

# Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer

Standesinternes Mitteilungsblatt (Teil I)  
Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 5000 Köln 1

Nr.1/2

MittRhNotK

Januar/Februar 1989

## Internationales Erbrecht — Vergleich des neuen IPR-Gesetzes mit den bisherigen Regelungen im EGBGB

(von Notarassessor Dr. Burkhard Pünder, Ratingen)

### A. Einleitung

### B. Hauptteil

- I. Vergleichender Überblick über das frühere und das heutige EGBGB
  1. Beibehaltung der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit
  2. Wegfall einiger Vorschriften des EGBGB a.F.
    - a) Art. 24 Abs. 2 a.F.
    - b) Art. 25 S. 2 a.F.
    - c) Art. 26 a.F.
  3. Verfügungen von Todes wegen
  4. Die wesentliche Neuerung (Art. 25 Abs. 2 n.F.)
- II. Die Rechtswahlmöglichkeit nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB n.F.
  1. Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift und Hintergründe
  2. Der Gegenstand der Rechtswahl: Das unbewegliche Vermögen
    - a) Qualifikation nach dem Heimatrecht des Erblassers oder dem deutschen Recht?
    - b) Verwendung der bisherigen Literatur und Rechtsprechung hierzu

### A. Einleitung

Am 25. 7. 1986 ist das „Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts“ beschlossen worden. Es ist im BGBl. am 30. 7. 1986 (1142) verkündet worden und am 1. 9. 1986 in Kraft getreten. Dieses Gesetz bildet den Schlüpfunkt langjähriger Reformbestrebungen, die immer dringlicher wurden, nachdem schließlich das BVerfG<sup>1</sup> Art. 15 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 EGBGB a.F. sowie Art. 17 Abs. 1 EGBGB a.F. für verfassungswidrig erklärt hatte.

Wenn auch der Schwerpunkt der Reform im Bereich des Familienrechts lag, so hat auch das Erbrecht, das früher in den Art. 24 bis 26 a.F. geregelt war und jetzt — unter Beibehaltung des Standorts und der Artikelfolge<sup>2</sup> — in den Art. 25 und 26 n.F. zu finden ist, auch Änderungen erfahren, die im folgenden untersucht werden sollen.

### B. Hauptteil

#### I. Vergleichender Überblick über das frühere und das heutige EGBGB

- c) Faustregel: Alle im Grundbuch eintragbaren Rechte gehören zum unbeweglichen Vermögen
- d) Schuldrechtliche Ansprüche, die sich auf unbewegliches Vermögen beziehen
- e) Anteile an Gesamthandsgemeinschaften mit unbeweglichem Vermögen
3. Die Rechtswahl
  - a) Form der Rechtswahl
  - b) Bindende Rechtswahl
  - c) Partielle Rechtswahl
  - d) Konkludente Rechtswahl
  - e) Bedingte Rechtswahl
  - f) Befristete Rechtswahl
4. Intertemporale Probleme
5. Praktische Hinweise
  - a) Die Behandlung der Rechtswahl im Erbscheinsverfahren
  - b) Die Belehrungspflicht des Notars bei der Rechtswahl
  - c) Wann soll der Notar zur Rechtswahl raten?

### C. Schluß

#### 1. Beibehaltung der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit

Art. 24 Abs. 1 a.F. schrieb vor, daß ein Deutscher, auch wenn er seinen Wohnsitz im Ausland hatte, nach deutschen Gesetzen beerbt wurde. Art. 25 S. 1 a.F. schrieb vor, daß ein Ausländer, auch wenn er seinen Wohnsitz im Inland hatte, nach den Gesetzen des Staates beerbt wird, dem er zur Zeit seines Todes angehört. Art. 24 Abs. 1 a.F. und Art. 25 S. 1 a.F. enthielten einseitige bzw. unvollkommene Kollisionsnormen, die für das frühere Recht kennzeichnend waren<sup>3</sup>. Aus ihnen wurde aber der allgemeine Grundsatz abgeleitet, daß jeder nach dem Recht des Staates beerbt wird, dem er zur Zeit seines Todes angehört<sup>4</sup>.

Diese Grundsatzanknüpfung an die Staatsangehörigkeit findet sich heute — sachlich unverändert — in Art. 25 Abs. 1 n.F. Für die Beibehaltung dieses Grundsatzes sprachen Gründe der Klarheit, der Übereinstimmung mit den personenrechtlichen Anknüpfungen und die Beibehaltung eines bewährten Rechtsgrundsatzes; für einen Übergang zum Aufenthalts- oder Wohnsitzprinzip, wie es einige andere Länder z. B. Frankreich und Großbritannien kennen, sah der Gesetzgeber keine Veranlassung<sup>5</sup>. Die Ersetzung des Wortes „Beerbung“ durch den Begriff der „Rechtsnachfolge von Todes wegen“ beinhaltet keine Änderung der Rechtslage; mit der Wahl dieses noch allgemeineren Begriffs wollte der Gesetzgeber Zweifeln, daß der bisherige Begriff der „Beerbung“ möglicherweise Vermächtnis- oder Pflichtteilsansprüche nicht erfasse, vorbeugen<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> DNotZ 1983, 356 = NJW 1983, 1968; DNotZ 1985, 379 = NJW 1985, 1282.

<sup>2</sup> Palandt/Heldrich, 47. Aufl., vor Art. 3 EGBGB, Anm. 5a.

<sup>3</sup> Palandt/Heldrich, 45. Aufl., vor Art. 7 EGBGB, Anm. 4 u. 5.

<sup>4</sup> BGH NJW 1980, 2016; 1981, 1900; vgl. Kiefer, Grundzüge des Internationalen Erbrechts, MittRhNotK 1977, 65, 66.

<sup>5</sup> BT-Drucks. 10/504, 74.

<sup>6</sup> Reinhart, Zur Neuregelung des deutschen Internationalen Erbrechts, BWNotZ 1987, 97, 99.

## 2. Wegfall einiger Vorschriften des EGBGB a.F.

### a) Art. 24 Abs. 2 a.F.

Nach Art. 24 Abs. 2 a.F. bestand für die Erben eines Deutschen mit Wohnsitz im Ausland ein Wahlrecht zwischen Erbstatut und Wohnsitzrecht in Ansehung der Haftung für Nachlaßverbindlichkeiten. Mit Hilfe dieser Vorschrift konnte der Erbe sich also gegenüber auf deutsches Recht gestützte Ansprüche der Nachlaßgläubiger auf das möglicherweise mildere Wohnsitzrecht berufen<sup>7</sup>. Diese Vorschrift, die schon bisher als „unge reimt“ und „rechtspolitisch mißbilligenswert“ empfunden wurde<sup>8</sup> und darüber hinaus praktisch bedeutungslos war<sup>9</sup>, ist ersatzlos gestrichen worden.

### b) Art. 25 S. 2 a.F.

Fortgefallen ist auch das sog. „privilegium germanicum“<sup>10</sup> nach Art. 25 S. 2 a.F. Danach konnte ein Deutscher auch bei Maßgeblichkeit ausländischen Erbrechts Erbansprüche geltend machen, wenn sie ihm im Falle der Anwendbarkeit des deutschen Rechts zustehen würden<sup>11</sup>. Kegel vermutet zu Recht, daß man dieser praktisch wenig bedeutsamen<sup>12</sup> und auch rechtspolitisch verfehlten „Vergeltungsvorschrift“<sup>13</sup> wohl keine Träne nachweinen werde.

### c) Art. 26 a.F.

Art. 26 a.F. betraf einen Fall der Nachlaßabwicklung unter Einschaltung deutscher Konsularbeamter. Nach dieser Vorschrift konnte der wahre Erbe oder Vermächtnisnehmer nicht die Herausgabe von solchen Erbschaftsgegenständen verlangen, die durch konsularische Vermittlung zu den nach ausländischem Recht ermittelten Erben oder Vermächtnisnehmern nach Deutschland gelangt sind. Der Sinn dieser Vorschrift bestand darin, daß das Vertrauen des Absenders in die deutschen Behörden nicht enttäuscht wird. Der wirkliche Erbe oder Vermächtnisnehmer mußte sich also wegen seiner etwaigen Herausgabeansprüche an den Empfänger halten. Inhaltlich war die Vorschrift schon immer „totes Recht“<sup>14</sup>. Dogmatisch gehörte sie als materiell-rechtliche Vorschrift, in der nämlich ein Herausgabeanspruch eingeschränkt wurde, gar nicht ins EGBGB. Folgerichtig wurde auch diese Vorschrift ersatzlos gestrichen.

## 3. Verfügungen von Todes wegen

In Art. 26 n.F. gibt es jetzt eine Vorschrift betreffend die Form letztwilliger Verfügungen. Die jetzige Regelung in den Abs. 1 bis 3 hat jedoch keinen eigenen Anwendungsbereich, sondern „inkorporiert“ lediglich das inhaltsgleiche Haager Abkommen über das auf die Formletztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 5.10.1961, dem die Bundesrepublik mit Wirkung zum 1.1.1966 beigetreten ist. Die Notwendigkeit dieser Inkorporation ist in der Literatur umstritten, denn nach Art. 3 Abs. 2 n.F. geht das Haager Testamentsabkommen den Vorschriften des EGBGB vor, so daß gesetzestchnisch ein Hinweis auf dieses Abkommen genügt hätte, wenn dies nicht sogar dogmatisch das einzige richtige gewesen wäre<sup>15</sup>. Ursprünglich hatte der Deutsche Rat für Internationales Privatrecht dies auch so vor gehabt<sup>16</sup>.

Art. 26 n.F. hat nur insofern eine eigenständige rechtliche Bedeutung, als in Abs. 4 dieser Vorschrift noch Erbverträge mit-

einbezogen werden, die vom Haager Testamentsabkommen nicht erfaßt sind<sup>17</sup>. Im übrigen kommt der Vorschrift also nur eine Hinweisfunktion zu<sup>18</sup>.

Der dogmatische Streit, ob man die Formgültigkeit von letztwilligen Verfügungen in Zukunft nach Art. 26 n.F. oder über Art. 3 Abs. 2 n.F. nach dem Haager Testamentsabkommen zu beurteilen hat, ist für die notarielle Praxis bedeutungslos<sup>19</sup>.

Art. 26 Abs. 1 n.F. nennt zehn Rechtsordnungen, nach denen eine letztwillige Verfügung von der Form her gültig sein kann. Das Haager Testamentsabkommen nennt in seinem dem Art. 26 Abs. 1 n.F. entsprechenden Art. 1 Abs. 1 nur acht Rechtsordnungen. Den „Überschuß“<sup>20</sup> bringt Art. 26 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 n.F., der erst im Rechtsausschuß des Bundestages hinzugekommen ist. Art. 26 Abs. 2 n.F. entspricht Art. 2 des Testamentsabkommens. Der Widerruf einer letztwilligen Verfügung richtet sich ebenfalls nach Art. 26 Abs. 1. Darüber hinaus erhöhen sich die Chancen der Formgültigkeit dadurch, daß für den Widerruf auch die Form der widerrufenen Verfügung ausreicht. Dadurch können theoretisch sogar zwanzig Rechtsordnungen und bei Mehrstaaten noch mehr Rechtsordnungen für die Frage der Formgültigkeit letztwilliger Verfügungen Berücksichtigung finden. Kegel<sup>21</sup> meint dazu: „Das grenzt an Unsinn, hat aber Methode.“ Art. 26 Abs. 3 n.F. entspricht Art. 5 des Testamentsabkommens. Art. 26 Abs. 5 n.F. hat den im wesentlichen inhalts gleichen Art. 24 Abs. 3 a.F. übernommen.

## 4. Die wesentliche Neuerung (Art. 25 Abs. 2 n.F.)

Die wesentliche Neuerung gegenüber der früheren Rechtslage ist die Einführung einer — wenn auch begrenzten — Rechtswahl. Nach Art. 25 Abs. 2 n.F. kann der Erblasser für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen in Form einer Verfügung von Todes wegen deutsches Recht wählen. Die Rechtswahl im Erbrecht ist in dreierlei Hinsicht eingeschränkt: Sie gilt erstens nur für unbewegliches Vermögen, welches zweitens im Inland gelegen sein muß und es darf drittens nur deutsches Erbrecht gewählt werden<sup>22</sup>.

Mit der Einführung dieser Wahlmöglichkeit hat der Gesetzgeber dem letztwillig Verfügenden und vor allem auch den Notaren ein weiteres Gestaltungsmittel in die Hand gegeben. Nicht zuletzt deshalb stellt Jayme<sup>23</sup> in einem Ausblick fest, daß das heutige IPR zum „Recht der Notare“ werden wird, während das frühere IPR dadurch gekennzeichnet war, daß es weitgehend Richterrecht war.

Da die Einführung der Rechtswahl — wie sich aus dem bisherigen vergleichenden Überblick ergibt — die einzige wesentliche sachliche Neuerung der Reform war und auch für die notarielle Praxis von großer Wichtigkeit sein wird, soll nur dies im folgenden untersucht werden.

## II. Die Rechtswahlmöglichkeit nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB n.F.

### 1. Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift und Hintergründe

Daß die Möglichkeit der Rechtswahl im Erbrecht Gesetz wurde, kam für viele überraschend. Der Regierungsentwurf des IPR-Reformgesetzes hatte nämlich zunächst auch keine Rechtswahlmöglichkeit enthalten. Art. 25 Abs. 2 n.F. ist erst im

7 Soengel/Kegel, 11. Aufl., Art. 24 EGBGB, Rd.-Nr. 7.

8 Kegel, Internationales Privatrecht, 5. Aufl., § 21 I 2 (S. 613).

9 Dörner, Probleme des neuen Internationalen Erbrechts, DNotZ 1988, 68; BT-Drucks. 10/504, 74.

10 Dörner, DNotZ 1988, 68; Siehr, Das Internationale Erbrecht nach dem Gesetz zur Neuregelung des IPR, IPRax 1987, 4.

11 Vgl. die Nachweise in Fn. 10.

12 Kegel, a.a.O., § 21 I 3 (S. 613).

13 Siehr, IPRax 1987, 4.

14 Kegel, a.a.O., § 21 VI (S. 634).

15 Siehe Siehr, IPRax 1987, 6 u. 8; Jayme, Das neue IPR-Gesetz — Brennpunkte der Reform, IPRax 1986, 265; Reinhart, BWNotZ 1987, 97.

16 Kegel, 6. Aufl., § 21 III 2a (S. 658).

17 Palandt/Heldrich, 45. Aufl., Anh. zu Art. 24 bis 26 EGBGB, Anm. 4; Reinhart, BWNotZ 1987, 97.

18 Jayme, IPRax 1986, 266; Reinhart, BWNotZ 1987, 98.

19 Reinhart, BWNotZ 1987, 98: „Daraus kann rechtlich kein Schaden entstehen“.

20 Kegel, 6. Aufl., § 21 III 2a (S. 658).

21 6. Aufl., § 21 III 2a (S. 659).

22 Vgl. Krzywon, Die Rechtswahl im Erbrecht, BWNotZ 1987, 4.

23 IPRax 1986, 265, 270.

Rechtsausschuß des Bundestages — sozusagen in letzter Minute<sup>24</sup> — eingefügt worden. Reinhart berichtet, daß es wohl die Lobby der Notare, insbesondere auch der Vortrag von Geimer auf dem Deutschen Notartag 1985 in München zum Thema: „Die Reform des deutschen Internationalen Privatrechts aus notarieller Sicht“ gewesen seien, die die Vorschrift durchgesetzt haben. Der Berichterstatter des Ausschusses habe zwar darauf hingewiesen, daß eine Rechtswahl im Erbrecht umstritten sei, daß sie aber vom Notariat verlangt werde, auch wenn man sich darüber bewußt sei, daß sie der internationalen Tendenz im IPR zuwider laufe<sup>25</sup>.

Ohne weiter in die allgemeine Problematik der Rechtswahl im Internationalen Erbrecht einzusteigen, soll zum Für und Wider folgendes gesagt werden: Kegel<sup>26</sup>, ein prominenter Gegner der Rechtswahl, hält es nicht für wünschenswert, daß der Einzelne oberhalb des zwingenden Rechts stehe und sich die Rechtsordnung aussuchen könne, deren zwingendes Recht für ihn gelten solle. Daher ist für ihn die Ausschaltung zwingender Pflichtteilsvorschriften durch Rechtswahl ein wichtiges Argument gegen diese. Zwar hält Kegel die heute anerkannte Rechtswahl im Internationalen Schuldrecht für tragbar, weil Schuldverträge häufig vielfältig und schnell vergänglich seien, während die Verteilung des Vermögens des Erblassers ein einmaliger und in der Regel bedeutsamer Vorgang sei, bei dem fest angeknüpft werden müsse.

Zudem vermehrt die Rechtswahlmöglichkeit die sog. Nachlaßspaltung. Das heißt, es gelten mindestens zwei Rechtsordnungen für den Nachlaß, und zwar in der Regel das Personalstatut für das bewegliche und das Belegenheitsstatut für das unbewegliche Vermögen. Damit würde der Grundsatz der Nachlaßeinheit aufgegeben, den Jayme<sup>27</sup> zu den „großen Errungenschaften des 19. Jahrhunderts“ zählt. Auch den Bemühungen auf internationaler Ebene läuft die Einführung einer die Nachlaßspaltung fördernden Rechtswahl zuwider. Seit Jahren versucht die Haager Konferenz, die Länder, deren IPR für das bewegliche Vermögen das Personalstatut und für das unbewegliche Vermögen das Belegenheitsstatut vorsieht, zur Aufgabe dieser Nachlaßspaltung und zur Einführung der Nachlaßeinheit zu bewegen. Die Haager Konferenz befürwortet zwar auch eine begrenzte Rechtswahl, und zwar dergestalt, daß der Erblasser zwischen dem Recht seiner Staatsangehörigkeit und dem seines letzten Aufenthaltes wählen kann; jedoch bewahrt diese Art der Rechtswahl den Grundsatz der Nachlaßeinheit und ist deshalb mit den sonstigen Tendenzen der Haager Konferenz zum Internationalen Erbrecht vereinbar<sup>28</sup>.

Daß der Gesetzgeber mit der Einführung der begrenzten Rechtswahl einen — wie Ferid es ausdrückt —<sup>29</sup> „Fallschirmsprung ins Dunkle“ getan habe, wo niemand wisse, „wo und wie man landen werde“, dürfte dagegen wohl übertrieben sein<sup>30</sup>. Für die Zulässigkeit einer allgemeinen Rechtswahl im Erbrecht sprechen nämlich der Grundsatz der Testierfreiheit und — noch allgemeiner — die Freiheit des Individuums schlechthin<sup>31</sup>. Praktische Vorteile der Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 n.F. sieht man vor allem darin, den deutschen Grundbüchern die Übernahme oder Anpassung ausländischer Erbrechtsfiguren ins bzw. ans deutsche Recht zu ersparen<sup>32</sup>, aber auch darin, das Internationale Familien- und Erbrecht zu harmonisieren<sup>33</sup>.

24 Reinhart, BWNotZ 1987, 100.

25 Ferid, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. 1986, § 9 Intern. Erbrecht, Rd.-Nr. 12.10 (S. 375); Reinhart, BWNotZ 1987, 100.

26 6. Aufl., § 21 I 2 (S. 651).

27 IPRax 1986, 269.

28 Van Loon, Die Haager Konferenz und ihre Bestrebungen zur Reform des Internationalen Erbrechts, MittRhNotK 1989, 9.

29 Ferid, a.a.O., § 9 Intern. Erbrecht, Rd.-Nr. 12.14 (S. 376).

30 Ebensso Kühne, IPRax 1987, 74, 1. Sp. oben.

31 Döllie, Die Rechtswahl im Internationalen Privatrecht, RabelsZ 30 (1966), 218, 222.

32 Hoffmann, Aktuelle Praktikertagung: „Das neue IPR-Gesetz 1987“, 141.

33 Krzywon, BWNotZ 1987, 5; siehe auch B II 5c) (S. 8).

34 Krzywon, Der Begriff des unbeweglichen Vermögens in Art. 25 Abs. 2 EGBGB, BWNotZ 1986, 159; Reinhart, BWNotZ 1987, 101; Palandt/

## 2. Der Gegenstand der Rechtswahl: Das unbewegliche Vermögen

a) Qualifikation nach dem Heimatrecht des Erblassers oder dem deutschen Recht?

Gegenstand der Rechtswahl ist das im Inland belegene unbewegliche Vermögen. Bevor man sich jedoch mit der Frage befaßt, was im einzelnen unter dem Begriff des unbeweglichen Vermögens zu verstehen ist und wie man es vom beweglichen Vermögen abgrenzt, ist noch zu klären, welche Rechtsordnung künftig im Zusammenhang mit Art. 25 Abs. 2 n.F. qualifiziert, was unbewegliches Vermögen ist.

Nach einhelliger Ansicht<sup>34</sup> ist nach dem deutschen Recht zu bestimmen, was unbewegliches Vermögen ist. Denn wenn das deutsche Recht mit der Zulassung der Rechtswahl eine Nachlaßspaltung zwischen unbeweglichem und beweglichem Vermögen ermöglicht, so hat es auch zu sagen, wo die Grenze zwischen unbeweglichem und beweglichem Vermögen liegt.

b) Verwendung der bisherigen Literatur und Rechtsprechung hierzu<sup>35</sup>

Die Unterscheidung von beweglichem und unbeweglichem Vermögen ist dem deutschen IPR bisher unbekannt gewesen<sup>36</sup>. Das BGB unterscheidet Grundstücke von beweglichen Sachen; die Verwendung des Begriffs „unbewegliches Vermögen“ in § 864 ZPO orientiert sich an rein zwangsvollstreckungsrechtlichen Zielvorgaben<sup>37</sup>.

Sofern sich Literatur und Rechtsprechung vor der Reform mit dieser Abgrenzungfrage beschäftigt hatten, ist diese aus folgenden Gründen nur begrenzt für die Unterscheidung von beweglichem und unbeweglichem Vermögen im Rahmen des Art. 25 Abs. 2 n.F. verwertbar<sup>38</sup>. Sofern das — nach Art. 25 S. 1 a.F. anzuwendende — Heimatrecht des Erblassers bestimmte, daß für das unbewegliche Vermögen die *lex rei sitae* gelten sollte, mußte nämlich genauso geprüft werden, nach welcher Rechtsordnung der Begriff des unbeweglichen Vermögens zu qualifizieren war. Dies war das Heimatrecht des Erblassers, sofern nicht im Wege der Qualifikationsrückverweisung dem Recht der belegenen Sache die Bestimmung überlassen wurde, ob eine Sache beweglich oder unbeweglich war. Aber auch wenn im Falle der Qualifikationsrückverweisung deutsches Recht maßgeblich war, so wurden stets auch Argumente des ausländischen Rechts für die Entscheidung in dieser Abgrenzungsfrage entlehnt<sup>39</sup>. Deshalb ist der Anwendungsbereich des Art. 25 Abs. 2 n.F. „selbständig und unbelastet von dogmatischen Vorgaben der Vergangenheit zu bestimmen“<sup>40</sup>.

c) Faustregel: Alle im Grundbuch eintragbaren Rechte gehören zum unbeweglichen Vermögen

Der Begriff des unbeweglichen Vermögens wird von allen Autoren, die sich damit befaßt haben, weit gefaßt. Zum unbeweglichen Vermögen gehören deshalb nicht nur die Grundstücke und Bruchteile daran, sondern auch die Bestandteile gem. §§ 93, 94, 96 BGB sowie das Zubehör gem. §§ 97, 98 BGB<sup>41</sup>. Mit der Erfassung der Bestandteile und des Zubehörs wird sicher gestellt, daß wirtschaftliche Einheiten im Todesfall des Erblassers nach einem einheitlichen Statut vererbt werden<sup>42</sup>.

Heldrich, Art. 25 EGBGB, Anm. 2b; Lichtenberger, Zum Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, DNotZ 1986, 659; Hoffmann, a.a.O., 139.

35 Vgl. die ausführliche Übersicht der bisherigen Rechtsprechung bei Krzywon, BWNotZ 1986, 154 ff.

36 Hoffmann, a.a.O., 138, 139; Reinhart, BWNotZ 1987, 101.

37 Dörner, DNotZ 1988, 92.

38 Hoffmann, a.a.O., 139; Dörner, DNotZ 1988, 92; Krzywon, BWNotZ 1986, 154 ff.

39 Hoffmann, a.a.O., 139.

40 Zitat nach Dörner, DNotZ 1988, 92; im Ergebnis ebenso Reinhart, BWNotZ 1987, 101.

41 Dörner, DNotZ 1988, 94; Krzywon, BWNotZ 1987, 5; Lichtenberger, DNotZ 1986, 659; nur für Bestandteile: Palandt/Heldrich, Art. 25 EGBGB, Anm. 2b; Hoffmann, a.a.O., 140.

42 Dörner, DNotZ 1986, 94.

Nach allgemeiner Ansicht gehören auch zum unbeweglichen Vermögen die Inhaberschaften an grundstücksgleichen Rechten wie Wohnungs- bzw. Teileigentum und Erbbaurechten sowie die beschränkt dinglichen Rechte<sup>43</sup>. Letztere sind entsprechend der Aufteilung im BGB die Dienstbarkeiten, das dingliche Vorkaufsrecht, die Reallast und die Grundpfandrechte. Zu beachten ist, daß manche Unterformen der Dienstbarkeiten im weiteren Sinne, nämlich der Nießbrauch und die beschränkte persönliche Dienstbarkeit gem. §§ 1059, 1092 BGB nicht übertragbar und damit nicht vererblich sind, so daß sich in diesen Fällen das Problem der Zuordnung als unbewegliches Vermögen nicht stellt<sup>44</sup>. Vererbbar bleiben also nur die Grunddienstbarkeiten.

Im Rahmen von Qualifikationsrückverweisungen waren früher Grundpfandrechte als bewegliches Vermögen eingeordnet worden, vor allem, um eine unterschiedliche Einordnung von Forderung und Sicherungsrecht zu vermeiden<sup>45</sup>. Da aber Grundpfandrechte notwendig im Inland ausgeübt werden müssen, sind sie im Rahmen von Art. 25 Abs. 2 n.F. dem unbeweglichen Vermögen zuzuordnen<sup>46</sup>. Krzywon<sup>47</sup> ist der Auffassung, daß konsequenterweise auch Zubehör und Rechte, auf die sich die Hypothek erstreckt, nämlich Miet- und Pachtzinsforderungen sowie Versicherungsforderungen gem. §§ 1123, 1125 BGB zum unbeweglichen Vermögen zu zählen sind, obwohl diese nicht Bestandteile der Grundstücke i. S. v. § 96 BGB sind.

Zum Vorstehenden läßt sich zusammenfassend sagen, daß als „Faustregel“<sup>48</sup> alle im Grundbuch eintragbaren Rechte zum unbeweglichen Vermögen gehören<sup>49</sup>.

d) Schuldrechtliche Ansprüche, die sich auf unbewegliches Vermögen beziehen

Fraglich ist, ob auch schuldrechtliche Ansprüche, die sich auf Grundstücke und Grundstücksrechte beziehen, als unbewegliches Vermögen anzusehen sind. Die ganz herrschende Meinung scheint — der allgemeinen Tendenz einer weiten Auslegung dieses Begriffs folgend — auch derartige Ansprüche wegen des Sachzusammenhangs dem unbeweglichen Vermögen zuzurechnen.

Genannt werden z. B.:

- Forderungen auf Übertragung von Grundstückseigentum oder Einräumung und Übertragung beschränkt dinglicher Rechte<sup>50</sup>,
- Rückgewähransprüche auf Grundpfandrechte<sup>51</sup>,
- Herausgabeansprüche, die unbewegliches Vermögen betreffen<sup>51</sup>,
- Schadenersatzansprüche wegen Schädigung der Grundstücke<sup>52</sup>,
- Überlassungs- und Nutzungsansprüche des Mieters und Pächters von deutschen Grundstücken<sup>53</sup>.

Dabei wird nicht verlangt, daß die schuldrechtlichen Ansprüche zu Ariwartschaften erstarkt sind<sup>54</sup> oder durch eine Vormerkung gesichert sind. Vorgemerkte Ansprüche sind demnach erst recht zum unbeweglichen Vermögen zu zählen.

e) Anteile an Gesamthandsgemeinschaften mit unbeweglichem Vermögen

War in den vorangegangenen Punkten eine allgemeine Auffassung oder zumindest eine herrschende Meinung festzustellen, so besteht jedoch ein Streit darüber, ob auch Anteile an

Gesamthandsgemeinschaften mit Grundvermögen unbewegliches Vermögen i. S. v. Art. 25 Abs. 2 n.F. darstellen oder nicht.

Beispiel: Der Erblasser war Miterbe in einer Erbengemeinschaft, zu der ein deutsches Hausgrundstück gehört oder der Erblasser war Gesellschafter einer deutschen Grundstücksellschaft bürgerlichen Rechts.

Gegen die Qualifikation als unbewegliches Vermögen sprechen vor allem dogmatische Gründe. Das Gesetz bringt in mehreren Bestimmungen zum Ausdruck, daß der Miterben- bzw. Gesellschaftsanteil als Einheit zu betrachten ist; so darf z. B. weder der Miterbe noch der Gesellschafter über seinen Anteil an einzelnen Gegenständen des Nachlasses bzw. des Gesellschaftsvermögens verfügen (§§ 2033 Abs. 2 und 719 Abs. 1 BGB). Ebenso ist nach § 859 ZPO weder der Miterben- noch der Gesellschaftsanteil an einzelnen Gegenständen des Nachlasses bzw. des Gesellschaftsvermögens pfändbar. In Anbetracht dieser dogmatischen Gründe ordnen einige Autoren den genannten Anteil einheitlich als bewegliches Vermögen ein<sup>55</sup>.

Würde man mit der Gegenmeinung die Grundstücksanteile in einer Erbengemeinschaft bzw. einer GbR als unbeweglich und den Rest als beweglich qualifizieren, so würde dies eine gespaltene Qualifikation des Gesamthandsanteils bedeuten. Wenn z. B. der Erblasser nur eine isolierte Rechtswahl mit der Folge getroffen hat, daß das gesetzliche Erbrecht gilt, so hätte dies bei unterschiedlicher Gestaltung der beteiligten gesetzlichen Erbrechtsordnungen möglicherweise zur Konsequenz, daß die Miterbengemeinschaft bzw. die Grundstücksgesellschaft, zu der der Erblasser gehört hatte, nunmehr bezüglich des unbeweglichen Vermögens und des beweglichen Vermögens aus unterschiedlichen Mitgliedern bzw. mit unterschiedlichen Quoten besteht. Im Falle der Miterbengemeinschaft sähe die Konstellation also so aus, daß sie betreffend den Grundbesitz aus den bisherigen Miterben und dem nach deutschem Recht zu bestimmenden Erben des inzwischen verstorbenen Miterben besteht. Was die beweglichen Nachlaßgegenstände anbelangt, so würde die Erbengemeinschaft aus den bisherigen Miterben und den nach dem ausländischen Heimatrecht des inzwischen verstorbenen Miterben zu bestimmenden Erben bestehen. Bei der Gesellschaft mit Grundbesitz wäre die Lage ähnlich, sofern der Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Mitgesellschafters vorsehen würde.

Trotz der dogmatischen Schwierigkeiten möchte ich mich der gegenteiligen Auffassung<sup>56</sup> anschließen und mich für eine gespaltene Qualifikation des Gesamthandsanteils entscheiden. Dem Großteil der Bevölkerung ist der Unterschied zwischen Bruchteils- und Gesamthandseigentum meist nicht bewußt. Der Laie denkt wirtschaftlich, er kennt dementsprechend genau seine Quote bei Gesamthandseigentum und wundert sich häufig auch, wieso diese im Gegensatz zu Bruchteilseigentum bei Erbengemeinschaften und GbR nicht im Grundbuch vermerkt ist. Ein von der Rechtswahlmöglichkeit Gebrauch machen wollender ausländischer Erblasser würde deshalb im Regelfall auch nicht begreifen, wieso er in diesen Fällen keine Rechtswahl treffen könnte, während ihm diese Möglichkeit beim wirtschaftlich gleichwertigen Bruchteilseigentum offen stünde. Wenn es Sinn der Einführung der Rechtswahlmöglichkeit war, den deutschen Grundbüchern die Übernahme und Anpassung ausländischer Rechtsfiguren zu ersparen, so muß man konsequent bleiben und auch in diesen Fällen die Rechtswahl mit den Folgen einer gespaltenen Qualifikation gestatten.

43 Hoffmann, a.a.O., 140; Reinhart, BWNotZ 1987, 101; Siehr, IPRax 1987, 7; Jayme, IPRax 1986, 265, 270; Krzywon, BWNotZ 1986, 159 und 1987, 5; Dörner, BWNotZ 1988, 95; Lichtenberger, DNotZ 1986, 659; Palandt/Heldrich, Art. 25 EGBGB, Anm. 2b.

44 Dörner, DNotZ 1988, 95.

45 So Dörner, DNotZ 1988, 95 m. w. N.

46 Dörner, DNotZ 1988, 95.

47 BWNotZ 1987, 5.

48 Reinhart, BWNotZ 1987, 101.

49 Gleiche Formulierung bei Siehr, IPRax 1987, 7.

50 Hoffmann, a.a.O., 140, 142; Dörner, DNotZ 1988, 96; Krzywon, BWNotZ 1987, 5; Lichtenberger, DNotZ 1986, 659.

51 Lichtenberger, DNotZ 1986, 659.

52 Krzywon, BWNotZ 1987, 5; Lichtenberger, DNotZ 1986, 659.

53 Dörner, DNotZ 1988, 96; zweifelnd Hoffmann, a.a.O., 141.

54 Hoffmann, a.a.O., 140.

55 Reinhart, BWNotZ 1987, 101 f.; Lichtenberger, DNotZ 1986, 659.

56 Krzywon, BWNotZ 1986, 154; Hoffmann, a.a.O., 142; Dörner, DNotZ 1988, 95.

### 3. Die Rechtswahl

#### a) Form der Rechtswahl

Art. 25 Abs. 2 n.F. schreibt vor, daß die Rechtswahl in Form einer Verfügung von Todes wegen getroffen werden muß. Damit scheint bereits vom Wortlaut her die Rechtswahl auch durch Erbvertrag oder Gemeinschaftliches Testament möglich zu sein. Wie ist aber zu entscheiden, wenn das Heimatrecht des Ausländers diese beiden Testierformen nicht kennt? Nach allgemeiner Ansicht<sup>57</sup> spielt dies keine Rolle. Dies ergibt sich daraus, daß Art. 25 nach seiner Überschrift die Rechtsnachfolge von Todes wegen insgesamt regelt.

Damit ist allerdings nichts darüber gesagt, wie sich die Rechtswahl in der Testierform des Erbvertrages oder gemeinschaftlichen Testamente aus der Sicht des ausländischen Rechts darstellt, insbesondere, ob die Rechtswahl in diesen Testierformen im Ausland anerkannt wird.

#### b) Bindende Rechtswahl

Sofern die Rechtswahl in der Form eines Erbvertrages oder gemeinschaftlichen Testamente getroffen wurde, stellt sich die weitere Frage, ob diese mit Bindungswirkung getroffen werden kann. Dies könnte zweifelhaft sein, weil die §§ 2270 Abs. 3, 2278 Abs. 2 BGB vorschreiben, daß nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen mit (wechselbezüglicher bzw. vertragsmäßiger) Bindungswirkung getroffen werden können.

Nach herrschender Meinung<sup>58</sup> wird jedoch — m. E. auch zutreffend — die Möglichkeit einer bindenden Rechtswahl bejaht. Lichtenberger begründet das damit, daß die Rechtswahl in ihrer Wirkung einer Erbeinsetzung gleichstehe. Das ist jedenfalls dann richtig, wenn das Heimatrecht eines der Ehegatten oder der Vertragspartner das gemeinschaftliche Testament oder den Erbvertrag nicht kennen. Dann würde nämlich nach dem durch den einseitigen Widerruf der Rechtswahl wieder anwendbaren Heimatrecht der Verfügenden die gesamte letztwillige Verfügung mit allen Erbeinsetzungen unwirksam, sofern man nicht ausnahmsweise die Verfügungen als formgültige Einzeltestamente ansehen bzw. umdeuten könnte.

Aber auch dann, wenn das Heimatrecht der Verfügenden diese beiden Testierformen kennt, darf ferner ein einseitiger Widerruf nicht möglich sein, wenn mit der Rechtswahl auch tatsächlich eine Erbeinsetzung verfügt wird. Im Regelfall wird man annehmen können, daß die Rechtswahl derart mit der Erbeinsetzung im Zusammenhang steht, daß die eine oder die andere nicht widerrufen werden kann. Man denke z. B. an den Fall, daß die Ehegatten bzw. die Vertragspartner mit Rücksicht auf das — durch die Rechtswahl — anzuwendende deutsche Recht die Erbquoten so festgesetzt haben, daß keine Zusatzrestpflichtteile nach § 2305 BGB geltend gemacht werden können. Der Vertragspartner bzw. der Ehegatte muß also davor geschützt werden, daß durch einen einseitigen Widerruf die mit Rücksicht auf das deutsche Recht getroffenen Erbeinsetzungen wirkungslos werden oder nur beschränkt wirksam bleiben, weil z. B. nach dem Heimatrecht, was durch den Widerruf wieder anwendbar würde, Notberenrechte nicht berücksichtigt würden.

Fraglich ist letztlich die Möglichkeit des einseitigen Widerrufs, wenn sich die Ehegatten bzw. die Vertragspartner in ihrer letztwilligen Verfügung auf die Rechtswahl beschränkt haben und im übrigen keine weiteren Verfügungen von Todes wegen getroffen haben. Eine solche isolierte Rechtswahl wird allgemein für zulässig gehalten<sup>59</sup>. Siehr<sup>60</sup> scheint in diesem Fall eine bindende Rechtswahl abzulehnen. Würde man auch in diesen

Fällen einen einseitigen Widerruf für unzulässig halten, so wäre die isolierte Rechtswahl stets als eine (einseitig) unwiderrufliche Erbeinsetzung der gesetzlichen Erben anzusehen, was nach Ansicht von Hoffmann<sup>61</sup> wohl nicht gewollt sein könnte. Ich halte das aber nicht für zutreffend. Wer sich in einem Erbvertrag oder gemeinschaftlichen Testament ausschließlich darauf beschränkt, deutsches Recht für seinen deutschen Grundbesitz zu wählen, ist auch mit der gesetzlichen Erbfolge einverstanden. Worin bestünde sonst der Sinn einer isolierten Rechtswahl.

Im Ergebnis ist folgendes zu sagen: In allen hier aufgezeigten Fällen besteht ein „unabweisbares Bedürfnis“ für die Annahme der Möglichkeit einer Rechtswahl mit Wechselbezüglichkeit oder vertragsmäßig bindender Wirkung<sup>62</sup>. Eine Verneinung der bindenden Rechtswahl mit dem Hinweis auf den Wortlaut des Gesetzes wird der „funktionalen Bewertung der Rechtswahl“<sup>63</sup> nicht gerecht. Man sollte sie deshalb auch mit der herrschenden Meinung als grundsätzlich bindend ansehen, sofern die Bindungswirkung nicht von den Bet. ausgeschlossen wird.

#### c) Partielle Rechtswahl

Ferner stellt sich die Frage, ob der ausländische Erblasser, der mehrere Grundstücke in der Bundesrepublik besitzt, die Rechtswahl auf eine oder einzelne von mehreren Grundstücken beschränken kann. Die ganz herrschende Meinung<sup>64</sup> hält dies für möglich. Tatsächlich scheint der Wortlaut der Vorschriften nicht dagegen zu sprechen. Dort heißt es nämlich nicht, der Erblasser könne für das im Inland belegene unbewegliche Vermögen deutsches Recht wählen, sondern es heißt dort — unter Verwendung des unbestimmten Artikels —, daß der Erblasser für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen deutsches Recht wählen könne. Die Rechtsprechung hat sich bisher nicht geäußert. Krzywon<sup>65</sup> hält es jedoch durchaus für möglich, daß die Rechtsprechung hier nur eine einheitliche Rechtswahl für das gesamte deutsche unbewegliche Vermögen zulassen werde. Dafür spricht einiges. Der mit der Zulassung der Rechtswahl bezeichnete Grund, dem Grundbuch die Übernahme ausländischer Rechtsfiguren zu ersparen, würde teilweise vereitelt und insgesamt die Nachlaßabwicklung verkompliziert. Zum anderen lassen sich kaum Interessenlagen denken, die einen Erblasser dazu veranlassen könnten, von seinen beiden Grundstücken das eine dem Heimatrecht und das andere dem deutschen Erbrecht zu unterstellen. Wenn ich auch der Meinung bin, daß angesichts des insoweit klaren Wortlauts der Vorschrift eine partielle Rechtswahl zulässig ist, so würde ich als Notar grundsätzlich davon abraten.

Einigkeit besteht darin, daß eine partielle Rechtswahl dergestalt, daß nur einzelne Aspekte oder Komplexe des deutschen Erbrechts gewählt werden, unzulässig ist<sup>66</sup>. Eine Rechtswahl z. B., daß nicht heimatliches, sondern deutsches Pflichtteilsrecht gelten soll, ist unwirksam. Es geht also nicht, sich nur die Rosinen aus dem deutschen Erbrecht rauszupicken.

#### d) Konkludente Rechtswahl

In formeller Hinsicht verlangt Art. 25 Abs. 2 n.F. nur, daß die Rechtswahl in der Form einer Verfügung von Todes wegen zu treffen ist. Daß die Rechtswahl ausdrücklich erklärt sein muß, wird nicht verlangt. Dementsprechend wird die Frage, ob die Rechtswahl auch konkludent erklärt werden kann, allgemein bejaht<sup>67</sup>. Eine konkludente Rechtswahl ist z. B. möglich durch Verwendung deutscher erbrechtlicher Begriffe, Rechtsinstitute und Vorschriften<sup>68</sup>.

57 Krzywon, BWNotZ 1987, 51; Hoffmann, a.a.O., 143; Reinhart, BWNotZ 1987, 102; Ferid, a.a.O., § 9 Intern. Erbrecht, Rd.-Nr. 12.12 (S. 375); Palandt/Heldrich, Art. 25 EGBGB, Anm. 2c; Siehr, IPRax 1987, 6.

58 Lichtenberger, DNotZ 1986, 665; Hoffmann, a.a.O., 144; Siehr, IPRax 1987, 7; Krzywon, BWNotZ 1987, 6f.; a. A. Palandt/Heldrich, Art. 25 EGBGB, Anm. 2b; Kühne, IPRax 1987, 74.

59 Vgl. Krzywon, BWNotZ 1987, 7; Hoffmann, a.a.O., 144.

60 IPRax 1987, 7.

61 a.a.O., 146.

62 Hoffmann, a.a.O., 147, der in der isolierten Rechtswahl ein kollisionsrechtliches Rechtsgeschäft „sui generis“ sieht, das bindend sei.

63 Siehr, IPRax 1987, 7.

64 Hoffmann, a.a.O., 142; Krzywon, BWNotZ 1987, 6; Reinhart, BWNotZ 1987, 102; Palandt/Heldrich, Art. 25 EGBGB, Anm. 2b; Lichtenberger, DNotZ 1986, 665; Ferid, a.a.O., § 9 Intern. Erbrecht, Rd.-Nr. 12.13 (S. 376).

65 BWNotZ 1987, 6.

66 Ferid, a.a.O., § 9 Intern. Erbrecht, Rd.-Nr. 12.12 (S. 375); Krzywon, BWNotZ 1987, 6.

67 Krzywon, BWNotZ 1987, 6; Reinhart, BWNotZ 1987, 102; Ferid, a.a.O., § 9 Intern. Erbrecht, Rd.-Nr. 12.16 (S. 377); Hoffmann, a.a.O., 143.

68 Reinhart, BWNotZ 1987, 102.

Eng im Zusammenhang mit dieser Frage steht folgendes Problem: Wie ist die letztwillige Verfügung eines ausländischen Erblassers zu beurteilen, der in Unkenntnis der Rechtslage eine allgemeine Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts — ausdrücklich oder konkludent — erklärt hat? Kann die unwirksame Rechtswahl wenigstens als konkludent erklärt und auf das deutsche unbewegliche Vermögen beschränkte Rechtswahl aufrecht erhalten werden? Diese Frage wird unterschiedlich beantwortet. Einige<sup>69</sup> sind der Ansicht, eine derartige Auslegung widerspreche häufig dem Willen des Erblassers, denn der allgemein das deutsche Erbrecht wählende Ausländer wolle für seinen Nachlaß die Nachlaßeinheit. Die Aufrechterhaltung seines Willens zumindest für den deutschen Grundbesitz, führe zu einer Nachlaßspaltung, die wohl kaum von ihm gewollt sein könne. Diese Auslegung ergäbe dann wohl eher einheitlich das Heimatrecht des Verfügenden. Jayme<sup>70</sup> scheint jede unwirksame allgemeine Rechtswahl als eine auf den deutschen Grundbesitz beschränkte Rechtswahl aufrechtzuerhalten. Im Ergebnis stimme ich dieser Ansicht zu. Dazu folgender Fall, der in der notariellen Praxis sicherlich häufiger auftreten wird:

Ein kinderreiches Ehepaar, bestehend aus einem Italiener und einer Deutschen, das seit langer Zeit in der Bundesrepublik Deutschland lebt, hat sich in einem privatschriftlichen gemeinschaftlichen Testament gegenseitig als Alleinerben eingesetzt. Zum Nachlaß gehört im wesentlichen ein den Ehegatten häufig gehörendes deutsches Hausgrundstück. Der Mann stirbt. Die Frau beantragt einen Alleinerbschein, um u. a. als Alleineigentümer des Hauses im Grundbuch eingetragen zu werden. Das über Art. 25 Abs. 1 n.F. zur Anwendung kommende italienische Erbrecht verbietet die Testierform des gemeinschaftlichen Testamentes. Frage: Könnte man die letztwillige Verfügung wenigstens teilweise „retten“, wenn man in der unwirksamen allgemeinen Rechtswahl wenigstens eine konkludent erklärt Rechtswahl zugunsten des deutschen Grundbesitzes sieht? Unter Zuhilfenahme der Grundsätze der wohlwollenden Testamentsauslegung (argumentum e § 2084 BGB) wird man dies m. E. jedenfalls dann annehmen können, wenn der deutsche Grundbesitz — wie im Beispielsfall — den größten Teil des Nachlasses ausmacht. Die dadurch bewirkte Nachlaßspaltung dürfte den Erblasser wenig interessieren, sofern nur die Ehefrau das Grundstück ganz bekommt. Das gegenteilige Ergebnis — Unwirksamkeit des gemeinschaftlichen Testamentes und Miterbschaft der Ehefrau mit geringem Anteil neben den vielen Kindern — würde seinem letzten Willen nicht gerecht werden.

#### e) Bedingte Rechtswahl

Eine bedingte Rechtswahl wird allgemein für zulässig gehalten<sup>71</sup>.

Krzywon<sup>72</sup> hält folgende Fallgestaltung für denkbar: Der Erblasser stellt die Rechtswahl unter die Bedingung, daß er Abkömmlinge hinterläßt. Auf diese Weise kann er — sofern er Abkömmlinge hinterläßt — erreichen, daß diese nur schuldrechtliche Pflichtteilsansprüche haben, wenn sein Heimatrecht ein dinglich wirkendes Noterbenrecht kennt. Sofern er keine Abkömmlinge hinterläßt, wird die — rechtspolitisch an sich wünschenswerte — Nachlaßeinheit bewahrt.

#### f) Befristete Rechtswahl

Eine befristete Rechtswahl wird ebenfalls für zulässig erachtet<sup>73</sup>.

#### 4. Intertemporale Probleme

Nach Art. 220 Abs. 1 n.F. bleibt auf vor dem 1. 9. 1986 abgeschlossene Vorgänge das bisherige Internationale Privatrecht anwendbar. Ein erbrechtlicher Vorgang wird grundsätzlich durch den Tod des Erblassers abgeschlossen. Daher ist in allen Fällen, in denen der Erblasser vor dem 1. 9. 1986 verstorben ist, das frühere IPR anzuwenden<sup>74</sup>. Falls eine Erbauseinandersetzung eines vor dem 1. 9. 1986 verstorbenen Erblassers erst nach dem 31. 8. 1986 abgeschlossen ist, bleibt das frühere IPR maßgebend<sup>75</sup>.

Im Zusammenhang mit der neu eingeführten Rechtswahl kann fraglich sein, wie eine vor dem 1. 9. 1986 getroffene, auf den deutschen Grundbesitz beschränkte Rechtswahl zu bewerten ist, wenn der Erblasser nach dem 31. 8. 1986 gestorben ist. Ist auch hier der Todeszeitpunkt maßgebend und die zunächst unwirksame Rechtswahl mit dem 1. 9. 1986 wirksam, d. h. geheilt worden oder bleibt sie bei Zugrundelegung des alten Rechtes unwirksam. Diese Frage wird unterschiedlich beantwortet. Ferid und Reinhart<sup>76</sup> sind der Meinung, die zunächst unwirksame Rechtswahl sei mit dem 1. 9. 1986 wirksam geworden, während Krzywon und Dörner<sup>77</sup> die gegenteilige Ansicht vertreten. Krzywon zieht zur Begründung seiner Ansicht den neuen Art. 26 Abs. 5 n.F. heran, wonach für die Gültigkeit der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen der Zeitpunkt der Errichtung und nicht der des Todes maßgeblich sei, so daß die Rechtswahl nur wirksam sei, wenn sie nach dem 31. 8. 1986 wiederholt werde. Reinhart hält dieser Ansicht — m. E. zutreffend — entgegen, daß die Vorschrift des Art. 26 Abs. 5 n.F., die ihrem Zweck nach den Willen des Erblassers begünstigen soll, bei dieser Auslegung das Gegenteil bewirkt. Art. 26 Abs. 5 S. 1 n.F. will nämlich den Erblasser davor schützen, daß seine letztwillige Verfügung die nach dem im Errichtungszeitpunkt anzuwendenden Recht wirksam war, dann unwirksam wird, wenn durch Statutenwechsel, d. h. vor allem durch den Wechsel der Staatsangehörigkeit, eine andere Rechtsordnung maßgeblich würde, nach der die letztwillige Verfügung unwirksam würde. Dörner<sup>78</sup> ist der Auffassung, daß eine Heilung der zunächst unwirksamen Rechtswahl unter dem Gesichtspunkt der „echten Rückwirkung“ verfassungsrechtlich bedenklich sei, weil der Erblasser später möglicherweise Dispositionen vorgenommen oder unterlassen habe, bei denen er von der Unwirksamkeit der früher vorgenommenen Rechtswahl ausgegangen sei. Diese Annahme geht m. E. am Willen eines vernünftig handelnden Erblassers vorbei. Jeder Erblasser, der eine Verfügung von Todes wegen trifft, will, daß diese wirksam ist. Wenn der Erblasser spätere Dispositionen unterlassen hat, dann sicherlich nicht deshalb, weil er auf die Unwirksamkeit seiner früheren Rechtswahl vertraut hat. Dieses Faktum läßt nur den Schluß zu, daß er keine Ahnung von der Unwirksamkeit seiner früher getroffenen Rechtswahl hatte. Hätte er Kenntnis von der wirklichen Rechtslage gehabt, so hätte er wie jeder vernünftig handelnde Erblasser Dispositionen vorgenommen, die seine Verfügung wirksam gemacht hätten. Beim Fehlen entsprechender Dispositionen kann man nur davon ausgehen, daß er entweder nichts von der wirklichen Rechtslage gewußt hatte oder glaubte, die zunächst unwirksame Rechtswahl sei mit dem 1. 9. 1986 geheilt und wirksam geworden.

Demnach wird man dem Erblasserwillen nur gerecht, wenn man eine Heilung der ursprünglich unwirksamen Rechtswahl annimmt.

69 Reinhart, BWNotZ 1987, 102 und im Ergebnis ebenso Ferid, a.a.O., § 9 Intern. Erbrecht, Rd.-Nr. 12.16 (S. 377).

70 IPRax 1986, 270.

71 Ferid, a.a.O., § 9 Intern. Erbrecht, Rd.-Nr. 12.12 (S. 375); Krzywon, BWNotZ 1987, 6; Hoffmann, a.a.O., 143.

72 BWNotZ 1987, 6.

73 Krzywon, BWNotZ 1987, 6; Ferid, a.a.O., § 9 Intern. Erbrecht, Rd.-Nr. 12.12 (S. 375).

74 Allgemeine Ansicht: vgl. BayObLG NJW 1987, 1148 (2. Leitsatz); Reinhart, BWNotZ 1987, 104; Krzywon, BWNotZ 1987, 6; Ferid, a.a.O., § 9 Intern. Erbrecht, Rd.-Nr. 12.17 (S. 377); Dörner, DNotZ 1988, 80 ff.

75 Reinhart, BWNotZ 1987, 104.

76 Ferid, a.a.O., § 9 Intern. Erbrecht, Rd.-Nr. 12.17 (S. 377); Reinhart, BWNotZ 1987, 104.

77 Krzywon, BWNotZ 1987, 6; Dörner, DNotZ 1988, 84.

78 DNotZ 1988, 84.

## 5. Praktische Hinweise

### a) Die Behandlung der Rechtswahl im Erbscheinsverfahren

Der Notar wird mit den Problemen der beschränkten Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 n.F. nicht nur bei der Gestaltung von Testamenten konfrontiert, sondern auch im Erbscheinsverfahren. Zur Erläuterung diene folgender Ausgangsfall:

(1) Ein Österreicher mit einem deutschen Hausgrundstück und einem deutschen Bankkonto und weiteren ausländischen Nachlaßgegenständen stirbt. Der Erbe beantragt bei einem deutschen Notar einen Erbschein. Das über Art. 25 Abs. 1 n.F. anzuwendende österreichische Kollisionsrecht knüpft für den gesamten Nachlaß an das Heimatrecht des Erblassers, hier also an das österreichische Recht an. Für das in der Bundesrepublik Deutschland belegene — bewegliche *und* unbewegliche — Vermögen, also das deutsche Hausgrundstück und das deutsche Bankkonto, muß, da für die weiteren ausländischen Nachlaßgegenstände die Zuständigkeit eines deutschen Nachlaßgerichts fehlt, ein insoweit territorial beschränkter Fremdrechtserbschein gem. § 2369 BGB mit etwa folgendem Wortlaut erteilt werden:

„Hiermit wird bezeugt, daß der am . . . verstorbene X hinsichtlich seines in der Bundesrepublik Deutschland belegenen Vermögens nach österreichischem gesetzlichen Erbrecht von Y beerbt wurde.“

(2) wie Fall (1); der Erbe legt ein Testament des Erblassers vor, wonach für das deutsche unbewegliche Vermögen deutsches Recht gewählt wurde.

Hier müßte, soweit das deutsche unbewegliche Vermögen (Hausgrundstück) betroffen ist, ein insoweit gegenständlich beschränkter Eigenrechtserbschein und soweit das deutsche bewegliche Vermögen (Bankkonto) betroffen ist, ein insoweit gegenständlich beschränkter Fremdrechtserbschein, die man ohne weiteres miteinander verbinden kann<sup>79</sup>, mit etwa folgendem Inhalt erteilt werden:

„Hiermit wird bezeugt, daß der am . . . verstorbene X hinsichtlich seines deutschen unbeweglichen Vermögens nach deutschem, kraft Rechtswahl anzuwendendem gesetzlichen Erbrecht von Y<sup>80</sup> und hinsichtlich seines deutschen beweglichen Vermögens nach österreichischem gesetzlichen Erbrecht von Y beerbt wurde.“

Ob der Hinweis, „nach österreichischem gesetzlichen Erbrecht“ erforderlich ist, ist umstritten<sup>81</sup>. Sicherlich ist ein solcher Hinweis aber sinnvoll.

(3) wie Fall (1); der Erblasser ist Franzose mit letztem Wohnsitz in Frankreich.

Das über Art. 25 Abs. 1 n.F. anzuwendende französische Kollisionsrecht knüpft für den beweglichen Nachlaß an das Recht des letzten Wohnsitzes des Erblassers, also insoweit an das französische Recht und für den unbeweglichen Nachlaß an das Recht der belegenen Sache, also insoweit an das deutsche Recht an. Dementsprechend muß für das bewegliche Vermögen (Bankkonto) ein insoweit gegenständlich beschränkter Fremdrechtserbschein und für das unbewegliche Vermögen (Hausgrundstück) ein insoweit gegenständlich beschränkter Eigenrechtserbschein gem. § 2369 BGB mit etwa folgendem Wortlaut erteilt werden:

„Hiermit wird bezeugt, daß der am . . . verstorbene X hinsichtlich seines deutschen unbeweglichen Vermögens nach deutschem gesetzlichen Erbrecht von Y und hinsichtlich seines deutschen beweglichen Vermögens nach französischem gesetzlichen Erbrecht von Y beerbt worden ist.“

(4) wie Fall (2); der Erblasser ist jedoch Franzose mit letztem Wohnsitz in Frankreich.

Hier kommt wegen der Rechtswahl die nach dem französischen Kollisionsrecht angeordnete Nachlaßspaltung nicht mehr zum Zuge. Auch hier ist — wie in Fall (3) — hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens ein gegenständlich beschränkter Eigenrechtserbschein zu erteilen, jedoch nicht kraft Rückverweisung, sondern kraft Rechtswahl. Der Wortlaut ist dementsprechend wie in Fall (3), wobei zwischen die Worte „deutschen“ und „gesetzlichen“ die Worte „kraft Rechtswahl anzuwendenden“ eingefügt werden müßten.

(5) wie Fall (2); der österreichische Erblasser hat jedoch von seinen deutschen Grundstücken A, B und C nur für das Grundstück A, also nur partiell, deutsches Recht gewählt.

Der Wortlaut des Erbscheins müßte unter Zugrundelegung der Ausführungen zu den Fällen (1) und (2) etwa wie folgt lauten:

„Hiermit wird bezeugt, daß der am . . . verstorbene X hinsichtlich des deutschen Grundstücks A (genaue Bezeichnung) nach deutschem kraft Rechtswahl anzuwendenden gesetzlichen Erbrecht von Y und hinsichtlich seines sonstigen in der Bundesrepublik belegenen Vermögens nach österreichischem gesetzlichen Erbrecht von Y beerbt wurde.“

(6) wie Fall (5); der Erblasser ist Franzose mit letztem Wohnsitz in Frankreich.

Der Wortlaut des Erbscheins müßte unter Zugrundelegung der Ausführungen zu den Fällen (3) und (4) etwa wie folgt lauten:

„Hiermit wird bezeugt, daß der am . . . verstorbene X hinsichtlich des deutschen Grundstücks A (genaue Bezeichnung)<sup>82</sup> nach deutschem kraft Rechtswahl anzuwendenden gesetzlichen Erbrecht von Y hinsichtlich seines sonstigen deutschen unbeweglichen Vermögens nach deutschem gesetzlichen Erbrecht von Y und hinsichtlich seines deutschen beweglichen Vermögens nach französischem gesetzlichen Erbrecht von Y beerbt worden ist.“

### b) Die Belehrungspflicht des Notars bei der Rechtswahl

Wenn der Notar eine Rechtswahl i. S. d. Art. 25 Abs. 2 n.F. beurkundet, kommt in bezug auf das deutsche unbewegliche Vermögen deutsches Recht zur Anwendung. Soweit deutsches Recht in Frage steht, ist der Notar uneingeschränkt zur Belehrung verpflichtet. Nach § 17 Abs. 3 S. 2 BeurkG ist der Notar jedoch nicht verpflichtet, über den Inhalt ausländischer Rechtsordnungen zu belehren. Wenn aber eine Rechtswahl beurkundet wird, darf nicht übersehen werden, daß diese in das Heimatrecht des Testierenden eingreift, sofern aus der Sicht des Heimatrechts des Erblassers dieses Anwendung findet, weil dort — wie bei den meisten Ländern — an die Staatsangehörigkeit angeknüpft wird. Es stellt sich damit auch die Frage, ob eine solche Rechtswahl im Ausland anerkannt wird. Damit wäre wiederum ausländisches Recht zu prüfen, wozu der Notar an sich nicht verpflichtet ist. Der Notar hat aber, wenn ausländisches Recht Anwendung finden könnte, darauf hinzuweisen und dies in der Urkunde zu vermerken (§ 17 Abs. 3 S. 1 BeurkG). Nach allgemeiner Ansicht<sup>83</sup> kommt der die Rechtswahl beurkundende Notar seiner Hinweispflicht nach, wenn er dem/den Testierenden zumindest die denkbaren Konsequenzen seiner/ihrer Rechtswahl vor Augen führt.

In der Literatur sind folgende Belehrungsmuster vorgeschlagen worden, die das Ziel haben, das Haftungsrisiko des Notars im Rahmen der Rechtswahl auszuschließen.

Lichtenberger<sup>84</sup>: „Die Bet. wissen, daß Auslandsberührungen gegeben sein kann. Der Notar kennt nur deutsches Recht,

79 Reinhart, BWNotZ 1987, 104; Jayme, IPRax 1986, 266.

80 Wortlaut s. Reinhart, BWNotZ 1987, 104, in Anlehnung an Ferid, a.a.O., § 9 Intern. Erbrecht, Rd.-Nr. 98.4 (S. 397).

81 Ja: LG Frankfurt MDR 1976, 668; nein: BayObLGZ 1961, 4.

82 Siehr, IPRax 1987, 7.

83 Krzywon, BWNotZ 1987, 5; Reinhart, BWNotZ 1987, 103; Ferid, a.a.O., § 9 Intern. Erbrecht, Rd.-Nr. 12.15 (S. 376 f.); Lichtenberger, Aktuelle Praktikertagung, 95.

84 a.a.O., 95.

aber keine fremden Rechtsordnungen. Der Notar hat über den Inhalt fremder Rechtsordnungen weder belehrt, noch Auskunft erteilt, noch beraten; dem Notar wurde ein dahingehender Beratungsauftrag nicht erteilt. Die Bet. wissen, daß fremdes Recht formell und/oder materiell einwirken kann, was vor allem zur ganzen, teilweisen oder beschränkten Unwirksamkeit, auch zur Nichtanerkennung im Ausland, führen kann. Die Bet. wurden auf die Möglichkeit eines Gutachtens eines Universitätsinstituts hingewiesen. Die Bet. wünschen diese Beurkundung in dieser Form und mit diesem Inhalt und nehmen alle damit verbundenen Risiken in Kauf; sie verzichten auf die Haftung des Notars in diesem Zusammenhang.“

Ferid<sup>85</sup>: „Die beabsichtigte Rechtswahl greift in Ihr an sich anwendbares Heimatrecht ein. Es müßte zunächst geprüft werden, ob solche Rechtswahl nach dem Heimatrecht überhaupt notwendig ist, oder ob deutsches Recht nicht ohnehin durch einen *renvoi* anzuwenden ist. Trifft dies nicht zu, so wäre zu prüfen, welche Folgen die beabsichtigte Rechtswahl nach dem Heimatrecht hat, insbesondere welche Konflikte im einzelnen zu erwarten sind. Ich, Beurkundender, bin zur Belehrung über Auslandsrecht nicht verpflichtet. Ich kann Ihnen daher nicht sagen, welche Auswirkungen Ihre Wahl, die vom deutschen Standpunkt zur Anwendung deutschen Rechts führt, auf die Nachlaßabwicklung hat. Damit bin ich nicht in der Lage, Ihnen zu- oder abzuraten. Ich muß es Ihnen überlassen, sich über die Reaktion Ihres Heimatrechts auf die Rechtswahl zu informieren.“

Manche Autoren solcher Belehrungen bzw. Hinweise geben zu, daß der Notar mit solchen geistigen Ergüssen seine Klienten kaum zu begeistern vermag, halten diese aber angesichts des Haftungsrisikos des Notars für unvermeidbar<sup>86</sup>.

### c) Wann soll der Notar zur Rechtswahl raten?

Angesichts der vorstehenden Ausführungen stellt sich wohl jedem Notar die Frage, ob er einem in erbrechtlichen Fragen rat suchenden ausländischen Klienten mit Grundbesitz in der BRD zu einer Rechtswahl raten soll oder nicht. Man sollte zu vorsichtigem bzw. maßvollem Gebrauch der Rechtswahl raten und bei jedem Einzelfall überlegen; die Rechtswahlmöglichkeit ist m. E. weder allzeit zu verschreibendes Allheilmittel, noch zu meidendes Gift. Zum Teil befürchtet man nicht ganz zu Unrecht unnötige Verwirrung der Bet. und eine erhebliche Mehrbelastung der Nachlaßgerichte, wenn die Rechtswahl von den Notaren zum Regelfall gemacht wird<sup>87</sup>.

Es ist stets zwischen dem Vorteil, deutsches Recht für den deutschen Grundbesitz anwenden zu können und dem dadurch bewirkten Nachteil der Nachlaßspaltung sowie den Gefahren der Nichtanerkennung im Ausland abzuwegen.

Für eine Rechtswahl sprechen m. E. folgende Fallgestaltungen:

(1) Wenn der Nachlaß im wesentlichen aus deutschem unbeweglichen Vermögen bestehen würde, wäre die Nichtanerkennung der Rechtswahl im Heimatland des Ausländers verkraftbar und der Vorteil, ausländische Erbrechtsfiguren nicht für deutsche Grundbücher übernehmen zu müssen, entsprechend groß<sup>88</sup>.

(2) Wenn der ausländische Erblasser verheiratet ist und für ihn deutsches Güterrecht gelten würde — sei es nach allgemeinen Grundsätzen gem. Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 n.F. oder sei es aufgrund der ebenfalls mit der Reform eingeführten Rechtswahl nach Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 n.F., wonach der Erblasser deutsches unbewegliches Vermögen deutschem Güterrecht unterwerfen kann —, könnte mit der Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 n.F. das Güter- und Erbrechtsstatut miteinander harmonisiert werden. In diesen Fällen vermeidet man, sofern die Rechtswahl isoliert erfolgt und gesetzliches Erbrecht gelten würde, die alte Streitfrage, ob die Erhöhung des gesetzlichen Ehegattenerbteils nach § 1371 Abs. 1 BGB vorzunehmen ist, wenn Erb- und Güterrechtsstatut auseinanderfallen<sup>89</sup>.

(3) Kommt der Erblasser aus einem Land, daß dinglich wirkende Noterbrechte kennt, will aber der Erblasser seinen deutschen Grundbesitz uneingeschränkt einer bestimmten Person, z. B. seiner Ehefrau, zuwenden, so wäre die Rechtswahl im Hinblick auf das deutsche, nur schuldrechtlich ausgestaltete Pflichtteilsrecht ein gutes Mittel, sein Ziel zu erreichen.

(4) Eine Rechtswahl ist sicher auch erwägenswert, wenn das ansonsten anwendbare Heimatrecht des Erblassers vom Notar nur schwer oder nur durch kostspielige Gutachten internationalprivatrechtlicher Institute zu ermitteln ist, sehr kompliziert ist oder mit unseren Gerechtigkeitsvorstellungen wenig gemein hat.

(5) Zum Teil wird vertreten, daß der Notar von einer Rechtswahl abraten soll, wenn das ohne Rechtswahl anzuwendende Heimatrecht des Erblassers bzgl. seines unbeweglichen Vermögens auf das Recht des Lageorts zurückverweist. Es wird behauptet, daß in diesen Fällen die Rechtswahl nichts bewirken würde und die Beurkundung nicht die dafür anfallende Gebühr wert wäre<sup>90</sup>. Zu beachten ist jedoch, daß sich das Heimatrecht des Erblassers ändern kann<sup>91</sup>, wenn die Nachlaßspaltung aufgegeben wird, was ja — wie oben bereits erwähnt — von der Haager Konferenz empfohlen wird und von Österreich im Jahre 1979 bereits vorexerziert worden ist. Infolgedessen ist das kein Grund, von der Rechtswahl abzuraten.

## C. Schluß

Welchen Stellenwert die eingeführte Rechtswahlmöglichkeit haben wird, kann sich erst in Zukunft zeigen, da bisweilen noch keine Gerichtsentscheidungen in diesem Bereich vorliegen.

Insgesamt ist es aber zu begrüßen, daß die „krause Gemengelage“<sup>92</sup> des bisherigen Internationalen Erbrechts, aber auch der sonstigen Vorschriften des EGBGB a.F. abgeschafft worden ist und daß das neue EGBGB den verfassungsrechtlichen Anforderungen Rechnung getragen und die bisherige Literatur und Rechtsprechung im wesentlichen ins Gesetz integriert hat, so daß das heutige EGBGB auch ohne Studium der Literatur und Rechtsprechung wieder eine echte Hilfe zur Lösung internationalprivatrechtlicher Probleme geworden ist.

85 A.a.O., § 9 Intern. Erbrecht, Rd.-Nr. 12.15 (S. 377).

86 Reinhart, BWNotZ 1987, 103; Ferid, a.a.O., § 9 Intern. Erbrecht, Rd.-Nr. 12.15 (S. 377).

87 Basedow, Die Neuregelung des Internationalen Privat- und Prozeßrechts, NJW 1986, 2977.

88 Krzywon, BWNotZ 1987, 5.

89 Krzywon, BWNotZ 1987, 5; zweifelnd Siehr, IPRax 1987, 7. Dazu jüngst OLG Düsseldorf MittRhNotK 1988, 68.

90 Ferid, a.a.O., § 9 Intern. Erbrecht, Rd.-Nr. 12.13 (S. 376).

91 Darauf weist Reinhart, BWNotZ 1987, 102 zutreffend hin.

92 Siehr, IPRax 1987, 8.

# Die Haager Konferenz und ihre Bestrebungen zur Reform des Internationalen Erbrechts\*

(von J. H. A. van Loon, Erster Sekretär am Ständigen Büro der Haager Konferenz, Den Haag)

In ganz Europa gibt es heutzutage eine große Anzahl fremd-staatiger Einwohner, und zwar aus verschiedenen Gründen. Die Europäische Gemeinschaft hat bewußt und gewollt zu einer Öffnung der Grenzen der Mitgliedstaaten beigetragen und tut dies immer mehr. In der Bundesrepublik wie in Frankreich wohnen heute rund 1,5 Millionen Staatsangehörige anderer EG-Mitgliedstaaten. Innerhalb der EG öffnen sich die Staatsgrenzen immer mehr. Diese Entwicklung relativiert zugleich die Bedeutung der Staatsangehörigkeit, die im Bereich der stets expandierenden EG kein Grund für Diskriminierung mehr sein darf. Anders verhält es sich mit der Immigration der Fremdarbeiter aus der Türkei, Marokko und anderen ehemaligen Kolonien Frankreichs, Großbritanniens, Belgiens und den Niederlanden, die teilweise weniger gut geplant wurde. Und dann gibt es noch die Flüchtlingsströme aus Ländern wie Vietnam und Sri Lanka — von denen sich viele dauernd im Westen niederlassen werden. Diese Entwicklungen sind solche der jüngeren Vergangenheit. Das bedeutet, daß die erbrechtlichen Konsequenzen sich uns heute noch nicht in Hülle und Fülle offenbaren; sie werden sich jedoch in den Jahren, die vor uns liegen, in aller Deutlichkeit zeigen. Das dürfte in gleichem Maße für andere Ursachen des zunehmenden internationalen Charakters des Erbrechts gelten, wie zum Beispiel für den Erwerb von Ferienhäusern und Alterssitzten im Ausland, das trotz internationaler Abkommen wachsende Phänomen der Doppelstaater usw.

In den kommenden Jahren wird daher das Erbrecht immer mehr international werden, werden Notare in ganz Europa immer mehr mit grenzüberschreitenden Nachlaßfällen zu tun bekommen. Und gerade da manifestiert sich, daß die Evolution des Erbrechts keinen Gleichschritt gehalten hat mit den wirtschaftlichen, soziologischen und öffentlich-rechtlichen Entwicklungen. Die Rechtsverschiedenheit der nationalen Erbrechte der verschiedenen Staaten ist eigentlich schon innerhalb der EG erstaunlich.

Dies darf ich vielleicht an der Stellung des überlebenden Ehegatten illustrieren. In der Bundesrepublik gehört der überlebende Ehegatte zu den gesetzlichen Erben und kann im Falle eines ihn enterbenden Testaments oder Erbvertrags von den Erben sein Pflichtteil verlangen, einschließlich desjenigen, was ihm als Zugewinnausgleich zukommt. In Frankreich dagegen hat der „*conjoint survivant*“ trotz der Reform von 1972 in den meisten Fällen noch immer nur einen Nießbrauch an Erbquoten, die, je nachdem mit welchen Verwandten des Erblassers der Ehegatte zusammentrifft, variieren. Ist ein Testament vorhanden, so gibt es für ihn überhaupt keinen Pflichtteil. In Luxemburg war vor 8 Jahren die Lage dieselbe wie in Frankreich; die Reform von 1979 hat die Stellung der Witwe (oder des Witwers) jedoch verstärkt und ihr oder ihm, auch wenn der Erblasser ein Testament gemacht hat, ein Wahlrecht gegeben zwischen, ver einfacht, dem Anteil eines Kindes oder dem Nießbrauch an der ehelichen Wohnung. Auch Belgien ist dem französischen Muster vor kurzem untreu geworden; die Reform von 1981 weicht allerdings vom luxemburgischen Modell ab: Sind Kinder vorhanden, so hat die Witwe ein Nießbrauchsrecht am gesamten Nachlaß. Außerdem kann der überlebende Ehegatte verlangen, daß dieser Nießbrauch vom Gericht in das volle Eigentum, eine Geldsumme oder Leibrente umgesetzt wird. Hatte der Verstorbene ein Testament gemacht, so behält der Ehegatte jedenfalls den Nießbrauch an der Hälfte des Nachlaßvermögens und insbesondere an der ehelichen Wohnung. In den common

law-Ländern, etwa Großbritannien, ist die Lage natürlich schon deshalb ganz anders als bei uns auf dem Kontinent, weil dort die Erben nicht unmittelbar in die Rechtsstellung des Erblassers einrücken, sondern zuerst eine besondere Person — *personal representative* — sich mit der Abwicklung der Schulden und Steuern befaßt. Hat der Verstorbene kein Testament gemacht, so wird der überlebende Ehegatte im englischen Recht ziemlich weitgehend gesetzlich geschützt: Auch wenn es Kinder gibt, wird er Volleigentümer bestimmter Sachen, die zum Haushalt gehören; ein gesetzliches Vermächtnis bis zur Höhe von 40.000 Pfund ist vom *personal representative* auszuzahlen, und schließlich wird ihm eine Art Nießbrauch („*life interest*“) an der Hälfte des restlichen Vermögens eingeräumt. Wie in Belgien kann die Witwe von dem *personal representative* verlangen, daß ihr statt des Nießbrauchs eine Geldsumme ausgezahlt wird. Und wie ist es, wenn der Verstorbene ein Testament gemacht hat? Auch hier weicht das Recht in England und das anderer common law-Länder wesentlich von den kontinentalrechtlichen Systemen ab. Nicht in dem Sinne, daß es eine unbeschränkte Testierfreiheit gibt. Das war dem Erblasser in England nur bis 1938 gestattet. Seitdem wird besonders der überlebende Ehegatte geschützt, nicht mittels eines gesetzlich fixierten Pflichtteils, sondern der Richter bestimmt im konkreten Fall, was dem Ehegatten als „*fair*“ zukommt.

Das Beispiel des überlebenden Ehegatten zeigt uns, wie groß schon in Europa die Rechtsverschiedenheit in einem wichtigen Punkt des Erbrechts ist und wie sie, seit kurzem, noch zugenommen hat. Gewiß, gemeinschaftliche Tendenzen fehlen nicht: So spürt man eine deutliche Neigung, den überlebenden Ehegatten — Frau und Mann — besser zu schützen. Ferner gibt es übereinstimmende Tendenzen in bezug auf die Stellung des nicht verheirateten Lebensgefährten. Dennoch, jedes Rechtssystem hat seine eigene Konzeption des Schutzes des Längstlebenden, besonders im Verhältnis zu den Familienmitgliedern.

Die Erklärung ist die, daß das Erbrecht nun einmal von der Sache her sehr traditionsgebunden ist. Der Vergleich mit einem geologischen Querschnitt sei gestattet: Die Oberfläche ist aus jüngster Zeit, aber je mehr man in die Tiefe geht, desto älter sind die Schichten. In dem Verbot bestimmter Verfügungen von Todeswegen (z. B. das Verbot von Erbverträgen [*pactes successoriaux*] in den lateinischen Ländern) ist die Reaktion des 18. und 19. Jahrhunderts gegen gewisse Praktiken der Feudalherrschaft erkennbar. In der Regelung der gesetzlichen Erbfolge kann man sogar die mittelalterliche, ja vormittelalterliche Großfamilie wiedererkennen.

Im Licht dieses gefühlsgebundenen Charakters des Erbrechts wäre es vollkommen illusorisch, den Versuch zu unternehmen, dieses Rechtsgebiet zu vereinheitlichen. Die Staaten könnten sich jedoch darüber einigen, daß auf denselben internationalen Erbfall dasselbe Recht angewendet wird. Eine Vereinheitlichung des Kollisionsrechts ist ohne eine internationale Zusammenarbeit aber undenkbar. Die praktischen Probleme, die sich schon jetzt und noch mehr in der Zukunft stellen werden, fordern ein internationales, wenn möglich weltweites Übereinkommen. Und jetzt ist die historische Chance da. Wir dürfen erwarten, daß die 36 Mitgliedstaaten der Haager Konferenz Ende Oktober 1988 ein Übereinkommen über das Recht, das auf Erbfälle anzuwenden ist, schließen werden<sup>1</sup>.

\* Überarbeiteter Text eines Vortrags vor der Mitgliederversammlung des Vereins für das Rheinische Notariat e. V., in Luxemburg am 7.11.1987. In den Fußnoten ist auf bestimmte nachherige Entwicklungen, besonders die Sechzehnte Sitzung der Haager Konferenz (Oktober 1988) kurz Rücksicht genommen.

1 Allerdings ist am 20.10.1988 in Den Haag das Übereinkommen zustandegekommen. Über die wichtigsten Änderungen im Vergleich mit dem Vorentwurf wird nachstehend in den Fußnoten kurz berichtet.

Vielleicht darf ich an diesem Punkt ein paar kurze Ausführungen zu der Organisation, der ich angehöre, der Haager Konferenz, machen. Im Laufe der Jahre hat die Erfahrung mich gelehrt, daß viele Außenstehende nicht genau wissen, was die Haager Konferenz ist und was sie tut.

Die erste Haager Konferenz wurde Ende letzten Jahrhunderts von der niederländischen Regierung zusammengerufen. Damals gab es noch keine ständige Organisation, die vier ersten Konferenzen fanden *ad hoc* statt. Sie waren sehr erfolgreich. Sie kennen alle noch das Haager Ehewirkungsabkommen von 1905, das erst vor kurzem von der Bundesrepublik im Zusammenhang mit dem Beschuß des BVerfG von 1983 über die Verfassungswidrigkeit der Verweisung auf das Heimatrecht des Mannes gekündigt worden ist. Obwohl 1925 und 1928 nochmals zwei Konferenzen einberufen wurden, brachten sie keine Verträge mehr zustande und es dauerte bis 1951, bis wieder eine erfolgreiche Konferenz — die siebte — stattfand. In diesem Jahr einigten sich die teilnehmenden Staaten auf ein gemeinsames Statut, die Organisation erhielt ihren Namen „Haager Konferenz“ und ein kleines Ständiges Büro wurde errichtet. Wir sind noch immer klein: 4 Juristen und 6 administrative Mitarbeiter. Das Budget beträgt weniger als 2 Millionen DM. Seit 1956 haben alle 4 Jahre diplomatische Sitzungen in Den Haag stattgefunden, die insgesamt mehr als 30 Abkommen zum Internationalen Privatrecht, Internationalen Prozeßrecht und über die internationale Zusammenarbeit zwischen administrativen und richterlichen Behörden hervorgebracht haben.

Als die Konferenz nach dem Zweiten Weltkrieg ihre Wiedergeburt erlebte, nahmen im Anfang nur die westeuropäischen Staaten teil und als einziges asiatisches Land Japan. Die Sprache war französisch. Als mehr und mehr common law-Länder Interesse zeigten, wurde auch englisch als Konferenzsprache zugelassen. Seit 1960 werden die Haager Abkommen in englisch und französisch abgefaßt. Die Teilnahme der common law-Länder war für die Entwicklung der Konferenz von großer Wichtigkeit. Ihr gelang der notwendige Kompromiß zwischen den verschiedenen Anknüpfungen im Familienrecht (Staatsangehörigkeit in den meisten kontinentaleuropäischen Ländern, Wohnsitz in den common law-Ländern). Sie hat den Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts weiterentwickelt, der z. B. im Internationalen Unterhaltsrecht eine wichtige Rolle spielt. Auch die Bejahung der Rechtswahl in einem Bereich, indem sie früher tabu war, nämlich im Familienrecht, insbesondere im Eheguterrecht, ist eine Folge der Zusammenarbeit der verschiedenen Rechtssysteme. Und ohne die Teilnahme der common law-Länder wäre das Übereinkommen über das auf Trusts anwendbare Recht und ihre Anerkennung von 1985 gar nicht denkbar gewesen. In den letzten Jahren sind viele lateinamerikanische Länder Mitglied geworden und, seit Juli 1987, auch China. Auch das wird natürlich wieder neue Entwicklungen mit sich bringen.

Einige Übereinkommen, die die Konferenz seit 1951 ausgearbeitet hat, sind für unser Thema von Bedeutung. Das gilt natürlich für das Testamentsformübereinkommen von 1961, das weltweit in Kraft ist, und das Übereinkommen über die internationale Nachlaßverwaltung von 1973, das noch nicht in Kraft getreten ist und worüber ich noch kurz etwas ausführen darf. Auf dem Gebiet des Familienrechts nenne ich nur das Übereinkommen über das auf Eheguterände anwendbare Recht von 1978. Dann gibt es noch das Trustübereinkommen von 1985.

Das Eheguterändeübereinkommen ist zwar jetzt noch nicht in Kraft. Es ist von Österreich und Portugal unterzeichnet und von Frankreich und Luxemburg ratifiziert worden. Zu erwarten ist, daß es im Jahre 1990 in Kraft treten wird. Dann werden die Niederlande wahrscheinlich auch ratifizieren. Obwohl noch nicht in Kraft, hat das Übereinkommen schon einen gewissen Einfluß gehabt. Die Rechtswahl im Eheguterrecht, die in diesem Übereinkommen eingeführt wurde, hat ihre Nachahmung im neuen österreichischen, türkischen und auch deutschen IPR-Gesetz und im schweizerischen IPR-Entwurf gefunden. Leider haben diese Gesetze nicht alle Beschränkungen, unter die das

Übereinkommen das Wahlrecht stellt, übernommen. Nun ist der Fall denkbar, daß eine Rechtswahl zugunsten des schweizerischen Rechts, die ein deutsches Ehepaar in der Bundesrepublik für seine Ferienwohnung in der Schweiz nach deutschem Recht gültig gemacht hat, nach schweizerischem IPR nichtig ist.

Zu hoffen bleibt, daß, wenn das Eheguterändeübereinkommen in Kraft treten wird, diese Staaten nochmals überlegen, ob es trotz Bedenken, die man vielleicht mit Recht erheben kann, nicht interessant wäre, das Übereinkommen zu ratifizieren.

Das Trustübereinkommen befaßt sich mit einer Rechtsfigur, die den Staaten der lateinischen Tradition nahezu völlig unbekannt ist. Ein großes Bedürfnis für eine Ratifikation des Trustübereinkommens dürfte es in der Bundesrepublik, wo man die Treuhand-Rechts-Figuren wie Vor- und Nacherbschaft und Testamentsvollstreckung kennt, vielleicht nicht geben. Um so wichtiger ist das Übereinkommen jedoch für die notarielle Praxis in Frankreich, Italien und anderen lateinischen Ländern. Die französischen Kollegen haben deshalb während ihres Kongresses in Toulouse im Sommer 1987 ihre Regierung gebeten, das Trustübereinkommen zu ratifizieren. Das Übereinkommen ist heute von Italien, Luxemburg, den Niederlanden und Großbritannien unterzeichnet worden. Die Vereinigten Staaten haben das Abkommen im Juni 1988, Kanada im Oktober 1988 unterzeichnet. Die Ratifizierung von Großbritannien wird bald erwartet. Das Inkrafttreten des Übereinkommens — drei Ratifizierungen sind erforderlich — dürfte dann nicht mehr lange auf sich warten lassen.

Damit komme ich zur Arbeit am Erbrechtsübereinkommen. Der Gedanke eines solchen Übereinkommens war nicht neu. Schon die erste Haager Konferenz im Jahre 1893 hatte es auf ihrem Programm. Damals und auch später im Jahre 1904 und in den zwanziger Jahren war man zu ambitioniert: Man wollte alles gleichzeitig regeln — die internationale Zuständigkeit in erbrechtlichen Fällen, die Frage des anwendbaren Rechts und die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Erbfällen. Das war zuviel: *qui trop embrasse, mal étirent*. Das Nachlaßverwaltungsübereinkommen von 1973 gibt aber vielleicht zu wenig, nämlich nur ein Zertifikat, mit dem die Erben oder der *personal representative* im Ausland leichter operieren, mit Banken verhandeln, Vermögensbestände einzahlen und verkaufen können usw. Bisher ist das Übereinkommen jedoch nicht in Kraft getreten. Italien, Luxemburg, die Niederlande, Großbritannien und die Türkei haben es zwar unterzeichnet, Portugal und die Tschechoslowakei ratifiziert, aber es fehlt noch eine Ratifikation. Einer der Gründe dieser fehlenden Begeisterung ist die Tatsache, daß das Übereinkommen uns über die Frage, *wer was und wie* aus dem Nachlaß erhält, im Dunkeln läßt. Die Kollisionsregeln der verschiedenen Staaten sind in bezug auf diese Fragen so verschieden, daß internationale Einheit der Nachlaßverwaltung eine abstrakte Idee bleibt, wenn man nicht voraussagen kann, wie der Nachlaß aufgeteilt werden wird.

Das war einer der Gründe, die die Konferenz im Jahre 1984 veranlaßt hat, nochmals den Versuch zu unternehmen, die Kollisionsregeln auf dem Gebiet des Erbrechts zu vereinheitlichen. Wir durften hoffen, daß dieser Versuch erfolgreicher sein würde, weil die Arbeit an den anderen Übereinkommen — über die Testamentsformen, das Eheguterrecht und den Trust — es ermöglichte, uns auf wenige Probleme zu konzentrieren. Aber Probleme gab es genug.

Unsere Untersuchung mittels einer Umfrage bei den Mitgliedstaaten zeigte zuallererst, wie groß die Unterschiede auch im Kollisionsrecht noch immer sind. Auf der einen Seite gibt es Länder wie die Bundesrepublik und die meisten anderen kontinentaleuropäischen Staaten, die davon ausgehen, daß nur *ein* einziges Recht den ganzen Nachlaß regiert, ungeachtet dessen, wo die Vermögensgegenstände sich befinden. Das ist also der Gedanke der *Einheit* des anwendbaren Rechts. Ganz anders ist es in Frankreich, Belgien und in Luxemburg, in den

common law-Ländern und in China, wo man eine Spaltung des anwendbaren Rechts akzeptiert: Das bewegliche Vermögen wird vom Recht des letzten Wohnsitzes beherrscht, das unbewegliche Vermögen vom Recht des Lageorts. Unsere Untersuchung ergab jedoch, daß im internationalen Privatrecht bestimmter Länder, z. B. in Österreich und einigen lateinamerikanischen Staaten, eine gewisse Bereitschaft besteht, den Spaltungsgedanken aufzugeben.

Zweitens ergaben sich Differenzen in bezug auf die Art und Weise, wie man das Recht findet: In manchen Staaten, die den Einheitsgedanken des Erbrechts vertreten wie die Bundesrepublik, Spanien, die osteuropäischen Staaten und Japan, ist die *Staatsangehörigkeit entscheidend*. Aber in der Schweiz, in Israel, Dänemark und Norwegen ist es der letzte *Wohnsitz* des Verstorbenen. Diese Anknüpfung gilt auch in den Spaltungsstaaten wie Frankreich, Belgien, Luxemburg, den common law-Ländern und China, soweit es das bewegliche Vermögen betrifft.

Drittens konnten wir feststellen, daß die verschiedenen Länder nicht darüber einig waren, ob dem Erblasser die Freiheit eingeräumt werden soll, selbst das anwendbare Recht zu wählen. Man spricht dann von *professio iuris*. Im neuen österreichischen IPR-Gesetz ist die Möglichkeit der Rechtswahl im Erbrecht erwogen, jedoch abgelehnt worden. Dagegen läßt der schweizerische Entwurf eines IPR-Gesetzes die *professio iuris* des nationalen Rechts zu, nicht nur für Ausländer mit Wohnsitz in der Schweiz, sondern auch für Schweizer mit Wohnsitz im Ausland. Ganz überraschend war natürlich, daß der deutsche Gesetzgeber im neuen deutschen IPR-Gesetz — im letzten Augenblick — eine beschränkte Rechtswahl ermöglicht hat, nämlich die zugunsten des deutschen Rechts für in der Bundesrepublik belegenes unbewegliches Vermögen. Die meisten Länder kennen die *professio iuris* jedoch nicht, obwohl es abenteuerliche Notare gibt wie in Holland, die, da das Gesetz schweigt, auch jetzt schon mit der Rechtswahl arbeiten.

Eine vierte Feststellung, die wir machen mußten, war, daß der Bereich des anwendbaren Rechts sehr stark variiert. Auf der einen Seite gibt es Erbrechtssysteme wie das deutsche und französische, nach dem die Erben die Rechte und Verpflichtungen, ja die Rechtsstellung des Verstorbenen direkt fortsetzen, auf der anderen Seite Systeme, wie das Recht der common law-Länder, aber auch das dänische und schwedische Recht, nach dem nicht die Erben den Nachlaß verwalten, sondern eine besondere Person unter der Kontrolle des Richters, ein „*personal représentative*“ in der common law-Terminologie, und zwar bei der gesetzlichen Erbfolge, ein „*administrator*“, bei der gewillkürten Erbfolge ein „*executor*“. Diese Länder machen also in ihrem internen Erbrecht einen Unterschied zwischen der Verwaltungsphase unter der Aufsicht der Gerichte — „*administration*“ oder, beim Testament, „*probate*“ — und der darauffolgenden Phase, der Berufung der Erben und der Teilung des Aktivbestandes („*succession*“). Dieser Unterschied im internen Erbrecht zwischen einerseits unmittelbarer Erbfolge und andererseits *administration* gefolgt von *succession*, spiegelt sich im Kollisionsrecht wider. Nach deutscher und französischer Auffassung umfaßt das anwendbare Recht die *ganze Erbfolge*, nach englischer, amerikanischer und auch dänischer Ansicht nur einen Teil davon. Die Administrations- oder Probatphase wird immer von der *lex fori*, dem eigenen Recht des Richters, beherrscht. Das gegebenenfalls anwendbare Erbrecht bezieht sich nur auf Fragen, die erst nachher zu beantworten sind, wie: Wer ist Erbe und was bekommt er?

Zusammenfassend konnten wir aufgrund unserer Untersuchungen feststellen, daß die Kollisionsregeln der verschiedenen Länder in vier wesentlichen Punkten voneinander abweichen: 1. Einheit des anwendbaren Rechts gegenüber Spaltung;

tung; 2. Staatsangehörigkeitsprinzip gegenüber Anknüpfung an den Wohnsitz; 3. *professio iuris* gegenüber der fehlenden Möglichkeit einer Rechtswahl; 4. Bereich des anwendbaren Erbrechts: beschränkt auf die Erbfolge im engeren Sinne, wie im anglo-amerikanischen Recht, oder umfassend wie im deutschen oder französischen Recht.

Ich muß gestehen, daß ich auf Grund dieser Feststellungen die erste Diskussion im November 1986 mit Spannung erwartete. Inwieweit würden die teilnehmenden Länder bereit sein, gelindere Saiten aufzuziehen? Über den vierten Punkt, den Bereich des Erbrechts, machten wir uns keine Illusionen. Die kollisionsrechtlichen Unterschiede reflektieren so tiefgehende Unterschiede der ganzen Konzeption des Erbrechts, daß es einfach nicht realistisch wäre, in dieser Hinsicht auf eine Vereinheitlichung des Kollisionsrechts zu hoffen. Das zeigte sich auch bei der Diskussion. Im Vorentwurf, der im Oktober 1987 am Ende unserer dritten vorbereitenden Sitzung der Sonderkommission angenommen wurde, findet man jetzt einerseits eine Liste der Gegenstände, die in jedem Fall vom anwendbaren Recht beherrscht werden, wie die Einsetzung der Erben, Pflichtteil, materielle Gültigkeit letztwilliger Verfügungen. Andererseits ist eine Bestimmung vorgesehen, die jedem Vertragsstaat die Freiheit einräumt, das Recht, das kraft des Übereinkommens anwendbar ist, auch auf andere Gegenstände anzuwenden.

Drei große Hauptfragen blieben damit übrig: Einheit oder Spaltung; Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit oder an den Wohnsitz; *professio iuris* und, wenn ja, innerhalb welcher Grenzen.

Zu unserer großen Erleichterung ergab sich schon während der Diskussionen im November 1986, daß die Sachverständigen aus den Spaltungsstaaten — Großbritannien, den Vereinigten Staaten und auch Frankreich — bereit waren, das Einheitssystem zu akzeptieren. Das ist ein enormer Schritt, über den man nicht leicht hinweg denken darf. Jahrhundertelang haben diese Staaten auf unbewegliches Vermögen das lokale Recht angewandt. Das ganze Sachenrecht und Grundbuchsystem ist darauf eingerichtet und der Erblasser und die Erben rechnen mit der Spaltung des Nachlasses. Das Kollisionsrecht dieser Staaten wird sich grundsätzlich ändern, wenn nur ein Recht den Nachlaß beherrscht, unabhängig davon, ob es sich um bewegliches oder unbewegliches Vermögen handelt und unabhängig vom Lageort.

Die große Diskussion galt daher den Themen: Staatsangehörigkeit gegenüber Wohnsitz und *professio iuris*. Zum Glück ergab sich schnell, daß die meisten Länder die Rechtswahl des Erblassers billigen konnten, obwohl manche gerne gesehen hätten, daß der Erblasser in keinem Fall den Pflichtteil des Rechts, das ohne Rechtswahl anwendbar wäre, umgehen kann. Die Antwort der großen Mehrheit war, daß dann die Rechtswahl zwecklos wäre und daß gegen eine Wahl des fremden Rechts in ihrer Totalität keine Bedenken bestehen, vorausgesetzt, daß die *professio iuris* in gewisser Hinsicht beschränkt werde. Und so hat es die Kommission auch entschieden: Der Vorentwurf enthält eine beschränkte Rechtswahl. Die Beschränkungen sind zweierlei: 1. Der Erblasser darf nur zwischen dem Recht seiner Staatsangehörigkeit und dem Recht seines gewöhnlichen Aufenthalts wählen. Die Möglichkeit einer Rechtswahl für unbewegliches Vermögen, wie das EGBGB sie jetzt kennt, wurde besprochen, aber am Ende abgelehnt. 2. Der Erblasser kann nur das Recht des Staates wählen, dem er im Zeitpunkt seines Todes angehört oder das Recht seines letzten gewöhnlichen Aufenthalts<sup>2</sup>.

Die Vorteile der *professio iuris* sind, vom Standpunkt des Erblassers und der notariellen Praxis, evident. Der Erblasser kann das Recht wählen, das gleichzeitig sein Eheguterrechtsstatut oder bestimmte Rechtshandlungen beherrscht, wie z. B. die

2 Im Endtext (vom 20.10.1988) ist diese Möglichkeit erweitert worden: Der Erblasser darf auch das Recht des Staates wählen, dem er im Zeitpunkt der Rechtswahl angehörte oder das Recht seines gewöhnlichen Aufenthalts in diesem Zeitpunkt. Ein beschränkter Vorbehalt gegen diese Erweiterung ist jedoch gestattet.

Errichtung eines Trusts *inter vivos* usw. Bezuglich der Form der Rechtswahl wird allerdings verlangt, daß sie ausdrücklich zu erfolgen hat. Auch die Notare der Union du Notariat latin, die bei den Verhandlungen in Den Haag als Beobachter sehr aktiv sind, haben dieses Erfordernis angeregt.

Große Meinungsverschiedenheiten entstanden bei der Frage, wie anzuknüpfen sei, wenn der Erblasser keine Rechtswahl getroffen hat. Soll dann die Staatsangehörigkeit oder der Wohnsitz entscheidend sein? Für die Sachverständigen war es nicht leicht, hier einen Kompromiß zu finden, und der Kompromiß, den der Vorentwurf enthält, ist vielleicht auch noch nicht das letzte Wort. Dabei muß man bedenken, daß der Begriff der Staatsangehörigkeit für kontinentaleuropäische Juristen in den meisten Fällen deutlich und klar, für Juristen der common law-Länder jedoch nicht eindeutig (in Großbritannien gibt es z. B. nicht weniger als 5 Staatsangehörigkeitsbegriffe), als Anknüpfungsbeziehung praktisch unbekannt und deshalb schwer zu akzeptieren ist. Anderseits ist ihr Begriff des „*Domicile*“ nicht einheitlich. Der „*domicile of origin*“ z. B. kommt unserem Begriff der Staatsangehörigkeit sehr nahe, aber der Begriff „*domicile of choice*“ — Wahl des Wohnsitzes — ist für uns schwer zu akzeptieren. Allerdings haben wir in den Haager Abkommen schon viel mit dem Begriff „gewöhnlicher Aufenthalt“ gearbeitet, der nach den konkreten faktischen Umständen festgestellt wird.

Der Kompromiß ist eine subtile Abwägung der beiden Begriffe Staatsangehörigkeit und gewöhnlicher Aufenthalt. Stirbt der Erblasser im Land seiner Staatsangehörigkeit, so gibt es kein Problem: sein Heimatrecht ist anzuwenden. Wohnt er im Ausland, dann ist sein Heimatrecht anzuwenden, wenn dieser Aufenthalt weniger als 5 Jahre gedauert hat. Damit sind die meisten Fälle zeitweiliger Arbeit im Ausland, Ferien usw. ausgeklammert. Übrig bleiben die Fälle, in denen der Erblasser länger als 5 Jahre tatsächlich im Ausland lebt. Dann neigt die Waagschale sich zugunsten des Aufenthalts. Nach 5 Jahren ist der Erblasser nämlich im allgemeinen stärker mit seinem neuen Aufenthaltsland als mit seinem Heimatrecht verbunden. In diesem Fall ist es auch gerechtfertigt, seiner Familie den Schutz des Rechts des Aufenthaltslandes zu gewähren.

Natürlich gibt es Ausnahmen, sowohl für den Zeitraum vor als auch nach dem Fünfjahreszeitraum. Wenn der Erblasser mit Wohnsitz im Ausland schon vor Ablauf von 5 Jahren stärker mit seinem neuen Land als mit seiner Heimat verbunden ist, kann ausnahmsweise das Recht des Aufenthaltsortes angewandt werden. Sollte der Erblasser jedoch nach dem Fünfjahreszeitraum noch stärker mit seinem Heimatrecht verbunden sein als mit dem des Aufenthaltsortes, dann macht der Vorentwurf keine Ausnahme. Verschiedene Staaten, besonders die common law-Länder, würden in diesem Fall eine Vorschrift bevorzugen, die sich besser den Umständen des Einzelfalls anpassen läßt. Es sollte, nachdem wir zusammen soweit gekommen sind, möglich sein, auch hier eine Lösung zu finden, wenn wir uns im Oktober 1988 auf der diplomatischen Konferenz wiedersehen werden<sup>3</sup>.

Abschließend möchte ich noch auf eine interessante Neuheit des Vorentwurfs hinweisen. Bisher hatten wir in den vorbereitenden Sonderkommissionen noch nicht über gemeinschaftliche Testamente und Erbverträge gesprochen. Die dritte Sonderkommission hat aber jetzt vorläufig entschieden, einen Abschnitt über Verträge über den Nachlaß aufzunehmen. Das ist völlig neu und deshalb hat man sofort eingeräumt, daß diese Vorschriften fakultativ sein werden. Es gibt zwei Arten von Erbverträgen: Zum einen gibt es Erbverträge, an denen ein

einziger Erblasser beteiligt ist, z. B. wenn eine Tochter mit ihrem Vater einen Vertrag schließt, in dem sie auf ihren Anteil am Nachlaß des Vaters verzichtet, weil er ihr zu Lebzeiten große Geschenke gemacht hat. Zum anderen gibt es auch Erbverträge, an denen zwei Erblasser beteiligt sind, wenn z. B. Ehegatten wechselseitig über ihren Nachlaß einen Vertrag schließen. Der Vorentwurf wendet im Fall des Vaters und der Tochter seine Bestimmungen nur auf den Vater an, bei den Ehegatten jedoch kumulativ. Beide Rechte müssen also den Erbvertrag gestatten. Der Zeitpunkt des Vertrags — also nicht des Todes — ist maßgebend. Und so ist es auch schon jetzt im deutschen Recht. Neu ist, daß auch hier eine Rechtswahl vorgesehen ist, die sehr liberal ist. Wählbar ist das Recht des Landes, dem eine der Parteien angehört oder in dem sie ihren Wohnsitz hat.

Probleme gibt es hier noch für die common law-Länder, die überhaupt nicht daran gewöhnt sind, diese Verträge im Lichte des Erbrechts zu sehen.

Alles zusammengenommen habe ich den Eindruck, daß wir mit diesem Vorentwurf auf dem richtigen Weg sind. Es ist ein langer Weg gewesen. Schon unsere Vorfahren wollten ja im vergangenen Jahrhundert das Kollisionsrecht vereinheitlichen. Auch die internationale Zuständigkeit der Gerichte und die Anerkennung ausländischer Entscheidungen wollten sie vereinheitlichen. Ich glaube es ist besser, daß — wie ich soeben ausgeführt habe — wir uns jetzt zunächst nur mit dem anwendbaren Recht befaßt haben. Das andere wird später kommen. Die Vereinheitlichung des Kollisionsrechts wird schon ohnehin ein Meilenstein in der Geschichte sein. Wir brauchen jetzt, da Staatsgrenzen immer transparenter werden, wenigstens im Kollisionsrecht eine gemeinschaftliche Sprache. Das Übereinkommen wird einen großen Beitrag zu diesem Verständnis liefern. Es wird die Spaltung zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen beseitigen. Allerhand Schwierigkeiten — wie die Frage: was ist bewegliches, was ist unbewegliches Vermögen — werden dadurch eliminiert. Die Rechtswahl und ihre Anerkennung in den Vertragsstaaten werden zugelassen. Die einheitliche Anwendung des ohne Rechtswahl anwendbaren Rechts in den Vertragsstaaten in bezug auf die wichtigen Fragen der Verteilung wird ermöglicht. Rück- und Weiterverweisung sind nicht mehr notwendig, weil die Notare und Gerichte in den Vertragsstaaten alle dasselbe Recht anwenden werden. Und so gibt es noch viele andere Vorteile. Natürlich, es kostet auch etwas. Die common law-Länder müssen ihre beliebte Spaltung und „*Domicile*“ aufgeben, die Franzosen ihre Spaltung und die Privilegierung ihrer Landesangehörigen. Die Deutschen werden in manchen Fällen die Staatsangehörigkeit als Anknüpfungsmoment aufgeben müssen und insoweit interessanterweise auf die Lehre des großen deutschen Rechtsgelehrten von Savigny zurückgehen. Für von Savigny war im Erbrecht das Recht des Wohnsitzes des Erblassers maßgebend, nicht das Recht seiner Staatsangehörigkeit.

Diese Zugeständnisse sind bei internationalen Verhandlungen nun einmal unvermeidlich. Aber das Ergebnis eines größeren Verständnisses im Internationalen Erbrecht sollte man nicht unterschätzen. Gelingt es mit dem Übereinkommen, dann können wir auch weiter. Das Nachlaßverwaltungsübereinkommen von 1973 schließt, wenn ich richtig sehe, an dem Vorentwurf sehr gut an. Vielleicht wird es eine Wiedergeburt erleben. Formen der Zusammenarbeit z. B. zwischen Zentralbehörden in verschiedenen Vertragsstaaten sind denkbar. Man könnte an Vereinheitlichung des Zuständigkeitsrechts der Gerichte denken usw.

Zuerst brauchen wir jetzt das neue Übereinkommen. Die Tatsachen fordern es, die europäische notarielle Praxis fordert es.

3 Die Lösung ist im Endtext (vom 20.10.1988) gefunden. Ausnahmsweise, falls der Erblasser offenbar stärker mit seinem Heimatstaat verbunden ist, ist dessen Recht anwendbar.

# Rechtsprechung

## 1. Allgemeines/Grundbuchrecht — Auslegung einer Vollmacht im Rahmen eines Bauherrenmodells

(BayObLG, Beschuß vom 20.10.1988 — BReg. 2 Z 105/88 — mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

BGB § 133  
GBO § 19

1. Das GBA hat den Umfang einer Vollmacht selbständig zu prüfen. Im Zweifel ist die Vollmacht nach den für Grundbuckerklärungen geltenden Grundsätzen auszulegen. Führt dies zu keinem eindeutigen Ergebnis, so ist, wenn der behauptete Umfang der Vollmacht nicht nachgewiesen ist, von dem geringeren auszugehen.
2. Zur Auslegung einer Vollmacht zur Abgabe von Berichtungsbewilligungen in einem Treuhandvertrag, der im Rahmen eines Bauherrenmodells abgeschlossen wurde.

### Zum Sachverhalt:

In sieben Grundbüchern sind jeweils Teileigentumsrechte nach dem WEG vorgetragen; als Eigentümer sind derzeit als Gesellschafter bürgerlichen Rechts jeweils die Firma B, sowie eine größere Zahl weiterer Personen eingetragen, darunter die Bet. zu 2) bis 8). Die Teileigentumsrechte sind im Rahmen eines sog. Bauherrenmodells begründet worden. Treuhänder der Bauherren war die Firma N. Ursprünglich waren als Eigentümer der Teileigentumsrechte die Firmen N. und B, als Gesellschafter bürgerlichen Rechts im Grundbuch eingetragen. Anstelle der Fa. N. sind inzwischen die einzelnen Bauherren in die Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingetreten und im Grundbuch eingetragen worden.

Der zwischen den Bauherren (Treugeber) und der Fa. N. (Treuhand) abgeschlossene Treuhandvertrag lautet auszugsweise wie folgt:

#### § 1 Tätigkeit des Treuhänders

1. Zur Bearbeitung und Durchführung des Bauvorhabens beauftragt der Treugeber den Treuhänder, die Rechte des Treugebers umfassend wahrzunehmen, den Treugeber vertraglich zu binden und die in diesem Zusammenhang erforderlichen Rechtshandlungen im Namen und für Rechnung des Treugebers vorzunehmen.
2. Der Treugeber betraut den Treuhänder insbesondere mit nachfolgenden Treuhand- und Verwaltungsaufgaben:
  - a) Zunächst im eigenen Namen, jedoch auf Rechnung des Treugebers in den Fonds einzutreten. . . .
  - b) die zu einem Hinzuerwerb bzw. einer etwaigen Abtretung von Flächen, . . . . erforderlichen Verträge zu schließen, . . . .
  - c) die Belastung des Grundbesitzes bzw. der Teileigentumseinheiten . . . vorzunehmen . . . .
  - d) für den Treugeber ein oder mehrere Konten bei Banken zu eröffnen, . . . .
  - e) Darlehensverträge mit Kreditinstituten wegen der Zwischen- und Endfinanzierung abzuschließen, Grundpfandrechte zu bestellen . . . .
  - f) alle sonstigen Erklärungen abzugeben und Handlungen vorzunehmen, die nach den mit Bauherren abgeschlossenen Verträgen erforderlich sind;
  - g) Anträge und Bewilligungen, die in dem vorstehenden Zusammenhang erforderlich und zweckdienlich sind, gegenüber Privatpersonen, Behörden und dem GBA einschließlich Erklärungen, wie die Eintragung, Rangänderung einschließlich Rangrücktritt und die Löschung von Rechten, abzugeben und entgegenzunehmen . . . .
  - h) die folgenden, im einzelnen noch auszuhandelnden Verträge abzuschließen:
    - aa) . . . .
    - bb) . . . .
  - cc) nach Vollzug des Teilungsvertrags . . . den Vertrag über den Beitritt zur Grundstücks-GbR abzuschließen und die Grundbuchberichtigung zu bewilligen und zu beantragen, sobald dies der Treugeber verlangt.

...

§ 3  
Vollmachten

1. Zur Erfüllung davorstehend unter § 1 genannten Aufgaben wird hiermit der Treuhänder bevoilmächtigt.

...

§ 4  
Dauer des Vertrages

1. Der Treuhandvertrag ist nur aus wichtigem Grund kündbar. . . .
2. Im übrigen endet das Treuhandverhältnis, ohne daß es einer Kündigung bedarf, durch Zweckerreichung. Sie ist mit Erwerb der Beteiligung und Volleintritt in die GbR . . . und Erteilung der Abrechnung über das errichtete Bauwerk gegeben. . . .

...

Am 27. 5. 1987 bewilligten die Fa. B. sowie die Fa. R., die unter Berufung auf die der Fa. N. als Treuhänderin erteilte Vollmacht für die übrigen als Eigentümer eingetragenen Gesellschafter handelt, ferner D. und die Bet. zu 1), das Grundbuch dahin zu berichtigten, daß in Abt. I der jeweiligen Teileigentumsrechte anstelle der Fa. B. die Bet. zu 1) als Eigentümerin eingetragen wird. Zur Begründung wurde vorgetragen, D. sei neu in die GbR eingetreten und habe seinen Anteil auf die Bet. zu 1) übertragen; die Fa. B. sei aus der Gesellschaft ausgeschieden.

Den Eintragungsantrag hat das GBA abgewiesen. Die Beschwerde der Bet. zu 1) hat das LG „kostenpflichtig“ zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde.

### Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist unbegründet.

#### 1. Das LG hat zur Begründung ausgeführt:

Die Fa. N. habe keine Vollmacht, die als Eigentümer eingetragenen Gesellschafter bei einem Wechsel im Gesellschafterbestand zu vertreten. Aus dem Gesamtinhalt des § 1 Abs. 2 des Treuhandvertrags werde deutlich, daß dem Treuhänder Aufgaben zugewiesen seien, die sich nur auf die Durchführung des Bauvorhabens bis zur Beendigung beziehen. Die Auswechslung der Fa. B., die ursprünglich neben der Fa. N. Anfangsgesellschafterin gewesen sei, stelle keine Maßnahme im Rahmen der Bearbeitung und Durchführung des Bauvorhabens dar. Die Fa. N. könne die Eigentümer nur insoweit vertreten, als es sich um den Beitritt zu der neu gegründeten GbR handle und insoweit Grundbuchberichtigungsanträge erforderlich seien; außerdem sei Voraussetzung, daß der Treugeber dies verlange. Es könne dahingestellt bleiben, ob das Treuhandverhältnis noch fortbestehe, weil eine Zweckerreichung noch nicht vollständig eingetreten sei. Das Fortbestehen der Vollmacht sei hiervon getrennt zu beurteilen.

Eine Grundbuchberichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises komme nicht in Betracht, weil ein solcher Nachweis nicht erbracht sei.

#### 2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Sind im Grundbuch als Eigentümer Gesellschafter bürgerlichen Rechts eingetragen, so geht das Eigentum bei Anwachung des Anteils eines ausscheidenden Gesellschafters gem. §§ 736, 738 Abs. 1 S. 1 BGB, bei Eintritt eines neuen Gesellschafter, sowie bei Übertragung des Anteils eines Gesellschafters, sofern dies der Gesellschaftsvertrag zuläßt oder alle Gesellschafter zustimmen (vgl. Palandt, 47. Aufl., § 717 BGB, Anm. 1 a), außerhalb des Grundbuchs über (KEHE/Ertl, 3. Aufl., § 22 GBO, Rd.-Nr. 36; § 20 GBO, Rd.-Nr. 28). Dann liegt ein Fall der nachträglichen Grundbuchunrichtigkeit vor (Horber/Demharter, 17. Aufl., § 22 GBO, Anm. 5b). Eine Berichtigung des Grundbuchs setzt voraus, daß entweder die Berichtigung bewilligt oder die Unrichtigkeit dem GBA nachgewiesen wird (§§ 19, 22 Abs. 1 S. 1 GBO).

Im vorliegenden Fall soll das durch Eigentumsübergang außerhalb des Grundbuchs durch Eintritt eines neuen Gesellschafters unrichtig gewordene Grundbuch aufgrund Bewilligung berichtig werden. Erforderlich ist hierzu die Bewilligung der von der berichtigenden Eintragung Betroffenen (§ 19 GBO). Dies sind die derzeit im Grundbuch eingetragenen Eigentümer als Buchberechtigte, weil ihr grundbuchmäßiges Recht von der Berichtigung durch Eintragung des wahren Berechtigten betroffen wird (Horber/Demharter, § 22 GBO, Anm. 9, § 19 GBO, Anm. 10c; KEHE/Ertl, § 22 GBO, Rd.-Nrn. 67, 70). Die Berichtigungsbewilligung kann wie jede Eintragungsbewilligung auch durch einen Vertreter abgegeben werden (Horber/Demharter, § 19 GBO, Anm. 16a). Dies ist hier hinsichtlich der Bauherren geschehen, für die die Fa. R. als Vertreter die Berichtigung bewilligt hat. Es kann dahinstehen, ob in grundbuchmäßiger Form das Bestehen und die Vertretungsbefugnis hinsichtlich dieser Gesellschaft nachgewiesen sind (vgl. § 32 Abs. 2 GBO) sowie die Identität mit der Fa. N., dervon den Bauherren als Treuhänder der Vollmacht erteilt wurde. Denn diese Vollmacht berechtigt nicht zur Abgabe der hier erteilten Berichtigungsbewilligung.

b) Das GBA hat nicht nur die Wirksamkeit einer Vollmacht, sondern insbesondere auch den Umfang der Vollmacht selbstständig zu prüfen (BayObLG Rpfleger 1986, 216; OLG Köln DNotZ 1984, 569, 571; Horber/Demharter, Anm. 16a, KEHE/Ertl, Rd.-Nr. 187, je zu § 19 GBO). Bei Zweifeln ist der Umfang der Vollmacht durch Auslegung zu ermitteln; dabei gelten die für Grundbucheklärungen aufgestellten Grundsätze (BayObLGZ 1984, 155, 157 f.; Horber/Demharter, Anm. 8a, KEHE/Ertl, Rd.-Nr. 90, je zu § 20 GBO). Bei der Auslegung ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (BayObLG DNotZ 1984, 562, 563 f.; OLG Frankfurt Rpfleger 1980, 185; Horber/Demharter, § 19 GBO, Anm. 8b; KEHE/Ertl, Einl., Rd.-Nr. C 26).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat das LG die in dem Treuhandvertrag erteilte Vollmacht zu Recht nicht als ausreichende Grundlage für die Abgabe der Berichtigungsbewilligung durch die Fa. R. angesehen. Das LG hat die im Vordergrund stehende Bestimmung des § 1 Abs. 2 Buchst. h cc, welche die Bewilligung der Grundbuchberichtigung ausdrücklich anspricht, als nähere Ausgestaltung des Abs. 1 dahin ausgelegt, daß sie nur die im Zusammenhang mit dem Beitritt von Bauherren zu der GbR notwendig werdende Grundbuchberichtigung betrifft. Diese Auslegung entspricht der nächstliegenden Bedeutung der Bestimmung. Denn Ziel des Vorhabens, in dessen Rahmen der Treuhandvertrag abgeschlossen wurde, war es, daß die Bauherren durch Beitritt zu der GbR Eigentümer der einzelnen Teileigentumsrechte werden und dies im Grundbuch verlautbart wird.

Um einen solchen Vorgang handelt es sich bei der vorliegenden Grundbuchberichtigung nach dem unwidersprochen gebliebenen Sachvertrag der Bet. zu 2) bis 6) nicht; danach geht es um einen Gesellschafterwechsel nach „Vollzeichnung“ der Gesellschaft. Eine abschließende Prüfung dieser Frage ist dem GBA im Grundbucheintragungsverfahren nicht möglich, weil das GBA zur Anstellung von Ermittlungen nicht berechtigt und auch nicht verpflichtet ist (allg. M.: Horber/Demharter, Anh. zu § 13 GBO, Anm. 1b m. w. N.). Es genügt, daß an dem in Anspruch genommenen Vollmachtsumfang Zweifel bestehen. In einem solchen Fall ist, sofern der behauptete Vollmachtsumfang nicht in grundbuchmäßiger Form (vgl. § 29 GBO) nachgewiesen ist, nur von dem geringeren Umfang auszugehen (BayObLG NJW-RR 1987, 792, 793; Horber/Demharter, § 19 GBO, Anm. 16c). Danach kann die vorliegende Vollmacht nicht als ausreichend für die Abgabe der Berichtigungsbewilligung namens der in die GbR bereits eingetretenen Bauherren angesehen werden.

Schließlich weist das LG zutreffend darauf hin, daß bei der gegebenen Sachlage § 4 des Treuhandvertrags keine ausschlaggebende Bedeutung zukommt. Auch wenn das Treuhandverhältnis als solches noch nicht beendet ist, ändert dies nichts daran, daß die in dem Treuhandvertrag erteilte Vollmacht die hier vorliegende Berichtigungsbewilligung nicht abdeckt.

## 2. Schuldrecht - Ausschluß des gesetzlichen Rücktrittsrechts durch Sondervorschriften des AGBGB über den Leibgedingsvertrag

(BayObLG, Beschuß vom 27. 9. 1988 — AR H 1 Z 10/88 — mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

**BayAGBGB Art. 17, 20  
PrAGBGB Art. 15 §§ 7, 8  
BGB § 530**

1. Die Art. 17, 20 BayAGBGB (= Art. 15 §§ 7, 8 PrAGBGB) stellen gegenüber den Vorschriften des BGB Sonderregelungen dar und schließen den Rücktritt vom Leibgedingsvertrag vollständig aus, soweit er auf Nichterfüllung und Verzug gestützt wird. Offen bleibt, ob ein Rücktritt möglich ist, wenn dem Berechtigten ein Festhalten am Vertrag infolge eines Verhaltens unzumutbar geworden ist, das eine Vertragsverletzung darstellt und nicht allein eine Störung der persönlichen Beziehungen bewirkt.
2. Der Schenkungswiderruf wegen groben Undanks ist beim Leibgedingsvertrag zulässig.

### Zum Sachverhalt:

Die Ast. hat durch Vertrag vom 17. 3. 1983 ihrer Nichte, der Ag., ihr Wirtschaftsgebäude samt Hofraum und Grünland gegen ein Wohnungs- und Mitnutzungsrecht sowie den Austrag übertragen. Danach hat sie die Schenkung wegen groben Undanks, arglistiger Täuschung und Vertragsbruchs widerrufen sowie angefochten. Sie forderte die Rückabwicklung des Vertrags wegen Rücktritts und Wegfalls der Geschäftsgrundlage. Das LG P. hat durch Urteil vom 29. 12. 1983 eine Klage auf Rückübereignung des Anwesens abgewiesen. Die Entscheidung ist rechtskräftig geworden.

Das LG P. hat eine zweite Klage der Ast. auf Rückübereignung des Anwesens durch Urteil vom 10. 3. 1987 abgewiesen. Die Berufung der Ast. hat das OLG München durch Urteil vom 29. 4. 1988 zurückgewiesen. Es hat eine arglistige Täuschung verneint und einen beiderseitigen Motivirrtum bei Vertragsabschluß nicht für ausreichend angesehen, eine Rückabwicklung des Vertrags zu rechtfertigen. Einen Anspruch hierauf hat das OLG auch verneint, soweit die Ast. Klage und Berufung auf eine Reihe von Vertragsverletzungen stützt und Tatsachen behauptet, welche die persönlichen Beziehungen der Parteien des Rechtsstreits gestört haben sollen. Das OLG hat entweder die Tatsachen für unbewiesen gehalten, den Sachvertrag für unsubstantiiert angesehen oder nicht als geeignet, den von der Ast. erhobenen Anspruch zu begründen.

Die Ast. hat zu Protokoll der Geschäftsstelle des BayObLG um Prozeßkostenhilfe für eine Revision nachgesucht. Sie hält das Urteil des OLG für unrichtig, vor allem, weil verschiedene Zeugen falsch ausgesagt hätten und weil das Berufungsgericht Zeugenaussagen fehlerhaft gewürdigt habe.

### Aus den Gründen:

1. (wird ausgeführt)
2. Dem gem. § 117 Abs. 1 S. 1 ZPO wirksam gestellten Antrag auf Prozeßkostenhilfe für eine Revision wird nicht stattgegeben, weil das beabsichtigte Rechtsmittel keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat (§ 119 S. 2; § 114 ZPO). Eine Revision würde aller Voraussicht nach unbegründet sein. Das Urteil des OLG erscheint dem Senat jedenfalls im Ergebnis als richtig.
3. Die Rechtskraft des Urteils vom 29. 12. 1983 steht den Erfolgsaussichten einer Revision nicht entgegen (wird ausgeführt).
4. Die Ast. hat mit der Ag. einen Leibgedingsvertrag geschlossen, auf den der Dritte Abschnitt des Bayerischen Ausführungsgesetzes zum BGB anzuwenden ist. Darin sind die Rechtsfolgen von Leistungsstörungen ausdrücklich und besonders geregelt. Diese Vorschriften schließen eine Rückgewähr des übergebenen Anwesens vollständig aus.
  - a) Selbst wenn die Ag. als Verpflichtete mit ihren Leistungen in Rückstand geraten wäre, würde wegen Art. 17 BayAGBGB (vgl. Art. 15 § 7 PrAGBGB) ein Rücktritt infolge Nichterfüllung oder Verzugs (§ 325 Abs. 1; § 326 BGB) sowie ein Herausgabeanspruch aus § 527 BGB ausgeschlossen sein. Das gilt selbst

dann, wenn es sich um erhebliche Leistungen handelt (h. M.; Sprau/Ott, Justizgesetze in Bayern, Art. 17 AGBGB, Rd.-Nr. 2 m. w. N.). Es wird zwar für möglich gehalten, daß in ganz besonderen Ausnahmefällen bei positiven Vertragsverletzungen sich der Berechtigte auf Grund des § 242 BGB vom Vertrag lossagen könnte, wenn ihm nicht zugemutet werden kann, das Vertragsverhältnis aufrechtzuerhalten (vgl. BayObLGZ 1964, 344, 348). So schwerwiegende Vertragsverletzungen, die dafür in Frage kämen, hat die Ast. aber nicht einmal behauptet (wird ausgeführt).

b) Eine Störung der persönlichen Beziehungen zur Ast. als Berechtigter, die durch ein Verhalten der Ag. als Verpflichteter veranlaßt wird, kann auf Grund des Art. 20 S. 1 BayAGBGB (vgl. Art. 15 § 8 PrAGBGB) nur dazu führen, daß die Berechtigte die Wohnung auf dem Grundstück aufgeben und den Aufwand verlangen kann, den eine andere angemessene Wohnung erfordert. Daneben vermag Art. 20 S. 2 BayAGBGB (vgl. Art. 15 § 8 PrAGBGB) einen Schadenersatzanspruch zu begründen.

Aus dieser abschließenden Sonderregelung folgt, daß Handlungen und Unterlassungen der Verpflichteten, die das persönliche Verhältnis der Vertragsparteien belasten, zu keiner Rückabwicklung des Leibgedingsvertrags, somit nicht zu einem Anspruch auf Rückübereignung des Anwesens führen.

5. Der Widerruf einer (auch gemischten) Schenkung auf Grund des § 530 Abs. 1 BGB mit einem daraus folgenden Herausgabebeanspruch aus § 531 Abs. 2 BGB ist durch Art. 17 BayAGBGB nicht ausgeschlossen (h. M.: Sprau/Ott, Art. 17 AGBGB, Rd.-Nr. 6 m. w. N.); es besteht aber keine hinreichende Aussicht dafür, daß diese Voraussetzungen bejaht werden können. Hierfür wäre eine von der Ag. ausgehende schwere Verfehlung gegen die Ast. erforderlich, die vorsätzlich begangen (Palandt/Putzo, 47. Aufl., § 530 BGB, Anm. 2a) und gegen die Ast. gerichtet ist. Die Mißhandlungen und Tätschkeiten des Zeugen sind als Verhalten eines Dritten nicht geeignet, den Widerruf zu begründen (BGH NJW 1962, 955). Es sind keine bestimmten Behauptungen aufgestellt, wann, wo und wie die Ag. den Zeugen zu diesen Handlungen veranlaßt habe, so daß ihr diese Taten nicht zugerechnet werden könnten. Was die Ast. unmittelbar der Ag. anlastet, kann auch in der Gesamtheit nicht als schwere Verfehlung eingestuft werden.

**3. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht — Nachweis des Gläubigeranspruchs bei Erteilung eines neuen Grundschuldbriefes**  
(BayObLG, Beschuß vom 11. 5. 1988 — BReg. 2 Z 44/88 — mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

#### **GBO §§ 29; 67**

**Wer die Erteilung eines neuen Grundschuldbriefs beantragt und nicht als Gläubiger der Grundschuld im Grundbuch eingetragen ist, muß sein Gläubigerrecht in entsprechender Anwendung des § 29 GBO nachweisen.**

#### **Zum Sachverhalt:**

Im Grundbuch ist an einem Grundstück unter der Ifd. Nr. 1 eine Grundschuld für Georg K. eingetragen. Bei dieser Ist am 15. 6. 1971 vermerkt worden, daß über den Nachlaß des Gläubigers das Konkursverfahren eröffnet ist. Der Konkursverwalter verzichtete in einem gerichtlichen Vergleich vom 24. 1. 1979 gegenüber dem Bet. gegen Zahlung von 20.000,— DM auf die Grundschuld und trat sämtliche Ansprüche bezüglich dieser und des dazugehörigen Grundschuldbriefs, insbesondere auch alle Herausgabe- und Schadenersatzansprüche gegen jeden Dritten, an den Bet. ab. Am 6. 4. 1979 gab der Konkursverwalter in öffentlich beglaubigter Form eine gleichlautende Abtretungserklärung ab. Der Bet. erwirkte am 8. 12. 1981 ein Ausschlußurteil, das den Grundschuldbrief für kraftlos erklärt. Ein Antrag des Bet. auf Ausstellung eines neuen Grundschuldbriefs blieb in allen Instanzen ohne Erfolg, weil der Bet. sein Gläubigerrecht nicht nachgewiesen hatte.

#### **Aus den Gründen:**

Das Rechtsmittel ist unbegründet.

#### **1. Das LG hat ausgeführt:**

Der Bet. mache geltend, der Grundschuldbrief habe sich im Zeitpunkt der Grundschuldbabtretung in der Hand von Gertrud W. befunden. Zum Nachweis hierfür habe er Ablichtungen eines Schreibens des seinerzeitigen Konkursverwalters vom 18. 12. 1987 an die Staatsanwaltschaft vorgelegt sowie eines diesem Schreiben beigefügten Briefs von Gertrud W. vom 4. 7. 1987, dessen Original sich in den Akten der Staatsanwaltschaft befindet. Ferner habe er ein Schreiben von Gertrud W. vom 22. 10. 1987 des Inhalts vorgelegt, sie habe den Grundschuldbrief 1979 und danach bis zu seiner Vernichtung durch sie im Jahr 1983 in ihrem Besitz gehabt. Schließlich sei die Beziehung der staatsanwaltschaftlichen Akten beantragt worden und die Vernehmung von Gertrud W. als Zeugin.

Die vorliegenden Nachweise und Beweisangebote genügen nicht den strengen Anforderungen des Grundbuchrechts. Der Bet. hätte Nachweise durch Vorlage öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunden erbringen müssen.

#### **2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung stand.**

a) Der Senat hat in seinen Beschlüssen vom 12. 3. und 25. 9. 1987 (BayObLG DNotZ 1988, 111, 113; 120) ausgeführt, daß das GBA gem. § 70 Abs. 1 i. V. m. § 67 GBO einen neuen Grundschuldbrief nur auf Antrag des „Berechtigten“ erteilen könne, so daß der Bet. als Ast. sein Gläubigerrecht hinsichtlich der Grundschuld nachweisen müsse; da ihm der Grundschuldbrief nicht übergeben worden sei und er diesen nicht vorlegen könne, sondern nur ein Ausschlußurteil und eine Erklärung des Konkursverwalters im Konkurs über den Nachlaß des eingetragenen Grundschuldbläubigers, daß ihm der Herausgabebeanspruch hinsichtlich des Briefs abgetreten werde, müsse der Bet. auch das Bestehen eines solchen Herausgabebeanspruchs nachweisen; dies schließe den Nachweis ein, daß der Grundschuldbrief bei Abtretung der Grundschuld körperlich noch vorhanden gewesen sei.

b) Zu Recht verlangen die Vorinstanzen, daß der Bet. die danach erforderlichen Nachweise durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden erbringt.

(1) Grundbuchsachen sind im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu erledigen, so daß die Vorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuwenden sind, soweit nicht die GBO eine abweichende Regelung trifft oder die Anwendung einzelner Vorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit dem Wesen des Grundbuchverfahrens nicht vereinbar ist (BayObLG DNotZ 1981, 392; Horber/Demharter, 17. Aufl., Anm. 8, KEHE/Eickmann, 3. Aufl., Rd.-Nr. 27, je zu § 1 GBO). Das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist durch den Grundsatz der Amtsermittlung geprägt (§ 12 FGG). Danach hat das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung des Sachverhalts erforderlichen Ermittlungen vorzunehmen und die geeignet erscheinenden Beweise zu erheben. Ergänzt wird § 12 FGG durch die Vorschrift des § 15 FGG, welche die Bestimmungen der ZPO über die Beweisaufnahme weitgehend für entsprechend anwendbar erklärt.

(2) Die Grundsätze der Amtsermittlung finden im vorliegenden Verfahren zunächst dadurch eine Einschränkung, daß gem. § 67 GBO ein neuer Grundschuldbrief nur auf Antrag erteilt wird (zu den Ausnahmen s. Horber/Demharter, Anm. 2, Gütte/Triebel, 6. Aufl., Rd.-Nr. 3, je zu § 67 GBO). Ein wirksamer Antrag, der keiner Form bedarf (Horber/Demharter, Anm. 2c, Gütte/Triebel, Rd.-Nr. 6, je zu § 67 GBO), liegt vor. Das gesetzliche Antragserfordernis hat zur Folge, daß das auf die Erteilung eines neuen Briefs gerichtete Verfahren nicht von Amts wegen eingeleitet wird. Dies schließt es aber noch nicht aus, daß bei Vorliegen eines Antrags das weitere Verfahren nach Maßgabe des § 12 FGG abgewickelt wird (Keidel/Ameling, 12. Aufl., § 12 FGG, Rd.-Nr. 23).

(3) Eine weitere Einschränkung erfahren die §§ 12; 15 FGG im Grundbuchverfahren durch § 29 GBO. Nach dieser Bestim-

mung können Nachweise nur durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden erbracht werden; eigene Ermittlungen sind dem GBA damit verwehrt (BayObLG Rpfleger 1982, 467; Horber/Demharter, Anm. 6, KEHE/Herrmann, Rd.-Nr. 9, je zu § 29 GBO). Die einschränkende Vorschrift des § 29 GBO ist im Hinblick auf die Gefahren getroffen worden, die aus unrichtigen Eintragungen wegen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs erwachsen. Grundbucheintragungen sollen daher auf eine möglichst sichere Grundlage gestellt werden. Deshalb wird nur der Beweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden zugelassen (Horber/Demharter, Anm. 1, KEHE/Herrmann, Rd.-Nr. 2, je zu § 29 GBO). Nach ihrem Wortlaut gilt die Vorschrift nur in Verfahren, die eine Grundbucheintragung zum Ziel haben. Diese Voraussetzung liegt hier nicht vor.

(4) Gleichwohl können für den Nachweis des Gläubigerrechts, der im Rahmen eines Antrags nach § 67 GBO zu erbringen ist, die Grundsätze der §§ 12; 15 FGG nicht gelten. Sie können nur in den eigentlichen Amtsverfahren der GBO zur Anwendung kommen, nämlich in den Verfahren gem. §§ 53; 84 ff.; 90 ff. GBO. Die in § 29 GBO zum Ausdruck gekommene Beschränkung der grundsätzlichen Verpflichtung des Richters der freiwilligen Gerichtsbarkeit, von Amts wegen den Sachverhalt aufzuklären und die geeigneten Beweise zu erheben, muß auch für den Nachweis des Gläubigerrechts im Rahmen eines Antrags nach § 67 GBO gelten. Dies folgt aus dem Wesen des Grundbuchverfahrens. In seinem Mittelpunkt steht das Eintragungsantragsverfahren. Es ist das Kernstück grundbuchamtlicher Tätigkeit. In der für dieses Verfahren geltenden Regelung des § 29 GBO kommt zum Ausdruck, daß einerseits der Ast., der ein Tätigwerden des GBA verlangt, die hierfür erforderlichen Nachweise beizubringen hat (sog. grundbuchrechtlicher Beibringungsgrund- satz: Meikel/Böttcher, GBR, 6. Aufl. Einl., Rd.-Nrn. F 81 ff.) und andererseits nur ein Urkundennachweis zugelassen ist. Dadurch wird das grundbuchrechtliche Verfahren insgesamt geprägt. Es hat keine streitentscheidende Funktion. Sie kommt allein den Gerichten der streitigen Gerichtsbarkeit zu. Das im Rahmen des § 67 GBO für die Antragsberechtigung nachzuweisende materielle Gläubigerrecht kann im Einzelfall von mehreren Personen in Anspruch genommen werden und zwischen diesen streitig sein. Würden die Grundsätze der §§ 12; 15 FGG für anwendbar erachtet, käme es dem GBA zu, diesen Streit zu entscheiden. Im vorliegenden Fall müßte das GBA von Amts wegen mit den Beweismitteln der ZPO nicht nur die Frage klären, ob der Grundschuldbrief bei Abtretung noch körperlich vorhanden war, sondern insbesondere auch die weitere Frage, ob dem Konkursverwalter überhaupt ein Herausgabeanspruch gegen die nunmehr behauptete Briefbesitzerin Gertrud W. zu stand. Dies würde den Rahmen eines Grundbuchverfahrens sprengen. Das KG ist daher in seiner Entscheidung vom 21.12.1916 (OLG 38, 10, 11) ohne nähere Begründung als selbstverständlich davon ausgegangen, daß das Gläubigerrecht bei einem Antrag nach § 67 GBO „mit den im Grundbuchverkehr vorgeschriebenen Beweismitteln (§ 29 GBO)“ nachgewiesen werden müsse. Auch in seiner Entscheidung vom 20.11.1913 (KGJ 45, 294) geht es von der Notwendigkeit eines urkundlichen Nachweises aus (S. 295, 299). Im Hinblick auf diese Entscheidungen verlangen Güthe/Triebel (§ 67 GBO, Rd.-Nr. 7) und Thieme (6. Aufl., § 67 GBO, Anm. 2) bei der Antragstellung nach § 67 GBO, daß ein Übergang des Gläubigerrechts außerhalb des Grundbuchs durch Urkunden nachgewiesen wird. Der nicht näher begründeten Ansicht von KEHE/Eickmann (§ 67 GBO, Rd.-Nr. 4), für das Verfahren gelte § 12 FGG, vermag der Senat nicht zu folgen. Ein gewisser Hinweis darauf, daß der Gesetzgeber im Rahmen des § 67 GBO die Vorschrift des § 12 FGG nicht für anwendbar erachtet, mag in der Ausgestaltung von § 26 Abs. 3 S. 1 GBMaßnG zu sehen sein. Nach § 26 Abs. 1, 4 GBMaßnG ist dem Antrag des Berechtigten auf Erteilung eines neuen Grundpfandrechtsbriefs außer in dem Fall des § 67 GBO auch statzugeben, wenn der Brief durch Kriegseinwirkungen vernichtet worden oder abhanden gekommen und sein Verbleib seitdem nicht bekannt geworden ist. § 26 Abs. 3 S. 1 GBMaßnG bestimmt sodann, daß das GBA die erforderlichen Ermittlungen von Amts wegen anzustellen hat.

Dieser Bestimmung hätte es nicht bedurft, wenn § 12 FGG bei dem Antrag auf Erteilung eines neuen Grundpfandrechtsbriefs ohnehin anwendbar wäre.

Der durch beglaubigte Abtretungserklärungen legitimierte Besitzer eines Grundschuldbriefs hat gem. § 1155 BGB die gleiche Rechtsstellung wie der eingetragene Gläubiger. Dies rechtfertigt es, die Erteilung des Briefs an einen nicht eingetragenen Gläubiger von den gleichen strengen Voraussetzungen abhängig zu machen wie die Grundbucheintragung.

c) Das Vorbringen zur Begründung der weiteren Beschwerde rechtfertigt keine andere Beurteilung.

(1) Durch das Urteil des LG vom 14.10.1982 ist mit Rechtskraft unter den Verfahrensbet., nämlich den Bet., dem Konkursverwalter und Udo W. lediglich festgestellt, daß der Bet. in dem auf die Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks folgenden Verteilungsverfahren wegen seiner Forderung vor derjenigen von Udo W. aus dem auf die bestehen gebliebene Grundschuld entfallenden und hinterlegten Betrag zu befriedigen ist. Von der Rechtskraftwirkung werden nicht die Entscheidungsgründe erfaßt, sondern lediglich der Entscheidungssatz (Thomas/Putzo, 15. Aufl., § 322 ZPO, Anm. 5, 6b). In den Entscheidungsgründen ist allerdings ausgeführt, der Bet. sei im Hinblick auf die Abtretung des Konkursverwalters i. V. m. dem Ausschlußurteil voll legitimierter Inhaber des Grundpfandrechts. Der Senat hat bereits in seinem Beschuß vom 12. 3.1987 dargelegt, daß diese Rechtsansicht jedenfalls im Bereich des § 67 GBO nicht zutrifft, weil das Ausschlußurteil zwar den Briefbesitz ersetzt, nicht aber die zum Rechtserwerb erforderliche Briefübergabe oder einen Übergabeersatz (BayObLG DNotZ 1988, 111, 113).

(2) In seinem Beschuß vom 23. 9.1987 hat der Senat ange- deutet, auf welche Weise sich der Bet. die erforderlichen Nachweise beschaffen könnte (BayObLG DNotZ 1988, 120, 121 f.). Sollte sich dieser Weg aus welchen Gründen auch immer nicht als gangbar erweisen, kann dies kein Grund dafür sein, die Anforderungen an die Nachweise im Rahmen des § 67 GBO herabzusetzen. Der Senat hat in seinem erwähnten Beschuß ausgeführt, daß die geforderten Nachweise notwendig sind, um Dritte vor einem Rechtsverlust zu bewahren (BayObLG DNotZ 1988, 120, 121). Sollte sich ergeben, daß der Bet. die verlangten Nachweise nicht erbringen kann, so ist dies eine Folge davon, daß er sich auf die Abtretung eines Briefrechts eingelassen hat, ohne daß ihm der Brief übergeben wurde und ohne daß ihm der Verbleib des Briefs aufgezeigt werden konnte. Die Beurteilung der Frage, ob ihm im Hinblick darauf Ansprüche aus dem der Abtretung zugrunde liegenden Rechtsgeschäft zustehen könnten, ist nicht Sache des Senats.

(3) Der Bet. rückt nunmehr den Nachweis in den Vordergrund, daß der Brief bei Abtretung der Grundschuld an ihn körperlich noch vorhanden war. Zunächst obliegt ihm jedoch wegen der Verpflichtung, sein Gläubigerrecht zu beweisen, der Nachweis, daß dem Konkursverwalter überhaupt ein Herausgabeanspruch hinsichtlich des Briefs gegen einen Dritten zustand. Nur in diesem Zusammenhang ist als notwendige Voraussetzung die Existenz des Briefs zu beweisen. Selbst wenn die vorgelegten Unterlagen und die angebotenen Beweise als ausreichender Nachweis für das seinerzeitige Vorhandensein des Briefs angesehen würden, wäre dadurch noch keineswegs das Bestehen eines Herausgabeanspruchs bewiesen. Im Gegenteil ergibt sich aus den Unterlagen, daß Udo W., dessen Ehefrau Gertrud W. behauptet, den Brief in Besitz gehabt zu haben, Gläubiger der Grundschuld geworden ist; jedenfalls nimmt dieser das Gläubigerrecht mit der Behauptung in Anspruch, der eingetragene Grundschuldbläbiger habe ihm die Grundschuld zu notarieller Urkunde vom 3. 3.1967 abgetreten. Ob insoweit eine Rückübertragungspflicht bestand, wie in dem genannten Urteil des LG ausgeführt wird, berührt die dingliche Rechtsstellung nicht. Außerdem ist in den dem GBA vom Bet. vorgelegten Unterlagen davon die Rede, daß die Grundschuld am 15. 4. 1973 an eine Firma M. Corporation of America abgetreten wurde. Aus den Grundakten ergibt sich ferner, daß der Grundschuldbrief am Tag der Eintragung des Rechts im Grundbuch am 9. 3.1967 Peter W. und nicht dem eingetragenen

Grundschuldgläubiger ausgehändigt wurde. Schließlich ist im Grundbuch bezüglich der Grundschuld ein Verfügungsverbot „gegen die Abtretungsgläubiger“ Horst-Dieter, Udo und Peter W. eingetragen.

Dies alles ist eher geeignet, das Gläubigerrecht des Bet. zu widerlegen als zu beweisen. Darüber hinaus kann es sogar die zugunsten des eingetragenen Gläubigers streitende Vermutung des § 891 BGB in Frage stellen. Es zeigt jedenfalls, wie berechtigt es ist, daß das GBA strenge Anforderungen an den Nachweis des Gläubigerrechts stellt.

Unabhängig davon, in welcher Form diese Nachweise zu erbringen sind, ist nicht einmal schlüssig vorgetragen, daß dem Konkursverwalter hinsichtlich des Briefs bei Abtretung der Grundschuld an den Bet. ein Herausgabeanspruch zustand, den er ebenfalls an den Bet. abgetreten hat.

#### 4. Liegenschaftsrecht/WEG — Inhaltliche Bestimmtheit eines Sondernutzungsrechtes

(LG Wuppertal, Beschuß vom 8. 4. 1988 — 6 T 300/88 — mitgeteilt von Rechtsanwalt Dieter Rudloff, Velbert)

##### WEG § 15 Abs. 1

**Die Regelung in der Teilungserklärung, daß dem jeweiligen Eigentümer einer bestimmten Sondereigentumseinheit das Sondernutzungsrecht an einer bestimmten Grundstücksfläche „zu beliebiger, rechtlich zulässiger Nutzung“ eingeräumt wird, ist inhaltlich ausreichend bestimmt.**

(Leitsatz nicht amtlich)

##### Zum Sachverhalt:

...

In der notarlielen Urkunde vom 21.12.1987 haben die Bet. die Teilung ihres Eigentums an dem vorstehend näher bezeichneten Grundstück in Mitteigentumsanteile gem. § 8 WEG erklärt. Der Notar hat zur Eintragung in das Grundbuch beantragt, die Teilung des Grundbesitzes gem. § 2 der Teilungserklärung sowie die Bestimmungen der §§ 3—8 der Teilungserklärung als Inhalt des Sondereigentums. In § 6 der vorerwähnten Teilungserklärung heißt es u. a., daß der jeweilige Eigentümer der im Aufteilungsplan mit Nr. 1 bezeichneten Sondereigentumseinheit das alleinige Sondernutzungsrecht an dem in dem als Anlage 2 zu dieser Urkunde genommenen Lageplan näher gekennzeichneten Grundstücksflächen „zu beliebiger, rechtlich zulässiger Nutzung“ hat.

Durch die angefochtene Zwischenverfügung hat der Rechtsanwalt des GBA beanstandet, daß das eingeräumte Sondernutzungsrecht in der vorerwähnten urkundlichen Formulierung nicht dem zu beachtenden Bestimmtheitserfordernis entspreche. Er hat die nähere inhaltliche Ausgestaltung des Sondernutzungsrechts sowie den entsprechenden Nachweis in einer Ergänzungsurkunde für erforderlich erachtet.

##### Aus den Gründen:

In der Sache hat das Rechtsmittel Erfolg. Es führt zur Aufhebung der angefochtenen Zwischenverfügung und Anweisung an das AG, von den geäußerten Bedenken gegen die beantragte Eintragung Abstand zu nehmen.

Den Bedenken des Rechtsanwalt des GBA in der angefochtenen Zwischenverfügung gegen die beantragte Eintragung auch des Sondernutzungsrechts kann nicht begegnet werden.

Gem. § 15 Abs. 1 WEG können die Wohnungseigentümer den Gebrauch auch des gemeinschaftlichen Eigentums durch Vereinbarung regeln. Demgemäß kann — schon durch die Teilungserklärung — ein Sondernutzungsrecht eingeräumt werden, d. h. einem Wohnungseigentümer ein bestimmter Bereich des gemeinschaftlichen Eigentums zur ausschließlichen Nutzung zugewiesen werden. Dieser Fall liegt hier vor. Gem. § 6 der Teilungserklärung vom 21.12.1987 ist dem jeweiligen Eigentümer der im Aufteilungsplan mit Nr. 1 bezeichneten Sondereigentumseinheit ein dort näher bestimmter Bereich des gemeinschaftlichen Eigentums an dem Grundstück zur Nutzung zugewiesen worden.

Die dort vorgesehene Regelung, wonach der betreffende Wohnungseigentümer die bezeichnete Grundstücksfläche in beliebiger, rechtlich zulässiger Art und Weise nutzen darf, ist rechtlich zulässig und verletzt mithin auch nicht den im Grundbucheintrag stets zu beachtenden Bestimmtheitsgrundsatz. Die in der angefochtenen Zwischenverfügung zutage tretende Auffassung des Rechtsanwalt des GBA, das eingeräumte Sondernutzungsrecht müsse eine nähere inhaltliche Ausgestaltung erfahren, was letztlich darauf hinausläuft, daß Sondernutzungsrechte sich auf bestimmte einzelne Nutzungsarten beschränken müssen, findet im Gesetz keine Stütze. Weder aus dem Gesetz noch aus dem Wesen des Sondernutzungsrechts lassen sich Anhaltspunkte dafür herleiten, ein Sondernutzungsrecht könne zulässigerweise nur in bezug auf einzelne Nutzungsarten eingeräumt werden. Vielmehr gilt, daß ein Sondernutzungsrecht unbeschränkt, wenn auch hinsichtlich der Nutzungsarten beschränkbar, eingeräumt werden kann. Jedenfalls stehen der Begründung eines umfassenden und ausschließlichen Nutzungsrechts einzelner Wohnungseigentümer an Teilen des gemeinschaftlichen Eigentums gesetzliche Vorschriften, insbesondere solche des WEG, nicht entgegen (vgl. BayObLG Rechtsanwalt 1981, 299; KG Rechtsanwalt 1983, 20; Haegele/Schöner/Stöber, GBR, 8. Aufl., Rd.-Nr. 2910; so auch Bärmann/Pick/Merle, 6. Aufl., § 15 WEG, Rd.-Nr. 18).

Ist danach die Einräumung auch solcher Sondernutzungsrechte zulässig und eintragungsfähig, die sich nicht auf bestimmte einzelne Nutzungsarten beschränken, so läßt sich im vorliegenden Fall auch nicht feststellen, daß die Grenze der zulässigen Einräumung des Sondernutzungsrechts dadurch überschritten wäre, daß dieses jedwede nur denkbare Nutzungsart umfassen soll, insbesondere auch die Befugnis, bauliche Veränderungen i. S. v. § 22 Abs. 1 WEG vornehmen zu dürfen (vgl. KG, a.a.O., 21; Bärmann/Pick/Merle, a.a.O.). Denn die Erklärung der Bet. über die Einräumung des Sondernutzungsrechts ergibt hinreichend deutlich, daß keine weitergehende, über die rechtliche Zulässigkeit hinausgehende Berechtigung begründet werden soll. Die Bet. haben ausdrücklich bestimmt, daß das Sondernutzungsrecht zu beliebiger, also unbeschränkter Nutzung, allerdings nur in den Grenzen der rechtlichen Zulässigkeit berechtigen soll. Ein solcher Inhalt des Rechts ist nicht zu beanstanden, erweist sich nach den vorstehenden Ausführungen insbesondere als zulässig und auch hinreichend bestimmt.

#### 5. Liegenschaftsrecht/Erbrecht — Voraussetzungen für die Löschung des Nacherbenvermerks wegen Unrichtigkeit (BayObLG, Beschuß vom 4. 8. 1988 — BReg. 2 Z 19/88 — mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Dernhaber, München)

##### BGB § 2113 GBO §§ 22; 29; 51

**Zur Löschung des Nacherbenvermerks wegen Unrichtigkeit des Grundbuchs infolge entgeglicher Verfügung des befreiten Vorerben.**

##### Zum Sachverhalt:

1. Die Bet. zu 1) ist Alleineigentümerin dreier Grundstücke, an denen ein Nacherbenvermerk eingetragen ist. Diese Grundstücke stammen aus einem größeren Areal, das der Mutter der Bet. zu 1) als Miteigentümerin zu 1/6 gehört hatte. Die Mutter der Bet. zu 1) hatte 1960 ein notarielles Testament errichtet, in dem sie ihre Kinder, nämlich die Bet. zu 1), einen Bruder und eine Schwester, als Erben zu gleichen Teilen einsetzte. Zugleich hatte sie bestimmt:

„Ersatzerben sollen die Abkömmlinge meiner Erben zu unter sich gleichen Teilen sein.“

Diejenigen meiner Erben, welche bei meinem Ableben ohne ehelebliche leibliche Abkömmlinge sind und dies auch bis zu ihrem Tode bleiben, sollen nur befreite Vorerben sein.

Nacherben sollen diejenigen Erben sein, welche als ihre Ersatzerben in Frage gekommen wären.

Die Nacherbschaft soll mit dem Tode des Vorerben eintreten.“

Die Mutter starb am 14.10.1962. Die Bet. zu 1) beerbte sie zu  $\frac{1}{4}$ . Im Grundbuch wurde für diesen erbengemeinschaftlichen Anteil ein Nacherbenvermerk zugunsten der Kinder des Bruders und der Schwester der Bet. zu 1) eingetragen, nämlich der Mutter der Bet. zu 2) und 3) sowie der Bet. zu 4) mit 11).

Das auf dem Grundbesitz betriebene Familienunternehmen hatte der Bruder der Bet. zu 1) als Einzelkaufmann geführt. Die Bet. zu 1) und ihre Schwester waren als stille Gesellschafterinnen beteiligt. Gem. Vertrag vom 11.4.1964 betragen die Einlagen des Bruders als Geschäftsinhaber 400.000,— DM und der beiden Schwestern als stille Gesellschafterinnen je 250.000,— DM. Mit notariellem Vertrag vom 9.12.1971 gründeten die Bet. zu 1), ihre Schwester und ihr Bruder eine KG, in der der Bruder persönlich haftender Gesellschafter mit einem Kapitalanteil von 640.000,— DM, die beiden Schwestern Kommanditistinnen mit Hafteinlagen von je 400.000,— DM wurden. Als Einlagen wurden eingebracht vom Bruder das bisherige einzelkaufmännische Unternehmen mit Aktiven und Passiven sowie das Eigentum bzw. die Miteigentumsanteile an den zum Betriebsvermögen gehörenden Grundstücken, von den Kommanditistinnen ihre Einlagen aus den stillen Gesellschaften, ihre Guthaben auf den Privatkonten sowie ihre Anteile an den zum Betriebsvermögen gehörenden Grundstücken. Diese Grundstücke waren schon vorher in der Steuerbilanz des Unternehmens als Betriebsvermögen geführt worden, gingen aber nun nach dem Gesellschaftsvertrag in das Alleineigentum der KG über.

Mit notariellem Kaufvertrag vom 17.12.1984 veräußerte die KG aus dem ihr übergekommenen zum Betriebsvermögen gehörenden Grundbesitz drei Grundstücke an die Bet. zu 1). Dabei wurde die Löschung des Nacherbenvermerks an den verkauften Grundstücken bewilligt und beantragt. Da nicht alle Nacherben der Löschung des Nacherbenvermerks zustimmten, wurde die Bet. zu 1) unter Aufrechterhaltung des Nacherbenvermerks als Eigentümerin eingetragen.

2. Die Bet. zu 1) betreibt jetzt die Löschung des Nacherbenvermerks wegen Unrichtigkeit des Grundbuchs mit der Begründung, die Übertragung der Mitberechtigung an den Grundstücken auf die KG sei eine entgeltliche Verfügung und damit gegenüber den Nacherben wirksam gewesen.

Das GBA hat mit Zwischenverfügung vom 18.8.1986 die Löschung der Nacherbenvermerke von der Zustimmung aller Nacherben abhängig gemacht und nach Ablauf der Frist zur Bebringung der Zustimmungserklärungen mit Beschluß vom 25.6.1987 den Antrag auf Löschung abgewiesen.

## Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel ist begründet. Es führt zur Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen und zu der Anweisung an das GBA, den Nacherbenvermerk zu löschen.

### 1. Das LG hat ausgeführt:

Zwar sei die Bet. zu 1) befreite Vorerbin, so daß sie ohne Zustimmung der Nacherben über ein zum Nachlaß gehörendes Grundstück verfügen könne, sofern es sich um eine entgeltliche Verfügung handle. Unentgeltliche Verfügungen könne auch der befreite Vorerbe nicht vornehmen. Dem Antrag auf Löschung des Nacherbenvermerks wäre somit dann stattzugeben, wenn entweder die Nacherben der Löschung zustimmten oder das Grundbuch unrichtig geworden wäre. Eine Unrichtigkeitslage dann vor, wenn das Grundstück infolge wirksamer Verfügung der Vorerbin aus dem Nachlaß ausgeschieden wäre. Der Unrichtigkeitsnachweis sei in der Form des § 29 GBO zu führen. Da die Bet. zu 4), 5), 6) und 7) einer Löschung des Nacherbenvermerks nicht zugestimmt hätten, sei zu prüfen, ob das Grundbuch unrichtig geworden sei. Es fehle jedoch an einem Entgeltlichkeitsnachweis in der Form des § 29 GBO. Durch notarielle Urkunden sei zwar die Verfügung über das Grundstück nachgewiesen, nicht jedoch deren vollständige Entgeltlichkeit. Dazu wäre erforderlich, zumindest durch Auslegung der notariellen Urkunden feststellen zu können, daß dem Vorerben eine gleichwertige Gegenleistung zugeflossen sei. Hier fehle eine Angabe des Wertes der eingebrachten Grundstücke; weiter sei der Wert des Gesellschaftsanteils, der als Gegenwert angesehen werden könne, nicht ermittelbar. Die Entgeltlichkeit der Grundstücksübertragung sei auch nicht offensichtlich. Es erscheine zumindest eine teilweise unentgeltliche Verfügung denkbar.

### 2. Die Entscheidung des LG hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Zutreffend ist der rechtliche Ausgangspunkt des LG, daß ein Nacherbenvermerk nur dann gelöscht werden kann, wenn entweder die eingetragenen Nacherben die Löschung bewilligt haben oder die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen ist, §§ 19; 22 Abs. 1 GBO (BayObLG DNotZ 1983, 318, 319 m. w. N.; Horber/Demharter, 17. Aufl., § 51 GBO, Anm. 13; KEHE/Eickmann, 3. Aufl., § 51 GBO, Rd.-Nr. 28; Haegeler/Schöner/ Stöber, GBR, 8. Aufl., Rd.-Nr. 3510; Palandt/Edenhofer, 47. Aufl., § 2113 BGB, Anm. 1c aa).

b) Da die Bet. zu 4), 5), 6) und 7) die Löschung nicht bewilligt haben, setzt die Löschung den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs voraus, wobei dieser Nachweis grundsätzlich in der Form des § 29 GBO zu führen ist (BayObLG DNotZ 1974, 235, 236; 1983, 320, 322; OLG Frankfurt MittBayNot 1980, 77). Hier kommt als Grund für die Unrichtigkeit nur in Betracht, daß die Bet. zu 1) über die Grundstücksanteile mit Wirksamkeit gegenüber den Nacherben verfügt hat. Das ist nach § 2113 Abs. 2 BGB der Fall, wenn die Verfügung entgeltlich erfolgte (BayObLG DNotZ 1983, 318, 320). Die Verfügung ist den Nacherben gegenüber schon dann unwirksam, wenn sie teilweise unentgeltlich war (BayObLG DNotZ 1974, 235, 236; OLG Frankfurt MittBayNot 1980, 77).

Eine Verfügung ist unentgeltlich i. S. v. § 2113 Abs. 2 BGB, wenn der Vorerbe — objektiv betrachtet — ohne gleichwertige Gegenleistung ein Opfer aus der Erbschaftsmasse bringt und — subjektiv betrachtet — weiß, daß für dieses Opfer keine gleichwertige Gegenleistung zufießt, oder die Unzulänglichkeit der Gegenleistung hätte erkennen müssen (OLG Frankfurt MittBayNot 1980, 77).

c) Die Vorinstanzen haben für den Nachweis der Entgeltlichkeit als der Voraussetzung für die Unrichtigkeit des Grundbuchs zu hohe Anforderungen gestellt und daher zu Unrecht eine wenigstens teilweise Unentgeltlichkeit der Übertragung der Beteiligung an den Grundstücken auf die KG angenommen.

(1) Die Rspr. hat schon seit langem erkannt, daß ein rechnerisch genauer Nachweis der Entgeltlichkeit in der Form des § 29 GBO in aller Regel nicht möglich ist. Sie hat daher das GBA für berechtigt und verpflichtet angesehen, bei der Prüfung dieser Frage Regeln der Lebenserfahrung und der Wahrscheinlichkeit anzuwenden, und in den Begriff der Unentgeltlichkeit das subjektive Tatbestandsmerkmal aufgenommen (vgl. BayObLG DNotZ 1956, 304, 305 f.; OLG Hamm DNotZ 1969, 675 f.; OLG Frankfurt MittBayNot 1980, 77; Staudinger/Behrends, 12. Aufl., § 2113 BGB, Rd.-Nr. 62 und 68). Von — auch nur teilweiser — Unentgeltlichkeit kann deshalb nicht schon dann ausgegangen werden, wenn ein besserer Preis erzielbar gewesen wäre oder wenn Leistung und Gegenleistung nicht völlig ausgeglichen sind. In solchen Fällen müßte vielmehr zusätzlich das subjektive Element vorliegen, daß der Vorerbe bei ordnungsmäßiger Verwaltung der unter Nacherbschaft stehenden Nachlaßmasse die Unzulänglichkeit der Gegenleistung hätte erkennen müssen.

(2) Im vorliegenden Fall kann zwar nicht übersehen werden, daß durch die Übertragung aller Miterbenanteile an den Betriebsgrundstücken auf die KG die Bet. zu 1) ihre sachenrechtliche Mitbeteiligung an den Grundstücken verloren hat und die Grundstücke nunmehr dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger ausgesetzt sind, was vorher bei Bestehen der stillen Gesellschaften nicht der Fall war. Doch ist zu bedenken, daß dadurch auch das Gesellschaftsvermögen der KG an Wert gewachsen ist und damit die Kreditwürdigkeit der KG zugenommen hat. An diesem Wertzuwachs hat auch der Kommanditanteil der Bet. zu 1) teilgenommen.

Wenn dieser Anteil auch gesellschaftsintern im Vergleich zu den Mitgesellschaftern gleich geblieben ist, so spricht doch die wirtschaftliche Erfahrung dafür, daß sein gemeiner Wert oder auch der Auseinandersetzungswert des Kommanditanteils höher ist als vorher der Wert der stillen Einlage, der ohne die Betriebsgrundstücke zu berechnen war. Demnach fehlen auch ohne konkrete Angaben über den Wert der Grundstücke und der Kommanditanteile im notariellen Vertrag vom 9.12.1971 hinreichende Anhaltspunkte für eine Vermögensminderung in

dem der Nacherbschaft unterliegenden Vermögen der Bet. zu 1) nach der Gründung der KG.

Doch selbst wenn ein gewisses Ungleichgewicht zwischen den eingebrachten Anteilen an den Grundstücken und dem Wertzuwachs der Beteiligung am Familienunternehmen bestünde, fehle es doch an dem weiteren Erfordernis, daß die Übertragung der Anteile an den Grundstücken auf die KG nicht ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses entsprach und die Bet. zu 1) das Ungleichgewicht hätte erkennen können. Für beides fehlt jeder Anhaltspunkt. Die Auflösung der beiden stillen Gesellschaften und die Gründung einer KG zum Betrieb des Familienunternehmens beruhte offensichtlich auf einer gründlichen gesellschaftsrechtlichen und steuerrechtlichen Beratung und entsprach wirtschaftlicher Vernunft, weil eine KG einerseits die Kontinuität des Unternehmens besser schützt und andererseits eine flexible, angemessene Beteiligung weiterer Familienangehöriger auch in den kommenden Generationen ermöglicht.

Dabei ist klarzustellen, daß wegen des Grundsatzes der Surrogation (§ 2111 Abs. 1 S. 1 BGB) auch nach Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch die Rechte der Nacherben nicht untergehen, sondern sich am Kommanditanteil oder am künftigen Auseinandersetzungsguthaben der Bet. zu 1) fortsetzen (vgl. den ähnlichen Fall in BayObLG DNotZ 1956, 304).

(3) Angesichts dieser Überlegungen, die ein Ausscheiden der Anteile an den Grundstücken aus dem Nachlaß anlässlich der Übertragung auf die KG und damit die Unrichtigkeit des Grundbuchs ergeben, braucht nicht näher erörtert zu werden, ob nicht der Nacherbenvermerk von Anfang an zu Unrecht eingetragen war, weil er Grundstücke erfaßte, die in der Erbengemeinschaft zwischen der Bet. zu 1) und ihren Geschwistern gesamthändisch gebunden waren. Für solche Fälle lassen sich der Rechtsprechung des BGH (DNotZ 1976, 554, 555; NJW 1978, 698) gewichtige Gründe entnehmen, die im Interesse der Verfügungsfreiheit der zu Vollerben eingesetzten Miterben zur Unanwendbarkeit von § 2113 BGB auf den Gesamthandsanteil des Vorerben am Nachlaß, also auch an den Grundstücken, führen (vgl. Palandt/Edenhofer, § 2113 BGB, Anm. 1a; MünchKomm/Grunsky, § 2113 BGB, Rd.-Nr. 3, 5; K. Schmidt, FamRZ 1976, 683, 689). Damit wäre der Nacherbenvermerk schon ursprünglich zu Unrecht eingetragen worden (vgl. Staudinger/Behrends, § 2113 BGB, Rd.-Nr. 18) und könnte allenfalls später einmal richtig geworden sein anlässlich der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft, weil der dann der Bet. zu 1) zufällende Miteigentumsbruchteil an einzelnen Grundstücken als Surrogat (§ 2111 Abs. 1 S. 1 BGB) vom Recht der Nacherben erfaßt worden wäre.

## **6. Grundbuchrecht/Notarrecht      Freigabeerklärung des Notars als Testamentsvollstrecker nicht durch Eigenurkunde**

(OLG Düsseldorf, Beschuß vom 10. 8. 1988 — 3 Wx 331/88 — mitgeteilt von Richter am OLG Dr. Wolfgang Gottschalg, Düsseldorf)

### **BGB § 2217 GBO § 29**

Die sich auf Grundbesitz beziehende Freigabeerklärung des Testamentsvollstreckers (§ 2217 BGB) bedarf auch dann der Form des § 29 GBO, wenn der Testamentsvollstrecker zugleich Notar ist. Die öffentliche Beglaubigung kann durch eine notarielle Eigenurkunde nicht ersetzt werden.

### **Zum Sachverhalt:**

Der bet. Notar ist Testamentsvollstrecker über den Nachlaß des X. Zum Nachlaß gehört die häftige Gläubigerschaft an der in Abt. III Ifd. Nr. 1 eingetragenen Darlehenshypothek von 30.000,— DM. Der Erblasser ist von seinen drei Kindern beerbt worden.

Mit Erklärung vom 1.10.1987 hat der Bet. in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker die häftige Gläubigerstellung an der Hypothek den genannten drei Erben zur freien Verfügung überlassen (§ 2217 BGB) und beantragt, die Erben, die die andere Hälfte des Hypothekenrechts von ihrer vorverstorbenen Mutter geerbt haben, im Wege der Grundbuchberichtigung zu gleichen Teilen als neue Hypothekengläubiger einzutragen. Der Rechtspfleger des GBA hat durch Zwischenverfügung die Freigabeerklärung des Bet. der Form nach beanstandet und den Bet. aufgefordert, eine der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO entsprechende Freigabeerklärung des Testamentsvollstreckers einzureichen. Der Bet. hat daraufhin seine Freigabeerklärung amtlich — mit eigenhändiger Unterschrift und Amtssiegel — „als Eigenurkunde“ wiederholt.

### **Aus den Gründen:**

Die weitere Beschwerde ist gem. §§ 78; 80 i. V. m. 15 GBO zulässig, aber nicht begründet. Die auf zulässige Erstbeschwerde des Bet. ergangene Entscheidung des LG hält der dem Senat obliegenden rechtlichen Überprüfung stand (§§ 78 GBO; 550 ZPO).

Die angefochtene Zwischenverfügung ist zu Recht ergangen. Die Freigabeerklärung des Testamentsvollstreckers (§ 2217 BGB) bedarf, soweit sie sich — wie hier — auf Grundbesitz bezieht, der Form des § 29 GBO, also der öffentlichen Beglaubigung. Hierüber besteht unabhängig von unterschiedlichen Auffassungen über die Rechtsnatur der Freigabeerklärung — soweit ersichtlich — kein Streit (vgl. hierzu OLG Hamm DNotZ 1973, 428; LG Berlin WM 1961, 313; MünchKomm/Brandner, § 2217 BGB, Rd.-Nr. 7; Palandt/Edenhofer, 46. Aufl., § 2217 BGB, Anm. 2b). Da die Freigabeerklärung im Hinblick darauf, ob der Testamentsvollstreckervermerk gem. § 52 GBO mit einzutragen ist oder nicht, zu den Eintragungsunterlagen I. S. d. § 29 Abs. 1 S. 1 GBO gehört, kann auf die Einhaltung der grundbuchmäßigen Form nicht verzichtet werden.

Der Umstand, daß der Testamentsvollstrecker im vorliegenden Falle zugleich Notar ist, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die Vorinstanzen haben ohne Rechtsirrtum angenommen, daß die nach § 29 GBO erforderliche notarielle Unterschriftsbeglaubigung nicht durch eine sogenannte Eigenurkunde des Notars ersetzt werden kann. Eine Beurkundung in eigener Angelegenheit soll nicht nur nach § 3 Abs. 1 BeurkG unterbleiben, sondern sie ist gem. § 6 Abs. 1 BeurkG unwirksam. Eine notarielle Eigenurkunde wird ausnahmsweise als dem Formverdorbnis des § 29 GBO genügende öffentliche Urkunde dann zugelassen, wenn ein Notar von ihm selbst beurkundete oder beglaubigte grundbuchrechtliche Erklärungen aufgrund ausdrücklicher Vollmacht im Namen eines Bet. nachträglich berichtigt, ergänzt oder grundbuchrechtlichen Erfordernissen inhaltlich angepaßt (BGHZ 78, 36 = DNotZ 1981, 118, 119ff. m. Anm. Winkler, DNotZ 1981, 251; BayObLG DNotZ 1983, 434; Haegeler/Schöner/Stöber, GBR, 8. Aufl., Rd.-Nr. 164; Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, Teil B, 12. Aufl., § 1 BeurkG, Rd.-Nr. 6). Darum geht es ab vorliegend nicht. Der Bet. handelt hier nicht aufgrund ausdrücklicher Vollmacht im Namen eines Dritten zur Ergänzung oder Abänderung einer Erklärung, die er selbst vorher bereits beurkundet oder beglaubigt hat, sondern als Partei kraft Amtes aus eigenem Recht und nicht etwa in Vertretung der Erben (Keidel/Kuntze/Winkler, § 3 BeurkG, Rd.-Nr. 18). Mit der Freigabeerklärung verzichtet er auf das ihm als Testamentsvollstrecker zustehende Verwaltungs- und Verfügungsrecht. Die Entscheidung, ob der Nachlaßgegenstand freizugeben ist, trifft der Testamentsvollstrecker unbeschadet eines etwaigen Anspruchs des Erben gem. § 2217 Abs. 1 BGB in eigener Verantwortung.

Ebensowenig wie die öffentliche Beglaubigung einer Löschungsbewilligung des Notars in Ansehung eines ihm selbst zustehenden Grundpfandrechts durch eine notarielle Eigenurkunde ersetzt werden kann (vgl. hierzu OLG Zwickau Rpfleger 1982, 276), ist dies im vorliegenden Falle zulässig.

Aus der Tatsache, daß der Gesetzgeber für Erklärungen einer Behörde, aufgrund deren eine Eintragung vorgenommen werden soll, lediglich die Unterschrift mit Siegel oder Stempel verlangt (§ 29 Abs. 3 GBO), kann der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten herleiten. Der Notar ist zwar eine mit öffentlichem Glauben versehene Person und unabhängiger Träger

eines öffentlichen Amtes. Gleichwohl kann er, soweit es um die Beurkundung geht, nicht in jeder Hinsicht einer staatlichen Behörde gleichgestellt werden. Denn diese nimmt originär die staatlichen Beurkundungsbefugnisse wahr, während der Notar lediglich eine ihm in bestimmten Grenzen anvertraute staatliche Ermächtigung ausübt (OLG Zweibrücken Rpfleger 1982, 277).

Da die Freigabeerklärung des Testamentsvollstreckers, der zugleich Notar ist, kein hoheitliches Handeln des Notars darstellt, ist auch insofern für eine notarielle Eigenurkunde kein Raum (so auch KEHE/Herrmann, 3. Aufl., § 29 GBO, Rd.-Nr. 79). Daß der Notar, der in eigener Angelegenheit eine Grundbucherklärung abgibt, von der Einhaltung der Form des § 29 GBO nicht befreit ist, zeigt auch die Regelung des § 24 Abs. 3 S. 2 BNotO. Dort ist für den Fall der Rücknahmeerklärung durch den Notar ausdrücklich bestimmt, daß eine Beglaubigung der Unterschrift nicht erforderlich ist. Diese Vorschrift wäre sinnlos, wenn für Eigenklärungen der Notare ohnehin der Formzwang des § 29 GBO nicht gelten würde. Im Interesse der Sicherheit und Verlässlichkeit des Grundbuchverkehrs muß vielmehr daran festgehalten werden, daß die zu einer Eintragung erforderliche Erklärung des Notars in einer eigenen Angelegenheit der Form des § 29 GBO entsprechen muß. Ob eine Identitätsprüfung im Wege der öffentlichen Unterschriftsbeglaubigung unbedingt erforderlich ist, wenn die Grundbucherklärung von einem Notar in eigener Sache abgegeben wird, kann zum Gegenstand einer rechtspolitischen Erörterung gemacht werden. Derartige Überlegungen ändern aber nichts an der derzeitigen Rechtslage, die die Einhaltung der Form des § 29 GBO verlangt.

## 7. Gesellschaftsrecht/GmbH — Pflicht zur Einreichung des zuletzt gültigen Satzungstextes: Behebung früherer Versäumnisse

(BayOblG, Beschuß vom 14. 9. 1988 — BReg. 3 Z 85/88 — mitgeteilt von Richter am BayOblG Johann Demharter, München)

### GmbH §§ 8; 54

1. Wird während des Verfahrens betreffend die Anmeldung einer Gesellschaft die Gründungssatzung geändert, so muß das Registergericht die Vorlage einer einzigen redaktionell berichtigten Satzung in Ausfertigung oder in beglaubigter Abschrift verlangen.
2. Die Herstellung eines nach Satzungsänderung redaktionell berichtigten Satzungstextes obliegt den Geschäftsführern. Sie können hiermit auch einen Notar beauftragen.
3. Ist trotz eines formellen Fehlers einer Anmeldung eine Eintragung im Handelsregister vorgenommen worden, so kann dieser Fehler nicht aus Anlaß einer späteren Anmeldung durch Zwischenverfügung beanstandet werden; das Registergericht muß vielmehr vorweg auf Behebung des Fehlers hinwirken.

### Zum Sachverhalt:

Der Kaufmann und die Kauffrau A. errichteten am 31. 8. 1983 eine Gesellschaft mbH. Mit der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung im Handelsregister wurde u. a. die Gründungssatzung vorgelegt. Mit Zwischenverfügung vom 19. 9. 1983 beanstandete das Registergericht die Firma. Daraufhin beschlossen die Gründungsgesellschafter am 3. 10. 1983 eine Satzungsänderung. Diese Satzungsänderung wurde als Nachtrag zum Gesellschaftsvertrag dem Registergericht vorgelegt. Dieses verlangte nicht eine Zusammenfassung der unveränderten Bestimmungen der Gründungssatzung und der später geänderten in einer Urkunde. Die Gesellschaft wurde am 27. 10. 1983 im Handelsregister eingetragen. In der Spalte 7 wurde vermerkt:

„Ges. Vertr. Bl. 3 SB Nachtr. Bl. 7 SB.“

In einer Gesellschafterversammlung beschloß die nunmehrige Alleingesellschafterin am 1. 2. 1988 die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft von G. nach S.

Diese Satzungsänderung meldete die Geschäftsführerin am 1. 8. 1988 zur Eintragung im Handelsregister an. Der verfahrensbefolmächtigte Notar stellte den Eintragungsantrag. Zugleich bat er das Registergericht mit Schreiben vom 2. 2. 1988, ihm eine unbeglaubigte Abschrift des zuletzt eingereichten Satzungswortlauts zu übersenden, da zu der beigefügten Anmeldung noch ein neuer Satzungswortlaut erforderlich sei. Das AG übersandte eine Ablichtung der Gründungssatzung und eine Ablichtung von Bl. 3 der Nachtragsanmeldung mit den Änderungen der Satzung. Der Notar änderte die Ablichtung der Gründungssatzung in § 1 Abs. 2 dahin ab, daß er als Gesellschaftssitz S. statt G. einfügte. Mit Schreiben vom 11. 3. 1988 legte er die Ablichtung der ihm vom AG zugesandten Satzungskunden mit der angeführten Änderung in § 1 Abs. 2 im Nachgang zu seiner Anmeldung vom 1. 2. 1988 vor. Der Notar erteilte außerdem unter dem Datum 11. 3. 1988 die Bescheinigung nach § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG.

In einer Zwischenverfügung vom 17. 3. 1988 beanstandete der Registerrichter die Anmeldung u. a. deshalb, weil der der Anmeldung beigelegte Satzungswortlaut mit Bescheinigung gem. § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG falsch sei. Hiergegen wandte sich der Notar mit der Begründung, das Registergericht lege nicht dar, warum der vorgelegte Satzungswortlaut falsch sei. Er habe die Satzung verwendet, die ihm das Registergericht zugesandt habe. Geändert habe er nur den Sitz. Wenn die Satzung gleichwohl falsch sei, so sei es auch bereits die bei den Registerakten befindliche gewesen. Der Registerrichter half der Beschwerde nicht ab.

### Aus den Gründen:

1. Die weitere, an keine Frist gebundene Beschwerde der Anmelderin ist statthaft und in rechter Form eingelegt (§§ 27; 29 FGG) (wird ausgeführt).
2. Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg. Das LG hat nicht beachtet, daß die vom AG beanstandete Einreichung eines teilweise nicht mehr verbindlichen Satzungstextes und einer nicht zutreffenden Notarbescheinigung auf einen früheren Verfahrensfehler des AG zurückzuführen ist, der vor einer Beanstandung der Anmeldung zunächst hätte bereinigt werden müssen.
  - a) Nach Art. 2 Abs. 1 lit. c der Ersten Richtlinie zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts des Rates der EG (AbI. EG Nr. L 65 vom 14. 3. 1968) muß nach jeder Satzungsänderung der vollständige Wortlaut der Satzung in ihrer geltenden Fassung offengelegt werden. In Ausführung dieser Richtlinie ist durch Art. 2 Nr. 9 des Gesetzes zur Durchführung der Ersten Richtlinie des Rates der EG zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts — Koordinierungsgesetz — vom 15. 8. 1969 (BGBl. I, 1146) dem § 181 Abs. 1 AktG und durch Art. 3 Nr. 5 dieses Gesetzes dem § 54 Abs. 1 GmbHG als S. 2 eingefügt worden: „Der Anmeldung ist der vollständige Wortlaut der Satzung/des Gesellschaftsvertrags beizufügen; er muß mit der Bescheinigung eines Notars versehen sein, daß die geänderten Bestimmungen der Satzung/des Gesellschaftsvertrags mit dem Beschuß über die Satzungsänderung/Über die Änderung des Gesellschaftsvertrags und die unveränderten Bestimmungen mit dem zuletzt zum Handelsregister eingereichten vollständigen Wortlaut der Satzung/des Gesellschaftsvertrags übereinstimmen.“ Diese Regelung ist auch für Kommanditgesellschaften auf Aktien verbindlich (§ 278 Abs. 3 AktG).

Durch diese Vorschriften wird im Recht der Kapitalgesellschaften sichergestellt, daß der neueste Stand der Satzung/des Gesellschaftsvertrags stets aus einer einzigen, bei den Registerakten befindlichen Urkunde in einer durch einen Notar bescheinigten Form ersichtlich ist (GroßKomm. AktG/Wiedemann, 3. Aufl., § 181 AktG, Anm. 2b). Jeder Dritte kann sich durch Einsicht in die Registerakten (§ 9 HGB) oder durch Anforderung einer Abschrift über die Satzung/den Gesellschaftsvertrag einer jeden Gesellschaft in der jeweils geltenden Fassung unterrichten (Reg. Begr. zu Art. 2 Nr. 9 des Koordinierungsgesetzes, BT-Drucks. V/3862, 13, auf die in der Reg. Begr. zu Art. 3 Nr. 5 dieses Gesetzes verwiesen wird, BT-Drucks., a.a.O., 16).

- b) Wird — wie hier — eine Änderung des Gesellschaftsvertrages (nachfolgend: der Satzung) angemeldet, so muß als Teil der Anmeldung (Keidel/Schmatz/Stöber, Registerrecht, 4. Aufl., Rd.-Nr. 740) der vollständig neugefaßte Wortlaut der Satzung (BGH DNotZ 1988, 182, 184), d. h. in der neuen, künftig

geltenden Fassung (Fischer/Lutter/Hommelhoff, 12. Aufl., § 54 GmbHG, Rd.-Nr. 2) eingereicht werden (§ 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG). Wird die Satzung nicht vollständig neu gefaßt, so ist nicht — wie die Rechtsbeschwerde meint — ein Gesellschafterbeschuß über die Neufeststellung der Satzung zu fassen, was u. U. mit erheblichen Kosten verbunden ist (Reg.Begr. zu Art. 2 Nr. 9 Koordinierungsgesetz, BT-Drucks. V/3862, 13). Die Herstellung des vollständigen Textes der künftig geltenden Satzung ist vielmehr Aufgabe des jeweiligen Vertretungsorgans einer Gesellschaft, bei der GmbH also der Geschäftsführer (Hachenburg/Ulmer, 7. Aufl., Rd.-Nr. 18, Scholz/Priester, 7. Aufl., Rd.-Nr. 17, Rowedder/Zimmermann, Rd.-Nr. 11, je zu § 54 GmbHG; Ankele, GmbHR 1969, 52, 56; die Reg.Begr., a.a.O., hält die Gesellschaft für verpflichtet, diese kann aber nach außen nur durch ihre Vertretungsorgane handeln; a. A. OLG Schleswig DNotZ 1973, 482, 483: Aufgabe der Gesellschafter; OLG Celle DNotZ 1982, 493 f. m. Anm. Winkler, Groß, Rpfleger 1972, 241, 243: Sache des Notars). Diese Zuständigkeit hat im übrigen der Gesetzgeber auch in der Übergangsvorschrift des Art. 8 § 1 Abs. 1 des Koordinierungsgesetzes (BGBl. I 1969, 1150) festgelegt: Danach hatten der Vorstand jeder AG, die persönlich haftenden Gesellschafter jeder KGaA und die Geschäftsführer jeder GmbH dafür zu sorgen, daß bis zum 31.12. 1970 der vollständige Wortlaut der Satzung (des Gesellschaftsvertrags) in der Fassung, wie sie sich unter Berücksichtigung aller bisherigen Änderungen ergab, mit der Bescheinigung des Notars über diese Tatsache zum Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft eingereicht war. Die Herstellung des Satzungstextes aus Anlaß der Anmeldung einer Satzungsänderung ist rein redaktioneller Natur (Reg.Begr.; Hachenburg/Ulmer; Scholz/Priester und Ankele, a.a.O.). Das Vertretungsorgan kann diese Aufgabe einem Notar übertragen (Hachenburg/Ulmer und Rowedder/Zimmermann, a.a.O.; Röll, GmbHR 1982, 251, 253). Stellt das Vertretungsorgan fest, daß die zum Handelsregister eingereichte Satzung unrichtig oder nicht vollständig ist, so hat es unverzüglich ein berichtigtes Exemplar einzureichen (Groß-Komm. AktG/Wiedemann, § 181 AktG, Anm. 2b; Scholz/Priester, § 54 GmbHG, Rd.-Nr. 20).

c) Die Pflicht zur Einreichung eines vollständig neu gefaßten Satzungstextes besteht in entsprechender Anwendung des § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG auch bei der Anmeldung der Gesellschaft (§§ 7 Abs. 1; 8 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG) und zwar dann, wenn im Gründungsstadium einer Gesellschaft, also vor deren Eintragung im Handelsregister, die Satzung geändert wird (OLG Köln Rpfleger 1972, 410, 411; OLG Schleswig GmbHR 1975, 183; OLG Stuttgart DNotZ 1979, 359; OLG Frankfurt DNotZ 1981, 706 f.; OLG Hamm GmbHR 1986, 311; Keidel/Schmatz/Stöber, a.a.O., Rd.-Nr. 731; Bartl/Henkes, 2. Aufl., Rd.-Nr. 509; Baumbach/Hueck, 15. Aufl., Rd.-Nr. 3; Hachenburg/Ulmer, 7. Aufl., 2. Bearb., Rd.-Nr. 3; Fischer/Lutter/Hommelhoff, Rd.-Nr. 2; Rowedder/Rittner, Rd.-Nr. 2; Scholz/Winter, Rd.-Nr. 4, je zu § 8 GmbHG; Meyer-Landrut/Miller/Niehus, § 2 GmbHG, Rd.-Nr. 3; Groß, Rpfleger 1972, 241, 244; Winkler, DNotZ 1980, 578, 591; a. A. Gustavus, DNotZ 1971, 229, 232 f.). Diese Gesetzesanwendung entspricht Art. 2 Abs. 1 lit. c der Ersten Richtlinie zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts des Rates der EG, wonach nach jeder Satzungsänderung der vollständige Wortlaut der Satzung in ihrer jeweils geltenden Fassung offengelegt werden muß (vgl. Reg.Begr., a.a.O.). Damit sind auch Satzungsänderungen im Gründungsstadium einer Gesellschaft erfaßt. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird auch durch den Umstand erhärtet, daß der Notar nach § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG (ebenso: § 181 Abs. 1 S. 2 AktG) u. a. zu bescheinigen hat, daß die unveränderten Bestimmungen mit dem zuletzt zum Handelsregister eingereichten vollständigen Wortlaut der Satzung übereinstimmen. Zuletzt zum Handelsregister kann auch eine Satzungsänderung im Gründungsstadium eingereicht worden sein. Auch dann muß dem Grundsatz Rechnung getragen werden sein, daß der neueste Stand der Satzung stets aus einer einzigen, beim Registergericht befindlichen Satzung ersichtlich ist (vgl. Reg.Begr., a.a.O.).

Hier war die Anmeldung der Gesellschaft nicht ordnungsgemäß, weil nach der Satzungsänderung im Gründungsstadium kein vollständiger Satzungswortlaut unter Berücksichtigung der Änderung in einer Urkunde vorgelegt worden ist (ebenso im Falle der Anmeldung einer Satzungsänderung nach Eintragung der Gesellschaft: Hachenburg/Ulmer, § 54 GmbHG, Rd.-Nr. 16). Das Registergericht hätte schon bei der Erstanmeldung durch Zwischenverfügung die Einreichung eines vollständig neu gefaßten Satzungstextes verlangen und im Falle der Nichterfüllung die Anmeldung der Gesellschaft zurückweisen müssen (vgl. Hachenburg/Ulmer, a.a.O.). Ist die Gesellschaft gleichwohl trotz dieses Mangels der Anmeldung eingetragen worden, so besteht für das Registergericht Veranlassung, die Nachrechnung eines vollständigen Satzungstextes in einer Urkunde zu verlangen (vgl. Hachenburg/Ulmer, a.a.O.; Scholz/Priester, § 54 GmbHG, Rd.-Nr. 15). Wird dem nicht Folge geleistet, so kann der Registerzwang nach § 14 HGB auch nach der Eintragung der Gesellschaft ausgeübt werden (Keidel/Schmatz/Stöber, a.a.O., Rd.-Nr. 740).

d) Solange dieser Mangel der Anmeldung der Gesellschaft nicht behoben war, durfte das Registergericht nicht sein eigenes Versehen durch die unklare Beanstandung der Anmeldung der Satzungsänderung korrigieren, der eingereichte Satzungstext und die Notarbescheinigung seien falsch. Dem Notar mußte der Hinweis des Registergerichts schon deshalb unklar bleiben, weil er bei der Erstanmeldung der Gesellschaft nicht mitgewirkt hat. Der Notar hat mit Schreiben vom 2. 2. 1988 das Registergericht gebeten, ihm eine unbeglaubigte Abschrift des zuletzt eingereichten Satzungstextes zuzusenden. Wenn ihm wegen des nicht behobenen Mangels des Eintragungsverfahrens der Gesellschaft der „falsche“ Satzungstext zugesandt worden ist, so hat sich das Registergericht in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten gesetzt, indem es nunmehr von den Bet. der Anmeldung der Satzungsänderung eine Korrektur des Satzungstextes verlangt hat, die vom Registergericht aus einem früheren Anmeldeverfahren heraus noch zu veranlassen war. Die Pflicht zur Einreichung eines in einer Urkunde zusammengefaßten Satzungstextes kann die bereits im Gründungsstadium bestellte Geschäftsführerin und bei entsprechender Beauftragung auch den Notar treffen, der bei der Erstanmeldung der Gesellschaft mitgewirkt hat.

Solange der aufgezeigte Verfahrensfehler des Registergerichts nicht behoben war, durfte hier keine Zwischenverfügung hinsichtlich des erneut geänderten Satzungstextes und der Notarbescheinigung ergehen.

3. Nach alledem waren die Entscheidung des LG, soweit die Erstbeschwerde zurückgewiesen worden ist, und die Zwischenverfügung des AG insoweit aufzuheben, als der eingereichte Satzungstext und die Notarbescheinigung beanstandet worden sind.

Das AG wird von der Geschäftsführerin eine Gründungssatzung anzufordern haben, in der die Satzungsänderung vom 3.10.1983 eingearbeitet worden ist. Das AG wird dem Notar eine Ablichtung der einzigen Satzungsurkunde zu übersenden haben. Sodann kann der Notar nach Einarbeitung der ange meldeten Satzungsänderung die Notarbescheinigung nach § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG erteilen. Die mit Datum 11. 3. 1988 eingereichte Satzungsbescheinigung wird als gegenstandslos zu behandeln sein.

**8. Gesellschaftsrecht/IPR — Grenzen des Verbots der Mehrfachvertretung bei Kapitalerhöhung in der GmbH durch niederländische BV als Alleingeschafterin**  
(LG Kleve, Beschuß vom 29. 9. 1988 — 8 (6) T 5/85 — mitgeteilt von Notar Dr. Werner Kuhnen, Kleve)

**BGB § 181**  
**GmbHG § 55 Abs. 1**  
**Niederländ. HGB Art. 240; 256**

- Auf den zur Durchführung einer Kapitalerhöhung geschlossenen Vertrag über die Übernahme der neuen Geschäftsanteile findet § 181 BGB dann nicht Anwendung, wenn der alleinige Gesellschafter die Kapitalerhöhung beschlossen und das erhöhte Kapital übernommen hat.**
- Nach niederländischem Recht wird eine „besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid“ (BV) durch die grundsätzlich alleinvertretungsberechtigten Vorstandsmitglieder vertreten. Das Verbot des Selbstkontrahierens oder der Mehrvertretung gilt nur, wenn im Einzelfall gegensätzliche Interessen bestehen. Dies ist nicht der Fall, wenn die niederländische BV als Alleingesellschafterin einer deutschen GmbH nach Beschußfassung über die Kapitalerhöhung die neuen Gesellschaftsanteile übernimmt.**

(Leitsätze nicht amtlich)

#### Zum Sachverhalt:

Die Firma A. BV ist Alleingesellschafterin der Firma A. GmbH. Die Kauffrau H., Witwe von S., ist sowohl alleinvertretungsberechtigter Directeur der Firma A. BV, die noch von einem weiteren alleinvertretungsberechtigten Directeur vertreten werden kann, als auch Alleinvertretungsberechtigte, von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Geschäftsführerin der A. GmbH.

In der Gesellschafterversammlung der Firma A. GmbH vom 16. 4. 1985 beschloß die Alleingesellschafterin, d. h. die Firma A. BV, vertreten durch Frau H., die Erhöhung des Stammkapitals der GmbH um 30.000,— DM auf 50.000,— DM. Zur Übernahme dieses neu gebildeten Geschäftsanteiles wurde die Alleingesellschafterin als einzige zugelassen. Sie übernahm sogleich das erhöhte Stammkapital von 30.000,— DM. Die GmbH, vertreten durch Frau H., meldete die Kapitalerhöhung einschl. der Änderung der Satzung zur Eintragung im Handelsregister an.

Das AG K. hat mit Zwischenverfügung vom 24.10.1985 die Eintragung der Kapitalerhöhung abgelehnt. Es ist der Auffassung, daß die Übernahme der neuen Stammmeinlage durch die Firma A. BV gem. § 181 BGB, der infolgedessen, daß der Übernahmevertrag in Deutschland abgeschlossen worden sei, anwendbar sei, unwirksam sei und noch die Genehmigung durch ein anderes vertretungsberechtigtes Organ der Firma A. BV vorgelegt werden müsse. Der Übernahmevertrag sei nämlich auf Seiten der Firma A. GmbH durch deren Alleingesellschafterin, die durch Frau H. vertreten werde, abgeschlossen worden, und auf Seiten der Firma A. BV ebenfalls durch deren alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführerin Frau H. angenommen worden.

Gegen diese Zwischenverfügung hat die Firma A. GmbH Beschwerde eingelegt. Sie ist der Auffassung, daß nach niederländischem Recht das Selbstkontrahieren uneingeschränkt zulässig sei, so daß eine Befreiung nach niederländischem Recht i. S. d. § 181 BGB nicht möglich sei. Des Weiteren sei der Übernahmevertrag ein körperschaftsrechtlicher, kein rechtsgeschäftlicher Beschuß, so daß § 181 BGB keine Anwendung finde. Im Übrigen sei Frau H. als Geschäftsführerin der A. GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Schließlich liege in dem Kapitalerhöhungsbeschuß eine stillschweigende Gestattung eines Insichgeschäfts.

#### Aus den Gründen:

Die Zwischenverfügung des AG vom 24.10.1985 war aufzuheben und das AG anzuweisen, von seinen Bedenken wegen eines Verstoßes gegen § 181 BGB abzusehen.

1. Soweit der Gesellschaftsbeschuß der Firma A. GmbH — im folgenden GmbH — über die Erhöhung des Stammkapitals betroffen ist, kommt § 181 BGB nach Auffassung der Kammer nicht zum Tragen, da es sich bei diesem Beschuß um einen Sozialakt der GmbH handelt (BGHZ 52, 316 = DNotZ 1970, 298 f.; Röll, NJW 1979, 627, 628).
2. Demgegenüber bedarf die Durchführung der Kapitalerhöhung gem. § 55 Abs. 1 GmbH einer Übernahme durch die Personen, die sich an der Kapitalerhöhung beteiligen. Diese Übernahme ist ein Vertrag des Übernehmers — hier der Firma A. BV (im folgenden BV) — mit der GmbH. Letztere wird in diesem Falle nicht durch ihren Geschäftsführer, sondern ausnahmsweise durch die Gesellschafterin vertreten (Röll, NJW 1979, 627, 629; BGHZ 49, 117 = DNotZ 1968, 567, 569; LG Berlin Rpfleger 1985, 446; Ziegler, Rpfleger 1985, 217, 220). Im Rahmen dieses Übernahmevertrages kommt daher die Bestimmung des § 181

BGB dann zum Tragen, wenn eine Person zugleich für mehrere Bet. handelt. Vorliegend vertritt Frau H. einerseits die Alleingesellschafterin der GmbH — nämlich die BV — bei der Abgabe des Übernahmangebots und gleichzeitig andererseits die die GmbH vertretende Gesellschafterin — nämlich die BV — bei der Annahme des Übernahmangebots.

An dieser Konstellation ändert der Beschuß der GmbH über die Zulassung der BV zur Übernahme des erhöhten Stammkapitalanteiles nichts. Denn der Zulassungsbeschuß der Gesellschafterversammlung der GmbH enthält regelmäßig eine Ermächtigung an den Geschäftsführer der GmbH zum Abschuß des Übernahmevertrages (Hachenburg/Ulmer, § 55 GmbHG, Rd.-Nr. 34; LG Berlin Rpfleger 1985, 446). Dies gilt insbesondere im vorliegenden Fall, weil ein Zulassungsbeschuß an sich überhaupt nicht erforderlich war. Denn die BV hat ohnehin als Gesellschafter ein gesetzliches Bezugsrecht auf das erhöhte Stammkapital, also einen Anspruch gegen die GmbH auf Übernahme eines ihrer bisherigen Beteiligung entsprechenden Anteiles am Stammkapital. Weil die BV Alleingesellschafter ist, hatte sie daher Anspruch auf Übernahme des gesamten Kapitalerhöhungsanteiles. Der Zulassungsbeschuß hat daher allein seine Bedeutung in der Ermächtigung an die Geschäftsführer der GmbH, den Übernahmevertrag mit der BV für die GmbH abzuschließen.

Es wird daher vorliegend der Übernahmevertrag abgeschlossen zwischen der BV — vertreten durch die Geschäftsführerin H. — als Übernehmerin und der GmbH, die ihrerseits vertreten wird aufgrund der im Zulassungsbeschuß enthaltenen Ermächtigung durch die Geschäftsführerin H. Es liegt daher auch unter Berücksichtigung des Zulassungsbeschlusses die Situation der Mehrvertretung i. S. d. § 181 BGB vor.

Dabei ist jedoch der Geschäftsführer einer GmbH allein durch die Ermächtigung seitens der GmbH zum Abschuß des Übernahmevertrages insoweit von den Beschränkungen des § 181 BGB grundsätzlich nicht befreit (Ziegler, Rpfleger 1985, 217, 220). Denn der Alleingesellschafter der GmbH kann sich Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB nur durch die Satzung gewähren, nicht konkurrenz durch den Zulassungsbeschuß. Da aber vorliegend der Geschäftsführerin H. der GmbH generell Befreiung von § 181 BGB erteilt ist, besteht für diese — die GmbH — das Problem des § 181 BGB nicht, wohl aber für die Übernehmerin — die BV.

Die Frage jedoch, ob die mit der Anwendung der Vorschrift des § 181 BGB verbundene Rechtsfolge — nämlich der Ausschluß der Vertretungsmacht und die schwierige Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes — auch in der vorliegenden Fallkonstellation für die BV eintritt, ist zu verneinen. Zwar deckt sich der vorliegende Fall nicht mit dem vom LG Berlin (Rpfleger 1985, 446 ff.) entschiedenen. Denn der dortige Bet. der Kapitalerhöhung ist offensichtlich eine natürliche Person gewesen, auf die das LG Berlin das Selbstkontrahierungsverbot nicht für anwendbar hielt. Vorliegend aber geht es um eine juristische Person — BV —, die nur durch ihr Organ handeln kann, so daß es sich im vorliegenden Fall nicht um ein Insichgeschäft, sondern um eine Mehrvertretung handelt. Dennoch ändert sich durch diese Konstellation letztlich nichts Wesentliches. Denn das Vertretungsorgan einer juristischen Person — Frau H. für die BV — steht vorliegend ebenso wenig in der Gefahr eines Interessenkonfliktes wie eine natürliche Person. Wenn nämlich die juristische Person — BV — als Alleingesellschafterin der GmbH die Erhöhung des Stammkapitals der GmbH beschlossen und sich selbst allein zur Übernahme der neuen Anteile zugelassen hat, so ist die Übernahme der Anteile lediglich die Durchführung der Kapitalerhöhung als deren logische und gewollte Konsequenz. Das Organ der BV kommt somit gar nicht in einen Interessenkonflikt zwischen der Interessenlage der BV als Übernehmerin und der Interessenlage der für die GmbH als Alleingesellschafterin im Rahmen der Annahme des Übernahmangebotes handelnden gleichen BV. Ebenso wenig ist ein Interessenkonflikt zwischen den Interessen der BV und deren Geschäftsführerin H. erkennbar. Dann aber ist alleine die generelle Lage entscheidend, wie sie sich zwischen dem Übernehmer — BV — und der GmbH darstellt. Diese Lage aber ist in gleicher Weise zu

bewerten, wie die Problematik zwischen einer natürlichen Person und der GmbH, die das LG Berlin zutreffend beurteilt hat.

Diese Beurteilung entspricht auch dem niederländischen Recht. Denn nach Art. 240 Abs. 1 des niederländischen HGB liegt, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt, das Vertretungsrecht im gerichtlichen und außergerichtlichen Bereich beim Vorstand der BV, wobei gem. Art. 240 Abs. 2 das Vertretungsrecht auch jedem Vorstandsmitglied zusteht. Gem. Art. 256 des niederländischen HGB wird, wenn die Satzung der BV nichts anderes bestimmt, die Gesellschaft in allen Fällen, in denen sie, die BV, ein entgegengesetztes Interesse zu einem oder mehreren Vorstandsmitgliedern hat, durch die Aufsichtsratsmitglieder vertreten. Dies zeigt, daß es generell kein Verbot des Selbstkontrahierens oder der Mehrvertretung im niederländischen Recht gibt, sondern nur einen fallbezogenen Ausschluß von der Vertretungsmacht, wenn die BV ein gegensätzliches Interesse zu den Vorstandsmitgliedern hat.

Dieser Interessenwiderstreit besteht vorliegend nicht. Damit ist die Geschäftsführerin der BV in ihrer Vertretungsmacht für die BV nicht beschränkt. Sie kann also nach niederländischem Recht im vorliegenden Fall wirksam die BV vertreten. Ist sie aber vom Mehrvertretungsverbot befreit, dann hat das anzuwendende deutsche Recht insoweit diese Befreiung zu respektieren, so daß § 181 BGB dem wirksamen Abschluß eines Übernahmevertrages nicht entgegensteht.

Im übrigen ist jedenfalls nunmehr durch Vorlage der Genehmigung der BV vom 29. 11. 1985, die von deren Geschäftsführer E. erteilt worden ist, auch das Handeln der Geschäftsführerin H. — soweit sie für die BV tätig geworden ist — wirksam erfolgt und die schwedende Unwirksamkeit jedenfalls beseitigt.

Das AG war daher anzuweisen, von den Bedenken aus der Zwischenverfügung vom 24. 10. 1985 Abstand zu nehmen.

## **9. Kostenrecht — Errichtung einer KG und Übertragung von Vermögen mit Rückverpachtung auch im Rahmen einer Betriebsaufspaltung gegenstandsverschieden**

(BayObLG, Beschluß vom 4. 2. 1988 — BReg. 3Z 172/87 — mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

### **KostO § 44**

**Errichten Ehegatten eine KG, übertragen an Ihre in die Gesellschaft als Kommanditisten aufgenommenen Söhne unentgeltlich Vermögen und pachten übertragenes Vermögen an, so haben diese in einer Verhandlung beurkundeten Erklärungen jeweils einen verschiedenen Gegenstand i. S. d. § 44 Abs. 2 KostO**

### **Zum Sachverhalt:**

Der bet. Notar beurkundete am 8. 11. 1983 einen Vertrag über die Errichtung einer KG. Die Bet. wandelten darin die zwischen ihnen bestehende atypische stille Gesellschaft in eine KG (= Bet. zu 1) um, nahmen in diese eine GmbH als Komplementärin sowie ihre vier Söhne — die Bet. zu 4) bis 7) — als Kommanditisten auf, übertrugen Vermögen teilweise auf die Gesellschaft selbst, teilweise auf deren Gesellschafter und pachteten übertragenes Vermögen an.

Für die Beurkundung forderte der Notar unter Zugrundelegung eines Geschäftswerts von 3 Millionen DM zunächst Kosten von insgesamt 11.462,70 DM, die auch bezahlt wurden. Auf Grund einer Kostenüberprüfung der Notarkasse erstellte er am 30. 9. 1986 eine neue Kostenberechnung, in der er der Bet. zu 1) ausgehend von einem Geschäftswert von 12.240.000,— DM insgesamt 39.233,10 DM in Rechnung stellte. Der Geschäftswert bestand aus den gem. § 44 Abs. 2 Buchst. a KostO zusammengerechneten Werten von 5.410.504,— DM für den Gesellschaftsvertrag, 2 Millionen DM für den Pachtvertrag und 4.811.988,— DM für die Übertragung von Vermögen an die Söhne; er wurde auf 12.240.000,— DM aufgerundet.

2. Die Bet. zu 1) beanstandete dem Notar gegenüber die Kostenberechnung. Sie vertrat die Auffassung, daß die im Rahmen einer Betriebsaufspaltung getroffenen Vereinbarungen wegen ihres engen inneren Zusammenhangs nicht eine Mehrzahl von selbstständig nebenein-

ander stehenden Rechtsgeschäften, sondern eine Einheit ähnlich der Bewertung beim Bauherrenmodell bildeten. Die Vereinbarungen hätten nur in ihrer Zusammenfassung und mit ihrem gesamten Inhalt Bestand haben sollen. Zentrale Erklärung sei die Übertragung von 80 % des Gesellschaftsvermögens einschl. des Anlagegrundbesitzes auf die vier Söhne gewesen. Es seien somit die Aktiva des Gesellschaftsvermögens und der Anlagegrundbesitz zusammenzurechnen und hieraus eine Gebühr von 2% zu erheben. Der Geschäftswert belaufe sich auf 6.014.000,— DM.

### **Aus den Gründen:**

1. Die zulässige weitere Beschwerde (§ 156 Abs. 2 S. 1 und 2, Abs. 4 S. 1 KostO) hat in der Sache keinen Erfolg.

a) Die Kostenberechnung des Notars kann als noch den Anforderungen des § 154 Abs. 2 KostO entsprechend angesehen werden. Nach dieser Bestimmung muß der Notar den Geschäftswert und die Vorschriften, welche die Kosten rechtfertigen, in der Kostenberechnung angeben; das Zitiergebot gilt für die Gebühren wie für die Auslagen des Notars (BayObLG DNotZ 1984, 646, 648; JurBüro 1984, 1228, je m. w. N.).

Vorliegend konnte die bloße Anführung des § 136 KostO ohne Angabe des in Betracht kommenden Absatzes und der weiteren Untergliederung der Vorschrift noch als unschädlich angesehen werden, weil sich aus den Gesamtumständen ergibt, daß es sich nur um Schreibauslagen nach § 136 Abs. 1 Nr. 1 KostO handeln konnte und dies den Kostenschuldern auch bekannt war. Entsprechendes gilt für die erhobenen sonstigen Auslagen. Der Gesamtgeschäftswert ist unter Anführung der Bestimmung des § 44 Abs. 2 Buchst. a KostO in der Kostenberechnung aufgeführt; hinsichtlich der in Betracht kommenden Einzelgeschäftswerte wurden die Bet. jedenfalls anläßlich der Vertragsbeurkundung vom Notar unterrichtet.

b) Der Gegenstand der Entscheidung in einem Verfahren nach § 156 KostO wird durch die Beanstandung des (Erst-)Beschwerdeführers bestimmt (BayObLGZ 1987, 186, 190 m. w. N.). Hier hat sich die Bet. zu 1) mit der Erstbeschwerde nur gegen die Beurteilung mehrerer in einer Urkunde enthaltener Erklärungen als gegenstandsverschieden i. S. d. § 44 Abs. 2 KostO gewandt; insgesamt erstrebt sie die Berechnung der Beurkundungsgebühr aus einem Geschäftswert von 6.014.000,— DM. Diese Beanstandung bildet allein den Gegenstand des weiteren Beschwerdeverfahrens, da sie von der Bet. zu 1) auch mit der Rechtsbeschwerde aufrecht erhalten wird. Die Höhe der vom Notar angenommenen Geschäftswerte und der Kosten im übrigen dürfen nicht nachgeprüft werden (BayObLG, a.a.O.).

c) § 44 Abs. 1 S. 1 KostO definiert nicht, wann mehrere Erklärungen in einer Urkunde denselben Gegenstand haben. Nach allgemeiner Meinung wird grundsätzlich vorausgesetzt, daß Gegenstand i. S. d. Vorschrift das Recht oder Rechtsverhältnis ist, auf das sich die mehreren Erklärungen beziehen. Bei der Beantwortung der Frage, wann Gegenstandsgleichheit gegeben ist, ist maßgeblich darauf abzustellen, welchen inneren Zusammenhang die Erklärungen haben. Je mehr ein beurkundetes weiteres Geschäft vom Hauptgeschäft abhängt, um so eher ist Gegenstandsgleichheit gegeben. Deshalb sind insbesondere Erklärungen gegenstandsgleich, die der Begründung, Feststellung, Anerkennung, Übertragung, Aufhebung, Erfüllung oder Sicherung eines Rechtsverhältnisses dienen, einschl. aller Erfüllungs- oder Sicherungsgeschäfte (BayObLG DNotZ 1987, 170, 172; MittRhNotK 1984, 151, 152; DNotZ 1982, 765 f.). Ist ein enger innerer Zusammenhang zu bejahen, so können auch Erklärungen, die mehrere Rechtsverhältnisse betreffen, gegenstandsgleich i. S. d. § 44 Abs. 1 KostO sein. Das ist dann der Fall, wenn die Vertragspartner wie beim Bauherrenmodell zur Erreichung des von ihnen erstrebten wirtschaftlichen Ziels mehrere Rechtsverhältnisse in der Weise miteinander verbunden haben, daß ein einheitliches Rechtsverhältnis eigener Art entsteht; in diesem Fall sind die einzelnen Teile (Verträge) kostenrechtlich nicht für sich getrennt, sondern als Ganzes zu bewerten (BayObLG DNotZ 1982, 765, 766 ff.).

d) Nach den dargelegten Grundsätzen ist das LG zutreffend von einer Gegenstandsverschiedenheit i. S. d. § 44 Abs. 2

KostO hinsichtlich der Beurkundung des Gesellschaftsvertrags, der Schenkungen und des Pachtvertrags ausgegangen (vgl. BayObLG MittBayNot 1971, 328, 329). Das von den Bet. angestrebte zentrale Rechtsverhältnis (Hauptgeschäft), von dem aus zu beurteilen ist, in welcher Beziehung zu ihm die in der notariellen Urkunde niedergelegten Erklärungen stehen, ist der Abschluß eines Kommanditgesellschaftsvertrags. Zu diesem Gesellschaftsvertrag stellen die Schenkungsverträge (und der Pachtvertrag) kein Erfüllungs- oder Durchführungsgeschäft dar, sondern sie schaffen erst dessen wirtschaftliche Voraussetzung. Der Umstand, daß der Gesellschaftsvertrag nicht ohne die anderen Verträge geschlossen worden wäre, rechtfertigt es nicht, die jeweils selbständigen Rechtsverhältnisse kostenrechtlich als eine Einheit zu behandeln (BayObLG, a.a.O.).

Es trifft auch nicht zu, daß der vorliegende Fall dem Bauherrenmodell gleichzustellen wäre. Beim Bauherrenmodell werden mehrere Rechtsverhältnisse in der Weise miteinander verbunden, daß durch die Bündelung mehrerer Geschäfte ein einheitliches Rechtsverhältnis eigener Art entsteht. Vorliegend dienen die einzelnen Rechtsverhältnisse lediglich einem gemeinsamen wirtschaftlichen Ziel; ein einheitliches Rechtsverhältnis eigener Art entsteht aber nicht.

2. Die weitere Beschwerde der Bet. zu 1) erwies sich deshalb als unbegründet und war zurückzuweisen.

## 10. Kostenrecht — Aufhebung der Zugewinngemeinschaft und Verteilung des gemeinsamen Vermögens in Scheidungsvereinbarung gegenstandsgleich

(BayObLG, Beschuß vom 6.10.1988 — BReg. 3Z 98/88 — mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

### KostO §§ 44; 156

1. Führt der Notar auf Weisung der vorgesetzten Dienstbehörde die Entscheidung des LG zu seiner Kostenberechnung herbei, so wird der Beschwerdegegenstand durch die Weisung bestimmt und begrenzt.
2. Werden in einem notariellen Vertrag zur Vorbereitung einer einverständlichen Scheidung die Aufhebung der Zugewinngemeinschaft und im Hinblick darauf zugleich die Verteilung des gemeinsamen Vermögens vorgenommen, so handelt es sich um denselben Gegenstand i. S. d. § 44 Abs. 1 KostO.

### Zum Sachverhalt:

1. Die Bet., die seit 1961 verheiratet waren und im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebten, beabsichtigten, sich scheiden zu lassen. Sie ließen am 10.6.1985 durch den beteiligten Notar einen Vertrag beurkunden, der mit „Ehevertrag über Gütertrennung, Bruchteilsübertragung auf Ehemann und gegen seitiger Erb- und Pflichtteilsverzicht“ überschrieben ist. In Nr. II des Vertrages hoben sie mit sofortiger Wirkung den gesetzlichen Güterstand auf und vereinbarten für die fernere Dauer der Ehe den Güterstand der Gütertrennung. Sie verzichteten wechselseitig darauf, einen etwa angefallenen Zugewinn festzustellen und auszugleichen, „unbeschadet der nachfolgenden Vereinbarungen über Vermögensverteilung“. „Im Rahmen der Vereinbarung der Gütertrennung, insbesondere im Hinblick auf die darin enthaltene Beendigung des bisherigen Güterstandes der Zugewinngemeinschaft und des Erlöschens jeglichen Zugewinnausgleichs für Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft“ (Nr. III des Vertrages), übertrug die Bet. zu 2) ihren hälftigen Miteigentumsanteil an dem Wohnhausgrundstück auf den Bet. zu 1), der ebenfalls Miteigentümer zur Hälfte an dem genannten Grundstück war und dadurch Alleineigentümer werden sollte. Außerdem setzten sich die Bet. über die beweglichen Gegenstände auseinander. Wegen der Übertragung des Miteigentumsanteils am Wohnhausgrundstück verpflichtete sich der Bet. zu 1), an seine Ehefrau 150.000,— DM hinauszuzahlen; darüber hinaus räumte er ihr ein bis zum 31.12.1985 befristetes unentgeltliches Wohnrecht ein. Schließlich verzichteten die Bet. für den Fall ihrer Ehescheidung wechselseitig auf sämtliche Unterhaltsansprüche (Nr. IV des Vertrages) und gleichzeitig (Nr. V des Vertrages) für die restliche Dauer ihrer Ehe wechselseitig auf das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht.

2. Die Beurkundung bewertete der Notar mit 329.000,— DM. Dieser Betrag setzte sich aus dem Geschäftswert des Ehevertrages von 320.000,— DM (Wohnhausgrundstück 300.000,— DM, Hausrat 20.000,— DM), dem Wert des Erb- und Pflichtteilsverzichts von

4.000,— DM sowie des gegenseitigen Unterhaltsverzichts von 5.000,— DM zusammen.

Ausgehend von diesem Geschäftswert forderte der Notar mit Kostenberechnungen vom 11.6.1985 von dem Bet. zu 1) Kosten in Höhe von insgesamt 1.019,16 DM, von der Bet. zu 2) 509,58 DM.

3. In Punkt 4 eines Prüfungsberichts vom 3.7.1987 beanstandete die Prüfungsabteilung der Notarkasse diese Kostenberechnungen. Sie vertreibt u. a. die Auffassung, daß Ehevertrag und Vermögensauseinander setzung gegenstandsverschieden nach § 44 Abs. 2 KostO seien. Zum Geschäftswert des Ehevertrages von 320.000,— DM (Reinvermögen der Ehegatten) kämen deshalb noch Beträge von 150.000,— DM für die Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils an dem Grundstück und 20.000,— DM für die Auseinandersetzung des beweglichen Vermögens hinzu.

Der Notar hielt seine Kostenberechnungen für richtig, da die Beurkundung der Gütertrennung und die Vermögensauseinander setzung Geschäfte gleichen Gegenstands seien und auch für die Vertragsteile eine Einheit darstellen. Daraufhin wurde er vom Präsidenten des LG angewiesen, in der strittigen Kostenrechtsfrage die Entscheidung des LG zu beantragen. Der Notar legte seine Kostenberechnungen dem LG zur Entscheidung vor.

### Aus den Gründen:

1. Die vom LG zugelassene und von dem Notar auf Anweisung seiner vorgesetzten Dienstbehörde (§ 92 Nr. 1 BNotO) frist- und formgerecht eingelegte weitere Beschwerde ist zulässig (§ 156 Abs. 2 S. 1 und 2, Abs. 4 S. 1, Abs. 5 S. 1 KostO).
2. Das Rechtsmittel hat in der Sache auch Erfolg. Die Entscheidung des LG hält einer rechtlichen Nachprüfung (§ 156 Abs. 2 S. 4 KostO, § 550 ZPO) nicht stand.
  - a) Der Gegenstand der Entscheidung in einem Verfahren nach § 156 KostO wird durch die Beanstandung des (Erst-)Beschwerdeführers bestimmt (BayObLGZ 1987, 341 f. [in Mitt-RhNotK 1988, 107 nicht abgedruckt]; BayObLGZ 1985, 72, 77; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 11. Aufl., § 156 KostO, Rd.-Nrn. 58 ff. und 88; Schneider, Die Notarkosten-Beschwerde, 38, 40, 122). Wird Weisungsbeschwerde eingelegt, so ist allein die Beanstandung der Kostenberechnung, die zur Weisung geführt hat, die gerichtliche Entscheidung herbeizuführen, der Gegenstand, welche die Entscheidungsbefugnis des Gerichts bestimmt, aber auch eingrenzt (BayObLGZ 1986, 229, 234; KG DNotZ 1940, 206). Was nicht beanstandet werden ist, darf gerichtlich nicht nachgeprüft werden. Das gilt auch im Rechtsbeschwerdeverfahren, sofern der Notar bei seiner Antragstellung den Verfahrensgegenstand nicht verändert hat (BayObLGZ 1982, 106, 110). Eine solche Veränderung ist hier nicht zu verzeichnen. Es darf hier somit nur geprüft werden, ob der Notar die Kosten für die Beurkundung des Ehevertrages und der Verteilung des gemeinsamen Vermögens nach dem richtigen Geschäftswert berechnet hat.
  - b) Der Notar hat seinen Gebührenberechnungen insoweit zutreffend einen Geschäftswert von 320.000,— DM zugrundegelegt; die beurkundeten Erklärungen durften vom LG nicht als gegenstandsverschieden i. S. d. § 44 Abs. 2 KostO behandelt werden.
    - (1) Der Senat hat in BayObLGZ 1987, 341 = Mitt-RhNotK 1988, 107 entschieden, daß es sich um denselben Gegenstand i. S. d. § 44 Abs. 1 KostO handelt, wenn in einem Ehevertrag die Aufhebung der Zugewinngemeinschaft und zugleich Art und Höhe des Zugewinns beurkundet werden, der Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns aber durch die gleichzeitig beurkundete Aufteilung (Realteilung) von in Bruchteileigentum stehendem Grundbesitz erfüllt werden soll. Entscheidend war für die Gegenstandsgleichheit, daß das der Ausgleichung vorgängige, in derselben Verhandlung beurkundete Geschäft der Durchführung des Zugewinnausgleichs diente.

Nicht anders kann der vorliegende Fall beurteilt werden. In Nr. II des vom LG ersichtlich in Bezug genommenen notariellen Vertrages heißt es in unmittelbarem Zusammenhang mit der Aufhebung der Zugewinngemeinschaft und der Vereinbarung von Gütertrennung, daß die Bet. wechselseitig auf die Feststellung und Ausgleichung eines Zugewinns verzichten „unbeschadet der nachfolgenden Vereinbarungen über Vermögensvertei-

lung“; in Nr. III wird die Vermögensverteilung im Rahmen der Vereinbarung der Gütertrennung, insbesondere im Hinblick auf die darin enthaltene Beendigung des bisherigen Güterstandes und des Erlöschens jeglichen Zugewinnausgleichs, vorgenommen. Dies zeigt, daß die Vermögensaufteilung eine von den Ehegatten vereinbarte, vom Gesetz (§ 1378 BGB) abweichende Form der Zugewinnausgleichung darstellt. Aber auch wenn einer derartigen, für den Fall der Scheidung geschlossenen Vereinbarung nicht der Charakter eines Ehevertrages beigelegt würde (vgl. BGHZ 86, 143 = DNotZ 1983, 491, 493 f. m. Anm. Brambring), so handelt es sich bei einer solchen Vereinbarung, die zugleich mit der Aufhebung der Zugewinngemeinschaft beurkundet wird, doch um ein- und denselben Gegenstand i. S. d. § 44 Abs. 1 KostO. Die Vermögensverteilung diente der Beendigung des gesetzlichen Güterstands; in welcher Modalität sie letztlich vorgenommen wurde — hier u. a. durch Übertragung eines Miteigentumsanteils von einem Ehegatten an den anderen und Vereinbarung einer Ausgleichszahlung —, ist für die Beurteilung der kostenrechtlichen Gegenstands-gleichheit ohne Bedeutung.

(2) Die weitere Beschwerde des Notars erwies sich somit als begründet, so daß der angefochtene Beschuß aufzuheben und die Kostenberechnungen des Notars in dem durch die Weisung beanstandeten Punkt zu bestätigen waren.

**11. Kostenrecht — Gründung einer GbR und Einbringung von Grundbesitz als Einlage gegenstandsgleich**  
(OLG Düsseldorf, Beschuß vom 26. 5.1988 — 10 W 41/88 — mitgeteilt von Justizamtsrat Liskowsky, Düsseldorf)

#### KostO § 44 Abs. 1, 2 Buchst. a

**Werden in einer Verhandlung ein Gesellschaftsvertrag und eine Auflassung beurkundet, so haben diese Erklärungen denselben Gegenstand, falls einer der Gesellschafter sein Grundstück einbringt.**

#### Zum Sachverhalt:

Der Bf. hat in einer Verhandlung einen Vertrag, durch den eine GbR (vgl. § 705 BGB) begründet wurde, sowie Erklärungen beurkundet, durch welche eine der Gesellschafterinnen ihr Grundstück einbrachte und allen Gesellschaftern ihr Eigentum übertrug. Das LG hat in der angefochtenen Entscheidung die Auffassung vertreten, die beurkundeten Erklärungen beträfen denselben Gegenstand (vgl. § 44 Abs. 1 KostO). Mit der zugelassenen weiteren Beschwerde rügt der Notar dies als rechtsfehlerhaft. Er meint, die Erklärungen hätten verschiedene Gegenstände, deren Werte zu addlieren seien (vgl. § 44 Abs. 2 lit. a) KostO).

#### Aus den Gründen:

Die zugelassene und daher statthafte weitere Beschwerde ist nicht begründet. Die Rüge des Notars führt zu keiner anderen Beurteilung. In § 44 Abs. 1 S. 1 KostO werden beispielhaft zwei Klassen beschrieben, in denen Erklärungen einen Gegenstand haben. Die Erklärungen, die der Bf. beurkundet hat, sind solche der ersten Klasse („Kauf und Auflassung“). Zu dieser gehören die Auflassung sowie dasjenige schuldrechtliche Geschäft, das der Eigentumsübertragung zugrunde liegt. In der vorliegenden Sache ist der Gesellschaftsvertrag mit der in ihm enthaltenen Einlagepflicht der schuldrechtliche Grund der Auflassung. Die beiden beurkundeten Erklärungen haben daher denselben Gegenstand, auch wenn im Gesellschaftsvertrag neben dem Beitrag des Grundstückes noch andere Punkte geregelt sind (so auch Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 11. Aufl., § 44 KostO, Rd.-Nr. 60).

**12. Kostenrecht — Voraussetzungen der Gebührenermäßigung nach § 7 Nr. 6 PrGKG**  
(LG Köln, Beschuß vom 23.12.1987 — 11 T 226/87 — mitgeteilt von Richter am LG Klaus-Dieter Bieber, Bonn)

#### KostO §§ 19; 20; 144 Abs. 3 PrGKG § 7 Nr. 6

1. Aus den §§ 19, 20 KostO ergibt sich der gesetzliche Erfahrungssatz, daß der vereinbarte Kaufpreis im allgemeinen dem Wert der gekauften Sache gleichkommt (vereinfachte Geschäftswertermittlung).
2. Beim Ankauf einer stadtnahen großen Fläche (bebautes Industriegelände, Wiesen, Äcker und Holzungen) ist von einem gewollten einheitlichen Quadratmeterkaufpreis auszugehen, wenn der gesamte Grundbesitz die Bodenqualität „Bauerwartungsland“ aufweist.
3. Der Gebührenermäßigungstatbestand der §§ 144 Abs. 3 KostO; 7 Nr. 6 PrGKG betrifft nur den Grunderwerb für noch zu schaffende öffentliche Verkehrs- und Grünflächen. Die künftige Zweckbestimmung dieser Teilstücke darf bei einer Wertermittlung für die Berechnung der Gebührenermäßigung nicht berücksichtigt werden (a. A. OLG Köln MittRhNotK 1987, 233).

#### Zum Sachverhalt:

Der Bet. zu 2) beurkundete am 9.1.1979 einen Vertrag, mit dem die Bet. zu 1), die Stadt L., von der Firma S. eine Reihe von Grundstücken mit einer Gesamtfläche von 53.770 qm zu einem Gesamtpreis von 4.100.000,— DM kaufte. Diesen Grundbesitz übertrug die Bet. zu 1) an die N., Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgeellschaft, die gem. Treuhändervertrag vom 30.3.1979 die städtebaulichen Sanierungsmaßnahmen als Treuhänderin durchführen sollte. Am 21.12.1983 wurde vom Bet. zu 2) die unentgeltliche Rückübertragung derjenigen Grundstücke, die als öffentliche Straßen und Grünflächen angelegt worden waren, auf die Bet. zu 1) beurkundet. Der Geschäftswert wurde auf 210.000,— DM festgelegt.

Für die Beurkundung vom 9.1.1979 hat der Bet. zu 2) der Bet. zu 1) Gebühren und Auslagen nebst Mehrwertsteuer in Höhe von insgesamt 25.987,68 DM in Rechnung gestellt. Die Beurkundungsgebühr hat er mit 12.131,28 DM angesetzt. Hierbei ist er davon ausgegangen, daß die Gebührenermäßigung gem. § 144 Abs. 3 KostO nur hinsichtlich eines Wertes von 210.000,— DM eingreife. Die Bet. zu 1) hielt die Gebühr für zu hoch. Sie vertrat die Auffassung, daß der Gebührenermäßigungstatbestand einen größeren Teil des Gesamtgeschäftswertes erfasse, da von einem einheitlichen Quadratmeterpreis für die gesamten Grundstücke auszugehen sei.

Wegen dieser Beanstandung seiner Kostenrechnung hat der Bet. zu 2) die Entscheidung des LG beantragt. Der LG-Präsident ist als vorgesetzte Dienstbehörde des Bet. zu 2) angehört worden. Durch Beschuß v. 17.12.1986 hat das LG die Kostenrechnung dahin geändert, daß die Summe der Kosten — vor Berücksichtigung der von der Bet. zu 1) geleisteten Zahlungen — 22.477,72 DM betrage. Auf die weitere Beschwerde des Bet. zu 2) hat das OLG Köln (MittRhNotK 1987, 233) den Beschuß der Kammer aufgehoben und die Sache zur erneuten Entscheidung an die Kammer zurückverwiesen.

#### Aus den Gründen:

Hinsichtlich der Berechnung der für den Vertrag vom 9.1.1979 angefallenen Beurkundungsgebühr hält die Kammer an ihrer Berechnung im Beschuß vom 17.12.1986 fest. Insbesondere haben auch die ergänzenden Ermittlungen sowie das weitere Vorbringen der Verfahrensbet. keine Gesichtspunkte ergeben, die eine andere tatsächliche oder rechtliche Beurteilung i. S. d. hiervon abweichenden Erwägungen des Beschwerdesenats (vgl. OLG Köln MittRhNotK 1987, 233) rechtfertigen könnten.

1. Die Voraussetzungen der Gebührenermäßigung nach § 144 Abs. 3 S. 1 KostO i. V. m. § 7 Abs. 1 Ziff. 6 PrGKG und dem Beschuß d. BVerfG vom 1.3.1978 (DNotZ 1978, 412) sind erfüllt, soweit die Bet. zu 1) durch den Vertrag vom 9.1.1979 Grundbesitz zwecks Schaffung oder Erweiterung öffentlicher Grünanlagen sowie für Zwecke öffentlicher Straßen und Plätze erworben hat. Dies trifft für einen Teil des von der Bet. zu 1) im Rahmen einer Sanierungsmaßnahme nach dem Städtebauförderungsgesetz erworbenen Grundbesitz zu. Bei Durchführung dieser Sanierungsmaßnahmen mußten auch öffentliche Straßen und Plätze geschaffen werden, ferner entsprach es der planerischen Absicht der Verfahrensbet. zu 1), mittels dieses Grundwerbes öffentliche Grünflächen zu schaffen. Der Grunderwerb erfolgte u. a. zu diesem Zweck, auch wenn gleichzeitig Grundbesitz zwecks einer künftigen baulichen Nutzung erworben wurde und die gesamte Sanierungsmaßnahme der Beseitigung städtebaulicher Mißstände i. S. v. § 1 Abs. 2 StBFG

gedient hat. Die in der Literatur von Grauel (MittRhNotK 1985, 193) vertretene Ansicht, daß der von einer Gemeinde getätigte Erwerb zum Zwecke der Industrieansiedlung oder des Wohnungsbauwesens wieder zu veräußernden Grundstücks nicht von § 7 PrGKG erfaßt werde, spricht nicht gegen die Gebührenermäßigung für den im Zusammenhang mit einer solchen Maßnahme getätigten Erwerb von Grundbesitz zur Schaffung öffentlicher Straßen und Plätze bzw. öffentlicher Grünanlagen. Die vorgenannte Ansicht befaßt sich nämlich nicht näher mit der Frage der hier zu entscheidenden teilweisen Gebührenermäßigung beim Erwerb von Grundbesitz zu unterschiedlichen Verwendungszwecken. Ebenso wenig kommt es darauf an, daß die Sanierungsmaßnahme nicht unmittelbar von der Stadt, sondern treuhänderisch von einem Sanierungsträger (vgl. §§ 33; 36 ff. StBFG) durchgeführt worden ist, der die öffentlichen Grundstücksflächen anschließend auf die Stadt zurückzuübertragen hat (§ 36 Abs. 6 S. 2 StBFG). Die Gebührenermäßigung des § 7 Abs. 1 Ziff. 6 PrGKG erfordert lediglich, daß die Grundstücke für die dort bezeichneten Zwecke erworben und verwendet werden. Der Zwischenerwerb durch den Sanierungsträger ändert nichts daran, daß der ursprüngliche Erwerb hinsichtlich eines Teils des Grundbesitzes zum in der Gebührenbefreiungsvorschrift angegebenen Zweck erfolgt ist.

2. Die für diesen Teil des erworbenen Grundbesitzes zu gewährende Gebührenbefreiung wird in der Weise berechnet, daß derjenige Teilbetrag der aus dem gesamten Geschäftswert ermittelten Gebühr halbiert wird, der die Gebühr übersteigt, die für den nichtprivilegierten Teil des Geschäfts — also für den Erwerb der übrigen Grundstücke — bei gesonderter Beurkundung zu erheben wäre (vgl. Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, 11. Aufl. 1987, § 144 KostO, Rd.-Nr. 29; Ackermann, DNotZ 1968, 86; JurBüro 1968, 3). Die zu Bebauungszwecken erworbenen und genutzten Flächen, hinsichtlich deren keine Gebührenermäßigung in Betracht kommt, machen insgesamt 21.949 qm aus. Insofern sind Bedenken gegen die Richtigkeit des Tatsachenvertrages des Bet. zu 1) weder aufgrund des Vorbringens des Bet. zu 2) noch sonst ersichtlich. Der Geschäftswert, der bei gesonderter Beurkundung eines Kaufvertrages über diese Flächen zugrunde zu legen gewesen wäre, bestimmt sich nach dem Kaufpreis, der hier gem. § 20 Abs. 1 S. 1 KostO nur als Teil des tatsächlich vereinbarten Kaufpreises für die gesamte Fläche entsprechend dem Verhältnis geschätzt werden kann, in dem die Teilfläche zur verkauften Gesamtfläche steht. Hiernach ist auch für die Berechnung der anteiligen Gebührenermäßigung von einem einheitlichen Kaufpreis von 76,25 DM/qm für den gesamten gem. Vertrag vom 9.1.1979 erworbenen Grundbesitz auszugehen.

Denn nach § 20 Abs. 1 S. 1 KostO ist beim Kauf von Sachen der Kaufpreis maßgebend. Ist jedoch der Kaufpreis niedriger als der nach § 19 KostO festzustellende Wert der Sache, so ist dieser maßgebend (§ 20 Abs. 1 S. 2 1. Halbs. KostO). Nach dem Gesetzeswortlaut ist also ein Vergleich zwischen dem Kaufpreis und dem Wert der Sache anzustellen und der höhere Wert der Gebührenrechnung zugrunde zu legen. Da jedoch der Kaufpreis — gegebenenfalls einschl. des hinzuzurechnenden Wertes der vorbehaltenen Nutzungen oder ihm sonst obliegenden Leistungen (§ 20 Abs. 1 S. 1 2. Halbs. KostO) — im allgemeinen dem Wert der gekauften Sache gleichkommen, soll für diesen Normalfall die Bestimmung des Geschäftswertes dadurch vereinfacht werden, daß der Wert der verkauften Sache nicht einzeln festgestellt werden muß (vgl. u. a. BayObLG DB 1974, 2471; BayObLGZ 1956, 401, 404; OLG Hamm DNotZ 1980, 124, 126; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 20 KostO, Rd.-Nr. 1, 10; Rohs/ Wedewer, § 20 KostO, Anm. I. a; Hartmann, 22. Aufl., § 20 KostO, Anm. 2 A, C). Um diesem Vereinfachungszweck des § 20 Abs. 1 S. 1 KostO Rechnung zu tragen, ist der Wert der Sache nur dann festzustellen, wenn Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, daß in dem maßgebenden Zeitpunkt (§ 7 bzw. § 18 KostO) der Kaufpreis nicht annähernd so hoch ist wie der sich bei der Anwendung des § 19 KostO ergebenden Wertes der Sache (vgl. u. a. BayObLG JurBüro 1985, 434; LG Koblenz KostRspr. § 20 KostO, Nr. 6; a. A. OLG Karlsruhe Rpfleger 1964, 189, nach dem auch bei erheblichen

Abweichungen nur der beurkundete Kaufpreis maßgeblich sein soll). Demnach hat der Gesetzgeber selbst in § 20 Abs. 1 S. 1 KostO den allgemeinen Erfahrungssatz verankert, daß bei Kaufverträgen regelmäßig jeder Vertragsteil eine gleichwertige Leistung erbringt und die übereinstimmende Wertvorstellung beider Vertragsteile über den Vertragsgegenstand durch den vereinbarten Kaufpreis zum Ausdruck gebracht wird (vgl. Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 20 KostO, Rd.-Nr. 1). Ähnliches gilt für die Wertermittlung nach § 19 KostO. Nach der Systematik dieser Vorschrift ist bei der Bewertung von Grundbesitz der letzte Einheitswert maßgebend, der zur Zeit der Fälligkeit der Gebühr bereits festgestellt ist, sofern sich nicht aus dem Inhalt des Geschäfts, den Angaben der Bet., Grundstücksbelastungen, amtlich bekannten oder aus den Grundakten ersichtlichen Tatsachen oder Vergleichswerten oder aus sonstigen ausreichenden Anhaltspunkten ein höherer Wert ergibt; jedoch soll von einer Beweisaufnahme zur Feststellung eines höheren Wertes abgesehen werden (§ 19 Abs. 2 S. 1 KostO). Hiernach sind die Angaben der Bet. zur Ermittlung eines über dem Einheitswert liegenden Geschäftswertes in erster Linie bedeutsam. Nur wenn deren Angaben offensichtlich unzuverlässig und unrichtig sind — bei ehrlichen Kostenrechnern sind sie in der Regel, wenn auch nicht immer, zuverlässig — oder verweigern die Bet. überhaupt eine Angabe über den Wert, so muß auf andere ausreichende Anhaltspunkte zurückgegriffen werden (vgl. u. a. OLG Oldenburg NdsRpfl. 1977, 230; OLG Hamm DNotZ 1974, 488; LG Regensburg Jur-Büro 1982, 118; Rohs/Wedewer, § 19 KostO, Rd.-Nr. 24; Göttlich/Mümmel, KostO, Stichwort: „Grundbesitzwert“, Anm. 3.2). Denn nach der Legaldefinition des § 19 Abs. 1 KostO ist der Wert der Sache der gemeine Wert, der durch den Preis bestimmt wird, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit der Sache unter Berücksichtigung aller den Preis beeinflussenden Umstände bei einer Veräußerung zu erzielen wäre; ungewöhnliche oder nur persönliche Verhältnisse bleiben außer Betracht. Somit können bei der Wertermittlung von Grundstücken auch diejenigen allgemeinen Bewertungsgrundsätze herangezogen werden, welche insbesondere für die Bemessung von Enteignungsentschädigungen bedeutsam sind (vgl. § 141 Abs. 2 BBauG, Verordnung über Grundsätze für die Ermittlung des Verkehrswertes von Grundstücken — WertV — v. 18. 8. 1976 (BGBl. I, 2256) sowie die Richtlinien für die Ermittlung des Verkehrswertes von Grundstücken — WertR 76 — v. 18. 8. 1976 (BGBl. I, 2318) und deren Auslegung und Anwendung durch die Rechtsprechung und einschlägige Literatur (vgl. u. a. Rössler/Langner/Simon, Schätzung und Ermittlung von Grundstückswerten, 5. Aufl. 1986; Just/Brückner, Ermittlung des Bodenwertes, 1977; Wertermittlung von Grundstücken, 1977; Verkehrswert von Grundstücken gem. Bundesbau- und Städtebauförderungsgesetz 1979).

3. Bereits im Zeitpunkt des Beschlusses vom 17.12.1986 hatten sich für die Kammer unter Beachtung der ihr bekannten allgemeinen Bewertungsgrundsätze keinerlei Anhaltspunkte dafür ergeben, daß die seitens der Vertragsparteien in der Urkunde vom 9.1.1979 unterlassene wertmäßige Differenzierung nach den erst noch zu schaffenden öffentlichen Flächen und nicht privilegierten künftigen Bauplätzen oder etwa nach Maßgabe der damaligen tatsächlichen Nutzung (Gewerbegrundstücke bzw. Wiesen, Äcker und Holzungen) bewertungsrechtlich unangemessen gewesen sein könnte. Eine gegenteilige Annahme erschien insbesondere unter Beachtung der zu §§ 19, 20 KostO vorstehend dargelegten Grundsätze im Hinblick auf die Bet. zu 1), eine kommunale Gebietskörperschaft sowie in Bezug auf die damalige Verkäuferin, eine in Liquidation befindliche AG, wenig lebensnah. Denn es darf unterstellt werden, daß solchen Vertragsparteien die Grundsätze über die Wertermittlung von Grundstücken ebenfalls durchaus geläufig sind. Ebenso wenig lebensnah erschien die Annahme, diese Vertragsparteien hätten seinerzeit aus sachfremden Erwägungen (Ersparnis von Steuern bzw. von Notargebühren etc.) eine mögliche und bewertungsrechtlich gebotene Aufschlüsselung des insgesamt vereinbarten Kaufpreises wegen der Gebührenermäßigung des § 7 Nr. 6 PrGKG bewußt unterlassen. Der

Einwand des Verfahrensbet. zu 2), daß im Jahre 1983 bei der unentgeltlichen Rückübertragung der zwischenzeitlich geschaffenen öffentlichen Verkehrs- und Grünflächen sodann von der Verfahrensbet. zu 1) und dem Sanierungsträger insoweit ein Wert von 210.000,— DM angegeben wurde, geht in bezug auf das vorliegende Beschwerdeverfahren in mehrfacher Hinsicht fehl. Wie die Kammer bereits im vorgenannten Beschuß hierzu ausgeführt hat, mag sich nach dem Grunderwerb im Jahre 1979 der Wert der Grundstücke je nachdem, ob sie für öffentliche Straßen, Plätze und Grünflächen oder für eine Bebauung genutzt worden sind, zwar durchaus unterschiedlich entwickelt haben. Eine entsprechende Differenzierung kann aber nicht rückwirkend bei der Bestimmung des im Zeitpunkt des Beurkundungsvorgangs vom 9.1.1979 maßgeblichen Werts vorgenommen werden. Zur fraglichen Zeit stand die genaue Lage der Baugrundstücke einerseits und der für öffentliche Straßen, Plätze und sonstige Grünanlagen bestimmte Flächen innerhalb des verkauften Grundbesitzes überhaupt noch nicht fest und diese waren somit überhaupt noch nicht näher bestimmbar. Aus diesen Gründen war die Feststellung, daß die Bet. zu 1) die zuletzt genannten Flächen von der Verkäuferin zu einem niedrigeren Quadratmeterpreis kaufen konnte und gekauft hat als die übrigen — nicht privilegierten — Flächen ebensowenig möglich. Hinzu kam, daß die in Liquidation befindliche Verkäuferin ersichtlich bestrebt war, ihren gesamten Grundbesitz bestmöglichst zu verkaufen und somit kein Interesse daran haben konnte, etwa nur bestimmte Teilflächen zu veräußern. Da zudem von ihr die bebauten Gewerbeblächen auf Abbruch verkauft worden sind, belegt dieser Umstand, daß sie im gewöhnlichen Geschäftsverkehr keinen anderen Interessenten gefunden hatte, der etwa bereit gewesen wäre, diese Flächen ebenfalls gewerblich innerhalb der bestehenden Gebäude zu nutzen und hierfür einen erheblich höheren Kaufpreis anteilig bzw. für den gesamten Grundbesitz zu bezahlen. Ferner ist nicht ersichtlich, wer denn nun im gewöhnlichen Geschäftsverkehr außer der Bet. zu 1) bereit gewesen wäre, die übrigen Flächen (Wiesen, Äcker und Holzungen) zu kaufen (vgl. hierzu BayObLG JurBüro 1985, 434). Wenn — wie hier — von einer Gemeinde ein flächenmäßig großer Grundbesitz angekauft wird, so entspricht es jedenfalls nach den Erfahrungen der Kammer der Üblichkeit, daß hierfür ein Gesamtkaufpreis ohne weitere wertmäßige Differenzierungen nach einzelnen Teilflächen vereinbart wird.

Dies gilt zumindest dann, wenn unbeschadet einer unterschiedlichen tatsächlichen Nutzung einzelner Teilflächen für den gesamten Grundbesitz bezüglich der Bodenqualität im Zeitpunkt des Verkaufes bewertungsrechtlich keine gravierenden Abweichungen erkennbar sind.

Hinzu kommt, daß die Gebührenermäßigungsvorschrift des § 7 Nr 6 PrGKG allein das Ziel verfolgt, den kommunalen Erwerb von Grundstücken zur Schaffung von öffentlichen Verkehrs- und Grünflächen aus Gründen des Gemeinwohls kostenrechtlich zu privilegieren. Demzufolge ist auch der Wertermittlung die Bodenqualität des Grunderwerbs im Zeitpunkt der Beurkundung und nicht etwa nach Schaffung der öffentlichen Flächen zugrundezulegen. Dies folgt zudem aus dem in § 19 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 KostO verankerten Stichtagsprinzip, welches die Berücksichtigung späterer Wertänderungen ausschließt (vgl. ebenso § 2 WertVO). § 7 PrGKG geht somit davon aus, daß die Privilegierung nur dann eingreift, wenn die öffentlichen Flächen noch nicht vorhanden sind. Eine andere Beurteilung gilt auch nicht für den Ausnahmefall, daß — anders als hier — die Verkehrs- und Grünflächen zwar bereits vorhanden gewesen sind, aber noch im privaten Eigentum gestanden haben (z. B. freihändiger Grunderwerb der Kommune nach Schaffung der öffentlichen Flächen aufgrund einer vorläufigen Besitzeinweisung zur Vermeidung eines langwierigen Enteignungsverfahrens). Denn erst durch den öffentlichen Grunderwerb wird kostenrechtlich der Gebührenermäßigungstatbestand erfüllt, was im übrigen die in § 7 PrGKG enthaltene Bezugnahme auf das damals allein geltende Preußische Enteignungsgesetz belegt. Demzufolge ist vorliegend die Kostenrechtsprechung zur Geschäftswertermittlung bei der Übertragung bereits öffentlich

gewidmeter Grundstücke nicht einschlägig (vgl. u. a. BayObLG DNotZ 1986, 435 [Kirchengrundstück]; BayObLGZ 1986, 281 [Straßenland]). Vielmehr betrifft § 7 Nr. 6 PrGKG nur solche Erwerbsvorgänge, bei denen die öffentliche Hand für die beabsichtigte Schaffung künftiger öffentlicher Flächen die allgemein üblichen Grundstückspreise bezahlen muß, was kostenrechtlich im Vergleich zu anderen Käufen (Bauland etc.) privilegiert werden soll.

Aus diesem Grunde wäre es daher auch rechtsfehlerhaft, einen gem. § 19 KostO ermittelten Wert der späteren öffentlichen Verkehrs- und Grünflächen hier aus dem Jahre 1983 heranzuziehen, weil diese zwischenzeitlich eine andere und wertmäßige infolge der öffentlichen Widmung niedrigere Bodenqualität erlangt hatten (vgl. u. a. BGH NJW 1960, 530; Büchs, Grunderwerb und Entschädigung beim Straßenbau, 2. Aufl., 528; Nr. 6.3.3.1 WertR 76). Somit ist der im Jahre 1983 angegebene Wert von 210.000,— DM für das vorliegende Beschwerdeverfahren ebenfalls ohne jede Bedeutung. Soweit der Beschwerdesenat darauf verwiesen hat, daß der Wert von Straßenland nur einen Bruchteil des vollen Sachwertes ausmache, bedarf dies seitens der Kammer folgender Differenzierungen:

- Die bereits dem öffentlichen Verkehr dienenden, aber noch nicht im öffentlichen Eigentum stehenden Flächen haben durchaus einen Verkehrswert (vgl. BGH NJW 1970, 1644). Der Umstand, daß für solche Grundstücke ein freier Markt fehlt, rechtfertigt nicht die Schlüffolgerung, ihnen sei kein realer wirtschaftlicher Wert beizumessen. Vielmehr ist deren Wert nach § 287 ZPO zu schätzen, wobei entsprechend den Grundsätzen über die enteignungsrechtliche Vorwirkung von dem Zustand auszugehen ist, den die Flächen im Zeitpunkt des Ausschlusses von der konjunkturellen Weiterentwicklung hatten. Solche Vorwirkungen können auch Fluchtlinienfestsetzungen nach dem Preußischen Fluchtliniengesetz bewirken. Ist eine Fläche nach diesen Vorschriften von Bauland zu Straßenland herabgestuft worden, so ist deshalb bei der Ermittlung der Enteignungsentschädigung die Entwicklungsstufe „Bauland“ zu grunde zu legen (vgl. BGH NJW 1978, 941).
- Sind die Flächen bereits in einem Bebauungsplan als Verkehrsflächen festgesetzt, so gibt es für sie in aller Regel nur die öffentliche Hand als potentiellen Käufer, weil Flächen dieser Art am Grundstücksmarkt kaum gehandelt werden. Ihr Wert ist deshalb nach den Grundsätzen über die enteignungsrechtliche Vorwirkung zu ermitteln (Nr. 6.3.2 WertR 76). Danach ist von dem Zustand auszugehen, den die Fläche vor der verbindlichen Planfeststellung hatte. Spätestens zu diesem Zeitpunkt war das Grundstück von jeder konjunkturellen Weiterentwicklung ausgeschlossen (BGH NJW 1967, 2306). Eine vorbereitende Planung ist dann als Vorwirkung der Enteignung anzusehen, wenn sie mit der späteren Entziehung des Eigentums in ursächlichem Zusammenhang stand, eine hinreichende Bestimmtheit hatte und die spätere verbindliche Planung mit Sicherheit erwarten ließ. Die für Verkehrswecke festgesetzten Flächen können danach als Agrarland, als Bauerwartungsland oder als Bauland einzustufen sein, was sich allein nach dem jeweiligen Entwicklungsstand des Grundstücks im Zeitpunkt des Ausschlusses von jeder konjunkturellen Weiterentwicklung richtet (vgl. BGH NJW 1978, 557).
- Sind Teilflächen zur Verbreiterung oder zum Ausbau bestehender Verkehrsflächen abzutreten, müssen nach der Rechtsprechung verschiedene Wertermittlungsverfahren beachtet werden. Ändert sich die Bebaubarkeit des Restgrundstücks durch die Abtretung der Teilfläche nicht, so ist die Teilfläche in der Regel mit dem Durchschnittswert des Gesamtgrundstücks zu bewerten (Nr. 6.4.2 WertR 76). Bei besonders tief geschnittenen Grundstücken mit mehreren Wertzonen tritt durch die Abtretung der Teilflächen eine Flächenverschiebung ein, bisherges Hinterland wird Vorderland (vgl. BGH WM 1977, 1004). Ändert sich durch die Abtretung die Bebaubarkeit des Restgrundstücks, so ist der Wert der Teilfläche nach der Differenzmethode zu ermitteln (Nr. 6.4.2 WertR 76), welche vor allem bei der Wertermittlung von abzutretenden Vorgärten anzuwenden ist (vgl. BGH WM 1970, 590).

d) Werden die Verkehrsflächen dem öffentlichen Verkehr entzogen und einer anderen Nutzung zugeführt, so sind die Flächen entsprechend der im Bebauungsplan festgesetzten Nutzung zu bewerten. Dabei kann der Bodenwert der umliegenden Grundstücke herangezogen werden (Nr. 6.3.4 WertR 76).

Die vorstehenden Grundsätze gelten sinngemäß für die Wertermittlung künftiger öffentlicher Grünflächen. Entscheidend ist ebenfalls der Zustand, den das Grundstück vor der verbindlichen Planfeststellung hatte, wobei vorbereitende Planungen ebenfalls bereits enteignungsrechtliche Vorwirkungen haben können. Die für öffentliche Grünflächen vorgesehenen Flächen sind nach ihrem jeweiligen Entwicklungszustand im Zeitpunkt des Ausschlusses von der konjunkturellen Weiterentwicklung als Agrarland, Bauerwartungsland oder als Bauland zu bewerten (vgl. BGH NJW 1967, 2306).

Hieraus ist der allgemeine Grundsatz abzuleiten, daß beim kommunalen Erwerb zur Schaffung öffentlicher Verkehrs- und Grünflächen von der jeweiligen Bodenqualität dieser Flächen im Zeitpunkt des Grunderwerbs auszugehen ist, welche bewertungsrechtlich von der Bodenqualität der umliegenden Grundstücksflächen in der Regel geprägt wird. Aus diesen Gründen bestand insoweit daher kein Anlaß für die Kammer, eine wertmäßige Differenzierung bezüglich des einheitlichen Kaufpreises im Hinblick auf die künftige Verwendung der einzelnen Teillächen für öffentliche sowie für Bauzwecke vorzunehmen.

Ebensowenig war eine solche Differenzierung wegen der unterschiedlichen tatsächlichen Nutzung im Zeitpunkt der Beurkundung am 9.1.1979 geboten. Aus dem Kaufvertrag ergab sich, daß der Grundbesitz nur mit einzelnen Flurstücken an die B.-Straße sowie an die Straße „Am W.“ angrenzte und im übrigen mit Rücksicht auf die Flächengröße von insgesamt 53.770 qm in bezug auf die als Grünland, Ackerland und Holzung bezeichneten Flurstücke im Innenbereich straßenmäßig noch nicht erschlossen war. Ergänzend kam der weitere Auslegungsumstand hinzu, daß die Bet. zu 1) den Grundbesitz im Rahmen einer Sanierungsmaßnahme — wegen der Einschaltung eines Sanierungsträgers ersichtlich eine Sanierungsmaßnahme nach dem Städtebauförderungsgesetz — bodenrechtlich neu ordnen und in diesem Zusammenhang öffentliche Verkehrs- und Grünflächen erst neu schaffen wollte. All dies sprach bei einer lebensnahen Würdigung des „Inhalts des Geschäfts“ (§ 19 Abs. 2 S. 1 KostO) dafür, daß es sich bei dem angekauften Grundbesitz um einen stadtnahen unbeplanten Außenbereich i. S. v. § 35 BBauG und nicht etwa bezüglich der bebauten Gewerbeblächen zumindest teilweise um Bauland gehandelt hat. Denn aus städtebaulichen Gründen werden größere Gewerbebetriebe wegen ihrer störenden Einwirkung auf eine Wohnbebauung häufig gerade im unbeplanten Außenbereich (vgl. § 35 Abs. 1 Nr. 4 BBauG [1960]) angesiedelt, was im übrigen bereits vor Inkrafttreten des BBauG der Üblichkeit entsprochen hat. Darüber hinaus deutete die von der Bet. zu 1) beabsichtigte Sanierungsmaßnahme nach dem StBFG darauf hin, daß sie wegen der stadtnahen Lage dieses Bereiches eine weitere gewerbliche Nutzung — wie bisher — als einen städtebaulichen Mißstand angesehen hatte und in diesem Zusammenhang auch die übrigen Grün-, Acker- und kleinere Holzungsflächen städtebaulich neu ordnen wollte. Bei einem stadtnah gelegenen Grundbesitz dieser Größe im unbeplanten Außenbereich ist regelmäßig — unbeschadet einer tatsächlichen unterschiedlichen Nutzung — von der einheitlichen Bodenqualität „Bauerwartungsland“ für alle Grundstücksflächen auszugehen, was im übrigen auch die bewertungsrechtlich sachkundigen Vertragsparteien mit der Vereinbarung eines einheitlichen Kaufpreises ohne weitere Aufschlüsselung — ein weiterer Auslegungsumstand — so gesehen hatten (vgl. hierzu u. a. BayObLG BayVBl. 1970, 188; BGH WM 1979, 916; 1980, 114; Rössler/Langher/Simon, a.a.O., 42; Just/Brückner, Wertermittlung von Grundstücken, 136 ff.). Schließlich hat der vereinbarte Kaufpreis von 76,25 DM/qm im stadtnahen Bereich einer Gemeinde wie der Bet. zu 1) einem typischen Preis für Bauerwartungsland entsprochen.

Diese sich bereits aus den §§ 19 Abs. 2 S. 1; 20 Abs. 1 S. 1 KostO ergebenden Erwägungen aus dem Inhalt des Geschäfts, den Angaben der Bet. und anderen Anhaltspunkten des Sachverhalts werden zudem bestätigt durch das Ergebnis der ergänzenden Ermittlungen der Kammer, weil sich der zugrundegelegte einheitliche Kaufpreis von 76,25 DM/qm weitgehend mit der nunmehr vorgelegten Wertschätzung des Gutachterausschusses deckt (wird ausgeführt).

Hiervon abgesehen wären selbst bei vorhandenen Bodenrichtwerten im Rahmen einer Geschäftswertermittlung nach § 19 Abs. 2 KostO jeweils im Einzelfall Zu- bzw. Abschläge vorzunehmen (vgl. u. a. KG DNotZ 1974, 486; BayObLG DNotZ 1972, 246; 1973, 567, 570; Röpfler 1975, 37; DNotZ 1977, 434, 435; OLG Hamm DNotZ 1974, 311). Üblicherweise darf ein Sicherheitsabschlag von 25 % vorgenommen werden, um der regelmäßig in Betracht zu ziehenden Differenz zwischen dem Richtwert (als Durchschnittswert) und dem Verkehrswert des betreffenden Grundstücks im allgemeinen ausreichend Rechnung zu tragen (vgl. BayObLG DNotZ 1977, 434, 435; OLG Köln DNotZ 1979, 121, 124; MittRhNotK 1986, 237, 238). Nur zur Klarstellung ist zu bemerken, daß hier wegen § 20 Abs. 1 S. 2 KostO der vereinbarte Kaufpreis auch für die anteilige Gebührenermäßigung maßgebend ist, weil die Differenz beider Wertbemessungen — selbst wenn sie tatsächlich zutreffen sollte — insoweit vernachlässigt werden kann.

Nach alledem ist der Kaufpreis für die Teilläche, hinsichtlich derer kein Anspruch auf Gebührenermäßigung besteht, dementsprechend nach der zutreffenden Berechnung der Bet. zu 1) und des Bezirksrevisors mit 1.673.611,12 DM zu veranschlagen. Eine aus diesem Wert ermittelte Beurkundungsgebühr nach § 36 Abs. 2 KostO beträgt 5.190,— DM. Die Hälfte der Differenz zwischen diesem Betrag und der aus einem Gesamtgeschäfts- wert von 4.100.000,— DM ermittelten Gebühr (12.450,— DM) beträgt 3.630,— DM. Um diesen Betrag ermäßigt sich die andernfalls in Höhe von 12.450,— DM entstandene Gebühr; es verbleibt somit ein Gebührenbetrag von 8.820,— DM. Die in der Kostenrechnung in Ansatz gebrachte Mehrwertsteuer ermäßigt sich entsprechend auf 1.272,32 DM. Diese Beträge ergeben mit den übrigen — nicht bearbeiteten — Positionen der angefochtenen Kostenrechnung den Endbetrag von 22.477,72 DM vor Berücksichtigung der von der Bet. zu 1) geleisteten Zahlungen, über die kein Streit besteht.

Im Hinblick auf die abweichenden Erwägungen des Beschwerdesenates erscheint die erneute Zulassung der weiteren Beschwerde angebracht.

### 13. Notarrecht/Konkursrecht — Umschreibung der Vollstreckungsklausel gegen Konkursverwalter nicht wegen persönlicher Ansprüche

(LG Köln, Beschuß vom 3.11.1988 — 11 T 259/88 — mitgeteilt von Notarassessor Christoph Möller, Bonn)

#### ZPO § 727

#### KO § 14 Abs. 1

Eine Vollstreckungsklausel darf gegen den Konkursverwalter nicht auch hinsichtlich der persönlichen Ansprüche aus einer Grundschuldbestellungsurkunde umgeschrieben werden.

Leitsatz nicht amtlich.

#### Aus den Gründen:

Über die Kosten des in der Hauptsache erledigten Erinnerungs- und Beschwerdeverfahrens ist in entsprechender Anwendung des § 91a ZPO zu entscheiden.

Mit Rücksicht auf den Sach- und Streitstand im Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses entspricht es der Billigkeit, diese Kosten der Bg. aufzuerlegen. Die Erledigung ist dadurch eingetreten, daß die Bg. als Gläubigerin der in der Urkunde des Notars titulierten Ansprüche während des Beschwerdeverfahrens gegenüber der Bf. verbindlich erklärt hat, die vom Notar unter dem

10. 5. 1988 erfolgte Umschreibung der Vollstreckungsklausel als gegenstandslos anzuerkennen, soweit sie über den „dinglichen Anspruch“ aus der Grundschuld hinaus auch den „persönlichen Anspruch“ betreffe. Damit hat die Bg. die Bf. hinsichtlich der von ihr geltend gemachten Beanstandung der Vollstreckungsklausel klaglos gestellt. Wäre dies nicht geschehen, so hätte der Beschwerde gegen den Beschuß vom 15. 6. 1988, durch den das AG die Erinnerung (§ 797 Abs. 3 ZPO) gegen die notarielle Vollstreckungsklausel vom 10. 5. 1988 zurückgewiesen hat, und damit auch dieser Erinnerung stattgegeben werden müssen, denn die Vollstreckungsklausel durfte gegen die Bf. als Konkursverwalterin nicht auch „hinsichtlich des persönlichen Anspruchs zur Vollstreckung in das der Konkursmasse unterliegende Vermögen des Nachlasses der Frau X.“ erteilt werden. Die Vorschrift des § 14 Abs. 1 KO, nach der während der Dauer des Konkursverfahrens Arreste und Zwangsvollstreckungen zugunsten einzelner Konkursgläubiger weder in das zur Konkursmasse gehörige noch in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners stattfinden, schließt nämlich bei Konkursforderungen — um eine solche handelt es sich hier, soweit der vom „dinglichen Anspruch“ aus der Grundschuld zu unterscheidende „persönliche Anspruch“ betroffen ist — auch die Umschreibung der Vollstreckungsklausel nach § 727 ZPO gegen den Konkursverwalter als „Rechtsnachfolger“ (des Gemeinschuldners bzw. beim Nachlaßkonkurs des Erblassers) aus, vgl. Jaeger/Henckel, 9. Aufl. 1977, § 6 KO, Rd.-Nr. 96; Böhle-Stanschräder/Kilger, 15. Aufl. 1987, § 14 KO, Anm. 2; Stein/Jonas/Münzberg, 20. Aufl., § 727 ZPO, Rd.-Nr. 26.

Auch der Rechtsgedanke des § 93 ZPO kann es bei der nach § 91 ZPO zu treffenden Billigkeitsentscheidung hier nicht rechtfertigen, die Bg. von den Kosten des Erinnerungs- und Beschwerdeverfahrens freizustellen. Sie hat durch Zustellung der von ihr erwirkten Vollstreckungsklausel mit dem aus den obigen Gründen zu weit gehenden Inhalt Anlaß zur Einlegung der Erinnerung gegeben und auch nicht sofort, sondern erst während des Beschwerdeverfahrens nach einem Hinweis des Beschwerdegerichts die Beanstandung der Vollstreckungsklausel sinngemäß als gerechtfertigt anerkannt und durch die Erklärung, hieraus keine Rechte herzuleiten, die Beschwerdeführerin „klaglos“ gestellt.

Der mit Schriftsatz vom 10. 10. 1988 vertretenen Auffassung der Bg., für die Beschwerde bzw. Erinnerung habe von Anfang an kein Rechtsschutzbedürfnis der Bf. bestanden, kann nicht gefolgt werden. Die fehlerhafte Vollstreckungsklausel war geeignet, aus vernünftiger Sicht vom Standpunkt der Bf. aus die Gefahr einer unzulässigen Zwangsvollstreckungsmaßnahme zu begründen. Eine Umschreibung der Vollstreckungsklausel kommt nicht nur für Aussonderungsberechtigte und Absondernungsberechtigte, sondern theoretisch auch für Massegläubiger (etwa i. S. d. § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO) in Betracht. Das mit einem Vollstreckungsantrag befaßte Vollstreckungsorgan hätte aufgrund der erteilten Klausel nicht ohne weiteres die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung in die (vom behaupteten Grundbesitz zu unterscheidende) Konkursmasse erkennen können. Die durch die fehlerhafte Klausel formal gedeckte Möglichkeit einer solchen Zwangsvollstreckung entfiel nicht schon dadurch, daß die Bg. aufgrund ihres dinglichen Titels Ende Juni 1988 die Zwangsversteigerung beantragte, wobei im übrigen bemerkt sei, daß die Erinnerung gegen die Vollstreckungsklausel schon vorher — mit Schriftsatz vom 10. 6. 1988 — eingelegt worden war.

**Anmerkung** (von Notarassessor Christoph Möller, Bonn)

Der vorstehenden Entscheidung des Beschwerdegerichts ist m. E. nicht zuzustimmen. Sie folgt der modernen Tendenz, Wertentscheidungen des materiellen Rechts in die Beurteilung rein formaler Rechtsfragen einfließen zu lassen. Im Beschußverfahren nach § 732 ZPO sind ausschließlich förmliche Einwendungen gegen die Klauselerteilung statthaft. Sachliche Einwendungen — zu denen m. E. auch die Berufung auf einen Verstoß gegen § 14 Abs. 1 KO gehört — sind im Wege der Klage des Vollstreckungsschuldners nach § 768 ZPO zu erheben; sie können im übrigen erst und nur dann erhoben werden, wenn tatsächlich eine Vollstreckungsmaßnahme erfolgt (vgl. zur Abgrenzung Zöller/Stöber, 15. Aufl. 1987, § 732 ZPO, Rd.-Nr. 5 ff., 12).

Bei seiner Entscheidung über den Antrag auf Klauselumschreibung darf der nach §§ 797 Abs. 2; 727 ZPO zuständige Notar nur die in § 727 ZPO genannten Voraussetzungen berücksichtigen; im Falle der Umschreibung gegen den Konkursverwalter als Partei kraft Amtes sind dies die Fortdauer dessen Bestellung zum Konkursverwalter und des Konkursverfahrens an sich, wobei der vollstreckbare Anspruch das der Konkursverwaltung unterstellt Vermögen des Gemeinschuldners erfassen muß. Entgegen Wolfsteiner (Die vollstreckbare Urkunde, 1978, Rd.-Nr. 38.11) ist wegen der Förmlichkeit des Klauselumschreibungsverfahrens insbesondere nicht der Nachweis, daß es sich um eine durch die KO privilegierte Forderung handelt, erforderlich. Zu Recht war demzufolge auch nur die Klauselumschreibung gegen den Konkursverwalter hinsichtlich des persönlichen Anspruchs im Streit.

Da die vorgenannten Voraussetzungen sämtlich vorlagen, blieb dem Notar kein Ermessensspielraum; er mußte die beantragte Klauselumschreibung auch wegen des persönlichen Anspruchs vornehmen, ohne das Vorlegen eines Verstoßes gegen § 14 Abs. 1 KO zu überprüfen (im Ergebnis ebenso Kuhn/Uhlenbruck, 10. Aufl. 1986, § 14 KO; Anm. III.2, der die Umschreibung zutreffend als „vorbereitende Handlung“ qualifiziert, wobei diese wertneutrale Bezeichnung allerdings wohl unbeabsichtigte Assoziationen zum Strafrecht weckt). Dementsprechend hat das AG Köln als Vorinstanz auch die Erinnerung des Konkursverwalters gegen die Klauselumschreibung zurückgewiesen.

Läßt man trotz der aufgezeigten Systemwidrigkeit im Erinnerungsverfahren nach § 732 ZPO den Einward des Verstoßes gegen § 14 Abs. 1 KO zu, so ist das Gericht m. E. dennoch zum unrichtigen Ergebnis gelangt. Die Klauselumschreibung stellt schon begriffsnotwendig keine Maßnahme der Zwangsvollstreckung dar (vgl. Kuhn/Uhlenbruck, a.a.O.). Eine anschließende Vollstreckung aus dem umgeschriebenen Titel wegen des persönlichen Anspruchs ist in der Tat nach § 14 Abs. 1 KO ausgeschlossen; nur kann dies nicht zur Unzulässigkeit der Klauselumschreibung führen. Die Gefahr, daß ein Gläubiger versucht, sich über dieses Vollstreckungsverbot hinwegzusetzen, erachte ich für zu gering, um hieraus wie das Gericht die Unwirksamkeit der Klausel abzuleiten: Kein rechtstreuer Gläubiger geht freiwillig das Risiko einer Schadenersatzforderung des Konkursverwalters wegen der Vornahme einer verbotenen Vollstreckungsmaßnahme ein. Ebenso unterschätzt das Gericht die Sachkunde des Vollstreckungsorgans: Dieses wird durch seine Praxisnähe zur Beachtung des Verbotes der Einzeltvollstreckung während der Dauer des Konkursverfahrens veranlaßt; sollte es dennoch einmal Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer beantragten Maßnahme haben, kann es diese mittels Rückfrage bei dem zuständigen Konkursgericht klären.