

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

19. Jahrgang  
Februar 2011  
ISSN 1434-3460

3/2011

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2113, 2115 – Wegfall des Vollstreckungsschutzes zugunsten des Nacherben bei vorzeitiger Übertragung eines Nachlassgegenstands an den Nacherben

HGB § 105 Abs. 2 – Eintragung einer Vermögensverwaltungsgesellschaft vor Inkrafttreten des § 105 Abs. 2 HGB n. F.

### Gutachten im Abruf-Dienst

### Rechtsprechung

BGB § 765; MaBV §§ 3, 7 – Reichweite einer MaBV-Bürgschaft

### Aktuelles

Änderungen im internationalen Unterhaltsrecht aufgrund der EU-Unterhaltsverordnung

Aktuelle Grunderwerbsteuersätze

### Literatur

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB §§ 2113, 2115

#### Wegfall des Vollstreckungsschutzes zugunsten des Nacherben bei vorzeitiger Übertragung eines Nachlassgegenstands an den Nacherben

##### I. Sachverhalt

Die im Grundbuch eingetragene und von den gesetzlichen Beschränkungen nicht befreite Vorerbin möchte das Eigentum am Grundbesitz im Wege vorweggenommener Erbfolge auf die Nacherben übertragen, da bereits ein Eigengläubiger der Vorerbin eine Sicherungshypothek hat eintragen lassen. Die Anordnung der Nacherbfolge ist im Grundbuch eingetragen.

##### II. Fragen

1. Können Eigengläubiger der Vorerbin einer Übertragung des Eigentums auf die Nacherben widersprechen oder diese anfechten?

2. Unterliegt das übertragene Grundstück nicht mehr der Vorerbschaft, wenn darüber mit Zustimmung der Nacherben – hier Übertragung auf diese – verfügt wird, und entfällt damit das Recht der Nacherben, die Aufhebung der Sicherungsrechte der Gläubiger der Vorerbin gem. § 2115 BGB zu verlangen?

3. Wäre eine Zwangsvollstreckung in den Grundbesitz möglich?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Zwangsvollstreckung in den Nachlass durch Eigengläubiger des Vorerben

Gem. § 2115 BGB sind Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, die im Fall des Eintritts der Nacherbfolge Rechte des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würden, in diesem Umfang unwirksam. **Bis zum Eintritt des Nacherbfalls ist die Zwangsverfügung aber uneingeschränkt wirksam** (Palandt/Weidlich, BGB, 70. Aufl. 2011, § 2115 Rn. 4; NK-BGB/Gierl, 3. Aufl. 2010, § 2115 Rn. 12). Die Zwangsverfügung wird jedoch, sofern sie über den Zeitraum der Vorerbschaft hinaus wirkt, **im Zeitpunkt des Eintritts des Nacherbfalls mit absoluter Wirkung jedermann gegenüber unwirksam** (Staudinger/Avenarius, BGB, 2003, § 2115 Rn. 17).

Bis zum Eintritt der Nacherbfolge kann der Nacherbe bei Mobilien Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) erheben mit dem Antrag, die Veräußerung für unzulässig zu erklären. Bei Immobilien ist **bei Eintragung eines Nacherbenvermerks der Zuschlag in der Zwangsversteigerung von Amts wegen zu verweigern**, solange der Gläubiger nicht die Genehmigung des Nacherben oder einen Duldungstitel beibringt, vgl. § 773 ZPO (Soergel/Harder/Wegmann, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2115 Rn. 10). Die Möglichkeit der **Eintragung einer Zwangshypothek bleibt hiervon aber unberührt**, ebenso die **Möglichkeit der Zwangsverwaltung** (vgl. §§ 2128, 2129 BGB und BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 1.8.2010, § 2115 Rn. 4).

#### 2. Veräußerung von Nachlassvermögen mit Zustimmung des Nacherben

Liegt eine befreite Vorerbschaft vor, kann der Vorerbe über Grundbesitz verfügen (§§ 2136, 2113 Abs. 1 BGB). Die

Verfügung darf aber nicht unentgeltlich erfolgen (§§ 2136, 2113 Abs. 2 BGB). Ist der Erbe hingegen nicht von den gesetzlichen Beschränkungen befreit, darf er grundsätzlich weder entgeltlich noch unentgeltlich über Grundbesitz verfügen (§ 2113 Abs. 1 BGB).

In beiden Fällen ist eine gegen § 2113 BGB verstoßende **Verfügung des Vorerben** allerdings **wirksam, wenn sie mit Zustimmung des Nacherben erfolgt**. Denn die Zustimmung schließt die Beeinträchtigung der Nacherben i.S.v. § 2113 BGB aus, die für den Eintritt der Unwirksamkeit entscheidend ist (vgl. Palandt/Weidlich, § 2113 Rn. 6, 12; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 3477 m.w.N.). Dabei ist nach h.A. die **Zustimmung aller Nacherben** erforderlich, auch die der **bedingt eingesetzten** und der sog. **weiteren Nacherben**, **nicht** aber die Zustimmung **der Ersatznacherben** (grundlegend BGHZ 40, 115, 119 = DNotZ 1964, 623; Palandt/Weidlich, § 2113 Rn. 6). Ist der Nacherbe bzw. sind einzelne (mögliche) Nacherben noch unbekannt bzw. noch nicht geboren oder gezeugt, bedarf es zur Erteilung der Zustimmung der Bestellung eines Pflegers nach § 1913 BGB und der Genehmigung des Betreuungsgerichts nach den §§ 1915, 1821 BGB (BayObLG Rpfleger 1997, 429 = NJW-RR 1997, 1239 = DNotZ 1998, 206; OLG Hamm ZEV 1997, 208 = NJW-RR 1997, 1095; zu einem ähnlichen Fall auch OLG Frankfurt FGPrax 2010, 175).

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt ohne weiteres, dass der Vorerbe den Nachlassgegenstand auch an den Nacherben selbst veräußern kann. In der Mitwirkung des Nacherben an der Veräußerung liegt naturgemäß dessen Zustimmung (vgl. Staudinger/Avenarius, § 2113 Rn. 90).

### 3. Rechtswirkungen der Veräußerung von Nachlassvermögen an den Nacherben

Zu den Wirkungen der „vorzeitigen“ Übertragung von Nachlassvermögen vom Vorerben auf den Nacherben („vorweggenommene Nacherbfolge“, s. Reimann, DNotZ 2007, 579) finden sich in Rechtsprechung und Literatur nur vergleichsweise wenige Stellungnahmen, insbesondere im Hinblick auf § 2115 BGB. Im Ergebnis dürfte aber Einigkeit darüber bestehen, dass die **Nachlasszugehörigkeit des betreffenden Gegenstands** – und damit auch die aus den §§ 2100 ff. BGB folgenden Beschränkungen – **erlöschen**. Zum Grundstücksrecht hat etwa das BayObLG ausgeführt (DNotZ 1993, 404, 405):

*„Denn durch die mit Zustimmung der Beteiligten zu 3) vorgenommene Übertragung der Anteile an dem Wohnungs- und dem Teilerbbaurecht auf den Beteiligten zu 2) sind die Nacherbenvermerke gegenstandslos, die Grundbücher unrichtig geworden. Die übertragenen Anteile sind damit endgültig aus der Erbschaft ausgeschieden; die Verfügungsbeschränkung des § 2113 Abs. 1, Abs. 2 BGB kann auch beim Eintritt des Ersatzfalls und des Nacherbfalls nicht mehr wirksam werden.“*

Ähnlich deutlich formulierte das BayObLG in seiner Entscheidung vom 9.2.1995 (DNotZ 1996, 50, 51):

*„Der Nacherbenvermerk entspricht nicht mehr der Rechtslage, wenn der von ihm erfaßte Gegenstand endgültig aus der der Nacherbfolge unterliegenden Erbschaft ausgeschieden ist. Dies ist wiederum der Fall, wenn die Verfügung des Vorerben über den Erbschaftsgegenstand mit Zustimmung des Nacherben vorgenommen wird [...].“*

Zur rechtlichen Bedeutung der Zustimmung des Nacherben zu einer Verfügung des Vorerben hat sich z.B. das OLG Schleswig in seiner Entscheidung vom 12.6.1968 (Rpfleger 1968, 325) geäußert. Dort heißt es:

*„Die Zustimmung hat mithin die Bedeutung eines Verzichts auf die aus der Nacherbeneinsetzung folgende Rechtsstellung.“*

Dieser Einordnung stimmt die Literatur zu (NK-BGB/Gierl, § 2113 Rn. 26; Staudinger/Avenarius, § 2113 Rn. 54). Weiter heißt es dann in der Entscheidung des OLG Schleswig (Rpfleger 1968, 325):

*„Sie [sc. die Zustimmung] räumt die an den Eintritt des Nacherbfalls gebundene, in der Zukunft liegende Unwirksamkeit der Verfügung des Vorerben endgültig aus.“*

**Diese endgültige „Ausräumung der Unwirksamkeit“ müsste u.E. ebenso für Zwangsverfügungen gelten, wenn der Gegenstand mit Zustimmung des Nacherben veräußert wird.** Dabei kann auch nicht angenommen werden, dass dann, wenn der Nacherbe selbst der Erwerber ist, etwas anderes gelten soll. Denn die Veräußerung an den Nacherben führt gleichfalls zur **Herauslösung des Gegenstands aus dem Nachlass**. Dies zeigt sich beispielsweise darin, dass bei der Veräußerung eines Grundstücks an den Nacherben der Nacherbenvermerk (§ 51 GBO) zu löschen ist (BeckOK-GBO/Zeiser, Stand: 1.10.2010, § 51 Rn. 85, 98). Fällt der der Vor- und Nacherbfolge unterliegende Nachlass bei Eintritt des Nacherbfalls nicht an den „vorläufigen“ Nacherben, sondern an den Ersatznacherben, berührt dies den wirksamen Erwerb durch den „vorläufigen“ Nacherben nicht mehr.

### 4. Ergebnis

Hieraus folgt u.E. für den vorliegenden Fall, dass die **Pfändung des Grundstücks bei einer Veräußerung endgültig wirksam** würde. Wie auch sonst bei der Eigentumsübertragung könnte der Grundpfandrechtsgläubiger der Übertragung nicht widersprechen, da das dingliche Recht gegen den Rechtsnachfolger fortwirkt (vgl. § 1147 BGB). Die Vor-/Nacherbschaft stünde einer Verwertung nach der Übertragung nicht mehr entgegen, da der Gegenstand endgültig aus dem Nachlass ausgeschieden wäre.

---

## HGB § 105 Abs. 2

### Eintragung einer Vermögensverwaltungsgesellschaft vor Inkrafttreten des § 105 Abs. 2 HGB n. F.

#### I. Sachverhalt

Eine vermögensverwaltende Kommanditgesellschaft wurde vor Inkrafttreten des § 105 Abs. 2 HGB n.F. zum 1.7.1998 in das Handelsregister eingetragen. Änderungen in der Tätigkeit der Gesellschaft haben nicht stattgefunden; sie ist weiterhin vermögensverwaltend tätig.

#### II. Frage

Welchen rechtlichen Status hat die eingetragene Gesellschaft?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Entwicklung des § 105 HGB

Bis zum 22.6.1998 lautete § 105 HGB wie folgt:

*„Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine offene Handelsgesellschaft, wenn bei keinem der Gesellschafter die Haftung gegenüber den Gesellschafts-gläubigern beschränkt ist.*

*Auf die offene Handelsgesellschaft finden, soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Gesellschaft Anwendung.“*

Seit dem 22.6.1998 hat § 105 Abs. 2 HGB dagegen folgende Fassung:

*„Eine Gesellschaft, deren Gewerbebetrieb nicht schon nach § 1 Abs. 2 Handelsgewerbe ist oder die nur eigenes Vermögen verwaltet, ist offene Handelsgesellschaft, wenn die Firma des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen ist. § 2 Satz 2 und 3 gilt entsprechend.“*

Der bisherige Absatz 2 wurde zu Absatz 3. § 161 Abs. 2 HGB verwies und verweist unverändert für die KG ergänzend auf das Recht der OHG.

#### 2. Rechtsfolgen einer unzulässigen Eintragung nach altem Recht

Nach altem Recht musste eine KG ein Handelsgewerbe betreiben (Staub/Ulmer, 4. Aufl., Stand: 1.7.1988, § 105 Rn. 21). Die **bloße Vermögensverwaltung** war und ist **kein Handelsgewerbe**. Die gleichwohl erfolgte **Eintragung** war somit **nach früherer Rechtslage unzulässig**. Sie führte zur **Entstehung einer sog. Schein-OHG** (Staub/Ulmer, § 105 Rn. 31). In derartigen Fällen sollte es sich rechtlich um einen als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu qualifizierenden Zusammenschluss handeln; die Gesellschafter konnten sich jedoch nicht auf das Fehlen der OHG-Qualifikation berufen und hafteten analog § 128 HGB für die Gesellschaftsverbindlichkeiten (Staub/Ulmer, § 105 Rn. 31; Weipert, in: Kommentar zum HGB, hrsg. von Mitgliedern des Reichsgerichts, 1. Aufl. 1942, § 105 Anm. 17; Schlegelberger/K. Schmidt, HGB, 5. Aufl. 1992, § 105 Rn. 46).

Konsequenterweise konnte eine Gesellschaft, die kein Handelsgewerbe betrieb, auch keine Kommanditgesellschaft sein (Staub/Schilling, 4. Aufl., Stand: 1.4.1987, § 161 Rn. 5). Die eingetragenen Kommanditisten konnten sich nicht auf die Haftungsbeschränkung berufen, da mangels Gewerblichkeit objektiv keine Kommanditgesellschaft vorlag. Ein Vertrauensschutz zugunsten einer Gesellschaft bzw. eines Gesellschafters ergibt sich ausschließlich aus der Registerpublizität nach § 15 Abs. 2 HGB. Diese Vorschrift findet jedoch nur auf richtige Tatsachen Anwendung (allgemeine Auffassung, s. Staub/Koch, 5. Aufl. 2009, § 15 Rn. 74; Gehrlein, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2008, § 15 Rn. 17; MünchKommHGB/Krebs, 3. Aufl. 2010, § 15 Rn. 67; Ammon, in: Röhrich/Graf von Westphalen, HGB, 3. Aufl. 2008, § 15 Rn. 24).

#### 3. Rechtsfolgen des Handelsrechtsreformgesetzes

Die Frage, ob das **Handelsrechtsreformgesetz unzulässige Alteintragungen „heilt“**, ist **umstritten: Bejahung** wird dies von der **herrschenden Meinung** (Münch-

KommHGB/K. Schmidt, 2. Aufl. 2006, § 105 Rn. 52; ders., ZHR 163 (1999), 87, 98; Schlitt, NZG 1998, 580, 581; Schön, DB 1998, 1169, 1176; Wertenbruch, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 105 Rn. 25).

Die Vertreter der Gegenauffassung, welche sich unmittelbar nur zu der vergleichbaren Problematik des § 2 S. 2 und § 3 HGB äußern, führen an, dass eine Eintragung nach § 105 Abs. 2 HGB, ebenso wie eine Eintragung nach § 2 S. 2 HGB, einen bewussten, auf die fakultative Begründung der mit der Handelsregistereintragung verbundenen Eigenschaft abzielenden Antrag voraussetze. Eintragungen, die nicht auf einer entsprechenden Eintragungsgrundlage beruhen, können nach dieser Auffassung keine „heilenden“ Wirkungen entfalten. Folgte man dieser Auffassung, wäre eine nachträgliche Antragstellung gem. § 105 Abs. 2 HGB n.F. erforderlich (MünchKommHGB/Lieb, Ergänzungsband zur 1. Aufl., § 5 Rn. 4 für den vergleichbaren Fall der Eintragung als Kannkaufmann gem. § 2 S. 2 HGB).

**U.E.** ist die **herrschende Meinung überzeugend**. Der Wortlaut des § 105 Abs. 2 HGB differenziert nicht danach, ob die Eintragung vor oder nach dem 1.7.1998 erfolgt ist (MünchKommHGB/K. Schmidt, § 105 Rn. 52). Auch in intertemporaler Hinsicht ist der Anwendungsbereich des neuen § 105 Abs. 2 HGB nicht eingeschränkt (Art. 29 HRefG). Der Gesetzgeber war sich der Existenz der Vermögensverwaltungsgesellschaften bewusst, welche im Handelsregister (zu Unrecht) eingetragen waren; diese sollten „handels- und registerrechtlich abgesichert werden“ (Begründung zu § 105 HGB n.F., zitiert nach ZIP 1997, 942, 953). Indem die Gesellschafter ihre Gesellschaft bereits vor dem Hintergrund des alten Rechts zum Handelsregister anmeldeten, brachten sie zum Ausdruck, dass ihr Wille auf eine Rechtsform gerichtet war, die seit 1998 anerkannt ist (Schön, DB 1998, 1169, 1176).

#### 4. Ergebnis

Folgt man der herrschenden Meinung, so tritt die Rechtsfolge des § 105 Abs. 2 HGB automatisch ein. Die Gesellschaft kann als vermögensverwaltende Kommanditgesellschaft existieren und tut dies auch. Die Vertreter der Gegenauffassung äußern sich nicht ausdrücklich zu den von ihnen verlangten Erfordernissen. Eine erneute Anmeldung scheidet wohl aus; in Betracht käme ggf. eine nachträgliche Erklärung gegenüber dem Handelsregister analog §§ 105 Abs. 2 S. 2 HGB oder ein einstimmig zu fassender Gesellschafterbeschluss analog § 217 UmwG (Schön, DB 1998, 1169, 1176). U.E. erscheint die herrschende Auffassung vorzugswürdig.

## Gutachten im Abruf-Dienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abruf-Dienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abruf-Nummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Fax-Abruf-Gutachten.

## WEG §§ 8, 10

**Zeitlich gestreckte Begründung von Sondernutzungsrechten; einseitige Unterteilung sowie Vereinigung von Sondernutzungsrechten**

Abruf-Nr.: 105442

## EGBGB Art. 14, 15, 17, 18, 25, 26, 236 § 3

**Weißrussland: Gemeinschaftliches Testament bzw. Ehevertrag zwischen deutschem Ehemann (ehemaliger DDR-Bürger) und eingebürgerter vormals russischer bzw. sowjetischer Ehefrau; ehelicher Güterstand**

Abruf-Nr.: 105897

## GmbHG § 29 Abs. 3

**Gewinnverteilungsmaßstab; abweichende statutarische Bestimmung; Öffnungsklausel für jährlich durch Gesellschafterbeschluss neu festzulegende Gewinnverteilung**

Abruf-Nr.: 105856

## AktG §§ 67, 182, 189

**Entstehung der Rechte aus Namensaktien nach Kapitalerhöhung**

Abruf-Nr.: 104598

## Rechtsprechung

### BGB § 765; MaBV §§ 3, 7

#### Reichweite einer MaBV-Bürgschaft

**Eine Bürgschaft nach § 7 MaBV, die als Sicherheit dafür vereinbart wird, dass der Bauträger nach Baufortschritt geschuldete Zahlungen entgegen nehmen darf, ohne dass die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2-4 MaBV vorliegen, sichert keine Ansprüche des Erwerbers auf Ersatz von Aufwendungen für die Beseitigung von Baumängeln.**

BGH, Urt. v. 9.12.2010 – VII ZR 206/09

Abruf-Nr.: 10961

#### Problem

Der BGH hatte über einen Schadensersatzanspruch gegen einen Notar wegen der Verletzung von Amtspflichten zu entscheiden. In einem Bauträgervertrag wurde eine Zahlung der Kaufpreistraten entsprechend dem Baufortschritt gem. § 3 Abs. 2 MaBV vereinbart. Dem Bauträger war es jedoch gestattet, durch eine Bürgschaft, die den Anforderungen des § 7 MaBV entsprach, die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nrn. 2-4 MaBV zu ersetzen. Die dementsprechend von einem Kreditinstitut gestellte Bürgschaft verwahrte der beklagte Notar treuhänderisch für die klagenden Käufer. Nach vollständiger Fertigstellung des Gebäudes wurden bei der Abnahme Mängel festgestellt. Der Notar gab die Bürgschaft dennoch ohne Rücksprache mit den Käufern an die bürgende Bank zurück. Vor Erfüllung der geschuldeten Mängelbeseitigung fiel der Bauträger in Insolvenz.

Die Käufer begehrten die Feststellung, dass der Notar verpflichtet ist, ihnen den Schaden zu ersetzen, der durch die vorzeitige Rückgabe der Bürgschaftsurkunde ohne ihre Zustimmung entstanden ist.

#### Entscheidung

Der BGH **verneinte** einen Schadensersatzanspruch der Kläger. Da die Käufer gegen die bürgende Bank keinen

Anspruch auf Erstattung der Aufwendungen für die Beseitigung von Baumängeln hatten, **fehle** es an einem **kausalen Schaden**. Inzident hatte der BGH somit auch zu dem Umfang einer Bürgschaft nach § 7 MaBV Stellung zu nehmen.

Der BGH bestätigte zunächst seine **bisherige Rechtsprechung**, wonach eine Bürgschaft nach § 7 MaBV **ihrem Schutzzweck entsprechend grundsätzlich auch solche Ansprüche sichert, die sich aus Mängelbeseitigungsansprüchen ergeben** (BGH NJW 2008, 523; DNotZ 2007, 933; DNotZ 2002, 873; a. A. z. B. Basty, Der Bauträgervertrag, 6. Aufl. 2009, Rn. 628; Kanzleiter, DNotZ 2002, 819). Diesen Entscheidungen hatten jeweils Sachverhalte zugrunde gelegen, in denen sich der Käufer verpflichtete, abweichend von § 3 Abs. 2 MaBV Zahlungen an den Bauträger zu leisten, ohne dass dem ein entsprechender Baufortschritt entgegenstand. Dieses **Vorauszahlungsrisiko** des Erwerbers müsse durch die Bürgschaft mit abgesichert werden.

Anders lag dagegen der **vorliegend entschiedene Sachverhalt**. Die **Bürgschaft nach § 7 MaBV** sollte nach den Regelungen des Bauträgervertrags **nur die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2-4 MaBV ersetzen**. Die Zahlungen des Käufers sollten dagegen entsprechend § 3 Abs. 2 MaBV nach Baufortschritt entrichtet werden. Der Käufer war also nicht zu Vorausleistungen verpflichtet. In derartigen Konstellationen besteht nach Auffassung des BGH kein Bedürfnis des Käufers für eine Sicherung der Mängelansprüche durch die Bürgschaft, da Letzterer durch sein gesetzliches Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB ausreichend geschützt sei. Der Sicherungszweck der Bürgschaft wird also maßgeblich durch die Regelungen des Kaufvertrags definiert. Er kann nicht weiter reichen als der Schutzzweck derjenigen Vorschriften, von denen gegen Vorlage der Bürgschaft abgewichen werden soll.

Klargestellt sei, dass eine Entscheidung darüber, ob auch nach geltender Rechtslage eine Bürgschaft nach § 7 MaBV ein Abweichen von dem Ratenplan des § 3 Abs. 2 MaBV rechtfertigen kann, so dass der Käufer zu Vorauszahlungen verpflichtet ist, mit vorliegender Entscheidung nicht getroffen ist. Vieles spricht dafür, in solchen Fällen eine umfassendere Bürgschaft ausdrücklich auch für sämtliche Erfüllungs- und Mängelansprüche zu verlangen (vgl. hierzu Internetgutachten Nr. 97702; Basty, Rn. 612 f.).

## Aktuelles

### Änderungen im internationalen Unterhaltsrecht aufgrund der EU-Unterhaltsverordnung

Gem. Art. 76 Abs. 3 der **Verordnung Nr. 4/2009 des Rates** über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die notwendige Zusammenarbeit in Unterhaltssachen (nachstehend: **EU-UntVO**) finden die Vorschriften der genannten Verordnung mit Ausnahme des zweiten Unterabsatzes **ab dem 18.6.2011 Anwendung**, sofern das **Haager Protokoll von 2007** (gemeint: Protokoll über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 23. November 2007, kurz: **HUP**) in der Gemeinschaft anwendbar ist. Da die Europäische Gemeinschaft das HUP am 8. April 2010 ratifiziert hat (vgl. [www.hcch.net](http://www.hcch.net)), sind die Bestimmungen des Protokolls über Art. 15 EU-UntVO ab dem 18.6.2011

anwendbar, auch wenn das HUP die Ratifikation durch mindestens zwei Staaten voraussetzt (Art. 25 HUP). Das HUP löst die in Art. 18 EGBGB transformierten Bestimmungen des **Haager Übereinkommens über das auf Unterhaltspflichten anwendbare Recht vom 2.10.1973 (nachstehend HUntÜ)** ab. Art. 18 EGBGB wird voraussichtlich insgesamt aufgehoben werden; ein Ausführungsgesetz zur EU-UntVO ist in Vorbereitung.

### 1. Wandelbarkeit des nachehelichen Unterhaltsstatuts

Für die notarielle Praxis ist insbesondere von Bedeutung, dass sich die **Anknüpfung des Geschiedenenunterhaltsstatuts** (bislang: Art. 18 Abs. 4 EGBGB bzw. Art. 8 Abs. 1 HUntÜ) grundlegend ändern wird. Gem. Art. 3 Abs. 1 HUP ist nunmehr grds. das Recht maßgeblich, welches am **gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten** gilt. Art. 3 Abs. 2 HUP ordnet ausdrücklich die **Wandelbarkeit** des nachehelichen Unterhaltsstatuts an. Bislang war das Unterhaltsstatut **unwandelbar an das Scheidungsstatut gekoppelt**. Nur unter den Voraussetzungen des Art. 5 HUP (Ablehnung des Rechts am gewöhnlichen Aufenthaltsort durch einen Ehegatten und engere Verbindung der betroffenen Ehe zu einem anderen Recht) kommt kraft objektiver Anknüpfung eine andere Rechtsordnung in Betracht.

Ungeachtet aller Kritik an der bisherigen Regelung im HUntÜ beeinträchtigt die Wandelbarkeit des Unterhaltsstatuts jedenfalls die **Rechtssicherheit**. Der Unterhaltsverpflichtete wird möglicherweise ohne sein Zutun mit einem strengeren Unterhaltsrecht konfrontiert, wenn der Berechtigte seinen gewöhnlichen Aufenthalt wechselt; umgekehrt kann sich der Unterhaltsberechtigte gezwungen sehen, von einer beabsichtigten Aufenthaltsänderung wegen der unterhaltsrechtlichen Fernwirkungen Abstand zu nehmen.

### 2. Möglichkeit einer Rechtswahl

Erstmals sieht das HUP in Art. 7 und Art. 8 die **Möglichkeit einer Rechtswahl** vor. Die Rechtswahl gem. Art. 7 HUP ist dabei beschränkt auf die „Zwecke eines einzelnen Verfahrens“. Es handelt sich stets um die Wahl der *lex fori*. Bei einem bereits anhängigen Verfahren wird dadurch einem bestimmten Gericht ermöglicht, nach seinem Heimatrecht zu entscheiden, was nach den Anschauungen des Verordnungsgebers der **Verfahrensbeschleunigung** dienen kann. Allerdings kann eine Rechtswahl nach Art. 7 HUP auch schon **vor Einleitung des Verfahrens** erfolgen (Art. 7 Abs. 2 HUP). Unklar ist allerdings noch, welche Anforderungen an die Bestimmtheit einzuhalten sind. Aus Sicht des Gestalters dürfte eine solche Rechtswahl vor allem im Zusammenhang mit einer Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 4 EU-UntVO sinnvoll sein.

Zu beachten ist darüber hinaus, dass Ansprüche auf nachehelichen Unterhalt bislang von der „Brüssel I-Verordnung“ (VO Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelsachen) erfasst waren (vgl. Art. 5 Nr. 2 Brüssel I-VO) und gem. Art. 23 Brüssel I-VO eine weitgehende Prorogationsfreiheit bestand. Diese wurde nun konsequenterweise in Anpassung an die Rechtswahlfreiheit eingeschränkt: Gem. Art. 4 Abs. 1 EU-UntVO setzt eine Gerichtsstandsvereinbarung nunmehr eine hinreichende Beziehung zum Gerichtsstaat voraus (gewöhnlicher Aufenthalt einer Partei, Staatsangehörigkeit einer Partei, Zuständigkeit des gewählten Gerichts in Ehesachen, letzter gemeinsamer gewöhnlicher

Aufenthalt über einen Zeitraum von mindestens einem Jahr).

Bei der vorsorgenden Gestaltung dürfte eine Rechtswahl gem. Art. 8 HUP größere Bedeutung haben. Gem. Art. 8 Abs. 1 HUP stehen zur Auswahl:

- Das Recht des Staates, dem eine der Parteien im Zeitpunkt der Rechtswahl angehört;
- das Recht des Staates, in dem eine der Parteien im Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat;
- das Recht, das die Parteien als das auf ihren Güterstand anzuwendende Recht bestimmt haben, oder das tatsächlich darauf angewandte Recht;
- das Recht, das die Parteien als das auf ihre Ehescheidung oder Trennung ohne Auflösung der Ehe anzuwendende Recht bestimmt haben, oder das tatsächlich auf diese Ehescheidung oder Trennung angewandte Recht.

Nach Art. 8 Abs. 4 HUP ist ein **Unterhaltsverzicht nur zulässig**, wenn das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten im Zeitpunkt der Rechtswahl einen solchen Verzicht zulässt. Art. 8 Abs. 5 enthält eine **Schranke der Parteiautonomie**: Hiernach ist das gewählte Recht nicht anzuwenden, wenn seine Anwendung für eine der Parteien **offensichtlich unbillige oder unangemessene Folgen hätte**, es sei denn, dass die Parteien im Zeitpunkt der Rechtswahl **umfassend unterrichtet und sich der Folgen ihrer Wahl vollständig bewusst** waren. Neben diesen rechtswahlspezifischen Schranken besteht weiter der **allgemeine ordre-public-Vorbehalt** (Art. 13 HUP).

Die Konkretisierung der in Art. 8 Abs. 4 und Abs. 5 HUP enthaltenen Schranken steht gegenwärtig noch aus. Ausweislich des *Bonomi-Berichts* (entspricht einer Gesetzesbegründung zum HUP, abrufbar unter [www.hcch.net](http://www.hcch.net)) trägt insbesondere die in Art. 8 Abs. 5 HUP enthaltene Schranke dem Umstand Rechnung, dass in vielen Staaten (so auch in Deutschland) Unterhaltsvereinbarungen für unwirksam erklärt werden können, wenn sie **unfaire oder unangemessene Regelungen** enthalten (Bonomi-Bericht, Rn. 150). Vor allem dann, wenn die Rechtswahl im Vergleich zum objektiv anwendbaren Unterhaltsstatut zu einer **Beschränkung des Unterhaltsanspruchs** führen würde, dürfte Art. 8 Abs. 5 HUP von Bedeutung sein (Rauscher/Andrae, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, Bearb. 2010, Art. 8 HUP Rn. 24).

### 3. Folgen für die Gestaltungspraxis

Angesichts der grundsätzlichen Wandelbarkeit des Unterhaltsstatuts kann durch eine Rechtswahl im Ehevertrag Rechtssicherheit für die Beteiligten im Hinblick auf das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht geschaffen werden. Die weitere Konkretisierung der Tatbestandsmerkmale der EU-UntVO sowie des HUP bleibt abzuwarten. Was die notariellen Belehrungspflichten angeht, ist darauf hinzuweisen, dass unmittelbar anwendbare Vorschriften des Europäischen Gemeinschaftsrechts nicht unter den Begriff des „ausländischen Rechts“ i. S. v. § 17 Abs. 3 S. 1 BeurkG fallen (Winkler, BeurkG, 16. Auflage 2008, § 17 Rn. 271 mwN). Die notariellen Prüfungs- und Belehrungspflichten dürften sich somit auch auf die Vorschriften des HUP bzw. der EU-UntVO erstrecken, nicht dagegen auf materielles ausländisches Unterhaltsrecht.

## Aktuelle Grunderwerbsteuersätze

Bundesländer	GrESt	Inkrafttreten	Fundstelle
Baden-Württemberg	3,5 %		
Bayern	3,5 %		
Berlin	<b>4,5 %</b>	ab 1.1.2007	GVBl. 2006, 1172
Brandenburg	<b>5 %</b>	ab 1.1.2011	GVBl. 2010, Nr. 40
Bremen	<b>4,5 %</b>	ab 1.1.2011	GVBl. 2010, 574
Hamburg	<b>4,5 %</b>	ab 1.1.2009	GVBl. 2008, 433
Hessen	3,5 %		
Mecklenburg-Vorpommern	3,5 %		
Niedersachsen	<b>4,5 %</b>	ab 1.1.2011	GVBl. 2010, 631
Nordrhein-Westfalen	3,5 %		
Rheinland-Pfalz	3,5 %		
Saarland	<b>4 %</b>	ab 1.1.2011	Ambl. 2010, 1522
Sachsen	3,5 %		
Sachsen-Anhalt	<b>4,5 %</b>	ab 1.3.2010	GVBl. 2010, 69
Schleswig-Holstein	<b>5 %</b>	ab 1.1.2012	GVBl. 2010, 811
Thüringen	3,5 %		

<p><b>Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)</b>          - eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -          97070 Würzburg, Gerberstraße 19          Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225          e-mail: dnoti@dnoti.de internet: www.dnoti.de</p> <p><b>Hinweis:</b>          Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.</p> <p><b>Verantwortlicher Schriftleiter:</b>          Notar a. D. Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg</p> <p><b>Bezugsbedingungen:</b>          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.</p>	<p><b>Bezugspreis:</b>          Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.</p> <p>Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.</p> <p>Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.</p> <p><b>Verlag:</b>          Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle          Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg</p> <p><b>Druck:</b>          Druckerei Franz Scheiner          Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg</p>
---	---