

BWNotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

Herausgeber

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

Kronenstraße 34
70174 Stuttgart

Schriftleitung

Notarvertreter Daniel Schaal,
Stuttgart

Notar Dr. Oliver Fröhler,
Titisee-Neustadt

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

6/2008

Dezember
Seiten 165-204

Inhalt

Abhandlungen

Dieckmann

Die Einführung des § 799 a ZPO durch das
Risikobegrenzungs-gesetz..... 166

Fröhler

Das Verfahren in Nachlass- und Teilungssachen
nach dem neu geschaffenen FamFG 183

Rechtsprechung.....192

Buchbesprechungen..... 201

Aktuelles im IPR/aus dem Ausland.....202

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abhandlungen	
Dr. Johann Andreas Dieckmann, MSt (Oxford), Notar in Lörrach Die Einführung des § 799 a ZPO durch das Risikobegrenzungs-gesetz	166
Dr. Oliver Fröhler, Notar in Titisee-Neustadt Das Verfahren in Nachlass- und Teilungssachen nach dem neu geschaffenen FamFG	183
Rechtsprechung	
1. Gesellschaftsrecht/Registerrecht	
OLG München, 06.11.2008 - 31 Wx 076/08 keine vormundschaftsgerichtliche Genehmigungspflicht des unentgeltlichen Beitritts eines Minderjährigen zu einer KG, die nur die von den Gesellschaftern selbst genutzte Immobilie verwaltet	192
2. Erbrecht	
OLG München, 30.07.2008 - 31 Wx 029/08 Zur Auslegung einer Klausel in einem privatschriftlichen gemeinschaftlichen Testament für den Fall des gemeinsamen Versterbens	193
3. Kostenrecht	
OLG Karlsruhe, 10.04.2008 – 14 Wx 58/07 Zum Geschäftswert bei Beurkundung einer schenkweisen GmbH-Anteilsübertragung; zur Reichweite des Verbots nach Art. 10 lit. c der Gesellschaftssteuer-richtlinie	195
OLG Karlsruhe, 26.06.2008 – 14 Wx 60/07 Zum Geschäftswert von Eheverträgen über die Abwandlung des gesetzlichen Güterstandes	198
Buchbesprechungen	
Baumbach / Hopt, Handelsgesetzbuch (Schönert)	201
Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung (Böhringer)	202
Aktuelles im IPR/aus dem Ausland	
Inkrafttreten des Haager Übereinkommens über den Internationalen Schutz von Erwachsenen (Schaal)	202

Die Einführung des § 799 a ZPO durch das Risikobegrenzungs-gesetz

Zur Erläuterung einer Sondernorm der Schadensersatzhaftung bei unberechtigter Zwangsvollstreckung aus Sicherungsrechten vor dem Hintergrund der allgemeinen Regeln

(von Dr. Johann Andreas Dieckmann, MSt. (Oxford), Notar in Lörrach)

I. Einleitung und Überblick	166
1. Regelungsziel: Schutz des Kreditnehmers bei Gläubigerwechsel (insbesondere durch Forderungsverkauf)	166
2. Ziel der Untersuchung und Überblick	167
II. Die (Sicherungs-) Rechte, auf die § 799 a ZPO abstellt	168
1. Die Struktur der vollstreckbaren Sicherheiten	168
2. Sicherungsvertrag, Rückforderungsanspruch und Verzichtsanspruch nach §§ 1169, 1191 Abs. 1 BGB	169
3. Erforderlichkeit der Sicherungsrechte für den Darlehensgeber	170
III. Verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch bei unberechtigter Zwangsvollstreckung?	171
1. Vollstreckung aus für vorläufig vollstreckbar erklärtem Urteil: Die Sonderregelung des § 717 Abs. 2 ZPO	171
2. Vollstreckung aus freiwilligen Unterwerfungserklärungen im allgemeinen	172
3. Die gesetzgeberische Differenzierung zwischen gerichtlichem Urteil und freiwillig gewährtem Vollstreckungstitel	173
4. Vollstreckung aus freiwilligen Unterwerfungserklärungen im besonderen – die unzulässige Verwertung von vollstreckbaren Kreditsicherheiten	174
IV. Der Kerninhalt der Regelung des § 799 a ZPO	177
1. Der vollstreckbare Anspruch	177
2. Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung und Fehlen des Inzidentantrags	178
3. Wer schuldet nach § 799 a ZPO Schadensersatz?	178
4. Zwangsvollstreckung durch „einen anderen Gläubiger“	179
5. Zeitlicher Anwendungsbereich	181
6. Kann § 799 a ZPO abbedungen werden?	181
V. Bewertung der Neuregelung von § 799 a ZPO	181
1. Positive Aspekte	181
2. Negative Aspekte, insbesondere Lücken	181
3. Zusammenfassende Bewertung	182

I. EINLEITUNG UND ÜBERBLICK

1. Regelungsziel: Schutz des Kreditnehmers bei Gläubigerwechsel (insbesondere durch Forderungsverkauf)

a) Wortlaut der Vorschrift

Das Risikobegrenzungs-gesetz vom 12.08.2008¹ hat in die ZPO die Vorschrift von § 799 a ZPO neu eingeführt. Dessen etwas kryptische gesetzliche Überschrift lautet: „Schadensersatzpflicht bei der Vollstreckung aus Urkunden durch andere Gläubiger“. Der Text der Vorschrift selber ist aussagekräftiger, er lautet:

„Hat sich der Eigentümer eines Grundstücks in Ansehung einer Hypothek oder Grundschuld in einer Urkunde nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück unterworfen und betreibt ein anderer als der in der Urkunde bezeichnete Gläubiger die Vollstreckung, so ist dieser, soweit die Vollstreckung aus der Urkunde für unzulässig erklärt wird, dem Schuldner zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der diesem durch die Vollstreckung aus der Urkunde oder durch eine zur Abwendung der Vollstreckung erbrachte Leistung entsteht. Satz 1 gilt entsprechend, wenn sich der Schuldner wegen der Forderungen, zu deren Sicherung das Grundpfandrecht bestellt worden ist, oder wegen der Forderung aus einem demselben Zweck dienenden Schuldanerkenntnis der sofortigen Vollstreckung in sein Vermögen unterworfen hat.“

Gewährt wird ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch gegen den Vollstreckungsgläubiger bei unzulässiger Zwangsvollstreckung aus notariellen Urkunden. Voraussetzung ist, dass die Zwangsvollstreckung von einem anderen Gläubiger als dem ursprünglichen Gläubiger betrieben wird. Der titulierte Anspruch muss ein Grundpfandrecht sein bzw. mit einer Grundpfandrechtssicherung zusammenhängen.

Die Neuregelung von § 799 a ZPO soll hier vorgestellt und einer ersten Kritik unterzogen werden².

b) Der systematische Zusammenhang in der Zivilprozeßordnung

¹ BGBl. 2008, S. 1666 (12. August 2008).

² Die Erörterung beschränkt sich auf den Fall der Identität von Schuldner des Darlehens und Eigentümer.

Die Vorschrift findet sich im Achten Buch der ZPO, also im Recht der Zwangsvollstreckung. Dass ein Schadensersatzanspruch wegen unrechtmäßiger Verwertung einer *Kreditsicherheit* ausgerechnet in der Kodifikation des *Zivilprozessrechts* im Abschnitt über die Zwangsvollstreckung geregelt ist, müßte eigentlich Verwunderung wecken. Systematisch würde man ihn eher in einem Titel „Allgemeines Kreditsicherungsrecht“ in der Kodifikation des bürgerlichen Rechts vermuten. Jedenfalls im dBGB ist ein solcher Titel indes genauso wenig vorhanden wie eine Typisierung des der Grundschild zugrundeliegenden Sicherungsvertrags.

c) Der Zusammenhang im Risikobegrenzungsgesetz

Das Risikobegrenzungsgesetz ist ein Artikelgesetz. Wie fügt sich die Vorschrift von § 799 a ZPO in seinen Regelungszusammenhang ein? Der Hauptteil dieses Risikobegrenzungsgesetzes befasst sich mit spezifischen *Gläubigerisiken* bei und in Folge von Kapitalmarktgeschäften. Ihnen wird mit Regelungen im WpHG, im WpÜG und anderen Gesetzen begegnet.

Die in den Artikel 6 – 9 des Gesetzes enthaltenen Vorschriften befassen sich dagegen mit *Risiken des Schuldners*, die bei Verwendung von Kreditsicherheiten auftreten können. Die allgemeine gesetzgeberische Intention des kreditnehmerschützenden Teiles des Risikobegrenzungsgesetzes ist die Vermeidung bzw. Milderung nachteiliger Auswirkungen und Risiken des Forderungs- und Sicherheitenverkaufs, die nach geltender Rechtslage einem Darlehensnehmer und Besteller einer Sicherungsgrundschuld drohen können.

Die hier vorzustellende Regelung von § 799 a ZPO will diese allgemeine Intention für den konkreten Fall von Vollstreckungstiteln umsetzen, die durch freiwillige Unterwerfung des Schuldners unter die sofortige Zwangsvollstreckung entstehen. Sie zielt dabei vor allem auf die durch die AGB-Praxis der Kreditinstitute ausgeprägten Kreditsicherheiten der vollstreckbaren Grundschuld und vollstreckbaren Sicherungsschuldnerkenntnisse ab.

d) Hintergrund und Anlaß der Gesetzgebung

Hintergrund der Gesetzesänderung sind die Auswirkungen von Darlehensverkäufen durch deutsche Banken an „Investoren“. Im Ergebnis mildert die Regelung die negativen Auswirkungen des Verkaufs von Darlehensforderungen samt Sicherheiten durch Banken an Forderungsaufkäufer. Sie fügt sich insoweit in den Regelungszusammenhang der Artikel 6 bis 9 des Risikobegrenzungsgesetzes ein.

Anlass der Gesetzesänderungen und der Einführung des § 799 a ZPO sind auch und vor allem Berichte über die Risiken von Darlehensnehmern, die grundpfandrechtlich gesicherte Verbindlichkeiten aufgenommen haben und die sich nach einem ohne ihre Zustimmung erfolgten Verkauf einem „unfreundlichen“ Neugläubiger gegenübersehen. Die umfangreiche Kreditsicherung, insbesondere durch sofort vollstreckbare Grundschulden und sofort vollstreckbare *Sicherungsschuldnerkenntnisse*³, die sich mit Billigung der Rechtsprechung⁴ in der AGB-Praxis der Kreditinstitute ausgebildet hat, zeigte nach Übertragung an weniger zurückhaltende Gläubiger ihre Risiken⁵. Nachdem in der Öffentlichkeit, den Medien und der Fachpresse Kritik laut wurde, reagierte

die Politik zügig. In einer Pressemitteilung vom Januar 2008⁶ kündigte das Bundesjustizministerium eine Regelung an. Der Bundesrat legte einen Entwurf für ein „Kreditnehmerschutzgesetz“ vor⁷. Im weiteren Gesetzgebungsverfahren ging dieses in das Risikobegrenzungsgesetz auf.

§ 799 a ZPO ist nicht die einzige kreditnehmerschützende Vorschrift, die neu in das deutsche Recht eingeführt wird. Flankierend werden die Voraussetzungen der Einstellung der Zwangsvollstreckung erleichtert. Nach § 769 Abs. 1 Satz 2 (neu) ZPO wird eine Sicherheitsleistung nicht festgesetzt, wenn der Schuldner zu ihr nicht in der Lage ist und die Rechtsverfolgung durch ihn hinreichende Aussicht auf Erfolg hat⁸. Weitere Regelungen zum Schutz von Kreditnehmern sind im Darlehensrecht, dem Recht der Grundschuld sowie dem HGB geregelt. Hierzu in aller Kürze: Es wird die Möglichkeit ausgeschlossen, eine Sicherungsgrundschuld gutgläubig einredefrei zu erwerben, soweit sicherungsvertragliche Einreden betroffen sind⁹ (§ 1192 Absatz 1a BGB)¹⁰. Die Kündigungsfrist einer Grundschuld von sechs Monaten wird zwingendes Recht (§ 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB)¹¹. Auch die Kündigungsmöglichkeit im Immobiliendarlehensrecht wird erschwert. Nunmehr kann ähnlich wie bei anderen Ratendarlehen auch hier der Gläubiger nur mehr kündigen, wenn zumindest zwei aufeinanderfolgende Teilzahlungsraten ganz oder teilweise und mindestens 2,5 % des Nennbetrages des Darlehens rückständig sind (§ 498 Abs. 3 BGB n.F.). Dies gilt bei Darlehen eines Unternehmers an einen Verbraucher.

§ 354 a Abs. 2 HGB ermöglicht den wirksamen Abtretungsausschluss der Darlehensforderung bei beidseitigem Handelsgeschäft. Er führt das Recht des Abtretungsausschlusses, das § 354 a HGB a.F. einschränkte, auf das BGB zurück (§ 399 Alt. 2 BGB).

2. Ziel der Untersuchung und Überblick

a) Ziel der Untersuchung

Vornehmliches Ziel des Beitrags ist es, den Regelungsgehalt von § 799 a ZPO darzulegen, seine Anwendungsfälle zu erörtern und erste Zweifelsfragen anzusprechen. Dabei ist insbesondere der soeben skizzierte Gesetzesanlass und –hintergrund zu berücksichtigen.

Es soll aber auch ein über die reine Anwendungstechnik hinausgehender grundsätzlicherer Ansatz gewählt werden. Die vom Gesetz ins Auge genommenen Rechtspositionen gehören *rechtssystematisch* (jedenfalls und vor allem) in *zwei Kategorien*. Erstens sind sie *Kreditsicherheiten*. Zweitens sind

⁶ Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 23. Januar 2008 („Mehr Sicherheit für Häuslebauer“).

⁷ Bundesratsdrucksache 152 / 2008.

⁸ Vgl. Langenbucher, NJW 2008, 3169; Habersack, NJW 2008, 3173.

⁹ Schmid/Voss, DNotZ 2008, 740, 743 f; Bachner, DNotZ 2008, 644, 646 f; Habersack, NJW 2008, 3173, 3176 [mit begr. Kritik]; Clemente, ZfIR 2008, 589, 594 f; Fest, ZfIR 2008, 657, 661 f; Koch, ZBB 2008, 232, 235 f; J.A. Dieckmann, NZM 2008, 865, 867 ff.

¹⁰ Die Norm korrigiert für Einreden aus dem Sicherungsvertrag die erwerberfreundliche Rechtsprechung des BGH (BGHZ 59, 1, 2) und die Auffassung der h.L. (Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Auflage, 1999, § 45 Rn 63 ff; Erman-Wenzel, 12. Auflage, 2008, § 1157 Rn 6). Dem Schuldner/Eigentümer drohte Doppelzahlung. Das Gesetz geht insoweit auf die eigentümerfreundliche Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 91, 218, 225) zurück. Für sonstige Einreden, insb. aus Bereicherungsrecht, gilt § 1191 Abs. 1 a BGB nicht (vgl. J.A. Dieckmann, NZM 2008, 865 (II 3. c) bb). Zu der Frage mit weiteren Nachweisen s.u. zu III. 4. dd).

¹¹ Vgl. Schmid/Voss, DNotZ 2008, 740, 743 f; Bachner, DNotZ 2008, 644, 647; Clemente, ZfIR 2008, 589, 595 f; Langenbucher, NJW 2008, 3169, 3172; Habersack, NJW 2008, 3173, 3176; J.A. Dieckmann, NZM 2008, 865 (II 2.).

³ Zum Begriff, der die funktionale Qualifizierung widerspiegelt, vgl. J.A. Dieckmann, RNotZ 2008, 599, 605.

⁴ BGHZ 99, 274; BGH NJW 2004, 59, 61; BGH NJW 2004, 62, 63; BGH WM 2004, 372, 376; BGHZ 114, 9, 13.

⁵ Vgl. den Fall OLG München WM 2008, 688.

sie *Vollstreckungstitel*, und zwar freiwillig gewährte. Das Gesetz stellt nun mit der Regelung in der ZPO allein auf die Zugehörigkeit zur zweiten Kategorie ab. Es behandelt die Fragen als – im weiteren Sinn – *vollstreckungsrechtliche*. Dies spiegelt sich wieder in der Stellung der Vorschrift im Achten Buch der ZPO. Diese systematische Verortung ist kritisch zu hinterfragen, ihre Berechtigung und ihre Folgen sind zu prüfen.

b) Überblick

Das Gesetz zielt auf die kautelarjuristisch ausgeprägten Kreditsicherheiten ab, die tägliche Praxis im Notariat sind. Nachdem diese in Inhalt und Struktur komplex sind, sollen sie vorab beschrieben werden (unten II). Sodann wird die bisherige Rechtslage zur Haftung bei unberechtigter Vollstreckung aus notariellen Urkunden skizziert und von dem Vergleichsfall bei vorläufig vollstreckbaren Urteilen abgegrenzt (unten III).

Im Anschluß wird der Regelungsgehalt des § 799 a ZPO erläutert, wobei besondere Rücksicht auf die Sicherungsgrundschuld genommen wird (unten IV). Eine Zusammenfassung der Ergebnisse schließt den Beitrag ab (unten V).

II. DIE (SICHERUNGS-) RECHTE, AUF DIE § 799 a ZPO ABSTELLT

1. Die Struktur der vollstreckbaren Sicherheiten

Wie sehen die Sicherungsrechte aus, auf deren Vorliegen § 799 a ZPO abstellt? Da es sich um kautelarjuristisch ausgeprägte Rechte handelt, bei denen eine umfassende gesetzliche Regelung fehlt, hilft der Blick in das Gesetz wenig. Der typische Inhalt einer modernen Grundpfandrechtssicherung für ein Darlehen soll vorab dargestellt werden.

a) Die vollstreckbare Sicherungsgrundschuld moderner Prägung

Die sog. Sicherungsgrundschuld ist ein in der Kreditsicherungspraxis weit verbreitetes komplexes Sicherungsmittel¹². Es wird meist nicht nur eine einfache Grundschuld im Grundbuch eingetragen. Zur Darlehenssicherung wird von der Bank im Sicherungsvertrag vielmehr oft ein „Bündel“ an Sicherungsrechten verlangt. Zum einen wurde bisher eine sogleich fällige Grundschuld bestellt. Nach neuer Rechtslage ist die Kündigungsfrist von sechs Monaten indes nicht mehr abänderbar (§ 1193 BGB n.F.). Die Fälligkeit tritt also erst nach Kündigung ein. Eines Kündigungsgrundes bedarf es dabei nicht¹³, insbesondere ist nicht der Eintritt des Sicherungsfalls abzuwarten.

Die Grundschuld ist hoch verzinslich mit Jahreszinsen von 15, 18 oder gar 20 %. Der Anspruch aus der Grundschuld auf Duldung der Zwangsvollstreckung nach § 1147, 1191 BGB wird für sofort vollstreckbar erklärt. „Sofort“ heißt in diesem Zusammenhang „ohne vorheriges gerichtliches Erkenntnisverfahren“. In aller Regel wird die Unterwerfung unter die so-

fortige Zwangsvollstreckung gemäß § 800 ZPO auch gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks für zulässig erklärt. Im Grundbuch wird dies vermerkt. Wechselt der Eigentümer des Grundstücks kann auch gegen ihn aus der notariellen Urkunde die Zwangsvollstreckung betrieben werden.

Der Darlehensnehmer gewährt dem Gläubiger darüber hinaus ein „Sicherungsschuldanerkenntnis“ nach §§ 780, 781 BGB¹⁴. Er übernimmt er „für einen Betrag, der der Grundschuld samt Nebenleistung und Zinsen entspricht“ die persönliche Haftung. Wegen der persönlichen Haftung unterwirft der Darlehensnehmer sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein sonstiges Vermögen. Der Darlehensanspruch selber wird (meist) nicht tituliert. Das Sicherungsschuldanerkenntnis ist sofort in voller Höhe fällig. Es ähnelt insoweit dem Drittsicherungsmittel der Bürgschaft auf erstes Anfordern strukturell, als es den Gläubiger zu sofortiger Durchsetzung des Gläubigeranspruchs befähigt¹⁵.

Durch diese Kombination hat der Gläubiger nicht nur sofortigen Zugriff auf den Grundbesitz, sondern auch auf weitere Vermögensgegenstände des Schuldners.

Da ein vollstreckbarer Titel vorliegt, sind auch die Rechtsbehelfe des Anfechtungsgesetzes eröffnet¹⁶. Nach § 2 AnfG ist jeder Gläubiger zur Anfechtung einer gläubigerbenachteiligenden Rechtshandlung des Schuldners berechtigt, der einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat und dessen Forderung fällig ist. Voraussetzung ist weiter, daß die Zwangsvollstreckung nicht zu seiner vollständigen Befriedigung führt.

Beide Rechte, Grundschuld und Schuldversprechen, sind in Entstehung, Fortbestand und Entwicklung unabhängig von der Darlehensforderung und ihrer Tilgung. Sie sind abstrakt¹⁷. Durch das stetige Ansteigen der Grundschuldhöhe wegen der Zinsen kommt es zu einer immer größer werdenden Divergenz zwischen Grundschuld und Darlehen. Während die Grundschuld wächst, sinkt das Darlehen infolge Tilgung ab.

In der Literatur wird nicht ohne Fug von dem „weitgehend perfekte[n] Sicherungsmittel“¹⁸ gesprochen.

Sowohl die Grundschuld als auch das Sicherungsschuldanerkenntnis dienen allein der Kreditsicherung. Die Grundschuld ist Realsicherheit. Das Anerkenntnis ist *atypisches Sicherungsrecht eigener Art*¹⁹. Es ist keine Personalsicherheit im technischem Sinn. Denn diese setzt Personenverschwiegenheit von Sicherungsgeber und Schuldner voraus (wie bei Bürge, Garant und Hauptschuldner). Und es ist keine Realsicherheit, denn bei ihr wird noch kein bestimmter Gegenstand für den Gläubiger „reserviert“.

Zu der Kombination abstrakter dinglicher und persönlicher Haftung wird von *Stürner* treffend bemerkt, sie schaffe faktisch ein neues Rechtsinstitut²⁰.

¹⁴ Zu Begriff und Funktion vgl. J.A. Dieckmann, RNotZ 2008, 599.

¹⁵ Vgl. zu dieser Bürgschaftsform nur Palandt-Sprau, 67. Auflage 2008, Rn 14 vor § 765 mN; Weth, AcP 189 (1989) 303; Lang WM 1999, 2329, 2332; J.A. Dieckmann, DZWIR 2003, 177; BGH NJW-RR 1990, 1265; BGH NJW 1998, 2280; BGH NJW 2002, 3627.

¹⁶ Vgl. nur den Fall BGHZ 99, 274.

¹⁷ BGHZ 167, 1, 6 ff; BGHZ 99, 274, 285; für Grundschuld RGZ 78, 60, 64, 66; RGZ 135, 272, 274; Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Auflage 1999, § 45 Rn 15 f; Staudinger-Wolfsteiner, 14. Auflage, 2002, Rn 141 vor §§ 1191; Reithmann WM 1985, 441, 442, 443; Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 8. Auflage 2008, Rn 300; für die Grundschuld Kretzschmar, ZBIF 1912, 1; Herbert Schneider JW 1938, 1630.

¹⁸ Magis, MittRhNotK 1979, 111, 112.

¹⁹ J.A. Dieckmann, RNotZ 2008, 599, 605; ähnlich Magis, MittRhNotK 1979, 111, 112.

²⁰ Stürner, FS Serick, 1992, 377, 381.

¹² Typische Formulare finden sich bei Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 8. Auflage 2008, S. 587 ff; Epp, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hg), Bankrechts-Handbuch, Band 2, 3. Auflage, 2007, § 94 Anhang; NK-BGB-Thomas Krause, 2. Auflage 2008, § 1191 Rn 155; Wolfsteiner, in: Kersten/Bühling (Hg), Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 22. Auflage 2008, § 72. Zur Struktur siehe auch Reithmann, NJW 1973, 879, 880. Für die Rechtspraxis sind die folgenden Fälle instruktiv und typisch: BGHZ 99, 274; BGHZ 152, 147, 148; BGHZ 114, 9, 10; BGH NJW 2000, 2675; BGH NJW 2004, 59; BGH NJW 2004, 62; BGH NJW 2004, 839; BGH NJW 2004, 841; BGHZ 168, 1.

¹³ Langenbucher, NJW 2008, 3169, 3172.

b) Die vollstreckbare Kredithypothek

Nur noch selten wird eine Hypothek zur Absicherung gewählt²¹. Bei der sog. vollstreckbaren Kredithypothek wird folgende Konstruktion verwendet²². Es wird ein unabhängiges Schuldanerkenntnis begründet, zu dessen Sicherung die Hypothek bestellt wird. Schuldanerkenntnis wie auch Duldungsanspruch aus §§ 1147, 1192 BGB werden tituliert. Hier dient das Sicherungsschuldanerkenntnis unmittelbar der Sicherung der Hauptforderung. Die Hypothek wiederum sichert unmittelbar das Schuldanerkenntnis, und nur *mittelbar* die Hauptforderung.

c) Die vollstreckbare Darlehenshypothek

Die Absicherung durch Bestellung einer vollstreckbaren Hypothek für eine gleichfalls vollstreckbare Darlehensforderung ist möglich²³. Sie wurde in der Vergangenheit auch zum Teil verwendet. In der Praxis der Kreditwirtschaft ist diese Variante der Sicherung fast völlig verschwunden. Sie hat sich als zu unflexibel erwiesen.

2. Sicherungsvertrag, Rückforderungsanspruch und Verzichtsanspruch nach §§ 1169, 1191 Abs. 1 BGB

Darlehen ohne Absicherung der Rückzahlung auszulegen, ist riskant. Abgesehen von öffentlichrechtlichen Pflichten, Darlehen nur gegen ausreichende Sicherheit zu gewähren, liegt es im Gläubigerinteresse, hinreichende Sicherheiten zu erhalten. Das Darlehensrecht des BGB kennt nun – anders als das Werkvertragsrecht²⁴ – *keinen* Anspruch auf Bestellung von Sicherheiten. So ist der Gläubiger gehalten, durch Vereinbarung mit dem Schuldner festzustellen, welche Sicherheiten der Schuldner stellen muß. Dies geschieht durch den *Sicherungsvertrag*²⁵. Der Typus Sicherungsvertrag ist im Gesetz nicht geregelt. Sein Abschluß ist formfrei möglich, überwiegend wird eine schriftliche Vereinbarung getroffen, meist unter Verwendung von AGB der Bank.

Festgelegt im Sicherungsvertrag werden die *Sicherungsgegenstände*, also die Forderungen der Bank, die abgesichert werden. Hier wird auch von „Deckungsbereich“ der Grundsuld gesprochen²⁶. Festgelegt werden außerdem die *Sicherungsmittel*, also das Haftungsobjekt, Höhe des Betrags, Art und Rang des Rechts sowie ggf. weitere Sicherungen (Bürgschaften, Abtretung von Rückgewähransprüchen

für vorrangige Grundpfandrechte u.a). Hier wird auch die Verpflichtung, gerade *vollstreckbare* Sicherheiten zu stellen, aufgenommen²⁷.

Zwischen den Beteiligten besteht ein Treuhandverhältnis oder „fiduziarisches Rechtsverhältnis“²⁸. Die bestellten Sicherheiten gewähren dem Gläubiger mehr rechtliches *Können* als er nach dem Vertrag ausüben *darf*. Die überschüssende Rechtsmacht wird ihm als Treuhänder gewährt. Dies ist insbesondere für die Grundsuld allgemein anerkannt²⁹, auch für das Sicherungsschuldanerkenntnis gilt nichts anderes³⁰.

Mit Bestimmung dieser Sicherungsmittel bildet der Sicherungsvertrag die schuldrechtliche Kausalvereinbarung. Die Bestellung der Sicherungsgrundsuld ist dann Erfüllung dieser Verpflichtung.

Die Beziehung von Sicherungsvertrag und Bestellungsgeschäft hat zwei Facetten: Wenn sich der Kreditnehmer weigert, seiner Verpflichtung zur Abgabe eines vollstreckbaren Sicherungsschuldanerkenntnisses nachzukommen, kann der Gläubiger diesen Anspruch – natürlich – im Klagewege durchsetzen³¹. Berufet sich der Schuldner auf Nichtigkeit einer Unterwerfungserklärung, (etwa) weil die einem Beauftragten erteilte Vollmacht unwirksam ist, kann ihm der Einwand der Treuwidrigkeit entgegengehalten werden, wenn er sicherungsvertraglich zu einer Unterwerfung verpflichtet ist³².

Werden im Gestellungsvertrag allerdings mehr Sicherheiten begründet als geschuldet, gilt folgendes: Was zuviel gestellt ist, hat der Gläubiger aus Leistungskondition (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB) herauszugeben³³. Alternativ kann man einen Anspruch auf Rückgewähr aus dem Sicherungsvertrag oder culpa in contrahendo (§ 311 Abs. 2 Nr. 1 BGB) erwägen. Nimmt der Gläubiger den Schuldner aus dem als *indebitum* gestellten Sicherungsrecht in Anspruch, kann ihm die Bereicherungseinrede des § 821 BGB entgegengehalten werden³⁴. Gleiche Grundsätze gelten auch bei anderen Sicherungsrechten³⁵.

Auch der Rückforderungsanspruch des Sicherungsgebers/Eigentümers beruht in der Regel auf dem Sicherungs-

²¹ Fall bei OLG Stuttgart, NJW 1979, 223. Auch in der rheinischen Notariatspraxis findet sich eine solche vollstreckbare Hypothek noch z.B. von der Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen, vgl. Kessler, ZIP 2007, 1297, 1298. Formular bei Wolfsteiner, in: Kersten/Bühling (Hg), Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 22. Auflage 2008, § 69 Rn 14 M.

²² Vgl. Reimann, WM 1985, 441; Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Auflage, 1999, § 40 Rn 46; Kessler, ZIP 2007, 1297, 1298. Grundlegend: Kockerols, DNotV 1901, 305 [auch abgedruckt bei Clemente, ZfIR 2004, 497, 498 Fn 2]; Kockerols, Rheinische Notarzeitschrift 1901, S. 161 ff. S. a. Goecke, Rheinische Notarzeitschrift 1901, 201 ff; Bourier, FS Oberneck, 1929, 87 ff. Zur Struktur vgl. J.A. Dieckmann, RNotZ 2008, 599 ff.

²³ Formular bei Wolfsteiner, in: Kersten/Bühling (Hg), Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 22. Auflage 2008, § 69 Rn 2 M, 7 M.

²⁴ §§ 648, 648 a BGB begründen Ansprüche auf Sicherheiten. Gleiches gilt für § 632 a Abs. 3, 4 BGB in der Fassung des FoSiG vom 23. Oktober 2008 (BGBl. I 2008, S. 2022). Die Bezeichnung als „Forderungssicherungsgesetz“ ist ersichtlich zu weit und irreführend.

²⁵ Vgl. hierzu Reithmann, NJW 1973, 879; Reithmann, WM 1985, 441; Reithmann, DNotZ 1982, 67, 71; Ritzinger, BWNotZ 1985, 1; RGZ 78, 60, 65; J. Hager, FS Wolfsteiner, 2007, 41; Hagemann, ZBIFG 1922, 361, 365, 368; Gamberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 8. Auflage 2008, Rn 561 ff.

²⁶ Reithmann WM 1985, 441, 445; Clemente, NJW 1983, 6, 7.

²⁷ Eine typische Formulierung hierzu findet sich etwa in BGH NJW 2004, 839, 840; BGH NJW 2004, 844, 845 f.

²⁸ RGZ 91, 218, 225; RG ZBIFG 10 (1910) 528, 530.

²⁹ Vgl. statt vieler Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Auflage, 1999, § 45 Rn 9; Clemente, ZfIR 2008, 589, 595, 598; Clemente, ZfIR 2007, 737, 741; Schmid/Voss, DNotZ 2008, 740, 742; MK-Eickmann, 4. Auflage, 2004, § 1191 Rn 12; Eickmann, FS H.P. Westermann, 2008, 175, 177, 180; Kessler, ZIP 2007, 2097; Kessler, NJW 2007, 3466, 3467; Ritzinger, BWNotZ 1985, 1; Herbert Schneider JW 1938, 1630; Bourier, FS Oberneck, 1929, 87, 92 f; Wolf, Sachenrecht, 23. Auflage 2007, Rn 950; RGZ 91, 218, 225; anders Schalast, BB 2008, 2190, 2194 Fn 39.

³⁰ Vgl. bereits Bourier, FS Oberneck, 1929, 87, 92 f.

³¹ BGH MittBayNot 2006, 317.

³² BGH NJW 2004, 839, 840; BGH NJW 2004, 844, 845 f. Hier lag jeweils Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz vor.

³³ Prütting/Wegen/Weinreich-Waldner, 3. Auflage 2008, § 1191 Rn 15; BGH NJW 1985, 800, 801; BGH DNotZ 1990, 581, 582.

³⁴ OLG Saarbrücken, DNotZ 2004, 712, 713; BGHZ 106, 19, 27.

³⁵ Vgl. BGHZ 154, 378: Der Hauptschuldner verpflichtet sich im Sicherungsvertrag zur Stellung einer selbstschuldnerischen Gewährleistungsbürgschaft. Der Gläubiger übermittelt dem Bürgen – einer Bank – jedoch ein Formular für eine – viel gefährlichere – Bürgschaft auf erstes Anfordern. Unter Verwendung dieses Formulars wird der Bürgschaftsvertrag geschlossen. Der Hauptschuldner verlangt nun Herausgabe der Bürgschaft auf erstes Anfordern. Der BGH sieht die Verpflichtung zur Zahlung auf erstes Anfordern im Verhältnis zum Schuldner als Sicherungsgeber als nicht geschuldet an und hält die Bürgschaft nur als selbstschuldnerische aufrecht. Voraussetzung ist, daß der Gläubiger dem Bürgen schriftlich zusichert, er werde von dem Anforderungsaspekt keinen Gebrauch machen (siehe auch BGH NJW 1999, 2361, 2363; BGH NJW 2002, 3170 = BGHZ 151, 236).

vertrag. Aus dem Vertrag folgt die Pflicht des Sicherungsnehmers, die Sicherheit nur bei Eintreten des Sicherungsfalls zu verwerten. Wie der Bürge dem Gläubiger entgegenhalten kann, der Bürgschaftsfall sei nicht eingetreten, wenn die Hauptforderung noch nicht fällig ist oder wenn der Hauptschuldner selbst zu zahlen bereit ist, kann der Eigentümer der Verwertung widersprechen. Steht fest, dass ein Teil der Grundschuld endgültig nicht mehr valutiert ist oder wird, hat der Eigentümer Anspruch auf Freigabe des nicht mehr benötigten Teils³⁶. Beim Verkauf einer gekündigten Darlehensforderung gilt für den Rückforderungsanspruch folgendes: Wegen der Kündigung steht fest, daß eine weitere Valutierung ausgeschlossen ist³⁷. Die Höhe der Restforderung ist also endgültig bestimmbar. Damit gibt es keinen Grund mehr, warum die Grundschuldhöhe die Forderungshöhe übersteigen sollte. Der Eigentümer hat daher Anspruch auf Freigabe des Grundschuldschulds, der die gesicherte Forderung übersteigt. Sie ist an den Eigentümer zurückzugewähren oder zur Löschung zu bringen. Das Sicherungsschuldnererkenntnis ist in gleicher Höhe durch Erlaßvertrag zu reduzieren. Richtiger Ansicht nach muß die Grundschuldhöhe, d.h. Nennbetrag, Nebenleistung und aufgelaufener Zins genau der Forderungshöhe entsprechen³⁸. Zum Teil wird ein Sicherheitszuschlag erwogen³⁹.

Auch wenn dieser Anspruch in den AGB meist nicht ausdrücklich aufgenommen ist, beruht er doch auf dem Vertrag. Ein Teil der Literatur⁴⁰ und die frühere Rechtsprechung⁴¹ geht im Einzelfall auch von einem Anspruch aus Bereicherungsrecht aus. Der Rückforderungsanspruch – gleich ob aus Vertrag oder Bereicherung – kann der Geltendmachung der Grundschuld einredeweise entgegengehalten werden kann. Daher entsteht zugleich der gesetzliche Verzichtsanspruch des Eigentümers aus §§ 1169, 1191 Abs. 1 BGB⁴². Danach kann der Eigentümer Verzicht auf die Grundschuld verlangen, wenn ihm eine Einrede zusteht, durch die die Geltendmachung der Grundschuld dauernd ausgeschlossen ist.

Dieser Norm liegt die Wertung zugrunde, dass der Gläubiger am Bestand der Hypothek/Grundschuld, deren Durchsetzung dauernd ausgeschlossen ist, kein berechtigtes Interesse mehr hat, während der Eigentümer durch ihren Fortbestand an der vollen Ausnutzung des Realkredits gehindert

ist⁴³. Wenn das Recht des Gläubigers auf Befriedigung aus dem Grundstück wegfällt, soll das Grundpfandrecht dem Eigentümer zukommen⁴⁴. Als Grundlage wird daher auch auf die Billigkeit verwiesen⁴⁵.

Die Rechtsprechung nimmt die AGB-Kontrolle des Sicherungsvertrags nur zurückhaltend vor. Dies gilt jedenfalls soweit die Sicherungsgegenstände berührt sind, also der Kreis der gesicherten Forderungen. Für den Sicherungsvertrag führt der BGH an, dieser habe keine gesetzliche Regelung erfahren. Daher fehle es an dispositivem Vergleichsrecht, es gelte Vertragsfreiheit im Rahmen der §§ 134, 138 BGB⁴⁶.

In der *Formfreiheit* des Kausalgeschäfts und der *Formbedürftigkeit* des Erfüllungsgeschäftes bei Vollstreckungsunterwerfung liegt ein gewisser Wertungswiderspruch⁴⁷. Wenn der Darlehensnehmer durch formfrei abgeschlossenen Sicherungsvertrag zur Bestellung einer vollstreckbaren Grundschuld verpflichtet ist, nutzt der Übereilungsschutz des notariellen Beurkundungsverfahrens nicht mehr viel. Demgegenüber ist z.B. bei Grundstückübertragungen das schuldrechtliche Kausalgeschäft formbedürftig, § 311 b Abs. 1 BGB, die erfüllende Auflassung nach Zivilrecht grundsätzlich formfrei, § 925 Abs. 1 BGB⁴⁸.

3. Erforderlichkeit der Sicherungsrechte für den Darlehensgeber

Die soeben dargelegte Form der Absicherung von Realkrediten ist weit verbreitet. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofes entspricht es jahrzehntelanger Praxis, dass sich der Grundschuldbesteller, der auch persönlich Kreditnehmer sei, bei Bankschulden regelmäßig der Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterwerfen müsse⁴⁹. In einer Leitentscheidung führt der BGH aus:

*„Für eigene Verbindlichkeiten haftet der Schuldner grundsätzlich mit seinem ganzen Vermögen. Von daher ist es nicht zu beanstanden, daß durch die Urkunden der Zugriff auf das gesamte Vermögen der Schuldner ermöglicht wird. Der mit der persönlichen Vollstreckungsunterwerfung verbundene Zweck, die Voraussetzung für einen raschen Gläubigerzugriff auf das Schuldnervermögen zu schaffen, wird überdies durch das Interesse der Klägerin gerechtfertigt, eine ausreichend sichere Vorsorge gegen das Risiko des Vermögensverfalls der Schuldner zu erreichen.“*⁵⁰

Daß der Darlehensgeber für seinen Rückzahlungsanspruch eine ausreichende und effektive Absicherung benötigt, ist selbstverständlich. Gerade bei langen Darlehenslaufzeiten ist der Sicherungsbedarf auch größer als bei den Austauschverträgen, die Zug-um-Zug abgewickelt werden. Ob der zum Zeitpunkt der Darlehensvergabe solvente Schuldner seine Raten auch noch in zwölf Jahren tilgen kann, ist unsicher.

³⁶ RGZ 78, 60, 67; RGZ 143, 113, 116; RGZ 148, 202, 204, 206; RGZ 159, 395; 397; Staudinger-Wolfsteiner, 14. Auflage, 2002, Rn 74 vor § 1191; Wolfsteiner, DNotZ 2003, 321, 328; Lettli, WM 2002, 788, 793 f; Fest, ZfIR 2008, 657, 660; Nobbe, FS Schimansky, 1999, 433, 449; Erman-Wenzel, 12. Auflage, 2008, § 1191 Rn 102 f; Gaberdiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 8. Auflage 2008, Rn 1283; Palandt-Bassenge, 67. Auflage 2008, § 1191 Rn 13, 19; Ripfel, DFG 1938, 185, 187.

³⁷ Clemente, ZfIR 2007, 737, 741.

³⁸ Vgl. Nobbe, FS Schimansky, 1999, 433, 449; Erman-Wenzel, 12. Auflage, 2008, § 1191 Rn 102 f.

³⁹ Manche legen mit BGHZ 137, 212 den Maßstab von 110 % Deckungssumme an (so Lettli, WM 2002, 788, 793; Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band III, 1970, S. 525), manche mit 115 % (MK-Eickmann, 4. Auflage, 2004, § 1191 Rn 50).

⁴⁰ HJ. Weber, AcP 169 (1969) 237, 242 ff; Zeiss, AcP 164 (1964) 50, 68 ff; Kretzschmar, ZBIFG 1913, S. 1, 3; Ripfel, DFG 1938, 185, 186, 187 (alternativ Vertrag und § 812 BGB); Max Rheinstein JW 1932, 1759; Biermann, Bankarchiv VII (1907/1908), 260, 263; Eccius, Gruchot 51 (1907) 162 und 164; Strohal, JhJb 59 (1911) 149, 185. Vgl. auch die (interessante) Argumentation von Gütthe, DJZ 1908, 929, 934, zu der von ihm befürworteten Anwendung des § 1163 Abs. 1 Satz 1 BGB auf die nicht valutierten Sicherungsgrundschulden: die Norm wirke als dinglicher Ersatz für einen Bereicherungsanspruch des Eigentümers, der sonst gewährt werden müsse.

⁴¹ RG Warneyer 1908, Nr. 454, S. 342, 344; RG Warneyer 1914, Nr. 292, S. 416 f; RGZ 78, 60, 67.

⁴² RGZ 91, 218, 225 f; Strohal, JhJb 59 (1911) 149, 183, 193.

⁴³ Staudinger-Wolfsteiner, 14. Auflage, 2002, § 1169 Rn 1; MK-Eickmann, 4. Auflage, 2004, § 1169 Rn 1.

⁴⁴ Strohal, JhJb 59 (1911) 149, 191, der zutreffend auf die Verwandtschaft zu § 1163 BGB hinweist. Bei letzterem erwirbt der Eigentümer nach Erlöschen der Forderung das Grundpfandrecht ipso iure, bei § 1169 BGB nach Verzicht des Gläubigers gemäß § 1168 BGB.

⁴⁵ MK-Eickmann, 4. Auflage, 2004, § 1169 Rn 1.

⁴⁶ BGHZ 100, 82, 84; BGHZ 114, 9, 14 f.

⁴⁷ Vgl. die Erörterung bei Reimann, DNotZ 1982, 67, 87 f.

⁴⁸ MK-Kanzleiter, 4. Auflage 2004, § 925 Rn 16; Fuchs-Wissemann, Rpfleger 1977, 9; J.A. Dieckmann, BWNotZ 2008, 134, 135; BGHZ 22, 312, 315 ff; RGZ 141, 406, 408; RGZ 99, 65, 67 (1920); a.A. noch RGZ 54, 195 (obiter).

⁴⁹ BGH NJW 2004, 158, 159; BGH NJW 2004, 839, 840.

⁵⁰ BGHZ 99, 274, 283 f.

Die Verstärkung der dinglichen Absicherung durch Vollstreckungsunterwerfung des Duldungsanspruchs nach §§ 1192 Abs. 1, 1147 BGB erleichtert dessen Geltendmachung erheblich. Mittelbar dient sie auch der Entlastung der Justiz⁵¹.

Ist die Grundschuld im Grundbuch eingetragen, streitet schon die Vermutung des § 891 BGB für den Gläubiger; die Berechtigung dürfte selten streitig sein. So wird vom OLG München in einer Entscheidung hervorgehoben, der Duldungsanspruch sei nach Eintragung des Grundpfandrechts im Grundbuch so eindeutig begründet, dass ein vernünftiger Zweifel an der Berechtigung nicht möglich sei⁵².

Sind die Erklärungen in notarieller Urkunde abgegeben, so streitet weiter die Beweiskraft der öffentlichen Urkunde gemäß § 415 ZPO für die Berechtigung des Anspruchs. So war und ist es nicht inkonsequent, wenn andere Rechtsordnungen notariellen Urkunden ohne weiteres den Charakter der Vollstreckbarkeit gewähren. Dies gilt insbesondere im Bereich des französischen Notariats⁵³. Im Bayerischen Recht waren früher Hypotheken kraft Gesetzes vollstreckbar⁵⁴.

Nicht ganz so eindeutig ist das Erfordernis eines *zweiten schuldrechtlichen* Anspruchs, den das Sicherungsschuldnererkenntnis gibt. Dies gilt unabhängig davon, ob es titulierte oder nicht. Denn *persönlich* haftet der Darlehensnehmer ohnehin. Die Vollstreckbarerklärung erleichtert auch hier die Durchsetzung der Ansprüche der Bank. Sie verhindert auch, dass etwaige Vermögensverschiebungen des Schuldners zu Lasten des haftenden Vermögens Bestand haben. Denn durch sie wird der Anwendungsbereich des Anfechtungsgesetzes eröffnet⁵⁵. Bei kleineren Ausständen wird der schonendere Zugriff auf sonstiges Vermögen ermöglicht, und damit die Notwendigkeit der Vollstreckung in das Grundstück ausgeschlossen.

Im übrigen ist die Titulierung durch Urkunde kostengünstiger als die durch Urteil⁵⁶. Der Gläubiger spart Zeit, der Schuldner Geld⁵⁷. Daß also *im Grundsatz* dem Darlehensgeber vollstreckbare Sicherheiten zur Verfügung gestellt werden, kann kaum beanstandet werden. Eine andere Frage ist allerdings, ob die Höhe der Sicherheiten angemessen ist. Jedenfalls beim Tilgungsdarlehen ist dies zweifelhaft. Hier sinkt durch Ratenzahlung die Forderung ab, während durch den laufenden Zins Grundschuld und Anerkenntnis stetig anwachsen⁵⁸. In der Literatur wird dies unter dem Stichwort der „planmäßigen Übersicherung“⁵⁹ durch Grundschuldzinsen erörtert. Die

Praxis der Banken täte gut daran, dieser Divergenz mehr Augenmerk zu schenken und zu großes Auseinanderdriften von vorneherein zu vermeiden. Nichts spricht etwa rechtlich oder gestalterisch dagegen, eine *unverzinsliche* Grundschuld zu wählen („Höchstbetragsgrundschuld“). Man kann auch einem Pfandrecht über Euro 200.000.- ein Sicherungserkenntnis von nur Euro 50.000.- zur Seite stellen. Die für beide Seiten (Darlehensgeber und –nehmer) vorteilhafte Abstraktheit der Grundschuld würde hierdurch in keiner Weise berührt. Flexible Nachvalutierung und Absicherung wechselnder Kontokorrentkredite wären weiter möglich.

Die Vollstreckbarkeit stellt den Gläubiger besser. Der Rechtsschutz des Eigentümers/Schuldners ist verlagert, aber *nicht verkürzt*. Die Vollstreckungsabwehrklage⁶⁰ gewährt den gleichen Rechtsschutz. Eine Präklusion findet nicht statt, § 707 Abs. 4 ZPO erklärt § 767 Abs. 2 ZPO für unanwendbar. Die Vielzahl der judizierten Fälle⁶¹ zeigt die Effektivität des Rechtsschutzes nach § 767 ZPO.

Ob beim Tilgungsdarlehen des Verbrauchers, der seine private Immobilie finanziert, diese Form der banküblichen Kreditsicherung in jedem Fall angemessen ist, wird allerdings angezweifelt⁶². Hier haben sich die Bedenken gemehrt – insbesondere im Hinblick auf das Recht der AGB. Die h.M.⁶³ teilt die Zweifel indes nicht. Gerade durch die Änderungen des Risikobegrenzungsgesetzes wird diese Auffassung gestärkt⁶⁴.

III. VERSCHULDENSUNABHÄNGIGER SCHADENSERSATZANSPRUCH BEI UNBERECHTIGTER ZWANGSVOLLSTRECKUNG?

Ging es bisher um Struktur und Inhalt der Kreditsicherheiten, wechseln wir nun in das Recht der Zwangsvollstreckung. § 799 a ZPO ist vor dem Hintergrund der allgemeinen Regeln über die Haftung für unberechtigte Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zu sehen.

1. Vollstreckung aus für vorläufig vollstreckbar erklärtem Urteil: Die Sonderregelung des § 717 Abs. 2 ZPO

Wenn der Kläger eines für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteils die Zwangsvollstreckung betreibt, haftet er dem Beklagten gemäß § 717 Abs. 2 ZPO auf Schadensersatz, falls das Urteil aufgehoben oder abgeändert wird. Eine ähnliche Haftung sieht § 945 ZPO bei ungerechtfertigtem Arrest und einstweiliger Verfügung vor. Dieser Schadensersatzanspruch ist verschuldensunabhängig und beruht auf der Wertung: das Schadensrisiko unberechtigter Vollstreckung bei dem ersichtlich nur *vorläufigen* Urteil soll der Kläger tragen, wenn sich das Risiko realisiert und das Urteil nachträglich korrigiert

⁵¹ Münch, Vollstreckbare Urkunde und prozessualer Anspruch, Diss. Konstanz, 1989, S. 4; Geimer, DNotZ 1975, 461, 483 f.

⁵² OLG München 1968, 556, 557 zu Eintragung einer Sicherungshypothek auf Grund Vollstreckungsbescheids nach §§ 866 ff ZPO. Von Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band III, 1970, S. 514 f, wird angenommen, der Gläubiger sei bei Fälligkeit gar verpflichtet, dem Schuldner zur Abgabe eines freiwilligen Vollstreckungstitels aufzufordern. Denn die Kostenfolge sei niedriger als bei gerichtlicher Durchsetzung. Aus dem Treuhändercharakter sei der Gläubiger verpflichtet, die Verwertung so kostengünstig wie möglich zu betreiben.

⁵³ Frischen, RNotZ 2003, 1, 3; (vgl. allgemein zum französischen Einfluß auf das Notariat in Deutschland Kleensang, RNotZ 2003, 8 ff). Nach Kohler, AcP 72 (1888) 1, 5 werde die „executorische Function“ als ein natürlicher Ausfluß der authentischen Qualität der Notariatsurkunden betrachtet.

⁵⁴ Vgl. Kaisenberg/Dennler, Kommentar zum Bayerischen Notariatsgesetz, 1907, S. 147.

⁵⁵ Vgl. nur den Fall BGHZ 99, 274.

⁵⁶ Kumpel, WM 1978, 746, 747 f; Freitag/Riemenschneider, WM 2004, 2470, 2471, 2474; Rainer, WM 1988, 1657, 1661.

⁵⁷ Stein-Jonas-Münzberg, 22. Auflage, 2002, § 794 Rn 105; Geimer, DNotZ 1975, 461, 483 f in Fn 57.

⁵⁸ Vgl. das Beispiel bei J.A. Dieckmann, NZM 2008, 865 (II. 4.).

⁵⁹ Clemente/Lenk, ZfIR 2002, 337; kritisch auch Staudinger-Wolfsteiner, 13. Auflage, 1996, § 1191 Rn 56.

⁶⁰ MK-ZPO-Karsten Schmidt, 3. Auflage 2007, § 767 Rn 34; MK-ZPO Wolfsteiner, 3. Auflage 2007, § 797 Rn 24; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage 2006, Rn 31.01 ff; BGH NJW 2004, 839; BGH NJW 2004, 841; BGHZ 168, 1.

⁶¹ Vgl. nur BGH NJW 2000, 2675; BGH NJW 2004, 59; BGH NJW 2004, 62; BGH NJW 2004, 839; BGH NJW 2004, 841; BGHZ 168, 1.

⁶² Clemente, ZfIR 2004, 497, 506 ff; Schimansky, WM 2008, 1049 ff [hiergegen dezidiert Freitag, WM 2008, 1813 ff]; Stürner, JZ 1977, 431, 432; JZ 1977, 639; Stürner, ZJP 93 (1980) 233, 235 f; Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Auflage, 1999, § 45 Rn 13 ff; Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Auflage, 2006, Rn 16.19.

⁶³ Pfeifer, MittRhNotK 1998, 333, 338; Roemer, MittRhNotK 1991, 97, 99; Rastätter, DNotZ 1987, 459, 461; Reithmann WM 1985, 441, 443; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage 2006, Rn 6.15 ff, 6.28 mN in Fn 47 und 48; v. Rintelen, RNotZ 2001, 2, 23 ff.

⁶⁴ Schmid/Voss, DNotZ 2008, 740, 754; Habersack, NJW 2008, 3173, 3176; Bachner, DNotZ 2008, 644, 649 ff (differenzierend, insb. 652).

wird⁶⁵. Als entscheidend hebt die Rechtsprechung hervor, dass der Gläubiger aus einem *nur vorläufigen* Titel vollstreckt⁶⁶.

Darüber hinaus wird als Zweck des § 717 Abs. 2 ZPO betont: der Vollstreckungsschuldner soll *sofortigen* Ersatz seines Schadens erhalten⁶⁷, wenn der Titel aufgehoben ist. Daher kann der Kläger den Anspruch im gleichen Verfahren durch Inzidentantrag geltend machen, § 717 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 ZPO, und die Ersetzung beschleunigen. Nach § 717 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 ZPO wird dabei die Rechtshängigkeit auf den Zeitpunkt der Leistung zurückverlegt⁶⁸. Dies bedeutet, daß die in §§ 291, 292 BGB angeordneten zivilrechtlichen Folgen der Klagerhebung mit Zinsbeginn und Haftungsverschärfung als früher eingetreten gelten. Dies ist für den Vollstreckungsschuldner vorteilhaft.

Man spricht im Zusammenhang mit § 717 Abs. 2 ZPO von Risikohaftung⁶⁹ oder Gefährdungshaftung⁷⁰. Baur sieht einen privatrechtlichen Aufopferungsanspruch des Schuldners⁷¹, der die Vollstreckung dulden muß.

Daneben kommt mit engen Voraussetzungen ein Anspruch aus § 826 BGB⁷² in Frage. Allein aus dem Prozeßrechtsverhältnis läßt sich nach h.L. keine Pflichtverletzung begründen, die schon bei Fahrlässigkeit Haftung entstehen ließe⁷³. § 717 Abs. 2 ZPO trägt auch dem Umstand Rechnung, daß eine Vertragsbeziehung zwischen den Prozessbeteiligten nicht notwendiger Weise vorliegt.

Einerseits ist nun § 717 Abs. 2 ZPO Sondernorm⁷⁴. Andererseits liegt ihr die oben skizzierte *allgemeine* Rechtfertigung zugrunde. Er wird daher auf sonstige *vorläufige* Titel entsprechend angewendet⁷⁵. Es liegt also eine analogiefähige Sondervorschrift vor.

Dass bei unberechtigter Vollstreckung aus vorläufigen gerichtlichen Urteilen eine Schadensersatzpflicht nicht „in Stein gemeißelt“ ist, zeigt allerdings ein Blick in die Entwicklungsgeschichte der Gesetzesvorschriften. Die RCPO von 1879 kannte mit § 655 Abs. 2 ZPO nur einen prozessualen *Erstattungsanspruch*, der den Charakter eines *Bereicherungsanspruchs* besaß⁷⁶. Und auch dieser Erstattungsanspruch war

noch im Entwurf der RCPO nicht vorgesehen gewesen. Er wurde erst im Lauf der Beratungen eingeführt⁷⁷. Nach § 655 Abs. 2 ZPO mußte - wie heute nach § 717 Abs. 3 ZPO bei Urteilen der Oberlandesgerichte - vom Kläger nur das Erlangte herausgegeben werden. Schadensersatz verhiessen nur die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln. Die Praxis in den Partikularrechten war dabei unterschiedlich⁷⁸. Der in § 717 Abs. 2 ZPO niedergelegte Schadensersatzanspruch, der den Erstattungsanspruch erweiterte⁷⁹, wurde erst durch Novelle im Jahr 1898 (mit Wirkung ab 1900) eingeführt⁸⁰.

2. Vollstreckung aus freiwilligen Unterwerfungserklärungen im allgemeinen

Anders ist die Rechtslage, wenn der Titel nicht einem gerichtlichen Erkenntnisverfahren entstammt, sondern vom Vollstreckungsschuldner freiwillig begeben worden ist. Dies gilt bei Prozessvergleichen ebenso wie bei vollstreckbaren Urkunden. Man kann diese als „Parteidispositionsakte“⁸¹ oder „unstreitig erwirkte Titel“⁸² bezeichnen. So gibt es bei der Zwangsvollstreckung auf Grund einer notariellen Urkunde⁸³ keine dem § 717 Abs. 2 ZPO entsprechende Regelung. Stattdessen Rechtshilfe gegen die Inanspruchnahme ist die Vollstreckungsabwehrklage⁸⁴. Wenn nun die Zwangsvollstreckung für unzulässig erklärt wird, haftet der Gläubiger nicht in jedem Fall und nicht unabhängig von einem Verschulden auf Schadensersatz. Nur bei ausländischen Urkunde ist § 717 Abs. 2 ZPO gemäß § 28 AVAG entsprechend anwendbar⁸⁵.

Eine § 717 Abs. 2 ZPO entsprechende vertragliche Vereinbarung kann natürlich vereinbart werden⁸⁶. Fehlt sie, lehnt die überwiegende Auffassung in Rechtsprechung⁸⁷ und

⁶⁵ BGHZ 136, 199, 205; ähnlich BGHZ 54, 76, 80, 81; BGHZ 62, 7, 9; BGHZ 39, 77, 79; BGHZ 83, 190, 196.

⁶⁶ BGHZ 136, 199, 204; BGHZ 165, 96, 103.

⁶⁷ BGHZ 136, 199, 204 f; BGHZ 165, 96, 103, 105; BGHZ 169, 308, 312.

⁶⁸ Stein-Jonas/Münzberg, 22. Auflage, 2002, § 717 Rn 42; MK-ZPO-Krüger, 3. Auflage 2007, § 717 Rn 24.

⁶⁹ BGHZ 136, 199, 202; BGHZ 165, 96, 103; BGHZ 169, 308, 314; Stein-Jonas/Münzberg, 22. Auflage, 2002, § 717 Rn 9; Musielak-Lackmann, 6. Auflage 2008, § 717 Rn 4; MK-ZPO-Krüger, 3. Auflage 2007, § 717 Rn 2.

⁷⁰ BGH NJW 1994, 2755, 2756; BGHZ 165, 96, 103 „auf eigene Gefahr“; BGHZ 169, 308, 315; Pecher, Die Schadensersatzansprüche aus ungerechtfertigter Vollstreckung, 1967, S. 35; Musielak-Lackmann, 6. Auflage 2008, § 717 Rn 1, 4; MK-ZPO-Krüger, 3. Auflage 2007, § 717 Rn 11.

⁷¹ Fritz Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, 1967, S. 114, 119, 130; Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Auflage, 2006, Rn 15.45. Ähnlich zum preussischen Recht Eccius, in: Förster/Eccius, Preußisches Privatrecht, 6. Auflage 1892, § 90, S. 547 ff. Hiergegen Wolff, Gruchot 38 (1898) 115, 117 f.

⁷² BGH NJW 2005, 2994; BGH NJW 2006, 154; Palandt-Sprau, 67. Auflage 2008, § 826 Rn 52; Staudinger-Oechsler, 2003, § 826 Rn 472 ff.

⁷³ Vgl. Gaul, ZJP 1997, 20 ff.

⁷⁴ Vgl. RGZ 131, 185, 187 ff.

⁷⁵ BGHZ 165, 96, 103; Stein-Jonas/Münzberg, 22. Auflage, 2002, § 717 Rn 60 ff; MK-ZPO-Krüger, 3. Auflage 2007, § 717 Rn 11.

⁷⁶ RGZ 11, 414, 416; RGZ 21, 404, 405; RGZ 27, 41, 44; RGZ 34, 354, 355; RGZ 91, 195, 199; RGZ 139, 17, 20; Marcus, Gruchot 35 (1891) 231 f; Gaupp, ZPO, 5. Auflage 1902, § 717 Anm. II, kritisch zu dieser Begrenzung Wach, Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung, 1879, S. 227 f. Auch dieser Anspruch konnte mit Inzidentantrag geltend gemacht werden.

⁷⁷ Vgl. Entwurf CPO § 607, der § 655 Abs. 1 RCPO entsprach, Hahn, Die gesamten Materialien zur Civilprozessordnung, Erste Abtheilung, 2. Auflage 1881, S. 77 und 803 (§ 607 a CPO). Vgl. RGZ 25, 421, 423; RGZ 91, 195, 198 ff.

⁷⁸ Nach gemeinem Recht bestand ein Anspruch nur bei Verschulden, vgl. RGZ 11, 414, 416 f, 419 (anders obiter RGZ 8, 15, 18 ff). Die Rechtsprechung im Geltungsbereich der Allgemeinen Preussischen Gerichtsordnung und des ALR setzte ebenfalls Verschulden voraus, vgl. Preußisches Obertribunal 19, 11 (1850) und 31, 9 (1856); ROHG 21, 70, 71 (1876). Kritisch hierzu Eccius, in: Förster/Eccius, Preußisches Privatrecht, § 90.

⁷⁹ Anders als beim dinglichen Arrest, der nur Glaubhaftmachung des Anspruchs voraussetzt und der im summarischen Verfahren ergeht, ist eine Schadensersatzpflicht *de lege ferenda* nicht zwingend. Mit gutem Grund könnte (und konnte) man den Anspruch auf die Bereicherungsabschöpfung beschränken, wenn ein Gericht den Anspruch zuerkannte. Es ist jedenfalls nicht zwingend, das Schadensrisiko dem Gläubiger zuzuschieben. Warum soll dieser den Schaden ersetzen, könnte man argumentieren, wenn er sich auf die Meinung des Gerichts als staatlich institutionalisierten Streitentscheiders verlassen hat. Daß der Vollstreckungsgläubiger aus der - ex post betrachtet - voreiligen Vollstreckung keinen Vorteil auf Kosten des Schuldners erlangen soll, ist leichter zu begründen.

⁸⁰ RGZ 91, 195, 198, 201. *De lege ferenda* wurde von Wolff, Gruchot 38 (1898) 302, 315 ff, eine weitere Fassung vorgeschlagen, die sämtliche Vollstreckungstitel umfasste. Systematisch befürwortete er die Aufnahme in das BGB, da es um eine zivilrechtliche, keine prozessrechtliche Frage gehe (Wolff, aaO, S. 317). Einige Rechtsstreite über die Analogiefähigkeit von § 717 Abs. 2 ZPO/§ 655 Abs. 2 RCPO (1879) hätte man sich erspart, wäre Wolff gefolgt worden.

⁸¹ Wach, Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung, 1879, S. 219 f.

⁸² Münzberg, JZ 1998, 378.

⁸³ Gleiches galt früher bei gerichtlichen Urkunden.

⁸⁴ §§ 767, 797 Abs. 4 ZPO, MK-ZPO-Karsten Schmidt, 3. Auflage 2007, § 767 Rn 34; MK-ZPO- Wolfsteiner, 3. Auflage 2007, § 797 Rn 23 ff; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage 2006, Rn 31.01 ff.

⁸⁵ MK-ZPO- Wolfsteiner, 3. Auflage 2007, § 797 Rn 35.

⁸⁶ v. Rintelen, RNotZ 2001, 2, 21; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage 2006, Rn 31.94.

⁸⁷ BGH NJW 1994, 2755, 2756; BGH WM 1977, 656, 657; OLG Düsseldorf, NJW 1972, 2311 f.

Literatur⁸⁸ auch zutreffend eine analoge Anwendung von § 717 Abs. 2 ZPO auf notarielle Urkunden nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ab. Es fehlt an der vergleichbaren Interessenlage. Die freiwillige Gewährung des Titels, die das Risiko seines Fehlgebrauchs mit vorbereitet, ist nicht vergleichbar. Bei Fällen des § 717 Abs. 2 ZPO entsteht der Titel unweigerlich *gegen den erklärten Willen* des Schuldners. Dieser macht mit seinem Antrag auf Klagabweisung deutlich, daß er die Berechtigung des Klaganspruchs verneint. Auch an der *Vorläufigkeit* des Titels, die ein wesentlicher Grund für die strenge Haftung nach § 717 Abs. 2 ZPO ist, fehlt es bei der notariellen Urkunde. Diese ist ganz im Gegenteil auf *endgültige Regelung* des Rechtsverhältnisses abgestellt.

Nach Einführung von § 799 a ZPO, der nur in einigen benannten Fällen eine verschuldensunabhängige Haftung vorsieht, ist einer Analogie zu § 717 Abs. 2 ZPO endgültig der Boden entzogen.

Es wäre nun aber unrichtig, im Fehlen einer Parallelnorm zu § 717 Abs. 2 ZPO eine große Lücke sehen zu wollen. Zum einen haftet der Vollstreckungsgläubiger auf Erstattung des Erlangten aus Bereicherungsrecht. Zum anderen und vor allem bleiben Schadensersatzansprüche aus der Sonderverbindung zum Schuldner natürlich unberührt. Und diese sind bei unberechtigter Vollstreckung naheliegend. So hält der BGH im Urteil vom 24.06.1994 (V ZR 19/1993) fest:

„Auch die Rechtsprechung des BGH hält im Ansatz auf der Grundlage einer positiven Forderungsverletzung denjenigen für schadensersatzpflichtig, der bei bestehenden vertraglichen Rechtsbeziehungen einen nicht gegebenen Anspruch vollstreckt.“⁸⁹

Auch in der Literatur wird auf die häufig, wenn nicht gar im Regelfall vorliegende Schadensersatzpflicht aus Vertragsverletzung hingewiesen⁹⁰. Judizierte Fälle sind zwar selten, seltener jedenfalls als bei unberechtigter Zwangsvollstreckung aus gerichtlichen Vollstreckungsbescheiden⁹¹. Dennoch besteht die Vertragshaftung im Regelfall.

3. Die gesetzgeberische Differenzierung zwischen gerichtlichem Urteil und freiwillig gewährtem Vollstreckungstitel

Diese gesetzgeberische Unterscheidung zwischen Urteilen und notariellen Urkunden mag auf den ersten Blick ein wenig überraschen. Denn immerhin liegt bei dem Sachverhalt des § 717 Abs. 2 ZPO ein gerichtlich überprüfter, wenn auch noch vorläufiger Vollstreckungstitel vor. Die Unterscheidung rechtfertigt sich wie folgt. Wer *freiwillig* einem ausgesuchten Gläubiger einen Vollstreckungstitel gewährt, soll bei unrichtiger Ausnutzung des Titels jedenfalls keinen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch erhalten. Das Risiko hat der Vollstreckungsschuldner selbst mit gesetzt. Ein gestei-

gertes Schutzbedürfnis für eine Haftung ohne Verschulden des Gläubigers fehlt daher.

Von manchen Stimmen in der Literatur wird dies allerdings in Frage gestellt. Das Urteil sei mit höherer Richtigkeitsgewähr als die notarielle Urkunde ausgestattet⁹². Ein verwandtes Argument zur Kritik an der Richtigkeitsgewähr wird von Stürner vertreten. Nach dieser Auffassung stellt die Durchführung eines gerichtlichen Erkenntnisverfahrens zur Titelerteilung vor der Zwangsvollstreckung gesetzliches Leitbild i.S.v. § 9 AGBG (jetzt § 307 BGB) dar⁹³.

Die Frage nach der Richtigkeitsgewähr soll hier nicht extensiv erörtert werden⁹⁴. Nur so viel: Das notarielle Beurkundungsverfahren sorgt ebenfalls für hohe Richtigkeitsgewähr⁹⁵. Und anders als bei einem im kontradiktorischen Streit ergangenen Erkenntnis liegt hier die *übereinstimmende Zustimmung* beider Seiten (Gläubiger und Schuldner) zur Entstehung des Titels vor. Bestätigung der Richtigkeitsgewähr der notariellen Urkunde findet sich in § 418 ZPO. Die Rechtsordnung erkennt die besondere Richtigkeitsgewähr der notariellen Urkunde an, indem sie ihr hohe Beweiswirkung zumisst. Bereits Kohler hat darauf hingewiesen, daß die notarielle Vertragsurkunde hinreichende Gewähr für Entstehung und Gültigkeit der Forderung biete⁹⁶. Es spräche kein plausibler Grund dafür, dem Gläubiger eines in Notariatsurkunde vereinbarten Anspruchs die Hilfe der Vollstreckung zu versagen⁹⁷.

Bei gerichtlichen Urteilen und Beschlüssen könnte man demgegenüber einen im Rechtsmittelsystem aktualisierten immanenten Zweifel an der Richtigkeit feststellen. Die Rechtsordnung sieht in aller Regel eine gerichtliche Überprüfung von Urteilen vor. Dies könnte man mit gesetzgeberischer Skepsis an der Richtigkeitsgewähr von gerichtlichen Erkenntnissen zu erklären suchen⁹⁸.

Vielleicht jedoch vergleicht man hier Äpfel mit Birnen.

Im Urteil, das im streitigen Verfahren nach Erörterung der Tatsachen und Rechtsfragen ergeht, erweist sich das Gewaltmonopol des Staates, der die Selbsthilfe verbietet, für die Regelung eines Lebenssachverhaltes. Demgegenüber geht es bei der notariellen Urkunde typischer Weise (aber nicht immer) um eine anfängliche einvernehmliche Regelung eines Lebenssachverhaltes.

Die Urkunde ist durch vertragliche Willensübereinstimmung nach rechtlicher Beratung geprägt. Im Vertragsrecht gilt der allgemeine Grundsatz, daß Schadensersatzhaftung nur bei Verschulden greift (§ 276 BGB). Auf die Frage nach der Richtigkeitsgewähr ist zurückzukommen⁹⁹.

Der allgemeine Grundsatz ist, daß die Vollstreckung aus einem von der Rechtsordnung vorgesehenen und institutionalisierten Titel keine verschuldensunabhängige Haftung be-

⁸⁸ Stein-Jonas/Münzberg, 22. Auflage, 2002, § 717 Rn 68, § 795 Rn 105; Muielak-Lackmann, 6. Auflage 2008, § 717 Rn 7, § 795 Rn 35; MK-ZPO-Krüger, 3. Auflage 2007, § 717 Rn 12; MK-ZPO- Wolfsteiner, 3. Auflage 2007, § 797 Rn 35; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage 2006, Rn 31.94 mN; Clemente, ZfIR 2008, 589, 597. A.A. de lege lata Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Auflage, 2006, Rn 15.48 Fn 103; de lege ferenda Geimer, DNotZ 1975, 461, 483.

⁸⁹ BGH NJW 1994, 2755, 2756 mN (Hervorhebungen im Original).

⁹⁰ Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage 2006, Rn 31.96 ff; Gaul, ZZP 110 (1997) 3, 13.

⁹¹ Vgl. Nachweise bei Palandt-Sprau, 67. Auflage 2008, § 826 Rn 55; Staudinger-Oechsler, 2003, § 826 Rn 519 ff.

⁹² Fritz Baur, FS Demelius, 1973, 315, 317.

⁹³ Stürner, JZ 1977, 431, 432; Stürner, JZ 1977, 639; Stürner, BWNNotZ 1979, 76 f. Diese Auffassung wird in der Rechtsprechung abgelehnt, vgl. BGHZ 99, 275.

⁹⁴ Vgl. kritisch Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage 2006, Rn 6.1 ff, Rn 4.25 ff.

⁹⁵ Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage 2006, Rn 4.14 ff.

⁹⁶ Kohler, AcP 72 (1888) 1, 4.

⁹⁷ Kohler, AcP 72 (1888) 1, 3.

⁹⁸ Der Verfasser – als badischer Amtsnotar selbst Nachlaßrichter – übersieht nicht, daß das Bestehen eines funktionierenden Rechtsmittelsystems wichtiger Bestandteil eines rechtsstaatlichen Verfahrens ist. Die Kontrollfunktion erhöht ohne Zweifel die Richtigkeit der gerichtlichen Erkenntnisse in vielerlei Weise.

⁹⁹ S.u. zu IV. 1. b).

gründet. Nur in Ausnahmefällen ist dies anders. So insbesondere bei einem ersichtlich nur vorläufigen gerichtlichen Titel, der noch der Überprüfung durch eine weitere Instanz unterliegt.

4. Vollstreckung aus freiwilligen Unterwerfungserklärungen im besonderen – die unzulässige Verwertung von vollstreckbaren Kreditsicherheiten

a) Vollstreckung durch Erstgläubiger

Die allgemeine *vollstreckungsrechtliche* Regel gilt auch im Bereich der hier ausschließlich interessierenden vollstreckbaren Kreditsicherheiten: Es gibt bei unberechtigter Zwangsvollstreckung keine verschuldensunabhängige Schadensersatzhaftung. Hierdurch entsteht jedoch keine bedenkliche Schutzlücke für den Schuldner. Denn in aller Regel wird ihm ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung des Sicherungsvertrags zustehen. Dies folgt aus einer allgemeinen *kreditsicherungsrechtlichen Regel*. Bei den von § 799 a ZPO in den Blick genommenen vollstreckbaren Ansprüchen ist die Besonderheit, dass sie (fast) allesamt *Kreditsicherheiten* darstellen. Die abschließend aufgezählten Rechte sind Pfandrechte am Grundbesitz (Grundsuld, Hypothek), das Sicherungsschuldnererkenntnis ist *atypisches Sicherungsrecht eigener Art*¹⁰⁰. Einzig der in Satz 2 der Vorschrift aufgenommene Anspruch stellt eine Hauptforderung dar. Diesen Sicherungsrechten ist sozusagen „von Natur aus“ zu eigen, dass sie primär nicht auf Erfüllung angelegt sind, sondern auf Sicherung einer Hauptforderung. Verwertet werden dürfen sie nur, wenn die Hauptforderung fällig ist und nicht erfüllt wird. Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um ein akzessorisches oder abstraktes Sicherungsrecht handelt. Bei den akzessorischen Sicherheiten ist der Sicherungszweck quasi „eingebaut“, er ist ihnen immanent¹⁰¹. Bei den abstrakten Sicherheiten beruht er auf dem Vertrag. Die Frage, wann das nachrangige Recht geltend gemacht werden darf, ist im Sicherungsvertrag geregelt.

Es ist ein *allgemeiner Grundsatz* des Rechts der Kreditsicherung, daß der Sicherungsnehmer die Sicherheit nur verwerten darf, wenn der Sicherungsfall eingetreten ist¹⁰². Verletzt er diese Pflicht schuldhaft, haftet er dem Sicherungsgeber aus Vertrag auf Schadensersatz. Veräußert bei Sicherungsübergang der Sicherungsnehmer zu Unrecht das Sicherungsgut, obgleich die Forderung noch nicht fällig ist, so haftet er auf Schadensersatz¹⁰³. Zieht der Zessionar eine zur Sicherheit abgetretene Forderung ein, obgleich der Sicherungsfall nicht eingetreten ist, haftet er genauso. Gleiches gilt beim Pfandrecht, wie sich auch aus § 1243 Abs. 2 BGB ergibt. Nichts anderes gilt (natürlich) bei den Sicherheiten nach § 799 a ZPO.

Macht der Inhaber der Sicherungsgrundsuld als Vollstreckungsgläubiger von der ihm zur Sicherheit für eine Forderung gegebenen Rechtsposition Gebrauch, obgleich der Sicherungsfall nicht besteht, verletzt er den Sicherungsvertrag. Fälle, in denen bei unrichtiger Vollstreckung ein Verschulden fehlt, dürften sehr selten sein, wenn sie denn überhaupt vor-

kommen. Unterliegt der Sicherungsnehmer einem rechtlichen Irrtum – sei es über das Vorliegen des Sicherungsfalles oder über den Umfang der gesicherten Forderung – so wird Fahrlässigkeit selten verneint werden können. Besteht ein (teilweiser) Rückforderungsanspruch des Eigentümers, so haftet der Gläubiger auch wegen Verletzung seiner Verpflichtung zum Verzicht auf die Grundsuld nach § 1169 BGB.

Die Erörterung zeigt: systematisch richtig verortet wäre der Regelungsgehalt des § 799 a ZPO in einem Titel über Kreditsicherungsrechte im BGB. Funktional geht es vornehmlich um die Haftung bei Fehlgebrauch von Kreditsicherheiten.

b) Vollstreckung durch Zweitgläubiger/Zessionar nach Abtretung – insbesondere der Fall des Forderungsverkaufes

aa) Allgemeines

Das Fehlen eines verschuldensunabhängigen Anspruchs gilt auch nach Abtretung des Anspruchs an einen Zessionar. Dieser Fall liegt insbesondere vor, wenn ein (ggf. notleidend gewordener) Darlehensanspruch von der Bank verkauft und abgetreten wird und die bestehenden Sicherungsrechte mit auf den Käufer übertragen werden. In Vollzug des Kaufvertrages erwirbt der Käufer die Darlehensforderung durch Abtretung. Akzessorische Sicherheiten (Hypothek, Bürgschaft) gehen kraft Gesetzes mit über (§§ 401, 1153 BGB u.a.). Abstrakte Sicherungsrechte werden rechtsgeschäftlich übertragen.

Wie ist nun die Rechtslage im konkreten Fall des „Darlehensverkaufs“? Man muss danach unterscheiden, ob der Erwerber in den Sicherungsvertrag eingetreten ist oder nicht.

bb) Hauptforderung, Sicherungsschuldnererkenntnis, Hypothek und Sicherungshypothek

Mit der Abtretung wechselt der Gläubiger, der dem Schuldner/Eigentümer gegenübersteht. Der Gläubigerwechsel führt allerdings (natürlich) nicht zur Schutzlosigkeit des Schuldners. Vielmehr bestehen eine Reihe von Regelungen zu dessen Schutz. Für die schuldrechtliche Seite gelten die §§ 404 ff BGB. Aus der Hauptforderung kann der Abtretungsempfänger den Schuldner nur in der Höhe in Anspruch nehmen, in der sie noch besteht. Auch für das Sicherungsschuldnererkenntnis gilt § 404 BGB¹⁰⁴. Einreden gegen die Darlehensforderung können ihm entgegengehalten werden. Es darf auch vom Käufer nur in Höhe der Hauptforderung geltend gemacht werden.

Den gleichen Schutz gewährt wegen ihrer strengen Akzessorietät die Sicherungshypothek. Bei ihr scheidet auch ein gutgläubiger Erwerb eines Teils der Hypothek aus¹⁰⁵, der durch Tilgung der Hauptforderung schon zur Eigentümergrundsuld geworden ist (§ 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB). Hierin unterscheidet sich die einfache Hypothek, die oben als „Darlehenshypothek“ bezeichnet wurde¹⁰⁶. Bei ihr ist ein gutgläubiger Erwerb möglich, §§ 1138, 892 BGB. Da bei der „Kredithypothek“ direkt das abstrakte Schuldnererkenntnis gesichert wird und nur mittelbar die Hauptforderung¹⁰⁷, gilt allerdings auch hier § 404 BGB. Bei der Kredithypothek ist der Eigentümer also besser geschützt als bei der Darlehenshypothek.

¹⁰⁰ J.A. Dieckmann, RNotZ 2008, 599, 605.

¹⁰¹ Vgl. Habersack, JZ 1997, 857, 862 f.

¹⁰² Vgl. Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 7. Auflage, 2007, Rn 67, 1162; Habersack, Examens-Repetitorium Sachenrecht, 5. Auflage 2007, Rn 213 (zu Sicherungsübergang), Rn 393 (zu Sicherungsgrundsuld); Wolf, Sachenrecht, 23. Auflage, 2007, Rn 955.

¹⁰³ Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, 5. Auflage, 2006, Rn 703; Wolf, Sachenrecht, 23. Auflage, 2007, Rn 779.

¹⁰⁴ Freitag, WM 2008, 1813, 1814; Reithmann, NJW 1973, 879, 881; Reithmann WM 1985, 441, 443. Zweifel wohl bei Buchholz, AcP 187 (1987) 107, 133 f.

¹⁰⁵ Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Auflage, 1999, § 42 Rn 15.

¹⁰⁶ S.o. II 1. c).

¹⁰⁷ S.o. II 1. b) mN.

Im Regelfall wird der Eigentümer vor unberechtigter Inanspruchnahme geschützt. Erlangt der Zessionar mehr als ihm nach der Hauptforderung zusteht, ist er zur Erstattung verpflichtet. Denn ein Rechtsgrund für den überzahlten Teil besteht nicht.

Schadensersatz ist jedenfalls dann geschuldet, wenn der Käufer in den Sicherungsvertrag eintritt und eine Verletzung des Vertrags vorliegt. Ob ein Schadensersatzanspruch aus § 280 BGB auch ohne diesen Eintritt gewährt wird, ist hingegen weniger klar. Man mag dies in die Fallgruppe der Geltendmachung unbegründeter Ansprüche einordnen¹⁰⁸. Der Anspruch ist zu bejahen, wenn man die infolge Abtretung entstehende Sonderverbindung zwischen Abtretungsempfänger und Schuldner mit der „bestehenden vertraglichen Rechtsbeziehungen“ im Sinn der BGH-Rechtsprechung¹⁰⁹ gleichsetzt.

Eine sichere Anspruchsgrundlage liegt hierin nicht.

Klar ist aber auch: Erwirbt der Gläubiger die Hypothek gutgläubig und verwertet er sie, kann er den Erlös behalten. Der Gutgläubensschutz geht dem Eigentümerschutz vor. An der Möglichkeit des gutgläubig einredefreien Hypothekenerwerbs hat das Risikobegrenzungsrecht nichts geändert. Die Vorschrift von § 1192 Abs. 1 a BGB neu ist – inkonsequent¹¹⁰ – nicht auf die Hypothek ausgedehnt.

In dem vom Gesetzgeber vorausgesetzten Fall des Forderungsverkaufs an Investoren scheidet ein gutgläubiger Erwerb allerdings in der Regel aus. Denn der Käufer hat genaue Kenntnis von Forderungsstand und Sicherungszweck¹¹¹.

cc) Sicherungsgrundschuld I: Haftung bei Eintritt des Käufers in den Sicherungsvertrag

Am wichtigsten ist der Fall der Sicherungsgrundschuld. Tritt der Käufer der Forderung in den Sicherungsvertrag zwischen Sicherungsgeber und –nehmer ein, haftet er bei fehlerhafter Verwertung dem Eigentümer/Sicherungsgeber gegenüber wie der Verkäufer. Das BGB kennt den „Vertragseintritt“ als eigenständiges Rechtsinstitut nicht. Dogmatisch ist der Vertragseintritt als kumulativer Schuldbeitritt zu qualifizieren¹¹². Es liegt insbesondere keine *befreiende* Schuldübernahme für die Verpflichtungen aus dem Treuhandverhältnis vor. Denn der Schuldner stimmt dieser nicht zu, was erforderlich wäre. Der Eintretende verspricht in einem Vertrag zugunsten des Eigentümers, die selben Restriktionen bei der Verwertung und Behandlung des sicherungsweise überlassenen Gutes zu beachten wie der Treuhänder¹¹³.

Ein solcher Vertragseintritt wird von dem vorsichtigem Darlehensverkäufer in den Vertrag aufgenommen werden¹¹⁴. Denn er selbst haftet als Treuhänder gegenüber dem Eigentümer weiter. Der Käufer ist Erfüllungsgehilfe im Sinne von § 278 BGB bzgl. der Sorgfaltspflichten aus dem Treuhandverhältnis.

¹⁰⁸ Vgl. Palandt-Heinrichs, 67. Auflage, 2008, § 280 Rn 27; BGH NJW 2007, 1458, 1459.

¹⁰⁹ BGH NJW 1994, 2755, 2756 mN, oben Text zu FN 89.

¹¹⁰ Zu Recht kritisch Habersack, NJW 2008, 3173, 3176.

¹¹¹ Domke/Sperlich, BB 2008, 342, 344 f; Schubäus, Kreditwesen 2008, 71, 74; Eickmann, FS H.P. Westermann, 2008, 175, 180.

¹¹² Vgl. die Erörterung RGZ 91, 218, 225 am Ende; sowie RG ZBIFG 10 (1910) 528, 531.

¹¹³ So auch im Ergebnis Reifner, BKR 2008, 142, 147; Deubner, JuS 2008, 586 ff.

¹¹⁴ Reifner, BKR 2008, 142, 147; Deubner, JuS 2008, 586, 587; Schubäus, Kreditwesen 2008, 71, 74.

Außerdem macht sich der Treuhänder schadensersatzpflichtig, wenn er Treugut auf einen Dritten überträgt, ohne diesem die durch den Sicherungsvertrag auferlegten Bedingungen weiterzugeben¹¹⁵. Liegen die Voraussetzungen des § 1169 BGB wie im Regelfall vor, haftet der Treuhänder auch wegen dessen Verletzung. Durch die Abtretung der Grundschuld macht er sich den Verzicht unmöglich. Diese Haftung folgt aus §§ 280, 283, 1169, 249 ff BGB.

Will der Eigentümer Schadensersatz gegen den Erwerber geltend machen, ist er für das Vorliegen des Vertragseintritts beweisbelastet. Die Details des Vertragseintritts kennt er meist nicht. Denn der Kaufvertrag über die Forderung wird ihm nicht vorgelegt werden.

dd) Sicherungsgrundschuld II: Haftung bei fehlendem Eintritt des Käufers in den Sicherungsvertrag

Was gilt beim „Darlehensverkauf“, wenn der Käufer nicht in den Sicherungsvertrag mit seinen Pflichten eingetreten ist? Dieser Fall ist aus Sichtweise des Schuldnerschutzes besonders interessant. Denn hier binden die Verpflichtungen des Darlehensgebers und Sicherungsnehmers den Käufer nicht – jedenfalls nicht unmittelbar. Für die Grundschuld gelten andere Regeln als für die Hauptforderung. Zunächst zur alten Rechtslage – nämlich den §§ 1192 Abs. 1, 1157 BGB¹¹⁶. Die Wirkung der ebenfalls durch das Risikobegrenzungsrecht neu eingeführten Vorschrift von § 1192 Abs. 1a BGB wird sogleich gesondert erläutert (zu ff).

Nach §§ 1192 Abs. 1, 1157 BGB a.F. kann der Eigentümer eine Einrede, die ihm auf Grund eines zwischen ihm und dem bisherigen Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses gegen die Grundschuld zusteht, auch dem neuen Gläubiger entgegenhalten. Einreden können aus dem Sicherungsvertrag¹¹⁷, aus Bereicherungsrecht¹¹⁸ oder aus Deliktsrecht¹¹⁹ stammen. Der Schutz des Eigentümers ist allerdings durch die Möglichkeit (bzw. die Gefahr) des gutgläubig einredefreien Erwerbs der Grundschuld geschwächt.

Der gutgläubige Erwerber einer Grundschuld wird ihr Inhaber, ohne sich die Einreden des Eigentümers entgegenhalten lassen zu müssen. Der Maßstab für den guten Glauben liegt dabei nicht hoch. Denn um den guten Glauben des Erwerbers zu zerstören, muß dieser nach Rechtsprechung des BGH¹²⁰ und nach der h.L.¹²¹ kumulativ Kenntnis vom Sicherungscharakter und Kenntnis der einredebegründenden Tat-

¹¹⁵ BGH NJW 1997, 461, 463 (unter III. 1 b) am Ende); Fest, ZfR 2008, 657, 659 f; vgl. auch Habersack, NJW 2008, 3173, 3175.

¹¹⁶ Weil § 1157 BGB eine Forderung nicht voraussetzt, gilt er auch für die Grundschuld, vgl. RGZ 91, 218, 224 f; RGZ 137, 357, 363; Staudinger-Wolfssteiner, 14. Auflage, 2002, § 1157 Rn 16; Erman-Wenzel, 12. Auflage, 2008, § 1157 Rn 9; Ramdohr, Gruchot 44 (1900) 324, (375) 377; U. Huber, FS Serick, 1992, 195, 203 ff; U. Huber, Die Sicherungsgrundschuld, 1965, S. 136; anders Buchholz, AcP 187 (1987) 107 ff.

¹¹⁷ BGHZ 66, 165, 172 f (Unterscheidung im Einzelfall); BGHZ 108, 237, 242 f = BGH DNotZ 1990, 581; BGHZ 103, 72, 81 f (obiter); BGH NJW 1986, 2108, 2111.

¹¹⁸ BGHZ 85, 388, 391; BGHZ 108, 237; Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Auflage, 1999, § 45 Rn 66; Soergel-Konzen, 13. Auflage, 2001, § 1157 Rn 2.

¹¹⁹ Soergel-Konzen, 13. Auflage, 2001, § 1157 Rn 2; RG Gruchot 60 (1916) 504, 508.

¹²⁰ BGHZ 59, 1 ff; BGHZ 85, 388; BGHZ 66, 165, 172 f (Unterscheidung im Einzelfall); BGHZ 108, 237, 242 f = BGH DNotZ 1990, 581; BGHZ 103, 72, 81 f (obiter); BGH NJW 1986, 2108, 2111.

¹²¹ Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Auflage, 1999, § 45 Rn 63 ff; Reinike/Tiedtke, Kreditsicherung, 5. Auflage, 2006, Rn 1214 ff; U. Huber, FS Serick, 1992, 195 ff; Medicus, Bürgerliches Recht, 21. Auflage 2007, Rn 506; Rastätter, BWNNotZ 1990, 57, 58; Baden JuS 1977, 75; Erman-Wenzel, 12. Auflage, 2008, § 1157 Rn 6; U. Huber, Die Sicherungsgrundschuld, 1965, S. 136; Ripfel, BWNNotZ 1961, 193, 195; Rahn, BWNNotZ 1959, 265, 271.

sache haben. Die Einrede muß schon im Zeitpunkt der Abtretung voll entstanden sein, spätere Verwirklichung ihres Tatbestandes nützt dem Eigentümer nichts¹²². Die auch vom Reichsgericht¹²³ vertretene Gegenmeinung will den guten Glauben schon bei Kenntnis allein des Charakters der Grundschuld als Sicherungsgrundschuld verneinen¹²⁴.

Bei dem vom Gesetzgeber als problematisch eingeschätzten Forderungsverkauf scheidet nun auch nach alter Rechtslage ein gutgläubig einredefreier Erwerb der Sicherungsgrundschuld in aller Regel aus¹²⁵. Der „Finanzinvestor“, der in großem Umfang Kreditportfolios von Banken aufkauft, prüft Höhe und Verität der Forderungen ebenso genau wie den Bestand und Inhalt der für sie gewährten Kreditsicherheiten. Im Kaufvertrag werden die Sicherheiten genau aufgeführt. Es werden für sie Abtretungsbewilligungen entworfen und für den Grundbuchvollzug beglaubigt.

Der Darlehensnehmer kann dem Neugläubiger also die Einrede der (teilweisen) Rückgewährpflicht entgegenhalten, soweit die Grundschuld nicht mehr valutiert ist. Spätestens mit der Kündigung des Darlehens ist klar, dass eine weitere Valutierung nicht mehr erfolgt¹²⁶. Der Altgläubiger muß soviel von dem Pfandrecht freigeben, daß die Summe von Grundschuldbetrag, Zinsen und Nebenleistung dem Darlehensrestbetrag entspricht¹²⁷. Er ist nicht berechtigt, mehr an den Käufer abzutreten¹²⁸. Sonst verletzt er die Treuhandabrede. Diese Einrede steht dem Eigentümer auch gegen den Erwerber der Grundschuld zu.

Soweit die Einrede besteht, ist durch sie die Geltendmachung der Grundschuld dauernd ausgeschlossen. Somit steht dem Eigentümer als Folge auch der Verzichtanspruch aus §§ 1169, 1191 Abs. 1 BGB zu.

Kennt der Neugläubiger die Verpflichtung des Sichernehmers, die Grundschuld (teilweise) zurückzuübertragen und insoweit nicht abzutreten, als sie die Forderung nennbetragsmäßig übersteigt, und erwirbt er die Grundschuld dennoch, haftet der Erwerber nach einer Meinung auf Schadensersatz¹²⁹. Auch dies gibt dem Eigentümer eine originäre Einrede, die den Folgeanspruch aus § 1169 BGB begründet. Verwertet der nicht gutgläubige Abtretungsempfänger die Grundschuldssicherheit, obgleich ihr eine Einrede entgegensteht, verletzt er die Verpflichtung aus § 1169 BGB und haftet auf Schadensersatz.

Nur wenn der Gutglaubensschutz für den Grundschuldner eingreift, liegt der Fall anders. Kann dem dinglichen Anspruch aus §§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB keine Einrede ent-

gegengehalten werden, so realisiert sich das allgemeine Risiko der abstrakten Grundschuldssicherheit. Der Eigentümer kann die Verwertung der Grundschuld in voller Höhe nicht verhindern und er kann vom Inhaber der Grundschuld nicht Erlösauskehr verlangen, wenn die Grundschuld den offenen Darlehensbetrag übersteigt. Er muß sich an den Darlehensgeber als seinen Vertragspartner halten und seinen Schadensersatz dort suchen.

ee) Zwischenergebnis zur Rechtslage nach §§ 1157, 1191 BGB (a.F.)

Zu den dinglichen Sicherheiten zuerst: Bei Eintritt in den Sicherungsvertrag haftet der Darlehenskäufer ebenso wie der ursprüngliche Darlehensgeber. Erwirbt der Gläubiger mehr Rechte aus der Grundschuld als er zur Darlehenssicherung benötigt, kann ihm der Anspruch aus §§ 1169, 1191 Abs. 1 BGB einredeweise entgegengehalten werden. Die Verletzung des Verzichtanspruchs begründet einen Schadensersatzanspruch. Durch den Gläubigerwechsel wird der Eigentümer im Ergebnis im Regelfall *rechtlich* nicht schlechter gestellt. Nur wenn der Erwerber nicht in den Sicherungsvertrag eintritt und wenn er zusätzlich gutgläubig hinsichtlich von Einreden ist, droht dem Schuldner/Eigentümer ein Schaden, den ihm der Abtretungsempfänger nicht ersetzen muß. Allerdings trägt der Eigentümer die Beweislast für den Eintritt in den Sicherungsvertrag bzw. für das Fehlen des guten Glaubens des Erwerbers.

Zu den persönlichen Rechten: Tritt der Forderungserwerber nicht in den Sicherungsvertrag ein und macht er aus Hauptforderung oder Nebenrecht mehr geltend als ihm nach der Darlehenshöhe zusteht, kann die Inanspruchnahme nach § 404 BGB abgewehrt werden. Versäumt der Schuldner die rechtzeitige Verteidigung und zahlt er zuviel, kann man einen Schadensersatzanspruch bejahen. Zwingend ist dies indes nicht.

ff) Neue Rechtslage nach § 1192 Abs. 1 a BGB

Die den Eigentümer belastende Rechtslage des gutgläubig einredefreien Erwerbs der Sicherungsgrundschuld wird durch § 1192 Abs. 1 a BGB erheblich verbessert. Unabhängig von einem Eintritt in den Sicherungsvertrag kann der Eigentümer dem Erwerber einer Sicherungsgrundschuld nun alle *sicherungsvertraglichen* Einreden entgegenhalten. Dies gilt (wohl) sogar für nach Abtretung entstehende Einreden. Kenntnis von Sicherungscharakter oder Einrede ist nicht erforderlich. Ein gutgläubiger einredefreier Erwerb ist dann insoweit ausgeschlossen. Damit entsteht der (teilweise) Verzichtanspruch des Eigentümers aus § 1169 BGB noch häufiger als zuvor. Dessen schuldhaftige Verletzung verpflichtet den Gläubiger zu Schadensersatz. Nach neuem Recht ist das Bedürfnis für einen verschuldensunabhängigen Anspruch daher noch geringer als nach altem.

Nur wenn die Einrede nicht aus dem Sicherungsvertrag entsteht, ist gutgläubig einredefreier Erwerb der Grundschuld noch möglich. Dies gilt insbesondere bei Gegenrechten aus § 821 BGB. Daß dies angesichts der Vielzahl der judizierten Fälle¹³⁰, in denen der Rückforderungsanspruch aus Bereiche-

¹²² BGHZ 85, 388, 390; BGH ZIP 1986, 1454, 1455; Staudinger-Wolfsteiner, 14. Auflage, 2002, § 1157 Rn 24; Erman-Wenzel, 12. Auflage, 2008, § 1157 Rn 1; Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Auflage, 1999, § 45 Rn 65; U. Huber, Die Sicherungsgrundschuld, 1965, S. 143 ff; anders RGZ 91, 218 ff.

¹²³ RGZ 91, 218, 225; JW 1928, 2782, 2784; RG Warneyer 1908, Nr. 454, S. 342, 344; RG Warneyer 1914, Nr. 292, S. 416 f.

¹²⁴ Vgl. Lopau, JuS 1972, 502; Lopau NJW 1972, 2253, insb. 2355 ff; Friedrich NJW 1968, 1655 ff; Wilhelm JZ 1980, 625, 628 ff; Wilhelm, NJW 1983, 2917, 2919; Wilhelm, Sachenrecht, 3. Auflage 2007, Rn 1769 ff; MK-Eickmann, 4. Auflage, 2004, § 1191 Rn 93.

¹²⁵ Reifner, BKR 2008, 142, 147; Deubner, JuS 2008, 586 ff; Freitag, WM 2008, 1813, 1814; Schubäus, Kreditwesen 2008, 71 ff; Domke/Sperlich, BB 2008, 342, 345 f; Koch, ZBB 2008, 232, 236; Zweifel bei Fest, ZfIR 2008, 657, 659.

¹²⁶ Clemente, ZfIR 2007, 737, 741.

¹²⁷ Vgl. oben unter II. 2. und Nobbe, FS Schimansky, 1999, 433, 449.

¹²⁸ Gabeldiel/Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 8. Auflage 2008, Rn 1283; Ripfel, DFG 1938, 185, 187 f; Ripfel, BWNotZ 1961, 193, 202 f.

¹²⁹ Josef, AcP 109 (1912) 187, 199, 201.

¹³⁰ BGHZ 19, 205 f; BGHZ 85, 388, 391 f; BGHZ 108, 237, 242 ff = BGH DNotZ 1990, 581, 582 f; BGHZ 167, 151, 154 (obiter); BGH NJW 1985, 800, 801; BGH NJW 1986, 53, 54; BGH WM 1962, 183, 184; BGH JZ 1957, 623; RG Warneyer 1908, Nr. 454, S. 342, 344; RG Warneyer 1914, Nr. 292, S. 416 f; RGZ 78, 60, 67. So auch die Annahme des Berufungsgerichts (OLG Karlsruhe), berichtet in BGHZ 66, 165, 169.

rung stammt, vom Gesetzgeber nicht geregelt wurde, ist nicht nachvollziehbar. Hier droht dem Eigentümer weiterhin Schaden, den er vom Käufer des Darlehens nicht ersetzt verlangen kann.

c) Zusammenfassung zur Haftung bei unzulässiger Verwertung von vollstreckbaren Kreditsicherheiten

Eine verschuldensunabhängige Schadensersatzpflicht gibt das Gesetz bei unberechtigter Vollstreckung zwar nicht. Vollstreckt der Erstgläubiger aber zu Unrecht, haftet er grundsätzlich wegen Verletzung des Sicherungsvertrags und ggf. wegen Verletzung der Pflicht aus §§ 1169, 1191 Abs. 1 BGB. Beides setzt Verschulden voraus. Ein Zweitgläubiger haftet gleichermaßen, wenn er in den Sicherungsvertrag eintritt. Hierfür ist der Eigentümer beweispflichtig. Fehlt es an einem Vertragseintritt, haftet der Neugläubiger bei übermäßiger Vollstreckung aus dem Sicherungsschuldanerkenntnis jedenfalls aus Bereicherungsrecht, nach vertretbarer Auffassung auch aus § 280 BGB wegen Nebenpflichtverletzung. Bei Vollstreckung aus der Grundsuld kommt eine Verletzung des §§ 1169, 1191 Abs. 1 BGB in Betracht. Nur bei gutgläubigem einrededreiem Erwerb dinglicher Sicherheiten hat der Eigentümer keinen Anspruch. Nach der Neuregelung von § 1192 Abs. 1 a BGB kommt dies bei der Sicherungsgrundschuld nur noch für nichtsicherungsvertragliche Einreden in Betracht. Diese sind nicht der Regelfall, aber sie sind auch nicht selten.

IV. DER KERNINHALT DER REGELUNG DES § 799 a ZPO

Der Schadensersatzanspruch nach § 799 a ZPO setzt nicht allgemein bei jeder „unrichtigen“ Vollstreckung aus einem in notarieller Urkunde enthaltenen Titel an. Vielmehr ist der Anwendungsbereich in mehrerlei Hinsicht enger. Dies gilt im Hinblick auf den vollstreckbaren Anspruch wie auch in personaler Hinsicht. § 799 a ZPO ist wie auch § 717 Abs. 2 ZPO echte Sondervorschrift. Im Gesetzgebungsverfahren war noch eine allgemeine Erweiterung des § 717 Abs. 2 ZPO für die Titel des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO vorgeschlagen worden¹³¹. Diese ist nicht Gesetz geworden.

1. Der vollstreckbare Anspruch

a) Vollstreckungsgrundlage: Urkunde nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO

Die Norm greift nicht bei Ansprüchen jeder Art, sondern nur bei den einzeln aufgezählten Rechten und auch nur bei Titeln nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. In § 799 a Satz 1 ZPO sind nur die dinglichen Rechte Hypothek und Grundschuld benannt¹³². In § 799 a Satz 2 ZPO werden die schuldrechtlichen Ansprüche aus einem Sicherungsschuldanerkenntnis und

aus einer Grundpfandrechlich gesicherten Hauptforderung gleichgestellt¹³³.

Vollstreckbarer Anspruch kann demnach der dingliche Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus §§ 1113, 1147, 1192 Abs. 1 BGB, der Zahlungsanspruch aus §§ 780, 781 BGB oder – selten – der Darlehensanspruch aus § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB sein.

Nach dem Wortlaut unanwendbar ist die Vorschrift, wenn eine isolierte Unterwerfungserklärung für eine schuldrechtliche Forderung erfolgt, bei der eine Grundpfandrechtl. Sicherung nicht gegeben ist. Dies fügt sich in den systematischen Zusammenhang. Auch § 799 ZPO und § 800 ZPO sind Regeln für die Vollstreckung von Grundpfandrechten.

Der Anspruch kommt also nur in Betracht, wenn ein Grundpfandrecht vorliegt.

b) Keine Anwendung bei Urteil und gerichtlichem Vergleich als Vollstreckungsgrundlage

Nicht umfaßt von § 799 a ZPO ist der Fall, daß die Kreditsicherheiten erst im gerichtlichen Verfahren tituliert werden. Der Sicherungsvertrag legt bei manchen Kreditinstituten fest, dass zunächst nur eine einfache Grundschuld und ein einfaches Schuldanerkenntnis zu bestellen sind. Eine Titulierung erfolgt dann zunächst nicht. Droht der Eintritt des Sicherungsfalles, kann (und muß) der Gläubiger die Rechte im Prozessweg durchsetzen. Sonst kann er die Sicherheiten nicht realisieren. Der Titel kann durch Urteil (§ 704 ZPO) oder durch den Parteidispositionsakt Prozeßvergleich (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) zustandekommen¹³⁴.

Für die Begründetheit der Klage ist weder für den dinglichen Anspruch aus §§ 1147, 1192 Abs. 1 BGB noch für den schuldrechtlichen Anspruch aus §§ 780, 781 BGB der Eintritt des Sicherungsfalles erforderlich. Denn beide Ansprüche bestehen und sind fällig¹³⁵. Deutlich wird dies im vorerwähnten Fall BGH MittBayNot 2006, 317:

Der Darlehensnehmer ist aus Sicherungsvertrag verpflichtet, eine vollstreckbare Grundschuld und ein vollstreckbares Schuldanerkenntnis zu stellen. Durch „Übernahme“ des bestehenden Grundpfandrechts im Rahmen des Kaufvertrags erfüllt er die erste Pflicht. Ein vollstreckbares Anerkenntnis abzugeben, weigert er sich. Darauf klagt der Darlehensgeber auf Abgabe eines solchen und obsiegt. Der Darlehensanspruch stand dabei überhaupt nicht zur Debatte, seine Fälligkeit war in keiner Weise behauptet oder vorgetragen. Es ging der Klägerin einzig um Erlangung der weiteren Kreditsicherheit aus §§ 780, 781 BGB, 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO.

Ob der Titel auf freiwilliger Unterwerfung oder auf Grund gerichtlichen Erkenntnisverfahrens entstanden ist, macht für seine Durchsetzbarkeit (natürlich) keinen Unterschied. Ebenso wenig macht es einen Unterschied für die Gefahr unbezogener Inanspruchnahme. Diese ist nicht höher, wenn die Sicherheit im Verfahren der *freiwilligen* Gerichtsbarkeit in notarieller Urkunde tituliert ist als wenn die Titulierung im Verfahren der *streitigen* Gerichtsbarkeit durch Urteil oder Vergleich erfolgt. Tritt etwa der obsiegende Kläger aus dem Rechtstreit BGH MittBayNot 2006, 317 die titulierte Forde-

¹³¹ Bundestagsdrucksache 16 / 9821, S. 33. Ebenso Derleder/Knops, Bremer Entwurf eines Gesetzes zum Schutz von Immobiliarkreditnehmern (Immobilienkreditnehmerschutzgesetz), VuR 2008, 241, 244.

¹³² Die Schiffshypothek nach Schiffsregistergesetz ist nicht aufgenommen, ebensowenig die Rentenschuld. Eine Aufnahme in die Verweisung des § 800 a ZPO fehlt ebenso.

¹³³ Mißverständlich G. Vollkommer, ZIP 2008, 2060, 2061, der nur Forderungen umfaßt sieht, die durch Grundpfandrecht gesichert sind. Das Sicherungsschuldanerkenntnis ist selbst Sicherungsrecht (vgl. nur BGHZ 98, 259; BGHZ 99, 275, 279; Roemer, MittRhNotK 1991, 69, 97; Pfeifer, MittRhNotK 1998, 333, 334, 338; J.A. Dieckmann, RNotZ 2008, 599 ff). Von der Sicherungsgrundschuld wird es nicht gesichert. Anders liegt es bei der vollstreckbaren Kredithypothek. Hier ist das Schuldanerkenntnis zum einen gesicherte Forderung im Sinne von § 1113 Abs. 1 BGB, und zum anderen atypisches Sicherungsrecht für die eigentliche Hauptforderung.

¹³⁴ Gleichstehend sind Titel aus der Eintragung in der Insolvenztafel nach § 201 Abs. 2 InsO, nach Verfahrensaufhebung; wegen des Zahlungsanspruchs aus §§ 780, 781 BGB kommt auch Vollstreckungsbescheid in Betracht. Diese in der Praxis selteneren Fälle bleiben hier unberücksichtigt.

¹³⁵ Nach bisheriger allgemeiner Praxis waren Grundschulden (gleich ob vollstreckbar oder nicht) sofort fällig. Nach § 1193 BGB n.F. ist nun die Kündigungsfrist von sechs Monaten zwingend.

rung aus dem Sicherungsschuldnerkenntnis ab, steht der beklagte Schuldner keinen Deut besser als wenn er sogleich seiner Verpflichtung zur Abgabe einer vollstreckbaren Urkunde nachgekommen wäre. Daß der topos von der allegierten geringeren Richtigkeitsgewähr notarieller Urkunde zur Frage nach dem Risiko des Sicherungsgebers jedenfalls in dem hiesigen Zusammenhang nichts beiträgt, wird deutlich. Der Anspruch auf Bestellung einer vollstreckbaren Sicherungsschuldnerkenntnisses und einer ebensolchen Grundschuld wird im *privatschriftlichen* Sicherungsvertrag begründet. Ob die Erfüllung dieses Anspruchs in notarieller Urkunde einvernehmlich oder im streitigen Verfahren uneinvernehmlich erfolgt ist gleichgültig. Die notarielle Urkunde ist nicht anfälliger für eine unrichtige Feststellung und Zuerkennung des Anspruchs als das Urteil.

Rechtstatsächlich und statistisch gibt es natürlich viel mehr in notarieller Urkunde erlangte Vollstreckungstitel als solche aus streitigem Verfahren. Ein Gesetz sollte indes nicht nur für den statistischen Regelfall eine sachgerechte Lösung parat halten. Auch für den *statistischen* Ausnahmefall, der unter *normativen* Wertungskriterien gleiche Behandlung verdient, hat es eine Regelung zu treffen.

Im Gesetzgebungsverfahren wurde das Problem - soweit ersichtlich - nicht erörtert. Nachdem die Differenzierung sachlich nicht gerechtfertigt ist, wird sich die Frage nach der Analogie früher oder später stellen. Angesichts des klaren Wortlauts und des Charakters der Vorschrift als *Sondernorm* wird man bei einer entsprechenden Anwendung wohl Zurückhaltung der Rechtsprechung zu erwarten haben.

2. Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung und Fehlen des Inzidentantrags

a) „...soweit die Vollstreckung aus der Urkunde für unzulässig erklärt wird...“

Weiteres Tatbestandsmerkmal für die Schadensersatzpflicht ist, daß die Vollstreckung aus der Urkunde für unzulässig erklärt wird. Der Eigentümer muß also Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO erheben und mit ihr Erfolg haben. Begründet ist die Klage, wenn der titulierte Anspruch nicht besteht oder wenn seine Geltendmachung durch eine Einrede gehemmt ist¹³⁶. Die häufigsten Einreden sind die des Nichteintritts des Sicherungsfalls und die Einrede aus § 1169 BGB auf Verzicht für einen Grundschuldteil. Die Vorschrift gilt auch für Verfahren nach §§ 768, 732 ZPO¹³⁷. Zweifelhaft ist nun, ob der Anspruch nur entsteht, wenn eine solche Klage wirklich geführt wurde. Nach dem Wortlaut ist dies der Fall¹³⁸. Auch die Vorschrift von § 37 EGZPO, die den zeitlichen Anwendungsbereich von § 799 a ZPO regelt, geht von der Durchführung eines vorherigen Klageverfahrens aus. Dann genügt es also (wohl) nicht, dass die Voraussetzungen für die Unzulässigerklärung vorliegen, ohne daß die Klage erhoben wird. Ob dies sachgerecht erscheint, ist zweifelhaft. Sollte man nicht den Fall, daß nach Abschluß des Zwangsversteigerungsverfahrens ein Feststellungsurteil erstritten wird, gleich behandeln¹³⁹?

b) *Möglichkeit zum Inzidentantrag?*

Der Vorschrift von § 799 a ZPO fehlt der Zusatz, daß der An-

spruch im Wege des Inzidentantrags im selben Verfahren geltend gemacht werden kann. Nach § 717 Abs. 2 Satz 2 ZPO kann der zu Unrecht der Vollstreckung ausgesetzte Vollstreckungsschuldner seinen Anspruch im selben Verfahren titulieren lassen. Der Antrag kann auch noch in der Berufungs- oder Revisionsinstanz gestellt werden¹⁴⁰. Der Schadensersatzgläubiger hat das Wahlrecht, seinen Anspruch selbständig einzuklagen oder ihn im anhängigen Rechtsstreit geltend zu machen¹⁴¹. Letzteres ist natürlich einfacher - und es ist sachnah.

§ 799 a ZPO enthält eine vergleichbare Privilegierung nicht. Der Eigentümer, dessen Vollstreckungsabwehrklage erfolgreich war, muß seinen Schadensersatz in einem neuen Prozess durchsetzen. Die Vorteile der §§ 291, 292 BGB hat er erst ab Rechtshängigkeit der zweiten Klage. Die Entscheidung der Vollstreckungsabwehrklage ist dabei vorgreiflich und bindend.

Nach allgemeinen Regeln wäre der Schadensersatzanspruch aus § 799 a ZPO am Wohnort oder Sitz des Schuldners anhängig zu machen, §§ 12, 13, 17 ZPO. Nur wenn man wie bei der selbständigen Geltendmachung des Anspruchs aus § 717 Abs. 2 ZPO die Vorschrift des § 32 ZPO entsprechend¹⁴² anwendet¹⁴³, wäre die örtliche Zuständigkeit am Ort der Vollstreckungshandlung gegeben. Grundsätzlich ist die Vollstreckungsabwehrklage nach §§ 767, 797 Abs. 5 ZPO am allgemeinen Gerichtsstand des Vollstreckungsschuldners zu erheben¹⁴⁴. Ist die Vollstreckungsunterwerfung gegenüber dem jeweiligen Eigentümer im Grundbuch eingetragen, so richtet sich die Zuständigkeit bei dem dinglichen Anspruch gemäß § 800 Abs. 3 ZPO nach der Belegenheit¹⁴⁵. Beide Gerichtsstände sind gemäß § 802 ZPO *ausschließliche*¹⁴⁶. Verneint man die Analogie zu § 32 ZPO, kommt man zu divergierenden Gerichtsständen.

c) *(Vorläufige) Bewertung*

Tatbestandsmerkmal von § 799 a ZPO und somit Voraussetzung des Schadensersatzanspruchs ist, daß in einem ersten gerichtlichen Verfahren die Zwangsversteigerung für unzulässig erklärt ist. Der Schadensersatzanspruch ist dann mit einer zweiten Klage geltend zu machen. Dabei ist die örtliche Zuständigkeit nicht eindeutig geregelt. Verfahrensökonomisch ist dies alles nicht. Die Frage nach einer Analogie zu § 717 Abs. 2 Satz 2 ZPO, die bereits befürwortet wird¹⁴⁷, kann hier nicht erörtert werden.

3. Wer schuldet nach § 799 a ZPO Schadensersatz?

Nicht eindeutig definiert § 799 a ZPO, wer der Schuldner des Anspruches ist. Der relevante Teil der Vorschrift lautet:

¹⁴⁰ Stein-Jonas/Münzberg, 22. Auflage, 2002, § 717 Rn 38; MK-ZPO-Krüger, 3. Auflage 2007, § 717 Rn 23; M. Nieder NJW 1975, 1000, 1001.

¹⁴¹ MK-ZPO-Krüger, 3. Auflage 2007, § 717 Rn 22 f; Stein-Jonas/Münzberg, 22. Auflage, 2002, § 717 Rn 37, 45; BGHZ 38, 237.

¹⁴² Stein-Jonas/Münzberg, 22. Auflage, 2002, § 717 Rn 46; Thomas/Putzo-Hübtege, 29. Auflage, 2008, § 32 Rn 4; Zöller-Vollkommer, 26. Auflage 2007, § 32 Rn 8.

¹⁴³ Hierfür wohl G. Vollkommer, ZIP 2008, 2060, 2063.

¹⁴⁴ Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage 2006, Rn 31.8.

¹⁴⁵ MK-ZPO Wolfsteiner, 3. Auflage 2007, § 800 Rn 20; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage 2006, Rn 31.9.

¹⁴⁶ Problematisch und nicht abschließend geklärt ist die Frage der örtlichen Zuständigkeit, wenn sowohl der persönliche als auch der dingliche Titel angegriffen wird. Vgl. die Darstellung bei Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage 2006, Rn 31.31 ff; KG NJW-RR 1989, 1407, 1408 mit Erörterung des Streitstands; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2001, 1728; BayObLG, NJW-RR 2002, 1295, 1296. Für unterschiedliche Gerichtsstände, Wolfsteiner, aaO, Musielak-Lackmann, 6. Auflage 2008, § 800 Rn 10.

¹⁴⁷ G. Vollkommer, ZIP 2008, 2060, 2063.

¹³⁶ Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Auflage 2006, Rn 31.30 ff.

¹³⁷ Für erweiternde Auslegung G. Vollkommer, ZIP 2008, 2060, 2062 mit Fn 19.

¹³⁸ Langenbacher, NJW 2008, 3169, 3173; Koch, ZBB 2008, 232, 237; Fest, ZfIR 2008, 657, 662; a.A. Clemente, ZfIR 2008, 589, 596.

¹³⁹ ähnlich G. Vollkommer, ZIP 2008, 2060, 2062.

„...und betreibt ein anderer als der in der Urkunde bezeichnete Gläubiger die Vollstreckung, so ist dieser, soweit die Vollstreckung aus der Urkunde für unzulässig erklärt wird, dem Schuldner zum Ersatz des Schadens verpflichtet ...“

Grammatikalisch kann man nun das „dieser“ auf den in der Urkunde bezeichneten Gläubiger beziehen. Dann haftete der *Erstgläubiger* nach Abtretung der Grundschuld an einen *Zweitgläubiger* für dessen unberechtigte Vollstreckung. Der Zedent wäre quasi Garant des Zessionars. Diese Auffassung wird in der Tat vertreten¹⁴⁸. Dem Wortlaut nach käme hiernach eine Haftung sogar dann in Betracht, wenn der *Zweitgläubiger* weiterzediert. Dann haftete der *Erstgläubiger* auch bei Zwangsvollstreckung durch den *Drittgläubiger*.

Richtig ist diese Auslegung nicht. Das Gesetz will die Haftung des Abtretungsempfängers / Darlehenskäufers erhöhen und diesen zu sorgfältiger Prüfung der Rechtmäßigkeit der Zwangsvollstreckung anhalten. Diese Verhaltenssteuerung greift nur, wenn die Haftung dem *Zweitgläubiger* droht. Nur die Haftungserweiterung des Erwerbers war im Gesetzgebungsverfahren erörtert worden. Schuldner ist also der die Zwangsvollstreckung betreibende *Gläubiger*¹⁴⁹. Entweder heißt also in § 799 a ZPO „dieser“ richtigerweise „jener“. Oder man liest als zusammengehörig „ein anderer als der in der Urkunde bezeichnete *Gläubiger*.“ Schuldner ist der *Vollstreckungsgläubiger*¹⁵⁰.

4. Zwangsvollstreckung durch „einen anderen Gläubiger“

Gemeinsam ist den Fällen des § 799 a ZPO, daß ein „anderer Gläubiger“ vollstrecken muß. Formal liegt dies (wohl) vor, wenn eine Titelumschreibung nach § 727 ZPO erfolgte und erforderlich war. Materiellrechtlich wird man (wohl) einen Erwerbsvorgang (sei es gesetzlich, rechtsgeschäftlich, durch Erbgang oder anders) verlangen müssen.

a) *Erwerb durch Abtretung: Der Abtretungsempfänger als Zweitgläubiger*

aa) Der Regelfall der Abtretung einer Fremdgrundschuld (und Nebenrechte)

Auch im persönlichen Anwendungsbereich ist § 799 a ZPO eng. Er setzt voraus, daß gerade nicht der erste Gläubiger, der in der Urkunde aufgeführt ist, vollstreckt. § 799 a ZPO gilt nur wenn – wie es etwas umständlich heißt – „ein anderer als der in der Urkunde bezeichnete Gläubiger“ die Vollstreckung betreibt.

Der prototypische Fall, den der Gesetzgeber vor Augen hatte, ist der des Gläubigerwechsels infolge rechtsgeschäftlicher Übertragung – z.B. zur Erfüllung einer Verpflichtung aus einem Kaufvertrag über die Forderung.

Dem liegt wohl folgende Wertung zugrunde. Wird der titulierte Anspruch ohne Zustimmung des Schuldners verkauft und

abgetreten, soll strikte Haftung greifen, wenn der Käufer/Neugläubiger zu Unrecht vollstreckt. Entscheidend ist dabei, daß ein Gläubiger von dem Titel Gebrauch macht, den der Schuldner sich nicht ausgesucht hat. Der Schuldner habe sich wegen des besonderen Vertrauensverhältnisses gegenüber dem Altgläubiger der Zwangsvollstreckung unterworfen, wurde im Gesetzgebungsverfahren angeführt¹⁵¹.

In den Tatbestand der Norm ist diese Wertung allerdings nicht aufgenommen worden.

Die Neuregelung unterscheidet nun nicht danach, ob die Abtretung ohne Zustimmung des Schuldners/Eigentümers erfolgte – wie beim Darlehensverkauf – oder ob er selbst die Anregung zur Abtretung gab. Häufig gibt der Eigentümer selbst seiner Bank den Auftrag, ihre Grundschuld an eine andere Bank abzutreten. Dies geschieht etwa, wenn er „umfinanziert“. Hier wählt er seinen neuen Gläubiger genauso selbst aus wie zunächst beim Ursprungsgläubiger auch. Einen sachlichen Grund für eine Besserstellung gibt es nicht. Daher erscheint eine teleologische Reduktion der Norm angezeigt. Die Praxis wird zunächst zurückhaltend sein müssen, bis die Rechtsprechung die Frage verlässlich geklärt hat.

Dass diese fehlende Differenzierung des Gesetzes zu merkwürdigen Ergebnissen führen kann, zeigt auch folgender typischer Fall¹⁵². Im Rahmen eines finanzierten Kaufvertrages „übernimmt“ der Käufer die vollstreckbare Grundschuld der Verkäuferbank, die sie vereinbarungsgemäß an die Käuferbank abtritt. Diese will ihre Darlehensforderungen gegen den Käufer damit absichern. Zur weiteren Sicherheit für die Käuferbank übernimmt der Käufer in notarieller Urkunde die persönliche Haftung für den Grundschuldbetrag gegenüber seiner Bank (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO; §§ 780, 781 BGB). Hier hat die neue Bank zwei vollstreckbare Ansprüche. Den dinglichen Anspruch hat sie derivativ erworben, den persönlichen Anspruch originär. Bei Vollstreckung aus dem persönlichen Schuldanerkenntnis greift § 799 a ZPO nicht, bei Vollstreckung aus dem Pfandrecht jedoch schon. Denn insoweit ist die Käuferbank „ein anderer als der in der Urkunde bezeichnete Gläubiger“ im Sinne von § 799 a ZPO. Diese Unterscheidung erscheint nicht sinnvoll.

Gegenüber der alten Rechtslage ergibt sich insbesondere eine Verbesserung der Beweislast zugunsten des Eigentümers. Der Schuldner erhält einen leichter beweisbaren Anspruch. Er muß den Eintritt in den Sicherungsvertrag weder darlegen noch beweisen. Auch die Voraussetzungen des Verzichtsanspruchs nach § 1169 BGB bei Fehlen des guten Glaubens des Grundschulderwerbers muß er nicht darlegen.

Für die Fälle des gutgläubig einredefreien Erwerbs bei bereicherungsrechtlichen oder deliktischen Einreden bringt § 799a ZPO allerdings nichts Neues. Fehlt es an einer *sicherungsvertraglichen* Einrede, gilt die Eigentümerschutzvorschrift von § 1192 Abs. 1 a BGB nicht¹⁵³. Soweit der Erwerber hinsichtlich der Einrede aus § 821 BGB gutgläubig ist, verliert der Eigentümer diese Einrede. Hier hilft dem Eigentümer auch § 799 a ZPO nicht. Denn auch die Vollstreckungsgegenklage ist nicht begründet. Das Tatbestandsmerkmal, nach dem die Vollstreckung für unzulässig erklärt sein muß, kann nicht erfüllt werden.

¹⁴⁸ Köchling, ZinsO 2008, 848, 851; Issad, notar 2008, 226, 227.

¹⁴⁹ Nicht übersehen werden darf allerdings, dass der *Erstgläubiger* einer Sicherungsgrundschuld natürlich weiterhin durch den Sicherungsvertrag verpflichtet bleibt. Die Sicherheit darf nur verwertet werden, wenn der Sicherungsfall vorliegt. Diese Pflicht bleibt von der Zession unberührt. Vollstreckt der Käufer und Abtretungsempfänger ohne Rücksicht auf die Voraussetzungen, haftet der *Erstgläubiger* für das Verschulden nach §§ 278, 280, 249 ff BGB i.V.m. dem Sicherungsvertrag.

¹⁵⁰ So auch G. Vollkommer, ZIP 2008, 2060; Habersack, NJW 2008, 3173, 3176 mit Fn 50; Langenbacher, NJW 2008, 3169, 3173; Bachner, DNotZ 2008, 644, 648; Fest, ZfIR 2008, 657, 662 f; Koch, ZBB 2008, 232, 237; (wohl auch) Clemente, ZfIR 2008, 589, 596 f und Schallast, BB 2008, 2190, 2194.

¹⁵¹ Kritisch Schallast, BB 2008, 2190; Fest, ZfIR 2008, 657, 663 f.

¹⁵² Vgl. BGH MittBayNot 2006, 317; Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, 2005, S. 544 ff, Ogilvie, MittRhNotK 1990, 145, 147, 157, 161 f.

¹⁵³ J.A. Dieckmann, NZM 2008, 865 (II. 3. c) bb).

bb) Der Sonderfall der Abtretung einer Eigentümergrundschuld

Auch bei Abtretung einer vollstreckbaren Eigentümergrundschuld ist der Wortlaut der Norm erfüllt. Bestellt der Erwerber eine Grundschuld für sich selbst, kann er zwar die Zwangsversteigerung nicht betreiben, § 1197 Abs. 1 BGB. Dennoch ist er natürlich Gläubiger des Rechts und in der Urkunde bezeichnet. Die Abtretung führt zur Inhaberschaft eines anderen Gläubigers¹⁵⁴. Hier sucht der Eigentümer seinen Zweitgläubiger ebenso selbst aus wie bei einer originären Bestellung einer Fremdschuld. Für die Gewährung eines privilegierten Schadensersatzanspruchs ohne Verschuldensfordernis fehlt die sachliche Berechtigung. Die nämliche teleologische Reduktion von § 799 a ZPO wie bei der eben erörterten Abtretung der Fremdschuld, die mit Zustimmung des Eigentümers erfolgt, ist angezeigt.

b) Der Erwerb durch gesetzlichen Forderungsübergang, § 412 BGB, und sonstige Formen des Derivativreßes

Bestimmten Personen, deren Regressinteresse von der Rechtsordnung besonders anerkannt ist, wird im deutschen Recht die Möglichkeit gewährt, nach Befriedigung des Gläubigers dessen Rechte gegen den Hauptschuldner für Regresszwecke zu erwerben. Dies gilt insbesondere für Interzedenten und Ablöseberechtigte (vgl. §§ 268 Abs. 3, 426 Abs. 2, 774 Abs. 1, 1143 Abs. 1 BGB). Hauptforderung und akzessorische Sicherheiten wie Hypothek oder Bürgschaft gehen kraft Gesetzes auf den Begünstigten über, §§ 401, 412 BGB. Auf die Abtretung abstrakter Sicherheiten hat der Begünstigte in der Regel einen Anspruch¹⁵⁵. Der Gläubiger benötigt sie nach Erhalt des Leistungsäquivalents nicht mehr. Dem Regressuchenden nutzen sie. Im Bürgschaftsrecht wird dieser Anspruch überwiegend auf eine Analogie zu §§ 774 Abs. 1, 401, 412 BGB gegründet¹⁵⁶. Weil der Berechtigte die Rechte vom Gläubiger abgeleitet erwirbt, mag man das „Derivativreß“ nennen¹⁵⁷. Zahlt nun etwa der Bürge, so erwirbt er die Hauptforderung und mit ihr eine vollstreckbare Hypothek, auf die Abtretung einer vollstreckbaren Grundschuld hat er nach ständiger Rechtsprechung einen Anspruch gegen den Gläubiger¹⁵⁸. Ihm steht die Möglichkeit zu, den Titel nach § 727 ZPO auf sich umschreiben zu lassen. So wird er „anderer Gläubiger“ im Sinne der Vorschrift.

c) Erwerb im Erbgang: Universalsukzession nach § 1922 BGB, Testamentsvollstreckung

Ebenfalls anderer Gläubiger ist der (Allein-) Erbe des Grundschuldgläubigers. Nach dem Grundsatz der Universalsukzession tritt der Erbe auch in die einzelnen Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag ein. Es besteht also kein besonderer Grund, warum der Eigentümer ihm gegenüber besser stehen sollte als gegenüber dem Erblasser. Wer einer natür-

lichen Person einen vollstreckbaren Titel gewährt, muß damit rechnen, daß diese verstirbt und daß ein Erbe an ihre Stelle tritt.

Gleiches gilt bei Testamentsvollstreckung. Zwar ist hier nach §§ 727, 749 Satz 1 ZPO ebenfalls Titelumschreibung erforderlich. Es liegt aber kein Gläubigerwechsel vor.

Möglicherweise hat die Konzentration des Gesetzgebers auf die institutionellen Kreditgeber davon abgehalten, die tatbestandsmäßige Weite von § 799 a ZPO zu vermeiden. Hier erscheint eine korrigierende Auslegung vertretbar¹⁵⁹.

d) Erwerb durch umwandlungsrechtliche Vorgänge im Überblick

Die Vorschrift von § 799 a ZPO findet auch Anwendung, wenn der Gläubigerwechsel durch einen umwandlungsrechtlichen Vorgang erfolgte. Kurz soll hierauf eingegangen werden.

aa) Umwandlung durch Spaltung

Ein solcher Gläubigerwechsel liegt vor, wenn die X-Bank AG ihr Kreditportfolio von notleidend gewordenen Darlehen abspaltet und an ihre Tochter Y-GmbH überträgt. Gleiches gilt bei Ausgliederung: Zwar gehen nach dem Grundsatz der (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge¹⁶⁰ auch die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag auf den übernehmenden Rechtsträger mit über (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG), es sei denn sie wären im Spaltungsvertrag ausgenommen. Wenn jedoch die Y-GmbH mit geringem Kapital ausgestattet ist, droht dem Eigentümer, daß ihm ein möglicherweise ersatzfähiger Schaden mangels Masse nicht ersetzt wird. Zwar gilt grundsätzlich die Forthaftung des übertragenden Rechtsträgers für bereits begründete Verbindlichkeiten gemäß § 133 UmwG. „Begründet“ im Sinne von § 133 UmwG ist ein Anspruch, dessen Rechtsgrund für die Entstehung der Forderung bereits gelegt ist¹⁶¹. Daß der Anspruch bereits entstanden ist, ist grundsätzlich nicht erforderlich. Ob eine nach Eintragung der Spaltung im Handelsregister erfolgende Verletzung des Sicherungsvertrags durch die Y-GmbH, für eine Haftung auch der X-Bank AG genügt, ist jedoch nicht sicher. Teilweise wird vertreten, daß Ansprüche aus Verletzung von Nebenrechten nur erfaßt sind, wenn die Verletzungshandlung vor dem maßgeblichen Zeitpunkt stattfindet¹⁶². Auch eine Aufspaltung führt zu einem Gläubigerwechsel, der § 799 a ZPO unterfällt.

§ 799 a ZPO erleichtert nun zwar die Entstehung eines Anspruchs gegen die Y-GmbH. Die Gefahr der Nichtrealisierbarkeit infolge Unterkapitalisierung oder wegen Rechtsverfolgungsproblemen wird durch ihn jedoch nicht gebannt. Hier greift die Neuregelung zu kurz. Denn der mögliche Anspruch gegen den Ursprungsvertragspartner wird dem Eigentümer durch das Umwandlungsrecht unter Umständen genommen. Einen neuen Anspruch gegen ihn erhält er nicht.

Als ähnlich defizitär mag manchem die Regelung bei einem aus wirtschaftlicher Sicht funktional dem Forderungsverkauf eher vergleichbaren Fall erscheinen. Die X-Bank AG verkauft an die Z-Bank AG die Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger, dem nach Spaltung Forderung und Grund-

¹⁵⁴ Ebenso G. Vollkommer, ZIP 2008, 2060, 2061. Dies gilt unabhängig davon, ob die Eigentümergrundschuld erstmals abgetreten wird oder nach Rückwerb durch den Eigentümer erneut übertragen wird. Hier ist zu beachten, daß ein Sicherungsschuldnerkenntnis nach Rückabtretung durch Konfusion erlischt.

¹⁵⁵ Palandt-Grüneberg, 67. Auflage, 2008, § 401 Rn 2, 4.

¹⁵⁶ J.A. Dieckmann, Der Derivativreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner im englischen und deutschen Recht, Diss. Regensburg, 2003, S. 421 ff mN (und zwar als eingeschränkte Rechtsfolgenanalogie, da dem Bürgen nur ein Anspruch auf Übertragung eingeräumt wird und kein gesetzlicher Übergang erfolgt wie eigentlich nach der Rechtsfolge der Norm, die entsprechend angewendet wird).

¹⁵⁷ J.A. Dieckmann, Der Derivativreß des Bürgen gegen den Hauptschuldner im englischen und deutschen Recht, Diss. Regensburg, 2003, S. 1 f und passim.

¹⁵⁸ Vgl. nur BGHZ 42, 53, 56 f; BGHZ 110, 41, 43.

¹⁵⁹ Ebenso G. Vollkommer, ZIP 2008, 2060, 2061.

¹⁶⁰ Vgl. Semler/Stengl-Kübler, UmwG, 2. Auflage 2007, § 131 Rn 7; Lutter-Teichmann, UmwG, 3. Auflage 2004, § 131 Rn 1.

¹⁶¹ Vgl. Meier-Reimer, in: Semler/Stengl, UmwG, 2. Auflage 2007, § 133 Rn 12, § 22 Rn 9; Lutter-Hommelhoff/Schwab, UmwG, 3. Auflage 2004, § 133 Rn 4; ähnlich BGHZ 55, 269 f.

pfandrechte zustehen (im Beispiel Y-GmbH). Hier könnte man für den Eigentümer eine Haftung der Z-Bank für wünschenswert halten. Jedenfalls § 799 a ZPO gibt ihm einen solchen Anspruch nicht.

bb) Umwandlung durch Verschmelzung

Schließlich liegt ein Gläubigerwechsel auch vor, wenn die Umwandlung durch Verschmelzung nach §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 ff UmwG erfolgt. Hier geht das Gesamtvermögen des übertragenden Rechtsträgers auf den übernehmenden über, § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG. Auch wenn neben Forderungen und Sicherheiten auch die Verpflichtungen aus dem Sicherungsvertrag und die Haftungsmaße auf den neuen Gläubiger übergehen, liegt ein Gläubigerwechsel vor. Letztlich steht der Eigentümer zumeist aber kaum schlechter als zuvor¹⁶³. Er hat zwar einen neuen Vertragspartner, dieser unterliegt indes den selben Verpflichtungen wie der alte.

Ob es nach dem Schutzzweck von § 799 a ZPO veranlasst war, auch hier eine ausgedehnte Haftung des übernehmenden Rechtsträgers zu begründen, ist zweifelhaft.

e) Sonstige Fälle

Weitere Problemfelder sollen hier nur erwähnt, nicht erörtert werden. Problematisch erscheint die Anwendung des § 799 a ZPO bei Vollstreckung durch einen Gläubiger, der die Rechte aus der Sicherungsgrundschuld gepfändet hat¹⁶⁴, bei Parteien kraft Amtes (Insolvenzverwalter)¹⁶⁵, bei Vollstreckungsstandschaft (wenn man sie bejaht), bei einer Treuhänderstellung des Vollstreckungsgläubigers und bei Eintritt von Gütergemeinschaft durch Ehevertrag, nachdem ein Ehegatte zuvor allein Gläubiger war. Ob hier jeweils § 799 a ZPO greift, erscheint nicht eindeutig.

5. Zeitlicher Anwendungsbereich

Der zeitliche Anwendungsbereich von § 799 a ZPO wird in § 37 EGZPO bestimmt¹⁶⁶.

Er lautet:

„§ 37 Übergangsvorschrift zum Risikobegrenzungsgesetz

§ 799 a der Zivilprozessordnung ist nicht anzuwenden, wenn die Vollstreckung aus der Urkunde vor dem 19. August 2008 für unzulässig erklärt worden ist.“

Danach stellt der Gesetzgeber nicht auf den Zeitpunkt der Bestellung oder Übertragung der Grundschuld ab, sondern allein auf den Zeitpunkt des gerichtlichen Beschlusses, der die Unzulässigkeit feststellt. Eine Übergangsfrist wird nicht gewährt. Die Regel gilt auch für Altfälle. Dies bedeutet, daß auch ein Gläubiger, der bei Stellen des Vollstreckungsantrags keine Kenntnis von der ihm möglicherweise drohenden verschuldensunabhängigen Haftung haben konnte, haftbar sein kann. Legislativpolitisch ist dies im Hinblick auf den rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes nicht unbedenklich. Mancher Vollstreckungsgläubiger wird sein Heil in der Antragsrücknahme suchen müssen.

¹⁶² Vgl. Meier-Reimer, in: Semler/Stengl, UmwG, 2. Auflage 2007, § 133 Rn 13.

¹⁶³ Eine Ausnahme gilt natürlich, wenn die übernehmende Gesellschaft größere Passiva besitzt, dann vermindert sich die Haftungsmasse wirtschaftlich.

¹⁶⁴ Für Haftung G. Vollkommer, ZIP 2008, 2060, 2061.

¹⁶⁵ Für teleologische Reduktion zutreffend G. Vollkommer, ZIP 2008, 2060, 2061. Der Schutzzweck von § 799 a ZPO will nicht gegen nachteilige Wirkungen des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit des Gläubigers absichern. I.ü. ist in dieser Konstellation der Schadensersatzanspruch ohnehin kaum einbringlich.

6. Kann § 799 a ZPO abgedungen werden?

§ 799 a ZPO dient dem Schutz von Eigentümer und Schuldner. Er weicht privilegierend vom allgemeinen Grundsatz ab, nach dem Schadenshaftung Verschulden voraussetzt, § 276 BGB. Ein Grund warum der Eigentümer/Schuldner auf diesen besonderen Schutz nicht sollte verzichten können, ist nicht ersichtlich. Die Vorschrift von § 799 a ZPO ist daher disponibel¹⁶⁷. Eigentümer und Neugläubiger können eine Regelung hierüber treffen. Insbesondere in den Fällen, in denen die Übertragung der Grundschuld auf Wunsch des Eigentümers erfolgt, ist ein Ausschluß angemessen, wenn man nicht diesen Fall von vorneherein durch teleologische Reduktion aus dem Anwendungsbereich des § 799 a ZPO heraus nimmt.

V. BEWERTUNG DER NEUREGELUNG VON § 799 a ZPO

Mit einer Bewertung der im Überschneidungsbereich von Kreditsicherungsrecht und Vollstreckungsrecht angesiedelten Neuregelung von § 799 a ZPO soll der Beitrag beschlossen werden¹⁶⁸.

1. Positive Aspekte

Die untersuchte Vorschrift des § 799 a ZPO gewährt dem Schuldner/Eigentümer einen leicht zu beweisbaren Schadensersatzanspruch bei unberechtigter Inanspruchnahme durch einen anderen Gläubiger als den, dem der Vollstreckungstitel ursprünglich zustand. Im Regelfall des Forderungsverkaufs war schon nach alter Rechtslage eine erfolgreiche Abwehr unberechtigter Ansprüche durch einen Abtretungsempfänger und Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs möglich. Dennoch wird der Eigentümerschutz sicher gestärkt. Beim Forderungsverkauf ist der Anspruch so nicht mehr abhängig vom Vorliegen und der Beweisbarkeit eines kumulativen Schuldbeitritts für die Pflichten aus dem Sicherungsvertrag. Auch Verschulden ist nicht gefordert. Der Vollstreckungsgläubiger kann sich also nicht durch den Nachweis fehlenden Verschuldens nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB entlasten. So weit, so gut. Hierin allerdings erschöpft sich der positiv zu bewertende Inhalt des Gesetzes.

2. Negative Aspekte, insbesondere Lücken

Die negativen Aspekte überwiegen. Es beginnt schon damit, daß die Vorschrift unsorgfältig formuliert und redigiert ist. Eine klare Benennung des Vollstreckungsgläubigers als Schadensersatzschuldners fehlt. Auch die unnötige Verwendung des Plural in Satz 2 („wegen der Forderungen“) wäre leicht vermeidbar gewesen. Diese Wortlautprobleme sind aber im Wege der Auslegung zu überwinden.

Gravierender sind folgende Punkte. § 799 a ZPO ist einerseits zu weit und andererseits zu eng.

Wenn man denn bei vollstreckbaren Kreditsicherheiten eine verschuldensunabhängige Haftung begründen will, ist die Beschränkung auf Titel nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO unsachgemäß. Die Nichteinbeziehung von im streitigen Verfahren erwirkten Titeln ist nicht gerechtfertigt. Das Gesetz hat nur den rechtstatsächlichen und statistischen Hauptfall vor Augen. Es versäumt, die selteneren, aber für den Schuldner genauso gefährlichen Titulierungen der Kreditsicherheiten wie Grund-

¹⁶⁶ BGBl. 2008, S. 1666, 1670.

¹⁶⁷ G. Vollkommer, ZIP 2008, 2060, 2061 mit Fn 10.

¹⁶⁸ Es sei daran erinnert, dass sich die Erörterung auf den Fall der Identität von

schuld und Sicherungsschuldanerkenntnis aus §§ 704 ff ZPO mit aufzunehmen.

Andererseits ist § 799 a ZPO wiederum zu weit. Er differenziert nicht danach, ob der derivative Erwerb der vollstreckbaren Sicherheit mit Zustimmung oder gar auf Geheiß des Schuldners/Eigentümers erfolgt. Er greift nach seinem Wortlaut sogar dann, wenn der Eigentümer selbst (!) die Grundschuld durch Abtretung einer Eigentümergrundschuld an den Gläubiger übertragen hat. Ehe die hier befürwortete teleologische Reduktion und die Frage nach der Ausschließbarkeit von § 799 a ZPO durch die Rechtsprechung verlässlich geklärt sind, herrscht Rechtsunsicherheit.

Sogar wenn gar kein Erwerbsvorgang gegeben ist, sondern nur ein soz. „formaler“ Neugläubiger vorliegt (Insolvenzverwalter, Testamentsvollstrecker), ist der Wortlaut erfüllt. Hier hat der Gläubiger nach materiellen Gesichtspunkten betrachtet nicht gewechselt. Ihm fehlt nur die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis. Und der „Neugläubiger“ unterliegt den identischen Bindungen wie der Rechtsinhaber. Die Anwendung von § 799 a ZPO ist hier unangemessen.

Auch beim Gläubigerwechsel durch Umwandlungsvorgänge ist § 799 a ZPO teils zu weit und teils zu eng. Hier wäre etwa in mancher Konstellation ein leichter durchsetzbarer Anspruch gegen den *übertragenden* Rechtsträger wünschenswert gewesen. Der Schadensersatzanspruch aus § 799 a ZPO gegen den unterkapitalisierten „übernehmenden Rechtsträger“, der seinen Sitz nach Eritrea verlegt, ist wertlos. Für missbräuchliche Gestaltungen bleibt zuviel Raum. Andererseits ist es kaum verständlich, warum nach einer Verschmelzung bei der das gesamte Aktiv- und Passivvermögen (samt Sicherungsvertrag und Haftungsmasse!) auf eine andere Gesellschaft übergeht, der Eigentümer/Schuldner besser stehen soll als zuvor. Hier ist § 799 a ZPO genauso zu weit wie bei der natürlichen Person als Gläubiger, der beerbt wird.

Wie auch § 1192 Abs. 1 a BGB versäumt § 799 a ZPO eine Verbesserung des Schutzes des Eigentümers, wenn dieser eine Einrede nur aus Bereicherungsrecht oder Deliktsrecht hat – und nicht aus dem Sicherungsvertrag. Hier ist weiterhin gutgläubiger Erwerb möglich¹⁶⁹. Der Eigentümer ist nicht geschützt.

Als gravierender prozessualer Mangel ist das Fehlen der Möglichkeit des Inzidentantrags anzusehen. Anders als nach § 717 Abs. 2 Satz 2 BGB kann der Vollstreckungsschuldner als Gläubiger des Schadensersatzanspruchs diesen *nicht* bereits mit der Vollstreckungsgegenklage geltend machen. Die kostet den Berechtigten unnötig Zeit und bindet Justizressourcen. Konsequenterweise muß der Vollstreckungsschuldner *zwei Klagen* führen. Zunächst die Vollstreckungsgegenklage, um die Unzulässigerklärung zu erreichen. Und sodann die eigentliche Schadensersatzklage. Dies ist alles andere als verfahrensökonomisch.

3. Zusammenfassende Bewertung

Mit der Begründung der verschuldensunabhängigen Schadensersatzhaftung eines Vollstreckungsgläubigers aus Urkunden nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO über Kreditsicherheiten, der nicht der Ursprungsgläubiger ist, versucht der Gesetzgeber des Risikobegrenzungsgesetzes Missstände des Darlehensverkaufs von Banken an institutionelle Anleger zu mil-

dern. Die Sicherungspraxis der Kreditwirtschaft ist in der Tat nicht unproblematisch, gleiches gilt für die Veräußerungspraxis von Krediten.

Der Gegenstand der Regelung gehört rechtssystematisch in die beiden Kategorien der Haftung für Fehlgebrauch von *Kreditsicherungsrechten* und für Fehlgebrauch von *Vollstreckungstiteln*. Der Gesetzgeber hat das Problem nun vornehmlich als eines der letztgenannten Kategorie aufgefasst und soz. als „vollstreckungsrechtliches Problem“ verstanden. Dies führte zur Regelung im achten Buch der Zivilprozeßordnung. Inkonsequenterweise hat das Gesetz dabei aber nur den statistischen Regelfall vor Augen. Daher beschränkt es sich ohne sachlichen Grund auf Vollstreckungstitel der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO. Er „vergißt“ vor allem das Urteil und den Prozeßvergleich, die die aus dem Sicherungsvertrag entspringenden Ansprüche gleichermaßen titulieren können. Dies führt zu fehlender Gleichbehandlung mit anderen Titeln, die sachgerecht wäre. Die in einer Urkunde vollstreckbar gestellte Grundschuld ist aber nicht gefährlicher als die durch Urteil titulierte.

Der Eigentümer/Schuldner steht besser als zuvor, obgleich im Regelfall auch nach alter Rechtslage wegen unberechtigter Vollstreckung aus der Kreditsicherheit ein Anspruch gegeben war. Nicht alle Lücken des Eigentümerschutzes sind indes geschlossen. Soweit der gutgläubig einredefreie Erwerb der Grundschuld noch möglich ist, hilft auch § 799 a ZPO dem Eigentümer nichts. Der gleiche Mangel des § 1192 Abs. 1a BGB wird auch hier deutlich.

Dem geringen Vorteil des Eigentümers stehen gravierende Mängel der Regelung gegenüber. Die Nachteile überwiegen deutlich. Die unsorgfältig formulierte Vorschrift weist allzu viele Lücken auf. Und sie umfaßt nach ihrem Wortlaut allzu viele Fälle, die nach ihrer *ratio legis* nicht einzubeziehen wären.

Eingangs wurde die Frage nach der Berechtigung der systematischen Verortung einer Problemlösung im Vollstreckungsrecht der Zivilprozeßordnung gestellt. Daß die Behandlung spezifisch kreditsicherungsrechtlicher Problemfälle durch eine vorwiegend auf den vollstreckungsrechtlichen Aspekt ausgerichtete gesetzliche Regelung nicht zu befriedigenden Lösungen kommt, ist nicht verwunderlich. Da man versäumt hat, die diagnostizierten Probleme hinreichend auch als solche des *Kreditsicherungsrechts* zu erkennen und zu behandeln, bleibt die Vorschrift defizitär. Als besonders gelungen wird man die Neuregelung von § 799 a ZPO daher nicht bewerten können.

Schuldner und Eigentümer beschränkt (Fn 2).

¹⁶⁹ Siehe oben I. 1. d), III. 4. b) ff) sowie J.A. Dieckmann, NZM 2008, 865 (II. 3).

Das Verfahren in Nachlass- und Teilungssachen nach dem neu geschaffenen FamFG

Eine Bestandsaufnahme unter ergänzender Berücksichtigung des Personenstandsrechtsreformgesetzes¹

(von Dr. Oliver Fröhler, Notar, Hinterzarten)

1. Gegenstand der Untersuchung

Am 01.09.2009 tritt mit dem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)² anstelle des bisherigen FGG ein gänzlich neu gestaltetes Verfahrensrecht in Nachlass- und Teilungssachen in Kraft, das zugleich die zum 01.01.2009 wirksam werdenden, damit übergangsweise noch das FGG ändernden und bislang in der diesbezüglichen Reformdiskussion kaum wahrgenommenen Regelungen des Personenstandsrechtsreformgesetzes vom 19.02.2007³ übernimmt. Die nachstehende Abhandlung skizziert die wichtigsten diesbezüglichen inhaltlichen Änderungen.

2. Das neu geschaffene FamFG im Allgemeinen

a) Entstehungsgeschichte

Am 19.09.2008 hat der Bundesrat den Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages vom 27.06.2008 über das Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz, kurz: FGG-RG)⁴ ohne Änderungen zustimmend angenommen. Dem Gesetzesbeschluss liegt ein entsprechender Entwurf der Bundesregierung zugrunde, der die Beschlussempfehlung und den Bericht des Rechtsausschusses berücksichtigt.

1977 konnte durch die im Jahre 1964 eingesetzte Kommission für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit ein Entwurf einer Verfahrensordnung für die freiwillige Gerichtsbarkeit (FrGO-E) vorgestellt werden⁵, ohne dass es jedoch zur Einleitung eines förmlichen Gesetzgebungsverfahrens kam. Das nunmehr beschlossene FamFG geht auf eine Initiative des Bundesjustizministeriums aus dem Jahre 2000 zurück⁶.

Das FGG-Reformgesetz wird in Kürze verkündet und am 01.09.2009 in Kraft treten. Schwerpunkt ist das durch Art. 1 gänzlich neu geschaffene Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)⁷. Das FamFG ersetzt das bisherige Ge-

setz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) aus dem Jahre 1898⁸, das gemeinsam mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) am 01.01.1900 in Kraft trat. Das FGG hatte ursprünglich aus verfassungsrechtlichen Gründen lediglich den Charakter eines unvollständigen, lückenhaften Rahmengesetzes, dessen Ausgestaltung durch Landesgesetze erfolgen sollte⁹. Insbesondere herrschte eine erhebliche Unsicherheit darüber, ob und inwieweit auf Reichsebene überhaupt Gesetzgebungskompetenz für die freiwillige Gerichtsbarkeit bestand¹⁰. Sukzessive wurden in der Folgezeit während des 20. Jahrhunderts in verschiedenen Einzelgesetzen weitere Zuständigkeiten im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit geschaffen. Dies führte zu einer spürbaren Zunahme der bereits bestehenden Rechtszersplitterung und zu zahlreichen Widersprüchen verschiedener Einzelnormierungen untereinander. Aufgrund des im 19. Jahrhundert vorhandenen obrigkeitlichen Denkens waren rechtsstaatliche Ansprüche des durch das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit betroffenen Bürgers, insbesondere Beteiligtenrechte, nur unzureichend anerkannt. Seit Inkrafttreten des Grundgesetzes musste das Bundesverfassungsgericht mehrfach regulierend eingreifen¹¹, zudem wurden verschiedentlich einzelne Gesetzeslücken durch Richterrecht im Wege der Rechtsfortbildung ausgefüllt. All dies führte zu einer für den betroffenen Bürger kaum noch überschaubaren Gemengelage an geschriebenen und ungeschriebenen Recht auf Landes- und Bundesebene. Eine Reform des Verfahrensrechts für die freiwillige Gerichtsbarkeit wurde überfällig.

b) Regelungsziel

Das FGG-Reformgesetz führt demnach zur einer weitreichenden Änderung zahlreicher anderer Gesetze. Insgesamt sind einhundertfünfzehn weitere Gesetze und Verordnungen unmittelbar betroffen. Ziel des in Art. 1 neu eingeführten FamFG ist die Schaffung einer vollständigen, modernen, rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Ordnung für das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch bürgernahe, flexible, möglichst unformalistische, pragmatische, aber gleichwohl rechtsstaatlich geprägte Verfahrensregeln. Nichtstreitige Angelegenheiten sollen einfach und rasch erledigt werden können, während streitig verlaufende Verfahren ausführlich unter Wahrung der rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien zu behandeln sind¹². Die durch die Verfassung, insbesondere durch Art. 103 Abs. 1 GG vorgegebenen und bis-

¹ Der Beitrag basiert auf einem Referat des Verfassers anlässlich der südbadischen Notarfortbildung am 09.10.2008 in Hinterzarten. Der Verfasser ist Notar in Titisee-Neustadt, Lehrbeauftragter an der Notarakademie Baden-Württemberg in Stuttgart und leitet die südbadischen Notarfortbildungsseminare des Badischen Notarvereins e.V.

² Kritisch zu dieser Gesetzesbezeichnung wegen der damit verbundenen Missverständlichkeit bzw. der davon abweichenden Gesetzssystematik zu Recht Kuntze FGPrax 2005, 185.

³ BGBl. 2007 I, S. 122, 139 f.

⁴ Deutscher Bundesrat, Drucksache 617/08 vom 29.08.2008.

⁵ Bundesministerium der Justiz, Bericht der Kommission für das Recht der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Köln 1977.

⁶ Vgl. dazu Jacoby, FamRZ 2007, 1703.

⁷ Kritisch zu dieser Gesetzesbezeichnung wegen der damit verbundenen Missverständlichkeit bzw. der davon abweichenden Gesetzssystematik zu Recht Kuntze FGPrax 2005, 185.

⁸ RGBl. S. 189 bzw. S. 771.

⁹ Hahn/Mugdan, Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band VII, S. 33.

¹⁰ Bärmann, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 1968, S. 5 ff.

¹¹ Vgl. dazu Bork, ZZP 117 (2004), 399, 402 f.

¹² Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/6308, S. 163 f.

lang durch die Rechtsprechung ausgestalteten rechtsstaatlichen Grundsätze werden nunmehr ausdrücklich gesetzlich geregelt. Gesetzesaufbau und Gesetzessprache sind anwenderfreundlich gestaltet und auch für einen interessierten Laien verständlich formuliert. Abweichungen gegenüber anderen Verfahrensordnungen werden zur Wahrung der Übersichtlichkeit und Rechtssicherheit auf das zwingende Mindestmaß reduziert¹³.

c) Regelungsgegenstand

Abweichend von den bisherigen Regelungen des FGG wird der Regelungsgegenstand des FamFG insbesondere dadurch deutlich erweitert, dass nunmehr u.a. auch alle Familiensachen - somit nicht nur die bisher im FGG, sondern zudem zusätzlich die derzeit noch in der Zivilprozessordnung und der Verordnung über die Behandlung der Ehwohnung und des Hausrats geregelten Verfahren - erfasst sind.

Buch 1 beinhaltet mit den §§ 1 bis 110 FamFG einen umfangreichen Allgemeinen Teil. Es schließen sich daran das Buch 2 über das Verfahren in Familiensachen mit den Ehe-, Scheidungs-, Folge-, Kindschafts-, Abstammungs-, Adoptions-, Wohnungszuweisungs- und Hausrats-, Gewaltschutz-, Versorgungsausgleichs-, Unterhalts-, Güterrechts-, sonstigen Familien- und Lebenspartnerschaftssachen, das Buch 3 mit Betreuungs- und Unterbringungssachen, das in dieser Abhandlung sogleich näher untersuchte Buch 4 mit Nachlass- und Teilungssachen, das Buch 5 mit Registersachen und unternehmensrechtlichen Verfahren, das Buch 6 mit weiteren Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, das Buch 7 mit Freiheitsentziehungssachen, das Buch 8 mit Aufgebotsachen und das Buch 9 mit den Schlussvorschriften an.¹⁴ Nachstehend werden die wichtigsten Neuerungen hinsichtlich der nunmehr in Buch 4 nach den §§ 342 bis 373 FamFG geregelten Nachlass- und Teilungssachen gegenüber dem bisherigen FGG dargestellt.

3. Begriffsbestimmung

Zur Verbesserung der Anwenderfreundlichkeit des FamFG enthalten die auf den Allgemeinen Teil aus Buch 1 folgenden Bücher 2 bis 9 in ihrer jeweiligen ersten Vorschrift bzw. in der jeweiligen ersten Vorschrift eines Abschnitts einleitend eine Begriffsbestimmung hinsichtlich des jeweiligen Regelungsgegenstandes. In § 342 FamFG des in dieser Abhandlung näher untersuchten Buches 4 werden daher die Nachlass- und Teilungssachen näher definiert. Nachlassachen sind danach Verfahren, die die besondere amtliche Verwahrung von Verfügungen von Todes wegen, die Sicherung des Nachlasses einschließlich Nachlasspflegschaften, die Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen, die Ermittlung der Erben, die Entgegennahme von Erklärungen, die nach gesetzlicher Vorschrift dem Nachlassgericht gegenüber abzugeben sind, Erbscheine, Testamentsvollstreckerzeugnisse und sonstige vom Nachlassgericht zu erteilende Zeugnisse, die Testamentsvollstreckung, die Nachlassverwaltung sowie sonstige dem Nachlassgericht durch Gesetz zugewiesene Aufgaben betreffen. Teilungssachen sind die Aufgaben, die Gerichte nach Buch 4 bei der Auseinandersetzung eines Nachlasses und des Gesamtguts zu erledigen haben, nachdem eine ehe-

liche, lebenspartnerschaftliche oder fortgesetzte Gütergemeinschaft beendet wurde, und Verfahren betreffend Zeugnisse über die Auseinandersetzung des Gesamtguts einer ehelichen, lebenspartnerschaftlichen oder fortgesetzten Gütergemeinschaft nach den §§ 36 und 37 GBO, sowie nach den §§ 42 und 74 SchiffsRegO.

4. Gerichtliche Zuständigkeit

a) Sachliche Zuständigkeit

aa) Im Allgemeinen

Die FamFG-Verfahren werden nunmehr zum 01.09.2009 in den Anwendungsbereich des Gerichtsverfassungsgesetzes einbezogen. Die sachliche Zuständigkeit des Amtsgerichts ergibt sich dabei für Nachlass- und Teilungssachen aus § 23 a Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2 GVG n.F. Die bisherige Spezialregelung des § 72 FGG ist damit hinfällig und wird aufgehoben. In Baden-Württemberg sind nach wie vor gemäß Art. 147 EGBGB i.V.m. §§ 1 Abs. 1 und 2, 38 LF GG BW die staatlichen Notariate Nachlassgericht.

bb) Für die besondere amtliche Verwahrung

Die bis zum 31.12.2008 ausschließlich in § 2258 a Abs. 1 BGB für die besondere amtliche Verwahrung von Testamenten und Erbverträgen normierte sachliche Zuständigkeit der Amtsgerichte - in Baden-Württemberg der staatlichen Notariate nach Art. 147 EGBGB i.V.m. §§ 1 Abs. 1 und 2, 38 LF GG BW - wurde durch Art. 2 Abs. 13 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 Personenstandsrechtsreformgesetz vom 19.02.2007¹⁵ mit Wirkung zum 01.01.2009 mit der Begründung ersatzlos aufgehoben, sie werde fortan von § 72 FGG erfasst.¹⁶ § 72 FGG setzt jedoch seinerseits eine dem Nachlassgericht obliegende Verwahrung voraus. Bislang galt die besondere amtliche Verwahrung von Testamenten und Erbverträgen hingegen nicht als Nachlassangelegenheit im Sinne des § 72 FGG, da sie eine gerichtliche Maßnahme zu Lebzeiten des künftigen Erblassers verkörpert und gesetzessystematisch - jeweils bis zum Inkrafttreten des Personenstandsrechtsreformgesetzes am 01.01.2009 in § 2258 a Abs. 1 BGB als notwendige Ergänzung zu § 72 FGG im Rahmen der sachlichen Zuständigkeit und innerhalb der §§ 3 Nr. 2 lit c und 16 Abs. 1 RPfGG als separater Regelungsgegenstand für die funktionelle Zuständigkeit - gesondert neben den den Nachlassgerichten obliegenden Verrichtungen aufgeführt wird.¹⁷ Indem die besondere amtliche Verwahrung durch das Personenstandsrechtsreformgesetz in den Katalog der besonderen örtlichen Zuständigkeit in Nachlass- und Teilungssachen nach § 73 Abs. 4 und 5 FGG aufgenommen¹⁸ und zugleich als separater Regelungsgegenstand innerhalb der funktionellen Zuständigkeit aus den §§ 3 Nr. 2 lit c und 16 Abs. 1 RPfGG ersatzlos gestrichen wird, ordnet sie der Gesetzgeber - bei wohlwollender Auslegung - den Nachlass- und Teilungssachen jedoch zumindest mittelbar zu, wenngleich damit bis zum Inkrafttreten des FamFG am 01.09.2009 eine klare und eindeutige Legaldefinition, die eine Brücke zu § 72 FGG

¹⁵ BGBl. 2007 I, S. 122, 139 f.

¹⁶ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/1831, S. 56.

¹⁷ Münch.Komm/Hagen, Band 9, 4. Aufl. 2004, § 2258 a BGB, Rz. 5; speziell zur daher nicht eröffneten örtlichen Zuständigkeit nach § 73 FGG HansOLG Hamburg Rpfleger 1985, 194 und Staudinger/Baumann, 13. Bearbeitung 1996, § 2258 a BGB, Rz. 5.

¹⁸ Dazu sogleich unter 4 b) bb) bbb).

¹³ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/6308, S. 164.

¹⁴ Der vollständige Gesetzeswortlaut des FGG-RG samt FamFG ist abgedruckt in Deutscher Bundesrat, Drucksache 617/08 vom 29.08.2008.

schlagen könnte, einerseits und nach der o.g. ersatzlosen Aufhebung des § 2258 a Abs. 1 BGB eine Sonderregelung andererseits fehlt. Durch die o.g. ausdrückliche Aufnahme der besonderen amtlichen Verwahrung von Verfügungen von Todes wegen als Nachlasssache in § 342 Abs. 1 Nr. 1 FamFG und die gleichzeitige Einbeziehung der FamFG-Verfahren nach § 23 a Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2 GVG n.F. zum 01.09.2009 in das Gerichtsverfassungsgesetz wird diese vorübergehende Schwäche jedoch wieder beseitigt, und bedarf die sachliche Zuständigkeit auch dafür innerhalb des FamFG anders als unter der Geltung des FGG keiner eigenständigen Regelung mehr.

b) Örtliche Zuständigkeit

aa) Allgemeine örtliche Zuständigkeit

Die allgemeine örtliche Zuständigkeit bestimmt sich gemäß § 343 Abs. 1 FamFG (entsprechend dem bisherigen § 73 Abs. 1 FGG) nach dem Wohnsitz des Erblassers zur Zeit des Erbfalls, in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes nach dem Aufenthalt des Erblassers zur Zeit des Erbfalls. Hatte der Erblasser zur Zeit des Erbfalls im Inland weder Wohnsitz noch Aufenthalt, ist bei einem deutschen Erblasser nach § 343 Abs. 2 FamFG (entsprechend dem bisherigen § 73 Abs. 2 FGG) das Amtsgericht Schöneberg in Berlin mit der Möglichkeit einer Verweisung (nach § 73 Abs. 2 FGG bisher Abgabe) an ein anderes Gericht aus wichtigen Gründen, bei einem ausländischen Erblasser nach § 343 Abs. 3 FamFG jedes Gericht, in dessen Bezirk sich Nachlassgegenstände befinden, für alle - abweichend von der bisherigen Regelung nach § 73 Abs. 3 FGG somit nicht mehr lediglich gegenständlich beschränkt auf die im Inland befindlichen¹⁹ - Nachlassgegenstände allgemein örtlich zuständig.

bb) Besondere örtliche Zuständigkeit

aaa) Übersicht

Eine besondere örtliche Zuständigkeit besteht nach § 344 FamFG für die besondere amtliche Verwahrung von Testamenten und Erbverträgen, die erneute besondere amtliche Verwahrung von bereits zuvor besonders amtlich verwahrten gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen, die Sicherung des Nachlasses, die Auseinandersetzung des Gesamtguts der Gütergemeinschaft, die Eröffnung einer bei einem anderen als dem nach § 343 FamFG zuständigen Gericht amtlich verwahrten Verfügung von Todes wegen bzw. die Entgegennahme von Erbschaftsausschlagungen und Anfechtungen von Erbschaftsausschlagungen. Dabei werden einerseits bereits vorhandene Regelungen in das FamFG übernommen, andererseits neue örtliche Zuständigkeiten begründet.

bbb) Besondere amtliche Verwahrung

Die in § 344 Abs. 1 und 3 FamFG normierte besondere örtliche Zuständigkeit für die besondere amtliche Verwahrung von Testamenten und Erbverträgen entspricht den bisherigen Regelungen aus § 73 Abs. 4 und 5 sowie § 82 b Abs. 1 FGG, die ihrerseits erst durch Übernahme des Gesetzesinhalts der

früheren Normen § 2258 a Abs. 2 und 3 sowie § 2300 Abs. 1 BGB aufgrund Art. 2 Abs. 13 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 Personenstandsrechtsreformgesetz vom 19.02.2007²⁰ mit Wirkung zum 01.01.2009 in Kraft getreten sind.

ccc) Nachlasssicherung, Gesamtgutsauseinandersetzung und Eröffnung auswärts verwahrter Verfügungen

Durch § 344 Abs. 4, 5 bzw. 6 FamFG werden die besonderen Zuständigkeitsregelungen aus § 74 Satz 1 FGG zur Nachlasssicherung, aus § 99 Abs. 2 FGG für die Gesamtgutsauseinandersetzung bei Gütergemeinschaft und - insoweit durch Überführung aus dem materiellen Recht - aus den §§ 2261 Satz 1, 2300 Abs. 1 BGB für die Eröffnung einer bei einem anderen als dem nach § 343 FamFG zuständigen Gericht amtlich verwahrten - somit wie bereits bisher nicht nur für die in besonderer amtlicher Verwahrung, sondern auch für die in einfacher Aktenverwahrung befindlichen - Verfügungen von Todes wegen übernommen.

ddd) Erstmalige Regelung für Weiterverwahrung

Inhaltlich neu regelt § 344 Abs. 2 und 3 FamFG erstmals die bislang auch zwischen den Obergerichten umstrittene örtliche Zuständigkeit für eine durch § 2273 Abs. 2 Satz 2 BGB angeordnete Weiterverwahrung eines bereits zuvor besonders amtlich verwahrten gemeinschaftlichen Testaments bzw. (über §§ 2300 Abs. 1, 2273 Abs. 2 Satz 2 BGB) Erbvertrages nach dem Tod des erstverstorbenen Erblassers. Insofern wurde bisher einerseits unter Berufung insbesondere auf den Wortlaut des § 2273 Abs. 2 Satz 2 BGB, die Nichterwähnung eines Zuständigkeitswechsels im früheren § 2258 a Abs. 2 BGB (jetzt vorübergehend neu in § 73 Abs. 4 FGG²¹) und die Maßgeblichkeit des Bestimmungsrechts des Erblassers aus § 2258 a Abs. 3 BGB (jetzt vorübergehend neu in § 73 Abs. 5 FGG²²) ein Zurückbringen in die Verwahrung des bisher nach § 2258 a BGB zuständigen Gerichts²³, andererseits wegen der besseren Praktikabilität zur Vermeidung einer Hin- und Herversendung insbesondere zwecks eventuell erforderlicher Prüfung der Urkundenurschrift eine Übernahme durch das für den Tod des erstverstorbenen Partners zuständige Nachlassgericht analog § 2261 S. 2 BGB²⁴ vertreten. Nach § 344 Abs. 2 und 3 FamFG ist nunmehr das für den Nachlass des Erstverstorbenen zuständige Gericht auch für die Weiterverwahrung zuständig, soweit der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner – trotz dieser spezifisch auf das gemeinschaftliche Testament zugeschnittenen Terminologie gilt die Regelung über Abs. 3 bei Erbverträgen auch zugunsten eines längstlebenden Vertragspartners, der nicht Ehegatte oder Lebenspartner ist, z.B. des Partners aus nichtehelicher Lebensgemeinschaft oder eines Geschwisterteils²⁵.

²¹ BGBl. 2007 I, S. 122, 140.

²² BGBl. 2007 I, S. 122, 140.

²³ OLG Braunschweig OLGR 2006, 249; BayObLG Rpfleger 1995, 300; OLG Saarbrücken Rpfleger 1988, 484; OLG Stuttgart Rpfleger 1988, 189; OLG Oldenburg NJW-RR 1987, 265; KG Rpfleger 1981, 304; OLG Schleswig SchlHA 1978, 101; OLG Köln Rpfleger 1975, 249; Palandt/Edenhofer, 68. Aufl. 2009, § 2273 BGB, Rz. 5.

²⁴ OLG Zweibrücken FGPrax 2008, 118; OLG Frankfurt NJW-RR 1995, 460; OLG Hamm FamRZ 1990, 1161; OLG Karlsruhe BWNNotZ 1989, 63; OLG Celle Rpfleger 1979, 24; Staudinger/Baumann, aaO, § 2261 BGB, Rz.16; Münch.Komm/Hagena, aaO, § 2261 BGB, Rz. 15.

²⁵ In der Gesetzesbegründung ist daher zutreffend vom „überlebenden Erblasser“ die Rede, Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/6308, S. 278; eine entsprechende ausdrückliche Formulierung im Gesetzestext wäre zur Vermeidung von Missverständnissen wünschenswert gewesen.

¹⁹ Vgl. insoweit auch die entsprechenden Änderungen im Erbscheinsrecht nach § 2369 Abs. 1 BGB - dazu unter 4 e) - und für die internationale Zuständigkeit nach § 105 FamFG - dazu unter 4 d).

²⁰ BGBl. 2007 I, S. 122, 139 f.

die Verwahrung nicht bei einem anderen Amtsgericht verlangt. Der Gesetzgeber begründet diese rechtspolitische Entscheidung insbesondere mit einer ansonsten durch eine mehrfach erforderlich werdende Versendung der Urkundenschrift virulenten Verlustgefahr und dem häufig engeren Bezug des für den Tod des Erstversterbenden zuständigen Nachlassgerichts zum familiären Umfeld des Zweitversterbenden.²⁶

eee) Ergänzende örtliche Zuständigkeit des Nachlassgerichts am Wohnsitz des Ausschlagenden für Entgegennahme von Erbausschlagungen

Ebenfalls gänzlich neu geregelt ist nunmehr in § 344 Abs. 7 FamFG für die Entgegennahme einer Erklärung über eine Erbschaftsausschlagung nach § 1945 BGB bzw. eine Anfechtung einer Erbschaftsausschlagung nach § 1955 BGB die ergänzende besondere örtliche Zuständigkeit auch desjenigen Nachlassgerichts, in dessen Bezirk der Ausschlagende bzw. Anfechtende seinen Wohnsitz hat. Hierdurch werden bisherige Unsicherheiten hinsichtlich der Wirksamkeit bzw. Rechtzeitigkeit von entsprechenden Erklärungen gegenüber einem anderen als dem nach § 73 FGG (künftig nach § 343 FamFG) örtlich zuständigen Nachlassgericht ausgeräumt, insbesondere wenn eine derartige Erklärung gegenüber einem nicht nach §§ 156, 157 GVG von dem örtlich zuständigen Nachlassgericht ersuchten Gericht abgegeben und dem Erklärenden von diesem Gericht (an Stelle einer Weiterleitung an das örtlich zuständige Nachlassgericht) zurückgegeben wird.²⁷ Diese Zuständigkeiterweiterung wurde erst aufgrund entsprechender Stellungnahme des Deutschen Bundesrates vom 06.07.2007²⁸ und darauf basierender Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 23.06.2008 in den Gesetzestext aufgenommen.²⁹ Dieses danach ergänzend zuständige Nachlassgericht hat die Niederschrift über eine derartige Erklärung gemäß § 345 Abs. 7 Satz 2 FamFG an das in der Nachlasssache selbst zuständige Nachlassgericht zu übersenden.

c) Funktionelle Zuständigkeit

Die funktionelle Zuständigkeit ergibt sich aus den Regelungen des Rechtspflegergesetzes und bleibt grundsätzlich unverändert. Aus o.g. Gründen wurden durch Art. 2 Abs. 9, 13 und 16 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 Personenstandsrechtsreformgesetz vom 19.02.2007³⁰ mit Wirkung zum 01.01.2009 die Regelungen der §§ 3 Nr. 2 lit c und 16 Abs. 1 RPfGG zwar dahingehend geändert, dass die dortige bisherige ausdrückliche Erwähnung der bislang in § 2258 a BGB und künftig in § 73 Abs. 4 und 5 FGG (ab 01.09.2009 in § 344 Abs. 1 FamFG) normierten besonderen amtlichen Verwahrung von Testamenten und Erbverträgen, die wegen der gerichtlichen Verrichtung noch zu Lebzeiten des künftigen Erblassers nicht als Nachlassangelegenheit galt³¹, als eigenständiger Regelungstatbestand ersatzlos aufgehoben wurde. Durch die o.g. -

wenn auch bis zum Inkrafttreten des FamFG nicht ausdrücklich erfolgende - Einbeziehung des Verfahrens der besonderen amtlichen Verwahrung in den Regelungsbereich der besonderen örtlichen Zuständigkeit für Nachlass- und Teilungssachen bringt der Gesetzgeber zumindest mittelbar zum Ausdruck, dass er diese - offenbar in Voraussicht auf die am 01.09.2009 in Kraft tretende Legaldefinition in § 342 Abs. 1 Nr. 1 FamFG - nunmehr als Nachlassangelegenheit einstuft. Die besondere amtliche Verwahrung von Testamenten bleibt daher selbst ohne ausdrückliche Erwähnung auch im Zeitraum zwischen dem 01.01.2009 und dem 31.08.2009 ein dem Rechtspfleger nach § 3 Nr. 2 lit c RPfGG übertragenes Geschäft. Durch Art. 23 FGG-RG werden zum 01.09.2009 die dem Rechtspfleger übertragenen Geschäfte gemäß § 3 Nr. 2 lit c RPfGG als Nachlass- und Teilungssachen nach § 342 FamFG definiert und die gemäß § 16 Abs. 1 RPfGG dem Richter vorbehaltenen Geschäfte pauschal dem Kreis der Nachlass- und Teilungssachen zugeordnet.³²

d) Internationale Zuständigkeit

§ 105 FamFG regelt für andere Verfahren als diejenigen der Bücher 2 und 3, somit auch für Nachlass- und Teilungssachen aus Buch 4, die internationale Zuständigkeit dahingehend, dass diese der örtlichen Zuständigkeit folgt. Damit beendet das Gesetz die Anwendbarkeit des bisher kraft Richterrechts praktizierten ungeschriebenen Gleichlaufgrundsatzes, nach dem deutsche Gerichte für Nachlasssachen nur bei Anwendung deutschen Erbrechts (Sachrecht) zuständig seien³³. Die Anwendbarkeit ausländischen Rechts scheidet ungeachtet der damit verbundenen Ausdehnung der internationalen Zuständigkeit jedoch dann aus, wenn und soweit einem deutschen Nachlassgericht eine dem inländischen Nachlassverfahrensrecht unbekannt und damit wesensfremde Tätigkeit abverlangt würde³⁴, etwa eine Einantwortung nach österreichischem Recht³⁵ oder eine Nachlassauseinandersetzung nach Ermessen des Nachlassgerichts.

e) Exkurs: Gegenständliche Beschränkung eines Erbscheins bzw. Testamentvollstreckerzeugnisses auf im Inland befindliche Nachlassgegenstände

Die Abkehr von der Gleichlauftheorie unter gleichzeitiger Ableitung der internationalen aus der örtlichen Zuständigkeit kann im Verfahren auf Erteilung eines Erbscheins bzw. Testamentvollstreckerzeugnisses vor einem deutschen Nachlassgericht bei Belegenheit von Nachlassgegenständen im Ausland je nach Konstellation über § 105 FamFG in Verbindung mit § 343 FamFG grundsätzlich zu einer erweiterten Anwendung ausländischen Sachrechts (auch) auf im Ausland belegene Nachlassgegenstände führen.³⁶ Dies kommt sowohl für deutsche als auch für ausländische Erblasser in Betracht.

Beispielsweise untersteht bei einem deutschen Erblasser mit Grundbesitz in Frankreich der in Frankreich belegene Grundbesitz nach Art. 3 Abs. 3 EGBGB (ab 11.01.2009 aufgrund

²⁶ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/6308, S. 278.

²⁷ Vgl. dazu Münch.Komm/Leipold, aaO, § 1945 BGB, Rz. 8 mwN.

²⁸ Stellungnahme des Deutschen Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundesrat, Drucksache 309/07 (Beschluss), S. 71.

²⁹ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) des Deutschen Bundestages zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/9733, S. 297.

³⁰ BGBl. 2007 I, S. 122, 139 f.

³¹ Vgl. dazu oben unter 4 a) bb).

³² Deutscher Bundesrat, Drucksache 617/08 vom 29.08.2008, S. 105 ff.

³³ BayObLG NJW 1987, 1148.

³⁴ Schaal, BWNotZ 2007, 154, 158.

³⁵ BayObLG MittRhNotK 1995, 105, 106; kritisch dazu Schaal BWNotZ 2007, 154, 158 unter Hinweis auf den nachlassgerichtlichen Gestaltungsakt der Ernennung eines Testamentvollstreckers nach § 2200 BGB iVm §§ 2200 Abs. 2 BGB, 81 FGG.

³⁶ Zu den diesbezüglichen Auswirkungen auf nachlassgerichtliche Verfahren mit Auslandsbezug ausführlich Schaal, BWNotZ 2007, 154 ff.

des AnpassungsG³⁷ nach Art. 3 a Abs. 2 EGBGB) wegen des diesbezüglichen Vorrangs des französischen Einzelstatuts französischem Erbrecht, der übrige Nachlass nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB deutschem Erbrecht.³⁸ Nach §§ 105, 343 Abs. 1 bzw. 2 FamFG ist das deutsche Nachlassgericht aufgrund seiner örtlichen Zuständigkeit auch international uneingeschränkt zuständig und könnte daher die Erbfolge nur vollständig, mithin bezüglich des in Frankreich belegenen Grundbesitzes nach französischem Recht bescheinigen. Um dadurch eintretende ungewollte zeitliche Verzögerungen und Kosten³⁹ zu vermeiden, sieht § 2369 Abs. 1 BGB in seiner durch das FGG-Reformgesetz geänderten Fassung nunmehr vor, dass der Antragsteller wahlweise anstelle eines derartigen unbeschränkten Zeugnisses ein auf die im Inland belegenen Nachlassgegenstände beschränktes Zeugnis beantragen kann.

Entsprechendes gilt beispielsweise für einen schweizerischen Erblasser mit letztem Wohnsitz in der Schweiz, der Grundbesitz in Deutschland, für den nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB gegenständlich beschränkt deutsches Recht gewählt wurde, und den restlichen Nachlass in der Schweiz hinterlässt.⁴⁰ Auch hier ist ein deutsches Nachlassgericht nach §§ 105, 343 Abs. 1⁴¹ bzw. 3⁴² FamFG international uneingeschränkt zuständig, über § 2369 Abs. 1 BGB n.F. könnte jedoch wiederum eine Beschränkung auf den im Inland befindlichen Nachlass und daher eine möglicherweise zeit- und kostenaufwendige Überprüfung schweizerischen Rechts vermieden werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn - wie im hier zuletzt gewählten Beispielfall - der in Deutschland belegene Grundbesitz einziger in Deutschland befindlicher Nachlassbestandteil ist. Eine gegenständliche Beschränkung eines derartigen Zeugnisses ist jedoch ausschließlich auf alle der betroffenen Erbfolge, die sich ihrerseits durch Nachlassspaltung wiederum auf einen bestimmten Teil des Gesamtnachlasses reduzieren kann⁴³, unterstehenden, im Inland befindlichen Nachlassgegenstände statthaft.⁴⁴ Dies ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut des § 2369 Abs. 1 BGB n.F., nach dem eine derartige Beschränkbarkeit lediglich auf die (somit auf sämtliche) im Inland befindlichen und im Gegensatz zu Art. 25 Abs. 2 EGBGB bzw. Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB nicht in offener Weise auf (somit auch einzelne) im Inland befindliche Gegenstände vorgesehen ist. Hinterlässt beispielsweise ein schweizerischer Erblasser mit letztem Wohnsitz in der Schweiz in Deutschland mehrere Immobilien und bewegliches Nachlassvermögen, wäre aufgrund einer Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB gleichwohl eine gegenständliche Beschränkung auf das in Deutschland belegene unbewegliche Vermögen möglich, und zwar je nach Reichweite der Rechtswahl auf das gesamte oder auf einzelne dem deutschen Belegenheitsrecht unterstellte Immobilien. Entsprechendes gilt für eine Güterrechtswahl nach Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB, soweit sich hierdurch Auswirkungen

auf die Erbfolge bezüglich einzelner Nachlassgegenstände ergeben.⁴⁵

Nach der o.g. Aufgabe des Gleichlaufgrundsatzes anlässlich der Neuregelung der internationalen Zuständigkeit durch § 105 FamFG ermöglicht § 2369 Abs. 1 BGB n.F. daher mit Wirkung zum 01.09.2009 nicht mehr lediglich ein Fremdrechts-, sondern auch ein entsprechendes Eigenrechtszeugnis, das jeweils auf den in Deutschland belegenen Nachlass beschränkt ist.

5. Beteiligteigenschaft

a) Allgemeines

Das FamFG regelt im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit erstmals ausdrücklich die Beteiligteigenschaft und schließt damit die wohl bekannteste Lücke im System rechtsstaatlicher Verfahrensgarantien des bisherigen FGG. Ein Beteiligter unterscheidet sich als Verfahrenssubjekt von anderen Personen insbesondere durch das Privileg, Inhaber besonderer Verfahrensrechte - etwa auf Akteneinsicht, Stellen von Beweisanträgen, Empfangen gerichtlicher Hinweise, Abgabe von Stellungnahmen zu den Ergebnissen förmlicher Beweisaufnahme etc. - zu sein⁴⁶. In Nachlassverfahren ist die Beteiligteigenschaft in § 345 i.V.m. § 7 FamFG, in Teilungsverfahren mangels Spezialregelung ausschließlich in § 7 FamFG normiert.

b) In Nachlassverfahren

aa) Abgrenzung zwischen § 345 FamFG und § 7 FamFG

Die Beteiligteigenschaft in Nachlasssachen lässt sich nur aus einer gemeinsamen Betrachtung von § 7 FamFG und § 345 FamFG erschließen. § 345 FamFG ist *lex specialis* zu § 7 FamFG, enthält jedoch gegenüber der zum allgemeinen Teil gehörenden Regelung des § 7 FamFG ausschließlich hinsichtlich der auf Antrag durchzuführenden Nachlassverfahren vorrangige Regelungen. Im Gegensatz dazu wird die Beteiligteigenschaft in den von Amts wegen durchzuführenden und in den durch § 345 FamFG nicht ausdrücklich geregelten sonstigen Nachlassverfahren ausschließlich durch § 7 FamFG definiert.

§ 345 regelt in den Absätzen 1 bis 4 für das jeweilige Antragsverfahren auf Erteilung eines Erbscheins (Abs. 1), auf Erteilung eines Zeugnisses nach § 1507 BGB, §§ 36 und 37 GBO bzw. §§ 42 und 74 SchiffsRegO (Abs. 2), zur Ernennung eines Testamentsvollstreckers bzw. zur Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses (Abs. 3) bzw. in den sonstigen auf Antrag durchzuführenden Nachlassverfahren (Abs. 4) die jeweilige Beteiligteigenschaft. Dabei wird jeweils zwischen einer Beteiligteigenschaft unmittelbar kraft Gesetzes und einer solchen kraft konstitutiver Hinzuziehung unterschieden.

bb) Beteiligteigenschaft kraft Gesetzes im Antragsverfahren

aaa) Nach § 345 FamFG

Nach § 345 FamFG ist kraft Gesetzes ohne konstitutiven gerichtlichen Hinzuziehungsakt Beteiligter im Erbscheinsertei-

³⁷ Dazu Wagner IPRax 2008, 314.

³⁸ Wurm/Wagner/Zartmann/Fröhler, Das Rechtsformularbuch, 15. Aufl. 2007, Kap. 73 Rz. 27.

³⁹ Dazu Zimmermann, FGPrax 2006, 189, 191.

⁴⁰ Zu deutsch-schweizerischen Nachlasskonstellationen ausführlich Fröhler BWNNotZ 2008, 38, 42 ff.

⁴¹ Wenn der schweizerische Erblasser mit letztem Wohnsitz in der Schweiz, aber letztem Aufenthalt in Deutschland - z.B. während eines Urlaubes - verstirbt.

⁴² Wenn der schweizerische Erblasser mit letztem Wohnsitz in der Schweiz und letztem Aufenthalt außerhalb Deutschlands verstirbt.

⁴³ Zum Begriff der Nachlassspaltung Schotten/Schmellenkamp, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, Rz. 269.

⁴⁴ Schaal BWNNotZ 2007, 154, 156 f.

⁴⁵ Dazu im Allgemeinen und zur Frage einer Erbteilserhöhung nach § 1371 Abs. 1 BGB bei einem im gesetzlichen Güterstand nach deutschem Recht verheirateten Erblasser mit schweizerischer Staatsangehörigkeit im Besonderen Fröhler BWNNotZ 2008, 38, 45 ff.

⁴⁶ Jacoby, FamRZ 2007, 1703, 1704.

lungsverfahren gemäß Abs. 1 bzw. in den weiteren Zeugniserteilungsverfahren nach Abs. 2 der jeweilige Antragsteller, im Testamentsvollstreckerernennungs- bzw. im Erteilungsverfahren für das Testamentsvollstreckerzeugnis nach Abs. 3 der Testamentsvollstrecker.

bbb) Nach § 7 FamFG als Auffangtatbestand

Soweit § 345 Abs. 1 Satz 1 FamFG den Antragsteller nicht ausdrücklich als Beteiligten kraft Gesetzes benennt, ist er dies unter den Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 FamFG, der nur insoweit durch die Spezialnorm des § 345 FamFG verdrängt wird, als er dieser widerspricht. So ist etwa ein Nachlassgläubiger, der nach den §§ 792, 896 ZPO einen Antrag auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses stellt, unmittelbar aus § 7 Abs. 1 FamFG kraft Gesetzes Beteiligter⁴⁷.

cc) Beteiligteigenschaft kraft Hinzuziehung im Antragsverfahren

aaa) Überblick

Die durch gerichtliche Hinzuziehung konstitutiv begründete Beteiligteigenschaft kann auf gesetzlich zwingend vorgesehener Anordnung, gerichtlicher Ermessensentscheidung oder auf Antrag beruhen.

bbb) Hinzuziehung aufgrund gesetzlich zwingend vorgesehener Anordnung

Nach § 345 Abs. 4 Satz 1 FamFG wird aufgrund eines gesetzlich zwingend vorgesehenen konstitutiven gerichtlichen Hinzuziehungsakts Beteiligter in den dort genannten sonstigen auf Antrag durchzuführenden Nachlassverfahren betreffend Nachlasspflegschaft oder Nachlassverwaltung der Nachlasspfleger bzw. Nachlassverwalter, betreffend Entlassung eines Testamentsvollstreckers der Testamentsvollstrecker, betreffend Bestimmung erbrechtlicher Fristen derjenige, dem die Frist bestimmt wird, betreffend die Bestimmung oder Verlängerung einer Inventarfrist der Erbe, dem die Frist bestimmt wird, bzw. im Falle des § 2008 BGB dessen Ehegatte oder Lebenspartner sowie betreffend die Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung derjenige, der die eidesstattliche Versicherung abzugeben hat, bzw. im Falle des § 2008 BGB dessen Ehegatte oder Lebenspartner.

ccc) Hinzuziehung aufgrund gerichtlichen Ermessens

Beteiligte kraft konstitutiver Hinzuziehung aufgrund gerichtlicher Ermessensausübung können die in § 345 Abs. 1 - hierauf verweist zudem Abs. 2 - 3 und 4 FamFG jeweils in Satz 2 Genannten sein, ohne dass es eines Antrages bedarf. In den Erteilungsverfahren für einen Erbschein nach Abs. 1 Satz 2 bzw. für Zeugnisse nach Abs. 2 können dies die gesetzlichen Erben, diejenigen, die nach dem Inhalt einer vorliegenden Verfügung von Todes wegen als Erben in Betracht kommen, die Gegner des Antragstellers, wenn ein Rechtsstreit über das Erbrecht anhängig ist, diejenigen, die im Falle der Unwirksamkeit der Verfügung von Todes wegen Erben sein würden, sowie alle Übrigen, deren Recht am Nachlass durch das Verfahren unmittelbar betroffen wird, sein. Im Verfahren zur Testamentsvollstreckerernennung bzw. zur Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses kommen nach Abs. 3 Satz 2 die Erben bzw. der Mitvollstrecker in Betracht. In den

sonstigen genannten Verfahren nach Abs. 4 Satz 2 können alle Übrigen, deren Recht durch das Verfahren unmittelbar betroffen wird, als Beteiligte hinzugezogen werden.

ddd) Hinzuziehung auf Antrag

§ 345 FamFG regelt im jeweiligen letzten Satz der Absätze 1, 3 und 4 weiter, dass eine der im jeweils vorstehenden Satz genannten Personen auf ihren Antrag zwingend als Beteiligter hinzuzuziehen ist. Der o.g. ohne einen derartigen Antrag bestehende gerichtliche Ermessensspielraum entfällt dann.

dd) Beteiligte in von Amts wegen durchzuführenden Nachlassverfahren

Mangels vorrangiger Spezialnormen richtet sich die Definition des Beteiligtenbegriffs in von Amts wegen durchzuführenden Verfahren nach der allgemeinen Regelung des § 7 FamFG. So ist beispielsweise in einem von Amts wegen durchzuführenden Erbscheinseinziehungsverfahren gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG der im Erbschein als Erbe Ausgewiesene bzw. derjenige, der die Erteilung des Erbscheins anstelle des Erben beantragt hat, Beteiligter.⁴⁸

c) In Teilungsverfahren

In Teilungsverfahren richtet sich die Beteiligteigenschaft mangels einer § 345 FamFG entsprechenden Norm nach dem Allgemeinen Teil und damit nach § 7 FamFG. Danach wird unterschieden zwischen dem jeweiligen Antragsteller als Beteiligtem kraft Gesetzes im Antragsverfahren gemäß Abs. 1, Beteiligteigenschaft kraft zwingend vorgeschriebener gerichtlicher Hinzuziehung bei unmittelbarer Rechtsbetroffenheit oder gesetzlich ausdrücklich begründeter Verpflichtung nach Abs. 2 und Beteiligteigenschaft kraft Hinzuziehung aufgrund gerichtlicher Ermessensentscheidung (sei es von Amts wegen oder auf Antrag) gemäß Abs. 3. § 363 Abs. 2 FamFG sieht zugunsten jedes Miterben, des Erbteilsenerbers und des Pfandrechts- bzw. Nießbrauchsberechtigten an einem Erbteil ein ausdrückliches Antragsrecht auf Auseinandersetzungsvermittlung vor.

d) Gerichtliche Benachrichtigungs- und Belehrungspflicht

Wer auf eigenen Antrag als Beteiligter hinzugezogen werden muss oder kann, ist, soweit er dem Gericht bekannt ist, nach der allgemeinen Regelung des § 7 Abs. 4 FamFG durch das Nachlassgericht von der Einleitung des Verfahrens zu benachrichtigen und über sein Antragsrecht zu belehren. Hierdurch wird dem verfassungsrechtlich garantierten Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG entsprochen. Der Gesetzentwurf zum FamFG hatte ursprünglich für Nachlasssachen in Gestalt eines § 345 Abs. 5 FamFG eine entsprechende spezialgesetzliche Regelung vorgesehen,⁴⁹ die dann aber nach Überarbeitung des § 7 Abs. 4 FamFG aufgegeben und in den Allgemeinen Teil verlagert wurde.⁵⁰

⁴⁷ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/6308, S. 278.

⁴⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/6308, S. 278.

⁴⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/6308, S. 67.

⁵⁰ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses (6. Ausschuss) des Deutschen Bundestages zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/9733, S. 287 und S. 297.

6. Verfahren bei besonderer amtlicher Verwahrung

a) Verfahren bzw. Hinterlegungsscheine

§ 346 FamFG übernimmt zum 01.09.2009 die durch das Personenstandsrechtsreformgesetz geschaffenen Regelungen nach §§ 82 a Abs. 1 bis 3, 82 b Abs. 1 Satz 1 FG über das Verfahren bei besonderer amtlicher Verwahrung, die ihrerseits die bisherigen §§ 2258 b, 2300 BGB zum 01.01.2009 ersetzen⁵¹. Ergänzend wird durch § 346 Abs. 3 FamFG erstmals geregelt, dass bei einem gemeinschaftlichen Testament jeder Erblasser einen eigenen Hinterlegungsschein erhält, gleiches gilt für jeden Vertragsschließenden bei einem Erbvertrag.

b) Verfahrensrechtliche Mitteilung über die Verwahrung

§ 347 FamFG übernimmt zum 01.09.2009 die über das Personenstandsrechtsreformgesetz zum 01.01.2009 neu eingefügten Regelungen aus den §§ 82 a Abs. 4 bis 7, 82 b Abs. 2 FG über die Mitteilungspflichten der Nachlassgerichte für Verfügungen von Todes wegen, die in die besondere amtliche Verwahrung gegeben wurden, bzw. der jeweils beurkundenden Stellen für Erbverträge, die nicht in die besondere amtliche Verwahrung gegeben wurden, sowie für gerichtliche oder notariell beurkundete Erklärungen, nach denen die gesetzliche Erbfolge geändert worden ist.⁵² Die Regelungen schaffen ab 01.01.2009 erstmals - zunächst § 82 a Abs. 4 Satz 3 FG, ab 01.09.2009 sodann § 347 Abs. 1 Satz 3 FamFG - eine gesetzliche Grundlage für das in der bisherigen „Allgemeinen Verfügung (AV) der Länder über die Benachrichtigungen in Nachlasssachen“⁵³, die lediglich einer zwischen den Bundesländern vereinbarten Verwaltungsvorschrift entspricht, geregelte Registrierungs- und Meldesystem und erfüllt damit die durch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG⁵⁴ vorgegebenen verfassungsrechtlichen Anforderungen für die Verarbeitung personenbezogener Daten. Entgegen einer entsprechenden Prüfbite des Deutschen Bundesrates, die sich insbesondere auf die europäische Dimension einer zentralen Registrierung von Verfügungen von Todes wegen bezieht,⁵⁵ wird durch das Personenstandsrechtsreformgesetz ausschließlich für die derzeit bereits bestehenden dezentralen Karteien eine Gesetzesgrundlage begründet. Ob und bejahendenfalls in welcher Form eine zentrale Testamentsdatei eingeführt werden wird, bleibt offen.⁵⁶ Desweiteren werden die Länder zur jeweiligen Ausgestaltung der hier lediglich als Rahmen vorgegebenen Mitteilungspflichten durch eigene Rechtsverordnungen verpflichtet und zur Einführung einer elektronischen Übermittlung ohne Rahmenvorgaben für die Signaturqualität⁵⁷ berechtigt.

⁵¹ BGBl. 2007 I, S. 122, 140 f.

⁵² BGBl. 2007 I, S. 122, 140 f.

⁵³ Abgedruckt bei Schmitz/Bornhofen/Bockstette, Gesetzssammlung für die Landesbeamten und ihre Aufsichtsbehörden, unter Nr. 12 a; vgl. exemplarisch für Baden-Württemberg dazu auch die Gemeinsame AV des Justizministeriums und des Innenministeriums vom 15.01.2001 (1432.A/0102;5-1023/3) - Die Justiz S. 65 -, zuletzt geändert durch Gemeinsame VwV des Justizministeriums und des Innenministeriums vom 20.08.2007 (1432.A/0102;5-1023/3), StAZ 2008, 122 f.

⁵⁴ BVerfGE 65, 1.

⁵⁵ Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/1831, S. 70.

⁵⁶ Gegenäußerung der Bundesregierung, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/1831, S. 77 f.

⁵⁷ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/1831, S. 56.

c) Mitteilungs- und Ablieferungspflichten nach Beurkundungsgesetz

Die Mitteilungspflicht von Notaren gegenüber dem Standesamt für nicht in besondere amtliche Verwahrung genommene Erbverträge bzw. sonstige Erklärungen mit erbrechtlichen Auswirkungen ist durch das Personenstandsrechtsreformgesetz parallel zur o.g. verfahrensrechtlichen Normierung in § 82 b Abs. 2 FG (ab 01.09.2009 in § 347 Abs. 3 FamFG) im Hinblick auf die beurkundungsrechtlichen Rahmenvorgaben und die notarielle Pflicht zur Verschwiegenheit nach § 18 BNotO ergänzend durch die ebenfalls am 01.01.2009 in Kraft tretende Norm des § 34 a Abs. 1 BeurkG geregelt worden. Darüber hinaus verpflichtet § 34 a Abs. 2 BeurkG den jeweiligen Notar dazu, nach Eintritt des Erbfalls - wie bereits zuvor in § 34 Abs. 3 Satz 2 BeurkG a.F. geregelt - von ihm beurkundete nicht in besondere amtliche Verwahrung gegebene Erbverträge an das Nachlassgericht zur dortigen dauerhaften Verwahrung abzuliefern und sonstige Erklärungen mit erbrechtlichen Auswirkungen - dies wird nunmehr erstmals gesetzlich geregelt, bisher bestand ausschließlich eine Verpflichtung nach § 20 Abs. 3 Satz 2 DNot - in beglaubigter Abschrift mitzuteilen.

7. Gleichwertigkeit des stillen Eröffnungsverfahrens

§ 348 FamFG ersetzt die §§ 2260, 2262 BGB und regelt die Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen durch das Nachlassgericht. Abs. 1 sieht die Eröffnungspflicht des Nachlassgerichts für Verfügungen von Todes wegen vor. Abs. 2 regelt bezüglich des Verfahrens die Möglichkeit des Nachlassgerichts, hierzu einen Termin zu bestimmen und die gesetzlichen Erben sowie die sonstigen Beteiligten zu laden. Nach Abs. 3 ist das Nachlassgericht dazu verpflichtet, den Beteiligten den sie betreffenden Inhalt der Verfügung von Todes wegen schriftlich bekannt zu geben, wobei diese Verpflichtung nicht gegenüber Beteiligten besteht, die in einem Termin nach Abs. 2 anwesend waren. Abs. 3 stellt damit abweichend von der bisherigen Rechtslage nach § 2260 BGB (dort Sollvorschrift zur persönlichen Ladung) klar, dass die schriftliche Bekanntgabe neben dem Eröffnungstermin als gleichwertige Alternative zur Verfügung steht.

8. Eröffnung gemeinschaftlicher Testamente und Erbverträge

Die bisher in §§ 2273, 2300 Abs. 1 BGB geregelten Besonderheiten bei der Eröffnung von gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen werden durch § 349 BGB übernommen. Abs. 2 stellt dabei erstmals ausdrücklich klar, dass eine derartige Urkunde im Rahmen der Weiterverwahrung nur dann in die besondere amtliche Verwahrung gebracht wird, wenn sie sich bereits vor dem ersten Erbfall dort befunden hat oder der längstlebende Verfügende dies beantragt. Ansonsten verbleibt das Dokument in - nach § 27 Abs. 11 Satz 2 AktO - einfacher Aktenverwahrung des Nachlassgerichts.⁵⁸

9. Ermittlungspflicht und Eröffnungsfrist

§ 351 FamFG übernimmt die bisher in den §§ 2263 a, 2300 a BGB enthaltene Ermittlungspflicht und Eröffnungsfrist in geänderter Weise. Abweichend von der bisherigen Regelung

⁵⁸ Palandt/Edenhofer, aaO, § 2273 BGB, Rz. 6.

benennt § 351 FamFG nunmehr neben dem Testament und Erbvertrag auch das gemeinschaftliche Testament ausdrücklich, formuliert die durch den Zusatz „soweit tunlich“ bereits relativierte Ermittlungspflicht in eine Soll-Vorschrift um und reduziert die Eröffnungsfrist auch für den Erbvertrag von fünfzig auf dreißig Jahre, die bereits für das Testament und das gemeinschaftliche Testament galten. Im Gesetzentwurf der Bundesregierung war zwischenzeitlich vorgesehen, dass die Eröffnungsfrist für Erbverträge und gemeinschaftliche Testamente jeweils fünfzig Jahre beträgt und Ermittlungen zwingend zu erfolgen haben.⁵⁹ Auf Anregung des Bundesrates wurde die Ermittlungspflicht in eine Soll-Vorschrift verändert und die Eröffnungsfrist insgesamt auf dreißig Jahre vereinheitlicht, um zu vermeiden, dass die Erbenermittlung durch zu langes Zuwarten erschwert wird.⁶⁰

10. Anordnungsbeschluss für nachfolgende Erbscheinerteilung

a) Allgemeines

§ 352 FamFG regelt das Verfahren für den Erlass eines durch § 2359 BGB vorausgesetzten Anordnungsbeschlusses zur späteren Erteilung des beantragten Erbscheins. Dieser der Erbscheinerteilung vorausgehende Anordnungsbeschluss ist streng von der eigentlichen Erbscheinerteilung nach den §§ 2353 ff. BGB zu unterscheiden. Die in der Vorschrift getroffenen Regelungen über den Anordnungsbeschluss werden um die im Allgemeinen Teil enthaltenen Vorschriften, insbesondere über das Postulat der Beschlussform für eine gerichtliche Endentscheidung aus § 38 ergänzt. Gleiches gilt nach § 354 FamFG für die dort genannten weiteren Zeugnisse, insbesondere für Testamentsvollstreckerzeugnisse.

b) Unstreitige Verfahren

Nach § 352 Abs. 1 FamFG hat die Anordnungsentscheidung über die Feststellung der zur Erteilung eines Erbscheins erforderlichen Tatsachen durch Beschluss zu ergehen, der mit Erlass wirksam ist, abweichend von § 41 Abs. 1 FamFG keiner Bekanntgabe bedarf und nach § 38 Abs. 4 Nr. 2 FamFG dann, wenn er nicht dem erklärten Willen eines Beteiligten widerspricht, nicht begründet werden muss.

c) Streitige Verfahren - Abschaffung des Vorbescheides

Als Ausnahme hiervon sieht § 352 Abs. 2 FamFG für das Streitige Erbscheinsverfahren vor, dass der Anordnungsbeschluss unter Aussetzung der sofortigen Wirksamkeit und Zurückstellung der Erteilung des Erbscheins bis zur Rechtskraft des Anordnungsbeschlusses den Beteiligten bekannt zu geben ist. Nach § 38 Abs. 3 Satz 1 FamFG ist der Beschluss in derartigen Fällen zudem zu begründen, da keine Ausnahme in Sinne des § 38 Abs. 4 Nr. 2 FamFG vorliegt. § 352 Abs. 2 FamFG schafft damit das durch Richterrecht geformte ungeschriebene Institut des Vorbescheides⁶¹ ab⁶² und ersetzt dieses durch die Aussetzung der sofortigen Wirksamkeit des Anordnungsbeschlusses.

d) Rechtsmittel nach Erteilung des Erbscheins

Gemäß § 352 Abs. 3 FamFG ist eine Beschwerde gegen den Anordnungsbeschluss nach Erteilung des Erbscheins nur noch mit dem Ziel des Antrages der Einziehung des Erbscheins zulässig.

11. Einziehung bzw. Kraftloserklärung

§ 353 FamFG ergänzt die bisherige Regelung des § 84 FGG durch ausdrückliche Benennung der durch die Rechtsprechung zugelassenen Ausnahmen von der grundsätzlichen Nichtstatthaftigkeit einer Beschwerde gegen die Einziehung oder Kraftloserklärung eines Erbscheins. Danach ist eine Beschwerde gegen einen Einziehungsbeschluss nach Abs. 2 bis zum Vollzug der Einziehung⁶³ bzw. gegen einen Kraftloserklärungsbeschluss nach Abs. 3 bis zu dessen öffentlicher Bekanntmachung⁶⁴ zulässig. Nach Vollzug des Einziehungsbeschlusses ist eine Beschwerde nur noch mit dem Ziel der Erteilung eines neuen gleichlautenden Erbscheins zulässig und wird daher regelmäßig als solche auszulegen sein.⁶⁵ Nach Abs. 1 hat das Gericht im Verfahren über die Einziehung bzw. Kraftloserklärung - möglichst gleichzeitig - über die Kosten zu entscheiden.

Gleiches gilt nach § 354 FamFG für die dort genannten weiteren Zeugnisse, insbesondere für Testamentsvollstreckerzeugnisse.

12. Zwang zur Ablieferung von Testamenten

§ 358 FamFG ersetzt die bisherige Regelung des § 83 FGG über den Zwang zur Ablieferung von Testamenten und beschränkt sich dabei auf das Anordnungsrecht zur Ablieferung eines Testaments unter den Voraussetzungen des § 2259 Abs. 1 BGB. Abweichend von § 83 FGG ergibt sich die Vollstreckung nunmehr unmittelbar aus § 35 FamFG im Allgemeinen Teil. Neben der Festsetzung von Zwangsgeld und der Herausgabevollstreckung kann dabei erstmals auch Ersatzzwangshaft oder originäre Haft angeordnet werden.

13. Nichtöffentlichkeit

Verhandlungen, Erörterungen und Anhörungen bleiben nach § 170 GVG trotz Aufhebung der bisherigen Regelung des § 8 FGG - entgegen dem ursprünglichen Referentenentwurf⁶⁶ - nach wie vor nicht öffentlich.

14. Rechtsmittel und Instanzenzug

a) Rechtsmittel

Im FamFG wurden die gegen nachlassgerichtliche Entscheidungen eröffneten Rechtsmittel zentral in den Allgemeinen Teil verlagert bzw. dort konzentriert und zudem inhaltlich tiefgreifend verändert. Im Gegensatz zur bisherigen Regelung ist die gegen Endentscheidungen des Nachlassgerichts gerichtete Beschwerde nunmehr grundsätzlich nach den §§ 58 Abs. 1, 63 Abs. 1 FamFG auf einen Monat befristet. Das Institut der einfachen unbefristeten Beschwerde wurde somit abgeschafft und durch die befristete Beschwerde ersetzt. Gle-

⁵⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/6308, S. 68.

⁶⁰ Stellungnahme des Bundesrates (Beschluss), Deutscher Bundesrat, Drucksache 309/07 vom 06.07.2007, S. 73 f.

⁶¹ BGHZ 20, 255, 258.

⁶² Hierzu kritisch Zimmermann, FGPrax 2006, 189, 193.

⁶³ BayObLGZ 1952, 162, 163.

⁶⁴ BayObLGZ 1958, 364.

⁶⁵ BGHZ 40, 54, 56.

⁶⁶ Dazu Zimmermann, FGPrax 2006, 189, 192.

ches gilt nach § 71 Abs. 1 FamFG für die an die Stelle der bisherigen weiteren Beschwerde tretenden Rechtsbeschwerde. In § 62 FamFG ist nun ausdrücklich geregelt, dass eine Beschwerde auch nach Erledigung der Hauptsache statthaft ist, wenn der Beschwerdeführer ein berechtigtes Interesse an der Feststellung hat, das in der Regel bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen oder konkret zu erwartenden Wiederholungen vorliegt. Der Gesetzgeber greift damit die diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf⁶⁷.

b) Instanzenzug

Zugleich hat sich der Instanzenzug dahingehend verändert, dass für die (befristete) Beschwerde an Stelle des Landgerichts nach § 119 Abs. 1 Nr. 1 b VVG nunmehr das Oberlandesgericht und für die befristete Rechtsbeschwerde nach § 133 VVG im Gegensatz zur bisherigen weiteren Beschwerde nicht mehr das Oberlandesgericht, sondern der Bundesgerichtshof zuständig ist. Für die Beschwerdeentscheidung des Oberlandesgerichts ist nach § 68 Abs. 4 FamFG eine Übertragung auf den Einzelrichter möglich. Trotz Zuständigkeit des Oberlandesgerichts besteht im Beschwerdeverfahren durch Umkehrschluss aus § 10 Abs. 4 FamFG kein Anwaltszwang, da der Gesetzgeber insoweit auf den bisherigen Charakter des Beschwerdeverfahrens abstellt⁶⁸. Die durch den Bundesrat vorgetragene Bedenken, in Nachlassangelegenheiten belaste die o.g. Verlagerung der Beschwerdezuständigkeit die häufig bereits betagten Beteiligten in unzumutbarer Weise, da nicht selten Erörterungen und Beweisaufnahmen an dem für sie oft weit entfernten Sitz des Oberlandesgerichts persönlich wahrgenommen werden müssten,⁶⁹ führten letztlich nicht zu einer Beibehaltung der diesbezüglichen landgerichtlichen Beschwerdezuständigkeit.

Die befristete Beschwerde setzt in vermögensrechtlichen Angelegenheiten nach § 61 Abs. 1 FamFG grundsätzlich einen Beschwerdewert von mehr als 600,00 € voraus, in nicht vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist sie wertunabhängig statthaft. Soweit in vermögensrechtlichen Angelegenheiten der Mindestbeschwerdewert nicht erreicht wird, lässt das Nachlassgericht die Beschwerde gemäß § 61 Abs. 2 FamFG in Anlehnung an § 511 Abs. 4 ZPO gleichwohl bei grundsätzlicher Bedeutung oder Erfordernis zur Fortbildung des Rechts bzw. zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zu. Bei Vorliegen der vorstehenden Voraussetzungen ist das Nachlassgericht zur Zulassung verpflichtet, ohne dass die Nichtzulassung anfechtbar ist⁷⁰, wobei letztlich je nach Einzelfall möglicherweise eine Verfassungsbeschwerde eröffnet sein kann. Das Beschwerdegericht ist nach § 61 Abs. 3 Satz 2 FamFG an die Zulassung gebunden.

Die (befristete) Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof ist nach § 70 Abs. 1 FamFG nur dann statthaft, wenn sie durch das Beschwerdegericht (oder das Oberlandesgericht im ersten Rechtszug) zugelassen worden ist. Dies hat nach § 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG zu geschehen, wenn eine Entscheidung geboten ist, um das Recht zu vereinheitlichen oder fortzubilden. Dazu gehört insbesondere eine Eignung

des entschiedenen Falls zur Aufstellung von Leitsätzen für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen des materiellen oder des Verfahrensrechts bzw. das Ausfüllen von Gesetzeslücken⁷¹. Der Bundesgerichtshof ist nunmehr - abweichend von dem Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 07.09.2007⁷², der noch ausdrücklich das Nichtbestehen einer entsprechenden Bindung des Bundesgerichtshofs vorsah⁷³ - nach § 70 Abs. 2 Satz 2 FamFG an die Zulassung gebunden. Gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts nach § 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG ist keine Nichtzulassungsbeschwerde eröffnet, je nach Einzelfall möglicherweise jedoch eine Verfassungsbeschwerde. Durch § 71 Abs. 2 FamFG ist - abweichend von der bisherigen Regelung des § 29 FGG für die weitere Beschwerde - nunmehr eine Beschwerdebegründung verpflichtend. Desweiteren müssen sich die Beteiligten nach § 10 Abs. 4 FamFG durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Anwalt vertreten lassen. Nach § 28 Abs. 2 FGG war der Bundesgerichtshof bislang ausschließlich aufgrund obligatorischer Vorlage des Oberlandesgerichts im Falle einer beabsichtigten Abweichung von einer dieselbe Rechtsfrage betreffenden Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs zur Entscheidung berufen.

15. Übergangsregelung

Nach Art. 111 FGG-RG sind auf Verfahren, die bis zum Inkrafttreten des FGG-RG am 01.09.2009 eingeleitet worden sind oder deren Einleitung bis zu diesem Zeitpunkt beantragt wurde, weiter die vor Inkrafttreten des FGG-RG geltenden Vorschriften anzuwenden.

⁶⁷ BVerfGE 104, 220, 232 f.

⁶⁸ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/6308, S. 181.

⁶⁹ Stellungnahme des Bundesrates (Beschluss), Deutscher Bundesrat, Drucksache 309/07 vom 06.07.2007, S. 89 f.

⁷⁰ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/6308, S. 204.

⁷¹ Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Deutscher Bundestag, Drucksache 16/6308, S. 209.

⁷² Deutscher Bundestag, Drucksache 16/6308, S. 26.

⁷³ Dazu Muscheler ZEV 2008, 105, 111.

Rechtsprechung

BGB § 1822 Nr. 3

Der unentgeltliche Erwerb eines Kommanditanteils durch einen Minderjährigen an einer Kommanditgesellschaft, deren Tätigkeit sich auf die Verwaltung des von den Gesellschaftern selbst genutzten Wohnhauses beschränkt, bedarf nicht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB.

OLG München, Beschluss vom 06.11.2008 - 31 Wx 076/08

Gründe:

I.

Im Handelsregister ist seit 24.10.2006 die D. Verwaltungen KG eingetragen. Persönlich haftende Gesellschafterin ist die weitere Beteiligte zu 2, Kommanditist ihr Ehemann, der Beteiligte zu 1, mit einer Hafteinlage von 800 €. Zweck der Gesellschaft ist ausweislich des Gesellschaftsvertrages vom 17.10.2006 die Verwaltung eigenen Vermögens. Der Beteiligte zu 1 brachte unter Nießbrauchsvorbehalt ein bebautes Grundstück mit einer Fläche von 1.445 m² in die Gesellschaft ein. Das Gebäude wird nach Angaben der Beteiligten von der Familie selbst bewohnt. Mit Überlassungsvertrag vom 17.10.2006 übertrug der Beteiligte zu 1 von seiner Kommanditeinlage unter Vorbehalt des Nießbrauchs, im Übrigen lastenfrei je einen Teil von 200 € unentgeltlich im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf die Beteiligten zu 3, 4 und 5, seine minderjährigen Kinder, und trat die Gesellschaftsanteile mit Wirkung zum Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister an sie ab. Die Kinder wurden bei Vertragsabschluss jeweils durch einen Ergänzungspfleger vertreten. Mit Urkunde vom selben Tag wurde u.a. diese Rechtsänderung zur Eintragung im Handelsregister angemeldet.

Das zuständige Vormundschaftsgericht teilte mit Schreiben an den Urkundsnotar vom 12.2.2008 mit, der Überlassungsvertrag bedürfe keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, da Zweck der Gesellschaft nur die Verwaltung eigengenutzter Immobilien sei. Das Registergericht verlangte mit Zwischenverfügung vom 28.3.2008 die Vorlage einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung sowie der Nachweise des Zugangs an die Ergänzungspfleger und die übrigen Gesellschafter. Die Beschwerde der Beteiligten wies das Landgericht mit Beschluss vom 19.6.2006 zurück. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde.

II.

Das zulässige Rechtsmittel ist begründet und führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen.

1. Das Landgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

Nach § 105 Abs. 2 HGB könne eine Gesellschaft, die nur eigenes Vermögen verwaltet, im Handelsregister eingetragen werden. Völlig unbedeutende, wirtschaftlich nicht über den privaten Bereich hinausgehende Betätigungen seien jedoch vom Begriff der nur eigenes Vermögen verwaltenden Gesellschaft nicht erfasst. Diese Tatsache sei im Eintragungsverfahren durch das Registergericht zu prüfen. Da die beteiligte Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen worden sei, sei davon auszugehen, dass sie nicht nur eine völlig unbedeutende, wirtschaftlich nicht über den privaten Bereich hinausgehende Betätigung durchführe. Die von der Gesellschaft ausgeübte Tätigkeit sei deshalb als Erwerbsgeschäft anzusehen. Jedenfalls unterliege die Beteiligung eines Minderjährigen auch als eintretender Kommanditist einer KG der Genehmigungspflicht, und zwar auch dann, wenn die KG nur ihr eigenes Vermögen verwalte. Denn auch in diesem Fall habe der Kommanditist seine Einlage zu leisten und die KG trage das Risiko jeder Gesellschaft, die am Markt tätig sei. Im Übrigen sei die KG aufgrund der gesetzlichen Definition zwingend ein Erwerbsgeschäft.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO) nicht stand. Die Vorinstanzen haben zu

Unrecht den Vollzug der Anmeldung von der Vorlage einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig gemacht, denn eine solche ist nicht erforderlich für die schenkweise Überlassung der Kommanditeile an der beteiligten Gesellschaft, die ein selbstgenutztes Wohnhaus verwaltet.

a) Nach § 1915 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 Alternative 2 BGB ist die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich zu einem Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird. Der Begriff des Erwerbsgeschäfts umfasst jede regelmäßig ausgeübte, auf selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit, die mit dem Willen zur Gewinnerzielung ausgeübt wird und auf eine gewisse Dauer angelegt ist (vgl. BayObLGZ 1995, 230/234; Palandt/Diederichsen BGB 67. Aufl. § 1822 Rn. 5, Soergel/Zimmermann BGB 13. Aufl. § 1822 Rn. 12; Staudinger/Engler BGB Bearbeitungsstand 2004 § 1822 Rn. 34). Diese Voraussetzungen sind bei der Verwaltung privaten Vermögens, insbesondere Grundbesitzes, nicht in jedem Fall gegeben, auch wenn die private Vermögensverwaltung in gesellschaftsrechtliche Form gebracht wird (BayObLGZ 1995, 230/234; Erman/Saar BGB 12. Aufl. § 1822 Rn. 5, 14; MünchKommBGB/Wagenitz 5. Aufl. § 1822 Rn. 21). Die Abgrenzung im Einzelnen ist umstritten; unter anderem wird darauf abgestellt, ob eine geschäftsmäßige, gleichsam berufliche Tätigkeit erforderlich ist oder die Gesellschafter unternehmerisches Risiko übernehmen (vgl. MünchKommBGB/Wagenitz aaO; Erman/Saar § 1822 Rn. 14; weitergehend Wertenbruch FamRZ 2003, 1714/1716, der den Abschluss von Verträgen mit Dritten ausreichen lassen will). Ein Erwerbsgeschäft liegt etwa vor bei einer Gesellschaft, deren Gegenstand die Verwaltung, Vermietung und Verwertung gewerblich nutzbarer Immobilien von erheblichem Wert ist (vgl. BayObLGZ 1995, 230; 1997, 113; OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 117/119 jeweils zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts). Die Verwaltung eines selbstgenutzten Wohnhauses erfordert hingegen keine regelmäßig ausgeübte, auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit und stellt folglich kein Erwerbsgeschäft dar (so auch Wertenbruch FamRZ 2003, 1714/1716). So liegt der Fall hier: Das in die Gesellschaft eingebrachte Grundstück wird, wie von den Beteiligten vorgetragen, von den Gesellschaftern zu eigenen Wohnzwecken genutzt; andere Tätigkeiten als die Verwaltung dieses Grundstücks entfaltet die Gesellschaft nicht.

b) Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen liegt nicht schon deshalb ein Erwerbsgeschäft vor, weil für die Verwaltung des privaten Vermögens die Rechtsform der Kommanditgesellschaft, mithin einer Handelsgesellschaft, gewählt wurde. § 1822 Nr. 3 BGB knüpft nicht an die Rechtsform der Gesellschaft an, an der der Minderjährige beteiligt wird, sondern allein daran, ob der Gesellschaftsvertrag auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist.

aa) Vor Inkrafttreten des Handelsrechtsreformgesetzes 1998 standen die Rechtsformen der OHG und der KG allerdings nur den Gesellschaften offen, die ein Handelsgewerbe betrieben, so dass bei einer Personenhandelsgesellschaft stets auch ein Erwerbsgeschäft im Sinne des § 1822 Nr. 3 BGB vorlag. Das ist jetzt jedoch nicht mehr der Fall, weil durch das Handelsrechtsreformgesetz auch anderen, nämlich rein vermögensverwaltenden Gesellschaften der Zugang zu den Personenhandelsgesellschaften eröffnet ist. Nun kann auch eine Personengesellschaft, deren Gegenstand sich auf die Verwaltung eigenen Vermögens beschränkt, als offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft im Handelsregister eingetragen werden (§ 105 Abs. 2, § 161 Abs. 2 HGB). Absicht des Gesetzgebers war es, den Vermögensverwaltungsgesellschaften wie Immobilienverwaltungs-, Objekt- und Besitzgesellschaften nach Betriebsaufspaltung sowie Holdings aufgrund ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, ihrer in der Regel gewerblich orientierten Unternehmensstruktur und der berechtigten wirtschaftlichen, steuerlichen und haftungsrechtlichen Bedürfnisse den Zugang zu den Personenhandelsgesellschaften zu ermöglichen. Völlig unbedeutende und wirtschaftlich nicht über den alltäglichen privaten Bereich hinausreichende Betätigungen sollten allerdings nicht erfasst werden. Allerdings sei auch kaum zu befürchten, dass es in diesem Be-

reich zu vermehrter Inanspruchnahme von Personenhandels- gesellschaften komme, da dies wirtschaftlich nicht sinnvoll sei (vgl. BT-Drucksache 13/8444 S. 41).

bb) Es mag sein, dass die Verwaltung des eigengenutzten Hauses durch Ehegatten (und ihre Kinder) nicht dem Bild einer Vermögensverwaltungsgesellschaft entspricht, der mit der Neufassung des § 105 Abs. 2 HGB die Eintragungsoption eröffnet werden sollte (vgl. K. Schmidt NJW 1998, 2161/2165). Allerdings hat eine entsprechende Einschränkung keinen Eingang in den Wortlaut des § 105 Abs. 2 HGB gefunden (so auch Baumbach/Hopt HGB 33. Aufl. § 105 Rn. 13). Ob in einem solchen Fall die Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister abgelehnt werden kann (so Ebenroth/ Boujong/ Joost/Strohn/Wertenbruch HGB 2. Aufl. § 105 Rn. 23 m.w.N.; a.A. Baumbach/Hopt aaO; MünchKommHGB/K.Schmidt 2. Aufl. § 105 Rn. 67), kann hier dahinstehen, denn Gegenstand der angefochtenen Zwischenverfügung und des Verfahrens ist das Erfordernis einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung der Überlassung von Kommanditanteilen an der bereits eingetragenen Gesellschaft, nicht die Eintragung der Gesellschaft selbst.

c) Der Umstand, dass die Verwaltung des privaten Vermögens – hier des selbst genutzten Wohnhauses – nun in der Rechtsform der Kommanditgesellschaft betrieben wird, lässt für sich genommen diese deshalb nicht zum Erwerbsgeschäft im Sinn des § 1822 Nr. 3 BGB werden (so auch OLG Bremen NZG 2008, 750 zur nicht gewerblichen Verwaltung von Unternehmensbeteiligungen; Hohaus/Eickmann BB 2004, 1707/ 1709; a.A. MünchKomm HGB/Grunewald 2. Aufl. § 161 Rn. 23; Werner GmbHR 2006, 737/2006). Maßgeblich ist vielmehr, dass im konkreten Fall die Gesellschaft eine berufsmäßig ausgeübte, auf selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit zum Gegenstand hat. Das ist hier mit der Verwaltung des eigengenutzten Hauses nicht der Fall. Der Gesellschaftszweck „Verwaltung eigenen Vermögens“ ließe – wie das Registergericht angemerkt hat – zwar auch eine erheblich umfangreichere Tätigkeit der Gesellschaft zu, etwa unter Hinzuerwerb weiteren Grundbesitzes oder sonstiger Vermögenswerte. Hierfür liegen aber keine konkreten Anhaltspunkte vor. Abgesehen davon ist vom weit gefassten Gesellschaftszweck der Gegenstand der Gesellschaft zu unterscheiden, der durch – formlos mögliche – gesellschaftsvertragliche Vereinbarung der Gesellschafter bestimmt wird (vgl. MünchHdbGftrsR/ Bezzenberger 2. Aufl. KG § 3 Rn. 132 ff.). Den Gegenstand der Gesellschaft haben die Gesellschafter, wie aus ihren Erklärungen im vormundschaftsgerichtlichen und registergerichtlichen Verfahren ersichtlich, bestimmt als Verwaltung des selbst genutzten Hauses. Die Aufnahme einer anders gelagerten, erheblich umfangreicheren Vermögensverwaltung, die als Erwerbsgeschäft im Sinne des § 1822 Nr. 3 BGB anzusehen wäre, bedürfte als wesentliche, dem Neueintritt der minderjährigen Kommanditisten in eine ein Erwerbsgeschäft betreibende Gesellschaft gleichkommende Änderung des Gesellschaftsvertrages, solange der Gesellschaft minderjährige Gesellschafter angehören, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (vgl. Palandt/Diederichsen § 1822 Rn. 9 a.E.; MünchKommBGB/ Wagenitz § 1822 Rn. 28; MünchKommHGB/K.Schmidt § 105 Rn. 159).

3. Der Beschluss des Landgerichts und die Zwischenverfügung des Registergerichts sind deshalb aufzuheben. Das Registergericht wird den Eintragungsantrag unter Abstandnahme von seinen Bedenken neu zu prüfen haben. Eine auf Eintragung gerichtete Anweisung an das Registergericht kommt nicht in Betracht, da Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens gegen die Zwischenverfügung nur die gerügten Eintragungshindernisse sind, nicht aber eine Entscheidung über den Eintragungsantrag (vgl. hierzu BayObLG NJW-RR 1996, 413/414 m.w.N.).

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

BGB §§ 2084, 2269

Wird ein privatschriftliches gemeinschaftliches Testament mit der Formulierung eingeleitet, „Sollte es Gott dem Allmächtigen gefallen, dass wir beide Ehegatten miteinander durch irgendein Ereignis sterben“, kann im Einzelfall die Auslegung ergeben, dass die letztwillige Verfügung auch für

den Fall gelten soll, dass die Ehegatten mit erheblichem zeitlichen Abstand versterben.

OLG München, Beschluss vom 30.07.2008 - 31 Wx 029/08

Gründe:

I.

Die verwitwete, kinderlose Erblasserin ist am 13.6.2006 im Alter von 87 Jahren verstorben. Die Beteiligte zu 2 ist die jüngste Schwester der Erblasserin, die übrigen Beteiligten zu 1 bis 14 sind Abkömmlinge von sieben vorverstorbenen Geschwistern. Ein weiterer Bruder ist bereits 1947 kinderlos vorverstorben. Der Ehemann der Erblasserin, mit dem sie seit 1959 verheiratet gewesen war, ist am 15.11.1973 vorverstorben. Die Beteiligten zu 19, 20, 23, 24 und 25 sind Abkömmlinge seiner Geschwister, die Beteiligten zu 21 und 22 sind die Kinder des Neffen seiner 1958 verstorbenen ersten Ehefrau. Die Beteiligten zu 15 bis 18 sind gemeinnützige bzw. kirchliche Organisationen.

Der an Krebs erkrankte Ehemann setzte die Erblasserin mit privatschriftlichem Testament vom 29.12.1970 zu seiner Alleinerbin ein. Am selben Tag errichteten die Eheleute ein gemeinschaftliches Testament, das vom Ehemann geschrieben und unterschrieben sowie von der Erblasserin unterschrieben wurde. Es lautet auszugsweise wie folgt:

„Testament

Anhang

Sollte es Gott dem Allmächtigen gefallen, dass wir beide Ehegatten miteinander durch irgendein Ereignis sterben, so soll unser Nachlass in sechs Teile geteilt werden wie folgt: Ein Teil an M. K. Witwe, ein Teil an Z. K. Witwe, ein Teil an meine Schwester M. G., ein Teil an meinen Neffen H. H. in B., ein Teil an die Geschwister meiner Frau ...

Ein Teil soll wieder in 4 Teile geteilt werden und zwar wie folgt:

¼ Teil für (Beteiligte zu 18)

¼ Teil an die (Beteiligte zu 17)

¼ Teil an die (Beteiligte zu 16)

¼ Teil an (Beteiligten zu 15).

Am 23.12.69 ist notariell meine Wohnung ... an die beiden H. und C. M. überschrieben worden, sie haben dieselbe käuflich von uns erworben, und zahlen an uns eine monatliche Miete als Abzahlung. Diese monatliche Zahlung fällt bei unserem beider Ableben weg, sie schulden an keinen unserer Erben etwas.

Die Eigentumswohnung für (die Erblasserin) ... kann verkauft und nach diesen Teilen verteilt werden, nur der Hobbyraum soll Eigentum von H. und C. M. werden. ...

...

(Unterschriften, Ort, Datum)“.

Am 20.9.1973 legten die Eheleute in einer mit „Testament Ergänzung am 20.8.1973“ „Beilage zum Testament vom 29.12.1979“ überschriebenen privatschriftlichen Verfügung fest, dass sie H. H. „folgende Einrichtungsgegenstände nach unserem Tod vererben“ und „nach unserem Ableben“ dessen Tochter weitere Einrichtungsgegenstände erhalten sollte.

Die Beteiligten zu 1 bis 14 sind der Auffassung, es sei gesetzliche Erbfolge eingetreten, da das Testament vom 29.12.1970 nur für den Fall des gemeinsamen Versterbens der Eheleute gelte. Die Beteiligten zu 15 bis 25 sind hingegen der Auffassung, die Erbfolge richte sich nach dem Testament vom 29.12.1970.

Der Nachlass besteht im Wesentlichen aus Bankguthaben in Höhe von 1,1 Mio. € sowie mehreren Immobilien; der Nachlasswert beträgt insgesamt rund 2,4 Mio. €.

Die Beteiligten zu 1 und 14 haben jeweils beantragt, ihnen einen Teilerbschein aufgrund gesetzlicher Erbfolge zu erteilen. Das Nachlassgericht hat diese Anträge mit Beschluss vom 24.1.2007 zurückgewiesen. Die Beschwerde der Beteiligten zu

14 hat das Landgericht mit Beschluss vom 14.11.2007 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 14.

II.

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Das Landgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

Maßgeblich für die Erbfolge sei das gemeinschaftliche Testament vom 29.12.1970. Daraus ergebe sich nicht eindeutig, ob das Testament nur für den Fall des gleichzeitigen oder in kurzem zeitlichem Abstand erfolgenden Versterbens beider Eheleute gelten sollte oder eine Regelung auch für den Fall des zeitlich versetzten Versterbens darstellen sollte. Der Wortlaut deute zwar darauf hin, dass der Fall des gleichzeitigen Todes oder des Versterbens in zeitlich kurzem Abstand aufgrund eines bestimmten Ereignisses gemeint sei. Die Formulierung „durch irgendein Ereignis“ zwingt jedoch nicht zu der Annahme, dass es sich um ein und dasselbe Ereignis handeln müsse. „Miteinander“ bedeute nicht notwendig, dass beide gleichzeitig oder in nahem zeitlichen Zusammenhang versterben. Auch die Eingangsformulierung „sollte Gott dem Allmächtigen es gefallen“ müsse nicht als Hinweis auf ein gemeinsames und besonderes Schicksal verstanden werden, sondern könne auch eine allgemeine Bezugnahme auf den Willen Gottes darstellen. Dem stehe nicht entgegen, dass im Einzeltestament des Ehemannes diese Bezugnahme fehle.

Hingegen sei die im Testament enthaltene Formulierung „bei unserem beider Ableben“ ein Hinweis darauf, dass das Testament auch die Fälle des zeitlich versetzten Ablebens erfassen solle. Die Überschrift „Anhang“ zeige den Zusammenhang mit dem am selben Tag errichteten Einzeltestament, bedeute aber entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht, dass das gemeinschaftliche Testament eine nachrangige Verfügung ohne wichtige Entscheidungen darstelle. Es sei ferner kaum anzunehmen, dass die Vermächtnisse betreffend den Erlass einer Kaufpreisforderung und die Übereignung eines Hobbyraumes nur für den Fall des gleichzeitigen Ablebens ausgesetzt seien. Auch das im Jahr 1973 in Ergänzung errichtete und ausdrücklich als „Beilage zum Testament vom 29.12.1970“ bezeichnete Testament spreche dafür, dass der Fall des zeitlich versetzten Versterbens der Ehegatten umfasst sein sollte. Denn in dieser letztwilligen Verfügung finde sich kein Hinweis mehr auf ein (fast) zeitgleiches Ableben der Eheleute. Es sei nur noch die Rede von „nach unserem Tod“ und „nach unserem Ableben“. Schließlich werde aus dem gemeinschaftlichen Testament der Wille beider Ehegatten ersichtlich, dass ein Großteil des Nachlasses – vier Sechstel – der Familie des Ehemannes zugute kommen solle. Hintergrund dafür sei, dass das Vermögen im Wesentlichen von der Familie des Ehemannes bzw. dessen erster Frau herstammte und ersichtlich deshalb zum Großteil an dorthin zurückgehen sollte. Es sei fernliegend, dass die Eheleute diese Erbinsetzung nur für den völlig unwahrscheinlichen Fall des (fast) zeitgleichen Versterbens vornehmen wollten, während für den wahrscheinlichsten Fall, dass zunächst der Ehemann, später die Ehefrau versterben würde, vorbehaltlich einer anderweitigen testamentarischen Regelung die gesetzlichen Erbfolge nach der Ehefrau eintreten sollte. Dem stehe nicht entgegen, dass keine weitergehenden Anordnungen getroffen seien, um den Großteil des Nachlasses für die Familie des Ehemannes zu erhalten.

2. Diese Ausführungen halten der allein möglichen rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

a) Das Landgericht hat die letztwillige Verfügung vom 29.12.1970 zu Recht als auslegungsbedürftig erachtet, denn diese enthält keine eindeutige Aussage dazu, ob sie nur für den Fall des (fast) gleichzeitigen Versterbens gelten oder allgemein die Schlusserbfolge regeln sollte.

Die Testamentsauslegung ist Sache des Tatrichters. Die Überprüfung im Wege der weiteren Beschwerde ist auf Rechtsfehler beschränkt. Dabei kommt es insbesondere darauf an, ob die Auslegung der Tatsacheninstanz gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denk- und Erfahrungsgrundsätze oder Verfahrensvorschriften verstößt, ob in Betracht kommende andere Auslegungsmöglichkeiten nicht in Erwägung gezogen oder

wesentliche Umstände übersehen wurden (vgl. BGHZ 121, 357/363; BayObLG FamRZ 2002, 269/270; OLG München FamRZ 2008, 728; Keidel/Meyer-Holz FGG 15. Aufl. § 27 Rn. 42; MünchKommBGB/Leipold 4. Aufl. § 2087 Rn. 47 ff.). Dabei muss die Auslegung des Tatrichters nicht zwingend sein. Es genügt wenn sie nur möglich ist (BGH FamRZ 1972, 561/562; Bay-ObLG FamRZ 2005, 1933/1934).

b) Diesen Anforderungen wird die Entscheidung des Landgerichts gerecht.

aa) Das Landgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Formulierung „dass wir beide Ehegatten miteinander durch irgendein Ereignis sterben“ nicht eindeutig ist. Sie ist weniger eng gefasst als „gleichzeitiger Tod“ oder „gleichzeitiges Versterben“ und kann sowohl das (nahezu) zeitgleiche Versterben als auch das nacheinander Versterben der Ehegatten meinen (vgl. Bay-ObLG FamRZ 1997, 389/390: „sollte mir und meiner Ehefrau gemeinsam was passieren und wir beide mit dem Tod abgehen“ mit weiteren Nachweisen für ähnliche Formulierungen). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin zwingt der Wortlaut nicht zu dem Schluss, dass die Ehegatten ihre letztwillige Verfügung nur für den äußerst selten eintretenden Fall des (fast) gleichzeitigen Versterbens treffen wollten, der hier umso unwahrscheinlicher war, als der Ehemann nicht nur mehr als zwanzig Jahre älter war als die Erblasserin, sondern bei Errichtung der letztwilligen Verfügung bereits an Darmkrebs litt. Rechtsfehlerfrei hat das Landgericht die Eingangsworte „sollte es Gott dem Allmächtigen gefallen“ dahin gewürdigt, dass diese Ausdruck des Glaubens der Testierenden sei, nicht aber Hinweis auf ein außergewöhnliches Schicksal, nämlich das des gleichzeitigen Todes.

bb) Das Landgericht durfte die im weiteren Text des Testaments vom 29.12.1970 verwendeten Worte „unserem beider Ableben“ als Indiz dafür werten, dass die Ehegatten ihre letztwillige Verfügung nicht auf den Fall des zeitgleichen Ablebens beschränken wollten. Einen solchen Hinweis hat das Landgericht zutreffend auch der letztwilligen Verfügung vom 20.9.1973 entnommen, die ausdrücklich als „Ergänzung“ bzw. „Beilage zum Testament vom 29.12.1970“ bezeichnet ist und mit den Formulierungen „nach unserem Tod“ und „nach unserem Ableben“ keinen Hinweis auf ein gleichzeitiges Versterben enthält.

cc) Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht die detaillierte Regelung zur Aufteilung des Nachlasses, bei der vier von sechs Teilen Verwandten des Erblassers bzw. seiner verstorbenen ersten Ehefrau zugedacht werden, im Zusammenhang mit der Herkunft des Vermögens und der schweren Erkrankung des Ehemannes als Anhaltspunkt dafür angesehen, dass diese Regelung allgemein für den Schlusserbfall und nicht nur für den äußerst seltenen Fall des gleichzeitigen Ablebens gelten sollte. Diese Schlussfolgerung ist jedenfalls möglich, wenn nicht naheliegend. Die gemeinsam testierenden Ehegatten haben die Aufteilung und Verteilung des Nachlasses nach dem letztversterbenden Ehegatten eingehend geregelt. Dabei haben sie offensichtlich, wie das Landgericht hervorgehoben hat, dem Umstand Rechnung getragen, dass das Vermögen im Wesentlichen vom Ehemann bzw. dessen erster Ehefrau herstammte, indem sie solchen Personen den weit überwiegenden Teil des Nachlasses zuwandten, die mit dem Ehemann verwandt, verschwägert oder aufgrund seiner früheren Ehe familiär verbunden waren. So werden die Schwester des Ehemannes und die Witwen seiner beiden bereits verstorbenen Brüder ebenso wie der Neffe der ersten Ehefrau mit jeweils einem Sechstel des Nachlasses bedacht. Für die – damals acht – Geschwister der Erblasserin sehen die Ehegatten hingegen lediglich insgesamt ein Sechstel vor. Mit insgesamt einem Sechstel werden zu gleichen Anteilen die Kirchengemeinde und drei gemeinnützige Organisationen bedacht. Die Ehegatten haben sich ersichtlich bemüht, eine ihnen ausgewogen erscheinende Aufteilung des Nachlasses vorzunehmen und dabei sowohl ihre beiden Familien als auch gemeinnützige Zwecke zu berücksichtigen. Dass diese eingehenden Überlegungen nach dem Willen der Testierenden nur für den äußerst unwahrscheinlichen Fall des gleichzeitigen Versterbens gelten sollten, ist kaum anzunehmen. Dasselbe gilt, wie das Landgericht richtig ausgeführt hat, hinsichtlich der Vermächtnisse zugunsten der Erwerber der Eigentumswohnung des Erblassers. Hinzu kommt, dass zum Zeitpunkt der Testa-

mentserrichtung der damals 73 Jahre alte Ehemann bereits an Darmkrebs erkrankt war, so dass ein gleichzeitiges Versterben beider Ehegatten hier besonders unwahrscheinlich war. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände ist es vielmehr naheliegend, dass die Testierenden die im Testament vom 29.12.1970 festgelegten Regelungen nicht nur für den höchst unwahrscheinlichen Fall ihres gleichzeitigen Ablebens treffen wollten, sondern auch für den weit wahrscheinlicheren Fall des späteren Versterbens der Ehefrau. Dem steht nicht entgegen, dass weder eine ausdrückliche Bindung der Ehefrau an diese Regelungen im Testament vorgesehen ist noch andere Gestaltungsmöglichkeiten wie Vor- und Nacherbfolge gewählt wurden. Denn es ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin keineswegs widersprüchlich anzunehmen, dass die Ehegatten die im gemeinschaftlichen Testament niedergelegte, ihnen ausgewogen erscheinende Aufteilung des Nachlasses als allgemein – und nicht nur für das zeitgleiche Versterben – gültige Regelung der Schlusserbfolge angesehen haben, dennoch aber dem überlebenden Ehegatten – hier mit hoher Wahrscheinlichkeit der Ehefrau – die Möglichkeit freier Verfügung zu Lebzeiten und von Todes wegen belassen wollten.

dd) Zu Unrecht rügt die weitere Beschwerde, dass das Landgericht bei der Auslegung nicht berücksichtigt habe, dass keine Ersatzerben für die im Testament namentlich bedachten Verwandten des Ehemannes berufen seien. Die Frage, ob die letztwillige Verfügung nach dem Willen der Testierenden nur für den Fall des gleichzeitigen Versterbens oder auch für das zeitlich versetzte Versterben Geltung haben soll, ist zu trennen von derjenigen, ob im Fall des Wegfalls von Bedachten nach dem Willen der Testierenden Ersatzerben berufen sein sollen. Im Übrigen ist die Auffassung der weiteren Beschwerde verfehlt, eine Ersatzberufung der Abkömmlinge könne im Wege der Auslegung nur angenommen werden, soweit die Geschwister der Ehefrau eingesetzt seien, nicht aber hinsichtlich der namentlich aufgeführten Angehörigen des Ehemannes bzw. dessen erster Ehefrau.

Insoweit weist der Senat für das weitere Verfahren auf folgendes hin:

Schon für die Annahme der Beschwerdeführerin, hinsichtlich der Angehörigen des Ehemannes seien „bewusst“ keine Ersatzerben bestimmt, fehlt jeder Anhalt. Die Voraussetzungen des § 2069 BGB liegen hier für alle im Testament Bedachten gleichermaßen nicht vor, denn diese für die Einsetzung von Abkömmlingen geltende Auslegungsregel kann nicht – auch nicht analog – angewandt werden, wenn der Erblasser eine Person eingesetzt hat, die nicht zu seinen Abkömmlingen gehört (BGH NJW 1973, 240/242; BayObLG FamRZ 2005, 840 m.w.N.). Jedoch ist in einem solchen Fall durch – gegebenenfalls ergänzende – Auslegung zu ermitteln, ob in der Einsetzung des Erben zugleich die Kundgabe des Willens gesehen werden kann, die Abkömmlinge des Bedachten zu Ersatzerben zu berufen (BayObLGZ 1982, 159/163). Ist der Bedachte eine dem Erblasser nahe stehende Person, so legt die Lebenserfahrung die Prüfung nahe, ob der Erblasser eine Ersatzerberufung der Abkömmlinge des Bedachten gewollt hat oder gewollt haben würde. In jedem Fall ist aber der Erblasserwille anhand aller Umstände des Einzelfalles zu ermitteln (vgl. BayObLG FamRZ 2005, 840/841 m.w.N.; OLG München NJW-RR 2007, 1162/1164; NJW-RR 2006, 1597/1598). Eine Ersatzerberufung der Abkömmlinge ist deshalb im vorliegenden Fall keineswegs nur hinsichtlich der – pauschal bedachten – Geschwister der Ehefrau zu prüfen, sondern auch hinsichtlich der – einzeln namentlich aufgeführten – Schwester, der Schwägerinnen und des Neffen (der ersten Ehefrau) des Ehemannes.

Aus der Vorschrift des § 2067 BGB, auf den sich die weitere Beschwerde stützt, ergibt sich nichts anderes. Insbesondere lässt sich dieser Vorschrift nichts für die Frage der Ersatzerberufung entnehmen. Die Auslegungsregel des § 2067 BGB konkretisiert (wie § 2066 BGB für die „gesetzlichen Erben“) für den Fall, dass der Erblasser „seine Verwandten“ oder „seine nächsten Verwandten“ ohne nähere Bestimmung bedacht hat, den Kreis der Bedachten auf diejenigen, die zur Zeit des Erbfalls die gesetzlichen Erben wären, und die jeweiligen Anteile auf diejenigen, die sich bei gesetzlicher Erbfolge ergeben würden. Sind die Bedachten namentlich oder nach individuellen Merkmalen bedacht (z. B.

durch Angabe der Verwandtschaftsverhältnisse), so ist § 2067 nicht einschlägig (vgl. MünchKommBGB/Leipold § 2067 Rn. 3).

So liegt der Fall hier, denn mit „Geschwister meiner Ehefrau“ sind die Bedachten konkret bezeichnet. Für die Auslegung des Begriffs „Geschwister“ kann § 2067 BGB nicht herangezogen werden (vgl. OLG Düsseldorf DNotZ 1972, 41/42 zu voll- und halbbrüderlichen Geschwistern). Eine entsprechende Anwendung der Vorschrift kann in Betracht kommen, wenn der Erblasser bestimmte Verwandtengruppen bedacht, deren Erbanteile aber nicht bestimmt hat, mit der Folge, dass sich die Anteile – anders als bei § 2091 BGB – nicht nach Köpfen richten, sondern nach Stämmen (vgl. OLG Hamm RPfleg 1986, 480 für „Kinder der Geschwister“). § 2067 BGB sagt jedoch nichts darüber aus, ob im Falle des Wegfalls von testamentarisch bedachten Geschwistern deren Abkömmlinge als Ersatzerben berufen sind.

ee) Die Niederschrift vom 28.1.1974 hat das Landgericht ohne Rechtsfehler dahin gewertet, dass sie keine Anhaltspunkte für Äußerungen der Erblasserin zu dem gemeinschaftlichen Testament, sondern möglicherweise nur Rechtsansichten des Rechtspflegers enthält, die für die Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments ohne Bedeutung sind. Das ist naheliegend angesichts der Feststellung, „evtl. liegt insoweit ein wirksames Testament nicht mehr vor, weil die Sprache ist von einem Ereignis, das zum Tod beider Ehegatten führt“.

3. Die Anordnung über die Kostenerstattung ergibt sich aus § 13a Abs. 1 Satz 2 FGG, danach hat derjenige, der durch ein unbegründetes Rechtsmittel Kosten verursacht hat, diese den übrigen Beteiligten zu erstatten, soweit sie im entgegen gesetzten Sinne beteiligt sind. Das ist hier der Fall hinsichtlich der Beteiligten zu 15 bis 25, während die Beteiligten zu 1 bis 13 ebenso wie die Beschwerdeführerin von gesetzlicher Erbfolge ausgehen.

Maßgeblich für den Geschäftswert des Verfahrens der weiteren Beschwerde ist das wirtschaftliche Interesse der Beschwerdeführerin am Erfolg ihres Rechtsmittels. Nachdem sie im Falle gesetzlicher Erbfolge mit 1/64 am Nachlass beteiligt wäre, ist der Geschäftswert auf diesen Bruchteil des Reinnachlasswerts festzusetzen. Nach der von der Beteiligten zu 1, die Betreuerin der Erblasserin war, vorgelegten Aufstellung beträgt dieser rund 2,4 Mio. €, 1/64 hiervon sind 37.500 €.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

EWGRL 69/335 Art. 4, Art. 10; bad.-Württ. LJKG a.F. § 10 Abs. 2 S. 1; bad.-Württ. LFGG § 3 Abs. 1; KostO § 14; § 30 Abs. 1; § 156; HGB § 249 Abs. 1 S. 1

1. Über Einwendungen gegen die Kostenrechnung eines badischen Amtsnotars, die sich auf erst nach dem 31.12.2005 entstandene Beurkundungsgeschäfte nach § 3 Abs. 1 LFGG beziehen, ist im Verfahren nach § 156 KostO - und nicht im Verfahren nach § 14 KostO - zu entscheiden.

2. Der Wert eines Beurkundungsgeschäfts über die schenkweise Übertragung von GmbH-Anteilen entspricht dem nach freiem Ermessen zu schätzenden Wert der übertragenen Anteile.

3. Es ist grundsätzlich nicht ermessensfehlerhaft, bei der Bestimmung des Wertes von GmbH-Anteilen auf die letzte vor dem Beurkundungszeitpunkt erstellte Jahresbilanz abzustellen und dabei die in die Bilanz eingestellten Rückstellungen nicht als Schuldposten vom Vermögen abzuziehen.

4. Das in Art. 10 lit. c der Gesellschaftssteuerrichtlinie normierte Verbot der Erhebung anderer Steuern oder Abgaben gilt nur für solche Beurkundungen, die im Zusammenhang mit Vorgängen stehen, die der Gesellschaftsteuer unterliegen oder ihr unterworfen werden können. Dieses Verständnis entspricht der bisherigen Rechtsprechung des EuGH und steht auch mit dessen neuerer Rechtsprechung (Urteil vom 15.06.2006, C-264/04 - „Badischer Winzerkeller“; Urteil vom 28.06.2007, C-466/03 - „Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft m.b.H.“) im Einklang.

OLG Karlsruhe (14. Zivilsenat in Freiburg), Beschluss vom 10.04.2008 – 14 Wx 58/07**Gründe:**

1. In der Urkunde 1 UR 2033/2006 hat der Notar beim Notariat L. am 01.12.2006 einen Vertrag beurkundet, mit dem Frau F. H. ihre Beteiligung in Höhe des Nennbetrags von 120.000,00 DM an der P. H. GmbH (Stammkapital: 300.000,00 DM) an Frau T. H. geschenkt und übertragen hat.

2. Am 28.12.2006 erging an die Beteiligte Nr. 1 als Kostenschuldnerin eine Kostenrechnung des Notariats über insgesamt 5.488,19 € für die Beurkundung des Schenkungsvertrags. Der Rechnung lag ein Geschäftswert von 1.521.634,00 € zugrunde. Die Geschäftswertberechnung entsprach der Wertangabe der Beteiligten Nr. 1, wie sie mit Anwaltschriftsatz vom 22.12.2006 unter Vorlage der entsprechenden Unterlagen (Kaufvertrag vom 16.08.2006 und Bilanz der GmbH zum 31.12.2005) erfolgt war. Die Wertangabe lautete wie folgt:

1. Anlagevermögen und Vorräte	660.000,00 €
2. Sonstiges Umlaufvermögen	
a) Forderungen aus Lieferungen und Leistungen und sonstige Vermögensgegenstände	600.565,57 €
b) Kassenbestand, Bankguthaben etc.	2.543.520,17 €
Wert der GmbH	3.804.086,00 €
Hiervon 40 % (Wert des mit Urkunde vom 01.12.2006 übertragenen Unternehmensanteils)	1.521.634,00 €

Die mit Schriftsatz ihres Steuerberaters vom 01.09.2007 mit der Begründung, der Wert des übertragenen Anteils von 40 % betrage lediglich 1.075.056,00 €, eingelegte Beschwerde der Beteiligten Nr. 1 führte zur Vorlage der Sache an den Präsidenten des Landgerichts Freiburg (§ 156 Abs. 1 S. 2 KostO). Auf Anweisung des Präsidenten des Landgerichts vom 10.04.2007 hat die Kostenbeamtin des Notariats die Kosten der Beurkundung vom 01.12.2006 unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des Bezirksrevisors (Stellungnahme vom 21.02.2007) nachberechnet und auf 6.218,99 € festgesetzt; dabei hat sie einen Geschäftswert der Beurkundung von 1.738.033,40 € zugrundegelegt. Dementsprechend erging am 16.04.2007 an die Kostenschuldnerin eine Kostenrechnung des Notariats über 6.218,99 €; unter Berücksichtigung bereits bezahlter 5.488,19 € wurde die Kostenschuldnerin zugleich zur Zahlung weiterer 730,80 € aufgefordert.

3. Mit Schriftsatz ihres Steuerberaters vom 08.05.2007 hat die Beteiligte Nr. 1 ihre Beschwerde gegen die Kostenrechnung vom 28.12.2006 wiederholt und gegen die Kostenberechnung vom 16.04.2007 Beschwerde eingelegt. Sie hat geltend gemacht, nach der Bilanz sei der Unternehmenswert lediglich in Höhe des Eigenkapitals von 2.687.640,00 € anzusetzen, so daß sich der Wert des übertragenen Anteils von 40 % auf 1.075.056,00 € belaufe. Die in der Bilanz eingestellten Rückstellungen - u.a. für Pensionen - seien berücksichtigungsfähig, weil sie ohne weitere Prüfung ausreichend zu beurteilen seien.

Der Bezirksrevisor hat die Auffassung vertreten, die Berücksichtigung von Rückstellungen sei zur Wertermittlung regelmäßig nicht geboten, der gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu bestimmende Wert des Schenkungsvertrags könne vielmehr unter Berücksichtigung des Reinvermögens der Gesellschaft gemäß Bilanz und Ertragsaussichten bestimmt werden. - Weiter hat er die Auffassung vertreten, eine Auswertung der vorgelegten Bilanz ergebe ein Reinvermögen der GmbH in Höhe von 4.345.083,55 €; der 40 %ige Geschäftsanteil hieran betrage somit 1.738.033,40 €.

4. Mit Beschluss vom 01.10.2007 hat das Landgericht die Beschwerden der Beteiligten Nr. 1 gegen die Kostenrechnungen

des Notariats vom 28.12.2006 und vom 16.04.2007 zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde hat es mit der Begründung zugelassen, die aufgeworfene Frage habe grundsätzliche Bedeutung (S. 7 des Beschlusses, AS 143). Gegen die Entscheidung hat die Beteiligte Nr. 1 durch Anwaltschriftsatz vom 02.11.2007 (AS 199/201) weitere Beschwerde eingelegt und diese ausschließlich damit begründet, sie verstoße gegen Art. 10 lit. c der EU-Richtlinie 69/335.

II.

Da das Landgericht über die Zulassung der weiteren Beschwerde nach freiem, vom Rechtsbeschwerdegericht nicht überprüfbarem Ermessen zu entscheiden hat, ist der Senat an die hier erfolgte Zulassung unabhängig davon gebunden, ob er ihre Voraussetzungen als gegeben ansieht oder nicht (vgl. Hartmann, Kostengesetze, 37. Aufl. 2007, Rdn. 37 und 48 zu § 156 KostO m.w.N.). Das deshalb statthafte und auch im übrigen zulässige Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Zutreffend hat das Landgericht die Einwendungen der Kostenschuldnerin gegen die Kostenberechnungen des Notariats vom 28.12.2006 und vom 16.04.2007 als gemäß § 156 Abs. 1 KostO zulässige Beschwerden angesehen. Seit der mit Wirkung ab 01.01.2006 erfolgten Neufassung von § 10 bad.-würt. LJKG vom 28.07.2005 ist bei Urkundsgeschäften der hier in Rede stehenden Art (vgl. § 3 Abs. 1 LFGG) der Notar Gläubiger der durch seine Tätigkeit entstehenden Gebührenforderung (§ 10 Abs. 2 S. 1 LJKG). Damit fließen die Gebühren dem Notar zu (§ 143 Abs. 1 KostO), so daß Einwendungen gegen die Kostenberechnung (§ 154 KostO) im Verfahren nach § 156 KostO geltend zu machen sind.

2. Die Entscheidung des Landgerichts ist aus Rechtsgründen (vgl. § 27 Abs. 1 FGG i.V.m. §§ 546, 547 ZPO) nicht zu beanstanden.

a) Im hier zu entscheidenden Fall entspricht der Wert des Beurkundungsgeschäfts dem Wert des schenkweise übertragenen GmbH-Anteils. Dieser war gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu bestimmen (vgl. BayOblGZ 1991, S. 361 ff., 363).

Sein Ermessen hat das Landgericht fehlerfrei dadurch ausgeübt, daß es bei der Bestimmung des Wertes der GmbH-Anteile auf die letzte vor dem Beurkundungszeitpunkt liegende Jahresbilanz abgestellt hat (vgl. Klinger/Tiedtke/Heitzer/Strauß, Streifzug durch die KostO, 6. Aufl. 2005, Rdn. 806). Ebenfalls nicht ermessensfehlerhaft ist, daß es dabei die in die Bilanz eingestellten Rückstellungen nicht als Schuldposten vom Vermögen abgesetzt hat. Dies ergibt sich daraus, daß Rückstellungen insbesondere für ungewisse Verbindlichkeiten und für drohende Verluste gebildet werden (vgl. § 249 Abs. 1 S. 1 HGB). Ihre Einstellung auf der Passivseite einer Bilanz bringt die Bereitstellung von Deckungsmitteln für eine lediglich ungewisse Schuld zum Ausdruck; sie besagen aber nicht, ob überhaupt und in welcher Höhe die Schuld besteht. Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, bedürfte es zur Feststellung des wahren Wertes der erfolgten Rückstellungen eingehender Ermittlungen betriebswirtschaftlicher Art, die dem Notar und dem Gericht nicht zumutbar sind und von § 30 Abs. 1 KostO, wonach die Wertermittlung nach freiem Ermessen zu erfolgen hat, auch nicht gefordert werden.

b) Mit der weiteren Beschwerde rügt der Kostenschuldner erstmalig und ausschließlich, die Kostenrechnungen des Notariats verstießen gegen europäisches Recht. Dies ist unabhängig davon, welche Bedeutung insoweit der im Gesetz zur Änderung des LJKG und des LFGG vom 28.07.2005 enthaltenen Regelung zur Gläubigerstellung der Notare zukommt, schon deshalb nicht richtig, weil der hier in Rede stehende Vorgang - schenkweise Übertragung eines GmbH-Anteils - nicht von der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17.07.1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der Fassung der Richtlinie 85/303/WEG des Rates vom 10.06.1985 (Gesellschaftssteuerrichtlinie; im folgenden auch als „Richtlinie“ oder „RL“ bezeichnet) erfaßt wird und damit insbesondere nicht deren Art. 10 lit. c unterfällt:

aa) Aufgrund der Rechtsprechung des EuGH (Beschluss vom 21.03.2002, C-264/00 - „Gründerzentrum“ - ZIP 2002, S. 663 ff.) sind die Gebühren für die notarielle Beurkundung eines unter die Gesellschaftssteuerrichtlinie fallenden Vorgangs durch einen

beamteten Notar im OLG-Bezirk Karlsruhe als „Steuer“ im Sinne der Richtlinie anzusehen. Nach deren Art. 1 können die Mitgliedsstaaten eine als „Gesellschaftsteuer“ bezeichnete harmonisierte Abgabe auf Kapitalzuführungen an Kapitalgesellschaften im Sinne der Richtlinie (Art. 3 Abs. 1 RL) oder ihnen gemäß Art. 3 Abs. 2 RL gleichzusetzende Vereinigungen erheben. In Art. 4 RL sind die Vorgänge, die der Gesellschaftsteuer unterliegen (Abs. 1) oder ihr unterworfen werden können (Abs. 2) abschließend aufgeführt. In Art. 10 RL ist bestimmt, daß von Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristischen Personen mit Erwerbszweck - abgesehen von der Gesellschaftsteuer - keine „Steuern oder Abgaben“ erhoben werden auf „die in Art. 4 genannten Vorgänge“ (Art. 10 lit. a), auf „die Einlagen, Darlehen oder Leistungen im Rahmen der in Art. 4 genannten Vorgänge“ (Art. 10 lit. b) sowie auf „die der Ausübung einer Tätigkeit vorangehende Eintragung oder einseitige Förmlichkeit, der eine Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristische Person mit Erwerbszweck aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann“ (Art. 10 lit. c). Art. 12 Abs. 1 RL normiert Ausnahmen von diesem Verbot.

bb) Die den beanstandeten Gebührenansätzen zugrundeliegende Beurkundung steht - was die Kostenschuldnerin auch nicht in Abrede stellt - in keinem Zusammenhang mit Vorgängen, die gemäß Art. 4 RL der Gesellschaftsteuer unterliegen oder ihr unterworfen werden können. Damit unterfällt sie auch nicht dem in Art. 10 lit. c RL normierten Verbot der Erhebung anderer Steuern oder Abgaben.

(1) Daß Art. 4 RL in der genannten Vorschrift - anders als in Art. 10 lit. a und b - nicht ausdrücklich in Bezug genommen ist, ändert daran nichts (vgl. auch schon OLG Karlsruhe [11. Senat], NJW-RR 2002, S. 321 ff., 322 f.; OLG Karlsruhe [14. Senat], FGPrax 2003, S. 95 ff., 96; Görk, DNotZ 1999, S. 851 ff., 868; ders., ZIP 2002, S. 667 ff., 668). Dies ergibt sich daraus, daß zum einen Art. 10 in seinen drei Varianten die Erhebbarkeit einer Gesellschaftsteuer voraussetzt („abgesehen von der Gesellschaftsteuer“) und zum anderen „aus Art. 1 i.V.m. Art. 4 der RL hervorgeht, daß die Abgabe auf Kapitalzuführungen an Kapitalgesellschaften eine ‚Gesellschaftsteuer‘ im Sinne der Richtlinie darstellt, wenn sie auf durch die Richtlinie erfasste Vorgänge erhoben wird“ (EuGH, Urteil vom 27.10.1998, C-152/97 - „Agas“ - Tz. 19 [WM 1999, S. 343 ff., 345]; Hervorhebung nicht im Original). Demgemäß heißt es bei EuGH, a.a.O., Tz. 21, daß das in Art. 10 lit. c RL normierte Verbot der Erhebung einer Gesellschaftsteuer dadurch gerechtfertigt ist, daß die dort genannten Abgaben „zwar nicht auf die Kapitalzuführungen als solche, wohl aber wegen der Formalitäten im Zusammenhang mit der Rechtsform der Gesellschaft, also des Instruments zur Kapitalansammlung erhoben werden, so daß die Beibehaltung dieser Abgabe auch die Erreichung der mit der Richtlinie verfolgten Ziele gefährden würde“. Damit im Einklang steht, daß der EuGH (a.a.O., Tz. 27) die dort in Rede stehende italienische Registersteuer deshalb als nicht unter Art. 10 lit. c RL fallend ansieht, weil sie „nicht bei der Eintragung einer neuen Aktiengesellschaft, d.h. bei der Erfüllung einer der Ausübung einer Tätigkeit vorausgehenden Formalität gezahlt worden und auch nicht bei der Eintragung einer Kapitalerhöhung erhoben (ist), die Bedingung für die Ausübung und Fortführung einer solchen Tätigkeit ist“. An diese - Sinn und Zweck der Richtlinie und dem Regelungszusammenhang entsprechende - Interpretation des Art. 10 lit. c durch den EuGH ist der Senat gebunden.

(2) Mit dem in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zum Ausdruck kommenden Verständnis, wonach das Verbot gemäß Art. 10 lit. c nur für unter Art. 4 RL fallende Vorgänge gilt, stehen in neuerer Zeit ergangene Entscheidungen des EuGH in Einklang.

Mit Urteil vom 15.06.2006, C-264/04 - „Badischer Winzerkeller“ - (NJW 2006, S. 2972 ff.) hat der EuGH entschieden, daß die im Ausgangsverfahren gemäß § 60 KostO erhobene Gebühr für die nach § 82 GBO erfolgte Berichtigung des Grundbuchs grundsätzlich unter das Verbot des Art. 10 lit. c RL falle. Dabei lag dem Ausgangsverfahren - worauf der EuGH in Tz. 23 ausdrücklich abstellt - die Verschmelzung zweier eingetragener Genossenschaften (e.G.) durch Aufnahme zugrunde. Bei der Verschmelzung zweier eingetragener Genossenschaften durch Aufnahme

handelt es sich um einen zur Erhöhung des Eigenkapitals der aufnehmenden e.G. führenden und damit unter Art. 4 Abs. 1 lit. c RL fallenden gesellschaftsrechtlichen Vorgang, der zu seiner Wirksamkeit gemäß § 6 UmwG der Beurkundung bedarf; diese stellt damit im Sinne von Art. 10 lit. c RL eine „sonstige Formalität“ dar, der die Gesellschaft (im Sinne von Art. 3 RL) zur Ausübung ihrer Tätigkeit unterworfen ist (eingehend OLG Karlsruhe, FGPrax 2003, S. 95 ff.). Die Grundbuchberichtigung stellt den grundbuchmäßigen Vollzug der aus gesellschaftsrechtlichen Gründen beurkundungspflichtigen und damit von Art. 10 lit. c RL erfassten Verschmelzung dar. Sie steht mit dieser somit in einem unlöslichen Zusammenhang und ist als deren Bestandteil anzusehen. Es ist deshalb konsequent, wenn der EuGH die durch die Grundbuchberichtigung ausgelösten Gebühren ebenfalls als dem Verbot des Art. 10 lit. c RL unterworfen ansieht. - Entsprechendes gilt für das von der Kostenschuldnerin in der Begründung ihrer weiteren Beschwerde angesprochene Urteil des EuGH vom 28.06.2007, C-466/03 - „Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft m.b.H.“ - (NJW 2007, S. 3051 ff.). Dort ging es um Gebühren, die für die notarielle Beurkundung der Übertragung von Geschäftsanteilen an einer Gesellschaft erhoben wurden, die als Sacheinlage im Rahmen einer Erhöhung des Stammkapitals einer Kapitalgesellschaft erfolgte (vgl. Tz. 54 und 66). Damit handelte es sich gleichfalls um einen Vorgang, der gemäß § 15 Abs. 3 und Abs. 2 GmbHG aufgrund der Rechtsform der Gesellschaft der notariellen Beurkundung bedurfte und damit ebenfalls unter Art. 4 Abs. 1 lit. c RL fiel.

(3) Für die Entscheidung des vorliegenden Falls kann dahingestellt bleiben, welche Bedeutung der sich in Tz. 51 des Urteils vom 28.06.2007 - C-466/03 - findenden, als die Entscheidung nicht tragendes obiter dictum ergangenen Bemerkung beizumessen ist. Dort heißt es - nachdem in Tz. 50 ausgeführt ist, daß auch die Beibehaltung von Steuern und Abgaben, die zwar nicht „auf die Kapitalzuführungen als solche, wohl aber wegen der wesentlichen Formalitäten im Zusammenhang mit der Rechtsform der Gesellschaft, also des Instruments zur Kapitalansammlung, erhoben werden, die mit der Richtlinie verfolgten Ziele gefährdet würden“ (Hervorhebung durch den Senat) - in der deutschen Übersetzung:

„Der Gerichtshof hat daraus geschlossen, dass Art. 10 Buchst. c der Richtlinie grundsätzlich weit auszulegen ist, und zwar dahin, daß er nicht nur die formalen, der Ausübung der Tätigkeit einer Kapitalgesellschaft vorangehenden Verfahren erfasst, sondern auch die Formalitäten, die eine Bedingung für die Ausübung und Fortführung der Tätigkeit einer solchen Gesellschaft darstellen“ [es folgen Hinweise auf die Urteile Fantask, Solred und Badischer Winzerkeller].

Insbesondere kann offenbleiben, ob damit zum Ausdruck gebracht werden soll, daß unter „Formalitäten, die eine Bedingung für die Ausübung und Fortführung der Tätigkeit“ der Kapitalgesellschaft darstellen, auch dann als unter Art. 10 lit. c RL fallend angesehen werden, wenn sie nicht im Zusammenhang mit einem gemäß Art. 4 RL der Gesellschaftsteuer unterliegenden Vorgang stehen. Der Senat braucht sich an dieser Stelle auch nicht festzulegen, ob dem EuGH in einer solchen Auslegung von Art. 10 lit. c RL würde gefolgt werden können. Die aufgeworfene Frage ist nämlich für die hier zu treffende Entscheidung nicht erheblich, weil es sich bei den in Rede stehenden Beurkundungen der auf die schenkweise Übertragung eines GmbH-Anteils gerichteten Erklärungen - anders als das etwa bei gemäß § 130 AktG zu beurkundenden Beschlüssen, die auf gemäß § 121 Abs. 1 AktG zwingend durchzuführenden Hauptversammlungen gefasst werden, der Fall ist - nicht um Bedingungen für die Ausübung oder Fortführung der Tätigkeit einer Kapitalgesellschaft handelt. Aus diesem Grund besteht auch keine Verpflichtung zur Vorlage der Sache an den EuGH (Art. 234 EGV).

c) Aus Gründen der Vollständigkeit sei darauf hingewiesen, daß die beanstandeten Gebührenansätze auch nicht gegen nationales Verfassungsrecht verstoßen. Zu den diesbezüglichen Fragen hat sich der Senat bereits mehrfach eingehend geäußert (vgl. OLG Karlsruhe, FGPrax 2003, S. 287 ff.) und dabei insbesondere ausgeführt, daß der Gleichheitssatz dann, wenn höherrangiges Recht nichts anderes vorschreibt, die Anwendung der

KostO auch im badischen Rechtsgebiet fordert, ferner, daß die Entscheidung des BVerfG vom 19.03.2003 (BVerfGE 108, S. 1 ff.) in Fällen der hier vorliegenden Art nicht zur Unanwendbarkeit der KostO führt. Auf diese Ausführungen wird Bezug genommen. Es sind keine Gesichtspunkte erkennbar, die dem Senat Anlass geben könnten, von seiner bisherigen Rechtsauffassung abzugehen.

III.

Nach allem hat das Landgericht richtig entschieden, so daß die Rechtsbeschwerde als unbegründet zurückzuweisen war. Eine Verpflichtung zur Anrufung des EuGH (Art. 234 Abs. 3 EGV) bestand nicht, weil - wie ausgeführt - das Erfordernis einer Entscheidung des EuGH angesichts der Eindeutigkeit der Rechtslage und der im Einklang mit Wortlaut und Sinn der Gesellschaftssteuerrichtlinie stehenden Rechtsprechung des EuGH, welcher der Senat folgt, nicht gegeben ist.

Die Nebenentscheidungen ergeben sich aus § 156 Abs. 5 i.V.m. § 131 Abs. 1 KostO.

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

KostO § 30 Abs.1; § 39 Abs. 3

1. Bei der notariellen Beurkundung von Eheverträgen über die Abwandlung des gesetzlichen Güterstandes ist der Geschäftswert dann, wenn sich die Änderung auf bestimmte Gegenstände beschränkt, nach § 39 Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Abs. 1 KostO ohne Schuldenabzug zu ermitteln.

2. Ist auf die Beurkundung eines Ehevertrags § 39 Abs. 3 Satz 3 KostO anwendbar, so hat die Bewertung in Anwendung von § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu erfolgen. Allfälligen Unsicherheiten bei der Bewertung einzelner Gegenstände - z.B. Möglichkeit einer Wertveränderung von zum Vermögen eines der Ehegatten gehörenden Geschäftsanteilen; Möglichkeit der Enterbung oder des Nichterlebens des Erbfalls - ist durch einen Abschlag Rechnung zu tragen.

3. Ist auf die Beurkundung eines Ehevertrags § 39 Abs. 3 Satz 3 KostO anwendbar, so ist bei der Bewertung von Gesellschaftsanteilen einer KG deren Aktivvermögen ohne Abzug der Verbindlichkeiten anzusetzen.

OLG Karlsruhe (14. Zivilsenat in Freiburg), Beschluss vom 26.06.2008 – 14 Wx 60/07

Gründe:

I.

1. In der Urkunde 4 UR 377/2004 hat der Notar beim Notariat 4 Freiburg am 16.04.2004 den zwischen den Beteiligten Nr. 1 und Nr. 2 (künftig auch: Ehemann bzw. Ehefrau; Kostenschuldner) geschlossenen „Ehevertrag mit gegenständlich beschränktem Pflichtteilsverzicht“ beurkundet.

In Nr. 2 der Vorbemerkungen heißt es, daß der Ehemann mit einem Kommanditanteil von 123.600,00 € (24 %), die er von seinem Vater im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erhalten habe, am Festkapital von 515.000,00 € G. GmbH & Co. KG (künftig: KG) beteiligt sei und daß die übrigen Geschäftsanteile, die von seinem Vater gehalten werden, spätestens mit dessen Tod ebenfalls auf den Beteiligten Nr. 1 übergehen sollen. - In Nr. 3 der Vorbemerkungen heißt es, der Beteiligte Nr. 1 sei Eigentümer zweier - in näher bezeichneter Weise belasteter - Hausgrundstücke in F. und F.-T., die er vom Vater im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erhalten habe.

In § 1 der Urkunde ist bestimmt, daß die Vertragsschließenden den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft der §§ 1363 ff. BGB beibehalten. § 2 enthält Modifizierungen des Zugewinnausgleichs: Gemäß § 2 Abs. 2 lit. a bis e des Vertrags sollen beim Zugewinnausgleich die dort aufgeführten Vermö-

gensgegenstände nicht berücksichtigt werden, nämlich: die Beteiligung des Ehemanns an der in Nr. 2 der Vorbemerkungen genannten KG (lit. a), der in Nr. 3 der Vorbemerkungen genannte Grundbesitz (lit. b), „sonstiges (Sonder-) Betriebsvermögen, welches einem Ehegatten im Sinne des deutschen Ertragssteuerrechts zusteht“ (lit. c), Ersatzgegenstände für die vorgenannten Gegenstände (lit. d) sowie weitere Beteiligungen an der genannten KG oder anderen Gesellschaften, die ein Ehegatte von seinen Eltern unter Lebenden oder von Todeswegen erwirbt (lit. e). Weitere Modifizierungen sind in den Absätzen 3 bis 11 des § 2 enthalten. - In § 5 ist bestimmt, daß die Ehegatten wechselseitig insoweit auf ihr Pflichtteilsrecht bei Ableben des anderen Teils verzichten, daß bei der Berechnung des Pflichtteils der Wert der gemäß § 2 vom Zugewinnausgleich ausgeschlossenen Vermögensgegenstände außer Betracht bleibt und es im übrigen bei den gesetzlichen Regelungen verbleibt.

2. Die Kosten der Beurkundung wurden von der Kostenbeamtin des Notariats wie folgt berechnet:

Beurkundung Ehevertrag	
(§ 36 Abs. 2 KostO)	Wert: 5.140.352,70 € 15.306,00 €
16 % Umsatzsteuer (§ 151 a KostO)	
aus 15.306,00 €	2.448,96 €
Gesamtbetrag	17.754,96 €

Hiervon sei von den Beteiligten Nr. 1 und 2 jeweils ein Anteil von 0,5 - also

8.877,48 € - zu zahlen (AS I 153 und I 155). Entsprechende Kostenberechnungen wurden den Beteiligten Nr. 1 und Nr. 2 jeweils unter dem 11.08.2005 übermittelt).

Der Kostenberechnung lag folgende Wertberechnung des Notariats zugrunde:

1. Geschäftswert für Modifizierung der Zugewinnngemeinschaft

Vermögen Ehefrau	3.318,62 €
Vermögen Ehemann	
Grundbesitz in F.-T.	418.089,13 €
Grundbesitz in F.	293.639,76 €
Bewegliches Vermögen	14.000,76 €
Firmenbeteiligung	
24 % an der KG	5.224.115,00 €
abzüglich Nießbrauch	
auf Grundbesitz in F.-T.	- 83.617,83 €
Zukünftiger Erwerb der restlichen KG-Anteile des Vaters (76 %),	
hiervon 10 %	1.654.303,00 €
	7.520.529,06 €
Summe Vermögen Ehefrau und Ehemann	7.523.847,68 €
daraus 30 %	2.257.154,30 €

2. Geschäftswert gegenständlich beschränkter Pflichtteilsverzicht

der Ehefrau	
3/8 Pflichtteilsquote aus 7.520.529,06 €	2.820.198,40 €
des Ehemannes	
3/8 Pflichtteilsquote aus	
3.318.000,62 € = 1.244,48 €	
(nur der höhere Verzicht wird bewertet)	

3. Verzicht auf Versorgungsausgleich	3.000,00 €
4. Vereinbarungen zum nachehelichen Unterhalt	
1.000,00 € x 12 x 5	60.000,00 €
Gesamtwert der Ziffern 1 - 4	5.140.352,70 €.

3. Gegen die Kostenrechnungen vom 11.08.2005 haben die Kostenschuldner mit Anwaltschriftsatz vom 22.09.2005 Erinnerung nach § 14 Abs. 2 KostO (als solche war das als Kostenbeschwerde gemäß § 156 KostO bezeichnete Rechtsmittel anzusehen) eingelegt. Sie haben geltend gemacht, daß gemäß § 39 Abs. 3 KostO der Geschäftswert auf das Reinvermögen der Ehegatten im Zeitpunkt der Beurkundung begrenzt sei. Insbesondere gelte: Das Grundstück in F.-T. habe unbelastet einen Wert von 370.000,00 €, der Nießbrauch sei mit 199.650 € anzusetzen, für das Grundstück in F. sei ein Wert 195.000,00 € anzusetzen; da die KG bilanziell überschuldet sei, sei die Beteiligung an ihr höchstens mit „Null“ anzusetzen; künftiger Erwerb sei nicht zu berücksichtigen. Später haben sich die Erinnerungsführer der in der Stellungnahme der Vertreterin der Staatskasse vom 17.10.2005 (AS II 1/7) zur Erinnerung vertretenen Auffassung angeschlossen, wonach der Wert des Nießbrauchs mit 133.100,00 € anzusetzen sei (vgl. S. 3 des Anwaltschriftsatzes vom 25.01.2006).

Mit Beschluss vom 29.08.2006 hat das Amtsgericht den Kostenansatz des Notariats „insoweit aufgehoben, als er bei der Modifizierung der Zugewinnngemeinschaft und des Pflichtteilsverzichts keinen Schuldenabzug berücksichtigt und zukünftiger Erwerb einfließt“; den Geschäftswert hat es auf 2.205.335,40 € festgesetzt. Es hat ausgeführt, bei Eheverträgen sei lediglich das gegenwärtige Reinvermögen und nicht das künftige Vermögen maßgeblich; nach der speziellen Kostenregelung des § 39 Abs. 3 S. 2 KostO seien Verbindlichkeiten sowohl hinsichtlich des Grundstücks in F.-T. (Nießbrauch) als auch hinsichtlich der Beteiligung an der KG zu berücksichtigen.

4. Ihre gegen die Entscheidung des Amtsgerichts gerichtete Beschwerde hat die Vertreterin der Staatskasse unter dem 11.10.2006 im wesentlichen wie folgt begründet: Das Reinvermögen der Ehegatten bilde nur die Obergrenze des anzusetzenden Wertes. Wenn der Ehevertrag lediglich bestimmte Gegenstände betreffe, bestimme sich der Wert gemäß § 39 Abs. 3 S. 3 KostO nach dem zusammengerechneten Wert dieser Gegenstände ohne Schuldenabzug. Der vom Notariat insoweit zutreffend angesetzte Geschäftswert von 2.282.239,66 € (30 % von 7.607.465,50 €) sei - unabhängig davon, ob die zum Zeitpunkt der Beurkundung zum Vermögen des Ehemanns gehörenden Geschäftsanteile der KG mit oder ohne Schuldenabzug anzusetzen sind - niedriger als das der Obergrenze für die ehevertragliche Vereinbarung bildende zusammengerechnete Reinvermögen der Eheleute gemäß § 39 Abs. 3 S. 3 i.V.m. §§ 30 Abs. 1, 18 Abs. 3 KostO. Den Wert des Kommanditanteils habe das Notariat zutreffend ohne Schuldenabzug ermittelt, da für die Bewertung nach § 39 Abs. 3 S. 3 KostO das Schuldenabzugsverbot des § 18 Abs. 3 KostO gelte. Der künftige Erwerb könne bei der Bewertung des Pflichtteilsverzichts nicht unberücksichtigt bleiben, wenn dieser sich erkennbar auf einen bereits in Aussicht stehenden Vermögenszuwachs beziehe. - Die Kostenschuldner haben sich im Beschwerdeverfahren nicht geäußert.

Mit Beschluss vom 09.10.2007 hat das Landgericht die Entscheidung des Amtsgerichts unter Zurückweisung der weitergehenden Beschwerde teilweise abgeändert und neu gefasst: Es hat den Gegenstandswert der Beurkundung auf 3.374.769,61 € festgesetzt; den Kostenansatz des Notariats vom 22.07.2005 hat es auf die Erinnerung der Beteiligten Nr. 1 und Nr. 2 aufgehoben, soweit eine höhere Gebühr als 11.894,64 € festgesetzt wurde. Dabei hat es als außer Streit stehend angesehen: die Bewertung des Verzichts auf den Versorgungsausgleich (3.000,00 €), der Unterhaltsvereinbarungen (60.000,00 €), des auf dem Grundstück in F.-T. lastenden Nießbrauchs (133.100,00 €), der Grundstücke (418.089,13 € bzw. 293.639,36 €), des beweglichen Vermögens des Ehemannes (14.000,00 €) und des Vermögens der Ehefrau (3.318,62 €). Weiter hat es ausgeführt:

- Bei der Bewertung der ehevertraglichen Regelungen sei der

Kommanditanteil des Ehemanns in Anwendung von § 39 Abs. 3 S. 1 und 2 KostO - und damit unter Abzug von Schulden - mit 3.172.355,28 € anzusetzen. Ein Fall des § 39 Abs. 3 S. 3 KostO liege deshalb nicht vor, weil die Regelungen zur Modifizierung des Ehevertrags nicht „nur bestimmte Gegenstände“, sondern über die Kommanditbeteiligung und den Grundbesitz des Ehemannes hinaus in § 2 Abs. 2 lit. c und e des notariellen Vertrags auch sonstige, nicht näher bestimmte und - da auch in der Zukunft liegender Vermögenserwerb erfasst wird - auch nicht bestimmbare Vermögensgegenstände in der Form von sonstigem Betriebsvermögen und anderen Geschäftsbeteiligungen erfassten. Die für die Bewertung eines Kommanditanteils geltenden allgemeinen Maßstäbe des § 30 Abs. 1 KostO würden durch die spezielle Regelung des § 39 Abs. 3 S. 2 KostO verdrängt. Ein Verbot des Schuldenabzugs sei für die ehevertraglichen Vereinbarungen in § 18 Abs. 3 Halbs. 2 KostO nicht vorgesehen. Die Modifizierungen des Zugewinnausgleichs seien gemäß § 30 Abs. 1 KostO mit 30 % des sich auf 3.768.302,79 € belaufenden Reinvermögens der Eheleute, also mit 1.130.490,80 € zu bewerten.

- Bei der Geschäftswertfestsetzung seien künftige Vermögenswerte nicht zu berücksichtigen, weil § 39 Abs. 3 S. 1 KostO hierfür keine Grundlage biete. Wegen des Vorrangs der genannten Vorschrift könne dahinstehen, ob und unter welchen Voraussetzungen § 30 Abs. 1 KostO einen Ansatz für eine Wertbestimmung zukünftigen Erwerbs nach freiem Ermessen entsprechend der Wahrscheinlichkeit des Eintritts künftigen Vermögenserwerbs ermögliche.

- Der gegenständig beschränkte Pflichtteilsverzicht sei gemäß § 39 Abs. 2

KostO mit dem Wert der höherwertigen Leistung - hier: dem der Ehefrau - zu berücksichtigen. Bei der Bestimmung des Wertes des Anteils des Ehemanns an der KG, die hinsichtlich der erbrechtlichen Vereinbarungen gemäß § 30 Abs. 1 KostO nach freiem Ermessen zu erfolgen habe, sei wegen des Schuldenabzugsverbots des § 18 Abs. 3 Halbs. 1 KostO nur das Aktivvermögen der KG - ohne Berücksichtigung der Verbindlichkeiten - zu berücksichtigen, so daß er mit 5.224.115,00 € anzusetzen ist.

5. Gegen diese Entscheidung richtet sich die - vom Landgericht ohne Einschränkungen zugelassene - weitere Beschwerde der Vertreterin der Staatskasse. Sie rügt insbesondere, daß das Landgericht bei der Geschäftswertberechnung den zukünftigen Erwerb von Kommanditanteilen durch den Ehemann nicht berücksichtigt habe und daß es bei der Wertbestimmung der von ihm bereits erworbenen Anteile die Schulden der KG abgerechnet habe. Sie meint, mit dem Wertabschlag von 90 % bei der nach § 30 Abs. 1 KostO vorgenommenen Bewertung des künftigen Erwerbs habe das Notariat den Umstand, daß der Erwerb „spätestens beim Ableben des Vaters erfolgen wird“, ausreichend berücksichtigt. - Die Beteiligten Nr. 1 und 2 sind der weiteren Beschwerde entgegengetreten (Anwaltschriftsatz vom 14.02.2008).

II.

Die infolge Zulassung (§ 14 Abs. 3 S. 2 KostO a. F.) statthafte und auch sonst zulässige weitere Beschwerde der Staatskasse hat in der Sache Erfolg. Sie führt zur Wiederherstellung des Kostenansatzes des Notariats.

1. Der Auffassung des Landgerichts, wonach bei der Bewertung der ehevertraglichen Regelungen lediglich der um die anteiligen Gesellschaftsverbindlichkeiten geminderte Wert des Kommanditanteils des Ehemanns einzusetzen ist, kann nicht gefolgt werden.

a) Wie Eheverträge zu bewerten sind, ist in § 39 Abs. 3 KostO geregelt. Danach bestimmt sich der Geschäftswert nach dem zusammengerechneten Wert der gegenwärtigen Vermögen beider Ehegatten und, wenn der Vertrag nur das Vermögen eines Ehegatten betrifft, nach diesem Vermögen (Satz 1), wobei jeweils die Schulden abgezogen werden (Satz 2). Betrifft der Ehevertrag dagegen nur bestimmte Gegenstände, so ist deren zusammengerechneter Wert maßgeblich (Satz 3). Da für den zuletzt genannten Fall eine Regelung wie in Satz 2 fehlt, gilt hier das grundsätzliche Schuldenabzugsverbot des § 18 Abs. 3 KostO (Bay-ObLGZ 1982, S. 191 ff., 194 f.; Assenmacher/Mathias,

KostO, 15. Aufl. 2003, Stichwort „Ehevertrag“, Nr. 1.2 lit. d; Rohs/Wedewer, KostO (Losebl.), Stand Dez. 2006, Rdn. 39 und 41 zu § 39; Bengel/Tiedtke, in: Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 16. Aufl. 2005, Rdn. 115 zu § 39; Hartmann, Kostengesetze, 37. Aufl. 2007, Rdn. 20 zu § 39 KostO). Dabei ist der Geschäftswert freilich grundsätzlich nicht höher als der Wert des gesamten gegenwärtigen Vermögens der Ehegatten (BayObLG, a.a.O., S. 196 f.; OLG Stuttgart, JurBüro 1990, Sp. 372 f.; Rohs/Wedewer, a.a.O., Rdn. 39 zu § 39; Assenmacher/Mathias, a.a.O., Bengel/Tiedtke, a.a.O., Rdn. 111).

b) Im hier zu entscheidenden Fall hat die Bewertung der ehevertraglichen Regelungen nach Satz 3 - und nicht nach den Sätzen 1 und 2 - von § 39 Abs. 3 KostO zu erfolgen. Um einen Fall der Sätze 1 und 2 der genannten Vorschrift handelt es sich zwar nicht nur dann, wenn die Eheleute einen der im BGB geregelten Güterstände ohne Einschränkungen vereinbaren oder aufheben. Die genannten Vorschriften kommen vielmehr auch dann zur Anwendung, wenn der Güterstand im Rahmen des rechtlich Möglichen abgewandelt wird. Dies gilt indessen nur mit der Einschränkung, daß die Änderungen nicht auf bestimmte Gegenstände beschränkt sind: In diesem Fall gilt stets § 39 Abs. 3 S. 3 KostO (vgl. BayObLG, a.a.O., S. 195; Bengel/Tiedtke, a.a.O., Rdn. 111).

In dem am 16.04.2004 beurkundeten Ehevertrag haben die Eheleute den gesetzlichen Güterstand ausdrücklich beibehalten (§ 1), in § 2 für bestimmte Fälle aber bestimmt, daß beim Zugewinnausgleich „die nachfolgend aufgeführten Vermögensgegenstände“ - also die Vermögensgegenstände gemäß § 2 Abs. 2 lit. a bis e - beim Zugewinnausgleich nicht berücksichtigt werden. Damit liegt eine lediglich auf bestimmte Vermögensgegenstände beschränkte Abwandlung des gesetzlichen Güterstandes vor, so daß § 39 Abs. 3 S. 3 KostO zur Anwendung kommt. Daß die in § 2 Abs. 2 lit. c und e des Vertrags genannten Vermögensgegenstände („sonstiges Betriebsvermögen“ und „weitere Beteiligungen“) - anders als die in lit. a, b und d genannte Kommanditbeteiligung und der dort genannte Grundbesitz bzw. deren Ersatzgegenstände - nicht konkret bestimmt und wegen der Erfassung auch zukünftigen Vermögenserwerbs auch nicht konkret bestimmbar sind, ändert daran entgegen der Auffassung des Landgerichts nichts: Zur Bestimmung einzelner Gegenstände ist nicht ihre ins einzelne gehende Aufzählung erforderlich, vielmehr wird von § 39 Abs. 3 S. 3 KostO auch ein Inbegriff von Sachen und Rechten erfasst. Für - wie hier - nur abstrakt bezeichnete Vermögensgegenstände kann nichts anderes gelten.

c) Demgemäß ist der Bewertung des Ehevertrags hinsichtlich der Kommanditbeteiligung des Ehemanns das nicht um Verbindlichkeiten geminderte Aktivvermögen der KG zugrunde zu legen. Dieses hat das Landgericht mit 5.224.115,00 € festgestellt. Die Feststellung dieses Betrages beruht auf der Berechnung durch das Notariat (I 147), die im Erstbeschwerdeverfahren von keinem der Beteiligten beanstandet worden war, so daß die nunmehr im Verfahren der weiteren Beschwerde erfolgten Angriffe der Kostenschuldner gegen die der Berechnung zugrundeliegende Bewertung der Betriebsgrundstücke der KG fehlgehen. - Aus dem Schuldenabzugsverbot nach § 18 Abs. 3 KostO folgt weiter, daß hinsichtlich des Grundstücks in Freiburg-Tiengen der Wert des Nießbrauchs vom Grundstückswert nicht abzusetzen ist (vgl. Rohs/Wedewer, a.a.O., Rdn. 7 zu § 18).

2. Zu Unrecht hat das Landgericht bei der Bewertung des Ehevertrags die in § 2 Abs. 2 lit. e geregelte Nichtberücksichtigung der gemäß Nr. 2 der Vorbemerkungen nach Ableben seines Vaters auf den Ehemann übergehenden Kommanditanteile beim Zugewinnausgleich nicht in Ansatz gebracht.

Daß sich bei der Beurkundung von Eheverträgen der Geschäftswert nach dem gegenwärtigen Vermögen bestimmt, ist in § 39 Abs. 3 S. 1 KostO für die von dieser Vorschrift erfassten Fälle geregelt. Die hier zu beurteilende Beurkundung unterfällt aber - wie ausgeführt - § 39 Abs. 3 S. 3 KostO. Damit hat die Bewertung nach § 30 Abs. 1 KostO (Assenmacher/Mathias, a.a.O., Stichwort „Ehevertrag“, Nr. 1.2 lit. d), also nach freiem Ermessen zu erfolgen. Die in Nr. 2 der Vorbemerkung zum Vertrag niedergelegte Erwerbssaussicht in die Bewertung einfließen zu lassen, er-

scheint schon deshalb angemessen, weil - worauf die Vertreterin der Staatskasse mit Recht hingewiesen hat - eine auf die Behandlung einer künftigen Erwerbssaussicht beschränkte Beurkundung ansonsten ohne Geschäftswert wäre, was nicht richtig sein kann. Unsicherheiten bei der Bewertung - hier: Möglichkeit einer Wertveränderung der Geschäftsanteile, Möglichkeit der Enterbung oder des Nichterlebens des Erbfalls - sind durch einen erheblichen Abschlag Rechnung zu tragen. Der der Berechnung des Notariats zugrundeliegende Abschlag von 90 % erscheint dem Senat als jedenfalls nicht zu niedrig, so daß der diesbezügliche Vermögenswert (76 % der Geschäftsanteile an der KG, hiervon 10 %) mit 1.654.303,00 € anzusetzen ist.

III.

Für die Berechnung des Geschäftswertes des hier beurkundeten Ehevertrags ergibt sich daraus folgendes:

1. Geschäftswert für die Modifizierung der Zugewinnngemeinschaft

Da sich der Geschäftswert insoweit - wie ausgeführt - nach § 39 Abs. 3 S. 3 KostO bestimmt, hat die Berechnung von einem Beziehungswert auszugehen, der sich als Summe der - wie ebenfalls ausgeführt - ohne Schuldenabzug ermittelten Summe der einzelnen Vermögensgegenstände darstellt. Der für die Geschäftswertberechnung maßgebliche Wert der Modifizierung ist gemäß § 30 Abs. 1 KostO zu schätzen. Hierzu ist von einem Prozentsatz des Beziehungswertes auszugehen (vgl. etwa Mümmeler, Aus der Kostenpraxis des Notars, JurBüro 1990, Sp. 1573 ff., 1575; Assenmacher/Mathias, a.a.O., Stichwort „Ehevertrag“, Nr. 1.2 lit. d). Diesen Prozentsatz hat das Notariat mit 30 % angenommen. Hiergegen bestehen keine Bedenken.

Der diesbezügliche Geschäftswert errechnet sich somit wie folgt:

Vermögen Ehefrau		3.318,62 €
Vermögen Ehemann:		
Grundstück F.	293.639,76 €	
Grundstück F.-T.	418.089,13 €	
bewegliches Vermögen	14.000,00 €	
Vermögensbeteiligung		
24 % an KG	5.224.115,00 €	
zukünftiger Erwerb Ehemann		
(Firmenbeteiligung 76 %		
an KG, davon 10 %)	1.654.303,00 €	
		7.604.146,89 €
Summe Vermögen Ehefrau und Ehemann		7.607.465,51 €
30 % aus 7.607.465,51 €		2.282.239,65 €

Das in Anwendung von § 39 Abs. 3 S. 1 und 2 KostO unter Berücksichtigung der Verbindlichkeiten berechnete Reinvermögen der Eheleute läge nach der Berechnung des Notariats bei 5.869.544,68 € (eine Reduzierung im Wege der Schätzung auf einen Prozentsatz von 30 % käme - entgegen der der Wertberechnung des Landgerichts [Abschnitt II 5. der Gründe des angefochtenen Beschlusses] zugrundeliegenden Auffassung - wegen dann gegebener Unanwendbarkeit des § 30 Abs. 1 KostO nicht in Betracht) und damit höher als die Berechnung nach § 39 Abs. 3 S. 3 KostO, so daß letztere maßgeblich ist.

2. Geschäftswert des gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzehrs der Ehefrau

Wie das Landgericht richtig ausgeführt hat, berechnet sich der Gegenstandswert des gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzehrs der Eheleute - bei dem es sich um keinen Ehevertrag im Sinne von § 39 Abs. 3 KostO, sondern um einen Austauschvertrag nach § 39 Abs. 2 KostO handelt - nach den allgemeinen Regeln gemäß § 30 Abs. 1 KostO (vgl. Assenma-

cher/Mathias, a.a.O., Stichwort „Erbverzicht“, Nr. 1.2). Maßgeblich ist danach der Wert des gegenwärtigen reinen Vermögens des Erblassers und des dem Verzichtenden daran zustehenden Anteils sowie die mehr oder minder große Wahrscheinlichkeit des Überlebens des Verzichtenden und der Erhöhung oder Verminderung des Wertes des Vermögens des Erblassers bis zu seinem Tode (Assenmacher/Mathias, a.a.O.). Dies bedeutet, daß die besondere Berücksichtigung einer „Überlebenswahrscheinlichkeit“ der Ehefrau im vorliegenden Fall mangels eines signifikanten Altersunterschiedes oder sonstiger insoweit relevanter Umstände nicht in Betracht kommt, daß der auf dem Grundstück F.-T. lastende Nießbrauch wertmindernd zu berücksichtigen ist und daß die Erwerbssaussicht des Ehemanns (76 % der Kommanditanteile) mit einer die oben genannten Unsicherheiten abdeckenden Quote von 10 % zu berücksichtigen ist. Bei der Bewertung der Kommanditanteile sind allerdings die für die Bewertung von Gesellschaftsanteilen geltenden Regeln anzuwenden, so daß das Aktivvermögen der KG ohne Abzug der Verbindlichkeiten anzusetzen ist (vgl. BayObLG, FamRZ 2005, S. 817 ff., 819). Damit errechnet sich der Wert des Pflichtteilsverzichts wie folgt:

Vermögen Ehemann	7.604.146,89 €
abzüglich Nießbrauch	- 133.100,00 €
	7.471.046,89 €
hiervon 3/8	2.801.642,59 €

Der Geschäftswert der Beurkundung beläuft sich also insgesamt auf

Geschäftswert des modifizierten Zugewinnausgleichs	2.282.239,65 €
Pflichtteilsverzicht	2.801.642,59 €
Verzicht Versorgungsausgleich (§ 30 Abs. 2 KostO)	3.000,00 €
Unterhaltsvereinbarung	60.000,00 €
Geschäftswert insgesamt	5.146.882,25 €

IV.

Da der tatsächliche Geschäftswert somit den den angefochtenen Kostenrechnungen zugrundeliegenden Geschäftswert (5.140.352,70 €) übersteigt, war die Entscheidung des Landgerichts dahin abzuändern, daß - unter entsprechender Änderung des Beschlusses des Amtsgerichts - die Erinnerung der Kostenschuldner gegen den Kostenansatz des Notariats zurückgewiesen wird.

Die Nebenentscheidung ergibt sich aus § 14 Abs. 7 KostO a.F.

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

Buchbesprechungen

Baumbach / Hopt, Handelsgesetzbuch, Beck'sche Kurzkomentare Band 9., Verlag C. H. Beck München, 33. Auflage 2008, EUR 78,-.

Hier wird kein neuer, sondern ein den allermeisten gut bekannter und bewährter Kommentar zum Handelsgesetzbuch besprochen.

In seinem 1. Teil kommentiert dieses Werk das Handelsgesetzbuch. Im Hinblick auf die Seitenstärke stehen die ersten drei Bücher des HGB (Handelsstand, Handelsgesellschaften und Handelsbücher) im Vordergrund. Sie werden jeweils ähnlich umfangreich bearbeitet. Die ca. 132 Paragraphen des vierten Buches (Handelsgeschäfte) hingegen werden auf verhältnismäßig wenigen Seiten dargestellt. Das fünfte Buch (Seehandel) wird in dem Werk nicht berücksichtigt.

Im 2. Teil werden handelsrechtliche Nebengesetze kommentiert:

Dort ist in Abschnitt I das Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch rudimentär kommentiert. Insbesondere bearbeitet ist Artikel 61 EGHGB, der die Übergangsvorschriften zum Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister enthält.

Abschnitt II (Handelsbücher und Bilanzen) gibt nahezu nur den Gesetzestext der relevanten Vorschriften im AktG, GmbHG, Wirtschaftsprüferordnung und AGB-WP wieder.

In Abschnitt III (Handelsregister) sind die betroffenen Vorschriften des FGG und der Handelsregisterverordnung abgedruckt.

Abschnitt IV (AGB und Vertragsklauseln) gibt die entsprechenden Vorschriften des BGB wieder. Hier sind auch die Incoterms und andere Handelskaufklauseln wiedergegeben. Sie stellen die bekanntesten und verbreitetsten internationalen Handelsklauseln (vorformulierte Vertragsklauseln) dar. Sie gelten nicht kraft Gesetzes und auch nur ausnahmsweise als Handelsbrauch. Vielmehr gelten sie nur, soweit die Vertragsparteien im nationalen oder internationalen Kaufvertrag auf sie Bezug nehmen.

In Abschnitt V (Bankgeschäfte mit Börsen- und Kapitalmarktrecht) wird zunächst auf 125 Seiten fast lehrbuchhaft das Bankrecht systematisch dargestellt und gleichzeitig ausgesuchte Vorschriften bspw. § 1 Kreditwesengesetz kommentiert. U. a. wird auf den Übergang des Kontos beim Tod des Kontoinhabers, auf die Schenkung auf den Todesfall, die Kontofähigkeit der GbR und auf die Probleme bei Oder- und Und-Konten eingegangen. Anschließend folgen in dem Abschnitt die Kommentierungen von AGB-Banken, AGB-WPGeschäfte, AGB-Spark, AGB-Anderkonten, des Lastschriftabkommens, der Einheitlichen Richtlinien und Gebräuche für Dokumenten-Akkreditive (ERA), der Einheitlichen Richtlinie für Inkasso (ERI), dem Depotgesetz, dem Börsengesetz, der Börsenzulassungsverordnung und des Gesetzes über den Wertpapierhandel.

Dieser Kommentar liefert somit nicht nur fundierte Antworten zum Handelsgesetzbuch, sondern ebenso zu Fragen des Bankrechts. Außerdem werden im Anhang zu § 177a HGB auf ca. 30 Seiten die GmbH & Co und die Publikumsgesellschaft systematisch dargestellt.

Diese Neuauflage ist auf dem Stand vom 1. Mai 2007; Gesetzesänderungen und viele wichtige Ergänzungen konnten jedoch bis zum 1. November 2007 aufgenommen werden. So konnten das ÜbernahmeRiUmsetzungsg 2006, TUG 2007 und das FinanzmarktRiUmsetzungsg 2007 Berücksichtigung finden. Außerdem berücksichtigt die (an dieser Stelle jedoch leider etwas knappe) Kommentierung, dass das Handelsregister grundsätzlich nur noch in elektronischer Form geführt wird, Handelsregisteranmeldungen nur noch in elektronischer Form einzureichen sind und ein zentrales Unternehmensregister etabliert wurde (EHUG 2006). Auf Änderungen, die das mittlerweile beschlossene MoMiG mit sich bringen würde, ist, selbstverständlich lediglich mit dem damaligen Reg-Entwurfsstand eingegangen worden, bspw. bei § 172a HGB.

Zusammenfassend bleibt zu bemerken, dass mit der 33. Auflage eine sehr übersichtliche und fundierte Arbeitshilfe wieder auf den aktuellen Gesetzes- und Rechtsprechungsstand gebracht

wurde, die insbesondere das Recht des Einzelkaufmanns, der Handelsgesellschaften und der Handelsbücher ausführlich bearbeitet.

Paul Schönert, Notarvertreter, Stuttgart

Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung. Kommentar. Begründet von Dr. Herbert Arndt, fortgeführt von Klaus Lerch, Richter am LG Frankfurt und Gerd Sandkühler, Vorsitzender Richter am OLG a.D. 6., neu bearbeitete Auflage, 2008, 1036 Seiten. Carl Heymanns Verlag, Köln. 118 €.

Berufsrecht und Berufspraxis der Notare dulden offenbar keine Ruhepause. Seit Erscheinen der Voraufgabe im Jahre 2003 sind nicht weniger als vier Änderungsgesetze zur BNotO und darüber hinaus zahlreiche Gesetzes mit Auswirkungen auf das Notarrecht erlassen worden. Auch das EHUG zum 1.1.2007 hat dem Notarstand in der Einführungsphase viel Engagement abverlangt, das neue MoMiG wird in Zukunft ebenso viele Anstrengungen abverlangen. Wegen der zunehmenden Bedeutung des Europarechts im Berufsrecht der Notare wurde die Kommentierung zu § 5 BNotO wesentlich erweitert und natürlich auf die Frage eingegangen, ob für den Bereich des Notarrechts am sog. Staatsangehörigkeitsvorbehalt festgehalten werden kann. Auch landesrechtliche Besonderheiten (z.B. die Notariatsverfassung in Baden-Württemberg) werden detailliert dargestellt (§ 3 Rn. 27 – 53, § 115 Rn. 4ff.). Der Einsatz der Elektronik im Notarberuf wird an verschiedenen Stellen erläutert. So wird vor einer kritiklosen Benutzung von Formularen und mittels EDV gespeicherter Textvorlagen gewarnt und dringend empfohlen darauf zu achten, dass diese den Erfordernissen des Einzelfalls angepasst werden (§ 19 Rn. 78). Der Notar habe sich zu bemühen, die Wahr-

nehmung der Verschwiegenheitspflicht im Zusammenhang mit der Installation und Wartung von EDV-Anlagen durch geeignete vertragliche und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen (§ 18 Rn. 15). Empfohlen wird dem Notar eine Einsicht auch in die Grundakten, wenn nur so eine absehbare Gefährdung der Beteiligten abgewendet werden kann (§ 14 Rn. 121; BGH NotBZ 2005, 69 = ZfIR 2005, 106 m. Anm. Dümig = ZNotP 2005 105; Reithmann MittBayNot 2005, 207). Eigentlich eine Selbstverständlichkeit sollte es sein, dass der Notar für den elektronischen Rechtsverkehr mit dem Handelsregister seit 1.1.2007 die dafür erforderlichen technischen Einrichtungen vorhält und auch davon Gebrauch macht, weil sonst eine Teilnahme am Registerverfahren nicht möglich ist (§ 15 Rn. 131, § 20 Rn 15). Das gesamte Spektrum des Notarrechts wird erläutert, so auch Alltagsfragen wie etwa zu den Öffnungszeiten der Geschäftsstelle eines Notars (§ 10 Rn. 15), zur Übernahme des Personal eines aus dem Amt entlassenen Notars (§ 10 Rn. 16), zu Nebentätigkeiten des Notars (§ 8 Rn. 19), zur Amtspflicht des Notars zur Fortbildung (§ 14 Rdnr. 297), zu Amtsschildern (§ 10 Rn. 15) und zur Führung der Bezeichnung „Notar a. D.“ (§ 48a Rn. 2, § 117b Rn. 5). Das Verwahrungsgeschäft – insbesondere bei der Abwicklung von Grundstückskaufverträgen – spielt in der notariellen Praxis eine bedeutende Rolle, die Häufigkeit ist zwar regional unterschiedlich, der Gesamtumsatz von Verwahrungsgeldern auf Anderkonten jedoch immens. Das Buch zeigt in aller Gründlichkeit auf, welche gesetzlichen und verwaltungsrechtlichen Vorschriften beim Verwahrungsgeschäft genauestens einzuhalten sind (§ 23 Rn. 84ff.). Das Werk ist ein wertvoller Ratgeber, eine wahre Fundgrube in einer dem Wandel unterworfenen notariellen Arbeitswelt. Es beantwortet alle wichtigen Fragen, die bei der Anwendung des Berufsrechts der Notare auftreten.

Notar Prof. Böhringer, Heidenheim/Brenz

Aktuelles im IPR/ aus dem Ausland

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

Das Übereinkommen vom 13.01.2000 wird zum 01.01.2009 für Deutschland, Frankreich und Schottland in Kraft treten, nachdem im September 2008 Frankreich als drittes Land neben Deutschland (2007) und Großbritannien für Schottland (2003) das Übereinkommen ratifiziert hat.

Ausser den drei vorgenannten Staaten haben das Übereinkommen bisher gezeichnet, aber noch nicht ratifiziert: Finnland, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, Niederlande, Polen und die Schweiz (in der Schweiz ist bereits ein Zustimmungsverfahren eingeleitet). Nach der Ratifikation durch den Zeichnerstaat wird das Übereinkommen für diesen Staat am ersten Tag des Kalendermonats, der auf einen Zeitraum von 3 Monaten nach Hinterlegung seiner Ratifikationsurkunde folgt, in Kraft treten, Art. 57 II ESÜ. Für später beitretende Staaten ist das Inkrafttreten in Art. 57 II lit. b) ESÜ geregelt.

Das Erwachsenenschutzübereinkommen regelt die internationale Zuständigkeit (Art. 5-12 ESÜ), das anwendbare Recht (Art. 13 - 21 ESÜ) sowie die Anerkennung und Vollstreckung (Art. 22 - 27 ESÜ) von Maßnahmen zum Schutz von Erwachsenen. Ferner wird die Zusammenarbeit der Behörden der Vertragsstaaten geregelt (Art. 28 - 37 ESÜ).

1) Anwendungsbereich des Übereinkommens

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Das Erwachsenenschutzübereinkommen ist auf Erwachsene anzuwenden, die aufgrund einer Beeinträchtigung oder der Unzulänglichkeit ihrer persönlichen Fähigkeiten nicht in der Lage sind, ihre Interessen zu schützen (Art. 1 I ESÜ). Erwachsen ist

eine Person mit Vollendung des 18. Lebensjahres, Art. 2 I ESÜ. Anzuwenden ist das Übereinkommen aber auch dann, wenn Maßnahmen hinsichtlich eines Erwachsenen zu einem Zeitpunkt getroffen wurden, in dem dieser das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte (bspw. die Bestellung eines Betreuers für einen 17-Jährigen nach § 1908a BGB).

b) Räumlicher Anwendungsbereich

Allgemeine Regelungen zum räumlichen Anwendungsbereich enthält das ESÜ nicht. Grds. bestimmt jede einzelne Vorschrift zur internationalen Zuständigkeit oder dem anwendbaren Recht ihren räumlichen Anwendungsbereich selbst.

Das Übereinkommen ist aber i.d.R. allseitig ausgestaltet, d.h. es ist immer dann anwendbar, wenn ein Erwachsener seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat hat, unabhängig davon, ob der Staat, dessen Staatsangehörigkeit der Erwachsene besitzt, Vertragsstaat ist oder nicht (Siehr, RabelsZ 2000, S. 715, 722; Helms, FamRZ 2008 S. 1995). Das autonome deutsche Kollisionsrecht des Art. 24 EGBGB kommt bei Erwachsenen daher nur noch zur Anwendung, wenn der Erwachsene seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Nichtvertragsstaat hat.

Das Übereinkommen ist nach seinem Art. 1 I ESÜ nur in internationalen Situationen anzuwenden, bei Sachverhalten ohne internationalen Bezug kommt es somit nicht zur Anwendung.

Soweit das Übereinkommen die Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Maßnahmen regelt, beziehen sich diese Regelungen natürlich nur auf Maßnahmen, die in Vertragsstaaten ergangen sind.

c) Zeitlicher Anwendungsbereich

Das Übereinkommen ist nach seinem Art. 50 I ESÜ nur auf Maß-

nahmen anzuwenden, die in einem Staat getroffen werden, nachdem das Übereinkommen für diesen Staat in Kraft getreten ist.

Die Anerkennung und Vollstreckung richtet sich nach dem Übereinkommen, wenn die in Frage stehende Maßnahme getroffen wurde, nachdem das Übereinkommen zwischen dem Staat, in dem die Maßnahme getroffen wurde und dem ersuchten Staat in Kraft getreten ist, Art. 50 II ESÜ.

d) Sachlicher Anwendungsbereich

Das Übereinkommen ist nach Art. 1 I ESÜ auf den Schutz von Erwachsenen anzuwenden. Eine (nicht abschließende) Aufzählung von solchen Schutzmaßnahmen enthält Art. 3 ESÜ. Eine Schutzmaßnahme ist insbesondere die Vormundschaft, Pflegschaft oder eine entsprechende Einrichtung (Art. 3 lit. c ESÜ). Die deutsche Betreuung ist natürlich eine entsprechende Schutzmaßnahme (Passauer, ZFE 2007 S. 176, 177).

Besonders hinzuweisen ist darauf, dass das Übereinkommen auch auf Vorsorgevollmachten Anwendung findet, siehe Art. 15f ESÜ.

Nicht anzuwenden ist das Übereinkommen auf die in Art. 4 ESÜ genannten Maßnahmen, insbesondere nicht auf Trusts und Erbschaften (Art. 4 lit. d ESÜ). Damit fällt die Nachlasspflegschaft bereits aus diesem Grund nicht in den Anwendungsbereich des Übereinkommens. Hinzuzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass der Ausschluss einer Materie nach Art. 4 ESÜ nicht zur Folge hat, dass eine Fürsorgeperson des Erwachsenen diesen in der ausgeschlossenen Materie nicht vertreten kann, Art. 4 II ESÜ).

Im Ergebnis werden somit mit wenigen Ausnahmen alle betreuungsrechtlichen Fragen vom Anwendungsbereich des ESÜ erfasst, insbesondere alle Fragen, die mit der Bestellung eines Betreuers, der Änderung oder Beendigung einer Betreuung zu tun haben, ferner alle Einzelmaßnahmen, wie bspw. die gerichtliche Genehmigung eines Rechtsgeschäftes (so auch Helms, FamRZ 2008, S. 1995, 1996; Guttenberger, BtPrax 2006 S. 83, 84). Nicht in den Anwendungsbereich des ESÜ fallen die Abwesenheitspflegschaft und die Pflegschaft für unbekannte Beteiligte. Bei diesen Pflegschaften sind die Kriterien des Art. 1 I ESÜ nicht erfüllt.

2. Internationale Zuständigkeit

Nach Art. 5 I ESÜ sind die Behörden des Staates international zuständig, Maßnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens zu treffen, in dem der Erwachsene seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Hauptzuständigkeit).

Verlegt der Erwachsene seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einen anderen Vertragsstaat, werden die Behörden des neuen Aufenthaltsstaates international zuständig, Art. 5 II ESÜ, ohne *perpetuatio fori* beim bisher zuständigen Gericht (Passauer, ZFE 2007, 176, 178). Die angeordnete Maßnahme behält bei einem Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts ihre Gültigkeit (Art. 12 ESÜ), wird aber dann von den Behörden des neuen Aufenthaltsstaates überwacht, kann von diesen auch geändert oder beendet werden.

Wird der gewöhnliche Aufenthalt in einen Nichtvertragsstaat verlegt, beurteilt sich der Fortbestand der Zuständigkeit nach dem jeweiligen nationalen Verfahrensrecht (Helms, FamRZ 2008, 1996).

Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes ist autonom zu bestimmen und dürfte mit dem Lebensmittelpunkt einer Person übereinstimmen.

Die Behörden (je)des Heimatstaates des Erwachsenen sind dann nach Art. 7 ESÜ zuständig, Maßnahmen zu treffen, wenn sie der Auffassung sind, dass sie besser in der Lage sind, das Wohl des Erwachsenen zu beurteilen. Diese Heimatstaatzuständigkeit ist in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt. Zum einen müssen die Heimatstaatbehörden die Aufenthaltsbehörden vor Anordnung der Maßnahme verständigen, zum anderen darf die Heimatstaatzuständigkeit nicht ausgeübt werden, wenn die Aufenthaltsbehörden bereits eine Entscheidung getroffen haben oder ein Verfahren dort anhängig ist. Ausserdem treten Maßnah-

men der Heimatstaatbehörden ausser Kraft, sobald die Aufenthaltsbehörden Maßnahmen getroffen oder entschieden haben, dass keine Maßnahmen zu treffen sind, Art. 7 III ESÜ.

Art. 8 ESÜ ermöglicht es den Aufenthaltsbehörden, von Amts wegen oder auf Antrag die Behörden eines anderen Vertragsstaates um Maßnahmen zum Schutz des Erwachsenen zu ersuchen, unter anderem die Heimatstaatbehörden. Die ersuchte Behörde muss die Zuständigkeit allerdings annehmen, sonst bleibt es bei der Zuständigkeit der Aufenthaltsbehörden, Art. 8 III ESÜ.

Eingeschränkte internationale Belegenheits- und Eilzuständigkeiten regeln Art. 9 und 10 ESÜ. Art. 11 ESÜ enthält eine Zuständigkeit der Anwesenheitsbehörden für vorläufige und auf das Hoheitsgebiet dieses Staates beschränkter Maßnahmen zum Schutz der Person.

Hat der Erwachsene seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Vertragsstaat des ESÜ, stellen die Art. 5ff ESÜ eine abschließende Regelung der internationalen Zuständigkeit dar. Nur wenn dieser Aufenthalt in einem Drittstaat liegt, ist das autonome internationale Verfahrensrecht eröffnet.

3. Anzuwendendes Recht

Die Behörden, die nach dem Übereinkommen international zuständig sind, wenden grds. ihr eigenes (Sach)Recht an, Art. 13 I ESÜ. Ausnahmsweise kann das Recht eines anderen Staates angewendet oder berücksichtigt werden, wenn dies zum Schutz der Person oder des Vermögens erforderlich ist und der Sachverhalt zu diesem anderen Staat eine enge Verbindung hat, Art. 13 II ESÜ.

In der Regel hat daher ein deutsches Vormundschaftsgericht deutsches Recht bei der Anordnung einer deutschen Betreuung für einen Ausländer mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland anzuwenden. Insoweit ändert sich gegenüber dem bisher geltenden Recht nichts wesentliches.

Das international zuständige Gericht bestimmt nach seinem eigenen Recht über die Entstehung, Änderung und den Inhalt von Schutzmaßnahmen. Die Wirkungen der angeordneten Maßnahmen bestimmen sich ebenfalls nach dem Recht, welches das anordnende Gericht zugrunde gelegt hat (Helms, FamRZ 2008, 1999).

Eine besondere Regelung enthält Art. 14 ESÜ. Nach dieser Vorschrift bestimmt das Recht des Staates, in dem eine getroffene Fürsorgemaßnahme durchgeführt werden soll über die hierfür erforderlichen Bedingungen. Art. 14 ESÜ hat insbesondere Bedeutung für spezielle Genehmigungserfordernisse, die im Rahmen bereits bestehender Fürsorgemaßnahmen zu beachten sind.

Verkauft bspw. ein in Frankreich bestellter Erwachsenenvormund ein in Deutschland belegenes Grundstück des Erwachsenen (mit gewöhnlichem Aufenthalt in Frankreich), ist für den Kaufvertrag und die Auflassung eine Genehmigung nach §§ 1908i, 1821 I NR. 1, 5 BGB erforderlich. Dies gilt selbst dann, wenn das Recht des Staates der Hauptzuständigkeit kein entsprechendes Genehmigungserfordernis vorsieht (Guttenberger, BtPrax 2006, S. 85). Zuständig für die Erteilung dieser Genehmigung sind in erster Linie die Behörden im Aufenthaltsstaat (§ 5 I ESÜ), die im vorgenannten Fall deutsches Recht anzuwenden hätten, nach Maßgabe der Art. 9,11 ESÜ auch die deutschen Behörden.

4. Vorsorgevollmachten

In Art. 15f befasst sich das ESÜ mit dem Rechtsinstitut der Vorsorgevollmacht.

Hiernach ist das Bestehen, der Umfang, die Änderung und die Beendigung der von einem Erwachsenen erteilten Vollmacht, die ausgeübt werden soll, wenn dieser nicht in der Lage ist, seine Interessen zu schützen, in erster Linie nach dem Recht des Staates zu bestimmen, das der Vollmachtgeber gewählt hat. Gewählt werden können nach Art. 15 II ESÜ das Recht eines Staates, dem der Erwachsene angehört, das Recht des Staates

eines früheren gewöhnlichen Aufenthaltes und das Recht des Staates, in dem sich Vermögen des Erwachsenen befindet hinsichtlich dieses Vermögens. Die Rechtswahl muss ausdrücklich schriftlich erfolgen, darf also nicht stillschweigend unterstellt werden.

Mangels Rechtswahl ist nach Art. 15 I ESÜ das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Erwachsene im Zeitpunkt der Vollmachtserteilung seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Die Anknüpfung aufgrund Rechtswahl oder die objektive Anknüpfung nach Art. 15 I ESÜ sind unwandelbar, d.h. ein Aufenthaltswechsel hat auf das auf die Vollmacht anzuwendende Recht keine Auswirkungen (Guttenberger, BtPrax 2006 S. 86). Für das auf die Vorsorgevollmacht anwendbare Recht ist es unerheblich, ob dieses das Recht eines Vertragsstaates oder eines Drittstaates ist, Art. 18 ESÜ.

Verlegt bspw. ein Vollmachtgeber, der im Zeitpunkt der Vollmachtserrichtung seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte, diesen nach Frankreich, ist auf die Vollmacht im Rahmen des Art. 15 I ESÜ weiterhin deutsches Sachrecht anzuwenden.

Die Art und Weise der Vollmächtausübung bestimmt sich jedoch nach dem Recht des Staates, in dem von ihr Gebrauch gemacht wird, Art. 15 III ESÜ.

Größte Schwäche der Regelungen über die Vorsorgevollmacht ist die, dass die Vorschriften des ESÜ erst zur Anwendung kommen, wenn der Vollmachtgeber nicht mehr in der Lage ist, seine Interessen zu schützen, der Vorsorgefall also gerade eingetreten ist. Eine Generalvollmacht, die vor diesem Zeitpunkt ausgeübt werden soll, fällt daher nicht unter das ESÜ, erst wenn der Vorsorgefall eingetreten ist, sind die Bestimmungen des Art. 15 ESÜ anwendbar (so auch Helms, FamRZ 2008, S. 2000). Das macht die Gestaltung von General- und Vorsorgevollmachten in der notariellen Praxis schwierig, weil vor dem Eintritt des Fürsorgebedürfnisses auf das allgemeine Vollmachtsstatut des autonomen IPR zurückzugreifen ist.

Nicht anwendbar ist das ESÜ auch auf Patienten- oder reine Betreuungsverfügungen (Helms, FamRZ 2008, S. 1999).

5. Anerkennung und Vollstreckung

Maßnahmen, die von den Behörden eines Vertragsstaates getroffen wurden, sind nach Art. 22 I ESÜ automatisch in den anderen Vertragsstaaten anzuerkennen und entfalten im Anerkennungsstaat die gleichen Wirkungen wie im Anordnungsstaat (Helms, FamRZ 2008, S. 2000). Die Anerkennung kann nur nach Maßgabe des Art. 22 II ESÜ versagt werden. Wichtigste Versagungsgründe sind die fehlende internationale Zuständigkeit der anordnenden Behörde und ein Verstoß gegen den ordre public des Anerkennungsstaates bzw. eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die Nichtanhörung des Betroffenen bei Anordnung einer Schutzmaßnahme ohne Vorliegen eines triftigen Grundes im Sinne des deutschen Rechts stellt wohl einen solchen Versagungsgrund dar (Helms, FamRZ 2008, S. 2001).

Die Anerkennung erfolgt grds. automatisch, Art. 23 ESÜ schafft jedoch die Möglichkeit, die Anerkennungsfähigkeit einer Entscheidung gerichtlich feststellen zu lassen. Antragsberechtigt ist jede betroffene Person.

Impressum

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

6. Kurzer Überblick über die wichtigsten Bestimmungen des Erwachsenenschutzübereinkommensausführungsgesetzes

a) Zuständigkeitskonzentration und Anerkennungsfeststellungsverfahren

Nach § 6 Abs. 1 ErwSÜAG (BGBl. 2007, S. 314) ist das Vormundschaftsgericht, in dessen Bezirk ein Oberlandesgericht seinen Sitz hat, für die Anerkennungsfeststellung nach Art. 23 ESÜ, die Vollstreckbarerklärung nach Art. 25 ESÜ bzw. das Konsultationsverfahren nach Art. 33 ESÜ zuständig.

Nach § 6 IV ErwSÜAG gilt Art. 147 EGBGB entsprechend. D.h., dass die Zuständigkeit für die Verfahren nach Art. 23, 25 und 33 ESÜ im württembergischen Rechtsgebiet mangels anderweitiger landesrechtlicher Regelungen nach § 6 II ErwSÜAG nach Maßgabe des § 37 b.w.LFGG beim Notariat -Vormundschaftsgericht- und Amtsgericht Stuttgart liegen werden. Hier sind in der Praxis Zweifelsfragen zu klären, bspw. ob für die Anerkennungsfeststellung einer ausländischen Entmündigung bzw. eines ausländischen Einwilligungsvorbehaltes, jeweils mit Bestellung einer Fürsorgeperson, das Notariat oder das Amtsgericht zuständig ist. Die Landesregierung sollte daher von der Verordnungsermächtigung nach § 6 II ErwSÜAG Gebrauch machen und die Zuständigkeit für die besonderen Verfahren nach § 6 I ErwSÜAG klar regeln.

Besondere Brisanz erhält die Zuständigkeitskonzentration durch § 7 ErwSÜAG. Nach dessen Abs. 1 ist das Vormundschaftsgericht, bei dem ein in § 6 Abs. 1 S. 1 genanntes Verfahren anhängig ist, von diesem Zeitpunkt an für alle denselben Betroffenen betreffenden Betreuungssachen zuständig, andere Vormundschaftsgerichte haben solche Betreuungssachen von Amts wegen abzugeben, § 7 Abs. 1 ErwSÜAG. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kann das (Zentral-)Vormundschaftsgericht das Verfahren nach § 7 Abs. 3 ErwSÜAG an das nach allgemeinen Vorschriften zuständige Vormundschaftsgericht abgeben oder zurückgeben. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn die besondere Sachkunde des zentralen Vormundschaftsgerichtes nicht mehr benötigt wird. Die Abgabeentscheidung ist unanfechtbar und für das für zuständig erklärte Gericht bindend.

Das Anerkennungs- und Vollstreckbarerklärungsverfahren richtet sich gemäß § 8 I ErwSÜAG nach §§ 1 bis 34 FGG, die §§ 66, 67, 69k, l, n und o FGG gelten entsprechend.

Nach § 9 ErwSÜAG ist die Entscheidung für Gerichte und Verwaltungsbehörden verbindlich.

b) Bescheinigungen

Nach § 13 ErwSÜAG sind Bescheinigungen über inländische Schutzmaßnahmen nach Art. 38 ESÜ grds. vom Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des ersten Rechtszugs auszustellen. Die Bescheinigung ist nach Art. 38 I ESÜ auf Antrag dessen, dem der Schutz des Vermögens oder der Person des Erwachsenen übertragen wurde, zu erteilen.

Nach Art. 38 II ESÜ wird vermutet, dass die bescheinigte Berechtigung vom Ausstellungsdatum der Bescheinigung an besteht.

von Daniel Schaal, Notarvertreter, Stuttgart

wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte € 6,- 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).

