

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

9. Jahrgang
Juli 2001
ISSN 1434-3460

13/2001

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BNotO §§ 14 Abs. 2, 15; BeurkG § 4; StGB §§ 9 Abs. 2 S. 227, 211 ff., 216 – Aktive Sterbehilfe; Straflosigkeit nach neuem niederländischen Recht

BGB § 1967 – Kosten der Erbscheinserteilung als Nachlassverbindlichkeit

Gutachten im Fax-Abruf

Rechtsprechung

BGB §§ 276, 433, 463 – Aufklärungspflicht bei Verkauf einer Eigentumswohnung an Kapitalanleger

BGB § 528; ZPO § 852 – Rückforderungsanspruch trotz Tod des Schenkers

WEG § 5 Abs. 2 – Sondereigentumsfähigkeit des Zugangs zu gemeinschaftlichem Garten

GmbHG § 11 – Haftung des Treugebers des Alleingesellschafters einer Vor-GmbH

BGB § 1355 Abs. 1 S. 1, Abs. 2; EGBGB Art. 10 – Wahl deutschen Namensrechts

BNotO § 23; BeurkG §§ 54a Abs. 6, 54c Abs. 1 – Widerruf des Treuhandauftrages des finanzierenden Kreditinstituts bei Notaranderkonto

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BNotO §§ 14 Abs. 2, 15; BeurkG § 4; StGB §§ 9 Abs. 2 S. 227, 211 ff., 216 Aktive Sterbehilfe; Straflosigkeit nach neuem niederländischen Recht

I. Sachverhalt

Im Rahmen der Beurkundung einer Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung äußert die Beteiligte den Wunsch, im Fall einer unheilbaren Erkrankung in die Niederlande verbracht zu werden, um dann dort von den dortigen Ärzten eine tödliche Spritze zu erhalten. Sie bittet, einen ausdrücklichen Auftrag an die von ihr im übrigen bevollmächtigten Familienangehörigen zu beurkunden, denn nach der kürzlich in Kraft getretenen Änderung des niederländischen Strafrechts sei auch die aktive Sterbehilfe in den Niederlanden künftig unter bestimmten Voraussetzungen straffrei – anders als in Deutschland.

II. Fragen

1. Darf ein deutscher Notar einen Auftrag an Angehörige beurkunden, den Beteiligten in die Niederlande zu bringen, damit niederländische Ärzte dort aktive Sterbehilfe leisten können?

2. Darf ein deutscher Notar den Auftrag an niederländische Ärzte beurkunden, in den Niederlanden aktive Sterbehilfe zu leisten?

3. Ist es zulässig, nur eine allgemeine Einverständniserklärung zur aktiven Sterbehilfe zu beurkunden, sei es in den Niederlanden, sei es in Deutschland?

III. Rechtslage

1. Straflosigkeit auch aktiver Sterbehilfe nach neuem niederländischen Strafrecht

Durch das kürzlich in Kraft getretene niederländische Gesetz vom 12.4.2001 (Staatsblatt Niederlande 2001, 194) wurde die **aktive ärztliche Sterbehilfe** nach Art. 293 Abs. 2 des niederländischen Strafgesetzbuches unter bestimmten Voraussetzungen straffrei gestellt. Dafür muss der Arzt zu der Überzeugung gelangt sein, dass der Wunsch des Patienten "freiwillig und wohlüberlegt" ist. Das Leiden des Patienten muss "aussichtslos und unerträglich" sein. Der Patient muss vom Arzt über seine Situation und die Aussichten informiert worden sein. Schließlich muss ein zweiter Arzt den Patienten gesehen und seine Diagnose schriftlich festgehalten haben. Unter diesen Voraussetzungen ist dann künftig auch ärztliche Hilfe bei Tötung auf Verlangen straflos möglich (**aktive Euthanasie**).

2. Strafrechtliche Beurteilung nach deutschem Strafrecht

a) Nach deutschem Strafrecht ist die **aktive Sterbehilfe** eine **Tötung im Sinne der §§ 211, 212 ff. StGB** (BGHSt 37, 376; Lackner/Kühl, StGB, 23. Aufl. 1999, vor § 211 StGB Rn. 7; Eser, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, Vorbem. zu §§ 211 ff. StGB Rn. 24; Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl. 2001, vor § 211 StGB Rn. 16). Danach ist die durch positives Tun geleistete, täterschaftliche Sterbehilfe (aktive Euthanasie), wenn sie auf Lebensverkürzung abzielt (direkte Euthanasie), strafbare Tötung. Überwiegend für zulässig gehalten wird hingegen die indirekte Euthanasie, die nur eine Schmerzlinderung zur Erleichterung des Sterbens bezweckt, auch wenn sie dabei eine Lebensverkürzung als mögliche oder unvermeidliche Folge in Kauf nimmt (BGHSt 42, 301) – wobei die Begründung hierfür unterschiedlich ausfällt.

Durch Unterlassen geleistete Sterbehilfe (**passive Euthanasie**) kann demgegenüber nur bei einer **Garantenstellung** ein Tötungsdelikt darstellen. Dabei hält die Rechtsprechung die Nichtaufnahme oder die Beendigung einer Intensivbehandlung durch bloßes Nichtstun, die das Leiden nicht mehr heilen, sondern nur noch das bevorstehende Sterben hinausschieben kann, beim Arzt dann für erlaubt, wenn sie auf einer frei verantwortlichen Entscheidung des Patienten oder dessen mutmaßlicher Einwilligung beruht (BGHSt 37, 376). Für die Ermittlung dieses Willens kann ein "Patiententestament" oder eine "Patientenverfügung" als Indiz zu Buche schlagen (Uhlenbruck, NJW 1978, 566; ders. ZRP 1986, 209, 215; Sternberg-Lieben, NJW 1985, 2734; Lackner/Kühl, vor § 211 StGB Rn. 8; Eser, in: Schönke/Schröder, Vorbem. zu § 211 ff. StGB Rn. 28; Tröndle/Fischer, vor § 211 StGB Rn. 6; einschränkend demgegenüber Rieger, Die mutmaßliche Einwilligung in den Behandlungsabbruch, 1997, S. 78).

In den vom neuen niederländischen Recht geregelten Fällen wird dabei ganz überwiegend der mildere Tatbestand des **§ 216 StGB** (Tötung auf Verlangen) zur Anwendung kommen, der ein "ausdrückliches und ernstliches Verlangen" des Getöteten voraussetzt.

b) Wird die aktive Sterbehilfe in den Niederlanden von **niederländischen Ärzten** durchgeführt – und sind die dortigen Voraussetzungen für die Straflosigkeit eingehalten, so ist die Tat auch nach deutschem Strafrecht nicht strafbar. Denn das **deutsche Strafrecht ist nicht anwendbar**. Es liegt weder eine Inlandstat (§ 3 StGB) noch eine Auslandstat gegen eines der in § 5 StGB genannten inländischen Rechtsgüter bzw. gegen eines der in § 6 StGB genannten internationalen geschützten Rechtsgüter vor.

Da die aktive Sterbehilfe in den Niederlanden künftig nicht mehr mit Strafe bedroht ist, die Niederlande aber insgesamt sehr wohl der niederländischen Strafgewalt unterliegen, führt auch § 7 Abs. 1 StGB nicht zu einer Geltung des deutschen Strafrechts, obwohl die Tat gegen einen Deutschen begangen wird.

c) Aber auch wenn die aktive Sterbehilfe in den Niederlanden durch niederländische Ärzte erfolgt und damit als solche nach deutschem Recht nicht strafbar ist,

so verbleibt es doch für eine hierzu **in Deutschland begangene Beihilfe** (oder Anstiftung) bei der **Anwendung deutschen Strafrechts**. Denn nach **§ 9 Abs. 2 S. 2 StGB** gilt für die Teilnahme das deutsche Strafrecht, wenn der Teilnehmer an einer Auslandstat im Inland gehandelt hat – und zwar nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut "auch wenn die Tat nach dem Recht des Tatorts nicht mit Strafe bedroht ist". Damit wird für die Inlandsteilnahme die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf die Haupttat fingiert. Im Ergebnis ist damit die Teilnahme, nicht aber die Haupttat deutschem Strafrecht unterworfen (Lackner/Kühl, § 9 StGB Rn. 3; Eser, in: Schönke/Schröder, § 9 StGB Rn. 14; Tröndle/Fischer, § 9 StGB Rn. 5; Jung, JZ 1979, 325).

Die Verbringung in die Niederlande ist eine Hilfeleistung, da sie die dort vorgenommene aktive Sterbehilfe erst möglich macht. Fraglich könnte allenfalls sein, ob eine Beihilfe auch dann vorliegt, wenn die Hilfeleistung erbracht wird, bevor die Haupttäter (also die niederländischen Ärzte) irgend einen Tatentschluss gefasst haben. Nach der Rechtsprechung ist dabei eine Hilfeleistung schon möglich, wenn die Haupttat erst vorbereitet wird (BGH NJW 1982, 1035), selbst wenn der Haupttäter noch nicht zur Tat entschlossen ist (BGHSt 2, 344) oder wenn diese für den Gehilfen noch nicht konkretisiert ist (BGHSt 31, 35; vgl. auch Lackner/Kühl, § 27 StGB Rn. 3; Cramer, in: Schönke/Schröder, § 27 StGB Rn. 10). Erforderlich ist lediglich, dass der Tatbeitrag des Gehilfen mindestens bis ins Versuchsstadium fortwirkt. Dies ist hier der Fall, da ohne die Verbringung des Patienten in die Niederlande die aktive Sterbehilfe nicht durchgeführt werden könnte.

Daher ist die **Verbringung des Patienten aus Deutschland in die Niederlande** mit dem Vorsatz (bzw. hier der Absicht), dass dort aktive Sterbehilfe erfolgt, **als Beihilfe zu einem Tötungsdelikt nach § 27, 211 ff. StGB strafbar** (im Regelfall wohl nach §§ 27, 216 StGB).

d) Strafflos ist hingegen auch bei Anwendung deutschen Strafrechts die Beteiligung des Opfers an einem Tötungsversuch, weil es sich um eine notwendige Teilnahme handelt (Wolter, JuS 1982, 343, 345; Mitsch, JuS 1996, 303, 312 – beide m. w. N.; Lackner/Kühl, § 216 StGB Rn. 7; Eser, in: Schönke/Schröder, § 216 StGB Rn. 18; Tröndle/Fischer, § 216 StGB Rn. 2).

3. Folgen für die notarielle Beurkundung

a) Für die notarielle Beurkundung heißt dies: Würde der Notar einen **ausdrücklichen Auftrag des Patienten an Dritte** beurkunden, den Patienten in die Niederlande zu verbringen, damit dort aktive Sterbehilfe erfolgt, so wäre zwar die Erklärung des Patienten selbst nicht strafbar, wohl aber die Ausführung dieses Auftrags durch die Beauftragten. Daher muss der Notar die Beurkundung eines solchen Auftrages (oder auch nur bloßen Wunsches) **nach § 14 Abs. 2 BNotO bzw. § 4 BeurkG ablehnen** (vgl. Sandkühler, in: Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 4. Aufl. 2000, § 14 BNotO Rn. 81 ff.; Frenz, in: Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, 2000, § 14 BNotO Rn. 33; Keidel/Winkler, BeurkG, 14. Aufl. 1999, § 4 BeurkG Rn. 28; Huhn/v. Schuckmann, BeurkG, 3. Aufl. 1995, § 4 BeurkG Rn. 28; Schippel, BNotO, 7. Aufl. 2000, § 14 BNotO Rn. 10, 19 f.).

b) Werden hingegen die **niederländischen Ärzte** vom Patienten selbst gebeten, aktive Sterbehilfe zu leisten, falls der Patient in einem niederländischen Krankenhaus liegt, besteht eine Strafbarkeit weder auf Seiten des Patienten noch auf Seiten der beauftragten niederländischen Ärzte.

Dennoch könnte eine Ablehnung der Beurkundung erforderlich sein, wenn durch die Beurkundung erkennbar unredliche Zwecke verfolgt würden (§ 14 Abs. 2 Var. 2 BNotO bzw. § 4 Var. 2 BeurkG). Denn eine entsprechende Tat wäre bei Anwendung deutschen Strafrechts als Tötungsdelikt strafbar. Ist nun deutsches Strafrecht nicht anwendbar, so verbleibt doch das **Unwerturteil der Tat**, da jedenfalls für die rein sittliche Bewertung unerheblich ist, ob sie 10 Kilometer vor oder hinter der deutschen Grenze begangen wird. Gegen die Zulässigkeit einer notariellen Beurkundung spricht vor allem auch, dass dadurch für die mit der Personensorge beauftragten Dritten der Eindruck entstehen könne, eine Hilfestellung ihrerseits zur aktiven Sterbehilfe (etwa durch die Verbringung des Patienten in die Niederlande) wäre auch in Deutschland zulässig oder doch zumindest straflos. Im Ergebnis sind wir daher der Auffassung, dass eine derartige Beurkundung abgelehnt werden muss.

c) Schwieriger ist die Frage, ob eine **allgemeine Einverständniserklärung** des Patienten mit aktiver Sterbehilfe (sei es in den Niederlanden, sei es in Deutschland) beurkundet werden muss.

Eine solche Erklärung ist eindeutig weder nach deutschem noch nach niederländischem Strafrecht in irgendeiner Weise strafrechtlich tatbestandsmäßig. Jedoch wäre die Befolgung dieses Wunsches in Deutschland strafbar (jedenfalls nach § 216 StGB). Damit verbleibt wohl wieder das Unwerturteil der §§ 4 BeurkG, 14 Abs. 2 BNotO. Zudem könnte auch hier durch die notarielle Beurkundung der Eindruck erweckt werden, eine Befolgung des Wunsches sei rechtlich zulässig oder jedenfalls nicht strafbar.

Zwar könnte man dieser Gefahr in gewissem Umfang vorbeugen, indem man das Einverständnis des Patienten deutlich als das formuliert, was es ist – nämlich lediglich eine Vorüberlegung in gesunden Tagen, die der Patient für den Fall einer späteren unheilbaren Krankheit erwägt – die sich aber durchaus bis zum Eintritt der Erkrankung wieder ändern kann. Insoweit könnte klargestellt werden, dass eine Befolgung dieses Wunsches durch Handlungen in Deutschland nach deutschem Strafrecht strafbar ist – und zwar auch für eine bloße Hilfeleistung wie z. B. die Verbringung in die Niederlande. Ob dies letztlich ausreicht, um einen “falschen Schein” durch die notarielle Beurkundung zu vermeiden, erscheint aber fraglich. Die besseren Gründe sprechen u. E. dafür, dass der deutsche Notar auch insoweit wegen der Strafbarkeit der angesonnenen Handlung nach deutschem Recht nach §§ 4 BeurkG, 14 Abs. 2 BNotO die Beurkundung ablehnen muss.

d) Hält man hingegen die Beurkundung für zulässig, so stellt sich die Folgefrage, ob der Notar zumindest die Beurkundung ablehnen kann, wenn er dies für mit seinem Gewissen nicht vereinbar hält. Ein solches **Ablehnungsrecht** hatte die Bundesnotarkammer etwa in

ihrem Rundschreiben zur heterologen Insemination bejaht. Dies sei ein “gesetzlich nicht ausdrücklich geregelter fakultativer Versagungsgrund” (BNotK, DNotZ 1998, 241, 247 f.).

BGB § 1967

Kosten der Erbscheinserteilung als Nachlassverbindlichkeit

I. Sachverhalt

Ein Erbe stellte für alle Erben beim Notar einen Erbscheinsantrag. Der Erbe sagte, die Rechnung möge zu Lasten des Nachlasses an den **Nachlasspfleger** gehen. Der Nachlasspfleger weigert sich nunmehr zu zahlen, da die Kosten für den Erbscheinsantrag keine Nachlassschulden seien.

II. Frage

Stellen die Kosten der Erbscheinserteilung eine Nachlassverbindlichkeit dar?

III. Rechtslage

1. Nachlassverbindlichkeiten

a) Zu den Nachlassverbindlichkeiten gehören gem. § 1967 Abs. 2 BGB ohne weiteres die von dem Erblasser herrührenden Schulden (sog. **Erblasserschulden**), wie auch die den Erben als solche treffenden Verbindlichkeiten (sog. **Erbfallschulden**). Zu den Erbfallschulden gehören alle Verbindlichkeiten, die aus Anlass des Erbfalls entstehen. Neben den in § 1967 Abs. 2 BGB ausdrücklich genannten Pflichtteilsansprüchen und Vermächtnisansprüchen sind dies z. B. auch die Kosten der Beerdigung, der gerichtlichen Sicherung des Nachlasses und der Testamentseröffnung (vgl. nur Palandt/Edenhofer, BGB, 60. Aufl. 2001, § 1967 BGB Rn. 6). Auch sog. Nachlasskosten oder Nachlassverwaltungsschulden werden damit als Erbfallschulden angesehen (vgl. Palandt/Edenhofer, § 1967 Rn. 6). Bereits die Einordnung als Erbfallschuld ist allerdings z. T. umstritten. Dies gilt beispielsweise für die Erbschaftsteuer (bejahend BFH NJW 1993, 350; verneinend OLG Hamm OLGZ 1990, 393).

b) Von den Erbfallschulden sind die sog. **Nachlasserbenschulden** zu unterscheiden, die aus Rechtshandlungen des Erben anlässlich des Erbfalls entstehen (vgl. Palandt/Edenhofer, § 1967 BGB Rn. 8). Aus solchen Rechtshandlungen entstehen grundsätzlich Eigenschulden des Erben, für die er nur mit seinem eigenen Vermögen haftet, wie jeder andere auch, der durch Rechtsgeschäfte Verbindlichkeiten begründet (vgl. Palandt/Edenhofer, a. a. O.).

Dient allerdings das Rechtsgeschäft der **Abwicklung des Nachlasses** und stellt damit eine Verbindlichkeit dar, die vom Standpunkt eines sorgfältigen Verwalters in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses eingegangen worden wäre, handelt es sich nicht nur um eine Eigenschuld, sondern auch um eine Nachlassverbindlichkeit, so dass für solche Verbindlichkeiten ein doppelter Haftgrund besteht (vgl. nur Palandt/Edenhofer, a. a. O.; MünchKomm-Siegmann, BGB, 3. Aufl. 1997, § 1967 BGB Rn. 26).

c) Schließlich gibt es die **reinen Eigenschulden** des Erben, die lediglich in der Person des Erben entstanden sind und nur ihn als Träger seines Eigenvermögens berühren (MünchKomm-Siegmann, § 1967 BGB Rn. 35). Solche reinen Eigenschulden werden z. B. aus unerlaubten Handlungen des Erben begründet oder aus einer nicht ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses, wenn hierdurch gegenüber den Nachlassgläubigern Schadensersatzpflichten begründet werden (Soergel/Stein, BGB, 12. Aufl. 1992, § 1967 BGB Rn. 17).

2. Kosten der Erbscheinserteilung

a) Zur Frage, inwieweit die Kosten für die Erteilung eines Erbscheins (auch) als Nachlassverbindlichkeiten angesehen werden können, liegt nach Durchsicht unserer Rechtsprechungsdatenbanken bislang **keine gerichtliche Entscheidung** vor.

b) Die **Kommentarliteratur** geht allerdings – soweit sie zu dieser Frage Ausführungen enthält – davon aus, dass es sich bei den Kosten für die Erteilung eines Erbscheins **nicht um Nachlassverbindlichkeiten** handelt (Soergel/Stein, § 1967 BGB Rn. 17; Soergel/Damrau, § 2353 BGB Rn. 51; RGRK-Kregel, BGB, 12. Aufl. 1975, § 2353 BGB Rn. 22; Staudinger/Schilken, BGB, 13. Aufl. 1997, § 2353 BGB Rn. 94). Zumeist wird diese Rechtsansicht nicht weiter begründet. Lediglich *Schilken* führt zur Begründung an, dass die Erbscheinserteilung nur im subjektiven Interesse der Persönlichkeit, die sich für erbberechtigt halte, beantragt und bewilligt werde und der (objektive) Grund der Verwaltung oder Erhaltung des Nachlasses hier nicht maßgeblich sei. Da auch § 6 KostO nicht anwendbar sei, trage folglich allein der Antragsteller die Kosten der Erbscheinserteilung nach § 2 Nr. 1 KostO (so auch Soergel/Damrau, § 2353 BGB Rn. 51; RGRK-Kregel, § 2353 BGB Rn. 22).

c) Wir halten die dargelegte herrschende Ansicht der Kommentarliteratur allerdings nicht für sehr überzeugend, zumal eine Verwaltung und Abwicklung des Nachlasses selten ohne Vorlage eines Erbscheins möglich ist. Daher ist kaum nachvollziehbar, wieso etwa die Vergütung eines Abwicklungsvollstreckers, des Nachlasspflegers oder Nachlassverwalters Nachlassverbindlichkeit sein soll, während dies beim Erbschein nicht der Fall ist. Letztlich lässt sich dies wohl nur damit begründen, dass der Erbschein allgemein dem Erbennachweis dient, auch wenn keine Nachlassverwaltungsmaßnahme betroffen ist.

Gutachten im Faxabruf

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.

BGB § 899 Abs. 2; ZPO § 938
Vertragsvollzug nach Erwerbsverbot
Fax-Abruf-Nr.: **11216**

BGB § 1162; ZPO § 1104
Antragsbefugnis für Aufgebotsverfahren bei Eigentumswechsel
Fax-Abruf-Nr.: **11217**

BGB § 1170; GBMaßnG § 28
Löschung einer auf Goldmark lautenden Hypothek aus den Jahren vor 1923
Fax-Abruf-Nr.: **11218**

EGBGB Art. 25, 26
Iran: Schiitisches Erbrecht; Formstatut; Rechtswahl
Fax-Abruf-Nr.: **1469**

EGBGB Art. 25, 26
Spanien: Gemeinschaftliches Testament eines deutsch-spanischen Ehepaares
Fax-Abruf-Nr.: **1470**

Rechtsprechung

BGB §§ 276, 433, 463
Aufklärungspflicht bei Verkauf einer Eigentumswohnung an Kapitalanleger

Bei den Verhandlungen über den Kauf einer Eigentumswohnung darf der Verkäufer grundsätzlich davon ausgehen, dass sich sein künftiger Vertragspartner selbst über Art und Umfang seiner Vertragspflichten im eigenen Interesse Klarheit verschafft hat. Eine Aufklärungspflicht besteht nur dann, wenn wegen besonderer Umstände des Einzelfalls davon ausgegangen werden muss, dass der künftige Vertragspartner nicht hinreichend unterrichtet ist und die Verhältnisse nicht durchschaut.

BGH, Urt. v. 6.4.2001 - V ZR 402/99
Kz.: L I 1 - § 276 BGB
Fax-Abruf-Nr.: **1060**

Problem

Ein Kapitalanleger kaufte eine Eigentumswohnung. Der Vertriebsbeauftragte der Verkäufergesellschaft hatte dem Erwerber zuvor ein Berechnungsbeispiel für ein anderes Objekt übergeben. Der Kapitalanleger klagte auf Schadensersatz, weil die **Berechnung fehlerhaft** gewesen sei.

Entscheidung

Der BGH prüfte zunächst, aus welcher Rechtsgrundlage sich eine Aufklärungspflicht der Verkäuferin ergeben könnte. Der Verkäufer sei beim Erwerb einer Eigentumswohnung als Kapitalanlage verpflichtet gewesen, den Käufer in einem Prospekt wahrheitsgemäß und vollständig über die für dessen Entscheidung relevanten Umstände zu unterrichten (BGHZ 116, 7, 12; BGHZ 123, 106, 110; BGH WM 2000, 1503 = ZIP 2000, 1296; BGH DNotZ 2001, 360). Hier waren jedoch **keine fehlerhaften Prospektangaben** feststellbar.

Der BGH betonte, dass die Verkäufergesellschaft nicht verpflichtet war, den Kapitalanleger ungefragt im Hinblick auf seine monatlichen Belastungen aus dem Erwerb der Eigentumswohnung umfassend zu beraten. Eine gesetzliche Aufklärungspflicht bestehe nur dann, wenn wegen besonderer Umstände des Einzelfalls davon ausgegangen werden müsse, dass der Vertragspartner nicht hinreichend unterrichtet sei und die Verhältnisse nicht durchschaue.

Der BGH verwies die Sache jedoch an das Berufungsgericht zurück, da die Verletzung einer Pflicht aus einem besonderen Beratungsvertrag nicht auszuschließen war. Ein besonderer Beratungsvertrag liegt vor, wenn der Verkäufer im Rahmen eingehender Vertragsverhandlungen und **auf Befragen des Käufers einen ausdrücklichen Rat erteilt** – ebenso wenn er als Ergebnis intensiver Vertragsverhandlungen ein Berechnungsbeispiel über Kosten und finanzielle Vorteile des Erwerbs vorlegt, das der Förderung der Vermittlung des Geschäfts dienen soll (BGHZ 140, 11, 115 = DNotZ 1999, 480 = NJW 1999, 638). Dabei müsse sich die Verkäufergesellschaft das Verhalten des Vertriebsbeauftragten selbst dann zurechnen lassen, wenn dieser als Makler tätig gewesen sein sollte. Denn die Verkäuferin hatte dem Vertriebsbeauftragten bei den Verhandlungen mit der Erwerberin freie Hand gelassen.

BGB § 528; ZPO § 852 **Rückforderungsanspruch trotz Tod des Schenkers**

Der Anspruch des Schenkers nach § 528 Abs. 1 S. 1 BGB auf Herausgabe des Geschenks erlischt nicht mit dessen Tod, sofern er bereits vom Schenker geltend gemacht oder abgetreten worden ist. Das gleiche gilt, wenn der Schenker durch die Inanspruchnahme unterhaltssichernder Leistungen Dritter zu erkennen gegeben hat, dass er ohne die Rückforderung des Geschenks nicht in der Lage war, seinen notwendigen Unterhalt zu bestreiten.

BGH, Urt. v. 25.4.2001 - X ZR 229/99
Kz.: L I 1 - § 528 BGB
Fax-Abruf-Nr.: **1061**

Problem

Ein Vater schenkte seinen beiden Töchtern 1989 bzw. 1990 je 17.000 DM. 1992 kam er in ein Pflegeheim. Unter Berufung auf die Schenkung lehnte der Sozialhilfeträger die Gewährung von Sozialhilfe ab. Nach dem Tod des Vaters standen noch **Pflege- und Unterbringungskosten** in Höhe von 44.000 DM offen. Der Nachlasspfleger trat deshalb die Rückforderungsansprüche des Nachlasses gegen die beschenkten Töchter aus § 528 BGB an das Altenheim ab.

Entscheidung

Der BGH hielt den Anspruch ebenso wie die Vorinstanzen für begründet. Zwar sei es grundsätzlich Entscheidung des Schenkers, ob er den Rückforderungsanspruch geltend mache. Wie der Pflichtteilsanspruch und der Anspruch des Ehegatten auf Zugewinnausgleich ist der Rückforderungsanspruch deshalb nach § 852 ZPO der

Pfändung nur unterworfen, wenn er durch Vertrag anerkannt oder rechthängig geworden ist. Um die **Entscheidungsfreiheit des Schenkers** zu gewährleisten, kann deshalb der Anspruch aus § 528 BGB wegen Verarmung des Schenkers nur dann noch nach dem Tod des Schenkers verfolgt werden, wenn er vor seinem Tod auf einen Träger der Sozialhilfe übergeleitet oder wirksam abgetreten wurde (BGHZ 96, 380, 383; BGHZ 127, 354, 357).

Dasselbe gilt, wenn der Schenker Sozialhilfe in Anspruch genommen hat, und zwar auch, wenn eine Geltendmachung oder Überleitung auf den Sozialhilfeträger zu seinen Lebzeiten nicht erfolgte (BGH NJW 1995, 2287). Für private Dritte, die durch Sachleistung oder finanzielle Zuwendung den Unterhalt des Schenkers sichergestellt haben, gilt diese Privilegierung zwar nicht. Nimmt der Schenker aber die **Leistungen Dritter zur Sicherstellung seines notwendigen Unterhalts** entgegen, so verhielte er sich widersprüchlich, wenn er es andererseits ablehnte, gegenüber dem Beschenkten den Rückforderungsanspruch geltend zu machen. Daher sei für die Vererblichkeit des Anspruchs nach § 528 BGB die Inanspruchnahme solcher Leistungen Dritter der Bekundung des Willens des Schenkers zur Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs jedenfalls gleichzustellen.

WEG § 5 Abs. 2 **Sondereigentumsfähigkeit des Zugangs zu gemeinschaftlichem Garten**

Eine Garage ist auch dann sondereigentumsfähig, wenn sie den einzigen Zugang zu einer dahinter liegenden gemeinschaftlichen Grundstücksfläche (Garten) bildet. (Leitsatz des Bearbeiters)

OLG Hamm, Beschl. v. 27.2.2001 - 15 W 17/01
Kz.: L I 4 - § 5 Abs. 2 WEG
Fax-Abruf-Nr.: **1062**

Problem

Ein in zwei Wohnungseigentumseinheiten aufgeteiltes Grundstück war an der gesamten Straßenfront bebaut. Zum gemeinschaftlichen Garten im hinteren Teil des Grundstücks konnte man daher nur durch eine als Sondereigentum ausgewiesene Garage gelangen. In der Teilungserklärung wurde daher das Sondereigentum an der Garage (sowie das Sondernutzungsrecht am Zugang zur Garage) dahingehend eingeschränkt, dass dem Wohnungseigentümer der anderen Einheit ein Mitbenutzungsrecht zum Durchgang eingeräumt wurde.

Das Grundbuchamt hielt die Garage für nicht sondereigentumsfähig, da sie den einzigen Zugang zu einer im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Grundstücksfläche bilde.

Entscheidung

Nach ständiger Rechtsprechung steht auch der **Zugang zu einem im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Raum selbst zwingend im Gemeinschaftseigentum** (BGH DNotZ 1992, 224 = NJW 1991, 2909; OLG Düsseldorf DNotI-Report 1999, 121; a. A. Röhl, DNotZ

1986, 704; ders. Rpfleger 1992, 94; vgl. auch Gutachten DNotI-Report 1997, 17). Anerkannt wurde die Sondereigentumsfähigkeit des Zugangs lediglich bei einem nicht ausgebauten Dach (Spitzboden), der seiner Beschaffenheit nach nicht dem ständigen Mitgebrauch aller Wohnungseigentümer dient (BayObLGZ 1991, 165 = MittBayNot 1992, 331; MittBayNot 1995, 206; OLG Hamm DNotI-Report 2001, 72).

Vorliegend ging es jedoch nicht um den Zugang zu einem gemeinschaftlichen Raum, sondern zu einer gemeinschaftlichen (und keinem Sondernutzungsrecht unterliegenden) **Grundstücksfläche**. Hier besteht nach der Entscheidung des OLG Hamm nicht notwendig Gemeinschaftseigentum auch am Zugang.

GmbHG § 11 Haftung des Treugebers des Alleingeschafters einer Vor-GmbH

Zur Frage der Haftung der Treugeber des Alleingeschafters einer Vor-GmbH bei Scheitern der Eintragung.

BGH, Urt. v. 19.3.2001 - II ZR 249/99
Kz.: L V 2 - § 11 GmbHG
Fax-Abruf-Nr.: **1063**

Problem

Eine Vor-GmbH mietete Geschäftsräume an. Die GmbH wurde nicht in das Handelsregister eingetragen. Die Geschäftsräume konnten anderweitig nur zu einem geringeren Preis vermietet werden. Der Vermieter verlangte die Mietdifferenz als Schadensersatz – und zwar von drei Treugebern, für die der Alleingeschafter der Vor-GmbH 95% der Stammeinlage halten sollte.

Entscheidung

Der BGH verneinte zunächst eine **Handelndenhaftung** nach § 11 Abs. 2 GmbHG. Diese würde voraussetzen, dass der Haftende als Geschäftsführer oder wie ein Geschäftsführer rechtsgeschäftliche Erklärungen für die mit der Gründung entstandene Vor-Gesellschaft abgegeben hatte. Die Treugeber hatten aber beim Abschluss des Mietvertrages nicht rechtsgeschäftlich gehandelt.

Auch eine **Rechtsscheinhaftung** schied aus, da die Treugeber dem Vermieter gegenüber nur als Gesellschafter einer Vor-GmbH aufgetreten waren und sich nicht den Anschein gegeben hatten, persönlich haftende Gesellschafter einer Handelsgesellschaft zu sein.

Ein Anspruch konnte jedoch aus abgetretenem Recht des Alleingeschafters bestehen. Denn aus seiner Stellung als Treuhandgeschafter hatte der Alleingeschafter einen **Anspruch gegen die Treugeber auf Freistellung** – und zwar gegen jeden Treugeber einzeln in Höhe der von ihm einzuzahlenden Quote auf das Stammkapital.

BGB §§ 1355 Abs. 1 S. 1, Abs. 2; EGBGB Art. 10

Wahl deutschen Namensrechts

Ehegatten, die unter dem für ihre Namensführung zuvor maßgebenden ausländischen Recht bereits einen Ehenamen bestimmt hatten, können, wenn für sie nunmehr deutsches Recht anwendbar wird, gem. § 1355 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB ihren Ehenamen (mit Wirkung für die Zukunft) neu bestimmen.

BGH, Beschl. v. 21.3.2001 - XII ZB 83/99
Kz.: R 4100 Art. 10 EGBGB
Fax-Abruf-Nr.: **1064**

Problem

Spätaussiedler (Ehefrau deutscher Volkszugehörigkeit und nichtdeutscher Ehemann) hatten 1988 in Russland geheiratet und dabei nach russischem Recht den Geburtsnamen des Ehemannes C. als Ehenamen gewählt. 1993 kamen sie als Spätaussiedler nach Deutschland. Sie gaben eine namensrechtliche Erklärung nach § 94 des Bundesvertriebenengesetzes (BVFG) ab und nahmen den Namen T. an. 1995 erwarben sie die deutsche Staatsangehörigkeit. 1997 erklärten sie zur Niederschrift des Standesbeamten, dass sie ihren Ehenamen künftig nach deutschem Recht führen wollten und bestimmten den Geburtsnamen der Ehefrau E. zum neuen Ehenamen. Außerdem erklärten sie, dass sich die Namensänderung auf ihren Sohn erstrecken solle.

Es stellte sich die Frage, ob die **Bestimmung eines Ehenamens nach § 1355 Abs. 3 BGB** auch dann noch möglich ist, **wenn zuvor bereits eine solche Bestimmung nach einem ausländischen Ehenamensrecht stattgefunden** hat. Dies war vom OLG Hamm verneint worden (StAZ 1999, 75 = FGPrax 1999, 55). Das BayObLG wollte hingegen die erneute Ehenamensbestimmung zulassen und legte die Rechtsfrage deshalb dem BGH zur Divergenzentscheidung vor.

Entscheidung

Der BGH betrachtete eine unter einem ausländischen Namensstatut abgegebene Bestimmung des Ehenamens nicht als Bestimmung i. S. d. § 1355 Abs. 3 BGB. Da die Beteiligten demnach noch keine Bestimmung abgegeben hatten, konnten sie dies nunmehr nachholen und den Geburtsnamen der Ehefrau als Ehenamen bestimmen.

BNotO § 23; BeurkG §§ 54a Abs. 6, 54 c Abs. 1 Widerruf des Treuhandauftrages des finanzierenden Kreditinstituts bei Notaranderkonto

1. Das finanzierende Kreditinstitut, das bei Einzahlung des Kaufpreises auf Notaranderkonto einen Treuhandauftrag erteilt, kann diesen bis zu seiner Erledigung nach § 54c Abs. 1 BeurkG einseitig frei widerrufen. Der Notar hat den Widerruf zu beachten und darf über den hinterlegten Betrag nicht verfügen.

2. Dem Rückzahlungsverlangen des Kreditinstituts darf der Notar erst Folge leisten, wenn die im

Vertrauen auf die Sicherstellung des Kaufpreises erbrachten Vorleistungen des Verkäufers rückgängig gemacht worden sind. (Leitsätze nicht amtlich).

LG Schwerin, Beschl. v. 3.4.2001 - 4 T 36/00
Kz.: L III 2 - § 54a Abs. 6 BeurkG
Fax-Abruf-Nr.: **1065**

Problem

Bei der Kaufpreisabwicklung über Notaranderkonto widerrief die finanzierende Sparkasse ihren Treuhandauftrag nach Ablauf der Befristung (da gegen die Käufer ein vorläufiges Insolvenzverfahren eröffnet wurde). Der Notar verweigerte jedoch die Rückzahlung, da zwischenzeitlich bereits die Finanzierungsgrundschuld sowie die Auflassungsvormerkung für den Käufer im Grundbuch eingetragen waren. Das Landgericht hatte über die Auszahlungsverweigerung im Beschwerdeverfahren nach § 15 Abs. 2 BNotO zu entscheiden.

Entscheidung

Das Landgericht sah den **Treuhandauftrag der finanzierenden Bank** entsprechend der Rechtsprechung des BGH (BGH DNotZ 1987, 560, 561; NJW 1997, 2104 = DNotI-Report 1997, 146) als bis zu seiner Erledigung **einseitig frei abänderbar und widerruflich** an.

Auch bei einem Widerruf dürfe der Notar aber nach § 54c Abs. 1 BeurkG **Dritten gegenüber bestehende Amtspflichten** nicht verletzen. War das Grundpfandrecht der finanzierenden Bank bereits eingetragen, so dürfe der Notar den hinterlegten Betrag nur Zug um Zug gegen Erteilung der Löschungunterlagen für das **Finanzierungsgrundpfandrecht** und die Auflassungsvormerkung vornehmen (ebenso Brambring, ZfIR 1999, 333, 335; Hertel, in: Eylmann/Vaasen, BNotO und BeurkG, 2000, § 54 c BeurkG Rn. 6).

Literaturhinweise

Steuerliches Vertrags- und Formularbuch, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2001, 1338 Seiten, 230 DM (mit CD 330 DM)

Das Formularbuch kombiniert in einzigartiger Weise das Zivilrecht mit dem Steuerrecht. Steuerliche Überlegungen werden zwar auch in anderen Vertragshandbüchern dargestellt, finden sich jedoch häufig nur als Anmerkung zu einzelnen vertraglichen Regelungen. Dieses Formularbuch bietet demgegenüber bei den einzelnen Verträgen die Möglichkeit, sich durch eine **systematische Einführung mit den rechtlichen und steuerlichen Aspekten eines Vertragstyps** vertraut zu machen. Dies erleichtert es dem Benutzer, zwischen verschiedenen Gestaltungen zu wählen und Vorentscheidungen zu treffen, ohne die einzelnen vertraglichen Regelungen inhaltlich vergleichen zu müssen. Mag dies bei der Frage, ob eine Personen- oder Kapitalgesellschaft als Investitionsvehikel genutzt werden soll, als überflüssig angesehen werden. Es wird aber beispielsweise bei der Frage, ob das Unternehmen einer Personenhandels-gesellschaft durch Formwechsel, Verschmelzung, Einbringung oder Anwachsung in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt werden soll vielen, die mit diesen Fragen nicht täglich befasst sind, eine große Hilfe darstellen. Das

Buch, dessen **Schwerpunkt im Gesellschaftsrecht** liegt, bietet somit in komprimierter Form einen Einstieg in zahlreiche notarspezifische Probleme des Alltags. Optional wird eine CD angeboten, die sämtliche Formulare und Verträge enthält.

Das Buch kann jedem uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden und sollte in keinem Notariat fehlen. Es stellt nämlich selbst zu umfangreicheren Werken eine sinnvolle Ergänzung dar.

Notarassessor Thomas Reich

Grziwotz, Herbert, Erfolgreiche Verhandlungsstruktur und Konfliktmanagement durch Notare, Zentrale für Mediation, Köln 2001, 313 Seiten, 98 DM

Haft, Fritjof, Verhandlung und Mediation, 2. Aufl. Verlag C. H. Beck, München 2000, 253 Seiten, 38 DM

Kothe, Peter/Anger, Christoph, Schlichtungsgesetz Baden-Württemberg, Boorberg Verlag, Stuttgart 2001, 56 DM (mit CD 98 DM)

Justizentlastung, Streitverhütung und Mediation sind in aller Munde. So sind gleich drei Werke zu diesem Bereich anzuzeigen: *Grziwotz* legt das **erste Praxishandbuch zur Mediation, Streitschlichtung und Schiedsrichtertätigkeit speziell für Notare** vor. *Grziwotz* stellt jeweils sowohl die rechtlichen Grundlagen dar als auch den Verfahrensablauf. Ausführlich behandelt er Theorie und zahlreiche Fälle der Mediation aus der notariellen Praxis. Muster für die Durchführung des Schlichtungsverfahrens wie für Schiedsklauseln runden das Werk ab.

Allgemeiner ist der Ansatz von *Haft*, der von einer Theorie des "Verhandelns als Informationsverarbeitung" ausgehend Grundlagen und Tipps für ein **"rationales Verhandlungsmodell"** entwickelt. Dies wird in der jetzigen zweiten Auflage durch eine grundlegende Darstellung der Mediation ergänzt.

Baden-Württemberg hat die Ermächtigung des § 15a EGZPO dergestalt umgesetzt, dass vor einer Klageerhebung ein Verfahren vor einer Gütestelle erforderlich ist. Für die Gütestelle werden dabei Rechtsanwälte zur "Schlichtungsperson" bestimmt (§ 3 Abs. 2 SchlichG BW). *Kothe/Anger* bieten eine Kommentierung des Schlichtungsgesetzes mit einem Leitfadens zur Verhandlungsführung für die Schlichtungsperson und zahlreichen Formularen. Alle **Formulierungsmuster** finden sich auch auf einer CD, die man miterwerben kann. Dadurch ist der Schlichtungsperson eine schnelle und effektive Erledigung der Formalitäten des Verfahrens möglich. (Zum bayerischen Modell eines Schlichtungsgesetzes, insbesondere auch unter Einbeziehung der Notare, vgl. demgegenüber MittBayNot Sonderheft zu Heft 4/2000 sowie *Schwarzmann/Waltz*, Das Bayerische Schlichtungsgesetz, Boorberg Verlag, 2000, 45 DM).

Notar a. D. Christian Hertel

C.-W. Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499

Ch. Dorsel, Grundzüge des neuen Lebenspartnerschaftsgesetzes, RNotZ 2001, 151

M. Habersack, Aktienrecht und Internet, ZHR 2001, 172

G. Hofmann, Anzeigepflichten des Notars nach dem Grunderwerbsteuergesetz und deren Hintergrund, NotBZ 2001, 164

B. Grunewald, Vorschläge für eine Neuregelung der anfänglichen Unmöglichkeit und des anfänglichen Unvermögens, JZ 2001, 433

G. Langenfeld, Die kleine Aktiengesellschaft, Gestaltungsgrundsätze auch im Hinblick auf Mitarbeiterbeteiligung und Börsengang, NotBZ 2001, 157

D. Leenen, Die Neuregelung der Verjährung, JZ 2001, 552

K. Lerch, Die neue Dienstordnung für Notarinnen und Notare, ZNotP 2001, 210

P. Limmer, Partnerschaftsgesellschaftsvertrag, Partnerschaftsregisteranmeldung einer Partnerschaftsgesellschaft, ZAP 2001, 643 ff.; 651 ff.

M. Link, Symposium "Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts" am 22.1.2001 in Münster, JZ 2001, 453

F. Mauch, Güter- und Erbrecht ausgewählter Staaten, BWNNotZ 2001, 25

N. Mayer, Das Gesetz zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: Lebenspartnerschaften, ZEV 2001, 169

K. Rellermeyer, Rundung bei der Umstellung auf Euro in der Zwangsvollstreckung und im Grundbuch, Rpfleger 2001, 291

O. Ricken, Grunddienstbarkeiten bei Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse, WM 2001, 979

B. Riegger, Hauptversammlung und Internet, ZHR 2001, 204

H. Roth, Die Reform des Werkvertragsrechts, JZ 2001, 543

W.-H. Roth, Europäischer Verbraucherschutz und BGB, JZ 2001, 475

A. Schmidt, Rechtsformwahl und Rechtsformwechsel für 2001/2002 – Neue Prüfungskriterien für den Mittelstand nach dem StSenkG, GmbH-StB 2001, 22

D. Schwab, Eingetragene Lebenspartnerschaft – Ein Überblick, FamRZ 2001, 385

V. Stauf, Umfang und Grenzen der Verweisungsmöglichkeiten nach § 13a BeurkG und der eingeschränkten Vorlesungspflicht nach § 14 BeurkG, RNotZ 2001, 129

R. Süß, Neue Entwicklungen im internationalen Gesellschaftsrecht, NotBZ 2001, 77

R. Thode, Rechtssicherheit für den Bauträgervertrag – eine Phantasmagorie, ZfIR 2001, 345

P. Ulmer, Das AGB-Gesetz: ein eigenständiges Kodifikationswerk, JZ 2001, 491

H.-J. Vollrath, Qualität und Qualitätssicherung im Notariat, MittBayNot 2001, 1

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, 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 300,00 DM, Einzelheft 13,00 DM, 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