

# DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

21/1997 · November 1997

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

UmwG §§ 2, 20, 54, 55 - Verschmelzungsvertrag und Kapitalerhöhung bei mehreren beteiligten Rechtsträgern

#### Gutachten im Fax-Abwurf

#### Rechtsprechung

BNotO §§ 23, 24, 15 - Auszahlung vom Notaranderkonto bei Pfändung der Forderung

BGB §§ 158, 1093 - Wohnungsrecht unter auflösender Bedingung

BGB § 1410 - Form der Vollmacht für einen Ehevertrag

#### Hinweise für die Praxis

Apothekenrecht und Erbrecht

#### Aktuelles

Grunderwerbsteuerfreiheit für durchschnittliches Einfamilienhaus

Reform des Kindschaftsrechts

#### Literatur

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

#### GmbHG §§ 2, 20, 54, 55 Verschmelzungsvertrag und Kapitalerhöhung bei mehreren beteiligten Rechtsträgern

##### I. Sachverhalt

Mit notariellem Verschmelzungsvertrag vom 20.08.1997 wurden mehrere Schwestergesellschaften auf die X-GmbH mit Sitz in M verschmolzen. Von den am Verschmelzungsvorgang beteiligten übertragenden Rechtsträgern haben drei Gesellschaften ihren Sitz in M und vier Gesellschaften ihren Sitz in F. Der Verschmelzungsvorgang wurde mit Anmeldung vom 20.08.1997 bei den zuständigen Gerichten F und M hinsichtlich der übertragenden Rechtsträger und des übernehmenden Rechtsträgers unter Beifügung der Schlußbilanzen zum 31.12.1996 angemeldet. Im Verschmelzungsvertrag und den darauf bezogenen Verschmelzungsbeschlüssen wurde das Kapital der aufnehmenden Schwestergesellschaft um DM 5.000.000,- gegen Gewährung eines neuen Gesellschaftsanteils an die Mutter-Gesellschaft, eine Aktiengesellschaft des französischen Rechts, erhöht.

Das Registergericht hat beanstandet, daß für jede einzelne übertragende Gesellschaft die Gegenleistung an die Mutter-Gesellschaft im Verschmelzungsvertrag festzulegen sei, da dieser immer nur zweiseitig sein könne, auch wenn, wie hier, in einer Urkunde mehrere Verträge gleichzeitig protokolliert werden und entsprechend der Kapitalerhöhungsbetrag für die übernehmende Gesellschaft nur in einem einzigen Betrag festgesetzt wird. Eine pauschale Festsetzung für mehrere Verschmelzungen sei nicht zulässig. Es fehle damit ein wesentlicher Bestandteil des Verschmelzungsvertrages, der neu be-

schlossen und dem neu zugestimmt werden müsse.

##### II. Frage

1. Muß die Gegenleistung im Rahmen des Verschmelzungsvertrages bei Verschmelzung mehrerer übertragender Schwestergesellschaften mit einem jeweils gleichen Alleingesellschafter für jeden einzelnen Übertragungsvorgang festgesetzt werden, und müssen korrespondierend damit im Verschmelzungsbeschluß über die Kapitalerhöhung mehrere Geschäftsanteile - bezogen auf den jeweiligen Übertragungsvorgang - gewährt werden?

2. Kommt es bei der Beurteilung der Kapitalaufbringung hinsichtlich der Sacheinlagevorgänge darauf an, daß das Vermögen aller übertragenden Rechtsträger saldiert den gezeichneten Kapitalerhöhungsbetrag ergibt, oder ist der einheitliche Vorgang in mehrere Einzelvorgänge „aufzusplitten“, so daß die Einbeziehung von Gesellschaften mit negativem Vermögen nicht möglich wäre?

##### III. Rechtslage

#### Zur Einheitlichkeit des Verschmelzungsvertrages:

##### 1. Zur Rechtslage vor 1995

Nach der alten Rechtslage vor dem Inkrafttreten des neuen UmwG zum 01.01.1995 war die Verschmelzung mehrerer übertragender Rechtsträger auf einen aufnehmenden Rechtsträger in einem einheitlichen Verschmelzungsvorgang nur für die AG nach § 339 Abs. 1 Nr. 1 AktG möglich. Schon durch das Verschmelzungsrichtliniengesetz vom 25.10.1982 (BGBl. I, S. 1425) wurde entsprechend dem italienischen Vorbild (vgl. Art. 2501 Codice Civile) auch bei der Verschmelzung durch Aufnahme die Möglichkeit eröffnet, mehrere Kapitalgesellschaften in einem einheitlichen Rechtsakt zu verschmelzen (KölnKomm-Kraft, AktG-Kraft, 2. Aufl. 1990, § 339 Rn. 20; Geßler/Hefermehl/Grunewald, AktG, 1991, § 339 Ziff. 3). Die

AG erwarb also sowohl die Aktiva als auch die Passiva der übertragenden Gesellschaft. In § 340 AktG war speziell für die Verschmelzung durch Aufnahme bei der Regelung des Mindestinhalts eines Verschmelzungsvertrages immer nur von „der Vertrag“ in einem Zuge mit Erläuterungen von mehreren übertragenden Gesellschaften die Rede. **Auch die Kommentarliteratur zur Verschmelzung ging nach dem alten Aktiengesetz selbstverständlich davon aus, daß es sich bei der Beteiligung mehrerer übertragender Aktiengesellschaften auf eine aufnehmende Aktiengesellschaft um einen einheitlichen Verschmelzungsvertrag handelt und die hierzu erforderlichen Aktien durch eine einheitliche Kapitalerhöhung geschaffen werden** (vgl. KölnKomm-Kraft, a. a. O., § 343 Rn. 15, 69; Grunewald, a. a. O., § 343 Rn. 12, 14).

## 2. Die Rechtslage nach dem neuen UmwG

Das neue UmwG hat in § 2 Nr. 1 sachlich die aus dem geltenden Recht bekannten Begriffsbestimmungen der beiden Arten der Verschmelzung durch Aufnahme und der Verschmelzung zur Neugründung übernommen (Regierungsbegründung zu § 2, in: Schaumburg/Rödter, UmwG, S. 39 Rn. 2). **§ 2 UmwG (neu)** entspricht im wesentlichen der Vorschrift des § 339 Abs. 1 AktG a. F. (Lutter, UmwG 1996, § 2 Rn. 1). Sie ist jedoch rechtsformneutral und klarer gefaßt und **dehnt die bisher nur für Aktiengesellschaften bestehende Möglichkeit einer Verschmelzung durch gleichzeitige Aufnahme mehrerer Rechtsträger auf alle verschmelzungsfähigen Rechtsträger aus** (Lutter, a. a. O., § 2 Rn. 1). Damit hat der Gesetzgeber in Übereinstimmung mit dem Verschmelzungsrichtliniengesetz von 1982 und § 339 AktG a. F., jedoch in Abweichung von § 19 Abs. 1 Nr. 1 KapErhG a. F., den bisherigen Meinungsstreit, ob bei einer Verschmelzung durch Aufnahme auch mehrere übertragende GmbH beteiligt sein können, entschieden (Dehmer, UmwG, UmwStG, 2. Aufl. 1996, § 2 Rn. 8). Es sind keinerlei Hinweise weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der Gesetzesbegründung, noch aus der Gesetzessystematik ersichtlich, die bei Beteiligung mehrerer übertragender Rechtsträger eine unterschiedliche rechtliche Betrachtungsweise zwischen der früheren Regelung des § 339 AktG a. F. für die AG und der neuen, alle verschmelzungsfähigen Rechtsträger betreffenden Regelung des § 2 Nr. 1 UmwG (neu) begründen könnten. Es soll durch die einheitliche Regelung in § 2 Nr. 1 UmwG gerade der früher erforderliche „Umweg“ bei der Verschmelzung mehrerer GmbH über einzelne, gesonderte, zweiseitige Verschmelzungsverträge zwischen jeder übertragenden GmbH mit der aufnehmenden GmbH, die über entsprechende aufschiebende Bedingungen miteinander verknüpft wurden, erspart werden.

**Von dieser Rechtslage gehen auch die zum neuen Umwandlungsrecht bisher erschienenen Kommentare aus,** soweit sie dazu Stellung nehmen. So schreibt *Vossius* (Widmann/Mayer, UmwR, Std. September 1996, § 20 Rn. 14) ausdrücklich, daß nach § 3 Abs. 4 UmwG mehrere Überträgerinnen gleichzeitig durch einen mehrseitigen Verschmelzungsvertrag und die jeweiligen Verschmelzungsbeschlüsse verschmolzen werden können. Dem stellt er ausdrücklich die alternative Möglichkeit der Verschmelzung mehrerer Überträgerinnen durch getrennte Verschmelzungsverträge und Beschlüsse gegenüber (Vossius, a. a. O., § 20 Rn. 15), die wie bisher durch einen Bedingungszusammenhang miteinander ver-

knüpft werden könnten. Auch *Mayer* (a. a. O., Stand: August 1997, § 5 Rn 56.7) stellt dies jetzt ausdrücklich klar.

Der Vergleich mit der im Umwandlungsgesetz ebenfalls vorgesehenen Verschmelzung zur Neugründung einer GmbH unter Beteiligung mehrerer übertragender GmbH zeigt, daß das UmwG von einem einheitlichen Verschmelzungsvorgang mit einem einheitlichen mehrseitigen Verschmelzungsvertrag ausgeht. Nach § 36 Abs. 1 UmwG sind auf die Verschmelzung zur Neugründung die Vorschriften der §§ 2 ff. UmwG anwendbar. Nach § 36 Abs. 2 S. 2 UmwG stehen den Gründern die übertragenden Rechtsträger gleich. Der Verschmelzungsvertrag wird in diesem Fall durch die sich vereinigenden Rechtsträger geschlossen (Dehmer, a. a. O., § 36 Rn. 6). In dem Verschmelzungsvertrag muß auch der Gesellschaftsvertrag der durch die Verschmelzung zu gründenden GmbH enthalten sein oder festgestellt werden (Schwedhelm, Die Unternehmensumwandlung, 2. Aufl. 1996, Rn. 1187). Beteiligte Rechtsträger am Verschmelzungsvertrag sind sowohl die bestehende GmbH als übertragender Rechtsträger als auch die neu zu gründende GmbH als übernehmender Rechtsträger (Frenz, in: Neye/Limmer/Frenz/Harnacke, Handbuch der Unternehmensumwandlung, 1996, Rn. 705). In diesem Fall ist systematisch überhaupt nur ein einheitlicher mehrseitiger Verschmelzungsvertrag aller an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger denkbar, die - wie bei einer Sachgründung - sich als Gründer an dem neu zu gründenden aufnehmenden Rechtsträger beteiligen (vgl. ebenso Widmann/Mayer, a. a. O., Stand: August 1997, § 5 Rn. 56.9).

### Zu Frage 1:

#### 1. Die Angaben im Verschmelzungsvertrag

Grundsätzlich hat nach § 46 Abs. 1 S. 1 UmwG der Verschmelzungsvertrag oder sein Entwurf **für jeden Anteilinhaber eines übertragenden Rechtsträgers den Nennbetrag des Geschäftsanteils zu bestimmen, den die übernehmende GmbH ihm zu gewähren hat.** Diese Vorschrift regelt in Ergänzung zu § 4 und § 5 UmwG den Inhalt des Verschmelzungsvertrages bei Verschmelzung unter Beteiligung einer GmbH als aufnehmende Rechtsträgerin (Dehmer, a. a. O., § 46 Rn. 1). Die geregelten Festsetzungen sind zwingend. Soweit sie fehlen, darf das Registergericht die Verschmelzung nicht eintragen (Widmann/Mayer, a. a. O., § 46 Rn. 4). Daher stellt sich hier die Frage, ob in der Angabe, daß dem Alleingesellschafter aller übertragenden GmbH nur ein einziger Geschäftsanteil an der aufnehmenden GmbH gewährt wird, ein Verstoß gegen § 46 Abs. 1 GmbHG zu sehen ist.

#### 2. Die Gewährung mehrerer Anteile

Dafür wäre es allerdings erforderlich, daß hier überhaupt mehrere Anteile gewährt werden müßten.

##### a) Eine oder mehrere Kapitalerhöhungen

Bei der Beurteilung des Verschmelzungsvorganges mehrerer übertragender GmbH auf eine übernehmende GmbH als einheitlicher Vorgang mit einheitlichem mehrseitigem Verschmelzungsvertrag kann **auch von einer einzigen Kapitalerhöhung zur Durchführung der Verschmelzung ausgegangen werden.** Dies wurde schon von der früheren Kommentarliteratur zum alten Aktienrecht als selbstverständlich angenommen. So kommentiert z. B. *Kraft* (KölnKomm, a. a. O., § 343 Rn. 15), daß der Vorstand und der Vorsitzende des Aufsichtsrats

den Beschluß über **die Kapitalerhöhung** zum Handelsregister anmeldet. Der Anmeldung seien die Schlußbilanzen **der übertragenden Gesellschaften** beizufügen. Auch *Bermel* (Goutier/Knopf/Tulloch, Kommentar zum Umwandlungsrecht, 1996, § 2 Rn. 33) spricht von einer Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen, wobei die Einlagepflicht durch die Übertragung des gesamten Vermögens der übertragenden Rechtsträger erfüllt werde. Selbst der Gesetzgeber geht von einem einheitlichen Kapitalerhöhungsvorgang aus. Weder in den Vorschriften des § 53 noch des § 55 UmwG wird ausgeführt, daß bei Beteiligung mehrerer übertragender Rechtsträger an einem Verschmelzungsvorgang der Kapitalerhöhungsvorgang beim übernehmenden Rechtsträger in mehrere Einzelvorgänge aufgesplittet werden müßte. Dementsprechend finden sich auch in der gesamten Kommentarliteratur zu § 53 und § 55 UmwG nur Erläuterungen zur Durchführung einer Verschmelzung unter Hinweis auf eine einzige Kapitalerhöhung (vgl. dazu jetzt auch ausführlich: Widmann/Mayer, a. a. O., § 5 Rn. 58.12).

#### **b) Gewährung mehrerer Anteile bei einer Kapitalerhöhung**

Nun könnte man daran denken, daß trotz eines einheitlichen mehrseitigen Verschmelzungsvertrages und einer einzigen einheitlichen Kapitalerhöhung jedem Anteilsinhaber eines übertragenden Rechtsträgers ein gesonderter Geschäftsanteil zu gewähren ist, auch wenn der Anteilsinhaber jeweils das gleiche Rechtssubjekt ist. **Dies widerspricht aber wohl § 5 Abs. 2 GmbHG, der gerade die Gewährung mehrerer Geschäftsanteile an einen einzigen Gesellschafter untersagt.** Zweck dieser Bestimmung ist es, eine engere Bindung der Gesellschafter an die Gesellschaft herzustellen und es zu erschweren, daß der einzelne Gründungsgesellschafter durch den Erwerb mehrerer Geschäftsanteile von vornherein auf den Handel mit diesen aus ist (Scholz/Winter, GmbHG, 8. Aufl. 1993, § 5 Rn. 25). Durch die Verweisung in § 55 Abs. 4 GmbHG auf § 5 Abs. 2 GmbHG gilt das Verbot der Gewährung mehrerer Geschäftsanteile an einen einzigen Gesellschafter auch bei der Kapitalerhöhung.

Die Kapitalerhöhung nach § 55 UmwG ist immer eine Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage (Dehmer, a. a. O., § 55 Rn. 3). Auf diese finden grundsätzlich die Vorschriften der §§ 55 ff. GmbHG Anwendung (Lutter, a. a. O., § 55 Rn. 2). Davon ausgeschlossen ist durch § 55 Abs. 1 UmwG nur § 55 Abs. 1 GmbHG und § 5 Abs. 1 2. Halbsatz sowie Abs. 3 S. 2 GmbHG. § 55 Abs. 4 GmbHG sowie § 5 Abs. 2 GmbHG sind also nach der Gesetzessystematik auch bei der Kapitalerhöhung im Zusammenhang mit einer Verschmelzung zu beachten. Die in der Kommentarliteratur geäußerte gegenteilige Ansicht (Goutier/Knopf/Tulloch/Bermel, a. a. O., § 46 Rn. 9; Lutter, a. a. O., § 46 Rn. 9 mit Verweis auf die allgemeine Meinung zum alten Recht in Fn. 13; Widmann/Mayer, a. a. O., § 46 Rn. 11 sowie § 36 Rn. 72 für die Verschmelzung zur Neugründung und § 5 Rn. 88) beruht darauf, daß zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern, die bisher mehrere Anteile am übertragenden Rechtsträger inne hatten, nach dem Verschmelzungsvorgang keine Teilungser schwerung nach § 17 GmbHG eintreten soll. Daher müßten ihnen für jeden vorhandenen Geschäftsanteil ein neuer gewährt werden. Dieser Gesichtspunkt kann im hier vorliegenden Fall aber keine Rolle spielen, wenn an dem übertragenden Rechtsträger nur ein

Gesellschafter beteiligt ist und wenn - wie hier - dieser im Verschmelzungsbeschluß sämtliche vorher bestandenen und im Zuge der Kapitalerhöhung neu zugewiesenen Geschäftsanteile zu einem Geschäftsanteil vereinigt. Darüber hinaus nimmt auch die Kommentarliteratur an, daß eine Zusammenlegung mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters selbstverständlich zulässig wäre.

Im Ergebnis ist also die vom Registergericht verlangte Gewährung mehrerer Anteile an denselben Alleingesellschafter der mehreren übertragenden GmbH bei Durchführung nur einer Kapitalerhöhung gar nicht zulässig, jedenfalls nicht erforderlich, da eine Zusammenlegung der mehreren Anteile möglich wäre.

#### **c) Angaben über die Kapitalerhöhung**

Werden die von der übernehmenden GmbH zu gewährenden Geschäftsanteile wie hier durch Kapitalerhöhung in der Form einer Sacheinlage geschaffen, so sind **die Angaben über die Kapitalerhöhung im Verschmelzungsvertrag üblich** (Widmann/Mayer, a. a. O., § 46 Rn. 22). **Vorgeschrieben sind sie jedoch nach § 46 Abs. 2 UmwG nur, wenn die neu zu schaffenden Geschäftsanteile mit anderen Rechten und Pflichten als die schon vorhandenen Geschäftsanteile der übernehmenden GmbH ausgestattet werden sollen. Gleichwohl verlangte die h. M. schon zum früheren Recht** (Hachenburg, in: Schilling/Zutt, GmbHG, 7. Aufl. 1984, § 21 KapErhG Rn. 17; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 13. Aufl. 1991, § 21 KapErhG Rn. 4; Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, 1981, Rn. 2020), **daß im Verschmelzungsvertrag eine zur Durchführung der Verschmelzung notwendige Kapitalerhöhung vorgesehen und für jeden Anteilsinhaber der Nennbetrag der ihm zuzuteilenden neuen Anteile festgesetzt wird** (Lutter, a. a. O., § 46 Rn. 11). Die Erforderlichkeit dieser Festsetzung resultiere schon aus der konditionalen Verknüpfung von Verschmelzung und Kapitalerhöhung. Darüber hinaus werden bei der verschmelzungsdurchführenden Kapitalerhöhung Übernahmeerklärungen im Sinne des § 55 GmbHG nicht abgegeben. An ihre Stelle tritt der Verschmelzungsvertrag, der folgerichtig auch der Anmeldung der Kapitalerhöhung zum Handelsregister beizufügen ist. Eine exakte Zuordnung der durch Kapitalerhöhung zu schaffenden Geschäftsanteile an die einzelnen Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers, wie sie auch wegen der die Anteilsinhaber treffenden Differenzhaftung nach § 9 GmbHG unentbehrlich ist, muß mithin im Verschmelzungsvertrag selbst erfolgen (Lutter, a. a. O., § 46 Rn. 11).

#### **Zu Frage 2:**

Nach dem oben Gesagten ist wohl davon auszugehen, daß hier nur eine einheitliche Kapitalerhöhung durchzuführen ist. **Diese Kapitalerhöhung zur Durchführung der Verschmelzung entspricht einer Kapitalerhöhung durch Sacheinlage** (Goutier/Knopf/Tulloch/Bermel, a. a. O., § 2 Rn. 33; Widmann/Mayer, a. a. O., § 46 Rn. 22; Lutter, a. a. O., § 55 Rn. 7). Grundsätzlich erfolgt die **Deckung des erhöhten Stammkapitals dadurch, daß das gesamte Vermögen des übertragenden Rechtsträgers im Zuge der Verschmelzung auf die übernehmende GmbH übergeht** (Lutter, a. a. O., § 55 Rn. 14). Da es sich bei der Kapitalerhöhung hier um eine einheitliche Kapitalerhöhung für den gesamten Verschmelzungs-

vorgang handelt, müssen wohl alle insgesamt übertragenen Vermögenswerte aller übertragenden Rechtsträger die Erhöhung der Stammkapitalziffer bei der aufnehmenden GmbH decken. Genau wie bei jeder Kapitalerhöhung durch Sacheinlage nicht jeder einzelne Vermögensgegenstand gesondert betrachtet werden muß, sondern **der Saldo aller übertragenen Aktiva und Passiva entsprechend werthaltig sein muß**, muß hier nur der Saldo aller übertragenden Unternehmen insgesamt die durchgeführte Kapitalerhöhung decken. Aus Gläubigerschutzgesichtspunkten, die sich aus allgemeinen Kapitalerhöhungsgrundsätzen ergeben, kann die erforderliche Kapitalerhöhung nur dann nicht durchgeführt werden, wenn die insgesamt auf die übernehmende GmbH übertragenen Vermögenswerte nicht den Kapitalerhöhungsbetrag decken (vgl. dazu Limmer, Handbuch der Unternehmensumwandlung, 1996, Rn. 241 ff.). Davon geht auch die Kommentarliteratur zum neuen Umwandlungsgesetz aus, wenn z. B. *Bermel* (Goutier/Knopf/Tulloch, a. a. O., § 2 Rn. 33) formuliert, daß „die Einlagepflicht erfüllt wird durch die Übertragung des gesamten Vermögens der übertragenden Rechtsträger“. Auch *Sagasser/Bula* (Umwandlungen, 1995, G Rn. 6) formulieren, daß bei der Verschmelzung durch Aufnahme die Übertragung des Vermögens einer oder mehrerer Rechtsträger als Ganzes auf einen schon bestehenden Rechtsträger erfolgt. *Mayer* (Widmann/Mayer, a. a. O., § 5 Rn. 50.13) vertritt jetzt auch ausdrücklich die gleiche Meinung.

Zur Verschmelzung durch Neugründung formuliert *Dehmer* (a. a. O., § 36 Rn. 8), daß das Stammkapital der neuzugründenden Gesellschaft nicht höher sein darf als die Summe der tatsächlichen Werte, die von den an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträgern eingebracht werden. Überdies wird ausgeführt, daß eine unter-pari-Emission nicht vorliegt, wenn das Stammkapital durch den tatsächlichen Wert des Vermögens der sich vereinigenden Gesellschaften gedeckt ist und lediglich einzelne Gesellschafter einer untergehenden Gesellschaft neue Geschäftsanteile in Höhe eines Nennbetrages erhalten, der über dem Wert der Gesellschaft liegt (vgl. dazu *Dehmer*, a. a. O., § 36 Rn. 9). Dies entspricht auch der Auffassung zum alten Recht (vgl. *Hachenburg/Zutt*, GmbH-Gesetz, 7. Aufl. 1984, § 77 Anh. II, § 32 VerschmG Rn. 10), wo lediglich darauf abgestellt wird, ob der Nennbetrag sämtlicher, bei der Verschmelzung durch Neugründung gewährten Anteile durch den tatsächlichen Nettowert des gesamten Vermögens aller übertragenden Rechtsträger abgedeckt ist, mithin eine Saldierung zugelassen wurde.

## Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst unter der angegebenen Fax-Abruf-Nummer anfordern. Funktionsweise und Bedienung des Fax-Abruf-Dienstes sind im DNotI-Report 2/1997 erläutert.

### **BGB §§ 167, 313**

**Formbedürftigkeit von Vollmacht und Kausalgeschäft bei Bindung durch Vollmachtserteilung**

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 1153**

### **BGB § 1093; ZVG § 90**

**Umfang des Bestehenbleibens eines Wohnrechts nach Zwangsversteigerung; lastenfreie Abschreibung von Teilflächen; schuldrechtlicher Nießbrauch an einem Garten, der bebaut werden soll**

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 1154**

### **EGBGB Art. 25 f.**

**Zulässigkeit eines Erbvertrages und Pflichtteilsverzichtes bei niederländischen Staatsangehörigen**

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 1439**

## Rechtsprechung

### **BNotO §§ 23, 24, 15**

**Auszahlung vom Notaranderkonto bei Pfändung der Forderung**

**Der Notar ist berechtigt, die Auszahlung des auf Notaranderkonto hinterlegten Geldes an den Verkäufer zu verweigern, wenn der Kaufpreisanspruch gegen den Käufer und der Auskehrungsanspruch gegen den Notar gepfändet wurde.**

BayObLG, Beschl. v. 05.09.1997 - 3Z BR 114/97

Kz.: L III 1 - § 23 BNotO

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 619**

### **Problem**

Auf Notaranderkonto wurde vom Käufer der Kaufpreis hinterlegt. Die Vertragsparteien wiesen den Notar an, das Anderkonto nach Eintritt bestimmter Voraussetzungen an den Käufer auszukehren. Ein Gläubiger des Verkäufers hatte vor der Auszahlung sowohl den Kaufpreisanspruch gegen den Käufer als auch den Anspruch auf Auskehrung gegenüber dem Notar gepfändet. Der Notar verweigerte die Auszahlung an den Verkäufer. Bezüglich eines Teilbetrages berief er sich außerdem darauf, daß ihm aufgrund des Notargeschäfts ein Entnahmerecht für seine Gebühren zustehe.

### **Entscheidung**

Das BayObLG weist zunächst darauf hin, daß der Beschwerdeweg nach § 15 Abs. 1 S. 2 BNotO auch gegen die Weigerung des Notars eröffnet ist, über das auf dem Anderkonto hinterlegte Geld zu verfügen (so auch BGH DNotZ 1991, 682; BayObLGZ 1995, 204). Der BGH hatte entschieden, daß aus Gründen der Rechtssicherheit **die Pfändung des Auskehrungsanspruchs nur zulässig ist, wenn zugleich der Kaufpreisanspruch gepfändet wird** (BGH DNotZ 1989, 235; **so. Doppelpfändung**). Die alleinige Pfändung des Auskehrungsanspruchs, ohne daß zugleich der Kaufpreisanspruch gepfändet wird, führt nach der Rechtsprechung des BGH dazu, daß der Pfändung des Auskehrungsanspruchs des Verkäufers gegen den Notar als Drittschuldner die Beschlagnahmewirkung zu versagen ist. Da im vorliegenden Fall die Doppelpfändung vorlag, entschied das BayObLG, daß der Verkäufer die Forderung nicht mehr einziehen durfte (§ 829 Abs. 1 S. 2 ZPO). Der Notar handelte daher nicht pflichtwidrig. Nach

§ 149 Abs. 1 S. 3 KostO ist der Notar berechtigt, die Hinterlegungsgebühr, nach wohl h. M. aber auch die anderen aus dem Urkundsgeschäft resultierenden Gebühren, zu entnehmen (OLG Köln DNotZ 1989, 257; OLG Düsseldorf DNotZ 1991, 557; Weingärtner/Schöttler, DNot, 7. Aufl., § 12 Rn. 183 ff.).

**Hinweis:** Zu Fragen der Pfändung des Kaufpreisanspruches bei Hinterlegung vgl. Gutachten DNotI-Report 17/1994, S. 9.

## **BGB §§ 158, 1093**

### **Wohnungsrecht unter auflösender Bedingung**

**Ein Wohnungsrecht kann unter der auflösenden Bedingung begründet werden, daß „der Berechtigte das Anwesen nicht nur vorübergehend verläßt“.**

BayObLG, Beschl. v. 07.08.1997 - 2Z BR 61/97

Kz.: L I 1 - § 1093 BGB

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 620**

#### **Problem**

Im Rahmen eines Übergabevertrages räumte der Übernehmer dem Übergeber als Gegenleistung auf Lebenszeit ein Wohnungsrecht ein. In der Urkunde war bestimmt, daß das Wohnungsrecht erlischt, wenn der Berechtigte das Anwesen nicht nur vorübergehend verläßt. Es war fraglich, ob diese Bedingung ausreichend bestimmt ist.

#### **Entscheidung**

Das BayObLG weist darauf hin, **daß ein Wohnungsrecht im Sinne von § 1093 BGB unter einer auflösenden Bedingung bestellt werden könne** (BayObLG DNotZ 1988, 857; Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 1261). Das Gericht weist weiter darauf hin, daß allerdings nicht jedes beliebige Ereignis zur auflösenden Bedingung für ein dingliches Recht bestimmt werden könne. Vielmehr sei Rücksicht zu nehmen auf den Zweck des Grundbuches, über das Entstehen und Erlöschen dinglicher Rechte sicher und zuverlässig Auskunft zu geben; dies bedeute, **daß nur solche Ereignisse wirksam zur Bedingung für das Erlöschen von Grundstücksrechten gemacht werden könnten, deren Eintritt objektiv mit der gebotenen Eindeutigkeit bestimmbar seien** (BayObLG MittBayNot 1990, 174; OLG Frankfurt Rpfleger 1993, 331). Es sei ständige Rechtsprechung, daß die Kündigung oder allgemein die Beendigung des schuldrechtlichen Vertragsverhältnisses, z. B. Mietvertrag, zur auflösenden Bedingung für ein dingliches Recht, vor allem einer Dienstbarkeit oder eines Vorkaufsrechtes gemacht werden könne (BGH NJW 1974, 2123; OLG Zweibrücken DNotZ 1990, 377; OLG Frankfurt Rpfleger 1993, 331). Die Bedingung, daß jemand ein Anwesen „nicht nur vorübergehend verläßt“, ist nach Auffassung des BayObLG hinreichend bestimmt. Der Umstand, daß ein Berechtigter ein Anwesen nicht nur vorübergehend verlasse, sei objektiv bestimmbar. Es bedeute das gleiche wie das Verlassen eines Grundstücks „auf Dauer“. **Das dauernde Verlassen eines Grundstücks könne im wesentlichen der Aufhebung des Wohnsitzes im Sinne von § 7 Abs. 3 BGB gleichgestellt werden.**

## **BGB § 1410**

### **Form der Vollmacht für einen Ehevertrag**

**Die Vollmacht zum Abschluß eines Ehevertrages nach § 1410 BGB muß nicht in jedem Fall notariell beurkundet sein. (Leitsatz des Verfassers)**

OLG Frankfurt, Urt. v. 07.11.1996 - 5 UF 266/95 (nicht rechtskräftig)

Kz.: L I 1 - § 1410 BGB

**Dokumentennr. Fax-Abruf: 621**

#### **Problem**

Da § 1410 BGB für den formwirksamen Abschluß eines Ehevertrages nur die gleichzeitige, nicht auch die persönliche Anwesenheit der Vertragsteile bei der notariellen Beurkundung vorschreibt, schließt die Vorschrift nur eine Stufenbeurkundung (§ 128 BGB) aus, nicht aber auch eine Stellvertretung der Beteiligten. In diesem Zusammenhang ist nach wie vor nicht abschließend geklärt, unter welchen Voraussetzungen die Vollmacht zum Abschluß eines Ehevertrages aufgrund des Schutzzwecks des § 1410 BGB entgegen § 167 Abs. 2 BGB ausnahmsweise der notariellen Beurkundung bedarf. Im vorliegenden Fall sollte während der Zeit des Getrenntlebens der Ehegatten die vor Eingehung der Ehe vereinbarte Gütertrennung wieder aufgehoben und rückwirkend auf den Zeitpunkt der Eheschließung der gesetzliche Güterstand wiederhergestellt werden. Dazu erteilte die Ehefrau der Bürokräft des Notars eine notariell beglaubigte Vollmacht. Im Güterrechtsverfahren berief sich die Ehefrau auf die Unwirksamkeit der Vollmacht und des Ehevertrages.

#### **Entscheidung**

**Das OLG Frankfurt geht davon aus, daß die Vollmacht im vorliegenden Fall nicht notariell beurkundet werden mußte, da eine teleologische Reduktion des § 167 Abs. 2 BGB zur Wahrung des Normzwecks des § 1410 BGB nicht geboten sei.** Die Vollmacht sei zwar dann formbedürftig, wenn ihre Erteilung praktisch dem Abschluß des Hauptgeschäftes gleichkäme und den Vollmachtgeber binde. Dies gelte beispielsweise für den Ausschluß des Widerrufs der Vollmacht, die Belastung des Vollmachtgebers mit Nachteilen für den Fall des Vollmachtswiderrufs, die Bindung des Bevollmächtigten an Weisungen des anderen Vertragsteils oder eine rechtliche oder faktische Gebundenheit des Vertretenen durch eine Befreiung des Vertreters vom Verbot des Selbstkontrahierens (vgl. Staudinger/Thiele, BGB, 13. Aufl. 1994, § 1410 Rn. 5). Soweit Thiele (in: Staudinger, a. a. O., § 1410 Rn. 5) darüber hinaus eine solche Bindung bereits dann bejahe, wenn der Vertreter keinen eigenen Entscheidungsspielraum habe („Vollmacht mit gebundener Marschroute“), könne dieser Auffassung jedoch nicht gefolgt werden, **da die Bindung des Vollmachtgebers und nicht die des Bevollmächtigten entscheidend sei.**

## **Hinweise für die Praxis**

## Apothekenrecht und Erbrecht

Bei der Abfassung letztwilliger Verfügungen von Apothekern sind die restriktiven Anordnungen für den Tod des Erlaubnisinhabers, die sich aus dem Gesetz über das Apothekenwesen (in der Fassung der Bekanntmachung vom 15.10.1980, BGBl. I 1980, S. 1993 ff.; zuletzt geändert durch das Gesetz vom 23.08.1994, BGBl. I 1994, S. 2189 - nachstehend ApoG) ergeben, zu beachten. Diese Einschränkungen der Berufsfreiheit sind verfassungsrechtlich unbedenklich, da sie die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben des Apothekers im Dienste der Volksgesundheit gewährleisten (BVerfGE 17, 232 ff.).

### 1. Apothekenrechtliche Bestimmungen bei Tod des Erlaubnisinhabers

Nach § 1 Abs. 2 ApoG ist zum Betrieb einer Apotheke die Erlaubnis der zuständigen Behörde erforderlich, welche gem. § 1 Abs. 3 ApoG an die Person des Apothekers gebunden ist. Es handelt sich hierbei um eine höchstpersönliche Erlaubnis, die nach § 3 Nr. 1 ApoG mit dem Tod des Erlaubnisinhabers erlischt. **Die Verpachtung einer Apotheke ist nach dem ApoG grundsätzlich unzulässig.** Dies folgt aus dem Einleitungssatz des § 9 Abs. 1 ApoG, nach dem die Verpachtung nur in den in § 9 Abs. 1 ApoG enumerativ aufgezählten Fällen zulässig ist (BVerfGE 1994, 2430, 2431; Hoffmann, Gesetz über das Apothekenwesen, 1961, § 9 Rn. 1). **Nach dem sog. „Waisenprivileg“ des § 9 Abs. 1 Nr. 2 ApoG sind die erbberechtigten Kinder des Apothekers nach dessen Tod verpachtungsberechtigt, bis das jüngste verpachtungsberechtigte Kind das 23. Lebensjahr vollendet hat.** Diese Altersgrenze kann jedoch überschritten werden, wenn ein Kind Pharmazie studiert und bei Vollendung des 23. Lebensjahres die Ausbildung noch nicht abgeschlossen hat (Berberich/Köster, Pachten und Verpachten von Apotheken, 3. Aufl. 1994, S. 29).

**§ 9 Abs. 1 Nr. 3 ApoG gestattet dem überlebenden Ehegatten die Verpachtung bis zu seiner Wiederverheiratung, sofern er erbberechtigt ist und nicht selbst eine Erlaubnis nach § 1 ApoG besitzt.** Der überlebende Ehegatte muß erbberechtigt sein, wobei sich diese Erbberechtigung aus Testament, Erbvertrag oder gesetzlicher Erbfolge ergeben kann (Hoffmann, a. a. O., § 9 Rn. 42; Schiedermaier/Pieck, ApoG, Loseblatt-Kommentar, 3. Aufl. 1981, § 9 Rn. 64). Eine Verpachtungsberechtigung kommt nicht in Betracht, wenn die Apotheke nicht zur Erbmasse gehört oder sich die konkrete Erbberechtigung nicht auf die Apotheke bezieht (Berberich/Köster, a. a. O., S. 29). Zwar spricht das Gesetz nur davon, daß die privilegierten Personen erbberechtigt sein müssen, nach Auffassung der Literatur ist jedoch bei einer **vermächtnisweisen Zuwendung** der Apotheke an den überlebenden Ehegatten oder die Kinder das Verpachtungsrecht ausgeschlossen (Maier, Das Testament des Apothekers, 1983, S. 51; Schiedermaier/Pieck, a. a. O., § 9 Rn. 53, 64). Selbst wenn einer der als Erben eingesetzten privilegierten Personen die Apotheke im Wege des Vorausvermächtnisses zugewandt werden würde, wäre dadurch das Verpachtungsrecht des Vermächtnisnehmers ausgeschlossen (Maier, a. a. O., S. 53). Die Befugnis zur Verpachtung der Apotheke erstreckt sich entgegen dem Wortlaut des § 9 ApoG nicht nur auf die Apotheke, sondern auch auf den Gesellschaftsanteil an einer

Apothekengesellschaft im Sinne des § 8 ApoG (Hoffmann, a. a. O., § 9 Rn. 31). Die Verpachtungsbefugnis zugunsten der Hinterbliebenen dient der Unterhaltssicherung und soll den Waisen die Möglichkeit geben, die Apotheke nach Ergreifung des Apothekerberufs zu übernehmen (Hoffmann, a. a. O., § 9 Rn. 39; Schiedermaier/Pieck, a. a. O., § 9 Rn. 5).

### 2. Erbrechtliche Konsequenzen aus dem Apothekenrecht

a) **Wenn ein Erbe die Erlaubnisvoraussetzung des § 2 ApoG erfüllt,** kann dieser als Erbe eingesetzt werden, da er dann als Erlaubnisinhaber die Apotheke fortführen kann. Hat der Erblasser mehrere Erben eingesetzt und über die Verteilung des Nachlasses nichts bestimmt, so muß sich die Erbengemeinschaft dahingehend auseinandersetzen, daß derjenige, der die apothekenrechtlichen Voraussetzungen erfüllt, im Wege der Nachlaßteilung die Apotheke erhält. Der Erblasser kann in seiner letztwilligen Verfügung eine Teilungsanordnung treffen, um demjenigen seiner Erben, der die apothekenrechtlichen Voraussetzungen erfüllt, die Apotheke zuzuwenden. Eine Nachlaßverteilung kann in diesem Fall auch dadurch vorgenommen werden, daß der Apotheker demjenigen seiner Erben, der die apothekenrechtlichen Voraussetzungen erfüllt, als Vermächtnisnehmer hinsichtlich der Apotheke einsetzt. Die Anordnung eines Vermächtnisses ist jedoch nur sinnvoll, wenn der Vermächtnisnehmer selbst Leiter der Apotheke wird (Maier, a. a. O., S. 61).

b) **Kann nach dem Tod des Apothekers keiner der Erben die Apotheke leiten, so bleibt den Erben nur die Verpachtung oder Verwaltung der Apotheke.** Der Übergang der Apotheke durch Vermächtnis schließt sowohl die Verpachtung als auch die Verwaltung der Apotheke aus, d. h. die verpachtungsberechtigten Personen müssen aufgrund Gesetzes oder letztwilliger Verfügung des Erblassers dessen Erben werden (Maier, a. a. O., S. 64; Schiedermaier/Pieck, a. a. O., § 9 Rn. 53). **Auch eine Erbengemeinschaft kann Verpächter sein.** Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 Nr. 2 ApoG, wonach die erbberechtigten Kinder als Erbengemeinschaft die Apotheke verpachten können (Berberich/Köster, a. a. O., S. 33). Die Verpachtung kann nach § 2038 BGB nur durch alle Miterben gemeinsam erfolgen. Dies bedeutet, daß sämtliche Voraussetzungen nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 3 ApoG bei jedem einzelnen Miterben vorliegen müssen. Steht auch nur einem Miterben eine Verpachtungsberechtigung nicht zu, ist dadurch die Verpachtung durch die Erbengemeinschaft insgesamt nicht möglich (Berberich/Köster, a. a. O., S. 33 f.; Maier, a. a. O., S. 64; Schiedermaier/Pieck, a. a. O., § 9 Rn. 14). In diesem Fall muß der Anteil des nichtverpachtungsberechtigten Erben an der Erbengemeinschaft im Rahmen der Erbaueinandersetzung auf die anderen Erben übertragen werden, so daß diese die Apotheke verpachten können (Berberich/Köster, a. a. O., S. 34; Maier, a. a. O., S. 64; Schiedermaier/Pieck, a. a. O., § 9 Rn. 65). Diese Abtretung kann jedoch nicht nach § 745 BGB erreicht werden, weil sie nicht mehr als Verwaltungsmaßnahme gewertet werden kann (Schiedermaier/Pieck, a. a. O., § 9 Rn. 65). Die Verpachtungsberechtigten müssen deshalb auf erbrechtlichem Wege Alleineigentümer der Apotheke werden, was auch durch eine vom Erblasser verfügte Teilungsanordnung erreicht werden kann (Maier, a. a. O., S. 53). Da die Erben jedoch jederzeit von einer Teilungsanordnung abweichen können, muß diese mit einer Bedingung oder Auflage versehen werden, daß derjenige Erbe,

der sich der Teilungsanordnung widersetzt, auf den Pflichtteil gesetzt wird (Maier, a. a. O., S. 54). Im Falle der rechtsgeschäftlichen Übertragung des Anteils des nichtverpachtungsberechtigten Erben an der Gesamthand dürfte ein Verpachtungsrecht der übrigen nicht bestehen, da diese die übertragenen Anteile nicht auf dem Erbwege erhalten haben, so daß die Verpachtung der gesamten Apotheke insgesamt nicht möglich ist (Maier, a. a. O., S. 64 f.; Schiedermaier/Pieck, a. a. O., § 9 Rn. 66). **Um die Verpachtungsberechtigung der Familie möglichst lange zu erhalten, bietet es sich an, den überlebenden Ehegatten nur als Vorerben einzusetzen und die Kinder für den Fall des Versterbens des Längerlebenden bzw. im Falle von dessen Wiederverhehlung als Nacherben einzusetzen.** In diesem Falle geht kraft dieser Nacherbenbestimmung die Apotheke bei Wiederverheiratung oder Tod des überlebenden Ehegatten auf die Kinder über, die unmittelbare Erben des vorverstorbenen Erblassers werden (§ 2100 BGB). Zwar müssen die Nacherben gem. § 6 Abs. 2 ErbStG diesen Erwerb als vom Vorerben stammend versteuern und haben daher nur einen Freibetrag nach § 16 ErbStG, dieser steuerliche Nachteil wird jedoch durch die Perpetuierung des Verpachtungsrechts aufgewogen (Kapp/Ebeling, ErbStG, 11. Aufl., Stand: April 1997, § 6 Rn. 22). Für den **Fall der Wiederverhehlung des überlebenden Ehegatten** besteht jedoch auch die Möglichkeit, diesem an allen Nachlaßgegenständen außer der Apotheke ein lebenslängliches Nießbrauchsrecht einzuräumen (Maier, a. a. O., S. 66). Einer Gewinnbeteiligung an der Apotheke im Wege des Nießbrauchs dürfte die Vorschrift des § 8 ApoG entgegenstehen, wonach eine Beteiligung an einer Apotheke in Form einer stillen Gesellschaft und Vereinbarungen, die auf eine Beteiligung am Gewinn oder Umsatz der Apotheke ausgerichtet sind, unzulässig sind (Maier, a. a. O., S. 66).

Notarassessor Gerd Holland

## Aktuelles

### Grunderwerbsteuerfreiheit für durchschnittliches Einfamilienhaus

In den letzten Wochen sind immer wieder Pressemitteilungen zu finden, daß die Erhebung der Grunderwerbsteuer beim Erwerb des sog. „Gebrauchsvermögens“ in der Form eines durchschnittlichen Einfamilienhauses verfassungswidrig sei. Diese „Gerüchte“ basieren auf folgender, etwas skurrilen prozessualen Situation (Stand 22.10.1997):

Im Mai 1996 hatte der Berichterstatter des III. Senats des niedersächsischen FG im Verfahren III 241/93 die Überlegung geäußert, daß nach den Entscheidungen des BVerfG zur Einkommen-, Vermögen- und Erbschaftsteuer (BStBl. II 1995, 655 und 671) der Erwerb von Gebrauchsvermögen - wie etwa eines durchschnittlichen Einfamilienhauses - eventuell auch nicht mit Grunderwerbsteuer belastet werden dürfe (vgl. schon Tipke, MDR 1995, 1177, 1178 f.). Die OFD Hannover (vgl. schon VfG. vom 19.7.1996, StEK GrEStG, § 1 Nr. 99) hat diese Ansicht ebenso wie die OFD Rostock (VfG. v. 27.2.1997, StEK, GrEStG § 1 Nr. 110) zunächst abgelehnt. Nachdem auch das

FG Niedersachsen (III 188/97, rechtskräftiges Urteil vom 18.7.1997, BB 1997, 2094 f.) es nicht für geboten hielt, aus Verfassungsgründen einen Grunderwerbsteuerfreibetrag für den Erwerb eines Grundstücks zu gewähren, das i. S. d. Rechtsprechung des BVerfG zur Vermögen- und Erbschaftsteuer dem persönlichen Vermögen zuzurechnen ist, haben die OFD Nürnberg (VfG. v. 31.7.1997, LEXinform 1997, 11) sowie das FinMin Baden-Württemberg (Erl. v. 18.9.1997, S 4500/54, BB 1997, 2095) jetzt ausdrücklich angewiesen, eventuelle Einsprüche gegen Grunderwerbsteuerbescheide wegen behaupteter Verfassungswidrigkeit als unbegründet zurückzuweisen. Allerdings hat der o. g. Berichterstatter des III. Senats des FG Niedersachsen in einem weiteren anhängigen Verfahren III 90/91 am 28.5.1997 nach § 79 a FGO allein als Berichterstatter beschlossen, das Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG auszusetzen und die Sache am 18.10.1997 dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorgelegt (1 BrL 24/97). Die OFD Hannover hat wegen dieses Beschlusses des Berichterstatters in einer Verfügung vom 22.7.1997 (DB 1997, 1645) ihre Finanzämter angewiesen, zunächst abzuwarten, da erst nach Vorliegen der Gründe mitgeteilt werde, in welchem Umfang Grunderwerbsteuerbescheide gem. § 165 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AO vorläufig erlassen werden.

### Reform des Kindschaftsrechts

1. Am 25.09.1997 hat der Bundestag mit großer Mehrheit die bisher umfangreichste Reform des Kindschaftsrechts verabschiedet, durch die vor allem die noch bestehenden Unterschiede zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern beseitigt werden sollen. Die drei wesentlichen Teilstücke dieser Reform sind das Beistandschaftsgesetz, das Erbrechtsgleichstellungsgesetz (ErbGleichG) sowie das Kindschaftsrechtsreformgesetz (KindRG). Gegenüber den Entwürfen der Bundesregierung (Beistandschaftsgesetz: BT-Drucks. 13/892; ErbGleichG: BT-Drucks. 13/4183; KindRG: BT-Drucks. 13/4899) hat der Rechtsausschuß nicht unwesentliche Änderungen und Ergänzungen beschlossen, denen der Bundestag bei der Beschlußfassung gefolgt ist. **Der Bundesrat hat am 17.10.1997 dem Beistandschaftsgesetz und dem Kindschaftsrechtsreformgesetz zugestimmt.** Hinsichtlich des **Erbrechtsgleichstellungsgesetzes**, durch das die für nichteheliche Kinder geltenden Sonderregelungen im Erbrecht (§§ 1934a - 1934e, 2338a BGB) gestrichen werden sollen, forderte der Bundesrat aber Nachbesserungen. Denn auch die vor dem 01.07.1949 geborenen nichtehelichen Kinder sollen erbberechtigt werden, weswegen der Bundesrat insoweit den **Vermittlungsausschuß** anrief.

2. Nachfolgend die wichtigsten Änderungen im Überblick, wie sie am 01.07.1998 in Kraft treten:

a) Durch das **Beistandschaftsgesetz** wird die seit 1970 in den alten Bundesländern geltende gesetzliche Amtspflegschaft für nichteheliche Kinder (§§ 1706 ff. BGB) abgeschafft und durch eine freiwillige Beistandschaft des Jugendamts mit den Aufgabenkreisen der Vaterschaftsfeststellung und der

Geltendmachung von Unterhaltsansprüchen ersetzt. Durch die Beistandschaft wird die elterliche Sorge nicht eingeschränkt.

b) Das umfangreiche **Kindschaftsrechtsreformgesetz** enthält u. a. folgende Neuerungen:

- Das Abstammungsrecht (§§ 1591 ff. BGB) wird **neu gefaßt**. Die Unterscheidung zwischen ehelicher oder nicht-ehelicher Abstammung entfällt. Die Vorschriften über die Legitimation nichtehelicher Kinder werden gestrichen.
- Auch **nicht miteinander verheirateten** Eltern kann das **Sorgerecht gemeinsam** zustehen, wenn sie eine dahingehende öffentlich beurkundete Sorgeerklärung abgeben (§§ 1626 a - e BGB n. F.). Trennen sich Eltern oder lassen sie sich scheiden, besteht grundsätzlich die gemeinsame Sorge fort, wenn nicht auf Antrag eines Elternteils vom Familiengericht eine andere Entscheidung getroffen wird (§ 1671 BGB n. F.).
- Dem Kind wird grundsätzlich ein **Recht auf Umgang mit jedem Elternteil** eingeräumt. Jeder Elternteil (auch der nicht-eheliche Vater) ist zum Umgang mit dem Kind berechtigt (§ 1684 BGB n. F.).
- § 1741 BGB wird neu gefaßt, die **Adoption des eigenen nichtehelichen Kindes** (vgl. § 1741 Abs. 3 S. 2 BGB a. F.) wird künftig **nicht mehr möglich** sein (vgl. schon BT-Drucks. 13/4899, S. 70). Zur Annahme eines Kindes ist die Einwilligung beider Elternteile (auch des nichtehelichen Vaters; vgl. BVerfGE 92, 158) erforderlich, § 1747 Abs. 1 S. 1 BGB n. F.

Die Beschlußempfehlungen und Berichte des Rechtsausschusses können abgerufen werden: BT-Drucks. 13/8508 (Beistandschaftsgesetz) unter **Dokumentennr. Fax-Abruf: 137**; BT-Drucks. 13/8511 (KindRG) unter **Dokumentennr. Fax-Abruf: 138**; BT-Drucks. 13/8510 (ErbGleichG) unter **Dokumentennr. Fax-Abruf: 139**

#### **Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -  
97070 Würzburg, Kaiserstraße 23  
Telefon: 09 31/3 55 76-0 - Telefax: 09 31/3 55 76-225  
e-mail: dnoti@t-online.de

#### **Hinweis:**

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

#### **Verantwortlicher Schriftleiter:**

Notar a.D. Dr. Peter Limmer, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

#### **Bezugsbedingungen:**

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

## Literaturhinweise

**Meikel/Böhringer/Böttcher/Göttlicher/Morvilius/Nowak/Wienhold, Grundbuchrecht, Band 1, Einl. §§ 1-16, Hermann Luchterhand Verlag, 8. Aufl. 1997**

Mit Spannung wurde die 8. Auflage des „Meikel“ erwartet. Der erste Band liegt nunmehr vor. Er erfüllt alle Erwartungen, die an einen Großkommentar gestellt werden können: Aktualität, Vollständigkeit, Wissenschaftlichkeit, aber auch Praktikabilität. Besonders erwähnenswert ist, daß bei allen Kommentierungen die Besonderheiten der neuen Bundesländer umfassend berücksichtigt sind. Für den Notar, der sich über einen kleineren Kommentar hinausgehend zuverlässig zum Grundbuchrecht informieren will, führt kein Weg am „Meikel“ vorbei.

**Notar a. D. Dr. Peter Limmer**

**NotBZ - Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis, Ländernotarkasse Leipzig (Hrsg.), Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln**

Mittlerweile ist Heft 6 der neuen Notarzeitschrift erschienen, deren Ziel nicht die wissenschaftlich tiefgehende Problembearbeitung, sondern die praxisorientierte Darstellung von Rechtsfragen und Gestaltungsvorschlägen ist. Dementsprechend finden sich eine Vielzahl von praxisorientierten Artikeln, die häufig Formulierungsvorschläge enthalten, sowie die kurze problemorientierte Darstellung einschlägiger Rechtsprechung. Die Zeitschrift ist bisher ohne Zweifel diesen Vorgaben gerecht geworden und nicht nur für Notare in den neuen Bundesländern, sondern für alle Notare interessant.

**Notar a. D. Dr. Peter Limmer**

#### **Bezugspreis:**

Jährlich 300,- DM, Einzelheft 13,- DM, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

#### **Verlag:**

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle  
Deutsches Notarinstitut, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

#### **Druck:**

Max Schimmel Verlag GmbH + Co KG, Postfach 9444, 97094 Würzburg,  
Tel.: 09 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333