

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

13. Jahrgang
April 2005
ISSN 1434-3460

8/2005

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

EGBGB Art. 25, 26; Deutsch-Türkischer Konsularvertrag – Türkei: Gemeinschaftliches Testament/Erbvertrag, Pflichtteilsrecht

WEG §§ 21 Abs. 3, 22 Abs. 1, 14 Nr. 1 – Beseitigung eines Baumes durch Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümer

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB §§ 13, 14; ZPO § 1031 Abs. 5 Satz 1 – Existenzgründer ist kein Verbraucher mehr

BGB § 107; GBO §§ 71 Abs. 1, 78 – Kein lediglich rechtlicher Vorteil bei Überlassung vermieteten oder verpachteten Grundstücks unter Vorbehaltsnießbrauch

BGB §§ 138, 242, 1408, 1585c – Inhalts- und Ausübungskontrolle eines Ehevertrages bei kinderloser Zweitehe

BGB § 1600 Abs. 4 n. F. – Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung bei Zeugung mittels heterologer Insemination vor Inkrafttreten der Neuregelung

BNotO § 19; BeurkG § 17 Abs. 1; BGB §§ 2287, 2289, 2290; HöfeO § 1 Abs. 4, 7 Abs. 1, 17 – Fragepflicht des Notars hinsichtlich entgegenstehendem Erbvertrag der Beteiligten; Hinweispflicht auf Möglichkeit lebzeitiger Überlassung trotz Erbvertrages

Aktuelles

Justizkommunikationsgesetz (JKomG) zum 1.4.2005 in Kraft getreten

BGB §§ 1896 ff. – Reform des Betreuungsrechts

Literatur

Veranstaltung

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

EGBGB Art. 25, 26; Deutsch-Türkischer Konsularvertrag Türkei: Gemeinschaftliches Testament/Erbvertrag, Pflichtteilsrecht

I. Sachverhalt

In Deutschland lebende türkische Eheleute sind u. a. Eigentümer zu je 1/2 Anteil eines Mehrfamilienhauses in Deutschland. Aus der Ehe sind 6 Kinder hervorgegangen.

Die Eheleute beabsichtigen, ein gemeinsames Testament zu errichten, wonach beim Ableben eines der Ehepartner dieser von den 6 Kindern jeweils zu gleichen Teilen beerbt wird.

II. Fragen

1. Ist deutsches oder türkisches Erbrecht anwendbar?
2. Können türkische Staatsangehörige ein gemeinschaftliches Testament oder einen Erbvertrag errichten?

3. Welche Pflichtteilsrechte bestehen nach türkischem Erbrecht?

III. Zur Rechtslage

1. Nachlassspaltung durch Deutsch-Türkischen Konsularvertrag

Das auf die Erbfolge anwendbare Recht bestimmt sich im Verhältnis zur Türkei vorrangig nach den Bestimmungen in Anlage zu Art. 20 des Deutsch-Türkischen Konsularvertrages vom 28.5.1929 („Nachlassabkommen“, RGBl. 1930 II, S. 747). Dieses Abkommen gilt laut Bekanntmachung vom 26.2.1952 (BGBl. II, S. 608) im Verhältnis zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Türkei fort (vgl. Dörner, ZEV 1996, 90 ff.). § 14 Nachlassabkommen (Text bei Ferid/Firsching, Internationales Erbrecht, Deutschland, Texte A II 2 Nr. 12) bestimmt das auf die Erbfolge anwendbare Recht wie folgt:

§ 14 Nachlassabkommen

(1) Die erbrechtlichen Verhältnisse bestimmen sich in Ansehung des **beweglichen Nachlasses** nach den Gesetzen des Landes, dem der Erblasser zur Zeit seines Todes angehörte.

(2) Die erbrechtlichen Verhältnisse in Ansehung des **unbeweglichen Nachlasses** bestimmen sich nach den Gesetzen des Landes, in dem dieser Nachlass liegt, und zwar in der gleichen Weise, wie wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes Angehöriger dieses Landes gewesen wäre.

Hiernach unterliegt die Erbfolge grundsätzlich dem **Heimatrecht** des Erblassers. Dies wäre das türkische Recht. Diese Geltung des Heimatrechts wird jedoch in § 14 Abs. 2 Nachlassabkommen durch die Geltung des **Belegenheitsrechts für das Immobilienvermögen** durchbrochen. Es findet also für den in Deutschland belegenen Grundbesitz deutsches Recht Anwendung, so dass eine Nachlassspaltung eintritt.

Folge der **Nachlassspaltung** ist, dass **zwei Nachlassmassen** entstehen, die sich jeweils selbständig nach dem türkischen und nach dem deutschen Recht vererben. Insbesondere ist auch die Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung für jede Nachlassmasse selbständig zu prüfen, so dass z. B. diese für die eine Nachlassmasse wirksam, für die andere jedoch unwirksam sein könnte (s. Palandt/Heldrich, 64. Aufl. 2005, Art. 25 EGBGB Rn. 9 m. w. N.). Der Errichtung gesonderter Verfügungen für die beiden Nachlassmassen bedarf es freilich nicht.

Eine Rechtswahl sieht das Nachlassabkommen nicht vor. Aus deutscher Sicht wäre hier ohnehin ausschließlich eine Rechtswahl gem. Art. 25 Abs. 2 EGBGB zugunsten des deutschen Rechts für ggf. in Deutschland belegenen Grundbesitz möglich. Diese Wirkungen treten hier aufgrund des Nachlassabkommens jedoch schon ipso iure ein.

2. Wirksamkeit eines gemeinschaftlichen Testaments/ Erbvertrags nach türkischem Erbrecht

a) Gemeinschaftliches Testament unbekannt

Soweit im vorliegenden Fall türkisches Recht Erbstatut ist (d. h. für den beweglichen Nachlass bzw. für Grundstücke in der Türkei), ist zu beachten, dass das türkische Recht das **gemeinschaftliche Testament nicht kennt**. Auch insoweit folgt es dem **schweizerischen Recht**.

Selbst wenn man die Zulässigkeit der gemeinschaftlichen Testamentserrichtung als Formfrage ansehen würde mit der Folge, dass dann das deutsche Recht als Ortsrecht zur Anwendung käme, würden sich die Wirkungen des Testaments aber dennoch nach dem türkischen Recht beurteilen und hätte daher ein auf diese Weise errichtetes Testament **nicht die besonderen Wirkungen**, die die §§ 2270 f. BGB an die gemeinschaftliche Errichtung knüpfen. Wegen der mit seiner Errichtung verbundenen Unsicherheiten sollte daher von der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments abgesehen werden.

b) Erbvertrag möglich

Allerdings kennt das türkische Recht – wie das schweizerische – den Erbvertrag. Auch das neue, im Jahre 2002 in Kraft getretene türkische ZGB sieht die Möglichkeit vor, dass ein Erblasser bzw. verschiedene Personen in einem Erbvertrag vertragsmäßig bindende Verfügungen treffen (Kilic, in: Süß/Haas, Erbrecht in Europa, 2004, S. 1087). Ein derartiger Vertrag bedarf auch nach türkischem Recht gem. § 545 türk. ZGB der notariellen Beurkundung. Es ist auch möglich, dass ein Erblasser einseitig bindende Verfügungen trifft (zur Neuregelung vgl. Kesen, ZEV 2003, 154; Naumann, RNotZ 2003, 343 – mit Gesetzesauszügen S. 371).

c) Anerkennung der Formwirksamkeit

Gem. § 16 **Nachlassabkommen** sind Verfügungen von Todes wegen, was ihre Form anbelangt, gültig, wenn sie die Gesetze des Landes beachten, in dem die Verfügungen errichtet worden sind. Mithin wäre ein in Deutschland gemäß den Bestimmungen des deutschen Rechts beurkundeter Erbvertrag (vgl. Staudinger/Dörner, Vorbem. zu Art. 25 EGBGB Rn. 186) aus türkischer wie auch aus deutscher Sicht formwirksam (Kilic, in: Süß/Haas, S. 1088).

Zwar wird § 16 Nachlassabkommen durch die Bestimmungen des **Haager Testamentsformübereinkommens**, dem auch die Türkei mit Wirkung zum 22. Oktober 1983 beigetreten ist (BGBl. 1983 II, S. 720) teilweise verdrängt (*lex posterior*; vgl. Staudinger/Dörner, Vorbem. zu Art. 25 EGBGB Rn. 186). Gem. Art. 1 Ziff. 1 des Testamentsformübereinkommens ist ein Testament formwirksam, wenn es den Bestimmungen des Ortes, an dem der Erblasser letztwillig verfügt hat, entspricht. Ein den Vorschriften des deutschen Rechts entsprechend hier beurkundetes Testament würde daher in der Türkei anerkannt werden. Da jedoch das Testamentsformübereinkommen lediglich für Testamente, auch für gemeinschaftliche Testamente, gilt, erfasst es Erbverträge nicht. Insoweit bleibt daher § 16 des deutsch-türkischen Nachlassabkommens anwendbar.

Da die Türkei mit Wirkung zum 29.9.1985 dem Haager Übereinkommen über die Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation vom 5.10.1961 beigetreten ist (BGBl. 1985 II, S. 1108), wäre gem. Art. 3 des Übereinkommens bei Verwendung des beurkundeten Erbvertrages in der Türkei eine vom Präsidenten des zuständigen deutschen Landgerichts angebrachte **Apostille** zum Nachweis der Echtheit der Urkunde ausreichend.

3. Pflichtteile nach türkischem Recht

Soweit türkisches Recht Erbstatut sein wird, also bezüglich des beweglichen Nachlasses sowie des in der Türkei belegenen unbeweglichen Nachlasses, ist die Wirksamkeit der Verfügungen sowie die Möglichkeit der Geltendmachung von Pflichtteilsrechten nach den Bestimmungen des zum 1.1.2002 neu erlassenen türkischen ZGB zu beurteilen. Dieses lässt Erb- und Vermächtniseinsetzung zu, sieht aber auch ein Pflichtteilsrecht vor. Das Pflichtteilsrecht – anders als das deutsche Pflichtteilsrecht – ist ein echtes **Noterbrecht** (Kilic, in: Süß/Haas, S. 1083). Es sieht eine den Noterben vorbehaltene quotale Beteiligung am Vermögen des Erblassers vor, die im Wege der **gerichtlichen Herabsetzungsklage** geltend gemacht werden kann.

Pflichtteilsberechtigt sind die Abkömmlinge, aber grundsätzlich auch die Eltern des Erblassers sowie seine Geschwister und der Ehegatte. Den **Eltern** steht ein Noterbrecht in Höhe eines Viertels ihres gesetzlichen Erbrechts zu (Art. 506 Ziff. 2 türk. ZGB) und den **Geschwistern** in Höhe eines Achtels (Art. 506 Ziff. 3 türk. ZGB). Der Pflichtteil der **Kinder** beträgt die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, der des **Ehegatten** neben Nachkommen oder Eltern des Erblassers und deren Abkömmlingen den vollen gesetzlichen Erbteil und im übrigen $\frac{1}{4}$ des gesetzlichen Erbteils. Allerdings haben die Geschwister nur dann ein Noterbrecht, wenn zumindest ein Elternteil verstorben ist.

WEG §§ 21 Abs. 3, 22 Abs. 1, 14 Nr. 1 Beseitigung eines Baumes durch Mehrheitsbeschluss der Wohnungseigentümer

I. Sachverhalt

Auf dem Grundstück einer Wohnungseigentumsanlage, bestehend aus einem Haus mit vier Wohnungen, steht eine große Kastanie, welche mehreren Wohnungen, insbesondere einer Erdgeschosswohnung, so viel Licht wegnimmt, dass in der betroffenen Erdgeschosswohnung auch im Sommer tagsüber künstliches Licht eingeschaltet werden muss. Drei der Eigentümer, welche insgesamt mehr als 75 % der Miteigentumsanteile halten, möchten die Kastanie fällen lassen, während der vierte Miteigentümer dem Fällen des Baumes widerspricht.

II. Frage

Können die Wohnungseigentümer, die mehr als 75 % der Miteigentumsanteile halten, verlangen, dass die Kastanie gefällt wird? Welches Verfahren ist hierbei einzuhalten und wer trägt ggf. die Kosten der Beseitigung des Baumes?

III. Zur Rechtslage

1. Mehrheitsbeschluss genügt nach h. M. für Fällung nicht (§ 21 Abs. 3 WEG)

Die Frage des Fällens oder Zuschneidens von Bäumen, die im Gemeinschaftseigentum einer Wohnungseigentümergeinschaft stehen, hat Rechtsprechung und Literatur bereits mehrfach beschäftigt. Trotz der regelmäßig durchzuführenden Einzelfallabwägung lassen sich folgende Grundsätze aufstellen:

Unabhängig davon, ob man das Fällen eines einzelnen, die Anlage wesentlich prägenden Baumes, bereits als bauliche Veränderung i. S. des § 22 Abs. 1 WEG qualifiziert, stellt eine solche Maßnahme jedenfalls bei großen Bäumen eine **über die ordnungsmäßige Instandhaltung und Instandsetzung hinausgehende Maßnahme** dar (vgl. OLG Karlsruhe DWE 1994, 20; LG Frankfurt NJW-RR 1990, 24 = ZMR 1990, 71; Bielefeld, Garten und Gartennutzung in Wohnungseigentumsanlagen, DWE 1995, 53; Deckert, Die Eigentumswohnung, Stand: Juni 2004, Gruppe 5 / S. 281; Kahlen, WEG, 2000, S. 137 f.; Schmid, Gartengestaltung in Eigentumswohnanlagen, DWE 1987, 74, 77). Somit kann das Fällen der Kastanie nicht als Maßnahme der ordnungsgemäßen Verwaltung nach § 21 Abs. 3, Abs. 5 Nr. 2 WEG durch Mehrheitsbeschluss beschlossen werden.

2. Anspruch auf Zustimmung zur Fällung (§ 14 Nr. 1 WEG)

Allerdings könnte möglicherweise ein Anspruch gegen den anderen Wohnungseigentümer, der das Fällen des Baumes verhindern will, auf Zustimmung zur Fällung nach § 14 Nr. 1 WEG bestehen. Danach ist jeder Wohnungseigentümer verpflichtet, von dem gemeinschaftlichen Eigentum nur in solcher Weise Gebrauch zu machen, dass dadurch keinem der anderen Wohnungseigentümer über das bei einem geordneten Zusammenleben unvermeidliche Maß hinaus ein Nachteil erwächst. Unter diesem Gesichtspunkt wird in Rechtsprechung und Literatur ein Anspruch von Wohnungseigentümern auf Zustimmung zur Beseitigung von Bäumen diskutiert (OLG Köln WE 1997, 230 ff.; OLG Karlsruhe DWE 1994, 20; LG Freiburg ZMR 1987, 67 f.; LG Frankfurt/Main NJW-RR 1990, 24; Bielefeld, DWE 1995, 50, 53).

Soweit von den anderen Wohnungseigentümern ein Anspruch auf Beseitigung der Störung, also auf Zustimmung zum Fällen eines Baumes, geltend gemacht werden soll, muss danach im Rahmen der **Interessenabwägung** nach § 14 Nr. 1 WEG auf den konkreten Einzelfall abgestellt werden. So könne allein aus dem Umstand, dass ein Raum baubedingt dunkler und deshalb eine Störung durch Lichtentzug schwerwiegender sei, nicht bereits der Schluss gezogen werden, dass jede merkliche Beeinträchtigung des Lichteinfalls einen unzumutbaren Nachteil darstelle. Es könne auch nicht unberücksichtigt bleiben, ob der sich gestört fühlende Wohnungseigentümer das Vorhandensein des Baumes bei Erwerb der Wohnung gekannt habe. Auch der Charakter eines Grundstücks sei zu berücksichtigen, so dass der Eigentümer einer Erdgeschosswohnung in einer parkähnlichen Anlage stärkere Einwirkungen durch Bäume hinnehmen muss, als der Eigentümer einer Obergeschosswohnung auf einem zunächst unbepflanzten Grundstück. Weiter ist zu berücksichtigen, ob die strittigen Bäume den Garten oder das Gesamtbild der Anlage prägen. Insbesondere dürfte auch zu prüfen sein, ob als „**milderes Mittel**“ ein nicht verstümmelnder Zuschnitt des Baumes möglich ist, der geeignet ist, die Beeinträchtigung zu mildern oder aufzuheben (OLG Karlsruhe DWE 1994, 20; LG Frankfurt/Main NJW-RR 1990, 24; Bielefeld, DWE 1995, 50, 54).

Inwieweit das **Wachsen** eines Baumes bei der Abwägung zu berücksichtigen ist, wird unterschiedlich beantwortet. So wird vertreten, dass es eine übliche und allgemein bekannte Tatsache sei, dass Bäume im Laufe der Zeit wachsen, und daher Einwirkungen durch die gewachsenen Bäume eher geduldet werden müssten (OLG Karlsruhe DWE 1994, 20; Schmid, DWE 1987, 74, 77). Andererseits soll ein Beseitigungsanspruch auch erst dann entstehen können, wenn der Baum eine zu spürbaren Beeinträchtigungen führende Höhe erreicht habe (OLG Köln WE 1997, 230 f.).

Ob im vorliegenden Fall die Grenzen der Zumutbarkeit für den oder die Eigentümer der von dem Baum betroffenen Wohnungen überschritten sind, hängt von den Umständen des **Einzelfalls** ab.

3. Kostentragung

Soweit ein sich im Rahmen des Üblichen haltender Zuschnitt des Baumes in Betracht kommt, handelt es sich um eine Maßnahme der ordnungsgemäßen Instandsetzung und **Instandhaltung**; die Kosten hierfür wären nach dem üblichen Verteilungsschlüssel von den Miteigentümern zu tragen.

Kommt es zu einer Zustimmung aller Wohnungseigentümer – nötigenfalls erst nach Durchführung eines Verfahrens nach den §§ 43 ff. WEG –, so dürfte es sich bei der Beseitigung des Baumes um Kosten im Zusammenhang mit dem **gemeinschaftlichen Gebrauch** des gemeinschaftlichen Eigentums nach § 16 Abs. 2 WEG handeln. Somit würde auch hier der übliche Verteilungsschlüssel greifen. Die Sondervorschrift des § 16 Abs. 3 WEG, wonach ein Wohnungseigentümer, der einer Maßnahme nach § 22 Abs. 1 WEG nicht zugestimmt hat, auch nicht verpflichtet ist, die Kosten, die durch eine solche Maßnahme verursacht sind, zu tragen, dürfte hier nicht zur Anwendung kommen. Die Zustimmung des betroffenen Eigentümers dürfte im vorliegenden Fall nämlich nach § 22 Abs. 1 WEG gerade nicht entbehrlich sein.

Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** – Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2000, 8). Ein Inhaltsverzeichnis befindet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

Bitte beachten Sie: Unser Fax-Abruf-Dienst ist sprachmenügesteuert. Bitte benutzen Sie deshalb nicht die Fax-Abruf-Funktion an Ihrem Gerät, sondern wählen Sie vorstehende Telefonnummer und warten Sie dann auf die Eingabeaufforderung.

BNotO § 24; BGB §§ 435, 1191

Änderung einer Treuhandaufgabe trotz nur teilweiser Zahlung des verlangten Ablösebetrages (Bezugnahme auf DNotI-Report 2000, 37)

Fax-Abruf-Nr.: **11387**

ZPO §§ 727, 794 Abs. 1 Nr. 5; 797 Abs. 2; BGB §§ 780, 781, 1191

Klauselumschreibung für abstraktes Schuldversprechen nach Grundschuldtilgung

Fax-Abruf-Nr.: **11388**

ZPO § 727; EuInsVO; InsO §§ 335 ff.

Österreich: grenzüberschreitende Wirkung eines in Österreich eröffneten Schuldenregulierungsverfahrens (Insolvenz einer Privatperson); Befugnisse des österreichischen Masseverwalters; Umschreibung der Vollstreckungsklausel einer Grundschuld in dinglicher Hinsicht auf den Masseverwalter

Fax-Abruf-Nr.: **14176**

EGBGB Art. 14, 15

Türkei: Allgemeine Ehwirkungen, Güterrecht, Erbstatut; deutsch-türkischer Ehemann, türkische Ehefrau (Bezugnahme auf Gutachten DNotI-Report 2005, 65)

Fax-Abruf-Nr.: **14177**

EGBGB Art. 25, 26; BGB § 2369

USA/Florida: Testamentarische Erbfolge nach US-amerikanischem Erblasser mit *domicile* in Florida; Vererbung von GmbH- und KG-Anteilen; Fremdrechtserschein; *executor* als Testamentsvollstrecker; Formwirksamkeit des Testaments

Fax-Abruf-Nr.: **14178**

Rechtsprechung

BGB §§ 13, 14; ZPO § 1031 Abs. 5 Satz 1 **Existenzgründer ist kein Verbraucher mehr**

Unternehmer- (§ 14 BGB) und nicht Verbraucherhandeln (§ 1031 Abs. 5 Satz 1 ZPO i. V. m. § 13 BGB) liegt schon dann vor, wenn das betreffende Geschäft im Zuge der Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit (so genannte Existenzgründung) geschlossen wird.

BGH, Beschl. v. 24.2.2005 – III ZB 36/04

Kz.: L I 1 – § 14 BGB

Fax-Abruf-Nr.: **10500**

Problem

Das **OLG Düsseldorf** hatte mit Beschluss vom 4.5.2004 (**DNotI-Report 2005, 12** = NJW 2004, 3192) entschieden, dass ein Existenzgründer nicht mehr als Verbraucher im Sinn des § 13 BGB, sondern bereits als Unternehmer im Sinn des § 14 BGB zu behandeln sei. Im konkreten Fall kam es für die Form der abgeschlossenen Schiedsvereinbarung nach § 1031 Abs. 5 ZPO auf die Verbrauchereigenschaft an.

Entscheidung

Der BGH bestätigte die Entscheidung des OLG Düsseldorf. Damit ist höchststrichterlich entschieden, dass der Existenzgründer kein Verbraucher mehr ist.

BGB § 107; GBO §§ 71 Abs. 1, 78

Kein lediglich rechtlicher Vorteil bei Überlassung vermieteten oder verpachteten Grundstücks unter Vorbehaltsnießbrauch

a) **Im grundbuchrechtlichen Antragsverfahren folgt die Beschwerdeberechtigung eines Beteiligten nicht allein daraus, dass das Grundbuchamt die Vornahme der beantragten Eintragung abgelehnt oder im Wege der Zwischenverfügung von der vorherigen Beseitigung bestimmter Eintragungshindernisse abhängig gemacht hat; hinzukommen muss vielmehr, dass der Beschwerdeführer antragsberechtigt ist.**

b) **Hat das Beschwerdegericht die Erstbeschwerde eines Beteiligten als zulässig behandelt und in der Sache negativ beschieden, obwohl sie mangels Antragsberechtigung als unzulässig hätte verworfen werden müssen, ist seine weitere Beschwerde zulässig, jedoch mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Erstbeschwerde als unzulässig verworfen wird.**

c) **Ein auf den Erwerb eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks gerichtetes Rechtsgeschäft ist für einen Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB, auch wenn sich der Veräußerer den Nießbrauch an dem zu übertragenden Grundstück vorbehalten hat.**

BGH, Beschl. v. 3.2.2005 – V ZB 44/04

Kz.: L I 1 – § 107 BGB

Fax-Abruf-Nr.: **10501**

Problem

Ein Großvater überließ mehrere landwirtschaftliche Grundstücke, die verpachtet waren, mit notariellem Vertrag seinen Enkelkindern. Dabei behielt er sich den lebenslangen unentgeltlichen Nießbrauch an dem übertragenen Grundbesitz vor, wobei bestimmt wurde, dass der Nießbraucher auch die Kosten außergewöhnlicher Ausbesserungen und Erneuerungen sowie die außerordentlichen Lasten der Grundstücke zu tragen hat. Das Grundbuchamt verweigerte die Eigentumsumschreibung auf den minderjährigen Enkel, da die Schenkung der verpachteten Grundstücke nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sei. Das OLG Frankfurt/M. als Gericht der weiteren Beschwerde wollte sich dieser Ansicht anschließen, musste aber wegen einer abweichenden Entscheidung des OLG Celle (OLG-Report 2001, 159 = MDR 2001, 931) die Sache dem BGH gem. § 79 Abs. 2 GBO vorlegen.

**Institut für Notarrecht
der Humboldt-Universität zu Berlin**

**Kolloquium
„Die neue ober- und höchstrichterliche Rechtsprechung
zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen
und ihre Auswirkungen auf die Praxis“**

Freitag, 3. Juni 2005, 16.00 bis 19.30 Uhr
Audimax der Humboldt-Universität zu Berlin,
Hauptgebäude, Unter den Linden 6, 10117 Berlin

16.00 – 17.30 Uhr: **Prof. Dr. Thomas Rauscher**, Universität Leipzig,
„Neuere Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen aus rechtswissenschaftlicher
Sicht“

17.30 – 18.00 Uhr: Kleiner Imbiss

18.00 – 19.30 Uhr: **Rechtsanwältin und Notarin Ingeborg Rakete-Dombek**, Berlin,
„Auswirkungen der Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen auf die notarielle
und anwaltliche Praxis“

Teilnahmegebühr: **50,- Euro** (inklusive Getränke und kleiner Verköstigung)
kostenfrei für Referendare/innen und Studenten/innen
kostenfrei für Mitglieder des Förderkreises des Instituts für Notarrecht

Anmeldungen: bis 25.5.2005 an Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,
Unter den Linden 6, 10099 Berlin
Fax: 030/2093-3560
e-mail: notarinstitut@rewi.hu-berlin.de

Den Teilnehmerbeitrag überweisen Sie bitte bis 25.5.2005 auf
Konto: Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V., Konto-Nummer: 601 814 196
bei der HypoVereinsbank Berlin Mitte, BLZ: 100 208 90,
Verwendungszweck: „Inhaltskontrolle Eheverträge“ Institut für Notarrecht, Berlin,
unter Angabe von Vornamen und Name des Teilnehmers.
Gebührenerstattung ist bei schriftlicher Abmeldung bis zum 25.5.2005 möglich, danach fällt
die Teilnahmegebühr auch bei Verhinderung an.

**Forschungsstelle für Notarrecht
an der Ludwig-Maximilians-Universität München**

Tagung zum Thema „Patientenverfügung“

Mittwoch, 8. Juni 2005, 16.00 bis 21.00 Uhr
LMU München, Geschwister-Scholl-Platz 1
Hörsaal 204 (1. Stock)

Prof. Dr. Christian **Wolf**, Hannover: Einführung

Prof. Dr. Wolfgang **Eisenmenger**, München: Patientenverfügung aus rechtsmedizinischer Sicht

Prof. Dr. Ulrich **Schroth**, München: Patientenverfügung aus strafrechtlicher Sicht

Notar Dr. Andreas **Albrecht**, Regensburg: Patientenverfügung aus notarrechtlicher Sicht

Ministerialrat Dr. Hans-Joachim **Heßler**, München: Patientenverfügung aus allgemein-zivilrechtlicher Sicht

Ministerialdirigent Dr. Max-Theo **Gaßner**, München: Patientenverfügung aus verfassungsrechtlicher Sicht

anschließend Podiumsdiskussion und kleiner Imbiss

Die Veranstaltung ist **kostenfrei**. Die Teilnahme steht jedem Interessierten offen.

Insbesondere Notarinnen und Notare sowie Notarassessorinnen und Notarassessoren sind herzlich eingeladen.

Eine vorherige Anmeldung ist *keine* zwingende Voraussetzung für die Teilnahme an der Veranstaltung. Soweit möglich, wird
aber darum gebeten, eine geplante Teilnahme per Fax oder e-mail mitzuteilen.

Anmeldung: Lehrstuhl Professor Dr. Johannes Hager
- Forschungsstelle für Notarrecht -
Prof.-Huber-Platz 2
80539 München
Fax: 089-2180-13981
e-Mail: claudia.burger@jura.uni-muenchen.de

Entscheidung

Nach Auffassung des BGH ist die im Rahmen des Überlassungsvertrages erklärte Auflassung schwebend unwirksam und bedarf der **Genehmigung eines Ergänzungspflegers**, da sie für den minderjährigen Erwerber zu rechtlichen Nachteilen führt. Im Anschluss an die bisherige Rechtsprechung (BGHZ 78, 28, 33 = DNotZ 1981, 111; DNotI-Report 2005, 21 f.) sei davon auszugehen, dass ein auf den Erwerb einer Sache gerichtetes Rechtsgeschäft für einen Minderjährigen **nicht lediglich rechtlich vorteilhaft** im Sinne von § 107 BGB sei, wenn er in dessen Folge mit Verpflichtungen belastet werde, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern **auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen hafte**. Mit dem Erwerb eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks sei aber ein solche persönliche Haftung (u. a. auf Schadensersatz und Aufwendungsersatz) verbunden, die anders als die mit dem Grundstückserwerb verbundene Verpflichtung zur Tragung laufender öffentlicher Lasten **ihrem Umfang nach nicht begrenzt** sei.

Auch der **Vorbehalt des Nießbrauchs** ändere nichts an der Annahme des rechtlichen Nachteils, da der Übernehmer zwar nicht mit der Veräußerung, aber jedenfalls **mit der Beendigung** des Nießbrauchs beim Tod des Übergebers entsprechend § 1056 Abs. 1 BGB in die Pflichten aus dem dann noch bestehenden Miet- oder Pachtvertrag eintrete (so auch OLG Karlsruhe FamRZ 2001, 181 = OLG-Report 2000, 259 = Justiz 2000, 274; Rpfleger 2002, 579; BayObLG NJW 2003, 1129 = RNotZ 2003, 126; DNotI-Report 2003, 117 = DNotZ 2003, 711; a. A. OLG Celle OLG-Report 2001, 159 = MDR 2001, 931; Everts, ZEV 2004, 231 ff.).

BGB §§ 138, 242, 1408, 1585c **Inhalts- und Ausübungskontrolle eines Ehevertrages bei kinderloser Zweitehe**

Zur Wirksamkeit von Eheverträgen in Fällen, in denen die berufstätigen Partner schon bei Vertragsschluss nicht damit rechnen, dass aus ihrer Ehe noch Kinder hervorgehen werden (im Anschluss an Senatsurteil vom 11. Februar 2004 – XII ZR 265/02 – FamRZ 2004, 601).

BGH, Urt. v. 12.1.2005 – XII ZR 238/03
Kz.: L I 1 – § 1408 BGB
Fax-Abruf-Nr.: **10502**

Problem

Nach dem **Grundsatzurteil des BGH zur Inhalts- und Ausübungskontrolle eines Ehevertrages vom 11.2.2004** (DNotI-Report 2004, 46 ff. = DNotZ 2004, 550 = FamRZ 2004, 601 = NJW 2004, 930) kommen nunmehr zunehmend Folgeentscheidungen zu Detailfragen (vgl. BGH DNotI-Report 2004, 210; DNotI-Report 2005, 24 zum Ausschluss des Versorgungsausgleichs). Im vorliegenden Fall ging es um die Wirksamkeit eines Ehevertrages in einer (kinderlosen) **Zweitehe** (vgl. dazu bereits ausführlich Gutachten DNotI-Report 2004, 185 ff.).

Im konkreten Fall hatten die Parteien – beide bei Vertragsschluss bereits Mitte 40 und berufstätig – im Ehevertrag Gütertrennung vereinbart, den Versorgungsausgleich ausgeschlossen und wechselseitig auf nachehelichen Unterhalt verzichtet. Für den Verzicht auf Unterhalt und Versorgungs-

ausgleich wurde jeweils eine pauschale Abfindung vereinbart. Im Zusammenhang mit der Scheidung begehrte die Ehefrau Feststellung der Nichtigkeit des Ehevertrages und Durchführung des Versorgungsausgleichs.

Entscheidung

Nach der Entscheidung des BGH hält der geschlossene Ehevertrag der Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle stand. Eine **Unwirksamkeit gem. § 138 BGB** aufgrund Gesamtwürdigung der individuellen Verhältnisse bei Vertragsschluss **verneint** der BGH mangels Zwangslage der Ehefrau sowie im Hinblick auf den Inhalt des Ehevertrages: So wurde insbesondere der Ausschluss des Betreuungsunterhalts, des Unterhaltes wegen Alters, Krankheit oder Erwerbslosigkeit sowie der Ausschluss des Versorgungsausgleichs im Hinblick auf die **während der Ehe fortgeführte Erwerbstätigkeit** der Ehefrau, ihrer bereits **zuvor erlangten Versorgung** sowie der ihr vom Ehemann für den Fall der Scheidung **zugesagten Abfindungen** für nicht sittenwidrig gehalten.

Für eine Ausübungskontrolle fehle es zudem nach Auffassung des BGH am notwendigen Vortrag der Ehefrau zu etwaigen Veränderungen in der Gestaltung und Entwicklung der Ehe.

BGB § 1600 Abs. 4 n. F. **Ausschluss der Vaterschaftsanfechtung bei Zeugung mittels heterologer Insemination vor Inkrafttreten der Neuregelung**

§ 1600 Abs. 4 BGB gilt auch für Anfechtungsfälle, über die im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neuregelung noch nicht entschieden war.

BGH, Urt. v. 26.1.2005 – XII ZR 70/03
Kz.: L I 1 – § 1600 BGB
Fax-Abruf-Nr.: **10503**

Problem

Ein während der Ehe einvernehmlich mittels **heterologer Insemination** (d. h. durch künstliche Befruchtung mittels Samenspende eines Dritten) gezeugtes Kind wurde im August 2000 geboren. Im Februar 2001 trennten sich die Eltern. Am 16.1.2002 reichte die Mutter Vaterschaftsanfechtungsklage ein. Die Klage wurde vom Amtsgericht als unzulässig abgewiesen, die Berufung der Klägerin blieb erfolglos. Mit der Revision verfolgte die Klägerin ihr Anfechtungsbegehren weiter.

Entscheidung

Nach Auffassung des BGH ist die Revision unbegründet. Zwar sei seit dem 1.7.1998 grundsätzlich **auch die Kindsmutter** neben dem Kind und dem Mann, dessen Vaterschaft nach den §§ 1592 Nr. 1 und Nr. 2, 1593 BGB besteht, zur Anfechtung der Vaterschaft berechtigt. Das **Anfechtungsrecht** des Ehemannes und der Mutter ist allerdings nach der **Neuregelung des § 1600 Abs. 2 BGB (jetzt § 1600 Abs. 4 BGB)**, die zum 12.4.2002 in Kraft trat, bei einvernehmlicher heterologer Insemination **ausgeschlossen**. Mangels Übergangsregelung sei die Neuregelung auch dann anwendbar, wenn das **Kind vor der Gesetzesänderung geboren** wurde, und zwar selbst dann, wenn – wie im vorliegenden Fall – die Anfechtungsklage beim Inkrafttreten bereits rechtshängig war. Hierin liegt nach Auffassung des

BGH keine verfassungsrechtlich unzulässige echte Rückwirkung, da nicht in schon in der Vergangenheit abgeschlossene Sachverhalte eingegriffen werde. Der BGH geht vielmehr von einer **unechten Rückwirkung** aus, die verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei, zumal weder Vertrauensschutzgründe noch das Verhältnismäßigkeitsprinzip entgegenstünden.

Abschließend weist der BGH noch in einem *obiter dictum* darauf hin, dass der **Samenspender** auch nach der erneuten Erweiterung der Anfechtungsrechte in § 1600 BGB durch das Gesetz vom 23.4.2004 (BGBl. 2004 I, 598; vgl. dazu BVerfG NJW 2003, 2151) in **keinem Fall** zur Anfechtung der Vaterschaft berechtigt sei, da er der Kindsmutter nicht i. S. d. § 1600 Abs. 1 Nr. 2 BGB **beigewohnt** habe.

BNotO § 19; BeurkG § 17 Abs. 1; BGB §§ 2287, 2289, 2290; HöfeO §§ 1 Abs. 4, 7 Abs. 1, 17 Fragepflicht des Notars hinsichtlich entgegenstehendem Erbvertrag der Beteiligten; Hinweispflicht auf Möglichkeit lebzeitiger Überlassung trotz Erbvertrages

Bei Beurkundung der Aufhebung eines Erbvertrages zwischen Vater und Sohn muss der Notar nachfragen bzw. sich den alten Erbvertrag vorlegen lassen, um zu prüfen, ob nicht auch die Mutter am Erbvertrag beteiligt war (Leitsatz der DNotI-Redaktion).

OLG Schleswig, Urt. v. 2.9.2004 – 11 U 48/03
Kz.: L III 1 – § 19 BNotO
Fax-Abruf-Nr.: **10504**

Problem

Ein Hofeigentümer und sein Vater hoben einen alten Erbvertrag auf, in dem eine Schwester des Hofeigentümers verträglich als Hoferbin eingesetzt war. Stattdessen wurde eine andere Halbschwester des Hofeigentümers testamentarisch als Hoferbin eingesetzt, da sie sich allein auch um den Hofeigentümer und seinen Vater kümmerte.

Nach dem Versterben des Hofeigentümers stellte sich heraus, dass an dem ursprünglichen Erbvertrag auch die bei der Aufhebung bereits verstorbene Mutter des Hofeigentümers beteiligt gewesen war und deshalb die Aufhebung des Erbvertrags nicht wirksam war. Die testamentarisch eingesetzte Erbin verklagte den beurkundenden Notar auf Schadensersatz.

Entscheidung

Das OLG Schleswig bejahte einen Amtshaftungsanspruch. Zum einen hätte sich der Notar den **alten Erbvertrag vorlegen lassen** oder zumindest nachfragen müssen, da nicht fern lag, dass auch die Ehefrau des Vaters am Erbvertrag beteiligt war.

Zum anderen hätte der Notar nach Ansicht des OLG Schleswig dahingehend beraten müssen, dass trotz des Erbvertrages ein Überlassungsvertrag unter Lebenden geschlossen werden konnte. Zwar steht ein Hofübergabevertrag im Sinn des § 17 HöfeO einer Verfügung von Todes wegen gleich; ein Hofübergabevertrag wäre daher an der Bindung durch die erbvertragliche Hoferbinsetzung gescheitert (BGHZ 101, 57 = DNotZ 1988, 37 = NJW 1988, 710). Jedoch wäre eine **Aufhebung der Hofeigenschaft** nach § 1 Abs. 4

HöfeO möglich gewesen, die unter bestimmten Voraussetzungen auch die Bindungswirkung des Erbvertrages beseitigt hätte.

Anmerkung

Das OLG Schleswig führt nicht aus, ob nicht im letzten Punkt möglicherweise eine über die gesetzliche Pflicht des § 17 BeurkG hinausgehende „planende“ oder **selbständige Beratung** angesprochen ist, zu der der Notar nach § 24 Abs. 1 BNotO nur dann verpflichtet ist, wenn er sie im Einzelfall übernommen hat (vgl. Ganter, in: Zuehör/Ganter/Hertel, Handbuch der Notarhaftung, 2004, Rn. 944 ff.).

Aktuelles

Justizkommunikationsgesetz (JKomG) zum 1.4.2005 in Kraft getreten

Das zum 1.4.2005 in Kraft getretene Justizkommunikationsgesetz (JKomG – BGBl. 2005 I, S. 837) bringt insbesondere folgende Neuerungen für die notarielle Praxis (vgl. auch die Gesetzesbegründung, BR-Drucks. 609/04 – im Internet unter: www.dnoti.de – unter Gesetzesänderungen):

Sofern bei einer GmbH nach dem Gesetz oder nach dem Gesellschaftsvertrag Bekanntmachungen erforderlich sind, müssen diese ab dem 1.4.2005 im **elektronischen** (statt im gedruckten) **Bundesanzeiger** erfolgen. Daneben kann der Gesellschaftsvertrag andere öffentliche Blätter oder elektronische Informationsmedien als Gesellschaftsblätter bezeichnen (Art. 12 JKomG, § 12 GmbHG; vgl. BR-Drucks. 609/04 S. 40/41, 52 – 137/138; Noack, DB 2005, 599).

Nunmehr kann der Notar Beglaubigungen und sonstige Zeugnisse i. S. d. § 39 BeurkG elektronisch errichten („**elektronische Beglaubigung**“); dazu muss der Notar den Vermerk mit seiner qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz versehen (anstelle von Unterschrift und Siegel des Notars) (Art. 8 JKomG, §§ 39a, 42 BeurkG, vgl. BR-Drucks. 609/04, S. 37, 132-133). Spätestens ab dem 1.4.2006 muss der Notar über die entsprechende technische Ausstattung verfügen (Art. 15 JKomG, § 15 BNotO, vgl. BR-Drucks. 609/04, S. 51, 140); die Bundesnotarkammer wird hierüber in Publikationen und Veranstaltungen näher informieren. Von Relevanz wird dies insbesondere für die elektronische Handelsregisteranmeldung, die der nationale Gesetzgeber nach der SLIM IV-Richtlinie (2003/58/EG) spätestens zum 1.1.2007 einführen muss (vgl. BNotK-Intern 1/2005, S. 7-8; BNotK-Intern 6/2004, S. 1) sein. Außerdem wird die Beweiskraft „öffentlicher elektronischer Dokumente“ geregelt (Art. 1 JKomG, §§ 371a Abs. 2, 416a ZPO, vgl. BR-Drucks. 609/04, S. 7-8, 79-82).

BGB §§ 1896 ff. Reform des Betreuungsrechts

Der Bundesrat hat am 18.3.2005 dem 2. Betreuungsrechtsänderungsgesetz vom 18.2.2005 (vgl. dazu bereits Mitteilung DNotI-Report 2005, 44) zugestimmt. Die neuen Vorschriften können daher zum 1.7.2005 in Kraft treten.

Literaturhinweise

Formularbuch Recht und Steuern, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2004, 1416 Seiten, 148,- €

Das bisher als „steuerliches Vertrags- und Formularbuch“ erschienene Werk trägt in der 5. Auflage nun den oben genannten neuen Titel. Inhalt und Konzeption haben sich dadurch nicht geändert. Alle **Vertragsformulare** werden entsprechend ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, nach Gesellschafts-, sonstigem Zivilrecht sowie nach Steuerrecht geordnet dargestellt. Zu jedem Formular werden die gesellschafts- und zivilrechtlichen Grundlagen sowie die steuerlichen Konsequenzen von Gesellschaftsverträgen und anderen Verträgen umfassend erläutert. Daran schließen sich wie bei einem Kommentar die Erläuterungen der einzelnen Vertragsregelungen an. Wie der Titel schon vermuten lässt, orientiert sich dieses Formularbuch insbesondere daran, welche steuerrechtliche Bedeutung einer Gestaltung zukommt. Daher enthält es neben den in anderen Formularbüchern enthaltenen Standardmustern auch vielfach **steuerlich motivierte Gestaltungsmuster**. Diese sind für den Notar insbesondere hilfreich, wenn er mit Entwürfen oder bestimmten Gestaltungsanforderungen von Steuerberatern konfrontiert wird.

Dr. Andreas Heidinger

H. Amann, Die so genannte Abtretung der Vormerkung beim ABC-Kauf, NotBZ 2005, 1

H. Dörner/C. Hertel/P. Lagarde/W. Riering, Auf dem Weg zu einem europäischen Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht, IPRax 2005, 1

H. Grziwotz, Umsetzung der BGH-Entscheidungen zu Eheverträgen durch die Instanzgerichte, MDR 2005, 73

A. Helms, Von Erfüllung und Vollzug notarieller Hinwirkungspflichten bei Verbraucherverträgen, ZNotP 2005, 13

S. Kröll, „Schiedsklauseln“ in Satzungen – zur Abgrenzung von Vereinsgericht und Schiedsgericht, ZIP 2005, 13

C. Münch, Steuerfragen bei Scheidungsvereinbarungen, ZNotP 2005, 2

J. Schmidt-Räntsch, Zivilrechtliche Wirkungen von Verstößen gegen das EU-Beihilfengesetz, NJW 2005, 106

B. Selbherr, Der erbrechtliche Auslegungsvertrag in der zivilrechtlichen und erbschaftsteuerrechtlichen Gestaltungspraxis, ZERB 2005, 10

B. Strobel, Weisungsfreiheit oder Weisungsgebundenheit kommunaler Vertreter in Eigen- und Beteiligungsgesellschaften?, DVBl. 2005, 77

Veranstaltungen

Termine für **Juni 2005** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 (www.anwaltsinstitut.de).

Ausgewählte Fragen des Erbrechts (Kornexl), 4.6.2005 Würzburg

Umwandlungsrecht in der notariellen Praxis (Mayer), 18.6.2005 Düsseldorf

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter <http://www.dnoti.de>.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)
- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: 09 31/3 55 76-0 Telefax: 09 31/3 55 76-2 25
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: <http://www.dnoti.de>

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Christian Hertel, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

Jährlich 155,00 €, Einzelheft 6,65 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

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

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg