BWNotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

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

Kronenstraße 34
70174 Stuttgart

Schriftleitung
Notarvertreter im Landesdienst
Stefan Mattes, Filderstadt

Notar Dr. Oliver Fröhler,
Notariatsdirektor, Lörrach

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

6/2012

Dezember

Seiten 149-180

Inhalt

Abhandlungen

Jonas Huber, Notarvertreter, Kernen i.R.
Dr. Andrea Schmieder, Freudenstadt
Dr. Wilhelm Dengler, Freudenstadt
312 und 20 Jahre – Geschäfts- und testierfähig oder fremdbestimmt? – Medizinische und rechtliche Aspekte
.....150

Dr. Oliver Fröhler, Notariatsdirektor, Lörrach
Erbausschlagung und FamFG
.....160

Rechtsprechung 167

Buchbesprechungen 172

Aktuelles aus dem Steuerrecht (Mensch) 175

beck-online
DIE DATENBANK

Notarrecht PLUS

Notarrecht PLUS

Beck'sches Notarhandbuch, Münchener Kommentar zum BGB und **Baumbach/Hueck, GmbHG:** diese wichtigen Standardwerke stehen Ihnen auch online zur Verfügung – übersichtlich aufbereitet und zu günstigen Preisen. Dazu vieles, was die Arbeit im Notarrecht erleichtert: Rechtsprechung in Hülle und Fülle, sorgfältig aktualisierte Gesetzestexte und zahlreiche Formulare. Damit macht sich dieses umfassende Informationspaket schnell bezahlt.

▸ schon ab **€ 125,–/Monat**
(zzgl. MwSt., 6-Monats-Abo)

157174

4 Wochen kostenlos testen
Infos: www.beck-shop.de/29409

C.H.BECK

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

1. Jonas Huber, Notarvertreter, Kernen i.R.
Dr. Andrea Schmieder, Freudenstadt
Dr. Wilhelm Dengler, Freudenstadt **150**

312 und 20 Jahre – Geschäfts- und testierfähig oder fremdbestimmt?

2. Dr. Oliver Fröhler, Lörrach **160**

Erbausschlagung und FamFG

Rechtsprechung

1. Grundstücksrecht

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25.06.2012 – 14 Wx 30/11; rechtkräftig. **167**
Zum Zustimmungserfordernis nach § 12 WEG bei Erbauseinandersetzung

2. Erbrecht

OLG München, Beschluss vom 16.07.2012 – 31 Wx 290/11; rechtskräftig **168**
Auslegung eines notariellen Testaments hinsichtlich der Schlusserbeinsetzung

Buchbesprechungen

Grundbuchordnung (Böhringer) **172**

Praktische Fragen des Erbbaurechts (Böhringer) **173**

Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentum (Böhringer) **173**

Praxishandbuch für Notarfachangestellte (Böhringer) **173**

GmbHG Kommentar zum GmbH-Gesetz (Dieckmann) **174**

Aktuelles aus dem Steuerrecht (Mensch) **175**

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg BWNotZ

Dezember 78. Band Nr. 6/2012

312-und-20 Jahre (Dreihundertzwölfundzwanzig Jahre) Geschäftsfähig / testierfähig oder fremdbestimmt?

von Notarvertreter Jonas Huber, Notariat Kernen i. R.,
sowie Dr. Andrea Schmieder und Dr. Wilhelm Dengler, Krankenhaus Freudenstadt

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung
2. Geschäfts- und Testierfähigkeit in der notariellen Praxis
2.1. Einführung
2.2. Besonderheiten bei der Errichtung von Verfügungen von Todes wegen
2.3 Beispielsfälle, Problemaufriss
3. Feststellung der Geschäfts- bzw. Testier(un)fähigkeit durch den Notar
4. Feststellung der Geschäfts- und Testier(un)fähigkeit durch einen Psychiater
4.1 Die psychiatrische Begutachtung
4.2 Beurteilung der Geschäfts- bzw. Testier(un)fähigkeit durch einen Psychiater
5. Betreuungsangelegenheiten (aus psychiatrischer Sicht)
6. Das Sachverständigengutachten nach § 280 FamFG
7. Fazit

1. Einleitung

Bereits heute ist die Bevölkerung Deutschlands eine der ältesten der Welt. Ein Grund ist die Steigerung der allgemeinen Lebenserwartung. Die Lebenserwartung von Männern bei der Geburt betrug im Jahr 2009 in Deutschland 77,4 Jahre, die von Frauen 82,6 Jahre (Statistisches Landesamt).

Das Erreichen eines Alters von über 80 bis 100 Jahren ist heutzutage eher die Regel als die Ausnahme[1].

Diese unaufhaltsame demografische Entwicklung erfordert nicht nur eine kontinuierliche effiziente medizinische und pflegerische Versorgung der alten Menschen, sondern stellt auch Kautelarjuristen sowohl quantitativ als auch qualitativ vor neue Herausforderungen.

Das Ziel dieses Beitrages besteht darin, die komplexen Probleme, die sich in der täglichen Arbeit eines Notars ergeben, zu würdigen, im Hinblick auf medizinische Belange differenziert zu beleuchten und Hinweise sowie mögliche Betrachtungsweisen zu erörtern und alltagstaugliche Hilfen für diese qualifizierte und anspruchsvolle Tätigkeit zu diskutieren. Dabei sollen vor allem die Geschäfts- und Testierfähigkeit aus juristischer und medizinischer Sicht, sowie die freie Willensbildung im Bereich der Betreuungsangelegenheiten im Mittelpunkt stehen. Auch soll aufgezeigt werden, wie der Notar eine Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit feststellen kann und wie er sich im Zweifelsfall zu verhalten hat.

2. Geschäfts- und Testierfähigkeit in der notariellen Praxis

2.1 Einführung

8.00 Uhr: Eidesstattliche Versicherung – 8.15 Uhr: Adoptionsantrag – 8.45 Uhr: Gründung einer UG (haftungsbeschränkt) – 9.30 Uhr: General- und Vorsorgevollmacht – 10.00 Uhr: Testament … und nun gibt die Testiererin T an, dreihundertzwölfundzwanzig Jahre alt zu sein. Was nun?

Der Notar hat oftmals einen dicht gefüllten Terminkalender, soll sich hierbei nicht nur der Sache widmen, sondern auch persönlich auf die Kundschaft eingehen. Dabei soll er den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben, vgl. § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG.

Eine Urkundstätigkeit darf gem. § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO der Notar nur dann verweigern, wenn hierfür ein ausreichender Grund besteht. Da nach § 15 Abs. 2 Satz 1 BNotO gegen die Verweigerung der Urkunds- oder sonstigen Tätigkeit des Notars die Beschwerde statt findet[2], wird der Notar seine notariellen Dienste erst dann ablehnen, wenn er sich eines hinreichenden Ablehnungsgrundes sicher ist. Ein Ablehnungsgrund des Notars zur Beurkundung von Willenserklärungen ist beispielsweise dann angezeigt, wenn einem

1 Kuhlmey, PKV Publik 6/2008

2 Beschwerdegericht ist hierbei eine Zivilkammer des Landgerichts, in dessen Bezirk der Notar seinen Amtssitz hat. Für das Verfahren gelten die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, vgl. § 15 Abs. 2 Satz 2 und 3 BNotO

Beteiligten nach der Überzeugung des Notars die erforderliche Geschäftsfähigkeit fehlt, vgl. § 11 Absatz 1 Satz 1 BeurkG[3]. Von einer Ablehnung der notariellen Dienste sollte in diesem Fall jedoch nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn nach den vom Notar gemachten Wahrnehmungen, nach der mit dem Erblasser gepflogenen Unterhaltung und den vom Notar sonst noch unternommenen Aufklärungsmaßnahmen (z.B. Auskunft des Hausarztes, Pflegepersonals etc.) jeder vernünftige Zweifel daran, dass der Beteiligte geschäfts- oder testierfähig ist, schlechthin ausgeschlossen erscheint[4]. Zu seinem eigenen Schutz sollte der Notar seine eigenen Wahrnehmungen in der Urkunde niederlegen und in einer Beiakte den Sachverhalt aus Beweissicherungsgründen detailliert dokumentieren. Nach m.E. kann dem Notar kein Vorwurf gemacht werden, wenn dieser auch bei Zweifel der Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit eines Beteiligten der vom Beteiligten begehrenden Urkundstätigkeit nachkommt. Dies gilt, sofern er sämtliche Wahrnehmungen über die Geschäfts- bzw. Testier(un)fähigkeit im konkreten Einzelfall hinreichend im Urkundeneingang vermerkt. Vor allem ist dies bei der Protokollierung von Verfügungen von Todes wegen zu beachten. Einer rechtlichen Beurteilung der Geschäfts- und Testierfähigkeit sollte er sich dann jedoch enthalten, gleichwohl jedoch über die damit einhergehenden Rechtsfolgen eingehend belehren. Die Richtigkeit der Vornahme einer Protokollierung durch den Notar wird auch indirekt und zutreffend durch Beschluss des OLG München vom 8.8.2011 -32 Wx 286/11 Kost- (ZEV 2012, 109) bestätigt. Das Gericht zeigt auf, dass eine unrichtige Sachbehandlung i.S. des § 16 KostO bei einer Beurkundung nicht vorliegt, wenn für den Notar eine zweifelsfreie Geschäftsunfähigkeit des Testierenden nicht feststeht.

2.2 Besonderheiten bei der Errichtung von Verfügungen von Todes wegen

Durch die Sondervorschrift des § 28 BeurkG zeigt der Gesetzgeber dem Notar bei der Protokollierung von Verfügungen von Todes wegen auf, eine Aussage über seine Wahrnehmungen über die erforderliche Geschäftsfähigkeit des Erblassers in der Urkunde nieder zu legen. Dies gilt auch für den Fall, sollte der Notar von der Testier- und Geschäftsfähigkeit des Testierenden überzeugt sein[5]. Durch eine auf eigene Wahrnehmungen durch die Urkundsperson begründete Tatsachenfeststellung in dem Urkundeneingang einer notariellen Verfügung von Todes wegen, begründet diese nach der Beweisregel des § 418 Absatz 1 ZPO vollen Beweis für alle in ihr bezeugten Tatsachen. Diese formelle Beweiskraft erfasst aber nur die Tatsache selbst, nicht die rechtliche Beurteilung, z.B. nicht die vom Notar festgestellte Testierfähigkeit; dies gehört vielmehr zur freien Beweiswürdigung (§ 286 Absatz 1 ZPO)[6]. Umso mehr wird im Streitfalle ein Augenmerk auf die Wahrnehmungen der Urkundsperson gelegt werden, nicht auf die von ihm gezogenen Schlussfolgerungen. An diese Schlussfolgerungen eines Notars ist bei einem Rechtsstreit die darüber zu entscheidende Instanz nicht gebunden. Wolfram Waldner vertritt die Ansicht in seinem Buch „Beurkundungsrecht für die notarielle Praxis“ in der Rn. 59, in eine notarielle Urkunde gehöre nur das Ergebnis der eigenen Einschätzung der Geschäftsfähigkeit. Dem widerspreche ich. Zwar mag dies womöglich in anderen notariellen Urkunden als Verfügungen von Todes wegen dadurch seine Begründung finden, dass durch Festhalten der eigenen Wahrnehmungen – auch in Beiakten –, jedem Beteiligten, der nach § 51 BeurkG eine Ausfertigung der Urkunde verlangen kann, diese ersichtlich sind. Doch vor allem bei Verfügungen von Todes wegen ist dieses Argument haltlos, da diese in der Regel nicht mit außenstehenden Dritten geschlossen werden. Nach m.E. erwähnt Waldner a.a.O. zutreffend, dass der Notar nicht verpflichtet ist, den Erkenntnisvorgang über den nach § 11 Absatz 2 BeurkG vorgeschriebenen Vermerk hinaus zu dokumentieren. Dem mag so sein, jedoch aus Gründen der Rechtssicherheit aus oben aufgeführten Gründen nicht zu empfehlen.

Durch Beschluss des BayObIG vom 17.08.2004 -1Z BR 053/04- wird zutreffend bestätigt, dass die Auffassung, man könne schon deshalb von Testierfähigkeit ausgehen, weil der protokollierende Notar in seiner Urkunde festgehalten hat, er sei aufgrund der Verhandlung mit dem Erblasser von dessen Testierfähigkeit überzeugt, rechtsfehlerhaft ist. Zwar kann bei einem ordnungsgemäß errichteten öffentlichen Testament in dem nach § 28 BeurkG vorgesehenen Vermerk des Notars über seine Wahrnehmungen bezüglich der Testierfähigkeit ein Indiz liegen[7]. Eine solche Feststellung des Urkundsnotars ist jedoch nicht geeignet, aufgrund konkreter Umstände begründete Zweifel an der Testierfähigkeit zu entkräften – schon gar nicht ohne eine Beweiserhebung über ihr Zustandekommen. Auch wenn der Erblasser bei tatsächlichem Vorhandensein einer psychischen Erkrankung in Form

3 Bei Abnahme von Eiden und eidesstattlichen Versicherungen ist gemäß §§ 38, 11 BeurkG an Stelle der Geschäftsfähigkeit auf die strafrechtliche Eidesfähigkeit abzustellen (vgl. Huhn / v. Schuckmann/Renner § 11 BeurkG Rn 5). Die Bestimmung ist, vor allem wegen der Stimmabgabe, auch auf die Protokollierung von Versammlungen analog anzuwenden, BeckOK BeurkG § 11 Rn 1.

4 Jansen BeurkG § 11 RdNr. 5; Reimann/Bengel/Mayer/Limmer § 11 RdNr. 14 (strenge Anforderungen an die Überzeugungsbildung); Soergel/Mayer RdNr. 5 (Schutz der verfassungsrechtlich gewährten Testierfreiheit); s. aber Bamberger/Roth/Litzenburger § 11 RdNr. 5 im Anschluss an Dassel Recht 1917 Sp. 329, mit der zweifelhaften Empfehlung, trotz § 11 Abs. 1 S. 2 bei Verfügungen von Todes wegen zur Vermeidung eines mit der Ablehnung einer Beurkundung verbundenen Haftungsrisikos die Beurkundung vorzunehmen, jedoch alle Tatsachen vollständig in dem Vermerk aufzuführen, die nach Meinung des Notars die Geschäftsunfähigkeit begründen. BeurkG § 28 Münchener Komm. 5. Aufl. Hagena Rn. 19

5 Hat der Notar seine Pflicht zur Prüfung der Geschäftsfähigkeit oder zur Feststellung in der Niederschrift verletzt, so ist die gleichwohl aufgenommene Urkunde wirksam, weil § 28 BeurkG nur eine Soll-Vorschrift ist. Der Notar kann im Falle einer pflichtwidrig unterlassenen Feststellung der Geschäftsfähigkeit für die entstehenden Prozess- und Vollstreckungskosten gemäß § 19 BNotO haften (Vgl OLG Oldenburg DNotZ 1974, 19), BeckOK BeurkG § 28 Rn 3

6 BayObIG DNotZ 1975, 555; ZPO § 418 Huber Musielak 8. Aufl. Rn 3

7 vgl. OLG Hamm FGPrax 1997, 68; Staudinger/Baumann, BGB, 13. Aufl., § 2229 Rz. 47

einer Wahnvorstellung anlässlich der Beurkundung seiner letztwilligen Verfügungen keine Wahnvorstellungen geäußert haben sollte, rechtfertigt das nicht den Schluss, dass sie tatsächlich nicht vorhanden waren.

2.3 Beispielsfälle, Problemaufriss

Ein Testator kann heutzutage vielerlei – auch moralisch verwerfliche – Anordnungen treffen ohne dass diese nach § 138 Absatz 1 BGB sittenwidrig und somit nichtig wären. Als Beispiel sei hierbei das sog. „Geliebtentestament" genannt, welches viele Jahrzehnte lang als sittenwidrig galt. Erst mit Inkrafttreten des „Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz – ProstG)" vom 20. 12. 2001 (BGBl 2001 I 3983) kann daran nach ganz h.M. nicht mehr festgehalten werden[8]. Ob der Testierende beispielsweise seine eigene Ehefrau samt Kinder enterbt und seine Geliebte einsetzt (aufgrund uneingeschränkter Testierfähigkeit und freier Willensbildung oder aufgrund einer durch Wahnvorstellung indizierten Testierunfähigkeit, z.B. aufgrund Wahnvorstellungen seine eigene Familie würde ihn verfolgen und wolle ihm Böses zufügen), vermag der Notar – womöglich auch durch mehrere gezielt geführten Unterredungen – nicht beurteilen zu können, sofern keine konkreten Anhaltspunkte gegen die Testierfähigkeit des Erblassers sprechen. Ein anderes Beispiel gibt die in der Einführung dieses Aufsatzes beschriebene Testiererin T an, 312-und-20 Jahre alt zu sein, kann dies durchaus darauf beruhen, dass sie aufgrund einer psychischen Erkrankung davon ausgeht, Pumuckl zu sein, welcher von sich selbst behauptet, dieses Alter zu haben[9]. Es kann aber auch sein, dass sich die Testiererin T damit über die Fragestellung des Notars, wie alt sie sei, amüsieren, vielleicht sogar mokieren möchte. Es ist somit Fingerspitzengefühl vom Notar gefordert, sich mit gezielten Fragen über die Testierfähigkeit eines Beteiligten einen Eindruck verschaffen zu können, ohne ihn hierbei bloßzustellen. Hierbei sollte er auch nicht auf eine „realistischen Weltanschauung" pochen, sondern sich ggf. auf die des Beteiligten einlassen, um dessen Denkstrukturen kennenzulernen und zu erforschen. Der Notar hat auch nicht eine Verfügung von Todes wegen auf deren Angemessenheit hin zu beurteilen. Ausfluss der Testierfähigkeit ist es das Recht zu haben, unvernünftige Entscheidungen zu treffen. Es geht nur darum, festzustellen, ob diese frei von krankheitsbedingten Störungen gefasst werden konnten[10]. Sofern im Nachhinein durch ein Sachverständigengutachten die Testierunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung attestiert werden würde, so wäre dem Notar dennoch kein Vorwurf zu machen. Denn auch wenn der Testator im Nachhinein aufgrund von Wahnvorstellungen für testierunfähig gehalten wird, bedeutet dies nicht, dass er auch bei Testamentserrichtung die der Testierunfähigkeit zugrunde liegenden Wahnvorstellungen geäußert haben musste (s.o.). Dennoch wäre das Testament nach seinem gesamten Inhalt nach unheilbar nichtig, § 2247 Absatz 4 BGB.

Festzuhalten ist:

Dem Beurkundenden als juristischen Fachmann werden somit besondere Anforderungen abverlangt, in jedem Einzelfall die Geschäfts- bzw. Testier(un)fähigkeit eines Beteiligten zu erkennen und den konkreten Einzelfall rechtlich zu würdigen. Als medizinischer Laie kann dies oftmals zu Schwierigkeiten und Problemen führen. Zumal vielerlei Fälle einer („versteckten") Testierunfähigkeit selbst für einen Facharzt für Psychiatrie oftmals nicht erkennbar sind, sofern dieser nicht spezielle Zusatzkenntnisse erworben hat.

3. Feststellung der Geschäfts- bzw Testier(un)fähigkeit durch den Notar

Weder die Geschäftsfähigkeit nach §§ 104 ff. BGB noch die Testierfähigkeit als Sonderform der Geschäftsfähigkeit wurde vom Gesetzgeber normiert bzw. legaldefiniert. Entsprechend dem (strafrechtlichen) Grundsatz „Es ist alles erlaubt was nicht verboten ist", ist auch jeder Beteiligte geschäfts- bzw. testierfähig, sofern kein Ausnahmetatbestand angezeigt ist. Im Gegensatz zur Geschäftsfähigkeit ist man bereits mit Vollendung des 16. Lebensjahres testierfähig, vgl. § 2229 Absatz 1 BGB. Nach § 2229 Absatz 4 BGB kann ein Testament nicht errichten, wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln.

In BayObIG vom 17.08.2004 – I Z BR 53/04 – wird über die Testierunfähigkeit folgendes dargelegt:

„Testierunfähig ist derjenige, dessen Erwägungen und Willensentschlüsse nicht mehr auf einer dem allgemeinen Verkehrsverständnis entsprechenden Würdigung der Außendinge und der Lebensverhältnisse beruhen, sondern durch krankhaftes Empfinden oder krankhafte Vorstellungen und Gedanken derart beeinflusst werden, dass sie tatsächlich nicht mehr frei sind, vielmehr von diesen krankhaften Einwirkungen beherrscht werden. Diese Unfreiheit der Erwägungen und der Willensbildung braucht nicht darin zutage zu treten, dass der Erblasser sich keine Vorstellung von der Tatsache der Errichtung eines Testaments und von dessen Inhalt oder von der Tragweite seiner letzten Anordnungen, insbesondere von ihrer Auswirkung auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen zu machen vermag; sie kann sich vielmehr darauf beschränken, die Motive für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung – hier bezogen auf die konkret betroffenen Personen, nämlich die nächsten

8 GRZIWOTZ FamRZ 2002, 1154, 1154 f; PAAL JZ 2005, 436, 437; ARMBRÜSTER NJW 2002, 2763, 2765; MünchKomm/ARMBRÜSTER Rn 59; STAUDINGER/OTTE Vorbem 150 zu §§ 2067 ff; STAUDINGER/SACK [2003] Rn 438, 445; PALANDT/ELLENBERGER Rn 50; BeckOK/WENDTLAND Rn 75; BeckOK/LITZENBURGER § 2074 Rn 7; BeckOK/SPINDLER § 826 Rn 129; PWW/AHRENS Rn 105; SCHWAB/LÖHNIG Einführung in das Zivilrecht [18. Aufl 2010] Rn 694; LEIPOLD Erbrecht [18. Aufl 2010] Rn 246; KROPPENBERG DNotZ 2006, 86, 103 mit Fn 93; SCHNABL/HAMELMANN Jura 2009, 161, 162 f; DECKENBROCK/DÖTSCH ZFE 2004, 114, 115; offen gelassen von OLG Düsseldorf FamRZ 2009, 545 [juris Rn 21]; aA ohne Berücksichtigung des ProstG BENGEL ErbR 2009, 236, 240); BGB § 138 Staudinger Rn 604.

9 http://www.pumucklhomepage.de/phf09.html

10 BayObLGZ 1999, 205, 120 f. = FamRZ 2000, 701

Angehörigen des Erblassers – entscheidend zu beeinflussen. Testierunfähig ist daher auch derjenige, der nicht in der Lage ist, sich über die für und gegen die sittliche Berechtigung seiner letztwilligen Verfügung sprechenden Gründe ein klares, von Wahnideen nicht gestörtes Urteil zu bilden und nach diesem Urteil frei von Einflüssen etwaiger interessierter Dritter zu handeln (std. Rspr.; vgl. BGH, FamRZ 1958, 127, 128; BayObLGZ 1962, 219, 223 f. = FamRZ 1962, 538 [LS.]; 1999, 205, 210 = FamRZ 2000, 701; aus psychiatrischer Sicht vgl. Cording, Die Begutachtung der Testier(un)-fähigkeit in: Fortschritte der Neurologie und Psychiatrie 2004, 147 – 159).“

Es ist dem Ermessen des Notars überlassen, wie er sich seine Überzeugung der Geschäfts- und Testierfähigkeit verschafft und wie er seine Wahrnehmungen begründet[11]. Gibt es am Vorhandensein der Geschäfts- oder Testierfähigkeit auf Grund des Verhaltens des Beteiligten oder wegen sonstiger Umstände (Alter, Krankheit, Fehlen der zeitlichen und/oder örtlichen Orientierung, Fehlen intellektueller Aufnahmefähigkeit) Zweifel, so hat der Notar weitergehende Ermittlungen anzustellen, etwa indem er einen sachkundigen Arzt oder andere kompetente Personen befragt[12]. Wenn es am Vorhandensein der Geschäftsfähigkeit keinen Zweifel gibt[13], genügt die Feststellung in der Niederschrift, auf Grund einer eingehenden Unterhaltung sei der Notar von der vollen Geschäftsfähigkeit des/der Beteiligten überzeugt. In Zweifelsfällen soll umso sorgfältiger vermerkt werden, worauf die Feststellungen und Bedenken des Notars im Einzelfall beruhen (Alter, geistige Verfassung, zeitliche und örtliche Orientiertheit, längere Unterredung mit Fragen und Antworten, persönliches äußeres Erscheinungsbild, Art der Erkrankung, Auskunft von Ärzten und Pflegepersonal), wobei allgemeine und pauschale Formulierungen vermieden werden sollten[14]. Dies gilt vor allem bei schweren Erkrankungen, die die Geisteskräfte des Erblassers besonders schwächen[15]. Die Durchführung von Screening-Verfahren (psychopathologische Kurztests), wie sie in der Medizin und Psychologie entwickelt wurden, wird vom Notar zur Feststellung der Geschäfts- oder Testierfähigkeit eines Beteiligten nicht verlangt[16, 17]. Prof. Dr. med. Clemens Cording und Prof. Dr. med. Klaus Foerster weisen in DNotZ 2006, 329 ff. zutreffend darauf hin, dass bei der Verwendung von psychopathologischen Kurztests durch den Notar die Gefahr falscher Schlussfolgerungen größer sei als der potenzielle Nutzen. Wer solche Tests durch den Notar verlangt, verkennt die naturgemäße Aufgabe eines Notars. Die ständige Rechtsprechung erwartet dies auch nicht von einem Notar[18]. Dennoch ist es für den Notar hilfreich, aus psychiatrischer Sicht Indizien und konkrete Hinweise auf eine vorhandene oder nicht vorhandene Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit reflektiert zu bekommen.

Entsprechend der auch hier vertretenen Auffassung lehnt die h. M. in Rechtsprechung und Literatur[19] sowohl eine partielle Testierfähigkeit, d. h. für einen bestimmten, gegenständlich abgegrenzten Lebensbereich – wie bei der Geschäftsfähigkeit – als auch eine nach Schwierigkeitsgraden abgestufte (relative) Testierfähigkeit, d. h. dass der Erblasser zur Errichtung eines schwierigen Testaments nicht mehr fähig wäre, wohl aber zur Errichtung eines einfacheren, ab. Die Ablehnung wird damit begründet, dass die Anerkennung einer partiellen oder abgestuften Testierfähigkeit zu einer großen Rechtsunsicherheit führen würde, da es zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten hinsichtlich der Komplexität des Testaments und des Maßes der dem Testierenden zuzubilligenden Einsichtsfähigkeit kommen würde. Auch sei psychiatrisch eine Abgrenzung partieller Bereiche, in denen eine Testierfähigkeit besteht, von solchen, in denen eine Testierunfähigkeit besteht, bei Dementen kaum möglich[20]. Der Erblasser könne daher nur testierfähig oder nicht testierfähig sein[21] (vgl. Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung 4. Auflage Rn 14). Fraglich kann es allerdings werden, wenn eine partielle geistige Insuffizienz, die sich nur auf bestimmte tatsächliche Gegebenheiten bezieht, bei einem Beteiligten vorhanden ist und dieser jedoch testamentarische Anordnungen treffen möchte, die mit der tatsächlichen geistigen Insuffizienz nicht in Wechselwirkung stehen.

Jemand ist nicht bereits aufgrund der Tatsache, dass er aufgrund einer beginnenden Demenz zugibt, hin und wieder das Ausschalten der Herdplatten bei Verlassen seiner Wohnung zu vergessen, testierunfähig und fernab einer eigenen freien Willensbildung. Solange er eine Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzt und sich über sein Handeln im Klaren und kritikfähig ist, ist er testierfähig. Erkennt er seine eigene Defizite und ggf. Hilfebedürftigkeit (z.B. durch eine rechtliche Betreuung), ist dies ein Zeichen, welches für die Testierfähigkeit spricht. Auch darf die Willensbildung des Testierenden nicht unter Einflüssen Dritter stehen. Um dies ausschließen zu können, sollte der Notar nicht davor abschrecken, ein Gespräch unter vier Augen mit dem Testierenden zu suchen und ggf. Familienangehörige oder sonstige Begleitpersonen aus dem Raume zu bitten. Nach der hier vertretenen Ansicht hat der Notar bei einer Testamentsbesprechung zwar rechtlich zu belehren und ggf. verschiedene Gestaltungsvarianten anzusprechen, jedoch ausdrücklich nicht den Willen des Beteiligten zu beeinflussen. Bemerkt der Notar während der Unterredung beispielsweise dass sich der Testator leicht von mehreren Möglichkeiten überzeugen lässt, so hat der Notar Abstand zu nehmen, den Beteiligten von einer Lösung – auch wenn diese eine noch so vernünftig scheinende wäre – zu überzeugen, geschweige denn eine Lösung für den Testator zu

11 OLG Celle MittBayNot 2008, 492 m.Anm. Winkler.
12 OLG Celle MittBayNot 2008, 492 m.Anm. Winkler.
13 Lichtenwimmer MittBayNot 2002, 240, 244.
14 § 28 BeurkG Münchener Kommentar 5. Aufl. Soergel/Mayer Rn 4; Reimann/Bengel/Mayer/Bengel Rn 6.
15 BGH MDR 1958, 664; OLG Oldenburg DNotZ 1977, 19; Münch. Komm. Jansen § 11 BeurkG Rn 7.
16 Winkler MittBayNot 2008, 495; Müller DNotZ 2006, 325; Cording/Foerster DNotZ 2006, 329; alle gegen Stopppe/Lichtenwimmer DNotZ 2005, 806.
17 BeurkG § 28 Münchener Komm. 5. Aufl. Hagena Rn. 17
18 BayObLGZ 2004, BAYOBLGZ Jahr 2004 Seite 237 = FamRZ 2005, FamRZ Jahr 2005 Seite 658
19 BGH NJW 1953, 1342 = DNotZ 1953, 595; BGHZ 30, 112, 117 = NJW 1959, 1587; BGH NJW 1961, 261; BGH NJW 1970, 1680 = DNotZ 1970, 656; BGH WPM 1975; 1280; KG FamRZ 1969, 440; BayObLGZ 1991, 59 = NJW 1992, 248 = DNotZ 1991, 904, unter ausdrücklicher Abkehr von BayObLG FamRZ 1985, 539 = Rpfleger 1984, 467; Palandt/Edenhofer § 2229 Rn 1; Weser MittBayNot 1992, 161, 169; a. M. BGHZ 18, 184; OLG Köln NJW 1960, 1389; Flume, Allg. Teil, § 13, 5; /Voit in R/B/M § 2229 Rn 16; MünchKomm/Hagena § 2229 Rn 16.
20 Wetterling/Neubauer/Neubauer ZEV 1995, 46, 50.
21 OLG München ZEV 2008, 37, 39 = FGPrax 2007, 234 = FamRZ 2008, 112; BayObLGZ 1991, 59;

finden, wenn dieser nicht weiß, was er machen soll. Nach § 2064 BGB kann der Erblasser ein Testament nur (höchst) persönlich errichten. Durch den Ausschluss jedweder Vertretung im Willen und in der Erklärung[22], hat die Errichtung eines Testaments höchst persönlichen Charakter.

4. Feststellung der Geschäfts- und Testier(un)fähigkeit durch einen Psychiater

4.1 Die psychiatrische Begutachtung

Zur weiterführenden, vertieften Diskussion in der psychiatrischen Fachwelt im Hinblick auf die Themen Geschäftsunfähigkeit und Testier(un)fähigkeit wird u.a. auf die Beiträge von Habermeyer und Saß (2002a, 2002b, 2000c), Cording (2002, 2004) und die Übersicht von Foerster (2009) verwiesen. Von unserer Seite soll die praktische Zusammenarbeit zwischen Notar und begutachtendem Arzt beleuchtet werden.

Die Beurteilung von Geschäfts- und Testier(un)fähigkeit sowie der unter Punkt 5 abgehandelten Fragen zur Betreuung setzen eine gute Zusammenarbeit von Experten auf dem Gebiet des Rechts (Notar, Richter) und der Medizin (Arzt für Psychiatrie) voraus. Jede Profession soll dies machen, wofür sie ausgebildet wurde. An den Schnittstellen der Disziplinen ist „Übersetzungsarbeit“ notwendig. Der Notar bzw. Richter hat nicht die Arbeit des Psychiaters zu übernehmen und umgekehrt. Es schadet aber nicht, wenn die jeweilige Profession die Arbeitsweise der anderen etwas besser kennen lernt. Im Folgenden soll dargelegt werden, wie die Arbeitsweise aus Sicht des Arztes bzw. des ärztlichen Gutachters aussieht. Während in Betreuungsangelegenheiten seitens Notaren und Gerichten in der Regel ein Arzt für Psychiatrie oder zumindest ein Arzt mit psychiatrischer Erfahrung (z.B. manche Ärzte im öffentlichen Gesundheitsdienst) beauftragt wird, wird bei den seltener vergebenen Aufträgen zur Frage der Testierfähigkeit in der Regel auf einen in besonderem Maße forensisch erfahrenen Arzt für Psychiatrie zurückgegriffen, da diese Fragestellung meist als schwieriger gilt, insbesondere da sie sich oft erst nach dem Ableben eines Erblassers stellt. Neben einem Arzt für Psychiatrie (heutzutage meist: Arzt für Psychiatrie und Psychotherapie) kommen für diese Fragestellungen auch Mediziner mit der früher häufiger anzutreffenden Facharztbezeichnung Arzt für Nervenheilkunde (andere Bezeichnung: Nervenarzt oder Arzt für Neurologie und Psychiatrie) in Betracht.

Wichtig für die Tätigkeit des ärztlichen Gutachters ist die Kenntnis der Akten, vor allen Dingen von ärztlichen Berichten und insbesondere von psychiatrischen oder psychologischen Berichten. Der Untersuchungsablauf unterscheidet sich nicht grundsätzlich bei Fragen zu Geschäfts- und Testierfähigkeit sowie bei der Einrichtung einer Betreuung, sofern der zu Begutachtende untersucht werden kann und die Begutachtung sich nicht auf eine posthume Bewertung von Aussagen Dritter beschränken muss. Die Untersuchung selbst beinhaltet auch die Erhebung der Vorgeschichte: Aktuelle Vorgeschichte, evtl. Beschwerden, körperliche und seelische Vorerkrankungen, aktuelle Medikation, Fragen nach Sucht- und Genussmitteln, Erhebung der Biographie, um die wichtigsten Punkte zu nennen. Hilfreich ist es auch, in Erfahrung zu bringen, ob eine Pflegestufe oder eine erheblich eingeschränkte oder gar in erhöhtem Maße eingeschränkte Alltagskompetenz vorliegt und welche Hilfen (z.B. Besuch der Tagespflege) in Anspruch genommen werden. Sodann erfolgt die körperliche und neurologische Untersuchung.

Wesentlich ist die Erhebung des psychischen Befundes. Dieser wird bereits während der Exploration ermittelt. Der Arzt nimmt nicht nur die Daten und Fakten auf, sondern bewertet gleichzeitig Aussehen und Verhalten des zu Begutachtenden und die Interaktion mit ihm. Wesentlich ist, dass im ärztlichen Gutachten ein für den medizinischen Laien plastisches Bild des Probanden entsteht. Wichtige Punkte des psychischen Befundes sind: Bewusstseinslage, Orientierung, Auffassungsgabe, Konzentrationsfähigkeit, Beurteilung der Denkabläufe, der Denkinhalte (z. B. Erfassen von Wahnphänomenen), Sinnestäuschungen (z. B. Erfassen von Halluzinationen), der Stimmungslage und des Antriebs. Die Erhebung des psychischen Befundes kann anhand standardisierter Vorgaben erfolgen (z.B. nach AMDP-System; AMDP 2007), muss dies aber nicht. Ergänzend zur psychischen Befunderhebung können psychologische Tests hilfreich sein, beispielsweise bei der Erfassung demenzieller Erkrankungen. Auch wenn diese Tests einfach durchzuführen sind und im klinischen Alltag oft von medizinischem Hilfspersonal gehandhabt werden können, ist darauf hinzuweisen, dass die Durchführung solcher Tests nicht die Aufgabe von Notar oder Richter ist, da deren Bewertung einige klinische Erfahrung voraussetzt und davor zu warnen ist, ein Testergebnis oder eine Punktzahl in eine Diagnose zu übersetzen. Es schadet aber überhaupt nicht, wenn ein Notar sich einmal mit einem solchen einfachen Verfahren auseinandersetzt. Beispiele für solche Tests sind der Mini-Mental-Test MMST (Folstein et al. 1975; Kessler et al. 2000b) oder der DemTect (Kessler et al. 2000a), ein Screening-Instrument zur Frühdiagnostik von Demenzen. Der psychische Befund bildet die Basis für die Beurteilung der Urteils- und der Kritikfähigkeit.

Nach Erhebung des psychischen Befunds stellt der Gutachter die vorläufige Diagnose, welche an den Symptomen orientiert ist. Man spricht von einer „syndromalen Diagnose“, beispielsweise von einem demenziellen Syndrom, einem wahnhaften Syndrom oder einem manischen Syndrom. Aufgabe des Arztes im nächsten Schritt ist es dann, eine genaue diagnostische Zuordnung vorzunehmen. Hierzu sind häufiger technische Zusatzuntersuchungen notwendig. Beispielsweise ist es entscheidend, ob hinter einem demenziellen Syndrom eine Alzheimersche Erkrankung steckt, also eine Erkrankung, die unweigerlich mit einem Verlust von Nervenzellen im Gehirn fortschreitet oder ob das demenzielle Syndrom Folge einer bis dahin nicht erkannten Schilddrüsenunterfunktion ist (was heute eigentlich nicht mehr vorkommen sollte) oder einer langsam sich ausdehnenden Blutung zwischen harter Hirnhaut und Gehirn (subdurales Hämatom). Letztgenannte Krankheitsbilder sind prinzipiell behandelbar und reversibel. Üblicherweise wird zudem noch eine klassifikatorische Einordnung vorgenommen, um die Verständigung unter den Ärzten zu erleichtern oder -anders ausgedrückt – um eine gemeinsa-

22 BGH 15, 200

me Sprache zu finden. Üblicherweise wird diese klassifikatorische Einordnung in Deutschland nach der internationalen Klassifikation psychischer Störungen ICD in ihrer 10. Revision vorgenommen. Es ist darin hinreichend genau beschrieben, wie sich beispielsweise eine mittelschwere depressive Episode von einer schweren depressiven Episode unterscheidet.

Mit der Diagnosestellung und der klassifikatorischen Einordnung ist der erste Schritt vorgenommen. Die erste Beurteilungsebene ist abgeschlossen. Im nun vorzunehmenden zweiten Schritt hat der Gutachter zu prüfen, ob und inwieweit das psychiatrische Krankheitsbild Auswirkungen im Sinne der gutachtlichen Fragestellung hat, also im Hinblick auf Geschäftsfähigkeit oder Testierfähigkeit oder auf die Notwendigkeit der Einrichtung einer Betreuung. Die Diagnose allein besagt noch gar nichts. Der nun vorzunehmende zweite Schritt stellt die Schnittstelle zum juristischen Bereich dar.

Um aufzuzeigen, wie der psychiatrische Gutachter bei seiner Expertise vorgeht, werden folgende Elemente aus einer psychiatrischen Begutachtung illustriert: Der psychiatrische Sachverständige stellt sich vor, erklärt seine Funktion und seine Aufgabe. Er teilt auch explizit mit, welches sein Auftrag ist und dass er sich ein Bild von den Fähigkeiten verschaffen muss (nicht zuletzt von den geistigen), dass er deshalb Fragen zu stellen hat, die der Untersuchende nicht persönlich nehmen möge. Wie die Untersuchungssituation gestaltet wird, handhaben die Untersucher unterschiedlich. Unseres Erachtens empfiehlt es sich, zunächst ein Gespräch in einem ruhigen Raum unter vier Augen vorzunehmen, ohne Ablenkungen (bei einem Hausbesuch sollten Fernsehapparat und Radio abgestellt werden). In einem späteren Schritt kann eine Bezugsperson mit Einverständnis des zu Untersuchenden hinzu gebeten werden. Mit Einverständnis des Untersuchenden kann auch darüber hinaus ein Gespräch über den zu Begutachtenden in dessen Abwesenheit geführt werden. In welcher Reihenfolge Themen und Fragen „abgearbeitet“ werden, ist sekundär. Es empfiehlt sich, zunächst über „small talk“ Kontakt herzustellen bzw. zu prüfen, inwieweit dies möglich ist. Der Gutachter prüft, inwieweit der Proband dem Gespräch folgen kann, prüft die gedankliche Wendigkeit, indem er das Gespräch auf verschiedene Themenbereiche lenkt. Demente können meist recht lange ihre Defizite verbergen (fassadenhaftes Verhalten, Bagatellisieren, Dissimulieren), wenn ausschließlich der Proband die Gesprächsinhalte dominiert, wenn das Gespräch an der Oberfläche bleibt und wenn nicht immer wieder kritisch nachgefragt wird. Der Gutachter erfasst, ob der Proband sich misstrauisch oder gar feindselig verhält, ob er nach Hilfe sucht, ob er ängstlich ist. Er stellt Fragen zu Person, Geburtstag und Alter. Orientierungen bezüglich Zeit, Ort und Situation und Person werden geprüft, entweder direkt oder beiläufig, wobei leichtere Mängel diesbezüglich per se noch keine Einschränkung von Geschäftsfähigkeit oder Testierfähigkeit begründen. Gedächtnisleistungen des Altgedächtnisses, beispielsweise Fragen nach früheren Bundespräsidenten, Bürgermeistern oder anderen Personen des öffentlichen Lebens werden gestellt. Ebenso können Fragen zu aktuellen Personen der Zeitgeschichte gestellt werden. Dies leitet über zu Prüfungen des Kurzzeitgedächtnisses oder der Merkfähigkeit. Hier können Zahlen oder Begriffe genannt werden mit der Bitte, sich diese einzuprägen, da später danach gefragt werde. Oder es können Fragen zu aktuellen Zeitungsberichten oder Fernsehberichten gestellt werden. Dies bietet sich beispielsweise an, wenn bei Hausbesuchen der Fernseher lief oder eine Zeitung auf dem Tisch lag und der zu Begutachtende mitteilte, die Zeitung gelesen zu haben. Fragen nach aktuellen Interessen, Beschäftigungen und Vorlieben, Fragen nach Stimmung und Befindlichkeit schließen sich an.

Hilfreich sind ferner Fragen nach dem, was der zu Untersuchende im Alltag (noch) zu leisten imstande ist, aber auch danach, was er nach eigener Einschätzung nicht mehr zu leisten fähig ist. Hieraus ergeben sich Hinweise für die (Selbst-) Kritikfähigkeit. Wichtig sind Fragen zu eventuell oder manifest vorliegenden seelischen und geistigen Erkrankungen und zur Haltung des Probanden hierzu. Bestehen Krankheitsgefühl und Krankheitseinsicht? Oder werden diese geleugnet? Ist der Proband fähig, eine andere Einschätzung als die eigene zumindest nachzuvollziehen? Erkennt er eigene Defizite und deren Auswirkung auf sich und Andere? Kann er sich an solche Einsichten halten? Wie ist das Verantwortungsgefühl für sich und Andere zu bewerten? Im Hinblick auf die Kritikfähigkeit spielen auch Suggestibilität und Kontinuität eine wichtige Rolle. Hat der Proband eine eigene Meinung? Kann er diese, zumindest gegen sanfte Kritik, vertreten? Oder ändert er leicht und schnell die Meinung und wovon hängt dies ab? Erkennt der Proband Widersprüche oder verwickelt er sich gar ständig in Widersprüche? Bei der Untersuchung in Anwesenheit einer Bezugsperson, die sich bei uns in aller Regel zeitlich an das Gespräch unter vier Augen anschließt, achtet der Gutachter nicht nur auf die Inhalte des Gesprochenen, sondern auch auf die Interaktion, inwieweit sich der Untersuchende ängstlich und wortkarg zeigt und insbesondere inwieweit er sein Verhalten ändert, vielleicht sich hilfloser präsentiert als zuvor oder in seinen Äußerungen vom eben Gesagten abweicht. Hieraus können sich hilfreiche Hinweise auf Beeinflussbarkeit, Willensschwäche und Kritikschwäche ergeben.

All diese Informationen und Befunde fließen in das Urteil des Gutachters ein. Das Ergebnis des Gutachtens hängt in aller Regel nicht von einer einzelnen Antwort auf eine der oben aufgeführten Fragen ab. Letztlich hat der Gutachter die Aufgabe, dem Notar oder Richter als medizinischem Laien eine nachvollziehbare, plausible Erklärung für seine Bewertungen zu liefern. Das Gutachten wird nicht für den Fachkollegen oder das Lehrbuch geschrieben, muss aber selbstverständlich einer fachlichen Prüfung standhalten.

4.2 Beurteilung der Geschäfts- bzw. Testier(un)fähigkeit durch einen Psychiater

Die rechtlichen Grundlagen zu Geschäftsfähigkeit und Testierfähigkeit wurden unter Punkt 3 abgehandelt. Geschäftsfähigkeit und Testierfähigkeit sind der Normalfall; Geschäftsunfähigkeit und Testierunfähigkeit müssen bewiesen werden. Die in § 104 Abs. 2 BGB angesprochene Voraussetzung für die Feststellung von Geschäftsunfähigkeit erfordert eine „krankhafte Störung der Geistestätigkeit“, die „ihrer Natur nach nicht nur vorübergehend“ ist und „eine freie Willensbestimmung ausschließt“. Gemäß § 105 Abs.1 BGB sind Willenserklärungen von Geschäftsunfähigen und Willenserklärungen nichtig, die im „Zustand der Bewusstlosigkeit“ oder

der „vorübergehenden Störung der Geistestätigkeit“ abgegeben wurden. In der psychiatrischen Fachwelt herrscht Uneinigkeit darüber, welche Störungsbilder aufgrund des zeitlichen Kriteriums dem § 104 und welche dem § 105 BGB zuzuordnen sind. Habermeyer und Saß (2002 a-c) argumentieren zugunsten einer restriktiven Anwendung des § 104 BGB, verweisen auf die überdauernde Eigenschaft sowie die weitreichenden Konsequenzen von Geschäftsunfähigkeit und halten deren Feststellung nur bei nachweislich nicht besserungsfähigen psychiatrischen Krankheitsbildern für möglich. Cording (2002) hält dem entgegen, dass sich die Frage der Geschäftsunfähigkeit ohnehin auf retrospektive Fragestellungen beziehe, dass es vielmehr auf die genaue Darstellung der Psychopathologie ankomme und die genaue Zuordnung zu § 104 oder 105 BGB dem Gericht überlassen werden könne. Er spricht sich für eine enge Auslegung der Voraussetzungen für den § 105 BGB aus.

Psychiatrische Krankheitsbilder, die einer solchen Störung der Geistestätigkeit zuzuordnen sind, sind typischerweise demenzielle Erkrankungen (z.B. Alzheimersche Erkrankung), schwere psychische Folgeerkrankungen von Abhängigkeitserkrankungen (z.B. Korsakow-Syndrom), höhergradige Intelligenzminderungen, wahnhafte Erkrankungen (z.B. Schizophrenien) und auch affektive Erkrankungen (z.B. schwere Depressionen oder Manien). Nur in seltenen und schweren oder komplizierten Fällen können auch einmal Essstörungen, Zwangserkrankungen, Persönlichkeitsstörungen oder andere psychische Störungen hier zugeordnet werden.
Unter „Bewusstlosigkeit“ ist nicht Bewusstlosigkeit im medizinischen Sinn gemeint, sondern dass der Betroffene nicht in der Lage ist, Inhalt und Wesen seiner Handlungen zu erfassen (Habermeyer und Saß 2002a), also beispielsweise Alkohol-, Medikamenten- und Drogenintoxikationen, Delirien oder sonstige flüchtige Verwirrtheitszustände.

Bei der „freien Willensbestimmung“ handelt es sich um einen juristischen Begriff, der keine eindeutige Entsprechung in der Medizin besitzt. Spätestens seit den Experimenten von Libet (1978; 2004) ist die Diskussion in den Neurowissenschaften darüber entbrannt, ob es überhaupt einen freien Willen gebe (Stier 2011). Um die in dieser Debatte aufgeworfenen Fragen und Themen geht es aber nicht, wenn zur freien Willensbestimmung im Rahmen von Geschäft- und Testierfähigkeit Stellung genommen werden soll.

Der „Ausschluss der freien Willensbestimmung“ hat die ganze Person zu ergreifen (zitiert nach Cording 2002), allerdings kann es mitunter genügen, entsprechend dem Begriff der partiellen Geschäftsunfähigkeit, wenn er sich auf definierte, umgrenzte Bereiche beschränkt, beispielsweise bei Vorliegen eines Eifersuchts- oder eines Liebeswahns, bei denen neben der mehr oder minder ausgestanzten Wahnsymptomatik auch intakte psychische Funktionsbereiche vorliegen. Letztlich spielen bei der Beurteilung der freien Willenstätigkeit bzw. deren Einschränkung Begriffe wie Kritikfähigkeit, Urteilsvermögen und Fähigkeit zur Realitätsprüfung eine entscheidende Rolle. Solche Begrifflichkeiten lassen sich aber nur schwer operationalisieren.

Testierfähigkeit gilt als Sonderfall der Geschäftsfähigkeit. Testierunfähigkeit ist in § 2229 Abs. 4 BGB geregelt. Den Begriff der partiellen Testierfähigkeit oder –unfähigkeit kennt das Gesetz nicht. Dem im Gesetz aufgeführten Begriff der „krankhaften Störung der Geistestätigkeit“ entsprechen in der psychiatrischen Diagnostik im wesentlichen folgende Störungen: Demenzielle Entwicklungen, andere organische psychische Erkrankungen, egal ob angeboren oder erworben, auch schwere Folgekrankheiten des Gehirns bei Abhängigkeitserkrankungen (in erster Linie bei Alkoholkrankheit) oder Folgezustände nach Schlaganfall, Schädelhirnverletzung und Gehirnentzündung; ferner zählen hierzu wahnhafte Störungen in Form von Schizophrenien, isolierten Wahnkrankheiten oder organischen wahnhaften Störungen, wobei sich bei Letzteren Überschneidungen zu demenziellen Entwicklungen mit Wahnphänomenen ergeben können; auch affektive Erkrankungen, wie schwere depressive oder manische Erkrankungen, sind der „krankhaften Störung der Geistestätigkeit“ zuzuordnen und können bei der Frage der Testierfähigkeit eine Rolle spielen, insbesondere dann, wenn sie mit einer erheblich verzerrten Wahrnehmung der Realität einhergehen, beispielsweise einem Schuldwahn des Depressiven oder dem Größenwahn eines Manikers.

Als „Geistesschwäche“ werden in der Regel leichtere Formen von Erkrankungen des Gehirns subsumiert. Beispielsweise sind Residualzustände bei schizophrenen Erkrankungen zu nennen, insbesondere wenn sie langjährig bestehen und mit relevanten Beeinträchtigungen der Realitätswahrnehmung und der Kritikfähigkeit einhergehen, oder Persönlichkeitsveränderungen nach bzw. im Rahmen von organischen Erkrankungen des Gehirns (Unfalltrauma, Entzündung, Blutung, Schlaganfall). Auch können hierunter manche Langzeitfolgen bei chronischer Alkoholabhängigkeit oder anderen chronischen Abhängigkeitserkrankungen gefasst werden. Der Umstand allein, dass jemand von Suchtmitteln abhängig ist, wird aber in aller Regel nicht zu einer solchen „Geistesschwäche“ führen können. Ob Persönlichkeitsstörungen, die letztlich Extremvarianten in der breiten Bandbreite menschlichen Verhaltens darstellen, zu einer solchen Geistesschwäche führen können, ist nicht generell zu bejahen, obwohl dies in Einzelfällen aber durchaus einmal der Fall sein kann.

Inwieweit primäre Intelligenzminderungen (nach der psychiatrischen Klassifikation grob in vier Schweregrade unterteilt) eher der „krankhaften Störung der Geistestätigkeit“ oder lediglich der „Geistesschwäche“ zuzuordnen sind, hängt vom Einzelfall ab. Die ganz genaue Einordnung in eine dieser beiden Merkmalskategorien des § 2229 Abs. 4 BGB ist, zumindest aus psychiatrischer Sicht, von untergeordneter Bedeutung.

Unter einer „Bewusstseinsstörung“ werden ähnlich wie in § 105 BGB beispielsweise schwere Intoxikationen durch Alkohol oder Drogen verstanden. Auch Delirien können hierunter gefasst werden; in der Praxis wird es aber eher die Seltenheit sein, dass zur Frage der Testierfähigkeit im Rahmen eines Delirs Stellung zu nehmen ist.

Wie eingangs erwähnt, kommt es insbesondere auf die Bewertung der zweiten Beurteilungsebene an, also inwieweit die psychiatrische Störung, die einer der Merkmalskategorien des § 2229 Abs. 4 BGB entsprechen muss, sich auf die freie Willensbestimmung des Testators auswirkt. In Anlehnung an Cording (2004) bedeutet dies, dass der psychiatri-

sche Gutachter zu prüfen hat, ob im konkreten Einzelfall die normalpsychologische Bestimmbarkeit des Willens durch pathologische Determinanten außer Kraft gesetzt worden war. Wesentlich hierbei ist, ob der Testator zum Zeitpunkt der Erstellung des Testaments in der Lage war, eine freie Entscheidung aufgrund einer Abwägung von Für und Wider zu treffen. Es kommt weniger darauf an, ob das Testament vernünftig oder gar gerecht ist, sondern darauf, ob der Testator in seinem Denken und Urteilen durch eine psychische Störung wesentlich beeinträchtigt war. Beispielsweise kann ein Testator einen Nachkommen im Testament nicht berücksichtigen, weil er ihn beispielsweise einfach nicht mag. Wenn er seinen Nachkommen aber nicht bedenkt, weil er der wahnhaften, also objektiv irrigen, aber unkorrigierbaren Auffassung ist, dass dieses Kind Mitglied einer „dunklen Vereinigung“ ist, die danach trachtet, ihn zu vernichten, hierfür vielleicht sogar noch „Beweise“ sammelt, kann von einer – von der Wahnerkrankung unbeeinflussten – Willenstätigkeit nicht mehr gesprochen werden. An diesem willkürlich gewählten Beispiel wird ein nicht ganz seltenes Problem aufgezeigt: Bei älteren Menschen mit einer demenziellen Entwicklung, in deren Rahmen – wie erwähnt – auch Wahnbildungen auftreten können, kommt es gar nicht so selten vor, dass ein ehemals gemochtes Familienmitglied plötzlich und aus oft nicht nachvollziehbaren Gründen in „Ungnade“ fällt. Es mag dann im Einzelfall sehr schwer zu entscheiden sein, aus welchen Gründen ein Testament geändert wurde, insbesondere ob dies aufgrund einer Erkrankung des Gehirns erfolgte, die mit einer erheblichen Beeinträchtigung der freien Willenstätigkeit einherging. Dieses Beispiel illustriert ferner die Schwierigkeit posthumer Beurteilungen und die Notwendigkeit, dem Gutachter möglichst umfänglich Informationen aus verschiedenen Blickwinkeln zur Verfügung zu stellen. Auch wird an diesem Beispiel deutlich, dass es die Kompetenz eines Notars oder Richters überfordern würde bzw. eine falsche Sicherheit vorgaukeln würde, wenn ein Notar oder Richter die Aufgabe eines Psychiaters oder Gutachters übernehmen sollte. Deshalb ist der Kritik von Cording und Foerster (2006) an den Vorschlägen von Stoppe und Lichtenwimmer (2005) zuzustimmen.

Es ist ratsam, dass ein Notar sich Zeit nimmt, wenn eine Person zur Testamentsbesprechung zu ihm kommt. Es empfiehlt sich ferner, ein Gespräch unter vier Augen zu suchen und nicht nur konkret über das Testament zu sprechen, sondern das Gespräch auf unterschiedliche Themen und auf unterschiedliche Zeiträume zu lenken. Sinnvoll erscheint es, nach früheren Tätigkeiten und Interessen zu fragen sowie nach der aktuellen Lebensform und dem aktuellen Tagesablauf. Auch ist es hilfreich in Erfahrung zu bringen, ob eine Pflegestufe vorliegt und – wenn ja – welche. Einige der unter Punkt 4.1 angesprochenen Themen aus der psychiatrischen Begutachtung werden sicherlich auch zwischen Notar und Testator angesprochen. Für evtl. spätere Auseinandersetzungen erscheint es hilfreich, wenn ein Notar seine Fragen, die Antworten des Probanden und seine Beobachtungen in seiner Niederschrift möglichst genau dokumentiert. Dabei kommt es hierbei – aus psychiatrischer Sicht – weniger auf die Bewertung an, als darauf, die Beobachtungen genau zu dokumentieren. Ob eine solche Dokumentation standardisiert erfolgen oder eher plastisch den Einzelfall illustrieren soll, kann dem Notar überlassen werden. Aus unserer Sicht ist es – im Hinblick auf posthume Erbauseinandersetzungen – hilfreich, wenn ein möglichst plastisches Querschnittsbild zum Zeitpunkt der Testamentserstellung in umgangssprachlichen Worten erstellt wird.

5. Betreuungsangelegenheiten

Viel häufiger als Fragen zur Geschäfts- und Testierfähigkeit werden von Seiten der Notariate und Amtsgerichte Aufträge im Rahmen der Einrichtung einer Betreuung an psychiatrische Sachverständige gegeben. Ohne sich als Psychiater und psychiatrischer Sachverständiger kleiner machen zu wollen als wir sind, sei an dieser Stelle noch einmal ausdrücklich darauf hingewiesen, dass dem Gutachter letztlich lediglich die Rolle eines „Gehilfen des Gerichts bzw. des Notariats“ zukommt. In der Regel stellen die Notariate sieben bis elf Fragen an den Gutachter, die nahezu in jedem der Fälle standardisiert in Auftrag gegeben werden. Leichte Unterschiede in der Frageformulierung bestehen zwischen einzelnen Notariaten. Es sei auf die Veröffentlichung „Anforderung an Betreuungsgutachten vom November 2011“ verwiesen, die aus einer Arbeitsgruppe heraus entwickelt worden sind. Die Veröffentlichung entstand anlässlich des Hamburger Fachtages „Rechtliche Betreuung“ im Juni 2009 in Hamburg – Wilhelmsburg. Inhalte sind auch im Internet abrufbar (Interdisziplinäre Arbeitsgruppe 2011;

http://www.aerztekammer-hamburg.de/aerzte/betreuungsgutachten_2011.pdf).

Den Inhalten dieser Arbeit kann voll zugestimmt werden.

Vergleichbar zu dem, was unter Punkt 4 ausgeführt wurde, müssen die von psychiatrischer Seite festgestellten Krankheiten einer psychischen Erkrankung oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung zugeordnet werden können. Dies stellt in der Regel keine besondere Schwierigkeit dar. Im Folgenden muss dann dargelegt werden, ob und – wenn ja – warum, diese Störungsbilder die Einrichtung einer Betreuung notwendig machen und für welche Angelegenheiten. Schwieriger und häufiger Anlass für Klagen und Vorwürfe seitens der Betreuten sind Fragen zur Genehmigung bzw. zur Notwendigkeit einer geschlossenen Unterbringung und zur Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts zu beantworten.

Die zu Begutachtenden, bei welchen die Frage der freien Willensbildung in besonderer Weise von Bedeutung ist, können in zwei Gruppen eingeteilt werden: Zum einen ist die Gruppe der Betroffenen zu nennen, die unter erheblichen Einschränkungen in ihrer Geistestätigkeit leiden und ganz offensichtlich nicht mehr in der Lage sind, ihre Angelegenheiten selbst zu regeln oder gar als solche zu erkennen. Und dann existiert die andere, aus psychiatrischer Sicht eindeutig schwierigere Gruppe von Personen, die psychisch krank sind, oft keine ausreichende Krankheitseinsicht aufweisen, in ihrer Einstellung hinsichtlich der Bedürftigkeit einer Betreuung schwankend sind und die letztlich die Einrichtung einer Betreuung ablehnen. Sofern im Betreuungsverfahren beantragt, trifft diese Ablehnung in noch stärkerem Maße auf eine geschlossene Unterbringung und die Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts zu; auf den Spezialfall des Einwilligungsvorbehalts wird in dieser Arbeit nicht vertiefend einge-

gangen. Festzuhalten ist jedoch auch, dass es nicht wenige Probanden mit psychischen Erkrankungen gibt, die mit der Einrichtung einer Betreuung einverstanden sind, diese z.T. selbst beantragen und für diese Form der Unterstützung dankbar sind.

Bei manchen dieser Probanden stellt sich die Frage, ob eine Bevollmächtigung einer Vertrauensperson nicht ausreicht und die Einrichtung einer Betreuung entbehrlich macht.

Gegen den (freien) Willen eines Menschen kann eine Betreuung nicht eingerichtet werden. Nach § 1896 Abs. 1a BGB darf ein Betreuer gegen den (freien) Willen des Volljährigen nicht bestellt werden. Das Gesetz selbst gibt dabei keinen weiteren Aufschluss, was in diesem Zusammenhang unter „freiem Willen“ zu verstehen ist und inwieweit diese Fähigkeit dem Betroffenen fehlen muss, um eine Betreuung auch zwangsweise gegen seinen Willen anzuordnen. Für die Frage, was mit dem Rechtsbegriff des „freien Willens“ gemeint ist, kann wiederum auf die Auslegung zu § 104 Abs. 2 BGB (Frage der Geschäftsfähigkeit; siehe auch Punkt 4) zurückgegriffen werden. Kann der Betroffene keinen freien Willen zu der Frage bilden, ob er einen Betreuer benötigt, bzw. ist er wegen seiner Störung nicht in der Lage, seine Betreuungsbedürftigkeit zu erkennen und lehnt die Betreuung trotzdem ab, so kann die Betreuung gegen diesen „natürlichen Willen“ des Betroffenen angeordnet werden.

Bei der skizzierten zweiten Gruppe von Personen kommt es also ganz entscheidend darauf an, ob die freie Willenstätigkeit durch die psychische Erkrankung oder Behinderung aufgehoben oder zumindest erheblich beeinträchtigt ist und die Betroffenen deshalb die Notwendigkeit der Einrichtung einer Betreuung nicht erkennen können oder nicht imstande sind, nach einer zutreffend gewonnenen Erkenntnis sich hieran zu halten. In diese Gruppe können Personen mit leichten demenziellen Erkrankungen oder speziellen Demenzformen beispielsweise frontalen/frontotemporalen Demenzen fallen. Häufig gehören zu dieser Gruppe Personen mit Wahnerkrankungen oder mit maniformen Krankheitsbildern. Bei letztgenannten Krankheitsbildern ergibt sich zudem die Schwierigkeit, dass manische Syndrome in der Regel nicht dauerhaft bestehen bleiben, sondern abklingen und dann auch wieder von depressiven Phasen gefolgt sein können. Der Gutachter hat neben der Beurteilung der freien Willenstätigkeit zu einem bestimmten Zeitpunkt oder in einer bestimmten Zeitspanne implizit eine Prognose dazu abzugeben, wie lang ein Krankheitszustand voraussichtlich andauern wird. Im Rahmen der zuletzt genannten Frage wird in aller Regel zwar pauschal angefragt, nämlich dergestalt, wie lange eine Betreuung einzurichten ist. Auf die spezielle Problematik solcher Sonderfälle wird aber seitens der Notariate bereits im Anschreiben selten eingegangen. Dies hängt damit zusammen, dass bei der Einrichtung von Betreuungen in aller Regel die Umfeldrecherchen seitens der Notariate zuerst, nach oder bestenfalls zeitgleich mit dem Gutachtenauftrag in Auftrag gegeben werden (beispielsweise an die Betreuungsbehörden) und dass bei Betreuungsgutachten die seitens der Notariate an den Gutachter mitgeschickten Akten im Vergleich zu anderen gutachtlichen Fragen im Gebiet der forensischen Psychiatrie meist spärlich ausfallen. Aus diesem Grund obliegt es dem Gutachter seinerseits gewisse Recherchen zu tätigen, stets unter Beachtung der Schweigepflicht. Dies ist insbesondere dann von Relevanz, wenn beispielsweise ein zu Begutachtender von einem anderen Arzt der Klinik behandelt wird oder vor Kurzem behandelt wurde oder wenn ein Hausarzt, der vielleicht sogar die Betreuung angeregt hat, um spezielle Informationen gebeten wird.

Die Errichtung einer Betreuung hat bekanntlich keine rechtlichen Auswirkungen auf die Geschäfts- und Testierfähigkeit, selbst wenn ein Einwilligungsvorbehalt besteht. Die Frage der eventuellen Geschäftsunfähigkeit wird im Rahmen des Betreuungsverfahrens nicht geprüft, so dass bis zum Beweis des Gegenteils von Geschäftsfähigkeit auszugehen ist. Gleichwohl werden de facto bei Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts häufig auch Geschäfts- und Testierunfähigkeit bestehen.

6. Das Sachverständigengutachten nach § 280 FamFG

Vor der Bestellung eines Betreuers oder der Anordnung eines Einwilligungsvorbehalts hat eine förmliche Beweisaufnahme durch Einholung eines Gutachtens über die Notwendigkeit der Maßnahme stattzufinden, § 280 Absatz 1 Satz 1 FamFG.

Das Sachverständigengutachten muss jedenfalls dann, wenn Anzeichen für eine Ablehnung der Betreuung durch den Betroffenen sichtbar werden, die Frage der Fähigkeit zum freien Willen im Sinne des § 1896 Absatz 1a BGB umfassen (vgl. Münchener Kommentar 5. Aufl. Schwab § 1896 Rn 32 mit Respr.nachweis). Ein Sachverständigengutachten, welches hierbei keine konkreten Aussagen trifft, ist diesbezüglich nicht brauchbar. In diesem Falle hat der Betreuungsrichter den Gutachter zu einer konkreten Aussage bzgl. der freien Willensbildung des Betroffenen zu bringen. Aussagen in einem Gutachten wie „Aufgrund der aktuellen Untersuchung kann eine inhaltliche Denkstörung mit wahnhaftem Inhalt nicht sicher ausgeschlossen werden. Anderseits kann sie von mir nicht sicher, d.h. prozessual vertretbar, behauptet werden. Angesichts der Vorgeschichte kann sie vermutet, nicht sicher ausgeschlossen werden“ sind unbrauchbar für den Richter. Der Jurist – hier der Betreuungsrichter – als medizinischer Laie muss sich vor allem auf die Aussage eines Fachmannes stützen können. Dies kann er jedoch nur, wenn eine klare Angabe über die freie Willensbildung gemacht wird.

Für den Betreuungsrichter ist die Frage der freien Willensbildung des Betroffenen von immenser Bedeutung. Sofern die Voraussetzungen einer rechtlichen Betreuung nach §§ 1896 Absatz 1 und 2 BGB gegeben sind und der entgegenstehende Wille nicht als Ausdruck freier Selbstbestimmung gelten kann, so muss im Rahmen der Erforderlichkeit ein Betreuer bestellt werden. Alles andere wäre rechtswidrig unterlassene Hilfeleistung (vgl. Münchener Kommentar 5. Aufl. Schwab § 1896 Rn 36).

Verfahrensrechtlich ist hierbei zu beachten, dass das Gutachten mit seinem vollen Wortlaut grundsätzlich auch dem Betroffenen persönlich im Hinblick auf dessen Verfahrensfähigkeit (§ 275 FamFG) zur Verfügung zu stellen ist, vgl. BGH Beschluss v. 14.03.2012 – XII ZB 502/11. Gemäß

§ 37 Absatz 2 FamFG setzt die Verwertung eines Sachverständigengutachtens als Entscheidungsgrundlage voraus, dass das Gericht den Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme einräumt. Hiervon kann lediglich im Rahmen des § 288 Absatz 1 FamFG abgesehen werden. Dies ist dann der Fall, wenn durch die Bekanntgabe des Gutachtens an den Betroffenen erhebliche Nachteile für dessen Gesundheit zu befürchten ist.

7. Fazit

Die rechtliche Beurteilung des Notars eingangs einer notariellen Urkunde, der Beteiligte sei geschäfts- und testierfähig, erfährt keine Beweiskraft. Volle Beweiskraft nach § 418 Abs. 1 ZPO begründen lediglich die auf eigene Wahrnehmungen durch die Urkundsperson begründeten Tatsachenfeststellungen. Diese sollten daher so konkret und detailliert als möglich/nötig in der Niederschrift dargelegt werden. Aus Beweissicherungsgründen empfiehlt es sich, eine Beiakte zu führen. Bei Beurkundungsbegehren hat der Notar aufgrund § 15 BNotO – auch bei Zweifel an der Geschäfts-/Testierfähigkeit eines Beteiligten – im Zweifel zu protokollieren, seine Bedenken samt Rechtsfolgen jedoch hinreichend in der Urkunde zu dokumentieren. Vor der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen hat der Notar die Denkstrukturen des Testierenden zu erforschen um sich von dessen freier Willensbildung zu überzeugen. Dabei dürfen objektiv unvernünftig erscheinende Weltanschauungen des Testierenden keine Rolle spielen. Bei Zweifel der Testierfähigkeit gilt: So viel wie möglich konkret erfragen und dokumentieren! Keine Angst, dem Notar als medizinischem Laien wird auch aus juristischer Sicht nicht abverlangt, eine etwa vorhandene Testierunfähigkeit zu attestieren. Dies bleibt im Zweifel den Prozessgerichten durch Zuhilfenahme eines Sachverständigen überlassen. Als Uraufgabe hat der Notar im Rahmen des § 17 BeurkG unter Hinweis auf die Rechtsfolgen lediglich den Willen der Beteiligten in einer entsprechenden Form wiederzugeben. Im Einzelfall kann eine Testierunfähigkeit auch durch einen Psychiater nicht ad hoc und oftmals erst nach längerer Recherche des Krankheitsverlaufes und der Untersuchungen festgestellt werden. Dabei ist festzuhalten, dass nicht jede zugrundeliegende Störung, wie beispielsweise beginnende Demenz, eine Testierunfähigkeit mit sich bringt. Vielmehr muss die zugrundeliegende Störung sich konkret auf die Freiheit der Willensbildung auswirken. Im Bereich der Betreuungsangelegenheiten muss ein Sachverständigengutachten nach § 280 FamFG – vor allem bei bevorstehender Betreuungsanordnung gegen den Willen des Betroffenen – eine klare Aussage über die freie Willensbildung des Betroffenen treffen. Trifft das Gutachten hierüber keine hinreichende Aussage, ist dies insoweit unbrauchbar und zu beanstanden. Das Sachverständigengutachten muss grundsätzlich dem Betroffenen im Hinblick auf dessen Verfahrensfähigkeit zur Verfügung gestellt werden.

Literatur (betreffend Ziffer 4 und 5):

Arbeitsgemeinschaft für Methodik und Dokumentation in der Psychiatrie (AMDP) (Hrsg.). Das AMDP-System. Manual zur Dokumentation psychiatrischer Befunde. Hogrefe, Göttingen. 2007. 8. überarbeitete Auflage

Cording C. Leserbrief: Anmerkungen zum Artikel „Geschäftsunfähigkeit bzw. Nichtigkeit einer Willenserklärung und ihre Stellung zu Bestimmungen des Betreuungsrechts“. Nervenarzt 2002; 73: S. 1119 – 1120.

Cording C. Die Begutachtung der Testier(un)fähigkeit. Fortschr Neurol Psychiat 2004; 72: S. 147 – 159.

Cording C, Foerster K. Psychopathologische Kurztests durch den Notar – ein im Grundsatz verfehlter Vorschlag. Erwiderung zum Beitrag von Stoppe/Lichtenwimmer: Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit beim alten Menschen durch den Notar – ein interdisziplinärer Vorschlag. DNotZ 2006, 329

Foerster K. Begutachtung bei zivilrechtlichen Fragen. In: Foerster K & Dreßing H (Hrsg.). Psychiatrische Begutachtung. Ein praktisches Handbuch für Ärzte und Juristen. Urban & Fischer, München. 2009. 5. Auflage, S. 556-578.

Folstein MF, Folstein,SE & McHugh,PR . Mini-Mental State (a practical method for grading the state of patients for the clinician). Journal of Psychiatric Research 1975; 12: S.189 – 198.

Habermeyer E, Saß H. Geschäftunfähigkeit bzw. Nichtigkeit einer Willenserklärung und ihre Stellung zu Bestimmungen des Betreuungsrechts von E. Habermeyer und H. Saß. Nervenarzt. 2002a; 73:S. 478-480.

Habermeyer E, Saß H. Die überdauernde krankhafte Störung der Geistestätigkeit als Voraussetzung der Geschäftsunfähigkeit. Nervenarzt 2002b; 73: S.1094 – 1099.

Habermeyer E, Saß H. Schlussbemerkungen zum Leserbrief von C. Cording zum Artikel „Geschäftsunfähigkeit bzw. Nichtigkeit einer Willenserklärung und ihre Stellung zu Bestimmungen des Betreuungsrechts“. Nervenarzt 2002c;73: S.1121 – 1122.

Interdisziplinäre Arbeitsgruppe in der FH Hamburg. Qualitätskriterien für Gutachten. BtPrax 4/2011: S. 145 – 148.

Kessler J, Calabrese P, Kalbe E & Berger F (2000a). DemTect. Ein neues Screening-Verfahren zur Unterstützung der Demenzdiagnostik. Psycho 2000a; 6:S. 343 – 347.

Kessler J, Markowitsch H J & Denzler P . Mini-Mental-Status-Test (MMST). Beltz Test GMBH, Göttingen. [Deutsche Adaption]. 2000b.

Libet B. Neuronal vs. subjective timing for a conscious experience. In Buser P, Rougel-Buser A (Hrsg.). Cerebral correlates of conscious experience. Elsevier, Amsterdam. 1978; S. 69-82.

Libet B. Mind time. Wie das Gehirn Bewusstsein produziert. Suhrkamp, Frankfurt a.M. 2004.

Stier M. Hirnforschung pro Willenfreiheit. Was ist dran? Nervenheilkunde 2011; 30: S.987 – 991.

Stoppe G, Lichtenwimmer A. Die Feststellung der Geschäfts- und Testierfähigkeit beim alten Menschen durch den Notar – ein interdisziplinärer Vorschlag. DNotZ 2005, 806 ff.

Erbausschlagung und FamFG[1]

(von Notar Dr. Oliver Fröhler, Hinterzarten)

I. Problemstellung

Erbausschlagungen bzw. damit zusammenhängende Erklärungen haben insbesondere im Rahmen der diesbezüglichen örtlichen und internationalen Zuständigkeit der Gerichte am Wohnsitz des Erklärenden sowie der Vertretung minderjähriger Kinder im diesbezüglichen Genehmigungsverfahren durch ihre Eltern enge Berührungspunkte mit dem FamFG. Der nachstehende Beitrag skizziert die wichtigsten dabei auftretenden praktischen Probleme, befasst sich mit der Reichweite der betroffenen Normen und zeigt entsprechende Lösungsansätze auf.

II. Entgegennahmezuständigkeit nach § 344 Abs. 7 FamFG für Erbausschlagungen und damit zusammenhängende Erklärungen

1. Entstehungsgeschichte

Das am 1.9.2009 in Kraft getretene FGG-Reformgesetz, durch dessen Art. 1 das frühere Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) aus dem Jahre 1898[2], das gemeinsam mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) am 1.1.1900 in Kraft trat, von dem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)[3] ersetzt wurde,[4] sieht mit der Regelung des § 344 Abs. 7 FamFG erstmals für die Entgegennnahme einer Erklärung im Zusammenhang mit einer Erbschaftsausschlagung die ergänzende besondere örtliche Zuständigkeit auch desjenigen Nachlassgerichts neben dem nach § 343 allgemein zuständigen Nachlassgericht vor, in dessen Bezirk der Erklärende seinen Wohnsitz hat. Hierdurch werden frühere Unsicherheiten bezüglich Wirksamkeit bzw. Rechtzeitigkeit entsprechender Erklärungen gegenüber einem anderen als dem nach § 343 FamFG örtlich zuständigen Nachlassgericht ausgeräumt. Probleme entstanden insbesondere dann, wenn eine derartige Erklärung gegenüber einem Gericht abgegeben wurde, das nicht nach §§ 156, 157 GVG von dem allgemein örtlich zuständigen Nachlassgericht um Protokollierung ersucht wurde, und die Ausschlagungsurkunde dem Erklärenden von diesem Gericht zurückgegeben statt an das allgemein örtlich zuständige Nachlassgericht weitergeleitet worden ist.[5] Diese Zuständigkeitserweiterung nach § 344 Abs. 7 FamFG wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahren erst relativ spät auf Grund einer entsprechenden Stellungnahme des Deutschen Bundesrates vom 6.7.2007[6] und einer darauf basierenden Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 23.6.2008 in den Gesetzestext aufgenommen.[7]

2. Erfasster Erklärungsgegenstand

Der Wortlaut des § 344 Abs. 7 Satz 1 FamFG benennt dabei ausschließlich eine Erklärung, „mit der die Erbschaft ausgeschlagen (§ 1945 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) oder die Ausschlagung angefochten (§ 1955 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) wird“. Damit sind ausdrücklich jedenfalls die Erbausschlagung nach § 1945 Abs. 1 BGB und deren Anfechtung gemäß § 1955 Satz 1 Alt. 2, Satz 2 iVm. § 1945 BGB betroffen.

Die Regelung erfasst jedoch zusätzlich über den Wortlaut hinaus auch die Anfechtung der Erbschaftsannahme nach § 1955 Satz 1 Alt. 1, Satz 2 iVm. § 1945 BGB,[8] die auf § 1955 BGB verweisende Anfechtung der Fristversäumnis nach § 1956 BGB,[9] die sich ebenfalls nach § 1955 BGB richtende[10] Anfechtung der Ausschlagung des Pflichtteilsberechtigten nach § 2308 Abs. 1 BGB[11] und die analog §§ 1945, 1955 BGB der Form der Ausschlagung bedürfende Anfechtung

1 Der Beitrag basiert auf zwei Referaten des Verfassers anlässlich einer Fortbildungsveranstaltung der Notarakademie Baden-Württemberg für Notarvertreter am 29.10.2012 in Herrenberg und der Notarfortbildung des Badischen Notarvereins e.V. in Hinterzarten am 08.10.2009. Der Verfasser ist Notar in Lörrach, Lehrbeauftragter an der Universität Freiburg i. Brsg. und Lehrbeauftragter an der Notarakademie Baden-Württemberg in Stuttgart. Vgl. zur Thematik Prütting/Helms/Fröhler, § 344 FamFG Rz. 64 ff.

2 RGBl. S. 189 bzw. S. 771.

3 Kritisch zu dieser Gesetzesbezeichnung wegen der damit verbundenen Missverständlichkeit bzw. der davon abweichenden Gesetzessystematik zu Recht Kuntze, FGPrax 2005, 185.

4 Fröhler, BWNotZ 2008, 183.

5 Vgl. dazu MüKo.BGB/Leipold, § 1945 BGB Rz. 8 mwN.

6 Stellungnahme des BR zum GesetzE der BReg., BR-Drucks. 309/07 (Beschl.), S. 71.

7 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) des BT zu dem GesetzE der BReg., BT-Drucks. 16/9733, S. 297.

8 Heinemann, ZErb 2008, 293 (295); Horndasch/Viefhues/Heinemann, 2. Aufl. 2010, § 344 FamFG Rz. 70; MüKo.ZPO/Mayer, 2010, § 344 FamFG Rz. 13 f; Bahrenfuss/Schaal, 2009, § 344 FamFG Rz. 24; Bumiller/Harders, 10. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 16; Prütting/Helms/Fröhler, 2. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 67; aA (unter Berufung auf den Wortlaut) Keidel/Zimmermann, 17. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 52; Bassenge/Roth, 12. Aufl. 2009, § 344 FamFG Rz. 13; Burandt/Rojahn/Kroiß, Erbrecht, 2011, § 344 FamFG Rz. 10.

9 Heinemann, ZErb 2008, 293 (295); Horndasch/Viefhues/Heinemann, 2. Aufl. 2010, § 344 FamFG Rz. 70; MüKo.ZPO/Mayer, 2010, § 344 FamFG Rz. 13 f; Bahrenfuss/Schaal, 2009, § 344 FamFG Rz. 24; Bumiller/Harders, 10. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 16; Prütting/Helms/Fröhler, 2. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 67; aA (unter Berufung auf den Wortlaut) Keidel/Zimmermann, 17. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 52; Bassenge/Roth, 12. Aufl. 2009, § 344 FamFG Rz. 13; Burandt/Rojahn/Kroiß, Erbrecht, 2011, § 344 FamFG Rz. 10.

10 Palandt/Weidlich, § 2308 BGB Rz 1.

11 Heinemann, ZErb 2008, 293 (295); Horndasch/Viefhues/Heinemann, 2. Aufl. 2010, § 344 FamFG Rz. 70; MüKo.ZPO/Mayer, 2010, § 344 FamFG Rz. 13 f; Bumiller/Harders, 10. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 16; Prütting/Helms/Fröhler, 2011, § 344 FamFG Rz. 67; aA (unter Berufung auf den Wortlaut) Keidel/Zimmermann, 17. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 52; Bassenge/Roth, 12. Aufl. 2009, § 344 FamFG Rz. 13; Burandt/Rojahn/Kroiß, Erbrecht, 2011, § 344 FamFG Rz. 10.

der Annahmeanfechtung[12]. Dies folgt zunächst aus dem eindeutig und unbeschränkt formulierten gesetzgeberischen Regelungsziel, dass "eine Niederschrift der Ausschlagungs- bzw. Anfechtungserklärung vor dem örtlich zuständigen Wohnsitzgericht auch ohne ausdrückliches Ersuchen wirksam" sein soll.[13] Zudem gilt die Anfechtung der Annahme nach § 1957 Abs. 1 BGB als Ausschlagung, die wiederum ausdrücklich von § 344 Abs. 7 Satz 1 FamFG erfasst wird. Wäre eine unterschiedliche Behandlung dieser beiden die gleiche Wirkung entfaltenden Rechtsinstitute gewollt gewesen, hätte es dazu einer ausdrücklichen Begründung im Gesetzgebungsverfahren bedurft, die jedoch unterblieben ist. Darüber hinaus deuten auch die dortige unvollständige Zitierweise hinsichtlich § 1955 BGB, die weder zwischen dessen Satz 1 1. Alt. und Satz 2 2. Alt. unterscheidet noch Satz 2 mit dessen dortigem Verweis auf § 1945 BGB ausschließt, die vergleichsweise späte Aufnahme des Abs. 7 in den Gesetzestext des § 344 FamFG und offensichtliche Gesetzeslücken bei der Formulierung der Entgegennahme bzw. Niederschrift der Erklärung (dazu vgl. sogleich unten unter Ziff. 3 bzw. 4) ein entsprechendes Redaktionsversehen[14] an.[15]

3. Entgegennahme

Nach § 344 Abs. 7 Satz 1 FamFG ist das Gericht am Wohnsitz des Erklärenden zur Entgegennahme der davon erfassten o.g. Erklärungen örtlich zuständig. Danach können bei diesem Gericht auch die durch einen Notar öffentlich beglaubigten Erklärungen fristwahrend eingereicht werden.[16] Je nach Dringlichkeit und Zeitpunkt des Fristablaufs ist am Wohnsitz des Erklärenden häufig nur bei Notaren anders als bei Nachlassgerichten ein kurzfristiger Termin für eine derartige Erklärung möglich, die dann in öffentlich beglaubigter Form mit Unterschriftsbeglaubigung errichtet wird und dem Wohnsitzgericht noch am selben Tag durch dortigen Einwurf fristgerecht zugeht.[17] Eine Verzögerung bei der Weiterleitung an das nach § 343 FamFG zuständige Nachlassgericht verhindert den bereits erfolgten Eintritt der Wirksamkeit der Erklärung nicht.

4. Protokollierung

Obwohl der Wortlaut der Vorschrift ausdrücklich lediglich die Entgegennahme der Erklärung benennt, ist das Gericht nach § 344 Abs. 7 Satz 1 FamFG darüber hinaus auch für deren Protokollierung örtlich zuständig, da regelmäßig nur diese eine derartige Niederschrift – anders als die durch einen Notar grundsätzlich nach § 129 BGB in öffentlich beglaubigter statt nach § 128 BGB in beurkundeter Form erstellte Erklärung, die gleichwohl nach § 344 Abs. 7 Satz 1 FamFG entgegenzunehmen ist (dazu vgl. sogleich unten unter Ziff. 5) – darstellt, deren Übersendung § 344 Abs. 7 Satz 2 FamFG ausdrücklich vorschreibt.[18] Die Niederschrift erfolgt für sämtliche hier maßgebenden o.g. Erklärungen nach § 1945 Abs. 2 BGB iVm. §§ 8 bis 16, 22 bis 26 BeurkG.

5. Übersendungspflicht

Nach dem Wortlaut des § 344 Abs. 7 Satz 2 FamFG ist das Gericht lediglich zur Übersendung einer Niederschrift über die betroffene Erklärung an das zuständige Nachlassgericht verpflichtet. Da notarielle Ausschlagungs- bzw. Anfechtungserklärungen regelmäßig in öffentlich beglaubigter Form erstellt und nicht beurkundet werden, verkörpern sie anders als ein gerichtliches Protokoll keine Niederschrift. Gleichwohl hat das Gericht auch eine durch den Notar in öffentlich beglaubigter Form erstellte und dort fristwahrend nach § 1945 Abs. 1 BGB abgegebene Erklärung nach § 344 Abs. 7 FamFG nicht nur entgegenzunehmen (s.o. unter Ziff. 3), sondern auch an das allgemein örtlich zuständige Nachlassgericht weiterzuleiten. Andernfalls würde sich das Gericht der Gefahr einer Haftung aussetzen, da das für die Erbscheinerteilung allgemein zuständige Nachlassgericht angesichts der Regelung nach § 344 Abs. 7 Satz 2 FamFG auf eine kurzfristige Vorlage vertrauen darf[19] und die Gefahr besteht, dass dort in Unkenntnis derartiger Erklärungen ein unrichtiger Erbschein erteilt wird.[20]

Soweit sich sowohl das Wohnsitzgericht nach § 344 Abs. 7 FamFG als auch das nach § 343 FamFG allgemein zuständige Nachlassgericht jeweils zur Verwahrung der Urschrift der Ausschlagunserklärung für zuständig erklären, bestimmt nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 FamFG das nächsthöhere gemeinsame Gericht das zuständige Gericht.[21] Dabei hat mangels Anwendbarkeit des § 45 BeurkG das Wohnsitzgericht nach § 344 Abs. 7 Satz 2 FamFG stets die Urschrift der Niederschrift an das allgemein zuständige Nachlassgericht zur dortigen Aufbewahrung zu übersenden, während es zur Nachweissicherung, einem versandbedingten Verlust vorbeugend und zudem als Belegexemplar eine Ausfertigung der Niederschrift zurückbehalten kann.[22] Mangels Zuständigkeit des Wohnsitzgerichts für weitere nachlassgerichtliche Aufgaben, wird dadurch zu dessen Gunsten insbesondere keine Vorgriffszuständigkeit iSd. § 2 Abs. 1 FamFG begründet.[23]

12 Prütting/Helms/Fröhler, 2. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 67; vgl. zu diesem Rechtsinstitut OLG Hamm Rpfleger 2009, 384 (385 f.).
13 Stellungnahme des BR zum GesetzE der BReg., BR-Drucks. 309/07 (Beschl.), S. 71.
14 Heinemann, ZErb 2008, 293 (295); Horndasch/Viefhues/Heinemann, 2. Aufl. 2010, § 344 FamFG Rz. 70.
15 Prütting/Helms/Fröhler, 2. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 67.
16 Zimmermann, Das neue FamFG, 2009, Rz. 629; Keidel/Zimmermann, 17. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 48; MüKo.ZPO/Mayer, 2010, § 344 FamFG Rz. 15; Bumiller/Harders, 10. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 16; Horndasch/Viefhues/Heinemann, 2. Aufl. 2010, § 344 FamFG Rz. 72; Prütting/Helms/Fröhler, 2. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 68; Heinemann, DNotZ 2011, 498 (499); Schaal, notar 2010, 394 (396); aA entgegen dem Wortlaut des § 344 Abs. 7 Satz 1 FamFG Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 635 (637): Entgegennahme nur der eigenen gerichtlichen Protokollierung.
17 Heinemann, DNotZ 2011, 498 (499) mit dem Hinweis auf das Beispiel Freitagnachmittag.
18 Heinemann, ZErb 2008, 293 (295); Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 635 (637); Heinemann, DNotZ 2011, 498 (499); Horndasch/Viefhues/Heinemann, 2. Aufl. 2010, § 344 FamFG Rz. 72; MüKo.ZPO/Mayer, 2010, § 344 FamFG Rz. 15; Bahrenfuss/Schaal, 2009, § 344 FamFG Rz. 25; ; Prütting/Helms/Fröhler, 2. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 68.
19 Heinemann, ZErb 2008, 293 (296); Horndasch/Viefhues/Heinemann, 2. Aufl. 2010, § 344 FamFG Rz. 72; Prütting/Helms/Fröhler, 2. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 71.
20 Zimmermann, ZEV 2009, 53 (55).
21 Prütting/Helms/Fröhler, 2. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 71a.
22 OLG Celle FGPrax 2010, 192 f; OLG Hamburg Rpfleger 2010, 373 f.; OLG Bremen v. 12.11.2010 – 3 AR 10/10, nicht veröffentlicht; OLG Hamm, ZErb 2011, 109 (10 f.); Prütting/Helms/Fröhler, 2. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 71a.
23 Keidel/Zimmermann, 17. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 45.

Zur Erhebung und Einziehung der diesbezüglichen Kosten ist das Wohnsitzgericht iSd. § 344 Abs. 7 FamFG als dasjenige Gericht zuständig, bei dem das Ausschlagungsverfahren nach § 14 Abs. 1 KostO erstmals anhängig geworden ist, ohne dass die voraussichtlich besseren Wertermittlungsmöglichkeiten des allgemein zuständigen Nachlassgerichts maßgebend sind, wobei die Bestimmung des zuständigen Gerichts nach vorheriger jeweiliger Unzuständigkeitserklärung beider Gerichte aus § 5 Abs. 1 Nr. 4 folgt.[24]

6. Zuständigkeit

a) Örtlich

Örtlich zuständig ist nach § 344 Abs. 7 Satz 1 FamFG das Nachlassgericht, in dessen Bezirk der Ausschlagende bzw. Anfechtende zur Zeit der Erklärungsabgabe gegenüber diesem Gericht seinen Wohnsitz hat. Der Wohnsitz des Erblassers bestimmt sich nach den Regelungen der §§ 7, 8, 9 und 11 BGB.[25] Maßgebend ist dabei grundsätzlich der räumliche Schwerpunkt (Mittelpunkt) der gesamten Lebensverhältnisse des Erblassers.[26] Dabei wird zwischen dem selbständig gewählten Wohnsitz nach §§ 7 bzw. 8 BGB einerseits und dem abgeleiteten gesetzlichen Wohnsitz iSd. §§ 9 bzw. 11 BGB andererseits unterschieden.

Der gewählte Wohnsitz wird durch Niederlassung an einem Ort, der nach dem Willen des Erblassers dem ständigen Schwerpunkt seiner Lebensverhältnisse dienen soll,[27] begründet.[28] Dies gilt uneingeschränkt auch für Ordensangehörige. Kirchenrechtliche Besonderheiten, wie bspw. eine Wohnsitzfiktion für Ordensschwestern am Sitz des Mutterhauses, sind unbeachtlich.[29] Bei dauernder Anstaltsunterbringung iSv. § 1906 BGB wird der Wohnsitz am Ort der Anstalt begründet.[30] Der erforderliche Domizilwille setzt voraus, dass am Ort der Niederlassung der Schwerpunkt der Lebensverhältnisse dauerhaft beibehalten werden soll.[31] Indizien für den Willen zur dauerhaften Beibehaltung des Lebensmittelpunktes ergeben sich regelmäßig aus einer bereits fortgeschrittenen Dauer des tatsächlichen Aufenthaltes bzw. aus dem Bemühen, an dem Wohnort bessere Wohnbedingungen zu finden, bspw. an Stelle einer bisher gemeinsam mit Dritten genutzten Unterkunft eine eigene Wohnung zu beziehen.[32] Grundsätzlich ist der unter Aufgabe der bisherigen Wohnung erfolgende Umzug in ein Hospiz als Sterbeort auf Dauer ausgerichtet.[33] Entsprechendes gilt für den Einzug in ein Pflegewohnzentrum, wenn der Gesundheitszustand eine auf unbegrenzte Dauer angelegte medizinische und pflegerische Betreuung erfordert und keine Möglichkeit einer Veränderung ersichtlich ist.[34] Der erforderliche Domizilwille fehlt jedoch, wenn die Niederlassung lediglich mit dem Ziel einer vorübergehenden Wohnungsnahme erfolgt. So begründet insbesondere ein Student am Universitätsort nur unter besonderen Umständen seinen Wohnsitz,[35] da sich die für den Willen zu einem ständigen Aufenthalt maßgebende berufliche Entwicklung regelmäßig erst nach Abschluss des Studiums absehen lässt. Entsprechendes gilt für den regelmäßig nicht auf Dauer, sondern lediglich zur vorübergehenden medizinischen Versorgung ausgerichteten Krankenhausaufenthalt eines Patienten.[36] Die polizeiliche Anmeldung am neuen Wohnort und Abmeldung am früheren Wohnort kann nur gemeinsam mit weiteren Faktoren einen Domizilwillen manifestieren.

Nicht voll Geschäftsfähige können ihren Wohnsitz nach § 8 Abs. 1 BGB grundsätzlich nicht ohne den Willen des gesetzlichen Vertreters begründen oder aufheben, der dazu jedoch als Betreuer bzw. Vormund seinerseits hinsichtlich des gerichtlich bestimmten Aufgabenkreises die Berechtigung zur Aufenthalts- bzw. Wohnungsbestimmung benötigt.[37] Von diesem Erfordernis ist ein verheirateter oder verheiratet gewesener Minderjähriger nach § 8 Abs. 2 BGB befreit. Über den Wortlaut des § 8 Abs. 1 BGB hinaus muss hierzu an Stelle der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters die Willensausübung des durch den Geschäftsunfähigen bzw. beschränkt Geschäftsfähigen zur Zeit eigener unbeschränkter Geschäftsfähigkeit rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten genügen. Dies ergibt sich aus einem Erst-Recht-Schluss zu § 1906 Abs. 5 BGB, nach dem eine Vollmacht einer gesetzlichen Vertretung sogar bei freiheitsentziehender Unterbringung in einer geschlossenen Anstalt gleichsteht. Ist das Vorhandensein der Geschäftsfähigkeit ungewiss, wird sie insoweit unterstellt.[38]

Nach § 7 Abs. 3 BGB wird der Wohnsitz analog zu seiner Begründung kumulativ durch objektive tatsächliche Wohnsitzaufgabe und subjektiven Domizilaufgabewillen aufgehoben. Wird der bisherige Wohnsitz ohne Begründung eines neuen Wohnsitzes aufgehoben, entsteht ein Status der Wohnungslosigkeit.[39]

Der abgeleitete Wohnsitz wird unabhängig von der tatsächlichen ständigen Niederlassung und dem Bestehen eines etwaigen Domizilwillens des Betroffenen ausschließlich kraft gesetzlicher Anordnung begründet. So hat ein Berufs- oder Zeitsoldat nach § 9 Abs. 1 Satz 1 BGB seinen gesetzlichen Wohnsitz am Standort der regelmäßigen Unterkunft desjenigen Truppenteils, dem er angehört, bzw. nach § 9 Abs. 1 Satz 2 BGB bei einem aktuellen ausländischen Standort

24 OLG Hamburg, Rpfleger 2010, 373 f.
25 BayObLG Rpfleger 1985, 66.
26 BGH LM Nr. 3 zu § 7 BGB; BayObLG BayObLGZ 1984, 289 (290); Palandt/Ellenberger, § 7 BGB Rz. 1.
27 BayObLG BayObLGZ 1985, 158 (161).
28 BVerwG NJW 1968, 1059.
29 BayObLG BayObLGZ 1960, 455 (456).
30 OLG Rostock OLGR 33, 19; OLG Oldenburg SeuffA 55 Nr. 64; MüKo. BGB/Schmitt, § 7 BGB Rz. 49.
31 BVerwG NJW 1986, 674.
32 BGH NJW 1984, 971.
33 OLG Düsseldorf Rpfleger 2002, 314.
34 OLG Düsseldorf FGPrax 2009, 271.
35 BVerfG NJW 1990, 2193 (2194); OLG Düsseldorf FamRZ 1992, 103.
36 OLG Düsseldorf Rpfleger 2002, 314.
37 BayObLG NJW-RR 1993, 460 (461).
38 BayObLG Rpfleger 1990, 73 (Wohnsitzaufhebung).
39 MüKo.BGB/Schmitt, § 9 BGB Rz. 44.
40 MüKo.BGB/Schmitt, § 9 BGB Rz. 7.

am letzten inländischen Standort.[40] Gehört ein Soldat keinem Truppenteil an, ist der Ort der militärischen Dienststelle maßgebend.[41] Wird ein Soldat längere Zeit an einen anderen Truppenteil abkommandiert, ist dessen inländischer Standort gesetzlicher Wohnsitz.[42] Zusätzlich kann der Berufs- bzw. Zeitsoldat nach § 7 Abs. 1 BGB an dem von ihm zu seinem dauerhaften Lebensmittelpunkt bestimmten Ort einen gewählten Wohnsitz begründen. Hierdurch entstehen zugleich Mehrfachwohnsitze.[43]

Gemäß § 11 BGB ist für ein minderjähriges Kind kraft Gesetzes der Wohnsitz seines Personensorgeberechtigten gesetzlicher Wohnsitz. Sind beide Elternteile personensorgeberechtigt -dies ist bei verheirateten Eltern regelmäßig nach § 1626 Abs. 1 Satz 1 BGB bzw. § 1626a Abs. 1 Nr. 2 BGB, bei nicht verheirateten Eltern lediglich ausnahmsweise auf Grund einer Sorgeerklärung nach § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB bzw. nach einer gerichtlichen Sorgerechtsübertragung iSv. § 1672 Abs. 2 BGB der Fall-, begründen sie mit ihrem gemeinsamen Wohnsitz zugleich den gesetzlichen Wohnsitz ihres minderjährigen Kindes. Haben gemeinsam personensorgeberechtigte Eltern unterschiedliche Wohnsitze, erhält das Kind -auch wenn es nach der Begründung getrennter Wohnsitze geboren ist[44] – bis zu einer eventuellen gerichtlichen Sorgerechtsübertragung iSv. § 1671 BGB einen entsprechenden gesetzlichen Doppelwohnsitz.[45] Die Eltern können dann jedoch gemeinschaftlich nach § 7 iVm. § 8 BGB einen davon abweichenden alleinigen Wohnsitz am Wohnort eines von ihnen[46] bzw. neben oder zusätzlich zu dem bisherigen einen neuen Wohnsitz, bspw. in einer Pflegefamilie,[47] begründen. Ist -nach § 1626a Abs. 2 BGB (nicht verheiratete Mutter ohne Sorgeerklärung), § 1666 BGB (Entziehung des Sorgerechts), §§ 1671, 1672 BGB (Übertragung des Sorgerechts) bzw. §§ 1680, 1681 BGB (Tod bzw. Todeserklärung eines Elternteils; Entziehung des Sorgerechts)- nur ein Elternteil personensorgeberechtigt, wird nach § 11 Satz 1 Halbs. 2 BGB alleine dessen Wohn- bzw. Doppelwohnsitz gesetzlicher Wohnsitz des Kindes. Der alleine sorgeberechtigte Elternteil kann nach § 7 iVm. § 8 BGB neben oder zusätzlich zu dem bisherigen einen neuen Wohnsitz wählen, bspw. am Ort des durch das Kind ständig besuchten Internats.[48] Steht das Personensorgerecht -nach § 1773 BGB (Vormund) bzw. nach § 1909 BGB (Pfleger)- einem Dritten zu, ist nach § 11 Satz 2 BGB dessen Wohnsitz maßgebend. Die vorstehenden Anmerkungen gelten dann entsprechend. Wird der den gesetzlichen Wohnsitz begründende Vertreter des minderjährigen Kindes wohnsitzlos, wird auch das Kind wohnsitzlos,[49] wenn nicht daneben nach § 7 iVm. § 8 BGB ein gewählter Doppelwohnsitz besteht, der nunmehr zum alleinigen Wohnsitz wird. Nach § 11 Satz 3 BGB verliert ein minderjähriges Kind seinen gesetzlichen Wohnsitz, soweit nicht ein anderer gesetzlicher Wohnsitz begründet wird, erst durch gewählte Aufhebung iSd. § 7 Abs. 3 BGB, die während der Minderjährigkeit durch den gesetzlichen Vertreter nach § 8 BGB bzw. nach Erreichen der Volljährigkeit durch das Kind selbst, dessen Bevollmächtigten oder den gesetzlichen Vertreter nach § 8 BGB ausgeübt wird. Wird das minderjährige Kind volljährig, verwandelt sich der gesetzliche in einen gewählten Wohnsitz und besteht bis zu dessen Aufgabe fort.[50] Nach § 7 Abs. 2 BGB kann der gewählte Wohnsitz gleichzeitig an mehreren Orten bestehen. Dies setzt voraus, dass der jeweilige Wohnort beim jeweiligen Aufenthaltswechsel Schwerpunkt der Lebensverhältnisse ist.[51] Eine bloße Ausrichtung auf längere Besuche ist nicht ausreichend.[52] Ein Doppelwohnsitz kann zudem insbesondere aus gesetzlichem Wohnsitz für das minderjährige Kind bei Trennung seiner gemeinsam personensorgeberechtigten Eltern seinerseits als gesetzlicher Wohnsitz oder durch Wahl eines zusätzlichen gewillkürten Wohnsitzes begründet werden.

Bestehen mehrfache Wohnsitze, ist nach § 2 Abs. 1 FamFG unter mehreren örtlich zuständigen Gerichten das zuerst mit der Sache befasste Gericht zuständig.

Die vorstehenden Grundsätze gelten auch für den aus ererbtem Ausschlagungsrecht nach § 1952 BGB Ausschlagenden bzw. Anfechtenden, für den demnach dessen eigener Wohnsitz und nicht der Wohnsitz des verstorbenen Erben des Ausgangserblassers maßgegend ist.[53]

Wird in derselben Urkunde nicht nur die Ausschlagung des aktuellen Erben, sondern zusätzlich auch diejenige des aufgrund dessen Ausschlagung in der Erbfolge nächstberufenen Erben aufgenommen, muss zwingend beachtet werden, dass das Wohnsitzgericht für diesen nächstberufenen Erben ebenfalls nur dann nach § 344 Abs. 7 FamFG örtlich zuständig ist, wenn auch dieser im Gerichtsbezirk seinen Wohnsitz hat.[54]

Die Zuständigkeit nach § 344 Abs. 7 FamFG ist nicht ausschließlich. Aus der Formulierung “auch” in § 344 Abs. 7 Satz 1 FamFG und der Übersendungspflicht aus § 344 Abs. 7 Satz 2 FamFG ergibt sich vielmehr, dass das nach § 343 FamFG allgemein zuständige Nachlassgericht daneben örtlich zuständig bleibt. § 2 Abs. 1 FamFG ist nicht anwendbar.[55]

41 Palandt/Ellenberger, § 9 BGB Rz.
42 OLG Dresden SeuffA Nr. 69, 209; RG JW 1938, 234; Palandt/Ellenberger, § 9 BGB Rz. 1; aA MüKo.BGB/Schmitt, § 9 BGB Rz. 8: Standort desjenigen Truppenteils bleibt maßgeblich, dem der Soldat weiterhin angehört.
43 BVerwG MDR 1960, 1041.
44 KG NJW 1964, 1577 (1578).
45 BGH NJW 1984, 971; OLG Brandenburg FGPrax 2003, 129.
46 BGH NJW-RR 1994, 322.
47 OLG Köln FamRZ 1996, 859 (860).
48 BayObLG NJW-RR 1989, 262 (263).
49 Erman/Westermann, § 11 BGB Rz. 2; MüKo.BGB/Schmitt, § 11 BGB Rz. 13; Palandt/Heinrichs, § 11 BGB Rz. 6; aA Staudinger/Habermann/Weick, § 11 BGB Rz. 12.
50 MüKo.BGB/Schmitt, § 11 BGB Rz. 11.
51 PreußOVG OLGR 35, 26.
52 BVerwG NJW 1986, 674.
53 Prütting/Helms/Fröhler, 2. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 72a.
54 Prütting/Helms/Fröhler, 2. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 72d und Rz. 78 (dort Muster).
55 Heinemann, ZErb 2008, 293 (299).

b) Funktionell

Nach § 3 Nr. 1 Buchst. f und Nr. 2 Buchst. c RPflG ist der Rechtspfleger funktionell zuständig. Im badischen Rechtsgebiet Baden-Württembergs können den staatlichen Notariaten nach § 35 Abs. 1 bis 3 RPflG Rechtspfleger zugewiesen werden, wobei der an die Stelle des Richters tretende (Richter-) Notar neben dem Rechtspfleger für die diesem übertragenen Geschäfte zuständig bleibt.

c) International

Die internationale Zuständigkeit für Maßnahmen nach § 344 Abs. 7 FamFG ist für den Fall umstritten, dass eine in Rede stehende Ausschlagungs- bzw. Anfechtungserklärung ausländischem Recht unterliegt. Im Wesentlichen werden insoweit drei verschiedene Positionen vertreten: Nach einer ersten Ansicht begründet die örtliche Zuständigkeit aus § 344 Abs. 7 FamFG nur dann nach § 105 FamFG eine internationale Zuständigkeit eines deutschen Wohnsitzgerichts, wenn deutsches Erbrecht anwendbar ist.[56] Nach einer anderen Ansicht folgt die internationale Zuständigkeit gemäß § 105 FamFG unabhängig von der Anwendung deutschen Erbrechts oder einer Inlandsbelegenheit von Nachlassgegenständen aus der örtlichen Zuständigkeit des § 344 Abs. 7 FamFG.[57] Nach richtiger vermittelnder weiterer Ansicht resultiert die internationale Zuständigkeit zwar unabhängig von der Anwendung deutschen Erbrechts auch bei Maßgeblichkeit ausländischen Erbrechts über § 344 Abs. 7 FamFG aus § 105 FamFG, setzt jedoch voraus, dass Empfängergericht iSd. § 344 Abs. 7 Satz 2 FamFG als allgemein zuständiges Nachlassgericht ein deutsches Gericht ist.[58]

Dies folgt jeweils unmittelbar aus den gesetzlichen Vorgaben nach § 344 Abs. 7 iVm. § 105 FamFG. Gemäß § 105 FamFG ist ein inländisches Gericht auch für die Protokollierung und Entgegennahme von Erbausschlagungen bzw. damit zusammenhängenden Anfechtungserklärungen selbst bei Anwendung ausländischen Sachrechts und Belegenheit von Nachlassgegenständen im Ausland international zuständig, wenn eine örtliche Zuständigkeit besteht.[59] Unabhängig von § 343 FamFG kann auch § 344 Abs. 7 Satz 1 FamFG eine derartige Zuständigkeit begründen. Zwar wird im Text des § 344 Abs. 7 Satz 1 FamFG dem Tatbestand der Erbausschlagung der Zusatz "(§ 1945 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches)" bzw. der Ausschlagungsanfechtung der Zusatz "(§ 1955 des Bürgerlichen Gesetzbuches)" nachgestellt. Daraus folgt jedoch keine Beschränkung der Zuständigkeit auf die Entgegennahme von Erklärungen, die ausschließlich deutschem Sachrecht unterliegen. Vielmehr dienen die jeweiligen Klammerzusätze lediglich der inhaltlichen Konkretisierung und erfassen auch dem Wesen nach entsprechende Erklärungen gemäß ausländischem Sachrecht, da sich der Regelungszweck des § 344 Abs. 7 Satz 1 FamFG nach der amtlichen Begründung darauf beschränkt, gegenüber dem Gericht am Wohnsitz des Ausschlagenden auch ohne ausdrückliches Ersuchen eine wirksame und fristwahrende Erklärung zu ermöglichen,[60] und hierfür sowohl bei inländischem als auch bei ausländischem Erbstatut gleichermaßen ein Bedürfnis besteht. Derartige lediglich inhaltlich konkretisierende Zusätze sind auch in anderen Gesetzesnormen enthalten, ohne dass dadurch eine Anwendbarkeit auf entsprechende Regelungen nach ausländischem Recht ausgeschlossen wäre.[61] Wäre hingegen durch § 344 Abs. 7 Satz 1 FamFG eine Beschränkung auf die Anwendung deutschen Sachrechts und damit eine partielle Fortgeltung des Gleichlaufgrundsatzes beabsichtigt gewesen, obwohl dessen vollständige Außerkraftsetzung im Nachlassverfahren ein zentraler Reformbestandteil des FamFG ist, hätte dies in der Gesetzesbegründung ausdrücklich erwähnt und angesichts dann bestehender gravierender Widersprüche zur genannten gesetzgeberischen Zielsetzung hinsichtlich § 105 FamFG,[62] § 343 Abs. 3 FamFG[63] und § 2369 Abs. 1 BGB[64] erläutert werden müssen. Dies gilt insbesondere dann, wenn im Fall einer Nachlassspaltung demselben Ausschlagenden die Zuständigkeit nach § 344 Abs. 7 Satz 1 FamFG für den dem deutschen Sachrecht unterliegenden Spaltnachlass eröffnet, hinsichtlich des dem ausländischen Sachrecht unterliegenden Spaltnachlasses jedoch verwehrt sein sollte, obschon die Ausschlagungen für beide Spaltnachlässe vor dem allgemein nach § 343 FamFG zuständigen Nachlassgericht bzw. dem förmlich ersuchten Gericht am Wohnsitz des Ausschlagenden erklärt werden könnten. Da entsprechende gesetzgeberische Hinweise fehlen, kann hier nicht von einer Beschränkung auf deutsches Sachrecht ausgegangen werden. Zudem ist anerkannt, dass grundsätzlich abschließende Aufzählungen von nachlassgerichtlichen Verrichtungen[65]

56 Heinemann, ZErb 2008, 293 (299); Horndasch/Viefhues/Heinemann, 1. Aufl. 2009 und 2. Aufl. 2010, § 344 FamFG Rz. 72; Bahrenfuss/Schaal, 2009, § 344 FamFG Rz. 31 (Schaal hat diese Ansicht jedoch zwischenzeitlich aufgegeben, vgl. Fn. 58); Bachmayer, BWNotZ 2010, 146 (153).

57 MüKo.ZPO/Mayer, 2010, § 344 FamFG Rz. 21; Keidel/Zimmermann, 17. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 47.

58 Prütting/Helms/Fröhler, 1. Aufl. 2009 und 2. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 75 bis 77; Schaal, BWNotZ 2011, 206 (207).

59 Prütting/Helms/Fröhler, 2. Aufl. 2011, § 343 FamFG Rz. 152.

60 Stellungnahme des BR zum GesetzE der BReg., Nr. 84 zu § 344, BR-Drucks. 309/07 (Beschl.), S. 71.

61 Vgl. zu § 621 Abs. 1 Nr. 7 ZPO aF Zöller/Philippi, § 621 ZPO Rz. 48c: Zuständigkeit des Familiengerichts nach § 621 Abs. 1 Nr. 7 ZPO aF (Regelungen nach der früheren HausratsVO) unabhängig davon, ob ausländisches materielles Recht anzuwenden ist. Ebenso zu § 23b Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 GVG aF (Regelungen nach der früheren HausratsVO) OLG Düsseldorf FamRZ 1995, 1280; aA OLG Köln FamRZ 1994, 1476 zu § 23b Abs. 1 Satz 2 Nr. 8 GVG aF. Vgl. zu § 661 Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 7 ZPO aF Zöller/Geimer, § 661 ZPO Rz. 28 bzw. § 606a ZPO Rz. 43: Allgemein kommt für die Tatbestände nach § 661 Abs. 1 ZPO aF, somit auch für Regelungen nach der früheren HausratsVO bzw. Entscheidungen nach § 6 Abs. 2 Satz 4 LPartG iVm. §§ 1382, 1383 BGB, eine internationale Zuständigkeit eines deutschen Gerichts trotz Anwendung ausländischen Sachrechts in Betracht.

62 Begr. zum GesetzE der BReg. zu § 105, BT-Drucks. 16/6308, S. 221 (§ 344 Abs. 7 FamFG war zu diesem Zeitpunkt noch nicht Bestandteil des Entwurfs): "Auch die nicht anderweitig geregelte internationale Zuständigkeit in Nachlass- und Teilungssachen soll sich nach dem Entwurf gemäß § 105 aus der örtlichen Zuständigkeit nach den §§ 343, 344 ergeben. Damit wird der ungeschriebenen sog. Gleichlauftheorie, wonach die deutschen Gerichte nur bei Anwendung deutschen Sachrechts zuständig seien, eine Absage erteilt."

63 Begr. zum GesetzE der BReg. zu § 343 Abs. 3, BT-Drucks. 16/6308, S. 277: § 343 Abs. 3 "ist im Hinblick auf den Wegfall der Beschränkung der Tätigkeit des Nachlassgerichts auf im Inland belegene Gegenstände neu gefasst. Der Entfall dieser Einschränkung beruht auf der gemäß § 105 vorgenommenen Absage an die Gleichlauftheorie."

64 Begr. zum GesetzE der BReg. zu § 2369 Abs. 1 BGB, BT-Drucks. 16/6308, S. 349: "Die Gleichlauftheorie, wonach die deutschen Nachlassgerichte nur insoweit zuständig sind, als deutsches Sachrecht auf den Erbfall zur Anwendung kommt, soll abgelöst werden."

65 So bspw. iSd. § 342 Abs. 1 FamFG.

nach deutschem Recht ausnahmsweise um ungeschriebene Tatbestände zu erweitern sind, sofern ausländisches Recht maßgeblich ist und dieses – sogar anderweitige, im deutschen materiellen Erbrecht nicht geregelte, diesem jedoch nicht wesensfremde – nachlassgerichtliche Maßnahmen vorsieht.[66] Die internationale Zuständigkeit des Gerichts am Wohnsitz des Ausschlagenden für Verrichtungen nach § 344 Abs. 7 Satz 1 FamFG ist jedoch nur dann eröffnet, wenn ein allgemein zuständiges deutsches Nachlassgericht vorhanden ist, das seinerseits nach § 105 iVm. § 343 FamFG international zuständig ist. Dies folgt aus der Regelung des § 344 Abs. 7 Satz 2 FamFG, die hinsichtlich der Übersendungspflicht des nach § 344 Abs. 7 Satz 1 FamFG zuständigen Gerichts eine Empfangszuständigkeit eines allgemein zuständigen deutschen Nachlassgerichts voraussetzt.[67] § 344 Abs. 7 Satz 1 FamFG begründet damit insbesondere über den Wohnsitz des Ausschlagenden keine Ausdehnung der internationalen Zuständigkeit auf Nachlassfälle, die einen ausländischen Erblasser betreffen, der im Inland weder verstorben ist noch dort bei seinem Tod den Wohnsitz hatte und dessen Nachlass sich bei Befasstwerden des Gerichts nicht wenigstens teilweise im Inland befindet.[68, 69]

Nach Art. 13 der EU-Erbrechtsverordnung vom 4.7.2012[70] sind für Erbfälle ab einschließlich dem 17.08.2015[71] neben den für die Rechtsnachfolge von Todes wegen (allgemein) zuständigen Gerichten die Gerichte desjenigen Mitgliedstaats, in dem ein Erbe bzw. Vermächtnisnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, für die Entgegennahme von dessen nach dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht möglichen Erklärungen über die Annahme- bzw. Ausschlagung der Erbschaft bzw. des Vermächtnisses international zuständig, wenn diese Erklärungen nach dem Recht dieses Mitgliedsstaates vor einem Gericht abgegeben werden können. Diese Verordnung ist als unmittelbar geltendes Recht nach Art. 3 Nr. 1 EGBGB gegenüber nationalen Regelungen und damit auch gegenüber § 105 iVm. § 344 Abs. 7 FamFG vorrangig.[72]

6. Nachlassspaltung

Tritt Nachlassspaltung -insbesondere auf Grund Rechtswahl, Vorrangs des Belegenheitsstatuts nach Art. 3a Abs. 2 EGBGB oder teilweiser Rück- bzw. Weiterverweisung[73] ein,[74] kann für jeden Spaltnachlass gesondert über eine eventuelle Erbausschlagung entschieden werden. Selbst wenn nur einer der beiden Spaltnachlässe überschuldet ist, muss jedoch angesichts der unsicheren Rechtslage bezüglich etwaiger nur auf einen Spaltnachlass fixierter Nachlassverbindlichkeiten gleichwohl mit einer Haftung beider Spaltnachlässe gerechnet werden.[75] Zur Vermeidung von Auslegungsschwierigkeiten sollte daher ausdrücklich klargestellt werden, auf welchen Spaltnachlass sich die Ausschlagung bezieht. Weiß der Ausschlagende, dass Nachlassbestandteile im Ausland belegen sind, wird regelmäßig unterstellt werden, dass die Ausschlagung auch das Auslandsvermögen erfassen soll.[76, 77]

7. Entgegennahme durch ein unzuständiges Gericht

Wird eine Ausschlagungs- bzw. Anfechtungserklärung von einem örtlich unzuständigen Gericht entgegengenommen, gilt sie gleichwohl analog § 2 Abs. 3 FamFG als wirksam und fristgerecht beim zuständigen Gericht eingegangen,[78] es sei denn, das Gericht gibt die dadurch unwirksam werdende Erklärung wegen Unzuständigkeit an den Erklärenden zurück.[79] Entsprechendes gilt analog § 2 Abs. 3 FamFG, wenn die Entgegennahme durch ein international unzuständiges Gericht erfolgt.[80] Dieser jeweils ursprünglich aus entsprechender Anwendung des § 7 FGG entwickelte Grundsatz bleibt auch nach Inkrafttreten des § 344 Abs. 7 FamFG relevant,[81] bspw. bei Einreichung einer durch einen Notar öffentlich beglaubigten Erklärung bei dem Gericht desjenigen Ortes, an dem der Ausschlagende zwar seinen gewöhnlichen Aufenthalt, nicht jedoch seinen in § 344 Abs. 7 Satz 1 FamFG vorausgesetzten Wohnsitz hat oder an dem bei ausländischem Erblasser und Maßgeblichkeit ausländischen Sachrechts zwar zur Zeit des Erbfalls, jedoch nicht mehr bei erstmaligem Befasstwerden des allgemein zuständigen Nachlassgerichts Nachlassgegenstände belegen waren.[82]

8. Ersuchtes Gericht

Ungeachtet der Regelung des § 344 Abs. 7 FamFG ist eine nachlassgerichtliche Entgegennahme von Erklärungen im Zusammenhang mit einer Erbschaftsausschlagung auch weiterhin im Wege der Rechtshilfe nach §§ 156, 157 GVG möglich,[83] zumal Nachlassgerichte ihre Nachlassakte auch mit dem Ersuchen an das Wohnsitzgericht übersenden, die von den Beteiligten je nach von diesen noch zu treffender Entscheidung gewünschten Erklärungen über Erbscheinsantrag oder Erbausschlagung zu protokollieren[84] und entsprechende Erklärungen auch an anderen Orten als dem Wohnsitzort des Erklärenden, etwa am Studienort, der mangels

66 Schäuble, ZErb 2009, 200 (203).
67 So im Ergebnis auch Rellermeyer, Rpfleger 2009, 349 (356): zuständiges Nachlassgericht iSv. § 344 Abs. 7 Satz 2 FamFG ist das nach § 343 FamFG zu bestimmende Gericht.
68 Im Ergebnis ebenso Heinemann, ZErb 2008, 293 (299), der jedoch eine Beschränkung auf Anwendung deutschen Sachrechts voraussetzt.
69 Prütting/Helms/Fröhler, 2. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 75 bis 77.
70 Amtsblatt der EU vom 4.7.2012, L 201/107 ff.
71 Vgl. § 83 Abs. 1 EU-ErbRVO; insgesamt zur EU-ErbRVO Janzen, DNotZ 2012, 484 ff.
72 Bachmayer, BWNotZ 2010, 146 (157).
73 Fetsch, MittBayNot 2007, 285 (287 f.).
74 Vgl. dazu die Länderübersicht bei Fetsch, RNotZ 2006, 77 (91 ff.).
75 Fetsch, RNotZ 2006, 1 (24).
76 BayObLG ZEV 1998, 472 (473).
77 Prütting/Helms/Fröhler, 2. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 81 bis 83.
78 BayObLG MittBayNot 1998, 192 (193); Heinemann, FamFG für Notare, Rz. 288.
79 Palandt/Edenhofer, 68. Aufl. 2009, § 1945 BGB Rz. 7 zu § 7 FGG; Heinemann, FamFG für Notare, Rz. 289.
80 BayObLG NJW-RR 1994, 505 (507).
81 Heinemann, ZErb 2008, 293 (297); Bahrenfuss/Schaal, 2009, § 344 FamFG Rz. 27; MüKo.ZPO/Mayer, 2010, § 344 FamFG Rz. 20.
82 Prütting/Helms/Fröhler, 2. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 81 bis 83.
83 Bahrenfuss/Schaal, 2009, § 344 FamFG Rz. 26; Keidel/Zimmermann, 17. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 44; Prütting/Helms/Fröhler, 2. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 84; aA Horndasch/Viefhues/Heinemann, 2. Aufl. 2010, § 344 FamFG Rz. 76: nicht mehr statthaft.
84 Prütting/Helms/Fröhler, 2. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 84.

Domizilwillens regelmäßig nicht Wohnsitz iSd. § 344 Abs. 7 FamFG iVm. § 7 BGB ist,[85] Arbeitsplatzort oder Urlaubsort[86] möglich sein muss.

III. Gesetzliche Vertretung

1. Genehmigungsbedürftigkeit

Für eine Ausschlagungserklärung gelten die allgemeinen Regeln über die Geschäftsfähigkeit. Danach kann ein beschränkt geschäftsfähiger Erbe gemäß §§ 107, 111 BGB entweder vertreten durch seinen gesetzlichen Vertreter oder selbst mit dessen Einwilligung die Erbschaft ausschlagen[87] -wird ein gesetzlich vertretenes minderjähriges Kind zwischen Abgabe und Zugang der Erklärung volljährig, ist die Erklärung der Eltern gleichwohl ausreichend[88]-, während eine Erbausschlagung für den geschäftsunfähigen Erben ausschließlich durch dessen gesetzlichen Vertreter erfolgen kann. Nach § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB vertreten die Eltern ihr Kind gemeinschaftlich. Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet, vertritt die Mutter das Kind gemäß § 1626a Abs. 2 BGB grundsätzlich alleine, soweit beide Elternteile keine Sorgeerklärung iSd. § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB abgegeben haben bzw. nach Abgabe einer Sorgeerklärung nicht dem Vater die alleinige Sorge übertragen wurde.

Ein Vormund, ein Betreuer bzw. ein Pfleger bedarf für eine Erbausschlagung gem. (§§ 1908i bzw. 1915 BGB iVm.) § 1822 Nr. 2 BGB der familien- bzw. betreuungsgerichtlichen Genehmigung. Obwohl § 1822 Nr. 2 BGB mangels entsprechenden Verweises durch § 1643 Abs. 1 auf gesetzliche Vertretung minderjähriger Kinder durch die Eltern keine Anwendung findet, erfordert die Ausschlagungserklärung der Eltern bzw. des alleine sorge- und damit vertretungsberechtigten Elternteils zu ihrer Wirksamkeit gleichwohl gem. § 1643 Abs. 2 Satz 1 BGB grundsätzlich die Genehmigung des Familiengerichts. Die familiengerichtliche Genehmigung ist dabei nur dann entbehrlich, wenn das Kind ausschließlich dadurch Erbe geworden ist, dass der alleine oder mitvertretende Elternteil seinerseits zuvor die Erbschaft mit Wirkung nach § 1953 Abs. 2 BGB ausgeschlagen hat. Insbesondere bedarf die alleine sorgeberechtige Mutter eines minderjährigen / geschäftsunfähigen nichtehelichen Kindes bezüglich der von ihr für das Kind erklärten Ausschlagung dann der familiengerichtlichen Genehmigung, wenn diesem die Erbschaft aufgrund der Ausschlagung des nichtsorgeberechtigten Vaters angefallen ist.[89] Keine Genehmigung ist jedoch erforderlich, wenn das Kind alleine aufgrund der Ausschlagung der (alleine oder aufgrund Sorgeerklärung gemeinsam mit dem Vater) sorgeberechtigten Mutter Erbe geworden ist. Verstirbt ein Ehegatte unter Hinterlassung des längstlebenden Ehegatten und minderjähriger / geschäftsunfähiger Kinder, so ist hinsichtlich der Genehmigungsbedürftigkeit der Ausschlagungserklärung des alleine sorgeberechtigten längstlebenden Ehegatten zu unterscheiden: Eine Befreiung vom familiengerichtlichen Genehmigungserfordernis besteht nach dem Wortlaut des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB ausschließlich für denjenigen Erbteil, der den minderjährigen / geschäftsunfähigen Kindern auf Grund Ausschlagung des längstlebenden Ehegatten über § 1953 Abs. 2 BGB anfällt. Die den minderjährigen / geschäftsunfähigen Kindern unabhängig von der Ausschlagung des längstlebenden Ehegatten kraft Gesetzes zustehenden Erbteile dürften jedoch ausschließlich mit familiengerichtlicher Genehmigung gem. § 1643 Abs. 2 Satz 1 BGB wirksam ausgeschlagen werden können, obschon die allgemeine Lebenserfahrung aufgrund der eigenen Ausschlagung des vertretenden Elternteils hinsichtlich des zunächst ihm zugefallenen Erbteils für ein wirtschaftliches Ausschlagungserfordernis spricht. Sicherheitshalber ist daher auch in derartigen Fällen eine gerichtliche Genehmigung einzuholen.[90] Die familiengerichtliche Genehmigung muss in derartigen Fällen gemeinsam mit einem Nachweis über deren Bekanntgabe gegenüber dem gesetzlichen Vertreter im Sinne des § 1828 BGB innerhalb der Ausschlagungsfrist beim Nachlassgericht vorliegen. Wird die Erteilung der Genehmigung rechtzeitig und nicht erst gegen Ende der Ausschlagungsfrist beantragt und verzögert sich die Erteilung der gerichtlichen Genehmigung, kann ein Fall höherer Gewalt im Sinne des § 206 BGB vorliegen, der den Lauf der Ausschlagungsfrist hemmt.[91]

2. Ergänzungspflegererfordernis

Innerhalb des Genehmigungsverfahrens bedarf es zur Entgegennahme des Beschlusses über die beantragte familiengerichtliche Genehmigung sowie für die Entscheidung über die diesbezügliche Erteilung eines Rechtsmittelverzichts bzw. die Einlegung von Rechtsmitteln nach § 9 Abs. 2 FamFG iVm. § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB eines Ergänzungspflegers für das minderjährige / geschäftsunfähige Kind, da diesem der Beschluss mangels eigener Verfahrensfähigkeit iSd. § 9 Abs. 1 FamFG nicht nach § 41 Abs. 3 FamFG selbst, wegen in derartigen Konstellationen generell-abstrakter erheblicher Interessengegensätze aus dem verfassungsrechtlichen Gebot des effektiven Rechtsschutzes und dem rechtsstaatlichen Grundsatz eines fairen Verfahrens samt rechtlichem Gehör auch nicht dem die Genehmigung namens des Vertretenen beantragenden gesetzlichen Vertreter[92] – unabhängig davon, ob dies ein Elternteil oder das Jugendamt als Vormund ist- sowie mangels dessen Rechtsstellung als gesetzlicher Vertreter und mangels einer die Person (hier stattdessen das Vermögen) des Kindes betreffenden Kindschaftssache auch nicht einem Verfahrensbeistand iSd. § 158 Abs. 4 Satz 6 FamFG bekanntgegeben werden kann.[93]

85 Prütting/Helms/Fröhler, 2. Aufl. 2011, § 343 FamFG Rz. 24.
86 Keidel/Zimmermann, 17. Aufl. 2011, § 344 FamFG Rz. 44.
87 MünchKomm.BGB/Leipold, § 1945 BGB Rz. 12.
88 OLG Karlsruhe FamRZ 1965, 573.
89 OLG Naumburg FamRZ 2007, 1047.
90 Wurm/Wagner/Zartmann/Fröhler, Das Rechtsformularbuch, 16. Aufl. 2011, Kap. 93 Rz. 15.
91 OLG Frankfurt FamRZ 1966, 259.
92 Vgl. dazu BVerfGE 101, 397.
93 OLG Celle ZErb 2011, 198; OLG Celle FamRB 2012, 336 mit Anmerkung von Stößer; KG MittBayNot 2010, 482; OLG Köln FamRZ 2011, 231; aA OLG Brandenburg MittBayNot 2011, 240 (Notwendigkeit eines konkreten -nicht nur abstrakten- Interessengegensatzes für Ausschluss der Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters).

Rechtsprechung

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25.06.2012 – 14 Wx 30/11; rechtkräftig.

BGB § 137 Abs. 1
WEG § 12

Die Übertragung eines Wohneigentums von der Erbengemeinschaft auf sämtliche Miterben zu Bruchteilen unterliegt nicht dem von den Wohnungseigentümern für den Fall der „Veräußerung" vereinbarten Erfordernis der Zustimmung des Verwalters.

Gründe:

I.

Die Antragsteller Ziff. 1 bis 3 bildeten eine Erbengemeinschaft auf den Nachlaß des am 6.2.2010 verstorbenen R. F. mit den Erbteilen 1/2 (Antragstellerin Ziff. 1) und je 1/4 (Antragsteller Ziff. 2 und 3). Teil des Nachlasses war u.a. das Wohnungseigentum Nr. 1 der Wohnanlage S.-Straße in A. (WEG S.-Straße). Mit notariellem Erbauseinandersetzungsvertrag vom 15.12.2010 haben die Antragsteller Ziff. 1 bis 3 das genannte Wohnungseigentum den Miterben als Miteigentümer zu je 1/3 zugeteilt und entsprechenden Grundbuchvollzug beantragt (§ 5 des Vertrags).

Nach § 6 Abs. 1 der Teilungserklärung bedarf die Veräußerung des Wohnungseigentums der Zustimmung des Verwalters. Das Zustimmungserfordernis ist im Wohnungsgrundbuch eingetragen. Mit Erklärung vom 12.1.2011 stimmte der Beteiligte Ziff. 2 als Verwalter der Wohnungseigentümergemeinschaft „der Veräußerung ... gemäß Vertrag vom 15.12.2010" zu. Zugleich übersandte er als Nachweis seiner Bestellung das Versammlungsprotokoll der Eigentümergemeinschaft vom 12.4.2007. Die Grundbuchrechtspflegerin beanstandete das Protokoll, weil die Niederschrift keine Unterschrift des Vorsitzenden des Verwaltungsbeirats aufweise, der nach § 16 der Teilungserklärung von den Wohnungseigentümern zu bilden sei. Auf den Einwand des Beteiligten Ziff. 2, die Gemeinschaft habe keinen Beirat bestellt und sei dazu auch nicht verpflichtet, setzte die Rechtspflegerin mit Zwischenverfügung vom 18.4.2011 Frist zur Einreichung des Versammlungsprotokolls über die Verwalterbestellung mit öffentlich beglaubigter Unterschrift des Vorsitzenden des Verwaltungsbeirats oder seines Stellvertreters, andernfalls der Eintragungsantrag zurückgewiesen werde.

Mit der dagegen gerichteten Beschwerde macht der Beteiligte Ziff. 2 geltend, die Zuteilung des Wohnungseigentums zu Bruchteilen an die Miterben gemäß des Erbauseinandersetzungsvertrags vom 15.12.2010 bedürfe nicht der Zustimmung des Verwalters, weil ein Veräußerungsvorgang im Sinne des § 6 der Teilungserklärung nicht vorliege. Im übrigen sei die erklärte Zustimmung wirksam erteilt worden. Insbesondere bedürfe es nicht einer Unterzeichnung des Versammlungsprotokolls über die Verwalterbestellung durch einen Verwaltungsbeirat, weil ein solcher nicht bestehe und auch nicht bestellt werden müsse. Die Grundbuchrechtspflegerin hat die Beschwerde ohne Stellungnahme dem Oberlandesgericht als Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt.

II.

Die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO. Sie ist auch begründet, weil das in der angefochtenen Zwischenverfügung vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis nicht besteht. Auf die Frage der fehlenden Unterschrift des Vorsitzenden eines -hier nicht bestellten- Verwaltungsbeirats kommt es dabei nicht an, weil das vorliegende Übertragungsgeschäft der Zustimmung des Verwalters nicht bedarf.

1.
Das auf der Grundlage des § 12 Abs. 1 WEG in einer Teilungserklärung oder sonstigen Vereinbarung der Wohnungseigentümer angeordnete Zustimmungserfordernis bei Veräußerungen von Wohneigentum beschränkt den betroffenen Wohnungseigentümer in seiner Verfügungsbefugnis und stellt eine Ausnahme von dem Grundsatz des § 137 Abs. 1 BGB dar, wonach die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht üblicherweise nicht eingeschränkt werden kann. Als rechtlich zulässige Ausnahme von diesem Grundsatz ist die vereinbarte Verfügungsbeschränkung eng und nicht weiter auszulegen, als es Sinn und Zweck erfordert (OLG Saarbrücken WuM 2012, 117; OLG Hamm Beschluß vom 6.3.2012 – 15 W 96/11 juris, jeweils m.w.N.; Palandt/Bassenge, BGB, 71. Aufl., WEG § 12 Rn 1). Der Zweck der durch § 12 WEG für die Gemeinschaft eröffneten Möglichkeit zur Einflußnahme auf die Veräußerung des einzelnen Wohnungseigentums besteht nach allgemeiner Auffassung darin, die Gemeinschaft vor dem Eindringen wirtschaftlich oder persönlich ungeeigneter Erwerber zu schützen. Dies gilt auch bei der Veräußerung an einen unzuverlässigen Erwerber, der bereits Mitglied der Wohnungseigentümergemeinschaft ist, weil dieser mit dem Hinzuerwerb weiterer Miteigentumsanteile zusätzliche Lasten- und Kostentragungspflichten übernimmt und erweiterten Einfluß auf die Beschlußfähigkeit und auf Abstimmungsergebnisse gewinnt (BayObLG Rpfl 1977, 173; KG MDR 2011, 718; Staudinger/Kreuzer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2005, WEG § 12 Rn 18).

2.
Bei Anwendung dieser Grundsätze, denen der Senat sich anschließt, ist im Streitfall das in § 6 Abs. 1 der Teilungserklärung niedergelegte Zustimmungserfordernis auf das vorliegende Übertragungsgeschäft nicht anwendbar.

a)
Zwar ist die Übertragung des Wohneigentums von der Erbengemeinschaft auf die Miterben zu Bruchteilseigentum nicht ein (zustimmungsfreier) Erwerb im Wege der Gesamtrechtsnachfolge, sondern eine Veräußerung im Sinne einer Übertragung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden (BayObLG Rpfl 1982, 177). Die aufgezeigten Gründe, die das Erfordernis der Zustimmung rechtfertigen könnten, bestehen aber

nicht, wenn wie hier das Gesamthandseigentum einer Miterbengemeinschaft in Bruchteilseigentum sämtlicher Miterben zu gleichen Teilen umgewandelt wird. Durch eine solche Übertragung werden die schutzwürdigen Interessen der Eigentümergemeinschaft nicht nachteilig berührt (LG Lübeck Rpfl 1991, 201; Palandt/Bassenge a.a.O. § 12 Rn 3; a.A. Bärmann/Wenzel, WEG, 10. Aufl., § 12 Rn 17; Staudinger/Kreuzer a.a.O. § 12 Rn 19). Die Rechte und Pflichten der neuen Bruchteilseigentümer gegenüber der Eigentümergemeinschaft sind ungeachtet der Änderung der Anteile (Gesamthand 1/2, 1/4, 1/4, Bruchteilsgemeinschaft je 1/3) die Gleichen wie bei der zuvor bestehenden Gesamthandsgemeinschaft (vgl Bärmann/Wenzel a.a.O. § 10 Rn 7). Insbesondere haften sie für die Kosten und Lasten des Wohnungseigentums als Gesamtschuldner und entfällt auf das betreffende Wohnungseigentum wie vorher nur ein Stimmrecht (Palandt/Bassenge a.a.O. § 25 Rn 6, 7). Im Gegenteil ist die Umwandlung des Gesamthandseigentums der Miterben in eine personengleiche Bruchteilsgemeinschaft gerade hinsichtlich des Zustimmungserfordernisses für die Wohnungseigentümergemeinschaft rechtlich vorteilhaft, weil die Verfügung des gesamthänderisch gebundenen Miterben über seinen Erbteil nach einhelliger Auffassung nicht der Zustimmung bedarf (Bärmann/Wenzel a.a.O. § 12 Rn 18; Staudinger/Kreuzer a.a.O. § 12 Rn 19), während nach der Übertragung die Veräußerung eines Bruchteilseigentums dem Zustimmungsvorbehalt unterliegt (Palandt/Bassenge a.a.O. § 12 Rn 3).

b)
Die Erwägungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts (Rpfl 1982, 177), dass die Übertragung eines Wohneigentums von der Erbengemeinschaft auf einen der Miterben für zustimmungspflichtig gehalten hat, stehen nicht entgegen. Das Gericht hat die Frage, ob der Umstand, daß der Erwerber als Gesamthandseigentümer bereits Mitglied der Wohnungseigentümergemeinschaft war, dem Zustimmungserfordernis entgegenstehe, mit der Überlegung verneint, daß das Interesse der Wohnungseigentümer nicht allein auf die Abwehr unzuverlässiger neuer Mitglieder gerichtet sei, sondern auch dadurch betroffen werde, daß der Veräußerer als Verpflichteter zur Tragung der gemeinschaftlichen Kosten und Lasten ausscheide und der Erwerber -je nach den Umständen des Einzelfalls- seine Rechtsstellung, insbesondere sein Stimmrecht, hierdurch ausbauen könne (vgl KG a.a.O.). Dies ist bei der Übertragung von der Erbengemeinschaft auf eine personengleiche Bruchteilsgemeinschaft wie hier aber gerade nicht der Fall. Auch die Einbringung des Wohneigentums in ein gesamthänderisch gebundenes Vermögen (z.B. in eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, OLG München NJW 2007, 1536) ist mit der vorliegenden Fallgestaltung nicht vergleichbar. Denn bei jenem Vorgang werden die Interessen der Wohnungseigentümer nachteilig tangiert, weil das Wohneigentum dadurch einem bestehenden Zustimmungsvorbehalt entzogen wird, denn bei einem Wechsel im Gesellschafterbestand vollzieht sich der Rechtserwerb außerhalb des Grundbuchs (OLG München a.a.O.). Zutreffend differenziert Palandt/Bassenge (a.a.O. § 12 Rn 3) diese unterschiedlichen Fallgestaltungen.

c)
Die Ausführungen des OLG Hamm (FGPrax 2007, 10) zu Prüfungspflicht und Prüfungsumfang des Grundbuchamts nötigen bei der hier zu entscheidenden Fallgestaltung ebenfalls nicht zur Bejahung des Zustimmungserfordernisses. Zu Recht weist OLG Hamm darauf hin, daß die mit einem wirksam vereinbarten Zustimmungsvorbehalt im Sinne des § 12 WEG verbundene Verfügungsbeschränkung im Falle der Übertragung des Wohneigentums für die Eintragung grundsätzlich einen Nachweis der Veräußerungsbefugnis und damit nach § 19 GBO auch der Bewilligung des betroffenen dinglich Berechtigten in grundbuchmäßiger Form (§ 29 GBO) erfordere. Dies gelte dann nicht, wenn sein Recht durch die beantragte Eintragung nicht berührt ist. Angewendet auf die durch § 12 WEG geschützten Interessen der Gemeinschaft entfalle das Zustimmungserfordernis nur dann, wenn die geschützten Interessen der Gemeinschaft offensichtlich und unabhängig von den wirtschaftlichen Gegebenheiten des Einzelfalles nicht nachteilig tangiert sein könnten. Bei der Übertragung des Wohneigentums einer GmbH & Co KG auf die beiden alleinigen Kommanditisten seien die Interessen der Gemeinschaft aber schon im Hinblick auf den Wegfall der Komplementär-GmbH als Schuldnerin der Gemeinschaft betroffen; ob die Komplementär-GmbH im Einzelfall vermögenslos sei, sei im Grundbuchverfahren nicht zu prüfen. Demgegenüber sind die schützenswerten Interessen der Gemeinschaft bei der hier zu beurteilenden Übertragung von einer Erbengemeinschaft auf eine personengleiche Bruchteilsgemeinschaft -wie oben dargelegt- offensichtlich und unabhängig von den Gegebenheiten des Einzelfalls nicht nachteilig berührt.

Der beantragte Grundbuchvollzug bedarf nach allem nicht der Zustimmung des Verwalters, weshalb die angefochtene Zwischenverfügung auf die Beschwerde aufzuheben war.

Das Verfahren ist gemäß § 131 Abs. 3 KostO gebührenfrei; eine Kostenentscheidung war nicht veranlaßt. Die Festsetzung des Werts folgt aus §§ 131Abs. 4, 30 Abs. 2 KostO. Für die Zulassung der Rechtsbeschwerde besteht kein Anlaß.

Mitgeteilt von Richter am OLG Karlsruhe aD
Dr. Ernst-Friedrich Krauß

OLG München, Beschluss vom 16.07.2012 – 31 Wx 290/11; rechtskräftig

BGB §§ 2269, 2270, 2271, 133, 2084
BeurkG § 17

1. **Auch ein notarielles Testament kann im Hinblick auf eine Schlusserbeneinsetzung auslegungsfähig sein.**

2. **Eine Kombination von Pflichtteils-und Wiederverheiratungsklausel kann für eine Einsetzung der gemeinsamen Kinder als Schlusserben sprechen.**

Gründe:

I.

Der Erblasser ist am 3.4.2010 im Alter von 65 Jahren verstorben. Er war verheiratet mit der am 23.3.2000 verstorbenen B. B.. Aus der Ehe gingen die Beteiligten zu 2 und 3 hervor. Die Beteiligte zu 1 ist die Lebensgefährtin des Erblassers.

Es liegen folgende letztwillige Verfügungen des Erblassers vor:

1. **Ein notarielles -mit seiner verstorbenen Ehefrau errichtetes -gemeinschaftliches Testament vom 4.12.1992. Dieses lautet im Wesentlichen wie folgt:**

„...

§2

Wir setzen uns gegenseitig zu Erben ein, sodaß der Längstlebende von uns der alleinige Erbe des zuerst Versterbenden sein soll.

Der überlebende Teil ist hinsichtlich unseres beweglichen und unbeweglichen Vermögens unbeschränkter Vollerbe, falls er nicht wieder heiratet.

Sollte der überlebende Teil wieder heiraten, so wird er nur als Vorerbe eingesetzt. Er ist als solcher hinsichtlich unseres beweglichen und unbeweglichen Vermögens von allen gesetzlichen Beschränkungen befreit, soweit dies möglich und nicht durch Teilungsanordnung bezüglich einzelner Gegenstände gesondert geregelt ist.

Der Nacherbfall tritt mit der Wiederverheiratung des überlebenden Teils ein.

§3

Als Nacherben bestimmen wir unsere gemeinschaftlichen ehelichen Abkömmlinge:
a) (Beteiligter zu 2)
b) (Beteiligte zu 3)
zu gleichen Teilen.

Sollte eines dieser Kinder vorverstorben sein, so sollten dessen Nachfolger den Erbteil des Vorverstorbenen erben.

Sind keine Nachfolger da, so soll Ersatzerbe sein das andere Kind.

§4

Sollte einer unserer Erben nach dem Tode des Erstversterbenden die Auszahlung seines Erbteils verlangen, so soll er auf den Pflichtteil gesetzt werden.

Sollte der vorgenannte Fall eintreten, so soll das Kind, das die Auszahlung verlangt hat, auch nach dem Tod des Längstlebenden nur seinen Pflichtteil erhalten.

§5

...“

2. **Ein am 19.12.2007 in St. Gilgen (Österreich) vor einem öffentlichen Notar errichtetes Testament. Dieses lautet im Wesentlichen wie folgt:**

„Ich, (...), errichte hiermit im Zustande der vollen Besonnenheit, mit Überlegung und Ernst, frei von Zwang, Betrug und wesentlichem Irrtum meinen letzten Willen wie folgt:

I.
Ich setzte meine Lebensgefährtin (= Beteiligte zu 1) zur Erbin meines gesamten wie immer Namen habenden und wo immer befindlichen beweglichen und unbeweglichen Nachlassvermögens ein.

II.
Meine Kinder (= Beteiligte zu 2 und Beteiligter zu 3) setze ich auf den ihnen gebührenden Pflichtteil, in welchen alles einzurechnen ist, was nach dem Gesetz eingerechnet werden kann.

III.
Ich widerrufe hiermit alle von mir etwa früher errichteten letztwilligen Anordnungen und erkläre diese für aufgehoben, null und nichtig.

...“

Die Beteiligte zu 1 beantragte am 15.4.2010 die Erteilung eines Erbscheins, der sie als Alleinerbin des Erblassers ausweist. Hiergegen wandten sich die Beteiligten zu 2 und 3. Sie sind der Auffassung, dass die Ehegatten in dem gemeinschaftlichen Testament vom 14.12.1992 eine Schlusserbeneinsetzung zu Gunsten ihrer beiden Kinder getroffen haben. Zwar enthalte das Testament keine ausdrückliche Bezeichnung der beiden Kinder als Schlusserben. Dies ergebe sich jedoch im Wege der Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments der Ehegatten. Der Beteiligte zu 2 beantragte am 24.6.2010 die Erteilung eines Erbscheins, der bezeugt, dass der Erblasser von den Beteiligten zu 2 und 3 zu je 1/2 beerbt worden ist.

Mit Beschluss vom 4.3.2011 wies das Nachlassgericht den Antrag der Beteiligten zu 1 zurück und kündigte die Erteilung des von dem Beteiligten zu 2 beantragten Erbscheins an. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1.

II.
Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass sich die Erbfolge nach dem gemeinschaftlichen Testament vom 4.12.1992 bestimmt. In entsprechender Anwendung des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB war der Erblasser an einer erneuten Testierung gehindert, da die Ehegatten in dem gemeinschaftlichen Testament eine Schlusserbeneinsetzung getroffen haben, die wechselbezüglich im Sinne des § 2270 BGB ist. Demgemäß ist auch der von dem Erblasser erklärte Widerruf früherer Verfügungen nach § 2271 Abs. 2 S. 1 BGB unwirksam.

1.
Eine ausdrückliche Regelung für die Erbfolge nach dem Ableben des überlebenden Ehegatten enthält das gemeinschaftliche Testament nicht. Dennoch können die Beteiligten zu 2 und 3 als gemeinsame Kinder der Ehegatten nach deren Willen in dem gemeinschaftlichen Testament als Schlusserben bestimmt sein, sofern ein diesbezüglicher Wille infolge Auslegung nach den Grundsätzen im Sinne der §§ 133, 157 BGB festgestellt werden kann (vgl. Palandt/Weidlich BGB 71. Auflage <2012> § 2269 Rn. 5). Maßgebend hierfür ist der Wille beider Ehegatten im Zeitpunkt der Testamentserrichtung.

a)
Zur Erforschung des wirklichen Willens der Ehegatten sind dabei alle zugänglichen Erkenntnismittel auszuschöpfen; auch außerhalb des gemeinschaftlichen Testaments liegenden Umständen und die allgemeine Lebenserfahrung sind heranzuziehen. Maßgebend sind nicht die einzelnen Worte und Wendungen, die die Testierenden benutzt haben (BayObLGZ 1959,199/204; 1960, 216/219), sondern der wirkliche Wille der Testierenden. Diesem kommt also auch im Falle eines „klaren und eindeutigen" Wortlauts der Vorrang zu, so dass der Auslegung durch den Wortlaut keine Grenzen gesetzt sind. Insbesondere dann, wenn gemeinschaftliche Abkömmlinge vorhanden sind, ist nach den allgemeinen für die Auslegung letztwilliger Verfügungen geltenden Regeln eingehend zu prüfen, ob sich der testamentarische Wille der Ehegatten feststellen läßt, dass der beidseitige Nachlass nach dem Tode des Längstlebenden an die Abkömmlinge fallen solle (BayObLGZ 1959, 199/204). Dabei ist auch dasjenige zu berücksichtigen, was, ohne besonders ausgesprochen zu sein, die Voraussetzung des Ausgesprochenen bildet. Es ist nicht ausgeschlossen, dass eine letztwillige Verfügung bezüglich eines wesentlichen Punktes insofern stillschweigend erfolgt, als der Wille des Erblassers sich hinter anderen Bestimmungen versteckt und lediglich aus dem übrigen Testamentsinhalt zu entnehmen ist. Nicht selten erscheint einem Erblasser gerade das Bedeutsamste so selbstverständlich, dass er es neben seinen einzelnen Sonderanordnungen nicht ausdrücklich niederlegen zu müssen glaubt. Diese auf den wahren Willen des Erblassers gerichtete Testamentsauslegung findet nur darin eine Grenze, dass der Wille des Erblassers im Testament irgendwie, wenn auch nur andeutungsweise, unvollkommen oder verdeckt Ausdruck gefunden haben muss (BayObLGZ 1960, 216/ 219 m.w.N.).

Demgemäß kann hinter der Anordnung der Enterbung für den Fall der Geltendmachung des Pflichtteils auch eine Erbeinsetzung der Beteiligten zu 2 und 3 verborgen sein, sofern sie nicht den Pflichtteil verlangen. Dem Ausschluss der den Pflichtteil fordernder Kinder von der Beerbung des längstlebenden Ehegatten muss nicht der Wille zugrunde liegen, dass für die Kinder, auch wenn sie den Ehepflichtteil nicht verlangen, nur eine vom freien Willen des längstlebenden Ehegatten abhängige Möglichkeit besteht, dessen Erbe zu werden. Es kann im Gegenteil auch Wille der testierenden Eheleute gewesen sein, den gemeinschaftlichen Kindern, wenn sie sich der von den Eltern beim Tode des Erstversterbenden gewollten Regelung fügen, eine erbrechtliche Stellung einzuräumen. Dass beim Vorhandensein eines solchen Willens eine Erbenstellung der Abkömmlinge nicht ausdrücklich bestimmt worden ist, kann auch darauf beruhen, dass die testierenden Eheleute eine solche als selbstverständlich angesehen haben (BayObLG 1959,199/204; BayObLG 1960, 216/219). Auch der Umstand, dass trotz notarieller Beurkundung des letzten Willens der Ehegatten eine ausdrückliche Anordnung von Schlusserben unterblieben ist, führt nicht bereits dazu, dass eine (Schluss-)Erbeinsetzung der Abkömmlinge von vornherein ausscheidet (vgl. dazu OLG Saarbrücken NJW-RR 1994, 844/845; OLG Frankfurt ZEV 2002, 109/110).

b)
Die Frage, ob die Anordnung einer Pflichtteilsklausel den Schluss nahe legt, dass die Pflichtteilsberechtigten, wenn sie den Pflichtteil nicht verlangen, nach dem Willen der Ehegatten in jedem Fall Schlusserben nach dem Überlebenden sein sollen, wird nicht einheitlich beantwortet (bejahend: OLG Frankfurt ZEV 2002,109/110; OLG Köln NJW-RR 1994, 397/398; Pflichtteilsstrafklausel allein nicht ausreichend: OLG Hamm NJW-RR 2006, 1520/1522; OLG Karlsruhe BWNotZ 1995, 168/169); Palandt/Weidlich a.a.O. § 2269 Rn. 8, Braun in: Burandt/Rojahn Erbrecht <2011> § 2269 Rn. 24 m.w.N.). Eine abschließende Entscheidung der Streitfrage ist hier nicht veranlasst, da weitere Umstände vorliegen, die zur Überzeugung des Senats den Schluss nahe legen, dass der Wille der beiden Ehegatten im Zeitpunkt der Testamentserrichtung auf die Einsetzung der Beteiligten zu 2 und 3 als Schlusserben gerichtet war:

Die Ehegatten haben sich in ihrem Testament nicht auf die Anordnung einer Pflichtteilsklausel beschränkt, sondern zusätzlich eine Wiederverheiratungsklausel aufgenommen. Beiden Klauseln ist gemeinsam, dass sie inhaltlich an ein Verhalten nach dem ersten Erbfall anknüpfen und dass das jeweilige Verhalten zu erbrechtlichen Nachteilen zu Lasten des Handelnden führt. Dabei richten sich die Klauseln sowohl an den überlebenden Ehegatten als auch an die gemeinsamen Kinder. Insoweit legt die Kombination von Wiederverheiratungs-und Pflichtteilsklausel den Schluss nahe, dass der Wille der Ehegatten darauf gerichtet war, eine umfassende und abschließende Verfügung betreffend ihr Nachlassvermögen zu treffen und sie insofern mit ihrer Testierung auch den zweiten Erbfall regeln wollten, zumal die Anordnung beider Klauseln darauf hin deuten, dass die Ehegatten ihr Vermögen als eine Einheit angesehen haben. Nur in dem Fall der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten sollte eine Trennung der Vermögen erfolgen und dieser Vorerbe des vorverstorbenen Ehegatten sein. Durch die Anordnung der Wiederverheiratungsklausel und der Einsetzung der Beteiligten zu 2 und 3 als Nacherben kommt zudem der Wille beider Ehegatten zum Ausdruck, für den Fall der Wiederverheiratung des überlebenden Ehegatten den Nachlass zugunsten ihrer gemeinsamen Kinder zu sichern und zu verhindern, dass der Nachlass an einen neuen Partner und dessen Verwandte fällt (Braun in: Burandt/Rojahn a.a.O. Rn. 49). Dass dieses Sicherungsinteresse für die Ehegatten besonders wichtig war, zeigt sich in der Aufnahme einer Ersatzerbenregelung für den Fall des Vorversterbens eines ihrer Kinder.

Im Lichte dieser Regelungen ist der Schluss nahe liegend, dass die Ehegatten durch die Anordnung der Pflichtsklausel nicht nur den Zweck verfolgten, ein Verhalten der Kinder zu sanktionieren bzw. dem überlebenden Ehegatten den ungeschmälerten Genuss des Nachlass zu gewährleisten, sondern zugleich unausgesprochen von der Vorstellung ausgegangen sind, dass die gemeinsamen Kinder grundsätzlich nach dem Tod des überlebenden Ehegatten in den Genuss des gemeinsamen Vermögens kommen sollen. Dabei deutet die Einsetzung der Beteiligten zu 2 und 3 zu gleichen Teilen als Nacherben im Falle der Wiederverheiratung darauf hin, dass es Wille der Ehegatten war, ihre Kinder in erbrechtlicher Hinsicht gleichzustellen und keines ihrer Kinder zu bevorzugen. Dieser Wille findet seine Entsprechung in der Anordnung der Pflichtteilsklausel. Diese bezweckt u.a., eine wirtschaftliche Besserstellung desjenigen pflichtteilsberechtigten Schlusserben zu verhindern, der im Gegensatz zu den übrigen seinen Pflichtteilsanspruch bei Tod des erst-

versterbenden Ehegatten geltend macht (Braun in: Burandt/ Rojahn a.a.O. Rn. 77). Demgemäß findet die Einsetzung der Beteiligten zu 2 und 3 als Schlusserben zu gleichen Teilen auch eine hinreichende Andeutung in dem gemeinschaftlichen Testament. Anhaltspunkte, die gegen ein solches Auslegungsergebnis sprechen, liegen nicht vor. Der Senat hat eine Stellungnahme des beurkundenden Notars eingeholt. Diesem waren aber weder die Ehegatten noch der Beurkundungsvorgang erinnerlich.

c)
Im Übrigen spricht im vorliegenden Falle die Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments durch einen Rechtsanwalt und Notar nicht dafür, dass mangels ausdrücklicher Schlusserbeneinsetzung keine Schlusserbeneinsetzung erfolgen sollte, wie dies die Beschwerdeführerin verschiedentlich hat betonen lassen. Diese auch von J. Mayer (MittBayNot 2007, 19/20) vertretene Auffassung mag möglicherweise im Einzelfall einer entsprechenden Auslegung entgegenstehen.

Im vorliegenden Falle allerdings sprechen die im Testament vorgefundenen untechnischen Formulierungen gegen eine in diesem Punkt präzise Fassung der Erbfolgeklauseln, so dass Raum für eine erläuternde Auslegung ist. So ist in § 3 davon die Rede, dass bei Vorversterben der Kinder deren „Nachfolger den Erbteil des Vorverstorbenen erben sollen". Insoweit ist die Verwendung des Wortes „Nachfolger" ungenau, da sich aus ihm nicht ergibt, ob nur die Abkömmlinge oder aber die Rechtsnachfolger „eines dieser Kinder" dessen „Erbteil" erben sollen. Dagegen deutet der Begriff „Erbteil" in § 3 wie auch die Formulierung „einer unserer Erben" in § 4 darauf hin, dass die Erblasser tatsächlich ihre Kinder als Schlusserben angesehen haben. Denn nach § 2 sollten die Eheleute wechselseitig die Erben sein, so dass ein „Erbteil" ihrer Kinder erst bei Eintritt der Nacherbfolge infolge Wiederverheiratung oder bei Eintritt des Schlusserbfalles denkbar war. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Eheleute sich im letzteren Fall insoweit freie Wahl zu Lasten der gemeinsamen Kinder lassen wollten.

2.
Die Schlusserbeneinsetzung der gemeinsamen Kinder ist wechselbezüglich im Sinne des § 2270 BGB.

aa)
Nach § 2270 Abs. 1 BGB sind in einem gemeinschaftlichen Testament getroffene Verfügungen dann wechselbezüglich und damit für den überlebenden Ehegatten bindend, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen Ehegatten getroffen worden wäre, wenn also jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen worden ist und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine mit der anderen stehen oder fallen soll (BayObLGZ 1991, 173/175 f.; OLG Hamm FamRZ 2004, 662). Maßgeblich ist der übereinstimmende Wille der Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung (BGHZ 112, 229/233). Enthält ein gemeinschaftliches Testament keine klare und eindeutige Anordnung zur Wechselbezüglichkeit, muss diese nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen und für jede Verfügung gesondert ermittelt werden (BGH NJW-RR 1987, 1410). Erst wenn die Ermittlung des Erblasserwillens weder die gegenseitige Abhängigkeit noch die gegenseitige Unabhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen ergibt, ist gemäß § 2270 Abs. 2 BGB im Zweifel Wechselbezüglichkeit anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht.

bb)
Schon nach der Lebenserfahrung liegt es nahe, dass die Einsetzung des Erblassers durch seine erstverstorbene Ehefrau in Abhängigkeit zu dessen Einsetzung der gemeinsamen Kinder getroffen wurde. Indem die Ehefrau, wie geschehen, ihren Ehemann zum Alleinerben einsetzt, übergeht und enterbt sie ihre eigenen Kinder; denn ihre eigene Schlusserbeinsetzung der Kinder wird im Fall ihres Vorversterbens gegenstandslos. Wer sein Vermögen letztendlich an die eigenen Kinder weitergeben will, sie aber trotzdem für den ersten eigenen Todesfall enterbt, tut das im Bewusstsein und Vertrauen darauf, dass wegen der Schlusserbeinsetzung des anderen Ehegatten das gemeinsame Vermögen eines Tages auf die Kinder übergehen wird. Das Gesetz schützt dieses Vertrauen der Eheleute in den Bestand einer solchen Regelung, indem es zu Lebzeiten beider Ehegatten einen einseitigen Widerruf nur in einer besonderen Form gestattet, die sicherstellt, dass der andere Ehegatte von dem Widerruf erfährt (§ 2271 Abs. 1 Satz 1, § 2296 Abs. 2 BGB), und indem es nach dem Tod des Erstversterbenden den Widerruf grundsätzlich ausschließt (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB).

cc) Selbst wenn man jedoch nach all dem noch Zweifel haben müsste, dass die genannten Verfügungen wechselbezüglich sind, so wäre nach der ergänzend heranzuziehenden Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB, die durch individuelle Auslegung jedenfalls nicht widerlegt ist, von einer Wechselbezüglichkeit auszugehen. Durchgreifende Umstände, die gegen dieses Auslegungsergebnis sprechen, sind nicht zutage getreten.

3.
Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG. Es erscheint angemessen, dass die Beschwerdeführerin dem Beteiligten zu 2 -die Beteiligte zu 3 ist im Beschwerdeverfahren nicht hervorgetreten -die durch ihr erfolgloses Rechtsmittel entstandenen Kosten erstattet.

Die Festsetzung des Geschäftswerts bleibt vorbehalten. Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren ergibt sich aus dem Wert der von der Beschwerdeführerin erstrebten Stellung als Alleinerbin abzüglich des Wertes der Pflichtteilsansprüche der Beteiligten zu 2 und 3, also der Hälfte des Aktivnachlasses.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München
Margaretha Förth

Buchbesprechungen

Demharter. Grundbuchordnung. 28., neubearbeitete Auflage, 2012, 1184 S., Verlag C. H. Beck, 73 €.

Wie nicht anders zu erwarten, enthält die Neuauflage wieder alle derzeit im Grundbuchverfahren diskutierten Problemlagen. Schwerpunkte der Neuauflage sind Entscheidungen zum FGG-Reformgesetz, zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuchverkehr, zur Sicherungsgrundschuld und Rechtsfragen zum Wohnungseigentum. Beim Erwerb eines Grundstücks durch eine GbR reicht es nach der Rechtsprechung des BGH (DNotZ 2011, 711; DNotZ 2012, 223; kritisch Demharter Rpfleger 2011, 386, ablehnend Bestelmeyer ZIP 2011, 1389) für die Eintragung des Eigentumswechsels aus, dass die Gesellschaft und ihre Gesellschafter in der Auflassungsurkunde benannt sind und diese erklären, dass sie die alleinigen Gesellschafter sind (§ 20 Rn. 38; § 47 Rn. 29). Wird bei einem Gesellschafterwechsel die Vollstreckungsklausel entsprechend § 727 ZPO angepasst, muss die Änderung auch im Grundbuch nachvollzogen werden (§ 47 Rn. 29; BGH DNotZ 2011, 765; kritisch Bestelmeyer ZfIR 2011, 117). Eine lediglich den Gesellschafter einer GbR betreffende Verfügungsbeschränkung kann – mit Ausnahme der Insolvenz - nicht in das Grundbuch eingetragen werden (Anh. 33 zu § 13); bei einer Liquidationsgesellschaft dürfte wohl auch der Testamentsvollstreckervermerk eintragungsfähig sein, nicht aber der Nacherbenvermerk; bei einer mit den Erben fortgesetzten GbR sind beide Vermerke nicht eintragbar. Entgegen OLG Jena (Rpfleger 2011, 660 = ZfIR 2011, 542 m. zust. Anm. Böttcher) und KG Berlin (MittBayNot 2012, 219 m. zust. Anm. Böhringer = Rpfleger 2012, 19) verlangt Demharter (§ 47 Rn. 30) beim Ausscheiden eines GbR-Gesellschafters von allen eingetragenen Gesellschaftern eine Berichtigungsbewilligung. Das Werk verneint weiter die Eintragbarkeit eines Nacherbenvermerks, wenn bei einer Gesamthandsgemeinschaft einer von mehreren Miterben durch einen Vorerben beerbt wird (§ 51 Rn. 3; ebenso BGH DNotZ 2007, 700; Bestätigung von OLG Stuttgart Rpfleger 2007, 136 m. Anm. Böhringer Rpfleger 2007, 260). Der Kommentar bejaht zu Recht die Eintragung beschränkter dinglicher Rechte am eigenen Grundstück (Anh. 38 ff. zu § 44; eingehend auch Böhringer NotBZ 2012, 121).

Zieht der Wohnungsberechtigte in ein Alten- oder Pflegeheim um, stellt sich die Frage nach der Löschung des Wohnungsrechts (BGH DNotZ 2008, 703); durch die Übersiedlung in das Heim ist der Vorteil des Wohnungsrechts nämlich nicht fortgefallen (§ 84 Rn. 14; BGH DNotZ 2009, 931; Gutachten DNotI-Report 2011, 160). Entgegen der h.M. (KG Berlin Rpfleger 2011, 365; OLG Rpfleger 2011, 492; OLG Köln MittBayNot 2010, 473; OLG Schleswig Rpfleger 2011, 23) geht Demharter (Anh. 90 zu § 44) davon aus, dass die Löschung einer Vormerkung zur Sicherung eines nicht vererblichen Rückauflassungsanspruchs nach dem Tod des Berechtigten nicht in jedem Fall eine Berichtigungsbewilligung seiner Erben des Berechtigten unter Ausschluss des Unrichtigkeitsnachweises erfordert. Zur Löschung einer Buchgrundschuld durch Bewilligung des Zessionars ist nach Ansicht des BGH (DNotZ 2011, 199) die Voreintragung der Abtretung nicht nötig, denn der Zessionar verfüge aufgrund einer ihm von dem Zedenten erteilten - stillschweigend in der Abtretungserklärung enthaltenen - Ermächtigung über dessen Recht (§ 19 Rn. 73).

Kritisch steht Demharter (Anh. zu § 44 Rn. 90) den Entscheidungen des BGH (DNotZ 2000, 639 m. Anm. Wacke; DNotZ 2008, 514 m. Anm. Amann) zur sogen. Aufladung einer Vormerkung bzw. der Erweiterung des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs gegenüber, weil sich damit aus dem Grundbuch der gesicherte Anspruch nicht mehr zweifelsfrei feststellen lässt (zur Entwertung des Grundbuchs auch Böhringer NotBZ 2010, 84). Demharter hält weiterhin daran fest, dass beim Vorliegen der sogen. Rückschlagsperre nach § 88 InsO entsprechend § 868 ZPO eine Eigentümergrundschuld entstehe (Anh. 66 zu § 44; a. M. BGH DNotZ 2006, 514). Für ihn stellt sich das Problem der Löschung deshalb anders als für die Rechtspraxis, die dem BGH folgt, wonach fraglich ist, wie die Zwangshypothek aufgrund Unrichtigkeitsnachweises gelöscht werden kann (Löschungsbewilligung des Gläubigers bejahend OLG Stuttgart DNotZ 2012, 199; verneinend OLG München notar 2012, 64 = Rpfleger 2012, 199; OLG Köln NotBZ 2010, 418). Nicht mehr berücksichtigen konnte Demharter die sehr weit gehende Entscheidung des BGH zum Recht der Presse auf Einsicht in das Grundbuch (§ 12 Rn. 10; BGH notar 2012, 139 = NJW-RR 2011, 1651; zum Einsichtsrecht wegen familiärer, verwandtschaftlicher und erbrechtlicher Interessen Böhringer ZfIR 2011, 710). Zur Verwendbarkeit einer Vorsorgevollmacht im Grundstücksverkehr wird leider nur auf unterschiedliche Meinungen verwiesen (§ 29 Rn. 42). Das Werk schließt sich nunmehr der neueren Meinung an, wonach eine vom WEG-Verwalter nach § 12 WEG wirksam erteilte Zustimmung bei einem Wechsel des Zustimmungsberechtigten vor Eigentumsumschreibung eine ausreichende Grundlage für die Eigentumsumschreibung darstellt (Anh. 38 zu § 3; ebenso OLG München MittBayNot 2011, 486 m. zust. Anm. Kössinger; OLG Düsseldorf DNotZ 2011, 625 = ZfIR 2011, 529 m. zust. Anm. Schneider = RNotZ 2011, 417 m. Anm. Kesseler; a. A. OLG Hamm DNotZ 2011, 375 und OLG Hamburg MittBayNot 2011, 487). Wird ein mit Grundpfandrechten/Reallasten belastetes Grundstück nach § 8 WEG aufgeteilt, so ist deren Zustimmung zur Teilung auch nach Einführung des Rangklassenprivilegs für Wohngeldansprüche (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG) nicht erforderlich (Anh. 17 zu § 3; ebenso jetzt BGH NJW 2012, 1226). Wurde in einem gerichtlichen Genehmigungsverfahren nach § 1821 BGB ein materiell Beteiligter formell nicht beteilt (sogen. vergessener Beteiligter), tritt die formelle Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses mit Ablauf der am längsten laufenden Rechtsmittelfrist für einen der tatsächlich Beteiligten ein (§ 19 Rn. 69; ebenso OLG Hamm DNotZ 2011, 223).

Diese Beispiele zeigen, dass alle entscheidenden Probleme im Liegenschaftsrecht in dem angezeigten Werk eine Behandlung finden. Wer sich rasch und kompetent im Grundbuchrecht informieren will, kommt an diesem Klassiker nicht vorbei – das Werk ist ein unentbehrlicher Ratgeber.

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

Praktische Fragen des Erbbaurechts. Von Prof. Roland Böttcher, Berlin. RWS-Skript 279. RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln. 6. neu bearb. Aufl., 205 S., 42 €.

Das Erbbaurecht gewinnt in Zeiten hoher Grundstückspreise zunehmend an Bedeutung, auch aus sozialpolitischer Sicht. Beim Erbbaurecht handelt es sich um ein kompliziertes Gebildet, da es zum einen ein grundstücksgleiches Recht und zum anderen ein Grundstücksrecht ist, somit eine Doppelnatur hat. Das gut gelungene Werk schafft einen Überblick über die komplexe Materie, zeigt die gesetzliche Systematik auf, stellt kurz und präzise die Rechtsprobleme dar und gibt zur Vertiefung weiterführende Hinweise. Von der Begründung des Erbbaurechts über den vertraglichen Inhalt bis hin zu Verfügungen über das Erbbaurecht, den Erbbauzins und Veränderungen am Erbbaugrundstück und zur Beendigung des Erbbaurechts spannt sich der Bogen der Erläuterungen. Wer schnell, zuverlässig und kompetent Probleme des Erbbaurechts lösen muss, wird auf das vorzügliche Werk gerne zurückgreifen.

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

Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentum (hrsg. von Horst Müller), Verlag C. H. Beck, 2., überarbeitete und erweiterte Auflage, 2011, 1285 Seiten, 118 €.

Das Werk wendet sich an Notare, Rechtsanwälte, Rechtspfleger, Wohnungsverwalter und andere mit Wohnungseigentumssachen befasste Personen. Es beinhaltet eine umfassende Sammlung an 300 Formularen und Checklisten zu allen Fragen des Wohnungseigentumsrechts. Die Autoren haben die Auswahl und Inhalte ihrer Muster und Anmerkungen an praktische Erfahrungen und Bedürfnisse der Rechtsanwender gut angepasst und bieten so hochaktuelle und praxiserprobte Formulierungs- und Arbeitshilfen. Alle Gesetzesreformen der letzten Jahre, die Auswirkungen auf wohnungseigentumsrechtliche Aspekte hatten, sind berücksichtigt. In hoher Qualität werden der Praxis Lösungsvorschläge für die vielfältigen Rechtsprobleme angeboten. Neben rechtlichen Problemen werden auch wirtschaftliche Fragen angesprochen, gleichgültig ob es um Beratung, Verwaltung oder Prozessführung geht. Folgende Themenbereich werden behandelt: Begründung und Änderung von Wohnungs- und Teileigentum, Auflösung der Gemeinschaft, Sondernutzungsrechte, Gemeinschafts- und Benutzungsordnungen, Eigentümerversammlung, Verwaltung, Rechnungswesen, Zwangsvollstreckung, Grundbuchrecht und bauträgerrechtliche Aspekte.

Nachdem nun die Wohnungseigentümergemeinschaft teilrechtsfähig ist, kann der Personenverband Immobilienvermögen innerhalb und außerhalb der Wohnanlage erwerben. Das Grundbuchamt hat nicht zu prüfen, ob der Erwerb ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht; ein entsprechender Nachweis ist entbehrlich und darf nicht gefordert werden (A.I.8 Anm. 2). Die Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung gehört ausschließlich in den Bereich des Innenverhältnisses der Wohnungseigentümer (G.III.1 Anm. 4). Haben sich alle WE-Rechte in einer Person vereinigt, so besteht keine Wohnungseigentümergemeinschaft mehr und das Verwaltungsvermögen (so auch das Sondereigentum) geht auf den Alleineigentümer über, das Grundbuch wird unrichtig. Veräußert er dann später wieder ein Wohnungseigentumsrecht durch Auflassung, so entsteht ein neuer Personenverband (A.I.8 Anm. 5). Die dingliche Vereinigung zweier Wohnungseinheiten erfordert weder einen neuen Aufteilungsplan noch eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung; die Teilung einer Einheit erfordert dagegen einen Aufteilungsplan mit Abgeschlossenheitsbescheinigung (B.I.3 Anm. 5, 9). Die Auffassung des Gesetzgebers, die auf Grund einer Öffnungsklausel gefassten Beschlüsse seien im Grundbuch nicht eintragbar, wird als Systembruch gesehen (G.II.2.5). Die sprachliche Fassung des § 5 Abs. 4 S. 3 WEG wird als misslungen bezeichnet und befürchtet, dass die Grundbuchämter von einem Äquivalenzerfordernis ausgehen könnten (E.II.5 Anm. 5). Für die Berechtigung zur Veräußerungszustimmung des Verwalters nach § 12 WEG ist nach der neueren Meinung maßgeblich auf den Zeitpunkt der Abgabe der Zustimmungserklärung und nicht auf den Abschluss des Veräußerungsvertrages und auch nicht den gem. § 878 BGB maßgeblichen Zeitpunkt oder gar auf die Vornahme der Grundbucheintragung abzustellen (G.III 3 Anm. 5; OLG Düsseldorf DNotZ 2011, 625 m. zust. Anm. Zimmer; OLG München, Beschl. v. 27.6.2911 - 34 Wx 135/11). Die Bestellung einer GbR zum WEG-Verwalter ist nichtig (J.I.1 Anm. 3; BGH NJW 2009, 2449). Die Eintragung einer von einer Wohnungseigentümergemeinschaft beantragten Zwangssicherungshypothek im Grundbuch bedarf keiner bedingten Antragstellung dahingehend, dass die Hypothek in Höhe der betroffenen Forderungen dadurch aufschiebend bedingt werde, dass ein eventuelles Vorrecht nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG entfalle (M.I.4 Anm. 1; OLG Stuttgart ZfIR 2011, 66 m. Anm. Traub). Ausführlich eingegangen wird auf die Frage, ob ein Sondernutzungsrecht gutgläubig erworben werden kann (E.I.1 Anm. 9), was seit der WEG-Novelle 2007 anders als bisher beurteilt werden muss.

Die wenigen Beispielen sollen genügen, aber auch aufgezeigt haben, dass die Neuerscheinung auf viele durch die WEG-Reform aufgetretene Fragestellungen eingeht. Das Werk gibt jedem fundierte Formulierungs- und Hilfestellungen zu allen Fragen der komplexen wohnungseigentumsrechtlichen Materie.

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

Praxishandbuch für Notarfachangestellte. Von Bernd Bös, Oberamtsrat i. N., Katrin Leßniak, Notarassessorin, Dr. Jens Neie, Notarassessor und Helmut Strangmüller, Amtsrat i. N. Deutscher RENO-Verlag Münster, 2010, 1555 S., 68 €.

Dieses neue Praxishandbuch für Notarfachangestellte ist ein hervorragender Begleiter bei der täglichen Arbeit in allen Bereichen des Notariats. Das Buch folgt einem besonders praxisorientierten Aufbau: Muster und Formulierungsbeispiele mit den dazugehörigen Erläuterungen verschaffen einen Überblick über die Rechtsgebiete der notariellen Tätigkeit, fördern das Verständnis der in notariellen Urkunden enthaltenen Formulierungen und erleichtern es jedem Notarfachgestellten, Vorschläge für die Gestaltung einer notariellen Urkunde zu erarbeiten. Einen weiteren Schwer-

punkt der Darstellung bilden die Aufgaben der Notarfachangestellten im Rahmen der Urkundenabwicklung. Zahlreiche Beispiele veranschaulichen die Ausführungen; Praxistipps und Checklisten sowie Empfehlungen tragen zur Vermeidung von Fehlern und zur Lösung auftretender Probleme bei und erleichtern so die tägliche Arbeit. Jedes Rechtsgebiet wird durch Ausführungen zur Berechnung der einschlägigen Notarkosten abgeschlossen. Hilfreich ist ein die im Notariat vorkommenden Begriffe erklärendes Rechtswörterbuch. In den ersten Kapiteln werden die Grundlagen des Notariats dargestellt: Aufgaben des Notars, Büroorganisation, Notarbücher, Verwaltungstätigkeit, Beurkundungsverfahren. In den rechtsgebietsbezogenen Kapiteln werden entlang der im Notariat vorkommenden Urkundsarten die praktischen und rechtlichen Aufgaben der Notarfachangestellten erläutert. Neben den Vorgängen im Immobilien- und Familienrecht werden auch erbrechtliche Urkundsgestaltungen ausführlich behandelt. Das Handels-, Gesellschafts- und Vereinsrecht wird auf über 460 Seiten umfassend dargestellt.

Das Werk ist nicht nur klar und prägnant geschrieben, sondern ermöglicht auch durch seine übersichtliche Struktur und Gliederung eine einfache und schnelle Handhabung. Das Handbuch ist als Nachschlagewerk im beruflichen Notariatsalltag ein wichtiger Ratgeber und kann uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden. Auch für die in Baden-Württemberg forcierte Weiterbildung der Notarmitarbeiter kann das Handbuch wertvolle Dienste leisten und Hilfsmittel zur Prüfungsvorbereitung sein.

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

GmbHG Kommentar zum GmbH-Gesetz, 1. Auflage, 2010, Herausgegeben von Reinhard Bork/Carsten Schäfer, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, Köln, 98 €

An guter Kommentarliteratur zum GmbH-Recht herrscht kein Mangel. Dennoch wird der hier besprochene in erster Auflage erschienene Kommentar von Bork und Schäfer als Bereicherung empfunden werden.

Zum Äußeren: Auf knapp 1200 Druckseiten wird das Gesetz erläutert. Das Schriftbild ist übersichtlich, die Anmerkungen finden sich in Fußnoten wieder. Dies dient der besseren Lesbarkeit des Textes.

Die Qualität des Kommentars ist durchweg hoch. In der täglichen Arbeit findet der Notar in der Regel schnell eine Antwort auf seine Frage. Kurz soll auf die Behandlung des – nach der Änderung durch das MoMiG wichtiger gewordenen - § 40 GmbHG (n.F.) eingegangen werden, die der Münchener Notar Wachter besorgt hat. Dem Notar, der an einer Veränderung in der Person der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung mitgewirkt hat, wird auferlegt, eine bescheinigte Liste der Gesellschafter beim Handelsregister einzureichen. Wegen des nun unter engen Voraussetzungen möglichen Gutglaubenserwerbs nach § 16 GmbH ist die Bedeutung der Gesellschafterliste erheblich erhöhr. Eine kleine Ungenauigkeit findet sich im wiedergegebenen Gesetzestext (S. 710). Absatz 1 Satz 1 beginnt nicht, wie versehentlich abgedruckt mit „Die Gesellschafter haben …“, sondern mit „Die Geschäftsführer haben…“ Wachter stellt die wichtigsten Veränderungen in den Beteiligungsverhältnissen übersichtlich dar (§ 40 Rn 5 ff). Die Frage, wann eine „Mitwirkung“ des Notars vorliegt, wird in Rn 34 ff behandelt. Zu Recht problematisiert Wachter die Frage, wie eine mittelbarer Mitwirkung zu behandeln ist (Rn 38 f). Dies ist etwa der Fall, wenn bei einer Umwandlung der übertragende Rechtsträger Gesellschafter einer GmbH ist. Zutreffend stellt Wachter darauf ab, dass dem Notar die mittelbare Veränderung positiv bekannt sein muss, um die Pflicht auszulösen, eine Liste selbst zu erstellen und einzureichen. Richtig ist auch, dass eine Mitwirkung im Sinn der Norm nicht vorliegt, wenn der Notar den Gesellschafterbeschluss z.B. über eine Teilung als Entwurf vorbereitet, ohne die Beschlussfassung zu beurkunden. Richtig ist auch die Auffassung, dass bei einer Abtretung, die in Angebot und Annahme getrennt beurkundet wird, der „zweite“ Notar, der die Annnahme beurkundet zur Listenerstellung verpflichtet ist (Rn 36). Praktisch nachvollziehbar und sachlich richtig ist auch die Ansicht, dass bei Kapitalmaßnahmen, bei denen mehrere Notare Urkunden gefertigt haben, derjenige zuständig ist, der die Anmeldung beim Registergericht vornimmt (Rn 37). Wird eine Übernahme in Lörrach beglaubigt, eine in Leipzig und eine im Konsulat in New York, die Registeranmeldung dagegen in München, wo auch der Gesellschafterbeschluss beurkundet wird, ist der Münchner Notar verantwortlich. Zwar setzen alle drei Notare wie auch der Konsularbeamte eine kausale „Ursache“ für die Veränderung der Beteiligung der Gesellschafter. Aber der Letztgenannte ist „am nächsten“ dran. Und es wäre kaum nachvollziehbar, wenn letztlich jeder der drei Notare eine eigene Liste vorlegen würde.

Hilfreich sind die Kurzverweise auf die vergleichbare Lage im Grundbuch (z.B. Rn 10, 23). So weist Wachter zutreffend darauf hin, dass eine der Abt. II des Grundbuchs entsprechende Rubrik in der Liste nicht vorgesehen, ein gutgläubig lastenfreier Erwerb daher nicht möglich ist (nur nebenbei: für Abt. III des Grundbuchs gilt natürlich Gleiches).

Die Kommentierung ist gut gegliedert und gut geschrieben. Die nötigen Nachweise auf weiterführende Literatur gibt der Kommentator dem Leser mit, der an mehr interessiert ist.

Laut Vorwort der Herausgeber soll das GmbHG „knapp und praxistauglich, aber zugleich präzise, wissenschaftlich fundiert und auf hohem Nivau erläutert“ werden (S. V). Das ist gelungen.

Dr. Johann Andreas Dieckmann, M.St (Oxford),
Notar beim Notariat 3 Freiburg im Breisgau

Aktuelles aus dem Steuerrecht

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

I. Aktuelles aus der Verwaltung

1. Verzicht auf eine Pensionsanwartschaft durch den Gesellschafter-Geschäftsführer

Der durch das Gesellschaftsverhältnis bedingte Verzicht eines Geschäftsführers auf eine Forderung gegenüber der Gesellschaft stellt regelmäßig eine verdeckte Einlage dar.[1] Eine verdeckte Einlage erhöht das Einkommen der GmbH nicht.[2] Diese Grundsätze gelten ebenfalls für den Verzicht eines Gesellschafter-Geschäftsführers gegenüber der GmbH auf eine Pensionsanwartschaft. Fraglich war die Bewertung der verdeckten Einlage.

Hierzu gab die Finanzverwaltung bekannt, dass für die Bewertung auf den Teilwert der Pensionsanwartschaft abzustellen ist.[3] Der Teilwert ist dabei im Zweifel nach den Wiederbeschaffungskosten zu ermitteln.[4] Für die Berechnung ist der Betrag maßgeblich, den der Versorgungsempfänger im Zeitpunkt des Verzichts aufwenden müsste um eine vergleichbare Versorgung durch einen Drittanbieter zu erreichen.

Bei einem teilweisen Verzicht ist eine verdeckte Einlage insoweit anzunehmen, als der Barwert der bis zu dem Verzichtszeitpunkt bereits erdienten Versorgungsleistungen des Gesellschafter-Geschäftsführers den Barwert der nach dem Teilverzicht noch verbleibenden Versorgungsleistungen übersteigt.

Bedeutung für die notarielle Praxis kann dieser Erlass bei der Gestaltung von Geschäftsübergängen erlangen. Direktzusagen können in der Praxis Nachfolgeregelungen behindern. Ebenso möglich ist eine Verschlechterung des Unternehmensratings in Folge der Ungenauigkeit von Direktzusagebewertungen.[5]

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht kann es geboten sein eine früher erfolgte Direktzusage an einen Gesellschafter-Geschäftsführer umzuwandeln bzw. aufzulösen. Hierzu wird in der Literatur empfohlen die Direktzusage in eine rückgedeckte Unterstützungskasse zu überführen.[6]

Ebenfalls empfohlen wird eine Aufspaltung in den bereits erdienten Teil der Anwartschaft und in den noch zu erdienenden Teil. Anschließend erfolgt eine Übertragung der erdienten Anwartschaften auf einen Pensionsfond und der zukünftigen Anwartschaften auf eine Unterstützungskasse.[7]

Im Rahmen der Übertragung zukünftiger Anwartschaften ist, mit Zustimmung des Versorgungsempfängers, eine Reduzierung der Anwartschaften möglich.[8]

In der letzten Variante wird eine steuerliche Gewinnrealisierung durch Auflösung der Rückstellung grundsätzlich vermieden. Nach der hier vertretenden Ansicht ist daher der letzten Variante der Vorzug zu geben. Dies ist allerdings im Einzelfall zu klären und hängt von den übrigen bilanziellen Kennzahlen, sowie der vorhandenen Liquidität der Gesellschaft ab.

2. Grunderwerbsteuervergünstigungen bei Umstrukturierungen im Konzern

Grundsätzlich fällt bei einem umwandlungsbedingten Rechtsträgerwechsel innerhalb eines Konzernverbunds keine Grunderwerbsteuer an.[9] Die obersten Finanzbehörden der Länder haben sich auf eine Verwaltungsanwendung dieser Vorschrift verständigt.[10]

In diesem Zusammenhang wird zunächst definiert wer Beteiligter eines begünstigten Umwandlungsvorgangs sein kann. Demnach können das herrschende Unternehmen zusammen mit abhängigen Gesellschaften, sowie ausschließlich abhängige Gesellschaften beteiligt sein. Auf den Sitz der Gesellschaften kommt es nicht an. Der Konzernverbund muss bereits vor dem Umwandlungsvorgang gegeben sein.
Herrschendes Unternehmen kann jede juristische oder natürliche Person oder Personengesellschaft sein. Das herrschende Unternehmen muss selbst Unternehmer im umsatzsteuerlichen Sinn sein. Eine umsatzsteuerliche Organschaft schadet der Unternehmereigenschaft im Sinne von § 6a GrEStG nicht. Als herrschend gilt ein Unternehmen mit mindestens 95 % Beteiligung am abhängigen Unternehmen. Abhängige Gesellschaften können Kapital- oder Personengesellschaften sein.

Für eine Begünstigung bei der Grunderwerbsteuer muss die Beteiligung fünf Jahre vor[11] und fünf Jahre nach[12] dem grundsätzlich grunderwerbsteuerbaren Vorgang Bestand haben. Die Beteiligung kann auch mittelbar bestehen.

Von der Voraussetzung der Vorbehaltungsfrist sind sog. verbundgeborene Gesellschaften ausgenommen. Diese sind durch Umwandlungsvorgänge innerhalb des Konzerns entstanden. Wird die Nachbehaltungsfrist nicht erreicht, entsteht rückwirkend Grunderwerbsteuer. Ohne Bedeutung ist

1 BFH (GrS) Beschl. v. 09.06.1997 NJW 1997, 2837, GmbHR 1997, 851
2 § 8 Abs. 3 Satz 3 KStG
3 BMF- Schreiben v. 14.08.2012 Dokumentennummer 2012/0652306, Geschäftszeichen IV C 2 - 2743/10/100001 :001, DStR 2012, 1706
4 BFH Urt. v. 15.10.1997 NJW 1998, 158, DStR 1998, 236
5 Alt/Stadelbauer DStR 2012, 1820
6 Haas DStR 2012, 987
7 Alt/Stadelbauer DStR 2012, 1820
8 BMF- Schreiben v. 14.08.2012 Dokumentennummer 2012/0652306, Geschäftszeichen IV C 2 - 2743/10/100001 :001, DStR 2012, 1706, Punkt 2 Satz 3 d. Erl.
9 § 6a GrEStG
10 Erlass v. 19.06.2012 betr. Anwendung von § 6a GrEStG DStR 2012, 1556, BStBl. I 2012, S. 662
11 Vorbehaltungsfrist
12 Nachbehaltungsfrist

dabei die Rechtsträgereigenschaft betreffend den Grundbesitz. Steuerschuldner ist der ursprünglich als Erwerber fungierende Rechtsträger. Die Steuerbegünstigung nach § 6a GrEStG steht gleichberechtigt neben den Befreiungsvorschriften der §§ 5 und 6 GrEStG.

3. Vorläufige Festsetzung des Grundsteuermessbetrages

Im Rahmen der Grundsteuer wird zu Besteuerungszwecken weiterhin auf Einheitswerte zurückgegriffen.[13] Das Bundesverfassungsgericht hatte die Bewertung mit Grundbesitzwerten[14] im Rahmen der Erbschafts- und Schenkungsteuer für verfassungswidrig erklärt.[15] Mittlerweile erfolgt die Bewertung mit Grundbesitzwerten innerhalb der Grunderwerbsteuer[16] vorläufig.[17]

Einheitswertfeststellungen und die Festsetzung von Grundsteuermessbeträgen ergehen nach einem entsprechenden Erlass[18] nun mehr ebenfalls vorläufig[19]. Offene Einsprüche werden ruhend gestellt.[20]

4. Vorsteuerabzug für Dachsanierung zum Betrieb einer Photovoltaikanlage

Umstritten war, ob eine Dachsanierung zum Vorsteuerabzug berechtigt, soweit sie der Vorbereitung einer späteren Installation von Photovoltaikanlagen dient. Der Bundesfinanzhof hat je nach Einzelfallbetrachtung einen Vorsteuerabzug angenommen[21] bzw. abgelehnt[22]. Ein neuer Erlass des Landesamtes für Steuern Bayern regelt wesentliche Grundzüge der Abzugsfähigkeit von Vorsteuer in diesem Zusammenhang.[23]

Die Betreibung einer Photovoltaikanlage führt, bei einem ansonsten nicht unternehmerisch genutzten Gebäude zu einer teilunternehmerischen Verwendung. Bei Dachsanierungsleistungen im Zusammenhang mit dem Einbau einer Photovoltaikanlage, ist für den Vorsteuerabzug auf die Verwendungsverhältnisse des gesamten Gebäudes abzustellen. Maßgeblich ist der Anteil der unternehmerischen Nutzung. Dieser wiederum ermittelt sich durch einen Vergleich der fiktiven Vermietungsumsätze des Gebäudes mit den fiktiven Vermietungsumsätzen der Dachflächen. Eine Ermittlung nach Nutz- bzw. Dachflächenverhältnis scheidet aus.

Ein Vorsteuerabzug für eine Dachsanierung ist nach dem ermittelten Aufteilungsschlüssel der unternehmerischen Mitbenutzung des Gebäudes grundsätzlich möglich. Eine aus statischen Gründen erfolgte Verstärkung des Dachstuhls rechtfertigt den vollen Vorsteuerabzug der Bauleistung. Insoweit besteht kein Nutzungs- und Funktionszusammenhang mit dem restlichen Gebäude. Die vorgenannten Grundsätze betreffen Gebäude, die zuvor nicht bereits unternehmerisch genutzt wurden. Ein Vorsteuerabzug ist grundsätzlich auch im Rahmen der Errichtung des Gebäudes, bei anschließender Installation einer Photovoltaikanlage möglich.

5. Mögliche Verfassungswidrigkeit von Teilen des Erbschaftsteuerrechts

Der Bundesfinanzhof hatte mit Beschluss[24] das Bundesministerium der Finanzen zum Beitritt in einem Revisionsverfahren aufgefordert. Fraglich waren innerhalb des Verfahrens verschiedene erbschaftsteuerliche Regelungstatbestände.[25] Bereits wie die Vorinstanz[26] hält es der Bundesfinanzhof im zu entscheidenden Sachverhalt für unbedenklich, wenn Geschwister, Neffen und Nichten mit nicht Verwandten Personen gleichbehandelt werden. Insoweit hatte der Gesetzgeber bereits eine Besserstellung bewirkt.[27]

Der Bundesfinanzhof hält das derzeit gültige Erbschaftsteuerrecht für nicht mit dem Grundgesetz vereinbar. Insbesondere in der Verschonung von Betriebs- und Landwirtschaftsvermögen erkennt er einen Verstoß gegen Art. 3 GG. Hierbei kritisiert der BFH mehrfach die Möglichkeit durch Gestaltung originär nicht betriebliches Vermögen erbschaftsteuerbefreit zu übertragen. Solcherlei Gestaltungen sind insbesondere die Gründung einer gewerblich geprägten Personengesellschaft[28], bzw. einer sog. Cash-GmbH[29].

Die Vorlage zum BVerfG führt nicht in jedem Fall zur Aussetzung der Vollziehung.[30] Es muss ein besonderes Interesse des Steuerpflichtigen an der Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gegeben sein und dem dürfen überwiegende öffentliche Belange nicht entgegenstehen. Hinsichtlich der ungeklärten Rechtslage nach Verkündung eines Urteils durch das BVerfG, wird in der Literatur zum Teil empfohlen gesellschaftsrechtliche Nachfolgen vorzuziehen.[31]

13 §§ 19 Abs. 1, 68, 70, 129 Abs. 2 BewG
14 § 138 BewG
15 BVerfG Beschl. v. 07.11.2006 NJW 2007, 573, ZNotP 2007, 135, ZEV 2007, 76, DNotI- Report 2007, 47
16 § 8 Abs. 2 i.V.m. § 17 Abs. 2 und 3a GrEStG
17 Erlasse v. 01.04.2010 BStBl. I 2010, S. 266; siehe auch bereits Mensch/Haubold BWNotZ 2010, 189
18 Erlass betr. vorläufige Einheitswertfeststellungen und vorläufige Festsetzungen des Grundsteuermessbetrages v. 19.04.2012 BB 2012, 1122, BStBl. I 2012, S. 490
19 § 165 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 AO
20 Verf. d. OFD Karlsruhe v. 23.04.2012 Az.: G 1000/5-St 344
21 BFH Urt. v. 19.07.2011 DStRE 2011, 1530, BFH/NV 2011 2198 (NV); Urt. v. 19.07.2011 DStR 2011, 2148, BFH/NV 2011 2201 (NV)
22 BFH Urt. v. 14.03.2012 BFH/NV 2012, 1192 (NV)
23 Erlass LfSt Bayern v. 07.08.2012 Az.: S 7300.2.1-14/48 St33
24 BFH Beschl. v. 05.10.2011 DStR 2011, 2193, BB 2012, 167, ZEV 2011, 672
25 Mensch BWNotZ 2011, 223
26 FG Düsseldorf Urt. v. 12.01.2011 DStRE 2011, 1321, EFG 2011, 1079
27 Gesetz zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums v. 22.12.2009 BGBl. I 2009, S. 3950
28 § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG
29 Siehe Abschnitt II Gesetzliche Neuregelungen in dieser Ausgabe Aktuelles aus dem Steuerrecht.
30 § 361 Abs. 2 AO
31 Hannes ZEV 2011, 675

II. Gesetzliche Neuregelungen

Erbschaftsteuerbegünstigung durch Einbringung von Bankforderungen in eine GmbH

Gemäß § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG sind Anteile an Kapitalgesellschaften, wenn die Kapitalgesellschaft zur Zeit der Entstehung der Steuer Sitz oder Geschäftsleitung im Inland oder in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums hat und der Erblasser oder Schenker am Nennkapital dieser Gesellschaft zu mehr als 25 Prozent unmittelbar beteiligt war zum begünstigten Vermögen zugehörig. Aus der Eigenschaft als begünstigtes Vermögen resultiert die Möglichkeit der, in Hinblick auf Schenkungs- oder Erbschaftsteuer, unentgeltlichen Übertragung der Anteile.

Von der Begünstigung ausgenommen ist sogenanntes Verwaltungsvermögen. Zum Verwaltungsvermögen gehören unter Anderem auch Wertpapiere sowie vergleichbare Forderungen, wenn sie nicht dem Hauptzweck des Gewerbebetriebs eines Kreditinstitutes oder eines Finanzdienstleistungsinstitutes zuzurechnen sind.[32]

Im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2013 soll nun mehr eine Änderung bezüglich der Klassifikation als Verwaltungsvermögen herbeigeführt werden.[33] Neugefasst gehören zum Verwaltungsvermögen somit Wertpapiere sowie vergleichbare Forderungen, Zahlungsmittel, Sichteinlagen, Bankguthaben und andere Forderungen, soweit deren Wert nicht geringfügig ist. Ausgenommen sind Forderungen aus der eigentlichen unternehmerischen Tätigkeit, wie zum Beispiel Forderungen aus Lieferungen und Leistungen.

Nach Ansicht des Bundesrats wird eine Erweiterung des § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 ErbStG durch einen zunehmenden Missbrauch notwendig.[34] So sei es vermehrt zu Gründungen von sog. Cash-GmbHs gekommen. In diese Gesellschaften wurden Forderungen gegenüber Kreditinstituten überführt, um im weiteren Verlauf durch Schenkung oder Erbschaft der entsprechenden Kapitalgesellschaftsbeteiligungen von der Begünstigung für Betriebsvermögen zu profitieren.

Unabhängig von der geplanten Erweiterung der Regelung zum Verwaltungsvermögen erscheint die Einbringung von privaten Forderungen in eine GmbH zum Zwecke der späteren begünstigten Schenkung oder Vererbung von Gesellschaftsanteilen, vor dem Hintergrund des Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten[35], kritisch.[36] Für eine solche kautelarjuristische Gestaltung, sollte ein Angehöriger der steuerberatenden Berufe zugezogen werden.

32 § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 ErbStG
33 Der Entwurf ist unter der Rubrik Gesetzesentwürfe auf der Homepage des BMF www.bundesfinanzministerium.de einsehbar.
34 Stellungnahme des Bundesrates vom 06.07.2012 BRats Drucks. 302/12 (Beschluss)
35 § 42 AO
36 A.A. BFH Beschl. v. 27.09.2012 Az.: II R 9/11, Rdnr.: 116 (Vorlagebeschluss an BVerfG betr. Erbschaftsteuer)

III. Rechtsprechung des Bundesfinanzhof

1. Grunderwerbsteuer

Grunderwerbsteuerbefreiung bei Anteilsvereinigung von Anteilen an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft

Der Bundesfinanzhof hatte entschieden[37], dass die schenkweise Übertragung von Anteilen an einer Personengesellschaft, welche zur Vereinigung von mehr als 95 % der Anteile führt, im Rahmen der Grunderwerbsteuer steuerbefreit ist.[38] Eine Besteuerung nach § 1 Abs. 2a GrEStG schied damit aus. Nun mehr lag dem BFH der nachfolgende Sachverhalt zur Entscheidung vor. Der Kläger erhielt von seinem Vater einen 41 %igen Anteil an einer grundbesitzenden GmbH. Diese Übertragung erfolgte unentgeltlich. Mehrere Jahre später übertrug der Vater im Wege der vorweggenommenen Erbfolge seinen verbliebenden 59 %igen Anteil an der GmbH auf den Kläger. Dieser verpflichtete sich in der notariellen Urkunde zur Erbringung einer lebenslänglichen dauernden Last.

Das Finanzamt setzte gegen den Kläger Grunderwerbsteuer wegen der unmittelbaren Vereinigung von mindestens 95 % der Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft fest.[39] Der Kläger begehrte nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG die Grunderwerbsteuerbefreiung für diesen zumindest teilweise der Schenkungsteuer unterliegenden Sachverhalt. Hilfsweise sollte § 3 Nr. 6 GrEStG, der den Erwerb eines Grundstücks durch in gerader Linie verwandte Personen befreit, Anwendung finden. Das Finanzgericht entschied gegen den Kläger.[40] Der Bundesfinanzhof gab, nach Beitritt des Bundesministeriums der Finanzen zum Verfahren[41], der Revision statt.[42]

Der Grunderwerbsteuer unterliegt ein Rechtsgeschäft, das einen Anspruch auf Übertragung eines oder mehrerer Anteile einer Gesellschaft begründet, sofern dieser ein inländisches Grundstück gehört und durch die Übertragung wenigstens 95 % der Anteile in der Hand des Erwerbers vereinigt werden. Steuerauslösend ist die Übertragung mit der die Schwelle von 95 % überschritten wird.[43] Gegenstand der Steuer ist die Zuordnung der Anteile in einer Hand. Hierbei wird ein Erwerb von der Gesellschaft fingiert.[44] Berechnungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer sind sämtliche Anteilsübertragungen. Die Steuerbarkeit der Anteilsvereinigung durch Schenkung von 41 % der Anteile und Übertragung von weiteren 59 % der Anteile gegen dauernde Lasten, ist unzweifelhaft.

37 BFH Urt. v. 12.10.2006 DStRE 2007, 432, MittBayNot 2007, 435, RNotZ 2007, 495, ZEV 2007, 140, BFH/NV 2007, 605 (NV)
38 § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG
39 § 1 Abs. 3 GrEStG
40 FG Köln Urt. v. 17.02.2010 BB 2010, 2674, EFG 2010, 1151
41 § 122 Abs. 2 FGO
42 BFH Urt. v. 23.05.2012 DStR 2012, 1444, BFH/NV 2012, 1551 (NV), MittBayNot 2012, 417, ZEV 2012, 496
43 BFH Urt. v. 18.04.2012 DStR 2012, 1342; BFH/NV 2012, 1390 (NV)
44 BFH Urt. v. 02.04.2008 DStR 2008, 1091, BFH/NV 2008, 1268 (NV), MittBayNot 2008, 502, BB 2008, 1772

Nach Ansicht des BFH ist § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG nach dem Grundstücksschenkungen unter Lebenden steuerbefreit sind, nicht so zu verstehen, dass damit ausschließlich eine echte Grundstücksschenkung befreit ist. Viel mehr soll der Befreiungstatbestand eine Doppelbelastung mit Schenkungs- und Grunderwerbsteuer vermeiden. Vor dem Hintergrund des effektiven Rechtsschutzes hatte der BFH bereits die schenkweise Anteilsvereinigung bei einer Personengesellschaft für grunderwerbsteuerfrei erklärt.[45] Dem steht auch nicht entgegen, dass der Besteuerungsgegenstand für Zwecke der Schenkungsteuer eine freigiebige Zuwendung eines Gesellschaftsanteils und zum anderen im Rahmen der Grunderwerbsteuer eine fiktive Grundstückszuwendung sind.

Soweit der Kläger den Gesellschaftsanteil in Höhe von 59 % vom Vater gegen Übernahme einer dauernden Last erworben hat, liegt keine unentgeltliche Zuwendung vor. Eine Grunderwerbsteuerbefreiung nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG scheidet aus. Dies gilt sowohl für Kapital-, als auch bei Personengesellschaften. In diesem Fall wird die fiktive Übertragung des Grundstücks durch die Gesellschaft insgesamt als gemischte Schenkung behandelt.

Die Grundsätze der gemischten Schenkung finden auch dann Anwendung, wenn der höherwertige Anteil (59 % Gesellschaftsanteil) entgeltlich und nur ein geringerer Anteil (41 % Gesellschaftsanteil) unentgeltlich übertragen werden.[46] Für die Bemessung der Gegenleistung hinsichtlich des entgeltlich übertragenen Anteils hält der BFH an der Bewertung mit den Grundbesitzwerten fest.[47] Nach Ansicht des BFH kommt eine Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 6 GrEStG nicht in Betracht. Die Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 6 GrEStG ist personenbezogen zu gewähren. Im Fall der Steuerbarkeit nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG wird ein fiktiver Erwerb von der Kapitalgesellschaft angenommen. Ein Verwandtschaftsverhältnis zwischen der Kapitalgesellschaft und dem Kläger besteht nicht. Etwas anderes gilt, sofern der Steuerbarkeit eine Übertragung von Kapitalgesellschaftsanteilen in Höhe von mindestens 95% von einem Gesellschafter an einen anderen Gesellschafter zu Grunde liegt.[48] In diesem Fall liegt keine Vereinigung der Anteile vor.[49]

2. Schenkungsteuer

Mittelbare Schenkung im Rahmen der Übertragung von Gesellschaftsanteilen

Eine mittelbare Schenkung ist dadurch gekennzeichnet, dass sich der Schenkungsgegenstand im Zeitpunkt der Schenkung noch nicht im Vermögen des Schenkers befindet. Fraglich ist, unter welchen Anknüpfungspunkten bei der Übertragung eines Gesellschaftsanteils eine mittelbare Schenkung angenommen wird. Im streitentscheidenen Sachverhalt war der Ehemann der Klägerin Gesellschafter mit 75 % Anteil an einer GmbH. Gleichzeitig verpachtete der Ehemann ein Grundstück als wesentliche Betriebsgrundlage an diese GmbH. Die damit bestehende Betriebsaufspaltung sollte aufgelöst werden. Zu diesem Zweck übertrug der Gesellschafter insgesamt einen Anteil von 26 % der Kapitalanteile an die Klägerin (24 %) und zwei weitere Personen. Die Klägerin verfügte selbst nicht über hinreichende Geldmittel, um die nach dem Stuttgarter Verfahren bestimmte Gegenleistung zu erbringen. Zunächst erhielt sie ein Darlehen einer weiteren GmbH. An dieser GmbH war erneut der Ehemann zu 75 % beteiligt. Später wurde dieses Darlehen durch ein Bankdarlehen mit selbstschuldnerischer Bürgschaft des Ehemannes abgelöst.

Bereits ein Jahr vor der Übertragung der Gesellschaftsbeteiligung an die Klägerin, führte der Ehemann Verkaufsverhandlungen mit einem Dritten über die Entäußerung sämtlicher GmbH Anteile. Die Ergebnisse der Verhandlungen wurden in einer schriftlichen Absichtserklärung festgehalten. Nach Abschluss der Übertragung führte der Ehemann die Verhandlungen fort. Hierbei vertrat er die Klägerin auf Grundlage einer umfassenden notariellen Vollmacht. Die Ergebnisse der zweiten Verhandlung wurden erneut schriftlich festgehalten. Diesmal gab es einen konkreten Zeitplan zum Erwerb von insgesamt 70 % der Gesellschaftsanteile. Für weitere 30 % der Anteile wurde eine bedingte Verkaufsoption, in Form einer jederzeitigen Verpflichtung des Erwerbers, vereinbart.

Der Ehemann schloss einen Monat später mit dem Erwerber einen notariellen Kaufvertrag über die Gesellschaftsanteile. Dabei handelte er im eigenen Namen und mit notarieller Vollmacht für sämtliche weiteren Gesellschafter. Die Verkaufsbedingungen entsprachen dabei den zuvor schriftlich festgehaltenen Konditionen. Die Option zum Verkauf der zunächst verbliebenden 30 % wurde später ebenfalls eingelöst. Zwei Jahre nach Veräußerung der GmbH überließ der Ehemann der Klägerin im Wege der gemischten Schenkung Grundbesitz. Das Finanzamt setzte erstmals gegen die Klägerin Schenkungsteuer fest. Dabei berücksichtigte das Finanzamt zum einen die Grundbesitzübertragung. Zum anderen ermittelte das Finanzamt den Unterschiedsbetrag zwischen dem Verkaufserlös der 24 %igen Kapitalbeteiligung und deren Anschaffungskosten auf Seiten der Klägerin. Das hiergegen durch die Klägerin geführte Verfahren vor dem Bundesfinanzhof blieb im Ergebnis erfolglos.[50]

Nach ständiger Rechtsprechung des BFH ist es nicht erforderlich, dass Entreicherungs- und Bereicherungsgegenstand identisch sind.[51] Voraussetzung für die Annahme einer mittelbaren Schenkung des Verkaufserlöses der GmbH-Beteiligung ist, dass die Klägerin nicht frei über die Beteiligung

45 BFH Urt. v. 12.10.2006 DStRE 2007, 432, MittBayNot 2007, 435, RNotZ 2007, 495, ZEV 2007, 140, BFH/NV 2007, 605 (NV)
46 BFH Urt. v. 17.10.2001 DStR 2002, 402, NJW 2002, 1894, RNotZ 2002, 119, NotBZ 2002, 113, BFH/NV 2002, 449 (NV)
47 § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ErbStG i.V.m. § 138 Abs. 2 bis 4 BewG
48 § 1 Abs. 3 Nr. 3 und 4 GrEStG
49 FinMin. Baden-Württemberg Erlass v. 18.12.2009 DStR 2010, 114
50 BFH Urt. v. 28.03.2012 DStR 2012, 1597, BFH/NV 2012, 1545 (NV), NZG 2012, 1038
51 BFH Urt. v. 13.03.1996 DStR 1996, 961, Urt. v. 23.08.2006 NJW-RR 2007, 370

verfügen konnte. In diesem Fall diente die Übertragung der Anteile auf die Klägerin der Beendigung der Betriebsaufspaltung. Eine Einbindung der Klägerin in die unternehmerischen Prozesse war nach Feststellung des FG nicht gewollt.[52] Ebenfalls gegen eine freie Verfügung durch die Klägerin spricht der zeitliche Ablauf der Verhandlungen mit dem Erwerber. Bereits vor Übertragung auf die Klägerin waren die Verhandlungen fortgeschritten. Die Klägerin selbst hat an den Verhandlungen und am abschließenden Notartermin nicht teilgenommen.

Nach Ansicht des BFH verhinderte insbesondere die erteilte notarielle Vollmacht ein Handeln der Klägerin. Die Vollmacht war, unabhängig von der bestehenden Möglichkeit des Widerrufs, so umfassend, dass der Ehemann die Klägerin in der Gesellschafterversammlung und bei Satzungsänderungen jeder Art vertreten konnte. Die anfängliche Finanzierung der Gegenleistung durch das Darlehen einer GmbH an der ebenfalls der Ehemann beteiligt war, spricht hier für eine Abhängigkeit der Klägerin vom Schenker. Der Schenker vermochte weiterhin maßgeblichen Einfluss auf den Gegenstand der Gesellschaftsbeteiligung auszuüben. Eine freigiebige Zuwendung setzt eine Vermögensmehrung beim Beschenkten voraus. Diese ist hier, nach Ansicht des BFH, erst mit Zufluss des Verkaufserlöses gegeben. In diesem Zusammenhang stellt der Bundesfinanzhof fest, dass die Grundsätze einer mittelbaren Schenkung nicht isoliert auf Grundstücke Anwendung finden.

3. Einkommensteuer

Gewinn aus der Veräußerung des nach Formwechsel entstandenen Mitunternehmeranteils eines zuvor nicht wesentlich beteiligten Gesellschafters

Durch die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft gibt es durch den Wechsel des Besteuerungssubjekts Unsicherheit hinsichtlich der Gewinnermittlung bei Veräußerung des Mitunternehmeranteils.

Im maßgeblichen Sachverhalt hatte der Kläger eine nicht wesentliche Beteiligung an einer GmbH erworben. Für die Kapitalbeteiligung in Höhe von 3.000 DM wurden insgesamt 100.000 DM aufgewendet. Mit notariellem Umwandlungsbeschluss beschlossen die Gesellschafter der GmbH eine Umwandlung unter Buchwertfortführung in eine GmbH & Co. KG. Die Umwandlung erfolgte im Wege des Formwechsels. Der Kläger hatte der Umwandlung zugestimmt. Bis zur Umwandlung wurde die GmbH Beteiligung im Privatvermögen des Klägers gehalten. Die vormalige Beteiligung des Klägers wandelte sich in einen Kommanditanteil, wobei die Hafteinlage 3.000 DM betrug.

Einige Jahre später veräußerte der Kläger seinen Kommanditanteil für 25.000 Euro. Das Finanzamt setzte einen Veräußerungsgewinn fest. Zur Ermittlung wurde vom Veräußerungserlös in Höhe von 25.000 Euro die Hafteinlage in Abzug gebracht. Der Kläger verlangte im Klageweg die Berücksichtigung der ursprünglichen Anschaffungskosten der GmbH Beteiligung. Zur Begründung führte es aus, dass es dem verfassungsgemäßen Grundsatz der Gleichbehandlung widerspreche, wenn wesentlich und nicht wesentlich Beteiligte bei der Veräußerung unterschiedlich behandelt werden. Weiterhin führt nach Ansicht des Klägers die erneute Gewinnbesteuerung zu einer Doppelbesteuerung, da die stillen Reserven bereits bei der Anschaffung der GmbH Beteiligung durch den damaligen Veräußerer versteuert wurden. Dem folgten das Finanzgericht[53] und der Bundesfinanzhof[54] nicht.

Veräußerungsgewinn im Sinne von § 16 Abs. 2 Satz 1 EStG ist der Betrag, um den der Veräußerungspreis nach Abzug der Veräußerungskosten den Wert des Anteils am Betriebsvermögen übersteigt.[55] Dies ist in aller Regel der Unterschiedsbetrag zwischen erhaltender Leistung und Kapitalkonto. Die ursprünglichen Anschaffungskosten haben durch die Buchwertfortführung keinen Eingang in die Kapitalbeteiligung des Klägers an der Kommanditgesellschaft gefunden. Dies entspricht nach Ansicht des BFH dem Willen des Gesetzgebers.[56] Der Gesetzgeber wollte auch nach erfolgter Umwandlung eine Versteuerung der stillen Reserven sicherstellen.[57] Die Schaffung einer Ergänzungsbilanz scheidet aus. Gemäß § 4 Absatz 4 Satz 3 UmwStG bleibt der Wert der übergegangenen Wirtschaftsgüter bei der Ermittlung eines Übernahmegewinns oder eines Übernahmeverlustes außer Ansatz, soweit er auf Anteile an der übertragenden Körperschaft entfällt, die am steuerlichen Übertragungsstichtag nicht zum Betriebsvermögen der übernehmenden Personengesellschaft gehören. Dies bedeutet, dass eine Ergänzungsbilanz nur geschaffen werden kann, soweit ein Übernahmeverlust entsteht. Dieser wiederrum entsteht nur bei bereits zuvor steuerverstrickten Anteilen an der GmbH. Eine im Privatvermögen gehaltene nicht wesentliche Beteiligung an einer GmbH ist nicht steuerverstrickt und nimmt auch nicht an der Ermittlung des Übernahmeergebnisses der Personengesellschaft teil. Insoweit erfolgt beim Formwechsel keine Besteuerung.

Die hiergegen vorgebrachten Bedenken[58], auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht, teilte der BFH nicht. Für den BFH spricht gegen die verfassungsrechtlichen Bedenken, dass für den Kläger Möglichkeiten bestanden ein anderes Ergebnis herbeizuführen. Der Kläger hätte dem Umwandlungsbeschluss widersprechen und seine Beteiligung an

52 FG München Urt. v. 13.07.2009 Az.: 4 K 235/06

53 Niedersächsisches FG Urt. v. 05.06.2008 Az.: 10 K 426/05
54 BFH Urt. v. 12.07.2012 DStR 2012, 1805, BB 2012, 2428
55 BFH Beschl. v. 09.06.2004 BFH/NV 2004, 1526 (NV)
56 BTDrucks 12/6885, S. 18 ff.
57 Mensch BWNotZ 2007, 140 zum Begriff der stillen Reserven
58 Haritz BB 1996, 1409, Schwetlik GmbHR 1998, 817, Schultz DStR 1996, 854

die GmbH veräußern können.[59] Ebenfalls wären eine freihändige Veräußerung der Anteile und der anschließende Erwerb neuer Kommanditanteile mögliche gewesen. In diesem Fall würden die über die Haftungseinlage hinaus getätigten Aufwendungen Eingang in eine Ergänzungsbilanz finden. Der BFH wertete zu Ungunsten des Klägers, dass er der Buchwertfortführung zugestimmt hat. Eine Aufdeckung stiller Reserven während der Umwandlung hätte den Verlust der Abzugsmöglichkeit getätigter Anschaffungskosten verhindert.

Nach der hier vertretenen Ansicht, rechtfertigt die Möglichkeit der Aufgabe der Beteiligung nicht die Verwehrung der Anschaffungskosten bei der Ermittlung des späteren Veräußerungsgewinns. Allerdings ist dem Kläger entgegenzuhalten, dass seine nicht wesentliche Beteiligung bei der Übernahmebesteuerung außer Ansatz geblieben ist. Dies gleicht die hier bestehende unterschiedliche Behandlung bei der Veräußerung der Kommanditbeteiligung aus.

Bedenklich bleibt allerdings, dass der Gesetzgeber und nun mehr auch der BFH eine Doppelbesteuerung der stillen Reserven akzeptieren.

59 § 207 UmwG

IV. Bundesfinanzhof und finanzgerichtliche Rechtsprechung Kompakt

1. Die vom Erblasser herrührende Einkommensteuerschuld, inklusive Kirchensteuer und Solidaritätszuschlag ist als Nachlassverbindlichkeit gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG abzugsfähig.[60] (Änderung der Rechtsprechung)

2. Die Umwandlung einer wertlosen Forderung in eine atypisch stille Beteiligung führt nicht zur Annahme von Mitunternehmerrisiko.[61]

3. Für den zuletzt verbleibenden Gesellschafter einer gewerblichen Grundstückshandels-GbR ist weiterhin von gewerblichen Einkünften bei späteren Verkäufen auszugehen.[62]

4. Der Grundstückserwerb durch den früheren Ehegatten ist nur anlässlich der Scheidung grunderwerbsteuerbefreit. An der Ursächlichkeit der Scheidung fehlt es, sofern andere Überlegungen, wie zum Beispiel Neubau eines weiteren Hauses oder Tod der im ursprünglichen Haus wohnenden Angehörigen den Zeitpunkt der Übertragung bestimmen.[63]

60 BFH Urt. v. 04.07.2012 DStR 2012, 1698, ZEV 2012, 500, NJW-Spezial 2012, 583
61 BFH Urt. v. 31.05.2012 BFH/NV 2012, 1440 (NV)
62 BFH Beschl. v. 20.06.2012 BFH/NV 2012, 1593 (NV)
63 FG Hessen Urt. v. 10.05.2012 Az.: 5 K 2338/08 (nicht rechtskräftig)

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Stefan Mattes, Georgstraße 5, 70794 Filderstadt-Bonlanden (Tel. 0711/778960), verantwortlich für den Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Tumringer Str. 186,79539 Lörrach (Tel. 07621/9867711), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNotZ erscheint jährlich sechsmal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart. Kronenstaße 34 (Tel. 0711/2237951.Fax 0711/2237956. E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten.

Der Bezugspreis beträgt jährlich € 50,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte € 8,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

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

Ich suche für meine Rechtsanwalts- und Notarkanzlei in Esslingen eine(n)

Württ. Notariatsassessor(in)
oder
Volljuristen/Volljuristin

mit der Bereitschaft, mich bei sämtlichen, in einem Notarbüro anfallenden Aufgaben zu unterstützen und kompetenter Ansprechpartner für meine Mitarbeiter zu sein.

Ihr Aufgabengebiet umfasst die Vorbereitung und Abwicklung von Urkunden aller Art, das Führen von Beratungsgesprächen mit Mandanten sowie die Übernahme organisatorischer Aufgaben.
Ihre Voraussetzungen sind eine entsprechende abgeschlossene Berufsausbildung, Kommunikationsfähigkeit, Verhandlungsgeschick und sicheres Auftreten. Solides Grundwissen und die Bereitschaft zum selbständigen und eigenverantwortlichen Arbeiten sowie Freude am Beruf setze ich voraus.
Ich biete Ihnen leistungsgerechte Bezahlung, sichere berufliche Perspektive und eine interessante und abwechslungsreiche Tätigkeit in einem modernen, angenehmen Arbeitsumfeld.

Ihre schriftlichen Bewerbungsunterlagen senden Sie bitte an:

Rechtsanwalt und Notar
Rolf Pratz
Fabrikstr. 1/1
73728 Esslingen