

BWNotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.
in Verbindung mit dem
Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A
70174 Stuttgart

Schriftleitung

Notarassessor Dr. Gabriel Ludwig Schmidt,
Stuttgart

Notarassessor Anton Gordon, Karlsruhe

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de
ISSN-Nummer 1434-2979

4/2018

Oktober

Seiten 59 – 82

Inhalt

Abhandlungen

Notar Dr. Daniel Schäuble

*Ist § 311b Abs. 1 S. 1 BGB international zwingend und setzt
die Beurkundung durch einen deutschen Notar voraus?*

..... 60

Notarassessor Dr. Roman Link

*Keine Erteilung eines deutschen Fremdrechtserscheins
bei letztem gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers in
einem Mitgliedsstaat der EUErbVO – Anmerkung zu
EuGH Rechtssache C-20/17 (Oberle)*

..... 66

Rechtsprechung 73

Buchbesprechungen 82

Inhaltsverzeichnis

Abhandlungen

- | | |
|---|------------------|
| <p>1. Notar Dr. Daniel Schäuble, Waldshut-Tiengen
Ist § 311b Abs. 1 S. 1 BGB international zwingend und setzt die Beurkundung durch einen deutschen Notar voraus?</p> | <p>60</p> |
| <p>2. Notarassessor Dr. Roman Link, Lörrach
Keine Erteilung eines deutschen Fremdrechtserscheins bei letztem gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers in einem Mitgliedsstaat der EU ErbVO – Anmerkung zu EuGH Rechtsache C-20/17 (Oberle)</p> | <p>66</p> |

Rechtsprechung

73

- | |
|--|
| <p>1. Erbrecht
Kammergericht, Beschluss vom 20.07.2018 - 13 UF 105/18
Zur Frage der Genehmigungsbedürftigkeit von Erklärungen, die von einem Elternteil in einem erbrechtlichen Abschichtungsverfahren für das minderjährige Kind abgegeben werden, wenn das minderjährige Kind zusammen mit dem betroffenen Elternteil als Erbesebe in die Miterbengemeinschaft nachgerückt ist, innerhalb derer die Abschichtungsvereinbarung getroffen wurde.</p> |
| <p>2. Immobilienrecht
OLG Stuttgart, Beschluss vom 18.06.2018 - 8 W 158/18
Zur Eintragungsfähigkeit einer Vermerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Neubestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit.</p> |
| <p>3. Immobilienrecht/Grundbuchrecht/Insolvenzrecht
OLG München, Beschluss v. 09.07.2018 – 34 Wx 223/17
Anspruch auf Zustimmung zur Abgabe der Eintragungsbewilligung zur Eigentumsumschreibung.</p> |

Buchbesprechung

82

- | |
|--|
| <p>1. Kostentabelle für Notare – Bäuerle Tabelle
(Besprechung von Notar Walter Büttner, MBA (USQ) Schwetzingen)</p> |
|--|

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e.V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e.V., Offenburg. Schriftleiter: Dr. Gabriel Schmidt (gabriel.schmidt@notarkammer-baden-wuerttemberg.de) und Anton Gordon (antonsgordon@gmail.com). Die BWNNotZ erscheint jährlich sechsmal.

Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württembergischen Notarvereins e. V. in 70174 Stuttgart, Friedrichstraße 9A (Tel. 0711 2237951, Fax 0711 2237956, E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten.

Der Bezugspreis beträgt jährlich € 50,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte € 8,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden. **Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.**

Herstellung: Erich Schretzmann Siebdruck GmbH, 71384 Weinstadt-Großheppach, Tel (0 71 51) 608 609-0, siebdruck-schretzmann.de. Satz: h+m kommunikationswerkstatt GmbH, k-werkstatt.de

Ist § 311b Abs. 1 S. 1 BGB international zwingend und setzt die Beurkundung durch einen deutschen Notar voraus?

von Notar Dr. Daniel Schäuble*

Es ist nichts beständig als die Unbeständigkeit (Immanuel Kant). Auch eine im juristischen Sprachgebrauch „herrschende Meinung“ bedarf von Zeit zu Zeit kritischer Hinterfragung. Dies gilt auch für die zu § 311b Abs. 1 S. 1 BGB herrschende Meinung die in Kurzform lautet: § 311b Abs. 1 S. 1 BGB stellt keine international zwingende Vorschrift dar. Inländischer Grundbesitz kann auf schuldvertraglicher Ebene formlos veräußert/erworben werden, wenn das Geschäftsstatut oder das Recht am Vornahmeort dies erlauben. Auch bei kollisionsrechtlicher Anwendbarkeit von § 311b Abs. 1 S. 1 BGB besteht die Möglichkeit, dass das Beurkundungserfordernis durch einen ausländischen Notar erfüllt wird.

Beispielfall:

Die Bauträger AG errichtet in Freiburg i.Br. ein Mehrfamilienhaus. Die Eheleute E möchten diese Immobilie zum Zwecke privater Kapitalanlage zum Preis von 4,0 Millionen Euro erwerben. Der Steuerberater der Eheleute E empfiehlt diesen sich danach zu erkundigen, ob zum Zwecke der Kostenersparnis eine Beurkundung in der Schweiz in Betracht kommt.

1. Normativer Ausgangspunkt

Reisen sind das beste Mittel zur Selbstbildung.¹ Mit Blick auf diese Erkenntnis sollen nachfolgend einige Ausflüge unternommen werden, die für unser Thema Gewinn versprechen. Als Grundlage soll folgende Gesetzesübersicht dienen:

a) Gesetzestexte

Fassung von § 311b Abs. 1 S.1 BGB / § 313 aF S.1: 1896 – 1973

Ein Vertrag, durch den sich der eine Theil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung.

Ab 1973

Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, bedarf der notariellen Beurkundung.

Kollisionsrechtliche Formanknüpfung:

Fassung von Art. 11 EGBGB:

1896 – 1986

Die Form eines Rechtsgeschäfts bestimmt sich nach den Gesetzen, welche für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältniß maßgebend sind. Es genügt jedoch die Beobachtung der Gesetze des Ortes, an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird.

Die Vorschrift des Abs. 1 Satz 2 findet keine Anwendung auf ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht an einer Sache begründet oder über ein solches Recht verfügt wird.

1986

(1) Ein Rechtsgeschäft ist formgültig, wenn es die Formerfordernisse des Rechts, das auf das seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist, oder des Rechts des Staates erfüllt, in dem es vorgenommen wird.

[...]

(4) Verträge, die ein dingliches Recht an einem Grundstück oder ein Recht zur Nutzung eines Grundstücks zum Gegenstand haben, unterliegen den zwingenden Formvorschriften des Staates, in dem das Grundstück belegen ist, sofern diese nach dem Recht dieses Staates ohne Rücksicht auf den Ort des Abschlusses des Vertrages und auf das Recht, dem er unterliegt, anzuwenden sind.

(5) Ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht an einer Sache begründet oder über ein solches Recht verfügt wird, ist nur formgültig, wenn es die Formerfordernisse des Rechts erfüllt, das auf das seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist.

Art. 11 Rom I-VO

(1) Ein Vertrag [...] ist formgültig, wenn er die Formerfordernisse des auf ihn nach dieser Verordnung anzuwendenden materiellen Rechts oder die Formerfordernisse des Rechts des Staates, in dem er geschlossen wird, erfüllt.

[...]

(5) Abweichend von den Absätzen 1 bis 4 unterliegen Verträge, die ein dingliches Recht an einer unbeweglichen Sache oder die Miete oder Pacht einer unbeweglichen

* Der Autor ist Notar in Waldshut-Tiengen. Der Beitrag beruht auf einem im Rahmen der Notarfortbildung Süd des Badischen Notarvereins am 06.10.2017 gehaltenen Vortrag. Für die wertvollen Anregungen gilt Herrn Notar Dr. Johann Dieckmann (Freiburg i. Br.) und Herrn Richter am Amtsgericht Dr. Dr. Matthias Damm ganz herzlichen Dank.

1 Karl Julius Weber (1767-1832).

Sache zum Gegenstand haben, den Formvorschriften des Staates, in dem die unbewegliche Sache belegen ist, sofern diese Vorschriften nach dem Recht dieses Staates

- (a) unabhängig davon gelten, in welchem Staat der Vertrag geschlossen wird oder welchem Recht dieser Vertrag unterliegt, und
- (b) von ihnen nicht durch Vereinbarung abgewichen werden darf.

b) Schuldvertragsrecht

Das von § 311b Abs. 1 S. 1 BGB aufgestellte Erfordernis notarieller Beurkundung für einen Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben (nachfolgend kurz: Grundstücksvertrag) ist nicht nur sachrechtlich, sondern auch kollisionsrechtlich als Formfrage einzuordnen. Maßgebende Kollisionsnorm ist nunmehr Art. 11 Rom I-VO, der als Vorschrift des sekundären Unionsrechts Anwendungsvorrang vor Art. 11 EGBGB genießt.

aa) Art. 11 Rom I-VO

Ausgangsnormen der kollisionsrechtlichen Formanknüpfung ist Art. 11 Abs. 1 Rom I-VO. Danach ist ein Grundstücksvertrag vereinfacht ausgedrückt formwirksam, wenn er den Erfordernissen des Vertragsstatuts (Geschäftsform) oder den am Ort des Vertragsschlusses geltenden Formvorschriften (Ortsform) gerecht wird. Das Vertragsstatut kann sich auf Grundlage einer Rechtswahl (Art. 3 Rom I-VO) oder aufgrund objektiver Anknüpfung (Art. 4 Abs. 1 lit. c, Abs. 3 Rom I-VO) ergeben. Für in Deutschland belegener Grundbesitz ist im Rahmen objektiver Anknüpfung grds. deutsches Recht als Vertragsstatut und damit § 311b Abs. 1 S. 1 BGB als Geschäftsform zur Anwendung berufen. Vorbehaltlich der Einschränkung des Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO kann jedoch durch Rechtswahl ausländisches Recht für anwendbar erklärt werden und infolgedessen auch für im Inland abgeschlossene Verträge § 311b Abs. 1 S. 1 BGB auf Grundlage von Art. 11 Abs. 1 Var. 1 Rom I-VO nicht zur Anwendung gelangen. Die Form der Rechtswahlvereinbarung als eine vom Hauptvertrag zu trennende Vereinbarung beurteilt sich gemäß Art. 3 Abs. 5 Rom I-VO ebenfalls nach den von Art. 11 Rom I-VO genannten Rechtsordnungen. Im Inland kann jedenfalls auf Grundlage der Ortsformanknüpfung die Rechtswahlvereinbarung in Ermangelung einer diesbezüglichen Formvorschrift formfrei erfolgen.²

Neben der Geschäftsform gilt gemäß Art. 11 Abs. 1 Var. 2 Rom I-VO die Ortsform alternativ und gleichwertig neben der Geschäftsform.³ Für die Geltung der Ortsform ist es im Rahmen von Art. 11 Abs. 1 ohne Bedeutung, ob die am Ort des Vertragsschlusses geltenden Formvorschriften vergleichbar oder gar gleichwertig zu den Vorschriften des Vertragsstatuts (vorliegend § 311b Abs. 1 S. 1 BGB) sind.⁴ Auf dieser Grundlage kann ein im Ausland mündlich abgeschlossener Grundstücksvertrag über ein in Deutschland belegenes Grundstück formwirksam sein.

Die Anwendung von § 311b Abs. 1 S. 1 und damit die Gewährleistung der mit dem Beurkundungserfordernis gesetzgeberisch verfolgten Zwecke steht damit sowohl im Rahmen der Geschäftsformanknüpfung, vor allem jedoch im Rahmen der Ortsformanknüpfung auf schwacher Grundlage. Etwas anderes würde im Falle der Anwendbarkeit von Art. 11 Abs. 5 Rom I-VO gelten. § 311b Abs. 1 BGB wird allerdings wie eingangs wiedergegeben ganz herrschend nicht als international zwingend i.S.v. Art. 11 Abs. 5 Rom I-VO angesehen,⁵ so dass inländischer Grundbesitz auf dieser Grundlage auf der Ebene des Schuldvertrages formlos veräußert/erworben werden kann, wenn das Geschäftsstatut oder das Recht am Vornahmeort dies erlauben.

Exkurs 1: Art. 11 Abs. 2 – Abs. 4 Rom I-VO:

Art. 11 Abs. 2 Rom I-VO enthält für Distanzverträge weitere alternativ und gleichwertig geltende Anknüpfungsmomente. Die durch Art. 11 Abs. 1 und Abs. 2 Rom I-VO erfolgende alternative Zulassung der Geschäfts- und der bzw. mehrerer Ortsformen dient primär der Förderung der Formgültigkeit eines Rechtsgeschäfts (favor negotii). Es darf aber nicht verkannt werden, dass sie zu einer Relativierung der materiell-rechtlichen, an sich zwingenden Formvorschriften führt, und mit Blick auf die mit der Normierung bestimmter Formvorschriften häufig verfolgten Schutzzwecke rechtspolitisch nicht immer unbedenklich ist.⁶ Die für Verbraucherverträge geltende spezielle Anknüpfungsregelung des Art. 11 Abs. 4 Rom I-VO findet aufgrund von Art. 6 Abs. 4 lit. c Rom I-VO auf einen Grundstücksvertrag keine Anwendung.

Exkurs 2: Form und ordre public

Zwar unterliegt auch das Ergebnis der Anwendung von Formvorschriften eines ausländischen Sachrechts, gleich ob dieses als Wirkungsstatut oder als Ortsrecht zur Anwendung berufen ist, dem ordre public-Vorbehalt (Art. 21 Rom I-VO).⁷ Allein die Tatsache, dass ein Grundstücksvertrag auf Grundlage eines ausländischen Status nicht notariell beurkundet wurde, rechtfertigt bei der gebotenen restriktiven Interpretation⁸ die Anwendung des ordre-public-Vorbehalts nicht.⁹ Denn für inländischen Grundbesitz ist vorrangig Art. 11 Abs. 5 Rom I-VO anzuwenden.

2 Bamberger/Roth/Spickhoff Rom I-VO Art. 3 Rn. 15; Erman/Hohloch Rom I-VO Art. 3 Rn. 31; MüKoBGB/Martiny Rom I-VO Art. 3 Rn. 110.

3 NK-BGB/Bischoff Rom I-VO Art. 11 Rn. 5.

4 Juris-PK/Ringe Rom I-VO Art. 11 Rn. 25; Reithmann/Martiny/Reithmann Rn. 5.223.

5 MüKoBGB/Spellenberg Rom I-VO Art. 11 Rn. 63 (§ 311b Abs. 1 BGB ist unstrittig keine international zwingende Norm); Erman/Hohloch Rom I-VO Art. 11 Rn. 35; Schulze/Staudinger, 9. Auflage 2017, Rom I-VO Art. 11 Rn. 6; OLG Köln RIW 1993, 414.

6 NK-BGB/Bischoff Rom I-VO Art. 11 Rn. 5.

7 So hat das OLG Karlsruhe bereits im Jahre 1901 die privatschriftliche Verpfändung eines GmbH-Anteils in der Schweiz am Eingreifen der Vorbehaltsklausel des damaligen Art. 30 EGBGB scheitern lassen (OLG Karlsruhe 11.7.1901, in: Mugdan/Falkmann (Hrsg.), Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts, 3. Bd., 1901, 263 (264), zitiert nach BeckOGK/Gebauer Rom I-VO Art. 11 Rn. 100).

8 Staudinger/Hausmann Art. 21 Rom I-VO Rn. 17 f.

9 Aus der Rspr. etwa OLG Stuttgart IPRspr. 1981 Nr. 12 (zu Art. 6, 11 EGBGB).

10 NK-BGB/Bischoff Rom I-VO Art. 11 Rn. 11.

11 Staudinger/Hausmann Art. 21 Rom I-VO Rn. 17 f.

12 EuGH C-369/96 und C-376/96, Slg. 1999, I-8453–8530 – Arblade = EuZW 2000, 88; C-184/12, BeckEuRS 2013, 739488 Rn. 47f. – Unamar

Verneint man dessen Anwendbarkeit, so kann der alternativen Anknüpfung an die Ortsform in Art. 11 Abs. 1 bis Abs. 3 Rom I-VO zumindest die Grundaussage entnommen werden, dass Formvorschriften und den mit diesen verfolgten Zwecken keine absolute Bedeutung zugesprochen wird.¹⁰ Der erforderliche eklatante Verstoß gegen den „Kernbestand“ der deutschen Rechtsordnung¹¹ dürfte regelmäßig nicht vorliegen.

Exkurs 3: § 311b Abs. 1 BGB als Eingriffsnorm
iSv Art. 9 Rom I-VO

Der Begriff der Eingriffsnorm wird in Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO – in Anlehnung an die sog. Arblade-Formel des EuGH¹² – legaldefiniert. Eingriffsnormen sind danach nach dem Recht des normsetzenden Staats zwingender, sprich nicht dispositiver Natur. Darüber hinaus muss die Norm einen Sachverhalt ungeachtet des nach den Kollisionsnormen der Rom I-VO auf den Vertrag anzuwendenden Rechts erfassen wollen. Dieser internationale Geltungswille muss zur Wahrung des öffentlichen Interesses des normsetzenden Staates (insbesondere zur Wahrung seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation) angeordnet sein. Nach im Inland wohl h.M. kann eine Norm nur dann Eingriffsnorm sein, wenn sie hauptsächlich oder überwiegend auf den Schutz von öffentlichen bzw. Gemeininteressen gerichtet ist.¹³ Dagegen besteht in anderen EU-Mitgliedstaaten, wie etwa in Frankreich und Italien weniger Zurückhaltung bei der Qualifikation von individualschützenden Vorschriften als Eingriffsnormen.¹⁴ § 311b Abs. 1 BGB stellt nach h.M. keine Eingriffsnorm dar. Denn Norm verfolgt primär den Schutz und den Ausgleich von Individualbelangen.¹⁵ Zudem stellt sich die Frage inwieweit Formvorschriften in der Konkurrenzsituation mit Art. 11 Rom I-VO überhaupt als Eingriffsnormen qualifiziert werden können. Der in seinen Voraussetzungen wohl einen Mittelweg zwischen einer rein intern zwingenden Norm im Sinne von Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO und einer Eingriffsnorm darstellende¹⁶ Art. 11 Abs. 5 Rom I-VO wird vielfach als *lex specialis* zu Art. 9 Rom I-VO angesehen,¹⁷ während andere die potentielle Anwendung von Art. 9 Rom I-VO nicht durch Art. 11 Abs. 5 Rom I-VO ausgeschlossen sehen.¹⁸ Für im Inland belegener Grundbesitz ist daher für die praktische Rechtsanwendung Art. 11 Abs. 5 Rom I-VO heranzuziehen.

c) Sachenrecht

Art. 11 Rom I-VO erfasst nicht die Form der sachenrechtlichen Verfügung über den veräußerten Grundbesitz. Hierfür gilt gemäß Art. 11 Abs. 4 EGBGB zwingend das sachenrechtliche Geschäftsstatut, sprich für in Deutschland belegener Grundbesitz gemäß Art. 43 Abs. 1 EGBGB deutsches Recht. Dabei wird Zuständigkeitszuweisung des § 925 Abs. 1 S. 2 BGB an (deutsche) Notare ganz überwiegend als Formvorschrift i.S.v. Art. 11 Abs. 4 EGBGB angesehen,¹⁹ während sie teilweise als Regelung der ausschließlichen internationalen Zuständigkeit deutscher Notare interpretiert wird.²⁰

d) Grundbuchverfahren / Beurkundungsverfahren

Das für die Erfüllung des Grundstücksvertrages in Form der Eigentumsverschaffung notwendige Grundbuchverfahren unterliegt kraft einer ungeschriebenen Kollisionsnorm stets deutscher verfahrensrechtlicher *lex fori*. Verfahrensrechtlich zu qualifizieren und sich nur an die zur Entgegennahme einer Auflassung befugten deutschen Stelle richtend, ist auch die Vorschrift des § 925a BGB, nach welcher eine Auflassung nur entgegengenommen werden soll, wenn die nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB erforderliche Urkunde über den Vertrag vorgelegt oder gleichzeitig errichtet wird. Auch die Vorschriften des BeurkG, wie etwa § 17 BeurkG, richten sich nur an den deutschen Notar und sind nur von diesem zu beachten.

2. § 311b Abs. 1 als international zwingende Vorschrift i.S.v. Art. 11 Abs. 5 Rom I-VO?

a) Ausflug 1

Woher kommt die zu § 311b Abs. 1 S. 1 BGB herrschende Meinung? In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist in das Jahr 1928 zurückzukehren. In seiner Entscheidung vom 16.05.1928 hatte sich das Reichsgericht mit einem Fall zu befassen, in welchem die Formgültigkeit eines in der damaligen Tschechoslowakei mündlich abgeschlossenen Grundstückskaufvertrages über ein in Berlin belegenes Grundstück in Frage stand. In knappen Worten führte das Reichsgericht aus:

„Eine Formwidrigkeit ist jedoch hier nicht festzustellen. Denn es ist dem Berufungsgericht [= Kammergericht] beizupflichten, wenn es, im Wesentlichen aufgrund der in OLG Bd. 44 Seite 152 niedergelegten Erwägungen, die Form des § 313 S. 1 BGB bei den in der Tschechoslowakei abgeschlossenen Rechtsgeschäften der hier fraglichen Art als entbehrlich ansieht.“²¹

Das Kammergericht stellte in der zitierten Entscheidung vom 19.03.1925 systematische Erwägungen auf. Die Art. 11 Abs. 1 EGBGB a.F.²² einschränkende Vorschrift des Abs. 2 gelte nur für unmittelbar wirkende dingliche Rechtsgeschäfte:

13 Einsele WM 2009, 289 (295); HK-BGB/Staudinger Rom I-VO Art. 9 Rn. 4; juris-PK/Ringe Rom I-VO Art. 9 Rn. 13; Magnus IPRax 2010, 27 (41); Übersicht über den Meinungsstand bei: BeckOGK/Maultzsch Rom I-VO Art. 9 Rn. 41ff.

14 Lüttringhaus IPRax 2014, 146 (147).

15 Bamberger/Roth/Spickhoff Rom I-VO Art. 9 Rn. 24; NK-BGB/Doehner Rom I-VO Art. 9 Rn. 31; aA Reithmann/Martiny/Limmer Rn. 6.851 (für Verbraucherverträge).

16 JurisPK/Ringe Rom I-VO Art. 11 Rn. 43.

17 BeckOGK/Gebauer Rom I-VO Art. 11 Rn. 149; Rauscher/v. Hein Rom I-VO Art. 11 Rn. 34.

18 MüKoBGB/Spellenberg Rom I-VO Art. 11 Rn. 62.

19 Palandt/Thorn EGBGB Art. 11 Rn. 20; Staudinger/Pfeifer BGB § 925 Rn. 75.

20 Dazu Döbereiner ZNotP 2001, 465 (467).

21 RGZ 121, 154, 156 f.

22 Siehe unter Punkt 1.a.

„Für die Verpflichtungsgeschäfte belässt es Abs. 2 also bei der Ausnahme des Abs. 1 S. 2 ohne Unterschied, ob es sich um Rechtsverhältnisse handelt, die nach den Regeln des Abs. 1 S. 1 dem Sachstatut, Recht der beleghenen Sache, oder einem anderen Statut unterstehen.“

Als Erkenntnis des ersten Ausflugs lässt sich festhalten, dass zwar die in der Lehre als Beleg gegen die Annahme einer international zwingenden Natur von § 311b Abs. 1 S. 1 BGB vorstehend Entscheidung genannt wird.²³ Die systematischen Erwägungen des Reichsgerichts sind allerdings aufgrund der eingangs geschilderten Gesetzesänderungen, den geänderten Auslegungsmaßstäben (heute ist kollisionsrechtlich eine Norm des sekundären Unionsrechts auszulegen) überholt. Eine dem heutigen Art. 11 Abs. 5 Rom I-VO vergleichbare Vorschrift wurde erst durch die IPR-Reform im Jahr 1986 mit Art. 11 Abs. 4 EGBGB kodifiziert, durch welchen Art. 9 Abs. 6 EVÜ in das deutsche Recht inkorporiert wurde. In diesem Zuge wurde für das deutsche Recht auf Grundlage des EVÜ erstmals ein Kollisionsrecht für Schuldverträge und damit auch für Grundstücksschuldverträge kodifiziert. Seit dem 17.12.2009 ist die Rom I-VO anzuwenden.

b) Ausflug 2

Die international zwingende Natur einer Vorschrift ist im Rahmen von Art. 11 Abs. 5 Rom I-VO durch Auslegung der betreffenden Vorschrift zu ermitteln.²⁴ Folglich erscheint ein den Sinn und Zweck von § 311b Abs. 1 S. 1 BGB beleuchtender Ausflug erkenntnisversprechend. Bei der Kodifikation des Formgebots war primäres gesetzgeberisches Motiv der Schutz des Grundstückseigentümers und des Grundbesitzes selbst vor einem leichtfertigen Zuordnungswechsel.²⁵ Der § 313 S. 1 a.F. BGB zugrundeliegende Zweck wurde, wie das Kammergericht in der bereits zitierten Entscheidung vom 19.03.1925 ausführte, in der Verhinderung übereilter Verkäufe gesehen. Dieser Zweck sollte nach Ansicht des Gesetzes allein der deutschen Bevölkerung zugutekommen.²⁶ Gerade die heute in den Vordergrund angenommener Schutzbedürftigkeit gerückte Erwerbsverpflichtung unterlag bis zum 01.07.1973²⁷ nicht dem Formgebot des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB (§ 313 S. 1 BGB a.F.). Warum erweiterte der Gesetzgeber 1973 das Beurkundungserfordernis auf den Erwerb von Grundbesitz? Hierzu heißt es in den Gesetzgebungsmaterialien unter anderem:

„Nachdem zahlreiche Wohnungsbauunternehmen und Grundstückseigentümer dazu übergegangen waren, Erwerbsinteressenten an Grundstücken und Eigentumswohnungen durch formlose, meist privatschriftliche Erwerbsverpflichtungen einseitig zu binden, ohne selbst irgendeine Verpflichtung einzugehen und nachdem es sich in der Praxis eingebürgert [hat], daß sich die künftigen Veräußerer im Zusammenhang mit derartigen Erwerbsverpflichtungen oder Kaufanwärterverträgen (pactum de emendo) Vertragsstrafen, ‚Bearbeitungsgebühren‘ oder pauschalierte Schadensersatzbeträge für den Fall der Nichterfüllung solcher Verpflichtungen versprechen lassen“ erscheint es dem Gesetzgeber „dringend erforderlich, auch für die Eingehung [...] Erwerbsverpflichtungen den

Beurkundungszwang vorzusehen, der den Erwerbsinteressenten die Belehrung durch eine neutrale Person über die rechtliche Tragweite des Rechtsgeschäfts sichert. [...] Dabei hat der Notar darauf zu achten, daß unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden (§ 17 Abs. 1 des Beurkundungsgesetzes vom 28. August 1969 [...]). [...] Der Beurkundungszwang verhindert, daß Erwerbsinteressenten ohne ausreichende Überlegung privatschriftliche Erwerbsverpflichtungen eingehen, deren rechtliche Tragweite sie vielfach nicht beurteilen können. Zudem kann erwartet werden, daß [...] die [...] bei einseitigen – formlosen – Erwerbsverpflichtungen immer wieder anzutreffenden, den Bewerber benachteiligenden, bedenklichen oder gar unredlichen Vertragsklauseln in notariell beurkundete Verträge kaum noch Eingang finden dürften. Denn der Notar hat in solchen Fällen gemäß § 14 Abs. 2 der Bundesnotarordnung und § 4 des Beurkundungsgesetzes seine Amtstätigkeit zu versagen und die Beurkundung abzulehnen. Der Veräußerer wird daher dem Notar die Beurkundung solcher Verträge zumeist gar nicht erst ansinnen.“²⁸

Die durch den Notar erfolgende Beratung und Belehrung unerfahrener und ungewandter Beteiligter ist dem Gesetzgeber mehr und mehr ein Anliegen. Dies zeigt ein Blick auf § 17 BeurkG.

- Dieser wurde mit Wirkung zum 08.09.1998 durch die Vorschrift des § 17 Abs. 2a S. 1 BeurkG ergänzt, wonach der Notar das Beurkundungsverfahren so gestalten soll, dass insbesondere die Belehrung genannter Beteiligter gewährleistet ist.

23 Etwa BeckOK/Gehrlein, 43. Edition Stand: 15.06.2017, BGB § 311b Rn. 1; MüKoBGB/Kanzleiter, BGB § 311b Rn. 8; Staudinger/Schumacher (2012), § 311b Rn. 32.

24 MüKoBGB/Spellenberg Rom I-VO Art. 11 Rn.62.

25 Staudinger/Schumacher § 311b BGB Rn. 1

26 Ausführlicher zum Zweck von § 311b Abs. 1 BGB äußerte sich das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 03.03.1906 (RGZ 63, 18-21) im Rahmen der Frage, ob die Formvorschrift des § 313 S. 1 a.F. BGB auch auf Verträge betreffend die Übertragung ausländischer Grundstücke Anwendung findet: Nach den Motiven zum BGB (Band 11 Seite 189 zu § 351 des Entwurfs zum BGB) ist für die Erschwerung des Vertragschlusses über Grundstücke durch Einführung der gerichtlichen oder notariellen Form in erster Linie bestimmend gewesen, dass der Grundbesitz die natürliche Grundlage für die Sesshaftigkeit der Bevölkerung bildet, und diese soziale Bedeutung ihm auch nicht durch die infolge der modernen wirtschaftlichen Entwicklung gestiegene Bedeutung des Mobilienwertbesitzes verloren gegangen ist. In derselben Richtung bewegen sich die Erwägungen der 2. Kommission, die, indem sie den erwähnten Formzwang beibehielt, dabei auch noch die Notwendigkeit betonte, die weniger gewandte bäuerliche Bevölkerung gegen übereilte Käufe und Verkäufe, namentlich soweit derartige Geschäfte im Wirtschaftshaus verhandelt zu werden pflegen, zu schützen und die Zersplitterung des Grund und Bodens durch parzellierende Güterschächter zu verhüten (vgl. die von Achilles, Spahn und Gebhard herausgegebenen Protokolle der zweiten Kommission Bd. 1 S. 459, 461).

27 Der BGH teilte in seiner Entscheidung vom 22.12.1971 (NJW 1972, 715, 718) nach folgenden Sachstand mit: „In der Rechtsprechung und Literatur bestand bisher fast einhellig die Auffassung, daß eine reine Erwerbsverpflichtung (pactum de emendo) nicht der Formvorschrift des § 313 BGB unterliegt [...] In jüngster Zeit wird im Zusammenhang mit der Praxis bei der Veräußerung von Grundstückseigentum durch Wohnbaugesellschaften und im Zusammenhang mit der Erstellung von Ferienhäusern im Schrifttum die Ansicht vertreten, auch die reine Erwerbsverpflichtung des Käufers sei nach § 313 BGB formbedürftig [...]“

28 BT-Drucks. 7/63, S. 5 f

- Der durch § 17 BeurkG bezweckte Schutz durch Verfahren wurde sodann mit Wirkung zum 01.08.2008 durch Einfügung von S. 2 und S. 3 in § 17 Abs. 2a BeurkG konkretisiert, wonach der Notar bei Verbraucherverträgen darauf hinwirken soll, dass die rechtsgeschäftlichen Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich oder durch eine Vertrauensperson vor dem Notar abgegeben werden und der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen; bei Verbraucherverträgen, die der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 BGB unterliegen, soll dies aus im Regelfall dadurch erfolgen, dass dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt wird.
- Mit Wirkung zum 01.10.2013 erfolgte eine weitere Konkretisierung des Verbraucherschutzes, indem der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts vom beurkundenden Notar oder seinem Sozium zur Verfügung gestellt werden. Durch diese Konkretisierung wollte der Gesetzgeber verhindern, dass „Lücken in der Regelung des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG ausgenutzt werden und das notarielle Beurkundungsverfahren damit seine verbraucherschützende Wirkung nicht entfalten kann.“²⁹

Die mit § 311b Abs. 1 S. 1 BGB gesetzgeberisch verfolgten Zwecke, vor allem der Schutz des Erwerbers, wie dieser in den wiedergegebenen Passagen aus dem Jahr 1973 und 2012 zum Ausdruck kommt, sowie die generalpräventive Funktion des Beurkundungserfordernisses, sind nur bei Annahme einer international zwingenden Natur von § 311b Abs. 1 S. 1 BGB gewährleistet. Diese ist auch zur Vermeidung von inneren Widersprüchen unerlässlich. Denn die Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2a BeurkG ist nicht disponibel. Selbst der Verbraucher, dessen Schutz gewährleistet werden soll, kann auf die Einhaltung der Frist nicht verzichten.³⁰ Ist die Regelfrist von zwei Wochen nicht gewahrt und sind die Schutzzwecke der Wartefrist nicht anderweitig erfüllt, hat der Notar die Amtspflicht, eine Beurkundung (auch gegen den Willen der Urkundsbeteiligten) abzulehnen.³¹ § 17 Abs. 2a BeurkG verpflichtet den Notar, sich effektiv für eine Einhaltung des vom Gesetz vorgesehenen Verfahrens einzusetzen.³²

Wäre nun § 311b Abs. 1 S. 1 BGB selbst im Ergebnis aufgrund der Ortsformanknüpfung („Billigflieger“) abdingbar, so stellte dies einen Widerspruch zu § 17 Abs. 2a BeurkG dar. Nach dem Wortlaut von § 17 Abs. 2a BeurkG könnte durch Rechtswahl zugunsten einer ausländischen Rechts die Einhaltung vorstehender Zwei Wochen-Frist selbst im Inland umgangen werden. Denn in diesem Fall unterliegt der Vertrag auf Grundlage von Art. 11 Abs. 1 Var. 1 Rom I-VO gerade nicht mehr der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB. Die Abwahl von § 311b Abs. 1 BGB scheidet nicht zwingend an Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO.

c) Ausflug 3

Durch Gesetz vom 28.04.2017 wurde zum 01.01.2018 ein „Bauvertragsrecht“ in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen. § 650u BGB regelt insoweit den Bauträgervertrag. Die als Element dieses Vertrags enthaltene Grundstücksübertragungsverpflichtung bzw. Verpflichtung zur Erbbaurechtsbestellung führt zum Beurkundungserfordernis des § 311b Abs. 1 S. 1 BGB. Nach § 650i BGB steht dem Verbraucher im Rahmen eines Bauvertrages grds. ein Widerrufsrecht gemäß § 355 BGB zu. § 650i BGB findet gemäß § 650u Abs. 2 BGB allerdings keine Anwendung auf den Bauträgervertrag.

Warum gewährt der Gesetzgeber dem Verbraucher im Rahmen eines Bauträgervertrags (einem regelmäßig für die Erwerber regelmäßig wirtschaftlich extrem bedeutsamen Vertrag) nicht den durch das Widerrufsrecht vermittelten Schutz? Hierzu heißt es im insoweit parlamentarisch beschlossenen Gesetzentwurf der Bundesregierung:

„Der Erwerber ist durch die Belehrungspflichten des Notars und die in § 17 Absatz 2a Nummer 2 des Beurkundungsgesetzes vorgesehene Zeit für die Prüfung des Vertragsentwurfs (im Regelfall zwei Wochen) hinreichend vor Übereilung geschützt. Es besteht kein praktisches Bedürfnis, ihm eine weitere Bedenkzeit über das Widerrufsrecht zu verschaffen.“³³

Der Gesetzgeber verzichtet im Rahmen des Bauträgerrechts bewusst auf ein klassisches Mittel des Verbraucherschutzes, nämlich auf das Widerrufsrecht des Verbrauchers. Dies rechtfertigt er dadurch, dass der Schutz des Verbrauchers durch das notarielle Beurkundungsverfahren gewährleistet wird. Dann muss allerdings auch diese gewährleistet sein.

d) Schlussfolgerung:

Daraus folgt, dass § 311b Abs. 1 BGB nicht nur materiellrechtlich zwingend ist,³⁴ sondern jedenfalls im Falle eines Verbrauchervertrags unabhängig davon gelten soll, in welchem Staat der Vertrag geschlossen wird oder welchem Recht dieser Vertrag unterliegt (Art. 11 Abs. 5 Rom I-VO). Der auf Grund der Regelung des Art. 6 Abs. 4 lit. c Rom I-VO fehlende kollisionsrechtliche Verbraucherschutz ist durch vorstehende Auslegung von § 311b Abs. 1 S. 1 BGB im Rahmen von Art. 11 Abs. 5 Rom I-VO sicherzustellen.

29 BT-Drucks. 619/12, S. 1.

30 BGH DNotZ 2013, 552 (555); OLG Hamm, 29.03.2017, I-11 U 73/16, 11 U 73/16; OLG Frankfurt a.M., 11.07.2018, 4 U 98/17.

31 BGH NJW 2015, 2646 f.; KG, 23.09.2016, 9 W 129/15.

32 KG, 23.09.2016, 9 W 129/15.

33 BT-Drucks. 18/8486 S. 72.

34 Juris-PK/Ludwig § 311b BGB Rn. 2.

3. Anwendung von § 311b Abs. 1 BGB

Ist danach § 311b Abs. 1 BGB als international zwingende Vorschrift anzusehen, so stellt sich im Rahmen von dessen Anwendung die Frage, ob das dort aufgestellte Erfordernis notarieller Beurkundung auch durch einen ausländischen Notar erfüllt werden kann. Eine Norm des deutschen Sachrechts wie § 311b Abs. 1 S. 1 BGB meint zunächst die Beurkundung durch einen deutschen Notar.

Im Rahmen des Rechtsinstituts der Substitution ist durch Auslegung von § 311b Abs. 1 S. 1 BGB zu ermitteln, ob und unter welchen Voraussetzungen das Erfordernis notarieller Beurkundung auch durch die Beurkundung durch einen ausländischen Notar ersetzt werden kann.³⁵ Zunächst muss entschieden werden, ob § 311b Abs. 1 S. 1 BGB überhaupt der Substitution zugänglich ist, oder, ob genannte Norm zwingend die Beurkundung durch einen deutschen Notar verlangt.³⁶ Wäre dies nicht der Fall, wären in einem weiteren Schritt die konkreten Voraussetzungen zu prüfen, die von § 311b Abs. 1 S. 1 BGB als Substitutionsvoraussetzung (Stichwort: funktionelle Äquivalenz) aufgestellt werden.

§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB wird von der bisher h.M. als der Substitution zugänglich angesehen.³⁷ Die von Gesetzes wegen und Rspr. gewollten Funktionen notarieller Beurkundung, wie diese vorstehend dargestellt wurden, und notwendige Sanktionen im Falle eines Verstoßes, insbesondere gegen § 17 BeurkG, sind nur gewährleistet, wenn die Beurkundung durch einen deutschen Notar erfolgt, weil nur dieser an die Vorschriften des Beurkundungsgesetzes, insbesondere an § 17 BeurkG und die weiteren bodenverkehrspolitischen (§ 195 BauGB) und fiskalischen (Anzeigepflichten des Notars nach § 18 GrEStG und § 8 ErbStDV) Pflichten gebunden ist. Gleiches gilt für die Prüf-, Dokumentations- und Meldepflichten nach dem Geldwäschegesetz. Ein ausländischer Notar wird regelmäßig nicht hinreichende Kenntnisse über den Inhalt deutschen Rechts haben, um den mit § 311b Abs. 1 S. 1 BGB verfolgten Zwecken gerecht zu werden. Er muss regelmäßig auch nicht derartige Kenntnisse haben.³⁸

4. Beschränkung vorstehender Grundsätze auf Verbraucherverträge?

Die Maxime einheitlicher Gesetzesauslegung (keine unterschiedliche Auslegung von § 311b Abs. 1 S. 1 BGB für den Fall, dass ein Verbrauchervertrag vorliegt oder nicht – so hat etwa der Gesetzgeber durch Neufassung von § 439 Abs. 2 BGB die Rechtsprechung des EuGH in den Rechtssachen Weber und Putz zur Reichweite des Nacherfüllungsanspruchs nicht auf das Verhältnis Unternehmer - Verbraucher beschränkt) und die vorstehend genannten den deutschen Notar treffenden weiteren bodenverkehrspolitischen und fiskalischen und durch das Geldwäschegesetz auferlegten Pflichten, sowie insbesondere der dem Beurkundungserfordernis zugesprochene Zweck der Schaffung von Rechtssicherheit, sprechen dafür,

§ 311b Abs. 1 S. 1 BGB insgesamt als international zwingend und die Beurkundung durch einen deutschen Notar verlangend anzusehen.

5. Exkurs

Für den für im Inland belegenen Grundbesitz stets anwendbaren § 925 Abs. 1 S. 2 BGB entspricht es ganz herrschender und richtiger Meinung, dass die Auflassung nur durch einen inländischen Notar entgegengenommen werden kann.³⁹ Dies ergibt sich nicht nur auf Grundlage historischer Auslegung, sondern vor allem aus dem mit § 925 BGB verfolgten Zweck, nämlich der Schaffung von nach deutschem Recht einwandfreien und unzweideutigen Unterlagen als Grundlage für den Vollzug der Eigentumsumschreibung im Grundbuch (vgl. auch § 20 GBO).⁴⁰ Im Interesse des Bürgers und der Wirtschaft an einem zügigen und eindeutigen Grundbuchrechtsverkehr darf der einzelne Grundbuchrechtspfleger und allgemein die Justizverwaltung nicht durch ihrer Form und ihrer Ausdrucksweise nach unbekannte ausländische Urkunden und die Prüfung funktioneller Äquivalenz für jeden Einzelfall überfordert werden. Dies widerspräche den nach den Erfahrungen mit der Preußischen Hypothekenordnung von 1783 bewussten gesetzgeberischen Ausgestaltung der GBO.

Diese bislang schon herrschende Meinung erlangt durch den mit Wirkung zum 09.06.2017 eingefügten § 15 Abs. 3 GBO Bestätigung, wonach die zu einer Eintragung im Grundbuch erforderlichen Erklärungen vor ihrer Einreichung für das Grundbuchamt von einem Notar auf Eintragungsfähigkeit zu prüfen sind. § 15 Abs. 3 GBO meint aus systematischen Erwägungen⁴¹ und aus teleologischen Gesichtspunkten (die gewünschte Filter- und Entlastungsfunktion ist nur im Falle eines deutschen Notars gewährleistet) die Prüfung durch einen deutschen Notar.

6. Ergebnis:

Der Notar ist „Verbraucherschützer“ (Verbraucherschutz durch Verfahren), wie dies auch in § 3 MaBV zum Ausdruck kommt. Mit Blick auf die dargestellten Grundsätze ist § 311b Abs. 1 BGB jedenfalls im Rahmen eines Verbrauchervertrags international zwingend und der Substitution nicht zugänglich.⁴²

35 Kropholler IPR § 33 I; Rauscher IPR Rn. 525.

36 V. Bar/Mankowski IPR I § 7 Rn. 243.

37 BeckOGK/Schreindorfer BGB § 311b Rn. 41.

38 Zum schweizerischen Recht etwa Weber, MittBayNot 2018, 215, 220.

39 BGH WM 1968, 1170 (1171); BayObLG DNotZ 1978, 58 (61);

KG DNotZ NJW-RR 1986, 1462 m.w.N.; LG Ellwangen BWNtZ 2000,

45ff.; Kropholler IPR § 33 II 1; Rauscher IPR Rn. 542;

Rehm RabelsZ 64 (2000), 104 (107); NK-BGB/Bischoff Rom I-VO

Art. 11 Rn. 19; a.A. HK-BGB/Staudinger EGBGB Art. 11 Rn. 15.

40 MüKoBGB/Kanzleiter § 925 Rn. 14.

41 § 15 Abs. 2 GBO gilt ausschließlich für den deutschen Notar, siehe etwa

BeckOK/Reetz - 29. Edition, Stand: 01.05.2017 - § 15 GBO Rn. 23.

42 In diese Richtung andenkend Staudinger/Schumacher (2012),

§ 311b Rn. 32 (allerdings Art. 9 Rom I-VO).

Keine Erteilung eines deutschen Fremdrechtserscheins bei letztem gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers in einem Mitgliedsstaat der EUErbVO – Anmerkung zu EuGH Rechtsache C-20/17 (Oberle)

von Notarassessor Dr. Romen Link, Lörrach

I. Vorbemerkung

Der EuGH hat mit Urteil vom 21.6.2018 (Rs. C-20/17-Oberle) aufgrund des Vorlageersuchens des Kammergerichts Berlin vom 10.1.2017 (6 W 125/213) eine weitreichende Entscheidung für die Erteilung sog. Fremdrechtserscheine in Deutschland getroffen. Im Ergebnis führt die Entscheidung dazu, dass die Erteilung eines Fremdrechtserscheins in Deutschland nicht mehr möglich ist, wenn der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedsstaat der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 (EUErbVO) hatte. Die internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte für die Erteilung von Erbscheinen kann mit dieser Entscheidung künftig ausschließlich nach der EUErbVO und nicht mehr nach den §§ 105,343 FamFG bestimmt werden.

II. Zum Sachverhalt und Vorlagefrage

Der französische Staatsangehörige Adrien Théodore Oberle (im Folgenden: Erblasser), dessen letzter gewöhnlicher Aufenthalt in Frankreich war, verstarb am 28. November 2015 ohne Testament. Der Erblasser, dessen Ehefrau vorverstorben war, hinterließ zwei Söhne, Vincent Pierre und dessen Bruder. Das Nachlassvermögen befindet sich in Frankreich und Deutschland.

Auf Antrag von Vincent Pierre Oberle stellte das Tribunal d'instance de Saint-Avold (Gericht erster Instanz, Saint-Avold, Frankreich) am 8. März 2016 einen nationalen Erbschein aus, in dem Vincent Pierre Oberle und sein Bruder jeweils zur Hälfte als Erben dieses Vermögens bestimmt wurden. Beim Amtsgericht Schöneberg beantragte Vincent Pierre Oberle die Ausstellung eines auf den in Deutschland belegenen Nachlassgegenstandlich beschränkten Fremdrechtserscheins, da er nach französischem Recht gemeinsam mit seinem Bruder jeweils zur Hälfte das Vermögen des Erblassers geerbt habe.

Nach Prüfung seiner Zuständigkeit gemäß Art. 15 der Verordnung Nr. 650/2012 hat sich das Amtsgericht Schöneberg mit Beschlüssen vom 17. und 28. November 2016 für zur Entscheidung über diesen Antrag unzuständig erklärt.

Gegen diesen Beschluss legte Vincent Pierre Oberle Beschwerde beim vorlegenden Gericht, dem Kammergericht (Berlin, Deutschland), ein.

Das Kammergericht erachtete das Amtsgericht Schöneberg wegen des Vorhandenseins von Nachlassvermögen im deutschen Bundesgebiet gemäß der Voraussetzung des § 343 Abs. 3 FamFG für international zuständig zur Ausstellung des von Vincent Pierre Oberle beantragten beschränkten Erbscheins. Vor diesem Hintergrund hat das Kammergericht beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof die folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Ist Art. 4 der Verordnung Nr. 650/2012 dahin gehend auszulegen, dass damit auch die ausschließliche internationale Zuständigkeit für den Erlass der nicht vom Europäischen Nachlasszeugnis ersetzten nationalen Nachlasszeugnisse in den jeweiligen Mitgliedstaaten (vgl. Art. 62 Abs. 3 der Verordnung Nr. 650/2012) bestimmt wird, mit der Folge, dass abweichende Bestimmungen der nationalen Gesetzgeber hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit für die Ausstellung der nationalen Nachlasszeugnisse – wie z. B. in Deutschland § 105 FamFG – wegen Verstoßes gegen höherrangiges Europarecht unwirksam sind?

III. Aus den Gründen

29. Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 4 der Verordnung Nr. 650/2012 dahin auszulegen ist, dass er einer Rechtsvorschrift eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren entgegensteht, die vorsieht, dass, auch wenn der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in diesem Mitgliedstaat hatte, dessen Gerichte ihre Zuständigkeit für die Ausstellung der nationalen Nachlasszeugnisse im Zusammenhang mit einem Erbfall mit grenzüberschreitendem Bezug behalten, wenn Nachlassvermögen auf dem Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats belegen ist oder der Erblasser dessen Staatsangehörigkeit besaß.

30. Zunächst sei festgehalten, dass die Verordnung Nr. 650/2012 gemäß ihrem Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit ihrem neunten Erwägungsgrund auf alle zivilrechtlichen Aspekte der Rechtsnachfolge von Todes wegen mit Ausnahme von Steuer- und Zollsachen sowie verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten anzuwenden ist. Art. 1 Abs. 2 der Verordnung nimmt wiederum verschiedene Fragen von ihrem Anwendungsbereich aus, zu denen weder die nationalen Nachlasszeugnisse noch die dazugehörigen Verfahren zählen.

33. Hinsichtlich der konkreten Frage, ob Art. 4 der Verordnung Nr. 650/2012 die internationale Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte für die Ausstellung der nationalen

Nachlasszeugnisse festlegt, ist daran zu erinnern, dass nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs die Vorschriften über die Zuständigkeitsregeln, soweit sie für die Ermittlung ihres Sinnes und ihrer Bedeutung nicht auf das Recht der Mitgliedstaaten verweisen, in der gesamten Union eine autonome und einheitliche Auslegung erhalten müssen, die unter Berücksichtigung nicht nur ihres Wortlauts, sondern auch des Kontexts der Vorschrift und des mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziels gefunden werden muss (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 18. Dezember 2014, Sanders und Huber, C 400/13 und C 408/13, EU:C:2014:2461, Rn. 24, sowie vom 1. März 2018, Mahnkopf, C 558/16, EU:C:2018:138, Rn. 32).

34. Art. 4 der Verordnung Nr. 650/2012 bestimmt nach seinem Wortlaut die Zuständigkeit der Gerichte des Mitgliedstaats, in dessen Hoheitsgebiet der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, für Entscheidungen in Erbsachen für den gesamten Nachlass.

36. Darüber hinaus lässt sich der Überschrift des Art. 4 der Verordnung Nr. 650/2012 entnehmen, dass diese Vorschrift die Bestimmung der allgemeinen Zuständigkeit der Gerichte der Mitgliedstaaten regelt, während sich die innerstaatliche Zuständigkeitsverteilung gemäß Art. 2 der Verordnung nach den nationalen Regeln richtet.

37. Aus dem Wortlaut dieses Art. 4 geht hervor, dass sich die dort normierte allgemeine Zuständigkeitsregel auf „den gesamten Nachlass“ bezieht, was, wie auch der Generalanwalt in Nr. 67 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, darauf hindeutet, dass sie grundsätzlich auf alle Verfahren in Erbsachen vor den Gerichten der Mitgliedstaaten anwendbar sein soll.

38. Hinsichtlich der Auslegung des Wortes „Entscheidungen“ in dieser Bestimmung ist zu prüfen, ob sich der Unionsverordnungsgeber damit auf die von den nationalen Gerichten in Ausübung ihrer rechtsprechenden Funktion getroffenen Entscheidungen beschränken wollte. Im vorliegenden Fall geht, wie in Rn. 27 dieses Urteils festgehalten, aus der Vorlageentscheidung hervor, dass das Verfahren zur Ausstellung der nationalen Erbscheine unter die freiwillige Gerichtsbarkeit fällt und die Beschlüsse zur Erteilung solcher Erbscheine lediglich Tatsachenfeststellungen enthalten, aber keine Regelungen, die in Rechtskraft erwachsen können.

39. Diesbezüglich liefert der Begriff „Gerichte“ in Art. 4 der Verordnung Nr. 650/2012, wie er in Art. 3 Abs. 2 dieser Verordnung definiert ist, keine Anhaltspunkte für die Tragweite des Begriffs „Entscheidungen“, wie auch der Generalanwalt in Nr. 64 seiner Schlussanträge anmerkt.

40. Somit ist festzuhalten, dass sich allein anhand des Wortlauts des Art. 4 der Verordnung Nr. 650/2012 nicht bestimmen lässt, ob sich der – streitige oder nicht streitige – Charakter des Verfahrens auf die Anwendbarkeit der in dieser Bestimmung vorgesehenen Zuständigkeitsregel auswirkt und ob unter dem Begriff „Entscheidungen“ im Sinne dieser Bestimmung nur der Erlass einer rein juristischen Entscheidung zu verstehen ist. Insofern führt die wörtliche Auslegung dieser Bestimmung zu keiner Antwort auf die Frage, ob ein Verfah-

ren zur Ausstellung nationaler Nachlasszeugnisse wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende unter diesen Art. 4 zu subsumieren ist.

41. Was die Analyse des systematischen Zusammenhangs dieser Bestimmung betrifft, geht aus Art. 13 der Verordnung Nr. 650/2012 hervor, dass außer dem gemäß dieser Verordnung für die Rechtsnachfolge von Todes wegen zuständigen Gericht die Gerichte des Mitgliedstaats, in dem eine Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, die nach dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht eine Erklärung über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft, eines Vermächtnisses oder eines Pflichtteils oder eine Erklärung zur Begrenzung der Haftung der betreffenden Person für die Nachlassverbindlichkeiten abgeben kann, für die Entgegennahme dieser Erklärungen zuständig sind.

42. So zielt dieser Art. 13 in Verbindung mit dem 32. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 650/2012 auf die Vereinfachung der Amtswege der Erben und Vermächtnisnehmer ab, indem von den Zuständigkeitsregeln der Art. 4 bis 11 dieser Verordnung abgewichen wird. Folglich sind die gemäß Art. 4 der Verordnung für Entscheidungen in Erbsachen über den gesamten Nachlass zuständigen Gerichte grundsätzlich auch zur Entgegennahme von Erbeserklärungen zuständig. Demzufolge erfasst die Zuständigkeitsregel des Art. 4 auch solche Verfahren, die nicht zum Erlass einer juristischen Entscheidung führen.

43. Diese Auslegung findet im 59. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 650/2012 Bestätigung, aus dem hervorgeht, dass ihre Bestimmungen unabhängig davon anwendbar sind, ob Entscheidungen über einen Erbfall mit grenzüberschreitendem Bezug in streitigen oder nicht streitigen Verfahren ergangen sind.

44. Somit bestimmt Art. 4 der Verordnung Nr. 650/2012 die internationale Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte für Verfahren über Maßnahmen in Erbsachen betreffend den gesamten Nachlass wie insbesondere die Ausstellung der nationalen Nachlasszeugnisse unabhängig vom streitigen oder außerstreitigen Charakter dieser Verfahren.

45. Diese Auslegung wird durch Art. 64 der Verordnung Nr. 650/2012 nicht deshalb entkräftet, weil dieser vorsieht, dass das Europäische Nachlasszeugnis in dem Mitgliedstaat ausgestellt wird, dessen Gerichte nach den Art. 4, 7, 10 oder 11 der Verordnung zuständig sind.

46. Wie der Generalanwalt in Nr. 90 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, gilt für das durch die Bestimmungen in Kapitel VI der Verordnung Nr. 650/2012 geschaffene Europäische Nachlasszeugnis eine autonome rechtliche Regelung. In diesem Zusammenhang dient Art. 64 der Verordnung zur Klarstellung, dass sowohl die Gerichte als auch bestimmte andere Behörden für die Ausstellung eines solchen Nachlasszeugnisses zuständig sind, wobei er mittels Verweises auf die Zuständigkeitsregelungen der Art. 4, 7, 10 und 11 der Verordnung bestimmt, in welchem Mitgliedstaat diese Ausstellung stattzufinden hat.

47. Im Übrigen ist anzumerken, dass gemäß Art. 62 Abs. 2 und 3 der Verordnung Nr. 650/2012 die Verwendung des Europäischen Nachlasszeugnisses nicht verpflichtend ist und dieses Zeugnis nicht an die Stelle der innerstaatlichen Schriftstücke tritt, die in den Mitgliedstaaten zu ähnlichen Zwecken verwendet werden, wie z. B. die nationalen Nachlasszeugnisse.

48. Unter diesen Umständen kann Art. 64 der Verordnung Nr. 650/2012 nicht dahin ausgelegt werden, dass die nationalen Nachlasszeugnisse vom Anwendungsbereich der Zuständigkeitsregel des Art. 4 der Verordnung ausgeschlossen wären.

49. Hinsichtlich der mit der Verordnung Nr. 650/2012 verfolgten Ziele geht aus ihren Erwägungsgründen 7 und 8 hervor, dass sie insbesondere darauf gerichtet ist, den Erben und Vermächtnisnehmern, den anderen Personen, die dem Erblasser nahestehen, und den Nachlassgläubigern die Durchsetzung ihrer Rechte im Zusammenhang mit einem Erbfall mit grenzüberschreitendem Bezug zu erleichtern sowie es den Unionsbürgern zu ermöglichen, ihren Nachlass zu regeln.

50. Unter demselben Blickwinkel betont der 27. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 650/2012, dass die Vorschriften dieser Verordnung so angelegt sind, dass sichergestellt wird, dass die mit der Erbsache befasste Behörde in den meisten Situationen ihr eigenes Recht anwendet.

51. In dieser Hinsicht knüpfen Art. 21 Abs. 1 der Verordnung Nr. 650/2012 mit der allgemeinen Kollisionsnorm für das anwendbare Recht sowie Art. 4 der Verordnung über die allgemeine Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte beide an das Kriterium des gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes an.

52. Eine Anwendung des nationalen Rechts bei der Bestimmung der allgemeinen Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte für die Ausstellung der nationalen Nachlasszeugnisse würde allerdings dem im 27. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 650/2012 erklärten Ziel dieser Verordnung zuwiderlaufen, das in der Sicherstellung der Kohärenz zwischen den Bestimmungen über die Zuständigkeit und denen über das in diesem Bereich anwendbare Recht liegt.

53. Darüber hinaus wird im Einklang mit der im 59. Erwägungsgrund statuierten allgemeinen Zielsetzung der Verordnung, nämlich der gegenseitigen Anerkennung der in den Mitgliedstaaten ergangenen Entscheidungen in Erbsachen, im 34. Erwägungsgrund der Verordnung angeführt, dass in den verschiedenen Mitgliedstaaten keine Entscheidungen ergehen sollten, die miteinander unvereinbar sind.

54. Dieses Ziel fügt sich in den insbesondere in Art. 23 Abs. 1 der Verordnung Nr. 650/2012 niedergelegten Grundsatz der Einheitlichkeit der Erbfolge ein, wonach dem gemäß dieser Verordnung anzuwendenden Recht „die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen“ unterliegen soll.

55. Dieser Grundsatz der Einheitlichkeit der Erbfolge liegt auch der Regelung des Art. 4 der Verordnung Nr. 650/2012 zugrunde, da auch dort vorgesehen ist, dass sich die Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte für Entscheidungen in Erbsachen „für den gesamten Nachlass“ nach dieser Regel richtet.

56. Wie der Generalanwalt in den Nrn. 109 und 110 seiner Schlussanträge in Erinnerung gerufen hat, hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass eine Auslegung der Normen der Verordnung Nr. 650/2012, die eine Nachlassspaltung nach sich zöge, mit den Zielen dieser Verordnung unvereinbar wäre (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12. Oktober 2017, Kubicka, C 218/16, EU:C:2017:755, Rn. 57). Da nämlich eines dieser Ziele in der Schaffung einer einheitlichen Regelung für Erbfälle mit grenzüberschreitendem Bezug besteht, erfordert dessen Verwirklichung die Harmonisierung der Vorschriften über die internationale Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte sowohl bei streitigen als auch bei außerstreitigen Verfahren.

57. Die Auslegung von Art. 4 der Verordnung, wonach diese Bestimmung die internationale Zuständigkeit der Gerichte der Mitgliedstaaten für die Verfahren zur Ausstellung der nationalen Nachlasszeugnisse festlegt, wirkt im Interesse einer geordneten Rechtspflege innerhalb der Union auf die Verwirklichung dieses Ziels hin, indem sie die Gefahr von Parallelverfahren vor den Gerichten der verschiedenen Mitgliedstaaten sowie von daraus resultierenden Widersprüchen einschränkt.

58. Hingegen wäre die Erfüllung der mit der Verordnung Nr. 650/2012 angestrebten Zwecke beeinträchtigt, wenn in einer Konstellation wie im Ausgangsverfahren die Bestimmungen des Kapitels II der Verordnung, insbesondere ihr Art. 4, dahin ausgelegt würden, dass sie nicht die internationale Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte für die Verfahren zur Ausstellung der nationalen Nachlasszeugnisse regeln.

59. Aus all diesen Erwägungen folgt, dass Art. 4 der Verordnung Nr. 650/2012 dahin auszulegen ist, dass er einer Rechtsvorschrift eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren entgegensteht, die vorsieht, dass, auch wenn der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in diesem Mitgliedstaat hatte, dessen Gerichte ihre Zuständigkeit für die Ausstellung der nationalen Nachlasszeugnisse im Zusammenhang mit einem Erbfall mit grenzüberschreitendem Bezug behalten, wenn Nachlassvermögen auf dem Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats belegen ist oder der Erblasser dessen Staatsangehörigkeit besaß.

IV. Anmerkung

Die Fragestellung, ob die Regelungen zur internationalen Zuständigkeit in den §§ 105, 352 Abs. 2 und 3 FamFG europarechtskonform sind, war seit der Einführung dieser Vorschriften durch den Gesetzgeber im Jahre 2015 durch das Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften umstritten.

Eine Auffassung ging davon aus, dass die Regelung der internationalen Zuständigkeit in Art. 4 EUErbVO keine Anwendung auf die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit für die Erteilung nationaler Erbnachweise findet.¹ Diese Auffassung wurde damit begründet, dass Art. 62 ff. EUErbVO gerade bestimmt, dass das in der EUErbVO eingeführte Europäische Nachlasszeugnis (ENZ) nicht an die Stelle innerstaatlicher Schriftstücke tritt, die in den Mitgliedsstaaten zu ähnlichen Zwecken verwendet werden. Weiterhin ergäbe sich gerade aus Erwägungsgrund 69 und Art. 62 Abs. 2 der EUErbVO, dass die Verwendung des ENZ nicht verpflichtend sei.² Zudem wurde eingewandt, dass Art. 4 EUErbVO nur die internationale Zuständigkeit für gerichtliche Entscheidungen regelt und die Erteilung eines Erbscheins nach § 352 e FamFG keine solche gerichtliche Entscheidung darstelle, da diese keinen Regelungscharakter enthalte und nicht in Rechtskraft erwachse.³ Diese Einordnung werde auch dadurch bestätigt, dass die EUErbVO in Art. 64 eine Regelung über die Zuständigkeit für die Erteilung des ENZ enthalte. Diese Regelung sei jedoch nicht erforderlich, wenn es sich bei der Erteilung eines ENZ um eine gerichtliche Entscheidung handle, da sich die Zuständigkeit dann bereits aus Art. 4 ff. EUErbVO ergäbe.⁴ Im Umkehrschluss müsse diese Qualifikation dann auch für nationale Erbnachweise gelten, für die gerade keine Zuständigkeitsregelung in der EUErbVO enthalten sei. Darüber hinaus wurde vielfach auf die praktischen Schwierigkeiten hingewiesen, die sich daraus ergeben, dass die Beteiligten ohne die Möglichkeit der Erteilung nationaler Erbnachweise gezwungen sind, ein ENZ am letzten gewöhnlichen Aufenthaltsort des Erblassers zu beantragen.⁵

Die Gegenauffassung ging von einer ausschließlichen Regelung der internationalen Zuständigkeit in Art. 4 EUErbVO aus.⁶ Begründet wurde dies insbesondere mit dem Zweck der Zuständigkeitsregelungen der EUErbVO, die eine einheitliche Zuständigkeit sowie den Gleichlauf zwischen Zuständigkeit und anwendbarem Recht zum Ziel habe.⁷ Weiterhin entstünde durch die Annahme einer parallelen Zuständigkeit die Gefahr inhaltlich divergierender Erbzeugnisse.⁸

Der Gesetzgeber folgte in der Gesetzesbegründung⁹ der erstgenannten Auffassung und führte ohne nähere Begründung aus: „Hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit bleibt es mangels einer besonderen Bestimmung in den §§ 98-104 FamFG bei der Anwendung von § 105 FamFG. Danach kommt es für die internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte allein darauf an, ob die örtliche Zuständigkeit nach § 343 FamFG gegeben ist. Betroffen hiervon sind diejenigen erbrechtlichen Verfahren mit Auslandsberührung, die nicht vom Zuständigkeitsregime der ErbVO erfasst werden wie z. B. die besondere amtliche Verwahrung nach § 342 Abs. 1 Nr. 1 FamFG sowie die Erteilung und Einziehung und ggf. Kraftloserklärung von Erbscheinen, Testamentsvollstreckerzeugnissen und sonstigen vom Nachlassgericht zu erteilenden Zeugnissen nach § 342 Abs. 1 Nr. 6 FamFG.“

Der EuGH folgte in seiner Entscheidung hingegen der Gegenauffassung und geht dezidiert auf alle Argumente der vorstehend erstgenannten Auffassung ein:

Der EuGH schließt bereits aus dem Wortlaut der Regelung des Art. 4 EUErbVO, der die Zuständigkeit für den „gesamten Nachlass“ begründet, dass diese Bestimmung für alle Verfahren in Erbsachen vor den Gerichten der Mitgliedsstaaten anwendbar sein soll und damit gerade nicht einzelne Verfahren bei einem grenzüberschreitenden Bezug ausnehme.¹⁰

Weiterhin setzt sich der EuGH ausführlich mit dem Begriff der „Entscheidung“ im Sinne des Art. 4 EUErbVO auseinander. Nach der Auffassung des EuGH gelangt man bei einer Auslegung nach dem Wortlaut der Norm zu keinem Ergebnis, ob damit dieser Begriff auch Entscheidungen umfasst, die nicht in Rechtskraft erwachsen.¹¹ Bei einer systematischen Auslegung gelangt der EuGH jedoch zu dem Ergebnis, dass sich bereits aus Art. 13 EUErbVO - der eine zusätzliche Zuständigkeit für die Entgegennahme von Erklärungen gegenüber Nachlassgerichten begründet - ergibt, dass Art. 4 EUErbVO nicht nur für justizielle Entscheidungen Anwendung findet, da die Entgegennahme einer Erklärung ebenfalls keine solche Entscheidung darstellt und Art. 13 EUErbVO ausdrücklich von einer Anwendung des Art. 4 EUErbVO für diese Sachverhalte ausgeht.¹²

Damit steht nach dieser Entscheidung des EuGH verallgemeinernd fest, dass vom Begriff der „Entscheidung“ sämtliche Verfahren vor Behörden und Gerichten umfasst sind, die in den sachlichen Anwendungsbereich der EUErbVO fallen, unabhängig von ihrer Rechtswirkung.

Der EuGH geht weiterhin auch auf die Argumentation ein, dass die Zuständigkeitsregelung des Art. 64 EUErbVO bei einer weiten Auslegung des Begriffs der „Entscheidung“ keinen eigenständigen Regelungsbereich habe und daher von einer engen Auslegung des Begriffs auszugehen sei und macht deutlich, dass Art. 64 EUErbVO lediglich eine klarstellende Funktion habe.¹³

Abschließend gelangt der EuGH auch bei teleologischer Auslegung der EUErbVO zu dem Ergebnis einer ausschließlichen internationalen Zuständigkeit für die Erteilung von Erbnachweisen durch Art. 4 EUErbVO. Begründet wird dies insbesondere damit, dass nach dem 27. Erwägungsgrund der EUErbVO diese die Zielsetzung habe, dass die mit einer Erbsache

1 So *Weber/Schall*, NJW 2016, 3564 ff.; *Döbereiner*, NJW 2015, 2449 ff.; *Dörner*, ZEV 2012, 505 ff.; KG Berlin, BeckRS 2017, 100728.
 2 *Weber/Schall*, NJW 2016, 3564 ff., 3565.
 3 *Weber/Schall*, NJW 2016, 3564 ff., 3565; KG Berlin, BeckRS 2017, 100728.
 4 *Weber/Schall*, NJW 2016, 3564 ff., 3566; KG Berlin, BeckRS 2017, 100728.
 5 *Weber/Schall*, NJW 2016, 3564 ff., 3566.
 6 So *Leipold*, ZEV 2017, 213 ff. m.w.N.; ders. ZEV 2015, 553 ff.; *Dutta*, Vorb. zu Art. 4 MüKo/Rn. 5; Generalanwalt Rs. C-20/17, BeckRS 2018, 1765; OLG Hamburg, Beschl. v. 16.11.2016 – 2 W 85/16.
 7 *Leipold*, ZEV 2015, 553 ff., 554.
 8 *Leipold*, ZEV 2015, 553 ff., 558.
 9 BR-Drucksache 644/14, S. 59.
 10 EuGH, Rz. 37.
 11 EuGH, Rz. 38-40.
 12 EuGH Rz. 41 - 44, unter weiterer Heranziehung der Erwägungsgründe 32 und 59 der EUErbVO.
 13 EuGH, Rz. 45-48.

befasste Behörde in den meisten Situationen ihr eigenes Recht anwendet und nach dem 34. Erwägungsgrund keine Entscheidungen ergehen sollen, die miteinander unvereinbar sind.¹⁴

Der Entscheidung des EuGH ist in ihrer dogmatischen Begründung zuzustimmen. Zwar sprechen gewichtige Praktikabilitätsabwägungen gegen das gefundene Ergebnis. Dem steht jedoch unverkennbar die Zielsetzung entgegen, dass keine divergierenden Entscheidungen in den Mitgliedsstaaten ergehen sollen und zur Vereinfachung jeder Mitgliedsstaat sein eigenes Recht im Regelfall anwenden soll.

Die Anwendung des Art. 288 Abs. 2 AEUV führt nunmehr dazu, dass Fremdrechterscheine in Deutschland nicht mehr erteilt werden können, sofern der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedsstaat der EuErbVO hatte. Der Gesetzgeber ist aufgefordert, die Regelung des § 105 FamFG dahingehend anzupassen, dass hiervon Sachverhalte nicht erfasst sind, die in den Anwendungsbereich der EuErbVO fallen.

V. Internationale Zuständigkeit bei einem letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers in einem Drittstaat

Hatte der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Staat, der nicht Mitglied der EuErbVO ist, richtet sich die internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte für die Erteilung von Erbscheinen nach der Entscheidung des EuGH ebenfalls ausschließlich nach der EuErbVO und nicht nach den §§ 105, 343 FamFG. In diesem Fall kommt die Regelung des Art. 10 EuErbVO zur Anwendung. Nach dieser Vorschrift ist das Nachlassgericht eines Mitgliedsstaates für den *gesamten* Nachlass zuständig, wenn sich in dem Mitgliedsstaat Nachlassvermögen befindet und der Erblasser entweder

- a) dessen Staatsangehörigkeit besaß oder
- b) seinen *vorhergehenden* gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Mitgliedsstaat innerhalb der letzten fünf Jahre hatte.

Liegen die Voraussetzungen a) und b) nicht vor, ergibt sich aus Art. 10 Abs. 2 EuErbVO die internationale Zuständigkeit jedes Mitgliedsstaates für das in diesem Mitgliedsstaat belegene Nachlassvermögen. Diese ausschließliche Zuständigkeitsbestimmung führt beispielsweise in der Fallkonstellation, in der ein Erblasser, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Todeszeitpunkt in der Schweiz hatte und vier Jahre vor seinem Tod in Frankreich seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, dazu, dass ausschließlich das jeweilige französische Nachlassgericht zuständig ist, auch wenn sich in Deutschland Nachlassvermögen befindet.¹⁵

Ergibt sich aus den vorstehend erläuterten Zuständigkeitsbestimmungen die Zuständigkeit eines deutschen Nachlassgerichts, so bestimmt sich die örtliche Zuständigkeit weiterhin nach § 343 FamFG. Das örtlich zuständige Nachlassgericht

erteilt dann bei einem entsprechenden Antrag auch weiterhin sog. Fremdrechterscheine.

Daneben werden auch weiterhin von deutschen Nachlassgerichten sog. Fremdrechterscheine erteilt, wenn der Erblasser zwar seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte, aber zulässigerweise nach Art. 22 EuErbVO eine Rechtswahl zugunsten eines fremden Erbrechts getroffen hat. Sofern einer der Beteiligten nach den Voraussetzungen des Art. 6 lit. a EuErbVO nicht beantragt, das Verfahren in dem Staat des anwendbaren Rechts durchzuführen.

VI. Weitere rechtliche Konsequenzen der Entscheidung

Es stellt sich weiterhin die Frage, ob sich aus dieser Entscheidung des EuGH hinsichtlich weiterer Verfahren in Nachlasssachen Konsequenzen für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit ergeben.

1. Erteilung von Testamentsvollstreckerzeugnissen

Bisher ging die überwiegende Auffassung in der Literatur davon aus, dass sich die internationale Zuständigkeit für die Erteilung von Testamentsvollstreckerzeugnissen nach den §§ 105, 343 FamFG richtet.¹⁶ Die Gegenauffassung ging hingegen entsprechend dem Meinungsstand zur Erteilung von Erbscheinen davon aus, dass sich die internationale Zuständigkeit ausschließlich nach der EuErbVO richtet.¹⁷

Nach der Entscheidung des EuGH muss davon ausgegangen werden, dass eine internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte für die Erteilung von Testamentsvollstreckerzeugnissen hinsichtlich des Nachlasses von Erblassern nicht besteht, die ihren letzten gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedsstaat der EuErbVO hatten. Wie vorstehend ausgeführt, geht der EuGH bei der Definition des Begriffs der „Entscheidung“ i.S.d. Art. 4 EuErbVO von einer weiten Auslegung aus, die sämtliche Verfahren vor Behörden und Gerichten in Nachlasssachen betrifft. Davon ist auch das Verfahren zur Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses umfasst. Der Testamentsvollstrecker muss sich daher künftig bei entsprechenden grenzüberschreitenden Sachverhalten ein ENZ beim zuständigen Nachlassgericht am letzten gewöhnlichen Aufenthaltsort des Erblassers erteilen lassen. Nach Art. 68 lit. o EuErbVO sind die Befugnisse des Testamentsvollstreckers in das ENZ aufzunehmen. Auch in diesen Fällen

¹⁴ EuGH, Rz. 49 ff.

¹⁵ Umstritten ist allerdings, ob es nicht ausreicht, wenn der Erblasser *einen* vorhergehenden gewöhnlichen Aufenthalt innerhalb der letzten fünf Jahre in einem Mitgliedsstaat hatte oder ob tatsächlich nur der letzte vorhergehende gewöhnliche Aufenthalt maßgeblich ist, s. hierzu *Dutta*, Art. 10 EuErbVO/MüKo, Rn. 15 ff.

¹⁶ *Lutz*, BWNNotZ 2016, 34 ff., 38; so auch der Gesetzgeber, BR-Drucksache 644/14, S. 59.

¹⁷ *Zimmermann*, in Keidel, FamFG, § 354 FamFG, Rn. 18.

gilt die begrenzte Gültigkeitsdauer von sechs Monaten nach Art. 70 Abs. 3 EuErbVO. Es besteht jedoch die Möglichkeit durch das Nachlassgericht, die Gültigkeitsdauer nach Art. 70 Abs. 3 EuErbVO in begründeten Ausnahmefällen zu verlängern. Ein solcher Fall dürfte nach meiner Auffassung für den Fall der angeordneten Testamentsvollstreckung vorliegen, da eine Abwicklung des gesamten Nachlasses im Regelfall nicht innerhalb von sechs Monaten möglich ist.

2. Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen

Die wohl überwiegende Auffassung geht bisher davon aus, dass die internationale Zuständigkeit für die Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen nicht nach der EuErbVO, sondern nach den §§ 105, 343 FamFG zu bestimmen ist.¹⁸ Allerdings wurde wie bereits dargelegt der Begriff der „Entscheidung“ im Sinne des Art. 4 EuErbVO durch den EuGH sehr weit gefasst. Daher dürfte davon auszugehen sein, dass vom Begriff der Entscheidung nach Art. 4 EuErbVO auch die Eröffnungszuständigkeit umfasst und daher die Zuständigkeit ausschließlich nach den Art. 4 ff. EuErbVO zu bestimmen ist.¹⁹

In vielen Fällen dürfte bei der Eröffnung von Verfügungen von Todes wegen, bei denen der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hatte, die Vorschrift des § 344 Abs. 6 FamFG anzuwenden sein, die bestimmt, dass das Gericht hinsichtlich der Eröffnung zuständig ist, bei dem sich ein Testament in amtlicher Verwahrung befindet. Zweck dieser Regelung ist, sicherzustellen, dass ein verwahrtes Testaments nicht ohne Eröffnung an das zuständige Nachlassgericht versendet wird und beim Versand einem Verlustrisiko ausgesetzt ist.²⁰ Dieses Risiko besteht bei einem Versand ins Ausland über die zuständige inländische Auslandsvertretung des Erblassers in besonderem Maße.²¹

Insofern ist die Eröffnungszuständigkeit nach § 344 Abs. 6 FamFG gleichzeitig auch Teil der Verwahrungszuständigkeit einer Verfügung von Todes wegen. Es stellt sich mithin die Frage, ob auch die Verwahrungszuständigkeit von der Zuständigkeitsregelung der EuErbVO umfasst ist. *Dutta* geht davon aus, dass der Begriff der „Entscheidung“ im Sinne des Art. 4 EuErbVO auch Verfahren zu Lebzeiten des Erblassers und damit auch die Verwahrungszuständigkeit umfasst.²² Hiergegen ist allerdings einzuwenden, dass sich aus der EuErbVO hierfür keine Anhaltspunkte ergeben. Vielmehr ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 4 EuErbVO, der für die Bestimmung der Zuständigkeit auf den letzten gewöhnlichen Aufenthalt abstellt, bereits, dass der Tod des Erblassers vorausgesetzt wird und dieser daher in zeitlicher Hinsicht den Anwendungsbereich der Zuständigkeitsregelungen begrenzt. Insofern spricht einiges dafür, dass die Vorschrift des § 344 Abs. 6 FamFG nicht gegen die Zuständigkeitsregelungen der Art. 4 ff. EuErbVO verstößt.²³

Selbst wenn man jedoch zutreffend davon ausgeht, dass die Eröffnung einer Verfügung von Todes wegen durch das nach § 344 Abs. 6 FamFG zuständige Verwahrgericht zu erfolgen hat, ist den Beteiligten, die regelmäßig die Eröffnungsnieder-

schrift als Erbnachweis nutzen wollen (z.B. nach § 35 Abs. 1 S. 2 GBO), nicht geholfen, da das Verwahrgericht die Eröffnung entsprechend der Vorschrift nach § 350 FamFG vornimmt und die Eröffnungsniederschrift an das international zuständige Nachlassgericht übersendet.²⁴ Die Benachrichtigung der Beteiligten und die Erteilung von Abschriften erfolgt hingegen nicht durch das Verwahrgericht, sondern durch das international zuständige Nachlassgericht.²⁵

Entscheidend für die Verwendung der Niederschrift als Erbnachweis ist daher vielmehr die Frage, ob im Ausland eröffnete Verfügungen von Todes wegen in Deutschland als Erbnachweis verwendet werden können. Richtigerweise ist dies eine Fragestellung der Substitution.²⁶ Da das Eröffnungsverfahren keine besonderen Feststellungen zur Erbenstellung beinhaltet, ist davon auszugehen, dass das Verfahren in gleichwertiger Weise auch durch ein Nachlassgericht im Ausland vorgenommen werden kann und daher auch durch ein ausländisches Nachlassgericht eröffnete Verfügungen von Todes wegen in Deutschland – insbesondere auch nach § 35 Abs. 1 S. 2 GBO gegenüber dem Grundbuchamt – verwendet werden können.²⁷

VII. Praktische Konsequenzen der Entscheidung und vorsorgende Maßnahmen

Für die notarielle Praxis hat diese Entscheidung insbesondere zur Folge, dass bei der Verfügung über Immobilien der Erbnachweis gegenüber dem Grundbuchamt nicht mehr mit Fremderbscheinen geführt werden kann, wenn der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedsstaat der EuErbVO hatte, sondern die Beteiligten auf die Einholung eines ENZ am letzten gewöhnlichen Aufenthaltsort zu verweisen sind. Für die Beteiligten hat dies die Konsequenz, dass diese den Antrag auf Erteilung eines ENZ in der Sprache des Mitgliedsstaates zu stellen haben.²⁸

Im Anschluss kann es dann für die Führung des Erbnachweises nach § 35 GBO wiederum erforderlich sein, das in der fremden Sprache erteilte ENZ wiederum in die deutsche Sprache übersetzen zu lassen.

18 So auch der Gesetzgeber, BR-Drucksache 644/14, S. 59.

19 So bereits *Dutta*, Vorb. Art. 4 EuErbVO/MüKo, Rn. 9.

20 *J. Mayer*, § 344 FamFG/MüKo, Rn. 36.

21 *Bachmayer*, BWNNotZ 2010, S. 168 f.

22 *Dutta*, Vorb. Art. 4 EuErbVO/MüKo, Rn. 10.

23 A.A. wohl *Keidel*, FamFG, § 344 FamFG, Rn. 37.

24 Die Übersendung erfolgt über die zuständige inländische Auslandsvertretung des Erblassers, *Bachmayer*, BWNNotZ 2010, S. 168 f.

25 *Muscheler*, § 350 FamFG/MüKo, Rn. 4, a.A. *Bumiller/Harders*, § 350 FamFG Rn. 3.

26 *Bachmayer*, BWNNotZ 2010, 146 ff., 168 f.

27 So auch *Bachmayer*, BWNNotZ 2010, 146 ff., 168 f.; wohl auch *Heggen*, RNotZ 2007, 1 ff., 6.

28 Die EuErbVO enthält keine Regelung über die Sprache, in der der Antrag zu stellen ist. In Deutschland ergibt sich die Antragsstellung in deutscher Sprache deshalb aus § 184 S. 1 GVG.

Die Diskussion über die Erforderlichkeit einer Rückübersetzung ist bisher nicht gerichtlich geklärt. Die bisher vorherrschende Auffassung geht davon aus, dass lediglich Teile des erteilten ENZ übersetzt werden müssen, es sei denn es handelt sich um ein ENZ in kyrillischer Schrift.²⁹

Eine weitere erhebliche praktische Schwierigkeit kann sich daraus ergeben, dass bisher nicht geklärt ist, ob die Erteilung eines ENZ überhaupt möglich ist, wenn entsprechend der Regelung des Art. 67 Abs. 1 lit. a) EuErbVO Einwände gegen den zu bescheinigenden Sachverhalt anhängig sind. Eine Auffassung geht bisher davon aus, dass sich aufgrund der Regelung des Art. 66 Abs. 1 und 4 EuErbVO die Möglichkeit der erteilenden Behörde oder des Gerichts ergibt, eigene Beweiserhebungen vorzunehmen und Entscheidungen zu treffen.³⁰ Eine andere Auffassung geht hingegen davon aus, dass lediglich das Rechtsbehelfsgericht nach Art. 72 Abs.1 EuErbVO derartige Entscheidungen treffen kann.³¹ Noch weitergehend wird davon ausgegangen, dass das Verfahren zur Erteilung des ENZ ein gänzlich konsensuales Verfahren darstellt und daher lediglich durch eine Erbenfeststellungsklage auf dem allgemeinen Zivilrechtsweg eine Entscheidung herbeigeführt werden kann.³²

Als vorsorgende Maßnahme kann der Notar insbesondere Personen, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht in Deutschland haben, bereits beim Erwerb einer Immobilie darauf hinweisen, dass diese eine Verfügung von Todes wegen errichten können, in der eine Rechtswahl zugunsten deutschen Rechts getroffen wird. Dies ist allerdings nach Art. 22 EuErbVO auf Personen begrenzt, die die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen. Weiterhin ist nach ganz herrschender Auffassung eine Teilrechtswahl hinsichtlich einzelner Nachlassgegenstände ausgeschlossen.³³ Die Möglichkeit einer bloßen Gerichtsstandsregelung ist unabhängig von der Vornahme einer Rechtswahl (Art. 22 EuErbVO) nach Art. 5 EuErbVO ebenso nicht möglich. Aufgrund der dargelegten unklaren Rechtslage hinsichtlich der internationalen Eröffnungszuständigkeit von Verfügungen von Todes wegen (s. VI 2) sollte bei der Vornahme einer Rechtswahl in einer Verfügung von Todes wegen nach Art. 22 EuErbVO ebenfalls darüber nachgedacht werden, ob nicht gleichzeitig eine Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 5 EuErbVO an das Verwahrgericht aufgenommen wird, um zu vermeiden, dass die Eröffnung durch ein ausländisches Nachlassgericht vorgenommen wird und hierdurch Probleme bei der Anerkennung der Eröffnungsniederschrift entstehen. Hierdurch wird das Verfahren nach Art. 6 lit. a) EuErbVO vermieden. Allerdings müssen nach Art. 5 Abs. 1 EuErbVO sämtliche Beteiligte eines Nachlassverfahrens diese Gerichtsstandsvereinbarung treffen.³⁴ Diese werden regelmäßig nicht vorhersehbar und häufig auch nicht alle bei der Errichtung der Verfügung von Todes wegen mitwirken können. Eine Gerichtsstandsvereinbarung allein durch den Erblasser ist nach der EuErbVO nicht möglich.³⁵

Neben der Errichtung von Verfügungen von Todes wegen kommt zur Vermeidung von Nachlassabwicklungsschwierigkeiten auch die Erteilung von transmortalen Vollmachten in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde in Betracht. Im Grundbuchverkehr besteht hier jedoch die Schwierigkeit, dass nach herrschender Auffassung die Ausnahme von der zwingenden Voreintragung des oder der Erben (§ 39 Abs. 1 GBO), die wiederum einen Erbnachweis in der Form des § 35 GBO erfordert, nach § 40 GBO nur für die Eintragung des Eigentumswechsels nicht aber für die Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld Anwendung findet.³⁶

Dieser Auffassung ist jüngst jedoch das *OLG Frankfurt*³⁷ entgegengetreten und hat die Vorschrift des § 40 GBO in entsprechender Anwendung auch für die Eintragung einer Grundschuld herangezogen. Bevor ein aufwändiges Nachlassverfahren durch die Erben im Ausland betrieben wird, sollte der Notar, der mit der Übertragung eines Nachlassgrundstücks befasst ist, die Beteiligten nach dem Bestehen einer transmortalen Vollmacht befragen. Weiterhin kann für den Fall, dass eine Finanzierungsgrundschuld zu bestellen ist, durch den Notar vorab mit dem Grundbuchamt geklärt werden, ob eine entsprechende Anwendung des § 40 GBO für die Eintragung einer Grundschuld durch das Grundbuchamt mitgetragen wird. Das Risiko, dass durch die nicht erfolgte Voreintragung ein gutgläubiger Erwerb durch den Erwerber nicht möglich ist, besteht nach zutreffender Auffassung beim Handeln mit einer transmortalen Vollmacht nicht.³⁸

Lehnt das zuständige Grundbuchamt die Eintragung der Grundschuld ohne eine Voreintragung des oder der Erben ab, kommt auch eine Absprache mit der finanzierenden Bank durch die Beteiligten dahingehend in Betracht, dass auf die Eintragung der Grundschuld bis zum Eigentumswechsel verzichtet wird und eine Abwicklung über ein Notaranderkonto erfolgt.³⁹ Weiterhin wäre es wünschenswert, dass der Gesetzgeber im Zuge der vorzunehmenden Gesetzesänderungen aufgrund der vorliegenden Entscheidung des EuGH zur Erleichterung des Grundbuchverkehrs eine entsprechende Erweiterung des § 40 GBO vornimmt.

29 S. hierzu nur DNotI-Report 2018, 100.

30 So *Leipold*, ZEV 2017, 213 ff., 217.

31 So *Dutta*, Art. 67 EuErbVO/MüKo, Rn. 5 ff.

32 So *Milzer*, NJW 2015, 2997 ff., 2999.

33 *Dutta*, Art. 22 EuErbVO/MüKo, Rn. 8 ff. m.w.N.

34 *Siebert*, Art. 5 EuErbVO/Saenger, ZPO, Rn. 4.

35 *Siebert*, Art. 5 EuErbVO/Saenger, ZPO, Rn. 4;

s. dazu auch *Dutta*, Art. 5 EuErbVO/MüKo, Rn. 19.

36 *Herrler*, DNotZ 2017, 508 ff., 509 m.w.N.

37 OLG Frankfurt, Beschl. v. 27.06.2017, Az. 20 W 179/17.

38 *Milzer*, DNotZ 2009, 325 ff., 329 m.w.N.

39 So auch *Herrler*, DNotZ 2017, 508 ff., Fn. 6.

Rechtsprechung

BGB §§ 181, 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1, 1822 Abs. 1

Kammergericht, Beschluss vom 20.07.2018 - 13 UF 105/18

Zur Frage der Genehmigungsbefähigung von Erklärungen, die von einem Elternteil in einem erbrechtlichen Abschichtungsverfahren für das minderjährige Kind abgegeben werden, wenn das minderjährige Kind zusammen mit dem betroffenen Elternteil als Erbesebe in die Miterbengemeinschaft nachgerückt ist, innerhalb derer die Abschichtungsvereinbarung getroffen wurde.

Gründe

I.

Die drei minderjährigen Kinder wenden sich gegen den Beschluss des Familiengerichts vom 22. Februar 2018, mit dem für sie der beteiligte Ergänzungspfleger zur Wahrnehmung ihrer Verfahrensrechte in einem familiengerichtlichen Genehmigungsverfahren bestellt worden ist.

Die ergangene Entscheidung ist vor folgendem Hintergrund zu sehen: Am 22. Mai 2007 verstarb der in M. wohnhaft gewesene Herr H.B. Herr H.B. war der Großvater väterlicherseits der drei Kinder und der Schwiegervater der Mutter der Kinder. Herr H.B., zu dessen Nachlass umfangreicher Grundbesitz gehört, wurde beerbt von seiner Ehefrau und seinen fünf Kindern (gemeinschaftlicher Erbschein des Amtsgerichts M. vom 25. Juni 2007 - 45 VI 183/07). Der älteste Sohn, Herr J.B. – der Vater bzw. Ehemann der verfahrensbeteiligten drei Kinder und ihrer Mutter – ist am 10. August 2017 nachverstorben. Herr J.B. wurde seinerseits beerbt von seiner Ehefrau und seinen drei Söhnen; die Mutter mit einer Erbquote von $\frac{1}{2}$ und die Söhne mit einer Erbquote von jeweils einem $\frac{1}{6}$ (gemeinschaftlicher Erbschein des Amtsgerichts C. vom 13. September 2017 - 60 VI 717/17). Die Erben nach Herrn J.B. rückten als Erbeseben in die Erbengemeinschaft nach Herrn H.B. nach.

Am 17. November 2017 schlossen die Erben bzw. Erbeseben nach Herrn H.B. eine notariell beurkundete Abschichtungsvereinbarung. Dabei wurden die drei Kinder von der Mutter vertreten, die dabei sowohl für sich im eigenen Namen und zugleich als gesetzliche Vertreterin der drei Kinder handelte. Die Erben und Erbeseben waren sich einig, dass eine Tochter des Herrn H.B. sowie die Erbeseben durch Abschichtung aus der Erbengemeinschaft nach Herrn H.B. in der Weise ausscheiden, dass ihre Erbteile kraft Gesetzes den verbleibenden Erben im Verhältnisse ihrer Erbteile anwachsen. Die Ausscheidung ist aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt der vollständigen Zahlung der jeweils vereinbarten Abfindung. Die Abfindung für das Ausscheiden der Erben des Herrn J.B. – die drei

Kinder und ihre Mutter bzw. Witwe des Herrn J. B. – betrug 143.000 € und ist zugunsten der wirtschaftlich berechtigten Erben nach Herrn J.B. auf ein Anwaltsanderkonto zu überweisen. Zusätzlich verpflichteten sich die verbleibenden Erben die ausgeschiedene Erbin und die Erbeseben von jeglicher Haftung für sämtliche Erblasser-, Erbfall- und Nachlassersschulden freizustellen. Eine auszugsweise beglaubigte Abschrift der Urkunde reichte der beurkundende Notar beim Familiengericht ein mit dem Antrag, die familiengerichtlichen Genehmigungen zu erteilen.

Nach Prüfung teilte das Familiengericht dem beurkundenden Notar unter dem 1. Februar 2018 mit, dass die Bestellung von Ergänzungspflegern für die drei Kinder für nicht erforderlich erachtet werde. Erforderlich sei jedoch die Bestellung eines Ergänzungspflegers für die Ausübung des Beschwerderechts der Kinder gegen eine zu erteilende familiengerichtliche Genehmigung der Abschichtungsvereinbarung, da alle drei Kinder jünger als 14 Jahre seien. Am 7. Februar 2018 teilte das Familiengericht dem später bestellten Ergänzungspfleger mit, es sei beabsichtigt, die familiengerichtliche Genehmigung zu der Abschichtungsvereinbarung zu erteilen.

Nachdem der spätere Ergänzungspfleger erklärt hatte, zur Übernahme der Pflegschaft bereit zu sein, ordnete das Familiengericht mit dem angegriffenen Beschluss Ergänzungspflegschaft mit dem Wirkungskreis "Wahrnehmung der Rechte der Kinder im familiengerichtlichen Genehmigungsverfahren zur Abschichtungsvereinbarung betreffend die Erbfolge nach Herrn H.B. sowie die Erbfolge nach Herrn J.B. aus notarieller Urkunde des Notars XXX mit der UR-Nr. XX/2017 vom 17. November 2017" an und wählte den Beteiligten als Ergänzungspfleger aus. Zur Begründung verwies das Familiengericht darauf, dass die drei Kinder das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hätten und sie deshalb ihre Rechte nicht selbst wahrnehmen könnten. Da die zu erlassende familiengerichtliche Genehmigung entsprechend § 41 Abs. 3 FamFG zwingend auch den drei nicht verfahrensfähigen Kindern zuzustellen sei, bedürfe es der Bestellung eines Ergänzungspflegers, dem die zu erteilende Genehmigung zuzustellen sei und der über die Ausübung des Beschwerderechts der Kinder entscheide.

Gegen den familiengerichtlichen Beschluss wenden sich die drei Kinder mit ihrer Beschwerde, mit der sie die Aufhebung des Beschlusses begehren. Sie meinen, es sei zwar richtig, dass eine zu erteilende familiengerichtliche Genehmigung ihnen mangels Verfahrensfähigkeit nicht zugestellt werden könne, dass aber ihrer Mutter zugestellt werden könne und eine Ergänzungspflegschaft deshalb nicht erforderlich sei. Denn nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sei Ergänzungspflegschaft nur anzuordnen, wenn im Einzelfall festgestellt werde, dass das Interesse des Minderjährigen zu dem seines gesetzlichen Vertreters in erheblichem Gegensatz stünde. Davon könne in der vorliegenden Konstellation keine Rede sein, weil die Interessen von Mutter und Kindern

gleich gerichtet seien. Zudem ergebe sich aus der Abschlusssvereinbarung, dass die Erbeserben alle gleich behandelt würden und der Abschluss der Abschlusssvereinbarung zu keiner Auseinandersetzung der Erbgemeinschaft nach Herrn J.B. führe.

Der bestellte Ergänzungspfleger verweist darauf, dass die Gründe, die das Familiengericht zur Anordnung der Ergänzungspflegschaft bewogen haben, ihm nicht bekannt seien. Ohne das im Einzelnen abschließend beurteilen zu können, halte er es vom Grundsatz her jedoch für nicht ausgeschlossen, dass die Interessen der Mutter und diejenigen der Kinder in Konflikt geraten könnten, weil die Mutter zugleich neben den Kindern (Erbes-) Erbin sei.

II.

1.

Die Beschwerde der Kinder ist zulässig: Nachdem der familiengerichtliche Beschluss den Kindern auf telefonische Nachfrage ihres Verfahrensbevollmächtigten nach dem Sachstand am 28. Mai 2018 formlos übersandt wurde, das Rechtsmittel aber bereits am 7. Juni 2018 beim Familiengericht einging, wurde die Beschwerde rechtzeitig und in der gehörigen Form angebracht (§§ 58 Abs. 1, 63 Abs. 1, 64 FamFG). Zwar sind die drei Kinder nicht verfahrensfähig (§ 9 Abs. 1 FamFG), aber für sie handelt ihre alleinvertretungsberechtigte Mutter (§§ 9 Abs. 2 FamFG, 1629 Abs. 1 Satz 1, 3, § 1680 Abs. 1 BGB). Die Kinder sind auch berechtigt, Beschwerde zu erheben (§ 59 Abs. 1 FamFG), weil sie durch den angegriffenen Beschluss in ihrem aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgenden Recht auf Ausübung der elterlichen Sorge allein durch denjenigen Elternteil, der hierzu von Gesetzes wegen bestimmt ist, beeinträchtigt werden (vgl. Keidel/Meyer-Holz, FamFG [19. Aufl. 2017] § 59 Rn. 70 Stichwort "Kind").

2.

Die Beschwerde der Kinder ist auch in der Sache begründet: a) Der mit der Anordnung von Ergänzungspflegschaft einhergehende Eingriff in das Recht der Kinder, dass die elterliche Sorge für sie nur durch den von Gesetzes wegen hierzu berufenen Elternteil bzw. die sonst hierzu berufene Person ausgeübt wird, ist nur gerechtfertigt, wenn die Mutter daran gehindert war, sie bei Abschluss der notariell beurkundeten Abschlusssvereinbarung zu vertreten, es sich bei der Abschlusssvereinbarung um ein genehmigungspflichtiges Rechtsgeschäft gehandelt haben sollte oder wenn im konkreten Einzelfall festgestellt wäre, dass das Interesse der Kinder zu demjenigen ihrer Mutter im erheblichen Gegensatz steht. Keine dieser Konstellationen ist vorliegend jedoch gegeben:

b) Die Mutter war nicht daran gehindert, die Kinder bei Abschluss der Abschlusssvereinbarung zu vertreten:

(aa) Das Vertretungsrecht der Mutter ist nicht von Gesetzes wegen gemäß §§ 1629 Abs. 2 Satz 1 iVm. § 1795 Abs. 1 BGB ausgeschlossen. Die in § 1795 Abs. 1 Nr. 2, 3 BGB geregelten Konstellationen liegen bereits tatbestandlich nicht vor. Der in § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB geregelte Fall liegt ebenfalls

nicht vor. Denn die anderen vertragsschließenden Teile der Abschlusssvereinbarung – die weiteren Söhne und Töchter des verstorbenen Herrn H.B. sowie dessen Witwe – sind mit den Kindern nicht, wie § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB das verlangt, in gerader Linie verwandt, sondern lediglich in der Seitenlinie – die Söhne und Töchter des Verstorbenen sind die Onkel und Tanten der Kinder (§ 1589 Abs. 1 Satz 2 BGB – und die Witwe des Verstorbenen ist mit den Kindern verschwägert (§ 1590 Abs. 1 BGB).

(bb) Das Vertretungsrecht der Mutter ist auch nicht gemäß §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB ausgeschlossen: Bei der Abschlusssvereinbarung handelt es sich um einen von der Praxis entwickelten Weg zur persönlichen Teilaussetzung einer Erbgemeinschaft, bei der Miterben gegen Zahlung einer Abfindung aus der Erbgemeinschaft ausscheiden. Die Abschlusssvereinbarung ist dadurch gekennzeichnet, dass der ausscheidende Miterbe ausschließlich auf seine Rechte als Mitglied der Erbgemeinschaft verzichtet, diese aber – anders als bei einer Erbeübertragung – nicht auf bestimmte andere Rechtsnachfolger überträgt, sondern der Erbanteil des ausgeschiedenen Miterben wächst den übrigen, verbleibenden Miterben kraft Gesetzes an (vgl. BGH, Urteil vom 21. Januar 1998 – IV ZR 346/96, BGHZ 138, 8 = FamRZ 1998, 673 [bei juris Rz. 14ff.] sowie Burandt/Rojahn-Flechtner, Erbrecht [2. Aufl. 2014], § 2042 BGB Rn. 34).

Übertragen auf die konkrete Situation der Mutter und der drei Kinder ergibt sich hieraus, dass zwischen Mutter und den Kindern keine "gegnerschaftliche Stellung" besteht und damit gerade nicht die Situation gegeben ist, auf die § 181 BGB abzielt; dass nämlich der Vertreter (= die Mutter) auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts auftritt und ein Geschäft im eigenen Namen mit sich selbst als der gesetzlichen Vertreterin der Kinder abschließt (vgl. Palandt/Ellenberger, Götz, BGB [77. Aufl. 2018], § 181 Rn. 7; § 1795 Rn. 7). Vielmehr stehen Kinder und Mutter beide gemeinsam auf der nämlichen Seite des Rechtsgeschäfts: Sie – also die Mutter sowie die Kinder, vertreten durch die Mutter (vgl. Abschlusssvereinbarung, Rubrum Ziff. 5b bzw. S. 2 der Urkunde; I/3) – treten gemeinsam auf als Erbeserben, die für den "eigentlichen" Vertragspartner der Abschlusssvereinbarung, den nachverstorbenen Miterben J.B. in die Erbgemeinschaft nach Herrn H.B. kraft Gesetzes eingetreten sind (§ 1967 BGB). Sie "repräsentieren" ihren verstorbenen Vater bzw. Ehemann; dessen erbrechtliche Position ist auf sie kraft Erbanges übergegangen. Ihnen kommt folglich eine gesamthänderisch gebundene Unterbeteiligung an der Erbgemeinschaft nach Herrn H.B. zu (vgl. Palandt/Weidlich, BGB [77. Aufl. 2018], § 2032 Rn. 2), die von ihnen nur gemeinschaftlich verwaltet bzw. wahrgenommen werden kann (§ 2038 Abs. 1 BGB).

Für § 181 BGB ist aber anerkannt, dass die Vorschrift nicht eingreift, sobald der Vertreter keine "gegenläufigen" Willenserklärungen, sondern wie hier parallele Willenserklärungen abgibt; er also zwei Vertragsparteien auf der gleichen Vertragsseite vertritt und im eigenen Namen sowie zugleich im fremden Namen mit einem Dritten kontrahiert: Diese Form von Rechtsgeschäften sind nicht von § 181 BGB erfasst und unterliegen deshalb auch nicht dem Genehmigungserfordernis

nach §§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB (vgl. OLG Frankfurt/M. Beschluss vom 23. Februar 2007 - 1 UF 371/06, NJW-RR 2007, 1308 [bei juris Rz. 14] sowie MünchKomm/Schubert, BGB [7. Aufl. 2015], § 181 Rn. 22; Palandt/Ellenberger, BGB [77. Aufl. 2018], § 181 Rn. 7; Mahlmann, ZEV 2009, 320, 321).

Anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn die Abschlüßvereinbarung auch Bestimmungen über die Erbengemeinschaft nach Herrn J.B. enthalten würde; namentlich, wenn mit der Abschlüßvereinbarung eine Auseinsetzung des Nachlasses nach Herrn J.B. oder – wie auch immer geartete – Verfügungen über die Erbschaft oder über Teile der Erbschaft nach ihm beinhalten würde (§ 1643 Abs. 2 BGB); das ist jedoch nicht der Fall. Die Abschlüßvereinbarung betrifft allein den Nachlass nach Herrn H.B.; es handelt sich um eine Vereinbarung zwischen den Erben und Erbes-erben des Herrn H.B..

(cc) Aus letztlich den gleichen Erwägungen ist der Mutter auch nicht das Vertretungsrecht für die drei Kinder zu entziehen (§§ 1629 Abs. 2 Satz 3, 1796 BGB): Eine Entziehung des Vertretungsrechts kommt nur in Betracht, wenn im konkreten Einzelfall festgestellt ist, dass das Interesse der Kinder zu dem Interesse des Elternteils in erheblichem Gegensatz steht (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Februar 2014 - XII ZB 592/12, FamRZ 2014, 640 [bei juris Rz. 12ff.]). Das ist nicht der Fall. Im Gegenteil; eine derartige Annahme wäre mehr als fernliegend. Denn die Mutter und die Kinder stehen sich nicht in gegenschaftlicher Stellung gegenüber, sondern sind gemeinsam Mitglieder der nämlichen Erbengemeinschaft nach Herrn J.B.. Die Abfindung, die ihnen nach der Abschlüßvereinbarung zustehen soll, kommt ihnen stets nur in gesamthänderischer Verbundenheit entsprechend der Höhe ihrer Erbquote am Nachlass des J.B. zu. Daher ist ein erheblicher Interessengegensatz zwischen der Mutter und den Kindern in Bezug auf den Abschluss einer Abschlüßvereinbarung mit den Miterben nach Herrn H.B. von vornherein nicht vorstellbar.

c) Im konkreten Fall bedarf die Mutter für den Abschluss der Abschlüßvereinbarung für die drei Kinder auch nicht einer familiengerichtlichen Genehmigung:

(aa) Das Rechtsgeschäft ist nicht bereits nach §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungspflichtig: Zum Nachlass nach Herrn H.B. gehören zwar mehrere Grundstücke bzw. Wohnungseigentumsrechte. Mit dem Abschluss der Abschlüßvereinbarung wird aber nicht über ein Grundstück verfügt; dadurch wird ein Grundstück weder übertragen noch belastet oder auf andere Weise der Inhalt eines Grundstücksrechts verändert (vgl. MünchKomm/Kroll-Ludwigs, BGB [7. Aufl. 2017], § 1822 Rn. 20f. sowie ergänzend OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 12. März 2015 - 20 W 76/15, ErbR 2017, 38 [bei juris Rz. 5]). Vielmehr verzichten die auscheidenden (Erbes-) Erben mit der Abschlüßvereinbarung lediglich auf ihre Mitgliedschaftsrechte in der Erbengemeinschaft nach Herrn H.B. (vgl. BGH, Urteil vom 21. Januar 1998 - IV ZR 346/96, BGHZ 138, 8 = FamRZ 1998, 673 [bei juris Rz. 18]).

(bb) Das Rechtsgeschäft ist auch nicht gemäß §§ 1643 Abs. 1, 1822 Nr. 1 BGB genehmigungspflichtig, weil die Kinder sich mit dem Abschluss der Abschlüßvereinbarung nicht zur Verfügung über eine ihnen angefallene Erbschaft verpflichten, sondern sie lediglich auf ihre Rechte als Mitglieder der Erbengemeinschaft verzichten, ohne dass sie die Mitgliedschaftsrechte auf einen bestimmten Rechtsnachfolger übertragen oder sie sich zu einer Übertragung verpflichten würden (vgl. BGH, Urteil vom 21. Januar 1998 - IV ZR 346/96, BGHZ 138, 8 = FamRZ 1998, 673 [bei juris Rz. 18] sowie Staudinger/Veit, BGB (2014), § 1822 Rn. 27; Palandt/Götz, BGB [77. Aufl. 2018], § 1822 Rn. 3).

(cc) Zwar wird mit dem Abschluss der Abschlüßvereinbarung der Nachlass nach Herrn H.B. in persönlicher Hinsicht teilweise auseinandergesetzt (vgl. Burandt/Rojahn-Flechtner, Erbrecht [2. Aufl. 2014], § 2042 BGB Rn. 34). Aber im Gegensatz zu einem Vormund, der für den Abschluss eines entsprechenden Erbteilungsvertrages der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf (§ 1822 Nr. 2 BGB), benötigt die Mutter für den Abschluss eines Erbteilungsvertrages grundsätzlich keine familiengerichtliche Genehmigung, weil § 1822 Nr. 2 BGB von der in § 1643 Abs. 1 BGB ausgesprochenen Verweisung gerade ausgenommen ist (vgl. Palandt/Götz, BGB [77. Aufl. 2018], § 1643 Rn. 2) und der mit der Abschlüßvereinbarung verbundene Verzicht auf die Mitgliedschaftsrechte in der Erbengemeinschaft nach Herrn H.B. auch nicht aus anderen Gründen eine Genehmigungspflicht nach § 1643 BGB nach sich zieht. Denn eine Ausschlagung der Erbschaft oder eines Vermächtnisses nach Herrn H.B. im Sinne des § 1643 Abs. 2 BGB ist damit ebenfalls nicht verbunden.

d) Da die Mutter nach dem Gesagten keiner familiengerichtlichen Genehmigung bedarf, um für die Kinder die Abschlüßvereinbarung abzuschließen, erübrigt sich von vornherein die Bestellung eines Ergänzungspflegers, damit dieser für die Kinder deren Verfahrensrechte im familiengerichtlichen Genehmigungsverfahren wahrnehmen und prüfen kann, ob gegen die Genehmigung Rechtsmittel einzulegen ist. Hinzu kommt, dass der spezifische, konkrete Interessengegensatz fehlt, der nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Februar 2014 - XII ZB 592/12, FamRZ 2014, 640 [bei juris Rz. 12ff.]) erforderlich sein muss, damit dem Elternteil die Vertretungsmacht nach §§ 1629 Abs. 2 Satz 3, 1796 BGB entzogen werden kann; insoweit wird auf die obigen Ausführungen verwiesen. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 18. Januar 2000 - 1 BvR 321/96, BVerfGE 101, 397 = FamRZ 2000, 731) steht, wie bereits der Bundesgerichtshof ausgeführt hat (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Februar 2014 - XII ZB 592/12, a.a.O. [bei juris Rz. 16ff.]) nicht entgegen: Anders als im Fall des Bundesverfassungsgerichts der dortige, zugleich als Vertreter tätige Nachlasspfleger war die Mutter, wie deren Verfahrensbevollmächtigter in seiner Stellungnahme vom 5. Januar 2018 (dort S. 2; I/99) gegenüber dem Urkundsnotar ausgeführt hat, gerade nicht an der Ausarbeitung der Abschlüßvereinbarung und den ihr vorausgehenden, langwierigen Verhandlungen beteiligt, sondern dies oblag allein dem nachverstorbenen Herrn J.B..

Damit ist der Beschwerde stattzugeben und der angegriffene Beschluss des Familiengerichts aufzuheben.

3. Eine mündlicher Erörterung der Sache war nicht erforderlich. Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 Abs. 1 FamFG: Billigem Ermessen entspricht es am ehesten, wenn zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens differenziert wird und von der Belastung der Beteiligten mit Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren abgesehen wird.

Hinsichtlich der außergerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens ist auszusprechen, dass diese von jedem Beteiligten selbst zu tragen sind. Die Wertfestsetzung findet ihre gesetzliche Grundlage in § 46 Abs. 2 FamGKG: In der Sache geht es um die Genehmigung einer Vereinbarung, deren wirtschaftlicher Wert für die Kinder – die Abfindung für die Erbengemeinschaft nach J.B. beträgt insgesamt 143.000 € – ihrer Erbquote am Nachlass nach Herrn J.B. entspricht; also 1/6 für jedes Kind und damit insgesamt 3/6 von 143.000 € (= 71.500 €). Die Rechtsbeschwerde war zur Fortbildung des Rechts zuzulassen im Hinblick darauf, dass die Frage der familiengerichtlichen Genehmigungsbedürftigkeit von erbrechtlichen Absichtungsvereinbarungen, die ein Elternteil als Vertreter für ein Kind abschließt, höchstrichterlich bislang noch nicht geklärt ist (§ 70 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 FamFG).

^x
Eingesendet von Dr. Martin Menne,
Richter am Kammergericht, Berlin

BGB §§ 883, 886, 889

OLG Stuttgart, Beschluss vom 18.06.2018 - 8 W 158/18

Zur Eintragungsfähigkeit einer Vermerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Neubestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit.

Die Eintragung einer Vermerkung setzt voraus, dass der Schuldner des zu sichernden Anspruchs als Inhaber des von der Vormerkung betroffenen Rechts im Grundbuch eingetragen ist (Identitätsgebot). Der Anspruch des Eigentümers auf Bestellung einer Dienstbarkeit zugunsten von ihm später zu benennender Dritter ist daher nicht vormerkungsfähig, solange er noch im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Auch ein Erwerbsanspruch des zukünftigen Schuldners/Eigentümers vermag die Vorverlagerung des Vormerkungsschutzes selbst dann nicht zu rechtfertigen, wenn eine sachen- und grundbuchrechtlich durch Erwerbsvormerkung gesicherte Erwerbsaussicht besteht. (amtl.)

Gründe

I.

Am 29.03.2018 schlossen die Beteiligte Ziff. 1 als Verkäuferin und der Beteiligte Ziff. 2 als Käufer vor dem Notar einen Kauf-

vertrag über den eingangs näher genannten Grundbesitz. Auf dem Dach des auf dem Grundbesitz befindlichen Gebäudes ist eine im Wege der aufgeständerten Bauweise montierte Photovoltaikanlage angebracht.

Ebenfalls am 29.03.2018 wurde durch die Beteiligte Ziff. 1 als Eigentümerin vor dem Notar im Hinblick auf die auf dem Dach befindliche Photovoltaikanlage eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellt, dies als sogenannte Eigentümerdienstbarkeit. In § 3 wurde unter der Überschrift „Rechtsnachfolgeklausel“ folgendes geregelt:

(1) Der (auch zukünftige) Eigentümer verpflichtet sich gegenüber der vorstehend Genannten (hier: Frau XXX) im Wege eines unechten Vertrags zugunsten Dritter, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten gleichen Inhalts wie vorstehend unter § 2 zu bestellen, und zwar zu Gunsten beliebiger von dieser benannten Dritten, wenn diese in den zwischen den Beteiligten abzuschließenden Nutzungsvertrag eintreten und die Rechte und Pflichten aus diesem Vertrag übernehmen sowie zugunsten der Erben und Erbeserben des Anlagenbetreibers. Ein Benennungsrecht zugunsten eines Kreditinstitutes soll - auf Nachfrage des Notars - nicht geregelt werden.

(2) Zur Sicherung des vorgenannten Anspruches auf Eintragung einer inhaltsgleichen Dienstbarkeit wird allseits die Eintragung einer Vormerkung zu Lasten des vorgenannten Grundstücks für die Genannte (Frau XXX) beantragt und bewilligt. Die Vormerkung soll im Rang nach der Dienstbarkeit unter § 2 eingetragen werden.

Mit Schreiben an das Grundbuchamt vom 03.04.2018 hat der beurkundende Notar, unter Übersendung der über die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit und unter Hinweis auf § 15 GBO die in der Urkunde enthaltenen Eintragungsanträge für die dort aufgeführten Antragsteller gestellt. Mit Schreiben an den Notar vom 16.04.2018 teilte das Grundbuchamt mit, mangels Anspruches gegen den Grundstückseigentümer könne keine Eigentümer-Vormerkung betreffend die Dienstbarkeit eingetragen werden. Der Verkäufer/Eigentümer habe gegenüber dem Käufer/künftigen Eigentümer einen Anspruch auf Eintragung einer Dienstbarkeit erworben. Dieser Anspruch könne ab dem Moment im Grundbuch eingetragen werden, ab dem der Verpflichtete/Käufer als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist, vorher nicht. Schuldner des gesicherten Anspruches müsse derjenige sein, dessen Eigentum oder Grundstücksrecht im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung von der künftigen Rechtsänderung betroffen ist. Die vom Erwerber zur Eintragung bewilligte und beantragte Vormerkung könne somit erst nach Eigentumsänderung auf den Erwerber eingetragen werden. Anders als eine Eigentümer-Dienstbarkeit könne eine Eigentümer-Vormerkung mangels Anspruches nicht eingetragen werden, da der Eigentümer/Verkäufer gegen sich selbst keinen Anspruch begründen könne. Dieses Eintragungshindernis sei nicht heilbar.

Der Notar vertritt die Auffassung, dass eine anfängliche Identität von Eigentümer und Schuldner gerade nicht schädlich für die Eintragungsfähigkeit der Vormerkung ist.

Am 08.05.2018 wurde die in § 2 der Urkunde bestellte beschränkte persönliche Dienstbarkeit im Grundbuch eingetragen.

Durch ebenfalls am 08.05.2018 ergangenen Beschluss hat das Amtsgericht - Grundbuchamt - den Antrag vom 03.04.2018 auf Eintragung einer Vormerkung betreffend die Eintragung einer Dienstbarkeit zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Beteiligte Ziff. 1, vertreten durch den Notar, mit ihrer Beschwerde vom 21.05.2018. Zu deren Begründung trägt die Beteiligte Ziff. 1 vor, die Voraussetzungen für die Eintragung einer Vormerkung seien gegeben. Dass der Beteiligte Ziff. 2 als Erwerber gegenwärtig nicht Eigentümer des Grundstücks ist, sei unschädlich, da dieser seine Verfügungsmacht in der vorliegenden Konstellation von der Eigentümerin ableite. Es bestehe damit eine anfängliche Erfüllungsmöglichkeit, die eine Ausnahme vom Identitätsgebot rechtfertige.

Die Beteiligte Ziff. 1 beantragt im Beschwerdeverfahren,

1. Auf die Beschwerde des Notars wird der Zurückweisungsbeschluss des Amtsgerichts vom 08.05.2018 aufgehoben.
2. Das Amtsgericht - Grundbuchamt - wird angewiesen, den Antrag auf Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (Photovoltaikanlage) gemäß § 3 der notariellen Urkunde vom 29.03.2018, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu bescheiden und nicht aus den Gründen des angegriffenen Zurückweisungsbeschlusses zurückzuweisen.

Darüber hinaus wurde angeregt,

dem Grundbuchamt zur Verhinderung des drohenden Rangverlusts im Wege der einstweiligen Anordnung aufzugeben, eine Vormerkung zur Sicherung der durch Antrag vom 29.03.2018, begehrten Eintragung halbspaltig wie folgt einzutragen:

„Vormerkung zur Sicherung der Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (Photovoltaikanlage)....“

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem Oberlandesgericht Stuttgart zur Entscheidung vorgelegt.

II.

Die gemäß § 71 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Beteiligten Ziff. 1 hat in der Sache keinen Erfolg. Das Grundbuchamt hat den verfahrensgegenständlichen Eintragungsantrag zur Recht zurückgewiesen.

1.

Das Bürgerliche Gesetzbuch lässt beschränkte dingliche Rechte am eigenen Grundstück zu (§ 889 BGB), sofern sie nicht – wie Vormerkung und Hypothek – eine gesicherte Forderung voraussetzen. Eine solche kann der Eigentümer nicht gegen sich selbst haben (Palandt/Herrler, Bürgerliches

Gesetzbuch, 77. Auflage 2018, § 889 BGB, Rdnr. 1). Der zu sichernde Anspruch setzt notwendigerweise die Existenz zweier verschiedener Personen voraus. Eine Auflassungsvormerkung geht regelmäßig unter, wenn der zu sichernde Anspruch durch den Zusammenfall von Gläubiger und Schuldner wegen Konfusion erlischt (BGH NJW 1981, 447). Wird der Vormerkungsberechtigte vor Ausübung eines Vorkaufsrechts Alleinerbe des Verpflichteten, so muss die Vormerkung wegen der nachträglich eintretenden Personenidentität erlöschen, weil niemand mit sich selbst einen Vertrag abschließen kann (BGH NJW 2000, 1033).

Weiter ist das sogenannte Identitätsgebot auf der Passivseite zu beachten. Nach diesem allgemein anerkannten Grundsatz muss der Schuldner des gesicherten Anspruchs bei Eintragung der Vormerkung grundsätzlich Eigentümer des von der Vormerkung betroffenen Grundstücks oder Inhaber des von der Vormerkung betroffenen Rechts sein (BGHZ 134, 182; BGH NJW 2007, 508; BGH NJW 2014, 2431; OLG Hamm FGPrax 2017, 9; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Auflage 2012, Rdnr. 1493). Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass die Vormerkung den Gläubiger nur gegen nachträgliches, nicht auch gegen anfängliches Leistungsvermögen des Schuldners sichern soll (BGHZ 134, 182). Es beugt zudem einer übermäßigen Vorverlegung des Vormerkungsschutzes vor und dient dadurch der Erhaltung der Verkehrsfähigkeit des betreffenden Grundstücks (BGHZ 134, 182). Schon der Wortlaut des § 886 BGB zeigt deutlich, dass der Gesetzgeber ohne Weiteres von der (ursprünglichen) Identität von Vormerkungsschuldner und betroffenem Rechtsinhaber ausging (vgl. Staudinger/Gursky, Bürgerliches Gesetzbuch, Neubearbeitung 2013, § 883 BGB, Rdnr. 56). Die Zustimmung des Berechtigten zur Vormerkungsbestellung durch den nichtberechtigten Schuldner oder die sonstige Verfügungsmacht des Schuldners über das vormerkungsbetroffene fremde Liegenschaftsrecht genügt nicht (Staudinger/Gursky, a.a.O., § 883 BGB, Rdnr. 56, mit Streitstand in Bezug auf die Frage einer Durchbrechung des Identitätsgebotes über den Fall des gutgläubigen Vormerkungserwerbs hinaus).

2.

Angesichts des Vorgesagten hat das Grundbuchamt im vorliegenden Fall zu Recht die Auffassung vertreten, dass zur Eintragbarkeit der in Rede stehenden Vormerkung der Beteiligte Ziff. 2 als Erwerber im Grundbuch als Eigentümer eingetragen sein muss. Er ist der Schuldner des gesicherten Anspruches. Die Beteiligte Ziff. 1 als Anspruchsberechtigte kann nicht zugleich als Eigentümerin Schuldnerin des Anspruches sein. Eine Vormerkung, die einen Anspruch gegen den Beteiligten Ziff. 2 durch Eintragung bei dem betroffenen Grundstück sicherte, verstieße zur Zeit gegen das Identitätsgebot.

Der Senat sieht auch keine Veranlassung, abweichend hiervon aus den von der Beteiligten Ziff. 1 genannten Gründen der Vormerkungsschutz vorzuverlagern. Richtig ist, dass die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen Anspruchs zulässig ist (§ 883 Abs. 1 Satz 2 BGB). Ebenso ist richtig, dass im vorliegenden Fall für den Eigentumsverschaffungsanspruch des Beteiligten Ziff. 2 nach dem Kaufvertrag vom 29.03.2018 insofern bereits ein „hin-

reichend fester Rechtsboden“ geschaffen worden ist, als ein Rücktrittsrecht des Erwerbers nicht vereinbart worden ist. Das ändert aber nichts daran, dass aus den genannten Gründen nach dem Identitätsgebot der Schuldner des gesicherten Anspruches im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung Eigentümer des von der Vormerkung betroffenen Grundstücks sein muss. Ein Erwerbsanspruch des (zukünftigen) Schuldners und sogar eine sachen- und grundbuchrechtlich gesicherte Erwerbsaussicht durch Erwerbsvormerkung vermögen eine Vorverlagerung des Vormerkungsschutzes nicht zu rechtfertigen. Eine solche erscheint auch unter dem von der Beteiligten Ziff. 1 angeführten Gesichtspunkt der Vermeidung von Wertungswidersprüchen zum gutgläubigen Vormerkungserwerb nicht angezeigt und ebenso wenig allein auf Grund eines entsprechenden praktischen Bedürfnisses veranlasst. Soweit die Beteiligte Ziff. 1 unter Hinweis auf die Ausführungen von Kohler im Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (7. Auflage 2017, § 883 BGB, Rdnr. 34) die Auffassung vertritt, es sei unschädlich, dass der Erwerber gegenwärtig nicht Eigentümer des Grundstücks ist, da er seine Verfügungsmacht von der Eigentümerin ableite, vermag der Senat dem nicht zu folgen. Es verbleibt beim Identitätsgebot.

3.

Nachdem die Beschwerde demgemäß zurückzuweisen war, war für die von der Beteiligten Ziff. 1 beantragte einstweilige Anordnung gemäß § 76 GBO kein Raum.

4.

Die Kostenentscheidung im Beschwerdeverfahren beruht auf § 84 FamFG. Auf die Gerichtsgebühr gemäß Nr. 14510 KV GNotKG (1,0-fache Gebühr gemäß Tabelle B) wird hingewiesen. Die Festsetzung des Gegenstandswertes des Beschwerdeverfahrens beruht auf §§ 61, 45 GNotKG.

Gründe für die Zulassung einer Rechtsbeschwerde gemäß § 78 GBO bestehen nicht. Soweit in der Entscheidung des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 19.06.2008 (5 Wx 48/07 - BeckRS 2008, 15841) ausgeführt wurde, das Identitätsgebot könne auch dann gewahrt sein, wenn der vom gegenwärtigen Rechtsinhaber verschiedene Schuldner, insbesondere kraft Einwilligung des Berechtigten, Verfügungsmacht gehabt habe, ist die Zulassung einer Rechtsbeschwerde schon deshalb nicht veranlasst, weil die dortigen Ausführungen als nicht tragend („Ohne dass es noch darauf ankäme...“) gekennzeichnet worden sind.

x

*Eingesendet von der Geschäftsstelle
des OLG Stuttgart*

Anspruch auf Zustimmung zur Abgabe der Eintragungsbewilligung zur Eigentumsumschreibung

Normenketten:

BGB § 164 Abs. 1, § 182 Abs. 1, § 184, § 709 Abs. 1, § 710, § 728 Abs. 1 u 2, § 736 Abs. 1

GBO § 15 Abs. 1, § 18 Abs. 1 S. 1, § 19, § 47 Abs. 2

InsO § 80 Abs. 1, § 117 Abs. 1

ZPO § 56 Abs. 1, § 579 Abs. 1 Nr. 4, § 894 S. 1

OLG München, Beschluss v. 09.07.2018 – 34 Wx 223/17

Leitsatz

Wird eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts mangels abweichender Vereinbarung durch die Insolvenz eines Gesellschafters aufgelöst, geht mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über dessen Vermögen die Befugnis, über im Grundbuch eingetragene Rechte der GbR zu verfügen, von dem Gesellschafter auf den Insolvenzverwalter über. Die dem Notar im Kaufvertrag erteilte Vollmacht zur Vertretung der GbR bei Abgabe der Eintragungsbewilligung erlischt.

Gründe

I.

Im Teileigentumsgrundbuch ist ein 40/1000 Miteigentumsanteil, verbunden mit dem Sondereigentum an einem Doppel-parker gebucht. In Abteilung I des Grundbuchs waren seit 18.12.2003 als Eigentümer eines Hälfteanteils hieran eine GmbH (M. GmbH) und eine natürliche Person (nachfolgend: N.) mit dem Zusatz „als Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ eingetragen.

Mit notariellem Bauträgervertrag vom 24.5.2004 verkaufte die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (Beteiligte zu 1) den Hälfteanteil an die Beteiligte zu 2. Unter Ziff. 6.1 sind folgende Erklärungen beurkundet:

Die Beteiligten sind über den in Ziffer 2 vereinbarten Eigentumsübergang einig. Diese unbedingte Einigung enthält aber noch keine Eintragungsbewilligung.

Der Notar ist bevollmächtigt, diese Bewilligung zum Grundbuch gesondert abzugeben. Er darf dies im Innenverhältnis aber nur mit Zustimmung des Verkäufers. Hierzu ist der Verkäufer Zug um Zug mit vollständiger Zahlung des geschuldeten Kaufpreises und etwaiger Verzugszinsen verpflichtet.

Ziff. 11.2 lautet:

Der Notar wird ermächtigt, Bewilligungen und Anträge abzugeben und zu ändern sowie alle für den Urkundenvollzug zweckdienlichen Erklärungen einzuholen und entgegenzunehmen oder durch Eigenurkunde abzugeben, insbesondere ...

Am 17.6.2008 wurde in Abteilung II des Grundbuchs in Bezug auf den Anteil des N. auf gerichtliches Ersuchen ein Insolvenzvermerk eingetragen. Auf Antrag der M. GmbH wurde der Vermerk am 2.4.2012 auf der Grundlage einer Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters gelöscht.

Am 4.12.2012 wurde in Abteilung I des Grundbuchs anstelle des N. eine weitere GmbH (L. GmbH) eingetragen. Der Zusatz „als Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ blieb bestehen. Als Eintragungsgrundlage wurde vermerkt, dass N. nach Anteilsübertragung auf die L. GmbH als neue Gesellschafterin aus der GbR ausgeschieden sei.

Durch Eigenurkunde vom 3.4.2017 bewilligte der Notar „namens des Verkäufers“ aufgrund der ihm in der Kaufurkunde erteilten Vollmacht die Eintragung der Auflassung unter Bezugnahme auf die sich in den Grundakten befindliche Urkunde vom 24.5.2004. Er erklärte, die Vollmacht sei nicht widerrufen worden, auch nicht von der neuen Gesellschafterin. Unter Vorlage dieser Urkunde sowie der Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 22 GrEStG beantragte er am 4.4.2017 gemäß § 15 GBO den Vollzug der Eigentumsumschreibung.

Mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 20.4.2017 beanstandete das Grundbuchamt als Eintragungshindernis, dass die Genehmigung der neuen Gesellschafterin, der L. GmbH, erforderlich sei. Am 26.4.2017 reichte der Notar die Ausfertigung eines am 21.12.2016 verkündeten und laut Rechtskraftvermerk seit 20.3.2017 rechtskräftigen landgerichtlichen Urteils in beglaubigter Abschrift ein, dass im Rechtsstreit zwischen der GbR (Beteiligte zu 1), „vertreten durch die M. GmbH“, als Klägerin und der Beteiligten zu 2 als Beklagter ergangen ist. Darin wurde die (Zahlungs-)Klage der GbR abgewiesen und die GbR auf Widerklage der Beklagten verurteilt, hinsichtlich des in ihrem Eigentum stehenden Miteigentumsanteils ... gegenüber dem Notar ... zu dem ... (gegenständlichen) Vertrag vom 24.05.2004 Zustimmung zur Abgabe der Eintragungsbewilligung zur Eigentumsumschreibung auf die Beklagte zu erklären.

Daraufhin änderte das Grundbuchamt die Zwischenverfügung unter dem 27.4.2017 dahingehend ab, dass zur Eigentumsumschreibung eine Bewilligung der eingetragenen Gesellschafterin (L. GmbH) als betroffener Buchberechtigter erforderlich sei.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der anwaltlich vertretenen Beteiligten zu 2. Die vom Notar aufgrund erteilter Vollmacht namens der GbR abgegebene Bewilligung sei wirksam und ausreichend. Auf den Gesellschafterwechsel im Zeitraum zwischen Vollmachtserteilung und Bewilligung komme es nicht an, ebenfalls nicht auf die nur im Innenverhältnis als Beschränkung vereinbarte Zustimmungspflicht.

Ungeachtet dessen sei mit dem zustimmungsersetzenden Urteil nachgewiesen, dass der Notar bei Abgabe der Bewilligung die ihm im Innenverhältnis gesetzten Grenzen eingehalten habe. Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen. Nach dem vorgelegten Urteil sei die GbR, vertreten durch die M. GmbH, zur Zustimmung verurteilt worden. Es fehle aber die L. GmbH als Gesellschafterin und als zur Abgabe der Eintragungsbewilligung Verurteilte. Obwohl die Vollmacht fortbestehe, sei zusätzlich die Bewilligung der L. GmbH zur Eigentumsumschreibung erforderlich, weil die L. GmbH als Buchberechtigte betroffen sei.

II.

Die Beschwerde gegen die nach § 18 Abs. 1 GBO ergangene Zwischenverfügung ist gemäß § 11 Abs. 1 RPflG, § 71 Abs. 1, § 73 GBO, § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG zulässig und hat in der Sache – jedenfalls vorläufigen – Erfolg.

1.

Durch den Erlass einer Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO sollen dem Antragsteller der Rang und die sonstigen Rechtswirkungen erhalten bleiben, die sich nach dem Eingang des Antrags richten und durch dessen sofortige Zurückweisung verloren gingen. Die Vorschrift bezieht sich auf die Beseitigung eines der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses und ist nicht anwendbar, wenn der Mangel des Antrags nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann. Mit einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO kann einem Antragsteller daher nicht aufgegeben werden, eine erst noch zu erklärende Eintragungsbewilligung eines unmittelbar betroffenen Dritten beizubringen (BGH Rpfleger 2014, 580 Rn. 6; NJW 2017, 1811 Rn. 5 ff; BayObLG Rpfleger 2014, 58; Senat vom 9.12.2015, 34 Wx 281/15, juris Rn. 12; jeweils m. w. Nachw.; Demharter GBO 31. Aufl. § 18 Rn. 12). So verhält es sich auch, wenn – wie mit der angefochtenen Zwischenverfügung zuletzt geschehen – neben der vorgelegten Bewilligung der GbR die Bewilligung des nach § 47 Abs. 2 GBO im Grundbuch vermerkten Gesellschafters verlangt wird. Unabhängig davon, ob die der Beanstandung zugrunde liegende Rechtsauffassung zutrifft, ist die angefochtene Zwischenverfügung daher aufzuheben. Von seinem Standpunkt aus hätte das Grundbuchamt den Eintragungsantrag sofort zurückweisen müssen.

Weil Gegenstand des Beschwerdeverfahrens nur die Zwischenverfügung und nicht der Eintragungsantrag selbst ist, kann der Senat über letzteren nicht entscheiden.

2.

Für das weitere Verfahren wird mit insoweit nicht bindender Wirkung auf Folgendes hingewiesen:

a) Aus dem Grundbuchinhalt geht hervor, dass nach Erteilung der Vollmacht gemäß Urkunde vom 24.5.2004 über das Vermögen des vormaligen Gesellschafters N. das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist.

b) Der Senat hat in der Entscheidung vom 22.5.2017 (34 Wx 87/17 = Rpfleger 2017, 614) die Rechtsmeinung vertreten, dass im Falle einer Insolvenzbefangenheit des Gesellschafters die Befugnis, über im Grundbuch eingetragene Rechte der GbR zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter übergeht (vgl. mittlerweile auch BGH vom 13.7.2017, V ZB 136/16, NJW 2017, 3715 Rn. 16 für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über den Nachlass eines GbR-Gesellschafters) und dementsprechend eine vom nachmaligen Insolvenzschnuldner erteilte Vollmacht zur Vertretung der GbR nach § 117 Abs. 1 InsO erlischt.

Dies ist in der Literatur teilweise auf Kritik gestoßen (zustimmend allerdings: HK-InsO/Marotzke 9. Aufl. § 117 Rn. 5; Wozniak jurisPR-InsR 16/2017 Anm. 3). Schon deshalb, weil mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters die Befugnis zur Verfügung über im Grundbuch eingetragene Rechte der GbR (i. L.) vom Gesellschafter auf den Insolvenzverwalter übergeht (vgl. BGH aaO), wird hieran jedoch festzuhalten sein. Denn nach einhelliger Meinung ergibt sich das Erlöschen der vom nachmaligen Insolvenzschnuldner erteilten Vollmacht bereits aus dem Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter gemäß § 80 Abs. 1 InsO, so dass § 117 Abs. 1 InsO im Anwendungsbereich des § 80 Abs. 1 InsO nur deklaratorischen Charakter hat (vgl. BGHZ 155, 87/91; Staudinger/Schilken BGB [2014] § 168 Rn. 25 m. w. Nachw.).

c) Trotz der Rechtsfähigkeit der GbR und des damit einhergehenden Umstands, dass nicht das Grundstück, sondern „nur“ der Gesellschaftersanteil an der Grundbesitz haltenden GbR vom Insolvenzbeschlagn erfasst war, dürfte somit die dem Notar gemäß Urkunde vom 24.5.2004 erteilte Vollmacht zur Erklärung der Bewilligung nach § 19 GBO namens der GbR mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters N. gemäß § 117 Abs. 1 InsO erloschen sein (ablehnend: Kessler EWIR 2017, 567; Frh.v. Proff ZInsO 2017, 2007). Denn auch vorliegend wird nach dem Inhalt des Grundbuchs und mangels abweichender Anhaltspunkte davon auszugehen sein, dass der Gesellschaftersanteil des N. an der gemäß § 728 Abs. 2 BGB aufgelösten und als Liquidationsgesellschaft fortbestehenden GbR vom Insolvenzbeschlagn umfasst war. Mit der am 4.12.2012 im Grundbuch vermerkten Übertragung des Gesellschaftersanteils von N. auf die L. GmbH als neue Gesellschafterin wäre es nämlich unvereinbar, wenn der Gesellschafter N. – wofür es nach § 736 Abs. 1 BGB einer gesellschaftsvertraglichen Fortsetzungsklausel bedürft hätte – mit der Insolvenzeröffnung aus der zweigliedrigen Gesellschaft ausgeschieden wäre und dessen Anteil der einzig verbliebenen Gesellschafterin M. GmbH angewachsen wäre. Mit dem Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters wäre die GbR nämlich erloschen gewesen; sie hätte sich weder durch Vertrag noch durch rückwirkende Gestaltungserklärung der letztverbliebenen Gesellschafterin in eine Liquidations-Gesellschaft zurückverwandeln lassen.

d) Mit der vom Insolvenzverwalter erklärten Freigabe des Gesellschaftersanteils erlischt zwar der Insolvenzbeschlagn. Die erloschene Vollmacht lebt dadurch jedoch nach einhelliger Meinung nicht wieder auf (MüKo-InsO/Ott/Vuia 3. Aufl. § 117 Rn. 13 m. w. Nachw.; Staudinger/Schilken § 168 Rn. 25; Hügel/Wilsch GBO 3. Aufl. InsR Rn. 69).

e) Hat demnach aus Rechtsgründen bei Abgabe der Bewilligung am 3.4.2017 und Antragstellung am 4.4.2017 keine rechtswirksame Vollmacht mehr bestanden, so ging die Bezugnahme des Notars auf die in der Kaufurkunde erteilte Vollmacht im maßgeblichen Zeitpunkt (Demharter § 19 Rn. 74.2 mit Rn. 21, 24) ins Leere. Danach kommt nur ein Handeln des Notars als Vertreter ohne Vertretungsmacht in Betracht, das zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung der Vertretenen nach §§ 182 ff BGB bedarf. Geht man davon aus, dass mit dem vorgelegten Urteil die Zustimmung der GbR gemäß § 182 Abs. 1 BGB in grundbuchmäßiger Form insoweit nachgewiesen ist, als es um die Bewilligung (§ 19 GBO) zur Eigentumsumschreibung geht, dann würde sich der Vertretungsmangel im Ergebnis nicht auswirken, denn nach § 894 Satz 1 ZPO gilt mit der Rechtskraft des Urteils die Erklärung als abgegeben, zu der der Schuldner verurteilt worden ist. Zwar mag das Rubrum des Urteils die Frage veranlassen, ob die GbR im Zivilprozess ordnungsgemäß vertreten war, denn eine Vertretung der GbR allein durch eine Gesellschafterin entspricht nicht der gesetzlich dispositiv angeordneten Gesamtvertretung, § 709 Abs. 1 BGB. Da jedoch gemäß § 710 BGB die Geschäftsführung durch Gesellschaftersvertrag einem Gesellschafter übertragen werden kann, steht allein wegen des Rubrums ein Mangel der Vertretung keineswegs fest, zumal die Legitimation des Vertreters im Verfahren vor dem Zivilgericht von Amts wegen zu beachten ist, § 56 Abs. 1 ZPO. In dieser Situation dürfte – jedenfalls bis zu einer etwaigen Aufhebung des rechtskräftigen Urteils auf Nichtigkeitsklage nach § 579 Abs. 1 Nr. 4 ZPO – kein Anlass bestehen, im Grundbuchverfahren die Frage der ordnungsgemäßen Vertretung in dem Urteil zugrundeliegenden Verfahren nachzuprüfen.

Allerdings bestehen Bedenken, die Erklärung, zu der die GbR verurteilt worden ist, als Zustimmung im Sinne von § 182 Abs. 1 BGB aufzufassen. Zwar ist die GbR nach dem Wortlaut des Tenors gemäß dem Widerklageantrag dazu verurteilt worden, gegenüber dem Notar zum gegenständlichen Vertrag „Zustimmung“ zur Abgabe der Eintragungsbewilligung zur Eigentumsumschreibung zu erklären. Allerdings soll diese zustimmende Willenserklärung nicht einen Mangel des rechtlichen Könnens, sondern lediglich eine Beschränkung des rechtlichen Dürfens ausgleichen. Denn nach dem Vertrag war der Notar intern in der Ausübung der nach außen unbeschränkten Vollmacht an eine „zustimmende“ Erklärung der GbR gebunden; er durfte von der Vollmacht nur bei Vorliegen einer solchen Erklärung Gebrauch machen.

Da die GbR mit ihrer Klage von der Beteiligten zu 2 Zahlung restlichen Kaufpreises verlangt und die Beteiligte zu 2 Erfüllung eingewandt hatte, sind der damit nach dem Urteilstatbestand verknüpfte, widerklagend verfolgte Antrag und die daraufhin ergangene Verurteilung der GbR nach dem nächstliegenden Verständnis dahingehend aufzufassen, dass lediglich das aus dem Innenverhältnis herrührende Hemmnis für ein Tätigwerden des als bevollmächtigt angesehenen Notars durch das Urteil behoben werden sollte. Eine Erklärung des Notars als Vertreter ohne Vertretungsmacht stand hingegen nicht im Fokus. Demgemäß wurde die GbR „nur“ dazu verurteilt, gegenüber dem Notar die Zustimmung zur Abgabe der Bewilligung, also zu einem entsprechenden Tätigwerden des Notars gemäß Ziff. 6.1 des Vertrags, zu erklären. Die einen Mangel des rechtlichen Könnens wegen Fehlens von Vertretungsmacht ausgleichende Zustimmung nach § 182 Abs. 1 BGB hat demgegenüber eine andere rechtliche Qualität.

f) Ein wirksamer Vollzugsantrag ist jedenfalls für die Erwerberin, die Beteiligte zu 2, gestellt. Ob auch die GbR bei der auf § 15 GBO gestützten Antragstellung durch den Notar wirksam vertreten worden ist (vgl. BayObLGZ 2003, 221/224 f; Tintelnot in Kübler/Prütting/Bork-InsO 75. Lieferung 03.2018 § 117 Rn. 13; ablehnend: Heckschen in Reul/Heckschen/Wienberg Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis 2. Aufl. § 7 Rn. 13 f), wird daher nicht entscheidungserheblich sein.

g) Der Notar hat sich bei der Bewilligung ausdrücklich auf den – aus Rechtsgründen wohl nicht zutreffenden Fortbestand der Vollmacht berufen und wird daher vor einer Entscheidung Gelegenheit erhalten müssen, sich zu einer etwaigen Behandlung seiner Erklärung als die eines Vertreters ohne Vertretungsmacht, aber gegebenenfalls mit Zustimmung des „Vertretenen“, zu positionieren (vgl. hierzu auch Kesseler EWIR 2017, 567/568).

Ob sodann gegebenenfalls Raum für eine Zwischenverfügung besteht, mit der grundsätzlich die Beibringung einer (rückwirkenden) Genehmigung nach § 184 BGB aufgegeben werden kann, dürfte zweifelhaft sein, denn nach der Einlassung der Beteiligten zu 2 kann mit einer freiwilligen Mitwirkung der L. GmbH nicht gerechnet werden (vgl. Hügel/Zeiser § 18 Rn. 15; Demharter § 18 Rn. 23).

III.

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst, weil Gerichtskosten für das Beschwerdeverfahren nicht anfallen (§ 22 Abs. 1, § 25 GNotKG) und die Beteiligten nicht mit gegensätzlichen Anträgen im Verfahren aufgetreten sind. Einer Geschäftswertfestsetzung (§ 79 Abs. 1 GNotKG) bedarf es deshalb gleichfalls nicht. Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 78 Abs. 2 GBO) liegen nicht vor.

Buchbesprechung

Bayerischer Notarverein e. V. (Hrsg.)

Kostentabelle für Notare – Bäuerle Tabelle

33. Auflage 2018, Nomos Verlag

Die 33. Auflage 2018 der Bäuerle Tabelle wurde in wesentlichen Bereichen aktualisiert und um die notarrelevanten Kostenvorschriften aus dem GNotKG ergänzt. Die bewährte robuste Spiralbindung des praktischen Arbeitsmittels gewährleistet die vielfache Verwendung ohne Gebrauchsnachteile. Dabei ermöglichen die auch bei zugeschlagener Tabelle am rechten Rand in der 33. Auflage 2018 eingearbeiteten Griffleisten schnellstmöglichen Zugriff auf die relevanten Kapitel. Dies ist besonders im Beurkundungstermin nützlich, wenn auf die Schnelle die aktuelle Düsseldorfer Tabelle, die steuerklassenabhängigen Freibeträge und Prozentwerte der Schenkungs- und Erbschaftsteuer oder die Kosten der Beurkundung ermittelt werden sollen.

Mit der im ersten Karteireiter bis 60 Mio. Euro dargestellten und für die Gebührensätze 0,2-0,3-0,5-0,6-1,0 bis 2,0 aufgefächerten GNotKG-Tabelle B sowie der ermäßigten Tabelle nach § 91 GNotKG dürfte jeder Notar im Beurkundungstermin ggf. unter Zuhilfenahme der Karteireiter Wichtige Gebühren, Zusatzgebühren, Dokumentenpauschale, Abrufgebühren und Auslagen sowie Nutzungsrechte u. Mietverträge für die allermeisten Geschäfte eine verlässliche Kostenaussage treffen können. Weiter dürfte sich bei den allermeisten Kollegen für die erbrechtliche Beratung die aktuelle Tabelle zum ErbStG großer Beliebtheit erfreuen. In den in jeweils eigenen Karteireitern dargestellten Wertermittlungen nach dem Brandversicherungsanschlag und den Preisindizes für Wohngebäude sind Beispiele zur einfachen Handhabung eingearbeitet.

Weiter sind vorhanden die jeweils aktuell gültigen Werte für Verpflegung, Unterkunft und Wohnung nach der Sozialversicherungsentgeltverordnung (SvEV) neben dem nach Pflegegraden geordneten Kapitel über Pflegeleistungen und der Düsseldorfer Tabelle zum Kindes- und Ehegattenunterhalt mit Berechnungsbeispielen.

Leider nur aus bayerischen Quellen verfügbar, aber als Anhaltspunkte auch für Notare aus den übrigen Bundesländern gut geeignet sind die aufgeführten Gebühren für Grundstücksvermessung und Gebäudeeinmessung, Gebühren für Schlichtungsverfahren und die Katasterfortführungsgebühren. Die Kapitel Testamentsvollstreckervergütung, Vorsorge- und Testamentsregistergebühren und Handelsregistergebühren runden die Bäuerle Tabelle ab.

Durch die (erstmalige) Aufnahme der für Notare relevanten kostenrechtlichen Vorschriften (GNotKG-Auszug) wurde die Alltagstauglichkeit nochmals erhöht. So können die relevantesten Vorschriften schnellstmöglich lokalisiert werden. Über die besonders nützlichen Kostenstichworte können schnell die einschlägigen KV-Nummern und die für die Geschäftswertberechnung maßgeblichen Normen ermittelt und dann durch die tabellarische Aufbereitung auch gleich unmittelbar angewandt werden.

Wer bereits eine Voraufgabe der Bäuerle Tabelle verwendet, wird – als Notar – wegen der Aktualisierung wesentlicher Inhalte wie zum Beispiel der Düsseldorfer Tabelle, der Grundlagen für Wertberechnungen und der Tabelle zum ErbStG die neue Auflage beschaffen. Wer als Mitarbeiter eher nur mit Kosteninhalten arbeitet, wird nicht zwingend zur neuen Auflage wechseln müssen, obschon die neu aufgenommenen notarrelevanten Kostenvorschriften des GNotKG durchaus an jedem Arbeitsplatz ihren Zweck erfüllen werden: Für die allermeisten Aufgaben im Kostenbereich wird nun der Griff allein zur Bäuerle Tabelle genügen.

Schön, dass es dieses Hilfswerk für die tägliche Notariatspraxis gibt.

*Notar Walter Büttner, MBA (USQ),
Schwetzingen*

