Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer (MittRhNotK)
ISSN 1431-1844

Herausgeber: Rheinische Notarkammer, Burgmauer 53, 50667 Köln

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Nicole Plate, Notarassessor Dr. Stefan Wehrstedt, Burgmauer 53, 50667 Köln
(Telefon 02 21/2 57 52 91 – Telefax 02 21/2 57 53 10)
E-Mail: rhnotk@t-online.de – Homepage: http://www.notare.nrw.de

Druck: Greven & Bechtold GmbH, Sigurd-Greven-Straße, 50354 Hürth

Die in den MittRhNotK veröffentlichten Beiträge und Entscheidungen entsprechen nicht in jedem Fall der Auffassung der Rheinischen Notarkammer.

Die MittRhNotK erscheinen jährlich in 12 Heften (10 Ausgaben) und können nur über die Geschäftsstelle der Rheinischen Notarkammer, Burgmauer 53, 50667 Köln, bezogen werden.

Der Bezugspreis (einschließlich Versand) beträgt jährlich 98,– DM zuzüglich 7% USt. und wird in einem Betrag am 1. Juli des Bezugsjahres in Rechnung gestellt. Preis der Einzelausgabe: 12,– DM zuzüglich Versand und 7% USt.

Abbestellungen nur zum Ende eines Kalenderjahres bei Eingang bis zum 1. Oktober.

Mitteilungen
der Rheinischen Notarkammer

Nr. 7–8 MittRhNotK Juli/August 2000

Grundzüge des kanadischen Ehegüter- und Erbrechts[1]

(von Notarassessor Dr. Jens Fleischhauer, LL. M., Köln)

A. Einführung

B. Bestimmung des anwendbaren Rechts

I. Überblick

II. Staatsverträge

III. Autonomes Kollisionsrecht in Kanada
1. Allgemeines
2. Ehegüterrechtliche Kollisionsnormen
a) Common Law-Provinzen
b) Québec
c) Gestaltungshinweis
3. Erbrechtliche Kollisionsnormen
a) Common Law-Provinzen
b) Québec
c) Gestaltungshinweis

C. Ehegüterrecht

I. Überblick

II. Gesetzlicher Güterstand
1. Ontario
2. Andere Common Law-Provinzen
3. Québec
4. Güterstand und Grundbuch

III. Verfügungsbeschränkungen während der Ehe, insbesondere in Bezug auf die Ehewohnung
1. Ontario
2. Andere Common Law-Provinzen
3. Québec
4. Gestaltungshinweis

IV. Güterstand und Ehegattenerbrecht
1. Ontario
2. Andere Common Law-Provinzen
3. Québec
4. Gestaltungshinweis

V. Ehevertragliche Regelungen
1. Ontario
2. Andere Common Law-Provinzen
3. Québec
4. Gestaltungshinweis

D. Erbrecht

I. Überblick

II. Gesetzliche Erbfolge
1. Common Law-Provinzen
2. Québec

III. Gewillkürte Erbfolge
1. Testamentsformen
a) Common Law-Provinzen
b) Québec
c) Gestaltungshinweis
2. Gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag mit Bindungswirkung
a) Common Law-Provinzen
b) Québec
3. Grenzen der Testierfreiheit
a) Common Law-Provinzen
b) Québec
4. Testamentsgestaltung
a) Common Law-Provinzen
aa) Testierfähigkeit
bb) Arten von Verfügungen
cc) Ersatzerbschaft und Anwachsung
dd) Kommorientenvermutung
ee) Widerruf und Änderungen
b) Québec
aa) Testierfähigkeit
bb) Arten von Verfügungen
cc) Ersatzerbschaft und Anwachsung
dd) Kommorientenvermutung
ee) Widerruf und Änderungen
c) Gestaltungshinweise

IV. Erbverzicht und Ausschlagung
1. Common Law-Provinzen
2. Québec

V. Nachlassabwicklung
1. Common Law-Provinzen
a) Nachlassabwicklung bei gesetzlicher Erbfolge: „administration of the estate"
aa) Ernennung des „administrator"
bb) Aufgaben und Befugnisse des „administrator"
b) Nachlassabwicklung bei gewillkürter Erbfolge
aa) „Probate"-Verfahren
bb) Testamentsvollstreckung („execution")
2. Québec
a) Einheitliches Verfahren der „liquidation"
b) „Vérification" des Testaments
c) Verfahren
3. Abwicklung deutsch-kanadischer Nachlässe aus deutscher Sicht
a) Erbscheinverfahren vor deutschen Gerichten
b) Anerkennung kanadischer Nachlassverfahrensakte

VI. Ergänzende Instrumente für die Vermögensnachfolge
1. Common Law: „trust"
2. Québec: „donation à couse de mort"

A. Einführung

„Das" kanadische Ehegüter- und Erbrecht existiert nicht, denn der Bundesstaat Kanada besteht aus zehn Provinzen und drei Territorien, die jeweils ihr eigenes Zivilrecht haben. Außerdem

1 Dieser Beitrag ist dem Andenken an Herrn Professor Dr. h.c. Alexander Lüderitz gewidmet, der als Direktor des Instituts für Internationales und Ausländisches Privatrecht der Universität zu Köln die Tätigkeit der Gerichte und Notare durch zahlreiche Rechtsgutachten zum IPR und ausländischen Recht unterstützt hat.

ist das Recht der Provinz Québec aus historischen Gründen von der französischen Rechtstradition geprägt und wird daher allgemein dem Zivilrechtskreis zugerechnet, während die englischsprachigen Provinzen dem sog. Common Law-Rechtskreis der anglo-amerikanischen Länder angehören. Québec verfügt seit langem über ein kodifiziertes Zivilrecht, das nach der grundlegenden Reform von 1994 als Code civil québecois (C.c.) neu verabschiedet worden ist. Das Recht der Common Law-Provinzen ist demgegenüber traditionell weniger stark kodifiziert, die Provinzgesetzgeber sind aber auch hier mit zahlreichen Einzelgesetzen tätig geworden. Diese beruhen zum Teil auf den Vorarbeiten der Uniform Law Conference of Canada (Conférence pour l'uniformisation des lois au Canada), einem Expertengremium, das den Gesetzgebern Modellgesetze zur Übernahme in die einzelnen Rechtsordnungen vorschlägt[2].

Die Gesetzgebungskompetenz der Provinzen für das Zivilrecht und das Nebeneinander von zwei grundverschiedenen Rechtstraditionen sorgen für eine starke Zersplitterung des Ehegüter- und Erbrechts in Kanada, die trotz der Bemühungen um Angleichung und Vereinheitlichung der verschiedenen Rechte bis heute spürbar ist. Bei der Fallbearbeitung ist daher stets zu ermitteln, welches der mehr oder weniger verschiedenen Sachrechte der einzelnen Provinzen und Territorien berufen ist. Diese Aufgabe wird dadurch erschwert, dass ein einheitliches kanadisches Kollisionsrecht ebenso wenig existiert wie ein einheitliches Sachrecht[3].

B.
Bestimmung des anwendbaren Rechts

I. Überblick

Ob und welches ausländische Sachrecht in einem Fall mit Auslandsberührung anwendbar ist, bestimmt sich nach den Regeln des Internationalen Privatrechts (Art. 3 Abs. 1 S. 1 EGBGB)[4]. Ausgangspunkt hierfür sind die deutschen Kollisionsnormen des EGBGB bzw. etwa vorhandene vorrangige staatsvertragliche Regelungen (Art. 3 Abs. 2 S. 1 EGBGB). Das ausländische Kollisionsrecht kommt ins Spiel, wenn auf das Recht eines anderen Staates insgesamt – und nicht direkt auf Sachvorschriften – verwiesen wird (sog. Gesamtverweisung, Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB). Die hier einschlägigen Kollisionsnormen des Art. 15 Abs. 1 i.V. mit Art. 14 EGBGB für das Güterrecht und Art. 25 S. 1 EGBGB für das Erbrecht sehen eine solche Gesamtverweisung vor. Knüpfen die ausländischen Kollisionsnormen an andere Merkmale als die deutschen Vorschriften an, so kann dies zu einer Rückverweisung auf deutsches Sachrecht oder zu einer Weiterverweisung auf das Recht eines dritten Staates führen (Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB). Ein Beispiel hierfür sind die erbrechtlichen Kollisionsnormen, die hier an die Staatsangehörigkeit des Erblassers (Art. 25 S. 1 EGBGB), in Kanada aber an das „domicile" anknüpfen. Rückverweisungen auf das deutsche Recht werden „angenommen" (Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB). Das Recht von Québec, Ontario und anderen Provinzen schließt den renvoi hingegen kategorisch aus; Verweisungen auf das Recht eines anderen Staates sind dort Sachnormverweise (z.B. Art. 3080 C.c.)[5].

Bei Verweisungen auf das Recht eines Staates mit mehreren Teilrechtsordnungen, wie es bei Kanada mit seinen unterschiedlichen Provinzrechten der Fall ist, bestimmt das Recht dieses Staates selbst, welche Teilrechtsordnung anzuwenden ist; hilfsweise ist auf die engste Verbindung des Sachverhalts zu einer Teilrechtsordnung abzustellen (Art. 4 Abs. 3 S. 1 und 2 EGBGB). Ein eigenes interlokales bzw. interprovinzielles Kollisionsrecht für die Unteranknüpfung existiert in Kanada nicht; die vorhandenen Kollisionsnormen gelten gleichermaßen im Verhältnis zu anderen Staaten wie zu den Schwesterprovinzen[6].

Typisch für das Kollisionsrecht von Common Law-Staaten, in Kanada aber auch von der Provinz Québec übernommen, ist weiter die unterschiedliche Anknüpfung der rechtlichen Verhältnisse von beweglichen Sachen (Domizilrecht) und unbeweglichen Sachen (lex rei sitae). Im internationalen Erbrecht hat sich hierfür der Begriff Nachlassspaltung eingebürgert, die Spaltung findet sich aber auch im Ehegüterrecht einiger Common Law-Provinzen. Sie kann zu einer Teilrückverweisung führen, wenn das deutsche IPR auf das Recht einer kanadischen Provinz verweist und dieses wegen der Belegenheit eines Grundstücks in Deutschland hierauf das deutsche Recht für anwendbar erklärt. Eine solche partielle Rückverweisung ist für den deutschen Rechtsanwender beachtlich. Sie widerspricht insbesondere nicht dem „Sinn der Verweisung" nach Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB, denn schließlich hat der deutsche Gesetzgeber in Art. 25 S. 2 EGBGB selbst eine Ausnahme vom Prinzip der Nachlasseinheit zugelassen. Auch unter dem Gesichtspunkt der Durchbrechung des Gesamtstatuts durch ein vermögensrechtliches Einzelstatut wird die Spaltung gemäß Art. 3 Abs. 3 EGBGB akzeptiert[7]. Freilich ist damit ein erhöhter Aufwand bei der Testamentsgestaltung und auch bei der Nachlassabwicklung verbunden, die unter Umständen nach zwei Verfahren erfolgen muss[8].

Neben den objektiven Kollisionsnormen bestehen im internationalen Ehegüterrecht und Erbrecht Möglichkeiten zur subjektiven Bestimmung des anwendbaren Sachrechts durch Rechtswahl der Beteiligten (Art. 15 Abs. 2 und Art. 25 Abs. 2 EGBGB). Die im Inland vorgenommene Rechtswahl im internationalen Güterrecht bedarf der notariellen Beurkundung (Art. 15 Abs. 3, Art. 14 Abs. 4 EGBGB). Eine Rechtswahl bezieht sich immer auf die Sachvorschriften der gewählten Rechtsordnung (Art. 4 Abs. 2 EGBGB). Auch die Rechte der meisten kanadischen Provinzen sehen die Rechtswahl im Güterrecht durch Ehevertrag und zum Teil im Erbrecht durch Testament vor.

Regelungsziel des Kollisionsrechts ist die möglichst gleiche Behandlung eines Sachverhalts in den verschiedenen Rechtsordnungen, zu denen er Berührungspunkte aufweist (internationaler Gleichklang oder Entscheidungsharmonie). Die Aufgabe des gestaltenden Vertragsjuristen ist dabei besonders anspruchsvoll. Anders als der Richter kann er bei der Anwendung von IPR und ausländischem Recht regelmäßig nicht von einem feststehenden Sachverhalt ausgehen. Er muss vielmehr bevorstehende und vorhersehbare Änderungen der Lebensverhältnisse der Beteiligten und damit der IPR-Anknüpfungsmerkmale in seine Überlegungen einbeziehen (z.B. kanadischer Staatsangehöriger mit „domicile" in Deutschland verlegt seinen Wohnsitz nach Kanada zurück). Auch wenn in einem Fall mit Auslandsberührung im Zeitpunkt der Beurkundung deutsches Recht gilt, kann sich das durch Wechsel der Staatsangehörigkeit oder des Wohnsitzes schnell ändern mit der Folge, dass

2 Zum historischen Hintergrund siehe Blanpain (Hrsg.) International Encyclopedia of Laws (Stand 1998), Länderteil Canada, Tz. 18 ff.

3 Die Gesetzestexte der Provinzen sind zum Teil über das Internet abrufbar. Als Ausgangspunkt für eine Online-Recherche empfiehlt sich der Server der kanadischen Bundesregierung, der Links zu den Homepages der Provinzregierungen enthält (z.B.: www.canada.gc.ca/othergov/prove.html). Über weitere Links können die Datenbanken der jeweiligen Justizministerien aufgesucht werden (etwa für Ontario: www.attorneygeneral.jus.gov.on.ca oder für Québec: www.justice.gouv.qc.ca).
Hinweise zum kanadischen Erbschaftssteuerrecht finden sich bei Flick/Piltz, Der Internationale Erbfall (1999), Rz. 1744 ff.; Wilde, Das kanadische „Erbschaftsteuerrecht" (1997), S. 29 ff.; ders., Das kanadische System des Erbschaftssteuerrechts als Alternative, ZEV 1997, 488. Zu Gestaltungshinweisen mit Bezug zum kanadischen Erb- und Ehegüterrecht siehe auch die veröffentlichten Gutachten des DNotI zum internationalen und ausländischen Privatrecht (1993), S. 99, 102, 106, 183, 187.

4 Allgemein aus notarieller Sicht insbesondere Schotten, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis (1995).

5 Für Ontario siehe Meyer, Das Erbrecht des Common Law am Beispiel der Provinz Ontario, ZEV 1998, 452, 454.

6 Goldstein/Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 5 (1996), Tz. 2.

7 Vgl. BGHZ 45, 351 ff.; BGHZ 50, 63 ff. zu Art. 28 EGBGB a.F.; BGH IPRax 1994, 375 zu Art. 3 Abs. 3 EGBGB.

8 Eindringlich zu den mit der Nachlassspaltung verbundenen Problemen Schotten, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis (1995), Rz. 269.

etwa ein nach deutschen Grundsätzen errichtetes Testament nach dem Recht einer kanadischen Provinz unwirksam ist.

II. Staatsverträge

Staatsverträge beanspruchen gemäß Art. 3 Abs. 2 EGBGB Vorrang vor dem autonomen Kollisionsrecht, wenn sie unmittelbar anwendbar sind.

Kanada ist Mitglied der Konferenz von Den Haag für das Internationale Privatrecht, hat aber nur wenige Staatsverträge ratifiziert. Im erbrechtlichen Bereich ist Kanada dem Trust-Übereinkommen von 1985 beigetreten, das aber nicht im Verhältnis zu Deutschland gilt. Die Washingtoner Konvention über ein einheitliches Recht der Form eines internationalen Testamentes von 1973 ist für einige Provinzen Kanadas, nicht aber für Deutschland in Kraft getreten. Von großer praktischer Bedeutung ist, dass Kanada das Haager Testamentsformübereinkommen vom 5. Oktober 1961[9] bislang nicht ratifiziert hat. Weder Deutschland noch Kanada sind dem Haager Ehegüterrechtsübereinkommen vom 14. März 1978 und dem Haager Erbrechtsübereinkommen vom 1. August 1989 beigetreten[10]. Einschlägige bilaterale Staatsverträge sind nicht ersichtlich.

Multi- oder bilaterale Staatsverträge auf dem Gebiet des internationalen Ehegüter- oder Erbrechts sind im Verhältnis Deutschland-Kanada somit derzeit nicht zu beachten.

III. Autonomes Kollisionsrecht in Kanada

1. Allgemeines

Die auf englischem Recht basierenden Kollisionsnormen der Common Law-Provinzen haben sich unter dem Einfluss der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs einander angenähert. Von einem einheitlichen Recht dieser Provinzen kann dennoch nicht die Rede sein. Die Normen sind auch nur teilweise in Gesetzesform gebracht worden; im Übrigen gelten weiterhin die überkommenen Grundsätze des Common Law.

Québec hat sich mit dem neuen Code civil zugleich ein neues Kollisionsrecht gegeben (Art. 3076-3168 C.c.)[11]. Dieses steht zwar in zivilistischer Tradition, weil seine Ursprünge im französischen Recht liegen und es moderne Einflüsse insbesondere aus dem schweizerischen IPR-Gesetz und neueren EG-Übereinkommen aufgenommen hat[12]. Im Interesse einer gewissen Vereinheitlichung hat es jedoch zugleich verschiedene Regeln aus dem Common Law rezipiert. Dies gilt u.a. für das wichtige Anknüpfungsmerkmal des „domicile", das Prinzip der vermögensrechtlichen Spaltung bei der Anknüpfung von beweglichen und unbeweglichen Sachen sowie bestimmte Qualifikationsgrundsätze.

So entscheidet nach Common Law und auch nach Art. 3078 Abs. 1 C.c. das Recht am Belegenheitsort über die Qualifikation einer Sache als beweglich oder unbeweglich[13]. Im Übrigen erfolgt die Qualifikation – wie nach h.M. im deutschen Recht generell – de lege fori.

Vorherrschendes Anknüpfungsmerkmal der kanadischen Rechte ist das „domicile". Darunter versteht das Common Law den Ort des tatsächlichen Aufenthalts („actual residence"), der von dem Willen, dort für eine nicht von vornherein beschränkte Zeit zu bleiben („animus manendi et non revertendi"), getragen sein muss[14]. Dem „domicile" wohnt also ein objektives und ein subjektives Element inne; es entspricht nicht ohne weiteres dem Wohnsitz einer Person. Eine Person kann immer nur ein „domicile" haben. Hinzu kommt, dass zwischen dem „domicile of origin" und dem „domicile of choice" unterschieden wird. Das „domicile of origin" ist das „domicile" der Eltern bei der Geburt einer Person. Das „domicile of choice" begründet eine Person später durch tatsächliche Aufenthaltsnahme mit dem Willen, an diesem Ort zu bleiben. Wenn ein solches Wahldomizil ohne Begründung eines neuen aufgegeben wird, lebt das ursprüngliche „domicile of origin" wieder auf, bis ein neues „domicile of choice" begründet wird[15]. Neben dem „domicile" kennt das Common Law das Anknüpfungsmerkmal der „residence", das z.B. im Nachlassverfahrensrecht eine Rolle spielt. Die „residence" als tatsächlicher Aufenthalt ist einfacher zu handhaben als die Feststellung eines „domicile", die Wertungen tatsächlicher und rechtlicher Art im Einzelfall erforderlich macht.

Die unterschiedliche Anknüpfung an Staatsangehörigkeit und „domicile" kann im Verhältnis Deutschland-Kanada zu sog. hinkenden Rechtsverhältnissen führen[16]. Stirbt z.B. ein deutscher Staatsangehöriger mit letztem Domizil in einer kanadischen Provinz, so ist aus deutscher Sicht auf den Nachlass das deutsche Heimatrecht des Erblassers (Art. 25 S. 1 EGBGB) anzuwenden, aus kanadischer Sicht aber das Domizilrecht sowie bei unbeweglichem Nachlass die jeweilige lex rei sitae. Bei der Abwicklung des in Kanada belegenen Nachlasses wird sich die Anwendung des deutschen Rechts de facto kaum durchsetzen lassen.

2. Ehegüterrechtliche Kollisionsnormen

Dem Güterrechtsstatut unterliegen alle güterrechtlichen Wirkungen der Ehe wie z.B. die Bestimmung des Güterstands, die unterschiedlichen Vermögensmassen und ihre rechtliche Ausgestaltung, Verwaltungs-, Verfügungs- und Nutzungsbefugnisse und -beschränkungen der Ehegatten, ggfls. die Haftung für Schulden des Ehepartners, die Beendigung und Auseinandersetzung des Güterstands sowie die Zulässigkeit von Eheverträgen, deren Gültigkeitsvoraussetzungen und möglicher Inhalt.

Für Kanada ist u.a. zu beachten, dass im Unterschied zum deutschen Recht gesetzlicher Güterstand und ehevertraglich bestimmter Güterstand unterschiedlich angeknüpft werden und wegen der vermögensrechtlichen Spaltung nicht stets von einem güterrechtlichen Gesamtstatut ausgegangen werden kann[17].

a) Common Law-Provinzen

Nach Common Law unterliegt der gesetzliche Güterstand traditionell dem Vermögensrechtsstatut, das zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen differenziert. Für unbewegliche Sachen gilt das Recht an ihrem Belegenheitsort (lex rei sitae), für bewegliche Sachen das Domizil der Ehegatten. Dabei ist streitig, ob es sich um das Domizil im Zeitpunkt der Eheschließung handelt oder um das jeweilige – und damit veränderliche – Domizil[18]. Diese Grundsätze gelten unverändert in den Provinzen,

---

9 Haager Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht, BGBl. 1965 II, 1145.

10 Zum Ratifikationsstand der Haager Übereinkommen siehe die Angaben auf der Homepage der Haager Konferenz unter www.hcch.net/e/members bzw. www.hcch.net/e/status.

11 Abgedruckt in Kropholler/Krüger/Riering/Samtleben/Siehr, Außereuropäische IPR-Gesetze (1999), S. 330 ff., sowie in IPRax 1994, 318 ff. (frz.); ausführlich Glenn, Codification of Private International Law in Québec, RabelsZ 60 (1996), 231 ff.; zur Reform Groffier, La Réforme du Droit International Privé Québécois (1993).

12 Vgl. Glenn, Codification of Private International Law in Québec – an Overview, IPRax 1994, 308.

13 Mit dieser Rückverweisung soll offenbar dem Staat die Qualifikation überlassen werden, der die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache hat.

14 Castel, Canadian Conflict of Laws (3. Aufl. 1994), Rz. 29 ff.; Blanpain (Hrsg.), International Encyclopedia of Laws (Stand 1998), Länderteil Canada, Tz. 73; zum „domicile" im Recht der USA siehe Scoles/Hay, Conflicts of Law (2. Aufl. 1995), S. 162 ff.; Flick/Piltz, Der Internationale Erbfall (1999), Rz. 1019; zu Großbritannien Ferid/Firsching/Lichtenberger/Henrich, Internationales Erbrecht, Länderteil Großbritannien (Stand 1983), Rz. 44 ff.

15 Castel, Canadian Conflict of Laws (3. Aufl. 1994), Rz. 29.

16 Allgemein zum Problem Schotten, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis (1995), Rz. 52.

17 Castel, Canadian Conflict of Laws (3. Aufl. 1994), Rz. 329 ff. Die Uniform Law Conference hat verschiedentlich über die Kollisionsrechte in diesem Bereich berichtet und Vereinheitlichungsvorschläge unterbreitet, siehe Rules of Private International Law in Matrimonial Property Regimes (Proceedings of the Seventieth Annual Meeting, Toronto/Ontario 1988), Uniform Jurisdiction and Choice of Law Rules in Domestic Property Proceedings Act (Proceedings of the Seventy-Ninth Annual Meeting, Whitehorse/Yukon 1997).

18 Goldstein/Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 5 (1996), Tz. 39.

die keine anders lautenden gesetzlichen Bestimmungen erlassen haben (British Columbia, Saskatchewan, North West Territories). Die überkommene Common Law-Vermutung, dass die Ehefrau vom Zeitpunkt der Eheschließung an ihr Domizil beim Ehemann hat, wird von den Gerichten wohl nicht mehr angewandt.

In anderen Provinzen wird gesetzlich zwischen der Frage der Eigentumsverhältnisse während der Ehe (Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts bzw. lex fori für bewegliche Sachen und lex rei sitae für unbewegliche Sachen) sowie der Vermögensauseinandersetzung bei Beendigung des Güterstands (einheitlich für das gesamte eheliche Vermögen Aufenthaltsrecht oder lex fori) unterschieden (New Brunswick, Prince-Edward-Island, Nova Scotia, Yukon, Neufoundland)[19]. Das Recht von Ontario hat diese Differenzierung wieder aufgegeben. Dort gilt einheitlich das Recht am letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Eheleute, hilfsweise das Recht von Ontario. Dort ist das Güterrechtsstatut also wandelbar.

Die Schwierigkeiten bei der Anwendung dieser Regeln sind unverkennbar: Das Güterrechtsstatut kann territorial und/oder sachlich gespalten und noch dazu wandelbar sein. Die Anknüpfung an Aufenthalt oder „domicile" erfordert in höherem Maße Wertungen als etwa die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit. Dies verstärkt die Neigung mancher kanadischer Gerichte, auf die Vermögensauseinandersetzung generell das eigene Recht anzuwenden, wenn die eigene gerichtliche Zuständigkeit bejaht wird (Alberta, Manitoba).

Eheverträge unterliegen nach dem Common Law den gleichen Grundsätzen wie andere Verträge auch. Danach ist eine ausdrückliche oder sich aus dem Vertrag ergebende Rechtswahl der Eheleute beachtlich. Fehlt es daran, ist das Recht maßgeblich, in dem der Vertrag im Sinne einer engsten Verbindung seinen Schwerpunkt hat[20]. Dafür sind eine Reihe von Indizien entscheidend, denen je nach Art des Vertrages unterschiedliches Gewicht zukommt: Ort des Vertragsschlusses, Belegenheit des Vertragsgegenstandes, Domizil oder Aufenthalt der Beteiligten, Form und Vertragssprache, Gerichtsstandsklauseln, Schiedsvereinbarungen, Günstigkeit der in Frage kommenden Rechtsordnungen für die Wirksamkeit des Vertrages. Bei Eheverträgen kommt dem Domizil der Ehegatten bei Eheschließung im Allgemeinen eine große Bedeutung zu.

Nach ausländischem Recht geschlossene Eheverträge werden nur dann als wirksam erachtet, wenn sie den eigenen Vorstellungen entsprechen. Diese Anforderungen gehen mitunter weit über den Maßstab des ordre public hinaus. So fordert Ontario generell die Konformität mit den dortigen Gesetzen; davon abweichende Vereinbarungen im besonders sensiblen Bereich von Unterhalt, elterlicher Sorge für Kinder und Familienwohnung sind unwirksam[21]. Ohnehin scheint die Neigung zu bestehen, Eheverträge unabhängig vom Vertragsstatut nach richterlichem Ermessen an das jeweilige eigene Recht anzupassen. Das kann dazu führen, dass eine nach dem gewählten Recht zulässige Gütertrennung durch Anwendung von Instituten der lex fori betreffend z.B. die Ehewohnung ausgehöhlt wird[22].

b) Québec

In Québec richtet sich der gesetzliche Güterstand gemäß Art. 3123 C.c. nach dem Recht am gemeinsamen Domizil der Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung. Waren die Ehegatten in verschiedenen Staaten domiziliert, findet das Recht ihres ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts Anwendung, mangels eines solchen das Recht ihrer gemeinsamen Staatsangehörigkeit, äußerst hilfsweise das Recht des Ortes ihrer Eheschließung. Anders als in einigen Common Law-Provinzen ist der Güterstand nach dem Recht von Québec also nach Art einer Kegel'schen Leiter unwandelbar angeknüpft.

Der auf Vereinbarung beruhende eheliche Güterstand unterliegt gemäß Art. 3122 C.c. wiederum dem Recht, das allgemein auf den Inhalt von Rechtsgeschäften Anwendung findet, also dem allgemeinen Vertragsstatut der Art. 3111-3113 C.c. Nach Art. 3111 Abs. 1 C.c. ist damit die Möglichkeit der ausdrücklichen und der konkludenten Rechtswahl eröffnet. In Ermangelung einer Rechtswahl oder wenn das Rechtsgeschäft nach dem gewählten Recht unwirksam wäre, ist das Recht berufen, mit dem das Rechtsgeschäft die engste Verbindung hat (Art. 3112 C.c.). Die engste Verbindung wird gesetzlich zu dem Staat vermutet, in dem die Partei, die die charakteristische Leistung schuldet, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 3113 C.c.). Welche die charakteristische Leistung beim Ehevertrag sein soll, ist unklar[23].

Nach Art. 3124 C.c. unterliegt die Gültigkeit einer vereinbarten Änderung eines ehelichen Güterstandes dem Domizilrecht der Ehegatten zur Zeit der Änderung, in Ermangelung eines solchen dem Recht ihres gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts oder dem auf ihren ehelichen Güterstand anwendbaren Recht.

Die allgemeinen Wirkungen der Ehe, die alle Ehegatten unabhängig von ihrem Güterstand betreffen, unterstehen dem jeweiligen Domizilrecht der Ehegatten mit einer Anknüpfungsleiter wie beim Güterstand bei Domizilen in verschiedenen Staaten (Art. 3089 C.c.). Noch nicht gesichert ist, wie die zwingenden Bestimmungen des Code civil über das Familienvermögen[24] zu qualifizieren sind. Bei Einordnung als allgemeine Ehewirkungen wären auch nach Québec zugezogene Ehegatten diesen Normen unterworfen, die einer ehevertraglichen Änderung nicht zugänglich sind. Bei güterrechtlicher Qualifikation würde das Domizilrecht bei Eheschließung fortgelten[25].

c) Gestaltungshinweis

Angesichts der geschilderten Unwägbarkeiten bei der Bestimmung des Güterrechtsstatuts sollte für die Rechtsgestaltung aus deutscher Sicht die Empfehlung lauten, im Interesse der Rechtssicherheit und -vorhersehbarkeit von den bestehenden Rechtswahlmöglichkeiten Gebrauch zu machen[26]. Die Rechtswahl wird die Beteiligten aber nicht in allen Fällen vor dem Zugriff „zwingender" Rechtsvorstellungen der kanadischen Provinzen bewahren. Dies betrifft vor allem das als Familienwohnung und -vermögen geschützte Vermögen von Eheleuten. Wenn nach dem Recht einer Provinz Vereinbarungen über das Familienvermögen unzulässig sind und dieses nicht güterrechtlich qualifiziert wird, unterliegt es der obligatorischen Teilung bei Auflösung der Ehe, wenn die Eheleute zu diesem Zeitpunkt in der Provinz domiziliert sind. Ein Ehevertrag mit Rechtswahl zugunsten einer anderen Rechtsordnung bliebe materiell- wie kollisionsrechtlich unbeachtet[27].

3. Erbrechtliche Kollisionsnormen

Das Erbstatut betrifft alle erbrechtlichen Fragen vom Eintritt des Erbfalls bis zum Ende des Erbgangs, u.a. das gesetzliche Erbrecht, das Pflichtteils- bzw. Noterbrecht, die letztwilligen Verfügungen, die Testamentsvollstreckung und -verwaltung[28].

---

19 Goldstein/Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 5 (1996), Tz. 40.

20 Payne/Payne, Introduction to Canadian Family Law (1994), S. 57 (Ontario); Castel, Canadian Conflict of Laws (3. Aufl. 1994), Rz. 338 ff.

21 Payne/Payne, Introduction to Canadian Family Law (1994), S. 58.

22 Zu interprovinziellen Fällen Goldstein/Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 5 (1996), Tz. 47.

23 Vgl. die Kritik von Goldstein/Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 5 (1996), Tz. 43, am Fehlen einer speziellen Regel für den Ehevertrag.

24 Dazu unten C.II.3.

25 Glenn, Codification of Private International Law in Quebec, RabelsZ 60 (1996), 231, 239; ders., Codification of Private International Law in Québec – an Overview, IPRax 1994, 308, 309; Groffier, La Réforme du Droit International Privé Québecois (1993), Tz. 53.

26 Zu den mit einem Statutenwechsel verbundenen Fragen siehe Schotten, DNotZ 1999, 326.

27 So Glenn, Codification of Private International Law in Québec – an Overview, IPRax 1994, 308, 309.

28 Staudinger/Dörner (1995), Art. 25 EGBGB, Rz. 76 ff.

a) Common Law-Provinzen

Im Common Law wird kollisionsrechtlich zwischen der Erbfolge und der Nachlassabwicklung unterschieden[29]. Die gesetzliche Erbfolge richtet sich für bewegliche Sachen nach dem Recht am letzten Domizil des Erblassers und für unbewegliche Sachen nach dem Recht an deren Belegenheitsort (Nachlassspaltung). Ein renvoi wird im Allgemeinen nicht akzeptiert, d.h. die Verweisung auf ein fremdes Domizilrecht ist aus kanadischer Sicht Sachnormverweisung[30]. Testier- und Erbfähigkeit bestimmen sich nach dem Domizilrecht des Testators bzw. des Erben; für unbewegliches Vermögen gilt auch in dieser Frage die lex rei sitae. Die Nachlassabwicklung untersteht hingegen als eher verfahrensrechtliches Problem grundsätzlich der lex fori[31]. Zuständig für die Ernennung bzw. Bestätigung des Nachlassabwicklers ist das Gericht, in dessen Bezirk der Erblasser zum Zeitpunkt des Erbfalls sein Domizil oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Die Zuständigkeit erstreckt sich im Prinzip auf alle Nachlassgegenstände unabhängig vom Ort ihrer Belegenheit. Bei unbeweglichem Nachlass wird jedoch vielfach eine exklusive Zuständigkeit des Gerichts am Belegenheitsort angenommen. Es kann also auch verfahrensrechtlich zur Nachlassspaltung kommen, wenn ein in Kanada domizilierter Erblasser Grundvermögen im Ausland vererbt. Im Ausland eingesetzte Nachlassverwalter oder -abwickler mit ähnlichen Funktionen sollen am Verfahren in Kanada beteiligt werden, wenn es um auslandsbelegene Nachlassgegenstände geht[32]. Aus deutscher Sicht ist hingegen jeder durch Spaltung entstandene Nachlassteil als selbstständiger Nachlass nach dem für ihn geltenden Erbstatut gesondert zu behandeln[33].

Die herkömmliche Anknüpfung für die Form von letztwilligen Verfügungen ist wiederum die an das letzte Domizil des Erblassers für bewegliche und an den Belegenheitsort für unbewegliche Sachen. In favor testamentii hat die Rechtsprechung auch die Form des Errichtungsorts und des Domizils des Testators bei Errichtung als wirksam anerkannt. Das Modellgesetz Uniform Wills Act und das von Kanada nicht ratifizierte Haager Testamentsformübereinkommen haben dazu geführt, dass in den Wills Acts der meisten Provinzen zusätzlich das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts und das Heimatrecht des Erblassers als gültige Formen eingeführt wurden. Diese Erweiterungen gelten aber regelmäßig nur für beweglichen Nachlass; für Testamente über Immobilien bleibt zumeist das Recht am Belegenheitsort allein maßgeblich[34]. In Ontario ist diese überkommene Unterscheidung aufgegeben worden. Hier werden einheitlich und gleichberechtigt die Ortsform, das Domizil-, Aufenthalts- und Heimatrecht anerkannt.

Die Frage der materiellen Wirksamkeit von Testamenten (Grenzen der Testierfreiheit, Beachtung von Pflichtteilsrechten u.ä.) untersteht wie die gesetzliche Erbfolge dem Domizilrecht bzw. der lex rei sitae.

Eine erbrechtliche Rechtswahlmöglichkeit ist nach Common Law nicht gegeben. Der Testator kann aber bestimmen, welches Recht auf die Auslegung („construction") seines Testamentes anwendbar sein soll[35].

b) Québec

Das internationale Erbrecht von Québec hat sich dem der Common Law-Provinzen in wesentlichen Punkten angenähert[36]. Schon seit längerem kennt Québec die Nachlassspaltung (jetzt Art. 3098 Abs. 1 C.c.): Auch hier unterliegt die Erbfolge für unbewegliche Sachen unabhängig vom Domizil des Erblassers dem Recht des Ortes, an dem die Immobilien belegen sind[37]. Testier- und Erbfähigkeit richten sich allerdings stets nach dem jeweiligen Domizilrecht der betroffenen Person. Art. 3098 Abs. 2 C.c. ermöglicht eine begrenzte Rechtswahl durch Testament: Der Erblasser kann sein Heimatrecht oder sein Domizilrecht zum Zeitpunkt der Rechtswahl oder seines Todes wählen; für unbewegliches Vermögen auch das Recht des Belegenheitsortes. Der subjektiven Anknüpfung sind jedoch materielle Grenzen gesetzt, die weit über den ordre public hinausgehen: Die Rechtswahl ist nach Art. 3099 Abs. 1 C.c. insoweit unwirksam, als das gewählte Recht den Ehegatten oder ein Kind des Erblassers in einem bedeutenden Maß („dans une proportion importante") von ihren ohne Rechtswahl eintretenden Erbrechten ausschließt. Weiter ist eine Rechtswahl unwirksam, soweit damit die Anwendung erbrechtlicher Sondervorschriften des Belegenheitsstaates für Sachen mit spezieller wirtschaftlicher, familiärer oder sozialer Zweckbestimmung beeinträchtigt wird (Art. 3099 Abs. 2 C.c.). Hierbei wurde an gesetzlich vorgeschriebene Mindestbeteiligungen am Nachlass wie die französische „réserve" oder die nach dem Recht von Québec vorgesehenen Institute des „überlebenden Unterhaltsanspruchs" (Art. 684 C.c.) und der Familienwohnung (Art. 856 C.c.) gedacht. Unklar ist, ob auch die besonderen Teilhaberechte am Familienvermögen und – aus deutscher Sicht – schuldrechtliche Pflichtteilsrechte naher Angehöriger erfasst sind. Der Versuch, das deutsche Pflichtteilsrecht durch Wahl des Erbrechts von Québec auszuschalten, kann also scheitern.

Den Schutz nur inländischer Erben bezweckt Art. 3100 C.c. Danach können Ausgleichsmaßnahmen hinsichtlich des in Québec belegenen Nachlasses ergriffen werden (Berichtigung von Erbteilen, Vorausentnahmen, Neuverteilung von Schulden), wenn das nach dem Recht von Québec bestehende Erbrecht an den außerhalb der Provinz befindlichen Nachlassgegenständen nicht durchgesetzt werden kann. Diese Korrekturmöglichkeit der Gerichte kann die testamentarische Vermögensverteilung durch den Erblasser empfindlich stören.

Als Testamentsformen kommen im Interesse der Günstigkeit nicht nur die am Errichtungsort und am Belegenheitsort des Nachlasses geltenden Formen sowie die Form des vom Testator gewählten Sachrechts in Betracht, sondern alternativ auch die Form des Domizil- und des Heimatrechts zum Zeitpunkt der Errichtung und des Todes des Erblassers (Art. 3109 C.c.).

Für das Nachlassverfahren gilt nach Art. 3153 C.c., dass die Zuständigkeit der örtlichen Behörden begründet ist, wenn die Verwaltung in Québec eröffnet wird, ein Beklagter dort domiziliert ist oder wenn der Erblasser das Recht von Québec für die Erbfolge gewählt hat.

c) Gestaltungshinweis

Bei jeder Testamentsgestaltung mit Bezug zum Recht einer kanadischen Provinz sollte beachtet werden, dass der aus dem deutschen Recht bekannte Grundsatz der Nachlasseinheit nicht besteht, sondern sowohl in materiell- wie in verfahrensrechtlicher Sicht Nachlassspaltung eintreten kann. Insbesondere Grundbesitz unterliegt je nach Belegenheitsort unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen und kann daher nicht als einheitliche Vermögensmasse behandelt werden. Es ist u.a. jeweils getrennt zu untersuchen, welche Wirksamkeitsanforderungen an letztwillige Verfügungen gestellt werden, wel-

29 Goldstein/Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 5 (1996), Tz. 57 ; Castel, Canadian Conflict of Laws (3. Aufl. 1994), Rz. 347 ff. (Administration of Estates), Rz. 360 ff. (Succession).

30 Goldstein/Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 5 (1996), Tz. 58.

31 Castel, Canadian Conflict of Laws (3. Aufl. 1994), Rz. 348.

32 Goldstein/Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 5 (1996), Tz. 59 ; Castel, Canadian Conflict of Laws (3. Aufl. 1994) Rz. 360.

33 BGHZ 24, 352, 355; Dörner, Nachlassspaltung – und die Folgen, IPRax 1994, 362, 363; Schotten, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis (1995), Rz. 269, 271; insbesondere zur Haftung für Nachlassschulden siehe Kopp, Probleme der Nachlassabwicklung bei kollisionsrechtlicher Nachlassspaltung (1997), S. 67 ff.

34 Kritisch Goldstein/Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 5 (1996), Tz. 63.

35 Goldstein/Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 5 (1996), Tz. 69 ; Castel, Canadian Conflict of Laws (3. Aufl. 1994), Rz. 371.

36 Glenn, Codification of Private International Law in Québec – an Overview, IPRax 1994, 308, 309.

37 Zur Reformdiskussion siehe Groffier, La Réforme du Droit International Privé Québécois (1993), Tz. 68.

che gesetzlichen Mindestbeteiligungen am Nachlass durch Pflichtteils- oder Noterbrechte bestehen und wie Nachlassverbindlichkeiten zu regulieren sind, um die vom Testator gewünschte Vermögensaufteilung auch grenzüberschreitend zu verwirklichen. Vorsicht ist u.a. beim Einsatz von Teilungsanordnungen hinsichtlich von Grundbesitz geboten, weil die einer Teilungsanordnung zugrunde liegende quotale Beteiligung am Nachlass wegen der Spaltung scheitern kann. Schulden des Erblassers treffen regelmäßig den Nachlassteil, der am gleichen Ort wie die Verbindlichkeiten belegen ist. Das kann zu einer ungleichmäßigen Verteilung von Aktiva und Passiva führen. Bei zu großen Unterschieden der beteiligten Rechtsordnungen kann es sich empfehlen, zwei auf das jeweilige Inlandsvermögen bezogene Verfügungen von Todes wegen zu errichten. Eine Rechtswahl ist nur nach dem Recht von Québec möglich. Die Wahl deutschen Rechts für im Inland belegenes unbewegliches Vermögen gemäß Art. 25 Abs. 2 EGBGB kann bei ausländischen Erblassern zu größerem Entscheidungsgleichklang führen.

Entsprechende Probleme treten bei der Vorbereitung von Erbscheinsanträgen auf. Bei juristisch ungenau abgefassten Testamenten („Vererbung des Grundbesitzes in Deutschland an A, des kanadischen Grundbesitzes an B") kann die Aufspaltung in getrennt zu behandelnde Teilnachlässe dazu führen, dass jeweils Alleinerbschaft anzunehmen ist. Vorstellungen des Erblassers hinsichtlich eines Wertausgleichs zwischen den Erben, wie bei der Einsetzung auf Bruchteile mit Teilungsanordnung oder der Tragung der Nachlassverbindlichkeiten, bleiben dann unberücksichtigt[38].

C.
Ehegüterrecht

I. Überblick

Die kanadische Rechtslage im Bereich des Ehegüterrechts ist nicht leicht zu überschauen[39]. Dies liegt an Folgendem: Das kanadische Bundesparlament hat im Familienrecht nur die Gesetzgebungskompetenz für das Eheschließungs- und Scheidungsrecht. Die Regelung der Ehewirkungen und damit des ehelichen Güterrechts ist hingegen den Provinzen zugewiesen[40]. Die Provinzialgesetzgebung ist unterschiedlich weit fortgeschritten auf dem Wege zu einer als notwendig erkannten Modernisierung. Ausgangspunkt für die Gesetzgeber der Common Law-Provinzen waren die *Married Women's Property Acts*, die Ende des vergangenen Jahrhunderts noch unter dem Einfluss der englischen Rechtsentwicklung erlassen worden waren. Diese Gesetze hatten die Gleichstellung von Mann und Frau und insbesondere die Abschaffung der alleinigen Verwaltung des ehelichen Vermögens durch den Ehemann zum Ziel. Dazu wurde seinerzeit die Gütertrennung als alleiniger Güterstand eingeführt. Es zeigte sich jedoch, dass diese Regelung denjenigen Ehegatten, meist die Ehefrau, schwer benachteiligte, der während der Ehe nicht erwerbstätig war, sondern beispielsweise durch die Haushaltsführung zum Familienunterhalt beitrug. Diese Nachteile konnten von den Gerichten unter Zuhilfenahme der herkömmlichen Instrumente des Common Law wie „dower" (Nießbrauchsrecht der Witwe an einem Drittel des Immobiliarvermögens des Ehemannes) und „homestead" (Verfügungsbeschränkungen von Ehegatten hinsichtlich des Eigentums an der Familienwohnung) sowie gewissen Trustkonstruktionen und der Annahme eines Besitzrechts der Ehefrau an dem Familienheim nur in unzureichender Weise aufgefangen werden[41]. Noch im Jahre 1974 war der Supreme Court of Canada im berühmten Fall *Murdoch v. Murdoch* der Auffassung, dass der Ehefrau eines Farmers, die durch ihre Mitarbeit im Haushalt und in der Landwirtschaft zum gemeinsamen Vermögen beigetragen hatte, bei Scheidung keine Ansprüche zustünden, weil die Farm ursprünglich mit Mitteln des Ehemannes erworben worden war[42]. Die Gesetzgeber griffen zunächst nur punktuell ein; etwa indem die Rechte des überlebenden Ehegatten an der gemeinsamen Ehewohnung besonderem gesetzlichen Schutz unterstellt wurden. Eine Gesamtreform des Familienrechts und damit des Ehegüterrechts haben die Provinzen erst in jüngerer Zeit in Angriff genommen. Dabei sind die überkommenen Institute des Common Law teils abgeschafft, teils modifiziert oder in die neuen Gesetze integriert worden. Ergebnis dieser Bemühungen ist eine zum Teil wenig glückliche Gemengelage von alten und neuen Regeln. Der Schutz und die Erhaltung der Ehe- oder Familienwohnung als wirtschaftliche Grundlage der Ehe und Familie genießt dabei durchgängig besondere Aufmerksamkeit. Als Vorreiter der modernen Familiengesetzgebung gilt Ontario, dessen Regelungen in der folgenden Darstellung im Vordergrund stehen. In Québec ist das eheliche Güterrecht im Zuge der Zivilrechtsreform 1994 neu geordnet worden.

An zwischenzeitlich erreichten Gemeinsamkeiten lässt sich feststellen, dass alle Provinzen Spielarten der Zugewinngemeinschaft als gesetzlichen Güterstand eingeführt haben, wenn auch mit im Detail sehr unterschiedlicher Ausgestaltung. Es gilt also grundsätzlich, dass die Eheleute eigenes Vermögen erwerben und dieses während der Ehe getrennt verwalten können. Entsprechende Grundbucheintragungen sind also zulässig.

II. Gesetzlicher Güterstand

1. Ontario

Die Provinz Ontario hat 1986 eine Art Zugewinngemeinschaft mit gleichzeitigem Ausgleich der Versorgungsanwartschaften als gesetzlichen Güterstand eingeführt *(Family Law Act 1986)*[43]. Bei Auflösung der Ehe durch Scheidung, Annullierung, Tod usw. wird danach die Differenz zwischen dem von den Ehegatten während der Ehe erworbenen jeweiligen Nettovermögen („net family property") hälftig ausgeglichen. Das ausgleichspflichtige Vermögen eines jeden Ehegatten wird wie im deutschen Recht durch Gegenüberstellung des Anfangsvermögens mit dem Endvermögen ermittelt, wobei die Verbindlichkeiten jeweils abgezogen werden. Nicht ausgleichspflichtig sind die Zuwendungen, die ein Ehegatte während der Ehe schenkweise oder im Wege der Erbfolge erhalten hat sowie solche Vermögensgegenstände, die durch Ehevertrag („domestic contract") ausdrücklich von dem Familiennettovermögen ausgeschlossen wurden. Möglich ist auch der Ausschluss von Ersatzgegenständen, die mit dem Erlös aus geschenktem oder geerbtem Vermögen erworben wurden. Zum ausgleichspflichtigen Vermögen gehören auch die von den Ehegatten erworbenen Immobilien, mit Ausnahme allerdings des im Zeitpunkt der Trennung als Ehewohnung genutzten Grundbesitzes. Des Weiteren ist der Wert der von den Ehegatten erworbenen Pensionen zu berücksichtigen, was auf eine Art Versorgungsausgleich hinausläuft.

---

38 BayObLGZ 1959, 390, 401; OLG Karlsruhe IPRspr. 1930 Nr. 89, S. 181; OLG Hamm ZEV 1996, 346, 347, Staudinger/Dömer (1995), Art. 25 EGBGB, Rz. 733.

39 Payne/Payne, Introduction to Canadian Family Law (1994), S. 152; Einzelheiten bei Blanpain (Hrsg.), International Encyclopedia of Laws (Stand 1998), Länderteil Canada, Tz. 283 ff.; die umfangreichen vergleichenden Untersuchungen der Uniform Law Conference (veröffentlicht als Proceedings of the Sixty-Eigth Annual Meeting, Winnipeg/Manitoba 1986) haben soweit ersichtlich noch nicht zur Vorlage eines Modellgesetzes geführt.

40 Gesetzestexte der Provinzen und Territorien abgedruckt bei McLeod/Mamo (Hrsg.), Matrimonial Property Law in Canada (zwei Bände Loseblatt, Stand 1999) sowie Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Bd. VI, Länderteil Kanada, Abschnitt III.C.; siehe auch die oben genannten Internet-Fundstellen.

41 Siehe zur historischen Entwicklung Goldstein/Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 3 (1996), Tz. 49 ff.; Blanpain (Hrsg.), International Encyclopedia of Laws (Stand 1998), Länderteil Canada, Tz. 271 ff.; McLeod/Mamo (Hrsg.), Matrimonial Property Law in Canada, Introduction, S. I-9 ff.

42 Payne/Payne, Introduction to Canadian Family Law (1994), S. 151.

43 Payne/Payne, Introduction to Canadian Family Law (1994), S. 153 ff.; Goldstein/Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 3 (1996), Tz. 59 ff.; McLeod, Ontario, in: McLeod/Mamo (Hrsg.), Matrimonial Property Law in Canada, S. O-1 ff.

Ein Ausgleichsanspruch besteht, wenn das „net family property" eines Ehegatten höher ist als das des anderen; die Differenz ist grundsätzlich hälftig auszugleichen. Den Gerichten steht hinsichtlich der Höhe des Ausgleichsanspruchs jedoch ein gewisses Ermessen zu. Bei außerordentlichen Umständen wie kurzer Ehedauer soll auch ein anderer als der rechnerisch hälftige Ausgleich möglich sein. Zur Erfüllung des Ausgleichsanspruchs können die Gerichte Zahlungsansprüche zusprechen, aber auch das Eigentum an Vermögensgegenständen zuweisen, deren Teilung oder Veräußerung anordnen sowie Sicherheitsleistungen auferlegen.

An dem „matrimonial home" haben die Eheleute gleichrangige Besitzrechte, unabhängig davon, wer als Eigentümer eingetragen ist.

2. Andere Common Law-Provinzen

In den meisten anderen Provinzen wird für die Zwecke des Vermögensausgleichs nach Beendigung der Ehe zwischen „family assets" und „business assets" unterschieden[44]. Dabei werden die ausgleichspflichtigen Vermögensgegenstände einschließlich der Ehe- oder Familienwohnung als „family assets" oder „matrimonial assets" zusammengefasst, während die jedem Ehegatten getrennt verbleibenden weiteren Gegenstände als „business assets" bezeichnet werden. Funktional betrachtet unterliegt somit ein Teil des Vermögens der Zugewinngemeinschaft, während hinsichtlich eines anderen Teils Gütertrennung gilt. Diese Ausgangslage ähnelt nur bedingt der Rechtslage in Deutschland, weil die Zugehörigkeit zu einer der Kategorien meist an den Besitz und an die Art der Nutzung des Gegenstands angeknüpft wird: Wird eine Sache von einem oder beiden Ehegatten oder einem Kind „zu familiären Zwecken verwendet", so handelt es sich um Familienvermögen, auch wenn diese Sache nur von einem Ehegatten allein erworben wurde (Art. 45 *Family Relations Act* von British Columbia). Die Klassifizierung anhand des Merkmals der Nutzung, die obendrein ein subjektives Moment enthält, kann zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen. In einigen Provinzen (Newfoundland, Nova Scotia) wird für die Abgrenzung nicht auf die Nutzung, sondern auf die Art des Erwerbs der Gegenstände abgestellt. Zum Teil ist die Trennung in unterschiedlich zu behandelnde Vermögensmassen zwischenzeitlich durchbrochen oder ganz aufgegeben worden. So sind z.B. in Manitoba auch die „business assets" grundsätzlich zugewinnausgleichspflichtig; in British Columbia und New Brunswick kann ausnahmsweise auch ein „business asset" auf den anderen Ehegatten übertragen werden, wenn dies dem Gericht aus Gerechtigkeitsgründen geboten („equitable") erscheint. Überhaupt haben die Gerichte ein weitgehendes Ermessen darin, von dem Grundsatz des hälftigen Ausgleichs der Zugewinndifferenz abzugehen (siehe z.B. Art. 9 *Matrimonial Property Act* von Alberta). Darüber hinaus ist nach dem *Family Law Act* von Newfoundland und dem *Family Law Reform Act* von Prince-Edward-Island die Zahlung eines weiteren Ausgleichsbetrages vorgesehen, wenn die hälftige Teilung des Zugewinns ungerecht erscheint. Dies kann etwa der Fall sein, wenn ein Ehegatte zum Erwerb oder zur Wertsteigerung der – nicht ausgleichspflichtigen – „business assets" des anderen Ehegatten beigetragen hat. Soweit ersichtlich kann ein eheliches oder sonstiges moralisches (Fehl)Verhalten eines Ehegatten aber nur in New Brunswick Einfluss auf die Vermögensteilung nach der Ehe haben. In Saskatchewan ist dies sogar ausdrücklich in Art. 25 des *Matrimonial Property Act* angeordnet. Nach diesem Gesetz fallen in die Kategorie des „matrimonial property" auch die von den Ehegatten während der Ehe empfangenen Schenkungen und Erbschaften. „Matrimonial property" deutet dabei nicht auf ein Ehevermögen im Sinne einer Gütergemeinschaft hin, sondern bezeichnet lediglich die Kategorie der ausgleichspflichtigen Vermögensgegenstände.

3. Québec

Bereits einige Zeit vor dem Inkrafttreten des neuen Code Civil ist im Jahre 1970 die Zugewinngemeinschaft („société d'acquêts") anstelle der Gütergemeinschaft („communauté légale") als gesetzlicher Güterstand eingeführt worden (Art. 432, 448 ff. C.c.)[45]. Als Wahlgüterstand nennt das Gesetz die Gütertrennung („séparation de biens", Art. 485 C.c.); die Ehegatten sind aber weitgehend frei, ihre vermögensrechtlichen Verhältnisse durch Ehevertrag zu regeln[46]. Daneben sind – unabhängig vom ehelichen Güterstand – einige Besonderheiten zu beachten.

Die „société d'acquêts" ist der Zugewinngemeinschaft deutschen Rechts vergleichbar, was die Zuordnung des Vermögens während der Ehe und die Aufteilung bei Beendigung des Güterstands betrifft[47]. Zwar unterscheidet das Gesetz zwischen den ausgleichspflichtigen „acquêts" und den nicht ausgleichspflichtigen „propres" (Art. 449 ff. C.c.). Während der Ehe bleiben die Vermögensmassen der Ehegatten aber insgesamt getrennt (Art. 461 C.c.). Es handelt sich also entgegen der Bezeichnung nicht um eine „Errungenschaftsgemeinschaft", in der die Ehegatten nur gemeinsam Vermögen erwerben könnten[48]. Jeder Ehegatte ist vielmehr allein zuständig für die Verwaltung und Verwendung seines Vermögens (vorbehaltlich gewisser Verfügungsbeschränkungen). Im Fall der Scheidung oder anderweitigen Auflösung der Ehe wird eine Art Zugewinnausgleich durchgeführt (Art. 475 C.c.). Erst in diesem Zeitpunkt kommt die Unterscheidung zwischen dem Eigenvermögen und dem während der Ehe hinzuerworbenen Vermögen eines jeden Ehegatten zum Tragen (Art. 467 C.c.). Das nicht ausgleichspflichtige Eigenvermögen ist im Gesetz abschließend enumeriert. Es entspricht in etwa dem Anfangsvermögen i.S. von § 1374 BGB. Dazu gehören insbesondere auch die während der Ehe kraft Schenkung oder Erbschaft erworbenen Vermögensgegenstände (einschließlich ihrer Erträgnisse, wenn vom Schenkenden oder Erblasser angeordnet), aus Mitteln des Eigenvermögens erworbene Ersatzgegenstände, Renten- und Pensionsansprüche sowie persönliche und beruflich benötigte Sachen. Ausgleichspflichtiges Vermögen ist das durch Arbeit während der Ehe Erworbene sowie die Früchte und Erträge (auch des Eigenvermögens). Verbindlichkeiten werden vor Durchführung des Ausgleichs den Vermögensmassen zugeordnet; kein Ehegatte haftet für die Schulden des anderen (Art. 464 C.c.).

Der Güterstand endet nach Art. 465 C.c. durch den Tod eines Ehegatten, Wechsel in einen anderen Güterstand durch Ehevertrag oder durch gerichtlichen Ausspruch der Scheidung, der Trennung von Tisch und Bett ohne Scheidung („séparation de corps") oder der Gütertrennung auf Betreiben eines Ehegatten („séparation judiciaire de biens"). Die „séparation de corps" lässt die Pflicht der Ehegatten zur ehelichen Gemeinschaft entfallen und führt vermögensrechtlich zur Gütertrennung. Sie hat in der Praxis an Bedeutung verloren, seit die Scheidung erleichtert worden ist.

Dem Einfluss der „englischen" Schwesterprovinzen verdankt Québec, dass neben dem Güterstand die Institutionen des Familienheims und des Familienvermögens große Bedeutung für die vermögensrechtliche Situation von Ehegatten haben (Art.

---

44 Diese Regelungen haben noch den Family Law Reform Act Ontarios von 1978 zum Vorbild, der durch den Family Law Act 1986 weitgehend umgestaltet wurde; Goldstein/Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 3 (1996), Tz. 76 ff.

45 McConomy/Tremblay, Québec, in: McLeod/Mamo (Hrsg.), Matrimonial Property Law in Canada, S. Q-1 ff.

46 Zum Güterstand der Fahrnis- und Errungenschaftsgemeinschaft des alten Code civil pour le Bas Canada siehe Lefebvre, Länderteil Québec, in: Notarielle Fragen des internationalen Rechtsverkehrs, Bd. III/1 1995 (Hrsg. DNotI), S. 397; Blanpain (Hrsg.), International Encyclopedia of Laws (Stand 1998), Länderteil Canada, Tz. 373 ff.

47 Siehe Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 1 (1996), Tz. 78 ff.

48 So aber Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Bd. VI, S. 25; Flick/Piltz, Der Internationale Erbfall (1999), Rz. 679; wie hier Lefebvre, Länderteil Québec, in: Notarielle Fragen des internationalen Rechtsverkehrs, Bd. III/1 1995 (Hrsg. DNotI), S. 395.

401 ff., 414 ff. C.c.)[49]. Unabhängig vom Güterstand besteht die Möglichkeit, dass das Gericht einem der Ehegatten bei Auflösung der Ehe das Familienheim („résidence familiale") und den Hausrat zuspricht (Art. 409 f. C.c.). Dazu kann bei Grund- oder Wohnungseigentum ein Nutzungsrecht für den anderen Ehegatten begründet oder – bei Mietwohnungen – der Mietvertrag auf diesen übertragen werden.

Noch weiter greifen die Regeln über das Familienvermögen („patrimoine familial")[50]. Dieses setzt sich im Wesentlichen zusammen aus der oder den Familienwohnung(en), den dort befindlichen Möbeln und Hausrat, den von der Familie genutzten Kraftfahrzeugen und gewissen während der Ehe erworbenen Ruhegelds- und Pensionsansprüchen (Art. 415 C.c.). Nicht zum Familienvermögen gehören die von einem Ehegatten vor oder während der Ehe im Wege der Schenkung oder Erbfolge erworbenen Vermögensgegenstände. Das Familienvermögen wird bei Scheidung oder Auflösung der Ehe dem Werte nach hälftig aufgeteilt, unabhängig davon, wer Eigentümer der einzelnen Vermögensgegenstände gewesen ist (Art. 416 C.c.). In der „Normalverdienerehe" kann das Familienvermögen leicht den wesentlichen Besitzstand der Ehegatten ausmachen, so dass trotz etwaiger Gütertrennung unter Umständen bei Ehescheidung eine größere Vermögensverschiebung stattfindet.

Schließlich kann einem Ehegatten ein Ausgleichsanspruch gegen den anderen Ehegatten dafür zugesprochen werden, dass er diesen durch eigene Beiträge an Gütern oder Diensten bereichert hat („prestation compensatoire")[51]. Ausgleichspflichtige Beiträge können z.B. in der regelmäßigen Mitarbeit im Unternehmen des Ehegatten liegen. Die Haushaltsführung kann einen solchen Beitrag darstellen, wenn der Ehegatte sie über seinen gewöhnlichen Anteil hinaus übernommen hat. Bei der Berechnung des Anspruchs sind die güterrechtlichen und ehevertraglichen Leistungen zu berücksichtigen (Art. 427 ff. C.c.).

4. Güterstand und Grundbuch

Nach dem Vorstehenden ist der Alleinerwerb von Grundstücken in Deutschland durch Ehegatten mit Güterstand nach dem Recht einer kanadischen Provinz unproblematisch. Ein Erwerber, der kanadischem Güterrecht unterliegt, ist bei der Eintragung in das Grundbuch nicht anders zu behandeln als ein Erwerber, für den der deutsche gesetzliche Güterstand (oder Gütertrennung) gilt.

III. Verfügungsbeschränkungen während der Ehe, insbesondere hinsichtlich der Ehewohnung

Der Ehewohnung kommt nach dem Recht aller kanadischer Provinzen während der Ehe und bei Durchführung des Zugewinnausgleichs eine Sonderstellung zu[52]. Bei der Veräußerung von Grundbesitz, der als Ehewohnung zu qualifizieren ist, unterliegen Ehegatten besonderen Beschränkungen.

1. Ontario

Nach dem *Family Law Act* von Ontario ist unter der Ehewohnung von Eheleuten („marital home") derjenige Grundbesitz zu verstehen, an dem wenigstens einer der Ehegatten ein rechtlich anerkanntes Nutzungsinteresse („interest") etwa als Eigentümer, Gesellschafter oder Mieter hat und welcher tatsächlich von beiden Ehegatten als Wohnung genutzt wird. Dabei kann es sich auch um mehrere Wohnungen oder Grundstücke handeln. Die Sonderregelung umfasst während der Ehe ein Recht zum gleichberechtigten Mitbesitz des anderen Ehegatten sowie die Beschränkung, dass jedwede Verfügung über die Wohnung der Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf. Die Missachtung dieser Verfügungsbeschränkung hat zur Folge, dass die ohne Zustimmung des Ehegatten erfolgte Veräußerung eines als Ehewohnung dienenden Grundstücks gerichtlich annuliert werden kann. Der gute Glaube des Dritten an das Fehlen der Ehewohnungs-Eigenschaft wird allerdings geschützt. Üblich sind daher eidesstattliche Versicherungen („affidavits") des Veräußerers, dass er im Zeitpunkt der Veräußerung nicht verheiratet ist, der veräußerte Grundbesitz nicht oder ein anderes Grundstück als alleinige Ehewohnung diene. Zur Klarstellung ist auch die Registrierung eines bestimmten Grundstücks als Ehewohnung möglich, die allen anderen Grundbesitz der Ehegatten als Ehewohnung ausschließt. Ungeachtet des Prinzips der Gleichberechtigung der Ehegatten hinsichtlich der Ehewohnung kann einem Ehegatten gerichtlich die Alleinberechtigung zugewiesen werden. Dies kann innerhalb oder außerhalb eines Scheidungsverfahrens geschehen. Diese gerichtliche Zuweisung ist jedoch nur vorgesehen in Bezug auf Grundbesitz, der in Ontario belegen ist. Durch die vorstehend beschriebene Regelung im *Family Law Act* ist in Ontario das im Wesentlichen auf gleiche Rechtsfolgen gerichtete Rechtsinstitut des „dower" aufgehoben worden[53].

2. Andere Common Law-Provinzen

Ähnliche Sonderregelungen bezüglich des „marital home" oder „matrimonial home" enthalten die meisten einschlägigen Gesetze der Common Law-Provinzen. Am weitesten geht der *Family Law Act* von Newfoundland, wonach die Ehegatten eine Art gesamthänderisch gebundenes Eigentum an der Ehewohnung („joint tenancy") bilden. Unterschiedlich ist das Verhältnis zu den teilweise fortbestehenden Rechten aus „dower" und „homestead" geregelt. In Manitoba etwa können die Rechte aus dem *Marital Property Act* neben denen aus dem *Homesteads Act* und aus „dower" geltend gemacht werden. Allerdings verliert der überlebende Ehegatte, der sich auf den „dower" beruft, automatisch seine Rechte aus dem *Marital Property Act*. Überwiegend erfolgt die Zuweisung des Besitzes der Ehewohnung unabhängig von der Durchführung des Zugewinnausgleichs und zum Teil auf eigener Rechtsgrundlage (siehe etwa den *Land Wife Protection Act* in British Columbia). Auch in Alberta konkurrieren die Rechte aus dem *Matrimonial Property Act* und dem *Dower Act*. Deutlich geringer ausgeprägt ist der Schutz des „matrimonial home" in Saskatchewan, wo die Ehegatten zwar gleiche Besitzrechte hinsichtlich der Ehewohnung haben, aber keine Verfügungsbeschränkungen für den jeweiligen Eigentümer existieren[54].

3. Québec

In der „société d'acquêts" unterliegen die Ehegatten lediglich der Einschränkung, dass unentgeltliche Verfügungen unter Lebenden über hinzuerworbenes Vermögen der Zustimmung des anderen Ehegatten bedürfen (Art. 462 C.c.). Weitere güterrechtliche Verfügungsbeschränkungen bestehen nicht[55].

Hingegen sind Verfügungen über das Familienheim („résidence familiale") und den Hausrat grundsätzlich nur mit schriftlich erklärter Zustimmung des Ehegatten wirksam (Art. 401 ff. C.c.). Gutgläubiger entgeltlicher Erwerb ist nur bei Hausrat möglich. Das gilt sowohl für die Veräußerung als auch für Belastungen und selbst für Vermietungen des von der Familie genutzten Wohnraums in Gebäuden mit weniger als fünf Wohnungen. Bei größeren Gebäuden kann der Ehegatte, der der Verfügung nicht zugestimmt hat, von dem Erwerber verlangen, dass die-

49 Reinhard, Neue familienrechtliche Bestimmungen in Quebec, FamRZ 1990, 718 (zum Teil überholt durch die Reform von 1994).
50 Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 1 (1996), Tz. 75 f.
51 Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 1 (1996), Tz. 77.
52 Blanpain (Hrsg.), International Encyclopedia of Laws (Stand 1998), Länderteil Canada, Tz. 296 ff.
53 Goldstein/Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 3 (1996), Tz. 66 ff.
54 Goldstein/Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 3 (1996), Tz. 76 ff.
55 Zu den Verfügungsbeschränkungen in der Gütergemeinschaft siehe Lefebvre, Länderteil Québec, in: Notarielle Fragen des internationalen Rechtsverkehrs, Bd. III/1 1995 (Hrsg. DNotI), S. 399.

ser in den Abschluss eines Mietvertrages über die von der Familie bereits genutzten Räume einwilligt. Keine Verfügungsbeschränkungen bestehen für das übrige Familienvermögen während der Ehe.

4. Gestaltungshinweis

Aus deutscher Sicht sind die kanadischen Verfügungsbeschränkungen in Bezug auf die Familien- oder Ehewohnung kein Fremdkörper; die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand nach deutschem Recht treffenden Verfügungsbeschränkungen (§§ 1365, 1369 BGB) erfüllen in der „Normalverdienerehe" ähnliche Funktionen. Entsprechend kann auch verfahren werden: Will ein Ehegatte über Grundbesitz verfügen, der als Familienwohnung zu qualifizieren ist oder sein könnte, sollte die Zustimmung des anderen Ehegatten (oder eine entsprechende Belehrung) in die Urkunde aufgenommen werden. Dies sollte aus Vorsichtsgründen immer geschehen, auch wenn sich die Auffassung vertreten lässt, dass wegen der Anwendbarkeit der lex rei sitae die Verfügungsbeschränkungen des kanadischen Güterrechts für in Deutschland belegenen Grundbesitz nicht gelten.

IV. Güterstand und Ehegattenerbrecht

Die Provinzrechte weisen größere Unterschiede bei der Auflösung des Güterstands durch Tod eines Ehegatten auf.

1. Ontario

Nach dem Recht von Ontario findet auch im Fall der Auflösung der Ehe durch Tod eines der Ehegatten ein Zugewinnausgleich statt. Der überlebende Ehegatte muss sich in diesem Fall allerdings zwischen dem güterrechtlichen Ausgleich und seinem ggfls. außerdem bestehenden Erbrecht entscheiden. Die Wahl des güterrechtlichen Ausgleichs hat auch die Unwirksamkeit von Schenkungen von Todes wegen zur Folge, wenn der Erblasser nicht etwas anderes angeordnet hat.

2. Andere Common Law-Provinzen

Anderenorts wie in Alberta, British Columbia und Prince Edward Island hat der überlebende Ehegatte keinen Anspruch auf güterrechtlichen Ausgleich nach dem jeweiligen *Matrimonial Property Act* oder *Family Relations Act,* sondern ist auf sein Ehegattenerbrecht verwiesen. Ein (fiktiver) Zugewinnausgleich bei Beendigung der Ehe durch Tod findet in diesen Provinzen also nicht statt. Die Absicherung des überlebenden Ehegatten erfolgt dort durch den „dower" sowie auf erbrechtlicher Ebene durch eine Mindestbeteiligung am Nachlass.

Demgegenüber erlauben die *Matrimonial Property Acts* von Saskatchewan, Nova Scotia und Newfoundland die Kombination der Ansprüche auf güterrechtlichen Ausgleich und Nachlassbeteiligung des überlebenden Ehegatten, ohne dass dieser sich für einen der beiden entscheiden müsste. In New Brunswick hat das Güterrecht Vorrang vor dem Erbrecht; der „dower" ist abgeschafft.

3. Québec

Der Tod eines Ehegatten ist ein Auflösungsgrund für die „société d'acquêts" mit der Folge, dass das von beiden Ehegatten bis zu diesem Zeitpunkt hinzugewonnene Vermögen aufgeteilt wird (Art. 465 C.c.). Desgleichen erfolgt auch die Aufteilung des Familienvermögens beim Tod eines Ehegatten (Art. 416 C.c.). Die Verteilung findet unter dem überlebenden Ehegatten und dem oder den Erben des Verstorbenen statt. Es erfolgt also gewissermaßen ein Zugewinnausgleich zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Rechtsnachfolgern des verstorbenen Ehegatten. Diese Regelung begünstigt nicht notwendigerweise den überlebenden Ehegatten. Ist sein Zugewinn höher als der des verstorbenen Ehegatten, so kann es passieren, dass er die Differenz an die Erben ausgleichen muss. An dem Zugewinnanteil, der an die Kinder des verstorbenen Ehegatten fällt, hat der Überlebende allerdings ein Nießbrauchsrecht bis zur Volljährigkeit der Kinder[56]. Zwischen Zugewinnausgleich und Erbrecht muss sich der überlebende Ehegatte entscheiden. Um zu erben, muss der überlebende Ehegatte auf den Zugewinnausgleich verzichten, es sei denn, er ist gesetzlicher Alleinerbe (vgl. Art. 654 C.c.)[57].

4. Gestaltungshinweis

Angesichts der gegenseitigen Abhängigkeit von güterrechtlichen und erbrechtlichen Ansprüchen des überlebenden Ehegatten ist eine Abstimmung von güterrechtlichen und erbrechtlichen Regelungen in Ehevertrag und Testament erforderlich. Häufig wird allerdings erst im Zeitpunkt des Erbfalls feststehen, ob Zugewinnausgleich oder Erbenstellung für den überlebenden Ehegatten wirtschaftlich günstiger ist.

V. Ehevertragliche Regelungen

In Kanada gilt grundsätzlich Ehevertragsfreiheit, die durch Sonderregelungen insbesondere zum Schutz der Familienwohnung und des Familienvermögens begrenzt wird.

1. Ontario

Nach dem *Family Law Act* von Ontario[58] können Ehegatten in einem Ehevertrag vor oder während der Ehe, einer Trennungs- oder Scheidungsvereinbarung (zusammengefasst als „domestic contracts"; Ehevertrag: „marriage contract") ihren Güterstand einschließlich aller Fragen der Vermögensordnung und etwaigen -verteilung abweichend vom gesetzlichen Güterstand regeln. Vertragsfreiheit besteht auch hinsichtlich der gegenseitigen Unterhaltspflichten und der Kindererziehung. Ein Numerus Clausus der möglichen Güterstände ist dabei nicht ersichtlich. Allerdings dürfen die gesetzlichen Rechte der Ehegatten in Bezug auf die Familienwohnung ehevertraglich nicht beschränkt werden. Ebenso wenig sind Regelungen der elterlichen Sorge für gemeinsame Kinder einschließlich des Besuchsrechts in einem Ehevertrag zulässig. Beide Bereiche können aber Gegenstand einer Trennungs- oder Scheidungsvereinbarung sein. Davon unberührt bleiben ehevertragliche Regelungen über die Modalitäten der Berechnung und des Ausgleichs des Zugewinns; so ist es zulässig, den Wert der Familienwohnung von vornherein von der Zugewinnausgleichspflicht auszuschließen[59].

„Domestic contracts" müssen in Ontario schriftlich und vor Zeugen geschlossen werden, sie bedürfen nicht der notariellen Form.

2. Andere Common Law-Provinzen

Ehevertragliche Modifikationen oder Änderungen des gesetzlichen Güterstandes sind auch in allen anderen angelsächsisch geprägten Provinzen möglich. Die Rechtsverhältnisse hinsichtlich der Ehewohnung sind einer ehevertraglichen Regelung hingegen regelmäßig nicht zugänglich. Eine Ausnahme hierzu bildet das Recht von Saskatchewan, wonach die Ehegatten auch diese Vorschriften abbedingen können. Unterschiedlich stark ausgeprägt ist die Neigung der Gerichte, in die privatautonomen Regelungen der Ehegatten korrigierend einzugreifen, wenn sie ungerecht erscheinen oder sich die Umstände seit

---

56 Flick/Piltz, Der Internationale Erbfall (1999), Rz. 679.

57 Nach Hering, Die gesetzlichen Rechte des überlebenden Ehegatten in deutsch-kanadischen Erbfällen (1984), S. 68, kann sich der Verzicht auch auf das Nießbrauchsrecht des Ehegatten an Familienheim und Hausratsgegenständen erstrecken, Zweifel daran äußern Flick/Piltz, Der Internationale Erbfall (1999), Rz. 679, Fn. 158.

58 Siehe Payne/Payne, Introduction to Canadian Family Law (1994), S. 46 ff.; Goldstein/Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 3 (1996), Tz. 72 ff.

59 Payne/Payne, Introduction to Canadian Family Law (1994), S. 48.

Vertragsschluss geändert haben. In Alberta haben die Gerichte keine und in Saskatchewan nur eine eingeschränkte Zuständigkeit, die einvernehmliche Vermögensteilung der Ehegatten abzuändern. Ein gewisses Risiko, dass die kanadischen Gerichte die ehevertraglichen Regelungen in kritischen Fällen umgestalten, muss also einkalkuliert werden.

3. Québec

In Québec besteht ebenfalls grundsätzlich Ehevertragsfreiheit, die durch den ordre public und die zwingenden Bestimmungen der Gesetze beschränkt wird (Art. 431 C.c.). So ist beispielsweise der im Voraus erklärte Verzicht auf die Übertragung von Familienvermögen für den Fall der Scheidung unwirksam. Nach erfolgter Scheidung ist ein Verzicht in notarieller Urkunde möglich, der zusätzlich in das Personenstands- und Fahrnisregister eingetragen werden muss (Art. 423 C.c.).

Ein Numerus Clausus der Gestaltungsformen besteht nicht; Modifizierungen des gesetzlichen Güterstandes und die Vereinbarung eines „maßgeschneiderten" Güterstands sind möglich[60]. In Zweifelsfragen wird auf das Grundmodell der Zugewinngemeinschaft und dessen gesetzliche Ausgestaltung zurückgegriffen, soweit dies sinnvoll erscheint. Die Reform des Güterrechts im Jahre 1970 hat das Prinzip der Unveränderlichkeit des Güterstands aufgegeben (Art. 438 C.c.). Es sind also auch mehrfache Wechsel des Güterstands denkbar. Falls durch den Güterstandswechsel Gläubiger geschädigt werden, können diese die Änderung für unwirksam erklären lassen. Die Unwirksamkeit ist jedoch nur eine relative im Verhältnis Ehegatten-Gläubiger (Art. 438 C.c.).

Ehevertragliche Vereinbarungen zum Güterstand bedürfen der notariellen Form (Art. 440 C.c.). Eheverträge sind im Personenstands- und Fahrnisregister einzutragen (Art. 442 C.c.). Der Notar, der einen Ehevertrag beurkundet, der einen früheren, bei einem anderen Notar geschlossenen Ehevertrag abändert, muss den anderen Notar davon benachrichtigen. Dieser soll die Änderung in seinen Unterlagen vermerken (Art. 441 C.c.).

4. Gestaltungshinweis

Angesichts des Fehlens eines Numerus Clausus der Güterstände bestehen weitgehende Gestaltungsmöglichkeiten. Die Vereinbarung einer vollständigen Gütertrennung ist wegen der Sonderbehandlung von Familienwohnung und -vermögen allerdings wirtschaftlich nicht möglich. Bei kleineren Vermögen sind die Spielräume naturgemäß geringer als bei großen. Die Sonderbehandlung des Familienvermögens hat in Québec dazu geführt, dass weit weniger häufig als früher die Gütertrennung vereinbart wird[61].

D.
Erbrecht

I. Überblick

Die Erbrechte der angelsächsischen Provinzen basieren auf Prinzipien und Eigenheiten des Common Law, die in unterschiedlicher Weise rezipiert wurden[62]. Zur Vereinheitlichung haben die Modellgesetze der Uniform Law Conference of Canada beigetragen. Diese wurden mit Modifikationen von fast allen Provinzen übernommen. Das Common Law unterscheidet – auch bei der verfahrensmäßigen Abwicklung des Nachlasses – zwischen der gesetzlichen („intestate succession") und der gewillkürten, d.h. testamentarischen Erbfolge („testate succession"). Praktisch steht die „testate succession" im Vordergrund, weil die überwiegende Mehrheit der kanadischen Staatsangehörigen testiert. Herausragende Besonderheit der vom Common Law geprägten Erbrechte ist, dass kein Vonselbsterwerb der Rechtsnachfolger stattfindet, sondern zwingend eine Nachlassabwicklung durch eine Zwischenperson, den „personal representative", vorgeschaltet ist.

Im Zuge der tiefgreifenden Zivilrechtsreform durch den neuen Code civil aus dem Jahre 1994 ist auch das Erbrecht Québecs umgestaltet worden. Es ist jetzt im dritten Buch (Art. 613 bis 898) des Code civil angesiedelt[63]. Dabei hat sich das neue Erbrecht der „französischen" Provinz streckenweise dem der „englischen" Provinzen angenähert. Zum Beispiel ist das Rechtsinstitut der „liquidation", der Nachlassabwicklung durch eine eigens hierfür bestellte Person, in Anlehnung an den „personal representative" der Common Law-Provinzen geschaffen worden. Dennoch bleiben wichtige strukturelle Unterschiede. So unterscheidet das Recht von Québec bei der Nachlassabwicklung durch den neu eingeführten „liquidateur" nicht zwischen der gesetzlichen und der gewillkürten Erbfolge.

Gemeinsam ist – soweit ersichtlich – allen Provinzen und Territorien das Erbrecht des Staates hinsichtlich erbenloser Nachlässe und der Beginn der Testierfähigkeit mit Erreichen der Volljährigkeit (18 Jahre).

II. Gesetzliche Erbfolge

1. Common Law-Provinzen

Die Regelungen der gesetzlichen Erbfolge („succession ab intestat") der angelsächsischen Provinzen sind durch das Modellgesetz Uniform Intestate Succession Act von 1925 weitgehend vereinheitlicht worden[64].

Es gilt ein Ordnungs- oder Parentelsystem ähnlich wie im deutschen Recht, wobei der überlebende Ehegatte ein besonderes Vorzugsrecht genießt und ein System abgestufter Repräsentation weggefallener Erben durch ihre Abkömmlinge gilt[65]. Im Einzelnen:

Der überlebende Ehegatte ist Alleinerbe, wenn keine Abkömmlinge vorhanden sind. Bei Vorhandensein von Abkömmlingen erbt der Ehegatte den gesamten Nachlass bis zu einem gewissen Wert, der von Provinz zu Provinz unterschiedlich hoch angesetzt ist (z.B. $75.000 in Ontario, $50.000 in Manitoba). Dieser „preferential part" oder „preferential share" genannte Teil der Erbschaft ist ein echter Erbteil, also eine dingliche Beteiligung am Nachlass, nicht lediglich ein schuldrechtlicher Pflichtteilsanspruch. Von dem die Wertgrenze übersteigenden Nachlass erbt der Ehegatte die Hälfte, wenn nur ein Abkömmling vorhanden ist, bzw. ein Drittel, wenn mehr als ein Abkömmling miterbt (Manitoba: stets die Hälfte). Das Verhältnis des Ehegattenerbrechts zum güterrechtlichen Ausgleich ist – wie gesehen[66] – von Provinz zu Provinz unterschiedlich ausgestaltet (keine güterrechtlichen Ansprüche, Wahlrecht, Kombination). Ein Vorrecht des Ehegatten in manchen Provinzen ist der Anspruch auf den alleinigen Besitz an der ehelichen Wohnung.

Ist kein überlebender Ehegatte vorhanden[67], erben die vorhandenen Abkömmlinge nach Stämmen. Anstelle vorverstorbener

60 Lefebvre, Länderteil Québec, in: Notarielle Fragen des internationalen Rechtsverkehrs, Bd. III/1 1995 (Hrsg. DNotI), S. 397.

61 So Lefebvre, Länderteil Québec, in: Notarielle Fragen des internationalen Rechtsverkehrs, Bd. III/1 1995 (Hrsg. DNotI), S. 398.

62 Zum Folgenden siehe Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 4 (1996), Tz. 50 ff.; Blanpain (Hrsg.), International Encyclopedia of Laws (Stand 1998), Länderteil Canada, Tz. 377 ff.; Wilde, Das kanadische „Erbschaftsteuerrecht" (1997), S. 20 ff.; Oosterhoff on Wills and Succession (4. Aufl. 1995); zu Großbritannien Ferid/Firsching/Lichtenberger/Henrich, Internationales Erbrecht, Länderteil Großbritannien (Stand 1983).

63 Zu Québec siehe Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 2 (1996).

64 Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 4 (1996), Tz. 51 ff.

65 Zu Ontario siehe Blanpain (Hrsg.), International Encyclopedia of Laws (Stand 1998), Länderteil Canada, Tz. 414 ff.; Meyer, Das Erbrecht des Common Law am Beispiel der Provinz Ontario, ZEV 1998, 452, 453 f.

66 Siehe oben C.IV. 1 und 2.

67 Einige Provinzen schließen den Ehegatten von der gesetzlichen Erbfolge bereits dann aus, wenn er im Zeitpunkt des Erbfalls den Erblasser verlassen hatte; Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 4 (1996), Tz. 64.

Kinder treten also die jeweiligen Kindeskinder und so fort. Nichteheliche Kinder sind genauso erbberechtigt wie legitime.

Wenn weder Ehegatte noch Abkömmlinge des Erblassers vorhanden sind, erben die Eltern des Erblassers zu gleichen Teilen; ist ein Elternteil vorverstorben, wächst sein Erbteil dem Überlebenden an. Eltern verdrängen Geschwister des Erblassers.

Bei Nichtvorhandensein von Eltern erben die Geschwister des Erblassers zu gleichen Teilen mit Repräsentation vorverstorbener Geschwister durch ihre Kinder nur im ersten Grad. Danach erben die Neffen und Nichten zu gleichen Teilen, ohne Repräsentation durch ihre Abkömmlinge.

Anschließend erben die anderen Verwandten und zwar nacheinander in Gruppen der Verwandtschaftsnähe und in diesen Gruppen untereinander jeweils zu gleichen Teilen. Es werden also wie im deutschen Recht die Geschwister und deren Abkömmlinge den Großeltern, Onkeln und Tanten des Erblassers vorgezogen.

Vor dem Erbfall gezeugte, aber noch nicht geborene Erben werden behandelt, als ob sie bereits zu Lebzeiten des Erblassers geboren worden wären und diesen überlebt hätten. Hat der Erblasser überhaupt keine Verwandten hinterlassen, erbt der Staat.

2. Québec

In Québec ist die gesetzliche Erbfolge durch den neuen Code civil vereinfacht worden[68]. Es gilt ein Parentelsystem mit nunmehr drei Ordnungen von gesetzlichen Erben, wobei der Ehegatte des Erblassers in den beiden ersten Ordnungen vertreten ist (Art. 653 ff. C.c.). Innerhalb der Ordnungen gilt eine Erbfolge nach Linien und Stämmen mit limitierter Ersatzerbschaft („représentation"). An die Stelle weggefallener Erben treten danach jeweils deren Abkömmlinge als Ersatzerben, in der Seitenlinie allerdings nur bis zu einem gewissen Grad. In der aufsteigenden Linie findet keine „représentation" statt (Art. 660-665 C.c.). Der Wegfall muss dabei auf Vorversterben, gleichzeitigem Versterben oder Erbunwürdigkeit beruhen. Wenn Seitenverwandte oder nicht-privilegierte Abkömmlinge zum Zuge kommen, wird der Nachlass zudem je zur Hälfte auf die Erbberechtigten väter- und mütterlicherseits verteilt („fente"). Bei der „fente" handelt es sich um eine Spezialität französischen Ursprungs, die in der Praxis jedoch keine große Rolle spielen dürfte.

Konkret ist in der ersten Ordnung der überlebende Ehegatte neben Abkömmlingen des Erblassers zu einem Drittel berufen; die Abkömmlinge des Erblassers teilen sich zwei Drittel. Der Ehegatte ist Alleinerbe, wenn der Erblasser kinderlos verstirbt. Wenn kein Ehegatte vorhanden ist, erben die Abkömmlinge den gesamten Nachlass (Art. 666-669, 671 C.c.).

In der zweiten Ordnung (bei Nichtvorhandensein von Abkömmlingen) erbt der Ehegatte zwei Drittel neben den Eltern des Erblassers als privilegierten Verwandten in aufsteigender Linie. Diese schließen die privilegierten Seitenverwandten (Geschwister) grundsätzlich aus. Diese kommen im gleichen Verhältnis neben dem Ehegatten zum Zuge, wenn die Eltern vorverstorben sind. Wenn kein Ehegatte vorhanden ist, erben Eltern und Geschwister zu je einhalb. Sind nur Eltern oder Geschwister vorhanden, so erben diese jeweils unter Ausschluss weiterer Verwandter. Anstelle von weggefallenen Geschwistern kommen auch deren Abkömmlinge als Erben zweiter Ordnung in Betracht (Art. 670-676 C.c.).

In der dritten Ordnung sind entferntere, nicht privilegierte Verwandte berufen (Großeltern, Onkel und Tanten, Art. 677-683 C.c.).

III. Gewillkürte Erbfolge

1. Testamentsformen

a) Common Law-Provinzen

Die Vermögensnachfolge wird in den vom Common Law geprägten Provinzen Kanadas regelmäßig durch Verfügung von Todes wegen („testament") geregelt. Praktisch häufig sind auch Treuhandkonstruktionen in letztwilligen Verfügungen („testamentary trust") und unter Lebenden mit Wirkung über den Tod des Treugebers hinaus („trust inter vivos")[69]. Das Testamentsrecht i.e.S. ist durch den mehrfach ergänzten und von den Provinzen in ihre Gesetzgebung übernommenen Uniform Wills Act 1929/1957 weitgehend vereinheitlicht worden[70].

Wirksame Testamente können im Wesentlichen in zwei Formen errichtet werden: als holografisches Testament und als Zwei-Zeugen-Testament[71]. Das holografische Testament muss vom Erblasser eigenhändig geschrieben und unterschrieben werden und klar den Willen des Erblassers zur Errichtung einer Verfügung von Todes wegen erkennen lassen. Es handelt sich dabei um eine neuere Testamentsform, die von den meisten Provinzgesetzgebern nach und nach eingeführt worden ist (nicht in British Columbia, Nova Scotia, Prince Edward Island).

Die traditionelle Testamentsform des Common Law-Rechtskreises, eingeführt durch den englischen Wills Act von 1837 und in allen kanadischen Common Law-Provinzen anerkannt, ist das Zwei-Zeugen-Testament. Dieses erfordert zu seiner Wirksamkeit (1) die den Testamentstext abschließende Unterschrift des Erblassers oder einer anderen Person in seinem Namen, seiner Gegenwart und auf seine Weisung, (2) die Unterschriftsleistung oder -anerkennung des Erblassers in Gegenwart von mindestens zwei Zeugen, und (3) deren Unterschriftsleistung in Gegenwart des Erblassers. Der Text des Testaments muss also nicht eigenhändig vom Erblasser geschrieben sein. Vorsicht ist geboten, wenn im Testament als Begünstigte genannte Personen als Zeugen mitwirken sollen. Testamentsklauseln zugunsten von Zeugen können unwirksam sein. Davon sind nicht nur Erbeinsetzungen betroffen, sondern z.B. auch die Vergütungsbestimmung zugunsten eines als „executor" vorgesehenen Zeugen. Etwas anderes kann gelten, wenn neben dem begünstigten Zeugen noch mindestens zwei weitere „neutrale" Zeugen mitgewirkt haben.

b) Québec

Die drei traditionellen Testamentsformen Québecs haben auch nach der Reform mit geringfügigen Änderungen Bestand: das notarielle, das eigenhändige und das (aus dem Common Law übernommene) Zwei-Zeugen-Testament (Art. 712 C.c.)[72]. Die Verletzung der gesetzlichen Formvorschriften hat nach Art. 713 C.c. die Unwirksamkeit des Testamentes zur Folge. Unklar ist noch, ob damit eine absolute Nichtigkeit gemeint ist. Dagegen spricht die neu eingeführte Regelung des Art. 773 C.c., wonach derjenige, der ein (unwirksames) Testament als wirksam anerkannt hat, dessen Wirksamkeit nicht mehr bestreiten kann. Andererseits geht es bei Art. 773 C.c. eher um die Echtheit als die Wirksamkeit von Testamenten. Die Formenstrenge wird weiter aufgelockert durch Art. 714 C.c. Nach dieser Vorschrift soll es für das eigenhändige und das Zwei-Zeugen-Testament genügen, wenn die Formvorschriften im Wesentlichen gewahrt worden sind und das Testament den letzten Willen des Erblassers sicher und unmissverständlich enthält. In der Folge dieser Regelungen ist bereits Unsicherheit darüber entstanden, welche die „wesentlichen" Formerfordernisse sind und auf welche notfalls verzichtet werden kann.

---

68 Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 2 (1996), Tz. 11 ff.

69 Dazu näher unten D.VI.1.

70 Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 4 (1996), Tz. 75 ff.

71 Zu Ontario siehe Blanpain (Hrsg.), International Encyclopedia of Laws (Stand 1998), Länderteil Canada, Tz. 453 ff .; Meyer, Das Erbrecht des Common Law am Beispiel der Provinz Ontario, ZEV 1998, 452, 453.

72 Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 2 (1996), Tz. 17 ff.

Das notarielle Testament kann vor jedem der Notarkammer angehörigen Notar errichtet werden. Bei der Errichtung muss ein Zeuge anwesend sein, in bestimmten Fällen (etwa bei schreibunfähigem oder blindem Erblasser) deren zwei. Das Testament ist von dem Notar vorzulesen und anschließend von dem Testator, dem oder den Zeugen und dem Notar zu unterschreiben (Art. 716-725 C.c.). Eine amtliche Verwahrung von Testamenten ist nicht vorgesehen. Es gibt aber seit 1961 ein Testaments-Zentralregister der Notarkammer Québec, bei dem Informationen über die Existenz von Testamenten, Änderungs- und Widerrufserklärungen erfragt werden können. Ein weiteres Register existiert seit 1979 bei der Rechtsanwaltskammer des Québec[73].

Das holografische Testament muss insgesamt eigenhändig geund unterschrieben sein (Art. 726 C.c.).

Das bereits zuvor gewohnheitsrechtlich zulässige Zwei-Zeugen-Testament hat mit der Reform auch ausdrücklich Eingang in den Code civil gefunden (Art. 727-730 C.c.). Der Testamentstext kann dabei von Hand oder maschinell geschrieben, durch Ausfüllen eines Vordrucks oder auf jede andere Weise erstellt werden. Zur Wirksamkeit des Testaments muss der Testator seine den Text abschließende Unterschrift vor mindestens zwei Zeugen anerkennen, was diese wiederum durch ihre Unterschriften bestätigen müssen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Zeugen Kenntnis von dem Inhalt des Testaments haben, ihnen muss nur bewusst sein, dass es sich bei dem Schriftstück um ein solches handelt. Ist der Text allerdings nicht von dem Testator selbst aufgesetzt worden, muss zusätzlich jede Seite von ihm und den Zeugen paraphiert oder unterschrieben werden.

c) Gestaltungshinweis

Vor dem deutschen Notar kann ein „notarielles Zwei-Zeugen-Testament" errichtet werden, das die Formanforderungen der kanadischen Provinzen erfüllt. Dabei sollte der Abschlussvermerk der Urkunde um eine Zeugenformel ergänzt werden. Außerdem sollte das Testament auf jeder Seite vom Testator und den Zeugen paraphiert werden. Selbstverständlich dürfen weder der Notar noch die Zeugen als Begünstigte oder Testamentsvollstrecker im Testament erwähnt werden. Nach einer Empfehlung des Deutschen Notarinstituts könnte der Abschlussvermerk folgenden Wortlaut haben[74]:

„I, (Name des Testators) have subscribed my name to this will written on this and the (...) preceding pages of this paper this (...) day of ... A.D. 2000.

(Unterschrift des Erblassers)

Signed by the testator as his will in our presence and attested by us in his presence and in the presence of each other.
(Unterschriften der Zeugen mit Angabe von Name und Beruf in Druckschrift)".

2. Gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag mit Bindungswirkung

a) Common Law-Provinzen

Das Common Law[75] kennt keine gemeinschaftlichen Testamente oder Erbverträge mit Bindungswirkung wie im deutschen Recht. Das schließt aber nicht aus, dass mehrere Personen ihre Verfügungen von Todes wegen in einer Urkunde errichten. Die Beteiligten können dann vereinbaren, dass sie später keine abweichenden Verfügungen vornehmen bzw. ihre Verfügung nicht mehr ohne Zustimmung des anderen Teils ändern werden (sog. Testiervertrag)[76]. Nach den Vorstellungen des Common Law ist ein abweichendes späteres Testament zwar wirksam. Der andere Beteiligte hat aber wegen der Verletzung der schuldrechtlichen Abrede einen Schadenersatzanspruch gegen die Erben des anderweitig Verfügenden[77]. So lässt sich indirekt eine Bindungswirkung im Sinne eines gemeinschaftlichen Testaments oder Erbvertrags erreichen[78].

b) Québec

Nach dem Recht von Québec ist die Errichtung von gemeinschaftlichen Testamenten und damit wohl auch die Errichtung von Erbverträgen hingegen untersagt. Die Reform hat in diesem Punkt für eine Klarstellung der zuvor unsicheren Rechtslage gesorgt:

Art. 704 C.c. definiert das Testament als einseitige und widerrufliche Erklärung, die in einer der gesetzlichen Formen abgegeben werden muss und mit welcher der Erklärende mit Wirkung zu seinem Tode über sein Vermögen im Ganzen oder in Teilen verfügt. Das „testament conjoint", bei dem die Erklärungen von zwei oder mehr Testatoren in einer Urkunde enthalten sind, ist gemäß Art. 704 Abs. 2 C.c. ausdrücklich verboten. Weiter bestimmt Art. 706 C.c., dass niemand durch Vertrag auf sein Recht zur Errichtung von Testamenten und ihren Widerruf verzichten kann.

Es dürfte sich dabei um ein materiell-rechtliches Verbot und nicht lediglich um eine Formfrage handeln. Das ergibt sich auch daraus, dass die genannten Vorschriften von der „Natur des Testaments" handeln und nicht im Abschnitt des Code civil über die Testamentsform (Art. 712-730 C.c.) verortet sind. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass Verfügungen von Todes wegen mit Bindungswirkung in Québec insgesamt als nichtig behandelt und nicht anerkannt werden. Von der Beurkundung von gemeinschaftlichen Testamenten und Erbverträgen ist daher abzusehen, wenn eine Verbindung zum Recht Québecs besteht oder hergestellt werden kann. Wegen der Regelung in Art. 706 C.c. verbietet sich für Québec auch die Lösung des Common Law, durch schuldrechtliche Abreden eine Bindung an Einzeltestamente zu erreichen[79].

3. Grenzen der Testierfreiheit

Inhaltlich besteht in Kanada grundsätzlich Testierfreiheit. Ein eigentliches Pflichtteilsrecht nach deutschem Verständnis existiert nicht. Es gelten aber in allen Provinzen spezifische Beschränkungen, die bei der Vorbereitung und Gestaltung der Vermögensnachfolge bei kanadischen Erblassern berücksichtigt werden sollten. Diese Normen sind funktionell dem deutschen Pflichtteilsrecht vergleichbar, weil sie dem überlebenden Ehegatten und nahen Angehörigen des Erblassers eine wirtschaftliche Mindestbeteiligung am Nachlass sichern[80].

a) Common Law-Provinzen

In den kanadischen Common Law-Provinzen wird die Testierfreiheit begrenzt durch den ordre public und – praktisch wichtiger – durch gesetzliche Regelungen zum Schutz der Familie des Erblassers, insbesondere den *Homestead Acts, Depen-*

---

73 Lefebvre, Länderteil Québec, in: Notarielle Fragen des internationalen Rechtsverkehrs, Bd. III/1 1995 (Hrsg. DNotI), S. 402/403.

74 Ferner Dittmann/Reimann/Bengel/Lichtenberger, Testament & Erbvertrag (3. Aufl. 2000), Teil B Rz. 74 für die USA.

75 Angaben speziell zu den kanadischen Common Law-Provinzen liegen nicht vor.

76 Formulierungsvorschlag bei Nieder, Münchner Vertragshandbuch, Bd. 4, 2. Hb. (3. Aufl. 1992) S. 836: „Soweit englisches (kanadisches) Recht Anwendung findet, verpflichten sich die Eheleute gegenseitig schuldrechtlich, soweit die Bindungswirkung nach deutschem Recht geht, die letztwillige Verfügung nicht aufzuheben oder zu abzuändern." Wenn man diesem Vorschlag folgt, dürfte es sich empfehlen, auch die Schadenersatzpflicht ausdrücklich zu regeln.

77 Ferid/Firsching/Lichtenberger/Henrich, Internationales Erbrecht, Länderteil Großbritannien, Grundzüge, Rz. 190.

78 Bei Beteiligung von deutschen Staatsangehörigen ist allerdings im Hinblick auf § 2302 BGB Vorsicht geboten; näher Staudinger/Dörner (1995), Art. 25 EGBGB Rz. 386 ff.

79 Zur Bindungswirkung der „donation à cause de mort" siehe unten D.VI.2.

80 Blanpain (Hrsg.), International Encyclopedia of Laws (Stand 1998), Länderteil Canada, Tz. 484 ff.

dants' Relief Acts und *Matrimonial Property Acts*[81]. Dieser Schutz ist allerdings nicht unbedingt davon abhängig, dass diese Personen von dem Erblasser enterbt worden wären. Vielmehr bestehen die Rechte größtenteils neben dem gesetzlichen oder testamentarisch vorgesehenen Erbanspruch. Zu nennen sind die folgenden Regelungen:

Bereits erwähnt wurden die Rechtsnormen, die dem überlebenden Ehegatten den „preferential share" am Nachlass sichern. Dabei handelt es sich wie gezeigt im Unterschied zum deutschen Pflichtteilsrecht um eine dingliche (Mindest)Beteiligung am Nachlass und nicht lediglich um einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Erben. Der „preferential share" kann sowohl bei Enterbung als auch zur Aufstockung eines zu niedrigen testamentarischen Erbteils verlangt werden.

Daneben existieren mit den *Matrimonial Property Acts* und den *Homestead Acts* in den meisten Provinzen Gesetze, die dem überlebenden Ehegatten die Hälfte des Familienvermögens und/oder die lebenslange Nutzung des Familienheims und der Hausratsgegenstände zusprechen. Der Anspruch auf die Hälfte des Familienvermögens ist grundsätzlich unabhängig von der erbrechtlichen Stellung des überlebenden Ehegatten und damit durch testamentarische Verfügung des Erblassers unentziehbar. Abweichende Vereinbarungen durch Ehevertrag sind in gewissem Umfang möglich[82]. Die Regelungen betreffend das Familienheim fußen auf den überkommenen Common Law-Rechtsinstituten des „dower" und des „curtesy", die teilweise kodifiziert worden sind. Es handelt sich dabei um Nießbrauchsrechte des überlebenden Ehegatten an Grundbesitz bzw. Vermögen des verstorbenen Ehegatten zulasten der übrigen Erben. Von der Zielrichtung sind diese Rechte am ehesten dem deutschen Voraus (§ 1932 BGB) vergleichbar, wobei die kanadischen Institute wirtschaftlich weit größere Bedeutung haben können.

Neben dem überlebenden Ehegatten schützen die von allen Common Law-Provinzen erlassenen, aber unterschiedlich bezeichneten und weit reichenden *Dependants' Relief*-Gesetze auch bestimmte nahe Verwandte des Erblassers. Nach diesen Gesetzen haben die begünstigten Personen einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Zahlung eines angemessenen Unterhalts aus dem Nachlass. Unterhaltsberechtigt in diesem Sinne können nicht nur der überlebende Ehegatte und die Kinder des Erblassers sein, sondern teilweise auch seine Eltern und Enkelkinder bis hin zu nichtehelichen Lebensgefährten, Ehegatten nach Scheidung oder Eheauflösung und Freunde, soweit diese Personen im Einzelfall unterhaltsabhängig von dem Erblasser waren. Es liegt im gerichtlichen Ermessen, ob und in welcher Höhe Unterhalt aus dem Nachlass zu zahlen ist. Der Unterhaltsbedarf wird anhand zahlreicher gesetzlicher Kriterien ermittelt. Der Unterhalt kann in Form einer Rente, einer einmaligen Zahlung oder der Übertragung von Nachlassgegenständen zugesprochen werden. Zu diesem Zweck hat das Gericht die Möglichkeit, in die Vollstreckung des Testaments („execution") einzugreifen und vorläufige Maßnahmen zu treffen. Ähnliche Maßnahmen sind in einigen Provinzen für Fälle vorgesehen, in denen der Erblasser durch Trust-Konstruktionen oder andere Vermögensübertragungen unter Lebenden versucht hat, unterhaltsbedürftige Angehörige zu übergehen. Mancherorts können die Gerichte sogar in die gesetzliche Erbfolge („succession ab intestat") korrigierend eingreifen, wenn der Unterhalt von nichterbberechtigten Personen gefährdet erscheint[83].

b) Québec

In der Reformdiskussion um ein Pflichtteilsrecht zugunsten von nahen Angehörigen des Erblassers hat sich in Québec der „englische" gegenüber dem „französischen" Ansatz durchgesetzt. Auf die Einführung einer „réserve" als einem dinglich wirkenden Noterbrecht nach französischem Vorbild wurde verzichtet. Statt dessen wurden zwei Institute aus dem Recht der Common Law-Provinzen übernommen, um eine Mindestbeteiligung der Familie am Nachlass zu sichern. Danach erhält der überlebende Ehegatte auf güterrechtlicher Ebene auch bei völliger Enterbung durch den Erblasser das so genannte „patrimoine familial" (Familienvermögen) als dingliche Mindestbeteiligung am Nachlass. Daneben bestehen Unterhaltsansprüche, die früher mit dem Tode des Unterhaltsverpflichteten erloschen, gegen den Nachlass fort[84]. Man spricht hier anschaulich vom „Überleben" des Unterhaltsanspruchs (Art. 684-695 C.c.). Der Unterhaltsanspruch gegen den Nachlass setzt die Existenz eines gesetzlichen Unterhaltsanspruchs gegen den Erblasser (regelmäßig von Ehegatten, geschiedenen Ehegatten, Kindern und Eltern) voraus. Die Höhe des Anspruchs darf die Differenz zwischen der Hälfte des gesetzlichen Erbteils und der tatsächlich vom Erblasser zugewandten Nachlassbeteiligung nicht übersteigen. Für den geschiedenen Ehegatten beläuft sich der Unterhaltsanspruch auf zwölf Monatsunterhaltszahlungen, für die übrigen Unterhaltsgläubiger ist er auf sechs Monate befristet. Die Berechnung des Unterhaltsanspruchs erfolgt im Einvernehmen aller Beteiligten einschließlich des „liquidateur", notfalls gerichtlich, in einem Verfahren, das u.a. die Leistungsfähigkeit und die Bedürftigkeit aller Beteiligten berücksichtigen soll und in dem Ehegatten und Kinder sich den Wert von Schenkungen des Erblassers unter Lebenden anrechnen lassen müssen. Der solchermaßen ermittelte Unterhaltsanspruch wird durch eine einmalige Zahlung oder in Raten abgegolten. Falls die Nachlassmittel hierfür nicht ausreichen, kann die Rückgabe von Schenkungen des Erblassers gerichtlich angeordnet werden, wenn diese ohne Zustimmung des übergangenen Ehegatten bzw. der Kinder des Erblassers erfolgt sind. Auf diesem Wege lässt sich eine Art Pflichtteilsergänzung erreichen.

Im Unterschied zum deutschen Recht ist der „überlebende Unterhaltsanspruch" nicht gegen die Erben des Unterhaltsschuldners, sondern gegen den Nachlass gerichtet.

4. Testamentsgestaltung

a) Common Law-Provinzen[85]

aa) Testierfähigkeit

Testierfähig sind volljährige, geistig gesunde Personen. Minderjährige Erblasser sind testierfähig, wenn sie verheiratet oder verheiratet gewesen sind oder die Eheschließung mit einer bestimmten Person bevorsteht. Weitere Ausnahmen gelten für Soldaten, Matrosen und Seeleute. Als geistig gesund gilt der Erblasser, wenn er im Zeitpunkt der Testamentserrichtung in der Lage war, sein Tun zu verstehen und sich seines Besitzes sowie der Personen, denen er diesen vererben will, bewusst war. „Exzentrische" Verfügungen von Todes wegen werden nicht als Indiz für die fehlende Testierfähigkeit angesehen. Die Beweislast für die Testierfähigkeit des Erblassers liegt bei dem „executor" bzw. der Person, die sich auf die Wirksamkeit des Testaments beruft[86].

bb) Arten von Verfügungen

Eine Erbeinsetzung im Sinne einer Gesamtrechtsnachfolge wie im deutschen Recht kennt das Common Law nicht. Üblich ist die Zuwendung von Nachlassquoten oder -gegenständen, die eher Vermächtnissen entsprechen. Dabei fällt der gesamte Nachlass zunächst zwingend an eine Zwischenperson, den „personal representative". Dieser sorgt für die Auseinanderset-

81 Ausführlich Hering, Die gesetzlichen Rechte des überlebenden Ehegatten in deutsch-kanadischen Erbfällen (1984, daher zum Teil überholt), S. 18 ff.
82 Siehe oben C.V.1 und 2.
83 Im Einzelnen Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 4 (1996), Tz. 104 ff.
84 Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 2 (1996), Tz. 1, 28 ff.
85 Siehe auch Huth/Zwicker, Das gesonderte kanadische Vermächtnis-Testament von Deutschen mit Vermögen in Kanada, ZvglRWiss 86 (1987), 338 ff.
86 Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 4 (1996), Tz. 79 f.

zung des Nachlasses, indem er die Nachlassschulden begleicht und die Zuwendungen erfüllt[87]. Die „Erben" rücken also nicht unmittelbar beim Tode des Erblassers in dessen Rechtsstellung ein, sondern erst durch Vermittlung durch den „personal representative". Über die Auseinandersetzung des Nachlasses im Sinne einer gegenständlichen Zuordnung der Vermögensgegenstände kann der Erblasser frei bestimmen. Weiter kann er Zuwendungen mit Auflagen versehen. Vor- und Nacherbschaft sind im Common Law unbekannt, vergleichbare Ergebnisse können aber im Wege der Errichtung eines Trusts erzielt werden.

cc) Ersatzerbschaft und Anwachsung

Im Grundsatz ist eine Vermögenszuwendung von Todes wegen nach Common Law unwirksam, wenn die testamentarisch eingesetzte Person vorverstorben ist. Der betreffende Nachlassteil wächst dann den übrigen Bedachten an, wenn der Erblasser nicht etwas anderes bestimmt hat. Gesetzlich sind aber einige Fälle bestimmt, in denen eine Art Ersatzerbschaft eintritt. Es sind dies die Fälle des Vorversterbens von nahen Angehörigen wie Kindern, Kindeskindern und Geschwistern des Erblassers. Ist ein solcher Erbe vorverstorben und hat er wenigstens einen Abkömmling hinterlassen, so verteilt sich der betreffende Erbteil unter den gesetzlichen Erben des Vorverstorbenen. Teilweise rückt auch der überlebende Ehegatte des vorverstorbenen Erben als Ersatzerbe in dessen Erbteil ein[88].

dd) Kommorientenvermutung

In den meisten Provinzen enthalten Spezialgesetze *(Survivorship Acts)* widerlegbare Vermutungen für den Fall des gleichzeitigen Versterbens von Personen, die sich gegenseitig oder der eine den anderen beerben. Die Vermutung soll weiterhelfen, wenn bei zeitnahem Ableben nach einem Unfallereignis o.ä. eine genaue Feststellung der Todeszeitpunkte nicht möglich ist (Kommorientenvermutung). Danach wird vermutet, dass die jüngere Person die ältere überlebt hat. Diese Lösung hat verschiedentlich zu unbefriedigenden Ergebnissen geführt, etwa wenn es um Versicherungsansprüche wegen des Unfalltodes von Ehegatten ging. Dem wird unterschiedlich begegnet, zum Teil ist die Vermutung in eine Fiktion des Inhalts geändert worden, dass beide Erblasser den jeweils anderen überlebt hätten. Zum Teil sind auch nur Ausnahmen für die Geltendmachung von nicht-erbrechtlichen Ansprüchen wie aus Versicherungen eingeführt worden[89].

ee) Widerruf und Änderungen

Es wird zwischen dem willentlichen und dem automatischen Widerruf von Testamenten unterschieden[90]. Der Testator kann sein Testament willentlich widerrufen (1) durch die Errichtung eines anderen Testaments, (2) durch eine schriftliche Erklärung des Widerrufs in Testamentsform (ein solcher Widerruf muss keine neuen Verfügungen von Todes wegen enthalten) oder (3) durch die Zerstörung des Testaments durch Verbrennen oder Zerreissen mit dem manifestierten Willen zum Widerruf. Der Widerruf durch ein anderes Testament kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen; ein späteres Testament hebt alle Bestimmungen des früheren auf, die inhaltlich mit ihm nicht vereinbar sind. In der Frage der Vereinbarkeit bestehen im Einzelnen viele Unsicherheiten; als gesicherte Regel kann nur gelten, dass ein späteres Testament, mit dem der Erblasser über sein gesamtes Vermögen verfügt, ein früheres insgesamt aufhebt.

Fälle des automatischen Widerrufs von Testamenten sind die nachfolgende Eheschließung des ledigen Testators sowie die Ehescheidung oder Nichtigkeitsfeststellung der Ehe eines verheirateten Testators. Im letzteren Fall kann der ex lege-Widerruf auch auf solche Klauseln beschränkt sein, die den Ex-Ehegatten begünstigen. Dem automatischen Widerruf durch nachfolgende Eheschließung kann der Testator vorbeugen durch die ausdrückliche Erklärung, dass das Testament auch im Hinblick auf die Heirat mit einer bestimmten Person errichtet wird. Die allgemein gehaltene Erwähnung einer späteren Eheschließung genügt hierfür aber nicht.

Eine Besonderheit bei der Änderung von Testamenten besteht darin, dass diese wirksam nur in der Testamentsform der ursprünglichen Verfügung vorgenommen werden kann. So ist in Ontario gesetzlich klargestellt, dass eine holografische Änderung eines normalen (Zwei-Zeugen-)Testaments nicht beachtlich ist[91].

b) Québec

aa) Testierfähigkeit

Testierfähig sind Volljährige, die nicht unter Pflegschaft („curatelle") stehen; Besonderheiten gelten bei Vormundschaft („tutelle") und Betreuung (Art. 707-711 C.c.).

bb) Arten von Verfügungen

Im Recht von Québec gibt es das Prinzip der Universalsukzession im Erbrecht, d.h. anders als in den Common Law-Provinzen fällt das Eigentum an den Nachlassgegenständen im Zeitpunkt des Erbfalls an die Erben. Allerdings bedarf es wie im französischen Recht noch der „saisine", der förmlichen Besitzeinweisung, damit die Erben in den Genuss des Nachlasses kommen. Dieses Besitzrecht fällt den Erben grundsätzlich bereits mit dem Erbfall zu (Art. 625 C.c.). Es wird allerdings für die Zeit der „liquidation" des Nachlasses von dem „liquidateur" für die Erben ausgeübt (Art. 777 C.c.).

Erbe („héritier") ist nach dem Gesetz der mit einem „legs universel" oder mit einem „legs à titre universel" Bedachte (Art. 738 C.c.). Wörtlich übersetzt handelt es sich bei diesen Formen von testamentarischen Zuwendungen um Gesamtvermächtnisse bzw. Quotenvermächtnisse (vgl. Art. 731-734 C.c.). Der Sache nach geht es bei dem „legs universel" aber um die Einsetzung einer oder mehrerer Personen auf den gesamten Nachlass vergleichbar der Erbeinsetzung nach deutschem Recht. Unter dem Oberbegriff „legs à titre universel" versteht das Gesetz die Zuwendung einer bestimmten Quote des Nachlasses, die Übertragung eines dinglichen Rechts am Nachlass oder eines Bruchteils davon, etwa des Nießbrauchs, sowie die Übertragung eines solchen dinglichen Rechts an einer bestimmten Gruppe von nachlasszugehörigen Sachen oder Rechten, etwa aller unbeweglichen Gegenstände, aller beweglichen Sachen oder einer Quote hiervon. Davon zu unterscheiden sind die „legs à titre particulier", die dem Vermächtnis von bestimmten Einzelgegenständen oder -rechten nach deutschem Verständnis vergleichbar sind. Die Unterscheidung hat Bedeutung für die Frage der Erbenhaftung, die nur die „légataires universel und à titre universel" (Gesamtrechtsnachfolger) trifft. Der „légataire à titre particulier" (Einzelrechtsnachfolger) haftet nicht für Nachlassschulden, solange diese durch weiteres Nachlassvermögen gedeckt sind. Anderenfalls ist seine Haftung auf den Wert des ihm zugewandten Nachlassgegenstandes beschränkt (Art. 739 C.c.).

Mit Hilfe der „substitution" (Art. 1218 C.c.) kann der Erblasser eine testamentarische Regelung im Sinne der deutschen Vor- und Nacherbschaft treffen. Dabei geht der Nachlass zunächst auf den „grevé" als Erstberechtigten über; der Zweitberechtigte wird „appelé" genannt (Art. 1219 C.c.). Der „grevé" ist Eigentümer der Nachlassgegenstände, die er aber von seinem eigenen Vermögen getrennt halten muss. Seine Pflichten entsprechen denen eines Treuhänders (Art. 1223 f. C.c.). Der „appelé" hat eine Art Anwartschaftsrecht bis zum Übergang des Eigentums. Die „substitution" ist auf zwei Generationen beschränkt (Art.

87 Dazu näher unten D.V.1.
88 Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 4 (1996), Tz. 95 ff.
89 Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 4 (1996), Tz. 111 f.
90 Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 4 (1996), Tz. 88 ff.
91 Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 4 (1996), Tz. 94.

1221 C.c.). Grundsätzlich ist der Erblasser frei in der Bestimmung des Ereignisses, durch das der Nacherbfall eintreten soll. Hat er keine Bestimmung getroffen, tritt der Nacherbfall spätestens mit dem Tod des „grevé" ein. Eine juristische Person kann für längstens 30 Jahre zum „grevé" bestimmt (Art. 1240 C.c.). Weiter ist zu beachten, dass eine den überlebenden Ehegatten benachteiligende Wiederverheiratungsklausel wie auch unmögliche oder ordre-public-widrige Bedingungen der Erbeinsetzung als nicht existent gelten (Art. 757 C.c.).

Abgesehen davon ist der Erblasser frei, den Erben Auflagen zu machen und Anordnungen über die Auseinandersetzung des Nachlasses einschließlich eines zeitlich zu beschränkenden Auseinandersetzungsverbots zu treffen (Art. 837 C.c.).

cc) Ersatzerbschaft und Anwachsung

Eine Besonderheit des neuen Code civil québecois ist, dass die gesetzliche Erbfolge nach Stämmen mit Ersatzerbfolge („représentation") auch bei der gewillkürten Erbfolge Platz greift, wenn der Erblasser nicht ausdrücklich etwas anderes angeordnet hat (etwa durch Ausschluss des betroffenen Stammes von der Erbfolge oder ausdrückliche Bestimmung von Ersatzerben)[92]. Dies gibt dem Testator z.B. die Möglichkeit, eine Ersatzerbenregelung zugunsten von Enkelkindern oder Geschwisterkindern zu treffen, auch wenn diese noch unbekannt bzw. ungeboren sind. Voraussetzung hierfür ist, dass der Erblasser den jeweiligen Stamm der als Erben eingesetzten Kinder oder Geschwister nicht ausdrücklich oder konkludent von der Erbfolge ausschließt. Bei Wegfall von Erben kommen dann deren Abkömmlinge entsprechend der gesetzlichen Regelung zum Zuge. Die gesetzliche „représentation" greift allerdings nicht für Vermächtnisse in der Form des „legs particulier" (Art. 749 C.c.). Es ist also grundsätzlich möglich, namentlich nicht näher bezeichnete Abkömmlinge als Ersatzerben einzusetzen.

dd) Kommorientenvermutung

Art. 616 C.c. vermutet das gleichzeitige Versterben von Personen, die von dem gleichen Unfallereignis tödlich betroffen werden, soweit mindestens eine dieser Personen zum Erben einer anderen berufen ist. Die Erbschaft fällt dann an die ersatzweise an deren Stelle tretenden Personen.

ee) Widerruf und Änderungen

Testamente und auch einzelne testamentarische Zuwendungen können ausdrücklich oder stillschweigend widerrufen werden (Art. 763 C.c.). Seit der Reform gilt eine Zuwendung an einen Ehegatten bei späterer Scheidung der Ehe als widerrufen, es sei denn, der Erblasser hat testamentarisch etwas anderes bestimmt. Das Gleiche gilt für die Einsetzung des Ehegatten zum Liquidator (Art. 764 C.c.). Der ausdrückliche Widerruf erfolgt durch Testament, das in Québec nicht in der gleichen Form wie das widerrufene Testament errichtet werden muss (Art. 765, 766 C.c.). Weiter ist ein Widerruf durch Zerstörung des Testaments oder durch Errichtung eines späteren Testaments mit anderem, nicht kompatiblen Inhalt möglich (Art. 767, 768 C.c.).

c) Gestaltungshinweise

Folgende Besonderheiten der kanadischen Provinzrechte sollten bei der Vorbereitung von Testamenten mit Bezug zu Kanada beachtet werden: Erbeinsetzungen sind dem Common Law fremd, eine Universalsukzession wie nach § 1922 BGB unbekannt. Terminologisch spricht auch das Recht von Québec von Vermächtnissen. Sofern es dem Interesse des Erblassers entspricht, sollte daher hinsichtlich des in Kanada belegenen Nachlasses mit Vermächtnissen an Stelle von Erbeinsetzungen gearbeitet werden (auch bei Einsetzung nur eines Nachfolgers, bei mehreren Bedachten sind Quotenvermächtnisse möglich)[93]. Eine Bindungswirkung von Testamenten lässt sich im Common Law-Bereich nur indirekt erreichen; in Québec führt der Versuch zur Unwirksamkeit des Testaments. Für den in Kanada belegenen Nachlass sollte stets testamentarisch ein „executor" bzw. „liquidateur" benannt werden, um eine schnelle und kostengünstige Nachlassabwicklung zu gewährleisten[94].

Die testamentarische Einrichtung einer Vor- und Nacherbschaft ist in Grenzen nach dem Recht von Québec möglich.

Die aufgezeigten Besonderheiten hinsichtlich gleichzeitigem Versterben und Ersatzerbschaft sollten berücksichtigt werden.

Änderungen von Testamenten und Aufhebungen einzelner Verfügungen sind zum Teil nur durch Testament in der gleichen Form möglich.

Im Übrigen gilt wie in den meisten Fällen mit Auslandsberührung auch im Verhältnis zu Kanada die Überlegung[95], getrennte, aber aufeinander abgestimmte Verfügungen von Todes wegen zu konzipieren, die sich auf den jeweiligen Nachlass beziehen. Häufig lässt sich mit eigenständigen Testamenten den formalen und materiell-rechtlichen Besonderheiten der einzelnen Rechtsordnungen besser Rechnung tragen und auf diese Weise der Erblasserwille verwirklichen. Diese Vorgehensweise empfiehlt sich insbesondere für in Kanada belegenen unbeweglichen Nachlass deutscher Erblasser, weil für dieses Vermögen ohnehin die Nachlassspaltung greift.

IV. Erbverzicht und Ausschlagung

1. Common Law-Provinzen

Im Common Law[96] hat die Ausschlagung eine weit geringere Bedeutung als im deutschen Recht. Der „personal representative", auf den der Nachlass zunächst übergeht, kann die Annahme des Amtes ablehnen. Da die Nachlassverbindlichkeiten vor Verteilung an die Begünstigten getilgt werden und diese keine persönliche Haftung trifft, besteht normalerweise kein wirtschaftliches Interesse daran, nicht Erbe zu werden. Nach englischem Recht ist die Ausschlagung dessen ungeachtet dann möglich, wenn der Erblasser über den letztwillig zugewandten Gegenstand zugleich auch zugunsten eines Dritten verfügt hatte („doctrine of election") oder der Bedachte aus anderen Gründen eine Zuwendung nicht annehmen möchte („disclaimer")[97].

Ein Erbverzicht zu Lebzeiten des Erblassers soll grundsätzlich möglich sein. Das soll auch für die Ansprüche gegen den Nachlass gelten, die funktional Pflichtteilscharakter haben. Es wird zu beachten sein, dass ein Verzicht klar und unzweideutig erklärt werden muss und nach den Vorstellungen des Common Law einer Gegenleistung („consideration") des Verzichtsempfängers bedarf[98].

Kollisionsrechtlich beurteilt sich der Erb- und Pflichtteilsverzicht aus deutscher Sicht nach dem hypothetischen Erbstatut des Erblassers im Zeitpunkt des Vertragsschlusses[99]. Je nach Staatsangehörigkeit, Domizil oder Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts lässt sich der Verzicht somit u.U. nach deutschem Recht gestalten. Dabei darf aber zweierlei nicht übersehen werden: Kanadischer Grundbesitz wird stets der lex rei

92 Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 2 (1996), Tz. 13.
93 Huth/Zwicker, Das gesonderte kanadische Vermächtnis-Testament von Deutschen mit Vermögen in Kanada, ZvglRWiss 86 (1987), 338, 345 (zu Ontario).
94 Ebenso Huth/Zwicker, Das gesonderte kanadische Vermächtnis-Testament von Deutschen mit Vermögen in Kanada, ZvglRWiss 86 (1987), 338, 339.
95 Siehe Langenfeld, Testamentsgestaltung (2. Aufl. 1998), Rz. 30 f. am Beispiel des französischen Rechts.
96 Angaben zu Kanada liegen nicht vor.
97 Siehe zum englischen Recht Ferid/Firsching//Lichtenberger/Henrich, Internationales Erbrecht, Länderteil Großbritannien, Grundzüge, Rz. 255 ff.
98 So Böhmer, Der Erb- und Pflichtteilsverzicht im anglo-amerikanischen Rechtskreis, ZEV 1998, 251, 254.
99 H.M.: Palandt/Heldrich (59. Aufl. 2000), Art. 26 EGBGB Rz. 7; Staudinger/Dörner (1995), Art. 26 EGBGB Rz. 66; Schotten, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis (1995), Rz. 326 m.w.N. auch zur Gegenauffassung.

sitae unterstellt. Die Nachlassspaltung kann dazu führen, dass der Erbverzicht für einen Nachlassteil wirksam, für einen anderen unwirksam ist. Und: Die bedeutenderen Beteiligungsrechte am gemeinsamen Vermögen von Ehegatten wie der Grundsatz der hälftigen Aufteilung des Familienvermögens und die Nutzung der Ehewohnung haben güterrechtlichen Charakter und unterliegen daher nicht dem nach Vertragsschluss unveränderlichen hypothetischen Erbstatut.

Weniger Probleme bereiten Anrechnungsbestimmungen bei lebzeitiger Übertragung von Vermögensgegenständen. Nach den Rechten aller Common Law-Provinzen haben sich Kinder des Erblassers bei Eintritt der gesetzlichen Erbfolge den Wert von Vorempfängen auf ihre Erbteile anrechnen zu lassen. Dabei wird der Wert zugrunde gelegt, den der Erblasser bezeichnet oder der Empfänger schriftlich anerkannt hat. Die gesetzliche Anrechnung gilt auch für die Abkömmlinge der zu Lebzeiten begünstigten Kinder[100].

2. Québec

Jeder Erbe hat ein Wahlrecht („droit d'option"), ob er die Erbschaft annimmt oder ausschlägt (Art. 630 C.c.). Dieses Wahlrecht kann erst nach dem Erbfall ausgeübt werden. Jede Abrede zu Lebzeiten des Erblassers über die Annahme oder Nichtannahme der Erbschaft ist verboten (Art. 631 C.c.). Ein vertraglicher Erbverzicht gegenüber dem Erblasser wie im deutschen Recht ist somit nicht möglich[101]. Auch die pflichtteilsähnlichen Beteiligungsrechte des überlebenden Ehegatten und naher Angehöriger am Nachlass dürften einem vertraglichen Verzicht nicht zugänglich sein.

Das Wahlrecht kann grundsätzlich nur einheitlich ausgeübt werden. Die Annahmeerklärung ist unwiderruflich und bedingungsfeindlich, kann aber ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Für die Erklärung läuft eine Frist von sechs Monaten (Art. 632 C.c.). Aus dem Zusammenhang der Regelungen dürfte sich ergeben, dass die Frist ab dem Erbfall und nicht erst mit Kenntnis des Erben von seinem Erbrecht zu laufen beginnt. Dennoch muss der Erbe nicht ohne Kenntnis der Werthaltigkeit des Nachlasses über die Ausschlagung entscheiden. Wird das Nachlassinventar nicht innerhalb dieser sechs Monate errichtet, so verlängert sich die Frist. Dem Erben stehen somit jedenfalls 60 Tage ab Bekanntgabe des abgeschlossenen Nachlassinventars zur Erklärung über die Erbschaftsannahme zur Verfügung (auch wenn das Inventar z.B. am vorletzten Tag der Sechs-Monate-Frist abgeschlossen wurde). Anders als etwa im deutschen Recht mit seiner starren Sechs-Wochen-Frist des § 1944 Abs. 1 BGB hat der Erbe nach dem Recht von Québec also stets Gelegenheit, die Werthaltigkeit des Nachlasses zu prüfen. Dafür ist die traditionelle Annahme unter Vorbehalt der Inventarerrichtung („acceptation sous bénéfice d'inventaire") entfallen. Unbeschadet dieser Fristen sieht der Code civil Vermutungen für die Annahme der Erbschaft (Verzicht auf die Inventarisierung; Vermischung des Nachlasses mit eigenem Vermögen; Ablauf der Fristen in Kenntnis des Erben von dem Erbfall) vor. Hatte ein Erbe bei Fristablauf keine Kenntnis von seiner Erbenstellung, so ist er gerichtlich zur Erklärung aufzufordern, schweigt er, wird die Ausschlagung des Erbes gesetzlich vermutet. Im Übrigen muss die Ausschlagung ausdrücklich erklärt werden. Der Erbe wird dann so behandelt, als ob ihm die Erbschaft niemals angefallen wäre. Die Ausschlagung ist im Gegensatz zur Annahme grundsätzlich widerruflich: Der Erbe kann die Erbschaft ungeachtet der Ausschlagung noch innerhalb von zehn Jahren annehmen, wenn sie nicht zwischenzeitlich durch einen anderen angenommen worden ist. Es spricht nach Vermutung kanadischer Autoren einiges dafür, dass die Zahl der Ausschlagungen nach der Erbrechtsreform zurückgehen wird. Die Hauptmotive für die Nichtannahme sind nach neuem Recht entfallen: Überschuldung des Nachlasses, Ausgleichung von Zuwendungen unter Lebenden („rapport des libéralités à la masse", vergleichbar § 2050 BGB), Entscheidung des überlebenden Ehegatten zwischen erbrechtlicher und güterrechtlicher Versorgung[102].

V. Nachlassabwicklung

1. Common Law-Provinzen

Anders als im deutschen Recht gibt es im Common Law keinen Vonselbsterwerb des Nachlasses durch die Erben. Vielmehr ist dem Erbschaftserwerb der Erben stets die Inbesitznahme und Verwaltung des Nachlasses durch einen Verwalter, den „personal representative", vorgeschaltet. Bei der gesetzlichen Erbfolge wird der „personal representative" auch als „administrator" bezeichnet, bei der testamentarisch geregelten Erbfolge fungiert der (im Testament ernannte) „executor"[103]. Die „administration" ist zum Teil spezialgesetzlich geregelt. Zum „administrator" bzw. „executor" kann auch ein Erbe bestimmt werden, was bei Alleinerbschaft und/oder kleineren Nachlässen in der Praxis die Regel ist.

a) Nachlassabwicklung bei gesetzlicher Erbfolge: „administration of the estate"[104]

aa) Ernennung des „administrator"

Der „administrator" bedarf der Ernennung durch das zuständige Gericht, die er selbst beantragen muss. In dem Beschluss („letter of administration") sind seine Befugnisse niedergelegt. Als Administratoren kommen in erster Linie der überlebende Ehegatte und Abkömmlinge des Erblassers in Betracht, fehlen solche, kann auch ein entfernterer Verwandter bestellt werden. Weiter kann das Amt auch einer Trust company übertragen werden. Wenn kein geeigneter Verwandter ersichtlich ist, kann das Gericht auch eine Behörde zum „administrator" bestellen, etwa den Public Trustee. Die Bestellung des „administrator" kann widerrufen werden, wenn dem Gericht die Interessen der Erben gefährdet erscheinen.

bb) Aufgaben und Befugnisse des „administrator"

Aufgabe des „administrator" ist die Abwicklung des Nachlasses bis zur Verteilung an die Erben. Dazu nimmt er die Nachlassgegenstände in Besitz, benachrichtigt sämtliche Erben und – durch öffentliche Bekanntmachung – die Nachlassgläubiger. Nach Ablauf der gesetzten Meldefrist können die Gläubiger keine Rechte mehr gegen den „administrator" geltend machen, dieser kann die Nachlassgegenstände verteilen. Vorab hat er jedoch die Erbschaftsteuern, etwa angemeldete Nachlassschulden und die Beerdigungskosten zu begleichen; er muss ferner die letzte Einkommensteuererklärung des Erblassers bewirken. Ausstehende Forderungen des Erblassers soll er einfordern und die Nachlassmittel investieren, soweit sie nicht zur Nachlassverwaltung benötigt werden. Die Rechtsstellung des „administrator" ähnelt derer eines „trustee"; wie dieser darf er keinen eigenen Profit aus der Verwaltung ziehen. Die Veräußerung von Nachlassgegenständen ist unbeschränkt zulässig, soweit dies zur Begleichung von Nachlassschulden erforderlich ist. Sollen hingegen Sachen veräußert werden, um den Erlös unter den Erben verteilen zu können, ist die vorherige Zustimmung der Erben erforderlich. Besondere Zustimmungserfordernisse gelten auch für die Veräußerung von unbeweglichem Vermögen und bei minderjährigen Erben. Im Übrigen haftet der „administrator" nur für die in eigenen Angelegenheiten übliche Sorgfalt. Nach Feststellung des Netto-Nachlasses ist es Aufgabe des „administrator", diesen unter den gesetzlichen Erben

100 Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 4 (1996), Tz. 63.
101 Ebenso Böhmer, Der Erb- und Pflichtteilsverzicht im anglo-amerikanischen Rechtskreis, ZEV 1998, 251, 252.
102 Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 2 (1996), Tz. 9 f.
103 Blanpain (Hrsg.), International Encyclopedia of Laws (Stand 1998), Länderteil Canada, Tz. 521 ff.
104 Siehe Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 4 (1996), Tz. 65 ff.

entsprechend ihrer Erbquoten aufzuteilen. Darüber muss er den Erben Rechnung legen. Die Nachlassverwaltung muss innerhalb eines vernünftigen Zeitraumes von längstens drei Jahren nach dem Erbfall abgeschlossen sein.

b) Nachlassabwicklung bei gewillkürter Erbfolge: „probate" und „execution"[105]

aa) „Probate"-Verfahren

Nach dem Erbfall muss zunächst die Echtheit des Testaments im gerichtlichen „probate"-Verfahren festgestellt werden. Die Authenzität eines holografischen Testamentes ist durch eine eidesstattliche Versicherung („affidavit") eines der Testamentszeugen oder einer anderen mit dem Erblasser gut bekannten und seiner Schrift vertrauten Person nachzuweisen. Weiter muss ein Inventar des Nachlasses eingereicht werden. Das „probate"-Verfahren ist der Zeitpunkt zur Geltendmachung von Mängeln des Testaments und Willensmängeln des Erblassers bei der Errichtung. Gegebenenfalls muss das Fehlen von Willensmängeln wie Geistesschwäche feierlich beschworen werden. Das „probate" vereint damit Elemente der deutschen Testamentseröffnung und des Erbscheinverfahrens. Es schließt mit der „verification letter" ab.

bb) Testamentsvollstreckung („execution")

Nach Erteilung der „verification letter" ist es Sache des Testamentsvollstreckers, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers auszuführen. Der testamentarisch bestimmte Testamentsvollstrecker wird „executor" genannt; er hat die Befugnisse, die der Erblasser testamentarisch festgelegt hat. Hat es der Erblasser versäumt, einen „executor" zu benennen oder ist dieser vorverstorben oder steht aus sonstigen Gründen für das Amt nicht zur Verfügung, bestimmt das Gericht einen „administrator with the will annexed". Dieser hat den gesetzlichen Aufgabenkreis wie der „administrator" bei der Erbfolge ab intestat[106].

2. Québec

a) Einheitliches Verfahren der „liquidation"

Ähnlich wie in den Common Law-Provinzen gilt nunmehr auch in Québec der Grundsatz der zwingenden Nachlassverwaltung und -abwicklung („administration et liquidation de la succession")[107]. Der neue Code hat hierfür ein einheitliches Verfahren geschaffen, das unabhängig davon gilt, ob die gesetzliche oder eine gewillkürte Erbfolge eingetreten ist (Art. 776 ff. C.c.). Der Unterschied zum Common Law liegt darin, dass die Erben mit dem Erbfall Eigentümer des Nachlasses werden, wenn auch der „liquidateur" das Besitzrecht („saisine") hat. Die Liquidation endet mit der Auseinandersetzung des Nachlasses („partage").

Die Liquidation soll die Rechte und Interessen sowohl der Erben als auch der Nachlassgläubiger sichern. Der Gesetzgeber hat deshalb einen starken Anreiz zur Einhaltung des gesetzlichen Verfahrens geschaffen: Grundsätzlich ist die Haftung der Erben für Nachlassschulden auf den Wert des Nachlasses beschränkt. Diese Haftungsbeschränkung entfällt und die Erben haften mit ihrem sonstigen Vermögen, wenn sie sich für eine sofortige Auseinandersetzung des Nachlasses entscheiden. Diese Regelung lässt dem oder den Erben die Freiheit, einen überschaubaren und/oder offenkundig nicht überschuldeten Nachlass zügig zu verteilen und schützt andererseits die Nachlassgläubiger, die sich bei falscher Prognose auch an die Erben persönlich halten können.

b) „Vérification" des Testaments

Holografische und Zwei-Zeugen-Testamente müssen vor ihrer Abwicklung gerichtlich als echt bestätigt werden (Art. 772 C.c.; entsprechend dem „probate"-Verfahren in den Common Law-Provinzen). Die Beweislast für die Authenzität und die Wirksamkeit des Testaments liegt bei demjenigen, der sich darauf beruft, also normalerweise dem „liquidateur". Für das notarielle Testament entfällt diese Prozedur der „vérification", da es sich dabei bereits um eine öffentliche Urkunde handelt.

c) Verfahren

Der „liquidateur", der testamentarisch vom Erblasser oder von den Erben benannt wird, hat zur Aufgabe, die Erbberechtigten zu ermitteln, den Nachlass zu konstituieren, Nachlassforderungen einzufordern, Nachlassverbindlichkeiten (Schulden des Erblassers, des Nachlasses und Unterhaltsverbindlichkeiten) zu begleichen, Vermächtnisse zu erfüllen, anschließend Rechnung zu legen und die Nachlassgegenstände zu verteilen. Dazu nimmt er den Nachlass in Besitz („saisine"), ggfls. nach Herausgabe durch die Erben, die ebenfalls ein Besitzrecht haben, und errichtet ein Inventar des Nachlasses. Dieses ist grundsätzlich allen Erbberechtigten und Nachlassgläubigern bekannt zu geben. Das Inventar hat deswegen große Bedeutung, weil ein ordnungsgemäß errichtetes und von den Gläubigern nicht bestrittenes Inventar die Haftung der Erben für Nachlassschulden auf die im Inventar genannten Aktiva beschränkt.

Die Tätigkeit des „liquidateur" wird durch die Erben und Nachlassgläubiger selbst überwacht. Während der Liquidation hält der „liquidateur" den Nachlass treuhänderisch und getrennt von seinem eigenen Vermögen und dem Vermögen der Erben. Die Vermischung der Vermögensmassen vor Abschluss des Verfahrens führt ebenfalls zur unbeschränkten Haftung der Erben. Bei überschuldetem Nachlass muss der „liquidateur" einen Abwicklungsvorschlag erarbeiten, der der gerichtlichen Genehmigung bedarf. Das Gesetz sieht hierfür eine Rangfolge der Forderungsberechtigten vor. Ansonsten endet die Liquidation mit einem Auseinandersetzungsvorschlag, der von den Erben zur Entlastung des Liquidators angenommen werden muss.

Bei der Auseinandersetzung („partage") sind bestimmte Vorrechte zu beachten, beispielsweise hat der überlebende Ehegatte ein Recht auf Zuweisung der Ehewohnung sowie des Hausrats. Unternehmen gehen an denjenigen Erben, der sich im Zeitpunkt des Erbfalls darin bereits betätigt hat. Die Auseinandersetzung des Nachlasses kann von dem Erblasser oder gerichtlich auf Betreiben der Erben auch insgesamt oder für bestimmte Nachlassgegenstände (die Familienwohnung, ein Unternehmen) ausgeschlossen werden („indivision"). Solche Auseinandersetzungsverbote gelten jedoch nur zeitlich beschränkt. Die Auseinandersetzung hat zur Folge, dass die Erben hinsichtlich der ihnen jeweils zugewiesenen Nachlassgegenstände so gestellt werden, als ob sie diese (aber nicht den gesamten Nachlass wie nach §§ 1922, 1967 BGB) im Zeitpunkt des Erbfalls unmittelbar von dem Erblasser erworben hätten (Art. 884 C.c.)[108].

3. Abwicklung deutsch-kanadischer Nachlässe aus deutscher Sicht[109]

a) Erbscheinverfahren vor deutschen Gerichten

aa) Zuständigkeitsfragen

Nach der herrschenden Gleichlauftheorie sind die deutschen Nachlassgerichte grundsätzlich nur dann für die Erteilung von Erbscheinen international zuständig, wenn (teilweise) deutsches Recht anwendbar ist[110]. In Kanada wird unbewegliches Vermögen der lex rei sitae unterstellt und bewegliches Vermögen an das Domizil angeknüpft (Nachlassspaltung). Das kann dazu führen, dass Erbscheine für deutsche Erblasser mit Ver-

105 Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 4 (1996), Tz. 100 ff.
106 Siehe oben D.V.1.a).
107 Dazu Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 2 (1996), Tz. 32 ff.
108 Missverständlich insofern Flick/Piltz, Der Internationale Erbfall (1999), Rz. 663.
109 Hierzu auch Berenbrok, Internationale Nachlassabwicklung, Zuständigkeit und Verfahren (1989), S. 16 ff.; Kopp, Probleme der Nachlassabwicklung bei kollisionsrechtlicher Nachlassspaltung (1997), S. 67 ff.
110 Schotten, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis (1995), Rz. 340 ff.; Firsching/Graf, Nachlassrecht (8. Aufl. 2000), Rz. 2.98 ff.

mögen in Kanada je nach Lage des Falles gar nicht, nur in Bezug auf das bewegliche Vermögen oder nur für das inländische unbewegliche Vermögen erteilt werden. Die kollisionsrechtliche Nachlassspaltung ist also auch im Erbscheinverfahren beachtlich. Der Gleichlaufgrundsatz wird jedoch vielfach durchbrochen. Eine wichtige gesetzliche Ausnahme ist § 2369 BGB, wonach ein sog. Fremdrechtserbschein auch bei Geltung eines ausländischen Erbstatuts erteilt werden kann, wenn sich Nachlassgegenstände im Inland befinden.

Folgende praktisch bedeutsame Fallkonstellationen lassen sich unterscheiden[111]:

- Deutscher Staatsangehöriger verstirbt mit letztem Domizil in Deutschland, der Nachlass ist größtenteils hier belegen mit Ausnahme einer Ferienimmobilie in British Columbia: Grundsätzlich ist ein allgemeiner Erbschein nach § 2353 BGB zu erteilen („Eigenrechtserbschein"). Die h.M. verlangt aber die Aufnahme eines Beschränkungsvermerks, weil für die kanadische Immobilie das deutsche Nachlassgericht keine internationale Zuständigkeit habe („Dieser Erbschein gilt nicht für in Kanada belegenes Immobiliarvermögen." – sog. gegenständlich beschränkter Eigenrechtserbschein)[112].
- Deutscher Staatsangehöriger verstirbt mit letztem Domizil in einer kanadischen Provinz und hinterlässt Vermögen dort und in Deutschland: Die internationale Zuständigkeit wird bejaht in Bezug auf das deutsche Immobiliarvermögen (Rückverweisung auf die lex rei sitae) und auf den gesamten beweglichen Nachlass (insofern „hinkendes Rechtsverhältnis" bezüglich der in Kanada befindlichen Mobilien, weil für diese nach kanadischer Anschauung das Domizilrecht gilt), verneint hingegen für den in Kanada belegenen Grundbesitz (also ebenfalls gegenständlich beschränkter Eigenrechtserbschein).
- Kanadischer Staatsangehöriger verstirbt mit letztem Domizil in Deutschland. Bewegliches und unbewegliches Nachlassvermögen befindet sich hier und in Kanada: Soweit bei einem ausländischen Staatsangehörigen deutsches Erbrecht anwendbar ist – wie hier kraft Rückverweisung oder aufgrund eines Staatsvertrages oder einer Rechtswahl – wird ein Eigenrechtserbschein nach den allgemeinen Regeln erteilt („... in Anwendung deutschen Rechts kraft Rückverweisung ..."). Im Falle der Nachlassspaltung – im Beispielsfall hinsichtlich der in Kanada belegenen Immobilie – ist eine entsprechende Beschränkung anzugeben. Bezieht sich die Rückverweisung bei kanadischem Domizil des Erblassers nur auf unbewegliches Inlandsvermögen, ist dies ebenfalls zu kennzeichnen („Unter Beschränkung auf den im Inland befindlichen unbeweglichen Nachlass ...").
- Kanadischer Staatsangehöriger verstirbt mit letztem Domizil in Kanada und hinterlässt bewegliches Vermögen in Deutschland. Hier findet keine Rückverweisung statt, der Nachlass untersteht insgesamt dem Erbrecht der betreffenden kanadischen Provinz. Es greift § 2369 BGB, der als gesetzliche Ausnahme zum Gleichlaufgrundsatz die Erteilung eines sog. Fremdrechtserbschein durch deutsche Gerichte erlaubt. Voraussetzung hierfür ist die Geltung eines ausländischen Erbstatuts und das (behauptete) Vorhandensein von Nachlassgegenständen im Inland. Im Verhältnis zu Kanada kommen hierfür nur bewegliche Sachen in Betracht. Im Fremdrechtserbschein sind die Beschränkung auf den inländischen Nachlass, das fremde Erbstatut und der Berufungsgrund (gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge) anzugeben[113].

bb) Inhalt des Erbscheins[114]

Wird ein Fremdrechtserbschein beantragt, müssen die oben beschriebenen Besonderheiten der kanadischen Provinzerbrechte in deutsche Begrifflichkeiten „übersetzt" werden. Fraglich ist schon, wer im Erbschein als Erbe zu bezeichnen ist. Wie gesehen findet im Common Law kein Vonselbsterwerb der Erben statt. Der Nachlass geht zunächst auf den „personal representative" als Zwischenperson über und wird von diesem nach Begleichung der Nachlassverbindlichkeiten an die Berechtigten verteilt. Entsprechend dieser Konstruktion sind die Verteilungsanordnungen des Erblassers in einem kanadischen Testament den deutschen Vermächtnissen ähnlicher als den Erbeinsetzungen. Nach dem Recht von Québec kommt hinzu, dass das Besitzrecht („saisine") des „liquidateur" dem der Erben vorgeht. In der Praxis der deutschen Gerichte werden ungeachtet dieser Besonderheiten die gesetzlich oder testamentarisch Letztbegünstigten als Erben angesehen und als solche im Erbschein aufgeführt. Dies wird damit begründet, dass die anglo-amerikanischen Rechte die Nachlassabwicklung und damit alle den „personal representative" betreffenden Fragen der lex fori unterstellen. Dies trifft auch für Kanada zu. Bei gesetzlicher Erbfolge läuft dies darauf hinaus, dass für den in Deutschland belegenen Nachlass die Letztbegünstigten unmittelbar zuständig werden. Ein „administrator" nach kanadischem Recht kann von einem deutschen Gericht nicht bestellt werden. Die Ernennung des „administrator" zum Nachlassverwalter kommt auch nicht in Betracht. Der von einem kanadischen Gericht bestellte „administrator" hat im deutschen Nachlassverfahren somit keinen Platz, weil seine Aufgaben nach unseren Vorstellungen von den Erben selbst wahrgenommen werden.

Der vom Erblasser im Testament benannte „executor" wird im Erbschein ebenfalls nicht als Erbe ausgewiesen. Der „executor" wird als Testamentsvollstrecker qualifiziert, wenn er mit Aufgaben betraut ist, die denen eines Testamentsvollstreckers nach deutschem Recht (§ 2197 ff. BGB) gleichen. Die „execution" ist dann entsprechend der Anordnung der Testamentsvollstreckung als Beschränkung der Erben im Erbschein aufzunehmen. Der „executor" kann ein Testamentsvollstreckerzeugnis beantragen. Dieses Ergebnis kommt den Vorstellungen der kanadischen Rechte von der Nachlassabwicklung bei der gewillkürten Erbfolge recht nahe. Sind die Aufgaben des „executor" hingegen lediglich auf die Konstituierung und Verteilung des Nachlasses beschränkt, erübrigt sich seine Erwähnung im Erbschein wegen des Direkterwerbs der Erben im deutschen Recht[115].

Wo nach den kanadischen Rechten dem überlebenden Ehegatten ein bestimmer Geldbetrag als echter Erbteil („preferential part") vorab zugewiesen ist, ist dies im Erbschein zu vermerken („Der Erblasser wird bis zu einem Betrag von ... von seiner Ehefrau ... allein beerbt")[116]. Der Ehegatte ist Alleinerbe, wenn feststeht, dass der Nachlass diesen Geldbetrag nicht übersteigt.

Im Hinblick auf die Rechtslage in Québec dürften die mit einem „legs universel" oder einem „legs à titre universel" bedachten Personen, die auch der Code civil als „héritiers" bezeichnet, als Erben anzusehen sein.

---

111 Formulierungsvorschläge bei Firsching/Graf, Nachlassrecht (8. Aufl. 2000), Rz. 2.101 ff.

112 Pfälz. OLG Zweibrücken ZEV 1997, 512; OLG Köln DNotZ 1993, 171; BayObLG NJW-RR 1997, 201 für Fälle mit Berührung zu Südafrika, Frankreich und Rumänien; Hohloch, Gleichlaufzuständigkeit und Testamentsauslegung bei Nachlassspaltung, ZEV 1997, 469, 471; diese Auffassung zwingt Notar und Nachlassgericht zu der Prüfung, ob ausländische Immobilien zum Nachlass gehören und nach welchem Recht diese vererbt werden.

113 Weiter kommt ein sog. Doppelerbschein in Betracht, wenn ein Eigenrechtserbschein und ein Fremdrechtserbschein zu kombinieren sind, näher hierzu Schotten, Rpfleger 1991, 189.

114 Zur Testamentsvollstreckung mit Auslandsberührung siehe Bengel/Reimann/Haas, Handbuch der Testamentsvollstreckung (2. Aufl. 1998), 9. Kapitel, insbes. Rz. 128 ff. (Frankreich) und Rz. 141 ff. (Großbritannien).

115 Zum Teil abweichend Berenbrok, Internationale Nachlassabwicklung, Zuständigkeit und Verfahren (1989), S. 177 ff.; zu dem Parallelproblem bei nach US-amerikanischen Rechten bestellten „administrators" siehe Wohlgemuth, Der Status New Yorker Erbschaftsverwalter (administrators) im deutschen Nachlassverfahren, MittRhNotK 1992, 101 ff.; von Oertzen/Seidenfus, Ausgewählte Zivilrechtsfragen deutsch-amerikanischer Nachfolgeplanungen, ZEV 1996, 210 ff.

116 So auch Firsching/Graf, Nachlassrecht (8. Aufl. 2000), Rz. 2.104 ff. für das englische Recht.

Schwieriger einzuordnen sind die in unterschiedlicher Gestalt anzutreffenden Nießbrauchsrechte an Nachlassgegenständen wie z.B. der Ehewohnung oder Hausrat, die bestimmten Erben zufallen. Dem deutschen Recht ist die gesetzliche Begründung eines Vermögensnießbrauchs kraft Erbfolge fremd. Es spricht daher einiges dafür, dass diese Rechte trotz ihrer dinglichen Wirkung nach kanadischem Recht im Wege der Angleichung in eine den Erben treffende schuldrechtliche Verpflichtung zur Bestellung eines Nießbrauchs umgedeutet werden muss, wenn im Inland belegene Gegenstände betroffen sind. Im Erbschein finden diese Rechte keine Erwähnung, und zwar auch nicht als Beschränkung des Erbrechts[117].

b) Anerkennung kanadischer Nachlassverfahrensakte

Eine andere Frage ist, ob in Kanada ergangene Nachlassverfahrensakte in Deutschland anerkannt werden. Praktisch im Vordergrund steht der Nachweis der Erbfolge und der Verfügungsbefugnis von Testamentsvollstreckern im Grundbuchverfahren gemäß § 35 GBO. Multi- oder bilaterale Staatsverträge zu dieser Materie sind im Verhältnis mit Kanada nicht ersichtlich. Im autonomen Recht gilt § 16 a FGG. Danach sind ausländische Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuerkennen, wenn die internationale Zuständigkeit gegeben war, rechtliches Gehör gewährt wurde, keine Unvereinbarkeit mit einer früheren Entscheidung und kein Verstoß gegen den deutschen ordre public vorliegt. § 16 a FGG betrifft allerdings nach h.M. nur die Erstreckung der verfahrensrechtlichen Entscheidungswirkungen (z.B. Feststellungs- oder Gestaltungswirkungen) und nicht der materiellrechtlichen Tatbestandstandswirkungen auf das Inland. Über die Erfüllung der Tatbestandvoraussetzungen der deutschen Normen, die einen „Erbschein" oder ein „Testamentsvollstreckerzeugnis" verlangen und daran bestimmte Rechtsfolgen knüpfen, entscheidet allein das materielle deutsche Recht. Es kommt somit darauf an, ob das ausländische Zeugnis dem deutschen Zeugnis funktionell vergleichbar ist. Nur dann kann es das vom Tatbestand der Norm geforderte deutsche Zeugnis ersetzen (Substitution).

Den deutschen Erbscheinen vergleichbare Erbzeugnisse werden von kanadischen Behörden oder Gerichten nicht erteilt. Im Anwendungsbereich des § 35 GBO muss also ein Erbschein eines deutschen Gerichts beantragt werden. Die Streitfrage nach der Anerkennung ausländischer Erbnachweise stellt sich im Verhältnis zu Kanada nicht.

Die Bestellung eines „administrator" durch „letter of administration" und die „verification letter" zugunsten eines „executors" sind grundsätzlich Beschlüsse mit gestaltender bzw. feststellender Wirkung, die bei unbefangener Betrachtung nach § 16 a FGG zu beurteilen wären. Die ganz überwiegende Auffassung verweist aber darauf, dass wegen der Rückverweisung des Common Law auf die lex fori für das Nachlassverfahren deutsches Recht maßgeblich ist. Die Anerkennungsfähigkeit der „letter of administration" scheitert unter dieser Prämisse daran, dass die von der „administration" erfassten Aufgaben nach deutschem Recht von Gesetzes wegen und ohne das Erfordernis einer richterlichen Entscheidung den Erben zugewiesen sind. Der „executor" wird dann als Testamentsvollstrecker qualifiziert, wenn der Erblasser ihm testamentarisch entsprechende Funktionen übertragen hat. Einer Anerkennung der „verification letter" bedarf es hierzu nicht, weil die Testamentsvollstreckung nach inländischem Recht auf der Grundlage der Bestellung im Testament verbunden mit der Amtsannahme durch den Testamentsvollstrecker erfolgt. Ob die „verification letter" als Testamentsvollstreckerzeugnis i.S. von § 35 Abs. 2 GBO i.V. mit § 2368 BGB angesehen werden kann, richtet sich wiederum nach ihrer Vergleichbarkeit mit dem deutschen Zeugnis. Die Grundbuchämter sind hier sehr zurückhaltend. In aller Regel wird ein von einem deutschen Gericht stammendes Testamentsvollstreckerzeugnis verlangt.

Im Übrigen genügt es nach § 35 Abs. 1 S. 2 GBO, die in einer öffentlichen Urkunde enthaltene Verfügung von Todes wegen und die Eröffnungsniederschrift anstelle eines Erbscheins vorzulegen. Gleiches gilt nach § 35 Abs. 2 letzter Halbsatz GBO für den Nachweis der Testamentsvollstreckung. Gegen die Annahme einer öffentlichen Urkunde im Sinne der Vorschrift bestehen bei Urkunden von Notaren aus dem Bereich des lateinischen Notariats keine Bedenken. Hierzu gehören auch die Urkunden der Notare in Québec. In dieser Provinz errichtete notarielle Testamente sind im Grundbuchverfahren verwendbar. Allerdings kann das Grundbuchamt die Vorlage eines Erbscheins oder Testamentsvollstreckerzeugnisses verlangen, wenn es die Erbfolge bzw. Bestellung durch die öffentliche Urkunde für nicht nachgewiesen hält. Praktische Schwierigkeiten können sich auch daraus ergeben, dass notarielle Testamente nach dem Recht von Québec nicht dem Erfordernis der „vérification" unterliegen. Es fehlt somit an einem Dokument, das der Eröffnungsniederschrift entspricht.

VI. Ergänzende Instrumente zur Nachfolgegestaltung

1. Common Law: „trust"[118]

In den Ländern des anglo-amerikanischen Rechtskreises gibt es die Möglichkeit, durch Verfügung von Todes wegen oder durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit postmortalen Wirkungen einen „trust" zu errichten („testamentary trust" bzw. „trust inter vivos"). Der lebzeitig errichtete „trust" kann widerruflich oder unwiderruflich ausgestaltet sein. Im letzteren Fall eignet er sich zur Vornahme einer Vermögenszuwendung mit bindender Wirkung.

Der „trust" hat keine eigene Rechtspersönlichkeit. Es handelt sich um eine Vermögensübertragung durch den Gründer („settlor" oder „grantor") auf einen Treuhänder („trustee"), der das Vermögen für einen Begünstigten („beneficiary") hält. Wegen der damit verbundenen Aufspaltung der dinglichen Berechtigung an dem „trust"-Vermögen in den „legal title" des „trustee" und den „equitable interest" des „beneficiary" ist der „trust" außerhalb der Länder des Common Law nur eingeschränkt einsetzbar. Aus deutscher Sicht gilt er als unvereinbar mit dem Numerus Clausus der Sachenrechte. An inländischen (Nachlass)gegenständen kann ein „trust" danach nicht begründet werden[119]. Soweit ein z.B. in Kanada errichteter „testamentary trust" sich auch auf in Deutschland belegenes Vermögen bezieht, gilt Folgendes:

Eine Anerkennung des „trust" als solchem ist für das Inland derzeit nicht möglich[120]. Vielmehr müssen die im Einzelfall mit der Errichtung des „trust" erzielten Rechtswirkungen betrachtet und in die Systembegriffe des deutschen Rechts eingeordnet werden. Ausgangspunkt hierfür ist die Gründungsurkunde („trust deed"). Die Bestimmungen eines durch Verfügung von Todes wegen errichteten „testamentary trust", mit denen eine Vermögensverteilung nach dem Ableben des Gründers bezweckt wird, sind häufig erbrechtlich zu qualifizieren. Die Einsetzung eines „trustee" kann dann als Einsetzung eines Treuhänders ohne eigene Eigentumsposition oder eines (Dauer)Testamentsvollstreckers gedeutet werden. In Betracht kommt je nach Lage des Falles auch die Übersetzung des „trust" in die Anordnung

117 Sehr str., siehe Staudinger/Dörner (1995), Art. 25 EGBGB Rz. 144, 849 m.w.N. Der BGH hat ausländischen Vindikationslegaten, die den hier betroffenen gesetzlichen Nießbrauchserbrechten vergleichbar sind, die dingliche Wirkung im Inland abgesprochen, BGH DNotZ 1995, 704 = IPRax 1996, 39.

118 Zum Trust aus zivilrechtlicher Sicht ausführlich Flick/Piltz, Der Internationale Erbfall (1999), Rz. 1028 ff.; für Kanada: Blanpain (Hrsg.), International Encyclopedia of Laws (Stand 1998), Länderteil Canada, Tz. 505 ff.

119 Allg. M., siehe Staudinger/Dörner (1995), Art. 25 EGBGB Rz. 412 m.w.N. Zur Errichtung von Trusts an Auslandsvermögen siehe Siemers/Müller, Offshore-Trusts als Mittel zur Vermögensnachfolgeplanung?, ZEV 1998, 206 ff.; ferner Dittmann/Reimann/Bengel/Limmer, Testament & Erbvertrag (3. Aufl. 2000), Teil D Rz. 197 ff.

120 Das Haager Übereinkommen über das auf Trusts anzuwendende Recht und ihre Anerkennung vom 1.7.1985 ist für Kanada in Kraft getreten. Mit einer Ratifikation durch Deutschland ist derzeit nicht zu rechnen. Zum Übereinkommen siehe Koppenol-Laforce, The Trust, The Hague Trusts Convention and Civil Law Countries; A Mission Impossible?, Notarius International 1998, 27 ff. mit Text des Übereinkommens (engl.) 41 ff.

einer Vor- und Nacherbschaft, z.B. wenn der „trustee" den Nachlass für eine bestimmte Zeit halten soll, um ihn anschließend, etwa bei Volljährigkeit des „beneficiary", an diesen herauszugeben. Ungeachtet seiner formalen Eigentumsposition nach Common Law wird der „trustee" regelmäßig nicht als Erbe im Sinne des deutschen Rechts zu qualifizieren sein. Erben sind die „beneficiaries" als letztlich Begünstigte des Trusts[121].

2. Québec: „donation à cause de mort"

Eine gewisse Bindungswirkung lässt sich bereits zu Lebzeiten des Erblassers mit der Schenkung auf den Todesfall („donation à cause de mort") erreichen. Diese Form der Schenkung ist nur durch notariell beurkundeten und öffentlich bekannt gemachten Ehevertrag zulässig (Art. 1819, 1824 C.c.). Begünstigte der Schenkung können nur der (zukünftige) Ehegatte und die jeweiligen und gemeinsamen Kinder der Eheleute sein (Art. 1840 C.c.). Die Schenkung ist grundsätzlich widerruflich; der Rechtsübergang findet erst mit dem Tode des Schenkenden statt (Art. 1841 Abs. 1, 1808 C.c.). Die Schenkung kann aber unwiderruflich ausgestaltet werden mit der Folge, dass der Schenkende über den Schenkungsgegenstand unentgeltlich nur noch mit Zustimmung des Begünstigten verfügen kann (Art. 1841 Abs. 2 C.c.)[122].

Die Tätigkeit des Notars in Italien – Eindrücke aus einem Praktikum –

(von Notarassessor Thomas Hasenbein, Erkrath)

I. Vorbemerkung

Im Rahmen des von der Konferenz der Notariate der Europäischen Union (CNUE) im März 1998 beschlossenen Austauschprogramms für angehende Notare[1] hospitierte der Verfasser vier Wochen lang im Büro des in Florenz ansässigen italienischen Notars und Honorarkonsuls der Republik San Marino, Dottor Luigi Rogantini Picco[2]. Anläßlich dieses Aufenthalts sollen im Rahmen des nachstehenden Berichts zunächst das Berufsbild sowie der Ausbildungsweg des Notars in Italien betrachtet und sodann seine wichtigsten Aufgabenfelder mit den aus deutscher Sicht erwähnenswerten Besonderheiten im Überblick dargestellt werden.

II. Berufsbild und Standesorganisation der Notare in Italien

Der italienische Notar ist dem Bereich des „lateinischen Notariats" zuzurechnen. Seine Tätigkeit ist gekennzeichnet durch die Doppelstellung als Freiberufler (libero professionista) und Träger eines öffentlichen Amtes (pubblico ufficiale). Dabei läßt sich in der neueren Rechtsentwicklung eine stärkere Akzentuierung der Rolle als „pubblico ufficiale" – etwa durch Zuweisung öffentlich-rechtlicher Kontrolltätigkeiten – erkennen; hiervon wird im folgenden noch die Rede sein.

Das italienische Notariatswesen, insbesondere das Berufs- und Beurkundungsrecht, wird in seinen Grundzügen maßgeblich durch das Gesetz Nr. 89 vom 16.02.1913 sowie die hierzu ergangene Ausführungsverordnung Nr. 1326 vom 10.09.1914 bestimmt. Art. 2 des genannten Gesetzes verbietet dem Notar in weitem Umfang die zeitgleiche Ausübung anderer Berufe[3]; insbesondere ist ihm ein Tätigwerden als Rechtsanwalt und – anders als in Frankreich[4] – auch als Immobilienmakler verwehrt. Ausgenommen hiervon sind Aktivitäten im akademischen, kulturellen, schriftstellerischen oder wissenschaftlichen Bereich, ebenso ehrenhalber oder zu wohltätigen Zwecken übernommene Tätigkeiten. Zur gemeinsamen Berufsausübung mit Kollegen – freilich nicht mit Angehörigen anderer Berufszweige – darf sich der Notar verbinden. Üblicherweise geht die Zahl der in Sozietäten tätigen Notare allerdings selten über drei hinaus; häufig sind Verbindungen zwischen Vater und Sohn bzw. Ehefrau und Ehemann anzutreffen.

Derzeit sind in Italien bei einer Gesamteinwohnerzahl von ca. 57 Millionen knapp 4.500 Notare tätig. Jeder Notar ist in seiner Berufsausübung auf seinen Notariatsbezirk beschränkt, der im allgemeinen mit dem räumlichen Geltungsbereich des jeweiligen Landgerichtsbezirks identisch ist. So ist es einem Florentiner Notar zwar keineswegs untersagt, einen Kaufvertrag über ein in Mailand oder Palermo gelegenes Grundstück zu beurkunden; überschreitet er hingegen die Grenzen seines Notariatsbezirks und nimmt eine Beurkundung in Pisa vor, erweist sich diese gem. Art. 58 Ziff. 4, 27 Satz 2 des Notariatsgesetzes von 1913 als nichtig.

Sämtliche Notare eines Notariatsbezirks bilden zusammen eine Notarkammer (collegio notarile), deren Exekutivorgan, der sog. consiglio notarile, die Einhaltung der standesrechtlichen Regeln überwacht und im Falle von Verstößen für die Verhängung von Disziplinarmaßnahmen zuständig ist. Als nationale Dachorganisation fungiert – der Bundesnotarkammer vergleichbar – der consiglio nazionale del notariato (CNN) in Rom, der in zahlreiche Fachausschüsse untergliedert ist und sich durch eine rege Informationstätigkeit auszeichnet. So publiziert der CNN via Internet täglich neu erscheinende Standesnachrichten (CNN notizie), in denen sich ähnlich dem DNotI-Report aktuelle Rechtsprechung, Gutachten zu Einzelfragen, neue Gesetze einschließlich erster Kommentierungen, ein Pressespiegel mit Hinweisen auf Artikel von notariellem Interesse in der Tagespresse sowie Mitteilungen zu standesinternen Angelegenheiten wiederfinden[5].

III. Ausbildungsweg

Der Weg bis zur Ernennung zum Notar, die per Dekret des Staatspräsidenten erfolgt, gestaltet sich wie folgt:

Nach dem erfolgreichen Abschluß eines zumindest vierjährigen rechtswissenschaftlichen Studiums, dessen tatsächliche Dauer

121 Zum Erbschein beim „trust" siehe Staudinger/Dörner (1995), Art. 25 EGBGB Rz. 854 m.w.N.

122 Groffier, Juris-Classeur Droit Comparé: Canada, Fasc. 2 (1996), Tz. 44 ff.; Flick/Piltz, Der Internationale Erbfall (1999), Rz. 686.

1 Vgl. die Mitteilung in BNotK-intern, Ausgabe 4/1998 (beigeheftet dem DNotI-Report 14/1998), S. 8. Das Austauschprogramm wurde bereits mehrfach in Erfahrungsberichten in dieser Zeitschrift vorgestellt (vgl. Schmitz, 4 Wochen in einem Pariser Notariat, MittRhNotK 1999, 304 ff., sowie Hauschild, Notare in Spanien – Bericht über ein Praktikum –, MittRhNotK 2000, 64 ff.).

2 Anschrift: Studio notarile Rogantini, via dei Conti 3, 50123 Firenze.

3 Seit kurzem ist jedoch die Ernennung von Notaren zu außerplanmäßigen Richtern im Bereich der Zivilrechtspflege möglich; vgl. hierzu näher Abschnitt IV. 3.

4 Vgl. Schmitz, MittRhNotK 1999, 304, 305.

5 Internet-Adresse: www.notartel.it

angesichts der zu bewältigenden Stoffülle sich jedoch zumeist auf ca. 6 bis 8 Jahre beläuft, muß ein Jurist in Italien sogleich nach Verlassen der Universität für einen bestimmten Berufszweig optieren; ein unserer Einheitsausbildung vergleichbares Referendariat existiert nicht. Wer sich für das Notariat entscheidet, hat in der Folgezeit ein zweijähriges Praktikum bei einem Notar zu absolvieren[6]. Die Stellung eines italienischen Notariatspraktikanten läßt sich allerdings kaum mit der eines deutschen Notarassessors vergleichen, zumal das Notariatsgesetz von 1913 eine Vertretung urlaubs- oder krankheitsbedingt abwesender Notare durch Praktikanten nicht vorsieht. Die (Vollzeit-)Tätigkeit der Praktikanten im Notariat wird zudem üblicherweise entweder gar nicht oder in allenfalls symbolischer Höhe vergütet[7]. Dieser Umstand wirkt sich um so gravierender aus, als zumeist nur der Besuch einer der vom CNN getragenen Notariatsschulen oder die (noch kostspieligere) Teilnahme an privaten Repetitorien die Erfolgsaussichten bei der Teilnahme an den nachstehend geschilderten Prüfungen zu verbessern vermag. Gewisse Änderungen der derzeitigen Situation werden sich durch das Legislativdekret Nr. 537 vom 21.12.1999 ergeben, das die Einrichtung zweijähriger Postgraduiertenkurse für Notariatspraktikanten bei den juristischen Fakultäten ab dem akademischen Jahr 2001/2002 vorsieht, deren Besuch nur nach dem Bestehen einer vorgeschalteten Zulassungsprüfung möglich ist.

Nach Abschluß der Praktikumsphase kann sich der Kandidat an einem landesweit ausgeschriebenen Wettbewerb (concorso) zur Neubesetzung frei gewordener Notarstellen beteiligen, der allerdings lediglich etwa alle $1^1/_2$ bis 2 Jahre stattfindet. Dessen Auftakt besteht in einer online erfolgenden Vorauswahl, in deren Verlauf 35 Fragen innerhalb von 30 Minuten am Computer zu beantworten sind. Wer diese erste Hürde übersprungen hat, muß sich einem schriftlichen Examen mit insgesamt drei Klausuren[8] sowie – ein erfolgreiches Abschneiden vorausgesetzt – einer mündlichen Prüfung unterziehen. Dabei hat der Erstplazierte die freie Auswahl zwischen allen ausgeschriebenen Notarstellen, bevor der zweite, dritte usw. zum Zuge kommt[9].

Der Eintritt in den Berufsstand der Notare gelingt jedoch nur den allerwenigsten Notariatspraktikanten. Dies ist vor allem auf die große Diskrepanz zwischen der Zahl der ausgeschriebenen Stellen und der am Besetzungsverfahren teilnehmenden Kandidaten zurückzuführen. So nahmen im Jahr 1997 5.768 Bewerber an der Vorauswahl teil, von denen 3.605 zur schriftlichen Prüfung zugelassen wurden. Nur 273 Praktikanten erreichten das mündliche Examen, unter denen letztlich die ausgeschriebenen 267 Plätze verteilt wurden[10]. Damit wurden entsprechend der Vorjahrestendenz lediglich 4,6 % der Bewerber zu Notaren ernannt. Den übrigen Kandidaten verbleibt – sofern sie nicht auf einen anderen juristischen Berufszweig ausweichen – die vage Hoffnung, bei einer erneuten Teilnahme an späteren Ausschreibungsverfahren erfolgreicher abzuschneiden[11].

Die Entscheidung für den Beruf des Notars ist in Italien daher – anders als in Deutschland, wo die Auswahl der Bewerber im wesentlichen vor Beginn der Assessorenzeit und nicht an deren Ende erfolgt – mit einem hohen wirtschaftlichen Risiko verbunden. Wer allerdings einmal den Sprung an den Beurkundungstisch geschafft hat, dem steht in den ersten Berufsjahren ein Notarversorgungswerk mit einer Einkommensergänzung zur Seite, soweit das Einkommen des neuen Amtsinhabers hinter 35% des durchschnittlichen Jahreseinkommens aller italienischen Notare zurückbleibt.

IV.
Die wichtigsten Tätigkeitsgebiete des italienischen Notars

1. Beurkundungsverfahren

Das italienische Beurkundungsrecht ist gegenüber seinem deutschen Pendant nur durch einige wenige Besonderheiten gekennzeichnet. Da auch der italienische Notar strikt zur persönlichen Amtsausübung verpflichtet ist, darf er eine Urkunde von einer anderen Person nur verlesen lassen, wenn er ihren Text selbst entworfen hat (Art. 51 Ziff. 8 Notariatsgesetz). Auf das Vorlesen können die Beteiligten anders als in Frankreich[12] und Spanien[13] lediglich insoweit verzichten, als es um der Urkunde als Anlagen beigefügte Schriftstücke geht. Bei bestimmten Arten von Rechtsgeschäften (etwa letztwilligen Verfügungen, Schenkungsverträgen und Eheverträgen) müssen zwingend zwei Zeugen in der Verhandlung anwesend sein, deren Fehlen die Unwirksamkeit des Geschäfts nach sich zöge[14]. In der Praxis werden zumeist Notariatsangestellte hinzugezogen. Während der Beurkundung im Text eingebesserte Zusätze müssen am Ende der Urkunde gem. Art. 53 Ziff. 3 Notariatsgesetz genau mit der Anzahl der gestrichenen und eingefügten Wörter bezeichnet sein.

Für den Bereich der Unterschriftsbeglaubigungen ist anzumerken, daß das italienische Recht auch außerhalb des Grundstücks- und Handelsrechts bei bestimmten Mobilien auf Register als Publikationsmittel zurückgreift und etwa Eintragungen in das beim Italienischen Automobilclub (ACI) geführte öffentliche Automobilregister nur auf der Grundlage einer beglaubigten Erklärung des Betroffenen erfolgen[15].

2. Materielles Recht

a) Liegenschaftsrecht

Das italienische Grundstücksrecht lehnt sich an das französische System der publicité foncière an, wonach die Eintragung im Immobilienregister lediglich verlautbarenden Charakter hat. Eine Ausnahme von dem vorgenannten Grundsatz besteht lediglich in den ehemals zu Österreich gehörenden Provinzen, in denen nach wie vor ein Grundbuchsystem deutscher Prägung in Geltung ist, sich die Eigentumsverhältnisse an Immobilien also erst mit entsprechender Eintragung ändern[16]. In den übrigen Landesteilen Italiens tritt die Rechtsänderung an Grundstücken bereits mit Abschluß des darauf gerichteten Vertrages ein. Dieses sog. Konsensualprinzip ist in Art. 1376 des codice civile (CC) verankert. Obgleich nach italienischem Recht Verträge über Rechte an Grundstücken zu ihrer Wirksamkeit nur der Schriftform bedürfen (Art. 1350 Ziff. 1 CC), stellt die Beurkundung von Grundstücksgeschäften dennoch eines der wichtigsten Betätigungsgebiete der Notare dar. Den Grund dafür bildet Art. 2643 Ziff. 1 CC, der für Grundstücksgeschäfte zusätzlich die Eintragung im Immobilienregister (trascrizione) vorsieht. Fehlt die trascrizione, können die aus dem Kauf-/Übertragungsvertrag erworbenen Rechte Dritten, deren Rechtstitel bereits eingetragen ist, nicht entgegengehalten werden (inopponi-

6 Wer bereits zwei Jahre lang als Richter oder Anwalt tätig war, kann das Notariatspraktikum auf die Dauer von einem Jahr verkürzen.
7 Dies entspricht auch der in der Vorbereitungsphase auf die übrigen juristischen Berufe geübten Praxis.
8 Der Bewerber hat dabei je einen Rechtsakt unter Lebenden, ein Testament sowie einen Rechtsmittelschriftsatz im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu entwerfen.
9 Zu den näheren Einzelheiten des concorso vgl. von Lutterotti, Der Notar in Italien, Sonderheft MittBayNot 1990, 13, 13.
10 Vgl. Zeitschrift „il Mondo" Nr. 50/1999 vom 17.12.1999, 88.
11 Viele der heute in Amt und Würden befindlichen Notare haben die Prozedur des concorso zwei-, dreimal oder noch öfter über sich ergehen lassen müssen.
12 Vgl. Schmitz, MittRhNotK 1999, 304, 306.
13 Vgl. Hauschild, MittRhNotK 2000, 64, 65.
14 Art. 58 Ziff. 4, 48 Abs. 1 Satz 1 Notariatsgesetz.
15 Ebenso wie im Grundstücksrecht (siehe dazu Abschnitt IV. 2 a) sind nicht eingetragene Rechtshandlungen Dritten gegenüber unwirksam, wenn deren Rechtstitel seinerseits eingetragen ist (Art. 6 Abs. 1, 12 lit. d,f,g des Gesetzesdekrets Nr. 436 vom 15.03.1927). In das Automobilregister wird auch die dem deutschen Recht unbekannte Autohypothek (ipoteca automobilistica) eingetragen.
16 Die Rechtsgrundlage hierfür bilden die Art. 230 ff. der Durchführungsbestimmungen zum codice civile sowie die Art. 1 ff. des Königlichen Dekrets Nr. 499 vom 28.03.1929.

bilità), Art. 2644 Abs. 1 CC. Um die Eintragung im Immobilienregister zu erreichen und damit eine Art „Verdinglichung" des Eigentumserwerbs zu bewirken, muß der zugrundeliegende Vertrag jedoch beurkundet sein, oder die Unterschriften der Parteien müssen zumindest in notariell beglaubigter Form vorliegen.

Das Immobilienregister unterscheidet sich vom deutschen Grundbuch dadurch, daß es als Personalfolium angelegt, d.h. nach den Namen der einzelnen Personen geordnet ist und darunter jeweils sämtliche Eintragungen aufweist, die im Hinblick auf Grundstücksgeschäfte zu Gunsten und zu Lasten der betreffenden Person erfolgt sind. Eine Übersicht über sämtliche Rechtsvorgänge, die sich auf ein und dasselbe Grundstück beziehen, wird man im Register dagegen vergeblich suchen[17]. Sollen also die das zu verkaufende Grundstück betreffenden Rechtsvorgänge ermittelt werden, muß man zunächst vom Namen des Veräußerers ausgehen. Über die unter seinem Namen geführte Eintragung zu seinen Gunsten läßt sich sodann herausfinden, von wem er seinerseits die Immobilie erworben hat. Recherchen dieser Art, die im Vorfeld eines jeden Grundstückskauf-/Übertragungsvertrages angestellt werden müssen, sind naturgemäß sehr aufwendig. Erschwerend kommt hinzu, daß für eine Einsichtnahme in das Register nicht selten Wartezeiten von mehreren Stunden in Kauf zu nehmen sind[18]. Bei Verträgen über Grundbesitz müssen die Rechtsverhältnisse am Grundstück über die zurückliegenden 20 Jahre hinweg im Vertrag dokumentiert werden, da nach italienischem Recht eine Immobilie nach Ablauf von 20 Jahren auch von bösgläubigen Eigenbesitzern ersessen werden kann (Art. 1158 CC). Hypotheken, die in Ausnahme des Konsensualprinzips erst mit ihrer Eintragung (iscrizione) entstehen (Art. 2808 Abs. 1 Satz 2 CC), erlöschen gem. Art. 2847 CC automatisch nach Ablauf von 20 Jahren, es sei denn, ihre Geltungsdauer ist vor Ablauf des genannten Zeitraums ausdrücklich verlängert worden.

Die Vorbereitung eines Standardgrundstückskaufvertrages nimmt in Italien auch insoweit viel Zeit in Anspruch, als eine ganze Reihe von Gesetzen neueren Datums den Notar zur Ermittlung von Sachverhalten bauordnungsrechtlicher und steuerrechtlicher Natur anhalten, die seinem deutschen Kollegen im Zusammenhang mit dem Entwurf von Grundstücksverträgen weitgehend fremd sind: So zwingt Art. 17 des Gesetzes Nr. 47 vom 28.02.1985 dazu darzulegen, daß das zu veräußernde Objekt den geltenden bauordnungsrechtlichen Vorschriften entspricht. Hierzu muß man – sofern das Gebäude nicht vor dem 01.09.1967 errichtet wurde – bis zur Baugenehmigung zurückgehen und sodann sämtliche in der Folgezeit vorgenommenen An- und Umbauten einschließlich der dafür erteilten behördlichen Genehmigungen, die mit Aktenzeichen und Datum der Entscheidung zu zitieren sind, im Vertrag aufführen. Da in Italien bauliche Veränderungen und Erweiterungen in der Vergangenheit häufig ohne die hierzu vorgeschriebenen Genehmigungen vorgenommen wurden, müssen in diesem Fall etwa erforderliche Anträge auf Heilung (domanda di condono) einschließlich der für Schwarzbauten zu leistenden Bußgeldzahlungen dokumentiert werden. Naturgemäß kann der Notar in aller Regel nicht beurteilen, ob ein Bauwerk den bauordnungsrechtlichen Vorschriften entspricht. Die Praxis behilft sich daher mit der Einholung eines Gutachtens (sog. relazione tecnica) durch einen Architekten oder einen Vermessungsingenieur. Eine Möglichkeit zum Verzicht auf die Darlegung der bauordnungsrechtlichen Situation besteht nicht, zumal das Fehlen entsprechender Angaben die Unwirksamkeit des gesamten Vertrages nach sich zieht[19]. Darüber hinaus hat der Notar nicht zuletzt im eigenen Interesse auf eine lückenlose Dokumentation hinzuwirken, da ihm bei Nichtaufnahme der entsprechenden Erklärungen gravierende berufsrechtliche Konsequenzen drohen: Gemäß Art. 21 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 47 vom 28.02.1985 i.V.m. Art. 28, 138 Abs. 2 Notariatsgesetz ist nämlich vorgesehen, daß er in diesem Fall für die Dauer von mindestens 6 Monaten von der Ausübung seines Amtes suspendiert wird. Zusätzlich hat der Notar darauf zu achten, daß der Veräußerer sich im Vertrag darüber erklärt, ob er den in seinem Eigentum stehenden Grundbesitz in seiner letzten Steuererklärung aufgeführt hat, zumal auch das Unterlassen dieser Angabe im Vertrag dessen Nichtigkeit nach sich zieht[20]. Die genannten Beispiele zeigen, daß die neuere italienische Gesetzgebung vor allem die Rolle des Notars als pubblico ufficiale betont, der als eine Art staatlicher Kontrolleur die Einhaltung bau- und steuerrechtlicher Vorschriften zu überwachen hat.

Die aufwendige Vorbereitung von Grundstücksgeschäften wird weiterhin durch das Konsensualprinzip verstärkt: Da der Verkäufer bereits mit Abschluß des Kaufvertrages sein Eigentum an dem Grundstück verliert, muß er bereits in diesem Zeitpunkt gegen eine ausbleibende Kaufpreiszahlung abgesichert sein. Art. 2817 Ziff. 1 CC sieht insoweit vor, daß zu Gunsten des Verkäufers von Gesetzes wegen eine Hypothek in Höhe des vereinbarten Kaufpreises zu Lasten des verkauften Gegenstandes eingetragen wird (sog. ipoteca legale). Die Vertragspraxis verzichtet hierauf jedoch zuallermeist; statt dessen ist in der Urkunde nur lapidar die Rede davon, daß der Kaufpreis bereits gezahlt sei, worüber der Verkäufer hiermit ausdrücklich Quittung erteile (tatsächlich erfolgt die Zahlung in der Mehrzahl der Fälle bei Beurkundung durch Übergabe von Schecks). Soweit der Kaufpreis allerdings finanziert werden muß, stellt sich die Frage, wann und in welcher Weise dem finanzierenden Gläubiger am Kaufgegenstand eine Sicherheit in Form eines Grundpfandrechts eingeräumt werden kann. Üblicherweise werden hierfür zwei Wege beschritten: Die erste Möglichkeit besteht darin, daß der Verkäufer dem Käufer bereits in einem Vorvertrag (sog. compromesso bzw. contratto preliminare) Belastungsvollmacht erteilt, damit der Kaufpreis im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs fließen kann. Alternativ kann sich der auf den Finanzierungsgläubiger angewiesene Käufer im Kaufvertrag zum Abschluß eines Darlehensvertrages verpflichten und den künftigen Auszahlungsanspruch an den Verkäufer abtreten. In dieser Variante wird im unmittelbaren Anschluß an den Kaufvertrag durch den Käufer als neuen Eigentümer mit dem Finanzierungsgläubiger ein Darlehensvertrag beurkundet, der die Bestellung einer Hypothek einschließt. Die Beurkundung beider Verträge findet dabei oftmals in den Räumlichkeiten der finanzierenden Bank statt, die den Kaufpreis nach Stellung des Antrages auf Eintragung der Hypothek beim Immobilienregister durch den beurkundenden Notar und Vorliegen einer Rangbescheinigung sodann direkt an den Verkäufer auszahlt.

Da in Italien bei der Veräußerung von Immobilien häufig mit Vorverträgen gearbeitet wird, in denen sich der Käufer zu einer Anzahlung verpflichtet, die immer dann verfällt, wenn der beabsichtigte Kaufvertrag aus vom Käufer zu vertretenden Gründen nicht zustande kommt, muß der Käufer dagegen geschützt werden, daß der Verkäufer es sich trotz geleisteter Anzahlung anders überlegt und die Immobilie an einen Dritten veräußert. Aus den meist privatschriftlich abgefaßten Vorverträgen steht dem Käufer in all denjenigen Fällen, in denen der endgültige Vertrag aus vom Verkäufer zu vertretenden Gründen nicht zustande kommt, neben dem Anspruch auf Rückzahlung der geleisteten Anzahlung eine pauschalierte Vertragsstrafe zu. Seit kurzer

17 Ein nach den einzelnen Parzellen geordnetes Verzeichnis wird zwar vom Katasteramt geführt, das mit den Eintragungen der erfolgten Rechtsänderungen jedoch oftmals um Jahre hinterherhinkt, so daß die Bedeutung des certificato storico catastale in der notariellen Praxis von eher geringer Bedeutung ist, zumal es für die Wirkungen der trascrizione ausschließlich auf die Eintragung im Immobilienregister ankommt.

18 Um des Problems Herr zu werden, hat es sich daher eingebürgert, daß jeweils mehrere Notare gemeinsam eine Angestellte beschäftigen, die sich allein auf die Einsichtnahme des Immobilienregisters spezialisiert hat.

19 Art. 17, 40 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 47 vom 28.02.1985. Die Vorschriften sprechen zwar von der Nichtigkeit des fraglichen Rechtsgeschäfts; stattdessen ist der Vertrag richtigerweise aber als „schwebend unwirksam" anzusehen, zumal das Nachholen der fehlenden Angaben innerhalb bestimmter Fristen noch möglich ist (in diesem Sinne auch Ragazzini, Tassatività, sanatoria ed efficacia della nullità, Rivista del notariato 1989, 1123, 1124).

20 Art. 3 Abs. 13-ter des Gesetzes Nr. 165 vom 26.06.1990.

Zeit ist gem. Art. 2645-bis Abs. 1 CC jedoch auch die Eintragung des Vorvertrages in das Immobilienregister möglich. Durch die trascrizione wird der Vorvertrag nunmehr gem. Art. 2645-bis Abs. 2 CC mit einer Art Vormerkungswirkung ausgestattet, die der Kaufinteressent und Vorvertragspartner einem Dritten, dessen Erwerbstitel zu einem späteren Zeitpunkt eingetragen wird, entgegenhalten kann. Die Neuregelung des Art. 2645-bis CC stellt damit einen echten Fortschritt für den bis dato dinglich ungeschützten Kaufinteressenten dar. Nach Abs. 3 der genannten Vorschrift erlischt die vormerkungsähnliche Wirkung ein Jahr nach dem im Vorvertrag genannten Zeitpunkt für den Abschluß des endgültigen Vertrages, spätestens jedoch nach Ablauf von 3 Jahren automatisch[21].

Das Konsensualprinzip zwingt überdies zu besonderen Konstruktionen in der Vertragsgestaltung: Erfolgt der Kauf eines Grundstücks etwa zu Bebauungszwecken, so kann die Fälligkeit des Kaufpreises wegen des sofortigen Eigentumsübergangs nicht etwa von der Erteilung der erstrebten Genehmigung abhängig gemacht werden; als Ausweichlösung bietet sich statt dessen an, die Wirksamkeit des Vertrages unter die aufschiebende Bedingung der Genehmigungserteilung zu stellen. Schließlich kommt die vollmachtlose Vertretung einer Vertragspartei durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht in der notariellen Praxis so gut wie nie vor, da in einem solchen Fall mangels Wirksamkeit des Vertrages das Eigentum an der verkauften Immobilie nicht sofort übergehen könnte.

Eine weitere Besonderheit des italienischen Grundstücksrechts besteht darin, daß die Finanzbehörden gem. Art. 12 des Gesetzes Nr. 154 vom 13.05.1988 bei Angabe eines bestimmten Mindestwerts als Kaufpreis[22] grundsätzlich keine weiteren Ermittlungen im Hinblick auf einen etwaigen, zwischen den Parteien vereinbarten höheren Kaufpreis anstellen. Den Hintergrund für den Erlaß der Vorschrift bildete der Umstand, daß die an Immobiliengeschäften Beteiligten aus Gründen der Steuerersparnis[23] zuvor teilweise grotesk niedrige Summen als Kaufpreis angaben, die ständig Nachforschungen der Steuerbehörden nach sich zogen. Demzufolge ist es nicht weiter verwunderlich, daß die Parteien eines Grundstückskaufvertrages unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die vorbezeichnete Bestimmung nunmehr häufig den jeweiligen Mindestwert als Kaufpreis nennen, so daß die tatsächlich ausgehandelte Kaufsumme (auch für den Notar) im Dunkeln bleibt[24]. Diese im italienischen Schrifttum offen angesprochene Unterverbriefung des Kaufpreises[25] stellt zwar eine Steuerhinterziehung dar, die aber nicht zur Unwirksamkeit des verdeckten Rechtsgeschäfts führt. Denn Art. 1414 CC differenziert insoweit ausdrücklich zwischen sog. absoluten und relativen Scheingeschäften. Während ein absolutes Scheingeschäft, mit dem in Wahrheit überhaupt keine Rechtswirkungen beabsichtigt sind, stets nichtig ist, wird das relative Scheingeschäft als wirksam behandelt, solange es seinerseits die in Art. 1325 CC genannten essentialia negotii enthält (sog. requisiti di sostanza). Dazu muß u.a. auch einer etwaigen Formvorschrift Genüge getan werden. Da Art. 1350 Ziff. 1 CC für die Wirksamkeit eines Grundstücksgeschäftes jedoch lediglich die Einhaltung der Schriftform verlangt, ist auch der verdeckte Kaufvertrag gültig, sofern er schriftlich fixiert wurde. Schließlich liegt auch in der Steuerhinterziehung kein Verbotsgesetzverstoß, der gem. Art. 1418 CC zur Nichtigkeit des verdeckten Geschäfts führte; nach ständiger Rechtsprechung des Kassationsgerichtshofs wird ein solches Verhalten lediglich mit den im Steuer- bzw. Strafrecht vorgesehenen Sanktionen belegt[26], zieht jedoch keinerlei zivilrechtliche Konsequenzen nach sich[27].

In deutlichem Gegensatz zu der Großzügigkeit, mit der bei unterverbrieften Grundstückskaufverträgen beide Augen zugedrückt werden, steht wiederum die Strenge, mit der das Gesetz die Möglichkeit zur Ausübung des staatlichen Vorkaufsrechts an all denjenigen Gebäuden garantieren will, die unter Denkmalschutz gestellt sind: So zieht die Nichterfüllung der Anzeigepflicht gem. Art. 58 des Legislativdekrets Nr. 490 vom 29.10.1999 die Strafbarkeit der Beteiligten sowie die Unwirksamkeit des zwischen ihnen geschlossenen Vertrages nach sich; erlangt die zuständige Behörde in anderer Weise Kenntnis von dem verschwiegenen und somit nichtigen Vertrag, kann sie – dessen Unwirksamkeit zum Trotz – gem. Art. 135 des vorbezeichneten Legislativdekrets gleichwohl von ihrem Vorkaufsrecht Gebrauch machen. Da eben dies aber nur in den seltensten Fällen geschieht, erweist sich das denkmalschutzrechtliche Vorkaufsrecht, das in Anbetracht des schier unerschöpflichen Reichtums des Landes an historischer Bausubstanz eine Vielzahl von Veräußerungsfällen erfaßt, im Ergebnis als weitgehend bedeutungslos. Für den italienischen Notar kommt ihm aus anderen Gründen eine herausgehobene Bedeutung zu – bildet es doch einen der wenigen Faktoren, die eine echte Abwicklung des Grundstücksvertrages nach dessen Beurkundung erforderlich machen[28].

b) Erbrecht

Bei der Beurkundung letztwilliger Verfügungen hat sich ein italienischer Notar nicht mit der Frage zu befassen, ob der Testator durch frühere Verfügungen in seiner Testierfähigkeit beschränkt ist. Infolge des in Art. 458 Satz 1 CC enthaltenen Verbots jeglicher Beschränkung des letzten Willens ist der Widerruf früherer Testamente jederzeit voraussetzungslos möglich; Rechtsinstitute wie der Erbvertrag oder das gemeinschaftliche Testament sind dem italienischen Zivilrecht unbekannt. Allerdings setzen die strengen Pflichtteilsbestimmungen des codice civile bei der inhaltlichen Gestaltung letztwilliger Verfügungen bisweilen enge Grenzen: So wird unterschieden zwischen der sog. quota legittima, d.h. demjenigen Teil des Nachlasses, den die Pflichtteilsberechtigten beanspruchen können, und dem restlichen Nachlaß, hinsichtlich dessen der Erblasser keinerlei Beschränkungen unterworden ist (sog. quota disponibile). Die Art. 537 ff. CC legen das Verhältnis von quota disponibile und quota legittima zueinander fest; je nach Konstellation, etwa wenn der Erblasser den Ehegatten und mehrere Kinder hinterläßt, beläuft sich die quota disponibile lediglich auf ein Viertel. Das italienische Pflichtteilsrecht gewährt ein echtes Noterbrecht. Soweit der Berechtigte seinen Pflichtteil geltend macht, wird er dinglich als Erbe am Nachlaß beteiligt; die Erbquoten der testamentarisch eingesetzten Erben vermindern sich entsprechend[29].

---

21 Dagegen bleibt die Vormerkungswirkung der trascrizione des Vorvertrages ohne weiteres erhalten, wenn der endgültige Kaufvertrag zwar innerhalb des genannten Zeitraums, jedoch unter Veränderung des im Vorvertrag genannten Kaufpreises erfolgt, solange die Vertragsparteien, der Kaufgegenstand und der Erwerbsgrund identisch sind (vgl. Musto/Reccia, Funzione ed efficacia della trascrizione del contratto preliminare, Rivista del notariato 1998, 371, 408 f.).

22 Der Mindestwert errechnet sich aus der für die jeweilige Immobilie amtlich festgesetzten Katasterrendite (rendita catastale), multipliziert mit einem bestimmten Faktor, und erreicht etwa bei Eigentumswohnungen allenfalls die Hälfte des Verkehrswertes.

23 Bei Erwerb einer Wohnzwecken dienenden Immobilie werden Abgaben von insgesamt rund 8% des Kaufpreises vom beurkundenden Notar eingezogen und an den Fiskus abgeführt. Davon entfallen 7% auf die Eintragung in das Immobilienregister (sog. imposta di registro); die Katastergebühr beträgt 1% (imposta catastale). Eine Eigenheimzulage kennt das italienische Recht zwar nicht; der Erwerb von Grundbesitz zu eigenen Wohnzwecken wird jedoch durch die Reduzierung der imposta di registro auf 3% begünstigt.

24 Vgl. Hauschild, MittRhNotK 2000, 64, 66 zu der insoweit ähnlichen Praxis in Spanien.

25 Vgl. etwa Pasqualini, Anmerkung zum Urteil des Kassationsgerichtshofs Nr. 3657 vom 28.04.1997, Rivista del notariato 1997, 1430, 1432.

26 So stellt Art. 482 des Strafgesetzbuches (codice penale) falsche Angaben in öffentlichen Urkunden unter Strafe.

27 Vgl. hierzu Zaccaria in: Cian/Trabucchi, Commentario breve al codice civile, 4. Aufl. Padua 1992, Art. 1344 Rn. 5 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

28 Die Abwicklungstätigkeit beschränkt sich ansonsten zumeist auf die Stellung des Antrages auf Eintragung in das Immobilienregister und auf die Übersendung der Kostennote.

29 Die Pflichtteilsrechte bleiben von einer nunmehr gem. Art. 46 des italienischen IPR-Gesetzes möglichen Rechtswahl unberührt; näher hierzu Priemer, Das italienische Internationale Privatrecht nach seiner Reform – insbesondere zum Recht der Allgemeinen Ehewirkungen, Güterrecht, Erbrecht –, MittRhNotK 2000, 45, 58 f.

Der Umstand, daß das italienische Erbrecht das dem BGB zugrundeliegende Prinzip des Von-Selbst-Erwerbs nicht kennt, eine Erbschaft vielmehr durch Erklärung (die freilich gem. Art. 476 CC auch konkludenter Natur sein kann) angenommen werden muß, zieht Auswirkungen auf die notarielle Tätigkeit im erbrechtlichen Bereich nach sich: Die Haftung des Erben kann nämlich nur durch eine notariell beurkundete oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten beim Nachlaßgericht erklärte Annahme auf den Bestand des Nachlasses beschränkt werden. Die Art. 471 ff. CC schreiben diese Art der Erbschaftsannahme in bestimmten Konstellationen (etwa wenn Minderjährige oder Entmündigte zu Erben berufen sind) vor. Damit eine beschränkte Erbenhaftung eintritt, ist in all diesen Fällen jedoch die Errichtung eines Inventars unumgänglich, so daß italienische Notare relativ häufig bei der Aufnahme von Nachlaßverzeichnissen mitwirken müssen. Die Art. 620 ff. CC weisen dem Notar zudem die Zuständigkeit für die Eröffnung von Testamenten zu, über die eine Niederschrift unter Hinzuziehung von zwei Zeugen anzufertigen ist.

c) Familienrecht

Mit dem Familienrecht des codice civile gerät der deutsche Vertragsjurist vor allem dann in Berührung, wenn italienische Ehegatten in Deutschland Grundbesitz erwerben und sie – wie allgemein üblich – „in Errungenschaftsgemeinschaft italienischen Rechts" in das Grundbuch eingetragen werden. Die Errungenschaftsgemeinschaft (sog. comunione legale) stellt jedoch erst seit dem 20.09.1975 den gesetzlichen Güterstand dar. Da der frühere gesetzliche Güterstand der Gütertrennung erst mit Wirkung vom 15.01.1978 und nur unter der Voraussetzung in die Errungenschaftsgemeinschaft übergeleitet wurde, daß keiner der Ehegatten für die Beibehaltung der Gütertrennung optiert hatte, sollte beim Immobilienerwerb durch Italiener, die vor dem 20.09.1975 geheiratet haben, stets danach gefragt werden, ob ein Ehegatte von der genannten Option Gebrauch gemacht hat.

Selbstverständlich können die Ehegatten auch einen Ehevertrag (sog. convenzione matrimoniale) schließen. Die Art. 159, 162 Abs. 1 CC eröffnen ihnen die grundsätzliche Möglichkeit dazu und schreiben hierfür die notarielle Beurkundung als zu beachtende Form vor[30]. Die Ehegatten können insoweit wählen zwischen der Vereinbarung der Gütertrennung (sog. separazione) und der comunione convenzionale, die in einer begrenzten Modifizierung des gesetzlichen Güterstandes besteht. Sämtliche Eheverträge unterliegen nach italienischem Recht einem doppelten Publizitätserfordernis, das in der Eintragung im Güterrechtsregister und in einem auf der Heiratsurkunde angebrachten entsprechenden Vermerk besteht.

Art. 179 lit.f CC stellt den Ehegatten darüber hinaus eine flexible Möglichkeit zur Regelung ihrer güterrechtlichen Verhältnisse zur Verfügung: So können einzelne Gegenstände von Fall zu Fall dem Regime der Errungenschaftsgemeinschaft entzogen bzw. solche Gegenstände, die ihm von Gesetzes wegen nicht unterstehen, unterworfen werden. Hierfür reicht es aus, daß der andere Ehegatte seine Zustimmung erteilt. Will also etwa ein verheirateter, im Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft lebender Italiener in Deutschland Grundbesitz als Alleineigentümer erwerben, muß seine Ehefrau zur Beurkundung miterscheinen und im Kaufvertrag ihr Einverständnis mit der beschriebenen Vorgehensweise erklären.

Durch notariell beurkundete Vereinbarung zwischen den Ehegatten oder Zuwendung eines Dritten können einzelne Vermögensgegenstände zudem zum sog. fondo patrimoniale gem. Art. 167 ff. CC erklärt werden. Folge ist, daß einerseits die Zwangsvollstreckung in den fondo patrimoniale gem. Art. 170 CC nur unter Einschränkungen möglich ist[31], die Ehegatten andererseits – soweit die Beteiligten nichts anderes bestimmt haben – Beschränkungen bei der Verfügung über die zum fondo patrimoniale gehörenden Gegenstände unterliegen (Art. 169 CC). Sofern minderjährige Kinder aus der Ehe hervorgegangen sind, ist zur Veräußerung oder Belastung eines solchen Vermögensgegenstandes eine gerichtliche Genehmigung erforderlich[32]. Gerade Freiberufler machen nicht selten von dem Gestaltungsinstrument des fondo patrimoniale Gebrauch, um auf diese Weise ihre berufliche Existenzgrundlage dem Zugriff ihrer Gläubiger weitgehend zu entziehen.

d) Handels- und Gesellschaftsrecht

Im Bereich des Handels- und Gesellschaftsrechts sind keine wesentlichen Unterschiede zwischen der Tätigkeit eines italienischen Notars und der seines deutschen Kollegen zu erkennen. So sieht der codice civile eine umfassende Beurkundungspflicht hinsichtlich der Errichtung von Kapitalgesellschaften und Satzungsänderungen derselben vor. Anders als in Deutschland ist jedoch – historisch bedingt – eine Bevorzugung der (älteren) Rechtsform der Aktiengesellschaft (sog. società per azioni – s.p.a.) auch für mittlere und kleine Betriebe zu erkennen[33].

Eine Ausweitung haben die notariellen Zuständigkeiten durch das Gesetz Nr. 310 vom 12.08.1993 erfahren, nach dem die Abtretung von Geschäftsanteilen an einer GmbH (società a responsabilità limitata – s.r.l.), die Abtretung von Aktien einer nicht börsennotierten Aktiengesellschaft sowie die Veräußerung von Personenhandelsgesellschaften nunmehr zumindest eine notarielle Beglaubigung für die Eintragung in das Handelsregister (registro delle imprese) voraussetzen, ohne die das jeweilige Rechtsgeschäft keinerlei Drittwirkung entfaltet. Interessant ist vor allem der wirtschaftliche und politische Hintergrund dieser Neuregelung, mit deren Einführung sich der italienische Gesetzgeber eine Eindämmung der zuvor im Bereich der organisierten Kriminalität weit verbreiteten Praxis, mittels unkontrollierter Investitionen in kleine und mittlere Unternehmen unbehelligt Geld waschen zu können, erhoffte. Die Einschaltung des Notars soll dabei vor allem ein Mehr an Transparenz ermöglichen, indem ihm zugleich ein ganzes Bündel von Anzeigepflichten (u.a. gegenüber den Polizeibehörden) auferlegt wurde[34]. Der damit erfolgten Verschärfung der Formvorschriften lag demnach weder eine Warnungs- noch Belehrungsfunktion zugrunde; vielmehr wird auch in dieser Maßnahme die bereits angesprochene Tendenz deutlich, den Notar mehr und mehr zu einer Art „Polizisten" zur Überwachung wirtschaftlicher Transaktionen einzusetzen. Die Einhaltung der neu geschaffenen Anzeigepflichten sucht der Gesetzgeber mit ähnlich drastischen Maßnahmen wie im Bereich des Bauordnungsrechts zu sichern, denn im Falle einer unterlassenen Anzeige an die Polizeibehörden muß der Notar mit seiner Suspendierung bis zur Dauer von einem Jahr, in schweren Fällen sogar mit der Amtsenthebung rechnen[35].

3. Verlagerung weiterer Zuständigkeiten auf Notare

Über die „klassischen" Zuständigkeiten hinaus hat der italienische Gesetzgeber den Notaren in den letzten Jahren weitere

30 Eine Ausnahme gilt, wenn die Ehegatten Gütertrennung wählen, die gem. Art. 162 Abs. 2 CC auch bei der Eheschließung selbst, d.h. ohne Mitwirkung eines Notars, vereinbart werden kann.

31 Die Vollstreckung in zum fondo patrimoniale gehörende Gegenstände kann wegen Schulden, von denen der Gläubiger wußte, daß sie für andere Zwecke als zur Befriedigung der Bedürfnisse der Familie eingegangen worden sind, nicht erfolgen.

32 Dabei gehört es auch zu den notariellen Aufgaben, die Ehegatten im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu vertreten und unter Darlegung der die Veräußerung/Belastung erfordernden Umstände den Antrag auf Erteilung der Genehmigung zu stellen. Bezeichnenderweise enthält das Formularbuch von Falcone und Cannizzo (Manuale pratico del notaio, 4. Aufl. Mailand/Rom 1998) eigens ein Textmuster für einen derartigen Fall (a.a.O., S. 246 ff.).

33 Näher dazu Kindler, Einführung in das italienische Recht, München 1993, § 12, Rn. 22. Zahlreiche Einzelvorschriften des Rechts der GmbH (s.r.l.) verweisen zudem auf die Regelungen des Aktienrechts.

34 Vgl. Ruggiero, Le nuove regole formali e pubblicitarie per i trasferimenti d'azienda, Rivista del notariato 1994, 321, 325, 364.

35 Art. 7 Abs. 2 des Gesetzes Nr. 310 vom 12.08.1993 i.V.m. Art. 147 Notariatsgesetz.

Aufgaben im Zuge einer umfassenden Justizreform zugewiesen, mit der der ehedem viergliedrige Gerichtsaufbau (pretura/tribunale/corte d'appello/corte di cassazione) im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit auf einen einheitlich dreistufigen Instanzenzug zurückgeführt und im Zivilprozeß der Grundsatz der Zuständigkeit des Einzelrichters eingeführt wurde. Um die ordentliche Gerichtsbarkeit von der immensen Zahl noch nicht abgeschlossener Prozesse zu entlasten[36], wurden mit Gesetz Nr. 276 vom 22.07.1997 bei den tribunali (Landgerichten) außerordentliche Zivilkammern mit landesweit insgesamt 1.000 zusätzlichen nebenamtlichen Richterstellen eingerichtet, die nicht nur mit pensionierten Richtern, Rechtsanwälten i.R., Universitätsprofessoren und Hochschulassistenten, sondern mittlerweile auch mit etwa 300 aktiven Notaren besetzt worden sind. Eine weitere (eher ungeliebte) Aufgabe fiel den Notaren mit dem Gesetz Nr. 302 vom 03.08.1998 zu, das dem Zivilrichter die Möglichkeit eröffnet, das Verfahren der Zwangsversteigerung von Immobilien sowie von registrierten Mobilien per Beschluß einem im jeweiligen Gerichtsbezirk ansässigen Notar zu übertragen.

V.
Rahmenbedingungen einer Teilnahme

Zuguterletzt noch einige Worte zu den Voraussetzungen eines Auslandspraktikums im Rahmen des Austauschprogramms für angehende Notare:

Interessenten können sich unter Verwendung eines von der CNUE zur Verfügung gestellten Vordrucks über ihre jeweilige regionale Notarkammer und die Bundesnotarkammer um Teilnahme bewerben. Dabei ist es durchaus von Vorteil, sich in Eigeninitiative um einen Praktikumsplatz zu bemühen; der Praktikant kann aber auch ausdrücklich um Vermittlung eines Ausbildungsnotars im Zielland nachsuchen. Bei der Auswahl des für die Auslands-Stage in Frage kommenden Zeitraums sollte berücksichtigt werden, daß sich hierfür insbesondere Jahreszeiten mit geringerem Urkundsaufkommen eignen, in denen man, wie auch der Verfasser, davon profitieren kann, daß dem Notar mehr Zeit für die Ausbildung des Praktikanten zur Verfügung steht. Nach Beendigung des Auslandsaufenthalts erstattet die CNUE gegen Vorlage eines Tätigkeitsberichts sowie einer vom ausländischen Ausbildungsnotar ausgestellten Praktikumsbescheinigung 50% der Reisekosten bis zu einer Obergrenze von 375,– Euro und zahlt zudem aus den Mitteln des GROTIUS-Programms der Europäischen Kommission ein Stipendium, dessen genaue Höhe von dem Staat abhängig ist, in dem das Praktikum absolviert wurde[37].

In Anrechnung auf die vorstehend aufgeführten Zahlungen gewährt die Rheinische Notarkammer ihren Notarassessoren unter Fortzahlung der Bezüge für ein einmonatiges Praktikum 3 Wochen Sonderurlaub.

Vielleicht ist es dem Verfasser mit dem vorstehenden Bericht gelungen, Interesse daran zu wecken, die Arbeitsweise und das Tätigkeitsfeld eines im europäischen Ausland tätigen Notars einmal aus der Nähe kennenzulernen. Angesichts der geschilderten günstigen Rahmenbedingungen kann ein solches Praktikum allen Notarassessorinnen und Notarassessoren wärmstens empfohlen werden.

Rechtsprechung

1. Schuldrecht – Gewährübernahme für die Zulässigkeit der vorhandenen Bebauung als Zusicherung
(BGH, Urteil vom 17. 9. 1999 – V ZR 220/98 – mitgeteilt von Notar Jörg Bettendorf, Krefeld-Uerdingen)

BGB §§ 459 Abs. 2; 463 S. 1

Die Erklärung, die „Gewähr für die Zulässigkeit der vorhandenen Bebauung" zu übernehmen, kann ebenso wie die Versicherung, daß die Gebäude genehmigt sind, nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte nicht anders denn als Zusicherung im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB verstanden werden.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Mit notariellem Vertrag kaufte die Kl. von den Bekl. deren mit einem Siedlungshaus bebautes Grundstück zum Preise von 760.000,– DM. Das 1934 errichtete Haus hatten die Bekl. umfassend umgebaut, u.a. durch Ausbau des Spitzbodens und Herrichtung von zwei weniger als 2 m hohen Kellerräumen zu Wohnzwecken. Die Umbaumaßnahmen sind nicht genehmigt. Die Kl. war durch ein Maklerexposé auf das Haus aufmerksam geworden, in dem es heißt, die Gesamtwohnfläche betrage – ohne ausgebauten Spitzboden und tatsächlichen „Wohn-Keller" – 150 qm. Der Kaufvertrag enthält nach dem üblichen Gewährleistungsausschluß eine Regelung, wonach die Bekl. „Gewähr für die Zulässigkeit der vorhandenen Bebauung" leisteten.

Der Kaufpreis ist bis auf einen Rest gezahlt. Mit ihrer Klage wendet die Kl. sich gegen die Zwangsvollstreckung wegen der bestehenden Restforderung und verlangt Rückzahlung des bereits geleisteten Kaufpreisteiles sowie Erstattung von Aufwendungen.

Das LG hat der Klage stattgegeben. Das OLG hat sie abgewiesen. Mit ihrer Revision erstrebt die Kl. die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Aus den Gründen:

(...)

Zu Recht rügt die Revision die Auslegung der Vertragsurkunde durch das Berufungsgericht als fehlerhaft, soweit es um die rechtsgeschäftliche Zusicherung der Eigenschaft geht, daß „Gewähr für die Zulässigkeit der vorhandenen Bebauung" geleistet werde. Richtig geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, daß der Wortlaut der übernommenen Gewährleistung hinsichtlich seiner Reichweite nicht eindeutig und daher der Auslegung zugänglich ist.

a) Fehlerhaft ist jedoch die Auslegung, daß die Gewährübernahme hier keine Zusicherung i.S.d. § 459 S. 2 BGB gewesen sei. Diese – grundsätzlich dem Tatrichter vorbehaltene – Ausle-

36 Vgl. zum Zustand der italienischen Justiz auch DER SPIEGEL Nr. 21 vom 22.05.2000, S. 221: „Jede fünfte Klage erledigt sich von selbst – durch den Tod des Klägers."

37) Die Einzelheiten der Teilnahmevoraussetzungen sind dem bei der Bundesnotarkammer erhältlichen Anmeldeformular nebst den zugehörigen Erläuterungen zu entnehmen.

gung berücksichtigt nicht nur nicht ausreichend den objektiven Wert des Erklärten, wie ihn die Kl. verstehen durfte, sondern auch nicht den damit verfolgten Zweck sowie die Interessenlage der Bet. Die Erklärung, die Gewähr für eine bestimmte Eigenschaft zu übernehmen, kann ebenso wie die Versicherung, daß die Gebäude genehmigt sind (BGH, WM 1998, 78), nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte nicht anders denn als Zusicherung i.S.d. § 459 Abs. 2 BGB verstanden werden.

Zwar kann die baurechtliche Zulässigkeit sowohl Gegenstand einer vertraglichen Beschaffenheitsangabe (§ 459 Abs. 1 BGB) als auch Zusicherung einer Eigenschaft sein (§ 459 Abs. 2 BGB; BGHZ 117, 159, 162 = DNotZ 1993, 671). Daß hier die „Übernahme der Gewähr" aber lediglich als Beschaffenheitsangabe zu verstehen war, ist fernliegend. Die Systematik und die Wortwahl der Regelung sprechen vielmehr aus der Sicht der Käuferin dafür, daß die Verkäufer mit der „Gewährübernahme" die Zulässigkeit der vorhandenen Bebauung und das Nichtbestehen einer Wohnungsbindung zusichern, also dafür in besonderer Weise einstehen wollten. Da das Berufungsgericht, an anderer Stelle, selbst feststellt, der Kl. sei es auf den Ausbauzustand besonders angekommen, widerspräche die Annahme, ihr sei mit der Klausel nur die Sachmängelhaftung bei besonderer Hervorhebung der baurechtlichen Zulässigkeit des Kaufobjektes wieder eröffnet worden, zudem ihrer Interessenlage.

b) Die weitere Erwägung des Berufungsgerichts, jedenfalls habe sich die Gewährübernahme nicht auf die Zulässigkeit des vorhandenen Ausbauzustandes erstrecken sollen, wird der Rspr. des Senats ebenfalls nicht gerecht (WM 1998, 78). Danach darf der Käufer die Erklärung, der Bau sei genehmigt, nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte dahin verstehen, daß nicht nur das verkaufte Gebäude als solches, sondern auch die Nutzung des Gebäudes nach dem konkreten Ausbauzustand, den dieses bei Vertragsschluß aufwies, baurechtlich genehmigt sei. Für die hier vereinbarte Gewährübernahme der baurechtlichen Zulässigkeit kann nichts anderes gelten. Da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Parteien bei Vertragsschluß die abgegebene Erklärung nicht übereinstimmend in einem anderen Sinne verstanden haben, die Kl. im Gegenteil ein Interesse daran hatte, die Räume im Kellergeschoß auch entsprechend ihrem Ausbauzustand nutzen zu können, hätten die Bekl. die Zusicherung entsprechend einschränken müssen, wenn sie nicht die Gewähr für den konkreten Ausbauzustand beim Verkauf des Hauses (§ 463 S. 1 BGB) hätten übernehmen wollen. Eine solche einschränkende Erklärung ist nicht abgegeben; sie folgt insbesondere nicht daraus, daß es im Maklerexposé heißt, in der angegebenen Gesamtwohnfläche von 150 qm sei der „tatsächliche Wohnkeller" nicht eingerechnet. Darin liegt weder ein Hinweis, daß die Räume ohne Genehmigung ausgebaut worden seien, noch ein Anhaltspunkt dafür, daß die Verkäufer insoweit die später übernommene Zusicherung eingrenzen wollten.

Das angefochtene Urteil kann daher schon aus diesem Grunde keinen Bestand haben.

Da weitere Feststellungen nicht erforderlich und auch nicht zu erwarten sind, kann der Senat die Klausel in dem erörterten Sinn selbst auslegen (BGHZ 65, 107, 112). Die danach vorliegende Zusicherung war unzutreffend, denn das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler entschieden, daß die im Keller ausgebauten Wohnräume nicht nur baurechtlich nicht genehmigt, sondern auch nicht genehmigungsfähig sind.

Ob die Bekl. diesen Mangel auch arglistig verschwiegen haben, kann dahinstehen. Die Kl. kann vielmehr bereits wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft nach § 463 S. 1 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Damit können die Verkäufer den Restkaufpreis von der Käuferin nicht mehr fordern; die Vollstreckungsgegenklage ist begründet.

2. Schuldrecht/Öffentliches Recht – Nichtigkeit des unter Wert erfolgten Grundstücksverkaufs an eine Gemeinde wegen Koppelung mit dem Erlaß einer Ortsabrundungssatzung
(OLG München, Urteil vom 12. 4. 1999 – 31 U 5443/98)

BauGB § 2 Abs. 3
BGB §§ 134; 138

1. **Kann eine Gemeinde ein Angebot auf Abschluß eines Grundstückskaufvertrages nach dessen Inkrafttreten nur dann annehmen, wenn sie eine Ortsabrundungssatzung erlassen hat, verstößt dies nicht gegen § 2 Abs. 3 BauGB, da der Gemeinde der Erlaß der Satzung freigestellt bleibt.**

2. **Ein Grundstückskaufvertrag, in dem der Erlaß eines im Ermessen der Behörde stehenden begünstigenden Verwaltungsaktes an die Gewährung wirtschaftlicher Leistungen durch den Begünstigten gekoppelt wird, verstößt sowohl gegen § 134 BGB als auch gegen § 138 BGB.**

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Kl. betrieb Grundstücksgeschäfte im Gemeindebereich der Bekl. und erwarb vor 1991 mehrere Grundstücke im Gemeindegebiet der Bekl. zum Quadratmeterpreis von 650,– DM. Die Bekl. entschloß sich im Jahr 1991, das gemeindliche Einvernehmen zu einem etwaigen Bauantrag des Kl. für eines der Grundstücke zu verweigern. Sie verwies diesen darauf, falls er auf einer Bebauung dieses Grundstücks bestehe, eine entsprechende Klage vor dem Verwaltungsgericht zu erheben. Dabei wurde der Kl. von der Bekl. darauf hingewiesen, daß es bis zu einer Entscheidung seitens des Verwaltungsgerichtes einige Jahre dauern könne und sie keinerlei Probleme habe, diesen langen Zeitraum abzuwarten.

Nach weiteren Auseinandersetzungen einigten sich die Prozeßparteien dahingehend, daß der Kl. der Bekl. den Ankauf von zwei Teilflächen, u.a. zur Nutzung als Standort für einen Wendehammer, anbieten sollte, wobei für die eine Teilfläche ein Quadratmeterpreis von 350,– DM und für die andere Teilfläche ein Quadratmeterpreis von 40,– DM gelten sollte. Im Gegenzug erklärte sich die Bekl. bereit, eine Ortsabrundungssatzung zu erlassen, durch die für die Flurstücke Baurecht entstehen würde. Entsprechend dieser Vereinbarung wurde in der Folgezeit verfahren.

Die Bekl. stellte einen Entwurf einer Ortsabrundungssatzung auf, in dem die Grenzen des im Zusammenhang bebauten Ortsteils neu festgelegt wurden. Dieser Entwurf, mit dem die vom Kl. erworbenen Flurstücke in den Innenbereich der Gemeinde einbezogen wurden, so daß sich nunmehr die planungsrechtliche Zulässigkeit von Bauvorhaben nach § 34 BauGB richtete, wurde vom Gemeinderat der Bekl. beschlossen und trat am 25. 8. 1992 in Kraft, so daß ab diesem Zeitpunkt gem. § 34 Abs. 4 BauGB für die Grundstücke des Kl. Baurecht entstand.

Bereits vorher, nämlich am 4. 11. 1991, hatte der Kl. vereinbarungsgemäß ein notarielles Angebot auf Abschluß eines Kaufvertrages abgegeben, in dem er der Bekl. unwiderruflich anbot, von ihm zum Kaufpreis von 210.000,– DM bzw. zum Kaufpreis von 3.840,– DM zwei Teilflächen zu erwerben. Nach der notariellen Angebotsurkunde konnte die Bekl. dieses Angebot nur innerhalb einer Frist von einem Monat, gerechnet von dem Tage an, an welchem eine Ortsabrundungssatzung, in welcher die Grundstücke des Kl. einbezogen sind, rechtswirksam geworden ist, angenommen werden. Des weiteren konnte die Annahme durch die Bekl. nur erfolgen, wenn für die im Eigentum des Kl. stehenden und nach Annahme des Angebots durch die Bekl. verbleibenden Flächen der Grundstücke Baurecht entstand.

Mit notarieller Erklärung vom 2. 9. 1992 nahm die Bekl. das notarielle Kaufangebot des Kl. an. Die Bekl. bezahlte in der Folgezeit an den Kl. die vereinbarten Kaufpreise.

Mit notarieller Erklärung vom 24. 11. 1993 erklärten die Prozeßparteien die Auflassung. Eines der vom Kl. an die Bekl. verkauften Teilgrundstücke wurde in der Folgezeit von der Bekl. zum Kaufpreis von 618.000,– DM weiterverkauft.

Der Kl. war und ist der Auffassung, daß der Kaufvertrag nichtig sei. Der Kl. beantragte daher, die Bekl. zu verurteilen, an ihn 330.000,– DM nebst 4 % Zinsen hieraus seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Das LG hat die Klage abgewiesen.

Mit seiner Berufung verfolgt der Kl. seinen Zahlungsantrag in voller Höhe weiter.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung des Kl. hat in der Sache Erfolg. Die Bekl. ist aus ungerechtfertigter Bereicherung verpflichtet, an den Kl. den eingeklagten Betrag von 330.000,– DM nebst Zinsen zu bezahlen.

(...)

Der zwischen den Prozeßparteien abgeschlossene notarielle Kaufvertrag ist sowohl gem. § 134 BGB als auch gem. § 138 BGB nichtig. Der zwischen den Prozeßparteien abgeschlossene Kaufvertrag ist kein öffentlich-rechtlicher Vertrag i.S.d. Art. 54 ff. BayVwVfG, sondern ein nach zivilrechtlichen Vorschriften zu beurteilender Kaufvertrag. Dieser Kaufvertrag beinhaltet ein unzulässiges Koppelungsgeschäft, nicht jedoch einen Verstoß gegen § 2 Abs. 3 BauGB. In diesem Kaufvertrag hat sich die Bekl. nämlich gegenüber dem Kl. nicht verpflichtet, Baurecht auszuweisen. Vielmehr war es der Bekl. nach diesem Vertrag freigestellt, ob sie eine Ortsabrundungssatzung erließ. Für den Fall, daß sie eine solche Ortsabrundungssatzung nicht erlassen hätte, wäre sie allerdings an einer Annahme des Kaufangebots des Kl. gehindert gewesen. Durch diese Art der Vertragsgestaltung wurde keinerlei Verpflichtung der Bekl. zur Schaffung von Baurecht begründet.

Jedoch wurde in diesem Kaufvertrag ein begünstigender Verwaltungsakt der Bekl., nämlich die Ausdehnung des Baurechts mittels einer Ortsänderungssatzung, mit der Gewährung wirtschaftlicher Leistungen seitens des Kl. als Begünstigtem des Verwaltungsaktes an die Bekl. als Behörde verknüpft. Damit hat die Bekl. in unzulässigerweise die Erfüllung ihrer hoheitlichen Aufgaben von wirtschaftlichen Gegenleistungen abhängig gemacht. Nach der st. Rspr. des BGH darf eine Behörde ohne gesetzliche Ermächtigung die Erfüllung ihrer amtlichen Aufgaben, insbesondere einen in ihrem Ermessen stehenden hoheitlichen Verwaltungsakt, nicht von wirtschaftlichen Gegenleistungen eines Gesuchstellers abhängig machen. Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz macht in der Regel einen auf die Gewährung solcher Gegenleistungen gerichteten Vertrag unter dem Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB nichtig (vgl. BGH Deutsche Verwaltungsblätter 1972 S. 824 ff. m.w.N.). Vorliegend lag der Erlaß einer Ortsabrundungssatzung, mit der die Grenzen und die Abrundung der im Zusammenhang bebauten Ortsteile neu festgelegt wurden und neues Baurecht geschaffen wurde, im Ermessen der Bekl. Unstreitig hatte sich die Bekl. 1991 entschlossen, das gemeindliche Einvernehmen für einen etwaigen Bauantrag des Kl. für das Flurstück, das zu diesem Zeitpunkt noch im Außenbereich lag, zu verweigern und den Kl. auf einen jahrelang dauernden Klageweg zu verweisen. Gleichzeitig bot jedoch die Bekl. dem Kl. den Erlaß einer Ortsabrundungssatzung und damit die Schaffung von Baurecht für das vorgenannte Grundstück an, wenn dieser einen Grundstücksteil dieses Grundstücks zu einem Quadratmeterpreis von 350,– DM der Bekl. überlassen würde. Da der Kl. selbst dieses Grundstück kurz vorher als Bauerwartungsland zum Quadratmeterpreis von 650,– DM gekauft hatte und die Bekl. nach dem Erwerb dieses Teilgrundstückes dieses als Bauland zum Quadratmeterpreis von 1.030,– DM weiterverkaufte, hat sie dieses vom Kl. zu einem Kaufpreis erworben, der weit unter dem Verkehrswert eines Baugrundstücks lag. Da der Kaufvertrag erst durch die notarielle Annahme des Kaufangebotes des Kl. durch die Bekl. am 2. 9. 1992 zustande kam und zu diesem Zeitpunkt das verkaufte Teilgrundstück wegen des Inkrafttretens der Ortsabrundungssatzung am 25. 8. 1992 unstreitig Bauland war, kommt es nicht auf die Behauptung der Bekl. an, daß ein Quadratmeterpreis von 350,– DM dem Verkehrswert von Bauerwartungsland im Jahr 1991 oder 1992 entsprach. Daß ein Quadratmeterpreis von mindestens 900,– DM für Bauland dem Verkehrswert entsprach, wurde von der Bekl. nicht bestritten. Vielmehr hat sie selbst im Jahr 1993 das vom Kl. erworbene Teilgrundstück für den Quadratmeterpreis von 1.030,– DM weiterverkauft. Infolge dieses eklatanten Mißverhältnisses zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem tatsächlichen Verkehrswert des verkauften Grundstückes ist dieser Kaufvertrag sittenwidrig und damit nichtig.

Darüber hinaus liegt ein sittenwidriges Koppelungsgeschäft gem. § 138 BGB vor. Ein Ausnahmetatbestand, in dem ein solches Koppelungsgeschäft wirksam ist, liegt nicht vor. Die Bekl. hat durch den Kaufvertragsabschluß keinen im Interesse des einzelnen und der Allgemeinheit liegenden Interessenausgleich dadurch herbeigeführt, daß der Kl. bestimmte Leistungsverpflichtungen übernahm und die Bekl. als Behörde die sonst gegen die erstrebte Maßnahme bestehenden Bedenken zurückgestellt hat. Insbesondere hat die Bekl. die Schaffung von Baurecht für die Grundstücke des Kl. nicht von solchen wirtschaftlichen Leistungen des Kl. als Bauherr und von Auflagen abhängig gemacht, die im inneren Zusammenhang mit den Zwecken einer dem Kl. angekündigten Ablehnung eines Bauantrages standen und den Kl. im Grunde nicht schlechter stellten als bei Durchführung hoheitlicher Maßnahmen. Auch hatte die Bekl. für die zunächst angekündigte Ablehnung einer vom Kl. erbetenen Baugenehmigung keine sachlich gerechtfertigten Gründe, denen durch den Verkauf eines Teilgrundstücks zu einem günstigen Preis entscheidend der Boden entzogen worden wäre. Insbesondere diente der Grundstückserwerb der Bekl. unstreitig nicht zur Realisierung der Bauleitplanung im Rahmen eines sogenannten Einheimischenmodells, in dem ausnahmsweise die Verknüpfung zwischen Grundstückserwerb und Baulandausweisung nach der gesetzgeberischen Wertentscheidung des § 56 VwVfG zulässig ist (vgl. BGH MDR 1999, 149, BGHZ 26, 84 ff., BGH WM 1966, 1039). Bei dem Erlaß der Ortsabrundungssatzung durch die Bekl. handelte es sich um eine Ermessensentscheidung, die diese pflichtgemäß vorzunehmen hatte. Die ihr dabei gezogenen Grenzen überschritt sie, wenn sie den Erlaß dieser Ortsabrundungssatzung davon abhängig machte, daß der Kl. ihr wirtschaftliche Vorteile gewährte, die in keiner Beziehung zur Ausübung dieses gemeindlichen Ermessens standen. Die Ermessensausübung der Bekl. blieb auch dann rechtsmißbräuchlich, wenn sie bei Nichtübertragung des von ihr geforderten Grundstücksteils die Ortsabrundungssatzung nicht erlassen hätte, da dann diese Ermessensentscheidung von nicht sachgerechten Motiven beeinflußt worden wäre. Andere vernünftige und nachvollziehbare Gründe, die einen Nichterlaß der Ortsabrundungssatzung gerechtfertigt hätten, hat die Bekl. weder vorgetragen noch sind solche ersichtlich. Daß der Kaufvertrag zwischen den Prozeßparteien ein sittenwidriges Koppelungsgeschäft darstellt, ergibt sich auch daraus, daß hierbei die gesetzgeberischen Wertentscheidungen der §§ 56 VwVfG und 11 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 BauGB nicht berücksichtigt wurden. Danach durfte die Bekl. öffentliche Aufgaben mit den Mitteln des Privatrechts verfolgen, wenn die Gegenleistung des Kl. für einen bestimmten Zweck im Vertrag vereinbart worden wäre und der Behörde zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe gedient hätte. Hierbei mußte jedoch die Gegenleistung des Kl. den Gesamtumständen nach angemessen sein und in sachlichem Zusammenhang mit der vertraglichen Leistung der Bekl. stehen. Auch hieran fehlte es im vorliegenden Fall, da der zwischen den Prozeßparteien abgeschlossene Kaufvertrag ohne Zweckbestimmung des beim Weiterverkauf erzielten Mehrerlöses war und der Bekl. die Verwendung dieses Erlöses freigestellt blieb. Der Kl. hatte zwar weder einen Anspruch darauf, daß überhaupt ein Bebauungsplan erlassen wurde noch daß seine Grundstücke in diesen Plan einbezogen wurden, jedoch einen Anspruch darauf, daß die Bekl. ihr Ermessen nicht von Leistungen abhängig machte, die mit ihrer Ermessensausübung nichts zu tun hatten. Ein sittenwidriges Gepräge bekommt dieser Kaufvertrag auch dadurch, daß der Kl. nicht von sich aus und aus freien Stücken der Bekl. den An-

kauf dieses Teilgrundstücks zu dem dann beurkundeten Kaufpreis angeboten hat, sondern daß er von der Bekl. hierzu dadurch genötigt wurde, daß sie den Erlaß einer Ortsabrundungssatzung und damit die Schaffung von Baurecht für die übrigen Grundstücke des Kl. davon abhängig machte, daß dieser der Bekl. dieses Teilgrundstück unter Wert verkaufte.

(...)

Infolge der Nichtigkeit des zwischen den Prozeßparteien abgeschlossenen Kaufvertrages kann damit der Kl. grundsätzlich von der Bekl. gem. § 812 Abs. 1 S. 1 BGB gegen Rückzahlung des an ihn gezahlten Kaufpreises die Rückübereignung des Teilgrundstückes verlangen. Da die Bekl. zwischenzeitlich dieses Grundstück an einen Dritten weiterverkauft und aufgelassen hat und damit zur Rückübertragung dieses Grundstücks unvermögend geworden ist, richtet sich der Bereicherungsanspruch des Kl. gem. § 818 Abs. 2 BGB auf den Wertersatz dieses Grundstücks.

(...)

3. Liegenschaftsrecht – Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit – hier: Wohnungsbesetzungsrecht – auf unbegrenzte Zeit.

(BayObLG, Beschluß vom 22. 5. 2000 – 2Z BR 43/00 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

BGB § 1090

Die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in der Form eines Wohnungsbesetzungsrechts für eine juristische Person setzt nicht zwingend voraus, daß das Recht zeitlich begrenzt ist.

Zum Sachverhalt:

Die Bet. zu 1) sind die Eigentümer von zwei Grundstücken. Auf diesen soll ein Betriebsgebäude mit zwei Wohnungen errichtet werden.

Die Bet. zu 1) bestellten an dem Grundbesitz zugunsten des Bet. zu 2), eines Bundeslandes, eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit und bewilligten deren Eintragung im Grundbuch. Die Dienstbarkeit soll folgenden Inhalt haben:

„Die Wohnungen dürfen nur von Personen genutzt werden, die durch den jeweiligen Eigentümer des dienenden Grundstücks mit Zustimmung des Bet. zu 2) bestimmt werden; die Zustimmung gilt als erteilt für Personen, die entweder Inhaber des auf dem dienenden Grundstück betriebenen Gewerbebetriebes sind oder hauptberuflich im Gewerbebetrieb des Bestimmungsberechtigten tätig sind oder zu dessen noch nicht selbständigen und wirtschaftlich oder durch andere Lebensumstände von ihm abhängigen Familienangehörigen gehören.

Dem Eigentümer des dienenden Grundstücks ist es infolge dessen auf unbegrenzte Zeit untersagt, die Wohnungen in dem Betriebsgebäude anders zu nutzen, als vorstehend angegeben.

Das Recht, solches zu untersagen, steht dem Bet. zu 2) zu und wird diesem eingeräumt."

Das GBA hat den Antrag auf Eintragung der Dienstbarkeit durch Zwischenverfügung beanstandet. Das LG hat die Beschwerde der Bet. gegen die Zwischenverfügung durch Beschluß zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Bet.

Aus den Gründen:

Das Rechtsmittel hat Erfolg. Es führt zur Aufhebung der Entscheidung des LG und der Zwischenverfügung des GBA.

(...)

a) Bei dem zur Eintragung beantragten Recht handelt es sich um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit in der Form eines Wohnungsbesetzungsrechts (§§ 1090, 1018 BGB). Nach dem Inhalt des Rechts sollen auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen, nämlich die Überlassung der Wohnungen auf dem Grundstück an beliebige Personen. Damit liegt eine Unterlassungsdienstbarkeit vor (Fall 2 des § 1018 BGB). Die grundsätzliche Zulässigkeit einer solchen Unterlassungsdienstbarkeit in der Form eines Wohnungsbesetzungsrechts, mit der öffentliche Interessen verfolgt werden, steht heute nicht mehr in Frage (BayObLGZ 1982, 184; vgl. BayObLGZ 1989, 89, 94 und 347 = DNotZ 1990, 506; Haegele/Schöner/Stöber, 11. Aufl., Rn. 1205; Bauer/v. Oefele/Bayer, GBO, AT III, Rn. 323; KEHE/Herrmann, 5. Aufl., Einl. N, Rn. 54, Demharter, 23. Aufl., Anh. zu § 44 GBO, Rn. 24). Welches öffentliche Interesse verfolgt und durch die Dienstbarkeit gesichert werden soll, läßt sich der Eintragungsbewilligung im einzelnen nicht entnehmen.

b) Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist nach der gesetzlichen Ausgestaltung grundsätzlich an die Person des Berechtigten gebunden, also nicht übertragbar (§ 1092 Abs. 1 BGB) und nicht vererblich (§ 1090 Abs. 2 i.V.m. § 1061 BGB). Sie belastet ein Grundstück daher grundsätzlich nur auf eine begrenzte Zeit. Daraus folgert das LG die Notwendigkeit einer zeitlichen Beschränkung auch im vorliegenden Fall, in dem Berechtigter nicht eine natürliche, sondern eine juristische Person ist. Dies beruht auf einem Rechtsfehler.

c) Das Gesetz läßt es zu, daß Berechtigter einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit auch eine juristische Person ist (§ 1092 Abs. 2 BGB). Damit scheidet von vornherein schon eine Begrenzung des Rechts auf einen bestimmten Zeitraum wie die Lebensspanne eines Menschen aus. Außerdem ist in diesem Fall, da §§ 1059 a ff. BGB entsprechend anwendbar sind (§ 1092 Abs. 2 BGB), das Recht grundsätzlich auch übertragbar (vgl. § 1059 a Abs. 1 BGB). Aus dem Gesetz läßt sich damit nicht ableiten, daß eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten einer juristischen Person immer zeitlich beschränkt sein muß. Die vom GBA verlangte Beschränkung auf 25 Jahre wäre im übrigen willkürlich. Eine zeitliche Begrenzung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit als eines dinglichen Rechts wird auch bei der dinglichen Sicherung einer Getränkebezugsverpflichtung jedenfalls dann nicht verlangt, wenn sich aus der für das GBA allein maßgebenden Eintragungsbewilligung eine Rechtfertigung hierfür nicht ableiten läßt (vgl. BGH NJW 1988, 2364 = DNotZ 1988, 572; BayObLGZ 1985, 290, 294 = DNotZ 1986, 620 = MittRhNotK 1985, 235).

Es trifft auch nicht zu, daß in Rspr. und Schrifttum ganz überwiegend verlangt werde, die Dauer der Dienstbarkeit müsse beschränkt sein. Haegele/Schöner (Rn. 1205) halten dies für geboten, aber nicht für zwingend notwendig; Bauer/v. Oefele/Bayer, (III, Rn. 323) empfiehlt eine zeitliche Begrenzung; Odersky (Festschrift 125 Jahre Bayerisches Notariat, S. 213, 222) meint, der Grundsatz der gesetzlichen Ausgestaltung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit als nicht übertragbares und nicht vererbliches Recht solle auch bei der Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für eine juristische Person angemessen Rechnung getragen werden. In dem der Entscheidung BayObLGZ 1989, 89 zugrundeliegenden Fall war die Dienstbarkeit auflösend bedingt bestellt und bewilligt. Der Entscheidung kann nicht entnommen werden, daß ohne eine solche Begrenzung des Rechts dieses nicht hätte eingetragen werden können; entsprechendes gilt für die Entscheidung BayObLGZ 1982, 184 (s. dazu insbesondere S. 190). Auch wenn damit die Eintragung des zeitlich nicht begrenzten Rechts zulässig ist, schließt dies nicht aus, daß bei veränderten Umständen der Grundstückseigentümer einen Anspruch gegen den Dienstbarkeitsberechtigten auf Aufhebung und Löschung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit haben kann.

4. Liegenschaftsrecht/Notarrecht – Unwirksamkeit der Auflassung vor einem ausländischen Notar

(LG Ellwangen/Jagst, Beschluß vom 26. 11. 1999 – 1 T 205/99)

EGBGB Art. 11 Abs. 5
BGB § 925

Die Beurkundung einer Auflassung bezüglich eines in Deutschland gelegenen Grundstücks durch einen ausländischen Notar erfüllt nicht die Wirksamkeitsvoraussetzungen des § 925 Abs. 1 S. 2 BGB.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Mit seiner Beschwerde begehrt der Ast. Ziff. 2) die Eintragung der aus den Ast. bestehenden GbR bzw. ihrer Gesellschafter als Eigentümer des Grundstücks.

Die Ast. sind in Erbengemeinschaft als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Sie haben vor dem Schweizer Notar einen notariellen Vertrag abgeschlossen und beurkunden lassen, mit dem sie eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach deutschen Gesetzesbestimmungen gegründet und die Auflassung von mehreren im Eigentum der Erbengemeinschaft befindlichen Grundstücken an die GbR erklärt haben.

Das GBA hat den Antrag auf entsprechende Änderung der Grundbucheintragung mit der Begründung zurückgewiesen, die Auflassung sei aus zweierlei Gründen unwirksam. Zum einen, weil sie vor einem Schweizer Notar erklärt worden sei, obwohl sie wirksam gem. § 925 BGB nur vor einem deutschen Notar abgegeben werden könne. Zum anderen sei die Auflassung an die GbR erklärt worden, die aber als Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht rechtsfähig sei und deshalb nicht als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen werden könne.

Gegen diesen Beschluss hat der Ast. Ziff. 2) Beschwerde eingelegt.

Das GBA hat die Beschwerde ohne Abhilfe dem LG vorgelegt.

Aus den Gründen:

(...)

Die Beschwerde ist nicht begründet, weil keine wirksame Auflassung erklärt worden ist. Die Beurkundung einer Auflassung bezüglich eines in Deutschland gelegenen Grundstücks durch einen ausländischen Notar erfüllt nämlich nicht die Wirksamkeitsvoraussetzungen des § 925 Abs. 1 S. 2 BGB. Dies entspricht allg. M. in Rspr. und Kommentarlit. (KG DNotZ 1987, 44 = MittRhNotK 1986, 262, OLG Köln DNotZ 1972, 489, Staudinger/Ertl, 12. Aufl., § 925 BGB, Rn. 80, Soergel/Stürner, 12. Aufl., § 925 BGB, Rn. 19, MüKo/Kanzleiter, 3. Aufl., § 925 BGB, Rn. 13, RGRK/Augustin, 12. Aufl., § 925 BGB, Rn. 69, Ehrmann/Hagen, 9. Aufl., § 925 BGB, Rn. 16, Palandt/Bassenge, 58. Aufl., § 925 BGB, Rn. 2, Meikel/Lichtenberger, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 20 GBO, Rn. 60, Horber/Demhardter, 20. Aufl., § 20 GBO, Rn. 15 jeweils m.w.N.). Gem. Art 11 Abs. 5 EGBGB ist das deutsche Recht auf die Form des dinglichen Erwerbsgeschäft beim Erwerb inländischer Grundstücke anzuwenden (vgl. Bausback, DNotZ 96, 254). Entscheidend ist deshalb, wie § 925 BGB verstanden wird. Die Kammer schließt sich insoweit der ganz herrschenden Ansicht (vgl. die oben aufgeführten Zitate) an. Die Gegenansicht, die z.B. Mann (NJW 1955, 1177 ff.) vertreten hat, ist nicht zutreffend, da schon der Ausgangspunkt dieser Abhandlung nicht richtig ist, indem dort die Meinung vertreten wird, § 925 BGB sei dahin zu verstehen, dass mit „jeder Notar" alle, auch ausländische Notare gemeint seien. Dies ist gerade nicht so, wie sich aus der Entstehungsgeschichte des § 925 BGB ergibt. Insoweit wird auf die zutreffenden Ausführungen des Kammergerichts, DNotZ 1987, 44 = MittRhNotK 1986, 262 insbesondere 46, 47 verwiesen, die sich die Kammer zu eigen macht.

Zwar wird von Kommentaren zum EGBGB (Soergel/Kegel, 12. Aufl., Art. 11 EGBGB, Rn. 35 und MüKo/Spellenberg, 3. Aufl., Art. 11 EGBGB, Rn. 45) die Auffassung vertreten, die Tatsache, dass die Auflassung deutscher Grundstücke nicht vor ausländischen Notaren erklärt werden könne, sei rechtspolitisch wenig einleuchtend bzw. habe nur historische Gründe. Dies ändert aber nichts daran, dass § 925 BGB in der oben beschriebenen Weise auszulegen ist. Diese Kritik kann deshalb nicht zu einer Änderung der Rspr. führen, solange der Gesetzgeber § 925 BGB nicht geändert hat.

Soweit der Bf. sich auf die Entscheidungen des BGH (BGHZ 80, 76 ff.) und des LG Nürnberg/Fürth (NJW 1992, 633) bezieht, so ist festzustellen, dass diese Entscheidungen nicht zu § 925 BGB ergangen sind, sondern zu § 53 GmbHG bzw. zu Vorschriften des Aktiengesetzes. Diese Normen unterscheiden sich von § 925 BGB dadurch, dass in ihnen lediglich gesagt ist, dass die Gesellschafterbeschlüsse notariell beurkundet werden müssen, während § 925 Abs. 1 S. 2 BGB bestimmt, dass zur Entgegennahme der Auflassung unbeschadet der Zuständigkeit weiterer Stellen jeder Notar zuständig ist. Deshalb kann aus diesen Entscheidungen nichts zu Gunsten des Bf. hergeleitet werden, solange – wie oben ausgeführt – der zuständige Notar ein deutscher Notar sein muss.

Die Frage, ob die Auflassung auf die GbR im Wege der Umdeutung in eine solche auf die einzelnen Gesellschafter verstanden werden kann, bedarf deshalb keiner Entscheidung.

5. Familienrecht – Verfassungsmäßigkeit der §§ 1626 a ff. BGB bei Bestehen einer Konfliktlage zwischen den nichtehelichen Eltern
(OLG Stuttgart, Beschluss vom 2. 12. 1999 – 18 UF 259/99 – nicht rechtskräftig)

GG Art. 6 Abs. 2 S. 1 Abs. 5
BGB § 1626 a

Der Ausschluss des nichtehelichen Vaters von der elterlichen Sorge bei Nichtabgabe der Sorgeerklärung durch die Mutter ist verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn eine Konfliktlage zwischen den Eltern besteht.

(Leitsatz nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Ast. und die Ag., beide erwerbstätig, sind die nichtehelichen Eltern des Kindes. Im Zeitpunkt der Geburt haben die Eltern zusammengewohnt. Nach der Geburt hat die Ag. ihr Volontariat begonnen; bis zu dessen Beendigung hat sich der Ast. neben seiner Erwerbstätigkeit her vornehmlich um die Pflege und Erziehung des Kindes bemüht.

1996 ist die Ag. mit dem Kind aus der gemeinsamen Wohnung ausgezogen. Die Eltern haben eine Vereinbarung zum Aufenthalt des Kindes geschlossen und darin festgelegt, dass es sich von Montag bis Mittwoch abends beim Ast. und von Mittwoch abends bis einschließlich Freitag bei der Ag. aufhält und die Wochenenden den Eltern in wöchentlichem Wechsel zufallen.

Bereits vor und auch nach Inkrafttreten des Kindschaftsrechtsreformgesetzes hat der Ast., der vor dem Landratsamt – Kreisjugendamt – erklärt hat, die elterliche Sorge gemeinsam mit der Ag. ausüben zu wollen, diese gebeten, gleichfalls eine Sorgeerklärung dahin abzugeben, dass die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam ausüben wollen. Die Ag. hat die Abgabe einer Sorgeerklärung abgelehnt.

Die Verweigerungshaltung der Ag. war Anlass für den Ast., beim Familiengericht den Antrag zu stellen, den Eltern die elterliche Sorge (...) gemeinsam zu übertragen.

Aufgrund des anhaltenden Widerstandes der Ag. hat das Familiengericht den Antrag des Ast. zurückgewiesen.

Gegen diesen Beschluss hat der Ast. Beschwerde eingelegt.

Aus den Gründen:

(...)

Die Beschwerde ist nicht begründet.

a) Die gesetzliche Regelung in den §§ 1626 a ff. BGB sieht einen Anspruch eines nichtehelichen Vaters auf Teilhabe am Sorgerecht für sein Kind nicht vor, wenn die Mutter die Erklärung, dass sie die elterliche Sorge gemeinsam mit dem nichtehelichen Vater ausüben will (§ 1626 a Abs. 1 Nr. 1 BGB), nicht abgibt. Diese gesetzliche Regelung ist klar und eindeutig

und damit einer – auch verfassungskonformen – Auslegung nicht zugänglich. Sie entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers des Kindschaftsrechtsreformgesetzes, der die Entscheidung des BVerfGE 84, 168 = NJW 1991, 1994 = FamRZ 1991, 913, 915 f. Nach dieser Entscheidung verstößt der Ausschluss eines nichtehelichen Vaters von der elterlichen Sorge dann gegen Art. 6 Abs. 2 GG, wenn die Eltern zusammenleben, beide bereit und in der Lage sind, die elterliche Verantwortung zu übernehmen, und dies dem Wohl des Kindes entspricht – wobei das BVerfG davon ausgeht, dass Letzteres in der Regel gegeben ist, wenn die anderen Voraussetzungen vorliegen.

Diese Regelung ist auf verfassungsrechtliche Vorbehalte gestoßen, weil sie keine völlige Gleichstellung nichtehelicher mit ehelichen Vätern bringt und das gemeinsame Sorgerecht vom nicht überprüfbaren Wohlwollen der Mütter, das lediglich der Eingriffsschwelle aus § 1666 BGB unterliegt, abhängig macht (etwa Coester FamRZ 1995, 1245, 1247; ders. FamRZ 1996, 1181, 1184; Willutzki Rpfleger 1997, 336, 337; Stellungnahme der Sorgerechtskommission des Deutsche Familiengerichtstags zum Kindschaftsrechtsreformgesetz, FamRZ 1997, 337, 338, 340; Diederichsen NJW 1998, 1977, 1983; a.A. Dethloff NJW 1992, 2200, 2201; Baer DAVorm 1996, 855, 858 f.). Diesen Stimmen sowie dem Ast. ist zuzugeben, dass der Ausschluss des nichtehelichen Vaters von der elterlichen Sorge bei Nichtabgabe der Sorgeerklärung durch die Mutter gegen sein Recht auf die verantwortliche Pflege und Erziehung des Kindes verstoßen kann, wenn keine billigenswerten Motive für das Verhalten der Mutter ersichtlich sind (dazu auch Lipp FamRZ 1998, 65, 70: willkürliches Verhalten der Mutter). Diese Voraussetzungen liegen jedoch – wie noch dargelegt wird – nicht vor, weshalb jedenfalls der Ausschluss des Ast. vom gemeinsamen Sorgerecht nicht gegen seine Grundrechte verstößt; einer Aussetzung des Verfahrens und Vorlage an das BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG bedarf es deshalb vorliegend nicht.

b) aa) Für die Aufrechterhaltung der gemeinsamen Sorge für eheliche Kinder nach Trennung und Scheidung ist die Kooperationsfähigkeit und -willigkeit der Eltern erforderlich, sofern deren Fehlen keine negativen Auswirkungen auf das Wohl des Kindes haben kann; sind solche Auswirkungen nicht auszuschließen, entspricht die Übertragung des alleinigen Sorgerechts auf einen Elternteil nach § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB n.F. dem Wohl des Kindes am besten (BGH, Beschluss vom 29. 9. 1999 – XII ZB 3/99 –; OLG Stuttgart OLGR 1999, 283, 284).

Das BVerfG (BVerfGE 84, 168 = NJW 1991, 1994 = FamRZ 1991, 913, 915 f.) lässt dahingestellt, ob weiterhin von einer Konfliktsituation zwischen Eltern eines nichtehelichen Kindes als Regelfall ausgegangen werden kann, weil es nur einen Fall zu beurteilen hatte, in dem eine solche Konfliktlage gerade nicht gegeben war. Doch ist aus dieser Entscheidung zu schließen, dass es eine Alleinsorge für verfassungsrechtlich unbedenklich hält, wenn eine Konfliktlage zwischen den Eltern besteht. Dies entspricht der Rechtslage zu § 1671 Abs. 4 S. 1 BGB a.F. (dazu BVerfGE 61, 358 = NJW 1983, 101 = FamRZ 1982, 1179, 1182) und – wie dargelegt – zu § 1671 Abs. 2 Nr. 2 BGB n.F. Jedenfalls diese „Minimalvoraussetzungen" müssen auch für nichteheliche Eltern gelten.

Darüber hinaus kann der Entscheidung des BVerfGE 84, 168 = NJW 1991, 1994 = FamRZ 1991, 913, 916 entnommen werden, dass auch von Verfassungs wegen ein gemeinsames Sorgerecht die Bereitschaft beider Eltern zur gemeinsamen Elternverantwortung erfordert. Dem entspricht das Kindschaftsrechtsreformgesetz durch das Erfordernis übereinstimmender Sorgeerklärungen. Ob es daneben auch noch auf das Zusammenleben von Vater und Mutter mit dem Kind ankommt, kann vorliegend dahingestellt bleiben, zumal dieses – fehlende – Zusammenleben in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft wohl durch die „wochenhälftige" Aufteilung der Betreuung kompensiert würde.

bb) Obwohl die Eltern keine grundlegenden Schwierigkeiten bei der von ihnen gewählten Betreuung des Kindes durch sie sehen, kann vorliegend weder davon ausgegangen werden, dass sie im erforderlichen Umfang kooperationsbereit sind, noch dass ihre fehlende Kooperationsbereitschaft ohne negative Auswirkungen auf das Kind bleiben würde.

Die Anhörung der Eltern durch den Senat hat ergeben, dass die Ag. durch das Verhalten des Ast. im Zuge der Trennung und auch noch danach persönlich schwer getroffen worden ist. Insbesondere kam es zu Herabwürdigungen ihrer Person im Zusammenhang mit ihren neuen Partnern, denen sich der Ast. auch in Anwesenheit des Kindes und gerade auch ihm gegenüber nicht enthalten konnte und infolge der eigenen Kränkung durch die von der Ag. vollzogene Trennung wohl auch nicht wollte. So hat er dem Sohn gegenüber einen Partner der Ag. als „Arschloch" bezeichnet und ihm eine an die Ag. gerichtete, in deren Wohnung herumliegende Postkarte mit dem Bemerken vorgelesen, „da müsse er ja kotzen". Diese Äußerungen können nicht ohne negative Auswirkungen auf das Kind bleiben, die dann ja auch eingetreten sind: das Kind spielt die Eltern in ungewöhnlichem Maße gegeneinander aus. So wandte er sich einmal umgehend telefonisch an den Ast., als ihm die Ag. nach der späten Rückkehr von einer Urlaubsreise das Fernsehen untersagt hatte, und bat diesen, ihn abzuholen; obwohl die Ag. dem Ast. die Situation schilderte und ihn bat, nicht zu kommen, fuhr der Ast. in die Wohnung der Ag. und machte damit auch dem Kind klar, wie wenig er sich an die Wünsche der Mutter und ihre Erziehungsmaßnahmen gebunden fühlt. Dies lässt verständlich und billigenswert erscheinen, dass sich die Mutter des alleinigen Bestimmungsrechts für das Kind nicht begeben möchte. Dass der Ast. alle diese – beispielhaften – Vorkommnisse auf die Ebene von im Zuge einer Trennung nachgerade unvermeidlichen Bagatellen verweisen möchte, ist zwar verständlich, ändert aber nichts an der verständlichen tiefen persönlichen Betroffenheit der Ag.

Zudem besteht das vom Ast. behauptete Einvernehmen zwischen den Eltern in Sorgerechtsangelegenheiten so uneingeschränkt nicht. Denn der Ast. hat bei seiner Anhörung durch den Senat beklagt, dass er als Nicht-Mitinhaber des Sorgerechts von der Ag. dominiert werde, weil sie ja letztendlich das alleinige Sagen habe. Also fühlt er sich „unterdrückt" und ist materiell gerade nicht mit der Ag. einig, sondern kann seine unterschiedlichen Auffassungen eben nur nicht durchsetzen. Von einem gemeinsamen Sorgerecht erhofft er sich, dass ihm dies gelingen könnte. Erste Anklänge in diese Richtung ergaben sich bei der Anhörung des Ast., bei der er den für ihn sehr weiten Weg zu der von dem Kind auf Veranlassung der Ag. besuchten Schule beklagt hatte.

Danach lägen einfach-rechtlich die Voraussetzungen für ein gemeinsames Sorgerecht nicht vor, auch wenn man insoweit eine gesetzliche Regelung annehmen würde, ohne dass von einer verfassungswidrigen Beschneidung des Ast. in seinen Sorgerechten ausgegangen werden könnte.

(...)

Die weitere Beschwerde wird zur Klärung der Voraussetzungen eines gemeinsamen Sorgerechts nichtehelicher Eltern zugelassen (§§ 621 e Abs. 3 S. 2, 546 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ZPO).

Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. auch Vorlagebeschluss des AG Groß-Gerau vom 8. 12. 1999 – 71 F 710/99 – zur Frage der Verfassungsmäßigkeit von § 1626 a BGB.

6. Familienrecht – Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der §§ 1626 a, 1672 BGB, hier: Vorlage an das BVerfG

(AG Korbach, Beschluss vom 16. 8. 1999 – 7 F 10/99)

GG Art. 6 Abs. 2 S. 1, Abs. 5
BGB §§ 1626 a; 1672

Es wird die Entscheidung des BVerfG zu der folgenden Frage eingeholt: Ist es mit dem Grundgesetz vereinbar,

dass gemäß §§ 1626 a, 1672 BGB der Vater eines nichtehelichen Kindes, der mit der Kindesmutter und dem Kind mehrere Jahre in einer familienähnlichen Lebensgemeinschaft zusammengelebt hat, nach Trennung der Eltern ohne Rücksicht auf die konkreten Umstände des Einzelfalls die gemeinsame elterliche Sorge für sein Kind nicht zugesprochen erhalten kann, solange die Kindesmutter ihre Zustimmung hierzu verweigert?

Zum Sachverhalt:

Der Ast. und die Ag. lebten in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammen. Aus ihrer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist der 1990 geborene Sohn N. hervorgegangen. Der Ast. beantragte die Übertragung des gemeinsamen Sorgerechts für seinen Sohn N. Die Ag. lehnt eine gemeinsame elterliche Sorge ab.

Aus den Gründen:

Das Verfahren wird gemäß Artikel 100 I GG ausgesetzt und dem BVerfG zur Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der §§ 1626 a, 1672 BGB vorgelegt, da das Familiengericht die vorgenannten Vorschriften für verfassungswidrig hält (1) und es vorliegend auf die Gültigkeit dieser Vorschriften ankommt (2).

1. Die Regelung der §§ 1626 a, 1672 BGB ist nach Ansicht des Familiengerichts jedenfalls insoweit verfassungswidrig, als dem Vater eines nichtehelichen Kindes ausnahmslos – ohne das es auf die Umstände des Einzelfalles ankommt – immer dann die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge mit der Kindesmutter verwehrt wird, wenn diese ihre Zustimmung hierzu (aus welchen Gründen auch immer) verweigert. Das Gericht sieht hierin einen Verstoß gegen das Elternrecht des Artikel 6 II 1 GG (a) und gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Artikel 6 V GG (b).

a) Nach Artikel 6 II 1 GG ist die Pflege und Erziehung der Kinder das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind auch Väter nichtehelicher Kinder Träger des Elternrechts, und zwar unabhängig davon, ob die Eltern des nichtehelichen Kindes zusammenleben oder nicht (BVerfGE 92, 158 = FamRZ 1995, 789, 792 = MittRhNotK 1996, 85). Zur Begründung führte das BVerfG seinerzeit aus, dass Artikel 6 II 1 GG das Elternrecht seinem Wortlaut nach „den Eltern" zuordne, also zwei Personen gemeinsam. Dies spreche für die Auslegung, dass beide leibliche Eltern in den Schutzbereich des Grundrechts einbezogen seien. Zwar sei im parlamentarischen Rat zu Art. 6 V GG noch die Auffassung vertreten worden, dass dem Vater keine Mitwirkungsrechte bei der Erziehung des nichtehelichen Kindes eingeräumt werden solle; dieses solle vielmehr ungestört bei der Mutter aufwachsen können. Diese Erwägungen könnten jedoch nach Ansicht des BVerfG eine Beschränkung des Grundrechtes auf die nichteheliche Mutter schon deshalb nicht mehr rechtfertigen, weil heute ein nicht geringer Teil der Väter an der Entwicklung ihrer nichtehelichen Kinder Anteil nimmt. In dem zitierten Beschluss des BVerfG wird dem Gesetzgeber sodann die Befugnis zuerkannt, bei der Ausgestaltung der konkreten Rechte und Pflichten beider Elternteile den unterschiedlichen tatsächlichen Verhältnissen Rechnung zu tragen. Danach schließe die Einbeziehung aller Väter nichtehelicher Kinder in den Schutzbereich der Grundrechtsnorm eine differenzierende Ausgestaltung ihrer Rechtsstellung unter Berücksichtigung der unterschiedlichen tatsächlichen Verhältnisse nicht aus. Insbesondere könne der Gesetzgeber einem Elternteil die Hauptverantwortung für die Erziehung zuordnen, wenn die Voraussetzungen für eine gemeinsame Ausübung der Elternbefugnisse fehlten (BVerfG FamRZ 1995, 789, 792 = MittRhNotK 1996, 85).

Mit dem Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts vom 16. 12. 1997, dass unter anderem zur Einführung des § 1626 a BGB und zur Neufassung des § 1672 BGB führte, verfolgte der Gesetzgeber unter anderem das Ziel, die Rechte der Kinder zu verbessern und das Kindeswohl auf bestmögliche Art und Weise zu fördern sowie rechtliche Unterschiede zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern so weit wie möglich abzubauen (vgl. BT-Drucks. 13/4889, S. 29, zitiert nach Greßmann, Neues Kindschaftsrecht, Bielefeld 1998, Rn. 3). Das neue Kindschaftsrecht schafft nunmehr die Möglichkeit der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern. Die gemeinsame elterliche Sorge steht den nicht miteinander verheirateten Eltern jedoch nicht automatisch mit der Geburt des Kindes zu. Diese Einschränkung baut auf der Erfahrung auf, dass jedenfalls derzeit in den meisten Fällen bei unverheirateten Eltern das für die gemeinsame Sorge erforderliche Mindestmaß an Übereinstimmung nicht gesichert erscheint, solange die Eltern hierzu keine Erklärungen abgeben. Die elterliche Sorge steht den Eltern erst dann gemeinsam zu, wenn diese erklären, dass sie die Sorge gemeinsam ausüben wollen oder einander heiraten, § 1626 a I BGB. Durch das Erfordernis der Sorgeerklärungen wird sichergestellt, dass die gemeinsame Sorge nicht gegen den Willen eines Elternteils eintreten kann. Nach der neuen Regelung ist die Stellung der Mutter ausnahmslos nach wie vor sehr stark. Wenn sie es nicht will, wird der Vater grundsätzlich nicht an der elterlichen Sorge für das Kind beteiligt. Der Vater kann gegen den Willen der Mutter nur dann Inhaber der elterlichen Sorge werden, wenn ihr vorher die Sorge entzogen worden ist (§ 1680 III BGB). Wegen der hohen Schwelle für einen Eingriff nach § 1666 BGB wird dies nur selten der Fall sein. Ansonsten verbleibt es bei der besseren sorgerechtlichen Stellung der Mutter (vgl. BT-Drucks. 13/4899, S. 59, zitiert nach Greßmann, a.a.O., Rn. 184). Im Gesetz ist nicht vorgesehen, dass die fehlende Zustimmung der Mutter durch das Familiengericht unter bestimmten Voraussetzungen ersetzt werden kann. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass nichteheliche Kinder nicht nur in intakte nichteheliche Lebensgemeinschaften hineingeboren werden, sondern nach wie vor auch im Rahmen flüchtiger und instabiler Beziehungen gezeugt werden.

Nach Ansicht des Familiengerichts ist für die Ausnahmslosigkeit dieser Regelung ein rechtfertigender Grund nicht gegeben.

In der Lit. wird zwar verbreitet die Ansicht vertreten, dass die Reform einen „tragfähigen Kompromiss" gefunden habe (von Luxburg, Das Neue Kindschaftsrecht, München, Berlin 1998, Rn. 46), durch den „Kind und Mutter davor geschützt [werden], dass der Vater gegen den Willen der Mutter die volle Entscheidungsbefugnis erhält". Zustimmend zur gesetzlichen Neuregelung hat sich Baer, DAVorm 1996, 855, 859 geäußert. Baer hält die – rechtsvergleichend betrachtet – relativ schwache Ausgestaltung der Rechte des nichtehelichen Vaters für angemessen unter Berücksichtigung des Umstandes, dass nach wie vor eine erhebliche Anzahl von nichtehelichen Kindern in eine Situation hereingeboren werden, in der die Eltern nicht in einer länger währenden Lebensgemeinschaft miteinander verbunden sind, so dass ein gemeinsames Sorgerecht mit erheblichen Konflikten belastet sein könnte.

Andere Stimmen in der Lit. wiederum halten es – ohne die Neuregelung für verfassungswidrig zu halten – de lege ferenda für wünschenswert, die Möglichkeit einer Übertragung des Sorgerechts auf den Vater auf dessen Antrag vorzusehen, wenn dies dem Kindeswohl entspricht (Dethloff, NJW 1992, 2200, 2201) und notfalls eine Ersetzungsmöglichkeit für die mangelnde Zustimmung der Mutter vorzusehen (Greßmann, a.a.O., Rn. 185).

Auf der anderen Seite finden sich in der Lit. Stimmen, welche die Neuregelung für verfassungswidrig halten. Soweit ersichtlich, hat als erster Coester (FamRZ 1995, 1245, 1247 f.) verfassungsrechtliche Bedenken erhoben. Coester kritisiert das Fehlen einer einzelfallbezogenen Korrekturmöglichkeit und vertritt die Ansicht, dass trotz der von dem BVerfG betonten Gestaltungsbefugnis des Gesetzgebers das Elternrecht des Vaters im Kindschaftsreformgesetz unverhältnismäßig zurückgesetzt worden sei. Sowohl das väterliche Elternrecht als auch die Kindesinteressen gebieten nach Ansicht Coesters eine Übertragungsmöglichkeit auf den Vater unterhalb der Schwelle des

§ 1666 BGB. An dieser Auffassung hat Coester zu einem späteren Zeitpunkt festgehalten (FamRZ 1996, 1181, 1184). Auch die Sorgerechtskommission des Deutschen Familiengerichtstages hat in ihrer Stellungnahme zu dem Entwurf des Kindschaftsreformgesetzes verfassungsrechtliche Bedenken gegen die von dem Gesetz gewordenen Entwurf eingeräumten „geringen Chancen [nichtehelicher Väter] auf Erlangung der Alleinsorge" geltend gemacht (FamRZ 1997, 337, 340). Diederichsen (NJW 1998, 1977, 1983) bezweifelt, ob die amtlichen Begründungen des Gesetzentwurfes „zur Rechtfertigung der eklatanten Zurücksetzung von Vätern vor den Anforderungen der Artikel 3 und 6 GG genügen, zumal in einer Zeit, in der immer öfter die Frauen die Eheschließung oder die gemeinsame Sorge verweigern" (ebenso kritisch in Palandt, 58. Aufl. München 1999, § 1626 a BGB, Rn. 13 und § 1672 BGB, Rn. 3, 9). Verfassungsrechtliche Bedenken sind ebenfalls von Willutzki (Rpfleger 1997, 336, 337) und von Lipp, (FamRZ 1998, 65, 70) erhoben worden.

Nach Ansicht des Familiengerichts verstößt die geltende Regelung gegen Artikel 6 II 1 GG, da sie das Elternrecht des Vaters auf Pflege und Erziehung seines leiblichen Kindes ausnahmslos zur Disposition der Mutter stellt. Diese schematische, dem Einzelfall nicht gerecht werdende Lösung stellt jedenfalls dann einen nicht gerechtfertigten Eingriff in eine grundrechtlich geschützte Position dar, wenn der Vater aufgrund seines Zusammenlebens mit dem Kind über einen längeren Zeitraum eine faktische Elternstellung eingenommen und auch später die Beziehung zum Kind aufrecht erhalten hat. Dass sich die Ausgangslage, die dem in den Beschluss des BVerfG vom 7. 3. 1995 (BVerfGE 92, 158 ff. = MittRhNotK 1996, 85) zitierten Votum des parlamentarischen Rates zugrunde lag, inzwischen wesentlich geändert hat, ist heute wohl unstreitig (vgl. Seibert, FamRZ 1995, 1457, 1459). Nach neueren Erhebungen kann davon ausgegangen werden, dass zwischen 20 und 50 % der nicht miteinander verheirateter Eltern im Zeitpunkt der Geburt des Kindes zusammenleben (vgl. die Angaben in BT-Drucks. 12/7011, S. 22 sowie bei Schwenzer, Gutachten zum 59. DJT 1992, A 12, beides zitiert nach Seibert, a.a.O., dort Fn. 20). Das Familiengericht ist der Auffassung, dass der Gesetzgeber den Vorgaben, die das BVerfG in seinem Beschluss vom 7. 3. 1995 (BVerfGE 92, 158 ff.) niedergelegt hat (betreffend die Frage der Adoption, die jedoch allgemeine Gültigkeit haben dürften), nicht nachgekommen ist. Die Rechtsstellung der nichtehelichen Väter ist nicht in ausreichendem Maße einer differenzierenden Ausgestaltung unter Berücksichtigung der „unterschiedlichen tatsächlichen Verhältnisse" zugeführt worden. Das Elternrecht des Vaters, der sich kontinuierlich um sein nichteheliches Kind kümmert und eine enge Beziehung zu seinem Kind aufbaut und aufrecht erhält, genießt auch nach der Neuregelung nicht den gleichen Rang wie das Elternrecht des Vaters eines ehelichen Kindes nach der Trennung von der Mutter. Diese Differenzierung kann nicht damit erklärt werden, dass nichteheliche Kinder häufig in labile Beziehungen hineingeboren werden. Diesem Umstand wird bereits dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass das Sorgerecht grundsätzlich allein bei der Mutter liegt und nicht, wie bei ehelichen Kindern, automatisch gemeinsam beiden Eltern kraft Gesetzes zukommt. Der Problematik, dass nichteheliche Kinder häufig in „labile" Beziehungen hineingeboren werden, kann durch ein weniger eingreifendes Mittel als durch die generelle Anordnung eines vom Willen der Mutter bestimmten Dispositionsrechts begegnet werden, nämlich durch eine entsprechende generelle Anordnung verbunden mit einer am Maßstab des Kindeswohls orientierten gerichtlichen Ersetzungsmöglichkeit der fehlenden Zustimmung der Mutter. Die gesetzliche Neuregelung verstößt daher gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wonach der Eingriff in eine grundrechtlich geschützte Position und der mit dem Eingriff verfolgte Zweck in einem abgewogenen Verhältnis zueinander stehen müssen. Dem kann nicht entgegen gehalten werden, dass der Maßstab „Kindeswohl" zu unbestimmt sei (so wohl Bosch, FamRZ 1991, 1121, 1126). Der Begriff des Kindeswohles, wie er von dem Gesetz auch in anderen Vorschritten, z.B. in § 1671 BGB, verwandt wird, ist in Rspr. und Lit. inzwischen ausreichend konkretisiert worden.

b) Die Regelung der §§ 1626 a, 1672 BGB verstößt nach Ansicht des Familiengerichts auch gegen Art. 6 V GG. Gem. Art. 6 V GG sind den nichtehelichen Kindern durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft zu schaffen wie den ehelichen Kindern. Der Reformgesetzgeber, der die gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung der Eltern nunmehr als Regelfall ausgestaltet hat, sieht vom Prinzip her – mit guten Gründen – die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge durch beide Elternteile als vom Kindeswohl her geboten. Nach Auffassung von Coester (FamRZ 1995, 1245, 1246), der sich das Familiengericht anschließt, erwächst dem Kind aus der Existenz zweier lebender Elternteile die Chance zweier innerfamiliärer Platzierungsalternativen. Werden dem nichtehelichen Kind nicht zwei rechtlich grundsätzlich vollwertige Elternteile zuerkannt, sind seine Lebenschancen empfindlich gemindert und seine Rechte aus Art. 6 V GG tangiert. Zwar kann auch im Hinblick auf Art. 6 V GG eine schematische Gleichstellung nichtehelicher und ehelicher Kinder ohne Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles nicht erfolgen; vielmehr ist mit Rücksicht auf die unterschiedliche soziale Lage eine Differenzierung ebenso erforderlich, wie sie auch im Rahmen der Prüfung eines Verstoßes gegen Art. 6 II 1 GG vorgenommen worden ist. Wenn jedoch dem Wunsch der Mutter eines nichtehelichen Kindes, die elterliche Sorge alleine auszuüben, von vornherein einseitig der Vorrang gegeben wird, ohne Rücksicht auf die Umstände des Einzelfalles, so liegt darin auch eine erhebliche Schlechterstellung des nichtehelichen Kindes im Verhältnis zum ehelichen Kind, die im Lichte des Art. 6 V GG nicht zu rechtfertigen ist. Es gibt jedenfalls dann keinen sachlichen Grund dafür, pauschal für den Fall, dass die Kindesmutter mit einer gemeinsamen elterlichen Sorge nicht einverstanden ist, die Rechtsbeziehung des Kindes zu seinem nichtehelichen Vater anders zu gestalten als die Rechtsbeziehung eines ehelichen Kindes in vergleichbarer Lage zu seinem ehelichen Vater, wenn die Kind-Vater-Beziehung von gleicher Qualität ist.

2. Die Frage, ob §§ 1626 a, 1672 BGB verfassungswidrig sind, ist vorliegend auch entscheidungserheblich. Das Gericht sieht sich mangels Zustimmung der Ag. daran gehindert, dem Ast. die gemeinsame elterliche Sorge für seinen Sohn N. zuzusprechen. Ohne Zustimmungserfordernis der Ag. wäre dem Antrag des Ast. stattzugeben, da die Übertragung der gemeinsamen elterlichen Sorge dem Wohle des Kindes, wie die Anhörungen der Bet. und des Kindes ergeben haben, am besten entspricht. N. hat eine starke gefühlsmäßige Bindung zu beiden Elternteilen. Zu Hause in der gewohnten Umgebung bei der Ag. fühlt er sich wohl. Auf der anderen Seite freut er sich auch stets auf die Besuchswochenenden und auf den gemeinsamen Urlaub mit dem Ast. Der Kontakt zwischen dem Kind und dem Ast. ist in der Vergangenheit nie abgebrochen; zur Zeit wird das Umgangsrecht regelmäßig ausgeübt. Gefördert wird das Kind von beiden Bet. gleichermaßen, wobei auf Seiten des Ast. zu berücksichtigen ist, dass er N. an den Wochenenden und im Urlaub ein umfassendes Freizeitangebot bietet, so dass das Förderungsprinzip für ein gemeinsames Sorgerecht streitet. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass ein wichtiges Kriterium für den Förderungswillen eines Elternteiles seine Bindungstoleranz darstellt, nämlich die Bereitschaft den Kontakt des Kindes zum anderen Elternteil zu unterstützen. Insoweit hat die Ag. in der Vergangenheit gewisse Defizite erkennen lassen, so dass es wichtig erscheint, die elterliche Sorge beiden Elternteilen zuzusprechen. Der Kontinuitätsgrundsatz spricht nicht für die Beibehaltung der alleinigen elterlichen Sorge, da sich die Bet. mittlerweile darüber einig sind, dass das Kind bei der Ag. leben soll. Der Ast. und die Ag. erscheinen dem Gericht von ihrer Persönlichkeit her grundsätzlich gleichermaßen geeignet, die Erziehung und Betreuung ihres Sohnes wahrzunehmen. Der Ast. hat sich seit der Geburt des Kindes zusammen mit der

Ag. und in der Zeit von April 1993 bis Dezember 1993 alleine um die Erziehung und Versorgung des Kindes gekümmert. Der Bevollmächtigung des Ast. durch die Ag. mit Schreiben vom 29. 4. 1994 kann entnommen werden, dass auch die Ag. den Ast. grundsätzlich für erziehungsgeeignet hält. Dass in der Vergangenheit die Besuchskontakte teilweise nur eingeschränkt durchgeführt wurden, wobei erhebliche zeitliche Lücken nicht aufgetreten sind, war auf Auseinandersetzungen der Bet. untereinander und auf die Bemühungen der Ag. zurückzuführen, einen noch intensiveren Kontakt des Kindes mit seinem Vater zu unterbinden. Hinweise auf ein Desinteresse des Ast. an seinem Sohn gibt es nicht; der Ast. war vielmehr stets um eine noch engere Beziehung zu seinem Sohn bemüht. Zwischen den Bet. kommt es auch nicht zu tiefgreifenden Meinungsverschiedenheiten in Angelegenheiten, die das Kind betreffen, was gegen eine gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge sprechen würde. Sie sind sich darüber einig, dass das Kind bei der Ag. bleiben soll. Es ist auch glaubhaft, dass der Ast. hiermit einverstanden ist, hat er doch durch sein Verhalten in der Vergangenheit gezeigt, dass er eigene Interessen zugunsten des Kindeswohls zurückstellt. Daher bestehen derzeit keine Anhaltspunkte dafür, dass es bei einem gemeinsamen Sorgerecht zu Streitigkeiten zwischen den Bet. über den Aufenthalt des Kindes kommen wird. Im Übrigen könnten die Bet. bei künftigen Streitigkeiten das Familiengericht anrufen, § 1628 BGB. Das Familiengericht ist darüber hinaus davon überzeugt, dass es dem Kindeswohl dient, wenn die im Rahmen des weiteren Werdegangs zu treffenden Entscheidung – z.B. betreffend den Schulbesuch – von beiden Elternteilen verantwortlich getragen werden. Dem Kind kann so die erforderliche Orientierung gegeben werden. Gerade mit zunehmendem Alter des Kindes sind die im Bereich der Personensorge zu treffenden Entscheidungen von so erheblicher, lebensbestimmender Tragweite, dass seine Interessen häufig nur dann optimal gewahrt sind, wenn sowohl die Mutter als auch der Vater in ihrer Funktion als Eltern zusammenwirken. Da die Bet. insoweit keine voneinander abweichenden Vorstellungen haben, sind Streitigkeiten, die möglicherweise auf dem Rücken des Kindes ausgetragen werden könnten, aus heutiger Sicht nicht zu erwarten.

7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Voreinzahlungen auf die Einlageverpflichtung bei Kapitalerhöhung einer GmbH
(OLG Düsseldorf, Urteil vom 25. 11. 1999 – 6 U 166/98)

GmbHG §§ 19 Abs. 1, Abs. 2 S. 2; 55
BGB §§ 181; 362; 366

1. **Zahlungen auf Stammeinlagen, die bei der GmbH vor einer beabsichtigten Kapitalerhöhung bewirkt werden, befreien den Leistenden grundsätzlich nur dann von seiner späteren Einlageschuld, wenn sie den Geschäftsführern im Zeitraum zwischen dem Antrag auf Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister und deren Durchführung noch zur freien Verfügung stehen. Das kann auch der Fall sein, wenn mit dem Einlagebetrag ein Debetsaldo zurückgeführt wird, der die eingeräumte Kreditlinie nicht überschreitet, so daß die Gesellschaft in entsprechendem Umfang wieder Kredit in Anspruch nehmen kann.**

2. **Mindestvoraussetzung dafür, daß darüber hinaus in dringenden Sanierungsfällen Voreinzahlungen auf die Einlageverpflichtung als schuldbefreiend anzuerkennen sind, ist ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der Leistung und der nachfolgenden Kapitalerhöhung. In der Regel wird es erforderlich sein, daß die Gesellschafterversammlung mit dem TOP „Kapitalerhöhung" bereits unter Beachtung der unter den gegebenen Umständen kürzestmöglichen Frist einberufen worden ist.**

3. **Die Erfüllung einer Einlageverpflichtung erfordert nicht in jedem Fall eine ausdrückliche Kennzeichnung der Zahlung als Leistung auf die Stammeinlage. Die Leistung muß sich diesem Schuldverhältnis jedoch hinreichend sicher zuordnen lassen.**

4. **Der jeweils zahlende Gesellschafter-Geschäftsführer ist an einer Vertretung der GmbH bei einer Aufrechnung der Stammeinlageforderung gegen eigene Darlehensforderungen gehindert, weil die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens insoweit nicht gilt. Eine Aufrechnung durch den anderen Geschäftsführer ist nur zulässig, soweit die Gegenforderung liquide, fällig und vollwertig ist.**

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Der Kl. ist Konkursverwalter über das Vermögen der Gemeinschuldnerin. Er nimmt die Bekl. als deren Gesellschafter auf Zahlung der im Rahmen einer Kapitalerhöhung übernommenen Stammeinlagen in Anspruch.

Die Gemeinschuldnerin wurde 1994 mit einem Stammkapital von 50.000,– DM gegründet. Die beiden Bekl. übernahmen jeweils Stammeinlagen von 25.000,– DM, die sie bar erbrachten, wurden zu jeweils einzelvertretungsberechtigten, von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Geschäftsführern bestellt.

Die Geschäftstätigkeit der Gemeinschuldnerin gestaltete sich von Beginn an verlustreich. Bereits am Ende des Rumpfgeschäftsjahres 1994 war die Gesellschaft überschuldet. Die Bekl. stellten ihr deshalb zum Ausgleich ihrer Verbindlichkeiten erhebliche Eigenmittel zur Verfügung. Am 04. 07. 1995 beschlossen sie die Erhöhung des Stammkapitals um 150.000,– DM auf 200.000,– DM und übernahmen neue Stammeinlagen von jeweils 75.000,– DM. In der hierüber errichteten notariellen Urkunde erklärten sie, die Stammeinalgen seien bereits bar eingezahlt. Die Kapitalerhöhung wurde daraufhin am 18. 07. 1995 in das Handelsregister eingetragen.

Nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Gemeinschuldnerin streiten die Parteien darüber, ob die zusätzlich übernommenen Stammeinlagen tatsächlich wirksam eingezahlt wurden.

Aus den Gründen:

Die zulässige Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Das LG hat die Bekl. zu Recht zur Zahlung der im Rahmen der Kapitalerhöhung übernommenen Stammeinlagen von jeweils 75.000,– DM verurteilt (§§ 19 Abs. 1, 55 GmbHG in Verbindung mit der Übernahmeerklärung vom 04. 07. 1995). Die in den Jahren 1995 und 1996 an die Gemeinschuldnerin oder Dritte gezahlten Beträge wurden nicht wirksam auf die Stammeinlagen geleistet, so daß die Forderungen bislang nicht erloschen sind (§ 362 Abs. 1 BGB).

I. Die vor dem 04. 07. 1995 erbrachten Leistungen beider Bekl. kommen schon deshalb nicht als Zahlungen auf die Stammeinlagen in Betracht, weil die Voraussetzungen für wirksame Voreinzahlungen auf eine künftige Kapitalerhöhung nicht dargetan sind. Jedenfalls fehlt es an einer hinreichenden Zuordnung der einzelnen Leistungen zu den Einlageverpflichtungen. Eine spätere Zweckbestimmung oder Verrechnung war nicht möglich. Auf die weiteren Fragen, ob die Zahlungen im einzelnen nachgewiesen sind und inwieweit sie in ausländischer Währung erbracht werden durften, kommt es danach nicht mehr an.

1. Zahlungen auf Stammeinlagen, die vor einer beabsichtigten Kapitalerhöhung bewirkt werden, befreien den Leistenden grundsätzlich nur dann von seiner späteren Einlageschuld, wenn sie den Geschäftsführern im Zeitraum zwischen dem Antrag auf Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister und deren Durchführung noch zur freien Verfügung stehen (vgl. BGH NJW 1967, 44 = DNotZ 1967, 621; BGHZ 51, 157, 159 f.; BGH NJW-RR 1996, 1249 f. = DNotZ 1997, 495 = MittRhNotK

1996, 415). Der entsprechende Betrag braucht zwar nicht mehr „unversehrt" als Bargeld oder auf einem Bankkonto vorhanden zu sein; der Gesellschaft muß jedoch ein Wert zugeflossen sein, den die Geschäftsführer im maßgeblichen Zeitraum noch in Anspruch nehmen können. Das kann auch dann der Fall sein, wenn mit dem Einlagebetrag ein Debetsaldo zurückgeführt wurde, der die eingeräumte Kreditlinie nicht überschreitet, so daß die Gesellschaft in entsprechendem Umfang wieder Kredit in Anspruch nehmen kann (vgl. BGH NJW-RR 1996, 1249, 1250 = DNotZ 1997, 495 = MittRhNotK 1996, 415). Ob und unter welchen Bedingungen darüber hinaus in dringenden Sanierungsfällen Voreinzahlungen auf die Einlageverpflichtung als schuldbefreiend anzuerkennen sind, hat der BGH bislang offengelassen. Voraussetzung hierfür wäre aber jedenfalls ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen der Leistung und der nachfolgenden Kapitalerhöhung. In der Regel wird es erforderlich sein, daß die Gesellschafterversammlung mit dem Tagesordnungspunkt „Kapitalerhöhung" bereits unter Beachtung der unter den gegebenen Umständen kürzestmöglichen Frist einberufen worden ist (vgl. BGH WM 1995, 156, 157 f. = DNotZ 1995, 478).

Die Bekl. haben nicht schlüssig dargetan, daß die auf Geschäftskonten eingezahlten Beträge der Gemeinschuldnerin im Zeitraum vom 04. 07. 1995 bis zum 18. 07. 1995 noch unverbraucht zur Verfügung standen. Sie haben dies zwar wiederholt behauptet, jedoch keine Tatsachen vorgetragen, die einen entsprechenden Schluß rechtfertigen. Insbesondere fehlen jegliche Angaben zur Höhe etwaiger Kreditrahmen, zum Kontostand zum Zeitpunkt der Einzahlungen und zur weiteren Kontenentwicklung bis zur Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister, denen entnommen werden könnte, ob innerhalb der Kreditlinien ein Debetsaldo zurückgeführt wurde, der im maßgeblichen Zeitraum neu ausgeschöpft werden konnte. Der eigene Vortrag der Bekl., wonach die Einzahlungen auf die Geschäftskonten dazu bestimmt waren, „an Gläubiger weitergeleitet zu werden" und der seit 1994 bestehenden „Überschuldung entgegenzuwirken", deuten im Gegenteil darauf hin, daß die Kreditlinien zu den jeweiligen Einzahlungszeitpunkten ausgeschöpft waren und die fälligen Verbindlichkeiten deshalb nur noch dadurch bedient werden konnten, daß die Bekl. die erforderlichen, in der Folge sofort verausgabten Mittel zur Verfügung stellten. Wurden die eingezahlten Beträge aber auf Überziehungen der Kreditlinien verrechnet oder die durch sie geschaffenen Liquiditätsspielräume sofort wieder verbraucht, so standen die Gegenwerte der Gemeinschuldnerin im maßgeblichen Zeitpunkt nicht mehr zur freien Verfügung. Die bloße Befreiung von entsprechenden Verbindlichkeiten gegenüber Dritten reicht dafür nicht aus.

(...)

Auch die vom BGH geforderten Mindestvoraussetzungen für eine mögliche Anerkennung von Voreinzahlungen im Sanierungsfall sind nicht erfüllt. Die behaupteten Einzahlungen gingen dem Kapitalerhöhungsbeschluß um bis zu sechs Monaten voraus. Als wirksame Vorleistungen kommen dagegen allenfalls Zahlungen in Betracht, die innerhalb des für die Durchführung einer regulären Kapitalerhöhung unabdingbar erforderlichen Zeitraums erbracht wurden. Andernfalls bestünde die – gerade im vorliegenden Fall offensichtliche – Gefahr, daß wirkliche oder angebliche Stammeinlageleistungen „auf Vorrat" angesammelt werden und zum Zeitpunkt der Kapitalerhöhung bereits verbraucht sind (vgl. BGH WM 1995, 156, 158 = DNotZ 1995, 478). Die Gesellschafterversammlung, bei der die Kapitalerhöhung beschlossen wurde, wurde indes erst am Tage der Beurkundung unter Verzicht auf alle Form- und Fristbestimmungen einberufen. Der für die Überlegungen zur Zulassung von Voreinzahlungen in dringenden Sanierungsfällen maßgebliche Gesichtspunkt, daß notwendige Kapitalzuführungen – auch mit Blick auf die kurze Frist des § 64 Abs. 1 GmbHG – nicht durch das einzuhaltende Verfahren verzögert werden sollen, kommt damit nicht zum Tragen. Schon deshalb besteht kein Anlaß, Vorausleistungen der Bekl. auf die Stammeinlagen befreiende Wirkung beizumessen. Im übrigen reichte die Kapitalerhöhung zur Abdeckung der Überschuldung nicht annähernd aus. Auch deshalb ist eine besondere Eilbedürftigkeit, die allein die Anerkennung von Voreinzahlungen rechtfertigten könnte, nicht feststellbar.

(...)

2. Die Erfüllungswirkung einer Zahlung richtet sich grundsätzlich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 362, 366 BGB. Voraussetzung für die Tilgungswirkung ist dabei, daß sich die Leistung einem bestimmten Schuldverhältnis zuordnen läßt. Soweit dafür eine besondere Tilgungsbestimmung nötig ist, genügt nicht der innere Wille des Leistenden; dieser muß vielmehr nach außen zum Ausdruck gebracht werden. Maßgeblich ist insoweit allein die Sicht des Leistungsempfängers, vorliegend also der Bekl. als Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin. Ob der Leistungszweck auch für die Gesellschaftsgläubiger erkennbar ist, ist dagegen unerheblich. Die Erfüllung einer Einlageverpflichtung erfordert deshalb nicht in jedem Fall eine ausdrückliche Kennzeichnung der Zahlung als Leistung auf die Stammeinlage. Die Leistung muß sich diesem Schuldverhältnis jedoch hinreichend sicher zuordnen lassen (vgl. BGH WM 1992, 1432, 1434).

Die für vor dem 04. 07. 1995 bewirkten Einzahlungen des Bekl. zu 1. auf Geschäftskonten der Gemeinschuldnerin überreichten Belege weisen durchgängig keine Zweckbestimmungen aus.

(...)

Die erforderliche Zuordnung ergibt sich auch nicht aus anderen Umständen. Die Behauptung der Bekl., weitere Verbindlichkeiten gegenüber der Gemeinschuldnerin hätten nicht bestanden, ist für die angeblichen Voreinzahlungen schon deshalb unerheblich, weil in diesem Zeitraum auch noch keine Einlageverpflichtungen existierten. Eine Zuordnung zu diesen künftigen Verbindlichkeiten bedurfte deshalb einer besonderen Bestimmung. Insoweit kam es zwar grundsätzlich nicht auf die Erkennbarkeit des Leistungszwecks für die Gesellschaftsgläubiger, sondern auf die Sicht der Bekl. als Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin an. Wie der Wille, Vorauszahlungen auf eine künftige Kapitalerhöhung zu leisten, gegenüber dem jeweils anderen Gesellschafter-Geschäftsführer zum Ausdruck gebracht worden sein soll, läßt sich dem Vortrag der Bekl. indes nicht entnehmen. Insbesondere reicht dafür die „Gesamtfinanzsituation der Gemeinschuldnerin" nicht aus. Diese konnte auch durch Nachschüsse auf das bisherige – zwischenzeitlich verlorene – Stammkapital oder Gesellschafterdarlehen, die tatsächlich weit über das erhöhte Stammkapital hinaus geleistet wurden, verbessert werden. Die Bekl. haben zudem vorgetragen, sich erst wegen der ständigen Kapitalzuführungen auf Rat des Steuerberaters der Gemeinschuldnerin, mithin im Verlauf dieser Zahlungen zu der Kapitalerhöhung entschlossen zu haben. Wann das geschehen ist und weshalb der jeweils andere Geschäftsführer die Einzahlungen seit diesem Zeitpunkt als Vorausleistungen auf die Kapitalerhöhung angesehen haben soll, ist nicht dargetan. Dem jeweils zahlenden Gesellschafter-Geschäftsführer war der Zweck dieser Leistungen aufgrund seiner Eigenschaft als Leistender und zugleich Organ der vorgeblichen Leistungsempfängerin zwar naturgemäß bekannt. Auch insoweit reicht indes allein der innere Wille schon deshalb nicht aus, weil bei derartigen Insichgeschäften zum Schutz der Gläubiger ebenfalls ein nach außen erkennbares Handeln erforderlich ist (vgl. Palandt/Heinrichs, 58. Aufl., § 181 BGB, Rn. 23 m.w.N.), an dem es in bezug auf eine Tilgungsbestimmung fehlt.

(...)

Im übrigen wird die Einlassung der Bekl. zur Zweckbestimmung ihrer Zahlungen durch die tatsächliche Handhabung widerlegt. Hätte es sich um Voreinzahlungen auf das Stammkapital gehandelt, hätten sie ihre Leistungen auch entsprechend verbuchen bzw. den zuständigen Buchhalter oder Steuerberater hierzu anhalten müssen. Das ist indes nicht geschehen. Die zusätzlich übernommenen Stammeinalgen wurden vielmehr vom

Darlehenskonto der Bekl. umgebucht. Die Bekl. sind dieser Darstellung der Buchungsabläufe nicht entgegengetreten. Damit steht fest, daß die Zahlungen zunächst als Gesellschafterdarlehen oder allenfalls mit offener Zweckbestimmung erbracht wurden. Dann konnten sie aber später nicht mehr auf die Stammeinlagen verrechnet oder entsprechend konkretisiert werden.

3. Eine Aufrechnung der Bekl. gegen die Stammeinlageforderungen der Gemeinschuldnerin war gem. § 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG unzulässig. Eine Aufrechnung der Gesellschaft gegen Darlehensforderungen der Bekl., die wiederum durch diese als Geschäftsführer zu erklären gewesen wäre, kam – auch für die die Mindesteinlagen nach §§ 56 a, 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG übersteigenden Beträge – ebenfalls nicht in Betracht. Der jeweils zahlende Gesellschafter war an einer Vertretung der Gemeinschuldnerin bei der Aufrechnung schon deshalb gehindert, weil die Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens insoweit nicht gilt (vgl. OLG Düsseldorf GmbHR 1993, 292, 293; Baumbach/Hueck, 16. Aufl., § 19 GmbHG, Rn. 21). Eine Aufrechnung durch den jeweils anderen Geschäftsführer war nur zulässig, soweit die Gegenforderung liquide, fällig und vollwertig war (vgl. BGHZ 125, 141, 143 = MittRhNotK 1994, 180; Baumbach/Hueck, § 19 GmbHR, Rn. 18; beide m.w.N.). Diese Voraussetzungen waren ungeachtet der vom Kl. behaupteten Kapitalersatzfunktion der Darlehen nicht erfüllt:

Der Kl. hat im einzelnen dargetan, daß die Gemeinschuldnerin bereits zum 31. 12. 1994 überschuldet war. Die Bekl. haben die Richtigkeit seiner angeblich „überschlägigen Überschuldungsrechnung" zwar bestritten, im übrigen jedoch eingeräumt, daß ihre Zahlungen der Gemeinschuldnerin den Ausgleich ihrer Verbindlichkeiten ermöglichen und der bereits seit 1994 bestehenden Überschuldung entgegenwirken sollten. Die Überschuldung als solche ist danach unstreitig.

(...)

Im Falle der Überschuldung waren gegen die Gesellschaft gerichtete Forderungen, mithin auch etwaige Darlehensforderungen der Bekl., aber nicht vollwertig, weil das Vermögen der Gemeinschuldnerin nicht ausreichte, um alle fälligen Forderungen ihrer Gläubiger zu erfüllen (vgl. BGHZ 125, 141, 145 f. = MittRhNotK 1994, 180). Die Bekl. haben dieses Unvermögen der Gemeinschuldnerin in ihrer Berufungsbegründung eingeräumt, dabei jedoch den Begriff der Vollwertigkeit verkannt. Da jedenfalls dieses Erfordernis nicht gegeben war, konnte auch eine Aufrechnung gegenüber Darlehensforderungen das Erlöschen der Einlageverpflichtungen gem. § 389 BGB nicht bewirken.

Sollten die Zahlungen zunächst mit offener Zweckbestimmung erbracht worden sein, käme eine spätere Konkretisierung als Leistungen auf die Stammeinlagen allenfalls in Betracht, wenn sie der Gemeinschuldnerin zu diesem Zeitpunkt noch unverbraucht zur Verfügung gestanden hätten (vgl. BGHZ 51, 157, 161 f.; zum Meinungsstand Baumbach/Hueck, § 19 GmbHG, Rn. 9 m.w.N.). Das haben die Bekl. – wie bereits ausgeführt – indes nicht dargetan. Die Einzahlungen vor dem 04. 07. 1995 sind danach insgesamt nicht auf die Stammeinlagen anzurechnen.

II. Eine solche Anrechnung kommt im Ergebnis auch für die nach dem Kapitalerhöhungsbeschluß geleisteten Zahlungen der Bekl. nicht in Betracht. Insoweit gelten zwar nicht die besonderen Voraussetzungen für Voreinzahlungen. Es fehlt jedoch wiederum an der erforderlichen Zuordnung zu den Stammeinlageverpflichtungen. Eine nachträgliche Verrechnung oder Konkretisierung als Leistung auf die Stammeinlagen scheidet aus. Darüber hinaus ist weitgehend nicht ersichtlich, welche Leistungen an die Gemeinschuldnerin und welche unmittelbar an ihre Gläubiger erbracht worden sein sollen; Leistungen an Dritte wären auch deshalb nicht anrechnungsfähig, weil sie nach den wirtschaftlichen Verhältnissen der Gemeinschuldnerin nicht vollwertig waren.

(...)

8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Ordnungsmäßige Anmeldung bei Begründung einer GmbH, hier: Volleinzahlung der Stammeinlagen
(LG Hannover, Beschluß vom 14. 12. 1999 – 26 T 1787/99 – 2 –)

GmbHG §§ 7 Abs. 2 und 3; 8 Abs. 2; 57 Abs. 2

Bei der Anmeldung einer GmbH zur Eintragung in das Handelsregister genügt bei satzungsmäßiger Verpflichtung der Gesellschafter zur sofortigen Volleinzahlung die Versicherung des Geschäftsführers, daß die Stammeinlagen in voller Höhe erbracht sind. Es muß nicht angegeben werden, welcher Gesellschafter welchen Betrag eingezahlt hat.

(Leitsätze nicht amtlich)

Zum Sachverhalt:

Die Gesellschafter haben zu notariellem Protokoll eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gegründet. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 25.000,– Euro. Davon haben die Gesellschafterin 10.000,– Euro und die beiden Gesellschafter je 7.500,– Euro übernommen. Mit der Anmeldung zum Handelsregister hat der Geschäftsführer versichert, daß die Gesellschafter das gesamte Stammkapital von 25.000,– Euro eingezahlt haben und daß sich der einbezahlte Betrag endgültig zur freien Verfügung befindet.

Das Registergericht hat gerügt, daß die eingereichte Anmeldung nicht den §§ 8 Abs. 2 bzw. 57 Abs. 2 i.V.m. § 7 Abs. 2 und 3 GmbHG entspreche. Es müsse ziffernmäßig angegeben werden, welchen Geldbetrag jeder Gesellschafter auf seine Stammeinlage geleistet habe.

Nachdem dieser Rüge nicht gefolgt worden ist, hat das Registergericht mit dem angefochtenen Beschluß die Eintragung abgelehnt.

Aus dem Gründen:

Die Beschwerde gegen diesen Beschluß ist zulässig und begründet. Wird eine GmbH zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, so hat der Registerrichter zu prüfen, ob die Gesellschaft ordnungsgemäß errichtet und angemeldet ist. Gem. §§ 8 Abs. 2 S. 1 Abs. 2 GmbHG gehört zu einer ordnungsmäßigen Anmeldung bei der Bargründung durch mehr als einen Gesellschafter die von dem Geschäftsführer abzugebende Versicherung, daß die vorgeschriebenen Mindestleistungen auf die Geldeinlagen vor der Anmeldung bewirkt worden sind und sich im Anmeldezeitpunkt endgültig in der freien Verfügung des Geschäftsführers befinden. Es genügt nicht, wenn angegeben wird, daß „der gesetzliche Betrag" oder „die gesetzliche Mindestleistung" oder „ein Viertel, mindestens jedoch ein Betrag von 250,– DM", eingezahlt sei. Solche Erklärungen nehmen die dem Registergericht obliegende Beurteilung vorweg. Ihre Richtigkeit kann mangels eindeutigen, hinreichend genauen tatsächlichen Inhalt nicht überprüft werden. Auch besteht die Gefahr, daß die strafrechtliche Sanktion ohne richtige Angabe nach § 82 Abs. 1 Ziff. 1 GmbHG ihre Funktion verliert, wenn in tatsächlicher Hinsicht unklare Versicherungen zugelassen werden. Danach ist, soweit die Stammeinlagen nicht in voller Höhe zu erbringen sind, anzugeben, welcher Gesellschafter welchen Betrag bzw. welche Leistung auf seine Stammeinlage erbracht hat.

Ist dagegen, wie im vorliegenden Fall, im Gesellschaftsvertrag bestimmt, daß die Stammeinlagen in voller Höhe sofort einzuzahlen sind, so genügt die Versicherung, daß die Einlagen in voller Höhe erbracht sind. Dies ist hier mit der Anmeldung geschehen. Die Versicherung, daß 25.000,– Euro voll eingezahlt sind und zur Verfügung stehen, ist eine klare und eindeutige Tatsachenangabe. Bei dieser Sachlage muß in der Versicherung des Geschäftsführers nicht im einzelnen angegeben werden, welcher Gesellschafter welchen Betrag eingezahlt hat (OLG Düsseldorf GmbHR 1986, 267 = DNotZ 1986, 180; OLG Frankfurt WM 1992, 1315 = DNotZ 1992, 744 = MittRhNotK 1992, 154).

Die in der Verfügung des Registergerichts zitierten Entscheidungen des LG Hannover vom 14. 03. 1985 – 25 T 1/85 – und OLG Celle Nds.Rpflege 1986 S. 178 betreffen einen Fall, bei dem es nicht um eine Volleinzahlung der Stammeinlage ging. Diese Entscheidungen haben mit dem vorliegenden Fall nichts zu tun und können daher nicht zur Begründung herangezogen werden.

9. Handels-/Gesellschaftsrecht – Anforderungen an die Anmeldung der Befreiung von § 181 BGB beim Geschäftsführer der Komplementär-GmbH
(BayObLG, Beschluß vom 7. 4. 2000 – 3Z BR 77/00 – mitgeteilt von Richter am BayObLG Johann Demharter, München)

HGB § 162 Abs. 1
BGB § 181

1. **Ist es dem Geschäftsführer der Komplemantär-GmbH einer GmbH & Co. KG gestattet, Rechtsgeschäfte mit sich im eigenen Namen und der KG vorzunehmen, kann diese Befreiung von dem Verbot des Selbstkontrahierens im Handelsregister der KG eingetragen werden.**

2. **Eine solche Eintragung setzt eine Anmeldung voraus, die aus sich selbst verständlich ist und nicht durch die Eintragung in einem anderen Registerblatt unrichtig werden kann. Die Eintragung der Befreiung eines namentlich benannten Geschäftsführers ist daher nicht zulässig (Ergänzung von BayObLGZ 1999, 349 = MittRhNotK 1999, 390).**

Zum Sachverhalt:

Die A-GmbH & Co. KG wurde im Handelsregister eingetragen und deren Vertretung wie folgt verlautbart:

„Die persönlich haftende Gesellschafterin ‚A-Verwaltungs-GmbH' ist befugt, die Gesellschaft bei der Vornahme von Rechtsgeschäften mit sich selbst oder als Vertreter eines Dritten uneingeschränkt zu vertreten."

Der Eintragung lag die Anmeldung zugrunde, die lautete: „Die Komplementärin und ihre Geschäftsführer sind von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit". Auf vom AG geäußerte Bedenken formulierte die Bf. die Anmeldung neu: „Die Komplementärin und der derzeitige Geschäftsführer B sind von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit." Das AG hat die klargestellte Befreiung der Geschäftsführer der Komplementärin bzw. deren derzeitigem Geschäftsführer B von den Beschränkungen des § 181 BGB zur Eintragung abgelehnt. Die Beschwerde der Gesellschaft hiergegen hat das LG zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die weitere Beschwerde der Gesellschaft.

Aus den Gründen:

(...)

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet.

(...)

Das LG hat zwar zutreffend den von der Bf. gestellten Antrag zurückgewiesen, in das Handelsregister einzutragen, daß „der derzeitige Geschäftsführer B ... von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit" sei. Seine Auffassung, daß die Befreiung der Geschäftsführer der Komplementärin von den Beschränkungen des § 181 BGB überhaupt nicht im Registerblatt der KG eingetragen werden könne, trifft indes nicht zu.

Der Senat hat in seinem Beschluß vom 4. 11. 1999 (BayObLGZ 1999, 349 = NZG 2000, 138 = BB 2000, 59 = DB 2000, 37 = GmbHR 2000, 91 = Rpfleger 2000, 115 = MittRhNotK 1999, 390) die Eintragungsfähigkeit der Gestattung, daß der Geschäftsführer einer GmbH & Co. KG Rechtsgeschäfte mit sich im eigenen Namen und der KG vornehmen könne, bejaht. Er hat dabei u. a. ausgeführt:

„Die Erwägungen, die zu der Eintragungsfähigkeit der Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens der Geschäftsführer einer GmbH oder der persönlich haftende Gesellschafter einer OHG oder KG führen, zwingen dazu, die Eintragungsfähigkeit der Befreiung auch des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH im Handelsregister der KG zu bejahen (vgl. Westermeier MittBayNot 1998, 155). Die Eintragung kann Bedeutung haben für den Fall, daß der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH im eigenen Namen Rechtsgeschäfte mit der KG abschließen will. Die Eintragung der Gestattung des Selbstkontrahierens hat eine Warnfunktion, die den Rechtsverkehr auf die Gefahr hinweisen soll, daß zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer Vermögen verlagert und die rechtliche Zuordnung bewußt unklar gehalten werden kann (BGHZ 87, 54, 62). Diese Warnfunktion ist bei einem Fall wie hier in verstärktem Ausmaß erforderlich, weil die durch das Selbstkontrahieren gegebene Gefahr nicht nur zwischen der GmbH & Co. KG und der Komplementär-GmbH, sondern auch im Verhältnis zu deren Geschäftsführern besteht. ... Zudem dienen Eintragungen im Handelsregister über die Vertretungsverhältnisse der Legitimation der Vertreter der Gesellschaft insbesondere im Grundbuchverkehr. ...

Die Anmeldung muß die Vertretungsbefugnis ausdrücklich offenlegen, es genügt nicht, daß sie durch Schlußfolgerungen (vgl. BayObLG GmbHR 1981, 59) oder durch Bezugnahme auf die dem Registergericht eingereichten Unterlagen (vgl. Kirberger Rpfleger 1976, 237 m.w.N.; Keidel-Schmatz/Stöber, Registerrecht, 5. Aufl., Rn. 730c) erschlossen werden kann. ...

Im Interesse der Klarheit und Erhöhung der Schnelligkeit des Geschäftsverkehrs ist daher nur eine Vertretungsregelung ordnungsgemäß angemeldet und damit eintragungsfähig, die ohne Zuziehung anderer Registerblätter oder eingereichter Urkunden verständlich ist."

Aus sich heraus verständlich und für den Geschäftsverkehr eindeutig ist eine Vertretungsregelung, die andere Eintragungen voraussetzt – hier als Geschäftsführer der GmbH – nur, wenn sie nicht durch Eintragungen in anderen Registerblättern – hier das Registerblatt der GmbH – unrichtig werden kann. Dies ist bei der angemeldeten Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens nicht der Fall. Das Registerblatt der KG kann nämlich keine verläßliche Auskunft darüber erteilen, ob B tatsächlich noch der derzeitige Geschäftsführer der Komplementärin ist. Das LG hat daher im Ergebnis zu Recht die die Eintragung ablehnende Entscheidung des AG bestätigt.

Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, daß gegen die Eintragung der ursprünglich angemeldeten Vertretungsbefugnis, die infolge der Abänderung nicht mehr Verfahrensgegenstand ist, keine Bedenken bestehen. Die Eintragung „Die Komplementärin und ihre Geschäftsführer sind von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit" ist aus sich heraus verständlich und kann nicht durch eine Eintragung auf dem Registerblatt der Komplementär-GmbH unrichtig werden.

10. Kostenrecht – Geschäftswert der Anmeldung mehrerer Veränderungen bei GmbH-Geschäftsführern
(KG, Beschluss vom 21. 3. 2000 – 1 W 8921/98 und 1 W 8922/98 – mitgeteilt von Richter am AG Robin Melchior, Berlin)

KostO §§ 26 Abs. 4 Nr. 1; 44
GmbHG § 39

1. **Werden mehrere Veränderungen in den Personen der GmbH-Geschäftsführer mit einer Urkunde angemeldet, so bildet jede Veränderung als eintragungspflichtige Tatsache kostenrechtlich einen selbstständigen Gegenstand.**

2. **Der Gesamtgeschäftswert für die Anmeldung mehrerer Veränderungen wird auch dann durch Addition der Einzelwerte jeder Veränderung gebildet, wenn die Veränderungen (Abberufung, Bestellung) auf einem einzigen Gesellschafterbeschluss beruhen.**

Aus den Gründen:

(...)

Die weitere Beschwerde hat in der Sache Erfolg, weil die Entscheidung des LG auf einer Verletzung des Gesetzes beruht; §§ 156 Abs. 2 S. 4 KostO, 550 ZPO.

Unrichtig und damit zu beanstanden ist die Ansicht des LG, für die Berechnung des Geschäftswertes der gleichzeitigen Anmeldung der Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers und der Bestellung eines neuen Geschäftsführers nach § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO, sei wegen § 27 Abs. 2 S. 3 KostO a.F. – jetzt § 27 Abs. 3 S. 3 – von nur einer Wahl und somit von einem Gegenstand auszugehen. Die Bezugnahme auf § 27 Abs. 2 S. 3 a.F. KostO findet weder im Wortlaut des § 26 Abs. 4 Nr. 1 KostO eine Stütze noch erscheint die entsprechende Anwendung auf die Registeranmeldung nach Sinn und Zweck der Vorschrift geboten.

Die Unterscheidung des § 44 KostO zwischen Erklärungen, die denselben Gegenstand betreffen (Abs. 1), und solchen, die verschiedene Gegenstände betreffen (Abs. 2), ist nicht einschlägig, weil § 27 Abs. 2 S. 3 KostO a.F. nach dem Wortlaut nur die Wahlen bzw. Beschlüsse und deren Beurkundung behandelt, § 26 Abs. 4 KostO jedoch ausdrücklich die Anmeldung der entsprechenden Tatsachen zum Handelsregister regelt. Gegenstandsgleichheit i.S.v. § 44 Abs. 1 KostO bei einer Handelsregisteranmeldung kommt nur in Betracht, wenn die mehreren Erklärungen des Anmeldenden dieselbe Tatsache i.S.v. § 15 HGB betreffen.

§ 26 Abs. 4 KostO unterscheidet nicht nach den Ursachen einer in das Handelsregister einzutragenden Änderung, weil es nach dem Zweck der Beglaubigungstätigkeit des Notars aus § 40 BeurkG nicht auf die Grundlage für die Veränderungen bei den Geschäftsführern einer GmbH ankommt.

Nach § 39 Abs. 1 GmbHG unterliegt jede Veränderung in den Personen der Geschäftsführer der Anmeldepflicht. Eine Veränderung bei den Geschäftsführern kann auf einer Wahl beruhen, muss es aber nicht. Denn wie beispielsweise beim Tod eines Geschäftsführers, beim Verlust der Amtsfähigkeit nach § 6 Abs. 2 GmbHG oder bei Niederlegung des Geschäftsführeramtes endet das Amt mit dem Vorliegen von Bedingungen, die außerhalb der Einflussmöglichkeit einer Gesellschafterversammlung stehen, ohne dass es noch eines gesonderten oder bestätigenden Beschlusses bedarf (BayObLG ZIP 1993, 597 = MittRhNotK 1983, 98; OLG Düsseldorf MDR 1994, 46).

Veränderungen bei den Geschäftsführern haben unabhängig von der Entstehungsart (Wahl oder andere Umstände) die Gemeinsamkeit, dass diese Veränderungen nicht erst mit der Eintragung in das Handelsregister wirksam werden, sondern von sich aus wirksam sind (BGH BB 1960, 880).

Mit dem Eintritt dieser Umstände wird der Inhalt des Handelsregisters automatisch unrichtig, so dass es für die Berichtigung der erzwingbaren – deklaratorischen – Anmeldung dieser Tatsachen bedarf. Dabei erfolgt die Eintragung mit Ausnahme weniger, gesetzlich abschließend aufgeführter Fälle, nur auf der Grundlage einer nach § 12 HGB öffentlich beglaubigten Anmeldung. Aufgabe des Notars ist hierbei die Prüfung der Identität und die Feststellung der Authentizität der Unterschriften der Personen, damit das Registergericht die Anmeldebefugnis dieser Personen prüfen kann. Die Tätigkeit des Notars erfolgt somit ohne Ansehung der Ursachen für die angemeldeten Veränderungen.

Der Gegenansicht kann auch nicht mit der Einschränkung gefolgt werden, dass zumindest immer dann, wenn die Veränderungen, wie hier, auf den Beschlüssen einer Gesellschafterversammlung beruhen, §§ 27 Abs. 2 S. 3 a.F., 44 Abs. 1 KostO anzuwenden seien. Begründet wird diese Auffassung u.a. damit, dass bei natürlicher Betrachtung ein innerer Zusammenhang zwischen den Beschlüssen und der Anmeldung bestehe und folglich eine getrennte kostenmäßige Behandlung aus sachlichen Gründen nicht gerechtfertigt sei (OLG Celle DNotZ 1967, 333; OLG Stuttgart Justiz 1979, 383, LG Kleve DB 1988, 1007). Diese Ansicht berücksichtigt nicht, dass Abberufung und Bestellung zwar auf einer Versammlung stattfinden, Grundlage für den Verlust oder Erwerb des Amtes aber getrennte Beschlüsse sind, auf die grundsätzlich § 139 BGB nicht anzuwenden ist (Lutter/Hommelhoff, 14. Aufl., Anh. § 47 GmbHG, Rn. 28), und deren Wirksamkeit schon wegen § 47 Abs. 4 GmbHG und § 181 BGB einerseits und wegen § 38 Abs. 2 GmbHG im Hinblick auf etwaige Sonderrechte andererseits getrennt zu beurteilen sind. Insbesondere ist es nicht zutreffend, wie OLG Frankfurt DNotZ 1971, 610 (zur Beurkundung der Gesellschafterbeschlüsse) meint, dass die Abberufung des einzigen Geschäftsführers zwingend die Bestellung eines neuen Geschäftsführers bedinge. Soweit die o.a. Entscheidungen zur Begründung auf § 6 Abs. 1 GmbHG verweisen, wird verkannt, dass diese Vorschrift im Abschnitt über die Errichtung der Gesellschaft steht und nur beschreibt, dass für eine Anmeldung zur Ersteintragung überhaupt ein Geschäftsführer erforderlich ist im Hinblick auf §§ 7, 8 und 82 GmbHG.

Für die Anwendung des § 44 Abs. 1 KostO kann auch nicht vorgebracht werden, Gegenstand im Sinne dieser Vorschrift seien nicht die Personen und ihre konkreten Vertretungsverhältnisse, sondern die Vertretung der Gesellschaft an sich, so dass einheitlicher Gegenstand der Anmeldung der Wechsel in der organschaftlichen Vertretung der Gesellschaft überhaupt sei (so OLG Düsseldorf JurBüro 1988, 1371 = MittRhNotK 1989, 62; OLG Köln JurBüro 1987, 89). Diese Rechtsauffassung steht im Widerspruch zum Begriff der einzutragenden Tatsache in § 15 Abs. 1 HGB. Nach dieser Vorschrift kann sich ein Gläubiger der Gesellschaft darauf berufen, dass es gegenüber dem eingetragenen Inhalt des Handelsregisters keine Veränderungen in der Vertretung gibt. Die Gesellschaft kann diese Wirkungen der negativen Publizität aber nicht mit der Anmeldung des Inhalts beseitigen, es habe generell eine Veränderung gegeben, weil es an der Eintragungsfähigkeit einer solchen abstrakten Beschreibung fehlt. Vielmehr bedarf es der Anmeldung und der Eintragung der konkreten und nur so eintragungsfähigen und -pflichtigen Vertretungsverhältnisse i.S.d. § 39 Abs. 1 GmbHG. Daraus folgt, dass Tatsache i.S.d. § 15 Abs. 1 HGB und damit Gegenstand der Anmeldung nur die konkrete, auf die Person bezogene Veränderung sein kann.

Unzutreffend ist ferner die Ansicht, §§ 27 Abs. 3, 44 Abs. 1 KostO komme zum Zuge, weil die Anmeldung über die Abberufung und die Bestellung in Ausführung der entsprechenden Gesellschafterbeschlüsse erfolgen (OLG Köln a.a.O.; OLG Celle a.a.O.). Dies trifft nicht zu, weil Beschlüsse mit einem Gegenstand nach § 46 Nr. 5 GmbHG nicht der Ausführung bedürfen. Sie sind ohne weiteres Zutun mit Abschluss der Abstimmung zum Tagesordnungspunkt wirksam und beanspruchen Geltungskraft im Außenverhältnis, außer wenn sie offensichtlich nichtig sind i.S.d. § 241 AktG oder ihre Wirksamkeit im Wege der Anfechtungsklage beseitigt wird.

Im Ergebnis stellt jede eintragungspflichtige Tatsache einen selbstständigen Gegenstand der Anmeldung dar, so dass der Gesamtgeschäftswert nach § 44 Abs. 2 a) KostO durch Addition der Einzelwerte zu ermitteln ist (wie hier Korinthenberg/Reimann, a.a.O., § 44, Rn. 163; Göttlich/Mümmler, KostO, 13. Aufl., S. 697; OLG Karlsruhe DNotZ 1963, 500; OLG Hamm Rpfleger 1971, 156 = DNotZ 1971, 750; OLG Frankfurt DNotZ 1967, 332; Tiedtke, MittBayNot 1997, 18; Gustavus, Handelsregister-Anmeldungen, 4. Aufl., A 96).

(...)

11. Kostenrecht – Keine unrichtige Sachbehandlung wegen getrennter Beurkundung der Auflassung beim Teilflächenkauf

(OLG Düsseldorf, Beschluß vom 4. 5. 2000 – 10 W 35/00 – mitgeteilt von Notariatsdirektor Walter Grauel, Mettmann)

KostO § 16 Abs. 1

Die getrennte Beurkundung des Kaufvertrages über ein noch zu vermessendes Grundstückstrennstück und der Auflassung der sodann vermessenen Fläche stellen keine unrichtige Sachbehandlung im Sinne des § 16 Abs. 1 KostO dar.

(Leitsatz nicht amtlich)

Aus den Gründen:

(...)

In der Sache hat die weitere Beschwerde keinen Erfolg. Das LG hat zu Recht von der durch die Kostenschuldner beantragten Aufhebung der streitigen Rechnung betreffend die hälftige Gebühr für die Beurkundung einer Auflassung gem. § 38 Abs. 2 Nr. 6 a nebst Auslagen und Mehrwertsteuer abgesehen. Dem Kostengläubiger ist keine unrichtige Sachbehandlung i.S.d. § 16 KostO im Zusammenhang mit der abgerechneten Beurkundungstätigkeit anzulasten.

(...)

Die Kostenschuldner beanstanden ohne Erfolg, es fehle ein sachlich-rechtlicher Grund für die getrennte Beurkundung des Bauträgervertrages betreffend ihre Verpflichtung zum käuflichen Erwerb eines Haus- und Garagengrundstückes aus einer noch zu vermessenden Teilfläche einerseits sowie der streitgegenständlichen Beurkundung der Auflassung der vermessenen Teilflächen andererseits. Insbesondere kann dem Kostengläubiger nicht als unrichtige Sachbehandlung i.S.d. § 16 KostO vorgehalten werden, er habe den Hinweis auf die mit der getrennten Beurkundung verbundenen Mehrkosten, die deutlich unter dem Betrag von 200,– DM bleiben, unterlassen.

1a) Zwar ist der Notar nach der st. Rspr. des Senats nicht nur zur richtigen, sondern auch zur kostensparenden und damit grundsätzlich zur billigsten Sachbehandlung verpflichtet; dies gilt gerade auch in bezug auf die Verbundbeurkundung (Senat DNotZ 1996, 324 = OLGR Düsseldorf 1995, 140 = MittRhNotK 1995, 357). Dementsprechend wird wegen des erhöhten Gebührenanteils die Sache durch den Notar in der Regel falsch behandelt, wenn er etwa Kauf und Auflassung von Wohnungseigentum nicht in einer Verhandlung beurkundet. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn besondere Umstände – insbesondere Sicherungsinteressen eines Bet. – zeitlich divergierende Beurkundungen nahelegen (OLG Düsseldorf a.a.O.).

b) Einen derartigen besonderen Umstand hat der Senat für den Fall anerkannt, daß ein noch zu vermessendes Grundstückstrennstück vertragsgegenständlich ist. Folglich stellt die getrennte Beurkundung des Kaufvertrages über ein solches Trennstück und der Auflassung der sodann vermessenen Fläche keine unrichtige Sachbehandlung i.S.d. § 16 Abs. 1 KostO dar. Der Notar macht sich unter diesen Voraussetzungen auch keiner Amtspflichtverletzung schuldig, wenn er die Bet. nicht auf die Möglichkeit hinweist, durch eine Verbundbeurkundung verhältnismäßig geringe Kosten einzusparen (Senat JurBüro 1980, 913 = DNotZ 1981, 74 = MittRhNotK 1980, 95; so auch Rohs/Wedewer, Kommentar zur Kostenordnung, § 44, Rn. 17 b mit weiteren Literaturnachweisen). Maßgebend ist insoweit die Überlegung, daß nur nach erfolgter Vermessung sowie katastermäßiger Erfassung und Beschreibung die endgültige Bezeichnung des Trennstücks zweifelsfrei angegeben wird. Nur durch eine getrennte Beurkundung der Auflassung (sog. materiell-rechtlicher Weg) kann die Gefahr sicher vermieden werden, daß Übereignung und Eintragung des Grundstückteils nicht übereinstimmen (Senat a.a.O.). Wie bereits das LG richtig dargelegt hat, kann keine Rede von einer falschen Sachbehandlung durch den Notar sein, wenn dieser sich – wie hier – für den „sicheren Weg" zur Verwirklichung des rechtsgeschäftlichen Willens der Parteien entscheidet. Aus diesem Grund geht der Einwand der Kostenschuldner fehl, der Kostengläubiger habe es unterlassen, bei verschiedenen, in gleicher Weise sicheren und zweckmäßigen Gestaltungsmöglichkeiten darauf hinzuweisen, welcher der in Betracht kommenden Wege kostengünstiger ist.

c) Zu berücksichtigen ist schließlich die durch das LG getroffene und für den Senat im Rechtsbeschwerdeverfahren bindende Tatsachenfeststellung, daß gem. § 6 des Bauträgerkaufvertrages die Auflassung für das Erwerbsobjekt erfolgen sollte, sobald der katasteramtliche Veränderungsnachweis bezüglich der erworbenen Teilflächen vorlag. Da zum Zeitpunkt des Abschlusses des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäftes dieser Nachweis zwangsläufig noch nicht vorlag, war der Kostengläubiger allein schon wegen der konkreten Ausgestaltung des Kaufvertrages an der nunmehr durch die Kostenschuldner geltend gemachten Verbundbeurkundung gehindert. In diesem Zusammenhang darf auch nicht die Tatsache außer acht gelassen werden, daß zwischen der Beurkundung des schuldrechtlichen Vertrages einerseits und der Auflassung andererseits ein Zeitraum von fast fünf Jahren liegt. Nicht zuletzt diese zeitliche Verzögerung spricht hier dagegen, von vornherein eine Verbundbeurkundung als die nach den Umständen gebotene Gestaltungsmöglichkeit zu qualifizieren.

12. Steuerrecht – Grunderwerbsteuerliche Relevanz des Erwerbs von Bauplänen
(BFH, Urteil vom 9. 11. 1999 – II R 54/98

GrEStG 1983 § 1 Abs. 1 Nr. 1; 2; 8 Abs. 1; 9 Abs. 1 Nr. 1

Baupläne fallen als solche nicht unter den Grundstücksbegriff des § 2 GrEStG 1983. Ihr entgeltlicher Erwerb unterliegt deshalb regelmäßig nicht der Grunderwerbsteuer; das gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Baupläne zusammen mit einem Grundstück erworben werden, das Gegenstand der Planung ist.

Grunderwerbsteuerrechtliche Relevanz kann der Erwerb der Baupläne nur dann erlangen, wenn entweder wegen Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung angenommen werden muß, daß ein Teil des Aufwandes für den Erwerb der Bauplanung eine verdeckte Gegenleistung für den Erwerb des Grundstücks darstellt, oder wenn die erworbene Bauplanung dazu diente, das Grundstück in den tatsächlichen (bebauten) Zustand zu versetzen, in dem es von den Vertragschließenden zum Gegenstand des Erwerbsvorgangs gemacht wurde (BFHE 169, 533 = BStBl II 1993, 308).

Zum Sachverhalt:

Die T-GmbH hatte einen Kaufvertrag über den Erwerb eines Grundstücks zu einem Kaufpreis von 240.000,– DM abgeschlossen und in der Folgezeit eine bauordnungsrechtlich genehmigte Bauplanung zur Errichtung eines Wohn- und Geschäftshauses auf dem Grundstück entwickelt. Durch notariell-beurkundeten Vertrag trat die Kl., eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, mit Zustimmung des Eigentümers und Verkäufers des Grundstücks „mit allen Rechten und Pflichten anstelle der T-GmbH" in den Kaufvertrag ein. Die T-GmbH und die Kl. vereinbarten ferner, daß die von der T-GmbH erarbeiteten Planungsunterlagen gegen Zahlung eines Betrages von 110.000,– DM an die Kl. herausgegeben werden sollten. Die Kl. sollte zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt sein, wenn der Nachweis der Bestandskraft der Baugenehmigung nicht geführt werde.

Der Bekl. (das Finanzamt –FA–) setzte durch Bescheid unter Einbeziehung der Kosten für die Planungsunterlagen nach einer Gegenleistung von 350.000,– DM Grunderwerbsteuer in Höhe von 7.000,– DM gegen die Kl. fest.

Einspruch und Klage, mit denen die Kl. begehrte, die Steuer nur von dem Kaufpreis für das Grundstück in Höhe von 240.000,– DM zu berechnen, blieben ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und der Einspruchsentscheidung sowie unter Abänderung des angefochtenen Grunderwerbsteuerbescheides zur Herabsetzung der Steuer auf 4.800,– DM (§ 126 Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. § 100 Abs. 2 S. 1 der Finanzgerichtsordnung –FGO–).

1. Der Auffassung des FG, das von der Kl. neben dem Kaufpreis für das unbebaute Grundstück an die Veräußerin gezahlte Entgelt für den Erwerb der bauordnungsrechtlich bereits genehmigten Bauplanung sei bei der Ermittlung der grunderwerbsteuerrechtlichen Bemessungsgrundlage zu berücksichtigen, kann nicht gefolgt werden. Denn der Kaufpreis für die Planungsunterlagen wurde im Streitfall nicht als Entgelt für den Erwerb des Grundstücks in dem für die grunderwerbsteuerrechtliche Beurteilung maßgeblichen tatsächlichen Zustand aufgewendet.

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 unterliegt der Erwerb eines Anspruchs auf Übereignung eines inländischen Grundstücks der Grunderwerbsteuer. Bemessungsgrundlage ist gem. § 8 Abs. 1 GrEStG 1983 die Gegenleistung. Bei einem Grundstückskauf gilt nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG 1983 als Gegenleistung u.a. der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen. Danach gehören alle Leistungen des Erwerbers zur grunderwerbsteuerrechtlichen Gegenleistung (Bemessungsgrundlage), die dieser nach den vertraglichen Vereinbarungen für den Erwerb des Grundstücks gewährt. Im Streitfall hat die Kl. – entgegen der Auffassung des FG – den an die T-GmbH entrichteten Betrag von 110.000,– DM nicht für den Erwerb des Grundstücks aufgewendet.

Baupläne fallen als solche nicht unter den Grundstücksbegriff des § 2 GrEStG 1983, der an den Grundstücksbegriff des bürgerlichen Rechts anknüpft (vgl. BFHE 165, 548 = BStBl II 1992, 152 = MittRhNotK 1992, 328). Ihr entgeltlicher Erwerb unterliegt deshalb regelmäßig nicht der Grunderwerbsteuer; das gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Baupläne – wie im Streitfall – zusammen mit einem Grundstück erworben werden, das Gegenstand der Planung ist. Denn auch in diesem Fall wird das Entgelt für die Baupläne und nicht für das Grundstück aufgewendet.

Grunderwerbsteuerrechtliche Relevanz kann der Erwerb der Baupläne zusammen mit einem Grunderwerb nur erlangen, wenn entweder wegen Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung angenommen werden muß, daß ein Teil des Aufwandes für den Erwerb der Bauplanung eine verdeckte Gegenleistung für den Erwerb des Grundstücks darstellt (BFHE 173, 442 = BStBl II 1994, 409), oder wenn die erworbene Bauplanung dazu diente, das Grundstück in den tatsächlichen (bebauten) Zustand zu versetzen, in dem es von den Vertragsschließenden zum Gegenstand des Erwerbsvorgangs gemacht wurde (BFHE 157, 248 = BStBl II 1989, 685 = MittRhNotK 1990, 141 und BFHE 169, 533 = BStBl II 1993, 308). Weder die eine noch die andere Voraussetzung liegt im Streitfall vor.

a) Anhaltspunkte dafür, daß die Vereinbarung über den Erwerb der Bauplanung für ein Wohn- und Geschäftshaus eine Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung aufweist, sind nicht ersichtlich. Das Entgelt für die Bauplanung stellt sich – nach Auffassung beider Prozeßbeteiligten – als angemessener Aufwand für eine tatsächlich erbrachte Leistung der T-GmbH dar, die deshalb unabhängig davon, inwieweit die Kl. von den Plänen später tatsächlich Gebrauch gemacht hat, nicht zur Gegenleistung gerechnet werden kann (vgl. hierzu: BFHE 173, 442 = BStBl II 1994, 409, 412; s. auch koordinierter Ländererlaß, z.B. Erlaß Rheinland-Pfalz vom 1. März 1990 S 4521 A-447, Steuererlasse in Karteiform – StEK –, Grunderwerbsteuergesetz 1983, § 9 Nr. 49). Sollten sich die Pläne – wie von der Kl. früher einmal behauptet – als fehlerbehaftet bzw. überarbeitungsbedürftig darstellen, rechtfertigt dies nicht die Annahme einer Unausgewogenheit von Leistung und Gegenleistung, weil der Kl. bei berechtigten Mängelrügen zivilrechtliche Minderungs- bzw. Schadensersatzansprüche zustünden.

b) Gegenstand des hier streitigen Erwerbsvorgangs ist das unbebaute Grundstück. Die Bauplanung diente keiner – noch der Veräußererseite zuzurechnenden – zukünftigen Bebauung, so daß das von der Kl. insoweit aufgewendete Entgelt kein Aufwand für den Grunderwerb vom Verkäufer darstellen kann. Der für die Besteuerung (Höhe der Gegenleistung) maßgebliche (tatsächliche) Zustand des Grundstücks kann sich sowohl aus dem tatbestandserfüllenden Rechtsgeschäft, d.h. aus dem Inhalt der zivilrechtlichen Übereignungsverpflichtung des Veräußerers oder aus mit diesem Rechtsgeschäft in rechtlichem oder objektiv sachlichem Zusammenhang stehenden Vereinbarungen oder Umständen ergeben. Anhaltspunkte dafür, daß die Kl. in rechtlichem oder sachlichem Zusammenhang mit dem Erwerb des Eigentumsverschaffungsanspruchs an dem Grundstück Rechtsbeziehungen auch hinsichtlich der Bebauung des Grundstücks eingegangen ist, liegen aber nicht vor.

Soweit das FG davon ausgegangen ist, daß bereits die für ein Grundstück erstellte Bauplanung den für die Besteuerung maßgeblichen tatsächlichen Zustand des betreffenden Grundstücks ebenso wie eine Bebauung verändere, kann dem nicht gefolgt werden. Denn durch eine Bauplanung – auch wenn diese bereits behördlich genehmigt ist – ändert sich der tatsächliche Zustand des Grundstücks (noch) nicht. Vielmehr versetzt sie den Grundstückserwerber nur in die Lage, den Zustand des Grundstücks nach dem Erwerb in eigener Regie zu verändern.

(...)

13. Steuerrecht – Verdeckte Gewinnausschüttung bei Übernahme der anlässlich einer Kapitalerhöhung anfallenden Kosten durch die GmbH

(BFH, Urteil vom 19. 1. 2000 – I R 24/99)

KStG § 8 Abs. 3 S. 2
EStG § 4 Abs. 4
AktG §§ 26 Abs. 2; 188 Abs. 3 Nr. 3
GmbHG §§ 55; 57

Für die anlässlich der Kapitalerhöhung einer GmbH anfallenden Kosten gilt das Veranlassungsprinzip. Übernimmt die GmbH die Kosten, die mit der eigentlichen Kapitalerhöhung zusammenhängen, liegt deswegen keine vGA vor, ohne dass es einer besonderen Satzungsregelung über die Kostenübernahme bedürfte. Anders verhält es sich, wenn die GmbH auch diejenigen Kosten trägt, die auf die Übernahme der neuen Kapitalanteile zurückzuführen sind (Abgrenzung zu den Senatsurteilen BFHE 158, 390 = BStBl II 1990, 89 und BFH/NV 1997, 711).

Zum Sachverhalt:

Die Kl. ist eine GmbH, deren Stammkapital im Zusammenhang mit dem Eintritt einer weiteren Gesellschafterin erhöht wurde. Die anlässlich der Kapitalerhöhung angefallenen Kosten (Kapitalverkehrsteuer und Notariatskosten) trug die Kl. und zog diese als Betriebsausgaben ab. Der Bekl. (das Finanzamt –FA–) nahm abweichend hiervon eine verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) an und erließ entsprechende Steuerbescheide.

Das Finanzgericht (FG) gab der hiergegen erhobenen Klage, u.a. soweit diese die Streitfrage nach der steuerlichen Behandlung der Kapitalerhöhungskosten betraf, statt.

Aus den Gründen:

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG.

1. Gem. § 8 Abs. 3 S. 2 des Körperschaftsteuergesetzes (KStG) sind bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Einkommens vGA zu berücksichtigen; sie mindern das Einkommen nicht.

Unter einer vGA i.S.d. § 8 Abs. 3 S. 2 KStG ist bei einer Kapitalgesellschaft eine Vermögensminderung (verhinderte Vermögensmehrung) zu verstehen, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt und in keinem Zusammenhang mit einer offenen Ausschüttung steht (BFHE 166, 545 = BStBl II 1992, 434). Für den größten Teil der entschiedenen Fälle hat der BFH eine Veranlassung der Vermögensminderung durch das Gesellschaftsver-

hältnis angenommen, wenn die Kapitalgesellschaft ihrem Gesellschafter einen Vermögensvorteil zuwendet, den sie bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters einem Nichtgesellschafter nicht gewährt hätte (BFHE 89, 208 = BStBl III 1967, 626).

2. Das FG hat das Vorliegen derartiger vGA im Streitfall verneint. Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Ob dies aber in vollem Umfang zutrifft, lässt sich nach den bislang getroffenen tatrichterlichen Feststellungen nicht abschließend entscheiden.

a) Wie der Senat wiederholt geurteilt hat (BFHE 158, 390 = BStBl II 1990, 89; BFH/NV 1997, 711), ist keine Betriebsausgabe, sondern eine andere Ausschüttung i.S.v. § 27 Abs. 3 S. 2 KStG gegeben, wenn eine Kapitalgesellschaft die eigenen Gründungskosten begleicht, die zivilrechtlich von den Gesellschaftern zu tragen sind. Dies ist dann der Fall, wenn die Gesellschaftssatzung die Übernahme des Gründungsaufwandes zu Lasten der Gesellschaft nicht vorsieht (vgl. § 26 Abs. 2 des Aktiengesetzes –AktG–, der einen für alle Kapitalgesellschaften verbindlichen Rechtsgrundsatz enthält).

b) So liegen die Dinge hier jedoch nicht; das FA überträgt die zu Gründungskosten aufgestellten Grundsätze deshalb zu Unrecht auch auf jene Kosten, die anlässlich einer Kapitalerhöhung (Eigenkapitalbeschaffung) gem. § 55 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (–GmbHG–) anfallen. Auch wenn die Kapitalerhöhung ein „nach Inhalt und Wesen der Gründung ähnlicher Vorgang" ist (vgl. Großkomm/Ulmer, 8. Aufl., § 55 GmbHG, Rn. 5, m.w.N.), so sind Kapitalerhöhungs- und Gründungsvorgänge dennoch strikt auseinanderzuhalten (vgl. Ulmer, a.a.O., § 55 GmbHG, Rn. 5), insbesondere ist die analoge Anwendung von Gründungsrecht auf die Kapitalerhöhung nicht ohne weiteres möglich (Rowedder/Zimmermann, 3. Aufl., § 55 GmbHG, Rn. 3; vgl. zur Abgrenzung auch § 248 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs –HGB–, dazu Budde/Karig, Beck'scher Bilanz-Kommentar, 3. Aufl., § 248 HGB, Rn. 2 f.). Die Kapitalerhöhung unterscheidet sich von der Gründung der GmbH, die – nur – von den Gesellschaftern vorgenommen werden kann, schon darin, dass sie nicht zwingend die Beteiligung der (bisherigen) Gesellschafter durch Übernahme neuer Geschäftsanteile voraussetzt (§ 55 Abs. 2 GmbHG). Zwar ist der Vertrag auf Erwerb oder auf Erweiterung eines Mitgliedschaftsrechts durch den Übernehmer gerichtet und hat er deswegen keinen schuldrechtlichen, sondern einen körperschaftlichen Charakter (Scholz/Priester, 8. Aufl., § 55 GmbHG, Rn. 70, m.w.N. zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs –BGH–). Der Übernahmevertrag ist indes kein Teil des eigentlichen Kapitalerhöhungsbeschlusses, sondern lediglich dessen Durchführung (vgl. § 57 GmbHG). Daher ist es zwar zulässig, auch die Personen der Übernehmer und die von ihnen übernommenen Stammeinlagen im Kapitalerhöhungsbeschluss anzugeben, dies muss jedoch nicht geschehen. Gleiches gilt für die erforderliche Neufassung der Satzung (vgl. § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG; Ulmer, a.a.O., § 55 GmbHG, Rn. 18).

Vor diesem Hintergrund und in Einklang hiermit findet § 26 Abs. 2 AktG keine analoge Anwendung. Diese Vorschrift enthält keinen allgemein gültigen Rechtsgedanken; sie betrifft vielmehr ausschließlich die Gründung der Gesellschaft und bezweckt, die Vorbelastungen des Grundkapitals durch Gründungsaufwand im Interesse des Gläubigerschutzes statutarisch offen zu legen; durch die Veröffentlichung soll erreicht werden, dass der Geschäftspartner der gegründeten Gesellschaft weiß, welcher Betrag des Stammkapitals von vornherein nicht zur Verfügung steht. Diese besondere Interessenlage ist mit Vornahme der Gründung aber entfallen. Soweit das FA sich demgegenüber auf § 57 Abs. 4 GmbHG und die darin enthaltene Verweisung auf § 9 a Abs. 1 und 3 GmbHG beruft, ergibt sich hieraus nichts Abweichendes. Diese Vorschriften regeln (allein) die Verantwortlichkeit der Geschäftsführer, welche die Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet haben und in diesem Zusammenhang deren etwaige gesamtschuldnerische Mithaftung; es ist nicht ersichtlich, dass und in welcher Weise sich daraus eine analoge Anwendbarkeit von § 26 Abs. 2 AktG ableiten lassen sollte.

Folglich gilt für die Kapitalerhöhungskosten uneingeschränkt und ohne besondere Satzungserfordernisse das Veranlassungsprinzip (§ 4 Abs. 4 des Einkommensteuergesetzes –EStG–), wonach die betreffenden Kosten von jenem zu tragen sind, in dessen Rechtssphäre sie verursacht sind (ebenso Scholz/Priester, a.a.O., § 55 GmbHG, Rn. 122; Beck'scher Bilanz-Komm/Förschle/Kofahl, a.a.O., § 272 HGB, Rn. 51; wohl auch Streck, 5. Aufl., § 8 KStG, Anm. 150, Stichwort Kapitalerhöhungskosten; Blümich/Rengers, Einkommensteuergesetz, Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuergesetz, 16. Aufl., § 8 KStG, Rn. 487; Großkomm/Wiedemann, 4. Aufl., § 182 AktG, Rn. 116; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff/Bungeroth, § 182 AktG, Rn. 126; Hüffer, 2. Aufl., § 182 AktG, Rn. 35; a.A. – allerdings überwiegend aus kautelarpraktischer Vorsicht – Piltz, Deutsches Steuerrecht 1991, 1650, 1651, und diesem folgend Neufang/Hobbing/Kaiser, Die Information über Steuer und Wirtschaft 1996, 553, 554; Urban, Finanz-Rundschau 1992, 569, 571, sowie EFG-Beilage 10/1999, 37; B. Arthur Andersen/Lang, § 8 KStG, Rz. 1195 a.E.; Dötsch/Eversberg/Jost/Witt/Achenbach, Die Körperschaftsteuer, Anh. zu § 8 KStG, Stichwort Kapitalerhöhungskosten, Letzterer unter unzutreffendem Hinweis auf die „Kapital-" in Abgrenzung zur „Einkommensebene" der Kapitalgesellschaft).

3. Für den Streitfall bedeutet dies, dass diejenigen Kosten, die mit der eigentlichen Kapitalerhöhung zusammenhängen, solche der Kl. und nicht der die Neuanteile übernehmenden Gesellschafter sind. Einbezogen sind die entsprechenden Beurkundungs- und Eintragungskosten (vgl. insoweit auch § 188 Abs. 3 Nr. 3 AktG zur Beifügung einer Kostenberechnung über die – so ausdrücklich – „der Gesellschaft" entstehenden Emissionskosten für die Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister), daneben die festgesetzte Gesellschaftsteuer (vgl. dazu § 10 des Kapitalverkehrsteuergesetzes, wonach Steuerschuldner die betreffende Kapitalgesellschaft ist). Für diejenigen Kosten, die gegebenenfalls auf die Übernahme der neuen Kapitalanteile zurückzuführen sind (insbesondere die diesbezüglichen anteiligen Beurkundungs- und gegebenenfalls Eintragungskosten; vgl. dazu im Einzelnen Zimmermann in Rowedder, a.a.O., § 55, Rn. 52 f.; Wiedemann, a.a.O., § 182, Rn. 107 ff.; Hüffer, a.a.O., § 182, Rn. 34), gilt dies hingegen nicht; diese waren von den Gesellschaftern zu tragen. Soweit die Kl. diese dennoch – anteilig – übernommen hätte, wäre darin eine Vermögensminderung zu sehen, der gesellschaftliche Motive zugrunde lägen, es sei denn, betriebliche Gründe würden dargetan. Feststellungen dazu fehlen indes. Es ist Sache des FG, dem im Einzelnen weiter nachzugehen und die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen zu treffen.

4. Zu diesem Zweck waren das Urteil des FG aufzuheben und die Sache an dieses zurückzuverweisen (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 der Finanzgerichtsordnung –FGO–).

14. Steuerrecht – Verwirklichung des Erwerbsvorgangs bei Erforderlichkeit einer vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung

(BFH, Urteil vom 8. 2. 2000 – II R 51/98)

GrEStG 1983 §§ 11 Abs. 1; 23
BGB §§ 1629; 1643 Abs. 1; 1821; 1828; 1829 Abs. 1 S. 2

1. Wurde die für einen im Jahr 1996 abgeschlossenen Kaufvertrag erforderliche vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erst im Jahr 1997 erteilt, so unterliegt der Kaufvertrag dem erhöhten Grunderwerbsteuersatz von 3,5 v.H., weil bis zur wirksamen Erteilung der Genehmigung der Erwerbsvorgang i.S.v. § 23 GrEStG 1983 noch nicht verwirklicht worden ist (Bestätigung des BFH-Urteils BFHE 188, 453 = BStBl II 1999, 606).

2. Ein Erwerbsvorgang, der der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, ist auch dann nicht vor deren Erteilung verwirklicht, wenn die Vertragsbeteiligten den beurkundenden Notar beauftragen und ermächtigen, die Genehmigung für den Vormund (gesetzlichen Vertreter eines Minderjährigen) entgegenzunehmen und den anderen Vertragsbeteiligten mitzuteilen sowie zugleich diese Mitteilung für die anderen Vertragsbeteiligten zu empfangen (sog. Doppelermächtigung).

Zum Sachverhalt:

Herr M (Vater) und seine (damals) minderjährige Tochter waren Miteigentümer je zur Hälfte eines Grundstücks. Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 18. 11. 1996 verkauften sie das Grundstück an den Kl. und dessen Ehefrau wiederum zu Miteigentum je zur Hälfte. Beim Abschluss des Kaufvertrags wurde die Minderjährige durch ihren Vater als alleiniger gesetzlicher Vertreter vertreten. Der Abschluss des Vertrags erfolgte vorbehaltlich der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. In der notariellen Urkunde beantragten die Vertragsbeteiligten die Erteilung der Genehmigung und ermächtigten den Notar, sie einzuholen und entgegenzunehmen. Eine uneingeschränkte Genehmigung sollte dem Notar unmittelbar zugestellt werden. Der Notar wurde darüber hinaus ermächtigt, die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ohne nochmalige Anhörung des Vaters für diesen den übrigen Vertragsbeteiligten mitzuteilen. Die übrigen Vertragsbeteiligten bevollmächtigten ihrerseits den Notar, die Mitteilung über die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für sie in Empfang zu nehmen. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung wurde am 15. 1. 1997 erteilt.

Der Bekl. (das Finanzamt –FA–) setzte gegen den Kl. Grunderwerbsteuer fest. Das FA ging dabei von einer anteiligen Gegenleistung aus und wandte darauf den Steuersatz von 3,5 v.H. an.

Mit der dagegen gerichteten Klage wurde geltend gemacht, dass die Grunderwerbsteuer nach einem Steuersatz von 2 v.H. zu berechnen sei, da der Erwerbsvorgang bereits im Jahre 1996 verwirklicht worden sei.

Das Finanzgericht (FG) hat der Klage stattgegeben.

Mit der Revision beantragt das FA, unter Aufhebung der Vorentscheidung die Klage abzuweisen.

Aus den Gründen:

Die Revision des FA ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Abweisung der Klage.

Entgegen der Auffassung des FG ist auf den Erwerbsvorgang im Streitfall § 11 Abs. 1 GrEStG 1983 in der ab 1. 1. 1997 geltenden Fassung des Art. 7 Nr. 6 des Jahressteuergesetzes 1997 vom 20. 12. 1996 (BGBl I, 2049) anzuwenden. Danach unterliegt der Erwerbsvorgang einem Steuersatz von 3,5 v.H., weil die gem. § 23 Abs. 4 GrEStG 1983 für die Anwendung des Steuersatzes maßgebende Verwirklichung des Erwerbsvorganges erst nach dem 31. 12. 1996 erfolgt ist.

Nach st. Rspr. des BFH ist ein Erwerbsvorgang i.S.v. § 23 GrEStG 1983 dann verwirklicht, wenn das auf einen Erwerbsvorgang abzielende Wollen in rechtsgeschäftliche Erklärungen umgesetzt worden ist, wenn also die Bet. im Verhältnis zueinander gebunden sind (BFHE 188, 453 = BStBl II 1999, 606; BFHE 159, 260 = BStBl II 1990, 234, und BFHE 147, 538 = BStBl II 1987, 35, m.w.N.).

Die Verwirklichung eines Erwerbsvorgangs setzt somit stets rechtsgeschäftlich wirksame Willenserklärungen der Vertragschließenden voraus, durch die eine Bindung der Bet. an das vorgenommene Rechtsgeschäft eingetreten ist. Bei einem unbedingten bzw. keiner Genehmigung bedürftigen Rechtsgeschäft ist eine solche Bindung regelmäßig mit dem Vertragsabschluss gegeben. Diese Voraussetzungen können aber auch bei einem Rechtsgeschäft vorliegen, dessen Rechtswirkungen (z.B. Entstehung eines Eigentumsverschaffungsanspruchs) von dem Eintritt einer Bedingung oder der Erteilung einer Genehmigung abhängen. Auch das bedingte oder genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft ist tatbestandlich vollendet und voll gültig, nur seine Rechtswirkungen befinden sich bis zum Eintritt der Bedingung oder der Erteilung der Genehmigung in der Schwebe (vgl. Palandt/Heinrichs, 59. Aufl., Einführung vor § 158 BGB, Anm. 8). Die Parteien eines genehmigungsbedürftigen oder bedingten Rechtsgeschäfts sind im Regelfall durch den (vorausgesetzt wirksamen) Vertragsabschluss gebunden und können die Vertragsbeziehungen nicht mehr einseitig lösen, vielmehr sind sie im Hinblick auf den aufschiebend bedingten Rechtserwerb (Anwartschaftsrecht) zur gegenseitigen Treupflicht und zur Beachtung der Schutzvorschriften der §§ 160 f. BGB verpflichtet. Erzeugt das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft während der Schwebezeit keine derartige Bindung, so ist der Erwerbsvorgang noch nicht verwirklicht. Das ist der Fall, wenn ein Erwerbsvorgang der nachlassgerichtlichen Genehmigung bedarf (BFHE 188, 453 = BStBl II 1999, 606). Entsprechendes gilt für die im Streitfall zu beurteilende vormundschaftsgerichtliche Genehmigung.

Der die minderjährige Miteigentümerin gem. § 1629 BGB vertretende Vater bedurfte für den Abschluss des Kaufvertrages der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 1643 Abs. 1 i.V.m. § 1821 BGB). Bis zu ihrer Erteilung erzeugte die im Namen der Minderjährigen abgegebene Willenserklärung des gesetzlichen Vertreters noch keine Rechtsbindungen in Bezug auf das vorgenommene Rechtsgeschäft (§ 1643 Abs. 3 i.V.m. § 1829 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Minderjährige bzw. ihr gesetzlicher Vertreter waren frei von Bindungen und Haftungsfolgen; sie waren weder verpflichtet, die Genehmigung des Nachlassgerichts einzuholen noch die erteilte Genehmigung durch Mitteilung an den Kl. und seine Ehefrau wirksam werden zu lassen. Eine Lösung der von ihm vertretenen Minderjährigen aus dem Vertragsverhältnis konnte der gesetzliche Vertreter selbst dann herbeiführen, wenn – wie im Streitfall – der Vertreter zugleich im eigenen Namen auf derselben Vertragsseite wie der Minderjährige gehandelt hatte (vgl. zu alledem MünchKomm/Schwab, 3. Aufl., § 1829 BGB, Rn. 5, 9, m.w.N.). Bis zur Erteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung konnte sich die als Miteigentümerin mitveräußernde Minderjährige von dem Vertragsverhältnis einseitig wieder lösen. Diese Möglichkeit bestand auch für den als Miteigentümer mitveräußernden Vater selbst, denn die Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand ist schwebend unwirksam, wenn die Mitwirkung eines Teils (schwebend) unwirksam ist (vgl. § 747 S. 2 BGB). Die zur Verwirklichung des Erwerbsvorgangs erforderliche Bindung aller Vertragsbeteiligten entstand daher im Streitfall nicht bereits durch den notariell beurkundeten Abschluss des Grundstückskaufvertrags am 18. 11. 1996.

Ein anderes Ergebnis folgt – entgegen der Auffassung des FG – auch nicht aus der sog. Doppelermächtigung des Notars in der Weise, dass dieser vom Vater der Verkäuferin als deren gesetzlicher Vertreter zur Einholung und zur Entgegennahme der Genehmigung nach § 1828 BGB und zum Gebrauchmachen der Genehmigung durch Mitteilung an die Käufer gem. § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB bevollmächtigt worden und ihm von den Käufern gestattet worden ist, die Mitteilung für sie entgegenzunehmen. Dies ist zwar zulässig (Schwab, a.a.O., § 1829 BGB, Rn. 18, 18 a; Erman/Holzhauer, 9. Aufl., § 1829 BGB, Rn. 6) mit der Folge, dass der Grundstückskaufvertrag allein durch die Erteilung der Genehmigung gegenüber dem Notar wirksam wurde, ohne dass der Vater als gesetzlicher Vertreter nochmals mit der Sache befasst werden musste. Diese Gestaltung führte jedoch nicht zu einer den Erwerbsvorgang i.S.d. § 23 GrEStG 1983 verwirklichenden Bindung der Vertragsparteien, denn die Bevollmächtigung des Notars, den Käufern die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts mitzuteilen, war jederzeit widerruflich und ließ dem Vater als dem gesetzlichen Vertreter weiterhin die volle Entscheidungsfreiheit darüber, ob er den Vertrag wirksam werden lassen wollte (RGZ 121, 30; OGHZ 1, 198; Schwab, a.a.O., § 1829 BGB, Rn. 18). Vor dem Wirksamwerden der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (§ 1829 Abs. 1 S. 2 BGB) war daher eine Rechtsbindung der auf der Veräußererseite auftretenden Minderjährigen nicht gegeben. Daran ändert nichts, dass im Streitfall die gem. § 1829 Abs. 1 S. 2 BGB für

die Wirksamkeit des Vertrages erforderliche Mitteilung der Genehmigung an die Käufer entfallen konnte, weil der Notar die Genehmigung zugleich mit Wirkung für die Käufer entgegennehmen konnte.

Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht daraus, dass zivilrechtlich die Rechtsfolgen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurückwirken. Die für den Bereich des Zivilrechts vorgesehene Rückwirkung der Rechtsfolgen der Genehmigung ist grunderwerbsteuerrechtlich nicht zu berücksichtigen. Aus § 14 Nr. 2 GrEStG 1983 ergibt sich, dass für die Frage des Zeitpunkts der Entstehung der Steuer derartigen zivilrechtlichen Rückwirkungen grunderwerbsteuerrechtlich keine Bedeutung zugemessen wird. Damit ist das Gesetz dem allgemeinen Grundsatz gefolgt, dass eine Verkehrsteuer, welche an einen einzelnen Rechtsvorgang anknüpft, nicht rückwirkend entstehen kann (vgl. BFHE 134, 459 = BStBl II 1982, 168). Es verbietet sich, bei der Frage des Zeitpunkts der Verwirklichung eines Erwerbsvorgangs eine andere Beurteilung vorzunehmen (BFHE 188, 453 = BStBl II 1999, 606).

Die Sache ist spruchreif. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung wurde erst nach dem 31. 12. 1996 wirksam und mithin der Erwerbsvorgang im Streitfall erst nach diesem Zeitpunkt verwirklicht. Damit ist auf den Grundstückskaufvertrag nach § 11 Abs. 1 GrEStG 1983 n.F. der Steuersatz von 3,5 v.H. anwendbar; die Steuer ist vom FA zutreffend berechnet worden. Die gegen den Steuerbescheid gerichtete Klage ist abzuweisen.

Mitteilungen

1. Notarrecht – Verwendung des Landeswappens auf den Briefbögen der Notarinnen und Notare
(JuMin NW, Erlaß vom 11. 5. 2000 – 3831 – I B.42)

Verordnung über die Führung des Landeswappens vom 16. 5. 1956 § 2 Abs. 1

Nach § 2 Abs. 1 der Verordnung über die Führung des Landeswappens vom 16. 5. 1956 (SGV. NW. 113) sind die Notarinnen und Notare in Nordrhein-Westfalen berechtigt, das Landeswappen zu führen. Das schließt im Grundsatz die Befugnis ein, das Wappen in abgewandelter Form auf Briefbögen zu verwenden, sofern die Korrespondenz ausschließlich der Erledigung von „echten" Notariatsangelegenheiten dient.

Für den Bereich des Anwaltsnotariats reicht die Abgrenzung nach der Art der Tätigkeit jedoch nicht aus. Anderenfalls würde der unbefangene Betrachter das im Briefkopf abgedruckte Landeswappen nämlich nicht auf den sachlichen Inhalt des Schreibens oder auf die im Einzelfall wahrgenommene Funktion des Verfassers beziehen, sondern auf dessen Person schlechthin und zugleich auf etwaige weitere im Briefkopf bezeichnete Personen. Deshalb hege ich bei einem Anwaltsnotar nur dann keine Bedenken gegen die Verwendung des Landeswappens auf den Briefbögen, wenn seine Stellung als Rechtsanwalt und die Soziierung oder Bürogemeinschaft mit weiteren Rechtsanwälten räumlich und drucktechnisch so deutlich zurücktreten, dass das Landeswappen verständigerweise nur auf die notarielle Tätigkeit bezogen werden kann.

2. Steuerrecht – Behandlung der Einbringung einzelner zum Privatvermögen gehörender Wirtschaftsgüter in das betriebliche Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft als tauschähnlicher Vorgang; Anwendung des BFH-Urteils vom 19. 10. 1998 – VIII R 69/95)
(BMF, Schreiben vom 29. 3. 2000 – IV C 2 – S-2178 – 4/00)

Der VIII. Senat des BFH behandelt im Urteil vom 19. 10. 1998 – VIII R 69/95 – BStBl 2000 II S. 230 die Einbringung einer wesentlichen Beteiligung i.S.d. § 17 EStG aus dem Privatvermögen in das betriebliche Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten als tauschähnlichen Vorgang, der beim einbringenden Gesellschafter zu einer entgeltlichen Veräußerung i.S.d. § 17 EStG und bei der aufnehmenden Personengesellschaft zu einem Anschaffungsgeschäft führt. Der BFH hat damit von der Auffassung der Finanzverwaltung abgewichen, die eine Veräußerung durch den Gesellschafter i.S.d. § 17 EStG verneint und den Vorgang als Einlage i.S.d. § 4 Abs. 1 S. 5 EStG i.V.m. § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG ansieht (BMF-Schreiben vom 20. 12. 1977 – BStBl 1978 I S. 8, Tz. 49).

Unter Bezugnahme auf das Ergebnis der Erörterung mit den obersten Finanzbehörden der Länder nehme ich zur Anwendung der Rechtsgrundsätze des o.g. BFH-Urteils wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Anwendung und Bedeutung des BFH-Urteils

Die Rechtsgrundsätze des BFH-Urteils vom 19. 10. 1998 – VIII R 69/95 – sind in allen offenen Fällen anzuwenden. Tz. 49 des BMF-Schreibens vom 20. 12. 1977 (BStBl 1978 I S. 8) ist damit überholt.

Das BFH-Urteil ist zwar nur für die Übertragung einer im Privatvermögen gehaltenen wesentlichen Beteiligung i.S.d. § 17 EStG ergangen, gilt aber der Sache nach allgemein für die Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter aus dem Privatvermögen in das betriebliche Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten.

II. Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtsauffassung im Einzelnen

Im Einzelnen ergeben sich aus der Anwendung des o.g. Urteils folgende Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtsauffassung:

1. Die Übertragung eines Einzelwirtschaftsguts aus dem Privatvermögen in das betriebliche Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft

a) stellt einen tauschähnlichen Vorgang dar, wenn dem Einbringenden als Gegenleistung für das eingebrachte Einzelwirtschaftsgut Gesellschaftsrechte gewährt werden, die dem Wert des Wirtschaftsguts entsprechen (offene Sacheinlage). § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG kommt nicht zur Anwendung. Eine Gewährung von Gesellschaftsrechten ist anzunehmen, wenn die durch die Übertragung eintretende Erhöhung des Gesellschaftsvermögens dem Kapitalkonto des einbringenden Gesellschafters gutgeschrieben wird, das für seine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen maßgebend ist (vgl. Tz. 24 des BMF-Schreibens vom 20. 12. 1977 – BStBl 1978 I S. 8). Die Verbuchung auf einem Darlehenskonto stellt keine offene Sacheinlage dar. Zur Abgrenzung zwischen Darlehenskonto und Kapitalkonto vgl. das BMF-Schreiben vom 30. 5. 1997 (BStBl I S. 627).

b) stelle eine Einlage dar, wenn dem Einbringenden überhaupt keine Gesellschaftsrechte gewährt werden (verdeckte Einlage).

c) ist in einem tauschähnlichen Vorgang und eine Einlage aufzuteilen, wenn der Wert des übertragenden Wirtschaftsguts höher ist als die im Gegenzug eingeräumten Gesellschaftsrechte. Aufteilungsmaßstab ist das Verhältnis des Werts der gewährten Gesellschaftsrechte zum gemeinen Wert des übertragenden Wirtschaftsguts (vgl. BFH-Urteil vom 17. 7. 1980, BStBl 1981 II S. 11).

Da diese Grundsätze nicht nur bei der Einbringung wesentlicher Beteiligung i.S.d. § 17 EStG, sondern für alle Einzelwirtschaftsgüter gelten, führt z.B. die Einbringung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten durch offene Sacheinlage in das betriebliche Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft innerhalb von zehn Jahren seit der Anschaffung im Privatvermögen zu einem privaten Veräußerungsgeschäft i.S.d. § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG. Erfolgt die Einlage in das betriebliche Gesamthandsvermögen im Wege der verdeckten Einlage und wurde die Einlage nach dem 31. 12. 1999 vorgenommen, liegt ein privates Veräußerungsgeschäft i.S.d. § 23 Abs. 1 S. 5 Nr. 1 EStG vor, wenn das eingelegte Wirtschaftsgut innerhalb eines Zeitraums von zehn Jahren seit der Anschaffung im Privatvermögen aus dem Betriebsvermögen veräußert wird.

2. Die o.a. Grundsätze gelten nicht nur bei der Einbringung in eine Personengesellschaft, sondern auch in eine andere Gesamthandsgemeinschaft (Gütergemeinschaft, Erbengemeinschaft).

3. Entsprechendes gilt bei der Übertragung eines Einzelwirtschaftsguts aus dem betrieblichen Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft oder anderen Gesamthandsgemeinschaft in das Privatvermögen. Das bedeutet, dass es sich auch im Falle der Übertragung gegen Minderung von Gesellschaftsrechten um einen tauschähnlichen Vorgang handelt.

III. Einbringung wertgeminderter wesentlicher Beteiligungen

In Fällen der Einbringung wertgeminderter wesentlicher Beteiligungen gilt Folgendes:

1. Die Einbringung einer wertgeminderten wesentlichen Beteiligung i.S.d. § 17 EStG aus dem Privatvermögen in das betriebliche Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten stellt nach den Grundsätzen des BFH-Urteils vom 19. 10. 1998 – VIII R 69/95 – einen tauschähnlichen Vorgang dar. Im Zeitpunkt der Einbringung entsteht ein Veräußerungsverlust, der nach Maßgabe des § 17 Abs. 2 S. 4 EStG zu berücksichtigen ist. R 140 Abs. 8 EStR findet keine Anwendung.

2. In Fällen der Einlage einer wertgeminderten wesentlichen Beteiligung in einen als Einzelunternehmen geführten Betrieb desselben Steuerpflichtigen oder in das Sonderbetriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen bei einer Mitunternehmerschaft sind R 140 Abs. 8 EStR sowie das BMF-Schreiben vom 5. 12. 1996 (BStBl. I S. 1500) weiterhin anzuwenden. Gleiches gilt für die Übertragung in das betriebliche Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft, soweit dem Einbringenden keine oder nur teilweise Gesellschaftsrechte gewährt werden (vgl. Abschn. I Ziff. 1 Buchst. b und c).

IV. Übergangsregelung

Wird das Wirtschaftsgut vor dem 1. 7. 2000 in das bzw. aus dem Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft gegen Gewährung bzw. Minderung von Gesellschaftsrechten übertragen, so kann auf gemeinsamen Antrag der Bet. noch nach der bisherigen Auffassung der Finanzverwaltung verfahren werden, d.h. bei der Übertragung in das Gesellschaftsvermögen gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten ist die Übertragung als Einlage (Tz. 49 des BMF-Schreibens vom 20. 12. 1977, BStBl. I S. 8) und bei der Übertragung in das Privatvermögen gegen Minderung von Gesellschaftsrechten als Entnahme zu behandeln. Die Bet. sind dann für die Zukunft an diese Behandlung gebunden. Bei einem gemeinsamen Antrag der Bet. ist die Einbringung auch für die Anwendung des § 23 EStG als Einlage anzusehen. Bei Einlagen, die nach dem 31. 12. 1999 vorgenommen werden, ist § 23 Abs. 1 S. 5 Nr. 1 EStG zu beachten.

Entscheidend für den Zeitpunkt der Übertragung ist der Zeitpunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums.

3. Steuerrecht – Behandlung von Folgekostenverträgen nach dem Baugesetzbuch

(FinMin Baden-Württemberg, Erlaß vom 18. 4. 2000 – 3 – S 4521/21)

Nach § 11 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 Baugesetzbuch in der Neufassung vom 27. 8. 1997 (BGBl. S. 2141) können Gemeinden im Rahmen eines städtbaulichen Vertrages Vereinbarungen mit Bauwilligen zur Übernahme von Kosten oder sonstigen Aufwendungen treffen, die der Gemeinde für städtebauliche Maßnahmen – wie die Errichtung von Schulen, Sportplätzen, Kindergärten, Krankenhäusern usw. – entstehen oder entstanden sind und die Voraussetzung oder Folge des vom Übernehmenden geplanten Vorhabens sind (Folgekostenvertrag). Sie dürfen dem Übernehmenden nur in dem Umfang auferlegt werden, in dem die Folgekosten durch das Vorhaben, insbesondere die Schaffung von Wohnraum, verursacht worden sind bzw. werden.

Für die grunderwerbsteuerliche Behandlung derartiger Verträge gilt im Einvernehmen mit den obersten Finanzbehörden der anderen Länder folgendes:

Anders als Erschließungskosten, die kraft Gesetzes entstehen und auf dem jeweiligen Grundstück als öffentliche Last ruhen, können Folgekosten nur auf der Grundlage eines zweiseitigen Folgekostenvertrages übernommen werden. Ihre Entstehung ist unabhängig von der Fertigstellung der kommunalen Einrichtungen, die durch die Erhebung der Folgekosten finanziert werden. Bei der Verknüpfung einer derartigen Vereinbarung mit dem Erwerb eines Grundstücks sind die vom Erwerber übernommenen Folgekosten als Zuschlag zum Kaufpreis unmittelbar Bestandteil der Gegenleistung.