liegenden – Fragen des Notariatsrechts hat sich Kohler geäußert. So ist sein Beitrag *Ueber executorische Urkunden*, der in der Festschrift für Planck und dem AcP 72 (1888) 1 ff erschienen ist, noch heute *jedem* am FG-Verfahren, Notariatsrecht (und wohl auch Bankrecht) Interessierten als gedankenreiches Lesestück zu empfehlen. Auch in diesem Beitrag ist stetig rechtsvergleichendes und rechtsgeschichtliches Material eingebunden.

Mit dem Abriß von Leben und Werk Josef Kohlers stellt Norbert Gross in gelungener und anregender Weise eine schillernde Figur der juristischen Geistesgeschichte vor. Das Buch ist gut geschrieben und liest sich angenehm. Auf wenig Raum gelingt es dem Autor, dem Leser Person und Werk Josef Kohlers nahezubringen. Einige Photos aus dem Kohlerschen Nachlass bringen die Figur dem Leser auch bildlich näher.

Die *Lebenspfade* machen Lust darauf, mehr von Kohler zu lesen. Was könnte man Besseres über ein biographisches Buch sagen?

Das Buch ist in der Schriftenreihe des Rechtshistorischen Mu-

seums in Karlsruhe, Herrenstrasse 45 a, 76133 Karlsruhe, erschienen. Dort ist es auch erhältlich.

Dr. Johann Dieckmann, Notar, Freiburg i.Br.

Sebastian Spiegelberger, Unternehmensnachfolge, Verlag C.H.Beck, 2. Auflage, 544 Seiten, ISBN 978-3-406-44634-4, 78 Euro:

Die zweite Auflage des 1994 erstmals erschienenen Handbuchs „Vermögensnachfolge“ erscheint künftig in zwei separaten Bänden. Einerseits der hier zu besprechende Band „Unternehmensnachfolge“ und andererseits der ursprünglich für Sommer 2009 angekündigte, nunmehr jedoch nach dem Hinweis in becks-shop.de erst für das 2. Quartal 2010 vorgemerkte Band „Vermögensnachfolge“.

Das zuletzt genannte Werk referiert über die private Vermögensnachfolge (etwa Übertragungen auf Abkömmlinge und vermögensverwaltende Gesellschaften).

Der Band „Unternehmensnachfolge“ befasst sich nach dem Vorwort in der hier zu besprechenden zweiten Auflage mit allen betrieblichen Übertragungen.

Im diesem Vorwort wird auf eine CD hingewiesen, die jedoch nicht Bestandteil des Werkes ist. Auf der Homepage von becks-shop.de findet sich der Hinweis, dass vielmehr ein Zip-Download der Formulare an eben dieser Stelle erfolgen kann. Das klappte absolut problemlos - und ohne Zugangskennung.

Die Datei steht nach dem Download als Word-Dokument in bearbeitbarer Form zur Verfügung. Mir persönlich gefällt diese Lösung sogar noch besser als der Weg über die CD. Der Zugriff erfolgt mit dem nunmehr eingeschlagenen Weg nachhaltig schneller als im Vergleich zum externen Datenträger.

Das Werk zeigt die Verzahnung des Zivil- und Steuerrechts durchgehend eindrucksvoll auf und gliedert sich in sieben Teile, mithin Unternehmenssicherung, Betriebsübergang, freiberufliche Tätigkeit, Familienpersonengesellschaft, Familienkapitalgesellschaft, Doppelgesellschaften und die Stiftung.

Jeder Teil erfährt im Inhaltsverzeichnis weitere Untergliederungen, die das rasche Auffinden des jeweiligen Themenkomplexes garantieren. Darüber hinaus ist das Stichwortverzeichnis ebenso – obwohl nur 4 Seiten- zum Finden des Gesuchten geeignet.

Die Literaturnachweise sind ausnahmslos aktuell und nachhaltig am notarrechtlichen Schrifttum orientiert. In Kenntnis des Umstands, dass insbesondere die mit dem ErbSt-Reformgesetz 2009 einhergehenden Änderungen in vielen Bereichen zu einer vollkommenen Neubeurteilung der zivil- und steuerrechtlichen Situation geführt haben, ist verständlich, dass in manchen Kapiteln vergleichsweise wenige Literaturnachweise aufgeführt sind, zumal der Band auch bereits in der ersten Hälfte in 2009 erschienen ist.

Anlass zum Schmunzeln schafft die Idee, jedem dem sieben Teile ein kurzes Zitat rechts oben in der Buhecke voranzustellen. Hier ein paar Beispiele: „Die Länge des Ehevertrags steht im umgekehrten Verhältnis zur Dauer der Ehe“; „Mein Sohn, ich will mich zurückziehen und dir den Betrieb überlassen! Ach lieber Vater, arbeite doch noch ein paar Jahre weiter und dann ziehen wir uns gemeinsam zurück!“; „Freiberufler sind Personen, die 16 Stunden arbeiten, um nicht 8 Stunden für einen anderen arbeiten zu müssen“.

An mehreren Stellen verwendet Spiegelberger einprägsame Diagramme und Tabellen, die wertvolle Hilfen beim Problemaufriss oder bei der Lösung eines Problems sind.

Auch wird das Verständnis der eigentlichen Probleme durch kurze Beispielfälle mit anschließender Lösung erleichtert.

Die Stärke des Buches, man kann es nicht nachhaltig genug be-

tonen, besteht in der Tat darin, ausgehend von der zivilrechtlichen Lösung die steuerrechtliche Fernwirkung darzulegen oder aber zivilrechtlich aufgrund steuerlicher Zwänge nicht Gebotenes zu benennen. Im Hinblick auf den Umstand, dass die notarielle Beratungspraxis offenkundig nicht nur zivilrechtlich ausgestaltet sein kann, ist dieses Werk uneingeschränkt zu empfehlen.

Fazit: Das Werk ist im Lichte der Verzahnung des Zivil- und des Steuerrechts Garant für Lösungen aus einem Guss.

Achim Brenner, Notarvertreter, Aalen

GmbH-Registerrecht. Von Dr. Ludwig Kroiß, Dr. Arne Everts und Dr. Stefan Poller. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2009. 304 S., 48 €.

Mit dem am 1.11.2008 in Kraft getretenen MoMiG erfuhrt das GmbH-Recht die wohl weitestgehenden Änderungen seit Bestehen des GmbH-Gesetzes. Die Einführung einer „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“, die Zulassung einer erleichterten Gründung, das Erfordernis der Nummerierung der Geschäftsanteile und Zulassung eines gutgläubigen Erwerbs eines Anteils unter Anknüpfung an die Gesellschafterliste, die Erweiterung der Bestellungshindernisse für Geschäftsführer, die Zulassung eines Genehmigten Kapitals, die Angabe der Geschäftsadresse u. a. Das vorzügliche Buch legt besonderes Augenmerk auf Übersichten, Beispiele und Anmeldeunterlagen. Zu den registerrechtlichen Vorgängen werden auch Muster für die Beurkundung der entsprechenden relevanten materiellen Vorgänge geboten. Hinweise und Angaben über die Kosten bei Notar und Gericht runden die prägnanten Erläuterungen ab. Zu den ersten in der Praxis auftauchenden Fragen wird selbstverständlich eine Stellungnahme abgegeben. So kann es sinnvoll sein, in einer neu gegründeten GmbH mit 1-Euro-Anteilen zu operieren (Rn. 127). Ob der Notar für seine nach § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG zu erteilende Bescheinigung einer Gebühr ansetzen darf, wird verneint (Rn. 129). Die Neuregelung des § 55a GmbHG lässt die Möglichkeit eines Genehmigten Kapitals zu; ob es zur Durchführung der beschlossenen Kapitalerhöhung mit genehmigtem Kapital eines weiteren Gesellschafterbeschlusses bedarf, ließ der Gesetzgeber offen und wird von den Verfassern bejaht (Rn. 496). Die Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen ist bei der Fertigung der Gesellschafterliste zu berücksichtigen und führt zwangsläufig zur Vergabe entweder neuer Nummern oder zu „Bruchnummern“ analog den Veränderungen in Abt. I des Grundbuchs. Die Autoren bejahen einen Vermerk in der Liste, wie und aus welchen Geschäftsanteilen die neu entstandenen Geschäftsanteile hervorgegangen sind (Rn. 125). Für ausländische Notare besteht keine Verpflichtung nach § 40 Abs. 2 GmbHG (Rn. 109). Bei der bedingter Anteilsübertragung wird empfohlen, das Entstehen von bloßen Anwartschaftsrechten des Erwerbers zu vermeiden und vorzugsweise mit auflösenden Bedingungen als Sicherungsinstrumenten zu arbeiten, bei aufschiebend bedingter Abtretung den Veräußerer einen Widerspruch gegen die eingereichte Listen bewilligen zu lassen (Rn. 115). Bei Gründungen und Kapitalerhöhungen darf das Registergericht nur bei erheblichen Zweifeln Einzahlungsbelege verlangen (Rn. 450), so manches Registergericht sieht dies trotz der klarstellenden Neuregelung des § 8 Abs. 2 S. 2 GmbHG immer noch anders. Die wenigen Beispiele haben schon aufgezeigt, dass das gelungene Werk ein nützliches Arbeitsmittel für Notare, Registergerichte und Rechtsberater ist.

Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

Aktuelles im IPR/aus dem Ausland

Europa: Verordnung Nr. 4/2009 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Unterhaltssachen verabschiedet

Am 18.12.2008 wurde die genannte VO verabschiedet (UnterhVO). Die Verordnung löst das internationale Verfahrensrecht für Unterhaltssachen aus der EuGVO heraus und regelt das anwendbare Recht, indem sie auf das Haager Protokoll v. 23.11.2007 über das auf Unterhaltungspflichten anwendbare Recht Bezug nimmt.

Der weite Anwendungsbereich der Verordnung erfasst alle „Unterhaltungspflichten, die auf einem Familien-, Verwandtschafts- oder eherechtlichen Verhältnis oder auf Schwägerschaft beruhen“.

Die VO enthält wichtige Neuerungen zur Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung und zum anwendbaren Recht im Hinblick auf Unterhaltsansprüche.

Die VO wird erst dann anwendbar sein, wenn das Haager Protokoll „in der Gemeinschaft anwendbar ist“. Die Kommission hat einen Vorschlag vorgelegt, wonach die Gemeinschaft selbst das Protokoll abschließt, nicht die einzelnen Mitgliedstaaten¹. Die Verordnung wird frühestens ab dem 18.06.2011 Anwendung finden².

Europa: Vorschlag der EG-Kommission zu einer Erbrechtsverordnung (Rom IV-VO)³

Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften hat am 14.10.2009 einen Vorschlag für eine „Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines europäischen Erbrechtszeugnisses“ (nachstehend „VO-E“) vorgelegt⁴. Die Verordnung könnte bereits im Jahr 2011 in Kraft treten⁵.

Die wichtigsten Eckpunkte des Kommissionsvorschlags sind folgende:

- Anknüpfung des Erbstatuts grds. an die Sachvorschriften des gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes, Art. 16 VO-E, Art. 26 VO-E. Kollisionsrechtliche Rück- oder Weiterverweisungen des Aufenthaltsstaates sind unbeachtlich. Nach Art. 25 VO-E wird das Sachrecht des Aufenthaltsstaates **auch anzuwenden sein, wenn der Aufenthaltsstaat kein EU-Mitgliedstaat ist.**
- Grundsatz der Nachlasseinheit, eine Nachlassspaltung aufgrund der nationalen Kollisionsvorschriften wird nicht mehr zugelassen (gewisse Ausnahmen zugunsten der sog. funktionalen Nachlassspaltung in Art. 21 VO-E).
- Schaffung einer Rechtswahlmöglichkeit, da die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt wandelbar ist. Nach

Art. 17 VO-E hat der Erblasser das Recht, die Rechtsnachfolge in seinen gesamten Nachlass dem Recht des Staates zu unterstellen, dessen Staatsangehörigkeit er besitzt. Eine Rechtswahl zugunsten des Staates, in dem der Erblasser zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, wird nicht zugelassen, ebensowenig Rechtswahlen zugunsten des Rechtes anderer Staaten. Ferner nicht zugelassen wird eine dem Art. 25 II EGBGB entsprechende Rechtswahlmöglichkeit, wonach bestimmte Vermögensgegenstände dem Belegenheitsrecht unterstellt werden können. Die Rechtswahl muss ferner ausdrücklich getroffen werden, eine konkludente Rechtswahl ist nicht vorgesehen. Nicht geklärt ist durch den VO-E, ob die Rechtswahl einer erbrechtlichen Bindung zugänglich ist.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass nach Art. 50 Nr. 2 VO-E vor Inkrafttreten der VO getroffene Rechtswahlen gültig werden sollen, wenn diese den Voraussetzungen des Art. 17 VO-E entsprechen. Es kann daher durchaus bereits heute im Einzelfall die Empfehlung ausgesprochen werden, entsprechende Rechtswahlen in die Verfügungen von Todes wegen aufzunehmen.

- Schaffung eines Errichtungsstatutes für Erbverträge, Art. 18 VO-E. Hiernach kann ein Erbvertrag durch Rechtswahl jedem Recht unterstellt werden, das zumindest einer der beteiligten Erblasser hätte wählen können. Mangels Rechtswahl unterliegt ein einseitiger Erbvertrag, der nur den Nachlass einer Person betrifft, dem Recht, das im Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrages anwendbar gewesen wäre, wenn der Erblasser zu diesem Zeitpunkt verstorben wäre. Ist er nach diesem Recht unwirksam, ist er dennoch wirksam, wenn er nach dem tatsächlich bei Tod des Erblassers anwendbaren Erbstatut wirksam ist. Für mehrseitige Erbverträge trifft Art. 18 II VO-E Sonderbestimmungen.

Problematisch ist, dass die Frage der Formwirksamkeit des Erbvertrages in der VO nicht geregelt werden soll, so dass die Wirksamkeit an der kollisionsrechtlichen Formanknüpfung der Einzelstaaten scheitern kann. Hier besteht dringender Nachbesserungsbedarf⁶.

Der VO-E enthält auch keine Aussage zur Wirksamkeit gemeinschaftlicher (bindender) Testamente.

- Regelung der internationalen Zuständigkeit in Nachlasssachen. Ausschließlich zuständig sollen die Gerichte des Mitgliedstaates am gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers im Zeitpunkt des Erbfalls sein, Art. 4 VO-E. Der Vorschlag enthält in bestimmten Fällen die Möglichkeit der Abgabe an Gerichte eines anderen Mitgliedsstaates. Entscheidungen sind grds. in allen Mitgliedstaaten anzuerkennen.

- Einführung eines europäischen Nachlasszeugnisses, Art. 36ff VO-E, das von den Gerichten des Staates ausgestellt wird, in dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Es ist in allen Mitgliedstaaten als Nachweis der Erben- und Vermächtnisnehmerstellung sowie der Befugnisse der Testamentsvollstrecker oder Fremdverwalter anzuerkennen (auch für die Berichtigung von Registern und des Grundbuchs), Art. 42 I, V VO-E. Die Ausfer-

¹ KOM (2009) 81 v. 23.02.2009

² siehe hierzu auch ausführlich Kohler, FamRZ 2009, 1529ff.

³ hierzu ausführlich Süß, ZErB 2009, 342ff.

⁴ im Internet unter

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0154:FIN:DE:PDF> abrufbar.

⁵ Süß, ZErB 2009, 342.

⁶ So auch Süß, ZErB 2009, 342, 345.

tigungen des europäischen Nachlasszeugnisses entfalten für drei Monate die in Art. 42 VO-E geregelten Gutgläubenswirkungen.

In den Staaten, die die Verwaltung und Nachlassabwicklung hinsichtlich von Vermögensgegenständen, die sich in ihrem Territorium befinden, von einem besonderen Verfahren abhängig machen, ist allerdings dieses Verfahren durchzuführen, Art. 21.

Australien:

Neuerungen in der gesetzlichen Erbfolge in New South Wales

Succession Amendment Bill 2009

Am 09.06.2009 hat das Parlament den dritten Teil der Erbrechtsreform, die das Erbrecht in Australien vereinheitlichen soll, verabschiedet. Der dritte Teil der Reform betrifft das gesetzliche Erbrecht und wird in New South Wales am 01.03.2010 in Kraft treten und für alle nach diesem Zeitpunkt eintretenden Erbfälle gelten. Ob, wann und in welchem Umfang das neue Recht auch in anderen Bundesstaaten in Kraft treten wird, ist noch unklar.

Die wesentlichen Neuerungen sind folgende:

a) Gesetzlich erbberechtigte „spouses“ sind sowohl der überlebende Ehegatte als auch der überlebende Partner einer „domestic relationship“, also einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, wenn die Lebensgemeinschaft mit dem Erblasser seit mindestens 2 Jahre bestanden hat oder aus der Partnerschaft ein Kind hervorgegangen ist.

Probleme bereite nach bisherigem Recht das Zusammenreffen eines Ehegatten mit einem Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft. Das neue Recht sieht nunmehr vor, dass sich der Ehegatte und der Partner den Nachlass teilen, entweder gemäß einer Vereinbarung, einer gerichtlichen Entscheidung oder zu gleichen Teilen, wobei jede Alternative spezifische Voraussetzungen hat. Kompliziert wird die Rechtslage, wenn neben mehreren „spouses“ Kinder vorhanden sind.

b) Hinterlässt der Erblasser keine Kinder oder Abkömmlinge, wird der überlebende „spouse“ (Ehegatte oder Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft) Alleinerbe.

c) Sind Abkömmlinge vorhanden, wird der überlebende „spouse“ im Gegensatz zum bisherigen Recht dann Alleinerbe, wenn nur Kinder vorhanden sind, die auch Kinder des überlebenden „spouse“ sind.

d) Sind Kinder, die nicht Kinder des überlebenden „spouse“ sind, vorhanden, stehen dem „spouse“ neben den Haushaltsgegenständen ein Vorabbetrag von 350.000 AUSDollar und die Hälfte des verbleibenden Nachlasses zu. Die andere Hälfte steht den Kindern zu gleichen Teilen zu.

e) Erstmals eingeführt wird ein gesetzliches Erbrecht von Cousins/Cousinen, wenn keine näheren Verwandten vorhanden sind.

f) Das gesetzliche Erbrecht nach einem Ureinwohner kann auf Antrag nach dem jeweiligen Stammesrecht beurteilt und verteilt werden.

Griechenland:

Einführung der registrierten verschiedengeschlechtlichen Partnerschaft

Ende 2008 hat Griechenland die Möglichkeit einer registrierten Partnerschaft ohne Eheschließung für verschiedengeschlechtliche Paare geschaffen. Die gleichgeschlechtliche registrierte Partnerschaft ist weiterhin nicht zugelassen.

Damit die rechtlichen Wirkungen der registrierten Partnerschaft eintreten, bedarf es eines rechtsgeschäftlichen Begründungsaktes durch Abschluss eines notariell beurkundeten Partnerschaftsvertrages und der Eintragung in das von den Standesämtern geführte Register.

Registrierte Partner haben Anspruch auf güterrechtliche Beteiligung und Unterhalt nach Auflösung der Partnerschaft. Ferner entstehen bei Auflösung der registrierten Partnerschaft durch Tod eines Partners erbrechtliche Ansprüche. Das Erbrecht des überlebenden Partners fällt allerdings geringer aus als das Ehegattenerbrecht. Neben Erben erster Ordnung erbt der überlebende Partner zu 1/6, neben Erben einer anderen Rangordnung erbt er 1/3. Der überlebende Partner hat auch ein Pflichtteilsrecht, der Pflichtteil beträgt die Hälfte des gesetzlichen Erbteils.

Iran:

Verstoß einiger Regeln des islamischen Erbrechts gegen den deutschen ordre public, keine Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB nach vorheriger Korrektur des Ehegattenerbteils anhand Art. 6 EGBGB (OLG Düsseldorf)

Das OLG Düsseldorf⁷ hatte folgenden Fall zu entscheiden:

Der Erblasser war iranischer Staatsangehöriger und Angehöriger des schiitischen Islam. Er hat eine deutsche Ehefrau christlichen Glaubens und 5 im Iran lebende Geschwister hinterlassen. Er hat sowohl in Deutschland als auch im Iran Vermögen hinterlassen. Geschwister und Ehefrau stritten um die Höhe der Erbquoten. Der Lebensmittelpunkt des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes konnte nicht eindeutig festgestellt werden, eine Verfügung von Todes wegen hat der Erblasser nicht hinterlassen.

Das OLG hat zunächst festgestellt, dass der Erblasser aufgrund des Niederlassungsabkommens zwischen dem deutschen Reich und dem Kaiserreich Persien von 1929 nach iranischem Recht beerbt werde, ferner, dass nach diesem die Ehefrau (für den Fall, dass sie Muslimin ist) hinsichtlich des beweglichen Vermögens zu ¼ Erbe werde und ihr im Bezug auf das unbewegliche Vermögen nur eine schuldrechtliche Forderung gegen die Erben zusteht.

Dieses Ergebnis hält das OLG mit dem deutschen ordre public für teilweise unvereinbar. Zunächst wird festgestellt, dass das ausländische Erbrecht nicht abstrakt am Maßstabe des Art. 6 EGBGB überprüft werden könne, sondern nur anhand der Auswirkungen im konkreten Fall. Die Schlechterstellung der Ehefrau gegenüber dem erbenden Ehemann wird als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG erkannt, sonach wird das Ergebnis in Anpassung des iranischen Rechts aus diesem heraus dahin korrigiert, dass die Ehefrau neben den Geschwistern Erbin zu ½ des beweglichen und unbeweglichen Vermögens wird. Ferner wird auch das Erbverbot der

⁷ IPrax 2009 S. 520ff.

Religionsverschiedenheit des iranischen Rechts über Art. 6 EGBGB korrigiert und bleibt unbeachtet. Das OLG prüft in diesem Zusammenhang, ob eine Nichtehe vorliege, da das iranische Eheschließungsrecht eine Ehe mit einer Person anderer Religion auf Dauer verbiete. Auch dieses Ehehindernis müsse allerdings aus deutscher Sicht unbeachtlich bleiben.

Der notwenige Inlandsbezug für die Anwendung des Art. 6 EGBGB wird vom Gericht bejaht. Obwohl nicht feststellbar war, ob die Ehegatten noch einen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatten, hält es das OLG für ausreichend, dass in Deutschland Vermögen belegen ist und dieses zu einer Zeit erworben wurde, als die Eheleute ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatten.

Sodann wird noch geprüft, ob der *ordre-public*-Verstoß durch einen entsprechenden Willen des Erblassers gerechtfertigt ist. Allein daraus, dass der Erblasser weder die deutsche Staatsangehörigkeit angenommen, noch eine Verfügung von Todes wegen errichtet habe, kann man nach Ansicht des Gerichts allerdings nicht schließen, dass der Erblasser die uneingeschränkte Anwendbarkeit des iranischen Rechts gerade gewollt hat.

Interessant ist, dass das OLG die Schlechterbehandlung der im Iran lebenden Schwestern des Erblassers gegenüber den Brüdern desselben mangels Inlandsbezug nicht beanstandet hat. Hinsichtlich der Geschwister reichte dem Gericht somit die Vermögensbelegenheit im Inland nicht aus, um einen für die Anwendung des Art. 6 EGBGB ausreichenden Inlandsbezug zu bejahen.

Im konkreten Fall stellte sich neben dem *ordre-public*-Problem noch die Frage, ob der anhand von Art. 6 EGBGB korrigierte Erbteil der Ehefrau nach § 1371 I BGB zu erhöhen war. In der Ehe galt Zugewinngemeinschaft. Das OLG hat sich nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob § 1371 I BGB rein güterrechtlich zu qualifizieren oder eine Doppelqualifikation vorzunehmen ist⁸, sondern hat offen gelassen, ob es an seiner früheren Auffassung der Doppelqualifikation festhält. Es hat eine Erbteilserhöhung nach § 1371 I BGB aus anderen Gründen verneint. § 1371 I BGB könne deshalb nicht angewendet werden, weil eine kumulierte Anwendung des Art. 6 EGBGB und dann des § 1371 I BGB dazu führen würde, dass dem Ehegatten eine Erbquote zustehen würde, die ihm nach dem iranischen Recht niemals zukommen könnte. Dieses Ergebnis verstößt nach Ansicht des OLG gegen den Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs in das ausländische Recht. Im Ergebnis wird ein neben dem Erbrecht bestehender güterrechtlicher Ausgleichsanspruch nach §§ 1373 ff BGB bejaht.

Letztere Argumentation überzeugt nicht. Das Gericht vermischt hier die Korrektur des iranischen Rechts anhand von Art. 6 EGBGB mit der Frage der Anwendbarkeit des Art. 1371 I BGB. Nur für ersteres gilt der Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs in das ausländische Recht, die zweite Frage der Anwendung des § 1371 I BGB hat damit nichts zu tun⁹. Letztlich bleibt die Frage der Qualifikation des § 1371 I BGB erneut unbeantwortet.

⁸ für letzteres OLG Stuttgart, NJW-RR 2005, 740; auch OLG Düsseldorf IPRspr. 1987 Nr. 105.

⁹ So auch Schotten/Schmellenkamp, ZEV 2009, 193, 194; Looschelders, IPrax 2009, S. 505, 508.

Österreich:

Anzeigepflichten für Notare nach dem Schenkungsmeldegesetz

Fugger weist in ZEV 2009 S. 506ff darauf hin, dass sich auch für deutsche Notare aus dem österreichischen Schenkungsmeldegesetz Anzeigepflichten an die österreichischen Finanzbehörden ergeben können. Die vorsätzliche Unterlassung der Anzeigen kann mit hohen Geldstrafen geahndet werden.

Anzeigepflichtig sind die unentgeltliche Übertragung von Bargeld, sonstigem Kapitalvermögen, Gesellschaftsanteilen, stillen Gesellschaftsbeteiligungen, Betrieben und sonstigen beweglichen Vermögensgegenständen.

Die Anzeigepflicht entsteht nur, wenn einer der am Schenkungsvertrag Beteiligten in Österreich einen Wohnsitz hat, wobei ein schlichter Ferienwohnsitz ausreicht (!). Unter Angehörigen sind unentgeltliche Übertragungen anzeigepflichtig, wenn sie innerhalb eines Jahres 50.000,- € überschreiten, unter fremden Dritten, wenn innerhalb von 5 Jahren 15.000,- € überschritten werden.

Die Anzeigepflicht trifft auch Rechtsanwälte und Notare, die „beim Erwerb oder der Errichtung der Vertragsurkunde über den Erwerb mitgewirkt haben“, insbesondere den Vertragsentwurf erstellt oder beurkundet haben. Fugger empfiehlt jedem Rechtsanwalt oder Notar, bei unentgeltlichen Rechtsgeschäften nachzufragen, ob einer der Beteiligten in Österreich einen Wohnsitz hat und ggf. die Anzeige vorzunehmen.

Polen:

Großeltern als gesetzliche Erben erbberechtigt

Mit Wirkung zum 01.05.2009 sind Großeltern in die gesetzliche Erbfolge nach polnischem Recht einbezogen, wenn weder Abkömmlinge, Ehegatten, Eltern oder Geschwister vorhanden sind.

Rumänien:

Zur Anwendbarkeit des § 1931 IV BGB bei Geltung der Erzungenschaftsgemeinschaft nach rumänischem Recht (OLG Düsseldorf)

Das OLG Düsseldorf stellt in seinem Beschluss vom 03.09.2009¹⁰ fest, dass § 1931 Abs. 4 BGB erbrechtlich zu qualifizieren ist. Bei Geltung eines ausländischen Güterrechtsstatutes kommt die Vorschrift nur dann zur Anwendung, wenn der ausländische Güterstand bei abstrakter Betrachtungsweise der deutschen Gütertrennung entspricht bzw. mit dieser vergleichbar ist. Diese Voraussetzung fehlt, wenn das ausländische Güterrecht während der Ehe oder beim Tod eines Ehegatten einen Ausgleich vorsieht.

Russland:

Berücksichtigung von Änderungen im ausländischen Kollisionsrecht nach Begründung des Güterstandes (Zerfall der Sowjetunion) und Rückverweisung auf deutsches Güterrecht bei Spätaussiedlern (OLG Hamm)

Der Beschluss des OLG Hamm vom 08.10.2009¹¹ setzt sich

¹⁰ I-Wx 8/09, ZEV 2009, 357ff.

¹¹ I-15 Wx 292/08.

mit einer in der Praxis häufig anzutreffenden Problematik auseinander. Nach deutschem Recht wird das Güterrechtsstatut grds. unwandelbar an die Verhältnisse im Zeitpunkt der Eheschließung angeknüpft (Art. 15, 220 EGBGB). Fraglich ist daher, ob kollisionsrechtliche Rück- oder Weiterverweisungen des hiernach anwendbaren Kollisionsrechts eines ausländischen Staates, die zu einer Wandelbarkeit des Güterrechtsstatutes führen, auch dann anerkannt bzw. angenommen werden, wenn sie auf einer Änderung des ausländischen Rechts nach Eheschließung beruhen. Entgegen der bisherigen Rechtsprechungspraxis des Gerichts nimmt der Senat richtigerweise an, dass die Anknüpfung des russischen Rechts hinsichtlich des Güterrechtsstatutes an den jeweiligen gemeinsamen Wohnsitz der Ehegatten zu einer Rückverweisung auf deutsches Recht im zu beurteilenden Fall auch dann führt, wenn die Ehe vor Zerfall der Sowjetunion geschlossen worden ist und sich die Rückverweisung aufgrund einer Änderung der Kollisionsvorschriften nach dem Zeitpunkt der Eheschließung ergibt.

Die Frage der analogen Anwendung des VertriebenengüterstandsG auf Spätaussiedler hat das Gericht leider offen gelassen.

Ungarn:

Einführung der registrierten gleichgeschlechtlichen Partnerschaft

Im April 2009 hat der ungarische Gesetzgeber die registrierte gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft eingeführt, das entsprechende Gesetz ist am 01.07.2009 in Kraft getreten. Die Rechtsfolgen der registrierten Partnerschaft sind denen der Ehe angenähert. Im Erbrecht steht der überlebende registrierte Partner dem Ehegatten gleich. Wie beim Ehegatten-erbrecht entfällt das Erbrecht, wenn die Lebensgemeinschaft nicht mehr besteht, auch ohne formale Auflösung der Partnerschaft.

Gleichzeitig wurde für homosexuelle und heterosexuelle Paare die Möglichkeit eingeführt, sich in einem von den Notariaten geführten Register eintragen zu lassen. Diese Eintragung zeitigt aber mit Ausnahme einer Vaterschaftsvermutung für den männlichen Partner einer heterosexuellen Gemeinschaft keine Rechtswirkungen.

von Daniel Schaal, Notarvertreter, Stuttgart

Impressum

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

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

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

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