

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

7. Jahrgang
April 1999
ISSN 1434-3460

7/1999

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1175 Abs. 1 S. 2, 1168 Abs. 1, 1183; GBO § 27 - Gesamtlöschung eines Gesamtgrundpfandrechts aufgrund Pfandfreigabe für alle belasteten Grundstücke

BGB §§ 1626a, 1592, 1594 Abs. 2 - Notariell beurkundete Sorgeerklärung des biologischen, nichtehelichen Vaters und der Kindsmutter bei Geburt des Kindes während bestehender Ehe der Mutter

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB §§ 2232, 2233; BeurkG § 31; GG Art. 14 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 - Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses schreibunfähiger Stummer von der Errichtung letztwilliger Verfügungen

BGB § 765; MaBV 7; AGBG § 5 - Bauträgerbürgschaft und Gewährleistungsansprüche

AO § 39 Abs. 2 Nr. 1 - Wirtschaftliches Eigentum bei vorweggenommener Erbfolge

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1175 Abs. 1 S. 2, 1168 Abs. 1, 1183; GBO § 27

Gesamtlöschung eines Gesamtgrundpfandrechts aufgrund Pfandfreigabe für alle belasteten Grundstücke

I. Sachverhalt

Es ist ein **Gesamtgrundpfandrecht** mittlerweile nur noch an zwei Wohnungseigentumseinheiten eingetragen. Eine **Pfandfreigabeerklärung** der Grundschuldgläubigerin für beide Einheiten liegt vor. Das Grundbuchamt verlangt jedoch - jedenfalls für die Löschung der Grundschuld an der letzten Einheit - eine Löschungsbewilligung anstelle der vorgelegten Pfandfreigabe. Denn die Pfandfreigabe als bloße Verzichtserklärung des Grundschuldgläubigers auf die Belastung eines einzelnen Grundstücks umfasse nicht die Gesamtaufhebung an allen Grundstücken.

II. Frage

Ist aufgrund einer Pfandfreigabe für sämtliche Grundstücke, auf denen eine Gesamtgrundschuld noch eingetragen ist, auch eine Gesamtlöschung der Grundschuld möglich?

III. Rechtslage

1. Unterschied zwischen Verzicht und Aufhebung einer Grundschuld

a) Die **Aufhebung eines Grundpfandrechts** bedarf nach § 875 i. V. m. § 1183 BGB materiell-rechtlich der Aufgabeeerklärung des Grundpfandrechtsgläubigers sowie der Zustimmung des Eigentümers und der Löschung im Grundbuch. Verfahrensrechtlich ist deshalb neben der Bewilligung des Grundpfandrechtsgläubigers (§ 19 GBO) auch die Zustimmung des Eigentümers zur Löschung erforderlich (§ 27 S. 1 GBO). Die Aufhebung führt zum Erlöschen des Grundpfandrechts (vgl. im einzelnen statt aller Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 2013, 2725 ff., 2747 ff.).

Davon zu unterscheiden ist der **Verzicht des Grundpfandrechtsgläubigers** auf das Grundpfandrecht nach § 1168 Abs. 1 BGB. Dieser führt zum **Erwerb des Grundpfandrechts durch den Eigentümer**. In einem zweiten Schritt kann dann der Eigentümer durch seine eigene Aufgabeeerklärung das Grundpfandrecht aufheben und im Grundbuch löschen lassen (vgl. das Muster bei Haegele/Schöner/Stöber, Rn. 2704 ff.). Da es sich dabei um zwei Rechtsvorgänge handelt, ist nach mehrheitlicher Meinung in der grundbuchrechtlichen Literatur die Voreintragung des Eigentümers als neuen Grundpfandrechtshabers erforderlich, da sich erst dann materiell wie formell seine Bewilligungsbefugnis ergibt (Haegele/Schöner/Stöber, Rn. 2710; Bauer/von Oefele/

Kohler, GBO, 1999, § 27 Rn. 13; Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 1998, § 27 GBO Rn. 13; Palandt/Bassenge, 58. Aufl. 1999, § 1168 BGB Rn. 3; Wendt/Pommerening, Rpfleger 1963, 272). Nach a. A. ist eine Zwischeneintragung des Eigentümers dann nicht erforderlich, wenn das Recht sofort gelöscht werden soll (OLG Schleswig BB 1964, 1103 m. Anm. Rölike = NJW 1964, 2022 = Rpfleger 1965, 167 m. abl. Anm. Wendt/Pommerening; Löscher, JurBüro 1965, 849; Staudenmayer, BWNotZ 1964, 152; Staudinger/Wolfsteiner, BGB, 13. Aufl. 1996, § 1168 BGB Rn. 22).

b) Bei einem **Gesamtgrundpfandrecht** gelten für die Gesamtaufhebung und den Gesamtverzicht an allen Grundstücken grundsätzlich dieselben Regeln. Insbesondere führt auch der Verzicht auf die Gesamthypothek an allen Grundstücken dazu, daß diese den Eigentümern der belasteten Grundstücke gemeinschaftlich zufällt (§ 1175 Abs. 1 S. 1 BGB).

Anders ist dies jedoch, wenn der Grundpfandrechtsgläubiger eines Gesamtgrundpfandrechts auf das **Grundpfandrecht an einem einzelnen Grundstück verzichtet**; dann **erlischt das Grundpfandrecht an diesem Grundstück** (§ 1175 Abs. 1 S. 2 BGB), besteht jedoch an den übrigen Grundstücken fort. Das Erlöschen erfolgt kraft Gesetzes und bedarf daher materiell-rechtlich keiner Zustimmung des Grundstückseigentümers nach § 1183 S. 1 BGB, da es sich dabei nicht um die Aufhebung des Grundpfandrechts handelt. Ebenso wenig ist grundbuchverfahrensrechtlich für die Löschung eine Zustimmung des Grundstückseigentümers erforderlich (KG HRR 1932, Nr. 513; KG JFG 11, 244; KG JW 1937, 1553; OLG München JFG 23, 325; Amann, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 2. Aufl. 1997, A VI Rn. 84; Mayer, in: Bauer/von Oefele, AT IV Rn. 130; Demharter, § 27 GBO Rn. 8; KEHE/Ertl, § 27 GBO Rn. 6; Meikel/Böttcher, § 27 GBO Rn. 10; Staudinger/Wolfsteiner, § 1183 BGB Rn. 18).

Daneben gibt es zwar auch theoretisch die Möglichkeit einer Teilaufhebung eines Gesamtgrundpfandrechts an einem einzelnen Grundstück (vgl. Kohler, in: Bauer/von Oefele, § 27 GBO Rn. 17; MünchKomm-Eickmann, BGB, 3. Aufl. 1997, § 1138 BGB Rn. 5; Staudinger/Wolfsteiner, § 1132 BGB Rn. 40). Im Zweifel ist jedoch eine Bewilligung des Grundpfandgläubigers zur **„Pfandfreigabe“ als Verzichtserklärung i. S. d. § 1175 Abs. 1 S. 2 BGB auszulegen** (OLG München JFG 23, 322 zur Löschungsbevollmächtigung an einem einzelnen Grundstück; KG DNotZ 1934, 951 = JW 1934, 2243 zur Entlassung einer abzuschreibenden Parzelle aus der Pfandhaft; LG Augsburg MittBayNot 1979, 20 zur Pfandfreigabe = pfandfreie Abschreibung eines einzelnen Grundstücks; ebenso Kohler, in: Bauer/von Oefele, § 27 GBO Rn. 17; Amann, in: Beck'sches Notar-Handbuch, A VI Rn. 84; Haegele/Schöner/Stöber, Rn. 2718; KEHE/Ertl, § 27 GBO Rn. 6; Meikel/Böttcher, § 27 GBO Rn. 10; MünchKomm-Eickmann, § 1175 BGB Rn. 5 und § 1183 Rn. 5; Palandt/Bassenge, § 1175 BGB Rn. 3 und § 1183 BGB Rn. 2; Staudinger/Wolfsteiner, § 1175 BGB Rn. 4 und § 1183 BGB Rn. 18 – für Muster einer derartigen Pfandfreigabe vgl. insbesondere Haegele/Schöner/Stöber, Rn. 2716; Wolfsteiner, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 20. Aufl. 1994, Rn. 691, 692).

2. Verhältnis zwischen teilweiseem Verzicht auf ein Gesamtgrundpfandrecht und dessen Gesamtaufhebung

a) Dogmatisch ist damit zwischen der **Pfandfreigabe** für jedes einzelne Grundstück und einer Gesamtaufhebung des Gesamtgrundpfandrechts zu unterscheiden. Damit fragt sich, ob aufgrund sukzessiver Pfandfreigaben für sämtliche belasteten Grundstücke schließlich auch die **Löschung am letzten belasteten Grundstück** – und damit im Ergebnis eine Gesamtaufhebung des Grundpfandrechts – erreicht werden kann. Nach *Haegele/Schöner/Stöber* (Rn. 2718, Fn. 1) ist dies möglich. In dieselbe Richtung deutet die Kommentierung von *Kohler* (in: Bauer/von Oefele, § 27 GBO Rn. 19), der darauf abstellt, daß der Verzicht sowohl durch Eintragung eines Verzichtsvermerks als auch durch bloße Löschung des Grundpfandrechts am haftenden Grundstück eingetragen werden kann, weil die Wirkung des Verzichts und der Löschung hier dieselbe ist. Dies ist auch das entscheidende Argument für die Möglichkeit einer Löschung auch am letzten betroffenen Grundbuchblatt. Die Willenserklärung des Gläubigers auf **„Pfandfreigabe“** oder **„Löschung“** unterscheidet sich hier – anders als beim Gesamtverzicht – in ihrer Rechtsfolge nicht von der bei einer Aufhebung des Rechts.

Anderer Ansicht ist *Wolfsteiner* (in: Staudinger, § 1175 BGB Rn. 3). Er stellt darauf ab, daß die lediglich noch an einem einzigen Grundstück fortbestehende Grundschuld mit dem Verzicht auch hinsichtlich dieses Grundstücks zur Eigentümergrundschuld nach § 1168 BGB wird – auch mit der Folge, daß der Gläubiger bei den einzelnen Grundstücken unterschiedliche Rechtswirkungen für Eigentümer und nachrangige Berechtigte herbeiführen kann. Deshalb komme es auch auf die möglicherweise zufällige Reihenfolge des Vollzugs an den verschiedenen Grundstücken an. Implizit ergibt sich aus dieser Kommentierung *Wolfsteiners*, daß eine Löschung allein aufgrund der Pfandfreigabeerklärung für das letzte Grundstück nicht erfolgen kann, da die Pfandfreigabe insoweit lediglich zu einem Grundschulderwerb durch den Eigentümer führt.

b) Hat jedoch auch der Eigentümer in grundbuchmäßiger Form (§ 29 GBO) der Löschung des Gesamtgrundpfandrechts am letzten belasteten Grundstück zugestimmt, so kann dieser Meinungsstreit dahinstehen: Nach der zitierten Auffassung von *Haegele/Schöner/Stöber* wäre die Löschung bereits allein aufgrund der Pfandfreigabe des Grundpfandrechtsgläubigers möglich. Nach Auffassung von *Wolfsteiner* könnte die infolge des Verzichts entstehende Eigentümergrundschuld aufgrund der **Löschungsbewilligung des Eigentümers** gelöscht werden. Dabei käme es dann lediglich noch auf die oben (1. a) bereits dargestellte Streitfrage an, ob eine Voreintragung des Eigentümers als Berechtigten aus der Eigentümergrundschuld zur Löschung erforderlich ist.

Um die nach der herrschenden Literaturmeinung dann erforderliche Zwischeneintragung des Grundstückseigentümers als Grundpfandrechtsgläubiger zu vermerken, könnte man sich für die Vertragsgestaltung überlegen, jedenfalls zur Klarstellung in das **Formulierungsmuster** einer Pfandfreigabeerklärung aufzunehmen, daß bei dem letzten freigegebenen Grundstück die Löschung des Grundpfandrechts bewilligt wird. Dies erfolgt in der Praxis bereits teilweise.

BGB §§ 1626a, 1592, 1594 Abs. 2 Notariell beurkundete Sorgeerklärung des biologischen, nichtehelichen Vaters und der Kindsmutter bei Geburt des Kindes während bestehender Ehe der Mutter

I. Sachverhalt

Im Oktober 1998 wurden Sorgeerklärungen nach § 1626a BGB für ein bereits geborenes Kind notariell beurkundet. Die Erklärung hat Frau M. abgegeben, die allerdings (mit einem anderen Mann) verheiratet ist (und dies auch zum Zeitpunkt der Geburt war). In der Verhandlung hat auch der (nach Angabe) biologische Vater des Kindes die Sorgeerklärung abgegeben. Eine Vaterschaftsanerkennung ist in der notariellen Verhandlung nicht erfolgt. Vielmehr enthält die Urkunde folgende Erklärung:

“Die Anerkennung der Vaterschaft scheitert nach Darstellung derzeitig an § 1594 Abs. 2 BGB n. F., weil die Vaterschaft des Ehemannes von Frau M. gesetzlich vermutet wird.”

Das zuständige Jugendamt, dem die Urkunde zur Kenntnis gegeben wurde, hat die Sorgeerklärung zurückgesandt mit dem Hinweis, daß bis zur Rechtskraft einer Vaterschaftsanfechtungsklage bzw. eines Ehelichkeitsanfechtungsverfahrens der Ehemann der Mutter noch als Vater zu gelten habe. Damit sei die Erklärung unter einer Bedingung abgegeben worden und damit unwirksam. Sie könne auch nicht nachträglich wirksam werden.

II. Frage

Konnten die Beteiligten trotz der bestehenden Vaterschaftsvermutung zugunsten des Ehemannes der Mutter wirksame Sorgeerklärungen nach § 1626a BGB abgeben?

III. Rechtslage

1. Durch das am 1.7.1998 in Kraft getretene Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG – (BGBl. 1997 I, 2942) wurde die Vorschrift des **§ 1626a BGB neu eingefügt**. Diese bestimmt in Abs. 1 Nr. 1, daß den Eltern, wenn sie bei der Geburt des Kindes nicht miteinander verheiratet sind, die elterliche Sorge dann gemeinsam zusteht, wenn sie erklären, daß sie die Sorge gemeinsam übernehmen wollen (**Sorgeerklärungen**). Durch das KindRG wurde folglich die **Möglichkeit einer gemeinsamen elterlichen Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern geschaffen**. Dabei sollte die gemeinsame elterliche Sorge aber nicht von selbst mit der Geburt eintreten, sondern lediglich durch Heirat der Eltern oder eine übereinstimmende Sorgeerklärung der Ehegatten begründet werden können. Damit sollte sichergestellt werden, daß die gemeinsame elterliche Sorge nicht gegen den Willen eines Elternteils eintreten kann, da sonst die Gefahr von Konflikten zwischen den Eltern zu Lasten des Kindes bestehe, indem nichteheliche Kinder nicht nur in intakten nichtehelichen Gemeinschaften geboren werden, sondern nach wie vor auch im Rahmen flüchtiger und instabiler Beziehungen (BT-Dr. 13/4899, S. 58; Greßmann, Neues Kindschaftsrecht, 1998, Rn. 181).

Was den **Inhalt** der Sorgeerklärung nach § 1626a BGB angeht, so muß hierin der Wille der Eltern zum Ausdruck gebracht sein, die elterliche Sorge künftig gemeinsam innehaben zu wollen (BT-Dr. 13/4899, S. 93). Unter

“Gemeinsamkeit” ist hierbei nicht eine gemeinsame Abgabe der Erklärungen zu verstehen, sondern lediglich, daß die **Sorgeerklärungen inhaltlich gleichlautend** sein müssen (BT-Dr. 13/4899, S. 93; Greßmann, Rn. 187).

Nach § 1626c Abs. 1 BGB können die Sorgeerklärungen nur **persönlich** abgegeben werden. Ferner müssen die Sorgeerklärungen nach § 1626d Abs. 1 BGB **öffentlich beurkundet** werden, d. h. durch den Notar (§ 20 BNotO) oder das Jugendamt (§ 59 Abs. 1 S. 1 SGB VIII). Nach wohl herrschender Auffassung handelt es sich bei den Sorgeerklärungen nicht um empfangsbedürftige Willenserklärungen, sondern – wie beispielsweise bei der Anerkennung der Vaterschaft – um **einseitige Rechtsgeschäfte**. Die Sorgeerklärungen müssen daher weder gegenüber dem anderen Elternteil noch gegenüber dem Standesbeamten abgegeben werden, sondern lediglich öffentlich beurkundet werden, damit – bei Vorliegen inhaltlich gleichlautender Sorgeerklärungen – ohne weiteres die gemeinsame elterliche Sorge entstehen kann (vgl. Greßmann, Rn. 189; Brambring, DNotI-Report 1998, 90; Schwab/Wagenitz, FamRZ 1997, 1379).

Nach § 1626d Abs. 2 BGB ist die Abgabe der Sorgeerklärungen (und Zustimmungen) von der beurkundenden Stelle unter Angabe des Geburtsortes des Kindes sowie des Namens, den das Kind zur Zeit der Beurkundung seiner Geburt geführt hat, **dem zuständigen Jugendamt unverzüglich zum Zwecke der Auskunftserteilung nach § 58a SGB VIII mitzuteilen**. Mit der Einführung des § 58a SGB VIII (wonach die Mutter vom Jugendamt unter Angabe des Geburtsortes des Kindes oder des Jugendlichen sowie des Namens, den das Kind oder der Jugendliche zur Zeit der Beurkundung seiner Geburt geführt hat, eine schriftliche Auskunft darüber verlangen kann, daß **keine** Sorgeerklärungen nach § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB abgegeben worden sind) sollte gewährleistet werden, daß die Mutter eines nichtehelichen Kindes den Nachweis erbringen kann, daß von ihr und dem Vater keine Sorgeerklärungen nach § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB abgegeben wurden und daher keine gemeinsame Sorge beider Eltern entstanden ist, sondern die Mutter das Kind alleine vertritt (vgl. BT-Dr. 13/4899, S. 141).

Nach § 1626b Abs. 2 BGB können die Sorgeerklärungen auch **schon vor der Geburt des Kindes abgegeben** werden. Schließlich bestimmt § 1626b Abs. 1 BGB, daß die Sorgeerklärung **unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung unwirksam** ist.

2. Was die **Voraussetzungen für die Wirksamkeit** der Sorgeerklärungen angeht, sind diese in den §§ 1626a ff. BGB **abschließend** geregelt. Denn § 1626e BGB bestimmt, daß Sorgeerklärungen und Zustimmungen nur unwirksam sind, wenn sie den Erfordernissen der “vorstehenden” Vorschriften nicht genügen. Mit dieser Vorschrift sollte insbesondere gewährleistet werden, daß z. B. Willensmängel (§§ 116 ff. BGB) ohne Einfluß auf die Wirksamkeit einer Sorgeerklärung bleiben (vgl. BT-Dr. 13/4899, S. 95; FamRefK/Rogner, 1998, § 1626e Rn. 2).

Für den vorliegenden Fall ist nunmehr fraglich, inwieweit die Sorgeerklärungen der Mutter und des (nach Aussage) biologischen Vaters des Kindes unwirksam sein können, weil zum Zeitpunkt der Abgabe der Sorgeerklärungen die Mutter noch mit einem anderen Mann in rechtsgültiger

Ehe verheiratet war und deren Ehemann daher gem. § 1592 Nr. 1 BGB n. F. (bzw. § 1591 Abs. 1, Abs. 2 BGB a. F.) als Vater des in der Ehe geborenen Kindes vermutet wird.

a) Wirksamkeit der Sorgeerklärung der Mutter

Frau M. hat zu notarieller Urkunde (und damit formgerecht) erklärt, die elterliche Sorge für das Kind gemeinsam mit Herrn V. übernehmen zu wollen. Diese Sorgeerklärung der Mutter könnte deswegen unwirksam sein, weil diese zum Zeitpunkt ihrer Erklärung noch **mit einem anderen Mann verheiratet** war.

Im Gesetzgebungsverfahren wurde diskutiert, inwieweit die gemeinsame Sorge nicht miteinander verheirateter Eltern ausgeschlossen werden sollte, wenn (zumindest) ein Elternteil mit einer anderen Person verheiratet ist, da man die Gefahr sah, daß ansonsten "Mischverhältnisse" mit schwierigen Problemen für die jeweiligen Ehepartner der Eltern und der Kinder aus diesen Ehen entstehen könnten (vgl. BT-Dr. 13/4899, S. 59). Diesen Befürchtungen schloß sich der Gesetzgeber jedoch nicht an; vielmehr hielt man das Interesse des Kindes an einer von der gemeinsamen Sorge getragenen Beziehung zu beiden Eltern für gewichtiger als das Interesse eines Ehegatten (oder der anderen Kinder des verheirateten Elternteils) an einer rechtlich möglichst schwach ausgestalteten Beziehung des anderen Ehegatten zu seinem (nichtehelichen) Kind (BT-Dr. 13/4899, S. 59). Angesichts des Wortlautes des § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB und angesichts dieser eben genannten, ausdrücklichen Äußerung des Gesetzgebers wird daher auch in der Literatur ohne weiteres davon ausgegangen, **daß auch Eltern, von denen einer oder beide mit dritten Personen verheiratet sind, übereinstimmende Sorgeerklärungen nach § 1626a BGB abgeben können** (FamRefK/Rogner, § 1626a Rn. 6; Schwab, DNotZ 1998, 451; Schwab/Wagenitz, FamRZ 1997, 1379). Man kann folglich davon ausgehen, daß der Umstand, daß Frau M. zum Zeitpunkt der Abgabe ihrer Sorgeerklärung noch mit einem anderen Mann verheiratet war, der Wirksamkeit dieser Erklärung nicht entgegensteht. Für die Wirksamkeit der Sorgeerklärung einer "nichtehelichen" Mutter wird man vielmehr nur erfordern müssen, daß Frau M. auch als "Mutter" des Kindes im Sinne des Gesetzes anzusehen ist (Schwab, DNotZ 1998, 450). "Mutter" ist nach § 1591 BGB n. F. die Frau, die das Kind geboren hat, was hier unterstellt werden kann. **Es ist daher davon auszugehen, daß die Sorgeerklärung der Mutter (isoliert betrachtet) wirksam ist** (vgl. dazu aber noch unten c).

b) Wirksamkeit der Sorgeerklärung des (biologischen) Vaters

Problematischer zu beantworten ist die Frage, inwieweit die Sorgeerklärung des Herrn V. (nach Aussage biologischer Vater des Kindes) wirksam ist, da bei der Geburt des Kindes im April 1998 dessen Mutter noch mit ihrem Ehemann verheiratet war (wie es im übrigen nach dem mitgeteilten Sachverhalt auch derzeit noch der Fall ist).

Demzufolge galt das Kind mit seiner Geburt gem. § 1591 BGB a. F. als eheliches Kind der Ehegatten und damit auch als **eheliches Kind des Ehemannes der Mutter**. Entsprechend bestimmt nunmehr die Vorschrift des § 1592 Nr. 1 BGB n. F., daß als Vater derjenige gilt, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist (hinsichtlich der Anwendbarkeit des materiellen Rechts ist auf die Übergangsregel des Art. 224

§ 1 Abs. 1 EGBGB Rücksicht zu nehmen, der bestimmt, daß die Vaterschaft eines vor dem 1.7.1998 geborenen Kindes sich nach den bisherigen Vorschriften richtet).

Fraglich ist nunmehr für den vorliegenden Fall, ob die vermutete Vaterschaft des Ehemannes der Mutter der Wirksamkeit der Sorgeerklärung des biologischen Vaters entgegensteht. In diesem Zusammenhang ist u. E. unzweifelhaft, daß die übereinstimmende Sorgeerklärung der (verheirateten) Mutter und des biologischen Vaters ohnehin erst dann (volle) Wirksamkeit entfalten kann, wenn das Kind dem biologischen Vater auch **statusrechtlich zugeordnet** ist; es ist also nicht etwa möglich, durch Abgabe einer gemeinsamen Sorgeerklärung über eine bestehende Statusbeziehung zum Ehemann der Mutter hinweg ein gemeinsames Sorgerecht der leiblichen Eltern zu begründen. Dies ergibt sich daraus, daß das elterliche Sorgerecht mit der Elternstellung (im Rechtssinne) verknüpft ist, d. h. auch durch eine gemeinsame Sorgeerklärung im Sinne des § 1626a BGB nur ein (schon bestehender) **personenrechtlicher Status einer Eltern-Kind-Beziehung damit auch sorgerechtliche Bedeutung** erhalten kann (vgl. Lipp, FamRZ 1998, 70).

Fraglich kann in diesem Zusammenhang daher nur sein, inwieweit dieser personenrechtliche Status bereits zum Zeitpunkt der **Abgabe** der Sorgeerklärung vorliegen muß, d. h., ob eine Sorgeerklärung, die vor diesem Zeitpunkt der personenrechtlichen Zuordnung des Kindes zum Erklärenden erfolgt, **ohne weiteres unwirksam** ist oder ob diese **zunächst lediglich schwebend unwirksam** ist und mit der wirksamen Anerkennung bzw. gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft des Erklärenden gem. § 1592 Nr. 2, 3 BGB noch Wirksamkeit erlangen kann (so daß zu diesem Zeitpunkt eine gemeinsame Sorge der Eltern entsteht, sofern auch eine gleichgerichtete Willenserklärung der Kindsmutter vorliegt). Obwohl diese Rechtsfrage für die Praxis von großer Bedeutung ist, läßt sich bei Durchsicht des Gesetzes (§§ 1626a ff. BGB) und der Gesetzesmaterialien feststellen, daß dieses **Problem weder ausdrücklich gesetzlich geregelt noch im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich diskutiert** worden ist.

aa) Nach unserer Einschätzung spricht vieles dafür, anzunehmen, daß eine Sorgeerklärung nach § 1626a BGB nur von demjenigen wirksam abgegeben werden kann, der dem Kind bereits zum **Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung** als Elternteil personenrechtlich zugeordnet ist. Dafür spricht u. E. vor allem der Wortlaut des § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB, der auf die Elterneigenschaft zum Zeitpunkt der Abgabe der Sorgeerklärung abstellt. Dafür spricht u. E. außerdem der Umstand, daß eine dem § 1594 Abs. 2 BGB entsprechende Vorschrift bei der Sorgeerklärung nach § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB fehlt. Die Vorschrift des § 1594 Abs. 2 BGB n. F. bestimmt (in Abweichung zu § 1600b Abs. 2 BGB a. F.), daß die Anerkennung der Vaterschaft nicht wirksam ist, **solange** die Vaterschaft eines anderen Mannes besteht. Diese Vorschrift bringt damit in Übereinstimmung mit der jüngeren Rechtsprechung zur Wirksamkeit der Anerkennung des biologischen Vaters vor rechtskräftiger Feststellung der Nichtehelichkeit des Kindes (vgl. dazu BGH NJW 1987, 899 ff.; KG FamRZ 1995, 631 ff.) und entgegen der in der h. Lit. hierzu vertretenen Auffassung (vgl. Gaul, FamRZ 1997, 1448 m. w. N.; MünchKomm-Mutschler, BGB, 3. Aufl. 1992, § 1600b Rn. 2 m. w. N.) zum Ausdruck, daß die Anerkennung der Vaterschaft bei

bestehender Vaterschaft eines anderen Mannes nicht schlechthin unwirksam ist, sondern die Anerkennungserklärung zunächst lediglich schwebend unwirksam ist (BT-Dr. 13/4899, S. 84; Greßmann, Rn. 79; Gaul, FamRZ 1997, 1449; Schwab/Wagenitz, FamRZ 1997, 1378; Zimmermann, DNotZ 1998, 410; Palandt/Diederichsen, § 1594 Rn. 6). Wenn der Gesetzgeber davon ausgegangen wäre, daß eine Sorgeerklärung bereits vor der statusrechtlichen Zuordnung des Elternteils zum Kind zulässig ist, wäre es u. E. aber erforderlich gewesen, eine dem § 1594 Abs. 2 BGB vergleichbare Regel für Sorgeerklärungen aufzunehmen (was gerade nicht der Fall ist).

Nach unserer Einschätzung ist folglich davon auszugehen, daß die Voraussetzungen, unter denen die öffentliche Beurkundung übereinstimmender Sorgeerklärungen der Eltern **nicht zum sofortigen Erwerb der gemeinsamen elterlichen Sorge führt, in § 1626b Abs. 2 BGB** (vorgeburtliche Sorgeerklärungen) **abschließend** geregelt sind. Hierfür spricht auch, daß der Gesetzgeber – hätte er eine Sorgeerklärung bereits vor Eintritt der statusrechtlichen Zuordnung zum Kind zugelassen – auch das Auskunftsverfahren des Jugendamtes nach § 58 SGB VIII eingehender hätte regeln müssen. Denn dort ist lediglich bestimmt, daß das Jugendamt auf Antrag der Mutter Auskunft darüber zu erteilen hat, daß keine Sorgeerklärungen abgegeben worden sind. Eine Differenzierung dahin gehend, ob es sich um bereits wirksame oder noch nicht wirksame Sorgeerklärungen handelt, ist in dieser Vorschrift allerdings nicht enthalten.

Schließlich bleibt zu berücksichtigen, daß die öffentliche Urkunde (bzw. die öffentlichen Urkunden) über die gemeinsame Sorgeerklärung der Eltern im Rechtsverkehr zum Nachweis ihrer gemeinsamen Vertretungsberechtigung dient (vgl. Brambring, DNotI-Report 1998, 91). Würde man daher nicht die bestehende Vaterschaft des erklärenden Teils zur Voraussetzung der Sorgeerklärung machen, dann könnte nicht ausgeschlossen werden, daß aufgrund dieser Urkunde für das Kind im Rechtsverkehr gehandelt wird, ohne daß allerdings der Rechtsverkehr in seinem guten Glauben an das Bestehen dieser (tatsächlich nicht gegebenen) Vertretungsmacht geschützt wäre.

bb) Auch die herrschende Auffassung in der bislang zur Kindschaftsrechtsreform veröffentlichten Literatur stellt – wie die hier vertretene Auffassung – auf den Zeitpunkt der Abgabe der Sorgeerklärung ab. So finden sich etwa bei Schwab (DNotZ 1998, 450) folgende Ausführungen:

“Die Erklärungen können nur von den “Eltern” abgegeben werden. (...) Vater eines Kindes ist in der neuen Terminologie aber nur der Mann, der entweder mit der Mutter verheiratet ist oder die Vaterschaft anerkannt hat oder als Vater gerichtlich festgestellt ist (§ 1592 BGB). **Bevor eines dieser Erfordernisse vorliegt, ist das Kind vaterlos, und vorher kann auch kein Vater eine Sorgeerklärung wirksam abgeben.**”

Ähnlich äußert sich beispielsweise auch Niepmann (MDR 1998, 565):

“Sie [die Eltern] können vor der Geburt oder später erklären, die elterliche Sorge für ihr Kind gemeinsam ausüben zu wollen (§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB n. F.).

Voraussetzung ist auch hier die vorherige oder gleichzeitige Anerkennung der Vaterschaft.”

Bei Rogner (FamRefK, § 1626a Rn. 6) findet sich folgender Hinweis:

“Nach Abs. 1 Nr. 1 tritt die gemeinsame elterliche Sorge dann ein, wenn die bei Geburt des Kindes nicht miteinander verheirateten Eltern (Mutter: § 1591; **Vater: § 1592 Nr. 2 und 3**), die mit dritten Personen verheiratet sein können, übereinstimmende Sorgeerklärungen abgeben.”

Ähnlich formuliert auch Diederichsen (Palandt, § 1626a Rn. 8; vgl. auch ders., NJW 1998, 1983):

“Die Elternschaft muß nach den §§ 1591 ff. feststehen, insbesondere also die Vaterschaft des die Sorgeerklärung abgebenden Mannes gem. § 1592 Nr. 2 oder 3 durch wirksame Anerkennung der Vaterschaft (§§ 1594-1598) oder rechtskräftige gerichtliche Vaterschaftsfeststellung (§ 1600d). (...) **Vor der wirksamen Anfechtung einer nach den §§ 1592, 1593, 1599 Abs. 2 bestehenden Scheinvaterschaft abgegebene Sorgeerklärungen sind unwirksam (...).**”

Auch die übrige, bislang veröffentlichte Literatur zur Kindschaftsrechtsreform scheint ohne weiteres davon auszugehen, daß die Vaterschaft des Erklärenden zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung feststehen muß (vgl. Zimmermann, DNotZ 1998, 417; Brambring, DNotI-Report 1998, 89).

Eine andere Auffassung wird in der Literatur – soweit ersichtlich – nur von Wegmann (MittBayNot 1998, 309, 310; vgl. auch den Formulierungsvorschlag auf S. 314) vertreten. Dieser geht – insbesondere für den Sonderfall der vorgeburtlichen Sorgeerklärung (vgl. § 1626b Abs. 2 BGB) – gegen Schwab (a. a. O.) davon aus, daß zur “Wirksamkeit” einer Sorgeerklärung nach § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB keine (vorgeburtliche) Vaterschaftsanerkennung erforderlich ist und bei der Sorgeerklärung demgemäß auch kein Nachweis der Vaterschaft erbracht werden müsse. Gegen die von Wegmann (a. a. O.) geäußerte Auffassung spricht u. E. neben den oben bereits dargelegten Argumenten auch der Grundgedanke des § 1626b Abs. 1 BGB, wonach eine Sorgeerklärung unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung unwirksam ist. Diese Regelung wurde im Gesetzgebungsverfahren damit begründet, daß eine Elternverantwortung auf Zeit oder in Abhängigkeit von einem künftigen, etwa ungewissen Ereignis im Interesse des Kindes nicht wünschenswert sei (BT-Dr. 13/4899, S. 94). Ließe man eine Sorgeerklärung aber auch schon vor der Anerkennung oder Feststellung der Vaterschaft zu, dann wäre die Wirksamkeit der Sorgeerklärung letztlich von einem künftigen, ungewissen Ereignis (Anerkennung bzw. Feststellung der Vaterschaft) abhängig, was der Rechtsnatur der Sorgeerklärung als statusrechtlicher Erklärung widerspricht. (Zulässig könnte daher u. E. eine Sorgeerklärung vor Beseitigung der Vaterschaftsvermutung eines Dritten in analoger Anwendung des § 1594 Abs. 2 BGB allenfalls dann sein, wenn gleichzeitig eine Vaterschaftsanerkennung des Erklärenden erfolgen würde, was hier aber gerade nicht der Fall war.)

c) Wenn man der Auffassung folgt, daß die hier

beurkundete **Sorgeerklärung des biologischen Vaters unwirksam war und diese auch nicht nachträglich dadurch wirksam werden kann**, daß nach Durchführung des Vaterschaftsanfechtungsverfahrens hinsichtlich des Ehemannes der Mutter und Anerkennung der Vaterschaft bzw. gerichtlichen Feststellung der Vaterschaft des biologischen Vaters dessen Elternschaft feststeht, so fragt sich, ob dies auch Auswirkungen auf die – u. E. an sich – wirksame Sorgeerklärung der Mutter zeitigt. In diesem Zusammenhang kann unterstellt werden, daß die **Wirksamkeit der einen Sorgeerklärung nicht durch die Wirksamkeit der anderen auflösend bedingt war**, da § 1626b Abs. 1 BGB eine derartige Bedingtheit der Sorgeerklärung (wie eben ausgeführt wurde) ausschließt (was den Beteiligten im übrigen nach dem Inhalt der Urkunde bekannt war).

Eine Unwirksamkeit der Sorgeerklärung auch der Mutter könnte sich aber u. E. aus § 139 BGB ergeben. Dies würde voraussetzen, daß es sich bei den beiden Sorgeklärungen um ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne dieser Vorschrift handelte, ein Teil dieses einheitlichen Rechtsgeschäftes nichtig wäre und nicht anzunehmen ist, daß der eine Teil des Rechtsgeschäftes ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre.

Wie oben bereits ausgeführt wurde, handelt es sich bei den übereinstimmenden Sorgeklärungen nach § 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB nicht um ein (zweiseitiges) Rechtsgeschäft, sondern lediglich um parallele, nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen und damit um zwei selbständige, einseitige Rechtsgeschäfte. Ob § 139 BGB auch auf solche, in einer Urkunde enthaltene, einseitige Rechtsgeschäfte ohne weiteres angewendet werden kann, ließ sich aus der zugänglichen Literatur und Rechtsprechung nicht ermitteln. Allgemein betrachtet kann § 139 BGB auch dann eingreifen, wenn mehrere Rechtsgeschäfte vorliegen, aber ein Einheitlichkeitswille der Parteien gegeben war (vgl. Palandt/Heinrichs, § 139 Rn. 5). Hierbei handelt es sich um eine Tatfrage, so daß zu ermitteln ist, inwieweit nach dem Willen der Beteiligten die Rechtsgeschäfte miteinander stehen und fallen sollten. Werden die Rechtsgeschäfte in eine Urkunde aufgenommen, besteht bekanntermaßen eine – wenn auch widerlegbare – Vermutung für den Einheitlichkeitswillen (vgl. MünchKomm-Mayer-Maly, BGB, 3. Aufl. 1993, § 139 Rn. 15 m. w. N.).

Liegen die Voraussetzungen des § 139 BGB vor, dann ist das einheitliche, in einem abtrennbaren Teil nichtige Rechtsgeschäft im Zweifel voll unwirksam, außer es ist anzunehmen, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre. Hierzu ist der mutmaßliche Parteiwille zu ermitteln. Im vorliegenden Fall dürfte in diesem Zusammenhang davon auszugehen sein, daß eine isolierte Geltung einer Sorgeerklärung der Eltern nicht gewollt war. Von Seiten der Frau ist insoweit auch darauf Rücksicht zu nehmen, daß sie sich mit der Abgabe einer Sorgeerklärung in eine für sie ungünstigere Rechtsposition begibt (vgl. dazu Schwab, DNotZ 1998, 453).

Gutachten im Faxabruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** - Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2/1997). Ein Inhaltsverzeichnis findet 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.

BGB § 1162; ZPO §§ 1003, 1004

Antragsberechtigung eines Grundstückseigentümers auf Kraftloserklärung eines Grundschuldbriefes

Fax-Abruf-Nr.: **11038**

BeurkG § 25

Notarielles Testament; Schreibunfähigkeit; Unterschrift; Hinzuziehung eines Schreibzeugen

Fax-Abruf-Nr.: **1223**

BGB §§ 516, 518; HGB §§ 171 ff.

Formbedürftigkeit der unentgeltlichen Überlassung eines Kommanditanteils an den persönlich haftenden Gesellschafter

Fax-Abruf-Nr.: **1340**

Rechtsprechung

BGB §§ 2232, 2233; BeurkG § 31; GG Art. 14 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Abs. 3, S. 2

Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses schreibunfähiger Stummer von der Errichtung letztwilliger Verfügungen

1. Der generelle Ausschluß schreib- und sprechunfähiger Personen von der Testiermöglichkeit in den §§ 2232, 2233 BGB, 31 BeurkG verstößt gegen die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG sowie gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und das Benachteiligungsverbot für Behinderte in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG (amtlicher Leitsatz).

2. Bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung können Personen, die weder schreiben noch sprechen können, aber testierfähig sind, ein notarielles Testament im Sinne des § 2231 Nummer 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches nach Maßgabe der Entscheidungsgründe errichten (aus dem Tenor).

BVerfG, Beschl. d. Ersten Senats vom 19.1.1999 – 1 BvR 2161/94

Kz.: L I 1 - § 2232 BGB

Fax-Abruf-Nr.: **786**

Problem

Eine **schreibunfähige** Person kann kein privatschriftliches Testament (§ 2247 BGB), sondern nur ein öffentliches Testament gem. § 2232 BGB zur Niederschrift des Notars errichten, indem sie dem Notar ihren letzten Willen mündlich erklärt oder ihm eine Schrift mit der Erklärung übergibt, daß die Schrift ihren letzten Willen enthält. Dazu ist es nach gefestigter zivilgerichtlicher Rechtsprechung ausreichend, wenn der Erblasser nach dem Verlesen des notariellen Protokolls verständlich "ja" oder "nein" sagen kann (vgl. RGZ 85, 120, 125 f.; 161, 378, 382; OGHZ 2, 45, 48 ff.; 3, 383, 387 f.; BGHZ 2, 172, 173 ff.; 37, 79, 84). Eine **sprechunfähige** Person kann neben einem privatschriftlichen Testament ein öffentliches Testament gem. § 2233 Abs. 3 BGB nur durch Übergabe einer

Schrift errichten, wobei gem. § 31 BeurkG die Erklärung, daß die übergebene Schrift ihren letzten Willen enthält, bei der Verhandlung eigenhändig in die Niederschrift oder auf ein besonderes Blatt geschrieben werden muß, das der Niederschrift beigelegt werden soll.

Für die Personen, die weder diese wenigen Worte zu Papier bringen können und auch nicht "ja" oder "nein" sagen können (sog. schreibunfähige Stumme) ist im Erbrecht keine Möglichkeit der Testierung vorgesehen, obwohl diese Personen mit notarieller Hilfe gem. § 24 BeurkG formbedürftige Rechtsgeschäfte unter Lebenden (wie z. B. Grundstückskaufverträge, Schenkungs- oder Eheverträge) abschließen können.

In dem der Verfassungsbeschwerde zugrundeliegenden Ausgangsverfahren konnte der seit einem Schlaganfall gelähmte Erblasser weder sprechen noch schreiben, wohl aber hören und sich durch Zeichen verständigen. Dennoch wurde ein notarielles Testament beurkundet, bei dem neben dem Urkundsnotar ein zweiter Notar als Zeuge (§ 22 BeurkG) und ein Arzt als Vertrauensperson (§ 24 BeurkG) anwesend waren, wobei alle Beteiligten von der Testierfähigkeit (§ 2229 Abs. 4 BGB) und einem bestimmten Testierwillen des Erblassers (Erbeinsetzung einer bestimmten Person) überzeugt waren. Nach dem Tode des Erblassers entschied Landgericht und Berufungsgericht (OLG Hamm ZEV 1995, 261), daß das Testament formunwirksam sei, da ein schreibunfähiger Stummer nicht testieren könne und die Spezialvorschrift des § 31 BeurkG insoweit die §§ 24, 25 BeurkG verdränge.

Entscheidung

Nach Auffassung des BVerfG ist die zulässige Verfassungsbeschwerde auch begründet, da der **generelle Ausschluß schreibunfähiger Stummer von jeder Testiermöglichkeit** – auch unter Berücksichtigung des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers – **gegen Art. 14 Abs. 1 sowie Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 S. 2 GG verstoße**. Zum einen stelle der Ausschluß schreibunfähiger Stummer eine **unverhältnismäßige Beschränkung der von Art. 14 Abs. 1 GG gewährleisteten Erbrechtsgarantie** dar, da als milderes Mittel (wie sich aus § 24 BeurkG ergibt) Beurkundungsverfahren denkbar seien, die zu einer zuverlässigen Feststellung des letzten Willens führen, und durch die Heranziehung weiterer neutraler Personen in ausreichendem Maße kontrolliert werden könne, ob der beurkundende Notar die Testierfähigkeit des schreib- und sprechunfähigen Erblassers richtig einschätzt und seine Willenserklärungen zutreffend deutet. Die geltenden Formvorschriften für letztwillige Verfügungen verletzen nach Auffassung des BVerfG zum anderen den **allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG**, da es nicht gerechtfertigt sei, daß ein verheirateter oder verlobter schreibunfähiger Stummer gem. § 2276 Abs. 2 BGB im Rahmen eines Ehe- und Erbvertrages letztwillige Verfügungen treffen könne, ein alleinstehender schreibunfähiger Stummer hingegen nicht. Schließlich liege auch eine **Verletzung des Verbots der Benachteiligung Behinderter (Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG)** vor, wenn schreib- und sprechunfähige Behinderte in ihren Testiermöglichkeiten erheblich beeinträchtigt werden, weil dies eine Verschlechterung der Lebenssituation Behinderter im Vergleich zur Lebenssituation nicht Behinderter bedeute und diese Ungleichbehandlung

verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt sei.

Da durch Feststellung der partiellen Nichtigkeit der angegriffenen Regelungen den schreib- und sprechunfähigen (aber nicht testierunfähigen) Personen keine Testiermöglichkeit eröffnet wäre und der Gesetzgeber außerdem seine aus Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG folgende Pflicht, für derart behinderte Menschen Testamentsformen zur Verfügung zu stellen, auf verschiedene Weise nachkommen könne, **stellt das BVerfG nur fest, daß die gesetzliche Regelung verfassungswidrig ist und der Gesetzgeber verpflichtet ist, die Rechtslage mit der Verfassung in Einklang zu bringen**.

Die Entscheidungsgründe enthalten ferner Anordnungen für die Übergangszeit bis zum Inkrafttreten einer gesetzlichen Neuregelung sowie für die Behandlung von Altfällen. **Für die notarielle Praxis von besonderer Bedeutung ist insoweit, daß nach der Entscheidung des BVerfG die Formvorschriften der §§ 2232, 2233 BGB, 31 BeurkG fortan nicht mehr auf letztwillige Verfügungen schreib- und sprechunfähiger Personen, die geistig und körperlich zu einer Testamenterrichtung in der Lage sind, angewendet werden dürfen, soweit sie diese Personen von jeder Testierung ausschließen. Bis zu einer gesetzlichen Neuregelung können schreib- und sprechunfähige Personen künftig vielmehr mit notarieller Hilfe letztwillige Verfügungen (Testamente, Erbverträge etc.) errichten. Hierbei könne ihr letzter Wille für die Übergangszeit in der Weise notariell beurkundet werden, wie dies bei rechtsgeschäftlichen Erklärungen unter Lebenden nach den §§ 6 ff. BeurkG (insbesondere §§ 22 – 26 BeurkG) geregelt ist**, wobei darüber hinaus den Besonderheiten der Beurkundung letztwilliger Verfügungen durch Anwendung der §§ 27 – 29, 34 und 35 BeurkG Rechnung zu tragen sei (besondere Bedeutung wird in diesem Zusammenhang v. a. der Prüfung und Feststellung der Testier- bzw. Geschäftsfähigkeit zukommen, §§ 28, 11 BeurkG).

Außerdem weist das BVerfG darauf hin, daß die Übergangsregelung nicht ohne weiteres die in der Vergangenheit von schreib- und sprechunfähigen Personen **bereits errichteten** letztwilligen Verfügungen erfasse. Vielmehr sei es in diesen Fällen Aufgabe der Rechtsprechung, die durch die Unvereinbarkeitserklärung entstandene Regelungslücke zu schließen und Maßstäbe für die Beurteilung solcher Testamente zu entwickeln. Wegen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Testierfreiheit müßten aber **jedenfalls solche** letztwilligen Verfügungen als **rechtswirksam** anerkannt werden, die von schreibunfähigen Stummen in Ermangelung anderer Regelungen **entsprechend den Anforderungen der §§ 22 – 26 BeurkG errichtet** wurden.

Für die Fälle, in denen der **Erbfall bereits eingetreten** ist, hätten die Gerichte zu berücksichtigen, daß die Belange der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes im Einzelfall der Berufung auf die verfassungsmäßige Rechtslage entgegenstehen können. Dies bedeutet, daß die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Vorschriften **rechtskräftig abgeschlossene Verfahren grundsätzlich unberührt** läßt (vgl. § 79 BVerfGG); für nicht rechtskräftig abgeschlossene Verfahren kann die Berufung

auf die verfassungsmäßige Rechtslage **aus Gründen des Vertrauensschutzes ausgeschlossen** sein, wenn sich der testamentarische Erbe in der Vergangenheit (anders als im Ausgangsverfahren) nicht auf die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Formvorschriften berufen und der durch die Formvorschriften Begünstigte in schutzwürdiger Weise auf die gesetzliche Rechtslage vertraut habe. Das BVerfG führt weiter aus, daß eine von den bisherigen gesetzlichen Formvorschriften abweichende Beurteilung eines Testaments als wirksam **für die vor dem Jahre 1991 liegenden Erbfälle regelmäßig aus Vertrauensschutzgründen ausscheiden wird**, da die Verfassungsmäßigkeit des Testierausschlusses in der Literatur im wesentlichen erst ab diesem Zeitpunkt in Zweifel gezogen wurde (vgl. Rossak, MittBayNot 1991, 193 ff.; Ertl, MittBayNot 1991, 196 ff.; Baumann, FamRZ 1994, 994).

BGB § 765; MaBV § 7; AGBG § 5 B a u t r ä g e r b ü r g s c h a f t u n d Gewährleistungsansprüche

Die formularmäßige Vorauszahlungsbürgschaft eines Kreditinstituts, die alle etwaigen Ansprüche des Käufers gegen den zum Umbau des verkauften Wohnungseigentums verpflichteten Verkäufer "auf Rückgewähr oder Auszahlung der ... Vermögenswerte" sichert, welche der Käufer anstelle von Zahlungen nach Baufortschritt in einem Betrag vorausgeleistet hat, kann auch Ansprüche des Käufers auf Ersatz für Aufwendungen zur Mängelbeseitigung umfassen.

BGH, Urt. V. 14.1.1999 - IX ZR 140/98
Kz.: L I 2 - § 7 MaBV
Fax-Abruf-Nr.: 787

Problem

Grundsätzlich darf beim Bauträgervertrag der Kaufpreis nur nach Baufortschritt fällig gestellt werden (§ 3 Abs. 2 MaBV). Der Bauträger kann allerdings die Freistellung von sämtlichen, ihn gem. §§ 2-6 MaBV treffenden Verpflichtungen erreichen, wenn er eine Bürgschaft nach § 7 Abs. 1 MaBV stellt. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift sichert die Bürgschaft im Rahmen des Bauträgervertrages alle etwaigen Ansprüche des Auftraggebers auf Rückgewähr oder Auszahlung seiner Vermögenswerte. In der Literatur wird wegen dieses Wortlautes daher überwiegend die Auffassung vertreten, die Bürgschaft sichere nur den Fall der Rückabwicklung des Vertrages. Nicht davon erfaßt seien dagegen Gewährleistungsansprüche des Käufers (Basty, Der Bauträgervertrag, 3. Aufl. 1997, Rn. 359; Schmidt, MittBayNot 1992, 114, 116; Vossius, MittBayNot 1995, 169; a. A. Haegele/Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 11. Aufl. 1997, Rn. 3218; Kutter, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 2. Aufl. 1997, A II Rn. 81; Speck, MittRhNotK 1995, 117, 125, 134). Der BGH hatte nun die Gelegenheit, über diese Frage zu entscheiden. Im vorliegenden Fall war im Kaufvertrag geregelt, daß der Käufer den Kaufpreis zu einem bestimmten Zeitpunkt Zug um Zug gegen Übergabe einer selbstschuldnerischen Bankbürgschaft in Höhe des gesamten Kaufpreises zu zahlen hatte. Die Bürgschaft des Kreditinstitutes nahm auf § 7 MaBV Bezug und sicherte "alle etwaigen Ansprüche des Auftraggebers gegen den Gewerbetreibenden auf

Rückgewähr oder Auszahlung der vorgenannten Vermögenswerte ..." ab.

Entscheidung

Der BGH weist darauf hin, **daß es sich bei der Bürgschaft um AGB handele**, u. a. deswegen, weil der Bürgschaftsvertrag seinem Inhalt nach weitgehend der Anlage VII des Musterentwurfs der allgemeinen Verwaltungsvorschrift zu § 34 c GewO und zur MaBV entspreche und außerdem eine im Kreditgewerbe weithin gebräuchliche Formulierung enthalte.

Der BGH läßt die Frage offen, ob der Bauträger durch die Bürgschaft von der bürgerlich-rechtlichen Vorausleistungsverpflichtung nach § 641 BGB befreit werden kann (ablehnend Basty, Rn. 339; bejahend Reithmann, NJW 1997, 1817). Der BGH läßt es auch offen, ob eine Bürgschaft nach § 7 MaBV generell Ansprüche wegen Mängel des zu erbringenden Werkes sichert. Nach Auffassung des BGH spricht aber der Wortlaut der Bürgschaft dafür, daß die Bürgschaft jedenfalls auch solche Ansprüche auf Rückgewähr des Kaufpreises erfaßt, die sich aus einer **auf Mängel gestützten Wandlung des Kaufvertrages oder Minderung des Kaufpreises** ergeben. Mit dem Wortlaut erscheine es darüber hinaus nicht unvereinbar, auch Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen für die Mängelbeseitigung nach § 633 Abs. 3 BGB zu den Ansprüchen auf "Rückgewähr" des Kaufpreises zu zählen. Nach Auffassung des BGH folgt insbesondere aus dem **Sinn und Zweck der MaBV-Bürgschaft, daß diese auch Aufwendungsersatzansprüche absichere**. Die Bürgschaft diene dazu, den Käufer gegenüber allen Risiken abzusichern, die sich aus der sofortigen Zahlung des Kaufpreises in einer Summe gegenüber der an sich üblichen Ratenzahlung nach Baufortschritt ergeben. In diesem Fall hätte der Käufer nämlich bei Auftreten von Mängeln die Abschlagszahlungen zumindest in Höhe der auf ihn entfallenden anteiligen Kosten zurückhalten können (§ 320 BGB). Durch die vereinbarte Vorauszahlung des gesamten Kaufpreises werde dem Käufer diese Möglichkeit genommen. Gäbe es die Bürgschaft nicht, wäre er darauf angewiesen, die Mängelbeseitigungskosten beim Verkäufer beizutreiben und liefe Gefahr, im Fall der Insolvenz auszufallen. Bei interessengerechter Auslegung sei daher die Bürgschaft dahin gehend zu verstehen, daß zu den durch sie abgesicherten Ansprüchen auf Rückgewähr des Kaufpreises auch Ansprüche des Käufers auf Ersatz von Aufwendungen zur Mängelbeseitigung gehörten.

AO § 39 Abs. 2 Nr. 1

Wirtschaftliches Eigentum bei vorweggenommener Erbfolge

Es ist ernstlich zweifelhaft, ob derjenige, der ein Grundstück unter Vorbehalt eines lebenslänglichen Nießbrauchs unentgeltlich übertragen hat, als wirtschaftlicher Eigentümer anzusehen ist, wenn neben dem Nießbrauch ein schuldrechtliches Veräußerungsverbot vereinbart und dieses durch eine Rückauflassungsvormerkung gesichert ist.

BFH, Urt. v. 26.11.1998 - IV R 39/98
Kz.: L IX 9 - § 39 AO
Fax-Abruf-Nr.: 788

Problem

Bei Grundstücksübertragungen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge stellt sich die Frage, ob dann, wenn sich der **Veräußerer zu viele Rechte vorbehalten hat, diese einen Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an den Erwerber hindern** (vgl. hierzu bereits DNotI-Report 1995, 100 und 1999, 38). Im Streitfall hatte die Mutter ein teilweise betrieblich genutztes Grundstück auf den Kläger und seinen Bruder übertragen und sich dabei den lebenslangen, unentgeltlichen Nießbrauch vorbehalten. Die Erwerber verpflichteten sich, **die erworbenen Miteigentumsanteile zu Lebzeiten der Mutter weder zu veräußern noch über sie in anderer Weise zu verfügen**. Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen dieses Verbot waren die jeweils erworbenen Miteigentumsanteile auf Verlangen der Mutter auf diese unentgeltlich zurückzuübertragen. Zur Sicherung der **Rückübertragungsverpflichtung** wurde zugunsten der Mutter im Gleichrang mit dem Nießbrauch eine **Auflassungsvormerkung** im Grundbuch eingetragen. Das FG München als Vorinstanz (Urt. v. 18.10.1996, EFG 1997, 774 f.) vertrat die Auffassung, daß es nicht ernstlich zweifelhaft sein könne, daß das wirtschaftliche Eigentum an einem nießbrauchsbelasteten Grundstück ausnahmsweise beim Vorbehaltsnießbraucher verbleibe, wenn dem zivilrechtlichen Eigentümer ein Veräußerungs- und Verfügungsverbot auferlegt und das für den Fall der Zuwiderhandlung gegen dieses Verbot bestehende Rückübertragungsrecht des Nießbrauchers durch Auflassungsvormerkung gesichert sei.

Entscheidung

Der BFH ist entgegen dem FG München der Ansicht, daß auch in diesem Fall der **Nießbraucher nicht als wirtschaftlicher Eigentümer anzusehen sei**. Der Nießbraucher sei nämlich im Normalfall nicht wirtschaftlicher Eigentümer des seiner Nutzung unterliegenden Wirtschaftsguts. Dies gelte grundsätzlich auch für den Fall, daß Eltern im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge ihren Kindern schenkweise Grundstücke übertragen und sich gleichzeitig den unentgeltlichen, lebenslänglichen Nießbrauch an dem Grundstück vorbehalten würden. Nach inzwischen ständiger Rechtsprechung zur Einkommensteuer blieben die Eltern auch bei einem derartigen Vorbehaltsnießbrauch im Normalfall nicht wirtschaftliche Eigentümer des Grundstücks.

Der Senat führt zunächst aus, daß im Schrifttum wirtschaftliches Eigentum des Nießbrauchers angenommen werde, wenn sich der Vorbehaltsnießbraucher ein durch Auflassungsvormerkung gesichertes Rücknahmerecht vorbehalten habe, ohne daß dies an irgendwelche Voraussetzungen gebunden wäre. Umstritten sei aber, ob dies auch dann gelte, wenn das Rücknahmerecht an die Voraussetzung geknüpft sei, daß der Eigentümer das Wirtschaftsgut veräußere.

Unter Bezugnahme auf die Beschränkung der Übertragbarkeit von Kommanditanteilen führt der BFH weiter aus, daß schuldrechtliche Veräußerungsverbote alleine noch nicht dazu führten, daß das rechtliche und das wirtschaftliche Eigentum auseinanderfielen. Sei dem Eigentümer zugleich infolge der Einräumung eines Nießbrauches die Nutzung des Wirtschaftsgutes verwehrt,

könne dennoch nicht wirtschaftliches Eigentum des Nießbrauchers angenommen werden, da dies zur Folge hätte, daß der Nießbraucher die stillen Reserven zu versteuern hätte, sobald er den zivilrechtlichen Eigentümer nicht mehr von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut ausschließen könne. Dies sei aber dann nicht gerechtfertigt, wenn dem Nießbraucher von der Übertragung des rechtlichen Eigentums an die stillen Reserven nicht mehr zustünden.

Literaturhinweise

Materialband zum Handbuch der Unternehmensumwandlung von Neye/Limmer/Frenz/Harnacke, 1999, 550 Seiten, 88,00 DM

Mit dieser neuartigen Form eines Materialbandes wird das Handbuch der Unternehmensumwandlung von den gleichen Autoren ergänzt. Gerade in dem noch jungen Rechtsgebiet des neuen Umwandlungsrechts und Umwandlungssteuerrechts sind die ersten Gerichtsentscheidungen III. sowohl im Zivilrecht (60) als auch im Steuerrecht (40) sowie die wichtigsten steuerlichen Verwaltungsanweisungen äußerst hilfreich, die ersten Anwendungsprobleme in der Praxis zu lösen. Zusammen mit den aktuellen Texten des UmwG und UmwStG, die die schon zahlreichen Änderungen bis zum September 1998 erfassen, ist der Band für den Praktiker, der mit Unternehmensumwandlungen beschäftigt ist, eine unverzichtbare Informationsquelle, fehlerhafte umwandlungsrechtliche Lösungen zu vermeiden.

Dr. Andreas Heidinger

Grziwotz, Herbert, Nichteheleiche Lebensgemeinschaft, Verlag C. H. Beck, 3., vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 1998, rd. 620 Seiten, DM 89,-

Nach dem "Partnerschaftsvertrag" aus der Reihe "Beck'sche Musterverträge" (vgl. DNotI-Report 1999, 16) liegt nunmehr auch das in der NJW-Schriftenreihe erscheinende Werk zur nichteheleichen Lebensgemeinschaft in vollständig aktualisierter Form vor. Dem Autor ist hiermit eine präzise und äußerst umfassende Analyse der Stellung nichteheleicher Lebensgefährten im Rechtsverkehr gelungen, die jedem Rechtsberater und -gestalter sehr zur Anschaffung empfohlen werden kann.

Dr. Gabriele Müller

E. Eichenhofer, Das Behindertentestament oder: Sozialhilfe für Vermögende, JZ 1999, 226

W. Goette, Die Rechtsprechung des BGH zum Gesellschaftsrecht im Jahr 1998, ZNotP 1999, 50

K. Göllert/W. Ringling, Die Eignung des Stuttgarter Verfahrens für die Unternehmens- bzw. Anteilsbewertung im Abfindungsfall, BB 1999, 516

A. Heidinger, Die Zeichnung zum Handelsregister nach dem neuen § 29 HGB, Rpfleger 1999, 118

A. Reuter, Praktische Fragen bei der Heilung verdeckter GmbH-Sacheinlagen, BB 1999, 217

P. Rösler, Überblick über die neue Insolvenzordnung - Bezüge zur notariellen Praxis, ZNotP 1999, 13

G. Schmidt-Eichstaedt/F. Reitzig, Teilungsgenehmigung und Grundbuchsperrung, NJW 1999, 385

J. Terpitz, Die erbschaftsteuerliche Behandlung qualifizierter Nachfolgeklauseln, ZEV 1999, 45

W. Tiedtke, Entwicklungen im Notarkostenrecht in den Jahren 1997 und 1998 durch Gesetzesänderungen, ZNotP 1999, 38

M. Volmer, Zur Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf die Vertragsübernahme, WM 1999, 209

Th. Wachter, Die Eurohypothek - Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt -, WM 1999, 49

R. Weber, Formularmäßige Sicherungszweckbestimmungen bei Grundschulden, ZfIR 1999, 2

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 3 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter <http://www.dnoti.de>.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

Bezugsbedingungen:

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

Bezugspreis:

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

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

Verlag:

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

Druck:

Schimmel Offset Druckcenter GmbH + Co KG,
Postfach 9444, 97094 Würzburg.