

Rundschreiben Nr. 25/2002 der Bundesnotarkammer vom 13.08.2002

Rücknahme von Erbverträgen aus der notariellen Verwahrung – Neuregelung durch das Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten

Mit dem „Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten“ ist neben den bereits bekannten Ergänzungen im BeurkG auch eine Regelung zur Rücknahme von Erbverträgen aus der amtlichen oder notariellen Verwahrung am 01.08.2002 in Kraft getreten. Die Auswirkungen auf die notarielle Praxis, insbesondere wie künftig auf ein entsprechendes Rücknahmeverlangen zu reagieren ist, entnehmen Sie bitte dem beigefügten Vermerk, der insoweit Hinweise für die Übergangszeit bis zu einer entsprechenden Anpassung der DONot enthält.

Anlage zu Rundschreiben 25/2002:

Rücknahme von Erbverträgen aus der notariellen Verwahrung

Mit dem „Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten“ ist neben den bereits bekannten Ergänzungen im BeurkG auch eine Regelung zur Rücknahme von Erbverträgen aus der amtlichen oder notariellen Verwahrung am 01.08.2002 in Kraft getreten. § 2300 BGB wird danach um den folgenden Absatz 2 ergänzt:

„(2) Ein Erbvertrag, der nur Verfügungen von Todes wegen enthält, kann aus der amtlichen oder notariellen Verwahrung zurückgenommen und den Vertragsschließenden zurückgegeben werden. Die Rückgabe kann nur an alle Vertragsschließenden gemeinschaftlich erfolgen; die Vorschrift des § 2290 Abs. 1 Satz 2, Abs.2 und 3 findet Anwendung. Wird ein Erbvertrag nach den Sätzen 1 und 2 zurückgenommen, gilt § 2256 Abs. 1 entsprechend.“

Hintergründe

Bereits seit längerem war immer wieder kritisiert worden, dass das geltende Recht keine Möglichkeit vorgesehen hat, die Eröffnung aufgehobener Erbverträge durch das Nachlassgericht zu vermeiden. Das resultierte daraus, dass auch Erbverträge, die aus der amtlichen Verwahrung des Amtsgerichtes zurückgenommen wurden, nicht an die Beteiligten herausgegeben werden durften, sondern vielmehr von dem ursprünglichen Urkundsnotar (weiter) zu verwahren war (vgl. etwa Staudinger/Baumann, BGB, 13. Aufl. Berlin 1996, § 2258 b RdNr. 25). Dieser hatte sodann im Erbfall alle von ihm verwahrten - damit auch aus der amtlichen Verwahrung zurückgegebene oder vertraglich aufgehobene - Erbverträge an das Gericht abzuliefern (§ 34 Abs. 3 S. 2 BeurkG), wo sie zusammen mit etwa aufhebenden Verfügungen eröffnet wurden. Eine gegenständliche Vernichtung einer herausverlangten Originalurkunde und damit Verhinderung der Eröffnung war dem Erblasser im Gegensatz zur Rechtslage bei Testamenten (§§ 2256, 2272 BGB)

demgegenüber verwehrt, mit der unbefriedigenden Folge, dass jeder frühere Sinneswandel des Erblassers (etwa die zunächst angeordnete Pflichtteilsentziehung und ihre anschließende Aufhebung) nachvollzogen werden konnte.

Die Neuregelung

Die vorliegende Gesetzesänderung ermöglicht nunmehr eine weitgehende Angleichung der Regelungen an diejenige bei Testamenten.

Anwendungsbereich

Die Vorschrift findet Anwendung auf Erbverträge, die *nur Verfügungen von Todes wegen* enthalten. Damit ist zum einen sichergestellt, dass der Rücknahme nicht entgegensteht, wenn der Erbvertrag - wie üblich - neben vertragsmäßigen auch einseitige Verfügungen von Todes wegen umfasst (vgl. zu den Begrifflichkeiten Palandt/Edenhofer, BGB, 61. Aufl. München 2002, § 1937 BGB Rn. 2). Ausgenommen sind jedoch solche notariellen Urkunden, die neben einer Regelung für den Todesfall auch zu Lebzeiten wirksame Bestimmungen enthält, etwa die Vereinbarung eines Verfügungsunterlassungsvertrages, um dem Erben trotz § 2286 BGB den Nachlass möglichst ungeschmälert zu erhalten. Auch die gekoppelte Beurkundung von Ehe- und Erbvertrag steht damit einem Herausgabeverlangen entgegen. Gerade dieser Punkt sollte dem Notar zumindest in kritischen Fällen, etwa der Pflichtteilsentziehung, Anlass geben, die (künftigen) Ehegatten auf die Möglichkeit einer getrennten Beurkundung hinzuweisen, wobei er jedoch zugleich die damit verbundene Kostenerhöhung erörtern wird, die unter Berücksichtigung von § 46 Abs. 4 KostO bis zu einer Verdoppelung der Kosten führen kann (vgl. § 36 Abs. 3 KostO e contr.).

Die Rückgabe

Das Gesetz schreibt vor, dass die Rückgabe nur an alle Vertragsschließenden gemeinschaftlich erfolgen darf. Die Entgegennahme durch einen allein löst demnach die Widerrufsfiktion, die sich aus der entsprechenden Anwendung von § 2256 Abs. 1 BGB ergibt (§ 2300 Abs. 2 S. 3 BGB), nicht aus. Die Rückgabe setzt zudem, wie auch aus der Gesetzesbegründung deutlich hervorgeht (vgl. BT-Drucks. 14/9266 S. 49) und ebenso für § 2256 BGB verlangt wird, die körperliche Aushändigung der Urkunde an die Beteiligten voraus; eine postalische Versendung ist demnach unzulässig. Da auch die gestufte Aushändigung einer einheitlichen Urkunde an mehrere Beteiligte nicht vorstellbar ist, kann eine mit der Widerrufsfiktion verbundene Rückgabe nur dadurch realisiert werden, dass sämtliche, seinerzeit am Abschluss des Erbvertrages Beteiligten gleichzeitig bei dem verwahrenden Notar (oder seinem Amtsnachfolger) erscheinen bzw. der Notar die Beteiligten auf deren Ansuchen an einem anderen Ort (etwa in einem Krankenhaus) unter Berücksichtigung der §§ 10 a ff. BNotO aufsucht.

Aus der Verweisung auf die Anwendung von § 2290 Abs. 1 S. 2 Abs. 2 und 3 BGB ergibt sich ferner, dass die Rücknahme nur solange möglich ist, als *alle* Beteiligten, also auch die nur annehmende Partei, noch am Leben sind und

eine Stellvertretung allenfalls für den Vertragsteil in Betracht kommt, der keine eigene Verfügung von Todes wegen hat beurkunden lassen. Dies ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass die Herausgabe aufgrund ihrer Widerrufsfiktion zumindest in ihrer Wirkung einer erneuten Verfügung von Todes gleichkommt (vgl. dazu Firsching/Graf, Nachlassrecht, 8. Aufl., München 2000 RdNr. 4.26), die vom Erblasser nur persönlich vorgenommen werden kann. Dies hat auch zur Folge, dass die Wirkungen aus der Rückgabe nur eintreten können, wenn zumindest der verfügende Teil (weiterhin) testierfähig ist.

Ein durch Rückgabe aus der amtlichen oder notariellen Verwahrung zurückgenommener Erbvertrag gilt nach der gesetzlichen Fiktion in § 2300 Abs. 2 Satz 3, 2256 Abs. 1 Satz 1 BGB in seiner Gesamtheit als widerrufen. Für nicht vertragsmäßige Verfügungen ergibt sich dies bereits aus der direkten Anwendung von § 2256 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dieser Widerruf ist endgültig und kann in seinen Wirkungen nur durch Errichtung eines neuen notariellen Erbvertrages beseitigt werden, nicht jedoch durch Widerruf des Widerrufes, etwa durch Streichen des Vermerks auf der Originalurkunde oder durch erneute amtliche oder notarielle Verwahrung (vgl. bisher für das Testament § 2257 BGB: „durch *Testament* erfolgte Widerruf“ und Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2256 RdNr. 1).

Das notarielle Rücknahmeverfahren

Der entsprechend anwendbare § 2256 Abs. 1 S. 2 sieht vor, dass (a) die zurückgebende Stelle (b) über die Widerrufsfiktion belehren, (c) dies auf der Urkunde vermerken und (d) aktenkundig machen soll, dass (b) und (c) geschehen ist. Durch die Regelung als „Soll-Vorschrift“ wird der das bloße Verfahren beschreibende Charakter der Vorschrift deutlich: Ein Verstoß hiergegen ist somit für die Wirksamkeit der Rücknahme und damit den Eintritt der Widerrufsfiktion ohne Bedeutung. Die zurückgebende Stelle begeht allerdings eine Amtspflichtverletzung, wenn sie sich nicht an das vorgegebene Verfahren hält.

Bislang waren mit der Herausgabe von letztwilligen Verfügungen nur die (verwahrenden) Nachlassgerichte betraut. Das Verfahren hierzu ist - für den Bereich der Testamente - in § 27 Nr. 9 AktO geregelt. Die interne Zuständigkeitsverteilung (Richter, Rechtspfleger bzw. Urkundsbeamter) ergab sich insb. aus § 2258 b BGB.

Persönliche Amtsausübung

Obwohl in der Neuregelung ein Verweis auf § 2258 b BGB fehlt, ergibt sich aus der Systematik des Gesetzes, dass „die zurückgebende Stelle“ im Sinne dieser Vorschrift diejenige Stelle ist, die bislang die Verwahrung übernommen hatte. Für die notarielle Verwahrung bedeutet dies, da es hier an einer den Amtsgerichten vergleichbaren Zuständigkeitsverteilung zwischen Richtern, Rechtspflegern und Urkundsbeamten fehlt, vielmehr der Notar gemäß § 25 BNotO stets zur persönlichen Amtsausübung verpflichtet ist, dass nur er selbst bzw. sein amtlich bestellter Vertreter die Rückgabe vornehmen kann. Dies gilt nicht zuletzt mit Blick auf die bereits angesprochene Belehrungspflicht über die Widerrufsfiktion und die damit einhergehende Überprüfung der

Testierfähigkeit. Eine Delegation auf sonstige Mitarbeiter im Notariat scheidet demnach aus.

Belehrung

Die zurückgebende Stelle ist verpflichtet, „den Erblasser über die in Satz 1 vorgesehene Folge der Rückgabe (also die Widerrufsfiktion) zu belehren“, § 2256 Abs. 1 Satz 2 BGB. Da die mit der Herausgabe eintretende Widerrufsfiktion vergleichbar einer (erneuten) Verfügung von Todes wegen jedoch nur eintritt, wenn der seinerzeit verfügende Teil weiterhin testierfähig ist, ist auch die Prüfung der Testierfähigkeit erforderlich (Firsching/Graf, a.a.O. RdNr. 4.26 m.w.N.). Bei begründeten Zweifeln kann dafür sogar die Vorlage eines ärztlichen (psychiatrischen) Attests verlangt werden. Wird die Verfügung von Todes wegen gleichwohl an einen (unerkannt) Testierunfähigen herausgegeben, ist Folge allerdings nur, dass die Verfügung eben weiterhin wirksam bleibt. Im Übrigen kann in diesem Zusammenhang auf die Kommentierung zu § 28 BeurkG zurückgegriffen werden (etwa Reithmann/Albrecht/Riegel, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 8. Aufl. Köln u.a. 2001, RdNr. 1109 ff.). Da mangels Beurkundung einer Willenserklärung - die in § 2256 Abs. 1 Satz 1 BGB angeordnete Widerrufsfiktion knüpft allein an die *Tatsache* der Herausgabe an - allerdings eine direkte Anwendung von § 28 BeurkG ausscheidet, gilt dies freilich nicht für die dort angeordnete Pflicht des Notars, seine „Wahrnehmungen über die erforderliche Geschäftsfähigkeit des Erblassers in der Niederschrift zu vermerken“. Vielmehr ist der Notar hier frei, ob er etwa als Erinnerungshilfe und zur eigenen Dokumentation einen kurzen (gesonderten) Aktenvermerk anfertigt, der jedoch nicht mit dem Vermerk auf der Originalurkunde (dazu nachfolgend c) oder dem Aktenkundigmachen (unten d) verwechselt werden darf.

Vermerk

Auf der Originalurkunde ist sodann „dies“ zu vermerken. Damit ist, wie sich aus der Systematik des Satzes 2 ergibt, nicht die erfolgte Belehrung gemeint, die ja anschließend noch aktenkundig zu machen ist. Vielmehr ist sowohl die Tatsache der Rückgabe als auch die damit eintretende Widerrufsfiktion auf der Urkunde - bevor sie herausgegeben wird - festzuhalten. Dies kann etwa durch Anbringen des Vermerks in Schriftform (auch als Stempel) auf dem ersten Blatt der Urkunde mit folgendem Wortlaut geschehen:

„Dieser Erbvertrag gilt durch die am erfolgte Rückgabe aus der notariellen Verwahrung als widerrufen (§§ 2300 Abs. 2, 2256 BGB).
....., den (Name, Amtsbezeichnung)“

Auch das Anfügen eines mit Schnur und Siegel verbundenen weiteren Beiblattes ist denkbar, wobei dann jedoch - um die Tatsache des Widerrufs auf den ersten Blick deutlich zu machen - zusätzlich zu empfehlen ist, bereits auf der ersten Seite der Urkunde auf die Änderungen durch das angefügte Blatt zu verweisen. Zur Herstellung einer festen Verbindung erscheint in diesem Fall auch die Verwendung von Schnur und Prägesiegels zweckmäßig, selbst wenn das Anbringen eines Siegels für den Vermerk durch die

Amtsgerichte bislang nicht vorgeschrieben war (vgl. auch §§ 44, BeurkG, 30, 31 DNot).

Das „Aktenkundigmachen“

Als Drittes spricht das Gesetz von der Pflicht, den Vorgang „aktenkundig zu machen“. Die Art und Weise dieses sog. „Aktenkundigmachen“ kann einer entsprechenden Anwendung der Vorschriften der Dienstordnung für Notarinnen und Notare entnommen werden, die gleichsam das Pendant zu der für die Gerichte geltenden Aktenordnung bildet (vgl. dazu Harborth/Lau in DNotZ 2002, 412/427).

Demnach ist zunächst ein Vermerk entsprechend § 20 Abs. 1 Satz 1 und 2, 18 Abs. 1 Satz 1 DNot aufzunehmen und zu unterschreiben, der Namen, Geburtsdatum, Geburtsort mit Postleitzahl und Wohnort der Vertragschließenden - ggf. auch der zweiten Notarin oder des zweiten Notars oder der Urkundszeugen - enthält sowie Angaben darüber, in welcher Form (§§ 2232, 2276 BGB) die Verfügung von Todes wegen errichtet worden ist, soweit ein solcher Vermerk nicht bereits aufgrund einer gesonderten Verwahrung des Erbvertrages i.S.v. § 18 Abs. 4 DNot vorhanden ist. Das Gleiche gilt, wenn im Falle der gesonderten Verwahrung gemäß § 18 Abs. 4 Satz 2, 1. HS 2. Alt. DNot eine beglaubigte Abschrift des Erbvertrages für die Urkundensammlung zurückbehalten wurde und die Beteiligten (auch) die Herausgabe der beglaubigten Abschrift wünschen, § 20 Abs. 1 Satz 5 DNot. In jedem Fall ist zusätzlich § 20 Abs. 1 Satz 2 zu beachten, wonach auf das Vermerkblatt die Nummern der Urkundenrolle und die nach § 154 Abs. 3 Satz 1 KostO zurückzubehaltenden Abschrift der Kostenberechnung gesetzt werden muss.

Statt der Ablieferung an ein bestimmtes Amtsgericht ist sodann die Tatsache der Aushändigung an die Vertragsbeteiligten mit Datum sowie deren Belehrung über die Widerrufsfiktion und die Vornahme des entsprechend b) ausgeführten Vermerks in das für die Urkundensammlung anzufertigende Vermerkblatt aufzunehmen bzw., soweit ein solches Vermerkblatt bereits existiert oder statt dessen eine beglaubigte Abschrift zurückbehalten wurde, diese(s) entsprechend zu ergänzen. Belehrung und Vornahme des Vermerkes könnten etwa wie folgt formuliert werden:

„Der/Die Erblasser ist/sind darüber belehrt worden, dass der Erbvertrag durch die Rückgabe als widerrufen gilt. Ein entsprechender Vermerk ist auf dem Erbvertrag gemacht worden.“

Außerdem ist in das Erbvertragsverzeichnis bzw. in die Erbvertragskartei die Aushändigung an die Beteiligten mit Datum einzutragen.

Sonstiges

Kosten löst die Rückgabe des Erbvertrages aus der notariellen Verwahrung nicht aus, da die Kostenordnung hierfür einen entsprechenden Gebührentatbestand nicht vorsieht, zumal auch die Rücknahme aus der

amtlichen Verwahrung beim Amtsgericht kostenfrei ist (vgl. Staudinger/Baumann, a.a.O., §§ 2257 RdNr. 24 und 2258 b RdNr. 26).

Eine Benachrichtigung der Standesämter - etwa analog § 20 Abs. 2 DONot - ist nicht erforderlich. Ziff. I.2.4 der gemeinsamen Bekanntmachung über die Benachrichtigung in Nachlasssachen vom 02.01.2001 (für den Freistaat Sachen dort Satz 4) regelt dies ausdrücklich für die Rückgabe aus der amtlichen Verwahrung und ist hier entsprechend anzuwenden.

Da von der Ablieferungspflicht in §§ 2300 Abs. 1, 2259 BGB nur Urschriften erfasst werden (vgl. Palandt/Edenhofer, a.a.O., § 2259 RdNr. 3), ist eine gemäß § 20 Abs. 1 Satz 3 DONot zurückbehaltene beglaubigte Abschrift hiervon nicht betroffen. Problematischer erscheint dagegen - soweit man § 47 BeurkG auch auf Verfügungen von Todes wegen anwenden möchte - sowohl die Zurückbehaltung als auch die Herausgabe von Ausfertigungen. Da die Ausfertigung gemäß § 47 BeurkG die Niederschrift im Rechtsverkehr vertritt, würde die Ablieferungspflicht u.U. auch für Ausfertigungen des Erbvertrages gelten und zwar unabhängig von einer durch die Rückgabe eingetretenen Widerrufsfiktion. Diese wäre nämlich erst nach erfolgter Eröffnung bei der Feststellung der Erbfolge zu prüfen. Da aber einerseits mit der Neuregelung gerade bezweckt werden sollte, künftig die Eröffnung von zurückgegebenen Erbverträgen zu vermeiden, andererseits die Ablieferungspflicht jeden trifft, der im Besitz der Urschrift oder einer Ausfertigung des Erbvertrages ist (auch soweit er ihn nur nach Eintritt des Erbfalles im Nachlass findet), wäre u.U. zu erwägen, die Beteiligten darauf hinzuweisen, dass sie der Eröffnung des Erbvertrages nur dann sicher entgehen können, wenn sie das Original einschließlich aller etwaigen Ausfertigungen gegenständlich beseitigen.

Eine Alternative wäre künftig grundsätzlich von der Erteilung von Ausfertigungen von Erbverträgen abzusehen und sich auf beglaubigte Abschriften zu beschränken, zumal gemäß § 46 BeurkG sogar im Falle der Zerstörung oder des Verlustes einer Urschrift eine beglaubigte Abschrift als Ersatz dienen kann.