

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

5/2009

Oktober
Seiten 161-188

Inhalt

Abhandlungen

Mensch

Sozialrechtliche Fragestellungen im Problemkreis
der notariellen Praxis 162

Schaal

Verfügungsbeschränkungen bei Verfügungen über
in Deutschland belegenen Grundbesitz durch
verheiratete türkische oder ehemals türkische
Staatsangehörige.....172

Rechtsprechung.....181

Buchbesprechung.....184

Aktuelles im IPR/aus dem Ausland.....188

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abhandlungen	
Sebastian Mensch, Diplom-Finanzwirt (FH), Notaranwärter, Stuttgart Sozialrechtliche Fragestellungen im Problembereich der notariellen Praxis	162
Daniel Schaal, Notarvertreter, Stuttgart Verfügungsbeschränkungen bei Verfügungen über in Deutschland belegenen Grundbesitz durch verheiratete türkische oder ehemals türkische Staatsangehörige	172
Rechtsprechung	
1. Handelsrecht/Registerrecht	
OLG München, 27.05.2009 – 31 Wx 38/09 Beschwerde gegen die Verfügung des Registergerichts, mit der eine vom Notar eingereichte Gesellschafterliste beanstandet wird	181
2. Kostenrecht	
BGH, 2.4.2009 - V ZB 70/08 Keine weitere Gebühr neben Hebegebühr für Prüfung und Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit	182
Buchbesprechungen	
Heckschen, Das MoMiG in der notariellen Praxis (Stoye-Benk)	184
Prütting/Wegen/Weinrich, BGB (Brenner)	185
Gustavus, Handelsregisteranmeldungen (Bachmayer)	187
Aktuelles im IPR/aus dem Ausland	188

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).

Sozialrechtliche Fragestellungen im Problemkreis der notariellen Praxis

(von Sebastian Mensch, Diplom Finanzwirt (FH), Notaranwärter, Stuttgart)

Das Behindertentestament oder der Überlassungsvertrag, unter Zurückbehaltung eines Wohnungsrechts, sind Alltag der notariellen Praxis. Gleichzeitig sind es aber auch zwei Beispiele für die Anwendbarkeit sozialrechtlicher Vorschriften in der Vertragspraxis, die gleichwohl nur stellvertretend für eine wachsende Bedeutung des Sozialrechts in der generellen Gestaltung von Rechtsgeschäften stehen. Kerninteresse der Vertragsbeteiligten ist dabei nur allzu oft die Vermeidung von sozialrechtlichen Regressforderungen. Der Notar ist gehalten sein Möglichstes dazu zu tun, ohne dabei in einen Konflikt zwischen den Interessen der Vertragsbeteiligten und denen der Allgemeinheit zu geraten. Gleichzeitig wird es dem Notar ein ureigenes Anliegen sein, keine leistungseinschränkende Klauseln zu schaffen, die der rechtlichen Überprüfung nicht standhalten und mitunter in einem Haftungsfall enden.

Gliederung:

I. Einleitung

II. Sozialrechtliche Problemfälle im Erbfall

- 2.1 Kostenersatz nach SGB XII und SGB II
- 2.2 Begriffsbestimmung des Schonvermögens
- 2.3 Ausschlagung einer Erbschaft durch den Leistungsempfänger
- 2.4 Pflichtteilsanspruch

III. Sozialrechtliche Problemstellungen in der Vertragsgestaltung

- 3.1 Behindertentestament
- 3.2 Vorweggenommene Erbfolge
- 3.3 Wohnungsrecht
- 3.4 Pflegeverpflichtung

IV. Fazit

I. Einleitung

Kein anderer Bereich des Sozialrechts ist im Rahmen der notariellen Beratung und Kautelarjurisprudenz von solcher Bedeutung wie der Rückgriff des Sozialleistungsträgers bzw. die Beratung im Zusammenhang mit Rückforderungen bei einem Erbfall.

Das Sozialrecht ist gleichzeitig einem stetigen Wandel unterzogen.

Mit der Normierung des SGB II, der Grundsicherung für Arbeitssuchende¹ (Hartz IV) erfolgte die bekannteste Änderung im Sozialrecht der letzten Jahre. Mit dem neu normierten SGB II wurde der Anwendungsbereich des SGB XII (Sozialhilfe) stark eingengt. Beide Gesetze fußen auf den gleichen Grundprinzipien. Besonders hervorzuheben ist die Sicherung der Menschenwürde durch einen Anspruch auf ein soziokulturelles Existenzminimum und damit zusammenhängend die Bedarfsdeckung unabhängig von der Ursache der Bedürftigkeit. Dem Sozialhilferecht immanent ist ein Nachrangprinzip der Sozialleistung.

Zusätzlich unterliegt das Sozialrecht einer immer währenden Rechtsfortbildung durch die Sozial- und Verwaltungsgerichte², aber auch durch den Bundesgerichtshof. In Bezug auf die notarielle Praxis gibt es einige Anknüpfungspunkte zum Sozialrecht.

Der Notar ist als „Architekt“ des Rechts gezwungen, sich mit diesen Problemen zu beschäftigen, wenngleich er grundsätzlich nach § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG nicht verpflichtet ist, Belehrungen über sozialrechtliche Konsequenzen zu erteilen³. Der Notar ist nicht der „Lebensberater“ der Parteien⁴. Grenze dieser Belehrungsfreiheit bildet allerdings § 17 Abs. 2 BeurkG, wonach der Notar Klauseln, die unter Umständen zu einer Nichtigkeit nach § 138 BGB führen können, erörtern muss.

Der nachfolgende Aufsatz will, ohne einen Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben, einige Darlegungen allgemeiner Art und gegebene Probleme der notariellen Vertragsgestaltung darstellen.

Der Schwerpunkt liegt dabei auf den Fragen der sozialrechtlichen Überleitung von Ansprüchen und der Rückforderung von Leistungen durch den Sozialleistungsträger⁵.

¹ Vom 24.12.2003; BGBl 1 S. 2954

² Sozialhilfeangelegenheiten gehören seit dem 01.01.2005 zur Sozialgerichtsbarkeit (§ 51 I Nr. 6a SGG)

³ Weyland, MittRhNotK 1997, 65; Rastätter, ZEV 1996, 281; Krauß, MittBayNot 1992, 99

⁴ BGH, NJW 1975, 2016 u.A.

⁵ Beispielhaft anhand von SGB II (Grundsicherung für Arbeitssuchende) und SGB XII (Sozialhilfe)

II. Sozialrechtliche Problemfälle im Erbfall

2.1 Kostenersatz nach SGB XII und SGB II

Der Erbe hat nach dem Sozialrecht in Form des § 102 SGB XII für Leistungen des Sozialhilfeträgers an den Erblasser Kostenersatz zu erbringen. Eine entsprechende Bestimmung befindet sich in § 35 SGB II.

Damit sind die beiden wichtigsten Anwendungsfälle von sozialen Leistungen mit Bezug zur notariellen Praxis erfasst.

Beide Normen eint, dass die Haftung des Erben kraft Gesetzes⁶ auf den Nachlass beschränkt ist. Es ist grundsätzlich keine gesonderte Haftungsbeschränkung notwendig⁷. Eine Beratung in dieser Hinsicht ist demnach nicht notwendig. Die Ersatzpflicht ist dabei eine Nachlassverbindlichkeit gemäß § 1967 BGB⁸.

Eine Haftungsbeschränkung⁹ wegen sonstiger Nachlassverbindlichkeiten ist weiterhin gesondert festzulegen.

Die Kostenerstattung durch den Erben nach § 102 SGB XII ist der gesetzliche Regelfall. Der Gesetzgeber hat jedoch verschiedene Ausnahmetatbestände normiert.

Eine Geltendmachung der Sozialleistungen hat nicht zu erfolgen, sofern die Sozialleistungen außerhalb der letzten 10 Jahre¹⁰ vor dem Erbfall geleistet worden sind. Stellt die Kostentragung durch den Erben eine besondere Härte¹¹ dar, hat sie zu unterbleiben. Die Frage, wann eine besondere Härte vorliegt, ist im Einzelfall zu klären.

Weiterhin bestimmt der Gesetzgeber noch Wertgrenzen des Nachlasses, die nicht unterschritten werden dürfen. So hat eine Geltendmachung generell zu unterbleiben, wenn der Nachlass das Dreifache des Grundbetrages¹² nicht übersteigt.

Als relative Wertgrenze greift ein Betrag von 15.340 Euro¹³ Nachlasswert. In diesem Zusammenhang bedeutet relativ, dass zwei kumulative Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Der Erbe muss der Ehegatte, der Lebenspartner oder ein Verwandter sein und nicht nur vorübergehend in einer häuslichen Gemeinschaft mit dem Erblasser gelebt und diesen dabei gepflegt haben¹⁴.

Bleibt der Nachlass unter den genannten Voraussetzungen unter dieser Grenze, ist der Anspruch auf Kostenersatz nicht geltend zu machen.

Zu beachten ist, dass eine Ersatzpflicht auch entsteht, wenn der Ehegatte oder Lebenspartner des Hilfeempfängers von einem Dritten beerbt wird. Ausgenommen ist dabei der Fall, dass Hilfeempfänger und Erblasser getrennt gelebt haben. Die Ausnahme greift in Hinblick auf die 10-Jahresfrist nur insoweit, als ein Getrenntleben innerhalb dieser Frist vorgelegen hat¹⁵.

Der § 35 SGB II ist strukturell wie der § 102 SGB XII aufgebaut. Die Voraussetzungen zur Inanspruchnahme sind nahezu identisch.

Die relative Wertgrenze für den Nachlass beträgt unter den gleichen Maßgaben wie beim § 102 Abs. 3 Nr. 2 SGB XII allerdings 15.500¹⁶ Euro.

Der Nachlasswert der absolut überschritten sein muss, beträgt 1.700¹⁷ Euro.

Als wichtiger Unterschied bleibt festzuhalten, dass im § 35 SGB II keine Regelung normiert ist, die den Erben des Ehepartners bzw. Lebenspartners zur Kostentragung in Anspruch nimmt.

Zu erklären ist dies zum Teil mit dem speziell im § 2 SGB XII festgehaltenem Nachrang der Sozialhilfe.

Sowohl nach § 102 Abs. 4 SGB XII, als auch nach § 35 Abs. 3 SGB II, erlischt der Ersatzanspruch drei Jahre nach dem Tod des Leistungsempfängers.

Als Einschränkung muss gelten, dass die §§ 102 SGB XII und 35 SGB II nicht bei zu Unrecht bezogenen Sozialleistungen zur Anwendung gelangen.

Im Falle zu Unrecht bezogener Leistungen finden die §§ 103 SGB XII; 34 Abs. 2 SGB II; 45 ff. und explizit 50 SGB X Anwendung. Die Verpflichtung zur Erstattung von Sozialleistungen ist grundsätzlich vererblich¹⁸.

Der Erbe tritt kraft Gesetzes in die verpflichtende öffentlich-rechtliche Position ein.

Inhaltsadressat eines Rückforderungsbescheides ist somit nach dem Erbfall der Erbe. Sind mehrere Erben vorhanden ist der Bescheid allen bekannt zu geben¹⁹ und jedem die Möglichkeit des rechtlichen Gehörs einzuräumen²⁰.

Ein Widerspruch oder eine Anfechtungsklage gegen die Überleitung eines Anspruchs haben keine aufschiebende Wirkung²¹.

⁶ § 102 Abs. 2 S. 2 SGB XII; § 35 Abs. 1 S. 2 SGB II

⁷ LG Erfurt, FamRZ 1999, 1302

⁸ § 102 Abs. 2 S. 1 SGB XII

⁹ vgl.: Wege der Haftungsbeschränkung (Nachlassverwaltung, Nachlassinsolvenz und ggf. Dürftigkeitseinrede)

¹⁰ § 102 Abs. 1 S. 2 SGB XII

¹¹ § 102 Abs. 3 Nr. 3 SGB XII

¹² § 102 Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. § 85 Abs. 1 SGB XII (Grundbetrag meist das zweifache des Eckregelsatzes)

¹³ Stand: 1. August 2008

¹⁴ § 102 Abs. 3 Nr. 2 SGB XII

¹⁵ § 102 Abs. 1 S. 3 SGB XII

¹⁶ Stand: 1. August 2008

¹⁷ siehe Fußn. 13

¹⁸ Siegmann, Münchener Anwaltshandbuch zu § 26 Rn. 104

¹⁹ VGH München, NJW 1985, 2439; Bekanntgabe an den Testamentsvollstrecker reicht allein nicht aus.

²⁰ § 24 SGB X

²¹ § 93 Abs. 3 SGB XII

2.2 Begriffsbestimmung des Schonvermögens

Ersatz- und Überleitungsansprüche der Sozialleistungsträger bedingen die Vermutung der mangelnden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Hilfeempfängers. Ein solcher Anspruch ist somit regelmäßig auf das sogenannte Schonvermögen gerichtet.

Unter Schonvermögen des Hilfeempfängers versteht der Gesetzgeber Vermögenswerte, die entgegen des Grundsatzes der Nachrangigkeit von Sozialleistungen nicht zum Lebensunterhalt eingesetzt werden müssen.

Dieses nach § 90 Abs. 2 SGB XII näher bezeichnete Vermögen wird weder bei der Festsetzung, noch bei Form- und Maßbestimmung der Sozialhilfe berücksichtigt. Der im Hinblick auf die notarielle Praxis bedeutendste Anwendungsfall ist das „angemessene Hausgrundstück“²². Früher wurde das angemessene Hausgrundstück als kleines Hausgrundstück betitelt.

Der Hilfeempfänger, der als Schonvermögen ein angemessenes Hausgrundstück zu Eigentum hat, ist nicht verpflichtet dieses zu verwerten. Diese Begünstigung durch das Schonvermögen ist allerdings höchstpersönlich auf den Hilfeempfänger beschränkt. Der Erbe des Hilfeempfängers profitiert nicht vom Schonvermögen²³.

Mit dieser Regelung soll der Nachrang der Sozialleistungen wiederhergestellt werden.

Unter den Begriff des Hausgrundstücks werden auch Miteigentumsanteil, Erbbaurecht, Eigentumswohnung und Dauerwohnrecht nach Wohnungseigentumsrecht subsumiert.

Nicht von dem Begriff des Schonvermögens allgemein und von dem des Hausgrundstücks im Speziellen erfasst, ist das dingliche Wohnungsrecht nach § 1093 BGB.

In der Praxis schwierig zu beurteilen ist die Frage, ab wann ein Hausgrundstück nicht mehr angemessen ist. Zur Beurteilung wird eine Gesamtschau von vier Faktoren vorgenommen. Diese Faktoren sind der Personenfaktor, der Bedarfsfaktor, der Qualitätsfaktor und der Wertfaktor. Im Allgemeinen wird auf den Wert des Grundvermögens, sowie die Größe und Nutzbarkeit abgestellt. Gesondert zu betrachten sind wirtschaftlich verwertbare und leicht abzugrenzende Teilflächen²⁴.

Bei der Wertbestimmung des Grundstücks werden Belastungen grundsätzlich nicht zum Abzug gebracht. Allerdings erfolgt eine Berücksichtigung der Belastungen im Rahmen der Prüfung zur besonderen Härte. Sind die Belastungen zu hoch, so dass eine Verwertung eine besondere Härte darstellt, hat sie zu unterbleiben.

Auch hier ist es weitgehend eine Einzelfallentscheidung.

Ein Hausgrundstück muss vom Hilfeempfänger selbst genutzt werden. Bei Wegzug entfällt grundsätzlich die Qualifizierung als Schonvermögen, vergleichbar mit dem Erbfall.

Eine vergleichbare Vorschrift zu § 90 SGB XII befindet sich im § 12 SGB II.

Der § 12 SGB II normiert welches Vermögen vom Leistungsempfänger einzusetzen ist. Nach § 12 Abs. 3 Nr. 4 SGB II ist ein angemessenes, eigengenutztes Hausgrundstück²⁵ nicht zu verwerten.

2.3 Ausschlagung einer Erbschaft durch den Leistungsempfänger

Wenn der Leistungsempfänger eine Erbschaft erhält, ist er grundsätzlich verpflichtet, die ererbten Vermögenswerte für seinen Unterhalt zu verwenden. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob der Hilfeempfänger eine werthaltige Erbschaft ausschlagen kann. Eine Ausschlagung führt unweigerlich dazu, dass dem Sozialleistungsträger höhere Aufwendungen entstehen, als dies bei Annahme der Erbschaft der Fall gewesen wäre.

Das OLG Stuttgart²⁶ hat in diesem Zusammenhang die Ansicht vertreten, dass eine Ausschlagung zur Vermeidung von Rückforderungsansprüchen des Sozialleistungsträgers im Sinne von § 138 BGB sittenwidrig und damit nichtig ist.

Mit dieser Entscheidung vertritt das OLG Stuttgart, soweit ersichtlich, eine Mindermeinung. Im konkret zu entscheidenden Fall ist die Entscheidung folgerichtig. Allerdings ist sie nicht als allgemeine Rechtsauffassung auf alle Ausschlagungsfälle zu übertragen.

Es müssen zwei Grundkonstellationen getrennt betrachtet werden.

Der erste Fall ist die Ausschlagung eines Hilfeempfängers, der gesetzlich vertreten wird (z.B. von den Eltern) oder unter Vormundschaft bzw. Betreuung steht.

Insoweit hier die Ausschlagungsbefugnis einer gerichtlichen Kontrolle durch das Betreuungsgericht oder das Familiengericht²⁷ unterworfen ist, schränkt dieses Genehmigungserfordernis die freie Ausschlagungsbefugnis ein.

Die gerichtliche Genehmigung muss versagt bleiben, soweit die Ausschlagung nur der Vermeidung von sozialrechtlichen Regressansprüchen genügen soll.

Im konkret vom OLG Stuttgart zu entscheidenden Fall hat ein Betreuer die für den Betreuten angefallene Erbschaft ausgeschlagen und zur Begründung gerade die Umgehung sozialrechtlicher Forderungen angegeben. Das OLG Stuttgart führt

²² § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII

²³ außer der Erbe ist ebenfalls Hilfeempfänger, bzw. Teil der Bedarfsgemeinschaft

²⁴ BVerwG, NDV 1971, 79

²⁵ vgl. Definition des Hausgrundstücks zu § 90 II Nr. 8 SGB XII

²⁶ OLG Stuttgart, NJW 2001, 3484

²⁷ betr. Zuständigkeit im Genehmigungsverfahren: DNotI-Report 2003, Heft 4

dazu zutreffend aus, dass es grundsätzlich mit den Wesenspflichten eines Betreuers betreffend der Vermögenssorge unvereinbar wäre, einen werthaltigen Nachlass auszuschlagen. Des Weiteren ist die Ausschlagung sittenwidrig und eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung zu versagen.

Der zweite Fall betrifft den Hilfeempfänger, der nicht betreut oder anderweitig vertreten wird. In diesem Fall geht die herrschende Meinung²⁸ davon aus, dass die Ausschlagungserklärung eine höchstpersönliche Erklärung ist und somit nicht dem Votum als sittenwidrige Verfügung zugänglich ist.

Das OLG Stuttgart hat in seiner Entscheidung die herrschende Meinung insoweit anerkannt, als das der Sozialleistungsträger das Ausschlagungsrecht nicht überleiten kann.

Dies resultiert aus der Überlegung heraus, dass auch ein Sozialleistungsempfänger eine angefallene Erbschaft ausschlagen kann, soweit diese Erklärung mit den Maßstäben und Prinzipien der Rechtsordnung in Einklang steht.

Gestützt wird diese Ansicht durch den § 83 der Insolvenzordnung (InsO).

Der § 83 InsO regelt die freie Möglichkeit zur Ausschlagung eines Schuldners, selbst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

Der Gesetzgeber normiert somit den Grundsatz, dass kein Zwang zur Annahme der Erbschaft besteht, um damit Dritten den Zugriff zu ermöglichen²⁹.

Eine Änderung ergibt sich auch nicht daraus, dass eine öffentliche Hand als Gläubiger von Leistungen auftritt. Trotz der Nachrangigkeit der Sozialhilfe hat der Gesetzgeber keine Privilegierung zu seinen Gunsten kodifiziert.

Eine durch das OLG Stuttgart angedeutete Gleichstellung von Ausschlagung und Unterhaltsverzicht ist nicht erkennbar. Ein Unterhaltsverzicht mit der Absicht der Inanspruchnahme des Sozialleistungsträgers ist sittenwidrig und damit nichtig. Eine Erbschaft erfüllt nicht die gleiche Funktion wie der Unterhalt und kann auch nicht ohne weiteres gleichgesetzt werden.

Das Recht zur Ausschlagung einer Erbschaft resultiert als höchstpersönliches Recht direkt aus den Grundzügen der Handlungsfreiheit nach Art. 2 GG.

Die Handlungsfreiheit kann in der zweiten Fallkonstellation nicht vom Sozialleistungsträger eingeschränkt werden³⁰.

Anerkannt ist jedoch die Praxis, dass bei offensichtlicher Umgehung der eigenen Einstandspflicht, durch die Ausschlagung eines werthaltigen Erbschaftsanspruches, Sozialleistungen gekürzt werden können.

2.4 Pflichtteilsanspruch

In der vorher zitierten Entscheidung des OLG Stuttgart³¹ wird

²⁸ so auch das LG Aachen, NJW-RR 2005, 307

²⁹ Lange/Kuchinke, ErbR, 5. Aufl., § 8 VIII

³⁰ Leipold, in MünchKomm, 4. Aufl., § 1942 Rdnr. 14; OLG Frankfurt a.M., ZEV 2004, 24

³¹ vgl. Fußn. 26

eine Gleichstellung von Pflichtteilsverzicht und Ausschlagung angenommen. Zwischen Ausschlagung und Pflichtteilsverzicht gäbe es keinen wirtschaftlichen, sondern nur einen unbedeutenden rechtstechnischen Unterschied. Dem ist m.E. nicht zu folgen. Für das Pflichtteilsrecht hat der Gesetzgeber, anders als für das Erbrecht, kein besonderes Ausschlagungsrecht geschaffen.

Es macht wirtschaftlich einen Unterschied, eine Erbenstellung mit allen damit im Zusammenhang stehenden Rechten und Pflichten zu erhalten oder einen schuldrechtlichen Geldanspruch, der in Form eines Pflichtteils gegen die Erbengemeinschaft geltend gemacht werden kann.

Der Pflichtteilsanspruch ist nach herrschender Meinung³² und aktueller Rechtsprechung³³ durch den Sozialleistungsträger überleitungsfähig nach den §§ 93 SGB XII und 33 SGB II.

Dabei war es für eine gewisse Zeit umstritten, ob der Sozialleistungsträger den Pflichtteilsanspruch nur überleiten könne, wenn er auch geltend gemacht wurde³⁴. Dies ist vergleichbar mit der Regelung zur Erbschaftsannahme und Ausschlagung. Gestützt wurde diese Ansicht durch eine teleologische Auslegung des § 852 Abs. 1 ZPO, wonach es nur dem Pflichtteilsberechtigten überlassen sein solle, ob er seinen Pflichtteilsanspruch gegen den Erben durchsetzt. Gläubiger des Pflichtteilsberechtigten sollten diese Entscheidung nicht auf sich überleiten können.

Dieser Ansicht trat die überwiegende Literatur³⁵ und schließlich auch der BGH³⁶ entgegen.

Begründet wurde das Entgegenstehen unter anderem mit der engen Beziehung der Pflichtteilsberechtigten in Bezug auf den Erblasser. Diese enge Beziehung bedeutet ein Unterhaltsverhältnis, bei dem der Unterhaltsberechtigte nicht von vorneherein die Verwertung des Pflichtteilsanspruches ausschließen kann.

Das Gleiche gilt, wenn der Unterhaltsberechtigte Bedenken in Bezug auf seine künftige Erbenstellung, nach dem Schuldner des Pflichtteilsanspruches, äußert.

In diesem Zusammenhang hatte der BGH mit seinem Urteil vom 08.12.2004 zu entscheiden, inwieweit sich eine Pflichtteilsstrafklausel (Verwirkungsklausel) auf die Möglichkeit der Überleitung des Pflichtteilsanspruches, durch den Sozialleistungsträger, auswirkt.

Dabei wurde das Testament der Erblasser in der Weise ausgelegt, dass die Pflichtteilsstrafklausel nur dann zur Anwen-

³² Ivo, FamRZ 2003, 6; Lange, in MünchKomm, 4. Aufl., § 2317 Rdnr. 10; Nieder, NJW 1994, 1265

³³ zuletzt: BGH, 08.12.2004, NJW-RR 2005, 369

³⁴ BGH, NJW 1982, 2771

³⁵ Bamberger/Roth/J. Mayer, BGB, § 2317 Rdnr. 7; Staudinger/Busche, BGB, 1999, § 412 Rdnr. 16

³⁶ BGH, NJW 1993, 1920; des weiteren siehe Fußn. 28

derung gelangen soll, wenn der bedachte Abkömmling eigenständig den Pflichtteil verlangt und nicht wie geschehen der Sozialleistungsträger.

Für den Sozialleistungsträger ist eine Verwirkungsklausel kein Hindernis, den Pflichtteil überzuleiten und damit eine spätere Enterbung zu riskieren. Grundsätzlich ist das Handeln des Sozialleistungsträgers durch die Pflichtteilsstrafklauseln nicht sanktioniert.

Dies bestätigte der BGH in einer späteren Entscheidung³⁷ erneut, wodurch von einer gefestigten Rechtsprechung ausgegangen werden kann.

Die Gegenansicht vertritt die Meinung, dass die Pflichtteilsgeltendmachung zum Verlust eines zukünftigen Erbteils führt und somit einer Ausschlagung gleich kommt. Bei der Annahme einer Ausschlagung wiederum greift der Grundsatz, dass die Ausschlagungsbefugnis auf Grund ihrer Sonderstellung, zum Beispiel durch die gesonderte Normierung, nicht auf den Sozialleistungsträger übergeleitet werden kann.

Dieser konkreten Problemstellung hat sich der BGH nicht gestellt, indem er das Testament wie beschrieben ausgelegt hat. Dennoch ist es zweifelhaft, ob eine analoge Anwendung der Sonderstellung der Ausschlagungsbefugnis auf einen zukünftigen Erbteil überhaupt anwendbar ist.

Der BGH beschreibt noch mal die Auflage des Pflichtteilsberechtigten zur Verwertung eigener Vermögenswerte. Aus der Stellung des Sozialleistungsträgers als „Helfer“ des Hilfeempfängers ergibt sich eine gerechtfertigte Bevorzugung gegenüber anderen Gläubigern in der Form, dass der Sozialleistungsträger unabhängig vom eigenen Willen des Pflichtteilsberechtigten oder vom vermuteten Willen des Erblassers, den Pflichtteilsanspruch überleiten und ausüben kann³⁸.

III. Sozialrechtliche Problemstellungen in der Vertragsgestaltung

3.1 Behindertentestament

Im Rahmen der Gestaltung einer erbrechtlichen Verfügung nimmt das sogenannte Behindertentestament eine Sonderstellung ein. Der Notar gerät mit seiner Gestaltung in das Spannungsfeld zwischen den Wünschen der Beteiligten und den Interessen der Allgemeinheit, vertreten durch den Sozialleistungsträger.

Die Wünsche der Beteiligten fokussieren sich auf eine Regelung dergestalt, dass dem Behinderten gewisse Vorteile verschafft werden sollen, gleichzeitig aber eine uneingeschränkte Beteiligung am Nachlass verwehrt bleiben soll.

Die Sorge der Beteiligten betrifft eine Überleitung der Ansprüche auf den Sozialleistungsträger, nach den vorgenannten Vorschriften.

Nach den unter Gliederungspunkt 2.4 gemachten Ausführungen ist deutlich, dass eine Enterbung des Behinderten nicht zielführend ist, wenn dem Behinderten ein Pflichtteilsanspruch zusteht. Dies wird jedoch der Regelfall für die Konzeption eines Behindertentestaments sein.

Für die Gestaltung eines Behindertentestamentes gibt es grundsätzlich zwei gängige Lösungen.

Die erste mögliche Gestaltung ist die Erblösung. Dabei wird der Behinderte, mit Rücksicht auf § 2306 Abs. 1 1. Alt. BGB, auf einen Erbteil, leicht über der Pflichtteilsquote, eingesetzt. Zu beachten ist dabei, dass der § 2306 BGB grundsätzlich von der Quotentheorie ausgeht. Sind ausgleichungs- oder anrechnungspflichtige Zuwendungen erfolgt, findet jedoch die Werttheorie³⁹ Anwendung und es ist eine genaue Bestimmung notwendig, wie viel der Behinderte erhalten muss, damit § 2306 Abs. 1 1. Alt. BGB nicht greift.

Weiterhin sollte der Erbteil des Behinderten nicht zu niedrig bemessen sein, damit der Betreuer nicht gegebenenfalls ausschlägt. Wie unter den Gliederungspunkten 2.3 i.V.m. 2.4 ausgeführt, ist die Befugnis zur Ausschlagung nicht überleitungsfähig, der Pflichtteilsanspruch nach Ausschlagung dagegen schon.

Die Verhinderung der Anwendung des § 2306 Abs. 1 1. Alt. BGB ist von großer Bedeutung, da bei einem Behindertentestament im Rahmen der Erblösung als Beschwerde meist Vor- und Nacherbfolge angeordnet wird. Der Hilfeempfänger wird zum nichtbefreiten Vorerben eingesetzt. Gleichzeitig werden die Geschwister oder andere Verwandte zu Nacherben bestimmt. Der Vorerbe sollte grundsätzlich⁴⁰ in keiner Weise befreit werden. Eine Befreiung des Vorerben führt zu einer Überleitung der Erträge der Erbschaft⁴¹.

Kombiniert wird die Vor- und Nacherbfolge mit einer Dauertestamentsvollstreckung. Zum Testamentsvollstrecker kann dabei auch der Nacherbe ernannt werden. Um einem institutionalisiertem Interessenskonflikt vorzubeugen, sollte von einer Testamentsvollstreckung durch den gegenwärtigen oder zukünftigen Betreuer abgesehen werden⁴². Der Testamentsvollstrecker wird im Wege der Verwaltungsanordnung⁴³ angewiesen, nur insoweit die Reinerträge aus dem Nachlass auszuschütten, als ein Zugriff des Sozialleistungsträgers verhindert wird. Der Testamentsvollstrecker wird dem Behinderten kleinere Beträge aus dem Reinertrag des Nachlasses zuwenden, die zweck- und anlassbezogen zum Schonvermögen des Hilfeempfängers zählen⁴⁴.

³⁹ Palandt/Edenhofer, § 2306 Rdnr. 2 ff.

⁴⁰ a.A. Bengel, in Dittmann/Reimann/Bengel, Testament und Erbvertrag, Rdnr. 79, Fußn. 54, wonach eine Befreiung von der Beschränkung des § 2119 BGB empfohlen wird.

⁴¹ Evtl. führt Befreiung zu einem Zugriff in das gesamte Nachlassvermögen, vgl. DNotI Report 1996, 48

⁴² DNotI Report 2003, 145; OLG Hamm, OLGZ 1993, 392

⁴³ § 2216 Abs. 2 BGB

⁴⁴ vgl. § 90 SGB XII; van de Loo, NJW 1990, 2852

³⁷ BGH, NJW-RR 2006, 223

³⁸ BGH, NJW 1994, 248

Diese Maßnahmen bewirken einen Schutz der Nachlasssubstanz vor den Gläubigern des Hilfeempfängers, zu denen auch der Sozialleistungsträger gehört. Mit der Nacherbfolge wird gleichzeitig der Rückgriff auf die Erben im Sinne von § 102 SGB XII bzw. § 35 SGB II verhindert.

Durch die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft wird Eigengläubigern des Hilfeempfängers der Zugriff auf die Nachlassgegenstände nach § 2115 BGB verwehrt⁴⁵. Der Sozialleistungsträger hat ebenfalls keinen Zugriff auf das der Nacherbfolge unterliegende Vermögen. Auch in diesem Fall hat es der Gesetzgeber unterlassen, eine Privilegierung zum Ziel der Geltung von § 2 SGB XII, die den Zugriff ermöglicht, zu schaffen.

Die Anordnung der Dauertestamentsvollstreckung schafft im Ganzen ein nicht zu verwertendes Vermögen des Hilfeempfängers nach § 90 SGB XII. Die Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker schließt nach § 2214 BGB den Zugriff des Sozialleistungsträgers aus⁴⁶.

Die Erblösung war früher umstritten, vor allem im Bezug auf eine angenommene Sittenwidrigkeit, vergleichbar mit einem Unterhaltsverzicht. Der BGH hat in mehreren Entscheidungen⁴⁷ bezüglich der Erblösung eine Sittenwidrigkeit verneint. Die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung ist zu keinem anderen Ergebnis gelangt⁴⁸. Somit kann das Behindertentestament grundsätzlich, mit der Gestaltung der Erblösung, als rechtlich gesichert angesehen werden.

Etwas anderes könnte sich bei größerem Nachlassvermögen ergeben⁴⁹. Sollte der Reinertrag des Nachlasses oder der Pflichtteil ausreichend für die Versorgung des Hilfeempfängers sein, ist möglicherweise von einer Sittenwidrigkeit auszugehen.

Der BGH hat diese Frage bisher offen gelassen. In diesem Zusammenhang wird man vor allem dann Schwierigkeiten sehen müssen, wenn der Betreuer ausschlagen kann und der überleitungsfähige Pflichtteil voraussichtlich zur Deckung der Sozialleistungen ausreichend ist. Die Leistungskürzung durch den Sozialleistungsträger bleibt davon unbenommen. Die Literatur empfiehlt zum Teil die Aufnahme einer salvatorischen Klausel, um den sonstigen letztwilligen Verfügungen zur Wirksamkeit zu verhelfen⁵⁰.

Als zweite mögliche Gestaltung eines sogenannten Behindertentestaments fungiert die Vermächtnislösung. In Abgrenzung zu der vorgenannten Erblösung wird zugunsten des Hilfeempfängers ein Quotenvermächtnis ausgesetzt. Der Hilfeempfänger wird somit nicht Teil der Erbengemeinschaft. Bei der Bemessung der Vermächtnishöhe greift der § 2306 Abs. 1 1. Alt. BGB nicht, da von dieser Norm nur ein Erbteil er-

fasst wird. Dennoch ist eine Bemessung unterhalb des Pflichtteils nicht zielführend. Einerseits kann der Pflichtteilsberechtigte, insoweit das Vermächtnis nicht zur Tilgung seines Pflichtteilsanspruches genügt, den Pflichtteil nach § 2307 Abs. 1 S. 2 BGB verlangen. Andererseits wird ein Betreuer die Möglichkeit und ggf. die Verpflichtung zur Ausschlagung des Vermächtnisses haben, mit der Folge, dass ein originärer Pflichtteilsanspruch⁵¹ für den Betreuten entsteht.

Der so entstehende Pflichtteilsanspruch kann auf den Sozialleistungsträger übergeleitet werden.

Ergänzt wird das Vermächtnis durch die Anordnung der Dauertestamentsvollstreckung, die wie bei der Erblösung, mit einer Verwaltungsanordnung des Erblassers gepaart ist. Zu dem kann auch zum Vollzug des Vermächtnisses Testamentsvollstreckung angeordnet werden.

Die Dauertestamentsvollstreckung bewirkt den Schutz vor dem Zugriff der Gläubiger, zu denen auch der Sozialleistungsträger zählt.

Zur Sicherung vor einem Rückgriff beim Tod des Hilfeempfängers wird ein Nachvermächtnisnehmer bestellt.

Die Vermächtnislösung ist höchstrichterlich noch nicht als wirksam bestätigt. Eine analoge Anwendung der Rechtsprechung zum Behindertentestament mit Erblösung ist naheliegend. Ungewiss bleibt allerdings in wie weit der Nachvermächtnisnehmer, wenn er gleichzeitig Erbe des Hilfeempfängers ist, mit einer Rückforderung des Sozialleistungsträgers konfrontiert wird.

Im Hinblick auf § 17 BeurkG wird daher in der Kautelarpraxis der Erblösung Vorrang zu gewähren sein.

3.2 Vorweggenommene Erbfolge

Im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge werden auf den späteren Erben zu Lebzeiten Vermögenswerte übertragen. Diese Vermögenswerte stehen dem Sozialleistungsträger zur Regressnahme grundsätzlich nicht mehr zur Verfügung. Von diesem Grundsatz gibt es eine signifikante Ausnahme.

Dies ist die gesetzliche Rückforderung wegen Verarmung nach § 528 BGB⁵².

Der mit Verarmung im Sinne des Gesetzes entstehende Schenkungsherausgabeanspruch kann auf den Sozialleistungsträger, gemäß § 93 SGB XII und § 33 SGB II, bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen übergeleitet werden.

⁴⁵ Damrau/Mayer, ZEV 2001, 293

⁴⁶ Palandt/Edenhofer, § 2214 Rdnr. 1

⁴⁷ BGH, NJW 1990, 2055; BGH, NJW 1994, 248

⁴⁸ Krauß, MittBayNot 1998, 127- Anm. zu OVG Bautzen

⁴⁹ Reimann, DNotZ 1992, 241

⁵⁰ Krauß, MittBayNot 1998, 131

⁵¹ § 2307 Abs. 1 S. 1 BGB

⁵² ausführlich: Ruby, ZEV 2005, 102

Zu den Voraussetzungen für eine Anwendung des § 528 BGB gehört primär das Vorliegen⁵³ einer Schenkung.

Eine Schenkung liegt vor, soweit es sich um eine objektiv freiwillige, unentgeltliche Zuwendung zur Vermögensmehrung beim Beschenkten, mit der Folge einer Vermögensminderung beim Schenker handelt und eine subjektive Einigung über die Unentgeltlichkeit besteht.

In der Praxis können Abgrenzungsprobleme zu vergleichbaren Rechtsinstituten wie der Ausstattung⁵⁴, einer gemischten Schenkung usw. auftreten.

Als weitere Voraussetzung muss beim Schenker ein Notbedarf in der Form bestehen, dass der Schenker nicht mehr in der Lage ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten. Sofern die notwendigen Heimkosten nicht mehr aus eigenen Mitteln des Schenkers beglichen werden können⁵⁵ liegt Notbedarf vor. Dabei darf der Notbedarf nicht erst in der Zukunft zu vermuten sein.

Ein Rückforderungsrecht ist insoweit ausgeschlossen, als der Beschenkte sich auf eine der Einreden des § 529 BGB beruft.

Demnach kann eine Rückforderung grundsätzlich nicht verlangt werden, soweit der Schenker den Umstand seines Notbedarfs selbst verursacht hat⁵⁶ oder eine Rückforderung zu einem Notbedarf beim Beschenkten führen würde.

Die vorherigen Einreden schließen die Anwendung des § 242 BGB nicht aus.

Als weitere Einrede bestimmt der § 529 Abs. 1 BGB eine 10-Jahresfrist. Da es sich um eine Einrede und keine Einwendung handelt, bleibt es dem Beschenkten überlassen, ob er sich auf die 10-Jahresfrist beruft.

Sind seit dem Vollzug der Schenkung bereits mehr als 10 Jahre vergangen, soll der Beschenkte darauf vertrauen können, dass ihm die Schenkung verbleibt. Eine Grundstücksschenkung ist grundsätzlich mit Grundbuchumschreibung vollzogen⁵⁷.

Die 10-Jahresfrist beginnt mit Vollzug der Zuwendung an den Beschenkten. Unklar ist in diesem Zusammenhang, in wie weit die Rechtsprechung⁵⁸ zur Anlaufhemmung der Frist nach § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB Anwendung findet⁵⁹.

Nach der Rechtsprechung des BGH zu § 2325 Abs. 3 S. 1 BGB beginnt die Frist von 10 Jahren erst mit wirtschaftlicher Ausgliederung beim Schenker. Bei Ehegatten und Lebenspartner i.S.d. Lebenspartnerschaftsgesetzes erst mit Auflösung der Ehe, bzw. der eingetragenen Lebenspartnerschaft.

Zwischen den Normen der §§ 529 Abs. 1 und 2325 Abs. 3 BGB finden sich, vor allem im Wortlaut, Übereinstimmungen. Beide kodifizieren eine 10-Jahresfrist, nach deren Ablauf ein Anspruch aus einer Schenkung nicht mehr geltend gemacht werden kann, wobei es sich bei § 2325 Abs. 3 BGB nicht um eine Einrede handelt.

Im Ergebnis wird es m.E. beim § 529 Abs. 1 BGB nicht zu einer Anlaufhemmung der 10-Jahresfrist bei vorbehaltenden Nutzungsrechten, analog zu § 2325 Abs. 3 BGB, kommen⁶⁰. Auch die Ehe bzw. Lebenspartnerschaft begründet keine Anlaufhemmung.

Betrachtet man den § 529 Abs. 1 BGB teleologisch reduziert, so handelt es sich um eine Vorschrift, die den Beschenkten vor einer unfreiwilligen Rückforderung, nach einem längeren Zeitraum, schützen soll. Der § 529 Abs. 1 BGB betrifft das Innenverhältnis zwischen Schenker und Beschenkten. Eine in der Zukunft liegende Überleitung des Rückforderungsanspruchs, durch den Sozialleistungsträger, ändert an der rechtlichen Beurteilung nichts.

Der § 2325 Abs. 3 BGB hingegen hat einen anderen Normadressaten. Es wird nicht der Beschenkte, sondern der pflichtteilsberechtigte Dritte⁶¹ geschützt. Das Pflichtteilsrecht bewirkt eine starke Rechtsposition. Der Pflichtteilsanspruch begründet in Bezug auf die Testierfreiheit Schranken und kann nur unter strengen Vorgaben⁶² entzogen werden.

In der Konsequenz ist der Pflichtteilsberechtigte besonders vor Missbrauch und Umgehung seines Pflichtteilsanspruches zu schützen.

Eine wirtschaftliche Ausgliederung und der damit verspürte Vermögensverlust sind gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten, zum Anlauf der Frist, notwendig.

Sollte in einem notariellen Übertragungsvertrag ein Rückforderungsrecht für den Fall der Verarmung bestimmt werden, so findet auf dieses Rückforderungsrecht der § 529 BGB in der Weise, dass die Einrede der 10-Jahresfrist geltend gemacht wird, keine Anwendung. Dies kann im Einzelfall so von den Beteiligten gewünscht sein und dann auch über eine Vormerkung⁶³ im Grundbuch gesichert werden.

Nach der Überleitung des Rückforderungsanspruches durch den Sozialleistungsträger sind zwei Fallkonstellationen der Rückübertragung zu unterscheiden.

Einerseits kann der Bedarf des Hilfeempfängers unter dem Wert des Geschenkes liegen und andererseits kann dieser Wert überstiegen werden.

Liegt der Sozialbedarf unter dem Wert des geschenkten Grundstücks, so kann der Sozialleistungsträger keine Natu-

⁵³ zum Vollzug der Schenkung vgl. Ausführungen zur 10 Jahresfrist nach § 529 I BGB

⁵⁴ § 528 BGB unanwendbar bei Ausstattung, Palandt/Diederichsen, § 1624 Rdnr. 3; anders bei Übermaßausstattung: Schmid, BWNNotZ 71, 29

⁵⁵ Anm. Kollhosser, ZEV 1994, 50

⁵⁶ BGH, NJW 2003, 1384

⁵⁷ Kollhosser, § 529 Rdnr. 3

⁵⁸ BGH, ZEV 1994, 233

⁵⁹ Ergebnisoffen begutachtet im DNotI Report 2008, 83

⁶⁰ so auch Schippers, RNotZ 2006, 42; a.A. Littig/J. Mayer, Sozialhilferegress gegenüber Erben und Beschenkten 1999, Rdnr. 76

⁶¹ in Bezug auf das Verhältnis von Schenker und Beschenkten

⁶² §§ 2333 ff.

⁶³ auch der gesetzliche Anspruch aus § 528 BGB kann mit einer Vormerkung gesichert werden

ralrestitution verlangen. Vielmehr kann er nur eine Geldleistung, begrenzt auf den Wert des Grundstücks, fordern. Vorbehaltende Nutzungsrechte sind dabei zu kapitalisieren und mindern den Wert des Grundstücks⁶⁴.

Ist der Notbedarf höher als der Wert der Zuwendung, kann das gesamte Grundstück zurückgefordert werden.

Der Sozialleistungsträger wird hieran regelmäßig kein Interesse haben, da die Verwertung des Grundstücks mit Aufwand und Kosten verbunden ist. Für den Sozialleistungsträger wird die Entrichtung einer Geldleistung von größerem Interesse sein.

Im Gegensatz zum Sozialleistungsträger wird der Beschenkte möglicherweise ein Interesse daran haben, durch Rückgabe der Schenkung von allen Zahlungsverpflichtungen befreit zu werden.

In den Fällen, in denen der Notbedarf unter dem Wert der Zuwendung verbleibt, wird man in einer freiwilligen Naturalrestitution eine vollständige Abgeltung der Geldansprüche sehen müssen.

Davon zu unterscheiden ist der originäre Unterhaltsanspruch des Schenkers gegen den Beschenkten. Dieser kann nicht durch Rückgabe des Geschenkes für die Zukunft abgegolten werden. Dabei handelt es sich um verschiedene Anspruchsgrundlagen, die nicht vermischt werden können⁶⁵.

Unter Berücksichtigung vorgenannter Probleme aufgrund der Überleitung von Rückforderungsansprüchen durch den Sozialleistungsträger, sollte in der Praxis das Problem der Kettenschenkungen mehr in den Fokus rücken.

Kettenschenkungen werden meist zur steuerlichen Optimierung bei Vermögensübertragungen eingesetzt. Dabei können zum Beispiel an entferntere Verwandte⁶⁶ oder Stiefkinder besonders werthaltige Vermögensgegenstände übertragen werden, mit einem günstigeren mehrfachen Freibetrag.

Sollte es bei dem eingeschalteten, mittelbaren Schenker zu einer Verarmung im Sinne von § 528 BGB kommen, kann unter Berücksichtigung der übrigen Voraussetzungen eine Rückforderung erfolgen.

Dies ist in der Beratungspraxis dann erheblich, wenn durch bekannt gewordene Umstände für den mittelbaren Schenker ein höheres Risiko zur Verarmung besteht. In diesen Fällen sollte eine andere Gestaltungsalternative gewählt werden.

3.3 Wohnungsrecht

Von dem hier zu besprechenden Problem der Überleitungsansprüche aus einem Wohnungsrecht ist der Fall eines echten Leibgedingsvertrages zu unterscheiden.

Bei einem echten Leibgedingsvertrag im Sinne von Art. 96 EGBGB haben die meisten Bundesländer, von der Möglichkeit Ausführungsgesetze zu erlassen, Gebrauch gemacht.

So sehen die Art. 18-20 des BayAGBGB oder der § 14 des BaWü AGBGB eine Ersatzrente für den Fall des Wegzugs des Berechtigten vor. Dieser Geldanspruch ist ohne weiteres auf den Sozialleistungsträger überleitungsfähig.

Hier angesprochen werden soll das Problem der Nichtnutzung eines Wohnungsrechts, auf Grund des Auszugs wegen Pflegebedürftigkeit. Der Sozialleistungsträger wird an einer Überleitung aller denkbaren Ansprüche in diesem Zusammenhang ein Interesse haben.

Der Terminus Anspruch ist in § 194 BGB legal definiert. Danach ist ein Anspruch das Recht von einem Anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen.

Der § 93 SGB XII und seine Parallelvorschrift aus dem SGB II⁶⁷ beziehen sich dem Grunde nach auf einen geldwerten Anspruch.

In der Literatur wurde das Problem der Überleitung von Wohnungsrechten unterschiedlich betrachtet. Eine Ansicht ging davon aus, dass ein Wohnungsrecht nach § 1093 BGB ein dingliches, absolutes Recht ist und somit grundsätzlich per Definition nicht überleitungsfähig⁶⁸. Es handele sich bei einem dinglichen Wohnungsrecht nicht um einen Anspruch, sondern um ein unmittelbares Recht an einer Sache mit Wirkung gegenüber jedermann. Bei einem schuldrechtlichen Wohnungsrecht wurde die Eigenschaft als Anspruch bejaht, dafür jedoch eine Überleitung wegen der Höchstpersönlichkeit des Wohnungsrechtes ausgeschlossen.

Die Gegenmeinung vertrat die Ansicht, dass ein Wohnungsrecht per se als Naturalleistung nicht überleitungsfähig sein kann, wohl aber mit dem Wohnungsrecht in Verbindung stehende Pflichten des Eigentümers, bzw. Nutzungen die aus dem Wohnungsrecht gezogen werden können⁶⁹.

Die Rechtsprechung hat diese Problematik jüngst aufgreifen müssen und ist dabei zu differenzierten Ergebnissen gekommen⁷⁰.

Der BGH⁷¹ geht zutreffend bei einem Umzug eines Wohnungsberechtigten in ein Heim nicht von einem automatischen Erlöschen des Wohnungsrechtes aus. Ein Wohnungsrecht erlischt, wenn seine Ausübung tatsächlich und rechtlich unmöglich ist⁷².

In diesem konkreten Fall hat der BGH die abstrakte Möglichkeit zur Vermietung durch den Berechtigten in den Vordergrund gerückt. Es sei somit unerheblich, ob der Eigentümer

⁶⁴ NJW-RR 1996, 754

⁶⁵ BGH, ZEV 1996, 152

⁶⁶ in Bezug auf den ursprünglichen Vermögensinhaber

⁶⁷ § 33 SGB II

⁶⁸ Karpen, MittRhNotK 1988, 131

⁶⁹ Baur, ZfS 1982, 229

⁷⁰ ausführlich: Auktor, MittBayNot 2008, 14

⁷¹ BGH, MittBayNot 2008, 42

⁷² BayObLG, DNotZ 2000, 63

Willens ist, einer Vermietung durch den Wohnungsberechtigten zuzustimmen. Mit dieser Begründung schied ein Erlöschen des Wohnungsrechtes aus.

Im notariellen Überlassungsvertrag kann geregelt werden, was bei einem pflegebedingten Auszug geschehen soll⁷³. Es könnte sich anbieten das Wohnungsrecht erlöschen zu lassen, soweit der Berechtigte nicht nur vorübergehend das Grundstück verlässt⁷⁴.

Des Weiteren ist zur Vermeidung von Auslegungsfragen zu regeln, ob in einem solchen Fall ein Geldersatzanspruch, zugunsten des Wohnungsberechtigten entsteht.

Sollten keine hinreichenden Regelungen im Überlassungsvertrag aufgenommen worden sein, so ist auch eine nachträgliche Regelung möglich. In dem Fall, dass diese unterblieben ist, stellt sich die Frage, in wie weit das Wohnungsrecht in einen Geldanspruch, der dann überleitungsfähig wäre, umgewandelt werden kann.

Eine gängige Theorie basiert auf dem Wegfall der Geschäftsgrundlage. Dies beruht auf der Annahme, dass die ursprünglich zu erbringende Leistung unmöglich geworden ist und sich somit in einen Zahlungsanspruch wandelt.

Der Zahlungsanspruch geht dann soweit, dass der Wert des Wohnungsrechtes zu kapitalisieren ist, bzw. die zu erzielende Miete in Regress genommen werden kann⁷⁵.

Dieser Ansicht gegenüber hat sich der BGH mit vorgenanntem Urteil kritisch geäußert, indem er anmerkte, dass bei einem lebenslang bestellten Wohnungsrecht mit einem Auszug wegen Krankheit und Alter zu rechnen sei.

In einer aktuellen Entscheidung hat der BGH⁷⁶ erneut einer Auslegung nach Gesichtspunkten des Wegfalls der Geschäftsgrundlage eine Absage erteilt. Der BGH verneinte des Weiteren für den Regelfall eine Verpflichtung, die Wohnung nach Auszug des Wohnungsberechtigten zu vermieten. Das Wohnungsrecht solle nicht zu sehr dem Nießbrauchrecht angeglichen werden.

In der obergerichtlichen Rechtsprechung⁷⁷ wurde eine Verpflichtung zur Vermietung bzw. zur Abführung von fiktiven Mieterträgen über eine Anwendung von § 313 BGB bejaht. In seiner neuesten Rechtsprechung hat der BGH⁷⁸ dem erneut eine Absage erteilt, da er gerade keinen unter § 313 BGB zu subsumierenden Sachverhalt als gegeben ansah. Im Rahmen der Vereinbarung eines unbefristeten Wohnungsrecht sei, so der BGH, mit einem pflegebedingten Auszug zu rechnen.

Eine zweite Theorie bezieht sich auf die ergänzende Vertragsauslegung. Im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung

ist der hypothetische Parteiwille zu ermitteln. Dem Wohnungsberechtigten soll im Regelfall die Möglichkeit zum lebenslangen, unentgeltlichen Wohnen geschaffen werden. Hat sich der Eigentümer zur Tragung der verbrauchsabhängigen Kosten verpflichtet, so ist diese Ersparnis bei Auszug ein Anspruch der überleitungsfähig ist⁷⁹. Dem steht nicht entgegen, dass die Beteiligten meist keine Überleitung durch den Sozialleistungsträger wünschen, da für die ergänzende Vertragsauslegung der hypothetische Parteiwille maßgebend ist⁸⁰.

Soweit eine Vertragslücke vorliegt, gibt der BGH ein Auslegungsergebnis vor, welches dem in § 2 SGB XII normierten Nachrang der Sozialhilfe Rechnung trägt und damit in den meisten Fällen zu einer Kostenbeteiligung des Eigentümers führt. Eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet dann aus, wenn die Beteiligten den Fall eines pflegebedingten Auszugs eigenständig geregelt haben. In Hinblick auf die jüngst ergangene Rechtsprechung des BGH, besonders in Bezug auf eine vorbehaltende Pflegeverpflichtung, kann davon ausgegangen werden, dass eine Ruhendverpflichtung bzw. eine auflösende Bedingung des Wohnungsrechts vereinbart werden kann.

Einen m.E. gut strukturierten Ansatz verfolgt das Oberlandesgericht Celle in einer aktuellen Entscheidung⁸¹. Das OLG Celle führt dogmatisch fehlerfrei aus, dass es Grenzen für den Wertersatz des Eigentümers geben müsse. So ist der Eigentümer nicht zur umfassenden Bedarfsdeckung verpflichtet⁸². Vielmehr ist der Eigentümer in Höhe der ersparten Aufwendungen zu beteiligen, sowie in Höhe eines erzielbaren Mietwertes, unter der Maßgabe, dass der Eigentümer die Wohnung des Berechtigten selbst nutzt.

Gekoppelt wird diese Kostenbeteiligung mit der Voraussetzung, dass der Wohnungsberechte gleichzeitig seinen vollzugsreifen Verzicht auf das Wohnungsrecht im Grundbuch erklärt⁸³.

Ob der BGH dieser, m.E. richtigen Auffassung letztlich folgt, ist noch offen.

3.4 Pflegeverpflichtung

Anders als bei einem vorbehaltenden Wohnungsrecht kann mittlerweile bei einer vorbehaltenden Pflegeverpflichtung auf eine gefestigtere Rechtsprechung durch den BGH verwiesen werden.

So hat der BGH in einer jüngst veröffentlichten Entscheidung⁸⁴ seine seit einigen Jahren bestehende Recht-

⁷³ Krauß, Überlassungsverträge in der Praxis, 2007, Rdnr. 859

⁷⁴ NJW-Spezial 2004, 157

⁷⁵ OLG Hamm, NJW-RR 1996, 1360

⁷⁶ BGH, NJW 2009, 1348

⁷⁷ OLG Köln, FamRZ 1995, 1408; OLG Celle, DNotI Report 1999, 104

⁷⁸ BGH, MittBayNot 2009, 298

⁷⁹ OLG Düsseldorf, Zerb 2006, 59

⁸⁰ BGH, NJW 1986, 1429

⁸¹ OLG Celle, DNotI Report 2008, 29

⁸² Ausnahme: es bestehen andere Anspruchsgrundlagen, wie § 528 BGB oder Unterhaltsansprüche

⁸³ Mayer, DNotZ, 672

⁸⁴ BGH, MittBayNot 2009, 294

sprechung⁸⁵ konkretisiert. Zweckmäßigerweise hat der Bundesgerichtshof bekräftigt, dass es keine Verpflichtung eines Schenkers gibt, sich in einem Schenkungsvertrag (bzw. vergleichbaren Vertrag) Rechte und Nutzungen vorzubehalten. Der Übergeber ist nicht gehindert den Gegenstand frei von Gegenverpflichtungen zu übertragen. Es stellt auch keine sittliche Verfehlung in Hinblick auf § 138 BGB dar, wenn der Übergeber mit der Übergabe einen Teil seiner Altersversorgung aufgibt.

Rechte aus der Schenkung können über § 528 BGB zurückgefordert und unter den bereits genannten Voraussetzungen übergeleitet werden. Der § 528 BGB ist dabei nicht durch den § 138 BGB in der Form einzuschränken, dass eine Gegenleistung zwingend ist, bzw. eine zu geringe oder auflösend gestaltete Gegenleistung zur Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfts führt.

Unterstellt, in einem Schenkungsvertrag wird eine Wart- und Pflegeverpflichtung durch den Beschenkten vereinbart, so stellte sich die Frage nach der Überleitung von Ansprüchen, soweit der Schenker einen nicht gedeckten Betrag seiner stationären Pflegeleistung hatte. Hier zeigt sich ein Rechtsprechungswandel beim BGH. Noch im Jahr 2001 vertrat der BGH⁸⁶, dass einerseits die ersparten Aufwendungen des Beschenkten überleitungsfähige Ansprüche sind und andererseits eine ausschließende Ruhendverpflichtung der Wart- und Pflegeverpflichtung zu einem unzulässigen Vertrag zulasten Dritter (Sozialleistungsträger) führen würde. Gegründet wurde diese Entscheidung auf einer ergänzenden Vertragsauslegung.

Bereits zwei Jahre später stellte der Bundesgerichtshof klar, dass kein unzulässiger Vertrag zulasten des Sozialleistungsträgers vorliegt, da die Belastung nur eine mittelbare wirtschaftliche Folge einer Ruhendverpflichtung ist und keine unmittelbar rechtliche.

Mit seiner Entscheidung vom 09.02.2009⁸⁷ gibt der BGH dem Kautelarjuristen nun Klarheit, dass eine auf Sachleistungen beschränkte Pflegeverpflichtung keine überleitungsrechtlichen Folgen hat. Bei einer erweiterten Pflegeverpflichtung mit der Vereinbarung von gestellter Pflege durch den Beschenkten bzw. gegebenenfalls einer professionellen Fachkraft, ist der Vertragsgestalter gehalten eine Regelung für den pflegebedingten Umzug in ein Alters- oder Pflegeheim zu treffen. Einer ergänzenden Vertragsauslegung durch Gerichte sollte der Raum entzogen werden, auch wenn der BGH angedeutet hat, dass diese regelmäßig zugunsten einer Ruhendverpflichtung der Pflegeleistung erfolgen könnte.

IV. Fazit

Wie zu Eingang dieses Beitrages erläutert, bestehen für den Notar keine Belehrungspflichten hinsichtlich sozialrechtlicher Folgen eines Rechtsgeschäfts. Gleichwohl werden diese Fragen an den Notar herangetragen und er wird bemüht sein, diese im Rahmen seiner Möglichkeiten zu beantworten und in der Kautelarpraxis auch entsprechende Schlussfolgerungen zu ziehen.

In der Rechtsprechung werden dem Notar z.B. in dem Bereich des Steuerrechts stetig weitergehende Belehrungspflichten⁸⁸ auferlegt.

Dabei kann und sollte der Notar bei steuerrechtlichen Problemen auf die Hilfestellung von Angehörigen der steuerberatenden Berufe verweisen. Im Sozialrecht ist etwas Vergleichbares noch nicht gegeben⁸⁹.

Der Dritte Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung⁹⁰ hat festgestellt, dass die Zahl der Familien mit Leistungsbezug zunimmt. In der Folge wird auch die Rückforderung von Leistungen zunehmen.

Somit ist abzusehen, dass sich der Notar in Zukunft noch stärker mit der Materie des sozialrechtlichen Regresses beschäftigen muss.

⁸⁵ BGH, MittBayNot 2004, 180

⁸⁶ BGH, MittBayNot 2002, 179

⁸⁷ siehe Nr. 84

⁸⁸ betr. Beratungspflicht bei steuerrechtlichen Problemen: Winkler, Beurkundungsgesetz § 17 Rdnr. 264; Mensch, BWNNotZ 2007, 145

⁸⁹ Beachte: Reform des Berufsstands des Rentenberaters hin zum umfassenden sozialversicherungsrechtlichen Berater mit vorheriger Lehrgangs- und Prüfungspflicht ab 01.07.2008

⁹⁰ Lebenslagen in Deutschland- Dritter Armuts- und Reichtumsbericht der Bundesregierung 2008

Verfügungsbeschränkungen bei Verfügungen über in Deutschland belegenen Grundbesitz durch verheiratete türkische oder ehemals türkische Staatsangehörige

(von Daniel Schaal, Notarvertreter, Stuttgart)

I. Problemaufriss

In der Praxis der Notariate kommt hin und wieder eine der nachstehend dargestellten Fallkonstellationen vor:

Fall 1:

Ein türkischer Staatsangehöriger ist als Alleineigentümer eines Hausgrundstücks im Grundbuch eingetragen. Er ist verheiratet mit einer ebenfalls türkischen Staatsangehörigen.

Er möchte das Gebäudegrundstück, auf dem sich das Familienwohnheim befindet, an einen Dritten verkaufen/alternativ ein Grundpfandrecht im Grundbuch eintragen lassen.

Fall 2:

Ein türkischer Staatsangehöriger ist als Alleineigentümer eines Hausgrundstücks im Grundbuch eingetragen. Er ist verheiratet mit einer nunmehr deutschen Staatsangehörigen, die allerdings im Zeitpunkt der Eheschließung ausschließlich türkische Staatsangehörige war. Die Ehegatten haben ihren gemeinsamen Wohnsitz in Deutschland.

Der Ehemann möchte das Gebäudegrundstück, auf dem sich das Familienwohnheim befindet, an einen Dritten verkaufen/alternativ ein Grundpfandrecht im Grundbuch eintragen lassen.

Fall 3:

Ein deutscher Staatsangehöriger ist als Alleineigentümer eines Hausgrundstücks im Grundbuch eingetragen. Er ist mit einer deutschen Staatsangehörigen verheiratet. Bei Eheschließung waren beide Ehegatten ausschließlich türkische Staatsangehörige.

Der Eigentümer möchte das Gebäudegrundstück, auf dem sich das Familienwohnheim befindet, an einen Dritten verkaufen/alternativ ein Grundpfandrecht im Grundbuch eintragen lassen.

Fall 4:

Ehegatten sind als Miteigentümer je zur Hälfte eines

Miethausgrundstücks im Grundbuch eingetragen. Bei Eheschließung waren beide Ehegatten ausschließlich türkische Staatsangehörige, nun sind beide Ehegatten ausschließlich deutsche Staatsangehörige.

Der Ehemann möchte seine Miteigentumshälfte ohne Mitwirkung seiner Ehefrau auf seinen Sohn übertragen/alternativ seine Miteigentumshälfte mit einem Grundpfandrecht belasten.

Der Notar muss sich im Vorfeld der Beurkundungsgeschäfte die Frage stellen, ob die **Zustimmung des nicht im Grundbuch eingetragenen Ehegatten** (Fälle 1 bis 3) bzw. des **Miteigentümerehegatten** (Fall 4) für diese Geschäfte erforderlich ist. Zwar gilt für sachenrechtliche Fragen in Bezug auf deutsche Grundstücke nach Art. 43 EGBGB deutsches Recht, in der Regel gilt mangels anderslautender Rechtswahl auch für den schuldrechtlichen Kauf- oder Veräußerungsvertrag über ein deutsches Grundstück deutsches Recht, siehe Art. 28 Abs. 1, Abs. 3 EGBGB. Für die Frage, ob zur Wirksamkeit des schuldrechtlichen oder dinglichen Veräußerungsvertrages jedoch eine Zustimmung des Ehegatten erforderlich ist, ist das Ehwirkungs- oder Ehegüterstatut zu befragen, das nach den Art. 14, 15 EGBGB zu ermitteln ist¹. Der Notar ist nicht verpflichtet, wohl aber gehalten, in den dargestellten Fällen zu prüfen, ob sich aus dem geltenden Ehwirkungs- oder Ehegüterrecht ein Zustimmungserfordernis bzw. eine Verfügungsbeschränkung ergibt.²

Im türkischen Familienrecht bestehen zwei für die notarielle Praxis relevante Verfügungsbeschränkungen³:

¹ Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 6. Auflage 2004, RNr. 2781; Stoll in Staudinger, BGB (1996), IntSachenrecht Rz. 188; teilweise a.A. für sich aus ausländischem Eherecht ergebende Verpflichtungsbeschränkungen BGH NJW 1977, 1011 (Vertragsstatut sei auch für die Frage, ob eine Zustimmung des Ehegatten erforderlich sei, maßgebend mit abl. Anm. Jochem = JZ 1977, 438 mit abl. Anm. Kühne.

² zu Prüfungs- und Amtspflichten des Notars in solchen Fällen ausführlich Schotten, DNotZ 1994, 670, 679ff.

³ Naumann, RNotZ 2003, 343, 350.

a) Art. 194 türk. ZGB

Art. 194 Abs. 1 des türkischen ZGB sieht vor, dass ein Ehegatte nur mit ausdrücklicher Zustimmung des anderen Ehegatten einen Mietvertrag über die Familienwohnung kündigen, das Haus oder die Wohnung der Familie **veräußern** oder die Rechte daran beschränken kann. Die Verfügungsbeschränkung ist unabhängig von den Eigentumsverhältnissen, besteht also gerade dann, wenn ein Ehegatte Alleineigentümer der Familienwohnung ist, die Verfügungsbeschränkung **könnte also die Fälle 1 bis 3 betreffen**. Art. 194 I türk. ZGB kommt unabhängig vom Güterstand zur Anwendung, bspw. also auch bei Geltung der türkischen Gütertrennung oder eines anderen Güterstandes (hierzu unten III. 1)).

Familienwohnung im Sinne des Art. 194 I türk. ZGB ist die Wohnung, in der der Mittelpunkt des Ehe- und Familienlebens begründet ist⁴. Nicht erforderlich für die Erfüllung des Begriffs der Familienwohnung ist das Vorhandensein gemeinschaftlicher Kinder⁵. Die Entscheidung zur Widmung der Familienwohnung wird durch beide Ehegatten getroffen⁶.

Kommt Art. 194 I türk. ZGB zur Anwendung, bedarf die Veräußerung eines Grundstücks, auf dem sich die Familienwohnung befindet also der Zustimmung des Nichteigentümerehegatten.

Die Zustimmung des Ehegatten nach Art. 194 I türk. ZGB kann neben dem Fall der Veräußerung auch erforderlich sein, wenn der Ehegatte die **Rechte an dem Familienwohnheim durch eine Handlung beschränkt**. Dieser Fall könnte bei der Bestellung eines Grundpfandrechtes zulasten des Grundstücks, auf dem sich die Familienwohnung befindet, vorliegen.

In der Schweiz, dessen Regelungen der Bestimmung des Art. 194 türk. ZGB zugrunde liegen, ist umstritten, ob die Belastung eines Grundstücks mit Grundpfandrechten die Rechte am Familienwohnheim beschränkt und somit der Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf. Die wohl herrschende Lehre nimmt an, dass eine angemessene hypothekarische Belastung den längerfristigen Bestand der Familienwohnung nicht gefährdet, eine Zustimmung des Ehegatten dann also nicht erforderlich sei. Diese wird jedoch wiederum dann gefordert, wenn Umgehungsabsicht (Überbelastung mit der absehbaren Folge der Zwangsverwertung) anzunehmen

ist oder objektiv die Gefahr besteht, dass diese Belastung langfristig nicht getragen werden kann⁷.

Unklar ist, wie türkische Gerichte insoweit die Bestimmung des Art. 194 I türk. ZGB interpretieren werden.

Aufgrund des Schutzzwecks des Art. 194 türk. ZGB wird man davon ausgehen müssen, dass die Vorschrift jedes Rechtsgeschäft erfasst, das eine erhebliche Gefahr eines zukünftigen Verlustes der Familienwohnung begründet⁸. Ein Grundpfandrecht stellt eine solche Gefahr dar.

Für die notarielle Praxis bedeutet diese Rechtsunsicherheit, dass auch bei isolierter Bestellung eines Grundpfandrechtes i.d.R. die Zustimmung des Ehegatten in einem Fall einzuholen ist, in dem Art. 194 I türk. ZGB anwendbar ist. Bei einem Grundstücksverkauf mit Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten empfiehlt es sich, sowohl für den Kaufvertrag bzw. die entsprechenden Vollzugsgeschäfte als auch für die Grundschuldbestellung die Zustimmung des Ehegatten einzuholen.

Die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück, auf dem sich die Familienwohnung befindet, bedarf keiner Zustimmung des Nichteigentümerehegatten nach Art. 194 türk. ZGB, weil sie nicht auf einer Handlung des Eigentümerehegatten beruht⁹. Wird allerdings aus einem Grundpfandrecht vollstreckt, war zur Bestellung dieses Grundpfandrechtes i.d.R. die Zustimmung des Ehegatten erforderlich.

Teilweise wird in der Literatur angenommen, die Frage der Anwendung des Art. 194 I türk. ZGB könne sich nur stellen, solange die Ehe der Beteiligten intakt ist. Während der Trennung und in einem Scheidungsverfahren schließe Art. 17a EGBGB die Anwendung des Art. 194 I türk. ZGB für die in Deutschland belegene Familienwohnung aus¹⁰. In dieser Allgemeinheit kann ich dieser Ansicht nicht folgen. Art. 17a EGBGB regelt nur die Zuweisung der **Nutzungsbefugnis** an einer im Inland belegenen Ehwohnung¹¹. Art. 194 I türk. ZGB geht aber über diesen Regelungsgehalt seinem Wortlaut und seinem Schutzzweck nach hinaus, so dass auch von einer Geltung der Verfügungsbeschränkung während der Trennungsphase bis zur Rechtskraft der Scheidung auszugehen ist.

⁴ Naumann, RNotZ 2003, 351 m.w.N..

⁵ Ulsan, ÖNZ 2002, 225; Naumann, RNotZ 2003, 351.

⁶ Art. 186 I türk. ZGB.

⁷ Honsell/Vogt/Geiser, Kommentar zum schweizerischen ZGB I, 2. Aufl. 2002, Art. 169 Rn. 16.

⁸ Odendahl, FamRZ 2003, 648, 651; Naumann, RNotZ 2003, 351.

⁹ DNotI-Gutachten Dokumentennummer 64740.

¹⁰ Turan-Schnieders/Finger, FamRB 2002, 307, 310; Naumann, RNotZ 2003, 350.

¹¹ Mankowski in Staudinger, BGB (2003), Art. 17a EGBGB Rn. 5, 11ff.

b) Art. 223 Abs. 2 türk. ZGB

Nach Art. 223 Abs. 2 türkisches ZGB kann ein Ehegatte, wenn ein Gegenstand im Miteigentum beider Ehegatten steht, ohne die Zustimmung des anderen über seinen Anteil nicht verfügen, soweit nichts anderes bestimmt ist. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine Verfügungsbeschränkung, die nur im gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung nach türkischem Recht gilt¹², also eine rein güterrechtliche Verfügungsbeschränkung. Diese Verfügungsbeschränkung könnte unseren **Fall 4 betreffen**.

Von Art. 223 Abs. 2 türk. ZGB werden nur rechtsgeschäftliche Verfügungen erfasst, nicht Verfügungen im Wege der Zwangsvollstreckung oder Verfügungen von Todes wegen¹³. Die Veräußerung des Miteigentumsanteils oder die rechtsgeschäftliche Belastung desselben mit einem Grundpfandrecht sind in jedem Fall Verfügungen im Sinne des Art. 223 Abs. 2 türk. ZGB.

In allen Fällen muss aber zunächst geklärt werden, ob aus deutscher Sicht türkisches allgemeines Eherecht bzw. türkisches Güterrecht überhaupt zur Anwendung kommt, denn nur dann kann sich ein Zustimmungserfordernis aus den genannten Bestimmungen ergeben.

II. Ermittlung des Ehwirkungs- und Ehegüterrechtsstatuts

1) Recht der allgemeinen Ehwirkungen

a) Beispielfälle 1, 3 und 4

Nach Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB beurteilen sich die allgemeinen Ehwirkungen in erster Linie nach dem Recht des Staates, dem die Ehegatten jeweils gemeinsam angehören (wandelbare Anknüpfung). In dem unter Nr. 1 dargestellten **Fall 1** führt diese Anknüpfung zunächst ins türkische Recht. Da die Verweisung nach Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB eine Gesamtverweisung ist (Art. 4 Abs. 1 EGBGB), ist das türkische IPR auf eine etwaige Rück- oder Weiterverweisung zu untersuchen. Auch das türkische IPR knüpft die allgemeinen Ehwirkungen sowohl nach dem bis 11.12.2007 geltenden Recht als auch nach dem neuen IPR-Gesetz vom 27.11.2007, in Kraft getreten zum 12.12.2007¹⁴, in erster Linie an die jeweili-

ge gemeinsame Staatsangehörigkeit an, so dass die Verweisung des Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB angenommen wird¹⁵. Im **Fall 1** ist somit türkisches allgemeines Ehwirkungsrecht anwendbar.

Im **Fall 3** führt die Anknüpfung des Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB aufgrund der bestehenden deutschen Staatsangehörigkeit beider Ehegatten ins deutsche Recht, so dass im **Fall 3** deutsches Recht auf die allgemeinen Ehwirkungen anwendbar ist. Gleiches gilt im **Fall 4**.

b) Beispielfall 2

Nach Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB beurteilen sich die allgemeinen Ehwirkungen aus deutscher Sicht in zweiter Linie nach dem Recht des Staates, dem die Ehegatten zuletzt gemeinsam angehört, wenn ein Ehegatte diesem Staat noch angehört. In dem unter Nr. 1 dargestellten **Fall 2** führt diese Anknüpfung wiederum zunächst ins türkische Recht. Das türkische IPR knüpft die allgemeinen Ehwirkungen bei gemischt-nationalen Ehegatten sowohl nach dem bis Ende 2007 geltenden Recht als auch nach dem IPR-Gesetz vom 27.11.2007 jedoch anders an als das deutsche Recht und verweist bei gemischt-nationalen Ehegatten in erster Linie auf das Recht des jeweiligen gemeinsamen Wohnsitzes¹⁶ (bis 11.12.2007 geltendes Recht) bzw. das Recht des jeweiligen gewöhnlichen Aufenthaltes¹⁷ und zwar unabhängig davon, ob ein Ehegatte die frühere gemeinsame Staatsangehörigkeit noch hat. Im Beispielfall 2 führt dies zu einer Rückverweisung auf deutsches Recht als Recht des Staates des gemeinsamen Wohnsitzes bzw. gewöhnlichen Aufenthaltes der Ehegatten. Diese Rückverweisung wird vom deutschen Recht angenommen, so dass im **Fall 2** deutsches Recht für die allgemeinen Ehwirkungen zur Anwendung kommt.

2) Güterrecht

Nach Art. 15 Abs. 1 i.V. mit Art. 14 I Nr. 1 EGBGB beurteilen sich die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten mangels Rechtswahl nach dem gemeinsamen Heimatrecht der Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung (unwandelbare Anknüpfung). Wenn die Ehegatten auch im Zeitpunkt der Eheschließung beide ausschließlich türkische Staatsangehörige waren, führt diese Anknüpfung wiederum ins türkische Recht, dessen IPR auf eine etwaige Rück- oder Weiterverweisung zu untersuchen ist, Art. 4 Abs. 1 EGBGB.

Zum 12.12.2007 ist in der Türkei ein neues IPR-Gesetz in Kraft getreten. Die güterrechtliche Anknüpfung ist nun in Art. 15 türk. IPR-Gesetz geregelt.

¹² Rumpf/Odendahl in: Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kind-schaftsrecht, Loseblattsammlung, Länderteil Türkei S. 30 (Stand: 30.06.2003); Naumann, RNotZ 2003, 350.

¹³ Naumann, RNotZ 2003, 350 mit Bezug auf die entsprechenden Regelungen im Schweizer Recht, die Grundlage für die türkischen Bestimmungen waren.

¹⁴ Art. 14 III türk. IPRG vom 27.11.2007 in Kraft getreten am 12.12.2007.

¹⁵ Süß/Ring, Eherecht in Europa, 1. Auflage 2006, Länderteil Türkei RNr. 58; Höbbel/Möller, Formularbuch Scheidungen internationaler Ehen, 1. Aufl. 2008, RNr. 845.

¹⁶ Süß/Ring, aaO, Länderteil Türkei RNr. 58; Höbbel/Möller, aaO, RNr. 847; Rumpf/Odendahl in: Ferid/Bergmann, aaO, Länderteil Türkei S. 22.

¹⁷ Art. 14 III türk. IPRG vom 27.11.2007.

Das bis 11.12.2007 geltende türkische IPR knüpfte das eheliche Güterrecht mangels Rechtswahl unwandelbar in erster Linie an die gemeinsame Staatsangehörigkeit der Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung an. In zweiter Linie wurde bei gemischt-nationalen Ehegatten nach dem bis zum 11.12.2007 geltenden Recht an den gemeinsamen Wohnsitz bei Eheschließung angeknüpft. Nach dem am 12.12.2007 in Kraft getretenen neuen IPR-Gesetz richtet sich das anwendbare Güterrecht mangels (eingeschränkt zulässiger) Rechtswahl wie nach altem Recht in erster Linie nach dem gemeinsamen Heimatrecht der Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung und wenn ein solches nicht vorhanden ist, nach dem gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt der Eheschließung¹⁸.

Art. 15 Abs. 2 des am 12.12.2007 in Kraft getretenen IPR-Gesetzes enthält jedoch die Aussage, dass auf die Auseinandersetzung des Vermögens hinsichtlich unbeweglicher Sachen das Recht des Landes angewandt wird, in dem sie belegen sind. Eine solche Vorschrift enthielt das bis 11.12.2007 geltende Recht nicht. Art. 15 Abs. 2 des genannten Gesetzes dürfte als Verweisung auf das Belegenheitsrecht für das Güterrecht anzusehen sein¹⁹. Damit führt das türkische Recht für Immobilien generell eine Güterrechtsspaltung ein²⁰. Für unbewegliches Vermögen gilt das Güterrecht des Belegenheitsstaates.

Somit ist in Fällen des Immobilienerwerbes nach dem 12.12.2007 durch in einem türkischen Güterstand lebende Ehegatten aufgrund Rückverweisung des türkischen Rechts, die vom deutschen Recht angenommen wird, hinsichtlich in Deutschland belegenen unbeweglichen Vermögens deutsches Güterrecht anzuwenden. Art. 223 türk. ZGB kann in diesen Fällen für Miteigentum an in Deutschland belegenen Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten nicht mehr zur Anwendung kommen.

Fraglich ist, ob dies auch für Immobilien durch im türkischen Güterrecht lebende Ehegatten gilt, wenn die Immobilie vor Inkrafttreten des neuen IPR-Gesetzes, also vor dem 12.12.2007, erworben wurde. Auch in solchen Altfällen dürfte es an diesem Tag zu einem Statutenwechsel gekommen sein. Übergangsbestimmungen zum IPR-Gesetz fehlen, in Art. 1 EinfG zum türk. ZGB, Gesetz Nr. 4722/2001 ist der allgemeine Grundsatz der Nichtrückwirkung von Gesetzen enthalten. In abgeschlossenen Vorgängen führt dieser Grundsatz dazu, dass auf diese das neue Recht nicht anzuwenden ist. Für die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Eheleute sind aber wohl ab Inkrafttreten des neuen Gesetzes die neuen Regeln anzuwenden²¹. Dies dürfte auch für das Güterrecht gelten, so dass am 12.12.2007 ein Güterstatutswechsel im Hinblick auf in Deutschland belegene Grundstücke eingetreten ist. Seit dem 12.12.2007 gilt somit auch bei grds. im türkischen Güterrecht lebenden Ehegatten kraft Rückverweisung des türkischen Rechts deutsches Güterrecht, hinsichtlich in Deutschland belegenen Grundbesitzes.

Sowohl im **Fall 1 als auch in den Fällen 2 bis 4** leben die Ehegatten zwar grds. im gesetzlichen türkischen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, soweit sie keine anderslautenden vertraglichen Regelungen getroffen haben und eine Überleitung zu diesem Güterstand bei Eheschließung vor dem 01.01.2002 stattgefunden hat²². Nach türkischem Sachrecht gilt auch für Ehen, die vor dem 01.01.2002 geschlossen wurden, aufgrund der Übergangsbestimmungen für alle Vermögensdispositionen ab 01.01.2002 der neue gesetzliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung, soweit die Ehegatten nicht bis zum 01.01.2003 durch Ehevertrag einen anderen Güterstand gewählt haben²³. Hinsichtlich des in Deutschland belegenen Grundeigentums leben die Ehegatten jedoch im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft nach deutschem Recht, wenn keine anderen Vereinbarungen getroffen wurden.

III. Bestehende Verfügungsbeschränkungen in den Fällen 1 bis 4

Nummehr ist zu klären, ob in den dargestellten Beispielfällen das türkische Sachrecht im Hinblick auf Art. 194 Abs. 1 und Art. 223 Abs. 2 türk. ZGB zur Anwendung kommt.

1) Fälle 1 bis 3

Wie bereits oben unter Z. I. dargestellt, fallen sowohl die Veräußerung des Grundstücks, auf dem sich die Familienwohnung befindet, als auch die Belastung desselben mit einem Grundpfandrecht grds. unter Art. 194 Abs.1 türk. ZGB.

Fraglich ist jedoch, ob die Bestimmung des Art. 194 türk. ZGB in den dargestellten Beispielfällen 1 bis 3 überhaupt zur Anwendung kommt. Nach türkischem Recht ist die dargestellte Verfügungsbeschränkung des Art. 194 türk. ZGB **unabhängig vom Güterstand**. Es handelt sich damit nicht um eine güterrechtliche Verfügungsbeschränkung (im deutschen Recht bspw. § 1365, 1369 BGB), sondern um eine Verfügungsbeschränkung, die sich **aus den allgemeinen Ehewirkungen** ergibt²⁴.

Folglich ist die Frage, ob für die Verfügung über das in Deutschland liegende Grundstück, auf dem sich das Familienwohnheim befindet, eine Zustimmung des Ehegatten

¹⁸ Art. 15 I türk IPRG vom 27.11.2007.

¹⁹ so auch Turan-Schnieders/Finger, FamRBint 2008 S. 40, 42.

²⁰ Odendahl, FamRZ 2009, 567, 570, 571.

²¹ Krüger/Nomer-Ertan, IPrax 2008, 281.

²² zu diesem Problem siehe Schotten/Schmellenkamp, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Auflage 2007, RNr. 426; Öztan FamRZ 2005, 328, 331; Hertel in: Würzburger Notarhandbuch, 1. Auflage 2005, Teil 7 RNr. 537ff; Naumann, RNotZ 2003, 347.

²³ Odendahl, FamRZ 2002, 224; ders. FamRZ 2003, 648, 657; Naumann, RNotZ 2003, 348; zur Frage des Güterstandes für vor dem 01.01.2002 erworbenes Vermögen siehe Odendahl, FamRZ 2009, 567, 571.

²⁴ Frank/Wachter, aaO; Länderteil Türkei, RNr. 244; Hertel in: Würzburger Notarhandbuch, aaO, Teil 7 RNr. 537, 538; Kilic in: Süß/Ring, aaO, Länderteil Türkei RNr. 47; Naumann, RNotZ 2003, 351; a.A. wohl Milzer, RNotZ 2003, 514, 515;.

nach Art. 194 türk. ZGB erforderlich ist, nach wohl h.M. nicht nach Art. 15 EGBGB, sondern nach Art. 14 EGBGB zu qualifizieren²⁵. Wer der Ansicht folgt, Verfügungsbeschränkungen aus dem Eherecht heraus seien auf erster Stufe immer zunächst nach Art. 15 EGBGB, also güterrechtlich anzuknüpfen²⁶ (lex-foi-Qualifikation), muss das türkische IPR dann aber auf eine Rückverweisung untersuchen. Da das türkische Recht Art. 194 türk. ZGB unabhängig vom Güterstand für anwendbar erklärt, wird es aus türkischer Sicht als Problem der allgemeinen Ehwirkungen zu qualifizieren sein, was bei gemischt-nationalen Ehegatten oder nunmehr deutschen Ehegatten zu einer Rückverweisung auf deutsches Recht, mithin zum selben Ergebnis führt.

Aus dem genannten Grund führt auch eine Rechtswahl nach Art. 15 Abs. 2 EGBGB bei türkischen Ehegatten **nach der dargestellten wohl h.M.** (keine pauschale Anknüpfung von Verfügungsbeschränkungen aus dem Eherecht heraus nach Art. 15 EGBGB) nicht dazu, dass § 194 Abs. 2 türk. ZGB nicht mehr zur Anwendung kommt. Die allgemeinen Ehwirkungen richten sich weiterhin aufgrund der Anknüpfung nach Art. 14 Abs. 1 EGBGB nach türkischem Recht, eine Rechtswahl für die allgemeinen Ehwirkungen ist bei zwei türkischen Ehegatten durch Art. 14 Abs. 3 EGBGB ausgeschlossen, auch das türkische Recht lässt eine Rechtswahl für die allgemeinen Wirkungen -soweit ersichtlich- nicht zu. Diese Rechtslage stellt ein erhebliches Haftungsrisiko für den einen Kauvertrags beurkundenden Notar dar, wenn er aufgrund der Rechtswahl nach Art. 15 Abs. 2 EGBGB davon ausgeht, die Verfügungsbeschränkung sei nicht mehr anwendbar.

Die dargestellte Rechtslage führt in den dargestellten Beispielfällen nach allen Ansichten zu folgenden Ergebnissen:

- aaa) im **Fall 1** ist Art. 194 des türkischen ZGB anwendbar, die Zustimmung des Ehegatten ist daher erforderlich.
- bbb) Im **Fall 2** dagegen verweist das türkische Recht für die allgemeinen Ehwirkungen auf deutsches Recht zurück, Art. 194 türk. ZGB ist somit nicht anwendbar, eine Zustimmung des Ehegatten entbehrlich.
- ccc) Im **Fall 3** ist bereits unmittelbar deutsches Recht auf die allgemeinen Ehwirkungen anwendbar, Art. 194 türk. ZGB ist somit nicht anwendbar, eine Zustimmung des Ehegatten entbehrlich.
- ddd) Im **Fall 4** handelt es sich bereits nicht um eine Verfügung über das Familienwohneigentum, so dass Art. 194 türk. ZGB schon aus diesem Grund nicht anwendbar ist.

Da im Hinblick auf in Deutschland belegenen Grundbesitz auch bei grundsätzlich im türkischen Güterrecht lebenden Ehegatten deutsches Güterrecht zur Anwendung kommt, ist jedoch § 1365 BGB möglicherweise einschlägig.

2) Fall 4

Im Fall 4 könnte die Zustimmung des Ehegatten, der zugleich Miteigentümer des Hausgrundstücks ist, nach Art. 223 Abs. 2 türk. ZGB erforderlich sein. Sowohl für die Veräußerung als auch die Belastung des Miteigentumsanteils kann hier die Zustimmung des anderen Ehegatten nach der genannten Bestimmung erforderlich sein (siehe hierzu oben Z. I).

Wie oben bereits dargestellt, handelt es sich bei der Bestimmung des Art. 223 Abs. 2 türk. ZGB um eine güterrechtliche Verfügungsbeschränkung. Sie kommt dann zum Tragen, wenn die Ehegatten, die Miteigentümer eines Gegenstandes sind, im gesetzlichen türkischen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung leben.

Im Fall 4 sind die Ehegatten zwar deutsche Staatsangehörige, aufgrund der unwandelbaren güterrechtlichen Anknüpfung sowohl des deutschen als auch des türkischen IPR an das gemeinsame Heimatrecht im Zeitpunkt der Eheschließung leben die Ehegatten jedoch im gesetzlichen türkischen Güterstand, soweit sie keine Rechtswahl getroffen und keine sonstigen güterrechtlichen Vereinbarungen getroffen haben. Für in Deutschland belegenes unbewegliches Vermögen verweist das türkische Recht auf deutsches Güterrecht zurück²⁸, so dass im Ergebnis die Verfügungsbeschränkung nach Art. 223 Abs. 2 türk. ZGB mangels Geltung türkischen Güterrechts für den hier belegenen Grundbesitz nicht anzuwenden ist.

Die Ehegatten haben allerdings die Möglichkeit, solange einer von ihnen türkischer Staatsangehöriger ist, nach Art. 15 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB durch Rechtswahl zum türkischen Recht zu optieren. Eine solche Rechtswahl beseitigt im Ergebnis die Rückverweisung aus Art. 15 Abs. 2 des türkischen IPR-Gesetzes und führt aus deutscher Sicht zur Anwendung türkischen Güterrechts auch auf in Deutschland belegenes unbewegliches Vermögen.

In letzterem Fall wäre sowohl zur Veräußerung des Miteigentumsanteils des Ehemannes als auch zur Bestellung eines Grundpfandrechtes hieran die Zustimmung der Ehefrau erforderlich, wenn die Ehegatten es beim gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung belassen.

Gerade Fall 4 zeigt, wie gefährlich die unwandelbare Anknüpfung des Art. 15 EGBGB auch in der notariellen Praxis ist. Trotz deutschem Miteigentum und deutscher Staatsangehörig-

²⁵ so die wohl h.M.: ausdrücklich Staudinger/Mankowski, Kommentar zum BGB (2003), Art. 14 EGBGB RNR. 303; Andrae in Dauner/Lieb/Heidel/Ring, Anwaltkommentar BGB (2005), Art. 14 EGBGB RNR. 71; Dnotl-Gutachten Dokumentennummer 64740 vom 16.01.2006.

²⁶ Soergel/Schurig, Kommentar BGB (2003), Art. 15 EGBGB RNR. 33; wohl auch Milzer, RNotZ 2003, 531ff.

²⁷ zum Begriff siehe Schotten/Schmellenkamp, aaO, § 3 RNR. 50.

²⁸ Odendahl, FamRZ 2009, 567, 571.

rigkeit der beteiligten Eigentümer kann eine Verfügungsbeschränkung aus ausländischem Güterrecht heraus bestehen²⁹. Wird eine Zustimmung nicht eingeholt, stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen ein etwaiges Fehlen der Zustimmung hat und ob der gutgläubige Rechtsverkehr geschützt wird (hierzu unten Ziffer V).

IV. Zwischenergebnis

- 1) Die dargestellten Beispielfälle zeigen, dass nicht immer dann, wenn Ehegatten im türkischen Güterrecht leben, auch die Verfügungsbeschränkung des Art. 194 türkisches ZGB zur Anwendung kommt. Vielmehr ist dies eine Frage der allgemeinen Ehwirkungen, die sich nach einem anderen Recht als das Güterrecht richten kann.
Wenn aufgrund unmittelbarer Verweisung in das deutsche Recht oder aufgrund Rückverweisung durch das türkische Recht deutsches Recht auf die allgemeinen Ehwirkungen Anwendung findet, ist Art. 194 türk. ZGB nicht anwendbar. Dies gilt auch dann, wenn in der zu beurteilenden Ehe türkisches Güterrecht gilt.
Umgekehrt können Ehegatten, die -beispielsweise aufgrund einer Güterrechtswahl nach Art. 15 Abs. 2 EGBGB- im deutschen Güterrecht leben, dennoch der Verfügungsbeschränkung des Art. 194 türk. ZGB unterliegen, wenn die Anknüpfung nach Art. 14 EGBGB zur Anwendung materiell türkischen Rechts der allgemeinen Ehwirkungen führt. Hätten die Ehegatten bspw. im Fall 1 für das in Deutschland belegene unbewegliche Vermögen deutsches Güterrecht gewählt, gilt die Verfügungsbeschränkung des Art. 194 türk. ZGB wegen Geltung türkischen allgemeinen Ehwirkungsrechtes dennoch fort, es sei denn, man folgt der Meinung, die Art. 194 türk. ZGB auf der ersten Stufe güterrechtlich anknüpft.
- 2) Besteht an einem deutschen Grundstück Miteigentum türkischer oder ehemals türkischer Ehegatten, kommt hinsichtlich des Grundstücks bzw. der Miteigentumsanteile hieran grds. deutsches Güterrecht zur Anwendung. Im Falle einer Rechtswahl nach Art. 15 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB zum türkischen Güterrecht kann jedoch die güterrechtliche Verfügungsbeschränkung des Art. 223 Abs. 2 türk. ZGB anwendbar sein, wenn die Ehegatten im türkischen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung leben. Dies ist auch dann möglich, wenn die Ehegatten im Zeitpunkt der zu beurteilenden Verfügung beide deutsche Staatsangehörige sind.

V. Rechtslage bei erforderlicher, aber fehlender Zustimmung des Ehegatten in den Anwendungsfällen des Art. 194 Abs. 1 und Art. 223 Abs. 2 türk. ZGB - Schutz des Rechtsverkehrs

1) Rechtsfolgen der erforderlichen aber fehlenden Zustimmung

Für den Notar oder den Grundbuchbeamten kann sich die Frage stellen, welche Auswirkungen das Fehlen einer nach türkischem allgemeinen Ehwirkungsrecht oder Güterrecht erforderlichen Zustimmung des Ehegatten auf die Wirksamkeit der Verfügung bzw. des zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäftes hat.

Umstritten ist, ob sich die Rechtsfolgen des Fehlens einer nach einem ausländischen Recht erforderlichen Zustimmung aus dem Recht, das auf den Vertrag anwendbar ist (Vertragsstatut) oder aus dem Recht, nach dem die Zustimmung erforderlich ist (in den vorliegenden Fällen dem allgemeinen Ehwirkungsstatut bzw. dem Güterrechtsstatut) ergeben³⁰.

Im vorliegenden Fall sind nach beiden Ansichten bei Geltung deutschen Vertragsstatuts und Fehlen der Zustimmung des Ehegatten sowohl das Verpflichtungsgeschäft als auch das Verfügungsgeschäft schwebend unwirksam. Verweigert der Ehegatte endgültig die Zustimmung, sind die Rechtsgeschäfte endgültig unwirksam.

2) Schutz des Rechtsverkehrs

Ein Gutgläubensschutz des Vertragspartners im Grundstücksverkehr kann sich aus Art. 12 und Art. 16 EGBGB und schließlich aus § 892 BGB ergeben³¹.

Da umstritten ist, ob Art. 12 EGBGB überhaupt auf die fehlende Verfügungsbefugnis aufgrund bestehender familienrechtlicher Verfügungsbeschränkungen anwendbar ist³² und bereits einfache Fahrlässigkeit die Anwendung der Vorschrift ausschließt, sollen nachstehend nur Art. 16 EGBGB und § 892 BGB kurz besprochen werden.

a) Art. 16 EGBGB

Nach Art. 16 Abs. 1 EGBGB findet, wenn die güterrechtlichen Wirkungen einer Ehe dem Recht eines anderen Staates

³⁰ zum Parallelproblem bei Art. 7 EGBGB siehe Birk in MünchKommBGB, 4. Auflage, Art. 7 EGBGB RNr. 36 m.w.N..

³¹ Liessem NJW 1989, 497, 500f; Amann, MittBayNot 1986, 222, 226f; Bader, MittRhNotK 1994, 161; Schotten, DNotZ 1994, 670, 674.

³² Hausmann in Staudinger, Kommentar zum BGB (2007), Art. 12 EGBGB RNr. 34 m.w.N.; Naumann, RNotZ 2003, 352; teilweise wird Art. 16 EGBGB gegenüber Art. 12 EGBGB als *lex specialis* angesehen.

²⁹ zu dieser Gefahr auch Milzer, RNotZ 2003, 514

unterliegen, § 1412 BGB entsprechende Anwendung, wenn ein Ehegatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat oder hier ein Gewerbe betreibt. Einwendungen, die sich aus einem ausländischen Güterstand ergeben, können gegen ein Rechtsgeschäft nur dann erhoben werden, wenn der ausländische Güterstand im Güterrechtsregister eingetragen oder dem Dritten positiv bekannt war, als das Rechtsgeschäft vorgenommen wurde.

Gutgläubigen Dritten gegenüber wird damit unter den Voraussetzungen des Art. 16 Abs. 1 EGBGB der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft fingiert, auch wenn die Ehegatten in einem ausländischen Güterstand leben, wenn der Güterstand der deutschen Zugewinnngemeinschaft für den Vertragspartner günstiger ist³³. Für den Ausschluss des guten Glaubens nach Art. 16 Abs. 1 EGBGB, § 1412 BGB, genügt es nach h.M. nicht, wenn der Dritte gewusst hat, dass es sich um ausländische Ehegatten handelt. Vielmehr ist erforderlich, dass der Dritte positiv wusste, dass die Ehegatten in einem ausländischen Güterstand leben³⁴.

Gegen die sich aus Art. 223 Abs. 2 türk. ZGB ergebende güterrechtliche Verfügungsbeschränkung kann sich damit ein Verkehrsschutz aus Art. 16 Abs. 1 EGBGB ergeben, wenn der ausländische Güterstand im Güterrechtsregister nicht eingetragen ist und dem Vertragspartner des verfügenden Ehegatten auch nicht positiv bekannt war³⁵.

Fraglich ist allerdings, ob Art. 16 Abs. 1 EGBGB auch gegen die sich aus Art. 194 türk. ZGB ergebende Verfügungsbeschränkung hinsichtlich des Familienwohnheims helfen kann. Die Vorschrift kann nach wohl h.M. nicht angewandt werden, wenn sich eine Verfügungsbeschränkung nicht aus einem ausländischen Güterrecht, sondern aus einem ausländischen allgemeinen Ehwirkungsrecht ergibt³⁶.

Die wohl h.M.³⁷ subsumiert solche allgemeinen Verfügungsbeschränkungen aus dem ausländischen allgemeinen Ehwirkungsrecht unter Art. 16 Abs. 2 EGBGB und wendet diese Vorschrift zumindest auf im Inland geschlossene Verträge entsprechend an. Ein Verkehrsschutz kann sich daher insofern nur aus Art. 16 Abs. 2 EGBGB ergeben. Gutgläubigen Dritten gegenüber müssen sich die Ehegatten daher so behandeln lassen, wie wenn deutsches allgemeines Ehwirkungsrecht gelten würde, das eine Verfügungsbeschränkung über das Familienwohnheim nicht kennt.

³³ Mankowski in Staudinger, aaO (2003), Art. 16 EGBGB RNr. 15.

³⁴ Reithmann/Martiny/Hausmann, aaO, RNr. 1983; Mankowski in Staudinger, aaO, Art. 16 EGBGB, RNr. 42.

³⁵ so auch Naumann, RNotZ 2003, 352.

³⁶ Mankowski in Staudinger, aaO (2003), Art. 16 EGBGB RNr. 87, 88 m.w.N.; Hausmann in Reithmann/Martiny, aaO, RNr. 2812.; Spellenberg in MünchKommBGB, aaO, Art. 12 EGBGB RNr. 34; a.A. Bader MittRhNotK 1994, 161, 163; Naumann, RNotZ 2003, 352 (entsprechende Anwendung von Art. 16 I EGBGB); LG Aurich IPPrax 1991, 341, das Art. 12 EGBGB anwendet und einen Analogieschluss zu Art. 16 II EGBGB ablehnt.

³⁷ siehe die Nachweise in Fn 32.

Problematisch ist somit im Hinblick auf Art. 194 Abs. 1 türk. ZGB, dass ein Schutz des Rechtsverkehrs nur über Art. 16 Abs. 2 EGBGB gewährt werden würde. Im Gegensatz zu dem sich aus Art. 16 Abs. 1 EGBGB ergebenden Schutz schadet bei Anwendung des Abs. 2 nicht nur positive Kenntnis, sondern bereits grob fahrlässige Unkenntnis der Geltung ausländischen Ehwirkungsrechtes³⁸.

Die Nichtanwendung von Art. 16 Abs. 1 EGBGB führt bei der Verfügungsbeschränkung des Art. 194 Abs. 1 türk. ZGB somit zu einem abgeschwächten Verkehrsschutz. Für den nicht im Grundbuch eingetragenen Ehegatten des verfügenden Eigentümers ergibt sich das Paradoxum, dass er sich nicht durch Eintragung des türkischen Güterstandes im deutschen Güterrechtsregister schützen kann. Art. 194 türk. ZGB ist keine güterrechtliche Verfügungsbeschränkung, daher sagt die Eintragung des türkischen Güterstandes im Güterrechtsregister auch nichts über ihre Anwendung aus, die Eintragung der Geltung eines ausländischen allgemeinen Ehwirkungsrechtes im Güterrechtsregister ist ausgeschlossen, ausser man folgt der in der Literatur vertretenen Meinung, die Art. 16 Abs. 1 EGBGB auch auf die sich aus dem Ehwirkungsrecht ergebenden Verfügungsbeschränkungen anwendet³⁹.

b) § 892 BGB

Auch im Hinblick auf den in lit. a) dargestellten abgeschwächten Verkehrsschutz ist zu prüfen, ob ein gutgläubiger Dritter ggf. zusätzlich über den öffentlichen Glauben des Grundbuches geschützt wird.

Eng damit zusammen hängt die Frage, ob die dargestellten Verfügungsbeschränkungen des türkischen Rechtes im deutschen Grundbuch eintragungsfähig sind bzw. ob das Grundbuch bei fehlender Eintragung unrichtig ist.

Man muss sich bewusst machen, dass hier deutsches Sachen- und Grundbuchrecht (Art. 43 EGBGB bzw. lex-fori-Prinzip) mit ausländischem Ehwirkungs- und -güterrecht kollidieren kann. Die Lösung des dargestellten Problems findet man weder ausschließlich im deutschen Sachenrecht noch ausschließlich im ausländischen Ehwirkungs- und -güterrecht, sondern nur durch eine Gesamtbetrachtung aller Statute.

Nach noch immer h.M. geht die Gutgläubensvorschrift des § 892 BGB in ihrem Anwendungsbereich der Vorschrift des § 1412 BGB vor⁴⁰. Wären die dargestellten Verfügungsbeschränkungen türkischen Rechts im Grundbuch eintragungsfähig, hätte die Nichteintragung im Grundbuch nach der h.M. zur Folge, dass ein gutgläubiger Dritter nach § 892 BGB bspw. Eigentum ohne die notwendige Zustimmung des anderen Ehegatten, bspw. nach Art. 223 Abs. 2 türk. ZGB, er-

³⁸ siehe hierzu ausführlich Naumann, RNotZ 2003, 352.

³⁹ Bader, MittRhNotK 1994, 161, 163; Naumann, RNotZ 2003, 352.

⁴⁰ Nachweise bei Thiele in Staudinger, BGB (2003), § 1412 RNr. 47, der allerdings selbst einen Vorrang von § 1412 BGB vertritt.

werben könnte, auch wenn die Verfügungsbeschränkung nach Art. 16 Abs. 1 EGBGB, § 1412 BGB im Güterrechtsregister eingetragen ist, was in den dargestellten Fällen nach der h.M. nur für die Verfügungsbeschränkung des Art. 223 Abs. 2 türk. ZGB möglich ist. Das erworbene Eigentum wäre allerdings nicht kondiktionsfest, weil § 892 BGB nur das dingliche Rechtsgeschäft erfasst, der „gutgläubige Erwerb“ des schuldrechtlichen Vertrages, also der causa, würde bei eingetragenen ausländischen Güterstand an der Eintragung im Güterrechtsregister scheitern.

Nach deutschem Sachen- und Grundbuchrecht sind grundsätzlich nur relative Verfügungsbeschränkungen im Grundbuch eintragungsfähig⁴¹. Absolute Verfügungsbeschränkungen können grds. weder im Grundbuch eingetragen werden, noch nehmen sie am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil, es sei denn deren Eintragungsfähigkeit wird gesetzlich ausdrücklich vorgeschrieben⁴² oder an die Eintragung oder Nichteintragung ist eine Rechtswirkung geknüpft, wie namentlich die Möglichkeit eines die Verfügungsbeschränkung überwindenden gutgläubigen Erwerbs⁴³.

Die für in Zugewinnngemeinschaft lebende Ehegatten geltende güterrechtliche Verfügungsbeschränkung des § 1365 BGB wird allgemein als absolute Verfügungsbeschränkung angesehen. Die Eintragungsfähigkeit im Grundbuch und die Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs nach § 892 BGB wird verneint⁴⁴. Die Rechtsprechung hat dennoch über die Einführung der sog. subjektiven Theorie einen Schutz gutgläubiger Dritter ermöglicht⁴⁵.

Fraglich ist, ob die sich aus dem türkischen Recht ergebenden Verfügungsbeschränkungen der Art. 194 bzw. 223 Abs. 2 türk. ZGB aus deutscher Sicht absolute oder relative Verfügungsbeschränkungen sind. Sie schützen zwar nur eine bestimmte Person, nämlich den anderen Ehegatten, die sich aus der fehlenden Zustimmung ergebende Unwirksamkeit ist aber eine absolute, so dass es sich aus deutscher Sicht um absolute Verfügungsbeschränkungen handelt. Diese sind grundsätzlich im Grundbuch nicht eintragbar⁴⁶.

Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn das Gesetz die Eintragung der absoluten Verfügungsbeschränkung zulässt oder an die Nichteintragung der Verfügungsbeschränkung eine Rechtswirkung, bspw. die Überwindung der Verfügungsbeschränkung mittels gutgläubigem Erwerb, geknüpft ist.

Das türkische Recht schreibt in Art. 194 Abs. 3 türk. ZGB für die Verfügungsbeschränkung betreffend die Familienwohnung vor, dass der Ehegatte, der nicht Eigentümer der Immobilie ist, die erforderliche die Familienwohnung betreffende Vormerkung im Grundbuch verlangen kann, die Eintragung im Grundbuch ist damit nach türkischem Recht zugelassen. Ist diese Vormerkung (vergleichbar einer eingetragenen Verfügungsbeschränkung im deutschen Recht) nicht im Grundbuch eingetragen, können Dritte das Eigentum am Familienwohnheim gutgläubig erwerben⁴⁷, an die Nichteintragung wird nach türkischem Recht also die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbes geknüpft.

Es handelt sich demnach bei der Verfügungsbeschränkung nach Art. 194 Abs. 1 türk. ZGB zwar um eine absolute Verfügungsbeschränkung, die aber aufgrund gesetzlich zugelassener Möglichkeit gutgläubigen Erwerbes im Grundbuch eintragungsfähig ist. Ist sie nicht eingetragen, ist das Grundbuch unrichtig. Nach dem Sachenrechtsstatut richtet sich nur die Frage, ob ein gutgläubiger Erwerb grds. möglich ist und wie sich ein solcher vollzieht. Die Frage, ob bei einer sich aus dem Eherecht oder Ehegüterrecht ergebenden Verfügungsbeschränkung ein gutgläubiger Erwerb überhaupt zugelassen wird, ist m.E. aus dem Ehwirkungs- oder Ehegüterstatut und damit in den dargestellten Fällen ggf. aus dem türkischen Recht heraus zu lösen.

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses belegt der Blick auf die Rechtslage, wenn man die Eintragungsfähigkeit einer solchen Verfügungsbeschränkung in das deutsche Grundbuch verneint.

Der Ehegatte des Eigentümers des Familienwohnheims kann sich dann weder über eine Eintragung im Güterrechtsregister (weil die Eintragung des ausländischen Güterstandes nach Art. 16 Abs. 1 EGBGB, § 1412 BGB diese Verfügungsbeschränkung nicht umfasst), noch über eine Eintragung im Grundbuch schützen. Helfen würde ihm nur die Kenntnis des Vertragspartners zum einen von der Geltung ausländischen Ehwirkungsrechtes und zum anderen von der Familienwohnungsseigenschaft des veräußerten Grundstücks.

Ist dagegen die Verfügungsbeschränkung im Grundbuch eingetragen, ist sowohl ein gutgläubiger Erwerb ohne Zustimmung des anderen Ehegatten nach § 892 I 2 BGB, als auch eine Berufung auf Art. 16 Abs. 2 EGBGB ausgeschlossen. Dem Vertragspartner des Eigentümerehegatten wird in jedem Fall grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen sein, wenn er vor Abschluss des Verpflichtungsgeschäftes das Grundbuch nicht eingesehen hat.

Anders stellt sich die Rechtslage für die in Art. 223 Abs. 2 türk. ZGB genannte Verfügungsbeschränkung bei Miteigentümerehegatten dar, die auch im Hinblick auf deutschen Grundbesitz (siehe III.2.) im gesetzlichen türkischen Güterstand leben. Hier sieht das türkische Gesetz die Eintragung

⁴¹ statt aller Gursky in Staudinger, BGB (2003), § 892 BGB RnR. 225.

⁴² Kohler in Bauer/von Oefele, GBO, 1. Aufl. 1999, AT VIII 9.

⁴³ Kohler in Bauer/von Oefele, aaO, AT VIII 10.

⁴⁴ Gursky in Staudinger, BGB (2002), § 892 BGB RnR. 248 m.w.N..

⁴⁵ Thiele in Staudinger, BGB (2003), § 1365 RnR. 20ff m.w.N..

⁴⁶ so explizit für die güterrechtliche Verfügungsbeschränkung des § 1365 BGB Kohler in Bauer/von Oefele, GBO, aaO, AT VIII 39.

⁴⁷ Ulsan, ÖNZ 2002, 225, 229.

einer Vormerkung nicht vor. Vor gutgläubigem Erwerb schützen kann sich der Miteigentümerehegatte über eine Eintragung des Güterstandes der türkischen Errungenschaftsbeteiligung im Güterrechtsregister nach Art. 16 Abs. 1 EGBGB, § 1412 BGB. Diese Eintragung führt dazu, dass ein gutgläubiger zustimmungsfreier Erwerb nach Art. 16 Abs. 1 EGBGB ausgeschlossen ist. Man muss sich hierbei vor Augen halten, dass im Grundbuch im Fall 4 deutsche Ehegatten als Miteigentümer eingetragen sind, eine Verfügungsbeschränkung weist das Grundbuch nicht aus. Im Hinblick darauf, dass das Güterrechtsregister in der Regel bei Grundstücksgeschäften nicht eingesehen wird, ist diese Rechtslage äußerst problematisch. Mit einigen Autoren ist daher zu fordern, im Grundbuch zum Schutz des Rechtsverkehrs einen Vermerk für eintragungsfähig zu halten, wonach die Beteiligten in einem ausländischen Güterstand leben oder ausländischen allgemeinen Ehwirkungen unterliegen⁴⁸.

Verkehrsschutz bietet im Hinblick auf die Regelung des Art. 194 türk. ZGB aber auch § 892 BGB. M.E. ist die genannte Verfügungsbeschränkung im deutschen Grundbuch eintragungsfähig, bei fehlender Eintragung ist das Grundbuch unrichtig.

- In der notariellen Praxis muss das Problembewusstsein für sich aus ausländischem Güter- oder Ehwirkungsrecht ergebende Verfügungsbeschränkungen im Hinblick auf die unsichere Rechtslage bezüglich des Verkehrsschutzes wachsen. Dem türkischen Recht vergleichbare Verfügungsbeschränkungen kennen viele Staaten, so **bspw. auch das belgische, französische oder niederländische Recht.**

VI. Ergebnisse und Zusammenfassung

- Im türkischen Sachrecht existieren familienrechtliche Verfügungsbeschränkungen. Art. 194 türk. ZGB betrifft Veräußerungsgeschäfte und bestimmte Verfügungen über Grundstücke, die als Familienwohnheim gewidmet sind. Art. 223 Abs. 2 türk. ZGB betrifft Verfügungen über den Miteigentumsanteil eines Ehegatten bei Miteigentum des anderen Ehegatten.
 - Art. 194 türk. ZGB kommt nur dann zur Anwendung, wenn auf die allgemeinen Ehwirkungen aus deutscher Sicht türkisches Recht zur Anwendung kommt. Diese Frage ist mit der Kollisionsnorm des Art. 14 EGBGB zu klären (nicht mit Art. 15 EGBGB).
 - Art. 223 Abs. 2 türk. ZGB kommt dann zur Anwendung, wenn die beteiligten Miteigentümerehegatten aus deutscher Sicht auch hinsichtlich in Deutschland belegenen Grundbesitzes im gesetzlichen türkischen Güterstand leben. Anwendbares Güterrecht und Recht der allgemeinen Ehwirkungen können aufgrund der unwandelbaren Anknüpfung des Güterrechts einerseits und der wandelbaren Anknüpfung der allgemeinen Ehwirkungen andererseits voneinander abweichen.
 - Verkehrsschutz im deutschen Rechtsverkehr bei fehlender aber erforderlicher Zustimmung des Ehegatten bieten vor allem Art. 16 Abs. 1 und 2 EGBGB in Verbindung mit dem deutschen Güterrechtsregister.

⁴⁸ Schaub in Bauer/von Oefele, GBO, 1. Aufl. 1999, Teil F RNr. 472ff; Limmer in Reithmann/Martiny, aaO, Rz. 1009-1011.

Rechtsprechung

FGG § 19; GmbHG § 40 Abs. 2

1. Gegen die Verfügung des Registergerichts, mit der eine vom Notar eingereichte Gesellschafterliste beanstandet wird, ist die Beschwerde statthaft.

2. Die Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ist auch dann zu erteilen, wenn die vorhergehende Liste vor dem 1.11.2008 eingereicht worden ist.

OLG München, Beschluss vom 27.5.2009 – 31 Wx 38/09, rechtskräftig

Aus den Gründen:

I.

Zur Aufnahme in den Registerordner des Registerblattes der beteiligten Gesellschaft mit beschränkter Haftung wurde eine Gesellschafterliste vom 25.11.2008 eingereicht. Sie enthält den Zusatz „als Geschäftsführer der vorgenannten Gesellschaft bestätige(n) ich/wir hiermit die Richtigkeit der vorstehenden Angaben“ und ist vom Geschäftsführer unterschrieben. Der Notar reichte sie mit einer Ablichtung der Gesellschafterliste vom 7.1.2002 und folgender „Bescheinigung ...gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG“ beim Registergericht ein:

„Als Urkundsperson habe ich an einer Veränderung i.S.d. § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG mitgewirkt; bei Beurkundung dieser Veränderung wurde die hier im Anschluss an die gegenwärtige Bescheinigung in Kopie beigefügte Gesellschafterliste zugrunde gelegt, bei der es sich nach Angabe der Beteiligten um die zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste handelt. Hiermit bescheinige ich, dass die in vorstehender Liste vorgenommenen Abweichungen den Veränderungen entsprechen, an denen ich als Urkundsperson mitgewirkt habe und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der anliegenden Liste übereinstimmen. Diese Bescheinigung ist nach Aktenlage erstellt; weder für die vorstehende noch für die nachstehende Liste ist deren sachliche Richtigkeit Gegenstand meiner Bescheinigung.

(Ort, Datum, Unterschrift des Notars).“

Mit Verfügung vom 9.12.2008 beanstandete das Registergericht, die Liste sei nicht mit der erforderlichen Unterschrift des Notars versehen und die vorgelegte Bescheinigung stelle keine notwendige eigene notarielle Feststellung zu einer bereits vorher beim Registergericht vorhandenen Liste dar. Der Notar wies die Beanstandung zurück; es sei Angelegenheit seiner fachlichen Unabhängigkeit, auf welcher Wissensgrundlage er die gesetzlich geforderte Bescheinigung dokumentiere und mit welchem Wortlaut er diese Wissensgrundlage verlaublich, und folglich nicht gerichtlicher Kommentierung oder gar Überprüfung zugänglich. Zur Begründung der Beschwerde führte er im Wesentlichen aus, es sei nicht erkennbar, woraus sich das Prüfungsrecht des Registergerichts im Zusammenhang mit der Einreichung einer Gesellschafterliste ergeben solle. Es seien nicht zwei gesonderte Unterschriften des Notars erforderlich. Während § 40 Abs. 1 GmbHG a.F. nur die „unterschriebene Liste“ gekannt habe, unterscheide das Gesetz nunmehr zwischen der Liste (und ihren inhaltlichen Verlautbarungen) einerseits und der Unterschrift (des Geschäftsführers oder des Notars) andererseits. Für den gutgläubigen Erwerb, den § 16 Abs. 1 GmbHG an die Listenverlautbarung knüpfe, sei es unerheblich, ob die durch § 40 GmbHG normierten Formalien der Liste erfüllt

seien; dies sei nur ordnungsrechtlich im Verfahren der „Aufnahme“ der Liste in das Handelsregister zu prüfen. Die Unterschrift bewirke keine Zurechnung eines Rechtscheins zum Verlierer, so dass nicht nachzuvollziehen sei, weshalb die Liste überhaupt zu unterzeichnen sei. Als einzige Deutung bleibe, dass der Gesetzgeber mit dem Unterschriftserfordernis eine Richtigkeitskontrolle habe einführen wollen. In diesem Fall sei es nach dem Sinn und Zweck ausreichend, wenn der Notar die Bescheinigung unterzeichne, die integraler Bestandteil der Liste sei. Die Bescheinigung könne keine Aussage darüber treffen, inwieweit die „neue“ Liste mit der zuletzt im Handelsregister „aufgenommenen“ Liste übereinstimme, denn die „alte“ Liste sei unter Geltung des vormaligen Rechts „eingereicht“, jedoch nicht im Sinne des § 16 GmbHG in das Handelsregister „aufgenommen“ worden. Wenn das Registergericht -unzutreffend an die „Aufnahme“ der Liste ein Prüfungsrecht knüpfe, könne die seinerzeit keiner Prüfung unterliegende vormalige „Einreichung“ kein gleichwertiger Tatbestand sein, auf den die nach neuem Recht geforderte Bescheinigung aufsetze.

Das Landgericht wies die Beschwerde zurück. Aus dem eindeutigen Gesetzeswortlaut ergebe sich, dass die Liste vom Notar eigenhändig unterzeichnet sein und zusätzlich die Bescheinigung aufweisen müsse. Die Bescheinigung könne sich nicht darauf beschränken, die Angaben der Beteiligten hinsichtlich der zuletzt eingereichten Liste wiederzugeben. Der Notar müsse sich selbst davon überzeugen, welchen Inhalt die zuletzt im Handelsregister verlaublich Gesellschafterliste tatsächlich habe. Das sei nicht der Fall, denn es werde nicht bescheinigt, dass die übrigen Eintragungen mit der zuletzt eingereichten Liste übereinstimmten, sondern nur, dass die übrigen Eintragungen mit der anliegenden Liste übereinstimmten.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde, die ergänzend auch darauf gestützt wird, dass die Übereinstimmungsbescheinigung im konkreten Fall deshalb nicht erteilt werden könne, weil aus den abrufbaren elektronischen Daten nicht erkennbar sei, in wessen Verantwortung, auf wessen Veranlassung und zu welchem Zeitpunkt die elektronisch erreichbare Liste vom 7.1.2002 sichtbar gemacht worden sei. Die Liste sei am 7.1.2002 unterzeichnet worden und am 11.2.2002 bei Gericht eingegangen, das Registerportal verlaublich eine Liste der Gesellschaft zum 11.2.2002. Die Vermutung, die Liste sei auf amtliche Veranlassung eingestellt worden, werde durch den Hinweis im Registerportal widerlegt, es seien ausschließlich Dokumente abrufbar, „die seit dem 1.1.2007 auf elektronischem Wege beim Registergericht eingereicht wurden“.

II.

Die zulässige weitere Beschwerde ist in der Sache nicht begründet.

1. Zutreffend hat das Landgericht angenommen, dass gegen die Verfügung des Registergerichts vom 9.12.2008 die Beschwerde statthaft ist. Denn die Verfügung stellt sich hier nicht als nur vorbereitende Ankündigung eines Zwangsgeldverfahrens nach § 132 FGG i.V.m. § 14 HGB dar, gegen die kein Rechtsbehelf gegeben ist (vgl. BayObLG Rpfleger 1978,59). Gegen den Notar, der in amtlicher Eigenschaft an der Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder dem Umfang ihrer Beteiligung mitgewirkt hat und deshalb zur Vereinfachung der Verfahrensabläufe zur Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste verpflichtet ist (vgl. BT-Drucks. 16/6140 zu Nr. 27), wird die Ver-

hängung eines Zwangsgelds nach § 14 HGB nicht in Betracht kommen.

2. Entgegen der vom Notar vertretenen Auffassung hat das Registergericht zu prüfen, ob die für eine Gesellschafterliste geltenden formalen Voraussetzungen vorliegen (vgl. Krafka/Willer Registerrecht 7. Aufl. Rn. 1105 zu § 40 Abs. 1 GmbHG a.F.). Zu einer weitergehenden Prüfung, insbesondere hinsichtlich der materiellen Richtigkeit, ist das Registergericht nicht verpflichtet. Es kann jedoch ausnahmsweise die Gesellschafterliste zurückweisen, wenn die enthaltenen Angaben offenkundig falsch sind oder auf einem offenkundigen Irrtum beruhen (vgl. Schneider, GmbHR 2009, 393/394 f.).

3. Zu Recht hat das Registergericht die eingereichte Liste und die abgegebene Bescheinigung beanstandet, weil sie nicht den Anforderungen des § 40 Abs. 2 GmbHG entsprechen.

a) Nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG hat der Notar, der an Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder im Umfang ihrer Beteiligung mitgewirkt hat, die Liste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben und sie zum Handelsregister einzureichen. Die Erstellung und die Einreichung der Liste liegen in diesem Fall allein in seinem Verantwortungsbereich, die Verpflichtung der Geschäftsführer zur Erstellung und Einreichung einer Liste, die diese Veränderung umsetzt, entfällt (vgl. BT-Drucks. 16/6140 zu Nr. 27). Der Geschäftsführer ist somit weder verpflichtet noch befugt, die Liste zu erstellen und einzureichen (Wicke GmbHG § 40 Rn. 11; Hasselmann NZG 2009, 449/453; Schneider GmbHR 2009, 393/396). § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG verlagert somit die Zuständigkeit zur Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste auf den Notar, der deshalb die Liste auch anstelle des Geschäftsführers zu unterschreiben hat. Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift ist es hingegen in der Regel nicht erforderlich, dass der Notar die mit der Bescheinigung versehene Liste zweimal unterschreibt, denn die Unterschrift des Notars unter der einheitlichen Urkunde, die Liste und Bescheinigung enthält, bringt in der Regel hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass die Liste vom Notar erstellt ist. Hier liegt der Fall allerdings anders, denn der Notar hat eine vom Geschäftsführer unterschriebene Liste mit einer auf einem gesonderten Blatt abgefassten Bescheinigung eingereicht. Bei dieser Gestaltung wird nicht hinreichend deutlich, dass sich die unter der Bescheinigung angebrachte Unterschrift des Notars auch auf die Gesellschafterliste beziehen soll, die bereits die Unterschrift des Geschäftsführers trägt. Das Registergericht hat den Notar deshalb zu Recht aufgefordert, eine von ihm unterschriebene Liste einzureichen.

b). Die Bescheinigung entspricht nicht den Vorgaben des § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Diese Bescheinigung ist entgegen der Auffassung des Notars auch dann zu erteilen, wenn die „alte“ Gesellschafterliste vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) zum 1.11.2008 erstellt und eingereicht wurde. Eine Gesellschafterliste ist im Handelsregister aufgenommen, wenn sie in dem für das entsprechende Registerblatt bestimmten Registerordner (§ 9 Abs. 1 HRV) bzw. den sogenannten Sonderband der Papierregister (§ 8 Abs. 2 HRV in der bis zum Inkrafttreten des Gesetzes über das elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister – EHUG -vom 10.11.2006 am 1.1.2007 geltenden Fassung) aufgenommen ist (BT-Drucks. 16/6140 zu Nr. 15). An die Aufnahme der Liste (statt auf die im Referentenentwurf vorgesehene Einreichung) wird angeknüpft, weil die Liste ab der Aufnahme im Handelsregister eingesehen werden kann (BT-Drucks. 16/6140 aaO). Ohne Belang ist, dass vor Inkrafttreten des MoMiG an die Gesellschafterliste geringere Anforderungen gestellt waren, denn die Prüfungs-

pflicht des Notars ist begrenzt. Er hat zwar die Veränderungen, an denen er mitgewirkt hat, in der Gesellschafterliste zutreffend abzubilden. Darüber hinaus hat er keine Prüfpflicht, ob die Gesellschafterliste inhaltlich zutreffend ist. Er hat insbesondere die zuvor eingereichte Liste nicht inhaltlich auf rechtliche Wirksamkeit hin zu überprüfen (vgl. Mayer DNotZ 2008, 403/411; Schneider GmbHR 2009, 393/396; Katschinski/ Rawert ZIP 2008, 1993/2002). Die noch im Referentenentwurf vorgesehene weitergehende Bescheinigung des Notars, wonach „die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der bisherigen Liste übereinstimmen und aus den ihm vorliegenden Unterlagen nichts ersichtlich ist, was die Richtigkeit der Liste in Frage stellt“ (zitiert nach Goette, Einführung in das neue GmbH-Recht, S. 280) wird von § 40 Abs. 2 GmbHG nicht gefordert. Soweit der Notar einwendet, die Erstellung der Bescheinigung sei im vorliegenden Fall nicht möglich, kann dem nicht gefolgt werden. Wenn er die elektronisch abrufbare Gesellschafterliste als nicht hinreichend verlässlich betrachtet, mag er Einsicht in die Registerakten nehmen.

Das Registergericht hat folglich zu Recht die eingereichte Gesellschafterliste beanstandet, weil sie den gesetzlichen Anforderungen nicht entspricht und deshalb nicht in das Handelsregister aufgenommen werden kann.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

KostO §§ 147 Abs. 2, 149

Neben der Hebegebühr fällt für die Prüfung und Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit keine weitere Gebühr an.

BGH, Beschluss vom 2.4.2009 - V ZB 70/08

Aus den Gründen:

I.

1

Der Kostengläubiger (Notar) beurkundete am 24. März 2004 einen Vertrag, durch den die Beteiligten zu 2 ein Grundstück zum Preis von 270.000 € an die Beteiligten zu 3 und 4 verkaufte. Der Kaufpreis sollte über ein Notaranderkonto abgewickelt werden; seine Fälligkeit war unter anderem von der Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten der Käufer und der Sicherstellung der Lastenfreistellung des Grundstücks abhängig. Den Eintritt dieser Voraussetzungen hatte der Notar den Vertragsparteien schriftlich mitzuteilen.

2

In seiner Kostenberechnung vom selben Tag brachte der Notar für die Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit eine ½ Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus einem Geschäftswert von 54.000 € in Ansatz. Später stellte er der Beteiligten zu 2 für die Abwicklung des Kaufpreises über Notaranderkonto eine Hebegebühr gemäß § 149 KostO in Rechnung.

3

Auf Weisung der Dienstaufsichtsbehörde hat der Notar seine Kostenberechnung vom 24. März 2004 gerichtlich überprüfen lassen. Das Landgericht hat sie dahin geändert, dass die für die Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit angesetzte Gebühr von 73,50 € nebst Umsatzsteuer entfällt. Dagegen richtet sich die weitere

Beschwerde des Notars, die das Oberlandesgericht zurückweisen möchte. Es sieht sich hieran durch die Beschlüsse des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 20. Februar 1995 (JurBüro 1995, 598), des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts vom 22. November 1994 (JurBüro 1995, 260), des Oberlandesgerichts Köln vom 4. Februar 1991 (MittRhNotK 1991, 226) und des Kammergerichts vom 4. Februar 1986 (Rpfler 1986, 282) gehindert und hat deshalb die Sache dem Bundesgerichtshof vorgelegt.

II.

4

Die Vorlage ist statthaft (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO i.V.m. § 28 Abs. 2 FGG). Das vorlegende Oberlandesgericht ist der Ansicht, dass für die Prüfung und Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit neben der Hebegebühr gemäß § 149 KostO keine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO entstehen kann. Demgegenüber vertreten jedenfalls das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht und das Oberlandesgericht Düsseldorf in den Vergleichsentscheidungen die Auffassung, dass die Prüfung und Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit durch die Hebegebühr nicht abgegolten wird, sondern nach § 147 Abs. 2 KostO gesondert zu vergüten ist. Diese Divergenz rechtfertigt die Vorlage.

III.

5

Die weitere Beschwerde ist zulässig (§ 156 Abs. 2 Sätze 1 u. 2, Abs. 4 KostO), bleibt aber in der Sache ohne Erfolg. Die Annahme des Beschwerdegerichts, der Kostengläubiger könne für die Überwachung der Kaufpreisfälligkeit keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO in Ansatz bringen, ist zutreffend und beruht damit nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO).

6

1. Bei dem Gebührentatbestand des § 147 Abs. 2 KostO handelt es sich um eine Auffangregelung, deren Anwendung voraussetzt, dass die Kostenordnung für die betreffende Tätigkeit keine Gebühr bestimmt und auch keine Regelung enthält, aus der sich ergibt, dass dem Notar für diese Tätigkeit keine gesonderte Gebühr erwachsen soll (vgl. Senat, Beschl. v. 13. Juli 2006, V ZB 87/05, NJW 2006, 3428, 3429 Rdn. 8 m.w.N.). Eine derartige, die Anwendung von § 147 Abs. 2 KostO ausschließende Regelung stellt hier die Vorschrift des § 149 KostO dar. Die Überwachung der Kaufpreisfälligkeit ist als Teil des Verwahrungsgeschäfts anzusehen und daher durch die Hebegebühr abgegolten.

7

2. Allerdings ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten, wie weit der Abgeltungsbereich der Hebegebühr reicht.

8

a) Nach einer Ansicht stellt die Überwachung der Fälligkeit des Kaufpreises eine von der Zahlungsabwicklung über ein Notaranderkonto unabhängige notarielle Tätigkeit dar, die nach § 147 Abs. 2 KostO selbständig zu vergüten ist (OLG Köln ZNotP 2008, 255, 256; OLG Schleswig JurBüro 1995, 260; OLG Düsseldorf JurBüro 1995, 598; Tiedtke, Notarkosten im Grundstücksrecht, 2. Aufl., Rdn. 544; Brosette, MittRhNotK 1993, 135, 136; Schmidt, MittRhNotK 2000, 302; Klein, Rpfler 1988, 178, 180). Die mit der Hebegebühr abgeglichene Verantwortung des

Notars bestehe in der ordnungsgemäßen Verwaltung des ihm anvertrauten Geldes, insbesondere in der Feststellung der Auszahlungsreife (OLG Schleswig JurBüro 1995, 260). Die Prüfung der Fälligkeit des Kaufpreises liege außerhalb des Verwahrungsgeschäfts. Sie gehe diesem voraus und erfolge auch zeitlich vor dem Anfall des Gebührentatbestandes des § 149 KostO.

9

b) Eine andere Meinung nimmt dagegen an, dass neben der für die Kaufpreisabwicklung über ein Notaranderkonto anfallenden Hebegebühr nach § 149 KostO keine Betreuungsgebühr für die Überwachung der Kaufpreisfälligkeit in Ansatz gebracht werden kann (so OLG Zweibrücken JurBüro 1995, 101; OLG Hamm JurBüro 1990, 899; OLG Oldenburg JurBüro 1986, 429; Rohs/Wedewer, KostenO, Stand: August 2008, § 149 Rdn. 12; Korintenberg/Reimann, KostenO, 17. Aufl., § 149 Rdn. 7; Assenmacher/Mathias, KostenO, 16. Aufl., "Hebegebühr" Anm. 9.2.2; Bay. Notarkasse, Streifzug durch die Kostenordnung, 6. Aufl., Rdn. 1197; Bund, JurBüro 2004, 635, 636 ff.; wohl auch Filzek, JurBüro 2005, 453, 454). Die Hebegebühr erfasse die gesamte mit der Erhebung, Verwahrung und Ablieferung des Geldes verbundene Mühewaltung und Verantwortlichkeit des Notars. Dazu zähle auch die Prüfung der Fälligkeit des Kaufpreises. Sie sei nichts anderes als die spiegelbildliche Kehrseite der - von der Hebegebühr abgegoltenen - Überwachung der Auszahlungsreife und stehe damit in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Hinterlegungsgeschäft.

10

c) Die zuletzt genannte Auffassung verdient den Vorzug.

11

aa) Die amtliche Überschrift von § 149 KostO ("Erhebung, Verwahrung, Ablieferung von Geld...") bringt zum Ausdruck, dass durch die Gebühr auch die mit der Erhebung des zu verwahrenen Geldes verbundene Mühewaltung abgegolten wird (vgl. Korintenberg/Lappe, aaO, Orientierungshinweis zum Gesetzestext, S. 59). Hiervon ist nach dem Wortsinn nicht nur die passive Empfangnahme des Geldes, sondern auch ein aktives Einziehen des zu hinterlegenden Betrages umfasst (vgl. dazu Bund, JurBüro 2004, 635, 636). Tätigkeiten, die der ordnungsgemäßen Erhebung des Geldes notwendigerweise vorausgehen, sind deshalb durch die Hebegebühr abgegolten. Dazu zählt die Feststellung des Eintritts der Einzahlungsreife, also der von den Vertragsparteien vereinbarten Bedingungen, bei deren Vorliegen das zu verwahrende Geld auf das Notaranderkonto einzuzahlen ist.

12

Für diese Sichtweise spricht der Zweck des Verwahrungsgeschäfts. Die Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto dient der Abwicklung des grundsätzlich Zug-um-Zug vorzunehmenden, bei Grundstückskaufverträgen in der praktischen Durchführung aber mit vielfältigen Schwierigkeiten verbundenen Leistungsaustausches. Es muss erreicht werden, dass keine der Vertragsparteien eine ungesicherte Vorleistung erbringt, ohne dass der Leistungsaustausch durch Zurückbehaltungsrechte beider Parteien nach § 320 BGB blockiert wird (vgl. Senat, Beschl. v. 12. Juli 2007, V ZB 113/06, NJW 2007, 3212, 3214). Zur Bewältigung der technischen Abwicklungsprobleme stehen den Vertragsparteien unterschiedliche Möglichkeiten zur Verfügung. Ist eine direkte Kaufpreiszahlung vorgesehen, können sie

die Kaufpreisfälligkeit und die Umschreibung des Eigentums von bestimmten, ihren jeweiligen Leistungsanspruch sichernden Voraussetzungen abhängig machen und den Notar mit deren Überwachung beauftragen. Sie können, sofern ein berechtigtes Sicherungsinteresse im Sinne von § 54a Abs. 2 BeurkG anzunehmen ist, die Kaufpreisabwicklung aber auch über ein Notaranderkonto vornehmen. In diesem Fall wahrt der Notar ihr beiderseitiges Interesse an dem Zug-um-Zug-Austausch der geschuldeten Leistungen im Rahmen des Hinterlegungsgeschäfts (so zutreffend OLG Celle Jur-Büro 2005, 42, 44; OLG Hamm NJW-RR 1999, 583, 584; vgl. auch OLG Hamm DNotZ 2000, 379, 380 f. sowie Winkler, BeurkG, 16. Aufl., § 54a Rdn. 66).

13

Auf den Kaufpreis bezogene notarielle Überwachungstätigkeiten sind deshalb immer dann als von der Hebegebühr abgegotener Teil des Verwahrungsgeschäfts anzusehen, wenn sie der Abwicklung des Leistungsaustausches dienen. Das ist für die Prüfung der Auszahlungsreife des Kaufpreises, die den Käufer vor einer ungesicherten Vorleistung schützt, anerkannt (vgl. OLG Schleswig JurBüro 1995, 260, OLG Düsseldorf JurBüro 1992, 823; OLG Hamm JurBüro 1987, 421; OLG Oldenburg JurBüro 1984, 272; Korintenberg/Reimann, KostO, 17. Aufl., § 149 Rdn. 7), gilt aber auch für eine dem Notar auferlegte Feststellung der Einzahlungsreife des Kaufpreises.

14

Auch diese Prüfung dient der Sicherstellung des Zug-um-Zug durchzuführenden Leistungsaustausches. Anders als bei einer direkten Leistung an den Verkäufer muss der Käufer, der den Kaufpreis auf ein Notaranderkonto einzahlt, zwar nicht befürchten, eine ungesicherte Vorleistung an den Verkäufer zu erbringen. Sein Interesse, im Gegenzug das Eigentum an dem gekauften Grundstück zu erlangen, wird bei der Abwicklung über ein Notaranderkonto durch die notarielle Prüfung der Auszahlungsreife gewahrt. Die Feststellung der Fälligkeit des Kaufpreises verhindert aber, dass er den Kaufpreis früher als vereinbart zahlen muss. Dass dahinter das wirtschaftliche Interesse des Käufers steht, den Kaufpreis nicht vorzeitig zu finanzieren oder nicht auf Zinseinkünfte zu verzichten (vgl. OLG Düsseldorf JurBüro 1995, 598, 599; Klein, Rpfleger 1988, 178, 180; Schmidt, MittRhNotK 2000, 302, 303), lässt den Zusammenhang von Fälligkeitsmitteilung und Sicherstellung des gegenseitigen Leistungsaustausches nicht entfallen. Denn der Wunsch, Zinsschäden zu vermeiden, die im Fall einer verfrühten Kaufpreiszahlung drohen, ist nur Ausdruck des rechtlichen Interesses, keine (nicht vereinbarte) Vorleistung erbringen zu müssen.

15

bb) Dass die gleiche Tätigkeit - die Prüfung der Kaufpreisfälligkeit - als eigenständiges, gemäß § 147 Abs. 2 KostO gesondert zu vergütendes Geschäft zu behandeln ist, wenn der Käufer den Kaufpreis direkt an den Verkäufer zahlt (vgl. Senat, BGHZ 163, 77, 79), schließt es nicht aus, sie bei Abwicklung des Kaufpreises über Notaranderkonto als Teil des Verwahrungsgeschäfts anzusehen (a.A. OLG Schleswig JurBüro 1995, 260, 261). Die unterschiedliche Handhabung erklärt sich daraus, dass die Kaufpreisabwicklung im Fall der Verwahrung von beiden Parteien (vgl. Eylmann/Vaasen/Hertel, BNotO/BeurkG, 2. Aufl., § 54a BeurkG Rdn. 31 sowie OLG Frankfurt JurBüro 1989, 1141, 1142) vollständig in die Hand des Notars gelegt und daher einheitlich über die Hebegebühr vergütet wird (so auch OLG Hamm NJW-RR 1999, 583, 584). Bei einer Direktzahlung nehmen die Parteien dagegen mit der - im Interesse des Käufers liegenden - Fälligkeitsüberwachung und der - dem Schutz des Verkäufers dienenden - Kaufpreisüberwachung zwei "Einzelleistungen" des Notars in Anspruch, die zwei voneinander unabhängige Gebühren nach § 147 Abs. 2 KostO auslösen (vgl. Senat, BGHZ 163, 77).

16

cc) Schließlich spricht gegen die Einbeziehung der Fälligkeitsüberwachung in den Abgeltungsbereich der Hebegebühr nicht, dass die Prüfung der Einzahlungsbedingungen vor Beginn des Verwahrungsgeschäfts und damit zeitlich vor dem Anfall des Gebührentatbestands des § 149 KostO erfolgt (so aber OLG Düsseldorf JurBüro 1995, 598, 599; Brosette, MittRhNotK 1993, 135, 136). Unterbleibt die Abwicklung über Notaranderkonto infolge einer nachträglichen Vereinbarung der Parteien, hat der Notar aber bereits den Eintritt der Fälligkeitsvoraussetzungen mitgeteilt, ist er nicht gehindert, für diese Tätigkeit eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO in Ansatz zu bringen (vgl. OLG Zweibrücken JurBüro 1995, 101; Bund, JurBüro 2004, 635, 637).

IV.

17

Einer Entscheidung über die gerichtlichen Kosten der weiteren Beschwerde (§ 156 Abs. 5 Satz 2, § 131 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KostO) bedarf es nicht. Eine Entscheidung über die Erstattung außergerichtlicher Kosten gemäß § 156 Abs. 4 Satz 4 KostO, § 13a Abs. 1 FGG ist nicht veranlasst, da sich die Kostenschuldner an dem Verfahren der weiteren Beschwerde nicht beteiligt haben. Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf § 131 Abs. 2, § 30 Abs. 1 KostO.

Mitgeteilt durch Notarfachreferent Guido Bischoff, Mü nchen

Buchbesprechungen

Heckschen: Das MoMiG in der notariellen Praxis
Verlag C. H. Beck München 2009, 425 Seiten (inkl. CD-ROM),
EUR 58,00

Verschiedene GmbH-Handbücher sind in den vergangenen Monaten in überarbeiteter oder Erstauflage erschienen, da die umfangreichen Änderungen im Kapitalgesellschaftsrecht durch das

am 01. November 2008 in Kraft getretene MoMiG in zahlreichen Punkten viele Fragen aufgeworfen haben, die von der Rechtsprechung und Literatur erst noch beantwortet werden müssen. Insbesondere in der notariellen Praxis haben sich umfangreiche Änderungen ergeben, weshalb es erfreulich ist, dass der Autor Dr. Heribert Heckschen, selbst Notar und ausgewiesener Kenner des Gesellschafts- und Umwandlungsrechts, der Umset-

zung des MoMiG in der notariellen Praxis ein eigenes neues Handbuch gewidmet hat.

Dabei hat der Verfasser die gesamte Konzeption des Handbuchs auf eine effektive und praxisorientierte Verwendbarkeit in der täglichen Gestaltungs- und Beratungspraxis ausgelegt. Diesem Anspruch wird der Autor auf den 311 Seiten (ohne Anhänge) in kompakter Darstellung gerecht, ohne auf eine präzise und auch bei Einzelfragen detaillierte Darstellung der bisherigen und der sich aus dem MoMiG ergebenden neuen Rechtslage zu verzichten.

Nach einer kurzen Einführung zur Geschichte und einer Übersicht zu den wesentlichen Änderungen durch das MoMiG werden - gegliedert nach den inhaltlichen Großabschnitten Gründungsverfahren, Geschäftsanteile, Kapitalerhöhung, Kapitalerhaltung, Eigenkapitalersatzrecht/Insolvenzrechtliche Bezüge, Geschäftsführerpflichten und -haftungserweiterungen, Auslandsgesellschaften und Zustellungsregelungen - die Änderungen im GmbH-Recht dargestellt und mit einem kurzen Überblick über die Änderungen im Recht der Aktiengesellschaften abgeschlossen.

In den Großabschnitten werden die einzelnen dazugehörigen Unterthemen (teilweise mit nochmaliger Themenuntergliederung) in jeweils eigenen Unterabschnitten in folgender wiederkehrender (teilweise themenspezifisch ergänzter) Gliederung dargestellt:

Zunächst wird auf die rechtliche Ausgangslage vor Inkrafttreten des MoMiG eingegangen; dabei wird auf bisher strittige Themenbereiche und Problemstellungen hingewiesen. Daraufhin folgt die Darstellung der sich nach MoMiG ergebenden Rechtslage einschließlich etwaiger strittiger und/oder problematischer Einzelfragen. Soweit erforderlich werden Übergangsregelungen dargestellt, auf welche die optisch durch Rahmen hervorgehobenen Praxishinweise, ggf. grau unterlegte Kurzchecklisten und/oder Formulierungsbeispiele/Muster folgen. Die Muster sind auch auf einer dem Buch beigelegten CD-ROM als Dateien verfügbar. Durch diese konsequente Gliederung der einzelnen Abschnitte und das sehr detaillierte Inhaltsverzeichnis lässt sich häufig ohne Verwendung des ebenfalls ausführlichen Stichwortverzeichnisses einer Fragestellung schnell nachgehen und diese beantworten. Sehr hilfreich für ein schnelles Auffinden sind auch die jeweils separaten Verzeichnisse der Formulierungsbeispiele und Muster, der Checklisten und Übersichten sowie der Praxis- und Beratungshinweise.

Erwähnenswert ist, dass auch schwierige Themenbereiche verständlich und prägnant dargestellt werden ohne dass es an inhaltlicher Genauigkeit fehlt. Mit den sehr ausführlichen Literatur- und Rechtsprechungshinweisen in den Fußnoten ist es für den Nutzer einfach möglich, sich mit einem Thema vertieft zu beschäftigen. So ist insbesondere die Problematik des Hin- und Herzählens von Einlagen sowie der verdeckten Sacheinlage sehr leicht verständlich dargestellt und mit wichtigen Beratungshinweisen auch im Hinblick auf die mögliche Entwicklung in der Handhabung dieser Themenstellungen durch die Insolvenzverwalter versehen. Bei manchen strittigen Themenstellungen, wie z.B. der Zulässigkeit der Übernahme einer Komplementärstellung durch die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), finden sich wichtige Argumentationshilfen für etwaige Beanstandungen des Registergerichts. Eine übersichtliche Darstellung der Umwandlungsfähigkeit der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) nach dem UmwG weist über die Änderun-

gen des GmbHG hinaus und enthält zudem sehr wichtige Stellungnahmen zu derzeit in diesem Bereich noch strittigen Fragestellungen, wie z.B. der Beteiligung der UG (haftungsbeschränkt) als aufnehmender Rechtsträger beim downstream merger oder sidestep merger (welche vom Autor m.E. richtigerweise abgelehnt wird).

Für die Gestaltungspraxis sehr hilfreich sind auch die im Handbuch aus den Gesetzesänderungen in Einzelfragen gezogenen Folgerungen für die Gestaltung von GmbH-Satzungen. So beispielsweise zu der Thematik der Ausübung der Stimmrechte eines Gesellschafters aus mehreren von ihm gehaltenen Geschäftsanteilen, zur Einziehung oder zu den Mitteilungsverpflichtungen der Gesellschafter zu notwendigen Angaben in der Gesellschafterliste an die Geschäftsführung.

Auch der Themenbereich der Veräußerung von Geschäftsanteilen und/oder Unternehmen ist an zahlreichen Stellen des Handbuchs erläutert und mit Gestaltungshinweisen versehen, insbesondere im Hinblick auf den nunmehr eingeschränkt möglichen gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen und die Auswirkungen des neuen Eigenkapitalersatzrechtes.

Die Checklisten und Übersichten und die Praxis- und Beratungshinweise sind in hervorragender Weise vom Verfasser auf die tägliche notarielle Praxis zugeschnitten. Sie sind gut gegliedert, leicht verständlich und ermöglichen dem Praktiker eine leichte Einordnung und Strukturierung der Themenstellungen und deren Umsetzung in der notariellen Praxis bis hin zu den Belehrungshinweisen.

Mit den sehr umfangreichen Mustern und deren Verfügbarkeit auf CD-ROM ist das Handbuch gleichzeitig als Formularbuch zur GmbH für die notarielle Praxis konzipiert.

Fazit: Das Handbuch kann jedem uneingeschränkt empfohlen werden, der im GmbH-Recht berät und gestaltet. Insbesondere für die notarielle Praxis ist dieses Handbuch von Dr. Heribert Heckschen für das GmbH-Recht aber eine Gesamtdarstellung, die in ihrer Kompaktheit und praktischen Verwendbarkeit eine Ausnahmestellung in der Fachliteratur einnimmt und daher uneingeschränkt zum Kauf empfohlen werden kann.

Christiane Stoye Benk, Württ. Notariatsassessorin, Stuttgart

Prütting/Wegen/Weinrich (Hrsg.): BGB, , Luchterhand, 4. Auflage, 3624 Seiten, gebunden, 98 Euro:

Mit Stand 1.1.2009 von Rechtsprechung und Literatur ist die 4. Auflage des sehr gut lesbaren Kommentars für die Praxis und die Wissenschaft erschienen.

Umfangreiche Rechtsprechung, anhaltender Literaturstreit, und insbesondere ein nimmermüder Reformgesetzgeber geben der nunmehrigen Auflage nachhaltig ihre Berechtigung.

Aus notarieller Sicht sind zu den Kommentierungen des BGB insbesondere jene des EGBGB und des WEG von besonderer Relevanz, wobei selbstredend –wie auch im Palandt als dem wohl eigentlichen Mitbewerber bei grundsätzlich gleichem Adressatenkreis- weitere Gesetze kommentiert werden.

Ausschnitte:

In § 167 BGB ist bei Randnummer 48 die im notariellen Alltag immer wieder auftretende Untervollmacht dargestellt. Nach der

Erklärung des Begriffs der Untervollmacht, nämlich die einem Dritten (Untervertreter) durch den Hauptvertreter erteilte Rechtsmacht, seinerseits für den Vertretenen rechtsgeschäftlich tätig zu werden, wird unter anderem untersucht, ob die von der Rechtsprechung zugelassene mittelbare Untervollmacht tatsächlich ihre Berechtigung hat. Bei der mittelbaren Untervertretung vertritt der Untervertreter unmittelbar (nur) den Hauptvertreter und nur mittelbar, gleichsam durch den Hauptvertreter hindurch, den (eigentlich) Vertretenen. Man stelle sich diese Konstruktion, die rundweg abzulehnen ist, einmal vor. Hier soll jemand für sich selbst einen Vertreter bestellen können, dessen Handeln Rechtsfolgen für einen Dritten (!) herbeiführen soll. Zu Recht wird deshalb am Ende von Randnummer 49 diese Konstruktion als sach- und verkehrsfremd abgelehnt.

Ab Randnummer 6 wird im Rahmen der Kommentierung zu § 491 BGB untersucht, ob der Schuldbeitritt, die befreiende Schuldübernahme und die Vertragsübernahme die entsprechende Anwendung der §§ 491ff BGB rechtfertigen. Nach differenzierter Betrachtung der gegenwärtigen, letztlich von der Rechtsprechung herrührenden Rechtslage, wird –wahrscheinlich zu Recht– vertreten, dass sämtliche vorgenannten Sonderfälle im Lichte des § 491 ff BGB den Anwendungsbereich der Verbraucherschutznormen auslösen, obgleich beim lediglich zweiseitigen Vertrag der Schuldübernahme mit lediglich vom Gläubiger erklärter Zustimmung das OLG Dresden zu einem anderen Ergebnis kam, wonach nämlich der Schutz der §§ 491 ff BGB nicht ausgelöst werde.

Die notarielle Praxis hat auf diese unklare Rechtslage bereits reagiert, in dem sie in den entsprechenden Fällen lediglich eine Verpflichtung (als solche) des Übernehmers etwa im Rahmen eines Übergabevertrags begründet, den Altschuldner –gleichviel auf welche Weise– aus der Schuld zu bringen. Vorteil dieser Regelung ist, dass jedenfalls im Rahmen der vertraglichen Abreden allein für diese konkrete Abrede die Normen des Verbraucherdarlehensvertrags bislang unstreitig nicht beachtet werden müssen.

Im Rahmen der Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers gem. § 528 BGB wird in der Literatur –Rechtsprechung existiert zu dieser speziellen Frage noch nicht– seit Jahren umfassend und nachhaltig darüber diskutiert, ob der Beschenkte im Wege der sog. umgekehrten Ersetzungsbefugnis das Geschenk als solches zurückgeben kann, obwohl an sich und originär lediglich Geld zur Deckung der Bedarfslücke geschuldet wird. Das ist mithin dann der Fall, wenn die Bedarfslücke des Unterhaltsberechtigten kleiner ist als der Wert des Geschenks, was bei Grundstücksschenkungen der Regelfall ist. Diese umgekehrte Ersetzungsbefugnis bzw. deren Problematik und Rechtfertigung werden bedauerlicherweise nicht dargestellt. Jedoch überzeugen die weiteren Ausführungen im Rahmen der Kommentierung von § 528 BGB.

Sehr prägnant und punktbezüglich sind die Ausführungen hinsichtlich der Frage, ob etwa der Eigentumsvormerkungsberechtigte bereits ab Fälligkeit seines gesicherten Anspruchs die Beseitigung vormerkungswidriger Belastungen verlangen kann (so z. B. MünchKommBGB/Wacke, § 888, Rn. 6) oder aber erst Erwerb des Eigentums. Unter Hinweis auf zwei aktuelle Gerichtsentscheidungen wird die zweitgenannte Auffassung bei Randnummer 3 zu § 888 BGB vertreten. Im Lichte der bloßen Vorläufigkeit der Sicherungswirkung einer Vormerkung wohl zu Recht.

Zu kurz sind die Ausführungen zur Sicherungsgrundschuld gem. § 1192 Abs. 1a BGB. Die mittlerweile grundsätzlich nicht mehr bestehende Möglichkeit des gutgläubigen einredefreien Erwerbs gem. § 1157 BGB aufgrund der Bestimmung in § 1192 Abs. 1a BGB hätte im Rahmen der Kommentierung wesentlich breiteren Raum einnehmen müssen. Am Ende von Randnummer 5 wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die Eigenschaft einer Grundschuld als Sicherungsgrundschuld nicht in das Grundbuch eingetragen werden kann. Der Hinweis auf BGH NJW 1986, 53, geht insoweit jedoch fehl, als dass die damalige Argumentation im Lichte der nunmehrigen Rechtslage nicht mehr herangezogen werden kann – und auch nicht muss. Entscheidend dürfte nunmehr und vielmehr sein, dass schlichtweg ein Rechtsverlust nicht droht, da ein gutgläubiger (einredefreier) Erwerb ja gerade ausgeschlossen ist. Mithin fehlt das Rechtsschutzbedürfnis für eine solche Eintragung.

Eine von § 1193 BGB abweichende Kündigungsbestimmung bei einer Grundschuld wird zur Eintragung in das Grundbuch im Rahmen der Kommentierung dieser Norm zugelassen, sofern der Gläubiger und der Schuldner erklären (in der Form des § 29 GBO), dass die Grundschuld keine Geldforderung sichere.

Ebenfalls absolut aktuell sind die Ausführungen zu § 2325 BGB. Insbesondere wird klar und unter Beifügung von Nachweisen vorzugsweise aus der Rechtsprechung Stellung bezogen zum Fristbeginn in den Fällen, in denen Nutzungsrechte wie etwa ein Nießbrauch oder ein Wohnungsrecht an einem übergebenen Grundstück vorbehalten werden. Bei Randnummer 28 wird erläutert, wie das Niederstwertprinzip von § 2325 konkret rechnerisch umzusetzen ist: das gefällt.

Auch die Ausführungen zum Wohnungseigentumsgesetz sind überzeugend, wenn auch teilweise zu kurz, wie etwa jene zu § 10 WEG über nur eine Buchseite. Gemessen an dem Umstand, dass in eben dieser Norm die Abgrenzung des Verbands von der Bruchteilsgemeinschaft vorgenommen wird, demnach diese Vorschrift den Wesenskern der jüngsten Reform darstellt, überrascht diese Kürze, tut jedoch der Qualität und Brauchbarkeit der sonstigen Ausführungen für die rasche Rechtsfindung keinen Abbruch.

Im Rahmen der Kommentierung zu Art. 25 EGBGB sind nach der Voranstellung der vorrangigen staatsvertraglichen Regelungen aktuelle Ausführungen zum gesamten Themenspektrum im Bereich des internationalen Privatrechts. Die Norm des § 1371 Abs. 1 BGB etwa wird in Randnummer 10 güterrechtlich qualifiziert.

Verschiedene gesellschaftsrechtliche Problematiken, das anwendbare Recht und vertiefende Rechtsprechung und Literatur hierzu werden über mehrere Seiten hinweg übersichtlich und augenfällig in Tabellen dargestellt (Vor Artikel 27 ff EGBGB).

Fazit: ein aktueller Kommentar, der im Vergleich zu seinem Mitbewerber Palandt durch seine sehr gute Lesbarkeit besticht. Dieser einbändige Kommentar kann ohne Einschränkung empfohlen werden. Er wird künftig erste Anlaufstelle sein mit der Gewissheit, dass weiteres Nachschlagen in anderen Werken nicht erforderlich sein wird.

Achim Brenner, Notarvertreter, Aalen

Gustavus, Handelsregisteranmeldungen**Verlag Dr. Otto Schmid KG, 7. Auflage 2009, 343 S., € 44,80**

Seit 25 Jahren füllt der „Gustavus“ die Lücke zwischen Kommentaren und Formularbüchern. In übersichtlicher Form gibt das Werk einen schnellen Überblick darüber, ob bestimmte Veränderungen eines Unternehmens oder des Unternehmensträgers Anmeldungen und Erklärungen zum Handelsregister erforderlich machen, welchen Inhalt diese Erklärungen haben müssen und welche Unterlagen beizufügen sind.

Vier Jahre nach der 6. Auflage ist nunmehr die 7. Auflage im Handel. Die 7. Auflage bringt das Werk auf den Stand von Oktober 2008. Die erst zum 01. November 2008 in Kraft getretenen Änderungen durch das MoMiG sind jedoch bereits eingearbeitet. Das Werk gliedert sich unverändert in einen Formulareil (Teil A) sowie einen Teil mit Gerichtsentscheidungen (Teil B). Der Formulareil wurde wie bisher von Notar a.D. Professor Walter Böhringer bearbeitet. Die Bearbeitung des Entscheidungsteils erfolgte wie seither durch den Herausgeber VorsRiLG i.R. Prof. Dr. Eckhart Gustavus sowie durch RiAG Robin Melchior.

Die Besonderheit des „Gustavus“ liegt darin, in kompakter Form sämtliche nur denkbaren Anmeldefälle zu behandeln. Neben Standardfällen werden auch seltene Unternehmensformen wie die Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) sowie die Europäische Gesellschaft (SE) behandelt. Sachverhalte, welche keine Anmeldung erforderlich machen, weil etwa eine Eintragung in das Handelsregister von Amts wegen vorgenommen wird (z.B. Insolvenzeröffnung, Fall Nrn. 18, 48 usw.), sind dabei ebenfalls nicht ausgenommen.

Zu jedem Anmeldefall gibt das Werk eine kurze Einführung und Erläuterung zur Sach- und Rechtslage, zu den bei Gericht und bei dem Notar entstehenden Kosten sowie zu den dem Register mit einzureichenden Unterlagen. Soweit relevant, wird bei den Anmeldefällen auf einschlägige Gerichtsentscheidungen im Entscheidungsteil des Werks verwiesen. Komplettiert wird das Werk durch zwei Einführungen (zum Handelsregister als solchem sowie allgemein zu Anmeldungen), wobei z.B. auch auf die Frage der Tauglichkeit ausländischer Urkunden im Registerverfahren eingegangen wird, sowie durch einen Anhang zu Teil A mit Hinweisen zur Kostenberechnung.

Die Formulierungen zu den Anmeldungen sind auf dem neuesten Stand. So wurde u.a. die seit Einführung eines elektronischen Handelsregisters nicht mehr erforderliche Firmenzeichnung aus dem Formularemustern entfernt.

Bei der Neuauflage wurden vor allem die Änderungen durch das MoMiG eingearbeitet. Unter Fall Nr. 101 wird z.B. ausführlich auf die Neuerungen bei der einzureichenden Liste der GmbH-Gesellschafter eingegangen. Das nunmehr mögliche „genehmigte Kapital“ bei der GmbH findet im neuen Formular 108a Berücksichtigung. Die Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) ist unter Formular 129a noch etwas stiefmütterlich behandelt, da sie nach Auffassung der Autoren im Vorwort ihre Praxistauglichkeit erst noch unter Beweis stellen muss. Geradezu prophetisch haben die Verfasser des „Gustavus“ bereits im Oktober 2008 die Irritationen vorhergesehen, welche die nunmehr erforderliche Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift hervorrufen würde. Im Anmeldungstext ist jeweils klargestellt, dass die Lage der Geschäftsräume mit der inländischen Geschäftsanschrift identisch ist (vgl. hierzu OLG München, Beschl. v. 28.01.2009, mit Anmerkung Kanzleiter, DNotZ 2009, 231).

Auch über die durch das MoMiG erforderlich gewordenen Änderungen hinaus wurde das Werk aktualisiert. So wird z.B. bei der Anmeldung der Übertragung eines Kommanditanteils (Formular 70) auf die Entscheidung des BGH v. 19.09.2005 zur Erforderlichkeit der sog. „Abfindungsversicherung“ hingewiesen (Teil B § 171 HGB Nr. 1). Bei den Hinweisen zur Kostenberechnung im Anhang zu Teil A wird zur Frage der Gebühren für die elektronische Erfassung der Urkunden und die Erstellung der XML-Daten Stellung genommen. Ausgeweitet wurden auch die Erläuterungen zu Anmeldungen mit Auslandsbezug, etwa bei Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften. Schließlich gibt das Werk bereits Hinweise auf die mit dem FamFG eintretende Reform im Bereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Angesichts der Fülle von Vorzügen sind denn auch nur Kleinigkeiten kritikwürdig oder verbesserungsfähig. So könnte direkt in den Anmeldungstexten zur Gründung einer GmbH bzw. UG (haftungsbeschränkt) (Formulare 91 bzw. 129a) nochmals darauf hingewiesen werden, dass eine separate Gesellschafterliste entfällt, wenn das Musterprotokoll verwendet wird; dies ergibt sich im „Gustavus“ im Übrigen nur aus den Erläuterungen zum jeweiligen Anmeldeformular. Nach der Neuregelung durch das MoMiG dürfte klar sein, dass bei der Sachkapitalerhöhung einer GmbH, anders als bei der Gründung, mangels Nennung bzw. Verweisung in § 57 GmbHG kein „Sachkapitalerhebungsbericht“ erforderlich ist (bisher str.; zur neuen Rechtslage vgl. Heybrock-Rabe, Praxiskommentar GmbH 2009, § 57 Rn. 34); dies wurde bei der Anmeldung Nr. 108 noch nicht berücksichtigt.

Diese kleineren Kritikpunkte vermögen die Qualität des „Gustavus“ kaum zu schmälern. Nach wie vor bietet das handliche Nachschlagewerk seinen Nutzern in konzentrierter Form alle Informationen, welche im Zusammenhang mit Handelsregisteranmeldungen wesentlich sind. Der „Gustavus“ darf daher in keinem Notariat fehlen.

Christian Bachmayer, Notar, Eppingen

Aktuelles im IPR/aus dem Ausland

Entscheidung des EuGHMR zu Art. 12 § 10 NEheLG

Mit Entscheidung vom 28.05.2009 hat der EuGHMR¹ in einem Einzelfall angenommen, dass Art. 12 § 10 NEheLG und der damit verbundene Ausschluss eines vor dem 01.07.1949 geborenen nichtehelichen Kindes von der Erbfolge Art. 14 i.V. mit Art. 8 der EMRK verletzt. Nach der Entscheidung sind die Interessen des Erblassers und seiner Familie dem Gebot der Gleichbehandlung ehelicher und nichtehelicher Kinder zumindest dann unterzuordnen, wenn die Vaterschaft vom nichtehelichen Vater anerkannt wurde, Kontakt zwischen dem Vater und dem Kind bestand und der Vater keine Ehefrau und keine ehelichen Kinder hat. Der Gesetzgeber ist nun zur Korrektur des NEheLG aufgerufen. Eine Aufhebung des Art. 12 § 10 NEheLG ex tunc für bereits eingetretene Erbfälle erscheint unrealistisch.

Im nächsten Heft der BWNNotZ wird der Volltext der Entscheidung nebst einer Anmerkung von Herrn RiLG Krug veröffentlicht.

Notarrecht: Vertretungsbescheinigungen aufgrund Einsichtnahme in ausländische Register

Nach Auffassung des OLG Schleswig² ist ein deutscher Notar befugt, auf Grund einer Einsichtnahme in ausländische Register Bescheinigungen für eine Vertretungsberechtigung auszustellen, wenn das ausländische Register seiner rechtlichen Bedeutung nach dem deutschen Handelsregister entspricht, was in der Entscheidung für das schwedische Register bejaht wurde. Das OLG geht in der Begründung davon aus, dass es sich bei der Vertretungsbescheinigung um eine solche nach § 21 BNotO handele.

Niederlande: Keine Eintragung von Miteigentum im deutschen Grundbuch bei Ehegatten, die im niederländischen gesetzlichen Güterstand leben

Mit Beschluss vom 16.02.2009 hat das OLG München³ entschieden, dass Ehegatten, die im gesetzlichen Güterstand nach niederländischem Recht leben, ohne Rechtswahl nicht als Miteigentümer zu Bruchteilen im deutschen Grundbuch eingetragen werden können. Da der gesetzliche Güterstand nach niederländischem Recht keine Gesamthandsgemeinschaft, sondern eine Art qualifiziertes Miteigentum begründet, war die Zulässigkeit der Eintragung in Miteigentum von weiten Teilen der Literatur bisher bejaht worden.⁴

Norwegen: Einführung eines gesetzlichen Erbrechts für nichteheliche Lebensgefährten zum 01.07.2009

Zum 01.07.2009 traten die gesetzlichen Bestimmungen zum gesetzlichen Erbrecht des überlebenden nichtehelichen Lebensgefährten in Kraft⁵. Erbberechtigt sind nur Lebensgefährten, die mit dem Verstorbenen gemeinsame Kinder haben, hatten oder solche erwarten.

Dem überlebenden nichtehelichen Lebensgefährten (der mit dem Erblasser gemeinschaftliche Kinder hat, hatte oder erwartet) steht nur ein Anspruch auf den vierfachen Grundbetrag der gesetzlichen Renten- und Sozialversicherung zu. Daneben kann der überlebende Partner auch die Aufschiebung der Vermögensauseinandersetzung an bestimmten Vermögensgegenständen wie bspw. der gemeinsamen Wohnung und dem dazugehörigen Hausrat wählen („Uskifte“).

Schweiz: Inkrafttreten des Haager Übereinkommens über den Internationalen Schutz von Erwachsenen (ESÜ)

Das Übereinkommen vom 13.01.2000 ist zum 01.01.2009 für Deutschland, Frankreich und Schottland in Kraft getreten. Zum 01.07.2009 ist das ESÜ in der Schweiz in Kraft getreten.

Schweiz: Neues Erwachsenenschutzrecht voraussichtlich erst 2013

Am 19.12.2008 wurden die Art. 360-456 schweiz. ZGB hinsichtlich des Erwachsenenschutzes vollständig neu gefasst⁶. Da die Umsetzung des neuen Rechts erhebliche Änderungen in der Behördenstruktur der Kantone erfordert, ist vor einem Inkrafttreten des neuen Rechts nicht vor 2012, eher aber im Jahr 2013 zu rechnen.

Für die notarielle Praxis interessant sind vor allem die neuen Bestimmungen zum Vorsorgeauftrag und der Patientenverfügung.

von Daniel Schaal, Notarvertreter, Stuttgart

¹ Entscheidung teilweise veröffentlicht in FamRZ 2009, 1293ff.

² IPrax 2009, 79ff.

³ Rpfleger 2009, 445ff.

⁴ Hertel in Würzburger Notarhandbuch, aaO, Teil 7 RNr. 686; Schotten/Schmellenkamp, Das IPR in der notariellen Praxis, aaO, Anh. II RNr. 412.

⁵ Siehe hierzu ausführlich Frantzen, FamRZ 2009, 1554ff.

⁶ siehe ausführlich Schnyder, FamRZ 2006, 1569ff zum Gesetzesentwurf.